הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · שפתי כהן

שפתי כהן על שולחן ערוך חושן משפט

רבי שבתי הכהן [הש"ך]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שפתי כהן על שולחן ערוך חושן משפט

רבי שבתי הכהן [הש"ך]

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שפתי-כהן-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 10
סימן ב 13
סימן ג 13
סימן ד 19
סימן ה 20
סימן ו 21
סימן ז 22
סימן ח 24
סימן ט 24
סימן יא 25
סימן יב 26
סימן יג 29
סימן יד 30
סימן טו 33
סימן טז 33
סימן יז 34
סימן יח 39
סימן יט 39
סימן כ 40
סימן כא 41
סימן כב 43
סימן כג 53
סימן כד 58
סימן כה 60
סימן כו 126
סימן כז 127
סימן כח 128
סימן כט 135
סימן ל 136
סימן לא 139
סימן לב 141
סימן לג 143
סימן לד 151
סימן לה 158
סימן לו 160
סימן לז 174
סימן לח 186
סימן לט 191
סימן מ 225
סימן מא 230
סימן מב 240
סימן מג 254
סימן מד 274
סימן מה 285
סימן מו 306
סימן מז 359
סימן מח 366
סימן מט 371
סימן נ 382
סימן נא 385
סימן נב 392
סימן נג 396
סימן נד 397
סימן נה 402
סימן נו 405
סימן נז 444
סימן נח 447
סימן נט 462
סימן ס 463
סימן סא 478
סימן סב 483
סימן סג 502

סימן סד 505
סימן סה 509
סימן סו 546
סימן סז 628
סימן סח 631
סימן סט 632
סימן ע 647
סימן עא 661
סימן עב 687
סימן עג 781
סימן עד 809
סימן עה 816
סימן עו 848
סימן עז 851
סימן עח 866
סימן עט 873
סימן פ 887
סימן פא 889
סימן פב 954
סימן פג 981
סימן פד 987
סימן פה 991
סימן פו 1008
סימן פז 1038
סימן פח 1072
סימן פט 1110
סימן צ 1123
סימן צא 1135
סימן צב 1161
סימן צג 1168
סימן צד 1172
סימן צה 1176
סימן צו 1195
סימן צז 1199
סימן צח 1202
סימן צט 1202
סימן ק 1212
סימן קא 1213
סימן קב 1219
סימן קג 1220
סימן קד 1229
סימן קה 1239
סימן קו 1242
סימן קז 1245
סימן קח 1248
סימן קט 1259
סימן קי 1260
סימן קיא 1265
סימן קיב 1270
סימן קיג 1276
סימן קיד 1277
סימן קטו 1278
סימן קטז 1321
סימן קיז 1323
סימן קיח 1324
סימן קיט 1324
סימן קכ 1327
סימן קכא 1328
סימן קכב 1354
סימן קכג 1372
סימן קכד 1385
סימן קכה 1386
סימן קכו 1398
סימן קכז 1441

סימן קכח 1443
סימן קכט 1453
סימן קל 1461
סימן קלא 1466
סימן קלב 1469
סימן קלג 1471
סימן קלד 1478
סימן קלה 1479
סימן קלו 1480
סימן קלז 1481
סימן קלח 1481
סימן קלט 1485
סימן קמ 1487
סימן קמא 1491
סימן קמב 1492
סימן קמג 1492
סימן קמד 1493
סימן קמה 1493
סימן קמו 1494
סימן קמז 1507
סימן קמח 1507
סימן קמט 1508
סימן קנ 1517
סימן קנא 1526
סימן קנב 1527
סימן קנג 1527
סימן קנד 1529
סימן קנה 1532
סימן קנו 1536
סימן קנז 1537
סימן קנח 1539
סימן קנט 1540
סימן קס 1540
סימן קסא 1540
סימן קסב 1541
סימן קסג 1541
סימן קסד 1545
סימן קסו 1545
סימן קסז 1546
סימן קסח 1546
סימן קסט 1546
סימן קע 1546
סימן קעא 1546
סימן קעב 1549
סימן קעג 1550
סימן קעד 1551
סימן קעה 1551
סימן קעו 1563
סימן קעז 1577
סימן קעח 1577
סימן קעט 1578
סימן קפא 1578
סימן קפב 1579
סימן קפג 1582
סימן קפד 1585
סימן קפה 1586
סימן קפו 1588
סימן קפז 1588
סימן קפח 1589
סימן קצ 1589
סימן קצא 1591
סימן קצב 1592
סימן קצג 1592
סימן קצד 1593

סימן קצה 1594
סימן קצז 1595
סימן קצח 1596
סימן קצט 1599
סימן ר 1599
סימן רא 1602
סימן רב 1603
סימן רג 1604
סימן רד 1606
סימן רה 1607
סימן רו 1609
סימן רז 1609
סימן רח 1612
סימן רט 1614
סימן רי 1617
סימן ריא 1619
סימן ריב 1620
סימן ריג 1622
סימן ריד 1623
סימן רטו 1623
סימן רטז 1624
סימן ריח 1624
סימן ריט 1626
סימן רכ 1627
סימן רכא 1627
סימן רכב 1627
סימן רכג 1632
סימן רכה 1632
סימן רכו 1633
סימן רכז 1634
סימן רכט 1636
סימן רל 1636
סימן רלא 1637
סימן רלב 1637
סימן רלג 1640
סימן רלד 1640
סימן רלה 1640
סימן רלו 1641
סימן רלז 1642
סימן רלח 1642
סימן רלט 1643
סימן רמ 1644
סימן רמא 1644
סימן רמב 1646
סימן רמג 1646
סימן רמד 1652
סימן רמה 1653
סימן רמו 1654
סימן רמז 1655
סימן רמח 1656
סימן רמט 1657
סימן רנ 1658
סימן רנא 1661
סימן רנב 1662
סימן רנג 1664
סימן רנד 1671
סימן רנה 1671
סימן רנו 1691
סימן רנז 1692
סימן רנח 1693
סימן רנט 1693
סימן רס 1694
סימן רסא 1703
סימן רסב 1704

סימן רסג 1705
סימן רסד 1706
סימן רסה 1707
סימן רסו 1708
סימן רסז 1709
סימן רסח 1715
סימן רסט 1717
סימן רע 1718
סימן רעא 1719
סימן רעב 1719
סימן רעג 1720
סימן רעד 1720
סימן רעה 1720
סימן רעו 1723
סימן רעז 1724
סימן רעח 1724
סימן רעט 1726
סימן רפ 1727
סימן רפא 1728
סימן רפב 1729
סימן רפג 1729
סימן רפד 1730
סימן רפה 1730
סימן רפו 1731
סימן רפז 1732
סימן רפט 1732
סימן רצ 1732
סימן רצא 1737
סימן רצב 1748
סימן רצג 1759
סימן רצד 1761
סימן רצה 1764
סימן רצו 1768
סימן רצז 1772
סימן רצח 1786
סימן רצט 1787
סימן ש 1787
סימן שא 1789
סימן שב 1791
סימן שג 1791
סימן שד 1793
סימן שה 1794
סימן שו 1796
סימן שז 1807
סימן שח 1809
סימן שט 1810
סימן שי 1810
סימן שיא 1810
סימן שיב 1812
סימן שיג 1817
סימן שטו 1818
סימן שטז 1818
סימן שיז 1819
סימן שיט 1825
סימן שכא 1825
סימן שכו 1826
סימן של 1826
סימן שלא 1826
סימן שלב 1826
סימן שלג 1832
סימן שלד 1850
סימן שלה 1851
סימן שלו 1852
סימן שלז 1853

סימן שלח 1854
סימן שלט 1854
סימן שמ 1855
סימן שמא 1857
סימן שמב 1859
סימן שמד 1859
סימן שמו 1862
סימן שמח 1866
סימן שמט 1870
סימן שנ 1871
סימן שנא 1873
סימן שנג 1874
סימן שנד 1877
סימן שנה 1879
סימן שנו 1880
סימן שנז 1885
סימן שנח 1889
סימן שנט 1890
סימן שס 1891
סימן שסא 1892
סימן שסב 1895
סימן שסג 1896
סימן שסד 1902
סימן שסה 1902
סימן שסו 1905
סימן שסז 1905
סימן שסח 1907
סימן שסט 1910
סימן שע 1911
סימן שעא 1911
סימן שעב 1912
סימן שעג 1913
סימן שעה 1915
סימן שעז 1915
סימן שעח 1915
סימן שעט 1916
סימן שפ 1916
סימן שפב 1917
סימן שפג 1923
סימן שפד 1923
סימן שפה 1924
סימן שפו 1925
סימן שפז 1948
סימן שפח 1948
סימן שצ 1970
סימן שצא 1971
סימן שצג 1972
סימן שצד 1972
סימן שצו 1973
סימן שצז 1973
סימן שצח 1974
סימן שצט 1974
סימן ת 1975
סימן תא 1982
סימן תב 1985
סימן תז 1985
סימן תי 1986
סימן תיא 1987
סימן תיז 1987
סימן תיח 1987
סימן תיט 1991
סימן תכ 1996
סימן תכא 1997
סימן תכג 1997

סימן תכד 1998
סימן תכה 1998
סימן תכו 1998
סימן תכז 1998
דיני מיגו 1998

סימן א

סעיף א
בזמן הזה דני' הדייני' כו' ע' בסמ"ע ס"ק א' ובב"ח:

סעיף ב
בהמה שחבלה כו' וה"ה ניזקין דאש ובור מהרש"ל פ"ח סי' ה' ועיין בהגהת אשרי פ' הכונס:

סעיף ג
כגון תשלומי כפל כו' (הג"ה ע' בסמ"ע ס"ק ה' עד וי"ל כו' שנתנו דין קנס לדבר שאינו שכיח או שאין בהם חסרון כיס כו' וכ"כ מהרש"ל ביש"ש שם סי' ו' דבלשון הש"ס נמי מצינו שדבר שאינו שכיח מיקרי קנס ומביא ראיה מהש"ס דקאמר אבשת קנסא קמגבית בבבל כו' ע"ש וק"ל):

סעיף ד
הסמוכים וע' בריב"ש ס"ס רע"א שכ' שם ענין הסמיכה שנוהגין האשכנזים ומיהו פשיטא דאין סמיכה זו מהני בזה"ז לענין דיני קנסות רק לענין חליצה וגיטין דאין סמיכה לענין דיני קנסות וכמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' סנהדרין ע"ש:

סעיף ה
נזק וצער כו' ע' בפסק' מהרא"י סי' ר"ח ודו"ק:

סעיף ו
ופגם ובשת עיין בסמ"ע ס"ק י' ובמהרש"ל ביש"ש שם סי' ו' ובא"ע סי' קע"ז:

סעיף ז
אבל שבת ורפוי מגבין כו' וכ"פ מהרש"ל ביש"ש סי' ד' (הג"ה אף שמשמעות הש"ס כהרא"ש ע"ש):

סעיף ח
מגבין ממנו הקרן בלבד. אבל לא מה שהוא יותר על הקרן כגון השבח ולפני יאוש שגובין מן הגזלן אין מגבין בבבל. כ"כ הב"ח ולפענ"ד דגם השבח מגבין ולא אתי אלא למעוטי קנס דגזלן והיינו שכתב הרמב"ם מתחלה דיני קנסות כגון גזלות וחבלות כו' אין דנין כו' ואין להקשו' דהא כתב כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ד' וה' משמע דגזילות לאו בתשלומי ד' וה' אירי דא"כ ל"ל למימר תו תשלומי ד' וה' י"ל דמתחלה

כתב קנס דגזלות כגון שגנב או גזל מבית חבירו בענין דמתחייב כפל ד' וה' ואח"כ כתב סתם תשלומי ד' וה' והיינו כגון שטוען טענת גנב בפקדון ונשבע וכה"ג:

סעיף ט

וי"א דווקא גזלו' כו' כ' הסמ"ע דהמחבר ס"ל דכל גזילות דנין חוץ מגזלות הבאות ע"י חבלות וכדעת התוס' פ' החובל (בבא קמא דף פ"ד) ור"פ קמא דסנהדרין (ובהכי מיירי מתני' רפ"ק דסנהדרין וכן מוכח בתוס' שם ודלא כמהר"ש אידל' רפ"ק דסנהדרין ע"ש) ולכך כתב המחבר סתם דדנין כל גזילות עכ"ד וקשה לי דא"כ ה"ל להמחב' לכתוב גזילות ע"י חבלות וע"ק שהרי לא הביא בב"י דברי התו' בזה ולכך נ"ל דס"ל להמחבר כדעת הרמב"ם שכתב בסתם כל גזילות דנין והא דאמרי' בגיטין פ' המגרש (גיטין דף פ"ח ע"ב) דגזילות וחבלות אין דנין דלא שכיחי היינו הקנס מגזילות כגון תשלומי כפל וד' וה' וכה"ג דה"ל לא שכיח ואה"נ דהמ"ל בפ' המגרש דלית ביה חסרון כיס אלא משום חבלות קאמר הכי וכן מדוקדק בלשון הרמב"ם פ"ה מה' סנהדרין שכ' וז"ל דיני קנסית כגון גזילו' וחבלות ותשלומי כפל כו' אין דנין כו' מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני ח"ל אבל התוספת אין גובין כו' ובזה נסתלקה תמיהת מהרש"ל פרק החובל סי' ה' שכתב וז"ל תימא שהרמב"ם כתב דגזילות וחבלות אין דנין בח"ל ואח"כ כ' מי שגנב או גזל כו' וכן נראה לפע"ד דעת הרא"ש רפ"ק דסנהדרין והטור שכתבו סתמא דכל גזילות שכיחי ודנין אותם וכן נראה לפע"ד דעת רב האי שהביא הטור לקמן ס"ס ת"ך ודלא כמהרש"ל שם שכ' דלדעתם דגזילות ע"י חבלות אין דנין ולכך כתב כאן המחבר בסתם מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן והיינו ע"פ מה שהביא בספרו ב"י דברי הרמב"ם ומשמע מדבריו בב"י שגם דעת הרא"ש והטור כן וע' בטור וב"י לקמן ר"ס ל' וכן נראה עיקר לדינא וכמ"ש התוס' ושאר אחרונים שמעשים בכל יום שדנין דיני גזילות ע"ש (ודברי הב"ח בדעת הרא"ש מעורבבים שבתחלה כ' שר' ירוחם כתב לדעתו כהתוספות דגזילות הבאות ע"י חבלות אין דנין ובסוף כ' שדעת הרא"ש כהרמב"ם. ובאמת המעיין ברבי' ירוחם יראה שלא כתב כן אלא בשם תוספות הרא"ש ע"ש):

סעיף י

דיני דגרמי כו' ע"ל סי' ס"ו סעיף ל"ב (הג"ה וסי' שפ"ו) שהארכתי שם אי דיני דגרמי חייב משום דינא או קנסא ודו"ק:

סעיף יא

עדים שהעידו עדות שקר ע"ל סימן כ"ח ס"ג בהג"ה:

סעיף יב
ומחייבין אותן לשלם כו' וכ"כ מהרש"ל פרק החובל סי' ה' ועמ"ש לקמן ס"ס ל"ח מזה:

סעיף יג
אע"פ שדיינים שאינם סמוכים כו' עיין בישׁ"ש פ"ח סי' ו' חלוקי דינים בזה:

סעיף יד
מנדין אותו והיינו דוקא גבי חובל וכיוצא בו מנדין שאין בו שום ממון יותר משום דאל"כ כל א' יחבל ויזיק לחבירו אבל לא משום כפל ד' וה' וכ"פ הסמ"ע ס"ק י"א וכ"פ מהרש"ל סימן ו' ע"ש:

סעיף טו
וכן אם תפס הניזק בדיני ישראל אבל לא בדיני עכו"ם מהרש"ל בישׁ"ש פ"ק סי' מ"ג:

סעיף טז
אין מוציאין מידו כו' ואפי' הודה קודם שתפס מהני תפיסה משום דבזמן הזה לא מיפטר בהודאתו ואפי' לא באו עדים כ"כ הטור בשם הרמב"ן וכדבריו סתם לקמן סי' שמ"ח וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ח ובשומר שטוען טענת גנב והוא עצמו גנב כיון דלא משלם כפל אלא בנשבע לפני ב"ד ואנן לית לן ב"ד מומחה א"כ לא נתחייב בכפל ואפי' תפס מפקי' מיניה רמב"ן בס' הלמחות פרק הגוזל עצים והביאו ג"כ הב"ח:

סעיף יז
ואם יאמר הניזק וכו' ומהרש"ל פסק כהרי"ף דבכל דבר שהוא ממון ואינו קנס אלא דלא שכיח שומעים לו דתפיסה הוא דבר קל ע"ש סי' ב':

סעיף יח
כך וכך תחזיק וכו' עיין מ"ש בסמ"ע ס"ק י"ט שכתב וגם לענין תביעות קנס מהני מיגו כמ"ש הטור לקמן סי' שצ"ט כו' והרמ"ה שהביא הטור לקמן סימן שצ"ט חולק וס"ל דבקנס לא מהני מיגו וכ"כ הנ"י ס"פ המניח. ומ"ש הסמ"ע שכ"כ המרדכי ס"פ המניח אין משם ראיה דדילמא המרדכי ס"ל דסוגיא אזלא למאן דאמר פלגא נזקא ממונא וכמ"ש בנ"י שם וכן בה' המגיד ספ"ט מה' נזקי ממון ע"ש ודו"ק ועיין מ"ש לקמן סי' שצ"ט סעיף ג':

סעיף יט
לפי כבודו (הג"ה בירושלמי הביאו הטור דהמבייש הזקן נותן לו ליטרא דדהבא עכ"ל ומביאו בסמ"ע ופסק מור"ם בי"ד בסי' רמ"ג ס"ב בהג"ה שאין לת"ח בזמן הזה דין ת"ח לענין ליטרא דדהבא והוא מת"ה וכ"כ מהרי"ק שורש קס"ג ובתשו' ר"י מטראני החדשים

ס"ס מ"ז חולק ע"ז ודחה בשתי ידים וס"ל שיש לו דין ת"ח לענין ליטרא דדהבא ועיין עוד שם):

סעיף כ

וע"ל סי' ת"ך כו' וסימן כ"ז ס"ב:

סימן ב

סעיף א

כל ב"ד כו' עיין בתשו' מהר"ם מלובלין סי' קל"ח לענין מיגדר מילתא:

סעיף ב

שהעם פרוצים כו' ואפי' יחיד פרוץ יכולים לענוש אותו היחיד כפי ראות עיני הדיין (וכן משמע להדיא בטור ושאר פוסקים ובש"ס) וכ"כ הסמ"ע:

סעיף ג

ואפילו אין בדבר עדות גמורה כו' אפילו בלא התראה תשובת רמב"ן סימן רע"ט הביאו בסמ"ע ולדיני נפשות צריך שיהיו מוזהרין לעשות בהסכמת זקני העיר כדי שיעשו אחר צורך הגדול ובמתון בית יוסף בשם רשב"א ז"ל וכך כתב הסמ"ע:

סעיף ד

ודוקא גדול הדור עיין ב"ח ובישו"ש פ"ט דב"ק סימן ז':

סעיף ה

אבל אינן רשאין לשנות כו' עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' נ"ט באריכות:

סעיף ו

מ"מ הולכין אחר המנהג כו' ע"ל סי' של"א ס"א בהג"ה איזה קרוי מנהג ועב"ח מ"ש עוד בזה:

סימן ג

סעיף א

אין ב"ד פחות משלשה כו' כתב הסמ"ע היינו מד"ס אבל מד"ת בחד סגי וכן כתב הרמב"ם בהדיא בפ"ב מה"ס דפסק כרב אחא וכן משמע באשר"י ברפ"ק דסנהדרין ודלא כמ"ש בעיר שושן ע"ש עכ"ל ולפע"ד דברי הע"ש נכונים דהא אמרינן בש"ס פ"ק דסנהדרין מאי איכא בין רבא לרב אחא לית ליה דשמואל דשנים שדנו דיניהם דין לרב אחא אית ליה דשמואל וכיון דקיימא לן דלא כשמואל וכדלקמן ריש סעיף ב'

אם כן ע"כ קי"ל כרבא דמדאורייתא בעינן ג' מומחים מדכתיב ג' אלהים אלא שחז"ל תקנו דסגי בג' הדיוטות משום שלא תנעול דלת בפני לוין. וגם דעת הרא"ש מוכח כן לפי מה שכתבתי דהא פסק כרבי אבהו ודלא כשמואל ומ"ש בתחלת הפרק גם דברי רב אחא אינו אלא להורות דבעינן חד דגמיר ולאורויי דבהא לא פליג רבא ארב אחא דאי פליג ה"ל לש"ס למימר הך איכא בינייהו. כן נ"ל לדעת הרא"ש ודלא כהסמ"ע ובית חדש לדעתו. וכ"כ עוד הרא"ש להדיא דהלכה כר' אבהו מדקי"ל דמאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי ואמרינן בגמרא דרבא ל"ל דשמואל עכ"ל ומביאו ב"י ומכאן ג"כ קושיא גדולה על הסמ"ע וב"ח לדעת הרא"ש. וזה מדוקדק בדעת העיר שושן דלקמן סעי' ב' כתב וכיון דמקראי ילפינן שצריכים להיות ג' מג' אלהים לפיכך פחות מג' אין דיניהם דין כו' והיינו ממש כפי סוגיית הש"ס שזכרתי.

ואדדבא על הרמב"ם קשה לי כיון דפסק דפחות מג' אין דיניהם דין האיך כתב כדברי רב אחא הא אמרינן בש"ס דלרב אחא איתא דשמואל וכן קשה לי על הסמ"ג. ועוד קשה לי על דבריהם דהא בש"ס פרק החובל (בבא קמא דף פ"ד) ובפ' המגרש (גיטין דף פ"ח ע"ב) איתא להדיא טעמא דדיינינן בהודאות והלוואות משום דשליחותייהו דאלהים עבדינן וכן כ' הרמב"ם גופי' בפ"ג מהל' סנהדרין והסמ"ג וז"ל לפיכך דנין בהודאות והלואות וכיוצא בהן בחוצה לארץ אע"פ שאין ב"ד של ח"ל אלהים שליחות של ב"ד של א"י עושוי עכ"ל אלמא דמדאורייתא לא דיינינן הודאות והלואות אלא ע"פ מומחים והיינו כרבא דלרב אחא מדאורייי' ביחיד הדיוט סגי כדמוכח להדיא בש"ס וכן הוא באשר"י ואולי יש ליישב דברי הרמב"ם והסמ"ג בדוחק אך העיקר נראה דקי"ל כרבא ודלא כשמואל וכדמשמע בפ' החובל ובפ' המגרש דבעינן אלהים וכן נראה להדיא דעת הרי"ף שלא הביא דברי רב אחא כלל וכתב תחלת הסוגיא בפ"ק דסנהדרין דאתיא כרבא דמדאורייתא תלתא מומחים בעינן ע"ש. וכ"כ ראב"ן דף קי"א ריש ע"ג דשמעתתא כרבא דבעינן ג' מומחים ומשום נעילת דלת בפני לווין סגי בג' הדיוטות כו' וכ"כ הנמוקי יוסף להדיא. בשעה שכתבתי דברי הנ"ל לא היה לפני הספר כסף משנה כי זה למדתי בברחי מן מלחמות הרקים ועתה עיינתי בס' כ"מ וראיתי שהרגיש שם בקושיא שהקשיתי לעיל על הרמב"ם דהיאך פסק כרב אחא וכתב מיד שנים שדנו אין דיניהם דין ומייתי שם תשובת הרשב"א שמיישב שם דברי הרמב"ם בזה וכן בס' לחם משנה ולפענ"ד דבריהם דחוקים בזה וגם לישנא דמאי בינייהו ואיכא בינייהו כו' בש"ס לא משמע הכי ודוק וגם מ"מ קשה על הרמב"ם שאר הקושיות שכתבתי לעיל ולא הרגיש הרשב"א והכ"מ ול"מ בזה ע"ש.

סעיף ב

דא"א דלית בהו חד כו' כתב הסמ"ע ואין זה גמיר וסביר כו' ופשוט הוא כדמוכח להדיא בש"ס ופוסקים מיהו י"ל דגמיר מיהא בעינן והכי משמע פשטא לישנא דש"ס חד דגמיר כו' וכ"כ מהר"מ פדאוו' בתשוב' סי' מ"ג והב"ח השיג עליו דלא בעינן גמיר ממש אלא גמיר קצת ומתוך כך יודע סברות קצת בדינים כו' ואין דבריו מוכרחים ע"ש. ועיין בתשו' ן' לב ספר ראשון סימן קכ"ג סוף דף קנ"א כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן שלשתם גמיר ואין נ"ל אלא נראין דברי הרא"ש עיקר בש"ס ואפשר גם הרמ"ה מודה ור"ל דוקא דאית בהו דגמירי לכך כתב הטור ויראה מדבריו כלומר שיראה כן לכאורה אבל אינו מוכרח כ"כ. וכן משמע דעת הר"ר זרחיה הלוי והרמב"ן ושאר פוסקים שהבאתי לקמן סי' כ"ה דסגי בדאית בהו חד דגמיר ע"ש ועיקר:

סעיף ג

אבל אי לית בהו כו' מיהו אם המחום רבים עליהם אפי' ג' יושבי קרנות כשרים כדלקמן ריש סי' ח' וסי' כ"ב סוף סעיף א':

סעיף ד

או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו כו' ע"ל סימן י"ד מ"ש בזה:

סעיף ה

אין דיניהם דין כו' כתב הב"ח דלענין קדושין יש להחמיר כשמואל דדיניהם דין ולפע"ד נראה עיקר דלא קי"ל כשמואל וכמו שפסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וטור ושאר הרבה פוסקים וכמוכח בש"ס פ' החובל (בבא קמא דף פ"ד) וגיטין פ' המגרש (גיטין דף פ"ח) וכמ"ש לעיל ס"ק א'. וכן משמע בש"ס פ"ב דכתובות גבי קיום ופרק זה בורר גבי אודיתא דקאמר התם ודלמא רבנן דבי רב אשי כשמואל סביר' להו כו' ומ"ש התוס' שם דכשמואל ס"ל גבי קיום ואודיתא ובהא לא קי"ל כוותיה הוא דוחק גדול חדא דלישנ' דש"ס לא משמע הכי ועוד דהא שמואל לא אמר מילתא רק גבי דין ועוד דאמאי ניבעי בקיום ובאודיתא ג' טפי מגבי דין וכ"פ ראב"ן דף קי"א ריש ע"ג. ובעל העיטור דף נ"א ונמוקי יוסף וסמ"ג והריטב"א פ"ב דכתובות דלא כשמואל ע"ש ועיקר:

סעיף ו

או שהוא מומח' לרבי' כו' ע"ל סי' י"ג:

סעיף ז

שידון ביחידי לכתחל' אבל לענין פטור מתשלומי אם טעה או אם דן בדיעבד יש מומח' וכמו שכ' לקמן סי' כ"ה ס"ק י"ג אות ד':

סעיף ח

ואינ' מומחי' לרבים כו' כתב הסמ"ע דהרמב"ם ס"ל דאפי' מומח' ואפי' ב' מומחי' וזהו שמסיק המחבר וכתב ואפי' הן סמוכי' וכל שהם סמוכים מסתמא הם מומחים ומהתימה על מור"ם שעירב שני הדיעות יחד ולא כתבן בלשון פלוגתא כמי שכתב הטור וי"ל בדוחק דמ"ש מור"ם מומחה לרבים ר"ל שהמחו' רבים עליהם דבכה"ג מהני עכ"ל ולא נהיר' דמה בכך שהמחום רבים עליהם מ"מ לא ה"ל ב"ד וגם הלשון לא משמע כן ועוד מהיכן הוציא דין זה אלא ודאי כונת הרב כפשוטו והא דלא כתבו בלשון פלוגת' היינו משום דכיון דבל' המחבר עצמו אין הכרח כל כך די"ל סמוכים שאינם מומחים (דהא הרא"ש וטור ס"ל לקמן סי' כ"ה דסמיכות מהני אפי' לשאינו מומחה ע"ש בס"ק כ"ב וכן משמע בעיר שושן שכתב דב' אפי' סמוכים אין דיניהם דין ומיד אח"כ כתב דיחיד מומחה יכול לדון בע"כ) משא"כ בל' הרמב"ם עצמו שמביא הטור מבואר להדיא אפי' מומחה ע"ש לכך כתב הטור בלשון פלוגתא וכן דרכו של הר"ב בהרבה מקומות וזה ברור ולענין דינא מ"ש הטור שמדברי הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר לפע"ד ליתא דלא השוה הרא"ש יחיד מומחה לג' הדיוטות רק לענין דין ולא לענין הודאה ונראה עיקר כהרמב"ם והמחבר וכ"כ בעה"ת שער מ"ב חלק א' בשם תשובה לקמאי ומביאו הטור לקמן סי' פ"א סכ"ז וכן נראה דעת הע"ש שהשמיט כאן מה שהגיה הר"ב ואינן מומחים כו' וכ"כ הבעל עיטור באות הודאה דק"ה ע"א וז"ל וה"מ בפני ג' אבל בפני יחיד מומחה אין הודאתו הודאה עכ"ל והכי משמע נמי בפ"ב דכתובות (דף כ"ב ע"א) ובפ' זה בורר (סנהדרין דף ל' ע"א) גבי קיום ואודיתא גבי ואמר לנא רבנא אשי לפי גרסת הרי"ף והרמב"ם וסייעתו שם וכן כתב רבינו ירוחם נתיב א' ס"ז גבי הודאה ע"ש דאף על גב דרב אשי מומחה הוי לא מהני רק בג' וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות בשם מורו והסכים עמו והבאתיו לקמן סימן מ"ו סעיף ד' ס"ק ח' וכ"כ מהרש"ל להדיא פ' הגוזל בתרא סי' י"א דדוקא לענין דין והתרת נדרים וכה"ג אבל לענין קיום ואודיתא בכ"מ שצריך ב"ד אין חילוק אפי' ראש גולה ויחיד בדורו וע"ש:

סעיף ט

לא הוחזק כפרן כת' הסמ"ע דהיינו כל זמן שלא אמר בפניהם אתם עדי כו' ולי נראה דמיירי אע"פ שאמר לפניהם אתם עדי אלא דקמ"ל דאין להם דין ב"ד רק דין עדים לענין דלא הוחזק כפרן להבא לומר אח"כ פרעתיך כדלקמן סי' ע"ט סעי' ט' ע"ש וזה ברור:

סעיף י

אע"פ כו' מצות חכמים כו' עיין בתשו' מהרש"ל סי' ל"ה שפסק דאפי' בקבלוהו והוא מומחה אסור לו לדון יחידי והביא ראיות ובתשובת שארית יוסף סי' י"ז חלק עליו ודחה ראיותיו וכ"פ הב"ח ובאמת הך עובדא דירושלמי דמייתי במרדכי הארוך ובבעל העיטור דף נ"א ע"ב הוי תיובתיה דמהרש"ל דאיתא התם להדיא דר' אבהו היה דן יחידי וא"ל תלמידיו והא תנן אל תהי דן יחידי והשיב להם כיון שבאים מעצמם לדון לפני הרי כאלו קבלוני כו' ע' שם וכן מבואר יותר בירושלמי עצמו ריש פ"ק דסנהדרין ע"ש מיהו לענין דינא האידנא בזה"ז דליכא מומחה צ"ע די"ל דשאני ר' אבהו דמומחה הוי ובמומחה דוקא מהני קבלה והכי מוכח בירושלמי שם דמוקי ר' אבהו מתני' דבכורות דדן את הדין כו' מה שעשוי עשוי וישלם מביתו בשאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה ע"מ שתדינינו דין תורה דישלם מביתו כיון שהגיס דעתו לדון דין תורה דתנינן אל תהי דן יחידי כו' עכ"ל הירושלמי ומייתי לה הבעל העיטור שם (ולהכי קתני בסיפ' דמתני' דבכורות ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם) ואין לו' דשאני התם שהתנו עמו בפי' שידון דין תורה דהא כתב הרא"ש וטור לקמן סימן כ"ה דסתם קבלה לפני שאינו מומחה הוא אדעתא לדון דין תורה ע"ש אבל באינו מומחה י"ל דלא ידון לכתחלה וכן משמע להדיא בהר"ש פ' אד"מ שכ' וז"ל דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי שישלם מביתו ואע"פ דקבלו עלייהו מ"מ לא ה"ל לדון יחידי כיון שאינו מומחה עכ"ל ולפ"ז אותן שנוהגין לדון ביחידי היכא דבאים מעצמם לדון או אפי' בקבלוהו לאו שפיר עבדי כיון דהאידנא ליכא מומחה ואפשר דאותן שנוהגים לדון ביחידי היינו בדברים שרגילים ופשוטים שהם מומחי' בהם או אפשר דהיא הנותנת דכיון דהאידנא ליכא מומחה ולית דחכים האידנא בדין וכדאיתא בירושלמי והביאו הסמ"ג סי' ק"ז והטור לקמן סי' י"ב דהאידנא לית דחכים בדין לדון דין תורה א"כ כי קבלוהו בסתם מסתמא קבלוהו בין לדין בין לטעות ודמי למ"ש הנ"י רפ"ק דסנהדרין בשם י"א שאם קבלו עליהם יושבי קרנות שדינן דין ואפי' טעו אין חייבין לשלם דהא לא מצו למימר דאדעתא דלדיינו דין תורה קבלום דהא מידע ידעי שאינן יודעים דין תורה ע"כ. אכן צ"ע בזה שהרי כל הפוסקים לא הביאו את הירושלמי דהאידנא לית דחכים לדון דין תורה ונראה דגם הסמ"ג והטור דהביאו אינו אלא לענין שיש לעשות כל מה דאפשר לעשות פשרה וכן משמע להדיא ממה שהביאו גבי עשיית פשרה וכתבו צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה דגרסי' בירושלמי כו' משמע להדיא דלכתחלה דוקא הוא דצריכים להתרחק בזה אבל ודאי דגם דהאידנא יודעים לדון דין

תורה בכמה דינים המפורשים בש"ס ופוסקים א"כ ודאי כשבאים מתחל' לדון לפניו וקבלוהו מסתמא קבלוהו אדעתא דלידון דין תורה וכמ"ש הפוסקים והרא"ש וטור לקמן סי' כ"ה ועל כן יש ליזהר שלא לדון ביחידי אף שקבלוהו אם לא שמפ' בהדיא איני יודע לדון אתכם דין תורה או שהוא דין פשוט ומומח' ורגיל הוא בכך דבכה"ג איכא מומחה אף האידנא ודוק:

סעיף יא

מי שאינו מומח' כו' כ' הסמ"ע פי' שאינו לא גמיר ולא סביר כו' וכ"כ עוד הסמ"ע לקמן סי' כ"ה ואין דבריו נכונים כמו שהשגתי עליו לקמן סי' כ"ה סעי' ג' ס"ק כ"ב וסעיף ד' ס"ק ל"ט באריכות וע"ש:

סעיף יב

ומיהו אם קבלוהו הקהל ע"פ כתב המלך דסד"א כיון שלא מרצונם קבלוהו א"י לדון קמ"ל וכ"ש אם קבלוהו מרצונם בלא כתב המלך כ"כ הב"ח ועמ"ש לקמן סימן כ"ה ס"ק ל"ג:

סעיף יג

יכול לדון אבל אינו פטור מתשלומין אם טעה מיהו אי גמיר וסביר מהני קבלתם ע"פ המלך לפטרו מתשלומין לדעת הטור ודלא כנראה מדברי הרמב"ם דכתב המלך אינו מועיל כלום היכא דטעה אפילו בקבלו עלייהו עכ"ל הב"ח ולפע"ד לא נראה מהרמב"ם כלום וגם הרמב"ם מודה לזה ע"ש ודוק:

סעיף יד

דאם גמיר ואע"ג דכתב הר"ב לעיל ס"ב דלכתחלה אין מומחה בזה"ז מ"מ אם גמיר וסביר מהני ליה רשות המלך אף בזמן הזה לענין שיכול לדון ומכל מקום נראה דלענין שידון ביחידי לא מהני:

סעיף טו

מהני ליה רשות המלך אף לפוטרו אם טעה כמו רשותא דריש גלותא דלקמן סי' כ"ה סעיף ב' וכ"כ הריב"ש והב"ח כתב דמדברי הטור משמע דאף לגמיר וסביר לא מהני רשותא ודלא כהריב"ש גם דלא כנמצא בכתבי מהרש"ל דלמומחה לרבים מהני רשות המלך לפטרו אם טעה דליתא אלא נראה ברור דאינו פטור וכ"כ הרמב"ם בפי' המשניות (פ' זה בורר) וז"ל אם מינה אותם מלך וכו' אם היו מומחים דיניהם דין ומקובל כיון שלא טעו וכו' אלמא דבטעו משלמים אע"פ שהם מומחים עכ"ל ואין דבריו מוכרחים דהטור לא מיירי מגמיר וסביר לענין תשלומין וכן הרמב"ם שם לא מיירי כלל מתשלומין אלא

כוונתו לומר אם טעו בדין חוזר וכן משמע שם להדיא למעיין שם. ואפילו שהטור לא סבירא ליה כן מכל מקום סברת הריב"ש נכונה בזה כיון דרשותא דריש גלותא שהועמד מן המלך מהני בזה כ"ש מלך או שר עצמו דדינא דמלכותא דינא שמחוקי המלך והשרים להעמיד שופטים ודיינים בארץ וא"כ לא גרע מהר"ג דאתי מחמתיה ודוק ועיין בתשובת הר"ב סי' קכ"ג:

סימן ד

סעיף א

אם לא יכול להציל בע"א וכ"כ הרא"ש וכן הוא בש"ס ב"ק דף כ"ח ע"א:

סעיף ב

אם ימתין עד שיעמידנו בדין כו' ע' בטור שכ' ואם בעל דינו מתרעם עליו כו' ופירושו כפשוטו שהבעל דין אומר אני עומד בדין יחזיר לי את שלי ואני אציית לו בפניכם דין מיד ואסלקנו בדברי' אחרי' או נ"מ לדברי' אחרי' קמ"ל דאין סותרי' דינו ובב"ח פי' בע"א ולפע"ד כדפי' ודו"ק:

סעיף ג

והוא שיכול לברר כו' ובלא עדי' יכול לתופסו דיהי' נאמן לפני ב"ד במיגו אטענתו כ"כ הסמ"ע ס"ק ב' וכן הוא בתשו' הרא"ש כלל ס"ד סי' א':

סעיף ד

מטעם שיתבאר לקמן כו' ע' בתשו' מנחם עזרי' סי' נ"א:

סעיף ה

ומיהו אם עבר ועשה ע"י עכו"ם כו' ע' בישש"ש פ"ג סי' ו':

סעיף ו

אם לא הי' יכול להציל בע"א (הג"ה ואם הי' יכול להציל והלך לפני ערכאות של עכו"ם ולקח את שלו והעליל עליו צריך לשלם היזקו כדין מסור מהרש"ל פ"ג סי' ו'): ע' בתשו' רשד"ם סי' קמ"ה:

סעיף ז

כגון שמכהו כו' ועושה עצמו כדיין ע"ש במהרי"ק:

סעיף ח

אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון כו' ע' ביש"ש פ"ג דב"ק סי' ה' שהאריך לחלוק על מהרי"ק ע"ז וע' בסמ"ע ס"ק ד' וע' בספרי תקפו כהן מזה וכדברי הסמ"ע משמע כפי' הב"ח:

סעיף ט

והוא מבני העיר. נראה דכ"כ משום דמהרי"ק שורש א' כ' דאין רבים נקראי' מוחזקי' נגד היחיד רק כשהיחיד הוא מבני עירן עכ"ל סמ"ע עיינתי במהרי"ק שם ומשמע דדוקא לענין עבדי דינא לנפשייהו פסק בשורש א' דדוקא מבני העיר ולענין שהקהל נקראי' מוחזקי' פסק בשורש ב' אפי' שלא כנגד בני עירן ונראה שזהו דעת הרב בהג"ה ודלא כסמ"ע ע"ש ודו"ק

סעיף י

הקהל נקראי' מוחזקי'. וגם לענין זה דיכולין לומר קים לנו כהאי מ"ד במקו' שיש פלוגתא כ"כ בת"ה עכ"ל סמ"ע היינו דוקא בענייני מסים אבל בשאר מילי לא חשיבי מוחזקי' לענין קים לי וכן הוא בת"ה שם סי' שמ"א וז"ל וסבר מהר"מ דלא מכשרינן להו להעיד לרבים משום דפלוגתא דרבוותא היא אלמא לא חשיבי רבים מוחזקי' ממש לכל דברי' אלא לעניני מסים עכ"ל ודוק ע' בתשוב' מהרשד"ם סי' שס"א ושס"ד ובתשו' ן' לב ס"ג סי' ע"ז דף מ"ה ע"א וע' בתשובות רבינו ניסים ס"ס י' ודו"ק:

סימן ה

סעיף א

אין דנין בע"ש דוקא לדון אסור אבל לקבל טענותיהן ולפסוק הדין אחר השבת וי"ט מותר מצד הדיינים כן כתב ר"ן ריש כתובות אלא שאינו יכול לכפות הבעל דין שיבא סמ"ע ס"ק ג':

סעיף ב

אין קונסין אותו שיוכל להתנצל ולומר מפני טרדות שבת שכחתי שהזמינו אותי עכ"ל סמ"ע:

סעיף ג

בניסן ותשרי כלומר בניסן ותשרי עד אחר הרגל מפני טרדו' המועדות אבל אח"כ קובעין וכן משמע ממ"ש הגהות מיימוני ומרדכי והר"ב בסמוך קבעינא להו זמנא אחר הרגל כו'. וכתב סמ"ע ודוקא בניסן ותשרי אבל בסיון קובעין מפני שאין בו י"ט אלא

יוס א' בא"י ובח"ל ב' ימים ובערב שבועות פשיטא דאין קובעין דהוא עי"ט עכ"ל סמ"ע וכ"כ בע"ש:

סעיף ד

אין דנין בלילה בתשובת מהר"ם סי' כ"ח כתוב דאם נתרצו שני הצדדים לדונן בלילה מותר לדונם דלא גרע מקבלו עליהן קרוב או פסול הביאו הסמ"ע ס"ק ז' וכ"כ הב"ח ע"ש ועיין עוד בסמ"ע שם שכתב טעם להמנהג שנוהגין להקל לדון תחילת דין בלילה משום שמדליקים נרות בלילה וכ' ודומה לזה מצאתי בקובץ ישן נושן דאין קונין בק"ס בלילה אלא לאור הנר ולאור הלבנה שיכירו העדים היטב מי הוא הקונה עכ"ל ולא ידעתי היאך מביא ראי' לסתור דהא איתא בהדיא בש"ס בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קי"ד ע"ב) דקונין ק"ס בלילה ואין דנין בלילה וכן מוכח בפירוש רשב"ם ותוס' שם ומביא ב"י לקמן ר"ס רנ"ג ואפי' הטור שחולק לקמן ר"ס רנ"ג על פירשב"ם מ"מ משמע להדי' דמודה לזה לדינ' דקונין ק"ס בליל' ואין דנין בליל' וכדמוכח בש"ס שם וכן מוכח להדי' מדברי הב"ח לקמן ר"ס רנ"ג דהטור מודה לזה לדינא וכ"פ בתשו' משאת בנימין סי' ע"ח דקונין ק"ס בלילה ואין דנין בלילה ע"ש א"כ כיון דכתב בקובץ דאין קונין ק"ס בלילה אלא לאור הנר אלמא דדין אסור אפי' לאור הנר וכן נרא' וכדמשמע מסתימת הפוסקים:

סעיף ה

וי"א דאם עברו ודנו כו' וכ"כ הב"ח והרמב"ן כתב דאין דיניהם דין וכ"כ הטור ריש סי' רנ"ג וכן כתב הר"ן והרא"ש וכ"מ עב"י וכן נ"ל עיקר דאין דיניהם דין:

סעיף ו

עד סוף שעה חמישית והסמ"ע כתב עד קרוב לסוף שעה ששית. וכ"כ הב"ח:

סימן ו

סעיף א

פחות מש"פ כו' ובכלים נזקקים לפחות מש"פ כדלקמן סי' פ"ח ס"ג כ"כ הר"ן פ' שבועות הדיינים ומביאו ב"י ר"ס פ"ח וכן משמע בר' ירוח' נ"ג ח"ב וברמב"ם פ"ג מטוען ומביא המחבר לשונו סי' פ"ח ס"ג וה' מיהו לחולקים שם הביאם שם בסמ"ע ס"ק ה' דבפחות מש"פ לא מחשב ממון אף בכלים נראה דה"ה הכא ע"ש ודו"ק:

סעיף ב

ואם הוזקקו לש"פ וכ"כ הב"ח:

סעיף ג
גומרין אפי' לפחות מש"פ וכ"פ הסמ"ג והסמ"ע פסק כהרא"ש דאפי' הוזקקו לש"פ אין גומרין לפחות מש"פ וכ"כ ר"י נ"ג ח"ב עיין בס' א"א דף ע"ד:

סימן ז

סעיף א
וגר דן את חבירו בי"ד ס"ס רס"ט פסק בהדיא דאפי' בכפייה מותר לדון חבירו ובלא כפייה מותר לדון אפי' ישראל וכ"כ בסמ"ע סק"ד וכ"כ הב"ח:

סעיף ב
בשתי עיניו פסול כו' הב"ח פסק דבדיעבד כשר ע"ש:

סעיף ג
ואפי' לא הביא ב' שערות כו' וכ"כ הב"ח:

סעיף ד
אפי' כיוונו ראייתן בתורת עדות כו' ואע"פ דלקמן סי' ל"ו העליתי דבכונה לחוד הוי עד אע"פ שלא העיד אח"כ לענין דאם נמצא א' מהן קרוב או פסול כל העדות בטלה והר"ן מדמי לה להדדי ומביאו ב"י מ"מ י"ל כמ"ש התוספות והרא"ש פ' יש נוחלין בתחלה דוקא לענין נמצא א' מהן קרוב ופסול בטל העדות כשנצטרף בראי' משום גזירת הכתוב משא"כ לענין שלא יהי' דיין דטעמא דאין עד נעשה דיין הוא משום דבעינן ועמדו שני האנשים אלו העדי' לפני יי' אלו הדייני' או משום שהדייני' לא יקבלו הזמה על עצמן א"כ בנתכוין להעיד לחוד לא שייכי הני טעמי למפסלי' ע' בס' א"א דף צ"ט ע"ג:

סעיף ה
אם ראוהו ביום כו' ובב"ח כתב דה"ה אם ראוהו בשבת וי"ט אינם נעשי' דייני' אע"ג דאינו אסור לדון אלא מדרבנן וצ"ע לדינא.

סעיף ו
ואם הזמינו להעיד כו' וכ"כ הב"ח:

סעיף ז
מי שתובעין אותו לדון כו' ע"ל סי' כ"ח ס"ה:

סעיף ח
ומעיינין בינייהו ע' בסמ"ע ס"ק י"ז מ"ש בפי' מעיינין בינייהו והב"ח פי' דר"ל דמעיינין אם מן הראוי הוא שילך או לא ע"ש:

סעיף ט
אסור לאדם לדון כו' עד החתום בשטר אינו דן באותו שטר עצמו כמ"ש ר' ירוחם וליכא מאן דפליג עלי' ודלא כנרא' מב"י מחו' ו' וע' מ"ש לקמן סי' מ"ו סעיף כ"ד:

סעיף י
מיהו אם דנו כו' ע"ל סי' ל"ג ס"ג בסמ"ע ס"ק י"ג וע' בתשו' מהר"ם מלובלין סי' ס"ג מ"ש בזה:

סעיף יא
וי"א דבשונאו ממש דהיינו שלא דיבר כו' וכן פי' הב"ח וע' בסמ"ע ס"ק י"ט ובב"י מחו' ב' וס"ס ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' צ"ז:

סעיף יב
יכול להיות דיין לתלמידו וה"ה דמותר לדון לאושפזיכני' שם שורש כ"א וכן פועלים ושכירי' ע' בתשו' ן' לב ס"ג סי' צ"ז:

סעיף יג
משום אהב' ושנא' כו' ע' בתשו' ר"י כהן סי' ל"ו בסמ"ע ס"ק כ"ב:

סעיף יד
לסתור דברי חבירו כו' ע' מ"ש ב"ח בזה:

סעיף טו
מחמת קורבה כו' כ' מהרש"ל פ"י דב"ק סי' ל"ד רב שהוא מומחה ובא א' לפניו לדון על קרובו יכול הרב לדונו מאחר שהוא תובעו לפניו הרי הוא מכשירו כעובדא דרבינא דדן חמוה ואף שהדבר פשוט רק שמקצת רבני' מונעי' עצמם משום חסידות ובסבה זו נלק' הדין ע"כ כתבתי כו':

סעיף טז
ולא לעדי' ע"ל סי' ל"ג סי"ז וסי' מ"ו סעיף כ"א ומ"ש שם ע' בתשובות מבי"ט א"ב סי' ר"פ:

סעיף יז
יכולין קצת מן הקהל להסתלק כו' עמ"ש בסי' ל"ז בשם בעה"ת מדין הסלוק ע"ש ועיין בא"א דף ע"ד ע"ד:

סימן ח

סעיף א
ועיירות שאין בהם חכמים כו' עיין מ"ש בשם מהרש"ל ר"ס י"א:

סעיף ב
וכן כל צבור כו' ע"ל סי' ל"ג סי"ח בהגה:

סעיף ג
שדן דין אמת לאמתו. עיין בתוספות פ"ק דמגלה דף ט"ו וב"י ר"ס א' ובסי' ט"ו מ"ש בשם הרשב"א ובחידושי אגדות מהרש"א פ"ק דב"ב מ"ש על ב"י בזה:

סעיף ד
ולא יפסיעו על ראשי עם קדש נראה דה"ה בזמן הזה כשיושבין על ספסל ארוך זה בצד זה והשלחן לפניהם לא יפסיע על הספסל לילך מאחוריהן עכ"ל סמ"ע:

סעיף ה
והמצערו יש רשות כו' עי' בסמ"ע ס"ק כ"ג ובס' א"א דף ע"ה ע"א ובתשו' באר שבע מ"ש בזה:

סעיף ו
ואין בזה משום לשון הרע כו' עיין בתשובת ר"א ן' חיים ר"ס קי"א:

סימן ט

סעיף א
מאד מאד צריך הדיין כו' ע"ל סי' נ"ד סי"ח בהגה ובסמ"ע ס"ק מ"ו:

סעיף ב
וכל דיין ששאל שאלה כו' ואי עביד לאחשובינהו ש"ד טור ועיין ב"ח:

סעיף ג
אם קדם התובע כו' ע' בתשו' ן' לב ס"ג סימן צ"ז:

סעיף ד
ממדת חסידותו וכו' וכתב מהרד"ך הא דאינו אלא מדת חסידות היינו כשעשה כן להדיין שלא בפני בע"ד חבירו אבל בפניו ודאי אסור דודאי יסתתמו טענותיו וק"ל עכ"ל סמ"ע:

סעיף ה
כל דיניו שדן בטלים. ע' בתשו' מהר"מ פאדו' ס"ס מ' וע' בריטב"א ס"פ האיש מקדש וע' ב"ח וסמ"ע ס"ק י"ד:

סעיף ו
והוא שיקבל משניהם בשוה. והרמב"ם מסיים ומזה בפני זה והרב המגיד נתן טעם לדבר ע"ש:

סעיף ז
אסור כו' ושכר פשרה כתב בב"ח דשרי ליטול ע"ש:

סעיף ח
ורואה זכות לעני כו' ה"ה כששניה' עניים או עשירים וכתב מור"ש ז"ל דלרבותא נקט זכות לעני כו' דאע"ג דאיכא כבוד רבו וכבוד העשיר עד כאן לשון סמ"ע ובחידושי אגדות לא כ"כ ועיין ב"ח מה שכ' בזה:

סימן יא

סעיף א
כיצד מזמיני' כו' כתב מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' מ"ג פסק הר"ש במקומות שאין שם ב"ד דאי תבע אדם לחבירו ממון והנתבע אומר הביאו לי הזמנה ממקום שיש שם ב"ד ואז אלך עמך שיכולי' בני עירן לקבוע לו זמן או יעשה כל דבר לפניהם ע"כ מצאתי עכ"ל. בספר באר שבע דף קי"א ע"א פסק בראובן שתובע לשמעון שיברור עמו דיינים ושמעון משיב לא אכנס לדין עמך אם לא תגיד לי מתחלה על מה תרצה לדון עמי וראובן אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו כלל שהדין עם ראובן מההוא דאמרינן פ' חזקת הבתי' עביד אינש דלא מגלה טענתי' (חוץ) לב"ד וגדולה מזה פסק הרא"ש בפ' שבועות הדייני' דאין אדם צריך לברר טענתי' אא"כ יראה לב"ד שיש רמאות עכ"ד ואין דבריו נכונים בעיני דל"ד לפ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"א ע"א) דהתם אמרי' היכא דאשתעי מילי אבראי ולא טען ואתי לב"ד וטען דחוזר וטוען מ"ט עביד אינש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא כלומר ומצי הנתבע לומר לא רציתי לגלות טענתי בפניך עד לדין וכן הא דכתב הרא"ש פ' שבועות הדיינים היינו משום שכיון שטוען שפרעו וכה"ג א"צ לבאר היאך פרעו ובמה פרעו אבל הכא ודאי מצי הנתבע לומר הגיד לי מתחלה מה תרצה לדון עמי כי אולי אחרי שאדע תביעותיך אעשה כרצונך ולא אבא עמך להתדיין כלל וכל זמן שאינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו אינו מחויב לבא עמו לדין כלל. כן נלע"ד:

סעיף ב
שולחים לו ב"ד כו' ושכר הזמנה משלם המלוה ולא הלוה וע' בתשו' מהרש"ל מ"ש בסי' ק"ו ס"א:

סעיף ג
ואע"פ שבא השליח בשם אחד כו' ודוקא שיהא שוה לב' הנשארים אבל לא פחות שבכולם כ"כ ביש"ש פ"ט דב"ק סי' ט"ו:

סעיף ד
כתב הנדוי עד שיבא כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ז מ"ש בשם הכלבו:

סעיף ה
מן הצד מה שא"כ בעדים דלקמן סי' מ"ה:

סימן יב

סעיף א
שנים שבאו לפניך לדין כו' עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' קכ"א ובתשו' רשד"ם סי' שע"ח:

סעיף ב
וכן אם היו שניהם חזקים כו' דאם ירדפנו א' השני יעמוד בעזרו כ"כ התוספות עכ"ל סמ"ע (הג"ה היינו דלא כפרש"י שירדפו להפך הדין ופי' קשה היינו בעל מריבה ומטריח הדייני') ועיין ב"ח (הג"ה שהשיג על מור"ם וכתב דהגהות אשר"י כ"כ לפי פי' רש"י אבל לפי' התוס' אפי' שניה' חזקים אינו צריך ליזקק להם משום סכנת הדיין ע"ש מילת' בטעמא ודוק):

סעיף ג
אבל אחר שגמר הדין כו' עיין בתשו' רשד"ם סי' ק"ו.

סעיף ד
ואמר איש פלוני כו' הב"ח כ' דיש להחמיר כהתוספו' ולא נהירא דהא מצו' לבצוע וכן נרא' עיקר כרוב הפוסקי':

סעיף ה
איש פלוני אתה חייב כו' מדברי התו' פרק מרובה ריש (בבא קמא דף ס"ט) ופ' שנים אוחזין ריש (בבא מציעא דף י"ז) מבואר להדיא דמיד שאמר איש פלוני אתה חייב לו אע"פ שלא אמר צא תן לו הוי גמר דין. וכן נרא' להדיא מדברי הנ"י בשם המפרשי' אכן

בסמ"ג עשין ק"ה דף קפ"ט ריש ע"ג מבוא' להדיא שאין זה גמר דין עד שיאמר צא תן לו ע"ש ועיין מ"ש לקמן סי' כ"ב:

סעיף ו

אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם כו' וכתב בשלטי גבורים פ"ק דסנהדרין סוף דף ע"ד וז"ל נרא' בעיני שאין כל הדברים הללו אמורים אלא כשדיינים רוצים להטיל פשרה כפי הנרא' בעיניהם שלא מדעת הבעלי דינים אבל אם הם מודיעי' להם טיב הפשר' ומפייסים אותם עד שהם מתרצים למחול א' לחבירו או לתת א' לחברו דבר ידוע אפי' אחר גמ"ד ראוי לעשו' כן ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסי' ופתויי' וזו היא מצו' גדול' והבאת שלום שבין אדם לחברו ע"כ:

סעיף ז

רשאי הב"ד לעשות פשרה כו' גם בכאן כתב הב"ח דלהתוספות אין רשאי לעשות פשרה ויש להחמיר כדבריהם עכ"ד ואין דבריו נכונים ע"ש גם חומרא זו קולא הוא והעיקר כמו שכתב בטור:

סעיף ח

ויש חולקין עיין ב"ח מ"ש מזה:

סעיף ט

להשקיטם ממריבו' ע"ל ס"ס ק"י עי' בתשו' מהרשד"ם סי' שע"ח:

סעיף י

אע"פ שנתרצו הבעלי דינין כו' אף לאחר שהגידו הפשרה אם אין קנין יכולי' לחזור כן הוא בתשו' מיי' הלכות סנהדרי' ובמרדכי פ' ז"ב עיין בתשו' מהרשד"ם ס"ס י"א:

סעיף יא

יכולין לחזור ואפי' התובע דנתרצ' לוותר עם הנתבע ולמחל לו מקצת התביעות ומחילה אין צריכה קנין שאני מחילה דעלמא דמעצמו ומרצונו מחל לו משא"כ במחיל' דפשרה דעל פי הדיינים מוחל לו וכדי שלא יטעון אח"כ הדיינים הטעו אותי בדבריהן מ"ה בעי קנין עכ"ל סמ"ע ועיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ל"ד ובתשו' מהרש"ל סי' ד' ובב"ח ובא"א פ' המקבל דף ל"ד ע"א ודף ע"ה ע"א:

סעיף יב

דפשרה צריכ' קנין כו' והפשרנים נאמנים שעשו קנין עיין בתשו' ן' לב ספר ב' סי' כ"ט ופשרה שעשו בעלי דינים עצמן ביניהן א"צ קנין כ"כ מהר"מ מלובלין בתשו' סי' מ"ז וע"ש עיין בתשו' ר"ש כהן סי' מ"ד:

סעיף יג
אבל אם קנו מידן ע"ל סי' קנ"ה ס"ח:

סעיף יד
אפי' ביחיד עיין בתשו' רמ"א סי' י"ז דמ"ה ע"ג:

סעיף טו
דדוקא בשנים ע' בתשו' ן' לב ס"ב:

סעיף טז
ה"ה אם נתן שטר כו' ע"ל סי"ג עיין בתשובת רשד"מ סי"ג:

סעיף יז
מחילה א"צ קנין משום שמיד שמחל לו נסתלק ממנו המוחל והיינו דוק' בדלא נ קט המוחל עדיין ש"ח בידו דבתפס שטר' כל זמן שאינו מחזיר לו מיד ל"מ ביה אפי' מחילה גמור' בלא קנין עכ"ל סמ"ע וכ"כ הטור בשם הר' ישעי' וצ"ע דלקמן סי' רמ"א ס"ב לא כ' מור"ם כן ועמ"ש שם כתב הב"ח דהר' ישעי' ס"ל דהלכ' כבית שמאי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ודבריו תמוהין דהא לא קי"ל כב"ש כדמוכח בש"ס ס"פ כל הנשבעין וכ"פ כל הפוסקים עיין בתשוב' מהר"מ מלובלין סי' מ"ז ובתשו' ן' לב ס"א כלל י"ז ר"ס נ"ז:

סעיף יח
אין בדבריו כלום עיין בתשו' רא"ן ששון ס"ס ס"ד ובתשו' ר"א ן' חיים סי' ס"ו דף ק"ט:

סעיף יט
בקנין ובביטול מודעא כו' ועיין מ"ש בשם מהרשד"ם בביטול מודעא בשבוע' בסי' ר"ה ס"ג ועיין בסמ"ע ס"ק כ"ב ועיי' בתשו' מבי"ט ח"א סי' ק':

סעיף כ
ובנה זה קצת כו' עב"ח ועיין בס' מגדל דוד:

סעיף כא
אינם יכולים לחזור בהם כו' עיין בתשוב' ן' לב ס"ב סי' כ"ט בקבלו בוררים והשליש יכריע והשליש עשה פשרה ע"ש:

סעיף כב
בלשון הודא' כו' ע"ל סי' מ' ס"א:

סעיף כג
יכול לחזור בו עיין בתשו' מהרי"ט סי' ק"ב:

סעיף כד
דין פשרה בטעות כו' ע"ל סי' כ"ה בסמ"ע ס"ק כ"ט מ"ש בשם מהרי"ק ובתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ד דף קכ"ט וק"ל:

סעיף כה
שיסכימו כולם עיין בתשו' ן' לב ספר ב' סי' כ"ט ובתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' ח':

סעיף כו
אא"כ אמרו דלא כאסמכתא ע"ל סי' ס"א ס"ה בהגה וסי' ר"ז סי"ח וצ"ע:

סעיף כז
או מעכשיו ע"ל סי' ר"ז ס"ט וי"ד ודוק:

סעיף כח
ואם היה המשכון ש"ח כו' ע"ל סי' ס"ו ובב"י כאן:

סימן יג

סעיף א
אחד מבעלי דינים כו' עיין ב"ח שדקדק מלשון הטור דאם נתרצו בפשר' וזבל"א וזבל"א אין הדייני' יכולים לברור להם ג' בלא דעת הבעלי דינים וע"ש ועיין בתוספות י"ט רפ"ג מסנהדרין עיין בתשו' מהר"י לבית לוי סי' ל"ט:

סעיף ב
אפי' לא הי' האחד שבירר כו' עיין בסמ"ע ס"ק ג' ודבריו לא נהירין:

סעיף ג
אינו יכול לכוף כו' עיין בתשו' רמ"א סי' י"ז דף מ"ה ע"ג ובתשו' רמ"א סי' ק"ד:

סעיף ד
מי שירצה הן גדול הן קטן ממנו כיון שנחית לדין זה בורר ובלבד שיה' הגון עכ"ל סמ"ע ועיין בב"י מחו' ג' בשם ר' ירוחם משמע דצריך שיהא גמיר או שהמחוהו רבים עליה' דאל"כ יכול לעכב ע"ש:

סעיף ה
וי"א דאם הנתבע כו' וה"ה תובע סמ"ע ס"ק ט':

סעיף ו
אין יכולין לחזור בהן כו' ע"ל ס"ס פ':

סעיף ז
דוחקי' אותו כו' עיין בתשובת ן' לב ס"ג סימן צ"ז:

סעיף ח
דהא בעינן שיהיו בעלי הדינים כו' והא דכ' לקמן ס"ס י"ח פוסקין בדיני ממונו' שלא בפני בע"ד מיירי שכבר טענו לפניהם וכמ"ש הסמ"ע שם וא"כ כבר עמדו לפני דיינים אלו שפוסקין הדין והב"ח הקש' ע"ז דהא בתשו' הרשב"א שהביא ב"י לקמן ס"ס ט"ז מיירי שהנתבע נתן זכותו לאחר דאותו אחר לא טען כלל ועוד דלפי הטעם שכתב הרשב"א דדוקא בדיני נפשות דגלי לן קרא וגם בעליו יומת אבל לא בדיני ממונות א"כ אין לחלק אלא נרא' דהרשב"א מיירי דוקא בדיעבד עכ"ד ואין דבריו נכונים דהא מל' הרשב"א בתשובה סי' אלף קי"ח בית דין פוסקין שלא בפני בעל דין כו' הילכך חותכין את דינו היום כו' משמע לכתחלה אלא נרא' כמ"ש דהרשב"א מיירי שטענו לפניהם לכך פוסקין וחותכין הדין שלא בפניו ואע"ג דבתשו' הרשב"א שהביא ב"י לקמן סט"ז מיירי שנתן זכותו לאחר מ"מ קודם שנתן זכותו לאחר טען לפניה' בעצמו והא דכתב הטעם דוקא בדיני נפשות כו' היינו משום דקאי אגמר דין ובהא מחלק בין דיני ממונות לדיני נפשות וכן משמע בתשובת רשב"א סי' אלף קי"ח וז"ל ואף ע"פ שנחלקו בשלהי שור שנגח ד' וה' שאין גומרין דינו של שור אלא בפניו ה"מ בדינו של שור משום דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת אבל בממונא בעלמא חותכין דינו כו' עכ"ל אלמא דבגמר דין מחלק בכך כן נ"ל:

סימן יד

סעיף א
שנים שנתעצמו כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סימן ר"פ וסימן שמ"ג:

סעיף ב
נעלה לב"ד הגדול המחבר העתיק לשון הרמב"ם והוא אינו מחלק בין ב"ד הגדול לבית הוועד (והוא מקום שיש בו קיבוץ חכמים) אבל התוס' והרא"ש והטור מחלקים כו' עכ"ל סמ"ע וכ"פ מהרש"ל ביש"ש פ"י דב"ק סי' י' ע"ש:

סעיף ג
כופין אותו כו' ע"ל סימן ג' ס"א ועיין ברשד"ם סי' ז' וסי' י"ב:

סעיף ד
ואם ב' חכמים סמוכים בשוה כו' עיין בתשו' ן' לב ס"ג ס"ס צ"ז:

סעיף ה
כופין את הלוה כו' היינו כשאין המלוה הולך בלא"ה שמה מהרי"ק שורש צ' עכ"ל סמ"ע ואין לזה טעם וגם מהרי"ק טעה בהבנות תשובת רשב"א והתשובות רשב"א הוא תשובת רמב"ן שמביא בסמ"ע ס"ק ז' [ח] (הגה שאם המלו' הולך בלא"ה שמה יכול הלו' לכופו) וכן פירשה הב"ח וחלק אמהרי"ק ופסק דהמלוה יכול לכוף ללוה אף שיש למלוה דרך שם ולא ללוה ע"ש:

סעיף ו
וי"א דב"ד חשוב כו' עיין בתשובת רמ"א סימן י"ז דמ"ד ע"ג וס"ס ס"ד:

סעיף ז
כופין את הלוה כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן קס"ח:

סעיף ח
וי"א דבטענות נלך לבית דין הגדול כו' עיין בישועות יעקב פרק י' דב"ק באריכות מדינים אלו:

סעיף ט
י"א כו' וכ"פ הב"ח ע"ש עיין בתשו' רשד"ם סי' ב':

סעיף י
חייב לפרוע לו כו' וכ' בישועות יעקב פ' י' סימן י"ד היינו הוצאות סרבנות אבל שאר הוצאות כגון ששלח שליח אחר המעות או ששלח אחריו למקום פלוני א"צ לשלם ע"ש:

סעיף יא
משע' שנעש' סרבן. ואף שלא כתב סרבנות אלא אח"ז מהרש"ל שם:

כתב הסמ"ע וכתב ב"י סימן י"א בשם הרא"ש באם כופר הנתבע שלא הזמינו והתובע מביא עדים שהזמינו והודה הנתבע והביא עדים שבא מיד שהזמינו ה"ל כאילו אומר לא לויתי שאינו נאמן לומר פרעתי אפי' יביא עדים לדבריו עכ"ל ד"מ סי"א ס"ג עכ"ל סמ"ע ובב"י ובד"מ ס"ס י"א העתיקו תשובות הרא"ש והתובע אומר אני אביא עדים וחזר הנתבע והודה כו' משמע שחזר הנתבע קודם שהביא התובע עדים והסמ"ע שהעתיק והתובע הביא עדים נראה דקשיא לי' קושיות הב"ח בס"ס י"א שהקש' מהא דלקמן סימן פ' דמוכח בטו' דבין להרמ"ה והרמב"ם נאמן אם חזר בו קודם שבאו עדים אע"פ שחזר בו משום שראה עדים נאמן כשמביא אח"כ עדים על טענתו השנייה והניח בקושיא והסמ"ע נרא' שמפרש דהרא"ש מיירי שאמר אביא עדים והביא באמת ואח"כ חזר בו הנתבע אבל באמת פשט ל' הרא"ש בב"י ובד"מ לא משמע כן וגם בר' ירוח' נ"א חי"ב לא משמע כן שכתב שם וז"ל וראובן אומר אני אביא עדים ומיראת העדים חזר שמעון

והודה שהזמינו כו'. מדכתב ומיראת העדי' משמע שהעדים לא באו עדיין רק שהיה מתירא שמא יביא עדים לכך נראה דהרא"ש ס"ל דכל שהוד' מיראת העדים ה"ל כאלו באו עדים והיינו כר"א בר' שמעון בפ' מרוב' דף ע"ה אליבא דרב דהא קי"ל התם כרב ואע"ג דחכמים פליגי עליה התם מ"מ כיון דפריך בש"ס התם לימא רב כתנאי וקאמר רב אנא דאמרי אפילו לראב"ש ע"כ לא קאמר ראב"ש התם אלא משום דקמודי מחמת ביעתות' דעדים אבל הכא דמודה בעצמו ואח"כ באו עדים לא משמע דכ"ע ס"ל כראב"ש ולא קשיא מלקמן סימן פ' כמו שהקש' הב"ח דהתם לא ידענ' שחזר בו מחמת ביעתותא דעדים וכדמשמע מדברי הב"ח אלא התם לא קאמר רק דאם חזר בו ואח"כ הכחישוהו עדים נאמן כשמביא עדים על טענתו השניה ע"ש ותרא' כדברי אבל הכא שאמר אני אביא עדים וחזר בו מיראת העדים ה"ל כאלו באו עדים קודם שחזר בו כראב"ש מיהו היינו כשבאו עדים אח"כ וק"ל. מיהו בב"י לקמן סי' ע"ט מביא בשם מ"כ שפסק כחכמים ולא ראב"ש וכן פסק הרב שם בהג"ה סעיף ט' וצ"ע לדינא:

סעיף יב

וי"ח וכו'. עיין בס' א"א דף ע"ה ע"ג:

סעיף יג

וכן נראה לי עיקר ובלבד שעשאו כו' וכ"פ בישש"ש פ"י דבבא קמא סימן י"ד ע"ש:

סעיף יד

ואני אבא אחריך כו' עיין בתשובת מור"ם ססי' פ"ו ד' קס"ט ע"ג:

סעיף טו

שישבע כמה כו'. ועיין לקמן סימן צ"א ס"ג בהג"ה:

סעיף טז

אלא צריך לברר כו'. דין זה תמוה וגם קשה לי דבתשובת הרא"ש איתא צריך לברר והב"ד ישומו לו כו' ומשמע התם דבבירור לחוד או בשומ' ב"ד לחוד לא סגי אלא תרווייהו בעי' ונרא' הטעם דבבירור לחוד לא סגי דלאו כל כמיניה שיוציא כל מה שירצה ובשומ' ב"ד לחוד לא סגי דדלמא לא הוציא והיה נראה להגי' בדברי מור"ם אז הב"ד ישומו לו וכן י"ל בע"ש ובזה תסתלק השגת הסמ"ע עליו אך בד"מ כתב בשם תשובת הרא"ש וזה לשונו רק מה שמברר שהוציא משלם לו ומה שאינו יכול לברר ישומו ב"ד כמה ראוי להוציא וזה ישלם לו ע"כ וצ"ע:

סימן טו

סעיף א
להפך בזכותו כו' ונראה דאין לת"ח בזמנינו דין זה כ"כ הסמ"ע ס"ק ה' [ד'] והב"ח לא כ"כ (הג"ה וע"ל ס"ס א' מ"ש בשם תשובת ר"י מטראני ולדבריו שם משמע שיש בזמן הזה דין ת"ח לענין זה מכח כ"ש דליטר' דדהבא וכדמוכח מהסמ"ע בעצמו דאם הי' דין ת"ח בזמן הזה לענין ליטרא דדהבא כ"ש דהוי לענין להפך בזכותו וק"ל:

סעיף ב
אפי' פתחו כבר בדין עיין בסמ"ע ס"ק ד' [ה'] ודלא כב"ח שמשיג על מור"ם בזה:

סעיף ג
הדיין שבא לפניו דין כו' ע' בסמ"ע סק"ט וע' ב"ח:

סעיף ד
וכשהי' רואה הרא"ש כו'. ע"ל סי' ס"א ס"ט ע' בתשובת רשד"ם סי' קכ"ט:

סעיף ה
באומדנא דמוכח. (הגה וכן אם הנתבע אינו רוצה להשיב על כל דבר שחוקר אותו ודאי רמאי הוא ויכול לפסוק לו כאלו השיב לו ונתבר' שהוא שקר כ"כ הרא"ש בתשובה הביאו סמ"ע ס"ק י"ג):

סעיף ו
ומשרבו הבתי דיני' כו'. (הגה וכתב מהרי"ק שורש ק"ח דאף בזמן הזה מוטל על הדיין לדון ע"פ האמת שנתאמת לו ולא ע"פ הטענות אם הם מכחישות האמת וכ"כ רשב"א בתשובה עכ"ל סמ"ע) ע' בתשובת ר' משה אלשיך סי' ח' ובתשובת ר"מ אלשקר סי' קי"ט:

סימן טז

סעיף א
נותנין לו זמן ל'. עב"ח וע"ל סי' כ"ד בסמ"ע ס"ק ד':

סעיף ב
ואם מביאן אח"כ. ע"ל סי' פ"ז ס"ל:

סעיף ג
אין נותנין זמן לבטלה. (הגה ואף שאין ידוע שדעתו להשמט' רק שיש לכשנגדו הפסד בזה צריך להביא ראיה תוך ל' סמ"ע ס"ק ד' בשם רשב"א):

סעיף ד
ואמר אין לי ראיה עיין ב"ח וצ"ע:

סעיף ה
יש מי שאומר שנשבע ונפטר. ע"ל סי' ך' וסי' ע"ה סכ"ה:

סעיף ו
בלי דחייה כו'. בתשובת ריטב"א שבב"י וד"מ איתא בזה"ל אם כתוב בשטר שישלם לו לזמן הקצוב בלי השמט' ובלי תביעות שום זמן ב"ד תנאו קיים ע"כ והרב קיצר בדבר:

סעיף ז
שטר שבידך כו' פי' כשאמר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו עכ"ל סמ"ע וצ"ע וע' ב"ח:

סעיף ח
שיש בו זיוף. עיין בסמ"ע ס"ק ט"ז מ"ש בשם נ"י וכ"ה בה' המגיד פכ"ד מה' מלוה וע' מ"ש בסמ"ע עד משא"כ בדברי גוף השטר כו' ועיין ב"ח מ"ש בזה והסכים לדעת המחבר ובלא טענת זיוף אין נותנין הטפסה וע"ש ע' בס' מגדול דוד ובתשו' ר"ל ן' חביב סי' צ"ז:

סימן יז

סעיף א
קצר דבריך כו' אבל לשניה' יכול לו' ב"ח ופשוט הוא:

סעיף ב
בגדים יקרי' כו'. כתב בראב"ן דף קט"ז ע"ב וז"ל והאידנא לא נהיגי הכי ונ"ל דוקא איצטלא של ק' מנה אבל האידנא דלא מלובשי' בכך מלבושים לא חיישינן להטייה עכ"ל:

סעיף ג
אלא שנים עומדי' כו' ואם ישב א' מעצמו והב' עומד אין זקוק לו ב"ח:

סעיף ד
שניהם בעמידה. עיין בסמ"ע ס"ק ה' והב"ח חולק עליו שם ואין דבריו מוכרחי' ע"ש:

סעיף ה
ועמידה על ידי סמיכה. כתב הסמ"ע ומיהו נראה לע"ד דאם היו הדיינים וגם העדים נסמכי' בדין א' בפע' אחת דאסור למעבד הכי דממ"נ חד מהם לא עביד כדינא עכ"ל והב"ח חולק עליו והביא ראיה מהש"ס שבועות הדייני' מהא דיתיב כמאן דשרי מסאני ופירש"י כלומר לא עומד ולא יושב וכו' שמעינן דשחיי' חשובה באדם אחד עמידה וישיבה דלגבי דיין שיעמוד הדיין מקמי ת"ח חשובה עמידה ולגבי דיין עצמו שצריך שיהא דן בישיבה חשוב' ישיבה ויוצא בה ידי שניהן עכ"ל:

סעיף ו
ת"ח שבא לדין כו'. עיין בא"א דף ע"ה ע"א שלא ידע מאין הוציא הרב דין זה והוא מהרמב"ן והר"ן פ' שבועות העדות ע"ש ומבואר שם מה שהקשה הא"א הא דהוצרך רב נחמן להפרח' אווזא משום דאשת חבר לאחר מיתה היתה ע"ש:

סעיף ז
שמושיבין בע"ד כו'. עב"ח שכ' מ"מ העדים והבע"ד בעצמם כל מי שנגע ירא' אלהים בלבבו ועמדו אבותיו על הר סיני יחושו לכבוד התורה והמצוה לקיים מצות ועמדו שני האנשים וגומר וראוי להם להשיב לדיינים ואנחנו נעמוד לפני ה' ולפניכם כי המשפט לאלהים הוא עכ"ל:

סעיף ח
וע"ל סימן קע"ו כו'. ע"ש ודו"ק:

סעיף ט
אסור לדיין לשמוע כו'. אבל אם שמע מותר עיין בתשובת ן' לב ס"ג סימן צ"ז וכ"כ ר"ש מדינא סימן ב' אכן אם כבר נשאל מדיין וכתב לו פסק ודעתו עליו אין רשאי לפסוק דחשיב כנוגע שם וכ"כ ר"ל ן' חביב באגרת הסמיכה אשר לו:

סעיף י
איכא זלותא להחכם. עיין בס' באר שבע דף קט"ו ע"ב:

סעיף יא
לא יהי' הדיין שומע מפי המתורגמן כו' ע"ל ס' קכ"ג וקכ"ד ודוק וע' ב"ח:

סעיף יב
אפי' הביא א' מבעלי דינים כו'. עי' בסמ"ע ס"ק י"ט עד ולא כמ"ש בע"ש בדאין מקבלין ע"א הכל מודין דאסור כו' וכ"כ הב"ח וע"ל סי' מ"ב סק"ה בסמ"ע:

סעיף יג

בעיניו כרשעים כו'. ועפ"ז כ' בס' חסידים דאין להסתכל בפני הבע"ד כשטוענים דאסור להסתכל בפני רשע (הג"ה ונרא' דוקא היכא שיש כפיר' ביניהם כי ההיא דהכא ופשוט):

סעיף יד

צריך הדיין כו' כך משמע בפ' אלו מגלחין:

סעיף טו

אין לו לדיין לפסוק כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ו קשה למה א"ל רבא ואי לא אפסיק לך דינא כרב הונא אליבא דר' יוסי וכתבו התו' דלא להפחידו אמר כן כו' גם בהגהות ד"מ למהרו"ך מצאתי שהקשה כן וז"ל שם ולא עמדתי על סוף דעת מור"ם דממ"נ אי אמר רבינ' התובע לפני רבא הדיין המעשה כאשר הי' שם שתבע ממנו תחלה הרבה ולבסוף נתפייס ליקח ממנו דבר מיעוט כשיתן לו מרצון הטוב א"כ אין ראיה משם כיון דרבינא עצמו ידע דחייב לו יותר ויתפייס במיעוט ואי לא אמר רבינא לפניו כל המעשה אלא תבע ממנו דבר מיעוט א"כ איך קאמר לו רבא הדיין ואי לא דיינינן לך כרב הונא הא אסור לדון כן כיון דהוה יותר ממה שתבעו והתו' כתבו שם דלדינא אמר כן ולא להפחיד וצ"ע עכ"ל ולפע"ד משום הא לק"מ דמ"ש התוס' דשלא להפחידו אמר כן היינו לאפוקי דלא ס"ל כותי' ע"ש משמע כן להדיא אבל מ"מ יכול להיות דאע"פ שס"ל כרב הונא א"ל כן להפחידו ולא לפסוק כן באמת כיון שרבינא תבעו מעט וכ"כ הב"ח בסוף דבריו ועוד נראה לפע"ד דבלא"ה לא ק"מ מעיקרא ודברי מור"ם נכונים וברורים דוודאי לפי הבנת הסמ"ע והב"ח שהבינו מדבריו דאפי' התובע טועה בדין או שאינו בקי בדין אינו רשאי הדיין לפסוק לו יותר קשי' מנ"ל למור"ם דעובד' דרבינא הכי הוי ומה שתירץ הב"ח בזה וז"ל בע"כ צ"ל דרבינא כשהי' תובע לרוניא קמיה דרבא לא שאל ממנו אלא בסתם שיתן לו אגר נטיר' שאל"כ אלא שהיה טוען לפני רבא דמגיע לו כמה דגדר וכרב הונא דהלכתא כותיה אלא דמוותר כנגדו ואינו שואל אלא אגר א"כ מאי קאמר רבא ואי לא דיינינא לך דינא כרב הונא דמה בכך שידון כרב הונא מ"מ רבינא לא יקח יותר מאגר נטירא כמו שטען רבינא בפירוש בע"כ צ"ל דהוי תובעו בסתם שיתן לו אגר נטירא וקס"ד דרבא שלא היה יודע רבינא דהלכתא כרב הונא ע"כ היה אומר רבא ואי לא דיינינא לך כר' הונא וכו' כלומר דלאחר שאפסוק הדין שוב לא יתפייס רבינא בפחות והשתא קשה דלפי מחשבתו של רבא דטעה רבינא בדין אמאי קא"ל זיל פייסי' במאי דאפייס ה"ל לפסוק לו שיתן לו כפי מה שגדר כרב הונא אלא בע"כ דאין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע כו' זה נ"ל ראיה ברורה ואין לפקפק עלי' עכ"ל ולפע"ד לא תירץ כלום ואין זו ראי'

כלל דהא רבינא גופא באמת מתחל' שאל כמו שגדר א"כ רבינא היה סבור מתחלה שיתן לו כל מה שיחייב לו ע"פ הדין וכשראה שאינו רוצה ליתן לו מה שחייב לו ע"פ הדין רצה להתפשר עמו וליקח דמי קנים בזול או אגר נטירא כדי שלא למיקם עמו בדינא ודיינא וא"כ גם כשבא לפני רבא אף שנתרצ' ליקח בפחות היינו על פי רצונו הטוב אבל אם לא ירצה רוניא ליתן לו בלא דין אלא יקוב הדין ההר ולא יתן כלום כ"א ע"פ כפיה בדין לא יניחו לו רבינא כלו' א"כ קאמר ליה רבא זיל פייסי' במה דאפייס מרצונו הטוב קודם שאפסוק הדין ואי לאו שלא תתן לו כלום אלא ע"פ כפיה בדין דיינינא לך כרב הונא ועוד קשה לפי הבנת הסמ"ע והב"ח אם הדיין רואה שמגיע לו לתובע ע"פ הדין יותר ממה שתובע והתוב' טועה בדין או אינו בקי למה לא יפסוק לו לשל' לו כל מה שמגיע לו על פי הדין דאטו משום שהתובע א"י ששלו הוא אצל חברו לא יפסוק הדיין להחזיר לו ובאיזה צד יזכה הנתבע במה שבידו משל חבירו דאי משום מחילה ליכא דהא לא ידע דמחל. גם מ"ש הסמ"ע דבריב"ש סי' רכ"ז מיירי דהתובע ידע ורצ' לוותר עמו כו' המעיין בריב"ש שם יראה להדיא דליתא ועוד שהרי הריב"ש שם התרעם על הדיינים במה שפסקו כן והתובע שם היה טוען בסתם ונתן הברירה להנתבע כו' ומאי תערומתי' דהריב"ש דלמא הדברי' כפשטן שראובן לא אמר שמוותר אצלו אלא נתן לו הברירה בסתם ולא ידע הדין ע"ש אלא נראה לפע"ד דהדברי' כפשטן ודברי מור"ם הן ממשדברי הש"ס דעובדא דרבינא ורוניא ודברי הריב"ש סי' רכ"ז שהרי לא היזכר בדברי מור"ם שהדיין רואה שהתוב' טועה בדין אלא סתמא קאמר בע"ד שתבע את חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו יותר כו' והיינו שהבע"ד תובע בסתם דבר מועט לא יפסוק לו הדיין יותר ולומר בודאי התובע טוע' בדין אלא יכול להיות שמוותר כנגדו או מחל לו ולכך מספק לא יוצי' ממון והיינו ממש עובדא דרבינח שרבינא בודאי תבע את רוניא לפני רבא בסת' שיתן לו אגר נטירא שהרי לא הוזכר בש"ס שם שהיה להם ויכוח לפני רבא ושאמר רבינא שמוותר נגדו אלא סתמא קאמר בש"ס אתא לקמיה דרבא משמע שבא לפני רבא ותבעו שאינו מבקש ממנו רק אגר נטירא ולמה לא פסק לו רבא יותר והיה לו לחשוב שרבינא א"י שהלכה כרב הונא ואי הוה ידע הוי תבעו יותר א"ו כיון שיכול להיות שרבינא ג"כ יודע ההלכה ומוותר נגדו [אין] לפסוק יותר וכן מוכח להדיא בריב"ש סי' רכ"ז ע"ש שראובן תבע את שמעון בסתם ונתן לו הברירה כו' וכתב שם הריב"ש וז"ל כיון שהוא ויתר לשמעון בפני ב"ד ונתן לו הברירה היה ראוי לדייני' לפסוק הדין כפי תביעתו כו' ואע"פ ששמעון לא קיבל דבריו מ"מ כיון שראובן עומד בתביעתו לא היה להם לחייב את שמעון ביותר מתביעתו של ראובן כו' ולזה ראוי לגמור

הדין כתביעת ראובן ולתת הבחירה לשמעון כו' עכ"ל ור"ל דכיון שהוא ויתר לשמעון ונתן לו הבחירה ואין אנו יודעין מאיזה טעם ויתר מ"מ אין לחייב יותר מתביעתו כל זמן שלא נתברר באמת שהוא טוע' בתביעתו כן נלפע"ד ברור (ושוב ראיתי בעיר שושן כ' וז"ל בעל דין שתובע את חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע אין לדיין לפסוק לומר שיתחייב לו יותר ממה שתבע ואם פסק הוי טעות בדין וחוזר וטעמא דשמא התובע כבר הצדיק הדין בעצמו ויודע על פי חשבונו שאינו חייב לו יותר אע"פ שע"י טענותיו נתגלה שנתחייב לו יותר אינו רוצה לגלות לו שמא מנכה לו מה שחייב לו ממקום אחר או שמא מחל לו ועכשיו שרואה שהדיין פוסק לו יותר הוא חוזר בו ומראה לו היתר שיקח כל מה שפוסק לו הדיין כי יאמר הרי הכל רואין שהדין עמדי ומה שחשבתי כבר ודאי טעיתי עכ"ל משמע להדיא כדפי') גם מ"ש הסמ"ע דמדברי מור"ם נלמוד דמותר או חיוב לדיין לומר כן להנתבע זיל תן לו במה שתבעו לך ואי לא מנדין לך עד שתתן לו כל מה שאתה מחוייב ליתן לו מן הדין וכן יעשה הדיין שיקנסו אם לא ישמע וכמ"ש התוס' הנ"ל דלא להפחידו אמר כן אלא לדינא ומשום קנס א"נ גם מצד הדין דכיון ראינו רוצה ליתן לו לפחות ה"ל כאלו לא תבעו בפחות אלא באו לפני הדיינים ופוסקים לו בדיניהם ודוק עכ"ל אינו מוכרח לפי מ"ש דמ"ש התוס' שלא להפחידו אמר כן היינו לאפוקי דל"ת דלא ס"ל כך הלכה ודו"ק:

סעיף טז

ואם פסק כו' כתב בס' באר שבע דף קט"ו סוף ע"ב שמותר לדיין לפסוק לזכות את בעל השטר ע"פ אותו הזכות שרואה הדיין בשטר אע"פ שבעל השטר לא טען אותו הזכות ולא הרגיש בו כלל והביא ראיות ע"ש וצ"ע קצת:

סעיף יז

הוי טעות בדין וחוזר כלומר הדין חוזר כל זמן שלא הוציא הדיין ממון וכן היה המעשה בריב"ש שם בברירה שנתן ראובן בחלוקת השכירות ממון או בחלוקת השנים ופסק הריב"ש דהדין חוזר והברירה ביד שמעון אבל אם הוציא הדיין מה שמגיע לו ע"פ הדין ונתנו לתובע נראה דאינו חוזר לפי מאי דפרישית ושאין לדיין לפסוק יותר משום שאין להוציא ממון מספק א"כ השתא דכבר הוציא היכא דקיימא ממונא תיקום ודו"ק:

סימן יח

סעיף א
הביא א' מבעלי דינים עדים כו' עיין בספר באר שבע דף קט"ו ע"ב שכתב דאסור לדיין לדון היכא דגילה דעתו קודם וע"ש וצ"ע (הגה וע' לעיל סי' י"ז ס"ק ט'):

סעיף ב
אבל ארבעה אומרים כו' וכתב מור"ש ז"ל דה"ה אם ג' מזכין וב' אומרי' א"י דהולכין אחר הרוב אבל ב' מזכין ואחד מחייב וב' אומרין א"י צריכין להוסיף כיון דאין כאן רוב נגד האומרים א"י עכ"ל סמ"ע ובב"ח חולק ע"ז ע"ש ועיין בכ"מ הביא תשובת הרשב"א ותראה להדיא דהדין עם הכ"מ ומהרש"ל דגם הרמב"ם פסק כת"ק דר' אילא וס"ל לת"ק דבעי ג' שיסכימו לדעת אחד ותו לא משגחי' אף אם ב' אינם יודעים ודלא כרב אילא ודו"ק כן נ"ל כי היכי דלא נישוי מחלוקת גדול בין הרמב"ם והר"ם והרשב"א ודו"ק עיין בתשובות מהרי"ט ר"ס צ"ה:

סעיף ג
וכן נ"ל עיקר כו' ועיין בספר א"א דף ע"ו ובשארית יוסף ובתשובת שלום סימן ל':

סעיף ד
ואפשר דעתו לחלק כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' ובב"ח:

סעיף ה
אין השני' יכולים כו' היינו כשאינם יודעים להיכן הדין נוטה אבל אם יודעים יכול להסתלק והם יגמרו ועב"ח סימן י"ב:

סעיף ו
ב"ד פוסקין כו' עמ"ש לעיל סי"ג בזה:

סימן יט

סעיף א
וגדול שבדיינים כו' הטעם שלא ירגיש הבע"ד מי זיכה ומי חייב עכ"ל סמ"ע ועיין בתי"ט פ"ג מסנהדרין משנה ב':

סעיף ב

מכלל הולך רכיל כו' כ' מהר"א שטיין בלאוין ט' גם בכלל לאו זה דלא תלך רכיל שלא יאמר א' לנדון הדיין עשה לך שלא כדין במה שחייב אותך כדאמרי' בהגוזל גבי מגרומתא וכו' והביאו הב"ח ואין ראייתו מהגוזל מוכרח' ועיין שם בש"ס:

סעיף ג

כדרך שנתבאר כו' ע' בסמ"ע ס"ק ב' (הג"ה ראובן ושמעון שבאו לדין ויצא א' מהם זכאי ושוב חזר בע"ד ותובעו בפני ב"ד אחר אין זקוק לו לירד עמו לדין ולא להשיב על טענתו וגם אין הב"ד רשאי לשמוע דבריו כלל אחר שיצא מב"ד זכאי דב"ד בתר ב"ד לא דייקי כ"כ ד"מ בשם תשו' הרא"ש הביאו בהגהת סמ"ע שם ואפי' אם רואי' התלמידי שהפסק שלא כדין אינן רשאין לקרוע עד שיבא הרב שהוא יודע יותר מהם רבינו ירוחם הביאו בהגהות סמ"ע שם):

סעיף ד

ואם אינו רוצה כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ה' שתמה דהא התרומות כתב דלעולם אין מנדין לו לאלתר בלי המתנ' והתראה ולק"מ דכאן מיירי שאינו מקבל פסק הדיינים אבל שם מיירי שאינו רוצה לשלם ואינו אומר נגד הפסק ב"ד:

סעיף ה

מנדין אותו עד"מ שם כתבתי ענין הפתיחה האיך הוא עכ"ל סמ"ע וע' בישו"ש פ"י דב"ק מ"ש שם עליו:

סימן כ

סעיף א

מי שנתחייב בב"ד כו'. ע' בספר מגדול דוד:

סעיף ב

אבל אם לא אמר אין לי ראייה כו' ול"ד עדות וראיה אלא ה"ה אם טוען טענה א' ולא שאלו הב"ד אם יש לו עוד טענות או זכיות אחרי' שיוכל לטעון אח"כ טענות אחרות שאינם סותרות הראשונה ולסתור בהן הדין וכן כ' הרא"ש בכלל י"ג סי"ט והביאו בד"מ עכ"ל סמ"ע וה"ה אם שאלוהו יש לך ראיה ושתק מביא וסותר או טוען עוד ע"ש:

סעיף ג

מופקדת ביד אחרי' כו' עיין בסמ"ע ס"ק ח' וע' ב"ח שחולק עליו ולא פירש כן ע"ש:

סעיף ד

אבל יורש שהי' קטן כו'. ע' במרדכי פרק ז"ב מ"ש בשם רב האי בשערי שבועות ודו"ק:

סעיף ה

שאין היורש קטן כו'. ע' בסמ"ע. ס"ק י' ובב"ח.

סימן כא

סעיף א

ואין נותנים לו זמן יותר. פי' לענין שלא יאבד זכותו אלא אבד זכותו מיד ונתחייב מיד בכל מה שחייב עצמו חבל אם תובע זמן לפרוע מה שחייב נותנין לו כדלקמן סי' ק' וכן הוא בתשו' רשב"א סי' תתקל"ג בהדיא ומסיים בה כאותה ששנינו בפ' גט פשוט מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו ואמר אם לא אתן לו מכאן ועד יום פלוני החזר לו את שטרו והגיע זמן ולא נתן יחזיר לו את שטרו בזה נותנים לו זמן ל' יום כזמן שנותנים לכל מי שיתחייב בב"ד לפרוע לבעל חובו ע"כ ועיין עוד שם כי הב"י מביא תשובת רשב"א בקצרה ובתשובה (דפוס) שם מבואר הדבר על נכון ע"ש:

סעיף ב

שהיה אנוס כו'. ע"ל סי' נ"ה סעיף א' מ"ש בזה:

סעיף ג

הרי זה פטור מקנין. עיין בבית חדש שדחק ליישב הירוש' דקידושין להרמב"ם והמחבר ולפי ע"ד בחנם דחק דש"ס ערוכה (בש"ס דילן) פרק ד' דנדרים דף כ"ז ע"א וע"ב כהרמב"ם בההוא גברא דאתפיס זכותי' ואמר אי לא אתינא מכאן עד תלתין יומין לבטליה זכותיה כו' ומסיק דלא בטלין זכותיה משום דאונסא פטור בממון אע"ג דקנו מיניה בבית דין חשוב וכן מוסכם מכל הפוסקים וכדלקמן סי' נ"ה גם על הב"י וכ"מ קשה שמשמע ממנו שהרמב"ם הוציא כן מהירו' וליתא אלא כמ"ש גם על הסמ"ג והגהות מיימוני יש לדקדק כן ומכל שכן לפי מה שהגיה הב"ח בסמ"ג "אכן במקום "וכן ראיתי בירושלמי כו' דמייתי הסמ"ג הירושלמי נגד דעת הרמב"ם קשה הרי ש"ס ערוכה בנדרים כהרמב"ם (ויש שהיו רוצים להגיה בירושלמי אונסא כמאן דלא עב"ר ברי"ש במקום עב"ד בדל"ת וכן הוא בב"י וליתא אלא אדרבא בב"י ט"ס הוא שבסמ"ג והגהות מיימוני וכ"מ הוא בדל"ת וכן הוא בהר"ן ובירושלמי בקידושין פרק האומר ובגיטין פרק מי שאחזו וכן הוא בחדושי הרשב"א פרק מי שאחזו וז"ל ר' יוחנן אמר אונסא כמה דלא עבד כלומר דאין טענת אונס וריש לקיש אמר אונסא כמה דעבד כלומר דיש טענת אונס

עכ"ל וכן מוכח עוד להדיא בירוש' שם דקאמר התם רבי יוחנן מפקיד לבניה דליהוין עבדין כריש לקיש דלמא איכא דסבר כר"ל ובאין לידי ממזרו' אלמא דלרבי יוחנן אינה מקודשת ע"ש) וא"כ אפי' לא יסבור הירושלמי כן אין ממנו קושיא על הרמב"ם כיון שבש"ס דילן מבואר להדיא כהרמב"ם ועוד נ"ל ברור דגם הירושלמי סובר כש"ס דילן ואין ענין דינו של הירושלמי לכאן כלל דבירושלמי מיירי להדיא שאמר לה מקדש אני לך ע"מ מכניסיך ליום פלן ואין אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי כלום ואירע לו אונסא ר"י אומר אונסא כמאן דלא עבד. וה"נ דס"ל לר"י דהיכא דאדם מחייב עצמו נגד חבירו בדבר שלא היה חייב על תנאי וארעו אונס לזה שחייב עצמו שלא קיים התנאי פטור והרי הדבר כמו שהיה מקדם דאונס רחמנא פטריה אבל מי שחייב עצמו נגד חברו בדבר שלא היה חייב ע"מ שיעשה לו חברו איזה ענין ליום פלוני וארעו אונס לחבירו אין המתחייב חייב בשביל אונסו של זה דאונס רחמנא פטריה אמרינן אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן ומה לו בזה שארעו לחברו אונס הרי לא קבל על עצמו חיוב זה אלא על התנאי זה וכיון שלא קיים חברו התנאי אף שהוא מחמת אונס למה יתחייב הוא ונראה שלזה כוון הר"ן בקדושין פרק האומר שכ' דטעמא דר' יוחנן דלא דמו קדושין לגירושין דהתם אין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקידושין אא"כ יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקידושין עכ"ל ודלא כהב"ח שלא הבין דברי הר"ן כן ולכן כתב דברישא היכא שהתובע שואל השבועה מהנתבע כו' דמי לקידושין ולכן דחק עצמו ליישב דשאני קידושין דאל"כ תהיה עגונה כו' אלא כוונת הר"ן כמו שכתבתי וא"כ גם כשהתובע שואל השבועה מהנתבע לא דמיא כלל לקידושין מה"ט וזה ברור ודו"ק: ועיין מה שכתבתי בספרי נקודות הכסף ביורה דעה סוף סי' רל"ו דדוקא אם פירש מתחלה התנאי כן בשעת המעשה שע"מ כן הוא עושה כן אבל אם מתחל' נעשה הדבר בסתם ואח"כ נעשו תנאים אחרים ביניהם אז דוקא כשהתנאים הם דבר שגוף המעשה תלוי בו הוא דפטור זה שכנגדו אפילו העיכוב של חברו הוא מחמת האונס ואם אין העיקר תלוי בו חייב ולכן בקידושין שבזמן הזה שמתחלה נעשה השידוך בסתם ואח"כ נותנים תנאים כגון שזמן הנשואין יהיה ליום פלוני וכותבים כך בקשרי התנאים ולא נתפרש שהשידוך נעשה ע"מ כן אע"פ שאח"כ א' מהם עבר הזמן חברו מחוייב לקיים השידוך כיון שעבר מחמת האונס ואין עיקר הזיווג תלוי בזמן וכן מחלק בספר טורי זהב שם והוא מוכרח בתשובת מהרי"ו סי' קל"ז ובדברי הר"ב בהג"ה שם אבל כל שמתחלה נעשה ע"מ כן אפי' אין עיקר המעשה תלוי בזה פטור חברו שכנגדו

אע"פ שהעיכוב היה מחמת אונס וכדמוכח מן הירושלמי הנ"ל שהבאתי ודלא כבעל טורי זהב שם שמשמע מדבריו שאין חילוק בזה ועוד השגתי עליו שם באריכות על שאר דבריו ע"ש ודו"ק:

סעיף ד

וישבע כשיתבענו חברו כו'. וה"ה בדין השני יכול לבוא אח"כ וישבע ויטול וכ"כ בסמ"ע בתחלה ולא כמ"ש בסמ"ע אח"כ די"ל דלענין לישבע וליטול לא אמרינן הכי דליתא אלא כמ"ש ונכלל במ"ש וכן כל כיוצא בזה וכן דעת הב"ח ועיקר.

סעיף ה

וכל זה כשקנו מידו כו' כתב בסמ"ע דבדין הראשון בעינן קנו מידו בב"ד חשוב ובמעכשיו כדלקמן סימן ר"ז רק דלא בעינן מתפיס זכותיה והב"ח חלק עליו דהכא כיון שאין כאן הפקעת ממון בבירור סגי בקנין לחוד ע"ש ובעיר שושן כתב כהסמ"ע דקנו מיניה בב"ד חשוב ומשמע מדבריו דגם בדין השני צריך קנין בב"ד חשוב שהרי כ' כן בסוף על כל הסי' וכן ב"י לקמן סי' ר"ז דף רצ"ו סוף ע"א קודם ד"ה ומ"ש רבינו ונקרא בית דין חשוב כו' כתב דהרמב"ם סמך אהיכא שהזכיר דיני אסמכתא ומיירי שקנו מידו בבית דין חשוב והתפיס זכותיה גם כן ומיהו בסיפא כיון שהלה תפוס אבד זכותו בכל ענין עכ"ל ועיין מ"ש בסי' ר"ז:

סימן כב

סעיף א

מי שקבל עליו כו' כתב הגה"ה אשר"י פ' זה בורר וז"ל כול' מתני' מיירי שקבל עליו אבא ואביך ודור לי בחיי ראשך וגם קבל עליו קרוב או פסול היינו כשקבל עליו בב"ד דאי חוץ לב"ד ולא קנו מיניה אפילו לאחר גמר דין חוזר לכ"ע מא"ז עכ"ל. אבל הנ"י פ' יש נוחלין כתב דמיירי שלא קבל בפני ב"ד אבל קבל בפני ב"ד קרוב או פסול אפי' קודם גמר דין א"י לחזור וכן בדור לי בחיי ראשך כשקבל שלא בפני ב"ד ונשבע זה כמו שא"ל א"י לחזור בו אבל א"ל כן בפני ב"ד. מיד כשקבל הלה לישבע ה"ל כאילו ציוו לו ב"ד כן עכ"ד וע"ש ובב"י כתב על דברי הגהת אשר"י וז"ל אבל רבי' ירוחם כ' שאפי' אמר כן חוץ לב"ד אינו יכול לחזור מאחר שנשבע וכ"כ נ"י בפרק יש נוחלין בשם האחרונים ומעשה באחד כו' ופסקתי כו' כדברי רבינו ירוחם ונמוקי יוסף עכ"ל ומביאו ד"מ ולפענ"ד עיקר כהג"ה אשר"י וכמו שאבאר וגם נראה דר' ורוחם מודה לדינא להג"ה אשר"י ולא כתב בנתיב ג' ח"ג כן רק גבי שבועה והיינו מטעם דכיון שעש' זה מעשה על פיו ונשבע וכן

מדויק שם בל' ר' ירוחם ע"ש אבל בנאמן עלי אבא ואביך כתב ר' ירוחם גופי' להדיא בסוף נתיב א' דאם לא היה בפני ב"ד יכול לחזור בו אף לאחר גמר דין כ"ז שלא קנו מידו ומ"ש הגהת אשר"י גם בדור לי בחיי ראשך דחוק לב"ד יכול לחזור בו י"ל דהגהת אשר"י ס"ל דגמר דין דדור לי בחיי ראשך הוה כשקבל עליו לישבע וכמ"ש הנ"י שם או כמ"ש ר' ירוחם בנתיב ג' שם כשאמרו לו בית דין השבע כמו שאמרת הוי גמר דין ובהא כתב ר' ירוחם שם להדיא דאם אמר כן חוק לב"ד יכול לחזור אבל כשנשבע זה על פיו מודה הגהות אשר"י לר' ירוחם וכן כתב הב"י שם בשם האחרונים להדיא דגמר דין דשבועה היינו כשקבל עליו לישבע וכשא"ל כן בפני ב"ד מיר שקבל עליו לא יוכל לחזור בו אבל חוק לב"ד יכול לחזור בו ואם נשבע מאחר שנשבע על פיו א"י לחזור בו אפילו אמר כן חוק לב"ד ע"ש נמצא רבי' ירוחם והגהות אשר"י לא פליגי אהדדי ואדרבא שניהם לדבר א' נתכוונו ודלא כב"י וד"מ. וגם הנ"י נראה שמודה בדין שבועה להגהות אשר"י ולא פליג עליה רק בדין קבל עליו קרוב או פסול ודלא כנראה מב"י וד"מ דפליג הנ"י אהגהות אשר"י גם בדין שבועה ודו"ק:

ולענין דינא לפי מ"ש לענין שבועה בא"ל כן חוק לבית דין אין כאן מחלוקת בין הגהות אשר"י ונ"י ור' ירוחם כלל רק לענין קבל קרוב או פסול נראה לדינא עיקר כהגהות אשר"י דלא מהני רק כשקבל בב"ד אבל חוק לב"ד אפילו לאחר גמר דין יכול לחזור מאחר שבארתי שאדרב' ר' ירוחם ס"ל בהא כהגהות אשר"י ועוד שלפענ"ד מוכח כן בירושלמי דהכי איתא בירושלמי פ' זה בורר נאמן עלי אבא כו' אמר לו נאמן עלי אביך קבל עליו בפני שנים יכול הוא לחזור בו בפני ג' אין יכול לחזור בו (ובנ"י ספ"ק דמציעא הביא הירושלמי הזה בקצרה ופירשו בשם הרשב"א והר"ן דמשהתחילו לטעון בפניהם הוי קבלה ומביאו ב"י לעיל ריש סי' י"ג ע"ש) שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה אינו יכול לחזור בו רבי יוחנן וריש לקיש אמרו אפילו נטל מזה ונתן לזה יכול הוא לחזור בו ע"כ בירושלמי הרי דאף לשמואל כל שלא נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו כשקבל בפני שנים אף שכבר גמר הדין ועוד דהא קי"ל כר' יוחנן ור"ל לגבי שמואל ולדידהו אפי' נטל מזה ונתן לזה שהוציא ממון יכול לחזור בו כשקבל בפני שנים ואין לך גמר דין גדול מזה וכ"ש אחר גמר דין כשלא הוציא ממון עדיין. וא"כ ה"ה בפני ג' חוק לבית דין כשנים בב"ד דמי דכל חוק לבית דין שלא במקום הקבוע בישיבת הדיינים אפילו הם ג' לא מיקרי בית דין וכדלקמן סימן ל"ט סעיף ז'. ועוד דהא שמואל ס"ל שנים שדנו דיניהם דין ואפ"ה ס"ל כאן דכל שלא הוציא מזה לזה לא מיקרי קבלה א"כ כל שכן חוק לב"ד:

סעיף ב

דאיכא תרתי לריעותא כו' כתב הסמ"ע וז"ל נראה דאם קבל עליו כשר א' במקום ג' לא מיקרי תרתי לריעותא וכן מוכח ממ"ש הטור בסי' שאח"ז וכן מוכח מתשובת הרא"ש כלל נ"ו דין ח' והביאו ד"מ סי' זה ס"ג (וב"י מחו' ו') עכ"ל ואין נ"ל כן וכן מוכח ממ"ש הרא"ש פ' ז"ב והטור וראב"ן דף קי"ב ע"א וז"ל והא דמהני קבלת פסול דוק' שקבלו במקו' א' דליכא אלא חדא לריעותא וה"ה נמי אם קבל כשר א' במקו' שנים כו' ולא כתבו במקום שלשה משמע דוקא שנים (וכן הוא להדיא בעיר שושן דאם קבל פסול כב' וכן אם קבלו (כשר) כג' הוי תרתי לריעותא ע"ש) והטור שבסימן שאחר זה י"ל דמיירי בקנו מידו ותשו' הרא"ש י"ל דמיירי בקבלו מומחה שהוא קרוב או פסול דבכה"ג לא הוי רק חדא לריעותא וכמ"ש בתשו' מהר"ם מינץ ס"ס צ"ד ע"ש. עוד י"ל דקבלו כב' והי' דיין אחר עמו וכן משמע בב"י ע"ש א"נ בתשובות הרא"ש מיירי נמי שקנו מידו ונגמר הדין דנקט היינו משום דאם לא נגמר הדין יכולים לחזור אע"פ שקנו מידו כששניהם מתרצים לפי מה שפירשתי לקמן ס"ק ח' דמיירי שחב לאחרים בחזרה זו א"כ כל זמן שלא נגמר הדין לא שייך לו' שחב לאחרים דדילמא לא יחייבנו הדיין ודו"ק:

סעיף ג

וכן הסכמת רוב הפוסקים ומ"מ צ"ע לדינא כיון דהרמב"ן והריב"ש מסכימי' לסברא הראשונה וכן מוכח לכאורה בש"ס פ' יש נוחלין וכמ"ש בחידושי הרמב"ן שם ע"ש וגם בבעל העיטור דף נ"ג ע"ב כ' שרבינו אפרים כ' על הרי"ף דפוסל תרתי לריעותא דצריכה עיונא דההיא דרב דימי לר' מאיר הוא ע"ש והיינו כפירש"י וכן בעיר שושן השמיט שכן הסכמת רוב הפוסקי' משמע מדבריו דהוי ספיקא דדינא וע' בתשובת מהר"מ מינץ סי' צ"ד:

סעיף ד

אם קנו מידו על זה כו' כ' הנ"י פ' ז"ב וז"ל ואע"ג דמחזי כקנין דברי' אפ"ה אשכחן בקנין שמחזק הדברי' כדאמרי' גבי דינא דבר מצרא וגבי משכנתא באתרא דלא מסלקי עכ"ל וכן משמע מפרש"י שם שכ' אם קנו מידו שלא לחזור כו'. אבל ראב"ן פ' שבועת הדייני' דף קט"ו ע"ד כ' דאם קנו מידו שלא לחזור הוי קנין דברי' ולא מהני רק כשקנו מידו לעשות כאשר ידין או יעיד ע"ש וע"ל סי' קנ"ז סעיף ב' ומ"ש שם:

סעיף ה

ולעיל כו' נתבאר איזה מיקרי גמר דין כ' הסמ"ע דהיינו כשאומר פלוני אתה זכאי ופ' אתה חייב וכ"ש כשאומרי' לו צא תן לו דהוה מילתא דפסיקא שחייבוהו לו משא"כ

כשאומרי' חייב אתה ליתן לו דנראה כמסתפקי' עדיין אבל כשאומרי' פלוני זכאי ופ' חייב אין נראה מלשונם דמסתפקי' בדבר עכ"ל ולא נהירא כלל לחלק בין חייב אתה ליתן לו ובין כשאומרי' פ' זכאי ופ' חייב גם נראה דלעיל סי' י"ב איש פלוני זכאי איש פלוני חייב לאו דוקא תרווייהו אלא ה"ק אם אמר איש פלוני אתה זכאי או איש פלוני אתה חייב הוי גמר דין וכ"כ הטור כאן להדיא דאם אמר איש פלוני אתה חייב הוי גמר דין ולא הזכיר איש פלוני זכאי. וכן מוכח להדיא בתוספות ובנמוקי יוסף פ' מרובה בש"ס ריש דף ס"ט ופ' שנים אוחזין ריש (בבא מציעא דף י"ז) דאין חילוק בין חייב אתה ליתן לו ובין איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב שהקשו שם אמאי דאמרי' דחייב אתה ליתן לו לא הוי גמר דין עד שיאמר צא תן לו דהא אמרינן בפ"ק דסנהדרין דכשאמרו איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב אסור לבצוע ותרצו דשאני פשרה הואיל וזכותו ידוע במקצת אסור לבצוע ע"כ דבריהם וכן מוכח להדיא מדברי הסמ"ג שאביא לקמן דאין חילוק בזה וכן משמע להדיא בדרכי משה שכתב על דברי הטור וז"ל ובנ"י פ' מרובה דאף הרמב"ם לא נקט הוציא דוקא אלא ה"ה צא תן לו אבל חייב אתה ליתן לו לא הוי גמר דין והמרדכי כתב ר"פ זה בורר דאם אמרו פלוני חייב שבועה מיקרי גמר דין וזה וכדעת הטור עכ"ל ד"מ הרי כל זה נרחה מבואר דלא כהסמ"ע. ולענין דינא פסק בבית חדש דלא הוי גמר דין עד שאמרו צא תן לו (וכדלקמן סי' ע"ט סי"ג) וכדעת התוס' ונימוקי יוסף ולא כמ"ש הר"ב וכן נלפע"ד עיקר לדינא משום דבלאו הכי נלפע"ד דיש לפרש הא דאמרי' בש"ס פרק קמא דסנהדרין ופוסקי' לעיל סי' י"ב דחיש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב הוי גמר דין הוא לאו דוקא דאין הכוונה רק דלא תימא דעד שלא יעשו מעשה לא הוי ג"ד קמ"ל דמיד שחתכו הדין הוי ג"ד ואה"נ דהיינו כשאמר צא תן לו וא"כ גם דברי הטור והמחבר יש נפרש כן וכן מוכח בסמ"ג שכתב בעשין ק"ה דף קפ"ט סוף ע"ב וז"ל בד"א קודם גמר דין אבל נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע היכי דמי גמר דין איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב ואמרי' משמיה דרב נחמן בפ"ק דב"מ שאין זה גמר דין עד שיאמר צא תן לו עכ"ל וכן מצאתי ברבינו אב"ן פרק ז"ב דף קי"ב ע"א וז"ל לאחר ג"ד מחלוקת והלכה כדברי חכמי' וגמר דין דחיוב ממון משאמרו לו ב"ד צא תן לו ע"כ וכ"כ עוד ר' אב"ן בפ' שבועות הדייני' דף קט"ו ע"ג וע"ש וגם בלא"ה הא דעת הרמב"ם וסמ"ג דלא הוי ג"ד עד שהוציא ממון וכמ"ש לקמן הלכך נראה לדינא כמ"ש דלא הוי ג"ד עד שאמרו לו ב"ד צא תן לו או שגמרו הב"ד הדין וינא מב"ד וכן עיקר:

סעיף ו

נתבאר איזה מיקרי גמר דין כלומר ולאפוקי ממ"ש הטור בשם הרמב"ם (וכן הוא בסמ"ג דף קפ"ז ע"ג) נגמר הדין והוציא ממון כו' כתב הטור דיראה מדבריו שיוכל לחזור בו כל זמן שלא הוציא ממון ונראה אפילו לא הוציא ממון רק שאמר פלוני חייב נקרא גמר דין וא"י לחזור בו עכ"ל והנ"י כתב דגם הרמב"ם לאו דוקא נקט הוציא וכ"כ ב"י וב"ח ובספר לחם משנה כתב דהרמב"ם דוקא נקט הוציא ויצא לו כן ממה שאמרו בירושלמי פ' ז"ב קבל עליו בפני ב' יכול לחזור בו שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה א"י לחזור בו ע"כ משמע מדברי שמואל דמה שאמרו בפני שנים (אינו) יכול לחזור בו בשלא נטל מזה דהוה לפני גמר דין אבל כשנטל מזה דהוא אחר ג"ד א"י לחזור בו שמעינן מהא דגמר דין דהכא הוא שהוציא ממון כדברי הרמב"ם ואע"ג דר' יוחנן ור"ל פליגי שם עליה ואמרי דאפי' כשנטל כו' יכול לחזור בו לא חש להו הרמב"ם דהא בש"ס דייק שאמרו להפך דר"ל גופיה אמר דלאחר ג"ד כ"ע לא פליגי דאינו יכול לחזור בו ור' יוחנן גופיה אמר דלרבנן לאחר ג"ד א"י לחזור וכיון דש"ס דילן פליג עליה דירושלמי בסברת ר"י ור"ל ראוי לפסוק כש"ס דילן אבל בהך פי' דגמר דין דר"ל הוצאות ממון דלא פירש גמרא דידן אפשר דיודה לדברי הירושלמי ואין ספק דש"ס דידן מוציא מידי ודאי הירושלמי ומפני כן פסק הרמב"ם כן עכ"ל ובאמת לשון הרמב"ם וסמ"ג שכתבו נגמר הדין והוציא ממון בדין זה הפסול או בעדותו כו' משמע דדוקא נקטו הוציא וכהבנת הטור ורמ"ך ולח"מ בדבריהם וכן נראה בתשובות מבי"ט ח"ב סי' רפ"ט ור"ץ בדעת הרמב"ם וסמ"ג ודלא כנ"י וב"י וב"ח בדעת הרמב"ם וגם נראה בזה כהלחם משנה שהרמב"ם הוציא כן מהירושלמי הנ"ל אך מהשדחק הלח"מ דש"ס דילן פליג אירושלמי בחנם דחק אלא הרמב"ם מפרש דשמואל קאמר בשנטל מזה דהיינו לאחר גמר דין א"י לחזור אף כשקובל בפני שנים ור"י ור"ל ס"ל דאף שנטל מזה דהיינו אף לאחר גמר דין יכול לחזור כשקבל בפני שנים וש"ס דילן דס"ל לר"י ור"ל לאחר ג"ד א"י לחזור היינו כשקבל בפני ג' והא דקאמר בירושלמי אפי' נטל כו' ה"ק בקבל בפני שנים אין חילוק אלא אפי' נטל והא דמפליגינן בין ב' לג' היינו בנטל. ומעתה לא פליגי הש"ס דילן והירושלמי כלל כן נראה דעת הרמב"ם ואחריו נמשך הסמ"ג: אך לענין דינא נראה כרוב הפוסקים שהבאתי לעיל ס"ק ה' דלאחר שנפסק הדין קודם שהוציא הוי גמר דין וכן משמע בתשו' מהר"מ מינץ סי' צ"ד והכי משמע לישנא דגמר דין בכל הש"ס. ונראה ליישב הירושלמי לדעתם דהירושלמי מחדש דין אחר דשמואל אמר דבשנטל מזה כו' הואיל והוא עדיף טפי מגמר דין שנעשה כבר מעשה אפי' קבל עליו בפני ב' א"י לחזור

ור' יוחנן אמר דלא איכפת בנטל מזה אלא אפי' נטל מזה כו' יכול לחזור בקבל עליו בפני ב' ואין חילוק בין נטל כלל אלא הכל תלוי בקבל עליו בפני ג' דאז לאחר ג"ד א"י לחזור בו אפילו לא נטל וכש"ס דילן כן נ"ל לדעת רוב הפוסקים ועיקר וכן דעת ר"י קורקס בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ט ור"ן ודלא כהמבי"ט שם ע"ש:

סעיף ז

ולענין עדות מיד שהעידו כו' זה נמשך ג"כ לסברת רוב הפוסקים. אבל הרמב"ם וסמ"ג ס"ל דלא הוי ג"ד עד שהוציא ממון בעדותו וכמ"ש בסמוך ס"ק ו' ולענין דינא כבר כתבתי שהעיקר כרוב הפוסקים:

סעיף ח

נגמר הדין כו' ל' הרא"ש בתשובה נגמר הדין אע"פ ששניהם רוצים א"י לחזור והב"י וב"ח דחקו בפירושו דהיינו משום כבוד הדיין ובד"מ כתב דאין הטעם משום כבוד הדיין אלא דלשון חזרה לא שייך כיון שכבר נפסק הדין אלא אם רוצים לבטל הדין צריך שימחלו זה לזה במחילה גמורה ואז לא שייך כבוד הדיין ויכול לעשותו עכ"ל בתוספת ביאור קצת ומביאו הסמ"ע וכה"ג פי' בתשובת מהר"א ן' חיים סי' קכ"א ע"ש וע"ל סי' רמ"א ורמ"ג ולי נראה דהרא"ש מיירי היכא שחב לאחרים בחזרתם וכדלקמן סי' מ"ז ע"ש ודוק:

סעיף ט

והוא שלא נודע שטעו נראה דהיינו קודם שהוציאו ממון אבל אם כבר הוציאו ממון אפי' טעו מה. שעשו עשוי ואע"ג דדעת הרמב"ן דאע"פ שהוציאו ממון הדין חוזר כבר השגתי עליו בזה לקמן סי' כ"ה ס"ק כ"ד ע"ש:

סעיף י

שלא נודע שטעו ונ"מ שיכול לחזור ולטעון או לזמן ב"ד או לפירי ולשאר דברים וכמ"ש לקמן סי' כ"ה ס"ק מ"ב ועוד י"ל כאן דה"ק שלא נודע בודאי שטעו ואע"פ שהדבר בספק הדין קיים עד שיתברר שטעו א"כ נ"מ שהדין קיים כל זמן שאין שכנגדו מכיר שטעו:

סעיף יא

שטעו בתשו' מיי' להל' סנהדרין סי' י' (ובמרדכי) מבואר שעשיית פשרה מיקרי טעות כיון שקבלום לעשות דין ומביאו הסמ"ע:

סעיף יב

לא יוכל לחזור פי' אפי' טעו כן הוא בתשו' מיי' שם ובסמ"ע וה"ה דא"צ קנין כדאיתא בהגהות אחרונות דמרדכי דמציעא שכל דבר הנעשה בפני ג' טובי העיר א"צ קנין במקום

שיחיד צריך קנין ולפ"ז אפי' קודם ג"ד א"י לחזור בו וכ"כ בע"ש וסמ"ע ודוקא ג' טובי העיר אבל ג' דיינים לא וכמ"ש לעיל ס"ק א' דבפני ב"ד לא מהני עד שיגמר הדין:

סעיף יג

ישבע שלא קבלו פי' ישבע היסת ואין הדיין מחשב עד דהא מיירי מקרוב ופסול ועוד דאין זה כפירת ממון אלא כפירת קבלתו עליו לדיין ואין נשבעין אהא ש"ד עכ"ל סמ"ע וטעמו בתרא לא נהירא דאין לך כפירת ממון גדול מזה דהא אם מודה לדברי הדיין חייב ממון ועוד דא"כ גם היסת לא ישבע וכדלקמן סי' פ"ז סעיף כ"ה אלא טעמא קמא עיקר וא"כ בכשר חייב לישבע ובשנים כשרים חייב כפי מה שיפסקו ממון וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' פ"ג וע"ל סי' כ"ג:

סעיף יד

אבל אם קיבל עכו"ם לדיין כו' ע' מ"ש בס"ק שאחר זה דדברי המחבר צל"ע בזה:

סעיף טו

אבל אם כבר דן לפניו כו' החילוק בין לכתחלה ודיעבד נרא' שהוציא הר"ב ממה שכתב המרדכי ר"פ ז"ב דצריך לקיים הקנין (וכדי שלא יחלוק על הבעה"ת וטור דלקמן סי' כ"ו דהקנין אינו כלום מפרש הרב דהבעה"ת וטור מיירי לכתחל' והמרדכי בדיעבד) וכן בש"ע ובסמ"ע נרשם כאן מרדכי. אבל לפע"ד צ"ע דהמעיין במרדכי שם יראה דאין חילוק בכך שכתב וז"ל האלפסי פסק דאם קבל עליו חד קרוב או פסול כבי תרי וקנו מיניה לא מצי הדר ביה וכ"פ המיימוני וכן בא מעשה לפני ר"מ בא' שאמר נאמן עלי אותו עכו"ם וקנו מיניה וכשהרגיש שהי' מטה דבריו וקבל שוחד רצה לחזור בו ופסק דלא מצי הדר ביה עכ"ל הרי שלא הזכיר שכבר פסק עכו"ם הדין ואדרב' מל' כשהרגיש שהי' מטה דבריו כו' משמע דעדיין לא פסק עכו"ם הדין רק שהרגיש שהי' מטה דבריו כו' ועוד שהרי האלפסי ומיימוני מיירי להדי' קודם ג"ד וא"כ כשמייתי מדברי ר"מ ראיה לדבריהם וכתב וכן בא מעשה לפני ר"מ כו' משמע דהמעשה הי' ג"כ קודם ג"ד. וגם בדברי הבעה"ת וטור לא נזכר שום חילוק בין לכתחלה ודיעבד ועוד מדכתבי הבעה"ת וטור אין הקנין כלום משמע אפי' דיעבד דהא כיון דהקנין אינו כלום במה יתקיים הדין שלא יוכל לחזור ואפשר שהמרדכי פליג עלייהו ואם באנו לומר דלא פליג נראה לומר דדוקא התם דמיירי להדיא שקנו מידו סתם לדון בדיני עכו"ם מה שא"כ בהך דהמרדכי שקנו על עכו"ם אחד בפירוש הרי שעכו"ם זה נאמן בעיניהם וסמכו עליו דמהני כמו קבלו קרוב או פסול וחילוק זה נכון מאד. אך שהמחבר הבין מדברי הבעה"ת וטור דאפי' קבלו עליהם בקנין עכו"ם פלוני מיוחד אין הקנין כלום ולא ידעתי מנ"ל הא וגם מה

שמחלק המחבר בין דין לעדות ונראה מדבריו שהמרדכי מיירי לענין עדות דוקא וכ"כ בספרו בדק הבית להדיא וז"ל כתב המרדכי כו' עד דלא מצי הדר ביה והיינו כשקבלו עליו לעד אבל אם קבלו לדיין אינו רשאי לדון בפניו כמו שיתבאר בסי' כ"ו עכ"ל אינו נראה לפע"ד דלשון מטה דבריו וקבל שוחד שכתב המרדכי לא שייך בעד רק בדיין וגם המעיין במרדכי שם יראה לכאורה דהמתני' דנאמנים עלי ג' רועי בקר אדיינים קאי ע"ש אלא נראה לחלק כמ"ש. וגם מדברי הר"ב נראה בביאור שהמרדכי מיירי שקבלו לדיין אלא שהרב מחלק בין לכתחלה ודיעבד ולפע"ד אינו מוכרח אלא נראה לחלק כמ"ש וצ"ע:

סעיף טז

אם קנו מידו כו' המחבר בב"י פסק כהרמב"ם משום דהרא"ש ס"ל כוותיה ומהר"מ מלובלין בתשובה סי' קי"ג כתב ששגגה יצאה מלפניו בזה וכן השיג עליו הב"ח ולפעד"נ דשלא כדין כתבו כן דאין כוונת הב"י רק במה דס"ל להריב"ש דגרסי' נשבע בלא וי"ו דמיד שקבל עליו בב"ד לישבע א"י לחזור בו שלא כדברי הרמב"ם ובהא הרא"ש ס"ל כהרמב"ם דהא ס"ל דדוקא יצא חוץ לב"ד אבל בב"ד בכל ענין יכול לחזור וגורס ונשבע בוי"ו כהרמב"ם והכי מוכח להדיא מדברי הרא"ש פרק שבועת הדיינים ע"ש ודוק ואם כדבריהם בכוונת הב"י ה"ל להב"י להקשות על הטור ודוק היטב: ולענין הלכה מה שפסק המחבר כהרמב"ם לענין דגורס ונשבע אין נלפע"ד דהעיקר כהפוסקי' האחרים דגרסי' נשבע ובפרט שהם רבים רמב"ן ור"ן ונ"י וריב"ש ומרדכי פ' יש נוחלין בשם רבי' יואל ורב האי גאון וכן הוא באמת במשפטי שבועות לרב האי גאון שער ב' דף ט' ע"א ע"ש וכ"פ ר' ירוחם נ"ו ח"ג ע"ש וגם נ"ל עיקר לדינא כהרמב"ן פ' י"נ ורשב"א וריב"ש ור"ן ונ"י דקבלה בב"ד מהני כגון שאמר הריני משלם או שהפך השבועה על חבירו בב"ד וקבל עליו וכה"ג א"י לחזור כשאין עסוקים באותו ענין והכי משמע לפע"ד נמי בתוספתא ריש פרק זה בורר דקתני התם וכן הי' רבי יודא אומר מי שנתחייב שבוע' לחבירו וא"ל דור לי בחיי ראשך וקבל עליו א"י לחזור בו וכ"ש דביצא חוץ לב"ד דשוב א"י לחזור בו וכהרא"ש וכל הפוסקים דלעיל ודלא כהיש חולקין שהביא הר"ב וגם בכולה סוגי' דר"פ המפקיד דלא שילם שילם ממש אלא כיון שאמר הריני משלם מקני ליה כפילא מוכח הכי דאי הוי מצי למיהדר לא הוו תקנו חכמים שהכפל יהא שלו ואפשר לדחוקד גם דעת הרמב"ם כן וכמ"ש בסמ"ע וכ"כ בתשובת מהר"מ מלובלין סימן קי"ג וכ"ש דמה שפסק הב"ח דאפילו יצא יוכל לחזור בהנך תלתא גווני ע"ש לא נהירא דאפ"ת דעת הרמב"ם כן מ"מ יחיד הוא נגד כל הני רבוות' ובפרט שדבריהם עיקר וכמ"ש וכן פסק בתשו' מהר"מ

מלובלין שם כדברי ע"ש. מיהו כל זה כשא"ל כן בב"ד אבל חוץ לב"ד או בפני שנים לא מהני אף כשקבל עליו או יצא אם לא שנשבע על פיו וכמ"ש לעיל סק"א ע"ש:

סעיף יז

אלא הריני משלם כו' ואפי' לפ"ז נראה מי שנתחייב שבועה דרבנן ושתק ולא אמר שירצ' להפכה על שכנגדו ויצא מב"ד ואח"כ אמר שירצה להפכה הרשות בידו עכ"ל טור וכ' הסמ"ע דאפילו אמר בב"ד לא אשבע ויצא יכול להפך השבוע' די"ל דדעתו היה לא אשבע אלא אהפך כל שלא אמר לא אשבע ואשלם עכ"ל והב"ח השיג עליו דבש"ס פ' שבועת הדיינים משמע דהיכא דאמר איני נשבע אע"פ שלא פירש להדיא אלא אשלם ה"ל כאלו אמר בהדיא ולא מצי אמר דעתי היה אלא אהפך כו' ע"ש ואין דבריו נכוניס דבש"ס שם מיירי משבועה דאורייתא דלא שייך הפוך בסימני תשובת מהרש"ל ובתשובת מהר"ם מלובלין שם ובסמ"ע סקי"ט וב"ח דקדקו מדברי הטור דלעיל דדוק' שתק אבל אם אמר בפני ב"ד אשבע ויצא א"י להפכה ואין דבריה' מוכרחים ונראה דמ"ש הטור שתק קאי אלא אמר שרוצה להפכה ול"ד לאמר איני נשבע אלא הריני משלם ויצא דאין יכול לחזור בו דהתם מיד שאמר איני נשבע הודה לבע"ד שכנגדו והודאת בע"ד כק' עדים דמי אבל הכא שאמר אני נשבע היה כאלו אומר אני עומד בטענתי ואקיים הדין ולא שקיבל עליו לישבע דוקא ולא להפך וכן המנהג כדברי בכמה קהלות קדושו':

סעיף יח

ויצא חוץ לב"ד כו' ויש חולקין כו' כתב בסמ"ע ויש לדקדק על הר"ב דלא הוה ליה למימר האי דינא דיציאה מב"ד אמי שאומר איני רוצה לישבע אלא אשלם ויצא אלא ה"ל לכתוב כן אכלל הדברים דמי שקבל עליו שום ענין בפני בית דין ויצא נקרא גמר דין ושיש חולקין ע"ז כו' וצ"ע עכ"ל ולפע"ד לק"מ דמסתבר ליה להר"ב בכל הדינים כהמחבר ורמב"ם (דגרסי ונשבע בוי"ו) כיון דמחוסר מעשה דשבועה אבל באמר אשלם מספק' ליה די"ל דכיון דקבל כן ולא מחוסר מעשה חייב לשלם וכ"כ הר"מ בר נחמן פ' י"נ בחדושיו חילוק זה להדיא וז"ל ואין דבריו של ר"ת ז"ל נוחין בזה דכיון שאמר הריני משלם הרי הוא כגמר דין ומאי שנא מנאמן עלי אבא וגמרו דינו וא"ל שלם ואפי' למי שגורס כאן ונשבע א"י לחזור בו י"ל מפני שעדיין מחוסר שבועה ושמא לא ישבע עכ"ל רמב"ן וע"ש וגם מדברי ראב"ן משמע דמחלק בכך דבפ' יש נוחלין דף ק"ז ע"א גורס ונשבע וכתב דעד שלא נשבע יכול לחזור בו ובפרק זה בורר דף קי"ב ע"א כתב וז"ל וגמר דין דחיוב ממון משאמרו לו ב"ד צא תן לו וגמר דין דשבועה משנשבע וכו' וכ"כ עוד בביאור יותר בפ' שבועת הדיינים דף קט"ו ע"ג ע"ש וכן משמע להדיא בפסקי מהר"מ

רקנטי סי' רס"ד בשם ר"י אור זרוע שמחלק בכך ע"ש. ולענין דינא כבר העליתי לעיל סקט"ז דבכל גווני א"י לחזור בו ע"ש:

סעיף יט

מי שנתחייב לחבירו כו' באמת כ"פ הב"י אבל אין דבריו מוכרחים לפע"ד דמ"ש דכיון דבדאוריי' לא מפכינן ודאי לא נתכוין להפך לאו מילתא היא דנהי דלא מפכי' מ"מ הוא לא נתרצה לשלם אלא כשישבע לו כפי אותו שבועה שמוטלת עליו. ומ"ש הב"י דנק"ח אינו אלא לאיים מה בכך ס"ס כיון דאמרינן בש"ס האי דיינ' דאשבע בלא נק"ח נעשה כטעה בדבר משנה וחוזר והכי קי"ל לק' סי' פ"ז סי"ג ואין חולק בהא א"כ שבועת ולאו שבועה הא כלל: ומה שהביא הב"י מהנמוקי יוסף דטעמא הוא דה"ל כאלו אמר אני מאמינך שהדין עמך אם תשבע וכיון שהאמינו שוב אינו חוזר ג"כ אין ראיה דנהי דטעמא הוא שהאמינו היינו כשישבע כפי מה שמטיל עליו. ומכ"ש שאין דברי הב"י מוכרחים במה שכתב במעשה הזה שבא לפניו בא' שהיה מודה מקצת ואמר הנתבע לחבירו שלא בפני ב"ד אם תשבע אשלם לך וקפץ ונשבע באלקי ישראל בלא נק"ח והנתבע אמר לא אמרתי אלא אם תשבע בב"ד ולא שתשבע שלא בפני ב"ד וה"ל כאלו לא נשבעת וחוזרני בי ופסקתי דאע"ג שלא בב"ד הוה אין יכול לחזור בו מאחר שנשבע וכדברי ר' ירוחם ונמוקי יוסף כו' אע"ג דלא נקט חפציה בידיה כו' עכ"ל ב"י ולפע"ד נראה דהדין עם הנתבע מטעם הנ"ל כיון שלא נשבע בנק"ח ומטעם שטוען לא אמרתי אלא אם תשבע בב"ד ואין ענין דברי ר' ירוחם ונ"י לכאן כלל דאינהו לא מיירי אלא כשהוא מודה שכוונתו היה שישבע חוץ לב"ד ורוצה לחזור מטעם כיון שלא קיבל כן בפני ב"ד לכך כתבו דא"י לחזור כיון שנשבע על פיו משא"כ הכא שהנתבע טוען שלא אמרתי אלא אם תשבע בב"ד וכיון שלא נשבעת בב"ד חוזרני בי ועוד אפשר דר"י ונ"י מיירי שהאמירה היה חוץ לב"ד והשבועה היתה בב"ד דאע"ג דהאמירה היה חוץ לב"ד מהני מאחר שנשבע על פיו כדין שבועה בב"ד משא"כ הכא בנשבע חוץ לב"ד נראה דהדין עם הנתבע ובפרט שזה בא להוציא המע"ה. כנ"ל ברור עיין בש"ג פ' שבועות הדייני' דף ש"כ ע"א:

סעיף כ

לא יוכל לחזור בו וחוזר ונשבע בנק"ח וכן הוא בב"י ובע"ש. וכ' עוד הב"י והע"ש דאם כופר ואומר לא האמנתיו ישבע שלא אמר לו כן ואח"כ ישבע ש"ד וכדלעיל סוף סעי' א' גבי כופר ואומר לא קבלתיו לדון ע"כ ולפע"ד זה אינו דכיון דלא יזכה אלא בשבועה אין משביעים ע"ז דלא ה"ל כפירת ממון דמי יימר דמשתבע וכמ"ש הר"ן בשם

הרא"ה פרק כל הנשבעין גבי חנוני על פנקסו ומביאו ב"י לקמן סי' צ"א ועמ"ש שם ול"ד לדלעיל סס"א דהתם הדיין מחייבו ממון מיד וק"ל. ואע"פ שכתבתי בסמוך דבלאו הכי הך דינא דב"י ליתא לפע"ד מ"מ נפקי מיניה טובא בדין זה בעלמא במי שטוען שהפך עליו השבועה ליטול באופן שמועיל ההפוך וחברו כופר דא"צ לישבע ע"ז וכמ"ש שוב מצאתי עוד ראיה ברורה לדברי בבעל העיטור בדיני חוב על פה דף ס"ב ע"ב וז"ל תשו' ראובן שהוציא שטר על שמעון בקנין שנתרצה בהפוך שבועה ומתו העדים ונתקיים א' מן העדים ושמעון אומר לא נתרציתי ישבע שמעון שבועת היסת שאין לראובן כלום עליו ומיפטר ושבועה דעד א' ליכא דלא אסהיד בממון אלא בהפוך ודבר הגורם לממון לאו כממון דמי עכ"ל וסברי זו היא בש"ס פ' שבועות העדות דף ל"ב ע"ב. ואפשר הב"י דוקא במעשה שלו פסק כן משום שכבר נשבע ולא שייך לו' מי יימר דמשתבע וגם בנק"ח ועוד דהא מ"מ ה"ל דבר הגורם לממון ולא ממון עצמו אבל בעלמא אפשר דגם הב"י מודה נדינא כמ"ש:

סימן כג

סעיף א

נסתלקו מלפניו כו' אם אין בידו פסק דין משמע דבאם יש בידו פסק דין נאמן אף שנסתלקו מלפניו ומפרש דמאי דפריך בש"ס וניחזי זכותא מאן נקט אסיפא פריך. אבל הריטב"א כ' בפ' עשרה יוחסין וז"ל וניחזי זכותא מאן נקט פי לאו אסיפא קאי דכיון דלא מהימן מנפשיה אמאי מהימן משום זכותא דנקטהאי ומאי ראיה איכא להימנוה טפי אי לא סמכי' אזכות' דנקט לחוד בלאו דידיה אלא אירשא פרכינן למה לן לנאמנותו של דיין ניחזי זכותא מאן נקט ונסמוך עלה עכ"ל ומ"מ נראה דלענין דינא לא פליג הריטב"א על הט"ו דהט"ו מיירי כששניהם מודים שהפסק דין נכתב מיד קודם שנסתלקו אך שמחולקים שלא נפסק כן מלפניו והריטב"א מיירי כשהבע"ד. או' שהפסק נתן לו אחר שנסתלקו ואין להקשות אמאי פי' הריטב"א כן י"ל דקשה ליה מאי פריך לישני הכי ולמה ליה לאוקמה דקריע זכותא:

סעיף ב

אם אין בידו פסק דין דאלו יש בידו פסק דין הרי מפורש בו הדין וא"צ לנאמנותו וכן פי' הב"ח וכתב עוד דאפשר לפרש דהיכי דכתוב בפסק דין בסתם קרקע פלוני היא שלך והפסק ביד א' מהן והאחר טוען אני הוא שזכיתי בדין וממני נפל ואתה מצאתו או לקחתו מידי וכיוצא בזה נאמן הדיין לומר זה שהפסק בידו זכיתי וא"צ אפי' היסת

כההיא עובדא דשני טוביה כו' אבל אם אין פסק דין בידו או שאומר לזה שהפס"ד אינו בידו זכיתי אינו נאמן דאינו נאמן אלא כשמסייע לאותו שהפסק דין בידו לפטרו משבועה עכ"ד וצ"ל דמיירי שאין אחד מהם מוחזק דאלו מי שפס"ד בידו מוחזק אפי' אין פס"ד בידו נאמן הדיין לפטרו משבועה דלא גרע מעד דעלמא ואלו שכנגדו מוחזק אין הדיין נאמן אף שהפס"ד בידו כיון שאין מוכח מפס"ד גופיה וזה טוען ממני נפל ודמי נמי לדלקמן סי' מ"ט לשני יוסף בן שמעון שאין אחד יכול להוציא שטר על חבירו ע"ש אלא מיירי דומיא דנכסי לטוביה שלא הי' שום אחד מוחזק ועדיין דברי הב"ח צ"ע לדינ' דכיון שאין מוכח מפס"ד גופ' אמאי יהא נאמן טפי מעד דעלמא להפסיד דלזה שכנגדו כיון שהוא בחזקת שניהן ודו"ק:

סעיף ג

ודוקא בשודא דדייני כתב הב"ח וז"ל כתב בשלטי הגבורים פרק עשרה יוחסין דלאו דוקא שודא דדייני אלא הה"נ כשקבלוהו עליהן לדון אותם כפי אומד דעתו אינו יכול לחזור ולדון אותם פעם שנייה שמא יהפוך לבבו באומד דעתו והרי כבר זכה הזוכה בדינ' וכך מבואר מתשובת הריב"ש בסי' ת"ד דלאו דוקא בשודא דדייני אלא ה"ה בשאר דינים דכוותיה עכ"ל הב"ח ומ"ש וכך מבואר מתשובת הריב"ש כו' ליתא דאע"ג דהריב"ש שם מיירי משאר דינים דכוותיה מ"מ הא מיירי שם שביררו שני דיינים לזמן ופסק דשנים נאמנים לעולם דלא גריעי מעדים ואי משום שלא ביאר הריב"ש שיחזור וידונו היינו משום שעבר הזמן ומכ"ש לפי מ"ש לקמן בשם תשו' מהרי"ן לב דבשנים לא שייך דליהדר ולדיינו אך בשלטי גבורים שם משמע כמ"ש הב"ח משמו ונראה משום דס"ל כפי שטת רש"י וסייעתו דלקמן סי' ר"מ דשודא דדייני היינו למי שסברת הדיין נוטה יותר אבל מדברי התוס' והמרדכי פ' עשרה יוחסין והתוס' והרא"ש פ' חזקת הבתים והתוס' והריטב"א והר"ן פרק הכותב מבואר דשודא דדייני דוקא שהקשו על פרש"י שפי' שודא דדייני שסברת הדיין נוטה אי כפירושו אמאי לא ליהדר ולדייניה דמסתמא לא יהפוך סברתו ראשונה ע"ש וא"כ הדין שכתב הב"ח בפשיטות דה"ה בשאר דינים א"י לחזור ולדון הרי רבו החולקים עליו וא"כ צ"ע לדינא:

סעיף ד

לא שייך בו נאמנות. אפי' בעודן לפניו כ"כ הסמ"ע וכן משמע בפוסקים וכן הוא בריטב"א שם ובתשו' ן' לב סי' קי"ו ס"ג להדיא והוא פשוט:

סעיף ה

ובלבד שלא יסתור טענות הראשונים. משמע דאם סותרים טענות ראשונים אין הדיין נאמן לומר כך טענו אפי' עודן לפניו שאינו נאמן דיין אחד רק לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי מה שתלוי בדין משא"כ בזה:

סעיף ו

בדיין אחד. כגון ביחיד מומחה או בקבלו עלייהו טור וריטב"א ושאר פוסקים ואף למ"ש בשם הרא"ש וטור לעיל סי' כ"ב ס"ק ב' דקבל חד כשלשה לא מהני י"ל דמיירי הכא שקבלו בקנין וכמ"ש שם:

כתוב בתשו' מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' תקל"ג על ראובן שאמר לא באתי לדין לפני אותו דיין ולא הנחתי כלום עליו ואפטרופס משיב באת לפניו והונח עליו אשיבכם אלופי החתומים לפי סכלותי דגרסי' פ' י' יוחסין נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א שבעלי דינים עומדים לפניו ובנדון זה הרי רב בעיר וגם בעלי דינים הא גמלא והא קבא והא מדי נשאל לרב ודמי לבע"ד עומדים לפניו ואפי' אם תמצא לומר דלא דמי לבעלי דינים עומדים לפניו כי שמא עברו ימים הרבה שנפסק הדין ויש לחוש לשכחה מ"מ יחזור וידון אותם מאחר שקבלוהו עליהם ואם יאמר ראובן לא קבלתיו עלי גם לזה נאמן הדיין דהא פריך התם ולהדר ולדייניה ומשני בשודא דדייני ואמאי לא משני כגון שהא' אומר איני רוצה לדון לפניו ולא קבלתיו עלי אלא ש"מ שלזה נאמן הדיין מדלא מצי לאוקמה אלא בשודא דדייני ושלום שמואל יהודה בר מנחם הלוי עכ"ל ודבריו תמוהים בעיני דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דאדם אחד יוציא ממון שיאמר זה קבל אותי לדיין וכך פסקתו והא דלא משני ש"ס הכי היינו משום דפשטא דברייתא מיירי ששניהם מודים שקבלו מדקתני נאמן הדיין לומר לזה זכיתי כו' משמע דאינן מכחישים רק בפסק דין ולא בקבלה ועוד דאי מכחישים בקבלה פשיטא דאפילו עומדים לפניו אין הדיין נאמן שאין הדיין נאמן רק מה שתלוי בדין ולהכי לא מצי ש"ס לשנויי הכי דא"כ אמאי נאמן כשעומדים לפניו (וע' מ"ש לעיל סי' כ"ב סקי"ג תמצא ראיות לדברי) גם מ"ש בנדון זה הרי הרב וגם בעלי דינים הא גמל' והא קבא והא מדי נשאל לרב ודמי לבע"ד עומדים לפניו כו' אינו נראה לפע"ד דמה בכך שהם בעיר סוף סוף כיון שאין עומדים לפניו ונסתלקו ממנו אינו נאמן וגם דבריו גופיה שכתב ואפי' אם תמצי לומר כו' נראה דלא ברירא ליה הך מלתא ולדידי אין כאן את"ל כלל אלא כך הוא עיקר הדין:

סעיף ז

אבל שנים נאמנים לעולם והב"ח כתב לקמן סי' ל"ט דמדברי ראבי"ה שהביא המרדכי פ"ק דמציעא דכתב דטעמא דבפסק דין [אינו ל"ג] יכול לומר פרעתי שלא נכתב אלא מפני שאין נאמנים לומר לזה זכינו ולזה חייבנו מוכח דס"ל דאף שני דיינים אין נאמנים וכן מוכח מפי' רש"י שפירש טעמא דבע"ד עומדים לפניו נאמן משום דרמי' עליה ומדכר וכשאין עומדים לפניו אינו נאמן משום דלא רמיא עליה למדכר השתא לפי זה בשני דיינים נמי איכא למימר הכי ואע"ג דהמרדכי פ"י יוחסין וכן בתשובת מהר"מ ד"פ סי' תקכ"ח כתב בשם ראבי"ה כהרא"ש ואפשר דהך דכתב במרדכי פ"ק דמציעא הוא לפי מה שקבל מאביו שקבל מריב"א הלכה למעשה כמפורש שם והך דתשובת מהר"ם הוא טעמ' דנפשיה והך דקבלתו עיקר עכ"ל ואין דבריו נכונים דפשיטא דאין להעלות על הדעת דשני דיינים לא יהיו נאמנים וכי גריעי מעדים ומ"ש רש"י דלא רמי' עליה היינו בדיין א' דהאמינוהו כל זמן שעומדים לפניו מטעמא דרמיא עליה ומדכר וכשנסתלקו תו לא רמיא עליה למדכר ולא האמינו כשנים ואינו אלא כעד א' אבל פשיטא אם יש אפי' עד א' עמו דנאמנים וכ"ש שני דייני' וראיה שהרי הריטב"א כתב כפירש"י וכתב דשנים נאמנים לעולם וכ"כ בתשובות ן' לב ספר ג' סי' קי"ט ע"ש וכן בעיר שושן כ' טעמא דרמיא עליה ומדכר ואפ"ה כתב דשנים נאמנים לעולם ע"ש. ומ"ש ראבי"ה טעמא דבפסק דין [אינו ל"ג] יכול לומר פרעתי שלא נכתב אלא מפני שאין נאמנים כו' כבר הרגיש מהרל"ן חביב בתשובה סי' ק"ט בזה ותירץ וז"ל שבספרי כתיבת יד המרדכי אינו כתוב בלשון רבים אלא בלשון יחיד כ' ה"ר אבי"ה ה"ה אם כתב לו פסק דין וחייבו כו' מפני שאין הדיין נאמן לומר כו' אלא בזמן שבעלי הדין לפניו ומ"ש בספרי הדפוס הכל בלשון רבים טעות נפל בספרים בודאי או שר"ל דיינים דעלמא ועי"ל דכי היכא דכשהדיין הוא א' לבד אין הפס"ד לראיה ביד התובע שלא כתב אותו אלא מפני שאינו נאמן ככה כשהם ב' או ג' אין הפס"ד ביד התובע לראיה עכ"ל עי"ל דיאמר דהפס"ד מועיל לענין שא"צ לחזור ולדונם לפמ"ש לקמן ס"ק שאח"ז דהיכא דאפשר למידייניה אף שנים אין נאמנים ובהכי אתי שפיר דלא תיקשי דהא ראבי"ה מיירי בסתם פס"ד בלא שודא ודוק (ושוב בא לידי ספר ראבי"ה ועיינתי בו וראיתי שכתב להדיא דשנים נאמנים ואפ"ה אין הפס"ד לראי' משום כיון שבא' אינו לראיה ה"ה בשנים ע"ש וז"ל ראבי"ה סי' אלף כ' אבל אין בעלי דינים עומדים לפניו אינו נאמן דדוקא דיין אחד אינו נאמן אבל דיינים שנים ושלשה נאמנים כעדים דעלמא ובתוספתא דקידושין גרסי' אבל אין בעלי דיני' עומדי' לפניו הרי הוא כא' כל אדם פי' כעד דעלמא ופעמים שיחיד מומחה דן יחידי ואינו נאמן וכותב

פסק דין לאלתר כו' עכ"ל וכל זה מבואר דלא כהב"ח ע"ש) וכ"פ הריב"ש סי' ש' וסי' ת"ד כהרא"ש בסתם וכן הוא בתשובת מהר"ל ן' חביב שם ובתשו' ן' לב ספר ג' סי' קט"ז וקי"ט ובתשו' מהרשד"ם סי' ט' ובתשובת מהר"ש כהן ס"ב סי' פ"ג ובתשן' מהר"א ן' ששון סי' ע"א וסי' ק"כ ושאר הרבה האחרונים דשנים נאמני' לעולם וליכא מאן דפליג וכן הלכה רווחת בישראל ודלא כהב"ח (ע' בתשובת מהר"ר רבי יוסף טראני סי' קמ"א):

סעיף ח

נאמנים לעולם בתשובת ן' לב סי' קט"ז נשאל על פשרנים שעשו פשרה כו' וכ' דצריך לעיין הא דשני דיינים נאמנים לעולם אי דוקא בשודא דדייני הוא אבל היכא דאינו שודא דדייני אמרי' דליהדר ולידיינוהו או דלמא דוקא בדיין א' אמרינן הכי אבל בשנים א"צ אפי' לחזור ולדון והכי מסתברא וכן נראה מדברי הטור שכ' וכל זה דוקא בדיין א' כו' משמע דאכולה מילתא קאי ולמאי דקאמר נמי ודוקא בשודא דדייני וכו' וכיון דכן עלה בידינו דאלו הפשרנים שנתבררו לדון ולפשר כפי הראות בעיניהם שהוא נאות ויושר הם נאמנים לפרש דבריהם כו' ע"כ דבריו ואין דבריו מוכרחים כל כך די"ל דאין שני' נאמנים אלא היכא דלא אפשר למידייניה אבל היכא דאפשרי למהדר ולדייניה לא שייך נאמנות כלל דהא אפשר למיקם עלה דמילתא: ומ"ש הטור וכל זה כו' קאי אפי' נסתלקו מלפניו וכן אפי' סותרי' טענות הראשונות מ"מ הדין שלו בפשרני' אמת דכיון שנתבררו לדון ולפשר כפי ראות עיניהם לא שייך לומר דאפשר למיקם עלה דמלתא ולא ידעתי היאך תלוי זה בזה וכ' עוד שם דאם יש בשטר פשר לשון סובל שני פירושים יכולים לפרש ולומר כך נתכוונו אע"פ שהל' האחד מרווח יותר ואינו יכול המוחזק לומר קים לי כהלשון האחר אבל אם הלשון שמפרשים הוא דחוק צ"ע וע' עוד שם בסי' קי"ט. ולכל דבריו הסכים ג"כ מהר"א ן' ששון סי' ק"ך ע"ש:

סעיף ט

ואפי' אם יש שני עדים שמכחישים כו' דהעדי' מעידי' איך ששמעו מדייני' אלו שפסקו כך ואפשר לומר שטעו בשמיעתן לכך נאמני' הדייני' עצמם יותר ונראה דמה"ט דוקא שני הדייני' נאמני' טפי משני עדי' אבל בעד א' ודיין אין נאמני' יותר משני עדי' דעלמא ואף שכתב מור"ם בד"מ שלו (והוא מתשובת הרא"ש כלל ו' סי' י"ד ומביאו ב"י) דנאמני' היינו לומר דנאמנים נגד בעל דין אף בשודא לאחר שנסתלקו אבל לא טפי מעדים קאמר עכ"ל סמ"ע:

סעיף י

ואפי' תוך הזמן שאין הזמן אלא ליתן לו זמן שיפסוק מה שיפסקו תוך אותו זמן אבל אחר שפסק וכתב ונתן שוב אין לו רשות להוסיף ולגרוע שם. ובתשובת ן' לב ספר ג' סי' קי"ט כתב דאפי' פשרן א' אפשר דנאמן לומר לכך נתכוון במה שנכתב בשטר פשר דכיון דלא נתפרש ה"ל כאלו לא דן וכיון דלא דן אכתי נשאר הרשות בידו לחזור ע"כ ולפ"ז צ"ל דהרב והרשב"א מירי כשאותו כתב אינו סובל פי' אותו תוס' או גרעון כהך עובדא דאיתא בתשובות רשב"א שכתב בפשרה שהכל נמחל חוץ משטרי המתנה שישארו בתוקפן והפשרן אמר שכיון שמה שלקח משטרי המתנה קודם לכן יהא ג"כ נמחל כו' ע"ש וכן כל כיוצא בזה משא"כ בהך דמהרי"ן לב שהכוונה שאומר אינה תוספת או גרעון רק ביאור הדברים ודו"ק:

סימן כד

סעיף א

אין נזקקין אלא לתובע כו' באמת נאמרו הרבה פירושי' בזה ואעג' גם אני את חלקי בעזר האל דודאי נראה עיקר הפירוש נזקקין לתובע תחיל' לענין שישמעו דבריו תחילה דלשאר הפירושי' קשה דהל"ל פוסקי' לתובע תחלה מאי נזקקי' וגם מהראיה דאית בש"ס שנא' מי בעל דברי' יגש אליהם יגיש דבריו אליהם משמע כן וגם ל' התוספת' (בסנהדרין פ' ששי) התובע את חבירו הוא פותח ראשון משמע כן וכבר מבואר כן במרדכי פרק הפרה ובתשובת מיימוני לספר משפטים סי' נ"ז בשם ריב"א אך מ"ש שם דנזקקים לו תחלה משום דמאוד יכול למתק דבריו בכך הוא דוחק וגם מ"ש דזילי נכסיה הוא משום שהעולם יראו שהוא נתבע וידחקו אותו בקנייתו אבל כשיטעון הנתבע תחלה יסברו שהוא התובע הוא ג"כ רחוק אלא נראה לפע"ד דה"פ כשבאין לדין והתובע רוצה שישמעו דבריו תחלה והנתבע רוצה שהוא יאמר תחלה ונפק' מינה דאילו יודה מקצת ואין מודה מקצת חייב ש"ד אלא כשהוד' לאחר שטען התובע אבל אם הודה בנ' ואח"כ תבעו התובע בק' וכפר פטור משבועת התורה כדלקמן סי' פ"ח סעיף ט"ו (ואין להקשות דהא אמרי' בסי' פ"ז סעיף ה' אם נראה לדיין שהוא מערים בהילך לדחות שבועת התור' מעליו חייב וגם בסי' פ"ח סי"ד אמרי' אם כמערי' חייב י"ל דהכא מירי שהדיין רואה שאינו כמערי' אלא שקשה לישבע אפי' באמת אי נמי התם כבר טענו משא"כ כאן שמדיינין על זה מיד בתחלה ודוק) דנזקקין לתובע לשמוע דבריו תחלה שאף אם יודה לו הנתבע מקצת מ"מ כל זמן שלא שלם לו הרי הוא הנתבע ובעל דינו

מיקרי תובע וחייב ש"ד דהי' לו לפרוע מה שיודה לו קודם שתבעו בב"ד ואי זילו נכסיה דנתבע כגון שהנכסי' זילי בעת ההיא או שיצטרך למכרם בזול כשימכור במהירות לשלם לו ולכך לא שלם לו קודם שתבעו נזקקין לנתבע תחלה ואם יודה לו מקצת קודם שיטעון התובע אינו חייב ש"ד וכדקיי"ל לקמן סי' פ"ח דאינו חייב ש"ד אלא כשקדמה תביעת התובע כנ"ל ודו"ק:

סעיף ב

בענין שלא יוכל לומר פרעתי כגון שהלוהו בשטר וכה"ג וע"ל סימן פ"ה סעיף ז':

סעיף ג

יותר מל' יום דאלו ל' יום נותני' לו אפי' לא זילי נכסיה וכתבו התוס' והרא"ש דנ"מ עוד לענין חבלות דאין נותנין זמן לחבלות כדלקמן סי' ת"ך סעיף כ"ז. וכ' נמוקי יוסף דמשמע לפי' זה דבזילי נכסיה נותני' לו זמן אפי' לחבלות והבית חדש השיג עליו דמדאמרי' סתמא אין נותנין זמן לחבלות משמע בכל גוונא אפי' זילי נכסיה ושלא כדת השיג דהא דברי הנ"י מוכרחי' לפי פי' זה דמיירי לענין חבלות א"כ היכא קאמר עלה ואי זילי נכסי' נזקקי' לנתבע תחלה' והא דאמרינן סתמא אין נותני' זמן לחבלות ומשמע אפי' זילי נכסיה היינו כשרוצ' הזמן על הפרעון משום דזילי נכסיה לא חיישינן ליה כיון דחייב עכ"פ משא"כ הכא שטוען יש לי עדים לפטור נותני' לו זמן אי זילי נכסיה והתוס' מתחלה הקשו מכח כ"ש דהא קי"ל נותנין זמן בית דין ל' יום לפרעון וכ"ש כשטוען אביא עדים לכ"כ דבחבלות שאני כדאמרינן דאין נותני' זמן לחבלות ולכך לא מצינו להקשות מסתם זמן ב"ד שהו' ל' יום אבל לפי האמת ניחא דהכא שטוען אביא עדים עדיף וזה ברור ודלא כהב"ח:

סעיף ד

וצריך לשלם לו מיד וכתב הב"ח דאין משביעי' להתובע אם יש בידו משלו כיון שטוען הנתבע יש לי עדים דיש לחוש שיבואו עדים ויכחישוהו אז יהיה שם שמים מתחלל כדלקמן סי' ע"ב ע"כ דבריו בקצרה והאריך וע"ש ואין דבריו נכוני' לפי מה שכתבתי לקמן ס"ס ע"ה ס"ק ע"ז [פ"ח] וסי' פ"ז סל"ג אלא פשיט' דלא מיירי מדין שבועה ומשביעי' אותו בכל ענין רק דלענין זה מועיל מה דנזקקין לתובע תחלה לענין שצריך לשלם לו מיד ואין ממתיני' לו על העדים אע"פ שאנו יודעי' שיש לו עדים ודו"ק:

סעיף ה

שישמעו דבריו תחלה כו' עיין מ"ש לעיל ס"ק א' ועיין באגודת אזוב דף ע"ו ע"ב:

סעיף ו

שאינו רוצה שישבע לו עכשיו כו' ע"ל סי' ט"ז מ"ש בזה:

סעיף ז

ואינו רוצה לטעון עכשיו כו' ואע"ג דלקמן סי' פ"ז סכ"ד כ' הרב שאומרי' לתובע שיטעון הכל הא מסיים שם ואם אינו רוצה נשבע ונפטר ממנו מכל תביעות כו' וכאן מיירי שהתובע או' דלא איכפת ליה אם ישבע כי אף בשבועה לא יפטר שיש לו עליו תביעות דלא שייך בהו שבועה או שיביא עדים לדבריו ובסמ"ע ובב"ח לא כתבו כן והאריכו בחנם:

סעיף ח

שומעי' לתובע כו'. עוד נ"מ אפי' ימותו עדיו של נתבע או ילכו למ"ה והיינו דוקא כשאינ' חולים או מוכני' לילך רק שאפשר להזדמן כן בפתע פתאום דאל"כ פשיטא דאין לך זילי נכסיה גדול מזה ובזה מיושב תמיהת התוס' ומהרש"ל על פי' ריב"א ועיין בית חדש. עוד יש שאר פירושי' בזה ומביאם מהרש"ל פ' הפרה סי' ד' וכתב דלענין הדין כולם אמת ע"ש שהאריך. ועיין בתשובת הר"ב סימן ק"ח. ועיין בתשובת מהר"ש כהן ספר ג' סימן כ"ה ולפי שדינים אלו תלוים בראות עיני הדייני' קצרתי:

סימן כה

סעיף א

א כל דיין. דקדק וכ' כל דיין שדן כו' ולא כ' כל מי שדן כו' להורות דווקא מי שנקרא דיין דהיינו מומחה או קבלו עלייהו אבל הדיוט ולא קבלו שאינו דיין כלל אין דינו דין אפי' לא טעה כדלקמן סעיף ד' ואפי' לא נשא ונתן ביד חייב דזה מתכוין להזיק הוא דלא ה"ל לדון בעל כרחם כיון שאינו מומחה והיינו שכתבו כאן בסעיף זה אע"פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק ולקמן בסעיף ד' כתבו שזה מתכוין להזיק כן נראה דעת הרמב"ם והמחבר ולכך לקמן בסעיף ד' לא חלקו בין טעה בדבר משנה או בשקול הדעת וכ"כ הסמ"ע ס"ק א' וסק"ו הב"ח לדעתם. וכ"כ הכסף משנה והבאתי לשונו לקמן סעיף ד' ס"ק מ'. וכן מוכח לפע"ד להדי' דעת הרי"ף פ' אחד דיני ממונות שבסוף דבריו השיג על הגאון וכתב וז"ל דכי אית ליה לרבי מאיר דינא דגרמי בדיני דנזקין אבל גבי דיינא לית ליה האי סברא דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם (כלומר אפילו יקבלוהו) ועוד אי משום דינא דגרמי קמחייבת ליה אפי' טועה בדבר משנה נמי אם אין הדבר מצוי שיחזור לבעליו ונתברר כי הוא גרם לממון של זה שיאבד לדבריו יהא חייב

ולמה יהא פטור והלא גם הוא גורם לאבד ממונו של זה וכי מפני שטעה בדבר משנה יהא נשכר עכ"ל (עיין מה שכתבתי לקמן סקי"ד אות ב' על דברי הרי"ף אלו) אלמא דהיכ' דחייב משום דינא דגרמי חייב אפילו טעה בדבר משנה ולעיל מיניה כתב וז"ל ובבא ה' דליתיה מומחה ולא קבלוהו בעלי דינין ההוא ודאי דיניה לאו דינא בין טעה בין לא טעה כו' אי טעי וקאניס ליה לבעל דין ואפיק מיניה ממונ' ונשא ונתן ביד מחייב לשלומי מדיליה והדר הוא שקיל מהיאך משום דדיניה לאו דינא הוא ואם לא נשא ונתן ביד הדר מרי דינא לחבריה ושקיל מיניה מאי דיהיב ליה ואי ליתיה דלשקול מיניה משלם ליה מדיליה דכיון דלאו דיינ' הוא ה"ל כגורם לאבד ממון חברו וקי"ל דדייניו דינא דגרמי עכ"ל הרי דבהא חייב משום דינא דגרמי וא"כ אף בטועה בדבר משנה חייב לסברתו וכן מוכח להדי' מדברי הרמב"ן בספר המלחמות שם שכן דעת הרי"ף וכתב שם טעמי דליתיה מומחה ולא קבלוהו ודאי כיון דאשרא בעלמא הוא ואיסורא עבד כמסור שהראה מעצמו דמי ומחייב כדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל וכן נראה דעת הרמב"ן עצמו שם ע"ש:

ב) מיהו נראה דהיינו דוקא לשטת הרי"ף וסייעתו דס"ל דכל היכא דחייב מדינא דגרמי אף בטועה בדבר משנה חייב וכל שכן להרא"ש פ' אד"מ והתוס' ומרדכי שם שכתבו דהך סוגיא דפ' אד"מ אתי' כרבנן אבל לר"מ דדאין דינא דגרמי בכל ענין חייב אפי' מומחה דלא קבלו או הדיוט וקבלו והן היש חולקין שהבי' הרב בהג"ה בסמוך אבל להבעל המאור פ' אד"מ ובעל העיטור אות פסק דין דף נ"ב סוף ע"א דפסקו כר"נ וכרב ששת ומפרשים דסוגיא אזלא אליבא דר"מ וכן הוא העיקר דהסוגי' אזלא אליבא דר"מ וכן דעת רוב הפוסקים וכמ"ש לקמן סק"ה אות ב' וגם העיקר דהלכה כרב נחמן וכרב ששת וכמש"ל ס"ק י"ד אות א' א"כ כי היכי דחייב בעלמא משום דינא דגרמי ואפ"ה פטור בטועה בדבר משנה ומטעם דלאו כלום עביד ה"ה הכא וכ"כ הנ"י בשם י"מ וכן נראה להדיא מתשובת הרשב"א מביאה ב"י במחודש ג'. ואפשר היה נראה לומר דהכא כיון דאינו מומחה ולא קבלו חשיב כמזיק ממש ודוחק דמדברי הרי"ף והרמב"ם גופייהו משמע דלא הוי אלא גורם להזיק וכן הוא באמת דלא הוי מזיק ממש אלא גורם להזיק ועוד דמטעם שכתב הבעל המאור והרשב"א בתשובה שם וז"ל וטעמ' דטעה בדבר משנה אפי' נשא ונתן ביד והאכילה לכלבים וא"א להחזיר פטור לשלם אפילו אין מומחה אפי' למאן דדאין דינא דגרמי משום פשיעות' דבעל דין נגעו בה דכל טועה בדבר משנה דבר ברור הוא וה"ל לשייולי ולגלוי טעותיה ולא ה"ל למסמוך עליה עכ"ל מבואר להדיא

דלטעם זה אפי' אינו מומחה ולא קבלו עלייהו פטור וכ' מבואר יותר בבעל המאור ע"ש ועיין מה שכתבתי לקמן סעיף ד' ס"ק מ"ה:

ג) מיהו מה שכתבו הבעל המאור והרשב"א בתשובה דאפי' נשא ונתן ביד פטור לא נהירא לפע"ד דהא אפי' רב חסדא דפליג אר"נ ורב ששת ומיקל וס"ל דלא מחייב בטעה בשקול הדעת אא"כ נשא ונתן ביד ס"ל דבנשא ונתן ביד חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא משמע להדי' בש"ס דרב חסדא בעי לשנויי שנויא אחרינא דל"ת קושיא קמייתא דאקשי רב המנונא לימא ליה ר"ע לרבי טרפון טועה בדבר משנה אתה דלא צריך לדחוקי ולתרוצי חדא ועוד קאמר ליה אלא רב חסדא מתרץ דמתני' דבכורות מיירי שנשא ונתן ביד ואם כן אף בטועה בדבר משנה חייב ואם איתא לדברי בעה"מ והרשב"א אכתי גם לרב חסדא תיקשי לימא ליה טועה בדבר משנה אתה ודוחק לומר שהם מפרשים נשא ונתן ביד דרב חסדא היינו שנטל הדיין בזרוע והאכילה לכלבים דלישנ' לא משמע הרי ועוד דמסתמא ר' טרפון לא נטל בזרוע והאכילה לכלבים. ועוד דמדברי בעל המאור משמע להדיא דמפרש כפשוטו וס"ל דלא קי"ל כרב חסדא דמחלק בין נשא ונתן ביד או לא ע"ש אלא נראה עיקר בזה כדעת רוב הפוסקים שהבאתי לקמן סק"ד דבנשא ונתן ביד וא"א להחזיר אפי' טעה בדבר משנה חייב דכיון דנשא ונתן ביד טובא עבד וטעמא לאו משום פשיעות' דבעל דין אלא כמ"ש רש"י פ' אד"מ ובכורות פ' עד כמה והברטנורה שם דבטועה בדבר משנה לאו כלום עביד דהא אי בעי למהדר הוי הדר ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה במה שהשליכה לכלבים או הניחו לילך למ"ה או במה שאין לחבירו לשלם וכה"ג אין הדיין מתחייב בכך כיון שלא נשא ונתן ביד אבל בטעה בשקול הדעת דקם דינא ולא מצי הדר ביה ואפי' הוה קמן לא הוה הדר ומתכשר' א"כ לא עשה הבע"ד כלום במה שהשליכה לכלבים דהא אפי' אי הוה קמן לא הוי הדר ומתכשר' וכן אפילו היה לפנינו והיה לו לשלם לא היה יכול לחזור ולהוציא מיד הבע"ד חבירו וכן נ"ל עיקר:

ד) ולכאורה היה אפשר לומר דדוקא בנשא ונתן ביד והאכילה לכלבים הוא דחייב וכמו שהוכחתי מעובדא דר' טרפון אבל טועה בדבר משנה וחייב את הזכאי ונשא ונתן ביד והלך למ"ה או לית ליה לשלומי פטור דהא כיון דטועה בדבר משנה חוזר אפי' לרב חסדא אפי' נשא ונתן ביד וכמ"ש הרי"ף ושאר פוסקים להדיא אם כן מה לו לדיין שהלך זה למ"ה או לית ליה לשלומי והוי כמו האכילוהו על פיו לכלבים דפטור לשלם משום דלאו כלום עביד דהוה מצי הדר ביה וכמ"ש א"כ ה"ה הכא נהי דנשא ונתן ביד מ"מ אי הוה קמן ואית ליה לשלומי הוי מצי הדר ביה ולא עביד איהו מידי בהא שהלך זה למ"ה או הוציא המעות אך מדברי הרמב"ן בס' המלחמות ונ"י וש"ג ושאר פוסקים שהבאתי

לקמן ס"ק ד' אות א' מבואר דאין חילוק אלא בכל ענין חייב לשלם כשנשא ונתן ביד (וכן מוכח מדבר הרי"ף שהבאתי לעיל) ונראה דסביר' להו דע"כ לא קאמרינן בש"ס דהיכ' דאי מצי הדר לאו כלום עביד אלא כשהו' ברשו' הבע"ד אבל כל שנש' ונתן ביד מיד חבירו לחבירו טובא עבד ואע"ג דהוה מצי הדר ביה מ"מ סתמ' דמילת' ה"ל לאסוקי אדעתיה שילך למ"ה או יוציא המעות ולא ה"ל לישא וליתן ביד א"נ והוא העיקר כיון דנשא ונתן ביד נכנס הוא תחתיו וה"ל הדיין כמו לוה דיליה ושוב אין לבע"ד שום דין ודברי' עם חבירו רק עם הדיין וזה שהלך למ"ה או הוציא המעו' של הדיין הוציא והדיין הוא מתחייב לבע"ד שנטל ממנו וכן נראה עיקר:

סעיף ב

א חוזר הדין אפי' ג' מומחין אפי' קבלו עליהם שאין כאן דין כלל כיון שהטעות בדבר הפשוט כ"כ הטור. וכתב הב"י שכ"כ רבינו ירוחם ולא ה"ל לכתוב כן משמו של ר' ירוחם שכ"כ הרא"ש להדיא וז"ל כללא דמילתא טעה בדבר משנה לעולם חוזר ואפילו שלשתן מומחין כו' ואפילו קבלום עליהם ואפי' נקיטי רשותא מבי ריש גלותא דכיון דטעו בדבר משנה אין דין זה ראוי להתקיים כלל ע"כ:

ב) כותב הנ"י פ' אד"מ טעה בדבר שנשאר בספק בש"ס כגון הנהו בעייא דקיימי בתיקו דהוי חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא עבד הכי טוע' בדבר משנה הוא שכבר נפסק הדין לפי הכללים המסורים בידינו עכ"ל ולא נהירא לי דהא לא שייך לומר טעה בדבר משנה אלא כשמתברר מתוך המשנ' או הש"ס שטעה בודאי אבל בבעי' דסלקי' בתיקו לא מתבאר שטעה ונראה דאפילו כטועה בשקול הדעת נמי לא הוי כיון דלא מתברר שטעה בבירור אלא מה שעשה עשוי ופטור לשלם. ונראה דהנמוקי יוסף אזיל לטעמיה שכתב בריש שנים אוחזין וז"ל הלכך בכל תיקו שבתלמוד בכל ספק ממונא תקפו תובע מוציאין ממנו וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל שכתב בהלכותיו בהיא בעיא דאבעי' לן בסוף השוכר את הפועלים לסטים מזויין כנגד רועה מזויין מהו סלקא בתיק"ו. וכתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו ואפי' רועה מזויין פטור מכלל דס"ל שדינו כאלו נפשט ממש לקולא ואפי' תפיס התובע מפקי' מיני' שאל"כ לא היה לו לכתוב פטור עכ"ל אבל לפי מה שהעליתי בספרי תקפו כהן דהעיקר כהרמב"ם וסייעתו דתפיסה מהני בתיקו ושגם דעת הרי"ף כן וכמ"ש הרא"ש פ' כיצד הרגל ושאר הרבה פוסקים לדעתו וממ"ש הרי"ף פרק הפועלים אין ראיה דהתם פשוט בש"ס להדיא לקולא א"כ דמי תיק"ו לפלוגתא דרבוותא דאמרינן בפרק כל הנשבעין דיינא דעבד כרבי אלעזר עבד וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' פ"ח בשם הרבה פוסקים דתפיס' מהני משום דדיינא דעביד הכי מה דעבד עבד ועביד אינש דינא

לנפשיה ומהא דדיינא דעביד כר' אלעזר עביד למדו הרבה פוסקים דתפיסה מהני בהך דר"א א"כ כיון שהעליתי בספרי תקפו כהן כדעת רוב הפוסקים דתפיסה מהני בתיקו א"כ כ"ש דדיינא דעביד הכי מה דעבד עבד ונראה דלא ישלם מביתו דהכי משמע פשט דברי הש"ס ופוסקים דמה דעבד עבד דהיינו מה שעש' עשוי דדינו דין הגון בדיעבד וכ"כ הרא"ש פ' אד"מ וטור סעיף ה' ואם אי אפשר לעמוד על הדבר אין כאן טעות ומה שפסק פסק וכ"כ התוס' פרק המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"ב ע"ב) ואם כן ה"ה בתיק"ו לפי מה שכתבתי וגם נראה דאפי' את"ל בתיק"ו לא מהני תפיסה היינו משום שתפס מעצמו אבל הכא כיון דעל כרחך מיירי בקבלוהו או שהוא מומח' א"כ כיון דהתפיסוהו ב"ד ה"ל כתפס ברשות דמהני תפיסה בתיק"ו לכ"ע וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' נ' וכמו שכתב הנ"י גופיה בפרק שנים אוחזין ויש להביא ראי' לזה מדברי ה"ר יונה שהביא הרא"ש פרק ב' דכתובות גבי תרי ותרי נינהו והטור לקמן סי' מ"ו סעיף ל"ג ואפילו הרמ"ה שם מודה כאן ודו"ק:

סעיף ג

יכול לחלוק עליו אפי' לחלוק על דברי הגאונים כ"כ הרא"ש וטור:

סעיף ד

לא נתכוין להזיק כתב הסמ"ע וז"ל

א) עיין בב"י וכ"מ שדקדקו מל' הרמב"ם שכתב שם אע"פ שגורם להזיק דלא מיירי אלא כשלא טימא או האכיל לכלבים המורה בידים דאם עשה כן בידים הוא מזיק ממש ובזה מודים הרי"ף והרמב"ם שמחוייב נשלם אף בטעה בדבר משנה ובדרישה הוכחתי דהרי"ף והרמב"ם סבירא להו דאפילו עשה כן בידים ג"כ גורם להזיק מיקרי כו' עכ"ל וכן כתב הב"ח דמדכתב הרמב"ם סתם משמע דאף בנשא ונתן ביד מיירי וכמו שהבין הטור מדבריו כו' ולפע"ד אין זה עיקר וגם דעת הרי"ף והרמב"ם אינו כן וגם הטור לא הביא כן מדברי הרמב"ם וכמו שאבאר. חדא דכבר הוכחתי לעיל מן הש"ס דאפי' לרב חסדא חייב כשנשא ונתן ביד אפי' טעה בדבר משנה כשא"א להחזיר כל שכן לרב נחמן ורב ששת ותו דהרמב"ם כתב בספר המלחמות פ' אד"מ וז"ל אבל ודאי אי נשא ונתן ביד וליתא לממונא דתיהדר מודה אני שאפי' טועה בדבר משנה נמי משלם כטועה בשקול הדעת וכן נראה מדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל וכן נראה באמת דעת הרי"ף שהבאתי לעיל דס"ל דכל היכא דחייב משום דינא דגרמי אף בטועה בדבר משנה חייב ובנשא ונתן ביד עכ"פ גורם הוא דל"ל לישא וליתן ביד וכדמוכח בהרי"ף גופיה ודו"ק וכ"כ התוספות והמרדכי פ' אד"מ דבנשא ונתן ביד אפי' טועה בדבר משנה חייב דטובא עבד וכן מוכח להדיא

מדברי התוס' פרק אלו טרפות שהבאתי לקמן סק"ה אות ב'. וכן משמע להדיא מדברי רש"י פ' אד"מ ופ' עד כמה וכן כתב הנ"י וז"ל וכל זה שאמרנו בשלא נשא ונתן ביד הדיין אבל עבד מעשה בידים חייב ואפי' שלש' סמוכי ואפילו טועה בדבר משנה וליית ליה לשלומי דמזיק הוא כך מצאתי כתוב וכן פי' הרמב"ן ז"ל עכ"ל וכן משמע דעת הרמב"ם וכמ"ש בב"י וכן משמע מדכ' גורם להזיק דאי נשא ונתן ביד מזיק ממש הוא ויפה כוון בזה אך מ"ש בב"י וכ"מ וכן בתוס' י"ט ר"פ ז"ב דהטור הבין מדברי הרמב"ם שאפילו נשא ונתן ביד פטור וכמ"ש הב"ח לפע"ד לא כיוונו יפה בזה דאררבה הרי הטור הוסיף בדברי הרמב"ם והאכילוהו "על "פיו דלאיזה צורך הוסיף בדבריו "על "פיו אלא כונת הטור שהרמב"ם לא חילק ולא ביאר בהדיא וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק וביאר בהדיא כן דאם נשא ונתן ביד חייב וכן פסק בשלטי גבורים וכן כתב העיר שושן וכן עיקר:

ב) מיהו היינו דוקא במומחה ולא קבלו או הדיוט וקבלו אבל מומח' וקבלו אפילו נשא ונתן ביד פטור דהא רב חסדא משמע דמפר' דר' טרפון נשא ונתן ביד הוה וכמו שהוכחתי למעלה ואפ"ה פטרו ר"ע מטעם מומחה לב"ד וקבלוהו עלייהו ורב נחמן ורב ששת פשיטא דלא פליגי עליה אלא בלא נשא ונתן ביד. ועוד מוכח כן מר"נ ורב ששת גופיה דמה בכך שנשא ונתן ביד וטובא עבד הא כי טעה בשקול הדעת נמי קם דינא וטובא עבד ואפי' הכי פטרו רבי עקיבא והכי מוכח נמי מדברי התוס' ומרדכי פ' אד"מ שכתבו דאי נשא ונתן ביד טובא עבד ואם איתא הוי לאקשויי בפשיטות אמאי פטרו ר"ע באמת מטעם מומחה לבית דין הא נשא ונתן ביד אלא ודאי דוקא אמאי דפריך דלפטריה מטעם טועה בדבר משנה בלא מומחה מקשינן הכי אבל במומחה וקבלו עלייהו פשיטא דאפילו נשא ונתן ביד פטור אע"פ שא"א להחזיר וכ"כ הטור סוף סעיף ג' בשם הרמ"ה להדיא. וכן אפילו טעה בשקול הדעת הדין כן וכדמוכח מהך דר' טרפון וכמ"ש לקמן סעיף ב' ס"ק י"ג אות א' בשם הרא"ש וטור וכ"ש בטעה בדבר משנה וכן בג' מומחים סמוכים אפילו נשאו ונתנו ביד פטורים אפילו לא קבלו עלייהו וכמש"ל סקכ"ט אות י':

סעיף ה

א ויש חולקין כתב הסמ"ע דאפי' ג' מומחים וקבלוהו עלייהו אפ"ה חייבים לשלם דס"ל דר"מ דאין דינא דגרמי אפי' בכה"ג וכ"כ הב"ח שכן דעת הרא"ש והטור. ולפע"ד זהו כשגגה היוצא מלפני השליטים דודאי ליכא למ"ד הכי דהא בטעה בשקול הדעת להרא"ש וטור מה שעשה עשוי במומחה וקבלו אפי' אפשר לחזור ואפ"ה פטור מלשלם וכ"ש כשא"א לחזור דפטור מלשלם וכ"ש בטעה בדבר משנה ועוד דהא מתני' דבכורות קתני ואם היה מומחה פטור מלשלם ואטיהר את הטמא קאי שערבו בע"ה עם פירותיו

דא"א להחזיר וכדאיתא בהרא"ש להדיא ועוד דהא בטעה בשקול הדעת אף לרבנן חייב כשא"א להחזיר להרא"ש וטור ואפ"ה פטור מומחה אלמא דאפי' היכא דחייב מדין מזיק פטור מטעם מומחה א"כ ה"ה לר"מ ועוד דהא מראה דינר לשולחני לר"מ מומחה פטור כשהלך למ"ה ועוד ראיה ממ"ש הרא"ש מתחלה וז"ל ואפילו יש גדול להחזירו אם א"א בחזרה פטור מלשלם כההוא עובדא דקאמר ליה ר"ע פטור אתה שמומחה לב"ד אתה עכ"ל ונהי דמסיק הרא"ש בשם הראב"ד דאפי' יש גדול אין מחזיר מ"מ נשמע לטועה בדבר משנה דחוזרביש גדול כדס"ד דהרא"ש דאם א"א בחזרה הוא פטור. גם מה שמחלק הב"ח לדעת הרא"ש בין נטילת רשות לקבלו עלייהו לא נהירא כלל דנט"ר יהא עדיף מקבלו עלייהו הבע"ד עצמו ועוד דהא לפי הבנת הב"ח דהרא"ש קאי אמומחה וקבלוהו עלייהו משום שהזכיר קודם לכן כן בטועה בדבר משנה לעולם חוזר וא"כ מסתמא קאי אמה שהזכיר מקודם ואם כן הרי גם נטל רשות מר"ג הזכיר מקודם גבי טעה בדבר משנה ועוד דהמעיין בהרא"ש פ"ק דסנהדרין גבי מ"ש התם ואע"ג דהתם מיירי בסמוך תקנת חכמים הוא דאינו סמוך יהא כסמוך כו' יראה דא"א לומר כן אלא בע"כ צ"ל דמ"ש הטור כאן מומחה מיירי בלא קבלו וכן יש לפרש דברי ר' ירוחם ודלא כמ"ש הב"ח שרבינו ירוחם כתב להדי' אפי' מומחה וקבלו דלית' כמבואר לכל מעיין שם והא דלא ביארו כן היינו משום שסמכו עצמם אמ"ש קודם לכן דאפי' בטועה בשקול הדעת מומחה וקבלוהו עלייהו פטור וכ"ש טועה בדבר משנה וזה ברור:

ב) ולענין דינא דברי היש חולקים שהם הרא"ש והטור שהוציאו דבריהם כן מהתוס' ר"פ אד"מ ופ' הגוזל (בבא קמא דף ק' ע"א) וכ"כ במרדכי פאד"מ לא נהיר' לי דכתבו כן לפי שטתם דסוגיא אתי' כרבנן אבל לר"מ דדאין דינא דגרמי חייב בכל ענין וזה אינו נראה חדא דלישנא לא משמע הכי וכמ"ש בעל המאור וז"ל מדלא קאמר גרמא בעלמא וקאמר לאו כלום עבדת ש"מ דאפי' למ"ד דדאין דינא דגרמי לאו כלום הוא ואפי' גרמי נמי לא הוי עכ"ל ועוד א"כ מאי מקשה רב המנונ' לרב ששת לימא ליה לאו כלום עבדת דילמ' ר' עקיבא כר' מאיר ס"ל ובפרט דהלכת' כותיה א"ו ר"ע בעי לפטרו אליב' דכ"ע ועוד דלדברי התו' והרא"ש צריך לדחוק דלא פריך (בפ' עד כמה לימא תנן מתני' (דלא) כר"מ) אלא מטיהר את הטמא וכן הא דמפרש התם טימא את הטהור דאגע בהו שרץ אגב אחריני מפרש להו וכמ"ש התוס' פרק הגוזל והרא"ש ומרדכי להדי'. גם הא דקתני במתני' ונשחט על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו וכמ"ש התוס' ומרדכי להדיא וכל זה דוחק גדול אלא נראה עיקר בזה כדעת הרמב"ם וברטנורה בפ' זה בורר והרי"ף פ' אד"מ וגם הבעל המאור הסכים עמו בזה וכן דעת הרמב"ן בספר המלחמות שם דאפי'

למאן דדאין דיני דגרמי טעה בדבר משנה לאו כלום עבד וכ"כ הבעל העיטור להדי' באות פסק דין דף נ"ב סוף ע"א ריש ע"ב וכ"כ הרשב"א בתשוב' ומביא' ב"י לקמן סי' זה סוף מחו' ג'. וכ"פ בשלטי גבורים פ' אד"מ דף ר"פ ע"ב וכן מוכח בתוס' פ' אלו טרפות סוף דף ע"ג שכתבו אע"ג דטעה בדבר משנה הוא בידים האכילו לכלבים משמע הא אלו לא האכילו בידים היה פטור אע"ג דקי"ל דדיינין דינא דגרמי ועוד דהתם פ' אלו טרפות רבא הוא ורבא הוא דדאין דינא דגרמי והיינו דלא כהתוס' פ' הגוזל והרא"ש והמרדכי הנ"ל שנמשכו אחריהם ומה שהקשו התוס' פ' אד"מ ממראה דינר לשולחני דמחייב ר"מ פרק הגוזל קמא אע"ג דאיכא למימר אלו הוה קמן הוה הדר ומשלם כבר תרצו התוס' פרק הגוזל שם והמרדכי פ' אד"מ דלא דמי דבדינר כיון שהראהו לשולחני שוב לא היה לו להראותו לאחר אבל הנשאל לחכם אע"פ שאסר לו לא היה לו לבעל הבית למהר להאכילה לכלבים או לערבם עם הטמאים עוד יש לתרץ לפי מה שהעליתי לקמן סי' ש"ו סעיף ו' דגבי שולחני לא מחייב עד דאמר ליה חזי דעלך קא סמכי' או דמוכח מלתא דסמיך עליה א"כ דוקא התם כיון דסמיך עליה ה"ל כסבר וקבל לשלם דאל"כ הל"ל אל תסמוך עלי אבל הכא י"ל דלביה אנסיה שהוא סובר להורות איסור שלא יבא מכשול וכשיאמר אל תסמוך עלי יתיר האיסור שלא כדין או יגזול חבירו שלא כדין לכך אינו אומר אל תסמוך עלי ולא משום דסבר וקבל לשלם:

ג) ומה שהקשו עוד התוס' בפ' אד"מ מטיהר את הטמא דמחייב ר"מ היינו על כרחך כשערבם בע"ה עם פירותיו השתא נמי לאו כלום עביד וכן הקשו התוס' פרק הגוזל קמא והרא"ש והמרדכי פרק אד"מ וזהו עיקר שהביאם לכך דלר' מאיר חייב אע"ג דאלו הוה קמן הוה הדר ואני אומר במחילה מכבוד תורתם שדבריהם אלו בלאו הכי אינם נראים לפע"ד דבלאו הכי נמי קשה מה שהקשו שם בפ' אד"מ ובפ' הגוזל טיהר את הטמא אמאי מה שעשה עשוי ועוד אי מה שעשה עשוי אמאי משלם מביתו דאכתי לא מתוקמ' ערבן עם פירותיו עד לבסוף ומה שתירצו שם וז"ל וי"ל דהשתא ס"ל כשערבן בע"ה והשתא מה שעשה עשוי שערבן ברוב פירות טהורים דבטלי ברובא וישלם מביתו שערבן בפירות מועטי' עכ"ל וזהו דוחק גדול מאוד גם בלאו הכי קשה מה שהקשו שם אמאי יהא הדיין חייב לא יהא אלא כמטמא בידים הא קי"ל דהיזק שאינו ניכר כגון מטמא ומדמע ומנסך בשוגג פטור והכא אין לך שוגג גדול מזה ומה שתירצו שם דחשיב כמו מזיד שהי' לו לדקדק ולידע שהבע"ה יערבו עכ"ל זהו ג"כ דוחק גדול:

ד) אבל לפע"ד יש דרך אחרת בסוגיא זו אשר בזה יסתלקו כל קושיות התו' והרא"ש ומרדכי הנ"ל והוא דבפ' אד"מ ס"ד מעיקרא דלא מיירי כלל בנשא ונתן ביד וכן למאי

דבעי לאוקמי מתני' בפ' הגוזל בתרא ובפ' עד כמה כר' מאיר ולא מיירי בנשא ונתן ביד מיירי הך דטיהר את הטמא כפשוטו ולא מיירי כלל כשערבן בע"ה עם פירותיו אלא מיירי דומי' דחייב את הזכאי דקתני בהך מתני' דהיינו שבאו תובע ונתבע וחייב את הזכאי ושלם זה על פיו הכא נמי מיירי כגון שבא לפנינו לוקח ומוכר לישאל אם יקח פירותיו של זה המוכר אם הם טהורים וטיהר את הטמא ולקח זה הפירות על פיו ואח"כ נודע דשלא כדין טיהר ורוצה החכם שהמוכר יחזור לו מעותיו ויחזור ויטול פירותיו שהם טמאים וקתני מה שעשה עשוי שטיהר לענין שהמוכר בחזקת טהורים מכרם וא"צ להחזיר המעות וישלם ללוקח מביתו כמו מראה דינר לשולחני אבל כי מוקי מתני' בנשא ונתן ביד א"א לפרושי הכי דלא שייך בכה"ג בלוקח ומוכר בנשא ונתן ביד לכך צריך לפרש טיהר את הטמא שעירבן עם פירותיו זה נ"ל ברור: ומזה יצא לנו ג"כ דין חדש דטיהר את הטמא וערבן בע"ה פטור אפי' טעה בשקול הדעת דלאו כלום עביד וגם לא גרע ממטמא ומדמע ומנסך ודלא כדעת התוס' וסיעתם אלא כדעת רוב הפוסקים הנ"ל שהבאתי. ונ"מ גם האידנא בזמן הזה לחכם שטיהר יינו של חבירו וערבו הבעל הבית עם יין אחר ואח"כ נודע שהורה שלא כדין ונעשה הכל יין נסך בין טעה בדבר משנה בין טעה בשקול הדעת פטור לשלם דה"ל כמנסך בשוגג דפטור. כן נ"ל:

ה) ומה שהקשו עוד התוס' פ' הגוזל קמא והרא"ש והמרדכי פ' אד"מ מהא דתנן מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו הרי זה יקבר וישלם מביתו ולמאי נימא כיון דאלו לא נשחט הי' מותר השתא נמי לאו כלום עביד אי בעינא מצינא לשנויי כמו שתירצו התוס' שם דנשחט על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו מיהו שנוי' דחיק' לא משנינ' אלא נראה לפע"ד דנשחט על פיו דוקא ודוקא הוא דהיינו שאמר לו השוחט אני שוחט אותו על פיך וצוה לו לשוחטו על פיו ולהכי חייב דהא לא שייך לומר כיון דאלו לא נשחט הי' מותר שהרי זה שוחטו על פיו וכאלו שוחטו בידים דמי. ובהכי ניחא נמי מה שהניחו התוס' בפרק עד כמה בתימ' דאמאי לא מוכיח מהך רישא דראה את הבכור דמתני' ר' מאיר הוא. ולפי מ"ש ניחא דבכה"ג אף לרבנן חייב כיון שזה שוחטו על פיו ואע"ג דגבי שולחני אע"ג דא"ל חזי דעלך קסמכינא פטור לרבנן שאני התם דאילו הוה קמן הוה הדר א"כ לא הוה כסבר וקבל לשלם לרבנן משא"כ הכא שמיד ששוחטו על פיו שוב אין לו תקנה:

ו) ומה שהקשו עוד התוס' פ' הגוזל קמא והרא"ש והמרדכי פ' אד"מ מאי שנא מכהנים שפגלו בהקדש מזידים חייבים אף לרבנן (כדתנן בגיטין פ' הנזקין) וא"כ היכא דקם דינא כגון בטעה בשקול הדעת יתחייב אף לרבנן והוכיחו מכח זה את שטתם ע"ש.

ואני בעניי לא ידעתי התחלה לקושי' זו דהתם מיד שמפגל מזיק הוא ובמחשבה דידיה מזיק בשחיטה דשוחט בפסול וה"ל כעביד מעשה בידים משא"כ הכא שאע"פ שפסק כן אין הכרח שיעשה בעל דין כן וגם אינו עושה מעשה וכה"ג ראיתי בחדושי רשב"א פ' הניזקין וז"ל פרה שהכניסה לרבקה ע"מ שתניק ותדוש. וא"ת מאי שנא מפגול דהוי במחשבה נמי אע"ג דלא עביד מעשה תירצו בתוס' דשאני התם דבשעה שמפגל עושה מעשה ששוחט אבל הכא אינו עושה מעשה עכ"ל. הרי ביררנו דהעיקר דפטור ודלא כדעת היש חולקים שהביא הר"ב:

סעיף ו

א ולענין הוראת איסור והיתר אם הגיע להוראה אע"פ שאינו סמוך דינו כמומחה כו' כתב בסמ"ע ע"ש בנ"י דלא כ"כ אטועה בדבר משנה כ"א אטועה בשקול הדעת דאינו פטור מתשלומים כ"א כשהוא מומח' וסמוך מב"ד דא"י או שנט"ר מר"ג (או קבלו עלייהו) וקאמר דבאיסור והיתר אינו גם בד"מ כתב האי דינא אטועה בשקול הדעת וקמ"ל דבהוראת איסור והיתר לא בעינן סמוך אלא גם בגמיר וסביר פטור כדין מומחה הנסמך עכ"ל והאמת אתו בזה:

ב) אך לפע"ד דברי הנ"י גופם תמוהים דנראה דאין חילוק בין הוראת איסור והיתר לדיני ממונות וכי היכי דבדיני ממונות בעינן מומח' ונט"ר לענין פטור תשלומין או מומחה וקבלו עלייהו הוא הדין לענין איסור והיתר והנה ז"ל נ"י שם וכן הדין דכל היכא שהוא סמוך שנט"ר מר"ג או מב"ד של א"י או שקבלוהו עליהם בעלי דינים אף ע"פ שאינו סמוך פטור מתשלומין כו' והיינו לענין דין אבל לענין הוראה אפי' אינו סמוך אם הוא מומחה להוראה פטור מלשלם שהרי הוא חייב להורות מן התורה כדאמרינן במס' הוריות דתלמיד שהגיע להוראה היינו דגמיר וסביר וכל שהגיע להורות חייב להורות כדאמרינן ועצומים כל הרוגיה זה תלמיד שהגיע להוראה ואינו מורה וכל שחייב להורות מן התורה פטור מלשלם כדאמרינן בפ"ק גבי הדיוטות שיכולין לדון מתקנת רבנן אלא מעתה טעו לא ישלמו כלומר כדין ג' סמוכין דפטורים מפני שהם יכולים לדון מן התורה והטעם מפני שטעותם של אלו אונס הוא והא דאמרינן גבי רבי טרפון דפטור מפני שהוא מומחה לב"ד לאו דוקא ר' טרפון מפני שהוא סמוך והא דאמרי' פ' אלו טרפות גבי ההוא תורא דאתחיל ביה שחיטה בתורבץ הוושט כו' זילו אמרו ליה (לרבא) לבריה דרב יוסף בר חמא דלישלם דמי תורא למריה כתבו ז"ל דדרך צחות בעלמא הוא כלומר ראוי היה כן מפני שגרם להפסידו עכ"ל הנ"י ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן שלא חילקו בין דיני ממונות לאיסור והיתר גם מדברי בעל המאור מבואר להדיא דלא כהנ"י שכתב בבבא

תליתאה ומאן דגמיר וסביר אפילו כרבה ומר זוטרא אי לא נקט רשות' ולא קבלוהו עלייהו בעלי דינים אי טעה מחייב לשלומי כו' מעשה בר' טרפון נמי בפרה של בית מנחם בדקבלוהו עלייהו עכ"ל הרי להדיא אי לאו דקבלו לר' טרפון היה חייב לשלם אע"ג דאיסור והיתר הוה גם מדברי התוס' רפ"ק דסנהדרין דף ה' ריש ע"ב משמע דלא כהנ"י דאמאי דקאמר התם בש"ס יורה יורה אי גמר רשות' ל"ל למשקל משום מעשה שהיה כו' כתבו התוס' וז"ל הא דלא משני לענין ליפטר דבפ' אד"מ מוכח שצריך רשות ליפטר באיסור והיתר משום דאי ליפטר גרידי' לא הוה צריך למשקל רשות' בתרתי בהוראה ודין דבחד מנייהו סגי דהוי בכלל דבר שמתחייב לשלם עכ"ל הרי להדיא דלא כהנ"י:

ג) גם מדברי הרשב"א לחדושיו פרק אלו טרפות מבואר להדי' דלא כותיה שכתב שם וז"ל צריכים אנו לומר דלא קבלו בעלי השור לרבא להורות בו ומעצמו טרפו להם דאם קבלוהו עליהם לא היה משלם ואפי' נשא ונתן ביד דמומחה לרבים הוה דודאי רבא אין לנו גדול ומומחה ממנו עכ"ל הרי להדיא דאם לא קבלוהו אע"ג דמומח' הוה חייב בהוראת איסור והיתר ועוד מוכח כן בחדושי רשב"א ע"ש: גם מדברי רש"י ותוס' בפרק א"ט שם משמע דדוק' קאמר ליה ולא דרך צחות שרש"י פי' שם לישלם דמי תורא למריה שכבר האכילו לכלבים והתוס' כתבו שם אע"ג דטעה בדבר משנה הוא בידים האכילו לכלבים ומדהוצרכו לפרש כן משמע דקושטא דמלת' קאמר דחייב לשלם אף בהוראת איסור והיתר. גם מדברי הרמב"ן בס' מלחמות מבואר דלא כהנ"י שכתב ז"ל וכן הא דאתמר בפרק אלו טרפות תורא משרי שרי ואמרו ליה לבריה דרב יוסף בר חמא דלישלם תורא למאריה דברי הרי"ף מיתוקמ' כשנשא ונתן ביד ע"כ (כלומר דס"ל לרמב"ן דההוא דרבא כטועה בשקול הדעת הוה וכמ"ש בחדושי רשב"א פרק אלו טרפות ע"ש) הרי דבלא הרי"ף חייב אף בלא נשא ונתן אע"ג דהוראת איסור והיתר הוא ואפילו להרי"ף דמיירי התם בנשא ונתן ביד מוכח דלא כהנ"י דהא מומחה ונט"ר או קבלו עלייהו פטור אף בנשא ונתן ביד וכדמוכח מאוקימת' דרב חסדא ואם אי' לדברי הנ"י דבהוראת איסור והיתר במומחה לחוד פטור א"כ מומחה הוי כמו נט"ר או קבלו ג"כ דפטור אף בנשא ונתן ביד וא"כ היאך כתב הרמב"ן דלדברי הרי"ף מתוקמא כשנשא ונתן ביד דחייב רבא אמאי חייב (ועוד מוכא כן מדברי הרמב"ן בס' מלחמות שהבאתי לקמן סקי"ד אות י"ב גבי מה שהקשה על בעל המאור מהך דרבא דבפ' אלו טרפות) אלא ודאי משמע מכל הנך פוסקים דלא כהנ"י (גם בב"י מחו' ח' כתב על דברי נ"י וצ"ע ומביאו ד"מ) ומ"ש הנ"י שהרי הוא חייב. להורות מן התורה כדאמרינן ועצומים כל הרוגיה כו' לאו מילתא היא דהתם מיירי כשמקבלים אותו ואינו מורה או כשבאים לפניו סתם לשאול דבר הוראה

אבל בלא קבלה אינו מחוייב להורות בעל כרחם הלכך נראה עיקר דאין חילוק בזה בין דיני ממונות להוראת איסור והיתר ודלא כהנ"י והר"ב גם בעיר שושן לית' הג"ה זו:

סעיף ז

או אמוראים. או פוסקים כן מוכח בהרא"ש וטור שכתבו ואם לא ידע הפסק במחלוקת הגדולים ואח"כ נודע לו ואינו בר הכי שיוכל להכריע אם נראין כדברי האחד לרוב החכמי' והוא עבד כאידך היינו שיקול הדעת ואם אי אפשר לעמוד על הדבר אין כאן טעות ומה שפסק פסק ע"כ:

סעיף ח

ועשה כאחד מהן כ' בתשו' מיי' פ"ה מה' סנהדרין (בשם ר"י מורנא בעל א"ז) היכא דפליגי תרי תנאי או אמוראי והדיין לא ידע כ"א דברי האחד ולא ידע שהשני חולק והורה ודן לא מקרי שקול הדעת אלא מה שעשה עשוי ואינו משלם מביתו עכ"ל וד"מ ס"ו הביאו עכ"ל סמ"ע וכ"כ המרדכי ס"פ אד"מ בשם א"ז ומביאם ב"י ס"ס זה ורבים הבינו דר"ל דהיכא דלא ידע כ"א דברי האחד ואח"כ נודע לו מהשני אע"ג שאין הכרע עדיין הלכתא כמאן מ"מ כיון דאי הוה ידע ג"כ מהשני לא הוה פסק כן הוה סד"א דמקרי שקול הדעת קמ"ל דלא וכן נרא' שהבין בסמ"ע לכן הביא בסתם להלכה דברי ההגהות מרדכי בלי חולק אבל באמת אין הפי' כן אלא ה"פ דאם לא ידע שהשני חולק אע"ג דסוגיא דעלמא כאידך לא הוה טועה בשקול הדעת דלא מקרי טועה בשיקול הדעת אלא כשידע גם מהשני דלא הוה ליה לפסוק בפשיטות נגד דברי השני אבל כשלא ידע מהשני מה ה"ל למעבד איהו פסק לפי מה שידע. וכן מדוקדק בדברי הגהות מיי' ומרדכי למעיין בדבריהם שם והכי מוכח נמי להדיא ממ"ש בסוף דבריהם שם וז"ל וראיה מעובדא דעכברא דשכיב אדינרי א"ל כבר הורה זקן אלמא אע"ג דרבי חייא פליג עליה מ"מ כיון שלא ידע שהי' חולק עליו מה שעשה עשוי ולא ישלם מביתו עכ"ל אלמא דהאי שלא ידע הוא הגורם הפטור ולא החיוב והכי מוכח נמי להדיא בהגהות אשר"י רפ"ק דסנהדרין שכתבו וז"ל הורה ר"י הלכה למעשה שאין משלם היכא דטעה בשקול הדעת אא"כ ידע דפליגי אהדדי אבל אם יש טעות בש"ס שרש"י פי' בע"א ושאר גאונים מפרשים בע"א והלך ודן כפי אותו פי' שיודע מה שעשה עשוי ולא ישלם מביתו ודחה אבא מרי ראייתם מא"ז עכ"ל ונראה דהא דדחה אבא מרי ראייתם הוא מטעם שאכתוב לקמן ולדידי גם הדין צל"ע טובא דמה בכך שלא ידע הא כיון דחייב מדינא דגרמי לר' מאיר מה לי ידע או לא סוף סוף גרם היזק לחבירו ועוד דהא פשיטא דהיכא דחייב משום דינא דגרמי אפילו שוגג חייב אא"כ נאמר דס"ל כהנך פוסקים שהבאתי לקמן סי' ס"ו סעיף ל"ב דס"ל דכל

היכא דחייב משום דינא דגרמי חייב משום קנסא ולא מדינא וא"כ במזיד קנסו בשוגג לא קנסו. ודוחק. ועוד דהאי שוגג קרוב למזיד הוא דשגגת תלמיד עולה זדון וה"ל לידע וגם מדברי הרי"ף פ' אד"מ והרא"ש פ' זה בורר (שהביא הטור ס"ס זה) וכן הנ"י פאד"מ דף רפ"א ע"א לא משמע הכי שכתבו דלא הוה ר' ישמעאל טועה בשקול הדעת כיון שלא היה אפשר לר' חייא לברר שטעה אלא בסברא נחלק עליו משמע להדיא הא אלו הוה מברר שטעה כיון דסוגיא דעלמא הוה כותיה הוה ר' ישמעאל טועה בשקול הדעת ומשלם אע"ג דלא ידע דר' חייא פליג עליה:

סעיף ט

שכבר פשט המעשה בכל העולם כו'.

א) וכן פי' הרמב"ם סוגיין דעלמא כאידך שבש"ס וכ"כ הסמ"ג סוגין דעלמא כדברי הא' שנהגו לעשות כמותו. והטור כתב בר"ס זה וסוגיא דעלמא אזלא כאידך כגון שסתמא דש"ס פריך ממילתי' וכיוצא בזה (נראה דר"ל במ"ש וכיוצא בזה כגון שמוכח בענין אחר במקו' אחר בש"ס דהלכתא כאידך ודוק) ורש"י פי' וסוגיא דעלמא כאידך פירש שרוב הדיינים נראה להם דברי השני עכ"ל והרי"ף והרא"ש בפ' שבועת הדיינים ס"ל כפי' הראשון שכתב הטור וכן פי' בתשובת הרשב"א סי' אלף ר"ל וכן משמע בגירסת הש"ס שלפנינו פ' אד"מ וסוגיא דשמעתא כאידך ולרש"י והרמב"ם צ"ל דלא גרסי' סוגיא דשמעתא אלא סוגיא דעלמא וכן הוא בגי' הש"ס שלפנינו בפ"ק דסנהדרין ומדברי ראב"ן רפ"ק דסנהדרין דף קי"א נראה שמפרש כפרש"י שכתב וז"ל והיינו שקול הדעת ששוקל דעתו כנגד רבים ע"כ וכן פי' הנ"י וכן משמע לכאורה בהרא"ש פאד"מ וטור לקמן סוף סעיף ה' והבאתי דבריהם לעיל ס"ק ד'.

ב) וכ' ב"י ומשמע לי דכולהו פירושי איתנהו ובחד מהני גווני מיקרי טועה בשקול הדעת ומביאו ד"מ וכ"פ הבית חדש ומשמע לי דלכל הפרושים היינו דוקא כשיש מחלוקת תנאים ואמוראים אבל אם אין כאן מחלוקת ואין הדין מפו' רק שבא מעש' לפניו והורה כך וכך וסוגיא דעלמא כאידך כגון שמוכח מסתמא דתלמודא דפריך הכי דלא כוותיה או שנודע שמנהג אינו כן או שנראה לרוב הדיינים להפך זהו מיקרי טועה בדבר משנה דלא מיקרי טועה בשקול הדעת אלא כשיש מחלוקת בדבר והיה הדבר שקול להכריע והוא טעה בשקול הדעת אבל עתה כשאין מחלוקת ונתברר עתה הפכו הרי הוא כטועה בדבר משנה. והכי משמע ממאי דאיתא בש"ס והרי"ף והרמב"ם והרא"ש וטור ושאר פוסקים כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים ואמוראים וכו' ולא נקטו בקיצור כגון שפסק כך וכך וסוגיא דעלמא דלא כותיה אלא ודאי כדפי' ומ"ש הרמב"ם והמחבר בר"ס זה כגון

דינים המפורשים במשנה או בש"ס כו' לא אתו לאפוקי אלא דבר שיש בו מחלוקת אבל אה"נ דאם הוא דבר פשוט בלא מחלוקת דינו כמפורש במשנה וכן משמע בטור סי' ג' שכ' כיון שהטעות בדבר הפשוט כו' ובזה נ"ל ליישב מאי דפריך בפאד"מ לימא ליה ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה ופי' רש"י משנה הוא בפ' אלו טריפות ניטל האם שלה כשרה. וקשה לפירושו דהלא רבי הוא שסדר המשניות והוא היה זמן רב אחר ר' טרפון וצ"ל דמסתמא רבי היתה לו כך קבלה מדור דור והיתה המשנה כך שגורה בפיהם. בעל פה עד רבי וגם ק"ק לפרש"י דה"ל לש"ס לאתויי מתני' דאלו טריפות דליכא למימר דשגורה היתה בפי כל שהרי ר' טרפון לא ידע לה וטעה בה אבל לפי מ"ש ניחא דמייתי ש"ס התם עובדא דר' טרפון שבא לפני חכמים והתירוה משום שאמר תודוס איש רופא אין פרה וחזירה יוצאה ממצרים אא"כ חותכים האם שלה. וא"כ כיון שאין פרה וחזירה יונאה ממצרים כו' הרי הוא דבר פשוט שטעה ר' טרפון והוי טועה בדבר משנה כיון שאין מחלוקת בדבר ונתברר שטעה אם כן פריך שפיר והכי משמע בכתובות פ' אלמנה ניזונית ד"ק ע"ב דגרסי' התם אמר אמימר משמיה דרב יוסף ב"ד שמכרו בלא הכרזה נעשו כמי שטעו בדבר משנה וחוזרים והוא התם לא אתפרש בשום משנה דב"ד צריכים הכרזה דהא פריך התם נעשו ודאי טעו דתנן שום היתומים ל' יום ומשני אי מהת' ה"א הני מילי שליח אבל ב"ד לא קמ"ל ודוחק לומר דרב יוסף קאמר דטעו במאי דקאמר ר' יוסף גופיה אלא משמע דה"פ ב"ד שמכרו בלא הכרזה נעשו כמי שטעו בדבר משנה דמלתא דפשיטא הוא דצריכים הכרזה ודבר הפשוט הוי כטעו בדבר משנה וחוזרים. ועל פי זה נ"ל לדון ולהורות במי שהורה שעוף זה טמא מפני שלא נתברר שיש לו סימני טהרה ואחר כך נתברר שעוף זה נאכל במסורת ה"ל טועה בדבר משנה וחוזר וכן כל כיוצא בזה ודו"ק:

סעיף י

בכל העולם כו' נראה דל"ד אלא ה"ה בכל המדינה שהוא בתוכו כגון חלב שעל הקרב לבני ריינו"ס וכה"ג דכללא הוא הכל כמנהג המדינה:

סעיף יא

רשות מריש גלותא כו' והאידנא לא שייך נטילת רשות מר"ג או מנשיא שבארץ ישראל שאין לנו לא זה ולא זה כ"כ הטור לעיל סי"ג וע"ש וע' בריב"ש סי' רע"א ועיין באגרת הסמיכה למהר"ל ן' חביב בתוך תשובותיו:

סעיף יב

אבל קבלו אותו בעלי דינים עליהם כו' נראה דכל קבלה שהוזכר בסימן זה בדינים אלו אין צריך קנין רק בסתם קבלה שדנו לפניו סגי וכן משמע לכאור' בירושלמי שהבאתי לקמן ס"ק ל' אות ד' דקאמר רבי בא בשם רבי אבהו כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו משמע דבאמירה בעלמא סגי וה"ה כשבאו ודנו לפניו בסתם והכי משמע ממאי דקאמר בתר הכי בירושלמי רבי בא אמר מומחה שכפה ודן דינו דין רבי אבהו הוה יתיב דיין לגרמיה אמרין ליה תלמידיו ולא כן אלפן רבי אל תהי דן יחידי אמר לון כיון דאינון חמין לי יתיב דיין לגרמי ואתיין לגבי כמי שקבלוני עליהן כו' וכן משמע בהרי"ף פ"ק דסנהדרין ופרק אחד דיני ממונות דגריס את קרית להו זיל שלים ואי אינהו קרי לך לא תשלם וכן משמע ממ"ש הנ"י ריש פ"ק דסנהדרין וז"ל ואי קבלוך עלייהו הרבה מן האחרונים הסכימו דהכי פי' שהם באו לפניך לדון וכו' וכן משמע להדיא בריב"ש סי' רע"א שכתב וז"ל ומי שאין לו רשות מר"ג ודן את הדין וטעה משלם מביתו אא"כ קבלוהו עליהם בעלי דינין ור"ל שהוא לא כפה אותם לדון לפניו אלא שהם באו לפניו מעצמם לדון ואז הוא פטור אם טעה ע"כ. וכן משמע בספר המלחמות להרמב"ן פ' אד"מ בסוף דבריו ע"ש ודוק וכ"כ ראב"ן רפ"ק דסנהדרין דף קי"א ע"ג והבאתי דבריו לקמן ס"ק ל"ג. והיינו שכתבו כל הפוסקים והאחרונים בסתמא קבלו ולא קבלו ולא ביארו מהו הקבלה אלא משמע דבקבלה בעלמא סגי ואפי' למאן דאמר לעיל סי' כ"ב דבקבלי' לחד כתלת יכול לחזור בו אפילו לאחר גמר דין וכן למ"ש התשו' מיי' ומרדכי והמחבר שם בנודע שטעו יכול לחזור שאני הכא דלא שייך חזרה דבעל דבר כיון שכבר זכה זה שכנגדו על פי פסק שפסקו לו ולא שייך חזרה דבעל דבר אלא כל זמן שהוא עדיין תחת ידו וק"ל:

סעיף יג

א הואיל והוא מומחה חוזר הדין בין נשא ונתן ביד או לא כ"כ הרי"ף לשטתו ולשטת הרא"ש וסייעתו שהכרעתי לקמן בסמוך כוותייהו דקם דינא ופטור מלשלם נמי אפי' בנשא ונתן ביד דינא הכי וכ"כ הטור להדיא וזה לשונו ויחיד או שנים מומחים וקבלום עליהם אפי' לא נקיטי רשות מריש גלותא או אפי' ג' הדיוטות וקבלו עליהן וטעו בשקול הדעת פטורים לשלם אפי' נשאו ונתנו ביד עכ"ל. וכ"פ ר' ירוחם וכ"פ הרא"ש דפטור אי קבלי' אפי' נשא ונתן ביד דלרב ששת אין חילוק ע"כ אלא שלשונו מגומג' במ"ש דלרב ששת אין חילוק דמשמע דלרב חסדא יש חילוק בזה ואדרב' דהא לרב חסדא פשיטא דפטור בזה אפי' נשא ונתן ביד דהא איהו מוקים מתני' דבכורות בנשא ונתן ביד וקתני סיפא ואם הי' מומחה פטור לשלם והיינו בקבלוה כדאוקמ' ר' אבהו והכי

הל"ל דאפי' לרב ששת אין חילוק בזה דלא פליג עליה דרב חסדא בהא ונרא' דה"נ קאמר דלא תימא דדוק' לרב חסדא דינא הכי אבל רב ששת דמוקי לה למתניתין בלא נשא ונתן ביד א"כ בנשא ונתן ביד אפי' מומחה וקבלו חייב לכך קאמר דהא ליתא דהא לרב ששת אין חילוק כלו' דהא לא מחלק בכולא שמעת' בין נשא ונתן ביד או לא ודו"ק:
ב ונרא' דכל היכא דפטור מתשלומין משום מומחה אינו פטור עד שהוא מברר שהוא מומחה ולאו כל כמיניה לו' מומחה אני ולא שייך לומר כאן הממע"ה דאדרב' עליו לברר שהוא מומחה וכדאמרי' בהגוזל דף צ"ו ע"א זיל אייתי ראיה דמומחה את ואפטרך וכ"פ הרמב"ם והטור והמחבר לקמן סי' ש"ו סעיף ז' גבי טבח ושולחני וה"ה הכא. ונרא' דלהכי קתני במתניתין דבכורות ואם הי' מומחה לרבים לפי גרסת הרי"ף וכן משמע מדברי הרמב"ם בפי' המשנה שגורס כן ואפי' לגירסת הספרים אם הי' מומחה לב"ד נמי מוכח הכי מדלא קתני סתמ' ואם הי' מומחה פטור מלשלם אלא ודאי ר"ל כמ"ש הרמב"ם בפי' המשנ' שם וז"ל ודע שענין מומחה הוא זכאי ר"ל שיהא האיש ההוא כבר עמד בנסיונות וקושיות ונמצא בחכמ' גדול ומובהק ואם הי' המקשה עליו והמנסה אותו ב"ד הוא נקרא מומחה ב"ד ואם נתפרסמ' חכמתו אצל המון בני אדם מעצמו לא שזיכה אותו בית דין הוא הנקרא מומחה לרבים עד כאן לשונו הילכך דוק' כשמפורסם על ידי בית דין או מפורסים לרבים שהוא מומחה פטור הא לאו הכי חייב לשלם:
ג) וא"כ מוכח מזה דאפי' הוא מומחה לרבים דהיינו שהוא מפורסם לרבים שהוא מומחה דינו כסתם מומחה דאינו פטור רק בקבלוהו או בנ"ר מר"ג וכן משמע מהפוסקים שלא חילקו בכך וכן מוכח במתני' דבכורות לפי גירסת הרי"ף דקתני ואם הי' מומחה לרבים פטור מלשלם ופירשוה הפוסקים בקבלוהו דוקא ואפי' לגירסת הספרים ואם הי' מומחה בית דין נמי מוכח הכי וכמו שכ' לעיל בסמוך: ד מיהו נראה דאף בזמן הזה יש מומחה לענין פטור תשלומין אם הוא מומח' כמ"ש הרא"ש פ"ק דסנהדרין והטור לעיל סי' ג' בשם רב שרירא דהיינו שהוא חשוב כרב נחמן בדורו ובקי במשנה ובתלמוד ובקי נמי בשיקול הדעת ומעיין בדינים כמה שנין ומנסין ליה זמנין סגיאין ולא הוה ביה טעות כגון האי הוה מומחה לרבים עכ"ל ונרא' דה"ה לכל הדינים שהוזכר בסי' זה מומחה יש מומחה אף בזמן הזה ולכך סתמו הפוסקים והרב ר"מ איסרלס ושאר אחרונים כאן בסימן זה ולא כתבו דהאידנא ליכא מומחה כמ"ש הרב לעיל סי' ג' סעיף ב' דבזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים שידון ביחידי בעל כרחו של אדם אלא ודאי דוקא לענין שידון לכתחלה בעל כרחו הוא דליכא מומחה אבל לענין פטור מתשלומין או אם דן

בדיעבד או שאר מילי יש מומחה גם האידנא וכן משמע להדיא בתשובת מהר"מ מינץ ס"ס צ"ד ע"ש:

סעיף יד

חוזר הדין א והרא"ש והטור ור' ירוחם חולקין דאין הדין חוזר אלא קם דינא אפי' אפשר לחזור ופטור מלשלם והן הי"א שהביא הרב לקמן סעיף ג' (וסמך הרב אמ"ש לקמן וממילא נשמע דמ"ש המחבר כאן היינו לשיטתו כהרמב"ם ובעיר שושן כ' ג"כ כאן בסתם כדברי המחבר ולאו שפיר עבד דה"ל להביא גם דעת הרא"ש וסייעתו דלקמן סעיף ג') ודבריהם עיקר בש"ס דלישנא דאם הי' מומחה לרבים פטור מלשלם אלישא קאי דמה שעשה עשוי אלא דבאינו מומחה וקבלו מה שעשה עשוי וישלם מביתו ובמומחה וקבלו מה שעשה עשוי ופטור לשלם וכ"כ הבעל המאור ובעל העיטור בשם ר' אפרים ומסכים עמו ועוד האריכו הבעל העיטור דף נ"א ע"ג והרא"ש פ' אד"מ בזה בכמה ראיות ברורות ע"ש וגם העיקר בזה כהרא"ש והטור ור' ירוחם שפסקו כרב ששת דמוקי למתני' דבכורות אפילו לא נשא ונתן ביד דהא משמע בפ' הגוזל בתרא ובפ' עד כמה דלמאי דקי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי מיירי מתני' בלא נטל ונתן ביד ואעפ"י שהרמב"ן בס' המלחמות דחק ליישב בזה דעת הרי"ף האמת יורה דרכו דהעיקר בזה כמו שפסק רב האי גאון וכן דעת בעל המאור ובעל העיטור וכבר האריך הרב' הבעל העיטור שם בראיות ברורות בזה לפסוק כר' ששת ודלא כרב חסדא ע"ש בבעל העיטור באות פסק דין דנ"א ונ"ב באריכו' וגם הרא"ש הביא ראיות נכונות ע"ש וכ"כ הברטנורה פ' עד כמה דלמאי דדייניגן דינא דגרמי מיירי מתני' דבכורות בלא נשא ונתן ביד (אלא שבריש פרק זה בורר העתיק דברי הרמב"ם רפ"ו מה' סנהדרין) ונראה דגם רב חסדא מודה לזה לדינא לרב ששת אלא דבעי לשנויי גם אליבא דרבנן אבל לפי מה דקי"ל כר"מ מודה להו:

ב) ומ"ש הרי"ף דכי אית ליה לר"מ דינא דגרמי בדינא דנזקין אבל גבי דיינא לית ליה האי סברא דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שיעשה דיין לעולם עכ"ל לאו הוכחה היא דאל"כ תקשי ליה אמאי דבעי לאוקמא בש"ס פ' הגוזל קמא ובבכורות פ' עד כמה מתני' דבכורות כר"מ דחייב משום דינא דגרמי אע"פ שלא נשא ונתן ביד א"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם אלא ודאי לאו קושיא הוא דלא יעשה דיין לעולם וידונו ג' הדיוטות או יחיד מומחה והרי אפי' ג' הדיוטות דכשרים לכ"ע ואם טעו משלמין ולא חיישינן א"כ לא ידונו לעולם והכי משמע נמי ממ"ש התוס' פ"ק דסנהדרין דף ג' ע"א אמאי דפריך התם אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לווין וכתבו התוס' דהכי פריך טעו לא ישלמו דאי מחייבת להו לא ירצו להתמצע בדין

ולמאן דמחייב בלא נשא ונתן ביד פריך עכ"ד וא"כ למאי דמשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לווין ל"ח להכי וה"ה הכא דכך לי יחיד שאינו מומחה בקבלהו כג' הדיוטות בלא קבלוהו ואדרבה ג' הדיוטות עדיפא דיכולי' לדון לכתחלה ויחיד שאינו מומחה אפילו קבלוהו אסור לדון לכתחלה וכמ"ש לקמן (ומהתם נמי מוכח דלא קי"ל כאוקמתא דר"ח דא"כ מאי פריך אלא מעתה טעו לא ישלמו משמע דהלכה פסוקה דמשלמים אע"פ שלא נשא ונתן ביד וע"ש בש"ס דפריך התם כן בפשיטות תרי זימני וכן בר"פ א' דיני ממונות מאוקימתא דרבי חנינא פריך התם כן הש"ס בפשיטות ע"ש) ומ"ש עוד הרי"ף ועוד אי משום דינא דגרמי קמחייבת ליה אפי' טעה בדבר משנה נמי אם אין הדבר מצוי שיחזור לבעליו ונתברר כי הוא גרם לממון של זה שיאבד יהא חייב ולמה יהא פטור והלא גם הוא גורם לאבד ממונו של זה וכי מפני שטעה בדבר משנה יהא נשכר עכ"ל נמי לאו קושיא היא דהא אמרי' להדיא בש"ס דבשקול הדעת כיון דקם דינא חייב אבל בטעה בדבר משנה כיון דהדר דינא לאו כלום עבד וכבר השיג עליו הבעל העיטור בזה (וכן הב"ח הקשה על הרי"ף בזה ואישתמיטתיה דברי העיטור וכתב שמצא מקצת הלכות הרי"ף דלית בהו האי קושיא דטועה בדבר משנה) ומ"ש עוד הרי"ף ועוד דהא רב חסדא נמי אוקמא למתני' כשנשא ונתן ביד כו' נמי לאו ראיה היא דרב חסדא בעי לאוקמא גם אליבא דרבנן אבל למאי דקי"ל כר' מאיר ממילא מיתוקמא מתני' בלא נשא ונתן ביד ובבעל העיטור שם כתב דנהי דרב חסדא ס"ל הכי מ"מ לא קי"ל כרב חסדא ע"ש שהאריך בזה וכ"כ הבעל המאור והרא"ש ושאר פוסקים וגם זה אמת:

וכדי דלא נשוי להרי"ף טועה גדול דהאיך לא ראה הש"ס דמחלק להדיא בין טעה בשקול הדעת לטעה בדבר משנה משום דכיון דהדר דינא לאו כלום עביד נ"ל דהרי"ף ס"ל כהתוס' והרא"ש דלר"מ דדאין דינא דגרמי אפי' לאו כלום עבד והוא הדר דינא נמי חייב והלכך אי משום דינא דגרמי אפי' טעה בדבר משנה נמי חייב כמו גבי שולחני דחייב לר"מ אע"ג דאלו הוה קמן הוה הדר אלא הך סוגיא דרב ששת כרבנן ואפ"ה בשקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו דס"ל לרב ששת כיון דקם דינא חשוב דבור כמעשה וכמו שמבוא' כל זה בתו' והרא"ש והלכך ע"כ לא שייך הכא דינ' דגרמי אלא בטעה בדבר משנה לכ"ע פטור דאפי' גרמי ליכא כאן דאלו הוה קמן הוה הדר והבעל דין הוא דפשע וכמ"ש בעל המאור כן ס"ל להרי"ף בדעת רב ששת וא"כ רב חסדא פליג עליה דרב ששת במאי דס"ל דבשקול הדעת לרבנן חייב דליתא דפטור לכ"ע דלא חשיב כמעשה והלכך אפי' גרמי ליכא כאן אלא מתני' דבכורות מיירי בנשא ונתן ביד ובכה"ג (אך) [אף] בד"מ

חייב כיון שבידים האכילה לכלבים ודו"ק כי זה ברור בדעת הרי"ף ומ"מ להלכה עיקר כמו שכתבתי:

ג) מיהו נלפענ"ד עיקר בש"ס דשנוי' דרב נחמן דמשני כאן שיש גדול הימנו בחכמה ומנין כאן כשאין גדול הימנו בחכמ' נמי קושטא הוא דהא ליכא דפליג עליה וכ"כ הרא"ש מתחלה ומה שהקשה מהרש"א פ' אד"מ על הרא"ש דה"ל לר' עקיבא לומר לר' טרפון אני מחזירך שאני גדול כו' לא קשה מידי שהרי מפורש בהרא"ש דדוקא במומחה הוא דמחזיר גדול וכמו שאוכיח עוד כן לקמן בסמוך וא"כ הוכרח ר"ע לומר לר"ט שהוא פטור מכח מומחה (ועוד דהא ר"ט כבר האכילה לכלבים ולא שייך לומר אני מחזירך ול"ד לטועה בדבר משנה דלאו כלום עביד ומיד הדר דינא מעצמו משא"כ הכא כל זמן שאין הגדול מחזירו קם דינא וה"א דחייב אי לאו משום דמומחה הוא) לכך ביאר הרא"ש ואפילו יש גדול להחזירו אם א"א בחזרה פטור מלשלם כההוא עובדא דר"ט דר"ע גדול ממנו הוה וא"ל פטור אתה שמומחה לב"ד אתה כו' וזה ברור (ולדידי בלא"ה נמי לק"מ די"ל דרב נחמן סובר כאי בעית אימא דבכתובות פרק הכותב (כתובות דף פ"ד ע"ב) דר"ט רבו הוה ע"ש):

ד) ומה שמסיק הרא"ש בשם הראב"ד דאפי' גדול ממנו אין מחזירין אלא קם דינא ולא משלם דהא רב יוסף גדול ממר זוטרא הוה ולא החזירו עכ"ל וכן פסק הטור (והיינו משום שכתב הרא"ש עליו וכן נראה ודלא כהב"ח שכ' דהאי וכן נראה מל' הראב"ד הוא גם מ"ש הב"ח שר' ירוחם כתב להדיא שהתוספות והרא"ש חולקין על הראב"ד ליתא דרבינו ירוחם שלפני דפוס ווינציאה איתא שתוס' ורש"י חולקים על הראב"ד ע"ש) אינו נלפע"ד דהא משמע בפ' אד"מ דרב יוסף גופיה ס"ל כשנוי' דרב נחמן דהא פריך עליה דרב יוסף ומתרץ רב נחמן שנוי' דידיה וגם לא קאמר אלא. ועוד אפי' הוה ס"ל לרב יוסף דלא כרב נחמן הא קיי"ל הלכה כרב נחמן בדיני. אבל באמת נראה דרב נחמן מתרץ דברי רב יוסף וכ"כ הנימוקי יוסף וז"ל כתבו מן המפרשים ז"ל דכיון דלא קאמר אלא אמר רב נחמן משמע ודאי דרב נחמן לאו לאפלוגי אדרב יוסף אתי כו' אך מ"ש הנ"י שם דלרב נחמן לא תליא מילתא במומחה כו' ליתי' וכמ"ש לקמן בסמוך. ומה שהביאו להראב"ד לזה הא דלא החזירו רב יוסף למר זוטרא בפ"ק דסנהדרין (דף ה' ע"א) אי בעינא יכילנא לתרוצי כמ"ש התוס' פ' אד"מ (ונ"ל שלזה כוון רבינו ירוחם במ"ש התוס' חולקים על הראב"ד ודו"ק) ומרדכי שם והסמ"ג דף ע"א והביא הגה"מ (אע"פ שדברי הסמ"ג בזה מגומגמי' אצלי דהתוס' לא כתבו כן בפ' אד"מ אלא לסברתם אבל לא לשטת הרמב"ם והסמ"ג כ"כ בשטת הרמב"ם ודו"ק) דמר זוטר' לא הוי מומחה בסמיכה) אך תירוץ זה

אינו נלפע"ד דפשט' דשמעת' בפרק אד"מ משמע דאפי' מומחה שלא בסמיכה חוזר לרב יוסף ועוד דא"כ מאי פריך בש"ס עליה והא קתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם לישני דמיירי במומחה שלא בסמיכ':

ה) אלא נ"ל לתרץ דעובדא דמר זוטרא לא היה אפשר להחזיר כגון שהלך למ"ה או לית ליה לשלומי דאפי' למה שהעליתי לק' דכל היכא דהגדול מחזיר אפי' א"א בחזרה פטור מטעם דלאו כלום עביד וה"ל כטועה בדבר משנה מ"מ י"ל דהך עובדא נשא ונתן ביד הוה וכן משמע להדיא בהרי"ף פ' אד"מ דמפרש הך עובדא בנשא ונתן ביד וא"א בחזרה ודאי לכ"ע חייב וכמ"ש לעיל סעיף א' סק"א אות ג' ואין להקשות א"כ היכי פשיט מיניה בפ"ק דסנהד' דדיניה דינא אע"ג דלא נקיט רשות מר"ג דילמא לעולם דינ' לאו דינא והתם לא היה אפשר בחזרה י"ל דשפיר פשיט דאי לאו דדיניה דינא אמאי לא משלם נימא דקבלוהו אדעת' דלידון דין תורה וכמ"ש לקמן סק"ל אות ג' וישבתי בזה דעת רש"י בפ"ק דסנהדרין שם דל"ק עליה מה שהקשו התוס' והרא"ש שם ומצאתי און לי בהרא"ש גופיה ע"ש: עוד י"ל לפי מ"ש לקמן דמומחה ולא קבלו דינו כהדיוט שקבלו לענין חזרה דגדול א"כ לא היה יכול רב ייסף למר זוטרא להחזירו כשלא קבלו ושפיר קא"ל ואם לא קבלוך זיל שלים והא דלא קא"ל אי קבלוך אחזירך י"ל דבקצרה קא"ל אי קבלוך לא תשלם בין שאפשר להחזיר או לא:

ו) נמצא העיקר דקי"ל כשנויא דר"נ דיש חילוק בין יש גדול לאין גדול וכן דעת בעל העיטור ובעל המאור ואביא דבריהם לק' בסמוך וגם בפסקי תוס' בפ' אד"מ סי' פ"ד פסקו כן:

ו) ונראה דקי"ל נמי כרבי יוסף דיש חילוק בין מומחה ושאינו מומחה ודלא כמ"ש נ"י וז"ל ואע"ג דלרב נחמן לא תליא מלתא במומחה ושאינו מומחה כלל אפשר דרב יוסף נמי הכי קאמר כאן במומחה לאו בדיין גופיה מיירי אלא אהגדול קאמר כאן באינו מומחה ר"ל שאין אחר גדול הימנו כדמפרש ר"נ עכ"ל וזה הפירוש אין הדעת סובלתו כלל אלא נלפע"ד דלרב נחמן נמי יש חילוק בין מומחה לשאינו מומחה וכמ"ש הרא"ש: ונ"ל דה"פ דשמעת' דרב נחמן לא בעי לתרוצי בקצרה דמתני' דסנהדרין מיירי ביש גדול הימנו דמשמע ליה דריש' דמתני' דבכורות נמי מיירי ביש גדול הימנו דאל"כ היאך נודע לו שטעה בשקול הדעת דבשלמא סיפא דבכורות שפיר מיירי אפי' באין גדול הימנו אלא דכיון שהוא מומחה בדינים רמי אנפשיה דטעי אבל רישא כיון דאינו מומחה מאן יימר ליה. שטעה אלא ודאי הכי פירוש' דמתני' דבכורות דן את הדין כו' והוא אינו מומחה (וכולה מתני' מיירי בדקבלו עלייהו וכמ"ש לקמן) ונודע ע"פ גדול ממנו שטעה

בשקול הדעת מה שעשה עשוי ושלם מביתו ואם היה מומחה לרבים שנודע לו ע"פ עצמו שטעה מה שעשה עשוי ופטור לשלם והשתא א"א לאוקמא מתניתין דסנהדרין דדיני ממונות מחזירין ביש גדול הימנו ואינו מומחה דהא בכה"ג מה שעשה עשוי אלא ודאי מיירי במומחה וביש גדול הימנו ולרב יוסף הקשו מתחלה מרישא דבכורות דמיירי נמי ביש גדול והוכרח לתרץ כאן במומחה כאן בשאינו מומחה ולר"נ הקשו אמתניתין דדיני ממונות מחזירים אסיפא דבכורות והוכרח לתרץ כאן כשיש גדול כאן כשאין גדול נמצא דרב יוסף ור"נ צריכים זה לזה מה שחסר זה גילה זה זה פותח וזה נועל כן נ"ל ברור וכל זה מיירי בדקבלוהו עלייהו וכדאוקמ' ר' אבהו דקי"ל כותיה בפ"ק דסנהדרין (דף ו' ע"א) מתניתין דבכורות וכן הסכימו כל הפוסקים דכולה מתני' דבכורות מיירי בדקבלו עלייהו וגם רב יוסף גופיה ס"ל כרבי אבהו בגיטין פרק המגרש וכמ"ש התוס' פ"ק דסנהדרין דף ה' ריש ע"א:

ז) וכאשר כתבתי כן כתב הרא"ש להדי' מתחלה וכן מבואר להדי' דעת בעל המאור שכתב וז"ל אמר רב יוסף לא קשי' כו' הכי נקטינן פירוש' מרבותינו חכמי דורנו ז"ל מתני' דהכא במומחה כו' ומתניתין דהתם דבכורות בשאינו מומחה כו' ומתמהינן על המומח' היאך אתה אומר שמחזירין והא קתני סיפ' דההי' אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וארישׁ' קאי דקתני מה שעשה עשוי אלמ' מומחה נמי מה שעשה עשוי אמר ר"נ לא קשי' כאן כלו' מתניתין דהכא שיש גדול ממנו בחכמה ומנין שאפש' לברר טעותו מפי אחרים לפיכך מחזירין ומתני' דבכורות שאין גדול הימנו ולפיכך מה שעשה עשוי דאמרי' ליה דלמא כי היכי דטעית בסברא קמא לדבריך טעית נמי בבתר' וא"א לברר טעותו ופטור מלשלם דה"ל כאונס בטעותו ומימר' דרב יוסף ורב נחמן כחד מימר' נינהו דאסוקי הוא דאסקיה רב נחמן לשנויי דרב יוסף זהו פירוש השמועה שקבלנוה מרבותינו שלא כדברי הרי"ף ז"ל כו' ולענין הדין נ"ל מה שאמר רבינו האי גאון ז"ל דלית' דרב חסד' כו' וכרב יוסף וכרב ששת וכרב נחמן קי"ל דלא פליגי אהדדי כו' עכ"ל. עוד כתב שם וז"ל בב"ק מומח' שאין גדול הימנו מה שעשה עשוי ופטור מלשלם כדאוקמי רב נחמן לסיפא דמתני' וה"מ כשקבלוה עלייהו וכדאוקמ' רבי אבהו כו'. בבא תנינא מומח' שיש גדול ממנו מחזירין ופטור מלשלם כדאוקמ' ר"נ למתני' דהכא דיני ממונות מחזירין כו'. בבא תליתאה בי דינא דליתא מומחה כגון בי תלתא דהו' חד דבינייהו גמיר ולא סביר אע"ג דקבלוהו עלייהו בעל הדין א"נ גמיר וסביר ולא קבלוהו אפילו אין (נ"ל טעות וצ"ל ואפי' יש) גדול הימנו היינו מתני' דבכורות דמה שעשוי עשן י וישלם מביתו כו' עכ"ל הרי להדיא כמו שכתבתי וכן מבואר דעת בעל העיטור באות פסק דין שכתב בדף נ"א

ע"ד וז"ל הכי פירושו אמר רב יוסף מתני' דהכא במומחה דן את הדין בשאינו מומחה ובמומחה מחזירי' והא קתני אם היה מומחה לבית דין פטור מלשלם ומדקתני פטור אלמא קם דינא כו' וקשיא לרב יוסף דאמר מומחה הדר דינא ומשנינן מתני' כאן במומחה כאן בשאינו מומחה ולא קשיא מתני' בשיש גדול הימנו בחכמה ומנין ופירש"י שהגדול מחזיר את טעמו ואומר שטעה ויש בו כח לגדול ולא מצי למימר ליה בע"ד לא טעית ורב ששת אמר אידי ואידי בשאין גדול כו' עכ"ל. ועוד כתב שם (דף נ"ב ע"א) בב"ק א' מומחה שיש גדול הימנו בחכמה ומנין וטעה לעול' חוזר לדברי הכל ואפי' בשקול הדעת כו'. ד' שאינו מומחה שטעה בשקול הדעת וקבלוהו לרב חסדא הדר דינא ולית הלכתא כוותיה כו' ע"כ. וכן משמע דעת ראב"ן שכתב בדף קי"ג ע"א וז"ל ומשני רב יוסף במומחה שיש גדול ממנו בחכמה ומנין מחזיר ושאין גדול ממנו אין מחזיר ופטור ושאין מומחה נמי אין מחזיר ומשלם מביתו ע"כ. גם מדברי הרא"ה שהביא הנ"י פאד"מ מבואר דקי"ל כהך שנויי' דרב נחמן ביש גדול הימנו רק שנראה מדבריו שם דגם באינו מומחה אם יש גדול הימנו חוזר ודינו כמו במומחה ובזה לא נ"ל כוותיה וכמו שהוכחתי דרב נחמן מתרץ הכי דוקא במומחה אבל באינו מומח' מוכח דס"ל לר"נ דאפי' יש גדול הימנו אינו חוזר וכמ"ש בשם הפוסקים:

ח) ואיכא לעיוני במומחה ולא קבלוהו ויש גדול אי מחזיר או לא אי נימא כיון דבכל דוכתא מומחה ולא קבלו דינו כאינו מומחה וקבלו ובאינו מומחה וקבלו אפי' יש גדול אינו מחזיר וכמ"ש למעלה א"כ ה"ה הכא או נימא דדוקא באינו מומחה אינו מחזיר מטעם שכ' הרא"ש דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי שיתקיים להדין וישלם מביתו משא"כ במומחה ונראה דאף במומחה שלא קבלוהו הדין כן וכן מבואר להדיא מדברי בעל המאור בבא תליתאה שהבאתי בסמוך וכן מדברי בעל המאור בבבא תנינא שהבאתי בסמוך ונראה הטעם דכי היכי דבאינו מומחה שייך טעמא דלא ה"ל לדון יחידי ה"ה במומחה שלא קבלוהו אע"ג דדיני' דינא מ"מ לכתחל' אסור לו לדון יחידי וכדלעיל סי' ג' סעיף ג' וכדמוכח מהירושלמי שהבאתי שם שאמרו התלמידים לר' אבהו שהיה דן יחידי והא תנן אל תהי דן יחידי והשיב להם שקבלוני כו' ע"ש: ט מיהו בג' הדיוטו' ולא קבלינהו עלייהו היה נראה לכאורה כיון דג' מיקרי ב"ד שלם ויכולין לדון אפי' לכתחל' א"כ כשטעו ויש גדול מחזיר אותם אך מדברי בעל המאור לא משמע כן שכ' וז"ל בבא תנינא מומחה שיש גדול ממנו מחזירים כו' ומה היא המחאתו של ב"ד ג' דיינים שיש ביניהם חד דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיטי רשות' ולא קבילו להו בע"ד א"נ דיין יחידי דגמיר וסביר ונקיט רשות או קבלוהו עלייהו כל אלו מומחים הם אם

אין גדול מהם דינם כמומחה שאין גדול הימנו ומה שעשה עשוי ואם יש גדול מהם דינו כמומחה שיש גדול ממנו ואם טעו מחזירים וזה וזה פטורים מלשלם עכ"ל משמע דוקא ג' דיינים שיש בהן חד מומחה דגמיר וסביר הוא דמחזיר גדול אותם הא סתם ג' דיינים לא חשיבי כב"ד מומחה ואין הגדול מחזיר אותם וכן משמע עוד יותר מדבריו בבבא תליתאי שהבאתי לעיל בסמוך ולפ"ז צ"ל דאע"ג דג' הדיוטות יכולין לדון לכתחלה מ"מ כיון דבכל דוכתא ג' הדיוטות כיחיד מומח' חשיבי ה"ה הכא ובפרט דלא הי' להן לדון לכתחל' בכפיה אע"ג דיכולין לעשו' כן מתקנת' דרבנן:

י) אבל בג' הדיוטות וקבלו עלייהו היה נראה לכאורה פשוט דדינם כיחיד מומחה וקבלו עלייהו ואם יש גדול מחזיר הדין דהא יכולים לדון לכתחלה וגם קבלו עלייהו אך מדברי בעל המאור בבבא תליתאי שהבאתי בסמוך מבואר להדיא דגם בזה אפי' יש גדול היינו מתני' דבכורות דמה שעשה עשוי וישלם מביתו. ואע"ג דבמ"ש הבעל המאור מה שעשה עשוי וישלם מביתו פליגי הרא"ש והטור עליה וס"ל דמה שעשה עשוי ופטורי' מלשלם ודינם כיחיד מומחה שקבלוהו. מ"מ במ"ש בעל המאור דאין הגדול מחזיר אותם בזה לא פליגי הרא"ש והטור (וגם לעיל כתבתי דהעיקר כבעל המאור גם בזה ע"ש) ואדרבא הרא"ש והטור ס"ל דאין גדול מחזיר כלל כל שכן הכא הלכך נראה דכיון דהכא בין לבעל המאור בין להרא"ש אין הגדול מחזיר ולא מצינו בשום פוסק מפורש דהגדול מחזיר כאן הכי נקטינן דאין הגדול מחזיר גם בזה. אלא דצריך טעמא למילתא דהא הכא לא שייך טעמ' דכתב הרא"ש דלא ה"ל לדון לכתחלה ולכאורה דמי ממש למומחה וקבלו עלייהו דהעליתי לעיל דהיכא דיש גדול מחזירו ונראה דלא שייך לו' שהגדול יחזירנו אלא כשהוא מומחה דאז שייך לומר שהוא מומחה ומבין דברי הגדול שמחזירו אבל ג' הדיוטות אע"ג דדינם כיחיד מומחה מ"מ אין בהם השגה להבין דברי הגדול שמחזירם ויכול הבעל דין לומר אנו כבר קבלנו עלינו ב"ד זה של ג' הדיוטות ואין לנו אלא מה שפסקו הם ומה שחוזרי' עתה חזרתם אינה חזרה שאין טעם בחזרתם שאין בהשגתם להבין דברי הגדול שמחזירם והלכך אע"פ שחוזרים הרי כאלו אינם חוזרים ונראה שגם הרא"ש סובר טעם זה בדין זה ואין להקשות א"כ ביחיד שאינו מומחה וקבלו לאיזה צורך נתן טעם דאין הגדול מחזירו הואיל ונשתדל לדון יחידי תיפוק ליה כיון דאינו מומחה אין חזרתו חזרה שאין בהשגתו להבין דברי הגדול ונראה דלא הוצרך הרא"ש לטעם זה אלא לתרץ אמאי דאמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו דאמאי ישלם מביתו הא מצי למימר יחזור הדין לפי שהגדול מחזירני לפי שטעם זה אינו מספיק אלא שלא להוציא מבעל דין שכנגדו (דהא הדיינים בלא"ה פטורים להרא"ש כיון דהם ג' וקבלו עלייהו)

דכיון שהוא מוחזק יכול לומר אני אומר חזרתכם אינו כלום וכבר קבלנו אתכ' עלינו אבל הכא שעדיין מוחזק ואפ"ה קתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו שפיר קשה אמאי יאמר הדיין אני מבין יפה דברי הגדול שמחזירני ויחזור הדין ואם הבעל דין אינו רוצה לחזור מה לי בזה לכך הוצרך הרא"ש לתת טעם דכיון שנשתדל מתחלה לדון יחידי והוא אינו מומחה ראוי שיתקיים הדין וישלם מביתו. כן נ"ל ברור:

מיהו נראה דהכא אף בזמן הזה יש מומחה אם הוא מומחה כמ"ש רב שרירא וכמ"ש לעיל ס"ק י"ג אות ד':

יא ונראה דה"ה בג' הדיוטות ואית בינייהו חד יחיד מומח' דהיינו דגמיר וסביר אע"ג דלא קבלינהו עלייהו אם יש גדול ממנו מחזיר אותם דהא כולהו טעמי שכתבתי לעיל לא שייכי הכא שהרי הם ב"ד שלם ויכולין לדון לכתחל' א"כ לא שייך לומר טעמ' דהרא"ש דלא ה"ל לדון לכתחל' וגם המומח' שבהם מבין ומשיג דברי הגדול שמחזירו א"כ לא יכול הבעל דין לומר חזרתכם אינו חזרה והלכך אם יש גדול מחזיר אותם וכן מבואר להדי' מדברי בעל המאור שכתבו ז"ל בבא תנינ' מומח' שיש גדול ממנו מחזירים ופטור כדאוקמ' רב יוסף למתני' דהכא דיני ממונות מחזירים ומה היא המחאתו של ב"ד ג' הדיינים שיש בהן חד דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיט רשותא ולא קבלו להו בעלי דינא אי נמי דיין יחידי דגמיר וסביר ונקט רשותא מר"ג או קבלוהו עלייהו כל אלו מומחים הם אם אין גדול מהם דינו כמומח' שאין גדול ממנו ומה שעשה עשוי ואם יש גדול מהם דינו כמומח' שיש גדול ממנו ואם טעו מחזירים וזה וזה פטורים מלשלם כו' עכ"ל ואע"ג דבמ"ש הבעל המאור בג' דאית בינייהו חד מומח' ואין גדול פטורים מלשלם פליגי הרא"ש והטור ורבינו ירוחם ושאר אחרונים להדי' עלי' דהא להדי' כתבו אי הוה ג' וגמר דינא בתרי מינייהו וחד מהני תרי מומח' משלמי הני תרי כולה דמצי דינא למגמר בהנך תרי כיון דחד מינייהו מומח' ומצי למידן בע"כ עכ"ל (וגם הרמ"ה בטור וכן הנ"י שהבאתי לקמן סעיף ג' סק כ"ט אות ח' פליגי עלי' דהא כתבו להדיא דכל שאינם סמוכים בענין שהם ראוים לדון מן התורה אפי' הם ג' מומחים חייבים לשלם וכ"ש חד מומח' בינייהו) ונרא' כוותייהו בהא דמאיזה טעם יפטרו דהא מומח' לחוד לא מיפטר אלא א"כ קבלו עלייהו וג' הדיוטות לחודייהו נמי לא מיפטרו אלא ג' הדיוטות דקיבלינהו או יחיד מומח' דקבלו פטורים מטעם דכיון דאף בלא קבלתם יכולים לדון בעל כרחו אם כן מהני קבלתם למפטרינהו דקבלתם לא גרע מרשות' דר"ג דמהני לאפטורי אי טעה וכדאית' בש"ס אבל בג' הדיוטות וחד מינייהו מומח' מי הרשה להם לעשות כך ולדון בכפיה ומכ"ש לפי מה שהעליתי לעיל דטעמ' דמומח' שכפה חייב משום דבלא כפיה הרי הוא

כאנוס דלא אסיק אדעתיה שיטעה כיון דמומח' הוא אבל בכפיה לאו אנוס הוא א"כ הוא הדין הכא ג' הדיוטות דאית ביניהו מומח' כיון שדנין בכפיה לאו אנוסי' הם ומחייבין:

יב מ"מ בזה דס"ל לבעל המאור היכא דיש גדול מחזירם ופטורים לשלם בזה נראה כוותיה וכמו שכתבתי ואע"ג דהרא"ש והטור פליגי עלי' גם בזה אינהו לפי שטתייהו אזלי וס"ל דאין גדול מחזיר כלל וכבר העליתי לעיל דאין דבריהם עיקר בזה אלא כרוב הפוסקים דס"ל דגדול מחזיר אם כן ה"ה הכא וראיתי להרמב"ן בס' המלחמות פ' אד"מ שהביא הא דאמרינן בכתובות (הכותב דף פ"ד ע"ב) דון דייני כר' טרפון ואהדר ריש לקיש לעובד' מנייהו א"ל ר' יוחנן עשית כשל תורה מפרשין בש"ס מר סבר טועה בדבר משנה הוא (חוזר) ומ"ס טועה בשקול הדעת הוא ואינו חוזר וכן הא דאתמר בפ' אלו טרפות (סוף חולין דף מ"ג) תורא משרי שרי ואמרו לי' לרבא ברי' דרב יוסף בר חמא דלישלם תורא למארי' וכתב וז"ל ותרווייהו קשין עליה דבעל המאור ז"ל דאיהו אמר תלתא דאיכ' ביניהו חד דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיטי רשות' ולא קיבלינהו פטורים מלשלם ומחזירים והתם בפ' הכותב סתמ' קאמרינן דייני משמע בי דינא דקביעי דאינון תלתא וא"א דליכא ביניהו דגמיר וסביר ואפ"ה אי טעו בשקול הדעת אין מחזירין וההי' דרבא נמי קשי' עלי' דרבא גמיר וסביר הוה וכתלת' הוה לגבי' ראית טריפ' וקאמר דלישלם עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו שלפע"ד לק"מ מתרוויהו על בעל המאור ז"ל דמהך דפרק הכותב פשיט' ל"ק דהא אמרי' בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"א בתלת' א"א דלית בהו חד דגמיר והיינו דגמיר ולא סביר אבל ודאי מסתמ' לית בהו אפי' חד דגמיר וסביר וכדמוכח התם בש"ס להדי' והלכך בפ' הכותב דסתם דייני לית בהו חד דגמיר וסביר אין מחזירין וכדכתב בעל המאור עצמו משא"כ כי אית בהו חד דגמיר וסביר וכמ"ש למעלה גם מה שהקש' מהך דאלו טרפות נמי לק"מ דמאן לימא לן דתלת' הוה הא פשטא דש"ס משמע דרבא לחודי' אורי הכא ועוד שהרי כבר פירשו התוס' שם בפ' אלו טרפות הך דרבא שבידים האכילו לכלבים ולא הי' אפשר למהדר וכ"כ הרמב"ן בספר המלחמות גופי' שם לדעת הרי"ף דהך דרבא פרק אלו טרפות מיירי בנשא ונתן ביד דאע"ג דדעת בעל המאור דכל היכא דפטור אפי' נשא ונתן ביד פטור וכמ"ש למעל' בשמו כבר השגתי עליו בס"ק א' בזה אבל בהא דס"ל דהיכא דיש גדול מחזירים נראה לפע"ד דברי בעה"מ נכונים וליכא עליו שום קושי' ופקפוק כלל וכמו שכתבתי:

יג העולה מזה יחיד מומח' דקבלוהו או ג' הדיוטות ואית בהו חד מומחה היכי דיש גדול יכול להחזיר אותם אבל בגווני אחריני בר מהא אין הגדול מחזיר והיכא דאין גדול במומח' שקבלוהו מה שעשה עשוי ופטור לשלם ובג' הדיוטות דאית בהו חד מומח'

חייבים לשלם כיון דלא קבלינהו ואם הסכימו כולם לדעת א' משלמים ביחד ואי גמר דינא בתרי מינייהו משלמי הנך תרי כולה והיכ' שהאכיל לכלבים קודם שהחזיר הגדול או הלך למ"ה או אין לו לשלם ביחיד מומח' וקבלוהו ודאי פטור לשלם כדמוכח בעובד' דר' טרפון. ובג' הדיוטות ולא קבלוהו וחד מינייהו מומחה נרא' לכאורה דחייבים לשלם אפי' נא נשאו ונתנו ביד כיון שמדינ' מה שעשה עשוי וחייבים לשלם אלא היכא דאיכ' גדול הוא דמחזירים וכל כמה דלית' לגדול עלייהו לשלומי היכא דלא אפשר למהדר דלא ה"ל למידן בעל כרחם ולא דמי לטעה בדבר משנה דהתם הדר דינא מיד מעצמו ולאו כלום עביד מה שהאכיל' לכלבים אפסיד אנפשיה וכתירוץ השני שתרצתי לעיל על קושי' מהר"ש אדליש במה שהקש' על הרא"ש ע"ש אך לענין מעשה אין בי כח לחייבו בסברא זו ובפרט שמפורש בבעל המאור דפטור מלשלם וגם מטעמו של רש"י שהבאתי לעיל סק"א אות ג' דפי' דפטור משום דמצי אמר אלו הי' כאן הי' חוזר להכשרו א"כ ה"ה הכא שייך ה"ט דלאו כלום עביד דהא אלו הוה קמן הי' הדין חוזר ע"פ הגדול הלכך נרא' דגם בזה היכא דאי אפשר למהדר פטורים מלשלם:

יד ומדברי רש"י אלו מבואר דבטועה בשקול הדעת כיון דקם דינא אפי' איתא קמן לא הדר ומתכשר' אלא בהנך גווני דפירשתי (דהיינו במומחה וקבלו עלייהו או במומחה וג' דבכה"ג כיון דהוא מומחה וחוזר לא אמרי' שויא חתיכא דאסורא ויכול לחזור ולהתיר) וכן נראה מדברי הברטנורה שהבאתי לעיל וכן מוכח בש"ס דקאמר אי אמרת בשלמא טעה בדבר משנה אינו חוזר אלמא קם דינא היינו דקא מפחיד ר' טרפון וקא"ל איהו מומחה לב"ד אתה כו' ודלא כמ"ש בעל המאור משום פשיעות' דבע"ד נגעו בו וכבר בארתי כל זה בסק"א וכ"כ הר"ן פ"ק דע"א בשם הראב"ד והרשב"א והרמב"ן וה"מ מטומאה לטהרה ואיסור להיתר אבל בחיוב וזכות חברו המומחה ממנו חוזר ומזכה ע"כ דבריהם. והר"ן הקשה שם עליהם דא"כ למה ליה לרב חסדא במסקנא בפ' אד"מ לאוקמי טימא את הטהור בדאגע ביה שרץ הא בלאו הכי נמי מה שעשה עשוי ולא קשיא אמתני' דדיני ממונות מחזירין שהרי אתה אומר שבדבר זה חלוק ענין טומאה ואיסור מדיני ממונות והרי"ף פסק כרב חסדא אבל למעשה אין בי כח לחלוק על אבות העולם ז"ל עכ"ל. ובספרי שפתי כהן בי"ד סי' רמ"ב סקנ"ה כתבתי דהם מיירי דליכא טעות בשקול הדעת ועתה דקדקתי יפה וראיתי שאין צריך לזה אלא מיירי בדאיכא טעות בשקול הדעת ואפ"ה כיון דכבר הורה לאיסור אינו יכול לחזור ולהתיר לרב ששת בהנך גווני דאמרן וכמו שהוכחתי מדברי רש"י וברטנורא להדיא וכדמוכח בש"ס וכבר כתבתי דקי"ל כרב ששת ועוד י"ל דגם רב חסדא מודה בהא דאע"ג דלענין ממונא פליג עליה דרב ששת מ"מ

י"ל לענין איסורא מודה מטעמא שנעשית כחתיכא דאיסורא דלמה נשוי פלוגתא רחוקה בכדי והא דפריש רבינא לרב חסדא טימא את הטהור דאגע בהו שרץ לאו משום דלא תקשי אמתני' דאד"מ אלא משום דכיון דאוקמ' רב חסדא למתני' דבכורות בנשא ונתן ביד אלמא דהיינו כרבנן דלא דייני דינא דגרמי דאי לר"מ אפי' בלא נשא ונתן ביד. וא"כ אמאי חייב בטימא את הטהור ולכך צריך לאוקמא באגע בהו שרץ. והכי מוכח להדיא בבכורות פ' עד כמה דלא פריך התם אמתני' דפ' אד"מ רק דפריך לימא תנן סתמא כר"מ ומשני כגון שנשא ונתן ביד היכי דמי כו' אמר רבינא כגון שה"ל משכון ונטלו הימנו טימא את הטהור דאגע בהו שרץ:

טו אך קשיא לי לכאורה על דברי הראב"ד ורמב"ן ורשב"א אי נימא דפסקו כרב חסדא וכמו שפסק הרי"ף דהא כ' הרי"ף דטעמא דרב חסדא הוא משום הפסד ממונו של בעל דין היכא דלית פסידא דבעל דין כגון שנשא ונתן ביד דחייב לשלם מביתו אמרי' מה שעשה עשוי והיכא דאית ליה לבע"ד פסיד' כגון שלא נשא ונתן ביד לא אמרי' מה שעש' עשוי והכא נמי באיסור והיתר כיון שלא נשא ונתן ביד ואין הדיין חייב לשלם א"כ אם לא תחזור להכשרה אית ליה פסיד' לבעל דין: ונ"ל דלא ס"ל להראב"ד ורשב"א ורמב"ן כטעמו של הרי"ף שכבר השיגו הרבה הבעל העיטור אות פסק דין דף נ"א ע"ג והרא"ש פאד"מ על טעם זה בראיות ברורות ע"ש אלא אע"ג דפסקו כרב חסדא דהוא מסקנא דשמעתא סבירא להו דטעמיה דרב חסדא לאו משום הכי הוא אלא כמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות פאד"מ על הרי"ף וז"ל אי לאו דמסתפינ' מיניה הוה אמינא דטעמיה דרב חסדא לאו משום הפסד ממונו של בעל דין אלא משום דכל היכא דלא עביד בהו עובדא לא אלים למהוי דיניה דינא כיון דטעה וכיון שכן במומחה ונקיט רשות' או קבליה דפטור מלשלם אי נמי נשא ונתן ביד לא הדר דינא והדין הוא פשטא דשמעתא דפרקין קמא ר"ל עובדא דמר זוטרא דאתא לקמיה דרב יוסף) ופשטא דמתני' דבכורות ר"ל פטור מלשלם ארישא קאי וכמבואר כל זה בבעל העיטור ובאשר"י) ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם עכ"ל וכ"כ בשם היש מפרשים. ועוד נראה כיון דהעיקר דלית הלכתא כרב חסדא וכמ"ש למעלה א"כ נהי דבעלמ' פסקו כהרי"ף מ"מ לענין איסור והיתר לא רצו הראב"ד וסייעתו להקל ופסקו כמו שהוא עיקר לענין הדין:

טז ויהיה איך שיהיה כיון שכבר העליתי דהעיקר דהלכת' כרב ששת א"כ אינו יכול לחזור ולהתיר אם לא בענין שגם בדיני ממינות היה יכול להחזיר ולהוציא מיד חבירו אף שכבר שלם לחבירו ע"פ פסקו ובגוונ' דאמרן ואפש' שזה דעת הראב"ד והרשב"א ג"כ דס"ל הלכה כרב ששת ומעתה פשיט' דל"ק עלייהו מה שהקשה הר"ן. ונראה שמזה

הטעם כתב הרא"ש רפ"ק דע"א ור' ירוחם בס' אדם סוף נתיב ב' וז"ל אם יראה לשני שטעה הראשון ילך ויתוכח עמו אם יכול להוכיח שטעה בדבר משנה יחזירהו ואם חלוק עליו בשקול הדעת שסברתו נוטה להתיר מה שאסר הראשון ואינו יכול להוכיח מתוך המשנה או מדברי אמוראים יאמר אני אומר כך אבל איני מתיר מה שאסרת מאחר שיצא מפיך לאסור ושויתה חתיכה דאיסורא ואין בידי להחזירך מתוך המשנה או אמורא עכ"ל:

יז ובספרי שפתי כהן בי"ד סי' רמ"ב סקנ"ה כתבתי דכשהיה טועה בשקול הדעת כגון דסוגיין דעלמא כאידך מודו הרא"ש ור' ירוחם דיכול לחזור ולהתיר ועתה דקדקתי יפה וראית דאפילו סוגיין דעלמא כאידך סבירא להו דאינו יכול לחזור ולהתיר והיינו שדקדקו בלשונם וכתבו ב' פעמים מתוך משנה או אמורא דהיינו נמי טעה בדבר משנה כדאמרינן טעה בדרב ושמואל או בדרבינא ורב אשי הוי טעה בדבר משנה אבל טעה בשקול הדעת בכל ענין כיון שאינו יכול להחזירו מתוך משנה או אמורא אע"ג דהוי טעות בשקול הדעת כגון סוגיין דעלמא אזלא כאידך אינו יכול לחזור ולהתיר והיינו דהרא"ש לטעמיה אזיל דפסיק בפ' א' דיני ממונות כרב ששת וכן ר' ירוחם בס' מישרים נתיב א' ח"ג נמשך אחר דברי הרא"ש במה דפסק כרב ששת ולרב ששת הוכחתי לעיל דאינו יכול לחזור ולהתיר דקם דינא ואע"ג דהתוס' פ"ק דע"ז דף ז' ע"א כתבו וז"ל אא"כ יכול להחזירו כגון דטעה בדבר משנה או אפילו בשקול הדעת וסוגין כאידך דבהא אמרי' בפ"ק [צ"ל בפ' ד'] דסנהדרין דמה שעשה עשוי וישלם מביתו אם נשא ונתן ביד עכ"ל הרי אף בשקול הדעת יכול להחזירו תשובתך בצדך דהא כתבו דבהא אמרי' כו' אם נשא ונתן ביד והיינו לאוקמתא דרב חסדא דמוקי לה בנשא ונתן ביד אבל למאי דקי"ל כרב ששת דאפילו לא נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי בשקול הדעת דסוגין דעלמא כאידך א"כ אינו יכול להחזירו:

יח ומעתה אני תמה על הרב שפסק בי"ד סימן רמ"ב סל"א דאפילו טעה בשקול הדעת יכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור ותרי תמיהי קא חזינא הכא דהיאך פסק כדברי הר"ן והרי הר"ן גופיה כתב שלענין מעשה אין בו כח לחלוק על אבות העולם וכבר כתבתי דאבות העולם אוסרים אפילו כשיש טעות בשקול הדעת כגון דסוגיין דעלמא אזלא כאידך והם הראב"ד והרמב"ן והרשב"א וגם הוכחתי שכן דעת הרא"ש ור' ירוחם. ותו דנהי דפסק כן הר"ן היינו לשיטת הרי"ף דפסק כרב חסדא וכמבואר בדבריו להדיא אבל למאי דקי"ל כרוב הפוסקים שפסקו כרב ששת אינו יכול לחזור ולהתיר וכדהוכחתי לעיל מהש"ס דפ' אד"מ ומרש"י וברטנורה להדיא והרי הרב רמ"א גופיה כתב בהג"ה

לקמן ס"ג דברי הי"א דפסקו כרב ששת א"כ דבריו בי"ד סי' רמ"ב צל"ע והעיקר לענין דינא כמ"ש:

סעיף טו

וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה א להרמב"ם כפי שטתו ולרא"ש כפי שטתו דבלא קבלו אותם מה שעשה עשוי וחייבים לשלם ובקבלו אותם מה שעשוי עשוי ופטורים לשלם וכ"כ הרא"ש והטור להדיא והיינו דוקא דאית בהו חד דגמיר (ומסתמא אמרינן דאית בהו חד דגמיר וכדמוכח בש"ס ורא"ש רפ"ק דסנהדרין ולעיל סימן ג') דאל"כ לא שייך טעמא דהרא"ש דאפילו בלא קבלתם יכולים לדון ומהני קבלתם לפטרם דהא בלא קבלתם פסילי לדינא וכמ"ש הרא"ש וטור סי' ג' וא"כ חייבים לשלם וכ"כ הב"ח ע"ש:

ב) וכל זה לדעת הרא"ש וטור אבל הבעל המאור כתב פרק אד"מ בבבא תליתאה דג' הדיוטות דחד בייניהו גמיר ולא סביר אע"ג דקבלינהו בעלי הדין מה שעשוי עשוי וישלמו מביתם והבאתי דבריו לעיל סקי"ד אות ז' וכן משמע להדיא בתשובת מהר"מ שבמרדכי רפ"ק דסנהדרין (והיא בתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' תשט"ו) שכ' שם שיכול לערער על הדיינים ולהזמינם ואי משום דאמרינן בסנהדרין הב"ע דקבילו עלייהו אי הכי אמאי משלם מביתו דא"ל דון לנו דין תורה משמע הא כל היכא דקבילו בסתם לא ישלמו אין להביא ראיה משם חדא דמצינו לפרושי דמסתמא על דעת כן קבלוהו שידון דין תורה ועוד דהתם מיירי דליכא אלא חד דיין כו' אבל היכא דאיכא ג' דיינים אם טעו ישלמו עכ"ל וכן מוכח לפע"ד בפרש"י רפ"ק דסנהדרין (דף ג' ע"א) ד"ה אלא מעתה טעו לא ישלמו כו' דה"ל כמומחים וכל המומחה פטור כדלקמן בא' דיני ממונות הא שאינו מומחה חייב עכ"ל ודוחק גדול לומר דמיירי בלא קבלו. ועוד דהאי דיוקא דדייק הש"ס לפרש"י דג' הדיוטות חייבים מדתנן מומחה פטור הא שאינו מומחה חייב מדלא קתני במתני' פטור דתשלומין רק גבי מומחה האי דיוקא איכא נמי למידק לדידן דקי"ל דמתני' מיירי בקבלו ודוק. וכן משמע לפע"ד דעת הרי"ף ורמב"ם שכתבו וביארו כל החילוקים באיזה אופן פטורים ובאיזה אופן ישלמו מביתם ולא ביארו דין דג' הדיוטות משמע דאין חילוק בדיניהם כלל ובהכי ניחא מ"ש הרב בס' בדק הבית וז"ל הרב כ' בהלכות חמשה בבי וה"ל לכתוב ששית ג' הדיוטות שטעו ונראה שדינם כדין יחיד מומחה כו' ולענ"ד דעת הרי"ף בהלכות כמ"ש ולכך לא כתב בבא ששית דהכל תלוי באם הם מומחים או לא:

ג) ומה שהכריח הרא"ש פ"ק ופרק אד"מ לומר דג' הדיוטות דקבלינהו פטורים דכיון דבלא קבלינהו נמי יכולים לדון בע"כ אהני הא דקבלוהו לפוטרן אין זה הוכחה לפע"ד

דע"כ לא אמרינן דג' הדיוטות יכולין לדון בע"כ אלא כשאינו רוצה לבא עמו לדין או שאינו רוצה לדון בעירו אבל כשאומר לא אדון בפני ג' הדיוטות אלו אלא בפני ב"ד אחר יכול לומר כן וכמ"ש התוס' והרא"ש גופיה ושאר פוסקים כן להדיא ברפ"ק דסנהדרין א"כ אי לאו דקבלינהו לא היו יכולים לדון בפניהם שהרי היה יכול לומר אדון בפני ב"ד אחר ואהני קבלתו לדון בפני אלו אבל לא דליפטרו אם טעו ולא דמי ליחיד מומחה דטעמא דיחיד מומחה וקבלוהו דפטור לא הוי משום דכיון דאפילו לא קבלוהו היה יכול לכופם אהני קבלתו למפטריה אלא כיון דמומחה הוא פטור דהוי כמו אנוס שהרי הוא מומחה ומהיכי תיתי שיטעה ואם טעה אנוס הוא וכ"כ הבעל המאור הטעם דה"ל כאנוס בטעותו והבאתי דבריו לעיל סקי"ד אות ז' אבל בלא קבלוהו חייב דכיון דכופה אותם הרי אינו אנוס בדבר דלמה ליה לכופו:

ד) וראיה לזה מהא דאמרינן בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ט ע"ב) גבי טבח אומן שקלקל וכן גבי מראה דינר לשולחני דהדיוט חייב ומומחה פטור והא התם לא שייך לומר דמומחה פטור משום שהיה יכול לעשות כן בלא קבלתו אלא ודאי טעמא דמומחה פטור משום דכיון דמומחה הוא לא אסיק אדעתיה שיטעה ואנוס הוא וכן פרש"י התם להדיא (וכן משמע התם בסוגיא וכן מבואר להדיא מדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד פ"י מה' שכירות ע"ש) ואם כן ה"ה הכא (ובזה ניחא הא דקתני מתניתין דבכורות ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ואמאי לא קתני ואם היה מומחה וקבלוהו פטור מלשלם דהא מומחה בלא קבלוהו חייב ולהרא"ש עיקר טעמא דמומחה פטור משום דקבלוהו אבל למאי דפרי' ניחא דעיקר פטור דידי' תליא כשהוא מומחה מטעם דכיון דהוא מומחה אנוס הוא ופטור ודוק היטב) וא"כ ה"ה בג' הדיוטות דקבלוהו דלא שייך האי טעמא דאנוסים הם דהא אפשר להו למטעי דלאו מומחים הם וה"ל לאסוקי אדעתייהו שיטעו וחייבים וכן נראה עיקר:

ה) ומן הירושלמי שהבאתי לקמן ס"ק כ"ט אות ד'. דקאמר ישלם מביתו מפני שהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה דתנן אל תהי דן יחידי כו'. אין להוכיח כהרא"ש מדקאמר שהגיס דעתו לדון יחידי כו' אלמא דאי לא הגיס דעתו ודן עם עוד שנים פטור כשקבלוהו דנראה לו' דבג' שקבלוהו בלאו הכי חייבי' לשלם ולא צריך טעמא וכדאיתא בתשוב' מהר"ם שבמרדכי רפ"ק דסנהדרין וז"ל ועוד דהתם מיירי דליכא אלא חד דיין ושקיל וטרי התם אליבא דמ"ד התם יחיד אינו כשר לדון והיינו שלא כדין תור' אא"כ שקבלוהו עלייהו קבלו נמי שאם יטעה לא ישלם אבל היכא דאיכא ג' דייני' כמשפט וכדין תורה אם טעו ישלמו עכ"ל. א"כ בג' דיינים כיון דלא צריך לקבלת' לא אמרינן דקבלתם מועיל

לפטור אבל ביחיד הוה ס"ד לו' דכיון דצריך לקבלתם יפטור לכך קאמר דאפ"ה ישלם מפני שהגיס לבו לדון יחידי ואין להקשות דהא גבי טבח שקלקל ומראה דינר לשולחני דהדיוט חייב אע"ג דהתם לא שייך טעמא שהגיס דעתו ביחידי דקושיא זו אינו תלוי בפרושי דבלאו הכי יש להקשות כן על הירושלמי אלא ודאי לק"מ דהתם אי אפשר בחזרה (וכמ"ש התוס' והפוסקי' שם דהתם מיירי שהלך זה עם הדינר למ"ה ואי הוה קמן באמת הדר ע"ש) אבל הכא ס"ד אמינא דלא ישלם מביתו כיון דאפשר בחזרה יחזור אי נמי י"ל דהירושלמי ס"ל דהתם שאני כיון שהטעות מבורר לכל חייב דהא אלו הוה קמן הדר דינא אבל הכא כיון דמה שעשה עשוי ולא הדר דינא סד"א דלא ישלם דיאמר הדיין כיון דאין כאן טעות ברור דהא מה שעשיתי לא הדר דינא א"כ לא ישלם דיכול לומר יפה דנתי וקאמר דאפ"ה ישלם מפני שהגים דעתו כו'. ועוד נרא' והוא העיקר דמעיקר' לק"מ ואין להוכיח מהירושלמי כלום דבירושלמי לא דאין דינא דגרמי ואפילו גבי מראה דינר לשולחני לא מחייב הירושלמי אלא משום קנסא וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי שלו וז"ל ומה שסמכו על הירושלמי במקרע שטרותיו שהוא חייב משום קנס מאן לימא לן דאינהו דינא דגרמי דילמא לא דייני והכא קנסא בעלמא הוא דקנסו וכן מה שאמרו בירושלמי במסכת כלאי' גבי מראה דינר לשולחני שהוא קנס מפני שאין להם דינא דגרמי' אלא שבזה קונסים אותו מפני שהוא פושע והפסידו מצוי עכ"ל. והלכך הכא אי לאו משום שהגיס דעתו לדון יחידי פטור דמאיזה טעם יחייב (ולא ס"ל לירושלמי כש"ס דילן בפרק הגוזל ובפ' עד כמה דמוקי למתני' או כר' מאיר או כרבנן ולשא ונתן ביד) אבל לדידן דדיינינן דינא דגרמי ומתני' ר"מ היא א"כ ה"ה ג' הדיוטות חייבין משום דינא דגרמי וזה ברור:

סעיף טז

ולא יאמר האדם כו'. קאי אהיכ' דאין סוגיא דעלמ' כאידך דאי סוגי' דעלמ' כאידך פשיטא דאין בהכרעתו כלום:

סעיף יז

דכל היכא דאיכא ספיק' דדינא אין מוציאין מיד המוחזק והנה רבו חלוקי הדינים בזה באיז' מקום יכול המוחזק לומר קים לי וכן אי מהני תפיס' והראשונים והאחרונים לא ביארום על נכון ומקום הניחו לי להתגדר בזה וכבר חברתי על זה ס' שלם קראתיו תקפו כהן בו מבוארים כל אלו דינים על נכון בראיות ברורות:

סעיף יח

ואם הוא בהוראות איסור והיתר כו' ואזלינן בתרייהו כבר ביארתי דינים אלו בפסק הארוך שלי על הנהגו' איסור והיתר ביורה דיעה סי' רמ"ב:

סעיף יט

א ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם א' כו' בספרי שפתי כהן בי"ד סימן רמ"ב העליתי דבאיסור דאורייתא לא אזלינן בתר רבים אם מסכימים להקל משני טעמים ע"ש מיהו נראה דהיינו דוקא כשבאנו להתיר דין שאנו מסופקים בו מתוך החבורים הלכך כיון שאין הרבים לפנינו חיישינן שמא בזה העיקר כאותו פוסק דמחמיר ובאידך מלת' העיקר כפוסק השני דמחמיר אבל כשהרבים לפנינו פשיט' דאזלינן בתרייהו ואע"ג שאין מסכימים מטעם אחת דלא אשכחן בשום דוכת' דסנהדרין או דיינים צריכים הרבים לומר טעם אחת והכי משמע נמי בפרק אחד דיני ממונות (סנהדרין דף ל"ד ע"א) דאמרי' התם ת"ש שני סופרי הדיינים כותבים דברי המזכים ודברי המחייבים בשלמא דברי המחייבים כו' אלא דברי המזכין מ"ט לאו משום דאי חזי טעמ' אחרינ' לחובה לא משגיחינן ביה לא כדי שלא יאמרו שנים טעם א' משני מקראות כדבעי מיני' ר' אסי מר' יוחנן אמרו שנים טעם א' מב' מקראות מהו א"ל אין מונין אלא א' מנהני מילי אמר אביי דאמר קרא אחת דבר אלהים שתים זו שמענו מקרא א' יוצא לכמה טעמים ואין טעם א' יוצא מכמה מקראות אלמא דאם אמרו שני טעמי' בכל ענין אזלינן בתרייהו דאל"כ ה"ל לשנויי לא כדי שלא יאמרו שנים שני טעמים ועוד דהא קאמר אביי מקרא אחד יוצא לכמה טעמים כו'. והא דאין אומרי' שנים טעם א' משני מקראות היינו כדפירש"י משום דודאי חד מהני קראי לאו להכי אתא כדקי"ל לא נכתבו שני מקראות לטעם אחד הילכך חדא מינייהו מטעי טעי עכ"ל (אח"כ ראיתי בהגהת אשר"י פ' אחד ד"מ כתב ג"כ להדיא כדברי וז"ל ג' שישבו בדין ושנים מזכין ואחד מחייב או שנים מחייבי' וא' מזכה ואמנם שנים חלוקין זה על זה ואין ראייתו של זה נרא' לחבירו כלל וכן של זה לחבירו נראה בעיני כיון ששניהם שוים בזכות או בחובה הוה להו רבים וראי' כתוב באורך מא"ז עכ"ל ואולי כיוון לראי' שכתבתי):

ב) ונראה דהאי דינא דאין שנים אומרים טעם א' משני מקראות שייך נמי האידנא מיהו היינו דוקא במקרא אבל במשנה וש"ס ופוסקי' לא שייך האי מילת' דכמה פעמי' אשכחן דין א' מטעם א' מפורש במקומות הרבה. והרמב"ם פ"י מהלכות סנהדרין כתב וז"ל שנים שאמרו טעם א' אפי' משני מקראות אין נימנין אלא א' ע"כ והביא שם בכסף משנה דברי הש"ס ופירש"י דלעיל וכתב ז"ל ומ"ש רבינו אפי' משני מקראות כלומר לא מיבעי' אם

הם ממקרא אחד דלא חשיבי אלא כחד אלא אפי' אמרו שניהם טעם א' משני מקראות לא חשיבי אלא כחד מהטעם שכתבתי ובזה אין מקום למה שהשיג הרמ"ך עכ"ל. ודבריו תמוהין דאדרב' מהטעם שהביא משום דודאי חד מינייהו מטעי טעי דקי"ל דלא נכתבו שני מקראות לטעם אחד מבואר דאם הם ממקרא אחד נחשבים לשנים ותימה היאך יעלה על דעת לחשבם רק א' וכי אם יאמר א' מסנהדרין פלוני זה חייב מיתה שעבר על לא תרצח ואמר גם השני וכן השלישי כמוהו עד שהרבי' מסכימי' כן הא ודאי קטלינן לי' שרובם מחייבי' ממקרא א' ועוד תימא וכי סנהדרי גדולה לא ידונו ע"פ הרוב עד שימצא לדין א' ל"ו טעמי' אלא הדבר פשוט דתיבת אפי' בהרמב"ם הוא ט"ס וכך צ"ל שנים שאמרו טעם א' משני מקראות כו':

ג) ולענין דיני ממונות קי"ל בכל דוכתא קולא לנתבע וחומרא לתובע הלכך כי היכי דבאיסורא דאורייתא לא אזלינן בתר רבים לקולא היכא דאין מסכימים רק משני טעמים ה"ה דאין מוציאים ממון בזה ואע"ג דבלאו הכי קי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב אלא אחר המוחזק מ"מ נפקא מיניה היכא דליכא אלא שני פוסקים ושניהם מחייבין משני טעמים וזה חולק על טעמו של זה וזה על טעמו של זה מצי המוחזק לומר קים לי כהפוסק בהא דחולק על טעמו של חבירו ולא קים לי כהא דמחייב כמותו רק קים לי בהא כאידך וכן העליתי בספרי תקפו כהן סי' ע"ב דמצי למימר קים לי כהפוסק בהא ולא קים לי כותיה בהא.

סעיף כ

ואם הי' מנהג בעיר להקל כו' והב"ח כתב דה"ה להיפך שהיה מנהג בעיר להחמיר ע"פ חכם א' ומת ובא חכם אחר ומיקל יכולים לנהוג היתר ע"ש ועיין בש"ג פ"ק דע"א דף ש"ן ע"א:

סעיף כא

כל מקום כו' ומהר"ם אלשיך כ' בתשובה סימן ל"ט דף ס"א ע"ב וז"ל ואע"ג דסברת מהרי"ק שלא כדעת התוס' וסמ"ג אל יעלה על לב לומר דכיון דבתרא הוא נקטינן כוותיה דלאו סברא היא דאע"ג דגם בפוסקים נקטינן כבתראי כדכתיבנא היינו כשראה האחרון דברי הראשון ולא חזר בו מקמיה דקמא אבל אם לא ראה אותו ולא שמע סברתו אדרבא אמרי' דהל' כקמא דשמא אם הי' רואה האחרון דברי הראשון היה חוזר בו והכי מחלק הרא"ש בתשובה דוק ותשכח ומהרי"ק ז"ל נראה דאשתמיטתי' ההיא דתוספ' שלא הזכיר' ועוד דע"כ לא אמרינן הלכה כבתראי לגבי קמאי אלא כשאין בין בתראי לקמאי אלא כהדרגת אמוראי קמאי לאמוראי בתראי אבל היכא דאיכא בינייהו כהדרגת שבין

אמורא לתנא לא אמרינן הלכה כבתראי אלא אדרבא אין גם הא' מהאמוראים בלעדי רבי חלוק על התנא אם אין תנא אחר מסייעו וסומך עליו ואם כן השתא אין ספק שמהרי"ק שהוא מדורותינו אלה לא אמרינן עליו לגבי התוספות דהלכה כמותו שהוא בתרא לגבי דידהו ואנן סהדי דאי דעתיה הוה שהתוס' סוברים דאסור לא הוה חולק עליהם ומה גם להקל אלא אדרבא היה חוזר מקמי דידהו וכל שכן דטובא נינהו התוס' וסמ"ג והר' ישעיה ומה גם להחמיר ברבית החמור עכ"ל וקצת דבריו נכונים וקצת דבריו צ"ע מיהו גם מהר"מ אלשקר בתשובה סימן כ"ד חולק אמהרי"ק בשורש צ"ד ועיין מ"ש בזה בפסק הארוך שלי בהנהגת איסור והיתר בי"ד סי' רמ"ב:

סעיף כב

הי' הטועה כו'. כתב הסמ"ע וז"ל מומחה ב"ד כן הוא לשון הרמב"ם שם ונראה דר"ל מומחה גמיר וסביר הראוי לדון ואין צריך להיות סמיך והטור הביא לשון הרמב"ם ולא כתב אלא מומחה סתם משום דבלשון הטור מומח' סתם פי' גמיר וסביר משא"כ להרמב"ם דסתם מומחה גמיר ולא סביר והמומחה דגמיר וסביר כתב מומחה בית דין או מומחה לרבים וכמ"ש בפרישה לעיל סי' ג' ובסמ"ע בסמוך סקכ"ו ולפ"ז מ"ש המחבר בסעיף ב' אם הוא מומחה וקבלוהו וא"א לחזור פטור לשלם מיירי אפי' בגמיר (ולא) סביר וזהו דלא כדעת הטור דס"ל דלא מפטר מלשלם כ"א ביחיד מומח' וקבלוהו ומומחה דטור היינו גמיר וסביר וכמ"ש וצ"ע עכ"ל ואין דבריו נכונים דל' מומחה משמע בכל דוכתי שהוא מומחה בדיני ממונות ואם הוא גמיר ולא סביר אין זה מומחה בדינים שהרי אין יודע סברות בדינים ועוד דא"כ מנ"ל להרמב"ם והמחבר דבמומחה דגמיר ולא סביר וקבלוהו אם אי אפשר לחזור פטור מלשלם וגם מנ"ל שהדין חוזר הא הוציאו כן ממתני' דבכורות והתם קתני ואם היה מומחה לרבים פטור לשלם משמע אדרב' איפכא דדוק' בסיפ' במומחה לרבים הדר דינא ופטור אבל ברישׁ' דאינו מומחה לרבים מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואין הדין חוזר כלל ומעובד' דמר זוטרא דאת' לקמיה דרב יוסף בפ' קמא דסנהדרין (דף ה' ע"א) דא"ל אי קבלוך לא תשלם נמי אין ראיה דמר זוטר' גמיר וסביר הוה וכן מוכח להדי' בגמ' שם. לכך נראה דסתם מומחה בלשון הרמב"ם הוא ג"כ דגמיר וסביר לכך לא כתב הטור בל' הרמב"ם מומחה לב"ד ונראה דגם הרמב"ם שכתב מומחה לב"ד לאו דוק' קאמר עוד נ"ל דט"ס הוא וצ"ל מומחה לבד בלא שתי נקודות על לבד וטעה הסופר וחשב שהוא ר"ת לב"ד והשת' ניחא הא דלא נקט הרמב"ם בשום בבא מהנך בבי מומחה לב"ד רק בבבא זו אלא משום דבב"ק מיירי כשהיה מומחה וגם נטל רשות והשת' מיירי כשהוא מומחה לבד ולא נטל רשות ובתר הכי מיירי במי שאינו

מומחה ולא קבלוהו ג"כ לכך נקט הכא הי' הטועה מומחה לבד או אפשר דלב"ד מיותר הוא לגמרי וכן בדפוסי המיימוני הישנים ליתא כלל לב"ד רק כמ"ש הטור ל' הרמב"ם ומ"ש הרמב"ם והמחבר בסעיף ד' אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דינים אע"פ שנטל רשות כו' אין דיניו דין כו' היינו אף דגמיר כיון דלא הוי מומחה דגמיר וסביר ולא קבלוהו אינו דינו דין דס"ל להרמב"ם דרשות מר"ג לא מהני רק למומחה וחולק על הרא"ש וטור בזה (וכן משמע להדיא בפי' המשניות להרמב"ם פ' זה בורר ע"ש) וכן הוא להדי' בב"ח לעיל סוף סי' ג' דלהרמב"ם לא מהני רשות לגמיר ולא סביר וחולק על הרא"ש וטור ע"ש וכ"כ הבעל המאור בהדיא בפרק אד"מ בבבא תליתאה דרשות ר"ג ליתא לגמיר דלא סביר רק למומחה דגמיר וסביר דפחות מכאן לא מיקרי ראוי להוראה כדאמרינן בהוריות ראוי להוראה גמיר וסביר משמע דתחלת הרשות היא ההוראה כדאמר יורה יורה ידין ידין כו' עכ"ל. וכן משמע להדיא מדברי ראב"ן רפ"ק דסנהדרין (דף ע"ג) שכתב וז"ל ואם הוא מומחה על פי ב"ד שנטל רשות מר"ג אם טעה לא ישלם ואפילו אם לא קבלוהו עלייהו דאמר רב האי מאן דבעי דדאין דינ' ולפטר לשקול רשות מר"ג דה"ה אם הקהל בוררים מומחים כו' ע"כ. וכ"כ הנ"י פ' אד"מ בסתם דרשות ר"ג לא מהני אלא במומחה וכ"כ הברטנורה ר"פ זה בורר וכן מוכח לפענ"ד דעת הרי"ף שהזכיר שם ה' בבות ואמאי לא כתב נמי בבא אחריתי דליתיה מומחה ונטל רשות כמו שכתב בבא ד' דליתיה מומחה וקבלוהו וכדכתב נמי בבא קמא מומחה דנקיט רשות כו' ע"ש אלא משמע דליתיה מומחה לא מהני רשות' מר"ג וכ"כ בתשו' ן' לב ספר ג' סימן ל"ב לדעת הרי"ף (ומכאן מוכח נמי דלא כהסמ"ע ודוק) . ומ"ש בתשו' ן' לב שם וז"ל ושוב חקרתי בספרים ומצאתי דבר זה מפורש במרדכי כ' החמשה בבות מהרי"ף ובבא הד' כתב כשאין הדיין מומחה וקבלוהו בעלי דינים או נקיט רשותא כו'. ולפענ"ד דאין מהמרדכי ראיה דהמרדכי לגרמיה הוא דכ"כ וס"ל כהרא"ש אבל דעת הרי"ף גופיה אינו כן וכן מסתבר ודלא כהרא"ש וטור דודאי נראה דלא עדיף רשותא דר"ג מקבלוהו בע"ד עצמם עליהם (וכ"כ הריב"ש סימן רע"א וז"ל ואם נטל רשות מר"ג יכול לכוף בע"ד לדון לפניו ואף אם יטעה בדינו יהי' פטור שכיון שנטל רשות הרי הוא כאילו קבלו עליהם בעלי הדין ע"כ) וכיון דקבלוהו לא מהני אלא במומחה ממש וכדמוכח במתניתין דבכורות דמיירי בקבלוהו לר' אבהו דקי"ל כותיה וכדכתבו הרא"ש והטור גופייהו היאך יועיל רשות מר"ג ועמ"ש לעיל סי' ג':

סעיף כג

מומח'. ואפי' שנים מומחה וה"ה לכל דינים שהוזכרו בסי' זה שנים כיחיד דמי בין שני מומחים בין שני הדיוטות כדאית' בהרא"ש וטור ושאר פוסקים וכן מוכח בש"ס:

סעיף כד

או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו כו' משמע דכשאינו מומחה וקבלו אותו בכל ענין הדין שוה להרמב"ם וסייעתו וכן להרא"ש וסייעתו בין שהוא גמיר ולא סביר או אפי' לא גמיר כלל כשקבלוהו מה שעשה עשוי וישלם מביתו והבעל המאור בבבא רביעאה כתב דכשלא גמיר לא מהני קבלתם ובין טעה ובין לא טעה אין דינו דין כלל משום דאשרה הוא דמקרי והבאתיו לקמן סעיף ד' ס"ק מ"ד ולא נהירא דפשיטא דאין לאחר קבלה כלום וגם הרמב"ן בס' המלחמות שם השיג עליו במקצת בזה וז"ל שם ובבא רביעאה דכתב בעל המאור חזינן שיבוש' כו' דנראה מדבריו שאפי' לאחר גמר דין יכול לחזור בו וזה אי אפשר דאפי' שלשה רועי בקר אינו יכול לחזור בו כשלא טעה והני ודאי כיון דלא גמירי כלל כחד דמי אבל ודאי טעה חוזר בין נשא ונתן ביד בין שלא נשא ולענין תשלומים במקום שא"א להחזיר משלם מביתי עכ"ד. אך גם במה שכתב הרמב"ן דבטעה חוזר בין נשא ונתן ביד כו' לא נהיר' לי אלא נראה דאפי' להרי"ף והרמב"ם וסייעתם שפסקו כרב חסדא דמוקי מתני' דבמומחה כשנשא ונתן ביד מ"מ בנשא ונתן ביד מיהת מה שעשה עשוי וישלם מביתו אע"פ דלא גמיר כלל דהא לרבי אבהו שנים שדנו אין דינם דין כלל דפסילי לגמרי בין מדאורייתא בין מדרבנן ואפ"ה קתני מתני' בקבלוהו מה שעשה עשוי וישלם מביתו וא"כ מה לי דגמיר או לא הא אנן קי"ל כר' אבהו דאפי' גמיר כל שאינו מומחה פסול לדין א"כ גמיר ולא גמיר חד דינא אית להו ונהי דג' רועי בקר ונודע שטעו יכול לחזור וכדלעיל סימן כ"ב היינו קודם שזכה זה שכנגדו בו או אפי' זכה בו לרב חסדא דהדר דינא כשלא נשא ונתן ביד אע"פ דקבלוהו כשאינו מומחה וכ"ש בדלא גמיר כלל אבל בנשא ונתן ביד וזכה זה שכנגדו בו קם דינא וישלם מביתו והיינו שכתבו הרי"ף והראב"ד סתמא דמי שאינו מומחה וקבלוהו אם נשא ונתן ביד (אינו) חוזר הדין ולא חילקו בין הוא גמיר או לא וא"כ להרא"ש וסייעתו דפסקו כרב ששת אפי' לא נשא ונתן ביד נמי כל שזכה זה שכנגדו בו מה שעשה עשוי וישלם מביתו בקבלוהו ואינו מומחה בין שהוא גמיר ולא סביר בין דלא גמיר כלל והיינו שכתבו הבעל העיטור והרא"ש ושאר פוסקים במסתמא באינו מומחה וקבלוהו מה שעשה עשוי וישלם מביתו ולא חילקו בין הוא גמיר או לא וכן משמע ממ"ש הנ"י רפ"ק דסנהדרין שי"א אם קבלו עליהם יושבי קרנות שדינם דין ואפי' טעו אין חייבים לשלם דהא לא מצי אמר להו דאדעתא דלידון

דין תורה קבלום דהא מידע ידעו שאינם יודעים דין תורה עכ"ל אלמא דלכ"ע קם דינא אלא דאפשר לומר דחייבים לשלם וי"א דפטורים ולא אמרי' כיון דאשרה הוא וטעו הדר דינא אלא ודאי אין לאחר קבלה כלום. ואפי' להי"א דוקא בידוע שהם יושבי קרנות אבל בסתם דיינים שטעו ואשתכח בתר הכי דלא גמירי כלל ודאי דלכ"ע קם דינא וישלם מביתו דמסתמא אדעתא דלידון דין תורה קבלוהו. שוב ראיתי שכ"כ הב"ח להדיא וז"ל ואם קבלוהו עלייהו אע"פ דלא גמירי ולא סבירי ואפי' לא נקיטא רשותא מר"ג ואפי' ב' הדיוטות או אפי' יחיד נמי מה שעשה עשוי וישלם מביתו עכ"ל וכן עיקר.

סעיף כה

אבל קבלו אותו בע"ד. הא דלא קאמר או שנטל רשות מר"ג משום דלא מהני נט"ר למי שאינו מומחה כלל דלא גמיר ולא סביר ולא רצה להאריך כאן ולחלק בין גמיר וסביר ללא גמיר וסביר עכ"ל סמ"ע וזה לפי שטתו לפיכך דחק דלא רצה להאריך ואינו נכון. ועוד דהל"ל או שלא היה מומחה ב"ד אבל קבלו אותו או נטל רשות אבל למאי שכתבתי בס"ק כ"ב אתי שפיר כפשוטו דמומחה סתם היינו דגמיר וסביר וכל שאינו מומחה דגמיר וסביר אפי' הוא גמיר לא מהני רשות ר"ג כלל וק"ל:

סעיף כו

ואם לא נשא ונתן ביד כו' יחזור הדין כו' וישלם מביתו. קשה לי על מ"ש הרמב"ם והמחבר דחוזר הדין ואם א"א לחזור ישלם מביתו דהא אמרינן בש"ס להדיא דהיכא דהדר דינא לאו כלום עביד ופטור אפי' א"א בחזרה כעובדא דר' טרפון (ורב חסדא נמי מודה בזה וכדמוכח בש"ס) בשלמא על מה שפסקו לקמן סעיף ד' באינו מומחה ולא קבלו וכן פסק הרי"ף ל"ק מידי די"ל משום דס"ל שזהו כיון דלאו דיינא הוא כלל ולא קבלוהו נמצא דמזיק הוא וחייב משום דינא דגרמי וכדאיתא בהרי"ף ורמב"ם והמחבר לקמן סעיף ד' לכך חייב ובש"ס מיירי במי שהוא דיין כגון בקבלו או מומחה דאינו חייב משום דינא דגרמי דלא דיינינן דינא דגרמי בדיינין דא"כ אין לך אדם שנעשה דיין וכמ"ש הרי"ף אבל בהך דהכא קשה דהא מומחה או קבלו היינו ממש עובדא דר"ט בש"ס לרב ששת ורב חסדא לא פליג עליה דרב ששת כלל בהא ונראה שזה שכתב הנ"י פאד"מ וז"ל אבל הרמב"ם ז"ל כתב היכא דאי לית ליה לשלומי משלם הדיין מביתו ויש שכתבו שלא נראו דבריו עכ"ל. ונראה שהוא מהך קושיא. ובזה נרא' לתרץ מה שקשה לכאורה בנ"י מה ענין דברי הרמב"ם למה שכתב קודם לכן שהרי קודם לכן מיירי בטעה בדבר משנה ולפמ"ש ניחא דס"ל דכל היכי דהדר דינא חד דינא אית להו. מיהו נ"ל ליישב דעת הרמב"ם והמחבר דס"ל דוקא בטעה בדבר משנה כיון דהדין חוזר מעצמו לאו כלום עביד

אבל בטעה בשקול הדעת דקם דינא ואין הדין חוזר אא"כ יחזור הדיין את הדין א"כ חייב לשלם דהא טובא עבד דה"ל לחזור ובדידיה תליא מלתא ולכך דקדקו הרמב"ם והמחבר (וכן הוא בברטנורה פ' זה בורר) בלשונם וכתב כאן יחזור הדין ולא כתב חוזר הדין (ולא) כמ"ש בשאר בבי. ולפ"ז משמע מהרמב"ם דס"ל דאם הדיין חוזר הדרא מתכשר הטרפה ורש"י לא ס"ל הכי וכדעת הראב"ד ורמב"ן ורשב"א וכמו שכתבתי לעיל סעיף ב' ס"ק י"ד באות י"ד: ולענין דינא לדידן דקי"ל כרב ששת נראה עיקר כפרש"י דהא בשקול הדעת קם דינא ולישנא דמה שעשה עשוי משמע אפי' הבע"ד לפנינו ואפשר בחזרה וכמ"ש לקמן ואיסור והיתר כדיני ממונות דמי לחומרא ועוד דמה שעשה עשוי אטימא את הטהור נמי קאי. ונראה דגם הרמב"ם מודה בזה דלרב ששת בשקול הדעת אין הדיין יכול לחזור אלא דאיהו פסק כרב חסדא ודו"ק:

סעיף כז

ישלם מביתו. עיין בב"י ובב"ח מה שישבו דעת הרמב"ם בזה דכיון דפסק כרב חסדא אמאי ישלם מביתו ועיין ג"כ בס' לחם משנה אך מ"ש הב"י וכסף משנה להוכיח וז"ל ועוד דבשלמא מי שאינו מומחה אע"פ שלא נשא ונתן ביד אם א"א לחזור ישלם מביתו היינו דטעי ר' טרפון כו' אלא אי אמרת פטור ר' טרפון במאי טעי דהא אפילו אינו מומחה פטור ועוד מדברי ר"ע נלמוד דא"ל מומחה אתה ואם איתא לימא ליה כיון דקבלוך פטור אתה כו' עכ"ל ולפע"ד אין אלו הוכחות כלל דודאי לרב ששת אפשר לומר כן אבל הרמב"ם דפסק כרב חסדא וכנמ"ש הרי"ף ואיהו מוקי למתני' דבכורות בנשא ונתן ביד וא"כ על כרחך גם עובד' דרבי טרפון מיירי שנשא ונתן ביד דאל"כ היכא מייתי במתני' עובד' דר"ט דפטרו ר"ע משום דמומחה לרבים הוה הא שאני התם דלא נשא ונתן ביד ועוד דהא משמע להדיא בש"ס דרב חסדא בא לתרוצי בגוונא אחריני דלא תיקשי מאי דאקשי רב המנונא לרב ששת לימא ליה ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה וא"כ לר"ח לא מוכח מעובדא דר"ט ור"ע דחייב אלא כשנשא ונתן ביד אבל כשלא נשא ונתן ביד מי שמעת ליה ודו"ק:

סעיף כח

וי"א דאפילו לא נשא ונתן ביד כו'. **א** כתב הב"ח וז"ל ולענין הלכה נראה לפסוק בזו דהדין חוזר כיון שגם האלפסי ס"ל הכי וכן הוא דעת בעל המאור ובעל העיטור על שם רב האי גאון דלא כהרא"ש וטור דס"ל בזו דאפילו לא נשא ונתן ביד אין הדין חוזר ואע"פ דאפשר בחזרה ואפי' לא הוציא מיד המתחייב (לקמן ס"ק כ"ט אות ג' השגתי על הטור ונמשכים אחריו בזה והוכחתי דאף להרא"ש אם לא הוציא עדיין מיד המתחייב הדין

חוזר ע"ש) מיד כשפסק הדין קם דינא ואינו חוזר אלא לגדולי הראשונים והרבים יש לשמוע עכ"ל ואין דבריו נכונים מכמה טעמים וכמו שאבאר חדא שכבר כתבתי לעיל ראיות ברורות דהעיקר בזה כהרא"ש וטור ור' ירוחם ושאר פוסקים דקי"ל כרב ששת דמוקי למתני' דבכורות (דהיינו באינו מומחה וקבלוהו וה"ה מומח' ולא קבלוהו) בלא נו"נ ביד ואפ"ה מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואין הדין חוזר אע"פ דאפשר בחזרה. וכמ"ש הרא"ש דהכי משמע לישנא דמה שעשה עשוי ועוד דמ"ש הב"ח בשם בעל המאור ודאי ליתא אלא אדרבא דעת בעה"מ מוכח להדיא כהרא"ש ומוכח שם להדיא מדבריו שגם דעת רב האי גאון כן שהרי כתב הבעה"מ וז"ל ולענין הדין נ"ל מה שאמר רבינו האי גאון ז"ל דליתא לדרב חסדא דהא דאוקימנא להההיא מתני' דבכורו' כשנו"נ ביד כי היכא דלא נסתמא כר"מ דדאין דינא דגרמי וכיון דס"ל השתא כר"מ ליתא להההוא אוקימתא כו' וכרב ששת וכרב נחמן קי"ל כו'. ועוד כתב שם הבעל המאור כה"ג טובא זימני ע"ש וא"כ מוכח להדיא דס"ל דאין הדין חוזר בטעה בשק"ה ואע"פ דאפשר בחזרה וכמו שהוכחתי לק' בסמוך בכמה הוכחות ברורות דלרב ששת אין הדין חוזר בטעה בשקול הדעת אע"פ דאפשר בחזרה:

ב) ותו דגם מ"ש בשם בעל העיטור בשם ר' האי גאון אע"פ שגם הטור כתב כן בשמו והוא מדברי הרא"ש שכתב כן בשמו מ"מ נלפע"ד דהרא"ש חוץ לכבודו לא ירד לסוף דעת בעל העיטור בשם ר' האי גאון וכן הטור והנמשכים אחר הרא"ש דז"ל הרא"ש פאד"מ וכל היכא דקם דינא וחייב לשלם לא מצי דיין לומר לבע"ד החזר כו' ולא כבעל העיטור שכתב בשם רב האי גאון דיחיד שאינו מומחה וקבלוהו עלייהו ואפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבעל דין שנטל מה שלא היה לו ליטול יש לו להחזיר מן הדין ואם אינו או שישנו ואין לו כח להחזיר משלם הוא מביתו דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע כלל הכי עכ"ל. והנה ז"ל הבעל העיטור אות פסק דין (דף נ"ב ע"ב) . ד' שאינו מומחה שטעה בשקול הדעת וקבלוהו בעלי דינין ולא נשא ונתן ביד (כן צ"ל ובעיטור עצמו איתא ל"ש נשא ונתן ביד ול"ש לא נשא ונתן ביד ונ"ל שהוא ט"ס כמ"ש הבעל העיטור עצמו שם קודם לכן כמה פעמים ע"ש) לרב חסדא הדר דינא ולית הלכתא כוותיה ה'. ל"ש מומחה או אינו מומחה ל"ש קבלוהו או לא וטעה בדבר משנה חוזר לעולם. ו'. אינו מומחה וטעה בשקול הדעת וקבלוהו חייב לשלם לדברי הכל בנשא ונתן ביד כדתנן דן את הדין וזיכה את החייב מה שעשה עשוי ואוקימנא בדקבלו עלייהו תשובה לרבינו האי אפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבעל הדין מה שנטל דיש לו להחזיר יש מן הדין להוציא ממנו ואם אינו או שישנו ואין לו להחזיר משלם הדיין מביתו בזמן שנטל ונתן

ביד עכ"ל העיטור והנה הרא"ש הבין דמ"ש הבעל העיטור תשובה לרבינו האי כו' קאי אדסמיך ליה באינו מומחה שטעה בשקול הדעת וקבלוהו כו' ותימה גדולה א"כ יהיה רבינו האי ח"ו טועה בדבר משנה ויהיה נגד הש"ס כמה פעמי' וגם יהיו דברי רבינו האי גופיה סותרים זה את זה וכמו שאבאר. חדא דא"כ ל"ל לש"ס כל האי שקלא וטריא ול"ל לרב ששת לשנויי כאן שטעה בדבר משנה כו' ול"ל לרב חסדא לשנויי כאן שנשא ונתן ביד כו'. הא מעיקרא לק"מ דפשיטא דדיני ממונות מחזירים מיירי באפשר בחזרה דאל"כ לא שייך לו' מחזירי' ובבכורו' לא קאמר אלא דישלם מביתו היכא דלא אפשר בחזרה ועוד דא"כ מאי פריך בפ"ק דסנהדרין (דף ו' ע"א) אר' אבהו דאמר שנים שדנו אין דיניהם דין ממתני' דבכורות דן את הדין כו' מה שעשה עשוי וישלם מאי קושיא הא התם לא בעי למימר רק דישלם מביתו היכא דלא אפשר בחזר'. ועוד קשה דהא רב האי גאון פסק כאוקמת' דרב ששת וכמ"ש הבעל המאור בשמו וכ"כ הרא"ש גופיה פרק אד"מ שכן פסק רב האי גאון ולרב ששת ודאי מוכח דאע"פ שאפשר בחזרה קם דינא דהא משני כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשיקול הדעת כלומר מתניתין דקתני דיני ממונות מחזירים מיירי שטעה בדבר משנה ומתניתין דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו שטעה בשקול הדעת אלמא דדומי' דטעה בדבר משנה מחזירים בשקול הדעת אין מחזירים ופשיטא דדיני ממונות מחזירים מיירי היכא דאפשר בחזרה דאל"כ לא שייך למימר מחזירים. וא"כ בכה"ג טעה בשקול הדעת אין מחזירים ועוד דהא רב ששת קאמר משמיה דר' אמי טעה בדבר משנה חוזר בש"ה אינו חוזר וטעה בדבר משנה חוזר על כרחך היינו היכא דאפשר בחזרה דאל"כ לא שייך למימר חוזר ואפילו הכי בכה"ג טעה בש"ה אינו חוזר אלמא דבטעה בש"ה אינו מומחה וקבלוהו דמיירי מתני' דבכורות דעלה קאי אוקמתא דרב ששת כדאיתא בפרק קמא דסנהדרין (דף ו' ע"א) ובפרק אד"מ אע"ג דאפשר בחזרה אינו חוזר. ועוד קשה דהיאך קאמר רב האי בתשובה אפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבעל הדין וכו'. והלא ודאי בנשא ונתן ביד ליכא למאן דאמר דחוזר בטעה בשקול הדעת ואפילו להרי"ף ורמב"ם שפסקו כרב חסדא דאף בטעה בשקול הדעת חוזר סבירא להו בהדיא דבנשא ונתן ביד אינו חוזר אע"פ שאפשר בחזר' והכי מוכח נמי להדיא בש"ס דמשני רב חסדא כאן שנשא ונתן ביד כאן שלא נשא ונתן ביד כלומר מתני' דדיני ממונות מחזירים מיירי שלא נשא ונתן ביד והיינו היכא דאפשר בחזר' דאל"כ ל"ש לומר מחזירים ואפי' הכי בכי האי גוונא בנשא ונתן ביד מה שעשה עשוי כו' אלמא דאע"פ דאפשר בחזרה אין מחזירין לרב חסדא בנשא ונתן ביד

וכ"ש לרב ששת דהא לרב ששת אפילו בלא נשא ונתן ביד דינא הכי וכ"ש בנשא ונתן וא"כ היאך כ' רב האי ואפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבעל הדין כו':

ג) ויש לישב כל זה בדוחק ולומר דגם לרב האי בשקול הדעת אינו חוזר אע"ג דאפשר בחזרה אלא קם דינא לענין שאין הדיין יכול לומר לבעל דין שחייב תחזור ותוציא ממנו אלא הבע"ד אין לו שוב שום עסק עם בע"ד חברו רק עם הדיין שמשלם לו מביתו אלא שהדיין חוזר ותובע לו לזה שנתן לו שלא כדין ומוציא ממנו והשתא מיירי מתני' דבכורות שהבע"ד לפנינו ומה שעשה עשוי ומשלם מביתו רק שחוזר הדיין ומוציא ממנו וזה דוחק גדול. ועוד דלישנא דרב האי לא משמע הכי כלל ועוד שהרי כבר שלם ומאי ישלם הדיין מביתו דקאמר הכי הל"ל ואם אין לו להחזיר מפסיד הדיין מה ששלם מביתו. ועוד דע"כ גם הרא"ש גופיה לא הבין דברי רבינו האי כן דא"כ לא ה"ל להקשות דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע הכי אלא ה"ל להקשות דלישנא דישלם מביתו לא משמע הכי כיון דחוזר ומוציא ממנו דהא השתא לישנא מה שעשה עשוי מתיישב טפי מלישנא דישלם מביתו ובר מן דין יהיה איך שיהיה אי כהבנת הרא"ש דתשובות רבינו האי קאי אדסמיך ליה אמאי נקט ברישא החזר' הא איהו אמה שעשה עשוי קאי ואיפכא הל"ל אם אין לו להחזיר הוא דמשלם מביתו אבל אם ישנו לבעל הדין יש להוציא ממנו אפילו נשא ונתן ביד וגם מ"מ קשה אי כהבנת הרא"ש היאך כ' רבינו האי בסוף דבריו משלם הדיין מביתו בזמן שנטל ונתן ביד הא רב האי פסק כרב ששת דאפילו לא נשא ונתן ביד חייב וכמ"ש הבעל המאור והרא"ש גופיה בשמו פאד"מ אמת שבדברי רב האי שהביא הרא"ש ליתא האי סיומא (וקרוב לומר שלכך השמיטו הרא"ש) אבל עינינו הרואות כן בדברי רב האי שבבעל העיטור עצמו שממנו מקור דבריו וזה קושיא גדולה על הרא"ש האיך יתיישב לפי דבריו האי סיומא דמסיים רב האי וגם לאיזה צורך הביא הבעל העיטור האי סיומא כיון דאיהו פסק שם להדיא כרב ששת: ד לכך נראה לפע"ד ברור דתשובות רב האי קאי אלפני פניו שכ' הבעל העיטור בסמוך טעה בדבר משנה חוזר לעולם ועלה קאי תשובה לרבינו האי אפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבעל הדין כו' כלו' בהך גוונא דטועה בדבר משנה חוזר היינו אפילו בנשא ונתן ביד. והא דלא כ' הבעל העיטור מיד תשובת רבינו האי בתר שכ' טועה בדבר משנה חוזר. משום דכתב ל"ש מומחה ל"ש קבלו כו' והמומח' וקבלו ודאי אפי' נשא ונתן ביד ולא אפשר בחזרה פטור וכמו שהוכחתי לעיל סעיף א' ס"ק ד' אות ב' וסעיף ב' ס"ק י"ג אות א' מן הש"ס וכל הפוסקים אבל השתא דמיירי באינו מומחה וקבלוהו הביא תשובת רב האי ולעולם קאי אטועה בדבר משנה והשת' דינו של רב האי אמת וברור כמו שהוכחתי לעיל סעיף א' ס"ק א' וס"ק ד' מדברי

הרבה פוסקים ומן הש"ס דהדין כן בטועה בדבר משנה לעולם חוזר אפילו נשא ונתן ביד רק דבאינו מומחה וקבלוהו חייב לשלם מביתו היכא דלא אפשר בחזרה כשנטל ונתן ביד דוקא כן נ"ל ברור כוונת הב"ע בשם רב האי ולא כהרא"ש והנמשכים אחריו אבל לענין טעה בשיקול הדעת אינו מומחה וקבלוהו ס"ל לבעל העיטור ורב האי גאון להדיא דאינו חוזר אע"ג דאפשר בחזר' וכדעת בעל המאור והרא"ש וטור ור' ירוחם ושאר פוסקים וכמ"ש וכן עיקר:

סעיף כט

ואין הדין חוזר. ולא מצי דיין למימר לבעל דין החזר מה שנתן לך כי טעיתי דאי יחיד שאין מומחה חייבוהו חכמים לשלם כיון שנשתדל לדון יחידי והוא אינו מומחה ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול וקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו וג' הדיוטות ויחיד מומחה ולא קבלינהו עלייהו דינייהו דינא ומשלמים כו' עכ"ל הרא"ש וכ"כ הטור:

א) ונראה דמ"ש הרא"ש והטור דקנס הוא שקנסוהו חכמים כו' הוא לאו דוקא דהא האי דינא דהכא דחייב היינו משום דינא דגרמי וכדאי' בהרא"ש להדיא וכן משמע בש"ס ושאר פוסקי' וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק א' וס"ק ה' והטור ס"ל לקמן סי' ס"ו (עמ"ש שם בסעיף ל"ב ס"ק ה' ור"ס שפ"ו העליתי דכל דיני דגרמי קנס הוא) דכל היכא דחייב משום דינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא (וכן נראה דעת הרא"ש פרק הגוזל קמא ופרק לא יחפור ע"ש) ונ"מ שאם מת שגם בנו אחריו חייב ואפשר לומר דנהי דמדינא חייב היינו היכא דהוא גורם היזק משא"כ הכא שרוצה לחזור ולא לגרום היזק וקנסוהו חכמים שיתקיים הדין ובתר דקנסוהו שיתקיים הדין חייב לשלם מדינא ולא משום קנס ואם כן דוקא כתבו הט"ו דקנס הוא שקנסו כו' ולפ"ז היכא דמת הדיין לא קנסו בנו אחריו וראשון נראה עיקר דלישנ' דקנס הוא לאו דוקא ואפי' לפי' השני נראה דוקא באינו מומחה וקבלו שהרי לא כתבו הרא"ש והטור דבריהם רק באינו מומחה וקבלו. אבל ביחיד מומחה או ג' הדיוטות ולא קבלו שלא כתבו כן נראה שלא הוצרכו לזה אלא בלאו הכי לא מצי למימר החזר מדינא דכיון דקם דינא מדרבנן א"כ חייב לשלם ודוק היטב:

ב) כתב הטור סעיף ו' וז"ל כ' הרמ"ה דיינא דטעה ולא הספיק תובע לאפוקי מניה דנתבע עד דאתברר דטעה לא שנא הדיוט ולא שנא מומחה ל"ש טעה בדבר משנה ל"ש טעה בשקול הדעת כל כמה דלא זכה תובע בממונו הדר דינא ואפילו זכי בפלגא ופש פלגא גבי אידך לא מפקינן מיניה דחזינן בההוא דהוה קרי לי' עכברא דשכיב אדינרי כי קא שכיב אמר מאן מסיק בי פלניא ופלניא אתא תבעינהו קמיה דר' ישמעאל בר' יוסי אמר כי אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ה"מ בחייו אבל לאחר מותו לא זילו פרעו

אזול פרעו פלגא ובאידך פלגא אתו לקמי' דר' חייא אמר כשם שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כך עשוי שלא להשביע את בניו אמרו לי' ניזול וניהדר מאידך פלגא דפרעינן אמרו להו כבר הורה זקן ע"כ. וא"א כתב בזה ולא הוה ר' ישמעאל טועה בשקול הדעת כיון שלא נחלקו תנאים ואמוראים בזה תחלה ור' ישמעאל לפי סברתו חייב ואין כח לר' חייא להוכיח שטעה אלא בסבר' נחלק עליו וירא' מדבריו שאם הי' הטעות בשקול הדעת מיד כשפסק הדין אע"פ שעדיין לא הוציא מיד המתחייב קם דינא ומה שעשה עשוי וחייב הדיין כל א' לפי מה שהוא על הדרך שפירשתי למעלה והכא היינו טעמא כיון שלא היו חולקין אלא בסברא מה שדן ר' ישמעאל והוצי' מכח סברתו אין להחזיר אבל מה שלא הוציא עדיין אין להוצי' כיון שר' חייא חולק על סברתו עכ"ל. והעתיקו אחרונים את דבריו בסתם גם הסמ"ע ס"ק כ"ב העתיק דבריו והוסיף עוד וז"ל מוכח מדברי הרא"ש דקם דינא וחייב הנתבע לשלם להתובע וחוזר אח"כ על הדיין שגרם לו היזק ובמומחה וקבלוהו או נט"ר מר"ג ס"ל ג"כ דקם דינא ואינו מחזירו אע"פ שאפשר להחזירו אלא דשם פטור הדיין לשלם עכ"ל:

ג) ולפי עניות דעתי דברי הטור תמוהין מאד וקשי' לי בגווייהו טובא דהיאך יעלה על הדעת לומר שהרא"ש או שום פוסק יסבור דמיד כשפסק הדין אע"פ שעדיין לא הוצי' מיד המתחייב קם דינא והלא עינינו רואות שיש כאן טעות ומה שפסק בטעות פסק והיאך נכריח לזה שהוא מוחזק בשלו תחת ידו להוצי' מתחת ידו ולשלם שלא כדין אפי' במומחה וקבלוהו הא פשיטא דמצי למימר כי קבלונך אדעתא לדון דין תורה ומכ"ש שאין להעלות על דעת שהדיין יתחייב לשלם שהרי הדיין אומר שטעה ולא ישלם לו ומה הוא גורם לו אם הוא בעצמו עושה שלא כדבריו ועוד תימה על הטור דהא להרי"ף ורמב"ם וסייעת' בכה"ג פטור הדיין כיון שלא נשא ונתן ביד אלא דהרא"ש חולק עליהם ופסק דחייב מכח דינא דגרמי כר' מאיר ואם עדיין לא הוציא מיד המתחייב מאי דינא דגרמי איכא אדרבה הרי הוא אומר שלא ליתן. ועוד קשה על הטור דזיל בתר טעמא שפי' רש"י והסכים עמו הרא"ש טעמ' דבמומחה או יש גדול הימנו מחזירים ובאין גדול הימנו אין מחזירים ומה שעשה עשוי משום דא"ל אידך דלמא לא טעית ומעיקר' יפה דנת כו' וזה לא שייך כאן ואדרב' איפכ' נלמוד' מהתם ומה התם שזה לא היה מוחזק מעיקר' בממון זה אלא עתה זכה בו מצי למימר דילמ' סבר' קמא דילך אמת כל שכן הכא שזה מוחזק בשלו מעיקרא דמצי למימר דילמ' סבר' בתרא דילך אמת ובפרט שהאמת אתו וכן מבואר ג"כ מדברי הראב"ד והרשב"א שהבי' הר"ן רפ"ק דעכו"ם שכתב שם דבטעה בשקול הדעת באיסור והיתר אין חברו יכול לחזור ולהתיר אפי' בהסכמתו מפני

שנעשית כחתיכה דאיסור' והני מילי מאיסור להיתר אבל בחיוב וזכות חברו המומחה ממנו חוזר ומזכה עכ"ל וגם הר"ן מסכים שם עמהם בזה אלא שחולק עליהם דאף באיסור והיתר נראה לו להלכה ולא למעשה שאלו שמע הראשון טענתו של שני והודה לו שטעה בשקול הדעת אי נמי לא הודה לו אלא שהשני גדול ממנו מחזיר השני הוראתו של ראשון להתיר מה שאסר עכ"ל. ולעיל סקי"ד אות ט"ז כתבתי דהראב"ד ורשב"א כתבו כן לפי מה שהוא עיקר דהלכה כרב ששת ע"ש והכי מוכח נמי מדברי הרא"ש גופיה דפ"ק דע"ז דכ' שם דבשקול הדעת אינו יכול לחזור ולהתיר דשוויי' אנפשיה חתיכ' דאסור' משמע דוק' באיסור והיתר מטעם דשויה אנפשיה חתיכ' דאסור' אבל בממון דלא שייך ה"ט יכול לחזור מהוראתו וכמ"ש הראב"ד והרשב"א והר"ן:

ד) ומה שהוכיח הטור מדברי הרא"ש שכתב ולא הוה רבי ישמעאל טועה בשקול הדעת כו' מותיבניה תיובת' כלפי סנאה דהטור דאדרבה משם מוכח איפכ' מדברי הרא"ש דהא הרא"ש פירש דר' ישמעאל לא הוה טועה בשקול הדעת א"כ אע"ג דלא אפשר לברורי שטעה ר' ישמעאל אפ"ה באידך פלגא שלא הוציא עדיין הדר דינ' דרבי ישמעאל ודיניה לאו דינא ק"ו בן בנו של ק"ו אי הוה ר' חייא מברר שטעה ר' ישמעאל דהוה דיניה לאו דינא (ודוחק גדול לומר דדוק' כיון שלא אפשר לברורי ורבי ישמעאל פטור לכך הדר דינא משום פסיד' דבעל דין ועוד דהא הרא"ש ליתליה כלל האי סבר' שהרי כתב בפ' אד"מ וז"ל ומתוך זה הוצרך רב אלפס לומר דכל היכא דפטור לשלם מחזירין הדין משום פסיד' דבעל דין ואין הדעת סובלת דברים הללו דהא קתני סיפא דמתני' דבכורות ואם הי' מומח' לב"ד פטור מלשלם וארישׁ' קאי דקתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו וקם דינא כו' ועוד האריך ע"ש. ועוד דבמומח' וקבלוהו מאי איכ' למימר ומכ"ש לפי מ"ש הב"י לדעת הרא"ש וטור דרבי ישמעאל בר' יוסי מומח' וקבלוהו הוה (אמת שבחנם דחק הב"י בזה דהא אפילו במומחה ולא קבלוהו ס"ל להרא"ש דקם דינא ע"ש ודוק) . הרי דפטור מלשלם בלאו הכי וא"כ ל"ל לפרושי דר' ישמעאל ברבי יוסי לא הוה טועה בשקול הדעת דהא אפי' הוה טועה בשקול הדעת הי' דינא הכי להטור דהדר דינא כיון שעדיין לא הוצי' והדיין פטור לשלם ועוד דהא הסמ"ע כתב להדי' דבמומח' וקבלוהו נמי קם דינא אע"ג דפטור לשלם אלא ודאי אין לחלק בזה כלל:

ה) ומ"ש הרא"ש ולא הי' רבי ישמעאל טועה בשקול הדעת כו' אין כוונתו כמו שהבין הטור מדבריו דא"כ יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דהיאך יאמר הרא"ש דכשאינו מברר שטעה הדר דינא וכשמברר שטעה קם דינ'. אלא דפשט' דעובד' לא משמע דקבלוהו לר' ישמעאל בר' יוסי שהרי באידך פלגא אתו לקמיה דר' חייא (ודלא כבית

יוסף) א"כ קשה אמאי לא חייב את רבי ישמעאל לשלם (וכ"כ בהגהות מיימוני פ"ה מה' סנהדרין ומרדכי ס"פ אד"מ בשם ר"י מפרי"ש בפשיטות דרבי חייא לא חייב את ר' ישמעאל לשלם וע"ש וכן משמע להדי' ממאי דקאמר כבר הורה זקן) לכך קאמר ולא הוה רבי ישמעאל טועה בשקול הדעת. ועוד נראה והוא העיקר משום דהרא"ש בפ' אד"מ הביא דברי הרי"ף ואע"ג שהו' חולק עליו מ"מ בא כאן לפרש גם אליב' דהרי"ף דלא נאמר דהרי"ף טעה בדבר משנה ועוד דלא תקשי מכאן לרב חסדא ודוק דהא מבואר להדי' בעובד' דר' ישמעאל דבשקול הדעת לא הדר דינ' לכך כתב ולא הוה ר' ישמעאל טועה בשקול הדעת כו'. וכשתעיין בהרי"ף פ' אד"מ תראה להדי' שהרי"ף בעצמו כתב דברים אלו שכתב הרא"ש דלא תוכיח מעובדא דרבי ישמעאל דקם דינ' דשאני התם דלא הוי טעות דלא אפשר לרבי חייא לברר טעותי' שהרי לא נחלקו תנאים ואמוראים תחלה משא"כ כשיש טעות בשקול הדעת ע"ש בהרי"ף שכתב קצת באריכות ונראה שדברי הרא"ש פ' זה בורר הם דברי הרי"ף שבפרק אד"מ בקצרה. אבל פשיט' דלענין דינ' כ"ע מודו דבמה שלא הוציא עדיין הדר דינ' והרא"ש מודה בזה להרמ"ה ודלא כהטור והאחרונים שנמשכו אחריו ותימ' גדולה שלא הרגיש שום אחד מהאחרונים או מפרשי הטור בזה:

ו) ובע"ש העתיק דברי הרמ"ה דלעיל ומסיים ואידך פלגא לא מפקינן מיניה לפי דעת הרי"ף ורמב"ם דקי"ל כוותייהו בדינים הללו כמו שכתבנו עכ"ל ונמשך אחר דברי הטור. ולפי מ"ש אפי' להרא"ש דינא הכי (גם מ"ש דקי"ל כוותייהו בדינים הללו כמו שכתבנו לא ידענא מאי קאמר שהרי לא כתב שם כלל בכל הסי' דק"ל כהרי"ף ורמב"ם ואדרבה הביא בכל המקומות גם דעת הרא"ש ע"ש):

ז) כתב מהרי"ק בשורש י' דמשמע מדברי הטור שכתב ונרא' מדבריו שאם הי' הטעות בשקול הדעת מיד כשפסק הדין כו' שאין חולק הרא"ש אלא בטעה בשקול הדעת אבל בטועה בדבר משנה מודה לדברי הרמ"ה דאין כאן פסק כלל עכ"ל ומביאו ב"י והיינו לפי שטתם אבל כבר הוכחתי דאף בשקול הדעת מודה הרא"ש וגם בטעה בדבר משנה טעו מהרי"ק וב"י בדבר משנה דלא ה"ל להוכיח כן מדברי הטור דהרי ש"ס ערוך בכמה מקומות עצמו מספר טעה בדבר משנה חוזר אפי' כבר הוצי' וכ"כ הרא"ש גופי' בדוכתי טוב' וכ"ש כשלא הוצי' עדיין דטעה בדבר משנה חוזר ולית דין צריך בשש וחשש:

ח) כתב הטור סעיף א' דבג' מומחין אפי' לא קבלוהו עליהם מה שעשה עשוי ופטורים מלשלם. ולא ידעתי מנ"ל הא גם ברמזים פאד"מ כתב כן משמע שהוצי' כן מדברי הרא"ש ונראה שטעמו מדכתב הרא"ש בכל מקום יחיד מומחה וג' הדיוטות ולפע"ד דמשום

אידך גיסא כתב כן דהיכא דקבלוהו אפי' ביחיד מומחה פטור. מיהו בנימוקי יוסף כתב כדברי הטור וז"ל ושלשה מומחים סמוכים פטורים מלשלם אע"פ שדנו בכפייה דהא מדאורייי' אית להו למידן עכ"ל. וגם הטור כתב בשם הרמ"ה דהיינו דוקא בסמוכים בענין שהם ראוים לדון מן התורה אבל אם אינם סמוכים אפי' אי גמירי וסבירי צריכים לשלם עכ"ל. ואם כן פשוט הוא דהא משמע להדי' בנימוקי יוסף ובפוסקים דסמוכים הוי כנטילת רשות מר"ו או מנשיא שבארץ ישראל. ואיפכ' קשה כיון דסמוכים הוי כנט"ר ל"נ ג' אפי' חד מומחה סגי וצ"ל דסמוכי' לא הוי כנט"ר ממש דנט"ר הוא מר"ג או מנשיא שבא"י דוק' וכדמוכח בפ"ק דסנהדרין (דף ה' ע"א) דילפינן התם מלא יסור שבט מיהודה ומחוקק מבין רגליו אבל סמוכים הוא שסמוך מב"ד. ומ"ש הנ"י ומחייבינן כדכתבינן לעיל ר"ל שכתב שם וז"ל וכל שחייב מן התורה להורות פטור מלשלם כדאמרינן בפ"ק גבי הדיוטות שיכולים לדון מתקנת' דרבנן אלא מעתה טעו לא ישלמו כלומר כדין ג' סמוכים דפטורים מפני שהם יכולים לדון מן התורה והטעם מפני שטעותם של אלו אונס הוא עכ"ל. מיהו נראה דהיינו כפירש"י שם. אבל לפי מ"ש התוספות שם דהאי אלא מעתה אין פי' כפי' הקונטרס דפירש דהוי שאינו מומחה כמומח' אלא ה"פ כיון דחיישינן לנעילת דלת הל"ל טעו לא ישלמו דאי מחייבת להו לשלם לא ירצו להתמצע בדין עכ"ל לא מוכח מהתם מידי ואדרבה י"ל דבג' סמוכים פשיט' דחייבים דהא לא שייך לומר דלא ירצו להתמצע בדין דהא חייבים לדון מן התורה. גם הטעם שכתב הנ"י דטעותם של אלו אונס הוא אינו מוכרח דהא ג' הדיוטות נמי חייבים לדון מדרבנן היכ' דליכ' מומחים וכן האידנ' דליכ' מומחין פשיטי דחייבים לדון מדרבנן ואפ"ה משלמין אם טעו אלא ודאי נהי דחייבים לדון מ"מ לא ה"ל למטעי וא"כ ה"ה בג' מומחים דלא ה"ל לדון בכפייה ולטעות ודוחק לחלק בין חייבים דאוריית' לחייבים דרבנן דסוף סוף הם אנוסים לדון ומה לי שהם אנוסים מדאוריית' או שהם אנוסי' מדרבנן:

ט) אכן נ"ל להבי' ראיה אחרת לדין זה דהא יחיד מומח' שנטל רשות מר"ג יכול לדון לכתחלה ואי טעה פטור לשלם אלמא דנט"ר מר"ג פוטרו לשלם וכ"ש כשהם ג' סמוכים דיש להם רשות מדאוריית' וכי לא עדיף רשות' דרחמנ' מרשות' דר"ג ולפיכך ג' הדיוטות או יחיד מומחה אע"פ שיש לו רשות מדרבנן לדון מ"מ כיון דמדאוריית' פסולי אלא שחכמי' ז"ל תקנו שיכולי' לדון הם אמרו והם אמרו שחייבים אם טעו דלמטעי לית להו רשות' אבל בג' סמוכים דאית להו רשות' מדאוריית' לגמרי אית להו רשות' ורחמנ' לא פלוג בהכי וגם כיון דהם חיבים לדון מדאוריית' אף בכפי' ואם הם לא יכופו לדון מי ידון א"כ הם אנוסים אף על הכפיה ועל הטעות דמומחים הם וכמ"ש לעיל ס"ק ט"ו אות

ג' ואפשר שזה בכלל מ"ש הנ"י שטעותם של אלו אונס הוא הילכך אפי' טעו פטורים וכן עיקר: מיהו דוק' סמוכים וכמו שנתבאר אבל שאינן סמוכי' אפי' הם מומחי' דגמירי וסבירי והם ג' חייבי' לשלם כשדנו בכפיה וכמ"ש הרמ"ה וכדמשמע נמי מדברי הנ"י דלעיל ופשוט הוא לפי הטעם שכתבתי ודלא כדברי בעל המאור בבבא תניינ' שהבאתי לעיל ס"ב ס"ק י"ד אות י"א וע"ש:

י) לעיל סעיף א' ס"ק ד' אות א' כתבתי בשם הנ"י דבנשא ונתן ביד אפי' בג' סמוכים אפילו בטעה בדבר משנה חייב ואין דבריו נראין לפי הטעם שכתבתי דג' מומחי' עדיפי דנקיטי רשות' מר"ג דפשיט' דרשות' דרחמנ' עדיף מרשות' דר"ג א"כ ק"ו הוא כיון דביחיד מומחה מהני רשותא דר"ג לפטרו מתשלומי אפי' נשא ונתן ביד וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם והמחבר בסעיף ג' וכ"כ הרא"ש וטור להדיא וכ"פ הבעל המאור להדיא אע"ג דהתם אינו יכול לדון מן התורה אלא מתקנת חכמי' וגם אי בעי לא הוה נקיט רשותא כלל ואפ"ה מהני רשותא דר"ג לפטרו מתשלומי' ק"ו בן בנו של ק"ו בג' סמוכים דאית להו רשות למידן מדאורייתא וגם רחמנא היא דרמי חיובא עלייהו למידן וכדילפינן משופטים ושוטרים תתן לך ואפי' אי לא בעי למידן בעל כרחייהו מחייבי למידן מדאוריית' אינו דין שיהיו פטורי' לשלם וכן משמע להדי' מדברי הטור שכתב ויחיד מומחה או ג' הדיוטות וקבלום פטורי' מלשלם אפי' נשאו ונתנו ביד אפי' יש גדול מהם אין מחזירין וכן הדין בג' מומחי' אפי' לא קבלום עליהם עכ"ל ומשמע דהאי וכן קאי נמי אדסמיך ליה אפילו נשאו ונתנו ביד אפי' טעו בשקול הדעת פטורי' וכל שכן בדבר משנה ודלא כהנמוקי יוסף וכן עיקר:

סעיף ל

אבל אם קבלום עליהם בין לדין בין לטעות כו' א כתב הנ"י רפ"ק דסנהדרין שיש אומרי' שאם קבלו עליהם יושבי קרנות שדינם דין ואפילו טעו אין חייבים לשלם דהא לא מצי למימר אדעתיה דלדון דין תורה קבלום דהא מידע ידעי שאינם יודעי' דין תורה ע"כ וע"ש ומביאו ב"י וד"מ ועמ"ש לעיל סי' ג' ס"ג: ב גרסינן בפ"ק דסנהדרין (ריש דף ה') ואם היה מומחה לרבי' דן אפילו יחידי אמר רב נחמן כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי וכן אמר רב חייא. אבעי' להו כגון אנא דגמירנ' וסבירנא ונקיטנא רשותא מר"ג או דילמ' אע"ג דלא נקיט רשות' מר"ג ת"ש דמר זוטרא בריה דרב נחמן דן דינ' וטעה אתא לקמיה דרב יוסף א"ל אי קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים ש"מ כי לא נקיט רשות' דיניה דינא ש"מ ופרש"י אי קבלוך עלייהו לגמרי לילך אחריך אם לדין אם לטעות ולא יתבעוך לא תשלם ואי לא קבלו טעותיך עליהם דאמרי לך דיינית לנו דין תורה זיל שלים

ומיהו מהדר דינא לא אלמ' גמיר וסביר כי לא נקיט רשות' דיניה דינא ולא הדר ע"כ וכתבו התוס' ואי לא זיל שלים פי' בקונטרס כגון דאמרי לך דיינת לן דין תורה וקשה דא"כ מה דייק מהכא דהא אפי' לא גמיר וסביר נמי מה שעשה עשוי כדמוכח לקמן דפריך לרבי אבהו מדן את הדין ומוקי לה בדקבלוהו וכשאינו מומחה איירי דהא קתני סיפ' ואם היה מומחה לרבים פטור לכך נראה ואי לא דלא קבלוך עלייהו כלל עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם:

ג) ולפענ"ד דברי רש"י נכונים וברורים ולא קשיא עליה קושית התו' והרא"ש כלל משום דנדקדק עוד למה פרש"י כך ולמה לא פי' כפשוטו אלא ודאי קשה ליה לרש"י דילמא דוקא דיעבד דיניה דינא ומנ"ל דיחיד מומחה דן לכתחלה דהא מלישנ' דרב נחמן ורבי חייא משמע אפילו לכתחלה אלא ודאי היינו משום דסתם קבלה לפני מומחה הוי כאלו פירש שמקבלו בין לדין ובין לטעות ובהדיוט סתם קבלה דידיה הוי דוקא אדעת' דלידון דין תורה וכמ"ש הרא"ש גופיה להדי' בפ"ק דסנהדרין והכי מוכח נמי להדי' לקמן דפריך ארבי אבהו מדן את הדין ומשני דקבליה עלויה ופריך אה אמאי משלם מביתו דאמרו ליה דיינת לן דין תורה וס"ל לרש"י דהא התם ע"כ בשעת קבלה מתחלה לא אמרו ליה בפירוש אנו מקבלים אותך אדעת' דתידון לן דין תורה דא"כ ודאי כשלא דן דין תורה הדר דינא דהא על תנאי זה קבלוהו וכיון שלא נתקיים התנאי ה"ל הקבלה כמאן דלית'. (ולא כמ"ש הנ"י רפ"ט דסנהדרין בשם אחרונים ע"ש) . וא"כ הדר דינא לר' אבהו אלא ודאי התם ה"פ דלהכי משלם מביתו דיכלי למימר ליה כי קבלנו אותך מתחלה בסתם היתה כוונתינו ואדעת' דהכי קבילנא לך עלן דדיינת לן דין תורה וכיון דטעה לאו דין תורה דן וכן פירש מהרש"ל התם בספר חכמת שלמה ומשמע שם להדי' מדבריו דגם רש"י ס"ל הפי' כן ע"ש וכן מוכח להדי' בהרא"ש דמפרש הכי ע"ש. (וכן משמע להדיא בהרי"ף פאד"מ וז"ל אי הכי אמאי ישלם מביתו דאמרי' לי' כי קבלינ' לך עילוון אדעתא דדיינת לן דין תורה) וא"כ הכא ה"פ אם קבלוך בסתם דהוי קבלה לגמרי בין לדין בין לטעות לא תשלם ואי לא כגון דאמרו לך דיינת לן דין תורה בשעה שקבלוך זיל שלים א"כ שפיר מוכיח מכאן דיחיד מומחה דן אפילו לכתחלה בע"כ דאל"כ אפילו לא אמרו ליה בפי' בשעת קבלה דיינת לן דין תורה אלא קבלוהו בסתם ה"ל לשלם דהא י"ל דלהכי קבלוהו אדעת' דלידון דין תורה כמו גבי הדיוט אלא ודאי מומחה לעולם דיניה דינ' אפילו בע"כ והלכך אפילו אמרו ליה בפירוש בשעת קבלה דיינת לן דין תורה וטעה קם דינא דליכ' למימר אתנאי זה קבלוהו וכיון שלא נתקיים התנאי ה"ל הקבלה כמאן דלית' דהא אפילו לא קבלוהו דינו דין. כנ"ל ברור כוונת רש"י ולא אוכל לידע מה הקשו התוס'

והרא"ש עליו ואולי ס"ל להתו' דלקמן נמי מיירי כשאמרו לו מתחלה דיינת לן דין תורה וכמ"ש לקמן בשם הרמב"ס וירושלמי וכן הרא"ש אע"ג דמפרש לקמן בסתם קבלה מ"מ יכול להיות דס"ל דגם כשאמרו לו מתחלה בפירוש דון לנו דין תורה דינא הכי וכמ"ש לקמן בשם הרמב"ם וירושלמי ומ"מ לא היה להם להקשות כל כך בפשיטות אפרש"י ולדחות פירושו מהא דלקמן דפריך אר' אבהו דהא פשטא דמילתא משמע התם כפרש"י וכמו שכתבתי גם ראב"ן רפ"ק דסנהדרין דף קי"א ע"ג כתב כדברי רש"י דאי אמרי ליה למומחה דיינת לן דון תורה וטעה משלם ע"ש ודו"ק:

ד) והג"י כתב בשם אחרונים רפ"ק דסנהדרין (אמומחה קאי ע"ש) דאפי' קבלוהו אם אמרו לו בפירוש שידון להם דין תורה והוא טעה אינו משלם דהא אין דינו דין כלל ואין דעת רש"י ז"ל אלא היכא דאמרו דיינת לן דין תורה וטעה דינו דין ומשלם. ובעל העיטור הביא הירושלמי גבי דן את הדין שנ"ל שמסייע קצת לפרש"י כשא"ל הרי את מקובל עלינו כג' ע"מ שתדיננו דין תורה וטעה ודנן בש"ה מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן בש"ה וישלם מביתו מפני שהגיס דעתו לדון יחידי דתנן אל תהי דן יחידי כו' עכ"ל נ"י וכ"כ עוד הנ"י לקמן בפ' אד"מ וז"ל ירושלמי תמן תנינן דן את הדין זיכה את החייב וכו'. רבי אבא בשם רבי אבהו כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כג' ע"מ שתדינינו דין תורה וטעה ודנן בשקול הדעת מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן בשקול הדעת וישלם מביתו מפני שהגיס לדון יחידי דתנן אל תהי דן יחידי שאינו דן יחידי אלא אחד כו' נראה מהירושלמי דהא דתנן אם היה מומחה לרבים פטור מן התשלומין אם אמרו לו בפי' ע"מ שתדון דין תורה וטעה חייב עכ"ל נ"י מבואר מדבריו שהבין דהירוש' קאמר דין בפני עצמו וקאי אמומחה ומה אעשה ששגג שגגה גדולה דפשיטא דהירושלמי קאי אירישא דמתני' דדן את הדין זיכה את החייב כו' וא"כ מוכח דבסיפא במומחה אע"פ שא"ל ע"מ שתדיננו דין תורה פטור וטעמא שהגיס לבו לדון דין תורה לא שייך אלא באינו מומחה אבל במומחה שרגיל בכך ומומחה הוא אין זה גסות הרוח (וכה"ג מחלק הרא"ש דאינו מומחה חייב דלא ה"ל לדון יחידי כיון שאינו מומחה אף דקבלוהו ע"ש גם התו' רפ"ק דסנהדרין דף ה' ע"א כתבו כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי והא דתנן אל תהי דן יחידי כו' מומחה ורגיל היה בדינין ואין לחוש שמא יטע' ע"כ) וא"כ הירושלמי חולק גם אפרש"י ודלא כהנ"י וכן מוכח בירושלמי גופיה דהכי איתא בירושלמי ר"פ קמא דסנהד' שמואל אמר שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו ב"ד חצוף ר' יוחנן וריש לקיש תרוויהו אמרין אפילו שנים שדנו אין דיניה' דין תמן תנינן דן את הדין זיכה את החייב חייב הזכאי טימא הטהור טיהר הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו רבי בא

בשם ד' אבהו כשאמרו הרי את מקובל עלינו כשנים (נ"ל טעות וצ"ל כשלש) מה אנן קיימין אם כשטעה ודנן משיקול הדעת בדא מה שעשה עשוי אם כשטעה ודנין דין תורה בדא ישלם מביתו רבי בא בשם ר' אבהו כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה על מנת שתדינינו דין תורה ועשה ודנן בשיקול הדעת מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן בשקול הדעת ישלם מביתו שהגיס דעתו לדון יחידי דתנן אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד ע"כ הרי להדיא דהירושלמי קאי אירישא דמתני' ומפ' דמיירי כשאמרו לו ע"מ שתדינינו דין תורה וא"כ מוכח דבסיפא במומחה אפי' אמרו לו כן פטור):

ה) ולענין הלכה אין בידי להכריע נגד הירושלמי דהא אפשר לפרש גם ש"ס דילן הכי דה"פ דאמרו ליה מתחלה דיינת לן דין תורה לכך ישלם מביתו שהגיס לבו לדון דין תורה דהא בש"ס דילן נמי רבי אבא הוא דקפריך הכי לרבי אבהו ורבי אבהו משני ליה הכי א"כ מסתמ' היינו הך דירושלמי. וגם הרמב"ם בפי' המשנה בבכורות פרק עד כמה משמע דמפרש כן דהא מוקמינן בש"ס דאמרו ליה דיינת לן דין תורה היינו שאמרו לו כן מתחלה שכתב שם וזה לשונו ואם היה מומחה ולא נתרצו בו בעלי הדין או אינו מומחה אבל נתרצו בו בעלי הדין כגון שאמרו לו דון לנו דין תורה וטעה במה שאמרנו אלו שני הדיינים הן שנא' עליהם מה שעשה עשוי וישלם מביתו עכ"ל גם מדברי תשובות מהר"מ שהבי' המרדכי ריש פ"ק דסנהדרין שהבאתי לעיל ס"ק ט"ו אות ה' משמע די"ל כן ע"ש ומדברי הרי"ף והרא"ש שהבאתי לעיל דמפרשי הש"ס דמצי אמרו ליה קבלינ' לך עילוון אדעת' דתידון דין תורה אין להוכיח דלא ס"ל הכי די"ל דסביר' להו דבין שקבלוהו בסתם ובין שקבלוהו ואמרו לו מתחל' בפי' ע"מ שתדינינו דין תורה חד דינא איתי להו (ופליגי בהא אהירושלמי דנראה מהירושלמי דבסתמ' לאו. דינא הכי ודוק היטב) ובזה מיושב הא דלא כתב הרמב"ם בחבירו פ"ו מסנהדרין דהיינו דוק' בא"ל מתחל' ע"מ שתדינינו דין תורה אלא ודאי ס"ל להרמב"ם דמתני' מיירי בכל גווני בין שקבלוהו בסתם בין שאמרו לו בתחל' כן הלכך מה דנראה מהירושלמי דהיכא דקבלוהו בסתם לא מיתוקמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו בהא לא קי"ל כותיה דהא נראה להדי' מדברי הרי"ף והרא"ש דמתני' מיירי בקבלוהו בסתם ואפשר דהיו גורסים כן בש"ס כי קבלנו לך עילוון אדעת' דדיינת לן דין תורה וכן משמע ברי"ף והרא"ש דהיו גורסים כן ע"ש וכ"כ הטור דמיירי בקבלוהו בסתם וכן מוכח מדברי רש"י וכמה שכתב לעיל וכן משמע פשטא דש"ס דילן וגם כל הפוסקי' כתבו בסתם דקבלוהו מה שעשה עשוי וישלם מביתו ולא ביארו דהיינו דוק' כשאמרו לו מתחל' דון לנו דין תורה אבל בהא דמוקים הירושלמי למתני' אף בשאמרו לו מתחלה כן בהא לא אשכחן בפוסקי' דפליגי עלי' זולתי רש"י (וראב"ן) דלא ס"ל כן

וכמ"ש לעיל אבל הרמב"ם ס"ל הכי וכמ"ש גם כל שאר הפוסקי' לא מצינו שחולקי' על זה גם אין להכריע מן הסבר' ולומר כיון דקבלוהו מתחלה ע"מ שידון דין תורה ולא עשה כן נמצא נתבטלה הקבלה למפרע דהא על תנאי זה קבלוהו ולא נתקיים התנאי הא לאו מילת' היא דכיון דלא טעה בדבר משנה הרי דן דין תורה שהרי פסק כחד תנא או אמור' ולאותו תנא או אמור' דין תורה הוא תדע דהא אף לרש"י מה שעשה עשוי אלא דאינו משלם אלמא דדין תורה הוא דאל"כ אמאי אין הדין חוזר לגמרי וא"כ ה"ה הכא ובלאו הכי אין לנו כח מן הסבר' להכריע דלא הירושלמי ואדרב' קשהעל רש"י שהו' נגד דעת הירושלמי:

ו) מיהו נראה ליישב דעת רש"י דס"ל דעל כרחך ש"ס דילן פליג על הירושלמי דהירושלמי לא דאין דינ' דגרמי וכמ"ש לעיל סקט"ז והלכך לא מוקים הירושלמי המתני' דבכורות כפשטה דקבלוהו בסתמ' וכדמוקי' לה ש"ס דילן משום דיל' דגרמי והלכך מוקים לה דוק' כשא"ל בפי' שתדין לנו דין תורה וחייב משום קנסא מפני שהגיס דעתו לדון יחידי ומומחה פטור דלא קנסינן ליה דלא אסיק אדעתיה שיטעה כיון דמומחה הוא ולא הגיס דעתו ובאמת גם הירושלמי ס"ל דכיון דאמרו לו בפירוש שידון דין תורה ולא עשה כן נתבטלה הקבלה וה"ל כאלו דן בלא קבלה אלא דס"ל דמ"מ אינו מומחה חייב משום קנסא שהגיס דעתו ומומחה פטור דלא קנסינן ליה ומשום דינ' דגרמי נמי לא מחייב אבל למאי דמוקים בש"ס דילן בפרק הגוזל ובפרק עד כמה המתניתין דבכורות כר"מ או כרבנן ובנשא ונתן ביד ולא מוקים ליה ככ"ע וחייב משום קנס' שהגיס דעתו לדון יחידי אלמ' דלא קי"ל כהירושלמי בהא ולא קנסינן וכן נמי ממאי דס"ל להירושלמי דמומחה פטור לא קי"ל בהא דאיהו לא דאין דינ' דגרמי ואנן דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי הלכך מומחה חייב דמומחה שדן בכפייה חייב משום דינא דגרמי ומה שעשה עשה וישלם מביתו מדינ' דגרמי וכדמוכח מהך עובד' דמר זוטר' בפ"ק דסנהדרין דא"ל אי לא קבלוך זיל שלים וכמ"ש כל הפוסקי'. כן נראה ליישב דעת רש"י אבל למעשה קשה לחלוק על הירושלמי כיון שגם הרמב"ם בפי' המשנה סובר כן וגם מדברי תשובת הר"מ שבמרדכי רפ"ק דסנהדרין שהבאתי בס"ק ט"ז משמע כן. ובפרט שי"ל דגם הש"ס דילן ס"ל הכי ומה דלא מוקים בש"ס דילן בפרק הגוזל ובפרק עד כמה ככולי עלמא וחייב מפני שהגיס לבו לדון יחידי היינו משום דמשמע לש"ס דילן דמסתמ' מתני' מיירי בכל גווני אף בקבלוהו בסתמא. הלכך אין לחייב את הדיין לפי הירושלמי דס"ל דפטור ודלא כהב"י שכתב דלהירושלמי חייב דכבר כתבתי דשגג בזה אלא אדרבה לפי הירושלמי פטור:

ז) כלל העולה באמרו לו מתחלה הרי אנו מקבלים אותך עלינו ע"מ שתדינינו דין תורה וטעה בשקול הדעת לרש"י נתבטלה הקבלה וה"ל כאלו לא קבלוהו והלכך באינו מומחה אין דינו דין כלל ובמומחה מה שעשה עשוי וישלם מביתו ולהירושלמי הקבלה במקומה עומדת ובאינו מומחה מה שעשה עשה וישלם מביתו ובמומחה מה שעשה עשוי ופטור לשלם:

סעיף לא

או בזמן הזה שמכריחין הקהל כו'. דין שכתב הרב דבזמן הזה פטורי' צל"ע דהוציא כן מן המרדכי והלא גם הרא"ש וטור ושאר כל הפוסקי' ראשוני' ואחרוני' כתבו בסתמא דחייבין והם היו בזמן המרדכי וגם אחר כך ולא אשתמיט שום אחד מהם דכתב דבזמן הזה פטורי' וגם במרדכי אינו מחליט הדבר אדרבה מביא שם תשובת מהר"מ דמחייבין אף בזמן הזה רק דכתב שם הר"מ אפילו אם באנו לחלוק ולומר דהאידנא פטורי' כו' משמע דנראה דגם האידנא חייבי' אלא אפילו אם בא בעל דין לחלוק ולומר דהאידנא פטורי' מ"מ יש להם לחזור כו' אבל קושטא דמילתא לדינא גם האידנא חייבי' גם באגודה כתב בספר חכמה פסק דיכול אדם לערער על הדייני' להזמינם לדין כו' דאם טעו ישלמו כו' ומיהו יש מחלקי' דוקא בימיהם כו' משמע דיש מחלקי' כן אבל לספר חכמה חייבי' גם האידנא ועכ"פ לא ה"ל להרב מהרמ"א לכתוב בפשיטות דין זה אלא ה"ל לכתבו בשם יש מי שאומר או יש אומרי' וצ"ע:

סעיף לב

שמכריחי' הקהל כו' פטורי' כו' משמע דפטורי' מטעם דמוכרחי' הם לדון שעושים אותם דייני' בעל וכרחן הוו כמו אנוסי' וכן משמע מטעמא דכתב דמה להם לעשות ויש לדקדק דתיפוק ליה דהאידנא בלאו הכי פטורי' מלשלם דכיון דקבלינהו הקהל הוי כמו קבלינהו הבע"ד שהרי הקהל בוררים אותם ברצון כל הקהל וג' הדיוטות דקבלו עלייהו פטורי' כמ"ש הרא"ש והטור. ועוד דנ"מ נמי דאילו מטעם קבלינהו אפילו נשאו ונתנו ביד פטורי' וכמ"ש הרא"ש וטור להדיא ואלו מטעם מוכרחי' בנשאו ונתנו ביד חייבי' וכמ"ש בס"ק ל"ד בשלמא אתשו' מהר"מ בהמרדכי ל"ק דכבר כתבתי לעיל ס"ק ט"ו אות ב' דלא ס"ל כהרא"ש וטור אלא ס"ל כדברי בעל המאור דג' הדיוטות וקבלינהו חייבים אבל על הר"ב דכתב לעיל סעיף ב' דג' הדיוטות כיחיד מומחה קשה תיפוק ליה דפטורי' מטעם קבלה והכי משמע נמי לכאורה מדברי ראב"ן שהבאתי בס"ק ל"ג דפטורי' מטעם קבלה. ונראה דס"ל להרב דע"כ לא אמרי' ג' הדיוטות דקבלינהו פטורי' אלא מטעם שכתב הרא"ש דלדון בעל כרחם לא אצטריך קבלתם דבלא"ה ג' הדיוטות יכולים לדון

בכפיה וא"כ אהני קבלתם למפטרינהו אבל האידנא דבוררין הקהל דייני' א"כ אין ג' הדיוטות יכולין לדון בכפיה דהרי אינם דיינים והוי ברירת הקהל כמו גילוי מלתא דג' דייני' אלו אינם יושבי קרנות דפסילי לדון וא"כ אי לאו ברירת הקהל לא היו יכולין לדון בע"כ ומהני ברירת הקהל דיכולי' לדון בע"כ אבל לא למפטרינהו אם טעו ודוק:

סעיף לג

ע"פ החרם כו'. בעיר שושן הוסיף או בקנס ולא נהירא לפע"ד דזיל בתר טעמא דהוי כמו אנוסי' כיון שמוכרחי' לדון ע"פ החרם. ובקנס לא שייך אונס דישלמו קנס ולא ידונו דאונס ממון לא מיקרי אונס כדלקמן סי' שפ"א ע"ש:

סעיף לד

לא ישלמו. אפילו דנו בכפיה דמוכרחי' הם לכוף ולדון דאל"כ בלאו הכי פטורי' כדלעיל סעיף ב' דג' הדיוטות כיחיד מומחה ומומחה וקבלוהו אפילו בסתם פטור כדלעיל סעיף ב' ' אבל אין לפרש דמיירי ביחיד שדן דבכה"ג חייב מדינא כשאינו מומחה וקבלוהו ובזמן הזה פטור דלמה יפטור בזמן דהא פשיטא דמשום חרם הקהלות אין מוכרח לדון ביחידי וגם במרדכי קאי להדיא אג' דייני' ע"ש אלא נראה כדפרישית ודו"ק. מיהו בראב"ן פ"ק דסנהדרין דף קי"א ע"ג ראיתי שכתב וז"ל דאמר רב האי מאן דבעי למידן דינא וליפטר לינקט רשות מר"ג ונ"ל דה"ה אם הקהל בוררין אחד או שנים או ג' מומחים וממנין אותם עליה' לדון דאם דן א' וטעה לא משלם אבל ג' שדנו וטעו אין משלמין ואפילו אין מומחי' דבית דין הן ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות והדין בקבלה בעלמא בלא קנין לא מצי הדר ביה ע"כ ונראה דמ"ש אבל ג' שדנו וטעו אין משלמין כו' קאי נמי דוקא אדסמיך ליה דהיינו כשנתבררו מהקהל דאל"כ ודאי ג' שדנו וטעו משלמין כדאיתא להדיא בש"ס רפ"ק דסנהדרין וס"פ זה בורר וכל הפוסקי'. ומ"מ דבריו צ"ע לדינא דמדברי הטור והר"ב דלעיל ס"ס ג' משמע לכאור' דדוקא כשקבלו הקהל איזה יחיד ע"פ כת' המלך הוא דמהני אבל קבלת הקהל לחוד ביחיד מומחה לא מהני וע"ש. ואפשר דכתב המלך דנקטו שם לרבותא קאמרי דאע"פ שלא קבלוהו מרצונם אלא ע"פ כתב המלך מיקרי קבלה וכן פי' הב"ח שם וצ"ע מיהו הא דכתב ראב"ן אבל ג' שדנו וטעו אין משלמי' כו' אף שלכאורה נראה דטעמיה דכיון שנבררו מהקהל ה"ל כקבלו עלייהו ואף שדנין בכפייה מ"מ ה"ל כקבלו עלייהו שידונו בכפי' ולפ"ז אפי' נשאו ונתנו ביד פטורים לפי מאי דקי"ל ג' הדיוטות וקבלו אותם פטורי' אפילו נשאו ונתנו ביד ולא משמע הכי מדברי המרדכי והרב שכתבו דמה להם לעשות משמע אבל נשאו ונתנו ביד חייבי' וכמ"ש בס"ק ל"ה וגם כי מעיינת שפיר בדברי ראב"ן נראה דה"ק אבל ג' הדיוטות

כו' דב"ד הן ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות כלומר מוכרחי' הן לדון דב"ד הן שנבחרו לכך לדון ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות אבל אם נשאו ונתנו ביד חייבים דלא שייך בזה אין לדיין אלא מה שעיניו רואות דל"ל לישא וליתן ביד ואע"ג דגבי מומחה שנברר מהקהל נראה מדבריו דפטור בכל ענין היינו משום דרשות הקהל הוי כמו רשות דריש גלותא וכמו שנראה להדיא מדבריו ורשותא דר"ג לא מהני רק במומחה וכמ"ש בס"ק כ"ב אבל ג' הדיוטות אינם פטורי' משום רשות הקהל דרשות לא מהני רק במומחה רק דהם פטורים משום שהם מוכרחי' לדון ע"פ הקהל ודו"ק:

סעיף לה

דמה להם לעשות כו'. ונראה דכיון דאין פטורין אלא מהאי טעמא דמה להם לעשות אם נשאו ונתנו ביד חייבי' דלא ה"ל לישא וליתן ביד דדוקא כשלא נשאו ונתנו ביד פטורי' משום דמוכרחי' הם לדון בכפיה ואנוסי' הם ע"פ חרם הקהלות אבל אין חייבין לישא וליתן ביד למאי דאמרינן בפ' הגוזל בתרא גבי אנסוהו להראות ממון חברו דפטור וכשנשא ונתן ביד חייב וכדלקמן סי' שפ"ח סעיף ד' ואפילו להראב"ד שם דחולק היינו משום שאנסו גם על ההבאה מה שא"כ הכא דמי אנסו לישא וליתן ביד הלכך נראה דכאן חייבים לכ"ע ודו"ק. ואפילו לפי מה שפירשתי בס"ק ט"ו דמומחה פטור מטעם דהוי כמו אנוס וא"כ כיון דקי"ל מומחה וקבלוהו פטור אפילו נשא ונתן ביד אלמא דהכא גבי דייני' כל היכא דפטור מטעם דאנוס פטור אפילו נשא ונתן ביד וא"כ הכא נמי כיון דפטורי' מטעם מוכרחי' לעשות כן והוו כמו אנוסי' אפילו נשאו ונתנו ביד פטורי' נראה דלא דמי דהתם כיון שהוא מומחה ושכלו נוטה בבירור שהדין כך ולבו אנסיה אם כן לא מחייב על מה שנשא ונתן ביד שהוא סובר בפשיטות הדין כן ולמה לא ישא ויתן ביד בדבר שהוא פשוט לו שהוא שייך לחבירו אלא שטעה בזה והוא אונס על הטעות אבל הכא דהם הדיוטות ואין הדין ברור להם רק שהם פטוריה מחמת שהם כמו אנוסי' לדון אם כן אינם אנוסי' רק שיפסקו הדין אבל מ"מ לא ה"ל לישא וליתן ביד בדבר שאין ברור להם ועוד דבלאו הכי נמי אין הכל מודים בדין זה דמוכרחי' הם וכמ"ש לעיל הלכך נראה דבנשאו ונתנו ביד חייבים לכ"ע ודו"ק:

סעיף לו

א מ"מ יש להם לחזור כו'. אם טעו משום דאדעת' דהכי מינוהו וקבלוהו עליה' הצבור אבל אם קבלו בהדיא בין לדין בין לטעות וכבר הוציאו מיד הנתבע ונתנו ליד התובע אפשר דלא מצי לחזור כו' עכ"ל סמ"ע וכ"כ הב"ח ואין דבריה' נכוני' דאם כהבנתם דהאי מ"מ יש להם לחזור קאי אהיכא שכבר הוציאו מיד הנתבע כו' א"כ למה כתב. לא

ישלמו אפי' טעו דמה להם לעשות כלו' שהם מוכרחי' לדון ע"פ הקהל ומה להם לעשות תיפוק ליה דבלאו הכי פטורי' דהא הדין חוזר שהרי יכולים לחזור ודוחק לומר דמיירי כשאי אפשר בחזרה כגון שהלך למ"ה וכה"ג דא"כ היאך כ' מ"מ יש להם לחזור והלא לא אפשר בחזרה ודוחק לו' דמעיקר מיירי בשא"א בחזרה והדר קאמר כשאפשר בחזרה יש להם לחזור ותו קשה אמאי יכולי' לחזור ומאי שייכ' הכא מינוי הקהל שהרי הקהל לא מינו אותם רק שיהיו דייני' ולא שיחזרו מפסק שלהם דנהי דפטורי' לשלם היינו משום דאיכא טעמא במילת' דהם לא מחויבי' אלא משום שגרמו היזק בפסק שלהם וכשהם מוכרחי' ע"פ הקהל אנוסי' הם ומה להם לעשות אבל הא דקם דינא אין לו שייכא בזה שהם מוכרחי' לדון על פי הקהל אם לא לשיטת הרי"ף והרמב"ם אפשר לו' דכיון דהם פטורי' הדר דינא משום פסיד' דבעל דין אבל לשטת הרא"ש וסייעתו דקיימינן ביה השתא דלא תליא מידי בפסיד' דבעל דין אין סברא וטעם לומר שיכולי' לחזור ותו קשה דאם איתי' דיכולי' לחזור והדין חוזר מה בכך שהדייני' חוזרי' או לא נפסוק אנן שהדין חוזר ויהיו הם פטורי' לשלם ועוד קשה דבמרדכי שממנו מקור דין זה כתב שם תשו' מהר"ם דהדייני' חייבי' לשלם וכתב וז"ל ואפילו אם באנו לחלוק ולומר דן את הדין מה שעשה עשוי וישלם מביתו זהו דוקא בימיה' שהם היו דנין ומכריחין את העולם לדון בפניה' (וה"ה בקבלו עלייהו כדמוקמינן לה בש"ס לאפוקי כשהקהל מכריחי' הדייני') אבל בזמן הזה שמכריחין את הדייני' לישב בדין על פי חרם הקהלות אם טעו לא ישלמו דמה יש להם לעשות מ"מ יש להם לחזור כשדנו שלא כדין ואם אינם רוצי' דין הוא שישלמו עכ"ל ואם איתא מנ"ל לסתור דברי מי שבא לחלוק ולומר דבזמן הזה פטורי' מכח דמ"מ יש להם לחזור דילמא לא היא אלא אין יכולי' לחזור ומנ"ל דאדעת' דהכי מינוהו הקהל שיכולי' לחזור ועוד מדקאמר בפשיטות מ"מ יש להם לחזור כו' משמע דדינא הכי ולא דתקנת הקהל הא לכך נראה פשוט וברור דהאי מ"מ יש להם לחזור קאי אהיכא שלא הוציאו עדיין מיד הנתבע ועל זה השיב מהר"ם שם דיכולי' לערער על הדייני' ולהזמינם במה שרוצים לכופו ולשלם דהא הדיינים חייבים לשלם היכא שדנו שלא כדין וכדתנן מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואפי' תאמר דבזמן הזה פטורי' משום דמוכרחי' הם לדון ומה להם לעשות מ"מ עתה שעדיין לא הוציאו מיד הנתבע יש להם לחזור דודאי שוב אין חייבים לדון כדבריהם ע"פ חרם הקהל כיון שטעו בשקול הדעת ובזה אין שייך לומר דמה להם לעשות ואם אינם רוצי' לחזור וכופין אותו לשלם דין הוא שישלמו שה"ז הם עושים מעצמן בלי הכרח מהקהל ועל כן ישלמו (ובאגודה כתב והני מילי כשהדייני' רוצים לחזור כו' והל' מגומגם קצת לפי פירושו וצ"ל דה"ק והני

מילי כשאין הדייני' כופין אותו ואלו היו יודעי' שטעו היו חוזרים אבל אם אין רוצי' לחזור כשטעו ואעפ"כ כופין אותו לשלם ישלמו ודו"ק) ובהכי מיירי גם כן הרב מהרמ"א דמ"ש מ"מ יש להם לחזור היינו קודם שנתקיי' פסק שלהם דבזה לא שייך לומר מה יש להם לעשות ועיקר מילתא אתא לאשמעינן דאם אינם רוצים לחזור ישלמו אף בזמן הזה אבל אם כבר הוציאו מיד הנתבע ליד התובע פשיטא דאין יכולי' לחזור דהא טעמא דשקול הדעת הוא מה שעשה עשוי משום דהמוחזק יכול לומר מאן לימא שטעית דילמא טעמא קמא דילך אמת א"כ האי טעמא שייך נמי אף האידנא שהם דיינים ע"פ הקהל וז"ב. ולפ"ז גם מה שנסתפק בסמ"ע גבי אם קבלוהו בין לדין בין לטעות וכתב דאפשר דאין יכולים לחזור כשהוציא מיד הנתבע ולכך כתב הטור בסתם פטורי' כו' וגם בב"ח כ' דאין חייבי' לחזור ולהוציא מה שקיבל בע"ד שכנגדו דהוי זילותא דדינא כו'. וכל זה בחנם דחקו דפשיטא דאין יכולים לחזור כלל מטעמא דמצי בע"ד שכנגדו המוחזק לומר דילמא לא טעית ועוד אפי' טעית הלא קבלנו אותך בין לדין בין לטעות מיהו קודם שהוציא ונתן לשכנגדו נראה דיוכל לחזור אף לאחר גמר דין שאמר פלוני זכאי ופלוני חייב אע"פ שקיבלוהו בין לדין בין לטעות היינו כשהדיין לא ידע שטעה ויחשוב שדן יפה אלא שאח"כ נתברר שטעה שוב אין הדין חוזר כיון שכבר נעשה כפי מה שפסק אבל פשיטא דקוד' שנעש' כדבריו אם נודע לו לדיין שטעה והוא חוזר יכול לחזור ועוד דהא אפשר לומר דמה שהתנו בין לדין בין לטעות היינו לענין שיהא פטור מתשלומין ואף במומחה וקבלו עלייהו דבלא"ה פטור מתשלומין ולא שייך לומר דהתנה בין לדין בין לטעות משום האי טעמא מ"מ י"ל דלאו כ"ע דיני גמירי אפשר שהבעלי דינים היו חושבים שחייב וגם לטעמא קמא שכתבתי דהתנאי לא היה אלא כשהדיין יחשוב שדן יפה א"כ ה"ט שייך נמי במומחה וקיבלוהו ובכל ענין יכול לחזור בו קודם שנתקיים פסק דין שלו אע"פ שקבלוהו בין לדין בין לטעות אם לא שהתנו בפירוש וקיבלו לקיים כל מה שיפסוק בין שידון יפה בין שידון שלא כדין דכל תנאי שבממון קיים וע' לעיל סי' כ"ב ומ"ש שם:

סעיף לז

יש להם לחזור כו'. בסמ"ע דחק לומר דלא קאי רק אמ"ש או בזמן הזה כו' ולפמ"ש דמיירי דוק' קודם שהוציא וזכה שכנגדו א"צ לדחוק בזה אלא קאי אכולא מילת' דבין בזמן הזה ובין שקיבלו עליהם בין לדין בין לטעות יכולים הדייני' לחזור כל זמן שלא נתקיים פסק שלהם כשטעו בשקול הדעת:

סעיף לח

והלכו אחר שנים. באשר"י וטור (ור' ירוחם) מחלקי' דהיינו דוק' אם אין מומחה באותן השנים אבל אם יש בהן מומחה צריכין לשלם הכל ביחד דמומחה יכול לדון ביחידי והרב שהשמיטו אפשר משום שכתב לעיל סי' ג' דאין מומחה בזמן הזה לדון ביחידי כ"כ הסמ"ע והעיר שושן כתב ונראה דס"ל דאע"ג דאין מומחה בזמן הזה היינו לענין שידון לכתחלה בע"כ אבל אם דן בדיעבד דינו דין וכמ"ש לעיל סקי"ג א"כ הכא כיון דדיעבד הוא ודינו דין חייבים וכן עיקר ואפשר דגם הרב ס"ל הכי וקצר בדבר:

סעיף לט

והחלק השלישי מפסיד. כ"כ הרא"ש וטור ונראה דהיינו דוק' לשיטתייהו והיינו דכ' הרא"ש כדפרישית לעיל ר"ל דלעיל השיג על הרי"ף ועסק דבע"ד מפסיד ולא אמרינן דהדר דינא משום פסיד' דבע"ד אבל להרי"ף והרמב"ם והמחבר דס"ל דכל היכא דאיכא פסיד' לבעל דין הדר דינא א"כ ה"ה הכא הדר דינ' בחלק הג' וכ"כ בספר בדק הבית להדי' לדעת הרי"ף דגבי חלק השלישי אמרינן דהדר דינ' דכל היכא דאית ליה לבע"ד פסיד' לא אמרינן מה שעש' עשוי ומחזיר הדין עכ"ל. וא"כ ק"ק על הר"ב מאחר שלא הכריע בין הרי"ף והרא"ש היאך כתב כאן בסתם דחלק השלישי מפסיד ועל העיר שושן קשה יותר דאיהו מסיק בסוף סי' זה דקי"ל כרי"ף ורמב"ם בדינין אלו וכאן כ' בסתם דחלק השלישי מפסיד ולענין הלכה כבר העליתי דהעיקר כהרא"ש וסייעתו:

סעיף מ

אבל מי שאינו מומחה כו'. כלומר שאינו מומחה ממש אע"פ דגמיר לא מהני רשות מר"ג והסמ"ע כאן הלך לשטתו דלעיל וכבר השגתי עליו לעיל סעיף ג' ס"ק כ"ב גם מהסמ"ע כאן שכ"כ הכ"מ לפענ"ד דלא דק בכסף משנה דז"ל הרמב"ם פ"ב מה"ס א' שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מב"ד ה"ז מותר לדון יחידי כו' וכתב הכ"מ שם וז"ל מ"ש רבינו או שנטל רשות מב"ד פי' אע"פ שאינו מומחה לרבים דגמיר וסביר אבל מומחה הוא דאי באינו מומחה הרי כ' רבינו ספ"ד שאין רשותו מועלת כלום עכ"ל והבין הסמ"ע דר"ל אף ע"פ שאינו מומחה דגמיר וסביר אבל מומחה הוא דגמיר לחוד ולפע"ד ז"א אלא ה"ק אע"פ שאינו מומחה לרבים דגמיר וסביר כלומר שאינו מפורסים לרבים בכך אבל מומחה הוא דגמיר וסביר וכן פירש הב"ח לעיל סי' ג' דברי הרמב"ם אלו וכן עיקר בכוונת הרמב"ם דר"ל א' שהיה מומחה לרבים דהיינו שהוא מפורסם לרבים שהוא מומחה או שנטל רשות מב"ד דמסתמ' אין נותנים רשות רק למומחה ה"ז מותר לדון יחידי וכ"כ הרמב"ם ספ"ד מה"ס כל דיין הראוי לדון שנתן לו ר"ג רשות לדון יש לו רשות

לדון בכל העולם כו' משמע דוקא דיין הראוי לדון (ומ"ש בספר לח"מ דמ"ש הרמב"ם או שנטל רשות מיירי בדקבלוהו עלייהו לא נהירא אלא העיקר כדפי'):

סעיף מא

מי שאינו מומחה כו'. ז"ל הכ"מ וממ"ש רבינו ה"ז בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינים יתברר לך שמי שאינו מומחה ולא קבלוהו עליהם בין טעה בדבר משנה בין טעה בשקול הדעת כלהו חד דינא אית להו ואינו בכלל מ"ש רבינו בראש הפרק כל דיין שטעה כו' שזה אינו בכלל הדיינים עכ"ל וכבר כתבתי לעיל סעיף א' סק"א כל הצורך בזה:

סעיף מב

שאינו מומחה כו'. וה"ה שנים שאינם מומחים:

סעיף מג

בין טעה בין לא טעה כו'. כתב בתשובת מהר"י ן' לב ס' ג' סימן ל"ב וז"ל ואתמה כיון דלא טעה הדיין מה תועלת יש לו כשיש לו לדון לפני דיין מומחה ואפשר לומר דה"פ בין דידעינן בודאי דטעה בין דלא ידעינן בודאי דטעה אלא דמספק' לן ואי הכי הוא מילתא דפשיטא היא עכ"ל ול"נ דנ"מ לזמן ב"ד ל' יום וכמו שתירץ המרדכי בשם מהר"מ ומביאו הבן לב גופיה שם וכ"כ התו' י"ט ר"פ ז"ב ועוד יש לתרץ דנ"מ לענין פירות שבינתים שלא זכה בהן אלא משעת פסק השני שנתברר שדן אמת והפירות שמפסק הראשון עד עתה צריך להחזיר לו דאלו הוי דיניה דינא הוה זכה בכל ועוד יש לתרץ בכמה גווני:

סעיף מד

ואם אין לו להחזיר כו'. הכ"מ הוכיח דחסר כאן בבא א' וכך צ"ל ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם אין לו להחזיר כו'. ואם לא ימצא בשום ספר כן צריכים אנו לפרש דהאי ואם אין לו להחזיר קאי אלא נשא ונתן ביד כו'. וה"פ דאם נשא ונתן ביד אפולו יש לו לבע"ד חוזר הבע"ד חברו מיד על הדיין אבל בלא נשא ונתן ביד חוזר מתחלה על חברו וכשאין לו אז חוזר על הדיין עכ"ד ויפה כוון ומ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ז בזה אינו נכון כלל ואין להאריך והב"ח כתב ז"ל הרב בס' כ"מ האריך בזה ודעתו להגיה ולפעד"נ דה"ק ואם אין לו להחזיר או כו' השתא אפילו לא נשא ונתן ביד ישלם כו' ואין צורך להגיה עכ"ד ולא ידענא מאי בעי שהרי גם הכסף משנה כתב דאם לא נגיה צריך לפרש כן ונראה דמה"ט העתיק המחבר דברי הרמב"ם כאן בלא הג"ה דלא כהסמ"ע סוף ס"ק כ"ז שכ' שהמחבר ס"ל דאפשר דאין חילוק להרמב"ם בין נו"נ ביד או לא ולכך לא כתב בש"ע כהגהתו בכסף משנה אלא כדפי' דס"ל להמחבר דאף בלא הג"ה הפירוש כן וכמ"ש בכ"מ. גם מ"ש הב"ח וז"ל ופשוט הוא שכך היא דעת הרמב"ם שהרי קודם זה (לעיל ס"ג)

פסק דבאינו מומחה אפילו קבלו אם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם א"א לחזור ישלם מביתו אם כן כל שכן באינו מומחה ולא קבלוהו שהדין חוזר ואם א"א לחזור ישלם מביתו עכ"ל לפע"ד האי ק"ו פריכ' הוא לפמ"ש לעיל סעיף ג' סקכ"ו דהתם כיון דאין הדין חוזר מעצמו לכך ישלם מביתו א"כ י"ל דהכא כיון דהדר דינא מעצמו דהא דיניה לאו דינא כלל א"כ לאו כלום עביד ופטור וכמו שהכרעתי באמת לקמן בסמוך כבעל המאור בזה מטעם זה מיהו ניכרים הדברי' שיש חסרון בדברי הרמב"ם כאן וכן בהרי"ף איתא להדיא כמו שהגיה הכסף משנה וכפירושו ע"ש בהרי"ף והבאתי לשונו בקצרה לקמן בסמוך וכן המעיין בברטנורה ריש פרק זה בורר יראה שדבריו שם מועתקי' מדברי הרמב"ם וכתב שם כפי מה שהגיה הכסף משנה וכן הוא בעיר שושן ועיקר:

סעיף מה

ישלם כדין כל גורם כו'. **א** ולפי מה שהכרעתי לעיל סעיף א' סק"א אות ב' דבטעה בדבר משנה בכל ענין פטור כשלא נשא ונתן ביד מטעם דלאו כלום עביד כיון דדיניה לאו דינא א"כ ה"ה הכא דפטור דכיון דדיניה לאו דינא אפילו לא טעה לאו כלום עביד והרי"ף ורמב"ם ומחבר לטעמייהו אזלי דמחייבי התם אבל לפי מ"ש דהעיקר דהתם פטיר א"כ ה"ה הכא וכ"כ בעל המאור להדיא וז"ל בבא רביעאה דלית' דיינא ואצ"ל שאינו מומחה כגון דלא גמיר אע"ג דקבלוהו בע"ד לאו כלום הוא משום דאשרה מקרי ולא דיין א"נ גמיר ולא סביר ולא קבלוהו שניה' שוים הא ודאי דיניה לאו דינא בין טעה בין לא טעה בין נשא ונתן ביד או לא ונמצא חומרו קולו שפטור מלשלם מפני שהבע"ד פשע בעצמו שסמך עליו ועשה על פיו או שהניחו לשאת וליתן בשלו לפי שאין עליו שם דיין כלל ואם כפאו לבעל דין ובעל כרחו נשא ונתן בשלו אם אפשר להחזיר את הדין מחזירי' אותו ואם א"א דנין אותו כדין גזלן ולא מיקרי עליה שם דיין כלל עכ"ל ואע"ג דבמ"ש דהיכא דלא גמיר אע"ג דקבלוהו דיניה לאו דינא אין דבריו נראי' דאין לאחר קבלה כלום וכבר השגתי עליו בזה לעיל סעיף ג' ס"ק כ"ד:

ב) גם במ"ש הבעל המאור דאפילו נשא ונתן ביד פטור אין דבריו נראין בזה וכמו שהוכחתי לעיל סעיף א' סק"א אות ג' דהעיקר כרוב הפוסקי' דמחייבי בנשא ונתן ביד אפילו טעה בדבר משנה משום דכיון דנשא ונתן ביד טובא עביד ואם כן ה"ה הכא מ"מ במה דפוטר הבעל המאור כשלא נשא ונתן ביד נראין דבריו מטעם שכתבתי דכיון דדיניה לאו דינא לאו כלום עביד דדוקא במומחה ולא קבלו וכן בהדיוט וקבלו כיון דדיניה דינא וקם דינא והוכרח לעשות כן ויודע הדיין שיהיו הבע"ד מוכרחי' לעשות כן כיון דקם דינא א"כ טובא עבד וחייב משא"כ הכא מיהו היינו דוקא שהכריחו רק

על הדין ודנו בכפיה ולא כפוהו על התשלומין דאל"כ טובא עביד והוה כנשא ונתן ביד וגרע מיניה וחייב. ואפשר דהרי"ף והרמב"ם והמחבר דמחייבי מירי בכה"ג דכפוהו גם על התשלומין לקיים הפסק שלו (ובקבלו עלייהו (או) מומחה פטרי אף בכה"ג ודוק) דהא בלאו הכי יש חסרון בדברי הרמב"ם והמחבר וא"כ י"ל שצ"ל ואם לא נשא ונתן ביד וכפוהו לשלם ואין לו להחזיר כו' וגם ברי"ף משמע כן שכ' ואי טעה וקא אניס ליה לבעל דין ואפיק מיניה ממונא ונשא ונתן ביד מחייב לשלומי מדיליה והדר הוא שקיל מהאיך ואם לא נשא ונתן ביד הדר מרא דינא לחבריה ואי ליתיה כו' משלם ליה מד ליה כו' עכ"ל. משמע דכולה מירי בדקא אניס לי' לבעל דין ואפיק מיניה ממונ' בעל כרחו. ואע"ג דמדברי בעל המאור שכתב ואם כפאו לבעל דין ובעל כרחו נשא ונתן בשלו משמע דאפי' כפוהו על התשלומים לא מחייב אא"כ נשא ונתן ביד ג"כ מ"מ נראה עיקר כהרי"ף ורמב"ם והמחבר בזה דכיון דכפוהו על התשלומין אין לך מזיק גדול מזה. ואפשר גם בעל המאור לאו דוק' קאמר נשא ונתן ביד וכן משמע ממ"ש שם מיד בתר הכי נקוט האי כללא דכל הני בבי לא פלגי בין נשא ונתן ביד כו' אלמא דלאו דוק' קאמר דאל"כ הא יש חילוק גם לדידיה בין נשא ונתן ביד או לא ואע"ג דיש לדחוק ולו' דלא פלגי כו' קאי אהיכ' דאקרי דיין משא"כ זה שדין גזלן יש לו מ"מ פשטא דמילת' לא משמע הכי ודו"ק:

סעיף מו

שאינו בן שבועה. שלא הי' עליו אלא חרם סתם כן הוא בעיטור ומביאו בית יוסף:

סעיף מז

א אינה כלום. שלא קבל עליו ליתן או למחול אלא כדי להפטר משבוע' שחייבו זה הטועה וכן קלין בטעות חוזר כ"כ הרמב"ם ומביאו הטור וכ"כ הסמ"ג ך ף קפ"ז ע"א וכתב ב"י ונראה דהיינו דוק' שטעה בדבר משנה או בשיקול הדעת ואיכ' לברורי טעות' אבל אי ליכא לברורי טעות' המע"ה כו' עכ"ל וכ"כ הב"ח ומבואר עוד מדבריו דהיינו כשכבר גבה דאל"כ לא שייך המע"ה ולי נראה דקאי בקבל עליו למחול דאז לא שייך לומר המע"ה וזכה זה מה שמחל במה שבידו. וכתב הב"ח הטעם דלא אמרי' בטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי אא"כ איכא דררא דממונא לחייבו ממון אבל לגבי שבוע' להזכיר ש"ש לבטלה לא אמרינן מה שעשה עשוי ע"כ ובחנם דחק דהא להרמב"ם והמחבר לא אמרינן מה שעשה עשוי אלא כשנשא ונתן ביד וזה לא שייך בשבועה ואפי' להרא"ש היינו דוקא כשכבר הוציא הממון וכמ"ש לעיל סקכ"ט וזה לא שייך הכא ואפשר שדחק בכך לסברת הטור לדעת הרא"ש אבל לא הוצרך לזה דהטור לסברתו מירי בטעה בדבר משנה ומ"מ לפי מה שעליתי לעיל ס"ק כ"ט דכל שלא הוציא וזכה זה שכנגדו בממון לא שייך מה

שעשה עשוי אף לדעת הרא"ש א"כ אתי כאן הכל כפשוטו דהכי נמי בממון דכוותה אם פסק הדיין ליתן' ממון סך פלוני ונתפשר עם חברו בקנין ליתן בעבורו סך פלוני ואחר כך נתברר שטעה בשקול הדעת דהדר דינא כיון שלא נתן עדיין המעות והקנין חוזר דהוי קנין בטעות:

ב) מיהו בהא מספקא לי אי הב"י קאי דוקא לשטת הרי"ף והרמב"ם דפסק כוותייהו דלדידהו כל כמה דלא נשא ונתן ביד הדר דינא ולא מצי אידך לומר דילמא מעיקרא דנת יפה והשתא טעית אע"פ שהוא מוחזק הלכך היכא דאיכא לברורי שטעה בשקול הדעת המחילה בטלה וצריך ליתן לו מה שבידו שמחל לו אבל להרא"ש וסייעתו שהכרעתי לעיל כותייהו דאפילו לא נשא ונתן אין הדין חוזר ומצי אידך המוחזק לומר דילמא מעיקרא יפה דנת אע"ג דסוגיא דעלמא כאידך א"כ הכא נמי שהוא מוחזק שמחל לו מצי למימר דילמא מעיקרא יפה דן שחייב שבועה וא"כ הפשרה קיימת ולכך הבעל העיטור דס"ל כהרא"ש לא הזכיר לשון מחילה והטור שהזכיר לשון מחילה י"ל דמיירי בטעה בדבר משנה אבל בטעה בשקול הדעת מצי למימר אני תופס מה שבידי בשביל שבועתך ואע"ג דפשיטא דהיכא דסוגיא דעלמא כאידך לא מצי למימר קים לי וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' קכ"ג היינו דוקא כשידוע דסוגיא דעלמא כאידך קודם שבאו לדון אבל זה שפסק לו הדיין כן ואח"כ נודע שטעה משום דסוגיא דעלמא כאידך מצי למימר כיון דקי"ל טועה בשקול הדעת אינו חוזר א"כ קם דינא וזכיתי במה שבידי שמחלת לי עד שתשבעו וא"כ הפשרה קיימת דהא טעה בשיקול הדעת אינו חוזר אף ע"ג דסוגיא דעלמא כאידך ולפ"ז גם אם לא עשו פשרה ונודע שטעה בשקול הדעת ויש לזה של חבירו בידו יוכל לומר כן לא אתן לך עד שתשבע דדילמא מעיקרא דן יפה או דילמא דכיון דסוף סוף נודע דסוגיא דעלמא כאידך לא מצי למימר הכי ול"ד לטועה בשקול הדעת דאינו חוזר שזכה בממון זה עצמו ע"פ הדיין הזה משא"כ הכא אע"ג שהעליתי בספרי תקפו כהן סימן ק"ט דאפי' דבר אחר יכול לתפוס ולומר קים לי שאני הכא כיון דסוגין דעלמא כאידך וא"כ גם הפשרה בטלה דאנן סהדי דאלו ידע זה הבעל דין מטעות זה מתחלה לא נתפשר בכך. ונ"ל עיקר דזכה זה במה שבידו וכן מוכח להדיא מדברי הרב בהג"ה לקמן סי' פ"ז סעיף י"ג שכתב דאם פסקו לא' לישבע שבועת היסת בנקיטת חפץ ולא רצה ושלם הוי טעות בדבר משנה וחוזר ובא לתרץ קושית הב"י שם וכדאית' בד"מ שם דאי הוי טעם בשקול הדעת לא היה חוזר וכן נראה להדי' מדברי העיר שושן והסמ"ע והב"ח שם בסי' פ"ז וכן מדברי הגי' תרומה שער ז' סוף ח"א סוף דף מ"ט ושאר אחרוני' ועיין מ"ש שם:

סעיף מח

ודוק' שגילה דעתו כו'. ע"ל סי' י"ב ובתשוב' מהרשד"ם סי' קי"ו ובתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קמ"ז דף קס"ח ובחלק ב' סי' קכ"ח מעניני דין זה.

מצאתי בהלכות גדולות סוף דף ק"ה וז"ל אדם שתפס בדין בעל אחותו או אחיו או אחותו ואמר להם ממון בבית אבי ולא מצאתי אותו ופסקו עליהם שבועה ועשו ביניהם פשרה ונתנו לו דבר מועט ומחל להם את השבועה וקנו מידו או קנו מידו בל' הזה שנטלת ממון זה ומחלת כל שיש לך אע"פ שנתגלה עליהם ממון אביו מה שעשה עשוי שהרי מחל להם אבל אם בלשון הזה קנו מידו שנטלת ממון זה ומחלת שבועתך ולאחר מיכן נתגלית עליהם ממון בית אביו שבוע' מחל ממון לא מחל ומחזיר מה שנטל ומחזירים מה שנתגלת' עליהם וחזרה שבועה למקומה ע"כ:

סעיף מט

סעיף א

א כל מי שדן ד"מ וטעה בדבר משנה דהיינו בדינים המפורשים במשנה או בש"ס או בדברי הפוסקים או אפי' בדבר שאינו מפורש רק שהוא פשוט לכל להפך ואין בו מחלוקת כלל חוזר הדין ודנין אותו כהלכה. אפילו הוא מומחה ואפי' שלשתן מומחין ואפי' קבלו אותם. במלי דינים עליהם ואפי' נטלו רשות מריש גלות ואפי' נשאו ונתנו ביד שאין כאן דין כלל. כיון שהטעות בדבר פשוט:

ב. ואם נראה לדיין ולבני דורו שאין הדין כמו שמוזכר בפוסקים יכול לחלוק על הפוסקי' או אפי' על הגאונים כשמביא ראיות ברורות לדבריו ומ"מ קשה לחלוק על קבלת הגאונים. גם אין להקל בדבר שהחמירו בו החבורים שנתפשטו ברוב ישראל אם לא שקבל מרבותיו שאין נוהגין כאותה חומרא:

ג. ובמקום שהדין חוזר כשטעה בדבר משנה ואי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים או שהי' אלם או שהוצי' המעות ואין לו לשלם או שטמא דבר הטהור או שהורה בכשר' שהיא טרפה והאכילוה לכלבים על פיו וכיוצ' בזה פטור מלשלם בין שהוא מומחה או לא בין קבלוהו או לא (וע' סעי' ד') שכיון שאם הי' אותו דבר לפנינו הי' הדין חוזר כיון שהטעות בדבר משנה נמצא שלא עשה כלום ואינו חייב מדינ' דגרמי שאין זה גורם להזיק שהבע"ד עצמו הוא שהזיק את עצמו:

ד. והא דפטור היינו כשלא נשא ונתן ביד אבל נשא ונתן ביד וא"א להחזיר אם הוא מומחה ולא קבלוהו או קבלוהו ואינו מומחה ואצ"ל כשאינו מומחה וגם לא קבלוהו חייב לשלם שהרי עשה מעשה בידים בין שנשא ונתן בידו והאכיל' בעצמו לכלבים בין

שנשא ונתן בידו לבע"ד חבירו והלך הבע"ד למ"ה או הוציא המעות וכיוצא בזה:
ה. ואם הוא מומחה וגם קבלוהו אפי' נשא ונתן ביד וא"א בחזרה פטור ואין חילוק בכל זה שטעה וגרם להזיק בדיני ממונות או באיסור והיתר שאף באיסור והיתר אם הוא מומחה לבד ולא קבלוהו או קבלוהו ואינו מומחה וגרם להזיק וטעה בדבר משנה ונשא ונתן ביד וא"א בחזרה או טעה בשקול הדעת אע"פ שלא נשא ונתן ביד אע"פ שאפשר בחזרה חייב לשלם אא"כ הוא מומחה וקבלוהו ג"כ.
ו. טיהר את הטמא וערבן בעל הבית עם פירותיו וטמא שאר הפירות פטור אפי טעה בשקול הדעת אע"פ שהוא אינו מומחה שהרי אינו עושה כלום וגם לא גרע ממטמ' ומדמע ומנסך בשוגג שכו' פטור וזה ג"כ שוגג הוא בהוראתו ונ"מ גם בזמן הזה לענין חכם שטיהר את יינו של פלוני' וערבו בע"ה עם יין אחר ואח"כ נודע שהורה שלא כדין ונעשה הכל יין נסך בין טעה בדבר משנה בין טעה בשקול הדעת פטור שהרי זה כמנסך בשוגג שהו' פטור:
ז. בא לפניו לוקח לשאול אם יקח פירות של זה המוכר או יינו אם הם טהורים וטיהר את הטמא ולקח זה את הפירות על פיו ואח"כ נודע שהם טמאים ושלא כדין טיהר ורוצה החכם שהמוכר יחזיר מעותיו ללוקח ויחזור ויטול פירותיו אם הטעות בדבר משנה הדין חוזר ע"פ הדרכים שבארנו ואם הטעות בשקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם החכם ללוקח מביתו על פי הדרכים שיתבארו בסעיף שאחר זה בדין טועה בשקול הדעת ודין זה דומה למראה דינר לשולחני לקמן סי' ש"ו:
ח. טעה בדבר שנשאר בש"ס בתיקו אינו כטועה בדבר משנה וגם אינו כטועה בשקול הדעת אלא כיון שאינו מתברר שטעה והוא מומחה או קבלוהו עליהם מה שעשה עשוי ופטור מלשלם כדין טועה בשקול הדעת ואין סוגי' דעלמא כאידך שיתבאר לפנינו בסעיף שאחר זה:

סעיף ב

א. ומי שדן דיני ממונות או איסור והיתר וטעה בשקול הדעת כגון דבר שהו' מחלוקת תנאים או אמוראים או פוסקים ולא נפסקה הלכה כאחד מהם בפירוש ועשה כאחד מהם בין שידע שהשני חולק או לא וסוגי' דעלמא כמו השני דהיינו שכבר פשוט המעשה בכל העולם או בכל המדינה שהו' בתוכו כמו השני או שסתמ' דש"ס פריך ממילתיה או שמוכח בענין אחר במקום אחר בש"ס שהלכה כמותו או שרוב הדיינים נרא' להם דברי השני כ"ז מיקרי טועה בשקול הדעת ומה שעשה עשוי והדין בזה מתחלק לכמה חילוקים כמו שיתבאר:

ב אבל אם אין מחלוקת בדבר ואין הדין מפורש רק שבא מעשה לפניו והורה כך וכך סוגי' דעלמא כאידך ע"פ מה שנתבאר מיקרי טועה בדבר משנה ודינו ע"פ האופנים שנתבארו בסעיף א' שמי שטעה בדבר הפשוט אע"פ שאינו מפורש בשום ספר הרי הוא כטועה בדבר משנה ולפיכך מי שהורה שעוף זה טמא מפני שלא נתברר שיש לו סימני טהרה ואח"כ נתברר שעוף זה נאכל במסורת ה"ז כטוע' בדבר משנה וחוזר הדין ע"פ הדרכים שאמרנו וכן כל כיוצ' בזה:

ג ואלו הן החלוקים בטועה בשקול הדעת. אם היה זה הדיין מומחה ונטל רשות מריש גלות' או מנשיא שבא"י או שלא נטל רשות אבל קבלוהו בעלי דינים עליהם דהיינו שאמרו לו שידון להם או שבאו ודנו לפניו בסתם וא"צ קנין בדבר זה מה שעשה עשוי אע"פ שאפשר בחזרה ופטור מלשלם בין נשא ונתן ביד או לא:

ד ואם יש גדול להחזיר את הדין חוזר אם אפשר בחזרה. ואין הגדול יכול להחזיר אלא במומחה שקבלוהו או בג' הדיוטות שיש בהם מומחה אחד שמבין דברי הגדול שמחזירו אבל בענין אחר כגון במומחה ולא קבלוהו או ג' הדיוטות וקבלו אותם ושאר אופנים אין הגדול מחזיר כלל ודינו מה שעשה עשוי כל אחד ואחד לפי דינו המבואר וכן אם אין גדול מן המומחה להחזיר מה שעשה עשוי וכמו שנתבאר וכל מקום שהגדול מחזיר אף אם האכיל הבע"ד לכלבים קודם שנודע לגדול או שהלך הבע"ד שכנגדו למ"ה או הוא אלם או אין לו לשלם וכיוצ' בזה פטור הדיין בין מומח' וקבלוהו בין ג' הדיוטות שיש בהם מומח' א' אע"פ שלא קבלום שהבע"ד הוא שהפסיד לעצמו שהרי יש כאן גדול שהי' מחזיר את הדין ואם נשא ונתן ביד קודם שנודע לגדול ואי אפשר בחזרה אם הוא מומחה קבלוהו פטור ואם הם ג' הדיוטות שיש בהם מומחה א' ולא קבלום חייבים לשלם כיון שנשאו ונתנו ביד והזיקו קודם שהחזיר הגדול כמו שנתבאר בדין טועה בדבר משנה למעלה סעיף א' אות ד' וה':

ה ומתוך זה מתבאר שמי שטע' בשקול הדעת והורה בכשר' שהיא טרפה וכיוצ' בזה ואותו דבר שאסר הוא לפנינו כיון שהדין עומד אין חכם אחר יכול לחזור ולהתיר אפילו הוא גדול ממנו אע"פ שסוגי' דעלמ' כאידך אם לא באופן שנתבאר:

ו וכל מקום שהו' פטור משום מומחה אינו פטור עד שהוא מברר שהוא מומחה דהיינו שהוא גמיר וסביר וגמיר היינו שיודע הדינים וסביר היילו שהוא בעל סברא או שהוא מומחה לרבים ומנוסה בכך כמה שנים שהוא גמיר וסביר ואפי' בזמן הזה יש מומח' לענין פטור מתשלומי. או לענין אם דן בדיעבד אם הוא מומחה לרבים בדורו ומנוסה בכך כמה שנים וכן אפי' מומחה לרבים אינו פטור אם לא בקבלוהו או נטל רשות מר"ג

וע"פ הדרכים שתנבארו:

ז אין נטילת רשות מר"ג מועיל רק למי שהו' מומחה דגמיר וסביר ובזמן הזה אין מועיל נט"ר מר"ג או מנשיא שבארץ ישראל שאין לנו לא זה ולא זה ואם מועיל נט"ר מן המלך עיין לעיל סוף סי' ג:

ח ג' הדיוטות שטעו בשקול הדעת אע"פ שיש בהם א' דגמיר ולא סביר כיון שאין בהם מומחה אע"ג שקבלו אותם הבע"ד מה שעשה עשוי וישלמו מביתם אע"פ שאפש' בחזרה ואע"פ שיש גדול להחזיר:

ט ואם שנים חולקים ואין סוגי' דעלמ' כחד מינייהו ופסק הדיין כאחד מהם מה שפסק פסק בין שידע שהשני חולק או לא ומ"מ לא יאמר האדם כיון שאין סוגי' דענמ' כאחד מהם אפסוק כמי שארצה ואם עושה כן הרי זה דין שקר אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות הרשות בידו ואי לאו בר הכי הוא לא יוציא ממין מספק דכל היכא דאיכ' הפיק' דדינ' אין מוציאין מיד המוחזק או מיד מי שתפס וכבר הארכתי בזה בספרי תקפו כהן:

י ואם הוא בהוראת איסור והיתר והוא דבר איסור דאוריית' ילך לחומר' ואם הוא דבר דרבנן ילך אחר המיקל ודוק' אם ב' החולקים הם שוים וכבר בארתי דינים אלו ביורה דעה סי' רמ"ב:

יא ויחיד החולק אם רבים הולכים אחר רבים בכל מקום אפי' אין הרבים מסכימים מטעם אחד ובאיסור דאוריית' לא אזלינן בתר רבים אם מסכימים להקל משני טעמים מיהו היינו דוק' כשבאנו להתיר דין שאנו מסופקים בו מתוך החבורים אבל כשהרבים לפנינו אזלינן בתרייהו אע"פ שאין מסכימים מטעם אחד שהרי הסנהדרין או הדיינים אין צריכים לומר כל א' טעם מיוחד:

יב שנים שאמרו טעם אחד משני מקראות אין מונין להם אלא אחד דודאי חד מהני קראי לאו להכי אתי שלא נכתבו שני מקראות לדבר אחד וחד מינייהו טעי ודוק' במקר' אבל במשנה וש"ס ופוסקים מונין להם שנים ואף במקר' אם אמרו טעם אחד במקר' אחד מונין להם שנים.

יג לענין דיני ממונות קיימ' לן בכל דוכת' קול' לנתבע ואומר' לתובע הלכך כי היכ' דבאיסור' דאורייא' לא אזלינן בתר רבים לקל' היכא דאין מסכימים רק משני טעמים ה"ה דאין מוציאין ממון בזה ונפקא מיניה דמצי המוחזק לומר קיה לי כהפוסק בהא ולא קים ליה כותיה בהא אלא כאידך דפליג עליה:

סעיף ג

א. היה זה הטועה בשקול הדעת מומחה לבד דהיינו דגמיר וסביר ולא נטל רשות מר"ג ולא קבלוהו או שלא היה מומחה ואפי' אינו לא גמיר ולא סביר אבל קבלוהו אפי' לא נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואין הדין חוזר אע"פ שהדיין רוצה לחזור אפי' הבע"ד לפנינו ואפשר בחזרה בין בדיני ממונות בין באיסור והיתר:

ב וכל זה שכבר זכה זה שכנגדו בממון זה אבל דיין שעעה ולא הספיק התובע להוציא מן הנתבע עד שנתברר שטעה לא שנא הדיוט ול"ש מומחה ל"ש טעה בדבר משנה ל"ש טעה בשקול הדעת הדר דינא ואפי' זכה בפלגא ופש פלג' גבי אידך לא מפקינן מיניה:

ג שלשה מומחים סמיכים שראויין לדון מן התורה אפי' לא קבלוהו עליהם מה שעשו עשוי ופטורים לשלם אפי' נשאו ונתנו ביד אפי' טעו בשקול הדעת פטורים וכ"ש כשטעו בדבר משנה וא"א בחזרה ודוקא סמוכים אבל האידנא דליכא סמוכים אפי' ג' מומחים דגמירי וסבירי חייבים לשלם אם לא קבלו אותם:

ד ואין חילוק בכל דינים שהוזכרו בסימן זה בין מומחה אחד לשני מומחים או הדיוט א' וב' הדיוטות שבכל דבר שנים כיחיד דמי:

ה וכל זה שקבלום בסתם אבל אם קבלו בפירוש בין לדין בין לטעות בכל ענין פטורים וי"א דה"ה אם קבלו עליהם יושבי קרנות שאפי' טעו קם דינא ופטורים דהא לא מצי למימר אדעת' דנידון ד"ח קבלום שהרי יודעים שאינם יודעים ד"ת:

ו ואם אמרו לו מחחלה בפי' שאנו מקבלים אוחך ע"מ שתדון לנו ד"ת וטעה בש"ה י"א שנתבטל הקבלה והרי הוא כאלו לא קבלוהו והלכך באינו מומחה אין דינו דין כלל ובמומחה מה שעשה עשוי וישלם מביתו וי"א שהקבלה במקומה עומדת ובאינו מומחה מה שעשה עשו וישלם מביתו ובמומחה מה שעשה עשוי ופטור לשלם:

ז יש אומרים דה"ה בזמן הזה שמכריחין הקהל את הדיינים ע"פ החרם שיהיו דיינים בעל כרחם לא ישלמו אם טעו אע"פ שדנו בכפייה שהרי הם כמו אנוסים לדון דמה להם לעשות מיהו אם נשאו ונתנו ביד חייבים מ"מ אם עדיין לא הוציאו מיד החייב יש להם לחזור כשנודע שטעו ואם אינם רוצים לחזור ומקיימים את דבריהם חייבים לשלם ואף בקבלו אותם בין לדין בין לטעות יכולים לחזור קודם שהוציא וזכה זה שכנגדו בממון אף לאחר גמר דין שאמר איש פלוני זכאי איש פלוני חייב:

ח וכשטעו ומשלמין אם הסכימו כל הדיינים ביחד כולם משלמין ואם היו רק ג' והלכו אחר שנים שבהן הם משלמין ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד הבעל דין ודוקא שאין מומחה באותן השנים אבל אם יש בהם מומחה צריכי לשלם הכל ביחד:

סעיף ד

א. אבל מי שאינו מומחה דהיינו דגמיר וסביר ולא קבלו אותו בע"ד אע"ג שנטל רשות ה"ז בכלל זרוע ואינו בכלל הדיינים לפיכך אין דינו דין בין טעה בין לא טעה ונ"מ אם לא טעה לענין זמן ב"ד ל' יום או לענין הפירות שאכל בינתים וכיוצא בזה וכל אחד מבעלי דינים אם רצה חוזר ודן בפני ב"ד אחר ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבע"ד שנתן לו שלא כהלכה ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם אין לו להחזיר או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל הגורם להזיק וי"א דפטור כיון שלא נשא ונתן ביד אא"כ כפוהו גם על התשלומין וכן עיקר:

סעיף ה

א. דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה זה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע ואח"כ ידע שאינו בר שבועה שלא הי' עליו אלא חרם סתם וכיוצא בזה אע"פ שקנו מידו על הפשרה אינה כלום שלא קיבל ליתן או למחול אלא כדי להפטר מהשבועה שחייבו זה הטועה וכל קנין בטעות חוזר:

ב. ודוקא בטעה בדבר משנה או בטעה בשקול הדעת ויש לברר הטעות שאם לא כן המע"ה שאין שייך כאן לומר מה שעשה עשוי כיון שעדיין לא זכה זה שכנגדו בממון. וכן בממון כיוצא בזה אם פסק הדיין ליתן ממון סך פלוני ונתפשר עם חבירו בקנין ליתן בעבורו סך פלוני ואח"כ נתברר שטעה בשקול הדעת דהדר דינא כיון שעדיין לא נתן המעות והקנין חוזר דהוי קנין בטעות:

ג. ויש לברר אם מחל לחברו מה שבידו בעד השבועה ואח"כ נתברר שטעה הדיין מה שפסק לו שבועה דסוגי' דעלמא כאידך דפוטר משבועה אם יכול הנמחל לומר אני תופס מה שבידי בשביל שבועתך ואפי' לא נתפשר עמו מצי לתפוס ולומר כן לא אתן לך מה שבידי עד שתשבע או כיון שסוף סוף נודע דסוגיא דעלמא כאידך אינו יכול לומר כן ואע"פ שנתפשר עמו הוה פשרה בטעות ונראה דלעולם זכה זה במה שבידו:

סימן כו

סעיף א

וכאלו חרף וגדף וכו'. ע' בתשובת מהרא"ן ששון סי' ס"ב:

סעיף ב

היתה יד עכו"ם תקיפה. ע' בתשובת ן' לב ח"ג סי' מ"ח:

סעיף ג
ומציל בדיני עכו"ם כו'. ע' בתשובת רמ"א סי' פ"ו דף ק' ע"ב:

סעיף ד
ולהעיד שזה חייב כו'. כתב רב שרירא ומביאו בע"ת מי שחייבוהו בחוב או בפקדון ואינם יכולים להוציא מידו ויש ביניהם מקום בי דואר של עכו"ם שאינו לוקח שוחד ומקבל עדות מישראל יש רשות לזקנים ותלמידי שילכו לפני השופט כו'. הג"ה ונלפע"ד דודאי גם רב שרירא ס"ל אפי' בלוקח שוחד אם עכו"ם מקבל העדות מעידין לפניו רק שכתב אם אינו לוקח שוחד כלומר דאלו לוקח שוחד לא יקבל עדותן ולא יעשו עדותן פירות ובאמת אם מקבל עדות אין חילוק אם הוא בעל שוחד או לא כיון שהמה יודעין באמת שהוא חייב והלכך לא כתב מור"ם דבעינן שלא יקבל שוחד ובזה נסתלקה תמיהת הסמ"ע ע"ש וק"ל:

סעיף ה
המקבל עליו בקניו לידון כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ס"ב ובתשובת מנחם עזריה ס" נ"א וע' ביש"ש פ"ח דב"ק סי' ס"ה מדינים אלו וע' בתשובת רב משה אלשיך סי' ט"ז וסי' פ"ו ובת"ה סי' ד"ש:

סעיף ו
ויש מי שאומר שאין ב"ד מוציאין מידו. כתב הסמ"ע ולא מצאתי מי שחולק ע"ז וע' בב"ה שחולק ע"ז וכ' על הטור מה שכתב שאין ב"ד מוציאין ממנו מה שקבלו עליו לתת לצדקה אם לא ילך לדון עמו לפני עכו"ם גם מה שפירש במתני' דחומר בנדרי' לא משמע לי האי פירושא עכ"ל וע' ב"ח:

סימן כז

סעיף א
אפי' מחל המתחרף כו'. צ"ע דמשמע מדברי מור"ם הללו דס"ל שגם על חרופי' דחכם אינה מועיל מחילה ובמיימוני ובטור משמע להדי' דלא אמרו רז"ל כן כ"א אמקלל לכל אדם ומשום שכבר נתחייב בלאו מן התור' בשעה שקללו ואין בידו למחלו אבל אחרופו וזלזולו דכל אדם מהני עכ"ל סמ"ע ובב"ח פי' דברי מור"ם בהג"ה דר"ל בין שהי' מתחייב מלקות מן התור' כגון שהתרו בו וקללו בשם או בכנוי בפי' וקראו מתחרף לפי שאין מלקין בזמן הזה ואין עליו אלא שם מתחרף ובין שלא התרו בו או שקללו בלא שם וכנוי

או שא"ל אל יהא ברוך דאיכ' איסור דאורייתא לחוד כיון דמ"מ חטא וכבר נתחייב עונש מן התור' אין בידו למחול ועונשין אותו כפי מה שיראה עכ"ל הב"ח וק"ל:

סימן כח

סעיף א

כל מי שיודע עדות כו'. כתב מהרי"ו סי' מ"ב דאם שום עד יאמר שאין רשאי להעיד מחמת שקבל עליו בסוד שלא לגלות הדבר אז בע"ד יתיר לו (אותו בע"ד שאמר לו בסוד שלא לגלות הוא עצמו יתיר לו וכן הוא שם במהרי"ו) לגלות הדבר עכ"ל והביאו ד"מ סי' זה סעיף א' עכ"ל סמ"ע וע' לקמן סי' רס"ו [רס"ז] בסמ"ע ס"ק ד' כיוצא בזה:

סעיף ב

וחייב בדיני שמים כ' מהרש"ל בישו"ש פ' הכונס סי' ו' וז"ל ונראה כל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה אפי' לפי' רש"י שפירש בפ' השוכר את האומנין (הפועלים) גבי חוסם פרה ודש בה שפטור בקים ליה בדרבה מיניה ואפ"ה חייב לצאת ידי שמים והיכא שתפס הניזק לא מפקינן מיני' מאחר שמחויב לצאת ידי שמים וכן פסק הא"ז מ"מ כה"ג לכ"ע מפקינן מיניה בשלמא בקים ליה בדרבה מני' דחייב הוא רק דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן החומרא הלכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה א"כ נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מיניה דהא ס"ס חייב הוא אבל היכי שגרמא בנזקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים א"כ פשיטא דאי תפס מפקינן מיניה (הג"ה וכ"כ ריב"ש סי' שצ"ב וע' לקמן סי' קפ"ב ס"ק א') עכ"ל עוד כתב שם שאפי' בדברי' בלי כפייה אין לדוחקו ועיין שם (עיין ב"ח לעיל סי' י"א סעיף ד'):

סעיף ג

אבל לא יוכל להשביעו פי' להשביעו בב"ד בפני עצמן להזקיקן שיאמרו הרי אנו מקבלין עלינו באלה ובשבועה שאין אנו יודעין לו עדות או שיאמרו אמן על השבוע' שמטיל עליהן ונ"ל דה"ה חרם בכה"ג ג"כ אין לקבל עליהן בענין זה דשבועה וחרם ענין א' הוא ודוקא בב"ה יכול להטיל חרם או שבועה על הכלל דהיינו לומר כל מ ימכם שיודע או על יחידים בפרט ובמ"ש בהגד"מ ע"ש ס"ג עכ"ל סמ"ע וכ"כ בתשובת מבי"ט חלק ב' סי' רפ"ג בשם החכם שאין משביע ואין מחרימי' את העדים מן הדין (הג"ה ודלא כהמבי"ט שחולק עליו וסובר שיכול להשביע' ויכול להטיל עליה' חרם בע"כ וכ"כ בסימני התשובה ומה שהביא ראיה מדברי התוס' ורש"י ור"ן ורמב"ם ז"ל דמשמע

מדבריהם דאם השביעין ואמרו אין אנחנו יודעין לך עדות שחייבין היינו כיון שאמרו אין אנו יודעי' לך עדות משמע שקבלו השבועה עליה' שאינם יודעי' וגם מ"ש בשם מורו הרב ריב"ש ז"ל שכ' בשם הרמב"ן שאפילו שתקו חייבים היינו דס"ל משום דשתיקה כי האי הודאה הוו אבל כ"ע מודו שאין יכול להשביעין וגם להטיל עליהן חרם בע"כ ויפה כתב אותו חכם שזה דבר פשוט ולא ניתן לי כתב לעוצ' פשיטתו וק"ל) וע' ב"י מחו' ד' בשם הרשב"א דאם החרי' על הכלל אינו יכול להחרים פעם אחרת על הפרט:

סעיף ד

משמתין אותו ל' יום. וע' במהרש"ל ביש"ש פ' י' דב"ק סי' כ"ג דאם רוצה לשלם מתירין לו וה"ה דלא משמתי' ליה (ועיין בתשובת רמ"א סי' פ"ח דף קפ"א ע"ג):

סעיף ה

אבל אינו חייב לשלם. וכ"פ ביש"ש שם ומה שהקשה בסמ"ע ממ"ש בטור בי"ד סי' של"ד גם מהרש"ל הרגיש בזה ע"ש:

סעיף ו

אין משמתין אותו. ומהרש"ל כ' שם דוקא היכא דהודה על הלואה סתם וכפר להרויח דאיכא חלול השם לא משמתינן ליה אבל בהפקעת הלואה שלא יודע לעכו"ם דליכא חלול השם משמתי' ליה:

סעיף ז

ואם מתחלה יחדו העכו"ם וכתב מהרש"ל שם או שהם מרגישי' שהישראל יודע בדבר ואיכא למיחש לביטול קיומים של יהודים מעיד לכתחלה:

סעיף ח

ויעיד לו. עיין בתשו' רמ"א סימן רס"ט:

סעיף ט

אם יתבעוהו עיין בתשובת רמ"א סי' נ"ב דף קי"ו ע"ג:

סעיף י

שאין מוציאין ממון ע"פ עד א' יכולי' להעיד. והרא"ש פסק דאפילו אדם חשוב דמוציאין ממון על פיו לבד כיון דאדם חשוב הוא וקשה לו להשתמט מותר לו להעיד עכ"ל סמ"ע וביש"ש כתב דט"ס הוא בהרא"ש וצ"ל לא יעיד אלא ישלם מכיסו ומ"מ אם העיד לא משמתינן ליה וע"ש:

סעיף יא

להיות יושבי' בשעת קבלת העדות כתב בתשובת מבי"ט חלק א' סי' קי"ו דשלא במקום ישיבת הדייני' כגון בשוק או בדרך וכה"ג אפי' בדיעבד לא מהני כשהדיינים עומדין ע"ש ואין דבריו מוכרחים ובתשובת ן' לב ריש ספר ד' מביא בשם הריב"ש דבדיעבד כשר והסכים עמו וכתב ולא מצינו מי שחולק על זה ע"ש. וע"ל סי' ל"ט סעיף ז':

סעיף יב

ואומרי' לו אמור היאך אתה יודע שהוא חייב לו ע' באגודת אזוב דף ע"ו ע"ג ובאגודה פ' אד"מ סי' מ"ב:

סעיף יג

ודלא כיש מכשירין ועיין בתשובת רמ"א סי' י"ב דף כ"ט ל' וע' בתשו' מהרי"ט סי' י"ז:

סעיף יד

חותכין דיני ממונות בעדות שבשטר ל' הסמ"ע ודוקא שהוא שטר גמור התירו משום תיקון העול' כדי שלא תנעול דלת שלא ילוו משום יראה שימותו העדי' או ילכו למ"ה כו' ואף שדברי המחבר אלו והסמ"ע הם מדברי הרמב"ם שכתב כן להדיא בפ"ג מה' עדות וז"ל דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהן ולא מפי כתב ידן אבל מדברי סופרי' שחותכין דיני ממונו' בעדות שבשטר אע"פ שאין העדים קיימין כדי שלא תנעול דלת בפני לויין ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהן ולא מכתב ידן עכ"ל ומביאו הטור בקצר' מ"מ לא נהירא דבכמ' דוכתי בש"ס מוכח דעדות שבשטר דאורייתא הוא ומחייבינן ד"נ וקנסות וגיטין על פי עדות שבשטר גם בכסף משנה הביא שהרשב"ץ הקשה על הרמב"ם שהרי מקרא מלא דבר הכתוב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום למען יעמדו ימים רבים וגו'. ומה שתירץ הכ"מ שם דהאי קרא דברי קבלה הוא ולא דברי תורה לפע"ד לאו פירוקא מעליא הוא דהא אמרינן בהשולח דף ל"ו ע"א העדים חותמין על הגט מפני תיקון העול' מפני תיקון העולם דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום אמר רבא לא צריכא אלא לר' אליעזר דאמר עידי מסירה כרתי תקינו רבנן עידי חתימה דזימנין דמתו סהדי או אזלו למדינת הים. ולדעתי שלזה נתכוין הרשב"ן אלא שקיצר בלשונו והכי מוכח נמי בריש פ"ק דגטין (דף ג' ע"א) דקאמר התם ליבעי תרי ומשני בדין הוא דבקיום שטרות נמי לא ליבעי תרי כדריש לקיש דאמר ר"ל עדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצריך קיום והכא משום עגונה הקלו ע"כ וכן משמע בש"ס סוף פ"ב דכתובות וכן הוא להדיא בהש"י ותוס' ספ"ב דכתובות וכן

משמע בשאר פוסקי' בכמה דוכתי גם בכ"מ הקשה על רמב"ם מספ"ב דכתובות וטפי ה"ל הקשות מהך דרפ"ק דגיטין שהבאתי ע"ש וכבר האריך בזה הרמב"ן בספר ההשגות שלו שהשיג על הרמב"ם במנין המצות בסוף עיקר השני דף י' סוף ע"ד וכתב שכבר השיגו על הרמב"ם כל חכמי הדורות בזה תשובות גמורות וראיות ברורות ע"ש באריכות: וראיתי בס' מגילת אסתר שחיבר מה"ר יצחק ליאון שהאריך ליישב דברי הרמב"ם בזה להציל אותו מהשגותיו של הרמב"ן. ולפע"ד אין ממש בכל דבריו מה שכתב וז"ל ומה שאמרו בפ' השולח דאורייתא הוא כו' לאו דוקא שיהא דאורייתא אלא כלפי שאמר במתני' שהיא תקנת ר"ג אמר והא מימי ירמיה הוא ואל יקשה בעיניך כי ל' זה דאוריית' לא יהיה פירושו תורה ממש שהרב' יש כדומה אליו בש"ס וכמו שהביא הרמב"ן ממש בהשגתו הראשונים בשורש הראשון ומה שאמר עוד הרמב"ן כי אנו דנין בגיטין בעדי חתימה בלבד פשיטא כי גם זהו דעת הרמב"ם שהרי מפורש אמרו שם במתני' שמפני תיקון העולם תקנוהו וכמו שמפור' בש"ס דזימנין דמייתי סהדי או אזלי למדה"י כי אמרם שם במתנ' העדי' חותמי' על הגט לשון גט פירושו כל שטרות שבעולם וכן פירשו התו' ריש פ"ק דגיטין ומכאן יצא לו להרמב"ם ז"ל שמה שדנין בד"מ בעדים שבשטר הוא כדי שלא תנעול דלת בפני לוין פי' שאם יצטרך המלוה בבואו לגבות מעותיו להביא העדי' שיעידו בפיהם כי ראו אותו שהלוה מעות לפלוני ובזולת זה לא יוכל לגבות ימנעו ולא ילוו מעותיהם לשום אדם משום דזימנין דמייתי או אזלי למד"ה ואין בידו להביאם ויפסיד מעותיו לכן תיקנו להם בעדות שבשטר עכ"ל וזה אינו מכמה טעמים חדא דלשון דאורייתא הוא משמע שהוא ממש דאורייתא ומ"ש הרמב"ן בהשגתו הראשונים לא אמר אלא מה שאמרו בש"ס פ"ק דר"ה אמרה תורה אמרו לפני מלכיות זכרונות ושופרות כו' שרגיל הש"ס לקרות למצוה דרבנן תורה מפני שגם היא תורה ואגב ריהטא אין הש"ס מדקדק בכך אבל שיקשה הש"ס בפשיטות בלשון קושיא דאורייתא הוא דמשמע דמתמה טובא והא דאוריותא הוא ואם איתא דאינו אלא מדברי סופרים מירמיה לא ה"ל לאקשויי דאורייתא הוא אלא הכי הל"ל והא רבן גמליאל תיקן הא ירמיה תיקן וכדאיתא בפ"ק דשבת גבי י"ח דבר דפריך התם אטבול יום דאורייתא הוא ואידים פריך הא שלמה גזור ועוד דהא לפמ"ש הרמב"ם דין תורה שאין מקבלין עדות לא בד"מ ולא בד"נ אלא מפי העדים שנאמר כו' אבל מד"ס שחותכים ד"מ בעדות שבשטר כו' תנעול דלת בפני לוין כו' משמע להדיא דדוקא ד"מ משום שלא תנעול דלת בפני לוין אבל בגיטין דלא שייך בהו ה"ט אף מד"ס אין דנין בעדות שבשטר אא"כ העדים קיימים והא ליתא מסוגיא דהשולח הנ"ל ואפי' תימא דבגיטין שייך נמי לו' דתקנו מדברי סופרים שיועיל עדות בשטר בגטין

מ"מ קשה מאי פריך ש"ס הא שפיר איכא לשנויי דירמיה לא תיקן אלא בד"מ דשייך בהו ה"ט שלא תנעול דלת בפני לוין אבל בגטין דלא שייך ה"ט ואתא ר"ג ותיקן אף בגטין ואף שלשון גט משמע נמי כל שאר שטרות מ"מ משמע נמי גט אשה וא"כ תקנת ר"ג היתה בגט אשה ועוד דע"כ צ"ל כן למאי דמשני לא צריכא אלא לר"א כו' דהא ליכא למימר דפריך אשאר שטרות וכדפי' ועוד דאי תימא דפריך אשאר שטרות מאי משני לא צריכא אלא לר"א כו' ס"ס קשיא הא ירמיה תיקן וליכא למימר דמשני דר"ג תיקן שלא ילוה אדם לחבירו לכתחלה בעידי מסירה דהא ודאי ליתא דהא אשכחן בכמה דוכתי בש"ס שמותר להלות אפילו בלא שטר כלל ואמרינן בס"פ הרבית אמר רב יודא אמר רב כל מי שיש לו מעות ומלוה אותם שלא בעדים עובר מפני ולפני עור לא תתן מכשול הרי להדיא דבעדים מותר וכ"כ הרמב"ם גופי' ספ"ב מה' מלוה ואפי' בלא עדים נמי משמע דליכא איסורא אלא דלפני עור לא תתן מכשול אבל משום תקנת דר"ג לא שמענו דא"כ קשה מאי אשמעי' ר' יודא הא בלא"ה מתני' היא תקנת ר"ג א"ו בהשולח פריך מגיטין דוקא ומשני לא צריכא אלא לר"א דאמר עידי מסירה כרתי וא"כ לדברי מהר"י ליאון מאי משני אכתי קשה הא ירמיה תיקן ואי תימא ירמיה לא תיקן בגטין א"כ קשה ל"ל לשנויי לא צריכא אלא לר"א הא לרבנן נמי ניחא אלא ודאי תצריך לומר דה"פ לא צריכא אלא לר"א כו' דתיקן דר"ג דלא יגרש לכתחילה בעדי מסירה דזימנין דמייתי עדים או אזלי למ"ה כו' א"כ בע"כ דתקנת ר"ג היתה בגיטין לחוד ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דלשני דירמי' לא תיקן בגיטין כלל אלא בד"מ משום נעילת דלת ור"ג תיקן בגיטין א"ו ליתנהו לדברי הרמב"ם והאי קרא דכתוב בספר וחתום למען יעמדו ימים רבים ל"ד בד"מ הוא ומשים תקנת שלא תנעול דלת אלא דין תורה הוא שעדות שבשטר מועיל בכל דבר אף שאין העדים קיימין וא"כ פריך שפיר דאורייתא הוא ומשני לא צריכא אלא לר"א כו' ותיקן ר"ג שלא יגרש לכתחילה בעדי מסירה רק בעדי חתימה דזימנין דמייתי עדים או אזלי למד"ה: עוד כתב מהר"י ליאון שם וז"ל ומה שהקשה הרמב"ן מאמרם בכתובות פ"ב ומפ"ק דגטין כדריש לקיש כו' אין תשובה ממנו על הרמב"ם כלל כי זה המאמר לא נאמר רק לענין שיש לנו להאמין בכל הכתוב בשטר אבל פשיטא שצריך שהעדים יעידו בפיהם כל הכתוב בו מן התורה כו' ע"ש שהאריך בזה וגם דבריו אלה אין להם שחר דהא קאמר בש"ס בדין הוא דבקיום שטרות נמי לא ליבעי תרי כדריש לקיש כו' אלמא דמדאורייי' א"צ לקיים השטר כלל ובשטר שיצא לפנינו אפי' בלא קיום כלל גובין בו דאי מיירי שהעדים מעידים בפה הרי אין לך קיום גדול מזה והיאך קאמר בדין הוא דבקיום שטרות נמי לא ליבעי תרי ועוד דהא בגטין באמת הקילו אפילו אין העדים כאן ואוקמא

אדאורייתא דסגי בלא קיום כלל אף ע"פ שאין העדים לפנינו ויותר ה"ל לתרץ לפי שיטתו דהך דבפ"ב דכתובו' ופ"ק דגיטין מיירי מדינא ע"פ דברי קבלה דירמיה דיועיל אפילו בלא קיום ורבנן חכמי המשנה הצריכו קיום אבל כל זה אינו משמע וכמ"ש:

ז) עוד האריך מהר"י ליאון שם ליישב מ"ש הרמב"ן ואני מוצא דדיני נפשות ודיני קנסות בעדות שבשטר כו' בדברים שאין להם עיקר כלל ואין צירך להאריך ולהשיב על דבריו כי המעיין בצדק בדברי הרמב"ן ובדברי מהר"י ליאון שם ישפוט שדברי הרמב"ן ברורים ונכונים (גם מדברי הב"ח ס"ס מ"ו נראה שמסכים לדברי הרמב"ן) ולפי שבטור הובאו דברי הרמב"ם בסתם גם המחבר והר"ן והע"ש והסמ"ע ושאר אחרונים נמשכו אחר דברי הרמב"ם הוצרכתי להאריך ולברר דליתנהו לדברי הרמב"ם בזה:

סעיף טו

ואם העד תלמיד חכם כו'. והרמב"ם כתב אם הבעל דין המביאן תלמיד חכם וע' סמ"ע ובכסף משנה פ"ט מהלכות עדות ובב"ח סימן זה:

סעיף טז

אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין. ע' בתשו' ן' לב ספר ב' סי' ח' וע' בתשובת מהרשד"ם סי' ר"א וסי' שפ"ז:

סעיף יז

ואם קבלו אין דנין על פיו. ע' תשובות מהר"א ן' ששון ססי' קמ"ה:

סעיף יח

וחוזרין ומעידין. ע' בתשו' ן' לב סי' כ' וכ"ה ובריש סי' ד' דף ב' ודף ג' ע"ב וע' בתשו' ר' אליה ן' חיים סי' כ"ט:

סעיף יט

ויש חולקין ומהרש"ל ביש"ש פסק דאפי' בדיעבד פסול העדו' שהוגבה שלא בפני ב"ד:

סעיף כ

כשר בדיעבד. ולכן א"י לחזור ולהגיד בע"א וכ"כ בתשו' ר"ח ן' חיים שם:

סעיף כא

יראים להגיד כו' ע' בתשו' רמ"א סי' י"א דף כ"ו ור"ס י"ד וס"ס פ"ו וסי' צ"ט שאל' ב':

סעיף כב

רק להשקיט כו'. וכעין זה כתב מהרש"ל סי' ח' וע"ש עוד מדינים אלו:

סעיף כג

היה הבעל דין חולה כו'. ע' תשו' ן' לב ספר ב' סי' ח' וסי' ס"א:

סעיף כד
העדים חולים כו'. ע' תשו' ר"מ אלשיך סי' ט"ז דף כ"ז ואילך וסי' ע"ה:

סעיף כה
שלא בפניו כו'. ע"ל סי' ק"מ סעיף י':

סעיף כו
שיפלו הנכסים קמי יתמי. וכתב עוד הטור בשם הראב"ד דאפי' יאמר התובע לדיינים לכל הפחות אם אינכם רוצים לקבל עדותן קחו הממון בידכם שלא יאכלוהו הקטנים אין שומעין לו עכ"ל ומביאו גם כן הסמ"ע וע' ב"ח:

סעיף כז
אם פתחו ליה בדינא פי' התחילו לטעון בפניהם דאז אין יכולים לומר לא אדון לפניכם אלא בפני ג' אחרים עכ"ל סמ"ע ועמ"ש ב"י בשם ר"י וע' במהרש"ל סי' י':

סעיף כח
אע"פ שיש חולקין כו' וכ"פ בישו"ש:

סעיף כט
אבל המביא עדים לפטור עצמו מקבלין. ע"ל סי' ק"ח סעיף ט"ז כתב המחבר יורש קטן שהי' שט"ח לאביו ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו אין קורעין את השטר ואין מגבין בו עד שיגדלו הותומי' כו' ואפי' יש עדים שזוכרי' הפרעון אין עדותן עדות לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ואע"ג שמביא עדים לפטור שאני התם דחשב להוצי' שהרי רוצה להוציא השטר ולקרעו דלא כספר גידולי תרומה (דף קמ"א ע"ב) שהניח בקושיא (הגה ורב יוסף טראני בתשובה ח"ג שאלה ל"ב כתב וז"ל ודברי הר"ן ז"ל אינם אלא היכא שבאים להוציא מהלוה שלא בפני המלוה דלפטור עצמו מהתביע' יכול להביא עדים שלא בפני התובע וכו' אבל כשאין המלוה תובעו ודאי שלא יקבלו העדות אלא בפניו עכ"ל וע"ש שמביא ראיה מהא דלקמן סי' ק"ח שהוא מדברי הרמב"ן ז"ל ומביא עוד ראיות לדבריו ע"ש ועוד ראי' לזה ממ"ש המחבר לקמן סעיף כ"ה ע"ש ודו"ק):

סעיף ל
אין מקבלין עדות על הקטן. ל' הסמ"ע ע' בטור ובפרישׁ שמבואר שם שאפי' אם הוא ידוע שהקטן הוציא לפלוני בעבדיו בחזק' מהשדה או מהבית מ"מ כיון שיש לו בו חזקת אבות וכו' וע' ל' סי' ק"י ס"ק י"ג ומ"ש שם:

סעיף לא

אין דנין ע"פ אותו הקבלה. ויכולין העדים לחזור בהן כ"כ בשלטי גבורים פ"ק דסנהדרין דף רצ"א וכן עיקר ודלא כב"ח ע"ש:

סעיף לב

ואם היו נסמכים על העמוד. ע' סמ"ע דאינו מותר לכתחל' דממ"נ אי מחשב ישיבה לגבי דיינים לא מחשב עמידה לגבי עדים עכ"ל והב"ח חולק שם ע"ז וע"ש:

סימן כט

סעיף א

אחר שהעיד בב"ד. עיין בתשו' מהרי"ט סי' ע"ה ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קל"ד:

סעיף ב

וי"א דיכול להוסיף בתנאי. כ"כ הטור בשם הרא"ש ולא ידעתי מנ"ל להטור הא ומ"ש ב"י דהיינו משום שהרא"ש כתב בסתם דברי הש"ס ולא חילק לפע"ד אין מזה הכרח דלא יפרש כפירש"י והכי אשכחן בדוכתי טובא עצמו מספר דהרא"ש מביא הש"ס בסתם ולא פירש וס"ל כפירש"י וא"כ גם על הר"ב קשה במ"ש וי"א דיכול להוסיף בתנאי ונראה שכוון ג"כ להר"ן בשם רב האי גאון וכ"כ בד"מ בהדיא שהר"ן כתב כהרא"ש וגם בזה י"ל דלא פליג הר"ן רק בשטר ולא בעדות בע"פ וכן מחלקין הסמ"ע לקמן סי' מ"ו ס"ק ק"ג והב"ח להדי' ע"ש ולענין דינא נלע"ד דאע"ג דאינו מוכרח לחלק בין עדות בשטר לבעל פה מ"מ נראה עיקר להלכה כהרמב"ם וכן פירש"י וכן דעת הרמב"ן בתשובה וכ"כ רבינו ירוחם נתיב ב' סוף ח"ב וז"ל הסכימו הגדולי' כי דוקא כשאין כתב ידם יוצא ממקו' אחר אבל יוצא אין נאמנין ע"כ וכן כתב הנ"י פ' מי שמת גבי ההוא דהוי כתיב ביה כד קציר ורמי על ערסיה כו' להדיא דהיכ' דכת"י יוצא ממקו' אחר אין נאמנין לומר תנאי היה דברינו ע"ש וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות בשם ר"י ושאר מפרשי' והסכים עמהם ע"ש וכן הביא עוד הב"י לקמן סי' מ"ו מחו' ל"ו תשובת הריטב"א ול"נ דה"ה כשאין כת"י יוצא ממ"א דהא בע"כ איירי כאן לאחר כ"ד וכמ"ש הר"ב וא"כ ה"ה כשאמרו כתב ידינו הוא זה ואחר כ"ד אמרו תנאי אין נאמנין וכן פירש"י להדי' פ"ב דכתובות (סוף דף י"ט) ע"ש וכן הוא להדי' לקמן סי' מ"ו סל"ז דאפי' כשאין כתב ידן יוצא ממקו' אחר אין נאמנין אלא תוך כדי דבור ע"ש ועמ"ש לקמן סי' מ"ו סל"ז וסי' פ"ב סי"ב:

שוב נדפס ספר נקרא גדולי תרומה וראיתי שם בשער כ"א ח"ג הביא בשם מהי"ש טייטצק בתשוב' מהרש"ך ח"א סי' י"ב שהקשה על הטור מהיכן למד כן לדעת אביו

הרא"ש ז"ל ותירץ שם ואין תירוציו מחוורים כאשר גם הגדולי תרומה בעצמו סתר שם תירוציו ע"ש והג"ת שם תירץ מדהוכיח הרא"ש גבי אמנה דמיירי באין כת"י יוצא ממקו' אחר מדתלי טעמ' דלא ניתן ליכתב ולא הוכיח דאל"כ מאי קמבעי' ליה לש"ס אי תנאי דמי לאמנה הא באמנה גופיה אי כת"י אינו יוצא ממקו"א נאמני' ע"ש ולפע"ד אין זו הוכחה דלא בעי לאוכוחי הכי דדילמ' אה"נ בתנאי מיירי אפי' בשכת"י יוצא ממקום אחר לכך לא מצי הרא"ש להכריח אבל אה"נ לבתר שהוכיח הרא"ש דגבי אמנה מיירי בשאין כת"י יוצא ממקו' אחר א"כ גם בתנאי מיירי הכי ועוד דעדיפ' מיניה מוכיח הרא"ש גבי אמנה גופה מיני' וביה סוף דבר לפע"ד אין בדברי הרא"ש הכרח דפליג על הרמב"ם וכן נראה להדי' מדברי רבינו ירוחם שהבאתי לעיל שכתב סתם והסכימו הגדולי' כו' ולא הזכיר דעת הרא"ש רבו כלל משמע כמו שכתבתי:

סעיף ג

וכן בכל טעות כו'. ע' בתשו' רמ"א סי' מ"ח וע' לקמן סי' מ"ג סעיף ז' [ח'] מ"ש שם:

סעיף ד

וכן אם אינו סותר עיקר דבריו. ע' בתשו' מהרי"ט סי' קמ"א:

סעיף ה

כדי שתהא עדות מכוונת ע' בתשו' רמ"א סי' מ"ד:

סעיף ו

ולא אמרו אין אנו יודעים כו'. ע' בתשובת רמ"א סי' י"ב דף נ"ט ע"א וע' בתשובת ר' אליה ן' חיים סימן ל"ז ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ק"ד דף קפ"ט וק"צ וסי' ס"ד:

סימן ל

סעיף א

אינם צריכים דרישה וחקירה. עמ"ש לקמן סימן ל"ג סט"ז ס"ק י"ו דאף אם הדיין ירצה להחמיר לדרוש ולחקור בהשבע חקירות שהזמה תלויה בהן לא יעשה כן וע' בתשובות ן' ל"ב ס"ג סימן כ"ה וריש ס' ד':

סעיף ב

ועדים המעידי' על דבר אסור. ע' בתשובת מהרי"ט סימן קל"ט:

סעיף ג
וסי' י"א כו'. ב' כתי עדים מכחישים זה את זה אע"פ שכת א' הוזמן לקנין וכת אחרת היה אצל הקנין אין אלו נאמנין יותר מאלו כן דייק הב"ח לעיל ס"ס כ"ג מדברי תשובת הרא"ש ע"ש:

סעיף ד
אע"פ שאין עדי ד"מ צריכין דרישה וחקירה. ע' בתשו' מהר"ן ששון סי' י"ז ובתשובת ר"מ אלשיך סי' מ':

סעיף ה
אם הכחישו זא"ז. עמ"ש לקמן סימן ל"ג סט"ז דה"ה אם אירע שחקר הדיין או בקנסות או בדין מרומה ואמר אחד מהן איני יודע עדותן בטלה דה"ל כעדות שאי אתה יכול להזימ' ודלא כהריב"ש סי' רס"ו וע"ש והב"י והב"ח הביאו דברי הריב"ש בסתם ולפעד"נ כמ"ש וצ"ע:

סעיף ו
עדותן בטלה ורמב"ן כתב בסימן מ"ג בתשו' שהשיב לרבני רעגנשפור"ג דאפי' בחקירות כשרה דלא קי"ל כר' יודא מדאמר בר"פ אחד ד"מ דד"מ לא בעינן דרישה וחקירה ולקמן סי' ל"ג סעיף ט"ו הבאתי דברי הרמב"ם וסמ"ג וריב"ש ונ"י דס"ל כהטור וכתבתי שם דהא דדיני ממונות לא

סעיף ז
ואם הכחישו בבדיקות ע' בכסף משנה פ"ב מה' עדות:

סעיף ח
וזה תובעו שניהן דאלו לא תבע לשניהן אז העד האח' מוכחש מפיו עכ"ל סמ"ע וע' ב"ח מ"ש בזה וצ"ע:

סעיף ט
מיישבין דבריהם. ע' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' שי"ג:

סעיף י
וישבע ש"ד על מאה כו'. והא דלא משתבע על הכל מכח דר' חייא כדלקמן סי' ע"ה סעיף ד' צ"ל דהכא כיון דאין כאן עדים אלא ע"י צירוף לא אמרי' הכי וכן משמע מדברי הסמ"ע ולקמן ס"ק י"ט ודו"ק והב"ח תירץ דשאני הכא כיון דיש צירוף כתות הרבה ובתשו' הרא"ש לא הי' שם אלא צירוף כת א' ב' עדי' ודבריו תמוהין דדל מהכא צירוף כתות השני' מ"מ יחייב מצירוף כת הא' וכי בשביל שיש עוד עדי' יגרע ולענין עיקר הדין

באמת המעיין בבעה"ת יראה שלא הוזכר שם בתשובת הרמב"ן שבועה על ק' ואפשר דלענין שבועה ס"ל להרמב"ן דבאמת נשבע על הכל מדר' חייא רק בלשון השאלה הוזכר שבועה דעד אחד אגב שיטפא וא"כ צ"ע לדינא בזה דלא אשכחן בשום דוכתא לחלק בין עדות סתם לעדות ע"י צירוף וגם מה שנראה מדברי הטור דהיכא דכבר נצטרף ע"א לממון לא מחייבינן שבועה על פיו בהנשאר לא הוזכר שם בבעל התרומה דבר מזה וג"כ צ"ע לדינא ונפקא מינה אפילו תימא דחייב בלא ע"א מדרבי חייא מ"מ נ"מ אי התובע אינו טוען ברי כמה הלוה לו רק שטוען ברי ע"פ העדים כגון שאומר שכחתי כמה הלויתי לו רק אני תבעו מה שיעידו העדי' וכדלקמן סי' ע"ה סעיף כ"ג בטוענו ספק ע"פ העד דאז לא מצי משבעינן ליה מדר' חייא ומכח ע"א משבעינן ליה אפילו נצטרף כבר לממון כגון א' מעיד שהלוהו ר' ואחד מעיד שהלוהו ש' והתובע שכח כמה הלוהו משלם ר' ונשבע על ק' הנשארים מכח שבועה דע"א ואלו להטור לא היה צריך לישבע בכה"ג ודוק היטב בכל זה:

סעיף יא

הוחזק כפרן לאותו ממון כו'. כאן לא מיירי אלא מדין צירוף והלכך הוחזק כפרן בנ' אבל מדין שבוע' לא איירי כאן וסמך עצמו אמ"ש לקמן סעי' ע"ה דהתובע צריך לישבע וכ"כ לקמן סי' ס"ה ע"ש וק"ל:

סעיף יב

וע' בא"ע כו'. ולענין עידי קדושין עיין בא"ע סימן מ"ב ס"ב וע' בתשובת משאת בנימין סי' נ"א וע' בתשו' מהר"ן ששון סי' י"ז.

סעיף יג

אחד שהלוה לו באחד בשבת. עיין בסמ"ע שכתב וז"ל הג"ה וכתב ב"י מחו' ס"ח וז"ל ואע"ג דע"א היכא דאחר מכחישו לאו כלום הוא מ"מ אם הוא דבר שיכול להתברר נאמן כ"כ מהרי"ק שורש א' עכ"ל ור"ל עד השני אומר אני אברר דברי כל זמן שאינו מברר עד הראשון נאמן עכ"ל ולא נהירא דלמה יהא הראשון נאמן יותר מהשני אלא מיירי שהראשון אומר אני אברר את דברי והשני אינו רוצה לברר וכן הוא להדיא בקידושין דף ס"ו גבי שלח ואחויי ומהרי"ק שם מייתי ראיה דכיון דיכול להתברר והשני אינו מברר הראשון נאמן ולא השני ע"ש ודו"ק. ומ"מ אני תמה בעיקר הדין שהעתיק הב"י בסימן כ"ח כן בשם מהרי"ק ותו' בקדושין פ' האומר וכ"כ הד"מ והסמ"ע כאן בסי' זה בשם מהרי"ק שהרי לא נאמר דין זה בקידושין שם רק גבי איסורין משום דע"א נאמן באיסורין אלא היכא דאחר מכחישו אינו נאמן והלכך בדבר דיכול להתברר אומרים

דנאמן להחמיר בדבר איסור אבל בממון לא שמענו דין זה מעולם ולא אשתמיט חד מהפוסקי' דלכתוב כן וגם מהרי"ק שם לא כתב כן לדינא לענין ממון רק מייתי שם דוגמא דמצינו בדבר שיכול להתברר לא סמכינן על הדחוי ע"ש והנראה כדברי וכן נ"ל עיקר לדינא דלענין ממון אין חילוק בין דבר שיכול להתברר או לא ודברי הב"י והד"מ והסמ"ע בזה צל"ע:

סעיף יד

וטעו בעבורא דירחא. ע' בגמרא ר"פ בן סורר ומורה ובתשו' הרא"ש כלל מ"ה סימן כ"ה גבי ובד"נ לא אזלינן בתר רובא ודוק היטב:

סעיף טו

ואי הוברר הדבר כו'. כתב סמ"ע כגון שזה מעיד שנעשה ב' בחודש והשני מעיד שנעשה ד' ימים בחודש וכו' עד א"נ אינן מחולקין אלא ביום אחד והוא אחר חצי חודש שזה אומר שנעשה ט"ז ימים לחודש כר עכ"ל כן הוא בב"י וד"מ וכן הוא בעיר שושן ודלא כאגודת אזוב דף ע"ז ע"ד וכן הוא להדיא ברמב"ם ספ"ט מהל' עדות דאחר חצי החדש לא אמרי' דטעו ע"ש וכן הוא בהגהות אשר"י ס"פ גט פשוט פר"י ממהרי"ח וכן הוא בתשו' הרא"ש כלל מ"ה סי' כ"ה כן ובריב"ש סימן שפ"ב:

סעיף טז

ואם נעשה השטר קודם ניסן כו'. ובפרישה כתבתי דנראה דל"ד קאמר קודם דה"ה אם נכתב בשטר שהלוה לו בניסן סתם והוא הביא עדים שפרעו ביום שני דניסן דאמרינן דהשטר נעשה בר"ח ניסן והפרעון היה ביום שאחריו דיד בעל השטר על התחתונ' עכ"ל סמ"ע וכן נראה עיקר ודלא כהב"ח שהשיג עליו:

סעיף יז

ואם אמר זה שלא כתב עדותו כו' לעשות המלוה בשטר כו' היינו שיכול לגבות ממשעבדי וע"ל ר"ס נ"א שהארכתי בזה עכ"ל סמ"ע ועמ"ש לקמן ר"ס נ"א שהארכתי להשיג עליו בזה:

סימן לא

סעיף א

שתי כתי עדים המכחישות זו את זו שבא אחד מכת זו ואחד מכת זו. כך הוא בכל הפוסקי' וצל"ע איך הדין בשני עדים שמכחישין זא"ז דג"כ חד מנייהו משקר אי נאמר ג"כ דפסולין לעדות אחד ביחד או לא הלא בסי' ל' בטור ובכל פוסקים כתבו שני עדים

המכחישין זא"ז איך הדין לאותו עדות אבל לעדות אחרת מזה לא הזכירו רק בב' כיתי עדים כתבו דינא לערות אחרת דמשמע דבשני עדים המכחישין זא"ז לא פסולין לעדות אחרת כיון שכל א' אינו מוכחש משנים וצ"ע עכ"ל חכם אחד ואמר שדבר זה נפל בו מחלוקת גדול בק"ק בריסק במעשה שאירע שם כן ונחלקו הלומדי' מאד בדבר והניחו בצ"ע ול"נ מדברי הר"ן פרק האשה שנתארמלה דשני עדים נמי פסולי' לעדות אחרת דאמרי' התם ע"א אומר נתגרשה ועד א' אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א קמסהדי והאי דקאמר נתגרשה הו"ל חד ואין דבריו של אחד במקו' שנים וכתב הר"ן וז"ל מדקאמר האי לישנא ש"מ דלא קיימא בחזקת אשת איש אלא אפומא דהני סהדי ואם תאמר והיכי מיתוקמ' באשת איש אפומייהו והא כיון שמכחישין זא"ז על כרחך חד מנייהו פסול הוא דמה"ט אמר בפ' כל הנבשעין דשני כיתי עדים המכחישין זא"ז זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה אבל לא אחד מכת זו ואחד מכת זו לאו קושיא היא דמיתוקמ' כגון דתרווייהו מודו בגירושין אלא דפליגי בקרוב לו וקרוב לה וכה"ג עבידי דטעי עכ"ל אלמא דכי היכא דב' כיתי עדים פסולי' לעדות אחרת ה"ה שני עדים וכן מוכח מדברי הריטב"א והרמב"ן שהבאתי לקמן סי' מ"ו סל"ז ס"ק ק"ז ע"ש וע' בתוס' דר"ה דף כ"ד ע"א:

סעיף ב

וישבע על השאר בנק"ח. כ"כ הרמב"ם והטור וטעמייהו דה"ל כמוד' במקצת דהיינו המנה שמשלם ע"פ השטר הא' דלא יהא גדול ההודאת פיו מהעדאת עדים ואע"ג דאין כפירה והודא' בשטר מביאה לידי ש"ד וכמ"ש הטור והמחבר לקמן סי' פ"ח סכ"ח ה"מ בשטר שהוא ודאי כשר משא"כ זה שאינו ודאי כשר וה"ל כתביעה והודאה דע"פ עכ"ל סמ"ע. ר"ל כיון דאין כאן שטר כשר בודאי לא הוי שעבוד קרקעות וכך הקשה הראב"ד וכן תירץ בכסף משנה ואינני מבין תירוץ זה דהא במנה ודאי יש שטר כשר ממ"נ ואולי כוונו למ"ש הב"ח דאינו גובה הקטן רק מבני חרי ולא ממשעבדי וכמו שכתב בעה"ת שער כ"ט ח"ג ע"ש הרי"ן מגא"ש אבל לפע"ד זה אינו דודאי גובה המנה ממ"נ אפי' ממשעבדי ובעה"ת לא מיירי התם אלא במלוה אחד וב' לוין כדלקמן סעיף ג' מטעם שאם היה כופר לא היה יכול לגבות א"נ בהך דינא דהכא בגדול אבל בקטן דחייב עכ"פ משמע בבעה"ת שם דגובה אפי' ממשעבדי וכן בב' מלוין וב' לוין כ' שם דגובה ממשעבדי אבל לי נראה לתרץ דהרמב"ם לא מיירי הכא מש"ק ולא בא אלא לומר דדין זה דומה לדרבי חייא וכמודה מקצת ובמודה מקצת גופי' וכן בדר' חייא גופיה קשיא למ"ד שעבוד דאוריית' אפי' במלוה ע"פ היכ' משכחת לה ש"ד וצריך לתרץ בדלית ליה קרקע וכמ"ש

התוס' בריש בבא מציע' והר"ן ריש פ' שבועות הדיינים וכ"כ הרא"ש והטור והמחבר באמת לקמן ס"ס פ"ח וכן מפרש דברי הרמב"ם בדלית ליה קרקע ונראה פשוט שגם הר"ן שכ' כאן דנשבע היסת אינו חולק על הרמב"ם לענין דינא שהרי לא הביא דברי הרמב"ם אלא מיירי בדאית ליה קרקע ולא כב"י וסמ"ע שכתבו דחולק עוד הקש' הכ"מ שם דהא מ"מ אינו יכול לכפור בק' והרמב"ם כ' בפ"ד מטוען דכל שאינו יכול לכפור אינו חייב במוד' מקצת והניח בצ"ע ונ"ל דלק"מ דדוק' במודה פטור מטעם דה"ל הילך משא"כ בשאינו מודה על מה שבשטר וכמו שחלקתי בסי' ע"ה סעיף ו' בהגהות ע"ש:

סעיף ג

שלא ישביעוהו כו'. אבל נששרפו אין שייך לומר שישבעוהו וכ' עד לאפוקי ב"י עכ"ל סמ"ע וכן השיג עליו הב"ח:

סעיף ד

אא"כ באו עידי השטר והעידו בב"י לקמן סי' ס"ג פי' דהיינו שנת"י יוצא ממקום אחר דאל"כ כיון שאין זוכרין ההלואה אין עדותן עדות כמ"ש הרמב"ם פ"ט מהל' עדות ונתברר לקמן סי' מ"ו סעיף י' עכ"ל ולא נהירא דמה בכך שכת"י יוצא ממקום אחר כיון דאם לא מקיימי שטר זה משום שטר אחר עוד כ' הב"י בכסף משנה פירוש אחר דמיירי שזוכרין ההלואה אלא דאשמעי' דסד"א כיון שאינם מעידין שחתמו אלא שזכרו ההלואה הוי חיישינן דלמא העדי' טועי' בענמם וסוברי' שהוא רתימתן ולא ליהוי אלא מלוה ע"פ המ"ל כל שזוכרין ההלואה רגלי' לדבר דקושטא היא והוי מלוה בשטר וכה"ג פי' בב"י לקמן סי' ס"ג דברי הרמ"ה וגם זה לא נהירא דאם איתא שיש חשש שהם טועי' מאי מהני כשזוכרין ההנואה לעשותו מלוה בשטר אלא נראה דהרמב"ם ס"ל כשהעדי' עצמם מכירי' חת"י לא חיישי' שהם טועי' וכן משמע בר"ן פ' אלו נערות לדעת הרמב"ם מיהו בעינן שזוכרין ההלואה דאל"כ לא עדיף שטר זה מכל שטר דעלמא ובסתם אמרי' שזוכרין ההלואה והרמ"ה חולק וס"ל כהר"ן ויתבאר דעתו לקמן סי' ס"ג ודוק ועמ"ש עוד בזה לקמן סי' ס"ג שהשגתי על תשובת מהר"ן ששון סי' רע"ט:

סימן לב

סעיף א

על הדרך שיתבאר לקמן סי' פ"א ע"ש שהארכתי שם בעזה"י:

סעיף ב

וחייב בדיני שמים ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם לו הזיקו ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' ע"ג:

סעיף ג

וכן אם לא שכרן כ"כ התוס' ריש פ' הכונס (בבא קמא דף נ"ו ע"א) ודייקי לה מדקתני השוכר דוקא וגם מדקתני השולח את הבערה ביד חש"ו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים שלח ביד פקח הפקח חייב משמע דשולח פטור אף מדיני שמים אבל קשה לי על דבריהם דהא אמרי' בקדושין פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ג ע"א) דאף דאין שליח לד"ע מחייב בדיני שמים דמתמה התם בפשיטות מכלל דת"ק סבר אפי' בדיני שמים נמי פטור ומשני בי דינא רבא ובי דינא זוטא איכא בינייהו ופרש"י עונש גדול ועונש קטן ואפשר ליישב דבריהם בדוחק אבל מ"מ נ"ל עיקר דלעולם חייב בדיני שמים היכא דגורם היזק לחבירו אפי' לא שכרן והא דקתני השולח את הבערה ביד פקח הפקח חייב ולא קתני דהשולח חייב בדיני שמים היינו כיון דפקח משלם תו לא שייך דיני שמים על המשלח וכ"כ הריטב"א פ' האיש מקדש וז"ל שלח ביד פקח פקח חייב פי' והשולח פטור לגמרי ואפי' מדיני שמים כיון שכבר נשתלם הניזק מן הפקח משא"כ בשוכר עדי שקר שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים דלא אשתלם ניזק מניזקי' וכן אתה אומר בכל אותם שבריש פ' הכונס עכ"ל והא דקתני השוכר אורחא דמילתא נקט דאם אינו שוכר מסתמא אינן שומעין לו דתרי לא עבדי דחוטאי' אם אין להם הנאה:

הגה ולע"ד לכאורה נראה ראיה לדברי התוס' מהא דאמרי' בסנהדרין פרק ז"ב דף ס"ט ע"א מנין שאין טוענין למסית מנחש הקדמוני דאמר ר' שמלאי הרבה טענות הי' לו לנחש לטעון ולא טען ומפני מה לא טען לו הקב"ה לפי שלח טען הוא מאי הל"ל דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין עכ"ל וטעם דאמרי' אין שליח לד"ע הוא נמי משום אותה טענה דדברי הרב כו' ואי תימא דבדיני שמים חייב הא התם דיני שמים הוי וא"כ לא הוי מועיל הטענה דדברי הרב נגד הקב"ה משום דדיני שמים הוי ואע"ג דאיתא במדרש רבה שדנו אותו בסנהדרין של ע"א מ"מ דין שמים הוא א"ו אין שליח לד"ע אפי' בדיני שמי' ויש לדחות בדוחק ודו"ק) וע"ל סי' תי"ח:

סעיף ד

העדים חייבין לשלם. פי' אבל לא זה שהוציא הממון על ידו כיון שהוא אינו מודה ואין העדי' נאמני' עליו דכיון שהגידו מתחלה שוב אינן יכולי' להחזיר ולהגיד בע"א אבל לגבי עצמן נאמנין לחייב נפשם עכ"נ סמ"ע ובהכי אירי הנ"י בשם הרא"ה ודלא כב"י

וכ"כ בד"מ ע"ש וכן כ' הרמב"ן להדיא בדיני גרמי שלו הבאתיו לקמן סי' ל"ח והיכא שיש תביעה לאחד עם ג' ואי נעשה בע"ד וב' נעשו עדי' אם מודי' אח"כ צריכין להחזיר המעות אף שאומרי' שבדין לקחו ממנו שהוא חייב להם כן פסק מהרש"ל ביש"ש דב"ק פ' ד' סי' י"ח:

סימן לג

סעיף א

וי"א דקרובי האם נמי אינן פסולי' אלא מדרבנן. משמע מדבר' הר"ב דהי"א אלו מקילין וס"ל דאינן פסולי' אלא מדרבנן ונ"מ ג"כ לענין עדי קדושין ולפע"ד זה אינו דהא ע"כ טעמו של הרמב"ם כמ"ש בכסף משנה פי"ג מהל' עדות דס"ל שכל מה שאנו דורשי' מהי"ג מדות שהתורה נדרשת בהן הוא מדבריהם כו' ע"ש בכ"מ שהאריך קצת בזה וכ"כ הריב"ש סי' י"ד והביא שם ג"כ תשובו' הרשב"א שזהו טעמו של הרמב"ם שהולך לשטתו שאמ' בעיקר השני של ספר מנין המצות שחבר שכל הדברי' הבאי' בא' מי"ג מדות שהתורה נדרשת בהן אינן דאורייתא אלא דרבנן כו' וכ"כ בעיר שושן שזהו הטעם די"א וכן מוכח בודאי דעת הרמב"ם דאל"כ אין טעם לדבריו למה יהא קרובי האם רק מדבריהם וכ"כ הרמב"ם ג"כ בריש הלכו' אישות שקדושי כסף הם מדבריהם וכמו שביאר הרמב"ם עצמו דבריו כן בתשוב' שהביא הרמב"ן בהשגותיו על הרמב"ם במנין המצות וא"כ פשיטא דאין כוונת הרמב"ם כאן בקרובי האם לומר דכיון שהוציאו בא' מהי"ג מדו' לא יהא בהם ד"ת שהרי גם בקדושי כסף כתב הרב המגיד בריש ה' אישות שדעת הרמב"ם שדינו ד"ת לכל דבר וגם בס' זוה' הרקיע שחבר הרשב"ץ על מנין המצות האריך בזה והוכיח שדעת הרמב"ם שקדושי כסף וכן כל דבר שנלמד בא' מי"ג מדות דינו דין תורה לכל דבר רק שאין להכניסו בכלל מנין התרי"ג מצות כיון שאינו מפורש בתורה וכן בס' מגלת אסתר שחבר מה"ר יצחק ליאון על מנין המצות האריך בזה וכתב ככל דברי הרשב"ץ ודבריה' נכונים ומוכרחים וכ"כ בכסף משנה ריש הלכות אישות וז"ל ולדרך הרמב"ם לק"מ דהא דבר הנלמד בי"ג מדות דבר תורה ממש הוא וסוקלין על ידו ומביאין קרבן על שגגתו ככל דברים המפורשים בתורה ולא קרי להו דרבנן אלא לו' שאלמלא שהם קבלוהו מסיני לא היינו מפרשים אותו כך כו' עכ"ל וכן ראיתי שכתב הרמב"ם גופיה בפ"ג מהלכות אישות וז"ל המקדש בביאה הרי אלו אלו קדושי תורה וכן מתקדשת בשטר מן התורה אבל הכסף מדברי סופרים וכן דין הכסף דין תורה ופירושו מדברי סופרי' שנאמר כי יקח איש אשה ואמרו חכמים לקוחי' אלו יהיו

בכסף שנאמר נתתי כסף השדה קח ממני עכ"ל ובכ"מ שם כתב דנוסחא זו אינה נכונה דמאי וכן הרי הכסף מוחלק משטר וביאה שאלו ד"ת וזה ד"ס ונוסחא אחרת מצאתי שכתוב בה אבל הכסף מדבריהם שנאמר כי יקח איש אשה ואמרו חכמי' כו' עכ"ל ולפע"ד נוסחא זו נכונה (והיא נדפסת בספרי המיימונות הגדולי' שנדפסו בשנת ש"י ובספרי מיימוני שנדפסו בשנת של"ד וכן בשאר דפוסים) וה"ק וכן דין הכסף דין תורה כלומר בדינו הוא שוה לביאה ושטר לכל דבר מדין תורה רק שפירושו מד"ס א"כ לפ"ז פשיטא דאף להרמב"ם גם בקרובי האם דינן כקרובי האב וכ"כ הב"י וד"מ גופיה בא"ע ס"ס מ"ב בשם תשובות רשב"ץ דמ"ש הרמב"ם דקרובי האם הם מדברי סופרים אינו אלא לענין שאינם נכללים בדברי רבי שמלאי לענין מנין המצות אבל מ"מ דין תורה הם וא"כ המקדש בפניה' אינה מקודשת עכ"ל ותמיהני על ה' המגיד שכתב בפ"ד מה' אישות וז"ל י"מ שכל אותן הנלמדי' מן המדרש כקרובי האם הם מדברי סופרי' וכ"כ הרמב"ם פי"ג מה' עדות והוא ג"כ מהשורש השני שהניח בספר המצות וכבר חלקו עליהם ז"ל ואמרו שכל הבאי' מן המדרש הם מן התורה בין קרובי האם ובין קרובי האב וזה דעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל עכ"ל והרי הוא עצמו כתב בריש הל' אישות לדעת הרמב"ם גבי קידושי כסף שהם דין תורה לכל דבר א"כ גם גבי קרובי האם הל"ל כן הא שניהם הם הנלמדי' באחד מי"ג מדות וכן נ"ל עיקר שגם הרמב"ם סובר בקרובי האם שדינן דין תורה לכל דבר ולא נ"מ בינייהו לענין דינא ואפי' תימא שדעת הרמב"ם דקדושי כסף הם מדברי סופרים ממש כיון שאינו מפורש בתורה רק ללמד באחד מי"ג מדות מ"מ הרי הרמב"ן בהשגות שם וכל הפוסקי' הוכיחו בהרבה ראויות חזקות ובצורות דקדושי כסף וכן כל דבר הנלמד בא' מי"ג מדות הם מן התורה ממש וכן המחבר כתב בא"ע ס"ס כ"ו האשה מתקדשת בג' דרכים בכסף או בשטר או בביאה כו' ולא הביא שום סברא אחרת כלל וגם הר"ב בהגהה סתם כותיה וא"כ מלבד מ"ש לעיל ק' על הר"ב היאך הביא כאן הי"א שקרובי האם פסולי' רק מדרבנן ואפשר דס"ל כמ"ש ה' המגיד שהבאתי לעיל אבל כבר כתבתי דדברי ה"ה תמוהים בעיני ומ"מ יהיה איך שיהיה העיקר דפסולים דאורייתא כמו שפסק הריב"ש שם והביא תשובת הרשב"א נמי שפסק הכי ושכ"כ הרי"ף בתשובה וכן הוא בקצרה בתשובת רשב"א סי' אלף קפ"ה וכן העתיק בשלטי הגבורים פ' ז"ב תשובה ארוכה ונראה שהיא תשובת הרשב"א ע"ש וכ"כ הרא"ה בספר החנוך פרשת כי תצא מצוה תקצ"ו שגדולי חכמי' ונבונים פסקו אף בכל קרובי אחוה מן האם דפסולי' דאורייתא כו' וכן הוא בתשובת רמב"ן סי' קי"א וכ"פ להדי' בתשובת דברי ריבות סי' רס"ד וכן נרא' מדעת שאר כל הפוסקי' שכתבו סתם שכשם שקרובי האם פסולים קרובי

האב פסולי' וגם מהסמ"ג לאוין רט"ו ושאר פוסקים מוכח כן בביאור יותר ע"ש וכן נראה דעת הב"ח והר"ב והע"ש שהביאו דעת הי"א לא כיוונו יפה:

סעיף ב

כל אשה שאתה פסול לה. ע' בתשובת רמ"א סי' צ"ה שאלה ו' סי' קל"א:

סעיף ג

ומיהו לכתחלה לא יחתמו. מוכח בת"ה שם דה"ה להיות דיינים ביחד או לאחד מבעלי דינין אסור לכתחל' ב' בב' תרי בעל גבי חליצה ע"ש וכ"כ הר"ב בא"ע סי' קס"ט ס"א לענין חליצה ע"ש וא"כ ה"ה דעד שהוא ב' בב' ב' בעל עם הבעל דבר לא יחתום לכתחלה על השטר ודו"ק:

סעיף ד

כך הוא פסול להעיד. עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' שי"ג:

סעיף ה

אסורי' לדון. עיין בתשובת מלובלין סימן ס"ג:

סעיף ו

ונ"ל

ד) דבדיעבד דינו דין. עיין מ"ש בסמ"ע:

סעיף ז

דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי. כ' הסמ"ע בב"י נסתפק כשהורתן שלא בקדוש' וכו' עד ובד"מ הביאו וכ' עליו דבעי' ג"כ שיהיה לידתו שלא בקדושה עכ"ל סמ"ע וז"ל ד"מ ובפירוש ר"ש סוף מסכת שביעית מוכח בהדיא דלשון נתגיירו לא משמע אלא בגר שהיתה לידתו שלא בקדוש' עכ"ל ומביאו הב"ח ולדידי בלא"ה ליכא ספיקא כלל דכיון דאמרי' בפ' נושאין על האנוסה (סוף דף צ"ו) וברי"ף והרא"ש שם היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדוש' חייבין כרת משום אשת אח וכ"כ הרמב"ם פי"ד מהל' איסורי ביאה והוא פשוט ומוסכם מכל הפוסקים וכמו שנתבאר בי"ד סי' רס"ט סעיף ד' א"כ פשיטא דפסולין מדאורייתא ומאי דאמרינן בפ"ד דיבמות עדות לב"ד מסורה היינו בפסולי דרבנן וזה ברור:

סעיף ח

אם מתה אשתו. נראה דה"ה נתגרשה:

סעיף ט

אם נפסק הדין כ"כ הב"י בשם בעל העיטור אבל אין טעם לחלק בין נפסק הדין או לא אבל כוונת בעל העיטור לומר כשהעד העיד מתחלה בב"ר כשהיה קרוב ולא ידעו מקורבתו ואח"כ נודע מקורבתו ונפסל ופסקו הדין לא יוכל אח"כ לתבעו עוד בעד זה אחר שנתרחק שבודאי יאמר כדבריו הראשונים שלא יהא כשקרן וכן משמע בבעל העיטור אות קו"ף דף ל"ח סוף ע"א להדיא וז"ל והיכא דאתו בי תרי לדינא ואייתי סהדי ואישתכח דקרוב הוא ואיפסל ופסקו ובתר כמה יומי נתרחק דאי הוי מסהיד ההיא שעתא כשר הוי מסתבר כיון דאיפסק ההוא דינא איפסק ולא סתר דינא דעביד אינש לאחזוקי דיבוריה עכ"ל והר"ב והאחרונים לא ביארו זה והיה להם לבאר:

סעיף י

היה יודעלו בעדות. נראה דמי שגירש את אשתו אינו כשר להעיד לה רק בעדות שראה לה קודם שנשאת אבל בעדות שרא' לה אחר שנשאת לא משום דבעי' תחלתו וסופו בכשרות ואפי' להראב"ד וסייעתו לקמן סימן ל"ד סכ"ו ועמ"ש לקמן סימן ל"ד גבי מה שהשגתי על תשובת ריב"ש סימן של"ט:

סעיף יא

אין הצוואה כלום. עיין בתשובת מהרי"ט סי' ק"ה:

סעיף יב

לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות. וכ"פ בתשובת ר"א ן' חיים ס"ס כ"ט שהכרעת המחבר מכרעת ובתשובה סי' ק"ג לא כתב כן אלא כתב דהוי ספיקא דדינ' וע"ש ועמ"ש לקמן סי' ל"ז סעיף י"ט ועיין בתשובת מהרי"ט סי' כ"ו וסי' ק"ה:

סעיף יג

ל"ש אם הלוה בא לפטור עצמו כו'. עיין סמ"ע עד ועיין דרישׁ' שם כתבתי עוד פי' אחר לזה ועיין בב"ח פי' אחרים נכונים:

סעיף יד

והם מעידין עליו שהודה (שלא פרע) או ששטר ביד מלוה והלוה מביא עדים שפרעו והם קרובי' לערב ר' ירוחם נתיב ב' ח"ג והב"י כ' על זה ורבינו כתב כדברי כולם וליתא דלא נזכר פי' זה בטור חלא הוא פי' שלישי והוא מדברי הרמב"ן בס' מלחמות שמפרש שם בהפך ממה שפירש הראב"ד ע"ש והוא פי' נכון:

סעיף טו

אם טוען שפרע עיין בב"י וברי"ו נ"ב ח"ג מעורבבים בדעת הראב"ד שנראה להדי' מדבריהם שהראב"ד מחלק בין שני דיבורים לדיבור אחד והא ליתא ולהראב"ד אין לחלק כלל בכך אלא מחלק דהתם כיון שהוא מעיד על עצמו א"כ לא שייך ביה עדות כלל שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה משא"כ הכא דה"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ועיין בהרא"ש פ"ק דמכות וכמדומה שר' ירוחם והב"י הבינו שגם להראב"ד קאי תירוצא קמא דהרא"ש אבל הא ליתא ע"ש ודוק ותשכח כדברי ועיין בריב"ש סי' של"ט ועיין מ"ש לקמן סי' ל"ד סעיף כ"ו:

סעיף טז

קרובי נרצח יכולי' להעיד כו'. ואפי' הנרצח עצמו כל זמן שהוא חי ואינו טריפה יכול להעיד. כן הוא במרדכי שם וכתב ב"י משמע מהכא דטריפה אינו כשר להעיד וכ"כ בסימני המחודשים בסתם טרפה אינו כשר להעיד משמע מדבריו דטרפה פסול להעיד לכל עדות מצד פסול בגופו שהוא טרפה ואין דבריו נכונים וכמ"ש לקמן ובד"מ כתב דהמרדכי מיירי בדיני נפשות וס"ל כהנ"י פ' זה בורר דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימה רק בדיני נפשות ולא בדיני ממונות וכ"כ המרדכי פ' ז"ב בשם ר"י דעדי' הקרובי' לדייני' כשרים דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימה בד"מ ולכך טרפה כשר להעיד בד"מ ע"כ ומביאו הסמ"ע בקצרה ס"ק כ"ו וכת' דמור"ם קצר כאן ולא הגיה משום דרבים חולקי' עליהם משמע מדבריהם למאי דרבים חולקי' וס"ל דעדות הקרובי' לדייני' פסולי' משום דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה וטרפה פסול אף בד"מ וכל דבריהם תמוהין מכמה טעמי' חדא נהי דבממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה היינו כגון בעדות הקרובי' לדייני' וכה"ג וכמ"ש לקמן דאם מעידין בגוף העדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות הוא דבעדות זה לא יבואו לידי הזמה אבל עד טרפה נהי דהוא טרפה מ"מ מה שהוא מעיד בממון שייך ביה הזמה דכשיזום ישלם ממון וכי מה ענין טרפה לתשלומי ממון וגם מה דס"ל לב"י דטרפה פסול משום פסול בגופו שהוא טרפה וגם מה שמפלפלין הדרכי משה והסמ"ע בזה נלע"ד דכולן שגו וטעו ואשתמיטתהו ש"ס ערוכה בסנהדרין פ' הנשרפין (סנהדרין דף ע"ח ע"א) דגרסינן התם אמר רבא טרפה שהרג שלא בפני ב"ד פטור דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה (פירש"י דאין יכול לחייבו ע"פ עדים שאם הוזמו אין נהרגין דגברא קטילא בעי למיקטל) ואמר רבא עדים שהעידו בטרפה והוזמו אין נהרגי' עידי טרפה שהוזמו נהרגין רב אשי אמר אפי' עידי טרפה שהוזמו אין נהרגין לפי שאינן בזוממי זוממין וכ"פ הרמב"ם בפ' ד' מה' עדות וכתב הכ"מ שם דצריך

לפרש דבשעה שהעידו לא הוי ידעינן שהם טרפה דאל"כ איך העידו וע"ש וא"כ מוכח להדיא דבין לרבא ובין לרב אשי אפי' בדיני נפשות טרפה כשר להעיד מצד עצמו ואינו פסול מצד פסלות בגופו אלא לרב אשי פסול בד"נ משום שאינו בזוממי זוממין משום דגברא קטילא בעי למקטל והוי ליה עדות שא"א יכול להזימה וכמו שפירש רש"י שם וזה לא שייך כלל בממון דמ"מ כשיזומו יתחייבו לשלם ממון וכי מה ענין תשלומי ממון לטרפה וא"כ מה שכתב המרדכי כל זמן שהוא חי ואינו טרפה כו' היינו משום דמיירי בד"נ גם מ"ש הד"מ והסמ"ע שדעת הנ"י פ' ז"ב והמרדכי פ' ז"ב בשם ר"י דבממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה ליתא דאדרבא בנ"י שם משמע להדיא איפכא דמייתי את הירושלמי דעדים הקרובי' לדיינים פסולי' משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה ומשמע מדבריו דהיינו לענין ממון ע"ש וכן משמע עוד מדברי הנ"י פ' החובל ע"ש ומה שכתב הנ"י ר"פ אחד ד"מ ד"מ לא בעינן דרישה וחקירה ומינה דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימ' דטעמא דדרישה וחקירה משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימ' הוא עכ"ל ר"ל דלכתחלה לא בעינן לחקור משום עדות שאתה יכול להזימה דלכתחלה אין מדקדקין בזה משום שלא תנעול דלת בפני לוון וכמ"ש לקמן לפרש דברי הרמב"ם דבפ' ב' מהל' רוצח כן ע"ש ואמרינן מסתמא יודעים באיזו יום ובאיזו שעה הוא ולא בעינן שיעידו בפירוש בענין שתהא ראוי להזמה אבל אם ידעינן בודאי שאין יודעים באיזו יום ובאיזו שעה וה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות הוא וכמו שהוכחתי לקמן מן הש"ס ע"ש וכן צריך לפרש דברי בעל העיטור שבסוף אות ק' קרובים דף ל"ט ע"ג כתב שלא יהיו העדים קרובי' למלוה ולדיינים דהא שייכא הזמה בעידי קיום עכ"ל אלמא דבעינן בממון עדות שאתה יכול להזימה ולעיל באותו דף בע"א כתב ד"ת א' ד"מ וא' ד"נ בדרישה וחקירה כו' עד כדי שלא תנעול דלת בפני לוין הלכך לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה אלא בדיני נפשות עכ"ל א"ו צ"ל דבריו כמו שפרשתי דברי הנ"י ודוק וכן מ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ג מהלכות מלוה ולוה (והסמ"ג דף קע"ז ע"ד) וז"ל מכאן אתה למד ששטר שאין בו מקום או זמן כשר אע"פ שעדות זו אי אתה יכול להזימה שאין מדקדקין בד"מ בדרישה וחקירה כמו שיתבאר שלא תנעול דלת בפני לוין ולפיכך שט"ח המאוחרין כשרין אע"פ שא"א יכול להזימן עכ"ל ונראה שהוציא כן מהש"ס דר"פ א' ד"מ ועיין בה' המגיד שם היינו נמי דלענין לכתחלה לא בעינן לחקרם ולידע אם הם עדות שראויה להזמה ואמרי' מסתמ' העדים יודעים המקו' והזמן אבל אם היו העדים לפנינו ולא ידעו או שהכחישו זא"ז בחקירות עדותם בטל' משום דבעינן עדות שראויה להזמה וכמו שאוכיח לקמן מן הש"ס ורמב"ם וסמ"ג ושאר פוסקים תדע שהרי הר"ן סוף

כתובות מביא דברי הרמב"ם דס"פ י"ז מה' מלוה והרי הר"ן ספ"ב דכתובות ס"ל דגם בד"מ בעינן עדות שראויה להזמ' א"ו כמ"ש ומ"ש המרדכי פ' ז"ב דר"י מכשיר עדות הקרובי' לדיינים לא כמו שהבינו הד"מ והסמ"ע דהיינו מטעם דבממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה אלא אדרב' מדברי ר"י מוכח להפך שהרי כתב המרדכי שם ור"י מכשיר בפ"ב דכתובות גבי עד ודיין מצטרפין ע"כ ובפ"ב דכתובות (דף כ"א ע"ב) שם כתבו התוס' וז"ל אין עד נעשה דיין הטעם כמ"ש רשב"ם וי"מ משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה ואם העדים נעשו דיינים עדות שאין אתה יכול להזימה הוא שלא יקבלו הזמה על עצמם ומיהו לפי טעם זה אם העדים קרובים לדיינים אינם יכולים להעיד דלא יקבלו הזמה עליהם אלא כיון דבני הזמה נינהו בב"ד אחר עדות שאתה יכול להזימה קרינא בהו ה"נ יהיה הדיין נעשה עד ודוק' בעד המעיד אבל עד שאין צריך להעיד כגון שיש אחרים שיעידו נעשה דיין ודוקא בדיני ממון אבל בדיני נפשות אפי' עד הרואה אין נעשה דיין לר' עקיבא כו' עכ"ל וכ"כ עוד התוס' סוף פ' החובל (בבא קמא דף צ' ע"ב) בשם ר"י ע"ש הרי מוכח להדיא דעת ר"י איפכא דאף בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה אלא דמכשיר בעדים הקרובי' לדיינים דזה הוי עדות שיכול להזימה בב"ד אחר ולפי דעתי אין שום פוסק שיחלוק לומר דבממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה וכמו שאוכיח לקמן מן הש"ס וכן נראה מדברי הרי"ף והרא"ש פ' זה בורר שהביא את הירושלמי בסתם דעדים לא יהיו קרובים לדיינים משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה משמע מדבריהם דלענין ממון הב אוהו שהרי אין דרכם להביא מה דשייך דוקא לענין ד"נ וכן נראה עוד להדיא מדברי הרא"ש בפ"ב דכתובות גבי קיום וכ"כ הר"ן להדיא בספ"ב דכתובות ע"ש שהאריך וכן משמע פשטא דסוגיא דפ' מרובה סוף (בבא קמא דף ע"ה) דפריך התם והא ק"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה לא הוי עדות וכו' ועוד נלע"ד להוכיח כן מן הש"ס דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה דאמרינן בש"ס ריש פ' אד"מ דד"ת אחד ד"מ ואחד ד"נ צריכין דרישה וחקיר' ומ"ט אמרו ד"מ לא בעינן דרישׁ' וחקירה שלא תנעול דלת בפני לוין ובדיני קנסות וכן בדין מרומה אוקמא אראורייתא ובפ' היו בודקין אמרי' בש"ס דטעמא דדרישׁ' וחקירה הוא משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה הוא וא"כ אף בהודאות והלואות נהי דתקנו רבנן דלא בעינן דרישה וחקירה היינו שאין הב"ד צריכים לכתחל' לחקור ולדרוש העדים משום שלא תנעול דלת בפני לוין אבל מ"מ מוכח דבעינן עדות שאתה יכול להזימה אף בד"מ ואפי' בהודאות והלואות ונפקא מיניה אלו חקרו הב"ד את העדים בדיעבד ואמרו איני יודע בחקירות ודרישות עדותן בטלה כדאמרינן להדיא בש"ס ס"פ היו בודקין דאפי' עד א' שאומר איני יודע

בדרישות וחקירות עדותן בטל' דה"ל עדות שא"א יכול להזימה ובבדיקות עדותן קיימת דעדות שאתה יכול להזימה הוא ודוחק לו' דעקרו רבנן משום נעילת דלת דינא דעדות שאתה יכול להזימה לגמרי דזה לא מסתבר כלל: ועוד דגרסי' בפ' ז"ב סוף (דף ל) אמר רב יודא עדות המכחשת זא"ז בבדיקות כשרה בד"מ ומשמע דבחקירות פסול' וכמ"ש הרמב"ם רפ"ג מה' עדות וסמ"ג וט"ו לעיל סי' ל' וכ"כ נ"י פ' ז"ב גבי אחד אומר בדיוטא עליונ' כו' וכ"כ הריב"ש סי' רס"ו דעדות המוכחשת בחקירות פסולה אפי' בד"מ דלא בעינן בהו דרישה וחקירה דדוק' מוכחשת בבדיקות היא דכשרה בד"מ וכהנהו גוונא דאיתמר התם בפ' ז"ב אבל בחקירות לכ"ע פסולה אפי' בד"מ כו' וכ"כ ר' ירוחם נ"ב ח"ב ושאר פוסקים להדיא והיינו ע"כ מטעם שכתב רש"י וז"ל בבדיקות שאינו משבע חקירות באיזו יום באיזו שעה שהזמה תלוי בהן אלא בכלים שחורים וכלים לבנים שאין דין הזמה תלויה בהן עכ"ל הרי בהדיא דעדות המכחשת זא"ז בחקירות פסול' מטעם דבעינן עדות שאתה יכול להזימה דאם לא כן אין טעם כלל לפסול עדות המכחשת זה את זה בחקירות דמה בכך שמכחשת זה את זה בחקירות סוף סוף בגוף הענין עדותם מכיונת ולמה יגרע ממכחשת זא"ז בבדיקות א"ו כדפי' ויצא לנו מזה דנהי דבד"מ לא בעינן לכתחלה דרישה וחקירה מ"מ אם חקרו ואמר א' מהן אפי' איני יודע עדותן בטלה ואין סברא כלל לחלק בין עדות המכחשת לאומר איני יודע דכיון דאמרינן בש"ס פ"פ היו בודקין טעמא דאומר איני יודע בחקירות עדותן בטלה משום דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה וכבר הוכחתי דגם בד"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה ולהכי עדות המכחשת בחקירות עדותן בטלה א"כ ה"ה באומר איני יודע ושוב מצאתי בריב"ש סי' רס"ו שכתב שנראה דבהודאות והלואות אפי' בדין מרומה לא בעי דרישה וחקירה כד"נ ממש אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מה דאפשר לו שאם אמר בא' מן החקירות איני יודע שתהא עדותן בטלה כד"נ כו' ע"ש ומביאו ב"י בקצרה לעיל סי' ל' מחו' ו' וכן הב"ח שם אין דבריו מוכרחים ונלע"ד כמ"ש מהך דפ' ז"ב דעדות המכחשת בד"מ בחקירות פסולה וגם פשט הסוגיא דר"פ אד"מ לא משמע כדבריו ע"ש גם בסוגיא דפ' מרובה (סוף בבא קמא דף ע"ה) גבי הא דאמרינן התם והא קי"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה לא הוי עדות ה"מ היכא דלא ידעו באיזו יום באיזו שעה דליכא עדות כלל כו' לא משמע כדבריו דדוחק לומר דדוקא בדיני קנסות מיירי התם ואפי' לפי דבריו היינו דוקא לענין דרישה וחקירה אבל מודה דבעלמא בעינן עדות שאתה יכול להזימה בד"מ ודו"ק ולפיכך יזהר הדיין לכתחלה שלא יחקור רק בדין מרומה וכה"ג דכיון דאינו צריך לזה למה יביא את הבע"ד לידי הפסד דשמא יאמר א' מהן איני יודע ואל יטעך לשון השר מקוצי במרדכי

פ' ז"ב ללמוד מדבריו דדוק' בד"נ בעינן עדות שאתה יכול להזימה אדרב' כשתדקדק היטב תרא' דס"ל דגם בד"מ בעינן ומ"ש ד"נ ר"ל דבד"נ אין עד הרואה נעשה דיין כמ"ש התוס' פ"ב דכתובות ופ' החובל שם ע"ש ודו"ק ומ"ש הרמב"ם פ"ב מה' רוצח גבי טרפ' שהרג דכל עדות שאינ' ראויה להזימה אינה עדות בד"נ כ' הלח"מ ס"פ ך' מה' עדות דקשה לשונו דהא בפ' הנשרפין אמרו סתם כל עדות שא"א יכול להזימה אינו עדות משמע בין בממון בין בנפשות דבממון ג"כ שייכא הזמה וכן נראה מדברי הר"ן ס"פ האשה שנתארמלה כו' עכ"ל ולפי דבריו ה"ל להקשו' מכל הפוסקי' הנ"ל ומש"ס ר"פ ז"ב שהבאתי ופסק הרמב"ם גופיה כן ברפ"ג מהל' עדות דעדות המכחשת זא"ז בחקירות פסולה אף בד"מ א"ו לק"מ דמ"ש' בה' רוצח אתי לאפוקי ד"מ לענין חקירה לכתחלה לא בעינן שתהא ראוי להזימ' דהא לכתחלה לא צריך דריש' וחקיר' בד"מ משום נעילת דלת וכמו שהבאתי לעיל דברי הרמב"ם סוף פ' י"ז מה' מלוה וכמו שפירשתי לעיל דברי הר"ן גופיה והעיטור והנ"י אבל ד"נ בכל ענין בעינן עדות שתהא ראויה להזימ' ואין ספק דאישתמיטתיה לבעל לח"מ דברי הרמב"ם דסוף פי"ז מה' מלוה ולוה ודברי הר"ן דסוף כתובות הנ"ל שהבאתי:

סעיף יז

פסולי'. ע"ל סי' ז' ס"ט וע' ב"ח דלענין מעשה צ"ע אם יש לפסול דיעבד ע"ש ובפסקי רקנ"ט סי' תל"ה הביא הירושלמי ודברי ר"י ומסיק ור' שמחה הכשיר העדי' הקרובים לדייני' וכתב ריא"ז לענין מעשה לא ידענא מאי אידון ביה:

סעיף יח

וע"ל. ע"ל סי' ח' סס"א בהג"ה:

סימן לד

סעיף א

רשע פסול לעדות. ע' מדיני' שבסי' זה בתשובות משאת בנימין סי' נ"א:

סעיף ב

ואפי' עד כשר. ע' בחדושי אגדות ר"פ שבועות הדייני' וע' באגודות אזוב (דף ט"ו ע"ד):

סעיף ג

אע"פ שהוא עדות אמת צע"ג בדין זה שהוא רחוק מסברא שיודע שהענין אמת ולא יעיד בשביל שהשני פסול ואי לאו רש"י ורמב"ם וט"ו הייתי מפרש הגמרא דלענין להצטרף לכתחלה לראות העדות ואפשר דרש"י ורמב"ם וט"ו מיירי שאין העדות מועיל רק כשהם

שנים אף על פי שהענין הוא אמת כגון עידי קידושין שהמקדש בפני ע"א אין חוששין לקדושיו אפי' שניהם מודי' בדבר וכגון המוכר שדהו בעדי' דאינו גובה ממשעבדי אלא דוקא כשמכרו לו בפני שני עדים אבל בפני עד אחד לא אעפ"י שהענין הוא אמת וכה"ג או אפשר דמיירי כפשוטו ויש לקרב הדין אל הסברא דכיון דקי"ל דשלש' עדי' שהעידו ונמצא א' מהן קרוב או פסול בטלהכל העדות כולה וכדלעיל סי' ל"ו א"כ אף שנשארו שני עדי' כשרי' מ"מ גזירת הכתוב הוא כשישעד א' פסול בטלה כל העדות א"כ ה"נ ואע"פ שהענין אמת גזירת הכתוב הוא כיון שיש עד פסול העדות בטלה ואסור להעיד עמו ודו"ק:

סעיף ד

ואפילו עבר על החרם שהחרימו הקהל ע' בתשובת מהר"מ מלובלין סי' נ"ח:

סעיף ה

אבל בשבועה דלהבא ע' סמ"ע עד והריב"ש הכריע דבשבועה דלהבא אינו נפסל ע' בתשובת משאת בנימין סי' נ"א שכתב דברי ריב"ש נ"ל להלכה שבכל מקום הלכה כדברי המכריע:

סעיף ו

כגון שלא אוכל. ע' בתשובת ר"ש כהן השייכי' לס"ב סי' כ"ה ובס"ג סי' ל"ד:

סעיף ז

אינו נאמן לומר שוגג. זה קאי לסברא הראשונה ודוק:

סעיף ח

או אנוס. לא ידעתי אנה מצא דלא יוכל לומר אנוס הייתי וראיתי בד"מ לא הוזכר מזה דבר ומה שכ' הב"י בי"ד סי' רכ"ח בשם תשובת הרשב"א דלאחר שעבר על שבועתו אינו נאמן לומר אנוס הייתי וכתבו הר"ב שם סי' רל"ב סי"ב אין ראיה דהתם טוען אנוס הייתי על השבועה גם ברשב"א שם מבואר שהתרו בו בשעת מעשה ולא אמר אנוס אני על השבועה והלכך כיון שלא אמר כן בשעת מעשה אינו נאמן ומצאתי במהרש"ל פרק הגוזל קמא סי' מ"ז שכ' וז"ל ומ"מ דוקא כשנשבע על דבר לשקרא אבל כשנשבע על החוב לשלם על זמן קצוב שהי' יכול למכור אינו פסול לעדות ולשבועה אף שעבר על שבועתו וכן נמצא בשם הרשב"א בתשוב' וכן אם טוען שכחתי ואין כאן עדי' שהזהיר המלוה על הזמן אין להוציאו מחזקתו עכ"ל וגם מהריב"ש סי' תקט"ו ומביאו ב"י סעיף ה' במחודשי' משמע ג"כ דיכול לטעון אנוס הייתי וכתב שם שכ"כ הרשב"א בתשובת וכן הוא בתשובת הרשב"א להדיא שהביא ב"י לקמן מחו' ל"ב במי שנשבע לפרוע לחברו

לזמן פלוני ועבר הזמן ולא פרעו דאינו נפסל די"ל אנוס הי' ולא אתרמי ליה זוזי אך מ"ש מהרש"ל וכן אם טוען שכחתי אין כן דעת הרשב"א בתשוב' שהביא ב"י סעיף ז' וד"מ וסמ"ע ס"ק "ג ונרא' דהרשב"א לטעמיה אזיל כמו שכתב הר"ן בשמו פ' כל הנשבעין גבי ושכנגדו חשוד על השבועה א' שבועת העדות כו' דאינו יכול לטעון שכחתי גם בעל התרומות שער מ"ב בסופו כתב דא"י לטעון שכחתי ע"ש אבל לפי מ"ש הר"ן שם דמיירי שהי' העדות קרוב כ"כ דאי אפשר נתלות בו שכחה כו' אם כן משמע דהיכא דאינו קרוב כל כך יכול לטעון שכחתי ונראה דבכה"ג מיירי מהרש"ל ולפ"ז אפשר דאף שוגג הייתי מצי למימר דהא הרשב"א יליף לה משכחתי ואפשר דשוגג הייתי גרע טפי והרשב"א יליף לה מכח כ"ש ודוק ועמש"ל סי' נ"ב ס"ק ב' וע"ל סעיף כ"ד:

סעיף ט

שיצאתה נבלה. עי' בי"ד בש"ך ס"ק ל' ול"ב:

סעיף י

גנב וכן גזלן. ע' מ"ש לקמן סי' שנ"ט סעיף ו' מדין גזלן:

סעיף יא

הכופר בפקדון כו'. ע' בתשובת רמ"א ס"ס כ"ב:

סעיף יב

עד שיאמרו בב"ד. וה"ה אם כתבו כן בשטר שבזמנו כתבוהו וכן הוא בהר"ן ספ"ב דכתובות:

סעיף יג

שאפשר שכתבוהו ואחרוהו. וע' בש"ס ר"פ אד"מ וע' בב"ח שכ' דדעת הרז"ה הוא דבשטר לא מחייבינן לעדים זוממי' רק לפסול הגוף ולא ממון וע' בר"ן ולכאורה מוכח כהב"ח בהרז"ה וכן מוכח מלשון הרז"ה בס' המאור וחעפ"י שבר"ן לא משמע כן בהרז"ה מ"מ נרא' כן דאל"כ יהי' הרז"ה נגד הש"ס ר"פ אד"מ וע' בתורת חיים ובראב"ן ר"פ אד"מ ולפ"ז נראה דגם הרי"ף יכול לסבור כהרז"ה בזה ודלא כמו שכתב הר"ן שם שזה שלא כדעת הרי"ף ולפ"ז דינו של הרז"ה אמת ואין חולק עליו ודוק:

סעיף יד

עדי' שחתמו עצמן ע' מ"ש לקמן סי' מ"ג:

סעיף טו

ואחד הלוה. משמע דערב ועדים כשרי' וכן משמע בב"י ודלא כסמ"ע לקמן ר"ס נ"ב ע"ש:

סעיף טז
הרי זה בחזקת שאוכל מהקוביא כו'. ע' בסמ"ע וע' בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' ע"ב:

סעיף יז
על פי רשעים ע' בתשובת רמ"א סי' י"ב דף כ"ח:

סעיף יח
אבל במי שאינו מחויב להעיד ע' בא"ע סי' ק"ל סכ"א ודו"ק:

סעיף יט
השונ' לחבירו כו'. בשונא חששו שמחמת שנאתו יעשה כן ולא באחרי' עכ"ל סמ"ע וע' ב"י וד"מ וע' בס' א"א (דף ע"ז ע"א):

סעיף כ
המוסרי' ע"ל סי' שפ"ח ס"ח בהגה"ה די"א דהאומר אלך ואמסור פסול לעדות וע"ל ס"ך וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ט"ו:

סעיף כא
מומר שחזר בתשובה. בת"ה סי' קצ"ח מפרש טעמו כיון שהמומר הי' מעורב בין עכו"ם שיש להם כל התאוות וזה בא להבדיל מכולן ולקבל תשוב' לא החמירו עליו ומחזקינן שודאי יעשה תשובה שלימה ע"ש עכ"ל הסמ"ע בשמו לפ"ז משמע דוקא במומר לעכו"ם דינא הכי אבל באמת זה אינו אלא טעמא דמיד שקבל סגי דמסתמא יקיים שהרי דין זה למד מהרי"ק מכהן שנשא נשים בעביר' דנודר ועובד ויורד ומגרש ואם כן בכל מומר דינא הכי:

סעיף כב
עדותו בטלה. ע' בתשובת ן' לב ספר ד' (דף י"ד וט"ו):

סעיף כג
קודם שהכריזו עליו. וכתב בנ"י פ' ז"ב דלאותו עדות שנפסל בשבילו אפי' בלא הכרזה פסול עכ"ל סמ"ע וקשה דבנ"י לא כ"כ אלא להמקשה דהוי ס"ל דפסול לעדות ע"פ עצמו א"כ כשמעיד לדידי אוזיף בריביתא אינו נאמן דה"ל פסול אבל למאי דמשני דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דיבוריה לא משכחת לה להאי דינא דאי מעידי' עליו שהוא לוה ברבית ה"ל עדות אחרת וא"כ לאיזה צורך כתבו הב"י והד"מ והסמ"ע דין זה וצ"ע:

סעיף כד

שהרי אינו לוקה פסול. ע"ל ס"ב בהג"ה וצ"ע (הגה ר"ל דכ' שם עבר עבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן וכאן משמע דפסול דאורייתא ויש לישב דכאן כיון שחייב מלקות על אותו עבירה רק שלא התרו בו פסול דאורייתא וק"ל):

סעיף כה

שמא שוכח הוא. ע' מ"ש לעיל ס"ק ה':

סעיף כו

וכן כל כיוצא בזה ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קמ"ט:

סעיף כז

עד לכתחלה. כלומר שאין מוסרין לו עדות לכתחלה וע' ב"ח סעיף ח' וע' בתשו' משאת בנימין סי' נ"א:

סעיף כח

שהלוה לו ברבית כו' וכן הוא ברמב"ם פי"ב דעדות ודכתב וז"ל אמר הלוה לי ברבית כו' אפי' הכי נאמן על המלוה לפוסלו ולאפוקי מרדכי פ' ז"ב דכתב דנ"ל אוזיף ברבית ולא שקיל מידי עכ"ל סמ"ע ודבריו תמוהין דהרי לשון הרמב"ם ממש כל' הש"ס וכמו שמפרש המרדכי לשון הש"ס לדידי אוזיף כו' ולא שקיל מידי כך יש לפרש לשון הרמב"ם והמחבר הלוה לי ברביתא כו' ולא שקיל מידי ועוד תימא על הסמ"ע שהרי הר"ב כ' בסמוך וה"ה שהנגזל יכול להעיד על הגזלן וכמו הלוה על המלוה ובלבד שלא יהא להם הנאה מעדותן ע"כ והיינו דברי המרדכי פ' ז"ב וראיתי בריב"ש סי' של"ט השיג על המרדכי ולפי שהי' רב מובהק פוסק מפורסם ולא ישרו דבריו בעיני בזה מוכרח אני להאריך קצת הנה ז"ל שם אין דינו של המרדכי מחוור דהא ע"כ בההיא דבר בינתוס כיון שמשים עצמו רשע פלגי' דבוריה כו' דמה שמעיד על עצמו הוי כאלו לא העיד כלל ואין כאן עדות כו' וכמ"ש הראב"ד ז"ל כו' וא"כ אין לומר בכאן שהוא נוגע בעדות דהוה כאלו לא העיד רק על בר בינתוס שהלוה ברבית ולא הזכיר למי ועוד שאפילו לא הי' משים עצמו רשע בעדותו כגון שהי' מעיד לדידי גנב או גזל מצטרף לפוסלו ופלגינן דבורי' משום דאדם קרוב אצל עצמו ולא שייך ביה עדות כלל והיינו מאי דמקשינן בפ' חזקת גבי תנו מנה לבני עירי אין דנין אותו בעדות העיר ופריך ולסלקי בי תרי וקשיא להו לרבנן ז"ל והיכי מהני סילוק והא בעינן תחלתו וסופו בכשרות וניחא להו כיון דאינהו גופייהו בעלי דבר לאו עדים פסולים מיקרי דהא אינן בתורת עדות כלל כו' אלמא כל שהוא נוגע בעדות אפילו בהנאת ממון לא שייך למיקרייה עדות כלל ואפילו עדות פסולה וא"כ

פלגינ' דבור' גם הרשב"א ז"ל כ' כן בתשובה דאפילו מי שמעיד שפלוני גוזלו מצטרף עם אחר לפוסלו ואפילו הי' האחר ג"כ מעיד לדידי גזל אלא שחילק ואמר דדוקא קודם שתבעו בדין על הגזלה אבל אם תבעו על הגזילה ונשבע ונפטר אינו נאמן עוד לפוסלו שהרי כבר האמינתו תורה ויצא מב"ד זכאי כו' והוא הפך ממ"ש בחשן משפט בשם הר' יקר שאם כבר תבעו ונפטר מצטרף לפוסלו שמעתה אינו נוגע בעדות כיון שכבר נפטר כו' ונראה מדברי הר' יקר שקודם שנפטר הוי נוגע בעדות אבל אינו נ"ל עיקר אלא כמ"ש עכ"ל ואין דבריו נכונים דנהי דפלגינ' דבוריה היינו אם אין אנו חושדים אותו לנוגע דאז אמרינן דהוי כאילו לא העיד על עצמו כלל אבל היכא שיש לחוש שנונע חיישינן דלמא בשביל עצמו מעיד כן והגע עצמך אריס דאמרי' פ' חזקת הבתים דאינו מעיד כי איכא פירי בארעא נימא כיון שהוא בע"ד עצמו פלגינן דבוריה אלא ודאי חיישינן בשביל הנאתו הוא שמעיד כן וה"ה הכא ומה שהביא מהא דכתבו דבוותא בפ' חזקת כיון דאינהו גופייהו בע"ד מהני סילוק כו' ג"כ אינו ראיה דהא ס"ס סילוק מיהו בעינן ואי לאו הכי נהי דלא הוי עד כלל מ"מ נוגע הוי מיקרי ועוד דהא כבר בלא"ה כתב הרמב"ן בחידושיו פ' חזקת שיש לדקדק על תירוץ דרבוותא ותירץ שם בענין אחר ע"ש וכן כל הפוסקים תירצו בענין אחר גם יש לדקדק על הנך רבוותא דנהי דבעל דבר גופיה לאו' עד מקרי וכמ"ש הראב"ד דמהאי טעמאלא אמרי' עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מ"מ מתחלתו בפסלות קרינא ביה דאל"כ לשטת הראב"ד דרבא ס"ל אשתו כגופו דמיא לענין דהוי נמי כבעל דבר עצמו דלא אמרי' ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה גבי פלוני בא על אשתי הגע עצמך מי שראה עדות לאשתו וגירשה יהא כשר לעדות וזה לא שמענו מעולם א"ו אמרי' כיון שראה העדות בשעה שהיתה אשתו ה"ל תחלתו בפסלות אע"ג דה"ל כבע"ד עצמו גם מה שהביא ראיה מתשובת רשב"א אינה ראיה דהרשב"א התם לא בא אלא לומר דשני נגזלים יכולים לפוסלו ומיירי בשאין להם הנאה מעדותן כגון שמוחלי' לו הגזילה וכה"ג דאל"כ נוגע בעדות וכדברי ה"ר יקר וכן עיקר:

סעיף כט

ובלבד שלא יהא לו הנאה בש"ע שנדפסו בשס"ז בדפוס הענוואה איתא ובלבד שלא יהא הנאה כו' ובעיר שושן איתא ובלבד שלא יהא להם הנאה כו' וכן עיקר. וע' לקמן סימן ל"ז סעיף ט"ז בהגה"ה:

סעיף ל

העד ואותו שנשבע מצטרפין וכן מוכח בתוספות פרק ח"ה (דף ל"ד ע"א) גבי נסכא דרבי אבא ובמרדכי שם ועיין בתשובת רמ"א סימן ל"ט ובתשובת מהרשד"ם סימן קצ"ה:

סעיף לא

וי"א. וכ"פ מהרש"ל (בישש"ש פ"ט דב"ק סימן מ"ו):

סעיף לב

אין מצטרפין. וכן פסק הב"ח ומהרש"ל שם פסק דהעדים מצטרפים לפסול לשבועה אבל לא להוציא ממון (שתובע בעד ראשון ושני אבל מכאן ולהבא נעשה חשוד גמור ושכנגדו נשבע ונוטל כדלקמן סימן נ"ב [צ"ב] נ"ל וק"ל) דהא כל אחד אינו יודע מממון של חבירו רק יודע שלשקר נשבע וע"ש וכ' עוד שם דבכל זה אין חילוק בין נשבע לפטור עצמו בין נשבע ונוטל גם אין חילוק בין ש"ד לשבועה דרבנן ופשוט הוא:

סעיף לג

כיון שלקה בב"ד כו'. נראה דכל הפסולים מחמת עבירה כשרים כשחזרו בתשובה הראוי' להם אפי' בעדות שראו בשעה שהם פסולים לעבירה ולא בעינן בזה תחילתו וסופו בכשרות:

סעיף לד

עד שיודע שחזרו בהם. וכ' הר"ן פ"ב דכתובות דלדעת ר"ח ורי"ף גזלן לא מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב"ד שעשה תשובה וכל שטרות שחתם בינתיים פסולים וכתב הר"ן על זה ודבריו תמוהין דכיון שהעידו דכשר היה בשעה שחתמו איגלאי מלתא שראוי הי' להעיד עכ"ל ומביאו ג"כ בסמ"ע וכתב וצ"ע דהמחבר סתם בזה ולק"מ דלא סתם מידי דמדבריו לקמן סי' מ"ו סעיף כ"ו וכמו שכתב סמ"ע גופיה שם ס"ק ס"ג מבואר כדברי ר"ח והרי"ף וכן דקדק בכסף משנ' ספ"ו מהלכות עדו' מדברי הרמב"ם שם דס"ל כר"ח והרי"ף והוא ברור מיהו לענין דינא כתבתי בסימן מ"ו דהעיקר כהר"ן ע"ש ואפשר דגם הרי"ף והרמב"ם מודים ליה לדינא אלא דס"ל כמו שהבאתי שם בשם הריטב"א ע"ש ודו"ק:

סעיף לה

דינו כטבח. עיין בא"א (דף ע"ו ע"ב):

סעיף לו

ועיין בי"ד. עיין בתשו' בן ל"ב ס"ג סי' ל"ט):

סימן לה

סעיף א

שתי שערות אחר י"ג שנים גמורות. פי' י"ג שנים שלימות ולא תימא כשהוא שלשים יום בשנת י"ג הרי הוא כשנה ויחשב כגדול עכ"ל סמ"ע משמע דר"ל דאם נולד באמצע ליל ר"ה נעשה בן י"ג שנה בתחלת ר"ה של שנת י"ד ובספר לחם חמודות ריש פ' יוצא דופן מסתפק בזה ורצה להוכיח מהתוס' דר"ה (דף י' ע"א) ומהרמב"ם דבעי' מעת לעת בשעות והמעיין שם יראה דלא מוכח מידי ומ"ש התוס' בר"ה דבעינן מע"ל היינו בימים תדע דהא בס"פ יוצא דופן אמרי' בגמ' שנה האמורה בקדשים שנה האמורה בבתי ערי חומה שתי שנים שבשדה אחוזה שש שנים שבעבד עברי וכן שבבן ושבבת כולן מע"ל וכתבו תוס' שם וז"ל בפ"ב דזבחים אמוי' דשעות פסולות בקדשים וכן בבתי ערי חומה כדמשמע בפ"ב דזבחים ולא דמי לאחרינא דלא בעינא מעת לעת לשעות כדפי' לעיל גבי שלשים יום איכא בינייהו עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דהוזכר בגמ' מע"ל היינו בימים א"כ גם כוונ' התוס' בר"ה יכול להיות כן וגם דעת הב"ח בא"ח סוף סי' נ"ג דא"צ להשלים מע"ל בשעות וכן הוא בחד תירוצא בתו' פרק יוצא דופן סוף (נדה דף מ"ד) ד"ה שלשים יום איכא בינייהו מיהא לחד תירוצא בתוס' שם בעינן י"ג שנים מע"ל עד שעה שנולד וע' מ"ש בא"ח סי' נ"ג סעיף א':

סעיף ב

משעה שהיה לו כו'. ע' בא"א (דף ע"ז ע"ג) מ"ש בזה:

סעיף ג

אין עדותו עדות והתוס' ומרדכי כתבו דהיינו דוקא לעדות שהיתה כך שוה דאל"כ מ"ש קרקע ממטלטלי ונ"ל שגם דעת הרמב"ם וטור כן ודלא כב"י וב"ח לדעתם ומ"ש ב"י דא"כ ה"ל לכתוב דין זה בדיני שומא ולא בדיני עדות לק"מ דמ"מ כיון שמעיד שכך היתה שוה שייך בדיני עדות והא בגמ' נמי נקיט עדות וכן עיקר דהא קושי' המרדכי והתוס' נכונה הוא ודו"ק וכ"פ באגודה:

סעיף ד

ויש מי שאומר כו'. עד אבל לא על של אחרים תימא למה כ' המחבר בל' שיש מי שאומר כן דלא מצאתי דעה הפך זה בשום פוסק וכו' עכ"ל סמ"ע ואישתמיטתיה דברי הרב בבדק הבית סי' מ"ו (הגה ר"ל שכתב בד"ה על הא דהביא בספרו ב"י לקמן סי' מ"ו

בשם הרא"ש הירושלמי שאינו נאמן על כתב של אחרים כתב וז"ל והפוסקים השמיטו הירושלמי משום דתלמוד' לא חילוק בכך והן מפרשי' הירושלמי בענין אחר):

סעיף ה

שנעש' לה מנהג הבתולות כתב הסמ"ע בשם הרא"ש והר"ן דבזה ג"כ בעינן שיהא אחר עמו וגם הט"ו ס"ל הכי והמחבר נמשך אחר לשון הרמב"ם בפ"ט דאישות דסתם וכתב כמ"ש המחבר עכ"ל הסמ"ע ובא"ע סי' צ"ו סט"ו כתב המחבר בהדיא דבעינן אחר עמו:

סעיף ו

וה"ה בשאר איסורים. ע' בי"ד סי' קכ"ז ס"ג בהגהות:

סעיף ז

אינו נאמן. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' צ' מעדות האנוסים שאינ' נאמנים אף אחר שבאו לכלל כשרות מטעם דבעינן תחלתו וסופו בכשרות כו' ע"ש ואין נ"ל דא"כ ל"ל לגמר' בעכו"ם טעמ' דלא דייק תיפוק ליה דבעי' תחלתו וסופו בכשרו' אלא ודאי כיון שבידו לגייר דמי לפיסול ממון דלעיל סי' ל"ג סט"ו וא"כ דוקא בעכו"ם אמרינן בגמ' כיון דעכו"ם הוי לא דייק משא"כ באנוסי' שבאו לכלל כשרות כשרים דשפיר הוי דייקי כיון שהיו יהודי' בינם לשמים ומה שהביא מהרא"ן ששון שם מתשו' ן' ל"ב חלק א' סי' כ"ג אינה ראיה כלל דבתשובת ן' ל"ב שם מיירי שמעודי' כשהן אנוסים עדיין ע"ש ודו"ק מיהו מה שהביא מתשובת ן' לב ח"ג סימן ע"ה יש ראיה וצריך עיון וע"ש בספר ב' סימן מ"ה מיהו בתוספתא ס"פ ה' דסנהדרין משמע דבעכו"ם נמי טעמא משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות ולפ"ז הא דקאמר' בגמרא בעכו"ם טעמא דלא דייק היינו במילתא דרבנן וכן משמע בריטב"א ספ"ב דכתובות במשנה ואלו נאמנין להעיד בגדלן כו' ע"ש ודוק דאל"כ היה נאמן כמו קטן אע"ג דלא הוי תחלתו וסופו בכשרות כיון דהוא מילתא דרבנן וכן המדקדק היטב בפוסקי' בס"ס ל"ג יראה דלא תלי מידי במה שבידו להכשיר ע"ש ודוק:

סעיף ח

אינו עדות כלל חוץ מעדות אשה. ע' בא"ע סי' י"ז ס"ב:

סעיף ט

ואנדרוגינוס פסולים. עיין בא"ע סי' מ"ד ס"ה וסי' קע"ב ס"ח ודו"ק:

סעיף י

כגון בב"ה של נשים. ומהרש"ל פסק דוקא שלא החזיק ג' שנים אבל החזיק ג' שנים תו לא מפקעי' מיניה בעדות נשים ולעולם ע"א באנשים מהימן יותר מב' נשי' ע"ש:

סעיף יא

או קרוב. ומהרש"ל פסק דקרוב לעולם אינו נאמן אם לא לחובתו נאמן וע"ש בב"ח פ"א סי' מ"א שהאריך הרבה בדינים אלו:

סימן לו

סעיף א

עדים רבים שראו עדותן כאחד דוקא וכמ"ש לקמן סק"ט:

סעיף ב

אבל אם לא נתכוונו כולם להעיד כו' משמע דה"ק אבל אם לא נתכוונו כולם להעיד תתקיים העדות בשאר שנתכוונו להעיד וכמ"ש בס"ק שאח"ז:

סעיף ג

אומרי' להם ב"ד כו'. כתב בסמ"ע דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע דמיד שבאו כת א' לפני ב"ד להעיד אפי' קודם שידעו שנמצא ביניהם קרוב או פסול שואלין לכולן לראות באתם מתחלה או להעיד ועושין כן מפני שאם ימתינו עד שיודע שיש ביניהם קרוב או פסול יש לחוש לרמאות שיכוונו לומר להעיד כיוונו כשיהי' לטובת הבע"ד שהוא קרוב שלהן או איפכא אבל מלשון רש"י והטור משמע דאין שואלים אלא להקרובים או פסולי' וכל זמן שלא נודע שיש ביניהם קרוב או פסול אין כאן שאלה וכן נלע"ד עיקר דלא מצינו שחוששין בעדים שמא קרובי' או פסולים הן עד שימצא שהן כן עכ"ל ולפענ"ד דגם הרמב"ם והמחבר מיירי כשנודע שיש בהן קרוב או פסול שהרי אלעיל אעדים רבים שנמצא אחד מהן קרו' או פסול קאי וכתבו וכיצד בודקין הדבר אומרים להם כו' ומ"ש הרמב"ם והמחבר אומרים להם דמשמע ששואלין לכולן כו' אינו מפני חשש שכ' הסמ"ע דא"כ אכתי איכ' למיחש להכי אלא ודאי לא חיישי' להא אלא ה"פ דס"ל דבעינן שתתקיים העדות בשאר שנתכוונו להעיד דוק' דכיון דבקרוב ופסול שבא לראות אין פוסלין שאר העדות א"כ ע"כ כיון שלא באו אלא לראות לא חשיבי עדות א"כ גם הכשרי' שבאו לראו' לא חשוב עדות ואין חותכין הדין על פיהם דלא מסתבר לומר דקרובים שבאו לראות לא יחשבו עדות וכשרי' יחשבו לעדות אלא ודאי אמרי' כל מי שבא לראות לא חשיב עד וכל מי שבא להעיד חשיב עד והיינו שכ' הרמב"ם והמחבר מיד אח"כ בד"א כשהי' בהן קרוב או פסול אבל אם היו כולם כשרי' א' שנתכוין להעיד וא' שלא נתכוין להעיד כו' חותכין הדין ע"פ עדותו כו' הרי בהדיא דר"ל בד"א דאין חותכין הדין ע"פ עדות הכשרי' שלא נתכוונו להעיד אלא בשהי' בהן קרוב או פסול

והלכך כיון שאין חותכין הדין ע"פ הקרוב ופסול כשלא נתכוין להעיד אין חותכין הדין גם ע"פ עדות הכשרים אבל אם כולם כשרים חותכין הדין גם ע"פ אותם שלא נתכוונו להעיד וכן מבואר יותר בלשון הרמב"ם עצמו פ"ה מה' עדות דין ה' שכ' וז"ל אומרי' להם להעיד באתם או לראות כל מי שאומר לראות מפרישי' אותו וכל מי שאומר להעיד מפרישי' אותו אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול עדות כולם בטלה בד"א בשהי' בהן קרוב או פסול אבל אם כולם כשרים אחד שנתכוין להעיד או שלא נתכוין להעיד חותכין הדין על פיו עכ"ל ומה צריך לומר מפרישי' אותו כו' הל"ל בקצרה אם הקרוב אומר שנתכוון להעיד פוסל ואם לאו אינו פוסל ומה צורך להפריש כתות כתות אלא ודאי ר"ל כל מי שאומר לראות מפרישי' אותו ששוב לא מיחשב עד אף אם הוא כשר ואהא קאי בד"א כו' כדפי' ומשמע ליה להרמב"ם הכי מדקאמר בש"ס היכי אמרי' להו ל' רבים משמע דאכולן קאי ולא אקרוב ופסול לבדו וכן מדקאמר בתר הכי אי אמרי לאסהודי אתי נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטלה ואי דשיילינן לקרוב ופסול לבדו הכי הל"ל ואי אמרי לאסהודי אתי עדותן בטלה אלא ודאי דאין שואלין לקרוב או פסול לבד דאף אם יאמרו למיחזי אתו דילמא גם הכשרי' יאמרו למיחזי ולא יועיל עדותן אלא אמרי' להו לכולן למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו אי אמרי לאסהודי אתו נמצא אחד מהן קרוב או פסול באותן דלאסהודי אתו עדותן בטלה ואי אמרי למיחזי אתו ונמצא בהן קרוב או פסול מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג הנפש אלא תתקיים העדות בשאר שהתרו בו לאסהודי וכדקתני במתני':

ודברי הטור מגומגמי' בעיני דבתחלת דבריו בלשון הרמב"ם כתב בודקי' אותם כו' אותו שאומר שבא להעיד פוסל כל העדות ואותו שבא לראות אינו פוסל כו' משמע דשואלים לקרובי' ופסולי' לבד כו' והא ודאי ליתא בדעת הרמב"ם וכמו שכתבתי ועוד דהא כתב עלה הרמב"ם ומייתי ליה הטור גופיה בד"א בשיש בהן קרוב או פסול אבל אם כולם כשרי' בין אותם שכוונו להעיד בין אותם שלא כוונו להעיד חותכים הדין על פיהם כו' משמע להדיא דברישא אין חותכים הדין כלל ע"פ עדות הכשרי' שלא כוונו להעיד אף שקרובי' לא כוונו להעיד דאל"כ מאי אריא כולם כשרי' אפי' מקצתן כשרים נמי והכי הל"ל בד"א בשהקרוב או פסול כוון להעיד אבל לא כוון להעיד חותכי' הדין ע"פ הכשרי' בין שכוונו להעיד או לא כוונו להעיד ועוד דמאי קמ"ל דבכולם כשרים חותכים הדין ע"פ הכשרי' שלא כוונו להעיד פשיטא ומאי בעי הכא ועוד דהא כבר נלמד זה מכח כ"ש אי תימא דהכשרי' שלא נתכוונו להעיד חותכי' הדין על פיהם אף שיש בהם קרובים שלא נתכוונו להעיד אלא ודאי דמעיקרא קאמר דאין חותכין הדין ע"פ הכשרי' שלא

כוונו להעיד אף שהקרוב לא כוון להעיד וקאמר השתא דלא תימא דבלא כיון להעיד לא הוי עד כלל אלא בד"א בשהי' בהן קרוב או פסול אז אמרי' דאין חותכי' הדין רק ע"פ הכשרי' שכוונו להעיד אבל אם כולם כשרי' כו' חותכין הדין גם ע"פ אותן שלא כיוונו להעיד גם בס' לחם משנה פ"ה מה' עדות נראה שהבין בדעת הרמב"ם דאם כולם למיחזי אתו תתקיים העדות בשאר ולא ירד למכוון אנא נ"ל ברור דעת הרמב"ם והמחבר כדפי' ודו"ק:

מיהו מפירש"י שפי' היכי אמרי' להו לקרוב או פסול למיבדקינהו כו' לא משמע כן ולא יפה עשה בכסף משנה שכ' על דברי הרמב"ם דברי רש"י ע"ש ואולי י"ל דלהכי פירש"י לקרוב או פסול משום דכשרי' מסתמא עשו התראה וא"כ כשיאמרו שעשו התראה תו לא צריך למבדקינהו אבל קרוב או פסול דלא עשו התראה היכא אמרי' להו למיבדקינהו אם לעדות נתכוונו ודו"ק:

סעיף ד

כל מי שאומר להעיד באתי כו'. כ' בד"מ וסמ"ע בשם תשובת רשב"א סי' אלף קפ"ט דאם הראו בעצמם בשעת ראיה שכוונו להעיד כגון שהתרו בו כל העדות נפסל בשבילן עכ"ל ולחנם כתבו כן בשם תשובת רשב"א שהוא משנה ערוכה ואימתי בזמן שהתרו בהן כו' וכן הוא בפירש"י ושאר מפרשי' גם לא ה"ל להביא דין זה דהתראה לא שייכא רק בדיני נפשות וד"נ לא שייכא האידנא:

סעיף ה

שאומר להעיד באתי כו'. כתבו התוס' פ"ק דמכות וז"ל קשה דא"כ לא יהרג שום אדם לעולם דהקרובי' יבואו ויאמרו לאסהודי אתינן ופי' רבינו חיים כהן דאמרי' לעדים כשרי' לאסהודי אתיתו עם הפסולי' או למיחזי אתיתו בלא הפסולים כו' עכ"ל ולא נהירא לי אלא נראה כפירש"י דאמרי' להו לקרוב ופסול וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש והרמב"ם והטור והמחבר ושאר כל הפוסקי' אלא דהיינו דוקא כשאנו יודעי' שקרובי' ופסולי' היו שם בשעת ראית מעשה והלכך כיון דנצטרפו לעדות בשעת ראי' נאמנים ג"כ בזה שכוונו להעיד אבל אם אין ידוע שהיו שם ויבואו קרובים ויאמרו היינו ג"כ שם ולאסהודי אתינן לאו כל כמיניהו וא"כ לא קשיא דלא יהרג שום אדם לעולם דאדרבה מן הסתם יהרג עד שיתברר שהיו קרובי' שם כן נ"ל:

סעיף ו

אם נמצא באלו כו' עדותן בטלה פי' אפי' לא העיד כלל עכ"ל סמ"ע ואמת כן משמע מדעת הרמב"ם בעל סברא זו ועוד משמע כן יותר למעיין ברמב"ם עצמו ע"ש והיינו כפי'

רש"י ורשב"ם ומ"ש הב"ח וז"ל גם לא כפי' ב"י דדעת רמב"ם כפי' רשב"ם ופי' רש"י כו' לא דק דיפה כוון הב"י בזה דדעת רמב"ם כפירוש רשב"ם ורש"י לענין דבכוונו להעיד מתחלה לבד עדותן בטלה אף דלא העידו בב"ד אח"כ ולאפוקי התוס' ודו"ק ועמ"ש לקמן בס"ק ח':

וכתב הטור דהרמ"ה הוסיף וכתב דה"ה איפכא כשהעיד עמהן תוך כדי דבור אע"פ שמתחלה לא בא אלא לראות ואפי' לא ראו כאחד עדותן בטלה דהא עיקר קרא בשעת הגדה קאי ומביאו הסמ"ע ס"ק ד'. וקשה לי על דברי הרמ"ה דהא אפילו בעדים זוממין קתני מתני' מיד בתר הכי היו שנים רואים אותו מחלון זה ושנים מחלון זה ואין מקצתם רואים אלו את אלו הרי אלו שתי עדיות והא מתני' בהעידו תוך כדי דבור איירי וכדפריש רבא והוא שיעידו כולם תוך כדי דבור א"כ סיפא מיירי דומיא דרישא אלמא דאפי' בהעידו תוך כ"ד בעינן שיראו כא' ואולי ס"ל להרמ"ה דעדים זוממין שאני אבל לא נהירא לחלק אלא נראה עיקר כדמשמע משאר הפוסקים דכאן אין חילוק בין העידו תוך כ"ד או לא ובכל ענין בעינן שיראו כא' וכוונו להעיד וכמ"ש לקמן וכן מוכח מתוס' (דף ו' ע"א) ד"ה אמר רבא בסופו וכן בע"ב ד"ה הרי אלו עדות אח' כו' ע"ש וכ"כ הטור לקמן סי' ל"ח בשם הר"ר ישעיה וכן פי' הב"ח שם אך מ"ש הב"ח שם בפי' דברי הר"ר ישעיה דבדין הזמה ודאי בנצטרפו בשעת הגדה סגי דהזמה בהגדה תליא לד"ה ולא בעינן שיראו כאחד ע"כ לא נהירא ואישתמיטתיה לפע"ד מתני' דהיו שנים רואי' אותו מחלין זה כו' אלא הדבר ברור מ"ש הר"ר ישעיה שם ובלבד שיראו כולם כאחד כו' קאי אכל דבריו שהוזכר בין לענין הזמה בין לענין נמצא קרוב או פסול וכדמשמע פשט דבריו וזה ברור:

ואין להביא ראיה לדעת הרמ"ה מפירש"י שפי' דהא דקאמר רבא והוא שהעידו כולם בתוך כ"ד וז"ל התם קאמר מתני' מאה כשנים אבל אם העידו השנים ולאחר זמן העידו האחרים הרי הן כשתי כתות לכל דבר עכ"ל דכבר הקשו התוס' על פירש"י ועוד נראה לפע"ד דאף שהבינו התוס' והב"י וכן הב"ח לקמן סי' ל"ח ושאר אחרונים כן מפירש"י מ"מ לפענ"ד אין כוונת רש"י כן דהא רבא אמר דבריו לעיל אמתני' דזוממין ואהא פירש"י דבריו ובתר הכי מציין ש"ס ר"ע אומר קרוב או פסול כו' אלא כוונת רש"י במה שכתב לכל דבר דבזוממין הרי הן כשתי כתות לכל דבר בין לענין שנענשין אף שניזומו מקצתן ובין לענין דלא נפסלו השאר דלא תימא כיון דניזומו מקצתן א"כ פסולי' להם מקצתן ובטלה כל העדות [וכמו דס"ל להרמב"ם פ"כ מה' עדות דין ג' באמת הכי וכדלקמן] דהא לענין קרוב או פסול לא בעינא תוך כ"ד אלא הכא כשנמצאו זוממין הרי הן כשתי כתות לכל דבר בין לענין שנענשין אף כשניזומו מקצתן בין לענין ששאר העדות קיים

[וכדעת הראב"ד בהשגות שם] והיינו טעמא דדוקא כשנמצא אחד מהן קרוב או פסול בלא הזמה לא בעינן תוך כ"ד כיון שאומרי' אמת ונצטרפו באמת בראיה משא"כ בעדי' זוממים שאינם אומרי' אמת וכמו שמחלקין התוס'. כנ"ל ברור דעת רש"י ודו"ק. וגם דעת ה"ר ברטנורה נ"ל כן ודלא כבעל תוס' י"ט. גם דברי הסמ"ג סוף לאוין רי"ג נראה לפרש כמ"ש מהר"א שטיי"ן דאזוממין קאי ע"ש אבל בלא זוממין ונמצא אחד מהן קרוב או פסול אין חילוק בין תוך כ"ד או לאחר כ"ד וכדמוכח בש"ס גבי הא דפריך הרוג יציל כו' וכמ"ש התוס' והגהות מיימוני וכן מוכרח ממה שלא חילקו הרמב"ם והפוסקי' והטור והמחבר כאן בכך וכן עיקר:

ומוכח מכל זה דדוקא כשנמצא אחד מהן קרוב או פסול לבד וראיית מעשה שלהם ביחד הוא אמת שראו כאחד הוא דאין חילוק בין העידו אח"כ תוך כ"ד או אחר כ"ד אבל אם הוזמו אח"כ הפסולי' כיון שאינם אומרי' אמת אינם מבטלי' העדות אא"כ העידו תוך כ"ד וכ"כ הר"י בי רב בתשובת מהר"מ אלשקר סי' ט"ז (דף כ"ד ע"ב) וז"ל שלא יצטרף זומם עם כשר לבטלו אלא כשמעיד תוך כ"ד של חבירו אבל כשהעיד אחר כ"ד לא יצטרף כשר עם הפסול לבטלו ונשאר עדות הכשר קיים וכן נראה דעת רש"י ז"ל והר"ם מקוצי והראב"ד ז"ל ואע"פ שהרמב"ם ז"ל חולק בזה כבר השיגו הראב"ד (דברי הרמב"ם והראב"ד הם בפ' ך' מהל' עדות ע"ש) ז"ל עכ"ל (ובעובדא דהר"י בי רב הי' הזומם רשע ג"כ בלאו הכי כדאיתא בלשון השאלה שבראש התשובה שם וגם בשאר מקומות בתשובה שם ע"ש) ומהר"מ אלשקר האריך שם להשיג על הר"י בי רב בזה דידוע דמצרים אתריה דמרן הרמב"ם ז"ל הוא כו' ומה שהשיג עליו הראב"ד הנה הרב בעל מגדול עוז סתר השגתו וקיים דברי הרמב"ם ז"ל ודברי חכמים אין צריכין חיזוק גם בענין ביטול העדות כתבו התוס' במכות פ"ק דלענין נמצא א' מהן קרוב או פסול אפי' שהעידו לאחר כ"ד עדותן בטלה ודחו הסברא האחרת וכ"כ הרי"ף ז"ל בתשו' וכן נמי כתוב בהגהות והוכיחו כן מן הש"ס וכן כתבו מן המפרשים עכ"ל וכל דבריו אינם נכונים דנהי דמצרים אתריה דהרמב"ם היינו במקום שאפשר לקיים דבריו משא"כ בכאן שאין לדבריו קיום ואין ספק דאלו הי' הרמב"ם עצמו קיים הי' מודה בכאן לדברי הראב"ד ומ"ש שהרב בעל מגדול עוז סתר השגתו כו' אני עיינתי במגדול עוז וראיתי שכותב ומבלבל כדרכו וכל סתירותיו אדרבה ראיות הם לדברי הראב"ד ותמהני על מהר"מ אלשקר שמביא ראיה מבעל מגדול עוז הלא ידוע דרכו של הבעל מגדול עוז שמהפך תמיד דברי אלהים חיים ואיך לא נתן לב בכאן לראות אם צדקו דבריו טרם שיכתוב שסתר השגת הראב"ד. אף שגם הטור סי' ל"ח נמשך אחר דברי הרמב"ם האמת יורה דרכו:

גם מ"ש מהר"ם אלשקר גם בענין ביטול העדות כו' כתבו התוס' כו' וכ"כ הרי"ף בתשובה וכן נמי כתוב בהגהו' כו' לא דק בכל זה דכולם לא מיירי אלא בנמצא א' מהם קרוב או פסול ולא ניזום א"כ כיון שאמרו אמת ונצטרפו בראיית המעשה תו א"צ כ"ד אבל כשניזום אדרבה מוכח להדיא בתוס' פ"ק דמכות שם (דף ו' ע"א) בד"ה אמר רבא בסופו דבעינן תוך כ"ד דוקא והכי מוכח נמי להדיא מפירש"י וברטנורה שהבאתי בין לפי מה שהבינו התוס' מפירש"י ובין לפי מה שפירשתי אני לעיל דברי רש"י:

וגם בבית חדש לקמן סי' ל"ח ס"ק י"ד ראיתי שכ' דמסקנת הגהות מיימוני דבש"ס משמע להדיא כדברי הרמב"ם וכדעת התוס' והטור והכי עיקר עכ"ל ושגגה היא בידו דלא כתבו הגהות מיימוני אלא דבנמצא קרוב או פסול בלא הזמה משמע בש"ס כדברי הרמב"ם פ"ה מהל' עדות דאין מחלק בין תוך כ"ד או לא וכך הם דברי התוס' אבל בזוממים בעינן תוך כדי דבור אף לענין ביטול העדות ודלא כהרמב"ם פרק ך' מהל' עדות והטור אלא כמו שהוכחתי וכמ"ש התוס'. גם שאר דברי מהר"מ אלשקר בענין זה שם מבולבלים לפע"ד ומ"ש נלפע"ד ברור:

סעיף ז

אפי' לא ידעו זה מזה. פי' אם העידו אח"כ בב"ד בטלה עדותן לכ"ע אף שלא ידעו זה מזה דלהרמב"ם פשיטא דפסול אפילו לא העידו אח"כ כלל כיון שנצטרפו בראיית המעשה ולהתוס' ג"כ פסולי' כשהעידו אח"כ אפי' לא ידעו זה מזה וכמ"ש התוס' להדיא פ"ק דמכות (דף ו' סוף ע"א) ואפי' להרי"ף בעל סברא הראשונה דלקמן סעיף ב' דבעי' שידעו הכשרי' בפסול הפסולי' היינו שידעו שהם פסולי' אבל אין צריכי' לידע שהפסולי' העידו אח"כ בב"ד אלא כיון שנצטרפו מתחלה בשעת ראיה סגי ועוד נראה דאף להרמב"ם דמיד בשעת ראיה נפסלו אף דלא העידו אח"כ מ"מ משכחת לה אפי' לא ידעו זה מזה דנהי דבעי' שידעו שהם פסולי' וגם שיראו כולם כאחד וכמ"ש לקמן ס"ק ז' מ"מ בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הוי ראו כא' וכדאיתא במתני' א"כ משכחת לה בעדים רבים שראו כאחד ומקצתן רואים אלו את אלו דמצטרפין יחד אף אותן שאין רואים זא"ז וכדמוכח במתני' וכמ"ש התוס' שם (דף ו' ע"ב) וז"ל בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו מצטרפין יחד אף אותן שאין רואין הרי אלו עדות אחת שאם נמצא א' מהן קרוב או פסול עדות כולם בטלה וכן שאם נמצא א' מהן זוממות כו' וא"כ אם נמצאו שם פסולי' אפילו לא ידעו זה מזה כיון שמקצתן רואים אלו את אלו עדותן בטלה כנ"ל. ובסמ"ע ס"ק ה' פי' בענין אחר דהפסול לא ידע מהכשר וקמ"ל דאף דלא כוון לצרף עדותו עם הכשר אפ"ה

פסול אבל מיירי דהכשר יודע מהפסול שהוא פסול עכ"ד ולא מחוור גם לישנא דלא ידעו זה מזה לא משמע כפירושו והנלפע"ד כתבתי:

סעיף ח

ויש אומרים כו'. דתרתי בעינן כו' הוא דעת התוס' והרא"ש ואע"פ שכן נראה ג"כ דעת הרשב"א והר"ן ומביאם ב"י לעיל סי' ז' גבי אין עד נעשה דיין מ"מ נ"ל עיקר בהא כהרמב"ם והרמ"ה ורש"י ורשב"ם פרק יש נוחלין דבכיוון להעיד לחוד סגי אפי' לא העידו אח"כ דהא לא אדכר כלל במתני' או בש"ס דבעי' שיעידו אח"כ ואדרב' פשטא דמתני' משמע דבין לר' ובין לר' יוסי בכיונו להעיד לחוד נצטרפו והכי משמע נמי מדפריך בש"ס הרוג יציל ומ"ש התוס' וסייעתם בזה דלמסקנא דמשני במקיימי דבר הכתוב מדבר ניחא לא מחוור לפע"ד דמשמע דלא משני אלא במקיימי דבר הכתוב מדבר ולא בעושי הדבר וכדפירש"י אבל לא הדר ביה ממאי דסברינן דא"צ להעיד בב"ד והכי משמע נמי ממאי דקתני אבל בזמן שלא התרו בהן מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג הנפש. ומה שכ' התו' והרא"ש בזה דלפעמי' שלא ידעו זה מזה ויעיד האח אע"פ שכבר העיד אחיו כו' ג"כ לא מחוור לפענ"ד דמ"מ לא אתי שפיר מה דקאמר מה יעשו שני אחין שראו כו' דהא מצינן למימר להו שלא יעיד רק א' ומה קאמר מה יעשו כך יעשו שלא יעיד רק אחד ואם יבוא גם הב' ויעיד מה לנו בכך ומה לנו לחוש לזה אלא ודאי כדאמרן ומ"ש הר"ן דלישנא דלאסהודי אתיתו או למיחזי אתיתו מוכח שלא על דעת המעשה אנו שואלין אותם דא"כ מה אתיתו שמא הוי שם מתחלה כו' דקדוק קלוש היא לפע"ד ואדרבה אי לפני ב"ד קאי מה שייך לומר למיחזי אתיתו מה יראו בב"ד אלא ודאי קאמר למחזי לראות מעשה ההריגה אתיתו או לאסהודי אתיתו והיינו דקאמר אי אמרי למחזי אתו מה יעשו שני אחין שראו בא' שהרג הנפש ולענין מה שהקשו התוס' והרא"ש וסייעתם האיך תמצא גיטין וקדושין כשרים שנעשו בפומבי במעמד קרובים י"ל דלדידן האידנא פשיטא דכשר דהא מזמנים עדים כשרים מיוחדים לכך וא"כ פשיטא דהקרובי' אינם מכוונים להעיד דאפי' יכוונו להעיד אינו פוסל דכיון דמזמנים עדים לכך הרי אנו מוציאי' כל האחרי' מכלל העדות ולאו כל כמינייהו דקרובי' ופסולים להיות עדות בעל כרחינו וכ"כ מה"ר פרץ בהגהות סמ"ק סי' קפ"ג וז"ל צריך לברר עדים בגיטין וקדושין דאל"כ רגילות הוא ששם עומדים קרובי' ועדותן בטלה וכן פירשו רבותינו וכן נהגו העולם עכ"ל ואולי גם בזמן הש"ס נהגו כן או שהיו נוהגים שלא להיות קרוב או פסול בשעת גיטין וקדושין ועי"ל דמסתמא לא חיישינן שכוונו להעיד והא דקאמר בש"ס היכא אמרי' להו היינו כשבאין אח"כ מעצמם לב"ד להעיד אבל כל זמן שלא באו לב"ד

לא חיישי' להכי וכ"כ הרמב"ן בחדושיו פ' י"נ במסקנתו וז"ל ומעשי' בכל יום בקדושין ובכתובות כו' ואפשר לומר שכל זמן שלא באו לב"ד מסתמא הקרובי' לא כוונו להעיד והתם מפני שבאו לב"ד הם צריכי' לישאל אלא שאינו מנהג אלא לזמן שם שנים כשרים להיות עדים ולא השאר עכ"ל והכי משמע מפשטא דמילתא דמתני' דקאמר בד"א בזמן שהתרו בהן או כוונו להעיד אבל לא התרו מה יעשו שני אחין שראו בא' שהרג את הנפש כלו' אלא ודאי ראיה לחוד לא פסלה ומסתמא אין הקרובי' מכוונים להעיד כנ"ל ודו"ק:

סעיף ט

דתרתי בעינן כוון להעיד כו'. כתב הב"ח ז"ל פי' כיון שנתכוין בשעת הראיה כדי להעיד ובא לב"ד והעיד אפי' לאחר כ"ד ואפי' לא ראו כא' פוסל והכי אי' בתו' ובאשר"י עכ"ל ונ"ל דלא דק דליכא למ"ד הכי דמה יועיל כוונו להעיד כשלא ראו כא' דבמה נצטרפו ואדרבא בתו' פ"ק דמכות (דף ו' ע"א סוף ד"ה) אמר רבא כו' כתבו להדיא בנמצא קרוב או פסול חשיב כחד עדות כשהעידו לאחר כ"ד משום שהם אומרי' אמת וא"כ עדותן התחיל מראיה שלהם וראיה שלהם היתה בבת אחת עכ"ל הרי להדי' להיפך וכן מוכח עוד שם בתו' בעמוד ב' אמאי דתנן בזמן שמקצתן רואים אלו את אלו הרי אלו עדות א' כו' כתבו התוס' הרי אלו עדות א' שאם נמצא א' מהן קרוב או פסול עדות כולם בטלה כו' אלמא דבעינן ראו כאחד ובכל דוכתי דפסולי' כוונו להעיד היינו כשראו כא' וזה נ"ל ברור:

סעיף י

ובא לב"ד והעיד. ואם בא לב"ד והעיד ולא כוון מתחלה בשעת ראייה להעיד אינו פוסל לכ"ע וכן מוכח להדיא בחדושי רמב"ן פ' י"נ ובחדושי רשב"א והר"ן שם שמביא מהר"ם אלשקר בתשוב' סי' ט"ז דף כ"ג ע"א וב"י לעיל סי' ז' והיינו שכתב הר"י בי רב שם שלדעת הפוסקי' כולם אם בשעת מעשה לא נתכוונו אלא לראות אע"פ שאחר כך יעידו בבית דין אפי' נמצא אחד מהן קרוב או פסול תתקיים העדות בכשרים גם הרשב"א והר"ן ז"ל כתבו כן ובנדון שלנו אנן סהדי שהולכי' לחופה אינן הולכין להעיד כו' ע"כ ודלא כמהר"מ אלשקר שם שהטיח הרבה דברים עליו שלא כדת וכתב שדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן הוא להיפך וכתב עליו ששגג בכמה שגגות כו' וחשב דהרשב"א והר"ן שכתבו דבעינן שיתכוונו מתחל' להעיד היינו מתחלה להעיד בב"ד קודם שהעידו כו' ע"ש שהאריך ונהפוך הוא שהוא שגג בכמה שגגות דכל מעיין בצדק יראה לעינים דכוונתם דאע"פ שכבר העידו שיילינא להו אם מתחלה בשעת ראיה נתכוונו להעיד דבעינן שיתכוונו מתחיל' בשעת ראיית המעשה להעיד דאם לא כן לא נצטרפו בשעת

ראיית המעשה (ואפי' לפי' השני דמפרש הר"ן התם לאסהודי אתיתו עכשיו היינו משום דאם כן מסתמא נמי בשעת ראיה נתכוונו להעיד אבל אם בשעת ראיה לא כוונו להעיד פשיטא דלכולי עלמא אין פוסלי') והכי מוכח נמי להדיא בש"ס דקאמר אי אמרו למיחזי אתו מה יעשו שני אחים שראו באחד שהרג את הנפש אלמא דבעינן כוונו להעיד בשעת ראיית המעשה וזה ברור:

עוד האריך מהר"מ אלשקר שם להקשות על מהר"י בי רב במ"ש אנן סהדי שההולכי' לחופה אינם הולכים להעיד כו' מהרשב"א והרא"ש והר"ן וחידושי רמב"ן פ' י"נ וסמ"ק שהבאתי לעיל ס"ק ו' דמשמע מדבריהם דשפיר איכא למימר נמי בההולכי' לחופה הולכים להעיד כו' ולפע"ד גם בזה הדין עם הר"י בי רב ואדרבא משמע וממסקנת הרמב"ן פ' י"נ דדוקא כשבאו אח"כ מעצמם לב"ד להעיד אמרינן מסתמא הלכו להעיד אבל כשלא באו להעיד אמרי' מסתמא לא כיונו להעיד וכן יש לפרש דברי הרשב"א והרא"ש והר"ן דהיינו אם יפרשו העדים שכיונו להעיד או שבאו אח"כ מעצמם להעיד לב"ד וכמ"ש לקמן ס"ק י"ז וא"כ בהך עובדא דהר"יבי שלא באו העדים רק מצד ההכרזה א"כ מתחל' בשעת מעשה מסתמא לא הלכו להעיד ועוד נראה דהר"י בי רב כתב כן לפי המנהג שכתב הסמ"ק דהאידנ' מיחדים עדים בשעת קדושין א"כ שאר העדים אנן סהדי שאין הולכים להעיד וא"כ אדרבה מהסמ"ק ראיה להר"י בי רב ודוק:

סעיף יא

והעיד. מיהו אפי' אחר שהעידו נאמנים הקרובי' ופסולי' לומר שלא כיונו בשעת ראיה להעיד והכי מוכח בתוס' והרא"ש פ"ק דמכות גבי מה שפירשו דמה יעשו שני אחין כו' שיבואו ויעידו ולא ידעו זה מזה כו' ע"ש והכי מוכח להדי' מדברי הרמב"ן פ' י"נ והרשב"א והר"ן דלעיל:

סעיף יב

יכולים לחזור ולהעיד כו'. היינו כשלא נצטרפו יחד בראיית המעשה וכמ"ש לקמן סי' מ"ה סעיף י"ג ס"ק כ"ד וכן הוא להדיא בתשובת הרא"ש שם. ולפ"ז אין חילוק בין שטר לעדות בב"ד ודלא כהע"ש והסמ"ע ס"ק ז' שמחלקין בכך ע"ש:

סעיף יג

ובית דין כו'. דוקא בית דין אבל הם עצמם לא וכמ"ש לקמן סי' מ"ה ס"ק כ"ה ועיין מ"ש עוד שם מדינים השייכים לכאן:

סעיף יד

תקנת הקהל כו'. עד פסול כו' דברי הרב צריכים ביאור דהמעיין בריב"ש סי' קצ"ה וס"ס קס"ח יראה להדי' דבתקנת הקהל אפי' כולם פסולי' כשר מטעם שכבר נהגו כן דאל"כ כל הקהל יצטרכו להביא עדים אחרי' על תקנת' אלא שהריב"ש שם מכשיר בעובדא דיליה ג"כ מטעמא אחרינא דאפילו בשטר שחתם עליו בע"ד עצמו כשר בהאחרי' ולפ"ז צ"ל דהר"ב לא כתב כן אלא לפי הדין היכא שלא היה המנהג כן וא"כ עד פסול שכתב הר"ב ר"ל פסול מצד שהוא א' מבני הקהל דומיא דשטר שחתם עליו בעל דבר אבל לענין המנהג סמך הר"ב על מה שסתם לקמן סי' ל"ז סעיף נ"ב כהמחבר שעכשיו שנהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם כו' וכשרים אפי' לקרוביה' עיין שם ודוק:

סעיף טו

דאלו לא נתכוונו להעיד. לשון זה מגומגם דאפי' יתכוין להעיד אינו פוסל כיון דהוא הבע"ד עצמו וכן הוא בריב"ש שם דאין בע"ד פוסל כיון דאינו ראוי להעיד כלל וכדאמרי' הרוג יציל במקיימי דבר הכתוב מדבר ולא בעושי דבר. וכ' עוד בריב"ש שם דאם חתם שם נוגע הו"ל כבעל דבר דאינו פוסל וע"ש:

סעיף טז

ואם הזמין התובע עדים כשרי' כו'. בב"י ס"ס זה כתב שכתב מורו הר"י בי רב שאפי' מי שזמן עדים בערבוביא נאמר שלא כוון אלא לעדות הכשרי' ומ"ש הטור דכיון שהזמין את עדיו והוציא את האחרי' כו' לאו למימרא דדוקא כשהזמין הכשר' והוציא את הפסולי' דהא כתב אח"כ וכן כשהאדם צריך לעדות מצוה להחרים כו' וכתב ע"ז הר"ש חכים במחילה אין פי' דברי הטור כן שאינו מדבר אלא בהזמנת עדים בשעת המעשה לראותו להעיד עליו אא"כ וזה פשוט ומדוקדק בדברי הרא"ש ור' ירוחם ונמוקי יוסף עכ"ל ב"י ובספרו בדק הבית כתב על זה וז"ל אח"כ מצאתי כתוב על זה וז"ל מי הכחיש לו זה והרי הר"י בי רב הביא ל' הטור ולא פי' בו שום דבר ואם הפי' הזה הפשוט בדברי הטור הביא ראיה שאם זימן עדים בערבוביא שלא כוון אלא לכשרים ממ"ש מצוה להחרי' כו' שאם העידו כשרי' ופסולי' לא נתבטלה עדות הכשרי' כי גם שהכרזה זו היא אחר המעשה אפ"ה הרי הם באים בערבוביא להעיד ולא בטלו פסולי' את הכשרים עכ"ל ודברים אלו הם מתשו' מבי"ט ח"א סי' ס"ו ותמה שם על הב"י שהביא דברי הר"ש חכים ועל שהניח דברי רבו הר"י בי רב בקושיא ע"ש ונמצא הב"י כאן בספרו בדק הבית חזר בו והודה לדברי המבי"ט והסכים לדברי רבו:

ולפעד"נ כדברי הר"ש חכים ויפה כתב אין פירוש דברי הטור כן כו' דמ"ש הר"י בי רב דמ"ש הטור והוציא את האחרים כו' הוא לאו דוקא (וכן הוא יותר מבואר בל' הר"י בי רב שהובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ט"ז דף כ"ה ריש ע"ב וז"ל ואע"ג דבחשן משפט נראה דדוקא בשזמן את הכשרי' והוציא את הפסולי' אבל אם זמן בערבוביא לא ולא היא דלאו דוקא הוציא את האחרים כו') אין פי' דברי הטור כן אלא דוקא הוא שאינו מדבר אלא בהזמנת עדי' בשעת מעשה אז דוקא בעינן שהוציא את האחרי' דאל"כ כיון שגם הקרובים עומדים שם לפניו ומזמין בערבוביא מסתמא דעתו על כל מי שעומדים לפניו דכן משמע מי שאומר בסתם למי שעומדים לפניו אני מייחד אתכם לעדי' דלכל מי שעומדים לפניו קאמר ועוד דכיון שעומדים לפניו בשעת מעשה ה"ל לפרש בשם את הכשרי' ולומר אני מייחד אתכם פלוני ופלוני לעדי' ומדקאמר סתמא דעתו על כלם משא"כ במצוה להחרי' על כל מי שיודע עדות שאינו יכול לפרט בשם שהרי אינו יודע את מי לפרט ומסתמא דעתו על הכשרים דלא אסיק אדעתיה אקרובים כלל כיון שאינם לפניו וגם סבור הוא שלא היו קרובי' כלל עם הפסולי' בשעת מעשה וכן משמע בהרא"ש ור' ירוחם ונמוקי יוסף דהוציא את האחרים הוא דוקא שכולם דקדקו וכתבו ייחד עדיו והוציא את האחרים והיינו משום שמדברי' בשעת מעשה וכמ"ש ודלא כמ"ש הר"י בי רב שהוא לאו דוקא וזה כוון הר"ש חכים במ"ש וזה פשוט ומדוקדק בדברי הרא"ש ור' ירוחם ונמוקי יוסף ע"כ כן נ"ל ברור:

וכן דעת הסמ"ע ס"ק ט' דאם מזמין עדים בערבוביא בשעת מעשה לא מהני ודלא כדרכי משה ומ"ש בד"מ כן נפרש דברי ר' ירוחם ליתא לפע"ד דכבר נודע שספר ר' ירוחם מוחזק בטעות ואין ספק שטעות נפל כאן בספריו ומ"ש הזמין בערבוביא צ"ל גבי מצוה להחרים שהרי דבריו לקוחים מהרא"ש וכ"כ בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ט"ז דף כ"ו ע"א וכן עיקר:

ועוד נראה דבמזמין בשעת מעשה אף במזמין שנים ואומר שנים מכם יעידו לי לא מהני דכיון דלא פירש איזו שנים א"כ לשון שנים מכם סובל קרובו' ופסולי' ג"כ ואם איתא שלא נתכוין אלא לכשרים הל"ל שנים הכשרי' או פלוני ופלוני יעידו לי ובסמ"ע ס"ק ט' כתב דכה"ג מהני וכ"כ ב"י בתחילת סי' זה בשם הר"ש חכים והיינו לפי פירושם בדברי ר' ירוחם אבל כבר כתבתי דאין כוונת ר' ירוחם כן לכך נראה כמו שכתבתי:

סעיף יז

וכן כשאדם כו'. לא נתבטלה עדות הכשרי' כו' אין לפרש דמיירי שידוע שהפסולי' בשעת ראיה נתכוונו להעיד דא"כ לא מסתבר לומר שלא נתבטל עדות הכשרי' מטעם

שלא הי' כוונתו אלא בראויים להעיד דמה לנו בכוונתו ס"ס נצטרפו יחד בשעת ראיה והעידו אח"כ ועוד דא"כ תיקשי על המחבר הא להרמב"ם בעל סברא הראשונה שהביא לעיל סעיף א' והעליתי בס"ק ו' כדבריה' אפי' לא העידו אח"כ כלל נתבטלה העדות כיון שנצטרפו בשעת ראיה וא"כ ה"ל להמחבר לכתוב דגם דין זה דכאן הוא להי"א דוקא. וגם אין לפרש דמיירי שמתחלה כוונו שלא להעיד דא"כ ל"ל לטעמא שלא הי' כוונתו אלא בראויים להעיד אפי' הי' כוונתו על כולם ג"כ לא פסלי כיון שמתחלה לא כוונו להעיד וכמ"ש לעיל ס"ק י' אלא נראה דמיירי בסתם עדות דעלמא שראו המעשה ומסתמא אין הקרובי' ופסולי' מכווני' להעיד וא"צ לשאול אותם אא"כ באו אח"כ מעצמם לב"ד וכמ"ש לעיל ס"ק ח' (ואין להקשות א"כ מאי מקשה הרא"ש מגיטין וקדושין י"ל דמקשה אם יאמרו שכוונו להעיד אטו ניפסלינהו ודוק) ואלו שבאו לב"ד לא מעצמם באו אלא מכח ההכרזה אלא דסד"א דודאי המצוה להכריז יודע שכוונו להעיד מתחלה דאל"כ לא ה"ל להכריז בסתם לכך קאמר שלא הי' כוונתו אלא בראויים להעיד ולא נתבטלה העדות כלל עד דנישלינהו אלא א"צ לשואלם כלל וכן אם מתו או הלכו למ"ה העדות כשר אבל אם פירשו הפסולי' להדיא שכוונו בשעת ראיה להעיד אף שכאמר שדעתו הי' עכשיו בשעת הכרזה רק על הכשרי' כיון שהפסולי' העידו ג"כ נתבטל כל העדות לכולי עלמא כן נ"ל ודוק וזה דלא כנראה מדברי הר"י בי רב שהביא מהר"מ אלשקר סי' ט"ז דף כ"ה ריש ע"ב שאפי' בכוונו בשעת ראיה להעיד אם לא העידו אלא מצד ההכרזה אינם מבטלי' העדות ע"ש:

סעיף יח

ומחייבו שבועה. ואם שני' הם מחייבי' ממון:

סעיף יט

ונאמן לומר שלא הכיר כו'. ודוקא כשאומר מעצמו שלא הכירו אבל אין הב"ד שואלי' אותו אם הכירו עכ"ל סמ"ע ס"ק י' נראה מדבריו דמסתמא אמרי' שהכירו וא"צ לשאלו ולא ידעתי מנ"ל הא גם מתשו' הרי"ף עצמה שהביא הבעל העיטור והנ"י פ' ז"ב והובא בב"י לקמן סי' נ"א ס"ה משמע להדיא איפכא דהא כתבו שם דהיכא דליתנהו לסהדי מכשירינא לשטרא דאמרי' דלמא לא הכירו כו' ע"ש והכי מוכח נמי בהרא"ש פ"ק דמכות שהקשה על תשובת הרי"ף דאם איתא שתלוי בהכרת העדי' ה"ל לש"ס למימר דשיילינן להו לכשרי' אם הכירו בפסולי' כו' אלא פשיטא דמ"ש הרי"ף והט"ו ונאמן לומר שלא הכיר כו' היינו שצריכי' הב"ד לשאלו היכא דאיתנהו ונאמן לומר שלא הכיר ודלא כסמ"ע נ"ל:

סעיף כ

שלא הכיר כו'. כתב הר"י בי רב בתשובת מהר"מ אלשקר סי' ט"ז דף כ"ו ע"א בעובדא דיליה וז"ל דאנן סהדי שהעד הכשר לא הי' מכיר בפיסול חבירו שהוא זומם ורשע שאם החכם כה"ר משה קאשטרו שהוא מתושבי ירושלי' והוא ממקבלי עדיות וגם הסופר שהוא מתושבי ירושלים לא הכירו בפסול וכל שכן דלת העם שאינן יודעי' במה יפסל העד ובמה יכשר כו' ומהר"מ אלשקר האריך שם להשיג עליו שהרי העידו עליו אנשי' חשובים שהוא זומם ורשע ולא כמ"ש עליו החכם בחתימות דבריו שהוא בחזקת כשר ומה לנו לחזקתו היכא דאיכא עדי' בפסלותו כו' ועוד דהא הרי"ף לא קאמר אלא כשאין שניהם רגילי' זה עם זה אבל אם רגיל בו כתב בפי' דודאי ידע בו ופסול ואלו העדי' שלנו אין לך בעולם רגילי' זה עם זה כמותן שהיו ממקום אחד כו' ע"כ. ולפעד"נ כדברי הר"י בי רב ושלא כדת השיג עליו מהר"מ אלשקר דנהי דהשתא העידו עליו אנשי' חשובי' שהוא רשע וגם נעשה זומם מ"מ כל זמן שלא העידו לא ידענו זה שהרי ה"ר משה קאשטרו קבל העדיות וכן הסופר לא ידעו זה וא"כ מסתמא גם העדי' הכשרי' לא ידעו בפיסולו וכדמוכח מתשובת הרי"ף במסתמא תלינן דלא ידעו הכשרי' בפיסולו והוא בבעל העיטור ונמוקי יוסף פ' זה בורר ומביאם ב"י לקמן סי' נ"א סעיף ה' ועל כן הכשיר שם שטר שחתומי' עליו פסולי' היכא דליתנהו לסהדי קמן למישייכינהו דאמרינן מסתמא לא ידעי ביה ע"ש ויפה כתב הר"י בי רב בחתימת דבריו שהוא בחזקת כשר כו' ור"ל דכיון שהוא בחזקת כשר עד עתה מהיכי תיתי נימא דידעי ביה הכשרי' כל זמן שלא העידו עליו עדי' בפסלותו. גם מ"ש מהר"מ אלשקר ועוד דהא הרי"ף לא קאמר אלא בשאין שניהם רגילי' בו כו' אינו ענין לדברי הר"י בי רב דהרי"ף מיירי בפסול קורבה דהתם שייך רגיל בו כגון אחיו ושארו הקרוב אליו שהוא רגיל אז אמרינן כיון שהוא רגיל בו ודאי ידע שהוא קרובו אבל בשביל שהם מעיר אחת ורגיל בו נאמר שידע בו שהוא רשע ושהוא זומם זה לא שמענו וא"כ הדרינן לכללא שכתב הרי"ף דמסתמא לא פסלינ' לסהדותייהו ואמרינן לא ידעי ביה וכדברי הר"י בי רב כן נ"ל ברור:

סעיף כא

כיון שהעיד הפסול עמו בב"ד היינו להי"א דלעיל סעיף ח' ולסברא הראשונה דלעיל ה"ה אפי' לא העיד הפסול עמו בב"ד כיון שראו המעשה ביחד וכוונו להעיד בטלה עדותן לסברא זו דאין חילוק בין הכיר בפיסולו או נא:

ולכאורה נרא' עיקר בש"ס כסברא זו אך שרבו הפוסקי' המסכימי' לתשובת הרי"ף הלא המה הבעל העיטור והרמב"ן והמרדכי והר"ן ז"ל ומביא' הר"י בי רב בב"י ובתשו'

מהר"מ אלשקר סי' ט"ז ומהר"מ אלשקר שם דכ"ז ע"א האריך להשיג עליו דהרמב"ן לא כתב כן רק שהביא דברי הרי"ף ואיך יכתוב אותם הרמב"ן ז"ל להרבות בדעו' וכל דבריו המה מהבל יחד שהדבר פשוט שהרמב"ן כתב כן שהרי הביא ראיה לתשובת הרי"ף מהתוספתא ומביאו הרא"ש והנ"י פ"ק דמכות וכ"כ הטור בשמו. גם מ"ש מהר"מ אלשקר שם וז"ל ומ"ש בשם בעל העיטור ז"ל שאם אין אנו יודעי' אם ידע בפיסול חבירו אם לאו שנא' מן הסתם לא הכירו כו' הנה הרמב"ן ז"ל כתב בהפך דמסתמא נמי פסולה היא העדות עד שיאמרו למיחזי אתינא דכיון שהדבר בספק בטלה העדות ע"כ וכבר כתבנו שלמדו מדין זה הדין האחר עכ"ל לא נהירא דהיאך הוא מדמה בסתמיות להדדי דנהי דסתם עד המעיד כוון להעיד מ"מ סתם עד אינו יודע בפיסול חברו ואע"פ שלמדו מדין זה הדין האח' היינו כי היכי דתלינן בדע' הפסולי' דלמיחזי קאתי ה"נ תלינן בדעת הכשרי' דלא ידעו בפיסולם אבל מכל מקום לענין הסתמיות לא נלמד זה מזה. והנה גם הנ"י פ' זה בורר הבי' תשובת הרי"ף ובעל העיטור בסתם וכ"כ עוד הנ"י תשובת הרי"ף בסתם בפ"ק דמכות וכתב שכ"כ הרמב"ן וכ"כ הרשב"א בתשובה שמביא הב"י ס"ס זה גם מ"ש מהר"מ אלשקר דהרמב"ם ורוב המפרשים כתבו סתם. נראה דלא ס"ל הך מלתא כו' הנך רואה אדרב' שרוב המפרשי' כתבו כתשובת הרי"ף וממ"ש הרמב"ם ושאר המפרשי' סתם אין ראיה דיש לפרש דבריה' בשאנו יודעין שהוא רגיל בו ומכיר בפיסולו דומיא דשני אחין שמכירין זא"ז וכן הרמב"ם פ' ה' מה' עדות הזכיר בדבריו שני אחין וכן צריך לפרש דברי הרי"ף עצמו פ"ק דמכות בשם גאון וכן פי' הב"י לקמן סי' נ"א ובזה נמי יש לדחות הראיה שהביא הרא"ש פ"ק דמכות מן ההלכות גדולות לסתור תשובות הרי"ף דיש לפרש דברי ה"ג כדברי הגאון וכ"כ בס' לחם משנה פ"ה מה' עדות וכן משמע להדיא בנ"י פ"ק דמכות שהביא תשובות הרי"ף ודברי ה"ג סמוכי' מיד זה לזה והביא אח"כ דברי הרא"ש במצוה להחרי' והשמיט דברי הרא"ש בכאן משמע דלא ס"ל כהרא"ש בהא דכתב שה"ג חולק על תשובת הרי"ף. גם מ"ש מהר"מ אלשקר שתשובת ר' האי גאון חולקת על תשובת הרי"ף שכתב ואין שומעי' לו אם אומר לא הייתי יודע שכאצטרף עמו תבטל עדותי כו' וידוע הוא דלא שנא הא ולא שנא אם לא הי' מכיר בפיסולו כו' לא נרירא דשנא ושנא דמה בכך שלא ידע שתבטל עדותו וכי משום שלא ידע יתבטל הדין משא"כ כשלא ידע בפסולו א"כ בדעתו הי' לצרף לכשר ולא לפסול א"כ לא נצטרף פסול לכשרים:

סימן לז

סעיף א

כל עדות שיש לאדם הנאה בה פסול להעיד. בעיר שושן כתב זה וז"ל ולא משום דחשדינן ליה אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו ולא ידעתי מנין לו הא כו' כ"כ הסמ"ע ול"נ שטעם הע"ש משום דקשיא ליה אמאי דחיישי' שהוא מעמידה בפני בעל חובו שלא יהא לוה רשע ולא ישלם והאיך נימא שיעיד שקר שהיא עבירה חמורה בשביל שלא יהא לוה רשע ולא ישלם וניחא ליה דכיון שיש לו הנאה בדבר אדם קרוב אצל עצמו ופסול וכ"כ מהר"מ מלובלין בחדושיו וז"ל מקשין העול' על מילתי' דשמואל דאמר שמעמידה בפני בעל חובו וכי חשוד אינש להעיד שקר שהיא עבירה חמור' בשביל שלא יהא לוה רשע ולא ישלם ומתרצי' שעדות שקר הוא דבר שאינו מפורס' כי מי יודע שהוא משקר בעדותו כו' ולי נראה דאינו קושיא כל כך משום דכל דבר שיש לאדם הנאה בו יש לו דין עד הקרוב שאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול לעדות מן התורה אפי' ידעינן בודאי שאינו משקר בעדותו שהרי אפי' משה רבינו עליו השלום פסול להעיד לאהרן אחיו מן התורה עכ"ל ומ"מ אין זה עיקר דנוגע לאו כקרוב הוא דהא קרוב פסול להעיד אפילו לחובה ונוגע כשר להעיד לחובה וכדמוכח לקמן סוף סעיף י"ז בהג"ה וכמה דוכתי וכן כתב הנ"י פ' חזקת הבתי' (דף קפ"ג ע"א בדפוס של שלטי גבורים) להדיא אהא דאמרינן התם וכיון דאסהיד דלוי היא היכא מצי מפיק לה כו' וז"ל שמעינן מהא דאמרינן כיון דאסהיד כו' דפסול נוגע בעדו' אינו כפסול קורבה דאלו קרוב אינו מעיד כלל בין לזכותו בין לחובתו אבל מאן דאית ליה צד נגיעת עדות כל שהוא מעיד בענין דלא מטי ליה שום הנאה מקבלין עדותו וכשר הרנב"ר ז"ל עכ"ל ואע"פ שאפשר לקיים דברי הע"ש ולומר דהיכא דיש לו הנאה ומקרי נוגע חשיב כקרוב אבל היכא דמעיד לחובה לאו נוגע הוא ולא חשיב כקרוב מ"מ אין זה עיקר והעיקר כתירוץ הראשון של מהר"מ מלובלין וכ"כ הרמב"ן בחידושיו וז"ל לא ניחא ליה לשוויה נפשיה לוה רשע ולא ישלם קשיא ליה לרב יהוסף הלוי ז"ל והא לאו דעדות שקר חמיר והיכא חשדינן ליה דעד שקר נמי רשע מיקרי וניחא ליה דה"ק לא ליקרוייה אינשי לוה רשע ולא ישלם ולהוציא ידי הבריות מתכוין ע"כ:

סעיף ב

אא"כ סלק כו'. וקנו מידו אבל בלא קנין אף שכ' לו כן וסלק נפשו לגמרי לא אמר כלום ועיין באבן עזר סימן צ"ב:

סעיף ג

ואפי' לא סלק עצמו עד לאחר הערעור כו'. עיין לקמן סעיף י"א [י"ח] ס"ק ל"א [ל"ב] כתבתי דליש פוסקי' לא מהני סילוק אא"כ שסילק עצמו קוד' שראה העדות משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות ע"ש:

סעיף ד

ישלם לו דמיה להשותף המקבל מתנה אבל אין לפרש שישלם ויסלק להב"ח דזה פשיטא דאם יהיה לו במה לשלם דלא יחזור על המקבל המתנ' דמחשב כמשועבדים במקום בני חורין כו' סמ"ע ופשוט הוא דהא דין זה הוא ממאי דמשני בש"ס הב"ע דקביל עליה אחריות כו' ודלא כהבית חדש שהבין שפירושו שישלם ויסלק להב"ח ונכנס בדוחקים ומתוך כך המציא דאם ידוע שיש לו לשלם לב"ח כגון שידוע כמה ב"ח יש לו א"צ להתנו' וזה אינו ועוד דמי יודע כמה ב"ח יש לו או שמא עשה זה השד' אפותקי לב"ח שלו וכמ"ש הטור לקמן סעיף ח' ועוד דמהיכן יכולים לידע דלמא זה המעות אינו שלו והראי' שהביא מהתוס' והגה' אשר"י אינה ראיה כלל ע"ש אלא פשיטה דבכל ענין צריך להתנות שישלם להשותף וכדאיתא בש"ס הב"ע דקביל עליה אחריות ודו"ק:

סעיף ה

אם אין לו כו'. עיין בטור כמה פירושי' בזה:

סעיף ו

קודם שהעידו כו' וכ' במשרי' נתיב ב' א"ה דאין בעל דין יכול להעיד על עדים הבאים לחייבו שהם פסולי' אע"פ שאין בעל דינו נוגע בעדות כגון שיש עליו עוד כת אחרת וכן הוא בפ"ב דסנהדרין עכ"ל ד"מ א' עכ"ל סמ"ע ובאמת כן הוא בד"מ אבל אין זה נכון דמשמע אע"פי שהכת האחרת הוא לפנינו ומעיד עליו כך דאז אין הבעל דין נוגע בעדות אפ"ה אינו יכול להעיד על כת א' שהם פסולים וזה אינו ולשון המישרים שהביא ב"י כך הוא ואפי' אמר מתחלה שיש לו שני כתי עדים והביא כת ראשונה אין הנתבע יכול לפסלם ע"כ משמע דוקא משום שאמר אין יכול לפסלם וכן הוא להדיא במשרים שם וז"ל מי שהי' לו דין ובאו עדים לחייבו ובא הוא ואחד מן השוק לפסול אחד מן העדים אפי' בפגם משפחה שהוא ממשפחת עבדים ונראה שמעידי' על המשפחה וממילא יפסל אפ"ה הוי נוגע בעדות ואין יכול לפוסלו בשום ענין מאח' שמעיד כנגדו ואפי' שאמר מתחלה שיש לו שני כתי עדים לא נאמר מאחר שאמר שיש לו כת אחרת צריך להביא' ולאו נוגע הוא אלא אמרי' שאין צריך לברר ולהביא כת שנייה א"כ כשהוא בא לפסול

כת ראשונה נוגע בעדות דמעלה זה בדעתו שאין לחבירו כת אחרת ואע"פ שטען חבירו שתי כתי עדים לאו דוקא עכ"ל וכן משמע בש"ס בפ' ג' דסנהדרין דף כ"ו ע"ב ע"ש:

סעיף ז

וכפר אחד והודה השני כו'. עיין לקמן סי' ע"ז סעיף ה' ומ"ש שם. ועיין בתשו' מהרי"ט סי' י"ד:

סעיף ח

לא' מן החתומי' ר"ל לא' משא"כ לשנים החתומי' וכדלקמן סי' ס"ו סעיף כ"א וכבר השגתי על זה שם בס"ק ע' והוכחתי דאפי' שנים שפי' בדיעבד אלא דלכתחלה לא קנוהו שנים משום חשדא וע"ש עיין בתשובת מהרי"ט סי' ע"ט:

סעיף ט

אפטרופסים כו'. עיין בב"י ס"ס זה ובסי' ק"ח ס"ו ובסי' ר"ן סי"ב ומ"ש שם:

סעיף י

ואע"פ שהגזבר כו'. למ"ד כו' באמת בתשובת ריטב"א ליתא דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון כשר להעיד אלא כ' וז"ל אבל יש לבעל דין לחלוק ולומר נהי דנגיעת עדות אין כאן עדות קורבה יש כאן לפי שיש בהקדש לפי עדות זו הנאה גדולה לר"י ופסקו ר"ח והרמב"ן דטובת הנאה ממון ובכאן יש לו הנאה לאחיו לחלק ההקדש למי שירצה ואפי' לבניו ובנותיו הסמוכי' על שלחנו כו' עכ"ל ולמד הר"ב מזה דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון יכול להעיד אבל נראה לומר דהריטב"א קושטא דמלת' קאמ' לפי דס"ל להלכה טובת הנאה ממון וכמ"ש לקמן סי' ש"ן. בשמו דלא מסתבר לומר דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון יכול להעיד דעד כאן לא אמרי' טובת הנאה אינה ממון אלא לענין תשלומי כפל וקדושי אשה ושבועה וכה"ג וכמ"ש לקמן סי' ש"ן משום דהתם בעינן דבר של ממון אבל לענין נגיעת עדות לא בעינן נגיעה של ממון דנגיעה של שום הנא' נמי פסול דהא חיישי' שמעיד להעמידה בפני בעל חובו אע"ג דלית ליה הנאת' ממון רק דלא לקרוייי' אינשי לוה רשע ולא ישלם או שהראשון נוח לו והשני קשה הימנו וכה"ג או מפני הנאה שיתעשרו העניים וכיוצא בזה וכדלקמן סעיף כ' ועוד דהרי לענין עדות כתב הרמב"ם והטור לקמן סעיף כ"א דאפי' דבר הגורם לדבר אחר אם יש צד הנאה בעדות זה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד וא"כ כ"ש הכא שיש לחוש שמעיד כדי שיהיה להגזבר טובת הנאה לחלק למי שירצ'. וק"ו היכא שידוע שהגזבר יחלק אח"כ לקרוביו דבזה נראה אפי' תימא טובת הנאה אינה ממון אף לענין עדות היינו דוקא כשיחלק אח"כ לשאר עניים שירצה שאינן קרוביו אבל לקרוביו פשיטא דנוגע לפי שיש ביד הגזבר

לחלקם לקרוביו ולא שייך כאן לומר טובת הנאה אלא הנאה של ממון ממש לקרוביו. כן נ"ל ודברי הרב צל"ע:

סעיף יא

כל היכא דהשתא כו'. כתב בסמ"ע שצ"ע דבש"ס משני קושיא דהיכי דמי לעולם דלית ליה ארעא אחריתי דאמר דלא ניחא דליהוי רשע ולא ישלם וכ"כ הט"ו בסמוך סט"ו ואם כן לפסול מה"ט וצ"ל דהמחבר מיירי כאן בגוונא דלא שייך ביה האי טעמא כגון בגברא דאנן ידעינן ביה דלא קפיד אהא דקרינא עליה לוה רשע עכ"ל ובודאי כן הוא דהמחבר מיירי בגוונא דלא שייך ביה האי טעמא אבל מ"ש כגון בגברא דאנן ידעינן ביה כו' אני חוכך בזה שהרי' הדבר מסור ללב והיאך אפשר לן למיקם עלה דמילתא וכן משמע בש"ס ופוסקי' דלעול' איכא למיחש להא דאל"כ כי פריך בש"ס דף מ"ג ע"א הרי מעמיד' בפני בעל חובו ה"ל לשנויי בגברא דלא קפיד בכך וכן משמע בפוסקי' שלא חילקו בכך וכתבו סתמא דלעול' פסול להעיד מה"ט אלא נראה דנפק' מינה בגוונא אחרינא כגון שאותו שמוכר שדה שלא באחריות ידוע שאין לו שום ב"ח רק נזקין למ"ש יש פוסקי' מהרש"ל פ"ק דב"ק סט"ז דניזקין גובה ממשועבדים א"כ יכול להעיד דלא שייך לומר דלא ליהוי לוה רשע ולא ישלם דהא לא הלוה לו כלום וליכא למיחש שמעיד שמא יתעשר כו' א"נ משכחת לה בגווני אחרינו טובי ודוק וע"ל סי' קכ"ג ס"ק כ"ג מזה:

סעיף יב

וע"ל סי' ס"ו סעיף כ"א וסעיף כ"ב שם נתבארו דינים אלו ועיין מ"ש שם:

סעיף יג

שאם תצא הקרקע כו'. ואע"פ שיכול השוכר לחזור ולתבוע המשכיר לא ניחא ליה למיקם בדינא ודייני כ"כ הב"י וכ"כ הרמב"ן בחדושיו:

סעיף יד

הרי זה מעיד כו'. ולקמן סי' ק"מ סעיף ט' הביא המחבר שיש מי שחולק והב"ח לקמן סי' קכ"א סעיף י"ב וסי' ק"מ פסק כהר"י וטור גם ר' ירוחם ני"א ח"ב כתב שיש מן הגדולי' שנהגו כן ושכן עיקר:

סעיף טו

אבל אי ליכא עדים. וגם המערער אינו יודע כי אם על פיו כ"כ הטור לקמן סי' ק"מ בשס ר"ח כ"כ המחבר שם סעיף י"א אבל אי המערער יודע בלאו הכי שדר בו נוגע בעדות הוא דאי הוה אמר לא דרתי בו היה צריך לישבע נגדו וכל עד שצריך שבועה אינו עד וכדלקמן סי' קכ"א ס"ק נ"א ע"ש ועמ"ש עוד בסי' ק"מ:

סעיף טז

קבלן כו'. ברשב"ם פח"ה ריש ד' מ"ז קבלן אמרי לה מעיד כו' איתא וז"ל ערב קבלן שקבל המעות מידו של מלוה ונתן לידו של לוה זהו דינו דממי שירצה המלוה יפרע תחלה כו' ותמה אני אם כתב רשב"ם זה דהא האי מפטר לוה מיניה דמלוה וקבלן זה לוה הוא וכדאיתא בש"ס ס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ד ע"ב) והיכי דמי קבלן כגון דאמר תן לו ואני נותן תן לו ואני פורע וכדאיתא בש"ס שם ובכל הפוסקי' נתבאר לקמן סי' קכ"ט סי"ח וסי"ט:

סעיף יז

יש אומרי' כו' ומדברי הרמב"ם והמחבר נרא' דאף קבלן מעיד וכ"כ ר' ירוחם נתיב ב' ח"ה וכן הב"י וכן נראה דעת בעל העיטור שכתב בסוף דף ל"ט שכתב אמרי לה מעיד ואמרי לה אינו מעיד ולקולא ע"כ משמע דר"ל ולקולא דהיכא דקיימא ארעא תיקום ומעיד דהמע"ה:

סעיף יח

לוקח ראשון כו'. עד שדה אחרת ביד שני והראב"ד בהשגות ספט"ו מה' עדות כתב ע"ז דוקא בשעשאו אפותיקי והכ"מ מביאו ולא כ' עליו דבר ולכאורה דברי הראב"ד תמוהין ונראה דהראב"ד מפרש דמיירי בבע"ח שבא לטרוף השדה מלוקח שני בעד חובו ורוצה הלוקח ראשון להעיד ללוקח ב' שהשטר חוב פסול וזה השדה ישאר ביד הלוקח ב' ולכך צ"ל שעשאו אפותיקי. דאל"כ בלאו הכי אינו גובה מלוקח שני דיכול לומר הנחתי לך בני חורין אצל המוכר אבל כשעשאו אפותיקי ע"פ מה שנתבאר לקמן סקי"ז אינו יכול לומר כן ונראה שהרמב"ם ושאר הפוסקי' מפרשי לי' בנגזל שבא לטרוף השדה ולכך אין מחלקין בין אפותיקי או לא דבכה"ג לא שייך להזכיר אפותיקי כלל:

סעיף יט

אא"כ נשאר כו'. עיין בעיר שושן שכ' טעם למה אין אנו חוששין שהלוקח שני ירא שמא שדה שלו גם כן גזולה ודבריו נכונים ושלא כדת השיג עליו בסמ"ע ס"ק ל"ד ע"ש ודו"ק:

סעיף כ

ובא יהודה לערער על שמעון כו'. ז"ל הטור אם מערער עליו ואומר שראובן גזלה ממני פשיטא דראובן אינו מעיד לשמעון דניחא ליה דלא לקרוייה גזלנא אלא אפי' מערער שראובן קנא' מגזלן אפי' הכי לא יעיד כו' ועיין מ"ש לקמן ס"ק כ"ב:

סעיף כא

אע"פ שאין עליו אחריות כו'. בטור כתב עוד ז"ל ואע"פ ששמעון הלוקח מכיר שזו שדה היתה של ראובן ושל אבותיו מעולם נמצא דאף אם שתק אין לו לשמעון עליו לא דמי הקנין שהרי מכרו לו שלא באחריות וגם לא תרעומות שהרי מכיר ויודע שהמערער בא בעדות שקר אפ"ה לא יעיד לו עכ"ל סמ"ע וכ"כ בעיר שושן נראה מדבריהם שהיו גורסי' בטור שמכרה לו שלא באחריות ושמעון מכיר כו' וכגירסת הב"י ופירושו אבל באמת אין גירס' זו עיקר בטור שהרי כתב הטור אח"כ דקי"ל כרב זביד דיכול להעיד לו אפילו אינו מכיר כו' אלמא דלא חיישינן לתרעומות ובספרי' שלפניו (דפות סביוטה ושאר דפוסים) איתא אע"פ שמכרה לו שלא באחריות או באחריות ושמעון מכיר כו' וכ"כ הב"ח דגירסא זו עיקר והיינו כשנויא קמא דתוספות דף מ"ג ע"א דמשום חשש תרעומות לא יעיד שקר וגם נראה דמ"ש התוספות אי נמי כו' לא כ"כ אלא לרווחא דמילתא אבל לדינא ס"ל עיקר דאינו נפסל בשביל כך דאל"כ תיקשי הא דפריך בש"ס סוף דף מ"ד והא אמר רב פפא כו' ה"ל לאקשויי בלאו הכי דהא תרעומות אית ליה עליה כיון דלא אסיק אדעתיה שנויא דמכיר בה שהיא בת חמורו אלא ודאי קושטא דמילתא דאינו נפסל בשביל כך וכן פסק בהגה' אשר"י מא"ז וכן מוכח דעת שאר כל הפוסקי' שהבאתי לקמן סוף ס"ק כ"ג שפסקו גבי פרה וטלית דמעיד אע"פ שאינו מכיר בה שהיא בת חמורו אלמא דלא חיישינן שיעיד שקר משום חשש תרעומות וכן עיקר:

סעיף כב

הרי הוא רוצה כו'. ואפי' אית למוכר ארעא אחריתי דיכול להיות שיודע שיש הרבה ב"ח עליו או שמא עשה זה השדה אפותיקי מפורש לב"ח טור וכן דעת התוס' ושאר פוסקים וכן הסכימו האחרונים:

סעיף כג

שלא באחריות דוקא דאל"כ אינו מעיד דכשיוציא יהודה משמעון יצטרך לחזור ולשלם לשמעון:

סעיף כד

שקנאה מגזלן כו'. כ' בסמ"ע ס"ק מ"א דבזה אפי' טוען שראובן עצמו גזלה לא מחשב נוגע מטעם דלא ליקרוייה גזלנ' דבמטלטלי' לא מיקרי גזלן מחמת כן ומדברי הב"ח מבואר להדיא דאינו מחלק בכך אלא ס"ל דלהטור אף במטלטלים מיקרי נוגע בשביל כך ולהרמב"ן אף בקרקע לא מקרי נוגע בשביל כך ע"ש:

סעיף כה

יכול ראובן להעיד כו'. והרמב"ם כ' בפט"ז מה' עדות דהיינו דוקא כששמעון מכיר שהפר' והטלית הם של ראובן והמחב' לא חילק בכך ואין לומר משום דהרי"ף והרא"ש פסקו כרב זביד דהא לפי מ"ש בב"י גם הרמב"ם פסק כרב זביד והרי"ף והרא"ש לא פליגי עליה אלא נראה משום דלפי מה שפירש בב"י הרמב"ם מיירי במכר סתם דבהא מודה רב זביד דבעינן שיהא מכיר בה שהיא בת חמורו וזה דבר פשוט הוא ופשיטא דכל הפוסקי' מודו בזה ולכך כאן שכתב המחבר ראובן שמכר כו' שלא באחריות כו' לא חילק במכיר בה שהיא בת חמורו:

אבל לפע"ד דבריה ב"י לא נהירא לומר דהרמב"ם מיירי בסתם דהא במכר שדה מיירי להדיא במכר שלא באחריות ועלה קאי מכר פרה וטלית כו' ומחלק בין שדה לפרה וטלית אלמא דדומיא דשדה מיירי בפרה וטלית ועוד דהא טעמא דבמכר פרה וטלית אינו מעיד במכר בסתם משום דאחריות ט"ס הוא וכהכתב בכסף משנה להדיא והכי קי"ל דאחריות ט"ס הוא אף במטלטלים וכמ"ש הרמב"ם ר"פ י"ט מה' מכירה והט"ו לקמן ר"ס רכ"ה וא"כ אמאי כתב הרמב"ם שם בפט"ז מה' עדות שאם היה לו קרקע לא יעיד דשמא שעבדם מטלטלי אג"ק לב"ח שלו ומעמידה בפני בעל חובו הא יהיה ג"כ לוה רשע ולא ישלם לגבי הלוקח כיון דאחריותן עליו וכן הקשה בספר לחם משנה:גם מ"ש הלחם משנה דהרמב"ם פי"ט מה' מכירה דין ח' (והעתיקו הט"ו לקמן סי' רכ"ה סעיף ה') מיירי כשהתנה בפי' שלא יהא אחריות עליו כלל אפי' דגזלה לא נהירא דפשט לשונו שם לא משמע כן וגם קשה לומר שהרמב"ם יפסוק כרב פפא ודלא כהרי"ף שדרכו תמיד למשוך אחר הרי"ף:

גם מ"ש הב"ח דהרמב"ם ס"ל דלענין עדות פסול דלא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינ' להיות תרעומת עליו הוא דוחק ועוד דהעיקר חסר מן הרמב"ם דהל"ל שפסול משום חשש תרעומות ומיקם בדינא:

אלא נ"ל דודאי הרמב"ם פסק כרב זביד וכמ"ש ג"כ הרב המגיד חי"ט מה' מכירה אלא דמשמע ליה להרמב"ם מדפריך בש"ס מעיקרא בפשיטות מרב פפא וגם מדקאמ רב ש"ס בתר אוקימתא דמכיר בה שהיא בת חמורו ורב זביד אמר כו' וגם מדקאמר רב זביד בלא וי"ו וגם מדהביא הרי"ף אוקימתא דמכיר בה שהיא בת חמורו ופירשה בארוכה להך אוקימתא אלמא דס"ל להרי"ף דמ"מ הך אוקמתא דהלכתא היא וגם מדשינה הרי"ף ל' הש"ס דבש"ס קאמר ורב זביד אמר אפי' נמצאת שאינו שלו אינו חוזר עליו והרי"ף כתב אפי' נמצאת שד"ה שאינו שלו אינו חוזר עליו דלאיזה צורך הוסיף הרי"ף בדברי

רב זביד תיבת שד"ה וגם מדכתב הרי"ף ורב זביד פליג ארב פפא וכו' לאיזה צורך כתב כן. מכל זה משמע ליה להרמב"ם דדוקא בשדה פליג רב זביד משום דעביד אינש דזבין ארעא ליומא או טעמא אחריני אבל במטלטלים מודה רב זביד ולכך כתב הרי"ף ורב זביד פליג ארב פפא כלומר ארב פפא דנקט שדה פליג אבל אאוקימתא לא פליג. וכן מדוקדק בדברי הרמב"ם גופיה בפרק י"ט מה' מכיר' שמתחלה כתב כל המוכר קרקע או עבד או שאר מטלטלים ה"ז חייב באחריותן כו' אע"פ שלא פירש הלוקח דבר זה אלא קנה סתם כו' המוכר קרקע לחברו והתנה המוכר שלא יהיה עליו אחריות אפי' נודע בודאי שזה הארץ גזולה ויצאת מיד הלוקח אין המוכר חייב כלום כו' ולמה כו' כתב אח"כ המוכר קרקע כו' הל"ל קרקע או מטלטלים כמ"ש בתחלה או הל"ל המוכר סתם וגם חזר וכתב אפי' נודע בודאי שזו הארץ גזולה כו' אלא משמע דדוקא בקרקע אינו חוזר עליו ולא במטלטלין כן נ"ל בדעת הרמב"ם (שוב מצאתי בס' גי' תרומה שער מ"ג ח"ב ד' ק"נ שפירש דעת הרמב"ם כמו שכתבתי ועוד כתב שם כמה דברים בענינים אלו יעוין שם): מיהו הרא"ש השמיט בדברי רב זביד תיבת שדה וגם לא כתב ורב זביד פליג ארב פפא כו' ונראה מדבריו דרב זביד אפרה וטלית נמי פליג וכמ"ש הטור דאפי' בפרה וטלית יכול להעיד כשמכר לו שלא באחריות וכן פי' רשב"ם להדיא וכ"כ הנ"י וכ"כ בהגה' מיי' פט"ז מה' עדות בשם אבי אסף ומ"מ מדברי כולם נלמד דמשום חשש תרעומות לוקח אינו נפסל לעדות ודלא כסמ"ע ס"ק ל"ו וכבר השגתי עליו לעיל ס"ק י"ט ע"ש:

סעיף כו

ובזמן הזה כו'. כ"כ המחבר ע"פ מ"ש בבדק הבית בשם הרא"ש וטור לקמן ריש סי' ס' אבל כבר תמהתי שם בסי' ס' ס"ק ד' על המחבר בזה וכתבתי. שתקנה זו של הרא"ש וטור לא הזכירוה שאר הפוסקים ואדרבה כתבו שאר הפוסקים להדיא בכמה דוכתי הלכה למעשה שטורפין ממטלטלים וגם הרא"ש וטור לא כתבו כן אלא לפי מנהג מקומות ההם הידוע להם שהיו נוהגין כן וגם כאן כתבו התוס' והגהות אשר"י דבזמן הזה שכיח שמודה שיש לו קרקע ואינו מעיד אלמא דאפי' בזמנם היו טורפים מטלטלין ואינו מעיד וכן משמע בחדושי הרמב"ן ע"ש. ומ"מ דין של המחבר אמת במקום שנהגו שאין טורפים ממטלטלי' שמכר:

סעיף כז

משום תקנת השוק. על פי מה שנתבאר לקמן סי' שנ"ו ע"ש:

סעיף כח

ראובן שגזל כו'. עיין בטור שה"ר יונה פירש דאפי' אינו ידוע בודאי שגזל רק ששמעון התרעם עליו ושר"י פי' דדוקא כשיש לשמעון עדות שיכול להוציא ממנו בדין ע"ש:

סעיף כט

ואם מכר הטלית הגזול' ללוי כו'. בתוספות פ' ח"ה ריש דף מ"ד דקדקו מדכתב רשב"ם וכגון שמכר ראובן ללוי שלא באחריות כו' דנרא' דפירש כן משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע בעדות דאע"ג דהוי יאוש ושינוי רשות מפיק לה שמעון מלוי כיון דאין שום הפסד ללוי שיחזור על ראובן עכ"ל ואין דבריהם נראין דכי בשביל שאין הפסד ללוי יוציאנו שמעון מידו הלא כבר קנאו ביאוש ושינוי רשות ודלמא לוי רוצה בגוף החפץ ולא בדמיו ועוד דדלמא לא ניחא ליה ללוי למיקם בדינא ודיינא עם ראובן או שמא לא יהי' לו לראובן לשלם ועוד קשה לי דהא בכל דוכתי אמרינן סתמא דקנה ביאוש ושינוי רשות ומשמע דאפי' בסתם דאחריותו עליו ועוד דאפי' תימא דמיירי גם כן שמכר שלא באחריות תיקשי אמאי קנה אותו הא אין לו הפסד שיחזור לו הנגזל הדמים מתקנת השוק אלא ודאי כיון שכבר קנה אותו ביאוש ושינוי רשות קנה אותו לגמרי אפי' יחזור לו המוכר מעותיו ומ"ש רשב"ם וכגון שמכר שלא באחריות כו' רבותא קאמר דאפי' מיירי שלא באחריות גם בנ"י פ' ח"ה ראיתי שכתב בשם ה"ר יודא בן הרא"ש דכוונת רשב"ם דאלו באחריות לא הוי שינוי רשות וכאלו היא ברשות גזלן והדרא ליה ולא הי' יכול להעיד שהי' נוגע בעדות עכ"ל ואינו נרא' לי דמה ענין אחריות לשינוי רשות והכי משמע מדברי כל הפוסקים לקמן סי' שנ"ג ושנ"ו ושס"א ושאר דוכתי טובי שכתבו סתמא קנה ביאוש ושינוי רשות ולא חילקו בין מכר לו באחריות או לא וגם מדברי הרמב"ם והט"ו כאן מוכח להדיא כן דלעיל בסמוך סעיף ט"ז כתבו ראובן שמכר כו' שלא באחריות כו' וכאן כתבו מכר סתם ולא כתבו שלא באחריות אלמא דכאן אין חילוק וכן עיקר:

שוב מצאתי בב"ח שהביא דברי התוספת הנ"ל וכ' יש לתמוה שלא נזכר זה בדברי הפוסקים עכ"ל ואין תמיהתו זו כלום דהפוסקי' לא ס"ל כהתוספות אדרבא על דברי התוספות יש לתמוה וכמו שכתבתי:

סעיף ל

ונתייאש שמעון ממנה. משמע דהיינו בידוע שנתייאש אבל בסתמא לא הוי יאוש וכן משמע יותר בטור ורשב"ם שכתבו ושמעינן לנגזל דאייאש כו' והיינו כמו שכתבתי לקמן סי' שס"ח סק"ב וע"ש שהארכתי בזה. ומשמע מדברי הרמב"ם והמחבר דאין חילוק בין יאוש קודם שינוי רשות או יאוש אח"כ ואזלי לטעמייהו לקמן סימן שנ"ג ס"ג ושנ"ו ס"ג

אבל הרבה חולקי' דבעינן היאוש קודם שינוי רשות וכמ"ש בסי' שנ"ג סק"ד וכתבתי שם שכן נראה עיקר ע"ש. וכן דעת הטור שם ועל כן כתב הטור כאן ושמעינן לנגזל דאייאש קודם שנמכר וק"ל:

סעיף לא

והאידנא כו'. אין הנגזל מעיד היינו כשהניח עכ"פ נכסי' מטלטלי וכדלקמן סי' שמ"א ס"ד ושע"א ס"ז אבל כשלא הניח כלום אין חייבים לשלם כלום מנכסיה' וכדלקמן ריש סימן ק"ז והלכך מעיד:

סעיף לב

עד שיסתלק כו'. ודעת רבינו ברוך ומהר"מ והגהת מיי' פ' ט"ו מה' עדות דדוקא בדיינים מהני סילוק ולא בעדות דבעינן תחלתו וסופו בכשרות והלכך כיון דבשעת ראיית העדות הי' פסול לא מהני השתא סילוק (ותשובת מהר"ם היא בד"פ סי' תתקצ"ה) וכ"כ התוס' בנדה בפרק בא סימן (נדה דף נ' ע"א) וכ"כ בתשובת הרא"ש ריש כלל נ"ח בשם מהר"ם ור"י מפריי"ש וגם בתרומת הדשן סי' שמ"א מביא דברי הגהות מיי' ומהר"מ הנ"ל בסתם (וכ"פ בתשו' ר' יוסף טראני סי' כ"ו ע"ש) ואע"פ שבב"י לעיל ס"ס ל"ג דחה דברי מהר"מ ונמשך אחר תשו' הרא"ש שהקשה מהך דשותפין מעידים זה לזה באמת ל"ק מידי די"ל דהתם מיירי בעדות שראה השותף אחר שסילק עצמו וכן מוכח בתוספת פרק ח"ה ושאר פוסקי' די"ל כן מדהקשה אהך דליסלקו בי תרי מנייהו דהא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ולא הקשו כן לעיל מיניה אהא דמעידים זה לזה וכן כ' בתשו' מהר"א ן' חיים סי' ק"ג וכ' דאע"ג דכתב הב"י דנקטינן כרוב הפוסקי' מ"מ כיון דקי"ל דמוחזק יכול לומר קים לי רק במקום שהמסייע הוא יחיד בנ"ד דאיכא הר"מ ז"ל ותוספות דנדה וה"ר ברוך ודאי דיכול המוחזק לומר קים לי וע"ש. וע' עוד בתשובת מהר"א בן חיים סי' כ"ט:

סעיף לג

כגון בהכ"נ. או כלי קדש ותפוחי זהב שהן נויי ס"ת וכיוצא בזה כן הוא בתשו' מהרשד"ם סי' ט"ו וע"ש:

סעיף לד

אין דנין כו'. ע' בתשו' מהר"ל ן' חביב סי' קל"ד ובתשו' מהר"מ מלובלין סי' מ"ב:

סעיף לה

שהנאה הוא להם כו'. ע' בס' ת"ח פ' ח"ה מ"ש על הרמב"ם והמחבר בזה:

סעיף לו

וכן לא יהי' דיין כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' מ"ה וסי' תל"ט:

סעיף לז

עכשיו נהגו כו'. ע' בתשו' מהר"א ן' חיים סי' כ"ט:

סעיף לח

וכן לא אמרינן בכיוצא בזה לא ראינו אינו ראיה כו'. בזה ישבתי בתחלת ספרי שפתי כהן ליורה דעה דברי האגור שכתב שאין להניח נשים לשחוט שכבר נהגו שלא לשחוט שהב"י שם השיג עליו דלא ראינו אינה ראיה ואני כתבתי דבמנהג הוי לא ראינו ראיה וכמ"ש מהרי"ק והר"ב כאן. ושמעתי שיש מי שהקשו עלי בזה וגם שאלני משכיל אחד ואמר שדעת מהרי"ק שורש קע"ב והר"ב כאן אינו כן אלא הם מיירי בדבר שבא לעשותו ונמנעו לעשותו משום המנהג וכן הוא בשלטי גבורים ריש פרק השוכר את הפועלים דמהרי"ק מיירי דוקא בכה"ג כגון שיש בו מנהג במקום פלוני שאין מברכים שהחיינו או שאר ברכות או שאין משלימין בתענית בע"ש וכה"ג והאריך בהוכחות בש"ג שם ועו"ש. וזה אשר השבתי לובודאי כדבריך כן הוא בשלטי גבורי' אבל לפי דעתי הבעל ש"ג לא כוון יפה ודעת מהרי"ק והרב הוא כדברי וכמו שאבאר בראש מה שרוצה בעל ש"ג לומר דדוקא דהיכא דאירע מעש' ונמנעו לעשותו חשיב מהרי"ק לא ראינו ראיה לא נהירא לפע"ד דא"כ האיך כתב מהרי"ק וז"ל ואשר כ' עוד כי לא ראינו ולא שמענו אינה ראיה הלא דבר פשוט הוא דדוקא היכא שיש ב' כתי עדים המכחישים זה את זה אחת אומרת ראינוה שנתקדשה ואחת אומרת לא ראינו כך וכך אבל היכא שאין הכחשה כי הכא שאין אדם מעיד שנהגו הראשוני' להחמיר באלו הסבלונות פשיטא ופשיטא דמהני האומרי' ומעידי' שלא ראו ולא שמעו מימי הראשוני' פוצה ומצפצף וכה"ג איתא בערובין כו' עכ"ל דמשמע דטעמא דבב' כתי עדים כיון דאיכא הכחשה הא לאו הכי הוי לא ראינו ראיה דומיא דהנך דמסהדי דלא ראינו שנתקדשה דלא הוו מסהדי על המעשה שנמנעו לעשותו. ועוד דאל"כ האיך שייך לומר לא ראינו אינה ראיה והרי זה הוי כמו ראינו דכיון שאירע כך מעשה ונמנעו אין לך ראיה גדולה מזה אלא ודאי מהרי"ק מיירי שאין אנו יודעים שאירע מימי הראשונים כך מעשה אלא שלא ראינו מעולם מי שהחמיר וא"כ כיון דמנהג דמסבלי ולא שמענו שמחמיר בדבר הוי לא ראינו ראיה כיון דליכא אחריני דמכחשי להו. כן משמע לפע"ד ברור דעת מהרי"ק וכן נראה דעת הרב מהרמ"א שכתב בד"מ סי' ז' בשם מהרי"ק בסתמא דבמנהג הוי לא ראינו ראיה וכ"כ בהגהותיו לש"ע ס"ס ל"ז ואם איתא ה"ל לפרושי דהיינו דוקא במנהג שבא במעשה לעשותו ונמנעו מלעשותו ומדסתם ליה סתומי משמע דבכל גווני הוי במנהג לא ראינו ראיה. וטעם נכון יש בדבר דכיון שהמנהג כן והדבר. שכיח כן אם הי' הדבר מותר אי אפשר שלא היינו

רואים פ"א כן נוהגין להתיר אלא ודאי המנהג הוא כך שנהגו בכוונה לאסור וכן להפך: ומ"ש בעל ש"ג דמהרי"ק מייתי ראיה (מעירובין דף מ"א) מה שלא ערער אדם באותן התעניות שבאו מע"ש ולא היו משלימים דמה שלא היו משלימי' הי' מנהג כו' לפע"ד לא כוון יפה דאם איתא דכוונת מהרי"ק הוא כדבריו א"כ מאי ראיה מייתי דלמא לעולם אימא לך דעובדא דסבלונות לא הוי כבא מעשה לידינו והתם בתעניות הוי ראינו ממש שהרי נהגו לאכול ולא להשלי' ואין לך ראינו גדול מזה. גם מ"ש בעל ש"ג ולולי כי אין משיבים את הארי לאחר מיתה הי' קצת נראה דאין מכאן ראיה דלא ראינו הוי ראיה כו' דדלמא לא ערער בדבר היינו הודו לו ממש דשתיקה כהודאה דמיא כו' נלפע"ד דהבעל ש"ג לא כוון יפה בכל זה דהוא הבין שכבר נקבעה הלכה כרבן גמליאל ולא הי' אדם שערער בדבר כלום כו' פירושו שכבר נקבעה הלכה בזה שלא היו משלימי' וזה אינו דאל"כ ל"ל לר' יוחנן בן נורי לומר כל ימיו של ר"ג קבענו הלכה כמותו כו' אפילו אי לא קבענו הלכה כמותו הל"ל בקצור כבר הוקבע הלכ' כר"ג שכבר נהגו לאכול ולא להשלים אלא הדבר ברור דה"פ שר' יהושע רצה להפר דבריו של ר"ג לפי שהי' נראה לו הדין שמשלימין ועדיין לא הי' מנהג בדבר זהועמד ר' יוחנן בן נורי ואמר כל ימיו של ר"ג קבענו הלכה כמותו בכל מה שאמר ר"ג ולא דקדקנו אחר דבריו אלא הי' מנהגנו לפסוק כדבריו ועכשיו אתה מבקש לבטל דבריו יהושע אין שומעין לך שכבר נקבע הלכה לפסוק כר"ג בכל דבריו ולא הי' אדם מערער בדבר מעולם לומר לא אפסוק כר"ג. וא"כ מייתי מהרי"ק שפיר ראיה וז"ל הרי לך שלא אמר לו לא שמעתי אינה ראיה דהא ע"כ לא הי' עדותו אלא שלא שמע מערער מדלא קאמר והודה לו חכמים עכ"ל כוונתו ממש כמו שכתבתי ור"ל כיון דהתם לא שמע מערער והוי ראיה לומר דנהגו כר"ג בכל דבריו א"כ ה"ה גבי סבלונו'. וא"כ ה"ה נמי בנדון דידי שהמנהג שאין הנשים שוחטות: ומ"ש עוד בעל ש"ג ראיה לדבריו מריש פ' ערבי פסחים גם בזה דבריו לא נהירין לענ"ד דודאי התם בשביל פ"א אי לאו דמיחה לא היו קובעים הלכה לדורות דשמא אירע כך ולא הי' כוונה בדבר אבל אה"נ אלו אירע כן הרבה פעמי' והי' מנהג בדבר ודאי היינו יכולין שפיר ללמוד מדלא אירע כן להפך בשום פעם דמנהג הוא כן והוי ראיה. ותמהני על בעל הש"ג דהא התם אי לאו דמיחה היו מפסיקין והוי ראינו ממש ואפ"ה לא הוי מצינן למילף מהתם אלא ודאי כדפי' דהתם טעמא היא כיון דלא הי' רק פ"א היינו אומרי' אולי מקרה הוא ולא בכוונה אבל אה"נ אלו אירע כן הרבה פעמים אפי' הי' אירע להפך שלא היו מפסיקין היינו שפיר יכולי' ללמוד מדלא אירע כן בשום פעם להפסיק ש"מ דהמנהג הוא שלא להפסיק והוי לא ראינו ראיה: גם מ"ש עוד בעל ש"ג ראיה לדבריו ממסכת זבחים דף

ק"ג גבי עור יוצא לבית השריפה כו' דבריו לא נהירין לפע"ד ואדרבה יש לדקדק מדברי רש"י שם איפכא דמדכתב רש"י שמא לא אירע בימיו שימצא טריפה אחר ההפשט ואפילו אירע שמא הוא לא ראה משמע דוקא התם כיון דלא שכיח שימצא טרפה אחר ההפשט וגם הוא לא ראה ואפשר אחרים ראו אבל בדבר דשכיח טובא ושום אדם לא ראה פשיטא דלא ראינו הוי ראיה וא"כ בסבלונות ששום אדם לא שמע מי שהחמיר וכן בנדון דידי שמעולם לא שמע שום אדם שהנשים שוחטות וגם הדבר שכיח טובא והלכות שחיטה נוהגים בכל יום ולא שמענו מעולם שאשה שחטה או שלמדה הלכות שחיטה כדי שתוכל לשחוט אלא המנהג פשוט שאין הנשים שוחטות ודאי בכה"ג הוי לא ראינו ראיה והוי ממש כדעת מהרי"ק והר"ב ע"כ תשובתי:

סימן לח

סעיף א

עדים שהעידו כו' ל' הטור ומה שמחייבי' הני הנזמין אינו אלא קנס כו' לפיכך אין משלמין על פי עצמן כו' אבל אם אמרו עדי' שקר העדנו כ' ר"ח לא מבעיא שאין משלמין על פי עצמן אלא אפי' העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ומתקיימת שכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל וכ' הב"י לא ידעתי למה כ' דין זה בשם ר"ח דהא ש"ס ערוכה היא וכ' בד"מ וז"ל לא ידעתי מה קשה לו דהא לא איתא בש"ס אלא שהעדות הראשון מתקיימת משום דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכן אם אומרים הוזמנו אין משלמין ע"פ עצמן משום דהזמה קנס הוא אבל לא איתא התם דאין משלמין על פי עצמן כשאומרי' שקר העדנו ולכן כתבו בשם ר"ח והרא"ש חולק ע"ז וס"ל דמשלמין על פי עצמן משום דינא דגרמי והביאו במישרי' נ"ב ח"ב וכ"כ הטור לקמן בשמו (בסי' מ"ו סל"ד) עכ"ל דרכי משה וכ"כ בספר לחם משנה סוף פ' י"ח מה' עדות דהטור הוצרך לכתוב דין זה בשם ר"ח לאפוקי מדברי ר' ירוחם והרא"ש ז"ל דאית להו דנאמני' לחייב עצמם משום דינא דגרמי ונסתלקה תמיהת הב"י עכ"ל וכ"כ עוד שם דמ"ש הרמב"ם שם דכשאמרו שקר העדנו אין משלמין ע"פ עצמן היינו כפי' ר"ח ולא כרבינו ירוחם והרא"ש וע"ש וכ"כ בספר שארית יוסף והב"ח דהטור בשם ר"ח מיירי שאין משלמין מדינא דגרמי ולאפוקי דברי ר' ירוחם. ולפע"ד דברי הד' גדולי' אלו אינם נכונים מכח ה' קושיות:

א) אם איתא שלזה נתכוין הטור לא ה"ל לכתוב רק בקיצור כתב ר"ח שאין משלמין ע"פ עצמן.

ב) מאי לא מבעיא כו' אלא אפי' כו' האי אפי' אדרבה פשוט הוא בש"ס ומ"ש הב"ח בזה הוא דוחק ע"ש.

ג) אם איתא דאתא לאשמועינן דאין משלמין ע"פ עצמן משום דינא דגרמי א"כ מאי קאמר לא מבעיא כו' אלא אפי' העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה כו' דמשמע דאי לאו האי אפי' ה"א שהעדות אינה נכונ' הא מיד בהתחלת דבריו מוכח שהעדות נכונה דמדקאמר שאין משלמין ע"פ עצמן אע"פ שגרמו לו היזק מוכח דהעדות נכונה דאם בטלה העדות מהיכי תיתי ישלמו לו ע"פ עצמן הא לא גרמו לו היזק ודוחק לומר דמיירי שכבר שילם לחבירו ע"פ עדותן ואין לחבירו לשלם או הלך למ"ה. ועוד מ"מ הל' קשה לא מבעיא כו' אלא אפי' כו' מה ענין זה לזה איפכא הל"ל העדו' שהעידו נכונה כו' ומ"מ אין משלמין ע"פ עצמן: ד היאך יעלה על דעת שהעדים לא יתחייבו לשלם כשגרמו לחבירו היזק בעדותן שקר והלא אין לך גרמי גדול מזה וכמו שאוכיח לקמן מדן את הדין וממוחל שטר וממראה דינר לשולחני ומסור וכה"ג. וכ"כ הרמב"ן בדיני דגרמי שלו וז"ל שנים שהעידו עדות שקר והפסיד חבירו על ידם ואי אפשר להוציא מידו כגון עכו"ם ואלם או הודו הם והוא לא הודה חייבי' לשלם שהרי גרמו לאבד ממונו של זה והא דגרסינן במסכת מכות אמר רב יהודה אמר רב עד זומם משלם לפי חלקו והוינן בה ואוקמה רבא באומר עדות שקר העדנו ואקשי' עליה כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לאו מכלל דלא משלם דאף ע"פ שאינו חוזר ומגיד לבטל עדותו אפשר לו שיתחייב לשלם אלא הכי קא קשיא ליה כיון שעדותו קיימת למה אתה קורא אותו עד זומם עכ"ל (ודברי' נכונים הם והיינו ממש כדעת ר' ירוחם והרא"ש ולחנם האריך בספר לח"מ שם להקשות על ר' ירוחם והרא"ש מש"ס דמכות הנ"ל ואשתמיטתי' דברי רמב"ן אלו וגם דברי רש"י בש"ס שם יש לפרש כן ודוחק) וכן דעת הרבה פוסקי' דהעדי' שהעידו שקר חייבים משום דינא דגרמי וכמ"ש לקמן:

ה) דכיון שהרא"ש גופיה ס"ל דחייבין משום דינא דגרמי וכמ"ש הטור עצמו בשמו לקמן סי' מ"ו סל"ד היאך יכתוב הטור כאן בסתם דברי ר"ח דלא כהרא"ש ובס' שארית יוסף תירץ בזה דדוקא התם שחתמו כן בשטר עשו מעשה חייבים משא"כ הכא שהעידו על פה ולא עשו מעשה ואין זה נכון כלל דמה בכך שלא עשו מעשה סוף סוף גרמו לו היזק ולא גרע מדן את הדין דלעיל סי' כ"ה וממוחל שטרו דלקמן סי' ס"ו סל"ב וממראה דינר לשולחני דלקמן סימן ש"ו וממסור ומראה ממון של חבירו דלקמן סי' שפ"ח בכה"ג טובא דאע"ג דבדבורא לחוד גרמו הזיקא חייבים גם מ"ש הב"ח לחלק דבעדות בעל פה לא ברי הזיקא דמצי למטען אח"כ פרעתי ושאר טענות אינו נכון דהא כיון דחייבו

בעדותן בע"כ אין לו שום טענה. וכ"כ ר' ירוחם להדיא בנתיב ב' ח"ו אפי' בעדות בע"פ דכשאמרו שקר העדנו חייבי' לשלם ע"פ עצמן למאי דדיינינן דינא דגרמי ומביאו ב"י והיינו כדברי הרמב"ן שהבאתי וכ"כ הנ"י פרק הבונס בשם הרמ"ה ומביאו ב"י לעיל ס"ס ל"ב וכ"כ המרדכי ד"פ החובל בשם אבי העזרי ופסקוהו הר"ב בהגה לעיל סימן א' ס"ג [ס"ד] ומהרש"ל פרק החובל סי' ה' (וגם מ"ש הב"ח לפי' ר"ח דהמקש' פריך כל כמיניה פשיטא דאין משלם לפי חלקו אע"פ שהזיקו ואפי' עדותו נכונה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' הוא דוחק גדול דמנ"ל להקשו' דדילמא לגבי עצמו חייב כאשר באמת הדין כן לכל הפוסקי' שהבאתי. ומכ"ש דמ"ש הב"ח לעיל מיניה וז"ל ויש להקשות לרבא דמוקי באו' עדות שקר העדתי א"כ מאי עד זומם דקאמר רב וצריך לומר ל"ד קאמר עד זומם דאפי' לא הוזם כל עיקר אלא ר"ל שאומר שקר העדתי חייב לשלם לפי חלקו מדינא דגרמי עכ"ל אינו נכון דא"כ מאי פריך בתר הכי כל כמיניה כו' מנ"ל להקשות וכמ"ש ובאמת קושיות הב"ח מעיקרא ליתא דהיינו באמת קושיית המקשה כל כמיניה כו' וכמ"ש בשם הרמב"ן ובלא"ה נמי לק"מ וכמ"ש לקמן) אבל לפי עד"נ דקושית הב"י מעיקרא ליתא ובחנם הרעישו כל הגדולי' הנ"ל בזה והוא משום דנדקדק עוד אם איתא דהטור בשם ר"ח בא לומר דאינן חייבים לשלם מדינא דגרמי מה ענינו כאן בסי' זה שהרי בכל סי' זה לא מיירי אלא מדיני הזמה ע"ש אלא נראה ברור משום דבכל סי' זה לא מיירי אלא כשמתחייבי' העדים זוממי' משום קנס וכמו שנקט נמי להדיא הטור בדין זה בתחלת דבריו ומה שמתחייבי' הניזמין אינו אלא קנס כו' ועלה קאי נמי ומייתי דברי ר"ח והיינו כשאמרו שקר העדנו דסד"א דיהיו חייבים משום קנס והיינו אף שלא גרמו לו היזק דהיינו שלא שילם וכדאמרי' ברפ"ק דמכות שם מ"ט דר"ע קסבר קנסא הוא וקנס אינו משלם ע"פ עצמו אמר רבה תדע שהרי לא עשו מעשה ומשלמין וכן אמר רב נחמן תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין ועיין בתו' רפ"ק דב"ק דף ד' ע"ב וברמב"ם ר"פ ך' מהל' עדות ובכסף משנה שם) אבל כשגרמו לו היזק אינם חייבים משום קנס לחוד אלא משום דינא דגרמי (הגה ועיין לקמן סי' שפ"ו סק"א) שהוא כאילו הזיקוהו בידי' וכן הוא בל' ר' ירוחם חייבי' משום דינא דגרמי שאין זה קנס. והיינו כמו שהוכיח הרמב"ן בדיני דגרמי שלו דדיני גרמי אינו קנס ע"ש באריכות וכ"כ הטור לקמן סי' ס"ו סל"א גבי מוחל שטר שחייב משום דיני דגרמי שאין זה קנס לומר שלא קנסו בנו אחריו אלא ממון גמור הוא כו' וא"כ הטור בשם ר"ח כאן דמיירי משום קנס מיירי כשלא גרמו היזק בעדותן דהיינו שלא שילם עדיין ומפרש הש"ס דמכות כפי' התוס' וז"ל יש לפרש עדות שקר העדתי ושוב הוזמו שניהן דהשתא יש לפרש כדאמר עדו' שקר העדתי סותר עדותו

ולא שייך ביה תורת הזמה כי אם בחבירו ופריך כל כמיניה אפי' הוא בעצמו אתי לידי הזמה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והוי כלא סתר דבריו וא"כ הוי שניהם זוממים ומשלמי' ממון עכ"ל והשתא אתיא דברי ר"ח כפשטן וה"ק אבל אם אמרו שקר העדנו לא מבעיא שאין משלמין ע"פ עצמן דסד"א שישלמו ע"פ עצמן משום קנסא דמה לי שניזומו מפי עדים או שניזומו מפי עצמן אלא אין משלמין ע"פ עצמן אלא אפי' העדות נכונה כו' כלומר דסד"א דנהי דאין משלמין ע"פ עדותן משום דעדות השנייה לאו עדות היא דהזמת עצמן לא חשיב הזמה כהזמת עדים מ"מ נימא דהכחשה מיהא הוי וכיון דסתרי לעדותן הראשונ' תבטל העדות כשאמרו שקר העדנו וכשניזמו אח"כ לא יתחייבו אלא אפי' העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ולא מתבטל במאי דאמרי' השתא שקר העדנו ומתקיימת דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כלל אפי' לגבי עצמם וכשניזמו אחר כך חייבי' וכמסקנא דש"ס לפי' התוס' והשתא לק"מ מה שהקשו הב"י דהא ש"ס ערוכה היא דבש"ס לא מוכח מידי דהא לפרש"י שפי' כל כמיני' בתמיה וכי יכול הוא לחזור בו ולפטור הנידון מלשלם וכן לפי' הרמב"ן שהבאתי לעיל לא מוכח כלל האי דינא שעדותן נכונה הוא לגבי עצמן לענין שמ"מ יהיו זוממין אח"כ וק"ל ומה שלא ביאר הטור בפי' דעדותן מתקיימת לענין שיהיו עדים זוממים היינו משום דבכל הסי' מיירי בזה ע"ש וגם בתחלת דבריו כאן כתב ומה שמתחייבים הניזומין אינו אלא קנס כו' ועלה קאי ומייתי דברי ר"ח. והשתא אתי שפיר הא דכתב העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ומתקיימת שכיון שהגיד כו' ולמה האריך כולי האי הל"ל בקצור העדו' שהעידו מתקיימת אלא ר"ל דאע"פ שבאמת הוא אינו עדות והם מתחרטי' בעצמן ממה שהעידו ה"א דאעדות כזה לא שייך דנהי שאין יכולי' לחזור מ"מ לאו עדות נכונה היא כיון שהם בעצמם אומרי' שקר העדנו אלא העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ומתקיימת ושייך ביה דין הזמה והשתא הרמב"ם והטור בשם ר"ח ורבי' ירוחם והרא"ש וסייעתם לא פליגי כלל וכולם בחדא מחתא מחתינהו. וכל זה ברור כשמש בצהרים ולא הוצרכתי להאריך רק שהבית יוסף ומהר"מ איסרלש ובעל ספר לח"מ ושארית יוסף וב"ח לא מצאו כל אנשי חיל את ידיהם ומקום הניחו לי להתגדר מן השמים:

סעיף ב

איכא נפקות' דעד זומם פסול להעיד כו'. ובב"י כתב דנ"מ דאי תפס לא מפקינן מיניה ול"נ נראה דנ"מ עוד היכא שכבר שילם זהעל פיהם וא"א למיהדר כגון שהוא אלם או הלך למ"ה או הוציא המעות ואין לו לשלם חייבים העדים לשלם כדלעיל סי' א' ס"ד בהג"ה ואי לא היה להם דין עדים זוממי' רק שעדים אחרים היו מכחישי' אותם

ולא אמרו עמנו הייתם לא היו חייבים לשלם דדילמא הם מעידים אמת והאחרי' שקר משא"כ בהזמה וק"ל: כתב הר"ן ס"פ ב' דכתובות וז"ל במ"ש הרז"ה דבעדות בע"פ הוא דאיכא הזמה אבל לא בעדות בשטר לעולם משמע דס"ל אפי' כ' בשטר שבזמנו כתבוהו משום דהזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חדושו דסתם עדות בעל פה הוא וזה שלא כדברי הרי"ף שכתב בפ' מרובה גבי עד זומם דבשטר נמי איכא הזמה כל שכתבו שנכתב בו בזמנו וכן נראה עיקר כהרי"ף כו' עכ"ל וכתב הב"ח בסי' ל"ד דנראה דאף הרז"ה לא קאמר אלא לענין עונש העדי' זוממין שאינו נוהג אלא בעדות בעל פה אבל לגבי דין פסלות העדים מוד' הרז"ה שהעדים פסולים דלא עדיף מהזמה שלא בפניהן דנהי דהזמה לא הוי הכחש' מיהא הוי דהמוזמת היא המוכחשת בודאי ועדותם בטלה ופסולים לכל עדות שבתורה כדלקמן בסי' ל"ח וה"נ בעדות שבשטר הכחשה מיהא הויא והעדים פסולי' אף לדעת הרז"ה נ"ל עכ"ל ונ"ל כדברי הב"ח ולא מטעמ' דטעם שכתב הוא דהכחשה מיהא הויא כמו הזמה שלא בפניהם כו' ליתא דמי לא עסקינן נמי שמזימין אותם בפניה' שאומרים להם היאך אתם חתמו על שטר זה והלא באותו יום עמנו הייתם אלא נראה דטעמא דהרז"ה דכיון דעדים זוממי' חדוש הוא שחדשה תורה בקנס דאע"פ שלא עשו מעש' משלמין שאין עונשים אלא במה שענשה התורה וכן מדוקדק בל' הרז"ה פ"ב דכתובו' בספר המאור וז"ל אין הזמה לעולם לשלם ממון אלא בעדות ע"פ עכ"ל דלאיזה צורך דקדק וכתב אין הזמה לעולם לשלם ממון כמ"ש אלא ודאי כדפרישית והשתא מ"ש הר"ן וזה שלא כדברי הרי"ף כמ"ש שהבין הר"ן דהרז"ה חולק על הרי"ף ליתא לפע"ד דודאי גם הרז"ה מודה דבשטר נמי איכא הזמה כל שכתוב בו שנכתב בזמנו וכדמוכח להדיא בש"ס ריש פאד"מ דגרסינן התם דיני ממונותמי בעינן דרישה וחקירה ורמינהו שטר שזמנו כ' בא' בניסן בשמטה ובא עדים ואמרו היאך אתם מעידי' על שטר זה והלא ביום פלוני עמנו הייתם במקו' פלוני שטר כשר ועדיו כשרים חיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו ואי ס"ד בעינן דרישה וחקירה היכא חיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו כו' פי' דכיון דבעינן דרישה וחקירה באיזו יום ובאיזה שעה ע"כ כתבו כן בשטר דאל"כ לא ה"ל עדות כלל כיון שאי אתה יכול להזימה דטעמ' דדריש' וחקירה הוא משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה וא"כ כיון שכתבו בשטר בזמנו כתבנוהו היכא חיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו ותו פריך התם שט"ח המאוחרי' אמאי כשרים הא בעינא דרישה וחקירה פי' וא"כ כיון שלא נכתב בשטר בזמנו כתבנוהו עדות שאי אתה יכול להזימה הוא וכן פירשו הראב"ן והבעל תורת חיים שם בר"פ אד"מ ומוכרח הוא ודו"ק ומסיק דבדיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה מדרבנן וא"כ

מוכח מכולה סוגיא דבשטר נמי איכא הזמה לפסול השטר ובע"כ גם הרז"ה מודה בזה ודלא כמו שהבין הר"ן מדבריו (גם מ"ש הר"ן שם כדתניא בפרק גט פשוט שטר שכתוב בו באחד בניסן בשמטה כו' ליתא בפ' גט פשוט ואגב חורפיה לא עיין רק ברי"ף פ' מרובה דמייתא ברייתא זו והבין הוא שהיא ברייתא בפ' גט פשוט דברויתא דמאוחרי' כשרים איתא התם ובאמת איתא כן בריש פאד"מ ע"ש) וכן נראה מלשון הרז"ה בספר המאור שם שכתב שלא תתכן הזמה לעולם בעדי' בשטר שיש לומר שמא אחרוהו וכתבוהו ועוד אין הזמה לעולם לשלם ממון אלא בעדו' על פה עכ"ל מדכתב שיש לו' שמא אחרוהו כו' משמע הא כתבו בפי' בזמנו כתבנוהו שייך ביה הזמה והיינו שכתב שלא תתכן כו' ל' שלא תתכ"ן משמע שלא תתכן אם לא בדרך רחוק אבל אם אירע כן שייך ביה הזמ' ונמצא גם הרי"ף יכול להיות דמודה להרז"ה שהרי הרי"ף בפ' מרובה לא כתב' רק דהשטר פסול אבל לא הוזכר שם כלל שהעדים יתחייבו לשלם ממון ודלא כהר"ן שהבין שהרז"ה חולק על הרי"ף והיינו שלא השיג הרז"ה על הרי"ף כדרכו אלא משמע שבא לומר ענין אחר בפני עצמו וגם הרמב"ן בפ' מלחמו' לא השיב על הרז"ה בזה כדרכו בכ"מ שהרז"ה משיג על הרי"ף בא רמב"ן ומשיב על דבריו ומיישב דברי הרי"ף וכאן שתק והודה לו אלא ודאי משום שגם הרז"ה אינו חולק על הרי"ף כלל בזה אלא ענין אחר מחודש קאמר בפני עצמו ולא מצאתי לשום פוסק שחולק על הרז"ה בזה הלכך העיקר כדבריו בזה כן נ"ל: כתב הריב"ש סימן רס"ו ומביאו ב"י דהזמה שלא בפניהם פסולים מיהא והביא ראיה מהרמב"ם פ"ב מה' עדות ומרש"י פ"ב דבכובות ולפע"ד אין דבריו מוכרחים והרמב"ם מיירי בעדים שלא ניזומו כולם ושאני התם וק"ל ורש"י נמי לא משמע מדבריו מידי גם מה שהביא שם מהרמב"ן שפסל כשמתו ואמרו גזלני' הם יש לומר דשאני התם שמעידי' על גופן של עדים שהם גזלני' משא"כ הכא ואפילו לדברי הריב"ש נ"ל ברור שא"י לפסלם שלא בפניה' בשבועה ואפילו בגזלנות דשבועה הוא נוגע להם עצמן ואין מחייבי' לאדם שלא בפניו משא"כ לעדות דמה להם בכך שפסולי' להעיד ודו"ק:

סימן לט

סעיף א

או שהודה בפני עדי' כו'. כתב בהגהת אשר"י פז"ב הא דמהני קנין בהודאה היינו שקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פלוני אבל אם אמר סתם הנני מודה לך בקנין בפני עדי' שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקנין הואיל ואינו מקנה לו עתה שום דבר והביאו

הסמ"ע ובבדק הבית השיג על הגה"א דמועיל הקנין אף בכהאי גוונא והבית חדש יישב דברי הג"א וצריך עיון לדינא ועיין בספר גי' תרומה שער מ"ב חלק ה' דף פ"ב ע"ג. ועיין לקמן ריש סימן מ' מיהו כל זה לענין שיהא טורף ממשעבדי אבל לגבי עצמו פשיטא דמהני הודאה אף בלא קנין כשאמר אני מודה שאני חייב לך וק"ל:

סעיף ב

גובה מן המשועבדים כו' הב"י כתב בסתם הטעם דשעבודא דאורייתא אלא דמלו' ע"פ לית ליה קלא תקנו רבנן דלא ליטרוף משום פסיד' דלקוחות וכ"כ בעיר שושן ובאמת יש מחלוקת הפוסקי' בזה דעת הרי"ף ס"פ גט פשוט והרמב"ם פי"א מה' מלוה וסמ"ג עשין ריש צ"ד דשעבודא דאורייתא ומדברי התוס' פ"ק דקדושין דף י"ג ע"ב ופרק יש בכור (בכורות דף מ"ט ע"א) מבואר להדיא דקי"ל שעבודא לאו דאוריית' וכ"כ התוס' ס"פ גט פשוט ריש (בבא בתרא דף קע"ו) בשם ר"ח ור' אלי' וכתבו שכן עיקרי וכ"כ המרדכי שם וכ"כ בעה"ת שער ס"א בשם הראב"ד (אך ק"ל דבהשגות ס"פ ראשון מה' ערכין כתב הראב"ד והשתא דקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשי' דשעבודא דאוריי' כו' ואולי תרי ראב"ד נינהו או חזר בו בתשוב' או אגב שיטפ' נקט שם בהשגות הכי דהשגה לא תליא בהכי דאפי' שעבודא לאו דאורייתא משיג שפיר מדקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשי' ע"ש. והבעל מגדול עוז תמה שם על הראב"ד שדברי הרמב"ם הם ש"ס ערוך פ"ד דערכין כו' ע"ש ולא דק כלל דאדרב' מהש"ס ההיא משיג הראב"ד מדפריך ש"מ מלוה ע"פ גובה מן היורשי' כו' משמע להדיא דלמ"ד מלוה ע"פ גובה מן היורשי' א"צ להעמדה בדין וא"כ אנן הא קי"ל דמלוה ע"פ גובה מן היורשי' וכדפסיק רב פפא הלכתא בס"פ ג"פ גם מה שתמה המגדול עוז שם דהא מלוה ע"פ אינה ניגבת אלא בא' מג' דרכים דלקמן ר"ס ק"ח לא דק כלל דהתם היינו משום חשש פרעון אבל הכא מיירי אפי' ידעינן דלא פרע ע"ש וק"ל) ומביאו ב"י לקמן סי' ק"ד סעיף ט"ו וכן נראה להדיא דעת בעל העיטור ריש מאמר רביעי אחריות וז"ל שעבודא דאורייתא במלוה הכתובה באורייתא קאמר כגון האשה שהביא' חטאתה ומתה כו' עכ"ל והיינו כדברי התוס' שם ע"ש וגם התוס' רי"ד בקדושין הוכיחו דק"ל שעבודא לאו דאורייתא והשיגו על הרי"ף ע"ש שהאריכו קצת (וגם בב"ח לקמן ס"ס פ"ח כתב דס"ל להתו' להלכה שעבודא לאו דאורייתא ע"ש) ודעת הרא"ש לא ברירא לי שלכאורה נראה מדבריו ס"פ גט פשוט דס"ל שעבודא דאורייתא וכ"כ הב"ח ס"ס פ"ט בדעת הטור לדעת הרא"ש ואמת משמע שם כן בטור אבל לפעד"נ דדעת הרא"ש שעבודא לאו דאורייתא שהרי כתב בפ"ק דב"ק וז"ל ב"ח אינו גובה מן היתומים מעבדים שהניח להם אביהן דהלכה כרב נחמן בדיני דאמר עבדי כמטלטלי

דמי בכל מילי דרבנן לגבות מן היתומים כו' עכ"ל והיינו כמ"ש התו' שם והרא"ש פ' הגוזל קמא דטעמא דרב נחמן דלא גבי מעבדי דיתמי דהוי מידי דרבנן דסבר שעבודא לאו דאורייתא ע"ש וממ"ש הרא"ש פרק גט פשוט אין ראיה דלא העתיק אלא לשון הרי"ף כהווייתו וכן דרכו בכמה מקומות שמעתיק לשון הרי"ף ובמקום אחר אינו סובר כן. וגם ממ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא בסוגיא דמצא שטרי חוב וז"ל וגם מ"ש רב אלפסי בשטר הקנאה שטר שיש בו קנין לא ברירא לי מה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו קנין כיון שכתוב בשטר פלוני לוה מפלוני מנה נשתעבדו נכסי לוה למלוה אף בלא קנין דשעבודא דאורייתא כו' לאו למימרא דס"ל הכי דשעבודא דאוריי' אלא לרב אלפס פריך הכי דהא רב אלפס גופיה סבר שיעבודא דאורייתא והא דלא פירש הוא שטר הקנאה שטר שיש בו קנין משום דע"כ פי' דשמעתא לא משמע הכי דא"כ קשי' למ"ד שעבוד' דאוריית' ועוד דמ"מ קשה מה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו קנין כיון דשטר טורף ממשעבדי א"כ מיד בכתיבת השטר נשתעבדו הנכסים ומ"ש הרא"ש דשעבודא דאוריי' אין ר"ל דהקושי' תליא בהכי אלא סירכא דלישנ' נקט דוק ותשכח דכן הוא אך צ"ע ממ"ש הרא"ש בגיטין ר"פ הנזקין ואע"ג דקי"ל שעבודא דאורייתא כו' ואפשר דבא לומר למאן דס"ל שעבודא דאורייתא: שוב ראיתי בדברי מהרש"ל ביש"ש פ"ק דב"ק סי' ט"ז שהביא דברי הרי"ף והרא"ש דס"פ גט פשוט וכתב בפשיטות שדעת הרא"ש דשעבוד' דאורייתא והכריע כן בראיות ע"ש. ולא שת אל לבו דברי הרא"ש רפ"ק דב"ק ור"פ הגוזל שהבאתי. וגם קשה עליו דא"כ היאך פסק הוא עצמו ביש"ש שם בסי' ל"ג וגם בפ' הגוזל קמא סי' ח' דעבדי כמטלטלי דמי לענין גביית חוב מיתמי שהוא דרבנן עיין שם. וגם הכרע' מהרש"ל לפע"ד אינה מכרעת וראיותיו אינן ראיות ואדרבא נ"ל להביא ראיות להפוך וכמו שאבאר דמ"ש מהרש"ל וז"ל ויש לי ראיה לדבריהם שמה שתירצו התוס' בקדושין ובבבא בתרא דמה שנא' שעבוד' דאורייתא זהו מדבר במלוה הכתובה בתורה כו' דע"כ סתמא דש"ס לא ס"ל הכי שהרי מסקינן בב"ב מתיבי החופר בור בר"ה ונפל עליו שור והרגו פטור ולא עוד אלא שאם מת השור יורשי בעל הבור חייבי' לשלם דמי השור לבעליו אלמא מלוה ע"פ גובה מן היורשים וקשה לרב ושמואל שסוברי' אינו גובה אמר ר' אילעי אמר רב כשעמד בדין וא"כ מה הקשה המקשן או מה תירץ התרצן לימ' שאני התם גבי ניזקין דמלו' הכתוב' בתורה היא ומה צריך לחלק כשעמד בדין בכדי אלא ש"מ דליכא חילוק עכ"ל ולפע"ד אין זה ראיה מב' טעמים חדא שהרי התוספות לא כתבו שם כן אלא לרב פפא דבב"ב קאמר הלכתא גובה מן היורשי' שלא תנעול דלת בפני לווין ובקדושין קאמר הלכת' גובה מן היורשי' דשעבוד' דאורייתא אלמא דס"ל לחלק

בהא אבל לרב ושמואל משמע שם להדי' דס"ל אפי' במלו' הכתוב' בתורה שעבודא לאו דאורייתא ולהכי קאמר רב ושמואל בב"ב סתמא שעבודא לאו דאורייתא ולהכי נמי קאמר שמואל בפ"ק דקדושין האשה שהביא' חטאתה ומתה לא יביאו יורשיה עולת' ומפרש התם בש"ס משום דשעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה הכתוב' בתור' ע"ש וא"כ מתיב שפיר בב"ב לרב ושמואל ויכול להיות שהמקשן והתרצן גופייהו ס"ל לחלק בין מלוה הכתוב' או לא רק שמקשים ומתרצים לרב ושמואל (והא דלא מייתי ש"ס הך מיתיבי בקדושין היינו משום דבבבא בתרא הוא עיקר מילתייהו דרב ושמואל ועוד דבקדושין לא אמר רב מידי אלא שמואל רק בב"ב אמרו רב ושמואל תרוייהו והקשו בני הישיבה לרב ותירץ בשעמד בדין) ועוד שהרי האי מיתיבי אינו סתם ש"ס אלא לשון מיתיבי הוא שבני ישיבה של רב ושמואל הוא שהקשו כן תדע שהרי התרצן הוא ר' אילעי אמר רב וא"כ בני הישיב' של רב ושמואל דברו עמהם והם ידעו האמת שסבירא להו בכל גווני שעבודא לאו דאורייתא. אבל אה"נ מסקנת הש"ס כרב פפא דפסק הלכתא שעבודא דאורייתא במלו' הכתוב' בתור' ובעלמא שעבודא לאו דאורייתא. עוד הביא מהרש"ל שם ובפר' שור שנגח בדיני ברייר' ראי' ממאי דאמרינן בבכורות פ' יש בכור אלא אמר רבא דכ"ע מלוה הכתוב' בתורה לאו ככתוב' בשטר דמי' ודכ"ע אית להו דרב פפא דאמר מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות כו' משמע דרב פפא לא איירי במלו' הכתוב' בתור' מדמחלקינין לתרי מימרי דכ"ע סברי מלוה הכתוב' בתור' וכ"ע סברי כרב פפא כו' ש"מ רב פפא לאו בהכי מיירי אלא בסתם מלוה עכ"ל וגם זה לפע"ד אינו ראי' מב' טעמים. חדא דודאי הך רב פפא דבב"ב דאמר מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות איירי בסתם מלוה וכדמוכח מדברי התוספות גופייהו להדי' דהא קאמר גובה מן היורשים ומשום נעילת דלת ואם אית' בלא"ה נמי הא שעבוד' דאוריית' רק שהתוספות כתבו דרב פפא דקדושין דקאמר מלוה ע"פ גובה מן היורשים מ"ט שעבוד' דאורייתא מיירי במלוה הכתובה בתורה ורבא פ' יש בכור מייתי הך רב פפא דבב"ב ועוד והוא העיקר בעיני שהרי לא כתבו התוספות דס"ל לרב פפא דמלוה הכתוב' בתורה ככתוב' בשטר דמי' ועל כרחך רב פפא גופיה ס"ל דלאו ככתוב' בשטר דמי' דהא פסק התם בקדושין במלוה הכתוב' בתורה דאינו גובה מן הלקוחות רק שהתוספות כתבו דרב פפא ס"ל גבי מלוה הכתוב' בתורה שעבוד' דאורייתא ומיהו לאו ככתובה בשטר דמי לענין דתטרוף מלקוחות וא"כ בפ' יש בכור דבעי רבא לאוקמי כרב אסי דאחין כלקוחות וכיורשין הן שפיר קאמר דכ"ע מלוה הכתוב' בתור' לאו ככתוב' בשטר דמי' והיינו דלא טריף מאחין ודכ"ע אית להו דרב פפא דמלוה ע"פ גובה מן

היורשים ואינו גובה מן הלקוחות. וזה ברור הרי בררתי שראיות מהרש"ל אינן ראיות: ועתה אביא ראיה לדברי התוספות וסייעתם חדא דמוכח מדברי רב פפא בעלמא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מדאמר פריעת בעל חוב מצוה וכמ"ש לקמן ועוד דלדעת הרי"ף שכתב דס"ל לרב פפא שעבודא דאורייתא בכל מילי והא דקאמר בפ' גט פשוט טעמא דגובה מן היורשים שלא תנעול דלת בפני לווין היינו דמשום הכי אוקמה רבנן אדאורייתא קשה דמה צריך טעם לו' דאוקמ' רבנן אדאורייתא וכך הקשו התו' רי"ד בקדושין וכן הריטב"א שם על הרי"ף וכתבו שאין דבריו נכונים בזה מהאי טעמא וכן הקשה בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' דף מ"ט ע"ד גם הרמב"ן בחדושיו ס"פ גט פשוט. כתב שדברי הרי"ף אינם מחוורים בזה הרי הרמב"ן גופי' שהוא נושא כליו של הרי"ף ובכל מקום מיישב את דבריו בכל מה דאפשר בכאן הודה ולא בוש שדברי הרי"ף אינם מחוורים והעלו הרמב"ן והריטב"א שם דרב פפא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא בכל דוכתא ע"ש בריטב"א שהאריך בזה (וגבי מלוה נראה לכאור' ראיית הרמב"ן והריטב"א ברורה דס"ל לרב פפא שעבודא לאו דאורייתא מדקאמר בערכין פ' שום היתומים וב"ב סוף פ' ג"פ ובכתובות פ' הכותב פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו ואם איתא דשעבודא דאורייתא אמאי יתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו הא מדאורייתא אשתעבד נכסי') ועוד קשה לי לדעת הרי"ף אמאי קאמר רב פפא בב"ב טעמא דשלא תנעול דלת בפני לווין ובקדושין קאמר טעמא דשעבוד' דאוריית' הל"ל הכא והכא חדא לישנא אלא וודאי כדעת התוס' והלכך בב"ב דמיירי בסתם מלוה ע"פ דהתם שעבוד' לאו דאורייתא הוצרך לטעמא דשלא תנעול דלת בפני לווין אבל בקדושין דקאי התם אפלוגתא דרב ור' יוחנן דמיירי להדיא במלוה הכתובה בתורה כגון חטאת ופדיון הבן וניזקין דלא שכיחי דלא שייך התם טעמא דנעילת דלת בפני לווין ושייך טעמא דשעבודא דאורייתא ובהכי מתיישב ג"כ מה שהקשה הריטב"א שם על דברי התוספות ע"ש בריטב"א ויש ליישב כל קושיותיו מתוך מה שכתבתי ודו"ק. ומ"מ אף לפי דברי ריטב"א שם מ"מ איהו מסיק דרב פפא גופי' ס"ל בכל דוכתי שעבוד' לאו דאוריית' וא" כ פשיט' דלא קשיא כלל קושיית מהרש"ל וק"ל וע"ש בריטב"א: אך הרמב"ן והריטב"א שם כתבו דמטעם אחר קי"ל שעבוד' דאוריית' מדאמרינן בסוף ב"ב ובערכין פרק שום היתומי' דהלכת' כרב הונא ברי' דרב יהושע ולאפוקי רב פפא דאמר פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וכ"כ הנמוקי יוסף פ' גט פשוט שהעלו האחרונים דכיון דקי"ל כותי' דרב הונא בריה דרב יהושע ש"מ שעבודא דאוריית' ואני בעניי איני מכיר ראיה זו דהתם לא פליג רב הונ' ברי' דרב יהושע רק אמאי דקאמר רב פפא טעמא דאין נזקקין לנכסי'

יתומים קטני' אפי' בשטר משום דפריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו ורב הונא ב"ר יהושע ס"ל טעמא משום צררי ואה"נ דסבר שעבוד' לאו דאוריי' אלא משום נעילת דלת תקנו רבנן דגובי' מן היורשי' וא"כ בכל ענין גובים מן היתומי' אם לא היכא דאיכא למיחש לצררי והא אפי' רב ושמואל גופייהו דס"ל שיעבודא לאו דאוריית' ס"ל במלוה בשטר גובה מן הלקוחות ויורשין וכדתנן בפ' גט פשוט להדי' ועל כרחך היינו משום דבשטר עבוד רבנן תקנתא שלא תנעול דלת בפני לווין וכמ"ש הריטב"א להדיא בקדושין אם כן גם רב הונא ב"ר יהושע מצי סבר שעבודא לאו דאורייתא אלא דעבוד רבנן תקנתא היכא דליכא למיחש לצררי: ומ"ש הרמב"ן בחדושיו מדאמרי' בפ' הכותב א"ל רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אמר דלא ניחא ליה למיעבד מצוה מאי כו' אלמא רב הונא ב"ר יהושע לית ליה הא דפריעת ב"ח מצוה אלא שעבודא דאורייתא כו' לפע"ד אין ראיה משם ואדרבה משם ראיה להיפך דאם איתא דרב כהנא בעי לרב פפא ולא לרב הונא משום שעבודא דאורייתא הל"ל לרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אי אמר לא ניחא ליה למעבד מצוה מאי כו' דודאי רב כהנא ידע פלוגתא דרב ושמואל כמו רב פפא אלא ודאי לרב ושמואל לא קשיא מידי דנהי דסברי שעבודא לאו דאורייתא מ"מ כיון דחיובא רמי עליה לשלם לא מצי למימר לא ניחא לי אבל לרב פפא דקאמר מצוה בעלמא הוא פריך ואם כן רב הונא ב"ר יהושע נהי דלא סבר מצוה בעלמא הוא מכל מקום לאו שעבוד' דאוריית' הוא אלא חיוב' הוא דרמי עלי' והיכא דתקנו רבנן לשלם כגון בשטר וכה"ג כעין דאוריית' תקון דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה: עוד הביא הריטב"א שם ראיה מרבא דהוא בתרא קאמר בגיטין פ' הנזקין דמדאוריית' ניזקין גובים מן העידית מן היתומים כו' והיינו לטעמי' דאין מחלק בין מלוה הכתובה בתורה או לא אבל לפי מ"ש לעיל בשם התוספות וסייעתם דמלוה הכתובה בתורה ס"ל לרב פפא שעבודא דאוריית' היא א"כ אין ראיה מהתם דניזקין מלוה הכתובה בתורה היא ואע"ג דמשמע התם בר"פ הניזקין דגבי ב"ח נמי ס"ל לרבא הכי היינו דוק' בב"ח שהתנ' בפירוש בשטר שיגבה מן העידית דההוא משועבד מדאוריי' כיון שהתנ' כן בפירוש וכ"כ הרשב"א שם בחדושיו להדיא וז"ל אמר לי' רבא הכי השתא כו' אלא הכא כיון דמדאוריי' בעידית אפי' מיתמי נמי כו' איכא למימר דרבא ס"ל שעבוד' דאוריי' ועוד נ"ל דכל ששעבדו בפירוש אפי' מ"ד בעלמ' שעבוד' לאו דאוריית' בשעבוד מפורש מודה עכ"ל ועוד נלפע"ד דאפי' תימא שעבוד' לאו דאוריית' בין בניזקין בין בחוב קאמר רבא התם שפיר לאבוי דדייק התם מדב"ח דדיני' בבינונית ומיתמי מזבורית ה"ה נמי שט"ח היוצ' על היתומי' שהתנ' בפי' על העידית אינו גובה אלא מן הזבורית דהכא השת'

ב"ח דיניה מדאורייי' בזבורית כדעולא וגבי יתמי אוקמא רבנן אדאורייי' אבל הכא כיון דמדאורית' גבי מיני' דידי' גופיה בעידית א"כ ביתמי נמי דלא גבי אלא מדרבנן ס"ס כיון דגבי אוקמא אדאורייי' כמו גבי דידיה גופי' ולהכי פריך התם בש"ס שפיר והא ניזקין דדיניה בעידית ומיתמי בזבורית כלומר בניזקין בדידי' גופי' דיניה בעידית ואפ"ה מיתמי בזבורית ולא אמרי' דתקנו ביתמי כמו בדידי'. ועוד נראה דאפי' תימא דס"ל לרבא התם שעבוד' דאורייי' מ"מ הא מר זוטרא ואביי ורב נחמן פליגי עליה התם וכתבו התו' שם לחד פירוש' דסביר' להו שעבוד' לאו דאורייי' וכל הפוסקי' פסקו התם דלא כרבא וכדלקמן סוף סי' ק"ח: עוד כתב הריטב"א שם ראי' דקיי"ל כר' יוחנן ור"ל לגבי רב ושמואל וראי' זו לפענ"ד ג"כ אינו ראי' דכיון דרב פפא דהוא בתרא פסיק הלכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשי' משום שלא תנעול דלת בפני לוין וס"ל שעבוד' לאו דאוריית' וכדמוכח נמי מדברי רב פפא בערכין פרק שום היתומים ובב"ב ובכתובות פ' הכותב גבי הא דאמר רב פפא פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וכמ"ש הריטב"א גופי' שם דס"ל לרב פפא שעבוד' לאו דאוריית' וגם סתמא דש"ס מסיק כרב פפא הלכת' כותי' ומכ"ש לפי מה שכתבתי דרב נחמן ומר זוטרא ואביי ס"ל שעבוד' לאו דאוריית' וקיי"ל כוותייהו ומ"מ אין אני סומך על ראיותי והכרעתי כי אין תלמיד כמוני מכריע בין ההרי' הגדולים רק שלפענ"ד דין זה אי שעבוד' דאורייתא או לא עכ"פ הוי ספיקא דדינא:

סעיף ג

אפי' לא נכתב כו'. מ"ש הסמ"ע כאן סק"ב לחלק בין כשהעדים לפנינו או לא וכ"כ עוד לקמן סי' מ"ג ס"ק כ"ט לא נהירא כמ"ש לקמן סימן מ"ג סעיף ט"ו ס"ק ל"ה ע"ש:

סעיף ד

המלוה את חבירו כו'. מה שנרשם בסמ"ע כאן ל' רמב"ם וכ"כ בעה"ת שער כ"ז לא קאי אלא אתחלת הסעיף אבל מ"ש בסוף ואע"פ שאמר להם כן צריכים להמלך בו כו' לא נזכר בבעה"ת כלל רק הרמב"ם הוא שכתב כן ויחיד הוא בדבר שכבר חלקו עליו העיטור והראב"ד והר"ן והרב המגיד (וכ"ד הריטב"א) וכן משמע לי מפי' רש"י ר"פ אע"פ שפירש כגון מתנת קרקע ע"ש ומ"ש הב"י שגם הרא"ש בתשו' כלל נ"ז ס"ל כהרמב"ם בזה ולא ידעתי למה לא הזכירו הטור עכ"ל לא כוון יפה דהרא"ש שם מייתי ראיה מכח כ"ש דאפי' בשטר מתנה דאמרי' כתובו וחתומו קנו מיני' לא צריך לאמלוכי' בי' דמשמע אבל אם מיחה לא יכתבו א"כ כ"ש גבי שטר הלוא' או מכר שיוכל למחות וע"ש ואדרבה פשט ל' הרא"ש בפסקיו ר"פ אע"פ משמע נמי דמפרש לה לענין מתנ' ע"ש וכן עיקר (ועיין בתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי שאין דבריו נ"ל ע"ש ודו"ק):

סעיף ה

וי"א שאינם צריכים להמלך בו. אבל בכתוב' ושטר מתנ' לכ"ע צריכים להמלך בו וכדאיתא בפוסקים ולקמן ספ"א סעיף ו' ס"ק ט"ז הבאתי דברי בעל העיטור דה"ה אם אמר המלוה כתובו ושתק לוה הוי שתיקה כהודא' וכותבין:

סעיף ו

ואין צריכים לחוש כו'. בכאן משמע דא"י לטעון פרעתי נגד עידי קנין ואפי' לסברא האחרונה דאין כותבין היינו מטעם דחיישי' שמא פרע כלומר דלמא אי הוי קמן הוה מברר בעדי' שפרע או המלוה הי' מודה לו ודוחק לו' איפכ' דדוקא מן הסתם לא חיישי' דפרע אבל אם אומר בפירוש פרעתי נאמן ועוד דא"כ אמאי לשמת הלוה גבינן מיתמי הא קי"ל כל היכא דאביהן מצי לטעון פרעתי טענינן ליתמי ודוחק לומר דכיון דקני מיניה וסתם קנין לכתיבה עומד לא שכיח לפרוע והוי כמו מילתא דלא שכיח דלא טענינ' ליתמי וכמ"ש לקמן ס"ס שס"א אלא נראה עיקר הטעם דקנין יש לו דין שטר לכל דבר הן לטרוף ממשעבדיהן לענין שאינו נאמן לומר פרעתי ועוד ראיה מדכתב המחבר לעיל סעיף א' דאם יש עדים שקנו מידו אפי' לא נכתב גובה ממשעבדי אלמא דאינו יכול לטעון פרעתי דפשיטא דהיכא דיכול לטעון פרעתי אינו גובה ממשעבדי כדמוכח בכמה דוכתי בש"ס ופוסקי' ועמ"ש לקמן ס"ק ס"א ועמ"ש לקמן ר"ס ע' ס"ק ד' עוד ראיות דסבירא ליה להמחבר כן (ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סימן רנ"א):

סעיף ז

ויש חולקין כו' והעיקר כסברא הראשונה שהיא דעת רוב הפוסקי' וכן העליתי לקמן ר"ס ע' ס"ק ד' וכן נוהגין (ועיין בתשובת מהר"ש כהן ס"ב סימן ס"ד):

סעיף ח

דאי משך מילתא טפי משלשי' יום כו'. תימה דהיינו משום דסבירא להו להיש חולקי' אלו בסתם הלואה אינו נאמן תוך ל' לומ' פרעתי וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות להדיא לסברתם דס"ל דסתם הלוא' דמי לקובע זמן אבל למאי דקי"ל דדוקא בקובע זמן אבל בסתם הלואה נאמן לומר פרעתי אפי' תוך ל' ובמ"ש הט"ו גופיה בס"ס ע"ח א"כ ה"ל להמחבר לכתוב כאן דיש חולקין בסתם הלואה אפי' תוך ל' אין כותבין ויש ליישב בדוחק וצ"ע:

סעיף ט

מיהו י"א דאם נתקיים כו' לפי שדברי הר"ב בכאן ובסי' מ"ו ס"י וברי"ס ס"א ובדרכי משה לא ישרו בעיני ונראה לדינא דכל שלא אמר כתבו וחתמו הוי כאלו לא כתבו כלל וצריכי' להגיד בפה דוקא וכמו שאבאר ע"כ מוכרח אני להאריך קצת וז"ל דרכי משה

כאן כתב הגהות מרדכי ריש כתובו' תשובת מהר"מ (והיא בתשובת מיי' לספר משפטי' סי' ל"ט) על התנאי' שכתבתם שאינו שטר לפי שאין בו קנין ז"א מכמה טעמי' כו' עד דהא אדם כותב עדותו על השטר ואע"ג דאסיק התם והוא שזוכרה מעצמו היינו דוקא עד א' אבל ב' עדים חתומים על השטר וכתוב מדעת שניהם שטר גמור הוא לכל דבר אפי' אינו זוכרה עכ"ל וכתב מהרי"ו סי' כ"ד דמהא שמעי' דשטר שאינו כתקון חכמי' אע"פ דשטר לא הוי מ"מ העדאת עדים איכא וע"ש ודברי מהר"מ צ"ע דהא בירושלמי שהביאו הרי"ף והרא"ש והתוס' והמרדכי פ"ב דכתובות לא משמע כדבריו לחלק בין עד א' לב' עדים ועיין שם גבי מתני' זה אומר כתב ידי כו' ונראה דמהר"ם לא קאמר אלא בשטר מקוים ואין העדי' צריכים להעיד ע"פ ולהכי אהני עדותן אע"פ שאינן זוכרי' ואין השטר כתיקונו מ"מ עדות מיהא איכא כנ"ל לדבריהם אבל נראה דהרשב"א חולק בזה שהרי כתב דכל שלא אמר כתובו וחתומו אינו אלא כפנקס בעלמא ומקרי מפי כתבם כמו שנתבאר בתשובה עכ"ל ד"מ. ולפענ"ד דליכא מאן דפליג על הרשב"א ודבריו נכוני' וברורים בטעמם דכל היכא דהוי מפי כתבם לא הוי עדות כלל דהא פסול מדאורייתא מטעם מפיהם ולא מפי כתבם (והב"י בא"ע סי' מ"ב כתב דהרשב"א בתשובה מיירי דוקא לענין קדושין ולא דק כלל וכבר השיג עליו בתשובת מהר"מ ן' ששון סי' רכ"ט ע"ש וע' בתשובת מ"ע ר"ס קכ"א ובתשובת ן' לב ספר ד' דף ג' ע"א) וכן מוכח מהתוס' ופוסקים בכמה דוכתי ומהרי"ו שם מיירי מענין אחר וכמו שאבאר וממהר"מ פשיטא אין ראיה דפליג על הרשב"א ואדרבא נ"ל מדבריו להוכיח דס"ל כהרשב"א דהא כתב וכתב מדעת שניהם שטר גמור הוא לכל דבר אפי' אינו זוכרה וכן פיר"י פ"ב דכתובות עכ"ל מהר"מ בהגהת מרדכי שם משמע להדיא דאם אינו כתוב מדעת שניהם פסול מטעם דהוי מפיה' ולא מפי כתבם וכן הוא להדיא בתו' פ"ב דכתובות ד' כ' ע"א בשם ר"י דלא חשיב שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם מדעת הלוה שהוא חייב אז חשוב שטר אבל הכא שכותב עדותו שלא מדעת הלוה לא חשיב שטר ואפי' עדות לא הוי כל זמן שאינו זוכר' מטעם מפיה' ולא מפי כתבם כו' כן מוכח בתוספות שם להדיא ע"ש ואע"ג דבתר הכי כתבו התוספות ועוד אומר ר"י דלא בעינא דעת שניה' כו' מ"מ מהר"מ ודאי ס"ל פי' ראשון של ר"י דלפירש האחרון אפי' אינו כתוב מדעת שניה' הוי שטר גמור אם כתוב כסדר השטר ולא כזכרון דברי' בעלמא ע"ש וגם לענין דינא נראה עיקר כפירוש הראשון של ר"י דהוא בשטת הרשב"א דכל שלא נכתב מדעת שניהם הוי מכתבם ולא מפיהם ופסול לגמרי ולא הוי אפי' עדות כלל וכן דעת הרז"ה בס' המאור פ' ד' אחין וגם הרמב"ן בס' המלחמות שם נראה שמסכי' עמו בזה ומשמע שם מדבריו שגם דעת

הרי"ף כן ע"ש וכ"כ התוס' פרק חזקת הבתי' (בבא בתרא דף מ' ע"א) להדיא דלפרש"י דמפיה' ולא מפי כתבם שלא ישלחו כתבם לב"ד אפילו מי שאינו אלם כל שכתבו שטר מכר שלא מדעת המוכר או שטר הלואה שלא מדעת הלוה לא הוי שטר כלל ועדות נמי לא חשיב דמפיהם ולא מפי כתבם כו' ע"ש בתוספות רק שאח"כ כתבו ועוד אגמר ר"י ששמע מן ר"ת שנוהגים לשלוח עדות בכתב לב"ד וחשיב עדות ומפיהם ולא מפי כתבם היינו באלם שאינו ראוי להגדה כו' וא"כ לדידן דקי"ל כרש"י ולא כר"ת וכמו שנתבאר לעיל סי' כ"ח סי"א וסי"ב פשיטא דכל שכתבו שלא מדעת הלוה לא הוי שטר ועדות כלל לכ"ע ונרא' דפי' האחרון של ר"י שבתו' פ"ב דכתובו' היינו כפי' ר"ת וכמ"ש התו' פח"ה ועוד או' ר"י ששמע מן ר"ת כו' וכ"כ בד"מ סי' כ"ח להדיא על פי' אחרון של ר"י וז"ל נראה דר"י אזיל לטעמיה דס"ל כר"ת דמותר להעיד מפי הכתב ולכן אי הוי כסדר השטר כשר אבל הריב"ש (סי' ר"י) כ' לסברת הרמב"ם ורש"י דס"ל דמפי כ' פסול דבעי' מפיה' ולא מפי כתבם ולכן אפי' נכתב כסדר השטר פסול כל זמן שלא נכתב לשם שטר ממש עכ"ל ד"מ (ואע"ג דנראה דהרב בד"מ לא כ"כ אלא כדי שלא נאמר דדברי הריב"ש יהיו נדחין מתוך דברי ר"י שחולק עליו ולפעד"נ בלא"ה אין ר"י חולק על הריב"ש דר"י מיירי כשנכתב השטר כסדר השטר למסרו כך וכך ולא לשנותו אבל הריב"ש הא מיירי להדיא שלא נכתב למסרו כך רק שהסופר יכתוב שטר כזה מ"מ יכול להיות אמת (מבחוץ) דפי' האחרון של ר"י אזיל דוקא לשטת ר"ת ולא לר"י וכמ"ש בד"מ) וא"כ דברי הרב בהג"ה תמוהי' דמאחר שכ' לעיל סי' כ"ח סי"א דקי"ל כרש"י היאך כ' כאן וכן לקמן סי' מ"ו ס"י די"א דאם נתקיי' דנין על פיו וכן לקמן ר"ס ס"א קשה כה"ג וכמ"ש שם ע"ש (ועיין מ"ש לקמן ס"ק ל"א) ומ"ש בד"מ בשם מהרי"ו נלפע"ד דלא כוון יפה דז"ל מהרי"ף שם ומה שטען עמרם שהשטר לא נכתב כתקון חכמים כו' בשביל טענה זו לא יפה כחו דנהי דשטרא לא הוי מ"מ העדאת עדים איכא וכ"כ מהר"מ בתשו' וז"ל ושכתבת שאין בו קנין אין חשוב שטר כו' וכן כותב אדם עדותו ומעיד עליה לאחר כמה שנים ואע"ג דמסיק והוא שזוכר מעצמו ה"מ בעד א' כו' אבל בב' עדים חתומים על השטר ונכתב מדעת שניהם כי הכא שטר גמור הוא לכל דבר ומביאין השטר לב"ד ונאמנים לכל דברי השטר אפי' כשאינם זוכרים עכ"ל וכ"ש הכא דהא עמרם גופי' מודה לכל דברי השטר עכ"ל מהרי"ו ופשיטא דהך עובדא דמהרי"ו לא מיירי שהשטר נכתב שלא מדעת הלוה דהא כתב שהשטר לא נכתב כתקון חכמים ואי נכתב שלא מדעת הלוה הרי הוא פסול מדאורייתא מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ולא מטעם תקון חכמים ועוד דהא בדברי מהר"מ שהביא מהרי"ו כ' ונכתב מדע' שניהם כו' אלא מיירי כהך דמהר"מ

שאין בו קנין. וכה"ג או שאין בו זמן וכדלקמן ר"ס מ"ג או שלא החזיר מענינו של שטר וכדלקמן ס"ס מ"ד וכמ"ש הר"ב ובכה"ג גם הרשב"א ס"ל דהשטר כשר וכמ"ש הב"י והד"מ לקמן ר"ס מ"ד בשם הרשב"א דשטר שלא נעשה כתקון חכמים כשר ע"ש ודלא כמ"ש הר"ב (בהג"ה לקמן סי' מ"ו ס"י מדברי מהרי"ו ויש חולקים כמו שנתבאר לעיל ריש סי' ל"ט סעיף ג' עכ"ל ור"ל הרשב"א שהביא כאן בהג"ה וליתא דבהך דינים שהביא בסי' מ"ו כשהשטר לא נכתב כתיקונו גם הרשב"א מודה וכמ"ש ודוק) שם וה"ק מהרי"ו נהי דיהבינן ליה לעמרם טעותי' דשטרא לא הוי העדאת עדים הא איכא וכ"כ מהר"מ בתשו' דאפילו שטר גמור הוי וז"ל ושכתבת כו' דפשיטא דלא בא מהרי"ו להביא ראיה אמהר"מ דנהי דשטר לא הוי העדאת עדים הוי דהא במהר"מ מבואר דשטר גמור הוי וכל זה ברור ודוק (ובעיר שושן בסעיף ו' כ' מיהו י"א דאם נתקיים השטר בבית דין דנין על פיו דודאי ידע מן הקיום דאית ליה קלא עכ"ל ואלה הם דברי הבאי וע"ל סי' ס"ט סק"ז וגרם לו זה שלא ידע מקור הדין):

סעיף י

אבל כשמוחל דבר לחברו כו' עיין מ"ש לקמן סי' פ"א סעיף כ"ט על זה:

סעיף יא

וע"ל סי' רמ"ג סעיף ז' ובא"ע סי' נ' סעיף ו' בהג"ה (עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רנ"א) ועיין בשלטי גבורים פ' חזקת הבתים דף ק"פ ע"א:

סעיף יב

אבל העדים אין רשאין לכתוב משמע אפילו לזכרון דברים דהא לא מצי לאשכוחי אלא כשהולך לפני ב"ד כו' ומ"ש הב"י בשם תשובת הרא"ש כלל ס"ה סי' ג' דזכרון דברים יכולים לכתוב לאו למימרא דתועיל כתיבתן אפי' הלוה יכחיש אח"כ כתיבתן אע"פ שלא יעידו כן בב"ד דזה אינו דבתשובת הרא"ש שם מבואר דהלוה אינו מכחיש כתיבתן רק שאומר שלא צוה לכתוב אבל אם מכחיש כתיבתם פשיטא דאינו מועיל כתיבתם עד שיבואו ויגידו בפה כיון שנכתב שלא מדעת מלוה מטעמא דמפיהם ולא מפי כתבם וכמ"ש לעיל ודו"ק:

סעיף יג

כותבים לו על כרחו ע"ש ברשב"א דדוקא בלו' ומוכר כ"כ אבל בנותן מתנה ס"ל דיכול למחות עכ"ל סמ"ע ועיינתי שס ברשב"א (סי' אלף ל"ד) ואמת שבתחלת התשובה רוצה לומר כן אבל מסקנתו לא נראה כן אלא אפי' במתנה א"י לחזור בו כשקנו מידו ע"ש וכן לקמן סי' זה סעיף י"ט מביא ב"י תשובת הרשב"א דכתב להדיא וז"ל ובשטר מתנה

שקנו מידו י"א שאם מונע מלכתוב שומעין לו וי"א שאין שומעין לו ולזה הדעת נוטה עכ"ל והתוספות בכתובות פ' אע"פ כתבו בשם ריב"ם וריב"א להפך דלוה ומוכר יכולים למחות ונותן מתנה א"י למחות וע"ש טעם הדברים וכ"כ בהגהת אשר"י פ' הספינה בשם ריב"א וכ"כ מרדכי פ' ח"ה בשם ריב"ם וכן הוא בתשובת רשב"א שהביא ב"י סי' זה ססי"ט ע"ש ועיין בתשובת רשב"א סי' אלף רי"א מיהו המרדכי פ' ח"ה כתב בשם ר"ת דלוה ומוכר א"י למחות ונותן מתנה יכול למחות וכן הוא בהגהת אשר"י פ' ז"ב מא"ז ע"ש וע' בשלטי גבורים פ' חזקת הבתים דף ק"פ ע"א:

סעיף יד

ויש חולקין בזה כז' עיין לקמן סעיף י"ג בהג"ה ומ"ש שם ס"ק מ' וע"ל סי' רל"ח (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' י"ח): כותב הסמ"ע וז"ל וע"ש בנמוקי יוסף דכ' אע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד אינו עומד לכתוב בו אחריות ושאר יפויין והא דאמרי' אחריות ט"ס הוא היינו כשהתנה עכ"ל אבל בנ"י בב"מ לא כ"כ ע"כ צ"ל דמ"ש כן בפ' ג"פ קאי אערב כו' עכ"ל סמ"ע ס"ק ט"ז ובאמת פשט דברי הנימוקי יוסף לא משמע כן לו' ודקאי אערב ומכל מקום לענין דינא משמע מדברי הפוסקים דבכל ענין אמרינן אחריות ט"ס הוא וכ"כ הרמב"ן בחדושיו פ' הספינה גבי חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה להדיא כן שיש מי שירצה לפרש אחריות ט"ס ולא טעות מוכר ודחה סברא זו ומסיק דאפילו לא התנה המוכר או הלוה כלל אמרינן ט"ס מטעם דלא שדי אינש זוזי בכדי וכ"כ הריב"ש סי' שפ"ב וז"ל והא דאמרינן אחריות ט"ס הוא לא שאנו תולין שטעה הסופר אלא אף אם ידענו בבירור שלא התנו באחריות הרי הוא כאלו התנה עליו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי עכ"ל והכי מוכח להדיא מדברי התוס' בכתובות ר"פ אע"פ דף נ"ה סוף ע"א וכן דעת ב"י לקמן ר"ס קכ"ט ע"ש וכן משמע לכאורה בש"ס פ' שנים אוחזין די"ד ע"א ע"ש וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם פי"ט מה' מכירה והטור והמחבר לקמן ר"ס רכ"ה ע"ש (וכ"כ הנ"י גופיה בפ"ק דמציעא גבי אע"ג שלא פי' לו השבח וגבי מוכר שדהו בעדים ע"ש) ואפשר דגם הנ"י בפ' ג"פ לא קאמר אלא דגבי סתם קנין לא אמרינן אחריות ט"ס אלא כשהתנה כן בפי' לכתוב אחריות אע"ג שלא התנה לכתוב שטר אבל כשהתנה לכתוב שטר אפילו בלא קנין אע"פ שלא התנה לכתוב אחריות אמרינן ט"ס הוא ובהכי ניחא נמי דלא סתרי דברי הנ"י אהדדי ומ"מ מדברי הפוסקים משמע דסתם קנין לכתיבה עומד לכל דבר ויש לו דין שטר ממש לכל דבר כתב רבינו ירוחם נתיב ד' ח"א דהא דאמרינן הודאה בפני שנים לאו דוקא שניהם ביחד אלא אפילו זה אחר זה וכ"כ הרשב"א בתשובה עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ ונראה דהיינו כשאמר לכל א' מהן כתבו (והיינו שכתב

דהא דאמרינן הודאה בפני שנים כו' דההיא מיירי לענין כתבו כדאיתא ברבי' ירוחם שם להדיא ע"ש) שיכולים לעשות שטר מזמן הודאה השניה או כשקנו ממנו וטורף מזמן הודאה שניה דאי לגבות ממנו לא היה צריך לכתוב זה בשם תשובת הרשב"א שהרי ש"ס ערוכה פ' זה בורר ומוסכם מכל הפוסקים הודאה אחר הודאה מצטרפים כדלעיל סי' ל' וכתבו ר' ירוחם גופיה בסתם בנתיב ב' ח"ב בפשיטות ע"ש: כתב ב"י מחו' ט' וז"ל כתב בעה"ת בשער נ"ז ומסתברא מקבלי עדות שקבלו עדות מעדים שהעידו שזה לוהבפניהם אם בלא קנין ולא אמר כתובו אין לב"ד לכתוב עדות בשטר דכמעשה ב"ד דמי ותו לא מצי למטען פרעתי ולפיכך אין לחתמו להם שלא לעשות ממלוה ע"פ מלוה בשטר עכ"ל ונראה דוקא מקבלי עדות ולא עשו פסק דין על העדות אבל אם דנו וחייבו ע"פ העדות ה"ל מעשה ב"ד ויכולים לעשותו כשטר גמור וכמ"ש לקמן סקט"ו בשם הנ"י ושאר פוסקים:

סעיף טו

אין יכולים לכתוב כו'. ל' רשב"א שם והדין נותן כן דאל"כ אם היו שם הרבה בני אדם כל שנים יכתבו לו שטר וגובה וחוזר וגובה כו' ע"כ וכ"כ הריטב"א בפרק האיש מקדש גבי שליח נעשה עד וז"ל ומי שנטל קנין לחבירו בממון והזמין לו עדים מאחורי הגדר מהני דלא איברו סהדי אלא לשקרי ומעידים ל בב"ד אבל אין כותבים לו שלא ברשותו שלא אמרו סתם קנין לכתיבה עומד אלא כשקנו ממנו בפני העדים שהזמין לעדות דאלת"ה זמנין דמטמין לוה עדים מאחורי הגדר הרבה ולא ידעי הני בהני ועושים לו כל כת וכת שטר בפני עצמו ואפילו בשקנה חבירו מידו בפני עשרה אם הזמינם כולם לעדות כותבים לו שטר וחותמים בו כדאיתא במסכת גיטין אבל אם לא הזמינם לעדות אין להם לכתוב ולתת שטר לזה שלא מדעתו וההיא דאמרי' ג' שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבים רצו עושים דין לאו כתיבת שטר הוא כעין שטרות דעלמא אלא שטר מזכרת ועדות כשטר צואתו של ש"מ שכותבים לאחר מיתה וכדכתיבנא התם ע"כ:

סעיף טז

אבל באומר פרעתי נאמן. אע"ג דקנין חשוב כשטר שאני הכא כיון שלא הזמינם לקנין ולענין תוך זמנו עיין מה שכתבתי לקמן ס"ס מ"א ס"ק י"ט באריכות:

סעיף יז

כל שכתבו וחתמו כו'. ע"ל סעיף ג' בהג"ה ומ"ש שם בס"ק ח':

סעיף יח

אם לא היו קבועי' ולא שלחו לו כו'. כ' הנמוקי יוסף פ' זה בורר בשם המפרשי' דהא דמר בר רב אשי דלא כתיבנא עד דקבעי דוכתא ומזמני ליה כו'. היינו משום דבמודה מעצמו איירי בלא תביעת בעל דבר הלכך אין שם דיינים עליהם אבל במודה ע"י תביעה בפני ג' ואו' הוו עלי דייני' ה"ז ב"ד גמור ויכולי' לחייבו וכל שהם יכולים לחייבו כותבי' לו שטר וכן נראה עכ"ל ומביאו ב"י והדרכי משה כתב עליו וז"ל אבל במישרי' נ"א ח"ו לא משמע כן אלא אע"ג דתבע ליה אפ"ה לא מקרי הודאה בב"ד עד שקבעו מקום וישלחו אחריו ובאמת שדברי נ"י תמוהי' דודאי כל ששולחים אחריו מכח תביעות התובע הוא ואם זה לחוד מהני למה הוצרכו לקבוע עצמן תיפוק ליה דתבעי' התובע וצ"ע עכ"ל ד"מ וכ"כ הב"ח דדברי נ"י תמוהי' מכח קושיא זו ושמשמעות שאר כל הפוסקי' דאין חילוק אלא אפי' לא הודה אלא ע"י תביעה בעינן דקבעו דוכתא ושלחו אחריו עכ"ל ולעד"נ דברי הנ"י נכוני' וגם מכל הפוסקי' אין חולק עליו וכמו שאבאר משום דנדקדק היטב בל' הנ"י שכתב היינו משום דבמודה מעצמו איירי דמשמע דפשוט לו בלאו הכי דמיירי במודה מעצמו ומנלן הא והכי הוה ליה למימר היינו במודה מעצמו בלא תביעת בע"ד כו' ובאמת בב"י וד"מ וב"ח העתיקו לשונו כן אבל בנ"י גופיה איתא כמו שהעתקתי ועוד יש לדקדק מנ"ל להמפרשי' חילוק זה וגם מה טעם וסברא יש לחילוק זה ועוד לאיזה צורך כ' הנ"י ויכולי' לחייבו כו' אלא ודאי משום דקשיא להו להמפרשי' ונ"י הא דאמרי' בפ' ז"ב האי אודי"תא זימנין כתבינן וזמנין דלא כתבינן מר בר רב אשי כו' מ"ש דנקט האי לישנא אודית"א ועוד אמאי לא אשתמיט כן בשום דוכתא אחרינא כגון באדרכתא ופסק דין ושאר מילי דבי דינא אמאי לא קאמר בש"ס דבעינן קבעי דוכתא ושלחי ומזמני ליה ואדרב' אמרי' סתמא בכמה דוכתי בש"ס בשעמד בדין משמע דכשעמד בדין הוי כמלוה בשטר וכותבי' אפי' בלא צוואת הבעל דבר וכמ"ש לקמן סי' ע"ט ס"ק כ"ט בשם ר' אפרים ור"ח ור"ן ומהר"מ ושאר פוסקים דפס"ד כותבים בלי צוואת הנתבע רק שמודיעי' אותו ולא ביארו דהיינו דוקא דקבעו דוכתא ושלאו אחריו וגם מדברי בעל התרומות וה"ה המיגיד פ' ז' מטוען לדעת הרי"ף פ"ק דמציעא מוכח להדיא דאף שלא שלחו אחריו ונתחייב בדין כותבים לו כל זמן שלא יצא מב"ד וכמו שכ' לקמן סי' זה ס"ק כ"ב ע"ש אלא ודאי שאני מילי דבי דינא מהודאה ונכך קאמרי' בפרק ז"ב האי אודית"א כלו' שאין הב"ד מחייבי' אותו בכלום רק שמודה מיד בפניהם בלא תביעת הבעל דבר כלומר שהבע"ד לא תבעו לדין וא"כ כיון שאין הב"ד עושים כלום רק שזה מודה לפניהם כמודה בפני שאר עדי' לכך אין שם דיינים עליהם לכתוב בלא צוואת הנתבע עד דקבעי

דוכתא ושלחי מזמני ליה לדינא וכמ"ש רש"י שם ע"ש אבל במודה ע"י תביעה בפני ג' כלו' להתובעו בפני ג' לדין ואינו רוצה ליתן להתובע מעצמו אלא שמודה ע"י תביעה דהיינו שנתחייב בהודאתו מכח תביעתו כגון שהכירו הב"ד שמכח טענותיהם הוא חייב לו ה"ז ב"ד גמור כיון שקבלום עליהם להיות דייני' ויכולים לחייבו ע"פ פסק דינם וכל שיכולי' לחייבו ופוסקי' ביניהם כותבים לו שטר נמצא דר' ירוחם ושאר פוסקים אעפ"י דמיירי שתבעו התובע מ"מ הנתבע מודה מעצמו ולא שנתחייב ע"י תביעה ולכך כתבו דין זה כאן בסי' זה דמיירי מענייני הודאה ולא כתבו כן בשאר מקומות אבל בנתחייב בהודאתו ע"י תביעה אין חולק על הנ"י ואדרבא משמע מדברי הפוסקים כדבריו וכמ"ש וגם דעת הרמב"ם מוכח כן וכמ"ש לקמן ס"ק כ' וכן הוכחתי לקמן סי' ע"ט ס"ק כ"ז מדברי רבי' ישעי' שבתשו' מהר"י בן לב סוף ספר ח' סי' קכ"ג ע"ש וכן נראה עיקר:

סעיף יט

לא היו קבועי' כו' כלו' דבעינן שיהיו קבועי' ושלחו לו אפי' כנפינהו הלוה וקבעי דוכתא והודה בפניהם כו' לא מהני אבל פשיטא דבלא שלחו לו לא מהני כשהם קבועים מעצמ' וכ"ש הוא דהא משמע בש"ס דכנפינהו איהו עדיף מקבועי' מעצמם ומ"ש ר' ירוחם בשם הרמב"ם (אע"ג דבר' ירוחם וב"י איתא רמב"ן טעות הוא וצ"ל רמב"ם ע"ש ודוק) אין כותבי' מאחר שאינ' קבועים ומביאו ב"י וקצר בלשונו ור"ל מאחר שחינם קבועים ושלחו לו וכמ"ש בסוף דבריו ע"ש ועיין בתשו' רשב"א שהביא ב"י מחו' כ"א ובבדק הבית ובב"ח וקצרתי בזה כי הכל תלוי אם עושים כדרך הדייני' וכמ"ש רש"י דקבעי דוכתא כדרך הדייני' ודוק:

סעיף כ

שמא יתן לו ונמצא כו'. כ' הסמ"ע והיינו דוקא בכה"ג מפני שאינו מעלה על דעתו שאלו הג' כתבו וחתמו לו כו' אבל כשתבעו ושלחו אחריו הוא יודע שיתנו לו כתוב וחתום כו' עכ"ל והיינו לדעת הרמב"ם והמחבר וכמ"ש לקמן ס"ק כ"ב וכ"ג וסי' ע"ט ס"ק כ"ט אבל לרוב הפוסקים גם בתבעו ושלחו אחריו ובכל מעשה ב"ד היינו דוקא כששואל המלוה לכתוב בפני הלוה וכמ"ש לקמן סי' ע"ט ס"ק כ"ט דברי הפוסקי' ובפרט דברי ר' ישעיה שבתשובות מהר"י ן' לב סוף ספר א' סי' קכ"ג מבוארי כן להדיא משא"כ בלא שלחו אחריו אין יכולי' לכתוב אם לא כשמצוה הלוה לכתוב כיון דלא הוי מעשה ב"ד וק"ל:

סעיף כא

והוא שיהיו ב"ד מכירי' את שניהם כו'. דברי המחבר כאן צ"ע שהם סותרי' למ"ש לקמן סי' מ"ט ס"ב וכבר האריכו הע"ש והסמ"ע והב"ח ושאר אחרוני' בזה גם בישוב

דברי הרמב"ם והטור וכל דבריהם לא נתחוורו לי והעיקר נ"ל לדינא כמ"ש הרב המגיד והמחבר לקמן סי' מ"ט סעיף ב' ע"ש דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו א"צ להכיר את המלוה בכל ענין כדמוכח מדברי המגיד והמחבר שם וכל זה בהודאה בעדי' וא"כ כאן גבי ב"ד בכל ענין א"צ להכיר שם המלוה דהודאה בב"ד מיד ככתובה בשטר דמי וגם על הרב המגיד גופיה יש לתמוה שכ' על דברי הרמב"ם כאן שהוא פשוט ומבואר בהרבה מקומות ובפ' כ"ד מהל' מלוה האריך הוא עצמו לתמוה על הרמב"ם ועוד שאפי' מה שתי' הרב המגיד בפכ"ד מה"מ בדוחק דהרמב"ם שם מיירי בשטר בלא קנין לא שייך כאן כלל בהודאה בב"ד וכ"כ בספר לחם משנה. ומ"ש בלח"מ שם דחיישינן שמא המלוה האמתי יאמר שחייב לשלם לו לזמן יותר קרוב לא נהירא כלל דפשיטא דהודאת הלוה לא יזיק למלוה האמתי:

סעיף כב

ואפי' הם של פקדון. וכ"ש מטלטלי' דשאלה שחייב באחריותם או הלואה וכה"ג דאין כותבים וכן משמעות כל הפוסקי' ודלא כהטור שכתב דמטלטלי' שקבל עליו אחריות כותבים וכבר השיגוהו הלח"מ פ"ז מטוען והב"ח עיין שם:

סעיף כג

בד"א כו'. ולפיכך כותבים כו' אבל שנים כו' נראה מדברי הרמב"ם דכשלא קבל הדין עד ששלחו אחריו אפילו יצא מב"ד ולא כתבו לו שוב אינו נאמן לומר פרעתי דכל מעשה בית דין כמאן דנכתב דמי דאל"כ ה"ל לחלק בשלחו אחריו גופי' מיניה וביה והכי הל"ל אבל לא כתבו לו ויצא ואמר פרעתי נאמן כו' ועוד מדכתב אבל שנים כו' ואמר ליה הנתבע הן כו' ובש"ס לא הוזכר שאמר ליה הן ולמה הוסיף הרמב"ם מה שלא נזכר בש"ס אלא ודאי ס"ל כל מעשה ב"ד כמאן דנכתב דמי ולכך לא מצי לפרש שלא א"ל הן אלא שנתחייב ע"פ ב"ד בפסק דינם על פי עדי' או על פי טענותיה' דא"כ ה"ל מעשה ב"ד ואפילו יצא שוב אינו נאמן לומר פרעתי וכמ"ש לעיל ס"ק י"ח בשם הנ"י פ' ז"ב בשם המפרשי' דכשנתחייב על פי ב"ד הוי כהודאה בשלחו אחריו ולכך מפרש הרמב"ם דוקא בא"ל הן דלא ה"ל אלא הודאה לבד דיכול לטעון פרעתי מיהו כבר העליתי לקמן סימן ע"ט סי"ב ס"ק כ"ט דלא כהרמב"ם והמחבר בזה והבאתי הרבה פוסקים שחולקים על זה והעיקר דכל מעשה ב"ד לא אמרינן כנכתב דמי וכשיצא ולא כתבו לו נאמן לו' פרעתי אם לא כששאל המלוה לכתוב בפני הלוה שיכתוב לו דאז כנכתב דמי וע"ש:

סעיף כד

אבל שנים שבאו לדין כו'. כ' הסמ"ע וז"ל ר"ל אע"ג דגם זה שהודה בב"ד מחשב כמלוה בשטר לענין לטריף לקוחות משום דמעשה ב"ד יש לו קול ומיהו ה"מ כשידוע שלא פרע לו או שהלוה מודה לו שלא פרעו אבל כשטוען פרעתי נאמן בין שא"ל הדייני' חייב אתה ליתן לו כו' וכ"כ בטור סעיף י' בשם התוס' ומ"ש הטור שם ז"ל דהודא' בב"ד חשיב כמלוה בשטר כו' לא קאי אמ"ש לפני זה דאיירי בשלחו אחריו והודה אלא קאי אמ"ש התוס' דאיירי בכל הודאה בב"ד ועמש"ל בסמ"ע סי' ע"ט סי"ב וכן כוונת הרמב"ם והמחבר בזה ג"כ עכ"ל נראה מדבריו דאף במקו' שיכול לטעון פרעתי ואין כותבים לו מ"מ טורף מלקוחות וכ"כ עוד בסמ"ע לקמן סי' נ"א ס"ק ב' וס"ס ע' ס"ק י"ט וסי' ע"ט סי"ב ס"ק ל"א ואין דבריו נכונים כמו שהשגתי עליו בסי' ע"ט ס"ק ל' באריכות וגם דברי הטור שכ' הא דהודאה בב"ד מחשב כמלוה בשטר כו' לא משמע כדבריו אלא משמע דהיינו במקו' דהוי כמלוה בשטר דהיינו או בשלחו אחריו שהזכיר מקודם או בנתחייב ע"פ ב"ד בענין שהב"ד כותבים לו ואינו נאמן לומר פרעתי ואז דוקא אמרינן מעשה בית דין יש לו קול וע"ש ודו"ק:

סעיף כה

ואמר פרעתי נאמן כ' הסמ"ע דמוכח מדברי הרמב"ם דס"ל דאפי' אם בא לכתוב בעת שעדיין ודאי לא פרע אפ"ה לא יכתבו לו משום דנאמן לומר פרעתי כל שהודה בלי שליחות הב"ד אחריו וכשיהיה כתב הודאה מב"ד בידו לא יהיה נאמן כו' ובע"ש כ' ז"ל ציית דין נתברר דלא פרע כו' ולא דק עכ"ל ומ"ש דמוכח מדברי הרמב"ם דאפי' בא לכתוב בעת שודאי לא פרע כו' פשוט הוא כדמוכח מדברי הרמב"ם והמחבר לעיל ריש ס"ץ וכ"כ בע"ש גופיה שם להדיא בביאור יותר ע"ש ומ"ש ובע"ש כו' ולא דק לפע"ד הע"ש דק יפה דז"ל ואע"ג דאמרינן דעדית בב"ד או הודאה בב"ד כמלוה הכתובה בשטר דמי ה"מ היכא דלא צאית דינא עד ששלחו אחריו והביאו לדין א"נ ציית לדינא ונתברר דלא פרע אבל היכא דציית לדינא כגון הכא שבאו מעצמם לדין ונפק מבית דינא אדעתיה דקבליה עליה לדינא ובא ואמר פרעתי נאמן עכ"ל ונראה שכוונת ע"ש להשוות דברי הרמב"ם לדברי הרי"ף שכן דרכו של הרמב"ם למשוך תמיד אחר דברי הרי"ף לכך הכניס הע"ש דברי הרמב"ם בדברי הרי"ף וגם הה"מ הביא דברי הרי"ף וכתב שקרובי' דבריו לדברי הרמב"ם וע"כ נראה להע"ש לפרש דמ"ש הרי"ף לא צאית דינא כו' היינו שלא קבל הדין עד ששלחו אחריו והאמת שאפשר לפרש דמ"ש הרי"ף לא צאית דינא היינו שסירב אחר הפסק וכ"כ בתשובת מהר"י ן' לב סוף ספר א' סי' קכ"ג אמנם הרמב"ם נראה שלא פי'

דבריו כן וכ"כ בתשובת מהר"ל ן' חביב סימן ק"ט דף קמ"ו ע"א שיש לפרש דברי הרי"ף כהרמב"ם רק שכתב וז"ל אמנם סוף לשונו של הרי"ף שכתב ונפק ליה מבי דינא אדעתא דקבליה עליה לדינא כו' הוא זר בעיני לפרשו ע"פ זאת הכוונה עכ"ל ולעפד"נ דבסוף לשונו תרתי קאמר דתרתי בעינן דצאית דינא מתחלה ולא שלחו אחריו וגם נפיק מבי דינא אחר כך וקיבל הפסק ולא סירב שוב מצאתי כן להדיא בבעה"ת שער י"ב ח"ב וז"ל ודבר זה כתבו הרי"ף בהלכותיו ותירץ ה"מ היכח דלא צאית דינא כלומר שלא קיבל דינו עד ששלחו אחריו והביאו בהכרח אבל היכא דצאית דינא ואמר פרעתי נאמן וכ"כ הראב"ד ז"ל כל העמדה בדין לאלתר הוא כמלוה בשטר כו' שיצא מלפני ב"ד בסרבנות כו' ועי' מ"ש לקמן סימן ע"ט סעיף י"ב ס"ק כ"ט ובזה נתיישב מה שהיה קשה לבעל גידולי תרומה שם על הבעה"ת שם ע"ש ודו"ק ולפי זה נראה לומר דאע"ג דודאי משמע מדברי הרמב"ם דאפי' אם רצה מתחלה שיכתבו לו אין כותבין לו אף שודאי לא פרעו כמ"ש ומדברי הרי"ף משמע להדיא דכל שנתברר שלא פרעו ה"ל כמלוה בשטר ממש מ"מ לא פליגי לענין דינא דהרי"ף מיירי שהנתבע לא רצה ליתן לו מתחלה עד שנתחייב ע"פ ב"ד שהגידו פסק דינם בזה או שנתחייב ע"פ פס"ד מכח טענתו והלכך בכה"ג לא בעינן שלחו אחריו וכמ"ש לעיל ס"ז ס"ק י"ח בשם הנ"י אבל הרמב"ם הא מיירי להדיא שלא פסקו הב"ד כלום שהרי כתב וא"ל מנה לי בידך וא"ל הנתבע הן כו' אלמא דהנתבע הודה לו מיד מעצמו ליתן לו ובכה"ג אודיתא מיקרי וכמ"ש לעיל ס"ק י"ח:

סעיף כו

ואפי' למ"ד כו' כ"כ בד"מ לתרץ קושית ב"י וז"ל ולי נראה דס"ל להטור דהא דאין כותבין ונותנין לאו מטעמא דאין נאמן אח"כ לומר פרוע רק מאחר שנאמן לומר שפרעו כבר למה יכתבו לו הב"ד הפסק דין וכן אנו צריכים לפרש דעת המרדכי שהביא דברי הסמ"ג שהם כהרמב"ם עצמו וכתב שהם כדברי ראבי"ה וכמ"ש הטור מדברי הרמב"ם אלא ודאי ס"ל כמו שפירשתי עכ"ל ד"מ ור"ל דהוי זילות' דבי דינא לכתוב דבר שאין בו צורך וכ"כ בע"ש הטעם דהוי זילותא דבי דינא ודלא כהסמ"ע ס"ק כ"ו דכתב בשם ד"מ הטעם דמחזי כשיקרא (וכן תירץ בס' שארית יוסף) וכבר סתר בתשובת מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט טעם זה בארוכה ע"ש: ושוב מצאתי בתשובת הר"ב בסי' ל"ח שאלה ו' כתב להדיא הטעם משום זילותא דבי דינא ע"ש. ומ"מ קשה לי על הרב שלא תירץ עדיין קושית הב"י וגם דברי המרדכי לא נתיישב בתירוצו שבד"מ ובתשוב' שם דנהי דאין מוכח מדברי הרמב"ם וסמ"ג להפך מ"מ מנ"ל להטור ומרדכי להוכיח מדבריהם דילמא כוונתם כפשוטו דאין כותבים משום דשוב לא יהא נאמן לומר פרעתי וכן קשה

על השארית יוסף אבל למה שתירץ מהר"ל ן' חביב שם ניחא זה דדייקי הטור ומרדכי מדכתבו הרמב"ם וסמ"ג כתבו לי הודאתו אין כותבין כו' משמע דוקא הודאתו הוא דאין כותבין הא פסק דינו כותבין דאף אחר הכתיבה יהא נאמן לומר פרעתי. ומ"מ מהר"ל ן' חביב האריך שם וסתר דברי הטור ומרדכי והעלה דגם הרמב"ם וסמ"ג ס"ל דעל פס"ד שבידו אינו נאמן לומר פרעתי ומה שכתבו כתבו לי הודאתו אין כותבין לא באו אלא לדייק דכשלא תקרא הודייה כמו בכאן אלא פס"ד כגון על ידי הודאה בב"ד ששלחו אחריו או שנתחייב על ידי עדות כותבין כו' כי לפי האמת אפילו בלא פס"ד הוא כמלוה בשטר לדעתם עכ"ד ודבריו נכונים ואני מוסיף דה"ה כשלא רצה ליתן מעצמו כי היה סבור שהוא פטור וחייבו אותו הבית דין על פי טענתו הוי כנתחייב ע"י עדים דנתחייב מתוך טענתו כעדים דמי וכמ"ש לקמן סימן ע"ה סעיף ה' בהג"ה ס"ק י"ז ולכך דקדקו הרמב"ם והסמ"ג וכתבו ואמר לו ה"ן כו' וכמ"ש לעיל ס"ק ך' ודו"ק:

סעיף כז

שמא כבר פרעו. כתב הסמ"ע ולפי ה"ט כשבא לב"ד כשעדיין ודאי לא פרע לו משמע דכותבי' לו פס"ד ולי נראה דאפ"ה אין כותבי' לו שמא יפרע לו ולאחר זמן יתבע אותו וזה יטעון להד"ם והוא יוציא הפס"ד ויהיה מוחזק כפרן וכמ"ש סברא זו בס"ס ע"ט וגם כתבתי דאף למ"ד נאמן לומ' פרעתי אין כותבי' אותו לכתחלה מטע' הנ"ל והא ראיה שבס"ס ע"ט כתב הטור גם אפס"ד דאין כותבים אותו לכתחלה אף שפסק דנאמן לו' פרעתי ע"ש עכ"ל ואין דבריו נכוני' דא"כ לעולם לא יכתבו לו פסק דין ועוד דהא מוכח להדיא בש"ס פ"ק דמציעא ריש דף י"ז דאם ידוע ודאי שלא פרע לו כותבי' לו וכן משמע בכל הפוסקי' וכ"כ הטור להדיא וז"ל לפיכך אין ב"ד כותבין לו אא"כ ידוע שלא פרע כו' ונהי דהביא הטור בתר הכי דברי ראבי"ה מ"מ בהא לא פליג ראבי"ה. גם מ"ש שמא יפרע לו ולאחר זמן יטעון להד"ם כו' לא מסתבר כלל ואע"פ שהוא כתב סברא זו בס"ס ע"ט כבר השגתי עליו שם בזה ע"ש ומ"ש והא ראיה שבס"ס ע"ט כו' אין זה ראי' דהא לטעם של הר"ב נמי ניחא דנהי דנאמן מ"מ אין כותבין לו משום זילותא דבי דינא או דמיחזי כשקרא למ"ש שאר אחרוני' וכן לפמ"ש לקמן סעיף כ"ו בדעת הטור נמי ניחא ע"ש ואפשר הסמ"ע מיירי דאין כותבין לו כשאין מודיעים לנתבע דסד"א כיון דלהאי מ"ד נאמן לומר פרעתי יכתבו לו קמ"ל דלא משום דשמא יוחזק כפרן ובש"ס ופוסקי' וטור מיירי שכותבין לו כשמודיעי' לנתבע שכותבין ומ"מ אין דבריו מחוורין ודוק:

סעיף כח

אם יש בידו פס"ד כו'. לפי מ"ש בסמוך ס"ק כ' יש לדקדק על המחבר דאזיל בשטת הרמב"ם שלא הוצרך לכתוב דין זה דהא להרמב"ם כל היכא שנעשה פס"ד אפילו לא כתבו הפס"ד שוב אינו נאמן לומר פרעתי דכל מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי ולכך לא כתב הרמב"ם דין זה כלל ותשובת מיי' בשם מהר"ם דכתבוהו היינו משום דס"ל דכל מעשה ב"ד כל זמן שלא נכת' יכול לטעון פרעתי וק"ל:

סעיף כט

אין הלוה אמן לומר פרעתי בבדק הבית כתב שכ"ד הרי"ף והרמב"ם וגם בתשו' מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט האריך להוכיח שכן דעתם ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ט ור"צ האריך ולא כתב כן ופסק דנאמן לומר פרעתי וכל דבריו אינם נראין לי ובפרט הראיה שהביא שם בסוף התשו' וז"ל ויש ראיה ג"כ ממ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ט מה' שמיטה ב"ד שחתכו את הדין וכתבו פס"ד איש פלוני אתה חייב ליתן לזה כך וכך אינו נשמט שזה כגבוי ואינו כמלוה ע"כ משמע דנאמן לומר פרעתי שהרי הוא כגבוי ואינו כשטר עכ"ל אינו ראיה כלל ואדרבה מוכח מכאן לכאור' איפכא דאם איתא דיכול לומר פרעתי הרי הוא מחוסר גובייגא טוב' ודמי למלוה על פה ואמאי אינו נשמט וא"כ גם מדברי הסמ"ג בהל' שמיטה עשין ע"ד והברטנורה פ"י דשביעית שכתבו שם כהרמב"ם מוכח דס"ל דעל פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי: עוד האריך המבי"ט שם בראיו' מהפוסקי' וכל ראיותיו אינם כלום והעיקר כמ"ש בתשי' מהר"ל ן' חביב דכיון דאפי' בהודא' ס"ל להרי"ף והרמב"ם דאם כתבו לו שוב אינו נאמן לו' פרעתי כ"ש בפס"ד. ומ"ש המבי"ט שם דטעמא דהרמב"ם בהודאה אינו משום דלא יהא נאמן אלא דשמא פרעו ואם יתנו לו הפס"ד יחזור ויתבע ממנו אבל כשלא יתנו לו הפס"ד לא יהיה לו לב לחזור ולתבוע אבל אה"נ דאף שיתנו לו הפס"ד יהיה נאמן לומר פרעתי אלא שישביעו אותו (ופי' זה כתב גם כן הב"ח כאן בסי' זה ולקמן בס"ס ע"ט) א"נ נוכל לפרש דאם יכתבו לו אחר כך לא יהיה נאמן לומר פרעתי קודם משום דמסתמא נאמר כשנתנו לו ב"ד פס"ד בזמן הכתוב בו או יש לו עדים שנתנוהו היום עדיין לא פרע ומשום הכי אין כותבין ונותני' לו שמא פרע כבר ויוציא פס"ד אח"כ אבל כשנתנו הפס"ד קודם שיצאו מבית דין ודאי שלא פרע עדיין ונאמן לומר פרעתי אח"כ (ופי' זה כתב ג"כ הבעל גדולי תרומה) וזה מוכרח דאל"כ תיקשי על הטור דבסי' ל"ט הביא דברי ראבי"ה ולקמן סי' ע"ט פסק כהרמב"ם כו' עכ"ד וע"ש באריכות. וגם הב"ח ובעל גי' תרומה שער י"ב ח"ב דף ע"א כתב כדברים אלו וכמ"ש לקמן. וכל זה אינו מחוור להוציא דברי הרי"ף והרמב"ם מפשטן בסברות קלושות ודחוקות. גם מה

שהביא הבעל גדולי תרומה שם ראיה לדבריו וז"ל שוב מצאתי און לי בדברי הנ"י פז"ב שכתב וז"ל ודוקא קודם שיצא מלפני ב"ד אבל לאחר שיצא אין כותבין דחיישינן שמא נתן לו ובהכי מיתוקמא ההיא דפ"ק דמציעא כו' אלמא דאחר שיצא יכול לטעון פרעתי אע"פ שכתבו שאם אינו נאמן מה הועילו במה שתקנו שלא יכתבו (אלא) קודם שיצאו הא איכא למיחש נמי שמא יתן לו אח"כ אלא ודאי אין מקום חשש לזה שאם יפרע יטעון פרעתי ויהיה נאמן עכ"ל אינו ראיה כלל ודבריו תמוהין דאם יתן לו אח"כ יקח הפס"ד ממנו כיון שנכתב בפניו קודם שיצאו מב"ד ואם לא יקח איהו דאפסיד אנפשיה גם אשתמיטתיה דברי הנ"י פ"ק דמציעא שאביא לקמן. גם קשה על חילוקם זה יכתבו הב"ד הפס"ד ויכתבו בו שנפסק ביום פלוני ונכתב ביום פלוני (גם מה שהקשה בס' גידולי תרומה שם על הרא"ש שכתב דיכול לומר פרעתי משום דאפי' במלוה בשטר היה נאמן לומר פרעתי אי לאו דשטרך בידי מאי בעי כו' וא"כ קשה לדידיה אמאי קאמר ר"י בא מלוה לכתוב אין כותבי' יכתבו ויכתבו דממ"נ יפטר אם הב"ד חייבים להודיע ללוה שכותבין פס"ד יזהר הלוה שלא לפרוע אם לא יקרע הפס"ד וכל זמן שלא יהא נקרע יהיה כשטר ממש ואם לא יחוייב הב"ד להודיע ללוה וראי לעולם יהא נאמן לומר פרעתי כו' ע"ש שהאריך ומתוך כך נכנס בדוחקי' לתרץ דאפשר דהלוה טעי בדראבי"ה כו' ע"ש וכל זה בחנם טרח דהיא גופה קמ"ל דכיון דיצא נאמן לומ' פרעתי כיון שלא כתבו עדיין ואין בידו כתב דהוי כשטר דנימא שטרך בידי מאי בעי והלכך אין כותבין שלא מדעת הלוה דשוב לא יהא נאמן לומר פרעתי דנימא דמסתמא הב"ד כדין עשו שהודיעו לו שכתבו וזה ברור) ומה שנתחבטו האחרוני' הנ"ל ושאר אחרונים ג"כ בדברי הטור שהביא כאן דברי ראבי"ה ולקמן סי' ע"ט כתב כדברי הרמב"ם אפי' ישארו דברי הטור בקושיא אין כדאי בשביל זה לסתור דין ברור בש"ס ורמב"ם והרבה פוסקי' ועוד דנראה לפע"ד דגם הטור סובר כן וכדמשמע פשט דבריו דלקמן סימן ע"ט. ומ"ש כאן דברי ראבי"ה אינו אלא להחזיק מה שכתוב קודם לכן בשם התוספות דכל המודה בבית דין ויצא ואמר פרעתי נאמן ולאפוקי דלא תימא דמעשה בית דין כקנין דמי ואפי' לא נכתב אינו נאמן לומר פרעתי והך דר"נ דפ"ק דמציעא דף י"ז לית הלכתא כוותיה כיון דקי"ל. העמדה בדין כשטר דמי קמ"ל דליתא וגם הרא"ש בעצמו בא להחזיק כן דבריו בדין זה שכ' וז"ל אמר רב נחמן כו' דאע"ג דאמרי' לעיל דעמד בדין כמלוה בשטר דמי היינו לטרוף לקוחות אבל מצי למימר פרעתי דאפי' במלוה בשטר הוי מצי למימר פרעתי אי לאו דא"ל שטרך בידי מאי בעי כו' עכ"ל אלמא דבא לומר דלא תימא דהעמדה בדין כנכתב דמי ושוב אינו יכול לומר פרעתי והך דרב נחמן דלא כהלכתא היא כיון דאמרינן

בש"ס לעיל דהעמדה בדין כמלוה בשטר דמי קמ"ל דהא ליתא דאפי' במלוה בשטר הוי מצ"ל פרעתי אי לאו דא"ל שטרך בידי מאי בעי והכא שלא נכתב לא שייך לומר כן. וכן בא הטור להחזיק דבריו וכ' וז"ל וכתבו התוס' כו' אבל אם טוען שפרעו נאמן כו' (והיינו דברי הרא"ש) לפיכך אין ב"ד כותבין כו' כלומ' דאם היו כותבין לו שוב אינו נאמן. ואפי' אם כתבו לו פסק דין וטוען שפרע כ' אבי העזרי שנאמן כו' וא"כ פשיטא דהיכא דלא כתבו לו דנאמן ולאו דס"ל כאבי העזרי בכתבו לו דסמך בזה עמ"ש לעיל וגם עמ"ש לקמן סי' ע"ט ולא הביא דברי אבי העזרי אלא להחזיק דבריו דעכ"פ קי"ל כהך דרב נחמן דפ"ק דמציעא דיצא ואמר פרעתי נאמן. וראיה לזה דאם לא כן אמאי לא הביא הטור דברי ראבי"ה לקמן סי' ע"ט ועוד דבכאן בסי' ל"ט דמירי מענייני הודאה בכל הסי' ולא מענין שטרות ופסקי ב"ד מה ענין דברי ראבי"ה לכאן ועוד מאי ואפי' אם כתבו לו פס"ד כ' אבי העזרי כו' הכי הל"ל ואם כתבו לו פס"ד כתב אבי העזרי כו' אלא ודאי כדפרישית והשתא א"ש מ"ש הטור וכן כ' הרמב"ם כו' ונתחבטו הב"י והאחרונים בפירושו מאי וכ"כ הרמב"ם הלא אדרבה הרמב"ם כ' איפכא ולפמ"ש א"ש דכמו שמביא דברי ראבי"ה להחזיק דהך דרב נחמן דהלכתא היא כן מייתי דברי הרמב"ם וכ' וכ"כ הרמב"ם וכו'. (ואע"ג דכתבתי לעיל סק"ך וכ"ג דס"ל להרמב"ם דמעשה ב"ד אפי' לא נכתב כנכתב דמי מ"מ לענין זה מייתי דברי הרמב"ם דהך דר"ן דהלכתא היא ודוק) כן נ"ל ברור דעת הטור וכה"ג תמצא כמה פעמים בטור שמביא דברי איזה פוסק בשביל איזה דין שנלמד ממנו ולא ס"ל לגמרי כותיה כדלקמן סי' מ"ג סקי"ב וס"י וכמה דוכתי. ועוד אפילו יהיה דעת הטור כן מ"מ כבר הוכיח מהר"ל ן' חביב שם בראיות ברורות מהרבה פוסקים ובפרט מן ר' ירוחם והר"ן ור"ח ור' אפרים ובעל העיטור שהבאתי לקמן סי' ע"ט סי"ב סקכ"ט וריב"ם כדברי מהר"מ דעל פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי וסתר דברי ראבי"ה בארוכה ע"ש (גם מה שכ' המרדכי פ"ק דמציעא על הסמ"ג והיינו כדברי ראבי"ה נלפע"ד דט"ס הוא וצ"ל והיינו שלא כדברי ראבי"ה וכ"כ בספר גדולת מרדכי שם שיש מגיהין כן ומ"ש שם בגדולת מרדכי אח"כ אינו נראה לי אלא העיקר כהיש מגיהין וכן הוא דעת השואל בתשו' הר"ב סי' ל"ח שאלה ו' שהגיה והיינו שלא כדברי ראבי"ה כו' ומה שהשיב לו הר"ב שם כבר כתבתי לעיל סקכ"ג שאין תשובתו ברורה) וכ"כ עוד הנ"י פ"ק דמציעא וז"ל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום כו' כגון עיקר כתובה כו' וכן שטר מעשה ב"ד שעשו בפסק דינם הטוען אחריהם פרעתי לא אמר כלום דלא תימא כל שטר שנעשה בלא צואת בעל דבר אין דין שטר עליו ויכול לומר פרעתי דהא ליתא כ"כ הרנב"ר בחידושיו עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות שם וז"ל שבכלל

מעשה ב"ד כתובה כו' וכן מי שכתבו לו ב"ד פסק דינו אינו יכול לטעון אחריו כלום כו' וכ"כ עוד הרמב"ן להדיא בחדושיו פ' ח"ה גבי הא דאמרינן התם דף מ' קנין אי כמעשה ב"ד דמי כו' וז"ל וכדאמרי' בפ' שנים אוחזין בא מלוה לכתוב אין כותבים ונותנים לו דחיישינן דלמא פרעיה כו' אבל מימתי דנפיק מבי דינא כותבים אם אמר להם כתבו לי כותבים לו ואע"פ שהלוה עומד וצווח ואם כתבו לו ה"ל כמלוה בשטר והטוען אחר מעשה ב"ד אין שומעין לו וכן נמי בגברא דלא צאית דינא כותבים ונותנים לו ואינו נאמן לומר פרעתי כו' עכ"ל: גם מ"ש ב"י וז"ל אבל רש"י פי' בא מלוה לפנינו לכתוב לו שטר אדרכתא על נכסיו אין כותבים ונותנים לו ולפ"ז אע"פ שפס"ד בידו נאמן לומר פרעתי דאל"כ ליפלוג בין כשפס"ד. בידו לאינו בידו עכ"ל לפע"ד ליתא אלא אדרבא דעת רש"י כמהר"ם (שבימי חכמי הש"ס לא היו כותבים פס"ד בתחלה בלא אדרכתא אלא הפס"ד הראשון הוא הנקרא אדרכתא) . ואדרכתא היינו פסק דין כמ"ש רש"י פ' הגוזל (בבא קמא דף קי"ב) עי"ב וז"ל אדרכתא פס"ד לירד לתוך נכסים של לוה כו' וכ"כ עוד רש"י בפ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ה ע"ב) וכן בכמה דוכתי טובי וכ"כ מהר"ל ן' חביב שם. ותדע שהרי גם הנ"י כ' בא מלוה לכתוב שטר אדרכתא כו' והרי הבאתי דברי הנ"י דס"ל להדיא דא"י לטעון על פסק דין פרעתי אלא ודאי כמ"ש. ומתוך מה שכתבתי נדחה מ"ש בתשו' מבי"ט שם לחלק בין פסק דין שנעשה על חוב ידוע לירד לנכסי הלוה ובין פסק דין דעלמא וחילוקים אלו לא שערום הראשונים. וגם בתשב"ץ סי' תקי"ט כ' וז"ל אדם שיש לו פס"ד על חבירו וחבירו אומר פרעתי נאמן וכן משמע בהגוזל בתרא דף קי"ב דאיתא התם כתבינא אדרכתא ומודיעינן ליה ללוה כדי שידע שהחליטו לו נכסיו ולכך אם אמר פרעתי אינו נאמן אבל פס"ד כותבים שלא מדעת הלוה לכך אם אמר פרעתי נאמן. הג"ה (והוא הגהת הר' פרן) . ודוקא כשאין ביד המלוה פסק דין אבל אם יש למלוה פסק דין בידו אינו נאמן לומר פרעתי משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי דלא גרע ממלוה בשטר דאינו נאמן לומר פרעתי עכ"ל. ומייתי ליה הכל בו בסוף ספרו בדינים מהתשב"ץ בסי' קכ"ט דין ל"ז ונראה דה"ר פרץ הגיה ופי' דהך דתשב"ץ מיירי שהפסק דין עדיין אצל הב"ד אבל כשהוא ביד המלוה אינו נאמן ובזה נדחה ג"כ מה שהביא המבי"ט שם בשם תשב"ץ ישן שלו כתיבת יד ובשם תשו' שמצא ע"ש שהועתק שם הך דתשב"ץ שהבאתי שכבר הגיה הרי"ף דהיינו כשאין הפס"ד בידו. וגם בדברי הבעה"ת שערי י"ב והראב"ד שם מבואר להדיא דכיון שכתבו לו פס"ד אם טען אח"כ פרעתי לא אמר כלום כו' ומביאו ב"י לקמן ס"ס ע"ט וכ"כ עוד הבעה"ת שער נ"ז בשם הראב"ד ומביאו ב"י לקמן ס"ס ע"ט וכ"כ המחבר בש"ע שם ס"ס ע' ואף שהסמ"ע שם סקי"ט חילק דשאני התם דלא היה

לו לפרעו מ"מ המעיין בבעה"ת שם שכ' טעמא דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום משמע להדיא דאין חילוק ודלא כהסמ"ע וראיה לדברי מדברי הבעה"ת והראב"ד הנ"ל שבשער י"ב שהבאתי שכתבו שם כשנתברר שלא פרע או שהחייב מודה וכתבו לו בית דין פס"ד אם טען אח"כ פרעתי לא אמר כלום ע"ש. וכן מדברי רבינו ישעיה מטראני שהביא מהר"י ן' לב בתשו' סוף ספר א' סי' קכ"ג מבואר להדיא דעל פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי (והבאתיו לקמן סי' ע"ט סעיף י"ב ס"ק כ"ט ע"ש) וגם מהר"י ן' לב שם קלסיה ומסכים עמו ע"ש גם בסוף התשו' כ' מהר"י ן' לב שם וז"ל איברא דדברי ראבי"ה הם דברי יחיד ומהר"מ פליג עליה ונימוקי עמו כו' וכל זה דלא כתשו' מבי"ט שהאריך וכ' דמהר"מ יחיד הוא ונהפוך הוא ואשתמיטתי' כל הפוסקים הנ"ל שבאתי וכן עיקר (הוצרכתי להאריך בזה לפי שראיתי הרבה אחרונים שנבוכו בדינים אלו:

סעיף ל

ואם לא אמרו לו כו' ובתשו' מיימוני שם איתא בשם מהר"מ ואם אמרו הדיינים שלא אמרו לו נאמן לומר פרעתי וכן הובא בב"י ובתשו' מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט ובתשו' מהר"י ן' ל"ב סוף ספר א' שם ומשמע דמיירי אפי' כשכתב יד הדיינים מתקיימת בלא פיהם ויש לדקדק מאי שנא מאמנה היו דברינו שאין העדים נאמנים כשכת"י יוצא ממקום אחר וכדלקמן סי' מ"ו סעיף ל"ז ומהר"י ן' ל"ב שם הרגיש קצת בזה ולא סיים הדבר ונראה דדוקא בעדים שייך לו' כן דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל בית דין נאמנים ובפרט בכאן דאין חוזרין ומגידים לגמרי כן נ"ל:

סעיף לא

ויש חולקים כו' בע"ש כ' וכן נוהגין ולא ידעתי מנ"ל הא ובכל המקומות שהייתי לא ראיתי נוהגין כן וכן נראה מדברי הר"ב שהעיקר כסברא הראשונה שכ' סברא הראשונה בסתם וגם כ' כמה דינים בסברא הראשונה ועוד דלקמן סי' נ' כ' הר"ב בסתם דפסק דין שכ' בו פלוני נתחייב לכנגדו חייב לשלם למי שמוציאו וכ"כ בעיר שושן גופיה שם (וא"כ קשה על הע"ש היאך כ' כאן להפך ונראה דגם הע"ש לא קאמר אלא במקומות שאין הדיינים מודיעים ללוה שכתבו לכך נוהגין שנאמן לו' פרעתי) והיינו ודאי כמ"ד דאינו נאמן לו' פרעתי אפס"ד דאל"כ נאמן במגו דפרעתי וכ"כ בסמ"ע שם להדיא:

סעיף לב

שטר הודאה כו' וה"ה שטר הלואה דהא בהלואה ג"כ אין יכולים לכתוב עד שיאמר להם כתבו וחתמו כדלעיל סעיף ב':

סעיף לג

חוששים לענין טריפת לקוחות. פי' אפי' היכא דליכא למיחש שפרע כגון שנתן למלוה נאמנות וכה"ג מ"מ חוששין לענין טריפת לקוחות (ועיין בס' גי' תרומה שער מ"ב סוף ח"ה מה שהקשה בזה ולק"מ ועיין בס"ק שאח"ז ודוק):

סעיף לד

לענין טריפת לקוחות. אבל מיניה שלא יוכל לכפור כשרה דשקרא לא כתבי ולא חתמי. כן הוא בהגה' אשר"י שם. מיהו תמיה לי דהא קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם וכמ"ש לעיל ס"ק ח' באריכות וא"כ לא הוי עדות כלל בשלמא הגה' אשר"י י"ל דס"ל כר"ת אבל על המחבר שפסק לעיל סי' כ"ח סי"א וי"ב כרש"י ורמב"ם קשה וצ"ע:

סעיף לה

שמשמע מתוכן שהיו ג' כו'. וה"ה אם נעשה השטר בפני מומחה או שאחד מהן מומחה מהני שודאי אותו מומחה לא היה טועה. כן הוא בש"ס גבי אמר לנו רבנ' אשי לפי גי' רש"י ושאר פוסקים. ונראה דגם האידנא יש מומחה לענין זה:

סעיף לו

חוששין שמא שנים היו וטעו כו' דוקא בכה"ג כיון דלא חתימי אלא שנים חיישינן שטעו אבל היכא דאיכא ודאי ב"ד קי"ל דלבית דין טועין לא חיישינן והכי אמרינן לקמן סי' מ"ו סעיף ט' [כ"ט] וריש סימן רנ"ה ע"ש ועיין בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' כלל ך' סימן ק"ו:

סעיף לז

כותבים שטר ללוה כו'. ע"ל סעיף ז' ועיין לקמן סי' רל"ח ומ"ש שם:

סעיף לח

ואפי' אומר המלוה כו' לפי שבשעת כתיבה הוא שקר ואולי מערים הוא כ"כ ה' המגיד והקשה ב"י דהא בפרק כל הגט אמרינן דלמיחזי כשקרא לא חיישי' ותירץ דשאני התם דבשעה שנחתם לא הוי מיחזי כשקרא כו' ואין זה נכון דהא משמע התם דאפי' נחתם לא חיישינן דהא דייקינן לה התם משטר שלוה בו ופרעו דאינו חוזר ולוה בו משום שנמחל שעבודו טעמא דנמחל שעבודו הא למיחזי כשקרא לא חיישינן ע"ש (שוב מצאתי בס' לחם משנה ספ"ו מה' עדות שהקשה ג"כ על הב"י בזה ע"ש) הגם שמצאתי בריטב"א פ' האשה שנתארמלה ופ' הכותב שכותב ג"כ דהא דלא חיישינן למיחזי כשקרא היינו דוקא בכתיבה בלא חתימה אבל בחתימה פסול כההיא דפרק גט פשוט כי יתביתו בהיני וכההיא אורכתא דפרק מרובה עכ"ל מ"מ לא נהירא לי מטעם שכתבתי ועוד משמע כן

יותר בכמה הוכחות למעיין בש"ס בפ' כל הגט ובפרק הכותב דאפי' בחתימה לא מיחזי כשקרא והכי מוכח נמי להדיא ממ"ש התוס' והרא"ש פ' הכותב באמרה האשה כתבו לי ותנו ביד נאמן כו' ע"ש (ומ"ש הרא"ש פ' האשה שנתארמלה משחתמו הוי שקר גמור כו' התם באמת הוי שקר דמעולם לא הוי במותב תלתא דאשתמודענא דבשעה שחתמו לא העידו וגם אחר העדות לא היו במותב תלתא מעולם רק שנים העידו וא"כ החתימה הוא שקר גמור ודוק) ומשמע כדבריהם בש"ס שם מלשון יהבו לי והכי משמע נמי ממ"ש הרשב"א והר"ן פ' כל הגט וכן בפ' האשה שנתארמלה דהך דפ' גט פשוט ופ' מרובה שאני דלעולם שקר הוא ואף למפרע אינו אמת ע"ש אלא נראה כמ"ש הב"ח דהכא עיקר טעמא כיון ששקר הוא חיישינן שמא מערים המלוה ולכך אין כותבי' משא"כ התם שהוא מדעת הלוה ליכא למיחש להערמה וגם הב"י גופיה מסיים בסוף דבריו מיחזי כשקרא איכא למיחש שהוא מערים דשמח יפול מידם או יגבנו [יגנבנו] קודם שבא ליד הלוה ע"כ ועיין לקמן סי' מ"ו סכ"ד ס"ק נ"ז וס':

סעיף לט

בד"א בשטר שיש בו קנין כו'. כ' הסמ"ע והתו' והרא"ש חולקים וס"נ דעדיו בחתומיו זכין להמלוה משעת החתימ' אפי' לא בא השטר לידו עד לאחר זמן ובטור כ"כ בשם ר"י ור' ירוחם בני"ד כ' דעת שלישי שחילק בין דבר שאינו בידו כגון שטר הלוא' לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו עד דמטא לידיה ובין דבר שהוא תחת ידו דזכה משעת החתימ' ע"כ ל' סמ"ע נרא' מרבריו דרבי' ירוחם כ' דעה ג' דבדבר שאינו בידו לא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו אפי' מטא לידיה לבסוף ולא זכה אלא משעה דמטא לידיה ולפי ע"ד זה אינו ואין כאן דעת שלישי כלל ומ"ש ר' ירוחם שם הוא ממש דעת הטור (אליבא דר"י דפסק כאביי) דעדיו בחתומיו זכין לו זוכה משעת חתימה רק דבדבר שהוא תחת ידו זכה משעת חתימה אפי' לא מטא לידיה אח"כ כלל עיין בטור מבואר כן להדיא וכן ברבי' ירוחם ני"ד שם לא הוזכר לא דעת הרמב"ם ולא דעת ר"י רק ברישׁ נתיב ד' הזכיר סברתם אבל בנתיב י"ד לא הזכיר כלל רק כ' בסתם וז"ל דבר שאינו בידו וכ' עליו שטר כגון שטר הלואה לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו אלא עד דמטא לידיה שטרא לבסוף אבל בזוכה בדבר שהוא תחת ידו זכה משעת חתימה אפי' לא הגיע שטר לידו עכ"ל ודברי הטור ור' ירוחם לקוחים מהרא"ש ס"פ שנים אוחזין שכ' דשמעינן כן מדברי הרי"ף דלאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ובעינא דמטא שטרא לידיה אח"כ היינו דוקא בדבר שאין בידו כגון שטר הלואה אבל דבר שהוא כבר תחת ידו זכה משעת חתימה אפילו לא יבוא לידו לעולם ע"ש. ומוכח שם בש"ס ורי"ף ורא"ש גבי שובר בזמנו טורף אביי לטעמיה דאמר

עדיו בחתומיו זכין לי' דלמאן דפסק דלא כאביי אפי' בדבר שהוא בידו לא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו. וא"כ פשוט דגם דברי ר' ירוחם בנתיב י"ד הם אליבא דאביי וסמך עצמו אמה שהביא בנתיב ד' במסקנתו שהתו' פסקו כאביי וזה ברור: ומיהו קשה לי על הטור דכ' דאין חילוק בין מכר להלואה בכל ענין עדיו בחתומיו זכין לו ואח"כ כ' דבהיה בידו כגון מחילה וכה"ג אפילו לא הגיע לידו מעולם זכה משעת חתימה והיינו על כרחך כמ"ש הרא"ש דהרי"ף פי' שובר בזמנו טורף אביי לטעמיה דאמר עדיו בחתומיו זכין לו ואע"ג דלא מטא לידיה והנה רש"י מפרש גבי שובר (דף ך' ע"א) דבעינן ג"כ דמטא לידיה וכן נראה להדיא מדברי התוס' שם ומדברי המרדכי ספ"ק דמציעא ע"ש וא"כ בע"כ ס"ל להטור דלא כרש"י וא"כ אמאי כ' דאין חילוק בין מכר להלואה הלא הרא"ש כ' דמדחילק הרי"ף בין מחילה להלואה ע"כ מחלק בין הלואה למכר וס"ל דבמכירה לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו אלא ודאי ס"ל להטור דמדכתב הרא"ש לבסוף ורש"י לא פי' כן מסקנתו כרש"י ולא כהרי"ף וא"כ אין חילוק בין הלואה למחילה דאפי' במחילה בעינן דמטא לידיה לבסוף ע"ש בהרא"ש דוק ותשכח ששני דברים אלו תלויים זה בזה. וא"כ דברי הטור צ"ע. ויש ליישב בדוחק דהטור מסברא דנפשיה הכריע בחדא כרש"י ובחדא כהרי"ף וזה דוחק גדול ודוק. ועוד דברמזים כ' ג"כ כמ"ש בטור א"כ בע"כ ס"ל דדעת הרא"ש כן קשה מנא ליה הא ואפשר ליישב בדרכים אחרים בדוחק אבל קרובים הדברים שהטור הבין דמ"ש הרא"ש ורש"י לא פירש כן קאי אסוף דבריו שהזכיר שהרי"ף מחלק בין מכר להלואה ולא אריש דבריו אבל לפע"ד זה אינו דלא נמצא כן ברש"י רק זה מבואר ברש"י להדיא דפי' גבי שובר דבעינא דמטא לידיה לבסוף והרא"ש קאי אדברי אביי שובר בזמנו טריף ורש"י לא פי' כן כמו הרי"ף אלא אין חילוק בין מחילה להלואה ואם כן ממילא אין חילוק בין הלואה למכירה כן נ"ל ברור: ודברי ר' ירוחם ני"ד בזה מכוונים לדעת הרא"ש שחילק בין הלואה למחילה בדבר שהיה בידו וכמו שהבאתי לשונו למעלה ואח"כ מיד חילק בין מכר להלואה והיינו כמ"ש אליבא דהרי"ף אליבא דאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו ע"ש ונראה דס"ל לר' ירוחם דאע"ג דהרא"ש כ' בסוף דבריו ורש"י לא פי' כן מ"מ ס"ל עיקר כהרי"ף כיון דהאריך להביא כל דברי הרי"ף ושקיל וטרי אליביה. כן נ"ל: ומיהו דברי הרא"ש גופיה אינם נראין לפע"ד דמ"ש דהרי"ף מחלק בין הלואה למחילה קשה מנין לו להרי"ף זה וגם לא מצינו לשום פוסק שמפרש כן דברי הרי"ף ועוד דל"ל להרי"ף לחלק בכך הא שפיר מיתוקמ' שמעתת' כפשוטו במטא לידיה ועוד דאם איתא דהרי"ף מחלק בכך ה"ל לפרושי הכי בהדיא דשאני שובר משטר אחר ולא הוי ליה לכתוב כי האי לישנא דמחיל' היא דלא רמוזה בהאי לישנא בהדיא דשאני

מחילה: ועוד תמיה לי על מ"ש הרא"ש דמתוך דברי רב אלפס משמע דהא דאמרי' לעיל דלא אמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו אלא היכא דמטא לידיה אינו בשובר דהא בהך דלעיל בש"ס בפ"ק דמציע' דף י"ג ע"א גרסינן אלא הא דתנן מצא גיטי נשים ושחרורי עבדים דייתיקי מתנה ושוברים הרי זה לא יחזיר שמא כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם וכי נמלך עליהם מאי הוי והא אמרת עדיו בחתומיו זכין לו הני מילי היכא דקא מטי לידיה אבל היכא דלא מטא לידיה לא אמרי' ע"כ הרי דתנן נמי שוברים וא"כ אכתי לא מיתרצ' קושיין בשוברין. וגם מ"ש הרא"ש בדעת הרי"ף לחלק בין מכר להלואה הוא דוחק גדול דבכל דוכתא שעבוד הוי כמכר ולענין בשטרי הקנאה נראה עיקר כהפוסקים אע"ג דלא מטא לידיה לבסוף ואע"פ שהר"ן בתשו' סי' ל"ה כ' שאע"פ שיש בה קנין לא זכה בהקנין זה שיש לי ראיות ברורות לדברי הראשוני' שאמרו שאפי' לשטרי הקנאה בעינן דלימטי שטרא לידיה וכן דעת ר"ח והרי"ף והרמב"ם כו' ומביאו ב"י לקמן סי' ק"ח סעי' כ"ג מ"מ המעיין בש"ס יראה דאדרבה יש ראיות בכמה מקומות לדברי האומרי' דלא בעינא דמטא שטרא לידי' וכן פסק הבעל העיטור סוף דף ז' וכ' שכ"כ רב האי ז"ל וכן הוא להדיא דעת הרא"ש בתשו' כלל ס"ו סי' ג' ומביאו הטור בקצר' לקמן סי' רמ"ג סעי' ט"ז ובס"ס ר"ן ע"ש וכן מוכח להדי' דעת התו' פ' שנים אוחזין סוף (בבא מציעא דף י"ט) גבי מצא שובר כו' ופ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ז) סוף ע"א גבי כותבים שובר לאשה ע"ש וכן הסכימו רש"י (וכן הוא להדיא בפירש"י פ' שנים אוחזין (בבא מציעא דף י"ג ע"א) ד"ה הניחא כו' ע"ש) ומהר"י ן' מג"ש והרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והרבה גדולים כדאיתא בנמוקי יוסף פ"ק דמציעא ובה' המגיד פ' י"ח מה' גזל' ובריב"ש סימן קס"א ובתשו' ריטב"א שהביא ב"י לקמן ס"ס רמ"ג סעיף י' וגם הרמב"ם אינו חולק על זה כדאיתא בה' המגיד וריטב"א וריב"ש שם דלא כהנ"י והר"ן שם לדעתו וכן פסק בית יוסף ועיקר ודלא כתשו' מבי"ט ח"א סימן קמ"ג ע"ש (שוב נלפע"ד דגם הר"ן גופי' חזר בו שהרי כ' בגיטין פרק המקבל גבי ההיא דהוה קארו לה נפאתא כו' דהא דכותבים שטר אחר כשנאבד השטר הראשון היינו בשטרו' שמחוסרו' נתינה שאין המקבל זוכה בהן עד שיגיעו לידו אבל בשטרות שאין מחוסרו' נתינה כגון שטר שכתוב בו קנין דמשעת קנין שיעבד נפשי' כיון שנעשה השטר ונחתם כהוגן עשו עדים שליחותן ושוב אין כותבים ונותנים עכ"ל ומביאו ב"י לקמן סי' מ"ט מחו' ז' והכא ליכא למימר דכיון דכי מטא לידי' לבסוף זוכה למפרע אין כותבי' ונותני' דהא בנאבד מיירי וא"כ תיקשי כיון דלא זכה בו עד שיגיע לידו והשתא הוא נאבד אמאי אין כותבי' ונותנין אלא ודאי דבשטר קנין לא בעינא דמטא לידיה כלל וכמ"ש) ועוד דא"כ אכתי קשה לאביי

דניחוש דטריף מהלקוחות שקנו מהמוכר שלוה מהמלוה בתשרי שלא כדין וצ"ל דגם הרא"ש מודה בזה ולא קאמר אלא דאם מכר בתחלה וגם מכר אחר כך לא זכה הקונה הראשון משעת חתימה אבל מלוה זכה אפי' מכר לאחרי' וגם זה דוחק דמלוה יהא עדיף מקונה ועוד דמ"מ קשה לאביי מסיפא דמתני' כיתבי' שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו דניחוש שמא טריף מהלקוחות שקנו בין החתימה למסירה שלא כדין (וע' בטור לקמן סי' רל"ח) ואף אם תאמר שיש לאביי איזה תירוץ אחר על זה כל כהאי גוונא ה"ל לפרושי וגם קשה על זה מסוגיא דמצא שטר שחרור דף י"ט ע"א ע"ש אלא נראה לפע"ד ברור דגם הר"ף לא בא לומר אלא דאע"ג דלא מטא לידי' השובר עד השתא מחיל' הוי כיון שהאשה מודה עכשיו בכך ומצוה ליתנו לו עכשיו וא"כ דעת הרי"ף ממש כדעת רש"י והתו' דאין חילוק בין מחילה להלואה ובין הלואה למכר אלא בכל ענין עדיו בחתומיו זכין לו ובעינ' דמטא לידי' לבסוף ואז זכה למפרע משעת החתימה וכן עיקר. על כל פנים נ"ל דהרא"ש גופי' לא ס"ל הכי ומסקנת הרא"ש כרש"י וכמו שהבין הטור ודלא כמו שהבין ר' ירוחם תדע דהא כתב הרא"ש שם מיד אח"כ וגם מילתא דר' אבא בר ממל דקאמר לעיל הא בברי' והא בש"מ לא מתוקמא כאביי כו' ואלו להרי"ף שפיר מיתוקמ' כאביי אלא ודאי כמ"ש כן נראה לי. וע' מ"ש בסי' ס"ה סעיף י"ד ס"ק ל"ו. ואע"ג דהרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים פסקו דלא כאביי וא"כ אין נפקותא בכל זה מ"מ הא ר"י והרא"ש ור' ירוחם והטור פסקו כאביי וא"כ פשיטא דהמוחזק יכול לומר קים לי כגון הני רבוותא כגון בשובר אם האשה מודה פשיטא דמצי הבעל לומר קים לי כר"י וסייעתו אע"ג דזבינתא לכתובתה בטובת הנאה לאחרים קודם שמסרה השובר לידו זכה הבעל בשדה המיוחד לכתובתה ולא מפקינן מיני' ותימה על הר"ב שלא הזכיר דעת ר"י והרא"ש וסייעתם. ומ"ש בסמ"ע דאפשר דטעמו דהר"ב שלא הזכיר סברת ר"י וסייעתו הוא משום שכ' נ"י בפ"ק דב"מ ובפ' ג"פ דהרבה גדולים פסקו כהרי"ף עכ"ל אמת שכן הוא דעת הר"ב וכ"כ בדרכי משה להדיא על דברי ר"י וז"ל וכן פסק הרא"ש ספ"ק דב"מ אבל נ"י כתב שם דהרבה גדולים פסקו כדעת הרי"ף וכ"פ בפ' ג"פ עכ"ל ד"מ אבל המעיין בנ"י פ"ק דמציעא יראה דלא כתב רק שגדולי הראשוני' פסקו בזה כהרי"ף דבשטרי הקנאה בעינא ג"כ דמטא לידיה לבסוף אבל בזה שפסק הרי"ף דלא כאביי לא הזכיר שגדולי הראשוני' פסקו כן רק שמדבריו משמע שהסכי' להרי"ף בזה מדלא הביא שום חולק עליו וגם בפ' ג"פ לא הזכיר רק פי' הרי"ף דמיירי בשטרי הקנאה אבל לא כתב שגדולי הראשוני' פסקו כותיה וא"כ אין מזה ראיה: ומדברי תשובת ראב"ן שהביא במרדכי בגיטין פ' המגרש משמע דהלכה כאביי וגם בתוס' פרק מי שהי' נשוי דף צ"ד ע"ב כתבו שר"ת פסק כאביי

ומשמע שם מדבריהם דגם ר"י ס"ל כן להלכה ע"ש וכן משמע בהגה' מיי' סוף ה' גזלה ואבדה ע"ש וכן נראה דעת המרדכי ספ"ק דמציעא וכן הוא בהגה' אשר"י פ' חזקת הבתי' בשם פי' ר"י מהרי"ח גבי ההוא ארבא כו' גבי הא דפריך התם ומאי שנא משני שטרות היוצאי' ביום א' כו' וכ"כ בהג"ה מרדכי דב"מ בהגה' שניות דר"ת פסק כאביי (מיהו הביא שם דברי האז"ק דמסכים להרי"ף ע"ש) וכן משמע לכאורה מלשון מהרש"ל שהביא בב"ח סי' ס"ה ס"ס י"ז דקי"ל הלכתא כאביי ע"ש: וא"כ פשיטא דהבעל שהוא מוחזק מצי למימר קים לי ככל הנך רבוותא דפסקו כאביי אבל אם לא הגיע השובר לידו אח"כ כגון שנאבד אחר שנמצא וכה"ג נראה דצריך ליתן שדה המיוחד לכתובתה לאותן שלקחו כתובתה בטובת הנאה דבכה"ג גם אביי מודה דלא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו וכמ"ש למעלה. וה"ה בכל כי האי גוונא: שוב הראו לי שהרמב"ן בספר המלחמות סוף פ"ק דב"מ פסק ג"כ דבשובר ודבר שהי' בידו כגון מחילה וכה"ג בעינן ג"כ דמטא לידיה לבסוף ופירש גם כן דברי הרי"ף כמו שכתבתי ונתתי שמחה בלבי שכוונתי לדעת הגדול לדרך האמת תהלה לאל: וגם בפי' שטרי הקנאה נראה עיקר כמו שפירש הרי"ף וכ"פ נ"י דאע"ג שלא פי' בו בין ילוה או לא ילוה כיון שיש בו קנין מסתמא שעבד נפשיה כן וכתב שכן דעת הרבה גדולי הראשונים וגם דברי רש"י יש לפרש כן וכמו שהביא הב"י בשם ר' ירוחם שיש לפרש דברי רש"י כן וכ"פ הריב"ש סי' קס"א ופירש דברי רש"י כן ע"ש ומה שהקשה הרא"ש על הרי"ף לק"מ דמסתמא מי שנותן שטר בקנין דעתו שישתעבדו לו נכסיו מהיום ומקנה לו בקנין נכסיו מעכשיו אף אם לא ילוה וקנין יש לו קול כמו שטר דסתם קנין לכתיב' עומד א"כ מיד כשידעו לקחות מהקנין ידעו שנשתעבדו לו נכסיו מעכשיו כנ"ל. (ע' בתשובת מהרש"ך ספר ג' סי' ט'):

סעיף מ

או שכתב בשטר בהדיא כו'. דין זה צל"ע שלא הוזכר בשום פוסק לחלק בכך וגם בש"ס משמע דלא מהני לרב אסי רק שטרי אקניית' וגם לא מסתבר כן דכיון דלרב אסי לא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו מה בכך ששעבד לו מעכשיו סוף סוף שטר אלא מטא לידיה עד לבסוף וגם לא מסתבר דמעכשיו יהא עדיף ממסר לו המעות לפנינו שאינו מועיל אע"ג דמיד שמסר לו המעו' נשתעבדו לו נכסיו למאי דאמרינן שעבודא דאורייתא אלא ודאי אינו כלום עד דמטא השטר לידיה ומ"ש בדרכי משה דין זה בשם הר"ן פ"ב דכתובות ונ"י פ"ק דמציעא וכן נרשם בש"ע שס"ז ליתא דבנ"י פ"ק דמציעא פשיטא דלא משמע מידי ע"ש אך בר"ן פ"ב דכתובות איתא כן אבל גם דבריו צל"ע דמ"ש הר"ן שם שמדברי רש"י גבי שטר אמנה נלמד דין זה נראה לפע"ד דלא נלמד

מדברי רש"י כלום דמה שהקשה הר"ן שם תיפוק ליה דשמא לא ילוה כלל ויטרוף לקוחות שלא כדין כו' ותירץ דכיון ששעבד לו מעכשיו כשילו' כותבים אפי' בשטרי דלאו אקנייתא אפילו אין מלוה עמו ומכאן למדנו דין זה עכ"ל לא ירדתי לסוף דעת הר"ן דרש"י מיירי כשמסר לו השטר מיד והלכך כשמשעבד לו נכסיו מעכשיו לכשילו' מהני דליכא משום מוקדם רק שהעדים אסורים לעשות כן משום שטר אמנה אבל כשאין מלוה עמו ואינו מוסר לו השטר מי שמעת ליה ואפשר לפרש דמ"ש הר"ן אפי' אין מלוה עמו אין כונתו שאינו מוסר לו השטר מיד אלא ר"ל אפילו אין המלוה עמו שילוה לו המעות מיד ולישנא קטיעא נקט משום דלעיל מיניה כתב דפירש"י דבעינן שיש מלוה עמו וראו הלואת המעות לכך כתב בסוף דבריו אפילו אין מלוה עמו כלו' אפילו אינו עמו בנתינת המעות אבל מ"מ בעינן שימסור לו השטר מיד באותו יום אבל דברי הר"ב אי אפשר לפרש כן ואם כן דבריו צ"ע:

סעיף מא

אין כותבין אפי' ללוה וכתב נ"י פ"ק דמציעא בשם הר"ן דהיינו דוקא כשיתנו השטר ללוה או שיהא זמן מה תחת יד העדי' אבל אם נתנו מיד לעדים שיזכו העדים למלוה ושיעמוד השטר בידם מאותו שעה ואילך בשביל המלו' כותבים דבכה"ג הרי מלוה עמו דזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ומביאו הב"י וד"מ וסמ"ע לפסק הלכ' ומ"ש דבכה"ג הרי מלוה עמו כו' רצה לתרץ בזה דל"ת אמאי לא מוקמי' בש"ס פ"ק דמציעא מתני' דפ' גט פשוט דכותבים שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו בהכי להכי קאמר דבכה"ג הרי מלוה עמו:

סעיף מב

ויתן השטר ביד המלוה בפנינו. כ"כ הרמב"ם אבל התוס' כתבו דאליבא דכ"ע אם המלוה עמו לפני העדים תו לא חיישינן דודאי ימסרנו לידו מיד עכ"ל סמ"ע ולא ידעתי היכן כתבו התוס' כן ובטור כ' כהרמב"ם והמחבר:

סעיף מג

אמר קנו כו'. מכאן מוכח דס"ל להטור והרב כדעת הרמב"ן שהביא המחבר לעיל סוף סעיף ד' דקנין שלא בפני המלו' לא ניתן מסתמא לכתוב ומש"ה בעינא שיאמר לעדים כתבו וכ"כ הסמ"ע והב"ח ודלא כב"י ועיר שושן ע"ש:

סעיף מד

וכתבו לו או אפי' כתבו סתם כן הוא בטור וכן הוא בטור עוד לקמן סי' נ"ו ס"י והבאתיו שם בסקכ"ו ועמ"ש שם באריכו':

סעיף מה

עד שיצא מתחת יד הלוה. ואז זכה בו המלוה משעת הקנין לכ"ע וע' בבעה"ת סוף שער נ"ב:

סעיף מו

חייב עצמו כו'. כן היא בטור ובב"י כתב שכיוצא בזה כתב הבעה"ת שער נ"ב ובאמת צ"ע דהמעיין היטב בבעה"ת שם סוף שער נ"ב יראה דמיירי במחייב עצמו לשנים בסתם ולא אמר לעדי' כלום ומסרו העדים השטר לאחד מהם וגם בזה פליג ה"ר יצחק שם והבע"ת נסתפק שם וה"ר נתן בן מאיר חולק שם על ה"ר יצחק בזה אבל היכא שאמר לעדים שוכתבו ויתנו השטר בידו וכן עשו ומסר החייב בעצמו לאחד מהם לא פליג ה"ר נתן בר"מ ואדרבא משמע שם דמודה ליה שהרי כתב ה"ר נתן שם דכשאמר להם קנו ממני וכתבו ותנו השטר לידי לא יזכה המלוה לעולם עד דמטא לידא דמקבל כו' עיין שם וא"כ נהי שמסרו החייב ניד האח' מכל מקום כיון שלא זכה בו המקבל מיד אין לך אלא מה שעשה החייב וזה שמסרו לו זכה בו אבל האחר שלא מסרו לו מנין יזכה ואולי גם הטור מיירי דכשמסרו לזה מסרו באופן שיזכה גם כן לחבירו בחלקו והיינו זיכה לו על ידי אחר שהזכיר ה"ר נתן שם ולא אתי אלא לאשמעינן דאפי' לא ידע האחר ממסירה זו ואפי' מת זכו היתומים בחלקו וצ"ע:

סעיף מז

זכה בחלקו כו'. כתב הב"ח וז"ל. ונראה דטעמא דהאי דינא דכיון דנתחייב לשניהם בשטר ח' כשותפים נינהו וכל א' יכול לגבות כל החוב כולו וכדלקמן סי' ע"ז ס"י בהגה עכ"ד ולפע"ד ל"ד להתם דהתם מתחלה נעשו שותפים ביחד וזכו שניהם ביחד ונכתבו בשטר כן אבל הכא מאן לימא לן שזכה בו זה שלא מסרו לו כלל וכמ"ש בסמוך וגם בבעה"ת לא הוזכר טעם זה כלל אלא מיירי התם שלא אמר החייב תנו אותו בידי דנמצ' שזכה בו מיד משעת הקנין ע"ש ודו"ק:

סעיף מח

לא יכתבו עליו שטר כי הקנין שלו אינו כלום:

סעיף מט

לוה כו' יכול לחזור בו כו' והרי"ן מג"ש והרמב"ן חולקין והמחבר גופיה הביא דבריהם לקמן ס"ס רל"ח שמוכח מדבריו דאם נתברר שמדעתו נכתב לא יוכל לחזור בו וק"ק למה סתם כאן. ולעניין דינא הנה בב"י כ' שהדעת נוטה לדברי הרשב"א ובפרט שהביא ראיות לדבריו ובב"ח דחה הראיה שהביא הרשב"א מפרק האיש מקדש (קידושין דף מו

ע"ב) דהתם כ"ע ס"ל מלוה להוצאה ניתנה אלא דאנן קי"ל דאפי' המעות בעין ברשות לוה אינו מחויב להחזיר אותם כו' ע"ש ולא דק דעיקר ראיית הרשב"א הוא ממ"ד שצריך להחזירם ואפי' מ"ד א"צ להחזירם וקי"ל כוותיה היינו משום דמלוה להוצאה ניתנה הלא"ה לא הוי פליג אע"ג דנשתעבדו לו נכסי הלוה משעת הלואה דשיעבודא דאורייתא וא"כ כשהמעות ביד המלוה דלא שייך טעמא דלהוצאה ניתנה לכ"ע אינו מתחייב במה שנשתעבדו לו נכסיו. ובספר גידולי תרומה שער מ"ח ח"א הקשה על הרשב"א דמאי ראיה מייתי מפ' האיש מקדש דהתם אין שם שטר או איזה ענין אחר מחייבו משא"כ הכא שנשתעבדו לו נכסיו מחמת השטר עכ"ל ולא דק וגם אישתמיטתיה תשובת רשב"א סי' אלף נ"ד שכ' וז"ל בפ' האיש מקדש כו' שיכול לחזור וע"כ לא פליגי אלא היכי דנמסרו ללוה דמלוה להוצאה ניתנה כו' וכי תימא שאני הכא דאיכא שטרא וקנה המלוה נכסי הלוה לשעבוד חובו דהא קי"ל שעבודא דאוריית' אי משום הא מ"ט דמ"ד התם שהמלוה יכול לחזור בו אף לאחר שבאו המעות ליד הלוה והתם ודאי לאו בשעבודא דאורייי' פליגי עכ"ל כלומר וכיון דשעבודא דאורייתא א"כ התם נמי נשתעבדו לו נכסי הלוה משעת הלואה אף שלא כתב שטר ומ"ט דיכול לחזור בו אלא ודאי אע"ג דנשתעבדו לו נכסיו יכול לחזור בו מיהו נ"ל דיש לדחות הראיה דהתם אין המלוה רוצה לחזור בע"כ של לוה אלא שגם הלוה רוצה לשלם לו דומיא דפקדון דבש"ס שם אלא שהמלוה רוצה אותם המעות עצמם שהם בעין ולכך ס"ל לחד מ"ד שצריך להחזירם לו בעין ולא שייך השתא לומר שנכסי הלוה משועבדי' לו כנ"ל. והראי' שהביא הרשב"א מכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו כו' כתב הב"ח שבימי המשנה לא נתקנה עדיין היסת כו' והאידנא אף דאיכא היסת אין לנו לבטל דין המשנה כו' ולא הוצרך לזה ובחנם דחק דאף דאיכא היסת מ"מ ממ"נ אם הבטיחו באמת להלות יחייב באמת ואם לא הבטיחו יטעון שהשטר נכתב בלא הסכמתו וישבע היסת באמת דמשבועת היסת לא ינצל לעולם וכמ"ש הב"ח בעצמו בסוף דבריו וכ"כ בס' גידולי תרומה שם ופשוט הוא. והלכך כיון שראיות הרשב"א אינם מוכרחות וכמ"ש וגם המחבר גופיה מביא סברת הרי"ן מג"ש והרמב"ן לקמן ס"ס רל"ח נראה דדין זה הוי ספיקא דדינא (וכ"כ בס' גידולי תרומה שם דכיון דהמלוה מוחזק אין להוציא ממנו נגד דעת הרשב"א והטור כו' משמע דהוי ספיקא דדינא) וכ"כ בתשו' מבי"ט ח"א סי' ר' וסי' רי"ג דהמוחזק יכול לומר קים לי בהרמב"ן וסייעתו ע"ש: עוד נחלקו גדולי' עם המבי"ט שם במי שמכר צמר לחבירו בסך פלוני וכתב לו שטר על הסך ומת הלה שלקחו ותפס ב"ח של הלוקח הצמר מרשות המוכר שכתב המבי"ט דאפי' הרשב"א מודה במטלטלי' (והא ודאי ליתא לפע"ד כמו

שאוכיח לקמן משואל קורדם ודוק) והחולקין כתבו דאפי' הרמב"ן מודה במטלטלי' ע"ש באריכות. ונ"ל כהחולקין דהיינו שאינו מחוייב ליתן לו אותן המטלטלי' אף להרמב"ן רק איזה מטלטלים שירצה (וכמו שהוכחתי לקמן מהשואל קורדם) ואם כן אותו ב"ח של הלוקח שתפס הצמר שלא כדין תפס. עוד נראה עיקר דכשמת הלוה יכול המלוה לחזור בו אף להרמב"ן וכן כשנודע בינתיי' שיגיע למלוה איזה הפסד מזה כגון שלא יהי' בטוח במעותיו וכה"ג ודלא כהמבי"ט שם אלא כהחולקים עליו ואף שראיותיה' אינם מוכרחי' מ"מ מן הסברא נראה כן דמסתמא אדעתא דהכי לא נתרצה זה ובפרט שבלא"ה הדעת נוטה לדברי הרשב"א וכמ"ש בב"י וכן באמת לא מצינו בש"ס בשום מקום שמחמת שעבודו שנתחייב זה יתחייב זה להלות לו ודוק: שוב נראה בעיני להכריע כהרשב"א לגמרי דמ"ש למעלה דבפ' האיש מקדש מיירי שהלוה רוצה לשלם לא משמע הכי פשטא דמלתא שם וכן מפרש"י שם לא משמע כן וכן מדמייתי עלה בתר הכי אלא הא דאמר ר"ה השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו כו' ע"ש דהתם גבי שואל קורדם א"א לפרש רק שרוצה הקורדם תוך ימי שאלתו בע"כ של שואל והכי אמר נמי בפ' השואל דף צ"ט ע"א אלא לחזרה בקע בו לא מצי הדר ביה משאיל לא בקע בו מצי משאיל הדר ביה ומהך דהשואל קורדם גופיה מוכח כהרשב"א דאע"ג דאמרינן בפרק השואל דפליג אר' אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין וקיי"ל כר' אלעזר היינו משום דקנה ליה משעת משיכה לגמרי אבל אי לאו הכי אף ע"ג דמחייב השואל לכ"ע משעת משיכה באונסים אפ"ה ה"א דלא קנאו לענין חזרה וכדמוכח להדיא בש"ס התם דקאמר לרב הונא דקאמר לא בקע לא קנאו למאי אילימא לאונסים מאישנא מפרה דמשעת שאילה כו' אלא לחזרה כו' אלמא דאע"ג דחייב באונסים ונשתעבדו נכסי השואל מיד להמשאיל אפ"ה יכול המשאיל לחזור בו ולא מתחייב מכח שנשתעבדו לו נכסי השואל ולא פליג ר' אלעזר בהא (ודוחק גדול לומר דלרב הונא הא דיכול לחזור בו היינו שלא להשאיל לו גוף הקורדם הזאת אבל מ"מ מחוייב להשאיל לו קורדם אחרת כפי שויו של הקורדם ההוא כיון שנשתעבדו לו נכסי השואל משעת משיכה דלישנא דמצי משאיל הדר בית דקאמר בש"ס לא משמע הכי כלל ובע"כ צ"ל דהרמב"ן וסייעתו צריכים לפרש כך הך דהשואל קורדם אבל אין נראה כן וכמ"ש ע"ש ודוק) ופשיטא דאין לומר דוקא במלוה אמרינן שעבודא דאורייתא כדמוכח בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים דלאו דוקא מלוה אלא בכל דבר שמחוייב כגון בניזקין וכה"ג נשתעבדו לו נכסיו מדאורייתא וגם דוחק לומר דרב הונא סבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא ועוד דאם כן לא הל"ל ופליגא דר"א דהא אפשר דר"א ס"ל

שעבודא דאורייתא אלא הל"ל ופליגא אמ"ד שעבודא דאורייתא ועוד דאי פליגי בהכי הוה ליה לש"ס להביא מלתייהו בס"פ גט פשוט דפליגי התם אמוראי בהכי אי שעבודא דאורייתא וגם המעיין בש"ס פ' השואל שם יראה להדיא דלא נהירא כלל לומר דפליגי בהא אי שעבודא דאורייתא או לא אלא משמע שם דאף דשעבודא דאורייתא קאמרי רב הונא ור"א למלתייהו אלא ודאי כמ"ש. ויש מכאן ראיה ברורה להרשב"א ז"ל ונפלאתי על הרשב"א שלא הביא ראיה זו מפרק השואל ואפשר הוא בכלל דבריו שהביא מפ' האיש מקדש ושם הוזכר ג"כ הך מילתא דרב הונא. או אפשר משום דבהך דהשואל קורדם יש לדחוק דמ"מ מחוייב ליתן לו קורדם אחרת וכמ"ש ודוק וגם התוס' והרא"ש ונ"י פ' השואל וכן הטור לקמן סי' ש"ז וש"מ ס"ל דחייב השואל באונסים משעה שנסתלקו הבעלים ויוכל המשאיל לחזור עד שימלך הרי דאע"ג דנשתעבדו לו נכסי השואל משעה שנסתלקו הבעלים (ומשמע דאף למאי דשעבודא דאורייתא כתבו) מ"מ יוכל המשאיל לחזור וא"כ כ"ש הכא ואף הרמב"ם והמחבר שם דפליגי התם בהא לא פליגי ודו"ק:

סעיף נ

יכול לחזור בו. ואפי' בא השטר ליד המלוה כל זמן שלא נתן לו המעות יכול לחזור בו וע' בטור ובב"י עכ"ל משאת בנימן בספרו:

סעיף נא

ואם המלוה אבד השטר כו'. כ"כ בד"מ בשם נ"י פרק גט פשוט ושכן משמע מה' המגיד פכ"ד מה' מכירה ובאמת ליתא כן בנ"י ובה"ה שם דשם קאי אשובר במלוה שאבד השטר וצריך לכתוב לו שובר דאל"כ לא ישלם לו זה כיון שהשובר הוא לתועלת המלוה שה"ל ליזהר בשטרו צריך לשלם שכר השובר אבל דין זה ליתא שם מיהו דין זה אמת מסברא ועיין לקמן סימן נ"ד סק"ג:

סימן מ

סעיף א

המחייב עצמו כו' היינו שיודע שאינו חייב לו ומחייב עצמו כמו מתנה אבל מי שמודה לחברו בחזקת שחייב לו ואח"כ נודע שטעה ונתברר הדבר בעדים או שהודה לו מלוה שאינו חייב לו הרי זה הודאה בטעות ואינה כלום אפי' מסר לו שטר בעדים ועדים חתומים בו כמ"ש הטור והוא פשוט לקמן סי' קכ"ו סי ג וכמה דוכתי דכל קנין בטעות חוזר:

סעיף ב

כיצד האומר לעדים כו'. כ' בסמ"ע שרבים חולקים בזה וס"ל דלא מהני כשבא להתחייב עתה כ"א כשכתב לו כן בשטר או באומר אני חייב לך מנה בשטר כו' ולא דק דה"ל לכתוב דחולקין וס"ל דאף באומר אני חייב לך מנה בשטר לא מהני רק כשכתב לו כן בשטר כמ"ש ה"ה פי"א מה' מכירה בשם הרמב"ן והרשב"א ושאר מפרשים להדיא ע"ש וכ' עוד ה' המגיד שם וז"ל ולפי שטה זו אין שום צד שיהיה. חייב אלא כשכתב לו שטר ונמצא שהם חולקין על המחבר אשני חלוקין משלשה שכ' עכ"ל וכן משמע בר"ן ריש פ' הנושא לפי שטה זו שכ' דבדברים בעלמא אי אפשר שיתחייב אלא בקבלת כסף או בקנין או בשטר כו' ע"ש ולרש"י בכל גווני לא מהני כשמתחייב עכשיו וכמ"ש ב"י לדעת רש"י וכ"פ בשלטי גבורים ר"פ הנושא בשם ריא"ז ז"ל וז"ל הבא להתחייב בדבר שאינו מחויב בו במקום שאינו חובת ממון כגון שאמר הריני מחויב ליתן לך מנה אע"פ שאמר לעדים אתם עדי ואע"פ שכ' לו שטר חתום ומסרו לו ה"ז אינו מתחייב אא"כ קנו מידו כב"ה עכ"ל ועיין בריטב"א ר"פ הנושא וע"ל ס"ק ה':

סעיף ג

האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה כו'. בזה וכן בחילוק הג' שא"ל בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אינו גובה אלא מבני חורין אבל בחילוק האמצעי כשכתב לו בשטר אני חייב לך מנה ומסר השטר בפני עדים גובה ממשעבדי למאן דאמר עידי מסירה כרתי אפי' אינו כת' ידו וכשלא מסר לו בפני עדים גובה מבני חורין אם הוא כת' ידו וכמ"ש לקמן ס"ק ה' ובחילוק האמצעי מודים הרמב"ן והרשב"א וכן דעת הר"ן וה"ה וכן דעת התוס' בשם ר"ת והרא"ש וטור ושאר פוסקים וכן כ' הריטב"א ר"פ הנושא ששטת ר"ת נכונה היא וכן עיקר ודלא כשלטי הגבורים שהבאתי בסמוך ס"ק ב' וה"ה כשכתבו עדים שטר וכתבו בו שהתחייב עצמו וצוה לכתוב שטר מהני אף להרמב"ן ורשב"א ופוסקים הנ"ל וכן מוכח בהר"ן ר"פ הנושא ע"ש גם מ"ש ולר"ל אפי' בשטר שחתמו בו עדים לא מהני כו' ע"ש ודו"ק:

סעיף ד

הוו עלי עדים כו'. ה"ה כ' שהרמב"ן והרשב"א ושאר מפרשים חולקי' והביאו ראיות שאין אדם מתחייב בדברים אפי' באתם עדי בלא קנין ובלא שטר כו' ואולי הם ראיות שהביא הר"ן ר"פ הנושא וז"ל דהא בערב נמי בעינן או קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה ובפ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) נמי אמרינן גבי שומר קרקעות בשקנו מידן וכן בפ' השואל גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל אקשינן במאי בדברים

ואצטריך לפרוקי בההיא הנאה דקא מהימן ליה כו' וכ' שם הר"ן בסוף דבריו דלדעת הרי"ף והרמב"ם י"ל דכי איצטריך לאוקמא בשקנו מידו לאו דוקא דהוא הדין באומר אתם עדי מהני דהא על כרחך ה"ה דמצי לאוקמא בשחייב עצמו בשטר כיון דקיימא לן כר' יוחנן אלא דנקט קנו מידו לפי שהיא ההקנאה היותר רגילה ובערב היינו טעמא דלא מהני ביה אתם עדי לפי שהוא דומה לאסמכתא זה [ולי] נראה לדעת הרי"ף והרמב"ם דדוקא הכא מהני כשחייב עצמו בשטר או באתם עדי כיון שמתחייב עצמו מיד בלי תנא' מה שא"כ בשומר קרקעות ושואל כיון שאינו מתחייב מיד רק אם יאבד דמי לערב שכ' הר"ן גופיה דדמי לאסמכתא ולא מהני רק בקנין וכן מדוקדק למעיין בלשון הרמב"ם שהתחיל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל כו' חייב שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא כיצד האומר לעדים כו' (והביאו ר' ירוחם נתיב ט"ו ח"ג ע"ש) דלאיזה צורך כ' בלא תנאי כלל כו' ואינו אסמכתא כו' אלא כוונתו כמ"ש כנ"ל ברור:

סעיף ה

או שכ' לו בשטר כו'. כ' הבית חדש דוקא כתב בכתב ידו אבל אם לא כת' בכתב ידו ולא חתם תחתיו כלל משמע בטור לר"ת אע"פ שמסרו לו בפני העדים אפילו מבני חורין לא גבי דמצי למימר משטה אני בך והכי משמע במרדכי להדיא ואיתא נמי בהגה אשר"י עכ"ל ותמיה לי' דכיון דעדי מסירה כרתי מה בכך שאינו כתב ידו וכיון שמסרו לו בפני עדים ועדי מסירה מפקי לקלא גובה אפי' ממשעבדי אע"פ שאינו כת' ידו ולא שייך משטה אני בך בכה"ג ואפי' לגירסת הסמ"ע בהמחבר לקמן סעיף ב' והוא שיהיה כתב ידו שאינו יכול להזדייף כו' היינו משום דיכול לזייף וכמ"ש בסמ"ע שם ס"ק ו' הא לאו הכי גובה אפי' ממשעבדי אע"פ שאינו כת"י הלוה וכ"כ הטור ס"ס ס"ט בהדיא בפשיטות דאפי' אינו כתב ידו עדי מסירה כרתי וא"כ ה"ה הכא דלא מסתבר לחלק כלל בין חייב לו כבר בין מתחייב עתה לענין זה וכן משמע להדיא בב"י שכ' בס"ס זה וז"ל ונראה שגם הרמב"ם יודה בדין זהשכ' הטור בשם ר"ת שאם כ' בכתב ידו אני פלוני חייב לך מנה ומסר לו השטר בפני עדים חשיב מלוה בשטר דמשום דהוי כתב ידו לא גרע ואע"ג דלא הוי כלשון שטר כיון שכתוב בו ההודאה ומוסרו בפני עדים סגי עכ"ל משמע להדיא דבכל ענין הוי מלוה בשטר משום עדי מסירה (ואפשר משמע ליה להב"ח כן מדהקשו המרדכי והגה' אשר"י שם אפי' רש"י שלא חתם תחתיו לימא משטה אני בך ומאי מקשי' הא התם מסר לו בפני עדים אלא ודאי סבירא להו דאף בהודאה יכול לומר משטה אני בך אף שמסר לו בפני עדים וא"כ כ"ש במתחייב עצמו אין זה מוכרח די"ל דס"ל דמסתמא הסוגי' לפירוש רש"י מיירי אף למ"ד אין עידי מסירה כרתי דאי למ"ד

עדי מסירה כרתי מ"ט דר"ל דפטר אבל לפי' ר"ת ניחא דכיון דעכשיו הוא דמתחייב פטר ר"ל ועוד דכבר סתרתי לקמן סי' פ"א סעיף י"ט ס"ק מ"ט דברי המרדכי והגהת אשר"י מכח דברי רש"י ותוס' ושאר פוסקים ע"ש): ומ"ש הב"ח והכי משמע במרדכי להדיא ואיתא נמי בהגהת אשר"י ליתא דהמעיין במרדכי והגה' אשר"י שם יראה להדיא דלא הזכירו כלל שם שיש עדי מסירה אלא כתבו בשם ר"ת שמתחייב עצמו בכתיבת השטר שכותב לו בכתב ידו אני פלוני חייב לך מנה וחתם תחתיו והיינו לענין לגבות מבני חורין וכמ"ש בטור לר"ת. וכן נראה נמי לפרש דברי ר"ת שבתוס' והרא"ש ר"פ הנושא ובזה מיושב לפע"ד מה שכתבו התוס' שם (דף ק"ב סוף ע"א) וז"ל קשה לפי' ר"ת הואיל ומוקי להאי כתיבת ערבות שהוא שטר גמור להתחייב בו כשמסר לו בפני עדים מההיא טעמא שמתחייב שום דבר יתחייב לו שעבוד נכסים נמי ע"י מסירה כמו אם לוה ממנו דעדי מסירה מפקי לקל' עכ"ל ולפמ"ש לק"מ דהך דערבות לא מיירי שמסר לו בפני עדים אלא שכ' לו בכת"י ואני ערב ושוב מצאתי בחכמת שלמה ובחדושי מהר"ש אידלש שהרגישו בזה: וכן מ"ש הטור וז"ל ור"ת פי' דלא מיירי בהודאה שמודה בדבר שחייב בו אלא מתחייב לו עתה מנה וכותב בכתב ידו אני פלוני חייב לך ומוסר לו השטר ובמסירת זה השטר מתחייב לו עתה במנה אם מוסרו לו בפני עדים גובה ממשעבדי ואם מוסרו לו בינו לבין עצמו גובה מבני חרי עכ"ל לא כמו שהבין הב"ח דלענין עדי מסירה בעינן כתב ידו אלא משום דלעיל מיניה כ' הטור פירש"י דמיירי שאינו כתב ידו דאי הוה כתב ידו בלאו הכי היה חייב בהודאתו אפי' לא מסר לו השטר בעדים ולא הוו פליגי ר"ל ור' יוחנן דהא מתני' היא הוציא עליו כתב ידו גובה מבני חורין כתב שר"ת פי' דלא צריך לדחוקי בהכי אלא אפי' מיירי שהוא כתב ידו מ"מ פליגי שפיר כיון שאינו מודה שחייב לו כבר ומתחייב לו השתא בכתב זה פליגי אפילו לענין משעבדי כשמוסרו לו בפני עדים או לענין בני חרי כשמוסרו לו בינו לבינו וגם משום דכ' הטור ואם מוסרו לו בינו לבין עצמו גובה מבני חרי הוצרך לכתוב שהוא כתב ידו אבל אה"נ דאם מוסרו לו בפני עדים לא בעינן שיהא כ' ידו אלא בכל ענין שנכת' שלא יוכל להזדייף גובה ממשעבדי למאן דאמר עדי מסירה כרתי: וראי' ברורה לדברי ממ"ש ה' המגיד פי"א מה' מכירה וז"ל וממילא ראם כתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים בשטר הרי זה קנה וזה שכ' המחבר או שכ' לו שטר כו' ומ"מ אין זה אלא במסרו לו בעדים וכמ"ד עידי מסירה קונים אי נמי כגון שהיה השטר בכתב ידי המתחייב ונתנו בינו לבינו לגבות מנכסים בני חורין אבל אם היה כתב ידי אחר ונתנו בינו לבינו ודאי לאו כלום הוא עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ ואע"ג דכ' שם כן להרמב"ם וכ' שם שהרמב"ן והרשב"א חולקין על הרמב"ם פשיטא דאין

חולקין אלא בשני חלוקים דס"ל להרמב"ם דאף בלא שטר כגון באתם עידי או שאמר הריני חייב לך בשטר אבל בחילוק הזה שכתב לו שטר כתב ה' המגיד שם להדיא דמודה ליה וא"כ גם ר"ת ס"ל הכי. ומזה שכתבתי נלמד דאם כתב לו בכתב ידו ומסרו בינו לבינו גובה מבני חרי אף להרמב"ן והרשב"א וכדמוכח מדברי ה' המגיד להדיא וכן מוכח בטור שכת' כן לשטת ר"ת והרי ר"ת ס"ל להדי' בתו' פרק הנושא כהרמב"ן והרשב"א דאינו יכול להתחייב באתם עידי עיין שם גבי מה שכ' התוספת בשם ר"ת כמו שהודה בפני עדים ואין הדמיון טוב אלא איידי דנקט לעיל דאמר אתם עידי כו' אלא ודאי ס"ל דמה לי שמחייב עצמו בשטר בעדים לגבות ממשעבדי או שמחייב עצמו בכתב ידו לענין בני חרי כיון שכותב כן בכתב ידו: ובזה ניחא הא דכ' הטור לקמן סי' ס' ס"ט המחייב עצמו כו' וכ"כ הרמב"ן ז"ל כו' לפיכך אם לא קנו מידו ולא חייב עצמו בשטר גובה מבני חורין אבל אם קנו מידו או שחייב עצמו בשטר גובה ממשועבדים עכ"ל שהוצרכו הב"י והב"ח ובעל גי' תרומה שער ס"ד חלק א' דף שמ"ו ע"ד ושאר אחרונים לדחוק שאין זה מלשון הרמב"ן אלא מלשון הטור עצמו שהרי ה' המגיד כ' פי"א מה' מכירה שלדעת הרמב"ן א"א להתחייב שלא בשטר בדבר שאינו חייב בו ע"כ דבריהם ולפי ע"ד בחנם דחקו דלא בא ה' המגיד בשם הרמב"ן אלא לאפוקי אתם עידי או כשאמר לשון זה אני חייב לך מנה בשטר אבל כשכ' לו כתב ידו להתחייב משמע להדיא מדברי ה' המגיד שם דאף להרמב"ן גובה מבני חרי ע"ש א"כ הטור לקמן סי' ס' מיירי כשחייב עצמו בכתב ידו וכן עיקר:

סעיף ו

שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב. נראה דכונת הרמב"ם בזה להוכיח דסוגיא דר"פ הנושא מיירי במחייב עצמו בדבר שלא הי' חייב מדפריך התם מערב וכמ"ש בהרי"ף ראיה זו ע"ש:

סעיף ז

כמו שישתעבד הערב כו'. כתב הסמ"ע פירוש כשקודם שחתמו העדים כ' בשטר פלוני לוה מפ' ופ' ערב ואח"כ חתמו העדים דמשתעבד הערב אף כשלא קנו מידו כיון דכתב ליה בשטר כו' ולא דק דהא ס"ל להרמב"ם והטור והמחבר לקמן סי' קכ"ט ס"ד דצריך קנין בערב היוצא קודם חיתום שטרות אלא כוונת הרמב"ם והט"ו כאן לומר שהרי חייב עצמו אע"פ שאינו חייב כמו שישתעבד הערב אע"פ שאינו חייב וק"ל:

סעיף ח
והעיד בו עדים. כלו' שהעיד עדים על גוף הענין לא לקיים החתימה הלכך הרי זה שטר כדלקמן סי' ס"ט ס"ג:

סעיף ט
ונתנו למלוה בפני עדים כו'. כשר היינו למ"ד עדי מסירה כרתי אבל יש חולקין וכמ"ש לקמן ס"ס נ"א וע"ש:

סעיף י
והוא שיהיה כתב ידו כו'. ברמב"ם וטור ור' ירוחם נתיב ו' ריש ח"ו שהביאוהו ליתא תיבת ידו ונראה דגם המחבר לא בא אלא לפרש דברי הרמב"ם דבעינן כתב ידו או כתב "ידוע שאינו יכול להזדייף דעיקר טעמא הוא כיון שאין עדים חתומים בו איכא למיחש שיזייף ויכתיב עוד אבל אם עדים חתומים בו ליכא למיחש דתו לא מצי למכתב מידי בתר חתימת העדים ולא כמו שדחק בסמ"ע ס"ק ו' משום דבשטר שיש בו עדים מירתת לזייף אלא כמ"ש ולכך בעינן כתב ידו שאינו יכול להזדייף ולכתוב עוד שום דבר יותר. ודו"ק וע"ל ר"ס מ"ב:

סעיף יא
שצריך לומר כו'. כתב הרב המגיד הטעם כדי שיהיה לזה קול שאם לא אמר להם כן לא היו כותבין ולא היה לו קול ומביאו ב"י בס"ס נ"א:

סעיף יב
חתמו והעידו כו'. וא"צ שיחתמו כן על שטר זה אלא ה"ה בכתב אחר ועיין בב"י ובב"ח:

סימן מא

סעיף א
מעמיד עליו עדים כו'. בין אותם עדים החתומי' על השטר ובין עדים אחרים ועיין מ"ש לקמן ס"ק י"ג בשם ר' ירוחם ומ"ש עליו:

סעיף ב
ועדות זו שמעידים כו'. דברי הרב תמוהים לי דהיאך יעלה על הדעת שיעידו שלא בפני בע"ד לחייב אותו שלא בפניו ומיהו כשלא נמחק לגמרי ורישומו ניכר בפני הב"ד והעדים מעידים רק על החתימות יכולים להעיד שלא בפני בע"ד וכדקי"ל לקמן סי' מ"ו סעיף ה' דמקיימי' את השטר אפילו שלא בפני בע"ד אבל בנמחק לגמרי ומעידים על השטר מה היה כתוב בו דבר תימה שנקבל עדות זה שלא בפני בע"ד ואם יאמרו

העדים שהיה כתוב בו סך רב נחייבו על פיהם ומדברי תשוב' רשב"א שהביא ב"י ס"ס זה מוכח אדרב' להיפך שלא פסק אלא גבי שטר מקח דיכולים להעיד שלא בפני בע"ד כיון שהלוקח מוחזק בקרקע אין אנו חוששי' מן הסתם למערער כו' והיינו כדלקמן סימן ק"י סעיף ה' או דלפטור מקבלין אף שלא בפני בע"ד וכדלעיל סי' כ"ד [כ"ח] סעיף י"ח אבל שיעידו על שט"ח לחייבו ע"פ עדותן זה שעושין שטר גמור להוציא מידו לא. ומ"ש בתשוב' רשב"א וההיא דמי שאבד שטר ובו מוכחא כל הסוגיא דלא בעינן בפני בע"ד כו' לאו למימר דבשט"ח לא בעינא בפני בע"ד אלא דקאי התם אשטר מקח וקאמר דבסוגיא דמי. שאבד שטר חובו מוכח דבשטר מקח לא בעינן בפני בע"ד. ומ"ש התוס' פרק גט פשוט סוף (בבא בתרא דף ק"ע) וז"ל אבל בנמחק כותבין שלא בפני הלוה וכיון שמזיק לו נראה דאין לעדים לעשותו שנא מדעתו עכ"ל ר"ל שהעידו בפני הלוה רק שכותבין שלא בפני הלוה וכן מ"ש התוס' במתני' דצריך לכתוב מי הם העדים שהעידו שנמחק שאם ירצה הלוה יוכל לפוסלו וכ"כ מהרי"ק שורש קי"ו דאפי' הלוה עומד וצווח ומוחה אין משגיחים בו ומביאו הר"ב ס"ס זה דמשמע שכותבין אף שלא בפניו היינו כשהעידו מתחלה בפניו מה היה כתוב בשטר ואז כותבין אף שלא בפניו או אפילו עומד וצווח שלא לכתוב או אפשר דהתוס' מיירי שלא נמחק לגמרי ורישומו ניכר בב"ד ואינם מעידים רק על החתימות משא"כ כשנמחק לגמרי ומעידים על גוף השטר. והכי מוכח נמי ממ"ש ב"י לקמן ריש סי' מ"ו תשוב' הרשב"א דטעמא דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד מפני שהמקיימים לא על מנה שבשטר הן מעידים אלא על חתימות העדים עכ"ל ע"כ הכא שמעידי' על מנה שבשטר אין מקבלין שלא בפני בע"ד וא"כ דברי הר"ב צל"ע:

סעיף ג

אבל עידי השטר עצמ' כו' וכ"ש עדים אחרים. ולשון הטור אבל עדים בלא ב"ד לא יעשו לו שטר אפי' מזמן שנמחק עכ"ל ור"ל בלא דעת הלוה וכמ"ש לקמן ס"ק ד' בשם הנ"י דמדע' הלוה יכולין לכתוב מזמן שני וכן משמע בטור לקמן ר"ס נ"ד ועמ"ש שם ס"ק א' (ועמ"ש לקמן סי' שפ"ו סעי' ב' סקט"ז) ואם נתעכב מזמן שנמחק עד זמן שמצוה אין כותבין אפי' ברשות הלוה מזמן שנמחק ודו"ק: וכ' נ"י פ' גט פשוט וז"ל ושטר חוב או שטר מכר באחריות שנחת' בו א' מן העדים בלבד ואבד או נמחק אומר מורי הרב שיכולי' לחזור ולכתוב ולחתום בו שניהם דכ"ז שלא עשו שניהם מעשה שטר אף הראשון לא עשה שליחותו וכ"כ הרב ר' יצחק הלוי בספר תורת הבית שלו עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ לקמן סי' מ"ט בקצר':

סעיף ד

(**אין כותבין לו שטר אחר**) . וכ' הסמ"ע ומה"ט כתבו הרא"ש והט"ו בסי' מ"ט ס"ו שאם טעו בכתיבתן ראשונה ונתבטל השטר נמצא שלא עשו שליחותן חוזרים וכותבין וחותמים העדים עצמן שנית עכ"ל וגדולה מזו כתב הרשב"א בתשו' סי' תתקנ"א דאם לא כתבו בשטר הנאמנות מפורש על הפרעון קורעים אותו שטר וכותבין אחר בנאמנות דה"ל לא עשו שליחותן עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ לקמן סי' ע"א מחו' כ"ה וכיוצא בזה כתב הרב בתשובה סי' מ"ט ע"ש שכבר עשאו שליחותן כי הוא מתחלה לא עשאן שלוחים אלא אהראשון שטר אחד כו' ולפיכך אפי' הוא מצוה עתה לכתוב להם שטר אחר מן הנשאר (ע"ש דקאי אמי שפרע מקצת חובו) מזמן הראשון אין להם לעשות דשליחותן הראשון כבר נפקע והוא אינו יכול עתה לעשות שליחות על שעבוד דלמפרע שאין בידו ואין צ"ל כי בלא דעתו אינם יכולים לעשות שטר אחר ואפי' מזמן שני כ"כ הנ"י שם ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ס"ו שהאריך מזה:

סעיף ה

כותבים שטר אחר ואומרים כו'. וגובה בזה השטר ממונו מזמן הראשון טור וכ"כ נ"י פרק ג"פ והכי מוכח בש"ס פ' ג"פ סוף דף ק"ע ב"ד מקרנעין השטר וכותבים לו שטר אחר מזמן ראשון כו' וקאמר התם בשלמא בי דינא אלימי לאפקועי ממונא אלא עדים שעשו שליחותן היאך חוזרי' ועושים שליחותן וע"ש בתו':

סעיף ו

שצריך לכתוב שקרעו כו' דאל"כ פסול הוא כו'. כ' הסמ"ע הא דצריך לכתוב בשטר שקרעו אע"ג דלא חיישינן לב"ד טועים מ"מ לשכחה חיישינן שיחשבו לקרעו וישכחו בידו משא"כ עתה דודאי לא יכתבו שקרעוהו עד שכבר יהא נקרע עכ"ל ובתשו' מהר"ש די מודינא סי' נ"ב כ' דאפשר דמ"ש דאל"כ פסול אינו ר"ל שאם לא כתבו שהוא יפסול אלא מיהדר אקריעה שאם לא קרעו פסול שויא כו' דהיינו דהיכא [דידעינן] דלא קרעו פסול ולכך צריך לכתוב כדי שלא יסתפקו אבל מסתמא כפי האמת לא חיישינן לב"ד טועים וע"ש וע' לקמן סקי"ב:

סעיף ז

אבל שטר מתנה כו'. כותבים לו אפי' עדים עצמם וכ"כ ב"י מחו' ח' בשם הרשב"א דא"צ להעיד בפני ב"ד אלא הם בעצמם כותבים לו שטר אחר מזמן הראשון וכ"כ עוד ב"י בשמו לקמן סי' רל"ט ס"א ע"ש וכן מוכח בש"ס פ' ג"פ דקע"א ריש ע"א להדיא דהעדים עצמם כותבים שטר מתנה ומקח בלא אחריות מזמן ראשון אפי' בנאבד ע"ש גבי הא

דפריך התם ועדים לא והא אמר רב יודא אמר רב עדים כותבים אפי' י' שטרות על שדה א' ומשני רב יוסף אמר בשטר מתנה ורבה אמר בשטר שאין בו אחריות וע"ש בתוס':

סעיף ח

מזמן הראשון ולא מזמן השני דחיישינן דלמא אח"כ חזר הלוקח או המקבל מתנ' ומכרה למוכר או לנותן ויאמר חזר ומכרה או נתנה לי פעם שנית כדלקמן סי' רל"ט וע"ש ולפי זה אם המוכר או הנותן בפנינו ומצוה לכתוב כותבים אפי' מזמן שני:

סעיף ט

אבל אם היה במתנה אחריות וכן בשטרי מקח כו' כלומר דבשטרי מתנה בעינן דוקא שיהא מפורש בה אחריות דסתם מתנה אין האחריות עלהנותן וכן בשטרי מקחו ממכר אף בסתם אחריות טעות סופר כדלקמן סי' רכ"ה:

סעיף י

צריך לקרוע כו'. דאל"כ יש לחוש שיעשו הלוקח או המקבל מתנה קנוניא ויטרוף שלא כדין כיצד יבוא מי שהיתה שדה זו של אבותיו ויטרוף שדה זו בעדות לו שהיתה של אבותיו ויחזור הלוקח ויטרוף בשטר המכר שבידו מן הלקוחות שלקחו אחריו ויקרעו שטר המכר שבידו ויחזור בקנוניא ויעמוד בשדה שנטרפה ממנו ויבא זה שטרפה בעצמו ויטרוף אותה פעם אחרת בעדות אבותיו ויוציא הלה שטר המכר השני ויטרוף בו לקוחות אחרים שלא כדין. ש"ס ורמב"ם פ' כ"ג מה' מלוה:

סעיף יא

ואפי' נאבד בעדים אין כותבים לו דשמא ימצאנו. ורשב"ם פי' בפ' בתרא דב"ב גבי מי שאבד שטר חובו ועדים אין לו הא אם יש לו עדים שאבד היו כותבים לו ולא חיישינן שימצאנו ויגבה בו שני פעמים באלו השטרות וקשה לי על פי' רשב"ם מההיא דפ' שני דכתובות (דף ט"ז ע"ב) דאמרי' התם דאפי' אבדה בעדים לא גביא בעדי הינומא אא"כ נשרפה דחיישינן שמא תמצאנה ותגבה בה פעם שנית ורשב"ם דקדק מל' הברייתא דקתני מי שבא ואמר אבד שטר חובי ולפי הדקדוק יש לפרש מאי אבד אבד באור עכ"ל הרא"ש בתשו' כלל צ"ד סי' ה' ולי נראה כפי' רשב"ם ול"ק מידי עפ"ב דכתובות דסוגיא דהתם אזלא להדיא למ"ד אין כותבים שובר ואנן קי"ל כותבים שובר וכן רשב"ם מיירי להדיא למאי דכותבים שובר ע"ש בסוגיא דב"ב ובש"ס דכתובות גופא שם משמע להדיא דלמ"ד כותבים שובר לא חיישינן אף בנאבד. וא"כ גם מ"ש ב"י וז"ל ובשטר הלואה אין לכתוב טופס כו' דאף דכותבים שובר חיישינן שימצא שטר הראשון ויתבע בו תחלה ולא יכריחוהו ב"ד לכתוב שובר כיון שנותן לו שטרו ואח"כ בב"ד אחר יוציא טופס

השטר ויגבה בו עכ"ל ליתא דא"כ תיקשי הא אמרינן בכתובות התם וליחוש דלמא מפקא עדי הינומא בהאי בי דינא וגביא וחזרה מפקא לה לכתובה בהאי בי דינא וגביא בה אמר ר' אבהו זאת אומרת כותבים שובר ע"כ (פרש"י כשיפרע לה כתובתה תכתוב לו שקבלה כתובתה ויהיה בידו לזכות) ואכתי ניחוש דלמא תוציא הכתובה תחלה אלא ודאי כשיוציא הבעל אח"כ גוף הכתובה שוב לא תוכל לגבות בעדי הינומא שהרי כבר פרע לה וא"כ ה"ה הכא כשיוציא הלוה אח"כ גוף השטר שוב לא יוכל לגבות בטופס שהרי כבר פרע לו שגוף השטר ביד הלוה (ומיירי שהלוה יודע שנתנו לו טופס הלכך יזהר בשטרו שלא אבדנו אחר שישלם לו ודוק) . וכן משמע ממ"ש הרמב"ם פ' כ"ג מה' מלוה ובעה"ת שער פ"ב וסמ"ג דף קע"ט ע"א כרשב"ם שכתבו מי שבא ואמר אבד או נשרף שטר חובו אין כותבים לו אחר שמא פרעו או מחלו כו' משמע הא ידוע בעדים שאבד ולא פרעו כותבים לו שטר אחר וכן משמע מדברי ר"א בן נתן פ' ג"פ ע"ש: ובספר גדולי תרומה ריש שער כ"ב דף קי"ב ע"ב הקשה דאפי' נאבד בעדים איך יצאנו מחשש שמא פרעו דאפי' הראב"ד דלקמן סקי"ט לא פליג רק בתוך זמנו עכ"ל ולא דק דמיירי שנאבד בעדים וידוע לעדים שנאבד באונס כגון שהיו עדים כמו בעיר שכבשוה כרכום וכה"ג. גם מה שהקשה בס' ג"ת שם דניחוש שמא חזר ומצאו וכמ"ש רשב"ם גופיה שם לא דק דכיון דחייב לו בודאי כשיפרע לו יכתוב לו שובר ומה בכך שיחזור וימצאנו וכמ"ש ולא כתב רשב"ם שם אלא כשהוא טוען אבד ממני דאז שמא ימצאנו ויצטרך לפרוע לו בחנם אי נמי כשאבדו מעצמו חיישינן דלמא לא אבדו ממש אבל כשהעדים מעידים שאבדו ממש לא חיישנין להכי גם מה שהבין בס' ג"ת סוף שער נ"ז דמ"ש הרא"ש ולפי הדקדוק יש לפרש מאי אבד אבד באור דהיינו שהרא"ש מפרש דברי רשב"ם כן ועל כן הקשה שם דהא לא אפשר לפרש דברי רשב"ם כן שהרי כ' רשב"ם א"נ דלמא חזר ומצאו וטריף והדר טריף ואי אבד באור היאך אפשר שיחזור וימצאנו לא דק דהרא"ש לא בא אלא לפרש הברייתא ולומר שאפי' הדקדוק של רשב"ם הוא אמת מ"מ לא מוכח אלא דאבד באור בעדים כותבים ובזה נדחה נמי מ"ש הב"ח דיש לפרש דברי רשב"ם שנאבד בדרך שלא ימצאנו לעולם דומיא דנמחק ואע"פ שהרא"ש הבין פירשב"ם כפשוטו מ"מ דרך ישר הוא להשוות דעתו עם דעת הרא"ש עכ"ל וליתא דמדכתב רשב"ם א"נ דלמא חזר ומצאו כו' אלמא מיירי שנאבד כפשוטו וכמ"ש בס' ג"ת וכמו שהבין הרא"ש וכן משמע במהרי"ק שורש (ס') י"ו דבנאבד בודאי כותבים שטר אחר ע"ש. ונראה דגם הרא"ש וב"י לא מיירי אלא לכתוב שטר אחר שלא בידיעת הלוה דבכה"ג איכא למיחש שמא ימצאנו ויתבענו תחלה בגוף השטר והלוה לא יזהר בו ואח"כ יתבענו בשטר האחר

ובזה ניחא מה שהניח בס' גדולי תרומה סוף שער נ"ז בקושיא הא דכ' הרא"ש בסוף כלל ס"ח דבידוע לעדים שאבד כותבים דהתם מיירי שמודיעים ללוה שכותבים שטר אחר [מיהו בלא"ה נמי לק"מ דהתם מיירי שנאבד לגמרי דומיא דנשרף וע"ש] והשתא ניחא דל"ק על הרא"ש וב"י מפרק ב' דכתובות ומ"מ גם על פרשב"ם לק"מ וכמ"ש ורשב"ם מיירי דכשנאבד בעדים כותבים אחר ומודיעים ללוה והשתא לא פליגי הפוסקים לענין דינא אהדרי דהרא"ש וב"י מיירי כשאין מודיעים ללוה אבל רשב"ם ורמב"ם ופוסקים הנ"ל מיירי כשמודיעים ללוה אז כותבים שטר אחר בנאבד בעדים וזהו דרך ישר ודוק וכן עיקר:

סעיף יב

אא"כ עדים מעידים שנשרף. ויש לדקדק דהא איכא למיחש דישרוף השטר בפני כמה כתי עדים ויגבה ויחזור ויגבה וי"ל דכיון דק"ל כותבים שובר כדלקמן סי' נ"ה א"כ ליכא למיחש וכה"ג כתב הב"ח [אך שאין לשונו נכון במ"ש דכל כה"ג שאי אפשר כותבין שובר כו' דהא לעולם כותבי' שובר] ולפי זה צ"ל דכותבים השט"ח מזמן שני דאי מזמן ראשון הא אכתי איכא למיחש שיעשה הלוה קנוניא עם המלוה לטריף בכמה שט"ח ויכבוש הלוה גופיה את השובר והשתא אתי שפיר הא דכתבו הרמ"ה והט"ו לעיל סעיף א' דצריך לקרוע שטר הראשון כו' ואמאי הא כותבים שובר אלא היינו טעמא כיון שכותבים הב"ד את השטר מזמן ראשון ולא מיתקנא מילתא בשובר דשמא יכבוש הלוה השובר ויעשה קנוניא על הלקוחות ומ"ש הב"ח דהתם היינו טעמא משום דכל היכא דאפשר לתקן לא סמכינן על השובר לכתחלה דשמא יפסיד זה שוברו ויבא הלה לידי הפסד עכ"ל ולא נהירא דהא קאמר התם דהשטר פסול אפי' בדיעבד ואם איתא אמאי פסול יכתוב שובר אלא ודאי כמ"ש כנ"ל ברור. אכן בבעה"ת סוף שער נ"ז כתב בשם הראב"ד גבי הך דהגוזל דף נ"ז דהשורף שטרו שיעידו בב"ד והם יכתבו לו מזמן ראשון וצ"ל דמיירי שהעדים מעידים שלא היה בשעה שנשרף עדים אחרים כי אם הם וכמ"ש הרא"ש פ' חזקת הבתים ור' ירוחם והט"ו לקמן סי' קט"ז סוף סעיף א' כה"ג בשם ה"ר יונה ע"ש ולפי זה גם דברי הרא"ש והט"ו כאן יש לפרש כן אבל גבי נמחק שטרו ליכא למימר הכי דמי יודע כמה עדים העמיד שראו השטר קודם שנמחק ודוק (גם במ"ש הב"ח דהרא"ש חולק על התוס' דפ"ב דכתובות אין דבריו נכונים אלא בע"כ התוס' מודים להרא"ש לדינא לפי האמת ע"ש ודוק):

סעיף יג

מעידים שנשרף כו'. כ' ר' ירוחם נ"ב ח"ב עדים שמעידים על שטר שנשרף ואינם עדים מן השטר וראו השטר והכירו חתימת העדים די כי אין זה מפיהם ולא מפי כתבם (כלו' דהוי כאלו מעידים ראינו עדות שנחקרה בב"ד דעדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי כ"כ התוס' פ"ב דכתובות דף ך'. וע"ש בתוס') ואם הם עדים מן השטר צריכים לזכור מענין השטר משום מפיהם ולא מפי כתבם עכ"ל ומביאו דרכי משה וב"י לעיל ס"ס כ"ח ונראה דהיינו לדעת הרמב"ם שהביא ירוחם בנ"ב ח"ה והביאו המחבר לקמן סימן מ"ו סעיף י' דעדי השטר כל שאין זוכרים ענין השטר הרי הם כחרשים אבל להיש חולקים שם היינו דוקא כשאין עדי השטר מכירים כלא' חתימת חברו ואין כאן עוד עד אחר שיצטרף עמהן שיעיד על כתב ידי שניהם אבל אם יש חד מהנך יכולים הם ג"כ להעיד אפי' אין זוכרי' ענין השטר וע"ש בסי' מ"ו בסעיף י':

סעיף יד

מאחר שנאבד. כלו' מאחר שאומר שנאבד אפי' אין ידוע בעדים שנאבד דהא ליכא למיחש למידי וכמה שכתבתי לעיל ס"ק ו' ע"ש:

סעיף טו

אבל אין מטפיסים שום שטר ללא צורך. אבל אם יש בו צורך קצת כותבים שטר אחר כשאין בזה היזק ללוה או למוכר ולא חיישינן לזילי נכסי בהכי כשיש בזה צורך למלוה ולוקח וכה"ג וכמו שהאריך מהרי"ק שורש קי"ו ע"ש:

סעיף טז

וידוע זה בעדי' אבל אין ידוע בעדים אין נותנין לו גוף השטר רק העתק אחר דאם יתנו לו גוף השטר חיישינן שמא יתבע תחלה בגוף השטר והלוה לא ישים לב ליקח שובר שלא ידע שיש עוד העתק ומה"ט מניח גוף השטר ביד ב"ד ולא בהפך שאם יאבד גוף השטר שלא בעדי' לא יתנו לו עוד שוב העתק מן ההעתק מטעם חשש' זו וכ"מ בסמ"ע והשתא מיושב מ"ש בב"ח ויש לדקדק דממ"ש וידוע זה בעדי' כו' שמעינן דאם אינו ידוע בעדי' אין נותנים לו א"כ הטפס' זו למה יקח שטרו עמו אם יאבד יביא העדים שראו שנאבד ממנו ויכתוב לו שטר אחר ע"כ ולפי מ"ש לק"מ דכשיקח שטרו עמו חיישינן שמא יאבדנו שלא בעדים ושוב לא יתנו לו העתק וק"ל ועיין עוד בב"ח מ"ש בשם תשובת ן' לב:

סעיף יז

וכל שטר שמטפיסי' כו'. עיין בסמ"ע:

סעיף יח

אלא אפי' ב' עדים כו'. כ' הסמ"ע וז"ל שם בריב"ש כ' עוד ז"ל ואפי' ב' החתומים על השטר ההטפסה קרובים זה לזה כשר' וה"ט כיון דלא מגבינן ביה עד שיוציא גוף השטר נמצא דזה אינן אלא גילוי מלתא בעלמא וזה שהוספתי בפנים אפילו הן קרובי' כו' ע"ש עכ"ל ולא דק דהמעיין בריב"ש שם בשאלה ובתשובות ובהקדמה הראשונה וכן בסוף התשו' ומביאו ב"י לקמן סי' מ"ו מחו' כ"ו יראה דאינו מכשיר אלא כשחתומי' ג' בהטפסה וב' מהחתומים קרובים זה לזה אבל לא כשאינן חתומי' רק ב' והם קרובים זה לזה דאז אין לו רק דין הטפסה בעד אחד ע"ש בריב"ש דמדמי לה להדיא לשטר גמור שכ' הרמב"ם פ"ו מה"ע והמחבר לקמן סי' מ"ה סי"ב ולא כמ"ש בסמ"ע דהטפסה שאני כיון דגלוי מלתא בעלמא הוא דזה ליתא בריב"ש כלל ע"ש ונראה שלשון הדרכי משה שכ' ואפי' בב' החתומי' כו' אטעייה להסמ"ע וט"ס הוא בד"מ וחסר מ' וצ"ל ואפי' ב' מהחתומים כו' וכן הוא בב"י ע"ש:

סעיף יט

מי שהיה לו חוב כו'. אלו הם דברי הרמב"ם בספי"ד ופ' כ"ג מה' מלוה. והראב"ד בפ' כ"ג השיג עליו וכ' שזהו תימא מאחר שהוא תוך זמן למה לא יגבה ויכתוב שובר גם בפי"ד כ' הראב"ד אין דין זה מחוור ומלובן ובשבועה מיהו יטול (ובמקצת ספרי' איתא בהשגת הראב"ד זו דאם איתא דאפי' בנאבד כו' והוא טעות המעתיק והוא מדברי הר' המגיד ולשון ההשגה אינו רק כמו שהעתקתי וכן הוא בהר"ה משבדפוס שעם הכ"מ לשון ההשגה וכן הביא בבעל התרומות שער כ"ב לשון ההשגה והוא פשוט רק מפני שמהר"מ פדאוו' במיימונית שנדפסו שנת ש"י כ' גמגום קא חזינא הכא דהא דברי הראב"ד הם דברי רבי' והביאו הכ"מ שם. כתבתי זה וטעות הוא בידיהם) והרב המגיד האריך שם לתמוה על הראב"ד שהרי כולה סוגיא דפ"ק דמציעא ושמשניות מוכיחות דאפילו תוך זמן אין מחזירי' שטר שנפל לא למלוה ולא ללוה וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והמפרשים ז"ל כ"ש כאן שהלוה טוען פרעתי וכ"ש שאבד השטר לגמרי שאין המלוה נאמן והדבר אצלי בפשיטות עד שאני תמה למה תלה הרמב"ם דין זה בהוראות רבותיו ואין להתעקש ולו' דדין נפיל' אינו בתוך זמן שראיות מוכיחות יש בש"ס דאפילו בתוך זמן היה וכמה שכתבו המפרשים הנ"ל עכ"ד ומתוך כך הוצרך הכ"מ פי"ד לומר שדברי הרמב"ם בהוראות רבותיו הם כשאינו ידוע שנפל אלא ביוצא מתחת ידי אחר ואין אותו אחר זוכר איך בא לידו דאילו בידוע שנפל לא היה תולה בהוראו' רבותיו ולא היה משיגו הראב"ד עכ"ל וכ"כ הב"ח ס"ס זה וזה ודאי ליתא דמה לי נפל ומה לי יוצא

מתחת ידי אחר הא בכולה סוגיא דפ"ק דמציעא משמע דאין חילוק בזה ועוד שהרי הרמב"ם כתב שם כן הוראת רבותיו גבי אבד השטר ואינו לפנינו כלל דגרע אפילו מנפל וגם אזה השיג הראב"ד שם להדיא וכתב אין דין זה מחוור ומלובן וגם מה שכתב בספר ג"ת שער כ"ב דהוראת רבותיו היה בתוך הזמן דלא משמע בש"ס מידי די"ל דדוקא בנפל לאחר זמנו אין מחזירין השטר אין זה אלא פתלתול ועקוש דודאי דברי ה"ה נכוני' בזה דכולה סוגיא דפ"ק דמציעא מוכח דאפילו תוך זמנו אין מחזירי' למלו' בנפל דמדאמרינן התם בכולה סוגיא דעלה דמתניתין דמצא שטרי חוב כו' סתמא דלא יחזיר ולא מפלגינן בין תוך זמנו או אחר זמנו וגם מדאמרינן התם דף ט"ז ע"ב אמר רב עמרם אף אנן נמי תנינא וכל מעשה בית דין הרי זה יחזיר כו' ותו איתיביה ר' ירמיה לרבי תבהו מכל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר כו' ולא משני דהתם מיירי שלא הגיע הזמן ותו מוכח כן בריש פ"ק דמציעא בסוגיא דשני' אדוקין בשטר דף ז' ע"ב דפריך התם אמאי דקתני גבי שטר שנפל ר' יוסי אומר הרי הוא בחזקתו ולא חייש ר' יוסי לפרעון והתניא מצא שטר כתובה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאש' אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזהר' יוסי או' עודה תחת בעלה יחזיר לאשה כו' משמע דלרבנן דחיישי לפרעון ניחא דחיישינן אפי' בכתוב' שלא הגיע זמנה מחיים וכל שכן בשטר חוב שלא הגיע ז"פ (ואע"ג דקתני התם בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה היינו בגוונא דליכא למיחש לקנוניא כגון שאין בה אחריות נכסים כמ"ש הריטב"א והנ"י שם להדיא אבל משמע מיהת דחיישינן לפרעון אפילו תוך זמנו כשנפל) וע"כ לא פליגי אלא בכתוב' שלא ניתנה כלל לגבות מחיים אבל בשטר תוך זמנו לא פליגי וכן כתב הריטב"א שם וז"ל ושטר כתובה כו' ר"י היא פי' ואע"ג דבשטר בעלמא חייש ר"י לפרעון ואפילו בגו זמניה דסתמא קאמר נפל ליד דיין לא יוציא עולמות ולא פליג בין תוך זמנו בין לאחר זמנו כי היכא דפליג בכתוב' וה"ט משום דשטר דעלמא לפרעון קיימת ואע"ג דלא עביד אינש דפרע גו זמני' אפשר דפרע וכיון דנפל חיישינן משא"כ בכתובה כו' עכ"ל וכ"כ הנ"י ריש פ"ק דמציעא שם וז"ל וטעמא דמלתא דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ומ"ה לא אתרע משום נפילה אבל בשט"ח אמרינן לקמן דאפי' תוך זמנו דלא עביד אינש דפרע איתרע משום נפילה ולא יחזיר למלוה דחיישינן לפרעון משום דנתן לגבות בודאי זמנין דמקדים לוה ופרע בגו זמניה הלכך חיישי' עכ"ל וזה ברור אבל לפעד"נ שה"ה וכל האחרוני' לא ירדו לסוף דע' הראב"ד והרמב"ם דודאי גם הראב"ד מודה דשטר שנפל חיתרע אפי' גו' זמני' דחיישי' לפרעון ואפי' הלוה מודה חיישינן לקנוניא וכמו שמוכיחים כל הסוגיות דלעיל וכמ"ש כל הפוסקים הנ"ל והיינו דבסוף

ה' גזלה ואבדה כ' הרמב"ם מצא כתובה אפי' שניהם מודים לא יחזיר לאשה שמא נפרעה כתובה זו ורוצה לעשות קנוניא ולא השיגו הראב"ד כלל וכ"ש בשטר תוך זמנו רק הראב"ד משיג על מ"ש הרמב"ם בפי"ד והרי העדים קיימי' כו' וכ"כ עוד הרמב"ם בפ' כ"ג אע"פ שעידיו קיימי' כו' ואפי' היה החוב לזמן ואינו גובה בעדי' אלו כלום אלא אם הלוה אומר להד"מ הוחזק כפרן עכ"ל ועל זה משיג הראב"ד דכיון שהעדי' קיימים לפניו ואומרי' שהוא תוך זמן דל שטרא מהכא לא יהא אלא המלוה חברו בעדים שאינו נאמן לו' פרעתי תוך הזמן וכדאית' בש"ס וכל הפוסקים לקמן סי' ע"ח וכל הסוגיות שבפ"ק דמציעא לא מיירי אלא לענין דאיתרע שטרא דהיינו לטרוף מלקוחות בשטר או אפי' לגבי דידיה כשאינן כאן העדים לפנינו שמעידי' על ההלואה ועל הזמן וזה לא בא לזכות אלא מכח השטר אבל כאן שהעדים קיימים ואומרים שהלוה לו לזמן פלוני למה לא יגבה מאחר שהוא תוך זמן. ובזה אתי נמי שפיר דלא קשה מה שתמה הרב המגיד על שכ' הרמב"ם דין זה בשם הוראת רבותיו ולא כמו שדחקו עצמן הכ"מ והב"ח וספר ג"ת אלא כמ"ש דבא בשם רבותיו לומר דאפי' העדי' קיימים ואומרים לפנינו שהלוה לו לזמן אינו גובה בעדותם כלום וחידוש גדול הוא. ונראה שגם הטור אפשר דס"ל כהראב"ד (ודלא כנראה מב"י וב"ח) שהרי כשהביא דברי הרמב"ם לא הביא דבריו שכ' והרי העדים קיימים כו' ולכאורה נראה השגת הראב"ד נכונה בזה. ומ"ש מגדול עוז שם שדברי הרמב"ם הם ש"ס פ"ק דמציעא ופרק ג"פ כבר ידוע שהוא כותב בלי עיון והשגחה כלל ומקלקל דבריו שלא במשפט. גם מ"ש בבעה"ת שער כ"ב שיש שתמהין על הראב"ד על מ"ש ובשבועה מיהא יטול שבועה זו למה אם נדון אותו שקובע זמן לחבירו יטול בל"ש ואם אין הזמן מועיל לו אפילו בשבועה לא יטול ע"כ לפע"ד אין זה תימא משום דבקובע זמן גופיה יש פוסקים לקמן סי' ע"ח דהיינו בשבועה להכי קאמר הראב"ד ובשבועה מיהא יטול כלומר דאפי' תימא בקובע זמן צריך שבועה מ"מ הכא בשבועה מיהא יטול אבל מה שתי' בס' ג"ת שם בזה בסוף שער כ"ב אינו נכון ע"ש ודוק. ומ"מ לענין דינא נראה דעת בעה"ת שם כהרמב"ם וגם הסמ"ג בה' מלוה דף קע"ז ע"א כתב דבריו בסתם וכן ר"י סוף נ"ג וצ"ל לסברתם דאע"ג דבלא שטר אינו נאמן לומר פרעתי תוך זמנו הכא גרע כיון שהעדים עשו שטר נמצא שעיקר ההלואה היתה על השטר וכיון שנפל איתרע לה ההלואה גופה והלכך אפי' העדים קיימים נאמן לומר פרעתי. וכ"כ הרשב"א בתשוב' סי' אלף ע"ג הובאה בב"י לעיל סי' ל"ט מחו' י"ג שאפי' העדים מעידים שהוא תוך זמנו נאמן לומר פרעתי משום דריע טענתו של מלוה כשלא הוציא שטר ופסקו המחבר לעיל סי' ל"ט ס"ה וזה דעת המחבר (אן. אבל

אין דין זה מוכרח בש"ע ושאר פוסקים וצ"ע לדינא די"ל דמצי למימר המוחזק קים לי כהראב"ד ודו"ק:

סעיף כ

ואפילו היה השטר כו'. ע"ל סי' ס"ה ס"ב:

סעיף כא

אבל אם הפקידו כו'. ע"ל סי' נ"ו סק"ה:

סעיף כב

אין הלוה נאמן לומר פרעתי כו'. כתב הסמ"ע ואע"ג דאין זה שליש ממש דהא המלוה לחוד הפקידו כו' ואין לשונו מדוקדק דהא אפי' אם המלוה לחוד מסר לידו הוי שליש כמ"ש הבעה"ת והרב לקמן סי' נ"ו סס"ב וע"ש:

סימן מב

סעיף א

פסול אפי' לגבות בו לאלתר. כ"כ הטור וז"ל ואם כתבו עליו פסול אפי' לגבות בו לאלתר כו' ור"ח מכשיר אם בא לגבות בו מיד ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל עכ"ל ודבריו צל"ע כי מהרא"ש לא משמע כן דז"ל הרא"ש ור' יוחנן אמר אפי' בשטרות כו' ובהא לית הלכתא כר"י משום דפריך סתמא דש"ס לעיל גבי שטרות והא בעינן כת' שאינו יכול להזדייף וכן פסק רב אלפס ור"ח ז"ל פסק הלכה כר"י אף בשטרות ולא מסתבר ועוד יש לפרש דדוקא בגיטין הוא דמכשיר ר"י מכאן ועד עשרה ימים אבל בשטרות שיש הרב' תנאים וחילוקי עניינים רבים לא דכירי ודוקא לאלתר מכשיר ואתיא שפיר כר"י הא דפריך והא בעינן כתב שא"י להזדייף עכ"ל הרי דר"ח לא הזכיר מלאלתר וא"כ למ"ש הרא"ש במסקנתו ועוד יש לפרש כו' יכול להיות שמסכים לדברי ר"ח דהלכה כר"י בבא לגבות לאלתר (גם דברי הב"ח בכאן תמוהים שכ' דס"ל להטור פי' בתרא עיקר ולהרא"ש דפסק כר"א משום דסוגיא דש"ס אזלי כותיה בו' דהא לפי' בתרא לא אזלי סוגיא כר"א ושפיר אתיא סוגיא אף כר"י וכמ"ש הרא"ש) וכן משמע בר"י נ"ד ח"ב שכתב וז"ל ור' אלפס פסק כי הוא פסול אפי' לאלתר וכ"נ מהרמב"ם ז"ל ור"ח ז"ל פסק שכשר ויש מי שפסק דוקא לאלתר דיכולים לזכור התנאים אבל אחר י' ימים פסול עכ"ל. ואפשר ס"ל להטור והב"ח דנהי דלפי' בתרא אתי שפיר הא דפריך בפ"ק והא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף מ"מ הא דקאמר התם בפ"ב דף כ"ב סוף ע"א דפתרא כדי לכתוב עליו הגט לא אתי שפיר לר' יוחנן אף לפי' בתרא דבשלמא בפ"ק י"ל דפריך אסתם שטר שבא

לפנינו לאחר כמה ימים אבל בפ"ב הל"ל דפתרא כדי לכתוב עליו שטר דהא לא נקט דפתרא אלא משום שיעורא דשבת והיינו שכ' הרא"ש בתר פי' בתרא ואתיא שפיר כרבי יוחנן הא דפריך והא בעינן כ' שא"י להזדייף ולא קאמר דאתי נמי שפיר הך דדפתרא שהזכיר הרא"ש לעיל דלא אתי כר' יוחנן כן נראה לומר לדעת הטור והב"ח אבל אין זה מוכרח וגם לא מסתבר לומר לדעת הטור והב"ח דכוונת הרא"ש לומר דאתיא שפיר כר' יוחנן הך דפ"ק ולא הך דדפתרא דא"כ כיון דמ"מ לא אתיא סוגיא דש"ס שפיר כר' יוחנן מאי נ"מ דהך דפ"ק אתיא כר' יוחנן אלא נראה דלמסקנת הרא"ש הך דדפתרא נמי אתי שפיר כר"י דמסתמא אין כותבים שטר לגבות מיד דסתם שטר לראיה הוא וצ"ע ולענין דינא אפש' שדעת המחבר כיון שמהרי"ף והרמב"ם נראה שבכל ענין פסול וכמו שדרכו לפסוק תמיד כהרי"ף והרמב"ם א"כ צ"ע לדידן ולענין דינא כיון שמהרא"ש ור"ח ור' ירוחם נראה דאם בא לגבות מיד כשר וכ"כ הרשב"א בחדושיו פ"ב דגיטין וז"ל ועוד יש לי לפרש דאף ר"י לא הכשיר בשאר שטרות דתנאיהן מרובים אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים לא דכיון דרגיל למכתב בהו תנאים הרבה דלמא זייף חד מנייהו ולא דכירי ליה סהדי משא"כ בגט דלא רגילי למכתב בהו תנאים מרובים והשתא איכא למימר דהא דאמרי' בפ"ק והא בעינא כתב שאינו יכול להזדייף אתיא אף כר"י עכ"ל (ועיין בבה"ע דף י"ד ע"ב) ונראה דהוי ספיקא דדינא:ואלמלא הייתי כדאי להכריע הייתי אומר שכדברי רבינו חננאל עיקר דהא קי"ל ר' אלעזר ור' יוחנן הלכה כר"י דהוא רביה דר' אלעזר וכמ"ש הרא"ש גופיה וכן הרשב"א כ"כ גם באידך קי"ל כר"י וכ"כ הבה"ע דף י"ב ע"ב דמסתבר כרבינו חננאל דפסק בתרווייהו כר"י דרביה דר' אלעזר הוא ומה שהקשו הרא"ש והרשב"א מהא דפריך בפ"ק והא בעינן כתב שא"י להזדייף ומתוך כך דחקו לומר דר"י לא מכשיר אלא לאלתר ולא לאחר זמן. ולפעד"נ דא"צ לזה אלא לעולם ר"י מכשיר בכל גווני וכדמשמע פשטיה דמלתא דר' יוחנן וכן מדפריך הש"ס מדכתיב למען יעמדו ימים רבים כו' וכ"נ להדיא מדברי הרמב"ן בחדושיו פרק חזקת הבתים גבי כתב לו על הנייר ועל החרס בדף נ"א וז"ל ולר' יוחנן דמכשיר התם אפי' בשטרות אתי שפיר דכיון דעדי מסירה כרתי לא איכפת לן אם יכול להזדייף או לא דלא סמכינן אהאי שטרא וכי אתא לבי דינא צריך לאתויינהו לעדי מסירה ואינהו מסהדי ועלייהו סמכי' ואפי' מכאן ועד י' ימים כשר דאם איתא דהוה ביה תנאה מדכר דכיר ביה כמפורש בדוכתי' בפ' המביא תניין עכ"ל מיהו היינו דוקא כשעדי המסירה הם לפנינו כדמשמע מדברי הרמב"ן וכדמוכח נמי בש"ס מדקאמר ר' יוחנן אפי' לאחר כמה ימים דאם איתא דהוה ביה תנאה מדכר דכירי וכן משמע להדיא מפרש"י והתוס' והר"ן שם דהיכי דליכא

עדי מסירה לפנינו לכ"ע חיישינן שמא זייפתה והכי מוכח נמי להדיא בש"ס דף כ' ע"ב גבי יד עבד אמר רבא ותיפוק ליה דכתב שיכול להזדייף הוא כו' פי' כיון דאין עדי מסירה לפנינו וכדאיתא בש"ס שם וכ"כ הטור והמחבר בא"ע סימן קכ"ד ס"ד והוא שיהיו עידי מסירה לפנינו שחרס דבר המזדייף הוא וא"כ בפ"ק מיירי מסתמא בכל שטר אפי' אין העדים לפנינו ואע"פ דידוע דמסרה ניהלי' באפי סהדא מ"מ השתא ליתנהו קמן ודלמא זייף השטר ועוד דאפילו תימא דלא שייכא הך פירכא אלא לר"א לק"מ דהא כתב הרא"ש גופיה בפ"ק דה"ה דכל הני פריכי שייכי אמתני' דכל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם כשרים והא בעינן כתב שא"י להזדייף כו' אלא משום דאינך פירכי לא שייכי אמתני' קבע לה רב אשי הכא א"כ שפיר פריך אר"א דאמר לא הכשיר ר"א אלא בגיטין ולא בשאר שטרות ממתני' וכ"כ התו' שם דלר"א פריך כו' ולאו דהלכת' כוותיה אלא דפריך לר"א תיקשי מתני' וכה"ג אשכחן טובי בש"ס גם מדפתרא לק"מ דהא דקאמר כדי לכתוב עליו הגט מילתא פסיקא נקט לכ"ע והלכך נ"ע לדינא גם בלאחר זמן דר"ח גאון היה וכבר ידוע שקשה לחלוק על הגאון אם לא בראיה ברורה וכ"ש על ר"ח שכל דבריו דברי קבלה מחכמי הש"ס וכמ"ש הפוסקים עליו בכמה מקומות ובפרט שכבר בררתי שדבריו נראין עיקר:

סעיף ב

אבל שטר אקנייתא שקונה בו שדה או בית כגון שכ' לו שדה זו מכורה או נתונה לך ונקנה בזה ואינה לראיה כ"כ הר"ן פ"ב דגיטין ומכאן קשה על הב"ח לקמן סי' קצ"א שהשיג על הסמ"ע שמחלק בכך וכתב וז"ל כתבו התוס' בפרק חזקת הבתים דהך דכתב לו על החרס אתיא כר' אליעזר דאמר עידי מסירה כרתי ועוד י"ל דמיירי שכתב ידו כו' דדוקא חתימת העדים פסול כו' ומדברי מהרו"ך נראה דאפילו אינו כתב ידו דמוכר וגם ליכא עידי מסירה אלא עידי חתימה כשר בשטר קנין כיון דאינו עומד לימים רבים אלא לפי שעה ולא ידעתי מנין לו זה החילוק ומדברי התוס' בשם ר"ת מבואר היפך פירושו כדאמרן עכ"ל והרי דברי הסמ"ע שם הן דברי הר"ן והר"ב אלו וכן משמע בתוס' פ"ק דקדושין דף ט' ע"א ד"ה כתב על הנייר וכו' ובתוס' פ"ב דגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה אבל בשטרות לא ובתוס' פ"ב דכתובות דף כ"א ע"א וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות בשם הרמב"ן וכן הוא בחדושי רשב"א פ"ב דגטין בשם יש מתרצים וגם בתוס' דפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף נ"א ע"א) מוכח שם כן. ומ"ש התוס' שם דאתיא כר' אליעזר דאמר עידי מסירה כרתי היינו לענין דלא בעינא שיהא מוכח מתוכו ונהי דבגיטין וקדושין קי"ל דבעינן עידי מסירה היינו משום דאין דבר שבערוה פחות משנים מה שא"כ במכר

ומתנה דהודאת הנותן או המוכר כק' עדים דמי וכמ"ש התוס' פ"ק דגיטין דף ד' ע"א סוף ד"ה דקי"ל כו' וד' י' ע"ב ד"ה חספא כו' ורבינו ברוך בספר התרומה סי' קל"א וא"כ אי מודה שמסרו לו נקנה לו השדה בשטר זה בלא עידי מסירה וזה ברור: ועוד נראה דאפי' אינו מודה שמסרו לו נאמן הלוקח והמקבל שמסרו לו דנהי דיכול המוכר או הנותן לטעון תנאי היה בו וזייפתו מ"מ אם טוען להד"ם לא מסרתי לך שטר זה מעולם אינו נאמן כיון שהשטר ביד הלוקח או המקבל כשידוע שהמוכר כתבו כגון שהוא חתום בכתיבת ידו או שעדים חתומים עליו וכה"ג והכי מוכח ממ"ש התו' בפ' חזקת הבתים וכן ההיא דקדושין דלא נכתבו אלא לקנות השדה והאשה דומיא דגיטין שאינן עשויים עיקרן לראיה כו' משמע דשטר קנין על החרס מהני לראי' אלא כיון דלכתחל' לא נעשה לראיה כשר כשנכתב על החרס וכן משמע עוד יותר בתוס' פ"ק דקדושין דף ט' ע"א כשכתבו וז"ל אבל זה שאינו עשוי אלא לקדש בו אשה ולקנות בו שדה כעין גיטין הוי שעשוי לגרש בו את האשה לפי שעה ואף על פי שהשטר של קנין יכול להועיל לראיה כמו כן הגט יכול להועיל כדאמר בפרק הכותב אלא אע"פ שהיא צריכה לראיה עיקרן לא לכך נעשה עכ"ל וכ"כ עוד התו' פ"ב דכתובות דף כ"א ע"א. ובזה נ"ל ברור דלא קשיא מ"ש מהר"ש אידלש ובתוספות פ"ב דכתובות שם וז"ל נראה מלשונם דהך דשמעתין דליכא למיחש בחספא לא אתיא כר' אליעזר וק"ק דהא הך חששא דמילתא אינו אלא משום הוציא עליו כתב ידו כדמסיק דאינו אלא שטר ראיה בעלמא ור"א נמי מודה ביה כו' עכ"ל גם בחדושי ר' אליעזר ן' חיים בכתובות האריך מאוד בזה בדחוקי' וסוף דבריו דכוונת התוס' רק דהך דקדושין אתיא דוקא כר' אליעזר אבל הך דכתובות אתיא ככ"ע. ואין דבריו נראין לי דפשט דבריהם לא משמע הכי גם בקדושין דף ט' ע"א כתבו התוס' וההיא דהכא אתיא כר"א דאמר עידי מסירה כרתי וההיא דכתובות אתיא כר"מ כו' משמע דההיא דכתובות לא אתיא כר"א אלא נלפע"ד דמעיקרא לק"מ דהך דשמעתא דכתובות חיישינן דלמא כתב עלה שטר מתנה או מכר שדי מכורה או נתונה לך דאם יטעון זה האמת לא מכרתי לך מעולם יוציא זה כתב ידו לראיה ויועיל כיון שאין עיקרו נעשה לראיה אלא לקנין וכמ"ש (והיינו דוקא לר' אליעזר אבל לר"מ דבעינן מוכח מתוכו והשטר פסול לגמרי ולא יועיל כלום כיון שאינו מוכח מתוכו שהרי נכתב על החרס. גם מה שהקשה מהר"א ן' חיים דהיכי אתיא סוגיא דכתובות כר' מאיר דא"כ ס"ל לאביי דלא כר"א ואנן קי"ל כר' אליעזר לק"מ דדילמא אנן לא קיי"ל כאביי ועוד דהא הרבה אמוראי וכן הרבה פוסקים פסקו כר' אליעזר בגיטין ולא בשטרות וכ"כ התוס' רפ"ק

דגיטין בשם רבינו חננאל וכמ"ש לקמן ס"ס נ"א) א"כ מוכח מדברי התוס' דא"צ עידי מסירה בשטר מכר ומתנה ודלא כהב"ח כנ"ל ברור ודוק:

סעיף ג

כל שטר כו' מקושר כו' ויש חולקין כו'. נלפע"ד שהרב לא כוון יפה בכאן שנראה שהבין שטעם הנ"י שפוסל אם עשאו כמקושר משום דס"ל כהרא"ש וטור דלקמן ר"ס מ"ד דכל שטר שאינו עשוי כתיקון חכמים פסול אע"פ שאין טעם לפסלו וא"כ לדידן דלא קי"ל כהרא"ש בזה ה"ה הכא וכן משמע מדבריו בדרכי משה שכתב וז"ל כתב נ"י ר"פ ג"פ דכל שטר שאינו עשוי כתיקון חכמים פסול אע"ג דאין טעם לפסלו ולכך אם עשה בזמן הזה השטרות מקושרים פסול ע"כ עכ"ל ד"מ ומשמע ליה להרב הכי מדכתב הנ"י ר"פ ג"פ וז"ל ונראה דהשתא דלא נהגו במקושר ולא ידעינן ליה היה נראה שלא לפסול אותו (ע' בנ"י שם שכתב כן גבי פשוט שכתב עדיו מאחוריו כמו במקושר דפסול משום קפידא ע"ש) דלא שייך קפידא במאי דלא סליק אדעתיה כלל כיון דכל דין פשוט יש לו מ"מ נראה לפסלו מדפי' הרא"ש ז"ל דטעמא דפסולים משום שלא נעשו כתיקון חכמי' וא"כ זה שחתמו בו מבחוץ כבמקושר אינו כתיקון חכמי' עכ"ל ומשמע לי' להר"ב מדכתב מדפי' הרא"ש ז"ל כו' א"כ לדידן דקי"ל כהרמב"ן כשר אבל לפע"ד זה אינו חדא דהא גבי האי דינא דלקמן ר"ס מ"ד דצריך לחזור מענינו של שטר בשטה אחרונ' לא הביא הנ"י דברי הרא"ש כלל וא"כ היאך אפשר שכוון דברי הרא"ש אלו ועוד שכבר כתבתי לקמן ר"ס מ"ד שאפשר שגם הרא"ש סובר דאין כל השטר פסול וכהרמב"ן ועוד דאדרבה בהך דינא דלקמן ר"ס מ"ד כתב שם בר"פ גט פשוט מיד בתר הכי וז"ל וכן מה שאמרו בש"ס צריך לחזור מעניינו של שטר אם לא עשה כן אינו נפסל השטר בכך אלא שאין למדין מאותו שטה כי לא תקנו חכמים כן בחיוב אלא עצה טובה עכ"ל הרי שכתב בסתם כהרמב"ן ולא כת' שהרא"ש חולק ועוד שכתב מדפי' הרא"ש טעמא דפסולי' כו' משמע דאמתני' קאי דפי' טעמא דפשוט שכתבו מקושר או מקושר שכתבו פשוט דטעמ' דפסולי' משום שלא נעשו כתקון חכמים והמעיין בהרא"ש ירא' שהרא"ש לא פירש שום דבר בזה במתני' טעמא דפסולי' אלא נראה ברור דהאי מדפירש הרא"ש ט"ס הוא וצ"ל הר"ש ור"ל ורשב"ם שכן פירש רשב"ם במתני' טעמא דפסולי' משום שלא נעשו כתקון חכמים ודין זה לא תלוי כלל בהך דינא דלקמן ר"ס מ"ד אלא אפי' למאי דקיי"ל התם כהרמב"ן דכשר הכא פסול משום שכל שטר שתקנו חכמים לעשותו כך וכך כגון בפשוט שעדיו יהיו מתוכו או שאר עניינים כיוצא בזה וכמו שיתבאר אם שינה תקנת חכמים השטר פסול אף בלא חשש זיוף דחכמים תקנו שאם לא עשה כן לא יהא

לו דין שטר והך דלקמן ריש סי' מ"ד שאני דהתם לא תקנו חכמי' שיחזור מעניינו של שטר ושאם לא יעשה כן לא יהא לו דין שטר רק עצה טובה כדי ללמוד אף משטה אחרונה שאם לא יעשה כן יאבד השטה אחרונה. ולזה כוון הנ"י בלשונו שכתב גבי חזרת השטר בשטה אחרונה לא תקנו חכמים כן בחיוב אלא עצה טובה כו' וגם הרמב"ן עצמו כתב בחדושיו ר"פ גט פשוט וז"ל פשוט שכתבו עדיו מאחוריו נ"ל שאצ"ל בשלא חתמו העדים אלא מאחוריו דהתם ודאי פסול משום דלאו אשטרא קחתום דכיון שהיה להם שיחתמו מבפנים והם לא חתמו אלא בחוץ לא העידו על מה שכתוב בשטר ואף על פי שבמקושר מהני התם כיון דהכי תקינו רבנן על כרחך על מה שבתוכו הם מעידים אבל הכא לא עד כאן לשונו אלמא אף על גב דליכא טעם לפסלו משום חשש זיוף פסול כיון שלא חתמו כתקון חכמי' והוי כלא חתמו כלל ואם כן העולה מזה דגט או שטר פשוט שכתבו עדי' מאחוריו כבמקושר אף על פי שאין חשש ואין טעם לפסלו פסול כיון שלא נעשה כתיקון חכמי' וכן בחתמו מן הצד וכיוצא בזה וכדאיתא בבבא בתרא ריש פרק גט פשוט דף ע"א תוס' ד"ה פשוט שכתבו עדיו מאחוריו כו' ע"ש וליכא מאן דפליג בהא ולא דמי כלל לדלקמן ר"ס מ"ד ודלא כהר"ב כן נראה לי ברור:

סעיף ד

אבל היכא דאתי לאפוקי מלוה כו' לא טענינן ליה. והטור כ' ע"ז ונראה לי שאפי' אם לא יטעון הנתבע חייב הדיין לטעון כדי להוציא הדין לאמתו עכ"ל ונראה דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי הרמ"ה מיירי כשלא טען נתבע בההיא ריעותא כלל והטור מיירי שטוען שאינו חייב כלום בשטר זה וכה"ג אע"ג דלא טעין בההיא ריעותא שנעשה זיוף פ' ופ' אנן טענינן ליה שנעשה אותו זיוף ולכך כ' הטור בל' ונ"ל ולא כ' בל' ולי נראה וכן נראה עיקר לדינא כמ"ש ודוק (עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' נ"ג) .

סעיף ה

משלש ועד עשר. דכשענין השטר הוא לשון נקבה צריך לכתוב לכתחילה שלש עשר שהוא ג"כ ל' נקבה:

סעיף ו

(**הג"ה**) **ואם כ' שלשה כו'**. וא"כ צ"ל דמ"ש שלא יכתבו משלש ועד עשר הוא לאו דוקא דהא בשמנה ליכא חשש זיוף אי נמי לא דקדקו בלשונם ושטפא דלשון הש"ס נקטו ובש"ס מיירי בלשון תרגום שיכול לעשות מתמני תמנין דלא כס' ת"ח פ' ג"פ שהניח דברי התוס' בזה בתימה מכח שמנה. מיהו ברמב"ן [בראב"ן] דף ק"י ע"ב איתא להדיא

אפי לשון זכר שלשה ושמנה לא יכתוב דיזייף וימחוק הה' וכתב בספר ת"ח שם שדבריו נכונים וע"ש:

סעיף ז

ואם נזדמן לו בסוף שטה כו'. וכ' הב"ח דאף אם כ' למעלה באמצע השטה שלשה אם חזר וכ' שלש בסוף שטה השטר פסול דאכתי יזייף והכל הולך אחר התחתון ואינו מוכרח ודו"ק:

סעיף ח

כגון ב' או ד'. ע' בע"ש שכ' ז"ל אבל אי כתב גימטריאות או ר"ת כגון י"ב י"ג כשר שא"א לזייף וליכא למיחש שמא היה כתוב ב' או ג' והוסיף היו"ד מטעמא דאמרי' חזקה על העדים שעושין כהוגן ואם היה כתוב ב' או ג' לא היו חותמין ע"כ ולא דק דלמה לא יכתוב ג' דהא ליכא לזייף ולעשות ממנה אות אחר וכך ה"ל לכתוב דליכא למיחש כו' דהעדים לא היו חותמים כשהיה שם ריוח כ"כ עכ"ל סמ"ע ואין השגה מב' טעמים חדא דגם כוונת הע"ש הוא כן דאם הי' כתוב בו ב' או ג' בריוח לא היו חותמי' ועוד דהא יש לעשות מן ג' נ' בכתב כתיבה (עיין בתשו' מהר"מ איסר ל' סי' מ"ד ובתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קנ"ה):

סעיף ט

ואפשר לקיימם מקיימי' כו'. כ' הסמ"ע וז"ל בד"מ נתבאר דאפי' אם הקיום הוא בדוחק מ"מ מקיימינן משו' דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תוך כדי דבור עכ"ל וליתא כן בד"מ רק שכ' בד"מ בשם תשו' מיימוני דהיכא דאפשר לקיים אפי' היכא דשתי הלשונות מרוחקי' זו מזו מקיימי' אותם וכ"ש היכא דסמיכי אהדדי דלאו אורחא הוא לסתור דבריו תוך כ"ד עכ"ל ורוצה לומר שהם מרוחקי' ויש דברים אחרי' מפסיקי' ביניהם אבל כשאי אפשר לישבם אם לא מדוחק זה לא שמענו:

סעיף י

ואין כתוב בשטר והכל שריר וקיים. כ' הב"ח ובזה מתיישב מה שפירש"י רפ"ק דמציעא (סוף דף ז') שהקשו התו' על פירושו מהא דאין למדין משטה אחרונה ולא שמו על לב דרש"י מיירי בדכתב שריר וקיים עכ"ל ולא דק דהא טעמא דצריך שיחזור מענינו של שטר הוא משום שאין למדין משטה אחרונה וכדאיתא להדיא בש"ס פ' ג"פ ריש דף קס"ב ומוסכם מכל הפוסקי' לקמן סי' מ"ד א"כ אי תימא דרש"י מיירי בדכתב שריר וקיים ולמדין משטה אחרונה א"כ אין צריך להחזיר וא"כ למה כ' רש"י שצריך להחזיר מענינו של שטר והא עיקר כו' וזה מבואר בלשון התוס' שכתבו ותימה הא אין למדין

משטה אחרונה ולכך עושים חזרת השטר כו' וזה ברור. (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ר"מ וסי' תכ"ג ותשו' מהר"י טראני סי' ק"ך קנ"א קנ"ב):

סעיף יא

דיד בעל השטר כו' כ' בפסקי מהרא"י סי' ר"ו על שטר שהיה כאוב בו וכל הא לעיל קבל עליו בקנין גמור ולא היה כתוב בו במנא דכשר למקניא ביה דיש לחוש שקנה בקנין אחר ולא בקנין חליפין ויד בעל השטר על התחתונה. ומביאו בד"מ ובסמ"ע וקשה דהא בע"כ מיירי שאותו קנין אינו מועיל דאל"כ מאי נ"מ וא"כ הא השטר בטל לגמרי וכל היכא דבטל לגמרי לא אמרי' יד בעל השטר על התחתונה וכדלקמן סעיף ט' ואין לומר שהי' כתוב בשטר גם ענינים אחרי' שלא היו צריכי' קנין דמה בכך ס"ס אותו ענין שצריך קנין בטל לגמרי דאטו אלו כתוב בשטר שנתחייב לו לשלם ק' לזמן פלוני הידוע וק' לפסח מי לא אמרי' בכה"ג נמי שצריך לפרעו לפסח הבא ראשון כיון שאותו ענין יתבטל לגמוי אע"ג שכתוב בשטר עוד ענינים אחרי' וה"ה הכא וצ"ל דמיירי בענין שהסופר טעה והיה סובר שאותו קנין האחר היה מועיל והוא בענין דמספקינן בהאי דינא אי מועיל וכענין שכ' מהרי"ק שורש צ"ו ויתבאר לקמן סעיף ט' בהג"ה:

סעיף יב

אם נמחק כו' בספר ת"ח פ' ג"פ הקש' אגירס' זו דנמחק דהא מדנקט חנן משמע דחנן שם הוא וא"כ פשיטא דלא יהבינן לחנן דהא חנני כותבין בנ' כפופ' וחנן בנ' פשוט' ולק"מ דהא נהי דלא יהבינן לחנן מ"מ לחנני נמי לא יהבינן דה"ח דנמחק אות אחד הוי כנמחק שתי אותיות שהשטר פסול קמ"ל ועוד יש ליישב בדרכי' אחרים ועוד האריך בס' ת"ח שם נהקשות בזה וכל דבריו אינם מוכרחי' ע"ש:

סעיף יג

וידוע שנמחק השטר פסול ל' הסמ"ע והיינו דוקא כשהשטר נמצא ביד שליש ואינו יודע נמי יתנו אבל כשהשטר ביד חנני או חן אותו שהשטר בידו גובה בו בין בחסרון בין בנמחק וכ"כ הב"י וד"מ עכ"ל ובאמת בב"י לא כתב כן כשהשטר ביד חנני רק בד"מ ואינו מוכרח דבשלמא כשהוא ביד אין יכול לומר הלוה מחקו מפני שחזר אבל כשהוא ביד חנני ממ"נ איזה טעם שיאמר שמחקו לא יגבה בו אם יאמר שמפני חזרה נמחק ינתן לאן ואם לפסול השטר כולו פסול וכן כשהיה חסרון בלא מחק אינו מועיל מה שהוא ביד חנני ודוק:

סעיף יד

שהקפל הוא פחות מספל. קפל הוא קב ופלגא ספל הוא סאה ופנגא:

סעיף טו

הי תפס. תפילו בעדים וכ"כ ה"ה ומביתו ב"י ומשמע אפילו תפס שלא ברשות וכ"כ גם כן בפשיטות בסמ"ע ס"ק כ"ג והבאתי לשונו לקמן בסמוך ס"ק י"ז וכן משמע מדברי הרא"ש והרבה פוסקים וזהו דנח כבעה"ת בשם הרמב"ן והביאו ב"י ועיין בס' ג"ת שהאריך הרבה מיהו נ"ל דלענין דינא לא פליגי דהפוסקים מיירי בטוען ברי והרמב"ן מיירי בטוען שמא ובא לזכות מכח השטר והיינו שהביא הרא"ש פ"ק דבכורות דברי הרמב"ן ודו"ק וכבר הארכתי בזה בספרי תקפו כהן ע"ש:

סעיף טז

מטלטלים. אבל קרקע אפילו פירות קרקע לא מהני תפיס' אפילו טוען התופס ברי מטעם דקרקע בחזקת בעליה קיימא כדלקמן סימן שי"ב סעיף ט"ו וסימן שי"ז סוף ס"ג והארכתי בדינים אלו בספרי ת"כ ע"ש:

סעיף יז

וכל שכן שאומרים בשובר כו'. וכתב הסמ"ע וז"ל ר"ל מאחר דבתופס שלא ברשות מרשות בעלים לאחר שנולד הספק מהני כ"ש בשובר שמוחזק ועומד בשלו הוא דאין מוציאים מידו כן הוא דעת מור"ם ז"ל אבל קשה די"ל דלא מהני שובר שלשונו מסופק נגד שט"ח מבורר שהוא ביד המלוה וכן מוכח דאל"כ קשה דדברי הרי"ף והטור שבסי' זה יסתרו למ"ש הרי"ף וטור לקמן סי' ע"א (סעיף כ"א) בדין מלוה שהאמין ללוה שצריך הלוה לישבע שפרע משום דיד בעל השטר על התחתונ' ואמרי' דלא הימני' אלא לבטל השטר דמלוה ולעשות כמלוה על פה והיינו מטעם כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה וכמ"ש שם בדרישׁ' ומזה קשה ג"כ על ב"י שכתב גבי ספל וקפל וז"ל ונראה שאם הוא שטר מחיל' לא תלינן בזבוב דהמע"ה ע"כ ודו"ק עכ"ל סמ"ע ולפע"ד דברי הרב ב"י נכוני' וברורי' בטעמם דכ"ש הוא דבשובר אמרינן יד בעל השובר על העליונ' ומ"ש הסמ"ע דאל"כ קשה דדברי הרי"ף והטו' יסתרו כו' לק"מ דלעול' אמרי' יד בעל השובר על העליונ' לבטל שטר שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר ואם כן יד בעל השטר על התחתונ' נגד השובר וממילא יד בעל השובר על העליונ' נגד השטר אבל אחר שנתבטל השטר א"כ ה"ל בעל השובר לענין תביע' בע"פ בעל השטר ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר על התחתונ' לענין דצריך לישבע תדע דע"כ לקמן סי' ע"א אין הטעם כמ"ש בסמ"ע כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלו' דהא מועיל השובר לבטל השטר ופשיטא דקרעינא ליה לשטרא מיד שאומר פרוע אלא הטעם כמ"ש וגם כאן פשיטא דצריך הלוה לישבע היסת כתביעת בע"פ ומ"ש יד בעל השובר על העליונ' היינו לבטל

השטר גם בדין אי תפס לא מפקינן אם הלוה תובע למלו' יכול להשביעו היסת וכדלקמן סי"ב וק"ל. גם מ"ש ומזה קשה גם על ב"י גבי ספל וקפל כו' לק"מ ודברי הב"י נכונים וכן מבואר בתשו' הרא"ש בכמה תשובות ומביאם ב"י בס"ס מ"ג וכן בש"ע שם סעיף כ"ה וכ"ו וכ"ז ע"ש וכן בשאר אחרוני' גם בד"מ כ' על דברי ספל וע' בסמוך בדברי מהרי"ק דלא משמע כן ולפי מ"ש לקמן בס"ק שאחר זה גם מהרי"ק מודה ודו"ק:

סעיף יח

דלא כי"ח כו'. ז"ל ד"מ כתב מהרי"ק שורש ז' אפילו כשהוא מוחזק אם בא להפקיע בשטר מה שהוא מחויב בדין אומרים יד בעל השטר על התחתונ' ע"כ וכ"כ נ"י פ' ג"פ בשם הריטב"א אמנם כתב שם דהרא"ה חולק וס"ל דאם בעל השטר מוחזק כגון בשובר ידו על העליונ' עכ"ל ד"מ. גם בבדה"ב תמה על מהרי"ק איך חולק על הפוסקי' דאי תפס לא מפקינן מיניה. גם בס' לח"מ סוף פי"ד מה' מלוה הניח דברי מהרי"ק בתימ' ע"ש שהאריך ולפע"ד לק"מ וליכא כאן פלוגתא כלל בין הפוסקי' דמהרי"ק קאי שם על מי שהיה חייב בלא השטר לפרוע לצדקה לפי ממונו ועתה טוען שאין לו לפרוע להוצאת פדיון שבוים כלום רק שוה בשוה מחמת שהוזכר בשטר שביניהם דבהוצאת צדקה יפרע כל א' בשוה וע"ז כתב מהרי"ק שם דאין פ"ש בכלל צדקה ואמרינן יד בעל השטר על התחתונ' ואע"ג דהוא מוחזק שהרי אין בחזקתו כלום מאחר שמכח הדין מתחייב לפי ממונו אלא שמכח השטר בא להפקיע דין תורה עכ"ל ר"ל כיון דבלא השטר הוא חייב בודאי לפי ממונו שהרי אינו טוען שאתם עשיתם עמי בפי' לפרוע שוה בשוה גם בפ"ש רק שאומר כיון שעשיתם עמי שטר לפרוע שוה בשוה לצורך צדקה גם פ"ש בכלל א"כ מה יועיל לו תפיסתו הרי הוא חייב בודאי בלא שטר ואיך יפקיע את עצמו מכח ספק שבשטר אין ספק מוציא מידי ודאי אבל כאן שהמנו' אומר שחייב לו בודאי א"כ גם בלא"ה חייבלו לדברי המלו' פשיטא דאי תפס אפילו בעדים לא מפקינן מיניה כיון שטוען ברי וכן בשובר שהלוה אומר אפילו בלא שובר אינו חייב לו אמרי' יד בעל השובר על העליונ' כיון שהוא מוחזק וכן מ"ש הרא"ש והמחבר לקמן סי' מ"ג סעיף כ"ז דאם הי' כתוב בשובר שמחל לו כל תביעות שהי' לו עד עכשיו הוי ספק ומספיקא לא מפקינן ממונא היינו ג"כ שבעל השובר טוען שמחל לו בפי' גם שטר זה ודוק וכן הריטב"א בנ"י שם מודה דאמרי' בשובר ידו על העליונ' כיון שהוא מוחזק ולא פליג התם אלא בכתוב בו דינרים דלא דיינינן דינרים טובא משום דלשון דינרים משמע רק ב' וכ"כ ה"ה והמחבר בסעיף י"ב בדינרים גם בשטר שתפס דמפקינן מיני' תדע דאל"כ למה הביא הנ"י שם פלוגתייהו בברייתא דדינרים ה"ל לכתוב כן לעיל מיני' במתני' דזוזי

ק' דאינון ל' סלעין אלא ודאי כמ"ש ע"ש ודו"ק ועוד י"ל דבהך דתשובת הרא"ש ושאר פוסקים והמחבר לקמן סי' מ"ג שאני דתפס קודם שנולד הספק או שתפס ברשות וא"צ לפרש שטוען ברי והארכתי בזה בספרי ת"כ סי' נ"ו וע"ש:

סעיף יט

לפרעו בפסח כו'. ויש פוסקים כתבו דבלאו הכי סתמא דמילתא המתחייב לעשות שום דבר לזמן ולא פירש אימתי חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון והביאו ראיות ומביאם ב"י ונרא' דגם המחבר מודה לזה אלא דלדוגמא נקט האי דינא ועיקר כוונתו על מ"ש וכן כל כיוצא בזה (ע' בתשו' ר"ס מ"ז וסי' מ"ח שאלה ב' ובתשו' מהרשד"ם סי' י' וסי' נ"ו) .

סעיף כ

וי"א כו'. גם הדעה הראשונ' מודה בזה כדאיתא להדיא במהרי"ק שם וז"ל ואע"ג דהיכא דבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד ב"ה על התחתונ' הלא דבר פשוט הוא דהיינו דוקא היכא שהספק נפל בכוונת הנותן או הלוה כהיא דמתחייב ליתן לחברו מנה אחר פסח שפסק הרא"ש שצריך ליתנו אחר פסח הבא ראשון דודאי לכך נתכוין הלוה המכתיב את השטר דאלת"ה שטרא למאי אהני כיון דמצי לדחויי עד פסח של יובל הגדול אבל בכה"ג דאיכא למימר שהנותן סבור דשפיר מהני לישנא דהנח' וכמ"ש הרא"ש ואנו מספקא לן הלכתא כמאן פשיטא דבכה"ג איכא למימר דאוקי נכסים בחזקתייהו ואע"ג דאיכא שטר יד ב"ה על התחתונ' ולא מהני לישנא דהנח' הכתוב בשטר הצווא' ואפילו יתבטל השטר לגמרי עכ"ל ומ"ש הרב בל' וי"א כו' היינו משום דבדעה הא' לא הוזכר חילוק זה בפירוש וכן דרכו בכמה מקומות:

סעיף כא

היינו דוקא כו'. כתב הב"ח ולא משמע הכי בדברי ה"ה פ' כ"ג מה' מלוה ונ"י פ' ג"פ גבי שטר שזמנו בשבת ומקור דבריהם לקוח מבעה"ת שער נ"ו ועיין עוד בהגהת מיי' ס"פ י"ט מה' עדות שם האריך בזה עכ"ל ולא דק דבכל המקומות שם מיירי שאם היינו אומרים יד ב"ה על התחתונ' הי' השטר נפסל מיד והי' נודע פסולו בודאי שהוא מוקדם וכה"ג משא"כ בהך דמהרי"ק שי"ל שהנותן טעה והי' סבור דיועיל בכה"ג אין חולק עליו ודינו ברור:

סעיף כב

שאפשר שטעה כו'. כתב הסמ"ע וז"ל נראה דמיירי בלשונות שמקנ' לו בו המתנות כגון שדה זו אתננו לו וכמ"ש בר"ס רמ"ה כו' שטעה וסבר דל' זה יועיל ובאמת אינו מועיל וק"ל עכ"ל ולא ידענא מאי נראה דקאמר ולמה המציא ענין אחר ה"ל לאתויי

הך דמהרי"ק שכתב בשטר הצוואה אני מניח לפלוני כו' שהבאתי בסמוך ס"ק ך'. וגם דינו דאתננו לו צל"ע דנרא' דמהרי"ק לא קאמר אלא בלישנא דהנח' כיון דהרא"ש סוב' דמהני אם כן י"ל שהנותן טעה וכו' וכן משמע מדקדוק ל' מהרי"ק שהבאתי בסמוך וכן משמע בד"מ אבל בלישנא דאתננו דליכא למ"ד דמהני א"ל שהנותן טעה בכך הלכך היכא דאפשר לפרש השטר בל' אתננו ואפשר לפרשו בלשון אחר דמועיל לא אמרינן בכה"ג יד ב"ה על תחתונה ודו"ק (וע"ל סי' מ"ט ס"ב בהגה וסעיף ו'):

סעיף כג

שנהגו לכתוב כו'. עיין בתשו' מהר"א ן' חיים סי' כ"א ד' מ"א ותשו' מהרי"ט סי' קכ"ב:

סעיף כד

וכל לשון שהוא כולל כו'. עיין בתשו' מהרש"ך סי' ק"נ וסי' קצ"ה ובתשו' מהרשד"ם סי' שס"ו:

סעיף כה

ואיתפס כו'. בס' ג"ת סוף שער ס"ח הקשה דהא אמרינן בהמקבל (ונתבאר לקמן סי' שי"ז ס"ג) דבשטר דכתיב שנין סתמא לא מפקינן מיד המלוה כשקדם ואכל כיון דהוי מילתא דעבידא לגלויי והניח בקושיא ולק"מ ואישתמיטתיה דברי הנ"י פ' המקבל שהביא הוא עצמו לשם בדף הקודם וז"ל והא דלא מסייעיה ללוה מלישנא דשטרא דמשמע שתים דכתיב ביה שנין סתמא כדאמרינן בפ"ק גבי סלעין דינרין משום דכיון דהניחו לוה למלוה לאכול פירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדותא דשטרא זה דעת הרנב"ם ז"ל עכ"ל וכה"ג כ' בחידושי הריטב"א פ"ק דמציעא ע"ש:

סעיף כו

תפיס היינו כשתפס בעדי' דאל"כ נאמן במיגו ע"ש בסמ"ע וכן הוא בה"ה וב"י ושאר פוסקי' ונ"ל דהיינו בטוען המלוה ברי שהלוה לו יותר אבל אם הוא ש"ח שנתחייב לו בשטר זה אפי' תפס שלא בעדים מפקינן מיניה דהא לא שייך כאן מגו כיון דא"י לטעון ברי:

סעיף כז

מפקינן מיניה. ר"ל [דל'] השטר מסייע ללוה דסתם סלעים אינו משמע יותר מב' וכ' בסמ"ע סקל"ב דלפ"ז בדין שלפני זה דהיינו בנכתב בשטר דאינון ונמחק הסכום מסתברא לומר דמהני תפיסה כו' ואין דבריו נכונים דבנמחק שאני דאל"כ כל מי שיש לו שטר יתפוס הרבה וימחוק הסכום אלא ודאי אין דנין מחק אלא להורעת כחו של מוציא וכן הוא בטור ומחבר לקמן ס"ס נ"ד גבי שובר שכ' דאינון ונמחק דאין דנין אלא בפחות

שבלשונות (ואין לך תפיס ועומד יותר משובר) והוא מטעם הנ"ל וכמ"ש הבעה"ת בשם הרמב"ן ומביאו ב"י שם ע"ש:

סעיף כח

מיניה לפ"ז היה נראה לכאורה דגם בשובר שכתוב שפרע לו דינרי' אינו פטור רק משתים וכדעת הריטב"א שבנ"י ולא כהרא"ה שם וכמ"ש לעיל ס"ק י"ח וכ"כ הב"ח סי"ג לדעת ה"ה שכ' כדברי המחבר אבל באמת זה אינו שהרי לקמן ס"ס כ"ד כ' המחבר להדיא דשובר שכתוב בו דינרים מבטל כל השטר שיש עליו וכ"כ ג"כ ה"ה פרק ט"ז מה' מלוה א"כ בע"כ צריך לחלק והיינו כמ "ש הבעה"ת שער נ"ג ומביאו ב"י לקמן סי' נ"ד וז"ל ואע"ג דבפ"ק דמציעא משמע דסתם דינרי' לא הוי אלא ב' ההיא בשטרי הלואה דאמרי' כיון דידעי עדים דיד בע"ה על התחתונה אלו היה יותר מב' היו כותבים בפי' אבל בשובר אדרבה אמרינן איפכא דילמא לא ידעי סכום ממון השטר וכתבו סתם דכל מאי דמפיק לורעיה עכ"ל ולפ"ז גם הרא"ה אפשר דמודה בשטר דאע"ג דתפיס מפקינן מיניה שהרי גם ה"ה מודה להרא"ה ודלא כהב"ח וק"ל:

סעיף כט

ואם כתוב בו דינרי כסף או כסף דינרי כו' בטור איתא אם כתוב בו דינרין כו' וכ' בסמ"ע ס"ק ל"ה דיש לגרוס בטור דינרי כסף או כסף דינרי בשניהן בלא נו"ן ולפעד"נ אין לשנות גירסת הטור שהרי התוס' בבבא בתרא דף קט"ו ע"א ד"ה אמר רב אשי כתבו דדוקא דינרין כסף וכסף דינרין אבל דינרי כסף וכסף דינרי בלא נון ה"ל ספיקא ואי תפיסלא מפקינן מיניה וכן ברמזי הרא"ש גורס ברישא ובסיפא דנרין בנו"ן וכן גורס בע"ש וע' בב"ח:

סעיף ל

ואם כתוב בו זהב בדינרי כו'. עיין תשובת מהרש"ך ס"ב סי' ק"ן:

סעיף לא

המוציא שטר חוב כו'. עיין מדיני' אלו בתשו' מהר"מ מלובלין סי' פ"ז ובתשו' מהרש"ך פ"ב סי' רכ"ט ובתשו' מהר"מ אלשיך סי' ס"א:

סעיף לב

ולא מתפריש כו'. ובסמ"ע כ' שכוונת המחבר כמ"ש המ"מ ס"פ י"ז מהל' מלוה דאף שכ' בשטר מפורש המטבע מ"מ דינר או סלע של בבל אינו דומה כו' וכ"כ בספר בדק הבית:

סעיף לג

ישבע המלוה ויטול. ובעה"ת כתב ע"ז ולא ברור לן וכ' ב"י ולא ידעתי למה לא ברירא ליה דהא הוה ליה כמי שטוען פרעתי דנשבע ונוטל ובספר ג"ת שער נ"ד סוף דף שכ"ה כתב דטעם בעה"ת הוא כיון דלא אמר הלוה השבע לי ולא נהירא לי דמסתמא גם הרמב"ם ר"ל כשאמר השבע לי דלא עדיף מפרעתי דלקמן סי' פ"ב אלא נ"ל דטעם בעה"ת הוא דכיון דהמלוה נאמן משום דמסתמא כן היה ההלואה מתחלה א"כ טענת הלוה ה"ל כאומר אמנה ול"ד לפרעון ששטר לפרעון עומד משא"כ הכא וכמו שמחלק הרמב"ם גופיה והט"ו לקמן סי' פ"ב סעיף י' בכה"ג וא"כ הוא הדין הכא דאין צריך המלוה לישבע וליטול אלא עומד בשטרו ואח"כ משביעו היסת ולכך כ' הבעה"ת ולא בריר לן ודו"ק:

סעיף לד

מיהו אם הביא הלוה כו'. והר"ן חולק על זה ע"ש ומ"ש בכאן ובישוב מ"ש הבעה"ת על הרמב"ם לא נתבררו לי דבריו:

סעיף לה

לשון שרגילים כו'. עי' מזה בתשו' מהרש"ך ס"ג סי' מ"ו מ"ח וסי' קי"ו. ובתשו' מהרא"ן חיים ס"ס כ"א:

סעיף לו

ואפי' לא נכתב דנין אותו כאלו נכתב. פי' משום דמסתמא היה דעתו שיכתוב כן ולפי זה משמע בפשיטות דהיינו דוקא שידוע שידע מזה אבל אם לא ידע מזה אע"פ שנהגו ההדיוטו' כן אין דנין אותו כאלו נכתב וכן הוכחתי לקמן סי' ס"א ס"ה בהג"ה ובזה מיושבים היטב דברי הרמב"ם פט"ז מה' אישות שכ' וז"ל תקנו הגאוני' שתהא האשה גובה כתובתה אף מן המטלטלין כו' כבר נהגו בכל המקומות שיכתבו בכתובה בין מקרקעי בין מטלטלי כו' הרי שלא כ' כך אלא כ' סתם אם הי' יודע בתקנה זו של גאוני' גובה ואם לאו או שנסתפק הדבר מתישבי' בדבר הרבה שאין כח בתקנה זו לדון בה אע"פ שלח נתפרשה כדין תנאי כתובה ע"כ ונדחק הב"י בפי' דבריו שלא יחלוק על הפוסקי' דדורשי' לשון הדיוט אע"פ שלא נכתב כאלו נכתב ולפי מ"ש אתי שפיר דודאי אנו לא היו כותבין בשטרות בין קרקע בין מטלטלין פשיטא שלא היה ספק בדבר שהרי מעשים בכל יום שגובין מן המטלטלין וא"כ אינו יכול לומר שלא ידע שהרי מסתמא ראה או ידע איזו פעם שגבו מהמטלטלין א"כ הו"ל להעלות על הדעת שהוא משום התקנה דאל"כ היאך גבו ממטלטלי אלא ודאי ידע מתקנת הגאוני' אבל עכשיו שכותבי' בשטרות בין מקרקעי בין מטלטלי א"כ יכול לומר לא ידעתי מתקנת הגאונים וגם לא

ידעתי שנוהגין כן בכל השטרות ואף שראיתי כן לפעמים שגבו מן המטלטלין הייתי סבור מפני שכתבו כן בשטרות ואני לכך לא כתבתי כן שלא נגבות מן המטלטלי' ונראה שלזה נתכוין הריב"ש סי' של"ד שכ' דהרמב"ם מיירי במקום שכותבי' בכתובו' שעבוד מטלטלי ובזה י"ל כיון שהמנהג המקום לכתוב וזה לא כ' נראה שלא נשתעבד אלא כדין הש"ס אא"כ היה יודע בתקנתן של גאונים שאז י"ל שעל תקנת' הוא סומך ואם לא ידע בה י"ל שלא תגבה ממטלטלי דיתמי כו' עכ"ל ומביאו בכסף משנה פט"ז מה אישות ע"ש ועוד ראיה לדברי דהא הרשב"א כתב בתשובה סי' אלף ס"ח וז"ל שאלת ששמעת משמי ששיור הנהוג בארץ הזאת אע"פ שלא כתוב ככתוב דמי ואמרת שמא דעתי נוטה למה שפרשו בהנהו דורשים לשון הדיוט דמה שהורגלו ההדיוטות מעצמן בני תקנה אפילו לא כתב כמי שכתב דמי כדאמרינן בתנאי בית דין. תשובה כן הוא ועליה סמכתי ודבר ברור הוי כו' וגם הבית יוסף הביא בסימן זה שכ"כ הרשב"א בתשובה וכ"כ ה"ה פ"ח מהלכו' שכירות בשם הרשב"א והרי הר"ן פרק האשה שנפלו הביא לשון הרשב"א גבי שטר מברח' שכתב וז"ל שיש לדקדק עכשיו שהכל כותבי' כן הם נדון אותו לשופרא דשטרא עד שיכתבו וכך אמרה לנו בפירוש כדרך שעושים בתנאי נאמנות ועל נאמנות מפורש ואני למד מדברי מורי הרב שכתב בב"ב גבי כתבוהו בשוקא דכיון שהכל מורגלים לכתוב כן בזמנינו אין צריך לומר כן בפי' דאלו רצתה לכסותה היה מצוה שלא לכתוב בפרהסיא ושלא לכתוב בשטר כן שהרי הוא יודע שכך הם כותבים וכאלו צוה בפי' כתבוהו בשוקא הוא ואפשר לדון כאן כן ונראי' הדברים שהכל לפי ראות הדיינים שאי אפשר לומר באשה שתדע בנוסח השטרות שכותבי שטרות רגילין לכתוב עד שיעידו שכך אמרה להם בפירוש עכ"ל הרשב"א וכ"כ הרב המגיד פ"ו מה' זכייה לשון הרשב"א ואם איתא הא כל לשון שנהגו ההדיוטות לכתוב אפי' לא נכתב ככתוב דמי אלא ודאי היינו דוקא כשידוע שזה ידע שנהגו ההדיוטו' לכתוב כן כנלפע"ד:

סימן מג

סעיף א

אבל אינו יכול לטרוף מלקוחות כו'. כתב הסמ"ע דה"ה מבני חרי יש נ"מ אם יש על הלוה ב' שטרות ואין לו אלא קרקע כדי לשלם לאחד מהן דאז מגבינן ליה דיש לו זמן בשטרו דיאמר הלואתי הי' מוקדם להלואת השני ע"כ ופשוט הוא וכ"כ הטור והמחבר לקמן סעיף כ"ג ועיין לקמן ס"ס ק"ד ובב"ח סוף סעיף א' כתב וה"ה בלאו ה"ט כו' אלא לפי שמסתמא אין אדם מלוה לחבירו אא"כ יודע שיש ללוה קרקע כדי מעותיו כו' עכ"ל

ולא ידענא מאי קאמר דא"כ גם משום טריפת לקוחות א"צ זמן דהא אין גובין ממשעבדי במקום שיש בל"ח ועוד וכי מה יודע המלוה ממי לוה אפשר שלוה עוד מהרבה בני אדם מכל א' וא' כשיעור קרקע שלו או ילוה עוד מהרבה בני אדם:

סעיף ב

ויש מי שאומר כו'. לפע"ד כן עיקר מדאמרינן בפ' קמא דמציעא (דף י"ט ע"א) גבי גט אשה וגט שחרור שנפל דאינן טורפין מזמן הכתוב בהן דשמא לא ניתן לידם אלא לאחר זמן אלא כי אתאי למטרף אמרי' להו אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך הרי דזה הוי כאין בו זמן שהרי הזמן אינו מועיל להן לטרוף ואפילו הכי משמע דמהני לטרוף מזמן שמביא עדים שראו הגט בידם וכן משמע מדברי הפוסקים בפ"ב דגיטין בסוגיא דמפני מה תקנו זמן בגיטין משום פירות כו' בדף י"ז ע' שם ודוק:

סעיף ג

שובר שאין בו זמן. לא ידעתי למה כתבו הלא מבואר הוא לקמן סעיף כ"ד סי' נ"ד סעיף ג':

סעיף ד

ולא כתב אלא הפרט קטן. כגון שלא כתב רק שלא פ' וכה"ג והוא עומד בשנת פ' וכתב ב"י ומספקא ליה היכא שלא כ' שנת פ"ד אלא שנת ד' נפרט אי כשר או לא ודעתי נוטה להכשיר עד כאן:

סעיף ה

ודילג המאות כו'. לא ידעתי למה פסק כן בפשיטות שהרי בב"י הניחו בצ"ע וכתב דאפשר דמהרא"י דוקא בגיטין פסק כן (עיין בא"ע ס"ס קכ"ז) משום אומרא דעריות ולא בשטרות ומביאו ד"מ וגם נלפע"ד דראי' מהרא"י יש לדחות. הראי' הא' דמייתי וז"ל מדכתב אשר"י בשם ר"י שאם דילג לבריאת עולם כשר משום דתלינן בדילוג הסופרים ואי לא כתב כלל רק הפרט נמי כשר ומייתי ראיה אחריתי ע"ז מש"ס ולמאי אצטריך הראיה אמאי לא אמרינן בפשיטות דתלינן בטעות סופר דמסתמא לא נכתב שטר זה לפני כמה אנפי' עכ"ל. נלפע"ד דלאו ראייה היא דכוונות הרא"ש דלא נימא דלמא הסופר לא מנה לבריאת עולם אלא לאיזה ענין אחר מאוחר וא"כ יאמרו הלקוחות קנינינו קדמה לשטרך וכדאמרי' בש"ס פ"ק דע"ז דף ט' סבור רבנן למימר האי שטר מאוחר הוא כו' ועלה קאי הרא"ש התם להדיא וכן הוא בס' התרומ' שחבר רבינו ברוך להדיא בסי' קל"ו ע"ש והוא מדברי התוס' שם. הראיה הב' דמייתי מהרא"י שם וז"ל ותו דבמרדכי כ' על שדילג ארבע ולא כתב אלא אלפים ומסתמא גם כן פרט המאות והשנים והכשירו א"ז

בדיעבד דאף על גב דהיה לומר מיעוט אלפים שנים ואם כן היה מוקדם מדלא כתב אלפים בשני יודין אין לפרשו אלפיים הא קמן דאי היינו יכולין לפרש אלפיים לא הוה מכשיר אע"ג דע"כ ידעינן מבחוץ דלא לפני אלפים נכתב וע"כ ה"ט דכל היכא דהזמן כתוב לפנינו כהלכתו לא תלינן בטעות עכ"ל נראה ג"כ דלאו ראיההיא דהא ודאי אלפים משמע נמי שנים כדאמרי' בכל דוכתי מיעוט רוב שנים אלא דמשמע נמי יותר משנים והלכך כל היכא שאין כ' בשני יודין יש לפרשו כראוי אבל אם היה כתוב בשני יודי"ן לא הי' אפשר לפרשו כלל בענין אחר כי אין לתלות בשום דילוג או טעות שהרי כתוב להדיא אלפיים בשני יודי"ן ובעל כרחו היה מוקדם אבל הכא הא י"ל שדילג המאות וי"ל שהוא מוקדם וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי טפי מסתבר לתלות בדילוג משנאמר שהוא מוקדם ודמי לכתב אלפים בלא ב' יודי"ן דתלינן דדילג ארבע וה"ה הכא ונרא' דגם הריב"ש סי' שפ"ב לא פסל רק בדילג העשרות אבל לא במאות ומ"ש שם בתשו' וכבר הוכיח ר"י ז"ל מההיא דפ"ק דע"ז דילמא שבק לאלפא קמא ונקטיה לאלפא בתרא אבל בנדון זה דכ' כלל קמא ושבק לפרטא מציעאה והדר כתב לפרטא בתרא ודאי מוקדם הוא עכ"ל קאי דוקא אמ"ש שם בתשו' בדילוג העשרות והחילוק בין דילג המאות לעשרות קל להבין וכ"כ בתשובת מהר"ר משה מינץ סי' ט' בהך דתשובת מהרא"י הנ"ל דדילג המאתים להכשיר בדיעבד וז"ל כיון דדילג הרבה שנים יותר מדאי מה שהוא ע"כ צריכנא למימר וליישב דהאי שבק ודילג מאתים בשלמא אי הוה הדילוג שנים מועטים אז הוה חששא דמוקדם כו' אבל עתה דדילג מאתים א"כ ליכא חששא כו' דהאי גברא לא היה קודם מאתים מה לו להקדים כ"כ יש לדונו דשוכח כו' ועוד האריך ע"ש (ועיין בתשובת מהרא"ן חיים סי' ק"י) וכן נלע"ד עיקר (ונראה דגם מהרא"י לא מחמיר אלא בגיטין ולא בשטרות וכן נראה מדבריו למעיין שם ואף בגיטין יש צדדין להקל ודו"ק):

סעיף ו

והשמיט חמשת כשר. הטעם נתבאר בס"ק הקודם:

סעיף ז

היה ביום ארבע ועשרים כו' כשר דתלינן דטעו בעיבורא דירחא. ור"ת במרדכי שם חולק ומייתי ליה בפסקי מהרא"י ס"ס י"א ע"ש וגם הרב בהגהת בא"ע סי' קכ"ו סעיף כ"א כ' דיש חולקין והוא דעת הריב"ש סי' קי"ז ותימה על מה שסתם כאן כדברי המחבר ואולי דוקא בגיטין נראה לו להרב להחמיר או שאני הכא בחדש תשרי כ"ב בו דהוא שמיני עצרת דעל כרחך השטר מאוחר וכדלקמן סעיף י"ד ומ"מ ר"ת חולק להדיא וכן

מסיק בפסקי מהרא"י שם דבא"ז דסנה' מייתי דרבינו תם ועוד שני גאונים עמו פסלו שטר כזה ע"ש ונראה טעמם דבתרי יומי לא אמרינן דטעי או בתר רובא דירחא לא אמרינן דטעי כדלעיל סי' ל' (ועי' בתשו' מהרא"י ן' חיים סי' ק"י) וצ"ע לדינא:

סעיף ח

כתב ידו א"צ כו'. הטעם כיון דאין טורפין בו מלקוחות עכ"ל סמ"ע וכן אם יש על הלוה עצמו עוד שטרות אין לזה דין קדימה דזה הוי כמו משועבדים דאל"כ היה צריך לכתוב בו זמן וכדלעיל ס"ק א' אלא ודאי חיישינן לקנוניא שהלוה יקדים הזמן וכן הוא בתשו' הרשב"א שהביא ב"י ס"ס מ"ז ועמ"ש בסי' מ"ח:

סעיף ט

ולפיכך קנסו כו'. וע' לקמן סי' נ"ב מה שכתבתי בזה בס"ק ד':

סעיף י

ולא יגבה בשטר מוקדם אלא מבני חורין. נראה דהיינו לומר כשבא לב"ד בשטר כזה לתבוע את הלוה גובה בו מיד מבני חורין וקורעין את השטר או שכותבין לו פס"ד על הלוה וממילא טורף אף ממשעבדי מיום שנכתב הפס"ד אבל אין מוסרים לו השטר שיגבה מהלוה מבני חורין דהא יש לחוש שיגבה בו ממשעבדי מזמן ראשון:

סעיף יא

אלא מבני חורין. ואפי' אם יקחו הב"ד השטר בידם ולא יתנו לטרוף מזמן ראשון או שיכתבו ב"ד על השטר שטר זה לא יטרוף בו כ"א מזמן זה אפ"ה אינו גובה ממשעבדי משום קנס כיון דמתחלת כתיבתו היה ראוי ועומד לטרוף מזמן ראשון ע"כ ל' סמ"ע. ואף שבש"ס ופוסקים לא מוכח מידי די"ל דאינהו מיירי בשטר שהוא כתוב מכל צד שא"א לכתוב עליו עוד שום דבר וכה"ג צ"ל בפ' ג"פ בש"ס ופוסקים גבי פלוגתא דר' יודא ור' יוסי במי שפרע מקצת חובו יחליף כו' ולא אמרי' יכתוב על גביו. וכה"ג צ"ל בכמה דוכתי מ"מ לענין דינא מסתבר כדברי הסמ"ע דדמי לדלקמן סי' מ"ה סעיף י"ד דכיון שנרא' פיסולו בב"ד שוב אין לו תקנה ע"ש ולפ"ז אם. המלוה בעצמו כתב עליו קודם שנראה בב"ד שלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כשר וכן נראה ודוק:

סעיף יב

וי"א דפסול לגמרי הוא דעת ר"י וסיעתו בטור ע"ש וכ' הסמ"ע ס"ק י"א דמוכח מדברי הטור מיניה וביה דאינו ר"ל נפסל לגמרי מכל וכל אלא אם טוען להד"מ אינו נאמן והוחזק כפרן מכח זה השטר אבל אם טוען פרעתי נאמן עכ"ל ולפ"ד לא מוכח מידי דנהי דדעת ר' יונה בטור לקמן סי' מ"ה הוא כן אבל דעת ר"י בעל התוס' שהביא הטור

כאן אינו כן (ולא הביא הטור סי' מ"ה דברי ר' יונה אלא בשביל דינים אחרים ע"ש) אלא אדרבה משמע מדבריו דנפסל לגמרי מכל וכל וכן משמע בתוס' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז ע"ב) בשם ר"י ע"ש וכן מוכח בהריב"ש סי' שפ"ב לדעת ר"י דמייתי ראיה לדברי ר"י מהא דפריך בש"ס פ"ק דמציעא (דף י"ז) תיפוק ליה דה"ל מוקדם ומאי פריך הא שטר שנמחל שעבודו עדיף דלא גבי אפי' מבני חרי. ואם איתא הא גם לדברי ר"י אכתי קשיא הא שטר שנמחל שעבודו עדיף דיכול לטעון להד"ם כדמשמע בפרק חזקת (בבא בתרא ד' ל"ב ע"ב) גבי ההוא ערבא דמייתי הריב"ש גופיה שם ע"ש. וכן כ' הב"ח לדעת ר"י פסול מכל וכל וכ"כ בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קמ"ה שם משמע בטור לדעת ר"י והרא"ש ע"ש. והכי משמע נמי מדכתבו ר"י והרא"ש דפסולים לגבות מבני חרי משום דלישנא דפסולים משמע דפסולים לגמרי כו' ע"ש וכן משמע בפסקי מהרא"י סי' י"ג שכתב וז"ל דאשר"י נראה דסבר כדברי התוספות דבשטר מוקדם לא גבי אפי' מבני חרי משמע דכמו אספא בעלמא הוא עכ"ל וכן נראה מדברי הר"ב:

סעיף יג

דפסול לגמרי אע"פ שהעדים כשרים ובדרך שיתבאר ודלא כבעל גדולי תרומה דף שכ"ט ע"ד שכתב שטעם הרא"ש הוא מפני שהעדים פסולים שכתב והלא העדים פסולים כו' והתוספות כתבו דאין גובה אפילו מבני חורין בשטר ודקדקו מלשון פסולים כו' אלמא לתרץ קושייתם דעדים פסולים נינהו קאמרו דאין גובה אפי' מבני חרי עכ"ל ושגג שגגה גדולה דא"כ מאי מייתי הרא"ש שם מחלוקת בזה פשיטא דלכ"ע היכא דהעדים פסולים השטר בטל לגמרי וגם מאי פריך התם בש"ס ומייתי לה הרא"ש לגבי מזמן שני ול"ל לש"ס דגזירה דשמא יגבה מזמן ראשון כו' אלא ודאי הרא"ש מיירי בגווני דהעדים כשרים וכמ"ש הרא"ש שם ואפ"ה כתבו התוס' דשט"ח המוקדמים פסולים לגמרי וזה פשוט מאד:

סעיף יד

לגמרי. השטר אבל מ"מ לכ"ע גובה מהלוה כשהוא מודה שהוא חייב או כשיש עדים בזה וכמו שכתבתי לקמן סי' נ"ב ס"ק ד' וכ"כ בתשובת מהר"ש כהן ספר ב' סי' קנ"ח ובתשובת מהר"א ן' ששון סי' קמ"ה וכן נראה מבואר מדברי הסמ"ע והב"ח ושאר אחרוני' והוא פשוט:

סעיף טו

במה דברי' אמורים כו' כשלא הקדימו זמנו בכוונה כגון שכתבו שטר ללוה בלא מלוה והלוה לא לוה עד לאחר זמן ואע"ג דאין לכתוב שטר ללוה בלא מלוה אלא בשטרי

אקנייתא וכדרב אסי (ויש פוסקים דמותר משום דעדיו בחתומיו זכין לו וכמ"ש לעיל סימן ל"ט סעיף י"ג וע"ש) מ"מ מאן דלא גמיר דרב אסי לא מיפסל כ"כ הר"ן פ"ק דר"ה והנמ"י פ' א"נ וכ"כ הריב"ש סי' שפ"ב וה"ה ר"פ כ"ג מהל' מלוה בשם הרמב"ן והרשב"א. ומשמע מכאן להדיא דכ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ה"ל מוקדם ופסול לגמרי אפי' לגבות מזמן שני לפוסקים דלא כאביי וכדעת הטור סעיף ז' שחולק על הרמ"ה (ובב"ח כתב טעם לדברי הרמ"ה מש"ס דפ' א"נ גבי הא דקאמר התם הכי השתא התם נהי דלא ניתן לכתיב מזמן ראשון כו' ולפע"ד אין משם ראיה ע"ש) דס"ל דהיכא דניתן לכתוב מזמן ראשון כגון כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי טורף לקוחות מתשרי ע"ש וכן נ"ל מן הש"ס פ"ק דמציעא דף י"ז ע"א גבי הא דפריך התם תיפוק ליה דה"ל מוקדם ע"ש. וכן ראיתי בפי' המשנה להרמב"ם פ' בתרא דשביעית שכתב ג"כ דהיכא דפרע לו וחזר ולוה ממנו בזמן אחר בשטר הראשון או שכ' לו שטר בניסן ולא לוה עד תשרי ואין בשטר קנין או שלוה בניסן והקדים הזמן מאדר בכל אלו ה"ז שטר מוקדם ואינו גובה אפי' מזמן אחרון עכ"ד. וכ"כ בעל העיטור דף ד' סוף ע"א. וכן מוכח לפע"ד ג"כ ברש"י פ"ק דמציעא דף י"ג ע"א ד"ה הני מילי כו' גבי מ"ש שם ואי קשיא לך ש"ח המוקדמים פסולים במאי מוקים לה אביי כו' ע"ש ודו"ק: וראיותי בס' גידולי תרומה שער נ"ו ח"א שכ' על אופן הראשון שכתב הרמב"ם בפי' המשנה דלעיל וז"ל ותימא דא"כ האיך מהני לגבות מבני חרי כדבריו ז"ל בחבור הרי אספא בעלמא הוא שוב מצאתי לרב בעל ל"מ ז"ל הקשה ע"ז מדאקשינן בש"ס נהי דלא גבי מזמן ראשון ניגבי מזמן שני כו' ואי נמחל שעבודו אין לו לגבות כלל מן הדין ע"ש והוא תמיה עצומה עכ"ל ס' ג"ת. ולפע"ד ל"ק מידי מה שהקשה הג"ת ובעל לחם משנה שהרי הרמב"ם לא בא אלא לומ' דבכה"ג הוי נמי מוקדם (וכדמשמע להדיא בפ"ק דמציעא דף י"ז) אבל מנמחל שעבודו לא מיירי ומיירי בגוונא דלית ביה משום נמחל שעבודו כגון שמוסרו לו עתה בזמן שני (או שנוטל עתה קנין חדש כמ"ש המרדכי פ' כל הגט בשם רשב"ם והר"ב לקמן סי' מ"ח) בפני העדים החתומים בו דעידי מסירה כרתי וכמ"ש המרדכי פ' הכותב בשם ר"י ומביאו ב"י והר"ב לקמן סי' מ"ח ואפ"ה פסול משום מוקדם ולהכי כ' המרדכי שם דמהני דוקא ביום החתימה ע"ש וזה ברור. [ובזה ניחא נמי מה שהביא הטור בסעיף ז' דברי הרמ"ה וחולק עליו דהא איהו פסק לעיל סי' ל"ט כאביי ובב"ח דחק בזה אבל לפי מ"ש ניחא דנפקא מיני' לשטר שלוה בו ופרעו ומוסרו לו בפני עידי החתימ' בזמן אחר דלהרמ"ה לא הו"ל מוקדם כיון דניתן לכתוב מזמן ראשון ולדעת הטור ה"ל מוקדם וכבר כתבתי דדברי הטור עיקר]:

סעיף טז

כשלא הקדימו כו'. ובאופנים שכתבתי לקמן ס"ק י"ט או באופן שכתבתי בסמוך בשם הפוסקים דכתבו שטר ללוה בלא מלוה ולא לוה עד לאחר זמן דכשרים העדים. ומשמע בריב"ש סי' שפ"ב ובה' המגיד ריש פכ"ג מה' מלוה דבהך דכתבו שטר ללוה בלא מלוה או בטעות דעיבורא דירחא העדים עצמן נאמנים בזה אפי' כת"י יוצא ממקום אחר אף להרמב"ן ע"ש אך בנמ"י פ' א"נ משמע לכאורה דכ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי אין נאמנים להרמב"ן רק בשאין כת"י יוצא ממק"א ויש ליישב דמה שכ' אחר כן בשם הרמב"ן לא מיירי בכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ע"ש וכן משמע בר"ן פ"ק דר"ה שכ' איכא למימר כגון דהוי השטר מוקדם במידי דעבידי אנשי למיטעי ביה כגון שכתבו שטר ללוה בלא מלוה כו' ואח"כ כ' בתר דברי הרמב"ן אבל ודאי כל טעותא דעבידי עדים למטעי לית ביה משום חוזר ומגיד כו' ע"ש:

סעיף יז

ויש אומרים דהעדים נאמנים בזה כו'. כלו' אע"פ שאין אומרים טעינו בעבורא דירחא וכה"ג נאמני' לומר שהוא מוקדם ולא נתנו לב לזה כי לא חתמו רק על גוף השטר ולא על הזמן כי נאמנים העדי' לומר על זה חתמנו וע"ז לא חתמנו וכ' בסמ"ע ס"ק י"ג בהג"ה וז"ל ובריב"ש סי' שפ"ב האריך בזה וכ' על עדים שהיה כתוב בשטר ד' שנים והיה להם לכתוב ל"ד שנים ואמרו שטעו ופסק דאין נאמני' דאין רגילים לטעות בהכי ע"כ לשון ד"מ ח' עכ"ל סמ"ע ודבריו תמוהים דליתא כן בריב"ש וגם הב"י מכשיר להדיא בזה והבאתי דבריו לעיל ס"ק ד' והיה נראה שט"ס יש כאן וצ"ל שהי' כתוב בשטר ק"ד שני' והי' להם לכתוב קל"ד שנים כו' וכן הוא בריב"ש ואין להקשות א"כ היינו הך דכ' הרב בהגה' סעיף ב' ומאי קמ"ל י"ל דהרב לא אשמועינן אלא דבכה"ג פסול ואפשר דמיירי שנודע שנכתב כן בפסול או שהעדים הלכו למ"ה ואינם לפנינו והסמ"ע אשמועינן בשם הריב"ש דאפי' העדי' לפנינו ואומרים שטעו בזה אין נאמני' אך שראיתי בדרכי משה כ' מתחלה בסעיף ב' דברי הריב"ש שה"ל לכתוב בשטר קל"ד וכ' ק"ד ואח"כ בסעיף ח' כ' דברי הריב"ש אלו כמ"ש הסמ"ע כאן וא"כ דבריהם צ"ע:

סעיף יח

וה"ה בכל טעות כו' וכ' הריב"ש (סי' שפ"ב) שסיים הרז"ה וצריך ב"ד הגדול ולהחמיץ הדין עכ"ל ב"י וכן הוא בהר"ן שם ובדברי הרז"ה בס' המאור שם:

סעיף יט

ויש חולקין דברי הרב צל"ע דמשמע דלהיש חולקין אפי' בטעות שהעדי' מצויין לטעות אין נאמני' לומר שטעו וכן נראה מדבריו בד"מ ע"ש והא ליתא דהא היש חולקין הם הרמב"ן ור"י והרא"ש והם מודים בזה וכמו שאבאר באמת בב"י ובד"מ הביאו דברי הר"ן בקצר' ע"ש אבל כשתעיין בהר"ן עצמו פ"ק דר"ה תראה שמתחילה הביא דברי הרז"ה וכ' אבל הרמב"ן ז"ל כתב בפ' א"נ דהאי ירושלמי בשאין כת"י יוצא ממק"א אבל ודאי כל טעותא דעבידי עדים למיטעי ביה לית ביה משום חוזר ומגיד דהכי מוכח ההיא דפ' ג"פ (ההיא תברא דהוה חתים עליה רב ירמיה) עכ"ל והכי משמע מדברי הרב המגיד ריש פרק כ"ג מהל' מלוה והריב"ש סי' שפ"ב דאף להרמב"ן נאמני' העדי' עצמם לומר שטעו בעיבורא דירחא או בשער טעות דעבידי למיטעי ע"ש ומ"ש הטור וז"ל ובמה יודע שהוא מוקד' י"א כגון שהעדים החתומי' בו מעידי' שהוא מוקדם הם נאמנים ואפי' אם כ' ידן יוצא ממק"א שהרי הוא ניתן לכתוב מזמן שנעשית ההלואה לפיכך נאמנים לומר לא נתכוונו לחתום אלא מזמן שנעשית ההלואה ולא הרגשנו בשעה שחתמנו שהיה מוקדם אבל לדעת ר"י אם כת"י יוצא ממק"א אין נאמני' אא"כ מעידים עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות או שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואמרו שטעו בשנת המלך וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל לאו למימרא דלדעת ר"י והרא"ש אין נאמנים אא"כ אין כת"י יוצא ממק"א אף בטעות שהעדי' מצויין לטעות דא"כ אמאי נקט הטור דוקא טעינו בשנת המלך הל"ל נמי טעינו בעיבורא דירחא וכדאית' בתוס' והרא"ש ועוד דא"כ קשה מנ"ל להטור הא בדעת ר"י והרא"ש (ואע"פ שמדברי הב"ח נראה דה"ה טעינו בעיבורא דירחא וכ' שהוציא כן מדברי התוס' בשם ר"י פ"ב דכתובות מ"מ דבריו לא נהירין כלל למעיין שם) אלא נראה ברור דאין כוונת הטור רק שר"י והרא"ש חולקין על סברת הי"א שהוא סברת הרז"ה ובעל התרומות ריש שער נ"ו דס"ל דאפי' כת"י יוצא ממק"א נאמני' לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו אפי' אין אומרי' שטעו כגון שאין לתלות כלל הדבר בטעות יכולים לומר לא נתננו לב לחתום על זמן השטר ועל זה ודאי ר"י בעל התוס' והרא"ש חולקים שהרי הקשו והלא העדים פסולים והוצרכו לדחוק כגון שיש עדים אחרים שמעידי' עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות או שאומרים טעינו בשנת המלך או בעיבורא דירחא עכ"ל ואם איתא הלא מעיקרא לק"מ שהרי העדים עצמם יכולים לומר לא נתננו לב לחתום על זמן השטר אפי' לא טעו בשנת המלך או בעיבורא דירחא אלא ודאי ס"ל דכשכת"י יוצא ממק"א אין נאמנים. וס"ל להטור דטעינו בשנת המלך הוי טעות דלא עבידי למטעי ולהכי אין נאמנים אלא כשאין כת"י יוצא ממקום אחר אבל אם

אין אומרים טעינו בשנת המלך אין נאמנים אפי' כשאין כת"י יוצא ממקום אחר דמשוי נפשייהו רשיעי ודמי לאנוסים היינו מחמת ממון או שטר אמנה לקמן סי' מ"ו סעיף ל"ו דאין נאמנים אפי' אין כ"י יוצא ממק"א מטענת דמשוי נפשייהו רשיעי ע"ש) ואף על גב דלכאורה משמע מדברי התוס' והרא"ש שמה שמתרצים או שאומרים טעינו בשנת המלך או בעיבורא דירחא קאי גם אשכ"י יוצא ממקום אחר (ודלא כנראה מב"י וב"ח ע"ש) מ"מ התוס' והרא"ש לא באו אלא לתרץ קושייתם והלא העדים פסולי' כיון שבע"כ עדים אחרי' מעידי' שהשטר מוקדם ואם כן חתמו שקר ועל זה תירצו דעדי' אינם פסולי' דיכולי' להתנצל עצמם ולומר טעינו בשנת המלך או בעיבורא דירחא (ובזה ניחא נמי דל"ק כלל מה שהקשה בס' גדולי תרומה ריש שער נ"ו על דברי התוס' הנ"ל וז"ל ואיכא למידק לפי דבריה במ"ע אי בשכת"י יוצא ממקו' אחר היאך נאמנים לומר טעינו ואי בשאין כ"י יוצא ממ"א הא אפילו הם עצמן נאמני' לומר אנוסי' היינו מחמת נפשות ודוחק לומר דתירוץ ראשון מיירי בכת"י יוצא ממק"א ותירוץ שני באין כת"י יוצא ממ"א עכ"ל ולפי מ"ש לק"מ דכולהו מיירי בשכת"י יוצא ממ"א ואפ"ה נאמני' לומר טעינו להתנצל עצמם כשיש עדים אחרים שמעידי' שהוא מוקדם וכדפי' ודוק) אבל מ"מ הם עצמם אינם נאמני' לומר שהוא מוקדם ושטעו בשנת המלך רק כשאין כת"י יוצא ממ"א דטעות בשנת המלך אינו מצוי כל כך מ"מ במילתא דעבידי למיטעי אי נאמני' הם עצמם לא הוזכר בטור ובתוס' והרא"ש ומן הסברא נראה שמודי' בזה שנאמני' (וכשתירצו התוס' והרא"ש שאומרי' שטעו בעיבורא דירחא יכול להיות דמיירי אף כשהם עצמם אומרי' שהוא מוקדם) שהרי הם עומדי' בשטת הרמב"ן וכיון דהרמב"ן מודה לזה וכמ"ש לעיל למה נאמר שהם חולקי' וכ"כ המחבר לעיל סי' כ"ט בסתם דבכל טעות שהעדי' מצויים לטעות בו נאמני' הם בעצמם ואין בזה משום חוזר ומגיד והוא מרברי הר"ן הנ"ל דבפ"ק דר"ה ולא הביא המחבר או הר"ב שם שום חולק וא"כ דברי הר"ב בכאן שכתב ויש חולקין צל"ע. וצריך לדחוק דמ"ש הר"ב ויש חולקין לא קאי רק אריש דבריו וק"ל:

סעיף כ

אבל אם הקדימוהו בכוונה כו'. כ"כ ב"י במחו' ו' בשם הריב"ש סי' רס"ד (והוא ג"כ בריב"ש סי' שפ"ב) ולא ידעתי למה הוצרך לכתוב כן בשם הריב"ש שהרי הוא פשוט בתוסי בב"ק דף ל' ובב"מ דף ע"ב ובב"ב דף צ"ד ובראב"ש פ' א"נ ובהגהת מרדכי ובנ"י שם ובהר"ן פ"ק דר"ה ובתשו' סי' פ"ז ובה' המגיד ר"פ כ"ג מה' מלוה בשם הרמב"ן ורשב"א ובעה"ת ריש שער נ"ו ור' ירוחם נתיב ו' חלק ו' ושאר הרבה פוסקי':

סעיף כא

אין כל זה כו'. כלו' דלא תימא דהא ליכא למיחש שיגבה מזמן ראשון דהא בשנת נ"ז עדיין לא הי' חתנו וא"כ מה שנכתב נ"ז יהא משמעותו נ"ח ויהי' השטר בתקפד מנ"ח אלא ה"ל כאלו לא נכתב בו חתני והשטר מוקדם והוא פסול וקאמר ומ"מ אם העדי' קיימי' כו' כלו' השתא מפרש באיזה ענין השטר פסול. וקאמר אם אין כת"י יוצא ממקו' אחר הכל תלוי בעדי' ונאמני' לומר שנעש' בשנת נ"ח ויכולי' לכתוב לו שטר אחר מזמן שני ולא מזמן ראשון ואם כ"י יוצא ממקו' אחר אין נאמנין שנעש' בשנת נ"ח (והיינו כהיש חולקין שהביא הר"ב בסמוך לעיל ס"ח דבכ"י יוצא ממ"א אין נאמני' לומר שהוא מוקדם ולא הגיה כאן כלום שסמך אמ"ש בסמוך) ואם המקבל מתנה אומר שבשנת נ"ז קנו מידו נאמן ואם מודה שנעש' בשנת נ"ח הוא פסול מ"מ המקבל מתנה נאמן לומר טעות הי' מגו דאי בעי אמר שטרא מעליא כו' והיינו כשכת"י יוצא ממק"א. ובעיר שושן כ' ואם כת"י יוצא ממ"א ואין להם מגו אין נאמני' לחתו' שטר אחר כו' וכן נראה שהבין בסמ"ע ס"ק ט"ז ולא נהירא לחלק לענין שיכתבו שטר אחר מזמן שני בין כת"י יוצא ממ"א או לא ונרא' דאף שכת"י יוצא ממ"א יכולי' לכתוב שטר אחר מזמן שני אלא כוונת הרשב"א כמ"ש והמחבר ודוק. וגם מ"ש הע"ש אח"כ וז"ל א"נ הכא יש תקנה למקבל המתנ' אם אין כת"י יוצא ממ"א הוא בעצמו יודה ויאמר ששטר זה טעות הוא והשתא יהא נאמן במגו דאי בעי אמר ודאי שטר מעליא הוא כו' לא נהירא כלל ואולי ט"ס יש בדבריו וצ"ל אם כת"י יוצא ממ"א. עיין בתשו' מהר"א ן' חיים סי' מ"ג וסי' ק"י:

סעיף כב

יכולי' לחתום שטר אחר מזמן שני. דאלו לא עשו שליחותן שהרי הוא אמר להם לכתוב בשנת נ"ח והם כתבו בשנת נ"ז כו' כ"כ ב"י בשם הרשב"א (וכ"כ בסמ"ע) ולא ידעתי למה הוצרך לזה דהא בשטר מתנה ק"ל דכותבין אפילו כמה שטרות וכדמוכח להדיא בפ' גט פשוט ריש דקע"א וכמ"ש ב"י בשם הרשב"א גופיה לעיל סי' מ"א מחו' ח' ולקמן סי' מ"ט מחו' ב' וסי' רל"ט ס"א ואין לומר דמיירי במתנ' שיש בה אחריות דא"כ היאך יכתבו לו שטר אחר מזמן שני הא אתי למיטרף לקוחות שלא כדין בשטר מתנה זה שלא נכתב רק עתה אחר הזמן השני ואע"פ שאין כת"י יוצא ממ"א ואית להו מגו מ"מ כיון דבאמת שטר זה פסול אף מזמן שני אינן יכולין לעשות לו שטר אף מזמן שני והכי מוכח מדברי ה' המגיד ר"פ כ"ג מה' מלוה בשם הרמב"ן והרשב"א והגהת מרדכי פ' א"נ והטור ושאר פוסקי' שכתבו דמשכחת לה שיודע שהשטר מוקדם כגון שאין כת"י יוצא ממ"א ואומרי' אנוסי' היינו מחמת נפשות או טעינו בשנת המלך וכה"ג והא בכה"ג אית להו

מגו ואמאי לא יטרוף לקוחות אף מזמן שני יעשו לו העדי' עצמם שטר מזמן שני אלא ודאי כיון שהשטר הראשון פסול אין יכולי' לעשות לו שטר מזמן שני דיטרוף שלא כדין מזמן שני דהא לקוחות לא ידעי משום שטר מזמן שני וא"כ ה"ה הכא בשטר מתנה שיש בה אחריות. ועוד דא"כ היאך מסיק הרשב"א ואם יש עדי' אחרי' כשרי' שראו שקנו מידו בשנת נ"ח יכולי' לכתוב לו שטר המתנ' משנת נ"ח דעידי מתנה א"נ שיהיו מזומני' לעדות כדמוכח בפ' יש נוחלין גבי שלשה שנכנסו נבקר החולה א"נ יעידו בפני ב"ד והם יכתבו לו שטר מעשה ב"ד בקבלת עדים אנו עכ"ל והא במתנ' שיש בה אחריות מוכח בפ' גט פשוט דעדים לא יעשו שטר אחר רק ב"ד וכמו שנתבאר לעיל סי' מ"א (והכא נראה דאפילו ע"פ ב"ד לא מהני לעשות שטר אחר מזמן שני אם המתנ' היא באחריות מטעם שכתבתי ודוק) וגם ההוא דיש נוחלין אינה ענין נכאן דהתם לא מיירי ממתנ' שיש בה אחריות וכן משמע בסמ"ע ס"ק ט"ז דהרשב"א מיירי בסתם מתנה שכ' וז"ל והטע' דבמתנ' א"צ שיהיו מזומני' דדוקא בעידי הלואה דאיכא למימר שהעדי' שהזמין כתבו וחתמו ויהבו שטר למלו' והלוה כבר פרע לו ולקח שטרו מידו (ע"ל סי' ל"ט סעיף ה') משא"כ במתנ' מיוחדת דלא שייך לגבות בו ב' פעמי' עכ"ל ואי במתנה שיש בה אחריות הא איכא נמי למיחש שיגבה ב' פעמים וכדאיתא בש"ס ולעיל סי' מ"ח אלא ודאי מיירי בסתם מתנה ולכך יכולי' העדי' לכתוב לו מזמן שני שאינה אלא להעמיד המתנ' בידו ולא יהא אלא שמעידין כן בעל פה שנתן לו מתנה זו בזמן פלוני שהרי היא שלו בזמן פלוני. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא ל"ל טעמא דאלו לא עשו שליחותן וגם אמאי מסיק ואם יש שם עדים אחרי' כו' הלא אפילו העדי' עצמם יכולי' לעשות לו שטר אחר של מתנה ואולי זמן שני דקאמר היינו זמן של עכשיו ומיירי שמיד בשנת נ"ח נודע הפסול ומיירי במתנ' באחריות ודלא כסמ"ע וצל"ע:

סעיף כג

ולא יום שהלוה לו. ולהפוסקי' כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אף בלא קנין כשנמסר למלו' זכה למפרע מיום שהלו' לו וכבר הארכתי בזה לעיל סימן ל"ט סעיף י"ג ס"ק ל"ו (עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' צ"ט):

סעיף כד

שטרי חוב המאוחרי' כשרי'. כתב בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קמ"ה אע"פ שאחרוהו שלא מדעת המלו' ופשוט הוא ולחנם האריך שם בזה ופלפל והניח בצ"ע ע"ש כי היאך יעלה על הדעת לפסול שטר שנכתב למלו' מפני שאחרוהו וגרעו כחו:

סעיף כה

המאוחרי' כשרי'. ל' ב"י מחו' י"א מדברי בעה"ת שער נ"ז משמע שהמוציא על חבירו שטר מאוחר עד דמטא זמני' לא טריף עכ"ל ולא ידעתי למה הוצוך נכתוב כן בשם בעה"ת הלא ש"ס ערוך הוא רפ"ק דעכו"ם דף ט' סבור רבנן למימר האי שטר מאוחר הוא ולא טריף עד דמטא זמניה ומביאו הב"י ריש סי' זה:

סעיף כו

אבל אם לא כתב בו דאקני פסולי'. ולהי"א לקמן ר"ס קי"ב דגם בדאקני אחריות ט"ס כשרי' הכא אף בלא כתוב בו דאקני אא"כ שפירש בו בלא דאקני וע"ש בסי' קי"ב ס"ק א' שהעליתי בזה וגם ישבתי להי"א על נכון מה שהקש' ה' המגיד על הרמב"ם וגם מה שהקש' על הרשב"א ע"ש:

סעיף כז

פסולי'. מפני שטורף הנכסי' שקנה אחר ההלואה עד כתיבת השטר שלא כדין:

סעיף כח

אבל בשטרי מקח וממכר. נ"ל ה"ה שטר מתנה וזיל בתר טעמא (עיין בתשו' מ"ש לס' משפטים סי' ס"ה שהאריך להקשות על בעל העיטור ע"ש):

סעיף כט

אפי' מאוחרים פסולי'. הטעם איתא בש"ס ופוסקי' דאיכא למיחש שמא אח"כ יחזור וימכרנ' להמוכר ויוציא אח"כ זה השטר שזמנו מאוחר ויאמר חזרתי ולקחתי ממך פעם שנית וכתבוהו הטור והמחבר לקמן סי' רל"ט. ונ"ל דמסתמא לא יוטל ממנו השטר מכירה שכתב לו שהוא ללא צורך דאע"פ שהחזיר לו השטר לא חזרה המכירה או המתנה דקי"ל כחכמים דפליגי ארשב"ג בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ט) וכדלקמן סי' רמ"ג ס"ט וגם גוף השטר הוא של לוקח כיון שהוא נותן שכר הסופר כדלקמן סי' רל"ח ובע"כ כשרוצה המוכר לחזור וליקחנו צריך לשמור גוף השטר מכירה החדש כמו שאר לוקחים וגם יוכל הלוקח לומר אע"פ שגוף השטר בידי לא אתננו לך כיון דבע"כ צריך אתה שטר מכירה מחדש א"כ תשמור שטרך כמו שאר לוקחים ואם לא תרצה לא אמכור לך (אבל בשט"ח מאוחרים יטול ממנו השטר עצמו ובטל החוב בזה וגם גוף השטר של לוה הוא וצריך המלוה ליתן לו גוף השטר כדלקמן סי' נ"ז כיון שהלוה נותן שכר הסופר כדלעיל ס"ס ל"ט יתן לו וכשלא גוף השטר כד אירכס ליה יכתוב השובר סתם וכדלקמן סי' נ"ד ס"ג כנ"ל) ונלפע"ד שבחנם דחק רשב"ם דף קע"א ע"ב לפרש גבי שטר מכר דאירכס ליה וכתב לו שובר כו' ע"ש דהא גבי שט"ח הוא דקאמר בש"ס

בתר הכי דאירכס ליה וכותב לו שובר אבל בשטר מכר לא קאמר בש"ס הכי אלא ודאי כדפרישית: כתב הב"ח וז"ל ועוד איכא טעמא רבה דכ' זבין ללוקח ראשון בניסן וכ' שטרא בתשרי והדר זבין ללוקח שני באייר וכתב ליה באייר כי אתא ב"ח טריף מלוקח ראשון שזמנו מאוחר שלא כדין טריף ותו איכא טעמא דכי לוה בניסן וזבין באייר ולוה עוד בסיון וכתב לתרווייהו דאקני השתא אי עבדי' האי שטרא מאוחר וכתב ביה דזבין השדה בתמוז אתו הנהו תרי מלוין ויחלוקו השדה שלא כדין שהרי הכל הוא לראשון כיון דזבנה באייר מקמיה דלוה עוד בסיון עכ"ל ודבריו תמוהין מאד דמ"ש ועוד איכא טעמא רבה כו' ליתא אפי' טעמא כל דהו דכי בשביל שיש הפסד ללוקח באיחור השט' יפסיד הלוקח שטרו הלא יאמר הלוקח מה לכם לפסידא דילי אנא ניחא לי בהפסדה ובקיום השטר. ובכל דוכתא לא פסלינן לשטרא אלא כשיש בו ריוח לבעל השטר אבל לא כשמגרע כח בעל השטר. גם מ"ש ותו איכא טעמא כו' נלפע"ד ג"כ דלאו טעמא הוא כלל דהא כיון שאפשר שלקחו הלוקח וחזר ומכרו למוכר וחזר ולקחו ממנו פעם שנית כדאמרי' הדרית זבנית מינך א"כ אין השטר המאוח' ראיה שאז דוק' קנהו ופשיט' שיכול המלו' ראשון לטעון שקנהו ג"כ קודם לכן וזה השטר המאוחר הוא על קניה אחרת מאי אמרתמאן לימא לן דקנהו מזמן הראשון הא השתא נמי יוכל הלוקח לכבוש השטר מכירה ומאן לימא לן דקנהו מזמן הראשון ועוד יש לסתור טעם זה בדרכים אחרי' ודוק. תימה גדולה על הב"ח איך בדה מלבו טעמים שלא הוזכרו בש"ס ובשום פוסק דבש"ס ובכל הפוסקי' לא קאמרינן אלא טעמא משום דילמא הדר זבין מוכר מיניה כו' משמע להדיא דברשות המוכר שטרי מקח מאוחרים כשרים דהא כיון דידע המוכר דשטרו מאוחר לא זבין ליה מיניה עד דהדר ליה שטרא ולפי טועמיה של הב"ח אפי' ברשות המוכר ה"ל להיות פסולים אלא ודאי כדפי' וזה ברור:

סעיף ל

פסולים. נ"ל דאם הודיעו למוכר שאחרו השטר מכר כשרי' ולפ"ז מסתמא כשרים עד שיתברר שלא הודיעו ודוק:

סעיף לא

אין לאחר שום שטר לכתחלה. אם לא שא"א בענין אחר כדלקמן סעיף י"ט וך' ושאר דוכתי דאז הוי כדיעבד:

סעיף לב

דאי אמר אשתבע לי כו'. משמע דר"ל שטוען אשתבע לי שאינו מוקדם וכן פי' הסמ"ע והב"ח. וקשה לי על המחבר א"כ למה ישבע בשלמא על הטור לק"מ דלטעמיה אזיל

דכ' בס"ו שמסקנת הרא"ש ששט"ח המוקדמים פסולי' אפי' לגבות מבני חרי ואפשר שגם בעל העיטור סובר כן אבל על המחבר קשה דהא פסק בסתם לעיל סעיף ז' דגובה מבני חרי. ודוחק לומר דהמחבר מפרשו לענין לקוחות. ועוד דא"כ ל"ל דאמר אשתבע לי הא בלא"ה צריך לישבע נגד הלקוחות דקיי"ל טענינן ללוקח ונראה דמיירי שטוען שהעדים הקדימו בכוונה ופסולים שחתמו שקר וכן משמע בדברי בעל העיטור שהביא הבעל התרומות סוף שער נ"ו וז"ל אבל לפסול את השטר אחר שנתקיים ולאחזוקי סהדי בפסולים לא מחזקינן ומסתברא דאי אמר לשתבע לי משתבע ליה אבל לא נתקיים השטר על בעל השטר להביא ראיה ואמרינן ליה קיים שטרך ואות לדינא עכ"ל וכן משמע בבעל העיטור עצמו דף ד' ע"א ע"ש:

סעיף לג

אשתבע לי. שאינו מוקדם אע"פ שאינו טוען אשתבע לי דלא פרעתיך חייב וישבע דאע"ג דבטוען אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי אין צריך לישבע וכדלקמן סי' פ"ב סעיף י' הכא כיון דזמנו בשבת איכא ריעותא. דמוקדם וצריך לישבע וכ"כ הסמ"ע ס"ק כ"ה והב"ח ומשמע דאי ליכא ריעותא לפנינו א"י להשביעו שאינו מוקדם דלא גרע מאמנה וכתבתי ללות ולא לויתי. ואין להקשות ממ"נ אי טוען שפרעו ישבע לי בלא"ה צריך לישבע לו שלא פרעו ואי אין טוען שפרעו ישלם לו י"ל דטוען שפרעו אלא שאינו רוצה לומר לישבע לי דלא פרעתיו שחושד אותו שישבע כן שמורה לעצמו איזה היתר על שבועה זו אבל זה יודע שלא ישבע שאינו מוקדם לכך אומר ישבע לי שאינו מוקדם א"נ מיירי שטוען לא לויתי דאפי' טוען לשתבע לי שהלוה לי לא משבעי' ליה בשטר כשר כדלקמן ספ"ב סעיף י' דלא משבעינן אלא בפרעתי כיון דשטר לפרעון הוא עומד לכך טעין לישבע לי דלאו מוקדם הוא וע"ז צריך לישבע לו כיון דזמנו בשבת ואיכא ריעותא דמוקדם לפנינו וכמ"ש: כל שטר כו' שנמסר כו'. כ"כ הטור. והקשה הסמ"ע ושאר אחרונים דהא הטור ס"ל לעיל ס"ס ל"ט כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו והב"ח כ' בסי' ל"ט סי"ו וסכ"ד ובסי' זה סעיף י' דאפי' לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו היינו דוקא כשהלוה מצוה שיעמוד השטר בידם בשביל המלוה או בסתם אבל כאן דאיתרע בנפילה חיישינן דילמא אמר לעדים שיתנוהו לידו של לוה דהשתא לא זכה בו למפרע כו' עכ"ל ודבריו תמוהין דהא מוכח להדיא בש"ס פ' שנים אוחזין בכמה דוכתי דאפי' אומר בפי' שיתנוהו לידו של לוה אמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו חדא דהא אביי מתרץ (בדף י"ג ע"א) מתני' דכותבי' שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו אפי' בשטרי דלאו אקנייתא ומשום עדיו בחתומיו זכין לו כותבי' שטר ללוה כו' משמע שמוסרים השטר ליד הלוה

ועוד דא"כ מאי פריך לאביי מהך דמצא גיטי נשים וכו' נמלך עליהם מאי הוי והא אמרת עדיו בחתומיו זכין לו וכן בתר הכי פריך לאביי ממתני' דקתני מצא שטרי חוב כו' ומתרץ אביי ה"ט דחיישינן לפרעון ולקנוניא ולשמואל דאמר לא חיישינן לפרעון ולקנוניא כו' שמואל מוקי למתני בשאין חייב מודהכו' ואם איתא הא מעיקרא לק"מ דבמתני' כיון דנפל חיישינן דילמא אמר לעדים שיתנוהו לידו של לוה ולא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וכן גבי שובר משני אביי (דף כ' ע"א) שובר בזמנו טורף ועדיו בחתומיו זכין לו והא התם איתרע בנפילה והכי מוכח נמי ממ"ש התוס' והרא"ש גבי אוקימתא דר' אבא בר ממל דהיינו דלא כאביי כו' ע"ש והכי מוכח נמי להדיא ממ"ש הנ"י בשם הרנב"ר ומביאו הב"י וד"מ וסמ"ע לעיל סי' ל"ט ס"ק ל"ט דלאביי בכל ענין עדיו בחתומיו זכין לו. וכדי שלא נשוי להב"ח טועה כל כך לומר שהוא נגד כל הנך סוגיות ופוסקים צריכים אנו ליישב דבריו בדוחק דודאי לאביי בכל ענין עדיו בחתומיו זכין לו רק דהטור הכריע מסברתו ופסק בנפילה דלא כאביי כך צ"ל כוונת הב"ח אע"פ שפשט לשונו לא משמע כן ע"ש. ועוד אפשר ליישב דבריו בדרכים אחרי' דחוקים. אבל אין דבריו נ"ל דאין התחלת קושיא זו שנבוכו בה האחרוני' מ"ש הטור כאן וכל שטר הבא לפנינו כו' והלא הטור פסק לעיל ס"ס ל"ט עדיו בחתומיו זכין לו והוא בשום לבעוד מאי מהני ראיה שבא לידו מזמן הכתוב בו הא אכתי איכא למיחש לפרעון ולקנוניא כדלקמן סי' ס"ה ואע"פ שבסמ"ע ס"ק כ"ו הרגיש קצת בזה ותירץ דשאני הכא כיון דהמלוה בעצמו מצאו וכ"כ לקמן סי' ס"ה ס"ק מ' אין דבריו נ"ל דהא דין זה לקוח מהתו' והרא"ש פ"ב דגיטין וכדאיתא בב"י ושם כתבו בהדיא שמצאו אחר ועוד דהיכא דהמלוה מצאו בעצמו א"צ להביא ראיה כלל וכמ"ש הרשב"א בתשו' והמחבר לקמן סי' ס"ה ס"ב ע"ש ודוחק לומר דהרשב"א והמחבר מיירי שם דאין חוששים לפרעון אבל צריך להביא ראיה על המסירה וגם בתשו' רשב"א גופה לא משמע כן דמסיים שם בתשו' הרי זה כמי שנפל לו שטר בחצר חברו ומצאו קודם שיבא ליד אחר שאין חוששים לו דלא איתרע שטר אלא כשנולד לו ספק ביד אחר עכ"ל. אבל המעיין בהרא"ש פ"ב דגיטין יראה שעיקר הפלפולשם קאי אגיטין והמעיין שם בהרא"ש יראה לעינים שדברי הטור מועתקים מדברי הרא"ש לשם. וא"כ שטר דנקט הטור כאן דומיא דגט קאמר דליכא למיחש ביה לפרעון ולקנוניא וכן לא שייך ביה לומר עדיו בחתומיו זכין לו וכדמוכח להדיא בש"ס פ' שנים אוחזין (בבא מציעא דף י"ט ע"א) דגבי גט וכה"ג שהוא שטר של חובה לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וכ"כ התוס' שם להדיא וה"ק הטור וכל שטר הבא לפנינו דלא שייך ביה לומר עדיו בחתומיו זכין לו אפי' ליכא ביה למיחש לפרעון ולקנוניא צריך להביא ראיה על המסירה

היכא דאיתרע בנפילה וכ"כ הטור ברמזים פ"ב דגיטין וז"ל כל גט ושטר הבא לפנינו לא חיישינן שמא מאוחר הוא אלא תולין שביום שנכתב נמסר אבל אי איתרע בנפילה צריך להביא ראיה מתי בא לידו עכ"ל ולפי זה ניחא נמי הא דכתב הטור לעיל דברי הרמ"ה וכ' עליו ואין נראה לחלק כו' משום דנפקא מינה לענין גיטין וכה"ג דלהרמ"ה בכתב גט ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי לא הוי מוקדם. כן נ"ל ודוק:

סעיף לד

נכתב ביום ונחתם בלילה כו'. וכתובה איכא פלוגתא בין הפוסקים אי כמעשה ב"ד דמיא ונכתב ביום ונחתם בלילה כשר אולא והזכירום הרא"ש והר"ן פ"ב דגיטין וה' המגיד ר"פ כ"ג מה' מלוה ע"ש והרשב"א בחדושיו שם פסק דכמעשה ב"ד דמיא וע"ש:

סעיף לה

אפי' לא חתמו אלא לזמן מרובה. וה"ה אפי' לא חתמו כלל דקי"ל קנין יש לו קול וטורף אפי' לא נכתב כלל כדלעיל ריש סי' ל"ט וכן דעת רוב הפוסקים ודלא כהרא"ש וסייעתו ומ"ש הסמ"ע לעיל ר"ס ל"ט וכאן ס"ק כ"ט לחלק בין כשהעדים לפנינו או לא לא נהירא ובחנם דחק דודאי דעת הרא"ש וטור דדוקא כשנכתב אבל דעת המחבר כרוב הפוסקים:

סעיף לו

יש מי שאומר כו'. ומהרמב"ם ושאר הפוסקי' לא משמע כן שלא חילקו בכך:

סעיף לז

שהוא מתחייב בקנין. ולא קנו עד הלילה וכ"כ בסמ"ע ופשוט הוא:

סעיף לח

סומכים זמן הכתיבה ויש גורסים זמן הקנין ועיקר כדאיתא בסמ"ע וב"ח ועי' בתשו' מהר"א ן' חיים סי' מ"ג:

סעיף לט

מיהו אם כתבו סתמא במקום כו' הג"ה זו שייכה בסעיף כ' וע' בסמ"ע:

סעיף מ

לא יאמרו כו' דין זה לא מסתבר כלל ואף שבב"י כ' שאנו מוכרחים לפרש כן דאל"כ למהליה לטעמא דמיחזי כשיקרא הא משום ספק פסול דדילמא מוקדם הוא וגם בבעל התרומות נראה שהוציא כן מהש"ס מ"מ לפע"ד אינו מוכרח כלום ורבה בר שילת קאמר דאי לא ידעי יומא דקנו ונראה להם שקנו ממנו בתחלת תשרי והם מסופקים בכך לא יכתבו בשטר בסתם שקנו ממנו בתחלת חדש תשרי שאם יבואו לידי בירור שקנו ממנו בתחלת חדש תשרי יתנו לו השטר ואם לא יתברר יקרעו דשטר דמ"מ בשעת כתיבה

מיחזי כשיקרא וה"נ אמרי' בש"ס פ' הכותב ושאר דוכתי האי אשרת' דדייני דכתיבה מקמי דנחוי סהדי אחתימת ידייהו פסולה דמיתחזי כשיקרא ונתבאר לקמן סי' מ"ו סכ"ד והיינו אפי' שלא יתנו השטר עד אחר שיודו העדים על חתימת ידם פסולה כיון שבשעת כתיבה לא הודו ואף החולקים שם י"ל דמודו כאן או אפשר שהחולקים שם פליגי נמי הכא ולכך הרא"ש בפ' ג"פ השמיט בדברי רבה בר שילת דמיחזי כשיקרא משום דס"ל דבשאר שטרות שאינן מעשה ב"ד קי"ל דלא חיישי' למיחזי כשיקרא וכמ"ש בפ' הכותב. וגם ראיתי בבעל העיטור דף ד' ע"ב שכ' על רבה בר שילת וז"ל ומסתברא כיון דקי"ל בעלמא למיחזי כשיקרא לא חיישי' כתבי יומא דבריר להו וכתבי ואחרנוהו עכ"ל וא"כ אפי' יהיה פי' הש"ס כהבעה"ת וב"י מ"מ הא הבעל העיטור פסק דלא קי"ל הכי ע"כ נלפע"ד היתר ברור שאם יודעים שקנו ממנו בתשרי ואינן יודעין בכמה מותרים לכתוב מתחלת חשון מיהו בחדושי רשב"א פ' כל הגט משמע כהטור ובעה"ת שכתב שם דאמרינן בגט פשוט אי ידעיתו יומא דאקניתו בי' כתובו ואי לא כתובו יומא דכתביתו ביה ואי לא מחזי כשקרא כלום' אבל יומא דלא קנו ביה ולא יומא דכתבו ליה לא אע"ג דודאי קנו מיניה מקמי ההוא יומא דכתבי אינהו משום דמיחזי כשיקרא עכ"ל וצ"ע:

סעיף מא

משקרי' ופסול. ולי נראה עיקר כרש"י ר"פ אחד דיני ממונות ורבי' ירוחם נ"ד ח"ב שאין השטר נפסל בדיעבד בכך ומביאם ב"י וכן דעת התוס' בשם ר"י בגיטין סוף פרק הזורק (גיטין דף פ') סוף ע"א וכן נראה דעת הבעל העיטור דף ד' ע"ב ע"ש וכן משמע להדיא מדברי התוס' פ"ב דכתובות דף כ"א ע"ב בשם ר"י ע"ש ולענין מה שהקשה הנ"י ר"פ אד"מ אפי' רש"י מהך דגטין מיושב מתוך מה שכתבו התוס' בגטין שם דדוקא בגטין פסולים בדיעבד ולא בשאר שטרות וכ"כ הר"ן ומרדכי ואגודה פרק הזורק וכן נלפע"ד דעת הרמ"ה והטור שהביא המחבר לקמן סעיף כ"א דאי ס"ד דס"ל דאף דיעבד פסול היאך ישנה את השטר משום המטבע וא"כ קשה על המחבר שהעתיק לקמן סעי' כ"א דברי הטור בשם הרמ"ה ואולי ס"ל לחלק אבל אין נרא' כן וגם לא משמע כן מדברי הטור והרמ"ה מדכתבו לא יכתבו אלא שם המקו' שמסרו הדברי' שם ואם איתא דאפי' דיעבד פסול ה"ל לתקוני בכל מה דאפשר שלא יפסול השטר והכי הל"ל אבל אם המטבע משתני יכתבו מקום שנמסרו הדברים וגם מקום החתימה דהיינו קנינו במקום פלוני וכתבנו וחתמנו במקום פלוני ודוק:

סעיף מב

בשל ראובן כתוב בב"ח בניסן. בטור כתוב בה' בניסן וכתב בסמ"ע דצ"ל ג"כ בכ"ח בניסן ואין צורך דהטור לישנא דהש"ס נקט ובש"ס מעשה שהיה כך היה ע"ש:

סעיף מג

כיון שסכום כו'. ואינו על סך אחר ממילא אמרינן שהשובר נכתב על אותו שטר והשובר כשר. ואמרינן דהעדים לא ידעו זמן השטר לכך כתבו סתמא וכדלקמן סי' נ"ד ס"ג ועיין מ"ש שם:

סעיף מד

יד בעל השטר על התחתונה. וכ"כ הריב"ש סי' ת"ר שאם לא נודע איזו נכתב קודם יד בעל השטר על התחתונה ואם ידוע שהשובר קודם השטר בתקפו וע"ש:

סעיף מה

דבלשון העולם עד ולא עד בכלל כו'. בד"מ דחה דין זה מפני הדין שכתב הרא"ש והמחבר בסי' שלפני זה וז"ל כתב הרא"ש בתשו' כלל ע"ו על ראובן שהוציא שובר שכתוב בו שמעון מחל לו כל תביעת ממון שהיה לו עליו עד היום הזה ושוב הוציא שמעון שטר שראובן חייב לו מנה וזמן השטר והשובר ביום א' יראה דיד בעל השטר על התחתונה עכ"ל וכתב ב"י דכ"כ הרשב"א ודלא כתשו' אחרת של הרא"ש בכלל ע"ו דכתב דעד ולא עד בכלל ואין אותו היום בכלל ד"מ ואין דבריו נכונים ואם כדבריו שתשו' הרא"ש סותרים זא"ז יותר ה"ל לדחות תשובה הראשונה שהרי התשובה האחרונה ברורה בטעמא דאיתא בכמה דוכתי בש"ס בנדרים דבשטרות דנין כמו בנדרי' והוא מוסכם מכל הפוסקים וגבי נדרים איתא להדיא בש"ס ופוסקים דאם אמר עד הפסח אינו אסור אלא עד שיגיע ואין הפסח בכלל דבנדרים הולכים אחר לשון בני אדם ועד ולא עד בכלל וכמו שנתבאר בי"ד סי' ר"ך סעיף י"ב אבל באמת נראה שאין התשובות סותרות זא"ז וכמו שאבאר וע"כ פסק המחבר את שתיהן ונראה שגם הרב חזר בו ולכך לא השיג כאן על המחבר. והנ' כבר נתעוררו האחרונים בישוב שתי תשובות הרא"ש אלו. גם מהרשד"ם סי' קי"א דחק עצמו בזה. ובתשובת מהר"א ן' ששון סי' פ' וסי' קצ"ג כ' לתרץ וז"ל התשוב' הראשונה מיירי ששניהם מודים שמחל לו גם אותו יום אלא שטוען שזה השובר נעשה בבקר והשטר מאוחר הוא שנעשה בערב וזה או' להיפך ולכך מספיקא לא מפקינן ממונא אבל בתשובה הב' בעל השטר טוען שלא מחל לו אותו היום וכי תימא לעיל נמי יהיה נאמן במה דאמר ששטרו מאוחר במגו דאי בעי אמר שלא מחל לו אותו יום נראה דמגו להוציא לא אמרי' כשנעיין בדברי התוס' פרק ח"ה והרא"ש שם נראה

שסוברים דאף בשטר לא אמרי' מגו להוציא עכ"ל ומ"ש כשנעיין בדברי התו' כו' ליתא דאדרבא המעיין בדברי התוס' והרא"ש שם יראה להדיא שסוברים דהיכא דאיכא שטרא לא הוי מגו להוציא וכדמוכח מהך דסטראי דלקמן סי' נ"ח ויותר ה"ל לתרץ לפי דרכו שכתוב בשובר להדיא שגם יום זה בכלל או שיש לו עדים בזה: אבל לפע"ד מעיקרא ל"ק מידי דהרי הרא"ש גופיה כתב בתשובה האחרונה דאם כ' עד עכשיו הוי ספיקא א"כ בתשובה הראשונה שכתוב בו שמחל לו כל תביעות שהיו לו עליו עד היום הזה דמי ממש לכתוב עד עכשיו כיון שעומד באמצע היום וכותב עד היום הזה ועוד דלשון עד היום הזה הוא בכל מקום עד עכשיו כמו על כן לא יאכלו בני ישראל את גיד הנשה עד היום הזה וישם אותה יוסף לחק עד היום הזה ולברך בשמו עד היום הזה ואזנים לשמוע עד היום הזה ולא ידע איש את קבורתו עד היום הזה יד אבשלום עד היום הזה וישבו שם עד היום הזה וכאלה רבות עצמו מספר אבל בתשובה האחרונה שכתוב בו שמחל לו כל תביעות שיש לו עליו עד ה' בניסן הוי כאומר עד הפסח רוצה לומר עד התחלת ה' בניסן כן נ"ל ברור:

סעיף מו

נותנים למי שכתוב בו אדר סתם. ובש"ך בי"ד סי' ר"ך ס"ק כ"ז הארכתי בזה והעליתי דאין נותנים אותו למי שכתוב בו אדר סתם אלא יחלוקו וע"ש. ועיין מ"ש לקמן סי' שי"ב סעיף ט"ו ס"ק ט"ו:

סעיף מז

היינו עד שיעברו כו'. דין זה צ"ע דלא מסתבר זמן רחוק כל כך ומכ"ש דקשה דלפי זה אם כתוב בשטר אחר חג השבועות או אחר חג הסוכות היינו עד רוב הימים וכ"כ הר"ן ס"פ מי שאחזו להדיא דלפ"ז אם נשבע לפרוע אחר חג הסוכות יש לו ג' חדשים וזמן רב כזה דחוק מן השכל. לכך נראה כמו שפי' רבינו חננאל הביאו הר"ן והרשב"א בחדושיו והרא"ש שם דאחר הרגל היינו ט"ו יום אחר הרגל ולא שנא פסח או שבועות או סוכות ואע"פ שהרשב"א והר"ן שם כתבו על דברי ר"ח שלא נתבררו דבריו היינו משום שלא ידעו מנין לו כן אבל כבר נידע שכל דברי ר"ח הם דברי קבלה מן חכמי הש"ס שהיה גאון קדמון מהגאוני' וכ"כ הרא"ש ספ"ק דנדה וס"פ שבועת הדיינים ושאר פוסקים בכמה מקומות שדברי ר"ח דברי קבלה ועוד שנ"ל מקור לדברי ר"ח מפ"ק דתענית ומייתי לה בפ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ח ע"א) ר"ג אומר שואלין על הגשמים ז' במרחשון ט"ו יום אחר החג כדי שיגיע אחרון שבא"י לנהר פרת וק"ל הכי נמצא דכל פעם שהיו ישראל עולים לרגל לא היו יכולין להגיע לבתיהם אחר הרגל אלא בט"ו יום והיה דומה

להם כאלו הם עדיין בא"י עסוקים בעניני הרגל כל זמן שלא היו עוברים הנהר הגדול נהר פרת וא"כ אחר הרגל מיקרי ט"ו יום ואע"ג דהשתא אנן בגולה מ"מ לשון אחר הרגל נמשך מהם וכה"ג אשכחן טובי וגם הרא"ש ס"פ מי שאחזו נראה שפוסק כר"ח וכ"כ ברמזים שם וכ"פ בפשיטות בטור ת"ע סי' קמ"ד וגם רבי ירוחם בחלק חוה נתיב כ"ד ח"א הביא דברי ר"ח בלי שום חולק עליו. ותימה עליו על מ"ש בסתם בס' משרים נ"ד ח"ד דעד הפסח היינו עד שיעברו רוב ימים שבין פסח לעצרת. ואפשר ר' ירוחם מחלק בין פסח לשאר רגלים אע"פ שהוא דוחק לפרש דבריו שבנתיב כ"ד בשני רגלים וכן משמע להדיא בעיר שושן דדוקא בפסח דינא הכי שכתב וז"ל דכיון דפסח ועצרת שייכי להדדי שסופרים ספירה מפסח עד עצרת הם כולם נחשבים כמו שבוע אחת כו' ע"כ ולפי זה מ"ש הר"ן דלתשובת הרי"ף ה"ה בסוכות יש לו ג' חדשים אינו מוכרח די"ל דדוקא בפסח פסק הרי"ף כן ע"ש. ולפ"ז אפשר דגם המחבר לא קאמר אלא בפסח ולא בשאר רגלים. אבל בדברי הרמ"ה שהביא הר"ן שם מבואר דבכל רגל חשבינא ליה המחצית ע"ש. ובשלטי גבורים ס"פ מי שאחזו כתב וז"ל ואם אמר אחר הרגל הרי הוא כאלו אמר אחר החדש ונותני לו כל ימי השבת שהם אחריו כבקו' הראיות עכ"ל ואני לא ידעתי ראיה לזה. עכ"פ נראה מדבריו להדיא ג"כ דאחר הרגל אינו זמן רב רוב ימים שבין רגל לרגל. ונראה דהרמב"ם פ"ט מה' גירושין והסמ"ג שם והלכות גדונות וראב"ן שהשמיטו דין אחר הרגל דבס"פ מי שאחזו היינו משום דס"ל דכיון דבש"ס קאמר דלית הלכתא כר' מאיר דאמר ל' יום אחר הרגל ולא פי' בש"ס הלכתא מאי אלמא דלש"ס גופא מספקא ליה והלכך הוי ספיקא דדינא עד כמה נקרא אחר הרגל:

סעיף מח

רוב כו'. כתב בסמ"ע דרוב לאו דוקא וכ"כ בר"ן מחצית נמצא דלבני א"י החיוב עליו מיד אחר כ"א יום ולבני ח"ל אחר ך' יום ומחצה עכ"ל ולפעד"נ דרוב דוקא וכן הוא בר' ירוחם נ"ד ח"ד שיעברו רוב הימים כו' ור"ל כגון היכא דיש בין רגל לרגל מספר נפרד היינו עד שיעברו רוב הימים דלא מסתבר לחלוק יום א' והר"ן מיירי היכא שיש מספר זוגי א"נ המחבר ור' ירוחם דמיירי להדיא בזמן הכתוב בשטר ולכך צריך רוב דיד בעל השטר על התחתונה אבל ר"ן מיירי להדיא בנשבע לפרוע לו ובשבועה אזלינן לחומרא ודמי למ"ש הרשב"א בתשו' והמחבר לקמן סי' ע"ג סעיף ט' בנשבע לפרוע לו בראש חודש פלוני שחייב לפרוע לו ביום הר"ח הראשון מטעם ספיק' דאורייתא לחומרא ע"ש כנ"ל. גם מ"ש הסמ"ע דלבני א"י חל החיוב מיד אחר כ"א יום כו' וכ"כ לעיל מיניה דבין סוף פסח לתחלת עצרת הוא לבני א"י מ"ב יום ולדידן שעושין כל י"ט שני י"ט מספק

נשאר מ"א יום כו' וכ"כ אח"כ דמ"ש המחבר עד כאן כ"א יום אין ר"ל רוב הימים שבין פסח לעצרת דהיינו כ"א יום דא"כ מנינא למה לי אלא הוא רשימה לחזור הש"ע עד כאן בכ"א יום כו' ולא דק דמסוף פסח לתחלת עצרת הוא לבני א"י מ"ג יום ולדידן מ"ב יום נמצא דכ"א יום לכ"ע ליכא רובא ולבני א"י אפי' פלגא לא הוי:

סימן מד

סעיף א

צריך להחזיר כו'. כתב הסמ"ע דמה שכותבים בסוף השטר וקנינ' מפלוני לפלוני כו' ג"ז מיקרי חזרת השטר ואע"פ שעדיין לא נכתב למעל' אלא שאמר הלוה שיקנו מידו למלוה ולא כתב שם דכן עשו דקנו מיניה עד לבסוף שכתב וקנינא כו' מ"מ כיון דאין זה דבר חדש לגמרי גם כי מסתמא עשו העדים מה שביקש מהן וע"ש זה התחילו לכתוב השטר מ"ה בכלל חזרת השטר. הוא עכ"ל ומ"ש דקנינא הוי חזרת השטר כ"כ רשב"ם פ' ג"פ סוף דף קס"א ורש"י פ"ק דגיטין דף י"א סוף ע"א אבל התוס' והמרדכי כתבו דלא הוי חזרת השטר והבאתי דבריהם לקמן ס"ק ב'. גם מ"ש הטעם כיון דאין זה דבר חדש לגמרי אפשר דר"ל כיון שאינו אלא מפרש מה שלמעל' הוי בכלל חזרת השטר והיינו כמ"ש הגהמ"י בשם הר"מ אבל כבר כתבתי לקמן ס"ק ב' דדברי הר"מ צ"ע לדינא:

סעיף ב

שאין למדין משטה אחרונה. כ' הב"י מחוד' ד' וז"ל כ' הגהמ"י בסוף ה' מלוה דהא דאין למדין משטה אחרונה כ' הר"מ דה"מ דבר חדש או דבר שסותר מה שלמעלה לגמרי אבל דבר שאינה סותר לגמרי מה שלמעלה כגון קנו ממני בכל לשון של זכות וכו' דלא ידעו אם נעשה הקנין דילמד סתום מן המפורש ואדרבה שטה אחרונה עיקר דהא היכא דעליון ותחתון סתרי אהדדי [כלומ' ואפשר לקיימם] אזלי' בתר תחתון אפי' בשטה אחרונה והביא ראיות על זה עכ"ל ב"י ועיינתי בהגה מ"י שם וראיתי שאין ראיותיו מוכרחות ועיקר ראיתו שם וז"ל חדא דאמרי' בפ' הזהב כמאן כתבינא האידנא במנא דכשר למקניא ביה במנה לאפוקי מדר"ש דכשר לאפוקי מרוקא כו' ואי אין למדין משטה אחרונה היכא גמרי מיניה ש"מ דשפיר גמרינא מה שאין סותר מה שלמעלה אלא לפרש מה שלמעלה עכ"ל. ולפע"ד אין זה ראיה מב' טעמי' חדא דדילמא בימי הש"ס היו כותבים במנא דכשר בשטה שלפני שטה אחרונה ואח"כ היו חוזרים מענינו של שטר בענין אחר ואנן השתא דכתבי' במנא דכשר בשטה אחרונה היינו משום דכתבי' שריר וקיים וכדלקמן סעיף ט' וכן צ"ל לפמ"ש המרדכי והתוס' פ' ג"פ ד' קס"ב ע"א וז"ל י"ל כיון שהורגלנו לכתוב

שריר וקיים יהא פסול אם לא נכתב כן לכך אנו למדין היטב משטה אחרונה כיון שאנו כותבין שריר וקיים והא דכותבים וקנינא מיניה כו' לא הוי חזרת השטר אנא לפי שעדיין עדות הקנין שבתחלה כתב ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני ואח"כ וקנינ' מיניה וה"ה שיכול לכתוב באמצע השטר עכ"ל אלמא דס"ל דקנינ' מיניה לא הוי פירוש רק דבר חדש לגמרי דהא כתבו דלא הוי חזרת השטר וא"כ איך היו כותבים וקנינ' מיניה במנא דכשר כו' בזמן הש"ס אלא ודאי היו כותבים קודם שטה אחרונה. ועוד דאפי' תימא שגם בזמן הש"ס היו כותבים במנא דכשר למקני' ביה בשטה אחרונה אין ראיה דבאמת אין צורך בו דמסתמא היו כותבין כמו שהוא בתיקון שטרות שלנו שבתחלת השטר כתוב ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בקנין גמור אגב סודר כו' ובסוף השטר כתוב וקנינא ככל מה דכתוב ומפורש לעיל במנא דכשר למיקני' ביה כו' וכמ"ש רשב"ם פ' ג"פ נמצא דלא היו צריכים לכתוב כלל במנא דכשר נמקניא ביה שכבר הכל נלמד במ"ש בשטה שלפני שטה אחרונה וקנינא מיניה ככל מה דכתיב ומפורש לעיל או אפי' היו כותבים גם וקנינא בשטה אחרונה אינו בכך כלום דזה ג"כ לא הוי דבר חדש לפי' רשב"ם דמסתמא נעשה הקנין וסגי במה שכתבו בתחלת השטר ואמר לנו קנו ממני כו' (וכן צ"ל למ"ש רשב"ם סוף דף קס"א וצריך שיחזור כו' זהו שאנו כותבים בסוף השטר וקנינא מיניה ככל מה דכתיב ומפורש לעיל כו' דהיינו שמפרש וכופל הענין הכתוב למעלה ע"כ. ועיין עוד שם) א"כ שפיר קאמר הש"ס כמאן כתבי' האידנא במנא דכשר למיקני' ביה שבאמת אין צורך בו ולמאי אתא ומשני גילוי מלתא בעלמא הוא לאפוקי מדרב ששת ולאפוקי מרוקא ולאפוקי מדלוי וא"כ ש"מ דלית הלכתא כרב ששת ולוי גם שאר כל הפוסקים לא חילקו בכך וכתבו סתם אין למדין משטה אחרונה ומשמע אפילו דבר שהוא פירוש על שלמעלה אם לא היו מפרשים אותו כך בהכרח בלא שטה אחרונה אין למדין הימנה ולכן דברי הגה' מיימוני בשם הר"מ צל"ע לדינא:

סעיף ג

אלא שאין למדין משטה אחרונה. כ' הסמ"ע בפרישה כתבתי דאם לא הוחזר מענינו של שטר אפילו יש כדי שטה אויר בין השטר לחתימת העדי' אפ"ה אין למדין משטה אחרונה משום דלא חילקו בתקנתם ע"ש ודו"ק עכ"ל ובספרי הוכחתי דהיינו דוקא לדעת הטור והתוספת והרא"ש וסייעתם דגזרי הרחיקו אטו לא הרחיקו אבל מדברי הרמב"ם וסמ"ג והמחבר ושאר כל הפוסקי' לא משמע כן שכתבו סתמא הטעם שאין למדין משטה אחרונה משום שיש לחוש שמא נכתב בזיוף וא"כ כשיש שטה אויר דליכא למיחש לזיופא למדין ועוד דה"ל לבאר דגזרי' הרחיקו אטו לא הרחיקו ומדלא ביארו

כן משמע דלא ס"ל הכי ועוד הוכחתי כן מדברי הרמב"ן בחידושיו והנ"י וכתבתי שכן נלפע"ד עיקר בש"ס ונראה דהתוס' והרא"ש (לדעת הטור) לטעמייהו אזלי דפסלי כל השטר וא"כ בע"כ צ"ל דכך הוא תיקון חכמים להחזיר מענינו של שטר דוקא והלכך לא פלוג אבל לדעת רוב הפוסקים שאינו אלא עצה טובה שלא יאבד שטה אחרונה א"כ היכא דליכא חשש זיוף למדין ולא כהב"ח סעיף ג' שכ' דאף להרמב"ן לא פלוג אלא הרמב"ן והנ"י שוים בזה כדמשמע בחדושיו והרמב"ן שהביא הטור מיירי בלא הרחיק וע"ש בספרי שהארכתי בזה:

סעיף ד

שאין למדין כו'. כ' ב"י לקמן סי' מ"ה מחו' ח' בשם תשוב' רשב"א דאפי' אמרו העדים לא הרחיקו ואנו כתבנו שטה אחרונה אין נאמנים להכשיר שטה אחרונה לעשות כשטר אלא כדת על פה דכל שאין מוכיח מתוך השטר אין לו דין שטר ע"כ:

סעיף ה

ודלא כי"א שהשטר כולו פסול וכן הוכחתי בספרי בכמה הוכחות דאין הלכה כי"א אלו וכתבתי שנראה שגם הרא"ש סובר כן שהרי כ' הטעם דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ובלא הרחיקו גופא לא הזכיר הרא"ש שכל השטר פסול אלא משמע שכל פלפולו אינו אלא אם נפסל שטה אחרונה בהרחיקו והארכתי בזה ע"ש. ועמ"ש לעיל סי' מ"ב ס"ק ג':

סעיף ו

אבל אם השטה אחרונה לחובת מוציא השטר למדין ממנה. עמ"ש בזה לקמן סי' מ"ה סי"א ס"ק כ':

סעיף ז

אם השטר כולו כו'. ל' דרכי משה ובתשו' הרשב"א סי' אלף י"ג דאף שטר שכ' בכת"י הלוה אין למדין משטה אחרונה וב"י כתב בשם הרשב"א שכתב בתשובה שלמדין משטה אחרונה אם כל השטר מכתב ידו אבל אם אין השטר כתב ידו אלא שהוא חתום למטה אין למדין ע"כ אבל לא משמע בדברי התשובה שכתבתי בדברי ב"י עכ"ל ד"מ ודבריו תמוהים שהרי שפיר י"ל דמ"ש הרשב"א בתשובה סי' אלף י"ג הוציא עליו כת' ידו דגובה מבני חרי אם למדין משטה אחרונה כו' מסתברא שגם בזה אין למדין לפי שגם הוא מרחיק שטה כו' היינו חתם ידו וכמ"ש הטור לקמן ר"ס ס"ט אם כתב בכתב ידו או שכתב בכת"י אחר וחתם למטה היינו דתנן הוציא עליו כתב ידו גובה מבני חורין

כו' ועוד שהרי לקמן ריש סי' ס"ט סעיף ו' כ' הב"י שהמקצר תשובת דפוס דילג רוב תשוב' זו ע"ש.

סעיף ח

אין למדין מחצי שטה כו'. הטעם אי' בתו' ומרדכי והרא"ש פ' ג"פ משום דעדים לא דייקי ומרחיקים שטה אחת א"כ כשמרחיקים שטה וחותמים באמצע שטה שניה כיון דליכא אלא עובי שטה א' בין עדים לשטר אין למדין גם מן השלימה:

סעיף ט

ודוקא שחתמו כו' כלו' אם נמצא דבר כתוב אין למדין מטעם שנתבאר דהעדים היו מניחים כך ריוח והיה כשר אבל אם חתמו זה אחר זה למדין דכל השטר פסול אם היו העדים מניחים כך ריוח כדלקמן סי' מ"ה סעיף י' והלכך ודאי לא הניחו כלום ולמדין וכן יש לפרש דברי העיר שושן. ובסמ"ע ס"ק ה' פי' בענין אחר ולפעד"נ כמ"ש מ"מ לענין דינא הכל אחד ע"ש גם מ"ש הסמ"ע על הע"ש לק"מ דדברי הע"ש יש לפרש ממש כדברי הר"ב הן לפי מה שפי' הסמ"ע הן לפי מה שפירשתי ע"ש וק"ל:

סעיף י

היכא דכתב ביה כו'. בסמ"ע משמע שהמחבר הוציא זה מהטור סעיף ט' וגם על מ"ש הר"ב וא"צ לחזור כו' נרשם בסמ"ע טור סעיף ט'. ובאמת זה טעות דהטור בס"ט מיירי להדיא דוקא בזמן הזה שהורגלו לכתוב בכל השטרות שריר וקיים ושטר שאין בו שריר וקיים פסול אבל מצד דין הש"ס שהשטר כשר בלא שריר וקיים לא נמצא בטור דהיכא דכתיב שריר וקיים למדין משטה אחרונה ואדרבה נהפוך הוא שאין למדין ומאן דאמר למדין דבריו צ"ע וכמו שיתבאר וכן מוכח בטור שאין למדין וכמ"ש לקמן ס"ק י"א אלא המחבר הוציא זה מהר"ש בר צמח שהביא בב"י סי' זה מחו' ח' וזה לשונו כ' הר"ש בר צמח היכא דכתיב ביה שריר וקיים למדין משטה אחרונה ומעשי' בכל יום לכתוב (קיום) מחיקת בשטה אחרונה ולמדין ממנה כיון דכתיב והכל שריר וקיים עכ"ל ובאמת גם רשב"ם פי' כן בש"ס דף קס"ב ע"א וטפי ה"ל להב"י לכתוב כך בשם רשב"ם אבל גם דברי רשב"ם צ"ע וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב:

סעיף יא

שריר וקיים כו'. תמיה לי על המחבר שפסק כן בפשיטות משום שהביא כן בב"י דברי הרשב"ץ ולא שת אל לבו שרוב הפוסקי' וכמעט כולם חולקי' על זה ודבריה' עיקר וכמו שיתבאר הלא המה הרמב"ן בחדושיו פ' ג"פ תמה על רשב"ם והאריך להוכיח דאפילו היכא דכתיב שריר וקיים אין למדין משטה אחרונ' וכ"כ בהגה' אשר"י מא"ז ר"פ ג"פ וז"ל

ואין נרא' לריב"ם אלא אפי' דכ' שריר וקיים אין למדין משטה אחרונה וצריך שיחזור מענינו של שטר בשטה אחרונה עכ"ל וכן מוכח מדברי התוס' ומרדכי פ' ג"פ שהקשו היאך אנו מקיימי' מחקין בשטה אחרונה ותירצו כיון שמנהגינו לכתוב שריר וקיים בכל השטרות ואם לא כן יהי' השטר פסול למדין משטה אחרונה מה שנכתב קודם שריר וקיים ומה שכותבי' וקנינא כו' לא הוי חזר' השטר כו' ע"כ דבריה' אלמא דוקא כיון שכותבי' כן בכל השטרות הא לאו הכי אין למדין דאל"כ ה"ל לתרץ כיון דכתיב שריר וקיים למדין ואין לומר דשאני התם כיון דכותבי' שריר וקיים אחר וקנינא כו' וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב דאפילו לדעת רשב"ם ל"מ שריר וקיים אלא היכא דליכא חזרת השטר דהא ס"ל להתו' ומרדכי דקנינא לא הוי חזרת השטר ובאמת גם מהרא"ש וטור ושאר פוסקי' יש להוכיח כן מדכתבו כיון שהורגלו לכתוב שריר וקיים בכל השטרות למדין כו' אלא שהיה אפשר לדחות בדוחק דאינהו ס"ל דקנינ' הוי חזרת השטר אבל בתוס' ומרדכי דלעיל מוכח כן בבירור וכמ"ש וכן משמע בהגהת מיי' פ' כ"ז מה' מלוה בשם ר"י ע"ש. וכן מוכח לפע"ד מהתו' והרא"ש וטור (ומכאן קשה על מ"ש הב"ח בסעיף ז' לדעת הטור וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב) גבי מה שכתבו ואפילו הרחיק שטה אחת דליכא חשש זיוף גזרינא אטו לא הרחיקו ואם אי' הא אדרבה בהרחיקו איכא חשש זיוף שיזייף כל השטר ויכתוב למטה בשטה אחרונ' מה דבעי ויכתוב אח"כ שריר וקים משא"כ בלא הרחיקו אלא ודאי אף דכתיב שריר וקיים אין למדין משטה אחרונה ומ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' י"ח בע"כ צ"ל דמיירי בזמן הזה שכותבי' כן בכל השטרות אף שהלשון דחוק או שבפסקיו חזר בו ופסקיו עיקר וכן משמע לפע"ד מדברי הרמב"ם פ' כ"ז מה' מלוה וסמ"ג סוף ה' מלוה סוף עשין צ"ד דף ק"פ ע"א שכתבו בסתמא אין למדין משטה אחרונה ולא חילקו בין היכא דכתיב שריר וקיים או לא רק כתבו דהמחקי' צריך לקיימם ויכתוב שריר וקיים [ודלא כהב"ח סעיף ז' לדעת הרמב"ם וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב ע"ש] (וכן משמע עוד לכאורה בסמ"ג ה' גירושין דף קל"ג ע"ב דדוקא לדידן שכותבי' בכל השטרות שריר וקיים הא לאו הכי אין למדין משטה אחרונ' ע"ש) וכן שאר כל הפוסקי' כתבו בסתמא אין למדין משטה אחרונה ולא חילקו בכך וכן עיקר וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב ודלא כהמחבר (ובב"ח סעיף ז' כ' שנראה עיקר כרשב"ם ולא נהירא וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב ע"ש):

סעיף יב

למדין משטה אחרונה קשה שמא הניחו העדי' חלק שטה שהרי אי אפשר להם לצמצם שיחתמו סמוך לכתב ממש וכתב באותו שטה מאי דבעי וכתב לבסוף שריר וקיים (וכן

תמה הרמב"ן בחדושיו פרק ג"פ על רשב"ם בזה) ובעיר שושן ובסמ"ע ס"ק ז' תירצו דמיירי שיש עכשיו שורה חלק בין חתימת העדים לכתב ולא נהירא דא"כ אפילו לא כ' שריר וקיים נמי ואי ס"ל דגזרי' הרחיקו אטו לא הרחיקו א"כ ה"ה בכתב בי' שריר וקיים שייך למיגזר כן ועוד שהרי כתב סתמא למדין ולא ביאר דהיינו בהרחיקו דוקא ועוד שכ' בסעיף ח' וה"מ כשאין אויר שטה כו' משמע דכולה ענינא עד סעיף ח' מיירי כשאין אויר שטה וגם המעיין בפירשב"ם דכתב גם כן כהמחבר יראה דאי אפשר לפרש דבריו כן וכמ"ש ועוד דהא תניא בברייתא הרחיק שטה אחת כשר והתם בלא שריר וקיים מיירי וכדמשמע מפירשב"ם להדיא ואמאי כשר ניחוש דכ' בשטה שהיא חלק מה דבעי וכ' אחר כך שריר וקיים אלא נראה לתרץ דעת המחבר ורשב"ם דבשריר וקיים למדין משטה אחרונה אף כשאין שטה חלק והיינו דוקא כשקוד' לכן לא הוחזר מעניינו של שטר דאמרי' כיון דתיקנו חכמי' לחזור מעניינו של שטר נהי דאינו אלא עצה טובה מ"מ לכתחלה ה"ל להחזיר אלא ודאי העדי' כתבו שריר וקיים ולכך לא החזירו אבל כשהוחזר מענינו של שטר ואח"כ כתיב שריר וקיים אמרינן דהעדי' עשו כהוגן וכיון שהחזירו שוב לא היו צריכ' לכתוב שריר וקיים אלא שלא היה אפשר להו לצמצ' והניחו שטה חלק וחיישי' שמא כ' הוא באותו שטה מה דבעי וכתב אח"כ שריר וקיים ובברייתא מיירי כשהוחזר מענינו של שטר וגם בלאו הכי צ"ל לדעת התוס' דברייתא איירי כשהוחזר דהא סבירא להו דהיכא דלא החזיר כל השטר פסול מדינא אף לפי דין המשנה ובברייתא וכדמוכח מדבריה' להדיא בדף קס"א ע"א ד"ה וניחוש דלמא מתרמי ריעותא כו' ע"ש. וכיוצא בזה כ' הב"ח לדעת רשב"ם אבל מ"ש הב"ח שגם הטור סובר כן נלפע"ד דליתא דהא הוכחתי לעיל ס"ק י"א דס"ל להרא"ש וטור דאף היכא דכתיב שריר וקיים ולא הוחזר מענינו של שטר אין למדין משטה אחרונה ולהכי הוצרכו לפסול בהרחיקו אטו לא הרחיקו ע"ש. גם מ"ש הב"ח שגם הרמב"ם סובר כן כרשב"ם לא נהירא לפע"ד וכמ"ש לעיל ס"ק י"א וגם לענין דינא נראה עיקר דלא כרשב"ם ורשב"ץ והמחבר דברייתא סתמא קתני ועוד דכיון דאין השטר פסול אם לא הוחזר וכדלעיל ס"ק ה' א"כ יש לחוש שמא העדים לא החזירו דבכל דוכתי משמע דדוקא היכא דהשטר נפסל לא חיישינן לעדי' אבל לא בשביל יפוי ותיקון השטר. ואפשר רשב"ם סובר כהתוס' דכל השטר פסול מדינא וא"כ קשה על המחבר כיון דפסק לעיל ס"א דהשטר כשר א"כ מה בכך דכתיב שריר וקיים וכן הבאתי לעיל ס"ק י"א הרבה פוסקי' דס"ל דלא כהמחבר וכן עיקר:

סעיף יג

צריך לקיימם קודם והכל שריר וקיים. היינו כשמקיים בשטה אחרונה וכדלקמן סעיף ח' ט':

סעיף יד

וי"א כו'. וכן דעת נמוקי יוסף ר"פ ג"פ דמחק או גרר שלא נתקיים כל השטר פסול והביא כן בשם הירושלמי וגם הביא שם הרבה גדולי' שסוברים כן וכן נלפע"ד עיקר דאל"כ לעולם יש לחוש שימחוק חובתו או תנאי שבשטר ומה שהביא הרב המגיד בשם הרשב"א ראיה דמחק אינו פוסל כל השטר ממה ששנינו בתוספת' סוף בבא בתרא מחק או תלוי מגופו פסול שלא מגופו כשר וכן הוא בתשובת הרשב"א סי' אלף ל"ה נלפע"ד דיש לדחות דהתם מיירי כשמוכח מתוך השטר מה הוא ואפ"ה מגופו דהיינו שם הלוה והמלוה והמעות פסול אבל כשאינו מוכח מתוך השטר בענין דיש לחוש שמא היה כתוב שם חובה או ריעותא או תנאי הוי כמו מגופו ובכלל מגופו דפסול דכיון דכל השטר תלוי בזה היינו מגופו ובהכי ניחא דלא סתרי דברי הטור והר"ב אהדדי דכאן כתבו דאם לא קיים המחק כל השטר פסול אלא א"כ מוכח מה הוא המחק כההיא דכסף זוזי אינון ונמחק כו' ובא"ע סי' קכ"ה סעיף י"ט סתמו כדברי הרמב"ם פ"ד מה' גירושין דין ט"ו וז"ל גט שמחק בו אות או תיבה או שתלה בין השיטין אם מטופס הגט ה"ז כשר ואם מן התורף אינו גט ואם חזר ופי' בסוף הגט שאות פלוני תלויה או על המחק אפילו מתורף הגט כשר כשאר שטרות עכ"ל אלא ודאי התם מיירי שמוכח מתוך השטר מה היה המחק ואפ"ה התורף פסול גם מ"ש הרב המגיד סוף הלכות מלוה שכדברי הרשב"א נראה מלשון הרמב"ם סוף הלכות מלוה שאמר כל המחקין וכל התלויות עמהם נראה שדין אחד להם עכ"ל אינו מוכרח לפע"ד שלא אמר כל התלויות עמהם אלא לענין שצריך לקיימם ע"ש:

סעיף טו

שטר כו' כשר. קשה אמאי כשר כיון שנהגו לכתוב הפרעון מאחוריו א"כ ודאי ל"ש בכה"ג לומר אוקמי' שטר אחזקתי' כיון דיש ריעותא דמחק לפנינו ונהגו לכתוב פרעון מאחוריו וכשתעיין בתשובת רמב"ן שם תראה שטעמו משום דאפי' כ' להדיא הפרעון' מאחוריו אינו מועיל וז"ל שם ותדע לך דהא ע"ג השטר ע"כ ל"מ ולא מידי דהא אמר ר"י בר אבא אמר רב סמפון היוצא מתחת יד מלוה אע"פ שהוא כתוב בכתב ידו אינו אלא כמשחק ופסול אלא על גביה דקאמר בפנים כלפי הכתב קאמר ולאחר חיתום שטרות כו' עכ"ל וכ"כ ר' ירוחם נ"ו ח"ד בשם החדושים דאם כתב פרעון ע"ג השטר מאחוריו

ל"מ ומביאו ב"י בקצרה לקמן ס"ס ס"ה סכ"ט וא"כ קשה על המחבר כיון דאיהו פסק לקמן סי' ס"ה סעי' ך' בסתם כדברי הרמב"ם וסייעתו דע"ג השטר מאחוריו מהני היאך הביא כאן דעת המכשירים במקו' שנהגו לכתוב פרעון מאחוריו וצל"ע וכן נלפע"ד עיקר לדינא דפסול כיון דקי"ל לקמן סי' ס"ה כהרמב"ם וסייעתו וכל הראיה שהביא מר' ירמיה בר אבא לפע"ד לאו ראיה היא כלל דהתם מיירי שהסמפון הוא במקום אחר ואינו כתוב ע"ג השטר ולכך אע"פ שהוא יוצא מתחת יד המלוה והוא כתב יד המלוה אינו כלום כן נלע"ד (ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קצ"ח דף קמ"ג ע"ג):

סעיף טז

שאין לקיים המחקים כו'. היינו כשמקיימם למטה בשטה אחרונה או סמוך לה ממש בענין שיש לחוש שהעדים הניחו שטה ריוח והוא כ' שני שטות דקות באותו שטה וסתמא דמילת' מקיימים למטה כדלקמן סעיף ח' ט' אבל אם מקיים למעלה מזה יכול לקיים אף בכתב דק וכן מוכח במקור דין זה ע"ש בתוס' פ' ג"פ דף קס"ג ריש ע"א והעיר שושן לא כוון יפה ע"ש. נ"ל:

סעיף יז

כשיעור שריר וקיים. אבל פחות מזה כשר דאם היה כתוב שריר וקיי' היה ניכר וקשה מאי אריא שהמחק הוא במקום שריר וקיים או כשיעור שריר וקיים אפי' היה המחק למעלה באמצע השטר או למטה בפחות משיעור שריר וקיים יפסל כיון דהקיום הוא בשטה אחרונה דדלמא הניחו העדים חלק שטה אחרונה. ובאמת בש"ס איתמר דין זה אשטר מקושר דהיו כותבין בכל השטרות שריר וקיים למדין גם משטה אחרונה אבל בשטר פשוט קשה. ולפמ"ש רשב"ם והמחבר לעיל סעיף א' [ד] דהיכא דכתיב שריר וקיים למדין משטה אחרונה הוה ניחא וזה דחקו להב"ח בסעיף ז' וח' שכתב דהטור והרמב"ם שכתבו דמחק במקום שריר וקיים וכשיעור שריר וקיים פסול כשקיימו בשטה אחרונה דס"ל כרשב"ם והמחבר ודלא כמ"ש ה' המגיד דדעת הרמב"ם דאין לקיים המחקין בשטה אחרונה עכ"ד הב"ח אבל כבר הוכחתי לעיל ס"ק י"א וי"ב דליתנהו לדברי רשב"ם והמחבר והוכחתי שהטור והרמב"ם סוברי' דלא כותייהו (ודלא כהב"ח גם מ"ש הב"ח סעיף ז' דהרא"ש ותוס' סוברי' דמחק במקום שריר וקיים כשר בפשוט לא נהירא לפע"ד אלא אדרבה איפכא נ"ל דר"ל דפשוט מחק אף באמצע השטר פסול כשהקיום הוא בשטה אחרונה ודו"ח) אלא אפי' היכא דכתיב שריר וקיים אין למדין משטה אחרונה וא"כ צדקו דברי הרב המגיד דהדרא קושיא לדוכתא (ומ"ש מהרא"ש שטיין בביאור סמ"ג בכאן דחיישי' שמא הניחו העדי' ריוח ב' שיטין ודאי לא נהירא כלל

וק"ל גם מ"ש עוד שם לא נ"ל ע"ש) ועוד קשה לי על הטור שכ' דהיינו דווקא כשאין אויר שטה הא איהו פסק לעיל סעי' א' דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ואפי' יש אויר שטה פסול כל השטר כשלא החזיר מענינו של שטר ואפי' כ' שריר וקיים לא מהני כמ"ש לעיל ס"ק י"א לדעתו דאפי' כתוב שריר וקיים אין למדין משטה אחרונה וכל השטר פסול אם לא החזיר א"כ כיון דשריר וקיים לא מהני מה בכך שיש אויר שטה הא איהו ס"ל דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו. בשלמא ברמב"ם ומחבר ל"ק קושיא זו דאינהו לא גזרי הרחיקו אטו לא הרחיקו אבל הטור קשה ובסמ"ע ס"ק ו' משמע דהטור והמחבר מיירי היכא דכותבין בכל השטרות שריר וקיים כו' וקשה הא בתר הכי הוא דכתבו האידנא כו' משמע דהשתא מיירי מדין הש"ס ועוד שהרי המגיד כ' להדיא דנראה מהרמב"ם שא"צ לכתוב בכל השטרות שריר וקיים אלא לקיים המחקין ושס"ל דאין לקיים המחקין בשטה אחרונה לפי שאין למדין ממנה וזהו הנראה מדברי הש"ס בבירור וא"כ קשה מה שהקשיתי לעיל על הרמב"ם דמאי אריא מחק במקום שריר וקיים אפי' למעלה נמי ומאי אריא כשיעור שריר וקיים אפ' פחות נמי כיון דהקיום הוא בשטה אחרונה וצל"ע. ומ"מ דין זה שכ' המחבר בכל הסעיף זה סעיף ח' שייך שפיר האידנא דנהגו לכתוב בכל השטרות שריר וקיים ושטר שאין בו שריר וקיים פסול וק"ל:

סעיף יח

שמא מחקו כו' כתב הסמ"ע דאפי' לא נמצא כתוב במקום המחק זכות של בעל השטר אפי' הכי פסול שמא מחק למעלה חובתו דבעל השטר או כ' שם זכותו ואפי' גם זה אינו נמצא שם מכל מקום כיון דיכול לזייף ולהגיה בשטר זכותו הוה ליה שטר שיכול לזייפו ופסול עכ"ל ולא נהירא דלא ה"ל שטר שיכול לזייפו דהא פסלינן ליה אי נעשה כן מיהו אם המחק הוא שאינו ניכר מה היה כתוב שם פסול בלאו הכי מטעמא דילמא במקום המחק היה כתוב דבר המבטל את השטר והקיום שבשטה אחרונה אינו כלום מיהו אם הוא ניכר כגון שנמחק בהעברת קולמוס וכה"ג כשהקיום הוא בשטה אחרונה אין כלהשטר פסול רק הקיום הוא פסול וה"ל כאלו לא נמחק בהעברת קולמוס וכשהוא דבר של חובה הוא בתוקפו לגרוע כח בעל השטר ולא פסלינן כל השטר מטעם שכ' הסמ"ע דהיה יכול לזייפו דהא אי זייפו הוא פסול ודוק:

סעיף יט

והני מילי כשהעדי' מוחזקים ביודעי' כו'. ולפ"ז בעלמא נמי חיישינן דילמא הניחו שני שיטין ומה שאמרו אין למדין משטה אחרונה היינו כשעדי' מוחזקי' ביודעי' דאל"כ אף משני שיטין או יותר אין למדין וכן בשאר דוכתי דאמרינן מסתמא העדי' עשו כהוגן

היינו נמי כשמוחזקי' ביודעי' אותו הדין שאנו דנין בו וכן בסמוך סעיף ט' ודברי הב"ח בזה לא נתחוורו לי ע"ש ודוק:

סעיף כ

אחר וקנינא. קודם שריר וקיים לפי שהורגלו כו' אבל בתר שריר וקיים לא מהני קיום המחקין שאין למדין ממה שנכתב בתר שריר וקיים ואותן שמקיים בתר שריר וקים טוען' הם:

סעיף כא

מ"ה שטר שאין בו שריר וקיים פסול ואין לעדי' דבוק זה לזה ור"ל שאין לעדי' לחתום כשרואין שאין בו שריר וקיים אף ירצו לחתום מיד בסמוך לשטר דכיון דא"א לצמצם חיישינן שמא יניחו שטה חלק ויכתוב מה דבעי וכתב שריר וקיים אבל ודאי כשבא שטר לפנינו בלא שריר וקיים ואנו רואי' שהעדי' חתומי' מיד בסמוך לשטר ואין כאן שטה חלק פשיטא דהשטר כשר רק שטה אחרונה לבד אין למדין ממנה מיהו בתו' והרא"ש וטור יש לפרש לשון זה כפשוטו דס"ל דאם לא הוחזר מענינו של שטר כל השטר פסול אע"ג דליכא חשש זיוף וה"ה לדידן היכא דלא כתיב שריר וקיים דכיון דכותבין שריר וקיים בכל השטרות ולמדין משטה אחרונה א"כ הוי שריר וקיים במקום חזרת השטר אבל במחבר ושאר אחרוני' צריך לפרש כמו שכתבתי שפסול זה קאי אעדים שלא יחתמו שטר כזה דהא קי"ל לעיל סעיף א' דשטה אחרונה לבד אין למדין ממנה ודוק:

סעיף כב

שאין בו שריר וקיים כו'. כתב בתשו' מהרשד"ם סי' ל' דאם כתוב בו לשון הכל אמת הוי כמו שריר וקיים וצ"ע לדינא:

סעיף כג

ואם כתוב בו תרי שריר וקיים כשר. תימה א"כ מה בכך שכותבי' בכל השטרות שריר וקיים הא מ"מ איכא למיחש דבתר שכתבו שריר וקיים הניחו שטה חלק וכ' מה דבעי וחזר וכ' שריר וקיים. ובעיר שושן כ' וז"ל דאין לחוש שמא לא היה השטר הראשון אלא עד שריר וקיים הראשון והרחיקו העדי' וחתמו וזה הוסיף אח"כ עד שריר וקיים השני דכולי האי אין חושדי' העדי' שירחיקו כל כך עכ"ל ודבריו תמוהין דהא שטה אחת חיישינן שהרחיקו וכל הש"ס ופוסקי' מלאים מזה וכמבואר כמה פעמי' בסי' זה ובכמה דוכתי ובסמ"ע ס"ק ט"ז פי' דמיירי שיש לפנינו שטה א' חלק וקשה דה"ל להמחבר לפרש כן ולא לסתום וגם על הטור קשה לי שכ' וז"ל ולפי זה היה נראה לפסול אם כתב בו שני פעמי' שריר וקיים דשמא אחר שריר וקיים הראשון זייף וקיימו פעם שנית

אבל ה"ר יודא ברצלוני כתב פשוט כיון שעדיו מתוכו כתבינן שפיר שריר וקיים טובא עכ"ל וקשה לי דהא פשיטא דה"ר יודא ברצלוני לא מכשר אלא כשאינה בשטה אחרונה דהא כתוב פשוט כיון שעדיו מתוכו כו' משמע דר"ל דבמקושר חיישינן שמא כתב הוא השריר וקיים השני משא"כ בפשוט שעדיו מתוכו ואין מניחים חלק ב' שטות רק שטה אחת וכ"כ ב"י בשם הרשב"ץ והרשב"א ותשובת רמב"ן סי' צ"ד דה"ר יודא ברצלוני מיירי כשאינם בשטה אחרונה והטור ע"כ מיירי כשהוא בשטה אחרונה מדכתב דשמא אחר קיום הראשון זייף וקיימו פעם שנית (וכן קשה על מ"ש הרב בבדק הבית וז"ל ולענין הלכה כיון שה"ר יודא ברצלוני והרמב"ן והרשב"א מכשירין הכי נקטינן ע"כ) וצל"ע. ועיין מה שכתבתי לקמן סימן מ"ה סעיף י"ח בהג"ה ס"ק כ"ט דיש פוסקים דתרי שריר וקיים לא כתבינן אפילו בשיטות שלפני שטה אחרונה משום לא פלוג ע"ש:

סעיף כד

ויחזרו ויחתמו שניהם. אבל אחתום אחר כך רק אחד לא מהני ולא דמי לדלקמן סי' מ"ה סעיף כ"א דהתם השטר הוא על הנייר וא"כ השטר הוא כפשוטו ומה שנכתב בין עד לעד אינו אלא לתועלת הלוה תיקון שלא יזיף המלוה את השטר וכיון דאין כאן ריעותא וגם אין לחוש שיעשה זיוף כשר משא"כ הכא שהוא לתועלת המלוה דלמא אתם כפשוטו ומאן לימא לן שהיו בומחקין אלו או שמא במקו' המחקין היה כתוב איזה ריעותא והעד הראשון דלמא. אתם כפשוטו גם מה שהביא הרשב"א בתשובה (והביאו הרב המגיד סוף הל' מלוה) ראיה מש"ס פ' ג"פ דף קס"ד ע"א דפריך התם אי הכי כו' והיינו הך דינא דלקמן סימן מ"ה סעיף כ"א כדאיתא בתשובת רמב"ן סימן צ"ד והוא בשלטי גבורים ר"פ ג"פ נלפע"ד דלאו ראיה היא דהתם מיירי כשיכתבו אנן סהדי חתמנו על הנייר והשטר על המחק דוקא על הנייר קודם חתימתן ואין לחוש דלמא ימחוק הכל דאם יבא שטר לפני ב"ד שלא יהא נכתב על הנייר קודם חתימתן אנן סהדי כו' יהא אותו שטר פסול מטעם חששא זו ואינו כשר אא"כ כתוב כן על הנייר והכי פריך אי הכי דברייתא מיירי בדכתבי אנן סהדי כו' א"כ בסיפא אמאי פסיק ותני פסול הא איכא נמי למימר דבכה"ג כשר וכל שכן לפי מ"ש התוספות שם דלעיל מיניה דמשני דכתיב בין עד לעד דה"מ לשנויי דכתיב מעילאי על המחק א"כ פריך שפיר דה"ה הכא ליתני דאי כתיב מעילאי על הנייר כשר. גם הריב"ש בתשובה סי' מ"ח כ' שהרא"ה חולק על הרשב"א בזה ומשמע שם שדעתו נוטה לדעת הרא"ה רק שכ' שם שהרא"ה תירץ דהא דפריך אי הכי כו' ה"ה דה"מ לתרוצי הכי אלא דעדיפא מיניה מתרץ דאי עביד הכי לא מהני דמוחק וחוזר ומוחק ע"כ וזה דוחק ומה שתרצתי נלע"ד ברור.

סימן מה

סעיף א

ולא מן הצדדים ולא מלמעלה דאז מצי מזייף שיוסיף לכתוב למטה בשטר מה שירצה עכ"ל סמ"ע והא ליתא דהתוספו' ריש פ' גט פשוט (בבא בתרא דף ק"ס ע"א) ד"ה פשוט שכתבו כו' הוכיחו דמדלא משוי שום חילוק אלמא אפילו לא מצי לזייף כגון דכתיב ביה שריר וקיים או שלא חלק מלמטה או שחתם עד אחד מלמטה והשני מן הצד נמי פסול כיון שלא נעשה כתיקון חכמים ע"ש ונראה שאף הפוסקי' דאם לא הוחזר מענינו של השטר אין השטר כולו פסול וכדלעיל ריש סי' מ"ד מודים בזה ודו"ק:

סעיף ב

ואין שאר העם רשאי' לעשות כן כו'. בב"י כתב דמשמע מדברי הרמב"ם אלו דאפילו שנים קורין לפניה' לא מהני וכ"כ ר' ירוחם נתיב ד' ריש ח"ג בשם הרמב"ם. ועיין מ"ש לקמן סעיף ה' ס"ק י' (ועיין בתשובת מהר"ש כהן ספר ג' סי' מ'):

סעיף ג

יתרגמו להן הקוראי' כו'. היינו על פי מ"ש ב"י על דברי הג"ה אשר"י ורמב"ם דה"ה במתרגמון להן וכמ"ש הטור בא"ע סי' ק"ל ומביאו ד"מ ולא כתב עליו דבר אבל תימה דבב"י בא"ע סי' ק"ל כתב הוא עצמו דדעת הרמב"ם דדוקא כשמביני' אותו לשון עצמו ולא מהני תורגמן ושכן משמע מדברי הרשב"א ושכן מוכח בירושלמי פ' המגרש ודאשתמיטתיה להטור את הירושלמי וכ"כ בד"מ שם וא"כ איך כתבו כאן הב"י והר"ב בפשיטות דתורגמן מהני: מיהו לענין דינא נ"ל דברי הטור א"ע סי' ק"ל נכוני' דאין טעם לחלק בין קורא לפניה' באותו לשון שמבינין או במתורגמן ומה שהקשה הב"י מהירושלמי נ"ל דלק"מ דרב בירושל' קאי התם להדיא אשאר שטרות דאין חותמין אא"כ יודעי' לקרות דוקא הם בעצמ' וס"ל כרשב"ג בש"ס דילן אבל בגט מודי' דודאי לא פליגי את"ק וארשב"ג דא"כ רב דאמר כמאן ואין להקשות מאי פריך בירושל' ארב ממתני' דהמגרש לישני דמתני' מיירי בגט י"ל דעדיפא מיניה משני דמיירי ביודעי' לקרות אי נמי דפשיטא דאע"ג דקתני במתני' גט כל שטר קרוי גט וכדאי' בפ' ג"פ ושאר דוכתי בש"ס טובי זימני והכי מוכח נמי ממאי דקא' בש"ס פ' המגרש (גיטין דף פ"ח ע"א) אהך מתניתין גופה והכי גרסי' התם גט שכתבו עברית כו' כתב סופר ועד כשר ההיא כתובת חתני' דאתיא לקמיה דר' אבא דהוה ידעי ליה לטופסא ולחתימת ידא דחד סהדא סבר לא כשורה אמר להו ר' ירמיה חתם סופר שנינו ע"כ אלמא דסבר לאכשור' ממתני' והא

מתני' לא קתני אלא גט אלא ודאי כל שטר קרוי גט (תדע דע"כ לא פריך בירושלמי ארב בגט דא"כ ס"ל לרב דאף בגט בעינ' יודעי' לקרותו ומשמע דאפי' מבינ' ל' הגט כל שאין יודעין לקרותו לא מהני וא"כ רב דאמר כמאן לא כרבנן לא כרשב"ג דבין לרבנן ובין לרשב"ג בגט לא בעינן יודעי' לקרותו אלא אחרי' קורים לפניה' אלא ודאי פריך בירושל' ארב בשטר ממתני' דהמגרש דכל שטר קרוי גט וכדפי') ודלא כהד"מ בא"ע סי' ק"ל והדרישה והב"ח שם שנמשכו אחר דברי הב"י שהטור הוא נגד הירושלמי וליתא אלא כדפי' כן נ"ל ברור: גם. מה שהביא הב"י בא"ע שם ראיה להרמב"ם מהא דאמרינן פ"ב דגטין (דף י"ט ע"ב) אמר אמימר האי שטרא פרסאה דחתימי עליה סהדי ישראל מגבינא ביה ממשעבדי והא לא ידעו למקרי בדידעי ואם איתא לוקמא בדלא ידעי וכגון שקראו אחר לפניהם שסומכי' עליו אע"פי שאין מכירין הלשון אין זה ראיה דהא ודאי אמימר כרשב"ג ס"ל למאי דפסקו הרי"ף והרמב"ם הלכה כרשב"ג דאי לא ס"ל לאמימר כרשב"ג א"כ היאך פסקו דלא כאמימר דהוא בתרא טובא מרבא ולרשב"ג לא מהני בשאר שטרות קורין לפניהם וכה"ג כתב הב"ח באה"ע סי' ק"ל וכתב דעוד י"ל דעדיפא מיניה משני דאמימר מיירי בדידעי עוד נ"ל דהתם לא מצי לשנוי דאחר קורא לפניהם דהא כיון דסתם ישראל אין יודעי' לשון פרסי א"כ איזה ישראל אחר קרא לפניהם וליכא למימר דלישני דעכו"ם קורין לפניה' דמאן לימא לן דמהני עכו"ם קורין לפניהן דהא דמהני לקמן סי' ס"ח סעיף ב' בשני עכו"ם קורין מסיחים לפי תומם היינו בשטר שנעשה כבר בעש"ע ועדים עכו"ם חתומי' עליו דאי אפשר לערכאות לעשות בענין אחר הלכך השתא דבעינן למיגבי בהאי שטרא מקרינא לשני עכו"ם מסל"ת אבל שיחתמו ישראל מתחלה שטר ע"פ עכו"ם שיקראו לפניה במסל"ת מי שמעת לה ולא מצי לשנויי בשיש ישראל אחרי' שיודעים דאם באנו לומר בדידעו יש לתרץ בקיצור בדידעי הם עצמם וגם זה ברור: ויותר נ"ל דגם הרמב"ם לא בא אלא לומר שיכירו ל' הגט כדי שיבינו מה שקורין לפניהם ואה"נ דמתורגמן מהני וכן משמע בהגה' אשר"י פ"ב דגיטין שכתבו וז"ל והוא שיודעים לשון הקדש שמבינים מה שקורין לפניהם שאל"כ מה מועיל מה שקורין לפניה' כ"כ הרמב"ם מא"ז עכ"ל ואפשר גם כוונת רשב"א כן. וגם בעל הלבושים בא"ע סי' ק"ל סעיף ט"ז כתב בפשיטות דסומכים על הקוראי' או מתורגמן: ואע"ג דהכא לא נפקא מיניה בכל זה לפי מה שפסקתי לקמן ס"ק ד' דאף במביני הלשון לא מהני לכתחלה בשטרות אף כששנים אחרי' קורין לפניהם מ"מ נפקא מיניה לענין גט דנרא' דאע"ג דלכתחלה יש להחמיר כדברי הב"י בא"ע סי' ק"ל סעיף ט"ז מ"מ בדיעבד אע"פ שאין מכירין ל' הגט אם קראו

אחרים לפניה' ותרגמו להן הגט באותו לשון שהם מבינים וחתמו כשר הגט בדיעבד היכא דאי אפשר לכתוב אחר אלא בדוחק כן נ"ל:

סעיף ד

וכן נ"ל עיקר. ול"נ כסבר' הראשונה ומ"ש הרא"ש בדעת הרי"ף אין נראה לפע"ד אלא נראה דעת הרי"ף כמ"ש הבעל העיטור (בסוף קיום דף ל"ה ע"ג) והבית יוסף דאם שנים קורין לא מהני גם מ"ש הגהת מיי' פכ"ד בשם ר"י שפיר' דשנים קורין לפניהם מהני והוא מדברי סמ"ג דף קע"ט ע"ב בשם ר"י וכ"כ הרא"ש פ"ב דגטין לדעת ר"י אמת שמצאתי כך בפסקי תוספות פ"ק דגטין סי' ל"ד אבל לפע"ד אינו מוכח בתוספות כלום דנהי דהתוספות פירשו שם בדף ט' ע"ב קורין לפניה' ובעו שנים קורין כו' דמשמע דשנים קורין מהני מ"מ הא לא כתבו כן אלא לרבנן וא"כ אדרבא אי נימא דס"ל לתוספות דהלכה כרשב"ג כמו שפסקו הרי"ף והרמב"ם ובה"ג ור"ח וראבי"ה (וכדאיתא בהגהת מיי' פ"א מה' גירושין) ורוב הפוסקים א"כ מוכח מדברי התוספות איפכא כיון דלרבנן בעי שנים קורין מכלל דלרשב"ג אפילו שנים קורין לא מהני וכן בחדושי רשב"א פ' שני דגטין כתב דברי ר"י דשני' בעינן כדברי רבנן ומשמע התם להדיא דלמאי דקאמר בתר הכי אמר רבא הנכה כרשב"ג אף שנים קורין לפניה' לא מהני וכן נראה עיקר דסתמא קאמר רשב"ג אם יודעי' לקרות חותמין ואם לאו אין חותמין משמע דבאין יודעים לקרות בכל ענין אין חותמין וגם ר' ירוחם נתיב ד' ח"ג כתב וז"ל ורב אלפס פסק כרשב"ג שצריכים לידע לקרותו וכ"כ הרמב"ם ז"ל כי לא סמכינן על אחרים או על א' שירא ממנו כמו שכתבתי בדיני דיינים אלא כשיודע לקרותו כו' עכ"ל הרי דס"ל לר' ירוחם דלהרי"ף אף שנים קורין לא מהני ודלא כהרא"ש לדעתו והיינו בע"כ כיון דסתמא קא פסיק הרי"ף אם אין יודעי' לקרות אין חותמין. (ומ"מ מ"ש ר' ירוחם או על א' שירא ממנו כו' ליתי כי הרמב"ם והרי"ף מודי' בזה עיין שם בדבריה' ודו"ק) ונרא' דלהרי"ף והרמב"ם וסייעת' אף מסיחי' לפי תומ' לא מהני וכמ"ש ב"י ודלא כבעל העיטור והטעם דלא מהני מסל"ת לקמן סי' ס"ח ס"ב בשטר שנעשה כבר בערכאות של עכו"ם ולא סגי השתא לקרותו בלאו הכי משא"כ לעשות שטר לכתחלה בפני ישראל דאפשר לעשות בישראלים שיודעי' לקרותו (וכן משמע בהלכות גדולות דף ל"ח ע"ד שכתב ומאן דלא ידע למקרי שטרא אסור ליה למחתם כו' ע"ש) . וכן נראה עיקר: מיהו נראה דהיינו דוקא לכתחלה אבל אם אירע שחתמו כן שטר כזה אע"פ שנתנו לשנים לקרותו השטר כשר בדיעבד ואף הרי"ף והר"ן וסייעתם מודים בזה ואפש' גם הרמב"ם והמחבר מודים בזה שהרי לא כתבו רק ואין שאר העם רשאים לעשות כן ולא כתבו שבדיעבד פסול ודוקא בקרעו להם נייר

חלק וחתמו כתבו הרמב"ם והמחבר לקמן סעיף ר' דבדיעבד פסול משא"כ הכא ואין להקשות מנא להו לחלק בהכי י"ל דכיון דהך דלקמן אשכחן בש"ס דנגדיה רב כהנא ס"ל דבדיעבד פסול וכמ"ש הרב המגיד דאי לאו דבדיעבד פסול לא הוה נגדיה ע"ש משא"כ הכא דהא אמרינן בש"ס תרגמא אקריאה אלמא דבקריאה טפי יש להכשיר מהך דלקמן ע"ש ונהי דהיינו לרבנן מ"מ לרשב"ג נמי שפיר י"ל דבקריאה מכשיר בדיעבד טפי מהך דלקמן. ולהיש מכשירי' לקמן סעיף ד' פשיטא דכ"ש הכא בדיעבד כשר והר"ן פ"ב דגטין ס"ל כהיש מכשירין וא"כ משמע דכ"ש הכא דמכשיר בדיעבד ועוד שכתבו הרשב"א והר"ן לקמן טעמא דכשר בדיעבד כיון דבגטין שרי אפי' לכתחלה אם כן הכא נמי הא שרי בגטין אפי' לכתחלה וכדאיתא בש"ס ובטור א"ע סי' ק"ל סעיף ט"ו וכן מוכח דעת המחבר לקמן סעיף ה' דבדיעבד השטר כשר וכמ"ש שם בס"ק י' ע"ש:

סעיף ה

מכל מקום מתחייב כו'. כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר שם ועיין בתשובת מהר"י לבית לוי סוף סי' ב' דף י"ב ע"ג:

סעיף ו

וקרעו להם נייר כו' בסמ"ע פי' כפי' ר"ח דלוקחין נייר ומקרעי' בו שמות העדים מעבר אל עבר ומשימי' אותו על הקלף וממלאין את הקרעים דיו והוא עובר דרך הקרעים ונרשם בגט ובגט התירו לעשות כן מפני עיגון ובשאר שטרות אסור אבל לצייר בשרטוט צורת חתימת העדים על הנייר ושהעדים ימלאו השרטוטים דיו אף בגט אסור דה"ל כתב ע"ג כתב עכ"ל והיינו כמ"ש הר"ן דקשה על פירש"י דה"ל כתב ע"ג כתב ומביאו ב"י וכ"כ הטור א"ע סי' ק"ל בשם הרמ"ה. ומ"מ לא ה"ל לפרש כן דברי הרמב"ם והמחבר שכתבו קרעו להם נייר חלק וחתמו על הרושם כו' משמע דמפרשי' כפירש"י והעיטור שרושמים הנייר בשרטוט וחותמים על הרושם ובגט כה"ג כשר גם התוספת פ"ק דגיטין דף ט' ע"ב ואע"פ שהביאו פי' ר"ח מ"מ ישבו פירש"י דהכא לא חשיב כתב ע"ג כתב דפסלינ' בפ"ב דאין כאן כתיבה גמורה אלא שרושמים קצת כדי לחתום עליו ועוד דאפילו דיו על גבי סיקרא חשיב לקמן בפ' שני כתב לענין שבת אע"פ שהסיקרא לבדה היא כתב עכ"ל וגם הרשב"א כתב בחדושיו בפ"ק דגיטין וז"ל ומיהו מה שהקשו על פירושו של רש"י ז"ל אינו ק' דרושם אינו כתב ואינו כחקיקה וכן מצאתי בירושלמי דגרסי' התם המקרע על העור כעין כתב כשר הרושם על העור כעין כתב פסול אלמא רשימה אינה כתיבה וכן

פי' הר"ב בעל העיטור רושמים להם נייר חלק עכ"ל וכן הסכים ראבי"ה במרדכי פ"ב דגטין ע"ש:

סעיף ז

מכין אותם. כלומר העדים ובקצת ספרים איתא אותו ולכך רצה לפרש בסמ"ע דאדיין המחתי' קאי ולא נהירא כלל שהרי הט"ו לא הזכירו בדבריהם דיין כלל אלא פשיטא דצ"ל אותם וק"ל:

סעיף ח

שהסופר חותם על פי העד כו'. וה"ה לוה המחייב עצמו בכתב ידו או בממר"ם שכתב פלוני בן פלוני חתם במסרת קולמוס או שכתב פב"פ צוה לחתום מהני וכ"כ רשב"א כו' עכ"ל סמ"ע ובזה נראה דאפי' לא קבלו בני העיר מנהג זה מהני דהא דבעינן קבלו בני העיר היינו דוקא בעד משום דאל"כ הוי כעד מפי עד דאינו כלום וכדאיתא בב"י מחו' ג' בשם ר"ש בר צמח משא"כ הכא שמתחייב הוא עצמו בכך. כן נ"ל:

סעיף ט

ואי איתנייהו לסהדי קמן וקים לן בהו דלא ידעו למיקרי כו'. אבל מסתמא אמרינן דידעי למקרי ואין צריך לשואלן אפילו הם לפנינו וכן משמע בטור ופוסקים:

סעיף י

אי אמרי אקרינן כו' יש לדקדק דהא מדברי הרמב"ם והמחבר לעיל סעיף ב' מבואר דאפילו שנים קורין לא מהני בשלמא הרא"ש וטור שכתבו כן לטעמייהו אזלי וכן הבעל העיטור (סוף קיום דף ל"ג ע"ג) שממנו מקור דבר זה יש לפרש דמיירי שאמרו קרינן לשנים מסיחין לפי תומם כמו שהזכיר שם מקודם אבל המחבר שאין מחלק בין מסל"ת קשה ונראה דס"ל להמחבר דדוקא לכתחלה אמרינן דאין יכולים לחתום אבל אם עשו כן כשר השטר בדיעבד וכמ"ש לעיל סעיף ב' ס"ק ד' וכן עיקר:

סעיף יא

אי מכווני אשטר כו'. בסמ"ע ס"ק י"ב כתב דשואלין אותם נמי אי מקרי מתחלה למאן דידעי למיקרי דאי אמרי דלא ידעי למקרי ה"ל חתימת ידייהו מתחלה בפסול ולא מתכשר במה שמכוונין ענין השטר דדלמא ידעי המעשה כאשר היה ולא ה"ל לחתום דדלמא זיוף יש בשטר עכ"ל ולא נהירא לי דמשמע מדברי הט"ו ובעל העיטור דף ל"ה ע"ג והרא"ש פ"ב דגיטין דכי מכווני בשטרא א"צ לשואל' כלל אי מקרי למאן דידעי למקרי וגם משמע דאפילו אומרים בפירוש לא אקרינן כשר אלא נראה דאפילו לא אקרי וסמכו אהמלוה גופיה והאמינו לו נהי דלא ה"ל לחתום לכתחלה דדלמא יש זיוף בשטר

מ"מ כיון דמכווני אשטרא והשתא אומרים שהשטר כשר ואלו היו נותנים למאן דידעי למקרי היו חותמין כשר השטר כיון דהשתא לא נעשה שום זיוף:

סעיף יב

ואם הרחיקו שני שיטין פסול. שיכול לחתוך השטר ולעשות שטר חדש בזיוף בשני השורות כ"כ ב"י והסמ"ע ס"ק י"ג ולא היו צריכים לזה דבלא"ה פסול שיכול לכתוב בשורה שלפני אחרונ' מה שירצה ואפילו כתוב בסוף השטה שריר וקיים יכול למחוק השריר וקיים ולקיים בשטה שלפני אחרונה ולכתוב שם מה דבעי כדלעיל ס"ס מ"ד:

סעיף יג

ואפילו טייטיהו בדיו. אפילו אין בו מחק נקודות ושריטות והלובן נראה בין הנקודות ב"י ומביאו נ"י וסמ"ע ס"ק י"ד וכ"כ התוספות פר' ג"פ דף קס"ג ע"א בשם ר"ת והרב המגיד פ' כ"ז מה' מלוה וכתב שכן פי' ז"ל וכן מוכח מדברי הרמב"ם והטור והמחבר לקמן סי' מ"ו סעיף ל"ב ומה שהעתיקו הע"ש והסמ"ע בתחלת דברי הנ"י שלא יאמרו חתמו אטיוט' כלומר שמעידים שבפניהם נמחק בדיו ולא יחשדו לבעל השטר שמחק איזה דבר של חיוב כו' בחנם טרחו דעל כרחך המחבר מיירי אפילו שהוא שריטות וכמ"ש הפוסקים הנ"ל וכדמוכח מדבריו וכדלקמן סי' מ"ו סל"ב ועיין מ"ש שס בס"ק פ"ז דנ"ל דאפשר דבשריטות כשר ובש"ס מיירי בטיוטא מלא דיו ע"ש:

סעיף יד

אבל אינו יכול לטעון להד"מ. ואף הפוסקים בשט"ח המוקדמים דפסולים לגמרי ויכול לטעון להד"מ וכמ"ש לעיל סי' מ"ג ס"ק י"ב מודים הכא מטעם שכתב ה"ר יונה כיון שניתנה עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים או בחזרת דברים. כן נ"ל:

סעיף טו

שאם השטר מסיים באמצע שטה כו' פסול שיכול לכתוב כו'. כתב הב"ח בטור סעיף ט' דהיינו דוקא לדינא דש"ס אבל לדידן דכתבינן שריר וקיים אין לחוש אם סיים באמצע השטה וכ"כ בהגה' אשר"י עכ"ל ואין נ"ל דכיון דקי"ל דאף לדידן אם כתוב תרי שריר וקיים בשטה שלפני שטה אחרונה כשר וכדכתבו הרשב"א והרשב"ץ ור' ירוחם ותשובת רמב"ן ומביאם ב"י לעיל סימן מ"ד וכן מסיק הטור שם בשם הר"י ברצלוני וכ"כ המחבר שם בסעיף ט' להדיא א"כ יש לחוש שיכתוב עוד איזה דבר בחצי שטה הנשארת ויכתוב אח"כ באותה שטה שריר וקיים. ונראה שלכך כתבו הטור והמחבר כאן בסתם פסול ולא חילקו בין כתוב שריר וקיים או לא ודלא כהב"ח. ומ"ש הב"ח וכ"כ בהגהת אשר"י עיינתי בהגהת אשר"י שם ונראה לפרש דקאי שם אדין דהתחילו העדי' לחתום באמצע

שטה זת"ז דאין למדין מחצי שטה ומשטה שלימה שלפניה ועלה קאי וקאמר ועכשיו שרגילים לכתוב שריר וקיים אין לחוש אם סיים חצי שטה ע"כ כלומר כיון דאין העדי' חותמים אא"כ כתוב שריר וקיים ואין כאן לפנינו אלא חד שריר וקיים אין לחוש אם סיים חצי שיטה ולמדין מחצי שטה ומשטה שלפניה. ושוב מצאתי בסמ"ג בהלכות גירושין דף קל"ג ריש ע"ג איתא שם להדיא דברי הגה אשר"י אלו ונראה לעין שמשם הם לקוחים ומבואר שם להדיא כדפי' ואין ספק שהב"ח לא כיון יפה בכאן כן נ"ל ברור:

סעיף טז

פסול אם יחתמו זה אחר זה אבל אם יחתמו זה תחת זה כשר ומכל מקום אין למדין מחצי שטה אחרונה ומשטה שלימה שלפניה וכדלעיל סי' מ"ד ס"ג ס"ק ט' וכתב בד"מ וז"ל בבית יוסף וכן כתב הרא"ש ודלא כר"ש ברצמח דכתב דאם העדים חתומים בכה"ג למדין מחצי שטה שלפניהם ומכ"ש ממה שלמעלה מהם דמחחר שאין דרכן של עדים לחתום עצמן באמצע השטה ולהניח גליון בראש ודאי היה כך כתוב מתחלה וליכא למיחש לזיופא ובתשו' הרמב"ן סי' צ"ד כתב כדברי הרשב"ץ וכתב שם דכן הי' מלמד סופרי' לעשות כן לכתחלה עכ"ל ד"מ וכ"כ הב"ח סעיף י' דמדברי הרא"ש וטור משמע שאפי' חתמו העדי' בחצי שטה זא"ז אין למדין מחצי שטה ומשטה שלימה שלפניה ודלא כהרמב"ן והר"ש בר צמח עכ"ל ודבריהן תמוהין בעיני דפשיטא דהרא"ש וטור שוי' עם הרשב"ץ ורמב"ן דהרא"ש וטור מיירי להדי' בחתמו זה תחת זה אין למדין משום דזה יכולי' העדי' לעשות אבל בחתמו זא"ז כתבו להדיא דהשטר פסול משום שיכול לעשות שטר הבא הוא ועדיו בשטה אחת ואם כן ודאי דהעדי' לא הניחו כן ולכך למדין והרשב"ץ מיירי להדיא דוקא בחתומי' זה אחר זה שהרי כתב הרשב"ץ לפי שאין דרכן של עדי' לחתו' באמצע שטה כדי שלא יפסל השטר משום הנחת הגליון כו' ואי בחתומי' זת"ז מאי פסול משום הנחת הגליון שייך כאן וכן הרמב"ן בתשובה סי' צ"ד מיירי בחתומי' זה אצל זה דוקא שכתב וז"ל אני מלמד לסופרי' לסיים השטר בחצי שטה ולחתו' הם בחצי שטה הנשארת כי מכאן יש לנו הכשר גמור ונאמר כי בודאי כתובה היתי' אותה חצי שטה וכן שלמעל' הימנה כשחתמו העדי' שאילולי כן אסור הי' לחתו' בחצי שטה מחשש שטר הבא הוא ועדיו בשטה אחת עכ"ל ומביאו ב"י מחודש ו'. כן נ"ל ברור ודלא כד"מ וב"ח:

סעיף יז

אם יחתמו זא"ז. אבל כשיחתמו זה תחת זה כשר דשני עדי' בשני שטרות אין מצטרפין כ"כ הסמ"ע ס"ק כ"א וכ"כ בעיר שושן דבכה"ג כשר משום דהא קי"ל ב' עדי' בב' שטרות

אין מצטרפין כו' ול"נ דהא קי"ל לקמן סימן נ"א איפכא דמצטרפי' עכ"פ לגבות מבני חרי ע"ש אלא נ"ל כאן הטעם כיון דליכא אלא שטה א' בכל שטר ליכא למיחש למידי דיהי' ניכר הזיוף וב' שטרות בכה"ג שאין בשום א' רק שטה א' אין מצטרפי' ואף על פי שהרא"ש והטור כתבו כשר אם נאמר דב' עדי' בב' שטרות אין מצטרפין מכל מקום י"ל דדעת המחבר כמו שכתבתי וגם דברי הרא"ש וטור יש לפרש דה"ק אם נאמר דב' עדים בב' שטרות אין מצטרפי' מוכח דכשר משא"כ אם מצטרפי' י"ל דפסול וחינו מוכרח דכשר אבל מ"מ יכול להיית דכשר מטעמא דפרישית וכן עיקר:

סעיף יח

ואז למדין כו'. דאם לא הי' כתוב כן קודם חתימת העדי' לא היו חותמין ובתשובת רמב"ן איתא דהי' מלמד לסופרי' לעשות לכתחל' כן לסיים השטר בחצי שטה ולחתו' העדי' בחצי שטה הנשארת זא"ז ומביאו בית יוסף מחודש ו':

סעיף יט

ויש חלק כו'. ע' ד"מ סי"א דכתב דיש פלוגתא בזה אם חתמו אם השטר נפסל בכך ע"ש עכ"ל סמ"ע ושני הדעות הם בתוספות פ' ג"פ דף קס"ג ע"ב וכתבו הטעם דלא פסלינן אלא כשחותכי' אותו השטר נפסל בכך משא"כ הכא ומביאם ב"י מחו' ז' ונרא' לי כוונתם דהא אכתי שטר זה כשר הוא ואי משום חשש פיסול יחתכו עדיין הגליון מה שאין כן בשאר דבר שאם היו חותכין אותו השטר פסול וא"כ השטר פסול ממה נפשך ודו"ק:

סעיף כ

דשמא הי' כתוב שם חובתו כו'. כתב הסמ"ע ס"ק כ"ה ואף דאין למדין משטה אחרונה היינו דוקא זכותו דבעל השטר וכמו שכתבתי בסי' מ"ד סעיף א' ע"ש עכ"ל ולא נהירא לי דאם כן איך כתבו הרא"ש והט"ו אח"כ ומיהו אם כתב למעלה בסוף השטה שריר וקיים כשר ניחוש שמא כתב דבר חובה בתר שריר וקיים גם מ"ש הב"ח סעיף י"ב דכיון דלא שכיח לכתוב תרי שריר וקיים לא חיישינן להכלל אפי' איכא ריעותא דחתוכה לא נהירא ועוד דדלמא הי' כתוב דבר של חובה אחר שריר וקיים ותו לא הוה כתיב שריר וקיים אלא נלפע"ד דהרא"ש והט"ו מיירי האידנ' דלמדין משטה אחרונ' כיון דכתבינן שריר וקיים וס"ל להרא"ש וט"ו דלדין הש"ס אפילו הי' דבר של חובה אין למדין משטה אחרונה וכדמוכח להדיא מפירשב"ם דף קס"א ע"ב בסופו וא"כ ה"ה לדידן אפילו דבר של חובה אין למדין בתר שריר וקיים וא"כ למאי דקי"ל לעיל סי' מ"ב סעיף ה' וריש סי' מ"ד בהגהה דדבר של חובה למדין ליתא להך דינא וא"כ קשה על הר"ב שלא הגיה

כאן כלום וכן קשה יותר על העיר שושן ע"ש וצל"ע. ועל כל פנים נ"ל ברור דלדידן ליתא להאי דינא ודוק:

סעיף כא

דשמא הי' השטר כו' וחתכו והי' חלק כו'. כתב הסמ"ע ס"ק כ"ז מכאן יש ללמוד שלא יעשו שטר ועדיו בשטה אחת כשיש חלק מלמעלה אלא יטייטנו בדיו או יחתכנו ומ"מ כיון שיש ריעותא לפנינו חיישינן שמא אירע כן עכ"ל וכ"כ הב"ח ולא נהירא לי דמשמע בש"ס ופוסקי' דשטר ועדיו בשטה אחת כשר לכל ענין וע"ל סעיף י"ט וגם לא נהירא לחשוד אתה עדי' שעשו שלא כדין אלא נרא' דשטר כזה כשר ולא חיישינן שיחתוך מן הצד ויכתוב מלמעלה משום דסתמא כל שטר ישלו גליון מן הצדדי' וא"כ כשיחתוך לא יהי' לו גליון כלל מן הצד ויהא ניכר הזיוף ולפי זה צריכים העדי' ליזהר כשכותבין שטר כזה שהוא בדיו בשטה אחת והוא חלק מלמעל' שלא יניחו שום ריוח כלל בין השטר ובין חתימת העדי' ובלאו הכי נמי צריכים ליזהר בזה וכמ"ש הט"ו לעיל סי' מ"ב סעיף ג' שיהי' הכתב מיושר ואל ידחוק במקום אחד וירחיק במקו' אחר כו' ואם רואה בו הדיין שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב כו' ע"ש. כן נ"ל ברור ודוק:

סעיף כב

אם יש שם עדות ברורה שכולם ישבו לחתו' כו'. ולהסברא הראשונ' דלעיל סי' ל"ו סעיף ב' מיירי כאן כשאנו יודעי' שהכשר מכיר בפיסול של חבירו כגון שהוא אחיו או שרגיל בו וכה"ג וכן פי' ב"י לקמן סי' נ"א סעיף ה' וכתבו עוד הבעל העיטור והנ"י פרק ז"ב ומביאם ב"י שם דהיכא דלית להו לסהדי מכשרינן לשטר ולא פסלינן ליה מספק דאמרינן דילמא לא הוי ידעי הכשרי' בפיסולו ואפילו נודע שישבו שלשתן להעיד והיכא דאיתנהו לסהדי קמן שיילינן להו ונאמני'. מיהו לסברא האחרונ' דלעיל ס"ס ל"ו אין חילוק דאפי' לא ידעו הכשרי' בפיסולו בטל השטר וכדמוכח בהרא"ש פ"ק דמכות וע' מ"ש עוד מזה בס"ס ל"ו:

סעיף כג

אע"פ שהעד החתו' כו'. הנה המחבר העתיק ל' הרמב"ם ולא הביא כאן שום חולק ואין פסק זה מחוור בעיני דאזיל לטעמיה שכתב בב"י שכן דעת הרי"ף פ"ק דמכות בשם גאון ושכן כתב הרשב"א בתשובה ושכן הסכים הריב"ש סי' תט"ו והביח שכן דעת הרמב"ן אבל לפי ענ"ד דעת הרשב"א והרי"ף הוא להפך וכן הוא דעת הרבה פוסקי' מחד וכן עיקר ומוכרא בש"ס וכמו שאבאר: והגה הבעל הלכות גדולות כ' בהלכות עדות דף קי"ד ע"ג וז"ל קאמרינן בפרק גט פשוט הי' ארבעה וחמשה עדי' חתומי' ונמצא אחד מהם

קרוב או פסולי תתקיי' עדות בשחר הני מילי כגון דהוה חתום קרוב ברישא דאיגלאי מילת' דכבוד בעלמ' הוא דעבד ליה ולאו לעדות אחתמיה אבל חתם קרוב בסוף או באמצע פסול דהא סביר' לן דהלכה כרב נחמן בדינא דכי היכי דפסילי לדיני נפשות פסילי נמי לדיני ממונות ותניא בתוספת' שטר שחתמו עליו ה' עדי' ונמצא ג' הראשוני' קרובי' או פסולי' תתקיי' עדות בשאר עדים וכן הלכה עכ"ל והנה הרמב"ן בחדושיו פרק ג"פ כ' דהא דאמרינן הראשוני' כל שכן אם נמצאו האחרוני' קרובי' או פסולי' שהשטר כשר והיינו דאמרינן בפ' המביא תנין (דף י"ח ע"ב) במסכת גיטין לחתום בתחלה קרוב או פסול אמרי לה כשר ואמרי לה פסול אמרי לה פסול משום דאתי לאחלופי בקיום שטרות דעלמ' ובסוף כשר נדברי הכל וכדמפורש התם כו' ובגט קרא נמי הכשירו קרובי' בין באמצע בין בסוף כדאית' בפרק הזורק (בסוף הפרק שם) ואע"פ שהם צריכי' שם כדי להשלי' קרחתו וכ"ש בשאר השטרות כו' ולא הוצרכתי לכתוב זה אלא מפני שיש מקצת מפרשי' אומרי' דדוקא בשנים הראשוני' אבל באחרוני' לא וסומכי' על מה שכתוב כן בהלכות רב יהודאי גאון ז"ל וטעות הוא עכ"ל ומביאו הריב"ש סי' תט"ו והסכים עמו: ואני אומר במחילה מכבוד הרמב"ן ז"ל לומר כן על הבעל ה"ג שטעה ובפרט שהוא בעצמו כותב בהקדמת ספריו שהוא מצטער תמיד ליישב דברי בה"ג שכל דבריו הם דברי קבלה מחכמי הש"ס ואיך יכתוב עליו כאן כן ובפרט שצדקו דברי בה"ג והדין עמו ובתחלה אביא לסתור ראיות הרמב"ן ואח"כ אביא ראיות כדברי ה"ג הראיה הא' שהביא הרמב"ן מפ' המביא תנין יש כמה תשובות בדבר וכמו שאבאר והעיק' נ"ל כיון דהרמב"ן גופיה גריס התם לחתום בתחלה קרוב או פסול אמרי לה כשר כו' וכדאית' בלשון חדושי הרמב"ן וכן בלשון הריב"ש שם וכן הוא הגירס' בהרב המגיד פ"ט מה' גירושין דין כ"ז לחתום לכתחלה כו' והיינו כגירסת הרי"ף פ' המביא תנין דגריס מיחתם לכתחלה כו' ופירושו אי שרי לכתחלה לחתום קרוב או פסול ולא אתא אלא לאפוקי דיעבד וכמ"ש הר"ן בפ' המבי' תנין ואעפ"י שכ' הר"ן שם דאף לפי גירסת הרי"ף יש לפרש כפי' רש"י מ"מ נהי דיש לפרש כן מ"מ אין הכרח לפרש כן וא"כ מאי ראיה משם ועוד שנראה לי עיקר כגירסת הר"ף וכפי הפירוש המובן מפשוטו דהיינו לענין לכתחלה וכן נרא' להדיא מדברי הרמ"ה שהביא בטור א"ע סי' ק"ך שגורס כן ומפרש כן דאלו לפירש"י קשה מדקאמר אי חתים מתחל' כו' מכלל דעד השתא מיידי דחתים לבסוף והלא לא הוזכר מקודם דמיירי בחתים לבסוף אבל למאי דפריש' אתי שפיר דלעיל קאמר איכא בינייהו כגון שנמצ' אחד מהן קרוב או פסול והאי לישנ' כגון שנמצא כו' משמע להדי' דיעבד וקאמר השתא מיחתם לכתחלה קרוב או פסול אמרי לה כשר ואמרי לה פסול כו' ואין

לפקפק מאי דקאמר לישנא דפסול אלכתחלה דהכי אשכחן טובי האי לישנ' גבי גיטין בכל מסכת גיטין (אחר זמן בא לידי ספר נקרא תומת ישרים הובאו שם דברי הרא"ד על מסכת גיטין איתא שם בסוף פרק הזורק דגירסת הרי"ף מיחתם לכתחלה עיקר דדוקא לכתחלה אבל דיעבד שפיר דמי עיין שם ונהנתי שכוונתי לדעת הגדול ת"ל יתברך): גם מה שהביא הרמב"ן מהך דס"פ הזורק גבי גט קרח דכשר בין בתחלה בין בסוף וכל שכן בשאר השטרות אומר אני דהאי כ"ש ק"ו פריכא הוא דאדרבה כיון דצריכים שם כדי להשלים קרחתו לכך כשר דלאו משום עדות חתמי אלא להשלים קרחתו אבל בשאר שטרות שכבר נשלם השטר למה חתמו הקרובים אח"כ אלא ודאי מתחלה נצטרפו יחד להעיד. והתוספות פרק גט פשוט בסוף הדיבור תירצו הך דגט קרח בענין אחר ע"ש: עוד יש לתרץ קושיות הרמב"ן מהך דיהמביא תנין דהתם דוקא בגט אמרינן הכי מה שאין כאן בשאר שטרות שאין קיום שטרות אלא לבסוף ותירוץ זה מרומז בדברי התוספות פרק גט פשוט ודלא במהר"ש אידלש שם שכתב לדעת התוס' שם דהך דהמבי' תנין לא אתא אלא לאפוקי אמצע ואף שבאשר"י הוא כן לא נהירא ועוד שהרא"ש סובר כן לגרמיה אבל בתוספות שם אי אפשר לפרש כן דהאיך מרומז זה בתוספות והאיך יקשו התוס' מתחלה מהך דהמביא תנין ולא יזכירו אח"כ שום תירוץ אבל מה שכתבתי מבואר להדיא בדבריה' למדקדק שם וכן משמע בסמ"ג דף ק"ץ ע"ב וכן משמע בר"ן פרק המביא תנין וגם דברי התוס' פרק המביא תנין יש לפרש כן ומ"ש הב"י בא"ע סי' ק"ך בשם הר"ן ור"ת דבסוף פסול לכ"ע בין בגטין בין בשטרות לא ידעתי מנ"ל הא דאדרבה המדקדק בדברי הר"ן ור"ת יראה דבגיטין מודי דכשר בסוף וכמ"ש ומ"ש הר"ן ור"ת שם דאפי' מאן דמכשר הכא לא מכשר אלא בתחלה כו' ר"ל מאן דמכשר הכא בשטרות כמו בגיטין לא מכשר אלא בתחלה בשטרות ע"ש והא דקאמר בהמביא תנין אתי לאחלופי בשאר שטרות ה"פ שיאמרו מדגבי גט שקיומו מלמעלה כשר בקרובי' מלמעלה אם כן אפי' חתומים על השטר קרובי' וידוע שלעדות חתמו כשר: עוד יש לתרץ דבהך דהמביא תנין היינו שחתום בתחל' קודם שחתמו הכשרי' ולא אתא אלא לאפוקי חתמו בסוף אחר שחתמו הכשרים ומ"מ הפסול חתום בשורות הראשונות ותירוץ זה מבואר בחדושי הרשב"א פרק המביא תנין ובמרדכי פרק ג"פ: אבל מה שכתב מהרש"ל בח"ש נרק המביא תנין על דברי התוספות שם דלמאן דאמר התם פסול ליכא הך איכא בינייהו דנמצא קרוב או פסול וכן כתב הב"י והב"ח בא"ע סי' ק"ך לדעת התוספות לא נהירא לי כלל דאין זה סוגית הש"ם כלל אלא נראה דסבירא ליה להתוס' אחד מג' תירוצי' הנ"ל שכתבתי: ומ"מ תירוץ הראשון נראה לי עיקר דמיחתם בתחלה לא אתא אלא לאפוקי

דיעבד ואי לאו דמסתפינא לחלוק על כל הפוסקי' הייתי אומר דבגט בנמצא קרוב או פסול בין בתחלה בין בסוף כשר דהא בתוספתא ס"פ בתרא דגטין קתני גט שחתמו עליו חמשה עדים ונמצאו שלשה הראשוני' קרובי' או פסולי' תתקיי' עדות בשאר ע"כ והובא בחידושי הרשב"א פ"ב דגטין ולפי מה שהוכחתי לקמן דהראשוני' דנקט דוקא ולא אחרוני' וכמ"ש הרשב"א שם וכן התוספות ושאר הרבה פוסקי' אם כן טפי כשר בראשוני' מבאחרוני' וא"כ נראה דהיינו כדאיתא בירושלמי פ"ק דגטין שהבאתי לקמן דהך ברייתא אתיא כמ"ד עדים חותמי' זה בלא זה אבל למ"ד אין עדי' חותמי' אלא זה בפני זה אפילו חתום פסול לבסוף כשר וא"כ הא קי"ל דבגט אין חותמי' אלא זה בפני זה וא"כ בע"כ הא דקאמר בש"ס פ' המביא תנין מיחתם בתחלה היינו כדפי' לענין לכתחלה אבל בדיעבד בכל ענין כשר. כך נ"ל אלא שאינני כדאי לחלוק על הפוסקי' ובפרט להקל בגיטין: ואחר אשר דחיתי ראיות הרמב"ן אביא ראיות לדברי ה"ג חדא כיון דברוב הספרי' גרסי' כגירס' ר"ח הראשוני' וכן הוא להדיא בתוספתא למה נוציא הברייתא מפשטה ולו דנקט ראשוני' לרבותא הא פשטא דמילתא משמע ראשוני' דוקא: ועוד מצאתי מזה בירושלמי פרק קמא דגטין ונ"ל להוכיח משם דהראשוני' דוקא. דגרסינן התם על מה דתנא התם כל גט שחתו' עליו עד כותי פסול חוץ מגיטי נשים אלא מעתה אפילו כותי א' יהא פסול א"ר אבין תפתר שחתם ישראל לבסוף אמר ר' יוסי אתיא כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה ברם כמאן דאמר אין עדי' חותמי' אלא זה בפני זה אפלו חתם כותי בסוף כשר שטר שחותמו בארבעה עדי' ונמצאו שני' הראשוני' קרובי' או פסולי' כשר ותתקיי' העדות בשאר רבי אילא בשם רבי יסא אתיא כמאן דאמר אין העדי' חותמין אלא זה בפני זה ברם כמאן דאמר עדי' חותמין זה שלא בפני זה אפילו חתם ישראל בסוף פסול ויעשה כהרחק' עדות ויהא פסול לית יכול דקאמר ר' יסא בשם ירמיה עדים פסולי' אינן נעשין כהרחקת עדות שלא באו אלא להכשירו של גט עכ"ל הירושלמי שלפני. ונ"ל שהגירסא מהופכת שכפי גירסא זו אין לו הבנה גם קשה דהא בש"ס פ"ק דגטין (דף י') אמרינן אדרבא איפכא והכי איתא התס אמתניתין דהתם לא הכשירו בו אלא עד א' כותי וכגון דחתי' ישראל לבסוף דאי לאו דכותי חבר הוה לא מחתי' ליה מקמיה אי הכי אפילו שאר שטרות נמי אלא אמרי' רווחא שביק למאן דקשיש מיניה הכא נמי רווחא שביק למאן דקשיש מיניה אמר רב פפא זאת אומרת עידי הגט אין חותמין זה בלא זה מאי טעמא אמר רב אשי גזירה משום כולכם ע"כ. ותו דבשטרות מי איכא למ"ד אין העדי' חותמין אלא זה בפני זה דהא בגיטין לא אמרי' הכי אלא משום גזרה דכולכ' והא לא שייכא בשטרות. אלא נראה ברור דהכי גרסי' אמר ר' אבין תיפתר שחתם ישראל לבסוף ר' אילא

בשם ר' יוסי אתיא כמ"ד אין העדי חותמי' אלא זה בפני זה ברם כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה אפילו חתם ישראל לבסוף פסול שטר שחותמו בארבעה עדי' ונמצאו שנים הראשוני' קרובי' או פסולי' כשר ותתקיי' העדות בשאר אמר ר' יוסי אתיא כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה ברם כמאן דאמר אין עדים חותמין אלא זה בפני זה אפילו חתם כותי בסוף כשר (והא דקאמר ברם כמאן דאמר אין עדי' חותמין אלא זה בפני זה משום גט נקט לה דבגט נמי קתני בתוספתא גט שחתמו עליו ד' עדים ונמצאו הראשוני' קרובי' או פסולי' כו' והבאתיה לעיל דאלו בשטר ליכא למאן דאמר הכי א"נ סירכא דלישנא דלעיל נקט וה"ק דאלו הוה אמרינן אין עדים חותמין אלא זה בפני זה אפילו חתם פסול בסוף כשר) והשתא ניחא נמי הא דקאמר ר' יוסי אתיא כמאן דאמר עדים חותמין זה שלא בפני זה כו' דלפי הגירסא דלעיל קשה מאן דוחקיה לוקמה למתניתין כמאן דאמר אין עדים חותמין זה שלא בפני זה ואפילו חתם בסוף כשר ודוחק לומר דהא דקאמר ר' יוסי אתיא כמאן דאמר כו' אר' אבין קאי כלומר דר' אבין דאוקמה הכי ולא אוקמה בחתם כותי בסוף ס"ל הכי והשתא ניחא נמי דלא פליג ר' אבין אברייתא דלפי הגירסא דלעיל צריך לומר דר' אבין פליג אברייתא דשטר שחותמו בארבע' עדים וזה תימה וגם הלשון אפילו חתם ישראל לבסוף פסול קשה לפי הגירסא דלעיל והל"ל בקצור ברם כמאן דאמר כו' פסול אלא ודאי הגירסא היא כמ"ש וא"כ הירושלמי ס"ל ממש כש"ס דילן דבגט אין עדים חותמין אלא זה בפני זה ובשטר חותמין זה שלא בפני זה וה"פ שטר שחותמו בארבעה עדים ונמצאו שנים הראשוני' קרובי' או פסולי' כשר דמסתמא רווחא שבקי לקשישי ומסתמא למילוי חתמי שלא יפסל השטר בהרחק שני שטין אבל שנים האחרי' פסולי' דלא שייך לומר רווחא שבקי ולאיזה צריך חותמי' הא כבר נעשה השטר כתיקונו אלא מסתמא לשום עדות חתמי אמר ר' יוסי אתיא כמאן דאמר עדים חותמין זה שלא בפני זה הלכך אמרינן דהראשוני' הכשרים לא ידעו מן האחרוני' הפסולי' ברם אי אמרינן אין עדי' חותמין אלא זה בפני זה אפילו חתם כותי שהוא פסול לבסוף כשר דכיון דידעי הכשרי' שיחתמו האחרוני' ודאי ידעי דלאו לעדות חתמי האחרוני' אלא לכבוד או לתנאי וכה"ג דאי לעדות היאך יחתמו עם הפסולי' דהא נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטלה. כן נ"ל הצעת בירושלמי. ואם כן מוכח דהראשונים דוקא:

גם דעת הרי"ף נ"ל כדעת בה"ג שהרי גם הוא גורס בפ' ג"פ כר"ח ונמצאו הראשוני' וכבר הוכחתי דהראשוני' הוא דוקא ומ"ש הרי"ף פ"ק דמכות בשם גאון אין ראיה דהתם לא בא אלא לחלק בין עדות בע"פ לבשטר ומיירי בראשוני' והיינו שכתב שם טעמא דאמרי' רווח' שביק למאן דקשיש מיניה וזה לא שייך רק בראשוני' דוקא ולא כב"י ושאר

אחרוני' לדעת הרי"ף פ"ק דמכות בשם גאון. גם מ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א נ"ל דלא דק דהרי הרשב"א פ"ב דגיטין ס"ל כבה"ג אלא שמסכים לרי"ף בשם גאון דיש חילוק בין עדות בע"פ לשטר ומיירי כדפי'. וכן מוכח להדיא בתשו' רשב"א סי' אלף צ"ב ומוכח שם דדעת הרי"ף כדעת ר"ח ובה"ג שכתב שם מתחלה וז"ל לא פסלינן שטרא מספק אלא תתקיי' העדות בשאר דאמרי' רווחא שביק כו' הנה שהגאון והרב אלפסי ז"ל הסכימו בדבר להכשיר וראוי לסמוך עליה' דגדולי ישראל ומובהקי' הם כו' ואח"כ בסמוך מיד כתב אלא מיהו אם מקיימי' מן הראשוני' או מן האחרוני' בזה נחלקו גדולי ישראל לפי שר"ח ז"ל והרב אלפסי ז"ל סוברין לומר דוקא מן האחרוני' ולא מן הראשוני' דתלינן הראשוני' במילוי כו' הרי מוכח להדיא כדפי':

גם בריב"ש סי' תט"ו הבין דעת הרי"ף דמכשיר בכל ענין ולפענ"ד כמ"ש:

גם מ"ש הטור והגאוני' לא חילקו כו' צל"ע דנראה לפרש גם דברי הגאוני' כהרי"ף שהרי הרא"ש כתב פ"ק דמכות לשון גאון של הרי"ף ובפ' ג"פ כתב דבסוף פסול אלא ודאי כמ"ש:

הגה נתבאר שדעת הלכות גדולות ור"ח והרי"ף והרשב"א דדוק' ראשוני' ולא אחרוני'. וכן ר"י נ"ב ח"ב אע"פ שהביא סברת האומרי' דכ"ש אחרוני' כתב מיד אח"כ ויש מן הגדולי' שכתבו שאם הפסולי' אחרוני' או אמצעי' השטר פסול. רשב"א פ' ג"פ דף קס"ב ע"ב הסכים לדברי בה"ג וכן הסכי' הר"ן פ"ב דגטין והתוס' שם ובפ' ג"פ וכן פסקו הרא"ש והמרדכי שם וכ"כ הטור וכן דעת הסמ"ג דף ק"נ ע"ב וז"ל גרסי' בתוספתא ומביאה בהלכות גדולות היו ד' וה' עדים חתומי' על השטר ונמצאו שני' הראשוני' קרובי' או פסולי' תתקיי' העדות בשאר דאיכא למימר לכבוד או למילוי חתמו אבל באחרוני' לא הייתי מכשיר עכ"ל והשמיט דברי הרמב"ם שם:

וכן דעת ה"ר משה בר חנוך שהביא הבעל העיטור דף ל"ח ע"א וז"ל ובתשו' ר' משה בר חנוך כשהושוו ג' לשנים לבטל עדות' כשהם חתומי' פסולי' באמצע או בסוף וזו היא ששנינו תתקיי' העדות בשאר כשהם חתומי' בראשונ' לשם כבוד חתמו ולא לשום עדות כו' והריב"ש סי' תט"ו פי' דהר"מ בר חנוך מיירי כשחותמי' יחד זה בפני זה אבל שטר שבא לפנינו ואין נודע אם חתמו יחד או זה שלא בפני זה לעולם כשר דתולין שהכשרי' לא חתמו עם הפסולי' אלא לאחר שנכשר השטר בחתימת הכשרי' כו' ולא נהירא לי דפשט דבריו משמע דמיירי בסתם שטר שבא לפנינו ועוד דלא מסתבר לחלק בכך בזה ועוד דא"כ ל"ל לר"מ ב"ר חנוך למימר וזהו היא ששנינו תתקיי' בשאר כשהן חתומי'

בראשונה הא הך ברייתא דתתקיי' בשאר מיירי בסתם שטר שבא לפנינו שנמצאו קרובי' ופסולי':

ובבעל העיטור שם כתב אחר דברי הר"מ ב"ח וקשיא לן הא דגרסי' בגטין מיחתם בתחלה קרוב או פסול כו' והיינו קושית הרמב"ן פ' ג"פ על הבה"ג וכבר כתבתי דל"ק מידי:

גם מ"ש הריב"ש סי' תט"ו שדעת ר"י ור"ת דכשרי' בין בתחלה בין בסוף הוא תמוה שהרי התוס' פ"ב דגטין והרשב"א והר"ן שם וכן התוס' פ' ג"פ והרא"ש והמרדכי שם כתבו להדיא בשם ר"י איפכא וגם כתבו התוס' והרא"ש ומרדכי ורשב"א והר"ן שם שגם ר"ת חזר בו והודה לדברי ר"י ע"ש:

וכן נראה דעת הנמוקי יוסף שכתב בפ"ק דמכות וז"ל הרמב"ן ז"ל וכ"ש לב' אחרוני' שנמצאו קרובי' או פסולי' שהוא כשר דאמר בתר הכי אתי הנך וחתמי ואין דעת התוספות כן אלא לעולם צריך שיהיו ב' אחרוני' כשרי' ובפ' גט פשוט היא בארוכה עכ"ל ובפ' ג"פ לא כתב רק כדברי התוס' וז"ל שם הראשוני' כגון בשטה הראשונה מהשני' יתקיי' העדות באותם שנחתמו בשטה שנייה שהם כשרי' ונימא שהראשוני' לכבוד בעלמא והא דאמרי' נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן פסולה מיירי שנחתמו אחרוני' בשטה שניה או כולם יחד בשטה אחת דאז ודאי נימא דלשם עדות גמור נתכונו עכ"ל:

הגה נתבאר שהעיקר בש"ס דדוקא נמצאו הראשוני' קרובי' או פסולי' כשר ולא האחרוני' וכן דעת בה"ג ורשב"ם ור"י ור"ת והר"מ ב"ח והרשב"א והר"ן והתוספות והרא"ש ומרדכי ונמוקי יוסף וסמ"ג והגהת מיימוני פ"ה מה' עדות וטור וכן דעת ראב"ן דף ק"י ריש ע"ב וכן נראה דעת הרי"ף ורבינו חננאל והכי נקטינן:

ולענין אמצעי' הנה בבה"ג והר"מ בר חנוך והר"ן פ"ב דגטין ור' ירוחם נ"ב ח"ב ומרדכי פ' ג"פ מבואר דאמצעי' פסולי' כמו בסוף וכ"כ התו' פ"ב דגטין וכן הוא בפסקי תוס' שם וכן נראה דעת הרשב"א שם ודלא כהרא"ש פ' ג"פ (ומ"ש בית יוסף דאפשר דלא פליג הרא"ש אהנך רבוותא לא נהירא לי ע"ש בהרא"ש) והכי מוכח לפי מה שהוכחתי דהברייתא דוקא נקט' הראשוני' וכן עיקר (ודלא כנראה מדברי הר"ב בהג"ה):

גם מ"ש במרדכי פג"פ בשם ראבי"ה ופ"ק דמכות בשם הירושלמי וכן הוא בראב"ן שם דף ק"י ריש ע"ב בשם הירושלמי שיכתבו העדים בפי' דלמילוי חתמו לא נהירא ואפשתי ולא מצאתי כן בירושלמי והוא נגד משמעות הש"ס וכל הפוסקים שכתבו להדיא דבסתמא תלינן דלמילוי חתמו וכן עיקר:

אכן מ"ש התוס' פ"ב דגיטין ופ' ג"פ והרא"ש שם והרשב"א והר"ן פ"ב דגטין והטור דאין מקיימי' השטר אלא מעדי' שלמטה. לא כתבוהו שאר הפוסקי'. וגם אין נ"ל כדבריה' בזה אלא נ"ל עיקר בזה וכמו שכתב הרמב"ן בחדושיו פ' גט פשוט והריב"ש סי' תט"ו דמקיימי' השטר מכל תרי דאית ביה דמסתמא לא חיישינן דאית ביה קרובי' וכן מוכח דעת הרמב"ם והמחבר וכמ"ש לקמן דמשמע ליה דה"פ דש"ס כל כי האי גוונא אין מקיימי' אותו אלא מעדי' שלמטה הא בעלמ' מקיימי' בין מלמעל' בין מלמטה וכמ"ש הרמב"ן והריב"ש שם וכתבו שהוא דבר פשוט מאוד וא"צ לכתבו עוד נ"ל ראיה ממאי דתניא היו ארבעה וחמשה עדי' חתומי' על השטר ונמצאו שני' הראשוני' קרובי' או פסולי' תתקיים העדות בשאר משמע הא כל שלא נמצאו פסולי' תתקיים באיזו שנים שירצה ודוחק לומר דה"ק היכא דלא נמצאו פסולי' נמי לא תתקיים אלא בלמטה אלא דבנמצאו פסולי' ס"ד דלא ליהני קיום בשאר דבטל כל העדות קמ"ל דא"כ הכי הל"ל היו ארבעה וחמשה חתומי' על השטר אע"פ שנמצאו קרובי' או פסולי' תתקיים העדות בשאר גם פשטא דבריית' לא משמע הכי אלא כדפי'. גם לדעת הרמב"ם והמחבר כ"ש שצ"ל כן שהרי הם סוברי' דבקרובי' בין בתחלה בין בסוף כשר וא"כ איך מקיימי' השטר אפי' מעדי' של מטה אלא ודאי כדפי' דסתמא לא חיישינן לקרובי': ובספר לחם משנה פ"ה מה' עדות ראיתי שהניח זה בקושיא על הרמב"ם וכתב וז"ל והרמב"ן בחדושיו פ' גט פשוט הביאו והריב"ש סי' תט"ו כתב לתרץ קושיא זו וז"ל ואין לחוש שמא יקיימו אותו מאותן העדים שלמטה דכיון שהם קרובים או פסולים מגליא מלתא ולא אתי למסמך עלייהו וקשה לי על תירוץ זה מהא דאמרינן בס"פ הזורק גבי גט מקושר אמר רבי יוחנן לא הכשירו בו אלא עד אחד קרוב בלבד אבל תרי לא דילמא אתי לקיומי בתרי קרובים וחד כשר והא כיון דקרובי' ידיעי היכי אתי לקיומי בהו ואמאי ידיעי טפי בפשוט ממקושר עכ"ל ולא קשה מידי דהתם במקושר כיון דליכא עדים טפי מכי אורחיה לא מיגליא מלתא אבל הכא כיון דאיכא ארבע וחמשה וה' עדים טפי מאורחיה דייקי בית דין ומגליא מלתא ובאמת לא עיין הלחם משנה רק בריב"ש שמביא דברי רמב"ן בקצרה ואישתמיטתיה חדושי רמב"ן עצמו שהקשה קושיא זו ותי' כן להדיא כדפי' וז"ל הרמב"ן בחדושיו שם ובגט קרח נמי הכשירו קרובי' בין באמצע בין בסוף כראיתא בפ' הזורק ואעפ"י שלא הכשירו בו אלא אחד משום דדלמא אתי לקיומי בשני קרובי' וחד כשר הכא שאני משום דכיון דלא הוו צריכי למחתם ולאו אורחא דאינשי לרבויי בעדי' בגט פשוט בודאי אמרי בי דינא מאי דקמן ומיגליא מלתא דקרובי' נינהו ומשום תנאי או למילוי ריוח חתמו עכ"ל ובסתס שטר שלא נמצאו קרובים כיון דלא מגליא מלתא מקיימי' מאיזו

שנים שירצה דאם איתא דהוו קרובי' או פסולי' הוו מיגליא: עוד כתב שם הרמב"ן ז"ל לתרץ את זה וז"ל ואפשר נמי דהני מילי לכתחלה ומשום טעמא דפרישית דאתי לקיומי בהו כיון שהוחתמו שם בודאי כדי להשלים קרחתו של גט אבל דיעבד כשר ואעפ"י שיש לחוש שמא יקיימו מהם עכ"ל וגם זה התירוץ נכון הוא: ומעתה גם מ"ש הרשב"א במילוי כו' אין נראה לפע"ד דנהי דר"ח והרי"ף גרסי הראשוני' ומשמע הראשוני' דוקא מ"מ היינו לענין כשנמצאו פסולי' בודאי אז בראשוני' השטר כשר דאמרינן למילוי חתמי דרווחא שבקי לקשישי ולא באחרוני' אבל בסתם שטר מקיימינן מכל תרי דאית ביה וכמ"ש וכן עיקר:

סעיף כד

אם הכשרים זוכרי' כו' זהו מתשובת הרא"ש כלל ס' דין ג' וכתב בסמ"ע ס"ק ל"ד דממ"ש הרא"ש בתשובה שם סי' ה' נראה כסותר למ"ש בסי' ג' ששם כ' דאפי' כשחותמי' בשטר אין לכשרים לחזור ולהעיד אלא א"כ שהפסולי' לא היו עמהם בראיית ההלואה אלא שישבו אח"כ וחתמו יחד ומ"ה אמרי' דהשטר פסול והעדות כשר ולא כשהיו הפסולי' עמהן וכוונו להעיד גם בשעת הלואה ואפשר דמ"ש בדין ה' לא כ"כ כ"א לדעת הרמב"ם דס"ל דבראיה לחוד מפסל העדות אבל הרא"ש ס"ל דתרתי בעינן ראיה והגדה וכמ"ש הטור בסי' ל"ו מ"ה כתב שם בדין ג' דיכולי' החתומי' על השטר לחזור ולהעיד ודוחק וצ"ע עכ"ל ולא נהירא אלא נראה דהרא"ש בסי' ג' וכן המחבר כאן מיירי שהפסולי' לא היו עמהם בשעת ראיה ולא הוצרכו לבאר זה דפשיטא דכשהפסולי' היו עמהם דבטל העדות לכ"ע דהא ה"ל ראיה והגדה דעדי' החתומי' על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי ומה"ט קי"ל בכל דוכתי עדי' החתומי' על השטר אין יכולים לחזור ולהעיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דהגדה בשטר כהגדה בב"ד היא כן נ"ל: ולפי מה שהעליתי לעיל סי' ל"ו סק"ח דבנצטרפו בראיה לחוד בטל העדו' אפילו לא העידו אח"כ א"כ אם היו הפסולי' עמהם בשעת ראית המעש' נתבטל העדות אפילו לא חתמו בשטר ואם לא היו הפסולי' עמהם בשעת ראיית המעשה וחתמו על השטר פסול דאע"ג דהעליתי לעיל סי' ל"ו ס"ק ו' דבהגדה לחוד לפני ב"ד לא נצטרפו ודלא כהרמ"ה הגדה דבשטר גרע טפי כיון דחתומי' יחד על שטר א' וה"ל מזויף מתוכו וגם כיון דאין העדי' חותמי' על השטר אלא מדעת המתחייב שאומר להם כתובו וחתומו א"כ חתימתן על השטר הוי צירוף לענין מעשה השטר כיון שצרפן יחד לחתום על שטר א' אבל ראיית המעש' לא נתבטל דראיית המעש' וחתימת השטר שני ענינים מחולקי' הם כן נ"ל ודלא כמהר"מ אלשקר בתשובה סי' ט"ז דף כ"ד ע"א שכ'

דמדפסל הרמב"ם שטר שחתומים עליו קרובים או פסולי' מוכח דס"ל כהרמ"ה דהא כתב אם יש עדות ברורה שישבו כולם לחתום כו' ולא קאמר אם יש עדות דבשע' שראו היו כולם ביחד דהא אפשר דהעדות קיתה בזמן א' והחתימה מאוחרת כו' והאריך שם בזה וליתא אלא כמ"ש דהשתא לא עסקינן אלא שהשטר בטל אבל מענין המעש' לא מיירי והשטר בטל מ"מ מטעמא שכתבתי והא ראיה שהרי הרא"ש וטור לעיל סי' ל"ו ושאר פוסקי' לא ס"ל כהרמ"ה ואפ"ה פסלי בשטר אלא ודאי כמ"ש (ומ"ש הנ"י פרק ז"ב בשם בעל העיטור ומביאו ב"י סי' נ"א ס"ה דאין משביעים ע"פ האחד הכשר שבא **להעיד בע"פ וכן משמע בתשובת רשב"א שהביא ב"י לעיל ס"ס ל"ו מיירי שנצטרפו יחד בשעת ראיית המעש'** ודוק):

סעיף כה

ובית דין יכתבו עדותן כו'. נ"ל דוקא קאמר בית דין אבל הם עצמם לא שכבר עשו שליחותן שלא נעשו שלוחי' לחתום את השטר אלא בצירוף הפסול ודוק:

סעיף כו

שלא מדעת הלוה כשר. שאין שם פסול עליו לאמר שאין בידו לעשות ממנו שטר בלא דעת הלוה ומה"ט נרא' פשוט דיכול המלוה למלאותו בקרובי' אפילו אחר היום שנחת' וכן מוכח באשר"י וא"כ קשה על המחבר דלא ה"ל לסתום ולכתוב בסעיף ט"ו שלא כדעת הרא"ש ולכן נרא' שהכל סעיף אחד הוא והוא מצורף למ"ש לפני זה בשם הי"א ויש להגיה וי"ו וצ"ל והא דמכשרינן כו' עכ"ל סמ"ע ולא נהירא דא"כ לא ה"ל להמחבר לעשות מזה סעיף מיוחד אלא נרא' דס"ל דכ"ע מודו בזה דנהי דיכול לעשות שלא מדעת הלוה היינו כיון שמסר השטר לידו כאלו הרשהו לעשו' אבל מ"מ אין השטר נכשר אלא משעת המילוי וגם באשר"י לא מוכח מידי וי"ל דמודה בזה לה"ר יונה ע"ש:

סעיף כז

אם הוא שטר שאין בו קנין כו'. ואפילו למ"ד (לעיל סי' ל"ט ס"ק מ') עדיו בחתומיו זכין לו בשטר כזה דלא נחתם כראוי מודה דאינן זוכין לו. סמ"ע וכ"כ הב"ח:

סעיף כח

הבא מכח עכו"ם כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ל"ז ועמ"ש לקמן סי' ס"ו סעיף כ"ה ס"ק פ"ב:

סעיף כט

וכן אם היה כו' דחיישינן כו'. דברי הר"ב צל"ע דכיון דקי"ל לעיל ריש סעיף י' דאם סיימו השטר באמצע שטה והניחו הנשאר חלק וגם שתחתיה פסול השטר א"כ היכא חיישינן שעשו העדי' כך ובעיר שושן כתב וז"ל חיישינן שמא כו' דאמרינן לעיל סעיף י'

שהוא כשר כו' ודבריו תמוהין דהא אמרי' לעיל שהוא פסול וכ"כ איהו גופיה שם ודאי דליכא מאן דפליג בהא שהוא פסול דהא יוכל לזייף בחצי השטה שלמעל' מה דבעי ולא יהא הזיוף ניכר כלל ובסמ"ע כ' דכיון דאיכא ריעותא לפנינו דמתחיל השטר באמצע. שטה חוששין לזה. וקשה וכי בשביל שום ריעותא כזה נחשוד לעדי' שחתמו על שטר פסול מה שלא מצינו כן בש"ס ושום פוסק. ועוד קשה לי שממקור דין שהוציא הרב כן לא משמע כן שדין זה הוא לקוח ממרדכי פ' ג"פ שכתב שם בשם ראבי"ה שפירש הא דפשטינן שטה ומחצה כשר וז"ל ונ"ל דהני מילי כגון דסיים שריר וקיים באמצע השטה והניח חלק חצי שטה זו ועוד א' שלימה ושוב בשלישית חתמו דליכא למיחש דזייף דה"ל כי מזייף ליה הוא בשטה אחת ועדיו בשטה אחרת ופסול דדומה לשני שטין אבל אם סיים שריר וקיים בסוף שטה והניח שטה וחצי חלק פסול דגייז ליה וכתב בשטה דחתימי סהדי מה דבעי דה"ל הוא ועדיו בשטה אחת ויש להביא ראיה מהא דאמרינן שטר הבא בשטה אחת ועדיו בשטה אחרת פסול ה"ה הכא בשני שטין אם לא התחיל בשטה ראשונ' אלא באמצע הקלף שכנגד חתימת העדים שפסול דאל"כ עדיין יש לחוש לדלמא גייז ליה לחצי שטה ויניח חצי שטה ושטה שלימה תחתיה עם העדי' ויכתוב מה שירצה בחצי שטה העליונה ע"כ לשונו. הרי שדקדק וכתב דהני מילי כגון דסיים שריר וקיים באמצע השטה כו' אבל אם סיים שריר וקיים כו' משום דודאי אם לא סיים שריר וקיים באמצע השטה והניחו מחצה ושטה חלק ושוב בשלישי חתמו השטר פסול דאיכא נמיחש שיכתוב בחצי השטה שלמעלה מה דבעי אבל כשסייס שריר וקיים ליכא למיחש לזיופא דמה דכתיב בתר שריר וקיים לא מהני דס"ל לראבי"ה דתרי שריר ן קיים לא כתבינן אפילו בשטה שלפני אחרונה (דאע"ג דליכא למיחש לזיופא מכל מקום לא פלוג ובכל גווני לא כתבינן תרו שריר וקיים) כמו שאוכיח לקמן מדברי רשב"ם וראבי"ה וא"כ כאן ששטר זה מתחיל באמצע קלף חיישינן שמא סיימו באמצע שטה שריר וקיים. וראיה דס"ל לראבי"ה דתרי שריר וחיים לא כתבינן אפילו בשטה שלפני אחרונה שהרי לעיל מיניה שם בפרק גט פשוט כתב המרדכי שראב"ן ורשב"ם כתבו דהרחיק שתי שטין פסול דוקא בדלא כתב שריר וקיים דאי כתוב שריר וקיים תו לא מצי למכתב מידי בתר היכי והשיג ראבי"ה עליהם דאין נראה דאכתי איכח למיחש דלמאגייז לכולי שטרא וכתב בהני ב' שטין מה דבעי עכ"ל משמע דאי לאו הכי הוה כשר ולא הוה חיישיכן דלמא הדר כתיב שריר וקיים פעם שנית אלא ודאי דס"ל דתרי שריר וקיים לא כתבינן אפילו בשטות שלמעלה וכן משמע ממ"ש המרדכי שם לעיל מיניה וז"ל וכן פיר"י כו' וקיימא לן נמי דתרי שריר וקיים לא כתבינן והנהיגו לכתוב שריר וקיים בכל השטרות

ועכשיו שהרחיקו ב' שיטין מן הכתב אין לחוש כלל עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בחדושיו להדיא פ' ג"פ לדעת רשב"ם וז"ל ואם יאמר הרב דתרי שריר וקיים לא כתבינן אפילו בגט פשוט יכול הוא לומר שאם כתוב שריר וקיים יכולי' להניח חלק שתי שטין שאין לחוש לשמא יזייף ויוסיף שאין למדין מכל מה שלמטה משריר וקיים הראשון אלא שעדיין יש לפוסלו דלמא גייז לכולי שטרא כו' עכ"ל וזה גם כן דעת ראבי"ה וא"כ מוכח מדברי ראבי"ה דדוקא משום דתרי שריר וקיים לא כתבינ' הוא דפסול דחיישינן שמא סיימו שריר וקיים באמצע שטה ותו לא היה חשש זיוף הא לאו הכי אע"ג דאיכא ריעותא לפנינו שהשטר מתחיל באמצע שטה היה כשר וא"כ אנן דקי"ל דתרי שריר וקיים כתבינן בשיטה שלפני אחרונה וכדלעיל ס"ס מ"ד שטר זה כשר דודאי נעשה כך שטר זה מתחלה דאל"כ לא היו עדים מנוחין חלק מחצה ושטה שהרי היה אפשר נזייף ולכתוב תרי שריר וקיים וא"כ דברי דר"ב בכאן דפוסל שטר זה צל"ע:

סעיף ל

והוא שלא יהא שום שינוי בין השטר למקו' חתימת העדים כו' וה"ה שלא יהא שינוי בשטר עצמו בין מקום שטר זה למקום שטר זה אלא משום דבשטר עצמו יכול למחוק כל השטר ולא יהא בו שום שינוי לכך קאמר למקום חתימת העדי':

סעיף לא

על כן לא יחתמו כו' ומקום השטר פ"א כו'. והעדי' לא ירגישו בזה בשעה שיבאו לחתום דאין ניכר ההפרש בין נמחק פעם א' לנמחק שתי פעמי' רק לאחר שנכתב על המחק ונתייבש הכתיבה והעדי' ילכו משם קודם לכן. כן כתבו התוספות פ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ג ע"א) לשטת רב"י ולשטת ריב"ם דלקמן דס"ל דההפרש ניכר מיד כתבו דהיינו דוקא לבית דין ניכר דדייקי אבל לעדי' אינו ניכר דלא דייקי':

סעיף לב

ואם יש בין חתימת העד לשני ריוח כו'. כ"כ התוספות פ' ג"פ סוף דף קס"ג לשטת רב"י וכ"כ בהגהת אשר"י שם בשם פיר"י אבל בשם ריב"ם כתבו התוס' שם דאפילו יש ריוח כשר כשאינו ניכר שנמחק שתי פעמי' דאף קודם שנכתב עליו ניכר ההפרש בין נמחק פעם א' לנמחק שתי פעמי' וכ"כ בהגה' אשר"י שם ל"א דכשר אפילו יש ההפרש בין עד לעד וכ"כ הריב"ש סי' מ"ט בשם הרמ"ה וז"ל ומלשון הרמ"ה ז"ל בההיא סוגיא נראה שאין חלק פוסל בין עד לעד שהוא ז"ל כתב ששטר הבא הוא ועדיו על המחק שהוא כשר שצריך לדקדק בו שחלק שיש בין עד לעד לא יהי' נמחק שני פעמי' כיון שהשטר ועדיו על המחק פעם אח' שאל"כ יש לחוש שמא שטר זה הי' הוא על הנייר ועדיו על

המחק והי' כתוב בין עד לעד אנחנא סהדי חתימנא אמחקא כו' וזה מחק השטר וכתב כרצונו על המחק ומחק הכתב שבין עד לעד והרי הוא נמחק שני פעמי' אבל כשהחלק שבין עד לעד הוא דומה לכתב ולחתימות אין לחוש עכ"ל ונראה שגם הריב"ש מסכים לזה וכן משמע לכאורה פשטא לישנא דבש"ס וא"ת חוזר ומוחק אינו דומה נמחק פעם א' לנמחק שני פעמי' כו' משמע דהמחק גופיה אינו דומה אף קודם שנכתב עליו ויש לתמוה על המחבר איך סתם כדברי הטור ולא הביא אף בב"י שום חולק עליו שהרי גדולי הפוסקים חולקין ונראה לכאורה עיקר כדבריהם וכמ"ש ואולי היא מפני ששטר הבא הוא ועדיו על המחק לא שכיחי:

סעיף לג

והוא שכתבו כן בין חתימת עד הראשון לחתימת עד השני לפי' ריב"ם דלעיל שנמחק שני פעמי' ניכר אף שאין נכתב עליו לאו דוקא כשכתבו העדי' כן בין עד לעד דה"ה כשכתבו כן על המחק לפני חתימתן אבל לפי' רב"י ניחא שאינו ניכר כיון שאין כתוב עליו כלום כ"כ התוס' פג"פ ור"ל דאם יכתבו כן לפני חתימתן יש לחוש שימחקנו ולא יכתוב עליו כלום ואף שיהי' חלק בין השטר לעדי' אין השטר פסול בכך דשיעור כתיבת אנחנא סהדי כו' אינו אלא שטה אחת וכשיש חלק שטה א' לפני השטר כשר משום שאין העדי' יכולים לצמצם לחתום מיד סמוך לכתב. כן נ"ל לפרש דברי התוס' ודו"ק:

סעיף לד

אפי' כתבו אנו העדי' כו'. כלומר אפי' כתבו כן על הנייר לפני חתימתן ובא שטר בזה לפנינו דודאי השתא לא נעשה בשטר זה שום זיוף אפ"ה פסול מטעם דסוף סוף ימחקנו כו' אבל אין לפרש אפי' כתבו העדי' כן בין עד לעד דא"כ בלאו הכי פסול דשמא היה שטר זה כפשוטו כולו על הנייר וחתם עד הראשון ואח"כ מחק כל השטר והעד השני כתב כן אחר עד הראשון והעד הראשון אינו מסכים ע"ז ונמצא שאין השטר נכשר רק ע"פ עד אחד ואינו כלום ולא דמי לסעיף שלפני זה דהתם מה שנכתב בין עד לעד הוא לתועלת הלוה שלא יזייף המלוה השטר משא"כ הכא שהוא לתועלת המלוה פשיטא שאינו כלום כיון שאין כאן אלא עד א' דאל"כ כל מלוה אחר שיחתום עד א' יזייף בשטר מה שירצה ויקיימנו בין עד לעד ויעשה קניניא עם העד הב' אלא ודאי כמ"ש ובזה דחיתי לעיל ס"ס מ"ד ראיות הרשב"א ע"ש:

סימן מו

סעיף א

ויש אומרים דאפי' כו'. מגו דאי בעי אומר מזויף הוא עם הנאמנות והכי קי"ל וכדלקמן ריש סי' פ"ב:

סעיף ב

באים עידי השטר כו'. או שאר עדים או ע"י דימוי ושאר דרכי הקיום וכדלקמן סעיף ז':

סעיף ג

וכותבי' למטה כו'. ואתא פלוני ופלוני כו' היינו לכתחלה יש לכתוב הדרך שנתקיים בו אבל בדיעבד אם לא כתבו רק נתקיים שטר זה דיו כדלקמן סעיף ח' וסעיף כ"ט בהגה"ה:

סעיף ד

ולפיכך אין מקיימין שטרות בלילה. ואם באו שני בעלי הדינין לפני הדיין בלילה מקיימין דה"ל כקבלו עלייהו קרוב או פסול אבל בקיום דבא המלוה לחוד אין מקיימי' בלילה שלא מדעתו וכ"כ הסמ"ע ס"ק ו':

סעיף ה

אין מקיימין שטרות בלילה ואפי' קיימוהו בדיעבד לא הוי קיום כדלעיל סי' ז' [ה'] סעיף ב' גבי דין ואין חילוק בזה בין שטרות לגט אפי' במקום עיגון כ"כ בתשו' ר"א מזרחי סי' פ"ב וע"ש שהאריך בזה:

סעיף ו

בשנים לא הוי קיום. אפי' בדיעבד כדלקמן סעיף כ"ט כ' בסמ"ע ס"ק ז' דהיינו דוקא כשאין הן עצמן מכירים חתימות עידי השטר אלא שעידי החתימה מודים לפניהם שהוא חתימתן אבל כשהן עצמם מכירי' החתימות ה"ל כאלו מעידים על מנה שבשטר עכ"ל ולא נהירא לי דאף כשמכירים החתימות הלא לא היו אצל ההלואה אלא על חתימת ידן הן מעידים ולא על מנה שבשטר והלכך צריך ג' דאל"כ ה"ל כעד מפי עד אע"פ שמכירים החתימות והכי מוכח בש"ס פ"ב דכתובות גבי הא דאמרי' שלשה שישבו לקיים השטר שנים מהם מכירי' חתימת ידי העדי' וא' אינו מכיר ונתבאר בטור ומחבר לקמן סעיף כ"ד ע"ש:

סעיף ז

לא הוי קיום בית דין. מיהו העדאת עדות הוי להריב"ש והר"ב לקמן סעיף י' בהג"ה דיכולי' להעיד עדות זה מתוך כתבם ונפקא מיניה טובא בין קיום לעדות כמ"ש לקמן

סעיף כ"ט ס"ק ע' והיכא דנכתב בקיום שהעידו העדי' לפניהם או אחרי' העידו לפניהם על חתימות ידם לא הוי אפי' העדאת עדות דה"ל עד מפי עד כיון דלא העידו כן לפני ב"ד של ג' וכן הוא בהגה' מרדכי סוף קדושין תשובת ה"ר חיים וע"ש:

סעיף ח

ונ"ל הטעם כו' דיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות כו'. גם הבית חדש ושאר אחרוני' נמשכו אחר הר"ב בטעם זה ולפע"ד אין טעם זה נכון דלא דמי קיום לדין וכמו שכתבתי לעיל סי' ג' ס"ק ח' דדוקא לענין דין הוי יחיד מומחה כג' אבל לא לענין הודאה וקיום א"כ גבי קיום הוי כעד מפי עד ובעי ג' דהוא ב"ד וכמו שכתבו התוס' והרא"ש ושאר פוסקים וע"ל סי' כ"ח ס"ך וכ"א וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות וז"ל לעניין חכם דגמיר וסביר וראוי לדון יחידי אי סגי לקיום שטרות שיקיימו לפניו לבדו היה אומר מורי ז"ל דגזירת חכמי' הוא דקיום שטרות בג' שלא יהא כעד מפי עד וכדאמרינן לקמן גבי בי דינא דרב אשי לא סגי בשנים ואיהו מסתמא גמיר וסביר ונראין הדברי' עכ"ל וגם מהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' י"א כ' ואלו בא א' לפני והיה מערער על הקיום הייתי פוסק הלכה למעשה שהוא כחספא בעלמא וע"ש שהאריך ונראה שבדברי' כאלו הולכי' אחר המנהג וכדלעיל סי' כ"ח סעיף כ"ג ואפי' הוא נגד הדין וכ"כ בת"ה שם דמנהג כזה מבטל הלכה. וכ' הב"ח דלענין מנהגינו אין הרב יכול לקיים השטר בלילה. ואפשר דהיכא דנהוג לקיים בלילה גם בזה אמרינן מנהג מבטל הלכה:

סעיף ט

קיום שטרות דרבנן ובהגהת מרדכי דקדושין ד' תרס"ה ע"א כ' דאם העדי' קיימי' ואומרי' לא חתמנו שטר זה או שאינם קיימי' ובעל דבר אומר פסול הוא צריך קיום אף מדאוריית' עכ"ל סמ"ע ס"ק ט' ואמת איתא שם כן בהגהת מרדכי תשו' ה"ר אביגדור הכהן וז"ל דהא דקיום שטרות מדרבנן היינו היכא דליכא הכחשה וההיא דריש גיטין ה"פ בדין הוא וכשאר שטרות לא ליבעי תרי היכא דליכא הכחשה כדריש לקיש דאמר עדי' החתומים כו' ורבנן הוא דאצרוך קיום בשאר שטרות בתרי אפי' היכא דליכא הכחשה כגון בבא ליפרע שלא בפניו או מיתומי' ולקוחות ולא גבי עד דמקיים ליה בתרי והכא משום עיגונא סגי בחד היכא שאין מכחישו ואע"ג דקיום הגט דהיינו בפני נכתב ובפני נחתם אינו אלא משום חשש הכחשה דאם יבוא הבעל ויערער השתא מיהא לא אתי וליכא הכחשה אבל היכא דבעל דין לפנינו ואומר מזויף הוא אפי' מדאוריית' בעי קיום וראיה מדתקון זמן בגטין (בפ"ב דגטין דף י"ז) משום שמא יחפה על בת אחותו ועתה מה הועילו אכתי יחפה שיכתוב גט בעצמו ויחתם עדים כרצונו אלא ש"מ כל היכא

דאיכ' הכחשה לא איתמר דריש לקיש דאע"ג דגם האשה תודה לדבריו ואין שם הכחשה כיון דמוכח מילתא דלהצלה עבד טענינן מזוייף ומצריך קיום דחשבינן כאלו יש שם הכחשה וליכא למימר דלרמאות גדולה כזה לא חיישינן הא בפ' ד' אחין אמרינן דלהצלה מחקה לזמן שבשטר קדושין אי הוי מתקני ליה זמן אע"פ שהוא רמאות ניכר ומפורסם עכ"ל אבל לפע"ד אין דבריו מחוורים וראייתו אינו ראיה דאדרבה כיון דמדאורייתא לא בעי קיום דלא חיישינן שזייף א"כ מה"ט גופא גם רבנן לא חשו להכי שיחפה על בת אחותו ויזייף וגם לא דמי למחקה זמן דשכיחא דעבדינן הכי משא"כ הכא כמו שאמר רש"י רפ"ק דגטין דלא חציף לזיופי שטרא וכ"כ רשב"ם פ' גט פשוט (בבא בתרא דף ק"ע ע"א) דלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים ועוד דבמחקה זמן דוקא חיישינן משא לצייר עדי' דאיכא למיקם עלה דמלתא ואפי' בזמן אמרינן בפ"ב דגטין (דף י"ז ע"ב) דלא חיישי' לרמאי דגזייה לזמן א"כ בע"כ שאין לדמות הרמאות זו לזו וכ"ש רמאות כזה לצייר עדי' וגם איכא למיקם עלה דמלתא ועוד דמה שפי' ה"ר אביגדור דהך דריש פ"ק (דגטין דף ג' ע"א) היינו משום דהשתא ליכא הכחשה לא נהירא דהא איתא התם להדיא (בדף ו' ע"ב) דאפילו אתא בעל ומערער לא משגיחינן ביה וכן הוא עוד בש"ס סוף פ"ב דגטין (סוף דף כ"ג) ומשמע התם דאפי' לכתחלה תנשא בו ולא משגיחינן לערעורו של בעל וכ"כ הרשב"א בחדושיו ריש פ"ק דגטין להדיא ע"ש בדף ט' ריש ע"ב בחדושי הרשב"א וכן מוכח להדיא מדברי הטור והמחבר בא"ע ר"ס קמ"ב ע"ש ונראה שלזה כוונו התוס' סוף פ"ב דכתובות דף כ"ט ע"א ד"ה קיום שטרות כו' שכתבו דברים גיטין מוכח דאפילו היכא שטוען מזויף הוי מדאורייתא כמי שנחקר' עדותן בב"ד. א"כ מכל זה מוכח דלא כה"ר אביגדור כהן. וגם דוחק לפרש הא דאמרי' בש"ס פ"ב דכתובות (דף כ"א ע"ב) ש"מ עד נעשה דיין בקיום שטרות דרבנן וכן הא דאמרי' בסוף פירקא (דף כ"ח ע"א) ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן זה כתב ידו של אבא כו' כיון דקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן דהיינו דוקא כשאין הבעל דין טוען מזויף לפנינו. דא"כ ה"ל לפרושי וכן כתבו כל הפוסקי' והט"ו בכמה דוכתי טובי בסתמא כמה קולות בקיום שטרות מטעם דקיום שטרות דרבנן ולא כתבו דהיינו כשאין הבעל דין טוען לפנינו מזויף וכן מוכח להדיא בתוס' פ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ב ע"ב) שכתבו וז"ל שהרי מן התורה א"צ שום שטר קיום דעדים החתומי' על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואפי' גזלן מוחזק שהוציא שטר אין נ"ל שצריך קיום דלא אמרינן החתים עדי' שאינן מעצמו דאעפ"י שהוא חשוד על הממון מירתת לכתוב שטר מזויף פן יכירו ב"ד זיופו הלכך כי תקינו רבנן קיום כנגד טענת שטר מזויף ה"מ כי אמר לוה

דקים ליה בגויה אבל יתמי ולקוחות כנגד טענת מזויף לא הצריכו קיום עכ"ל ואע"ג דמסקנת התוס' שם דאף ליתמי תקינו רבנן קיום מ"מ הא מלתא דמדאורייתא לא בעי קיום אף כי טעין לוה מזויף כדקאי קאי וכ"כ עוד התוס' פ"ב דכתובות דף י"ט ע"א וז"ל וא"ת מ"ט דמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו כו'. ופי' הקונטרס במקום אחר דטעמא משום דדבר תורה א"צ קיום דעדי' החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצריכוהו קיום כי טעין מזויף הוא אבל בשאר טענות כגון פרוע הוא לא הצריכוהו קיום וכן נראה לר"י עכ"ל וכ"כ עוד התוס' פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ח ע"ב) אלא רבנן הוא דאצרכוהו קיום כי טעין בהדיא מזויף כו' וכן הוא להדיא בפירשב"ם פ' גט פשוט (בבא בתרא דף ק"ע ע"א) ע"ש וכן הוא בחדושי בבא מציעא להריטב"א ז"ל רפ"ק דמציעא וכן הוא בתשובת מיי' לספר שופטים סי' י"ב דמדאורייתא עדי' החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומדרבנן הוא שהצריכו קיום כי טעין מזוייף כו' וכן משמע מדברי הטור ריש סי' זה שכתב תקנת חכמי' לקיים השטר שכל זמן שלא נתקיי' לא מבעיא אם הלוה אומר שהוא מזוייף כו' אלא אפילו פרוע נאמן במיגו דמזויף לכן תקנו חכמי' לקיימו כו' משמע דאף במזוייף תקנת חכמי' הוא וכן עיקר: שוב מצאתי בתשובת מהרי"ק שורש ע"ד שהשיב לה"ר אביגדור כהן וחלק עליו וכ' לו וז"ל ואת אדוני כתבת בכתבך דכל היכא דאיתמר בש"ס קיום שטרות מיירי שאין נתבע טוען מזוייף כו' ומטיבותיך נראה בעיני שהוא כשגגה היוצא מלפני השליט כו' וכ"כ ר"ש בפ' גט פשוט כן וגם ר' שמשון בפ' מי שהיה נשוי כו' וע"ש: ובזה דס"ל להר"ר אביגדור כהן דהיכא דהעדי' לפנינו ואומרי' לא חתמנו היה נראה לכאורה כדבריו ואין משמעות בש"ס ופוסקי' דלא כוותיה דנהי דבכל דוכתא אמרינן סתמא קיום שטרות דרבנן היינו משום דמסתמא מיירי שאין העדי' מכחישים חתימתן לפנינו. אך בתשוב' ההיא שבמהרי"ק שם חולק על ה"ר אביגדור גם בזה ומוכיח מן הירושלמי דקאמר ריש לקיש עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד תמן כשאמרו לא חתמנו כו' דהיינו אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואומרים לא חתמנו אין נאמנים מדאורייתא כיון שבא השטר לב"ד קודם לכן וע"ש וכן מפרש הנימוקי יוסף פ' איזהו נשך והר"ן פ"ק דר"ה בשם הרמב"ן והירושלמי בשאין כת"י יוצא ממקום אחר ואליבא דר' מאיר כו' ומביא ב"י דברי הר"ן לעיל סי' מ"ג סעיף ח' ואף שבנ"י שם איתא שאומרי' אנוסים או קטנים היינו אפשר דלאו דוקא קאמר וכ"כ בתשוב' מיי' לספר שופטי' סי' י"ב דמן התורה אפילו אמרו לא חתמנו לא מהימני וע"ש ומ"מ צ"ע בזה לדינא. אבל כשאין העדים לפנינו האומרי' לא חתמנו והבעל דבר טוען מזויף נ"ל עיקר דמדאורייתא לא בעי

קיום וכמ"ש ודלא כהסמ"ע: ולפיי זה גם דברי הר"ב בא"ע סי' מ"ב סעיף ד' צ"ע שכ' שם וז"ל מצאו כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ועדי' חתומים בו כל זמן שאין השטר מקויים אין לחוש לקידושין (הגהת מרדכי דקדושין) ודלא כיש שמחמיר בדבר (מהרי"ק שורש ע"ד) עכ"ל והיינו ע"פ דבריו בד"מ בא"ע שם וז"ל כ' מהרי"ק שורש ע"ד על עדים שכתבו שטר שאחד קידש אשה בפניהם והעדים אומרים שמעולם לא חתמו על שטר זה ומעולם לא ראו שקידשה אפ"ה יש לחוש לקידושין וצריכה גט אבל בהגהות מרדכי דקידושין דף תרס"ה ע"ג וע"ד האריך בדין זה וכ' דא"צ גט כל זמן שלא נתקיים השטר כתיקונו וכ"כ הרשב"א סי' אלף ר"י ובסי' אלף ר"ט כ' דאפי' נתקיים השטר נא מהני לענין קידושין (נראה מלשון הר"ב דהרשב"א דוקא לענין קידושין מיירי וכ"כ בב"י בא"ע סי' מ"ב וכבר השגתי על זה לעיל סי' ל"ט ס"ק ח' ע"ש) עד שיבואו ויגידו בפניה' או שיכתבו שהאשה צותה לכתוב שטר וע"ש וא"כ דברי מהרי"ק דחוים מאחר שלא ראה דברי הגהת מרדכי ורשב"א בזה כמו שמשמע שם מדבריו שלא ראן ואם ראן היה חוזר בו עכ"ל ד"מ ולכך כ' בהגהה כל זמן שאין השטר מקוים כלומר דבמקוים יש להחמיר כהגהות מרדכי ולא כרשב"א סי' אלף ר"ט ודלא כבעל הלבוש שם שכ' וז"ל מצאו כ' בשטר כו' אין חוששין לקדושין עד שישמעו מפי העדי' דמפיהם ולא מפי כתבם מיהו זה דוקא כשאין השטר מקוים אבל אם השטר מקוים יש לחוש שמא כבר העידו בב"ד אחר ואח"כ חתמו וצריכא גט עכ"ל וזו סברא בדויה מלבו שלא נמצא בשום פוסק והוא תמוה דכי בשביל שהוא מקוים ניחוש שהעידו כן וכי מה ענין קיום להעדאת עדים וגרם לו כל זה שלא היה לפניו ספר הדרכי משה. ומ"מ גם דברי הרב בד"מ תמוהים בעיני לפי שהרב סבר דהך דתשובת מהרי"ק שורש ע"ד מתשובת מהרי"ק הוא ולכן כתב שדבריו דחוים ואלו ראה דברי הגהת מרדכי ורשב"א היה חוזר בו אבל באמת אף שהיא נדפסת בתשובת מהרי"ק אינה מתשובת מהרי"ק ולאו מהרי"ק חתים עלה בסוף ונראה לעין למי שמעיין שם בתשובה ההיא שאותה תשובה חבר איזה גדול א' שהיה זמן רב קודם ההגהת מרדכי ובהגהת מרדכי הועתק תשוב' ה"ר אביגדור כהן שפסק דאין חוששין לשטר הקידושין כיון שאינו מקוים ע"ש בתשובת ה"ר אביגדור באריכות ואותו גדול בתשובת מהרי"ק שורש ע"ד השיב לה"ר אביגדור כהן עצמו. וסתר דבריו כל מ"ש ה"ר אביגדור בתשובה ההוא שבהגהת מרדכי שם וכבר הוכחתי גם אני לעיל דלא קי"ל כה"ר אביגדור בהא דסבירא ליה דמדאורייתא בעי קיום בשטר קידושין א"כ מה שחילק הרב בהגהות בין שטר מקוים ליתא דנלפע"ד לדינא אפילו באינו מקוים מקודשת מדאורייתא משום דדבר תורה אין צריך קיום ובזה צדקו דברי אותו גדול בתשובת מהרי"ק שם אך

דבנדון של ה"ר אביגדור שם הדין אמת מטעם הרשב"א כיון דכתבו השטר בלא רשות הבעל דבר וכמ"ש לעיל סימן ל"ט ס"ק ח' ע"ש וכן בשטר קידושין שמצאו בשוק נמי צריך קיום [דמה] דאין ביד שום אדם לא שייך לומר חשיד לזיופי דהא לא ידעינן מי הוא הבעל דבר והיינו הך דירושלמי דשלהי יבמות במצאו כתוב מת פלוני דאף מ"ד דמשיאין את אשתו לא מתיר אלא משום עיגונא כמו דמשיאי' בעד מפי עד אבל בשטר שמוציא הבעל חתום בעדי' שקידש את פלוני והוזכר שם שנכתב ברשות האשה אף שאין יכולי' לקיימו והאשה טוענת מזויף הוי קידושין דמדאוריית' לא בעי קיום ונהי דמדרבנן בעי קיום היינו דכל כמה דלא מקיימי' ליה לאו שטרא מעליא היא ולכך בממון וכה"ג מוקמינן אחזקתא מכל מקו' ודאי ספיקא הוי אף לאחר תקנתא דרבנן הוי ספיקא דאורייתא וגם הרשב"א מודה לזה כן נ"ל ברור ודלא כהר"ב:

סעיף י

מקיימי' השטר אפילו שלא בפני בע"ד נראה דוקא שטר או מטעמא דכתב הרשב"א בתשובה מביאה ב"י מפני שהמקיימי' לא על מנה שבשטר הם מעידי' אלא על חתימת העדי' ובין לטעמא שכתבו התוס' פ' הגוזל בתרא דף ק"ב ע"ב והרא"ש והטור וסמ"ג דף ק"צ ע"א דכיון דקיום שטרות דרבנן דד"ת העדי' החתומי' על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ואין צריך קיום ומדרבנן הוא דצריך והלכך מקיימי' שלא בפני בע"ד ע"כ אבל בחתימת יד הלוה לא שייכי הני טעמי ואין מקיימי' אלא בפניו דהא ר' יוחנן פליג בש"ס התם דאין מקיימי' אלא בפניו מטעם דאמר קרא והועד בבעליו יבא בעל השור ויעמוד על שורו ונהי דרבא פסק הלכתא התם כרב היינו מהנך טעמא דאמרן אבל בח"י דהלוה שהמעידי' באים לחייב את הלוה עצמו ולא שייכי הני טעמי נראה דלכ"ע אין מקיימי' אלא בפניו כן נ"ל. וכן מוכח להדיא בסמ"ע לעיל סי' ל"ה ס"ק ט' דבכת"י הלוה מדאורייתא בעי קיום ע"ש וכן מוכח בדברי רב שרירא גאון שהביא הבעה"ת והטור לקמן סי' ס"ט וכמ"ש שם בס"ק י"ג וכתבתי שם שגם הבעה"ת והטור מודו ליה בזה לדינא וגם הב"ח פסק שם לגמרי כרב שרירא ע"ש. ועוד כתבתי שם דבכל הני קיומי דמקילינן משום קיום שטרות דרבנן לא מקלינן בכת"י דהלוה מיהו כמדומה שנהגו להקל לקיים אף כת"י לוה שלא בפני בע"ד ואפשר לומר בזה מנהג מבטל הלכה כמו שמקיי' הרב שטרות ביחידי וכמ"ש לעיל ס"ק ח' דהיינו נמי מטעם מנהג מבטל הלכה אבל היכא דלא נהוג אין להקל (עיין בס' א"א דף ע"ח):

סעיף יא

או שני הדייני' כו' מ"ש המחבר דבהכרת שני הדייני' סגי הוא מתשובת רשב"א שבב"י כאן סעיף ט' מיהו היינו דוקא בשחתומי' ג' דייני' וכן הבאתי לקמן סעיף ט"ו ס"ק מ"ב דברי הריטב"א והר"ן ע"ש:

סעיף יב

שיבואו העדי' החתומי' בו כו' וכתב ר' ירוחם נ"ב ת"ח יש מחלוקת בתוספתא אם אומרי' העדי' כתב ידינו הוא זה ואחרי' אומרי' אין זה כתב ידם אם צריך קיום אחר או לא ולא איפסקא הלכתא כמאן ע"כ והביאו הבית יוסף והד"מ וסמ"ע ס"ק י"ד והמחלוקת הזה ראיתיו בירו' פ"ב דכתובות וז"ל הריטב"א מתני' זה אומר זה כתב ידי כו' גרסי' בירו' הם אומרין כתב ידינו הוא זה ואחרי' אומרין אינו כתב ידם הא תרי ותרי פי' דאע"ג דלרבנן אין א' מהעדי' מעיד אלא על כתב ידו בלבד ואלו השני' האחרי' מעידי' על כל אחד ואחד לא חשיבי תרי לגבי א' דכיון שהעדי' על מנה שבשטר הם מעידי' הא חשיב כאידך תרי אבל הם אומרי' אינו כתב ידינו ואחרי' אומרי' כתב ידם הוא תני ר' חייא לא מעלין עדי השטר ולא מורידין פי' שהעדי' האומרי' אינו כ' ידינו מיירי שאין אחד מהן מעיד אלא על שלו ואידך דמכחישי' מעידי' על כל אחד וא' מהם והוה ליה תרי לגבי חד אמר ר' יוסי מתני' אמרה כן אם יש עדים שהוא כתב ידם אין נאמני' פי' וטעמא משום דליכא למימר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאפילו אמרי אינו כתב ידינו לא מהני להו כיון שיש עדים שהוא כת"י כן נ"ל פי' הירושלמי הזה עכ"ל ומשמע דאם עידי השטר כל א' מעיד ג"כ על של חברו שאינו כת"י ה"ל תרי ותרי:

סעיף יג

ואני עד בדבר הזה הוא לשון הרמב"ן ולטעמיה אזיל דס"ל דבעינן שיזכור העדות וכדלקמן סעיף י' ס"ק ל"א ולהחולקי' שם אפילו אינו זוכר העדות סגי כשיעיד גם על כתב יד חברו ומיהו אף להרמב"ם א"צ לומר בפי' כן שזוכרי' אלא מסתמא נמי אמרינן שזוכרי' וכ"כ בסמ"ע ס"ק ט"ו וכן הוכחתי עוד לקמן סעי' י' ס"ק ל"ב:

סעיף יד

הרביעי שיבואו. עדים ויעידו כו' ואף אם העדים החתומי' בפנינו יכולים לקיים ע"י עדות אחרי' בית יוסף וד"מ וסמ"ע ס"ק ט"ז ופשוט הוא וגדולה מזו נתבאר בסמוך ס"ק י"ב דאפילו אומרים אין כתב ידינו אין נאמני':

סעיף טו

שיבואו עדים ויעידו שזה כתב ידם של אלו שחתמו לפניה' או שמכירי' חתימתן וכתב בעל העיטור דף ל"ח סוף ע"ב ומסתברא דהיכא דמכירי' רוב החתימה של שמו או של אחיו או של אביו כשר וא"צ שיכיר כל אות ואות דהא רב הושעיא חתם ע' ורב חסדא ס' ש"מ שבאות א' ניכרת החתימה הכל לפי מה שמכירין שדומה להן ע"כ:

סעיף טז

ויכולין להעיד עדות זה מתוך כתבם אלא שצריך עוד בית דין לקבל עדותם מתוך כתבם זה וחותמין הב"ד ונתקיים השטר עכ"ל ריב"ש ועי' מ"ש לקמן סעיף כ"ט ס"ק ס"ח:

סעיף יז

מתוך כתבם כו' עי' בריב"ש סי' שפ"ב שנסתפק בזה דכיון דקיום שטרות מדרבנן וסגי אפי' שלא בפני בע"ד דלמא סגי נמי מפי כתבם ולא הכריע ומביאו ב"י לקמן מחודש כ"א רק בסי' תי"ג כתב שדן לפני מורו הר"ן דכיון דלא בעינן רשות בע"ד ומקיימים אפי' עומד וצווח כותבי' עדותן ושולחי' לבית דין ע"ש ומביאו בית יוסף ריש סי' זה מחודש ב' ומדברי הרא"ש ר"פ מי שאחזו והנמשכים אחריו נראה שחולקים ע"ז שכ' שם בנשתתק פסול לעדות דעלמא דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ואם היה חתום על השטר חתימתו מתקיימת ע"י אחרי' ולא ע"י עצמו עכ"ל וכ"כ ר' ירוחם ני"ט והט"ו לקמן סל"ו א"כ קשה על הר"ב כיון דסתם לקמן סל"ו כדברי הט"ו איך פסק כאן כדברי הריב"ש וכן קשה על הע"ש שכ' להדיא לקמן סל"ו דאין חתימתו מתקיימת ע"י עצמו מטעם מפיהם ולא מפי כתבם וכאן כ' דיכולי' להעיד עדות זה ע"פ כתבם וכמ"ש הרב ודוחק לחלק בין נשתתק שאינו ראוי להגיד דהא אנן לא קי"ל הכי לעיל סי' כ"ח סעיף י"א אלא קי"ל דאין חילוק בין אלם לאינו אלם דסבירא לן דמאי דקאמר בש"ס דאלם פסול להעיד מטעמא דמפיהם ולא מפי כתבם הוא לאו דוקא אלם אלא ה"ה מי שאינו אלם אינו יכול להעיד בכתב וא"כ ה"ה דבדרבנן אין טעם לחלק בין אלם או לא וצ"ע:

סעיף יח

משתי שטרות כו'. והרמ"ה כתב שצריך שיהיו השתי שטרות בידי שתי לוקחים והטור השיג עליו ואף שלשונו מגומגם קצת מ"מ לענין דינא נראה עיקר כהטור דאפי' השטרות ביד לוקח א' מקיימי' מהן וכן משמע בתשובת ר"ת שהביא הבעל העיטור דף ל"ד ע"ג והמרדכי פ"ב דכתובות וכן נראה דעת הפוסקי' שלא חילקו בכך וגם מדסתם המחבר נרא' שדעתו כן וכן משמע בש"ס מדקאמר וביוצאים מתחת יד אחר אבל תחת יד עצמו

לא משמע דאחר דומיא דעצמו דהיינו שהם ביד א' מהני ועוד דאל"כ הל"ל וביוצאים מתחת ידי אחרי' וע' ב"ח האריך בפי' דברי הרמ"ה והנלע"ד כתבתי:

סעיף יט

שאכלום בעליהם ג' שנים. אחר שנחתמו הריטב"א פ"ב דכתובות:

סעיף כ

משתי שטרי כתובות כ' הטור בשם הרמ"ה כתובת אשה שישיבתה תחת בעלה ג' שנים בשופי כו' ולא משמע לי כן מדברי הרמב"ם והמחבר (וכן הסמ"ג דף ק"צ ע"ב) שכתבו שאכלום בעליהם ג' שני' לעיל גבי שדות ולא כתבוהו כאן ובפרט שבש"ס איתא והוא שאכלום ג' שני' בתר ב' שדות וב' כתובות והם הפכוהו וכתבוהו מיד בתר שתי שדות משמע דס"ל דדוקא בב' שדות בעינן ג' שני' דחזקת הבתים ושדות הוא בג' שני' אבל אשה ישיבתה תחת בעלה בכל דהו סגי וגם לשון הש"ס והוא שאכלום בעליהן ג' שני' משמע דוקא בשדות דשייך בהו לשון אכילה וכן נראה דעת שאר הפוסקי' וכן עיקר:

סעיף כא

כתובות דוקא שתי שטרי שדות או כתובות שאכילת פירות של המחזיק או ישיבתה תחת בעלה מעידי' שכשרין הן אבל ב' שטרי חובות אחרי' או ב' שובר' שלא נתקיימו אין מקיימי' מהן דליכא מידי דמחזיק להני שטרי דאפשר דזייפינהו מרייהו ולא ידעו בהו הנך דליתבעינהו מיליה כ"כ הטור בשם הרמ"ה וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות וכ"כ הבעל העיטור דף ל"ד סוף ע"ב וכ"כ ר' ירוחם נתיב ב' חלק א' וכן משמע בש"ס ופוסקים בירושלמי פ"ב דכתובות איתא א"ר יוסי בר בון ובלבד שלשה שטרות של ג' בני אדם ומשמע לי דקאי אמאי דקתני אם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר דהיינו בשלשה שטרות בג' בני אדם ונראה דלא פליג אש"ס דילן דסגי בשתי שטרי שדות או שתי כתובות דהתם כיון דאכלום בעליהם או ישבה תחת בעלה סגי בתרי ובירושלמי מיירי בשטרי הלואות לכך בעי תלתא ולכך בעינמי בידי ג' בני אדם. ותימה שהפוסקי' לא הביאו הירושלמי הזה ואפשר מפרשי ליה בענין אחר או אפשר דס"ל כיון דבש"ס דילן לא הוזכר רק שטרי שדות או כתובות ושאכלום בעליהם ג' שנים משמע הא שטרי הלוחות בכל גוני לא מהני מיהו אין זה הכרח כל כך דתרי אצטריך בש"ס לאשמועינן אבל ג' שטרות לא אצטריך לאשמועינן דתלתא הוי חזקה בכל דוכתי וצ"ע:

סעיף כב

שמא הוא זייף הכל ולפי זה אם אותם שטרות שהוא מוציא מקויימות בבית דין מקיימי' מהם ואפי' משטר א' עכ"ל הר"ן וכ"כ בעל העיטור דף ל"ד ריש ע"ב דאיכא מ"ד אימור

זייף הכל וכ"כ הריטב"א וז"ל והקשו בתוס' כו' והכא הכי פירושו מאי שנא תחת ידו דלא דלמא זיופי זייף שחתם כולם מכתב שלא יהא נראה ככתב ידו ושינה כתבו זה ודאי צריך תחבולה לשנות כת' ידו ולכתוב ג' כתבים משתי חתימות מכל אחד שוות ודומות זו לזו וקס"ד כל מי שיודע לעשות כן יודע לזייף ולדמות לכתב אדם אחר ומהדרינן דכולי האי לא שכיח אדם יודע לזייף ולדמות כתב יד של עדים וזה הפי' הוא הנכון ע"כ:

סעיף כג

ואפי' אם ב' השטרות כו' ויש חולקין אין לשון הר"ב מדוקדק דהא לפי טעם הרמב"ם והמחבר מהני כשהשטרות מקויימים וכמו שכתבתי בסמוך ס"ק כ"ב ויש חולקין הוא הרמב"ם שהעתיק המחבר לשונו וכדאית' בהר"ן וב"י וד"מ ושאר אחרוני' והכי ה"ל למימר ואם השטרות מקויימי' מקיימים מהם אפי' מאה ויש חולקין דאפי' ב' השטרות מקויימי' כו':

סעיף כד

אין מקיימים מהם דכיון שהם לפניו חיישינן שמא זייף זה מתוכם כן דעת רש"י וכן דעת התוס' בשם ר"ת והרא"ש והמרדכי והטור וכתבו דהיינו דוק' כשאין מכירין אלא ע"י דמיון החתימה לחתימה אבל היכ' דמכירים חתימת העדי' בטביעת עין אע"פ שיש לו חתימה אחרת תחת ידו ליכא למיחש דלמא זייף וכ"כ הטור והוזכרה סברתם בבעל העיטור ובהר"ן שם. וכ' הרא"ש דמזה נלמד דמי שיש לו ב' שטרות בחתימת שני עדים שאין לקיימן אלא בטביעת עין ולא בדמוי ע"כ וכ"כ רבינו ירוחם נתיב שני חלק א' ולהרמב"ם וסייעתו דלעיל מקיימים אף בדמוי. והבעל העיטור דף ל"ד ריש ע"ג הביא דברי רבינו תם וחולק עליו וכ' שאם ידוע' שיש שטר בביתו או ספר מכתיבת אותן עדים החתומי' בשטר והאחד מקוים אין מקיימין השני אפילו משטר אח' ואפילו ע"י עדים בטביעת עין דאמרינן זיופי זייף ודעת כל הפוסקי' אינו כן וכדמוכח מתוס' והרא"ש ומרדכי והר"ן והטור ורבינו ירוחם דלעיל ומכל שכן להרמב"ם והריטב"א והמחבר דמקיימי' בהא והכי נקטינן:

סעיף כה

ויש אומרי' דאפי' לא קרא עליו ערער. ולפע"ד נרא' דגם הרמב"ם והרי"ף ורש"י מודים דבמקוים אפילו לא קרא עליו ערער סגי דודאי דבר תימה לומר דקיום לא מהני מטעם שמא לא דקדקו הב"ד בקיומו דפשיטא דב"ד לא חתמי אא"כ דקדקו בדבר דאל"כ אין לדבר סוף ומ"ש רש"י דדוקא קרא עליו ערער היינו כשאין מכירין הקיום דחיישינן שמא הקיום גופי' זיוף וכן משמע להדיא ממ"ש רש"י דאי לא קרא עליו ערער חיישינן דילמא

ההוא גופיה מזויף כו' אבל בקרא עליו ערער לא חיישינן להכי דכיון שיודע ששטר כזה קרא עליו ערער והוחזק בב"ד א"כ מסתמא הוא אמת והוי ממש כמו שטרי שדות ושטרי כתובות דאע"ג דאין אנו מכירים עידי החתימות מ"מ כיון דידעינא שיש להן כתובות הוא אמת וה"ה הכא וראיתי בריטב"א שכתב על פרש"י דאינו מחוור דכיון דהוחזק בב"ד ליכא למיחש לזיופא דא"כ בטלת כל קיום שטרות עכ"ל ולפי מה שכתבתי פרש"י מחוור ומלובן. וכן ראיתי בבעל העיטור דף ל"ד ע"ב שכתב כפרש"י דקרא עליו ערער דוקא וז"ל מדקתני בברייתא קרא עליו ערער ולא קתני משטר שהוחזק בב"ד ודיקא מינה קרא עליו ערער אין לא קרא עליו ערער לא אלמא אם לא קרא עליו ערער אין מקיימים אע"פ שמקוים עכ"ל ונרא' ג"כ לפרש דבריו שאין מכירים הקיום וכדפי' דברי רש"י ונלפע"ד פרש"י עיקר בש"ס דהא גרסי' בכל הספרים קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערער לא מסייע לרב אסי דאמר אין מקיימים השטר אא"כ קרא עליו ערער והוחזק בב"ד ולדברי הרא"ש צריך לדחוק בל' הש"ס או לומר שהיה גורס הוחזק אין לא הוחזק לא אבל לפרש"י אתי שפיר [וכן בב"ה גדולות סוף ה' עדות דף קט"ו ע"א אף ע"פ שגורס אא"כ הוחזק וכמ"ש הרא"ש והר"ן בגירסת הרי"ף אפ"ה גורס שם קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערער לא ע"ש] וגם ק"ק לדעת הרא"ש איך תלוי דברי נהרדעי במלתא דרב אסי אבל לפרש"י אתי שפיר דאמרי נהרדעי כי היכא דלרב אסי מקיימים משטר שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד אע"פ שאין מכירים החתימות מטעם כיון שידוע שראוי להיות בידו שטר כזה מקוים שהרי ידענו שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד ה"ה נמי מקיימים משטרי שדות ושטרי כתובות אע"פ שאין אנו מכירים החתימות מטעם כיון דנודע לנו שראוי להיות בידם שטרות אלו: וא"כ הרי"ף והרמב"ם נמי דמצרכי קרא עליו ערער (ודלא כהסמ"ע סקס"ג דכ' דדעת הרמב"ם אינו מוכרע ויכול להיות דס"ל דאפי' לא קרא עליו ערער נמי אלא דתפס ל' הש"ס כו' דפשט דברי הרמב"ם לא משמע הכי והכי משמע נמי להדיא מפי' המשנה להרמב"ם דהוחזק בב"ד לחוד לא מהני רק בקרא עליו ערער והוחזק בב"ד שכתב שם וז"ל והדרך השני שיהי' שטר ובו אלה העדים עצמם שהוחזקו כבר בב"ד ועליו קיום ב"ד והיה כבר עליו ערער ואח"כ הוחזק עכ"ל ונ"ל דהרמב"ם היה גורס בש"ס קרא עליו ערער אין לא קרא ערער לא מסייע לר' אסי דאמר אין מקיימים השטר אלא משטר שקרא עליו ערער ואח"כ הוחזק בב"ד וכן הוא בספרי הרי"ף שלפנינו בכל הדפוסים בדברי רב אסי והיינו כדברי רש"י וע"ש) והיינו כשאין מכירים הקיום ולא הוצרכו לבאר כשמכירים הקיום דזהו מלתא דפשיטא הוא דמקיימי' ממנו גם ממילא נשמע מדבריה' כיון דלפי זה טעמא דקרא עליו ערער הוא

דמשוי ליה כאלו מכירים הקיום א"כ כ"ש אם מכירים הקיום ממש דמקיימים ממנו אפי' לא קרא עליו ערער וכן נלפע"ד עיקר ודלא כנראה מהב"י דאפי' מכירים הקיום אין מקיימים ממנו אא"כ קרא עליו ערער מטעם דחיישינן שמא לא דקדקו הב"ד בקיומו ואחריו נמשכו הע"ש והסמ"ע סקכ"ב ולא נהירא ואף שהרמ"ה בטור סובר כן מ"מ אינו מחוור לפע"ד והעיקר בזה כמ"ש הריטב"א והרא"ש דאם הוא מקוים מהני ולא חיישינן שמא לא דקדקו הב"ד בקיומו דא"כ בטלת כל קיום שטרות ועיקר טעמו של הב"י משום שהבין שרש"י והרמב"ם סברי כהרמ"ה וכ"כ בד"מ ולפמ"ש דרש"י והרמב"ם מודים דבמקוים ממש אפי' לא קרא עליו ערער סגי נראה כמ"ש: שוב נ"ל לדקדק מדברי הרמב"ם גופיה כמ"ש לדעת רש"י מדכתב וכן מקיימים השטר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד מקיימים ממנו לבדו כמו שמקיימים משט י שתי שדות או שתי כתובות והעתיקו המחבר וקשה לאיזה צורך כתב מקיימי' ממנו לבדו כמו שמקיימי' משטרי שתי שדות כו' והלא היה די באומרו וכן מקיימי' השטר משטר אחר שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד וגם מה דמיון הוא זה שמדמהו לשטרי שתי שדות או שתי כתובות אלא ודאי ר"ל כמו שמקיימים משטרי שתי שדות כו' אף שאין מכירים בהן החתימות משום דמסתמא הוא אמת כך משטר שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד מקיימים אף שאין מכירים בו החתימית משום דמסתמא הוא אמת כנ"ל ברור ודו"ק:

סעיף כו

מקיימים ממנו לבדו כו'. אבל הראב"ד ז"ל כתב דלעולם אין מקיימים את השטר משטר אחר ואפילו הוחזק אלא משנים או שהוחזק כל א' מהם בב"ד או שאכלום בעליה' כל א' מהן ג' שנים ובשופי בלא ערעור עכ"ל הר"ן. וכ"כ הריטב"א וז"ל הא דנהרדעי לא פליגי אדרב אסי דמודו נהרדעי כשהוחזק בב"ד בשטר אחר סגי וכדאמרינן לקמן מאוי חתימת ידיה אחספא ושרי ליה בבי דינא ומחזקי ליה וכל שמחזיקי' בב"ד ונתקיים כראוי הא חשיב כאלו מחוי חתימת ידיה בבי דינא וכן דעת התוס' ועיקר אבל הראב"ד ז"ל ובעל הלכות גדולות ז"ל כתבו דאפי' לרב אסי ובריייתא ב' שטרות בעינן ולא בעי נהרדעי למימר אלא דלא בעינ' הוחזקו והא דנקט רב אסי ובריייתא שטר שקרא עליו ערער לישנא קלילא נקט עכ"ל וקשה איך יתרצו הראב"ד וה"ג דהך דמחוי חתימת ידיה אחספ' ודוחק לומר דמחוי חתימת ידיה אתרי חספא ויותר נראה דמודי' דהיכא דמכירין הקיום אלא דס"ל היכי דאין מכירין דאף ע"ג דקרא ערער והוחזק לא סמכינן אחד שטרא וכמו שכתבתי לעיל סקכ"ה דבהכי מיירי הברייתא וא"כ דמי לשטר שדה וכתובה דתרי בעינן והלכך בהך דחספא שחותמים לפנינו מדמין לחדא חתימה וסגי ואפשר גם דעת הר"ן והריטב"א

בדעת הראב"ד כן ולכך אחר שכתב הריטב"א וכן דעת התו' ועיקר כתב אבל הראב"ד ובה"ג ז"ל כתבו כו' וכן נרא' עיקר דהיכא דהחתימה ודאי אמת כגון שחתמו לפנינו או מכירי' הקיום וכה"ג מקיימי' אפי' משטר אחד לכ"ע וכדמשמע מפשטא דמלתא דמחוי ידי' אחספא דבש"ס ופוסקי' וט"ו לקמן סי"ג וליכא מאן דפליג בהא ואפי' תימ' דאיכ' מאן דפליג בהא מ"מ נראה עיקר לדינ' בהא דמקיימי' משטר א' אבל היכא דאין מכירי' הקיום אם לא קרא עליו ערער אין מקיימי' ממנו לכ"ע ואם קרא עליו ערער והוחזק להרמב"ם מקיימי' וכמ"ש לעיל סקכ"ה אע"פ שאין מכירי' הקיום ולהראב"ד בכה"ג אין מקיימין משטר אחד:

סעיף כז

אבל לא מאיגרת ומדברי הריטב"א שהביא הב"י לקמן בסט"ז גבי לכתוב חתימת ידיה אחספ' משמע דאפי' מאגרת מקיימי' שכתב וה"ה נמי דאפי' בסיפ' דמגלת' יכול למכתב תשרק צפעס או אלפא ביתא דליכ' למיחש למידי ובהא מחזקינן כתב ידי' בשטר' וכדאמרינן בירושלמי דלמדין מספר מוגה ע"כ ועוד משמע כן יותר בהריטב"א גבי מקיימי' משתי שדות ומשתי כתובות שכתב שם וז"ל גרסי' בירושלמי למדין מספר מוגה כגון דאמרי אלין ספרי דאסי פי' שהם מוחזקי' לנו שהוא כתבם בלא עדות אחרת ובאלין אגרת' צריכ' פי' אבל מאגרת של רשות המוחזקי' בכתב ידי העדי' האלה צריכא רבה אם למדי' מהם בחזקה זאת בלבד כנ"ל פי' הירושלמי הזה וכן פי' לפני מורי הר"ב ז"ל עכ"ל וכן נראה עיקר דלפי' הריב"ש ל"ל למימר כגון דאמרי אלין ספרי דאסי לא הל"ל אלא למדין מספר מוגה ובאלין אגרת' צריכא וגם למה קאמר מספר מוגה מה לי מוגה או לא אלא משמע דה"ק למדין מספר מוגה שלמדו ממנו אחרים והגיהו אותו כגון דאמרי אלין ספרי דאסי שהמגיהים אומרים שלמדו מספרי דאסי א"כ הוא בחזקה שהוא ספר אסי וע"ז קאמר ובאלין אגרת' צריכא משמע הא אם ידוע בבירור שהאגרת הזאת כתבו עד זה מקיימים ממנו:

סעיף כח

וי"א כו' בש"ע ובסמ"ע נרשם כאן ר"ן פ"ב דכתובות וכן הוא בב"י וד"מ בשם הר"ן ותמיה לי דליתא כן בהר"ן ואדרבה בהר"ן שם משמע להדיא איפכ' דז"ל הר"ן ובירושלמי משמע דכשם שמקיימי' משתי שדות או שתי כתובות כך מקיימים מספר שכתבו עד דגרסי' התם רב הונא אמר למדין מספר מוגה כגון דאמרי אלין ספרי דאסי ע"כ מיהו בהרא"ש ומרדכי משמע להדיא דאין מקיימים מספר שכתבו דמתוך הספר אין אדם יכול ללקט אותיות וכן מוכח מדקאמר לכתוב חתימת ידיה אחספ' ולא קאמר לכתוב אלפא

ביתא אפי' אמגילת' אלא ודאי אי אפשר לדמותם יחד אלא כשחותם שמו עכ"ל. מיהו אין דבריהם מוכרחי' דהא בלאו הכי ה"ה דהוי מצי למימר אריש דמגלת' וכמ"ש התוס" ושאר פוסקי' וע"כ נרא' דמקיימי' מתוך הספר וכריב"ש והריטב"א והר"ן שהבאתי לעיל כדמוכח מהירושלמי דלעיל. ובב"י מחו' כ"ז כתב על דברי הרא"ש ונ"ל ראיה לדבריו מהירושלמי דמשמע דוקא מאילן ספרי דאסי שהוא חתימת שמו הוא דמקיימים אבל לא משאר הספר וטעמא לפי שדרך בני אדם לחתום בשינוי מכתיבתם עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דאדרבה בירושלמי משמע איפכא דמקיימים מן הספר עצמו וכמ"ש:

סעיף כט

ונהגו לכתוב כו' בב"י לקמן ס"ס כ"ט כתב וראיתי קיום שטר מספרד ואין כתוב בו אלא אתקיים שטרא דנא קדמנ' ע"כ כלומר ולא נהגו לדקדק לכתוב הדרך שנתקיים בו גם האידנ' במדינתנו לא נהגו לדקדק בכך:

סעיף ל

כשהשטר מתקיים בעדות אחרים כו' דדוקא כשמתקיים ע"י עצמו סגי לעיל סעיף ז' כשכל א' מהם אומר זה כתב ידי לפי שעל מנה שבשטר הם מעידים משא"כ הכא דלא על מנה שבשטר הם מעידים רק על כתב ידם לכן צריך ב' עדים על כל חתימה:

סעיף לא

הרי זה אסור להעיד כו' משמע אפי' ע"י צירוף עד א' ודלא ככסף משנה וב"י ס"ס זה וגם הב"ח והל"מ פ"ח מה' עדות השיגו עליו ונראה שגם המחבר חזר בו כדמוכח בדבריו בש"ע כאן ממ"ש לקמן ויש חולקים כו' ולפי דבריהם או שיצטרך אחר כו':

סעיף לב

הואיל והדבר כן כו' ואין אנו זוכרים כו' וכן הוא בהלכות גדולות בהל"ע דף קי"ד ע"ג בשם מר רב יהודאי ומשמע שם דמר רב יהודאי ס"ל דאפי' נתקיים השטר ממקום אחר לא מהני דאית' התם ורבנן בתראי פליגי ואמרי אי מחזקינן חתימות ידיה דהאי סהד' מקמי האי דינא בבי דינא לאו כל כמיניה דמדע ליה לסהדותיה ואי לא מחזקינן חתימות ידיה מהימן עכ"ל ודעת הרמב"ם כרבנן בתראי. ובתשר מהרי"ק סוף שורש ע"ד כ' דלא נהיר' דברי ה"ג והרמב"ם מדתנן פ"ב דכתובות זה אומר כתב ידי וזה אומר כתב ידי צריכים לצרף עמהם אחר דברי רבי וחכ"א אין צריך ואמרינן בש"ס לדברי רבי על כת"י הם מעידים לדברי חכמים על מנה שבשטר הם מעידים פירש"י אנחנו ראינו המלוה וחתמנו הלכך בי תרי סגי ואמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כחכמים הלכך כל האומר זה כתב ידי הרי העיד שראה ההלואה או הדבר מעתה שוב אינו נאמן לו'

לא ראיתי ההלואה עכ"ל (ומביאו ב"י בקצרה לקמן ס"ס זה ונראה מדבריו שהיא תשו' מהרי"ק ובאמת אינו מתשובת מהרי"ק וכמ"ש לעיל סעיף ד' סק"ט ולאו מהרי"ק חתים עלה בסוף אלא היא תשו' איזהו חכם אחר זמן רב קודם מהרי"ק מ"מ יהיה מי שיהיה) דבריו לא נהירין לי דודאי כשמעיד בסתם הרי הוא מעיד על ההלואה ולכן כתב הרמב"ם הרי זה אסור להעיד כו' כלומר כשיעיד בסתם שזהו כתב ידו יועול עדותו (דפשיט' שאין הב"ד צריכים לחקרו אם זוכר עדותו שאלו אינו זוכר לא היה מעיד) ובאמת אינו זוכר העדות אבל כשאומר זה כתב ידי אבל מעולם לא ידעתי עדות זו כו' הואיל ומיד תוך כדי דיבור אומר לא ידעתי לא נתקיים השטר: וגם הירושלמי ניח' טפי להרמב"ם דלכ"ע היכ' שאין זוכרה אף ע"י השטר לא מהני אפילו ע"י צירוף מטעמ' שאכתוב לקמן אלא דכשאינו זוכרה מעצמו וזוכרה ע"י השטר פליגי ורב הונ' כרבי ור' יוחנן כרבנן. והראב"ד השיג על הרמב"ם וז"ל ויש שאין מורין כן ויודעים בדינין כמותו שאם אמרו אין לנו זכרון כלל אין זה סתירה ויותר מזו שאפילו אמרו כתב ידינו הוא אבל מעולם לא היתה מלוה כי אם אמנה היתה אינם נאמנים עכ"ל וע' בכ"מ מ"ש בזה ולי נראה דלק"מ דהתם אין נאמנים כיון דמשוי נפשייהו רשיעי וכדלקמן סעיף ל"ז משא"כ הכא וכן ראיתי במגדל עוז וגם נ"ל טעם לדברי הרמב"ם דכיון שאין זוכרים העדות כלל ה"ל כמו שמעידים מפי כתבם דהא קי"ל לעיל סי' כ"ח סעיף י"א דאסור לשלוח עדותם בכתב מה"ט ואפילו למאן דמכשיר התם כשהעדים אינם חרשים היינו כיון שראויים להעיד וכן עדות בשטר קי"ל דכשר מטעמ' דדבר תורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וכמו שהוכחתי שם סי' י"ב אבל כשהם לפנינו ואינם זוכרים העדות הרי הם כחרשים כיון שאינם ראויים להעיד בפה כלל ונ"ל שלזה כיון הרמב"ם במ"ש לא נתקיים השטר והרי הם כחרשים כו' ר"ל כמו חרשים שאסורים להעיד בכתבם כדאיתא בפ' מי שאחזו משום מפיהם ולא מפי כתבם וכתבו הרמב"ם פ"ה מה' עדות ונתבאר לעיל סי' ל"ה סי"א. ונ"ל עוד ראיה להרמב"ם ממאי דאיתא בש"ס פ' ד' אחין (יבמות דף ל"ג ע"ב) אי דזכירי ליתי לסהודי ואי לא זימנין דחזו בכתבם ואתו מסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם והקשו בתוס' והרא"ש שם (ובפ"ב דכתובות דף כ' סוף ע"א) מכמה דוכתי בש"ס מהגוזל קמא ומפ' גט פשוט ופ"ב דכתובות ופ' מי שאחזו ולהרמב"ם ניחא הכל דכשהם לפנינו ואין זוכרים העדות גרע טפי (אלא דס"ל להרמב"ם דבקדושין לא מהני אפי' כשזוכרה ע"י השטר רק דקל הוא שהקילו בדיני ממונות וע"ש ברמב"ם ודברי הכ"מ וב"י בס"ס זה לא נתחוורו לי ע"ש) . גם מה שהאריך הבית חדש בס"ס זה כיון דקי"ל דעדות שבשטר מועיל מדברי תורה (וכמו שהוכחתי לעיל סי' כ"ח

סעיף י"ב) א"כ לא קי"ל כהרמב"ם כאן והראב"ד גם הוא כ' על דבריו ויש שאין מורין כן ויודעי' בדיני' כמותו כו' וכן עיקר עכ"ל לא נהירא לי אלא נלפע"ד דאף דהתם קי"ל דלא כהרמב"ם מ"מ דברי הרמב"ם דהכא מסתברי' וכמו שכתבתי ובפרט שהלכות גדולות בשם מר רב יהודאי ורבנן בתראי כולהו ס"ל כהרמב"ם בהאי וגם פשטה דברי רבי יוחנן דאמר אע"פ שאינה זוכרה מעצמו משמע דבעינן שיהא זוכרה עכ"פ מתוך השטר ואם אינו זוכרה אינו כלום לגמרי והיינו כמ"ש ודו"ק (ועי' בריטב"א פ"ב דכתובות שהאריך והנלע"ד כתבתי):

סעיף לג

ולא בעינן כו' אלא בעד אחד כו' לא נהירא לי לחלק בין עד אחד לשני עדי' דהא קי"ל לקמן סי' נ"א דעד אחד בכתב מועיל כמו שני עדים ואע"פ שכ' בהגהת מרדכי ריש כתובות וז"ל ואע"ג דמסיק התם והוא שזוכרה מעצמו הני מילי בעד אחד כו' וכן פיר"י פ"ב דכתובות כו' עכ"ל היינו דס"ל כפי' קמא של ר"י בתוס' פ"ב דכתובו' דף כ' ריש ע"ב שכתבו וז"ל וא"ת והכא אפי' אין זוכרה כלל מה בכך יביא שטרו לב"ד וי"ל דעד אחד בשטר לא חשוב שטר אלא אותו שיש בו ב' עדים דומיא דספר מקנה והא דקאמר בפ' גט פשוט עד א' בכתב ועד אחד בעל פה אין מצטרפין דמשמע הא שנים בשטר אפי' בשתי אגרות מצטרפים התם מיירי כגון שהא' בשטר והא' בע"פ לא שאומר שראה הוא המלוה אלא שראה מסירת השטר מלוה למלוה דהוי כשנים החתומים בשטר לרבי אליעזר דאמר עדי מסירה כרתי ועוד דבירושלמי מפרש עד אחד בשטר היינו ששנים חתומים בשטר וקיימו כתב ידו של אחד ולא מצאו לקיים כ' ידו של שני עכ"ל וא"כ מוכח דלדידן דקי"ל דבשתי אגרות מצטרפין אפי' לא ראו מסירת השטר וכדלקמן סי' נ"א א"כ עד א' הוי כמו שני עדים ולא קי"ל כפי' קמא של ר"י אלא כמ"ש התוס' שם אח"כ וז"ל אי נמי אומר ר"י דעד א' מועיל בשטר אם יש שני שטרות בכל א' חתום עד א' חשוב כשטר שלם וכ"ת א"כ בשמעתין יביא כתבו לבית דין אפי' אינו זוכר כלל י"ל דלא חשיב שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם מדעת הלוה שהוא חייב אז חשוב שטר אבל הכא שכותב עדותו שלא מדעת הלוה לא חשיב שטר עכ"ל דהא הרא"ש פ' גט פשוט הביא הירושלמי הנ"ל וכתב שהר"י כתב שטעם הירוש' דלא חשיב כלום ע"א בכתב וש"ס דילן פליג על הירושלמי בסברא זו ושמעינן מיניה דעד א' בכתב מזקיק הוא לשבועה וכ"כ בה"ג שטרא דחתימי עלייהו ב' סהדי ואשתכח חד מיניהו קרוב או פסול משבעינין ליה אפומא דהאי כשר כו' והכי קי"ל כמו שנתבאר לקמן סי' נ"א בטור ובדברי המחבר שם סעיף ב' וג' וא"כ עד אחד הוא כמו ב' עדים וכמו שבב' עדים אם

נכתב במצות הלוה אין צריך שיוכרו עדותן להתוס' והרא"ש וטור ה"ה בעד א' לענין שבועה או בב' אגרות לענין צירוף כן נ"ל ברור ועיקר והר"ב שכ' בפשיטות דבעד א' בעינן שיוכור עדות דבריו צל"ע:

סעיף לד

ויש חולקים וכו' עיין מה שכ' לעיל סי' ל"ט ס"ק א' דאין כאן מחלוקת וגם הרשב"א מודה דהיכא דאין השטר כתוב כתקונו כשר לגמרי אלא דהיכא דנכתב שלא מדעת הלוה פסול לגמרי דלא ניתן לכתוב ולא חשיב הגדת עדים כלל וצריכים לבוא ולהגיד בפה וגם מהרי"ו ס"ל כן וכן עיקר ודברי הר"ב אינם מאוורים ודוק היטב (ובעיר שושן השמיט כל הג"ה של הר"ב מראשה ועד סופה רק לעיל סי' ל"ט סעיף ו' כתב דברי הר"ב דשם בסעיף ג' והן הן דברי הר"ב כאן בסוף הג"ה):

סעיף לה

ומת אחד מהן כו' וה"ה אם הוא חי ואינו לפנינו וכ"כ הסמ"ע ס"ק ל"ה וכן מוכח להדיא בתשו' הר"ב סי' ק"י שהבאתי לקמן ס"ס זה ודלא כהבית חדש ע"ש:

סעיף לו

בפני עדים ועפ"ר שם כתבתי טעה הטור דלא כ' הכי עכ"ל סמ"ע והב"ח כ' דהטור קיצר במובן ולי נראה דמ"ש הטור יכתוב חתימת ידו על החרס וישליכנו בפני ב"ד כו' ר"ל דהכל יהיה בפני ב"ד שיכתוב וישליכנו בפני ב"ד והיינו שכ' בפני ב"ד ולא כ' וישליכנו בב"ד וגם הרמב"ם נרא' דמוד' דאם כותב חתימת ידו בפני ב"ד לא צריך עדי' דהיא היא או אפשר דס"ל להרמב"ם דדוקא חוץ לב"ד בפני עדי' יחתום דאי יעשה כן בב"ד נמצא דה"ל כמעיד בב"ד כו' שחותם בב"ד כדי להכיר מתוך כך כ' ידו ה"ל כמעיד ממש על חתימתו וצל"ע:

סעיף לז

על החרס. דאמגילתא יש לחוש שימצאנו אחר אבל אחספא ליכא למיחש למידי דכתב שיכול להזדייף הוא ולא גבי אפילו מבני חורין עכ" ל הר"ן וכך כ' הריטב"א והתוספות ומוכח עוד בתוספות דאתיא כרבי מאיר דלרבי אליעזר דאמר עידי מסירה כרתי יכול לכתוב עליו שטר מתנה ויועיל וכמו שכתבתי לעיל סי' מ"ב ס"ק ב' אך מדברי הרמב"ם והמחבר והרא"ש וטור ושאר פוסקים לא משמע כן דהא פסקו כר' אליעזר ואפ"ה כתבו כאן דיחתום על החרס ואין לומר דס"ל שטר מתנה נמי פסול על החרס דהא לקמן ריש סימן קצ"א כתבו דכשר ונראה דס"ל הטעם כאן דיחתום על החרס כמ"ש הריטב"א בשם ה"ר יחיאל וז"ל דהא דאמרינן הכא אחספא טעמא דמלתא דכיון דשדו ליה בי דינא

לברא לא רמי אינש אדעתיה לומר דאית ביה שום כתב ולא שקליה אבל במגלה אינא למיחש דכי חזי ליה בארעא שקיל ליה וחזי ליה וכתב עליה מאי דבעי עכ"ל עוד נ"ל לומר דאחספא כיון דמלתא דלא שכיחא הוא לעשות שטר ולחתום אחספא יזכור הוא האמת שחתם לפני ב"ד אחספא ויתברר הדבר וגם יהא נאמן במגו דפרעתי או במגו דתנאי היה בו וזייפו ואף אם יהא כתוב בו נאמנות יהא נאמן במגו דיכול לומר הנאמנות נכתב בזיוף כיון שהחרס הוא דבר שיכול להזדייף משא"כ במגלתא דיש לחוש שמא יכתוב בו נאמנות ותו לא יהא לו מגו אף אם יזכור וגם שמא ישכח ענין חתימתו וכמ"ש הבעל התרומות שער י"ג מביאו ב"י לקמן סי' ס"ט סעיף ט'. כן נ"ל ברור:

סעיף לח

וכ"ש אם היו עדים כו' אבל אם העיד ראשונה החי עצמו הוה אידך יתר שהוא כנטול זו סברת הריטב"א ז"ל עכ"ל נ"י שם וא"כ כ"ש כשהעיד ראשונה החי על עצמו דלא מהני דלכתיב ח"י אחספא:

סעיף לט

או הדיין בעצמו ואחר עמו כו' כתב ב"י ללמדנו דבעדות חתימת הדיין צריך שני עדים ואפילו הוא עצמו מעיד על חתימת ידו צריך שיצטרף אחר דלעולם הדיין על כתב ידו הוא מעיד כל שאין דיין אחר מעיד על חתימת ידו וכך הם דברי הרא"ש שכתב כו' עכ"ל נראה שמחלק הב"י דאף על פי שכתבו הרא"ש וטור בשם הרבינו יונה דאם שני דייני הקיום כל אחד מעיד על כתב ידו השטר מקוים וכדלקמן סעיף ט"ו שאני התם שב' הדיינים מעידים כן משא"כ הכא בדיין אחד אבל לא מסתבר לחלק בכך אלא נראה דמ"ש הטור כאן או הדיין בעצמו ואחר עמו לרבותא כתב כן דאפ"ה לא מצטרפי כיון דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי וכ"כ הסמ"ע ס"ק מ"א והבית חדש ובדברי הרא"ש אי אפשר לפרש כן שהרי כתב כן בדברי רבי יודא אמר שמואל דמצטרפים אך נראה דמ"ש הרא"ש וה"ר יונה כתב כו' הוא פלוגתא ומסקנתו כדברי ה"ר יונה ולפ"ז אם עד אחד מן השוק מעיד על חתימת עידי השטר ודיין א' לבד מעיד על חתימתו מצטרפים דבדיין לא אמרינן על כתב ידו הוא מעיד רק על קיום השטר וכן נראה להדיא מדברי הסמ"ע והב"ח וכן נראה מדברי הר"ן והמחבר לק' סעיף ט"ז שכתב בסתם אבל אם ע"א כו' ודיין מעיד על חתימתו מצטרפים ולא כתב ודיין אחד ואחר עמו מעיד על חתימתו כו' כמ"ש אח"כ ששנים מן השוק מעידים על הדיין כו' ונראה שחזר בו ממ"ש בב"י וס"ל דכשהדיין עצמו מעיד על חתימתו לעולם א"צ אחר עמו דלעולם על קיום השטר הוא מעיד וה"ל כאו' בפני נתקיים השטר וכן עיקר:

סעיף מ

אינו מועיל ואפילו העד שחתום בשטר מעיד ג"כ על חתימת עד הב' דנתקיים כל השטר בצירוף הדיין לא מהני דקנפיק ג' חלקים אפומא דעד החתום בשטר וכדלעיל סעיף י"א וכן מבואר בדברי הריטב"א שהבאתי לק' ס"ק מ"ה אבל כשיש עד אחד על חתימת העד הב' מהני עם קיום חתימת דיין אחד כגון ששני עדים מעידים על חתימת הדיין דזה הוי כב' עדים על חתימת עד הב' ודמי כדלעיל סעיף י"ג וה"ה שהדיין לחוד סגי על חתימתו וכמ"ש בסמוך ס"ק ל"ח ומצטרף בכה"ג להעד שמעיד על חתימת הב':

סעיף מא

דמאי דמסהיד האי כו' לפיכך אין לחוש אם העדים קרובים לדייני הקיום עכ"ל טור וכן כתב הרא"ש דכיון שאין השטר מתקיים על פי עד ודיין אין אנו חוששים אם הדיינים קרובים לעדים ומביאובית יוסף אבל בתשובת מהר"מ מרוטנבורג דפוס פראג סימן מ"ח והיא נדפס' ג"כ בתשובת רשב"א סי' תתנ"ג מצאתי וז"ל עד ודיין מצטרפין לפי מה שהוכיח ר"י כי' אם לאחר זמן מכירים חתימת א' מן העדים וחתימת אחד מן הדיינים סגי בהכי ולפי זה נראה לי שלא לחתום על ההנפק אותם בני אדם שהם קרובים עכ"ל. וכן הוכחתי לק' ס"ק מ"ה כהריטב"א והר"ן בשם הרא"ה דמקיימים באחד מן הדיינים ואחד מן העדים אם כן הכא דברי מהר"מ עיקר כן נראה לי וכן נוהגין שאין הדיינים מקיימין חתימת יד העדים קרוביהם מיהו נראה דאם אירע שקיימו הדיינים חתימת יד קרוביהן ומכירים חתימת יד של השלשה או אפילו שני דיינים סגי בדיעבד ודו"ק:

סעיף מב

וכן אם נתקיים כתב יד הסופר כו' ע"ש דכתב וז"ל ומ"מ גבי מבני חרי וכ"כ רבינו ירוחם נ"א ח"א ד"מ ד' עכ"ל סמ"ע ונ"ל דלא דק דאיך יגבה בזה מבני חרי דמה בכך שמכירים כתב יד הסופר מאן לימא לן דהסופר עד הוא ובהדיא אמרינן בש"ס פרק המגרש (גיטין דף פ"ח ע"א) ההיא כתובת חתנים דאתיא לקמיה דרבי אבהו דהוה ידע ליה לטופסא דשטרא ולחתימת ידא דחד סהדא סבר לאכשורה א"ל רבי ירמיה חתם סופר שנינו משמע דכתב סופר ועד אחד פשוט לגמרי וכן מוכח מדברי הריב"ש ס"ס תי"ג ומביאו ב"י במחודש כ"ו שכתב וז"ל ואע"ג דקי"ל בפ' המגרש חתם סופר שנינו אבל כתב סופר לא התם הוא שאין כלל בטופס הסופר חתימתו אבל בהטפסה זו שכ' בה המתנה בחתימת הסופר עדיף מכתיבת סופר והוי כחתם סופר ואין צ"ל לדעת בעל העיטור ור"ח ז"ל שכתבו סופר מובהק ועד אחד אע"ג דאינו כשר לכתחילה כרב דקי"ל כותיה מ"מ לא גרע מכתב ידו דתנן במתני' דהולד כשר וא"כ בדיני ממונות כשר לבני

חרי כדינא דג' גיטין דמתני' עכ"ל וא"כ אנן דלא קי"ל כבעל העיטור ור"ח וכמו שנתבאר בא"ע ס"ס ק"ל אלא דבכתב סופר ועד אינו גט כלל וכ"כ רבינו ירוחם גופיה בס' חוה נתיב כ"ד ח"ב דכתב יד סופר ויש עליו עד א' אינו גט כלל ואם נשאת תצא והולד ממזר ומביאו ב"י בא"ע ס"ס ק"ל א"כ פשיטא דפסול לבני חרי וגם מ"ש הריב"ש ואין צ"ל לדעת בעל העיטור ור"ח כר אינו מוכרח לפע"ד דנ"ל דעד כאן לא קאמרו הבה"ע ור"ח אלא לענין דולד כשר מטעמא שכ' רש"י פרק המגרש (גיטין דף פ"ו) ריש ע"ב דסופר מובהק ובקי בתורת גטין לא יכתבנו אא"כ שמע מפי הבעל וזה לא שייך הכא (מיהו בלא"ה דברי ר"ח אינם עולים לפי הסוגיא דפרק המגרש (גיטין דף פ"ו) וכל הפוסקים שם ע"ש) והיינו שלא מצינו בשום מקום בשום פוסק דכתב סופר ועד א' כשר לגבות מבני חרי אבל לשון רבינו ירוחם בנ"ב ח"מ בס' מישרים כך הוא ומ"מ גבי מבני חרי כפירוש הירושלמי שפי' עד א' בכתב ועד א' על פה כמו שכתבתי בגביית חוב עכ"ל ונרא' דמיירי כשהסופר מעיד על פה והיינו שכ' כמו שכתבתי בגביית חוב ובגביית חוב נתיב ו' ח"ו מיירי להדי' בהכי ע"ש והיינו בדרך שנתבאר לק' סי' נ"א סעיף א' בעד ח' בכתב ועד א' על פה ע"ש:

סעיף מג

השטר מקוים ולא אמרינן על כתב ידם הם מעידים דנימא שיכיר כל אחד גם חתימת חבירו הדיין או יעיד אחר עמו על חתימתן אלא כל א' מעיד על קיום השטר. וכן כששני עדים מעידים על חתימת שני דייני קיום נתקיי' השטר אם חתומים ג' דיינים עליו אף ע"פ שאין מכירין חתימת השלישי ולא חיישינן שמא לא היו רק שנים וחתימת השלישי היא מזוייפ' ואע"פ שאין כתוב בו במותב תלתא הוינא כו' כ"כ הר"ן והריטב"א וע"ש וכן הוא בבעל העיטור דף ל"ה ע"א:

סעיף מד

מעיד על חתימת עידי השטר כגון שאו' שמכיר אותן או שחתמו לפניו וכה"ג וה"ה אס או' בפניו נתקיי' השטר בפני ב"ד מהני בצירוף דיין א' שמעיד על חתימתו:

סעיף מה

ודיין אחד מעיד על חתימתו כו' משמע דבדיין מעיד על חתימתו לחוד סגי ולא בעינן צירוף אחר עמו וכמו שכתב לעיל סעיף י"ד ס"ק ל"ח:

סעיף מו

אלא ששנים מן השוק מעידים על הדיין כו'. לפי שהמחבר ושאר אחרוני' לא כוונו יפה בכאן בדברי הר"ן ובדינא לכן מוכרח אני להאריך קצת. וז"ל הר"ן פ"ב דכתובות

מאי דקמסהיד סהדא כו' עידי השטר מעיידים על מנה שבשטר כרבנן והדיינים מעידים בפנינו נתקיי' הלכך לא מצטרפי וכ' הרא"ה ז"ל דמשכחת לה דעד ודיין מצטרפים כגון שיש עד א' מן השוק שמעיד על חתימת שני העדי' ודיין א' שמעיד על חתימתו שהרי יש לנו ע"י העד מחצית הקיום וע"י הדיין מחצית הקיום האחר וכן הדין כשאין הדיין מעיד על חתימתו אלא ששנים מן השוק מעידים על העד ועל הדיין דהשתא כולה סהדותא חד הוא עכ"ל ומביאו ב"י מחו' ט"ו וכ' עליו המחבר בספרו בדק הבית וז"ל ויש לתמוה שהרי על העד השני אין כאן אלא עדות הדיין בלחוד ולכן נראה למחוק תיבת העד ועל ולגרוס אלא ששנים מן השוק מעידים על הדיין והרי זה כמו שכתבתי בסמוך בשם הריב"ש ע"כ. וע"פ זה הם דבריו בש"ע כאן. וכן כ' הסמ"ע ס"ק מ"ה והב"ח שט"ס הוא בהר"ן: ולפעד"ג דכולם לא ירדו לעומקו דמוכרח הוא שאין כאן ט"ס ודברי הר"ן ברורים שאם כפי מה שהגיהו הם קשה למה האריך הר"ן כ"כ וכתב בבא אחריתי ה"ל לערבינהו הכל וליתנינהו ברישא והכי הל"ל דמשכחת לה עד ודיין מצטרפים כגון שיש עד א' מן השוק שמעיד על חתימת שני העדי' ודיין הא' שמעיד על חתימתו או שני עדים מעידים על חתימתו ועוד דלמה שינה לשון הטעם דברישא כתב הטעם שהרי יש לנו ע"י העד מחצית הקיום וע"י הדיין מחצית הקיום האחר ובסיפא כתב הטעם דהשתא כולה סהדותא חד הוא אלא הדבר ברור דס"ל להר"ן בשם הרא"ה דכששנים מן השוק מעידים רק על ע"א ועל דיין אחד סגי בהכי ומוכרח כן בש"ס דהא ע"כ לא אדחייה הך דעד ודיין מצטרפים אלא משום דאמאי דקמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא הא לאו הכי הוה ניחא אע"ג דליכא על עד הב' אלא עדות הדיין בלחוד וא"כ נהי דמסקינן דלא מצטרפי' היינו כשהעד מעיד על חתימתו והדיין מעיד על חתימתו שנמצא שזה מעיד על מנה שבשטר וזה מעיד על החתימות ואינו בדין שיצטרפו אבל כששנים מן השוק מעידי' על העד ועל הדיין דהשתא כולה סהדותא חד הוא מהני ולכך דקדק הר"ן בשם הרא"ה וכתב ברישא הטעם שהרי יש לנו ע"י העד מחצית הקיום וע"י הדיין מחצית הקיום האחר ובסיפא כתב הטעם דהשת' כולה סהדותא חד הוא כלומר דאע"פ שאין ע"י מחצית קיום האחר ולא נתקיים העד הב' קיום גמור סגי בהכי כיון דכולה סהדותא חד הוא: וכן ראיתי בהריטב"א פ"ב דכתובות שפי' הש"ס כמ"ש ומבואר להדיא כדברי וז"ל הריטב"א אמר רבא מאי מעליותא מאי דקמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא פירש"י ז"ל שהעד מעיד על מנה שבשטר כרבנן והדיין מעיד על כתב ידו והקשו בתוס' ותיפוק ליה שאין כאן קיום מספיק שהרי על העד השני אין מי שיעיד על כתב ידו אלא הדיין ואנן תרי בעינן ואי כשהעד מעיד גם על כתב ידי חברו ואע"פ שלא פי' כן רש"י ז"ל

אכתי צריכים לעדי' שנים אחרים דאי לא נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא וכדאיתא לעיל בהדיא דאמרי' צריכים שנים מן השוק להעיד עליו לכך פי' בתוס' דהיינו קושיא דמאי דמסהיד סהדא כו' דהא דאמר שמואל הכא מיירי שהעד מעידעל כתב ידו ועל כתב ידי חבירו והדיין שמעיד ג"כ על כתב שני עדים מצטרפים ואיכא שני עדים על כל כתב וכתב של עדים ופריך רבא דהא ליתא דמאי דאסהיד סהדא לא מסהיד דיינא שהעד מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על הכתב ואז העד אינו צריך בכתב ידו אל הדיין והדיין צריך אליו בכתב ידי השני ונפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא ול' הש"ס דחוק לפי' זה ועוד שמואל ורמי בר חמא דגברי רבה נינהו היכא טעו בהאי דהא מימרא דלעיל דצריכים שנים מן השוק להעיד עליו מימרא היא ודברי הכל הוא לכך נראה לומר דהכא לא קפדי דסברי דכי אמרי' דצריכים שנים מן השוק זה בתחלה דהנפק כשאנו באין לקיים השטר אבל שטר שכתוב בו הנפק לא שכיח ביה זיוף דלא עביד אינש דזייף עדים ודיינים ואי מזייף הוא מזייף עדים לחודיה או דיינים לחודייהו וכיון דכן שנתקיים כתב העד וכתב הדיין בהכי סגי כיון דקיום שטרות דרבנן והיינו דאמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתתא דבהא לא בעינן שנים מן השוק להעיד על השני ואמר ליה רבא מאי מעליותא דנהי דלא קפדינן אדלית קיום גמור מטעמא דאמרן מ"מ אינו בדין שיצטרפו כיון שהם חלוקים בעדותן דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי כך נ"ל לפרש"י ז"ל ולשון הש"ס עכ"ל. הרי מוכח מכאן דאם שנים מן השוק מעידים על העד ועל הדיין. מהני אפי' לרבא כיון דכולה סהדותא חד הוא. וכן הוא בתשובת מהר"מ מרוטנבורג דפוס פראג סי' מ"ח והיא נדפסת ג"כ בתשובת רשב"א סי' תתנ"ג וז"ל עד ודיין מצטרפים לפי מה שהוכיח ר"י שצריך שיכיר חתימות הדיינים על ההנפק מהני מה שהם חותמים שאם לאחר זמן יעידו על חתימת א' מן העדים וחתימת א' מן הדיינים או שני הדיינים סגי בהכי עכ"ל נראה דמהר"מ מפרש ג"כ כמ"ש הריטב"א וא"כ אף למאי דמסיק רבא דלא מצטרפים מ"מ בכה"ג עד ודיין מצטרפין וזה נרא' ברור דעת הר"ן בשם הרא"ה ודלא כהמחבר וסמ"ע וב"ח כן נ"ל ברור: וכן נ"ל עיקר לדינא ואע"ג דמדברי הריב"ש סי' שפ"ב גבי דיין החתום על החליצה ודיין החתום על האשרת' וכן מדברי הרא"ש וטור שהבאתי לעיל סעיף י"ד ס"ק מ' מוכח דס"ל דעד ודיין לעולם אין מצטרפים וגם אפשר לפרש הש"ס בדרך אחרת ליישב קושי' התוס' שהביא הריטב"א והוא דעד ודיין בכל ענין לא מצטרפין אלא דרמי בר חמא הוה סבר דסגי בהכי אע"פ שאין כאן עדות שלם ופרכת רבא כקושי' התוס' דמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא כלומר דאלו הוה דיינא נמי מעיד על מנה שבשטר הוה מתקיים השטר ומאי דמסהיד דיינא לא

מסהיד סהדא כלומר דאם היה העד מעיד ג"כ דבפניו נתקיים השטר א"כ הוה כמו שני דיינים שמעידי' על חתימתן שמקוים השטר כמ"ש הרא"ש וטור בשם ה"ר יונה וכן פי' מה"ר אליעזר ן' חיים בחדושי כתובות שלו ואפשר שזה הי' טעם ה"ר יונה שפירש התם כן והוציא כן דין זה מתוך פי' זה מ"מ נ"ל עיקר כפי' הריטב"א והר"ן והרא"ה וכדפי' חדא דכן מוכח לשון הש"ס ועוד דא"כ היכא ס"ד דרב יודא אמר שמואל דמצטרפים הא אין כאן עדות שלם וגם מאי קלסה רמי בר חמא הא אדרבא מימרא פריכא הוא ממילא ואי תימא דהוה ס"ל דאפ"ה מהני א"כ מאי חידש רבא במאי דפריך ליה מאי דקמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא אלא ודאי רמי בר חמא קלסה דבכה"ג לא בעינא עדות שלם ופרכה רבא מאי מעליותא דנהי דלא בעינן עדות שלם וסגי בקיום עד א' ודיין א' מ"מ כיון דמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא כו' אינו בדין שיצטרפו. ואין לפקפק על קיום זה דעד ודיין כיון שאינו קיום גמור דהא אשכחן בדוכתי טובי דמקילינן בקיום שטרות כיון דהוא מדרבנן דהא מקיימים נמי משתי שטרי שדות או שתי כתובות אע"ג דלא ידעינן אם אמת הם מקיימים מאומדנות המוכיחות וכ"ש הכא דסברא טובה הוא דלא מזייף לעדים ולדיינים וכיון דודאי עד א' ודיין א' אמת הוא וא"כ נצטרך לומר שזייף עד הב' ודיינים האחרי' ולהכי לא חששו שזייף עדים ודיינים ואוקמה אדאורייתא וכה"ג איתא במרדכי פ"ב דכתובות גבי כותב אדם עדותו על השטר כו' והוא שזוכרה מעצמו כו' וז"ל הג"ה ואין לגמגם ביה דקיום שטרות דרבנן ובסברא מועטת יש להקל ע"כ כ"ש הכא דסברא טובה הוא וכדפי' וגם בש"ס נראה כן עיקר וגם לפי מ"ש לעיל סעיף י"ד ס"ק מ' דנוהגים שאין הדיינים מקיימים ח"י קרוביהם א"כ בע"כ מטעמא דעד ודיין בכה"ג מצטרפים וכמ"ש שם א"כ בע"כ דהכי קיימא לן:

סעיף מז

להצטרף עם אחר כשר. פי' שהכיר בגדלותו והוא כשר לעד זה שהכיר בקטנותו אבל יכולי' להיות שניהן קרובים לעידי השטר וכ"כ הר"ן וכ"כ הריטב"א בשם קצת רבוותא ושכן נראין הדברי' לדינא וכ"כ הסמ"ע ס"ק מ"ה: מיהו כל זה להעיד על חתימת קרוב שהוא עד מטעם דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ומדאורייתא לא בעי קיום אבל להעיד על חתימת הלוה פשיטא דאין קרוב נאמן לחייבו וכ"כ בסמ"ע סימן ל"ה ס"ק ס' והוא פשוט:

סעיף מח

וי"א כו'. וכן לעיל סי' ל"ה ס"ד כתב המחבר דין זה בשם יש מי שאומר ותמה בסמ"ע שם ס"ק י' למה כתב המחבר זה בל' יש מי שאומר דאין שום פוסק חולק ע"ז כו'

ואשתמיטתי' דברי הרב המחבר בספרו בדק הבית כאן בסי' זה שכתב על מה שלמד הרא"ש כן מהירושלמי וז"ל והפוסקים השמיטו הירושלמי משום דבש"ס לא חילק בכך אלמא לא ס"ל הכי או הם מפרשים זה הירושלמי בענין אחר עכ"ל ונראה שיש לפרש לשון הירושלמי תני ובלבד דברים שהם רגילים בהם דהיינו ה"ה אחרים כאלו שהם רגילים בהם דאלו להרא"ש הל"ל תני מפני שהם רגילים בהם אלא ודאי ר"ל ה"ה לאינך ובלבד דברים שהם רגילים בהם גם ראיתי בריטב"א פ"ב דכתובות שחולק להדיא שכ' וז"ל ומסתברא כיון דקתני אחיו דלית ליה לא הא ולא הא ה"ה לאדם רחוק דעלמא דמאי שנא ותנא דמתניתין נקט הנהו דמסתמא שכיחא גבייהו וידעי כתבא דידהו ע"כ:

סעיף מט

שלא יהיו עידי הקיום. משום דבעי' עדות שיכול להזימם ודיינים אלו לא יקבלו הזמה על קרוביהם עכ"ל הסמ"ע ובאמת כתבו כן קצת פוסקים אבל הר"ן ספ"ב דכתובות השיג על זה והוכיח מסוף פ' זה בורר דלא חי"ל כהירושלמי דפוסל עדים קרובים מטעם הזמה אלא גזירת הכתוב הוא מלא יומתו אבות על בנים דכל שהדבר יוצא על פי קרובים הן ששניהם עדים או הא' עד והשני דיין דא ודא אחת הוא ופסולים והשיג על הרשב"א שכ' דיכולים להיות עידי קיום קרובי' לדייני קיום דאין הזמה שכיחא בהו ל"ח להכי בקיום שטרות דרבנן כו' וע"ש:

סעיף נ

ודייני קיום כו' נראה מדברי הר"ב דאף מאן דמכשיר בעידי קיום פוסל בדייני קיום וכ"כ בעיר שושן להדיא אבל דייני קיום הקרובים למלוה או ללוה פסולים לכ"ע. ודבריהם תמוהין בעיני דפשיטא דמאן דמכשיר בעידי קיום ה"ה בדייני קיום דאין טעם לחלק כלל ועוד דהא לפי טעם המכשיר הוא משום דקיום שטרות דרבנן הקילו בה ואוקמה אדאו' דלא צריך קיום כלל א"כ ה"ט שייך נמי בדייני קיום ואדרבא טפי נראה להכשיר בדייני קיום מעידי קיום והר"ן וסייעתו דפסלי בדייני קיום הקרובים למלוה ולוה פסלי ג"כ בעידי קיום הקרובים למלוה ולוה אבל מאן דמכשיר בעידי קיום פשיטא דה"ה וכ"ש בדייני קיום וכן הוא להדיא בתשובת הרשב"א הנדפסת בתשובת רמב"ן סי' קי"ב שכ' שם אבל כשעידי קיום או דייני קיום קרובים בין למלוה בין ללוה נראין הדברים שפסולים משום דנפק ממונא אפומא דקרובים אלא שיש לעיין מדתני ר' חייא אין העדים חותמים על השטר אא"כ קראיהו כו' ועוד תדע לך דגרסי' פ"ק דגטין בפני כמה נותנו לה כו' אלא דייני קיום ועידי קיום כשרים אע"פ שהם קרובים ולבעל ולאשה כו' (ובתשובת רשב"א (דפוס) סי' תתקס"ט הלשון מוטעה קצת אמנם כוונתו כמ"ש בתשו' רשב"א

שנדפסת בתשובת רמב"ן שם ע"ש) והכי מוכח נמי להדי' מדברי הרשב"א בחדושיו ריש פ"ק דגטין בסוגי' דבפני כמה נותנו לה כו' (ומ"ש הריב"ש סי' שפ"ב בשם רשב"א פ"ק דגטין דפסול עידי קיום הקרובים למלוה ולוה צל"ע ואפשר שבחדושי רשב"א שלו לא היה כתוב סוף דברי הרשב"א ע"ש) ע"ש בחדושיו בדף ז' סוף ע"ב ותראה שמ"ש הוא ברור וא"כ דברי הרב והע"ש צל"ע:

סעיף נא

אבל מ"מ צריכים הם לראות כו' כדי שלא כו'. זהו דעת הר"ן וריב"ש וסייעתם דלעיל סי"ט דפסלי בעידי קיום הקרובים ללוה ולמלוה ולפיכך צריכים הם לראות וה"ה דכשיכתבו מי הם עידי קיום סגי וכ"כ הריטב"א פ' שני דייני גזירות וז"ל הא דאמרי' הדיינים חותמים על השטר אף ע"פ שלא קראוהו פי' אע"פ שלא ראו כלל לדעת עניינו אבל צריך לדעת שמות בעלי דבר כדי שלא יקיימוהו בקרובים לבעלי דבר אי נמי לא קראוהו כלל והוא שכתבו באשרתא בפי' שמות המעידים על כתב העדים עכ"ל ומביאו ב"י וכ"כ הנ"י ס"פ יש נוחלין וז"ל ואסיקנא דבי דינא בתר ב"ד לא דייקי וכיון שכן כ' הרמ"ה ז"ל כי מקיימי השטר צריך שיכתבו שמות המעידים על החתימות בפי' או שיקראו שמות בעלי דבר דאל"כ שמא יקיימוהו בקרובים ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי וגובים בשטר זה והכי מתוקם הא דפרק שני דייני גזירות שהדייני' חותמים בשטר אע"פ שלא קראוהו כלומר כולו אלא שמות בעלי הדבר או לא קראוהו כלל ופירשו שמות העדים עכ"ל והיש אומרים שכתב המחבר שא"צ לקרותו כלל הוא הרשב"א בתשו' רמב"ן סי' קי"ב מבואר שם להדיא טעמו משום דעידי קיום ודייני קיום הקרובי' למלוה ולוה כשרים והוא היש מי שמכשיר בסי"ט ולפיכך א"צ לקרותו כלל ולא לכתוב שם העדי' כלל והרב בהג"ה והע"ש ערבבו הדברי' וכמו שיתבאר:

סעיף נב

ובלבד שיכתבו כו'. מה שנראה מדברי הרב והע"ש דלסברא זו האחרונה צריך שיכתבו ליתא וגם מה שנראה מרבריהם דלסברא הראשונה לא מהני שיכתבו ליתא אלא לסברא הראשונה כי היכא דמהני כשיראו מי הם המלוה ולוה ה"נ מהני כשיכתבו מי הם עירי הקיום ולסברא האחרונה א"צ לקרותו כלל ולא לכתוב מי הם עדי הקיום וכמ"ש בסמוך והרב והע"ש ערבבו הדברי' ולא ה"ל לכתוב כאן ובלבד שיכתבו מי הם עדי הקיום כו' אלא כסברא הראשונה אחר מ"ש המחבר אבל מ"מ צריכים הם לראות כו' היה להם לכתוב או שיכתבו מי הם עדי הקיום כו' נ"ל:

סעיף נג

צריך שיהיו רחוקים מעידי השטר עצמו כשם שצריך שיהיו רחוקי' מהם כשמעידים בפניה' על פה שאע"פ שעדים החתומים על השטר משעה שחתמו נעשה כאלו נחקרה עדותן בבית דין מ"מ ב"ד שדנין על הממון היאך ידונו אותו בעדות קרוביהן שמעידין על הממון בעצמו עכ"ל ר"ן ולפי זה משמע דה"ה אם העידו עדים בע"פ לפני ב"ד אחר וכתבו הב"ד עדותן אין יכולים ב"ד אחר הקרובי' לעדי' לדון במלוה זו ע"פ עדות קרוביהן שהעידו כבר וכ"מ עוד בדברי הר"ן שהבאתי לקמן בסמוך סקנ"ג וכ"מ עוד ממ"ש הר"ן שם וז"ל דאנן (לא) קי"ל כטעם הירושלמי דפסול משום הזמה אלא כיון דנפקא לן בש"ס דילן מדכתיב בנים שאין קרובי' מעידים זה עם זה מה"ט נמי אין מעידים זה בפני זה דכל שהדבר יוצא ע"פ קרובי' הן ששני עדי' או אחד עד והשני דיין דא ודא אחת היא עכ"ל וכ"כ הריטב"א ספ"ב דכתובות וז"ל דאמר בירושלמי לא מעידים כו' משום הזמה אבל אין זה שטת הש"ס דילן דהזמה מילתא אחריתי היא ומעלמ' קאתי וכדאיתא במס' סנהדרין גבי הא דתנן ג' אחין וא' מצטרף עמהם הרי הן ג' עדיות והן עדות אחד להזמה וטעם פיסול בקרובי' בש"ס דילן גזירת המלך הוא שלא יהא הדבר נגמר ע"פ קרוביהן שהם כגוף א' וכשהעדי' קרובים זה לזה אינם חשובי' אלא כעד א' וכשהעדים קרובים לדייני' הרי הוא כעד עצמו נעשה דיין אחרי שהעיד ואין כאן דיין שלם עכ"ל ודלא כע"ש שכתב הטעם שדין זה נוגע בעדי' אם חתמו כדין או לא. וגם בסמ"ע סקנ"ב כתב הטעם שלא יקבלו הזמה עליהן אלא הטעם ברור ומבואר בהריטב"א והר"ן כמ"ש וע"ל סי' ל"ג סי"ז ומ"ש שם:

סעיף נד

דייני קיום צריך שיהיו רחוקי' כו'. דכי היכי דאמרינן שצריך שיהיו דייני המלוה רחוקי' מעידי השטר לפי שאף שעידי השטר נסתלקו משעה שחתמו מ"מ דייני מלוה ע"פ חתימתן צריכים לדון וקנפיק ממונא ע"פ קרובי' כך ראוי שנאמר שצריך שיהיו דייני מלוה רחוקים מדייני קיום שהרי ע"פ קיומן צריכים לדון דאף שיש לחלק מפני שעידי השטר על המלוה עצמו הם מעידים ודייני קיום אין ענינם אלא על הקיום אינו נראה דמ"מ דייני המלוה ע"פ קרוביהן צריכין לדון וכ"ת א"כ אף עידי הקיו' צריכים להיות רחוקי' מדייני המלוה וא"כ צריך לכתוב בקיום שמות עדי הקיום כדי להזהר בדייני המלוה שלא יהו קרוביהן ועכשיו לא נהגו כן אלא כותבים סתם ליתא שאין עידי קיום דומים לדייני קיום שכיון שנתקיי' השטר בדיינים דייני המלוה ע"פ דייני הקום הם דנים ולא ע"פ עידי הקיום שאפילו היו עידי הקיום קרוביהם דדיני מלוה כשמגבים

את השטר אינם מצטרפים עמהן שאינן צריכים אלא דייני קיום ואע"פ שקרוביהן גרמו להיותם מגבים ממון זה כל שאין כאן צירוף קרובי' אלא גרמתן בעלמא לא איכפת לן כדתנן הרי אלו ג' עדיות והן עדות א' להזמה ונמצא לפי מה שכתבנו שיכולים עדי הקיום להיות קרובים לעידי השטר ולדייני מלוה כל שנתקיים השטר כבר ע"פ אחרי' אבל צריך להזהר שלא יהיו עדי קיום קרובים לדייני קיום ושלא יהיו דייני קיום קרובים לדייני מלוה עכ"ל ר"ן:

סעיף נה

ויש מכשירים כל שאין צריכים דייני קיום עצמן להעיד על חתימתן בפניה' אלא שדייני מלוה מכירים אותם או שאחרי' מעידים עליהם עכ"ל ר"ן בשם הרא"ה:

סעיף נו

עדי הקיום שהעידו ונתקיי' השטר בפני ב"ד אחר יכולי' להיות קרובי' לדייני מלוה וע' לקמן ס"ק ס"ג:

סעיף נז

מעידי' בפניו וחותם עמהם ואע"פ שהשנים היו עדים וקי"ל לעיל סי' ז' ס"ה דאין עד נעשה דיין בקיום שטרות דרבנן הקלו וכ' בסמ"ע בהג"ה וה"ה עד החתום על השטר יכול להיות דיין לקבל עדות על עד השני שחתום עמו בשטר רשב"א בתשו' סי' תתקס"ט ד"מ י"ב עכ"ל ולעיל סי' ז' מחודש ו' כ' הב"י וד"מ וז"ל כתב ר' ירוחם (בריש ספר משרים) שעד החתום בשטר אינו דן באותו שטר וכ"כ בעל העיטור בשם רב אלפס והרשב"א כ' בתשובה שיש לדון ולהכשיר אפי' עד החתום בשטר להיות דיין והוא בתשו' להרמב"ן ז"ל סי' קי"ב עכ"ל משמע מדבריהם דר' ירוחם ובע"ה בשם רב אלפס פליגי עם הרשב"א ובאמת נראה דלא פליגי דר' ירוחם מיירי שאינו דן באותו שטר על המלוה שבו והרשב"א מיירי שיכול להיות דיין בקיום השטר לבד וכדאמרינן בש"ס דעד נעשה דיין בקיום שטרות דרבנן אבל בענין השטר עצמו פשיטא דגם הרשב"א מודה וכן הביא הב"י גופיה שם בסי' ז' מחו' ט' תשו' הרשב"א בעד שחתום בצוואה אינו רשאי להיות דיין על הצוואה ההיא והיא בתשו' הרשב"א (דפוס) סי' אלף ק"ל וזה ברור:

סעיף נח

משחתמו אין מעידין בפניו. לא הן ולא אחרי' וכמ"ש לקמן סקנ"ט בשם הר"ן ומביאו ב"י וכ"כ הבעל העיטור דף ל"ד ריש ע"ד משחתמו אין מעידי' בפניהם אפי' אחרי' דלאו במותב תלתא הוו כחדא ע"כ ואע"ג דלמחזי כשקרא לא חיישינן מ"מ הכא שקר גמור הוא שבשעה שחתמו ונתקיים השטר לא היו ב"ד של שלשה נמצא שנתקיים שלא כדין.

וראיתי בש"ג פ"ב דכתובות דף תע"ו ע"ב וז"ל ומזה אומר שאחר שכתבו השני' הקיום וחתמו אינן יכולי' להעיד בפני הג' שיחתום עמהם ואני אומר שאף לאחר שכתבו וחתמו מעידי' בפני ג' וחותם עמהם כב"ה וכך היא שטת ר"ח ז"ל וכן יכולי' הדייני' לכתוב הקיום ולחתום בו אפי' עד שלא יעידו בפניהם ובלבד שלא יצא מתחת ידם עד שיעידו בפניה' כמבואר בקונט' הראיות עכ"ל ומ"ש בסוף דבריו נכון הוא כיון דקי"ל למיחזי כשקרא לא חיישינן והיו במותב תלתא בשעת החתימה וע"ל סי' ל"ט סי"ג סקל"ה אבל מ"ש בתחלה ואני אומר כו' לא נהירא לי שהוא נגד כל הפוסקי' ומשמעות הש"ס וגם מ"ש וכך היא שטת ר"א נא ידענא מנ"נ הא ואולי מיירי שיחתמו כל השלשתן מחדש ביחד דלא נימא כיון שכבר חתמו שוב לא יועיל חתימתן לעולם מטעם דנוגעי' הן כיון שכבר חתמו והיינו שכ' וכך היא שטת ר"א דלקמן סכ"ו ס"ק ס"ה דלא ס"ל כפרש"י דנוגעי' כיון שכבר חתמו וצ"ע:

סעיף נט

ומותר לכתוב כו' אלא החתימה לכאורה משמע דד"ל שאסור לכתוב ולחתום הקיום קודם שנתקיי' השטר משום דבחתימה חיישינן למיחזי כשקרא אבל באמת זה אינו דכבר הוכחתי לעיל סי' ל"ט סי"ג סקל"ה דאפי' בחתימה לא חיישי' למיחזי כשקרא וכ"כ בסמוך סקנ"ח בשם הש"ג דיכולי' הדייני' לכתוב ולחתום הקיום עד שלא יעידו בפניה' והא דאמרי' בש"ס ופוסקי' משחתמו אין מעידי' בפניו וחותם היינו משום דבשעת חתימה לא היו שלשתן יחד וא"כ הקיום היה שלא כדין וכן מוכח מדברי הר"ן להדיא שכתבו ז"ל משחתמו אין מעידי' בפניו וחותם לח הם ולא אחרי' משום דחתימה קמייתא בשקרא הוו דלא הוו ידעי לה ומכיון שחתמו ולא נצטרף השלישי עמה' שוב אינו יכול להצטרף דמשחתמו נתבטל מעמד הראשון ובשעת חתימה לא היו במעמד ג' שהם ב"ד שהשלישי לא ה"ה ראוי להצטרף עמה' כיון שלא היה מכיר בחתימת ידי העדי' עכ"ל אלא נראה דמ"ש הרמב"ם והמחבר ומותר לכתוב בו' שאין הכתיבה עיקר אלא החתימה אתי לאפוקי שלא יקבלו שנים עדות ויחתמו ושוב יעידו בפני הג' ויחתום דאז לא מהני אף שיעידו אח"כ בפני שלשתן יחד דחתימה קמייתא בשקרא הוי ובשעת חתימה לא היו במעמד שלשתן וכיון שחתמו ולא נצטרף שוב א"י להצטרף וכמ"ש הר"ן אבל כשכתבו ולא חתמו אף שלא היו רק שני' בשעת הכתיבה מותר כשיעידו אח"כ בפני שלשתן יחד שחין הכתיבה עיקר אלא החתימה ואף שפי' זה דוחק קצת בל' הרמב"ם והמחבר מ"מ כן מוכח בש"ס וכן נראה עיקר לדינא:

סעיף ס

ויש חולקין. ול"נ עיקר בש"ס כסברא הראשונה שהיא סברת הרי"ף והרמב"ם וכ"כ הרשב"א בחדושיו פרק כל הגט וכ"כ הסמ"ג עשין ק"ט דף ק"ץ ע"ג והגהת מיי' ספ"ו מה' עדות וכ"כ בעל העיטור דף ל"ד ע"ד וכן נראה דעת הר"ן וכן פסק הריטב"א וכן דעת ר"ת ומ"ש הרא"ש דהא דקאמר בש"ס וליתא היינו דליתא להך פירכא דפריך לרב ביבי מר' פפי הוא דוחק גדול ובפרט בפ' כל הגט דפריך סתמא דש"ס גופיה הכי לא הל"ל וליתא אלא הל"ל שאני הכא מדרב נחמן כו' ועוד דעיקר התירוץ דליתא להך פירכא משום דשאני שטרות מקיום חסר מן הספר וגם שאר התירוצי' בתוס' דחוקי' הם אלא נראה עיקר דהא דקאמר בש"ס וליתא היינו דליתא לדרב פפי כלל והא דפריך מיניה בפ' ב' דכתובות היינו כמ"ש התוס' שם בשם ר"ת שתירץ שדרך הש"ס להקשות אפי' מדבר דלא הוי הלכתא הכי וכן הביא בתשו' רשב"א סי' אלף ר"ל כמה סוגיות בש"ס דפריך מדבר דלא הוי הלכתא הכי ע"ש וכ"כ הריטב"א שם וז"ל והא אמר רב פפי משמיה דרבא כו' ואע"ג דליתא לדרב פפי דהא אדאיה לקמן בפ' הכותב וכן בפ' כל הגט גבי הכותב טופסי שטרות ומשמע התם דאידאי לה לגמרי ואפי' לכתחלה לא חיישינן לה הכא לא פרכינן מינה לרב אלא דקשיא לן הא דרב להדיא פליגי עליה והיכא אפשר דרבא פליג עליה דרב ופרקינן ליה למימרא דלא פליגי דרב עליה דרבא מיהת וזה ברור ודכותה בש"ס טובא ויש דואין דלא אדחי' דרב פפי אלא בדיעבד ואחרי' אומרי' דלא אידאי אלא בדבר שאינו מעשה ב"ד כגון טופסי שטרות אבל לענין מעשה ב"ד חיישינן לה לכתחלה וליתא דכיון דש"ס קאמר ליתא לדרב פפי משמע דליתא כלל ועוד דההיא דפרק הכותב לכתחלה הוא ובמילתא דבי דינא הוא ואפ"ה לא חשו לדרב פפי עכ"ל ואע"ג דבפ' כל הגט כתבו התוס' דיש ספרי' דלא גרסי' וליתא לדרב פפי אלא וליתא כו' והך דפ' הכותב שאני שכותבי' שנשבעה כמו שפסקו לה כו' מ"מ נראה עיקר כדאמרן:

סעיף סא

פסול. הקיום אבל השטר כשר וכן הוא בתשו' רמב"ן שם וע"ל סכ"ח ס"ק ס"ז:

סעיף סב

ואין הדיינין עצמם נאמני כו'. אפי' אין כתב ידם יוצא ממ"ח כו' מטעם כיון דעולה הוא לא מצי משוי נפשייהו רשיעי וכן הוא בתשו' רמב"ן שם:

סעיף סג

ויש מי שמכשיר הוא סברת הרא"ש וטור שדקדקו שא"צ להעיד על חתימת העדי' בפני כל שלשתן יחד דלא פסלינא הכא אלא משום שחתמו שקר ול"נ כסברא הראשונה

דאל"כ למה קאמר בש"ס ופוסקי' בכל דוכתי במותב תלתא כחדא הוינא וגם אמרי' בש"ס ופוסקי' בכמה מקומות שלשה שישבו לקיים השטר כו' משמע דקיום השטר הוי כמעשה ב"ד שצריך שלשתן יחד וכ"מ בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים דצריך בקיום שטרות שלשה כמו גבי דין דבעינן שיהיו כולם ביחד וכן מוכח להדיא ממ"ש הר"ן פ"ב דכתובות בשם הרא"ה דעיקר חדושיה דר' זירא הוא דכיון דלא חתימי ביה אלא תרי צריך לכתוב במותב תלתא דאילו חתימי ביה תלתא לא הוי צריך למכתב במותב תלתא כחדא הוינא דכיון דכולהי חתימו לא חיישי' דלאו במותב דחד הוו עכ"ל ומביאו ב"י מחו' כ"ג וכ"כ הריב"ש סי' שי"ח בשם הרמ"ה אלמא אי לאו במותב חד הוו מיפסל וכ"מ עוד בריב"ש סי' שפ"ב ותי"ג ושאי פוסקי' והכי מוכח נמי לקמן סכ"ו מהדין דנתבאר שם דלאחר שחתמו אינו חותם עמהם שכבר נתבטל צירופו הראשון לפי' הרי"ף ור"ח וסייעתם אלמא דבעינן שיתוועדו כולם יחד וחף שכתבתי לקמן סכ"ו ס"ק ס"ה דהעיקר בש"ס כפרש"י ולא כפר"ח והרי"ף מ"מ בזה דבריהם אמת וכן הרא"ש וטור גופייהו כתבו שם כדבריהם ומה שדקדק הרא"ש דלא פסלינא הכא אלא משום שכתבו שקר אינו דקדוק דכיון ששנים מכירי' ומעידי' בפני הג' ועד נעשה דיין וה"ל כאלו הועד לפני כולם אם כן הרי הוא הועד בפני ג' יחד ואדרבא כשחתמו השנים פסול משום דבעינן שיהיו שלשתן במעמד א' וכבר חתמו בלא השלישי וכמו שכתוב לעיל ס"ק נ"ח בשם הר"ן:

סעיף סד

ובאו ב' אחרים ה"ה הם עצמם נאמני' אף לפרש"י דלא מיקרי נוגעי' כל זמן שלא חתמו אלא דנקט אחרי' משום סיפא דאפי' אחרי' אינו מועיל:

סעיף סה

שחזר בתשובה אבל אם העידו שלא גזל ה"ל תרי ותרי ופסול מספק טור והיינו משום דלהוציא ממון אמרינן אוקי ממונא בחזקתו וכ"כ הרמב"ם והטור לעיל סי' ל"ד סכ"ח:

סעיף סו

אינו חותם עמהם כו'. ולרש"י דוקא אלו הב' שחתמו אין מעידי' עליו משום דנוגעין בעדות שגנאי להם שחתמו עם פסול בדין אבל אחרים מעידי' עליו וחותם ותמיה לי על המחבר והר"ב שלא הזכירו כלל דעת רש"י ונראה משום שלא הביא בב"י מי שמסכים לדעת רש"י אבל לפע"ד דעת רש"י עיקר בש"ס וכן דעת הרבה פוסקים כמו שאבאר דאפילו ר"ח שהביאו התוס' ודאי קשה עליו טובא וכבר סתר הרמב"ן בס' המלחמות פ"ב דכתובות דברי ר"ח ע"ש ופי' הרי"ף והרמב"ם אף דלא סבירא להו כפר"ח בהא דמכשיר' לגברא בתרי ותרי מ"מ פירושם מגומגם טובא חדא דפשטא דלישנא דש"ס משמע דקאי

אאותם דייני' עצמם שבאו להעיד מדקאמר שלשה שישבו כו' וקרא ערער על א' מהם עד שלא חתמו מעידים עליו וחותם משחתמו אין מעידים עליו וחותם ועוד דסברא רחוקה כזו שנתבטל צירופם ה"ל לש"ס לפרש ועיקר הענין חסר מן הספר ועוד דכיון דאף לאחר שחתמו מהני כשיקבלו עדות מחדש ויצטרפו מחדש א"כ לא ה"ל לש"ס למימר בסתמא משחתמו אין מעידים עליו וחותם ועוד דלא הנ"ל אין מעידים עליו דהא מ"מ מהני עדותן לוועד החדש אלא הל"ל משחתמו מעידים עליו ואינו חותם עמהן ועוד דפריך חי ערער דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא ונכשר למפרע ולא נתבטל צירופם כל זה אינו במשמעות ל' הש"ס ועוד דמשני דקאמרי הני ידעינן ביה דעשו תשובה אכתי הדרא קושיא לדוכתא דגילוי מלתא בעלמא הוא דהא כי מעידים שעשה תשובה נכשר למפרע משעה שעשה תשובה ובאמת צ"ל לדעת הרי"ף ור"ח והרמב"ם דלא נבשר עד שיעידו עליו בב"ד שעשה תשובה אבל הוא תמוה וכן כתב הר"ן פ"ב דכתובות דנראה מדברי הרי"ף ור"ח רגזלן לא מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב"ד שעשה תשובה וכל שטרות שחתם בינתים פסולים דהא ההיא שעתא פסול היה אבל הדבר מתמיה דודאי אין עדותן מכשירתו וכיון שהעידו עליו שעשה תשובה משעה שחתמו איגלאי מילתא שראוי היה להצטרף באותו שעה כדאמרינן בערער דפגם משפחה לפיכך נראין יותר דברי רש"י ז"ל דפי' שמשחתמו היינו טעמא דאין מעידים עליו לפי שהן נוגעים בעדות שגנאי הוא להם שישבו עם פסול בדין עכ"ל הר"ן ועוד ראיה דהא בעד זומם קי"ל למפרע הוא נפסל כ"ש לענין הכשר דלמפרע הוא נכשר. נמצא דמ"ש הריטב"א פ"ב דכתובות וז"ל וא"ת כיון שהעידו עליו דעבד תשובה קודם ערעור של אלו הרי לא נתבטל הצירוף וכשר היה כשחתמו וי"ל דהא ליתא כי אין זה נכשר עד שיעידו בב"ד ועוד אפילו הוא נכשר למפרע משום דעבד תשובה כיון דלא נתברר הכשרו עד עכשיו דין הוא שיתבטל הצירוף עכ"ל התירוץ הראשון כבר נדחה והתירוץ השני ג"כ לא מחוור דא"כ גם בערער דפגם משפחה נימא הכי לכך נראה פרש"י עיקר ופשט ל' הש"ס מורה כפירושו ומה שהקשו עליו התוס' דהיכי פריך תרי ותרי נינהו הא גבי ב' כתי עדים המכחישות זח"ז קי"ל דמוקמינן גברא בחזקת כשרות לק"מ דכבר כתב הרא"ש והר"ן דלא דמי להתם והוכיחו דלא כמו שכתבו התוס' בשם ר"א אלא כהרי"ף דתרי ותרי ה"ל גברא ספק פסול לענין דאין מוציאים ממון על ידו וכן הוכיח הרמב"ן בס' המלחמות פ"ב דכתובות דלא אמרי' אוקי גברא אחזקתיה אלא אוקימנא ממונא בחזקתיה והשיג על הבעל המאר ורבינו חננאל וע"ש שהאריך בדברים נכוחים וכ"כ הבעל העיטור סוף דף ל"ה דמסתברא כרב אלפס ולא כר"ח וכ"פ הרמב"ם בפי"ב מה' עדות דין ג' וכ"פ

הט"ו לעיל סי' ל"ד סכ"ח ומה שהקשו עוד התוס' על פרש"י דמאי פריך גילוי מלתא בעלמא הוא דדבר העשוי לגלות הוא שיבדקו עד שיתברר הדבר וזה תימא איך יתברר הדבר לעולם כיון שאלו שנים אומרים שהוא עבד חין כלהעולם יכולים להכחישן דתרי כמאה עכ"ל לפענ"ד נמי לק"מ דבדבר העשוי לגלות לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה והכי אמרינן ביבמות ריש פ' האשה רבה אמר רב ניסת ע"פ שני עדים שאמרו מת בעליך ואח"כ בא בעלה לא תצא מחכו עליה במערבא אתא גברא וקאי ואת אמרת לא תצא כו' וכתבו התוס' שם וז"ל אתי גברא וקאי כו' וא"ת כיון דאיכא תרי דאמרו מת אפילו איכא מאה דאמרי שזהו מה בכך הא תרי כמאה דמי וי"ל דלגבי דבר הנראה וידוע לכל לא היה חומר רב בשני עדים לא תצא עכ"ל וכן כתב מהרי"ק שורש קע"א וז"ל ומה שכתבת תרי כמאה גם זה הבל דכי לא אתא בתורת ערות אלא גילוי מילתא בעלמא סברא הוא להאמין יותר המרובים מהמועטים דכל היכא שאין עדות ממש הלך אחר רוב דעות כדאיתא ביבמות פ' האשה דף פ"ה ובסוטה פרק מי שקנא דף ל"א עכ"ל וא"כ ה"ה הכא ואין להקשות על פרש"י דלמא יתברר להפך לפסול כבר תירץ הריטב"א זה וז"ל ויש מקשין ומנא לן שיהא ענינו מתברר מאליו להתכשר דלמא יתברר לפסול וי"ל דלענין פסול יוחסין כל המשפחות בחזקת כשרות הן ע"כ ועוד נראה לתרץ דהכי פריך אי ערער דפגם משפחה וא"כ בע"כ שהם מבררים לכל שכדבריהם כן הוא דאל"כ תיקשי נמי תרי ותרי נינהו וא"כ גילוי מלתא בעלמא הוא ולא שייך לומר שנוגעים בעדותן כיון שמבררין דבריהן וכן מוכח להדיא מל' רש"י שכתב וז"ל גילי' מלתא בעלמא הוא משחתמו אמאי אין מעידים עליו מאי חשד נוגע בעדות איכא הכא דבר זה צריכים הן לברר ודבר העשוי לגלות הוא שיבדקו אחריו עד שיברר הדבר ואין עדותן של אלו תלוי בהגדתן ואינם אלא מגלי דבר בעלמא עכ"ל ור"ל שמ"ש דבר זה צריכים הן לברר כו' דבע"כ שדבר זה צריכים הן לברר דאל"כ תיקשי נמי תרי ותרי נינהו אלא ודאי דמיירי בערער דפגם משפחה שאפשר לברר ולבדוק הדבר ואומרים שיבררו דבריהם וא"כ דבר זה צריכים הן לברר ולא שייך לומר שנוגעים שאין אלא מגלי דבר בעלמא כן נ"ל ברור והלכך נראה פרש"י עיקר: גם הרא"ש וטור ור' ירוחם אע"פ שהביאו פי' הרי"ף במסקנתם הביאו ג"כ פרש"י מתחלה וכן הבעל העיטור דף ל"ד ע"ד כתב בתחלה פי' רבוותא משום דנוגעים בעדותן הן והלכך הן אינם מעידין אבל אחרים מעידים עכ"ל וכן הרמב"ן בס' מלחמות אע"פ שמסכים להרי"ף דתרי ותרי פסול מספק ודלא כבעל המאור ופי' ר"ח מ"מ בהא משמע דמסכים לפרש"י דטעמא הוא משום דנוגעים בעדותן שהקשה על פי' ר"ח שפי' תרי ותרי נינהו ומוקמינן לגברא בחזקת כשרות וז"ל (בדף ת"פ ע"א) ועוד שאין פירוש

אחר עולה בשמועה זו כהוגן דאי נמי מהימני ולא מיפסיל ההוא אפומייהו דקמאי אע"פ כן משחתמו אינם ראויים להעיד עליו כמו שאינן ראויים להעיד עליו שעשה תשובה דמאי שנא דלא מצו לאסהודי שעשה תשובה משום דמיחזי כנוגעים כי מסהדי נמי דלאו גזלן הוא מיחזי כנוגעים כו' עכ"ל וכ"כ בשלטי גבורים פ"ב דכתובות בשם ריא"ז (דף תע"ז ע"א) וז"ל ג' שישבו לקיים השטר כו' לאחר שחתמו אין מעידים השני' עליו שעשה תשובה להכשירו לפי שנוגעים בעדותן כדי שלא תבטל חתימת' כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל וכבר הבאתי שגם הר"ן מסכים לפי' זה וכן עיקר:

סעיף סז

ונמצא א' מדייני קיום פסול כו' עמ"ש לקמן סעיף ל' סקע"ו:

סעיף סח

יחתכו אותו כו' נראה דלאו דוקא אלא רצ"ל דהקיום הוא פסול וכיון שהוא ללא צורך יחתכו אותו (או) שמא יסמכו עליו ולא ידעו שהוא פסול ואה"נ אם הוא בענין שאינו יכול לחתכו כגון שהוא נכתב ע"ג השטר מצד השני כנגד הכתב וכה"ג א"צ לחתכו ואי משום שיסמכו על הקיום אפשר לתקנו שיעביר שריטות של דיו על הקיום או נראה דלא חיישינן להא שיסמכו על הקיום ועל כל פנים אינו נפסל השטר אף שלא נחתך הקיום וכ"כ בתשו' להרמב"ן ס"ס צ"א וז"ל ובנדון שלפנינו ג"כ אע"פ שלא נעשה הקיום כהוגן לפי שקבלו עדות שלא במעמד שלשתן הקיום הוא שנפסל בכך וכאלו אינו אבל השטר שכבר נכשר אינו נפסל ואף ע"פ (שאפשר צ"ל) שיסמכו ב"ד הבא אחריהם על אותו קיום אפ"ה אינו נפסל השטר בכך שלא אמרו חכמים מזויף מתוכו פסול אלא בכעין שטר שחותמיו פסולי' ע"כ לשונו מיהו נראה דלכתחלה יש לתקנו ולהעביר שריטות על הקיום וכמו שכתבתי דכל כמה דאפשר לתקוני מלתא עבדינן כן נראה לי:

סעיף סט

ומת אחד מהם כו'. והוא הדין אם הוא חי ואינו בנמצא שיחתום וכמו שכתב המחבר בסעיף שאח"ז וכן משמע בפוסקים.

סעיף ע

צריכים לכתוב. להריב"ש סי' שפ"ב והרב לעיל סעיף ז' בהגהות דיכולים להעיד עדות הקיום מפי כ' נראה לו' דהא דצריכים הכא לכתוב במותב תלתא כו' היינו כדי שיהי' השטר מקיום קיום בית דין אבל מ"מ העדאת עדים מיהא איכא דאע"פ דכ' בל' שמור' שישבו להיות ב"ד מ"מ שנים נהי דב"ד לא הוי עדים מיהא הוי והיינו במקום דשייך העדאת עדים כגון שכתבו שמכירים החתימות או שבפניה' חתמו או שבפניה' נתקיים

השטר אבל אם כתוב בקיום בפנינו העידו פ' ופ' על חתימתן כיון דאין כאן ג' אלא ב' ואינן יכולים לקבל עדות וה"ל עד מפי עד וכמו שכ' הנמוקי יוסף פ' חזקת הבתים ומביאו בית יוסף וד"מ לעיל ריש סי' זה וכן כ' רשב"ם בפ' חזקת הבתים דף א' ע"א ע"ש וכן הרב וסמ"ע לעיל סעיף ד' ס"ק ז' בסמ"ע דאם קיימו בשני' אינו כלום דה"ל עד מפי עד וא"כ בטל לגמרי דאפי' העדאת עדים לא הוי עוד נ"מ בין קיום ב"ד להעדא' עדים לענין מ"ש לעיל סעיף ט"ז ס"ק מ"ה בשם הר"ן והרא"ה והריטב"א ומהר"מ דעד ודיין מצטרפים. ועוד נ"מ לענין שיחיד מומח' או אם קבלו א' שיהי' כיחיד מומח' שיכול לדון לבדו על שטר שנתקיים בב"ד כשמכירים הקיום אבל אין יכול לדון לבדו כשמכירים העדאת עדים דלענין קבלת עדות לא מהני יחיד מומחה וכמ"ש לעיל סי' ג' ס"ק ח' וסי' זה סעיף ד' ס"ק ח' רק בעינן שלשה עוד איכא נפקותא אחריתי. וגם נראה דהיכא דלא הוי רק העדאת עדים וצריך עוד ב"ד לקבל עדותם מתוך כתבם זה וכמו שכתבתי לעיל סעיף ז' ס"ק ט"ז בעינן שיהיו העדים חיים בשעה שמקבלי' הבית דין עדות' מתוך כתבם דבעינן שיהיו ראויי' להגיד בפה בשעת קבלת העדות כן נ"ל ודו"ק:

סעיף עא

אפילו היה כתוב בו בבית דין כו' וכ' הריב"ש סי' תי"ג נראה דהשתא כבר מפורסם לכל דאין בית דין פחות מג' וכל דכתיב ביה דינא תו לא צריך ומביאו ד"מ ובית יוסף מחודש כ"ד ומ"מ נראה דהכל לפי מה שהן החתומי':

סעיף עב

ואם יש בו משמעות שהיו שלשה כגון ואמר לנא פלוני או ואמרנו ליה לפלוני ומכירי' אותו פלוני שאינו קרוב או פסול דאל"כ הא כתב המחבר מיד אח"כ וי"א כו' משמע דיש פוסלי' אם לא כתב וחד ליתוהי אע"ג דכתיב ביה במותב תלתא והוא בריב"ש סי' תי"ג בשם הרמ"ה ומביאו בית יוסף דכתב וצריך לכתוב וחד ליתוהי משום דלא ניחוש שהיו שלש' אלא שהאחד היה פסול או קרוב ומפני זה לא חתם עמהם כדי שלא יתברר ויתגל' פסולו אבל אי כתבי בי דינא כשרים משמע אלא דאיכא למיחש אי ס"ל כשמואל אבל אי כתיב בי דינא ובמותב תלתא אז לא צריך וחד ליתוהי עכ"ל וא"כ לסברת הרמ"ה מה בכך שיש בו משמעות שהיו שלשה הלא כשכתוב בו במותב תלתא אין לך משמעות גדול מזה שהיו שלשה ואפ"ה צריך חד ליתוהי משום דשמא קרוב או פסול היה וא"כ ה"ה הכא אלא ודאי מיירי כדפי' ודו"ק:

סעיף עג

משמעות שהיו שלשה כו'. כגון ואמר לנו פלוני כו' ובע"ש כתב ואם ישבו משמעות אחר שהיו שלשה כגון שכתוב פלוני זה והוא מומח' לרבים אמר לנא שנשב ונקיים השטר או שנעש' זה בפניו שוב אינו צריך וחד ליתוהי דודאי הוא לא טעה לומר ששנים נקראו בית דין ע"כ ובסמ"ע ס"ק ס"ח השיג עליו דלהרמב"ם אין צריך שהשלישי יהא מומח' ולפע"ד אין כאן השג' דהע"ש ראה שרש"י חולק על פי' הרמב"ם ונראין דברי רש"י בטעמם בש"ס וע"כ כתב דבריו ע"פ פירש"י ואפשר גם הרמב"ם מוד' לרש"י לדינא חלא דהרמב"ם מיירי כשאותו פ' הוא א' מן הג' ורש"י והע"ש מיירי אפילו הוא אינו מן הג':

סעיף עד

ומ"מ לכ"ע כו'. בי דינא ובמותב תלתא תולא צריך דהא כתיב במותב תלתא וא"כ ג' הוו וליכא למיחש שמא חד קרוב או פסול הי' דבי דינא כשרים משמע:

סעיף עה

כדי להקל מעליה' כו'. כשרוצים לשלוח הקיום והג' אינו נמצא:

סעיף עו

ונמצא א' מהן קרוב או פסול כו' ל' הריב"ש כשר דתלינן שזה הקרוב חתם מעצמו לבסוף או שהניחו ריוח וחתם למעל' כו' ומביאו ב"י מחו' כ"ו ונרא' דהריב"ש לשטתו אזיל דהסכי' שם בסי' תי"ג ובסי' תט"ו להרמב"ן דבין נמצא קרוב או פסול חתום בתחלה או בסוף תלינן שחתם אח"כ מעצמו אבל למ"ש הרב בסי' מ"ה סעיף י"ב בהג"ה וכן העליתי שם דהעיקר דאינו כשר אא"כ חתום הפסול בתחל' דאז אמרי' הראשוני' רווחא שבקי למאן דקשיש מנייהו וחתם זה מעצמו כדי להשלים המילוי משא"כ בחתום לבסוף א"כ ה"ה הכא ונרא' שלזה כיון הרב כאן בהג"ה במ"ש והג' הקרוב או הפסול חתם אח"כ כמו שנתבאר לעיל סי' מ"ה סעיף י"ב לענין שאר שטרות ר"ל דדוקא בחתום בתחלה אמרי' הכי כמו בשאר שטרות:

סעיף עז

וי"א דפסול. דעת הרב דהרא"ש בתשוב' כלל ס' סי' ד' חולק על הריב"ש וכ"כ בד"מ על דברי הריב"ש אבל בתשובת הרא"ש כלל ס' סי' ד' משמע דהקיום פסול אם קרוב חתום כו' ע"ש עכ"ל ולפעד"נ דהרא"ש אינו חולק כלל דמיירי כשידוע שלא היה שלישי אחר רק אלו הג' החתומי' בו וע"ש בתשובת הרא"ש ותראה שכן הוא ולא הזכיר שם כלל דלא תלינן שג' אחרים היו כן נ"ל ברור:

סעיף עח

קיום שכתבו אנחנו סהדי כשר כו' באמת הריב"ש לא החליט דין זה רק שכתב שיש לומר כן ע"ש שצדד בדבר לכאן ולכאן ובאמת צ"ע לדינא כיון דכתיב אנחנ' סהדי היאך נאמר שכוונתם שהיו עדים ודייני' כאחד א"כ לא ה"ל לכתוב כלל אנן סהדי או ה"ל לכתוב אנן סהדי ודייני:

סעיף עט

כשר. היינו כשכתבו אשתמודענ' או אתברר לנא דאז יכול להיות שהיו עדים ודיינים כא' אבל אי כתבו אתברר קדמנ' פשיטא דאין לו דין קיום אלא דין עדים כן הוא בריב"ש שם ומביאו ב"י מחודש כ"א:

סעיף פ

דהואיל וחתומי' ג' כו' כתב הסמ"ע ס"ק ע"ג וז"ל בריב"ש סי' שפ"ב כ' הטעם די"ל שהן עצמם הכירו החתימות והרי הם עדים ובית דין דגם זה בכלל לא יהי' גדולה שמיע' מראי' וכמ"ש לעיל בסמ"ע ס"ק י"ג ולא כמ"ש בע"ש שם וגם כאן עכ"ל ותמהני שהשיג על העיר שושן בזה שהע"ש כתב וז"ל והרי הם עדים וב"ד וכבר אמר לו דבקיום שטרות קי"ל דעד נעשה דיין עכ"ל וכדבריו ממש כתב גם הריב"ש עצמו ומביאו ב"י מחודש כ"א וז"ל ונעשו עדים ודיינים בבת אחת דבדרבנן עד נעשה דיין בבת א' כו' עכ"ל וכוונתו דאי נימא שראו כולם שחתמו ביום בענין דלא תהא שמיע' גדול' מראיה וכמ"ש בסמ"ע א"כ אינם עדים כלל ואיך כתבו אנן סהדי אלא ודאי משום שאפשר שראוהו מתחל' בליל' וכמ"ש בסמ"ע גופיה לעיל ס"ק י"ג או ששנים הכירו ולא ג' והוצרכו להעיד בפני הג' וכה"ג בענין שנעשו עדים ודיינים בבת א':

סעיף פא

סמוך לצד השטר. היינו מן הצד על הגליון וכותבין בו שכותבי' הקיום על הגליון בארכו ושהעדי' חתומי' בו בשטר למטה ברחבו או שעושין שריטות בצד השני של הגליון מאחוריו דאל"כ יש לחוש שיחתוך הקיום ויעש' שטר אחר עם אותן עדים בצד שני של הגליון שהי' מן הצד ויכתוב אחר חתימת העדים אנחנו דייני דחתימי מעבר לדף מקיימים שטרא דנא דכתוב מאחוריו:

סעיף פב

או מאחוריו נרא' שצריך שיכתבו הב"ד שהקיום הוא מאחוריו או שלא יתחילו הקיום בראש הנייר מאחוריו רק אחר ריוח שטה אחת דאל"כ קיום מאחוריו פסול דיש לחוש שמא קיימו שטר דעלמא למטה כפשוטו וחתך השטר וכתב שטר אחר מאחוריו

וכשהקיום הוא רחוק מראש הנייר אין לחוש לכך דא"כ הי' בין הקיום ובין העדים ריוח שטה א' וזה פסול וא"כ ודאי דהדיינים לא הוה עבדי הכי:

סעיף פג

כנגד הכתב. פי' לאפוקי על הגליון אלא דוקא כנגד הכתב שבשטר ולאו דוקא נגד העדים עכ"ל סמ"ע ולא אתא לאפוקי על הגליון לעולם דפשיטא דכשהקיום הוא מאחוריו על הגליון וכותבים בפירוש בקיום אנחנו מקיימים את העדים החתומים על השטר הזה בשולי השטר שארכו כך וכך דמועיל אלא אתא לאפוקי כשיקיימו סתם ויכתבו שהם מקיימים העדים. שחתומים מעבר לדף אז בעינן כנגד הכתב דאל"כ יש לחוש שיחתוך הקיום עם הגליון ויכתוב שטר אחר עם אותן עדים בצד השני של הגליון וה"ה אם עשו שריטות של דיו בצד השני של גליון מועיל הקיום על הגליון אף שכ' הקיום סתם על העדים שמעבר לדף כן נ"ל:

סעיף פד

ולכן אם הנייר קצר כו'. ולאפוקי הגהות מרדכי סוף ב"ב דכתב דמלפף ביה ניירא וכתב ביה סי' וכ"כ המ"מ שם בשם גאון וכתב עליו דא"א לעשות סי' שלא יזייף עכ"ל סמ"ע ובאמת גם מדברי הרב בהג"ה ובד"מ נראה כן אבל לי נראה כדברי הגאון וחליל' לדחות דברי גאון בלי שום ראיה דכבר ידוע שאין לחלוק עלהגאון אם לא בראיה ברור' מן הש"ס וכל שכן כאן דהבעל העיטור והגהות מרדכי הביאו דברי הגאון לפסק הלכה וכן ר' ירוחם סוף נתיב ב' הביא דברי ב"ה בשם גאון לפסק הלכה ומה שכ' המגיד משנה ומביאו בית יוסף ודברי הרמב"ם עיקר לפי עניות דעתי נראה דאף הרמב"ם מודה להגאון אלא דהרמב"ם מיירי כשיש חלק מאחוריו אם כן פשיטא דעדיף לכתוב הקיום מאחוריו והגאון מיירי היכא דליכא חלק בנייר כלל כגון שהנייר כתוב מכל צדדיו פנים ואחור אז מלפף ביה ניירא וכתב בקיום סי' מובהק וסי' מובהק הוא כמו שכת' המ"מ דהיינו שיכתבו הדיינ' מחתימת ידיהם איזה דבר בגוף השטר ויכתבו בקיום שאותן עדים שחתומי' על השטר שנכתב איזה דבר כזה בגוף השטר הם מקויימי' ואם יזייף נדמה כתיב' לכתיבי ולא תדמה אבל כל שאר הסימני' הרי הן יכולי' להזדייף כיון שהשטר והקיום הוא תחת ידו ובזה ודאי דברי הגאון ברורי' בטעמן ועיקר:

סעיף פה

פסול נראם היינו דוקא כשהקיום כתוב בסתם אבל אם כתוב בקיום שהעדי' חתומי זה תחת זה כשר הקיום. עי' בתשובת מבי"ט ח"א סי' ח' ריש דף ו' ועמ"ש לקמן סי' ק"ו:

סעיף פו

שריטות דיו כו'. ל' ה' המגיד ושריטות אלו הוא פי' לטיוטא ויפה כיון שאין לפרש שממלא כל החלק דיו שא"כ יש לחוש שמא שטר אחר היה שם וקיימוהו והוא כ' על גבי שטר זה ומלא זה בדיו וכן פרשו ז"ל עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בחדושיו וכ"כ התוס' דף קס"ג ע"א וז"ל דמטייט ליה פי' ר"ת בנקודות או שורות שניכר בחלק מעט וניכר שלא מחק מעיקרא שאם היה מטשטשו בדיו ואין ניכר אם היה שם מחק או לא ואפ"ה מכשר לשטרא א"כ יטשטש כל השטר לגמרי וגם העדי' שלמטה ויכתוב שטר בגליון של מעלה ויזייף העדי' והאשרתא שלמטה מקיימי' עכ"ל וכ"ה בהגה אשר"י. ולפענ"ד דוחק לפרש טיוטא שריטות דטיוטא משמע מלא דיו וכן משמע להדיא מפירשב"ם שכ' דמטייט ליה כלומר מלכלכו בדיו כו' אטיוטא חתימי מעידי' בפנינו אטייט בדיו ונמחק כדי שלא יחשדו בבעל השטר ע"כ. וכ"כ הנמוקי יוסף ומביאו ב"י לעיל סי' מ"ה סעיף ז' ולא קשיא מה שהקשו התוס' והרב המגיד דלא חיישינן שמא ימחוק כל השטר והעדי' דלעולם לא חיישינן שמא ימחוק השטר עם העדי' דשמא יתברר אח"כ הזיוף ע"י דייני הקיום ונמצא יפסיד שטרו לגמרי שלא יהיה לו שטר בעדי' וכמ"ש לקמן ס"ק פ"ט כן נ"ל ברור ונראה דגם הרמב"ם שכ' שריטות של דיו אינו משום קושית התוס' וה' המגיד דהא כתבתי לקמן ס"ק פ"ח דס"ל דלא חיישינן שמחק שטר עם העדי' אלא דפוסל מטעם שמא היה כתוב שם דבר של חובה ועל כן הוא מפרש טיוטא שריטות מיהו לפי מה שכתבתי דטיוטא היינו אפי' כולו דיו י"ל דלא היו רגילים לכתוב שום דבר חובה אחר חתימת העדי' (דנהי דאם כתוב שובר לאחר חיתום שטרות כשר כמ"ש לקמן סי' ס"ה ס"ק ע"א מיהו לא חיישינן שמא היה שם שובר שנפרע מקצתו או דבר של חובה כיון דלא רגילי אינשי ליכתוב אחר חיתום שטרות) וכן מוכח מדברי התוס' וה' המגיד די"ל כן דאל"כ היה להם להוכיח מכח זה דמיירי בשריטות ודו"ק:

סעיף פז

ואין חוששין לב"ד שקיימו על השריטות. דדוקא בעדי' חוששין לזה משא"כ בדייני קיום דליכא למיחשד לבעל השטר שהי' כתוב שם עליו דבר של חובה דאין רגילי' לכתוב חובתו אחר חתימת העדי' עכ"ל סמ"ע ודבריו תמוהין דהא אנן בשריטות קיימינן דניכר שלא נכתב שום דבר ואפשר ט"ס יש בדבריו ודבריו אלו צריכי' להיות בדבריו בס"ק הקודם שהביא דברי התוס' הנ"ל וקשיא ליה אמאי פסלינ' משום שמא מחק השטר ולא פסלינא משום שמא היה כתוב דבר של חובה וע"כ כתב דליכא למחשד כו' אבל גם בזה אין דבריו מוכרחים ונראה דאין ה"נ דס"ל להתוס' דפסלינא לשטרא מה"ט אלא דלא מצי

לאוכוחי מהא דילמא לא פסלינא ליה מה"ט משום דדילמא לא רגילים לכתוב חובה אחר חתימות העדי' לכך כתבו דאי נימא דאפי' במחק שאינו ניכר כשר א"כ ניחוש שמא מחק כל השטר וכ' על הגליון שלמעלה שטר אחר אלא ודאי מחק שאינו ניכר פסול משום שמא היה שם דבר של חובה כן נ"ל ודו"ק. ולפ"ז אפי' ידוע שלא מחק כל השטר וכתב שטר אחר כגון שכ' בקיום אנחנו ב"ד מקיימי' לחתימת סהדי דחתימי על שטרא דנא דמתחיל מראש הקלף פסול הקיום דשמא היה כתוב במקום המחק דבר של חובה. כן נראה לדעת התוס' וה' המגיד והרמב"ם והמחבר ודלא כהסמ"ע מיהו לפי מש"ל ס"ק פ"ח פי' אחר בסוגיא כשר וע"ש:

סעיף פח

וי"א שחוששים כר בב"י כ' שכן דעת הרי"ף והרא"ש מדלא הזכירו כלל המשא ומתן הנאמר על דברי רב ובאמת אין זה הכרח כל כך די"ל דס"ל דש"ס לא בעי אלא לפרושי טעמיה דרב וכן מוכח בטור שכ' בסתם ואם הרחיקוהו ומלאוהו טיוטא כשר דב"ד לא חתימי אטיוטא אלמא דהרא"ש נמי ס"ל הכי. גם בכל ספרי הרי"ף שלפנינו איתא נמי להאי משא ומתן דבי דינא אטיוטא לא חתימי. מיהו בתוספות לחד שינויא איתא דר' יוחנן פליג על כל דברי רב וכן הוא בהגהת אשר"י וז"ל ומספקא לר"י אי פליג ר' יוחנן ומסתבר ליה דודאי פליג ואמר דבי דינא נמי חתימי אטיוטא הלכך שטה א' בין חלקה בין מטוייטת פסול דקיימא לן כר' יוחנן עכ"ל וגם ה' המגיד כתב בפ' כ"ז מה' מלוה וז"ל דכ"ע אי משרט ליה כשר ולא נחלקו בזה זהו דעת רבינו ז"ל ומ"מ הנראה מן ההלכות הוא שאין טיוט מועיל לדעת ר' יוחנן ויש לחוש דילמא אטיוטא הוא דחתימי שלא הביאו כלל סוגי' זו גם הרשב"א ז"ל כתב בדברי רבי יוחנן פסול ואע"ג דמטייט ליה ע"כ ודברי רבינו נראין בטעמן עכ"ל ה' המגיד: ולענין דינא נ"ל עיקר כדברי הרמב"ם חדא דלמה נימא דפליג ר' יוחנן ארב ונשוי פלוגתא רחוקה בכדי ועוד שנ"ל בסוגיא זו בש"ס פי' אחר שלא כפירשב"ם לפי שרשב"ם פי' אמאי דקאמר בש"ס בי דינא אטיוטא לא חתימי וז"ל ב"ד אטיוטא אין דרכן לחתום אבל עדים הכל מצדן לחתום ואפילו עמי הארץ עכ"ל וכן משמע מלשון הרמב"ם והמחבר כאן ולישנא דש"ס לא משמע הכי מדקאמר בי דינא אטיוטא לא חתימי דה"ל למימר בי דינא לא עבדי הכי וגם ל' חתימי הוא מגומגם דהל"ל לא חתמו ועוד קשה בעיני מאד לומר דעדים אטיוטא הוא דחתימי לפי' הרמב"ם וסייעתו שפי' שריטות לאיזה צורך חתמו ומה עדות הם מעידים על השריטות וכי היאך יעלה על הדעת לומר שעדים כתבו עדותם על שריטות שאין בו דבר ממש מה שייך עדות או חתימה על זה וא"כ לא היה להם לחתום כלל וגם לפי מ"ש לעיל ס"ק פ"ה

דהעיקר דטיוטא פירושו מלא דיו ופירשב"ם שמעידי' שלא יחשדו לבעל השטר וקשה לי מנ"ל שמעידים שלא יחשדו דלמא אדרבא מעידים להפך וגם מאי פריך בין עדים לשטר נמי מטייט ליה ונ"ל לשנויי דאמרי סהדי אטיוטא חתמי שלא יחשדו בעל השטר הא פשיטא דטיוטא בין שטר לעדים פסול דאל"כ כל שטר שכתוב בו תנאי או דבר של חובה בסוף השטר קודם חתימת העדים יטייטנו בדיו: לכך נ"ל דה"פ אמרי סהדי אטיוטא הוא דחתימי כלומר סהדי הרי הם. בתר הטיוטא חתומים וא"כ י"ל שחתמו עדותם ג"כ אדבר חובה שהיה כתוב לפניהם [דודאי בטיוטא בסוף השטר אחר חתימת העדים לא חיישינן דילמא דבר של חובה היה שם ומחקו דהא הוה מצי גייז ליה וליכא מאן דידע מיניה] ופריך בין עדים לאשרתא נמי אמרי בי דינא אטיוטא הוא דחתימי ודלמא כתבו איזה דבר חובה וחתמו עליו (ולא הוי מצי גייז ליה דהי' מפסיד הקיום) ומשני בי דינא אטיוטא לא חתימי כלומר הרי אינם חותמים מיד אחר הטיוטא רק הם מזכירים קיום השטר ועל הקיום הם חתומים ולא על הטיוטא שהוא קודם הקיום. כן נ"ל פי' הסוגיא. וא"כ לפי זה פשיטא דיפה עשו הרי"ף והרא"ש שהשמיטו כל הפלפול הזה משום דאין נפקותא כלל בדינא כי התרצן לא השיב רק דברים הפשוטים בלאו הכי. ולפ"ז אם עשה שריטות בין שטר לעדים נמי כשר ואין להקשות א"כ אמאי פסול בהניח ריוח שתי שטין בין שטר לעדים נשרטי' בשריטות הא לא קשיא דא"כ תיקשי נמי אמאי פסול נמלייה בקרובים או פסולי' או בחזרת דברים אלא מאי אית לך למימר דאה"נ אלא דאנן קאמרינן היכא דלא עביד הכי פסול וא"כ ה"נ קאמרינ' אי לא עשה שריטות רק הוא חלק או טייטו בדיו פסול משא"כ בדיינים שטייטו בדיו כשר. ואף להמפרשים טיוטא שריטות יש לפרש הא דמשני בי דינא אטיוטא לא חתימי כלומר הרי הם אינם חותמים אחר השריטות רק הם מזכירים הקיום ולכך השמיטוהו הרי"ף והרא"ש כיון שהש"ס סובר כן לדבר פשוט ועל כן העיקר בזה כהרמב"ם וכמו שכתבתי: שוב ראיתי בחדושי הרמב"ן שכתב וז"ל ומי שפירש בי דינא אטיוטא לא חתימי משום שמזכירים בקיומן על מה מקיימים איני יודע מה הוא שא שאין בית דין מזכירים אלא חתימת העדים ואם כתבו סתם נתקיים שטר זה בפנינו כשר הוא ולא עוד אלא שהם חותמים אע"פ שלא קראו את השטר ולא ידעו מה כתוב בו כדתניא בפר' שני דייני גזירות הדיינים חותמים אע"פ שלא קראוהו עכ"ל ואני איני יודע מהו שח הרמב"ן דמה בכך שחותמים אע"פ שלא קראוהו מ"מ כותבים מיד בסמוך לחתימתן שנתקיים שטר זה וא"כ הם מזכירים על מה חתמו שעל מה שנכתב קודם חתימתן חתמו מה שאין כן בעדים שקודם חתימתן לא נכתב שום דבר רק הטיוטא הוא לפני חתימתן ואמרו אטיוטא חתמו: ולפ"ז אם הטיוטא

בקיום אחר כתיבת הקיום קודם חתימת הדיינים הקיום פסול משום דאמרי בי דינא אטיוטא חתמי והיינו דלא מכשירינן בש"ס ופוסקים אלא בהרחיק בין עדים לאשרתא ולא בין דיינים לאשרתא:

סעיף פט

שטר כו'. כל סעיף זה כתבו הטור בשם הרמב"ם ותמה הב"י שהרי ש"ס ערוך הוא. ובב"ח דחק מאד לתרץ את זה ע"ש ונ"ל משום דיש לדקדק עוד על הרמב"ם גופי' ל"ל לטעם שמא הקיום רחוק תיפוק לי' אפילו לא היה שם ריוח שמא מחק כל השטר וכתב אחר במקומו ובסמ"ע ס"ק פ"א כתב בזה דהרמב"ם והמחבר איירי בכאן אפילו הי' שטר כתוב על נייר שאינו קלף דא"א למחוק הרבה רק שריטות ולא נהיר' דסתם שטר בכל גווני מיירי ועוד דהרמב"ם כתב שם לעיל מיניה מיד שטר הבא הוא ועידיו על המחק כשר ואם תאמר מוחק וחוזר ומוחק אינו דומה מי שנמחק פעם אחד לנמחק שני פעמים ועלה כתב מיד שטר הבא הוא ועדיו על המחק אין מקיימים אותו מדייני הקיום כו' שמא הקיום הי' רחוק כו' ולעיל מיני' בע"כ מיירי בשטר של קלף שהרי מוחק כל השטר. אלא נ"ל משום דבש"ס גופי' יש להקשות כן דקאמר התם וליחוש דלמא גייז לי' לעיל' ומחיק ליה לטיוטא וכתב מה דבעי ומחתים סהדי ואמר רב שטר הבא הוא ועדיו על המחק כשר הניחא לרב כהנא כו' דמתני לה משמיה דשמואל אלא לרב טביומי דמתני לה משמיה דרב מאי איכא למימר כו' וכתבו התוספות שם בדף קס"ג ע"ב וז"ל הניחא לרב כהנא כו' קשה דלדידיה מי ניחא א"כ כל שטר מקויס ימחקנו וי"ל דהא לא קשה כולי האי דכיון שהיה כתוב בתחלה לא יוכל למחקו שלא יהו ניכרי' האותיות אבל מחק דטיוטא אינו ניכר ואע"ג דבסמוך פריך ואם תאמר חוזר ומוחק אעפ"י שהיה כתוב לפי האמת פריך דאין חילוק בין טיוטא לכתב עכ"ל ובס' לחם משנה פכ"ז מה' מלו' כתב דהרמב"ם לא רצה להניח חששת הש"ס שהיא חשש' טובא אפילו להמקשה. והוא דוחק. וגם מדברי המחבר לא נראה כן וכמ"ש לקמן ס"ק צ' אלא נ"ל לדעת הרמב"ם משום דדברי התוספות הם דחוקי' כנראה לכל מעיין ובפרט מה שכתבו ואע"ג דבסמוך פריך כו' לפי האמת פריך דהא הא דקאמר לקמן ואם תאמר חוזר ומוחק כר לאו ש"ס פריך לה אלא רב גופי' קאמר ליה וא"כ תיקשי ליה ארב גופי' וכן אשמואל אי שמואל קאמר ליה כיון דקאמר וא"ת חוזר ומוחק כר אלמא דבכתב נמי חיישי' א"כ בכל שטר ניחוש הכי ועוד דבלאו ה"נ תיקשי כיון דשטר הבא הוא ועידיו על המחק כשר אלמא דלא אמרינן שיהא ניכר אותיות שמחק או משום דימחקנו לגמרי או אפילו יהא ניכר קצת לא מפסל א"כ הדר' קושיא לדוכתא דבכל שטר מקוים ניחוש שמא ימחקנו ויעשה

ממנו שטר אחר הבא הוא ועידיו על המחק. אלא נ"ל דס"ל לש"ס דלעול' לא חיישינן דימחוק השטר עם העדים (דאי לא ימחוק גם לעדים פשיטא דפסול כדלעיל סי' מ"ה סעיף כ"ב) דשמא יתברר אח"כ הזיוף ע"י הדייני קיום שלא קיימו מעולם עדי' שהיו חתומים על המחק רק על הנייר ונמצ' יפסיד שטרו לגמרי שלא יהי' לו שטר בעדי' אלא חיישי' שחתך למעלה כל השטר ונמצא עדיין גוף השטר תחת ידו דאף שיתברר הזיוף יוציא אח"כ גוף השטר שעדים חתומי' בו ונרא' שלזה דקדק הרמב"ם וכתב וחתך גוף השטר כו' ולא כ' כלשון הש"ס וחתך למעלה אלא רוצה לומר וחתך גוף השטר שנשאר אצלו עדיין גוף השטר אבל לקמן קאמר ואם תאמר חוזר ומוחק השטר בלא עדים ולפ"ז אם ידוע שלא היה הקיום רחוק מן השטר כגון שכתוב בקיום אנחנ' ב"ד כתיבנ' לקיום סמוך לשטר ממש וכה"ג כשר ולכך כתב הטור כן בשם הרמב"ם (גם בסמ"ג בסוף עשין צ"ד דף ק"פ ע"א כתב ככל דברי הרמב"ם דלעיל ע"ש) וכן נ"ל עיקר:

סעיף צ

ויש מכשירים לקיימו כו'. טעמו כמ"ש בב"י בשם יש פוסקי' דבי דינא נמי אמרי אטיוט' חתמי וא"כ שריטות לפני קיום פסול וא"כ ודאי לא היה כך. ולפי"ז מוכח דאף להרמב"ם לא חיישינן שמא מחק כל השטר וכתב אחר במקומו דאי תימא דחיישינן א"כ מנ"ל להמחבר דיש מכשירי' לקיימו מדייני הקיום דלמא נהי דבי דינא נמי אומרי' אטיוט' חתמי דלמא הי' שטר כשר בלא שריטות ומחק כל השטר וכתב אחר במקומו אלא ודאי כמ"ש לעיל ס"ק פ"ח ודו"ק:

סעיף צא

חתם בשטר קודם שנעשה גזלן. כלומר שיום השטר הוא קודם שנעשה גזלן או שראו השטר קודם שנעשה גזלן:

סעיף צב

אפי' לא ראוהו עד שנעשה חתנו. הטע' משום דפסול קורבה אינו משום שחשוד לזייף אלא גזירת המלך הוא וכיון שחתם נעשה כמי שנחקרה עדותו בב"ד וה"ה בשטר ששני עדיו נעשו אח"כ חתניו או נעשו קרובי' זה לזה וכן הוא בתוספות ופשוט הוא:

סעיף צג

חתם כשהיה בריא ונשתתק כו' כן הוא ל' הטור ומשמע מדבריו אבל נשתתק אינו יכול לחתום שטר ונראה טעמו על פי מה שמסיק לעיל סי' כ"ח סעי' ט"ו בשם ר"ת דמותר לשלוח עדות בכתב לב"ד ולא ממעטינן אלא אלם שאינו ראוי להעיד וא"כ לדידיה אין חילוק בין עדות בכתב ובין שטר ושטר נמי כשר מטעמא דראויי' להגיד הא כל שאינו

ראוי להגיד אפי' לחתום על שטר פסול אבל לשאר פוסקי' והמחבר והרב לעיל סי' כ"ח סי"א דסבירא ליה דאף מי שאינו אלם אינו יכול לשלוח עדות לבית דין על פי כתב דהא דקאמר בש"ס דאלם פסול להעיד משום מפיה' ולא מפי כתבם לאו דוקא נקט אלם אלא לדוגמא ואפילו הכי השטר כשר דאינו בכלל זה א"כ קשה על המחבר והר"ב שסתמו כאן כדברי הטור דהא לפי סברת' בשטר לא שייך מפיה' ולא מפי כתבם וא"כ אפי' חתם כשנשתתק כשר. מיהו לפי מ"ש הרמב"ם והמחבר שם דטעמא דעדות שבשטר הוא מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוין יש ליישב דבאלם לא הכשירו רבנן דכיון דאפשר לעשות שטר בעדי' אחרי' בריאים אוקמא אדאורייתא אבל לפי מ"ש שם דהעיקר כדעת רש"י והתוספות והרמב"ן ושאר פוסקי' דעדות שבשטר הוא מדאורייתא וטעמא דכשר הוא דכיון שכתבוהו ומסרוהו ליד הלוה לא שייך מפיה' ולא מפי כתבם וכמ"ש הרי"ף פ' ד' אחין או מטעמא דכיון שכתבוהו וחתמוהו בצווי הלוה לא שייך מפיה' ולא מפי כתבם אלא מפי כתבו הוא וכמ"ש בעל המאור ושאר פוסקי' א"כ גם באלם שייכי הני טעמי ואולי יש לחלק בדוחק וצ"ע:

סעיף צד

אינו יכול להעיד על כתב ידו כו' עיין מה שכתבתי לעיל סעיף ז' ס"ק י"ז:

סעיף צה

על כתב ידו פי' ע"י חתימתו או הרכנת ראשו עכ"ל סמ"ע ונ"ל דלא דק דלמה לא נקיים ע"י חתימתו דהא אפילו במומר וגזלן מקיימים ע"י חתימתו וכמ"ש הר"ב לעיל סעיף ל"ד ומטעם שכתב הריטב"א הביאו ב"י מחו' ו' דהא לא חשיבה עדות אלא מעצמו מתקיימי' חתימתו וכן מוכח בש"ס ולעיל סעיף י"ג וא"כ ה"ה הכא והרא"ש והטור לא אתו לאפוקי שיעיד בכתב ידו שזאת חתימתו או ע"י הרכנת ראשו דזה אסור מטעם מפוה' ולא מפי כתבם אבל ע"י דימוי חתימתו הוי כמתקיי' ע"י אחרי' דהא אי אפשר לקיים ע"י חתימתו אא"כ שיחתום עצמו בפני עדי' או בפני ב"ד [ונאמני'] והיכא דאי אפשר לקיים ע"י חתימתו אף דאפשר לקיים ע"י כתבו לא מהני כגון שחתם עצמו בילדותו ואח"כ הזקין ונשתנה חתימתו או שאי אפשר לדמות מכח מניעה אחרת אינו מועיל שיעיד בכתב ידו שזאת היא חתימתו כנלפע"ד: (ואולי גם הסמ"ע ר"ל ע"י חתימתו שיחתום ויעיד שזהו כתב ידו ולא ע"י דימוי ודוחק):

סעיף צו

אבל קטני' היו. ומיירי כשאומרי' כן תוך כדי דיבור כדלקמן:

סעיף צז

הרי אלו נאמנים. דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואי בעי שתקי ולא דמי לדלקמן ס"ק ק"א דבעדי' לא אמרינן מגו היינו היכא שצריכין לומר אז אמרינן דאין אחד יודע מה בלב חבירו ושמא חברו לא יאמר כן ואין בידו לעשות שיאמר חברו כן משא"כ הכא דאי בעי שתיק וזה בידו לעשות לשתוק ואמאי לא יפסל השטר וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות והנ"י פ' חזקת הבתים:

סעיף צח

וקורעין השטר ולא מהני תפיסה בעדי':

סעיף צט

אא"כ טען כו'. ז"ל הר"ן ומיהו אי טעין נקבע ליה זמנא לקיומא שטרא יהבינן ליה ואי מקיים ליה לא קרעינא ליה אבל כל היכא דלא טעין קרעינא ליה ולא חיישי' דילמא משכח סהדי למחר וליומי אוחרי ומקיים ליה כיון דאפי' משתכח אכתי ה"ל תרי ותרי הרשב"א ז"ל ע"כ והריטב"א כתב וז"ל דעת רש"י ז"ל דקרעינא ליה לשטרא וכ"כ הרב בעל העיטור בשם הרא"מ ז"ל וכן דעת מורי הרשב"א ז"ל אבל מורי הרא"ה ז"ל כתב כיון שהיום או מחר יבואו עדים ויקיימוהו ה"ל תרי ותרי ומהני לי' שטרא לתפיסה לית לן למיקרעיה מספק כההיא דאמר בשבועות לא מקרע קרעינא ליה דלמא איכא דיינא דעבד כר"א ואע"ג דליכא למעבד כר"א לכתחלה ונראין דבריו ז"ל בשטר של יתומי' כי התם אבל כשמלוה קיים לא מקיימינן ליה לשטר' משום דאי הוה ליה קיום עד השתא ה"ל וכיון דקיום דידי' לא שכיח וכי מתקיי' נמי לא מהני אלא לתפיסה לית לן לעכובי כיון דהשתא פסול הוא כן עיקר עכ"ל וצ"ל דמורי הרא"ה פי' הא דקאמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי לא כפירש"י לענין קריעה אלא כמו שכתבו התוספות והגה' אשר"י בשם רשב"א לענין שובר ודוק מיהו נ"ל דאפשר דגם הרשב"א מודה דבשטר של יתומים לא קרעינן ליה:

סעיף ק

משטר שקרא עליו ערער כו' כבר נתבאר זה לעיל סי"ז ס"ק כ"ה על נכון ע"ש:

סעיף קא

אין קורעין אותו. ולא מגבינן ביה ואי תפיס מטלטלי אפי' בעדי' לא מפקינן מיניה וכדלקמן. וה"ה בשטר ששנים אומרי' שהוא פרוע ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינן בי' ולא קרעינא ליה וכן משמע להדיא בתשו' רשב"א שהביא ב"י בסוף סי' כ"ט מחו' י"ג ובס"ס זה ע"ש ועיין מ"ש לק' סי' ע"א ס"ק ב':

סעיף קב

ויש חולקין כו'. והעיקר כסברא הראשונה דכיון דהעדים נפסלו גם השטר נפסל וכן דעת הר"ן וכן פסק הבית חדש וכן נראה דאין סברא לחלק ולאוקמא שטרא אחזקתי' דהא אמרי' בש"ס פ' מרובה ריש (בבא קמא דף ע"ג) ופ' זה בורר ריש (סנהדרין דף כ"ז) דהיכא דפסלי להו בגזלנותא נפסל השטר אפילו למפרע אפילו קודם שהעידו עליו שנעשה גזלן כאביי דקי"ל כותיה דלמפרע הוא נפסל וצ"ל לדעת הרא"ש דהתם מיירי שפוסלים אותם בגזלנותא בפניה' משא"כ הכא דמיירי שהם חיים ואינם כאן אבל לא מסתבר לחלק בכך אלא נראה כמ"ש וגדולה מזה נראה דעת התוספות דאפילו במתו אם פוסלים אותם בגזלנותא שאומרי' גזלנים היו נפסל השטר והיינו כמ"ש הר"ן בתחלה בסתם דבריו דפסולי עדות היו היינו שהיו קרובי' בנשותיהם ונתרחקו אבל באומרי' גזלנים היו אפילו מתו נאמנים ע"ש ומ"ש התוספות ופסולי עדות דקתני לא שאומרי' שעדיין פסולי' הם דא"כ אמאי אין נאמני' אלא פסולי עדות היו אז ועתה הם כשרי' עכ"ל ר"ל לא שאומרי' שגזלנים הם שא"כ עדיין הם פסולי' אלא פסולי עדות היו קרובים בנשותיה' ונתרחקו אבל אין כוונתן לחלק בין מתו לחיים תדע דהא כתבו מיד בתר הכי וא"ת ומ"מ אמאי אין נאמנים ליהמנו במגו דאי בעי אומרי' עדיין הם פסולים ואור"י דבשני עדי' לא שייך מגו דאין א' יודע מה בלב חברו עכ"ל ואם איתא מאי מקשין הא בהדיא קתני בבריי' ומתו אלא ודאי אפי' במתו אי הוה אמרי' גזלני' הם ופסולים הם עדיין היו נאמני' וכן הוא להדי' בתוספו' פ' מרובה סוף (בבא קמא דף ע"ב) ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' רס"ו בשם הרמב"ן שפי' בההיא דשנים חתומי' על השטר ומתו פסולי' מחמת קורבה דאי משחקי בקוביא לא הוה אמרי' תרי ותרי נינהו דאטו לא מצי למפסלינהו בגזלנותא אע"פ שמתו כו' וכן נרא' דעת הריב"ש שם וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות וכתב שיש מי שפירש דכיון שמתו ואין ראוין לפסול הגוף אין עדו' אחרוני' חשוב אלא כמעיד על הממון וזה אינו אלא כדאמרן וכן פי' רבינו בשם רבינו הגדול ז"ל וכן עיקר עכ"ל וכן הביא הב"י לעיל סי' ל"ד מחודש י"ח תשובת הרשב"א עד החתום בשטר שמת והעידו עליו שהלוה ברבית קצוצה השטר פסול וכ"כ המחבר בסי' ל"ד סעיף י"ב אלמא דא"צ לפסול עדי' בפניהם דוקא אלא אפי' מתו יכולי' לפוסלן בגזלנותא וכל השטרות שחתומים עליהם פסולים וכן עיקר:

סעיף קג

ומכשירין השטר. ולא קרעינ' ליה ולא מגבינן ביה:

סעיף קד

אלא דאי תפס כו'. וה"ה אם הוא שובר זכה הלוה במה שבידו והשובר כשר כ"כ התוס' והגהות אשר"י פ"ב דכתובות בשם רשב"א ועי' לעיל סי' מ"ב סעיף ח' ומ"ש שם בס"ק י"ז וי"ח עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קמ"ה:

סעיף קה

דאי תפיס מטלטלי אפי' בעדי' אבל בקרקע לא מהני תפיסה וכבר הארכתי בדינים אלו בספרי תקפו כהן ע"ש:

סעיף קו

תפס כו'. לא שנא תפס מעצמו או התפיסוהו ב"ד כ"כ הרא"ש ומביאו הטור (ועי' בספרי תקפו כהן) וכל שכן התפיסהו הלוה ופרע לו מעצמו אע"פ שהיה מוכרח לפרוע לו מחמת השטר שעליו כדמוכח לקמן סי' ס"ה סעיף ט"ז וע"ש:

סעיף קז

או תנאי הי' בדבר ולא ראינו שנתקיים התנאי כו'. משמע דר"ל שאומרי' תנאי הי' בדבר שבעל השטר יעשה כך וכך ולא ראינו שעשה כך וכך והלוה או המוכר אומר לא עשה כך וכך בטל השטר כל זמן שאין בעל השטר מברר שעשה כך וכך וכ"מ מפירש"י שכ' וז"ל תנאי הי' דברינו על תנאי מכרה לו שיעשה לו כך וכך ולא ראינו שקיים לו תנאו וזה אומר לא קיים לי ואינו מכר עכ"ל ומשמע הא אם היה התנאי בשב ואל תעשה והלוה טוען שעבר על התנאי השטר בתקפו וכן נראה מדברי הריטב"א שכתב וז"ל קיימו תנאייכו כלומר שעדי' נאמנים הם שהי' דבריהם תנאי כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואם טוען שקיים תנאו עליו להביא ראי' כשהתנאי בקום עשה וכדכתיבנא במס' קדושין ע"כ לשונו וכ"כ עוד הריטב"א בקידושין פרק האומר שסוגיא דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז (בדף ס') וז"ל שכל תנאי בקום עשה בין בגירושין בין בקידושין על בעל התנאי להביא ראיה שקיים אותו ואם לאו לא הוו קידושין כלל שאם אמר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך מאתי' זוז או על מנת שתתן לי הרי הוא בחזקת שלא נתן הוא או שלא נתנה היא עד שיהא שם ראייה שנתן או שנתנה אבל תנאי שהוא בשב ואל תעשה הרי הוא בחזקתו שלא עשה ועל זה להביא ראייה שעשה ועקר תנאו בידי' עד כאן וכ"כ הר"ן פ' מי שאחזו והמחבר לקמן סי' רמ"א סעיף י' ועי' באבן עזר סוף סי' ל"א בהג"ה (עיין בתשוב' מהרי"ט סי' ע"ה וסי' ק"ט):

סעיף קח

ואפי' עד א' כו'. כתב הריטב"א וז"ל פי' שהיו ב' עדים חתומי' בו והאחד אומר זה כתב ידי אבל תנאי הי' בו ולא ראינו שנתקיים התנאי שאלו אמר תנאי היה דברינו ונתקיים הרי השטר קיים אפי' לדבריו ועד אומר אינו תנאי שהשני אומר זה כתב ידי ולא שמעתי בו תנאי אבל ליכא לפרושי בודאי לא היה בו תנאי ומכחיש אתהעד דא"כ הוה חד מנייהו משקר וה"ל עד א' בהכחשה ואינו כלום ע"כ ומביאו הר"ב בב"ה והביא ג"כ דברי הרמב"ן ז"ל שכ' כן דהיינו שאינם מכחישי' זא"ז כגון שזה שמע וזה לא שמע הא אלו הכחישו זא"ז ממש לא נתקיים כלל השטר על פיהם שהרי אחד מהם פסול לעדות כדאמרינן התם בענין שתי כתי עדי' המכחישי' זא"ז עכ"ל ונתבאר לעיל סי' ל"א וע"ש:

סעיף קט

ואין כאן אלא עד א' על השטר ואינו כלום ונשבע הנתבע היסת ונפטר כדלק' ס"ס פ"ב והיינו כדעת ה"ר מתתי' גאון והטור ודלא כהרמ"ה והב"י וב"ח ושאר אחרוני' שכתבו דפלוגתת הרמ"ה והטור תליא אי עד מסייע פוטר משבועה דהרמ"ה סובר דאינו פוטר וה"ר מתתי' והטור סוברי' דפוטר ולא נהירא לי דפשט דבריהם לא משמע הכי ועוד דא"כ לא ה"ל להטור להאריך ולהביא דברי הרמ"ה ולחלוק עליו ולהביא דברי ה"ר מתתיה גאון כיון דהרמ"ה ס"ל דאינו פוטר ואיהו ס"ל לק' סי' ע"ה וסי' פ"ז בפשיטות דעד מסייע פוטר א"כ ממילא היה נשמע כאן דלא כהרמ"ה ועוד דהו"ל להביא שהרא"ש אביו חולק על הרמ"ה שהרי הרא"ש ס"ל פ"ק דמציעא עד מסייע פוטר ועוד דלקמן סי' ע"ה בטור סעי' י"ז בשם הרמ"ה מוכח דס"ל להרמ"ה דעד מסייע פוטר וכמ"ש שם בס"ק מ"ב אלא נראה דס"ל להרמ"ה דשאני הכא שהעד שאומר תנאי אינו יודע שלא נתקיים התנאי וא"כ זה שמעיד שלא היה תנאי וודאי מחייבו שבועה דהא לפי דבריו ודאי מחייב ממון וה"ל כשני' לחייב שבועה דרחמנא הימני' ותו לא מהימן אידך להכחיש ליה כיון דאף לפי דבריו שאומר תנאי אינו ודאי שאינו חייב לו ממון דאע"ג דעד מסייע פוטר היינו כשמעיד שפטור בודאי מממון ואע"ג דהרמ"ה כתב וכן הדין באומר פרוע כו' ר"ל השטר הוא פרוע כגון שהמלוה הודה לפנינו שהוא מחויב לקרוע השטר אבל אינו יודע אם פרע לו מעות וכה"ג והטור משיג גם על זה דכיון שזה אומר תנאי אפי' לא הוה עד מסייע פוטר מ"מ נתבטל עדות העד שאומר לא היה תנאי וע"ז מביא דברי ה"ר מתתי' גאון וכן עיקר ודו"ק היטב (ועי' מ"ש בספרי שפתי כהן ביורה דעה סי' קכ"ז סוף ס"ק י"ג):

סעיף קי

ואם כתוב בשטרא כו'. זה הוציא הרב מהטור וכן בש"ע ובסמ"ע נרשם כאן טור ובאמת אינו מוכרח מן הטור די"ל דהטור קאי דוקא בשכתב ידן יונא ממקום אחר דסליק מיני' וכן בבעל התרומו' בשער כ"א ריש ח"ג כ' להדיא על זה והוא דהוי כתב ידן יוצא ממקום אחר ומביאו ב"י לקמן סי' פ"ב סעיף י"ח אך בר' ירוחם נ"ב סוף ח"ב משמע דמיירי אף באין כ"י יוצא ממקום אחר אין נאמני' שהרי כתב מתחלה כי הסכימו הגדולי' הא דנאמני' לומר תנאי היו דברינו היינו דוקא כשאין כת"י יוצא ממקום אחר כו' ואח"כ כתב שם ואם כתוב בשטר שלא נעשה בו שום תנאי ושיור אין נאמני' בשום ענין כיון שהגיד וכו' ולפ"ז צ"ל דר' ירוחם ובעל התרומות פליגי וכ"כ בתשובה מה"ר יוסף ן' לב ספר ג' סוף סי' ס"ג דפליגי ולכאורה היה נראה עיקר כדברי בעה"ת דהא שפיר נאמני' במגו ואין לומר דכיון דמפורש בו שלא הי' תנאי דמי לאמנה דמשוי נפשייהו רשעי' דהא בתנאי שעבודא חייל במקצת ולא דמי לאמנה וכמ"ש הר"ן ועכ"פ דברי הר"ב היו צ"ע לדינא כיון דהבעה"ת חולק להדיא. עוד י"ל דלא פליגי הבע"ת ור' ירוחם דהבע"ת קאי התם כשכתוב בשטר בלא שום שיור דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר יכולי' לומר אנו לא כוונו בלשון זה לתנאי ורבינו ירוחם מיירי כשכתוב בשטר להדית בלא שום תנאי. ולפ"ז מכ"ש קשה על הר"ב שכ' ואם כתוב בשטרא ואנן שהדי מסהדינן דלא הוי שיור בשטרא כו' דהא בכה"ג לכ"ע נאמני' כשאין כת"י יוצא ממקום אחר. מיהו י"ל דהבעה"ת לא מיירי רק לענין שבועה דבהכי עסיק שם להדיא דאין המלוה צריך לישבע ועלה קאי וכתב והוא דהוי כתב ידן יוצא ממקום אחר ורוצה לומר דאי אין כת"י יוצא ממקום אחר עכ"פ צריך המלוה לישבע ויש הוכחה לזה דהא מיד בתר הכי מביא הבעה"ת מחלוקת הפוסקי' בתנאי היה דברינו נאמני' אי היינו דוקא כשאין כת"י יוצא ממקום אחר או אפי' כשכת"י יוצא ממקום אחר ולא הכריע ואיך יכתוב כאן בסתם והוא דהוי כת"י יוצוא ממ"א אלא ודאי כדפירשתי ולפ"ז לאפליג הבעה"ת על ר' ירוחם ודלא כמהר"י ן' לב. ונתיישבו דברי הרב. וא"ל דהא אית ליה מגו די"ל דכיון דמפורש בשטר שנעשה בלא תנאי לפי דבריהם שהיה בו תנאי דמי לאמנה ומ"מ לדינא צ"ע:

סעיף קיא

רק שלא היה שיור בגוף המכר נאמני' אפי' בשכת"י יוצא ממקום אחר כך משמע בטור:

סעיף קיב

וכן יכולי' לפרש כו'. גם זה מיירי אף שכת"י יוצא ממקום אחר וכן הוא בנמוקי יוסף שם להדיא ומביאו ב"י לעיל ס"ס כ"ט וכ"כ בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ס"ד וכתב דאפי' פי' דבריהם הוא דחוק וע"ש (עי' בתשו' מהר"ש כהן השייכי' לספר ב' סי' א'):

סעיף קיג

וחייבי' לשלם ללוה ההפסד כו'. עי' מ"ש לעיל ס"ס כ"ט ול"ג וסי' ל"ח בזה:

סעיף קיד

ואם כתב ידם יוצא ממקום אחר כו'. משמע מדברי הטור והמחבר דבכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמני' אפי' לומר שבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה ואח"כ נתברר להם אבל מדברי הנ"י פרק חזקת הבתי' בשם הריטב"א משמע דלעולם נאמני' חפי' בכת"י יוצא ממקום אחר כל היכא שמעידי' שלא ידעו בדבר עד אחר שחתמו מטעם דהרי הם כמעידי' על השטר שהוא פרוע או מחול ויכולי' לומר על זה חתמנו וע"ז לא חתמנו וכן הוא בהריטב"א פ"ב דכתובו' להדיא וז"ל ומיהו כל הדברי' האלו אינם אלא כשאומרי' שהיו דבריהם אמנה או תנאי או מודעה כשחתמו אבל אם אומרי' שלא ידעו כן בשעה שחתמו אלא שחתמו כדין ואח"כ נודע להם שהודה כן לפניהם לעולם הם נאמני' ואפי' כת"י יוצא ממ"א דהא לא עקרי סהדותייהו כלל והרי זה כאלו אמרו שחזר ומחלו או שחזר ומכר לו עכ"ל וכן עיקר ואפשר גם דעת הטור והמחבר כן ומ"ש אם כתב ידם כו' אלעיל קאי ולא אנתברר להם אח"כ. (שדברי הטור כשנתברר להם אח"כ כו' הוא מן הרא"ש פ"ב דכתובות ולא כמו שדחק בבדק הבית שהוא מהרמב"ם במוטעי' היינו ובהרא"ש שם לא כתב לחלק בזה בין כת"י יוצא ממ"א או לא ע"ש) וכן נראה מדברי העיר שושן והסמ"ע ס"ק ק"ג שכתבו על מ"ש הטור ואח"כ נתברר להם כו' שאין זה כחוזר ומגיד אלא עדות אחרת היא זו שנודע להן אח"כ וה"ל כמעידי' על השטר שחתומי' עליו שפרע לו או מחל לו ע"כ לשונם הרי שכתבו הטעם דה"ל כמעידי' שפרע לו פשיטא דאפי' כת"י יוצא ממ"א נאמני' ודלא כהבית חדש שכ' שדעת הטור לחוורויי דיוקא דבכ"י יוצא ממ"א אין נאמני' אפי' אמרו שבשעה שחתמו לא ידעו כו' גם מה שכ' הב"ח דהטור דייק כן מדברי התו' בד"ה אמר רב נחמן דף י"ט לא נהירא כלל דלא מוכח שם בתוס' מידי ע"ש. גם מ"ש הב"ח דמכאן יצא לו להטור דכ' בסי' מ"ג ס"ח לדעת ר' ירוחם דבכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמני' לומר שטעו כו' לא נהירא גם מ"ש אח"כ וזה לשונו גם פה כתב ב"י ע"ש הריטב"א דכשאומרי' דטעו ולא ידעו בדבר שהוא אמנה נאמני' לעולם כו' כל זה לא נהירא דהריטב"א כאן לא מיירי מטעות אלא שבתחלה לא ידעו שהוא

אמנה ואח"כ שמעו מפיו שהוא אמנה ול"ד כלל לדעיל סי' מ"ג שאומרי' טעינו מתחלה בשנת המלך נמצא דבדינו של הריטב"א כאן לאפליגו התוס' כלל ואפשר גם הטור מודה וכמ"ש:שוב מצאתי בתשוב' מהר"ם אלשקר ס"ס ל"ד דף צ"ג ע"ב הביא דברי ר' יום טוב אשבילי בסתם דאם אומרי' שנודע להם אח"כ נאמני' ואפי' כת"י יוצא ממקום אחר כו' (והם דברי הריטב"א הנ"ל) ולא הביא שום חולק בדבר וגם מצאתי בבדק הבית להרב המחבר גופי' שהביא דברי הריטב"א הנ"ל בסתם לפסק הלכה וכן עיקר:

סעיף קטו

אין נאמני'. ועדי' אחרי' נאמני' וכן כתבו הגאוני' עכ"ל רבי' ירוחם נ"ב ח"ב ומביאו ב"י מחו' ל"ו:

סעיף קטז

בשום דבר משמע דקאי ג"כ אתנאי וכן העליתי לעיל סי' כ"ט ס"ק [ב'] להלכה וקשה על מ"ש המחבר לק' סי' פ"ב סעיף י"ב וכן לעיל סי' כ"ט כתבו הט"ו דא"י להוסיף בעדותו תנאי והסמ"ע ס"ק ק"ד כתב דדעת הטור והמחבר דבתנאי נאמנים אף שכת"י יוצא ממקום אחר ומ"ש כאן בשום דבר לא קאי אתנאי ומ"ש לעיל סי' כ"ט התם בעדות בע"פ שאני וכן כתב הב"ח לדעת הטור ולא נהירא לי גם אי אפשר לומר כן בדעת הטור דא"כ היאך כתב לעיל סי' כ"ט גבי עדות בע"פ שהרא"ש חולק על הרמב"ם הא הרא"ש מיירי בעדות שבשטר אבל באמת בטור מעיקרא ל"ק מידי דכמו שהביא לעיל סי' כ"ט דעות חלוקות כן הביא כאן במסקנתו דברי ה"ר יודא ברצלוני בשם רב האי דאפי' בכת"י יוצא ממקום אחר נאמני' אך על המחבר קשה לי וצל"ע עיי' בתשובות מהר"מ אלשקר ס"ס ל"ד דף צ' ג:

סעיף קיז

חוץ מלומר בפנינו מסר מודעא. ודעת הר"ן לדעת רש"י דבכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמני' אף במודעא וכן דעת התוספות והרא"ש פ"ב דכתובות והטור ור' ירוחם נ"ב ח"ב וכן כתבו עוד התוספות פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ט ע"א) וכן הגה' אשר"י שם ממהרי"א וכן כתב הנמוקי יוסף שם וכן מסיק בהגהת מיי' פ"ג מה' עדות בשם ר"י וכן כתב הריטב"א פ"ב דכתובות בשם ר"י ושאר פוסקי' והסכים עמהם. ואולי אי ראה המחבר פוסקי' אלו לא הוי פסק כן שהרי לא הביאם בב"י וגדולה מזה מה שכתב הב"י בפשיטו' דהפוסקי' פסקו כמר בר רב אשי ולא כרב נחמן ולא הביא שום חולק בדבר ואני ראיתי בהריטב"א שם שכתב וזה. לשונו והלכתא כרב נחמן דבעיא דרבא דבסמוך כדידיה אזלא דאלו למר בר רב אשי כיון דמודעא מהני כל שכן בתנאי וסוגיין נמי בפ'

חזקת הבתים כרב נחמן דהתם פרכינן להדיא מדרב נחמן וכן פסק רבינו האי והרא"ה ז"ל והרבה מן הפוסקי' עכ"ל וכן ראיתי בבעל העיטור באות קיום ריש דף ל"ד וזה לשונו ומסתברא כרבינו האי דבעיא דתנאי היו דברינו אליבא דרב נחמן אזלי דאלו למר בר רב אשי פשיטא דנאמנין ודיקא נמי דהא בחזקת הבתים מקשינן מדרב נחמן לרב הונא אלמא הלכתא כותיה וליתא לדמר בר רב אשי עכ"ל ודברי רבינו האי מצאתי בספר מקח וממכר שלו בשער ל"א שפסק כרב נחמן ע"ש ואפשר דגם ר"ח ושאר הפוסקי' דפסקו בכולא ש"ס כמר בר רב אשי בר ממיפך שבועה וחיורי לא קאמרי אלא היכא דליכא משמעות דלא כותיה מה שאין כן הבא משמע מסוגיא דש"ס דלא כותיה שוב ראיתי שגם בפסקי תוספו' פ"ב דכתובות סי' ס"ח כתבו על פה לא אתי ומרע לשטרא אפילו ע"י מגו ע"כ והיינו כרב נחמן והנקדן שם כתב על זה וזה לשונו וצ"ע כי זה דוקא לרב נחמן אבל למר בר רב אשי דקי"ל כותיה בכל דוכתא בר ממיפך שבועה וחיורי לא הוי הכי עד כאן לשונו ולפי מה שכתבתי לק"מ גם אשתמיטתיה כל הפוסקי' הנ"ל שהבאתי שפסקו כרב נחמן. ומ"ש הריטב"א ובעל העיטור דבעיא דתנאי היו דברינו כרב נחמן אזלא יש לדקדק לכאורה דמה בכך הא מר רב אשי הוא בתרא טפי מרבא וקי"ל הלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך ונראה דכוונתם דהא ה"ל להש"ס לסדר מיד בעיא דרבא לרב נחמן בתר מלתא דרב נחמן ובתר הכי דברי מר רב אשי ומדסדר הש"ס בעיא דרבא בתר מילתא דמר רב אשי אלמא דמסקנת הש"ס כבעיא דרבא ולא כמר בר רב אשי:

סעיף קיח

אינם נאמני'. דכיון דקי"ל חזקה אין העדים חותמים אלא א"כ נעשה בגדול צריכים הם לבדוק אם הוא גדול וכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשיעי ואין אדם משים עצמו רשע עכ"ל רשב"א וא"כ אפי' אין כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים.

סעיף קיט

אבל עד א' כו'. צ"ע בזה כיון דקי"ל לקמן סי' נ"א כהרמב"ם וסייעתו דעד אחד בכתב זוקק לשבועה א"כ ה"ל כמעיד על פה והיאך יוכל לחזור בו ואף הריב"ש סי' קכ"ז לא כתב כן רק בדרך אפשר שאף הרמב"ם יודה וגם המעיין בריב"ש שם יראה דלא סמך אטעם זה לבד רק שהתיר בעד אחד בכתב כיון דלהירושלמי והרמב"ן והרמ"ך בהשגות עד אחד בכתב אינו כלום וכתב ואף אם יש חולקין יש לסמוך על הירושלמי בנדון זה שכבר נשאת ועוד יש לומר בנדון זה דכיון שלא חתם בצוואת הבעל שהוא בעל דבר וגם לא מסר בידו השטר ה"ל מפיהם ולא מפי כתבם וכל שכן שחזר בו ונתן אמתלא לדבריו שחתם מפני האיומים והפחד' ועוד אפשר שאף הרמב"ם ז"ל יודה דעד א' בשטר יכול

לחזור בו כי כן דרך בעלי התשובות לכתוב דבר אף שאינו עולה להלכה בצירוף טעמים אחרי' ועל כן נראה לי ברור כיון דקיימא לן לקמן סי' נ"א דעד אחד בשטר הוי כעד א' ע"פ א"כ אינו יכול לחזור בו אם כתב עדותו בלשון שטר בצוואת בעל דין בענין דלא הוי מפיהם ולא מפי כתבם: כתב הרב בתשוב' סי' ק"י וז"ל הנה בא לפני שמואל ובידו שובר על מקצת כתובה והראה לי חתימת האלוף מהר"ר אייזק מפראג הניכרת לי איך ששני עדים קיימו חתימת העד שמעיה בר מאיר החתום על השובר גם שמעיה עצמו העיד על חתימתו ושזוכר מעשה השובר ושחתם על השובר לאחר שחתם העד הראשון כל הנ"ל העיד מהר"א בחתימתו גם כאן בא כמר מרדכי בן יודא חזן ואמר שהוא כתב השובר ושבפניו קבל' האשה ק"ס על השובר בפני עדים החתומים על השובר דהיינו כמר אברהם בן יצחק וכמר שמעיה בן מאיר ובפני חתמו העדים הנ"ל על השובר עכ"ל החזן וע"פ זה אני רואה שמקוים השובר מכח ג' פנים. הא'. שהעד החזן מצטרף עם כמר שמעיה סופר ועד כמ"ש ר' ירוחם נתיב ב' ח"ב שכתב סופר ועד מצטרף לגבות מבני חרי והביאו הב"י בח"מ סי' מ"ו אע"ג דבפ' המגרש משמע דפסול לגמרי היינו כשאין הסופר לפנינו אבל כשהסופר לפנינו ומעיד על כתיבתו מצטרף לגבות מבני חרי כ"ש לאחזוקי במה שתחת ידו והשובר כשר שלא תוכל להוציא' עם כתובת'. הב' מאחר שהחזן זוכר הק"ס הוי עד א' בע"פ ומצטרף עם עד החתום כדאיתא בהדיא בפ' ג"פ ואע"ג דכתב הרא"ש שם דהיינו דוקא לגבות מבני חרי כבר נתבאר דלענין שובר עדיף מגביית בני חרי ועוד דהרי כתב הרמב"ם פ"ד מה' עדות אם אמר אותו שלא כתב בעדותו קניתי מידו על ההלוא' נעש' מלוה בשטר גמור' וה"ה בנדון דידן ואע"ג דלא קבלה ק"ס מחזן הנזכר רק בפני עדי' החתומי' זה אינו מזיק דכל מי שהי' אצל הקנין יוכל להעיד ע"ז וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף ע"ג. הג'. דשובר זה מקוים בב' עדיו דמאחר שכמר שמעיה העיד שזוכר ענין זה השובר ושחתם עליו אחר שחתם העד הראשון כנ"ל א"כ מעיד הוא על חתימת חברו שהיא אמיתית רק שאינו מכיר החתימ' גם החזן מעיד שמכיר החתימה והם מצטרפים ולא אמרי' דנפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא כמ"ש הנ"י כשיש עדים על חתימת יד האי יכול הוא להעיד על השני וא"כ ה"ה הכא שכבר נתקיימה ח"י כמר שמעיה ואף ששמעיה אינו מעיד שמכיר החתימה רק שאומר שזוכר ענין השובר ושחתם העד לפניו הוי עדות וכדאמרינן פ"ק דגיטין דאי לאו דעכו"ם חבר הוי לא הוי מחתים ליה מקמיה וכתבו התו' דאין לחוש כיון דהאי עכו"ם כשר מדאורייתא כו' הרי קמן דבדרבנן סמכינן אהאי סברא דאי לאו דעכו"ם חבר הוא וה"ה לענין קיום שטרות דרבנן והוא מעיד שחתם אחר העד דסמכינן אהאי סברא דאי לאו דעד הראשון

נכון הוא לא חתים ליה מקמי' נאום משה איסרלש מקראקא עכ"ל: ובכל השלשה פנים אלו לא ראיתי פנים מסבירות. הפן האח' צירוף כתב סופר ועד כבר כתבתי לעיל סעיף י"ד ס"ק מ"א דליתא דר' ירוחם לא קאמר אלא כשהסופר לפנינו ומעיד בע"פ והוא הפן הא'. הפן הב' אינו צודק רק לעדות ע"פ ולא לקיום השובר והא נפקא מיניה טובא לענין טריפת לקוחות וכדאמרינן בש"ס ספ"ק דמציעא ובכל הפוסקים ונתבאר לקמן סי' ס"ה סעיף י"ח ס"ק מ"ט במצא שובר בשוק אעפ"י שהאשה מודה לא יחזיר לבעל דחיישינן לקנוניא לטריפת לקוחות שלא כדין ואפשר גם הרב לא קאמר אלא לענין שהאשה עצמה אינה יכולה להוציא מן הבעל מיהו גם זה ליתא מטע' שאכתוב. גם מ"ש ועוד דהרי כתב הרמב"ם פ"ד מה' עדות כו' עד וכמו שפסק בהדיא בתשובת הרשב"א סי' אלף ע"ג כו' לא ידענא מאי קאמר דהא הרשב"א שם לא קאמר אלא לענין דאם כפר זה בעיקר הדבר אבל מצי לטעון פרעתי וכמ"ש הרשב"א שם להדיא וא"כ אינו מועיל עדותו רק לענין בני חרי וא"כ היינו הך דכתב מעיקרא ומה ועוד דכ' הרב. הפן הג' שכתב הרב לא ידענא מאי קאמר אי מיירי שלא ראה שמעיה שחתם העד הראשון רק שבשעה שחתם מצא חתימת העד חתום לפניו א"כ מה ענין זה לעד עכו"ם דהתם מכירי' שני חתימות אלא דלא ידעינן אי עכו"ם חבר הוא הלכך כיון דמן התורה כשר הימנוהו רבנן לעד א' דאמר שהוא חבר דהימנוהו רבנן בדרבנן משא"כ הכא ואי מיירי שחתם העד הראשון לפניו וראה שחתם וחת' הוא אח"כ אלא שעתה אינו מכיר החתימה וכדמשמע פשט דבריו דבהכי מיירי א"כ ל"ל להך דעד עכו"ם ולטעמא דקיום שטרות דרבנן הא אפי' הוא דאורייתא סגי בהכי דנהי דעתה אינו מכיר החתימה מ"מ כיון שברור לו שהעד הראשון חתם לפניו אין לך הכרה גדולה מזו ואפילו לא היה אות' עצמו אח"כ לעד אלא לסי' וכה"ג אם היה לו סי' מובהק בשטר זה וידוע לו שחת' עליו עד זה אע"פ שעתה אינו מכיר החתימה פשיטא דמהני דאין לך היכר יותר מזה כ"ש עתה שחת' עצמו אחר העד ונפקא מינה אפילו בכת"י שצריך קיום דאורייתא מהני בכה"ג. מיהו כל זה לדעת הרב דחשיב ליה לחתימת מה"ר אייזק לעדות אבל תמהני דנהי דחתימת מהר"א ניכרת מ"מ לא עדיף מאלו העיד כן מהר"א לפני ב"ד דלא הוי אלא עד מפי עד דלא מהני בקיום שטרות וכמ"ש לעיל סעיף ד' ס"ק ז' וסעיף כ"ט ס"ק ס"ט ואפשר מהר"א היה אז רב בק"ק פראג והוא על פי המנהג שרב מקיים שטרות ביחידי אבל פשט דברי הרב לא משמע הכי וגם בזה אני חוכך דכיון דהא דרב מקיי' ביחידי אינו אלא מצד המנהג א"כ י"ל דדוקא היכא דמקיי' הרב אבל לא כשמעיד על עדות שהגידו לפניו ובפרט על קיום עד א' דלא הוי רק חצי קיום וצ"ע:

סימן מז

סעיף א

שהוא אמנה או פרוע. וה"ה כל דבר המבטל את השטר וכמ"ש לקמן סי' פ"ו ס"ק י"א:

סעיף ב

ואין לו כו'. לקמן סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' העליתי דאף על גב דהך דר' נתן מיירי אפילו בדאית ליה נכסי מ"מ לענין אמנה או פרוע או שאר הפסד ללוה שני היינו דוקא בדלית ליה נכסי ללוה ראשון והיינו משו' דודאי משתעבד מדרבי נתן מדאוריית' אפילו אית ליה נכסי אלא דכי היכא דאין גובין ממשועבדי' במקום שיש בני חורין אפילו הוי שעבודא דאורייתא משו' תיקון העול' וכדאיתא בש"ס ר"פ הניזקין ה"ה הכא כיון דאית ליה פסידא ללוה שני אם כן המלוה הראשון שגובה ממנו בעל כרחו דין טורף יש לו ואינו גובה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוה שלו ולפי זה אינו יכול לגבות מן הלוה שני אלא בשבועה שחוב שלו אינו פרוע כדין הבא ליפרע מלקוחות לקמן סי' קי"ד סעיף ד' וכ"כ הרמב"ם ספ"ב מה' מלוה להדיא והביאו הבעה"ת שער נ"א ח"ב וכ"כ הסמ"ג סוף עשין צ"ג וז"ל אם אין לשמעון נכסי' והיה לו שטר על לוי ואמר שטר אמנה או פרוע הוא אין משגיחין על זה אלא ישבע ראובן ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה עכ"ל ועוד הארכתי בזה לקמן סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' ע"ש:

סעיף ג

ממה לפרוע כו'. בבית חדש לקמן סעיף י"ז כתב דה"ה אם הוא גברא אלמא כדלקמן סי' קכ"ו סעיף י"ד ולפע"ד זה אינו דדוקא התם כיון שהמחהו במעמד שלשתן יכול לומר שוב אין לי עסק עמך משא"כ הכא שאפילו יהא השטר בתקפו אינו מחויב ליתן לו זה השטר מפני שהוא אלם והוא החייב ועמ"ש שם ואע"ג דביש לו נכסי' מדמי לה הרא"ש ספ"ק דגטין והטור שם סי"ד להכא היינו משום דכיון דיש לו נכסי' הוי כאלו הוא שלוחו של מומחה וכאלו חזר המומחה ונתן לנותן שישל' לו א"נ כיון דיש לו נכסי' אנן סהדי דקושטא קאמר משא"כ כשהוא אלם ודו"ק:

סעיף ד

וכתוב בו נאמנות. כ"כ הטור וג"כ בד"מ שיש בו נאמנות כו' ואין לשונם מדוקדק היטב דמסתמא בש"ס מיירי בכל גווני אפילו לית ביה נאמנות וכגון דלא א"ל הלוה אישתבע לי דא"צ המלוה לישבע כדלקמן סי' פ"ב סעיף ב' דכן מיירי בכמה דוכתי בסת' שטרות בש"ס דאין בהן נאמנות ולא א"ל אישתבע לי וכן משמע בבעה"ת שער כ"א

סוף ח"ב להדיא דדוקא כשטוען הלוה לישתבע לי הוא דבאין בו נאמנות מפסיד המלו' הראשון ע"ש וצ"ל דגם הטור וד"מ חדא מנייהו נקטו: אך עיקר דברי הבעה"ת והטור צריכי' לי עיון מה שחלקו בין יש בו נאמנות או לא דנראה לי אפילו אין בו נאמנות ואומר לישתבע לי ואינו רוצה לישבע ומודה שהוא פרוע השטר בתקפו ואף שנראה שטעמ' שיש לחלק בין אם אומר שפרוע ואין הלוה רוצ' להשביעו ובין שהלוה רוצה להשביעו והוא מודה שהוא פרוע וא"י לישבע מ"מ לא נהירא לי דמה בכך שאינו רוצה לישבע דלא עדיף שאינו רוצה לישבע מאלו אמר בפי' שפרוע הוא ועוד דמה בכך שיש בו נאמנות הרי הוא אומר שפרוע הוה ומבטל בפי' נאמנות דיליה ואלו היה עדי' שפרוע בודאי היה בטל הנאמנות והודאת בע"ד כק' עדי' דמי אלא וודאי כיון דמשתעבד האי שטרא מדר' נתן למלוה שלו אין דבריו כלום וא"כ אף שאינו רוצה לישבע אינו כלום והשטר בתקפו ועוד דשעבודא דר' נתן מדאורייתא ושבועה דשטרות דרבנן הוא ועוד דכיון דנשתעבד למלוה ראשון מדאורייתא וה"ל איהו בעל דבר דידי' וכדאיתא בש"ס פרק האשה שנפלו ריש (כתובות ד' פ"ב) תו לא איכפת ליה בהכי מה דאי"ל שבועה על המלוה השני ועוד דאף דאינו רוצה לישבע חיישינן לקנוניא ולכך לא חילקו הרמב"ם וסמ"ג ושאר פוסקי' בכאן בין יש בו נאמנות או אין בו נאמנות או א"ל אשתבעי לי או לא אלא כתבו סתם כשאומר לוי שפרע לו והודה לו שמעון אין משגיחים על הודאתו שמא קנוניא הם עושים כו' ולפי זה נ"ל דאפי' עד א' מעידו שהוא פרוע והמלוה מודה לו אינו כלום כיון דנשתעבד למלוה ראשון מדאורייתא מדר' נתן. ומצאתי בתשוב' מה"ר אליהו ן' חיים סי' פ"א שכתב קצת מזה ונראה מדבריו שהרגיש קצת בזה ורצה לתקן אבל לא תיקן כלו' לפע"ד וז"ל שם דלא אמרו הפוסקי' האלו שהוא נאמן כשאין בו נאמנות אלא משום דס"ל דיש למלוה מגו דאי בעי מחיל ליה ולית להו מה שכתב הרא"ש שאין זה מגו טוב ואלא מיהו כשיש בו נאמנות אף על גב דאית ליה מגו לא מהני דה"ל כאלו הוא גבוי לגבי דמלוה ואין לו עסק בו כלל כיון שאין גביית השטר תלוי בו שלא לגבות עד שישבע ה"ל כאד' דעלמ' עכ"ל וג"ז לא נהירא מטעם שכתבתי ועוד דהרי הטור והמחבר דמחלקין כאן בין נאמנות סביר' להו להדיא לקמן סי' פ"ו סעיף ה' דאינו יכול למחול מכל מקום נמצא למדין אנחנו מדברי מהר"א ן' חיים דהיכ' דא"י למחול אף שאין בו נאמנות וצריך שבועה אינו נאמן לומר פרוע וזה עולה רחאמכדברי ואם כן למאי דקי"ל דא"י למחול וכמ"ש לקמן סק"ו בכל ענין אינו נאמן וכן עיקר ובלאו הכי נראה כן דכיון דאינו נאמן לומר פרוע א"כ מה בכך שצריך לישבע וכמ"ש. וראי' לדברי ממ"ש הרמב"ן והרא"ש והר"ן ס"פ כל הנשבעין במוכר ש"ח לחבירו והלוה טוען שפרע למוכר ישבע

לו אם אין המוכר רוצה לישבע מפסיד הלוקח כי אין משביעין את המוכר משום שהוא נאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל ליה עכ"ל אלמא דדוקא משום שנאמן נומר פרוע הוא דכי אינו רוצה לישבע מפסיד הלוקח שהרי הוא כמודה שהוא פרוע כיון שאינו רוצה לישבע אבל אי לא היה נאמן פרוע לא היה מבטלינן לשטרא מחמת שאינו רוצה לישבע וא"כ הכא שאינו נאמן לומר פרוע אין השטר בטל במה שאינו רוצה לישבע. ועוד ראיה לדברי מתשובת רשב"א שהביא בית יוסף לקמן סי' ס"ו מחו' כ"ב שהלוקח ש"ח מחבירו ואמר ללוקח פרעתיו למלוה יבא וישבע לי שלא פרעתיו לא אמר כלום כו' ואפי' בא המוכר והודה שפרעו אינו נאמן כו' ולקמן סי' ס"ו סוף סעיף ל"ג ס"ק ק"ו הוכחתי דתשובת רשב"א זו מיירי שהי' המוכר חייב ללוקח בלאו הכי והי' משועבד לי שטר זה מדר' נתן ואפי' לפי מה שהבין מהר"א ן' חיים בתשו' תשובת רשב"א זו וא"כ לא קי"ל כתשוב' רשב"א זו היינו בענין שכ' שאין המוכר נאמן אבל מ"מ במה שמבואר מדבריו דאי אינו רוצה לישבע אינו מפסיד בזה כיון שאפי' הודה שפרעו אינו נאמן נראין דבריו וכמו שכתבתי וכן נ"ל ברור (וע' מ"ש לק' סי' ס"ו סעיף י"ד ס"ק ל"ג וסעיף ע"ו (ט"ו) ריש ס"ק נ"א):

סעיף ה

והוחזק השטר בב"ד. כ' הסמ"ע פי' נתקיים בב"ד וכ"כ בס' מ"ו סל"ו עכ"ל וליתא אלא פירושו כפשוטו שהוחזק בב"ד וראוהו בידו דאל"כ יש לו מגו דאי בעי מצנע ליה או קלייה וכמ"ש התוס' והרא"ש פ"ב דכתובו' ופוסקי' וכן הוא בתוספות ס"פ זה בורר (והתוס' והרא"ש פ"ב דכתובות הוציאו דין זה כאן מס"פ זה בורר ע"ש) ובהרא"ש ספ"ק דמציעא להדיא ע"ש ואף דהתם אפי' בהוחזק בב"ד נאמן היינו משום דשליש מהימן אפי' לית ליה מגו וכמו שכ' הרא"ש שם והפוסקי' וכמ"ש לקמן ריש סי' נ"ו ס"ק א' אבל מ"מ מוכח מהתם דהוחזק בב"ד היינו ראוהו בידו בב"ד (ובזה אתי שפיר הא דמייתי התוס' פ"ב דכתובות דף י"ט ע"א והרא"ש שם ותוס' פרק הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) ותוס' כרק חזקת הבתי' דף ל' ע"א ראיה מס"פ זה בורר דכיון דאתחזק בבי דינא לא אמרינן מגו דאי בעי קלתיה דהא איתותב האי לישנא בס"פ זה בורר אלא ודאי ע"כ לא איתותב אלא גבי שליש משום דשליש מהימן בלא מגו מטעם דהא הימנוהו לשליש אבל מ"מ מוכח משם דבעלמא מי שאינו שליש לא מהימן במגו דאי בעי קלייה או מצנע ליה היכא דאתחזק בבי דינא וכ"כ רמב"ן פרק זה בורר דף קי"ג ע"א בהדי' וכן הוא בנמוקי יוסף שם להדי' ע"ש): ועוד נראה דהוחזק בב"ד פירושו שראוהו בידו קודם שנפל החילוק ביניה' וכן מוכח מל' הרא"ש ספ"ק דמציעא שכ' שם כדאמרינן בס"פ זה

בורר כיון דאיתחזק בב"ד פי' שראוהו ב"ד בידה קודם שאמרה פרוע דשוב אינה נאמנת ע"י מגו שהיה לה קודם לכן עכ"ל ומביאו ב"י לקמן ס"ס ס"ה סכ"ז אבל אם מיד שראוהו הב"ד בידו אומר פרוע הוא פשיט' דיש לו מגו שאם הי' רוצה לא היה מראיהו לב"ד כלל וכל המיגות שבש"ס כך הם שהרי אפי' מראה כלי לפני ב"ד ואומר שלך הוא אבל אתה חייב לי עליו כך וכך נאמן במגו שאם הי' רוצה לא היה מראהו לפני ב"ד כמו שמבואר בכמה מקומות בש"ס ופוסקי' לאין מספר ואף שמדברי הבעל תורת חיים ס"פ זה בורר לא נראה כן שכתב שם וז"ל כיון דאיתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה לא אמרי' פי' כיון שהוציאה השטר לפני ב"ד ואי אמרה שהוא פרוע לא אמרינן מגו דאי בעיא קלתיה כיון דבאותו שעה אין בידה לשרפה דסבירא ליה לרב נחמן דלא אמרינן מגו אא"כ לא הביאה השטר לפני הב"ד ואמרה השטר בידי ופרוע. הוא דאזמהימנ' במגו דאי בעי שתקה ולא העידה ואזלה וקלתיה עכ"ל ואף שגם מדברי ראב"ן ס"פ זה בורר נראה כן שכתב שם וז"ל כיון דאיתחזק בבי דינא שבא השטר לפני ב"ד אי בעי קלתיה לא אמרינן דבשעה שטוענת פרוע הוא אינה יכולה לשרפו דבב"ד קיימ' והשטר בידה כו' אבל אם לא הביאה השטר לפני ב"ד אלא שבאתה בלא שטר ואמרה השטר בידי ופרוע הוא מגו דאי בעי שתקה כשהיא מעידה ע"פ וקלתיה ואזלא מהימנ' עכ"ל ומ"מ לא נהירא לפע"ד דא"כ לא תמצא שום מגו כשמראה אותו דבר לפני ב"ד וכן משמע בנמוקי יוסף ס"פ זה בורר כדברי שכ' דאתחזק כלומר דהא איכא ראיה כו' וכדאמר בפ' חזקת הבתי' גבי רמאי דפומבדית' דא"ל כדו לא מפקינ' ליה דמשוית ליה ראה עכ"ל והתם גבי רמאי דפומבדיתי באומן קי"ל לק' סי' קל"ב וקל"ד דאף אם ראוהו הב"ד כיון דלא ראוהו קודם שנפלו החילוקי' ביניהם אית ליה מגו ואפשר ראב"ן ס"ל דאף גבי אומן ושאר נתבע כל שמראהו לפני הב"ד תו לית ליה מגו אבל אנן לא קיי"ל הכי וכדמוכח בסי' ע"ב וקל"ג ובכמה דוכתי וא"כ לא צדקו דברי הבעל ת"ח שוב מצאתי להדי' כדברי בריב"ש סי' שמ"ג וז"ל עוד אמרת במה שכתבתי בההיא דפרק המקבל בההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא ואמרתי דכיון שהשטר בב"ד אין כאן מגו דא"כ בעדי פקדון נימא הכי ואמרת דלא דמי דהכל תלוי בשעת תביעה בב"ד והתם כשבא לב"ד כבר יש לו עדי' וראיה ואין כאן מגו כדאית' גבי רמאי דפומבדית' כו' אבל כשהתובע בא לב"ד ותובע וזה משיב ומראה החפץ לב"ד בטענה כך וכך יש להאמינו במגו דאי בעי כביש ליה כו' ואני אומר כדברך כן הוא דעתי וכן היה ולא עלה על דעתי מעולם שהמראה שטר בב"ד על איזה תביעה שתבעו אותו שלא יהיה נאמן. על טענתו במגו דאי בעי כביש ליה אבל כוונתי שאם נראה השטר בב"ד קודם תביעתם וטענתם ואח"כ תבעו זה את

זה דאז אזל ליה מגו כדאמרינן בפ' זה בורר בההיא אתת' דהוה נפיק שטרא מתותי ידה דמהימנ' למימר פרוע הוא במגו דאי בעי קלתיה ואמרי' התם כיון דאתחזק בבי דינא מיגו דאי בעי קלתיה לא אמרי' הכא נמי אם הוחזק השטר בב"ד קודם תביעתם כגון שבא לפניהם לקיימו או לדבר אחר ואח"כ נולד ספק זה ותביעה זו ביניהם אין להאמינו במגו וז"ל שכתבתי וכיון שבשעת טענתו כבר נראה השטר בב"ד אין אומרי' מגו מקודם שיבא לב"ד היה יכול להעלימו יהא נאמן שא"כ בעידי פקדון כו' וכוונתי במלת שעת טענתו בשעה שהיו עסוקי' באותו ענין ושקודם תביעתם ומחלוקתו כבר הי' נגלה לב"ד וכן נראה ממה שהבאתי ראיה מלשון הש"ס ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא שנראה שהשטר היה נגלה ומפורסם לב"ד ומלשונ' זה נראה כי כוונתי הוא שלאחר שנגלה ונתפרסם לב"ד היתה תביעתם שהמלוה אומר שלש ולוה אומר שתים ולא כמו שחשבת עלי שהמלוה אומר שלש. ומראה השטר או שמרא' השטר וטוען עליו ואומר שלש תוך כדי דבור ומה שאמרתי על האחרות שאין השטר בפני ב"ד כלל אמרתי האמת אבל אם הי בפני ב"ד כל שהוציאו בשעת טענתו היה ג"כ נאמן במגו והיה לך להבין זה מכוונתי ולא תתלי בי בוקי סריק' עכ"ל וכל זה ברור בעיני ולא הוצרכת להאריך רק מפני שהטור והמחבר והפוסקי' כתבו סתם והוחזק בב"ד וקצרו בדבר ויש לטעות בלשונם וכמ"ש ראב"ן באמת וכן בעל ספר ת"ח על כן הוכרחתי לברר דלא קי"ל כראב"ן ודלא כבעל ת"ח וגם מדברי מהר"ש אידלש ס"פ זה בורר משמע לכאורה כהת"ח וכמ"ש לקמן ר"ס נ"ו וגם מדברי מהר"א ן' ששון בתשובה סי' ע"ב נראה כן והבאתי לשונו לקמן ס"ס נ"ו סעיף ז' ס"ק ל"ב וליתא אלא כמ"ש כן נלפע"ד:

סעיף ו

בב"ד או שהוא ביד שליש. והר"מ בו נחמן וה' המגיד ס"פ ב' מה' מלוה חולקין ע"ז וס"ל דאפי' תחת ידו אינו נאמן בשום מגו דחזקה כל מה שבידו הוא שלו ואין אומרי' מגו במקום חזקה זו וכתב ה' המ' שם שכן נראה ג"כ דעת הרמב"ם שם (וכן פסק בשלטי גבורי' פ"ב דכתובות דף תע"ד ע"א וע"ש) ותימ' על המחבר דאישתמיטתיה דעתם רק מביאם לקמן סי' צ"ט בב"י סעיף י' בקצרה וה"ל להביאם כאן בביאור וכן נראה באמת דעת הרמב"ם שם ודלא כמו שהקשה בספר גי' תרומה שער ה' דף ל"ו ע"ב על ה' המגיד בזה ע"ש ולפענ"ד נראה כה' המגיד דהרי הרמב"ם כתב שם הי' לו שטרי חוב על לוי ואמר לו שטר אמנה הוא או פרוע הוא אין משגיחין כו' משמע מלשונו שהשטרות הם בידו וגם מדסתם ולא חילק משמע דאפי' לא ראוהו בידו קודם לכן אינו נאמן גם מה שהקשה בגי' תרומה שם על טעם הרב המגיד והרמב"ן לק"מ דס"ל דכיון דחזקה כל

מה שהוא תחת ידו הוא שלו א"כ חזקה ששטר זה היא בחזקתו וכן נראה דעת הסמ"ג סוף עשין צ"ג שכ' כלשון. הרמב"ם והשמיט מה שפירשו התוס' דמיירי שהוחזק בב"ד או שהוא ביד שליש והרי הסמ"ג רגיל להביא דברי התו' אלא ודאי ס"ל כמ"ש ה"ה והרמב"ן וכן משמע לכאורה מדברי תשו' הרשב"א שהביא ב"י לקמן ריש סי' צ"ח וכן ראיתי בתשו' הרשב"א (דפוס) סי' אלף מ"ז שכתב שם כן להדיא וז"ל דכל מאי דאיכ' ברשותא דאיניש חזקה דידי' הוא וכי אמר דלאו דידיה הוא ואפי' במקום מגו לא מהימן וכדקאמרינן בפרק האשה שנתארמלה האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ואמרינן עלה דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרי' והא התם דאי בעי' מחיל ואפ"ה לא מהימן עכ"ל ולענין הלכה נראה דאע"ג דקי"ל כל מה שהוא תחת יד האדם היא בחזקת שהוא שלו וכמו שהעליתי לקמן סי' צ"ט ס"ק ו' מ"מ היינו דוקא בממון או במטלטלים וכה"ג דבר שגופו ממון משא"כ הכא דנהי שהשטר הוא תחת ידו מ"מ המעות אינו תחת ידו וכן נראה דעת הרב והמחבר לחלק בכך וכמ"ש שם ולכן נראה דכאן הוי ספיקא דדינא:

סעיף ז

אינו נאמן. עי' בעיר שושן שכ' לתרץ למה לא יהא נאמן במגו דאי בעי הוה מחיל ליה משום שאין בדעתו למחול ולהפסיד חובו כו' ואני אומר אף דכתבו התו' והרא"ש לחד שינויא כן לא קי"ל הכי אלא כסנויא בתרא וכמ"ש הטור וגם המחבר בסי' פ"ו סעיף ה' בהדיא שאינו יכול למחלו להלוה עכ"ל סמ"ע ויפה כתב דכ"כ הט"ו בהדיא לק' סי' פ"ו וכן הכרעתי לק' בסי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א והעליתי שכן עיקר ע"ש וגם אע"פ שהרא"ש בפסקיו פ"ב דכתובות לא הזכיר שנויא בתרא דהתו' מ"מ בתשובותיו כלל ס"ח דין ג' כ' אף אם היתה האלמנה רוצה למחול ליתום אינה יכולה כי כבר נשתעבדו כל מי שחייב לה לנושיה מדר' נתן כדמוכח בכתובות שאם אמר המלוה שטר אמנה הוא אינו נאמן משום דחב לנושיו כו' עכ"ל וכ"כ עוד הרא"ש בתשוב' כלל ס"ט דין ג' ונרא' ברור דהרא"ש בתשובותיו חזר בו ממ"ש בפסקיו והי' ידוע לו להטור כן או הי' נראה לו כן עיקר לכך כתב הטור לקמן סי' פ"ו תשובות הרא"ש ודלא כהב"ח בסי' זה ולקמן סי' פ"ו שחילק דהרא"ש בפסקיו מיירי קודם שנודע שחב לאחרים דלא נשתעבד עדיין מדר' נתן ובתשובותיו מיירי לאחר שנודע דאז נשתעבד מדר' נתן ע"ש ודבריו לא נהירין לי מכמה טעמים חדא דמשמע דהרא"ש בפסקיו מיירי היכא דנשתעבד נו מדר"נ ועוד דאפי' לא נודע בשעת הודאתו משמע מדברי הרא"ש בפסקיו דמשתעבד מדר' נתן כשנודע אח"כ שהי' חב לאחרים בשעת הודאתו ועוד דבתשובת הרא"ש קאי נמי להדי' אש"ס דפ"ב דכתובות ומביא תירוץ שני של התוספות אלא נראה עיקר דלהרא"ש

בתשוב' דס"ל דהיכא דנשתעבד מדר"ן א"י למחול א"כ כשנודע אח"כ שהיה אז חייב לאחרים משתעבד מדר"ן וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות והטור והמחבר כאן וא"כ לא היתה מחילתו כלום וכן משמע עוד בטור לק' סי' פ"ו דלא כמו שדחק הב"ח שם בדבריו דלצדדין קאמר ע"ש ועוד הארכתי בזה לק' סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א והוכחתי כן מן הש"ס ופוסקים שכן עיקר ע"ש: עוד נ"ל לתרץ מה שהקשו התו' דיהא נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה משום דאי מחיל ליה יעשה מעשה רע נגד מלוה שלו שמפקיע חובו ממנו ומפסיד מעותיו אבל השתא חושב שהמלוה סובר שהוא אומר אמת שהוא אמנה או פרוע וכעין זה כתב הר"ן פ"ב דכתובות בסוף דבריו אבל מה שמסיי' הר"ן ע"ז וז"ל ולא תקשה לך מאי דאמרי' בס"פ שנים אוחזין מצא שובר בזמן שהאש' מודה יחזיר לבעל ופרכינן התם וליחוש דילמ' כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי כו' ומהדרינן ש"מ אית' לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול דאלמ' משום מגו דאי בעי מצי מחיל מצי אמר פרוע הוא דלאו קושי' היא דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ולא מיכספה עכ"ל נלפע"ד דבחנם דחק דהתם ליכ' למימר דמיכספ' מפני שתעשה מעשה רע נגד הלוקח דהא השתא נמי הוא עושה מעשה רע יותר שמכרה לו כתובה פרוע וזהו לפע"ד ברור: אך לענין דינא נלפע"ד דאין צריך כל זה דהעיקר דהיכא דמשתעבד מדר' נתן אינו יכול למחול וכמו שהעליתי לקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"א ע"ש (ובתשובת מבי"ט ח"א סי' ר"ד פסק בא' שהתחייב לבנו והיה עד אחד שהחיוב לא היה אלא לפנים ואח"כ מחל לו בנו החיוב דהמחילה הוי מחילה אפילו להפוסקים דאינו יכול למחול במקום שחב לאחרים כו' ע"ש ולא מחוור וא"כ לפי מ"ש דא"י למחול אין מחילת בנו כלום וע"ש):עוד כתב הסמ"ע דה"מ כשהגיע הז"פ של לוה שני אבל אם עדיין לא הגיע זמנו אפשר דיכול למחלו כו' ונראה שהוציא כן מדברי הר"ן פ"ב דכתובות ולקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א הארכתי בזה דאפי' לשטת הר"ן אין זה מוכרח והעליתי שם דאפי' בכתובה שאין חיובה ברור ולא הגיע הז"פ אינה יכולה למחול היכא דמשתעבד הבעל מדר' נתן וכ"ש בשט"ח שלא הגיע הז"פ דא"י למחול וע"ש:

סעיף ח

ונודע אח"כ שבשעת הודאתו היה חייב לאחרי' אע"ג דהיה לו נכסי' מ"מ כיון דמשתעבד מדר' נתן אף בדאית ליה נכסי אינו נאמן כשאין לו נכסי' עתה דהא דנאמן כשיש לו נכסי' היינו דחשו' רבנן להפסיד' דלוה שני במקום שיכול להשתלם המלוה הראשון מן הלוה והלכך השת' דלית ליה נכסי לא שייך לומר כן ואינו נאמן לומר שהוא אמנה או פרוע וגם א"י למחול כן הוכחתי לקמן סי' פ"ו ס"ק ה' וס"ק י"א:

סעיף ט

אינו נאמן כיון שהוא בא לחוב לאחרים כו'. ע' בתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' י"א ומביאה ב"י סי' זה (והבאתיה לקמן סי' צ"ט ס"ק ו') ואם אומר מעות אלו של פלוני הוא שהלוה לי אינו כלום דמלוה להוצאה ניתנה אבל אם היה עיסקא בידו ואומר מעסק פלוני הם נאמנים במגו שהי' נותנם לו. וכתב הסמ"ע ס"ק ד' וז"ל ונראה דדוק' כשאומר על מעות שבידו שפלוני לוה לו הוא דאין שומעי' לו מטעם הנ"ל אבל כשאומר מעות שבידו הוא של פלוני שהפקידן בידי נאמן במגו דאי בעי היה נותנם לו דומיא דפרקמטי' הנ"ל וראיה ממ"ש הטור והמחבר בא"ע סי' פ"ה דאם אשה אומרת אממון שנמצ' תחת ידה דשל פלוני הוא דנאמנת במגו כו' עכ"ל ולא נהיר' לי והראיה שהבי' מא"ע סי' פ"ה אינו כלום אפי' באשה שלותה גופה אם המעות הוא בעין צריך להחזירם למלוה וכמ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ו מה' מלוה וכן שאר פוסקים והרב בהג"ה בא"ע סי' צ"א ס"ד וכן בסמ"ע גופיה לקמן סי' קל"ב ס"ק ג' וא"כ לא עדיף מעות פקדון שביד האשה ממעות ההלואה משא"כ הכא דנראה דדוקא בעיסק' קאמר הרא"ש דהוי פלגא מלוה ופלג' פקדון וכדאית' בש"ס פ' המקבל ונתבאר לקמן סי' ק"ח סעיף ד' א"כ לעולם החציה של פקדון של הנותן הוא וכל הריוח שמגיע מן החצי של הנותן הוא ואין לו רשות להתעסק באותו חצי של פקדון לצרכו אבל במעות פקדון הא כתבו התוס' פ' אלו מציאות ריש (בבא מציעא דף כ"ט) דהמפקיד מעות אצל חבירו אפילו אותן מעות עצמן הם בעין אינו צריך להחזיר לו הם עצמן דכיון שיש לו רשות להשתמש בהן ה"ל לוה עלייהו ויכול ליתן לו אחרים תחתיהן וכדבריהם מוכח בש"ס פ' המפקיד (דמ"ג ע"ח) א"כ הכא נהי שהפקידן אצלו מ"מ דידיה נינהו ודין הלואה יש להם ואולי מיירי הסמ"ע כשהם צרורי' וחתומי' אבל פשט לשונו לא משמעכן ועי' מ"ש בזה עוד לקמן סי' צ"ט סעיף א' ס"ק ז' ח':

סעיף י

אם אמר המלוה כו'. כל סעיף זה אין לו שייכות בכאן דמיירי דוקא כשאין המלוה חב לאחרים בהודאתו ודין זה הוא בש"ס פ' הכותב ומקורו לקמן ס"ס פ"ד ושם כתבוהו הטור והמחבר (עי' מ"ש שם ס"ק ו') ולא ידעתי למה כתבו המחבר פה:

סימן מח

סעיף א

ויכול לכתוב הכל שם הלוה וכו'. ולרש"י אסור אלא צריך להניח מקום הלוה והמלוה והמעות והזמן וכן בשטרי מקח צריך להניח מקום הלוקח והמוכר והמעות והשדה והזמן

דגזרינן שטרות בתורף אטו גיטין ונ"ל כדבריו דכן משמע פשט' דמתני' דרבי אליעזר לא פליג את"ק בהא ומה שהקשו התוס' והרא"ש (ורשב"א בחדושיו) על פרש"י מהא דפריך מש"ס מרב פפי דלא כתיבנ' אשרת' דדיינ' דמיחזי כשקרא י"ל דס"ל לש"ס דאי חיישינן למיחזי כשקרא הא נמי מיחזי כשקרא אע"פ שאינו מזכיר הלוה והמלוה והמעות כיון שכותב טופס השטר למי שצ"ל כ"ז שלא נעשה הענין דהא אף לדברי התוס' וסייעתם אינם חתומים עדים ואפ"ה בכתיבה מיחזי כשקרא וא"כ ה"ה בהא עי"ל דפריך דמשמע דמסתמ' לא פסיל במתני' אלא משום גזירה דגטין וכדפריך בש"ס שם בסמוך להדי' הא לא"ה כשרה ואם כן לא חיישינן למיחזי כשקר' ואשרת' דדייני וכה"ג כשרה והא אמר רב פפי דפסולה גם מה שהקשו הא דלא פריך בלאו הכי אפילו הוה ס"ל כרבנן י"ל דאה"נ דהוה פריך הכי אלא דהוה מצי לשנויי דילמא הלכה כר' יודא אבל השת' דפסק כר' אליעזר פריך שפיר מרב פפי ועי"ל דעדיפ' מיניה משני דליתא לדרב פפי כלל ע"ש וכה"ג אשכחן בכמה דוכתי בש"ס גם הר"ן פ' כל הגט כ' כדברי רש"י ע"ש וכ"כ ראב"ן דף קל"ו ע"ד בסתם סופר הכותב שטרי מלוה שיהו מזומנין צריך שיניח מקום הלוה ומקום המלוה ומקום המעות ומקום הזמן שטרי מקח צריך שיניח מקום המוכר ומקום הלוקח ומקום המעות (והשדה) ומקום הזמן ע"כ:

סעיף ב

שכיון שנמחל שעבודו אינו חוזר ולוה בו כו'. עיין בעיר שושן שכתב מתחל' דמבני חרי גבי ואח"כ כתב דאפשר דאפילו מבני חרי לא גבי ובסמ"ע האריך להשיג עליו ופסק דשטר שנמחל שעבודו גובה מבנ"ח וכל דבריו לא נהירין לי כלל וראי' שהביא מהרא"ש פ"ד דנדרים (דף כ"ז ע"ב בש"ס) ומביאו ב"י בסי' נ"ה ס"ב לאו ראיה היא דאפילו למאי דכתב הרא"ש שם בתחל' ל"ד כלל דשאני התם דאין הלוה כופר בכלום והלכך נקנה לו השטר למלוה במסיר' כמו שהתנ' מתחל' שאם לא יתן לזמן פלוני יקנה לו השטר במסיר' ויגבה הכל ומכל שכן למאי דמסיק הרא"ש שכך התנה מתחל' שאם לא יתן לזמן פלוני שיהא המעות שנתן לו מתנ' וגבי אפילו ממשעבדי וע"כ כתבו המחבר והר"ב לקמן סי' נ"ה סעיף ה' ו' בסתמ' דגובה בו דהיינו משום שהמעות מתנה ואדרב' ממסקנת הרא"ש שם משמע להפך מדכתב והאי פירוש' ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסירה משמע להדיא דרצה לומ' דכל דליכא כתיבה ומסיר' אינו גובה בשטר שנמחל שעבודו אפילו מבנ"ח וא"כ הכא דנתן המעות בתורת פרעון גמור ואח"כ חזר והלוה בו א"כ בטל השטר לגמרי ואם טען פרעתי נאמן. גם מה שהביא הסמ"ע ראיה מלקמן סי' פ"ג לאו ראיה היא ואדרב' משם ראיה להפך דמקור דין דהתם הוא בש"ס פרק חזקת

הבתים (בבא בתרא דף ל"ב ע"ב) ושם משמע להדיא בש"ס ורשב"ם דאם טוען חזרתי והלויתי לך כיון שנמחל שעבודו בטל השטר ונאמן הלוה וכן כתב הרמב"ם להדי' פי"ד מה' מלוה דין ז' ח' וכ"כ הסמ"ג וכ"כ הבעה"ת שער י"ח וכ"כ רבינו ירוחם נ"ו ח"ה שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו כי כבר נמחל שעבודו ואינו גובה בו כלל והרי כמלו' על פה עכ"ל וכן משמע בטור ומחבר לקמן ס"ס נ"ז ע"ש. ועוד ראי' ממ"ש הרמב"ן בחדושיו ס"פ ג"פ אמתניתין דר' יוסי או' יתן והר"ן פ"ד דנדרים דף כ"ז ע"ב והנמוקי יוסף פרק הזהב גבי הנותן ערבון לחבירו תימה במה גובה כיון שנמחל שעבודו באותו חצי שפרעו וי"ל באו' לו החזר שטרו ויגבנו ופריע' זו שאני פורעו יהא מתנה ומכאן ראיה דאפילו במתנ' ומחילה ס"ל לר' יוסי דאסמכת' קניא עכ"ל ואם איתא מאי קושי' ומאי ראיה הא שפיר גובה מבני חרי ור' יוסי ור' יודא לא פליגי אלא אי יתן או לא אי אסמכת' קניא אלא ודאי אינו גובה כלל וע"ל ס"ס נ"ה וכן משמע פשט דברי הטור לקמן סי' נ"ז דאינו גובה בו כלל וכן משמע בב"ח סי' זה שפסק דאפילו בכת"י שנמחל שעבודו אינו גובה בו כלל וכת"י פשיטא דאינו גובה בו ממשעבדי וכן משמע מדברי הטור והמחבר לקמן ס"ס קי"ו ע"ש וכן עיקר: שוב מצאתי בריב"ש סי' שפ"ב כתב ג"כ בפשיטו' דשטר שנמחל שעבודו לא גבי בו כלל אפילו מבנ"ח מחמת השטר דכחספא בעלמ' הוא כדמשמע בפ' ח"ה גבי ההוא ערבא דא"ל ללוה כו' וכ"כ הרמב"ם ז"ל פי"ד מה' מלוה כו' ומביאו ב"י בקצרה בסי' מ"ג ס"ס ח'. וע' מ"ש לעיל סי' מ"ג סעיף ח' ס"ק י"ב: עוד כתב בסמ"ע וז"ל ועוד כתב בעיר שושן דאם לוה בכתיבת ידו דאינו אלא לראיה בעלמא שלא יהא נאמן לו' פרעתי ואינו טורף ממשעבדי חוזר ולוה בו ע"כ ויפה כיון וכן נ"ל עכ"ל והב"ח פסק דאף בכת"י אינו חוזר ולוה בו והבאתיו לעיל בסמוך ונ"ל עיקר בזה כהע"ש והסמ"ע דבשלמ' בשטר י"ל דכיון שנמחל שעבודו א"כ הרי בטל השטר וצריך עדות חדשה שיכתבו שטר אחר והוי כשטר בלא עדים דאינו כלום שהרי העדים לא העידו מחדש משא"כ בכת"י כיון שהחתום עצמו חוזר ולוה בו ואו' אתחייב לך בכת"י הרי כאלו חתם עצמו מחדש ונ"ל ראיה ברורה לזה משטר בעידי חתימה דהיכ' דחזר ומסרו לו מהני אע"פ שהעדים לא חתמו מחדש וה"ה הכא ומכ"ש לפי מה שראיתי בספר התרומה שחבר רבינו ברוך בסי' קל"א שכתב דאפילו מ"ד עידי מסירה כרתי מודה אפילו ליכא עדים אם מודה שמסרו לו בינו לבינו מהני דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ע"ש בפנים ובסימני' כ"ש הכא וכ"כ התוספת ריש פ"ק דגטין דף ד' ע"ש סוף ד"ה דקי"ל כו' וכן משמע בתוספות פ"ק דגטין דף י' ע"ב ד"ה חספא כו' כנ"ל ברור. ועי"ל דבשטר כיון דבטל לענין שעבוד בטל כולו משא"כ הכא ודו"ק: מיהו אם כתב בכת"י כל מי שמוציאו

גובה בו או בממרמו"ת שלנו ודאי דגם הב"ח מודה שחוזר ולוה בו וכמ"ש הע"ש בזה מלתא בטעמא ע"ש: עוד כתב בסמ"ע וז"ל ומיהו נראה דהיינו דוקא שחזר ולוה בו ביום דאל"כ אף שאינו טורף בו ממשעבדי מ"מ הא קי"ל דמלוה ע"פ מוקד' קודם למלוה בשטר מאוחר לענין גביית מבני חרי (גם מ"ש דקי"ל מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר ליתא וכמ"ש לקמן סי' ק"ד סי"ג דצ"ע בזה גם מ"ש ואפילו למאן דפליג שם כו' ליתא דכבר כתבתי שם דהר"ן חולק וס"ל דחולקין ושנראה עיקר כדבריו ע"ש) וכמ"ש הטור בסי' ק"ד סי"ג ע"ש ואפי' למאן דפליג שם אזה וכמ"ש הטור שם מ"מ כ"ע מודי' דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה ע"פ מאוחר ואם יחזור וילוה בזה יהיה קדימתו שלא כדין עכ"ל ומיירי שהלוה לו בעדי' דאל"כ אינו קודם למלוה ע"פ כלל לכ"ע דכת"י אפילו מוקדמת לא מהני דחיישינן לקנוניא שמא לא כתב כת"י זה קודם לכן רק עתה כתב ומסר לו וכמ"ש ב"י ס"ס מ"ז בשם תשובת הרשב"א וכ"כ בת' מהר"מ אלשיך ס"ס ס"ב והוא פשוט ודלא כנראה מתשובת מהר"מ מלובלין סי' ל"ה והיה אפשר לפרש דבריו דמיירי שידוע בעדים אך לא משמע כן מסוף תשובתו שכ' כי אותו כת"י שטר גמור הוא לכל הדברים ויש לו דין קדימה אפי' בקרקעות וא"צ ראיות ועדיות כ"כ שנמסר בזמנו רק זמנו של שטר מוכיח עליו וחזקה שנמסר בזמנו רק גלוי מלתא בעלמא שאין הדבר מרומה ח"ו כו' עכ"ל והוא ליתא אלא כמ"ש וכן מוכח לעיל סי' מ"ג סעיף ו' ע"ש ודו"ק אלא ודאי הסמ"ע מיירי כדפירשתי שהלוה לו בעדי' דאל"כ אינו קודם למלוה ע"פ כלל וא"כ אפי' ביום אחר יכול ללות בו. ומיירי נמי שלא מסר הכת"י בפני עדים דאל"כ טורף נמי ממשעבדי למ"ד דעידי מסירה כרתי כדלעיל סי' מ' ולקמן ס"ס נ"א וא"כ כשפרעו נמחל שעבודו ובטל כולו ואינו חוזר ולוה בו אפי' בו ביום ודו"ק: עוד כתב בסמ"ע וז"ל ועי' מ"ש עוד בעיר שושן בענין כתיבת הממרנות שנוהגין בהן בזמן הזה דצריך שיהא סך וזמן פרעון כתוב בהפוך הדף נגד חתימתו ממש כו' ול"ד כנגדה ממש קאמר דהא אף אם יכתוב הסך למעלה מחתימתו שורה שניה אין לחוש דאל"כ לא ישאר רק לכתוב שטר בשורה אחד והוא פסול וכמ"ש הטור בסי' מ"ה ומ"ו וכן אם יכתוב הסך למטה מחתימתו ממש אין לחוש שיחתכנו דאם כן יהיה זיופו ניכר דאין מדרך בני אדם שיחתם אדם על ממר"מ למטה בשולי נייר ממש לכך אין צריך ליזהר אדם בכתיבת הסך שיהא נגד החתימה ממש רק שלא יהא הרבה למעלה או למטה ממנו ודו"ק עכ"ל ול"נ דלא דק מ"ש אם יכתוב הסך למטה מחתימתו אין לחוש כו' דדוקא כנגדו ממש דאל"כ פסול אם חתם למטה בענין שיכול לחתכו דשמא יכתוב למעלה מחתימתו מה דבעי ויעשה חתימה מטה ולא ממרנ"י וכדאמרינן לא ליחתום אינש אלא אריש' דמגילתא ודו"ק: עיין

בע"ש שפסק וממר"ם אם יש עדים שהפקידו או משכנו אצלו א"י לטעון עד כדי דמיו במגו דהחזרתי דירא לטעון החזרתי כו' ולכאורה קשה על דבריו מלקמן סי' ס"ד בתופס שטר דנאמן במגו דהחזרתי כדאית' באשר"י פ' הכותב ושאר אחרונים או במגו דנאנסו כדאיתא בטור וש"ע שם ויש לתרץ דהתם אינו תופס אלא שיכול לומר מחיים תפסתי ואיני מחויב להחזיר לכם אבל איני חפץ לתבוע בשטר זה את הלוה דהא אין לו כתיבה ומסירה אם כן אין לו' דירא לטעון החזרתי או נאנסו דהא השתא נמי אין כונתו לתבוע את הלוה רק שלא להחזיר ליורשים משא"כ בממר"ם ודו"ק ועי' מ"ש בסי' ס"ד ס"ק ד' דנראה לדינא דגם התם אינו נאמן במגו דהחזרתי או נאנסו ע"ש: ומ"מ דברי הע"ש צ"ע דל"ד לדלקמן סי' ס"ד שאינם כתובים על שמו משא"כ הכא דיכול לטעון החזרתי וזה ממרמ"י אחר הוא שהלויתי לו מתחלה או שלקחתיה מאחרים ויכול להוציא המעות מן הלוה בטענה זו או למכרה לאחרים ודוחק לומר דהעדים יכירו הממרמ"י כגון שיש בה איזה סי' דפשט דבריו לא משמע כן וצ"ע: ודין ממר"ם חלק שנחלקו בו הע"ש והסמ"ע עיין מ"ש לקמן סי' ס"ט ס"ק י"ז מזה:

סעיף ג

אם חזר וקבל קנין. באותו יום הוא במרדכי שם ור"ל דאל"כ הו"ל מוקדם וכמ"ש לק' בסמוך:

סעיף ד

שחזר ומסרו לו בפני עדים. ביום החתימה כן הוא במרדכי ור"ל דאל"כ ה"ל מוקדם ועיין בב"י לקמן סי' ר"ז ד' רצ"א ומ"ש עליו לק' סי' ר"ז סעיף י"א:

סעיף ה

ומסרו לו בפני עדים כו'. לשון המרדכי אם היו עידי חתימה יכולים לחזור וללות בו שהרי עיקר שעבודו במסירתו כו' ומשמע דר"ל דהיינו דוקא כשחזר ומסרו לו בפני עידי החתימה או שלא היו שם עידי חתימה כלל רק עידי מסירה וחזר ומסרו לו עתה בפני עדים אחרים אבל אם היו שם עידי חתימה ואתה מסרו לו בפני עדים אחרים לא מהני והטעם נראה לפע"ד דכיון דעדים אלו שחתומי' מעידים שחייב לו ובאמת כבר בטל שטר זה א"כ ה"ל השטר זה כמזוייף מתוכו דמודה ביה רבי אליעזר דלא מהני עידי מסירה. ולפי זה קיצר הר"ב בדבר ודו"ק:

סעיף ו

וע"ל סי' נ"א בסופו ס"ק ז' שם כתבתי דהרבה פוסקים חולקין וס"ל דלא אמרינן עדי מסירה כרתי בשטרות ע"ש:

סימן מט

סעיף א

שני שמות כו'. עיין בתשובת הר"ב סי' צ"ה שאלה א' ור"ס קי"ג:

סעיף ב

שם המוכר כו' ואם שטר המלוה הוא כו'. משמע מדברי המחבר דבשטר מכר א"צ להכיר שם הלוקח אף בשטר שאין בו קנין כדמשמע מדברי הרב המגיד שלא הצריך הרמב"ם קנין בשטר מכר וקשה לי על המחבר דהיינו דוקא להרמב"ם משא"כ לרוב הפוסקי' החולקין עליו דאף בשטר מכר אין כותבים למוכר בלא לוקח רק בשטר קנין כמו בשטר מלוה וכמ"ש הרב המגיד ר"פ כ"ד והביאו הר"ב בבדק הבית לקמן ר"ס רל"ח וכמו שכ' המחבר גופיה לקמן ר"ס רל"ח וא"כ הא ה"ל להשוות שטר מכר לשטר הלואה ונל"ע:

סעיף ג

בלא קנין כו'. דשמא זה אינו המלוה ולא ימסור השטר למלוה עד לאחר זמן ויטרוף לקוחות שלא כדין כדלעיל סי' ל"ט סי"ג והוא הדין בשטר מכר בלא קנין צריך להכיר אף שם הלוקח להפוסקי' והמחבר לקמן ר"ס רל"ח דאין כותבי' שטר למוכר בלא לוקח רק בשטר קנין ע"ש מיהו למאן דאמר עדיו בחתומיו זכין לו א"כ בכל ענין א"צ להכיר המלוה והלוקח ולהסמ"ע והב"ח ושאר אחרוני' בכאן דברי' אשר לא נתכונו בעיני וחלוקי' אשר לא שערום אבותינו ומ"ש נרא' עיקר וכן דעת הרב המגיד ע"ש (עי' מ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ז ס"ק י"ח [כא])

סעיף ד

ולכן תמוה כו' ובסמ"ע ס"ק ו' האריך לתרץ משום דעיקר הוכחת הב"י בסי' כ"ט הוא מרשב"ם שכתב לאו אורחי' נמידק להסתכל בנשים כדי שיכירה יפה ויכול לסמוך על אחרים שמכירים כו' והמדקדק בפירשב"ם יראה דל"ד אעדות הכרת אשה כ"כ כו' דאי בעדות אשה דוקא קאמר ק' למה סיים וכתב ויכול לסמוך על אחרים כו' ע"ש שהאריך בזה ואין דבריו נכונים בעיני דשפיר קאמר ויכול לסמוך על אחרים שמכירים לפי שהוא לא הי' יכול לראותה בעצמו אבל גברא אחרינא לא יכול לומר שסמך על אחרים דה"ל לראותה בעצמו ג"כ גם יתר דברי הסמ"ע מגומגמים גם לשון זה ליתא כלל לרשב"ם אלא מלשון ב"י הוא ע"ש. ועוד דהרי הב"י בסי' כ"ט הוכיח עוד כן ממ"ש הטור דין זה בא"ע סי' ק"י גבי הכרת אשה ע"ש אלא נראה לתרץ דהמחבר נמי מיירי בהכרת אשה וכמו

שכתב בב"י סי' כ"ח דר"י אע"ג דסתם' קאמר מיירי במלתא דלאו אורחיה למידק כי. הכרת אשה וכן במקור דין זה שהוא מהראב"ד בבעה"ת שער ל"ג ח"ג משמע דמיירי דוק' בהכרת אשה שכתב שם קודם לכן מכל זה למדנו שת"ח שהעיד על עדות אשה שלות' וקא מודה לה שטעה בהכרת פניה מהימנינ' ליה ולא מקרי חוזר ומגיד כו' וכן משמע פשט דברי הש"ס ורשב"ם וכן מוכח בטור א"ע סי' ק"י שכתב דין זה דוקא גבי שובר דאשה שיכול הת"ח לומר שטעה ולא כתב כן בשום מקום אחר והיינו שכתב הב"י כאן בסימן זה על דברי הראב"ד וז"ל וכבר נתבאר כיוצא בזה בטור א"ע סימן ק"י וכתבתיו בטור סי' כ"ט עכ"ל וכ"כ בתשובת מב"ט ח"א בשאלות השניות סי' ל"ד דף קט"ו ע"ב וז"ל דצורבא מרבנן לא דייק באתתא אבל באיש אחר לא ואפי' צורבא מרבנן בעדות איש או ע"ה אפי' בעדות אשה אינם יכולים לחזור וכן נמצא בס' התרומות בשם הראב"ד כו' עכ"ל וכן עיקר לדינ' ודלא כהסמ"ע ע"ש:

סעיף ה

מאחר שלא הוחזקו כו'. בעיר שושן כתב זה ברישא וכ"כ בסמ"ע ס"ק א' דארישׁ' קאי דאי אסיפ' אפילו בדאיכא שנים ששמותיהן שוים מוציאים הם שטר על אחר כדלקמן סעיף ז' וע"ש שהאריך מיהי אפשר לומר דגם אסיפא קאי היכא דאין השטר יוצא מתחת יד המלוה וכדלקמן סעיף ז' בהגה שלישית דאם היו מוחזקין שנים הי' יכול לומר לאחר אני חייב משא"כ כשלא הוחזקו ודו"ק:

סעיף ו

וה"ה בשאר טעות כו'. נראה דוקא ודאי טעות אבל ספק לא דשמא שטר זה כשר וכבר עשו שליחותן וכמו שנתבאר בא"ע ריש סי' קכ"ב וע"ש עוד מדינים אלו:

סעיף ז

כל זמן שלא נכתב בו קנין. אבל כשנכתב בו קנין הוי כאלו הגיע לידו וכמ"ש לעיל סי' ל"ט סעיף י"ג ס"ק ל"ו ושוב אין כותבין אחר כיון שעשו שליחותן:

סעיף ח

ומחוסר עדיין נתינה לבעליו. ונאבד קודם נתינה אבל לאחר שהגיע לידו שוב אין כותבים אחר רק בשטר מתנה או במכר שלא באחריות כדלקמן ס"ס שאחר זה:

סעיף ט

וי"א דאין שייך בשטרות כלל כו'. דברי הר"ב כאן וגם בד"מ תמוהים לי שבד"מ הביא תשובת הרשב"א שהביא ב"י מחו' ב' וז"ל כל שאמר לעדים כתבו לי הרשאה ומצאו שאינה כתיקונה חוזרין וכותבין אפילו מאה פעמים שהרי כותבים י' שטרות על שדה א'

ובשטר מתנה ואפילו בשטר מכר חוץ מן האחריות שבו כדאיתא בפרק ג"פ ולא אמרינן עשו עדים שליחותן אלא גבי גט משום דכתיב וכתב וכן נמי בשטר מכר כל שחוזרים וכותבים האחריות עכשיו משתעבדי' נכסיו בשטר זה להם כבר עשו שליחות' ע"כ וכתב הר"ן פרק המקבל שבשטרות שמחוסרים נתינה שאין המקבל זוכה עד שיגיעו לידו אע"פ שכתבו וחתמו השטר כהוגן שכל שלא נתנוהו לידו לא עשו שליחותן וכותבין אפי' ק' פעמים אבל בשטרות שאין מחוסרים נתינה כגון שטר שכתב בו קנין דמשע' קנין שעבד נפשי' כיון שנעשה השטר ונחתם כהוגן עשו שליחותן ושוב אין כותבין ונותנין ע"כ וכתב ב"י ואפילו בשטרות המחוסרים נתינה אם אמר כתבו ותנו לשליש וכתבו ונתנו לו ונאבד איכא לספוקי אם חוזרין וכותבין ולענין גט אסיקנא התם בתיקו ע"כ וכל זה לדעת הר"ן שכתב דאם נכתב השטר כהוגן אמרינן ביה עשו שליחותן אבל לדעת הרשב"א שכתב דאין לחוש בזו אלא בגט ולא בשאר שטרות א"כ אין מקום לדינים אלו גבי שאר שטרות ומדברי ה"ה פ' כ"ד מה' מלוה משמע כדברי הר"ן עכ"ל ד"מ וע"פ הדברים האלה כ' כאן בהג"ה וי"א דאפי' כתבו שטר כו' כ"ז שלא נכתב בו קנין כו' וי"א דאין שייך כו' מחלוקת הרשב"א על הר"ן בזה אבל לפע"ד שהר"ב לא כיון יפה דפשיט' דהרשב"א לא פליג כלל אהר"ן דפשיטא דמ"ש הר"ן דבשאר שטרות אין כותבין היינו בשטרי הלואה או בשטר מכר באחריות ומ"ש הרשב"א בתשו' דלעיל ולא אמרי' עשו עדים שליחותן אלא גבי גט כו' לא אתא אלא לאפוקי שטר מתנה או שטר מכר שלא באחריות אבל בשטר מכר באחריות ובשטר הלואה מודה להר"ן וכמבואר מדבריו להדיא וכדגרסינן בש"ס פרק גט פשוט ריש (בבא בתרא דף קע"א) גבי מי שפרע מקצת חובו דב"ד כותבין לו שטר אחר אבל עדים לא בשלמא בי דינא אלימי לאפוקי ממונא אלא עדים שעשו שליחותן היאך חוזרין ועושין שליחותן ולא והא אמר רב עדים כותבים אפילו י' שטרות על שדה אחת ומשני רב יוסף אמר בשטר מתנה ורבה אמר בשטר מכר שאין בו אחריות ע"כ ופשיט' דשטר הלואה דמי לשטר מכר באחריות כיון דנכסיו משתעבדים למלוה בשטר זה והכי מוכח נמי בתשובה אחרת להרשב"א שמביא ב"י סי' מחודש ז' שכתב עדים אלו כיון שהם זוכרים שטעו כותבים לו שטר אחר כתקנו דכל שטעו אע"פ שמסרו אותו למלוה לא עשו שליחותן וכההיא דנפאת' כו' אלמא דוק' כשטעו הא לאו הכי לא והכי אמרינן נמי לעיל ר"ס מ"א אבל עידי השטר עצמן אין כותבים לו שטר אחר כו' והכי מוכח נמי מתשובת רשב"א סי' אלף ע"ג שמביא הבית יוסף לעיל סי' ל"ט מחו' י"ג והכי מוכח נמי מדברי תשובת הרשב"א סי' תתקצ"א שהביא הבית יוסף וד"מ לקמן סי' ע"א מחו' כ"ה שהבאתי לעיל סי' מ"א ס"ק ג' והכי מוכח נמי מדברי הגהות אשר"י

בשם ר"י והר"ב לקמן ר"ס נ"ד דדוקא מרצון הלוה הא לאו הכי אין העדים יכולים לכתוב שטר אחר אף מזמן השני למלו' אע"פ שיודעים שאינו פרוע מטעם דכבר עשו שליחותן בכתיבת שטר הראשון והיינו כדברי הרא"ש והטור והמחבר כאן דדוקא כשטעו כותבים שטר אחר דאז ל"א עשו שליחותן הא לא"ה אמרי' עשו שליחותן וכדברי הר"ן ורשב"א ואין כאן מחלוקת וכן נ"ל עיקר וברור דלא כהרב וגם על הע"ש והסמ"ע שכתבו כדברי הר"ב יש לתמוה:

סעיף י

דבריו סותרים זא"ז כו'. ולפי ע"ד אין כאן סתיר' כלל בדברי המחבר ולפי דעת הרב ה"ל לאקשויי דהטור הוא נגד הש"ס ובאמת בדרכי משה כתב על דברי הטור דבש"ס לא משמע כן אלא כמ"ש הרב המגיד כו' אבל ודאי זה אינו עולה על הדעת כלל שהטור יהיה נגד הש"ס. וגם רשב"ם והנמוקי יוסף והברטנורה כולם כתבו כמ"ש הטור. אלא נראה דאף לפי האי טעמא דוקא בשטר שיש בו קנין דכותבים ללוה בלא מלוה דאל"כ קשה למה נתנו לו בשלימות כשפרע לו ה"ל לקרעו שלא יתבענו בו כמו שתבעו עתה באמת שהרי הוא לוקח שטר כזה מתחלה לתבעו בו לכך קאמר בש"ס דתנא דמתני' סבר כותבים שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וא"כ יוכל לומר מה שהחזרתי לך כשפרעת לי ולא קרעתיו היינו משום שלא חששתי לזה שתתבעני בו מפני שידעתי ששטר כזה אינו כלום מטעם דכותבים שטר ללוה בלא מלוה: ואין להקשות א"כ אך לקח שטר כזה מתחל' י"ל דיוכל לומר מתחלה לא ידעתי ששטר כזה אינו כלום כי הייתי סבור כתנא ברא דאין כותבים ללוה בלא מלוה. (ובלא"ה צ"ל כן להטור וסייעתו שפירש הטעם מפני שיכול לומר שטר זה שלי הי' והרי קשה א"כ איך לקח שטר כזה מתחלה אלא ודאי צ"ל שיכול לומר שמתחלה לא הייתי יודע ששטר כזה אינו כלום ואין להקשות לימא מתחלה לא הייתי יודע ששטר כזה אינו כלום מטעם שיוכל לומר החזרתיו לך כשפרעת לי דא"כ קשה במאי טעי השתא אבל השת' שפיר י"ל דטעי בדינ' דאיכא באמת פלוגת' דתנאי אי כותבים שטר ללוה בלא מלוה אבל ודאי אי אין כותבים שטר ללוה בלא מלוה וכגון בלא קנין ליכא למימר דמעיקר' סבר דשטר כזה מועיל א"כ במאי טעי השת' ועוד דבשלמא מתחלה י"ל דטעי ולקח שטר אבל השת' שנתן השטר לידו בשלימות לא ה"ל למיטעי וליתן לידו שטר אלא ה"ל לקרעו ודו"ק): ואין להקשות מנ"ל להטור וסייעתו האי טעמא אמאי לא פירשו כפשוטו דטעמא הוא דשמא כתב הלוה לבדו השטר בלא מלוה י"ל משום דכיון דמתני' סתמא קתני משמע להו דמסתמא מיירי בכל גווני בין שטוען לא ידעתי מהשטר ובין שטוען ידעתי מהשטר הוא פטור וכשטוען ידעתי מהשטר אמאי

פטור אלא ודאי מטעמא שיכול לומר החזרתיו לך כשפרעת לי בשלימו' לפי שסמכתי ע"ז ששטר כזה אינו כלום מטעם דכותבי' שטר ללוה בלא מלוה וכדפי': ואם כן בשטר שאין בו קנין דאין כותבים בלא מלוה א"י לטעון שהחזרתי לך כשפרעת לי דה"ל לחוש שיתבענו בו שמסתמא נכתב מתחלה לו בידיע' שניהם שהרי אין כותבים שטר בלא מלוה ועל כן הטור שפסק לעיל ס"ס ל"ט כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ואפי' בשטר שאין בו קנין כותבין ללוה אע"פ שאין מלוה עמו לא חילק כאן בין יש בו קנין לאין בו קנין ובכל ענין אינו כלום אבל המחבר שפסק שם בסי' ל"ט סי"ג כרב אסי דלא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו חילק בין יש בו קנין לאין בו קנין. כן נ"ל ברור: (ולפ"ז אם הוא שטר מכר או שטר מתנה אפשר דלא מהני כשטוען שלי היה והחזרתיו לך כשחזרת ולקחת ממני דהא קי"ל בפ' גט פשוט ריש (בבא בתרא דף קס"ט) דבשטר מכר ומתנה אם החזיר לו השטר לא חזרה מתנתו ומכירתו אלא צריך קנין חדש וא"כ לאיזה צורך החזיר לו השטר בשלמא בהלואה החזיר לו השט"ח מפני שבזה החוב בטל משא"כ במכר ומתנה וא"כ לא מהני אלא כשטוען כתבת לך מתחלה שטר לעצמך ודו"ק: ומה שתירץ בסמ"ע ס"ק י"ג דבשטר שאין בו קנין ירא הלוה לשקר ולומר שלי הוא כו' הוא דוחק גדול שהרי עינינו רואות שאין הלוה ירא בכך וטוען כן כ"ש דהאמת אתו. וגם הסמ"ע גופי' הקשה על דברי עצמו והניח בצע: גם דברי הא"א דף ע"ח ע"ג לא מחוורין ע"ש: וגם מ"ש הב"ח דט"ס הוא בהמחבר וצ"ל אם אין בו קנין כו' לא נהירא כלל להגי' כל ספרי המחבר ובפרט שנראה שדבריו לקוחים מהרב המגיד שהביא בב"י שדוקא קנין ועוד דבש"ס משמע דוקא קנין ואע"פ שהב"ח דחק בש"ס מ"מ אין דבריו נ"ל ע"ש ועוד דא"כ לא ה"ל להמחבר לכתוב אם אין בו קנין אלא הל"ל אפי' אין ב וקנין כו' וגם לא ה"ל להזכיר קנין כלל אלא ה"ל לכתוב סתמא כמ"ש הטור וק"ל (וגם מ"ש הב"ח דמ"ש רשב"ם והוא אינו יודע מה ששנינו שאין יכול להוציא על חבירו שטר ששמו כשמו אין לו הבנה כל עיקר ודחק עצמו מרד בפי' דברי רשב"ם אלו נלפע"ד דבחנם דחק דדברי רשב"ם הם כפשוטו איך נאמר שהלוה כתב שטר זה לרמאות והלא שטר זה אינו כלום לכך כתב והוא כלומר הלוה שעשה לרמאות אינו יודע מה ששנינו ע"ש ודוק) אלא ודאי כדאמרן:

סעיף יא

אח"כ באו עדי השטר בעצמם כו' ואז הוי מלוה בשטר לכל דבר שהרי אלו יכולים לשלש השמות שהרי לא עשו גמר שליחותן. הרב המגיד והריב"ש סי' שכ"ג כתבו כן

לדעת הרמב"ם. וכן כתב הרשב"א שאפשר לומר כן. ומיהו כתבו שם שיש אומרים שאפי' בעידי השטר עצמם אינו אלא מלוה על פה וכן מסיק הריב"ש שם בשם י"מ וע"ש:

סעיף יב

יכתבו שום סי'. כגון כהן או לוי או ארוך או גוץ וכיוצא בזה:

סעיף יג

וי"א דאין כותבין שם העיר בשטרות כו'. לשון הסמ"ע כ"כ י גם הב"י והבי' ראיה לדבריו מדברי הטור דסי' ס"א ובדרישה כתבתי דאין ראיותיו ראיה ע"ש עכ"ל והוא דבסי' ס"א א"צ לכתוב מקום הכתיבה בשטר אבל לעולם מקום הלוה והמלוה צריך וכ"כ הב"ח ע"ש. מיהו הרב המגיד פרק כ"ד מהל' מלוה בשם הרמב"ן שמביא הב"י בסעיף ז' ודאי חולק וכ' דבשטרי הלואה לא בעינן שם עירו כו' ע"ש וכ"כ הב"ח שהרמב"ן חולק ע"ש ואפשר לזה כיון הר"ב מ"ש וי"א דאין כותבין כו' ודלא כנרשם בש"ע רמב"ם פי"ז מהלכות מלוה וטור ס"ס ס"א:

סעיף יד

שלי"ט או נר"ו כו'. הוי סי' והב"י כ' דנראה לי דלא הוי סי' דהא אפשר דנר"ו לא קאי אלא ליוסף לא לאביו עכ"ל ובד"מ כתב עליו וז"ל ואין דבריו נראין דאין רגילות לכתוב נר"ו על שם הבן אלא על שם האב דא"כ הוה ליה לכתבו קודם שם האב ולכן נראה דהוי סי' עכ"ל ולי נראה כדברי הב"י דאדרב' הרגילות הוא לכתוב נר"ו על שם האיש שעסוקין בו עתה והוא הבן דאלו לאב אין להם עסק בו ומה להם לברך את האב ומ"ש דא"כ ה"ל לכתבו קודם כו' לאו הוכחה היא דכך הרגילות שלא נהפסיק את החתימה וכך מצינו הרבה פעמים במקרא ובדברי חכמים וכ"כ בתשו' מהר"ר אליה ן' חיים סי' כ"ח וס"ס מ"ג שדברי ב"י נכונים דאע"ג דכתבו החבורים בסדור הגט בכתיבת הכינו ים שאין לכתוב פב"ב המכונה פלוני דא"כ משמע דמכונה קאי לאב אלא כותב פ' המכונה פ' מ"מ אינו הנרא דקאי אדסליק מיניה וכמ"ש התוס' ביומא דמני שם כ"ג ששמשו בבית דאע"ג דכתיב יהושע בן יהוצדק הכהן הגדול יהוצדק לא היה כ"ג ולא קאי כ"ג אלא איהושע כמו דוד בן ישי מלך ישראל ואין להוציא ממון מטעם זה ובההיא דהרשב"א נתרץ דבההוא שטרא הוה כתוב נר"ו איוסף ג"כ ואע"פ שלא הוזכר שם בלשון השטר שכותב הרשב"א לא חש לכותבו עכ"ל בס"ס מ"ג ובסי' כ"ח כתב בביאור יותר דהך דהמכונה דבסידור הגט היינו ודאי שהפירוש היותר קרוב הוא ולכתחלה ודאי צריך ליזהר מזה בגט וכיוצא בזה אבל מ"מ אינו מן הנמנע נמי לומר דקאי אלפני פניו עכ"ל ואני מוסיף דבלאו הכי לא דמי להמכונה דבסידור הגט דהכא כיון שבאים לברכו ולהזכירו לטובה כמו נר"ו

או שליט מסתמא קאי באותו אדם שעסוקין בו והוי דומיא דיהושע בן יהוצדק הכהן הגדול כיון שרוצה להזכירו לטובה כ"ג מסתמא קאי איהושע וכן דוד בן ישי מלך ישראל שכיון שהזכירו לשבח שהיה מלך ישראל מסתמא קאי אזה שעסוק בו דהיינו דוד. ועוד שאני התם כיון דכותב המכונה פב"פ אם כן חתימתו דבוקה דהא הכינוי הוא שמו ואין כאן הפסק בין החתימה דשמו לשם אביו כגון משולם המכונה ווייפש בן אורי דתיבת המכונה לאו הפסק בחתימה הוא דעיקר חתימתו ווייפש בן אורי מה שאם כן אלו היו כותבין יוסף נר"ו בן שמעון היה הפסק בחתימה דנר"ו בן שמעון לאו חתימה היא כלל כן נ"ל. דאלו למ"ש מהר"א ן' חיים תיקשי דהא כ' הב"י בא"ע סי' קכ"ט בשם תשובה מאשכנזית וכ"כ הר"ב בהג"ה שם סעיף ט' דאם הכינוי לבן לחוד יכתוב הכינוי קודם שיזכיר שם האב ואם כתבו אח"כ פסלו מהרי"ל ואם אית' אמאי יהא פסול בדיעבד אבל למאי דפרישית ניחא מיהו י"ל דהא דפסלו מהרי"ל היינו היכא דאפשר לכתוב אחר וכן משמע מלשון התשובה אשכנזית בב"י שם וז"ל גט שכתוב בו משולם בן אורי המכונה ווייפש פסלו מהרי"ל משום דקאי המכונה על אורי הכתוב גביה אלא כך יש לכתוב משולם המכונה ווייפש בן אורי עכ"ל ולפי"ז לשון הר"ב בח"ע סי' קכ"ט ס"ט שם שכתב סתם ואם כתבו לבסוף פסול אינו מתוקן דה"ל לכתוב דאינו פסול אלא היכא דאפשר לכתוב אחר וכן בלבוש באבן עזר שכ סי' קכ"ט סעיף י"ט לא כתב רק דאין לכתוב כן ולא כתב שבדיעבד פסול וכן נראה לי עיקר לדינא. ועוד נ"ל דבהך תשובת אשכנזית היינו משום דשם אורי מקצתן מכונין גם כן בשם ווייפש כמו שנוהגין האידנא גם בזמנינו לכנות אורי בשם ווייפש ולכך פסלו מהרי"ל לפי שאין המובן דקאי אאורי שהוא מכונה בשם ווייפש דסליק מיניה מה שאין כן בעלמא מכל מקום יהיה איך שיהי' העיקר דבנר"ו או שלי"ט וכה"ג אע"ג דכתיב לבסוף אין הכרח דקאי דוקא אדסליק מיניה ובפרט שאין דרך העדים נדקדק בכך ואפי' תימא דספיק' הוי מכל מקום אין להוציא ממון מספק וכמ"ש ב"י ודלא כהר"ב כן נ"ל ברור:

סעיף טו

אבל אם כתב בשטר אני יוסף בן שמעון שלי"ט או אני יוסף בן שמעון כהן לא הוי סי' כן מיכח בתשו' הרשב"א ובדברי הר"ב ודלא כספר גי' תרומה סוף שער נ"ג שרצה לדחוק ולו' דהרשב"א לא קאמר אלא בנר"ו: ומ"מ אין דינא של הרשב"א והר"ב: נ"ל לומר דהעדים לא דקדקו בכך דלאו אכולא מלתא קמסהדי ומה שלמד הרשב"א כן מפ"ב דכתובות נ"ל דאין משם ראיה ואדרבא יש להוכיח משם להיפך וכן יש להוכיח משאר פוסקים וכמו שאבאר דגרסינן התם (דף כ"ד ע"ב) אבעיא להו מהו להעלות משטרות

ליוחסין היכי דמי אילימ' דכתיב ביה אני פלוני כהן חתמתי עד מאן קמסהיד עילוי' לא צריכה דכתיבביה אני פלוני כהן לויתי מנה מפלוני וחתימי סהדי אמנה שבשטר קאמסהדי או דלמא אכולא מלתא קא מסהדי רב הונא ורב חסדא חד אמר מעלין וחד אמר אין מעלין ע"כ וסבירא ליה להרשב"א דכיון דלא איפשט' אפשר דלאו אכולא מלתא קא מסהדי ולי נראה דהכי קמיבעי' ליה אמנה שבשטר קא מסהדי דפלוני שהוא מיחזק בכהן לוה מפלוני ולא שהם מעידי' שיודעים שהוא כהן או דלמא אכול מלתא קא מסהדי פלוני שאנו יודעי' שהוא כהן לוה מפלוני אבל לא מסתבר לו' דהעדים חתמו אף ע"פ שאינו מוחזק בכהן דאם כן נהי דלאו אכולא מלתא קמסהדי לא ה"ל לחתום על דבר שאינו דודאי אין חותמין עד שיקראו כל מה שכתוב בשטר והכי מוכח מדאבעי' ליה הכי אי מעלין ליוחסין (משום דליוחסין אין מעלין אא"כ ידוע שהיו אבותיו ואבות אבותיו כהנים עד מזבח או עד הסנהדרין משמע דפשיט' ליה דלתרומה מעלין וכ"כ הרמב"ם פ"כ מה' איסורי ביאה דין ט' והטור והמחבר בא"ע סי' ג' בהדיא דלתרומ' פשיט' דמעלין וכ"כ הרב המגיד שם דהיינו משום דע"כ לא מבעיא לן אלא ליוחסין אבל לתרומה פשיטא ליה דמעלין ואי אמרת דהעדים לא דקדקו בכך וחתמו ולא דקדקו לראות אחר מ"ש כהן א"כ לתרומ' נמי תבעי ליה דילמא העדים לא דקדקו בכך א"ו פשיטא ליה לש"ס דודאי העדים דקדקו לראות מ"ש כהן וע"ז הם חותמי' רק דמבעי' ליה אי מסהדי אמנה שבשר כלו' אותו פלוני כהן לוה מפלוני ולא מסהדי שידוע להם שהוא כהן רק אותו פלוני שהוא מוחזק בכהן והלכך בתרומות פשיטא דאכיל כיון דהוא מוחזק בכהן ונהי דהעידי' אינם יודעי' אם הוא מוחזק כדין או לא מ"מ עכ"פ יודעי' שהוא מוחזק בכהן ולתרומה בחזק' לחוד סגי וכדאית' בש"ס התם: וליכא למימר דלהכי לא קמבעי' ליה בתרומה משום דלתרומה כשכתב אני פלוני כהן לויתי מפלוני מנה לחוד סגי מטעמ' דלא גרע ממסיא לפי תומו דמהני בתרומה דפשט' דמלת' לא משמע הכי ועוד דמשמע דבהך גוונא דמבעי' ליה ליוחסין פשיט' ליה לתרומ' והיינו כדפי' ועוד דהרמב"ם והט"ו שם לא כתבו בל' אני פ' רק בל' שהעדים אומרים כן פלוני כהן לוה מפלוני מנה וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות בשם הרמב"ן וז"ל שם וכתב הרא"ה ז"ל דהא דמספק' לן דוקא בלישנא דידיה כי האי דאמר אני פלוני כהן אבל בלישנ' דסהדי ודאי מהימני וכן נראה דעת הרשב"א ז"ל אבל הרמב"ם (נ"ל שצ"ל הרמב"ן בנו"ן ולא הרמב"ם במ"ם ואע"פ שגם הרמב"ם פ"ב מה' אישות כתב כן מ"מ דרך הר"ן לכתוב לשונו של הרמב"ם ממש. ועוד שדרכו לכתוב כשמביא את הרמב"ם באיזה פרק כתב כן וכ"כ שם הר"ן כמה פעמים הרמב"ם ז"ל בפרק כו') ז"ל כתב דאפילו בלשון עדים נמי מספק' לן וטעמא דמילתא

לפי שאפשר שהסופרי' סומכים על שמות בני אדם כפי שהם מוחזקים בעיר וכיון דחזו ליה אוכל בתרומה וקורין אותו כהן אינהו נמי קארו לי' הכי עכ"ל אלמא דהא פשיט' דעל כרחך חתמו על כהן משום שהוא מוחזק בכהן ואי לאו שהי' מוחזק בכהן לא היו חותמין ולא אמרי' דהעדים לא דקדקו בכך וגם משמע מרברי הרמב"ם והט"ו שם דאין חילוק בין כתוב בשטר אני פלוני כהן לויתי מפלוני מנה והעדים חתימי' למטה ובין העדים כתבו פלוני כהן לוה מפלוני מנה אלא ס"ל דהא דקאמר בש"ס אני פלוני כהן לאו דוקא הוא אלא כיון דמעיקר' קאמר בש"ס היכי דמי אילימא דכתיב בי' אני כו' קאמר לא צריכ' דכתיב בי' אני כו' וכן נ"ל עיקר לפ"ז אין צריך לדוחק של הב"ח בא"ע סי' ג' שכתב דהא דכתב הטור דלתרומ' מעלין משטרות היינו משום דבתרומה הקילו דליתא אלא משום דכיון דהעדים לא חתמו אלא א"כ מוחזק בכך מעלין לתרומה דבתרומה סגי בחזק' וכדפירש': ובזה נלפע"ד לתרץ מה שהקשה התוספות פ"ב דכתובות שם ונכנסו בדוחק ולפע"ד הדבר ברור כדפי' וז"ל התוספות שם וא"ת ואי לאו אכולה מלתא קא מסהדי א"כ עדים חתמי אף ע"ג דלא ידעי אי כהן הוא אי לאו וא"כ הא דתנן בגט פשוט שני יוסף בן שמעון הדרין בעיר אחת יכתבו כהן מה מועיל כיון שהעדים חותמין אף ע"פ שאין מכירין בי אם הוא כהן והרי הוא יכול להערים ולכתוב שטר אחר בשם חבירו כהן ויוציא ממון מחבירו כהן וי"ל דהיכא דהוחזקו שני יוסף בן שמעון ודאי אכולה מלתא קא מסהדי כי אז צריכים לידע אם בן כהן הוא התם ודאי מעלין משטרות ליוחסין והכא מיבעי' לן היכא דלא הוחזקו עכ"ל ותירוצם לפע"ד דחוק אבל לפי מאי דפרישית מעיקר' לק"מ דודאי אין העדים חותמין אא"כ הוא מוחזק בכהן ולהבי שני יוסף בן שמעון הוי סי' אבל מאן לימא לן שהעדים מעידי' שחזקתו הוא כדין לענין שיעלוהו ליוחסין ע"פ זה. זה נ"ל ברור: ולפ"ז אין צריך ג"כ לדוחק של הב"ח בא"ע סי' ג' שכתב דהא דלא מחלק הטור דבהוחזקו שני יוסף בן שמעון מעלין ליוחסין כמ"ש התוס' משום דס"ל להטור דבהך דג"פ שאני משום דבממונא הקילו ודבריו תמוהין דהא אדרבא חומרא הוא שמוציאים ממון ע"פ זה וכל קולא דממונא הוא קולא לנתבע אלא נראה כדפי' דס"ל להטור דליוחסין אפילו בהוחזקו שני יב"ש אין מעלין דנהי דחתמו היינו משום שהוחזק בכהן והוי סי' מעליא לגבי ממון מאן לימא לן שהי' חזקתו כדין לענין יוחסין וכן נראה דעת הרמב"ם פ' כ' מה' אישות כהטור וכן עיקר מ"מ יצא לנו דהרמב"ם וה' המגיד והטור והר"ן בשם הרמב"ן פליגי על הרשב"א דלעיל בענין מ"ש דהעדים לא דקדקו בכך וכמ"ש לעיל אלא לעולם אין העדים חותמין אלא א"כ קורין ומדקדקין ומוחזק הוא בכך והכי מוכח נמי ממה שלא חילקו הרמב"ם וה' המגיד וטור בא"ע שם בין כתוב בלשון אני

פלוני כהן ובין כתוב בלשון עדים אלא ודאי חד דינא אית להו ודלא כהרשב"א והכי מוכח נמי להדיא מדברי התוספ' שהבאתי דלא כהרשב"א ודבריהם נכונים בזה וכ"כ בס' גי' תרומ' סוף שער ל"ג דהתוס' פליגי על הרשב"א בהא וכן נ"ל עיקר (עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רס"ג) . העולה מזה שני יוסף בן שמעון שהוחזקו בעיר אחת וכתוב בשטר אחד יוסף בן שמעון נר"ו או שלי"ט לוה מפלוני ואביו של א' אי אין מוציאין שט"ח עליהן כי אולי נר"ו או שלי"ט קאי על יוסף שעסוקין בו העדים ובגט אם יש כנוי לבן ולא לאב יש לכתיב פלוני המכונה פלוני בן פלוני ואם כתבו פלוני בן פלוני המכונה פלוני פסול וי"א דהיכא דא"א ליכתוב אחר במקום חשש עיגון כשר אבל אם כתוב בשטר יוסף נר"ו בן שמעון נר"ו מוציאין מזה שאביו אי ואם (ואפילו) כתוב בלשון אני כו' כגון אני יוסף בן שמעון נר"ו לויתי מפלוני והעדים חתומים למטה ואומרים אמת הדבר שיוסף הנזכר לוה מפלוני כו' מוציאין מזה שאביו חי דאם לא היו יודעים שאביו חי לא היו חותמין כיון שהיו קורין שכתוב בו נר"ו וכן אם כתוב בו אני יוסף בן שמעון כהן והעדים חתומים למטה וכל שכן אם כתוב בו בלשון עדים יוסף בן שמעון כהן לוה מפלוני שמוציאין מזה שהוא כהן וכן מעלין לתרומ' בשטרות אלו אבל אין מעלין ליוחסין בשום שטר מפני שהעדים סומכין על שמות בני אדם וכיון שראו שקורין אותו כהן הם ג"כ קורין אותו כן:

סעיף טז

שכל מי שהשטר יוצא מתחת ידו מחזקינן ליה בשלו. ואין חוששין לנפילה כן כתב הרמב"ם פכ"ד מה' מלוה דין ט' והוא מש"ס פרק ג"פ אבל אם מודה זה שהשטר בידו שהיא של יב"ש האחר ושקנהי ממנו אינו כלום דאף ששמו כשמו אינו נקנה במסירה לחוד כן הוא בבעל התרומות שער ל"ג ריש חלק ד' בשם הראב"ד והרמב"ן וכן הוא בספר המלחמות להרמב"ן פרק ג"פ ודלא כבעל המאור שם וכן הסכמת הפוסקים וכן כתב הרב בהגהות לקמן סי' ס"ו סעיף א' ע"ש (עיין בתשובת מהרי"ק סי' ק"ך):

סעיף יז

אבל אם משולשים בשטרות כו'. היינו ע"פ מ"ש בב"י ליישב דברי הרמ"ה וגם בדרכי משה כתב וז"ל וב"י יישב דברי הרמ"ה וכן נראה דנכונים הם בטעמן מאחר שהשטרות משולשים ולא השובר א"כ כל א' יכול לדחות בעל השובר מאחר שאינו כתוב בו כמו בשטר ולכן עליו להביא ראיה עכ"ל וגם בתשובת משאת בנימן סי' צ"ה האריך להוכיח כדברי הרמ"ה אכן לפע"ד עיקר כדברי הטור דהדין עם בעל השובר וכל הוכחותיו של המשאת בנימן שם אינם כלום למדקדק היטב ובפרט עיקר הוכחתו שכתב שם בסוף תשובתו מאוקימת' דאביי דפ' ג"פ (דף קע"ב ע"א ותני) במתני' בתר הכי כיצד יעשו

ישלשו כו' ע"ש אינה הוכחה לפע"ד דה"ק כיצד יעשו ישלשו בשטר ובשובר ג"כ. גם מ"ש המ"ב שם דא"כ אי אפשר לב' יוסף בן שמעון לשום א' מהן לעשות הלואה לשום אדם בעולם שהיום ילך הלוה אצל יב"ש א' וילוה ממנו ולמחר ילך אצל יב"ש שני ויפייס אותו שיתן שובר ונמצא זה מניח מעותיו על קרן צבי כו' וכה"ג כתב הב"ח בסוף דבריו. ל"ק מידי דאטו ברשיעי עסקינן דודאי העדים שיכתבו השובר ישלשו בשובר משום חשש זה דליכא למימר דהעדים לא ידעי שיש עוד יב"ש בעיר דהא כיון שהוחזקו שני יב"ש בעיר א' ודאי ידעי וכן מוכח להדי' בתוס' פ"ב דכתובות דף כ"ד ע"ב שהבאתי לעיל ס"ק ט"ו שכתבו דהעדים אע"פ שכתבו בשטר כהן אין מעלין משטרות ליוחסין דלאו אכולה מלת' קמסהדי רק היכא דהוחזקו שני יב"ש ודאי אכולה מלתא קמסהדי כי אז צריכים לידע אם בן כהן הוא ואז מעלין משטרות ליוחסין עכ"ל וא"כ הכאנמי העדים ודאי ישלשו בשובר ואם לא ישלשו ודאי שפיר עבדי מחמת שיודעים האמת שפרע לשניהם וכותבים בסתם שיראוהו לאיזה יב"ש שירצה וכדלעיל סעיף ז' (ואין לחוש שיב"ש יתן לו שובר בכתב ידי דכ"א יכיר בכתב ידו איזה יב"ש הוא) ועוד דודאי לא יעשו כן דהא יש להתברר אח"כ ע"י העדים עצמן על איזה יב"ש כתבו כשיאמרו זה שהעדנו עליו ואין לחוש דשמא ימותו עדי השובר או ילכו למ"ה דאם באנו לחוש לחששות רחוקות כאלו אין לדבר סוף ועוד דהיאך יעשה זה רמאות בדבר שאינו בידו דשמא לא ילכו למ"ה וגם שמא יתבענו זה בשטרו קודם שילכו למ"ה ויתגלה רמאותו ועוד דאם חוששין לזה לא ילוה אלא לבטוחים או על משכון ולא ילוה למי שיש לחוש שהו' רמאי גם בסמ"ע ס"ק כ"ב כתב שבדרישה כתב טוב טעם לדברי הטור וכ"פ בס' א"א דף ע"ד כדברי הטור וכן בב"ח ובספר גי' תרומה שער ל"ג א"ד נתעוררו ליישב דברי הטור ונראה מדברי הגי' תרומה שם שמסכים לדברי הטור גם בשארית יוסף מסכים לדברי הטור וע"ש וכן עיקר (עיין בתשו' מהר"ש כהן ספר ג' סי' צ"ג):

סעיף יח

ונמצא אצל המלוה שובר מקויים ששטרו כו'. תימה דהא במקום אי"צ שיהיה בין שטרות קרועין וכן כשהוא בין שטרות קרועין אפילו אינו מקויים כשר כדלקמן סימן ס"ה סעיף י"ח ומ"ש הב"ח בזה אינו נכון ע"פ סוגית הש"ס ספ"ק דמציע' ופרק גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ג ע"א) ע"ש וגם אפי' תימא דמקוים פירושו שניכר חתימת העדים ולא שנכתב הקיום על השטר מ"מ קשה דהא כתב הטור והמחבר לקמן סי' ס"ה דבנמצ' השטר בין שטרות קרועים אפי' אין על שובר עדים כלל השטר פסול ולכן נראה דסמי מכאן מקוים או מ"ש הט"ו ונמצאו צ"ל או נמצאו כו' וכן הוא בבעה"ת שער ל"ג ח"ד

וז"ל מיירי שנמצאו השט"ח בין שטרות הקרועים כו' וכ"כ בס' גי' תרומה שם דף קמ"ה ריש ע"ב וז"ל ואי איישר חילי הייתי מגיה בל' הטור או נמצאו ב' שטרות כו' והוא כל' רבינו עכ"ל וכן עיקר ודלא כסמ"ע ס"ק כ"ג ודוק:

סעיף יט

שקנה מיוסף בן שמעון כו'. נראה דה"ה בירש שדה מיוסף בן שמעון דודו דינא הכי מהאי טעמ' כן הוכחתי עוד בספרי תקפו כהן בסופו עיין שם:

סעיף כ

נמצא שהערב לשני יב"ש כו' ונראה דה"ה יב"ש שערב בעד יב"ש כשם שאינו יכול לתבוע את הלוה כך אינו יכול לתבוע הערב ודוק ועיין בתשובת מהר"ש כהן ס"ב סי' י"א ומ"ש לקמן סי' קכ"ט סעיף ח' בהג"ה:

סימן נ

סעיף א

שכתוב בו אני פלוני לויתי ממך מנה. והעדים חתומים למטה לא לקיים החתימה אלא לקיים הענין אז אינו נאמן לומר פרעתי כדלקמן סי' ס"ט סעיף ג':

סעיף ב

כל המוציאו גובה בו. ושזה המוציאו יאמר אני הלויתי לך ולא כתבתי שמי כיון שאני מוציאו ולא חיישינן שמא אדם אחר הלוה לו ונפל ממנו ומצאו זה הכי אמרינן בש"ס:

סעיף ג

מתוך שנאמן לומר פרעתי כו' משמע דפשיטא דבכת"י יכול לטעון פרעתי וכמו שכתב המחבר לקמן סי' ס"ט ס"ב וקצת קשה על הר"ב דכתב שם דיש אומרים דאינו נאמן לומר פרעתי וכאן כ' כדברי הט"ו מיהו לענין דינא כבר העליתי שם ס"ק ח' דיכול לטעון פרעתי וע"ש:

סעיף ד

נאמן לומר לא לויתי כו'. אבל להד"מ לא מצי טעין ולא אמרינן דלמא לא כתב לשם חיוב אלא שכתב כעין מזכרת או שיחק בו או שלא להשביע כ"כ הב"ח ודבריו צ"ע ועיין מ"ש לקמן סי' ס"ט ס"ק ט"ז:

סעיף ה

וה"ה פסק דין כו'. משום דאינו נאמן לומר פרעתי נגד פסק דין וכדלעיל סי' ל"ט סעיף י' ועיין מ"ש שם בס"ק כ"ו וכ"ח:

סעיף ו

שטר שכתוב פלוני חייב לפלוני או לכל מי שמוציאו כו'. האי מלשון השטר הוא ולכך מסיק ודוק' בבא מחמת אותו פלוני כו' אבל אם לא נזכר בשטר שום אדם רק כתוב בסתם שנתחייב לכל מי שמוציאו חייב לשלם למי שמוציאו אף שאינו בא מחמת מלוה הראשון ועיין מ"ש בסי' ס"א ס"ד ס"ק ו' ובסי' ס"ו סעיף א' ס"ק י' בזה באריכות: וכתב בתשובות מבי"ט ח"ב סי' רס"ו דאם פרע קצתו לזה שמוציאו ואח"כ הוציאו המלוה עצמו פטור הלוה מסך שפרע אף שלא היה לו הרשאה וע"ש עוד שהאריך:

סעיף ז

ואם נכתב שובר כו' זה קאי אירישא אאם לא נזכר בו שום מלוה אבל בסיפא שכתוב שחייב לפלוני או לכל מי שמוציאו נראה דלא מהני שובר שביד הלוה אף. שאומר הלוה פלוני הנחתם בשובר בא בכחך ושלמתי לו ע"פ השובר ולא עוד אלא אפילו אם כתוב בשובר בפירוש שבא בכח של אותו פלוני וקבל מעות מזה הלוה לא מהני דלא מצי לחייב בהודאתו לאחר ולאורועי כת"י כל זמן שאין ידוע שהיה לו כח מהמלוה כנ"ל עכ"ל סמ"ע. וכן בנ"י במקור דין זה מיירי שלא הוזכר שום אדם בשטר. ומ"ש הסמ"ע אפילו כתוב בשובר בפירוש שבא בכח אותו פלוני כו' היינו בשובר שכתב המלוה עצמו בכתב ידו אבל בשובר שכתבו עדים בפירוש שבא בכח של אותו פלוני אין לך ידיעה גדולה מזו. ונראה לי דהא דמהני שובר משום אדם על שטר שנכתב סתם לכל מי שמוציאו היינו כשידע זה שקנהו אח"כ שכ' לו שובר עליו וקמ"ל דלא תימא כיון שנכתב לשם כל מי שמוציאו השטר בתקפו אף שפרעו למלוה הראשון וכתב לו שובר כיון שלא נכתב השובר על השטר עצמו והוא מוציא עתה השטר אלא כיון שפרעו ועשה ממנו שובר נמחל השטר וכן מלשון הנ"י עצמו מקור דין זה שכתב וז"ל ומיהו כל שהוציא א' שטר זה ופרעו לו ועשה ממנו שובר נמחל שעבודו לכל אדם שיוציאנו מכאן ואילך שלא נתחייב אלא במנה בלבד עכ"ל משמע דר"ל דלא תימא שנתחייב לכל מי שיוציאו אפילו בכמה מנה זה אחר זה אלא כיון שנפרע פעם א' תו לא מגבינא ביה אבל אם זה שקנאו טוען שלא ידע שפרע למלוה הראשון ולא ידע משובר זה נהי דלא נתחייב אלא במנה א' בלבד מכל מקום ה"ל כאלו נתחייב לו מתחלה ומה שפרע למלוה הראשון איהו דאפסיד אנפשיה שפרע לו ולא כתב שובר ע"ג השטר עצמו והאמינו ולא מבעיא היכא דאין ידוע בעדים שפרע לו רק שמלוה הראשון כתב לו שובר בכתב ידו דאיכא נמיחש לקנוניא שמא אחר שמכר לו שטר זה עשה לו שובר בכתב ידו ואפילו הוחזק כתב ידו בב"ד קודם המכירה כיון דכת"י לית ליה קלא יכול המוציא השטר לטעון שלא ידע מן הכתב

יד וכן אפילו פרע בעדים יכול לטעון לא ידעתי ואנכי כיון שקניתי השטר ונתחייבת לכל מי שמוציאו והרי אני מוציאו עכשיו וה"ל כאלו נתחייבת לי מתחלה מיהו אם עשה לו המלוה הראשון שובר כתוב בעדים כיון דשובר בעדים קלא אית ליה א"כ ה"ל לקונה זה לידע ואיהו דאפסיד אנפשיה דהא אמרינן בספ"ק דמציעא (סוף דף י"ט) ויתבאר בפוסקי' בכמה דוכתי דלוה טורף בשובר מלקוחות שקנו השטר מהמלוה ולא אמרינן דלקוחות לא ידעי אלא שובר בעדים קלא אית ליה וה"ה הכא וכן המנהג בזמנינו שקונין ממרנ"י זה מזה ואלו היה הממרנ"י בטלה בזה לא הי' שום אדם קונה שום ממרנ"י דהי' חושש שמא פרע לו בעדים או שמא נתן כת"י בעדים שפרע לו: ותו דהיכא דלא ידע ה"ל כלקח חפץ מחבירו ונודע אח"כ שהוא גניבה בידו ואינו שלו דמ"מ צריך להחזיר לו מעותיו משום תקנת השוק וכדלקמן סימן שנ"ו וה"ה הכא ואע"ג דכתב הרא"ש והט"ו לקמן סי' ס' ס"א דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח היינו בסתם שטרות דעלמ' אבל בממרנות שבזמנינו דשכיח טובי' שקונין זה מזה יותר מן המטלטלים פשיט' דשייך תקנת השוק ועוד דבתר דכתבו הרא"ש והטור שם דבשטרות לא שייך תקנת השוק דלא שכיח כתבו וז"ל ועוד שלא יצא השטר מרשותו לגמרי שעדיין נשאר בידו כח למחול השטר הלכך חשוב שפיר ממונו לגבות ממנו ולפיכך בממרנו"ת שא"י למחול וכדלקמן סי' ס"ו ס"ק י' שייך בהו תקנת השוק ולפ"ז הכא בממרנ"י כשמברר זה שפרע למלוה הראשון קודם שקונהו זה צריך הקונה לישבע בכמה קנה הממרנ"י ויטול כדלקמן סי' שנ"ו אבל בידע או בשובר בעדים דהוה כידע שהוא גנב מפורסם לקמן סי' שנ"ו דאין צריך להחזיר לו מעותיו. כן נראה לי בדינים הללו (עיין בתשוב' מהרשד"ם סי' כ' וכ"ב):

סעיף ח

ואם כתב בשטר כו'. וה"ה במי שחייב ושעבד עצמו בשטר לפרוע לכל מי שילוה לשמעון סך פלוני כ"כ בתשובת מהרא"ן ששון סי' קכ"ב וקע"ה וע"ש ועיין בתשובת מהר"מ אלשיך סי' צ"ז ובתשובת מהרא"ן חיים סי' כ"א:

סעיף ט

ועי' לקמן סי' ס"א סעיף י' בסמ"ע רשם בכאן בהג"ה שם כתבו המחבר גופיה. ולי נראה דודאי הר"ב לא יכתוב מ"ש המחבר כבר ובפרט שכתב הוא עצמו וע"ל סי' ס"א סעיף י' אלא הר"ב בא לחדש דאע"ג שהמחייב לא היה חייב מעולם שום דבר לשום אדם שלא הלוה לו שום אדם כלום אלא שחייב את עצמו בדבר שלא הי' חייב כדלעיל סי' מ' וזה לא כתבו המחבר לקמן סי' ס"א סעיף י' כלל והוא מבואר בתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' במ"ש שם וכן מצינו בשאול על מעשה דגלית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו

ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד באותו ממון ובפ"ב דסנהדרין קאמר שקדש דוד את בת שאול באותו ממון כו' עכ"ל וזהו מדוקדק בדברי הר"ב שכ' נשתעבד נגדו וכמו שנתבחר לעיל סי' מ' כו' והרי בסי' מ' מיירי במי שחייב את עצמו בדבר שלא הי' חייב כלל ע"ש וזה ברור:

סימן נא

סעיף א

עד אחר בכתב כו'. המשך דברי המחבר כך הם ששלשה חלוקים יש עד א' בכתב ועד א' בע"פ בלא קנין מצטרפין לענין שאינו יכול לטעון להד"ם לכ"ע שכיון שמנחישין אותו להדיא לא יהא אלא כמו ששנים הם בע"פ ומכחישין אותו שאינו נאמן אבל אי טעין פרעתי זה תלוי בפלוגת' שבסעיף שאחר זה דלהסבר' האחרונה שם שאם טוען פרעתי נאמן בהיסת דעד א' בשטר לא חשיב כמועדות בשטר רק כעדות בע"פ אם כן הכא נמי נהי דמצטרפין לא הוי אלא כעדות שע"פ ויכול לטעון פרעתי ב' אם אמר זה שלא כתב עדותו אני קניתי מידו כו' מצטרפין לעשות המלוה בשטר גם לענין שאינו יכול לטעון פרעתי אף לסברא האחרונה שבסעיף שאח"ז דכיון דאותו שבע"פ אמר אני קניתי וקיימא לן סתם קנין לכתיבה עומד אם כן הוה ליה כשניהם כתבו שטר ואינו יכול לטעון פרעתי אבל מ"מ לא הוי שטר גמור לגבות בו ממשעבדי כיון שאינם שוים דע"א הוא בכתב וע"א הוא בקנין. ג' אם אותו שמעיד בעל פה אומר בפני נמסר השטר הוי כשטר גמור לגבות בו ממשעבדי ומטעם שכ' הרא"ש הביאו בית יוסף דחשיב כאלו יש שני עידי מסירה שהעד שחתום על השטר אמרינן שגם בפניו נמסר עד כאן לשונו (פי' דמסתמ' בפני אותו עד החתום נמסר גם כן השטר וכן כתב בע"ש אבל לא אמרינן דמסתמא הקנה לו דהא כמה שטרות הן בלא קנין) כך הם המשך דברי המחבר ודלא כהסמ"ע שהוציא דברי המחבר מפשטן ופירש דמ"ש הרמב"ם והמחבר באמר זה שבע"פ אני קניתי כו' מצטרפין לעשות המלוה בשטר היינו אפילו לגבות בו ממשעבדי כו' ונדחק מאד בדברי המחבר והדבר ברור דליתא אלא כוונת המחבר כדפי' וכמו שכתב המחבר להדיא בספרו כסף משנה פרק ח' מהלכות עדות וזה לשונו ומדקדוק לשון הרמב"ם נראה שכתב שניהם מצטרפים לעשות המלוה בשטר ואינו יכול לומר פרעתי משמע דלא אמרינן שנעשית מלוה בשטר אלא לענין שלא יכול לומר פרעתי אבל לא לטרוף מלקוחות דאע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד ה"מ כשנטל קנין בפני שנים אבל הכא שנוטל קנין בפני אחד לא והטור כ' בסי' נ"א בשם הרמב"ם שנעשה מלוה בשטר גמור ומה שכתבתי נראה יותר עכ"ל כ"מ. שוב

ראיתי בעיר שושן שכתב להדיא כדברי במציעתא דאינו טורף ממשעבדי וביאר טעם הדבר ע"ש ומה שהקשה הסמ"ע דא"כ עד שני דעל פה למה לי כלל הלא הרמב"ם ס"ל דאפילו אחר חתום בשטר אינו יכול לומר פרעתי ואפילו בשבועה אינו נאמן וכמו שכתב הטור והמחבר בשמו בסעי' שאח"ז עד כאן לשונו וגם הב"ח הקשה כן על הכ"מ. ולפע"ד לק"מ דהא נ"מ אפי' אם יבוא אותו שבכתב ויכחישו שלא פרע או שכתב בפירוש שידוע לו שלא פרע דאז היה נשבע להכחיש העד והשת' שאותו שבע"פ אומר אני קניתי שניהן מצטרפין לעשות מלוה בשטר ואינו יכול לטעון פרעתי וגם המעיין ברמב"ם גופיה פ"ד מהל' עדות יראה דבלא"ה ל"ק מידי דעיקר דין צירוף אתא לאשמועינן ע"ש. ובדברי המחבר בלא"ה לק"מ דאתא לאשמועינן דאפילו לסבר' אחרונה שבסעיף שאח"ז א"י לטעון פרעתי וכמ"ש. ומ"ש הסמ"ע וז"ל ועוד שהטור כתב ג"כ האי דינא בר"ס זה בשם הרמב"ם ולא כתב אלא דשניהם מצטרפין ונעשה מלוה בשטר גמור ולא סיים לכתוב מ"ש המחבר בשמו דא"י לומר פרעתי עכ"ל הרי הכ"מ הביא דברי הטור ומשיג עליו מדהוצרך לסיים וא"י לומר פרעתי גם מ"ש הסמ"ע גם ק"ק דהמחבר גופיה סתם ופסק בר"ס ל"ט דאם יש עדים שקנו ממנו אפילו לא נכתב גובה ממשעבדי כו' ודוחק לומר דשאני כאן דמיירי דאין ידוע אם קנה גם בפני העד כו' עכ"ל הרי הכ"מ בעצמו תירץ כן ולא נראה לדוחק בעיניו. גם מ"ש הסמ"ע וז"ל והא דהוצרך לסיים ולכתוב וא"י לומר פרעתי משום דמצינו לפעמים אף דיכול לטרוף ממשועבדים אפ"ה יכול לומר פרעתי כמ"ש הטור בשם התו' בסי' ל"ט סעיף י' בהודאה לפני ב"ד ע"ש עכ"ל נלפע"ד ששגגה יצא' מלפניו דז"ל הטור שם ובמטלטלי נמי משעה שהודה כותבין כו' ופירשו התוס' הא דהודאה בפני ב"ד חשיב כמלוה בשטר דוקא לטרוף מלקוחות כל זמן שידוע שלא פרע או שהוא מודה שלא פרע אבל אם טוען שפרעו נאמן לפיכך אין ב"ד כותבים לו אא"כ ידוע להם שלא פרע ע"פ עדים או על פיו עכ"ל והבין הסמ"ע דאף שהיה יכול לטעון פרעתי טורף לקוחות וזה אינו (וכבר השגתי עליו לעיל סי' ל"ט ס"ק כ"א וסי' ע"ט סי"ב ס"ק ו' באריכות עיין שם) אלא ה"פ חשיב כמלוה בשטר דוקא לטרוף מלקוחות כ"ז שידוע שלא פרע בשעת הודאתו או שהודה בפירוש בשעת הודאתו אז חשיב כמלוה בשטר לענין שהב"ד כותבים לו וטורף לקוחות משעת הכתיבה וכ"ש שאינו יכול לטעון פרעתי אחר שכתבו לו ב"ד הודאתו אבל אם לא כתבו לו הב"ד עדיין הודאתו וטוען שפרעו אחר שיצא מב"ד נאמן ואינו טורף לקוחות ג"כ. וכל זה ברור. וכן נראה לפע"ד עיקר לדינא כיון דבלאו הכי רשב"ם ויש פוסקים סוברים דקנין אינו טורף ומביאם הב"י בריש סי' ל"ט וכן נראה מדברי הרא"ש ונמוקי יוסף פרק גט פשוט ומביאם ב"י בסי מ"נ

סעיף י"ב וא"כ נהי דרוב הפוסקים מסכימים דטורף אף שלא נכתב מ"מ הכא דאינו אלא עד א' בקנין גרע טפי ואינו טורף כן נראה לפע"ד. (עיין בתשו' מהר"ש כהן ספר ג' סי' ל"ה ובתשו' הר"ב סי' ק"י ובתשו' מהר"י לבית לוי סי' נ"ב דף קי"ו ובתשו' מה"ר יוסף טראניי סי' ע"א מדין ע"א בע"פ ועד א' בכתב):

סעיף ב

אומר בפני נמסר השטר כו': לטעמיה אזיל שכ' לקמן בסוף הסי' דעדי מסירה כרתי אבל באמת הרבה פוסקים חולקין וכמ"ש לקמן:

סעיף ג

נאמן בשבועה. פי' בשבועת היסת וכן משמע בפוסקים וכן הוא בתשו' הרשב"א שהביא ב"י ס"ס ס"א בהדי' והטעם איתא ברשב"א שם דכיון שאינו אלא בעד אחד לא חשש להניחו בידו ולא שייך לו' שטרך בידי מאי בעי כשאר שטר וכן הוא בהרב המגיד ומביאו ב"י סי' זה סעיף ד' וכן נראה דעת הטור והריב"ש סי' שצ"ב וכן מוכח ברשב"ם פ' גט פשוט ובהגהת אשר"י שם בשם א"ז ע"ש וכן נראה דעת שאר פוסקים וכן פסק הב"ח ועיקר:

סעיף ד

וי"א שדינו כשטר כו'. נראה מדברי המחבר דלהרמב"ם שהוא בעל סברא הראשונה לא הוי כשטר בעד אחד ואזיל לטעמיה שכתב בב"י סעיף ה' דוקא בשטר שעדיו מרובים כ' הרמב"ם (והעתיק המחבר לשונו בסעי' שאח"ז) שאפשר שחתמו הכשרים והניחו מקום לגדול משא"כ בשטר שני עדים לבד ולכך כ' כאן הרמב"ם הרי הוא כחרס. ולפע"ד לא מסתבר כלל לחלק בכך וכך לי שנים לענין ממון כמו אחד לענין שבועה ומ"ש הרמב"ם כאן הרי הוא כחרס לא בא אלא לומר שעדי מסירה אינן מועילין בשטר כזה שמזויף מתוכו ונמצא שהשטר הוא כחרס אבל אה"נ דהוי כשטר בעד א' לענין שבועה ואיכא למימר ביה נמי רווחא שבק וכמ"ש הבה"ג וכן מדוקדק למעיין בהרי"ף פ"ק דמכות שנראה לעין שמשם הוציא הרמב"ם דבריו אלו שהשטר הוא כחרס דמתחלה כתב הרי"ף דהיכא דאיכא בשטר תלתא סהדי וחד מנייהו פסול תתקיים העדות בשאר ולא פסלי' לשטרא מספק אם אין עדות ברורה שישבו כולם לחתום דאיכא למימר רווחא שבק למאן דקשיש מניה ובתר הכי כתב והיכא דליכא בשטרא אלא תרי וחד מנייהו פסול אי נמי תרי קרובים להדדי אפילו מסריה ניהליה באפי סהדי אחריני דכשירי לא מהני מידי דה"ל מזויף מתוכו כו' כדגרסינן בפ' א' דיני ממונות בענין ההיא מתנת' כו' עכ"ל משמע דבא לומר דאמרינן בכל גוונא רווחא שבק והלכך בשטר שיש בו ג' עדים וחד מנייהו

פסול יתקיים השטר בשני עדים הנשארים והיכא דליכא בשטרא אלא תרי נהי דנימא ביה רווחא שבק הא ליכא אלא חד ולא מהני שטרא מידי לאפוקי ממונא וה"ה לענין מתנה שנקנה בשטר לא זכה המקבל מתנה אבל אה"נ דמועיל השטר לענין ע"א דקם לשבועה נמצא דינו של בה"ג אין חולק עליו וכן מוכח בנמוקי יוסף פרק קמא דמכות שהביא דברי הרי"ף ע"ש שדברי בה"ג הלכה הם והרי"ף מודה לי' ע"ש (והכי משמע בש"ס פ"ק דגטין דף י' ריש ע"א דבשטר בב' עדים נמי אמרינן רווחא שבק וע"ש) ומ"ש הב"ח דמסקנת נמוקי יוסף פ' זה בורר דלא כבה"ג ליתא ואישתמיטתי' לפע"ד דברי הנ"י דפ"ק דמכות ומהנ"י דפ' ז"ב אין ראיה כלל דהתם לא נחית לדינא אי עד אחד בשטר מועיל וכל פלפולו שם אי נימא שמ"מ מועיל עדות הכשר או לא ע"ש. וגם המעיין בנ"י פ' ז"ב יראה שכל דבריו הם מועתקים מבעל העיטור וכמו שכתב בתחלה לשון העיטור כו' ולבסוף כתב עד כאן לשונו וכן הוא באמת בבעל העיטור באות קוף ריש דף ל"ח ובעל העיטור לטעמיה אזיל דס"ל כהירושלמי דעד אחד בכתב לאו כלום הוא כדמייתי להדיא בתר הכי הירושלמי בסתם וכ"כ עוד הבעל עיטור במאמר שמיני קיום טופסים דף י"ח ע"ב ע"ש אבל לדידן דעד א' בכתב מועיל א"צ להעוד בע"פ בב"ד ואמרי' רווחא שבק וראיתי בב"ח שכתב שהרמב"ם הנ"ל והרא"ש בתשו' (שהעתיקו הטור והמחבר לקמן סעיף ה') חולקין על הבה"ג דאל"כ ל"ל להרא"ש בתשובה שהעד יעיד העדות בע"פ ונדחק עצמו לו' דמה שהביא הרא"ש פ' גט פשוט דברי בה"ג אינו אלא להביא ראיה דעד אחד בשטר מהני אבל בהא דסבירא ליה לבה"ג דאמרינן רווחא שבק לא ס"ל כותיה. ולפענ"ד ז"א וגם המעיין בהרא' ש פ"ק דמכות יראה להדיא דחזר והביא שם כל דברי בה"ג משמע דס"ל הכי להלכה וגם מייתי שם מיד בתר הכי דברי הרי"ף הנ"ל שהעתקתי משמע דס"ל להרא"ש ככל דברי בה"ג ומפרש דברי הרי"ף כמ"ש ומ"ש בתשובה שהעד יעיד בע"פ מיירי בענין שנתבטל העדות בשטר כגון שנודע שישבו לחתום כאחד וכ"מ להדיא מדברי הר"ב לק' סעי' ה' והסמ"ע שם וכן מדברי הטור והמחבר לעיל סי' מ"ה סעיף י"ג. ודלא כס' גדולי תרומה שטר ט' דף ס"ה ע"א שהניח בקושיא דברי תשו' הרא"ש הנ"ל דל"ל שיעיד בע"פ הא עד אחד בכתב ס"ל להרא"ש פ' גט פשוט כבה"ג דמהני ע"ש ולק"מ וכמ"ש. א"כ גם דברי הרמב"ם שכתב כאן הרי הוא כחרס יש לפרש כן דהיינו לענין שאינו כשטר בשני עדים אבל הוי כעד א' לענין שבועה. א"נ דמ"ש הרי הוא כחרס מיירי שידוע שחתמו יחד אבל אה"נ דדין שטר בשני עדים כשטר שעדיו מרובים לכך לא כתב הרמב"ם ב' דינים אלו סמוכים זה לזה רק האי דינא דהרי הוא כחרס בפי"ד מה' עדות והאי דינא דיתקיים העדות בשאר כתב בפ' ה' מה' עדות משום דבפ' ה' לא מיירי

אלא מדיני עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובפ' י"ד מיירי מדיני פסול קורבה וע"ש וכן הוא להדיא בריב"ש סי' תט"ו וז"ל כי מ"ש הרב האלפסי הוא בשטר שידענו שחתמו יחד כו' וגם מיירי בשטר מתנה שעושה קנין כו' אבל היכא שלא נודע זה ואיכא למימר רווחא שבק אף רב אלפס יודה כמו שהכריעו הרמב"ן והרשב"א ז"ל דעד א' בשטר קם לשבועה כמ"ש בעל ה"ג בשם רבנן קמאי עכ"ל וע"ש ודברי הרמב"ן הם בחדושיו פ' גט פשוט ע"ש. וא"כ מ"ש המחבר כאן דעת בה"ג בלשון וי"א לו' שהרמב"ם שהוא בעל סברא ראשונה חולק עליו ליתא אלא כ"ע מודו לבה"ג ודינו אמת וברור. שוב ראיתי בבדק הבית להמחבר כתב הוא עצמו במסקנתו כדברי וז"ל ועוד י"ל שמ"ש הרמב"ם הרי הוא כחרס הוא לענין שאינו חשוב שטר לגבות בו מבני חרי אע"פ שיש שם עדי מסירה אבל להשביעו כדין שטר שיש בו עד אחד אה"נ שמשביעים אותו וזה נראה דעת הרמב"ם דאמרינן רווחא שבק למאן דקשיש מיניה כמ"ש בפ' ה' מה' עדות עכ"ל הרי שחזר המחבר בספרו בדק הבית ממ"ש בב"י ועפי"ז נ"ל לפרש מ"ש כאן בש"ע וי"א לאו לאפלוגי אתא אלא לפי שהסברא ראשונה לא הזכירה מזה כלום כתב דינו של בה"ג בלשון וי"א דלא כהע"ש והסמ"ע סק"ו שהבינו דלסברא הראשונה א"צ אפי' שבועה נגד הכשר דלא אמרינן רווחא שבק בשטר שאין בו רק ב' עדים דליתא אלא כדפי' וכן עיקר:

סעיף ה

אם יש עדות ברורה שכולם ישבו לחתום כו'. וגם ידעינן שהכשרים ידעו בפיסולם כגון שהם רגילים זה עם זה הא לאו הכי לא פסלינן לשטרא מספק ואמרינן דילמא לא ידעי ביה כן נראה שמפרש הב"י דברי הרמב"ם דהכא לפי תשובת הרי"ף שבבעל העיטור ונ"ל פי' זה ברור מיהו הרא"ש פ"ק דמכות חולק וס"ל דאין חילוק בין ידעו הכשרים בפסולים או לא אלא אפי' לא ידעי בטלה עדותן וכבר הביאו הטור והמחבר לעיל ס"ס ל"ו שני הסברות אלו ועיין שם:

סעיף ו

העד שאינו קרוב כו'. ומיירי כשהעד שאינו קרוב לא היה עם הקרוב בשעת מעשה דאם היו יחד בשעת הצוואה א"כ נצטרפו יחד ותו לא מהני כשיעידו על פה וכמ"ש לעיל סי' מ"ה סעיף י"ג ס"ק כ"ד:

סעיף ז

אא"כ נסתלק אותו כו' דין זה שכתב המחבר דסלוק מועיל בכאן ל"נ לפע"ד וממקום שהוציא המחבר כן נלפע"ד דאין ראיה וכמו שאבאר דבשום פוסק לא הוזכר שסלוק מועיל בדין זה גם בטור וב"י לא הזכירו מזה דבר רק המחבר כ' בספרו בד"ה וז"ל כ'

הרשב"א (צ"ל הרמב"ן שנקרא בשם חדושי הרשב"א) פ' ח"ה נ"ל דה"מ בשלא נסתלק אותו שהעדים פסולים לו אבל אם נסתלק מאותו ממון כשרים לאותו שהם רחוקים לו וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל נ' ס"א ע"ש והמעיין בפח"ה שם יראה להדיא דלא מיירי כלל מעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק מיירי מעדות בע"פ שיש לחוש שמעיד משום קצת הנאה לקרוביו כגון שנגנב לשניהם דבר ובא להעיד שזה גנבו וא' משניהן הוא קרוב דא"י להעידו בכה"ג מהני סלוק קודם שיעיד אבל הכא דפסלינן לשטרא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולו אפי' אין הנאה לקרוביו שהרי אפי' אם יאמר הרחוק תני לי חלקי ממתנה הנזכרת בשטר וחלק של הקרוב אל תתנו אין שומעין לו כיון דטעמי' הוא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכדאי' בפוסקים ומדמי לה לדין שבסעיף לפני זה דנמצא אחד מהן קרוב או פסול השטר בטל וא"כ מה יועיל שיסתלק הקרוב כיון דכבר נתבטל העדות שבשטר משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומתשובת הרא"ש פשיטא נמי דאין ראייה דלא איירי בתשובות הרא"ש כלל מדין זה ע"ש וא"כ דברי המחבר תמוהים דמה יועיל סלוק כיון דכבר נתבטל השטר וכן משמע להדיא בריב"ש סי' קצ"ה וס"ס קצ"ח דאין סלוק מועיל בנמצא א' מהן קרוב או פסול ע"ש והיה אפשר לדחוק ולו' דה"ק המחבר אלא א"כ נסתלק אז מועיל כשיעידו העדים כן בע"פ בפני ב"ד אך מדברי הרב לא משמע כן וגם בע"ש משמע להדיא דהשטר כשר ע"פ סלוק ואפשר דמיירי שנסתלק קודם שנכתב השטר רק שכתבו העדות בשטר כמו שהיה המעשה שכתב נכסיו לשניהם כאחד ודוחק. ועוד שגה בזה ק' מנ"ל להמחבר הא הלא לא נזכר דין זה בהרשב"א ובהרא"ש כלל ואדרבא י"ל כיון דפסלינן הכא לשטרא משו' דאתי לאחלופי בשאר שטרות שיאמרו קרוב כשר להעיד וכדאיתא בהרא"ש פ"ק דמכות א"כ אפילו נסתלק כבר שייך לו' כן דאתי לאחלופי בשאר שטרות שיאמרו קרוב כשר להעיד ואיכא דידע בהא ולא ידע בסלוק שהרי אין הסילוק נזכר בשטר אא"כ נפרש דמיירי שנזכר בשטר שנסתלק אותו פלוני וכ"ז אינו במשמע בדברי המחבר וצ"ע:

סעיף ח

ובעדות ע"פ בכה"ג כשרים כו'. מיירי דוקא בכה"ג כגון בכותב נכסיו לב' בני אדם וכה"ג דאין לעדים נגיעה משום קורבה דס"ס לא יתנו להשני רק החצי ואף אם היו מעידים שנתן חצי נכסיו להרחוק היו נותנים לו אבל היכא שיש לחוש לנגיעה משום קורבה כגון שאין השטר מקוים ובאו עדים שהם קרובים לא' ורחוקים משני לקיים השטר וכה"ג אף בע"פ פסולים דבלא עדותן א"א לקיים השטר כלל וא"כ יש לחוש שמעידים משום

הקרוב וכן אם נגנב לשנים דבר ובאו עדים שרחוקים לא' וקרובים לב' שזה גנבו א"י להעיד אפי' בע"פ אא"כ נסתלק הקרוב וכמ"ש הרמב"ן והנ"י פח"ה דאל"כ יש לחוש שמעידים כן משום הקרוב כיון שא"א להם להעיד על החצי ודו"ק:

סעיף ט

שטר שנמסר כו'. לפע"ד צריך עיון למעשה בדין זה כי בבית יוסף לא הביא רק הרי"ף (כן האח בהרי"ף שלפנינו פרק המגרש וכ"כ הרא"ש והרשב"א והר"ן והרמב"ן והטור לקמן ס"ס ס"ט בשם הרי"ף והב"ח כתב וז"ל משמע ליה להרא"ש מדעת הרי"ף דדוקא בגטין ולא בשטרות ותימה בעיני שהרי הרי"ף פ"ק דמכות כו' ואישתמיטתיה דברי הר"ן והרשב"א פרק המגרש שכתבו וז"ל ומ"ש רי"ף ז"ל בפ"ק דמכות לא ללמד על עצמה כתבה אלא ללמד על דין מזויף דגטין כו' ע"ש) והרמב"ן שחולקין על זה. ובאמת גם הר"ן שם ס"ל עיקר דאין הלכה כר"א בשטרות ע"ש שהאריך וכן דעת הרשב"א בחדושיו פ"ק דגטין ופרק המגרש וכן משמע מדבריו בתשו' סי' אלף ס"ד ע"ש וכן דעת הראב"ד (אך דעת הרשב"א פרק המגרש והראב"ד שבבעה"ת שם דשטר מתנה דינו כגטין ומדברי הרמב"ן ובעה"ת והר"ן שם משמע להדיא דאף בשטר מתנה אין עידי מסירה כרתי ע"ש) ובעה"ת שער י"ג ח"ג וכמבואר בבע"ת שם והביא שם ג"כ דברי הרמב"ן שהביא הר"ן באריכות וכ"כ התוס' פ"ק דגטין סוף דף ג' בשם ר"ח (ובבעה"ת שם כ' שר"ח פסק כר"א דעדי מסירה כרתי אף בשטרות ואפשר ט"ס הוא וצ"ל רבינו תם וכמו שכ' התוס' שם כן בשם ר"ת) דאין גובה ממשעבדי בעידי מסירה וגם מסקנת התוס' שם נראה כן וגם כתבו התוס' שכן נראה מלשון רש"י וכן כ' הרא"ש פרק קמא דגטין וכן נראה באמת מלשון רש"י שם דף י"ח סוף ע"א וכן מלשון הר"ן שם (וכן הוא במרדכי ס"פ המגרש בשם ראב"ן דלית לן כר"א בשטרות מיהו בראב"ן עצמו סי' מ"ה שהעתיק המרדכי דבריו כ' וז"ל ולית לן כר"מ אלא כר"ח אף בשטרות) וכן כ' בעל העיטור באות ח' דיני חוב סוף דף ס"ב דלית הלכתא כר"א בשטרות ע"ש וכ"כ הרב האי גאון בס' מקח וממכר שער י"ג דף כ"ו ע"ג ע"ש וכ"כ הריטב"א פ"ק דקדושין בסוגיא דכתב לה על הנייר או על החרס בתך מקודשת לי כו' ר"א הוא דאמר עידי מסירה כרתי מיהו בשאר שטרות שהם שטרי ראיה קי"ל כר"מ דבעינן עידי חתימה כו' וכן קבלתי מפי מורי נר"ו ע"כ וא"כ כיון דכל הני רבוותא טובי ס"ל דאין גובין ממשעבדי בעדי מסירה נהי דשאר רבוותא טובי ס"ל דגובין ממשעבדי מ"מ פשיטא דיוכל המוחזק לומר קים לי כהנך רבוותא דאמרן וצ"ע:

סימן נב

סעיף א

אבל גובה בו את הקרן. אפי' מפורש בו רבית דאורייתא כמ"ש התו' והרא"ש ושאר פוסקים והטור והמחבר ביורה דעה ס"ס קס"א דהעדים לא נפסלו בכך דלא תשימון עליו נשך לא משמע לאינשי אלא במלוה ולוה כדלעיל סי' ל"ד סעיף י' ודלא. כבעל טו"ז בי"ד שם דלא דק בזה בדעת המחבר וכבר השגתי עליו בספרי נקודות הכסף שם: מיהו דעת הרמב"ן דהעדים פסולים ומפרש דמיירי בש"ס בשטר שכתוב בו סתם ולא ידעו העדים שיש בו ריבית וגובה הקרן אפי' ממשעבדי ולא גזרינן שמא יגבה הרבית כדפסלינן לעיל סי' מ"ג שט"ח המוקדמי' אפי' מזמן שני דלמא אתי למיגבי מזמן ראשון דהתם אי גבי מזמן ראשון הרי הכל אסור שטרף מן הלקוחות שלא כדין כל הממון אבל כאן אפי' יגבה את הרבית בקרן שבשטר לא עביד איסורא ולא קנסי' היתרא אטו איסורא עכ"ד ומביאו הנמוקי יוסף במסקנתו וכ"כ הר"ן בתשובה סי' פ' בשם איכא מ"ד ועיין עוד שם בסי' ל"ג וכ"כ הרב המגיד פכ"ד מה' מלוה בשם הרמב"ן וכתב שכן עיקר וכן מסקנת הבית חדש ובעל גדולי תרומה שער מ"ו ח"ב: מיהו מ"ש בס' ג"ת שם דבשטר שיש בו ריבית מפורש שכתבו התוס' דשמא לא תשימון לאינשי במלוה משמע להו ולא בעדים דכיון דהתוספות לא אמרו אלא בלשון שמא יראה פשוט שאין ספיקם מוציא מידי ודאי של הרמב"ן ז"ל ומה גם להוציא עכ"ל דבריו צ"ע דהא רק בפ' א"נ כתבו כן בלשון שמא אבל בפ' המניח ופרק המוכר פירות לא כתבו בלשון שמא אלא בלשון וי"ל כמו בשאר מקומות ועוד דהא דעת הרא"ש והמרדכי והטור נראה ג"כ דכשרים וכדאיתא בב"י סי' ל"ד וכן דעת הגהת אשר"י ושלטי גבורים ושאר פוסקים וכמ"ש בספרי נקודות הכסף בי"ד סי' קס"א ע"ש הלכך נראה דהוי ספיקא דדינא ונראה שגם דעת הג"ת כן והיינו דמסיים ומה גם להוציא ונפקא מינה אי תפס בעל השטר לא מפקי' מיניה: עוד כ' בספר נ"ת שם כשנכלל רבית דרבנן עם הקרן בזה יראה לי דלכ"ע גבי בו ממשעבדי דע"כ לא גזרו התוס' קרן אטו רבית אלא בדאוריית' וגם להרמב"ן ז"ל לא יפסלו העדים כיון דלא עבר אדאוריי' עכ"ל ומיירי כשידוע שהעדי' החתומי' על השטר ידעו שיש בו רבית דאל"כ בלאו הכי העדים כשרים להרמב"ן וק"ל (ע"ל סי' ל"ד סעיף ג' בהג"ה) ל' הסמ"ע דלא תשימון עליו נשך לא קאי רק אלוה ומלוה וערב ע"כ. והיינו כמ"ש קצת פוסקים אבל יש פוסקים דערב דינו כעדים הביאם ב"י לעיל סי' ל"ד וכ"כ הטור שם בשם הרא"ש וכן נראה מדברי המחבר שם בב"י וגם בש"ע שם סעיף י' שכ' המלוה והלוה ברבית פסולים ולא מנה ערב ועדים עמהם:

סעיף ב

פסול. ולא מהני אם יכתוב עליו דלא ניתן לגבות הרבית כיון דמתחלה נכתב בפסול סמ"ע. והיינו כיון שנראה פיסולו בב"ד שוב אין לו תקנה אבל אם המלוה כותב על גביו קודם שנראה השטר בבית דין מהני וכדלעיל סי' מ"ה סעיף י"ד וכן כתבתי לעיל סי' מ"ג ס"ק י"א גבי שטר מוקדם ע"ש:

סעיף ג

מיהו אם החייב מודה. וה"ה אם יש שני עדים על הקרן מהרי"ק שם. ולפי מ"ש הפוסקים דהעדים לא נפסלו א"כ גם העדים החתומים על השטר נאמנים על הקרן. וע' בס' אגודות אזוב דף ע"ט ע"ב:

סעיף ד

וי"א כו' מ"ש הרב כן בשם יש אומרים צל"ע שלפע"ד ליכא מ"ד הכי וכמו שאבאר גם מה שכתב הסמ"ע וכ"כ התו' בב"ק בפ"ג וכתבו דל"ד לשטר מוקדם כו'. אין דבריו נכונים דלא כתבו שם התו' כן אלא לר' מאיר דקניס היתרא אטו איסורא אבל לרבנן דקי"ל כותייהו משמע שם להדי' מדבריהם דדמי לשקר מוקדם דלא נפסל רק השטר אבל אינו מפסיד גוף ההלואה ומה שמסיים בסמ"ע דמדר' מאיר נשמע לרבנן לא נרא' כלל דרבנן לא קנסי כלל התירא אטו איסורא רק דפסלי השטר היכא דיש לחוש שמא יגבה הרבית משום גזירה אבל קנסא היכא דלא שייך גזירה לא שמעינן להו לרבנן כלל ולא מצינו בתוס' ושאר פוסקים קנס בזה. ואדרבה משמע מכל הפוסקים דמדמו לה לשטר מוקדם ובשטר מוקדם לכ"ע גובה כשחייב מודה כדלעיל סי' מ"ג סעיף ז' וכן הוא ברבינו ירוחם נתיב ב' ריש חלק ד' להדיא וז"ל וזה מיירי שכתוב בשטר רבית מפורש אבל אם השטר כתוב סתם ויש עדים אחרים שמעידים שיש בו רבית אינו גובה הקרן אלא מבני חרי לפירש"י ולקצת מפרשים אינו גובה אפילו מבני חרי זולתי כשחייב מודה או שיש לו עדים אחרים עכ"ל הרי גובה כשחייב מודה או כשיש לו עדים וגם מ"ש הרב בדרכי משה בשם הגה' מרדכי פ' איזהו נשך דפטור (וגם בהצעת החידות בספר האגור מצאתי וז"ל אדם מלוה לחבירו מעות בשטר וא"י לגבות כלום מן הלוה בדין אף על פי שיש ללוה לפרוע ומודה הלוה ולא מחל לו המלוה הפתרון כגון שטר שיש בו רבית וזקף הקרן עם הרבית בשטר שהשטר פסול ואין גובין בו אפי' הקרן פ' איזהו נשך עכ"ל) נלפע"ד דלא מוכח שם מידי דמ"ש שם אבל רבינו יונה אומר דפסולים הם לגמרי דאפילו מבני חרי לא גבי אף על פי שלוה מודה כו' (אשט"ח המוקדמים קאי התם ומדמי התם שטר שיש בו רבית לשט"ח המוקדמים ע"ש) פרושו שלוה מודה

שהשטר נכתב על פי דבריו. תדע דהא דברי הגהת מרדכי שם הם מועתקים אות באות מדברי התוס' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז ע"ב) בשם ר"י כאשר נראה בעין למעיין שם (ומה שכ' בהגהת מרדכי שם אבל ר' יונה אומר צ"ל ר"י אומר כדאית' בתוס' שם ואם הוא ר' יונה נמי מוכח דפירושו כמו שכתבתי דאל"כ תיקשי דהא הטור ח"מ סי' מ"ה כתב בשם ר' יונה להפך ע"ש) דמדמה התם שטרי חוב המוקדמים לשטר שיש בו רבית דפסול לגמרי ואינו גובה מבני חרי אע"פ שהלוה מודה כו'. וא"כ ע"כ פירושו כמו שכתבתי דהא ס"ל לר"י דשט"ח המוקדמים גובה הקרן מבני חרי כשהוא מודה שהוא חייב או כשיש עדים שהוא חייב וכדמשמע להדיא מדברי התוספות פ' המניח (בבא קמא דף ל') ובפרק המוכר פירות (בבא בתרא דף צ"ד) וכן כתבתי לעיל סי' מ"ג ס"ק י"ד בשם האחרונים לדעת ר"י וכן משמע להדיא בריב"ש סי' שפ"ב לדעת ר"י (ודוחק גדול לומר דהאי אך יש לדחות שבתוספות והגהות מרדכי שם הוא מדברי ר"י עצמו דדוחה דאין להביא ראיה משטר שיש בו רבית לשט"ח המוקדמים ונמצא דבשטר שיש בו רבית סבירא ליה לר"י דאין גובה מבני חרי אף על פי שהלוה מודה דפשט לישנא דהתוספות והגהת מרדכי שם לא משמע הכי ועוד שהרי בפסקי תוס' פרק מי שמת (וכן הוא בהגהת אשר"י שם) כתב שטרי חוב המוקדמים אינו גובה מבני חרי ואפילו הלוה מודה עכ"ל והיינו ע"כ דברי ר"י בתוס' שם. ועוד ראיה מפסקי תוס' הנ"ל דהא בתוס' שס כתוב אך יש לדחות כו' והיאך כתבו בפסקי תוספות בפשיטות דאינו גובה מבני חרי אף על פי שהלוה מודה אלא ודאי מדכתבו התוספות שם בתר מה שכתבו אך יש לדחות כו' מיהו לישנא דפסולים משמע פסולים לגמרי שלא לגבות מבני חרי עכ"ל הרי משמע דפסולים לגמרי ועל זה היה עיקר פלפולם ומ"ש בפסקי תוספות ואפילו הלוה מודה פירושו כמו שכתבתי שמודה שהשטר נכתב ע"פ דבריו והיינו כמסקנת התו' דלישנא דפסולים משמע לגמרי ואם היה כוונתם אע"פ שהוא מודה שהוא חייב לא היה מוכח ממסקנת התוס' מידי ודוק כי זה ברור) אלא ודאי מ"ש בתוספות והגה' מרדכי שם דאפילו מבני חרי לא גבי אף על פי שלוה מודה פרושו מודה שהשטר נכתב על דבריו. ועוד ראיה שהרי כתבו התו' והגהות מרדכי שם וז"ל וראיה מדקאמר ר"ל באיזהו נשך דהך משנת (דשט"ח המוקדמים) מיתוקמ' כר' מאיר דאמר שטר שיש בו רבית קנסי' אותו ואינו גובה בו לא את הקרן ולא את הרבית והיינו אפילו לוה מודה ואפי' מבני חרי לא גבי התם דהא תניא בתוספתא המוציא שט"ח שיש בו רבית יקרענו בא לב"ד יקרעהו וה"ה הך משנה דהכא משמע פסולים לגמרי עכ"ל ואם איתא מאי ראיה מייתי להיכא דהלוה מודה שהוא חייב עדיין שהוא פטור הא התם לא מוכח אלא שיקרעו

השטר אלא ודאי מה שכתב אפילו הלוה מודה ר"ל שמודה שהשטר נכתב ע"פ דבריו והיינו שכתבו מתחלה והיינו אפי' לוה מודה ואפי' מבני חרי כו' ולא כתבו בהפך ואפי' מבני חרי לא גבי והיינו אפי' לוה מודה כו' ודוק. ואין להוכיח כן ממ"ש הגהת מרדכי פ' א"נ שם במאי גבי להאי קרן כו' וי"ל דלוה מודה כו' ולעיל מיניה כתבו והאי דגובה את הקרן על ידי שטר זה בפירש לו את הרבית כו' אלמא דכשלא פירש לו את הרבית אינו גובה כלל. הא ודאי ליתא דהמעיין בהגהת מרדכי שם יראה דשני תירוצים נינהו ודברים הראשונים הם דברי ר"י והיינו שכתב שם מיד בתר הכי פירוש ר"י ומה שכתב אח"כ אינו מדברי ר"י. נמצא ר"י דפי' לעיל דמיירי שפירש לו את הרבית אינו מפרש דמיירי כשהלוה מודה אלא מיירי כשבא לגבות ממשעבדי או מן הלוה על ידי השטר והיינו שכתב והאי דגובה את הקרן ע"י שטר זה כו'. וראיתי בתשובת משאת בנימין סי' ל"ד כתב ג"כ וז"ל דהיכא שכלל הקרן והרבית יחד איכא פלוגתא דרבוותא ואית דאמרי אפי' חכמים מודו דאינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית ואפי' כשחייב מודה לו על הקרן אלא שיש חולקים כו' ואין ספק שנמשך לדעת הרב וכמו שנמשכו הסמ"ע והעיר שושן לדעתו אבל לפע"ד ליכא למ"ד דלא גבי קרן כשחייב מודה וכמו שכתבתי כל זה נ"ל ברור ומצאתי בתשובת מהר"י יוסף ן' לב ספר ג' ס"ס כ"א כ' וז"ל ושוב עיינתי במ"ש הרא"ש בתשובותיו כלל ק"ז סימן כ"ז ולפי מה שאני מבין מתוך דבריו ליהנהו להנהו מילי שכ' מהרי"ק שורש י"ז עכ"ל ולפעד"נ עיקר כדברי מהרי"ק ע"ש במהרי"ק שורש י"ז כי דבריו ברורים בטעמם ודו"ק ומ"ש הרא"ש בתשובה כלל ק"ח סי' כ"ב לישנא דקנסו לאו דוקא הוא אלא לומר דהיכא דאיכא חששא דיגבה שלא כדין קנסי' ליה לפסול השטר ומיירי כשהלוה טוען פרעתי אבל אין כוונתו לומר דקנסי' היתרא אטו איסורא שלא לגבות מהלוה גופיה כשהוא מודה וכה"ג כתבו הרמב"ם ובעה"ת וטור והמחבר לעיל סימן מ"ג סעיף ז' גבי שט"ח המוקדמים קנסו אותו חכמים ולא יגבה בשטר מוקדם אלא מבני חורין כי' הרי דבע"כ צריך לפרש התם לישנא דקנסו היכא דשייך גזרה דהא גבי מבני חרי וה"ה הכא כן נ"ל ברור לדינא:

סעיף ה

מיהו כו' על ידי שליח כו'. היינו דוקא לסברא האחרונה וכן משמע להדיא במהרי"ק שם דקאי אחייב מודה אבל לפי הסברא הראשונה אין חילוק בהלוה על ידי שליח דהקרן גובה לעולם מבני חרי כשחייב מודה וממשעבדי או כשאין החייב מודה לא גבי הקרן אף שהלוה ע"י שליח דמ"מ השטר נפסל כנ"ל:

סעיף ו

והוא שקרוע במקום העדים והזמן והתורף וכתב בספר גדולי תרומה שער נ"ז דמשמע מדברי הפוסקים דשלשתם בעינן והשיג אתשובת הר"ן סימן פ"ו ע"ש באורך ובנמוקי יוסף פ' גט פשוט כתב כדברי הר"ן ומביאו הב"ח בסתם:

סעיף ז

או שקרוע שתי וערב. נראה דבעינן ש"ו על כל הכתב של השטר דאס לא כן נתת דבריך לשעורין ולא מסתבר לומר דבקריעה ש"ו בכל שהו מיפסל. ועוד דלפעמים מזדמן קריעה ש"ו כל שהו בכפלי השטר על ידי משמוש השטר והנחתו לשנים:

סעיף ח

נקרע כו'. כ' בסמ"ע דהיינו דוקא כשאינו נקרע בכפליו אבל נקרע בכפליו אפי' לגמרי תולין אותו במשמוש היד וכשר ע"כ וכה"ג כתב הב"ח דמשמע מתשובת הרא"ש דבכפליו אפי' במקום העדים והזמן והתורף כשר ואין דבריהם מוכרחים. ונראה דבקרע ב"ד אפי' בכפליו פסול דלא מחלקינן בש"ס ופוסקים בנקרע קרע ב"ד בין בכפליו או לא אלא סתמא אמרי' דבמקום העדים והזמן והתורף או ש"ו פסול. ואם כן ה"ה בנקרע לשני' דגרע מקרע ב"ד ומה דמשמע מתשו' הרא"ש דבכפליו כשר היינו שלא בקרע ב"ד. וטעמ' דמילת' דודאי לא שכיח שבמשמוש היד יתקרע בפ"א בכפליו רק שדרכו להתקרע מעט מעט וא"כ ה"ל לילך לב"ד קודם שנקרע קרע ב"ד או לשנים ומדלא עשה כן נראה שנעשה בכוונה. כן נ"ל:

סעיף ט

אבל בלאו הכי אין חוששין. כגון שנמצא נקב גדול אין אומרים קרע ב"ד היה וזה נטל סביבותיה דאין פוסלי' השטר מספק רשב"א שם:

סימן נג

סעיף א

אין שומעין לו. הטעם איתא בש"ס בדין הראשון דניחא ליה ללוה דליפגום שטרו ולא יהא המלוה נאמן אלא בשבועה כדלקמן סי' פ"ד ובדין השני דניחא ליה ללוה דלא ליכוף לפרעו וע' בפי' רשב"ם וברמב"ם ולקמן סי' ע"ג [ע"ד] ס"ק י"ח בארתי דברי הרמב"ם דלא כהב"ח כאן ע"ש:

סעיף ב

אלא מרצון הלו' אבל ברצון הלו' כותבי' וכ"כ ר' ירוח' דמדע' שניהם כותבים ומביאו ב"י וכתב שפשוט הוא ויש לדקדק אפי' מדעת שניהם ניחוש לקנוני' דלמא הלוה חייב ג"כ לאחרים ולית ליה (קרקע) לפרוע לכולם ועושה לו עתה ב' שטרות כדי שיגבה ב' חלקים כדלקמן סי' ח"ד סעיף ו' וי"ל דמיירי שכותבי' כן בשטר א' בזה הל' אם יהא הלוה חייב ג"כ לאחרי' באופן שלא יגיע לחלק של בעל חוב רק חמשים אזי לא יגבה בעל השטר הזה כלום א"נ כיון דמסתמא אין המלוה יודע מחובות אחרים וכדלעיל סי' ל"ז סעיף י"ג א"כ לא חיישינן שהלוה הגיד לו ולא חיישי' לקנוני' אלא היכא דאיתרע בנפילה ונמצא בשוק וכה"ג משא"כ הכא:

סימן נד

סעיף א

אבל עידי השטר. אינם יכולים לעשות לו שטר מזמן הראשון עכ"ל טור. וכתב הב"ח דמשמע להדיא מדבריו דמזמן השני יכולים לעשות לו שטר אפי' שלא מדעת הלוה וליכא למימר הכא כבר עשו עדים שליחותן שאין זה שטר חדש אלא שמעתיקין אותו והטפסא בעלמא היא כו' עכ"ל ולפע"ד זה אינו דהא בהדיא כתב הטור לעיל סי' מ"א דעדים בלא ב"ד לא יעשו לו שטר אפילו מזמן שנמחק אלא נראה דלא בא אלא לומר דמזמן הראשון אינן יכולים לכתיב אפילו מרצון הלוה משום דה"ל כמוקדם ומינה דמזמן שני יכולים לכתוב והיינו דוקא מדעת הלוה וכן נראה דעת המחבר ממ"ש כאן ולעיל סי' מ"א והיינו כדברי הרב בהג"ה:

סעיף ב

ואם רצה המלוה יכתוב שובר. ואע"פ שיצטרך הלוה לשמור את שוברו נתנו חז"ל הברירה להמלוה בזה. וכתב הב"ח דה"ה שאין הלוה יוכל לכוף אותו שיכתוב הפרעון על השטר מיהו נ"ל דכל זה לא מיר אלא כשהגיע זמן פרעון של כל השטר לכך הברירה ביד המלו' משום שהמלו' יכול לו' פרע לי שטרי ותו לא צריך מידי אבל כשלא הגיע זמן פרעון של כל השטר כגון שהשטר לשני זמנים ופורע לו לז"פ הראשון וכי האי גונא הבריר' ביד הלוה ומחויב המלוה להחליף לו השטר או לכתוב הפרעון על גבי השטר אם ירצה הלוה:

סעיף ג

המלו' יתן שכר הסופר כו'. כ"מ בד"מ בשם הנ"י פ' ג"פ אבל באמת ליתא כן בנמוקי יוסף שם שלא כתב הנ"י רק דבאשה הכותבת שובר לבעלה הבעל נותן שכר השובר אם הוא במקום שאין כותבים כתובה והיא גובה בתנאי ב"ד או שיש עדים שלא כתב לה שצריך השובר כדי שלא תגבה ממנו בעדים אבל במקום שכותבי' כתובה כיון שהיא לא נזהרה בכתובת' והוא פורע לה היא פורעת שכר השובר וכן אתה דן בשטרות דעלמא שאם אבד המלו' השטר הוא נותן שכר (כלומר שכר השובר) עכ"ל וכ"כ המגיד ריש פ' כ"ד מה' מלוה בשם הרשב"א וע"ש (וע"ל ס"ס ל"ט) וא"כ נראה בהך דינא דפורע מקצת חובו כיון דהמלו' אין צריך לשובר כלל אלא הלוה צריך לו צריך הלוה לשלם שכר השובר. וגם מ"ש הרב ואם אין שטר למלו' כו' צריך לפרש דמיירי שלא הי' לו שטר כלל והי' גובה בלא שטר כגון שהתנ' עמו בפני עדים אל תפרעני אלא בעדים כדלקמן סי' ע' וכה"ג. והי' נראה לומר שטעות נפל בספרים ובדברי הרב צ"ל בסעיף ב' אבד השטר כו' יכתוב לו שובר כו' המלו' יתן שכר הסופר כו' אך מדברי הסמ"ע ס"ק ד' וכן בעיר שושן לא משמע כן וכן בד"מ כתב להדיא אפורע מקצת חובו וז"ל בנ"י פ' ג"פ דהמלו' יתן שכר כתיבת השובר ומשמע שם דוקא כשיש שטר למלו' אבל אם אין שטר למלו' והלו' מבקש ממנו שובר הלוה נותן השכר עכ"ל וא"כ דבריו צל"ע:

סעיף ד

ישבע המלו' היסת ואף על פי שאין ניירו של שטר שוה פרוט' מ"מ מחמת ראיה שבו אפי' אחר שכתוב שובר יתן לו הלוה יותר מפרוט' ולפיכך כשטען טענת ברי יש לו למלו' לישבע היסת עכ"ל ה' המגיד וכתב בסף' גדולי תרומ' שער ל"א וז"ל ולא ידעתי למה הוזקק לזה שהרי אם לא ישבע שאבד השטר לא הי' פורע כלום כיון שהוא ביד המלו' עד שיתן לו שטרו כדלקמן סעיף ג' ואין לך ממין גדול מזה עכ"ל ולפע"ד הוזקק ה"ה לזה דע"כ לא קאמרי' לקמן סעיף ג' דא"צ לפרוע לו עד שיתן לו שטרו אלא משום דסוף סוף יהי' המלו' פרוע שהרי לאחר זמן יחזיר לו שטרו והלו' רוצה לפרוע לו אחר שיחזיר לו השטר אם כן אמרי' למלו' הרי אין לך היזק בזה רק המתן המעות עד אחר שתחזיר לו שטרו ואז יפרע לך אבל שיעכב הלו' המעות בידו ולא יפרע לו כלל עד שיחזיר לו שטרו זה לא מסתבר כלל כיון שכותב לו שובר ולכך דקדק ה"ה וכתב מ"מ מחמת ראיה שבו אפילו אחר שכתב שובר יתן לו הלוה יותר מפרוט' (מיהו נרא' דחז"ל הוא דאמרו כן לענין שבועת היסת דמחמת ראיה שבו הוא שוה פרוט' והיינו שראוי להשביעו היסת ע"ז דהוי כמו שוה פרוט' אבל מ"מ לא הוי ש"פ ממש דאל"כ הא דאמרי'

סתמא בש"ס ופוסקים לקמן ס"ס ס"ו שטרות אין נשבעין עליהן משום דאין גופן ממון הא ה"ל לישבע עליהן דהא כי היכא דשוה ללוה פרוט' מחמת ראי' שבו שוה נמי למלו' המפקיד וכהאי גוונא וגם ה"ל לישבע על השאר משום גלגול אלא ודאי כמ"ש) ותדע שאלו הי' יכול הלו' לעכב הפרעון לגמרי מחמת זה אמאי סגי כשישבע המלו' היסת שאבד השטר ישבע הלו' שהוא מוחזק במעות שהשטר בידו ויפטר לשלם עד שיתן לו שטרו אלא ודאי כמ"ש ונפקא מיני' מזה דאין הלו' יוכל לעכב המעות עד שישבע לו דשבוע' זו לא תנוי בפרעון אלא תביע' אחרת היא על שווי השטר ובנאו הכי מוכרח לומר כן דלא מצינו בשום מקום שבוע' היסת קודם פרעון כדי ליטול וזהו ג"כ סתיר' לדברי הגדולי תרומ' ולפ"ז מ"ש הרמב"ם והמחבר ישבע המלו' היסת בכך כו' ואח"כ יפרע חובו כו' הוא לאו דוקא אלא הלשון הוא מהופך יפרע חובו כו' וישבע המלו' היסת כו' וכה"ג אשכחן בכמ' דוכתי שהלשון מהופך בענין זה. לקמן סי' ע"ב ריש סעיף י"ח נשבע הלוה כו' ופירושו ונוטל משכונו ואח"כ נשבע וכו'. לקמן סי' קל"ג בטור ובסמ"ע ס"ק י"ב וצריך להחזירו אחר שישבע המערער היסת כו' ופירושו שמחזירו ואחר כך נשבע היסת וכן לקמן ריש סי' קל"ה נשבע היסת ונוטל ופירושו נוטל ואחר כך נשבע היסת וכמ"ש בכל המקומות הנ"ל והוא הדין הכא כן נ"ל:

סעיף ה

הדין עם הלו' וא"צ ליתן המעות אפי' ביד ב"ד תשובת רשב"א שם:

סעיף ו

שצריך לשלם לו מיד מה שמוד' ויתן לו שובר. ובס' אגודת אזוב דף ע"ט ע"ד תמה בזה על הר"ב ונרא' לו דכיון שהשטר בעולם אין לכתוב שובר ושגם הרשב"א בתשוב' (סי' תתק"ל ע"ש בתשובות דפוס) לא אמרה על דרך הבירור ע"ש ואין דבריו מוכרחים גם בעיר שושן כתב על דברי הר"ב והכי מסתבר. ומ"מ נ"ל דאם אפשר לכתוב הפרעון ע"ג השטר או ביני שיטי יכתוב ואין המלוה יכול לעכב בזה הדין:

סעיף ז

אפ"ה מהני שובר. דלאו עליו ממש קאמר וכדלקמן סי' ע"א ס"ה בהג"ה וכן הוא מבואר במהרי"ק עצמו ודלא כעיר שושן שכתב אפ"ה מהני שובר דכל זה יפוי שטרות הוא ולפ"ז אם כ' בהדיא כל זמן שלא נכתב שובר ע"ג השטר עצמו לא מהני שובר וכדלקמן סי' ע"א והע"ש גופיה כתב שם כמ"ש ע"ש:

סעיף ח

כשכותבים שובר כו'. כתב בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קמ"ה ששובר מוקדם כשר ואפי' שהקדימוהו לכתחיל' ואפילו שלא בעצת הנמחל ופשוט הוא ולחנם האריך שם בפלפולים וכתב ועדיין צ"ע שאין כאן צ"ע כלל שהיאך יעלה על הדעת לפסול השובר שהוא לתועלת הלו' בשביל שהקדימו וגרעו כחו וע"ל סי' ס"ה סעיף י"ח:

סעיף ט

אם זוכרים זמן השטר כו'. משמע דלכתחל' יכתוב בשובר זמן השטר דהיינו שהוא על שטר שזמנו כ"ו כדאע"ג דבדיעבד אם לא נזכר בו זמן השטר השובר כשר וכדלעיל סי' מ"ג סכ"ד מ"מ כשזוכרים זמן השטר יש לכתוב לכתחל' בשובר זמנו וכן משמע בש"ס ופוסקים ול' בעה"ת שער ל"א סוף ח"א ושער נ"ו ח"א מגומגם בזה ונרא' עוד דאם ידוע עוד שידעו זמן השטר ואע"פ כן כתבו השובר סתם בלא זמן בלי ידיעת המלוה השובר פסול מפני שמגרעין כח המלוה שלא כדין וכמ"ש לקמן ס"ק י"א ודמי לשובר מאוחר שכתבתי לקמן ס"ק י"א דפסול:

סעיף י

יכתבו סתם כו' ולא יכתבו זמן בשובר כו'. ומשמע שא"צ להודיע למלו' שכותבים את השובר סתם אע"פ שהוא מגרע כח המלו' מפני שהמלו' בעצמו יודע שיכתבו את השובר סתם כיון שאין יודע זמן השטר ולפ"ז אם הי' יודע זמן השטר בשעת הפרעון ואח"כ שכחו העדים אותו לא יכתבו השובר סתם בלי ידיעת המלו' שיש לחוש שיחזור וילו' ללוה כסכום הראשון שיחשוב שהשובר הוא על שטר שזמנו כ"וכ והלו' יוציא שובר שנכתב סתם ויפסיד המלו' שלא כדין וגם לא יכתבו בשובר הזמן ויכתבו בו שנתפרע קודם לזמן זה כגון שהפרעון הי' בר"ח אייר יכתבו בשובר זמן ר"ח אייר שנתפרע המלו' סכום כ"וכ על שטר שזמנו קודם אייר דמ"מ יש לחוש שמא יש למלו' עוד שטר שזמנו קודם אייר ומה שלא אמר כן לעידי השובר משום שחשב שיכתבו בשובר על שטר שזמנו בי"ד בניסן כיון שיודע זמן השטר בשעת הפרעון ושטר זה הוא על ט"ו בניסן וכה"ג אלא אין תקנה לזה עד שיודיעו את המלו' שכותבים את השובר בסתם בלא זמן:

סעיף יא

ולא יכתבו זמן בשובר כו'. דאז השטר לעולם בטל בין הוא קודם לשובר או מאוחר הימנו דהא השובר נכתב סתם ומעת' צריך המלו' להזהר שלא ילוה עוד ללוה כסכום ממון הכתוב בשובר דהא תברא מרע ליה ואם הלוהו כסכום הממון ההוא הוא ניהו דאפסיד אנפשי' כ"כ רשב"ם (וכ"כ בעה"ת שער נ"ו ח"א) ונ"ל דמ"ש שלא ילוה עוד

ללוה כסכום ממון הכתוב בשובר כו' כוונתו כסכום ממון הכתוב בשטר ומשום דמירי התם דסכום השובר והשטר שוה. לכך לא דקדק בזה (ועוד נרא' דלכך כתב סכום ממון הכתוב בשובר משום דמשמע שם ברשב"ם שאין צריך לכתוב כלל בשובר שנכתב על שטר שסכומו כך וכך אלא כותב לו בסתם שנפרע סכום פלוני ממילא כשהוא שוה לסכום השטר כל השטר פרוע ונרא' דגם הטור מודה לזה דאם כותבים בסתם פלוני נתפרע מפלוני סך פלוני סגי וכן משמע לעיל סי' מ"ג סכ"ד וכן בסמוך סוף סעיף ה' ולא כתבו כאן שיכתבו על שטר שסכומו כך וכך אלא משום תקנת שיוכל המלו' לחזור וללות לו עוד ויזהר שלא ילוה לו כפעם הראשון או כשיש למלוה על לוה עוד שטרות אחרות מסך אחר) ואה"נ אם פרע לו סך חצי השטר כגון שהשטר ק' ופרע לו נ' וכתב לו שובר שפרע לו נ' על שטר שסכומו ק' אז צריך המלו' להזהר שלא ילוה לו עוד כסכום ממון הכתוב בשטר ואין צריך להזהר בסך הכתוב בשובר: כתב בתו' מהר"א ן' ששון סימן קמ"ה דשובר מאוחר. פסול דדמי לשטר מוקדם דשמא חזר והלוהו אחר המחיל' הזאת ואע"פ שאין דמיונו עולה יפה דל"ד לשטר מוקדם דפסול אפילו נעשה ברצון הלוה משום דטורף לקוחות שלא כדין אבל הכא אם נעש' מרצון המלו' כשר דאל"כ יפסול שובר שאין בו זמן מכל מקום דינו אמת דשובר מאוחר פסול דדמי לשטרי מקח וממכר המאוחרים דלעיל סי' מ"ג סעיף י"ג ולקמן סוף סימן רל"ט דפסולים ועוד דהכא נמי איכא למיחש שמא יש למלו' עוד שטר כזה שזמנו מאוחר מזמן הראשון ומה שלא אמר כן לעדים משום שחשב שיכתבו השובר בזמנו על שטר שזמנו כך וכך. ולפי זה מירי שידוע שהעדים ידעו זמן השטר ואחרו זמן השובר. בלא ידיעת המלו' דאל"כ אין לפסול השובר מספק אלא אמרינן מסתמא המלו' והעדים לא ידעי זמן השובר לכך אחרו השובר או שאחרוהו ברצון המלו':

סעיף יב

אא"כ זוכרים זמן ההלוא' הכתוב בשטר:

סעיף יג

שובר שנכתב סתם כו' ע"ל סי' נ"ח ס"ק ט' וסי' ע"א ס"ק כ"ג:

סעיף יד

אלא כל שטרותיו כו'. כלו' הבריר ביד הלו' לו' גדול פרוע וכדלקמן ס"ס ס"ה וע"ש:

סעיף טו

מבטל כל שטר שיש לו עליו הטעם איתא ברמב"ן יד בעל השטר על התחתונה ואמרינן דילמא לא ידעי עדים סכום השטר וכתבו סתם דכל מאי דליפוק לורעי' משמע דמספיק'

לא מפקינן ממונא. ולפ"ז אם תפס המלו' המותר מב' דינרים מהני תפיסה וכ"כ ב"י סי' זה בשם תשו' רשב"א דליקום שטרא ביד מלוה ומעות היכא דקיימי לוקמו עד שיתגל' הדבר ואי תפס לא מפקינין מיניה עכ"ל וכן העליתי בספרי תקפו כהן סי' נ"ה והשגתי שם על ספר גדולי תרומה סוף שער נ"ג שנראה מדבריו שהרמב"ן חולק אתשובת רשב"א וליתא אלא כמו שכתבתי ע"ש

סימן נה

סעיף א

והוא שלא יהי' אנוס כו' ואם עכבו נהר כו'. ע' בספרי שפתי כהן בי"ד סי' רל"ב ס"ק י"ט הוכחתי דדוקא אונס דשכיח ולא שכיח וכ"ש לא שכיח כלל הוי אונס לענין נדרים וממון אבל אי שכיח לא הוי אונס דה"ל לאתנויי וכתבתי שם בשם הרא"ש ור' ירוחם דעכבו נהר היינו שגדל הנהר ממי גשמים או הפשרת שלגי' דאונסא דלא שכיח הוא אבל אי פסקיה מברא וכה"ג אונס דשכיח הוא וה"ל לאסוקי אדעתיה ע"ש. ועכשיו מצאתי בתשו' מהור"ר שלמה כהן ספר שני סי' מ"ה שכ' דברים הפכים ממה שכתבתי וחלק על הרא"ש ור' ירוחם בדברים שאינה נכונים לפע"ד. ושוב מצאתי בתשוב' מהר"א ן' ששין סי' ס"א שהאריך להשיג על תשובת מהרש"ך הנ"ל והסכים כדברי ונהנתי וע"ש שהאריך וע' בתשובת מהר"מ אלשיך סי' ס':

סעיף ב

וע"ל סי' ר"ז שם נתבארו דינים אלו על נכון כי שם עיקר דיני אסמכת':

סעיף ג

ואם נודע לב"ד שהחזירו שלא כדין כו'. ע"ל סי' ס"ה ס"א וסי"ו וצ"ל דכאן הכל מודים דלא יגבה בו שודאי אינו חייב לו מה שאין כן התם דנהי דאיתרע שטרא מ"מ יכול להיות שחייב לו ע"ש:

סעיף ד

השליש פטור כו'. כ' בתשובת משאת בנימין סי' פ"ה דוקא כשהחזירו למלוה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזירו ללוה מיקרי גרמי וחייב השליש כדמוכח בתשו' הרא"ש כלל ל"ח סי' ב' ודמי לשורף שטרות של חבירו דלקמן סי' שפ"ו ס"ב וע"ש:

סעיף ה

ואינו גובה בו כלום כו'. דברי הרב והסמ"ע אינם מחוורין בכאן לפע"ד בכמה דינים ע"כ מוכרח אני להאריך קצת. בראש מ"ש הר"ב ואינו גובה כלום ממשעבדי אף שגם בפי'

הרא"ש פרק ד' דנדרים נראה לכאור' כן הוא תמוה (ולקמן אכתוב שגם הרא"ש מודה במסקנא ע"ש) דלמה לא יגבה ממשעבדי מקצת חובו שלא פרע עדיין וליכא למיגזר שמא יגבה בו חצי האחר שנפרע דלא אשכחן גזירה כי האי בש"ס ופוסקי' ומנין לנו לבדות גזירה שלא נמצא בש"ס ולא מבעיא לדעת הרמב"ן וה' המגיד וסייעתם שהבאתי לעיל סי' נ"ב דאפי' בשטר שיש בו רבית גובה הקרן ממשעבדי ולא חיישינן שמא יגבה הרבית בתורת קרן כדאמרינן גבי שט"ח המוקדמים דאפי' מזמן שני לא גבי גזירה שמא יגבה מזמן ראשון דהתם אי גבי מזמן ראשון הרי הכל אסור שטרף מן הלקוחות שלא כדין כל הממון אבל כאן אפי' יגבה הרבית בקרן שבשטר לא עביד איסור ולא קנסי' היתרא אטו איסורא עד כאן דבריהם שם א"כ ה"נ פשיטא דגובה השאר ממשעבדי ולא גזרינן. אלא אפי' לדעת התוס' וסייעתם דלעיל סי' נ"ב דגזרינן בשטר שיש בו רבית כמו בשטרי חוב המוקדמין נלפע"ד דדוק' התם כיון שהשטר נכתב מתחלה בפסול א"כ איכא לדמוייה לשטר חוב המוקדמים (א"נ התם שהרבית נמשך מהקרן שייך למגזר ביה דהוי כגוף אחד משא"כ בפרע מקצתו דשני ענינים נפרדים הם א"נ שאני התם דלא יצטרך לישבע וכמ"ש לקמן א"נ שאני התם כיון שגם מהלו' גובה כו' וכמ"ש לקמן) אבל שטר שנפרע קצתו לא מסתבר לפסלו כולו לענין משעבדי והכי מוכח ממאי דאמרי' בש"ס פ' י"ל (דף קכ"ח) ובכל הפוסקים וטור לקמן ס"ס פ"ב גבי לוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרע לו כולו דגובה מחצה מבני חרי ואינו גובה מלקוחות דאיתא התם טעמא דאמרי הלקוחות אנן אעדים סמכינן דאמרי כולו פרוע משמע הא לא"ה כגון דאמרי כמו הלוה גובה המחצ' אף מלקוחות ולא גזרינן שמא יגבה גם חצי האחר. וכן יש עוד להוכיח בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים. וא"כ קשה ג"כ על הרא"ש פ"ד דנדרים וז"ל יתן ויגבה כל חובו מבני חרי אבל ממשעבדי לא שכבר נמחל שעבודת חצי החוב ושטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו ואפי' חצי החוב שלא פרע אינו גובה בשטר זה ממשעבדי דחיישינן שמא יגבה בו חצי האחר שנפרע כדאמרינן בשט"ח מוקדם ומבני חרי גבי ביה דקני ליה במסיר' א"נ גבי ממשעבדי כל החוב ומיירי שכך התנה מתחל' אם לא אתן לו לזמן פלוני שיהיו המעות שנתן לו מתנה וישאר השאר כבתחל' והאי פרוש' ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסיר' עכ"ל ונראה לומר דאף הרא"ש לא כ' כן אלא בשנוי' קמא דגבי כל החוב מבני חרי א"כ כיון דלא איכפת ללוה בהכי חיישינן שמא יגבה כולו ממשעבדי ויש לדמותו לשטר מוקדם אבל לפי מה דמסיק דהיינו כשהתנה שיהיו המעות מתנה הא לאו הכי לא גבי אף מבני חרי דאותיות לא מיקנו במסירה לחוד א"כ כיון שגם מהלו' לא יגבה רק החצי לא חיישינן שיגבה

כולו ממשעבדי וכדמוכח בפ' יש נוחלין דלעיל גבי לקוחות דאמרי אנן אעדים סמכינן וכן בכמה דוכתי משמע דשטר שנפרע חציו החצי האחר הוא שטר גמור אלא ודאי כיון דגם מהלוה לא יגבה לא חיישינן להכי דמסתמ' יתברר הדבר ע"י הלוה א"כ (א"נ) דוקא במוקדם ורבית וכה"ג גזרינן משא"כ בשטר שנפרע מקצתו דהא הבא ליפרע מלקוחות אינו נפרע אלא בשבועה שלא נתפרע מהלו' וכדלקמן סי' קי"ד ס"ד וא"כ תרתי לא חיישינן שיגבה מה שנפרע ושישבע ג"כ שקר אבל על מוקדם ורבית א"צ לישבע ואפי' את"ל דמצד גלגול יכול להשביעו על מוקדם ורבית מ"מ הלקוחית לא מסקי אדעתייהו להשביעו ע"ז וכ"מ בפרש"י פרק איזהו נשך שכ' וז"ל שמא יגבה מזמן ראשון דאיכא דלא מסיק אדעתיה לדקדק כל כך בזמן ההלואה ולומר למלוה שטרך מוקדם ומקחי קדם להלואתך עכ"ל וא"כ לשינוי' קמא דהרא"ש דגבי כולו מבני חרי נראה לו להרא"ש לדמותו למוקדם משום שיכול ג"כ לישבע באמת שהלו' חייב לו כולו. וא"כ קשה על. הר"ב והנמשכים לדעתו שכ' ואינו גובה כלום ממשעבדי דהא למסקנת הרא"ש אף בלא התנה גובה החצי ממשעבדי. וליכא למימר דדברי הר"ב הם על פי תירוצ' קמא דהרא"ש דהא הרא"ש גופיה לא מסיק הכי ועוד דהא טעמ' מעליא קאמר דבקניית אותיות בעינן כתיבה ומסירה והכי משמע נמי מדברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן (ונ"י) שהביא ב' י והבאתי דבריהם בקצרה לעיל סי' מ"ח דדוקא במתנ' שיהיו המעות מתנה כו' הא לאו הכי אינו גובה אפי' מבני חרי המקצת שפרע אלא ודאי מ"ש הר"ב אלא מבני חרי היינו החצי שלא נפרע וכן פי' בסמ"ע והיינו כמסקנת הרא"ש וא"כ קשה דהא בכה"ג ס"ל להרא"ש דגובה אף ממשעבדי וכמו שהוכחתי וצ"ע (ואפי' תימא דאין דעת הרא"ש כן מ"מ לדינא נ"ל דגובה החצי שלא נפרע אף ממשעבדי ולא גזרינן בכה"ג וכמו שהוכחתי וכן נראה דעת הט"ו ושאר פוסקים שכתבו סתמ' הוי שטר שנמחל שעבודו כדי המעות שנתן משמע דלמה שלא נתן הוי שטר גמור ולמה שנתן בטל לגמרי ואינו גובה אפי' מבני חרי וכן עיקר):

סעיף ו

אלא מבני חורין. כ' הסמ"ע דהיינו דוקא המותר שעדיין לא פרע דאלו מה שפרע כ' הרא"ש שם בפ"ד דנדרים (והבאתי לשונו לעיל בסמוך) דאינו חוזר וגובה ממנו אם לא בכתיב' ומסירה כדין אותיות דשטר וכמ"ש בר"ם ס"ו כו' אבל צ"ע דבד"מ כ' דגובה כולו מבני חרי והל"ל בצדו דהיינו דוקא בכתיבה ומסירה עכ"ל (ולי קשה דאפי' הי' כותב כן בצדו לא נהירא דא"כ יגבה נמי ממשעבדי אלא ודאי לא שייך הכא כתיב' ומסירה וכמ"ש לק') ולפענ"ד דלא נתכוין הרא"ש לומר דיועיל כאן כתיבה ומסירה דהא כיון

דה"ל שטר שנמחל שעבודו היאך יועיל כתיב' ומסיר' דהא צריך למכתב ליה קני לך איהו וכל שעבוד' דאית ביה וכדלקמן ר"ס ס"ו והכא הא נמחל שעבודו כדי המעות שנתן (ועוד קשה דהא ה"ל מוקדם ודוק) ועוד דא"כ היאך קאמר הרא"ש והאי פירוש' ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסירה ה"ל לאוקמי דמיירי בכתיבה ומסירה אלא ודאי ה"ק והאי פירוש' שיהי' המעות מתנה ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסיר' ולא מיקמו במסיר' לחוד עד שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודי' דאית ביה וזה לא שייך הכא כיון שנמחל שעבודו כנ"ל ברור (ועמ"ש לק' סי' ר"ז סי"ב עוד מזה):

סימן נו

סעיף א

שליש כו' מהרש"א כ' בס"פ זה בורר דהתוס' ס"ל דאפי' לרבא לא נאמין לשליש אלא משום מגו כו' ולפעד"נ דלא ירד לעומק דברי התוס' דהתם אמרי' בש"ס ההיא איתת' דנפיק שטרא מתותי ידה אמרה ידענ' ביה דפריע היא הימנה ר"נ משום דאי בעי' קלתיה איכ' דאמרי לא הימנה ר"נ א"ל רבא לר"נ והא אי בעי' קלתיה כיון דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה לא אמרי' איתביה רבא לר"נ סמפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו אין עליו עדים ויצא מתחת ידי שליש או שיצא אחר חיתום שטרות כשר אלמ' שליש מהימן תיובת' דר"נ תיובתא וכתבו התוס' וז"ל אין עליו עדים ויוצא השטר והסמפונות מתחת יד שליש כשר משמע ליה אפי' אתחזק דומי' דיוצא אחר חיתום שטרות א"נ יש לפרש לאו דאין עליו עדים כלל אלא יש עליו עדים ולא ידעו אי פרעו או לא פרעו ויוצאין הסמפונות מתחת ידי שליש עכ"ל וכ' מהרש"א וז"ל פי' לדבריהם דלא נראה להם כפרש"י להאמין השליש בכל דבר הואיל ושניהם מודי' כו' דאפי' לרבא לא נאמין לשליש אלא משום מגו דאי בעי קלתיה וא"כ הכא באין עליו עדים בסמפון מאי מגו איכ' לשליש ולכך הוצרכו לפרש שיוצא השטר והסמפונות מתחת יד שליש דאית ליה מגו דאי בעי קלתיה לשטר וכתבו עוד א"נ יש לפרש אלא יש עליו עדים ולא ידעי או פרעיה כו' דאית לי' מגו דאי בעי הוה יהיב לי' כבר השובר ליד הלוה עכ"ל וקשה לי על דבריו דהא התוס' כתבו שם קודם לכן וז"ל כיון דאתחזק בבי דינא פירש הקונטרס שכתוב בו הנפק וקשה דמ"מ ניהמני' במגו דאי בעי' קלתיה וי"ל דאתחזק בבי דינא שראוהו בידה עכ"ל ונרא' דמשמע ליה למהרש"א דר"נ סבירא ליה דכיון דראוהו בידה תו לא חשיב מגו ורבא ס"ל דמ"מ חשיב מגו ולפ"ז צ"ל דפירוש ראוהו בידה עכשיו הב"ד ותכף שראוהו בידה אמרה פרוע הוא (וכן פי' בספר תורת חיים והבאתי לשונו לעיל סי' מ"ו [מ"ז וכ"כ

בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ע"ב והבאתי לשונו לקמן ס"ו סקל"ב וכבר כתבתי בסי' מ"ז סק"ה דהא ליתא ע"ש) דאלו ראוהו בידה קודם שנפלו החילוקים ביניהם הא קי"ל דלא הוי מגו כלל וכמ"ש לעיל סי' מ"ז אבל לפע"ד זה אינו דאם כן פשיטא דלא הוי אמר ר"נ מגו דאי בעי קלתיה לא אמרי' ועוד דבפרק ב' דכתובות דף י"ט ע"א כתבו התוס' והרא"ש גבי מלוה שאומר על שטרו שהוא פרוע כיון דאתחזק בבי דינא מגו דאי בעי קלתיה לא אמרי' וכדאמרינן בסוף פרק זה בורר וכ"כ עוד התוס' פרק הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) ופרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל') ע"ח דכיון דאתחזק בי דינא אי בעי קלתיה לא הוי מיגו דהוי מגו למפרע כדמוכח בס"פ זה בורר ואם איתא מאי ראיה מייתי הא רבא ס"ל דזה חשיב מגו ועוד דא"כ ס"ל לתוספת והרא"ש באמת דכיון דהוחזק בבית דין לא הוי מגו וזה תמו' דהא ודאי מגו מעליא הוא דאי בעי לא הי' מראהו לפני הבית דין כלל וכמו שהוכחתי לעיל סי' מ"ז אלא ודאי התוס' והרא"ש מיירי שהוחזק בבית דין וראוהו בידה קודם שנפלו החילוקים שביניהם ואחר כך אמרה פרוע הוא דלא מהימן משום דהוי מגו למפרע ולא חשיב מגו כלל ומייתי שפיר ראי' מסוף פרק זה בורר דפשיטא דהתם מיירי שראוהו הבית דין בידה קודם שנפלו החילוקים ביניהם דאלו מיד שהביא' השטר לפני הבית דין אמר' פרוע הוא ודאי לא הוה אמר רב נחמן אי בעי קלתיה לא אמרינן ורבא דפליג ע"כ משום דס"ל דשליש אפילו לית ליה מגו כלל מהימן משום דהא הימנוהו לשליש וא"כ מוכח דבעלמא מי שאינו שליש כיון שהוחזק בבית דין מגו ראי בעיא קלתי' לא אמרינן דהוי מגו למפרע. ועוד דאם כפי' מהרש"א אם כן גם לפי מ"ש התוס' א"נ יש לפרש כו' צ"ל שראוהו בידו הסמפון דאל"כ פשיטא דלא פריך רבא מידי וזה אינו במשמע בדברי התוספות כלל דהא לא כתבו דמשמע ליה אפילו אתחזק אלא בפירוש הראשון. ועוד דא"כ מ"מ מאי פריך רבא הא לא דמי כלל דהתם כיון דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתי' ואזלי' בתר אתחזק שטרא וכי אתחזק שטרא מעליא הוה ותו לא מצי לבטולי שטרא אבל הכא אי אזלי' בתר אתחזק הרי מוחזק בשובר מעליא ופשיטא דמהימן לומר שהסמפון כשר כמו שהוחזק והיאך אפשר לו לעשות בענין אחר הרי מיד שמביאו לפני הב"ד אומר שהוא שובר כשר והלא אם ירצה להכשיר השובר על כרחך מוכרח הוא להביאו לב"ד: אלא נלפע"ד דכונת התוס' בס"פ זה בורר דלרבא נאמן שליש אפי' בלא שום מגו משום דודאי לכ"ע אי בעיא קלתי' לא הוי מגו כלל כיון שראוהו בידה קודם שנפלו החילוקים ביניהם אלא דרבא ס"ל דשליש נאמן אפי' בלא שום מגי מטעמא דהא הימנוה לשליש וכיון שהי' כח בידו פעם אחד לשרוף השטר או למסרו ליד הלוה אע"ג דהשתא לא מצי למיעבד הכי ותו לית ליה מגו מהימן ופריך שפיר משום

דמשמע ליה ברייתא דסמפון מיירי שהשטר עם הסמפונות יוצא מתחת יד שליש (עמ"ש לקמן סי' ס"ה ס"ק ס"ה) ואתחזק שטרא בב"ד קודם שנפלו החילוקי' ביניהם דומיא דיוצא לאחר חיתום שטרות א"נ יש לפרש דיש עליו עדים ולא ידעי אי פריע ומשמע דאי אפשר להתקיים השובר בחותמיו מדקתני רישא יש עליו עדים יתקיים בחותמיו משמע דהשתא דאין עליו עדים היינו דאי אפשר להתקיים בחותמיו ואפ"ה כי יוצא מתחת יד שליש כשר ואמאי הא הני סהדי לא ידעי אי פריע או לא וגם אי אפשר לקיים חתימת ידייהו (ומשכחת לה כגון ששכחו אם זאת חתימתן שחתמו זה שלא בפני זה ואין כל אחד מכיר חתימת ידי חבירו דהיכא דאין יודעים גוף הענין צריכים להכיר כל א' חתימת ידי חבירו וכדלעיל סי' מ"ו א"נ מיירי שמתו או הלכו למ"ה ומ"ש התוס' ולא ידעי אי פריע לדוגמא בעלמא נקטו וא"ל דבתירץ השני מיירי התוספו' כשאפשר לקיים חתימת העדים דא"כ צ"ל דאתחזק השובר בב"ד דאל"כ לא הוה פריך מידי וא"כ למה כתבו התוספות בתירוץ הראשון דאתחזק הל"ל כן גם בתירוץ השני ודו"ק) ואפ"ה מהימן השליש והא השתא לית ליה מגו אלא ודאי שליש מהימן בלא שום מגו כיון שהיה בידו פעם אחד למסור השובר ליד הלוה ואפשר שאז היה יכול הלוה לקיים חתימתן אע"פ דהשתא לא מצי למיעבד הכי ותו לית ליה מגו מהימן וקשיא לרב נחמן. כן נלפע"ד ברור כונת התוספות. וכ"כ הנ"י פ' זה בורר וז"ל פי' דלא מיירי דאין עליו עדים כלל דא"כ אפילו מלוה מודה דאיהו עשאו שליש לאו מידי הוא דאחספא בעלמא הימניה אלא ע"כ לומר שאין עדים מצויים לקיימו דכמאן דליכא עדים דמי ומיהו כיון שהם מודים שעשאוהו שליש הא הימניה דכי יהביה ניהליה אפשר הוי ליה לקיומי' ולאו חספא הוי הלכך השתא נמי מהימן ואע"ג דליכא מגו דאי נמי הוה מהדר ליה ללוה לא מהני ליה מידי כיון דלא אפשר לקיומיה דמ"מ הא הימניה מעיקרא בשעתא דאפקידו גבי' דאי מהדר ליה ללוה בההיא שעתא הוה מקיים ליה אלמא שליש מהימן בלא מגו ש"מ ויש שפירשו שהשטר יוצא מתחת יד שליש וקאמר דכשר וסתמא קתני בין לא אתחזק בבי דינא בין אתחזק דליכא מגו דהא ודאי תנא לא אתא השתח לאשמועי' דין מגו אלא אתא למימר דשליש מהימן לעולם ואפי' ליכא מגו דהא הימניה מעיקרא עכ"ל: ואולי גם כונת מהרש"א כן ומ"ש דגם לרבא לא נאמין לשליש אלא משום מגו דאי בעיא קלתיה רצ"ל דאע"פ דלא הוי מגו מ"מ אינו נאמן אלא משום אי בעיא קלתיה מתחלה לאפוקי אי הוה הימניה אחספא אבל פשט לשונו לא משמע כן. ויהיה איך שיהיה העיקר דשליש מהימן בלא שום מגו וכמ"ש הנ"י סוף פרק זה בורר וכן הוא להדיא בהרא"ש ונ"י סוף פרק קמא דמציעא וכן מוכח בתוספות והרא"ש פ"ב דכתובות ופ' הכותב ופ' חזקת הבתים

שהבאתי לעיל שכתבו דבסוף פרק זה בורר מוכח דכיון דהוחזק בב"ד ואי בעי' קלתיה לא הוי מגו כלל והא בסוף פרק זה בורר מסקינא דשליש נאמן ורב נחמן בלישנא בתרא אתותב אלא ודאי דוקא בשליש אתותב משום דשליש נאמן אף בלא מגו וכן הביא הב"י סוף סי' זה מחודש ט"ז תשובת הרשב"א שהשליש נאמן משניהם ואפי' בלא מגו כעובדא דההוא סבתא כו' וכן הוא להדיא בתוספות (ומרדכי ואגודה) בגטין פ' התקבל (גיטין דף ס"ד ע"א) וזה לשונו דבלא שום מגו הימנוהו רבנן לשליש כדמשמע בסוף פרק זה בורר כו' וכ"כ הרשב"א בחידושיו פ' התקבל והביא כמה ראיות ע"ש וכן נראה מדברי הטור והמחבר כאן שכתבו סתמא שליש נאמן וכן נראה להדיא מדברי הרב בהג"ה והעיר שושן שכתבו במקום שאין לו מגו כו' מיהו היינו דוקא כשהם מודים שעשאוהו שליש וכמו שאכתוב לקמן ס"ק ה' (וכ"כ בתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' צ' ע"ש) . ובהיות כן מוכח להדיא מדברי התוספות דס"פ זה בורר דעדיף טפי שובר שביד השליש מאלו היה ביד הלוה דאלו היה ביד הלוה כיון דלא מצי השתא לקיומיה לא הוה מהני מידי והשתא דהוא ביד שליש מהני כיון דהוא אפשר לקיומי' ולפ"ז חולקין התוספות על מ"ש הטור והמחבר לקמן סעיף ד' ודלא כמ"ש הב"י סוף סי' ס"ה דלדעת התו' לא עדיף שליש מלוה או מלוה עצמו וכמ"ש הטור ע"ש שהאריך בזה ולפעד"נ כמ"ש ועיין עוד מ"ש בסי' ס"ה ס"ק ס"ז מיהו הא דמהימנינן ליה לשליש אפי' בלא שום מגו היינו כשהיה יכול לקיים הדבר בשום פעם כגון בשובר או שטר שאינו מקוים דאף לפי דברי המכחיש שאומר שהשטר פרוע או השובר אינו אמת כי לא נתפרע מ"מ הוא מודה שכתבו ונהי דקי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ומ"מ הא הוה אפשר לקיימו בשום פעם אבל היכא שטוען הבעל דבר שהוא מזויף א"כ לא הוה אפשר לקיימו בשום פעם נראה לכ"ע לא מהימן שליש בזה וכן נראה ממ"ש הנ"י דאחספא בעלמא הימניה וזה היתה ג"כ כוונת התו' שפירשו לאו דאין עליו עדים כלל כו' כלו' דא"כ הוא חספא בעלמא ולא הוה אפשר לקיימו בשום פעם ונראה שזהו כוונת הרמב"ם פ' ט"ז מה' מלוה והמחבר שכתבו שאלו רצה היה שורפו או קורעו כו' דלאיז' צורך כתבו כן הא שליש מהימן אפי' בלא שום מגו אלא ר"ל דאינו נאמן אלא דוקא כשהי' יכול' בידו בשום פעם לקיים מה שהוא או' עכשיו והכי מוכח בש"ס דפריך ליה רבא לר"נ והא אי בעיא קלתיה ולמה ליה האי פירכא הא איהו ס"ל דשליש מהימן בלא שום מגו וכמו שהוכחתי למעלה אלא ודאי כמ"ש ודו"ק (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קצ"ג):

סעיף ב

נאמן כשני עדים כו'. אע"ג דאם עדים מכחישים אותו אינו נאמן כדלקמן סעיף ב' מ"מ נקט נאמן כשני עדי' לענין דאפי' עד א' מכחישו אין שכנגדו צריך לישבע ש"ד להכחיש העד וגם א"צ לישבע אפי' היסת דנימא דהשליש ה"ל עד כנגד עד ונמצא חייב זה היסת וכמ' ש לקמן סי' פ"ז סעיף ו' דבעד נגד עד צריך הנתבע לישבע היסת אלא השליש הוי ליה כשני עדי' וא"צ זה שהשליש מסייעו לישבע אפי' היסת אע"פ שיש עד א' שמכחישו דלעולם כל שאין שני עדי' מכחישין השליש נאמן השליש כב' עדי' כן נראה לפע"ד:

סעיף ג

ואפי' כתבו כו'. ז"ל תשובת הרשב"א שהביא הב"י מחודש י"ד והד"מ. אלו כתב הוא שעל תנאי זה בלבד הושלש בידו הי' בדין שנאמר כבר הגיד על ממון המושלש ואינו יכול להוסיף על תנאי שכתב וכן אם אמר בשטר זה שכחתי שתנאי כך וכך הי' לי עוד לכתוב בו דומיא דעדי' שאמרו תנאי הי' דברינו אבל זה לא כתב אלא שעלתנאי כך נמסר בידו כדי שלא יוכל לומר הפך מזה אבל אם בא לקיים תנאי זה ועוד מוסיף תנאי אחר נאמן ועוד אני אומר שאפי' כ' על תנאי זה בלבד נמסר בידי שלישות זה אפשר לומר שהוא נאמן על התנאי דשליש כיד הבעלי' ממש הוא כל שהשלישות יוצא מתחת ידו עכ"ל ונראה דבזה שכתב על תנאי זה בלבד נמסר בידי שלישות זה אינו נאמן לומר שיש תנאי אחר אלא כשאומר שאחר שכתב כן התנו עוד תנאי אבל אם אומר שקודם לכן הי' עור תנאי אחר שלא כתבו אינו נאמן ואפי' הבעל דבר עצמו אלו כתב כן בכתב ידו לא הי' נאמן להכחיש כת"י ולא עדיף השליש מהבעלם עצמן כן נלפע"ד ודו"ק:

סעיף ד

עדיין שליש הוא כו' אבל אם השליש המלוה שטרו ביד א' שהשליש יעשה לו פשרה או דין עד זמן פלוני ועבר הזמן ולא עשה יחזיר לו שטרו כ"כ הרשב"א בתשובה עכ"ל סמ"ע ותשובת רשב"א זו הביא הב"י בסי' שלפני זה מחודש י"א וז"ל שם זה פשוט שכיון שקבע לו זמן נפסקו או לפשרותו ולא אמר כלום בתוך הזמן כבר נתבטל דעת השליש ויחזיר השטר למלוה עכ"ל ול"ד לכאן דכשהגיע הזמן ממילא הוא שייך לאחר מהן ולא גרע בשביל מה שנתעכב עדיין בידו וק"ל:

סעיף ה

ואפי' הכחישו א' מהם ואמר שלא עשאו שליש כו'. משמע אפי' מכחישו ואומר מעולם לא מסרתי בידך אלא גזלתו ממני וכ"כ הטור להדיא (והעתיקו הסמ"ע ס"ק ז' וכ"כ בעיר שושן) והוא מדברי בעל התרומות שכתב בשער נ"ב ח"ג וז"ל ולא תימא דוקא

כי טעין ליה נפקד היית מהימן דמ"מ הא קא מודה ליה דהימניה לפקדון ומדהימניה מהימן עילויה בכל מאי דאמר אלא אפי' טעין ליה חד מנהון גזלתו ממני ואיהו טעין לא כי אלא שליש מנית אותי על עסק זה בינך ובין פלוני והכי הוה כיון דליכא תרעומות ביניהון מסך מאי דמסרו ליה אלא כל חד וחד מודה לחבריה סך הענין אלא דאיכא פלוגתא בינייהו אי הוה שליש או גזלן מההוא מדעם בזה ודאי שליש הוא נקרא עדיין ולאו נוגע בעדות הוא דהא לא כפר ליה מידי לצרכיה ולא מיקרי בההוא טענ' בעל דבר כיון דלא טעין ליה דידי הוא וכן קבלה בידינו מסברת הראשוני' שכתבו האומר לחבירו כלי זה שבידך שלי הוא פקדון שהפקדתי לך והלה אומר שליש אני בו ושל איש פלוני הוא יבוא הוא ויטול את שלו אין עליו חיוב שבועה כלל דשליש נאמן משניהם ומסתמא חזקה אין אדם חוטא ולא לו והואיל ואיתיה תחות ידיה איהו נאמן בהאי דאיכא ביניהון דמעיד נקרא ולא בעל דבר עכ"ל ומשמע מדברי הבעה"ת והטור דאפי' לית ליה לשליש מגו מהימן דהא סתמו הדברים ועוד דהא האי טעמא דחזק' אין אדם חוטא ולא לו שייך אפי' לית ליה מגו ועוד שכתבו דאם היה הכחש' בסך הממון אין השליש נאמן ואי אית ליה מגו פשיטא דבכל גיונא נאמן השליש וכן מוכח להדיא מדברי הרב בהג"ה ובעיר שושן שכתבו במקום שאין לו מגו כו' משמע להדיא דדברי הטור והמחבר אמורי' אפי' כשאין לו מגו וכ"כ הב"ח להדיא בריש סי' זה וז"ל ואין צריך לישבע שחזקה אין אדם חוטא ולא לו נראה דה"פ דאם הלוה או המלוה אומר דרך גזלה תפסתו מידי או פקדון היא אצלך והוא אומר שהשלישיהו בידו א"צ לישבע דכיון שאין אומר דשלו הוא אלא של אחר הוא אין אדם חוטא ולא לו ולהכי אפי' אם נראה כבר בבית דין דליכא מגו דאי בעי קלתיה השתא אפילו הכי נאמן כיון שהוא שליש מטעם דאין אדם חוטא ולא לו עכ"ל ודלא כתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' צ' דמחלק בהא בין אית ליה מגו או לא ומשמע שם מדבריו דהבעה"ת וטור מיירי דוקא בדאית ליה מגו ע"ש וליתא אלא כדפי'. אבל באמת דין זה תמוה בעיני דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל א' יגזול משל חבירו ויאמר שליש אני ויעשה קנוניא עם איש אחר ויחלוק עמו. והראי' שהביא הבעל התרומות מסברת הראשונים לא ידעתי מה ראיה היא זו שהרי הם כתבו שהוא אומר הפקדתי לך. ובע"כ צ"ל דהבעל התרומות לא מייתי ראי' לגזלתני אלא למה שהביא שם קודם לכן דאיכא מרבוותא דסברי דהיכא דאמר הפקדתי בידך ולא מניתי אותך שליש ג"כ אין השליש נאמן ודאה שם דבריהם וע"ז כתב וכן קבלה בידינו מסברת הראשוני' כו': וחקרתי לדעת דעת שאר פוסקים והנה ראיתיהרבה פוסקי' חולקים על הבעה"ת והב"י והד"מ לא הביאום כלל וע"כ נלפע"ד עיקר לדינא כדעת האיכא רבוותא שדחה

הבעה"ת דאין השליש נאמן היכא שהבעל דבר מכחישו וכמו שאבאר: והגה הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' כ"ב כתב וז"ל אם לוי עומד בפנינו ובידו שטר שיש לראובן על שמעון ואומר ע"מ כן נתנו לי שאחזירנו לשמעון כי מחל לו ראובן וראובן ואומר שקר הוא אלא ממני נפל ומצאו צריך לוי להחזירו לראובן ולא דמי להההיא דפרק זה בורר דאמרה ידענא ביה דפריע הוא והימנה רב נחמן דהתם הושלש השטר בידה אבל הכא אין ראובן מודה שהשליש ביד לוי כלום עכ"ל הרי להדיא דלא כבעל התרומות ותמיה לי על הטור שכתב כדברי בעה"ת ודלא כהרא"ש אביו. וראיתי בב"ח שהרגיש בזה וכתב וז"ל ונראה דרבינו אזיל לטעמיה דהכריע כדעת בעה"ת בזה דלא כהרא"ש שכ"כ לעיל ס"ס. מ"א סעיף י' על דברי הרמב"ם דכשהפקיד המלוה השטר ביד אחר אין הלוה נאמן לו' פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו ואע"פי שלא הפקיד לו בעדים כי הנפקד נאמן לומר שהמלוה הפקידו אצלו במגו שהיה מחזירו בינו לבינו והכי נמי נאמן לומר דשליש הוא על תנאי כך וכך במגו שהי' מחזירו לזה ודלא כהרא"ש עכ"ל ולא נתחוור לידבריו דאם איתא דהרא"ש חולק נמי אהך דמ"ש בסוף סי' מ"א א' כ היא גופה קשיא אמאי כתב בס"ס מ"א דלא כהרא"ש ועוד דל"ד לס"ס מ"א דהתם נאמן מטעם מגו והכא נאמן אפי' בלא מגו וכמ"ש לעיל וכמ"ש גם הב"ח גופיה לעיל דהכא נאמן אפי' בלא מגו. ואי הוה איתא דהכא נמי אינו נאמן אלא משום מגו מעיקרא לא הוה קשה מתשובת הרא"ש מידי וכמ"ש לקמן דבתשובת הרא"ש ליכא מגו. ועוד דבס"ס מ"א לא אמרינן אלא דהנפקד יכול ליתן השטר ליד המלוה ומחויב הלוה לשלם להמלוה אבל אם מכחיש את הנפקד לענין שיהא הנפקד כשר להעיד לא מיירי התם דאפילו תימא דהנפקד פסול להעיד מ"מ צריך הוא לשלם להמלוה שהנפקד נאמן במגו שהיה יכול ליתנו להמלוה ואה"נ דכשהלוה תובע הנפקד ואומר ברי לי שממני נפל ואתה מצאתו צריך לישבע נגדו וכיון שצריך לישבע נוגע הוא בעדות אבל הכא משמע להדיא בטור דעד כשר מיהו הוי ולא הוי נוגע בעדות כלל ונפקא מיניה שהשליש נאמן לפטור את חבירו משבועה ובזה ודאי הרא"ש חולק וכמו שיתבאר וא"כ האיך כתב הטור דברי בעה"ת שהם נגד הרא"ש אביו והך דלעיל ס"ס מ"א ל"ד לכאן וכמ"ש וא"כ דעת הטור צל"ע: ובספר גדולי תרומה דף ש"ך ע"א הניח דברי תשובת הרא"ש בתימא וז"ל ותימא וכי אפשר שיכחיש הרא"ש דכי נפל שטרא ודאי איתרע וא"כ אפי' לפי טענת ראובן שזה מצאו אין השטר כלום עכ"ל ולא דק דהרא"ש מיירי ששמעון לא רצה לזכות אלא מכח דברי לוי וכן הוא להדיא בתשובת הרא"ש שם וז"ל ילמדנו רבינו ראובן בא לבית דין ותבע לשמעון להודות או לכפור אם נתחייב לו בשטר סכום ידוע אם יודה יפרענו

ואם יכפור ישבע ושמעון טוען כן נתחייבתי לך בשטר ופרעתיך והנה השטר בידי קרוע וראובן טוען שלא היו דברים מעולם אלא נפל השטר מידי ומצאו שמעון וקרעו ותובע מב"ד שיחייבוהו לישבע אם פרעו או לא וב"ד חייבוהו שבועה ע"כ וכשראה שנתחייב שבועה על כך חזר ואמר האמת שלא פרעתי אבל לוי אמר לי בשם ראובן שאטול השטר ואקרענו כי אינו רוצה שאפרע לו כלום וראובן טוען משום כך לא אפסיד אני מעותי: תשובה כיון שהודה שמעון שלא פרע לראובן אלא שאומר שלוי אמר לו בשם ראובן שיטול השטר ויקרענו כי לראובן כפר בזה דאפי' אם היה לוי עומד בפנינו והשטר בידו ואומר ע"מ כן נתנו לי ראובן שאחזירנו לשמעון כי מחל ראובן וראובן היה אומר שקר הוא אלא ממני נפל היה צריך להחזירו לראובן ולא דמי לההיא דזה בורר דאפקידו שטרה בידה והימנה רב נחמן דהתם הושלש השטר בידה והשליש נאמן אבל הכא אין ראובן מודה שהשליש ביד לוי כלום הלכך אין בדברי לוי כלום וכיון שהודה שמעון שלא פרע לראובן חייב לפרוע לו כל מה שהיה כתוב בשטר עכ"ל ומכותלי דברי בעל גדולי תרומה ניכר שלא עיין בתשובת הרא"ש עצמו רק העתיק תשובת הרא"ש שהביא ב"י וע"כ כתב ג"כ כ' הרא"ש בתשובות כלל ס"ח סי' י"ז כאשר הוא בב"י ובאמ' הוא בסי' כ"ב ע"ש: והשתא אתי נמי שפיר הא דלא האמינו הרא"ש ללוי במגו משום דלא שייך כאן מגו כלל שהרי השטר היה קרוע ביד שמעון ואפ"ה חייבו הרא"ש לשלם מטעם כיון שמודה שלא פרע ודלא כמו שנראה מדברי הב"ח שהבאתי בסמוך דלהרא"ש אין לוי נאמן אפי' במקום ששייך לומר שיש לו מגו שהיה יכול ליתנו ע"ש. ומ"מ נלמד מדברי תשובת הרא"ש דהיכא שאינו מודה שהוא שליש לא אמרי' חזקה אין אדם חוטא ולא לו וכמ"ש הבעה"ת אלא אין בדבריו כלום מדכתב הרא"ש דהך דזה בורר הושלש השטר בידה אבל הכא אין ראובן מודה שהשליש כו' ועוד דאל"כ ה"ל להרא"ש לפסוק עכ"פ דישבע המלוה שבועה נגד העד שלא מחל לו דאע"פ שאין הלוה יודע מזה הא בטענת ספק על פי העד משבעינן כדלקמן סי' ע"ה סעיף כ"ג ומדפסק הרא"ש בפשיטות שחייב לפרוע לו כל השטר אלמא דס"ל דכל שמכחיש השליש אין השליש נאמן כלל ואינו יכול להיות עד בדבר דנוגע בעדות הוא כיון שהוא מכחישו ותובע את השליש עצמי וכן משמע להדיא בדרכי משה דהרא"ש בתשובה חולק על הבעה"ת וכמ"ש לקמן ס"ק כ"ז ע"ש וכ"כ בתשו' מהרשד"ם סי' ע"ז דהרא"ש בתשו' חולק על הבעה"ת ע"ש. ולמדנו מתשובת הרא"ש דמי שאומר אתה נתת לי כלי זה ליתנו לפלוני והמקבל אינו יודע והנותן מכחיש השליש ואומר שלא נתנו בידו מעולם צריך השליש להחזירו להנותן אפילו יש לו מגו שהיה יכול ליתנו בינו לבינו להמקבל ואפי' נתנו כבר להמקבל צריך

המקבל להחזירו לו כיון שאין יודע אם לא ע"פ השליש: ועוד למדנו מתשו' הרא"ש דאם מודה שהשלישו בידו על פי איזה תנאי ומכחיש את השליש ואומר שלא נתקיים התנאי נאמן השליש אע"פ שהמקבל אינו יודע מהמתנה ומהשלישות דמדכתב הרא"ש דהתם הושלש השטר בידה אבל הכא אין ראובן מודה כי' ולא קאמר התם טוען הלוה בודאי פרעתי אבל הכא הודה שמעון שלא פרע אלא משמע דסבירא ליה להרא"ש דהתם נמי אין חילוק בין שטען הלוה פרעתי או לא. והכי מוכח נמי בש"ס בגיטין פ' התקבל (גיטין דף ס"ד ע"א) דפלוגתייהו דרב הונא ורב חסדא היא בשהיא אינה יודעת דהא אמרינן התם ומודה רב הונא דאי אמרה קמאי דידי לגירושין יהביה ניהלי' מהימנ' ואפ"ה לא פליג רב הונא אלא בגיטין דהוי מילתא דאיסורא אבל בממון דאתיהב למחילה מודה וכדאיתא בש"ס התם להדיא וגם אגיטין לא פליג אלא כששניהם יחד בעיר וכמ' ש רש"י ותוספות ושאר פוסקים שם ע"ש ונרא' דבזה אפי' לית ליה מגו יכול ליתנו להמקבל כיון דמשמע ליה להרא"ש דבהך דפרק זה בורר מיירי בכל גווני בין טוען הלוה ברי או לא וכבר הוכחתי לעיל דסבירא ליה להרא"ש דבהך דפרק זה בורר ליכא לשליש מגו ואפ"ה מהימן והכי מוכח נמי ממ"ש התוס' והאגידה בגטין פרק התקבל דשליש מהימן אפילו בלא מגו וכבר הוכחתי דבפרק התקבל מיירי שאין המקבל יודע ואפ"ה מהימן אלא ודאיהיכא דמודה שעשאו שליש אפי' אין המקבל יודע השליש נאמן וכן מוכח במרדכי פרק התקבל ע"ש: הנה נתבאר שדעת הרא"ש דהיכא שמכחיש השליש ואינו מודה שהשליש בידו אין השליש נאמן. וגם ראיתי בתוס' דבגיטין פרק התקבל (גיטין דף ס"ה ע"א) ואגוד' שם שכתבו וז"ל מהימנינן לשליש אפי' בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר היכא דלא אמר דבתורת שאלה אתא לידיה אלא בתורת פקדון עכ"ל הרי מוכח להדיא מדבריהם דהיכא דהוא מכחישו ואומר דבתורת שאלה אתא לידיה ולא עשאו שליש אין השליש נאמן: וגם הדין הראשון שכתבו הבעה"ת והטור דהיכא דהוא אומר שהפקידו בידו השליש נאמן אינו נראה לפע"ד מטעם דא"כ כל הנפקדים יאמרו כן ולא שבקת חיי לכל ברי' ואפי' בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואיכא עדי ראיה יאמר שליש אני ויעשה קנוניא עם אחר ויחלוקו וכן אפילו אית ליה מגו שיכול ליתנו לו בינו לבינו כגון שלא ראוהו בידו אם הוא מכחישו צריך לישבע דאל"כ כל הנפקדים יעשו קנוניא עם אחר ויפטרו מהיסת. וכן מצאתי בתשובת מהר"מ דפוס פראג סי' תשל"ט וז"ל שאל רבינו שמחה לרבינו ברוך יורנו רבינו בהלכות שליש אם נאמן בשבועה או בלא שבועה לפי שאין אדם חוטא ולא לו או שמא מאחר שתקנו שבועה בממון ישבע גם השליש והא דאמר רב נחמן נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה

לא מכרתי שמא הוא בשבוע' ועוד ישיב אדוני את"ל שהשליש נאמן בלא שבועה אם התובע אומר לנפקד לפקדון נתתי לך והנתבע משיב אין פקדונך בידי והלוית לפלוני והשלשתוני לשמור הערבות והנה גם פלוני תובעני להחזיר לו ערבונותיו ואומר שהוא מזומן לחשוב עמך כשיפרע לך הכל והתובע אומר אין לי דו"ד עם פלוני כי אם עמך לך הפקדתי ואתה תחזיר לי ועתה תאיר עינינו אם זה נאמן בלא שבועה דאין אדם חוטא ולא לו או מאחר שאין התובע מודה בשלישותו לאו כל הימנו של נפקד לומר לשלישות ירדתי והשיב רבינו ברוך אומר אני שהדעת נוטה כשהתובע אומר לפקדון נתתי לך שאין זה נאמן בלא שבועה לומר שליש אני דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל נפקד יכול לעשות קנוניא עם אחר ויאמר אינו נפקד אלא שליש ויחלוק ויעשה מה שלבו חפץ וכל הנפקדים יהיו נאמנים בלא שבועה ע"י מגו דאי בעי אמר שליש אני ותשו' מורינו רבינו אליעזר הלוי בהלכות שליש ושבועות ששאל מורינו דע שריב"א מחייבו שבוע' דחייש לקנוניא ודאיתי בתשובת ר"ת שפטדו משבוע' דאין אדם חוטא ולא לו ולא הביא שם ראיה ונ"ל שישבע וכל שכן אם אמר לפקדון נתתי לך שפשוט בעיני שישבע כללו של דבר נראה לי הלכה למעשה אם שניהם מודים שעשאוהו שליש נאמן ואם אינם מודים צריך שבועה עכ"ל וכן בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' מ"ד הביא דברי תשובות מהר"מ בארוכה ומשמע שם מדבריו דהיכ' דמכחיש ואומר לא עשיתי אותך שליש לא מהימן אלא בשבוע' ואינו יכול להיות עד ומסיים בתשובת מיימוני שם וז"ל וכ"כ מורי רבינו מאיר ז"ל בתשובה אחרת דהא דהשליש נאמן היינו כשהתובע מודה לו שהי' שליש עכ"ל ועוד כתב שם בתשובת מיימוני שם וז"ל וזה אשר השיב רבינו ברוך לרבינו שמחה אומר אני שהדעת נוטה כשהתובע אומר לפקדון נתתי לך שאין זה נאמן בלא שבועה לומר שליש אני כו' ומיהו היכא דאמר לפקדון נתתי לך הדבר פשוט שישבע כו' עד כללו של דבר נראה הלכה למעשה אם שניהם מודים שעשאוהו שליש נאמן בלא שבועה ואם אינם מודים צריך שבועה עכ"ל וכ"כ המרדכי רפ"ק דמציע' וז"ל השליש נאמן בלא שבועה כ"פ ר"ח ור"י וכ"פ רבינו ברוך הלכה למעשה היכא דשניהם עשאוהו שליש ומודים בכך אבל אם אומר לפקדון נתתיו לך צריך לישבע וראבי"ה מחייב השליש שבועה משום דחיישינן לקנוני' ור"מ פסק דשליש נאמן בלא שבועה ואפי' אם אין שלישותו בידו נאמן במאי דעבד כבר כו' עכ"ל ונראה דמ"ש ור"מ פסק לא קאי אלא אראבי"ה אבל מודה הוא לדברי רבינו ברוך וכמ"ש בתשובת מיי'. וכ"כ באגודה בגטין פרק התקבל וז"ל מדקדק הר"מ ז"ל דשליש נאמן בלא שבועה וכן היה רגיל לדון ואפי' אם אין שלישותו בידו ודוקא שהתובע מודה שעשאוהו שליש אבל אם כפר בשלישותו

לא דאל"כ כל אדם שתופס משל חבירו יאמר אני שליש עכ"ל וכ"כ עוד באגודה ספ"ק דמציעא בשם רבינו מאיר דהיינו ששניהם מודים בשלישות דאל"כ כל נפקר יהא נאמן לו' שליש אני אלא ודאי מה שנאמן בלא שבועה לומר אני שליש מיירי בששניהם מודי' או שיש עדים ע"כ: וכן מוכח מדברי התו' דפ' התקבל ואגודה שהבאתי דהא משמע התם להדיא מדבריהם דהיכא דהוא אומר שלא עשאו שליש אלא בתורת שאלה בא לידו לא מהימן השליש ואע"ג דמיירי התם בדברי' העשויי' להשאיל ולהשכיר היינו לענין שצריך להחזירו לבעליו כיון דלית ליה מגו אבל מ"מ מוכח דבדברים שאינן עשויים להשאיל ולהשכיר נמי נהי דאית ליה מגו ומהימן מטעם מגו מ"מ מטעם שליש לא מהימן כיון שמכחישו ואומר שלא עשאו שליש וא"כ צריך לישבע ודוק. וכן מדברי כל הנך פוסקים שהבאתי מוכח דהיכא דלית ליה מגו צריך להחזירו לבעליו היכא שבעליו מכחישו ואומר שלא עשאו שליש וכדמשמע מדברי התוס' ואגודה דפרק התקבל דכיון דכתבו כל הנך פוסקים שהבאתי דהיכא דמכחישו ואומר לפקדון נתתיו לך לאו כל כמיניה לומר שליש אני אלא הוא בעל דבר וצריך לישבע וא"כ פשיטא דבבעל דבר היכא דלית ליה מגו כגון בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר צריך להחזירו לבעליו והכי משמע נמי מלישנא דהרא"ש והנ"י ספ"ק דמציעא שכתבו דאף בלא מגו מהימנינן לשליש כיון דהימניה עכ"ל משמע דוקא משום דהימניה אבל אם אומר שלא הימניה אין השליש נאמן ובנ"י שם משמע יותר כן שכתב ומדאצטרכינן לטעמא דהא הימניה שמעינן דשליש נאמן אפי' ליכא מיגו דאי במגו לא צריכי לטעמא דהא הימניה דאפי' לא הוה שליש מהימן עכ"ל ודוק וכן נלפע"ד עיקר ודלא כהט"ו ובעה"ת (ואף שהריב"ש סי' תנ"ב נמשך ג"כ אחר דברי ספר התרומות באומר הפקדתי בידך מ"מ נלע"ד עיקר ככל הנך פיסקים שהבאתי ותימה על המחבר והר"ב שלא שתו אל לבם לראות כל הנך פוסקים שהבאתי ואין ספק דאלו הוה חזי להו לא הוה פסקו כן שהרי דבריהם נכונים וברורים וכמו שכתבתי) והראיה שהביא בעל התרומות מפ' התקבל מדאקשינן משליש לפלוגתות דרב הונא ורב חסדא בבעל אומר לפקדון לפע"ד לאו ראיה היא דהתם מיירי שהבעל אומר לפקדון נתתיו לך על תנאי כך וכך שאם תקוים היא התנאי תתן לה הגט ולא קיימה התנאי ושליח אומר לגירושין גמורים נתת לי א"כ אף לדברי הבעל עשאוהו שליש אבל אם אומר לפקדון נתתיו לך שתתנהו לי בהא לא הוה פליג רב חסדא דשליש נאמן וא"כ פריך שפיר משליש לרב הונא (ואדרבא לדברי בעה"ת קשה כיון דרב הונא ורב חסדא מיירי בפקדון ממש א"כ מאי פריך משליש דילמא שאני שליש דהימניה ובע"כ צריך אתה לומר דס"ל להמקשה דאין לחלק בכך וקשה מ"מ מנ"ל להקשות הא

שפיר יש לחלק בכך אבל לפי מאי דפרישית אתי שפיר דגם רב הונא מיירי שהוא שליש ודוק) והלכך נקטי' כאיכא מ"ד שהביא הבעה"ת שם דהיכא דאמר חד מנייהו לפקדון נתתיו לך ולא היה שליש מעולם אין השליש נאמן שהרי לא דחה בעה"ת סברא זו אלא מכח הך דפרק התקבל ולפמ"ש אין משם ראיה. גם בספרי גדולי תרומה שם כתב שסברת האיכא מ"ד תמוה מכח ג' קושית חדא דהא רב הונא מודה לרב חסדא בעיר אחרת ועוד דמאי פריך משליש ועוד דמשני שאני ממון דאתיהב למחילה אלמא דבממון כ"ע מודו אפילו בפקדון עכ"ד וכל ג' קושיות אלו נכללים בקושיא זו שהקשה הבעה"ת ולפמ"ש לק"מ וק"ל וע' בש"ס שם. ובב"י כתב שבעה"ת כתב שגם הרמב"ן השיב לו כן כו' ועיינתי בבעה"ת ולא מצאתי כן מפורש רק אחר שכתב הדין הנזכר כתב ג"כ הדין היכא שעדים מכחישים השליש וכתב אח"כ וע"ז שאלתי פי הרמב"ן כו' ומשמע דלא קאי אלא לדינא שהעדים מכחישים כו' ומ"ש בשאלת הרמב"ן שם דהיכא דהמלוה טוען לא הייתי שליש בינינו אלא פקדון הוא בידך מידי כו' השליש נאמן היינו שהוא טוען לא היית שליש משנינו אלא אני לבדי הפקדתי אצלך על תנאי זה ולא נתקיים התנאי וכ"מ מתשובת הרמב"ן שם וע"ש: גם נלפע"ד שזאת היא דעת האיכא מרבוותא שהביא הבע"ת שם שכתבו שאם יש עליהם שום תרעומות מן השליש בענין שלישותו אע"ג דנפיק מתותי ידיה ה"ל נוגע בעדותו ולא מהימן עכ"ל דסבירא להו ככל הנך פוסקים שהבאתי דהיכא שמכחיש את השליש ואומר לא עשיתך שליש צריך לישבע והלכך ה"ל נוגע בעדות ואינו נאמן. ואע"ג דבבעה"ת כתב שם על דברי האיכא מדבוותא אלו שלא נאמרו דברים הללו אלא כשיש ביניהם הכחשה בסך הממון. לפע"ד לא נראה כן דא"כ ה"ל לרבוותא לפרושי ועוד דמה חילוק יש מה לי אם מכחישו בסך הממון ומה לי אם מכחישו ואומר זה שלי הוא שהפקדתי בידך ואדרבא איפכא מסתברא דהיכא דמכחישו בסך הממון נאמן דאע"ג דמתחייב שבועה בסך שמכחישו מ"מ במה שאינו מכחישו מודה שעשאו שליש ואינו נוגע בעדות כלל ולמה לא יהא נאמן אטו מי שהפקיד שום דבר אצל א' ועשאו שליש בדבר א' ואומר שלא הפקיד אצלו שום דבר וצריך לישבע מילא יהא נאמן בענין השלישות שאינו נוגע בו כלל והבעה"ת שכ' על זה וכדאמרינן בקדושין גבי הן הן שלוחיו והשתא דתקון רבנן שבועת היסת ה"ל שלוחים נוגעים בעדותן כו' והא נמי דכוותה היא כו' עכ"ל לפע"ד לא דמי כלל דהתם נוגעים עדותן באותו דבר עצמו ע"ש בש"ס דקדושין פרק האומר (דף מ"ג ע"ב) משא"כ הכא וא"כ גם מה שנמשכו הטור והמחבר אחר הבעה"ת דכשיש הכחשה ביניהם בסך הממון אין השליש נאמן תמיה לי טובא ואף שאיני כדאי לחלוק על הבעה"ת והטור

והמחבר כל שלא מצאתי בפוסקי' אחרים שחולקים עליהם מ"מ כיון שנראה שהבעה"ת הוציא כן מכח דברי האיכא מרבוותא וכבר נתבאר שאין דעתם כן וגם לא מסתברא כלל דמשום שיש הכחשה בסך הממון לא יהא נאמן במה שהוא שליש עליו ואין הכחשה לכן נראה כמ"ש והנלפע"ד כתבתי:

סעיף ו

השליש נאמן כו'. וכן אם נמצא מחק או גרר מאחורי השטר נאמן לומר דהתנאי דהשלישית שהיה נכתב עליו נמחק כ"כ בתשו' הרא"ש כלל ק"ה סי' ד' עד כאן ל' סמ"ע ומיירי במקום שאלו היה השטר ביד המלוה לא היה פסול משום מחק או גרר זה וכגון במקום שלא נהגו לכתוב פרעון או איזה תנאי מאחוריו וכן משמע בתשוב' הרא"ש שם דכתב טעמא דהמחק שאחורי השטר אינו מגרע תוכו של שטר כלום כו' ע"ש אבל במקום שנהגו לכתוב פרעון מאחוריו דיש פיסלי' השטר לעיל סי' מ"ד ס"י א"כ ה"ה הכא פסול דלא עדיף השליש מהבעל דבר עצמו ואפי' להיש פוסקים שהבאתי בס"ק א' דכל שהיה ביד שליש בשום פעם לעשותו שטר כשר הוא כשר מאן לימא לן דכאן היה יכול לעשותו כשר בשום פעם דילמא תנאי או פרעון היה בו מעיקרא כן נלפע"ד:

סעיף ז

והוא שלא יהיה ביניהם ובין השליש הכחשה כו' ואפי' יש עדים שעשאוהו שליש או ששניהם מודים שעשאוהו שליש מ"מ כשיש הכחשה ביניהם ובין השליש בסך הממון צריך השליש לישבע נגד התובע המכחישו וכמ"ש לקמן ס"ק י"ט ודלא כהב"ח סעיף א' ע"ש:

סעיף ח

אבל במקום שיש לו מגו נאמן. הל' מגומגם דודאי כשאינו נאמן משום דהוי שליש אף על פי שיש לו מגו אינו נאמן להיות עד שהרי מכל מקום הוא נוגע בדבר אלא שהוא נאמן מ"מ לעשות בו מה שירצה משום מגו וא"כ האי נאמן שכ' הר"ב לא הוי דומיא דנאמן שכ' הטור והמחבר ונ"מ דאם ירצה יכול להשביע את אותו שכנגדו אעפ"י שזה השליש מסייעו לא הוי עד מסייע לפטור משבועה ודו"ק:

סעיף ט

ויכולים להשביעו אפי' בטענת שמא. לכאורה משמע דר"ל אפי' טוען שמא הפקדתי בידך ק"ך והשליש אומר לא הפקדת אצלי אלא ק' צריך לישבע אף על כי שאותו שכנגדו מודה שלא קבל אלא ק' ואינו תובעו ביותר וכן משמע בסמ"ע שכ' וז"ל ויכול להשביעו אפילו בטענת שמא פי' לזה שיש הכחשה ביניהם בכך המעות וסיים שם בהגמ"ר דגטין

וז"ל כדאיתא בפ' כל הנשבעים ע"כ ונראה דרוצה לומר דאיתא שם השותפים ושלוחים והנושא ונותן בתוך הבית צריכין לישבע אפי' בטענת שמא כשחושדם בב' מעה כסף וכמ"ש ג"כ הטור והמחבר לקמן ר"ס צ"ג ע"ש וה"ה זה השליש כשיש להן תרעומות עליו עכ"ל וכן משמע בע"ש שכ' וז"ל ויכול להשביעו אפי' בטענת שמא מתקנת חכמים כמו בשותף כיון שהאמינוהו מתחלה עכ"ל אבל באמת תמיה לי דא"כ למה ישבע השליש הא קי"ל דאין נשבעין על טענת שמא ולא דמי לשלוחים דלקמן סי' צ"ג דהתם מורי היתרא ועוד דיש אומרים שם דוקא כשנוטל השליח שכר ואפי' למאן דס"ל התם דאפי' אינו בא ליטול שכר צריך לישבע היינו דוקא התם ששלח לו לקנות או למכור והיה מתעסק בשלו ושייך לומר שהרויח יותר ומורי היתרא שלוקח ריוח שהרויח בעד טרחתו משא"כ הכא דלא התעסק בשלו כלום וגם לא שייך לומר דמורי היתר' לומר לא הפקדת אצלי אלא כך וכי בשביל שהיה של חבירו אצלו בפקדון יכפור לו את שלו שלא הפקיד אצלו כך וכך ובאמת בהגמ"ר דגטין שם כתב וז"ל השיב מהר"ם השלישי' נאמני' לומר שכך היו התנאים כו' ואפי' בלא שבוע' כו' אבל אם טוען על השליש עכבת לעצמך מן השלישות ישבע שלא עכב דאפי' בטענת שמא נשבעים כדאיתא בפ' כל הנשבעי' עכ"ל ונלפע"ד דמיירי בלוה שהשליש בידו ק"ך למסרם למלוה מה שהי' חייב לו והמלוה אומר שלא נתן לו אלא ק' נמצא שחייב לשלם לו עוד כ' צריך השליש לישבע נגד הלוה דאע"פ שאינו טוען ברי שעכב לעצמו שהרי אינו יודע ושמא נתן ק"ך להמלוה מ"מ כה"ג נשבעים אפי' בטענת שמא כדאי' בפ' כל הנשבעין דחנוני על פנקסו צריכים הפועלים והחנוני לשבע אע"ג דאין לבעה"ב עליהם אלא טענת שמא כיון דמכחשי להו אהדרי וה"ה הכא ואע"ג דהתם נשבעים ליטול והכא לפטור מ"מ היכא דמכחשי אהדדי אין לחלק בכך וכמו שהסכימו הפוסקים ונתבאר לקמן סי' קכ"א סעיף ח' ט' להדיא ע"ש עיין תשו' מהר"מ זו במרדכי עצמו פ' התקבל ובתשו' מיי' לספר משפטים סי' מ"ד מבואר שם להדיא כדפי' שכתב וז"ל דשליש נאמן בלא שבועה ואע"ג שאין שלישותו בידו עכשיו נאמן אמאי דעבד כבר בעוד שלישותו בידו דבדינא עבד מאי דעבד ואהדר לחד מנייהו ואע"ג דאמרי' בפ' האיש מקדש והשתא דתקון רבנן היסת משתבעי עדים אלמא דתקינו שבועה על השליח שאני התם דוהיב להו זוזי לאמטיונהי ליד מלוה ומלוה מכחיש להו ואמר לא נטלתי ואינהו אמרי נתננו וכיון דמכחיש להו מלוה משבעינן להו כדין חנוני על פנקסו כו' עכ"ל הרי להדיא כדפי' ואולי גם הר"ב מיירי בהכי ודלא כסמ"ע ודו"ק:

סעיף י

שטרשהי' כו'. ל' הטור ואפי' אם נראה כבר בב"ד שהוציא השטר מתחת ידו סתם ושתק עד שנתקיים ואמר פרוע הוא כו' (ומביאו הסמ"ע סק"י) ולא ידענא מנ"ל הא דאע"ג דהתוס' והרא"ש והפוסקים פירשו דמירי אפי' ראוהו כבר בידו היינו דר"ל דאפי' לית לי' מגו מהימן שליש אבל הכא שנתקיים בפני השליש ושתק הרי הוא כאלו הודה ואמר ידענא דלאו פרוע הוא דאל"כ לאיזה צורך הניחו לקיים ולא יוכל אח"כ לחזור מהודאתו. ונרא' שהטור הוציא כן מבעל התרומות שער נ"ב ח"ב ומביאו ב"י בקצר' בסעיף י"א אבל כשתדקדק היטב תראה שאין חילוק בין הפוסקים שהביא הבעה"ת שם בזה דא"כ ה"ל לכתוב דהיש פוסקים חולקים בדין זה אלא החילוק הוא דלהיש פוסקים כלישנא בתרא הוצרך לדחוק הענין דרב נחמן דלא הימנה מירי ששתקה עד שנתקיים דאל"כ אין טעם לדבר ופשיטא דמהימנא אע"ג דאתחזק בבי דינא דהא מיד הוציאתו לזכות הלו' ולהפוסקים כלישנא קמא א"צ לדחוק ולפרש דרב נחמן מירי ששתקה עד שנתקיים אלא מירי כפשוטו ובכל ענין נאמן לרב נחמן ואע"ג דאתחזק בב"ד אבל בהא דס"ל להפוסקים כלישנא בתרא דכיון ששתקה עד שנתקיים ה"ל כאמר' ידענא דלאו פריע' היא והשתא קמהדרא לא אשכחן להפוסקים כלישנא קמא דפליגי עלייהו דנהי דפוסקים כלישנא קמא מ"מ הם מפרשים כפשוטו ואפשר דלדינא מודים (מבחוץ) דהא סברא מעליא היא דכיון ששתקה והניחה לקיים בפני' הוה כאמרה ידענא דלאו פריע' והשתא קמהדרא עיין היטב בבעה"ת דוק ותשכח כדברי וע"כ דברי הטור צל"ע:

סעיף יא

שאלו רצה הי' שורפו או קורעו. ואע"פ שהוחזק כבר השטר בב"ד ולית לי' מגו מ"מ כיון שהי' יכול לקרעו בשום פעם נאמן השליש כיון דהימנוהו לאפוקי אם לא הי' יכולת בידו לעשות כן בשום פעם דאז לא הי' נאמן ועמ"ש באריכות מזה בס"ק א':

סעיף יב

וכן אם מת כו' הוא ל' הרמב"ם פט"ו מה' מלו' ונדחק ה' המגיד מאין הוציא הרמב"ם כן וכתב וז"ל אפשר שלמד זה מהמשנ' ספ"ק דמציעא דקתני ואם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפון ופי' רש"י ז"ל מילתא באפי' נפשי' היא וקתני המוצא בין שטרותיו שובר שנכתב על א' משטרותיו יעשה מה שבסמפון כו' והוא כלל לכל כיוצא בזה וכיון שהשליש נאמן משניהם יעשו ככתבו וע"כ לא אמינא לה בנמצא בין שטרותיו פרועים אלא גבי מלוה אבל בשליש הכל כדבריו וככתבו עכ"ל ולפענ"ד נראה דהרמב"ם הוציא דבריו מש"ס ערוך סוף פרק זה בורר שהבאתי לעיל ס"ק א' וגם הוא ש"ס ערוך בספ"ק

דמציעא סמפון שאין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש כשר וע"פ פי' הראשון שכתבו התוס' ס"פ זה בורר שהשטר והסמפון יוצא מתחת ידי שליש והבאתי לעיל ס"ק א' אלא דהוסיף דמיירי שהשליש מת כדי ליישב דא"כ ל"ל סמפון וכמ"ש לקמן סי' ס"ה ס"ק ס"ה ואפשר גם כוונת התוס' כן ולכך כ' הרמב"ם וכן אם מת השליש כו' כי היכא דבש"ס מדמי להו להדדי דרבא פריך מיני' לרב נחמן ולחנם נדחק ה' המגיד (שוב ראיתי בב"י סי' ס"ה מחודש ב' ובס' לחם משנה כתבו ג"כ שהרמב"ם רוציא דבריו מש"ס זו ע"ש:

סעיף יג

יוצא מתחת ידי השליש. בין שהוא כתיבת יד השליש או מכתיבת אחר כ"כ הטור וכן הוא בע"ש וכ"כ בעה"ת ריש שער נ"ב וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחבר מדכתבו סתמא יוצא מתחת ידי שליש ועוד מדכתבו אח"כ אבל כתב שיוצא מתחת ידי המלו' כו' אפי' הי' בכתב ידי המלו' כו' משמע דסתם כתב שיוצא מתחת ידי כו' משמע שהוא אינו כתב ידו ומ"מ נראה דהיינו דוקא כשידוע שבא מן השליש כגון שהי' צרור וחתום בחותמו של השליש או שהוא סגור בתיבתו או שיש בו איזה סימן אחר שמדעת השליש הוא או שהמלוה מודה בכך שמדעת השליש הוא אלא שאומר שהשטר אינו פרוע דאל"כ יש לחוש שמא אחר הניחו שם וכל שטר שהוא ביד שליש שמת יבקש הלוה ליורשי שליש שיניחו שם כתב שהוא פרוע ואנן לא קאמרינן אלא דשליש מהימן מטעם דהימנוהו לשליש אבל לא ליורשי שליש אלא ודאי כמו שכתבתי כן נ"ל ודו"ק ועיין לקמן סי' ס"ה ס"ק ס"ה:

סעיף יד

וע"ל סי' ס"ה מדינים אלו עיין שם בסעיף י"ח וי"ט מ"ש מזה:

סעיף טו

העדי' נאמנים ואפי' אית ליה להשליש מגו דמגו במקום עדים לא אמרינן כן הוא בתשובת הרמב"ן שבבעל התרומות שער נ"ב:

סעיף טז

אבל אם אומר בתנאי כך וכך הוא. וכן אם עשאוהו שליש ע"פ אותו תנאי בעדים והעדים אינם כאן כגון שמתו או שהלכו למ"ה לא יכול לומר לא סמכתי עליך שהרי לא עשיתיך שליש אלא בפני עדים אלא כיון דזימנין מייתי עדים או אזלי להו סמך על השליש והימני'. כן הוא להדיא בתוס' והרשב"א ומרדכי ואגודה פ' התקבל ע"ש:

סעיף יז

אנן טענינן ליה כדי שלא יהא מוכחש מהעדי' ואע"ג דלעיל סי' ל' ס"ג גבי עדים שהעידו סתם דנין הדבר כמוכחשים להקל שהמוציא מחבירו עליו הראי' הא מפרש התם טעמא שהממע"ה אבל הכא אם. היינו דנין כמוכחשים היינו מוציאים השליש עם הדבר שבידו מחזקת נאמנותו הלכך טענינן ליה:

סעיף יח

או שהמלוה נתנו בידו להיות שליש ביניהם והלוה טוען ברי אבל כשאין הלוה יודע מהשלישות כי אם ע"פ השליש והמלוה מכחישו לא הוי שליש לכולי עלמא וכמ"ש לעיל סעיף קטן ה' ולקמן סעיף קטן כ"ח:

סעיף יט

אין לו ליתן השלישות כו'. עיין מה שכתבתי לקמן ס"ק כ"ט מזה:

סעיף כ

והא דנאמן כו' אבל אם יש להם תרעומות כו' כ' הב"ח (בסעיף א') ואע"ג דלעיל ס"א אפי' בשלישותו בידו אינו נאמן כשיש להם עליו תרעומת בסך הממון התם מיירי שהם מכחישים אותו שלא עשאוהו שליש אבל הכא מיירי שמודי' שעשאוהו שליש או שיש עדים בדבר שעשאוהו שליש דאז כששלישותו בידו נאמן אפי' אי איכא הכחשה ביניהם בסך הממון וא"צ שבועה כלל דהא הימנוהו אבל כשאין שלישותו בידו אינו נאמן עכ"ד ודבריו תמוהין דנהי דהימנוהו לשליש מ"מ לא הימנוהו לגזול וליקח לעצמו מממון השלישות ופשיטא דצריך לשבע כשיש הכחש' ביניהם בסך הממון אע"פ ששלישותו בידו וכן מוכח בבעה"ת ע"ש (וכ"כ להדיא בתשו' מה"ר יוסף טראני סי' צ' דאע"פ ששניהם מודים שעשאוהו שליש כשיש הכחשה ביניהם בסך הממון צריך לשבע ע"ש) וגם בסמ"ע ס"ק ט"ו מוכח כן שכ' על מ"ש הר"ב ודוקא כששניהם נסתלקו כו' וי"ל כבר כתבו המחבר בסעיף א' אלא דשם איירי בעוד השלישות בידו ולהיות נאמן לחוד בכל דבריו וכאן איירי באין שלישותו בידו ולהיות כעד א' מ"ה חזר וכתבו וכ"כ הטור שניהם מה"ט כמ"ש בפרישה ע"ש ע"כ הרי מוכח להדיא כדברי והוא ברור: אך גם דברי הסמ"ע אינם נלפע"ד בפי' דברי הר"ב והטור דפשט ל' הר"ב דמשמע דמיירי דוקא כשאין שלישותו תח"י לענין עד ח' וכן משמע בטור שכתב וז"ל שלישותו תח"י נאמן כב' עדים אין שלישותו בידו הרי הוא כשאר כל אדם ומחייב שבועת התור' לשכנגדו כתב בעה"ע בשם הר"י ברצלוני הא דחשוב כעד א' דוקא כששניהן נסתלקו כו' וכ"כ בבעה"ת שער נ"ב ריש ח"ג שלישות יוצא מתחת ידו נאמן כב' עדים אין יוצא מתחת ידו ה"ז כעד אחד

וכל המכחישו חייב שבועת התור' וכתב הב"ה בשם הרי"ב שליש שאינו יוצא שלישותו מתחת ידו דקאמרינן דמ"מ הוי כעד א' דוקא ששניהם נסתלקו מעל השליש כו' והוא בעל העיטור גופי' באות שלישות דף כ"ז ע"א. משמע להדיא דדוקא בשאין שלישותו יוצא מתחת ידו הוא דמפלגינן בין יש להם עליו תרעומות או לא אבל בששלישותו יוצא מתחת ידו אין חילוק (וכ"כ בתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' צ' להדיא דמדברי הר"י ברצלוני מוכח דדוקא בשאין שלישותו ייצא מתחת ידו יש חילוק בין יש עליו תרעומות או לא אבל בששלישותו יוצא מתחת ידו אין חילוק ע"ש): לכך נלע"ד דאין פי' תרעומת כמו שהבינו הב"י והסמ"ע והב"ח דהיינו שהם מחולקים עמו בסך הממון שהוא אומר לא השלשתם בידי אלא כך והם או א' מהם אומר שהשלישו יותר אלא נלפע"ד דה"פ דוקא שאין להם עליו תרעומת על שהוציא השלישות מתחת ידו ותרוייהו מידו דכדין עבד במה שהוציא השלישות מתחת ידו אלא שמחולקים בענינים אחרים (כגון שזה תובע לחבירו שניתן לו השלישות שהי' תנאי בפניהם בפני השליש שאף לאחר שיתן לו השלישות יכול לפדותו לזמן פלוני או בסך פלוני וזה מכחישו ונאמן השליש וחייב זה שניתן לו השלישות לישבע נגדו ש"ד להכחיש העד או כשהשליש מסייעו פטור אפי' משבועת היסת משום דהשליש ה"ל עד מסייע שפוטר משבועה) אבל אם יש עליו תרעומת שהוציא השלישות מתחת ידו שלא כדין א"כ בין שתובע לחבירו שיחזרו לו השלישות לגמרי מפני שניתן לו שלא כדין או שתובעו מחמת ענינים אחדים שביניהם אפי' לו יהי' כדבריו שניתן לו כדין אין השליש יכול להעיד דנוגע בעדות הוא שהרי בע"כ צריך הוא להעיד שאל"כ יאמר לו זה תתן לי השלישות שלי שהוצאת מתחת ידך שלא כדין (וא"כ יצטרך לישבע נגדו וכיון שאינו נאמן אלא בשבועה לא הוי עד וכדלקמן סי' קכ"א סקמ"ט וא"כ בין שאומר לסיועת התובע או לסיועת הנתבע לא הוי עד המכחיש ולא עד המסייע ודוק) אבל כשהשלישות תחת ידו לא שייך לומר שיש להם עליו תרעומת שהרי בידו ליתנו למי שירצה כן נלפע"ד ברור מיהו בתשו' מהר"מ בתשובת מיימון לספר משפטי' סי' מ"ד ובמרדכי ואגודה בגטין פרק התקבל מוכח להדיא דס"ל דשליש נאמן להיות כעד אחד אף שתובעו שהוציא השלישות מתחת ידו שלא כדין דכתב שם דשליש נאמן אף במקום שאין שלישותי תחת ידו דכדין עבד נמפרע בעוד שהי' שלישותו בידו אפי' בלא שבועה מטעם דחזקה שליח עושה שליחותו וחזקה אין אדם חוטא ולא לו כו' וע"ש. ומ"מ נראה לפע"ד עיקר דצריך לישבע חדא דהר"י ברצלוני ובעל העיטור ובעל התרומות והר"ב ושאר אחרונים רבים נינהו וגם בהגהת מרדכי סוף סנהד' העתיק דברי בעל העיטור בסתם ועוד דמסתבר כותייהו וגם פשטא

לישנא דתוספתא שאין השלישות יוצא מתחת ידו הרי הוא ככל אדם משמע כן וכל הראיות שהביא בתשו' מהר"מ שם יש לדחותם די"ל דהיינו דוקא מקמי דתקון רב נחמן היסת א"כ גבי ממון מגו דאי בעי אמר השליש החזרתיה לך נאמן ג"כ לומר כדין עשיתי אבל לבתר דתקון רב נחמן היסת א"כ כיון דצריך שבועה תו ליכא מגו ותו לא הוי עד דכל עד שצריך לישבע לא הוי עד וכה"ג ממש אמרינן בש"ס בקדושין פרק האומר (דף מ"ג ע"ב) ונתבאר לקמן סי' קכ"א סקמ"ט ועוד יש לדחות ראיות מהר"מ בע"א ע"ש ועיין לקמן סי' קפ"ה ס"ה: ונראה דאם רוצה זה שניתן לו השלישות להחזיר השלישות לשליש כדי שיעיד לאו נוגע בעדות הוא וכמ"ש הטור בסי' ל"ז ובסי' ק"מ בשם ה"ר יונה גבי שכירות וכ"פ המחבר בסי' ל"ז סי"ב ואף להיש מי שחולק שהביא המחבר בסי' ק"מ ס"ט והוא הרשב"א י"ל דמודה כאן שהיה שליש ביניהם מתחלה והימנוהו מתחלה אם כן השתא שמחזיר לו הדר להימנותיה: ועוד מצאתי בחדושי הרשב"א פרק התקבל שכתב וז"ל וא"ר והיאך הוא נאמן והלא שליש אינו נאמן אלא בששלישותו יוצא מתחת ידו י"ל משום מגו וכן כתב הראב"ד ז"ל בסמיך גבי הא דאמרינן מי קא נפק גיטא מתותי ידה דלהימניה וכיון דלא נפק מתותי ידה לא מהימן דמאן נימא דשליש הוה הרי הגט אינו בעולם שאם היה קיים אפילו ביד האשה הוה מהימנא לומר לגירושין יהבי' ניהלי' דאי בעיא מהדר לי' בידיה ע"כ ואם כדבריו שליש דעלמא אע"פ שאין שלישותו יוצא מתח"י יהא (נ"ל דמלת יהא הוא כמו הוא ודוק) נאמן לזכות מי שנתן בידיו דאי בעי מהדר לי' בידי' ולדידי ניחא לי דאי לאו דאמר הרב ז"ל משום טעמא דמגו הייתי אומר דבגט יוצא מתח"י אפילו בלא מגו מהימן ומגורשת מדינא לרב חסדא וטעמא דכיון שמסרו לידה נאמן היה בשעת מסירתו ואע"פ שלא מסרו בעדים תפיסתו מוכחת עליו דאיהו יהביה ניהליה ולגירושין ושליש דעלמא דאמרי' דבאין שלישותו תחת ידו א"נ דוקא באומר לחובת מי שיוצ' עכשיו מתחת ידו א"נ בשידוע שלקחוהו שלא מדעת כאותה דבעל המקח שתפסו שניהן אבל בגט יוצא מתחת ידה נאמן עכ"ל הרשב"א הרי להדיא דהביא דברי הראב"ד דהיכא דיכול להחזיר לו נאמן אף בשכבר יצא השלישות מתחת ידו וגם הרשב"א גופיה מודה לו בזה אלא דס"ל דאפי' בלא מגו נאמן לזכותה ואע"פ שנלפע"ד דהרשב"א לא קאמר דנאמן אף בלא מגו לזכותה אלא גבי גט דלא שייך שבועה או בשאר דבר לענין להחזיק בידו אבל לא שיהיה כעד אחד לענין ממון להיות עד מסייע לפטרו משבועה היכא שהוא אומר שהשליש עשה שלא כדין במה שהוציא השלישות מתחת ידו וא"כ לבתר תקנת ר"נ חייב השליש לישבע ואינו יכול להיות עד אלא ה"ק דכשאומר לחובת מי שיצא מתחת ידו אינו נאמן כלל לענין שיחזיר זה שהוא תחת ידו אלא לעולם

נאמן זה שיצא תחת ידו בדבריו והלכך גבי גט היא נאמנת מ"מ. מוכח להדי' מדברי הרשב"א דהיכא דיכול להחזירו להשליש דינו כשלישות יוצא מתחת ידו אע"ג דלקמן סי' ק"מ גבי שכירות לא ס"ל להרשב"א הכי אלא ודאי צריך לחלק בין שכירות לשלישות וכמו שכתבתי כנלפע"ד (ועוד דהא בלאו הכי למהר"מ ומרדכי ואגודה נאמן כאן אף שהוציא השלישות מתחת ידו כיון דהימניה מתחלה) וגם נראה דאפשר דכשפטרו משבועה מועיל להיותו עד וכמ"ש לקמן סי' קכ"א סק"נ בשם המרדכי לחד תירוצא ע"ש (שוב מצאתי בתשובת מה"ר יוסף טראני סי' צ' שכתב ג"כ דמדברי הר"י ברצלוני מוכח דדוק' באין שלישותו יוצא מתחת ידו יש לחלק בין תרעומות או לא אלא שנראה מדבריו שם להדיא דמפרש דהך תרעומת היינו מלתא דשייך השליש בגוה כגון שחושדו שעכב המעות לעצמו ולפעד"נ כמ"ש ואולי גם מהרי"ט לא נקט אלא דוגמ' וה"ה בכל מילי היכא שאין השלישות יוצא מתחת ידו וזה אומר שעשה שלא כדין שהוציא השלישות מתחת ידו איכא למחשדיה בשום מלתא ודוק) . ואין להביא ראיה מתשו' רשב"א סי' תתקי"ו לדברי מהר"ם דכתב הרשב"א שם שהשליש הוי עד מסייע ופוטרו משבועה אף שכבר היציא השטר מתחת ידו ונתנו לשמעון ולוי בן ראובן אומר שניתן לו באסמכתא ע"ש די"ל דהתם אין לו ללוי תרעומת על השליש שהרי אינו אומר שהשליש עבר על שלישותו ועשה שלא כדין שהרי היא מודה שהושלש בידו שיתנו לו ע"פ אותו תנאי רק שאומר שהי' אסמכתא בדבר והשליש לא הי' בקי בדיני אסמכתא א"כ אין לו תרעומת על השליש והלכך פסק הרשב"א דכיון שנתן לו השטר מסתמא הי' בקי בדיני אסמכתא והחזרתו הוי כמעיד ועד מסייע פוטר משבועה שהרי אין לו תרעומת על השליש שהרי אף לדברי לוי לא הי' השליש חייב בדין מפני שנתן השטר לשמעון שהרי הוא אומר שהוציאו מתחת ידו מחמת שלא הי' בקי בדיני אסמכתא ולא פשע בזה כלום ודו"ק: שוב מצאתי להדיא בתשו' הרא"ש כלל ק"ה סי' ג' שפסק הלכה למעשה בענין דוני"א ויילייד"ה שהוציאה השלישות מתחת ידה שצריכה לישבע וז"ל שם בסוף התשו' ואע"פ ששליש נאמן בלא שבועה היינו כל זמן ששלישותו בידו והבעלי דינין חלוקים והוא מכריע כאחד מהן אז הוא נאמן בדבורו אבל אם אין יוצא שלישותו מתחת ידו הרי הוא כשאר כל אדם וצריך שבועה עכ"ל וע"ש הרי להדיא דלא כמהר"ם אלא כדפרישית לדעת בעל העיטור ונתתי שמחה בלבי שכוונתי לדעת הגדול תל"ח:

סעיף כא

וכן אם הי' קרוב או פסול. אינו נאמן כלל אחר שהוציא השלישות מתחת ידו אע"פ שאין להם עליו תרעומות דכיון דאחר שיצא השלישות מתחת ידו אינו אלא כעד אחד דעלמא והרי הוא קרוב או פסול:

סעיף כב

שטר כו'. אינו נאמן שאין השליש נאמן בשביל תפיסתו יותר מבעל דבר בעצמו ואלו הי' השטר ביד מלוה כיון שאינו יכול לקיימו אינו כלום שמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואין כח ביד השליש לעשות משטר מזוייף כשר עכ"ל טור והוא מהבעה"ת שער נ"ב ח"ג. וכ' בספר שארית יוסף וז"ל וק' שהרי בריש הסימן כתב שהשליש נאמן כב' עדים ועוד הרי הוא לפחות עד אחד וי"ל שר"ל שאינו שטר לענין לטרוף בו ממשעבדי וגם נאמן לומר פרעתי כי המלוה בעדים אין צריך לפרעו בעדים לזה אמר ולא משוי ליה שטרא ר"ל אין עליו דין שטר וק"ל ועוד י"ל שגם השליש אינו יודע מאומה ושהוא בידו אין ראיה עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד דמ"ש בסוף ועי"ל שגם השליש אינו יודע מאומה כו' ודאי ליתא שהרי בהדיא כתבו הבעה"ת והטור שהשליש אומר שכך וכך נשאר עדיין לפרוע. ומה שתירץ מתחלה דהמלוה בעדים א"צ לפרעו בעדים ג"כ לא מחוור דא"כ כשטוען הלוה שהשטר הי' פרוע קודם דנמסר ליד השליש היה לו לשליש להיות נאמן וכ"ת אה"נ א"כ הוי ליה לבעה"ת והטור לפלוגי בהכי ועוד דזיל בתר טעמא שכתבו שאין כח ביד השליש לעשות משטר מזוייף כשר וה"ט שייך בכל גיונא ועוד לפי דבריו כשהלוה טוען שהשטר מזוייף אמאי אין השליש נאמן אבל לפעד"נ דמעיקרא לק"מ דאנן הכי קאמרינן שליש נאמן כב' עדים ליתן אותו דבר שבידו ליד מי שירצה בענין שאין אותו שכנגדו יכול לתבוע זה שניתן לו אפי' בעד א' משום שהשליש נאמן כב' עדים ליתנו למי שירצה שכיון שהשלישוהו מתחלה בידו הרי האמינוהו עליו כב' עדים ליתנו למי שירצה ואותו דבר יהיה של זה שיתן לו השליש ושוב אין לו לזה שכנגדו טענה עליו אבל שטר שאינו מקויים שאף כשיתן לו השליש לא יועיל לו כלום אם לא שהוא יתבע את שכנגדו והרי בשטר זה א"י לתבוע ממנו כלום וא"כ בע"כ יצטרך לעדותו של שליש וא"כ ע"כ שא"י להעיד אם לא אחר שכבר יצא השלישות מתחת ידו ועכ"פ לא עדיף טפי מעד א' פשיטא דלא הימנוהו כבי תרי לענין שיוציא ממון מחבירו דשליש לעילם אינו נאמן אלא על מה שבידו שהושלש בידו ליתנו למי שירצה משא"כ הכא זה נ"ל ברור ודו"ק:

סעיף כג

או פרוע אם אינו יכול לקיים כו'. עמ"ש לעיל סק"א בשם הנ"י שחולק ע"ז דאם טוען פרוע כיון שהי' השליש יכול לקיימו בשום פעם אע"פ שאין יכולים לקיים עכשיו חתימת העדים נאמן השליש והוכחתי שם באריכות שכך הוא ג"כ כוונת התוס' ס"פ זה בורר מיהו אם טוען הלוה מזוייף כ"ע מודו דאין השליש נאמן וכמ"ש שם ע"ש:

סעיף כד

אינו נאמן כתב הסמ"ע בשם מהרש"ל דאפי' שבועה דאורייתא אינו מחייב השליש לשכנגדו על מה שאומר שהידה בפניו שח"ל כך וכך בשטר זה אם לא אמר לו בתחלה אתה תהי' עד בדבר עפמ"ש לק' סי' פ"א ס"י דיכול לומר משטה הייתי בך או שלא להשביע אמרתי כן והב"ח חולק עליו וז"ל והא ודאי דלא מצי טעין הכא השטא' או השבע' כיון דשניהם מודים שעשאוהו שליש ע"מ כך וכך א"כ עדיף טפי מהיכח דלא א"ל כ"א אתה עד בדבר זה שהרי עשו גם מעשה והניחו השטר בידו שיהא נאמן עליה ודלא כמ"ש מהרו"ך בשם מהרש"ל דאפי' ש"ד אינו חייב דליתא ואני ראיתי בכת"י מהרש"ל דהי' מסתפק בדבר ולפע"ד אין כאן ספק דפשיטא דחייב ש"ד והכי נקטי' עכ"ל וכ"נ עיקר:

סעיף כה

הרי הוא בחזקת שאינו פרוע נראה דהיינו דאין הב"ד טוענים לו שישבע שלא פרעו אבל אם טען הלוה בעצמו ישבע לי צריך לישבע לו דלא עדיף כשהוא ביד שליש מכשהוא ביד מלוה עצמו כשאין בו נאמנו' וכדלקמן סי' פ"ב כ"כ הסמ"ע והב"ח ודלא כבעל גדולי תרומה דף שכ"ב ע"ב שמגמגם בזה לדעת הטור ע"ש: גם מ"ש הסמ"ע כשאין בו נאמנות כו' פשוט הוא דכשיש בו נאמנות באופן המועיל לקמן סי' ע"א דא"צ לישבע נגדו או נגד היורשים וכן הוא בבעה"ת ובב"ח ע"ש וגם נלפע"ד דכל זה לא מיירי אלא כשהושלש בידו בסתם שיפרענו ליום פלוני אבל אם התנו שיפרענו דוקא בפני השליש א"צ שבועה כלל בין אומר אשתבע לי ובין בא ליפרע מן היתומים אלא השליש נאמן שלא פרעו וגובה זה שטרו. כן נלפע"ד:

סעיף כו

כדין הבא ליפרע כו'. ואם מת המלוה אח"כ אמרינן גם בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו (כדאמרינן לקמן סי' ק"ח סעיף י"א) כן כתב הבית חדש ופשוט הוא:

סעיף כז

לא יתננו למלוה. משני טעמים הא' שמא לוה בו ופרעו לפיכך נמצא בידו והפקידו החייב אצל זה והב' שמא לא לוה בו מעולם והתנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה שלא זכה בו המלוה לענין שיעידו בו העדים עד שיצא מתחת יד המתחייב וגם לא יחזירנו ליד יורשי הלוה שמא אמר לעדים בסתם קנו ממני לפלוני וכתבו לו השטר ונמצא שזכה בו המלוה בהיותו ביד העדים ואפשר שטעו ומסרוהו ללוה שלא כדין עכ"ל הטור. העתיקו הסמ"ע וחסר בהעתקה שבטור כתוב שמא אמר לעדים קנו ממני לפלוני וכתבו השטר או שמא אמר בפי' כתבו לו השטר ונמצא כו' וכן הוא בעיר שושן ועיין לעיל ס"ס ל"ט סעיף י"ג בהג"ה מ"ש בזה: מ"מ יש להקשות דהא לפי האי טעמא שכתב הטור שמא התנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה כו' גם אם הוא שטר מתנה דלא שייך בי' פרעון לא יתננו ליד המקבל ולקמן ס"ס ר"ן כתב הטור וז"ל כתב הרמב"ם וכן מי שכ' שטר חוב על עצמי בשם אחר או בשם א' מבניו ונתן אותו ביד שליש ואמר לי יהא אצלך ולא פי' כלום או אמר לו הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת ה"ז אינו כלום וכתב א"א ז"ל בתשו' על דבריו דהיינו דוקא בשטר חוב לפי שכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ושמא כתב ללות ולא לוה אבל במתנת ברי' בקנין כשהקנה זכה המקבל עכ"ל ותשובת הרא"ש זו מצאתי' בכלל ס"ו סי' ג' וביאר שם טעם הדבר דשטר מתנה בקנין א"צ שיגיע השטר ליד המקבל כי מיד משעת קנין קנה השדה והשטר אינו אלא לראי' בעלמא ע"ש וכן מוסכם מכל הפוסקים וכדאיתא בנ"י פרק קמא דמציעא ופרק יש נוחלין ובה' המגיד ובריב"ש סי' קס"א וכ"פ בית יוסף סוף סי' ל"ט דבשטר הקנאה לא בעינן דמטא שטרא לידי' אלא אפי' לא הגיע לידו כלל קנה משעת הקנין ודלא כהרי"ף ור"ח דס"ל דבשטרי הקנאה ג"כ בעינן דמטא שטרא לידיה והביאו ראי' מהא דתנן פרק יש נוחלין מי שמת ונמצא דייתקי קשור' על ירכו אינו כלום ודחו כל הפוסקים ראי' זו ופרשו דדייתקי מיירי במתנת ש"מ אבל במתני' ברי' בקנין קנה המקבל אף שנמצא על ירכו ולא זכה בה לאחר דמשעת קנין שעבד נפשי' וכ"פ הטור לקמן סי' ס"ה סעיף י"ד דהמוצא שטר הקנאה של מתנה בשוק יתננו להמקבל מטעם דנהי שלא נמסר ליד המקבל מ"מ משעת קנין שעבד נפשי' וכדאיתא בפ"ק דמציעא. וצ"ל דהטור לקמן ס"ס ר"ן מיירי כשידוע שהקנה לפני העדים בסתם ולא התנה עמהם שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה כגון שעידי הקנין הם לפנינו וכיוצא בזה וכזה תירץ הב"ח ואע"ג דלכאור' פשט דברי הרא"ש בתשו' כלל ס"ו סי' ג' לא משמע כן מ"מ אפשר לפרש דבריו כן ע"ש והא דלא פי' הרא"ש דהרמב"ם מיירי

אפי' בשטר מתנ' ובשאין ידוע משום דמשמע דהרמב"ם מיירי בכל גוונא אפי' בידוע וכן הא דפירשו הפוסקי' מתניתין דיש נוחלין במתנת ש"מ ולא פירשו' אפי' במתנת ברי' בקנין ואין ידוע שהקנה בסתם היינו משום דמשמע להו דמתני' אייר בכל גוונא והא דקי"ל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירנו לבעלי' ומשמע דמיירי אפי' אין ידוע שהקנ' בסתם שאני התם דכיון דנמצא בשוק ואין ידוע משל מי נפל לא חיישינן שמא התנה עם העדים ואף על גב דבלא קנין הוה חיישינן לשמא כתב ליתן ולא נתן היינו משום דכיון דאינו זוכה אלא בקבלת השטר אבל כשיש בו קנין דמיד משעת קנין זכה בו המקבל אלא שיש לחוש שמא התנה הנותן שיתנוהו לידו ולא ליד המקבל וזה לא חיישינן אלא כשידוע ששטר זה בא מהנותן והלכך כיון שהנותן מסרו ליד שליש זה חיישי' להכי אבל כשנמצא בשוק לא חיישינן להכי. ומ"ש הטור בס"ס ר"ן דהשט"ח אינו כלום אי נימא דמיירי בקנין ע"כ האי אינו כלום פירושו שאין גובה בו אבל מ"מ לא יתננו לא לזה ולא לזה וכמ"ש הטור כאן ואי פירושו אינו כלום ומחזירין אותו ליד הנותן בע"כ צ"ל כמ"ש הב"ח דשאני התם דמיירי בשט"ח בלא קנין ואע"ג דבנמצ' שט"ח אף בלא קנין אין מחזירים לא לזה ולא לזה וכדמוכח בש"ס פ"ק דמציעא ובכל הפוסקים ובטור לקמן סי' ס"ה היינו דוקא בנמצא בשוק משא"כ הכא שידוע שהנותן מסרו לידו ועיין בבעה"ת שער נ"ב חלק ד' תמצא דעות חלוקות בדינים אלו ומה שכתבתי הוא מוכרח בדעת הטור ועיקר: ומתוך מה שכתבתי דוק ותשכח שהסמ"ע לא כיון יפה בכמה מקומות בכמה דינים בענינים אלו דלקמן סי' ס"ה סעיף ב' כתב הטור וז"ל וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שום שטר שנמצ' ברשות אביהם אא"כ יודעים מה טיבו ע"כ וכ' בסמ"ע שם ס"ק ו' דצ"ע דבסי' רמ"ג סי"ג פסק המחבר גבי שטר מתנה שנמצ' אצל יורשי הנפקד דיחזירנו היורש להנותן ודוחק לחלק דשאני הכא דאין ידוע מיד מי בא לידו משא"כ התם דידוע שהנותן נתנו לידו אלא שאין ידוע באיזה אופן נתנו לידו ואפשר לחלק דשאני מתנה די"ל דעדיין לא זכה בהמתנ' ולא הגיע השטר לידו דמיירי שם בשטר מתנה שאין בו קנין מ"ה יחזירו ליורשי נותן אבל כשהו' בקנין מחזירין להמקבל כמ"ש מור"ם בהדי' בס"ס ר"ן משא"כ בהלואה ודו"ק עכ"ל ולפע"ד הא ליתא דבהדי' מוכח בש"ס פ"ק דמציע' (דף י"ג ע"א ודף י"ט סוף ע"א) דאפי' שטר מתנה שאין בו קנין לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכ"כ הרמב"ם וה' המגיד פי"ח מה' גזלה דין ט' להדי' ע"ש ופשיט' דנמצ' ביד אביהן דמי. לנמצ' בשוק וגם ממ"ש הטור לא שום שטר כו' משמע אפי' שטר מתנה אלא העיקר דלקמן סי' רמ"ג מיירי דידוע שהנותן נתנו לידו וכמ"ש לק' ואע"פ שהסמ"ע כתב דדוחק לחלק בכך ליתא דאינו דוחק כלל והרי להדי' ס"ל להרא"ש דכשידוע שבא מיד הנותן

מחזירים לו וכמ"ש לקמן: גם בסי' ס"ה סעיף ה' שכתב המחבר (והוא מתשו' הרא"ש שבטור סי' רמ"ג סי"ח) וז"ל ראובן שמת ונמצאו ברשותו שטרות של אחותו קשורים יחד מקצתן לזכותה דהיינו שטרי נדונייתה ושטרי קרקעותיה ומהם לחובת כגון שטר מתנה שנתנה לבעלה קרקע שהיה לה אע"פ ששטר נדונייתה הוא כשאר חובות מאחר שהוא קשור עם שטרי קרקעותיה שהם ודאי שלה הי כאלו נודע ודאי שהיא הפקידתם ומטעם זה גם שטר המתנה שנתנה לבעלה קרקע אנו מחזיקין שהיא הפקידתו ויחזירו לה או ליורשיה עכ"ל וכ' בסמ"ע שם סקט"ו וז"ל אנו מחזיקים שהיא הפקידתו כו' פי' עדיין לא זכתה המתנה לבעלה והיינו דוקא כשהוא בשטר מתנה בקנין צריך שיהיו קשורים יחד אבל אם הוא בלא קנין יתבאר לקמן בסי' רמ"ג סי"ג דאף בנמצא שטר מתנה לחוד מחזירין לנותן וכ"כ בהדיא מור"ם האי חילוק בסי' ר"נ סכ"ה ע"ש עכ"ל ולפע"ד זה אינו דהא לא הוזכר שיש בו קנין גם בש"ס ופוסקים מוכח להדיא דאף שטר מתנה שאין בו קנין אין מחזירין לנותן וכמ"ש אלא בסי' רמ"ג מיירי שהוא ידוע שהנותן הפקידו אצלו וכמ"ש לקמן ומ"ש וכ"כ בהדי' מור"ם ליתא וכמ"ש לקמן. גם מ"ש בשטר שיש בו קנין לחלק בין קשורים ליתא וכמ"ש לקמן. גם בסי' רמ"ג סי"ג שכ' המחבר וז"ל מי שמת ונמצא אצלו מופקד שטר מתנה שנתן ראובן קרקע לשמעון. וראובן מת יחזירו ליורשי נותן עכ"ל וכתב בסמ"ע שם וז"ל יחזירו ליורשי הנותן מיירי בשטר מתנה דלית בה קנין דלא זכה בה המקבל עד שיגיע השטר לידו אנא שיש לספק שמא כבר בא ליד המקבל והמקבל הפקידו אצל זה ע"ז קאמר דמכח ספק אין מוציאין הקרקעות מחזקתן ומחזירים השטר ליורשי הנותן אבל אם היה בו קנין היו מחזירים אותו להמקבל הנזכר בשטר וכמ"ש הטור בס"ס ר"ן אם לא שיש הוכחה שהוא של הנותן כגון שהיו קשורים עם שאר שטרות המיוחדים להנותן דאז היו ג"כ מחזירים זה להנותן אגב השטרות דליכא לספוקי בהו דבודאי הן של הנותן דאז אמרינן גם שטר זה כתבוהו הנותן וקנו מידו על איזה תנאי ועדיין לא נתקיים התנאי וכמ"ש הטור בסי' זה סי"ח תשובת הרא"ש כענין זה ע"ש והמחבר כתבותו לעיל סי' ס"ה ועמ"ש שם לפני זה בס"ב גם עי' לקמן ס"ס ר"ן בסכ"ה בדברי המחבר ומור"ם ז"ל ושם נתבאר ג"כ שבשטר הלואה אף שיש בו קנין אין מחזירים אותו לא ללוה ולא למלוה דשמא כתבו ללות ולא לוה ע"ש עכ"ל ומ"ש אלא שיש לספק שמא כו' והמקבל הפקידו כו' כבר כתבתי דהא ליתא דבהדיא מוכח בש"ס ופוסקים דבכה"ג אף באין בו קנין אין מחזירי' לא לזה ולא לזה וכמ"ש אלא הדבר פשוט דדין זה בסי' רמ"ג לקח המחבר מתשובת הרא"ש שבטור דמיירי התם להדיא שהיה ידוע שהנותן הפקידו אצלו כגון שהיה קשור אצל שטר של הנותן וכה"ג ולזה כתב המחבר

ונמצא אצלו מופקד כו': גם מ"ש בשטר של קנין דאם היו קשורים מחזירים להנותן ליתא דהא טעמא דהרא"ש הוא משום דמשעת קנין שעבד נפשיה והשטר אינו אלא לראיה וכמ"ש להדיא בכלל ס"ו סי' ג' וכמ"ש לעיל וא"כ מה בכך שהנותן נתנו לידו וכ"מ להדי' בס"ס ר"ן בטור ומור"ס דאע"ג שבא ליד הנותן זכה המקבל ע"ש ואם תרצה לומר דהא דמחלק הסמ"ע בין קשורים לאינן קשורים מיירי כשאין ידוע שהקנה לפני העדים בסתם מ"מ הא בכה"ג כ' הטור כאן דאפי' ידוע שהנותן הפקידו אצלו אין מחזירים לו וכמ"ש לעיל אלא ודאי התשו' הרא"ש שהביא הטור סי' רמ"ג סי"ג והמחבר סי' ס"ה סעיף ה' מיירי דוקא בלא קנין ודלא כהסמ"ע. גם מ"ש ושם נתבאר ג"כ שבשטר הלואה אף שיש בו קנין כו' דשמא כתב ללות ולא לוה כו' ליתא דבהדי' אמרינן בש"ס פ"ק דמציעא (דף י"ג ע"א) דבשטר אקנייתא לא חיישינן לשמא כתב ללות ולא לוה דמשעת קנין שעבד נפשיה וכדלעיל סימן ל"ט סי"ג. מיהו טעמא אחרינא איכא בשט"ח שאין מחזירין משום דחיישינן לפרעון וכמ"ש לקמן. גם לקמן ס"ס ר"ן סכ"ה שכ' המחבר (וכל הסעיף הוא ל' הרמב"ם ספ"ט מה' זכייה) וז"ל מי שמת ונמצאת מתנה קשורה על ירכו אע"פ שהיא בעדים וקנו מידו כדי ליפות כח אלו שנתן להם ה"ז אינה כלום שאני אומר כתבו ונמלך (ופי' הה"מ דמיירי במתנת ש"מ בכולה אבל במקצת זכה בהן כיון שיש בהן קנין וע' בס' גדולי תרומה דף שכ"א ע"ד מה שהקשה על ה' המגיד דהא בכותב כל נכסיו כ' הרמב"ם פ"ח שאם קנו מיד הנתן ליפות כחו קנה הכל כו' ע"ש שהאריך בזה ולפענ"ד לק"מ דיפוי כח לא מהני אלא דלא נימא שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר אבל מ"מ לא הוי אלא מתנת ש"מ וכ"מ בתשו' ריטב"א שהביא ב"י סי' רמ"ג ס"י וא"כ במקצת הוי מתנת ברי' ומ"ש הרמב"ם בפ"ח ואם קנו מידו כדי ליפות כח המקבל הרי היא קיימת ר"ל קיימת משום מתנת ש"מ וע' בהה"מ פ"ח דין י' דהתם מיירי במגנה דעתו שמצוה מחמת מיתה ע"ש גם מה שהק' הג"ת שם על היה ממ"ש הרמב"ם וכן מי שכ' שט"ח כו' ודוחק גדול לאוקמא דוקא בלא קנין כו' אשתמוטטי' דברי הרא"ש והטור כאן דמפרשי ליה בלא קנין ואינו דוחק כלל אף שבאמת שמדברי בעה"ת שם משמע דהרמב"ם מיירי אף בקנין מ"מ דברי הרא"ש והטור וה"ה נכונים בזה) ואם זכה בה לאחר בין מהיורשים בין שאינם מן היורשי' כל הדברים שבה קיימים ככל מתנות ש"מ וכן מי שכ' שט"ח על עצמו בשם אחר או בשם א' מבניו ונתן השטר ליד שליש ואמר לו יהי אצלך ולא פי' לו כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת אינו כלום. הג"ה ובמתנת בריא בקנין כשהקנה קנה המקבל ע"כ (ומשמע להדי' דאע"ג דידוע שהנותן מסרו לידו קנה המקבל וכמ"ש לעיל) וכ' בסמ"ע שם וז"ל וכן מי שכ' שט"ח כו' כמו דחיישי' במתנת

ש"מ הנ"ל שמא כ' ונמלך כך חיישינן בשט"ח זה שמא כ' ללות ולא לוה ומ"ה לא יתנהו להמלוה הנזכר בשט"ח וה"ה להשטר מכירה שמא כתבו למכור ולא מכר. במתנת בריא בקנין כו' פי' הנמצא ביד שליש יתנהו להמקבל והוא מתשו' הרא"ש הביאו הטור בס"ס זה והיינו משום דמיד משעת הקנין קנהו המקבל והשטר אינו אלא לראי' בעלמא עכ"ל נראה מדבריו דאף בשט"ח ושטר מכר של קנין חיישי' לשמא כ' ללות ולא לוה או למכור ולא מכר מדמחלק בין שט"ח ומכר לשטר מתנה וכ"כ בסמ"ע להדיא בסי' רמ"ג שהבאתי לעיל וכ"כ ג"כ הב"ח בס"ס ר"ן דהרא"ש מיירי בידוע שהקנה בסתם ולכך בשט"ח מן הסתם נמי חיישינן שמא לא לוה אבל במתנה מן הסתם קנה המקבל כו' עכ"ל אבל באמת זה אינו דבהדיא מוכח בש"ס פ"ק דמציעא וכל הפוסקים דבין שטר הלואה או שטר מכר שיש בו קנין לא חיישי' לשמא כתב ללות ולא לוה או למכור ולא מכר וכדלעיל סי' ל"ט סעיף י"ג ולקמן ריש סי' רל"ח ואין חילוק בזה בין שט"ח ומכר לשטר מתנה וכדמוכח להדיא בפ"ק דמציעא ובכל הפוסקים אלא פשיטא דאף שטר מכר מחזירים להמקבל כמו שטר מתנה והרא"ש בתשובתו (כלל ס"ו סי' ג') נקט שטר מתנה משום שהשאלה שם הי' על שטר מתנה ומה שמפרש דברי הרמב"ם דהיינו דוקא בשט"ח ר"ל בלא קנין והיינו משום דהרא"ש אזיל לשטתיה דס"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ויש לחוש שמא כתב ללות ולא לוה בשטר שאין בו קנין ואה"נ דלהרמב"ם דפסק דלא כאביי י"ל דוקא שט"ח משום דחיישינן לפרעון וכדאי' להדיא בפ"ק דמציעא (דף י"ג) ובכל הפוסקים ונתבאר בסי' ס"ה והרא"ש קיצר בדבר בפי' דברי הרמב"ם אבל לענין דינא הדבר ברור כמ"ש. גם דברי הע"ש בס"ס ר"ן נראין כדברי הסמ"ע ואינם נכונים שכ' וז"ל בד"א בשט"ח לפי שכותבים שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ושמא כ' ללות ולא לוה אבל אם הוא מתנת בריא בקנין כו' משמע מדבריו דבשט"ח מיירי אף בקנין ועוד דבלא קנין הא כ' הע"ש גופיה בס"ס ל"ט דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה כו' וא"כ לא הל"ל ושמא כ' ללות ולא לוה דהא בשט"ח שבקנין ליכא למיחש להכי וכמ"ש וכמו שכ' איהו גופיה בס"ס ל"ט אלא הכא בשט"ח טעמא אחרינא איכא לדעת הרמב"ם וסייעתו שפסקו דלא כאביי והיינו דחיישינן לפרעון וכמ"ש הארכתי בזה לפי שראיתי הסמ"ע לא כיון יפה בכמה מקומות בדינים אלו גם הב"ח והע"ש לא יצאו ידי חובתן וכמ"ש ע"כ הוכרחתי לבאר הכל על נכון:

סעיף כח

כגון שבא הלוה עם אחר כו'. כתב הסמ"ע דדוקא נקט שבא הלוה (ועיין בספר שארית יוסף מ"ש דאתא לאשמועינן דל"ת דאין אומרים מגו בשנים כו' ודבריו מגומגמים דל"ש

כאן מגו בשנים גם דברי הב"ח מגומגמים קצת ע"ש) עמו שאיהו יודע בזכותו וטוען בריש על תנאי כך וכך נמסר ליד השליש משא"כ אם הלוה לא ידע מזה דאינו יכול לטעון כן בברי וזה דלא כמו שכ' מור"ם בד"מ סעיף ב' ע"ש עכ"ל ומ"ש כשהלוה לא ידע כו' דאז אינו נאמן השליח הוא נכון לדינא וכמ"ש לעיל ס"ק ה' באריכות דאפי' יש לשליח מגו לא מהימן בכה"ג ואפי' נתנו כבר להלוה צריך להחזירו למלוה (ולפ"ז צריך להגיה בדברי הסמ"ע מ"ש וטוען ברי שעל תנאי כך וכך נמסר ליד השליש כו' תיבת השליש צ"ל השליח כו' דמה בכך שטוען ברי שנמסר ליד השליש אם אינו יודע ברי שהמלוה מסרו ליד השליח כך וכמש"ל ס"ק ה' ודוק אבל אם הלוה יודע בברי אף שלא הי' שם בשעת השלישות לא אצל השליח ולא אצל השליש מהני וכדלעיל סי' ב' בהג"ה) אך מ"ש הסמ"ע וזהו דלא כמ"ש מור"ם בד"מ בסעיף ב' כו' לא ירדתי לסוף דעתו דבד"מ סעיף ב' לא כתב אלא על דברי הטור ובעה"ת שכ' שם שהשליש נאמן אע"פ שהבע"ד מכחישו כו' וז"ל מיהו בתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' י"ז משמע דאין השליש נאמן כשאין שניהם מודים שהשלישו בידו עכ"ל ונראה שכונת הסמ"ע להשיג דהרא"ש לא פליג דמיירי דהלוה לא ידע אבל לפענ"ד נראה דפליג אע"ג דקושטא דמלתא דמיירי דלא ידע וכמ"ש לעיל מ"מ מוכח נמי מדברי הרא"ש שם דהיכא דמכחיש השליש אין השליש נאמן דה"ל נוגע בעדות וכמ"ש לעיל באריכות ע"ש ודוק:

סעיף כט

יעשה שליש מה שאומר וכו' שהרי השליש נאמן שכך אמר לו השליח והשליח נאמן בשעה שיצא השטר או המשכון מתחת ידו במגו שאם היה רוצה הי' אומר הושלש בידי על תנאי כך וכך עכ"ל טור בשם רמב"ן ולפי דעת הרא"ש וסייעתו שהבאתי לעיל ס"ק ה' דהיכא דמכחיש את השליח אינו נאמן אלא במגו דלהד"ם או החזרתי או קליי' צ"ל דמיירי כאן דיש להשליח האי מגו דאי לית ליה האי מגו ליתא להאי דינא ואע"ג דמדברי הר"ב בהג"ה דבסמוך נראה דמפרש לה דלית ליה האי מגו וכמ"ש בס"ק כ"ח מ"מ לפי מה שהעליתי לעיל לענין דינא צריך לפרש כמ"ש ודלא כמו שכ' בתשו' מהרשד"ם סי' ע"ז דהרא"ש בתשו' חולק על הרמב"ן בזה ע"ש ודו"ק:

סעיף ל

ויחזיר למי שנתן לו. נראה דהיינו כשאין לשליש (לשליח) מגו דההחזרתי או להד"מ אבל אם יש לו מגו יכול ליתנו לשכנגדו ע"פ מה שהתנה לפניו ויהיה הדין בינו ובין הנותן אבל אם היה לו דין שליש הי' נאמן אע"ג דלית ליה השתא מגו וכמו שנתבאר וק"ל:

סעיף לא

כיצד הרי ראובן כו'. כתב הסמ"ע וז"ל בסעיף ג' כתב המחבר דיתן השלישות בפני ב"ד כו' וזה וזה כתבו ג"כ הטור רצופים זא"ז בסעיף ו' וז' ועפ"ר שם כתבתי דבסתם שלישות דאין אנו יודעים אם הי' טענה וערעורים ביניהם סגי במה שמוסר השליש בפני ב"ד אבל בזה השלישות שהתנה עמו באם לא יפרענו באחד מהזמנים שיפרע לו הכל בפעם א' דהוי ליה אסמכתא וטענתו וזכותו ידוע מ"ה הוצרך לתקנה גדולה כזו להיות זה זכותו בידו עכ"ל ודבריו מגומגמים ועוד דודאי בכל דוכתא בית דין עדיפא מעדים דודאי לעיל בס"ג מיירי שהב"ד יזכרו הדבר או שיכתבו לו הענין דאל"כ מה מועיל לו הב"ד וכ"כ הטור שם להדיא לפיכך צריך שיכתבו ב"ד ויחתמו כו' וא"כ פשיטא דב"ד עדיפי מעדים אלא נלפע"ד דשאני התם בסעיף ג' שידוע הוא בבירור שיתן לו השלישות ע"פ הדין אלא שמתייירא שמא יכחישנו ולא יהיה אלא כעד אחד ולכך יתננו בפני ב"ד שהרי פשיטא שגם הב"ד יאמרו לו ליתנו לו משא"כ הכא שאין זה לפנינו והוא מסופק בדבר שמא הוא אסמכתא או שמא יטעון זה אסמכתא א"כ לא יוכל לתנו לפני ב"ד שהרי הב"ד הם דיינים וטוענין לאדם שלא בפניו ולא יצוו לו ליתן שמא יטעון זה אסמכתא וא"ת יתנו ליד ב"ד הרי אין כאן טוען לפנינו ושמא לא יטעון אסמכתא וירצה לקיים מעצמו התנאי לפרוע הכל בפעם א' לכך יעשה הוא שלו ויתננו לו בפני עדים והעדי' הרי אינם דיינים לא יצוו לו ליתן ויתנו לו כתוב וחתום אופן השלישות והוא ימסרנו לו ואם יטעון אח"כ אסמכתא יטעון ואם לאו יזכה זה בשטרו כן נלפע"ד ודוק:

סעיף לב

ולכן כל שהחזיר כו'. צ"ע על תיבת ולכן שכ' מור"ם דאינו מוכרח לומר ממה שקדם דאין לחוש עכ"ל סמ"ע ולפמ"ש לק"מ דה"ק ולכן כיון שמחמת שספק לן מוכרח ליקח כתוב וחתום מעדים כל שהחזיר השליש השטר אע"פ שאין ביד חבירו כתוב וחתום מעדים אין לחוש שנעשה שלא כדין שהי' ספק בדבר דאם איתא שהיה שום ספק בדבר הי' מוסר ע"פ כ' בעדים וכיון שלא עשה כן ודאי שהיה הדבר ברור לו והחזיר כדין וק"ל:

סעיף לג

ושלאהי' בקי כו'. וזה שניתן לו השלישות פטור ג"כ אפי' משבועת היסת דכיון שהוציאו מתח"י הרי הוא כמעיד וה"ל עד מסייע ופוטר אותו משבועה שזה לא חשיב תרעומת על השליש וכמ"ש לעיל סעיף ג' ס"ק י"ט ע"ש:

סעיף לד

אשה כו' מהימנ' במגו. הקשו הסמ"ע והב"ח לקמן סי' ס"ב דהכא סתם הר"ב כדברי המחבר דנאמנת במגו וזה שייך לו' אף בדלא ידוע שהי' לה ממון מיוחד שאינו של בעל ולקמן סי' ס"ב כ' הר"ב וז"ל אשה שכתבה לאחרים שמה שתחת ידה הוא של אחרים אם ידוע שהיה לה ממון שאינו של בעל נאמנת ואין הבעל יכול לו' שהוא שלו עכ"ל הרי להדיא דאם אינו ידוע שהי' לה ממון מיוחד שאינו של בעל אינה נאמנת לו' שהוא של אחרים ובסמ"ע שם תירץ דבסי' ס"ב מיירי שכתבה לאחרים והיא מתה דאין לה מגו והב"ח שם השיג עליו ותירץ רבסי' ס"ב מיירי כשהבעל חי וטוען ברי שהוא שלו משא"כ הכא שמת הבעל ואין היורשים טוענים ברי ולפע"ד דברי שניהם אינם נכונים דבהדי' מוכח בתו' והרא"ש גופיה בפרק חזקת הבתים דבאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית אפי' יש לה מגו ואפי' מת הבעל אינה נאמנת לומר של אחרים הם וא"כ בלאו הכי תיקשי להו דברי הרא"ש כאן בתשובה (שהרי דברי המחבר כאן מיעתקים מתשו' הרא"ש) לדבריו שבפסקיו שבפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף נ"א ע"ב) כתבו התוס' והרא"ש דאם אמרה אשה תנהו לפלוני שהוא שלו נותן לו דנאמנת במיגו דאי בעי' שקלה איהי ויהבתי' ליה כו' ונראה דאפי' אם יאמר הבעל שלי הוא אעפ"כ לא יחזירוהו לו כו' ואם היא נושאת ונותנת בתוך הבית אין נאמנת לומר שלי הן ולא של פלוני הם דהא אמרי' לקמן וכן האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית כו' ואמרה שלי הם עליה להביא ראי' ולא מהימנינן לה במגו דאי בעיא אמרה שהיא נפקדת משל אחרים עכ"נ והך דהאשה נושאת ונותנת בתוך הבית כו' דמייתי מינה התוס' והרא"ש ראיי' מיירי להדיא בש"ס (דף נ"ב ע"ב) שמת הבעל אלמא אע"ג דמת הבעל והיורשים טוענים שמא ואית לה נמי מגו אפ"ה אינה נאמנת ודוחק לומר דאע"פ שמת הבעל היורשים טוענים ברי. ועוד דהא הך דינא דמייתי מינה התוס' והרא"ש ראי' איתמר בש"ס הכי אחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמו ואמר שלי הן עליו להביא ראי' וכן האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמה ואמרה שלי הן עליה להביא ראי' כו' והך דינא כתבו כל הפוסקים וכן הט"ו לקמן ר"ס ס"ב בסתמא משמע דאפי' אין היורשים טוענים כלום עליה להביא ראי' וא"כ התוס' והרא"ש שהביאו ראיה משם דאינה נאמנת לומר של אחרים הם על כרחך מיירי נמי כשאין היורשים טוענים ברי וע"כ מיירי נמי כשיש לה מגו שהית' יכולה ליתן לאותו פלוני שהרי בתחל' כתבו דנאמנת במגו דאי בעי שקל' איהי ויהיבתי' ליה כו' ובתר הכי כתבו ואם היא נושאת ונותנת בתוך הבית אינה נאמנת כו' אלמא

דבנושאת ונותנת בתוך הבית אפי' יש לה מגו דאי בעי שקל' ויהבתיה ליה אינה נאמנת. וגם מדכתבו בתחלה בסתמא דנאמנת במגו דאי בעי שקלי' ויהיבתיה ליה כו' ובתר הכי כתבו ונראה דאפי' אם יאמר הבעל שלי הוא כו' ובתר הכי כתבו ואשה הנושאת ונותנת בתוך הבית אינה נאמנת כו' משמע להדיא דכונתם לומר דאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית אינה נאמנת אפי' אין הבעל טוען ברי והכי משמע נמי ממה שהגיה הר"ב בר"ס ס"ב מהך דינא דאונות ושטרות יוצאות על שמה וז"ל ואפי' אלמנה אפי' היו השטרות בידה כו' משמע דר"ל ואפי' אלמנה והיורשים אין טוענים ברי אינה נאמנת וכ"מ בר' ירוחם נכ"ג ח"ו דבנושאת ונותנת בתוך הבית אפי' יש לה מגו ואפי' אין הבעל טוען כלום אינה נאמנת ע"ש וכן משמע מסתימת דברי הטור והר"ב באבן עזר סימן פ"ו ע"ש וגם במקום הך דינא שכתב הר"ב לקמן סי' ס"ב אשה שכתבה לאחרים כו' שהוא מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בא"ע ס"ס פ"ו משמע שם בתשובת הרשב"א להדיא דאפי' הבעל טוען שמא אינה נאמנת אלא כשידוע שהיה לה ממון מיוחד שאינו של בעל ע"ש. נמצא מה שתירצו הסמ"ע והב"ח ליתא ואין דיניהם עולה יפה אבל לפע"ד מעיקרא לא קשיא מידי. והוא בשום לב דהא הך דינא שכ' המחבר כאן הוא מתשובת הרא"ש ריש כלל סעיף ח' שהביא בב"י מחודש י"ג ובתשו' הרא"ש ובב"י שם מבואר להדיא דאף שכבר יצא הממון מידה ובא ליד אפוטרופוס או ליד בית דין יעשה ב"ד ככל אשר תאמר האלמנה במגו דמיד אחר מות בעלה היתי מחזרת לכל א' שלו עכ"ל ומאי מגו יש כאן הלא כבר מסרה הכל ליד ב"ד או ליד אפטרופוס והא בכל דוכתא קי"ל דהיכא דאיכא ראיה לא שייך תו מגו (אמת שבע"ש כ' שבאי' לב"ד ועודה בידה אבל באמת בתשו' הרא"ש גופי' להדיא שלא כדבריו) וגם בתשר ן' לב הקשה דהא הוי מגו למפרע והתוס' הוכיחו בפ' הכותב דלא אמרי' מגו למפרע וע"כ כ' דלא ס"ל להרא"ש הך כללא דהתוס' דפ' הכותב אלא ס"ל להרא"ש דאמרי' מגו למפרע והא ליתא וכמ"ש לקמן וגם בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ע"ב האריך לפלפל בזה ודעתו ג"כ דס"ל להרא"ש דאמרי' מגו למפרע ודלא כהתוס' ודחק עצמו מאד ליישב דעת הרא"ש ועוד כ' בתשו' מהר"א ן' ששון שם וז"ל תיקשי לי' להרא"ש ז"ל דס"ל דאמרי' מגו למפרע א"כ אמאי אמרינן שליש שאין שלישותו בידו אינו נאמן וכן לכאור' קשיא זה למאי דקיימא לן כלישנא קמא דאי בעי קלתיה דאמרי' אע"ג דאתחזק בבי דינא והרי זה הוי כאין שלישותו בידו אלא דמהא לא קשיא דאפשר דהא דאתחזק בבי דינא מיירי שאמר שהוא פרוע ועודנו שם בפני ב"ד ועדיין לא יצא משם (וכבר השגתי לעיל סי' מ"ז ס"ק ה' ובסי' זה ס"ק א' על מהר"א ן' ששון בזה והוכחתי דע"כ מיירי שראוהו הב"ד מתחלה בידו קודם שנפלו

החילוקי' ביניהם ולא אמר אז פרוע אלא אח"כ אמר פרוע ע"ש) ולהכי לא מקרי אין שלישותו בידו כו' ועוד האריך שם בכמה שינויי דחיקי דלאו אליבא דהלכתא נינהו כאשר יראה המעיין שם שכל דבריו אין בהם ממש דפשיטא דהרא"ש מוכרח להודות דלא אמרינן מגו למפרע וכמו שהוכיחו התוס' פרק הכותב מהך דפ' זה בורר וכוונתם דע"כ לא קי"ל התם כלישנא קמא אלא משום דשליש נאמן אפי' בלא מגו אבל בעלמא מי שאינו שליש מגו דאי בעיא קלתיה לא אמרינן משום דהוי מגו למפרע וכמ"ש לעיל וכ"כ הרא"ש להדיא בפרק שני דייני גזירות גבי עשאה סי' לאחר וז"ל וכ"ת מגו דאי בעיא לא חתים מעיקרא כדפירש"י הא ליתא כיון שהודה מגו למפרע לא אמרינן כו' עד כאן לשונו וכן משמע עוד להדיא בהרא"ש ספ"ק דמציעא ואין ספק דאשתמיט' להו לן' לב ולמהר"א ן' ששון דברי הרא"ש אלו וגם בתשובת מה"ר יוסף טראני סי' ע"ב הסכים דס"ל להרא"ש דלא אמרי' מגו למפרע אלא שדחק עצמו בהך דתשו' הרא"ש כלל ס"ח שהאמינה הרא"ש להאשה למפרע וז"ל וכאן באשה זו שהשיב עליה הרא"ש כ' שהאשה היתה שולטת בכל אשר לו והממון היה תחת ידה וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית כו' משמע שנתן לה דין שליש לפי שבחיי בעלה היתה שולטת בכל אשר לו וכל הממון הי' תחת ידה וצריך לדון בה דין שליש דהא הימנה אבי יתומים מ"מ בין הכי ובין הכי לא נתן לה הרא"ש נאמנות אף אחר שיצא הדבר מתחת ידה אלא כשמסרה הנכסים לבית דין ולא מסרה ליורשים דבית דין כשם שהם אביהם של יתומים כך הם כאפטרופסי' על נכסי רטושים ולא שאלו לה אם יש לאחרים זכות באותן נכסים שאם היו שואלים אותה היתה משיבה ומפרשת זכות כל אחד ואחד ועכשיו ששאלו את פיה פירשה ויעשו כפירושה וה"ז דומה להא דאמרי' בהנזקין גבי טהרות שעשיתי עמך דאם א"ל בזימנא קמייתא עדיין נקרא בעליו עליו כו' עכ"ל. וגם זה אין ממש ואין צריך להביא ראי' מהנזקין גבי טהרות וגם א"צ לחלק ולומר דב"ד הם אביהן של יתומים דאפי' בדקנני דינא הכי כדמוכח להדיא בפ' זה בורר בההיא איתת' דאמרה פריע' הוא דאע"ג דאתחזק שטרא בבי דינא כבר קודם שנפלו החילוקי' ביניהם נאמנת לומר שהוא פרוע ואע"ג דהשתא לית לה מגו מ"מ שליש נאמן אף במגו כי האי דהוי מגו למפרע וכמ"ש לעיל וכמו שהבאתי לעיל סק"א דברי הנ"י דפרק זה בורר דכ' להדי' כן וא"כ בהך עובדא דתשו' הרא"ש דמשמע להדיא שהאשה הי' לה דין שליש מטעם שהיתה שולטת בכל אשר לו בחייו והאמינה בכל דבר וכמ"ש מה"ר יוסף טראני גופיה א"כ פשיטא דמעיקרא לק"מ דפשיטא דשליש מהימן אפי' במגו דלמפרע וכדמוכח בתוס' דפרק הכותב ובהרא"ש ספ"ק דמציעא ובפרק דייני גזירות וכמו שהוכחתי לעיל וכל שהשליש

מסר דבר ליד ב"ד או ליד אפוטרופוס בסתם נאמן בכל מה שיאמר אח"כ שהרי כשבא לב"ד או לאפטרופס מוכרחים הב"ד או האפטרופוס ליתן לו מה שמסר להם בסתם וא"כ נאמן הוא כאלו השלישות יוצא מת"י מעיקר שהרי יכול עכשיו ליתנו למי שירצה ואע"ג דלית ליה השתא מגו והוה מגו למפייע מ"מ שליש נאמן אף במגו כי האי וכמו שהוכחתי לעיל מן התוס' והרא"ש והנ"י ושאר הרבה פוסקים אבל כשאין שלישותו יוצא מת"י שמסרו לבעל דבר עצמו אינו אלא כשאר אדם ולא מיקרי תו שליש כלל. כנלפע"ד ברור ולחנם הרעישו הב"ן לב ומהר"א ן' ששון ומה"ר יוסף טראני בתשובותיהם בזה. וא"כ לא קשיא נמי מה שהקשו הסמ"ע והב"ח לקמן סי' ס"ב דכיון דהוכחתי דכאן מיירי באשה שהיתה שולטת בנכסי בעלה בכל אשר לו והי' הבעל נותן לה נאמנות בכל דבר והי' לה דין שליש א"כ להכי נאמנת דהא אפי' במגו למפרע דאפי' אינש דעלמא לא מהימן מהימנת איהי מה"ט דיש לה דין שליש אבל לקמן סימן ס"ב מיירי הר"ב בסתם אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ולא היתה שולטת בכל אשר לבעלה ולא הי' הבעל מאמינה בכל דבר א"כ אין לה דין שליש אלא דין סתם אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית. ואין להקשות שהרי המחבר כאן כ' סתם אשה הנישאת ונותנת בתוך הבית ולא ביאר דמיירי שהאמינה הבעל בנכסיו י"ל דאדרבא מדכ' המחבר דין זה בסי' זה דמיירי מדיני שלישות ולא קבעו לדין זה לקמן סימן ס"ב משמע דכוונתו לומר דמיירי באשה שיש לה דין שליש והיינו שהאמינה ולכך לא הוצרך לבאר שהאמינ' דבכל הסי' מיירי בהכי כל זה נלפע"ד ברור בפשט דברי הפוסקי' ולדינא: כתב בתשו' מהר"א ן' ששון סי' נ"א ראובן הי' לו שטר על שמעון והשטר נמצא עתה ביד יודא ואמר יודא שראובן ושמעון זה ימים רבים מעיקרא השלישו השטר בידו על תנאי שתי' בניהם ושהוא הוציא השטר בב"ד לקיימו וראובן טוען שלא הי' שום שלישות בדבר אלא שהוא לבדו נתן השטר בידו מעיקרא שהרשו לגבות חובו משמעון מביא ראובן ראי' שלא הי' שום שלישות מעיקרא שהרי הטפיסו ב"ד השטר ונתנו טופס השטר מקוים ביד ראובן שילך למקום שמעון ויגבה חובו והנה טופס השטר בידו וכתבו ב"ד איך נתנו טופס השטר לראובן משום אונסא דאורחא ועכבו השטר בידם ילמדנו רבינו אם נאמן יודא אחר שראובן טוען שמעולם לא השלישו בידו והוציא השטר מידו ונתנו' בב"ד והטפיסוהו ונתנו טופס השטר ביד ראובן ומעידים שעכבו עצם השטר בידם ועל השטר שהוא ביד יודא טוען ראובן שאינו יודע איך בא השטר פעם אחר ביד יודא תשובה נראה דבודאי נאמן ראובן במה שטוען שלא עשאו שליש לא מבעיא להנהו רבוות' דס"ל דמהני הכחשת השלישות אלא אפי' להנהו רבוותא דס"ל דלא מהני בנ"ד אין בדבריו של יודא כלום במה שאומר עתה אלא שקר הוא

דובר כו' והטופס שביד ראובן הוא כשטר גמור וגובה בו בלא שבועה הואיל וכתב בו נאמנות כו' עכ"ד וע"ש שהאריך בראיות וכל ראיותיו אין בהן ממש אלא נלפע"ד דאפי' להנהו רבוותא דמהני הכחשת השלישות נאמן כאן יודא דכבר נתבאר לעיל דהיינו דוקא היכא דלית ליה לשליש מגו אבל היכא דיש לו מגו שהי' יכול להחזירו בינו לבינו נאמן השליש במגו וא"כ כאן שהשטר ביד יודא נאמן יודא במגו שהי' נותנו לשמעון ואמרינן דילמא מעיקרא הי' שלישות בדבר ואח"כ נתבטל השלישות ונתנו לו הבית דין הטפסה ואח"כ חזרו ונתרצו שניהם להשלישו ביד יודא והיו הב"ד סומכים על זה שיכול יודא כל פעם ליתן עצם השטר לשמעון ולכך לא חששו על ההטפסה שביד ראובן (או כה"ג) ואפי' לפמ"ש מהר"א בן ששון שם בסוף התשו' שאח"כ שאל לדייני ההטפסה וחד מהם ליתיהי והב' אינו זוכר כלל מהענין והג' הגיד שבשעת ההטפסה לא הוזכר שם תנאי ולא שלישות ואינו יודע היאך בא השטר ליד יודא כו' ע"ש אין ראי' לסתור דברי יודא דאפי' היו ב' מעידים שבשעת הטפסה לא הוזכר שום תנאי ולא שלישית לא ראינו אינה ראיה שמא אחר שחזרו ומסרו השטר ליד ראובן חזר ראובן והשלישו כדמעיקרא ואע"פ שאין השליש טען כן אנן טענינן וכמ"ש הרמב"ן ובעה"ת והט"ו לעיל סעיף ב' ואלו במעשה שהי' לפני מהר"א ן' ששון היה צדדים אחרים שהי' ניכר שיורא משקר אבל לפי השאלה והתשו' שלפני בתשו' מהר"א ן' ששון איני רואה שום טעם לסתור דברי יודא. הנראה לפענ"ד כתבתי:

סעיף לה

דיני שלישות העולים מסימן זה

א שליש נאמן כשני עדים בזמן שהשלישות יוצא מתחת ידו אפילו יש לזה שכנגדו עד אחד המכחיש את השליש אין צריך זה שהשליש מסייעו לישבע נגדו כלל אפילו היסת אפילו השליש הוא קרוב או פסול אפי' אין לו מיגו כגון שהוא מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וראוהו עתה ביד השליש:

ב אפי' כתבו ענין השלישות בשטר השליש נאמן לומר שכחתי שתנאי כך וכך היה לי עוד לכתוב בו ואפילו כתב על תנאי זה בלבד נמסר בידי שלישות זו נאמן לומר שאח"כ באו לפניו והתנו בענין אחר:

ג אפילו עבר זמן השלישות שהיה לו להחזיר לאחד מהם ולא החזירו עדיין שליש הוא ודוקא שהדבר שייך מעצמו לאחד מהן אבל מי שהשליש שטרו ביד א' שיעשה לו פשרה או דין עד זמן פלוני ועבר הזמן ולא עשה יחזיר לו שטרו כיון שהוכרח לפסוק דין או פשרה ולא אמר כלום בתוך הזמן כבר נתבטל דעת השליש:

ד בד"א שהשליש נאמן כשיש עדים שעשאוהו שליש או ששניהם מודים בזה אבל אם השליש אומר שליש עשיתני ליתן דבר זה לפלוני והוא אומר לא כי אלא פקדון הוא שהפקדתי בידך אפילו השליש הוא כשר צריך הוא לישבע נגד התובע אותו ואז אינו נאמן אלא כשיש לו מיגו דלקוח או החזרתיו או להד"ם והרי השליש הוא הבעל דבר ואינו יכול להיות עד כלל. ואם אין לו מיגו צריך להחזירו וכל שכן אם התובע אומר גזלתני והוא אומר שליש עשיתני עליו שאינו נאמן אלא בשבועה וע"י מיגו ואינו יכול להיות עד:

ה ואם יש ביניהם ובין השליש הכחשה בסך הממון נאמן השליש מכל מקום במה ששניהם מודים שעשאוהו שליש כגון שראובן אומר ק"ן השלשנו בידך והוא שייך לי ושמעון אומר ג"כ ק"ן השלשנו בידך והוא שייך לי והשליש אומר לא השלשתם בידי אלא ק' והוא שייך לשמעון נאמן כשנים בזמן שהשלישות בידו אף על פי שיש הכחשה ביניהם בנ' וצריך השליש לישבע על הנ' אף על פי שיש עדים שעשאוהו שליש או שמודים בכך שהרי לא האמינוהו לגזול משלהם מ"מ בק' עכ"פ נעשה שליש ביניהם והימנוהו עליהם. וכן אם ראובן אומר השלשנו בידך ק"ן והוא שייך לי והשליש אומר לא השלשת בידי אלא ק' ושמעון אומר איני מבקש אלא ק' נאמן השליש על הק' בכל מה שיאמר אע"פ שצריך לישבע על הנ' נגד ראובן:

ו כשם שאין נשבע לוה על טענת שמא כך אין נשבע שליש על טענת שמא כגון שיטענו שמא השלשתי אצלך ק"ן והשליש אומר לא השלשת אצלי אלא ק' אינו יכול להשביעו אפילו נותן לו שכר על השלישות אבל אם לוה טוענו השלשתי אצלך ק"ן לשלם למלוה שלי והמלוה אומר לא שילם לי רק ק' והשליש אומר שילמתי לו ק"ן אע"פ שאינו טוענו אלא שמא שהרי יכול להיות אמת ששלם לו ק"ן מצטרפים טענת שניהם וצריך השליש לישבע:

ז מי שאומר נתת לי שטרך שעל פלוני ליתנו לי כי מחלת לו או נתת לי כלי זה ליתנו לפלוני והמקבל אינו יודע והנותן מכחיש את השליש ואומר שלא נתנו בידו מעולם רק שגזלו ממנו או שמצאו או שהפקידו אצלו צריך השליש להחזירו להנותן אפי' יש לו מיגו שהיה יכול ליתנו בינו לבינו להמקבל ואפילו נתנו כבר להמקבל צריך להחזירו לו כיון שאינו יודע אם לא ע"פ השליש. ואם מודה שהשלישו בידו רק שאומר שהשלישו בידו על איזה תנאי והשליש אומר שלא היה תנאי או שהשליש אומר שנתקיים התנאי והנותן מכחישו ואומר שלא נתקיים התנאי וכה"ג נאמן השליש אפילו בלא מיגו אף על פי שהמקבל אינו יודע מהמתנה ומהשלישו':

ח שטר שיוצא מתחת ידי שליש שיש עדים שנעשה שליש או ששניהם מודים שעשאוהו שליש ואומר השליש שהוא פרוע אע"פ שהוא מקוים נאמן השליש ואפילו ראוהו הב"ד בידו קודם שנפלו הטענות ביניהם בענין שאין לו מיגו שהיה יכול לשרפו קודם הטענות מ"מ הואיל שהיה יכול לשרפו או להחזירו ללוה בשום פעם נאמן. אבל אם הוציא השליש שטר לפני הב"ד ושתק עד שנתקיים הרי הוא כמו שהודה בפירוש שאינו פרוע שאל"כ לא היה לו להניחו להתקיים ואינו נאמן שוב לומר פרוע:

ט וכן שטר שיוצא מתחת ידי שליש ונמצא כתוב ע"ג השטר שהוא פרוע בין שהוא כ"י השליש בין שהוא כ"י אחר ה"ז בטל ויחזיר ללוה אפילו אינם מודים שעשאוהו שליש. אבל אם אינו כתוב ע"ג השטר רק במקום אחר נמצא כתב בלא עדים ששטר זה המונח אצלו הוא פרוע אינו מועיל אלא כשהוא כתב יד השליש ועשאוהו שליש או כשידוע שהוא בא מן השליש כגון שהיה צרור וחתום בחותמו של שליש או סגור בתיבתו או שיש בו סימן אחר שמדעת השליש הוא ולא הניחו שם אחר או שהמלוה מודה בכך:

י שליש ששטר בידו ונמצא מחק או גרר אחורי השטר נאמן לומר שתנאי השלישות היה נכתב עליו ונמחק ודוקא במקום שאילו היה השטר ביד המלוה לא היה פסול משום מחק וגרר זה ע"פ מה שנתבאר לעיל סי' מ"ד סעיף ו' דלא עדיף השליש מבעל דבר עצמו. התובע ישלם שכר השלישות:

יא שליש שהכחישוהו עדים העדים נאמנים ואפילו יש לו לשליש מיגו. בד"א כשהעדים מכחישים אותו בבירור אבל אם הוא אומר בתנאי כך וכך הוא בידי סתם אעפ"י שאומרים העדים כשנמסר לידו לא היו התנאים כן השליש נאמן שאולי אח"כ באו לפניו והתנו בענין אחר ואף על פי שאינו טוען כן אנו טוענין לו כדי שלא יהיה מוכחש מהעדים. וכן אם עשאוהו שליש ע"פ אותו תנאי בעדים והעדים אינם כאן כגון שמתו או הלכו למדינת הים אינו יכול לומר לא סמכתי עליך שהרי לא עשיתיך שליש אלא בפני עדים אלא הואיל שלפעמים מתים העדים או הולכים למד"ה סמך עליו והאמין אותו:

יב ואין חילוק לענין שליש בין אם שניהם נתנו בידו או שהאחד לבדו נתנו בידו להיות שליש ביניהם והוא שזה שניתן לו טוען ברי שעל פי תנאי זה היה זה מחוייב להשליש:

יג וכל זה שאמרנו שהשליש נאמן כב' עדים דוקא כשהשלישו' יוצא מתחת ידו ובזה אין שייך לחלק בין יש להם עליו תרעומות או לא שהרי בידו ליתנו למי שירצה. אבל אם כבר מסר השלישות ליד אחד מהן הרי הוא כעד אחד דעלמא אם אינו קרוב או פסול ואינו נוגע בעדות ואין להם עליו תרעומות על שהוצי' השלישות מתחת ידו אלא שמחולקים בענינים אחרים כגון שכדין עשה במה שהוציא השלישות מתחת ידו אלא שמחולקים בענינים אחרים כגון

שראובן תובע לשמעון אחר שניתן לו השלישות שהיה תנאי ביניהם בפני השליש שאף לאחר שיתן לו השלישות יוכל לפדותו לזמן פלוני או בסך פלוני וזה כופר והשליש אומר כדברי ראובן חייב שמעון לישבע נגדו שבועה דאורייתא להכחיש העד או כשהשליש אומר כדברי שמעון פטור שמעון בלא שבועה שהשליש הו"ל עד מסייע. אבל אם יש עליו תרעומות שהוציא השלישות מתחת ידו שלא כדין אם כן בין שתובע לחבירו שיחזיר לו השלישות לגמרי מפני שניתן לו שלא כדין בין שתובעו מחמת ענינים אחרים שביניהם אפילו לו יהי כדבריו שניתן לו כדין אין השליש יכול להעיד דנוגע בעדות הוא שהרי בע"כ צריך הוא להעיד שאל"כ יאמר לו זה תתן לי השלישות שלי שהוצאת מתחת ידך שלא כדין וא"כ יצטרך לישבע נגדו וכיון שאינו נאמן אלא בשבועה לא הוי עד וא"כ בין שאומר לסיועת התובע או לסיועת הנתבע לא הוי עד המכחיש ולא עד המסייע. מיהו אם זה שניתן לו השלישות רוצה להחזיר השלישות להשליש כדי שיעיד יוכל להעיד ואינו נוגע בעדות. וי"א דה"ה כשפוטרו משבועה מועיל להיותו עד:

יד אין לשליש ליתן השלישות אלא בפני ב"ד ויפרש להם ענין השלישות שמא יפול ביניהם מחלוקת ואם יוציא השלישות מתחת ידו לא יהיה נאמן אלא כעד אחד לפיכך צריך שיכתבו ב"ד ויחתמו הענין. במה דברים אמורים כשידוע להשליש בבירור שהדין נותן ליתן לו השלישות ואין טענה בדבר רק שמתירא שמא יכחישו זה שכנגדו אבל כשיש לחוש לאיזו טענה של אמת שיטעון כשיבו' זה שכנגדו כגון חשש אסמכתא וכיוצא בזה אין לו ליתן השלישות לפני ב"ד שהרי הב"ד טוענים לכל צד זכותו אפילו שלא בפניו ואם תאמר יתנו ליד ב"ד הרי אין כאן טוען לפנינו ושמא לא יטעון כלום אלא כיצד יעשה יאמר לפני עדים באיזה ענין הושלש בידו והעדים יכתבו ויחתמו הענין ויתנוהו ליד שליש והשליש ימסרנו לו:

טו שליש שעשאוהו שניהם שליש בפני עדים או שמודים בזה והרי שטר יוצא מתחת ידו ואינו מקוים ואומר שהשטר הוא בתקפו ואינו פרוע נאמן אע"פ שאי אפשר לקיימו עכשיו מ"מ כיון שהיה בידו לקיימו בשום פעם נאמן כיון שעשאוהו שליש. אבל אם הלוה טוען שהוא מזויף אין השליש נאמן וכן שובר בעדים שאינו מקוים שיוצא מתחת ידו נאמן לומר שהשובר נכתב על שנתפרע השטר כיון שהיה יכול לקיימו בשום פעם. אבל אם המלוה אומר שהשובר מזויף אין השליש נאמן אא"כ השטר יוצא ג"כ מתחת ידו וכן בשטר אם הלוה אמר שהוא מזויף אין השליש נאמן. ויש חולקין וס"ל דלא עדיף שליש ממלוה או מלוה עצמו וכיון שאינו יכול להתקיים עכשיו אינו כלום ובין שטוען הלוה שפרעו אחר שהושלש או קודם שהושלש בכל ענין נאמן שהשליש אינו נאמן אלא

על מה שבידו ליתנו לזה שירצה ולא יותר מבעל דבר עצמו. ומ"מ הלוה חייב בשבועה דאורייתא שהשליש הרי הוא עד אחד המכחישו שהודה לפניו שחייב לו ואינו יכול לטעון לא טענת השטאה ולא השבעה אף על פי שלא אמר לו מתחילה אתה תהיה עד בדבר כיון שהוא מודה שעשאו שליש:

טז שליש שהושלש שטר בידו שיפרענו ביום פלוני ועבר הזמן וטוען הלוה שפרעו בזמנו הרי זה בחזקת שאינו פרוע כמו שאר שטר ואין המלוה צריך לישבע אא"כ אומר לו הלוה ישבע לי וכן אם מת הלוה יפרע בשבועה מן היתומים ואם מת המלוה אחר שתמ לוה אין מוריש שבועה לבניו ואין גובין בשטר זה ואם יש בשטר נאמנית גובין בשטר זה וא"צ שבועה בכל ענין בין שהלוה אי ואומר ישבע לי בין שמת ובא ליפרע מן היתומים וכל זה שהושלש בידו בסתם אבל אם התנו שיפרענו דוק' בפני השליש א"צ שבועה כלל אפי' אין בו נאמנות בין שהלוה חי ואומר ישבע לי ובין שבא ליפרע מן היתומים אלא השליש נאמן שלא פרעו וגובה זה שטרו:

יז מי שמת ונמצא אצלו שטר שאין בו קנין ואין ידוע מי הפקידו אצלו בין שהוא שטר חוב ומכר או שטר מתנה לא יחזירו לא לזה ולא לזה ואם יש בו קנין יתננו (להמלוה או) להלוקח או להמקבל מתנה אפי אין ידוע שהקנה לפני העדים בסתם ואם ידוע שהלוה או המוכר או הנותן הפקידו בידו רק שלא פי' מה יעשה בו אז אם אין בו קנין יחזירו ליד מי שנתן השטר או ליורשיו ואם יש בו קנין אז בשטר חוב לא יחזיר לא לזה ולא לזה שחוששין לפרעון ובשטר מכר ומתנה שאינם בני פרעון הואיל ויש בהם קנין זכה הלוקח או המקבל מתנה בהם ונותנים להם השטר שעשעת קנין נשתעבד להם בד"א כשידוע שהקנה לפני העדים בסתם כגון שהעדים לפנינו וכיוצ' בזה אבל אם אין ידוע יש לחוש שמא התנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד הלוקח או המקבל מתנה ולכך מסר השטר ביד זה ואין מחזירים השטר לא לזה ולא לזה ועי שנמצ' אצלו שטרות מופקדין כרונים יחד ונתברר שאחד מהן הוא בא מיד הנותן הוי כאו נודע שגם השאר בא מיד הנותן ע"פ מה שבארנו:

יח שליש הנעשה ע"י שליח כגון שבא הלוה עם אחר שבידו משכון או שטר וא"ל המלוה עשאני שליח להביא זה אליך למסרו בידך על תנאי כך וכך וקבלו השליש ואח"כ בא המלוה והכחיש השליחו' ואמר שלא עשאו שליח מעולם יעשה שליש כפי מה שאמר לו השליח שהרי היה לשליח מגו ודוק' כשהלוה יודע בברי אפי' בלא השליח שעל תנאי כך וכך נמסר ליד השליח שיביאנו להשליש אבל אם אין הלוה יודע כלום רק ע"פ השליח צריך להחזירו למלוה אפי יש לשליח מגו ואפי' נתנו כבר ללוכ צריך להחזירו

למלוה ואם לא הכחיש המלוה ענין השליחות רק שהשליש לא רצה לקבל את השלישות ונשאר ביד כשליח אין לשליח דין שליש אלא כשליח בעלמא ויחזור למי שנתן לו אא"כ יש לו מגו דהחזרתי או להד"מ אז יכול ליתנו לכשגדו ע"פ מה שהותנ' לפניו ויהיה הדין בינו ובין הנותן:

יט השליש יעשה תמיד כפי מה שהושלש בידו אע"פ שיש לאחד אח"כ טענה בדבר כיצד הרי ראובן שהשו' עצמו' עם שמעון שייב לו שישלם לו לזמנים והפקיד השטר ביד לוי והתנה שאם לא יפרע לו זמן א' יחזיר לו לוי שטרו ויגבה הכל בפעם א' ולא פרע לו שמעון זמן אחד יחזיר לו לוי שטרו אע"פ שיודע שיהיה לשמעון טענה על זה כי אין לוי דיין בדבר רק שליש לכן יחזיר לראובן שטרו וקידם שיוציאנו מידו יאמר לפני עדים היאך בא השטר לידו ועל איזה תנאי והעדים יכתבו ויחתמו ויתנו הענין לשליש והוא ימסרנו לשמעון והוא יטעין אח"כ מה שירצה. ודוקא בכה"ג שלוי מסופק ע"פ הדין אבל אם ברור ללוי שיחזיר לו שטרו רק שמתירא מפני הכחשה ימסרנו לו בפני ב"ד וכמו שבארנו למעלה באות י"ד:

כ. כל שהחזיר השליש השטר אין לחוש שנעשה שלא כדין ושלא היה בקי בדין השלישות אלא א"כ אתייליד ריעות' ולכן מי שתובע לחבירו שניתן לו השער שלא כדין באמרו שהושלש באסמכת' והשליש היה בקי בדיני אסמכת אין בדבריו כלום אלא מסתמא היה בקי בדיני אסמכת' וא"כ כיון שהוציאו מתחת ידו הרי הוא כמעיד וה"ל עד מסייע ופוטר את בעל השטר משבועה שזה לא חשיב תרעומית על השליש.

כא. אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ואפטרופס הממונים על נכסי בעל הבית שהבעל בית השליטם בכל נכסיו והאמינם בכל אשר לו בכל דבר ומת בעל הבית ויודעים שהיה לבעל הבית נכסים של אחרים והממון נשאר בידם או אפי' מסרוהו ליד ב"ד או ליד אחר בסתם ואח"כ נפלו איזה חילוקים בדבר נאמנים לומר שהו' של פלוני שהרי יש להם דין שליש שנאמן אף בלא מגו רק במגו שאם היו רוצים היו מחזירים מתחלה לאותו פנוני ודוקא באשה כזו אבל בסתם אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ולא היה הבעל מאמינה בכל דבר אפי' הוא בידה ויש לה עכשיו מגו דהחזרתי או להד"ם ואפי' מת הבעל ואין היורשים טוענים ברי אינה נאמנת לומר של פלוני הם שחזק' כל מה שנמצא הוא בחזקת בעלה אלא א"כ ידוע שיש לה ממון מיוחד שאינו של בעלה: כב. מי שהשטר בידו ואומר שהוא שליש והטפסת השטר הוא ביד המלוה ומכחישו יש מי שהור' שהמלוה נאמן ולא יראה לי כן אלא אם יש לשליש מגו שהיה יכול להחזירו בינו לבינו הוא נאמן:

סימן נז

סעיף א
אסור להשהות שטר פרוע. דכתיב אל תשכן באהליך עולה:

סעיף ב
וה"ה שטר שנמחל כו'. ז"ל הסמ"ע אע"פ שכל שטר פרוע נמחל שעבודו מ"מ מצינו שטר שנמחל שעבודו אף דעדיין לא פרעו והיינו שמחל לו שעבוד קרקעות ונתן לו רשות למכרן למי שירצ' ולא יטרפנו מהלקוחות גם י"ל שנמחל שעבודו ר"ל שפרעו וחזר ולוה על אותו השטר וכמ"ש הט"ו בסי' מ"ח עכ"ל ומ"ש שמחל לו שעבוד קרקעות כו' אינו נלפע"ד אלא כיון שיכול בשטר זה לגבות מבני חרי לית ביה משום אל תשכן באהליך עולה וכ"ש לפי מ"ש לקמן ס"ק ו' דאפי' בשטר של ק' שפרע לו נ' לית ביה משום אל תשכן ובאמת לא הי' צריך לזה דאשמועינן בשטר שנמחל שעבודו שאף על פי שלא פרעו רק שהמלו' מחלו מעצמו אסור להשהותו וק"ל וע"ל סי' ס"א סי"א וסי"ב:

סעיף ג
ראוי לנדותו כו'. עמ"ש סי' ס"א סי"א ס"ק י"ז בזה:

סעיף ד
ואין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא. ומדברי התוספות פ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב והרא"ש שם מבואר להדיא דיכול לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא ומביאם הב"י בספרו בדק הבית וכתב שכ"כ ג"כ הריטב"א וצ"ע למה סתם כאן בש"ע כדברי הר"ן. ומ"מ נלפע"ד דאם רוצה לקרעו או לכתוב על גבו שהוא פרוע רשאי לעכבו משום פשיטי דספרא לכ"ע ודלא כנרא' מדברי המחבר וכמ"ש לקמן ודו"ק:

סעיף ה
ובמקום כו'. נראה מדברי הר"ב דמ"ש קודם לכן ואין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא היינו אפי' כשיקרענו ומטעם דהלו' נותן השכר וגופו של שטר של לוה הוא וכן משמע יותר בעיר שושן אבל לפע"ד זה אינו דהא באיסורא קמיירינן הכא ודין זה דאין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא הוא מהר"ן פ"ב דכתובות דאיסורא הוא משום אל תשכן באהליך עולה אלא מיירי כשהלו' חייב לתת השכר והמלו' נתן אותו השכר ואסור לו להשהות השטר פרוע בשלימתו לעכבו משום פשיטי דספרא וכן הוא בהר"ן שם להדי' וז"ל שטר פרוע אסור להשהות ולא אמרי' דמצי לעכובי על פשיטי דספרא שעל הלו' ליתן שכר הסופר ופעמי' שאין לו ונותנו המלו' וחוזר וגובהו מלו' בשעת

פרוע ואעפ"כ אין לו לעכב השטר בשביל זה הכי מוכח בש"ס עכ"ל והרשב"א בתשובה שהביאו ב"י סי' ס"א וד"מ סי' מ"ח לא מיירי מאיסורא אלא גופו של שטר של מי הוא לענין לצור ע"פ צלוחיתו ע"ש ודו"ק:

סעיף ו

אבל מותר כו' והוא שיכתוב שובר על גביו כו'. דברי המחבר תמוהין לפע"ד דבב"י כ' בשם הר"ן פ"ב דכתובות שמותר להשהות שטר של מנה אע"פ שאינו חייב אלא כמשים ונתן בש"ע כתב והוא שיכתוב שובר על גביו כו' נרא' דמכחש דהר"ן מיירי כשיכתוב שובר על השטר (וכן הב"ח סי' נ"ד נראין שהבין כן דברי הר"ן ע"ש) ולפע"ד זה אינו אלא בהר"ן מוכח דאפי' אינו כותב שובר כלל מותר. דז"ל הר"ן שם ותמה אני ולמה נאמנים יותר בתנאי מבאמנה דהא תנאי גופיה אמנה הוא ומה בין האמינו בנתינת המעות או האמינו בקיום התנאי הרי בשניהם לא נשתעבד אלא על מנת שיתקיים אותו דבר ונ"ל דהיינו טעמ' משום דבאמנה אכתי לא נשתעבד לוה למלו' אבל על מנת שידבר עליו לשלטון וכיוצא בו וכל כי האי גוונא חייל שעבודי' מהשת' בעל כרחי' דלו' שהרי בידו של מלו' לקיים תנאו ובודאי דלא מתסר להשהות שטר זה בתוך ביתו כיון דשעבודא מהשת' חייל במקצת כשם שמותר להשהות שטר של מנה אע"פ שאינו חייב אלא חמשים דאפי' בשטר פרוע איכא מאן דאמר בש"ס דזימנין דמשהי ליה אפשיטי דספרא ומותר לקיימו עכ"ל הרי שלא הזכיר הר"ן בדבריו כלל שיכתוב שובר ובע"כ דמיירי אע"פ שאינו כותב שובר כלל דומיא דשטר אמנה ותנאי ועוד דא"כ היאך כ' ובודאי דלא מתסר להשהות שטר זה בתוך ביתו כו' כשם שמותר להשהות שטר של מנה כו' הא שטר של מנה ג"כ אסור להשהות כשפרע חמשים ולא כתב שובר אלא ודאי מ"ש כשם שמותר להשהות שטר של מנה כו' מיירי אע"פ שאינו כותב שובר כלל. ועוד דאי מיירי כשכותב שובר א"כ אמאי דחיק נפשי' לאתויי מהך דאפי' בשטר פרוע איכ' מ"ד בש"ס דזימנין דמשהי ליה אפשיטי דספר' כו' הלא כל הש"ס מלא מזה דקי"ל כותבי' שובר ובפ' גט פשוט (בבא בתרא ד' קע"א ע"ב) נמי תנן מי שפרע מקצת חובו רבי יודא אומר יחליף רבי יוסי אומר יכתוב שובר אמר ר' יודא נמצא זה צריך להיות שומר שוברו מן העכברים וקי"ל כר"י וכדמסיק בש"ס התם ואפי' רבי יודא לא פליג אלא מטעם שזה יצטרך לשמור שוברו מן העכברים אבל משום אל תשכן באהליך עולה ליכ' ועוד אמרי' התם בש"ס דהלכתא כמאן דאמר כותבי' שובר ולא מבעי' אפלגיה אלא אפי' אכוליה כתבינן כו' וכל הש"ס מלא מזה. ועוד דאם איתא דהר"ן מיירי כשיכתוב שובר אם כן הא דמייתי הר"ן ראי' מהא דמשהי ליה אפשיטי דספרא מיירי נמי שיכתוב על גבו בהדיא שהוא פרוע

ושהוא מעכבו משום פשיטי דספרא וא"כ קשה לדעת הר"ן מ"ט דמאן דאוסר להשהות שטר אפשיטי דספרא הא כשכותב על גבו אופן הנחתו ליכא עולה כלל ובאמת כן נרא' מדברי המחבר מדכתב ואין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספר' אבל מותר להשהות שטר של מנה כו' והוא שיכתוב כו' דבשביל פשיטי דספר' אפי' שיכתוב אופן הנחתו אסור ולדבריו נ"ל כיון דמ"מ פרע לו כל סך שבשטר מיקרי עולה כשתופסו על דבר שלא נעשה השטר עליו. אבל באמת זה לא מחוור. דהא בכל דוכתי' מותר לו לאדם לתפוס דבר אחר שבידו על מה שחייב לו חבירו מצד אחר. ובש"ס פרק ב' דכתובות מוכח דלמאן דמתיר לקיימו היינו אפי' בשלא יכתוב עליו כלום ולמאן דאוסר היינו כשאינו כותב עליו כלום דהא מיירי התם בש"ס דומיא דשטר אמנה דהא אמרי' התם בש"ס דאיכ' מ"ד דאסור להשהות שטר אמנה בתוך ביתו ואיכ' מ"ד דאסור להשהות שטר פרוע מ"ד שטר פרוע כ"ש שטר אמנ' ומ"ד שטר אמנה אבל שטר פרוע לא זימנין דמשהי לי' אפשיטי דספר' ע"ב בש"ס אלמ' דהיינו בשאינו כותב עליו כלום דומיא דשטר אמנ' ועוד דאל"כ הל"ל אבל שטר פרוע לא דהא כתב עליו שובר משא"כ בשטר אמנ' אלא ודאי הר"ן מיירי נמי כשאינו כותב עליו כלום ושרי להשהות שטר של ק' שפרע לו נ' אע"פ שאינו כותב עליו שובר כלל דלא מיקרי אל תשכן באהליך עולה אלא כשמשההו אצלו על לא דבר והשטר כולו גופו של לוה הוא כגון שפרע לו הכל והרי הוא של לוה דחזירנו ללוה אבל כשיש לו למלו' שייכות בו לא מיקרי שהי' עולה שהרי על כרחו צריך הוא להשהותו אצלו וזה אינו עולה מה שאינו כתב שובר דהרב' בני אדם מאמינים זה לזה ומייתי הר"ן שפיר ראי' מהא דאפי' בשטר פרוע איכ' מ"ד בש"ס דזימנין דמשהי לי' אפשיטי דספר' ומותר לקיימו אפשיטי דספרא ורצונו לומר דאפי' מאן דפליג התם ואוסר לקיימו וכותי' פסק הר"ן לעיל היינו משום שאינו חייב לו מסך שבשטר כלום וא"כ השטר פרוע לגמרי אבל כשהשטר אינו פרוע במקצת ע"כ כ"ע מודו דמותר להשהות וא"כ האי דינ' שכ' המחבר דשטר של ק' שפרע לו נ' אסור להשהות אא"כ שיכתוב לו שובר על נ' ליתי' לכל הפוסקים דלדעת התוס' והרא"ש והריטב"א ודאי לית' דהא לדידהו מותר להשהות השטר אפי' על פשיטי דספר' לכ"ע ואע"פ שאינו כותב עליו כלום וכ"ש שטר של ק' שפרע לו נ'. ולדעת הר"ן נמי לית' דאע"פ דהר"ן סובר דאסור להשהותו אפשיטי דספרא מכל מקום סובר דכשנשאר חייב לו שום דבר מסך שבשטר מותר לו להשהותו אע"פ שאינו כותב עליו שובר כלל וכן נלפע"ד עיקר ודלא כהמחבר ודוק:

סעיף ז
כמו שנתבאר בסי' מ"ח. עמ"ש שם דשטר שנמחל שעבודו אינו גובה אפי' מבני חורי ודלא כהסמ"ע שם וע"ע שם מדינים אלו:

סעיף ח
הרי מודה כו'. ואינו גובה בו אפי' מלו' עצמו וכן הוכחתי לעיל סי' מ"ח ודלא כהסמ"ע שם והא דאינו נאמן לומר החזרתי לך במגו שהי' אומר לא פרעת לי דהוי מגו להוציא ולהפוסקים דאמרי' מגו להוציא צ"ל דמיירי כאן שהשטר אינו מקויים וקמ"ל דאע"פ שיכול לקיימו אח"כ כיון דהשטר אינו מקויים והודה שהוא פרוע הרי הוא כחרס ושוב לא מהימן אף כשיקיימנו וכמ"ש כל זה בס"ס פ"ג גבי שטר מזוייף או אמנה ובש"ס פרק ח"ה (דף ל"ב ע"ב) מדמי להדדי ועמ"ש עוד שם דבכל גוני הוי ספיקא דדינא ואי תפס המלו' אפי' בעדים לא מפקינן מיני' וה"ה הכא וע"ש:

סעיף ט
אלא ע"י הדחק. וכ"ש אם לא היו יוצאים כלל ונלפע"ד דגם רשב"ם מודה לזה וכ"מ בב"ח ודלא כנרא' מהב"י שרשב"ם ס"ל דבעי' שלא הי' יוצא כלל ע"ש:

סימן נח

סעיף א
שטר מקוים כו'. וה"ה אינו מקויים אם יקיימנו אח"כ נאמן מה שכבר טען סטראי במגו דלהד"מ וכדלקמן ר"ס פ"ב וליכא למימר דשאני הכא דלא הי' נאמן בטענת סטראי אלא במגו וכדמשמע מדברי חדושי הרמב"ן פ' חזקת הבתים גבי פלוגתא דרבה ורב יוסף דלקמן ס"ס פ"ג דע"כ לא פליגי אלא כשהמלו' מודה שהשטר פסול להכי לא מהני לי' מגו כשיקיימנו אח"כ אבל כשהשטר כשר לפי דברי המלו' נאמן כשיקיימנו במה שטען כבר שהי' לו מגו ע"ש ודוק:

סעיף ב
ובשבילם קבלתים. פי' אף שמודה לו שנתן לו לפרעון שטר זה כל שאינו מודה שהוא קבלם ג"כ על חוב זה יכול לומר סטראי נינהו וכמ"ש המחבר בס"ס זה גם בסימן פ"ג עכ"ל סמ"ע (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ע"ג וסי' קי"ב):

סעיף ג
וגובה בו בלא שבועה אם יש בו נאמנות אע"ג דאומר הלוה ישבע לי:

סעיף ד

ואה אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה. כ' הסמ"ע והב"ח דקמ"ל בזה דאע"פ שלא טען הלוה ישבע לי אנן טענינן ליה כיון דאיכא ריעותא דהודה וכדין הפוגם את שטרו וכן נראה מדברי הספר ג"ת שאביא לקמן סק"ד ואין דבריהם נלפע"ד דכיון דלא איתרע שטרא למה יגרע שטר זה משטר אחר ועוד כיון דנאמן במגו דלהד"ם כי היכא דבטענת להד"מ לא היה צריך לשבע אא"כ טען הלוה ישבע לי ה"ה בטענת סטראי וכן מוכח לפע"ד מתשו' רמב"ן שבבעה"ת שהביא בב"י בסי' זה שכ' דאם פרע לו בפני עד א' יכול לטעון סטראי ומסתברא לן דליכא עלי' ריעות שטרא ולא מחייב שבועה ע"פ העד כלל דכי תקינו רבנן עד אחד מעיד ששטר שבידו פרוע נשבע כדי להפיס דעתו של בעה"ב הא היכא דאין העד מעיד בפי' שהשטר הוא פרוע מפוייס ועומד הוא ולא מסייע לי' עד כלל וכל דלאו דינא הוא אלא תקנתא אין דנין בהם להחמיר אלא להקל עכ"ל ומדכ' דכי תקינו רבנן עד אחד מעיד כו' משמע דמיירי אפי' בלא נאמנות וכדא' בפרק הכותב דעד אחד מעידו שהוא פרוע צריך לישבע וגם מדכ' וכל דלאו דינא אלא תקנתא אין דנין בהם להחמיר אלא להקל. משמע להדיא אפי' בלא נאמנות כיון דלא משתבע אלא שבועת תקנת חכמים א"צ לישבע ואם איתא דבטענת סטראי צריך לישבע אפי' לא טען הלוה ישבע לי היאך כ' דבע"א א"צ לישבע הא אפי' בלא ע"א א"צ לישבע אלא ודאי כמ"ש ואף למ"ש לקמן סקכ"א די"ח גבי ע"א על תשו' הרמב"ן שבבעה"ת מ"מ בהא דבלא ע"א א"צ לישבע פשיטא דליכא מאן דפליג עליה אלא נראה דהבה"ת והט"ו מיירי כשאמר לו הלוה ישבע לי ואשמעי' דדין שטר זה הוא כשאר שטר וכה"ג כתב בעל התרומות והט"ו לקמן סי' קכ"ו סי"א ופירושו ג"כ כשטוען הלוה ישבע לי וכן בכמה מקומות (ע' בתשו' מהר"א ששון סי' ע"ד וסי' רי"ב):

סעיף ה

בין שאמר לו קח השטר כו'. אבל אם לא א"ל ליקח השטר אע"פ שהודיעוהו שחוב בשטר עליו פטור דמצי אמר סבור הייתי שהיית סומך על אמונתו כך כ' הב"י בשם בעה"ת. והוא בבעה"ת ריש שער נ'. ודברי הב"ח בפי' דברי הטור בזה אינן מוכרחים ובפרט מ"ש בסוף דבריו דאם לא א"ל בפי' ליקח את השטר רק שהודיעוהו שהוא בשטר פטור אם נתנם לו בפני עדים כו' דהרי מדברי בעה"ת משמע דבזה אפי' נתנם לו בלא עדים פטור. וקרוב אצלי דתיבת שיקח חסר בטור בסיפא וצ"ל כמ"ש המחבר כאן בסיפא ע"ש (עי' בתשו' מהרשד"ם ס"ס קט"ז וקכ"ו):

סעיף ו

לא יכול המלוה לעכבן. שיאמר כיון שאתה גורם לי היזק בתפיסתך הרי כאלו אתה תופס משלי:

סעיף ז

וכן מי שהפקיד כו'. דברי הרב אינם מסודרים כהוגן. ובע"כ דהאי וכן מי שהפקיד קאי בשטת הי"א הראשונים שכ' הר"ב (ומ"ש הר"ב אח"כ וי"א דוקא שבא ליד הנפקד כו' קאי בשטת הי"ח וכמ"ש לקמן) דהא דין זה דמי שהפקיד ביד אחר ולא הזכיר לו שבשליחות אותו פלוני הפקידו אצלו דלא יוכל לעכבן הטעם הוא דכיון שהשליח חייב לשלם הרי הוא כאלו תופס משל השליח ולא משל אותו פ' וכיון שהתופס יודע האמת שלא נתנם לו בשליחות אותו פ' לא יוכל לעכבן שיגיע נזק לשליח ע"י תפיסתו וכמבואר בהריב"ש סי' שצ"ג להדיא ע"ש וא"כ היינו ממש כדעת הי"א הראשונים שכ' הר"ב. והסמ"ע סק"ז כתב דהאי וכן מי שהפקיד כו' היינו כדעת הי"ח כו' ע"ש ולא דיבר נכונה וכבר השיג עליו הב"ח ע"ש וגם לענין דינא נראה עיקר כסברא הראשונה ודלא כהי"ח וכן נראה מדברי הב"ח ע"ש וכ"מ בע"ש שהשמיט הי"א והיש חולקין שכ' הר"ב ולא כתב רק וכן מי שהפקיד כו' ועוד כתבתי לקמן סק"ח שכן נראה סברת הע"ש ע"ש וכן נלפע"ד דסברא גדולה היא דהיאך יוכל זה לתפוס מחברו ולהזיק לו בתפיסתו בע"כ וגם המעיין במרדכי יראה דסברא הראשונה היא סברת רשב"ם ור"י בעל התוס' שהם עמודי עולם ואח"כ אחר שהפסיק בדברים אחרים כ' תימה כו' וי"ל כו' דמשמע מדברי אותו תימה וי"ל שהוא חולק ולא הזכיר מי הוא אותו בעל תימה וי"ל וגם לא הזכירו מיד אחר דברי רשב"ם ור"י ומכל זה נראה שאותו תימה וי"ל אינו מדברי המרדכי ונלפע"ד שהוא גליון במרדכי וקרוב לומר שאיזה תלמיד טועה כתבו ושוב מצאתי בתשו' מהר"ם בר ברוך סי' תתי"א בדפוס פראג שפסק ג"כ דלא יכול לתפוס ע"ש ועוד מצאתי תשו' הרא"ש ריש כלל ק"ו משמע שם כדעת הריב"ש וז"ל אמנם יש פנים אחרים לדין זה כי המפקיד פשע שמסר ממון ראובן ליד שמעון דה"ל כשומר שמסר לשומר אם לא עשה מדעת יורשי ראובן וחייב להחזיר הממון ליורשי ראובן נמצא שלא תפס שמעון משל ראובן כלום אלא היורשים תובעים ממונם מיד המפקיד כי פשע בו והשליכו לאיבוד והמפקיד חוזר ותובע משמעון אם יש לו טענה על המפקיד יכול לטעון (ונלפע"ד דה"ק אם יש לו טענה על המפקיד שנתנם לו בשליחות ראובן יכול לטעון ובזה מיושב מה שהניח בתשו' מהרא"ן ששון סי' ק"א בצ"ע ועוד בלא"ה דברי מהרא"ן ששון מגומגמים שם בכמה דברים ע"ש) אבל אינו יכול לעכב הממון בעד שום טענה שיש לו על

ראובן ועל יורשיו עכ"ל וליכא למימר דס"ל כהריטב"א דכיון שהפקידו בידו אינו יכול לתפוס דהא הריטב"א תלי טעמא דכיון שהפקידו בידו בעינן שיחזירנו לו השבה מעלי' והרא"ש תלי טעמא דכיון שהמפקיד חייב לשלם לא תפס משל ראובן כלום והיינו כדעת הריב"ש וגם בתשו' דברי ריבות סי' רע"ו הביא דברי תשו' הרא"ש הנ"ל בסתם וגם בתשו' מהרא"ן ששון סי' ק"א כתב דתשו' הרא"ש הנ"ל היינו כדעת הריב"ש ופסק שם כן וכתב שדבריהם ברורים ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' ע"ב וסי' ק"ה שכן דעת הרא"ש בתשו' הנ"ל וכ"כ עוד מוהר"ר חיים בנבשתי בתשו' מהרי"ט סי' קנ"א ומהרי"ט שם הסכים עמו בזה וז"ל והחקירה השניה בתופס מיד אחר אי מקרי תפיסה מאחר שיכול המפקיד לתבוע ממונו ממנו רואה אני דברי החכם השלם הפוסק דלא מהני ליה תפיסה כמו שהביא מתשו' הרא"ש ז"ל שבכלל ק"ו כו' אלא שמהרי"ט בתשו' הנ"ל הקשה ממ"ש הרא"ש בפסקיו בפ' הכותב דהאידנא דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח אי אית ליה לב"ח ראיה ברורה דיכול למפרע ההוא חוב מיתמי לא מחייב בקרא לשלומי ואי לית ליה ראיה אלא דמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי ע"כ והרי דבריו אלו סותרים דבריו שבתשו' וצ"ל דה"ק דמחמת תפיס' בא לזכות וטעמ' הוא דקיהיב לחיובי דבקרא דמחייבי' ליה בספק דשמא כדין תפס וה"ק והואיל ולית לי' לב"ח ראי' להוציא מהם בדין אלא שמחמת תפיסה בא לזכות הלכך מחייב בקרא לשלומי שהניחו שיתפסנו והשתא כיון דבקרא מחייב לשלומי אין תפיתתו מועלת לגבי בקרא ומפיק בקרא מיני' בדינא ודיינא כמו שאמר הרא"ש ז"ל בתשו' עכ"ל מהרי"ט ולפע"ד דבריו בזה דחוקים דבפי' דברי הרא"ש בפסקיו מיירי שהב"ח טוען שהבקרא הניחו לתפסו בידיעת היתומים שציוווהו ליתן לו השור למשכון בחובו והבקרא כופר נמצא שהבקרא מחייב בהודאת פיו וכמ"ש הריב"ש ומה שקצר הרא"ש היינו משום דלא בא אלא לומר דאחר תקנת הגאוני' פטור הבקרא אם היתומי' חייבים באמת ומ"מ לדינא גם דעת מהרי"ט כמ"ש וגם בכל הג' תשו' מהרי"ט הנ"ל לא הביא דברי הריב"ש כלל ואלו ראה דברי הריב"ש מכ"ש דהוה פסיק הכי וכן עיקר:

סעיף ח

אבל אם תפסו מיד המפקיד ויש לו מגו כו'. כבר כתבתי לעיל דהרא"ש והריב"ש פליגי על זה (ותמיה לי על הב"ח שמתחלה פסק כדברי הריב"ש ואח"כ העתיק דברי הריטב"א בסתם ע"ש) וע"ש בריב"ש סי' שצ"ג מבואר להדי' דאין חילוק בין הפקידו בידו או שתפסו מידו בעל כרחו אלא לעולם כל שהתופס מודה להנתפס ואם יתפסנו יהיה הנתפס חייב לשלם לא יוכל לתפוס כי איך יגרום לו נזק בתפיסתו אבל היכא

שהתופס אומר שכדין תפסו ושהנתפס מתחייב בהודאת פיו ואם יודה לדברי התופס יהיה פטור אז יוכל לתפוס ע"ש וכן עיקר:

סעיף ט

שהרי פשע. כלומר שלא שמרו כראוי ולכך תפסו דאלו שמר הפקדון כראוי לא היה יכול לתפסו ובע"ש פי' שהמפקיד חייב כשאומר שהפקידו אצלו שהרי פשע שהפקידו אצלו שלא בעדים כו' ולחנם דחק ונ' שכ' כן משום דנראה לו עיקר כסברת הריב"ש דלעיל דהיכא שהתופס מודה שהנתפס חייב לשלם אינו יכול לתפוס אם לא שמתחייב בהודאת פיו וע"כ פירש דהא דחייב המפקיד היינו כשאומר שהפקידו אצלו ונמצא שמתחייב בהודאת פיו שהרי התופס אומר שתפסו ממנו בכח ואומר לו התופס אם תודה לדברי תפטור ולפ"ז מ"ש הע"ש וי"א דוקא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון כו'. ה"פ דהאי וי"א פליג וס"ל דהכל תלוי דוקא כשבא לידו בתורת פקדון דאז כיון שצריך לעשות השבה גמורה אפי' הוא בענין שהיה המפקיד פטור לשלם חייב לעשות לו השבה אבל כשתפס בעל כרחו יכול לתפוס בכה"ג. ואע"פ שפשט דברי הריטב"א והר"ב אינו כן אלא כמ"ש מ"מ כוונת הע"ש שכתב כן כדי שיוכל להיות דברי הי"א דוקא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון כו' אמת לדינא ודוק: עוד כתב הע"ש וז"ל אבל אם טוען ואומר שזה תפסו ממנו בכח ולא פשע נשבע גם הוא ונפטר עכ"ל ונרא' נכון לדינא שכיון שהשומר יכול לפטור עצמו בטענ' של אמת שתפסו ממנו באונס א"כ אינו גורם לו נזק בתפיסתו כנלפע"ד ודו"ק:

סעיף י

אבל אם לא הזכיר שיקח השטר כו' עי' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רל"ב שפסק שאם השליח הוא בשכר והמלו' הוא עכו"ם דחייב אע"פ שלא א"ל ליקח השטר מב' טעמים חדא כיון שהוא בשכר ה"ל להטריח עצמו לשלם בעדים הב' שהוא עכו"ם ע"ש ואין דבריו מוכרחים וצ"ע לדינא:

סעיף יא

ואמר הלא פרעתי בפני פ' ופ' כו'. כתב בסמ"ע וז"ל ואם כתב בשטר דהאמין למלו' כשני עדים אפי' נתנו לו בערים נאמן לומר סטראי נינהו דהא אפילו בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים המעידים על הפרעון ואינו יכול להוציא מידו דהמלו' אף אחר שיפרע עתה בפני עדים כמו שכתב הטור והמחבר בר"ס ע"א אם לא שנאמר שניחא ליה לטעון סטראי נינהו שהוא דבר שאינו ידוע להעדים אם משקר ממה שיטעון נגדם להכחישם וזה דוחק דמ"מ כיון שהאמינו יותר מהעדים האמינו בכל מה שיאמרו וק"ל.

עכ"ל ובתשובות מהר"א ן' ששון סי' ע"ד כתב דהיכא דהעדי' מעידים על פרעון נרא' לי ראיה גמורה לזה מדברי התו' פ' הכותב בדבור מגו דיכולים דקאמרי בהדיא דאפי' בעד א' המכחישו לא הוי מגו משום דלא חציף להכחיש העד כמבואר שם ואפי' בעדים פסולים מצאתי להרא"ש שכתב בכלל ס"ו סי' ח' וז"ל אף על גב דאיכא הכא מגו דאי בעי אמר לא הקניתי לו כלום לא מהימנינן לי' בהאי מגו כיון דאיכ' עדים שהקנ' דאע"ג דפסולים נינהו מ"מ ניחא ליה למימר טענה זו שאין העדים יכולים להכחישו כדאמרינן בח"ה בעובדא דרבה בר שרשום כו' אבל אם העדי' מעידי' שקבלן על פרעון בפי' מזה השטר נאמן במגו דהא השתא נמי בהך דטעין סטראי מכחיש העדים וא"כ כיון ששתי הטענות שוות נאמן לומר סטראי במגו עכ"ד וזהי דלא כהסמ"ע אבל אין דבריו נראין לפע"ד ומה שהביא ראי' מהתו' פ' הכותב (כתובות דף פ"ד ע"א) אינה ראיה כלל דדוק' התם כיון שהי' צריך לישבע נגד העד והיינו שכתבו שם כדמוכח גבי נסכא דר' אבא בפ' ח"ה כו' ובפ' ח"ה גבי נסכא דר' אבא (דף ל"ד ע"א) כתבו התו' להדיא כן דדוק' משום שהיה צריך לישבע נגד העד אבל אם לא הי' צריך לישבע הוה שפיר מגו אף שהי' מכחישו ועכשיו אינו מכחישו ע"ש. ועוד דהתם גוף הטענ' לאו טענ' מעליות' היא ולא מהימנינן ליה אלא משום מגו אבל הכא כיון דהאמינו כבי תרי כל אימת דאמר לא נפרעתי אם כן הרי הוא אומר לא נפרעתי וסטראי בעצמה טענה מעליות' הוא דאע"ג דבעלמ' אינו נאמן לומר סטראי אלא במגו דלהד"ם וע"כ היינו משום דסטראי בעצמה לאו טענה מעליות' היא הכא כיון שהאמינו כב' עדים שלא פרעו ה"ל ללו' לכתוב הפרעון על השטר וא"כ סטראי בעצמה טענה מעליות' היא וכ"כ בתשוב' מהרשד"ם סי' נ"א דהיכ' דכתוב בשטר דהאמינו כשני עדים שוב ליכ' ריעות' עד שיודה המלו' בפני ב"ד שנתפרע ולא צריך מגו עכ"ל. ובזה נדחה ג"כ מה שהבי' מתשיב' הרא"ש כלל ס"ו דהתם גוף הטענ' לאו טענה מעליות' היא וצריכה מגו משא"כ הכא וראיה לזה ממ"ש הר"ב בהג"ה לקמן סי' ע' ס"ד ושם ע"כ מיירי כשמעידים על פרעון סתם וכמ"ש שם ואפ"ה לא אמרי' הך סברי דניח' ליה למטען סטראי ממה שיכחיש העדים ואף שכתבתי שם שדברי הרב צל"ע היינו בא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני לשטת הפוסקים דלא פסל שאר העדים משא"כ בהאמינו כבי תרי דפסיל כל העדים וכ"פ בתשובת דברי ריבות סי' ע"ד ובס' גדולי תרומ' דף קי"ט ע"ג דבין מעידים בפי' על פרעון זה ובין מעידים על פרעון סתם בכל ענין יכול לטעון סטראי כשהאמינו כבי תרי ע"ש וכן נרא' להדיא מדברי הבית חדש בסעיף ג' וכן עיקר: אך מה שכתב הבית חדש דמ"מ שבועה בעי בנאמנות כבי תרי ואינו נאמן בלא שבועה במגו דלא נתפרעתי חדא דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה ותו

דהוי לים מגו דהעזה דאפי' כנגד עד א' לא מצי מעיז כדכתב ר"י פ' ח"ה דף ל"ד אנסכ' דר' אבא והלכך אינו נאמן אלא בשבועה עכ"ל וכן כתוב בתשובות דברי ריבות ובס' ג"ת שם דמהימן בשבוע' אינו נרא' לפי עניות דעתי דלא שייך למימר אין אומרין מגו לאפטורי משבועה אלא היכ' דחייב שבוע' מצד הדין אלא שיש לפטרו משבוע' מטעם מגו בכה"ג שייך לומר א"א מגו לפטרו משבוע' אבל זה שהאמינו כבי תרי הרי כאלו עדים מעידים כדבריו שחייב לו מצד אחר ואינו חייב שבועה כלל (דבנאמנות כבי תרי אף שב' עדים מכחישים אותו אין צריך שבוע' כלל וכמו שכתבו הפוסקים והטור ל' ר"ס ע"א ע"ש) ועוד דהיכ' דמהימן לומר סטראי במגו הוי טענה סטראי כמו טענ' מגו וכמש"ל ס"ק ג' דהיכ' דפרעו בינו לבינו נאמן לומר סטראי וא"צ שישבע אא"כ טוען הלו' השבע לי ולא אמרינן שישבע דא"א מגו לאפטורי משבוע' אלא ודאי כמ"ש וכ"ש לפי מ"ש בסמוך דכיון דהאמינו כבי תרי טענת סטראי בעצמה טענה מעליות' היא אפילו בלא מגו. גם מ"ש הב"ח ותו דה"ל מגו דהעזה לאו מילת' היא וכמ"ש בסמוך דלא שייך לומר מגו דהעז' אלא היכ' שהיה צריך לישבע אם הי' טוען אותה טענה ע"כ נלע"ד ברור דא"צ לישבע כלל היכא דהאמינו כבי תרי וטוען סטראי ודו"ק: ומ"ש הסמ"ע דהא אפי' בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים המעידים על הפרעון ואינו יכול להוציא מידו דהמלו' אף אחר שיפרע עתה בפני עדים כו' כבר כתבתי בסי' ע"א ס"ק ג' דליתא אלא בלא טענת סטראי אינו יכול להכחיש העדים ע"ש (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קי"א): עוד כ' בסמ"ע וז"ל ואפי' אי הי' ביד הלוה כתיבת יד כו' וכן מוכח מדכ' הטור והמחבר (בסי' ע"א) בס"ג דדוקא אם יש עדים שהודה בפניהן שנפרע שטר זה מהני נגד נאמנות ולא בענין אחר ועוד ראיה ממ"ש מור"ם בהג"ה בסי' ע' ס"ד ע"ש ודו"ק עכ"ל ואין דבריו מוכרחים בזה לפענ"ד דהא כיון דלא מצי טעין סטראי אלא היכא דאית ליה מגו דלהד"ם והכא כתיבת ידו כק' עדים דמי ולא מצי למטען להד"ם א"כ גם סטראי לא מצי למטען ועוד דכיון שכ' בכתב ידו הרי כאלו בטל נאמנותו וכן דעת הב"ח לקמן סימן ע"א ס"כ ע"ש וכ"כ בפשיטות בס' גדולי תרומה דף קי"ט סוף ע"ג ומ"ש וכן מוכח מדכ' הטור בסי' ע"א ס"ג כו' אינו הוכחה כלל דהרי לא הוזכר שם שמודה שנפרע שטר זה דוקא ואדרבא שפרעו סתמא קתני ועוד דהתם תקנתא קתני דודאי דלכתחלה יש לעשות על צד היותר טוב וגם לא מיירי התם מטענת סטראי וגם מ"ש ועוד ראיה ממ"ש מור"ם בסימן ע' ס"ד כו' אינו ראיה והתם אע"ג דלית לי' מגו מ"מ כיון דא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' והוא לא קיים כן טענת סטראי טענה מעליות' ומוכח' מילתא דקושטא קאמר כיון דלא פרעו בפני פ' ופ' ודו"ק: ומתוך דברי הסמ"ע והאחרונים שהבאתי מבואר דהא דאמרינן דהיכא

דפרעיה באפי סהדי איתרע שטרא היינו אפי' כ' בו נאמנות סתם וכן נראה להדיא בבעל התרומות שער י"ט וכ"כ עוד הבעל התרומות להדי' בשער ס"ו סוף ח"ב:

סעיף יב

והעידו שפרעו כו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' נ"א שרוצה לומר דדוקא בסך השטר ולא פחות ולא נהירא לפע"ד גם מדברי בעל התרומות שער ס"ו ומדברי הטור לעיל סי' ל' ס"ח לא משמע כן ע"ש:

סעיף יג

חוב אחר הוא שפרעת לי ז"ל הבעה"ת שער ס"ו ח"ב ויש לעיין אם לא אמר סטראי נינהו אלא אמר המלוה ממה שפרע בפניכם החזרתי לו את השטר ואיכא סהדי דפרעיה בזה נראה כיון דלא מצי למטען סטראי נינהו היכא דפרעיה באפי סהדי משום דליכא מגו ה"נ בטענת החזרתי לך את השטר ליכא מגו איכא למימר חד דינא אית להו ואין המלוה נאמן בכך ואין להניח את הודאי ולסמוך על הספק אע"פ שדברי ה"ר יוסף הלוי ז"ל סותרים זאת הסברא שהרי כ' דאע"ג דאיכא עדים מצי למימר לשם מתנה יהבינהו ניהליה כיון דלא ידעי אי במתנה אי בפרעון ולפי דבריו צריך שיעידו שבתורת פרעון של שטר חוב זה נתנם לו שאל"כ כשם שיכול לומר כשמעידים סתם שמתנה היו הכי נמי כשמעידים שבתורת פרעון נתנם לו יכול לומר שבתורת פרעון חוב אחר שהיה לו עליו נתנם עד כאן לשונו ומביאו ב"י בקצרה בס"ס זה. ודבריו תמוהין לפע"ד ולא ירדתי לסוף דעתו דודאי אף הר"י הלוי מודה לזה דדוקא היכא דלא ידעו סהדי אי בתורת מתנה או בתורת פרעון ס"ל דנאמן לטעון סטראי במגו דמתנה מה שאין כן הכא דלית ליה מגו וכן מוכח להדי' ממ"ש הרא"ש פ' שבועת הדיינים ושאר פוסקים וכן הבעל התרומות גופיה בריש שער י"ט וז"ל וכתב הר"י הלוי הא דאמרי' ה"מ דפרעיה באפי סהדי מסתברא לן דדוק' היכא דקא מסהדי סהדי דבתורת פרעון יהבינהו ניהלי' ולא ידעי אי מהאי שטרא אי משטר אחרינ' דכיון דמסהדי דבתורת פרעון יהבינהו ניהלי' אתרע שטרא דהא ליכא מגו כו' הרי מוכח להדי' כמ"ש (גם תימא שבשער י"ט הביא הבעה"ת דברי הר"י הלוי בסתם ולא הביא שום חולק עליו) וכן מוכח להדי' מהטור שכתב לעיל סי' ל' ס"ח ולא יוכל המלוה לומר סטראי נינהו ממלוה ע"פ או מחוב אחר שהי' לי עליך בשטר וחזרתי לך ע"כ וכאן בסי' זה הביא דברי הר"י הלוי ומחלקותו משמע דגם הר"י הלוי מודה בזה וכן עיקר:

סעיף יד

הרי בטל השטר כו' ונשבע הלוה היסת ונפטר וע"ל סימן ל' מ"ש עוד מדיני סטראי:

סעיף טו

בטל השטר היינו דוקא ששתי התביעות היו שלו אבל אם על חוב שבשטר הוא בא בהרשא' ועל הממון שהודה שקבל הוא בא מכח עצמו לא משום דאי בעי מהדר הרשאה למריה ולא נשאר אצלו אלא תביעת ממון שקבל ועל אותו ממון שהודה שקבל נאמן בשבוע' ד"מ ג' עכ"ל סמ"ע והוא מתשו' הרא"ש סוף כלל פ"ו ומביאו ב"י בקצרה ר"ס זה ועיין בתשו' הרא"ש שם שהבי' ראיות לזה מהנך דיני דלקמן סי' קי"ט וקמ"ח ע"ש ונראה דמ"ש נאמן בשבוע' היינו היסת:

סעיף טז

אם תפס כו' ע"פ הדרך שנתבא' בסי' מ"ו סל"ז ע"ש:

סעיף יז

וכן נ"ל עיקר וכיון דלא קרעינן ליה לא אמרי' ללוה דלישתבע היסת שאינו בדין שנשביע אותו ואכתי לינקוט מלוה שטרי עלויה אלא אם רצה מלוה שישבע לוה היסת יחזור לו שטרו ומשבעינן ליה כ"כ הר"ן מביאו ב"י ועמש"ל סי' ע"ה ס"ק ע"ד וע"ה וריש סי' פ"ב ס"ק ד':

סעיף יח

אם בתורת פרעון או בתורת פקדון עמש"ל סי' פ"ב סעיף י"ב:

סעיף יט

הרי הוחזק כפרן ובטל השטר נרא' דדין זה איתא לכ"ע דכיון דהוחזק כפרן בטל השטר לגמרי וקרעינן ליה לכ"ע ודו"ק:

סעיף כ

הוחזק כפרן וישבע הלוה היסת ויפטר ואיכ' מ"ד שאחר שהוחזק כפרן אין על הלו' שום שבועה כלל עכ"ל בעה"ת ומביאו ב"י וכתב בספר גדולי תרומה וז"ל לא ידעתי היאך מביא הסבר' הראשונ' בסתם כאלו היא יותר נכונה והאחרת בשם י"א כי כפי הנרא' הדין עם הי"א דהא בסתם הוחזק כפרן דעלמ' אמרי' דאין על שכנגדו שבועה כלל ולא עוד אלא שכתב בשער י"א דאי בתר דפרע קא טעין דפרע תרי זימני אין על המלו' שבועת היסת משום דכיון דטען תחל' להד"ם ה"ל כמודה שלא פרע ושוב אין נאמן לומר שפרע והכי נמי שטען המלו' להד"ם דהיינו שלא קבל כלום הרי הודה דלאו סטראי נינהו וכיון דקא מסהדי סהדי שנתן לו אותן המעות בתורת פרעון ממיל' הם פרעון השטר וא"כ למה ישבע עכ"ל ואין דבריו נכונים לפע"ד דמה שהקש' משער י"א ודאי לק"מ דהתם כיון שטען תחל' להד"מ הוה כמוד' שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי

דהאיך אפשר שפרע כשלא לוה מה שאין כן הכא דנהי שהוחזק כפרן במה שאומר שלא קבל מעולם והרי עדים מעידים שפרע לו ואהני דבטל השטר מ"מ לא הוחזק כפרן בזה דחייב לו עוד מצד אחר ויכול להיות דבריו אמת בזה ולהכי נמי לא קשיא מסתם הוחזק כפרן דעלמ' דק"ל לקמן סי' ע"ט דאין על שכנגדו שבוע' כלל דהיינו דוק' כשהוחזק כפרן לאותו ממון אבל הכא שטוען שחייב לו עוד מצד אחר הרי זה ממון אחר ובהדי' אמרינן בש"ס ופוסקים ובטור לקמן סי' ע"ט סעיף ח' דהוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק כפרן לממון אחר הילכך העיקר כאן כסבר' הראשונ' דצריך הלו' לישבע היסת כן נרא' לפע"ד:

סעיף כא

שהרי לא פרעו בעדים. כלומר שהרי לא נתנו לו בפירוש לשם פרעון:

סעיף כב

דאפי' בכה"ג כו'. הטעם דמתנ' לא שכיח שאדם יתן במתנ' ולא יפרע חובו תחלה מה שחייב לו (עיין בתשובת מהרשד"ם סי' ל"ו ושע"ד):

סעיף כג

אבל בפני עד א' כו' הר"ב כתבכן בפשיטות משום שהביא בד"מ דברי הב"י שאין חולק בזה על הרמב"ן אבל לפע"ד דין זה צ"ע דבהדי' חולקים ע"ז התוס' פ' הכותב בעובד' דאבימי דף פ"ה ופ' ח"ה דף ל"ד ע"א סוף ד"ה הוי מחויב שבועה כו' וכן הר"ן פ' הכותב שם וכן בפ' כל הנשבעין גבי נסכ' דר' אבא מבואר להדי' מדבריהם כיון שאם הי' מכחיש העדהי' צריך לישבע להכחיש נגד העד לא הוי מגו ואיתרע שטר (וגם תמיה לי על הבעה"ת בשם הרמב"ן דהא מדברי הרמב"ן בחדושיו פ' ח"ה מביאר להדי' כדברי התוס' שם ואפשר ליישב דהתו' והר"ן והרמב"ן בפרק ח"ה מיירי בתר פרעון דהיינו אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבוע' דאורייי' וכדאי' בפ' הכותב (דף ע"ט) ונתבאר בא"ע סי' צ"ב סי"ד וכמ"ש לקמן סי' קכ"א סקנ"ד א"כ אי טעין בתר פרעון סטראי ה"ל מחויב שבועה ואיל"מ דומי' דנסכ' דר' אבא דאיכ' עד אחד דחטף ואמר אין חטפי ודידי חטפי ובעה"ת בשם הרמב"ן והטור והר"ב בהגה כאן מיירי דלא אתרע שטרא בעדא' לענין דעכ"פ צריך לפרוע לו שטרו אבל מודו דבתר פרעון יכול לתבעו דלמהוי מחויב שבועה ואיל"מ ובזה ניח' דלא סתרי דברי הרמב"ן אהדדי וניח' נמי דל"ק דהא בשבוע' דרבנן לא אמרי' משואיל"מ מיהו פשט דברי התו' והר"ן והרמב"ן שהקשו מהך דאבימי לא משמע כן שהרי לא הזכירו בדבריהם כלל מהך סוגי' דאי פקח הוא דבפרק הכותב ועוד דמאי קשי' להו דלמא אבימי לאו פקח הוא בדין זה אלא משמע מפשט דבריהם דאפי' קודם פרעון א"י לטעון סטראי ואיתרע שטרא ע"ש וצל"ע. (שוב ראיתי בתשוב' מהר"מ

מלובלין סי' קי"ד שהשיב להשואל שרצה לפסוק כהתוס' דפרק ח"ה שאין הסכמת הפוסקים כן ואישתמיטתי' דברי הר"ן הנ"ל ודברי הרמב"ן גופי' שבפ' ח"ה ואלו הוי חזי להו לא הוי דחי דברי השואל ע"ש) . ואין להקשות ע"ז ממאי דקי"ל לקמן סי' ע"ה סי"ד דבשבוע' דרבנן לא אמרינן דהוי משואיל"מ י"ל דהיינו דוק' בעלמ' היכ' שגוף הטענ' טענה מעליות' היא או אפילו היכ' שאינו נאמן אלא במגו ועל טענת המגו לא הי' צריך לישבע שבועה חמור' יותר מעכשיו כגון אי הוי טען אין חטפי ודידי חטפי בשטרות ועבדים וכה"ג דאע"פ שהי' העד מכחישו לא הי' צריך רק היסת משא"כ הכא שטענת סטראי גרוע' היא ולא מהני' אלא היכ' דאית ליה מגו דלהד"מ והכא כיון שהי' צריך לישבע נגד העד שבוע' חמור' כעין דאורייי' והשת' א"צ לישבע אלא היסת אזיל ליה מגו ואיתרע ליה שטרא וכיון דתקון חכמי המשנ' שבוע' כעין דאורייי' לכל מילי תקנוהו דלהוי כעין דאורייי' ובהכי ניח' נמי דהא הר"ן גופי' כ' פ"ק דגטין והבאתיו לקמן סי' קכ"ו סקס"ד דשבועת ע"א המעיד בפרעון מדרבנן בעלמ' הוא והיכ' דאפשר משתבע והיכ' דלא אפשר כגון האי מקבל דלא ידע וא"י להכחיש העד לא מפסיד עכ"ל אלא ודאי התם נמי טענת המקבל טענה מעליות' היא אפי' בלא מגו נאמן לומר דלא ידע ודוק. (שוב מצאתי בריטב"א פ' הכותב שהביא מתחל' תירוץ התוס' וכ' אח"כ עוד תירצו דהך דאבימי ל"ד לנסכ' דר' אבא דכיון דהוי מדרבנן לא הוי משואיל"מ וכ' שזהו הנכון וע"ש):

סעיף כד

בפני ע"א כו'. כ' הב"ח דנרא' דהא דלא איתרע שטר' באפיחד סהדא לאו בדלא אדכר ליה דמהאי שטרא פרעי אלא אפי' אדכר ליה נמי דכיון דליכ' אלא חד סהדא נאמן דמגו דאי בעי הוה מכחיש לעד ואמר דלא פרעי' כלל כו' וע"ש ומ"מ לפי דעת התוס' והר"ן וחדושי הרמב"ן שהבאתי בסמוך אף בזה איתרע שטרא. אבל אם מכחיש לעד ואמר דלא פרעי' כלל לכ"ע נשבע להכחיש העד דהיינו מתני' דע"א מעידו שהוא פרוע:

סעיף כה

ע"א כו'. ואינו דומה לנסכ' דר' אבא משום דנסכ' דר' אבא כיון דמסהיד דנסכ' ממש אית לי' גביה לשבוע' קא אתי ושבוע' מחייב ליה וכי לא מכחיש ליה הוי מחויב שבוע' ואי"ל אבל האי כי אתי מעיקר' להעיד על שטרו שהוא פרוע קא אתי ועד אחד מעידו שהוא פרוע לא מחייב שבוע' דאוריית' אלא שבועת תקנה דה"ל שבוע' דרבנן והיכ' דלא מצי לאשתבועי שקיל בלא שבוע' כו' וליכ' בהאי דינא דין נסכ' דר' אבא כלל אלא כי מחמרת בה משתבע ושקיל ומסתבר' לן דליכ' עליה ריעות שטרא ולא מחייב שבועה

ע"פ העד כלל כו' כדלעיל סק"ג כ"כ הבעה"ת בשם הרמב"ן שהשיב לו כך וכבר כתבתי בסקכ"א די"ח ע"ז וסביר' ליה דאיתרע שטרא ושהרמב"ן גופי' בחדושיו כתב כן ע"ש:

סעיף כו

לא אמרינן דאתרע שטרא. ואפי' שבוע' א"צ לישבע אם יש בו נאמנות כ"כ הסמ"ע וכ"כ בד"מ בשם בעה"ת וכ"כ בס' ג"ת דמ"ש הבעה"ת בשם הרמב"ן דמסתברא דלא מחייב שבוע' כו' היינו ע"כ בשטר שיש בו נאמנות דאי בלא נאמנות קשה דהא אפי' היכא דאיכ' מגו וליכא עד כלל כ' הבעה"ת לעיל דאם אין בו נאמנות ישבע ויטול כו' עכ"ל אבל לפע"ד הא ליתא וכמו שהוכחתי לעיל סק"ג דבעה"ת בשם הרמב"ן מיירי אפי' בלא נאמנות והא דכתב לעיל אם אין בו נאמנות ישבע ויטול היינו כשטען הלוה ישבע לי וכדין שאר שטר דלקמן סי' פ"ב ע"ש ודוק:

סעיף כז

וע"ל סי' ע'. סעיף ד' בארתי שם כמה דינים מסטראי וע"ש. וע' בתשו' מהר"מ מלובלין סי' קי"ד בא' ששלח שלוחו לקבל מעות מהלוה והלוה אמר לשליח שלא ישלם למלוה עד שיכתוב קבלה על השטר והשליח לא עשה כן והמלוה טוען סטראי ופסק דאם מינה המלוה את השליח בעדים או ע"י כתב וניכר הכתב כיון דאינו יכול לטעון להד"ם כדלקמן סי' קכ"א אינו יכול לטעון סטראי אבל אם לא מינהו בעדים וגם אין כת"י ניכר יכול לטעון סטראי במגו דלהד"מ והשליח חייב לשלם להלוה עכ"ד. ולפי מה שהעליתי לעיל סק"ו צ"ל דכאן מיירי שהמלוה טוען שהשליח נתנם לו ג"כ על חוב אחר דאל"כ כיון שהשליח חייב לשלם א"י לתפוס ולטעון סטראי:

סעיף כח

הואיל והודה כו' אם יש עדים כו'. כ' הסמ"ע זה פשוט דביש לו עדים אפי' לא הודה לו שנפייע מהשור בטל השטר כמ"ש לפני זה בס"ב ולא הל"ל לשון הואיל והודה אלא שהמחבר תפס ל' הרמב"ם שכ"כ בפי"ד ממלוה לסברתו דבהודה שמדמי השור קבל אפי' ליכא עדים השטר בטל ולא רצה המחבר לשנות ל' הרמב"ם אף שכ' דעת האומרים דבעינן ג"כ עדים לזה קודם שכ' דעת הרמב"ם עכ"ל וזה דוחק ועוד שגם הטור כ' כיון שהודה והרי הטור הכריע בהדיא דלא כהרמב"ם כלל וכן הע"ש כ' הואיל והודה כו' ולא הזכיר סברת הרמב"ם כלל. ועוד שהרי גם הר"י הלוי גופי' נקט בלשונו לישנא דכיון שהוד' וכמ"ש הבעה"ת שער י"ט ח"ב על שמו וז"ל ומסתברא דסהדי בעי בכך וכן מתברר מל' הרב בן מגש שכ' בפירושיו כיון שמודה בעל השטר ששטר זה לא היה אלא מדמי השור שמכר לו ונתברר שישב אמסחת' בחנות שהמכר בשר השור בתוכו ונתקבל דמי

הבשר הנמכר בידוע שלא היה אותו הפרעון אלא דמי השוורים עצמן ומדנקט לישנא דנתברר אלמא ע"י עדים משמע ואי לא מהימנינן ליה במגו עכ"ל בעה"ת לכך נרא' דמיירי שהעדים אינם מעידים שקבל דמי השור בתורת פרעון ממנו אלא מעידים שקבל בסתם דמי השור בפרעון מאותן הלוקחים ששלמו בעד בשר השור ולישנא דאם יש עדים שפרע לו כו' הוא ל"ד אלא ר"ל שקבל המעות בפרעון מהלוקחים בעד הבשר או צ"ל אם יש עדים שפרעו לו דמי השור ואלוקחים קאי ולישנא דהרב בן מגש דייק הכי טפי שכ' ונתברר כו' ונתקבל רמי הבשר כו' והלכך בכה"ג ס"ל להר"י הלוי והמחבר לעיל ס"ב דאע"ג דאיכא עדים מהימן לומר טראי במגו דמתנ' אבל הכא שהודה שמדמי השור הוא השטר איתרע שטרא לכ"ע ומסתמ' קבל ג"כ המעות לשם פרעון. ובהכי ניחא נמי מ"ש הט"ו אם יש עדים שפרע לו דמי השור כו' וא"צ לדחוק כמ"ש הסמ"ע והב"ח דדמי השור לאו דוקא וכמ"ש ודוק:

סעיף כט

אם יש עדים שפרע לו דמי השור כ' הסמ"ע והב"ח דלאו דוק' קאמר אלא אפי' אין עדים שמדמי השור פרע לו אלא שמעידים שנתן לו בתורת פרעון איתרע שטרא וכדלעיל ס"ב. ולפע"ד זה דוחק דהטור כפל בלשונו כמה פעמים דמי השור ויהי' לאו דוקא (וגם קשה לפי' האחרון שכ' הב"ח שנרא' לו עיקר דסביר' ליה להטור דאף להרמב"ם בעינן עדים שנתן לו המעו' אף שאינם יודעים אם בתורת פרעון או לאו ואפ"ה איתרע שטרא כיון שהודה שהחוב הוא מדמי השור ולהר"י הלוי בעינן גם כאן שיעידו שנתן לו בתורת פרעון והכריע הטור כהר"י הלוי לענין דאין חילוק בין כאן לעלמ' עכ"ד דהא כיון דס"ל להטור לעיל בסעיף ב' דגם בעלמא אפי' מעידים שקבל המעות סתם סגי א"כ לאיזה צורך הביא כאן דעת הרמב"ם ודעת ר"י הלוי והכרעתו דהא כיון דג"כ בעלמא סגי כשמעידים סתם כ"ש הכא) ועוד שלפי שטתם דמיירי שמעידים שנתפרע מדמי השור מוכרח לומר דמ"ש הטור הואיל והוד' שמדמי השור הוא החוב הוא לאו דוקא וזה דוחק וכמ"ש בסמוך לכך נראה לפע"ד דהדברים כפשטן דהטור הבין מדעת הרמב"ם דאע"ג דאין (עדים שפרעו לו הלוקחים דמי השור רק שגבה מהם מעות) איתרע ליה שטרא דכיון שהודה שהחוב הוא מדמי השור וקבל דמי השור חזקה שעל השטר קבל ולא שייך לומר מגו דהוה כמגו במקום חזק' והר"י הלוי ס"ל דאף בכה"ג אית ליה מגו אלא מיירי שיש עדים שמעידים שקבל דמי השור אמסחתא דהיינו שהלוקחים פרעו לו דמי השור אלא שאינן יודעי' אם קבל לשם פרעון חוב שעל לוה זה או לא והלכך ס"ל דאע"ג דבעלמא היכא דאינם מעידים שקבל בפי' לשם פרעון ס"ל להר"י הלוי דנאמן

לטעון סטראי במגו דמתנ' הכא שאני כיון שמעידי' שקבל דמי השור והוא הודה שהחוב הוא מדמי השור מסתמ' לשם פרעון יהביה ניהליה והכריע הטור כהר"י הלוי דאע"ג דהטור ס"ל לעיל דגם בעלמ' אם מעידים שקבל המעות בסתם סגי ואתר' שטר' מכל מקום בעינן הכא שיעידו שקבל דמי השור משום דדוק' התם ס"ל להטור דסגי בהכי מטעם שכ' הרא"ש דאדרב' יותר גריע' טענת מתנה מטענת סטראי דאדם יותר ברצון פורע חובותיו ממה שיתן שלו במתנ' כו' והיינו משום דהתם קבל המעות מיד הלו' עצמו משא"כ הכא שאין העדים מעידים רק שקבל מעות ממי שהיו קונים בשר השור וא"כ הי' יכול לטעון שהשור בעצמו הי' שלו והחוב שבשטר הוא חוב אחר שהרי אין העדים מעידים אלא שקבל דמי השור אבל אינם מעידים שהשור הי' של הלו' דאטו סהדי בכפא תלא להו והלכך אי לאו שהיו מעידים שקבל דמי השור רק שהיו מעידים שקבל מעות בסתם מפלוני ופלוני הי' נאמן לטעון סטראי במגו שאותו פלוני ופ' היו חייבים לי או נתנו לי במתנ' אבל עכשיו שמעידים שישבבחנות וקבל דמי השור איתרע שטר'. והשת' ניח' נמי הא דצריכינן להודאתו שהודה שהחוב הוא מדמי השור משום דאל"כ הי' נאמן לטעון סטראי במגו דהשור הי' שלי אבל עכשיו שהודה שהחוב הוא מדמי השור ויש עדים שקבל דמי השור א"כ ודאי השור הי' של הלו' והרי בצירוף הודאתו מתחייב ע"פ העדים (ודמי להא דאמרינן בפרק האומנין ההוא גברא דאגיר ליה חמרא לחבריה וא"ל לא תזיל באורח' דנהר פקוד דאיכ' מיא אזיל באורח' דנהר פקוד ומת חמר' וא"ל אין באורח' דנהר פקוד אזלי מיהו ליכא תמן מיא ובעי רבה למימר דמה לו לשקר אי בעי אמר באורח' דנרש אזלי ומסיק אביי דמגו במקום עדים לא אמרינן דאנן סהדי דאין. אותו דרך בלא מים וכ"פ הפוסקים אלמא אע"ג דאין יודעים שהלך שם מ"מ בצירוף הודאתו מתחייב על פי העדים וה"ה הכא ואע"ג דהכא מ"מ אין העדים יודעים בפי' שקבל לשם פרעון חוב מ"מ כי היכ' דהתם אע"פ שאין יודעים בפי' שהלך שם מ"מ בצירוף הודאתו מתחייב בתשלומים ממש ה"ה הכא דבצירוף הודאתן אזל מגו דילי' ואיתרע שטרא) כנלפע"ד ודוק היטב:

סעיף ל

שפרע לו כו'. כ' הסמ"ע ז"ל ולר"ת והרא"ש הנ"ל בסעיף שלפני זה בהג"ה דס"ל דאפי' מעידים סתם שראו שנתן לו המעות איתרע שטרא דלא קרעינן ליה ולא מגבינן ביה סביר' ליה דבכהאי גוונא דבדין זה דמודה דמי השור הי' דהשטר בטל לגמרי עכ"ל נרא' שמ"ש הטור כאן לישנא דבטל השטר דחקו לזה אבל באמת לפע"ד לא דק דבהדי' מוכח בהרא"ש והר"ן דגם בדין זה לא איתרע שטרא אלא לענין דלא מגבינן ביה ולא

קרעינן ליה שעל מה שהביא הרי"ף פרק שבועת הדיינים ראיה דאיתרע שטרא דרב נחמן פירושו דבטל לגמרי מהך עובדי דתורי דאיבטל לגמרי כ' עליו הרא"ש וז"ל ונרא' דלאו ראי' הוא דאתורי יהיב ומתורי שקיל אפשר שהלו' לו מעות לקנות לו שוורים וכ' שטר עליהם כדי שיפרע לו בדמי השוורים מלוה ע"פ שהי' לו עליו ודמי השוורים ישארו עליו חוב בשטר והוכחה לדבר זה שהניח השטר בידו עכ"ל וכ"כ הר"ן וז"ל ומאי דקא מוכיח הרי"ף דאמסחתא דכי היכ' דהתם איבטל שטרא לגמרי הכא נמי איבטל לאו ראי' היא כלל דמאן אמר ליה דהתם איבטל דילמא הכי הוה עובדא שהלו' מנה בשטר שיקח בו שוורים וירויח בהם ואחר שלקח אמר לו תיב אמסחתא וקבל זוזך שאני חייב לך ושמא מצד אחר הי' חייב לו על פה ורגלים לדבר שהרי לא נטל שטרו ממנו עכ"ל ומ"ש הטור בטל השטר הוא לאו דוק' וסמך אלעיל וכן משמע להדי' בב"ח שפי' דהטור ס"ל דחד דינא אית להו ע"ש. ונרא' דאפי' מעידים שבפי' קבל דמי השור לשום פרעון לא קרעינן ליה להרא"ש והר"ן וסייעת' כיון שאין מעידים בפירוש שקבל על פרעון השטר וכן משמע בב"ח ס"ס זה ע"ש ודוק:

סעיף לא

והעיקר כסברא הראשונ'. וקרוב אצלי שגם הרמב"ם מודה לזה ומ"ש אע"פ שאין עליו עדים שפרע מדמיו ר"ל שאין עדים שקבל בתורת פרעון וכ"כ בס' ג"ת ונלפע"ד ראי' לזה שהרי בסמוך לעיל מיניה כת' הרמב"ם אבל אם ראיתי נותן לו מעות ולא ידעו אם הוא בתורת פרעון כו' ה"ז נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר שהרי לא פרעו בעדים מתוך שיכול לומר מתנה כו' אמר לו הלו' והלא ש"ח זה הוא דמי שור כו' הרי שכתב שהרי לא פרעו בעדים כו' אע"ג דמיירי שנתן נו המעות בפני עדים אלא ר"ל שלא נתן לו לשם פרעון בעדים ועלה קאי נמי אמר לו הלו' והלא ש"ח זה דמי שור כו' כלומר הלא ש"ח זה שמעידים שנתן לו המעות ולא ידעי אם בתורת פרעון כו' הוא דמי השור כו' וע"ז מסיק ואע"פ שאין עליו עדים שפרע מדמיו כו' כלומר שנתן לשם פרעון וכעין מ"ש קודם לכן שהרי לא פרעו בעדים כו' כן נלפע"ד:

סעיף לב

אם ידוע כו'. צל"ע בדין זה שהוא חידוש ולא נמצא בשאר פוסקים שיחלקו בכך וגם מהרי"ק גופיה לא החליט כן להלכה רק צירף זה לטעמים אחרים שבנדון דידיה ע"ש:

סעיף לג

מי שנושה כו'. בסעיף זה מיירי שהלוה מודה לו על שני רובות או שידוע שחייב לו ב' החובות ואפילו פרעו בעדים ונתבארו דינים אלו בסי' פ"ג עיין שם:

סעיף לד

ולא עוד כו'. וכתב ב"י בשם תשיבת רשב"א ראובן שהיה חייב לשמעון שני חובות הא' בשבועה והא' שלא בשבועה ופרע לו סך מעות וטוען שמחמת אותו חוב שיש עליו שבועה פרעו והלה אומר לא כי אלא מחמת החוב האחר קבלתי' והחוב שיש עליו שבוע' נשאר עליך הדין עם שמעון ע"כ:

סעיף לה

נתן כו' עיין מה שכתבתי בסי' פ"ג סעיף ב' בהג"ה בזה:

סימן נט

סעיף א

וטוען הלוה שהוא פרוע כו'. בתשובת מהרשד"ם סי' מ' ד' ל"ב ע"א דקדק דדוק' כשהלוה טוטן ברי אבל אם טוען שמא אע"פ. שגם המלוה טוען שמא לא מבטלינן שטרא מספק ויפה כיון בדינא ולא הוצרך להביא ראי' מכאן שכן מבואר להדיא לקמן סי' פ"ב סעיף ב' ע"ש ועמ"ש לק' סי' ע"ה ס"ק נ"ז:

סעיף ב

אינו גובה בו כו'. ל' הטור צריך להחזיר לו שטרו ואין לו עליו אלא חרם סתם ע"כ ור"ל דאם הלוה תובע למלוה שאינו רוצה שיעוכב השטר אצלו דדילמא ימות ויגבו בו היורשים או איזה חשש אחר צריך המלוה להחזיר לו שטרו וכן הוא בבעה"ת שער נ"ד דאם הלוה תובע למלוה צריך להחזיר לו שטרו ואין לו עליו אלא חרם סתם ע"ש:

סעיף ג

חוזר וגובה בו. כתב הסמ"ע דטורף אפי' ממשועבדי' ונראה דהיינו דוקא מלקוחות שקנו קודם שאמר פרוע אבל לקוחות שאחר שאמר פרוע אינו טורף מהן דהא יכולים לומר אנן אדבוריה דידי' שאמר פרוע סמכינן וזבנינן ואלו הוה לוה בעי לשטרא הוה צריך לאהדורי ליה ואיהו דאפסיד אנפשי' שלא תבעו שטרו עד שנזכר ואפשר דכל זמן שהשטר ביד המלוה ה"ל ללקוחות להזהר וצ"ע לדינא:

סימן ס

סעיף א

הרי זה טורף כו' אע"פ שלא כ' לו אחריות דאחריות ט"ס הוא כדלעיל ר"ס ל"ט ולענין דאקני אי אחריות ט"ס עמ"ש לקמן ר"ס קי"ב בזה ועיקר דיני טריפה נתבארו לקמן מסי' קי"א עד סוף סימן קי"ד וע"ש:

סעיף ב

ודעתיד אנא למקני כו'. בסמ"ע ס"ק ב' הביא מחלוקת הרשב"א עם הרמב"ן דבשעבוד. דאקני יכול לחזור בו ולקמן ר"ס קי"ב העליתי כהרמב"ן דא"י לחזור בו ומ"ש:

סעיף ג

לשעתו כתב בסמ"ע דר"ל בעת שהי' חייב לו עדיין א"נ ר"ל בעת שהי' צריך לו למכור או ליתנו לזה עכ"ל והוא דוחק גם קשה א"כ איזה צורך כתב כלל לשעתו אלא נראה משום דהרמב"ם שם אח"כ מיד גבי אפותיקי מחלק בין מכר לשעתה למכרה ממכר עולם והעתיקו המחבר ל' ר"ס קי"ז כתב כאן דאפי' מכרן לשעתו ולא ממכר עולם אינו טורף מהם וכ"כ הטור ל' סי' קי"א סעיף י"ט דאם נתן מתנה לזמן ידוע אין הב"ח יכול לטרוף עד שיגיע זמנה וע"ש:

סעיף ד

זהו דין הש"ס ועכשיו אין טורפין מטלטלים וקשה שהרי בהרמב"ם וכל הפוסקים ראשונים ואחרונים לא נזכר מנהג זה ואדרבא הרשב"א והריב"ש ושאר אחרונים כתבו כמה פעמים בתשובותיהם הלכה למעשה לטרוף ממטלטלים ולא הזכירו שום מנהג (וגם מדברי התוס' והגהת אשר"י פ' ח"ה מבואר דאף בזמנם היו טורפים ממטלטלים והבאתי דבריהם לעיל סי' ל"ז סעיף ט"ז ס"ק כ"ד) וגם הרא"ש בפסקיו לא הזכירוהו רק בתשובתו כ' שבארץ ההוא נהגו כך וגם באותו תשוו' הי' מסופק אם נהגו כך וכ' שיש לעמוד על המנהג ואם אי אפשר לברר המנהג יעמיד הדבר על דין התורה ויטרוף הבעל חוב מטלטלים והביאו הטור. ועוד נ"ל דהרא"ש לא קאמר אלא דוקא בארץ ההוא שהיו נוהגים לכתוב שעבוד מטלטלים אגב קרקע בכל השטרות וכן משמע להדיא מדבריו שכ' וז"ל ודאי מדינא דש"ס יש לטרוף ממטלטלי אמנם מיום בואי לארץ הזאת תמהתי על כי ראיתי הכותבים בשטרות שעבוד מטלטלי אג"ק שא"כ אין לך אדם שקונה חפץ מחבירו ורציתי לבטלו ואמרו לי אע"פ שכותבים כן בשטרות כבר נהגו בכל הארץ הזאת שאין מגבין לב"ח ממטלטלי שמכר או נתן הלוה מפני תקנת השוק. ומביאו הטור משמע

להדיא דר"ל בשלמא לדינא דש"ס שלא היו כותבים כן בכל השטרות לא הי' שייך תקנת השוק דלא שכיח לכתוב שעבוד מטלטלי אג"ק ומי שקונה אינו חש למלת' דלא שכיח אבל כיון שבארץ הזאת המנהג לכתוב שעבוד מטלטלי אג"ק בכל השטרות א"כ מלת' דשכיח הוא ואין לך אדם שקונה חפץ מחבירו דשמא לוה המוכר משום אדם בשטר ות"כ מטלטלי' אלו משועבדים הן וא"כ מוכח מדברי הרא"ש וטור דדוקא היכא שנהגו לכתוב בכל השטרות שעבוד מטלטלים אג"ק הוא דאין נוהגין לטרוף ממטלטלים הא לאו הכי טורפים ממטלטלי ונראה דגם המחבר מיירי דוק' במקומות שלו שהי' המנהג פשוט כן שלא לטרוף ממטלטלי' והיינו נמי משום שהיו נוהגים לכתוב שעבוד מטלטלי אג"ק בכל השטרות חבל בשאר מקומות שאין ידוע המנהג בבירור אין לזוז מדין תורה וגם היכח שאין נוהגין כן לכתוב שעבוד מטלטלים אג"ק בכל השטרות פשיטא דטורפים ממטלטלים וא"צ לחקור כלל על המנהג דכיון שאין כותבים שעבוד מטלטלי חג"ק רק במקצת שטרות כששעבד לו בפירוש וצוה לכתוב כן א"כ לא שייך תקנת השוק ודאי דלא נהגו בהיפך מדין תורה:

סעיף ה

נהגו שאינו טורף כו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קפ"ט דבאשה שלותה ונשאת גובה מבעלה ממה שהכניסה לו ולא שייך בזה תקנת השוק ע"ש:

סעיף ו

שמכר או נתן כו' עמ"ש לקמן ס"ס קנ"ו דאפי' בא אחד המכירה ליד זה הב"ח ששיעבד לו מטלטלי אג"ק צריך להחזירם לו להלוקח או להמקבל מתנה כיון שכבר קנהו אותם לפי קנינם וע"ש:

סעיף ז

או נתן כו'. כתב ב"י וד"מ משמע דס"ל להרא"ש דבמתנה נמי איכא משום תקנת השוק ואין כן דעת הרשב"א כמ"ש בסי' שנ"ו כו' ולקמן סי' שנ"ו השגתי על הב"י וד"מ בזה והוכחתי דהרשב"א והרא"ש לא פליגי. וכתב עוד בד"מ דבתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' ה' משמע כדברי הרשב"א ע"כ ונ"ל דלא כיון יפה דז"ל הרא"ש שם בתשו' וטעמא שאין גובים ממטלטלי שמכר היינו משום תקנת השוק כו' אבל בנתינת שט"ח לא שייך תקנת השוק דמלתא דלא שכיחא היא כו' והבין הד"מ דר"ל דמתנה מילתא דלא שכיח' היא וזה אינו שהרי כ' לעיל מיניה בסמוך דגם בנתן מטלטלים אין מוציאין ממנו משום תקנת השוק וכמ"ש הטור כאן ס"ד בשמו אלא רצה לומר דנתינת ש"ח מילת' דלא שכיחח היא וכ"כ הטור להדיא בס"ס קי"א שחלה לא"א הרא"ש ז"ל כו' אע"ג דשאר מטלטלים שנתן

ראובן לא הוי גבי מיניה היינו משום תקנת השוק אבל בנתינת ש"ח לא שייך תקנת השוק דמלתא דלא שכיחא היא כו' וכן משמע להדי' בטור כאן סעיף ז' בשם תשובת הרא"ש ואם כן אפי' במוכר שט"ח דינא הכי וכ"כ הטור וכן המחבר:

סעיף ח

מפני תקנת השוק. שאין לך אדם שקונה חפץ מחבירו. ועיין בתשובת ן' לב ספר ב' סי' נ"ה ובתשובת מבי"ט ח"א סימן רי"ח וח"ב סימן קע"ז וסימן ר"ל: וכתב ב"י דדוקא מטלטלי שמכר או נתן אבל לענין בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מאי תקנת השוק איכא הלכך דיינינן ליה כדיניה שנתבאר בסי' ק"ד כו'. והיצרכתי לכתוב כן לאפוקי מדיין א' שטעה כו' גם בסמ"ע ס"ק ז' כתב שנ"ל כדברי הב"י ולא כמהר"ש די מדינה ז"ל בתשובותיו (סי' ע"א) וסי' ק"ח (וסי' ר"י) בחלק ג' שחלק על הב"י בדין זה וס"ל דגם בשני מלוין שקדם המאוחר וגבה מטלטלי אין מוציאין מידו ע"כ ואמת ראיתי בתשו' מהר"י ן' לב ספר א' ס"ס נ"ז דף פ"ד ע"ד ובתשו' מהר"א ן' חיים סי' נ"ד כתבו ג"כ כדברי הב"י גם בתשו' מה"ר שלמה כהן ספר ג'. סי' פ"ג כתב וזה לשונו דמילת' דפשיטא היא מה שכתב הב"י בסי' ס' דלענין ב"ח מאוחר דיינינן ליה כדיניה דאם איתא דשעבוד מטלטלי אג"ק לא מהני מידי אם כן אמאי כותבים אותו דבשלמא אי מהני לב"ח מאוחר ניחא אלא אי אמרת דלא מהני לב"ח מאוחר למאי אהני ליה כיון דלענין מכירה ומתנה לא מהני עכ"ל ודבריו תמוהין אצלי דהא שפיר מהני לענין אם הם ביד הלו' גיבה המוקדם וגם יש לומר דמהני לענין שטרות וכהאי גונא. אמנם הדיין ההוא שחשב הב"י לטוע' לאו קטיל קני באגמ' הוה כי ראיתי והנה הוא הבעל תשובת מבי"ט בח"א סי' ה' שפסק כן וכ"כ בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' קכ"ד שהוא מחלוקת גדולי הדור וע"ש עוד בר"ס קכ"ח שדעתו ג"כ כהמבי"ט ואחר שראה המבי"ט דברי ב"י השיג על הב"י וכתב דב"ח מאוחר לא גרע ממתנה ואף שהר"ב ב"י בספרו בדק הבית חזר והשיג על המבי"ט בזה וכתב עליו דשאני מתנה דאי לאו דה"ל הנאה מיניה לא הוי יהיב ליה מתנה וה"ל כמכר מ"מ זה דוחק ועוד דהכא נמי ה"ל הנאה מיניה שהלו' לו תחלה תדע דאל"כ מנ"ל להרא"ש דעשו תקנת השוק בכה"ג ובפרט לפי מה שהוכחתי לק' סי' שנ"ו דהרא"ש מודה דבמתנ' לא שייך תקנת השוק דלא עדיף מגנב ופרע בחובו ועוד דהכא משמע מהרא"ש דעשו תקנת השוק במכר ומתנ' דהלוקח והמקבל מתנה א"צ להחזיר גוף החפץ כלל אף כשיתן לו הב"ח הדמים והא בהך תקנת השוק דלקמן סי' שנ"ו צריך הלוקח עכ"פ להחזיר גוף החפץ אלא ודאי הרא"ש קאמר כיון דאין מוציאים המטלטלים שמכר א"כ ע"כ נהגו לעשות תקנת השוק במטלטלי ונהגו דאף בשטר שעבוד מטלטלי אג"ק לא יועיל לענין טריפה

רק לענין אם הם ביד הלוו שאז גובה המוקדם וא"כ כיון דכמאן דלא כתיב דמי לענין טריפ' א"כ ה"ה נתן במתנה אין טורפין וא"כ ה"ה בב"ח מאוחר שגבה כיון דלענין טריפ' הוי כמאן דלא כתיב שעבוד מטלטלים אג"ק א"כ אין מוציאין מידו. וראי' ברורה לזה ממה שכתבתי לקמן סי' שנ"ו בשם ראבי"ה ובית חדש בי"ד ושאר פוסקים דלמדו דגבי גנב ונתן במתנ' לא עשו תקנת השוק דגרע מגנב ופרע בחובו והוכחתי שם שגם הרא"ש מודה לזה א"כ טפי מסתבר לומר דלא עשו תקנת השוק במתנ' מפרע בחובו וא"כ כיון דבכאן כ' הרא"ש דבמתנ' עשו תקנת השוק כ"ש בפרע חובו ולא מסתבר לחלק בין פרע בחובו לגבה ב"ח עצמו בחובו אלא נרא' כיון דהכא במתנה איכא תקנת השוק מטעמא דלענין טריפה כמאן דלא כתב שעבוד מטלטלים אג"ק דמי כל שכן לענין ב"ח מאוחר שקדם וגבה כך נ"ל וכך ראוי להורות:

סעיף ט

שטר חוב כו' ומכרו כו'. מוכח מכאן מדברי הרא"ש והטור והמחבר ושאר אחרונים דשטרות משתעבדי באגב ותימא שלא הביא בב"י מחלוקת בזה שהרי הרשב"א בתשובה סי' תתקי"ד חולק וס"ל דשטרות אינם משתעבדי באגב כלל ומביאו ב"י לקמן סי' ק"ד מחודש ד' בקצרה א"כ לפי דעת הרשב"א פשיטא דאין הב"ח יכול לגבות מן הש"ח שמכר אף לפי דינא דש"ס ולקמן סי' ס"ו ס"ק כ"ה כתבתי שנ"ל כדברי הרשב"א ומ"מ צ"ע כיון דהאחרונים לא כתבו רק דברי הרא"ש וטור בסתם. ומיהו אף להרשב"א נ"מ בזה שכתב הרא"ש דבשטרות לא שייך תקנת השוק לענין אם מכר מתחלה השט"ח במכירת אג"ק או בשאר קנין המועיל כדלקמן סי' ס"ו וחזר ומכרו לאחר הלוקח הראשון מוציא מיד הלוקח השני בחנם דלא שייך בשטרות תקנת השוק כיון דלא שכיח:

סעיף י

ה' שנים ולפי פירש"י בהניזקין דף נ"א ע"א מזונות וכסות ה' שנים הוי דבר שיש לו קצבה כיון שיש קצבה לשנים והרמב"ן בתשובה שהביא הבעה"ת שער ס"ד חולק עליו מדאמרי' בכתובות פ' אע"פ (כתובות ריש ד' נ"ט) דמזונות לא קיצי ומביאו ב"י מחודש ו' וכ"כ הרשב"א בחדושיו פ' הניזקין ולפע"ד ל"ק מידי דלא קאמרי' התם אלא דתקנו מזונות תחת מותר ולא תחת מעשה ידיה אלא מעה כסף תחת מעשה ידיה דמעשה ידיה קיצי דהיינו משקל ה' סלעים ומעה כסף קיץ אבל מ"מ כיון שהשנים קצובות מיקרי דבר שיש לו קצבה לענין חיוב. ועוד נ"ל דהתם גבי אשתו לא חשיבי קצבה משום רפואה שאין לו קצבה דבכלל מזונות של אשתו היא (דדילמא תהי' חולה ביותר ויצטרך הרבה לרפואת') וכדאיתא בתו' פרק נערה שנתפתתה (כתובות דף נ' ע"ב) ובהרא"ש פ'

מציאת האשה גבי עישור נכסי (וז"ל הרא"ש ונ"י נ"ל דמזונות אין להם קצבה בשביל רפואה ולא תקשי מההיא דהנושא שפסק לזונה חמש שנים דהא דאמרינן דרפואה שאין לה קצבה בכלל מזונות היינו בבתו דניזונית בתנאי כתובה מידי דהוי אאשה אבל אם אדם קבל עליו לזון איש נכרי לא מסתבר כלל שיתחייב ברפואתו ע"כ) אבל רש"י מיירי התם להדיא בפסק לזון את בת אשתו דאינו חייב לרפאותה וכדאיתא בירושלמי וכמ"ש לקמן ס"ק י"ד א"כ ה"ל דבר שיש לו קצבה כן נ"ל ברור ליישב פירש"י. גם שאר הקושיות שהקשה הרשב"א שם על פירש"י אינם כלום לפע"ד למעיין שם. ואדרבה לפי מ"ש הרשב"א שם דאכולה פריך קשה דא"כ מה מותיב הכא ה"ל לאקשויי בלאו הכי אגופ' דמתני' דפרק הנושא רישא אסיפא אהדדי מ"ש רישא ומ"ש סיפא (ויותר הי' נרא' לפרש אם באנו לומר דה' שנים הוי דבר שאין לו קצבה דהוה משמע ליה למקשה דמתני' דהנושא בכתב לה מיירי וכדס"ל להמקש' בפרק הנושא (כתובות דף ק"ב ע"ב) וכדפירש"י התם להדיא וא"כ פריך שפיר לר' חנינא דהא בכתיבה לחוד מהני ומשני שקנו מידו או דקנין אלים טפי מכתיב' כמו שפירשו התוס' והרשב"א או דקנין בהדי כתיבה מהני וכמ"ש לקמן ס"ק י"ב לדעת הריטב"א ואין להקשות היכא הוה ס"ד דמקשה דמתני' מיירי בדכת' לה א"כ לדידיה נמי תקשי אי הכי בנות נמי ומאי נפקא מינה הא לאו מלתא היא דהא בהדיא קתני במתני' הנושא את האשה ופסק לזון את בתה והיינו משום דמסתמא כותב לה לראייה לזון את בתה אבל בנותיו בסתמא אינו כותב אבל קנין לא אדכר במתני' כלל ומלתא יתירתא היא ומאי פסק' וזה ברור ובעל כרחך צ"ל כן להמקשה דפ' הנושא לפי פירש"י שם: וכן מפרש בירושלמי ר"פ הנושא הלכה ב' מתני' דהנושא מפני שהיא כבעלת חוב כיון שכתב לה שטר ע"ש. כן היה נ"ל לפרש הסוגיא דפ' הנזקין ג"כ ואדרבה קשה לי על רש"י דפרק הניזקין למה לא פי' כמו בפ' הנושא וצל"ע) וכן מבואר להדיא בתוס' פ' הנושא (כתובות דף ק"א ע"ב) ד"ה והיא ניזוני' כו' שכתבו למ"ד בהנזקין קצובים לחוד טרפה ל"ק מידי דהכא משום קצבה כו' וכן בדף ק"ב ע"ב ד"ה הב"ע כו' כתבו וז"ל ולפי מאי דמשמע בגיטין דלמאן דלא בעי אלא קצובים אתי שפיר הך דהיא נזוני' מנכסים משועבדים אפי' דלא קנו מידו מצינו לאוקמא ההיא דחמשה גובים מן המחוררין כשאין שם קצבה עכ"ל הרי להדיא דס"ל כפירש"י דמזונות ה' שנים הוי קצובים. וכ"כ עוד התוס' להדי' בפ' נערה שנתפתתה (כתובות דף נ' ע"ב) וכן הרא"ש פ' מציאת האשה גבי אי אזלי' בתר אימדנא דאב להוסיף על עישור נכסי דחשיב קצבה בפ' הנזקין ובפ' הנושא כשפסק לזונה

חמש שנים דקתני נזוני' מנכסים משועבדים כו' עכ"ל. וגם הבעה"ת ריש שער ס"ד כתב דאיכא דבעי מימר דה' שנים נקרא דבר קצוב וכפירש"י כו' ע"ש וע"כ צ"ע לדינא:

סעיף יא

או שלא נתן קצבה לשנים. צ"ע מנ"ל להרב הא והרי בתשו' הרשב"א שהביא ב"י מחודש א' איתא להדיא איפכא דמי שנתחייב עצמו בקנין לתת לחבירו מנה כל ימי היותו סופר או חזן אע"פ שאין השנים קצובות מיקרי קצוב אף להרמב"ם וכן היא בר' ירוחם נתיב ט"ו ח"ג ע"ש:

סעיף יב

וחלקו עליו כו'. והכי נקטינן. עיין בתשובת ן' לב ספר או סוף כלל י"ב שכתב דמצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם. וכה"ג כתב בתשובת מהרשד"ם סי' פ"ב ובסי' קכ"א וקכ"ד וקע"ז וכן משמע בתשובת מהרש"ך ע"ש בתשובת השייכים לספר א' סי' כ' ובספרי ג' סס"ז וסי' ל"ד וכ"כ בספר גדולי תרומה שער ס"ד סוף ח"מ ריש ד' שמ"ח וז"ל ולענין פסק הלכה בזה כבר הסכימו האחרונים מהר"י ן' לב ז"ל בח"א ומהרש"ך במקומות הרבה שלא להוציא מיד המוחזק כנגד סברת הרמב"ם ורבותיו ז"ל עכ"ל ואין דבריהם נראין לי דכבר ידוע שאין לומר קים לי כהיחיד היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' קכ"ג והרי כאן חולקים הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ובעל התרומות וטור כאן וכן הרא"ש וטור לקמן ס"ס ר"ז ורבותיו של הריטב"א והריטב"א עמהם וכן דעת הר"ן פ' עשרה יוחסין וכן מסקנת ה' המגיד וכן נראה דעת הריב"ש סי' שמ"ה ור' ירוחם נט"ו ח"ג וכתבו הרמב"ם ובעה"ת שם שכן היו נוהגים כל בני דורם להתחייב כל אחד במזונות לחבירו ובדבר שאין לו קצבה וכ"כ הרשב"א והריטב"א שכן עושים מעשים בכל יום שלא כהרמב"ם. וכן בש"ס משמע בכמה דוכתי דלא כהרמב"ם (ובפרט בגטין פ' הנזקין דף נ' ונ"א גבי הא דאמרי' התם דאין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים לפי שאין קצובים וכן בפ' שנים אוחזין (בבא מציעא דף ט"ו ע"א) גבי הא דאמרינן התם והא א"ל שמואל לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שבחא ופירי ע"ש וכן בכמה דוכתי בש"ס) ועיין בבעל התרומות ריש שער ס"ד תשובות הרמב"ן שהאריך בראיות לסתו' דברי הרמב"ם ומה שהעתיק ב"י סוף סעיף י"א מבעה"ת שער מ"ג ח"ד תשובת הרמב"ן שכתב בסוף אלא שיש. לחוש לדעת האומרים שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ע"כ לא הועתק יפה כי בבעה"ת שער מ"ג שם איתא בזה"ל אלא שיש לחוש לדבר לדעת האומר שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ויפטור לדעתם שהרי אינו ידוע מה שיקנה אבל אנו אין דעתינו שוה עמהם ע"כ ובשער

ס"ד איתא תשובות הרמב"ן באריכות שסתר דברי הרמב"ם בכמה ראיות ומביא באותה תשובה בסוף דבריו השגת הראב"ד וכתב אלו דבריו ועליו אנו סומכין בזה וע"ש: גם מ"ש בב"י וכ"מ ראיה לדברי הרמב"ם מפ' הנושא (כתובות דף ק"ב ע"ב) מדלא אוקמה בילדה כו' אינה ראיה כלל דהא צריך לאשכוחי שהקנין מועיל לאשה ולא לבת והיינו ע"כ שקנו בבת א' בשעת נישואין ואדרבה המדקדק שם בסוגיא יראה דמשמע דלא כהרמב"ם: גם מ"ש בספר גידולי תרומה ריש דף שמ"ח ראיה להרמב"ם מריש פרק הנושא כי פריך אמתניתין דהנושא את האשה ופסקה עמו כו' ל"ל לתרוצי בשטרי פסיקתא לימא כי היכי דר' יוחנן מוקמא לה בכה"ג דאמר חייב אני לך ק' בשטר ה"נ לר"ל מיירי שנתחייב באופן מספיק לדידיה דהיינו באתם עידי אלא דהתרצן לא בעי לשנויי הכי משום דידע האמת דלקושטא דמלתא בין לר' יוחנן בין לר"ל קשיי' מתני' משום דבר שאינו קצוב הלכך צריך לאוקמה לכ"ע בשטרי פסיקת' וממילא מיתרצא בהכי לריש לקיש עכ"ל לאו מילתא היא דבשלמא לרבי יוחנן אשמעינן רבותא לאפוקי מר"ל אבל באתם עדי מאי קמ"ל דה"נ ליכא למימר דמיירי בשחייב בשטר דא"כ מאי קמ"ל וכמ"ש רש"י ותוספות. ואדרבה בש"ס התם משמע דלא כהרמב"ם דהא משמע דלר' יוחנן ניחא אפילו בלא רב גידל בשטרי פסיקתא. ומ"ש הרב המגיד דהמ"ל ולטעמיך הוא דוחק גדול: גם מ"ש הבית חדש באבן עזר ריש סימן קי"ד לתרץ דברי הרמב"ם דלר' יוחנן מתני' דמזונות בת אשתו מיירי דמוסר לה שטר בפני עדים ולא מיירי בשטרי פסיקתא לר' יוחנן אלא מיירי דוקא שלא בשעת קידושין ושלא בשעת נישואין ואפ"ה חייב בדבר שאינו קצוב היינו טעמא דבבת אשתו סגי בקנו מידו או בשטר בההיא הנאה דמיתחתני כו' עכ"ל לא נהירא לי דהא הרמב"ם כתב בפי"א מה' מכירה ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהא זן את בתה חייב לזינה מפני שפסק בשעת נישואין והדבר דומה לדברי' הנקנין באמיר' עכ"ל אלמא דאי לאו הכי אפי' בבת אשתו לא סגי בקנו מידו ואם כן הדר' קושיא לדוכתא דהא לרבי יוחנן מהני שטר אלא העיקר בש"ס כהראב"ד וסייעתו והכי מוכח נמי בש"ס פרק הניזקין סוף (גיטין דף נ') ונ"א ע"ש. גם מדברי הרמב"ם ס"פ כ"ג מה' אישות מוכח כן דיכול אדם לחייב עצמו אף בדבר שאין לו קצבה אלא שבב"י בא"ע סי' קי"ד ובכ"מ שם דחק ליישב דבריו דהלכות אישות דלא סתרי לדבריו שבכאן וע"ש שדבריו דחוקים. וכן נראה דעת המחבר כאן ולקמן סוף סי' קל"א סעיף י"ג דלא קי"ל בהא כהרמב"ם כלל וכ"פ בדרכי משה ובעיר שושן וכן פסק הב"ח כאן ואע"פ שמ"ש הב"ח שמ"ש הר"ן פרק י' יוחסין שכן פסק הרב בתשובה הוא הרי"ף ליתא דכשתדקדק בהר"ן ובעה"ת שער ס"ד תרא' שר"ל הרב הרמב"ן בתשובה מ"מ הדין דין אמת וכן המנהג פשוט: מיהו

היינו לענין בני חורין אבל לטרוף ממשועבדים צ"ע דאע"ג דכ' הטור סעיף ט' וז"ל הרי זה כשאר חוב לפיכך אם לא קנו מידו ולא חייב עצמו בשטר גובה מבני חורין אבל אם קנו מידו או שחייב עצמו בשטר גובה ממשועבדים עכ"ל נראה דהטור ס"ל כמ"ש הרי"ף והרא"ש פ' הנזקין כעולא משמי' דריש לקיש וכר' יוחנן דטעמא דמתני' שאין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים משום שאין כתובים וכן פסק הרשב"א בחדושיו שם אבל הרמב"ם בפי' המשנה כ' הטעם כר' חנינא לפי שאין קצובין וכן פסק עוד בחבורו ריש פ' כ"א מה' מלוה וז"ל אבל השבח אינו גובה אלא מבני חורין שתקנת עולם היא שלא יגבה השבח ולא הפירות ולא מזון האשה והבנות מנכסים משועבדים שאלו דברים שאין להם קצבה עכ"ל וכן כ' הסמ"ג עשין צ"ד דף קע"ה ע"א וכן פסק הבעל התרומות ריש שער ס"ד וכן כ' הברטנור' ריש פרק הנזקין וכן כ' רש"י פ"ק דבבא מציע' דף י"ד ע"ב הרי שכל הפוסקי' אלו ס"ל הלכה כר' חנינא דטעמ' הוא לפי שאין קצובין וכתובין בדבר שאין לו קצבה פשיטא דלא מהני לרבי חנינא לטרוף ממשעבדי וכדמוכח בש"ס וכן כ' הרשב"א בחדושיו להדי' ע"ש. וכן נראה דעת הרמב"ן בתשו' שהביא הבע"ת שער מ"ג חלק ד' ומביאו ב"י סי' זה סעיף י"א (ע"ש דמוכח מדבריו דאף בשטר לא טריף ממשעבדי אלא בקנו מידו ולפ"ז צ"ל דמ"ש הטור לפיכך כו' הוא ל' עצמו ולא ל' הרמב"ן או אפשר הטור היה מפרש דלהרמב"ן שטר הוי כמו קנין או שהי' לו נוסח אחר בדברי הרמב"ן): והתוס' י"ט ר"פ הניזקין תמה על הרב ברטנור' שכ' טעמ' שאין להם קצבה שהרי לפני זה כ' הר"ב שגובה דמי הקרקע מנכסים משועבדים שהרי מכרו לו באחריות וכ' לו שטר מכירה והרי היא מלוה בשטר ואת הפירות מנכסים בני חורין ולא ממשועבדים ע"כ והיינו כדברי ר"ל עכ"ד ול"ק מידי דהא קמבעי' לי' בש"ס לר' חנינא אי כתובים וקצובים בעי ולא איפשיטא וא"כ יפה כ' הר"ב בתחלה שהקרקע הוא מלוה בשטר דדלמאלא מהני קצבה לחוד ואת הפירות מנכסי' בני חורין אע"פ שהם כתובים כיון שאין קצובים אבל קשיא לי דל"ל להרב ברטנורה לטעמא שכ' לו שטר הא אמרינן בפ' ח"ה ריש דף מ"ב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אפי' בלא שטר דמאן דזבין בפרהסי זבין ומוסכם מכל הפוסקים וכדלקמן ריש סי' רכ"ה ואפשר כ' כן לרבותא דפירות דאפי' כתובים אין גובים מנכסים משועבדים וכמ"ש וצל"ע: ונראה טעם לדברי הרמב"ם ופוסקים אלו שפסקו כר' חנינא משום דמסתמא דש"ס שקיל וטרי אליבי' דבעי אי ר' חנינא קצובים וכתובים בעי או דלמא קצובים ואע"פ שאין כתובים כו' ושקיל וטרי טובא בסוגי' התם אליבי' ע"ש אלמא דהלכת' כותי'. ועוד דבירושלמי פ' הניזקין קאמר אין מוציאים כו' מנכסים משועבדים אמר רבי חנינא מפני שאין להן

קצבה ע"כ הרי דר' יוחנן גופי' שחבר הירושלמי לא כ' רק דברי ר' חנינא. ועוד יש טעם לפסוק כר' חנינא דרש"י פרק הניזקין והתוס' סוף דף נ' כתבו מטעמא שאין כתובים דאע"ג דבפרק קמא דבבא מציע' (דף ט"ו ע"א) אמרי' שכותב ללוקח אלא אוקים ואשפי זבינא אלין אינון ועמליהון ושבחיהון ופירי דידהו מ"מ כיון דבשעת כתיבה לא היה עדיין שום שבח אין קול לאותה כתיבה כו' ע"ש שדחקו בזה בכמה דחוקים ולהפוסקים כר' חנינ' ניחא די"ל דלעולא ס"ל דבאמת טעמא דמתני' הוא כשאין כתובים ולא נהגו לכתוב כן ובפ' קמא דמציע' רבא הוא דקאמר הכי תדע שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא אוקים כו' ורבא פליג אעולא וס"ל כרבי חנינ' וא"כ קי"ל כרבא דבתרא הוא וגם סוגי' דפ"ק דמציע' הכי אזלא. אך קשה דהא כ' הרמב"ם סוף פ' כ"ג מה' אישות וז"ל מתו אלו שפסקו לזון אותם (בת נשותיהן ה' שנים) אם קנו מידן או שחייב עצמו בשטר הרי זו כבעל החוב בשטר וטורפת מזונותיה מנכסיהן המשועבדי' עד סוף הזמן שפסקו ואם פסקו בשעת הקדושין ולא היה שם קנין הרי הם דברים שלא ניתנו לכתוב ואינה טורפת במזונותי' עכ"ל ואמאי כשחייב עצמו בשטר טורפת ממשעבדי הא מזונות שלה' שנים אינם קצובים (ולהרמב"ם לא טריף ממשעבדי לפי מאי דפסק כר' חנינא וכמ"ש לעיל וכמ"ש ג"כ ה"ה פ' כ"א מה' מלוה לדעתו ע"ש) ואי אפשר לדחוק ולומר דפסק לבת אשתו בשעת נישואין שאני דא"כ מאי מותיב רב הונא בר מנוח בפ' הנזקין דף נ"א ע"א ע"ש. מיהו מ"ש הרמב"ם קנו מידו ניחא וכמ"ש התוס' והרשב"א בחדושיו שם דהא דמשני התם הב"ע בשקנו מידו היינו דקנין אלים טפי מכתיבה ונראה שאיזה תלמיד הוסיף בדברי הרמב"ם שטר ואינו מדברי הרמב"ם וכן משמע להדי' ממ"ש ה"ה שם וז"ל מתו אלו כו' במשנה מתו בנותיהן ניזונות מנכסים בני חורין והיא ניזונית מנכסים משועבדי' מפני שהיא כבעלת חוב ע"כ והעמידוה בש"ס דוקא בשקנו מידו וכמ"ש רבינו אבל אם לא קנו מידו אפי' כתב לה אינו גובה מן המשועבדים עכ"ל. והכי מוכח מל' הרמב"ם גופי' מדנקט בסיפא ולא הי' שם קנין ולא נקט שטר ודלא ככ"מ שם שגורס בהרמב"ם או שחייב עצמו בשטר וכך פסק בפשיטות בש"ע בא"ע סימן קי"ד סעיף ד' ואלו ראה דברי הרמב"ם דלעיל וכל הנך פוסקים שהבאתי לא הוה פוסק כן. וגם בקנו מידו צ"ע לדינא דבע"כ צ"ל דהרמב"ם ס"ל כפי' התוס' וסייעתם דלעיל סק"י דקנין אלים מכתיבה אבל לפרש"י התם קנין לא אלים מכתיבה אלא דפריך לעולא ומשני כשקנו מידו דסתם קנין לכתיבה עומד והוי ככתיבה אבל עכ"פ לא עדיף מכתיבה א"כ הא דקנין מהני התם היינו דוקא בה' שנים לפרש"י דחשיבי דבר של קצבה א"כ להפוסקים כר' חנינא דאין טורפים משועבדים בשטר בדבר שאין לו קצבה ה"ה בקנין אין טורפים. וכן הבעה"ת

ריש שער ס"ד הביא פרש"י וכ' שלפי פי' זה יהיה דין זה ברור שלא יועיל קנין לדבר שאינו קצוב כו' וע"ש. ומה שהקשו התוס' והרשב"א בחדושיו שם על פרש"י דא"כ מאי פריך א"ה בנות נמי הא אינו מיעיל כתיבה דבנות כדאמר עולא לעיל דכתובים הן אצל בני חורין ואין כתובים אצל משועבדים אלמא לאו משום דלא כתיבי אלא משום דעיקר תקנתא הכי הוה עכ"ל לפע"ד לק"מ דעד כאן לא קאמר עולא לעיל הכי אלא במזונות דהוה ככתובים משום תנאי ב"ד שתקנו חכמים כך דאמרינן תקנת' הכי הוה אבל הכא דהוי טעמ' משום סתם קנין לכתיבה עומד וככתוב דמי היכי נימא דהוה ככתוב לענין בני חרי ולא לענין משעבדי וכיון דהוי ככתוב בדבר שיש לו קצבה אף לענין משעבדי ה"ה באין לו קצבה דאין טעם כלל לחלק בזה כיון דקנין הוי ככתיבה מטעם דסתם קנין לכתיבה עומד כנ"ל ברור. וכן מוכח להדי' דעת הריטב"א בתשו' דקנין לא מהני שכתב וז"ל כך דעתי ודעת רבותי שכל המחייב עצמו בקנין לזון את חבירו זמן ידוע חייב לזונו ואע"פ שלא נתן קצבה למזונות ואם החיוב הזה בשטר גובה מנכסים משועבדים כו' עכ"ל ומביאו ב"י מחודש ו' ולכאורה קשה על דבריו דהא משני בש"ס הב"ע שקנו מידו. ונראה דהריטב"א ס"ל כפי' רשב"ם בפ' ח"ה ויש פוסקים ומביאם ב"י לעיל ריש סימן ל"ט דקנין אפי' בעלמ' אינו טורף וא"כ הא דמשני בשקנו מידו היינו קנין בהדי כתיבה דאלים טפי כיון שכ' שטר ושעבד נפשיה בקנין ג"כ אז מועיל אף לר"ח אלא דהוה פריך לרבי חנינא דאמר כתובים לא טרף בדבר שאין לו קצבה וכדפי' לעיל סק"י ומשני הב"ע שקנו מידו ג"כ והיינו דוקא לר' חנינ' והריטב"א ס"ל דקי"ל כעולא וא"כ לדידי' כתובים אפי' בדבר שאין לו קצבה טריף אף בלא קנין ובקנין לא טריף משום דבעלמ' נמי לא טריף ועוד י"ל בדעת הריטב"א דאפי' נימא דס"ל בעלמ' דקנין טורף היינו משום דסתם קנין לכתיבה עומד והוי כשטר מ"מ הכא לא הוי קנין כשטר וכדמוכח בש"ס פ"ק דמציע' (דף ט"ו ע"א) גבי הא דא"ל שמואל לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שבח' ופירי ומשני דהיינו כשקנו מידו וכ"כ התוס' שם וז"ל כשקנו מידו וא"ת א"כ אמאי אמליך הלא סתם קנין לכתיבה עומד וי"ל ה"מ כגון שקנה לו דבר שהוא בעין עכ"ל אלא שקשה לי בדברי התוס' למה המציאו סבר' חדשה לחלק בדבר שאינו בעין הל"ל סברת הש"ס ה"מ בדבר שיש לו קצבה ונראה דה"נ קאמרינן ה"מ בדבר שהוא בעין שיש לו קצבה ועכ"פ משמע בש"ס פ"ק דמציע' דקנין בדבר שאין לו קצבה לא הוי כשטר א"כ הריטב"א מפרש דפריך בפרק הניזקין לרב חנינ' דאמר כתובים לא טריף בדבר שאין לו קצבה וכדפי' לעיל סק"י וא"כ הא דמשני שקנו מידו לא בעי לשנויי דקנין אלים טפי מכתיבה דהא מוכח בפ"ק דמציע' דבדבר שאין לו קצבה לא הוי קנין כשטר אלא ודאי

משני שקנו מידו ג"כ וכמ"ש. כנ"ל לדעת הריטב"א ודוק. ועכ"פ מוכח מדבריו דקנין הכא לא טריף. וע"כ צ"ע לדינא לטרוף ממשעבדי בשטר ובקנין כיון דבלאו הכי הרבה אחרונים ס"ל דיכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם דאין אדם יכול לחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה וכמו שהבאתי לעיל. ואף שכתבתי שם שאין דבריהם נראין היינו לענין בני חרי מטעם שהרבה פוסקים חולקים על הרמב"ם ודבריהם נראין עיקר בש"ס אבל לענין משעבדי לא מצינו הרבה פוסקים חולקים עליו ואדרבה נראה כן ג"כ דעת שאר פוסקי' וגם משמע לכאורה כן בש"ס וכמו שכתבתי למעלה:

סעיף יג

אלא מכח המתחייב כו'. כ' הב"ח נרא' דהיינו כשאינו רוצה לזונו וה"ה עכבה אחרת כגון זו דהעיכוב הוא מבני ביתו דמחרחרים עמו ריב ומדון ואצ"ל אם המתחייב עצמו מרא' לו שנא' או מרגיל עמו קטטה דכל זה בכלל עכבה שהוא בא מהמתחייב וחייב לתת לו כל דמי מזונות ואע"פ שאומר בפיו שרוצה לזונו על שלחנו מכל מקום לבו בל עמו וזה תלוי לפי ראות עיני הדיין וכן נרא' מדברי הרב בהגה עכ"ל ומ"ש כגון דבני ביתו מחרחרים עמו ריב ומדון נרא' דהינו דוק' שנרא' שהוא ברצון המתחייב או שיש בידו למתית בבני ביתו ואינו מוחה וכיוצ' בזה הא לאו הכי אין בדין שיתחייבי מכח גרם בני ביתו וע' בח"ע סימן קי"ד. עיין בתשו' מהרשד"ם סימן כ"ח:

סעיף יד

אינו חייב ברפואתו כו'. ומדברי התוס' פרק נערה שנתפתתה (כתובות דף נ' ע"ב) סוף ד"ה ומאי עלייה כו' נרא' דחייב לרפאותו ודברי הריטב"א עיקר כדמוכח בירושלמי ריש פרק הנוש' גבי פסק לזון את בת אשתו והביאוהו הריטב"א והרא"ש שם וכתב הרא"ש גבי פסק לזון את בת אשתו דאם חלתה אינה חייב לרפאותה ואע"ג דאמרינן במזון האשה דרפואה שאין לה קצבה הרי הן כמזונות הני מילי באוכנת בתנאי ב"ד שהוא מחוייב להספיק כל צרכיה אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפיא' בכלל עכ"ל וכ"ב הטור. בא"ע ס"ס קי"ד ע"ש וכן המנהג:

סעיף טו

כל ימי חייו או כל זמן שצריך כו'. אפשר דה"ק אם נדר לו כן בשעה שצריך מסתמ' הי' דעתו כל זמן שצריך ואם נדר לו בשעה שאינו צריך אז דעתו הי' אבל ימי חייו וצ"ע ע"כ לשין סמ"ע:

סעיף טז

וי"א דאם קיבל עליו כו'. י"ח אלו פליגי אסבר' ראשונ' וכן מוכח בתשובת הרא"ש שם ובדרכי משה ודלא כע"ש והא דכאן חייב שנה אחד ולקמן סימן רי"ב ס"א בהג"ה נפטר בשעה אחד היינו משום דכאן גילה בדעתו שנה אחר משא"כ התם דלא אמר רק ידור סתם ולקמן ס"ס קס"ג דנפטר ממס שנה אחת מירי ממם פרטי א"נ במקום שגובין מס דכל השנה בפעם אח'. כל זה כתב הסמ"ע וע"ש שהאריך:

סעיף יז

פטור כו'. אפילו הכי פטור מחלקה. דברי הרב והע"ש כאן סתומים דלכאור' משמע מדבוי הר"ב דבקצב סך נמי פטור לגמרי מחלק' מטעמא שלא נתחייב אלא לזונה כל זמן שתהא צריכ' למזונות וכ"מ יותר בע"ש ע"ש ואי אפשר לומר כן דבתשובת הרשב"א סימן תתק"ע שמשם מקור דין זה מבואר להדיא דאינו פטור אלא מבעל' מטעם דאין הבעל יורש מלו' של אשתו דאין הבעל נוטל בראוי ומלוה ראוי' הוא אצלו (וכמו שנתבאר בא"ע ר"ס צ') וכ"כ הרב בהגה בא"ע ס"ס קי"ד אם כתב לו ולאשתו אינו יורש חלק אשתו וכן מסיים בלבוש בא"ע שם דאינו יורש חלק אשתו שהוא ראוי. וע"כ צריך לפרש גם דברי הרב והע"ש כאן כן ולפ"ז קבל עליו לזונם לזמן וקצב להן סך אין דינם שוה דבמזונו' סתם לזמן פטור לגמרי אפי' מיורשיה ובקצב לה סך חייב לשלם ליורשיה אלא שפטור מבעלה. זה נ"ל ברור:

סעיף יח

בדשלב"ל או שאינו מצוי כו'. עיין מזה לקמן סי' ר"ט ס"ד ה' ועיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן ר"ח:

סעיף יט

ה"מ כשהקנה כו'. עיין בתשובת מהר"ש כהן ס"ב סימן קס"ג:

סעיף כ

ואפילו כתב לו שעבוד כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' שע"ג:

סעיף כא

או קבל אחריות כי' בס' גי' תרומה שער מ"ג ח"ד סוף דף קצ"ד הקשה שהרי מדברי תשובת הרמב"ן שהביא הבעה"ת שם בשער מ"ג ומביאו ב"י עצמו בסמוך תכף ומיד מבואר שחולק וס"ל דאם קבל עליו אחריות חייב להעמיד' בידו. ולי נרא' דהרמב"ן מיירי שחייב עצמו בכך וקבל אחריות להעמידה בידו והלכך נהי דהקנין אינו כלום מ"מ החיוב חל על גופו לענין שחייב להעמיד' בידו וזה מוכרח בדברי בעה"ת שם דאל"כ

היאך הי' מביא שם מיד דברי הרמב"ם שהם סותרים דבריו שכתב מתחל' דמסתבר' דלא מהני כו' וכ"כ עוד הבעה"ת בסת' בשער ס"ד ח"ב ושכ"כ הרי"ף בתשו' ולא הביא שם דברי הרמב"ן כלל אלא ודאי כמ"ש. כן נ"ל:

סעיף כב

ואפי' נתן לו משכון אינו כלום וכ"כ במרדכי ריש פ"ק דקדושין אמנם כתב שם דהרב' גאונים חולקים וס"ל דלא יתן המשבון עד שיתן לו המתנ' וכן הוא בתשובת מיי' לספר משפטים סי' ס"ז עכ"ל ד"מ וכן הוא באמת שם ותמי' לי על מה שסתם הרב כאן כדברי הטור ולא הגי' דיש חולקין. וע"ל סי' ר"ז סעיף י"א וסי' של"ג ס"א ומ"ש שם:

סעיף כג

אבל בלשון חיוב כו'. עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' כ"ג:

סעיף כד

שאני מתחייב כו'. כלומר שחייב נפשו ואפינו לדעת האומרים לקמן סימן רמ"ה ס"א בהג"ה דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה דה"ל קנין דברים מודים כאן שחייב נפשו כ"כ הסמ"ע ס"ק י"ח:

סעיף כה

חייב. מיהו היינו דוקא לגבות מבני חרי אבל לגבות ממשעבדי אף שכתב לו שטר ע"ז לא מהני אפילו הוא דבר קצוב כגון שכתב לו בית זה או סך זה שאירש מאבא אני מחייב עצמי ליתנו לך דכיון שלא הי' בעולם בשעת כתיבה אין קול יוצא לאותו כתיבה כן מתבאר מדברי רש"י והתוס' פרק הנזקין סוף דף נ' להפוסקים דפסקו כמ"ד שאין כתובין והבאתי דבריהם לעיל ס"ק י"ב אכן הרמב"ם וסייעתו שהבאתי שם משמע דטורף בדבר קצוב כשמתחייב עצמו בשטר אף שלא היה בעולם וע"ש ודו"ק:

סעיף כו

והוא שקנו מידו. נרא' שהמחבר הוציא כן מבעה"ת שער ס"ד וכן נרשם בסמ"ע אבל לפענ"ד נרא' דבעה"ת לטעמיה אזיל דס"ל שם בסוף שער ההוא מביאו ב"י לעיל ס"ס א' דאיאפשר לאדם להתחייב בדבר שאינו חייב אלא בקנין ולא מהני אתם עידי אבל להרמב"ם דפסק דבאומר אתם עידי חייב א"כ ה"ה הכא דכיון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב כו' חייב אף בלא קנין וא"כ קשה על המחבר דלעיל ריש סי' מ' פסק כהרמב"ם וכאן כתב והוא שקנו מידו ואפשר ס"ל להמחבר דבדבר שאינו בעולם או שאינו ברשותו לא מהני הוו עלי עדים לכ"ע אבל לא מסתבר לי לחלק בכך ודעת המחבר צל"ע:

סעיף כז

מחמת שנתתי כו'. עיין בתשו' מהר"ש כהן ס"ב סימן ט' ובתשו' מהרשד"ם סימן ש"ט:

סעיף כח

על התובע להבי' ראיה בסמ"ע ס"ק כ' הקשה מלקמן ס"ס ר"ן ודחק בזה ולי נראה דשאני התם כיון דהמטלטלים הם בעין אמרי' כיון שעתה כאן נמצאו כאן היו משא"כ הכא שהמטבע אינה בעין. מיהו קשה בהך דס"ס ר"ן מהך דלקמן סי' קי"ב ס"ג. ומה שמחלק בסמ"ע בין מטלטלי לקרקע לא נהירא גם מנ"ל להמחבר לחלק בכך והעיקר לדינא דלקמן הוא מתשו' הרשב"א משמן של גאונים והם דברי הגאונים שהביא הטור לקמן סי' קי"ב וא"כ נפי מאי דקי"ל לקמן סי' קי"ב דלא כהגאונים שם ה"ה דלא קי"ל כהך דלקמן ס"ס ר"ן וכ"כ הב"ח ס"ס זה דהפוסקים סותרים זא"ז ולעולם על המקבל להביא ראיה וכן עיקר:

סעיף כט

לסברת הרי"ף וקצת רבוותא. בב"י כ' שגם דעת הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה כהרי"ף ועוד כתב בב"י וכיון שהרי"ף והרמב"ם מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן ולזה לא הביא כאן בש"ע רק דברי הרי"ף אבל באמת אין מהרמב"ם ראי' כלל דלא קאמר התם אלא לענין שצריך שיהא ברשותו אבל יכול להיות דמודה דלשון נתתי הוא באופן המועיל גם מ"ש הב"י והרשב"א בתשובה הסכים לדברי הרי"ף דאם לא הי' לו באותו שעה לא עשה כלום כו' לא ידענא מאי קאמר דפשיטא דגם הראב"ד אינו חולק בזה על הרי"ף דאם ידוע שלא הי' לו באותו שעה לא עשה כלום אלא דאלשון נתתי פליג. גם הרב בתשוב' סי' צ"ב רשיגעל דברי ב"י בזה. וע"ש עוד בתשו' הרב מדינים אלו. ועיין בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ק"ח:

סעיף ל

דודאי נתן באופן המועיל. כיון שהודה על עצמו וכתב נתתי אבל לקמן סי' קי"ב ס"ג בהג"ה שכ' אני נותן צריך המקבל להביא ראיה שהנכסים היו בידו באותו שעה וכן פי' הב"ח וע"ש:

סעיף לא

שטר בקנין כו'. קנין הוא לאו דוקא דאפי' לא עשה לו קנין בפני עצמו דינא הכי סמ"ע. ועיין בתשובת מהר"ש כהן ספר ב' סי' מ"ט:

סעיף לב

ראובן הוצי' כו'. דין זה צ"ע דמסתבר' כהחולקים בבעה"ת ונהי דמ"ש החולקים דהך איסור גיור' מיירי דוקא בש"מ ולא בברי' ליתא וכל הפוסקי' חולקים ע"ז מ"מ כאן יכול להיות דהדין עמהם דכיון שנכתב כבר השטר על שם לוי א"כ ממונו של לוי היה ואע"פ שלוי שלוחו של ראובן הי' מ"מ כיון דמעות להוצאה נתנו נעשה שמעון לוה של לוי ולוי לוה של ראובן וההוא שטר' דלוי הוא ולא מהני הודא' דיליה עד שיקנהו לו בכתיבה ומסירה ועוד דאפי' אומר ששלוחו הי' בענין שלא יצאו המעות מרשותו כלל וכגון הך דלקמן סימן ס"ו סעיף ה' ס"ק י"ז מאן לימא לן דלוי נאמן בכה"ג כיון שהשטר כבר נכתב על שמו והיינו שלא מצינו בשום מקום בפוסקים הקנאה לשטר רק בכתיבה ומסירה ולא הוזכר שיודה לו שהמעות שלו הי' ואע"פ שי"ל דהם מדברים בכ"מ כשידוע שהמעות מתחלה של בעל השטר הי' מ"מ לא ה"ל לסתום בכל המקומות וצל"ע ועי' בתשו' מהרשד"ם סי' ס"ד וסי' קצ"ב ובתשו' מהר"א ן' ששון סי' קי"ב:

סעיף לג

אם אינו חב לאחרים דלעיל סי' מ"ו ע"ש:

סעיף לד

ואם תבע כו' אין כופין כו' ומהרש"ל כ' בפ' הגוזל קמא סי' ל"ג שצריך ליתן טעם לדבריו שאל"כ כופין אותו על מדת סדום וע"ש וע"ל סי' קכ"ד ס"ב. ועיין בתשובת מהרש"ך ס"ב סי' קע"ד:

סעיף לה

שטר שהי' כתוב ע"ש ראובן כו'. שמנהג הקהל הי' לכתוב על היחיד ולכך הדין עם הקהל כן כתב הסמ"ע ס"ק כ"ח דמוכח מתשו' הרא"ש שם והשיג על הע"ש ע"ש ול"נ עיקר בזה כהע"ש והסמ"ע לא העתיק ל' תשו' הרא"ש כהוייתו והמעיין בהרא"ש שסיראה דעיקר טעמו כיון שכתוב בסוף ואלו המעות הם מחכירות הקהל ומ"ש הרא"ש שם שמנהג הקהל כך י"ל דלרווחא דמלתא כתב כן וכן נראה נהדיא דעת המחבר שלא העתיק זה בב"י ולא כאן בש"ע וכן נראה בדין דכיון דכתב הרא"ש דאינו נאמן כיון שאין לו כתיבה ומסירה א"כ כיון דכתוב שאלו המעות הם מחכירות הקהל הרי מוכח שהשטר של הקהל הוא והיאך יוכל זה לטעון ששלו הוא בלא כתיבה ומסירה ומה שהקשו הע"ש והסמ"ע דאמאי אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמו כתבתי וכדלקמן סי' ס"ה סעיף כ"ב נ"ל דשאני הכא כיון שכתוב כן בשטר עצמו קודם חתימת העדים דזה ודאי נכתב

בתחלה בשעת עשיית השטר וכולי האי לא עבדי שלא להשביע מה שאין כן לקמן סי' ס"ה דמיירי שכ' בכתב ידו בעצמו לאחר חיתום השטר כן נ"ל:

סעיף לו

וכתוב בסופו קודם חתימת העדים ואלו כו' גרסי'. כ"כ הסמ"ע וכן הוא בתשו' הרא"ש להדי' ואף חי לא גרסינן בדברי המחבר כך משמעו כך וק"ל:

סעיף לז

הדין עם שמעון. מיירי כשהחוב עדיין של ראובן רק שכתב השטר על שם לוי לאיזה טעם וכן מוכח להדי' בתשו' רשב"א שם ופשוט הוא דאם הי' מקנה המעות ללוי שוב אין ראובן יכול למחול ובע"ש וסמ"ע ס"ק ל' פירשו שהשטר לא בא ליד לוי עדיין ולא היו צריכים לזה אלא אפי' בא ליד לוי אם הוא בענין שלא הקנה לו מעות דק שכתבו על שמו לא זכר בו לוי כדלעיל סעיף א' וק"ל. ועי' בתשו' מהרשד"ם סי' נ':

סעיף לח

אין בדבריו כלום וצריך הוא לפרוע לראובן שהלוה לו המעות בשם בנו כי נמצא שהיה אפטרופס של בנו בשעת ההלואה לכך גם עתה נמי הוא אפטרופס שלו וצריך לפרוע לו ועוד ביד האב תלוי למנות אפוטרופס לבנו כדתנן מנהו אבי יתומים ישבע כ"ש שמינה את עצמו אפטרופס ועוד לא גרע מיתומים שסמכו אצל בעל הבית שיש לו דין אפטרופס כדאי' בפ' הניזקין כ"ש הסמוך על שלחנו של אביו שהאב הוא אפטרופס שלו עכ"ל הרא"ש שם ועיין עוד בתשו' הרא"ש שם כלל צ"ו סי' ג' ובריב"ש סי' ר"ן:

סעיף לט

הדין עם האשה היינו באינה נושאת ונותנת בתוך הבית וכמ"ש בסי' ס"ב ס"א שם חזר וכתבו מור"ם ע"ש עכ"ל סמ"ע אמנם במקור דין זה בתשו' הרא"ש כלל צ"ו סי' ד' משמע אפי' בנושאת ונותנת תוך הבית כשהבעל עצמו כתב השטרות וכמ"ש לקמן סי' ס"ב ס"ק ז' וכ"כ בסמ"ע גופי' שם ס"ק ו' לדעת הטור א"ע ס"ס פ"ו ובע"כ שהטור הוציא דבריו מתשו' הרא"ש זו וכמ"ש שם. מיהו לענין דינ' כתבתי שם שהעיקר כתשו' הרשב"א סי' תתקנ"ז שחולק ע"ש:

סימן סא

סעיף א

אין בכלל זה מחילה. וה"ה הלואה בחתימת ידו וכ"כ בסמ"ע ס"ק ב' וכן משמע ממ"ש הטור והר"ב דודאי אין הכונה רק על השטר וכו' כולו ופשוט הוא:

סעיף ב

וכן שטר שלא ניתן לכתוב אלא העדים כתבוהו מעצמן שלא מדעת הלוה דפסול מטעם מפיהם ולא מפי כתבם דאין דנין על פי אותו שטר כלל וכמ"ש לעיל סי' ל"ט סעיף ג' סק"ח באריכות וכן משמע מדברי הרא"ש פ' גט פשוט סימן ז' ע"ש וגם בדין טופס שטר שביד הסופר שכתב המחבר נ"ל דאין כאן מחלוקת כלל דאע"ג דבב"י וד"מ וב"ח כתבו דהרא"ש פליג אהריב"ש וכמ"ש הרב בהג"ה כאן מ"מ לפעד"נ דלא פליגי דהריב"ש מיירי שהלוה נתחייב בפני ב' עדים בשטר במנה ולא נתחייב עצמו כלל שיכתוב הסופר השטר רק שהם יכתבו שטר גמור א"כ טופס זה שכתבו בספר הסופר אין לו דין שטר כיון שלא כתבוהו ליתן ליד המלוה שהרי הניחוהו ביד הסופר. אבל הרא"ש מיירי שנתחייב עצמו שהעדים יכתבו עליו שהוא מחוייב לעשות שטר מהיום בכל יפוי כח שייפה הסופר וקבל על עצמו בקנין כן בפני עדים א"כ כל שאינו עושה כן כתיבת העדים עומד במקום כתיבת הסופר כיון שמסרו כתיבתה ליד המלוה ע"ש בריב"ש ובתשו' הרא"ש ותראה שדבריהם מכוונים כמו שכתבתי מיהו נראה דהרא"ש וריב"ש מיירי שהלוה צוה להם לכתוב שטר א"כ השטר ניתן ליכתוב אבל כל שכתבוהו שלא מדעת הלוה פסול מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ואין דנין על פיו כלל והעדאת עדים נמי לא חשיב ודוק:

סעיף ג

כתקנת הגאונים שתקנו ללוה אם יש לה מטלטלים כו'. משמע אפי' רוצה לשלם קרקע צריכה לישבע ע"פ תקנת הגאונים אם יש לה מטלטלים וכן משמע להדיא בטור ובתשו' הרא"ש כלל ל"ט סימן ה' ודלא כסמ"ע ס"ק ז'. גם דברי הב"ח לא נהירין מה שכתב כאן ומה שכתב הטור לקמן סימן ק"א היינו לדינא דש"ס וכמ"ש שם באריכות ע"ש:

סעיף ד

דאשה שוה לאיש כו'. עמ"ש לקמן ס"ס צ"ו בזה:

סעיף ה

שיוכל כו' כתב בסמ"ע דהיינו כשכתוב בשטר סתם שיגבה בו המוציאו אבל אם כתוב בו בפי' שיגבה בו בלא הרשאה פשיטא דלא שייך מנהג בזה ובכל המקומות גובים בו בלא הרשאה והב"ח השיג עליו דאם יש מקום שנהגו שאין כופין אף כשכתוב בו בפי' בלי הרשאה אזלי' בתרי' וכן נראה דעת המחבר וע"ל סימן ק"ג ס"ז:

סעיף ו

שנהגו במדינה לכתוב כו'. עיין בתשו' מהר"ש כהן ספר ג' סימן ק"ו:

סעיף ז

בכל לישנא דזכוותא כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"א סימן ק"א:

סעיף ח

קאי לכל כללי בתחלת ענינא כו'. כתב הסמ"ע נראה דר"ל דמה שקבל עליו לכתוב בכל זכוות' קאי דוקא לכללים וענינים המסתברים לומר שהי' דעתו מתחלה עליהן כו' ונ"ל שלא כיון יפה אלא ה"פ קאי לכל כללי בתחלת ענינא היינו לכל כללי דאחריות שמזכיר בתחלת הענין וה"ה אם כתב ונאמנות שטרא דנן קבילת עלי ככל שטרי כו' קאי לכל כללי דנאמנות ולא לכללי דאחריות וכ"מ להדיא בבעל העיטור סוף מאמר ה' דף י"ב ע"ד וז"ל לרבינו האי מאן דמקבל למכתב שטרא בכל לישנא דזכוותא אע"פ דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתב ביה אחריות שטרא דנן הכל כתוב למעלה עכ"ל ודוק:

סעיף ט

אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה. פי' אע"פ שנוהגין לכתוב נאמנות בכל השטרות וכדאי' בהריטב"א לא מחשבינ' עד דמפרשי דדילמא לא הי' דעתו לכתוב נאמנות והיינו כשאין ידוע שהלוה ידע שנוהגים לכתוב נאמנות בכל השטרות אבל כשידע המנהג אז אע"פ שלא נכתב כנכתב דמי דהא כתב הרא"ש והטור כל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות כו' דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה כו' ודוחק לומר דהרא"ש והטור מיירי כשכתוב נאמנות בפי' בשטר דהא כיון דתלו טעמא דכל מי שמקנה סודר לכתוב דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה משמע דאפי' לא נכתב השטר עדיין יש לסופר לכתוב בו נאמנות משום דמסתמא היה דעתו גם על הנאמנות וא"כ האיך כ' הר"ב בכאן דלא מחשבינן לנאמנות עד שמפורש אלא ודאי הר"ב מיירי בענין שי"ל שלא ידע מהמנהג והכי מוכח נמי ממ"ש הפוסקים והטור לעיל ס"ס מ"ב לשון שרגילים לכתוב בשטרות אע"פ שאינו מתיקון חכמים הולכים אחריו ואפי' לא נכתב דנין אותו כאלו נכתב עכ"ל ובהכי ניחא מה שהקשה בס' גידולי תרומה שער כ"ו דף ק"ך דברי ריטב"א אהדדי דכתב לדברי רב האי דנאמנות אף ע"פ שנוהגים בכל השטרות לא מחשבינן עד דמפורש והרי רב האי ס"ל דדורשים ל' הדיוט (וכמ"ש הטור לעיל ס"ס מ"ב) וכמ"ש הני"י ס"פ המקבל על שמו (וכ"כ ה"ה פ"ח מה' שכירות על שמו) והאריך בזה והניח בקושיא ולפמ"ש לק"מ דהא דדורשים ל' הדיוט היינו דוקא כשידוע שידע שהדיוטות נוהגין כן. כן נלפע"ד ודוק ועוד הוכחתי כן לעיל ס"ס מ"ב ע"ש:

סעיף י

על הכפל כו' כ' בסמ"ע סקי"ב דוקא בכה"ג שקבל עליו לשלם כולי האי הוי אסמכת' אבל בקבל עליו לשלם ההוצאה לא הוי אסמכת' כיון שנתחייב לשלם מה שהפסידו ובזה יישב מה שהקשה בד"מ מהך דהם אוביר ולה דגביד נאמן סימן ר"ז ומביאו הב"ח מיהו אם היה לו סחורה מזומנת לקנות וטוען שהיה לו ריוח בו אף שכתוב בשטר שנתחייב לשלם כל מה שמכסידו בטור וכמ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א והטעם דמניעת הריוח לא קרי הפסד כדאיתא בירושלמי הביאוהו הפוסקים המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות וגרע מגרמא בנזקין דפטור ותו דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח דלמא אף היה מגיע הפסד כ"כ הב"ח וע"ל סי' רצ"ב ס"ו בהגה ומ"ש שם אך מה שנראה מדברי הב"ח דקושית הר"ב בד"מ מיתרצא בהכי ליתא דפשיטא דקושית הרב בד"מ עיקרה על תשובת הרא"ש שהוציא הוצאות והו"ל הפסד והיינו שכתב הר"ב בד"מ אבל כאן שמפסידו לא הוי אסמכתא כו' לכך צריכים אנו לדברי הסמ"ע דהרא"ש מיירי שרוצה הוצאות יותר מן הראוי ודוק:

סעיף יא

אינו רשאי לעבור כו' כתב הסמ"ע דהיינו דוקא היכא שאין מנהג פשוט בעיר לירד בלי רשות ב"ד ובלי שומא אבל אי מנהג פשוט כן בעיר אזלינן בתרי' והכי דייק לשון תשובת הרא"ש בטור וכן פסק המחבר בסימן ק"ג ס"ז בהדיא כו' ודבריו ברורים והב"ח כתב וז"ל לכאורה משמע דלפי שנהגו בעיר שלא להוריד מעצמו אע"פ שכתוב כך בפי' בשטר כתב הרא"ש דאינו רשאי אבל אם אין המנהג בעיר יכול לירד מעצמו וקשה דהיאך יכול לעבור על ד"ת לכן נ"ל דס"ל להרא"ש דאפי' לא היה מנהג נמי אסיר כו' ודלא כמהר"ו כהן שכתב בהפך עכ"ל ודבריו תמוהין דפשיטא דגם למהרו"ך אפי' לא היה מנהג נמי אסור וכמבואר בדבריו להדיא רק דקאמר היכא שהמנהג לירד בלי רשות ב"ד ובלי שומא אזלינן בתריה ובזה דבריו ברורים ומוכרחים וכמ"ש וזה ברור:

סעיף יב

דאז יצא הקול והיה להם ללקוחות. חשוב שמא נתן לו כתיבת ידו מיד וע"ל סי' ס"ו סל"ה סקי"א [קט"ו]:

סעיף יג

שטר לגבות ממשעבדי ונראה דה"ה דיכול לטעון פרעתי דכיון שאין טורח ממשעבדי' לא חשש להניח בידו וכמ"ש לקמן סימן ס"ט סק"ח וגדולה מזו נראה דאפי' העדאת עדים לא הוי דה"ל מפיהם ולא מפי כתבם כיון שנכתב בלא צואת הלוה וכמ"ש לעיל

סי' ל"ט סק"ח ובס"ז סק"ג ומ"ש הרא"ש בסוף התשוב' ומביאה הטור ס"ס זה ולענין זה היה עדות מעליא לקיי' מה שהודה בפניהם התם מיירי להדיא שמודו בעיקר הדברים שהודה בפניהם דלענין זה הוי עדות שלא יוכל לטעון השטאה או השבעה ע"ש ודוק:

סעיף יד

ולא הודה בפנינו סתם שהיה מורה לשון הודאה גמורה רק ביאור מה שהודה כו' שמורה על זכרון דברים בעלמא וע"ל סי' ל"ט סי"א:

סעיף טו

שטר שלא נכתב בו שם המלוה אלא שיעבד עצמו הלוה כו' וע"ל ס"ד:

סעיף טז

על לאו. אל תשכן באהלך עולה ונראה דמיירי אע"פ שהלוה שותק ואינו מבקש השטר או שרוצה המלוה ליתן לו השטר אלא שדחוהו מיום ליום קמ"ל דמנדין אותו שיתן מיד דאי מיירי שהלוה מבקש השטר והמלוה אינו רוצה ליתנו כלל ל"ל לטעמא שעובר על לאו של דברי קבלה תיפוק ליה שמחוייב להחזיר לו שטרו שלא יתבענו עוד פעם אחר דעל כרחך מיירי כשלא יתן לו שובר דאי נותן לו שובר ליכא איסורא דאל תשכן באהלך עולה וכמו שהוכחתי לעיל סימן נ"ז או אפשר דאפי' נותן שובר איכא איסורא דאל תשכן ואע"פ שהוכחתי בסי' נ"ז דליכא איסורא היינו כשכותב שובר על גב השטר עצמו או כשנשאר חייב לו מקצת דבעל כרחך צריך להשהות השטר אצלו אבל הכא דא"צ להשהות השטר כלל שם מיקרי עולה דדלמא יאבד שובר ולמה לו להשהות השטר אצלו בחנם:

סעיף יז

דגופו של נייר שלו הוא. דהלוה נותן שכר הסופר כדלעיל ס"ס ל"ט וכתב הסמ"ע דאם המלו' נתן שכר הסופר מחשב הלואה גביה וצריך הלוה לחזור ולשלם לו אבל מ"מ אין לו למלוה לעכב בשביל זה השט"ח כמ"ש המחבר לעיל סימן נ"ז עכ"ל נראה מדבריו דאפי' שיכתוב על גבו שהוא פרוע או שיקרענו אינו יכול לעכבו. ובאמת כן נראה מדברי המחבר בסי' נ"ז אבל כבר השגתי שם עליו והוכחתי. דכשיכתיב עליו שהוא פרוע או יקרענו יכול לעכב הנייר עד שיפרע לו פשיטי דספרא וע"ש בסק"ד ה"א וא"ו באריכות:

סעיף יח

אין שומעין לו. ואפי' ידוע שאינו מבין לשון השטר מתחייב הוא בכך כיון שקבל על עצמו ושתק וע"ל סי' מ"ה ס"ג עיד מזה:

סעיף יט

אין כופין כו' שמקבל מתנה הנאה שלו והוא נותן שבר הסופר שם ברשב"א:

סעיף כ

אלא אחר הכוונה ע' בספר ב"ש דף ק"ד ע"ג:

סימן סב

סעיף א

שלי הם שנפלו לי מבית אבא כו' אפי' השטרות תחת ידה כו' ומשמע אפי' השטרות והמטלטלים תחת ידה ואית להמגו דלהד"ם או החזרתי אינה נאמנת ובתשובת מהר"מ אלשיך סי' פ"ג כתב דמשום שנשארו הנכסים ביד יורשי הבעל והיא באה להוציא אינה נאמנת אבל אם היו בידה נאמנת כמ"ש הרא"ש בתשובה באלמנה שאומרת בעלי נתן לי מנה קודם מותו במתנה דאם היא מוחזקת במנה נאמנת במגו וכ"ש למאי שהביא המרדכי פ' ח"ה בשם מהר"מ בתשוב' ראובן שנשא לאה והוליד ממנה חנוך כו' דכל מאי דלא הוי קרקע או חפץ ידוע שהיה מבעלה הוי מוחזקת ויכול' לטעון דממקום אחר הוי עכ"ל וכ"כ בתשוב' מהרא"ן ששון ס"ס ל"ד ריש דף נ"ז ע"ש ודבריהם תמוהין דמשמע בש"ס ופוסקים דמיירי אפי' השטרות והמטלטלים הם תחת ידה ואית לה מגו והכי מוכח נמי מדברי התוספות והרח"ש ושאר פוסקים שהבאתי לקמן סק"ו והך דתשובת הרא"ש שאני כיון שטענה שהבעל נתן לה מתנה וכמ"ש לקמן סק"ה גם מ"ש מהמרדכי לא דק דהמרדכי בשם מהר"מ שם קאי להדיא לענין יתמי או באי כחה ואדרבה כתב שם המרדכי לעיל מינה שכתב מהר"ם בתשובה אם קודם שנשאת הפקידה ממון אז נאמנת לומר של פלוני הם במגו דאי בעי שקלה לה איהי ויהבה ליה אבל אם משנשאת הפקידה בידה הואיל ונושאת ונותנת בנכסים פיר"י דלא מהימן לומר שלי הם ולא של פלוני כדאמרינן פרק ח"ה אשה הנושאת ונותנת כו' עכ"ל אלמא אע"ג דאית לה מגו אינה נאמנת. גם מה שהבין מהר"ם אלשיך שם מהריב"ש סימן קס"ט ליתא וע"ש וע"ל סקי"א:

סעיף ב

עליה להביא ראי'. ואם אינה מביאה בראיה צריכה להחזיר אף גוף השטרות כ"כ הבעה"ת שער נ"א ח"א בשם ה"ר נתן בן הר"מ וכ"מ מדברי כל הפוסקים ועיין מ"ש לקמן סימן ס"ו סי"א סקל"ח:

סעיף ג

שהיה לה ממון מיוחד. ואז אפי' הבעל חי וטוען ברי שנעשה מממון שלו עליו להביא ראי' כ"כ הב"י בא"ה ס"ס פ"ו בשם תשובת רשב"א ותחלת שאלה מי שנתן לבתו או לאחותו כו' וע"ש:

סעיף ד

ממון מיוחד. משמע אפי' אינו עולה כשיעור השטרות ההם וכמ"ש ב"י בשם הגהת אשר"י בשם הר"מ כהן וראב"ן וריב"ן דמספק תלינן להעמיד הממון בידם כדאמרינן לקמן אימור מעיסתו קמץ:

סעיף ה

וה"ה אם נמצאו לה מטלטלים כו' טור בשם הרמ"ה ור' ירוחם מביאו ב"י ובעה"ת שער מ"ט חלק ט"ז כתב דבמטלטלים מהני תפיסתם ומביאו ב"י לקמן סי' קע"ט וכ"כ עוד בשער נ"א סוף ח"א בשם הר' נתן בן ה"ר מאיר ע"ש אכן מדברי התוס' פ' ח"ה סוף דף נ"א ד"ה קבל מן האשה כו' והרא"ש שם מוכח להדיא כמ"ש הטור בשם הרמ"ה וכ"ה במרדכי שם עד שאני תמה למה כתב הטור כן בשם הרמ"ה והלא כך מבואר בהרא"ש ותוס' להדיא דאף במעות או מטלטלים דינא הכי (ומוכח עוד שם דאע"פ שיש לה מגו דלהד"ם או החזרתי אינה נאמנת דמסתמא כל מה שבידה משל בעלה הוא וע"ל סימן נ"ו ריש ס"ק ל"ב) וכ"כ עוד הטור והמחבר בא"ע ס"ס פ"ו ע"ש וע"ל סקי"ד וכן נראה להדיא מתשו' רשב"א שהביא ב"י בא"ע סימן פ"ה דף ק"ו ע"ב ע"ש וכן עיקר:

סעיף ו

ואפי' אלמנה כו' לשון הרמב"ם וכן אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בנכסי יתומים כו' וכתב מהר"ל בן חביב בתשובת ס"ס ל"ח דפ"ט ריש ע"ג אע"פ שכבר כתב הדין כן באשת איש כתבו באלמנה מפני החלוקים אחרים שאם היו חולקים בעיסתן כו' ואם מת כו' ולא נ"ל שמתחלה כתב הרמב"ם דין אשת איש המוזכר בתוספתא פ"ט דבבא בתרא כמ"ש בבעה"ת סוף שער ששי ואח"כ כתב דין האלמנה וכדאמרינן בש"ס (דף נ"ב ע"ב) מהו דתימא אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחא קמי יתמי לא גזלה מיתמי קמ"ל ופירושו אפי' אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית אחר מות בעלה והשטרות נעשו על שמה אחר מות בעלה ולא אמרינן כיון שהאמינוהו על היתומים וחשיבות היא לה דטרחא קמי יתמי לא גזלה קמ"ל. כתב הרמב"ם פכ"ב מה' אישות וז"ל הרי שנמצאו מעות או מטלטלים ביד האשה היא אומרת במתנה נתנו לי והוא אומר ממעשה ידיך הם שהם שלי ה"ז נאמנת ויש לו להחרים על מי שטוענת דבר שאינו וילקח בהן קרקע

והוא אוכל פירות ואם אמרה ע"מ כן נתנו לי שלא יהא לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן כל מה שארצה (עמ"ש בזה בי"ד סימן רכ"ב) עליה להביא ראיה שכל מה שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראיה אמרה לו אתה נתנו לי במתנה נשבעת שבועת היסת שנתן לה הבעל ואינו אוכל פירותיהן עכ"ל והעתיקו הטור והמחבר בא"ע סימן פ"ה סי"ב. והקשה בתשובת מהרל"ן חביב ס"ס נ"ח על מ"ש ברישא ה"ז נאמנת ממ"ש בפ"ט מה' נחלות ותירץ דבה' אישות מיירי באינה נושאת ונותנת בתוך הבית ואמת שמצאתי בבעל התרומות סוף שער ששי בהשיב לו הר"ר נתן בן ה"ר מאיר כן ליישב דברי הרמב"ם ומביאו בכ"מ שם בקצרה (וכ"כ בתשו' מהר"ן ששון סימן קנ"ח לדעת הרמב"ם ע"ש) אבל אי משום הא לא אריא די"ל דהרמב"ם ס"ל כמ"ש הבעה"ת שער נ"א ח"ח בשם הר"ר נתן בן הר"ר מאיר גופיה שכתב וז"ל ודוקא אונות ושטרות אמר רב עלי' להביא ראיה אבל אם יש בידם מטלטלי או שגבו החובות בכך נאמנים לומר שלנו הם כו' אך נראה דמדברי הרמב"ם בהל' אישות גופיה מיניה וביה מוכח כן מדכתב והוא אומר ממעשה ידך הם שהם שלי לאיזה צורך כתב כן הל"ל בקצור והוא אומר שלי הן אלא משום דבאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והוא אומר שלי הן מממוני אינה נאמנת אלא שהיא אינה נושאת ונותנת בתוך הבית ואינו יכול לטעון שמא ממונו הם אלא טוען שמא ממעשה ידך הם. כנ"ל: ובדין השני שכתב הרמב"ם עלי' להביא ראיה סבר בדרישו' בע"א סימן פ"ה שהכל מודים בו וכתב שדברי מהרש"ל אינן ברורין ע"ש ודבריו תמוהין ודברי מהרש"ל ברורים שבהדיא מוכח מהתוס' פרק ח"ה גבי אין מקבלין פקדונות מן הנשים סוף דף נ"א והרא"ש שם שחולקין ע"ש וכ"כ הנ"י שם וז"ל והר"י ז"ל כתב שהאשה נאמנת לומר שנתנו לה במתנה גמורה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן אפי' בפירות וכן דעת הרשב"א והריטב"א ז"ל כו' וכ"כ הרב המגיד פכ"ב מהלכות אישות וסוף פ"ז מה' פקדון בשם הרשב"א ויש מפרשים שחולקין על הרמב"ם וכן הבית הב"י בע"א סימן פ"ה תשובת הרשב"א כבר ראית שאני נוטה לדעת מירי ה"ר יונה שקבל משה ר"י שהיא נאמנת אם אינה נושאת ונותנת בתוך הבית כו' ע"ש וגם הב"ח בא"ע בקונטרס אחרון השיג על הדרישה מכח לשון שלי שכתבו התוס' והרא"ש דשלי לגמרי משמע וטפי ה"ל להשיג מכח שאר הוכחות התוס' והרא"ש שם ע"ש ומכח דברי הנ"י והרשב"א והריטב"א שהבאתי. מיהו מה שהקשה שם הדרישו' על דברי הר"ב בהגה יפה כיון וכמ"ש לקמן סימן קכ"ז ושלא כדת השיג עליו הב"ח שם בזה: ונראה דבטוענת אחרים נתנו לי מיירי במטלטלים או מעות שאין ידועים לבעל אבל אם היו ידועים לבעל אינה נאמנת כלל לכ"ע אף לענין גוף המטלטלים וכן משמע מדברי מהר"ל

בן חביב שהבאתי לקמן. ועוד נראה דבדין זה אין חילוק בין לא ראו עתה בידה שיש לה מגו דלהד"ם או החזרתי או ראו עתה בידה בין להרמב"ם וסייעתו בין להתוס' והרשב"א וסייעתם ולכך לא חילק שום אחד מהפוסקים בכך אלא להרמב"ם דאינה נאמנת מטעם דהוא בחזקת הבעל שיאכל פירותיו אפי' לא ראו עתה בידה אינה נאמנת וכמ"ש לקמן ולהתוס' והרשב"א אפי' ראו עתה בידה כיון דאין ידועים לבעל יכולה לומר משל אחרים היא ולא הי' שלך מעולם כמו בשאר טוען ונטען לקמן סימן קל"ג ונאמנת לומר ניתנו לי לגמרי ע"מ שלא יהא לך בהן רשות כלל ומה שכתבו התוס' פרק ח"ה דף נ"א ע"ב דהמקבל (ד"ה קבל) מן האשה כו' והרא"ש שם דאם אומרת תן לפלוני שהוא שלו נאמנת במגו דאי בעיא שקלה איהי ויהבה ליה כו' ומשמע דאי לית לה מגו אינה נאמנת היינו דוקא לומר של אחרים הוא דכיון שהוא תחת ידה לא מהימנת לומר של אחרים הוא דאל"כ למה הוא תחת ידה אלא במגו דיהבה ניהלי' דהשתא אע"פ שהוא תחת ידה הרי הוא כמו ביד האחרים אבל אם היא אומרת שלי הוא ואחרים נתנו לי א"כ כיון שהוא תחת ידה נאמנת לומר מאחרים בא לי במתנ' גמורה כנ"ל ברור: וכתב בבעה"ת סוף שער ששי בשם ה"ר נתן בן ה"ר מאיר שכ' על דברי הרמב"ם וז"ל ואם תקשה ליהוי מהימנא במגו דאי בעי אמרה אתה נתתו לי תשוב' לפי שבטענ' הזאת מוציאין הנכסים אף מירושתו ואלו היתה טוענת אתה נתתו לי הי' יורשה והלכך אינ' נאמנת אף לענין פירות דלא אמרינן מגו היכא שהמגו מגרע טענתי' כי הכא ע"כ (והקש' בספר ג"ת שם דהא בל"ה הוי מגו דהעזה והניח בקושיא ולא דק דשפיר אמרי' מגו בכה"ג אע"פ דהוי העזה וכמו שהוכיחו התוס' פרק ח"ה דף נ"ב ע"ב והמרדכי שם וכמ"ש לקמן סימן פ"א סעיף כ"ג סקנ"ח וסי' פ"ב בדיני מיגו אות ו' וסימן צ"ג סעיף ב' סק"ד) ולפ"ז אם מת בעלה והית' טוענת מטלטלים אלו ניתנו לי בחיי בעלי ע"מ שלא יהא לבעלי רשות בהן היתה נאמנת להרמב"ם במגו דבעלי נתנם לי במתנ' דהא השתא ליכא למימר דהמגו מגרע כח טענת' אבל עיקר דבריהם תמוהים לי דהא ודאי הא דנאמנת לומר אתה נתתו לי היינו בדליכא עדי ראי' דאז נאמנת במגו דלהד"ם או החזרתי דאי לא אינ' נאמנת לומר אתה נתתו לי וכמ"ש לקמן וא"כ מ"מ תקשי תהי' נאמנת שאחרים נתנו ע"מ כו' בהאי מגו גופי' דלהד"מ או החזרתי ועוד דאפי' תימא דאתה נתתו לי נאמנת בכל ענין מ"מ הא דכ' הרמב"ם דאינ' נאמנת לומר אחרים נתנו לי ע"מ כו' מסתמא מיירי נמי בכל גווני בין ראוהו עתה בידו או לא מדלא חילק וכמ"ש לעיל וא"כ בדלא ראו עתה בידה להימנ' במגו דלהד"ם או החזרתי (וגם מ"ש לפי שבטענ' הזאת מוציא' הנכסים אף מירושתו כו' והיינו כמ"ש שם בבעה"ת שם דהלכתא כשמואל בפרק בתרא דנדרים

דלא קנה בעל לא לפירות ולא לירושה כו' אינו מוכרח לפע"ד די"ל גם שמואל מודה דמ"מ יורשה דלא עדיף מאלו כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן עד עולם דמ"מ יורשה וכדאמרי' בר"פ הכותב ונתבאר בא"ע סי' צ"ב אלא דמ"מ יכול המודר ליתן לבתו משום דהתנו לאו מיני' קא זכי דהא יהב לה ע"מ כו' והרשות ביד' שלא להניח כלום ואם מתה והניחה הוא יורש ממנה ולא מחמיו. וכן משמע בהרא"ש ונ"י ורשב"ם פרק ח"ה סוף דף נ"א שכתבו יחזיר לאשה (לבעלה) שאף אם ניתן לה מתנה ע"מ שאין לבעל' רשות בה מ"מ אם מתה יורש' ע"ש ודוק) אלא נראה דמעיקרא לק"מ ובחנם דחקו הבעה"ת וה"ר נתן בן הר"מ בזה דכיון שכל ממון שביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו א"כ אע"ג דאית לה מגו לא מהימנה להוציא מחזק' זו דמגו במקום חזקה לא אמרי' וכמ"ש לקמן ולכך דקדק הרמב"ם וכתב שכל מה שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא כו' ור"ל דמסתמא מי שנותן מתנ' לאשה הוא נותן סתם מתנה ואינה מוציאו מרשות הבעל אבל הבעל שנותן בעצמי מתנה לאשתו כיון שמוציא' מרשותו לרשות' הרי היא שלה לגמרי ואין לו בה אפי' אכילת פירות: וא"כ אלמנ' שאומר' מטלטלים אלו ניתנו לי מאחרים במתנ' בחיי בעלה ע"מ כו' אינה נאמנת והפירות של יורשי בעלה להרמב"ם משע' שהגיע המתנה לידה. . וראיתי בפרישה בא"ע סי' פ"ה שכ' על מ"ש הרמב"ם בטוענת אתה נתתו לי נאמנת וז"ל וצ"ע מאחר שחשיב הבעל מוחזק למה היא נאמנת מ"ו אבל ה' המגיד מפרש טעמו אע"פ שאינה נאמנת לומר אחר נתנם לי ע"מ כו' נאמנת לומר אתה נתתם לי שאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה בכל דבר שהיא יודע האמת כמוה עכ"ל ולפי ע"ד דברי מ"ו ודבריו אינם. נכונים אלא כוונת הרמב"ם כמ"ש וגם ה' המגיד כוונתו כך דאע"פ שאינה נאמנת לומר אחר נתנם לי ע"מ כו' משום דבחזקת הבעל הוא לענין פירות מ"מ כשטוענת אתה נתתם לי נאמנת היא בכך אע"פ שהבעל מכחישה בברי וכיון שנאמנת הרי הם ברשות' לגמרי ולפי זה גם בטוענת אחר נתנם לי והי' הבעל מכחישה בברי כגון שאמר הייתי שם כשנתנו לך אחרים והי' בסתם אינה נאמנת כיון דהמתנ' מאחרים היא ואין חילוק בין שמא לברי רק לענין שבועת היסת או חרם אלא דהרמב"ם קאמר כשטוען ממעשה ידך הם וזהו טענת שמא לכך כ' ויש לו להחרים כו' דמסתמא אינו יודע שאינה מתנה משל אחרים ואף אם תפרש דברי ה' המגיד כפשוטו מ"מ נ"ל עיקר כוונת הרמב"ם כמ"ש דנאמנת בכל ענין לומר מתנה הם בידי אלא דהיינו דוקא לומר שניתנו לה בסתם וא"כ באחרים בסתם מתנה יד אשה כיד בעלה משא"כ כשהבעל עצמו נתן לה והכי אמרינן בש"ס סוף פ' בתרא דנדרים דף פ"ח ע"ב מודה ר' מאיר כיון. דמיד בעלה קא זכיא וכ' הר"ן שם דנהי דאמר ר' מאיר דאין

קנין לאשה בלא בעלה ה"מ היכא דיהיב לה אחר מתנ' אבל מודה הוא דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות כו' וע"ש ועוד אכתוב לקמן על דברי ה' המגיד: ובדין השלישי שכ' הרמב"ם דאם טענה אתה נתתו לי במתנה נ"ל דאפי' נושאת ונותנת בתוך הבית נאמנת דנהי דנושאת ונותנת בתוך הבית וסתם הנכסים הם של בעלה מ"מ לא עדיפי מאלו היו עדים שבאה לידה מבעלה דהיתה נאמנת לומר נתנם לי אח"כ במגו דהחזרתי וכ"כ המהר"ם בתשו' להדיא והביאו הד"מ בא"ע סימן פ"ה והבאתיו לקמן סימן קכ"ז וליכא למימר דמהר"מ ס"ל כה"ר נתן בן הר"מ שהבאתי דדוקא בשטרות אמר רב אבל לא במטלטלים דהא המרדכי פ' ח"ה כ' להדיא בשם מהר"מ דאף במטלטלים אינה נאמנת לומר שלי או של פלוני הם והבאתיו לעיל ס"ק א' אלא ודאי דוקא כשטוענת שלי הם שנפלו לי ממקום אחר או של פלוני הם אינה נאמנת דכיון שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית מסתמא הכל משל בעלה בא לה אבל אם טוענת שבעלה נתן לה במתנה מה בכך שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית הרי מ"מ יכול להיות שנתן לה במתנה ועוד ראיה ממ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף ע"ב והרא"ש בתשוב' כלל נ' סי' ב' והט"ו בא"ע סי' צ"ו סעיף ד' באלמנה שתפסה מטלטלים ואמרה שבעלה נתנם לה במתנ' שנאמנת היכא דאית לה מגו דלהד"מ או החזרתי והרי הרשב"א והרא"ש והט"ו ס"ל דאם טוענת ממקום אחר נפלו לי אינה נאמנת אף במטלטלי כמ"ש לקמן ס"ק ו' ואין לומר דהתם מיירי באינה נושאת ונותנת בתוך הבית דהא סתמא כתבו ובפרט לפי מ"ש לקמן ס"ק א' דסתם אשה דין נושאת ונותנת ב"ה יש לה לענין זה ועוד דכבר כתבתי דלענין נתן לי לא מסתבר לחלק בין נושאת ונותנת ב"ה או לא אלא ודאי כמ"ש. ואין להקשות א"כ גם בטוענת ממקום אחר נפלו לי נהימנה במגו דאי בעיא אמרה הבעל נתנם לי הא לק"מ דא"כ תיקשי בלא"ה מ"מ נהימנ' ממקום אחר נפלו לי במגו דלהד"ם או החזרתי אלא ודאי דהוי מגו במקום חזקה דכיון שהי' נושאת ונותנת ב"ה מסתמא כל מה שבידה משל בעלה בא לה ולא ממקום אחר: וגם נראה דמה שב' הרמב"ם אתה נתתו לי במתנה כו' לאו לאפוקי אלמנה אתא אלא בא לומר דאף על פי שהבעל מכחיש' בברי נאמנת: וראיתי בהרב המגיד פ' כ"ב מה' אישות שכ' על דברי הרמב"ם הנ"ל וז"ל אמרה אתה נתתו לי כו' דעת רבינו הוא שאע"פ שאינה נאמנת לומר אחר נתנם לי כשטוענת ברי אתה נתתם לי נאמנת לפי שאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה בכל דבר שהוא יודע האמת כמוה וגדולה מזו נתבאר פ"ד שהאשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה שאינ' מעיזה עכ"ל ומשמע לכאור' מדבריו שמחלק בין שמא לברי ולפ"ז אלמנ' שאמרה בעלי נתן לי במתנ' לא היתה נאמנת אבל באמת זה אינו וכמ"ש לעיל: ועוד קשה לי על הרב המגיד

למה ליה לטעם לפי שאין האשה מעיזה בפני בעל' מהיכי תיתי תיגרע משאר טוען ונטען מי שאומר לחבירו אתה נתת לי מטלטלים אלו במתנ' שהוא נאמן אע"ג שיודעי' שהיו שלו במגו דלהד"ם או החזרתי לקמן סי' קל"ג ואפשר כוונת ה' המגיד לומר דהכא האשה נאמנת אע"ג דלית לה מגו כגון שראוהו ביד' מטעם שאינה מעיז' ומדמי לה לגרשתני דהתם אע"ג דלית לה מגו ואשה בחזקת אשת איש קיימת נאמנת לומר גרשתני להוציא עצמ' מחזקת אשת איש מטעם שאינ' מעיזה וא"כ ה"ה הכא אע"ג דמטלטלי אלו בחזקת הבעל הם ואין לה מגו נאמנת מטעם שאינ' מעיזה. אבל לא נהירא לי אלא נרא' דע"כ לא אמרי' האש' נאמנת מטעם שאינ' מעיזה אלא בגרשתני דכיון דלאפוקי נפשה מבעל' קא אתיא לא מעיזה אבל לענין ממון לא אשכחן בשום דוכתא שתהא נאמנת יותר מן הבעל ואפי' בגרשתני גופא הסכימו רוב הפוסקים דהיכא דתובעת כתובת' אינה נאמנת דחיישינן שמא משום חמוד ממון אומרת כן וכן העלתי בקונטרסים גבורות אנשים אשר חברתי בסי' ס"א ואפי' להרמב"ם פ' ט"ז מהלכות אישות שכ' דאף בתובעת כתובת' נאמנת היינו בעיקר כתובת' ביון דכתוב' מכח גירושין קא אתיא אבל בתוספת כתובה הא כ' שם הרמב"ם להדיא דאינ' נאמנת וא"כ פשיטא דהכא ג"כ אינ' נחמנת לומר אתה נתתם לי במתנ' אא"כ יש לה מגו דלהד"ם או החזרתי אלא דברי ה' המגיד הם שלא בדקדוק והעיקר בכוונת הרמב"ם דר"ל אע"פ שהבעל מכחישה בטענ' אתה נתתם לי נאמנת אבל לעיל בטוענ' אחרים נתנו לי אינו יכול להכחיש' בברי דודאי אינו יודע שלא נתנו לה אחרים. וכן משמע בתשוב' מהר"ל ן' חביב ס"ס נ"ח כדברי שכ' וז"ל שאם כנגד בעל' נאמנת שטוען טענת ודאי כ"ש כנגד היורשים שאין טוענים כ"א שמא ואין עלי' כי אם חרס סתם שאם הזכיר הרמב"ם בא' מן החלוקות שהיא נשבעת היסת זהו כשטוען טוענת ודאי כו' עכ"ל וכן נראה דעת הטור והמחבר כמ"ש דבא"ע סימן פ"ה סעיף י"ב כתבו כלשון הרמב"ם ממש ובסי' צ"ו סעיף ד' כתבו אלמנ' שאומרת מנה נתן לי בעלי במתנ' אם היא מוחזקת במנה נאמנת במגו כו' אלא ודאי כמ"ש: וכתב מהר"ל ן' חביב שם דבכל מקום שאומר הרמב"ם שהיא נאמנת על מטלטילים שבידה נלע"ד שזהו דוקא במטלטלים שאינם ידועים לבעל אבל אם היו ידועים לבעל והיא היתה שולטת עליהן להשתמש בהו או להתקשט בהן אינה נאמנת ודינם כדין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר שכ' הרמב"ם פ"ח מה' טוען עכ"ל ומשמע מדבריו דקאי גם באמר' מתנה נתתו לי ואף שמצאתי בבעה"ת סוף שער ששי בשם תשו' ה"ר נתן בהר' מאיר כדבריו שכ' וז"ל ועל מ"ש הרמב"ם שנאמנ' לומר במתנה נתתם לי מידי דהוי כשאר טוענים הרי הבן שחמר לאביו אתה נתת לי כלים אלו אע"פ שאין ידוע שנתנם לו ואינם ידועים לאביו

מי לא הי' נאמן כמו כן האשה ואין חילוק ביניהם מיהו אי הוי מטלטלים ידועים לבעל לא הי' אומר הרב והוי כעין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אלא מטלטלים דומיא דמעות ואין זה צריך לפנים עכ"ל ומביאו בקצרה בכ"מ פ' כ"ב מה' אישות מ"מ דבריהם תמוהים בעיני ונ"ל דכאן אין חילוק בין ידועים לבעל או לא דממ"נ אי לא ראו עתה בידה אפי' ידוע לבעל נאמנת לומר מתנה נתת לי במגו דלהד"ם וכמ"ש הרמב"ם פ"ח מה' טוען (או במגו דההחזרתי אפי' יש עדים שמסרם לידו בשאלה או שכירות וכמ"ש הרא"ש ושאר פוסקים וכדלקמן סי' קל"ג) וא"כ ה"ה הכא ואי ראו עתה בידה אפי' אין ידועים לבעל נמי דאע"ג דאחר הי' נאמן בדבר שאין ידוע לו היינו דוקא משום מגו דאי בעי היה אומר לא הי' שלך מעולם אבל כאן שכל מה שקנתה אשה קנה בעלה ואפי' לא הי' של בעל מעולם אלא אחרים נתנו לה במתנ' הרי הוא של הבעל שיאכל פירותיו להרמב"ם וא"כ אין לה מגו. זה נ"ל ברור בדעת הרמב"ם ודוק. אבל להתו' והרשב"א וסייעתם שהבאתי לעיל דחולקין וס"ל דנאמנת לומר אחר נתנם לי אף לענין פירות יש חילוק בטוענת אתה נתתם לי בין ידועים לבעל או לא באם ראו עתה בידה דאם אינם ידועים לבעל נאמנת במגו דאחרים נתנו לי ובידועים אינה נאמנת כל זה נ"ל ברור ודו"ק:

סעיף ז

לא היתה כו' עד של שניהם כ' הסמ"ע דבטור א"ע ס"ס פ"ו כתב אפי' נושאת ונותנת ב"ה כיון שהבעל עצמו כתב על שמו והר"ב מיירי כאן בכתבה האשה מעצמה אז צריך דוקא שלא תהא נושאת ונותנת ב"ה עכ"ל ולפע"ד אין כן דעת הר"ב דא"כ עיקר הדין שכ' הטור לא כ' הר"ב ודין אחר שלא נזכר בטור יכתוב הר"ב מבלי צורך אלא נרא' דהרב אזיל לטעמי' שכתב בד"מ באה"ע ס"ס פ"ו על דברי הטור וז"ל והרשב"א כ' סימן תתקנ"ט כ"ז דוקא אם היא בחזקת שיש לה נכסי מלוג אבל אם אינה מוחזקת בכך עליה להביא ראי' דכל מה שיש לאשה בחזקת בעלה הוא כי סתם אשה נושאת ונותנת בתוך הבית ועוד האריך בזה עכ"ל ד"מ ומשמע דס"ל להר"ב כהרשב"א והנה מצאתי מקור דין זה של הטור בתשו' הרא"ש כלל כ"ו סי' ד' וז"ל וששאלת אשה שטוענה על קצת קרקעות שהניח בעלה שהם חציים משלה כי בעלה קנה חציים משל מעותי' שנפלו לה מבית אביה והשטר כתוב בשם שניהם יראה שכל הקרקעות שקנה בעלה והשטרות כתובים גם כן בשם האשה שהקרקעות חציים שלה כי אדם הקונה קרקע אין דרך שיכתוב את אשתו בשטר הקנייה וזה שכ' שם אשתו נכרין הדברים שחצי דמי הקרקע הן משלה ואם הי' שטר הקניי' כתוב כולו על שמה הדבר ידוע שהקרקע הי' שלה מה לי כולו מה לי חציו נדון זה הוי כאלו נכתב השטר לאינש דעלמא מה לי אשתו ומה לי אינש דעלמ'

עכ"ל ומשמע דמיירי אף בנושאת ונותנת ב"ה מדלא חילק וכן מדתלי טעמא דכיון שכ' שם אשתו בשטר נכרין הדברים כו' ועיין מ"ש לעיל ס"ס ס' ומ"מ נ"ל עיקר כהרשב"א דמה שעשה הבעל השטר על שמה אין ראיה דלמא לגלויי זוזי הוא דבעי וכדאמרי' בפ' ח"ה ונתבאר באבן עזר סי' פ"ה וסי' פ"ז וכן הוא בתשו' רשב"א שם ונתבאר עוד בא"ע שם דאם היא אומר' לא היו המעות טמונים אינה נאמנת וע"ש: וכתב בפרישה באבן עזר על דברי הטור דאם שלא להשביע עצמו עשה כן לא הוה ליה למסור השטרות לידה עכ"ל ולי נראה דאפי' השטרות ברשות בעלה דינא הכי להטור כדמוכח לקמן סוף ס"ק י"א ע"ש ולא שייך שלא להשביע בכה"ג כיון שכתב מתחלה השטר על שמה והעיד עדים על זה בשטר וע"ל סי' פ"א ונ"מ בזה אף לתשו' הרשב"א שהבאתי באינה נושאת ונותנת ב"ה:

סעיף ח

וסתם אשה נושאת ונותנת תוך הבית. כ"כ הר"ב בד"מ בשם מרדכי פח"ה שהבאתי לעיל ס"ק א' ובשם תשובת רשב"א סי' תתקנ"ד שהבאתי בסמוך ס"ק ז' ודבריו צל"ע דבמרדכי שם ליתא האי לישנא רק איתא שם דסתם אשה שולטת בנכסי בעלה ובעל מאמינה בנכסיו גם הרשב"א נראה דלא קאמר אלא דסתם אשה בחיי בעלה נושאת ונותנת בתוך הבית בנכסים שלו ולגלויי זוזי הוא דבעי במה שעשה השטר על שמה אבל לענין השטרות שעשת' היא לבדה שיוצאות בשמה לא קאמר וכמ"ש לקמן ס"ק י"ד דשטרות שנכתבו על שמה לבדה עדיפי ממטלטלי (ומכל שכן לפי מ"ש לקמן ס"ק י"ד דבעינן דוקא נושא ונותן לבדו בת"ה א"כ נראה דגם באשה כן כל ששניהם נושאים ונותנים בשוה והשטרות נכתבו על שמה היא נאמנת רק דכשהיא לבדה נושאת ונותנת ב"ה אינה נאמנת ופשיטא דסתם אשה אינה נושאת ונותנת לבדה גם בתשובת מהר"ל ן' חביב ס"ס נ"ח כתב דסתם אשה היא שאינה נושאת נותנת ב"ה ע"ש) עוד נפקא מינה לענין אם לותה מאחרים אם צריך הבעל לשלם עבור' וכמ"ש לקמן ס"ס צ"ו דאם היתה נושאת ונותנת ב"ה הי' בעלה צריך לשלם עבור' וכן באשה אלמנה לא אמרי' מן הסתם שהיא נושאת ונותנת ב"ה אלא בידוע (עיין בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ג' סי' כ"ט):

סעיף ט

אשה שכתב לאחרים כו' מיירי באשה הנושאת ונותנת ב"ה או שהבעל מאמינ' בכל מה שיש לו וסמך על מ"ש קודם לכן וסתם אשה נושאת כו' וכן בתשו' רשב"א שם מיירי בהכי דאם לא כן אפי' אין ידוע שהיה לה ממון מיוחד נאמנת לומר של פלוני הם וכמ"ש

הטור והר"ב באבן עזר ר"ס פ"ו והוא מן התוס' והרא"ש פרק ח"ה סוף דף נ"א ואיתא שם הטעם דמגו דאי בעי הוה שקל' ויהבה לי' וע"ש:

סעיף י

אם ידוע כו'. ולעיל ס"ס נ"ו סתם הר"ב כדברי המחבר ומשמע שם אפי' אין ידוע נאמנת ובסמ"ע תירץ דכאן מיירי שמתה ואין לה מגו והב"ח השיג עליו ותירץ דשאני התם שהבעל מת ויורשים אינם טוענים ברי ולעיל ס"ס נ"ו ריש ס"ק ל"ב השגתי על שניהם באריכות והוכחתי דכאן אפי' יש לה מגו שהית' יכולה ליתן לאחרים ואפי' בעלה מת ג"כ אינה נאמנת כיון דהיא נושאת ונותנת בנכסי בעלה מסתמא הכל של בעל' כל זמן שאין ידוע שהי' לה ממון מיוחד שאינו של בעל ולעיל בס"ס נ"ו מיירי מדיני שליש ומיירי באשה הנושאת ונותנת ב"ה שהאמינ' הבעל על עצמו בנכסיו וכיון דהימנ' יש לה דין שליש ולכך נאמנת אבל בסתם אשה הנושאת ונותנת ב"ה שלא האמינ' הבעל כמו שליש הדין כמ"ש ע"ש שהארכתי בזה:

סעיף יא

יש מי שאומר כו'. מ"ש הרב זה בשם יש מי שאומר אזיל לשטתו שכ' בד"מ בא"ע ס"ס פ"ו כן לאפוקי תשובת ישב"א שהביא ב"י שם וז"ל שאלה ראובן מתה אשתו בלא בנים ויש בידו שט"ח יוצאים על שמה וקרוביה תובעים אותם מהבעל והבעל טוען שמנכסיו נעשו וקרוביה אומרים שהם מתנה שנתנו להע"מ שלא יהא לבעלה רשות בה ואינה יורשה. תשוב' כל מה שיש לאשה בחזק' הבעל הוא עד שתביא ראי' לדבריה וכדתניא וכן האשה שהית' נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמה כו' ואל תשיבני דכשמתה אין יורשי' צריכים להביא ראיה וטוענים להם וכדאית' התם אמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראיה דהתם שאני שאין האחין והיתומים טוענים ברי אבל כאן הבעל טוען ברי ועוד דהכא שאני שהיא אשה היושבת תחת בעלה וכל אשר בידה או שקנת' או הלותה בחזקת הבעל הוא ואפילו מן הסתם וכ"ש כשהבעל טוען ברי עכ"ל ומביאו הר"ב בד"מ שם וכתב ע"ז וז"ל אמנם בתשוב' הרשב"א סי' תתע"ט משמע דטוענים ליתומים דשלה היו ואפי' שנושאת ונותנת ב"ה אע"ג דהיא אינ' נאמנת לטעון וע"ש וכן פסק הריב"ש סי' קס"ט עכ"ל גם בספר גי' תרומה סוף שער ששי דף מ"ה ע"ב הקש' על תשובת רשב"א זו דהא בש"ס מוכח בהדיא דאחין ואשה כי הדדי נינהו ועוד הקש' מהריב"ש סי' קס"ט ועוד הקש' ממה שכ' הרב המגיד בהלכות אישות ופקדון בשם הרשב"א הובא לעיל ס"ק ה' והניח הכל בקושיא אבל לפע"ד ל"ק מידי ואין התשובות רשב"א סי' תתע"ט וריב"ש סי' קס"ט חולקים על

תשובת רשב"א זו שהרי הרשב"א גופא בתשוב' זו כתב ואל תשיבני דכשמת' אין יורשיה צריכים כו' על האחין כו' הרי להדיא דמדמי אשה לאחין אלא דס"ל דהתם מיירי דומיא דאחין דהיינו אחר מות אביהם שאין האחים והיתומים טוענים ברי מה שאין כן הכא שטוען ברי ועוד שהי' אשה היושבת תחת בעל' והרשב"א סי' תתע"ט והריב"ש שם מיירי להדיא באלמנה ע"ש. ונראה דכך הוא כוונת הרשב"א בתשובה זו תשוב' כל מה שיש לאשה בחזקת הבעל הוא וא"כ מהיכי תיתי נימא שנתנו לה מתנה ע"מ כו' שלא ירשנ' כל כמה דמצינן לאוקמ' בחזקת הבעל מוקמינן ואע"ג שהשטרות כתובים על שמה וכדתניא וכן האשה כו' אלמא אע"פ שהשטרות כתובים על שמה הם בחזקת הבעל ואל תשיבני דכשמת' כו' ועוד דהכא שאני שהיא יושבת תחת בעלה והכל בחזקת בעל' הוא וא"כ כיון שמתה בחיי בעל הרי הוא יורש' אבל התם כשמתה טוענים ליורשים שמא ניתן להסתם מתנ' או נכל לה ירושה ולכך פסק הרשב"א בתשו' סי' תתע"ט באשה שהיו שט"ח יוצאים על שמה בחיי הבעל ונותנת אותה לבן שיש לה מאיש אחר ומתה דאע"פ שנושאת ונותנת ב"ה טוענים ליורשה שמא נפל לה ירושה כו' ע"ש דאע"ג דהתם השטרות נעשו בחיי הבעל מ"מ כיון שהבעל מת בחיי' יצאו הנכסים מחזקתו דהא אלו היו ידוע שנתנו לה מתנ' או נפל לה ירושה אף בחיי בעלה הרי עתה אחרי מות בעלה הוא שלה משא"כ כשיושבת תחתיו ומתה בחייו דנהי דנתנו לה מתנ' או נפל לה ירוש' הרי הוא יורש' והן בחזקת הבעל ועוד אדרבה טפי נטעון לבעל' שהם שלו דהא הבעל הוא היורש את אשתו וטענינן בכל דוכתא ליורש מיהו אם הית' חי היתה נאמנת לומר שנתנו לה מתנ' ע"מ שאין לבעל' רשות בה כשאינ' נושאת ונותנת ב"ה וכמ"ש הרב המגיד בשם הרשב"א גבי מטלטלים והובא לעיל ס"ק ה' ואפשר גם הרמב"ם מוד' כאן דכיון שהשטרות כתובים על שמה עדיף ממטלטלי' כמ"ש לקמן ס"ק י"ז ואין להקשות ל"ל להרשב"א לטעם שטוען ברי ושהיא אשה היושבת תחת בעל' תיפוק לי' דהבעל מוחזק בשטרות שהרי השטרות בידו ופשיטא דלא טענינ' בשום דוכתא ליורשים להוציא ממי שכנגדם במלתא דלא מצי מורישן למטען הא לאו מלתא היא דכיון שהשטרות כתובים על שם האשה אין בכך כלום שהם ביד הבעל שהרי בע"כ הוא צריך לתבוע אותם בכח האשה וכמ"ש לקמן ס"ק י"ח ולפי זה בהך דסי' תתע"ט אע"פ שהמעש' הי' שנתנה השט"ח לבן אה"נ אלו לא הי' ביד הבן כיון שהן כתובים על שמה ומת הבעל בחיי' וגם יורשי הבעל לא הי' להם טענת ברי זכה בהן הבן וכן משמע בריב"ש סי' קס"ט ועיין מ"ש לקמן ס"ק י"ח דאפי' יורשי הבעל טוענים ברי לא מהני ודו"ק וכל זה עיקר לדינא:

סעיף יב

או מציא' מצאתי כו' משמע מכאן דאחין או שותפין שמצא א' מהן מציא' הוא לעצמו וכמ"ש בהגהת אשר"י פ' ח"ה בשם ריב"ם ודלא כר' ברוך מרעגנשפורג שם שפסק הלכה למעש' דחולקין וכ"פ בעל העיטור דף כ"ו ע"א דהוא לעצמו והובא בהגהת מרדכי פ' ח"ה והביא ראי' מהירושלמי שהבאתי לקמן סי' קע"ה סעיף ג' וכ"כ בתשובת הרמב"ן סי' כ"א מביאו ב"י לקמן סי' קע"ו ס"ב וכן עיקר ומכאן קשה על מה שפסק הר"ב לקמן סי' קע"ו סי"ב דשותף שגנב או גזל צריך לחלוק עם חברו דהא בירוש' בב"ב פ' מי שמת מדמי לה להדדי וכמ"ש שם וע"ש:

סעיף יג

או מתנה ניתנ' לי פי' ניתנ' לי בפירוש שלא יהא לאחי רשות בה דאלו סתם מתנ' שניתן לא' מן השותפים הרי היא לאמצע וכדמשמע מהירושלמי שהבאתי לקמן:

סעיף יד

עליו להביא ראיה. וכל שכן אם נמצאו מטלטלים ברשותו דאינן בחזקתו וצריך להביא ראי' כיון דאין חלוקים בשום דבר ול"ד לדלקמן סי' קע"ט דדוקא בדבר הידוע לשותפות לא מהימן ששלו הוא הא לאו הכי נאמן דהתם חלוקים בשאר דברים וכ"כ הב"ח ולפי זה נרא' דבמטלטלי אפי' האח הוא אינו גדול הבית שנושא ונותן בתוך הבית אלא הוא שוה לשאר אחין או שכולן נושאים ונותנים בתוך הבית דינא הכי והא דבעינן נושא ונותן בתוך הבית היינו בשטרות שיוצאים על שמו דאם לא הי' גדול האחין השטרות שלו דלמה נכתבו דוקא על שמו ולא על שם שאר האחין וכמ"ש בס"ק י"ז דשטרות שיוצאות בשמו עדיפי ממטלטלי ודוחק לומר דהא דנקט א' מהאחין שנושא ונותן בתוך הבית לאו דוקא הוא לבדו אלא ה"ה כששאר האחין נושאים ונותנים ב"ה דפשטא דמלתא לא משמע הכי ועוד דרשב"ם פי' להדיא וז"ל א' מן האחין כגון גדול האחין כו' עליו להביא ראי' דכיון שהי' הוא לבדו נושא ונותן בנכסים שנכתבו על שמו כו' עכ"ל וכ"כ בתשובת מהר"מ אלשיך סי' כ"ה וז"ל דמאי דמצריכינן לטעמא דחלוקים בעיסתן אינו אלא היכא דאחד מהן בלבד הי' הנושא ונותן ב"ה דמן הסתם אע"ג דיוצאים השטרות על שמו הן מן האמצע אבל שניהם נושאים ונותניה ב"ה ודאי שכל שטר היוצא על שם א' מהן שהוא שלו לבדו אע"ג דאין חילוקים בעיסתן עכ"ל וכן באשה נמי במטלטלי אפי' אינ' נושאת ונותנת ב"ה אלא שהבעל מאמינ' ומפקיד מה שיש לו ביד' אינה נאמנת לומר שלי או של פלוני הם כמ"ש הטור והר"ב בא"ע ס"ס פ"ו והוא מן התוס' והרא"ש פ' ח"ה אבל בשטרות שיוצאים על שמה בעינן דוקא נושאת ונותנת ב"ה וכמו שנתבאר אבל אי אינה

נושאת ונותנת ב"ה אע"פ שהבעל מאמין בנכסיו הן שלה דלמה נעשו השטרות על שמה דאע"פ שדרכ' לישא וליתן בתוך הבית בנכסי בעל' מ"מ אין דרכה לישא וליתן בנכסי בעלה עם אחרים ולכתוב השטרות על שמה ואע"פ דלעיל ס"ק ח' וס"ק י"א הבאתי תשו' רשב"א דאפי' בסתם אשה השטרות של בעלה הא כתבתי שם דהיינו כשהבעל עשה השטרות בשמו ובשם אשתו ומטעם דלגלויי זוזי הוא דבעי או כשמת' תחת בעלה לענין שהבעל יורש' מן הסתם והנכסים הם מן הסתם בחזקת הבעל ע"ש ודו"ק:

סעיף טו

להביא ראי'. היינו כשטוען מבית אבי אמי או ממקום אחר נפלו לו אבל כשטוען ששאר האחין נתנו לו במתנ' נאמן היכא דאית ליה מגו דלהד"ם או החזרתי וכדלקמן סי' קע"ט ולא מסתבר לחלק בזה בין חלוקים בעיסתן או לא רק דאינו נאמן לומר ממ"א נפלו לי במגו דהוי מגו במקום חזקה וכמ"ש לעיל ס"ק ו' ואין להקשות דא"כ במטלטלי שכתבתי לקמן ס"ק י"ז דלא טעני' ליורשין כיון דאבוהון לא מצי למטען הא מ"מ נטעון להו ששאר האחין נתנו לו במתנ' דהא אי הוה אבוהון קיים והי' טעין הכי הוה נאמן וכן מאי פריך רב פפא בש"ס מזוגא דסרבל' ונרא' דכיון דלא שכיח שהאחין יתנו לו מתנ' כל זמן שהם מתפרנסין ביחד ואין חלוקים בשום דבר לא טענינ' להו וכמ"ש בפוסקים בכמה דוכתי דמלתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי ואפי' להפוסקי' שהבאתי לקמן סי' ק"ח סעיף ד' וסי' שס"א דטענינא ליתמי אף מלתא דלא שכיחא במלתא כי האי דלא שכיחא כלל כ"ע מודו. כנ"ל:

סעיף טז

והניח יתומים וה"ה אם נתן מתנה בחייו ומת וכן באשה כ"ה בתשו' מהר"ל בן חביב ס"ס נ"ח וכ"ה בתשו' מהר"מ במרדכי פ' ח"ה המתחלת ראובן נשא לאה והוליד ממנה חנוך כו' דהבאים מכחה טענינא להו כמו ליורש ופשוט הוא דהא קי"ל בכל דוכתא טוענים ליורש וללוקח ומקבל מתנה וע"ל סי' קמ"ו סעיף י':

סעיף יז

אז צריכים האחים כו'. דכיון שהשטרות נכתבו על שמו מוכח' מלתא דשלו הן ובחייו אמרי' דאם איתא דשלו הן הי' מברר דבריו אבל ביורשיו סמכינן אמאי דיוצאים בשמו כ"כ התוס' פרק ח"ה דף נ"ב ע"א והרא"ש והמרדכי שם והריב"ש סי' קס"ט ומשמע דאם הניח מטלטליה על יורשיו להביא ראי' וכמ"ש ר' ירוחם והביאו ב"י וד"מ דאם מת המטלטלים בחזקת האחין דלא דמי לשטרו' שיוצאות בשמו ע"כ וכ"כ הסמ"ע ס"ק ח' (אך מ"ש בסמ"ע בשם ד"מ סי' קל"ג בשם תשו' הרשב"א סי' תתקס"א לא דק דהתם

הי' מוריש' ג"כ יכול לטעון כן ע"ש) וכן נראה מדברי הר"ב ממ"ש לעיל יש מי שאומר שאם היו שטרות כו' טוענין ליורשי' כו' ולא כתב בקצור יש מי שאומר דאם מתה טוענים ליורשי' וכן מוכח עוד בתוס' והרא"ש ומרדכי וריב"ש שם ממה שכתבו לתרץ אתקפתא דרב פפא דלא דמי למאי דאפיק רבא זוגא דסרבלא מיתמי ולא טעני ליתמי כו' מטעם הנ"ל וע"ש וכ"כ חכם א' בתשו' מהרשד"ם סי' קס"ד ומהרשד"ם חולק עליו שם בדברי' שאינם נראין לפע"ד ע"ש:

סעיף יח

האחים להביא ראי'. ואם השטרות תחת ידם וטוענים ברי משמע לכאור' מתשו' רשב"א שהבאתי לעיל ס"ק י"א דנאמנים אך נרא' דעיקר טעמו של הרשב"א התם כיון שהיא ג"כ אשה היושבת תחת בעלה וכשמת' בעל' יורשה וכמ"ש שם וזה לא שייך כאן וא"כ כיון שהשטרות כתובים על שמו לא מהני טענת ברי שלהן דהא בשטרות לא שייך מגו וכדלקמן סי' ס"ד ס"ק ד' וסימן ס"ו סעיף י"א ס"ק ל"ח ולפי זה גם באשה אלמנ' שמתה ויורשי בעלה טוענים ברי והשטרות תחת ידם לא מהני טענת ברי שלהן בין שנעשו השטרות בחיי בעל' או אחר כך ודו"ק:

סעיף יט

דאימור מעיסתו קמץ. אפי' סך השטרות הרב' יותר מאד מכדי שיעור הקמוץ ודוקא שזמן השטרות אחר שנחלקו בעיסתן. טור ובעה"ת ושאר אחרונים ועיין בתשו' מהרשד"ם סימן של"ו: כתב המחבר לקמן סי' קע"ו סעיף מ"ו א' מהאחים השותפים שיש בידו ממון וטוען שהוא של אחרים עליו להביא ראי' כיון שאינו חלוק בעיסתו ואם מת על האחרים להביא ראי' שהם שלהם עכ"ל ובמקצת ספרי המחבר איתא ואם מת על האחים להביא ראי' וכך גורס בעיר שושן שכ' ואם מת ויש להם דין עם בניו על האחים להביא ראי' וגירסא מוטעת היא וצ"ל האחרים כמו שהוא בספרי המחבר שנדפסו עם הסמ"ע וכן בשאר דפוסים גם דינו של הע"ש ליתא וכמו שהוכחתי לעיל ס"ק י"ז דדוקא בשטרות שכתובים על שמו אבל בממון לא טענינא ליתמי מה דלא מצי אבוהון למטען:

סעיף כ

על היתומים להביא ראי' בעדים. שהקנהו לו בכתיב' ומסירה כדלקמן סי' ס"ו סעיף י"א ואפי' מאן דפליג התם מודה כאן באחין דשמטו מהדדי אבל לא מהני הכא כשיביאו ראי' בעדים שהי' לו ממון מיוחד לכ"ע:

סעיף כא

אבל בן בית כו'. הב"ח השיג על הר"ב וכ' דר' ירוחם מיירי דוקא בידוע שיש לו משלו שום דבר דאימור מעיסתו קמץ וכן הך דאריסי' דבר זיזא היינו שהי' האריס אוכל מעיסתו ואין חילוק בין אחין ושותפין או בן בית כו' ואין דבריו נכונים דע"כ ס"ל לר' ירוחם דיש חילוק דאל"כ מה הוצרך ר' ירוחם להביא ראיה מירושלמי דבר זיזא עדיפא הו"ל לאתויי מש"ס דילן בפ' חזקת הבתים דאמרי' אפי' באחין מעיסתו קמץ ועוד דא"כ מה ס"ד דר' ישמעאל בירושלמי הא בהך סברא דאימור מעיסתו קמץ לא אשכחן פלוגתא בש"ס ועוד דבירושלמי לא הוזכר שהי' האריס חלוק בעיסתו ועוד דא"כ הו"ל לר' ירוחם לפרש ואדרב' מלשון ר' ירוחם שכ' ואפי' שלא הי' אמוד וידוע שאין לו שום דבר אלא מאותו ב"ה כו' משמע שאינו חלוק בשום דבר מבע"ה אלא ודאי ס"ל לר' ירוחם דבאריס לעולם אמרי' אימור מציאה מצא או מתנה ניתן לו וכה"ג דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כדאי' בירושלמי ודוקא גבי אחין ואשה דטרחי אמרי' דמורי היתירא אבל בן בית שמשלמים לו שכירות אין לו היתר ולא חשדינן לי' אי נמי דוקא אחין ואשה שיש להם שייכות בממון חשדינן להו מה שאין כן בן בית ומשמע לי' כן מן הירושלמי מכח מה שכתבתי והשתא פליגי ר' ישמעאל ור' חייא שפיר בירושלמי בסברא אי אין אדם מפרסם עצמו בעושר לאחר מותו וכמו דפליגי בש"ס דילן פ' זה בורר (סנהדרין דף כ"ט ע"ב) ר' ישמעאל ור' חייא בהך סברא ע"ש: גם מה שהקשה הב"ח על הר"ב דלמה כתב הרמב"ם לחלק בין אחין לאיש אחר היכא דהשטרות כתובים ע"ש אביהן הלא אף בכתובים על שמו יש לחלק כו' לק"מ דאדרבה רבותא אשמועינן דאף בכתובים ע"ש אביהן נאמן אחר לענין קנייתו ובנא"ה נמי לק"מ. וגם הריב"ש סי' נ' כתב דהאשה אינה דומה לאריסי' דבר זיזא דהתם האריס נאמן מן הטעם הנזכר בירושלמי דאית בר נש דלא מפרסם נפשיה וכאן אין האשה נאמנת ע"כ וכן עיקר (עי' בתשו' מהר"ם אלשיך סי' י"ט וסי' כ"ה) .

סעיף כב

הוא בחזקה שהוא שלו כו'. כ' הסמ"ע דמוכח בירושלמי שם ס"פ הכונס דל"מ דאין מוציאים מיד הבן בית או הנפקד מידו אלא אפי' הוא מוציא מיד הבע"ה או יורשיו מכח חזקה זו כו' ורצה לומר דהיינו בשאין הבע"ה או יורשיו טוענים ברי שהוא שלהן או שידוע שבא להן מן האריס וראו אותה עתה בידם בענין דלית להו מגו או שיש לו שטר על הבע"ה וכה"ג והיינו שכתב הסמ"ע ומינה דאם הי' שטר ממר"ם בידו חתום על הבע"ה על סך מה אין הבע"ה יכול לומר שטר חוב זה הי' ביד אחר שהייתי חייב

לו ושלחתיך לפדותו אלא הבן בית יכול להוציא אותו סך מבעל הבית או מיורשיו ע"כ ונראה דהסמ"ע לא קאמר אלא כשהוא חי וטוען ברי ששלי הוא דאמרי' אע"פ שלאהי' אמוד בכך אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אבל בהפקיד אצל אחרים ומת ולא אמר כלום אין מוציאים מיד הבע"ה ויורשיו וכמו שאבאר והשתא קאמר שפיר דמוכח בירושלמי כו' משום דעד כאן לא פליג ר' ישמעאל בר"י התם אלא כיון דמת ולא פקיד כלום לא אמרי' ששתק משום שלא להשביע את בניו אבל בחייו משמע דמודה לי' וכן הוא להדיא בש"ס (פ' זה בורר דף כ"ט ע"ב) כי אתא לקמיה דר' ישמעאל ב"ר יוסי אמר להו כי אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ה"מ מחיים אבל לאחר מיתה לא כו' ור' חייא אמר אף לאחר מיתה כו' ע"ש והשתא אתי שפיר הא דקאמר בירושלמי התם מהו שיטענו דברים שאינם ראויים לו (והתם מיירי שבא להוציא) ועיין מ"ש לקמן סי' צ' סוף סעיף א' נישמעני' מן הדא דאריסא דבר זיזא כו' כלומר דאפליגו התם בלאחר מיתה אבל בחייו לכ"ע יכול לטענו דברים שאינם ראויים לו דאף שלא הי' אמוד בכך אדם עשוי שלא להשביע את עצמו בחייו דאל"כ קשה היאך קאמר בירושלמי נישמעני' מן הדא דהא ר' ישמעאל פליג ודוחק לומר דס"ל לירושלמי כמסקנת ר' חייא ועוד דהא קאמר בירושלמי מהו דיימרון דקיקיא לרבריא כו' וכמ"ש לקמן אלא ודאי כדפי' או אפשר שכוונת הסמ"ע דע"כ לא קאמר בירושלמי דזכו בני בר זיזא הגדולים אלא משום דמה שנתן על פי ר' ישמעאל נתן הא לאו הכי היו מוציאים מהן דקי"ל כר' חייא והיינו כמ"ש מהרש"ל פ' הכונס סי' ל"ב וז"ל ונראה דוקא ר' ישמעאל ב"ר יוסי שהי' גדול הדור ופסק על פי סברתו דהוי כטעה בשקול הדעת דאינו חוזר אבל האידנ' שכבר נפסק הדין על פי ר' חייא חוזר הדין ומוציאין בכה"ג וכן משמע להדיא באשר"י דסוף פ' אד"מ עכ"ל אבל לפי עניות דעתי אין דברי מהרש"ל מוכרחים ולא ידענא מנ"ל הא דהאידנ' חוזר הדין דנהי דר' חייא פליג מ"מ אנן לא מכרע' לן כיון דפליג ר' ישמעאל בר' יוסי דלמא הלכה כמותו ונהי דהיכא דהמעות הוא בפקדון ביד אחר אמרי' לכתחלה ליתנו לבני האריס כמו שפסק ר' חייא כיון דהאריס הפקידו בידו ובחזקת המפקיד הוא מ"מ אם אירע שבא ליד הבע"ה או יורשיו מאן לימא לן דלא מצי למימר קים לי כר' ישמעאל והכי משמע בירושלמי והרי"ף והגהת אשר"י ס"פ הכונס ובעל העיטור בדיני פקדון דף מ"ח ע"א והגה"ה מיי' פי"ד מה' נזקי ממון דאיתא שם בתר הכי מהו דיימרו דקיקיא לרבריא נחלוק עמכון כו' אלמ' דקם דינא ואין הדין חוזר ודוחק לומר דבימי ר' חייא דוקא קמבעי' ליה ונ"מ בעלמ' היכח דעבד הדיין כי האי בעובד' אחרינ' בשקול הדעת דפשטא דמילתא משמע דבהאי מעשה גופא קמבעי' לי' אי עביד הדיין ופסק לגדולים

מהו דיימרון דקיקיא נחלוק עמכון. ומה שהביא ראיה מהרש"ל מהאשר"י דסוף פ' א' דיני ממונות כו' נלפע"ד דאין משם ראי' כלל דדוקא התם חוזר הדין ולא כאן דהתם פליגי ר' ישמעאל בר' יוסי ור' חייא בא' שאמר אני חייב לפלוני ומת בהא קי"ל כר' חייא דאדם עשוי שלא להשביע אף לאחר מותו ולא משום דקי"ל כר' חייא נגד ר' ישמעאל אלא משום דהכי מוכחת כולה סוגיא דש"ס בס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה ע"א) כר' חייא וכדלקמן ריש סי' רנ"ה וכן הוא באשר"י פ' זה בורר אתו לקמיה דר' חייא אמר להו כך אדם עשוי שלא להשביע את בניו וה"נ אמרי' בפ' גט פשוט כו' והיינו משום דהתם הנכסים שלו הם תחת ידו ורשותו ואין רשות אחרים עליו כלל והלכך מה שאמר כן אמרי' שעשה שלא להשביע את בניו משא"כ הכא דהוא אריס לבע"ה והנכסים מופקדים ביד אחרים אם איתא שהם שלו הוה פקיד ואמר הכי דהא סתמ' של בעה"ב הן וא"כ דלמא קי"ל כר' ישמעאל בר' יוסי בהא דלא אמרי' ששתק שלא להשביע את בניו אלא כיון שאינו שלו ואינו ברשותו שתיק ולא פקיד כלום. ואין לדקדק ממאי דקאמר בירושלמי מה דיימרון בנוי דאריס' כו' יכולין למימר מה שנעשה ע"פ בית דין נעשה ואם איתא הא אפי' לא נעשה ע"פ ב"ד כגון שתפסו מעצמו וכה"ג יכולין למימר קים לן כר' ישמעאל וכמ"ש בספרי תקפו כהן דבפלוגת' דרבוותא מהני תפיסה י"ל דה"ק דאפי' בימי ר' חייא גופיה יכולין למימר כן ונ"מ בהך עובדא גופא אם אירע כן ע"פ איזה דיין ואח"כ נראה לאיזה דיין שהדין כר' חייא יכולין למימר מה שנעשה ע"פ ב"ד נעשה. מיהו לכתחלה אמרי' להנפקד ליתנו לבני האריס ואף דהעליתי בספרי תקפו כהן סי' קכ"ה דבספיקא דדינא שאין שום א' מהן מוחזק חולקין היינו היכא דליכ' שום חזקה לחד מנייהו אבל הכא כיון דמן האריס בא ליד הנפקד הוו בני האריס מוחזקין בכך. ועוד נראה דעד כאן לא פליג ר' ישמעאל אלא משום שהאריס הפקיד הליטר' דדהבא ביד אחר בסתם הלכך כיון דהפקידו ולא אמר כלום בשעה שהפקיד שהוא שלו וגם לא פקיד כלום בשעת מותו לא אמרי' בכה"ג דשלא להשביע את בניו עשה כן אבל אם הי' הליטר' דדהבא ברשות האריס אף ר' ישמעאל מודה דסבר הרי בניו ימצאו את שלו תחת ידו ולא רצה לפרסם הדבר בחייו שלא להשביע את בניו. ועוד נראה דבשטרות שיוצאים על שמו אף ר' ישמעאל מודה וכמ"ש לעיל ס"ק י"ז דעדיפי ממטלטלי וכ"ש כאן דסמיך על מה שהם כתובים בשמו ולכך לא פקיד כלום בשעת מותו ואפי' הפקידן ביד אחרים הן שלו ומוציאים אותה מבע"ה ויורשיו בכל ענין כן נ"ל: כתב ב"י לקמן ס"ס רע"ו וז"ל כתוב בתשו' הגאונים ראובן היה מוחזק לעשיר גדול והי' לו ב' בנים א' גדול וא' קטן והגדול היה נושא ונותן בממון האב ומת האב וטען הגרול שכל הממון היה שלו ולא

הי' לאב כי אם דבר מועט כי אבי אביו נתן לו ה' דינרים ומהם הרויח כל הממון ההוא והשיבו שכיון שידוע שנתן לו אבי אביו ה' דינרים נאמן בשבועה כדאמרינן גבי א' מן האחין שהי' נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמו כו' ואמרי' אבל חלוקים בעיסתן אימר מעיסתו קמץ עכ"ל ועיין בסי' ס"ב ועל מ"ש כיון שידוע שנתן לו אבי אביו ה' דינרים נאמן בשבועה יש לתמוה דמאי ארי' ידוע אפילו אין ידוע נמי נאמן בשבועה שהיו לו מעות מיוחדים חוץ משל אביו ומהם הרויח כל המעות ההם עכ"ל ב"י שם ונראה דס"ל לתשו' הגאונים דבן בחיי אביו דינו כאשה בחיי בעלה ולא דמי לאריס' שהוא אחר וגם משלמי' לו שכירות אבל אשה ובן דעבדי בחנם ויש להם שייכות בממון חשדינא להו וכמ"ש לעיל ס"ק כ"א:

דינים העולים מסימן זה

א. אשה בין אשת איש בין אלמנה הנושאת ונותנת בתוך הבית לבדה והיו אונות ושטרות מקניית קרקעות ועבדים או שטרי חובות כתובים על שמה אפי' השטרות תחת ידה או שהי' מעות או מטלטלין תחת ידה ואפי' לא ראו אותם קודם לכן בידה והיא אומרת שלי הם שנפלו לי ממקום אחר של פלוני הם אינה נאמנת אלא א"כ מביאה ראי' בעדים שהי' לה ממון מיוחד דבר מה אע"פ שאינו עולה כסך ההוא ואז אפי' בעלה חי וטוען ברי שנעשו מממון שלו אינו נאמן ואם אינה מביאה ראיה צריכה להחזיר אף גוף הנייר של השטרות ובמעות או מטלטלים אפי' אינה נושאת ונותנת ב"ה אלא שהבעל מאמינ' ומפקיד מה שיש לו בידה אינה נאמנת אפי' בעלה מת ויש לה מגו ג"כ שחזקה שכל מה שנמצא ביד אשה זו משל בעלה הוא בא ואין אומרי' מגו במקום חזקה ואם אומרת שהבעל נתן לה ממון זה או כל השטרות במתנה נאמנת וכמו שיתבאר באות ד':

ב. ואם מתה כשהיא אלמנה זכו יורשיה או הבאים מכחה בשטרותיה היוצאות על שמה אפי' השטרות ביד יורשי בעלה ואפי' טוענים ברי שנעשו מירושת אביהן בין שנעשו השטרות בחיי בעלה או אחר כך שאנו אומרים אלו היתה חי היתה מבררת בעדים שניתן לה מתנה או נפל לה ירוש' כיון שכתובים על שמה ובמעות או מטלטלים לא טענינן ליורשים אע"פ שנמצא תחת ידה ואם מתה בחיי בעלה אפי' היא סתם אשה הרי הם בחזקת בעלה ולא אמרינן שניתן לה מתנה על מנת שלא יהא לבעלה רשות בה ליורשה ולא זכו בה יורשיה. י"א דאם ידוע שהבעל בעצמו עשה השטרות על שמה אז בכל ענין הרי הם שלה אפי' היא נושאת ונותנת בתוך הבית ואם עשאם על שמה ועל שם בעלה הרי הם של שניהם ויש חולקין דאפי' בסתם אשה עליה להביא ראיה שהי' לה ממון מיוחד דאמרינן לגלויי זוזי הוא דבעי לכך עשה השטרות על שמה וכן עיקר:

ג. לא היתה נושאת ונותנת ב"ה אע"פ שהבעל מאמינה ומפקיד כל מה שיש לו בידה היא נאמנת בשטרות שיוצאות על שמה שממקום אחר נפלו לה כיון שכתובים על שמה וה"ה אם היא ובעלה נושאים ונותנים שניהם בשוה בתוך הבית נאמנת בשטרות כיון שכתובים על שמה וסתם אשה הבעל מאמינ' במה שיש לו ואם אין הבעל מאמינ' במה שיש לו נאמנת אף במעות ומטלטלים לומר שלי הם שניתנו לי על מנת שאהי' נושאת ונותנת לפי ולא יהיה לבעלי רשות בהן כלל אפי' בפירות אפילו ראו אותם עתה בידה וכן יכולה לומר של אחרים הם אם לא ראו אותה עתה בידה והיתה יכולה ליתן לאחרים וזהו לדעת התוס' והרשב"א אבל להרמב"ם אינה נאמנת לענין פירות אפי' הבעל טוען שמא ממעשה ידיך הם שהם שלי רק כשאומרת מתנה סתם ניתנה לי שילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות אבל כשאומרת שניתן לה ע"מ שלא יהא לבעלה רשות בהן כלל אלא אעשה בהם מה שארצה עליה להביא ראיה אע"פ שלא ראו אותם עתה בידה ויש לה מגו וכן אלמנה שאומרת מטלטלים אלו ניתנו לי מאחרים בחיי בעלי ע"מ שלא יהא לבעלי רשות בהן כלל אינה נאמנת והפירות של יורשי בעלה משעה שהגיע המתנה לידה שכל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו ואין מועיל מגו במקום חזקה ואם אמרה של אחרים הוא נאמנת לכ"ע אם היתה יכולה ליתן לו ואם היה מטלטלים אלו ידועים לבעל אינה נאמנת לומר של אחרים הוא או אחרים נתנו לי במתלה אף לענין גוף המטלטלים לכ"ע:

ד אם טוענת לבעלה אתה נתת לי במתנה מטלטלים אלו אם לא ראו אותה עתה בידה נאמנת במגו דלהד"ם או החזרתי ואם ראו עתה בידה אינה נאמנת ואין חילוק בין אם היו מטלטלים אלו ידועים שהיו של בעל או לא לסברת הרמב"ם שבסמוך ולסברת התוס' והרשב"א אם היא אשה שאין הבעל מאמינה ממה שיש לה אפי' ראו עתה בידה נאמנת במגו דאחרים נתנו לי אם לא היו ידועים לבעל ואין חילוק בכל דינים אלו בין אם הבעל מכחיש' בברי או לא רק דכשהבעל מכחיש' בברי צריכה לישבע היסת ובשמא יחרים עלי' לפיכך אלמנה שיש בידה מעות או מטלטלים ואומרת בעלי נתן לי במתנה נאמנת ג"כ אם יש לה מגו. ואין חילוק בזה בין אם היא נושאת ונותנת בתוך הבית או לא כיון שהיא טוענת שהבעל נתנם לה ויש לה מגו דלהד"ם או החזרתי:

ה. וכן אחד מהאחים שהי' גדול הבית ונושא ונותן לבדו בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו או שיש מטלטלים תחת ידו אפילו לא ראו אותם עתה בידו ואומר שלי הם שנפלו לי ממקום אחר או של אחרים הם אינו נאמן ועליו להביא ראי' בעדים שהי' לו ממון מיוחד דבר מה ואם טוען מתנה נתנו לי האחים נאמן אם יש לו מגו דלהד"ם

או החזרתי ואם מת והניח יתומים או שאר באי כחו אז צריכים האחים להביא ראי' אפי' השטרות תחת ידם וטוענים ברי דטענינן ליתמי וב"כ בשטרות שיוצאים על שמו שממקום אחר נפלו לו אם אין הדבר ידוע שהי' של האחין ואם אינו גדול הבית רק שכולם נושאים ונותנים בשוה נאמן בשטרו' אבל לא במטלטלים וכן בגדול הבית שמת לא טעני' ליתמי וב"כ במטלטלים ואם היו חלוקים בעיסתן או בשום דבר מועט בכל ענין נאמן לומר ממקום אחר בא לי והוא שזמן השטרות אחר החלוק':

ו. וכל זה באשה או אחין אבל בן בית שנושא ונותן בשל בע"ה אע"פ שאינו חלוק בעיסתו כל מה שהפקיד או שנמצא תחת ידו הוא בחזק' שהוא שלו זולתי אם נודע שהוא של בע"ה אפי' אינו אמוד וידוע שלא הי' לו שום דבר חוץ משל בע"ה ואם מת נותנים ליורשיו ואפי' הוא ביד הבעה"ב או יורשיו אם אינם טוענים ברי או שידוע שבא להם מן הבן בית וראו אותה בידם בענין שאין להם מגו או שיש להם שטר על הבע"ה והוא אומר שלי הוא נאמן וכן אפי' מת כשנמצא המעות או המטלטלים אצלו ברשותו אבל אם הפקיד ביד אחרים בסתם ומת וזכה בו הבע"ה או יורשיו אין מוציאין מידם אף שאין להם מגו ודוקא מטלטלים אבל שטרות שיוצאות על שמו מוציאים מידם ואם הבן בית הוא בן בחיי אביו ואח"כ מת האב אינו נאמן לומר על מה שתחת ידו ששלו הוא אא"כ ידוע שהי' לו ממון מיוחד כמו אשה בחיי בעלה:

סימן סג

סעיף א

שטר זה. כלומר של סך זה על איש זה לכך אין גובין בשטר זה אבל שאר שטרותיו על אחרים אפי' מסך זה או על אותו פלו' מסך אחר לא ריעי כן הוא בהר"ן והרא"ש וטור וכתב הב"ח דאם יש לו ב' שטרות מאותו סך על אותו פלו' גובה א' מהם ומהלקוחות מאותו שזמנו מאוחר ע"כ ול"ד לדלקמן סעיף ב' בהג"ה היכא שאמר להם זייפו לי שטר אחד דהתם כיון שלא הזכיר שום סך מסתמא דעתו היה גם על סך הרבה וכל השטרות בכלל סך רב משא"כ הכא שלא הזכיר רק סך פלוני:

סעיף ב

אין גובין בו. ודוק' כשלא ראוהו בידו קודם לכן אבל אם ראו אותו בידו קודם הזמן שהיה מחזר על הזיוף אין השטר נפסל למפרע שהרי באותו זמן היה בחזקת כשרות. כ"כ הב"ח. והיינו כשנתקיים אז כשראוהו או שיודעים בודאי שזהו השטר שראו קודם לכן כגון שיש להם איזה סימן מובהק בו וכה"ג או שאומרים ראינו השטר בידו קודם לכן

והכרנו אז החתימות ומועיל זה לענין אם טוען שלא לוה אבל מ"מ יכול לטעון פרעתי ושטר זה שטר אחר הוא ומזוייף הוא אם לא כשנתקיים כבר או יש להם בו סי'. כן נ"ל ודו"ק:

סעיף ג

מעידים שראו ההלואה כו'. משמע דר"ל אפי' אין זוכרים שחתמו ויכול להיות שמלוה ע"פ היתה מ"מ מאחר שאחרים מכירים חתימת העדים החתומים מצטרפים זה לזה וגובין בשטר זה וכן פי' בסמ"ע והיינו כמ"ש בב"י לדעת הרמ"ה וכ"כ הב"ח אבל לא נהירא לי דכיון דחיישינן לזיופא היאך נצטרף זה לזה ואדרב' טפי איכ' למיחש שהלוה לו בעל פה ושוב פרע לו ורצה לזייף לעשות מלוה בשטר שלא יוכל לטעון פרעתי או שיטרוף לקוחות וכה"ג אלא נראה לפרש דברי הרמ"ה כמ"ש לקמן ס"ק ד' להר"ן וס"ל דלא מהני הכרת החתימות בשום ענין ואפילו העדים החתומים בעצמם מעידים על חתימתן ואף שידוע שההלואה היא אמת כגון שעידי השטר מעידים שראו ההלואה או אחרים מעידים שראו שחתמו מ"מ יכול לטעון פרעתי דשמא זהו שטר אחר הוא ומזויף והלכך לא מהני שום עדות רק לענין אם הלוה טוען שלא לוה אז מהני אם עידי השטר מעידים שראו ההלואה או אחרים מעידים עליהם שחתמו ולישנא דמגבינן ביה דכתב הרמ"ה הוא לאו דוק' אלא משום דכתב בריש' לא מגבינן ביה כתב הכא מגבין ביה וה"ה אפילו בלא שטר חייב לשלם. ולא קשי' פשיטא דבא לומר דלא חיישינן כיון דמהדר אזיופא שמא שכר עידי שקר וכס"ד דש"ס קמ"ל כמסקנא דש"ס דאם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו אי נמי רישא איצטריכ' ליה דאפילו עידי השטר מכירין חתימתן אינו מועיל אי נמי סיפא איצטריך ליה דלא משהינן ליה בידיה והיינו דכ' הרמ"ה אבל אם עידי השטר כו' מגבינן ביה דהא תו ליכא למיחש לזיופא ומיהו לא משהינן ליה בידיה דילמא מיית לוה כו' דאי כפי' הב"י והסמ"ע והב"ח אמאי לא משהינן ליה בידיה כיון דשטרא מעלי' הוא ולית ביה חשש זיופא וצריך לדחוק לדבריהם דאדלעיל קאי כשלא גבינן ביה וכ"כ בב"י ועל כן כתב המחבר בסעיף ב' כשאמרו אין גובים בו לא משהינן ליה בידי' כו' אבל באמת לשון הרמ"ה לא משמע הכי כלל אלא משמע דאדסמיך ליה קאי וה"ק דאע"פ דמגבינן ביה מ"מ לא משהינן ליה בידיה אלא לענין זה מגבין ביה דחייב לשלם לו מיד אבל אם אינו משלם לו מיד כגון שאין לו עתה לפרוע או שעדיין לא הגיע הז"פ וכה"ג לא משהינן ליה ונראה דגם להרמב"ם לא מהני כשעידי השטר מעידים על ההלואה ואחרי' מכירים החתימות או אחרים מעידים שראו שחתמו שיהי' השטר כשר לגמרי דהא לא כתב הרמב"ם אלא דכשהעדים עצמם אומרים שזהו חתימתן גובים

בו משום שהעדים עצמם אינם טועים אבל בעדים אחרים מודה דחיישינן שמא הם טועים והוא זייף עד שסוברים שזהו חתימת העדים א"כ מה בכך שראו שחתמו דלמא פרע לו ושטר זה זיוף הוא והיינו דלא כתב הרמב"ם שום גוונא דמהני רק כשהעדים עצמם אומרים שזהו חתימתן כל זה נ"ל ברור:

סעיף ד

ואם עידי השטר כו' בב"י ובכסף משנה כתב שני פירושי' לדעת הרמב"ם (שהוב' לעיל ס"ס ל"א) והובאו בב"ח גם בתשו' מהר"א ן' ששון סימן ר' הסכים עמו ולפע"ד שניהם אינם מחוורי' הפי' הראשון שכתב דמיירי שכת"י יוצא ממקום אחר דאי לא כיון שאין זוכרים ההלוא' אין עדותן עדות כמ"ש הרמב"ם פ"ח מה' עדות ונתבאר לעיל סימן מ"ו סעיף י' וכ"כ בב"י להר"ן כהרמב"ם ולא נהיר לי דהא טעמ' דמהני לעיל סי' מ"ו סעיף י' להרמב"ם כשכת"י יוצא ממקום אחר דכיון שנתקיים שלא על פיהם אין אנו צריכים לעדותם ואין אנו חוששין למה שאומרין שאין זוכרין וא"כ הכא מה בכך שכת"י יוצא ממקום אחר הא כיון דמהדר אזיופ' אין מקיימים כלל השטר הזה ממקום אחר וא"כ אנו צריכים לעדותם של אלו. והפי' השני שכ' בכ"מ דמיירי שזוכרים ההלואה וקמ"ל דלא אמרי' דלא להוי רק מלוה ע"פ קמ"ל דרגלים לדבר דשטר' קושט' הוא ג"כ לא נהיר' לומר רגלים לדבר אלא נראה דהרמב"ם עיקר דינ' אתא לאשמועינן דכשעידי השטר בעצמם מכירי' חתימות ידם גובה בו ואין חוששין שמא זייף כל כך עד שהעדים בעצמם טועים דהעדי' עצמם ודאי אינם טועים וא"כ כשאומרי' זהו כת"י השטר כשר דאף דכתב הרמב"ם פ"ח מהל' עדות דבעינן שיזכרו ההלוא' היינו. שהעד לכתחלה לא יעיד אא"כ זוכר ההלוא' דכשמעיד בסתם הוא כשר דעל מנה שבשטר הוא מעיד ואין הביתדין צריכים לשאלו אם זוכר ההלואה שאלו לא הי' זוכר לא הי' מעיד וכמו שכתבתי בסימן מ"ו סעיף י' ס"ק ל"ב ע"ש א"נ אפילו מיירי הרמב"ם שאומרי' בפירוש שזוכרים ההלוא' אשמועינן רבות' דלא חיישינן שהעדי' טועים אבל זה שזוכרים ההלוא' אינו תלוי בכאן דכמו שהדין בשטר כשר לעיל סי' מ"ו ה"ה הכא והר"ן חולק על הרמב"ם וס"ל דבעדים עצמם נמי חיישינן שטועים וכיון דמהדר אזיופ' שמא זייף כל כך עד שהעדי' עצמם סבורים שזהו חתימתן והלכך לעולם לא מהני שיהא השטר כשר וכל שאין זוכרים ההלוא' לא מגבי' ביה אבל כשזוכרים ההלואה חייב לשלם אם טוען שלא לוה ממנו וא"כ הר"ן חולק בתרתי על הרמב"ם דבין שמעידי' בסתם זהו כתב ידינו או שאומרים בפירוש שזוכרי' ההלואה וזהו כתב ידינו אינו מועיל שיהי' השטר כשר דעבידי סהדי דטעי בהכי וא"כ יכול לטעון פרעתי וזה השטר זיוף הוא וסבר' גדולה היא זו דהא כיון דחיישינן

שהעדים טועים א"כ יכול לטעון פרעתי ושטר זה זיוף הוא. ולפי מה שהבין בתשובת מהר"א ן' ששון שם בהר"ן דהרמב"ם מיירי כשאין זוכרי' ההלואה ובהב"י הקשה מנ"ל להר"ן לפרש דברי הרמב"ם כן ותירץ דאי מיירי כשזוכרים פשיט' וא"כ לדבריהם צ"ל כשכת"י יוצא ממקום אחר וכבר כתבתי דזה לא נהיר' ועוד דהא עדיין רבותא גדולה היא דעבדינן ממלוה ע"פ מלוה בשטר ולא חיישינן שהעדי' טועים כדחיישינן להר"ן אבל לפי מה שכתבתי ל"ק מידי דבין דהרמב"ם מיירי בסתם ובין דמיירי שזוכרים ההלואה מ"מ במה דס"ל דעדים עצמם עדיפי מעדים דעלמ' וכשמכירים חתימת עצמם השטר כשר כמו שטר דעלמ' חולק הר"ן וס"ל דעבידי סהדי דטעי בהכי ולא מתכשר שטר' ואינו גובה בו רק כשזוכרים ההלואה גובה ממנו אם טוען שלא לוה ודעת הריטב"א פ"ב דכתובות כהר"ן שכתב ואפי' העדים עצמם אומרי' כתב ידינו הוא זה איכא למיחש לזיופא כההוא דאמר אין חתימת ידא דידי הוא ומיהו אי אתו סהדי גופייהו ואמרו דדכירי דחתמי בשטר' ה"ז כשר עכ"ל ומ"ש ה"ז כשר ר"ל לענין שחייב לשלם אם טוען שלא לוה ממנו וכמ"ש בסמוך לדעת הר"ן ובס"ק שלפני זה כתבתי שגם דעת הרמ"ה כן וכן נראה דעת הרא"ש והטור. שוב מצאתי בס' גי' תרומה שער י"ז סוף ח"א סוף דף צ"ח שכתב וכבר הכריע הטור כסברת הרמב"ם ונשאר' סברת הרמ"ה יחידאה עכ"ל ודבריו תמוהי' בעיני (עי' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' מ' ובתשו' הר"ב סי' י"ב דף כ"ח ע"ב):

סעיף ה

כל שטרותיו של זה כו' משמע אפילו יש לו כמה שטרות על איש אחד וכן משמע בטור וכ"כ הסמ"ע ונראה הטעם דכיון שלא הזכיר שום סך אמרי' מסתמ' דעתו הי' אכל סך ממון שאפשר וכן כיון שלא הזכיר איש ידוע אמרינן שדעתו הי' אכל אדם שבאפשרי:

סימן סד

סעיף א

למשכון כו'. כלומר להחזיק הנייר דלא יוכל לגבות מהמלוה אלא א"כ טוען שמכרו לו בכתיבה ומסירה הא לאו הכי אפי' טוען שנתנו לו למשכון לגבות מהלוה ל"מ כיון שלא קנה החוב שבשטר במה יגבה מהלוה והשתא ניחא הא דהצריכו הרא"ש והט"ו לפרש דמיירי שיש עדים וראה הא אי הוה טען להד"ם או נאנסו לא הי' יכול לגבות מהלוה אלא ודאי כמ"ש וכן משמע בהרא"ש להדי' ע"ש ודוק (עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סימן קמ"א ובתשו' ן' לב ספר ב' סימן נ"ה דף ע"ו וספר ד' דף ט' ע"א):

סעיף ב

דאלו לגבותם לא הי' מועיל בלא כתיבה כו'. ואע"ג דמיירי שיש עידי פקדון וראה ובלאו הכי לא הוה יכול לטעון לקוח מ"מ כיון שהחוב של הנפקד ידוע והיו עדים שתפס מחיים הוה אמינ' דיכול לגבות החוב קמ"ל כיון דאין אותיות נקנות אלא בכתבה ומסירה א"כ לא נקנו לו השטרות ול"מ תפיסתו לגבות מהלוה רק להחזיק גוף הנייר עד שישלמו לו (עיין בתשו' ר"מ אלשיך ר"ס ד'):

סעיף ג

לא הי' מועיל בלא כתיבה כו'. משמע היכא דהיה יכול לטעון לקוח הוא בידי ולא הי' צריך כתיבה כגון בממרמו"ת שלנו וכה"ג נאמן לומר למשכון תפסתים במגו דלקוח וכן נראה להדי' מבואר מכל הפוסקים והב"ח כתב דמפירש"י משמע דבשטרות אפי' ה"ל מגו דלקוח נמי על הנפקד להבי' ראי' דכיון דהיו פקדון בידו והרי הם כמונחי' ברשותי' דמפקיד כו' ע"ש ול"נ דלא דק דרש"י לא בא אלא לומר ל"ל שיבי' ראיה דתבעם ממנו בחייו ולא רצה להחזירם הרי הן מופקדים בידו מחיים לזה פי' דכיון דהי' פקדון בידו הרי הן כמונחים ברשותי' דמפקיד ולא הוי תפיס' כיון שלא תפס לשם חובו עיין שם אבל אה"נ מיירי בענין דלית לי' מגו דלקוח וכמ"ש כל הפוסקים כנ"ל ברור.

סעיף ד

ומיירי שיש עדים כו'. והר"ן פ' הכותב כ' לדעת הרי"ף דמיירי אפילו ליכא עדים וראה דאפי' הכי לא מהימן אפילו להחזיק גוף השטר למשכון ע"ש וכן מוכח באמת דעת הרי"ף שם ע"ש ודוק וכן מוכח להדיא דעת התוס' פרק הכותב ריש (כתובות דף פ"ה) ומדברי הרב המגיד פרק י"א מהל' מלוה מרהקשו דיהא נאמן במגו דלקוח כו' ע"ש וכן נראה להדי' דעת הבעה"ת שער נ"א חלק א' בשם הראב"ד וה"ר נתן בן הר' מאיר ע"ש ותימה שלא הביא המחבר דבריהם (אף בב"י ע"ש) וגם דעת בעל המאור והרמב"ן בספר המלחמות פרק הכותב נראה כן להדיא ע"ש ומה שהקשו הרא"ש והט"ו דיהא נאמן במגו דנאנסו או להד"ם או החזרתי להחזיק גוף השטרות יש לומר משום דאז לא הי' יכול להראותם והיה נפסד הכל אבל עכשיו סובר שהשטרות שוים הרבה ויועיל תפיסתו כדי שווי השטרות א"נ דוקא במטלטלים אמרינן האי מגו משום שאם טוען להד"ם או נאנסו היה מוכר המטלטלים לאחרים משא"כ בשטרות שלא היה מי שלוקחן כיון שהם כתובים על אחרים ואין לזה כתיבה ועוד שאם הי' מוכרן לאחרים הי' נתגלה אח"כ שהיו בידו ולא נאנסו שהרי השטרות כתובים על שם המפקיד ולכן טוען למשכון תפסתי' וחושב שבזה יזכה בדין שיוכל לגבותם או למוכרם אי נמי הוא

חושב שהלווים יפרעו לוכי מה איכפת להו שמשלמים לו או למפקיד אבל כשהי' טוען להד"ם או נאנסו כשהי' מבקש אח"כ מהלווים לא היו משלמים לו כי היו יודעים שהוא משקר וליכא למימר שהי' עושה קנוני' עם הלווים דמי יימר דשמעי לי' הלווים ודלמא כשרים נינהו ולא מקבלי קנוני' אבל עכשיו סובר שהלווים ישמעו לו שיחשבו שאומר אמת שהם משכון בידו וישלמו לו ותירץ זה מרומז בדברי הראב"ד שבבעל התרומות שם ע"ש ודוק וכן נראה לי עיקר ונפק' מיניה בדינים אלו האידנ' היכא שאין ידוע שחייב לו המפקיד לנפקד והנפקד תפס שטרות דבשטרות ליכא מגו וכמו שכתבתי וכן משמע בתשו' הרשב"א שהבי' הב"י לקמן ריש סי' ס"ו וז"ל דבשטרות ליכא מגו דאי בעי אמר לא באו לידי מעולם שאם אמר כן היה מתיירא להוציי' ולתבוע מבעלי החוב וכענין מלוגמ' דשטרי בפ' הכותב עכ"ל ודוק (עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' ק"ל ובתשו' מבי"ט ח"ב ס"ס קכ"ט וסי' רפ"ט:

סעיף ה

שאל"כ היה נאמן במגו דנאנסו או להד"ם כו' (כתב הסמ"ע והא דלא קאמר מגו דהחזרתי לכם דה"ל מגו דהעזה ואי ליכא עדי פקדון נאמן במגו דלהד"ם פי' להד"ם שבאו לידו בתורת פקדון אלא בתורת משכון באו מתחלה עכ"ד) ונמשך לשטתו דלקמן סי' פ"ב ס"ק מ"ג מ"ש בשם הנמוקי יוסף וכבר השגתי שם על הנמוקי יוסף והד"מ והסמ"ע בזה באריכות ע"ש ואין דבריו נכונים דאע"ג דהיה מעיז הוי מגו וכמ"ש לקמן סע"ה ס"ז ס"ק כ"א וסי' פ"א סי' כ"ג ס"ק נ"ח וסי' צ"ג סעיף ב' וסימן שס"א סעיף ז' וכמה דוכתי אלא לאו דוק' נקט וכ"כ הב"ח דחד מהנך נקט וה"ה במגו דהחזרתי ע"ש ובלאו הכי מוכח לומר כן דאל"כ תיקשי ל"ל עדים שהפקידה בידו הא בעידי ראה לחוד תו ליכא מגו דנאנסו או להד"ם אלא ודאי עדים שהפקידו צריך מטעם שכתב הרא"ש דאל"כ נאמן במגו שהיו ממושכנים אצלו מעיקר' והטור דלא נקט האי מגו חד מהני נקט ומ"ש בסמ"ע דלהד"ם פי' להד"ם שבאו לידו בתורת פקדון אלא בתורת משכון הוא דוחק ועוד דהא הרא"ש נקט מגו שהיו ממושכנים אצלו מעיקר' או החזרתי לך או נאנסו או להד"ם כו' ע"ש:

סעיף ו

הי' נאמן במגו דנאנסו כו'. כתב בסמ"ע פי' נאמן בשבועת היסת כמו שאלו הי' טוען נאנסו היה נשבע היסת. ולפע"ד נראה דלא היה נשבע אפילו היסת דאין נשבעין היסת על טענת שמא וכן מבואר להדי' בתשובת הריטב"א שהביא ב"י לקמן סוף סימן ס"ו וז"ל מעתה המפקיד שטרות אצל חבירו אפילו בשטר וטען שנאנסו הרי הוא נאמן בלא

שבועה אפילו היסת כו' ע"ש (עיין בהריטב"א שם שכ"כ לדעת הרמב"ם דמחייב פושע בשטרות וה"ה להרא"ש וסייעתו נאמן במגו דנאבדו אפילו בפשיעה וכן בכל הסי' כאן דאמרינן דנאמן במגו דנאנסו ל"ד הוא אלא ה"ה במגו דנאבדו אפילו בפשיעה לדעת הרא"ש ורוב הפוסקים מיהו לקמן סי' ס"ו סעיף מ' ס"ק קכ"ב כתבתי דהעיקר כהרמב"ם ע"ש) . וגם לענין אם טוען למשכון תפסתים דס"ל לסמ"ע דנשבע היסת והב"ח כ' דנשבע בנק"ח כעין דאוריית' כדלקמן סי' ע"ב סעיף י"ז גבי תופס המשכון. ולפע"ד נראה דהכא לא דמי לדלקמן סי' ע"ב כיון שאינו רוצה לגבות בשטרות שהרי אינו מועיל תפיסתו לגבות כיון שאין לו כתיבה וא"כ דמי למה שכתבתי לקמן סי' ע"ב ס"ק ע"א בשם הר"ן ולכך נראה דהכא נמי אי הוה טעין נאנסו לא היה צריך לישבע אפילו היסת השת' נמי א"צ אפילו היסת וכמ"ש הריטב"א שם בשם מקצת רבותיו ואפילו לשאר רבותיו של הריטב"א שם דמחייב היסת בטוען על שטרות החזרתי וכן פסקתי לקמן סימן ס"ו סעיף ל"ט ס"ק קכ"א שאני התם שהמפקיד מכחישו אבל הכא שהיתומים אינם מכחישים אותו שלא תפס מחיים א"צ לישבע אפילו היסת לכ"ע מיהו היינו דוקא בענין שהיה נפרע מן היתומים בלא שבועה כגון שהאמינו וכה"ג שאל"כ צריך לישבע מצד גלגול וכל זה לדעת הרא"ש והט"ו אבל כבר העליתי לעיל ס"ק ד' דאינו נאמן במגו דנאנסו או להד"ם או החזרתי כשטוען למשכון תפסתים אפילו ליכא עדים וראה מיהו נ"מ בזה בעלמ' אם היה טוען החזרתי לכם או להד"ם דהיה נאמן במגו דנאנסו אף בלא שבועה לדעת מקצת רבותיו של הריטב"א או אם היה טוען החזרתי לאביכם היה נאמן אף בלא היסת במגו דנאנסו לכולי עלמא וכ"ש אי הוה טעין נאנסו גופי' ודלא כהסמ"ע וב"ח כן נ"ל מיהו למה שכתבתי לקמן סימן ס"ו סעיף ל"ט ס"ק ק"כ דמ"מ צריך לישבע מדרבנן על שטרות שאינן ברשותו א"כ צריך כאן לישבע היכא דטוען החזרתי לכם או לאביכם ודוק:

סעיף ז

הג"ה ואע"פ שאין לו מגו כו'. כבר השיג הסמ"ע על הר"ב בזה (ועיין בתשובת הר"ב סימן פ"ו דף קס"ו ע"א ב') דודאי ליכא למאן דאמר דהכא דאין לו מגו ואין החוב ידוע שיהא נאמן לומר נמשכון תפסתים והתוס' והרא"ש והט"ו מיירי. כשהחוב ידוע וכן השיג עליו הבית חדש וגם בעיר שושן השמיט הג"ה זו ויפה כיון וכ"כ הראב"ד וה"ר נתן בן ה"ר מחיר בס' התרומות שער נ"א סוף חלק ח' דמיירי בחוב ידוע ונראה דאפי' האידנ' לא מהני תפיסתו היכא דלית ליה מגו ואין החוב ידוע לכ"ע:

סימן סה

סעיף א

המוצא שטר אצלו בין שטר הלואה וממכר ומתנה ושאר שטרות כיוצא בהן:

סעיף ב

ואם החזירו כו'. ע"ל סימן נ"ד סעיף ד' [סי' נ"ה ס"א] בהג"ה וסימן שפ"ו ס"ג בהג"ה:

סעיף ג

היה יכול לגבות בו כו'. כתב בסמ"ע מדכתב הי' יכול לגבות בו משמע דאינו מילתא פסיקת' שיבוא לגבות בו משום דעכ"פ צריך שבועה חמור' כעין דאוריית' להכחיש זה שחמר שכבר הי' בידו כו' ע"ש ולפע"ד לא נתכוין הט"ו לזה דא"כ ס"ס מיהא גבי אלא ודאי כוונתו במ"ש הי' יכול לגבות בו דאף שמודה שנתנו לו ומחזירו לשליש עבר השליש על דברי חכמים כיון שהיה יכול לגבות בו ודלמא היה מכחישו וגם מה דפשיטא ליה דעכ"פ צריך ש"ח להכחיש העד וכ"כ הב"ח לדידי צ"ע ול"ד לע"א מעידו שהוא פרוע שהוא מעיד בפי' שהוח פרוע משא"כ הכא שאינו מעיד בפי' שהוא פרוע דנהי שהיה בידו יכול להיות שהי' של מלוה ולא מצינו שבועה זו במשנה ובש"ס ודמי למ"ש בעה"ת בשם הרמב"ן ומביאו ב"י לעיל ר"ס נ"ח דהיכא דאיכ' ע"א שפרע לו והיא טוען סטראי דא"צ שבועה כלל דכי תקינו רבנן ע"ח מעידו שהוא פרוע נשבע כדי להפיס דעתו של בע"ה הא היכא שאין העד העיד בפירוש שהשטר הוא פרוע מפויס ועומד הוא ולא מסייע לי' עד כלל וכל דלאו דינא הוא חלא תקנת' אין דנין בה להחמיר אלא להקל עכ"ל וה"ה הכא ואפילו למ"ש בסי' נ"ח ס"ק כ"א דמשמע מדברי התוס' והר"ן והרמב"ן פ' ח"ה דגבי סטראי ה"ל מ"ש ואיל"מ היינו משום שהעד העיד שפרע מיה' וא"כ על הפרעון מעיד העד בבירור משא"כ הכא שאף לדברי העד יכול להיות שהשטר הוא של מלוה ואפילו א"ת שאין לחלק בזה מ"מ לפי דעת בעה"ת בשם הרמב"ן נראה דהכא א"צ שבועה ואף דהכח מכחיש העד שאומר שנתנו לו מ"מ לא גרע הכחשתו מאלו הי' מודה לו והי' טוען ברי שחייב לו שלא היה צריך לישבע וכמ"ש לקמן וכ"ש עתה שמכחיש אותו וטוען ג"כ ברי שחייב לי וצ"ע:

סעיף ד

ואם הוא מודה לו שנתנו לידו צריך להחזירו לו כו'. דין זה כ' הטור בשם תשובת הרא"ש וחפשתי בכל תשו' הרא"ש ולא מצאתיו וגם הוא תמוה בעיני דמה בכך שהוא טוען שנתנו לו הרי הוא אומר ששלו הי' ולוה לא יהא נאמן במגו שהי' מכחישו ולא

מבעיא לדעת בעה"ת בשם הרמב"ן שהבאתי בס"ק הקודם דכיון דהתם לא איתרע שטרא כ"ש הכא אלא אפילו לדעת התוס' והר"ן שהבאתי יש לחלק וכמ"ש בסמוך ואפילו א"ת שאין לחלק מ"מ קשה על הטור והר"ב שכתבו לעיל סי' נ"ח כדברי בעה"ת בשם הרמב"ן בסתם וכאן כתבו דאם הוא מודה שנתנו לידו צריך להחזירו לו ואמאי הא כי היכי דהתם מודה לדברי העד שפרע לו אלא שטוען סטראי לא איתרע שטרא ה"נ הכא שמודה לו שנתנו לידו אלא שטוען שהוא שלו לא איתרע שטרא וצ"ע: ונראה דהט"ו מיירי שהמלוה עצמו אינו טוען ברי שהלוה חייב לו שהוא ג"כ מסופק שמא פרע לכך אם מכחיש דברי אותו שנתנו הי' יכול לגבות בו אם הי' הלוה ג"כ מסופק וכדלקמן סי' פ"ב סעיף ב' ואם הוא מודה שנתנו לידו אלא שרוצ' לזכות בו כיון שגם הלוה הוא מסופק צריך להחזירו לו כיון שהי' מתחלה ביד אחר והשתא ל"ש מגו ובזה א"ש מ"ש הט"ו לא יפה עשה שעבר על דברי חכמים דהכי הל"ל שלא כדין עשה שיוציא מהלו' שלא כדין ואתי נמי שפיר לישנא דהי' יכול לגבות בו שנדחק בו הסמ"ע וכמש"ל ס"ק ג' וה"ק הי' יכול לגבות בו אם יסתפק הלו' ג"כ לאפוקי אם הי' טוען הלו' ברי הי' השטר בטל וכדלעיל סי' נ"ט ואתי נמי שפיר מה שהקשו השארי' יוסף והסמ"ע ס"ק ב' והב"ח על הט"ו דלקמן סעיף ט"ז כתבו פלוגתא וכאן כתבו בסתם צריך להחזירו לו ונכנסו בדוחקים ובחילוקים אשר לא שערום הראשונים וכמו שכתבתי לקמן ס"ק מ"ו ולפמ"ש ניח' הכל וק"ל:

סעיף ה

כל אלו שאין להם חזקה זה על זה מחמת שהן כאפטרופסין זה לזה שכל אחד מוחזק בנכסי חבירו וכמו שיתבאר לקמן סי' קמ"ט:

סעיף ו

וכן יורשי הנפקד כו'. כ' הסמ"ע וז"ל וצ"ע דבסי' רמ"ג סי"ג פסק המחבר גבי מתנ' שנמצא אצל יורשי הנפקד דיחזירו ליורשי הנותן ודוחק לחלק דשאני הכא דאינו יודע מיד מי בא לידו משא"כ התם דיודע שהנותן נתנו לידו אלא שאינו יודע באיזו אופן נתנו לידו ואפשר לחלק דשאני מתנ' די"ל דעדיין לא זכה בהמתנ' ולא הגיע השטר לידו דמיירי שם בשטר מתנה שאין בו קנין מ"ה יחזירו ליורשי נותן אבל כשהוא בקנין מחזירין להמקבל כמו שכ' מור"מ בהדיא בסוף סי' ר"נ משא"כ בהלוא' כו' עכ"ל ולפענ"ד זה אינו דבהדי' מוכח בש"ס ריש פ"ק דמציע' (די"ג ע"א ודף י"ט סוף ע"א) דאפי' שטר מתנה שאין בו קנין שנמצא לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכ"כ הרמב"ם וה' המגיד פי"ח מה' גזלה דין ט' ע"ש ופשיטא דנמצא ביד אביהן דמי לנמצא בשוק וגם ממ"ש הט"ו כאן לא יחזירו שום שטר כו' משמע אפי' שטר מתנ' וכ"ה בהדיא בתוס' דריש מציעא

דייתקיאות ואפותיקאות ומתנות בזמן שהנותן מודה יחזיר למקבל ואם לאו לא יחזיר לא לזה ולא לזה כו' בין שמצאן בשוק ובין שמצאן בין שטרותיו של אביו ע"כ אלא העיקר דלקמן סי' רמ"ג מיירי דידוע שהנותן נתנו לידו וכמ"ש שם ואע"פ שהסמ"ע כ' שדוחק לחלק בכך ליתא דאינו דוחק כלל והרי להדיא ס"ל להרא"ש דכשידוע שהוא מיד הנותן מחזירין לו וכמ"ש לקמן סעיף ה' ודוק:

סעיף ז

לא יחזירו כו'. וכן עיקר דלא כהרשב"א בתשו' סי' אלף ל"ה ומ"ש הרשב"א שם וז"ל והיינו דאמר רב נחמן בפ' זה בורר ההיא איתת' דאפק' שטרא ואמר' פרוע' הוא דלא מהימנ' בדאיתחזק שטרא בבי דינא ואמאי דל נאמנות מהכא ה"ל שטר שנמצא ביד שליש ואין אנו יודעים מה טיבו ורבא נמי דא"ל והא אי בעי' קלתי' למה ליה מגו בלא"ה נמי איתרע האי שטרא אלא ודאי ש"מ דלא מרעינן שטר שנמצא ביד אחר ואין אנו יודעין מה טיבו אלא כשהשטר יוצא מתחת יד שליש והוא מרע מחמת שהוא שליש ונאמן משניהם עכ"ל נלפע"ד דלאו ראיה כלל דודאי אפי' בלא נאמנות יהא מונח אלא דרב נחמן לא הימנא לענין להחזירו ללוה שיתקרע השטר לגמרי ולכך פריך רבא והא אי בעי' קלתי' ותהא נאמן שהוא פרוע להחזירו ללו' ויקרע השטר ולהאי לישנא כיון דאתחזק בבי דינא תו לא מהימנת ויהא מונח מיהו האי לישנא אתותב התם בסוף פרק זה בורר וקי"ל כלישנ' קמא דאפילו אתחזק בבי דינא נאמן השליש לגמרי לבטולי השטר דשליש נאמן אפילו לית ליה מגו השתא וכמו שהוכחתי לעיל ריש סי' נ"ו באריכו' והבאתי שם דברי הרשב"א גופי' כן ע"ש:

סעיף ח

קודם שבא ליד אחר כו'. כ' הסמ"ע נראה דהאי ליד אחר ל"ד קאמר אלא כל זמן שלא נשמע מפיו דהאחר ספיקתו כו' והבית חדש השיג עליו ע"ש:

סעיף ט

ומיהו כו' כתובת אשה כו'. כתב הסמ"ע היינו טעמא משום דאין כתיבה נגבת מחיים כו' והא דכתב הרא"ש והמחבר בס"ה נ"ל דדוקא קאמר נדוניית' משא"כ כתובה כו' ע"כ ולא דק בחנם דחק דפשיט' דמדינא אף בכתובה חיישינן לפרעון כשנמצא ביד אחר ולאחר שנתארמל' וכדאי' להדיא בש"ס פ"ק דמציע' (דף ז' ע"ב) ופוסקים וכן הריטב"א גופיה שם וכמ"ש סי"ב סקל"ב אלא הכא היינו מצד המנהג כמ"ש בריטב"א שהביא ב"י מנהג הוא בגלילותינו שהיורש מחזיר לאשה שחזקה שהיא הצניעה כו' וכ"כ בע"ש שכן

דרך הנשים להפקיד כתובתן כו' והרב קיצר בדבר ולפי זה היכא דאין מנהג ברור חישינן לפרעון ודוק:

סעיף י

אלא קרוע היינו כשהמלוה מודה ללוה:

סעיף יא

ויש מי שאומר דלא חיישינן לקנוני' אלא בשטר שנפל דאיתרע דאיכא למימר משום דהוה ביה ריעות' לא נזהר בשמירתו אבל שטר המופקד לא אתיילד ביה ריעות' אלא שאין הנפקד יודע מכח מי בא לידו (ואם שניהם רוצים יעשה כמאמרם שם):

סעיף יב

ואם שניהם רוצים יעשה כמאמרם. כ' הסמ"ע וז"ל לשון הרא"ש והטור הביאו וכתב פי' אם יתפשרו ביניהם שיאמין האחד לחבירו בשבועה כו' ולפ"ז לא ה"ל להמחבר שכ' דעת הרא"ש לקצר בדבריו אלה וה"ל לפ' דעכ"פ שבועה מיהא צריך ודוק עכ"ל ולפע"ד יפה כיון המחבר והוא דדעת הרא"ש דאם שניהם רוצים אפילו בלא שבועה יחזירו למלוה וכן פי' הב"ח דברי הטור והשיג על הסמ"ע בזה ע"ש וכן עיקר בדעת הרא"ש ועוד דהרא"ש ספ"ק דמציעא כתב בסתם יעשו כמאמרם ולא הזכיר שבועה כלל וגם בטור גופיה מוכח כן שכתב שיתפשרו ביניהם שיאמין האחד לחבירו בשבועה כי המלוה יכול להשביע ללוה והלו' יכול להשביע למלוה כו' משמע דכל שאין הלוה אומר שמלוה ישבע יכול המלוה לומר השבע היסת או יחזירו לי שטרי הרי דתלו במאמר הלוה אלא דהרשות ביד הלוה לומר או השבע אתה או יחזירו לי שטרי ואיני רוצה שיהא מונח ביד שליש בחנם וכן משמע בתשובת הרא"ש שם שכתב וז"ל הילכך לא יוציא השטר מתחת ידו ויהא מונח עד שיתברר האמת או שיתפשרו שניהם שיאמין הא' לחבירו בשבועה אבל אם יאמר המלו' אתה אומר שפרעת את השטר השבע שהוא כדבריך צריך הלוה לישבע היסת ואם אינו רוצ' לישבע יחזיר השטר למלוה ואם הוא אומר שאינו רוצה לישבע אבל יביא עדים שהוא כדבריו יתנו לו זמן ל' יום ואם לא יביא עדים בתוך הזמן יחזיר השטר למלו' וכן אם יאמר הלוה אשתבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע שלא פרעו ואפילו אם יש נאמנות בשטר דכיון דאין השטר בידו ויוצא מתחת ידי אחר אין מועיל הנאמנות ואם אינו רוצה לישבע יחזיר השטר ללוה כו' עכ"ל הרי להדיא דכל שהמלוה אומר שהלוה ישבע היסת והלוה שותק או שאומר שאינו רוצה לישבע יחזירו השטר למלוה אפילו בלא שבוע' רק כשאומר הלוה למלו' אשתבע לי אז צריך לישבע או שיתפשרו מי ישבע

כדי שלא יהא השטר שלהם מונח אבל כששניהם מודים זה לזה יעשו כמאמרם אפילו בלא שבועה לדעת הרא"ש כנלפע"ד (עיין בתשובת הרב סי' ל"ג):

סעיף יג

אבל אנן לא טענינן להו משום דאינו שכיח ליקח משכון כזה דאין גופו ממון עכ"ל סמ"ע ואין זה מדוקדק דמה בכך שאין גופו ממון אבל לשון הרא"ש בתשוב' הוא דמילת' דלא שכיחא הוא להלות מעות על השטרות שאינו יכול לגבותם ולפ"ז אם הם כתובים בענין שיכול לגבותם אפי' ידעינן שאינה של אביהם טענינן להו שלקחם למשכון:

סעיף יד

לא טענינן להו. ע' בתשו' הרא"ש דמייתי ראיה מעובד' דר' מיישא ומנאנסו דמילת' דלא שכיחא לא טענינן ליתמי ולפ"ז להפוסקים החולקים שם וכמ"ש לקמן סי' ק"ח ס"ד ובסי' רנ"ז וסי' שס"א ה"ה הכא טענינן להו וצ"ע:

סעיף טו

מאחר שהוא קשור כו' וכן אמרינן (לקמן סעיף ט) מצא בחפיסא או בדלוסקמ' יחזיר שכיון שנותן סי' בכלי שהשטר בתוכו יחזיר לו גם השטר וכן פירות בכלי (לקמן סי' רס"ב סי"ט) מחזיר הפירות אגב סימני הכלי ומ"מ אין ראיית הרא"ש מוכרחת דהתם לא ידענו שהי' ביד אחר ואמרינן כיון שזהו ודאי שלו א"כ גם זה שקשור בו הוא שלו ומהיכי תיתי נימא שבא ליד אחר משא"כ הכא שהכל הוא בידי שליש מאן לימא לן שהשליש לא קשרם יחד דלמ' ראובן שמת קשר כל העניינים המשולשים אצלו יחד וצ"ע:

סעיף טז

אנו מחזיקין שהיא הפקידתו כו'. פי' שעדיין לא זכתה המתנ' לבעל' והיינו דוקא כשהוא שטר מתנה בקנין צריך שיהא קשורים יחד אבל אם הוא בלא קנין יתבאר לקמן בסי' רמ"ג סעי"ג דאף בנמצא שטר מתנה לחוד מחזירים לנותן וכ"כ בהדי' מור"ם האי חילוק בסי' ר"ן סכ"ה ע"ש עכ"ל סמ"ע ולפע"ד זה אינו דהא לא הוזכר שיש בו קנין וגם בש"ס מוכח להדי' דאף שטר מתנה שאין בו קנין אין מחזירים לנותן וכמ"ש סק"ו אלא בסי' רמ"ג מיירי שהוא ידוע שהנותן הפקידו אצלו וכמ"ש שם ומ"ש וכ"כ בהדי' מור"ם האי חילוק כו' ליתי' וכמ"ש בס"ס ר"נ ע"ש גם מ"ש בשטר שלקנין לחלק בין קשורים ליתי' אלא בשטר שיש בו קנין אפי' ידוע שבא מהנותן מחזירין להמקבל דמשעת קנין שעבד נפשיה וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ס"ז סי' ג' ע"ש וכן משמע לקמן ס"ס ר"ן ע"ש ועי' מ"ש בסי' נ"ו סעיף ה' סקכ"ו:

סעיף יז

אע"פ שיש בו נאמנות. אינו מועיל לא לענין לטרוף ולא לענין לגבות מן הלוה אם אינו מודה דכיון דנפל איתרע ליה ואזיל נאמנות דיליה:

סעיף יח

אפילו הוא תוך זמנו. כ"כ הטור בשם הרמ"ה ואע"פ דלמאי דקי"ל ל' ס"ס ע"ח דאדם פורע תוך ל' יום (והרמ"ה נראה דס"ל כהיש פוסקים שהבאתי לעיל סימן ל"ט סק"ו דקובע זמן וסתם הלואה חד דינ' אית להו ע"ש) ראיית הרמ"ה לאו ראי' הוא מ"מ דינו אמת ולכך כתב הטור וכ"כ הרמב"ם פי"ד ופכ"ג מה' מלוה ובעה"ת שער כ"ב וה"ה האריך וכתב שכ"כ הרמב"ן והרשב"א ושכן מוכח בש"ס בכמה דוכתי וכן הבאתי לעיל ס"ס מ"א דברי הריטב"א ונ"י והוכחתי כן ע"ש בסקי"ט:

סעיף יט

דחיישינן לפרעון. ונתבטל השטר ולקנוני' ולא שייך כאן לומר עדיו בחתומיו זכין לו:

סעיף כ

ואפי' אמר הלוה או המלו' נקב כו' כלומר שאין הלוה מודה אלא שאומר שפרעו ומידו נפל ונותן בו סי' אפ"ה אין מחזירין לידו כ"כ ב"י וה"ה כשהמלו' נותן סי' זה לא מהני לענין לגבות מהלו' עצמו אבל סימן אחר מובהק מהני ולענין לגבות ממשעבדי לא מהני סי' כלל היכא דאיכ' למיחש שהלו' הגיד לו הסימן או שהלוה יודע ג"כ הסי' ועושה עצמו כלא יודע דהא אפי' שניהם מודים חיישינן לקנוני' כנ"ל:

סעיף כא

נקב יש בו כו' שהרי נשתהה ביד המלו' וידע בו הסי' ואפשר שנפל מיד הלו' והוא פרוע וגם הלו' אחר ששנינו שכותב שטרו אע"פ שאין מלו' עמו עומד בזה הסי' בעודו בידו ואפשר שנפל מיד המלו' עכ"ל בעה"ת שער נ"ב חלק א' והובא בטור ובסמ"ע סקי"ז ואין לשונו מכוון דהא בשטרי דלאו אקניית' אין כותבין ללוה בלא מלוה כדלעיל סי' ל"ט סי"ג ומסתמ' מיירי הכא אפילו בשטרי דלאו אקניית' אלא עיקר טעמ' הוא שהשטר הוא מתחל' ביד לוה ג"כ וק"ל:

סעיף כב

וכן אם יש ללוה בני חורין כו' בסמ"ע סקי"ט פי' דכיון דיש שטר כשר בידו לא חיישינן שמא לוה מאחרים אחר זמנו של שטר זה דלא חיישינן אלא היכא דאיכ' ודאי פסיד' דלקוחות וכה"ג כתב הב"ח סעיף ח' דלא חיישינן לב"ח או ללקוחות אחרים שאין ידועים לנו דאינהו דאפסידו אנפשייהו שלא חקרו לדעת לב"ח המוקדם ודבריהם תמוהין

דכולהו סוגי' דש"ס פ"ק דמציע' ושאר דוכתי וכן בכל הפוסקים משמע להדי' דחיישינן לב"ח וללקוחות אע"פ שאין ידועים לנו וה"נ אמרינן גבי שטר מכר ומתנה לקמן סעיף י"ד אלא ודאי לא שייך בכה"ג לומר אינהו דאפסידו אנפשייהו דיכול להיות שחקרו ונתברר להם האמת ששטר זה אינו כלום ועוד דמ"מ תיקשי דלמא חייב לאחרים שלוה מהן קודם זמנו של שטר זה והם יגבו מקרקעות אלו שביד הלוה וזה יגבה בשטר זה מהלקוחות שידועים לנו שלא כדין אלא פשיט' דכל היכא דאיכ' למיחש חיישינן וכ"כ מהרש"ל להדי' ומביאו הב"ח רק מה שפי' מהרש"ל דיחזיר פירושו וכותבנן לו טריפא מזמן שנמצ' או כותבין לו שטר אחר הוא דוחק וכמו שהקשה עליו הב"ח אלא נראה אם יש ללוה בני חורין כו' ר"ל שידוע בבירור שהם בני חורין ואינם מכורין או משועבדין וגם אינו חייב עוד לשום אדם כלל דאי לאו הכי לא נקראו בני חורין ומשכחת לה כגון שהכריז אם חייב עוד לאחרים או מכר קרקע זו או שיש תיקון בעיר שכל שטר שאינו נכתב בפנקס הסופר אינו כלום וכה"ג טובא וזה ברור:

סעיף כג

וכתוב בו הנפק. והרב המגיד בשם הרשב"א תמה על זה דלמה לי הנפקו מ"ש בסמ"ע סקכ"א בזה לא מחוור גם מה שתירץ בספר מעד"מ פ"ק דמציע' בזה וז"ל ול"נ דלאו קושי' היא דאי לאו דכתיב ביה הנפק איכ' למיחש שמא כתב ללות ולא לוה ועכשיו רוצים לעשות קנוני' עכ"ל אין דבריו נכונים דהא מוכח להדי' בש"ס פ"ק דמציע' סוף דף י"ב במאי דמשני התם לעולם כשחייב מודה והכא היינו טעמ' דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין כו' וכן בדף ט"ז ע"ב וכן בדף י"ז סוף ע"א גבי הא דפריך ומ"ש מהא דתנן כו' ומשני הכא כיון דלית ליה רווח' כו' דדוק' משום לא לוה עד תשרי חיישינן משום רווח' דטריפת לקוחות אבל כשזמנו בו ביום דליכ' האי חשש' לא חיישי' להאי קנוני' כשחייב מודה ע"ש והמעיין בש"ס יראה דהעיקר כהרשב"א והרב המגיד וכן דעת התוס' וכן השיג בעל המאור על הרי"ף וכ' דלרב כהנא לא בעינן הנפק והרמב"ן בסכר המלחמות לא השיב עליו בזה ע"ש ואפשר גם דעת הטור כן ועב"ח וכן מסקנת רבי ירוחם נתיב ך' חלק ב' בשם רוב הפוסקים וכן נרא' דעת הרב בדרכי משה שכ' וכן היא סברת התוס' אע"ג דאין בו הנפק ודלא ורמב"ם כו' ע"ש:

סעיף כד

ויש מי שאומר כו'. הלשון מגומגם וכך הל"ל ויש מי שאומר דרוק' בדאיתיה קמן אבל בדליתי' קמן לא חיישינן לפריעה בת יומא ומ"מ צ"ע דהרא"ש בתשו' כתב כן לרב אסי

ובאמת קי"ל כרב כהנא וכמ"ש הרא' שגופי' בפסקיו וא"כ אין מחזירין רק כשחייב מודה וכן הקשה בסמ"ע וגם הב"ח בסעיף כ"א השיג על המחבר בזה ע"ש:

סעיף כה

ואם יש כו'. יחזיר ללוה שאלו לא היה פרוע לא השליכוהו בין שטרות הקרועים והרי שובר נמצא עמו שאומר שהוא פרוע עכ"ל טור והוא מדברי הרמב"ם פי"ח מהלכות גזלה דין ה' ונראה שיצא לו להרמב"ם כן מפשט' דמתניתין רפ"ק דמציע' דקתני מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבא אליהו אם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות ומוקי לה בש"ס התם שנמצ' בין שטרות קרועים וכן נראה להדי' מדברי הרמב"ם בפי' המשנה שם ודלא כפרש"י שפי' אם יש עמהם סמפונות כו' מילי מילי קתני ומלת' באפי' נפשיה היא כו' ובס' לחם משנה פי"ו מה' מלוה הקשה על הרמב"ם דאי אפשר לומר כן מדהקשו בש"ס לרב דאמר סמפון היוצא מתחת ידי מלוה פסול ממתני' דאם יש עמהן סמפונות משמע דבמלוה מיירי עכ"ל ובאמת נראה שזה הכריחו לרש"י לפרש דמילי מילי קתני. וגם הב"ח דחק לומר לדעת הרמב"ם דהמקשה הוה ס"ל דמילי מילי קתני כפרש"י והתרצן משיב לו דאריש' קמהדר וכל זה דוחק גדול ועוד הוצרך לדחוק דמ"ש הרמב"ם ספי"ו מה' מלוה המוצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבי יהא מונח עד שיבא אליהו היינו משום דס"ל דמהך משנה תרוייהו משמע וצ"ע עכ"ל ולפעד"נ דברי הרמב"ם ברורים ולק"מ ואדרב' לפרש"י דוחק גדול לומר דמילי מילי קתני ועוד דמנ"ל להקשות אלא נראה דמיירי כפשוטו ואכולהו שטרות דבמתני' לעיל במוצא שטרות בשוק דלא יחזיר וכן במוצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו קאי דאם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות והיינו דקתני סמפונות ולא קתני סמפון וכן עמהן ולא קתני עמו והכי משמע בתוספתא דקתני בין שמצאן בשוק בין שמצאן בין שטרותיו שלאביו כללו של דבר אם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות ע"כ ופריך שפיר דאם איתי' דביצא מתחת יד מלוה פסול אמאי יעשה מה שבסמפונות הא כיון דאינו יודע ממי נפל או מה טיבו י"ל שמיד המלוה נפל ויהא מונח אלא ודאי אפילו בא מיד המלוה סמפון היוצא מתחת ידי מלוה כשר ומשני שנמצא השטר בין שטרות קרועים ולפ"ז גם מה שדחק הב"ח שהטור ס"ל כפי' רש"י וכפי' הרמב"ם הוא ללא צורך דשפיר י"ל דהטור מפרש לגמרי כהרמב"ם וכל זה ברור. ועיין מ"ש סקס"ה:

סעיף כו

יתננו למי שנותן סי' בכלי ולא חיישינן לשאלה (כדחיישינן באה"ע סי' י"ז סכ"ד וסי' קל"ב) דדוק' באיסור אשת איש חיישינן אבל בדבר של ממון לא חיישינן כמו שתקנו

רבנן להחזיר אבידה אפי' בסימנים שאינם מובהקין (וכדלקמן סי' רס"ז ס"ו) ה"נ תקנו דלא ניחוש לשאלה כ"כ התוס' והרא"ש ספ"ק דמציע' וכ"כ עוד התוס' ביבמות פ' האשה בתר' דף ק"כ ע"ב (ומכאן מוכח אפילו אינו יודע שהשטר היה מונח בכלי נותנים לו ואף למ"ש דאין דבריהם מוכרחים והיינו בענין דחיישינן לשאלה אבל מ"מ מוכח דמחזירים השטר אגב סימני הכלי אע"ג דאינו יורע שהשטר היה בתוכו) אבל לפע"ד אין דבריהם מוכרחים שבש"ס לא חילקו בין איסור' לממון בענין חשש שאלה רק בענין אי מחזירין בסימנים ע"ש ומה שהקשו התוס' ספ"ק דמציע' הא דלא חיישינן גבי אפיס' ודלוסקמ' לשאלה אפשר נמי דדלוסקמ' לא מושלי אינשי כדמשני בש"ס גבי כיס וארנקי וכן הא דמצא פירות בכלי י"ל דמיירי בכלים שאין דרכן להשאיל וכמ"ש התוס' פרק האשה בתר' שם בשם ריב"ן דמתרץ הא דקתני מצאו קשור בכיס או בכלים דמיירי בכלים שאין דרכן להשאיל ע"ש א"נ דחפיס' ודלוסקמ' וכן פירות בכלי איירי שמכריז סתם שטרות או פירות מצאתי וזה אומר בחפיס' או בדלוסקמ' או בכלי פלוני מצאתם וכמו שפרש"י במתני' דחפיס' ודלוסקמ' שיאמרו הבעלים בכלי כך וכך מצאת אותם ומה שהקשו התוס' ספ"ק דמציע' דהלא דרך להניח שטרות בדלוסקמ' כדתני' בתוספת' דשבועותי' דלוסקמאות מלאים שטרות מסרתי לך לפע"ד לק"מ דנהי דדרך דלוסקמאות להניח בהן שטרות מ"מ אינו הכרח להניח שטרות דוקא בדלוסקמאות דה"נ יכול להניחן בחפיס' או בכיס או בתיבה וכה"ג וזה ברור ודוק וא"כ כיון שזה אומר שמצאן בדלוסקמ' מחזירן לו והא דפריך מחמור בסימני אוכף היינו דמשמע לש"ס דסתם חמור הוא עם אוכף כן נ"ל ודוק: מיהו גבי איסור' גופי' דפשיט' לי' להרא"ש דחיישינן לשאלה וכן פסק בש"ע סימן י"ז סעיף כ"ד דאפילו סימנין מובהקין ביותר אינו מועיל דחיישינן לשאלה ונמשכו אחריו שאר האחרונים. ולדידי צ"ע טובא דנ"ל עיקר כהנ"י פרק בתר' דיבמות והר"ן פ"ב דמציע' שהבי' הב"י בא"ע שם דפסקו דלא חיישינן לשאלה ומ"ש הב"י שם דדברים אלו דלאו דסמכא אינון כיון שהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ובה"ע חולקים עליהם אמת מדברי הרא"ש מבואר כן וכדאי' ג"כ בב"ח שם אבל מהרי"ף והרמב"ם ובה"ע לא מוכח מידי די"ל דאינהו מיירי בסימנים שאינן מובהקין ביותר אבל במובהקים ביותר מהני אפילו בכלים ואדרב' מדסתמו הרי"ף והרמב"ם ובה"ע ולא חילקו בין כלים לגופו וגם לא כתבו גבי כלים דחיישינן לשאלה משמע דס"ל דכלים וגופו חד דינא אית להו וכן משמע ממ"ש ה' המגיד פי"ג מה' גירושין דין כ"א על מ"ש הרמב"ם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו כו' וז"ל כבר כתבתי בה' גזלה ואבדה שיש סימנים מובהקין ביותר שהם מן התורה בכל מקום ואף כאן מעידים עליהן וכן כתב הרמב"ן והרשב"א ז"ל כו' וכ"כ בפסקי מהרא"י

סימן קס"א בשם סדר מהר"ר אלי' אם יש סימנין בבגדיו או בכתונת מהני ומהרא"י תמה שם עליו דתלמוד ערוך הוא בפ"ב דב"מ ובפרק בתר' דיבמות דחיישינן לשאלה כו' ול"ק מידי דקי"ל כמסקנ' דמשני ואי בעית אימ' בחיורי וסומקי אבל סימנים מובהקין ביותר מהני ולא חיישינן לשאלה וכ"כ התוס' להדי' פ' האשה בתר' שם וז"ל מיהו למסקנ' אתי שפיר דלא חיישינן לשאלה אפי' באיסור' עכ"ל וע"כ צל"ע:

סעיף כז

אבל הכריכה לחוד כו'. מה שנראה מדברי הר"ב דמנין לחוד הוי סי' אף שאין שניהן לפנינו והשטרות הם של לוה ומלוה אחד וכ"כ בד"מ להדי' לא נהירא לי דכיון שהשטרות הם של לוה ומלוה אחד פשיט' שזה יודע סימן דמנין כמו זה והנך ג' כחד שטר' חשיב' וכן מוכח בדברי הרמ"ה דלא כפירושו של הר"ב וכמ"ש לקמן ונראה דגם הרא"ש דס"ל דמנין לחודיה מהני מודה לזה דאיהו לא מוקי הש"ס בחד לוה ומלוה ומ"ש הטור והרמ"ה כ' כו' ר"ל דלא כמ"ש לעיל דאין צ"ל סי' הכריכה אלא הרמ"ה כתב דצ"ל ג"כ סימן הכריכה ומוקי להבחד לוה ומלוה כן נראה לי:

סעיף כח

הכריכה לחוד וה"מ כו'. הר"ב לטעמי' אזיל שפירש בד"מ דברי הרמ"ה כן וז"ל בד"מ כי הרמ"ה לא קאמר אלא דבעינן מנין עם הכריכה או הקשיר' אבל לא בעינן כריכה או קשירה עם המנין וכדברי הטור דלעיל ומ"ש והאחר לא נתן אל לבו לשנות הכריכה כדי שחבירו לא ידע הסימן שבהם ולכך הכריכה לא הוי סי' אבל מנין הוי סימן דעל המנין נותן לבו להפהידן זו מזו ולא להניחן ביחד עכ"ל וקשה לפירושו דמדכתב הטור והרמ"ה כתב כו' משמע דאדלעיל קאי דהרמ"ה כתב דמנין לחודיה לא הוי סימן ועוד קשה שכתב הרמ"ה ואע"ג דקי"ל דקשר או מנין לחודיה הוי סימן כו' ולדבריו לא הל"ל או מנין וגם פירושו במ"ש והאחר לא נתן אל לבו לא מחוור כלל דלישנא שכתב הרמ"ה דהמלוה נתנם לו כרוכים ולכך ידע שהם כרוכים כו' ואותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו לא משמע כלל כפירושו אלא משמע דר"ל דזה שנתנם לו כיון שכרכן מכיר בכריכתן וידע שהם כרוכים והאחר לא נתן אלא לבו לידע כריכתם וגם לא נהירא לומר שחבירו יתן אל לבו להפרידן דמהיכי תיתי יפרידן והיאך יעלה לו על הדעת שיהי' שוטה לאבד מה שנותנים לו ועוד דאדרב' אם יתן לב לזה לא יפרידן כדי שהוא עצמו יוכל לומר אח"כ סימן בהם אלא העיקר כמו שכתבתי לקמן:

סעיף כט

אבל אם הם כו' והאחד יודע הכריכ' כו' נרא' מדברי הר"ב דכשאין יודע הכריכ' אפי' בתרי שטרי נותנים לו כיון שחבירו אינו יודע ובסמ"ע לא דקדק על הר"ב בזה ונרא' שמסכים עמו בזה אבל לפעד"נ דז"ש הר"ב ליתא דאזיל לטעמי' בד"מ בפי' והאחר לא נתן אל לבו אבל כבר כתבתי שאין פירושו מחוור אלא אפי' יודע אין נותנין לו דשמא האחר לא נתן אל לבו אא"כ יש ג"כ סי' דמנין דהיינו שהם ג' או יותר דאז מהני סימן דכריכה דכיון שהשני אינו יודע לא זה ולא זה מוכח' מילתא דלאו דידי' נינהו:

סעיף ל

והשני אינו יודע כו'. ואם א' אומר סי' דכריכ' והשני סי' דמנין כ' בד"מ שנותנים למי שנותן סי' דמנין ודלא כב"י דמסתפק בזה ובסמ"ע ס"ק כ"ט כ' דשניהן שוין ולפי מ"ש לקמן דאותו שכרכן מכיר בכריכתן וטעמא דהאחר לא נתן אל לבו שייך דוקא בכריכ' אפילו שניהם לפנינו ולא במנין וגם כיון שחברו אינו יודע המנין מוכחא מלתא דלאו דידי' נינהו א"כ נותנין לזה שאומר המנין וזהו כהד"מ בדינא ולא כטעמי' ודלא כהסמ"ע בדינא כנ"ל:

סעיף לא

נותנין למי שיודע. והעיר שושן כ' דכריכ' לחוד אפי' בשלשה לא הוי סי' כו' לפיכך אפילו אם א' נותן סי' בכריכ' והשני אינו יודע אין נותנים לאותו שיודע אבל במנין דרך בני אדם לדקדק לפיכך אם א' אומר המנין והשני אינו יודע מניינם נותנים למי שיאמר מניינם נ"ל עכ"ל ולא נהירא כמבואר בדברי הרמ"ה להדי' וכמ"ש לקמן. הנה נתבאר שפירוש הר"ב ופי' הסמ"ע בדברי הרמ"ה אינם ישרים ועוד ראיתי באגודות אזוב דף פ' ובמהרש"א ספ"ק דמציע' ובבית חדש ובתשו' מהר"א ן' ששון סימן רכ"ג ושאר אחרונים פירושים שונים ואינם נכונים והוציאו דברי הרמ"ה מפשטן כאשר יראה המעיין: ולי נראה שאין להוציא דברי הרמ"ה מפשטן ונ"ל שדברי הרמ"ה ברורים ומה שהקשה הבית יוסף וז"ל דברי הרמ"ה צריכים ישוב דעת שכ' דהני שטרי דחד לוה ומלוה אינון וכבר אפשר דליהוי נמי לוין ג' ומלוין ג' דסתמא תנן ועוד שכ' ושמא בפ"א פרע הלוה והמלוה נתנם לו כרוכי' ולכך ידע שהם כרוכים וקשה שא"כ גם המנין ידע ועוד דלפי דבריו לא סגי הטעם אלא לומר שסימן כריכ' לחוד ל"מ אבל סי' דמנין מהני ועוד שכתב או כשהלו' הלוה כו' והאחר לא שת אל לבו משמע דכששניהם לפנינו עסקינן וסיום דבריו לא עסקינן אלא כשאינם לפנינו וצ"ע ומ"מ מ"ש דהנך תרי שטרי נראה שהוא טעות סופר דג' נינהו עכ"ל ב"י. נראה לי ליישב כל קושיות הב"י בדרך

אחר והוא בשום לב עוד בדקדוק לשון הרמ"ה שמתחלה כתב אע"ג דקי"ל קשר או מנין כו' ומיד אח"כ כ' הכא בעינן מנין עם כריכ' או קשירה הל"ל נמי הכא בעינן מנין וכריכה או קשירה או הכא בעינן תרוייהו ועוד שכתב וטעמ' כו' ולכך ידע שהם כרוכים בו' ולמה לא ביאר טעמא על מנין לחוד דל"מ ועוד שכ' ולכך צריך מנין עם הכריכה או הקשיר' לאיזה צורך כפל בלשונו לומר כן והרי כבר כתב לעיל הכא בעינן מנין עם כריכה או קשיר'. והעיקר והוא היתד שהכל תלוי בו כי ראוי לשום לב מנין לו להרמ"ה כל זה מי הכריחו או הביאו לידי כך וכאשר יתברר זה אז תבין דברי הרמ"ה על נכון ודעת קדושים תמצא: תנן בספ"ק דמציע' מצא באפיס' או בדלוסקמ' תכריך של שטרות או אגודה של שטרות הרי זה יחזיר וכמה אגוד' של שטרות ג' קשורים זה בזה וגרסינן עלה בש"ס שמעת מינה קשר סימן הא תני ר' חייא ג' כרוכין זה בזה מאי מכריז מנין מאי אריא תלתא אפילו תרי נמי אלא כדאמר רבינ' טבעא מכריז ה"נ שטרא מכריז ע"כ: והגה קשי' בסוגי' זו שלשה קושיות עצומות דמדקתני במתני' כריכה משמע דעיקר רבותא דתנא לאשמועינן דסי' דכריכה לחוד מהני דליכא למימר דאתא לאשמועינן דמנין לחוד מהני דא"כ ל"ל למיתני כריכה כלל ועוד מדקתני מתני' תכריך של שטרות או אגוד' של שטרות וכמה הוא אגוד' כו' קשורים. כו' אלמא דעיקר מילתא דמתני' לאשמועינן דתכריך או אגוד' לחוד' הוי סימן דלאו לחנם נקט תכריך או אגודה ברישא ועוד דאי אתא לאשמועינן דג' הוי סימן הכי ה"ל למיתני תכריך או אגידה של ג' שטרות אלא ודאי עיקר רבותא דתנא לאשמועינן דתכריך או אגודה הוי סי' וכן משמע להדיא מפרש"י במתני' ושאר הרבה מפרשים וכמ"ש לקמן והכי מוכח נמי מדפריך בש"ס ש"מ קשר סימן ומשני תני כרוכין ואי במתני' קשירה לחוד לא הוי סי' א"כ אדרב איפכ' איכא למידק דקשר לא הוי סימן אלא ודאי במתני' קשירה או כריכה לחודה הוי סימן וא"כ קשה. א דהא קאמר בתר הכי מאי מכריז כו' עד שטרי מכריז משמע להדיא דבעינן נמי דליהוי תלתא דאם לא כן תיקשי מאי ארי' תלתא אפילו תרי נמי וכיון שהוכחנו דעיקר מילתא דמתני' לאשמועינן דכריכה לחוד הוי סימן הדר' קושית הש"ס לדוכת' מאי אריא תלת' אפילו תרי נמי (ומ"ש הרא"ש שטרי מכריז והלה נותן סימן במנין ותכריך ואגודה היינו כדי שיוכל ליתן סימן במנין דאי לאו הכי שמא לא נפל אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין עכ"ל הוא תמוה מכח מה שכתבתי דבמתני' מוכח דעיקר אתא לאשמועינן דכריכה הוי סימן ועוד דמאי פריך ש"מ קשר סימן ועוד קשה על הרא"ש דבר"פ אלו מציאות דמספק' ליה לש"ס אי מנין הוי סימן ולא מצי לאוכוחי משום מתני' וכמ"ש התוס' שם דף כ"ה ע"א ד"ה ש"מ

מנין הוי סימן אמאי לא מוכיח מהכא מדקתני ג' וכן משמע להדיא מפירש"י והנ"י ובעה"ת ריש שער נ"ב דלא כהרא"ש שכתב שטרות מכריז שטרות מצאתי וזה צריך שיאמר כך וכך הוי וכרוכים הוי) וליכא למימר דמתני או זה או זה קתני דהיינו כריכה או מנין הוי סימן דא"כ כי היכי דקתני במתני' מצא בחפיסה או בדלוסקמ' תכריך של שטרות או אגודה של שטרות פי' או שמצא תכריך של שטרות דדבר שיש בו סימן הוא וכמו שפירש"י במתני' וכמ"ש לקמן ופירושו מוכרח ה"נ ה"ל למיתני או תכריך או אגודה או ג' שטרות ומדקאמר וכמה היא אגודה ג' קשורים זה בזה משמע דעיקר סימנ' הוא תכריך ואגודה ועוד דא"כ אמאי לא פשיט בר"פ אלו מציאות ממתני' דהכא דמנין הוי סימן ואמאי נמי פריך לעיל ש"מ קשר סימן ולא פריך הכי אמנין. ב ותו קשה בהך שינויא גופ' דמשני אלא שטרי מכריז דהא מדמסיק אדעתיה מעיקר' מנין מכריז ולא קאמר סתמ' מכריז וגם מדלא אקשי ליה אלא ממתני' דמאי ארי' תלתא אפילו תרי נמי אלמא דאי לא הוי תני במתני' תלתא הוה ניחא והוה אמרינן דמנין מכריז ולא סתמ' והיינו בודאי על כרחך דהוה ס"ל משום דכל מאי דאפשר לברורי בהכרזה עבדינן כדי שישים בעל האבדה ענין האבדה יותר אל לבו וא"כ ל"ל לשנויי שטרי מכריז ה"ל למימר אלא תכריך מכריז שמברר בהכרזה התכריך וזה נותן סי' במנין וזהו ג"כ קושי' נכונה על פי' הרא"ש בשלמ' ברבינ' גופא בפרק אלו מציאות לק"מ דהתם אי יכריז מגדלין מצאתי ידע שהם ג' דסתם מגדלין הם ג' כדמוכח התם משא"כ הכא אלא ודאי ס"ל לש"ס מדקתני במתני' מצא בחפיסה או בדלוסקמ' או שמצא תכריך או אגוד' של שטרות כו' דתכריך ואגודה לסימנ' הוא ועיקר מילת' דמתני' לאשמועינן דכריכה הוי סימן וכמו שהוכחתי וא"כ הדרא קושית הש"ס לדוכת' מאי ארי' תלתא אפי' תרי נמי. ג ותו קשה דהא לפי מאי דקי"ל לפי האמת דקשר או מנין לחודיה הוי סי' אמאי לא קתני במתני' תכריך או ג' שטרות דהא כל חד וחד באפי נפשיה הוי סימן וכיון דמיירי מתני' בג' כי היכי דאשמועינן דתכריך הוי סימן ה"נ ה"ל למתני דמנין הוי סימן. אלא ודאי הכי פירוש' דשמעתין דודאי עיקר רבותא דמתני' לאשמועינן דכריכה הוי סימן והכי דייק לישנא דמתני' מצא בחפיסה או בדלוסקמ' תכריך של שטרות או אגוד' של שטרות הרי זה יחזיר משמע דדומי' דחפיסה או דלוסקמ' קתני וכן פירש"י להדי' וז"ל מצא בחפיסה או בדלוסקמ' שום שטר או שמצא תכריך של שטרות בכרך או באגודה הרי זה יחזיר דדבר שיש בו סימן הוא שהכלי סימן וכן תנריך ואגודה דבר שיש בו סימן הוא כדמפרש בש"ס ע"ש וכ"כ הנמוקי יוסף והברטנורה והבעה"ת ריש שער נ"ב אלא דמעיקר' הוה ס"ד דכריכה הוי סימן בלא תלתא ואפילו מכריז מנין הוי כריכה סימן

וא"כ פריך אי הכי מאי ארי' תלת' אפילו תרי נמי ומשני אלא שטרי מכריז ובתלת' הוא דהוי כריכה סימן ואשמועינן תנא רבות' דכריכה הוי סימן דס"ד אמינה דכריכה לא ליהוי סימן דהא באמת בתרי לא הוי סימן וטעמ' דאע"ג דבעלמא הוי קשירה או כריכה לחוד סימן הכא מיירי דהנך תרי שטרי דחד לוה ומלוה אינון ושמא בפעם אחת פרע הלוה והמלוה נתנם לו כרוכים ולכך ידע שהם כרוכים או כשלוה הלוה שמא לקח ממנו המעות בפעם אחת ונתן לו השטרות כרוכין ואותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו ואף שאינו יודע סימן הכריכה אין נותנים למי שיודע לכך קא משמע לן במתניתין דבתלת' הוי כריכה סי' דלא אמרינן האחר לא נתן אל לבו בכה"ג דכיון שזה יודע הכריכה והשני אינו יודע לא זה ולא זה מוכחא מלת' דלאו דידיה נינהו והלכך אף לפי מאי דקי"ל דמנין לחוד הוי סימן לא קשה הא דלא קתני או תכריך או שלשה שטרות כו' לאשמועינן כשיודע שהם שלשה הוי סימן דזהו פשיט' בלאו הכי אפילו לא הי' מנין סימן דהא כשיודע שהם שלשה מהני אפילו ליכא בהדי' סימן דכריכה דכיון שהשני אינו יודע שהם שלשה פשיט' דלאו דידיה נינהו דהא לא שייך כלל לומר בסימן דשלשה והאחר לא נתן אל לבו דהיאך אפשר שלא ידע שהם ג' וא"כ מילת' דפשיט' היא טובא ואין כאן חידוש כלל אבל בתכריך אשמועינן חידוש גדול וכמו שכתבתי. וא"כ דייק בש"ס שפיר ש"מ קשר סימן דהא הכא בתרי נמי הוי מהני אי לאו טעמ' דאותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו הא בעלמ' דלא שייך האי טעמ' הוי קשר סימן. ומסתמ' מתני' מיירי בכל גווני בין שניהם לפנינו בין אין שניהן לפנינו דהא סתמ' קתני הרי זה יחזיר ועוד דהא דומי' דמצא בחפיסה או בדלוסקמ' קתני דמיירי בכל גווני ועוד דליכ' למימר דבאין שניהם לפנינו לא מהדרינן תכריך של שטרות כלל דהא מדקתני מיד בתר הכי מצא שטר ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבוא אליהו משמע דבריש' לא אמרינן יהא מונח אלא אפי' אין שניהן לפנינו ה"ז יחזיר ובשניהם לפנינו ניא' כדאמרן ובאין שניהם לפנינו בעל כרחך צריך שידע שני הסימנין דכשיודע סימן דכריכה לחוד פשיט' דלא מהני דהא אפי' בששניהם לפנינו לא הוי מהני מטעמ' דאותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו אלא דמהני מטעמ' דכיון שהשני אינו יודע לא זה ולא זה מוכחא מילת' דלאו דידיה נינהו והלכך כשאין שניהם לפנינו דליכ' האי טעמ' פשיט' דלא מהני וגם כשיודע סימן דמנין לחוד לא מהני כשאין שניהן לפנינו דפשיט' ופשיט' דפשיט' דכיון דחד לוה ומלוה אינין שיודע שהם שלשה והנך תלת' כחד חשיב' אלא ודאי כשאין שניהן לפנינו צריך שידע שני הסימנים ולכך נקט במתני' שני הסימנים באין שניהן לפנינו ולכך אפילו באין שניהן לפנינו לא מצי תנא

למיתני דסימן דשלשה לחוד או כריכה לחוד מהני דאע"ג דקי"ל בעלמ' דקשר או מנין לחוד הוי סימן הכא כיון דשל חד לוה ומלוה אינון אינו מועיל כשיודע זה בלא זה כשאין שניהן לפנינו (ואם כן רש"י והנ"י והבעה"ת שכתבו וזה צריך שיאמר כך וכך היו וכרוכין היו מיירי באין שניהן לפנינו) ואע"ג דאיכ' למימר דזה שכרכן מכיר בכריכתן וידע שהם ג' וכרוכים מ"מ כיון שידע תרוייהו תו לא חיישינן דמוכחא מילת' דקושט' קאמר כיון שיודע שני סימנים וחבירו לא בא ולא אמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו. וליכ' למימר דמתני' מיירי באין שניהן לפנינו לחוד דא"כ תיקשי כל הנך קושיין דאמרן דהא מוכח במתני' דכשיודע סימן הכריכה לחוד מהני בשלשה ועוד דאם כן לא הוי דייק הש"ס מידי דקשר הוי סימן דהא קשר לחודיה לא מהני עד שיאמר ג"כ סימן דמנין ועוד דכבר הוכחתי דמתניתין מסתמ' מיירי בכל גווני זהו ברור פירוש הסוגי' ומוכרח מאד וא"א לפ' הסוגי' כלל אם לא כמו שכתבתי: ומעתה דברי הרמ"ה מוכרחים וברורים וז"ל הטור מצא שלשה שטרות או יותר כרוכים זה על זה יכריז שטרות מצאתי למי שיאמר מניינם יחזירם ואין צריך שיאמר היאך היו כרוכים והרמ"ה כתב אע"ג דקי"ל קשר או מנין לחודיה הוי סימן הכא בעינן מנין עם כריכה או קשירה וטעמ' דהנך תרי שטרי דחד לוה ומלוה אינון ושמא בפעם אחת פרע הלוה והמלוה נתנם כרוכים ולכך ידע שהם כרוכין או כשלוה הלוה שמא לקח ממנו המעות בפעם אחת ונתן לו השטרות כרוכין ואותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו ולכך צריך מנין עם הכריכה או הקשירה והני מילי שאין שניהם לפנינו אבל אם הם לפנינו ואחד יודע בכריכה או בקשירה או המנין והאחר אינו יודע לא זה ולא זה נותנים למי שיודע ע"כ. ראה דקדוק לשונו דפתח קשר או מנין וקאמר הכא בעינן מנין עם כריכ' או קשירה ולא קאמר בקצרה הכא בעינן תרוייהו ועוד לאיזה צורך חזר וכתב בסוף דבריו ולכך צריך מנין עם הכריכה כו' אלא כך הוא המשך לשונו אע"ג דקי"ל קשר או מנין לחודי' הוי סימן הכא בעינן מנין עם כריכה או קשירה שע"י מנין יועיל סימן דכריכה או קשירה אבל בתרי לא מהני סימן דכריכה בכל גוונא וטעמ' דהנך תרי שטרי דחד לוה ומלוה אינון ושמא בפעם אחד כו' ואותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחר לא נתן אל לבו לכך אינו יודע סימן דכריכה (וכשאומר סימן דמנין לא איירי הרמ"ה השת' דלא איירי אלא במה דאיירי מתני' וכמ"ש לעיל ואה"נ דכשאומר שהם שלשה אפילו ליכ' בהדי' סימן דכריכה מהני כששניהם לפנינו דהא בסימן דמנין לא שייך לומר והאחר לא נתן אל לבו) ולכך כיון דמיירי בחד לוה ומלוה וידע שהם כרוכים ניחא דצריך שידע מנין עם הכריכה ולא מהני כשיודע אפילו סימן דכריכה לחוד וה"מ שאין שניהן לפנינו אז

צריך שידע שני הסימנים אבל אם הם לפנינו ואחד יודע בכריכה או בקשירה או המנין והאחר אינו יודע לא זה ולא זה נותנים למי שיודע לכך בעינן הכא בשניהם לפנינו שיהיה סימן דמנין ג"כ כדי שעי"ז יועיל כשידע סימן דכריכה ולכך בעי' באין שניהם לפנינו שיודע סימן דמנין ג"כ משום שאז אינו מועיל אפילו סימן דכריכה לחוד וכל שכן שאינו מועיל סימן דמנין לחוד כשאין שניהן לפנינו ודרך כלל באינן לפנינו סמין דמניין לחודי' גרע טפי דפשיט' טובא דכיון דחד לוה ומלוה אינון שיודע שהם ג' אבל סימן דכריכה לחוד סלק' דעתך אמינ' דמהני ובשניהם לפנינו סימן דכריכה גרע טפי דאמרינן ביה האחר לא נתן אל לבו משא"כ בסי' דמנין וכמו שנתבאר אבל כשאומר שני הסימנים מהני אף שאין שניהם לפנינו דכיון שיודע תרווייהו תו לא חיישינן. ומעתה לפי מה שכתבנו כל קושיות הב"י הלכו להם ודי למבין וגם מ"ש הב"י דהיכא דא' אומר סי' דמנין צ"ע למי ינתן לפי מה שכתבתי פשיט' דינתן למי שאומר סימן דמנין וכמ"ש למעלה גם מ"ש הב"י דהיכא דאחד אומר שני סימנין וא' אינו אומר אלא סימן א' נראה פשוט שינתן לאומר שניהם לית' לפי מה שהוכחתי אלא אם השני אומר מנין הם שקולין דאמרינן סימן דכריכה לא נתן אל לבו אבל כשאינו אומר רק סימן דכריכה ינתן לאומר שניהם ואפילו לא הי' אומר רק סימן דמנין לחוד ינתן לו וכמ"ש לעיל (ואע"ג שראיתי ברבי' ירוחם נתיב ך' ח"ב שכ' דינתן לאומר שניה ר' ירוחם לא מיירי התם בשטרות דחד לוה ומלוה ע"ש): גם מ"ש הב"י דהנך תרי שטרי נראה שהוא ט"ס דג' נינהו לית' ואדרב' דוקא כתב תרי שטרי וכמ"ש. וכל זה נ"ל ברור רק מפני שהרבה אחרונים נתקשו בזה ולא ירדו לסוף דעת הרמ"ה והאריכו בפירושים זרים ובפרט הב"ח האריך מאד בדברים שאין הדעת סובלתן על כן הוכרחתי לברר הדבר כשמש בצהרים. ולהורות כי לא מצאו כל אנשי חיל ידיהם ומקום הניחו לי להתגדר מן השמים: העולה מזה בתרי שטרי שהם של חד לוה ומלוה אפילו שניהם לפנינו אין מחזירין בשום ענין אפילו אחד אומר סימן דמנין וכריכה או קשירה והשני אינו אומר שום סימן אלא יהיו מונחים עד שיבא אליהו ובשלשה שטרות ושניהם לפנינו ואחד אומר סימן דמנין או כריכה או קשירה והשני אינו אומר כלום נותנים למי שיודע ואם אחד אומר סימן דמנין והשני סימן דכריכה או קשירה נותנין לזה שאומר המנין ואם אחד אומר שני הסימנים והשני סימן דמנין הם שוין ויהיו מונחים ואם אין שניהם לפנינו אם אומר שני הסימנים דהיינו מנין וכריכה או קשירה מחזירין לו ואם לאו יהיו מונחים ולעיל ס"ק כ' בארתי דלענין לגבות ממשעבדי לא מהני סימן היכי דאיכ' למיחש שהלוה הגיד לו הסי' או עושה עצמו כלא יודע דחיישי' לקנוני':

סעיף לב

מצא אגרות כו' כתב הרמב"ם סוף הל' גזלה ואבדה 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 הלקוחות עכ"ל וכתב ה' המגיד דין כתובה כשאר שטרי חוב ופשוט הוא עכ"ל ותמהני עליו שלא כתב מאין הוציא הרמב"ם דין כתובה כאילו אינו מוזכר בפירוש בש"ס רק שנלמד משאר שטרי חוב ואני אומר שדין כתובה הוא מחלוקת בש"ס ריש פ"ק דמציע' בסוגי' דשנים אדוקין בשטר (דף ז' ע"ב) דגרסי' התם מצא שט"ח לא יוציאו עולמית ר' יוסי אומר הרי הוא בחזקתו ולא חייש ר"י לפרעון והתני' מצא שטר כתובה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה (פי' הריטב"א ונמוק"י דלמאי דקי"ל דחיישי' לקנוני מיירי הכא כגון דליכ' למיחש לקנוני' שכתב בה מפורש חוץ מן האחריות ע"ש) אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ר' יוסי אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשם לא יחזיר לא לזה ולא לזה כו' ובסמ"ג סוף עשין ע"ד סוף דף קנ"ד (והוב' בשלטי גבורים רפ"ק דמציע' דף ס"ד ע"א) ובהגהות מיימוני שם כ' דמדברי הרמב"ם אלו וכן מדפסק גבי שט"ח שלא יחזיר לא לזה ולא לזה מוכח דפסק ברבי יוסי אליב' דרביכ' דאמר איפוך קמיית' ולא כרבנן דאמרי הרי הוא בחזקתו ולא חיישי' לפרעון ותמהו עליו דהא קי"ל הלכה כר' יוסי מחבירו ולא מחביריו ע"כ דבריהם ולא ירדתי לסוף דעתם דאם אית' דפסק כרבי יוסי אמאי כתב בסתם בכתובה לא יחזיר לאשה ה"ל לחלק בין עודה תחת בעלה או לא דהא לר"י עודה תחת בעלה יחזיר לאשה אלא ודאי דעת הרמב"ם ברור כמו שאבאר והנה הריטב"א והני' רפ"ק דמציע' כתבו שר"ח כתב דקי"ל כאוקימת' דרבינ' ואפ"ה לענין פרעון שטר קי"ל כר' יוסי אע"ג דיחידא' הוא לגבי רבנן דהכי מוכח סוגי' דלקמן (ר"ל סוגי' דש"ס גבי מצא שטרי חוב ע"ש וזהו דעת הרמב"ם לפע"ד ודלא כהסמ"ג והגהות מיימוני נ"ל) דלפרעון חיישינן ומיהו גבי כתובה בעודה תחת בעלה אפי' ר' יוסי לא חייש לפרעון אלא דקי"ל כרבנן דפליגי עליה ואין הבעל מודה לא יחזיר ולא משום דחיישינן לפרעון אלא משום שתי כתובות ולאו באומר פרעתי אלא באומר אל תחזירוה לה שיש בידה כתוב' אחרת ותוצי' על יורשי שטר אחר שטר ע"כ דבריהם וזהו שלא כדעת הרמב"ם דהא הרמב"ם פסק אף בכתוב' דחיישינן לפרעון ונפק' מינ' אפי' אינו אומר כתבתי לה כתוב' אחרת אין מחזירי' לה. ונ"ל דעת הרמב"ם שפסק כר"פ דקאמר התם לעולם לא תיפוך ור"י לדבריהם דרבנן קאמר לדידי אפי' נתראמל' או נתגרש' נמי לא חיישינן לפרעון לדידכו אודו לי מיהת בעוד' תחת בעלה דיחזיר לאשה דלאו בת פרעון היא ואמרי' ליה

רבנן אימר צררי אתפס' ומשמע לי' להרמב"ם דאע"ג דרבינ' בתרא' הוא מ"מ כיון דר"פ מתרץ לה כפשוט' וא"צ להפך בריית' קי"ל כוותיה ועוד דאפשר דגם רבינא מודה לדינא לר"פ אלא דבעי לתרוצי דמאי דקאמרי' לעיל איפוך קמיית' ומהדרינ' לומר בבתריית' חסורי מחסר' וקאמר איהו לעולם איפוך ולא חסורי מחסר' כר עוד נראה דס"ל להרמב"ם דגם רבינ' ס"ל דטעמ' דרבנן משום דחיישינן לפרעון ולא ס"ל כפירש"י וריטב"א ונ"י דמפרשים דלאו באומר פרעתי דלישנ' דאין הבעל מודה לא משמע הכי אלא ס"ל דה"ק רבינ' דאע"ג דבעלמ' ס"ל לרבנן דלא חיישינן לפרעון הכא מודו רבנן משום דחיישינן לשתי כתובות (מיהו לענין פרעון שט"ח פסק דקיי"ל דחיישי' לפרעון דסוגי' דש"ס גבי מתני' דמצא שט"ח ס"ל הכי וכמ"ש הנ"י וריטב"א וק"ל) והלכך נאמן לומר פרעתי במגו דשתי כתובות וכ"כ הריטב"א שם בריש פ"ק דמציע' וז"ל ואיכ' מ"ד דאפי' כי אמר פרעתי נאמן ואפי' בעוד' תחת בעלה מגו דמצי למימר כתובה אחרת כתבתי לה עכ"ל ואע"ג דכתב שם הריטב"א ומיהו מסתברא דאינו נאמן דהוי כמגו במקום חזקה כו' הרמב"ם לא ס"ל כן וס"ל דכיון דנפל איתרע ליה חזקה וס"ל דגבי כתובה כיון דאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה שכיח דכותב לה כתובה אחרת ושכיח דאתפסי צררי או כיון שאבדה כתובתה ואסור לשהות עמו בלא כתובה כשתובעת מבעלה שיכתוב לה כתובה אחרת בעל כרחה צריכה למחול כתובה הראשונה ונראה שלזה דקדק הרמב"ם וכתב שמא נפרעה כתובה זו או נמחלה כו' דלאיזה צורך כתב כתובה זו הל"ל שמא פרעה וכמ"ש כן לעיל גבי מצא שט"ח וכן לאיזה צורך כתב כאן או נמחלה ולא כתב כן לעיל גבי שט"ח אלא ודאי כוונתו לומר דכאן כיון דאסיר לשהות עם אשתו בלא כתובה חיישינן שנפרע כתובה זו או נמחלה כשכתב לה אחרת וזה ברור ודו"ק. והרי"ף והרא"ש שלא הזכירו דין כתובה בריש פרק קמא דמציעא נראה שדעתם כדעת הרמב"ם דאם איתא דס"ל כהריטב"א והנ"י ה"ל להביא סוגית הש"ס דהא כתובה שאני משט"ח אלא ודאי ס"ל דכתובה דינה כשט"ח וסמכו עצמם אמ"ש בשט"ח דלא יחזיר לא לזה ולא לזה דחיישינן לפרעון ולקנוניא כן נ"ל. (ומ"ש הנמוקי יוסף בסוף דבריו וכן דעת הרי"ף ז"ל בתשובה כר לפענ"ד אינו ענין לזה כלל דהרי"ף מיירי התם שהכתוב' בידה ע"ש):

סעיף לג

ומיהו אם יבוא העבד כו' בב"י וד"מ כתבו דבש"ס מוכח דהיינו למ"ד דלא אמרינן עידיו בחתומיו זכין לו אבל למ"ד (לעיל סי' ל"ט ס"ק ל"ו) עדיו בחתומיו זכין לו א"צ להביא ראיה דכיון דמטא לידיה לבסוף זכין לו למפרע משעת חתימה דהא קי"ל זכות הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו ולכן תמה הב"י על הרא"ש וטור ור' ירוחם שכתבו שצריך העבד

להבי' ראיה ובב"ח תירץ קושית הב"י ואין דבריו נכונים כלל לא בסבר' ולא בש"ס ע"ש אבל לי נראה לתרץ דסבירי' להו להרא"ש והנמשכים אחריו דודאי המקשה לא אסיק אדעתיה שיש חילוק בין שטר שחרור לשאר שטרות והוה ס"ל דכמו דשאר שטרות עיקרן משום ממון לטרוף לקוחות ה"ה שטר שחרור לכך הוי ס"ל דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו הוי כמו בשאר שטרות דהא אין טעם לחלק ביניהו אבל למאי דמשני דכי אתי למטרף אמרי' ליה זיל אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך וא"כ צ"ל דלא דמי לשאר שטרות דאין מחזירים ע"י שנאמר לו אייתי ראי' אימת מטא שטרא לידך משום דשאר שטרות אהדרוהו כדי ליטרף אבל גט שחרור אהדרוהו ניהליה כדי שלא יהא משועבד וכדמשלי ש"ס לעיל הכי גבי גט אשה דל"ד לשאר שטרות מה"ט דהא דאהדרוהו ניהלה משום דלא תיעגן ותיתב ועיקר כתיבתו משום מילתא דאיסור' ולא משום ממון לטרוף וכמ"ש הנימיקי יוסף וכ"כ הרא"ש פ"ב דגיטין דלקוחות מסקי אדעתייהו לומר אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך דמה שניתן הגט לידך היינו כדי להנשא ועיקר הגט לאו לגוביינא וכה"ג מפליג (ובזה מתורץ מה שהקשה בספר תורת חיים פ"ק דמציעא ודחק לחלק דבגט שחרור איכא הוצאה מרובה לכתוב אחר ובחנם דחק דהדבר ברור כמ"ש) בין גט לשטר הנמצ' בפ' שנים אוחזין עכ"ל וא"כ כיון שהשטר שחרור אין עיקרו רק משום מלת' דאיסור' דלא ליהוי עבד ולא משום ממון לטרוף מנא לן דאביי ס"ל בהא עדיו בחתומיו זכין לו דהא שפיר יש לחלק דל"ד לשאר שטרות שעיקרן לטרוף א"כ זכין לו העדים לטרוף משעת חתימה שעיקרו עומד לכך משעת חתימה אבל בגט אשה וגט שחרור לא זכו לו העדים משעת חתימה לטרוף לקוחות כיון שעיקרן אינן עשוין לטרוף לכך לא זכו בהן לטרוף עד שיגיע לידן. וליכא לאקשויי מנ"ל לחלק בכך דאדרבה איפכא איכא לאקשויי מנ"ל דאביי פליג פלוגת' רחוקה ארב אסי וס"ל בכל דוכתא עדיו בחתומיו זכין לו דלמא בהא מודה ליה כיון דיש טעם לחלק ביניהם ועוד דיש להם ראיה לזה דבספ"ק דמציע' כתב הרא"ש וז"ל ועוד שמעינן מדברי הרי"ף דלא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו אלא דוקא לענין שעבוד דלא להוי שטר מוקדם אבל לא לענין מתנה או מכר כו' עכ"ל והשתא קשה נהי דהרי"ף ס"ל הכי מ"מ מנ"ל להרי"ף לחלק בכך אלא ודאי ס"ל דכל מאי דמצינן למימר דאביי מודה לרב אסי לא משווינן פלוגת' רחוקה בחנם וא"כ ה"ה הכא כך יש ליישב לדעת הטור ור' ירוחם: אבל לענין דינא נראה עיקר דהרא"ש לא העתיק רק דברי הרי"ף וליה לא ס"ל וכן דרכו בכמה מקומות וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' מ"ו ע"ש:

סעיף לד

צריך להביא ראיה כו' כיון דאיתרע בנפילה טור משמע אבל בשאר שטר שחרור וגט דלא איתרע בנפיל' א"צ להבי' ראיה וכן משמע יותר בהרא"ש ור' ירוחם וכן כתבו התוס' והגהת מרדכי וכן הוכיחו עיר התוס' פ"ב דגיטין והרא"ש והרשב"א והר"ן שם והשיגו על פירש"י שם שפירש דבכל גיטין אמרי' אייתי ראיה אימת מטא גיטך לידך לענין טריפות לקוחות ואין להקשית א"כ בגטין שנפלו ניחוש דלמ' בשעת טריפה לא ידעו הלקוחות שנפל דכל גט שנמסר לאחר זמן הכתיבה קלא אית ליה וכן הוא להדיא בדברי הפוסקים הנ"ל ועמ"ש בסי' מ"ג ס"ק ל"ג:

סעיף לה

להבי' ראיה כו' דכיון דאיתרע בנפילה איכא למיחש לקנוני' שאין דעתו לשחררו בו ומה שאומר ליתנו להעבד היינו כדי שיטרוף מלקוחות מזמן הכתיבה ומ"ה לא סגי כשמביא ראיה שבא לידו קודם הנפילה דאכתי איכא למיחש לקנוני' עכ"ל סמ"ע נראה מדבריו דאפילו משעה שראוהו בידו אינו טורף עד הנפיל' רק משעת הנפילה ואילך דאל"כ ל"ל לטעמא שאין בדעתו לשחררו וגם ל"ל למימר דאכתי איכא למיחש לקנוני' תיפוק לי' דכימייתי ראיה שהיה בידו קודם הנפילה מאן לימא לן שהיה בידו משעת כתיבה ודוחק לומר דכי מייתי ראי' מסתמ' הרב לפנינו אלא משמע דלישנא דמזמן הכתוב בו שכתבו הטור והמחבר דחקו להסמ"ע לכך פי' דה"ק דאינו טורף משעה שראו בידו דכיון שלא ראו בידו ביום הכתיבה חיישי' שמא לא ניתן לו הגט ע"מ לשחרר רק לטרוף מיום הכתיבה. כן נראה דעת הסמ"ע. אבל לפע"ד אין דבריו נכונים דמשמע בש"ס ופוסקים דכל אימת דמייתי ראי' שהיה הגט בידו טורף מזמן שראוהו בידו ואילך ולא חיישינן רק לקנוני' דשמא לא ניתן לו הגט בזמנו אבל משעת נתינת הגט ואילך תו ליכא למיחש לקנוני' דכיון שניתן לו הגט ודאי דעתו לשחררו ומ"ש הט"ו מזמן הכתוב בו היינו כשרוצה לטרוף מזמן הכתוב בו הזמן היותר אפשר נקטו בלשונם (ואולי יש לפרש גם דברי הסמ"ע דר"ל דאינו טורף מיום הכתיבה וליישב לשונו בדוחק) ועוד נראה דעד כאן לא אמרי דאיתרע כשנפל אלא כשאין ידוע שהגיע קודם הנפילה הגט והשחרור ליד האשה והעבד דאיכ' למיחש שמהבעל והאדון נפלו ולא הגיע כלל לידם ולא נתגרשה או נשתחרר אבל אם מביא עדים שראו השטר בידו קודם הנפילה טריף משעת הכתיבה דהא השתא לא שייך לומר דאיתרע בנפילה דכיון שהגיע השטר לידו קודם לכן כבר נשתחרר וכי נפל אח"כ ודאי מהעבד נפל ואפי' אי מהאדון נפל אין קפידא דאפילו נתנו העבד אח"כ להאדו או נתנה האשה הגט לבעלה ונפל מהבעל והאדון אינו כלום דכיון

שנתגרשה ונשתחרר כבר יכולים לעשות עם הגט מה שירצו ומה בכך שנפל אח"כ וא"כ כיון דליכא ריעותא א"כ מסתמ' נמסר ביום הכתיבה תדע דהא כתבו הרא"ש והרשב"א ושאר פוסקים פ"ב דגיטין דבל גט ושחרור שנמסר שלא בזמנו קלא אית ליה וא"כ ה"ה הכא אם אית' שלא נמסר ביום הכתיבה קלא הוה ליה. ומ"ש הט"ו צריך להביא ראיה שהגיע לידו מזמן הכתוב בו היינו כשמביא ראיה שיודעים מתי הגיע לידו כגון שהיו בשעת המסירה אז צריך שידעו שהגיע לידו מזמן הכתוב בו דאם לא כן אינו טורף אלא משעה שהגיע לידו ומשום דבש"ס איתא האי לישנא אייתי ראיה אימת מטא גיטך לידך לכך הוצרכו לפרש כן. כנ"ל ברור ודו"ק:

סעיף לו

ובמקום שעדיו כו'. ר"ל כשכתוב בשטר בהדיא מעכשיו וכמ"ש הר"ב בסי' ל"ט סעיף י"ג וכן פי' הסמ"ע מיהו לפי מה שהשגתי בסי' ל"ט ס"ק ל"ז עלה ר"ב בזה א"כ [להמחבר והפוסקים כרב אסי] אין חילוק בין מעכשיו אך למאן דפסק כאביי א"כ גם בכאן עדיו בחתומיו זכין לו וכמ"ש הב"י וד"מ וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ג:

סעיף לז

המוצא כו'. לא יתננו לו. כתב מהרש"ל דדין זה הוא לדעת הרי"ף והרמב"ם ולא אליבא דהלכתא לפי מה שפסקו התוס' והרא"ש כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו דלדידהו אין חילוק בין שטר הקנאה לשאר שטרות אלא לעולם כשמודה נותנים לו אם לא בשכ"מ ובבריא עכ"ל וכן עיקר ודלא כהב"ח שהשיג עליו וכתב דמ"מ חיישינן שמא כתב ליתן ולא נתן והשליכו לאשפה דנתבטל השטר לגמרי וחספא בעלמא הוא ולא אמרי' בכה"ג עדיו בחתומיו זכין לו כו' ע"ש שהאריך בזה וכל דבריו אינם נכונים לא בסברא ולא בש"ס דבש"ס פ"ק דמציעא דף י"ג ע"א ודף כ' ע"א ושאר דוכתי מוכח שלא כדבריו גם מה שכתב בפירוש דברי הרא"ש אינו נכון ואדרבה איפכא נראה דתמיהת הב"ח על הרא"ש מעיקרא אינה כלום דמתחלה לא העתיק הרא"ש רק דברי הרי"ף וליה לא ס"ל וסמך אמ"ש אח"כ דמילתא דרבי אבא בר ממל לא מיתוקמא כאביי וכן דרכו בכמה מקומות ואפשר גם הטור כוונתו כן שסמך אמ"ש מחלוקת הרי"ף והתוס' לעיל ס"ס ל"ט:

סעיף לח

לא יתננו כו'. משום דחיישי' לקנוני' שמא כתב ליתן לו ולא נתן לו השטר ונתנו או מכרו אחר כך לאחר והשתא קהדר ביה ש"ס ופוסקים. ומשמע דאם יביא המקבל או הלוקח ראיה שנתן לו השטר מהני דל"ד לשט"ח דאיכ' למיחש לפרעון וכ"כ בסמ"ע ס"ק מ' ופשוט הוא ועמ"ש לעיל ס"ס נ"ו ס"ק כ"ח וס"ס ר"ן אך מה שמסיים בסמ"ע

וז"ל והא דכתב הט"ו לעיל בסי' מ"ג סס"ו דמחזירים כשמביא ראיה ומשמע שם דקאי נמי אשט"ח שם מיירי שהמלוה עצמו מצאי לאחר נפילה עכ"ל ולא נהירא וכבר השגתי עליו בזה לעיל סי' מ"ג ס"ק ל"ג והא דאין מחזירין למקבל או ללוקח ע"י שנאמר להם אח"כ זילו אייתו ראיה אימת מטא שטרא לידכם דכיון דעיקרן משום ממון לא אתי לקוחות ותבעי דאמרי כיון דאררנוהו ניהליה ודאי קמו במלתא ומקמי דידי מטא לידיה וכדאמרי' בש"ס גבי שט"ח כמ"ש לעיל סעיף י"ג ס"ק ל"ג:

סעיף לט

אע"פ שלא הגיע השטר לידו כו'. ופי' אפי' ידוע שלא הגיע לידו וגם הנותן והמוכר מוחים עתה ליתן לו אפ"ה יחזיר וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ל"ו ע"ש:

סעיף מ

זה ישבע כו' וישלם כו'. זה היא סברת הרמב"ם שאין מחלק בין אדוקים בתורף או בטופס וה' המגיד וגם הב"י נתקשו בזה וכתבו שאולי ה"ל להרמב"ם גירסא אחרת ולפענ"ד אדרב' ה"ל גירסת הספרים שלפנינו אלא דלא ס"ל כפרש"י משום דלפירש"י קשה טובא חדא דלישנא דר"י אמר משמע דפליגי ועוד דלפירש"י צ"ל דהאי ואפי' אחד אדוק בטופס כו' המקשה קאמר ליה וזה דוחק ועוד דא"כ לא הל"ל כלומר רק הל"ל והתניא זה נוטל כו' ועוד דעיקר התירוץ דמר אמר חדא ומא"ח ולא פליגי חסר מן הספר ועוד דלישנא דלעולם חולקין דוחק לפרש דקאי דוקא אתורף בי מצעי ועוד דמשמע דהאי לא צריכא דקאי תירף בי מצעי אברייתא קאי ועוד דקאמר בתר הכי בש"ס לר"א דאמר זה נוטל תופס וזה נוטל תורף כו' מדקאמר לר"א דאמר כו' משמע דר' יוחנן פליג לכך נראה דר' יוחנן ס"ל דוקא בטלית אמרי' זה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' כיון שזה לבדו מה שתפוס בידו שוה שום דבי. אבל בשטר כיון שאינו שוה כלום אלו היה כל א' נוטל מה שבידו דהא שטר קרוע אינו שוה כלום וגם גופו של שטר אינו אלא לראיה ואין גופו ממון הלכך אין תפיסתו כלום ולעולם חולקין ואפי' אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתירף והתניא גבי שטר נמי זה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' וקס"ד דברייתא מיירי בכל גווני ואפי' כשאחד אדוק בטופס וא' בתורף זה נוטל הטופס וזה נוטל התורף וק' לר' יוחנן ומשני לא צריכ' הא דקתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת היינו היכא דקאי תורף בי מצעי ונוטל כל א' הנייר לציר ע"פ צלוחיתו עד מקום שידו מגעת ושאר השטר דהיינו התורף חולקין ופריך אי הכי מאי למימרא פשיטא דנוטל עד מקום שידו מגעת ואמאי קתני בברייתא זה נוטל עד מקום שידו מגעת ומשני דלכך קתני נוטל עד מקום שידו מגעת לאפוקי דלא נימא דהיכא דקריב תורף לגבי חד מנייהו חולקין באמצע

ויהבינן להאי התורף לכך קאמר דאין לו שום מעלה יותר בשביל דקרוב התורף גביה רק שנוטל עד מקום שידו מגעת ואע"ג דאפי' אדוק בתורף לא יהבינן ליה התורף מ"מ אשמעי' היכא דקאי תורף בי מצעי דסד"א דדוקא אדוק לא מהני דכיון דשטר אין גופו ממון לא מהני תפיסתו אבל הבית דין עצמם חולקים על פי שיווי השטר וה"א דהיכא דקרוב תורף לחד מנייהו יתנו לו התורף על פי שומת ב"ד קמ"ל. ולפ"ז לעולם אין חילוק אלא לעולם חולקין ולכך לא חילקו הרי"ף והרמב"ם ובעל העיטור דף כ' ע"ד וכן הסמ"ג דף קע"ז ריש ע"ב בדבר:

סעיף מא

וי"א כו'. כן הוא בטור וכתב ב"י והתימה על הטור שדרכו לימשך לדעת הרא"ש וכאן נראה שהוא חולק עליו עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דאפילו תימא דהרא"ש ס"ל דפליגי ופסק כר"א מ"מ היאך נראה שהטור חולק עליו דהא הטור כתב ממש כדברי ר"א ועוד דאין הכרע בדברי הרא"ש ואדרבה יותר נראה דס"ל כפירש"י דלא פליגי ולכך לא הביא רק דברי ר"א כיון דר' יוחנן לא פליג עליו ודברי ר' יוחנן לא הוצרך להביא שהרי ר' יוחנן לא חידש כלום דמה דס"ל לרבי יוחנן דחולקים היכא דקאי תורף בי מצעי הוא בכלל דברי ר' אליעזר אבל אי הוה ס"ל להרא"ש דפליגי קשה אמאי לא פסק כרבי יוחנן דהא קי"ל בכל דוכתי הלכה כר' יוחנן לגבי ר"א. גם מ"ש הב"ח בכאן ליישב קושיות ב"י דבריו תמוהים וכמדומה שלא ידע מה היה קשה לב"י וגם לא עיין בש"ס כלל שהרי לא הוזכר בש"ס כלל בדברי ר"א או ר' יוחנן מאוחזין בגליון והוא פשוט מעצמו דאוחזין בגליון דינו שוה לשניהם אדוקי' בטופס או בתורף וק"ל:

סעיף מב

זה ישבע וכו'. וי"א שחולקין בלא שבועה שלא נתקנה שבועה זו אלא כדי שלא יהא כל א' תוקף בטלית של חבירו לפיכך לא תקנוהו אלא בדבר דשכיח אבל לא בשטרות דלא שכיח עכ"ל טור והמחבר השמיט דעת י"א אלו ומשמע שנראה לו עיקר כסברא הראשונה ואפשר משום שלא מצא המחבר סברת י"א אלו גם בב"י רשם דין זה ולא הראה מקומו ואישתמיטתיה דברי בעה"ת שער פ"ג שכתב סברת י"א אלו או אפשר שנראה לו דלא כי"א משום שבש"ס ופוסקים לא חילקו בכך וגם הרמב"ם וכן הסמ"ג דף קע"ז ריש ע"ב כתבו בפירוש בדין זה זה ישבע כו' והעתיק המחבר דבריו לעיל בסמוך וכן עיקר:

סעיף מג

נוטל יתרון הממון ששוה התורף יותר בשביל הזמן שבו וכך נוטל תחלה מי שהוחזק בו ואם יש כאן עידי מסירה נמצא שבין תורף ובין טופס שניהם כשרים לגבות בלא עדי חתימה אלא שהטופס שוה יותר בשביל העדים החתומים בו דשמא ילכו עדי מסירה למדינת הים או ימותו הלכך שמין עילוי של טופס בשביל עדיו ועילוי של תורף בשביל הזמן ומאי דביני ביני מנכין ליה והשאר חולקין עכ"ל טור והיינו למ"ד עידי מסירה כרתי אף בשטרות. וכבר כתבתי לעיל ס"ם נ"א ס"ק ז' דרבים חולקין דלא קי"ל עדי מסירה כרתי בשטרות ע"ש:

סעיף מד

ששוה התורף. בשביל הזמן שהרי השטר כשר אף בלא זמן כן הוא בתוס' ואשר"י ועיין בעיר שושן שהאריך בפירוש דברי הטור ולפע"ד אין דברי נכונים שהבין דכשאין עדי מסירה נמי שמין הטופס בשביל העדים רק ששמין מה ששוה התורף יותר משום הזמן דומה לטלית שמוזהבת משני הקצוות וצד אחר יש בו זהב הרבה והוא בידו של א' מהם ובצד השני יש בו זהב מעט והוא בידו של השני שצריך לנכות שיווי זהב המעט מן הזהב הרבה כו' וליתא אלא דכשאין עדי מסירה אין שמין הטופס בשביל העדים. דאע"ג דאדוק בעדים אין תפיסתו כלום דכיון שהיה השטר פסיל בלא עדים אין שמין העדים אבל כשישעידי מסירה אז שמין ג"כ עילוי הטופס בשביל העדים ומ"ש הטור הלכך שמין עילוי הטופס כו' קאי איש כאן עידי מסירה וכך מוכח להדיא בתוס' פ"ק דמציעא סוף דף ז' וכן משמע באשר"י ע"ש ודו"ק (ע' בתשו' ר"י לבית לוי סי' מ'):

סעיף מה

והשאר יחלוקו בשוה בשבועה. כ"כ הטור ומשמע דמה שאוחז בידו נוטל בלא שבועה וכ"כ בעיר שושן וכתב אלא דמ"מ יכול לגלגל עליו וכדלקמן סי' קל"ח סעיף ג' ותימה לי על הטור דהיינו דוקא לדעת הרמב"ם אבל הרא"ש פ"ק דמציעא והטור הא פסקו לקמן סי' קל"ח דאף על מה שתפוס בידו צריך לישבע וי"ל דס"ל להטור דהיינו דוקא בטלית אבל בשטר כ"ע מודו ואף לסברא הראשונה דאף בשטר תקנו כן משום דלא פלוג היינו כשנוטלים בשוה אבל כולי האי לא שכיח שיהא אדוק בשטר ובתורף דוקא ואפשר גם שאר הפוסקים שכתבו גם בשטר שבועה ולא חילקו היינו לשטתם שאין מחלקים בין אדוק בתורף או בטופס אלא לעולם חולקים בשוה אבל דזה שאוחז בתורף נוטל שווי התורף אה"נ דנוטל בלא שבועה רק מצד גלגול צריך לישבע או אפש' דהטור קצר בלשונו וסמך אמ"ש לקמן סי' קל"ח וצ"ע:

סעיף מו

יש מי שאומר שגובין בו. כ' בסמ"ע עמש"ל ס"ק ב' דדוקא בשטר שנפל ס"ל הכי וכה"ג כ' הב"ח ולא נהירא לחלק וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק ד' ועוד מדברי הטור והמחבר שכתבו המחזיר שטר שמן הדין לא ה"ל להחזירו כו' משמע דכל שטר שלא ה"ל להחזירו דינא הכי גם מדברי הסמ"ע גופיה בסי' נ"ה ס"ק ד' משמע דאין חילוק בין נפילה לשליש ע"ש גם מ"ש בשארית יוסף ומביאו בד"מ ריש סי' זה לא נהירא מכח מה שכתבתי גם כבר השיג הב"ח ע"ז אלא נרא' דאין חילוק ולעיל בסעיף א' שאני כיון שהמלוה עצמו אינו טוען ברי וכמ"ש שם. ס"ק ד' ע"ש:

סעיף מז

ויש מי שאומר שאפי' גבו בו ב"ד כו'. ואע"ג דלעיל סי' מ"ו כ' הרא"ש והטור סוף סעיף ל"ג דאם התפיסוהו בה קודם שנולד הספק מהני שאני התם דהספק הוא בגוף השטר עצמו ולא איתרע השטר אבל הכא שהספק אינו בגוף השטר דאיתרע השטר כיון שנפל כן נ"ל:

סעיף מח

שאפילו גבו בו ב"ד. פי' שהלוה טען שאינו חייב לו דאלו גבו לו ב"ד ע"פ הודאתו פשיטא דאין מחזירין וכן בסיפא דקאמר אבל אם מעצמו פרע למלוה היינו שטען שאינו חייב אלא שהיה מוכרח לפרוע לו מחמת השטר שהיה ביד המלוה ופרע לו מעצמו דאל"כ פשיטא ומ"ש הטור הטעם הואיל שמעצמו פרע יודע היה שאינו פרוע ועכשיו שמצא עדים שנפל ר"ל פרוע הוא כו' וכך כתב בעיר שושן ר"ל אע"פ שטען וצווח מתחלה שאינו חייב לו כיון שאח"כ פרע מעצמו יודע היה שאינו פרוע כו' ואע"ג דבספרי תקפו כהן סימן נ' העליתי דתפיסה ברשות מהני בכל ענין וראיה ממת הבן בסוף ל' יום כו' ושאר ראיות והתם לא שייך לומר שהי' יודע שחייב לו ופרע לו ואפ"ה מהני הכא דכיון שהוכרח ליתן לו מחמת השטר ה"ל נתינה בעל כרחו ולא היה מקרי תפס ברשות אי לאו דאמרי' יודע היה שאינו פרוע ונתן לו ברשות ומה שהביא הבעה"ת שם ראיה על דין זה ממת הבן ביום ל' לא קאי אלא אדין דאפילו פרע ליורשיו דאין תפיסתן ברורה ואפ"ה מהני הואיל ומדעת בעליהן בא לידן וז"ל שם ואפי' פרע ליתומיו מהניא להו תפיסה הואיל ומדעת בעליהן באו לידן אע"פ שאין תפיסתן ברורה להן שהוא כדין וכן פסק בדומה לזה ה"ר נתן בן ה"ר מאיר ז"ל בשער התפיסות שאם בא לידו מדעת הבעלים אע"פ שאינו ברור בתפיסתו מהניא לי' הראי' מת הבן ביום ל' אם לא נתן לא יתן ואם

נתן לא יטול עכ"ל נמצא יפה כיון הטור בבעה"ת ודלא כבעל גדולי תרומה שם לדעת הטור ע"ש ודו"ק:

סעיף מט

בזמן שהמלוה מודה כו'. כתב הסמ"ע וזה לשונו דוקא נקט המלוה מודה דאז ליכא למיחש לקנוני' דבעי לאפקועי חובו ממי שהוא חייב לו גם זה מטעם הנ"ל בס"ק י"ט דכיון שיש לפנינו שובר כשר מסייע להודאתו לא חששו אלא היכא דאיכא ודאי פסידא דב"ח כמ"ש לקמן סימן פ"ו ס"ה (ועמש"ל ר"ס מ"ז) אבל אם הלוה מודה שעדיין לא פרע אין מחזירים אותו להמלוה כיון דאיתרע בנפילה חיישינן לקנוני' דבעי לאפקועי' מלקוחות שקנו מהלוה וכמ"ש לעיל ס"ו עכ"ל ואין דבריו נכונים מתחלתן ועד סופן מ"ש לקנוני' דבעי לאפקועי חובו כו' ודאי ליתא דלקנוני' זו ודאי ליכא למיחש אפי' היה ודאי פסידא דב"ח דהא אי בעי המלוה הוה קרע ליה לשטר או קלייה או מצנע ליה (וגם דברי הב"ח סעיף כ"ג אינם מחוורים בזה) וגם מ"ש מטעם הנ"ל בס"ק י"ט כבר השגתי עליו לעיל סעיף ז' ס"ק כ"ב ועוד דבש"ס פ"ק דמציע' סוף דף י"ט הקשו ע"ז דניחוש שמא מכר השטר ותירצו שהרי יכול למחול השטר בכל עת וכדלקמן סי' ס"ו סעיף כ"ג וה"ט שייך נמי הכא למ"ד שיכול למחול חף נגד ב"ח שלו וכמ"ש לעיל סי' מ"ז. גם מ"ש אבל אם הלוה מודה כו' אין מחזירים כיון דאיתרע בנפילה כו' הוא תמוה דאדרבא כיון שהשובר איתרע בנפילה כ"ש שהשטר בתקנ' הוא ובשטר לא איתעבד ריעותא ואמאי ניחוש לקנוניא תדע דהא מ"מ השטר הוא אצל המלוה ומנין ידעו הלקוחות של לוה מהשובר ועוד כשהמלוה מודה מחזירים ללוה ולא חיישי' שהלוה יחזירנו למלוה או יקרענו ואין לומר דכשמחזירים ללוה קורעים השטר דא"כ לא הל"ל יחזיר ללוה אלא הל"ל מחזירים השטר ללוה אלא משמע דמיירי שאין השטר לפנינו ועוד דבש"ס ופוסקים מוכח להדיא הכי מדשקיל וטרי דניחוש שמא מכרה הכתובה ומשני שיכול למחול לאביי הוא דמשני בששטר כתובה לפנינו אלמא דמחזירים בשובר בלא כתובה אלא ודאי כמ"ש (והא דנקט הטור בזמן שהמלוה מודה כו' לאו למעוטי לוה מודה אתא אלא אדרבה מלוה מודה אצטריך דסד"א שמא מכר השטר וכדאיתי בש"ס ע"ש) וגם הב"ח ס"ל בזה בסוף דבריו כמו שכתבתי אך שבחנם נסתפק מתחלה בזה דהדבר ברור כמ"ש:

סעיף נ

אינו מודה כו'. איירי שאין השובר מקויים אלא שאפשר לקיימו כגון שהב"ד מכירים החתימות או אפשר לקיימו בא' מן הדרכים שנתבאר בסי' מ"ו דאי במקויים ממש דהיינו

שנכתב הקיום בשובר פשיטא דאפילו אין המלוה מודה יחזיר ללוה דאפי' היה ביד המלוה כשר וכדלקמן ואם אי אפשר לקיימו אפי' היה ביד הלוה אינו כלום אלא כדפי':

סעיף נא

אינו כלום. אפי' עדים חתומים על השובר ואפשר לקיים חתימתן ובס"ק שאח"ז הבאתי בשם הירושלמי דבשטר מתנה כגון שכתוב בו תנו ר' זוז לפלוני וכה"ג ונמצא אצל בעל השטר מתנה שובר שהוא פרוע השטר מתנה שבידו בטל והא דלא משני בש"ס דילן הכי היינו משום דמשמע לש"ס דילן דמסתמא מתני' מיירי בכל השטרות גם הבעל העיטור הביא הירושלמי:

סעיף נב

אפי' אם הוא כתב יד הלוה. בבעה"ת שער נ"ג סוף ח"ג כתב שהר"י ברצלוני נסתפק כשהוא כתב יד הלוה והבעה"ת הכריע דאינו כלום והמעיין שם יראה שאין הכרעתו מוכרחת ואני מצאתי בירושלמי ספ"ק דמציעא מבואר שם להדיא דבכתב יד הלוה השובר כשר והכי איתא התם רב ירמיה בשם רב סמפון שיוצא מתחת ידי מלוה בכתב יד המלוה פסול אני אומר מתעסק היה בשטרותיו הא מתחת ידי אחר כשר ר' יצחק בר נחמן בשם שמואל לעולם אין סמפון כשר עד שיצא מתחת ידי המלוה בכתב ידי הלוה והתניא שלא פקדנו אבא ושלא אמר לנו אבא ושלא מצינו בין שטרותיו ששטר זה פרוע הא נמצא פרוע מחי כדון אמר ר' יוסי בר בון תיפתר כגון הדא דייתיקי' שאין אדם מצוי לפגם דייתקין שלו עכ"ל הירושלמי. ונ"ל דה"פ דביד הלוה קרוי שובר וכל שאינו ביד הלוה קרוי סמפון וכמ"ש התוס' ספ"ק דמציעא וס"פ זה בורר וקאמר הא מתחת יד אחר כלומר מתחת ידי שליש כשר ור' יצחק בר נחמן אמר יוצא מת"י שליש נמי פסול (וס"ל כלישנא בתרא דר"נ דס"פ זה בורר ואנן קי"ל כלישנא קמא דהתם דלישנא בתרא איתותב התם ע"ש) ולעולם אין סמפון כשר עד שיצא מתחת ידי המלוה בכתב יד הלוה אבל ליכא למימר דבכת"י הלוה נמי פסול דא"כ מתני' דקתני ואם יש עמהם סמפונות יעשה מה שבסמפונות היכא משכחת לה דהירושלמי לא מוקי כשנמצא בין שטרות קרועים ופריך והתנן שלא פקדנו כו' ששטר זה פרוע הא אם נמצא פרוע מה בכך כיון שיוצא מתחת יד המלוה דודאי מסתמא ליכא למיחש שמא היה שם שובר בכת"י הלוה שיצטרכו היורשים לישבע ע"ז דמהיכי תיתי ניסק אדעתין שהיה שם שובר בכת"י הלוה ומשני תיפתר בדייתיקי כלומר שטר דהתם מיירי בשטר מתנה כגון שכתוב בשטר תנו לו ר' זוז וכה"ג ונמצא שם שובר ששטר זה פרוע שאין אדם מצוי לפגם דייתקין שלו דדוקא שטר חוב שהלוה לו אמרי' מתעסק היה אבל בשטר מתנה כיון שאינו אלא מתנה

זהיר בו ביותר ואינו מתעסק לפגם דייתיקין שלו: שוב ראיתי שגם הבעל העיטור דף כ"ה ע"ג הביא הירושלמי הזה רק שיש שם בדברי ר' יצחק בר נחמן לעולם אין סמפון כשר עד שיצא מתחת ידי המלוה והא תנינן שלא פקדנו כו' וטעות סופר הוא כדמוכח בדברי בעל העיטור גופיה למעיין שם ועוד דא"כ היאך קאמר לעולם אין סמפון כשר כו' הכי הל"ל סמפון שיוצא מתחת יד מלוה כשר ועוד דא"כ הל"ל הך והתנינן כו' לעיל מדברי רב ירמיה ולא מדברי רב נחמן אלא ודאי ט"ס הוא בבעל העיטור וצ"ל לעולם אין סמפון כשר עד שיצא מתחת ידי המלוה בכתב ידי הלוה כמו שהוא בירושלמי שהבאתי וכדפרישית:

סעיף נג

או המלוה. נראה דאדלעיל קאי שנמצא שובר דהיינו שכתוב בל' העדאת עדים ועדים חתומים עליו דאז אמרי' אע"פ שכתב בכתב ידו וא"כ יודע לכתוב מ"מ חשש שמא בין השמשות לא ימצא עדים וכן משמע לפרש הש"ס ע"ש אבל אם הוא כתוב בלשון הודאת עצמו כגון אני מודה ששטר זה פרוע באופן המועיל לקמן ריש סימן ס"ט מהני דלמה לו לכתוב כן כיון שיודע בעצמו לכתוב ודוחק לומר שחשש שמא לא יזדמן לו לכתוב אך מדברי הרמב"ם פט"ז מה' מלוה והביאו המחבר לעיל סי' נ"ו סוף סעיף א' משמע לכאורה דאין חילוק וצ"ע וע"ל סי' פ"א סי"ז ס"ק מ"ד:

סעיף נד

אא"כ שהשטר כו' ורש"י כתב שנ"ל לפרש הא דאמרינן בש"ס נמצא בין שטרות קרועים שנמצא השובר בין שטרות קרועים הלכך איכא למימר שנתקבל החוב והשובר הזה אינו צריך למלוה הזה אלא ללוה והלוה שכח ביד זה לפיכך נתנו זה עם השמרות שאין צריכים לו דאי ס"ד מלוה כתבו להיות מוכן לו כשירצה לוה לפרעו לא היה נותנו עם שטרות שאין צריכים לו עכ"ל וכ"כ בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קפ"ה בשם הריטב"א בשם התוס' והבאתיו לקמן בס"ק ס' וכ"כ ר' ירוחם נתיב שלשים חלק א' וז"ל ועוד פשוט ואם יש עמהם סמפונות יעשה מה שבסמפונות והשטרות שנכתבו עליהם הסמפונות בחזקת פרועים וכתבו התוס' כשמצאן בין שטרות קרועין דאם לא כן שמא ציוה לכתבו שיהא מזומן אצלו כשיבא לפרעו עכ"ל וכן מוכרח דעת בעל העיטור שכתב באות שי"ן שובר דף כ"ה ריש ע"ג וז"ל גרסינן בפ' שנים אוחזין סמפון היוצא מיד המלוה אע"פ שכתוב בכתב ידו אינו אלא כמשחק ופסול ואם נמצא בין שטרות קרועין יעשה מה שבסמפונות עכ"ל. ופירוש זה נ"ל נכון בש"ס דקאמר סתמא שנמצא בין שטרות קרועים משמע דאשובר קאי דקמיירי ביה התם דאי אשטר הל"ל שנמצא השטר כו' ועוד דמשני

גבי שטרות של יוסף בן שמעון כו' נמי שנמצא בין שטרות קרועין ולא קאמר שנמצאו בויו"ו (ועיין בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ג ע"א)) אלא ודאי אשובר קאי (ומה שפירש"י שם שנמצא השטר בין השטרות פרועין וכל אחד אומר זהו שטר שלי עכ"ל אינו מובן לי אם לא שיש ט"ס בדבריו דהא בע"כ במשולשים בשטר איירי וכדפי' רש"י גופיה שם בדבור שקודם לכן ע"ש) ועוד דמשמע דמשני דנמצא בין שטרותיו מיירי בין שטרותיו הקרועים והתם בשובר מיירי ובהכי ניחא הא דלא משני גבי סמפון שיש עליו עדים שנמצא בין שטרות קרועין משום דהתם לא קתני נמצא בין שטרותיו. ונראה דמיירי דוקא כשיש עדים על השובר והכי משמע בפירש"י שם דהיינו כמו סתם שובר דעלמא ע"ש דאל"כ חספא בעלמא הוא ולא שייך לומר שהיה של לוה והלוה שכחו ביד זה דהאיך יקח הלוה שובר בלא עדים שהוא חספא בעלמא ועיין מ"ש לקמן בס"ק ס"ה:

סעיף נה

בין שטרותיו כו'. עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סימן קפ"ה שנסתפק אי בעינן שיהיו כל השטרות קרועין או רובן ככולן ע"ש:

סעיף נו

הקרועין בטור איתא הפרועין ונ"ל שט"ס הוא שהרי כתב אחר כך אע"פ שהוא אינו קרוע כו' וכמ"ש המחבר ואם איתא דגרסי' פרועים הכי הל"ל אע"פ שאינו קרוע מדקאמר אע"פ שהו"א אינו קרוע מכלל דאינך שטרות הם קרועין ועוד דמאי אע"פ שאינו קרוע מהיכי תיתי נימא שיהא קרוע אלא ודאי מיירי שמונח בין שטרות קרועין וס"ד דיהא עדיף כיון שהוא אינו קרוע כמו האחרים קמ"ל כן נ"ל ודלא כב"י וב"ח שגורסים בטור פרועים וע"כ כ' הב"י שנראה שהטור גורס בש"ס פרועים וכן הב"ח דחק לומר דמ"ש הטור בסיפא אע"פ שנמצא בין שטרות קרועים לא גרע כו' לרבותא כ' קרועים וליתא אלא כדפי' מיהו לענין דינא נראה דפרועים הרי הם כקרועין וכן ברמב"ם ס"פ י"ו מהל' מלוה ובה' המגיד שם איתא פרועים במקום קרועין:

סעיף נז

מ"מ איתרע השטר וקרעינן ליה וכן היא בבעה"ת שער נ"ג ח"ב וח"ג וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם ספי"ו מה' מלוה:

סעיף נח

וסמכינן אשובר. בין שהוא ביד המלוה או יורשיו כן הוא ברמב"ם פי"ו מה' מלוה ובעה"ת שעיי נ"ג ח"ג וכן משמע מדברי הט"ו ומשמע אפי' טוען המלוה ברי שאינו פרוע דאילו באינו יודע בלאו הכי השטר בטל כדלעיל סימן נ"ט וכ"כ בעה"ת שער נ"ג ח"ב

וז"ל אם המלוה ברור לו שאינו פרוע אפי' נמצא השטר בין שטרות קרועין וידוע לב"ד לא הורע כחו דאימור לא דק ואיתרמויי איתרמי ליה וכן יורשו אם יודע מה טיבו ושאינו פרוע בודאי ה"ז גובה בו בשטר זה שלא הורע כחו אלא כשנמצ' בין קרועין ובסמפון דהתם כיון דאיכ' תרתי לריעות' סמפון ובין קרועין אף על פי שהמלוה או יורשיו טוענים ידענו שאינו פרוע שהשובר לא עשיתיו אלא שיהא מזומן בידי לא מהימנין ליה דאיתרע שטרו ומחזירו ללוה מיד כו' ומסתבר' דכל שטרא דאינו ידוע מה טיבו או שנמצ' בין שטרות קרועין ויש סמפון אע"ג דאית ביה נאמנות איתרע ליה עכ"ל ומביאו ב"י:

סעיף נט

אפי' אין על השובר עדים. זהו מהרמב"ם ואחריו נמשכו הבעה"ת והט"ו ונראה שיצא ליה להרמב"ם כן מדפריך בש"ס ספ"ק דמציעא מסמפון שיש עליו עדים כו' ולא משני כשנמצא השטר בין שטרות הקרועים כדמשני לעיל מיניה אלא ודאי דא"כ קשה מאי אריא יש עליו עדים אפי' אין עליו עדים נמי כשר ומ"מ אין זה הכרח גמור אף להמפרשים שנמצא קחי אשטר דלא קתני סתם נמצא כמו דקתני באינך דלעיל ובזה נדחה ג"כ ההכרח שכתב בס' ג"ת דף שכ"ג סוף ע"ג מדקאמר בש"ס ה"נ מסתברא כו' אילימא דליכא עדים כלל צריכא למימר דאשמועינן דאפי' נמצא בין שטרות קרועים אינו כלום עכ"ד דהתם נמי לא קתני נמצא מיהו הכרח זה בלא"ה אינו כלום דאכתי הוה פשיט' ליה לש"ס דאינו כלום כיון דאין עליו עדים. ולפירש"י שהבאתי בס"ק נ"ד שנמצא קאי אשובר בלא"ה אין הכרחיים אלו כלום ע"ש ואף שכתבתי לקמן ס"ק ס' דלפירש"י ה"ה כשנמצא השטר בין הקרועין איתרע ליה בחזקה זו לבדה הא כתבתי שם דהיינו דוקא גבי יורשיו אבל לא במלוה כשטוען ברי שאינו פרוע וא"כ י"ל דשובר בלא עדים אינו מזיק בזה אלא שמדברי הרמב"ם ובעה"ת נראה להדיא דגם בזה השטר בטל אע"פ שאין על השובר עדים וכן משמע מדברי הט"ו ודבריהם צ"ע למעשה:

סעיף ס

אע"פ שנמצא כו' בין שטרות קרועים לא גרע וגובין בו יורשיו ובעה"ת שער נ"ג ח"ב כתב די"א כיון שנמצא בין שטרות קרועים איתרע שטרא ואין גובין בו ויהא מונח עד שיבא אליהו ובס' גדולי תרומה שם תמה על הי"א אלו דהא רב ספרא מוקי בספ"ק דמציעא מתני' דכל הנשבעין שבועה שלא מצאנו בין שטרותיו של אבינו ששטר זה פרוע בשנמצא בין שטרות קרועים וע"כ אפי' בשאין יודעים מה טיבו עסקינן דהא קתני עלה ר"י ב"ב דאפי' נולד הבן לאחר מיתת האב ה"ז נשבע ונוטל וא"כ מאי אהני ליה שלא נמצא שובר כיון שהשטר הוא בין הקרועין כו' והניח בתימה ולפע"ד לק"מ די"א

אלו מפרשים שנמצא השובר בין שטרות קרועין וכמ"ש לעיל ס"ק נ"ד בשם רש"י וכ"כ בתשובת מהר"א ן' ששון סימן קפ"ה בשם הריטב"א בשם התוספות דפירושו שנמצא השובר כו' וה"ה אם נמצא השטר חוב בין השטרות קרועים דמיפסל בחזקה זו לבדה עכ"ל ריטב"א שם וזה ברור:

סעיף סא

לא גרע כו' כבר כתבתי בסמוך די"א דבנמצא בין הקרועים לבדו איתרע שטרא ויהא מונח עד שיבא אליהו ובאמת סברא נכונה היא לפי שטת רש"י וסייעתו שהבאתי לעיל ס"ק נ"ד דמפרשים שנמצא קאי אשובר א"כ כי היכא דבשובר בנמצא בין שטרות קרועים אמרינן דכיון דהשליכו בין הקרועים ודאי לאיבוד השליכו ה"ה בשטר וכבר כתבתי בס"ק נ"ד דשטה זו נראה עיקר בש"ס ע"ש וגם מהר"א ן' ששון בתשובה סי' קפ"ה כתב דזכינו לדין דלפחות לא גבינן ביה ע"ש שפסק כן במעשה שבא לידו. מיהו נראה דהיינו דוקא ביורשי המלוה אבל כשהמלוה חי וטעין ברי שאינו פרוע אע"פ שנמצא השטר בין הקרועים גובה בו וכן משמע להדיא בבעה"ת שגם הי"א אלו מודים בזה ומביאו ב"י ואע"ג דמפירש"י ספ"ק דמציעא שפי' במתני' אם יש עמהן סמפונות מלתא באפיה נפשיה היא המוצא בין שטרותיו שובר שנכתב על אחר משטרותיו כו' משמע מדבריו דכי משני בש"ס כשנמצא השובר בין שטרות קרועין אפילו במלוה הוא מ"מ אין פירש"י מוכרח בזה דכבר כתבתי לעיל ס"ק כ"ה פירוש אחר בזה ועוד דאפי' תימא דבנמצא השובר בין שטרות קרועים אף שהמלוה חי וטוען ברי שאינו פרוע איתרע שטרא מ"מ בשטר שנמצא בין הקרועים לא אמרינן הכי דהא שפיר יוכל המלוה לומר דבשעה שהשליכו בין הקרועים הי' סבור שהוא פרוע וטעה ונזכר עתה שאינו פרוע וכדלעיל סי' נ"ט משא"כ בשובר דלא שייך למימר כן תדע דאל"כ תיקשי הא דהמלוה גובה בשטר ולא יורשיו להי"א אלו שבבעה"ת דהא בכל דוכתא טענינן ליורשים כל מה דאפשר אלא ודאי הכא כיון דמת ולא טען טעיתי במה שהשלכתיו בין הקרועים עומר השטר בחזקת ריעותא דידיה ולא מגבינן ביה ודו"ק:

סעיף סב

וגובין בו. ר"ל אף יורשיו וכמ"ש בטור והיינו אף שאין יודעים אם הוא פרוע והיא כסברא הראשונה שבבעה"ת והכריח הטור כן לפי שטתו שמפרש כהרי"ף והרא"ש ספ"ק דמציעא שנמצא קאי אשטר א"כ מוכח כן מכח אוקמתא דרב ספרא וכמ"ש לעיל ס"ק ס' וכן כתב הט"ו לקמן סימן ק"ח סעיף ה' אבל כשהמלוה חי אינו גובה בו אא"כ טוען ברי שאינו פרוע וכמו שנתבאר:

סעיף סג

נאמן אפי' ראוהו ב"ד כבר בידו. פי' כשיש עליו עדים דאל"כ מאי אפי' שייך כאן דאז ליכא כאן מגו דאי הוה יהביה ניהליה לא היה כלום וכן מבואר בהרא"ש ובנ"י ספ"ק דמציע' שמשם מקור דבר זה. והטעם מבואר שם דהא הימניה לשליש. ולפ"ז מיירי דוקא כשידוע ששאו שליש או שהמלוה מודה בכך דאל"כ כיון דראו ב"ד כבר בידו השובר ולית ליה מגו לא עדיף מאיש אחר ואינו נאמן. וכן מ"ש אח"כ ואפי' אין עליו עדים ואפי' מת השליש כו' הכל מיירי שידוע שהוא שליש דאל"כ אע"פ שנמצא שם שובר בלא עדים או אפי' בעדים וליכא כאן מיגו דהיה יכול ליתנו להלוה אינו כלום. והשת' ניחא הא דתני' בתוספת' בין שמצאן בשוק בין שמצאן בין שטרותיו של אביו אם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות וא"כ כיון דמוקמינ' לה בש"ס שנמצא [השטר להרמב"ם וסייעתו דלעיל ס"ק נ"ד] בין שטרות קרועים משמע דכולה מיירי שנמצא בין שטרות קרועים וא"כ במצא בין שטרות של אביו השובר והשטר ל"ל שיהא בין שטרות קרועים אלא ודאי דהתם מיירי שאביו אינו שליש ובהא ניחא נמי הא דכתב הרמב"ס ספי"ו מה' מלוה המוצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבוא אליהו ולא כתב דין דאם יש עמהן סמפונות דהא לפמ"ש לעיל ס"ק כ"ה הרמב"ם מפרש אם יש עמהן סמפונות אכולה מתניתין דלעיל א"כ גם אמוצא שטר בין שטרותיו כו' קאי אלא ודאי סמך אמ"ש בפי"ח מה' גזלה דין ה' והביאו הט"ו לעיל סעיף ח' מצא שטרות כו' ואם יש עמהם שובר כו' דאין חילוק בין מצא בשוק ובין מצא בין שטרותיו כיון שהוא אינו שליש ואינו זוכר שבשלישות בא לידו ודוק:

סעיף סד

ואפי' אין עליו עדים. היינו דוקא כשהשטר ג"כ בידו כדמסיק ואזיל:

סעיף סה

ודוקא שהשטר בידו עם השובר כו'. כתב הסמ"ע ס"ק ס"ה דכשהשטר חוב בידו עם השובר אפי' אינו יודע השליש אם הוא פרוע או לא מחזקינן ליה בחזקת פרוע כמו במת השליש והא דהתחיל וכתב ואמר פרוע שם מיירי בשובר שיש עליו עדים דאז א"צ שיהא השט"ח בידו כו' עכ"ל וכ"כ הב"ח והע"ש [והיינו שקורעים השטר דאל"כ בלאו הכי פשיטא שאין מחזירין לא לזה ולא לזה כדלעיל ריש סי' זה] וכתבו כן כדי לתרץ מה שהקשה הב"י דאם הוא אומר שהוא פרוע למה לי שהשובר בידו ואי משום הא אין דבריהם מוכרחים דהא כמו שהקשה הב"י על הבעה"ת כך יש להקשות בתוס' ס"פ זה בורר בפירושם הראשון שפירשו דסמפון היוצא מתחת ידי שליש כשר מיירי שהשטר

הוא עם הסמפון והבאתי דבריהם לעיל ריש סי' נ"ו והתם כבר תירצו בהגה' אשרי פ' זה בורר דסמפון אינו אלא לזכרון דברים וכ"כ מהרש"א שם וא"כ גם דברי הבעה"ת והטור אפשר לפרש כן ופירוש זה יותר נכון בלשון בעה"ת דלא כמו שתמה הב"ח סעיף כ"ז על הב"י וכ' דהבעה"ת מיירי ג"כ שהשליש אינו אומר כלום וזה אינו דהא כתב שם כי אמר פרוע הוא מהימן. מיהו בהגה' מרדכי ספ"ק דמציעא הביא פי' ר"ת בסמפון שאין עליו עדים וגם השטר יוצא מתחת ידי שליש ואפי' אם אין השליש יודע אם פרע אם לאו רק שזכור בדבר שמסר לו שובר אמרינן מדמסר לו השטר בודאי פרע עכ"ל ונראה שבא ליישב בזה דל"ל סמפון וכמ"ש הסמ"ע והב"ח לדעת הטור. ולפ"ז מיירי דהמלוה אומר שלא מסר לו שובר דאל"כ מה פריך התם בש"ס ס"פ זה בורר אלמא שליש מהימן כו' ומ"מ אפשר דהגה' מרדכי דוקא קאמר כשהשליש חי אבל כשהשליש מת אפשר דאינו כלום דמאן לימא לן שהמלוה מסר לו שובר זה. אבל מדברי הרמב"ם פי"ו מה' מלוה והביאו המחבר לעיל סימן נ"ו סוף סעיף א' מבואר דאפילו מת השליש ונמצא כתב אצלו ששטר זה המונח אצלו פרוע ה"ז פרוע אע"פ שאין עדים על הכתב ונראה שמפרש כפי' ר"ת והוא פי' הראשון של התוס' דס"פ זה בורר וכמ"ש לעיל סי' נ"ו ס"ק י"ב ובא לתרץ ל"ל סמפון וע"כ מוקי לה במת השליש וס"ל דמסתמא כיון שלא קרעו השליש לסמפון הרי הוא כאלו השליש חי ואומר שהסמפון הוא טוב דכיון שעשאוהו שליש לא היה לו להניח השובר בשלימותו וא"כ פריך שפיר אלמא שליש מהימן ואפשר גם כוונת התוס' כן. אבל אין לפרש דהתיס' מיירי שהסמפון הוא כת"י השליש בלשון עדות שמעיד השליש דפשטא דמילתא דברייתא לא משמע הכי ע"ש ודוק ואין להקשות דהא לעיל סעיף ח' כתב הרמב"ם ובעה"ת והט"ו במצא שטר דאע"פ שיש עמו סמפון בעינן דוקא שיהא השטר בין שטרות קרועים דשאני התם שמצאו בשוק או בין שטרותיו ואינו שליש כלל ואיכא למימר מיד המלוה נפל השטר והשובר שהכין לעצמו כשיפרע לו משא"כ הכא שנמצא ביד שליש שידוע שעשאו שליש או שהמלוה מודה שעשאו שליש ועל כרחך מהמלוה בא לו השובר ג"כ אם איתא דאינו פרוע למה מסר ליה השובר ה"ל להשליש השטר לבדו ודוק. ועיין מ"ש לעיל סי' נ"ו ס"ק י"ב וס"ק י"ג:

סעיף סו

ואם אינו מקוים יתקיים בחותמיו. ואז נאמן השליש לומר שהוא פרוע כן הוא בטור. והמחבר שהשמיטו לטעמיה בב"י אזיל שהקשה דאם הוא מקוים מה צורך לנאמנותו של שליש ואין דבריו נכונים וכבר השגו עליו הד"מ וסמ"ע וב"ח ושאר אחרונים אלא ה"פ דעכשיו אינו מקוים ע"כ בעינן שיאמר שהוא פרוע ואז נאמן כשאפשר לקיימו או

כשמקיימין אותו נאמן אח"כ לומר פרוע (אע"פ שראו הב"ד השובר כבר ביד השליש ולית ליה מיגו נאמן כיון שהיה יכול ליתנו ללוה כבר דהא מיירי שידוע או שמודה המלוה שעשאו שליש והימניה וכמ"ש לעיל ס"ק ס"ג) ונותנים השובר ללוה וקורעים השטר אבל אי לא אמר כלום לא היו נותנים השובר ליד הלוה כיון שעכשיו אינו מקוים אלא היה מונח ולכך במת השליש לא יחזיר לא לזה ולא לזה ומיירי כשהשובר אינו מקוים ואפשר לקיימו דאי במקוים אצל השליש פשיטא דמחזירים ללוה דהא אפי' הי' ביד המלוה הי' מחזירים אותו ללוה וכדלעיל סוף סעיף י"ח ואי באי אפשר לקיימו כלל פשיטא שאינו כלום אלא ודאי כדאמרן. ובזה מיושבים היטב דברי הראב"ד שבבעה"ת שער נ"ג ח"ג שכ' אבל אם לא מסר לו השט"ח שלישות השובר אינו כלום דמי אמר דעבדיה שליש דלמא שקרא הוא ומיהו בשלישות השובר נמי הוי השליש מהימן אם עדים חתומים בו ומקויימות חתימתם דהא ודאי מידו דמלוה נפיק ליה ליד שליש והלכך אע"ג דליכא עידי פרעון שליש מהימן עכ"ל ומביאו ב"י. והקשה בס' גי' תרומה דאם החתימות מקויימות ממילא ידעינן שהוא פרוע בלא נאמנות השליש והניא בקושיא ולפי מ"ש ניחא דמיירי שמקויימות עתה ולא שנכתב הקיום על השובר תדע דאל"כ היאך קאמר דהא ודאי מידו דמנוה נפק כו' אדרבא כיון דמקוים ודאי מידו דלוה נפק וכדאית' בש"ס ועוד לאיזה כורך קאמר דהא ודאי מידו דמלוה נפק אלא ודאי ה"ק כיון דהעדים חתומים עליו ליכא למימר מי ימר דעבדיה שליש דהא ודאי מידו דמלוה נפק ליה ליד שליש וזה ברור: מיהו נראה הא דכ' הראב"ד דהא ודאי מידו דהמלוה נפל ר"ל דבע"כ המלוה גופיה מוכרח להודות שמידו נפק כיון שהעדים חתומים עליו ואפשר לקיים חתימתן ואפי' לא יודה המלוה השליש נאמן שמידו נפק במיגו דאי בעי יהביה ניהליה ללוה והיינו כשלא ראו הב"ד בידו השובר קודם לכן אבל אה"נ אם המלוה מכחיש ואו' שלא עשאו שליש כלל רק שהשובר או השטר עם השובר מידו נפל וזה השליש מצאו וראו הב"ד השובר ביד השליש קודם לכן בענין דלית ליה מיגו אינו נאמן לקרוע השטר אלא דינו כמוצא שטר דלא יחזיר לא לזה ולא לזה כן נ"ל ודו"ק:

סעיף סז

יתקיים בחותמיו. אבל אם אי אפשר לקיימו אינו כלום וכמ"ש בסמוך וכן מוכח בטור וכ"כ בסמ"ע ס"ק ס"ו ודלא כמ"ש בספר מעד"מ ספ"ק דמציעא דס"ל להטור דאפי' לא נתקיים נאמן השליש מטעם דקיום שטרות מדרבנן ומדאורייתא לא בעי קיום ובשליש אוקמא אדאורייתא וכתב שכן מוכח פשט הברייתא ודברי הרא"ש והשיג על הסמ"ע ע"ש ואין דבריו נכונים ולא מוכח מהברייתא והרא"ש מידי די"ל דמיירי כשיתקיים

אח"כ גם אישתמיטתיה דברי הטור והמחבר דלעיל הי' נ"ו סעיף ד' דלא מהני כשא"א לקיימו ע"ש. גם מ"ש המעד"מ שם שכ"כ הנ"י ספ"ק דמציעא להדיא דמיירי שאין בו עידי קיום כו' לפע"ד אין ראיה משם דנהי דאין בו עידי קיום בשובר עצמו מ"מ י"ל דהיינו דוקא שאפשר לקיימו. מיהו לפענ"ד צ"ע לדינא מטעם אחר דבנ"י ס"פ ז"ב מבואר להדיא דאפי' א"א לקיים עכשיו א"י העדים שבשובר מהני אפי' ל"ל מגו דכיון דהימניה לשליש והיה אפשר לקיימו בפעם א' מהימן ע"ש וכן הוכחתי לעיל סי' נ"ו ס"ק א' שכ"ה דעת התוס' ס"פ זה בורר ודלא כהב"ח כאן לדעת התוס' גם מה שהקשה הב"ח על התוס' מסוגיא דספ"ק דמציעא לק"מ דתוס' לא סבירא ליה כפירש"י דספ"ק דמציעא רק דברייתא דיתקיים בחותמיו לא מיירי שיש עליו עידי קיום דלישנא דיתקיים בחותמיו לא אתי שפיר לפי' זה אלא דשיילינן לסהדי ע"ש ודו"ק:

סעיף סח

אפי' שחייב מודה. כתב הסמ"ע ס"ק ס"ט אבל כשהמלוה מודה שהוא פרוע מחזירים ללוה וכמ"ש לפני זה בסעיף י"ח ס"ק נ"ח עכ"ל וכבר השגתי עליו שם בס"ק מ"ט וא"כ הכא כיון דאיתרע שטרא וכמ"ש לק' אע"פ שהמלוה מודה אין מחזירים ללוה דשמא הלוה יחזירנו למלוה:

סעיף סט

לפי שחוששין לקנוניא כו'. הקשו הב"ח סעיף כ"ח על הטור דהא כתב הטור לעיל סעיף ה' בשם הרא"ש דבשטר המופקד דלא אתייליד ריעותא לא חיישי' לקנוניא (וכן קשה על המחבר שכתב ג"כ בסעיף ג' סברת הרא"ש ע"ש) ותירץ דהתם מיירי שהנפקד חי רק שאינו זכור ממי בא לידו משא"כ הכא שמת ויצא השטר מרשותו וכ"כ בספר גידולי תרומה שער נ"ב סוף ח"ג ואין דבריהם נכונים בחילוק זה גם מפשט ל' הטור והמחבר לעיל משמע דאפי' השליש מת דינא הכי אלא נראה דמעיקרא ל"ק מידי דשאני הכא כיון שעכ"פ הושלש השובר ביד שליש ממה נפשך אי מן הלוה בא הרי בטל השטר ואי מן המלוה בא הרי איתרע שטרא כיון שהמלוה השלישו בידו מה תאמר דבדבר המופקד לא אתיילד ריעות' א"כ כ"ש שהשטר בטל דכי נאמר לא אתייליד ריעותא א"כ השובר בתוקפו והשטר בטל ולכך לעיל סעיף י"ח כשהלוה מודה מחזירים למלוה דהתם לא אתיילד ריעות' בשטר' דיכול להיות שמן המלוה נפל שהכין לעצמו שובר כשיפרע לו משא"כ הכא שעכ"פ המלוה השלישו בידו וידוע שעשאו שליש או שמודה המלוה בכך והלכך הכא איתרע שטרא דיכול להיות שהשלישו בידו ליתנו ללוה (וגם הב"ח גופיה לעיל סעיף כ"ג כתב כזה רק שקיצר ולא ביאר על נכון ותימה שדבריו סותרין

זא"ז):ונראה דאם אין המלוה מודה שעשאו שליש אלא שאומר שאבד השובר ומצאו זה שמת לא איתרע שטרא כלל ודינו כנמצא השובר בשוק דכשהלוה מודה יחזיר למלוה כן נ"ל ברור:

סעיף ע

לפיכך אין גובין בשט"ח. זה ממשעבדי אף שהחייב מודה:

סעיף עא

ואפי' במקצתו כו'. הוא ל' הרמב"ם. ומה שפי' הסמ"ע דר"ל שמקצת השובר נכתב נגד השטר ומקצתו למטה ממנו לאפוקי אם היה כולו למטה ממנו אינו כלום דאי בעי גייז ליה כו' לא נהירא והעיקר שצ"ל ואפי' בקצתו וכן העתיק להדיא בבעה"ת שער נ"ג ל' הרמב"ם ופירושו אפי' בקצה השטר דאל"כ היאך לא יכתוב הרמב"ם דין סמפון היוצא לאחר חיתום שטרות שבש"ס ויכתוב דין אחר מה שלא נזכר בש"ס כלל וכן פסק להדיא בהגהת אשרי פ' זה בורר דלא אמרינן מגו דאי בעי גייז ליה וכ"פ הב"ח ע"ש שהאריך וכן הוא בתשובת הרמב"ן סימן ק' וז"ל וכדתניא סמפון היוצא לאחר חיתום שטרות כשר דאי לאו דפריע לא הוה מרע לשטרי' וההוא ודאי אי בעי גייז ליה כו' וע"ש ועיין מ"ש בסעיף שאח"ז ס"ק ע"ג:

סעיף עב

וה"ה אם מצא כתוב בפינקסו כו'. ע"ל סי' צ"א סעיף ה' מ"ש שם:

סעיף עג

ראובן נפטר כו' עושים כמו שכתוב בשובר. כתב העיר שושן דמיירי דנמצא מונח כתב בתוך השטר דאל"כ היינו מ"ש בסעיף הקודם ולא נהירא דעיקר חסר מן הספר ועוד דא"כ מנ"ל להמחבר זה הא בתשובת הרא"ש מיירי להדיא שכתוב בגוף השטר ועוד דסתמא אמרי' בש"ס ספ"ק דמציע' וכן לעיל סעיף י"ח סמפון היוצא מתחת ידי מלוה כשר ולא מפליגינן בין נמצא מונח בתוך השטר או לא ועוד דא"כ מאי פריך בש"ס התם מכל הנך משניות ה"ל לשנויי דמיירי שנמצא מונח תוך השטר אלא ודאי אין חילוק ולעולם אמרינן דלמא המלוה היה צריך גוף השטר לשום ענין והכין השובר ליתנו לו כשיפרע. והסמ"ע פי' דמיירי אף שהשובר כתוב למטה במקום שהיה יכול לחתכו וקמ"ל דאף שהמלוה היה גובה בו אין טוענים בזה נגד היתומים ואין דבריו נכונים ובפרט לפי מ"ש בסמוך ס"ק ע"א דגם המלוה לא היה גובה בו והב"ח פי' דמיירי שהוא כתב ידו ממש ולדיוקא אצטריך דאם הוא אינו כתב ידו אין עושין כמ"ש בשובר אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו דאע"ג דאם היה המלוה חי היה קרעינן ליה אפי' הוא כתב יד אחר מ"מ

הכא ליכא חזקה דלא מרע אינש לשטריה כיון דספק הוא אם נכתב שובר זה בחייו או לא עכ"ד וגם זה אינו נכון כלל גם דינו לא נהירא דכיון שנכתב שובר על גוף השטר אע"פ שהוא כ"י אחר קרעינן ליה מכת חזקה דאי איתא דלא נפרע לא היה מרע לשטריה וכן משמע ברמב"ם ס"פ י"ו מה' מלוה ע"ש בדין ט' ובדין י' ודוק. אלא נראה דהמחבר מיירי כפשוטו ואע"פ שכתב בסעיף הקודם דשובר בגופו של שטר כשר הביא בכאן ל' תשובת הרא"ש להורות דאף גבי יורשים הדין כן דהא בכמה דוכתי יורשים עדיפים ממלוה עצמו וגם לעיל ס"ק ס"ב אמרי' דמלוה אינו גובה ויורשיו גובים א"כ ה"א דוקא כשהמלוה חי השטר פסול אבל ביורשיו לא דלמא אי הוה אבוהון קיים הוה מברר דכשלא כדין או בטעות או לרשימה בעלמא נכתב וכה"ג קמ"ל:

סעיף עד

אין לאותו פלו' כו'. ע"ל סי' פ"א סעיף י"ז וי"ח מ"ש בזה:

סעיף עה

ואיני יודע כו'. לאו דוקא אומר בפירוש איני יודע אלא כל שלא בירר לבניו איזהו הדין כן כ"כ הנמוק"י:

סעיף עו

כל שטרותיו כו' ואין חילוק בדינים אלו בין שהמלוה חי או שמת אח"כ אלא דאם הוא חי וטוען אח"כ עיינתי ונזכרתי שזה פרוע והאחרים אינם פרועים חוזר וגובה בהן כדלעיל סי' נ"ט וע"ש:

סעיף עז

אבל אם נמצא שובר כו'. הקטן פרוע ולא הגדול וה"ה השטרות שעל הלווים האחרים אינן פרועים דאמרינן אותו שטר שיש ביד לוה זה שובר עליו הי' פרוע ולא האחרים וכן הוא בנמוק"י להדיא ומביאו ב"י:

סעיף עח

אלא אומר שטר אחד מחול לך כו'. כ"כ מהרדיך שמדמה זה למכר דלקמן ס"ס רי"ח ומביאו ב"י ולפע"ד לא דמי דהתם המוכר מוחזק בשדהו אבל הכא המקבל מוחזק במעות ודמי לפרוע ומה"ט אמרינן לעיל סי' מ"ב סעיף ח' דאף בשובר אמרי' דיד בעל השובר על העליונה אף נגד שטר אע"פ שכתוב בשובר לשון מחילה וכדאיתא בס' מ"ג סעיף כ"ה וסעיף כ"ו ע"ש וצל"ע: ומ"מ נראה דאף מהרד"ך לא קאמר אלא כשידוע בבירור או שהלוה מודה שמחל לו בחנם ומטעם שכתב שם שהקונה או המקבל מתנה על ידו התחתונ' והיינו דכתב מהרד"ך שם באומר שטר לך בידי מחול שמחלתיו לך

כו' אבל באומר סתם מחול לך והלוה טוען ברי ואומר שמחל לו מחמת שהיה מחויב למחול לו דמי לפרעון והגדול מחול והר"ב קיצר בדבר ודוק:

סעיף עט

שטר אחד מחול לך כו'. ע"ל סי' רמ"א סעיף ב' בהג"ה ומ"ש שם:

סימן סו

סעיף א

אותיות אין נקנין כו'. כ' הסמ"ע עיין בהר"ן פ' הכותב ובנ"י פרק מי שמת אי מכירת שטרות דאורייתא או דרבנן ונ"מ אי מוכר שטרותיו לעכו"ם ועד"מ א' עכ"ל ולי נראה עיקר דמכירת שטרות דאורייתא וכן פסק הריטב"א בתשובה ומביאה ב"י בסי' זה מאו' ט"ז וכתב שכן הסכימו כל רבותיו וחלקו על הרמב"ם פ"ז מה' מכירה ע"ש וכ"כ העיר שושן לקמן סעיף כ"ה דקי"ל מכירת שטרות דאורייתא וכן נראה דעת המחבר שם וכמ"ש שם בס"ק פ"ג ואע"פ שיש לדחות הך דפ' הזהב כמו שהוא בתוספות והר"ן מ"מ כיון דפשטא דמילתא לא משמע הכי מנין לנו לבדות סברא ולומר דמכירות שטרות דרבנן מה שלא נמצא בש"ס ואדרבה פשטא דש"ס משמע דהוי דאורייתא. ומ"ש הב"י סי' זה סעיף כ"ג בשם תשובת הרא"ש כלל ס"ט דבפרק מי שמת משמע שהוא מדרבנן אמת שהרא"ש כתב שם כן וכ"כ עוד הרא"ש בפסקיו בפ' הכותב אבל באמת לא משמע בפ' מי שמת מידי. וכמו שיתבאר ומה שיכול למחול היינו כמו שכתבו הריטב"א פרק הכותב והרא"ש והר"ן שם בשם רבינו תם דהיינו טעמא לפי ששני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד גופו של לוה שהוא מחויב לפרוע והוא עיקר השעבוד ושעבוד על נכסיו אם לא יפרע מדין ערב דנכסוהי דאינש אינון ערבין ליה ושעבוד שיש למלוה על גוף הלוה לאו בר מכירה הוא ואינו מוכר אלא שעבוד הנכסים לבד ואע"פ שאינו נמכר לא פקע אבל כי חזר ומחלו ופקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד הנכסים שאינו אלא מדין ערב עכ"ל ומ"ש הב"י לקמן סעיף כ"ג והפוסקים בשם הרי"ף פ' הכותב דס"ל מכירת שטרות דרבנן לא ירדתי לסוף דעתם ונראה שהבינו דהרי"ף קשיא ליה בתחלת דבריו קושית התוספות דפ' הכותב אמאי יכול למחול (וכן משמע בר"ן ובב"י שם שכתבו והטעם שיכול למחול כו' כתב הרי"ף ז"ל כו' ע"ש) לכך כתב וחזינן למקצת רבוותא כו' וא"כ בע"כ במה שהביא הרי"ף שם הש"ס דפ' מי שמת ר"ל דהיינו טעמא משום דמכירת שטרות דרבנן דאל"כ לא תירץ הרי"ף מאי דקשיא ליה מעיקרא אבל לפענ"ד דהרי"ף לא קשיא ליה מעיקרא אמאי יכול למחול דיכול להיות דסבר כר"ת ששני שעבודים יש או

דס"ל כיון דשטרות אין גופן ממון יכול למחות אלא דקשיא ליה אמאי אמרינן דאם חזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל ובנתנו במתנת ש"מ אינו יכול למחול מאי שנא שכיב מרע מברי' וע"ז קאמר וחזינן למקצת רבוות' כו' ודוחה דבריהם אלא דה"ט דמתנת ש"מ עשאוה כשל תורה ונראה דמפרש הרי"ף הש"ס דפרק מי שמת כמ"ש התוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ז) בשם ר"י ופרק הכותב (כתובות דף פ"ה ע"ב) ופרק הספינה דף ע"ז בשם רבינו תם וכך כתב הר"ן פרק הכותב והנמוקי יוסף פרק מי שמת דה"פ אי אמרת בשלמא דאורייתא משום הכי אינו יכול למחול דה"ל כמו יורש דאוריית' מוהעברתם את נחלתו יש לך העברה אחרת שהיא כזו ופשיטא דאין יורש יכול למחול חלק ירושה של חבירו אלא אי אמרת דרבנן אמאי אין היורש יכול למחול הלא המקבל מתנה אין יורש מדאורייתא ומשני עשאוהו כשל תורה כמו יורש דאוריית' שלא תטרף דעתו עליו ופירוש זה עיקר בש"ס ומוכרח הוא לפי רוב הפוסקי' שפסקו מכירת שטרות דאורייתא וכן עיקר וכמ"ש (וכ"כ בעיר שושן לקמן סי' רנ"ג סעיף כ' ובסמ"ע שם ס"ק מ"א השיג עליו וכתב ולא נהירא כו' עיין שם ודבריו תמוהין וכדברי הע"ש עיקר בש"ס ומוכרח לומר כן לפי הסכמת רוב הפוסקים דמכירת שטרות דאורייתא וגם אישתמיטתיה להסמ"ע דברי התוספו' והר"ן והנימוקי יוסף הנ"ל שהבאתי שהם מפורשים כדברי העיר שושן ע"ש) ואם כוונת הפוסקי' בדברי הרי"ף עיקר הענין אסר מן הספר שהרי לא הזכיר הרי"ף כלל בתירוצו דמכירו' שטרות דרבנן רק הביא הש"ס דפ' מי שמת ועוד שכתב הרי"ף והא דאמרינן מודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ שאינו יכול למחול לאו אש"מ גופה קיימי' אלא איורש קיימינן ומהאי טעמא אין היורש יכול למחול משום דמתנת ש"מ עשאוה כמתנה דאורייתא כו' משמע דלא בא אלא לתרץ אמאי אמרינן דמודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ א"י למחול אבל הא ל"ק ליה מעיקר' דאמאי אמר שמואל יכול למחול (וכן משמע עוד להדיא בהרי"ף כ' מי שמת שכ' פירוש הא דאמר שמואל אינו יכול למחול איורש קאי ולא אש"מ גופי' וכבר ברירנא להא מילתא שפיר בפרק הכותב עד כאן לשונו משמע דלא בא בפ' הכותב רק לתרץ אמאי בש"מ א"י למחול וכדפי') ועוד שכתב הרי"ף ומה"ט אין היורש כו' עשאוהו כמתנה דאורייתא כמאן דמטיא ליה לידיה דמקבל והייינו דאמרינן דברי ש"מ ככתובים ומסורים דמי ומשום הכי לא יכול יורש למחול דלית ליה מאי דמחיל ובהדיא אמרינן בפ' מי שמת כו' עד ועשאוה כשל תורה דמטיא לידיה דהמקבל עכ"ל ואם איתא ל"ל להרי"ף להאי טעמא דכמטיא לידיה דמקבל דמי ולא יכול יורש למחול דלית ליה מה דמחיל כו' ה"ל לתרוצי בקיצור דמשום שלא תטרף דעתו עליו עשאוה כשל תורה ובשל תורה א"י למחול אלא ודאי הרי"ף מפרש הש"ס דר"פ מי שמת

כמו שפירשו התוספות והר"ן ונ"י שהבאתי והלכך אפילו הוי כשל תורה יכול למחול ולכך הוצרך לומר דכמאן דמטיא לידיה דמקבל דמי דהיינו כיון שעשאוהו יורש כשל תורה כמאן דמטא לידי' דמקבל דמי כמו יורש אחר ולא יכול יורש למחול חלקו של יורש חבירו דלית ליה מאי דמחיל כן נ"ל ברור דעת הרי"ף דס"ל מכירות שטרות דאורייתא והנה הבעה"ת שער נ"א ח"ו בשם תשו' רמב"ן וגם הרא"ש והר"ן פ' הכותב והרב המגיד פ"ו מה מבירה והנ"י פ' הזהב כתבו בשם הרי"ף פרק הכותב דמכירת שטרו' דרבנן ואחר זה נמשכו הב"י בסי' זה והרבה מן האחרוני' וגם מהרשד"ם בתשוב' ס"ס ק"ב ולא ירדתי לסוף דעת הגדולים הראשוני' והאחרוני' דנ"ל ברור דעת הרי"ף כמו שכתבתי (ואולי זה היה דעת ר' ירוחם שכתב בנתיב י"ד בשם הרי"ף דמכירת שטרות דאורייתא הגם שהוא נגד הרא"ש רבו לדעת הרי"ף ודלא כמהרשד"ם סי' ק"ב שכתב שט"ס הוא בר' ירוחם וצ"ל ר"ת במקום הרי"ף ע"ש) וכן עיקר:

סעיף ב

אלא בכתיבה ומסירה. ור"י ני"ד כתב שטרות ניקנות בכסף כמו קרקע כך פשוט בש"ס דב"ק עכ"ל ולא נהירא שהרי התוס' פ"ק דבבא קמא דף י"ד ע"ב כתבו דלא גרסינן שטרות וכן נראה דעת כל הפוסקי'. ואם יוכל למכור הרבית שבשטר עיין לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ג מ"ש בזה: כתב הריטב"א פ"ק דקדושין אהא דאמרי' התם בדף כ"ת ע"ב אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וז"ל וכן הדין בהקדש לעניים בזמן הזה והאי כמסירתו דקאמר לאו מסירה ממש אלא מסירתו פירושו בהקנאתו כל חד וחד בהקנאה דיליה ובשטרות הוה ככתיבה ומסירה ובקרקעות כחזקה הילכך האומר שטר זה וכל שעבודו יהיה לעניים זכו לגמרי והוא דקאמר וכל שעבודו דנהי דהקנאה דהדיוט לא בעי אמירה דהדיוט בעי מפי מורי נר"ו עכ"ל ומביאו בתשו' ר' בצלאל סי' ט"ו דף נ' ע"ד:

סעיף ג

מיהו יכול לתפוס כו'. אדלקמן קאי ואפי' הנייר לצור ע"פ צלוחיתו לא קנה כו' מיהו יכול לתפוס כו' מיהו היינו כשלא פרע הלוה או שאין הלוה מקפיד בכך רק המוכר רוצה הנייר לכך נגד המוכר יכול לתופסו אבל אם פרע הלוה ורוצה השטר שלו יש אומרי' שצריך ליתנו לו וכמ"ש הר"ב לקמן סעיף ט"ז ועיין מ"ש שם בס"ק נ"ט באריכות

סעיף ד

צריך לקיים המוכר מה שקיבל עליו. פי' שחייב לשלם כפי שיווי השטר לגבות בו כיון דקבל עליו אחריות דאל"כ מאי קמ"ל הא דמי המכירה בלא"ה צריך להחזיר לו עכ"ל סמ"ע ס"ק ה' ולפענ"ד אין זו הוכחה די"ל דאם לא היה מקבל עליו אחריות לא

היה צריך להחזיר כלום כשיתן לו עתה כתיבה ואין להקשות כיון דהמקח אינו כלום א"כ הלוקח יוכל לחזור בו י"ל כגון שאין הלוקח רוצה לחזור בו להיות במי שפרע או במחוסרי אמנה או שיש לו טעם אחר ודוק ולא דמי למה שכתבתי לקמן סעיף ל"ד ס"ק ק"ז [קי"א] שצריך להחזיר לו כל שיווי השטר דהתם נקנה לו השטר בדין ואפילו לא כתב לו אחריות דינא הכי משום אחריות ט"ס הוא אבל הכא שלא נקנה לו השטר אין לך אלא מה שמתחייב בפירוש ע"י כתיבת אחריות וכן משמע בתשובת הרשב"א שהביא ב"י מחו' ל"ז הלכך נראה דוקא אם פירש שאם לא יגבה הלוקח ישלם לו כפי שיווי השטר חייב כפי מה שחייב עצמו אבל אם לא פירש כן אלא כתב סתם שהוא מקבל עליו אחריות אם לא יגבה הלוקח השטרות א"צ להחזיר אלא המעות שקבל ודו"ק:

סעיף ה

י"א דאינו חייב לקבל כו'. דין זה אינו נרא' לפע"ד ולפענ"ד שהרב לא כיון יפה וגם דברי בעה"ת אינם ישרים בעיני וז"ל בעה"ת בשער נ"א חלק ד' יש שמורה ואומר שבכל דבר שהוא פטור אין מוסרים אותן למי שפרע שהרי אין לו להחזיר לו את מעות המקח וכדלעיל דניחא ליה לצור ואין בו משום אונאה וכדלעיל ואע"פ שאין ברור אצלינו כמו שכתבנו למעלה עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ לקמן מחו' י"ח ואין דבריו נ"ל דנהי דכתב למעלה דיכול הלוקח לומר לצור ע"פ צלוחיתי קניתיו היינו לענין שאין המוכר יכול להוציא מידו שהלוקח יכול לומר נהי שלא זכיתי בקנייתי לגבות הממון שבתוכו מ"מ הנייר קניתי לצור ע"פ צלוחיתי שהרי קניתי השטר וכל מה שבתוכו אבל אי הלוקח רוצה מעותיו פשיטא שמוכר חייב ליתן לו מעותיו (וכדאיתא ברשב"ם ורמב"ן והרא"ש פרק הספינה ובר' ירוחם ובט"ו וכן הוא בריטב"א פרק האיש מקדש מילתא בטעמא ע"ש) כיון שמכר לו השטר לראיה ולא קנה אותו לראיה ופשיטא דאין המוכר יכול לומר לצור ע"פ צלוחיתו לבד מכרתי לך שזהו שקר הוא שהרי קנה אותו לגבות החוב שבתוכו ואף דאין אונאה לשטרות או אפילו ביטול מקח היינו היכא שקונה שטר ששוה ק' בר' אבל כשהוא קונה שטר אדעתא דלגבות החוב ונמצא שהקנין אינו כלום פשיטא שצריך להחזיר לו מעותיו כי אדעתא דנייר לא קנהו ועוד דהיאך יכול המוכר לומר לצור ע"פ צלוחיתו מכרתיו דא"כ פשיטא דיש בו אונאה דהא אמרינן בש"ס פ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ו) וכל הפוסקים ונתבאר לקמן סעיף ל"ח ס"ק קט"ו שאם מכר שטרותיו לבושם לצור בהן שום דבר יש בהן אונאה כיון שמכר לצורך תשמיש גופן דדוקא לגבותו אין בהן אונאה אבל לצורך גופן לא ע"ש: ועוד קשה לי על הר"ב נהי דכתב הבעה"ת כן היינו לשטת האומרים דקנה הנייר לצור ע"פ צלוחיתו אבל להאומרים דלא קנה א"כ צריך

לקבל מי שפרע והיינו שכתב הבעה"ת ואע"פ שאין ברור אצלינו כמו שכתבנו למעל' ר"ל דלעיל שם כתב די"א דלא קנה הנייר וא"כ כיון שהסכימו הפוסקים והטור והמחבר דאין קנין לחצאין ולא קנה אפי' הנייר לצור ע"פ צלוחיתו אלא מקח טעות הוא ומחזיר הנייר ויחזיר לו הדמים והרב סתם כדבריהם היאך הביא הי"א דא"צ לקבל מי שפרע. ע"כ נ"ל ברור דכמו שהדין לקמן סימן ר"ד בדברים ומעות שהחוזר בו צריך לקבל מי שפרע ה"ה כאן ושלא כדברי הר"ב:

סעיף ו

הילכך האי מאן דמזבין כו'. אבל במתנה קנה הנייר מיהת כשמסר ולא כתב אלא שיש להראותו בב"ד לזכותו של זה כשם שמוציא שאר ראיות מדין עדות כ"כ הריטב"א פ' האיש מקדש ודבריו נכונים דבשלמא במכר כיון דודאי אדעתא דנייר לא קנהו מתחלה א"כ המקח טעות ונתבטל לגמרי והוה כאלו לא נמכר כלל וא"כ גם הנייר לא קנה דאין קנין לחצאין אבל במתנה כל מה שנתן לו מתנה הוא ועוד נ"ל ראייה ממה שהאשה מתקדשת בכה"ג כשהנייר הוא שוה פרוטה וכמ"ש הב"ח בא"ע סימן כ"ח סעיף י"א וכמו שכתבתי לקמן סעיף כ"ג ס"ק ע"ה אלא ודאי כיון דאשה בפרוטה לחוד מיקדשא א"כ כל מה שנתן לה מיקדשא בה וה"ה הכא כן נ"ל ברור:

סעיף ז

צריך למכתב ליה כו'. וה"ה אם כתב על השט"ח עצמו קני לך איהו וכל שעבודיה נמי סגי בהכי סמ"ע ס"ק א' וכן הוא בסמ"ג דף קנ"ח ריש ע"ב וז"ל וראיתי בתשובה א' שהשיב ר"י שאין חילוק בין כתבו על אותו שטר בין כתבו בשטר אחר עכ"ל. מיהו היינו כשמסר לו השטר חוב קודם שכתב עליו כן וכדלקמן סעיף ד' ובתשוב' מהר"א ן' חיים סימן צ"ב דף קל"ז ע"ב נסתפק באם כתוב בשטר שא"ל קני לך כו' אי מהני כיון שאינו כתוב שכתב לו קני לך בו' וכתב דאפשר דמהני למאי דקי"ל (לקמן סי' קצ"א ס"ג) דשטרי דידן שטרי קנין הם ועוד דאפשר כיון שכתוב בשטר שא"ל קני לך כו' יש בכלל זה עדות על הכתיבה כו' וע"ש וע"ל סעיף ב':

סעיף ח

לא קנה וכ' בסמ"ע וז"ל וכ' מהרי"ו סימן קס"ב הואיל ואין המקח קיים אינו על המעות רק שומר שכר אע"ג דנתן לקונה שטר על המעות ונאמן לומר פרעתי במגו דנאנסו עכ"ל ד"מ ג' עכ"ל סמ"ע ובאמת כן הוא בד"מ אבל לפע"ד זהו שגגה כדמוכח להדי' בש"ס פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ב) בעובדא דפרדיסא ובכל הפוסקים לקמן ס"ס ע' ובנמוק"י פ"ק דמציעא גבי הכיר בה שאינו שלו וכן לקמן סי' שע"ג סעיף א' דהמעות הוי

הלואה וכן בבעה"ת שער מ"ז מייתי טובי כה"ג דהמעות הוי הלואה ע"ש וכ"כ ר' ירוחם נתיב ו' ח"ו כ"מ שהמכר אינו מכר הוי מלוה ע"פ כו' ומביאו ב"י לקמן סי' קי"א מחודש ח' ומהרי"ו סי' קס"ב קאי התם להדיא אכתבים ולא אמעות שכתב שם וז"ל ואותן כתבים אפי' לדברי שמעון שמסר אותם לראובן מ"מ אינן באחריות ראובן להתחייב באונסים מאחר דהמכירה לאו מכירה היא ולכל היותר אינו חייב אלא כנושא שכר כו' וע"ש:

סעיף ט

ואפי' הנייר כו'. הב"ח האריך בכאן להשיג על הב"י ועל מה שהשמיט המחבר לקמן סעיף ט"ז דברי הטור סעיף ט"ו בשם בעה"ת ושלא כדת השיג עליו דודאי מדברי בעה"ת שם משמע דקנה הנייר מדכתב שלא קנה השעבוד והלוקח משתמש בנייר כו' משמע דהשעבוד לא קנה והנייר קנה וכן משמע עוד יותר בבעה"ת גופיה למעיין שם בשער נ"א ריש ח"ד ולכך השמיטו ועוד נראה דהמחבר ס"ל כיון דהרשב"א ורבינו ירוחם שהבאתי לקמן סעיף כ"ג ס"ק ע"ה חולקין דאין כופין הלוקח להחזיר השטר א"כ ה"ה במסר ולא כתב דחד דינא אית להו בזה וכמ"ש הב"י בסעיף ט"ו בשם בעה"ת דחד דינא אית להו והיינו שכ' הב"י לקמן מחודש מ' ומדברי רש"י נראה כהרשב"א ור' ירוחם כתב שדברי הרשב"א עיקר ועי' במ"ש בסי' זה בשם בעה"ת עכ"ל ולכך השמיט לקמן סעיף ט"ז דברי בעה"ת ולא משום דס"ל כהרשב"א לגמרי דהא כתבתי לקמן ס"ק ע"ה דבא"ע סי' כ"ח סעיף י"ג משמע דלא ס"ל הכי אלא ספוקי מספקא ליה לכך לא כתב לקמן דברי בעה"ת ודוק:

סעיף י

יש אומרים כו'. נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה. שני דינים אלו שכתב הר"ב לא נתחוורו לי כמו שאבאר והנה הב"י כתב כן בשם תרומת הדשן סי' של"א וכתב עליו ואין דבריו ברורים אצלי ובד"מ הביא דברי ב"י וכ' עליו וע"ל סי' ס"א שמשמע כדברי הת"ה ע"כ ולפע"ד לא משמע בסי' ס"א מידי ואין ספק שהב"י ראה הא דלעיל סי' ס"א ואע"פ כן כתב שאין דבריו ברורים שהרי בת"ה שם הביא דברי הטור ח"מ סימן ס"א ז"ל שאלה שטר שכתוב בו שהלוה משעבד עצמו למלוה ולכל מי שמוציאו כו' תשובה בטור ח"מ איתא מתשובת [הרא"ש] שטר שכתוב בו כל המוציאו יש לו רשות לתובעו וא"צ הרשאה עליו ונראה די"ל דכי היכי דמועיל זה הלשון שיכול אדם לגבות בו בלא הרשאה משום דגם לשמו נכתב א"כ כשהוא מוכרו לחבירו קנאו מיד כשאר מטלטלים וק"ל עכ"ל ונראה דס"ל להב"י דדוקא לענין שלא יצטרך הרשאה מועיל לשון זה משום דאע"פ שנכתב בו כן מ"מ צריך שיבוא מחמתו וכמ"ש ר' ירוחם נ"ו ח"ה בשם הרשב"א

ומביאו ב"י לעיל סי' נ' א"כ מועיל לשון זה דהוי כאלו נכתב מי שיבוא בשטר זה מחמת המלוה הוי כמו המלוה עצמו וא"כ היאך יועיל לענין מכירה שלא יצטרך כתיבה שהרי כל זמן שלא כתב לו צריך לבוא בכח המלוה והרי אינו אלא שלוחו של מלוה וא"כ לענין מכירה כל זמן שלא כתב לו קני לך כו' אין המכירה כלום והמוכר והלוקח שניהם יכולים לחזור בהם וכן ראיתי בתשובת מהרשד"ם סי' רכ"ב חולק על התרומת הדשן בזה שאפי' כתוב בו ולכל מוציאו היינו למעט שלא יצטרך הרשאה אם יבוא שליח המלוה לגבותו אבל לענין מכירה בהא ודאי יצטרך כתיבה ומסירה כו' רק שלא הביא שם טעם וראיה לדבריו רק שכתב שמוכח כן מתשובת הרשב"א שהביא הב"י דשטר שיוצא בשם הלוקח צריך כתיבה ומסירה ולפע"ד אי משום הא לא אריא דשאני התם שלא נכתב לכתחלה ליתנו להלוקח רק שיוצא בשמו משא"כ הכא שנשתעבד מתחלה ליתנו לכל מי שמוציאו אך מה שכתבתי הוא ראיה נכונה דכיון דלא מהני לשון זה אלא שיבוא מחמת המלוה וכמ"ש ר' ירוחם בשם הרשב"א כו' ועוד ראיה ברורה ממ"ש הרא"ש גופיה באותו תשובה עצמה בכלל ס"ח סי' ז' וז"ל וכיון שאותו מוציא השטר בא מכח המלוה אמו של היורש הרי היורש במקום אמו ומוחל השטר דקי"ל המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול ואפי' היורש מוחל כו' ועוד כתב בכלל ההוא סי' ח' שטר שכתוב בו פלוני חייב עצמו למלוה או לכל מי שמוציא שטר זה דבר פשוט הוא דמהני ביה מחילה כיון שידוע שעיקר הממון של המלוה ולא כתב כן אלא שלא יצטרך הרשאה כו' ומביאו ב"י לקמן מחודש ל"ה בקצרה ואם איתא דא"צ כתיבה וקנאו מיד כמו שאר מטלטלים משום דגם לשמו נכתב וכמ"ש הת"ה היאך יוכל למחול הא פשיטא דבשאר מטלטלים א' י למחול ועוד דפשיט' דהיכא דנכתב לשמו א"י למחול אע"ג דעיקר הממון של המלוה וכדאיתא בש"ס מאי תקנתיה מקרקש ליה בזוזי וכתב ליה שטרא בשמיה וכדלקמן סעי' כ"ג (ואע"ג דבסמ"ע ס"ק ח' כתב בדברי הר"ב דאפשר דאף דמחשב בעל דבר וא"צ כתיבה מ"מ לענין מחילה מצי מלוה ראשון למחול להלוה כו' לא נהירא לי לדברי הר"ב ות"ה דא"צ כתיבה משום דגם לשמו נכתב א"כ היאך יוכל למחול וכן משמע בת"ה סי' של"א להדיא דא"י למחול ע"ש וכ"כ בס' גי' תרומה שער נ"א ריש ח"ז דף שי"א סוף ע"ב דכי מעיינית משמע לכאורה דהני תרי מילי הא בהא תליא מחד טעמא כו') אלא ודאי כמ"ש דמ"מ צריך לבא בכח המלוה לומר שהוא שלוחו ואם הוא אומר שקנאו צריך כתיבה. ומ"ש בתשובת הרא"ש שם וז"ל תנאי זה אינו אלא במקום הרשאה או במקום כתיבה ומסירה כיון שידוע שעיקר הממון הוא של המלוה ולא עשה תנאי זה אלא שלא יצטרך להרשאה אם ירצה לעשות שליח לגבות החוב ואם ירצה למוכרו

לאחר שלא יצטרך כתיבה ומסירה אלא ימסור לידו השטר ויגבה בו וכיון שאותו מוצי' השטר הוא בא מכח המלוה אמו של היורש הרי היורש במקום אמו ומוחל השטר כו' עכ"ל לאו למימרא שיוכל למכרו בלא כתיבה לענין שיהיה המקח קיים ולא יוכלו המוכר והלוקח לחזור בהם אח"כ (דלא כספר גי' תרומ' שער נ"א דף שי"א סוף ע"ב שהקשה על הרא"ש בזה ע"ש ואפשר של זה נתכוין הג"ת שם במ"ש שם בסוף דבריו בעמוד ג' ולהרא"ש ז"ל שמא נא' דדעתו שהמוציא הוא כח המלו' עצמו וחשבינן כאלו המלוה הוא כאן שמוציא ותובע אבל לא לענין שיהא המלוה מופקע מן השעבוד עכ"ל וכוונתו כדפי' ודו"ק) אלא ה"ק ואם ירצה למכרו לאחר שלא יצטרך כתיבה ומסירה לגבותו מן הלוה לען שיאמר לו הלוה לאו בעל דברים דידי את אלא של המלוה הוא דכיון שכתוב בו ולכל מי שמוציאו אפי' הוא של המלו' הרי הוא מוציאו בכח המלו' והיינו דמסייס אלא ימסור לידו השטר ויגבה בו: נמצא קשה עלהת"ה בחדא ועל הר"ב בתרתי. על הת"ה בחדא דאם כדבריו היאך כתב הרא"ש שיוכל למחול ועל הר"ב בתרתי דהרי הרב גופיה כתב לעיל סי' נ' בהג"ה דברי ר' ירוחם דדוקא בבא מחמת המלו' ובסמ"ע ס"ק ח' כתב דשאני הכא דמיירי שיש לו עדים או שטר ראייה שמכרו לו ומש"ה אפי' בא מחמת עצמו מהני משא"כ שם דאין לו עדי' שמכרו לו עכ"ל ולא נהירא לי דמה בכך ס"ס כיון שצריך לבוא מחמתו וגוף השטר של המלו' הוא היאך יוכל למכרו שלא יהיה של המלו' בלא קנין המועיל דהיינו שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה ועוד דא"כ אמאי כתבו רבינו ירוחם והרשב"א והר"ב לעיל סי' נ' ודוקא בבא מחמתו אא"כ כתוב בו בפירוש בין מחמתו או שלא מחמתו הא אפי' בא שלא מחמתו יתכן דגובה בו כשיביא ראיה שמכרו לו ועוד דמדלא חלקו שם משמע דאפי' ידוע שמכרו לו או שמודה לו הלוה אינו גובה בו כיון שאינו בא מחמתו וכן נ"ל עיקר: אמנם במה דס"ל להת"ה דשטר כזה נקנה בחליפין נלפע"ד דודאי לא כיון יפה דאפי' לו יהי כדבריו דשטר כזה נקנה במסירה לחוד ונפקא מיניה בשטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו בין מחמתו או שלא מחמתו או שכתוב בו סתם שנתחייב למוציא שטר זה ולא הוזכר בו שם המלוה כלל דמודינא דנקנה במסירה לחוד וכן משמע להדיא בתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' בתשו' שהשיב לחכמי ברג"ש ע"ש ושטר כזה נרא' דאחר מסירה שוב אין המלו' הראשון יכול לחזור ולמחלו ואפי' הפוסקים דפליגי לקמן סעיף כ"ו אהראב"ד מודו בהא דדוקא התם כיון דכתו' דאתא מחמתך וכמ"ש שם משא"כ הכא מ"מ אינו נקנ' בחליפין וכמו שאבאר: הנה בת"ה סי' של"א שם כתב וז"ל לענין מכירה דמי לשאר מטלטלים והיה נרא' להוכיח מדברי רב האי גאון באשר"י ספ"ק דמציעא שכתב דאין שטר נקנה

באגב דקנין חליפין נמי לא מהני לקניית השטר בזה מדאגב לא מהני דהא אשכחן מטבע שאינה ניקנית בחליפין וניקנית באגב והכי משמע קצת מן התו' פ' הספינה אע"ג דסביר' להו דאותיות דשטר מיקני באגב כבמסיר' מ"מ בחליפין לא מיקני כבמסיר' וכ"כ הרמב"ן בטור ח"מ וכיון דגרע קנין חליפין לענין שטר י"ל דאפי' בשטר בנדון דידן לא מהני לי' חליפין אך בתר פ"ק דב"ק (דף י"ד ע"ב) כתב דצ"ע אם שטר נקנה בחליפין וצ"ע ג"כ בזה במרדכי פ' הגוזל קמא וגם בהג"ה במיימון פ"ו דה' מכיר' כתב וז"ל כתב רב האי גאון שמצא תשובה א' מהגאונים דשטר נקנ' בחליפין ולא ברירי לי ור' ברוך כתב דאין נקנ' בחליפין אלא אג"ק עכ"ל ולפ"ז מה שדקדקנו לעיל מדברי רב האי גופיה ליתא דהא רב האי גופים כתב איפכא בשם תשובת הגאון והדקדוק מן התוס' פ' הספינה נמי סתור הוא מן התוס' פ"ק דב"ק ולכך נוטה הדבר דשטר כה"ג שנכתב לשם כל המוציאו נקנ' הוא בחליפין כמו במסיר' עכ"ל הת"ה. הנה הבין מדברי הגהת מיימוני דס"ל לרב האי דשטר נקנ' בחליפין ולפע"ד לא דק דהאי ולא ברירא לי שבהגהת מיי' הוא לשון רב האי גופי' וכן משמע להדיא למעיין בהגהת מיי' ובבעל העיטור בריש מאמר קנין דף ה' ע"א וכן הוא להדיא בס' מקח וממכר של רב האי גאון בשער י"ג דף כ"ט ע"ב עוד כתב שם רב האי גאון בשער ההוא דף ל' ע"ב וז"ל דהיכא שיש לו לראובן שטר על יהודה ונתן לו שמעון לראובן שום חפץ חליפין באותו שטר כדי שיגבנו שמעון מיהודה כבר פסקנו למעל' שאין אותיות ניקנות בחליפין ואע"פ שראינו למקצת מן גאונים שהשיבו דאותיות ניקנות בחליפין אין לסמוך על אותו הדעת לעולם לא יקנ' עד שיכתוב וימסור עכ"ל וכ"כ הבעה"ת שער נ"א חלק ג' בשם רב האי גאון וגם בלא"ה לא מסתבר כלל לומר דקנין חליפין יהא עדיף מאגב וכדמשמע בש"ס פ' הספינ' (דף ע"ו ע"ב) להדיא ע"ש: ועוד נלפע"ד להוכיח מדברי רב האי גופיה שבהרא"ש ספ"ק דב"מ דשטר אין נקנה בחליפין אפי' בלא טעמו שכתב הת"ה דאשכחן בעלמא דחליפין גרע מאגב אלא מטעמא אחרינא שהרי הרא"ש הקש' שם אמאי דמשני בש"ס ששטר כתוב' יוצא מתחת ידה דניחוש שמא הקנתה אגב קרקע וכתב הרא"ש שמתוך קושיא זו כתב רב האי גאון שאין שטר נקנ' באגב קרקע ואם איתא דס"ל לרב האי דנקנה בחליפין הדר' קושיא לדוכתא דניחוש שמא הקנת' בחליפין ע"ש וזהו לפע"ד ברור: גם מ"ש הת"ה והדקדוק מן התוס' פ' הספינ' נמי סתור מן התוס' פ"ק דב"ק לאו מלתא הוא דהא להדיא כתבו התוס' פ' הספינ' דף ע"ו ע"א ד"ה אמר אמימר בשם רב יודא גאון דאין אותיות ניקנות בחליפין ולא הביאו שום חולק עליו וגם בב"ק לא כתבו אלא בזה"ל עבדים ושטרו' נמי ניקנות בכסף ל"ג שטרו' דאין ניקנים בכסף אלא במסירה ושטר אפילו בחליפין נמי צריך עיון

עכ"ל ור"ל דצ"ע דלא אשכחן בשום דוכתי' דנקנ' בחליפין:ועוד קשה לי על הר"ב דכיון דרוב הפוסקי' הסכימו דשטרו' אין ניקנות בחליפין וכמ"ש המחבר בסעי' ד' וגם הרב שם סתם כדבריו ולא הביא שום חולק וכן פסק עוד הרב לקמן ריש סי' ר"ג דשטרות אין ניקנין בחליפין למה יועיל שטר זה שנכתב לשם כל המוציאו מאי אולמיה דהאי מהאי לענין קניית חליפין דמידי הוא טעמא דאין נקנה בחליפין כיון דאין גופן ממון וכדאית' בבעל העיטור ובהגה' מיי' ובבעה"ת שם בשם הרמב"ן והאי טעמא שייך נמי בשטר כזה ומה בכך שנכתב שיגבהו כל המוציאו הא עתה אינו מוציאו ומה שייכות יש לזה שנכתב בו שיגבה בו כל המוציאו לענין שיהא נקנה בחליפין פשיטא דלא עדיף משטר שכתב לו קני לך איהו וכל שעבודיה דלא הוי חליפין כמסירה וכן עיקר ודלא כהר"ב: העולה מזה שטר שנכתב בו פלוני נשתעבד לפלוני ולכל מי שמוציאו זה שמוציאו גובה בו בלא הרשאה ובלא כתיבה ומסירה מן הלוה ולא יכול הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את כשבא מכח אותו פלוני אבל אם אינו בא בכח אותו פלוני אינו יכול לגבות בו וכן אם מכרו לענין שיהא המקח קיים אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה כשאר שטר ודינו שיכול המלוה למחול השטר לאחר מכירה כמו שאר שטר ואם כתוב בו ולכל מי שמוציאו בין בא מחמתו או שלא נכתב בו שם המלוה כלל רק פלוני נתחייב לכל מי שמוציא שטר זה הרי זה נקנה במסירה לבד ואין המלוה יכול למחלו לאחר מכירה מ"מ אינו נקנה בחליפין דחליפין לא הוי כמסירה:

סעיף יא

ויש מי שאומר כו'. חפשתי ולא מצאתי מי שאומר כן ובסמ"ע רשם טור ס"ס זה וליתא דלא קאי התם רק אשטרות הנמכרים ע"ש. מיהו מסתבר כן דכיון דאין אותיות ניקנות אלא בכתיבה אותו שטר דמי לקרקע שניקני' בשטר דבעינן שיגיע השטר לידו וכדלקמן רס"י קצ"א ולפ"ז נרא' דאע"פ שאין שם עדים קנה דלא איברי סהדי אלא לשקר' כדלקמן גבי כ' לו על הנייר שדי מכורה לך שדי נתונה לך קנה אע"פ שאין שם עדי' וע"ש:

סעיף יב

לא קנאה כו'. ומדברי תשובת הריטב"א שהביא ב"י ס"ס זה מחר מ"ט מבואר שחולק וס"ל דשטרי וכל שעבודייהו איקרי נכסיו השיג על הרשב"א שכתב דמאי דאמרינן בש"ס נכסי לפלוני אינו אלא בשכיב מרע אלא ה"ה בברי' ור"ל דאע"ג דבברי' לא אמרינן דדבריו ככתובים ומסורים מ"מ אם אמר נכסי לפלוני ה"ל שטרות בכלל והוי כמ"ש בפי' השטרות וכל שעבודן יהיו לפלוני וא"כ אם הקנה אותן לו אגב קרקע מהני אפי' במתנת ברי' וכדלקמן סעיף י' וה"ה למה שכתבתי לק' ס"ק כ"ז דבאג"ק כתיבה בעי ה"נ אי כתב

ליה במתנת ברי' נכסיו באג"ק שהשטרות בכלל וה"ל כאלו כתב לו קני לך הוא וכל שעבודו ואג"ק הוא כמסירה וה"ה אם השטרות נכתבו לשם כל המוציאן דלא בעי כתיבה וכמ"ש לעיל ס"ק י' וזכה בהן המקבל כשהקנה לו נכסיו באג"ק. וכ"כ עוד הריטב"א פ"ק דקדושין דף כ"ז וז"ל וזו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות כו' ושמעינן מהכא דשטר וכל שעבודו מקרי נכסי' אפי' במתנת ברי' שלא כדעת רבינו עכ"ל וכתב בתשו' הריטב"א שם שכן דעת הרא"ה והרמב"ן ור"י וכן הוא בנמוקי יוסף פ' מי שמת גבי שטרות אקרי נכסי עיין שם וכ"כ ב"י בס"ס זה בשם הרשב"א שיש מי שהעמידה אפי' בברי' ונכסי שאני שהשעבוד בכלל נכסיו הוא (והיא נדפסת בתשוב' רמב"ן סי' ז') ואע"פ שהביא שם שהרשב"א כתב שאין זה מחוור בעיניו מ"מ הרי הריטב"א ראה דעתו והשיג עליו בטוב טעם:

סעיף יג

כיון שלא כתב כו'. כלומר שלא כתב לו וגם לא אמר לו כן בע"פ וכדלקמן סעיף י' וכן מוכרח לפרש ל' תשוב' הרא"ש בטור לקמן ס"ס רמ"ח ע"ש וכ"כ בסמ"ע ס"ק י"ד והפי' השני בסמ"ע דהכא כיון שהוא בכלל שאר מטלטלים שאני לא נהיר' וכבר כתב הוא עצמו שאין טעם לדבר זה ע"ש גם א"א לומר כן דהא הך דינא דלקמן דבאמירה סגי הוא מתשו' הרא"ש זו שבכלל ט"ו סי' ב' ע"ש מיהו לענין הלכה העליתי לקמן סעיף י' ס"ק כ"ו דאגב אינו אלא במקום מסירה וכתיבה בעי ע"ש:

סעיף יד

שצריך מסירת השטר קודם כו'. כתב הסמ"ע עמ"ש הטור בשם הרמב"ן ונתבאר לך משם דא"צ שימסור קודם אלא ה"ה בפעם א' עם הכתיבה ונראה דגם דעת נ"י כן כו' ולפע"ד לא נתבאר כלום בדברי הרמב"ן שם דמ"ש הרמב"ן כיון שלא כתב לו השטר בשעה שהקנה לו כו' רוצה לומר בשעה שלקחו ממנו לאפוקי דלא סגי אז בקנין לומר דסתם קנין לכתיבה עומד וגם ל' הנ"י משמע לכאורה דבעינן קודם דוקא וכן משמע לכאורה ל' הריטב"א פ' האיש מקדש שכתב וצריך להקדים המסירה שהשטר עיקר והוא גורם השעבוד כו' וגם א"א לצמצם לכתוב ולמסור ביחד לכן טוב יותר למסור בתחלה ואח"כ לכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודי' כך כן נ"ל:

סעיף טו

אינו חשוב כמסירה. ואע"פ שכתב לו שטר מכירה קני לך איהו וכל שעבודיה דאית ביהומסר לידו אותו כתב לא מהני כן הוא בטור ופוסקים ועיין מ"ש לעיל בסעיף א' ה"ק י':

סעיף טז

ראובן שיש לו כו' ושמעון מחל לו עליהם כו' כתב הסמ"ע ס"ק ט"ז ז"ל תשובת הרשב"א הביאה ב"י בסי' זה בס"ל ראובן שעשה שטר הודאה בחתם ידו לשמעון שיש בידו כך וכך שטרות וכשתבעו שמעון אמר חזרת ומחלת לתביעה זו כו' נראה דהמעשה כך היה שהשטרות של שמעון היו אלא שכתבן שמעון בשם ראובן מדעת ראובן ע"מ שראובן יתן לו בכת"י הודאה שממון השטרות הוא של שמעון וטען חזרת ומחלת ובטלת הודאתי ושאני אגבה לי דמי השטרות והשתא א"ש דמהני המחילה דאי כפשוטו קשה הא כתב הטור בסוף סי' ע"ג והמחבר שם סעיף י"ט דאין מחילה שייך אלא באדם שחייב לחבירו מעות אבל כשיש בידו חפץ לא שייך לשון מחילה אלא לשון מתנה עכ"ל וה"נ בזה גם כל שכן הוא דין זה מדין שכתב המחבר אחר זה דאפי' בלשון מתנה לא מהני בלא כתיבת שטר קנה לך כו' וקל להבין עכ"ל ונראה דקשיא ליה דמאי אריא שטרות תיפוק ליה דבלא"ה אפי' הוה חפץ לא הוה מהני ביה לשון מחילה אבל לא ירדתי לסוף דעתו דודאי בכה"ג שהשטרות נקנו מתחלה לשמעון [לראובן] רק שצריך לחזור ולהקנותן לראובן [לשמעון] מחמת שהממון של ראובן [שמעון] מהני מחילה לראובן דמה לי מחל לו ממון ומה לי מחל לו תביעה זו ואמאי כתבו הרשב"א והר"ב דלא קנאן ראובן דכתיבה ומסירה בעינן ואי מיירי הסמ"ע שלא נקנו מתחילה השטרות לשמעון [לראובן] כגון שלא נכתבו רק על שמו ושיהיו של ראובן [שמעון] א"כ לפי דבריו הדרא קושי' לדוכתא דהא ה"ל כמו חפץ ובלא"ה לא מהני ל' מחילה אלא נראה דהדברי' כפשטן ובתשובת רשב"א מעשה שהיה כך היה והר"ב לישנא דתשובת רשב"א נקט ועיקר מלתא לאשמועינן דכתיבה ומסירה בעינן נ"ל ודו"ק:

סעיף יז

ונתן לו רשות להעלות השטרות בשמו ולא יזכה בהם שיהיו שלו רק שיענה אותם בשמו ויתנם לראובן ואח"כ נתנם נו בלא כתיבה לא קנה אותם שמעון תבל אם נתן לו רשות להעלותם בשמו ושיהיו השטרות שלו רק שהוא יחזיר ויתן המעות או השטרות לראובן פשיטא שהשטרות הם של שמעון כדלעיל סוף סעיף א' בהג"ה וא"כ אפי' נתן שמעון השטרות ליד ראובן כשחזר ראובן ונתנם לשמעון זכה בהם במסירה לבד בלא כתיבה:

סעיף יח

לא קנה כתב בתשו' מהרשד"ם סי' י"ט נראה בעיני בחלוקה מה שחלקו השותפי' שטרות שכותבים על שניהם צריך כתיבה ומסירה כשאר שטרות ואין לומר דדוקא

בשאר שטרות אמרינן כן ולא בשטר שותפות שכתב על שניהם דהא כתב הב"י סי' ס"ו בשם תשובת הרשב"א על ראובן שהפקיד מעות ביד שמעון ונתן לו רשות להעלות השטרות בשמו ואח"כ נתנם לו במתנה בלח כתיבה לא קנה ע"כ וא"כ נראה בנדון דידן דליכא כתיבה כלל לא קנה השטרות והן כמו שהיו בזמן שותפותם עכ"ל ואין דבריו נכונים דפשיטא דבשותפים שנכתב השטר מתחלה על שם שניהם יכול א' לתבוע כולו וכמ"ש הרשב"א גופיה להדיא בתשובה סימן אלף פ"ב דשנים שהלוו לא' בשטר שיכול א' לתבוע כל החוב דכיון שהלוה לזה בשטר א' הרי הם כשותפים וכאלו הרשו זה לזה לתבוע כל החוב ולוה זה נמי כמחייב עצמו לפרוע הכל למי משניהם שיתבענו עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לקמן ס"ס ע"ז וכ"כ הר"ב שם ס"י ולא מסתבר לומר דאחר שחלקו שוב אין אחד יכול לתבוע דמה בכך ס"ס נתחייב לפרוע הכל למי משניהם שיתבענו ועוד דמדברי מהרשד"ם בסוף דבריו שכתב והן כמו שהיו בזמן שותפותם נראה דאף קודם חלוקה אין א' יכול לתבוע הכל. ואפשר לקיים דבריו דנהי דיכול א' מהם לגבות כל החוב היינו לענין הלוה דא"צ הרשאה אבל מ"מ לענין קנין אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה וכמו שחלקתי לעיל סעיף א' ס"ק י' וא"כ הכא נמי בשותפים אין החלוקה כלום לענין שיכול השותף לחזור בו ודו"ק:

סעיף יט

בענין שהוא כשר ע"פ מה שנתבאר לקמן סי' ס"ח ועיין בתשובת מהר"ר בצלאל סי' ל"ו:

סעיף כ

העשוי בגופו עיין בתשובות מהר"ש כהן ספר שני סימן קמ"ו ואין דבריו מוכרחים:

סעיף כא

להר"י ן' מיג"ש כו'. ל' הבעה"ת שער. נ"א ח"ד ולדעת הר"י הלוי ן' מג"ש ז"ל דקא' כיון דלסלוקי בזוזי קאי דיניה כמלוה אף שהחזיק בה לא מקניא אלא בכתיבה ומסירה עכ"ל משמע דר"ל לדעת הר"י ן' מג"ש שהביא שם בשער כ"א ח"ו שכתב דכיון דמצי לסלוקו בזוזי כשאר מלוה דמי ויכול למחול ולא גבי מיתמי בלא שבועה ומביאו לקמן בב"י סעיף כ"ט וא"כ משמע כיון דקי"ל התם עיקר דאינו יכול למחול א"כ קי"ל הכא כהגאונים:

סעיף כב

האי מסירה כו' והרמב"ן בחדושיו ר"פ הספינה חולק וז"ל ראיתי מי שפי' דלאו מסירה לחודה אלא מסירה שיש בה משיכה כו' ואינו כלום שאין המסירה והמשיכה השנויין בש"ס משונין זה מזה אבל לפי' אותיות נקנות במסירה מפני שהמסירה והמשיכה וההגבה' שוין בהן שאין גופן מכור וקני והראיה שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן

לפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה ותקנת חכמים היא שיקנה משעה שהוציא הלוה (המלוה) ראיותיו מתחת ידו וגמר והקנה אותן לו עכ"ל ונ"ל עיקר כדבריו וכל ואיות התוס' והרא"ש נ"ל לדחותם וכמו שאבאר. חדא בכל דוכתא משמע לשון מסירה בש"ס מסירה לחוד והיאך נאמר שלשון מסירה הנאמר בכאן מסירה שיש בה משיכה ועוד מדקאמר התם בש"ס ספינה ניקנה במשיכה ואותיות במסירה משמע כי היכא דספינה ניקנה במשיכה לחוד ה"נ אותיות במסירה לחוד ועוד מדפריך במאי אוקימת' כרבי ספינ' נמי תיקני במסירה משמע מדקאמר ספינה נמי תיקני במסירה כמו אותיות וכדאית' בתוס' והרא"ש שם דקדוק זה אלא נראה דהך מסירה היא כמו שאר מסירה שבש"ס ומ"ש התוס' והרא"ש דאי אפשר לומר כן דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובעלי חיים אבל שאר מטלטלי לא מיקני במסיר' כדתנן בפ"ק דקידושין נכסים שאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה משמע אבל במסירה לא א"כ אפילו לקנות הקלף לצור ע"פ צלוחיתו לא היה קונה במסירה כ"ש לקנות גם השעבוד עכ"ל לק"מ דאדרבה לקנות השעבוד עדיף טפי כיון שאין השעבוד נמשך או מוגבה מסירה ומשיכה והגבה' שוה שכיון שמוציא ראיותיו מתחת ידו גמר והקנה וכמ"ש הרמב"ן והא דלא תני במתני' דקדושין דשטר נקנה במסירה היינו דלא תני אלא מטלטלי שגופן נקנה אבל שטר שקנה השעבוד מילתא אחריתי היא ועוד י"ל דמתני' כחכמי' אתי דבעינן כתיבה ומסירה א"כ לא מיירי אלא בדברים דסגי בלא כתיבה אי נמי משיכה דתנן במתני' דקדושין לאו דוקא דאל"כ תקשה הא ספינה במי נקנית במסירה אלא ודאי כמ"ש וכ"כ הר"ן פ"ק דקדושין וז"ל ושאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה לא אתא אלא למעוטי קנינין דנכסים שיש להן אחריות דהיינו כסף ושטר וחזקה אבל אה"נ דנקנין במסירה ובהגבה' אלא דנקט משיכה משו' דרוב קניית מטלטלי' במשיכה הם עכ"ל גם מ"ש הרא"ש דלא אשתמיט בשום מקום בש"ס להזכיר מסיר' במטלטלים אלא בספינה ובעלי חיים כו' לק"מ דהא ספינה נמי לא הוזכר בפ"ק דקדושין דנקני' במסירה רק בפרק הספינה והתם הוזכר ג"כ שטר ואדרבה שטר הוזכר טפי בכמה דוכתי בש"ס דנקנה במסירה בפ' הספינה ובפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ט וק"ע וקע"ג) ובס"פ זה בורר (סנהדרין דף ל"א) ובפ' האשה שלום (יבמות דף קי"ו) ובפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ז) . ומ"ש עוד התוס' והרא"ש וז"ל ועוד מדקאמר עד שיכתוב וימסור משמע דבעינן באותיות קנין חשוב טפי משאר דברים עכ"ל נ"ל דל"ק מידי דהא דבעי' כתיבה ג"כ היינו משום שאין שטר דומה לשאר מטלטלי שתפיסתן בידו מוכיח שקנה מה שבידו משא"כ בשטר שתחת ידו שאין מוכח מכח תפיסתו שקנה השעבוד שבו שהרי אין השעבוד תפוס בידו לכך צריך שיכתוב לו

ג"כ קני לך איהו וכל שעבודא דאית ליה אבל אה"נ דמסירה ומשיכה שוה בזה ומ"ש עוד התוס' והרא"ש וז"ל ועוד דקתני ספינה במשיכה ואותיות במסירה ומוקמינא לה בסמטא דלא קניא התם מסירה וא"כ אמאי קני שטר במסירה כו' עכ"ל ג"כ מתורץ מכח מה שכתבתי דשטר כיון שאין השעבוד נמשך הוי מסירה כמו משיכה. וכן נראה דעת הבעה"ת שער נ"א ח"ג שכתב וז"ל והא דאמרי' דנקנית במסירה איכא מאן דאמר דלאו מסיר' לחוד אלא מסיר' שיש בה משיכה כו' ושמעתי מהרמב"ן ז"ל שאין זה כלום כו' עד שמסירת השטר ומשיכתו והגבהתו כולן שוין בדינן עכ"ל וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ו מהל' מכירה ושאר פוסקים שכתבו סתמא דשטר נקנה בכתיבה ומסירה משמע כמו שאר מסירה וכן נראה מדברי המרדכי פרק הספינה שלא הזכיר דברי התוס' וכתב אינה נקנית במסירה שאין הראיה נתפסת ביד ולא יקנה באמירה לך חזק וקני כדרך שאר המסירות עד שיכתוב לו ג"כ וימסור ונמצא שקנה בכתיבה ומסירה עכ"ל והוא מדברי הסמ"ג עשין פ"ב דף קנ"ח ריש ע"ד ועיין עוד בסמ"ג ברישׁ דף קנ"ז שכתב שאין מסירה צריכה מיד ליד אלא שיאמר לו המוכר לך חזק וקנה כו' (אך דברי הסמ"ג צ"ע דבעשין ע"ד דף קנ"ד ע"ד כ' דברי ר"י שבתוס' פרק הספינה דלעיל) וכ"כ הנ"י פרק הספינה וז"ל ומיהו נראה דהכא אלו מסרו במסירה דעלמא דהיינו אחיזת השטר בעודנו בקרקע קנה נמי וכ"ש שקנאו במשיכה מפני שאין השעבוד שבו בר משיכה ובר הגבה' ואין עיקר קנייתו אלא משום השעבוד הילכך נקנה אף במסירה וכל שכן במשיכה והגבה' וזה הוא סברת הרמב"ן ז"ל וכתבו האחרונים ז"ל שהיא נכונה עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה רישׁ סי' זה וכן עיקר.

סעיף כג

הגבהה עמה או משיכה כלומר אם אפשר להגביה צריך הגבהה ולא מהני משיכה ואם אין דרכו להגביה מועיל משיכה כן הוא בתוס' פ' הספינה דף ע"ז ע"א ד"ה ר' נתן כו' וכן נתבאר לקמן רישׁ סי' קצ"ח ועיין שם עוד מקנינים אלו כישם ביתם:

סעיף כד

אי נמי אפי' לא בעי מסירה מיד ליד וכן עיקר דלא בעי מסירה מיד ליד וכן נראה להדיא מדברי הרמב"ן ושאר פוסקים שהבאתי לעיל ס"ק כ"ב דמסירה זו כמו שאר מסירות דלקמן סי' קצ"ח סעיף ח' דא"צ מיד ליד וע"ש:

סעיף כה

לפיכך הזוכה בשטר הפקר כו' כיון שאין דעת אחרים כו' יש לדקדק דהא בלא"ה נמי לא קנה כיון דליכא כתיב' ובתשו' מהר"מ מלובלין סי' כ"ב תירץ דלא הוצרכו כתיבה

אלא מצד המוכר במקום ששייך לומר שנשאר לו שום זכות לבעל השטר עדיין בשט"ח אבל המפקיר שטרו שנתרוקן כל זכותו של בעל השטר מהשט"ח לגמרי ה"א שהזוכה בו קונה השעבוד שבו עכ"ל ולא נהורא ועוד דהא אפי' באמר לו קני לך איהו וכל שעבודיה כו' לא מהני עד שיכתוב לו ומי גרע אמר מהפקיר ועוד יש לדקרק תיפוק ליה דלא"ה לא קנה השטר שהפקיר דהא הלוה שחייב בשטר זה קודם בו ומיד שהפקיר השטר זכה הלוה במה שבידו כדמוכח בש"ס פ' הפרה ויותר יש להקשות כן על מ"ש הסמ"ג עשין ע"ד דף קנ"ד ע"ג בשם ר"י הטעם לפי שאן מועיל כלום קנין משיכה שלהם אלא ע"י דעת אחרת מקנה שאמר לו משוך וקני לאפוקי שטר דנכסי הגר שאם משכו לא קנה החוב על ידו דמאן קא מסר ליה דליקני עכ"ל והרי בש"ס פ' הפרה (דף מ"ט ע"ב) מוכח להדיא בשטר הגר שזכה בו הלוה במה שבידו תיכף במית' הגר ונתבאר לקמן סי' ע"ב סל"ז וסי' רע"ח סכ"ז וא"כ אפי' לא הי' בעינן דעת אחרת מקנה לא קנה זה שמשך השטר את החוב על ידו. ונראה דמיירי שנכתב באותו שטר שנשתעבד לכל מי שיוציא' ואף בלא כתיבה וכדלעיל ס"ק י' ולענין הקושיא השניה נראה דמיירי בשטר כשיש לו על העכו"ם ומ"מ נ"ל כדפי' שנשתעבד העכו"ם לכל מי שיוציאו דאל"כ אף דלקמן סעיף כ"ה כתב הר"ב דבדיניהם דיינים ליה וא"צ כתיב' ומסירה היינו כשנתן עכו"ם לישראל שטר על ישראל משא"כ ישראל לישראל שטר על עכו"ם ודו"ק והלכך אי לאו דבעינן דעת אחרת מקנה זכה זה שמשכו ואין ישראל אחר יכול לתבוע אותו חוב מן העכו"ם כן נ"ל: ולפי מה שהעליתי לעיל ס"ק כ"ב דשטרות נקנות במסירה ומשיכה והגבהה א"כ ה"ה בהפקיר שטר שיש לו על העכו"ם שנכתב בו שנשתעבד העכו"ם למי שיוציאו אף בלא כתיב' או בגר שמת והניח שטרות כאלו על עכו"ם זכה בהן זה שמשכן ואין ישראל אחר יכול לתבוע את העכו"ם באותן שטרות אבל אם לא משכן רק אחז בהן לא קנה אותם דמסירה לא מהני אלא מדעת המוכר במצותו כדלקמן סי' קצ"ח סעיף ח'. כן נ"ל ודו"ק:

סעיף כו

דשטר אינו נקנה באגב. וכתב הרא"ש בתשובה כלל ע"ה סי' ג' דמ"מ משתעבד באגב עכ"ל ד"מ סמ"ע. ובאמת כתב כן הרא"ש שם אבל הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד כתב אדרבה להפך דאפי' למ"ד דנקנה באגב לא משתעבד באגב כיון דשטר אין גופו ממון ומביאו ב"י לקמן סק"ד מחודש ד' בקצרה ובתשו' רשב"א עצמו שם כתב כן להדיא בביאור יותר וז"ל ועוד דאפי' שעבדם לו בפ' לא עשה ולא כלום שהשטרות אין גופן ממון ולא משתעבדי אגב קרקע כו' דאפי' את"ל דשעבוד כמכירה מימ אפי' לגבי מכירה צריך

הוא למכתב ליה קני לך כו' וכאן לא כתב ראובן כן ולפי מ"ש ששעבוד ראובן מטלטלי אגב קרקע לא מעלה ולא מוריד לגבי שטרי חוב שיש לו על אחרים עכ"ל ומ"ש הרא"ש בתשוב' שם דמצינו מקום אחר חילוק בין מכירה לשעבוד דיותר בקל אדם משעבד נכסיו ממה שמכרם דקי"ל דאקני מועיל ומשתעבד נכסים שעתיד לקנות וא"י למכור נכסים שעתיד לקנות עכ"ל נלפע"ד דלא דמי דהתם כיון דהוא עצמו משועבד א"כ מיד שקנהו אח"כ משתעבד לו וכשמכרו אח"כ מכר דבר שאינו שלו משא"כ דשטר אין גופו ממון ומה בכך שמשעבד השטר וכי יכול לשעבד השעבוד הא השעבוד אינו נקנה עד שיכתוב לו קני לך שעבוד' דאית ביה וימסור לו השטר באופן שיהי' שלו לגמרי ואפי' ישעבד לו ויכתוב לו בפי' בשטר ששעבד לו השטר וכל שעבודו מ"מ אין שייך לומר שיחול השעבוד ע"ז רק כשמקנה לו כשעבוד בכתיבה קני לך כו' שמסלק עצמו לגמרי מן השעבוד ומקנהו לו בכתיבה זו וזכה זה במסירת השטר שהשטר שלו לגמרי מהיום משא"כ כשמשעבדו לו ודוק. מיהו דעת הטור והמחבר ושאר אחרונים לעיל סי' ס' סוף סעיף א' מוכח להדיא דשטרות משתעבד באגב וכן מוכח מדברי הבעה"ת והט"ו לקמן ריש סעיף ל"ד וכן מוכח עוד מדברי הבעה"ת והט"ו לקמן סי' קי"א סעיף כ"ב וסעיף כ"ג ושאר אחרונים ע"ש:

סעיף כז

ולענין הלכת'. נקטינן כו'. ולי נראה עיקר להכריע דאגב קרקע הוא כמסירה לחוד וכתיבה בעי וכ"כ בעה"ת שער נ"א ח"ג בשם יש מוכיחין דשטרא מיקני אג"ק והוא דכתב ליה קני לך הוא וכל שעבודה דאית ביה כו' ואע"פ שהבעה"ת שם חולק וס"ל כהרמב"ם והרי"ן מג"ש שהביא שם מ"מ נ"ל עיקר כמ"ש וכמו שאבאר אבל מה דמשמע מדברי הטור דאינו נקנה אג"ק כלל דאג"ק לא הוי כמסירה וכן משמע מתשובת הרא"ש כלל ע"ו סי' ג' וכן נראה להדיא דעת הרא"ש ספ"ק דמציעא שכתב אמאי דמשני התם בש"ס בששטר כתובה יוצא מתחת ידה וז"ל דאם איתא דזבינתא כתובה מאי בעי' גבה גביה לוקח הוא דהוי דשטר חוב אינה נקנה אלא בכתיבה ומסירה וא"ת וניחוש דלמא מקנייה אגב קרקע ונשאר' כתובתה בידה וי"ל דלא סמכו דעתייהו דלקוחות אם לא שתמסור הכתובה לידם ורב האי גאון ז"ל כתב מתוך קושיא זו דכי אמרינן כיון שהחזיק זה בקרקע. נקנה השטר בכל מקום שהוא היינו דוקא שטר מכירת קרקע עצמו אבל שטר אחר אינו נקנה אג"ק וכן כתב ר"ח דאותיות לא מיקנו באגב עכ"ל. ולא נהירא ליד בש"ס פ' המוכר הספינה (דף ע"ז ע"ב) מוכח להדיא דכל שטר מיקני באג"ק דאל"כ לא הוה פריך התם מידי וגם לא הוה ליה לשנויי אגב שאני דהא מטבע כו' אלא ה"ל

לשנויי שאני שטר של אותו קרקע אלא ודאי אין חילוק דבאמת אין טעם לחלק דמה לי שטר של אותו קרקע או שטר אחר וכן הוא דעת כל הפוסקי' דכל שטר נקנה אג"ק וכן הוא בתוס' והרא"ש גופיה פ' הספינה ודברי הרא"ש ספ"ק דמציעא תמוהין לי וגם דבריו סותרין למ"ש בפ' הספי'. וגם מ"ש הרא"ש בספ"ק דמציעא בשם ר"ח תמיה לי ולא ידעתי היכן מצא כן דברי ר"ח והיאך אפשר שיהי' ר"ח נגד הש"ס ואף שכ' הרא"ש פ' הספינה דברי ר"ח דאותיות לא מיקני באגב היינו באגב לחוד אלא בעי ג"כ כתיבה וכ"כ הבעל העיטור במאמר שלישי אגב ד' ח' ע"ב וז"ל ור"ח כתב דאגב כמסירה לחוד' היא ולא מקנו אלא בשטר עכ"ל וכ"כ ה' המגיד ס"פ ו' מה' מכיר' וז"ל רבינו חננאל ז"ל כתב שאינו עומד אגב אלא במקום מסירה לבד עכ"ל וכן נרא' להדיא מתשוב' הרמב"ן בשם ר"ח שהביא הבעה"ת שער נ"א סוף ח"ג ע"ש. וגם מ"ש הרא"ש בשם רב האי גאון לא מצאתי בשום ספר או בשום מחבר רק שראיתי בס' מקח וממכר לרב האי גאון שער י"ג דף ל"ה ע"א שכתב וז"ל והיכא שאדם כותב שטר מכר לחברו על שדה ובא הלוקח והחזיק בשדה נקנ' השטר בכ"מ שהוא דה"ל שטר מטלטלים שהן נקנין אג"ק כו' עכ"ל ואולי מכאן משמע ליה להרא"ש מדכתב כן גבי שטר של אותו קרקע ולא כתב כן בשטר אחר אלמא דס"ל לרב האי מתוך קושיא דספ"ק דמציעא דדוקא שטר של אותו קרקע ואי משום הא לא אריא דרב האי נקט כלשון הש"ס ומשמע דאין חילוק וכמ"ש ומ"מ זכינו לדין דדעת ר"ח כדעת היש מוכיחין שבבעל התרומות שהבאתי לעיל דאג"ק הוא כמסיר' אבל כתיבה בעי ואף ע"פ ששאר הפוסקים לא ס"ל הכי וגם הבעל העיטור שם כתב דלא נהירא ליה דעת ר"ח מדמשני אגב שאני דהא מטבע אינה נקנה בחליפין ונקנה באגב ש"מ דאגב ככתיבה ומסירה דמיא דמטבע נקנה באגב לחודיה עכ"ל מ"מ נ"ל עיקר כדברי ר"ח דלמה יהיה אג"ק ככתיבה ומסירה והלא המקשה היה סובר דאגב קנין גרוע הוא ולא עדיף משאר קניני' וא"כ נהי דמשני ליה אגב שאני היינו שטר דהתם שנכתב על שם הלוקח עצמו מתחלה ולא בעי כתיבה דהוי אגב במקום מסירה אבל שיהא אגב עומד במקום כתיבה זה לא נזכר בדברי התרצן כלל וכן נראה להדיא מדברי התוס' שם וכן מדברי הרא"ש שם דבין להמקשן ובין להתרצן לא הוי אגב אלא כמסירה וכתיבה בעי ע"ש ומה שהקשה הבעל העיטור מדמשני דהא מטבע כו' לא קשה מידי דהכא קאמר אגב קנין חשוב הוא טפי משאר קנינים דהכי נמי אשכחן דמטבע אינו נקנה בחליפין ואג"ק מיקני אבל לא שיהא דומה קנין דשטר לקנין דמטבע דהא מטבע נקנה במסירה לחוד ולכך נקנה ג"כ באג"ק לחוד דאג"ק היא כמסירה משא"כ שטר שאינו נקנה במסירה לחוד עד שיכתוב לו ג"כ. ועוד נ"ל דגם מה שכ' הרא"ש ושאר פוסקים

לדעת הרי"ף דאג"ק היא ככתיבה ומסיר' אינו מוכרח לפע"ד אלא נלפע"ד דכמו שפירשו התוס' והרא"ש דברי הש"ס כן הוא דעת הרי"ף ולכך כ' ואע"ג דלא מיקניין במסירה אג"ק מיקנין דהא מטבע לא מיקני בחליפין ואג"ק מיקני כו' ור"ל ואע"ג דלא מיקניין במסיר' ובעינן קנין חשוב בשטרות מ"מ אג"ק מיקניין דאג"ק קנין חשוב הוא ולא קנין גרוע דהא כו'. וגם מ"ש הב"י שהבעה"ת שער נ' הביא דעת הראב"ד כהרמב"ם וכתב ומ"מ מסיר' השטר יותר טוב כו' אני עיינתי שם בבעה"ת שער נ' ח"ד בשם הראב"ד ולא משמע שם אלא דאג"ק הוא כמסיר' ועל כן כתב אלא שמסירת השטר הוא שוה יותר מכל הדברים כו' אבל אה"נ דס"ל כרבינו חננאל והתוס' והרא"ש פ' הספינה והיש מוכיחין שבבעה"ת שהבאתי לעיל דכתיב' בעי וכן מ"ש ב"י שהרשב"א כתב בתשוב' אפשר דאגב עומד במקום כתיבה ומסיר' וכן דעת רוב המפרשים ז"ל ע"כ. (וכן הוא בתשו' רשב"א סי' תתצ"ד) נראה דאפשר קאמר אבל לא ס"ל כן להלכ' ואני מצאתי בתשו' רשב"א סי' תתקי"ד שכ' ז"ל וא"ת והרי שטרות איקרי נכסי והלכך זה שכתב ושעבד כל נכסיו מטלטלי אגב קרקע שטרותיו בכלל וקיימא לן דשטר נקנה בכתיבה ואגב כדאיתא פ' הספינה לא היא דאפי' את"ל דשעבוד כמכירה בשטרות מ"מ אפי' לגבי מכירה צריך הוא למכתב קני לך הוא וכל שעבודא דאית ביה כדאמר ר"פ בפ' הספינה וכן פסקו כל גדולי הפוסקים וכאן לא כתב לו כן עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לקמן סי' ק"ד מחודש ד' הרי להדיא דאגב אינו אלא במקום מסיר' וכתיבה בעי וכן עיקר הלכה למעשה. שוב ראיתי שגם בתשו' מהר"א ן' חיים סי' ע"ז מסכים לדינא כמ"ש וז"ל שם בדף ק"ד ריש ע"ג ואם אמרו שהשטרות ניקנים אג"ק היינו לענין דרך הקנאתו ושיהי' קנין אגב בו כמסיר' אבל מ"מ מה שצריך עוד לקני" השטרות כדי שיועיל לגבות בו קני לך איהו וכל שעבודיה קנין אגב אינו מוציאו ידי כך ולא שום קנין בעולם וכיוצא בזה כ' הרא"ש וז"ל בתשו' כלל ע"ו סי' ב' ראובן נתן לדינה כו' דמ"ש הרי"ף דשטרות נקנית באגב היינו שהקנה לו שעבודא דאית ביה וכן דעת הרשב"א ז"ל ג"כ בתשו' עכ"ל ואע"פ שמ"ש וכיוצ' בזה כ' הרא"ש בתשו' כו' לית' דהרא"ש שם לא קאמר אלא דאמיר' בעי וכמ"ש הטור בשמו אבל כתיבה לא בעי וכמ"ש הרא"ש להדיא באותו כלל סי' ג' וכן פסק רי"ף דשטרות ניקנים באגב בלא כתיבה ומסיר' כו' וגם נראה מדברי מהר"א ן' חיים דאשתמיטתיה דברי הרמב"ם ושאר הרבה פוסקים דכתבו להדיא דאגב היא במקום כתיב' ומסירה שהרי לא הביאם שם כלל מ"מ מה שכ' בשם תשו' רשב"א ומה שכ' לדינא דכתיבה בעי נכון הוא וכמו שהוכחתי:

סעיף כח

שטר שעדיין לא נכתב. משא"כ בשאר דברים דיכול להקנותן ולומר קנה אגבן פרה וטלית לכשאקנהו וכמ"ש בסי' ל"ז ובסי' ס"א דיכול להשתעבד מטלטלי בדאקני ע"ש עכ"ל סמ"ע ולא דק דפשיטא דא"י להקנות מה שיקנ' אח"כ כדאיתא בש"ס וכל הפוסקים ונתבאר לקמן סי' ר"ט והא דלעיל סי' ל"ז וס"א שעבוד שאני דיכול להשתעבד דאקני ולא להקנות כמבואר להדיא חילוק זה בש"ס וכל הפוסקים אלא כאן דשטר זה בא על הלוואה שהלוה כבר הוי אמינא דעדיף כן הוא בריב"ש שם בסי' ר"י ע"ש:

סעיף כט

אינו צריך עדים לעניין קנייתו. והרבה חולקים בזה והכי קי"ל דצריך עדים גם לענין קנייתו וכדלקמן והלכך אם פרע הלוה ללוקח בלא ידיעת המוכר חוזר וגובה ממנו וכמו שיתבאר לקמן סעי' י"ז וכ"כ הב"ח מיהו אם הלוה טוען ברור לי שהיה לו שטר כתיבה ואבד נשבע היסת ונפטר:

סעיף ל

או שטען שהקנוהו לו אג"ק. היינו לשטת הרמב"ם והמחבר דלעיל סעיף י' דבאג"ק לא בעי כתיבה אבל לפי מ"ש שם בס"ק כ"ו דבאג" אינו אלא במקום מסירה וכתיבה בעי לא שייך הכא לומר כן וק"ל (עיין בתשובת מהרי"ט סי' צ"א):

סעיף לא

ואם יש ראיה שמכר כ"כ ה' המגיד והקשה בס' גי' תרומה שער נ"א סוף ח"ד דף שי"ב אמאי כתב המגיד דישראי' אפי' ליכא ראי' והוא מודה נמי וענין מגו לא שייך הכא דלא אמרי' מגו אלא להאמין בטענה א' מגו דאי בעי טעין אחרת והוי כמגו לאפטורי משבועה עכ"ל ול"ק מידי דפשיטא דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ועוד נראה דדוקא קא' אם יש ראיה משום דר"ל דחייב לשלם לראובן כל דמי השטר ואי ליכא ראיה שמכר אע"פ שמודה שמכר ואינו רוצה לישבע מ"מ במה שאינו רוצה לישבע אין הכרח שנפרע אחר המכירה דלמא נפרע קודם לכן ונהי דכשמודה המוכר בפירוש שנפרע אח"כ חייב לשלם כל דמי השטר מ"מ אי הוה אמר שנפרע קודם לכן ואינו חייב לשלם רק המעות שקבל נאמן במגו דאי בעי אמר לא מכרתי והלכך השתא נמי נהי דאינו רוצה לישבע דלמא אינו רוצה לישבע מחמת שנפרע קודם לכן אבל אם יש ראיה שמכר דלית ליה מגו אין מאמינים אותו לו' שנפרע קודם לכן וכמ"ש לקמן ס"ק ל"ה בשם ה' המגיד והלכך כיון דאינו רוצה לישבע אין אנו מאמיני' אותו שנפרע קודם לכן וכיון דהשתא בגרמתו מזיקו חייב לשלם לו כל דמי השטר כן נ"ל:

סעיף לב

חייב לשלם לראובן. אע"פ שלא הודה שפרעו (דוקא כשאמר שמעון ישבע לי וכמ"ש בס"ק שאח"ז ע"ש) ומחויב לשלם כל דמי השטר ולא סגי כשמחזיר לו הדמים שקבל כל זה משמע מה' המגיד שם וכ"כ בסמ"ע ס"ק ל"א להדיא ואע"ג דבה' המגיד שם לא כתוב שצריך לשלם לו כל דמי השטר רק בהודה שפרעו מ"מ משמע שם בהרב המגיד להדיא דה"ה הכא כיון שאינו רוצה לישבע הרי הוא כמודה שפרעו כיון שבגרמתו נפסד השטר וכן הוא בשלטי גבורים בשם ריא"ז שהבאתי לק' סעיף ל"ב ס"ק ק"ט ועיקר:

סעיף לג

וכן אם הודה כו'. לשון וכן שכ' המחבר מגומגם הוא וה"ל למימר וכ"ש אם הודה לוי שפרעו: מיהו הא דאם אינו רוצה לישבע חייב לשלם לראובן היינו דוקא כשאומר שמעון ישבע לי וכמ"ש הרמב"ם והמחבר אבל אם אינו אומר ישבע לי אע"פ שאומר שפרע לו כיון דאינו מחוייב לישבע וכדלקמן סי' פ"ב סעיף ב' גובה ראובן וכן מ"ש אח"כ יורשיו נשבעין כו' היינו דוקא כשאומר להם הלוה אשתבעו לי וכמ"ש לק' סי' ק"ח סעיף ה' ע"ש:

סעיף לד

אם הודה לוי שפרעו כו'. בבעה"ת שער נ"א ח"א כתב ע"ז וז"ל ומסתברא דוקא דלא כתוב ביה נאמנות אבל אם יש בו נאמנות מוציא ממנו בעל כרחו ואין הודאת המלוה מועלת כלום לסברתם שפסקו שנאמן לומר שטר היה לי ואבד דחיישינן לקנוני' עכ"ל ולא נהירא לי דכיון שהמלוה אומר שפרוע מה בכך שיש בו נאמנות מ"מ הרי הוא עצמו או' שהוא פרוע וכמ"ש לעיל סי' ע"ז ס"ק ד' ועוד דהא טעמא הוא משום דנאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל או משום שהרי הוא כמוחלו עתה וכמו שיתבאר בס"ק שאח"ז וא"כ זה שייך אף בנאמנות וכן משמע מדברי הרמב"ם והט"ו ושאר פוסקים שלא חילקו בכך וכן עיקר ונ"מ אף להחולקים שאין נאמן לומר שטר היה לי ואבד היכא שיש בידו כתיבה:

סעיף לה

הודה לוי שפרעו כו'. דין זה אפי' ביש עדים לראובן מהקנייה שהרי היה לוי יכול למחול את החוב ומגו דאי בעי מצי מחיל כי אמר שטרא פרוע הוא נאמן ויש מי שכתב דכי אמר שטרא פרוע הרי הוא כמוחלו עכשיו ואין לך מחילה גדולה מזו עכ"ל ה' המגיד שם וכן הבאתי לק' סעיף ט"ז ס"ק ס"א בשם הצרפתים ובשם הר"מ בן יוד' דפרוע היא מחילה ומ"ש הרא"ש והר"ן ס"פ כל הנשבעין שהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דאי בעי

מחיל ליה לרווחא דמלתא כתבו כן ולפ"ז לאו דוקא פרוע אלא כל דבר שמבטל השטר כגון אמנה ותנאי וכה"ג נאמן המוכר וכ"כ ר' ירוחם סוף נתיב י"ד ומביאו ב"י סימן זה סי"ד וגם בס"ס זה דנאמן המוכר לומר אמנה הוא או פרוע רק שכתב דנאמן במגו דאי בעי מחיל ליה ולפי מ"ש אין צריך למגו אלא כך לי אמנה ותנאי ופרוע כמחילה מיהו מדברי הרא"ש פ"ב דכתובות גבי כשחייב לאחרים ואומר פרוע הוא דאינו נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה משום דאין בדעתו למחול ולהפסיד חובו וכ"כ ר' ירוחם נ"ו ח"ו לא משמע כן דאם כן אמאי לא יהא נאמן לומר פרוע דהא לדבריהם יכול למחול אף היכא שחייב לאחרים ופרעון גופיה מחילה היא מ"מ נ"ל עיקר כמ"ש דסבר' גדולה היא דמה לי מוחלו ומה לי אומר שפרוע הוא ס"ס לפי דבריו נמחל השטר ונתבטל במה שאומר שהוא פרוע ואין לך מחילה גדולה מזה וכן העליתי לקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א ע"ש ולפ"ז אין צריך לפרש הא דאמרינן בש"ס סוף פרק שנים אוחזין ריש (בבא מציעא דף כ') ש"מ איתא לדשמואל כמו שפירשו יש פוסקים משום דאי לקנוני' הוי בעיא היה לה למחול אלא פירש כפשוטו דהשתא דנותנת לו שובר ואומרת שכתובת' פרוע אין לך מחילה גדולה מזה ואיתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול (ושמואל רבותא קאמר דאפי' מחלו לו בחנם מחול וכ"ש כשאומר פרוע או אמנה שהוא בטל) וכ"כ הנ"י שם בס"פ דמציעא דלאו עדין מגו אתינא עלה אלא דכיון דקא מודה דפרוע היא ושובר מעליא הוא זו היא מחילת' וכמאן דאמרה מחול לך דמי עכ"ל ומשמע שם בנ"י שדבריו הם לקוחים מדברי הרשב"א והר"ן ע"ש וכן נראה מפירש"י שם וז"ל ש"מ מדלא חיישי' להכי דאי נמי הוה הכי שפיר זכה בעל בשובר שנכתב לשמה איתא לדשמואל כו' הלכך אם מכרה זו כתובתה באייר וחזרתה ומחלתה לבעל בתשרי מחול ושפיר טריף בעל עכ"ל ולאו דוקא כתבה שובר אלא ה"ה אומרת שהוא פרוע אלא שהשובר הוא לראיה שהכתוב' פרוע ואע"פ שהבעה"ת שער נ"א ריש חלק ב' הביא ל' תשובת הראב"ד במוכר שט"ח לחבירו שאינו נאמן לומר פרוע במיגו דאי בעי מחיל ושמעתתא דבבא מציעא מוכח כן דקתני מצא שובר בשוק וכו' ואם איתא דבדבורא בעלמא יכולה להפסיד הלקוחות מאי טעמא איירי בשובר כו' עכ"ל אין נ"ל כן אלא כמ"ש וגם בלא"ה הא הרמב"ן והרא"ש והר"ן ס"פ כל הנשבעין ושאר פוסקים והרמב"ם וה' המגיד והמחבר כאן וכן הבעל העיטור ובעה"ת והטור והמחבר לקמן סעיף ט"ו ודאי דלא ס"ל הכי דהא כתבו להדיא המוכר שט"ח נאמן המוכר לומר פרוע אלא ודאי צ"ל כדפי' דהא דנקט בש"ס שובר משום שהשובר הוא לראיה אי נמי משום סיפא דהיכא דאין האשה מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה אבל אה"נ שנאמנת בדיבורה לבד

שהכתובה היא פרוע במגו דאי בעיא מחלה ליה או מטעם שכתבתי דכיון שהיא אימרת שהיא פרוע אין לך מחיל' גדול' מזו ודלא כתשובת הראב"ר וכן עיקר:

סעיף לו

ישלם לוי לראובן כו'. טען לוי שלא מכר ולא נתן כו' ז"ל ה' המגיד ממה שאמר רבינו ז"ל ולא נתן יראה לי שדעתו ז"ל כשאמר לוי שפרוע הוא משלם לראובן כדין מוחל שנתבאר (לקמן סעיף ל"ב) שחייב לשלם כל מה שבשטר ר"ל שאפי' מכרו במנה ושוה אלף מוציאין מן המוחל אלף אף כאן כשאומר פרוע הוא משלם כל שווי השטר ואין אנו מאמינים אותו לומר פרוע היה קודם המכירה (נ"ל דהיינו דוקא שיש עדים שמכרו לו דאל"כ נאמן לימר שנפרע קודם לכן במגו דלא מכרתי ואע"ג דאם. היה אומר לא מכרתי היה מעיז והשתא אינו מעיז שפיר אמרי' מגו בכה"ג כמ"ש לקמן סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק נ"ח וסי' צ"ג סעיף ב' וכן הוכחתי לקמן ס"ס פ"ב בדיני מגו אות ו') ולא ישלם אלא דמים שקיבל דנמצא מקח שאינו מקח ואע"פ שאנו מאמינים אותו לענין הלוה היינו משים דמצי מחיל אבל ודאי הוא חייב בתשלומין כמו שהי' מתחייב אם מחל ואם לא תאמר כן אפי' הודה לוי שנתן לא ישלם כלום אם אנו מאמינים אותו שכבר נפרע קודם נתינה דה"ל כנותן מה שאינו ויש לדחות ולו' שכוונ' רבינו הוא באמרו ולא נתן לא נתן כך באחריו' אי נמי לא נתן ואח"כ נפרע מ"מ עיקר הדין נ"ל כמ"ש עכ"ל ודבריו נכונים גם דעת הרמב"ם נראה כן ומ"ש ויש לדחות כו' הוא דוחק וכן הבאתי לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ט השלטי גבורים בשם ריא"ז וכ"נ דעת המחבר ועיקר (ומשמע דאע"פ שלא פרע לו כל דמי השטר אלא שטוען שפרע לו כפי סך שקבל בעד המכירה ובזה נתרצה שיהא השטר פרוע צריך לשלם לו כל דמי השטר כיון שבגרמתו נפסד השטר) ואין להקשות ממ"ש הבעה"ת והט"ו לקמן סעיף ל"ד דאם הוציא הלוה שובר ששטר זה פרוע ה"ז מקח טעות והמעות חוזרים משמע שא"צ להחזיר אלא המעות שקבל דשאני התם שמוציא שובר א"כ אפי' בלא הודאת המוכר מתברר שמכר לו שטר פרוע והוי מקח טעות והדמים חוזרים משא"כ הכא שאינו מתברר שהוא פרוע אם לא ע"פ הודאת לוי שהרי אם היה רוצה לוי לישבע היה ראובן גובה בע"כ של שמעון א"כ מכח הודאת לוי או מכח שאינו רוצה לישבע דהוי כהודא' אינו גובה ראובן והוי כמוחלו עתה ומזיקו שבגרמת לוי עתה הוא נפסד השטר הלכך צריך לשלם לו כל דמי השטר וכן נראה שמחלק בשלטי גבירים בשם ריא"ז שהבאתי לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ט ועיקר. ובזה נלפע"ד דלא קשה מה שהקשה הרא"ש ס"פ שנים אוחזין אהא דאמרינן התם ש"מ איתא לדשמואל כו' דהא אי תמחול תצטרך לשלם לו כל דמי הכתובה וכתב שיש רוצים לומר מכח קושיא זו דבמחול

א"צ לשלם רק דמים שקבל מן הלוקח ולפענ"ד דצריך לשלם כל דמי השטר וכמ"ש לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ט ושפיר קאמר התם בש"ס ש"מ איתא לדשמואל משום דהשתא נמי צריכים לשלם ללוקח כל דמי השטר דהא אין מחזירים השובר אלא ע"פ הודאת' ואי לאו שהיתה מודה לא היו מחזירין לו השובר נמצא שבגרמתה נפסד הכתוב' והרי היא כמוחלת עתה הכתוב' כנ"ל ברור (וכן נראה להדיא מדברי הנ"י פ"ק דמציע' ע"ש):

סעיף לז

ואם לא רצו לישבע משלמין ללוקח. משמע שמשלמין לו כל מה שהי' שוה השטר וכן משמע בה' המגיד ועוד לפי מה שפי' בסמ"ע ס"ק ל"א דעת המחבר מ"ש חייב לשלם ראובן היינו כל דמי השטר א"כ מסתמא גם מ"ש המחבר כאן משלמין ללוקח פירושו כל דמי השטר דמסתמ' כל מה שאביהן הי' חייב חייבין הם ג"כ ועוד דמסתמא מיירי בחד גוונ' דאל"כ ה"ל לפרש ולא לסתום ועוד דאין טעם לחלק בין אביהם להם עצמם דאין סברא לומר כיון שאביהן הי' המוכר יתחייב יותר דהא חייב לשלם יותר ממה שקבל דמי המכיר' וגם אפי' נתן במתנה חייב לשלם אלא ודאי החיוב הוא כיון שאינו רוצה לישבע וגורם ללוקח היזק בזה חייב מדינא דגרמי לשלם לו הזיקו א"כ האי טעמא שייך נמי ביורשים מה תאמר שהיורשים אמרו אנו אין מתכוונים להזיק אלא שאנו יודעים שהוא פרוע ואין אנו רוצם לישבע שקר א"כ גם המוכר או הנותן יאמר טענה זו אלא ודאי כיון שאינו מברר טענתו חייב מדינא דגרמי וכמ"ש לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ה בשם שלטי גבורים בשם ריא"ז וא"כ ה"ה גבי יורשים וזה ברור ומכאן גם כן סתיר' על דברי הסמ"ע דלקמן סעיף ט"ו ס"ק מ"א וכמ"ש שם בס"ק נ"ג ע"ש:

סעיף לח

טען לוי שלא מכר כו' כלומר לוי טוען כן נגד ראובן נשבע לוי כו' אבל בב"י וכ"מ פירשו שלוי טוען כן נגד שמעון נשבע שמעון ולא מחוור ובסמ"ע ס"ק ל"ג כתב דהא דלא פירשו כפשוטו משום דס"ל דאם מודה לטי שנפרע וטוען נגד ראובן לא מכרתיו לך אפי' שבועה א"צ לעשות לוי נגדו דהמע"ה עכ"ל ולא נהירא דלמה לא ישבע לוי הלא לפי דברי ראובן חייב לשלם לו בברי וכך הם פשט דברי הרמב"ם וכן פי' ה' המגיד להדיא ומביאו ב"י וגם הר"ב רמ"א כתב בתשו' סי' צ"ה שאלה ב' דנשבע לוי ושגם הב"י סובר כן רק שהב"י מוסיף מדעתו שגם שמעון נשבע היסת וכ"כ הב"ח דגם הב"י מודה לזה לדינא וכ"כ העיר שושן דלוי נשבע ע"ש:

סעיף לט

שגם לענין קנייתו כו'. עיין בעיר שושן שכתב שצריך להחזיר לו גוף הנייר וכן הוא בבעה"ת שער נ"א ר"ח בשם ה"ר נתן ב"ר מאיר וכ"כ הר"ן פ' הכותב גבי עובדא דמלוגי דשטרי כמ"ש לעיל סי' ס"ד ס"ק ד' ע"ש:

סעיף מ

אינו נאמן ומשמע דה"ה אם טוען נתנו לי במתנת ש"מ אינו נאמן ודלא כמ"ש ב"י בא"ע סי' פ"ו וז"ל בתשוב' להרמב"ן סי' ל' ולענין ש"ח שטענו האפוטרופסים אם טענה שהבעל נתנה לה הדין עם האפטרופס שהשטר אינו נקנה אלא בכתיב' ומסירה ואפי' ליכא עדים וראה דהא לא שייך בשטרות מגו וכמ"ש הרי"ף פ' הכותב במלוג' דשטרי ע"כ ומיהו אם אומרת שנתנו לה במתנת ש"מ משמע דנאמנת לדברי הרמב"ם והרא"ש שסוברים שאם נתנו במתנת ש"מ אין צריך לומר קני לך איהו וכל שעבוד' דאית בי' וכמו שנתבאר בטור חשן משפט עכ"ל ולא נהירא לי דזה לא תלוי בהרמב"ם והרא"ש דאע"ג דסבירא להו דא"צ לומר קני לך איהו וכל שעבודא היינו כשידוע שנתן אבל מ"מ אינה נאמנת שנתנה לה במתנת ש"מ תדע דהא מוכיח כן מעובד' דמלוגא דשטרי דפ' הכותב (דפ"ה ע"א) ומהתם יש להוכיח דבמתנת ש"מ נמי אינה נאמנת דאל"כ היתי' נאמנת הך איתתא דמחיים תפסה במגו זו וכן הביא הב"י סימן זה סעיף י"ב תשובת הרשב"א דלעולם צריך להביא ראיה על הכתיבה ואפי' לרבא כו' וכן אינו נאמן לומר במתנת ש"מ נתנו לו כדמוכח בפ' הכותב בעובד' דמלוגא דשטרי ע"כ וכן הביא בשם הנמוקי יוסף שבירורו המפרשים שאין תפיסתו ראיה על הכתיבה ולא על האגב וה"ה אם טען שנתנו לו במתנת ש"מ צריך להביא ראי' ע"כ וליכא למימר דהרשב"א לטעמיה אזיל וכמ"ש ס"ס זה ס"ק קכ"ב בשמו דש"מ צ"ל ג"כ קני לך איהו וכל שעבודא כו' דמה חילוק יש בזה לענין ראי'. ועוד דהא הר"ן כתב בפ' הכותב ג"כ דאינה נאמנת לו' במתנת ש"מ נתנו לי והרי הב"י סוף סי' זה כתב שהר"ן פ' מי שמת כתב כהרמב"ם דש"מ א"צ לומר קני כו' ע"ש וגם הרמב"ן בחדושיו פ' גט פשוט דף ק"ח ע"ב וכ"כ הריטב"א שם בפרק הכותב וכ"כ הבעה"ת שער נ"א ריש ח"ח וכן הביא הבעה"ת עוד שם בסוף ח"ח דברי הר"ר נתן בהר"מ שהוכיח דאינו נאמן בשום טענה בין שטען אגב קרקע נתנם לי ובין שטען במתנת ש"מ נתנם לי והשיג שם על הראב"ד וכן עיקר וכן נראה דעת הרב בהג"ה:

סעיף מא

ואפי' היה כו'. נ"ל שצ"ל ואם היה וכן הוא בעיר שושן:

סעיף מב

אינו נאמן כו' ואין הלוקח כו'. יש לדקדק אמאי לא ה"ל הלוה מחוייב שבועה להכחיש השליש שהוא עד ואינו יכול לישבע שהרי אינו יודע ומשלם ולהפוסקים דבדבר דלא ה"ל לידע לא אמרינן משואיל"מ י"ל דהכא נמי לא ה"ל לידע שמכרו אבל לאינך קשה ונראה דמיירי שהשליש הוא קרוב או פסול וכן בנמוקי יוסף שממנו מקור דין זה איתא כדאמרינן בסנהדרין כו' ובסנהדרין שם בס"פ זה בורר היה השליש אשה עיין שם ודו"ק:

סעיף מג

אינו צריך כו'. מפני שידו כידה ואין קנין לאשה בלא בעלה ומה"ט אינה יכולה למחול וכדלקמן סעיף כ"ח וע' בא"ע סי' צ"א:

סעיף מד

הנותן מתנה לחבירו אע"פ שאין המתנה נקנה רק באותו שטר כגון שכתב לו שדי נתונה לך והחזיר לו השטר לא חזרה מתנתו וע"ל סי' רמ"ה סי"ג:

סעיף מה

שכתב לו שדי מכורה או נתונה לך. וה"ה בשטרי דידן שכתוב בהן מכרתי ונתתי כדלקמן סי' קצ"א ס"ג דשטרי קנין הם וא"כ נקנין בכתיבה ומסירה וכ"כ בתשוב' מהר"מ אלשיך ס"ס ס"ב וסי' ע"ד רק שדבריו שם מגומגמים במה שנראה מדבריו דהפיסקים פליגי על הרא"ש וט"ו ור' ירוחם כאן וליתא דלא פליגי רק במה דס"ל להרא"ש וטור לק' סי' קצ"א דשטרי דידן שטרי ראיה הן אבל בשטר ראי' גופא לא פליגי ומודים דאין נקנה בכתיב' ומסיר':

סעיף מו

שהוא עיקר הקנין. ולא דמי לשטר חוב דהתם לא שייך ביה קנין אלא ממון שהלוהו נתחייב לו בעל פה והשטר נכתב לגבות בו ממשעבדי ובמסיר' השט"ח וכתיבת קני לך כו' קונה את שעבוד הנכסים וגם החוב הרא"ש וטור. ומשמע דכל שכן שטר חיוב שמתחייב לו עתה בשטר זה ליתן לו מנה כדלעיל סי' מ' דנקנה בכתיב' ומסיר':

סעיף מז

נשבע הלוקח. דאין נפרעים מנכסי יתומים אלא בשבועה:

סעיף מח

שלא אמר לו המוכר כלום. משמע הא אם אמר שהוא פרוע היה נאמן אפי' אחר המכירה שנפרע קודם המכירה וכן העליתי לקמן ס"ק נ"ה באריכות וע"ש:

סעיף מט

גם הוא כו'. פי' שניהן נשבעין דטוענין בעד היורשים כל מה שהי' יכול אביהן לטעון ואלוהי' חי היה יכול לטעון שפרע להמוכר או להלוקח מ"ה ישבעו שניהן מספק משא"כ אם הלוה חי דא"צ לישבע אלא האחד שאומר בברי שפרע לו עכ"ל סמ"ע וכ"כ הב"ח גם הוא צריך לישבע כו' שהרי כשם שיש ספק שמא פרע ללוקח כך יש ספק שמא פרע למוכר כו' ולפעד"נ לפרש כפשוטו דקאי אשבועה דלעיל שהלוקח צריך לישבע שאינו יודע הוא שפרע למוכר דשמא יודע שפרע למוכר וגם המוכר צריך לישבע שלא נפרע ואין שבועת המוכר פוטרו ללוקח דשמא המוכר נשבע לשקר והלוקח יודע שהוא פרוע וכיון שבא לגבות מהיתומים צריך לישבע ג"כ (אבל כשהלוה חי אין הלוקח צריך לישבע דהא אין טוען שהוא יודע שפרע למוכר) מיהו נראה שצריך לכלול ג"כ שלא נפרע הוא בעצמו מן הלוה ולפי זה אפי' היתומים מודים שלא נפרע הלוקח כגון שיודעים שלא זזה ידו מידם משעה שלקחו וכה"ג צריך לישבע כמ"ש ודו"ק:

סעיף נ

צריך לישבע ומ"מ כשמת המוכר גובה הלוקח כיון דקנהו בעוד הלוה חי ובשעת המכיר' לא נתחייב לישבע עכ"פ דדלמא לא יטעון הלוה שפרעו אין זה בכלל אמרם אין אדם מורישׁ שבוע' עכ"ל סמ"ע ואין לשונו מדוקדק דאפי' הי' הלוה צווח שפרעו קודם שמכרו דינא הכי דלא אמרי' אין אדם מורישׁ שבוע' אלא גבי שבוע' דבעי לפרע מיתומי' ולא נגד הלוה דהבו לה דלא לוסיף עלה כדלקן' סי' ק"ח סעיף י"ד והכא היינו טעמא כמ"ש הרא"ש והר"ן דכיון שמכרו אין עליו עיקר חיוב אלא שמשביעים אותו מפני שהוא נאמן לו' פרוע במגו שיכול למחול ע"ש:

סעיף נא

וטוען שהוא פרוע שפרע למוכר ואמר ישבע לי המוכר לכך צריך לישבע והיינו שכתבו הרמב"ם והמחבר לעיל סי"א ואם טען שמעון שפרע ללוי ואמר ישבע לי כו' חבל אם אינו אומר ישבע לי אע"פ שאומר שפרעו א"צ לישבע כדלקן' סי' פ"ב סעיף ב' אבל כשמת הלוה צריך לישבע נגד היורשים אפילו אין אומרים ישבע לנו דאין נפרעים מנכסי יתומים אלא בשבועה כדלקמן סי' ק"ח סעיף ג' וע"ש:

סעיף נב

ואין בו נאמנות אבל אם יש בו נאמנות א"צ לישבע והלכך אף שאינו רוצה לישבע גובה הלוקח אבל כשאין בו נאמנות וצריך לישבע א"כ כשאינו רוצה לישבע אף שאינו אומר שפרוע מ"מ לא יפרע לו הלוה אבל אם מודה שהוא פרוע אף שיש בו נאמנות

פטור הלוה כמ"ש לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ד והמוכר משלם ללוקח מה שמפסידו בדבורו וכ"כ הרא"ש והר"ן וה' המגיד ושאר פוסקים שנאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל: וכתב ב"י בסעיף י"ד וז"ל ונראה דהיינו דוקא כשהמוכר מודה שהוא פרוע אבל אם אומר עיינתי בחושבוני ולא פש לי גביה מידי אי לא ידיע' מילת' בסהדי לאו כל כמיני' דהמוכר דה"ל כההוא עובד' דהנהו גינאי דספ"ק דגיטין וכ"כ בספר התרומות שער נ"א עכ"ל וכן הביא הב"י אח"כ במחו' י"ג דברי הבעה"ת שכ' דא"י לומר עיינתי בחשבוני וטעיתי אלא כי ידיע' מילת' בסהדי ע"ש בב"י ואחריו נמשכו הד"מ והסמ"ע ס"ק ל"ב שמחלקין בין פרוע ובין עיינתי בחשבוני ע"ש ולפע"ד זה אינו אלא כי היכא דיכול לומר פרוע במגו שיכול למחול ה"ה שנאמן לומר עיינתי בחשבוני וטעיתי ולא דמי לההוא עובד' דהנהו גינאי דספ"ק דגיטין דהתם הודה שהוא חייב וחזק' אין אדם מודה אלא אחר שמדקדק היטב וכמ"ש התוס' והרא"ש שם אבל הכא הרי לא הודה על עצמו בכלום וראייה ברור' לזה שהרי התוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין כתבו דס"ל לרבינו חננאל ולהרי"ף בעובד' דגינאי דא"י לומר טעיתי במגו דפרעתי וכ"כ הר"ן שם שי"א כן לדעת הרי"ף והרי בפרק הכותב גבי מוכר שט"ח לחבירו מבואר להדי' מדברי הרי"ף דיכול לטעון עיינתי בחשבוני וטעיתי שכ' הרי"ף שם וז"ל וחזינ' למקצת רבוותא דאמרי' דה"ט דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דיכול לומר עיינתי בחשבוני ולא פש לי מידי גביה כו' ואנן מסתברא לן דליתא להאי טעמאכר עד ועוד אי הא דאמר שמואל חזר ומחלו מחול משום דיכול לומר עיינתי בחשבוני ולא פש לי מידי גביה הכי איבעי ליה למימר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ואמר לא פש לי מידי גביה מהימן ולא הל"ל וחזר ומחלו מחול ומדאמר וחזר ומחלו מחול ש"מ דאפי' אמר אי"ל גביה אלא הרי הוא מחול לו מחול כו' עכ"ל וכן מבואר מדברי הר"ן שם בפ' הכותב שכ' וז"ל ואזינן למקצת רבוות' כו' זהו דעת ר"ח שכ' דטעם דמוחל משום דיכול למימר עיינתי בחשבוני ולא פש לי מידי והקש' עליו הרי"ף כו' עד ועוד הקשו עליו דבמקום שחב לאחרים לאו כל כמיני' לומר שטר אמנה הוא כדאית' בפ' האשה שנתארמל' וה"ה לפרוע ואדרבה בסוף פ"ק דב"ב מוכח שאינו נאמן לומר פרוע אלא משום דמצי מחיל כו' עכ"ל הרי להדיא דכמו שיכול לומר פרוע ה"ה שיכול לומר עיינתי בחשבוני ובהיות כן גם דברי בעה"ת גופ' צל"ע דהיאך כתב דבעינ' דידיע' מלתא בסהדי ומסיים על זה וטעם דבר זה פירשו הרי"ף בפ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי ומביאו ב"י במחו' י"ג דהא ע"כ לא בעינ' ידיע מילת' בסהדי אלא גבי עובד' דהנהו גינאי פ"ק דגטין משא"כ הכא וכדמוכח מדברי הרי"ף בפרק הכותב להדיא וכמ"ש. בע"כ צ"ל דבעה"ת מיירי בענין דלית ליה מגו שיכול למחול כגון שמכרו לחברו במעמד

שלשתן וכה"ג ובאמת בכה"ג גם פרוע א"י לטעון תדע שהרי הבעה"ת עצמו מסיק בשער כ"ח בשם הרמב"ן בספר הזכות דגם הרי"ף ס"ל בעובד' דהנך גינאי דיכול לטעון עיינתי בחשבוני וטעיתי במגו דפרעתי ולא בעי הרי"ף אלא לו' שמצד הטענה עצמה אינו נאמן לו' טעיתי וכאן בשער נ"א כתב לדעת הרי"ף דבעינא ידיע מילתא בסהדי ועוד כשתעיין בבעה"ת שער נ"א תראה שאחר שכ' דבריו שהביא ב"י במחו' י"ג כתב וז"ל וטעם דבר זה פירש הרי"ף ז"ל בהלכותיו ספ"ק דגיטין בענין הנהו תרי גנאי כו' וכבר כתבנו זה בשער עשרים ושמנה שהקדמנו עכ"ל הרי בשער כ"ח מסיק בשם הרמב"ן שדעת הרי"ף דנאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכן נראה דעת הבעה"ת עצמו שם בשער כ"ח וכמ"ש הטור וב"י לקמן סי' קכ"ו סי"ד בשמו אלא ודאי מ"ש הבעה"ת כאן בשער נ"א לא בא אלא לומר שטענת טעיתי בעצמה טענה גרועה היא ולא מהימן אלא בסהדי היכא דלית ליה מגו. אבל דברי הב"י והד"מ וסמ"ע שנמשכו אחריו א"א ליישב כן שהרי מחלקין בין פרוע לעיינתי בחשבוני הרי דמיירי להדיא דאית ליה מגו ואפ"ה כתב דאינו נאמן לומר טעיתי וגם כתב ע"ז וכ"פ בס' התרומות שער נ"א והא ודאי ליתא וכמ"ש כן נלפע"ד. (וגם לפי מ"ש לעיל ס"ק ל"ה דכל דבר המבטל את השטר דינו כפרוע פשיטא דהכא בלא"ה ליתא להאי דינא שכ' הב"י וד"מ וסמ"ע וק"ל):

סעיף נג

והמוכר צריך לשלם ללוקח כבר כתבתי לעיל סעיף י"א דהיינו כל דמי השטר ולא סגי כשמשלם הדמים שקבל וכ"כ עוד המחבר לקמן סעיף כ"ד שמשלם כפי מה שהזיקו:

סעיף נד

ואם אינו רוצה (**לישבע**) **חוזר הלוקח עליו**. כתב הסמ"ע ס"ק מ"א דהיינו שגובה מנכסים שירש מאביו אבל לא מנכסי עצמו אף אם אין לו משל אביו דאף דגרם היזק במה שאינו רוצה לישבע מ"מ אין משלם מכיסו היזקו וכמ"ש הטור בסי' ק"ז סכ"ח דלכ"ע אם מכרו היורשים מטלטלים דאביהן אף דדמי המטלטלים עדיין בידן אין הב"ח גובה מידן אף לבתר תקנת חז"ל שמטלטלים משועבדים לב"ח ע"ש והארכתי בהוכח' זו בסי' פ"ו בסמ"ע בס"ק י"ב עכ"ל וכבר הארכתי בסי' פ"ו סעיף ז' ס"ק י"ח וסתרתי דברי הסמ"ע בזה והוכחתי דחייבים לשלם מנכסי עצמן ול"ד לדלקמן סי' ק"ז כלל ע"ש ועוד ראייה ממה שהוכחתי לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ו מדברי ה' המגיד והמחבר והסמ"ע ס"ק ל"א גופיה דחייבים היורשים לשלם כל דמי השטר כשאין רוצים לישבע ולא סגי כשיחזירו ללוקח הדמים שקבל אביהן ממנו והיינו ע"כ מדיני דגרמי שהן גורמים לו עכשיו היזק במה שאין רוצים לישבע ומפסידים לו השטר דאל"כ הי' די כשישלמו לו

הדמים שנתן לאביהם ואם כן פשיטא שחייבים לשלם מנכסי עצמם כיון שהם עכשיו גורמים לו היזק ללוקח וכדלקמן סעיף ל"ב וזה ברור (ואפי' להפוסקים לקמן סעיף ל"ב בהג"ה דא"צ לשלם רק הדמים שקבל מ"מ מוכח עכ"פ דההיזק הוא עושה עכשיו רק כיון דמעוקר' זבינא ריעי קא זבין א"צ לשלם לו רק דמים שקבל וא"כ מ"מ צריכים לשלם לו מנכסי עצמן ודוק ועוד שהרי הסמ"ע כתב דבריו אדברי המחבר והרי המחבר ס"ל לקמן סל"ב דצריך לשלם לו כל דמי השטר וכן הכרעתי שם ס"ק ק"ט ועיקר):

סעיף נה

אינו גובה אפילו בשבוע'. כיון שמת המוכר והי' חייב שבוע' קודם שמכרו כשם שאין אדם מוריש שבוע' כך אינו מוכר אבל אם המוכר חי נשבע המוכר והלוקח גובה בשבוע' אע"פ שלקחו אחר שמת הלוה וכן משמע בהר"ן ושאר אחרונים:

סעיף נו

אפילו בשבוע'. זה מיירי ג"כ בשאין בו נאמנות אבל אם יש בו נאמנות גובה כמו שנתבאר בסי' ק"ח סעיף י"ג. וע"ש מדינים אלו: כתב הטור והמחבר בא"ע סי' ק"ה סעיף ב' המוכרת כתובת' ונתגרש' כו' ואם אמרה שנפרע' אחר שמכר' נאמנת במגו שאם היתה רוצה למחול אבל אם אמרה שנפרע' קודם המכר אינה נאמנת עכ"נ ואף שדבריהם הוא מדברי הרא"ש פ' הכותב שכתב שם כן וז"ל אבל אם אמרה שנפרע' קודם המכר לא מהימנ' במגו דאי בעיא מחלה דאין זה מיגו טוב דאי מחלה השתא הית' צריכ' לשלם דמי שטרא מעליא אבל אם נפרע' קודם אינה חייבת לשלם אלא הדמים שקבל' מן המכר ומחזרת הדמים ואף לדברי המפרשים דכל מוכר שטר חוב אינו חייב לשלם אלא דמי המכר מ"מ כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול שמא תתחייב לשלם כל דמי השטר אבל באומרת שנפרע' קודם המכר דבר הידוע הוא כיון שמקח טעות היו הדמים חוזרין עכ"ל מ"מ דבריו לא נהירין לי וקשי' לי בהו טובא שהם נגד הסבר' ונגד דברי עצמו ונגד הרב' פוסקים ונגד הש"ס וכמו שאבאר. נגד הסבר' מ"ש כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא ירא' למחול כו' הוא נגד הסבר' דהא אשכחן כמה מיגות חמורות יותר מזה שצריכים למוד ועומק גדול בים התלמוד שהאש' נאמנת באותן מיגות וכל הש"ס והפוסקים מלאים מזה בכמה מקומות ולא אמרי' שמא אינה יודעת הדין ואם מצינו לפעמים בש"ס אטו כולהו נשי דינא גמירי היינו דוקא במקומות שאמרו הם ושם יש טעם בדבר משא"כ בשאר דוכתי דאל"כ בטלת רוב וכמעט כל המיגות שבש"ס ופוסקים. ונגד דברי עצמו שהרא"ש גופיה כתב בס"פ שנים אוחזין אהא דאמרי' התם ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול וז"ל וא"ת דלמ' ניחא

לה טפי בהחזרת השובר ממה שתמחול הכתוב' לבעל' דאי מחלה היתה צריכה לשלם ללקוחות כל מה שהכתוב' שוה עכשיו כשהיא גרוש' וכשמכר' ללקוחות היתה נשוא' ואינו משלמת אלא דמים מועטים שקבלה מן הלקוחות כי המכר לא היה מכר שכבר נתקבל' כתובתה ומתוך קושיא זו רוצים לו' דאף במוחלת אינה צריכ' לשלם אלא מה שקבלה כו' וי"א דמשלמת כל מה ששוה הכתוב' עכשיו וההיא דשמעתין איכא לאוקמי שהיא עכשיו גם כן נשוא' עכ"ל אלמא דלהמפרשים דאינ' צריכה לשלם אלא מה שקבל' נאמנת שהשובר נתנה לו קודם המכיר' ונפרעת קודם המכיר' במיגו דאי בעיא מחלה עכשיו ולא אמרי' דלאו דינא גמיר' וירא' למחול שמא תתחייב לשלם כל דמי השטר. וליכ' למימר דשאני התם שיש שובר דמה בכך דהא אין מחזירין השובר אלא על פיה ונגד הפוסקים שהבעה"ת שער נ"א חלק ו' כ' שיש אומרים שהמוחל צריך לשלם כל מה שכ' בשטר וכן סברת הר"מ אבל ר' שמואל כ' דצריך להחזיר לו ללוקח מה שנתן לו בלבד ומסתבר' כותיה גם יש ראיה מפ' שנים אוחזין דקאמר ש"מ איתא לדשמואל כו' ואם איתא דמגבינן כל מה שכ' בשטר אמאי יחזיר לבעל הא אי מחלה ליה אית לה לשלומי כל מה שכ' בשטר ואי מהדרינ' שובר לבעל אשתכח שלא הית' מכירת' כלום ואינה חייבת אלא מה שנתנו לה בכתובת' אלא ודאי משמע דלא גבינן אלא מה שנתן עכ"ל וכ"כ הנמוקי יוסף ספ"ק דמציע' וז"ל הניח' לרבותינו בעלי התוספות דחזר ומחלו אינו משלם אלא אותן דמים שקבל וכמו שנכתב בשם רב שרירא גאון ז"ל בתשוב' שפיר הוי מגו כו' עכ"ל וכ"כ הסמ"ג סוף מצות השבת אבדה בעשה ע"ד דקנ"ה ע"א הרי מבואר להדי' בבעה"ת ונ"י וסמ"ג ולדברי הפוסקים דאינ' משלמת רק דמים שקבל' שפיר הוי מגו ולא אמרינן דלאו דינא גמירי וירא' למחול שמא תתחייב לשלם כל דמי השטר ועוד אביא לקמן הרבה פוסקים שהם נגד דעת הרא"ש בדין זה ונגד הש"ס דנלפע"ד דאף לדברי הפוסקים דהמוחל צריך לשלם כל מה ששוה השטר בשעת מחיל' מ"מ נאמנת לומר אחר המכיר' שהכתוב' נפרעת קודם המכיר' בין שהיא עתה נשוא' או אלמנ' או גרושה דהא כבר כתבתי לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ט דהעוקר דצריך לשלם כל מה ששוה השטר או הכתוב' ואם כן תיקשי הא דאמרינן בש"ס ש"מ איתא לדשמואל קושי' הנזכרת. ומה שכתב הרא"ש בפ' שנים אוחזין בסוף דבריו בזה וההיא דשמעתין איכ' לאוקמי שהוא עכשיו ג"כ נשואה עכ"ל לא נהיר' לפע"ד שלא הועיל כלום בתירוץ זה דודאי לפי מה שהקש' הוא דעכשיו היא גרוש' שייך תירוץ זה אבל לא היה צריך להקשות כן ועדיפא מיני' איכא לאקשויי דבין שהיא עכשיו נשואה או אלמנה או גרושה סוף סוף הא אנן לא ידעינן למי מכרה הכתוב' ודלמא מכר' הכתובה לאחר בזול או אפי' בזול הרבה ואין

אונאה לשטרות ואי מחלה השתא צריכה להחזיר לו כל מה ששוה הכתובה ואי נפרעה קודם לכן אינה צריכ' להחזיר רק דמים מועטים שקבל' וכן נרא' דעת הבע"ת ונמוקי יוסף וסמ"ג שהבאתי שהקשו כן בפשיטות ולא הזכירו בדבריהם שהי' עכשיו גרוש' אלא ודאי כוונתם כמו שכתבתי אלא ודאי צ"ל דאפי' להרי"ף וסייעתו שמפרשים ש"מ איתא לדשמואל כו' ונאמנת במגו היינו דמהימנינן לה שהכתוב' היא פרוע במגו דאי בעיא מחלה ליה אבל מ"מ לגבי נפשה לא מהימנינן שנפרע קודם המכיר' אלא חייבת לשלם ללוקח כל דמי הכתוב' כיון שבדבור' ובגרמת' השתא מפסדת לו כל הכתובה וכ"כ הרב המגיד פ' ט"ו מה' מלוה דין ז' להדיא והבאתיו לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ה וכתבתי שם שכן מבואר עוד בשאר פוסקים ע"ש א"כ מוכח מדברי הרב המגיד ושאר פוסקים הנזכרים לעיל דלא כדברי הרא"ש דבפרק הכותב הנ"ל ועוד נראה לפרש והוא עיקר ש"מ איתא לדשמואל כמו שנראה מפירש"י וכמ"ש הנמוקי יוסף שם להדיא וז"ל הניחא לרבותינו בעלי התוספות כו' שפיר הוי מגו אבל לפיר"א ז"ל שהוא סובר דמוחל' דמי שטרא מעליא משלם ולא מה שקבלה בלבד וכמו שהסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל מאי מיגו איכ' הא ודאי טפי ניחא לה דשובר מעליא כו' איכא למימר דלאו מדין מגו אתינן עלה אלא דכיון דקא מודה דפריע הוא ושובר מעליא הוא זו היא מחילתה וכמאן דאמרה מחול לך דמי עכ"ל ומסיים שם הנמוק"י בסוף דבריו הרשב"א והרנב"ר משמע שם מדבריו שהם לקוחין מהרשב"א והר"ן א"כ הרי דעת רש"י והרשב"א והר"ן והנמוק"י ג"כ דלא כהרא"ש פ' הכותב בזה וגם הבאתי לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ה בשם ה' המגיד בשם י"א ובשם חכמי הצרפתים ובשם הר"מ בן יודא דכי אמרה פרוע הרי היא כמוחלו עכשיו ואין לך מחילה גדולה מזו וגם בסי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"ח הוכחתי שכן עיקר א"כ פשיטא נמי דליתנהו לדברי הרא"ש הנזכר לעיל דפ' הכותב. ודלא כהטור והמחבר בח"ע סי' ק"ה ס"ב שכתבו בפשיטות כדברי הרא"ש ולא הביאו שום חולק וכבר הוכחתי מן הש"ס ופוסקים דליתא אלא נאמנת בכל ענין וכל זה ברור:

סעיף נז

בית דין אומרים לו ליתנו ללוקח. וכופין אותו בכך וכ"כ בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קס"ו ופשוט הוא ונפקא מינה אם המוכר אינו רוצה לקבל הפרעון ממנו צריך לשלם ללוקח וכן אפי' המוכר רוצה לקבל צריך הב"ד לכופו שלא ישלם למוכר רק ללוקח אבל אם לא השגיח בכל הכפיות ופרע למוכר נפטר מהלוקח שנמחל השטר באותו פרעון ושוב אין לבית דין עליו שום עסק:

סעיף נח

חוזר וגובה ממנו הלוקח. פי' הב"י מן המוכר ויפה פירש דאלו מן הלוה אינו חוזר אף שעבר הלוה ציווי ב"ד וכמו שאבאר וכן מסיק בסמ"ע ס"ק מ"ג וכ"כ מהרשד"ם בתשוב' סי' ק"ב וכ"כ הביתחדש רק מה שמחלק הב"ח דכשכתבו לו הב"ד פסק דין חייב הלוה לשלם ללוקח לא נהירא לי וכמו שאבאר וז"ל אבל אם אין הלוה רוצה לשמוע לב"ד וקדם ופרע למלוה אין ללוקח על הלוה אלא תרעומות מפני שמחל המלו' שעבוד השטר באותו פרעון אבל הגבו ב"ד דהיינו שכתבו פסק דין דהלו' ישלם ללוקח פשיטא דאם אח"כ פרע למוכר חייב לפרוע פעם אחרת ללוקח שכבר נתחייב ללוקח מדר' נתן כדלקמן בסימן פ"ו סעיף ד' עכ"ל ולא נהירא דמה לי כתבו לו פסק דין או לא דכיון שפסקו לו הב"ד ואמרו לו כמאן דכתבו דמי אלא דאפ"ה פטור הלו' מהנך טעמי שיתבאר וא"כ ה"ה כתבו לו גם מ"ש שכבר נתחייב ללוקח מדרבי נתן כו' לא נהירא דהא עדיין לא נתחייב כלום ללוקח מדר' נתן שהרי המוכר אינו חייב כלום ללוקח עד שיקבל הפרעון ולא דמי להך דר' נתן דלקמן סי' פ"ו דהתם אף קודם הפרעון נתחייב הלו' השני לראשון והלו' הראשון חייב למלו' הראשון א"כ אף קודם הפרעון נתחייב מיד הלו' השני למלו' ראשון וכי פרע אח"כ לשני לא פקע שעבודיה בזה מאי דאית לי' למלוה רחשון עליו משא"כ הכא שהמוכר אינו חייב עכשיו כלום ללוקח רק כשמקבל מעות הפרעון חייב לו וכשמקבל הפרעון ומחל המוכר שעבוד השטר באותו פרעון שוב אין ללוקח על הלוה כלום דנהי שעבר על פסק דין מ"מ כשפרע לו ונמחל השטר פקע שעבודי' דלוקח. ומהאי טעמא נ"ל עיקר פי' הב"י דאפי' עבר ציווי ב"ד אין הלוקח חוזר וגובה מן הלו' ודלא כתשובת מהר"א ן' ששון סי' קס"ו שהאריך בזה לפרש דהלוקח חוזר וגובה מן הלו' בדברים שאינם נראין בעיני (ובפרט מ"ש מהר"א ן' ששון שם דהרמב"ן שהביא הטור לקמן ס"ס פ"ה סעיף ו' ס"ל דאפי' קדם ופרע הלוה למלו' מוציא מידו הלוקח שנית שהרי התם המלו' שמכר השט"ח הי' חייב ללוה זה עצמו וא"כ לא גרע זה הלוה עצמו שהוא תפוס בחובו מקדם ופרע למוכר ועפ"ז חזינן דהלוקח גובה ממנו עכ"ל לא נהירא דהתם נהי שהוא תפוס ועומד מ"מ אין השטרות בחזוקת פרועים וכמ"ש הרמב"ן שם להדיא ולדבריו יהיו דברי הט"ו סותרים זא"ז דכאן הביאו שני דיעות וגם משמע לכאור' שתופסים עיקר הדע' הראשונה ולקמן ס"ס פ"ה לא הביאו רק דברי הרמב"ן אלא הדבר פשוט כמו שכתבתי וק"ל) דהא פשיטא דהא דקי"ל המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול היינו אפי' אמרו לו הב"ד וכתבו לו פסק דין שחייב הוא לשלם ללוקח שהרי לא מצינו בשום מקום בש"ס ופוסקים שחילקו בכך ועוד דאמרינן בש"ס פ' הכותב אי פקח

הוא מקרקש לי' בזוזי וכתב לי' שטרא בשמיה ואם איתא למה לי' לקרקושי בזוזי ילך לב"ד ויכתבו לו פסק דין אלא ודאי אפי' כתבו לו בית דין פסק דין שמחוייב הוא לשלם ללוקח יכול למחול וטעמא דפסק דינם אינו אלא שמחויב לשלם לו כל זמן שהשטר בתקפו אבל כל שנמחל השטר על זה אין יכולים לפסוק שאין בכחם לעקור דין ודת תורתינו ואם כן כיון שכתבתי לקמן ס"ק ס"א דטעם סברא זו משום דכיון דפרע לו נמחל השטר ואין לך מחילה גדולה מזו וכמ"ש ג"כ הב"ח גופי' מפני שמחל המלו' שעבוד השטר באותו פרעון כו' א"כ ה"ה הכא אף שעבר צווי ב"ד ופסק דינם שכתבו לו מ"מ כיון דנמחל השטר שוב אין ללוקח עליו כלום וכן משמע בבעה"ת שער נ"א ח"ד דאין חילוק בין קדם ופרע קודם ציווי ב"ד או אח"כ וכן עיקר:

סעיף נט

וי"א דהלוקח צריך כו'. ז"ל הטור כ' בעה"ת אם לא כתב המוכר קני לך איהו כו' שלא קנה השעבוד והלוקח משתמש בנייר לצור ע"פ צלוחיתו ופרע הלו' למוכר ב"ד כופין ללוקח להחזיר השטר ללוה אלא שהלו' נותן לו דמי הנייר עכ"ל וקשה לי על מה שכתב אלא שהלו' נותן לו דמי הנייר שהרי בבעה"ת שם לא הוזכר שהלו' נותן לו דמי הנייר ואדרבא משמע שם להיפך למעיין שם דאין צריך ליתן לו אפי' דמי הנייר ואפי' תאמר שום משמעות בבעה"ת שצריך הלוה ליתן לו דמי הנייר היינו לטעמי' דס"ל שקנה גוף הנייר אבל הטור הא ס"ל לעיל ר"ס זה דאפי' גוף הנייר לא קנה א"כ למה יתן לו הלו' דמי הנייר וליכא למימר דיוכל לתפסו נגד המוכר עד שיפרע לו דא"כ אמאי כופין אותו להחזיר השטר ללו' אלא ודאי כיון דפרע הלו' למוכר ונתבטל השטר שוב לא יוכל לתפסו נגד המוכר משום דגופו של נייר של לוה הוא שהלו' נותן לו שכר הסופר וכדלקמן א"כ אמאי יפרע לו הלוה דמי הנייר וצל"ע. ולכאור' נראה מהטור דדוקא מסר ולא כ' אבל כתב ומסר אין כופין את הלוקח וכן הבין הב"י מדבריו והקשה דהל"ל דה"ה בכתב ומסר כשפרע הלוה למ"ד שנפטר הלוה וכדאיתא בבעה"ת דלסברא דהני ה"ה כתב ומסר ובסמ"ע ס"ק מ"ד נרא' שמתרץ דבעה"ת לטעמי' אזיל דס"ל דלענין הנייר גם בלא כתב קנה גוף הנייר וא"כ חד דינא אית להו משא"כ להטור דס"ל דבלא כתב לא קנה אפי' הנייר א"כ ס"ל להטור דדוקא בהא קאמרי בעלי סברא זו (ע' לקמן ס"ק שאח"כ) אבל בכתב ומסר מודים דכיון דקנה השטר כדין א"צ הלוקח להחזיר גוף השטר להמוכר (להלו') כשפרע הלוה (למוכר) עכ"ר וכ"כ בספר גי' תרומה דף ש"ה ריש ע"ב דס"ל להטור דבמסר וכתב כהלכתו ופרע לו למלוה אע"פ שנפטר הלוה אין כופין ללוקח להחזיר השטר ללוה אבל כל זה איננו שוה לי דמה חילוק יש נהי דקנהו ס"ס שטרא

לאחר פרעון של לוה הוא וכ"כ הרא"ש להדי' בפרק הכותב שחכמי פרווינצי"א אומרים שבמוכר שט"ח וחזרו מחלו אפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי צריך לפרוע המוחל ללוקח דמי הנייר דכיון דמוחלו הרי הוא כפרוע וצריך להחזירו ללוה כי הוא נותן שכר הסופר והנייר שלו עכ"ל ומשמע שם בהרא"ש דס"ל הכי בפשיטות ע"כ נרא' דהטור כתב בלא כתב לכ"ע וממילא נמשך דה"ה בכתב למ"ד דכשקדם ופרע נפטר הלו' דכיון דנפטר הלוה צריך להחזיר לושטרו וכ"כ הב"ח בפי' דברי הטור. (ועיין בס"ק שאח"ז) אך קשה לי על מ"ש הטור בא"ע סי' כ"ח בקדשה במלו' בשטר שיש לו על אחרים והקנ' לה השטר כראוי בכתיב' ומסיר' אינה מקודשת אלא שמין הנייר אם יש בו שוה פרוט' מקודשת כו' דהא צריכ' להחזיר גוף השטר ללוה וכ"כ הר"ן פ' האיש מקדש ומביאו ב"י בא"ע שם דליכא למימר בהא שמין את הנייר משום דנייר של לוה כדתנן שהלו' נותן השכר ואי מחיל ליה ע"כ מהדרא ליה ניירא עכ"ל ומביאו ב"י בא"ע שם והב"ח בא"ע שם כ' דדברי הר"ן לא נהירין דהא אין ללוה על האשה כלום כיון שקנתה גוף הנייר כו' ודבריו תמוהין וכמ"ש לק' סעיף כ"ג ס"ק ע"ה וסתר דברי עצמו מ"ש בח"מ כאן לדעת הטור וגם אישתמיטתי' דברי הרא"ש פ' הכותב בשם חכמי פרווינצי"א שהבאתי וע"כ דברי הטור א"ע צל"ע:

סעיף ס

דהלוקח צריך להחזיר כו' כבר כתבתי דיש חולקין ובבעה"ת שעד נ"א ח"ד איתא דיש חולקין אפי' במסר ולא כתב או כתב ולא מסר או מסר וכתב בשטרו שיזכה בו ובכל שעבודו אין ב"ד כופין ללוקח שיחזיר השטר ללוה אף ע"פ שפרע למלוה ואפי' נותן לו דמיו של הנייר אא"כ נותן לו מה שנתן כשקנאו דמצי א"ל אתפוס בידי כל דהו ולצור קניתי ולצור קא בעינא ליה עכ"ל ואע"פ שטעמם דמצי למימר לצור קניתיו וכבר כתבתי לעיל סעיף א' ס"ק ה' דקי"ל דלא קנה אפילו הנייר דאין קנין לחצאין ואפשר שזהו היה דעת הטור שהשמיט טעם סברא זו וע' מ"ש בס"ק הקודם מ"מ נלע"ד דאפשר דאיתא להאי דינא דיש חולקין מטעם אחר די"ל דניירא גופא הוא ג"כ משכון ביד המלוה וכמ"ש לקמן ס"ק ס"א וכן לקמן סעיף כ"כ ס"ק ע"ה לדעת הרשב"א וקצת גדולים א"כ כי היכא דהמלו' הראשון הי' יכול לתופסו למשכון עד דפרע לי' ה"ה לוקח נהי דלא קני לי' מ"מ כיון שיוכל לתפסו למשכון נגד המוכר עד דפרע לי' וכמו שנתבאר בריש סי' זה ס"ק ג' א"כ יכול נמי לתופסו נגד הלו' דה"ל כמלו' על המשכון וחזר ומשכנו שאע"פ שלא קנה גוף המשכון מ"מ המלו' השני בעל דבר דמלו' ראשון הוא וא"כ ה"ה הכא וע"כ גם בזה הוה ספיקא דדינא: וכתב ב"י שכתב בעה"ת דלסברא האחרונ' אם יאמר הלוה למלו' לא

אפרעך עד שתחזיר לי שטרי מאחר דידוע שהשטר ביד לוקח וישנו בעולם אין כופין אותו לפרוע בשובר ע"כ ול"נ דאף לסברא ראשונ' נמי דינא הכי כיון דאיתי' בעולם אע"פ שב"ד כופין ללוקח להחזירו ללוה אעפ"כ יאמר הלוה איני רוצ' להוציא המעות מתחת ידי ולמיקם בדינא ודיינא ושמא לא יזדמן לי ב"ד שיכפוהו כנ"ל וכדאיתא בסי' נ"ד עכ"ל ול"נ דגם כוונת הבעה"ת כן אלא דלסברא ראשונ' מסתמא מחזיר השטר כיון דכופין אותו משא"כ בסברא אחרונה וק"ל:

סעיף סא

צריך להחזיר וכו'. כאן כתב הר"ב רק סברא זו ולקמן סעיף כ"ג כ' הר"ב מתחל' בסתם סברת האומרים דא"צ להחזיר שטרו ונרא' לכאור' מדברי הר"ב שהוא מחלק בין פרוע למחיל' אבל א"א לומר כן כדאיתא בכל הפוסקים דחד דינא אית להו וכן מסתבר וגם בס' גי' תרומ' שער כ"ח דף קכ"ט ריש ע"ג ראיתי שכתב שלא נחלק הרשב"א אלא בההוא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו אבל כשבא לידי פרעון דתו לית ליה גבי' מידי מודה הרשב"א דיחזירנו ללוה כדמוכח מסוגיא דשנים אוחזין עכ"ל ולא נהירא לי ומ"ש כדמוכח מסוגיא דשנים אוחזין נלפע"ד דר"ל מאי דאמרינן התם (דף י"ג סוף ע"א) וכי מאחר שאינו גובה אמאי יחזיר לצור ע"פ צלוחיתו של מלוה ונהדרי' לי' ללוה לצור ע"פ צלוחיתו של לוה לוה הוא דאמר להד"ם משמע דוקא משום דאמר להד"ם הא אלו טען פרעתי מהדרי' לי' ללוה לצור ע"פ צלוחיתו של לוה וכ"כ התוס' שם דאם טוען פרעתי מהדרי' לי' ללוה לצור ע"פ צלוחיתו של לוה ולפע"ד אין משם ראיה דשאני התם שהשטר הוא ביד המלו' עצמו דאז פשיטא שהמלו' גופי' צריך ליתנו ללוה לאחר הפרעון או לאחר מחילה אלא דהיכא דהמלו' מכרו לאחר קאמר הרשב"א דאין אותו אחר מחויב להחזירו ללוה עיין בחדושי הרשב"א פ"ק דגטין דמדמי לה למלו' על המשכון וחזר ומשכנו ביד אחר דאע"ג דחזר ומחלו אין המלו' השני מחויב להחזיר המשכון ללו' הראשון וס"ל להרשב"א דניירא דשטרא גופיה משכון הוא ביד המלו' עד לבתר פרעון והלכך לוקח זה עכ"פ גוף הנייר הוא משכון אצלו ופשיטא דבמשכון גופי' לאחר פרעון צריך המלו' להחזיר המשכון ללוה לכך בהך דפ' שנים אוחזין אלו טעין לוה פרעתי מהדרי' לי' ללוה ולעולם אין חילוק בין פרעון למחיל' וכמ"ש:

סעיף סב

וי"א שאם פרע הלוה למלו' כו'. לי נרא' עיקר כסברא הראשונ' (וכן משמע בטור והמחבר שכתבו הדעה הראשונ' בסתם ודעה זו בשם י"א) דמה צד חיוב יהי' לו ללוקח על הלוה אי משום שפרע להמלוה הרי מעות זה שפרע לא היה של לוקח וכי אינו יכול

לעשות הלוה במעותיו מה שירצה ואם בא לוקח לתבעו עתה בשטרו גם בזה אין שום צד חיוב עליו דכיון שכבר פרע למלו' הרי נמחל השטר דאין לך מחיל' גדולה מזו כשנפרע השטר נמצא עתה השטר בטל וכן הביא הבעה"ת גופי' בשער נ"א ריש ח"ב לשון חכמי הצרפתים שכתבו וז"ל אבל מוכר שט"ח מדעתי' דנפשי' עביד ומצי מחיל ליה דנהי דלוקח זה ככח דמלו' ויש לו כח לתבוע מן הלוה ולא מצי א"ל לאו בעל דברי' דידי את אבל אי פרעי' לוה למלו' לאחר מכאן או שמחל לו המלו' בחנם ודאי מחול הוא ולית לי' ללוקח למהדר עלי' דלוה ולא עלי' דמלו' והכי הלכתא כו' עכ"ל הצרפתים עכ"ל בעה"ת שם. וכן כתבתי לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ה בשם הרב המגיד ושאר פוסקים דפרעון הוא גופי' מחילה וכן הוכחתי עוד לקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א וכך הם דברי הר"מ בן יודא בבע"ת שער נ"א ח"ד וז"ל אלא שאם קדם ופרע למלו' אין הלוקח על הלו' אלא תרעומות מפני שמחל המלו' שעבוד השטר באותו פרעון וכי היכי דמצי מחיל ה"נ נפרע ממנו וכופין את המלו' להחזיר ללוקח מה שקבל מן הלו' עכ"ל ודבריו נכונים ומ"ש הבע"ת שם בטעם סברת הי"א משום דמצי לוקח למימר לא הי' לך לפרוע כי אם לי אבל לא למלו' שהרי נסתלק מעליו ופשעת כשפרעת לו כו' לא נהירא לי דמה פשע שנתן לו מעותיו וכי מעות זה של לוקח הי' ואם פשע במעות של עצמו פשע ומה לו ללוקח בזה עוד כתב הבעה"ת שם וז"ל וראייתם מההיא דגרסי' בפ' שנים אוחזין מצא שובר בשוק בזמן שהאש' מודה יחזיר לבעל ומקשי' ואמאי ניחוש דילמא כתב' ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזל' וזבנת' לכתובת' בטובת הנאה בין ניסן לתשרי ואתי בעל ומפיק האי שובר דכתב מניסן ומפסיד הלקוחות מהכא שמעינן דטעמא דכתיבת שובר מזמן המוקדם למכירת' היא דמפסד' ללקוחות דאשתכח דחספא בעלמא זבנא להו דהא אכתי אינו ידוע לשום אדם שעת מכירת כתיבתה אבל לא חיישינן דלאחר מכירתה דלוקח אזלה ופרע לה בעל' וכתב' לו שובר ומוסרת אותו עכשיו לבעל' משום קנוניא דלקוחות דא"כ יטענו לקוחות לבעל אתה תשוב ותפרע לנו פעם אחרת שהפסדת אם פרעת לה כלום אחר שידעת והי' לך קול שאצלינו היתה כתובת' מכורה ולפיכך מוכיחים שחייב הלו' לפרוע ללוקח פעם אחרת עכ"ל ולפע"ד אין זה ראיי' דהא טעם הר"מ בן יודא הוא משום דכי היכי דמצי מחיל ה"נ נפרע וכמו שהוזכר בדבריו להדיא א"כ המקש' הי' סבור דלא מצי מחיל והתרצן מתרץ באמת ש"מ איתא לדשמואל דמצי מחיל וזה ברור. ובס' גי' תרומ' שם כתב וז"ל קשה לי מהראי' דמייתי מההיא דשנים אוחזין מצא שובר כו' דאם לדעתם כל מוכר ש"ח בכתיב' ומסיר' קלא אית לי' א"כ היכא מקשה בש"ס דלמא כתב' כו' ואזל' וזבנת' כתובת' כו' הא לא אפשר דזבנה דאם איתא ע"כ כתב' לי' שטרא

קני לך כו' דבלאו הכי אין הכתיב' כלום ואי הוה כתב' הכי ודאי קלא הו"ל ומדליכא קלא דמכר' ודאי ליכא למיחש למכיר' עכ ל וזה שבוש דא"כ בכולה סוגיא פ"ק דמציעא גבי מצא שטרי חוב ובכל הש"ס דחיישי' לשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ומפיק מלקוחות שלא כדין תקשי הא לקוחות קלא אית להו (אפי' בעדים בלא שטר כדאית' בפ' חזקת הבתי' ד' ע"ב ונתבאר לקמן סי' רכ"ה) אלא ודאי לא שייך לומר קלא אית לי' אלא ללוקח בתר הכי דאיהו דייק וה"ל להזהר אבל הבית דין אין יודעים מלקוחות וזה פשוט:

סעיף סג

מ"מ אם תפס הלוקח כו'. דין זה נלמד מפירות דקל דלקמן סי' ר"ט סעיף ג' וע"ש ומשמע דאף אם גבה הלוקח יותר ממה שמכרו וכ"כ ר' ירוחם ני"ד להדיא דאינו חוזר המותר למוכר אלא מה שגבה גבה.

סעיף סד

רק אמר לו בעל פה. וכשאמר לו סגי אפי' לא מסר לו השטר כן מוכח להדיא בה' המגיד ומביאו בית יוסף והיינו כדלקמן סי' ר"ט דהתם לא מסר לו מתחל' כלום רק אמר לו שיקנה פירות דקל:

סעיף סה

דאמר לי' לא היה לך ליתן כו'. ואף שהראה לך השטר ואמר לך ששטר כתיבה היה לו ואבד לא היה לך להאמינו שהרי לא היה נאמן נגדי כדלעיל סעיף י"א וע"ש בס"ק כ"ט:

סעיף סו

ואם אין הלוה יכול לשלם כו'. דין זה אינו נראה לפע"ד דהא ודאי כשחוזר וגובה מבעל חוב ע"כ הב"ח חוזר וגובה מהלוקח דודאי כי אמרינן דחייב הלוה משום דזה לא הוי מכירה א"כ הוא חוזר על הלוקח דודאי לא מצי הלוקח לומר אני כדין לקחתי כיון שע"פ הדין הלוה חייב לשלם נמצא המכיר' לא היתה מכירה ואם כן כיון שהלוה יכול לחזור על הלוקח אמאי לא יחזור המוכר על הלוקח כשאין ללוה לשלם מדרבי נתן ועוד אוכיח לק' מדברי תוס' והרא"ש ושאר פוסקים דגם לגבי הלוקח לא הוי מכירה. ונלפע"ד דגם הת"ה לא קאמר דלא יוכל המוכר לגבות מהלוקח כשאין ללוה לשלם וכמו שאבאר ואמת שהר"ב בד"מ ובהג"ה הבין מהת"ה סי' שי"ג דבמקום שאין הקנין נתפס אי תפס הלוקח לא מפקינן מיניה וכמו שכתב ג"כ בד"מ ובהג"ה לקמן סי' קכ"ו סכ"ב וגם בספר גי' תרומה שער נ"א חלק ד' דף ש"ו ע"א נראה שהבין כן בת"ה ולכן הקשה שם על הת"ה בזה אבל לפע"ד אין כוונת הת"ה כן דלא מסתבר כלל לומר דכנגד הלוה

לא יהא מכירה וכנגד הלוקח יהא מכירה ועוד דהא בת"ה שם הוציא כן מדברי הרא"ש דפרק איזהו נשך גבי פירות דקל דאי שמיט ואכיל שיוצא ממנו דין זה דמכירת שטרות וגבי פירות דקל גופיה מוכח להדי' בהרא"ש שם דאע"ג דשמיט ואכיל מפקינן מיניה אם לא שידע המוכר דשמיט ואכיל ומטעם מחילה עיין שם במ"ש וי"ל כל הני דלא ידעי ומחלי אבל בפירות דקל ידע ומחיל כו' אלמא דאי לאו דידע ומחיל אפי' תפס מפקינן מיניה מהלוקח כיון שאין הקנין נתפס (ואף ע"ג דפשיט' באומר לחבירו תן מנה שלי שבידך לפלוני ונתן לו זכה אע"ג שלא קנה בעודו ביד חבירו מטעם שאין מטבע נקנה בקנין התם היינו משום שנתן לו במתנה וזה שלוחו הוא ליתן וכשנתן לו הרי הוא כאלו הוא עצמו נתן לו משא"כ כאן דלא נתן לו רק שמכר לו ולא ציוה להלוה ליתן רק שנתן לו מעצמו מכח שהי' סבור שהמכיר' היתה כדין וא"כ כיון שאין המכירה מכירה חייב הלוקח להחזיר המעות ומ"ש הרא"ש והט"ו חוזר וגובה מב"ח דאמר ליה כו' ולא כתבו חוזר וגובה מלוקח היינו משום דמיירי כשיש ללוה לשלם א"כ המוכר חוזר בשטרו על הלוה ומה לו אצל הלוקח אבל פשיטא שהלו' חוזר על הלוקח ולא הוצרכו לכתבו כי פשוט הוא ונרא' שגם כוונת הת"ה שם הוא כן דקאי שם אראובן שהי' לו מעות ביד עכו"ם ונתן סי' לשמעון אל העכו"ם שיקבל ממנו המעות וקבל ואח"כ רוצה לחזור בו ומייתי ראיה מדברי הרא"ש הנ"ל דאפי' במידי דאין הקנין נתפס אם זכה וקבל כבר תו לא מפקינא מיניה כו' ורוצה לומר דלא תימא דיוכל ראובן לומר לשמעון אני בעל דברים שלך שקבלת מעות שלי אלא תו לא מפקינא מיניה בשביל ראובן אלא צריך ראובן לתבוע את העכו"ם וכוונתו להביא ראיה מהרא"ש דאע"ג דאין המכירה מכיר' לא יוכל ראובן לחזור על הלוקח תחלה ואע"ג דפשט דבריו שם לא משמע כן מ"מ יש לדחוק כמו שכתבתי דאם לא כן קשה עליו הא דאמרן דמה חילוק יש בין לוה ללוקח ועוד דבהרא"ש מוכח דאפי' לגבי הלוקח אין הקנין נתפס אלא כשידע ומטעם מחיל' והכי מוכח נמי מדברי רש"י והנמוקי יוסף שם וכן מוכח בתו' ובהגהת מרדכי שם בשם ר"ת וכן בתו' פרק ח"ה ד' מ"א ובהגהת אשר"י שם ובפ' ח"ה ועכ"פ אינו מבואר בת"ה שם דאם אין הלו' יכול לשלם שאין המוכר יכול להוצי' מהלוקח ע"ש [וכן יש להוכיח עוד מלקמן סי' ר"ב סעיף ג' וסעיף י"ג ומכמה דוכתי דאף אס תפס לא מהני כשאין הקנין כלום ע"ש] ואם כן דברי הר"ב והסמ"ע סעיף קטן מ"ו שנמשך אחריו צל"ע (עיין בתשובות מבי"ט ח"ב סי' רס"ו):

סעיף סז

שאם זקפן כו' נראה דדין זה נלמד ממאי דאמרינן בש"ס פ' הכותב כתב לי' שטר' על שמיה וכדלקמן סעיף כ"ג דאלמא כשזקפן על שמו דינו כגבה ועוד משמע כן מהדינים שנתבארו לקמן סי' ס"ז מסעיף י"ד עד סעיף י"ח וממה שנתבאר בי"ד סי' קע"א גבי לוה מן הגר כו' עיין שם וכן עיקר:

סעיף סח

קנה שמעון כו'. נשתעבדו לו הלקוחות כו' לפי מה שהעליתי לקמן סעיף כ"ט ס"ק צ"ד באריכות דאינו נקנה במעמד שלשתן אלא גוף החוב אבל לא שיהי' מלוה בשטר ליתנהו לכל דינים אלו שבסעיף זה ולא נשתעבדו הלקוחות לשמעון ויכלו למימר לאו בעל דברים דידן את וגם לוי נאמן לומר פרעתי לשמעון כל שאין השטר בידו בכתיב' ומסיר'. ולפ"ז גם אין כופין למלוה להוציא השטר והי' נרא' לומר דכיון שנסתלק לוי ממנו במעמד שלשתן והמחהו לשמעון אם כן הו"ל השטר שבידו פרוע אך נראה כיון דלא נפרע בהדיא וגם לא מחלו בפי' מסתמא השטר שבידו הוא עד שיפרע לשמעין ושאם לא יפרע לשמעון או יכפור לו ויאמר פרעתי לו יוכל לחזור ולהקנות השטר לשמעון בכתיב' ומסיר' ויגבה ממנו ואע"ג דבעלמא מיד שהמחהו שוב אין למחה כלום על הנמחה הכא כיון שהניח הממחה השטר אצלו מסתמא אדעת' דהכי הניחו שלא יתבטלעד שיפרע לשמעון בבירור ולפי זה אם ראובן הי' חייב לשמעון והמחהו ללוי כדי ליפרע בזה חובו ואח"כ אומר לוי פרעתי לשמעון או שהוצרך לגבות מן הלקוחות כופין לראובן שיתן כתיב' ומסירה לשמעון דמאחר שהשטר נשאר ביד ראובן אדעת' דיכול להקנותו אח"כ לשמעון בכתיבה ומסירה א"כ מסתמא גם אדעתא דהכי נסתלק שמעון מראובן ללוי והלכך מאחר שעכשיו אומר שמעון שלוי אינו פורע לו או שצריך לגבות מן המשועבדי' צריך ראובן ליתן השטר לשמעון בכתיבה ומסירה או יפרע לו מעותיו שהי' חייב לו אבל אם לא הי' חייב ראובן לשמעון כלום רק שנתן לו במתנה החוב שהי' לו ביד לוי והמחהו אצל לוי במעמד שלשתן אינו מחויב ליתן לו עוד השטר בכתיבה ומסירה כי מה שנתרצה ליתן לו במתנה נתרצה ומה שלא נתרצה לא נתרצה הילכך אם לוי אומר פרעתי לשמעון נאמן וכן אפי' מודה שלא פרע אינו יכול לגבות מהמשועבדים דחיישינן לקנוניא וכדאית' בדוכתי טובי דהיכא יכול לטעון פרעתי אין גובים מן המשועבדי' ונתבאר לעיל הי' ל"ט סעיף י"א ס"ק כ"א ולקמן סי' ע"ט סעיף י"ב ס"ק כ"ט אבל אם רוצה ראובן אח"כ מרצונו הטוב לתת השטר בכתיבה ומסיר' לשמעון

יכול לגבות החוב מלוי ולא יהא לוי נאמן לומר פרעתי וגם יוכל לגבות מן המשועבדים כן נראה לי בדינים הללו:

סעיף סט

ואם כתב לו כו'. והמחהו כו' נראה שהלשון מהופך ובעינן שהמחהו תחלה ואחר כתב לו דהא בעינן המסיר' קודם הכתיב' כדלעיל ס"ד. כן נ"ל

סעיף ע

המחא' זו כמו מסירה כו'. צ"ע על הטור והמחבר שכתבו כן בפשיטות שהרי הרמב"ן חולק על זה ומביאו הבעה"ת בשער נ"א סוף ת"ג וכמ"ש ב"י בעצמו וגם קשה שהרי הרמב"ן כתב שה דלדברי הראב"ד דשטרות נקנין בחליפין ה"ה אם המחאו קנה אותם דהוי ליה המחא' במקים מסירה כו' אלא שאין דעת הראשוני נראה כן עכ"ל הרי דמעמד שלשתן וחליפין חד דינא אית להו וא"כ מאחר שפסקו הט"ו לעיל סעיף ד' דשטרות אינם ניקנים בחליפין דחליפין לא הוי כמסיר' למה פסקו כאן דהמחא' הוי כמסיר' וכן הקשה בס' גי' תרומה שער כ"ה ואולי סבירא להו לחלק וצ"ע. ומ"מ לענין דינא אין להוציא נגד סברת הרמב"ן וכן נרא' דעת הריטב"א פרק האיש מקדש וז"ל ודין מעמד שלשתן איתא בכל דבר שגופו ממון ולאפוקי שטר דבעי כתיב' ומסיר' ולא מיקני במעמד שלשתן במופקד אצל אחרים שקבל עליו ליתנו לזה דמאי מהני להאי קבלתו אבל בפקדון דעלמא כיון דקבלו עליו זה נתרוקנה רשות מפקיד מעליו ונתחייב זה לתנו לו וזה מבואר עכ"ל וליכא למימר דמיירי בלא כתיבה דהא מחלק בין דבר שגופו ממון ולאפוקי שטר כו' ועוד דא"כ מאי צריך לו' דמאי מהני קבלתו של זה כו' תיפוק ליה דליכא כתיבה אלא ודאי רוצה לומר כיון דשטר אין גופו ממון ואינו נקנה אלא בכתיב' ומסיר' לא מהני מעמד שלשתן אף בכתיבה ועוד דא"כ לא ה"ל לסתום אלא לפרש דהיינו כשלא כתב לו קני לך כו' אלא נראה שדעתו בדעת הרמב"ן:

סעיף עא

אבל אם מכרו לשני עדים כו'. אין יכולים לגבותו דין זה אף שגם הטור כתב כן והוא מבעל התרומות לא נהירא לי דאם איתא דבש"ס חיישינן להכי לענין שאין יכולים לגבות בו א"כ גם במכרו לא' ניחוש להכי והאיך נאמר שהאחר לא הי' מסכים עמו א"כ אנו נכשיר כל השטר ע"פ עד אחד וכה"ג כתבו התוס' פ"ק דגיטין (דף י' ע"ב) והרשב"א ורבינו ניסים שם אהא דאמרי' התם כגון דחתום ישראל לבסוף דאי לאו דכותי חבר הוה לא הוה מחתי' ליה מקמי' וז"ל תימא א"כ כול' שטרא מתקיים אפומא. דחד ישראל דחתים לבסוף ויש לומר דאין לחוש כיון דהוי כותי כשר מדאורייי' דגבי אמת הן עד כאן

לשונה וא"כ כיון דאיתא להדיא בש"ס פ"ב דיבמות ובהרי"ף והרא"ש שם וכל הפוסקים דעדים החתומים על שטר מקח יכולים ליקח ולא חיישינן להכי והמקח מתקיים א"כ בשנים נמי ומה דמחלק הרי"ף שם בין עד אחד לשנים היינו לענין לכתחלה משום חשדא דעד אחד יכול ליקח אפי' לכתחלה וליכא משום חשדא דודאי האחד לא הי' חותם עמו שקר בשביל הנאתו משא"כ כששניהם קוניה איכא חשדא לכתחלה עין שם שמשמע כך להדיא אבל פשיטא דאם כבר מכרו לשנים בדיעבד דיכולים לגבות בו והכי מוכח נמי בתוס' ריש פ' אלו טרפות דלחד שינויא שם איתא דאפי' יחיד מומחה שדן את הדין יכול ליקח אפי' לכתחלה ולאידך שינויא שם משמע דבדיעבד מיהא אם קנה המקח קיים עי"ש ודוק מיהו בבעל התרומות גופי' ליתא האי לישנא דאין יכולים לגבותו ואפשר לדחוק ולומר דאה"נ דלענין אם ירצו להקנותו לכתחלה מיירי דאיכא למיחש ולא יקנו אותו אבל דברי הט"ו שכתבו אבל אם מכרו לשני עדים החתומים עליו חיישינן כו' ואין יכולים לגבותו צריך לי עיון:

סעיף עב

ונתנו ללוי בכתיבה כו' כלומר שלוי אומר כן וראובן כופר אבל אם מודה ראובן קנה לוי אע"פ ששמעון נוגע וכן משמע מסוף דברי הט"ו וכן כתב הסמ"ע סעיף קטן נ"ד וכן בדין דמה בכך ששמעון נוגע אם ראובן מודה שנתנו לו בכתיבה ומסירה וששמעון עד בדבר וה"ה בכל דבר שצריך עדים בענין אם הבעל דבר מודה שאלו הם עדים אע"פ שא' מהן נוגע או אפי' שניהן נוגעין הענין כשר ועוד דכאן אין צריך עדים כלל דלא איברו סהדי אלא לשקרת וכמו שכתבתי לעיל סעיף ב' ס"ק י"א ע"ש:

סעיף עג

המוכר שט"ח כו' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' שכ"ט פסק על מי שנתחייב לחבירו מנה בשטר ומכר השטר בפחות לאחר שיכול הלוה לומר למלו' אני אתן לך כמו שנתן לך אחר ואין המלו' יכול למכור ואפי' מכרו כבר יכול לעכב דמכירת שטרות הוא דרבנן כו' ע"ש והביא ראי' מלקמן סי' שי"ו ס"א ולא נהירא ובפרט לפי מ"ש לעיל סעיף ח' ס"ק א' דמכירת שטרות דאוריית' ומלקמן סי' שי"ו אין ואי' דהתם הבית הוא שלו גם י"ל לזה השכירו ולא לאחר וקל להבין ועיין מה שכתבתי לקמן סי' קע"ה סעיף נ"ג:

סעיף עד

אם חזר ומחלו ללו' מחול. ואפי' למ"ד דמחילה לא מהני היכח דתפס בטרא וכמו שכתבתי לקמן סי' רמ"א ס"ב מודה הכא דהא ליתא שטרא בידי' דליהדר ליה כ"כ בעל העיטור דף צ"ג סוף ע"ב: כתב בתשובת מהר"א בן חיים סי' צ"ב דף קל"ז ע' ב בנתן

ש"ח ללאה ולאה חייבת ללוה דכי האי גוונא לא מהניא מחילה דהא ודאי במוכר שט"ח דגובה מקבל השטר עד שלא מחלו הנותן דמחיל' דבתר הכי לא מהניא והכא כיון שלאה היתה חייבת לו הרי מתנה שנתנו לה השטרות חשיבא כגבוי ועומד וכמו שמתבאר מתוך סוגית שנים שהוציאו שטר זה על זה זה גובה וזה גובה דפרק שני דייני גזירות והריב"ש ז"ל בסי' שצ"ו במי שטען זכיתי בחטין בעד החוב שלי חלק עם חכם א' אם זכה אם לאו ונדעת החולק זכה משעה ראשונה ולא נחלקו שם אלא מפני שאין בקיאין בשומא ואע"פ שבנ"ד ג"כ היו נותני השטרות מחוייבים שבועה לא משום הא חשיב מחוסר גובייא עכ"ל ודבריו תמוהין דאדרבא בהדיא מוכח בש"ס פ' שני דייני גזרות בסוגיא דהתם וכן בריב"ש שם סי' שצ"ו הרבה פעמים דזה גובה וזה גובה וכן מוכח עוד להדיא בכמה דוכתי בש"ס וכל הפוסקיה גם לקמן סי' פ"ה בכל הסי' ובפרט בסעיף ד' ובסעיף ו' (ומהך דחיטין דהריב"ש אדרב' מוכח שם להיפך ע"ש) והלכך הכא אע"פ שלאה חייבת ללו' יכול למחול השטר ודלא כמהר"א ן' חיים נ"ל ברור:

סעיף עה

מחול. ומשמע דאין חילוק בין יש בשטר נאמנות או לא בכל ענין יכול למחלו ואף שמדברי ראב"ן סי' מ"ז ומביאו המרדכי בקצר' פ' הכותב איכא למשמע דבנאמנות א"י למחול לא קי"ל הכי והיינו שסתמו הפוסקים והט"ו דלא חילקו בכך והכי מוכח ממ"ש הרי"ף והר"ן פרק הכותב ושאר פוסקים דטענת מחיל' לא תליא בפרעון ואדרבא בש"ס ספ"ק דמציעא משמע דנאמן לו' פרוע מתוך שיכול למחול והבאתים לעיל סעיף ט"ו ס"ק נ"ב עיין שם וכ"כ הרבה פוסקים בכמה דוכתי דנאמן לומ' פרוע במגו דאי בעי מחיל ועיין מ"ש לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ד:

כתב בסמ"ע כתב מהרי"ק שורש פ"ט דיכול למחול אע"פ שלא הגיע עדיין זמן הפרעון כו' ולחנם בתבו בשם מהרי"ק דמוכח הוא בש"ס ובכל הפוסקיס מכתובה ומכמה דוכתי ועיין בסי' פ"ו ס"ק י"א:

סעיף עו

מיהו אין הלוקח כו'. כתב בסמ"ע ס"ק נ"ו וכתב ר"י ני"ד דדברי הרשב"א עיקר דא"צ להחזיר שטרו ד"מ נ"ג עכ"ל. ולפע"ד דדברי הרשב"א צ"ע דעיקר ראיית הרשב"א הוא מפרק האיש מקדש וכמ"ש הר"ן פרק הכותב בסוף דבריו שהרשב"א הביא ראיה מפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח ע"א) מרפריך התם דר' מאיר אדרבי מאיר ולא פריך דרבנן אדרבנן גבי שמין את הנייר אלמא דאם יש בנייר שוה פרוט' מקודשת לכ"ע וע"ש. ולפע"ד אין זה ראיה דרבנן אדרבנן לא בעי לאקשויי דדלמא כאידך איבעית אימא דלעיל

דפליגי בכתב ולא מסר ובפלוגת' דר' ורבנן או בדרב פפא ולכ"ע אשה סמכה דעתה דלא מחיל וכמ"ש לקמן בשם יש פוסקים דשמא קי"ל כאידך איבעית אימא ע"ש והלכך נהי דלא קנתה השט"ח לענין לגבותו כיון דלא כתב לו קני לך כו' מ"מ קנתה הנייר דכיון דאשה בפרוט' מיקדשא א"כ כל מה שנתן לה מיקדשא בה ודמי לנתן שטר במתנ' דאע"ג דמסר ולא כתב קנה הנייר מיהת וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק ו' בשם הריטב"א (וכ"כ הב"ח בא"ע סי' ס"ח סעיף י"א דאף במסר ולא כתב קנתה הנייר) הלכך לא מצי לאקשויי ולמאי דמשני התם דלא מיירי בש"ח דאחרים נמי ניחא דל"ק דרבנן אדרבנן ע"ש כן נ"ל ברור: גם מ"ש הר"ן שם שמדברי רש"י פ' הכותב נרא' כן לפע"ד אינו הכרח די"ל דרש"י מיירי בשאין הלוה מקפיד בכך ומניח שטרו במקום שהוא ולא בא אלא לפרש לישנא דמגבי בי' דמי ניירא ואפשר שמטעם זה כתב הר"ן גופיה בפ' האיש מקדש דאין שמין הנייר כיון דע"כ מהדרא ליה הנייר והבאתיו לעיל סעי' ט"ז ס"ק נ"ח ודלא כנרא' מדברי ב"י כאן סוף מחו' מ' שהר"ן ס"ל כהרשב"א ולא הביא בב"י הר"ן דפ' האיש מקדש גם מ"ש הב"י שכ"נ מדברי רש"י דלעיל כבר כתבתי דאינו מוכרח גם מ"ש הב"י שהרשב"א בתשו' הביא ראיה לדבר וכ' וכן דנתי לפני מורי הרמב"ן ואע"פ שהי' סבור להיפך נתחבט כמה ולא עלה בידו עכ"ל לפע"ד אין מכל זה ראיה כי נרא' שהוא אותה ראי' שהביא הר"ן פרק הכותב בשמו וכבר דחיתי ראיה זו ואני ראיתי בחי' הרשב"א פ"ק דגיטין שכת' וז"ל אפשר שקנה הנייר וכן נ"ל שיש להביא ראיה מפ' האיש מקדש גבי שמין הנייר כו' ומיהו מדברי הרי"ף ז"ל נראה בהפך בעובדא דמלוג' דשטרי וכ"כ הרמב"ן נ"ר ויש להם על מה שיסמוכו בהמביא תנין בבעי' דהיו מוחזקין בטבלא שהיא שלה עכ"ל הרי שהרשב"א גופיה מסיק כהרמב"ן והרי"ף וכ' שיש להם על מה שיסמוכו כו'. גם על ר' ירוחם גופיה קשה לי היאך הכריע נגד דעת הרא"ש שהרי מדברי הרא"ש פ' הכות' נרא' שסובר כדברי חכמי פרוונצי"א שהבאתי לעיל סעיף ט"ז ס"ק נ"ח וכ"נ דעת הריטב"א שכ' בפ' הכות' וז"ל כשנמחל השטר חייב הלוקח לתת השטר ללו' דאינו אלא כמשכון ביד מלוה עד שיפרענו וכי פרעי' או מחלי' זכה הלוה בגופו של שטר ומחזירו לוקח בעל כרחו כדעת מקצת רבוותא ז"ל עכ"ל והב"ח בא"ע סי' כ"ח סעיף י"א כתב דברי הר"ן פ' האיש מקדש דלעיל לא נהירין דהא אין ללוה על האשה כלום וכשהמלו' קדשה בשטר והקנ' לאשה השטר חוב במסיר' קנתה גוף הנייר דלא גרע ממשכון דאחרים דמקודשת בו וכבר כתבתי מזה אצל התקדשי לי בשטר חוב כו' סעיף ח' עכ"ל ולפי מה שכתבתי דברי הר"ן נכונים והרבה פוסקים מסכימים עמו וכמ"ש ואדרבא דברי הב"ח לא נהירין דלא דמי למשכון שהוא שלו עד הפרעון משא"כ גוף הנייר של השטר שאינו

אלא למשכון בשביל החוב וגם לא דמי לשט"ח דידה דהתם כיון שיכול להחזיר השט"ח עד שתפרע לו א"כ עתה נותן לה ש"פ כיון שעדיין לא פרעה משא"כ בשט"ח דאחרים לאחר שנמחל או נפרע שפקע החוב גוף הנייר ממינא של לוה הוא וכ"כ מדברי המחבר בש"ע בא"ע שם סעיף י"ג שהשמיט דברי הטור שם דשמין הנייר וכ' וז"ל מלוה בשטר והקנה לה השטר בכתיב' ומסיר' אינה מקודשת אלא בספק עכ"ל משמע להדיא דס"ל כהר"ן דלא אמרי' בהא שמין הנייר והספק הוא כהיש מחמירין שהביא ה' המגיד פ"ה מה' אישות דין י"ז ומביאו ב"י שם ונרא' טעמם דשמא קי"ל כאידך איבעית אימא דבש"ס דאשה סמכ' דעת' דלא מחיל וכ"כ מהר"מ יפה בלבוש שם להדיא וז"ל מלוה בשטר והקנ' לה השטר כראוי בכת ב' ומסיר' אינה מקדשת ודאי דשמא לא סמכ' דעת' דסבר' אזיל ומחיל ליה והכא ליכח למימר שמין הנייר כדאמרי' לעיל סעיף ח' גבי שט"ח דידי' דהא קי"ל שהנייר של לוה הוא כדתנן שהלו' נותן את השכר וכשמשלם לי' או מחיל ני' ע"כ מהדר' כי' נייר וא"כ אפי' הוא שוה פרוט' עכשיו לאו מידי יהיב להמשא"כ בשטר חוב דידה כשמחזיר לה השטר שלה שהוא ש"פ הרי הוא נותנו לה ממש במתנה ומקודשת בו שהרי אינו חייב להחזירו לה עד שתשלם לו עכ"ל מכל זה מבואר דלא כהב"ח שם: ומ"מ כיון דהרשב"א והרב' גדולים ס"ל דאין כופין להחזיר הנייר נרא' דדין זה הוי ספיקח דדינא והמע"ה ואין כופין ללוקח ולענין קידושין נמי ספיק' הוי ואע"ג דבלא"ה ספיקא הוי אי מקודשת בממון שבשט"ח דדילמ' סמכה דעתה דלא מחיל מ"מ נ"מ בלוקח ש"ח ופרע הלוה למוכר או שמחלו לו המוכר וקדש הלוקח אשה באותו שט"ח אחר שנפרע או נמחל דלהרשב"א וסייעתו מקודשת אם יש בנייר שוה פרוט' או אפי' אין בו ש"פ שמא ש"פ במדי וכמ"ש הטור והמחבר ושאר אחרונים בא"ע סי' כ"ח ס"ח בקדש' בשט"ח דיד' דאע"פ שאין ש"פ מקודשת מספק שמא ש"פ הנייר במדי וא"כ ה"ה בקדש' הלוקח בשט"ח דאחרים ודלא כנרא' מדברי המחבר בא"ע שם סעיף י"ג וכן מדברי הלבוש שם דבהא ודאי אינה מקודשת ואפשר גם המחבר ספוקי מספק' ליה בהא ועמ"ש לעיל סעיף ח' ס"ק ט' והארכתי בזה כי חליל' להקל בספק קידושין ובפרט בדבר שנחלקו בו חבות העולם ולא הכריעו. העול' מכל זה וממה שכתבתי לעיל סעיף ט"ז דמי שמכר שט"ח בין שמסר וכ' לו באופן שקנהו או שמסר ולא כ' וחזר ומחלו או נפרע הרי זה ספק אם הלוקח מחויב להחזיר השטר ללוה ואין כופין אותו מספק שמוצי' מחבירו עליו הראי' לפיכך לוקח זה שקדש אשה בשט"ח זה הרי זה ספק מקודשת שמא הנייר שוה פרוט' במדי חבל אינה מקודשת קדושי ודאי אע"פ שהוא שוה כאן פרוט' שמא מחויב להחזיר השטר ללוה וכן מלו' שקדש אשה בשט"ח שיש לו אחרים אע"פ שהנייר

שוה פרוט' אינה מקודשת קדושי ודאי דשמא אשה לא סמכ' דעתה וסברה דלמא אזיל ומחיל השט"ח וא"כ צריכ' להחזיר גוף הנייר ללוה אלא הרי זו ספק מקודשת:

סעיף עז

שיעש' לו שטר על שמו כו'. כ' הריטב"א פ' הכותב פי' לענין שיתחייב לו לפרוע ומיהו אם מחלו אינו טורף מזמן הראשון ע"כ ופשוט הוא:

סעיף עח

ואפי' אם התנה עמו כו' בבית חדש כתב בכאן דברים מעורבבים וחילוקים זרים בין מודה דאית ליה גביה או לא ומתוך כך הניח בצ"ע ולפע"ד הדבר ברור דבכל ענין לא מהני תנאי וגם דעת הב"י כן ונהי דהבעל העיטור הוציא כן ממאי דלא קאמר בש"ס האי תקנתא מ"מ בש"ס גופא צריך טעמא לכך כתב הב"י שהטעם דא"א לו להתנות שלא יוכל לעשות מה שיוכל לעשות כו' ע"ש וה"ה אם התנה עמו שלא ימחול זהו גם כן בכלל טעם זה שהרי יכול למחול ואם התנה עמו מה לו ללוה בכך וגם דעת הבעה"ת כן ומ"ש הבעה"ת על דברי העיטור ולא נתגלה לי טעמו היינו על מ"ש הבעל העיטור וגירסת הירושלמי אין מוכיח כן (ע"ש שחסר בבעה"ת תיבת אין וכשתעיין בבעל העיטור דצ"ב ע"ד תראה שכן הוא) וע"ז כתב ולא נתגלה לי טעמו ועוד נראה דהאי ולא נתגלה לי טעמו שבבעה"ת מלשון העיטור הוא כמ"ש בס' העיטור שלפנינו על הירושלמי וצריך עיון. והיה כתב בנוסחת הבעה"ת ולא נתגלה לי טעמו במקום וצ"ע או שהבעה"ת שינה הל' באשר כי המכוון אחד אבל מ"מ לענין דינא נראה ברור דבכל ענין לא מהני תנאי ומצי מחיל וכדמוכח בש"ס ופוסקים וליכא מאן דפליג בהא ודלא כהב"ח וע"ש:

סעיף עט

התנה עמו כו'. ואפי' כתב לו תחלה דפוסל כל עדים שיעידו על המחילה מ"מ יכול למחול כן הביא הב"י ס"ס זה מחודש נ' בשם תשובת רשב"א ופשוט הוא. וכתב הרמב"ם פ' ו' מה' מכירה דין י"ג ונראה לי דאפי' הקנה לו השט"ח אגב קרקע יכול למחול ופשוט הוא ומוכרח בכמה מקומות בש"ס ופוסקים:

סעיף פ

ואפי' היורש כו'. כתב מהרי"ק שורש פ"ט אם קטן מחל הוה מחילה בטעות ד"מ כ"ד עכ"ל סמ"ע ולא הוי ליה להעתיקו כאן דמהרי"ק התם בשורש פ"ט מיירי כשהקטן מחל מחמת שהי' סבר שפרע לאביו וכה"ג והוי מחילה בטעות והוא הדין בגדול כה"ג אלא דקטן מסתמא לא ידע כלום במילי דאבוה וכדלעיל סוף סי' כ' אבל כאן דמיירי שמחל השטר אע"פ שלא פרע פשיטא דמחילת קטן הויא מחילה וכמבואר בדברי התוס'

פרק הכותב (כתובות דף פ"ו ע"א) ופ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז ע"ב) והר"ן פ' הכותב ובהרא"ש ספ"ק דמציעא דקטן שהגיע לעונת הפעוטות (וכדלקמן ר"ס רל"ה) יוכל למחול שט"ח אפי' היא יורש. ומבואר עוד שם דאין צריך לשלם כשיגדיל וע"ש:

סעיף פא

ויש מי שחולק ואומר שאף לעצמו כו'. כתב בסמ"ע ס"ק ס' בדרישה כתבתי די"א הללו ס"ל דצריך לשלם ללוקח ואע"ג דאין כוונתו להזיק כו' ואין זה מוכרח ויותר נראה דכוונת המחבר דפטור לגמרי מטעם שלא כוון להזיק וכן מסיק הב"ח וכן ראיתי בבעה"ת שער נ"א חלק ו' שאחר שהביא דברי הרמב"ן בס' הזכות שא"י למחול כתב שם אח"כ אחר שהפסיק בדברים אחרים וז"ל ואיכא מ"ד דאפי' תימא שכל מה שכתוב בשטר משלם המוחל ברתא פטירא דהיכא מחייבים למוחל בזמן שהוא מתכוין להזיק ללוקח והוא אינו מרויח כלום אלא שמפסיד מקחו אבל האי ברתא להנאת עצמה היא מוחלת כדי שתחזיר ותירש מאביה וה"ה ליורש שמחל שאינו משלם כלום וכמ"ש למעלה וזו הסברא כתבה הראב"ד בתשובותיו כי יש לה פני' עכ"ל מיהו לענין דינא אין זה עיקר אלא נראה עיקר כמ"ש בס"ק שאחר זה:

סעיף פב

שאף לעצמו יכול למחול. כן נראה דעת רוב הפוסקים וכן נראה עיקר וכן פסק המחבר גופיה בסתם בא"ע סי' ק"ה ס"ו מיהו צריך לשלם מדינא דגרמי וא"י לומר לא כוונתי להזיק דכל היכא דחייב מדינא דגרמי חייב אפי' לא כוון להזיק וכדמוכח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ונפקא מינה שאינו (טורף ממשעבדי בשטר ואפי' לי"א שהבאתי לקמן סעיף ל"ה ס"ק ק' דיש קול לניזקין מ"מ אינו) חל חיוב התשלומין עליו רק משעה שמחל ולא משעת כתיבת השטר ואינו טורף מכח השטר וגם יכול אח"כ לטעון פרעתי לך מה שנתחייבתי לשלם מדינא דגרמי אי נמי אם הוא קטן ומחל לעצמו אין צריך לשלם אף כשיגדיל וכן אשה שהיא נשואה ויש שטר חוב של אביה שמת יכולה למחול השטר חוב ויורשת נכסי אביה ואינה צריכה לשלם מדינא דגמרי עד שתתאלמנ' או תתגרשה דכל מה שקנתה אשה קנה בעלה כל זה נראה לי עיקר בש"ס ופוסקים ע"ש. וכתב בשלטי גבורים פ' הכותב סוף דף תקט"ו שמותר להשיאו עצה למחול אם יגיע לו ליורש שום הנאה במחילה זו ובלבד שלא יהא המייעץ הזה מן הדיינים שאין לו לדיין ללמד טענות ותחבולות עכ"ל והוא ממשמעות הש"ס שם בעובדא דקריבתיה דרב נחמן ע"ש:

סעיף פג

יש מי שאומר כו' יכול לעשות שובר כו' יש לדקדק מאי קמ"ל הא כבר כתב. כן בסעיף י"א וסעיף ט"ו ואולי קמ"ל דיכול ליתן לו כך כתוב בשובר שנפרע אבל גם זה פשוט וגם מוכרח הוא בש"ס פ"ק דמציעא סוף דף י"ט ובכל הפוסקים ולא הו"ל להמחבר לכתבו בלשון יש מי שאומר ואפשר דמשום או להאריך זמן הפרעון נקטיה בלשון יש מי שאומר שאין זה מבואר בש"ס ופוסקים אבל מ"מ גם זה נראה נכון דכך לי מוחלו לזמן כמו מוחלו לגמרי ומשמע דה"ה דיכול למחול חצי שטר או חלק ממנו:

סעיף פד

וכן כל שנתן כו' ודיינים לי' לישראל כל זכות שהי' לו לעכו"ם כמ"ש הרא"ש בתשו' והרב לקמן ס"ס שס"ט ועיין בתשובת שארית יוסף סי' נ"ח וכתב מהר"מ מלובלין בתשובה סי' כ"ב אך אם העכו"ם הוא איש אלם ויש לחוש שיחזור מדבריו ויחזור ויתבע החוב מן הלו' פעם שנית צריך הלוקח או המקבל מתנה לה מיד ערב שלא יגיע לו שום היזק מהעכו"ם וע"ש ועיין מ"ש לקמן סי' קכ"ו ס"ק צ"ט. ועיין עוד מדיני ישראל הבא מחמת עכו"ם בסי' מ"ה סעיף י"ז וסי' קמ"ט סעיף ט"ו וסי' קנ"ד סי"ט וכ' וס"ס קנ"ה ומ"ש שם במקומות אלו:

סעיף פה

וישראל שמכר לעכו"ם כאלו מכר לישראל דקי"ל מכירת שטרות דאורייתא לפיכך אפי' מכרו לעכו"ם מכירתו מכירה ויש לעכו"ה כח הישראל שמכרו לו עכ"ל עיר שושן והוא מתשובת ריטב"א שבב"י מחודש ט"ו וכן נראה דעת המחבר וכבר כתבתי לעיל ריש סי' זה דכן עיקר דמכירת שטרות דאורייתא מיהו נראה לי דאפי' הוה דרבנן מכירתו מכירה דכל מה דתקון כעין דאורייתא תקון ואפשר גם הריטב"א קושטא דמלתא לרווחא דמילתא כתב כן וכן משמע בנמוקי יוסף דבפ' הספינה כתב דהוי דרבנן ובפרק מי שמת כתב דיכול למכרו לעכו"ם וע"ש:

סעיף פו

משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך. והודיע הקונה להחייב שבעל השטר מכר לו השטר אינו יכול למחול כ"כ הרשב"א בתשוב' ומביאו ב"י כאן לקמן ס"ס מחודש נ'. ונראה דהיינו משום דלשון דכל דאתי מחמתך הכי משמע דכל דאתי מחמתך שאתרצה לו ומשמע לי' להרשב"א הכי מדקאמר אמימר בש"ס פ"ק דגיטין טעמא דמעמד שלשתן הוא משום דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך וא"כ תקשי למאן דאמר דמעמד שלשתן לא מהני בעל כרחו של לוה וכן ס"ל להרשב"א וכמ"ש לקמן סי'

קכ"ו ס"ק כ"ח בשמו אלא ודאי דלישנא דכל מאן דאתי מחמתך פירושו דאתי מחמתך בידיעתי וכ"כ הרשב"א פ"ק דגטין בחדושיו להדיא וז"ל יש לדקדק מדאמימר דאמר נעשה כמי שאומר לו בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אלמא כיון דהוי כמשעבד נפשיה אפי' בעל כרחי' נמי איתיה י"ל דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך שאני אתרצה לו עכ"ל ואע"ג דלא קי"ל כאמימר היינו לענין דלא אמרינן נעשה כו' אלא מעמד שלשתן הוי הלכתא בלא טעמא אבל מ"מ מוכח דהאי לישנא דלכל מאן דאתי מחמתך פרושו דאתי מחמתך בידיעתי וא"כ בשטר כשכתב לו כן בפירוש פירושו לכל מאן דאתי מחמתך בידיעתי אבל כל שלא הודיע לו לא נשתעבד לו ויכול למחול וכן נראה להדיא מדברי הר"ן בתשובה סי' ס"ט שכתב וז"ל ואע"פ שהרמב"ן ז"ל הקשה על הראב"ד דאם איתא לא משכחת לה לאמימר בשום חוב בעולם שיכול למחול דהא אמימר נעשה כאומר קאמר וכל חוב שבעולם אתה יכול לומר כן ושמואל הא קאמר דיכול למחול אינה קושיא אצלי דעל כרחך כי אמר אמימר נעשה כו' לאו כללא הוא לכל דאתי מחמתי' דהא ודאי מעמד שלשתן לא מהני אלא מדעתי' דלוה ולא בעל כרחו הלכך ע"כ כי קאמר אמימר נעשה כו' ה"ק לדידך ולכל מי שתהא ממחה אצלי מדעתי עכ"ל ורוצה לומר ושמואל דקאמר דיכולי למחול מיירי לאמימר כשעדיין לא נתרצה הלוה אח"כ אלמא דהאי לישנא ולכל דאתי מחמתך ר"ל בידיעתי ואם לא הודיעו אף להראב"ד והר"ן יכול למחול (ומשמע דאין חילוק בין נעשה כאומר לאמימר ובין אומר כן להדיא להראב"ד וסייעתו ודלא כס' גי' תרומה שער נ"א ריש ח"ז דף שי"א ע"ב שמחלק בכך ואין דבריו נכונים לפע"ד ע"ש) אבל מ"מ כתיבה ומסירה בעי לענין שיהא השטר נקנה בו דאל"כ לאו אתי מחמתי' הוא דבעינן שיהא אתי מחמתי' כדין הבא מכחו דהיינו בכתיבה ומסירה וכמ"ש לקמן בסעיף קטן פ"ו דאין לפרש דכוונת תשובת הרשב"א דלא בעינן כתיבה ומסירה רק כשהודיע לו סגי לענין שלא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את ושוב א"י למחול דאם כן למה לי הודעה זו כשיברר שקנהו יועיל וגם מה מועיל הודעה זו יאמר לו מאן יימר שהודעה שלך אמת ועוד דדברי הרשב"א בחדושיו שהבאתי מוכיחים על מה שכתבתי וגם בתשובה זו דהרשב"א כתב כבר ראית מה שכתבתי בחידושי דגיטין שלי כו' כדאיתא בב"י ע"ש אלא ודאי כוונת הרשב"א לומר דבעינן כתיבה ומסירה ואפילו הכי לא מהני עד שיודיע ללוה וכמה שכתבתי וכל זה ברור:

סעיף פז

שוב אינו יכול למחול. וכתב הסמ"ע ס"ק ס"ג וכ' הר"ן בתשוב' סי' ס"ט דדעה זו עיקר ושכן הסכימו גדולי האחרונים ד"מ כ"ה עכ"ל ולפי עניות דעתי נראה עיקר כהרא"ש והרמ"ה והרמב"ן ומה שכתב הרשב"א בתשוב' ומביאו ב"י דברי הראב"ד נכונים וברורים וכבר ראית בסוף פרק קמא דגיטין את אשר החזקתי דבריו כו' ראיתי ועמדתי על דברי הרשב"א בחדושיו ספ"ק דגיטין ודקדקתי אחריהן ואינן מחווירין לפע"ד כי כלל דבריו שם דאמימר לא קאמר דנעשה כאומר משתעבדנא לך כו' רק במעמד שלשתן כו' ע"ש שהאריך בזה ולא נהירא כי הלא כשהלוהו בתחלה לא התנו לא במעמד שלשתן ושום דבר רק שחכמים אמרו דבר זה דאנן סהדי הלוה מעות מחברו נעשה כו' וא"כ בכל מלוה אתה יכול לו' כן וכן נראה להדיא מדברי הר"ן גופי' שהבאתי לעיל בס"ק הקודם וא"כ הדרא קושית הרמב"ן לדוכתא דהיאך פריש אמימר טעמא דשמואל דמעמד שלשתן קנה משום דנעשה כאומר כו' א"כ תיקשי לאמימר הא דקאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כו' גם מ"ש הר"ן בתשוב' סי' ס"ט דשמואל מיירי קודם שנתרצה לו אח"כ הלוה הוא דוחק דהא סתמא קאמר שמואל וכל כי האי ה"ל לפרושי אלא ודאי אף לאמימר יכול למחול ועוד דמה בכך שכתב לו ולכל מאן דאתי מחמתך והא מ"מ אין השטר נקנה לו שיהא שלו כדין קניית שטרות לענין שאין המוכר והלוקח יכולים לחזור עד שימכרנו לו בכתיבה ומסירה וכמ"ש לקמן ס"ק שאח"ז ואם כן כיון דמ"מ בעינן דאתי מחמתי' ושימכרנו לו המוכר הרי עדיין שעבודיה דמוכר עליה דהא קאתי מחמתי' וא"כ הרי הוא כשאר שטר ועוד מנין לנו לבדות סברא זו שלא נמצא בש"ס ובכל דוכתי אמרי' סתמא דהמוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ולא מפליגינן בין כתב לי' משתעבדנא כו' וכיון שלא מצינו חילוק זה בש"ס בשום מקום האיך נוציא אנחנו סברא מלבינו לחלק בזה אלא נראה דאף לאמימר יכול למחול ואף דלדידן במעמד שלשתן א"י למחול כמ"ש לקמן סעיף כ"ט ס"ק צ"ד היינו דכיון דנדחו דברי אמימר בש"ס במסקנא נדחו גם בזה אלא כיון דמעמד שלשתן משום תקנת התגרים הוא והוא הלכתא בלא טעמא ותקנו חכמים שיהא קונה בלא טעם א"כ תקנת חכמים היתה דהוי קנין גמור לגמרי ואין יכול למחול ועוד דאפי' תימא דלאמימר א"י למחול היינו דוקא במעמד שלשתן וכמו שהאריך הרא"ש פרק הכותב בזה ע"ש. וגם כשתעיין היטב בדברי הרשב"א והר"ן שם תראה כי אף לדבריהם שכתבו ליישב הקושיות שהקשו המפרשים על הראב"ד מ"מ אין בדבריהם שום ראיה לדברי הראב"ד וגם ישובם בקושיא הנ"ל שכתבתי דלאמימר תיקשי דשמואל אדשמואל הוא דחוק וכמו שכתוב והסברא מכרעת כהרמב"ן וסייעתו וכן נראה דעת

בעל התרומות שער נ"א ריש חלק ז' וכתב שם ומחכמי הדור ראיתי ושמעתי שלא השוו עם הראב"ד בזה וכ"כ בזה הרמב"ן ז"ל כו' וכ"כ הנמוקי יוסף פרק החובל בשם הר"ה וגם בעיר שושן כ' וי"א שאע"פ כן יכול למחול וכן מסתבר וכן נ"ל עיקר בש"ס ובסבר' וכמ"ש (עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ז ובתשובת מבי"ט ח"מ סי' קכ"ח):

סעיף פח

וי"א שאעפ"כ יכול למחול. כ' הסמ"ע ס"ק ס"ד דמלשון הרא"ש מוכח מיניה וביה דהני י"א ס"ל דבזה קונה השטר מהמוכר בלי כתיבת קני לך כו' כיון דשעבד נפשו לו מתחלה ומה"ט נמי כתב מור"ם בר"ס זה סס"א דשטר שכתו' בו אני משעבד לך כו' נקנה במסיר' בלא כתיב' ואעפ"כ ס"ל דהראשון מצי מחיל כיון דנשתעבד לו מתחל' עכ"ל ולפעד"נ דלא מוכח מידי בהרא"ש וגם לא נהירא לי וגדול' מזה נ"ל דאפי' לסברת הראב"ד דא"י למחול מ"מ לענין קנין בעינן שיכתו' לו קני לך כו' דהא בעינן דאתא מחמתי' וכן הוא בחדושי רשב"א פ"ק דגיטין מאן דאתא מחמתי' כמלו' גופי' חשבינן ליה כו' וכל זמן שלא כתב לו קני לך כו' לאו אתא מחמתי' מיקרי ומה יועיל זה שכ' לא משתעבדנ' כו' לענין המוכר הא לא נשתעבד לו רק הלו' ובמה קנהו הלוקח מן המוכר הא כל זמן שלא קנהו כדין קניית שטרות עדיין ברשות המוכר הוא ויכול למוחלו וכן משמע בלשון הרמב"ן שהביא הבעה"ת שער נ"א חלק ז' במה שהקש' על הראב"ד שם וז"ל דאמימר דקאמר נעשה כאומר לו משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך בכל מלוה שבעולה קאמר דנעשה כאומר לו הכי בשעת מתן מעות ומאן דקני מיני' בכתיב' ומסיר' או באגב ודאי אתי מחמתי' הוא וא"כ לטעמא דאמימר קשיא דשמואל אדשמואל כו' עכ"ל אלמא דכתיב' ומסיר' מיהו בעינן. וכן משמע עוד בלשון הראב"ד גופי' שהביא הבעה"ת שם וז"ל ומצאנו בזה תשוב' להראב"ד ז"ל וזה טופס אם כתב לוה למלו' כשלו' ממנו משתעבדנ' לך ולכל הבאים מכחך שוב אין יכול המלו' שמכרו לחבירו לחזור ולמחלו כי הוא נקרא בא מכחו אחרי קנייתו והרי הוא כמו שכת' לו השט"ח על שמו ולא עוד אלא שאינו צריך לכתו' לו בשטר המכר זיל דון והנפק לנפשך ועל כרחך הוא דן ומוציא מידו כו' עכ"ל מדכת' שאינו צריך לכתו' בשטר המכר משמע דשטר מכר מיהא בעי וגם מדכת' דא"צ לכתו' זיל דון והנפק לנפשך כו' משמע דקני לך כו' מיהא בעי והיינו דהראב"ד לטעמי' אזיל שכת' הבעה"ת בשמו שער נ"א ח"ד כי במוכר שט"ח לחבירו צריך למכת' לו קני לך כו' דזכה בכל שעבודו וגם זיל דון והנפק לנפשך ואי לא לא מצי לאשתעויי דילא בהדיה בע"כ דלוה כך דעת הראב"ד במשפטי ההרשאות ויש תימא דאטו מי גרע לישנא דקני לך הוא וכל שעבודו מלשון דון וזכה לנפשך עכ"ל

בעה"ת שם חלק ד' ומביאו ב"י בקצר' בר"ס זה וקאמר הראב"ד כאן בחלק ז' דא"צ לכתו' בשטר המכר זיל דון והנפק לנפשך דכיון דנשתעבד לו מתחל' הרי הוא כמ"ש על שמו לענין הלו' דא"צ הרשא' נגד הלו' אבל מ"מ בעינן שיכתו' לו קני לך כו' דאל"כ לא קנהו מן המוכר ועדיין של המוכר הוא ויכול למחלו. ועוד נ"ל להוכיח כן מדברי הבעה"ת דלעיל הרשב"א והר"ן שהרשב"א בחדושיו פ"ק דגיטין כתב ג"כ שהקשו על הראב"ד דא"כ לאמימר תיקשי דשמואל אדשמואל דאמר שמואל מעמד שלשתן קנה ויהיב אמימר טעמא דנעש' כאומר לו בשעת מתן מעות משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך אלמא בכל מלו' עשו שאינו כותב ככותב וכיון שכן מן הדין א"י למחול ושמואל הוא דאמר חזר ומחלו מחול כו' וכ"כ הר"ן בתשוב' סי' ס"ט שכן הקשה הראב"ד (ותירוץ הרשב"א והר"ן בזה הבאתי לעיל בס"ק הקודם) משמע דאי לאו דאמר שמואל חזר ומחלו מחול הוה ניחא ואם איתי' בל"ה נמי תיקשי דא"כ לאמימר אמאי פליגי בעלמא רבי ורבנן אי אותיות נקנות במסיר' או בעינן כתיב' וכן אמימר גופי' פסיק הלכתא פ' הספינ' דאין אותיות נקנות במסיר' אלא ודאי מ"מ כתיבה בעינן דאי ל"ה לאו אתי מחמתי' מיקרי. וגם להר"ן בתשוב' סי' ס"ט צ"ל כן אף לפי האמת דידי' שהרי הוא מתרץ דשמואל חזר ומחלו מיירי כשלא נתרצ' עדיין הלו' לזה שבא מחמתי' א"כ מ"מ תיקשי אמאי קאמר אמימר אותיות אין נקנות במסיר' הא משכחת לה דנקנות במסיר' כשנתרצ' לו ואמאי פסיק ותני אמימר דאין אותיות נקנות במסיר' דמשמע דלעולם אין נקנות במסיר' לחוד אלא ודאי לענין קנייה מן המוכר לא מהני זה שכתב לו משתעבדנא לך כו' ולעולם בעינן שיכתוב לו קני לך כו' וכמ"ש. ומ"ש הרשב"א בחדושיו שם בשם הראב"ד דאי כתב ליה משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך אם חזר ומחלו אינו מחול דהא כב"ח דידי' חשבינן ליה ואינו לוקח אלא מלוה עכ"ל ר"ל כד אתי מחמתי' שקנהו כדין בכתיב' ומסיר' אז כב"ח דידיה חשבינן ליה ושוב לא הוי לוקח: ומ"ש הרשב"א בתשוב' סי' תתקכ"א דהיכא דכתוב בשטר ראובן לשמעון ולכל מי שמוציאו או לכל מאן דאתי מחמתי' ובא יודא ותבע בלא הרשא' צריך ראובן לשלם לו היינו דוקא לענין ראובן הלו' דכיון שהשטר בידו והוא בא מחמתי' דשמעון א"צ הרשא' דה"ל כאלו שמעון לפנינו ומרשה ליודא וחייב ראובן לשלם ליודא אבל לענין שיהא השטר נקנ' ללוקח כדין קניית שטרות שלא יהיו המוכר ולוקח יכולים לחזור בהן ושלא יוכל המוכר למחול אינו בלא כתיבה ומסירה וכן חלקתי לעיל סעיף א' ס"ק י' בתשובת הרא"ש וכל זה נ"ל ברור וא"כ כיון דלהראב"ד וסייעתו בעינן כתיב' ומסיר' כ"ש להחולקים עליו ודלא כהסמ"ע גם מ"ש הסמ"ע ומה"ט כתב מור"ם בר"ס זה כו' כבר כתבתי בריש סי' זה ס"ק י' דלמור"ם א"י למחול וא"כ אין ראיה

מדבריו לכאן ועוד דכבר השגתי שם אדברי מור"ם גופי' ע"ש: שוב מצאתי בבית חדש סי' ס"ה סעיף כ"ג משמע ג"כ מדבריו דלהראב"ד לא בעינן כתיבה שכ' שם וז"ל מיהו קשה דלהראב"ד אמאי יחזיר השובר (בס"פ שנים אוחזין סוף דף י"ט גבי שובר כתיבה) ניחוש דלמא כתב בשטר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי' מחמתך ולי נראה דל"ק דלא חשו רבנן להכי דמלתא דלא שכיחא דקא עביד מלוה הכי דחושש שמא יאבד ממנו השטר ומי שימצאנו יגבה בו ויפסיד חובו וגם אם בא להפקידו אינו יכול מהך חששא וכל מלתא דלא שכיחא לא חיישינן ליה עכ"ל ואין דבריו נ"ל וכמו שכתבתי. גם לענין מה שהקש' על הראב"ד מהך דשנים אוחזין בחנם דחק שכבר כתב הרשב"א בחדושיו פ"ק דגיטין וז"ל וההיא דשנים אוחזין לא קשיא דאינהו ודאי מידע ידעי דרוב שטרותיהן לא הורגלו לכתוב בהן תנאי זה ולמיעוט' בכי הא דאיכא שובר מעליא אלא שנפל לא חישינן עכ"ל וכ"כ הנמוקי' יוסף ספ"ק דמציע' גם האידנא בזמנינו אין כותבין כן בשום כתובה (עיין בתשובות ן' לב ספר שני סי' כ"ד):

סעיף פט

אבל אם היה חייב לו ואין לו במה לפרוע כו'. משמע דוקא שהיה חייב לו ללוקח בלאו הכי ואין לו לפרוע החוב שמעכשיו הלוה משועבד ללוקח מדר' נתן אפילו בלא מכירת השטר (וכמ"ש לקמן סעיף ל"ג ס"ק ק"ז לתשו' הרשב"א ע"ש) אבל אם לא היה חייב ללוקח בלאו הכי אע"פ שאין לו לשלם מה שהפסיד לו במחילת השטר יכול למחול לכ"ע כן נראה מדברי הר"ב (שוב ראיתי בדרכי משה שכ"כ הר"ב להדיא ע"ש) וכ"מ להדיא בסמ"ע ס"ק ס"ה. ובבית יוסף מחודש כ"ב כתב דמדברי הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' ג' אפשר למשמע שהמוכר שטר חוב לחברו אם אין לו נכסים ממה לפרוע א"י למחול עכ"ל ולא נהירא וגם אין דעת כל הפוסקים כן וכמו שיתבאר והרא"ש בתשובה מיירי התם להדיא באשה שהיתה חייבת לאחרים דא"י למחול כתובתה ע"ש וכבר השיג עליו הבית חדש ס ' מ"ז וכאן בזה ע"ש והבית יוסף גופיה כתב לעיל סעיף י"ד בטור על מ"ש הרא"ש וטור דאם אין המוכר רוצה לישבע יפסיד הלוקח דר"ל שאם אין למוכר נכסים שהוא מפסיד והרי התם כתב הרא"ש הטעם שצריך לישבע מפני שהוא נאמן לומר פרוע במגו שיכול למחול. ואף שראיתי בראב"ן פרק ב' דכתובות דף קכ"ח ע"ב שכתב וז"ל ואם תאמר אמאי אינו נאמן לו' שטר אמנה נימא מגו דמצי מחיל כדאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול תריץ מוכר שט"ח לא מפסיד לוקח כלום דהכי עסקינן שיש למוכר נכסים ומחזיר לו דמיו למאן דלא דאין דינא דירמי ולמאן דדאין יתן לו כל מה שכתוב בשטר דמה לי שרף ומה לי מחל אבל נושה בחבירו ואומר שטר אמנה מיירי

שאין לשמעון נכסים עכ"ל מ"מ אין נ"ל כן כמו שאוכיח לקמן מן הש"ס ומן הפוסקים והכי מוכח נמי להדיא מדברי הר"ן פ"ב דכתובות והריטב"א ותשובות רמב"ן שבבעה"ת ריש שער נ"א וכן מדברי הראב"ד שם דע"כ לא פליג הראב"ד התם אלא בשעבודא דר' נתן בדלית ליה נכסי אבל במכירת שטרות משמע שם להדיא דמודה דאף דלית ליה נכסי למוכר יכול למחול וקושיית הראב"ן הא כבר תירצוה התוס' ופוסקים שם בענין אחר ואדרבא משמע שם מדברי התוס' וכל הפוסקים דלא כראב"ן דהא כתבתי לקמן סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' דמוכח דהך דשטר אמנה מיירי דלית ליה נכסי דאי אית ליה נכסי נאמן לו' פרוע דכיון דאית ליה פסידא ללוה שני ה"ל חוב זה כמשועבדים דתקנו רבנן דאין גובין במקום שיש בני חורין ואם כן התוס' והפוסקים שהקשו מהך דאמנה למוכר שטר חוב וחזר ומחלו ותירצו תירוצים אחרים אלמא דס"ל להדיא דבמוכר שטר חוב אפי' לית ליה נכסי יכול למחול והכי מוכח לפע"ד בש"ס פ' החובל (בבא קמא דף פ"ט) דפריך התם אאשה דפגיעתה רעה משום דלית לה נכסי לשלומי ואמאי תיזבין כתובתה להאי דחבלה ביה ומשני משום דתמחול לבעלה כדשמואל ואין לומר דשאני כתובה שלא ניתנה לגבות מחיים וכמו שמחלק הר"ן פ"ב דכתובות שכבר כתבתי לקמן סי' פ"ו ס"ק י"א דאין נראין לפע"ד דברי הר"ן בזה. ועוד דאף הר"ן אינו מחלק רק לענין שעבודא דר' נתן דכיון דלא ניתנה לגבות מחיים לא משתעבד הבעל עדיין מדרב נתן ויכולה למחול אבל אם איתא לדברי ראב"ן דהיכא דמפסיד ללוקח מה שהיתה שוהה כתובה ולית לה נכסי להחזיר לו אכי' מעותיו ומה בכך שלא ניתנה הכתוב' לגבות עדיין מ"מ כיון דמפסיד הלוקח היאך יכולה למחול אלא ודאי דגבי מוכר שטר חוב אפי' לית ליה נכסי למוכר לשלם ללוקח מעותיו שקבל ממנו או מה שמפסיד לו יכול למחול ואולי יש לחלק גם לענין זה בכך אבל אין נ"ל עיקר אלא כמו שכתבתי: ודברי התוס' בבבא בתרא פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ו) סוף ע"ב צל"ע שכתבו אהך דמצא שובר כתובה וז"ל ותימ' איך לא טריף שלא כדין והלא אם תמחול לבעל' יחזרו עליה הלקוחות ויגבו ממנה הכל על כן נרא' שאין צריך להחזיר להם אלא מה שנתנו בה ומיהו קשה לי מ"מ יטרוף שלא כדין שהרי יחזרו עליה ממה שנתנו בה לכל הפחות ואומר ר"י דבדבר מועט כזה אין לחוש דאין כאן טריפא שלא כדין ומיהו קשה שמוכרת בדמים יקרי' ואם כן הפסיד' הרב' ללקוחות וטורף בעל' שלא כדין שהרי לא תוכל למחול מה שהפסידתם עכ"ל דבריהם צל"ע טובא דמה לו לבעל בכך שהלקוחות יחזרו עליה מ"מ הוא יטרוף כדין ועוד קשה דלמא יש לה לאשה לשלם מה שחייבת מדינא דגרמי וגם מה שחילקו בין דבר מרובה למועט הוא תמוה דמה לי מרובה או מועט דין של פרוט'

כדין של מאה מנה ועוד דפעמים הכתובה הרב' ונתנו לה הלקוחות סך גדול אלא ודאי מעיקרא לק"מ בזה דמ"מ הבעל טורף כדין כנ"ל ברור ואין לומר דכוונת התוס' דלית לה מגו דאי בעי מחל' דאי תמחול בעי לשלומי הכל וכעין מה שכתב הרא"ש ספ"ק דמציעא וכן נרא' שהבין מהר"ש אידלש שם אבל אי אפשר להלום כן כלל בדברי התוס' ובלשונם ואפי' אם תפרש מה שכתב ומיהו קשה לי מ"מ כו' כמו שכתב מהרש"א שם ע"ש מכ"מ תיקשי דמאי מקשין הלא תוכל למחול לבעל' בעד המעות שנתן לה הבעל בעד השובר ולא תמחול בחנם גם מאי מתרצין דבדבר מועט כזה אין לחוש כו' הא גבי לקוחות דבר מרובה הוא שהכתוב' היא כולה שלהם ואי קאי אאשה שקבלה דבר מועט מ"מ קשה מאי מתרצין דלמא היא אינה רוצה בהפסד דבר מועט בחנם ועוד אם קבלה סך גדול מאי איכא למימר וגם לשון התו' דאין כאן טריפא שלא כדין כו' וכן מה שכתבו אח"כ וא"כ הפסיד' הרבה ללקוחות וטורף בעל' שלא כדין שהרי לא תוכל למחול מה שהפסידתם כו' לא משמע כן כלל אלא משמע דכוונתם כל היכא שמפתיד' ללקוחות לא תוכל למחול כלל וא"כ הדרא קושיא לדוכתא מה שכתבתי לעיל וצל"ע:

סעיף צ

א"י למחול. וכן עיקר ודלא כהיש חולקין וכמו שהעליתי לקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א באריכות וגם הר"ב גופי' סתם שם סעיף ה' כדברי המחבר שם וגם בעיר שושן כאן השמיט היש חולקין ויפה כוון בזה ועמ"ש לעיל סי' מ"ז ס"ק ז' מיהו היינו דוקא כשחייב עדיין ללוקח בלאו הכי אבל אם היה חייב לו ונתן לו שטר חוב זה בפרעון חובו יכול למחול השטר אע"פ שאין לו נכסים וכמו שהעליתי לקמן סי' פ"ו שם ע"ש שהארכתי בזה:

סעיף צא

ואם הקנה לו כו' י"א דא"י כו'. עיין במרדכי שם דסבירא ליה לבעל סברא זו דהלוא' ניקנית באגב קרקע ולפ"ז למאי דקיימא לן ר"ס קכ"ג וסי' ר"ג ס"ט דאין הלוא' ניקנית אגב קרקע קיימא לן הכא כהי"א דאין כאן קנין כלל וכן כתב מהרש"ל (פרק מרובה סי' י"ד דאין כאן קנין אלא אם כן היה השטר על קרקע דניקנית בק"ס או על מעות פקדון דנקנה אגב קרקע וע"ש):

סעיף צב

דאינו נקנה באגב כו' עיין בתשובות מבי"ט ח"ב סי' כ"ה וסימן קס"ט ובתשובות מהרש"ך ס"ב סי' ק"ב ובתשובות מהר"א בן חיים סי' ע"ז:

סעיף צג

ע"ל סי' ר"ג סעיף ט' וסי' רי"א סעיף ז' וסי' רנ"ג סעיף כ':

סעיף צד

נתנו במתנת ש"מ באופן שיתבאר לקמן סי' ר"ן סעיף ד' וסעיף ז' איזו מיקרי מתנ' ש"מ ועמ"ש לקמן ס"ס רמ"ח:

סעיף צה

אין היורש יכול למחול. אבל השכ"מ עצמו יכול למחול כן הוא בבעה"ת והוא מהרי"ף פרק הכותב ופרק מי שמת וכן כתב נ"י שם ופשוט הוא ועיין מה שכתבתי לקמן סעיף מ"ב ס"ק קכ"ח וקכ"ט וע"ל סי' רנ"ג סעיף ך' ומ"ש שם (ועיין בתשוב' מנחם עזרי' סי' פ"ה):

סעיף צו

או שלוו ממנה אחרים כו' אינה יכולה למחול. עיין בא"ע סי' צ"א ס"א וע' בתשובות ר"י לביא לוי סי' כ"ז:

סעיף צז

הנותן כו' במעמד שלשתן א"י למחול. היינו ע"פ מ"ש הב"י שנדחו דברי נמ"י שכתב שרוב המפרשים סוברים כהרמב"ן אבל לקמן סי' קכ"ו ס"ק י' השגתי על הבית יוסף בזה והבאתי הרבה פוסקים שסוברים כהרמב"ן דבמעמד שנשתן יכול למחול. ועוד נלפע"ד עיקר בדין זה שבכאן שיכול למחול לפי שבעלי התוספות וגדולי הפוסקים נחלקו בזה לשני כתות והאריכו הרבה בדין זה בטעם מחלקותם ולפע"ד להכריע בהכרעה חדשה מה שהורוני מן השמים שלא כדברי כת זה ושלא כדברי כת זה באופן שבדין שבכאן יכול למחול ולא כטור והמחבר וע"כ מוכרח אני להאריך ולברר הדברים: הנה התוס' פ"ק דגיטין דף י"ג ע"ב כתבו וז"ל אומר רבינו תם דאע"ג דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול מכר או נתן במתנ' במעמד שלשתן אינו יכול למחול וכן משמע בפ"ב דקדושין דקאמר במלוה בשטר פליגי בדשמואל דמ"ד מקודש' לית לי' דשמואל ומ"ד אינ' מקודש' א"ל דשמואל ואב"א כולי עלמא אית להו דשמואל ובאשה סמכא דעתה קמפלגי מ"ד מקידשת סבר דסמכ' דעתה לא שביק לדידה ומחיל לאחריני וכי קאמר במלו' על פה פליגי בדרב הונא אי קנה במעמד שלשתן במלו' משמע דאי אית להו דרב הונא אף במלוה לכ"ע מקודשת ואי יכול למחול אמאי מקודשת למאן דאית ליה גבי מלוה בשטר דלא סמכה דעתה ואמאי לא מסיק ואי בעית אימא כ"ע קנה במלוה אפי' מלוה ע"פ ובאשה סמכה דעתה פליגי כדמסיק אשמואל אמלוה בשטר אלא משמע

דבמעמד שלשתן אינו יכול למחול ואם תאמר בפ' החובל גבי היא שחבלה באחרים דפריך ותיזבן כתובתה בטובת הנאה ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה והשתא אכתי תמכור במעמד שלשתן דאז לא תוכל למחול וכן סוף פ"ק דב"מ גבי מצא שובר דפריך בזמן שהאשה מודה אמאי יחזיר לבעל ניחוש דילמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי כו' ומשני ש"מ איתא לדשמואל והשתא ניחוש דילמא מכרה במעמד שלשתן דא"י למחול וי"ל דלא תקנו מעמד שלשתן בכתובה דאפשר דלא תבוא לידי גבייה לעולם ועי"ל דהתם גבי שובר אין לחוש כלל דאם אין עדים שמכרה א"כ הבעל והאשה יכפרו המכירה ואם יש עדים שהבעל נתרצה או אפי' שתק ודאי השובר שקר ואם מיחה אז מוכח שהשובר אמת וליכא למיחש דלמא כתבה ליתן בניסן כו' עכ"ל התוס'. וכ"כ הרא"ש והר"ן שם וגם הרשב"א בחדושיו שם בתחלת דבריו וכ"כ עוד הר"ן בתשובה סי' ס"ט. וכן כתבו עוד התוס' פרק החובל (בבא קמא דף פ"ט) ופ"ק דמציעא דף כ' ופ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) וכן כתב עוד הרא"ש והנ"י ספ"ק דמציעא וכן כתבו עוד שאר פוסקים. והרמב"ן בחדושיו פ' מי שמת חולק על דברי התוס' וס"ל דבמעמד שלשתן גם כן יכול למחול ומביאו הרשב"א בחדושיו פ"ק דגיטין שם וז"ל והרמב"ן נ"ר כתב בפ' האיש מקדש דיכול הוא למחול והתם היינו טעמא דלא אמר ואיבעית אימא דכ"ע בין במלוה בין בפקדון ובדשמואל קמפלגי משום דבעי למנקט לה אליבא דהני פירוקי קמאי דאמרי' התם דפליגי בעיקר קנייה דלרבנן משום דלא קנתה כלל ובדרב פפא פליגי ומש"ה אצטריך למימר דרבנן במלוה ע"פ סבירא להו דלא קנייה לה במעמד שלשתן אבל אליבא דפירוקא בתרא דהתם דמוקמינן פלוגתייהו במלוה בשטר בדשמואל במלוה ע"פ נמי בדשמואל פליגי ובמלוה בשטר להודיעך כחן דרבנן דאפי' בשטר חזר ומחלו מחול ובמלוה על פה להודיעך כחו דר' מאיר ותרווייהו מודו דאפי' מלוה נקנית הוא במעמד שלשתן דהכי קיימא לן והביא ראיי' מדתניא בפ"ק דקדושין קדשה במשכון מקודשת ואוקימנא לה התם במשכון דאחרים דאלמא במלוה דאחרי' אינה מקודשת אלא במשכון דמלוה שיש עליה משכון אם הקנה אותה ומסר המשכון ללוקח וחזר ומחלו אינו מחול עכ"ל וכן דעת בעל העיטור ונמוקי יוסף ושאר פוסקים והבאתי דבריהם לקמן סי' קכ"ו ס"ק י' ע"ש. ואני אומר אם כדברי התוס' וסייעתו קשה הא דאמרי' בכמה דוכתי בש"ס המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ולא אשתמיט בשום מקום לומר דהיכא דמכרו במעמד שלשתן א"י למחול וכן כתב הרמב"ן בחדושיו פרק מי שמת וז"ל אבל המוכר שטר חוב לחברו בכל ענין חזר ומחלו מחול דסתמא קאמר שמואל וכן כתב רבינו חננאל ז"ל בפ' שנים אוחזין ואלו הוה חילוק בדבר

לא היו הגאונים ז"ל שותקים ממנו עכ"ל וכ"כ הנ"י פרק מי שמת וז"ל ורוב המפרשים כתבו דהא דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול סתמא קאמר לה ואפי' מכרו במעמד שלשתן יכול למחול עכ"ל ועוד דבפ' הכותב אמר רב הונא בר יהושע אמילתיה דשמואל ואי פקח הוא מקרקש ליה בזוזי וכתב ליה שטרא בשמיה משמע דליכא אלא האי תקנתא ואי איתא הל"ל ואי פקח הוא זבין ליה במעמד שלשתן ודוחק לומר דה"ה הך תקנתא אלא משום דמ"מ יכול הלוה לכפור במעמד שלשתן דמ"מ ה"ל למנקט האי תקנתא דימכרנו לו בפני עדים במעמד שלשתן ויכתבו לו העדים כן וליכא למימר דהיינו כתיב ליה שטרא בשמיה לא הוא דכתיב ליה שטרא בשמיה לא טריף אלא מזמן שני והך תקנתא עדיפא דטריף מזמנא דשטרא קמא דקנה וא"כ הוה ליה לאשמועי' תקנתא דעדיפא מינה ואף שיש לדחוק ולתרץ את זה מכל מקום קשה כיון דתקנתא מעליות' מיהת הוי ה"ל לש"ס לפרושי לה ולמימר דאיכ' נמי הך תקנתא ובפרט דעדיפא הך תקנתא דגובה אפי' מזמן ראשון ועוד דאמרינן בפ' הכותב מודה שמואל במכנסת שט"ח לבעלה שא"י למחול ובפ' מי שמת אמרינן מודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ שא"י למחול משמע דליכא אלא הני גוני דאנ"כ הל"ל נמי מודה שמואל במעמד שלשתן שא"י למחול ואם כדברי הרמב"ן וסייעתו דבמעמד שלשתן יכול למחול א"כ קשיא נמי דהא סתמא אמרינן בכמה דוכתי בש"ס מעמד שלשתן קנה ולא אישתמע בשום מקום לומר דהיכא דחזר ומחלו מחול: וגם ראיית התוספות מפ' האיש מקדש נראה נכונה בזה ודברי הרמב"ן והרשב"א וכן דברי הריטב"א פ' האיש מקדש דחוקים בזה דמ"מ לא ה"ל לש"ס לשתוקי וה"ל לפרושי בהדיא ואי בעית אימא דכולי עלמא בין במלוה בין בפקדון בדשמואל קמפלגי ומדסדר הש"ס הך דבדשמואל קמפלגי לעיל אמלוה בשטר ולא סדרא במסקנא משמע דדוקא לעיל שייכא הך דשמואל ולא במעמד שלשתן: לפיכך נראה לפע"ד ברור דמעיקרא ל"ק מידי כל מה שהקשו התו' והרא"ש וסייעתם והרמב"ן והרשב"א וסייעתם שנראה לפי ע"ד ברור דחוב שבשטר אינו נקנה במעמד שלשתן כלל אפי' גוף החוב וגרע ממלוה על פה וטעמא רבה איכא במילתא דבשלמא בחוב בע"פ דנסתלק הלוה מן המלוה לגמרי נקנה במעמד שלשתן דעשאו חכמים כאלו פרע הלוה להמלוה ונתן המלוה המעות לזוכה ושוב חזר ונתן הזוכה המעות ללוה דהוה ליה לוה בעל דבר דזוכה ושוב אין לו עסק עם המלוה הראשון כלל ויכול לטעון לזוכה פרעתיך וכה"ג משא"כ בהלואה שבשטר שכל זמן שהשטר הוא ביד המלוה ובאי כחו לא נפטר הלוה מן המלוה הראשון לענין פרעתי וכה"ג אף אם יתן המלוה לזוכה השטר בכתיב' ומסירה מ"מ כיון דפרישית לק' דגוף השטר ושעבודו אינו נקנה במעמד שלשתן א"כ

זה הזוכה צריך לבוא בע"כ בשטרו מכח המלוה וכשיטעון לו הלוה פרעתיך יתבענו בשטר בכח המלוה הראשון ואם כן לא שייך בזה מעמד שלשתן דממה נפשך אי תימא כיון דשלשתן עומדים יחד ה"ל כאלו פרע הלוה למלוה ונתן המלוה המעות לזוכה וחזר הזוכה והלוהו ללוה אם כן איבטל לה שטרא לגמרי אלא ודאי לא איבטל שטרא וה"ל כאלו לא פרע עדיין למלוה ומשעובד הוא עדיין למלוה הראשון וא"כ היאך שייך מעמד שלשתן בזה כיון דלא נסתלק מן המלוה הראשון ואין סברא לומר שנסתלק לחצאין לענין שחייב המעות בעל פה לזוכה ועוד דדין מעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא הוא והבו דלא לוסיף עלה ומנין לנו להוסיף בתקנת חבמים מה שלא נזכר בש"ס ולא מהני דין מעמד שלשתן גבי שטר אלא כשיקרע השטר ויעשה ממלוה בשטר מלוה על פה דאז כשיעשה מעמד שלשתן יסתלק הלוה לגמרי מן המלוה אבל כ"ז שהשטר בתקפו והלוה משועבד עדיין למלוה מחמת השטר לא שייך מעמד שלשתן אף בגוף החוב וכן משמע לכאורה פשטא דש"ס בפ' האיש מקדש דקא' במלוה ע"פ במאי פליגי בדרב הונא כו' משמע דבמלוה בשטר לא שייך כלל לו' דפליגי בדר"ה והיינו מטעמא דפרישית ועוד דקאמר התם דבמלוה בשטר פליגי בפלוגתא דר' ורבנן וקשה היכא רמיזא דלמא נימא במלוה בשטר נמי פליגי בדרב הונא ואי משום תרתי למה לי הא איכא למימר כדכתבו הרמב"ן וסייעתו חדא להודיעך כחו דר' מאיר וחדא להודיעך כחן דרבנן ואף שיש לדחות את זה מ"מ אינו נראה אלא ודאי דמעמד שלשתן לא שייך כלל במלו' בשטר אף לענין גוף החוב אלא אם כן נקרע השטר ונעשה מלו' על פה וכמו שכתבתי ואם כן אי אפשר למטעי דפליגי במלו' בשטר במעמד שלשתן אלא בדר' ורבנן ולהכי לא מדכר בש"ס בלל דפליגי בדרב הונא רק במלו' על פה. כן נ"ל ברור: והשתא פשיטא דלא קשי' כלל מה שהקשו התוס' והרא"ש וכל הפוסקים מהך דפ' החובל ומהך דפ' שנים אוחזין דדין מעמד שלשתן לא שייך כלל בכתוב' ושום שטר (ופשיט' דליכא למיחש שתקרע הכתוב' ותמכור גוף החוב ועוד דאסור להשהות עם אשתו בלא כתוב'): ועוד נראה דאפי' אם נניח סברת התוס' והפוסקים דדין מעמד שלשתן שייך במלוה בשטר היינו ההלוא' שבו לענין שחייב לו המנ' שבשטר אבל שיהא מלו' בשטר זה אי אפשר והיינו דלא אשתמיט בשום מקום בש"ס ובדברי הגאונים לומר דשטר נקנ' במעמד שלשתן ואלו כדברי התוס' וסייעתם דהמוכר שט"ח לחבירו במעמד שלשתן אינו יכול למחול תהי' מוכרח לומר שנקנ' גוף השטר ושעבוד שבו במעמד שלשתן ואם כן לא יצטרך ג"כ כתיב' ומסירה. וגם על הרמב"ן והרשב"א וסייעתם קשה לי דעד כאן לא פליגי על התוס' אלא דאף במעמד שלשתן יכול למחול אבל מודים הם מיהא דקנה במעמד שלשתן כל כמה

דלא ימחול לי' וא"כ לפי זה למה לי כתיב' ומסיר' ואפשר דס"ל דאה"נ דנקנ' גם גוף השטר ושעבוד שבו במעמד שלשתן אף לטרוף לקוחות אין צריך כתיב' ומסיר' אלא במסירה לחוד סגי ומסיר' צריך לענין גוף השטר לראיה וכמ"ש הבעה"ת והטור בשם הרמב"ן והמחבר לעיל סעיף י"ט אבל באמת זה לא נהירא לפע"ד דשטר עצמו יהא נקנה במעמד שלשתן ולא שמענו כן בשום מקום בש"ס ובכל דוכתי בש"ס לא אמרי' אלא דאותיות ניקנות בכתיב' ומסיר' ולא אשתמיט בשום מקום לומר דאותיו' ניקנות במעמ"ש (או במעמד שלשתן) ובמסיר' בלא כתיב' אלא ודאי כדפרי' דלא שייך מעמ"ש אלא בגוף החוב במנ' שיש לו בידו דמכח מעמד שלשתן ה"ל כאלו הלוה לו הזוכ' המעות אבל השטר היאך אפשר שיקנהו לו במעמד שלשתן והלא אינו מועיל להיותו מלוה בשטר רק כשמצו' לעדים לכתוב שטר והרי הוא עתה אינו כותב לו שטר אחר אמאי קא סמכת אשטרא קמא שטרא קמא למלוה ראשון איכתוב: ועוד בשלמא לענין גוף החוב י"ל דמעמד שלשתן ה"ל כאלו פרע הלו' למלו' והמלו' נותן המעו' לזוכ' והזוכ' חזר והלוהו ללוה דמאחר ששלשתן עומדים יחד ונתרצו זה לזה ה"ל כאלו נעשה כן וה"ל כאלו זקפן במלוה להזוכ' אבל לענין שיהא מלו' בשטר לא שייך לומר כן דאפי' הי' נעשה כן שהלו' פרע למלו' והמלו' נתן המעות לזוכה והזוכה חזר ונתן מעות זה לזה אינו אלא מלוה על פה דמיד שפרע למלו' איבטל שטרא דילי' ואפי' תימא דלא איבטל שטרא מ"מ האי שטר' של מלוה ראשון הוא ולא של זוכה והלכך בעי כתיב' ומסיר' ואפי' מכרו במעמד שלשתן ובכתיב' ומסירה וחזר ומחלו מחול. כן נ"ל ברור: ואולי גם דעת התו' והרא"ש וסייעתם והרמב"ן והרשב"א וסייעתם כן דמעמד שלשתן לא מהני רק להיות מלוה ע"פ ולא להיות מלוה בשטר ומה שכתבו התוספות פ"ק דגיטין דאע"ג דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול מכראו נתן במעמד שלשתן א"י למחול וכל' הזה כתב ג"כ הרא"ש ספ"ק דמציעא וכן הרשב"א והר"ן ושאר פוסקים כתבו כלשון הזה ואפשר דרצונם לו' מכר או נתן במעמד שלשתן א"י למחול גוף החוב ואע"ג דבפ' האיש מקדש כתבו התוס' וז"ל והא דקאמר לעיל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול היינו דוקא כשאין הלוה בפנינו בשע' שמכר לו את השטר עכ"ל ר"ל הא דקאמר מחלו מחול דמשמע דפטור הלוה אפילו מגוף החוב היינו דוקא כשאין הלוה בפנינו ומה שהקשו התוס' והרא"ש והפוסקים הנ"ל מהך דפ' החובל ופ"ק דמציעא היינו משום דהתם אי נימא דתוכל למכור כתובת' במעמד שלשתן נהי דאם תמחול אח"כ לא יהיה רק מלוה. ע"פ מ"מ יוכל לגבות מהבעל דכיון דאין כתובה ניגבת מחיים ה"ל כתובע ומי לחבירו דאין נאמן לומר פרעתי וכן מחלת לי החוב אינו נאמן תוך הזמן כדלקמן ריש סי'

ע"ח וכן שאר שום טענה לא יוכל לטעון דלא מהני שום טענה אלא במגו דפרעתי. כך י"ל בדעת התוס' והרא"ש והרשב"א והר"ן ושאר כל הפוסקים ואע"פ שפשט לשונם לא משמע כן מ"מ עדיף טפי בהכי כדי להסכים דבריהם עם הדין שהוכחנו מן הש"ס ומן הסברא לעיל. ולא מצאתי בשום פוסק מפורש דמעמד שלשתן מהני להיות מלוה בשטר רק בבעה"ת בשם רמב"ן שהבאתי לעיל וכבר כתבתי שאין נלפע"ד כן: אך דברי הטור והמחבר א"א ליישב כן מדכתב הטור נתנו במתנת ש"מ אינו יכול למחול וכן המכנסת שט"ח לבעלה כו' וכן הנותן במעמד שלשתן כו' מדסדרן להנך שלשה דינים יחד וגם כתב וכן כו' משמע דחד דינא אית להו וכן משמע מדברי המחבר שסדרן יחד זה אחר זה ועוד דאי לאשמועינן דגוף החוב א"י למחול מאי קמ"ל הא כבר כתבר דין זה לקמן ר"ס קכ"ו גבי מעמד שלשתן. ועוד דכתבו לעיל סעיף י"ט דגוף השטר ושעבוד שבו נקנה במעמד שלשתן כתשובת רמב"ן שבבעה"ת דלעיל ועוד שכתב בב"י שנדחו דברי הנ"י פרק מי שמת כו' מדברי הפוסקים הנ"ל ואם איתא הלא נ"י לא כתב אלא שרוב המפרשים כתבו דסתמא קאמד שמואל דחזר ומחלו מחול אפי' במעמד שלשתן קאמר כו' וי"ל דהיינו לענין השטר וכמו שכתבתי ובזה לא נדחה דבריו מפוסקים הנ"ל אלא ודאי דברי הטור והמחבר הם כפשוטו: והשתא להנך תרי גוני דפרישית ניחא דהך דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו בכל ענין מחול אפי' מכרו במעמד שלשתן ודלא כהתוס' והרא"ש וסייעתם ולהכי קאמרינן בש"ס בכל דוכתא סתמא וחזר ומחלו מחול ולא מפליג בין מכרו במעמד שלשתן או לא וניחא נמי השתא הא דמשמע בפרק האיש מקדש דבמעמד שלשתן א"י למחול דהתם במלוה ע"פ קאיירינן ופשיטא דמיד שהמחהו במעמד שלשתן נשתעבד גופו וחייב לו מלוה ע"פ ושוב א"י למחול והיינו דקאמרי' בכמה דוכתי בש"ס סתמא דמעמד שלשתן קנה ולא הוזכר בשום מקום דיכול למחול ודלא כהרמב"ן וסייעתו. ומה שהביא הרמב"ן ראייה מפיק דקדושין קדשה במשכון מקודשת לאו ראייה היא כלל דהתם קמל"ן אפי' במשכון שלא במעמד שלשתן וכ"כ הר"ן בתשובה סי' ס"ט והשתא ניחא נמי הך דפרק החובל והך דספ"ט דמציעא גבי כתובה ואין צריך למה שתירצו התוספות והפוסקים חילוקים מה שלא נזכרו בש"ס אלא התם בכתובה יכולה למחול שטר הכתובה בכל ענין. ואולי גם דעת התוס' והרא"ש ושאר פוסקים הנ"נ כן דלא מהני מעמד שלשתן רק לענין שלא יוכל למחול גוף החוב וכמ"ש לעיל בסמוך. ונראה שגם דעת הרמב"ם כן דכתב בסתם בפרק ששי מה' מכירה דמעמד שלשתן קנה וכן בפ' ה' מה' אישות כתב דבקדש' בחוב במעמד שלשתן מקודשת (הרי דא"י למחול וכדאיתא בש"ס פרק האיש מקדש) ואחר כך כתב סתמא המוכר שט"ח לחברו יכול

למחול כו' ולא חילק ולפי מה שכתבתי ניחא דבשטר בכל ענין יכול למחול (ועיין בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ד' מ"ש בזה לדעת הרמב"ם ואין דבריו נראין לי ע"ש): ואפשר גם דעת הרי"ף כן ואע"פ שכתבתי ל' סי' קכ"ו ס"ק י' שהריטב"א והר"ן פרק האיש מקדש כתבו דמדהשמיט הרי"ף הך אוקימתא משמע דס"ל דיכול למחול לפע"ד אין דבריהם מוכרחים ויותר נראה דס"ל דכיון דאוקמינא לה דפליגי בדרב הונא אם כן פשיטא כיון דקי"ל בעלמא כרב הונא דקנה ופשיטא דמקודשת וא"י למחול וכ"כ בכסף משנה פ"ו מה' מכירה לדעת הרי"ף ע"ש וגם בתשוב' הר"ן סי' ס"ט כתב דמ"ש הרמב"ן דמעמד שלשתן יכול למחול לא נדחק עצמו בכך אלא כדי ליתן טעם להשמטתו של הרי"ף כמו שנראה בחידושיו פרק האיש מקדש עכ"ל ולפי מ"ש ניחא הא דהשמיטו הרי"ף וכמ"ש. העולה מזה מה שנראה מבואר מהתוס' והרא"ש וסייעתם והרמב"ן והרשב"א וסייעתם דלעיל דאין חילוק בין שטר למלוה על פה דלהתוס' והרא"ש וסייעתם בכל ענין במעמד שלשתן א"י למחול ולהרמב"ן וסייעתם בכל ענין יכול למחול אין נראה לפע"ד אלא נראה לפע"ד ברור מתוך הש"ס ומתוך הסברא כמו שכתבתי דבהלואה ע"פ במעמד שלשתן אינו יכול למחול ודין מעמד שלשתן לא שייך בשטר כלל אפי' להקנות גוף החוב: אך מסתפינא בזה שלא אכוה בגחלת התוספות והרא"ש והרמב"ן והרשב"א ושאר גדולי הפוסקים אף כי לפי עניית דעתי נראין דברי כנים ואמתים מ"מ כבר הורו הגדולים הקדמונים והאחרונים. אכן בזה שגוף השטר ושעבודו אינו נקנ' במעמד שלשתן נ"ל ברור הלכ' למעשה כי יש ליישב גם דברי התוספות הנ"ל לזה וכמ"ש למעלה ונ"ל עיקר בזה כי המוכר או הנותן שט"א במעמד שלשתן ובכתיב' ומסיר' באותו מעמד שלשתן וחזר ומחלו מחול והשטר בטל (והרי הרמב"ן והרשב"א וסייעתם מסכימים בזה לדברי לדינא) וכמו שהוכחתי וברורתי מן הש"ס ומן הסברא רק החוב נשאר מלוה ע"פ שחייב הלוה ללוקח (אם נתרצה הלוה במעמד שלשתן ליתנו לו וכמו שכתבתי לקמן סי' קכ"ו ס"ק כ"ח) ודלא כהטור והמחבר:

סעיף צח

וה"ה אם היתה משכונת קרקע. כו'. בבעה"ת שער נ"א ח"ו ומביאו ב"י מבואר דדעה זו ס"ל דגובה מיתמי בלא שבועה והיש מי שחולק ס"ל דצריך שבועה וכן הריטב"א דכתב הב"י כאן בשמו דיכול למחול ס"ל דצריך שבועה כמו שהביא ב"י בס"ס ק"י בשמו ודוק כי לכאור' אין טעם לחלק דאם נאמר שא"צ שבועה ביתמי א"כ ה"ל כגבוי ופשיטא דא"י למחול וא"כ דברי המחבר שכתב כאן ויש מי שחולק ולקמן סי' ק"ח סעיף י"ב כתב בסתם דגובה מיתמי בלא שבוע' צ"ע: ולענין דינא העליתי לקמן סי' ק"ח סי"ב ס"ק כ"ה

דצריך שבועה ואפ"ה נרא' דכאן אינו יכול למחול וכן דעת הרשב"א בתשובה שהביא ב"י לקמן סי' ק"מ מחו' ה' והוא בדפוס סי' תתקל"ט דצריך שבועה וכאן הביא הב"י תשובת הרשב"א דאינו יכול למחול וכן עיקר:

סעיף צט

אינו יכול למחול שעיקר שעבודו נשאר אצל המלו' הראשון מתחלה ומהאי טעמא נ"ל דלוקח שט"ח שחזר ומכרו למלו' סגי במסירה לחוד בלא כתיב' ועוד ראיה מלעיל סעיף א' ס"ק י' ולא דמי לדלעיל סעיף י"ג דהתם כיון שקנ' המתנ' והשטר נכתב על שם מקבל המתנה ויצאת המתנ' לגמרי מרשות הנותן למקבל לא חזרה מתנתו אלא בכתיבה ומסירה וק"ל:

סעיף ק

אין לוקח ראשון יכול למחול אבל מוכר ראשון יכול למחול אפילו נמכר אח"כ הרבה פעמים זה אחר זה מיהו נרא' פשוט דמוכר ראשון הוא דחייב מדינא דגרמי לשלם ללוקח האחרון כל מה שהיה שוה השטר דמוחל הוי כשורף ומוכר האחרון אינו חייב להחזיר כלום ללוקח שלו מהמעות שקבל ממנו ולא אמרי' כיון דידוע שהי' אפשר למחול השטר תיהוי כהכיר בה שאינו שלו כו' וק"ל:

סעיף קא

או יורשיו כו' כן הסכמת כל הפוסקי' רבים וגדולים ראשוני' ואחרוני' בכמה דוכתי ודלא כשלטי גבורים בשם ריא"ז פ' הכותב סוף דף תקט"ו שכתב דדוקא מוכר שמחל חייב אבל יורש שמחל אינו חייב לשלם כלום ע"ש והוא כדעת הי"א בבעה"ת וכבר דחה הבעה"ת סברא זו בשתי ידים ומביאו ב"י והכי מוכח מדברי התו' והר"ן פ' הכותב גבי קריבתיה דר"נ וכן הרא"ש פ' שנים אוחזין והתו' בב"ב פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ז ע"ב) ושאר הרב' פוסקי' שכתבו מה שהיתה מרווחת קריבתי' דר"נ שהרי צריכה לשלם מה שמחל' ע"ש מבואר להדיא מדבריה' דיורש שמחל חייב כמו מוכר עצמו וכן עיקר:

סעיף קב

מהיפה שבנכסים ל' הרמב"ם מהיפה שבנכסיו כשאר המזיקין ור"ל כדין הניזקין גובין מן העדיות לקמן סי' תי"ט:

סעיף קג

ומיהו שמין השטר כפי מה שהוא שוה למכור בשעת מחילה:

סעיף קד

ואם מת ישלמו יורשיו. דדינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא כ"כ הטור והוא מדברי בעה"ת שער נ"א וכתב שכ"ד הראב"י והראב"ד ע"ש ולא הביא בב"י ובד"מ שום חולק בדבר ובאמת הרבה פוסקים מאד חולקים ע"ז וס"ל דדיני דגרמי קנסא ולא קנסו בנו אחריו וכ"כ מהרי"ל ומרי"ו ושאר הרבה אחרונים ודבריהם נרא' עיקר כמו שהוכחתי לק' ריש סי' שפ"ו וגם הי"א שמביא הרב לק' ריש סי' שפ"ח סעיף ב' דדוקא שעמד בדין כו' הוא דעת מהר"מ שכתב ששמע שכן פסק ריצב"א עכ"ל וכדאיתא במרדכי פ' החובל ובתשובת מהר"מ מרוטנבורג דפוס פראג סי' תתקצ"ט ע"ש עוד איתא בתשוב' מהר"מ ד"פ סי' ת"ס שפסק מו' הרב דכל דיני דגרמי משום קנס ולא קנסו לבנו ע"ש וא"כ קשה על הר"ב שלא הביא דעת הי"א וסתם כהמחבר וע"ל ריש סי' שפ"ו שהארכתי בזה:

סעיף קה

ישלמו יורשיו עיין לק' סי' ק"ח סעיף ב' ס"ק ד' וסי' שפ"ח סעיף ב' בהג"ה ס"ק ט"ו מה שכתבתי בזה:

סעיף קו

ואם מכר לו שט"ח של עכו"ם כו' ולענין מתנת ש"מ שטר על עכו"ם עיין לק' סי' רנ"ג ס"ק:

סעיף קז

צריך לשלם לו אף הרבית כו'. דברי הר"ב צ"ע דנהי שכתב הב"י מחו' כ"ב בשם תשוב' רשב"א וכ"כ ר' ירוחם ני"ד בשם תשובת רשב"א ומביאו ב"י במחו' ל"ז דצריך לשלם לו גם הריבית מ"מ הרי הרשב"א גופי' בתשובה אחרת נסתפק אם יכול למכור כלל הרבית והיא בתשובת הרמב"ן סי' רכ"ג ומביאו ב"י בקצרה לעיל ריש סי' זה מחו' א' ע"ש וא"כ כיון שאין הרבית נמכר אע"ג שהיה יכול לגבותו אינו חייב לשלם לו דמניעת הריוח לא מיקרי היזק ופשיטא דהרשב"א בתשובת. רמב"ן שם מיירי אף ברבית שעלה כבר כדמשמע התם להדיא ועוד דהא הוציא כן מהש"ס דפ' יש נוחלין ושם מיירי להדיא כן. וגם באמת נרא' ראיית הרשב"א נכונה מן הש"ס פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ד ע"ב) דמוכח התם דהרבית כ"ז שלא נגבה לאו דיליה הוא ולהכי אפי' רבנן דאמרי בכור נוטל פי שנים במלוה אינו נוטל ברבית ובע"כ צ"ל דהרשב"א ור' ירוחם שכתבו דצריך לשלם לו אף הרבית מיירי כשזקף הרבית בשטר במלו' ואז ה"ל כגבוי וכדמוכח בש"ס פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ב ע"א) כמו שנתבאר בי"ד סי' קע"א אבל מל' הר"ב

שכתב צריך לשלם לו אף הרבית שעלה עליו לא משמע כן וצ"ע עיין בתשובת מהר"מ מינץ סי' ס"ו:

סעיף קח

אבל אם נודע שפרוע הוא כו'. כלומר שכבר פרע ללוקח:

סעיף קט

חבל רבים חולקים כו'. בע"ש השמיט הרבה חולקי' וכתב רק דברי המחבר וכן נראה לפע"ד עיקר כהמחבר בש"ס וכן הוא דעת רוב הפוסקים וכמו שאבאר (וכל ראיות התוספ' פ' מי שמת) (עיין מ"ש לעיל סעיף כ"ו ס"ק פ"ח והפוסקים החולקים יש לדחותם כמ"ש לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ד ול"ה סעיף ט"ו ס"ק נ"ב ונ"ג ע"ש ועיין בהרא"ש ספיק דמציעא ובריטב"א ור"ן פ' הכותב ושאר פוסקים) הלא המה רש"י פ' הכותב להדיא בביאור יותר דצריך לשלם לו כל מה שהיה כתוב בשטר אפי' כתוב בו אלף ומכרו במנה ובב"י כ' דהר"ן כתב כדברי רש"י ובאמת כ' כדברי רש"י ובביאור יותר ע"ש וכ"פ הריטב"א פ' הכותב וכן דעת הרב המגיד וכן נראה דעת הנ"י ספ"ק דמציעא וכ' שכן דעת רבינו חננאל והרמב"ן והרשב"א וכן הבעל העיטור באו' מחילה דף צ"ג ע"א הביא במסקנתו דברי רש"י והכריע כמותו ע"ש וכ"כ בפסקי מהר"מ רקנטי סי' תקל"ח דר"ח ור"ת סוברים כרש"י ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"מ מרוטנברק ד"פ סי' קכ"ח ע"ש מ"ש ב"י וד"מ ורשב"ם פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז ע"ב) חולק אף שגם בבעה"ת שער נ"א ח"ו ראיתי שכ"כ בשמו מ"מ לפע"ד אינו מוכרח דלא כתב שם אלא דצריך להחזיר לו מעותיו וי"ל דמסתמא קנהו בכל שויו וכן משמע בתוס' שם דאין מוכרח לפרש דברי רשב"ם כן ע"ש וכן נלפע"ד עיקר בש"ס דכן משמע לישנא דמגבי ביה דמי שטרא מעליא וכמ"ש רשב"א בתוס' פרק הכותב ושאר פוסקים ועוד דאם לא כן למאן דלא דאין דינא דגרמי א"צ נהחזיר לו אפילו מעותיו שנטל וזה ודאי תימ' היאך יחזיק של חברו כדין וכל א' יעשה קנוני' וימחול שט"ח שמכר לחברו אלא ודאי אף למאן דלא דאין דינא דגרמי צריך עכ"פ להחזיר לו מעותיו שנטל וא"כ לדידן דדייניגן דינא דגרמי בע"כ צריך לשלם לו כל מה שכ' בשטר וכ"כ ראב"ן בריש ספרו סי' מ"ז להדי' דאף למאן דלא דאין דיני דגרמי צריך עכ"פ להחזיר לו מעותיו שנטל והא דקאמר מאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא היינו כמו שהי' החוב יותר על הדמים שלקחו בהן מאותו חוב לא משלם אלא דמי ניירא ולמאן דדאין דינא דגרמי צריך לשלם לו כל החוב שהיה בשטר עכ"ל והכי מוכח נמי לפע"ד כדברי האיכא מרבוותא שמביא הרי"ף בפ' הכותב והר"ן שם בשם ר"ח שכתבו דטעמא דיכול למחול משום שיכול לומר עיינתי בחושבני ולא פש לי

גביה מידי או פרוע הוא ופשיטא דבכה"ג צריך להחזיר לו מעותיו אפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי א"כ לדידן דקי"ל כמאן דראין דינא דגרמי צריך לשלם לו כל החוב דאל"כ האיך קאמר אמימר למאן דדאין דינא דגרמי מגבי' ביה דמי שטרא מעליא הא למאן דלא דאין דינא דגרמי נמי דינא הכי ואע"ג דהרי"ף והר"ן שם חלקו על פי' ר"ח וסייעתו היינו דס"ל דאפי' מודה שאינו פרוע יכול למחול אבל בהא לא פליגי ודוק וכן מוכח לפע"ד בספר מקח וממכר לרב האי גאון שער ל"ו שכתב שם מתחלה דמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול וצריך להחזיר הדמים שנטל וכן אפי' יורש מוחל כדגרסינן אמר שמואל כו' ואח"כ כתב אבל אם כתב השט"ח על שמו א"י למחול כדגרסינן אמר רב הונא בר יהושע אי פקח הוא כו' אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי' ביה דמי שטרא מעליא כו' אלמא דאפי' בלא אמימר צריך להחזיר לו מעותיו שנטל וא"כ לאמימר צריך לשלם לו כל מה שהי' כתוב בשטר ודוק. וגם הרא"ש אע"פ שבפסקיו כתב דמסתבר כדברי התוס' בתשובה לא כתב כן וכדאיתא בב"י וכן פסק בשלטי גבורים פ' הכותב סוף דף תקט"ו בשם ריא"ז וז"ל המוכר שט"ח לחבירו או הנותנו במתנה וחזר ומחלו או שחזר ואמר פרוע הוא או שטען הלוה פרוע הוא ונתחייב המלוה לישבע עליו והוא אינו רוצה לישבע הרי זה חייב לשלם ללוקח שמכר לו או למי שנתנו במתנה כל דמי השטר משלם שהרי בחזקת שאינו פרוע נתנו לו ועכשיו מתכוין להפסידו בטענותיו היו עדים מעידים שהיה השטר פרוע בעת שמכרו הרי זה מקחו מקח טעות ואין המוכר משלם ללוקח דמי השטר אלא הדמים שקבל מן הלוקח בלבד ואם נתנו במתנה מתנתו בטלה ואינו משלם כלום ע"כ וכן עיקר. ועיין מ"ש לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ה (ע' בתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ז):

סעיף קי

פטור המוחל מצד מחילתו דלא גרע משורף דלקמן סי' שפ"ו ס"ב: בכאן הביא הב"י תשובת הרשב"א וז"ל דהלוקח ש"ח מחבירו ואמר ללוקח פרעתיו למלוה יבא וישבע לי שלא פרעתיו לא אמר כלום דכיון ששטרו בידו חזקה לא פרעו ואפי' בא המוכר והודה שפרעו אינו נאמן שאם יש לו מעות יחזיר מעות שנטל ואם אין לו חוששין לקנוניא ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן כדאיתא בפ' האשה שנתארמלה עכ"ל ולכאורה תשובת רשב"א זו תמוה גם נצטרך לו' שהוא חולק על הרמב"ם והט"ו לעיל סעיף י"א וכן על הבעל העיטור והרמב"ן והרא"ש והר"ן והט"ו לעיל סעיף ט"ז ושאר הרבה פוסקים שכולם כתבו שהמוכר נאמן לו' פרוע מתוך שיכול למחול וכ"כ בתשובת מהר"א ן' חיים סי' פ"א דף קנ"ד ע"א ע"ב וסי' צ"ב סוף דף קל"ו שתשובת רשב"א זו

חולק אמ"ש הפוסקים לעיל שאם לא ישבע המוכר יפסיד הלוקח וס"ל שאין זוקקין את המלוה לישבע ע"ש ולא נהירא שיחלוק על כל הפוסקים הנ"ל ובפרט שדבריה' ברורים ועוד שמשמע כן כדבריהם בש"ס ספיק דמציעא שהמוכר נאמן לו' פרוע מתוך שיכול למחול ועוד שבנ"י ספ"ק דמציעא משמע דהרשב"א ס"ל כהפוסקים הנ"ל ע"ש לכן נראה דבתשובת רשב"א זו הי' המוכר חיי ללוקח בלאו הכי והי' משתעבד לו שטר זה מדר' נתן ובכה"ג א"י למחול ולומר פרוע וכמ"ש לעיל סעיף כ"ו ס"ק פ"ז והיינו שכ' ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן כדאית' בפרק האשה שנתארמלה והתם בפ' האשה שנתארמלה מיירי בשעבודא דרבי נתן כן נ"ל:

סעיף קיא

חוזר הלוקח וגובה מהמוכר מדין אחריות. כל מה ששוה השטר אפי' יותר ממה שנתן בעדו אף להחולקי' לעיל סעיף ל"ב בהג"ה כ"כ בד"מ וכ"כ מהרש"ל והב"ח ודלא כב"י ועיקר כדלק' סי' קי"ו ודו"ק:

סעיף קיב

ואם הוציא הלוה שובר. שנכתב קודם שמכרו ששטר זה פרוע כו' ה"ז מקח טעות והמעות שנתן בעדו חוזרים:

סעיף קיג

ואם היה הלוה עני בשעת מכירה כו' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קע"ח פי' דמיירי כשידע הלוקח שהוא עני אבל כשלא ידע הוי מקח טעות וכה"ג פי' הב"ח ע"ש ולפעד"נ מדכתב מתחלה ה"ז מקח טעות וכאן כתב בסתם בכלל אונאה הוא משמע דלענין אם היה עני בכל ענין הוי בכלל אונאה ולא בכלל מקח טעות וכן משמע להדיא בבעה"ת שער נ"א חלק ו' שממנו מקור דין זה דכתב מתחלה צריך בירור אם מצאו עני מהו מי אמרינן כיון דתנן בחזקת שימצא חובו ה"ל מקח טעות או דלמא לוקח ה"ל לפרש ולזה יש קצת ראיה מההיא דירושלמי שכתבנו בשער מעמד שלשתן (והובא לקמן סי' קכ"ו סי"א) ויש להשיב שאינו דומה לזה דהתם כיון שהממחה אומר תן לזה מעותי והוא או' הן אתן בודאי אם הוא עני ועשו ערמה אין לך טעות גדול מזה שהטעהו אבל לוקח כיון שמכר לו השטר וקבלו ממנו ניחא ליה דליהוי ליה אידך עבד לוה דידיה כו' ומפני שנסתפקתי בזה שאלתי את פי הרמב"ן ז"ל וזה אשר השיב לי כו' עד אלא כשהי' עני בכלל אונא' הוא ואין לשטרו' אונא' כו' משמע שהרמב"ן השיב בכעין שאלתו דמשמע דמיירי שלא ידע שהוא עני וכן משמע עוד להדיא ממה שמסיים הרמב"ן שם אבל סבור שהוא עשיר והוא עני בין שהממחה יודע בין שאינו יודע פטור דה"ל לשאול עליו כו' אלמא דלא

שייך מקח טעות בדין זה מטעם דה"ל לשאול עליו ואע"פ שמסיים שם הרמב"ן בשם רבינו האי פי' אחר גבי מעמד שלשתן וכמ"ש לק' סי' קכ"ו ס"ק מ"ג נראה דוקא התם במעמד שלשתן מה שאין כן במוכר שט"ח וכן משמע בבעה"ת שם ע"ש ודו"ק (ועיין בתשובת מהרש"ך השייכים לספר ב' סי' ו'):

סעיף קיד

אפי' מלקוחות שלקחו לאחר מכאן כו'. דין זה צל"ע דהיינו דוקא למאן דס"ל נזקין דמי למלוה ע"פ ואינו גובה אא"כ העמידו בדין וא"כ הא הרבה פוסקים ס"ל דיש קול לנזקין וטורף ממשעבדי וכמ"ש לק' סי' קי"ט וריש סי' תי"ט ע"ש וגם צ"ע על הע"ש והסמ"ע דכאן (ס"ק פ"ג) העתיקו בסתם לשון הטור דאינו גובה ממשעבדי אלא מעמידו בדין כו' ולק' סי' קי"ט (ס"ק י"ד) כתב בסתם כדברי הה"מ דיש קול לניזקין ע"ש וכ"כ בע"ש שם: מיהו לענין דינא במחול אפשר לומר דאפי' מאן דס"ל יש קול לנזקין מודה כאן כיון דלא עביד היזק בידים או אפילו ע"י גורם גמור רק בדבורא ואין קול למאי דעביד היזק בדבורא אך דמ"מ קשה על הע"ש והסמ"ע דכאן העתיקו בסתם דברי הרא"ש וטור דאם מכר לו בית וקבל עליו אחריות ושרפו המוכר אח"כ אינו גובה ממשעבדי אלא מעמידו בדין כו' אלמא דאפילו בהיזק בידים דשריפה וכה"ג אין קול לניזקין ולק' סי' קי"ט כתבו בסתם כדברי הה"מ וצ"ע:

סעיף קטו

אפי' מלקוחות שקדמו למחילתו. נ"ל הטעם דהוה ליה ללקוחות להזהר שמא ימחול מיד ודמי למ"ש הרא"ש בתשובת והט"ו לעיל סי' ס"א סעיף ז' דשמא נתן לו מיד כתיבת ידו ע"ש:

סעיף קטז

יש מי שאר כן' וכן עיקר דאין חילוק בין מוכר לנותן כיון דחייב מצד מה שגורם היזק במחילתו שמוחל אח"כ והכי מוכח מדברי הרב המגיד שהבאתי לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ה וכן מדברי הש"ג בשם רי"ז שהבאתי לעיל סעיף ל"ב ס"ק ק"ט וכן מדברי הריטב"א שבס"ק שאחר זה:

סעיף קיז

שה"ה בנותן כו'. כתב הסמ"ע ס"ק פ"ד וז"ל ונראה דאפילו להחולקים לעיל סעיף ל"ב בהג"ה צריך לשלם כאן כל דמי השטר דיכול הלוקח לו' היה עושה לי המקבל הנאות כנגדו כנגד כל דמי השטר עכ"ל ט"ס יש בדבריו וכך צ"ל דיכול המקבל לו' עשיתי להנותן הנאות כנגדו וע"ד שאמרו בפ"ק דמציעא אי לאו דטרח וארצי קמיה לא

הוי יהיב ליה מתנה. ומ"מ אין דבריו נראין לפע"ד אלא נרא' דלהחולקי' פטור כאן וכן משמע מדברי הריטב"א שהבאתי לק' וכן מצאתי בשלטי גבורים פרק הכותב סוף דף תקט"ו בשם ריא"ז וכשתעיין בבעה"ת שער נ"א חלק ו' תראה שדין זה הוא בתוך תשובת הרמב"ן שהשיב לו שם תשובה ארוכה על ענין אחר והרי הרמב"ן ס"ל להדיא כשטת המחבר דלעיל סעיף ל"ב וכמ"ש הנ"י ספ"ק דמציעא על שמו וכן מצאתי במהרש"ל פ' מרובה סי' י"ד שכתב וז"ל ואי חזר אח"כ המורשה על המרשה בעבור שמחל לו חלקו פטור דהא בנותן שט"ח לחבירו ומחלו פטור לכ"ע עכ"ל אלמא דפשיטא ליה דפטור ומ"מ נראה דמהרש"ל ס"ל כשטת התוס' וסייעתם דלמאן דדאין דינא דגרמי א"צ לשלם אלא הדמים שנתן וכן משמע מדבריו שם להדיא והבאתיו לק' סי' קכ"ג ס"ק כ' עיין שם ופטור לכ"ע דקאמר ר"ל אף למאן דדאין דינא דגרמי וא"כ למ"ש לעיל ס"ק ק"ט דצריך לשלם לו כל השטר א"כ ה"ה הכא בנותן שט"ח צריך לשלם לו כל השטר. כן נלע"ד וכ"כ הריטב"א פ' הכותב וז"ל מגבי ביה דמי שטרא מעליא פי' מה ששוה החוב בשעת המחילה בין רב בין מעט שחיובו של זה מדין מזיק הוא דקי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי הלכך אפי' קבלו במתנה כו' ע"כ וכן משמע מדברי הרב המגיד שהבאתי לעיל סעיף י"א ס"ק ל"ו וכן מדברי הש"ג שהבאתי לעיל סעיף ל"ב ס"ק ק"ט ועיקר:

סעיף קיח

גר כו' פקע ליה כו'. כ"כ הבה"ת שער נ"א סוף חלק ו' שכן הסכימו המורים דה"ל דומיא דמשכון של ישראל ביד עכו"ם שלא זכה המחזיק בו דפקע ליה במיתת הגר עכ"ל ואני חפשתי בכל המחברים קדמונים ואחרונים ולא מצאתי מי שהורה כן וגם לא דמי כלל למשכון של ישראל ביד עכו"ם דהתם כיון דאין לעכו"ם על המשכון רק שעבוד ולא קנה ליה משכון כלל דעכו"ם מישראל לא קני משכון לכ"ע אף שלא בשעת הלואתו וכ"ש בשעת הלואתו א"כ כשמת פקע שעבודי' והא אלו הוה ישראל מהדר לי' זוזי דיליה הוה צריך עכו"ם לאהדורי ליה משכוניה משא"כ הכא דקני לי' לשטרא קנין גמור בכתיבה ומסירה ואלו הוה מוכר מהדר לי' מעותיו לא הי' המקח חוזר בע"כ של לוקח וא"כ נהי דיכול למחול מ"מ כל כמה דלא מחיל לי' דיליה הוא לגמרי דהא קני לי' קנין גמור ולא מסתברא לומר שבמיתת הגר פקע השטר וכ"ש למאי דקי"ל מכירות שטרות דאוריית' וצ"ע: שוב מצאתי בריטב"א פ' האיש מקדש שכתב להדיא כדברי ונתתי שמחה בלבי ת"ל וז"ל שם ואלו אנן דאפי' יורש מוחל אמרי' הא כ"ז שלא מחיל היורש המכירה קיימת ואיכא למימר שהלוה נעשה בשעת מתן מעות כאומר משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך כ"ז שלא תמחול לי ולפיכך גר שמכר שט"ח ואח"כ מת דפקע שעבוד הגוף

גובה הלוקח מן הלוה שכבר הוא משועבד לו כ"ז שלא פטרו המלוה או יורשיו והרי זה נכון מפי רבינו נר"ו ע"כ:

סעיף קיט

לגבותו דאלו לצורך גופן כגון לצור על פי צלוחיתו או לבושם וכה"ג יש בהן דין אונאה כן הוא בש"ס ובנ"י:

סעיף קכ

אין בו דין אונאה כו' עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סי' ה' במה שפסק בא' שלקח מחתנו שטר חצי זכר שלו דהמכירה בטלה ואין דבריו ברורים אצלי בכל התשו' ע"ש וכל שכן לפי מה שהעליתי לק' ס"ק קי"ח דאין לשטרות אונאה כלל אפי' דינר באלף וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם והמחבר ע"ש:

סעיף קכא

או שוה דינר באלף עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ד' ק"ב קכ"ד ע"ד:

סעיף קכב

ויש חולקין כו' בתשו' שארית יוסף סי' ך' כתוב שנ"ל כיש חולקים אלו מטעם דאין הלכה כבתראי אלא מאביי ורבא ואילך ולי נראה עיקר כסברא הראשונה דמה שהקשה הרא"ש על הרי"ף שפסק הלכה כרב נחמן דבתראה הוא והלכתא כותיה בדיני דאין הלכה כבתראי אלא מאביי ורבא ואילך גם אין הלכה כרב נחמן בדיני אלא כנגד רב ששת ולא כנגד רבותיו רב ושמואל או ר' יוחנן לפע"ד ל"ק מידי דכיון דאמרי' בפ' המקבל (גבי דינא דבר מצרא דף ק"ח סוף ע"א) זבן במאתן ושוי' מאה סבור מיניה מצי אמר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי א"ל מר קשישא לרב אשי הכי אמרי נהרדעי משמיה דרב נחמן אין אונאה לקרקעות אלמא דהנך אמוראי בתראי מר קשישא ורב אשי וגם בני הישיבה קבלוה להך דר"נ ואע"ג דר' אמי ור' ירמיה ור' יונה ור' יוחנן פליגי בהזהב וס"ל ביטול מקח יש להן אלא ודאי ס"ל להנך אמוראי בתראי דקי"ל כר"נ דבתרא' הוא והלכתא כותיה בדיני אף כנגד רב ושמואל ור' יוחנן והכי מוכח נמי להדי' בש"ס פ' המקבל (בבא מציעא דף ק"י ע"א) גבי ההוא שטרא דהוה כתיב בי' שנין סתמא דפליגי ר' יהודא ורב כהנא וקאמר בש"ס התם דהלכתא כותיה דר"כ דאמר פירות בחזקת אוכליהון והא קי"ל דהלכתא כותיה דר"נ דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת כו' כלומר בסוף פרק השואל גבי מרחץ בציפורי י"ב דינרים לשנה דינר זהב לחודש קאמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת וקי"ל כר"נ בדיני והא התם בפ' השואל פליגי רב ושמואל להדיא ע"ש. ואין לפרש דהכי פריך והא קי"ל כרב נחמן בהא דלישנא לא משמע הכי ועוד דמנ"ל להש"ס

דקי"ל הלכה כרב נחמן בהא והא גבי פלוגתא דרב ושמואל ורב נחמן גופה בפרק השואל לא פסיק התם בש"ס הלכתא כר"נ ועוד דהל"ל הא קי"ל כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ומדקאמר והא קי"ל דהלכתא כותיה דרב נחמן כו' משמע דפריך והא קי"ל דהלכתא כותיה דרב נחמן בדיני דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת וכן פירש"י בפרק המקבל שם להדיא וז"ל והא קי"ל הלכתא כותיה דרב נחמן בדיני ור"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת קאמר גבי שוכר מרחץ בי"ב זהובים לשנה דינר זהב לחדש כו' עכ"ל: ואין ספק לפע"ד דאשתמיטתיה להרא"ש סוגיא זו דהמקבל גם בפ' המפקיד גבי המפקיד פירות אפי' הן אבודין לא יגע בהן דפסק הרי"ף כרב נחמן בדיני השיג עליו הרא"ש דלא קי"ל כר"נ נגד רבותיו ואשתמיטתיה גם כן ש"ס זה דהמקבל שהבאתי. ונראה דגם הרא"ש גופי' חזר בו שהרי בכתובות סוף פ' אע"פ ופרק מציאת האשה ופ' המדיר כתב הרא"ש בסתם כלשון הרי"ף דהלכה כרב נחמן בדיני אע"פ דהתם פליגי שמואל ור' יוחנן ולא השיג עליו וכ"פ בטור א"ע סי' נ"ד וסי' ע' וסי' קנ"ד וכן בפ' אלמנה ניזונית דף ק' ע"א גבי שום הדיינים פליג רב נחמן על שמואל ופסק הרא"ש שם כר"נ וכמ"ש הרי"ף וכ"פ הטור לקמן סי' רפ"ט וכן בפ"ק דמכות גבי תתקיים העדות בשאר פליגי שמואל ורב נחמן אי הלכה כרבי וכתב הרא"ש בסתם כל' הרייף והלכה כרבי דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני כדאיתא בכתובות (וכ"כ הרא"ש עוד בתשובה סוף כלל ס' ע"ש) וכ"כ ראב"ן שם בדף ט"ו ע"ב סי' ל' וז"ל ורב נחמן אמר כר' ואע"ג דהלכתא כשמואל בדיני הני מילי לגבי רב אבל היכא דפליג רב נחמן אשמואל הלכתא כותיה דרב נחמן דר"נ היה אצל ריש גלותא דשכיחי דיינא ע"כ ונראה דמ"ש הרי"ף פרק קמא דמכות איתא בכתובות ר"ל דגרסי' פרק קמא דכתובות דף י"ב ריש ע"א דאל"כ קשיא הלכתא אהלכתא דהא קי"ל הלכתא כרב נחמן בדיני ובהא אמר רב יהודא אמר שמואל הלכה כרשב"ג וכו' עי"ש ועיין מה שהקשיתי לעיל ריש סי"ל ועל הב"י ועל הסמ"ג: שוב מצאתי בהרא"ש פרק המוכר את הבית שכתב הואעצמו דקי"ל הלכה כר"נ בדיני מדפריך בפ' המקבל גבי מלוה אומר חמש והא דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני כו' ע"ש והוא מדברי התוס' פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ה) וסוף ע"א הרי להדיא כדברי. וגם מ"ש הרא"ש דזבן במאתן ושוה מאה הוא לאו דוקא אלא במאתן פחות כו' הוא דוחק גדול ועוד דא"כ מאי קאמר ליה מר קשישא לרב אשי הכי אמרי נהרדעי משמיה דרב נחמן כו' דלמא הך דסבור מינה דקאמרי זבן במאתן ושוי' מאה דוקא קאמרי ואיתימא דבפירוש אמרו זבן במאתן פחות מעט מכ"ש קשה אמאי שינה מסדר הש"ס דבריהם במקום דאיכא למטעי ועוד דא"כ משכחת לה האי דינא דסבור מינה דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי

בטפי מפלגא בגווני דהוי אונאה ומאי קאמר ליה מר קשישא הכי אמרי נהרדעי משמי' דרב נחמן אין אונאה לקרקעות סוף סוף היכא דאיכא אונאה לקרקעות דהיינו טפי מפלגא שייך למימר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אלא ודאי מר קשישא ור"א באו לומר דלא משכחת להאי דינא כלל משום דאין אונא' לקרקעות בכל ענין. וגם הראיה שמביא הר"י מפ"ק דב"ק שוה כסף דבר השוה כל כסף ומאי ניהו קרקעות ועבדים ושטרות דלית להו אונאה ראיה נכונה היא ומ"ש התוספות והרא"ש דבל כסף היא לאו דוקא הוא דוחק גם מ"ש בב"י שדעת רבינו חננאל כרבינו תם וכן משמע קצת בהרא"ש לפע"ד ליתא דהמעיין בתוספות פרק האיש מקדש ופרק אלמנה ניזונית ובשאר מקומות יראה דרבינו חננאל לא בא אלא לפרש הירושלמי דבר מופלג דהיינו עד פלגא וגריס בפ' האיש מקדש הא דאמרי' יתר משתות בטל מקח ה"מ במטלטלי אבל במקרקעי אין אונאה לקרקעות אבל לענין דינא יכול לסבור כהרי"ף דרב נחמן ס"ל אין אונאה לקרקעות אפי' דינר באלף ודקי"ל כרב נחמן בדיני ודלא כהירושלמי בשם ר' יוחנן וכ"כ הרמב"ן בספר המלחמות סוף פרק הזהב להדיא בשם רבינו חננאל עיין שם וכן הוא להדיא בתוספות רי"ד בפרק האיש מקדש בשם רבינו חננאל וזה לשונם שם. והא דאמרת יותר משתות בטל מקח לא אמרן אלא במטלטלי אבל במקרקעי אין אונאה לקרקעות כך היא כתובה בספרים וכך גורס ר"ח ושאר הפרשנים והמורה הפך הגירסא משום דהוה קשיא לי' דבפרק הזהב אמרינן אונאה אין להם לקרקעות אבל ביטול מקח יש להן ולא היא שהרי רבינו יצחק מפאסי זצוק"ל הביא שם הרבה ראיות דאע"ג דכולהו אמוראי אמרי התם דביטול מקח יש להן רב נחמן אמר בדוכתא אחרינא דאפי' ביטול מקח אין להן וקי"ל כרב נחמן בדיני והראיות שהביא שם רבינו יצחק הן הן הראיות שהביא גם רבינו חננאל זצוק"ל וכך הוא העיקר עכ"ל גם ה"ר אלעזר בן נתן בפרק הזהב פסק כדברי הרי"ף והביא ראיותיו וכן פסק הרמב"ן בס' המלחמות סוף פ' הזהב ע"ש שהביא עוד ראיות לזה וכ"פ הריטב"א בפ' אלמנה ניזונית ובפ' האיש מקדש וכן הר"ן שם וכן דעת הנ"י פ' הזהב ובפ' המקבל וגם כתב הנ"י שכן דעת הרשב"א והר"ן וכן נראה דעת רשב"ם שהביאו התוס' פ' השולח ריש (גיטין דף ל"ז) גבי כותבים פרוזבל על הקרקע כל שהוא וכמ"ש בחדושי הרשב"א שם ע"ש וכ"פ הסמ"ג לאוין ק"ע והגהת מיי' פי"ג דמכירה וגם דעת הלכות גדולות מוכח כן שהשמיט הך סוגיא דפרק הזהב וכתב הך דהמקבל משמע דס"ל כהרי"ף והרמב"ם דאפילו דינר באלף אין אונאה לקרקעות וכן משמע מדברי ה"ר יונה שהביא הטור והמחבר לקמן סי' ר"ה סעיף ד' ע"ש ודוק וכן עיקר:

שוב מצאתי בתשו' מהרשד"ם סי' שע"ו כתב שאין בדורינו מי שיכריע ולכך הוי ספיקא דדינא ומי שתפס אין מוציאין מידו ולפע"ד הדבר מוכרע כמו שכתבתי וראיות ברורות יתנו עדותן ויצדקו:

סעיף קכג

דביותר ממחצה כו' והרא"ש וטור כתבו עד פלגא ולא פלגא בכלל ומפלגא ואילך הוי בטול מקח ויש תימה לכאורה על הר"ב ששינה בדבריהם ועיין מ"ש בזה לקמן סי' רכ"ז סמין כ"ט.

סעיף קכד

שטרות אין נשבעין עליהן כו' כתב הרב המגיד פ"ב מה' שכירות בשם המפרשים דה"ה משבועה שאינו ברשותו פטור וכ"כ הר"ן בפרק שבועת הדיינים בשם הרשב"א וז"ל וכתב הרשב"א בשם מקצת מרבותינו הצרפתים ז"ל דשומר חנם פטור אף משבועה שלא שלח בה יד ושאינו ברשותו דמכל שבועות פטרו הכתוב ואינו מורה שיהא פטור משבוע' שאינו ברשותו דכיון דשבועה זו תנאים תקנוה משום שמא עיניו נתן בה עכ"ל ר"ן. ולפע"ד הרשב"א לא קאמר אלא משבועה שאינו ברשותו דהוי מדאוריית' וכדגרסי' בש"ס פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ז) וריש פ' שנים אוחזין ג' שבועות משביעים אותו שבומה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינ' ברשותי והיינו כשיהא פטור משבועה זו מתשלומין צריך לישבע ש"ד שאינו ברשותו (דהיאך יפטר מתשלומין דהא אפשר שהפקדון הוא תחת ידו לכך צריך לישבע ש"ד שאינו ברשותו דהיינו שנגנב או נאבד) ובכה"ג קאמר הרשב"א דבשטרות וכל הנך דאימעטו משבועה זו והיינו דכתב הרשב"א דמכל שבועות פטרו הכתוב הרי להדיא דמיירי בשבועה דאורייתא והיינו דנקטה נמי דומיא דשלא שלחתי בה יד דהוי דאורייתא. ואין להקשות א"כ מאי קמ"ל י"ל משום דפשטא דמלתא דמתני' משמע דש"ח אינו פטור רק משבועה דלא פשעתי מדקתני שומר חנם אינו נשבע נושא שכר אינו משלם קמ"ל דמכל שבועות פטרו הכתוב אבל שבועה שאינו ברשותו דתקנת חכמי' בחידש רב הונא בש"ס פרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ד) מטעם דחיישינן שמא עיניו נתן בם גם הרשב"א מודה דחייב בשבועה זו ולענין הלכה אע"ג דמדברי הרמב"ם נראה שפטור מכל שבועה וכמ"ש הרב המגיד בפרק ה' מה' טוען שנראה בדעת הרמב"ם שא"צ לישבע שאינו ברשותו אף מדרבנן וכן משמע מתשו' הריטב"א שהביא ב"י שהבאתי לקמן ס"ק שאח"ז מ"מ נ"ל עיקר כהר"ן וכמו לקמן וכן ראיתי לקמן סי' צ"ה סעיף י' בבית חדש שכתב דנראה עיקר כהר"ן דצריך לישבע מדרבנן שאינו ברשותו. אך מה דכתב שם שם רשב"א והטור

חולקין אינו מוכרח לפי ע"ד דדעת הרשב"א נראה כמו שכתבתי והטור נמי אפשר דמדאורייתא קאמר לאפוקי מהראב"ד בהשגות פ"ה מס' טוען דס"ל דאף מדאורייתא צריך לישבע שאינו ברשותו כן משמע פשט דברי הראב"ד למדקדק בדבריו וטעם סברתו נ"ל משום דודאי מפשיעה ושליחות יד פטור משום דאי לאו קרא אפי' שאר דברים לא היה צריך לישבע שלא פשע ושלא שלח בו יד אלא דגלי לן קרא דישבע והלכך שטרות וחברייהו דאימעטו משבועה מהנך שבועות אימעטו אבל שבועה שאינו ברשותו אפי' אי לאו קרא הוה מחייבי' ליה מסברא דהיאך יעלה על הדעת שיפטר בלא שבועה דשמא ברשותו הוא ולא שבקת חיי לכל מפקידין (גם מ"ש ה"ה פ"ה מה' טוען דשבועה שאינו ברשותו היא מצד גלגול כמו שנתבאר פ"ד מה' שאלה הוא תימא דאדרבה עיקר השבועה היא שאינו ברשותו וכמ"ש הוא עצמו שם בריש פ"ד מה' שאלה מביאו הב"י לקמן סי' רצ"ד סעיף ה' וכבר תמה עליו הלחם משנה פ"ה מה' טוען והניחו בצ"ע ע"ש) והיינו שכתב הראב"ד תימה גדול הוא זה ואולי ברשותו הוא וכופר הוא בו כו' כנ"ל דעת הראב"ד ואף שמדברי ה"ה שם נראה לכאורה דלהראב"ד א"צ לישבע אלא דרבנן מ"מ נ"ל כוונת הראב"ד כמ"ש (אין להקשות א"כ איך מתורץ מה שהקשה הב"ח לקמן סי' צ"ה על הראב"ד מסוגיא דפרק הזהב (בבא מציעא ד' נ"ח) דפריך ממתני' דשקלים כו' ע"ש וכ"כ הנ"י פרק הזהב הוכחה זו דפטור אף משבועה שאינו ברשותו אבל לפע"ד לא מוכח מידי דמשמע ליה לש"ס דמתני' דשקלים מיירי דנשבע שלא פשע מדקתני ונגנבו או נאבדו נשבעין לגזברין דאל"כ הו"ל למיתני ואומרים שנגנבו או נאבדו נשבעין לגזברין וק"ל) ואהא פליג הטור אבל מדרבנן י"ל דמודה הטור וכן נראה עיקר חדא דאף מדאורייתא יש לומר דחייב וכדפי' לדעת הראב"ד ואע"פ שהטור כתב על דברי הראב"ד ולא נהירא דכיון דפטרו מעיקר השבועה הטור נמי משאר השבועות לפי מה שכתבתי נתיישבה השגה זו של הטור ואף דנראה לומר שדעת הטור דכיון דאימעטו אימעטו לגמרי מ"מ י"ל כמ"ש דכיון דשבועה שאינו ברשותו מסברא נמי הוה מחייבי' לה לא אימעט'. ותו דנהי דאימעטו מכל שבועות היינו מדאורייתא אבל כיון דמדרבנן נשבע ג"כ שאינו ברשותו א"כ הא קי"ל דמדרבנן נשבעים על עבדי' ושטרות וקרקעות וכדאיתא בש"ס פ' הכותב (כתובות דף פ"ז ע"ב) דאפי' שבועות המשנה נשבעים עליהן ואע"ג די"ל דלא תקנו שאינו ברשותו רק כשבא לשלם וליכא אלא חשש דעיניו נתן בו אבל כשאינו משלם לא תקנו דלא חששו' שיגזול את שלו לגמרי מ"מ נראה דאיפכא מסתברא (וכן נראה מדברי הה"מ שם דכ"ש דהיכא דאינו משלם שיש חששא זו ע"ש ודוק) דכיון

דאפי' היכא דמשלם חששו לשמא עיניו נתן בו כ"ש כשאינו משלם דאל"כ לא שבקת חיי לכל מפקידי שטרות דיאמר אבד ויפטר לגמרי:

סעיף קכה

אם היה שם טענות ודאי. בב"י מביא תשובת הריטב"א בטוען החזרתי בשטרות אי צריך לישבע כאן דנאמן במגו דנאנסו ובנאנסו לא היה צריך לישבע דאין נשבעין על טענת שמא ויש מחלוקת רבותיו בזה ומשמע מדברי הריטב"א דהעיקר דצריך לישבע וכן נ"ל עיקר (ועיין מ"ש לעיל סי' ס"ד ס"ק ז') וכן נ"ל מדברי הרמב"ם פרק ה' מה' טוען דין י' דחייב שכתב שם שטר מסרתיו לך להד"מ ישבע היסת ואה אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הרי זה פטור אף משבועת היסת עכ"ל ומביאו רי"ו ני"ד והטור לקמן סי' צ"ה והא התם בטוען להד"ם אית ליה מגו דאבד ואפ"ה חייב וכן נראה דעת המחבר שסתם וכתב נשבעין היסת אם היה שם טעות ודאי וכן נראה להדיא מדבריו בבדק הבית ע"ש (ועיין מ"ש לקמן סי' צ"ה ס"ד) מ"מ למ"ש לעיל בס"ק הקודם דמ"מ צריך לישבע שאינו ברשותו א"כ בטוען החזרתי פשיטא דהיסת מיהא בעי דאע"ג דיש לו מגו דנאנסו מ"מ גם אם טוען נאנסו היה צריך לישבע מדרבנן שאינו ברשותו ולא נ"מ הכא מידי מיהו נ"מ בעלמ' דהיכא דאיכ' שבועת היסת משום טענת ברי אע"ג דיש לו מגו דהיה טוען טענה דלא היה צריך לישבע משום טענת שמא צריך עכשיו לישבע היסת:

סעיף קכו

והסברא הראשונה היא עיקר כו'. באמת כן דעת הרבה פוסקים מאד ובפרט הרא"ש בתשובה שכתב שאין לפסוק כהרמב"ם אלא כהתוספות שהביא ראיות ידועות לדבריהם וגם הב"י גופיה פסק לקמן סי' ש"א דלא כהרמב"ם וכ"פ בש"ע לקמן ר"ס צ"ה בסתם אבל מה אעשה שלפע"ד דברי הרמב"ם עיקר ומוכרחים בש"ס וראיות התוס' והפוסקים שהשיגו עליו לפע"ד אינם ראיות וכמו שאבאר ופשיטא דאין הולכים אחר רוב הפוסקים במקום שנראה לעינים בש"ס שהדין עם המועטים ובפרט כי הפוסקים לא פסקו כן אלא מכח ראיותיהם וכיון שנסתר הענין נפל הבנין מה שכתבו התוספות והרא"ש והר"ן פרק שבועת הדיינים ושאר פוסקים דהכי מוכח בהדיא ממאי דאמרינן בסוף פרק החובל (בבא קמא דף צ"ג סוף ע"א) ההוא ארנקי דצדקה דאתי לפומבדיתא אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע בה אתי גנבי גנבוה חייביה רב יוסף אמר ליה אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים אמר ליה עניי דפומבדיתא מקיץ קיץ להו ולשמור הוא ע"כ אלמא כל הני דמימעטי מהאי קרא אפילו מפשיע' מימעטי: לפע"ד לא מוכח מידי דהתם כיון דמומעט מלשמור ולא לחלק לעניים אלמא דלחלק לעניים לאו לשמור הוא נמצא כיון שאין לו

דין שומר אלא הוא כאינש דעלמא פשיטא דפטור אף מפשיעה (וע"כ גם הרמב"ם גופי' בריש פ"ה מה' שאלה ופקדון כתב מי שהפקידו אצלו מעות של עניים ופשע בהם ונגנבו פטור שנא' לשמור ולא לחלק לעניים ע"כ) אבל הכא דין שומר יש לו אלא דמימעט משבועה ומפשיעה לא מימעט וכמו שיתבאר: גם ראיתי בתוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ז ע"ב) שכתבו נראה דאפי' פשע פטור מדפריך לקמן מהשוכר את הפועל לשמור כו' ולא משני כשפשע כו' וגם זה לפע"ד לאו ראיה היא דהתם מדקתני סתמא אחריות שבת עליו משמע כדין שאר שומר שכר ואפי' לא פשע אחריותו עליו ועוד דליכ' למימר דמיירי שפשע דא"כ רישא דקתני אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו כו' מה בכך שאין נותנים לו שכר שבת הא שומר חנם מיהא הוי לחייב בפשיעה ואף שיש לדחו' ולומר כיון דאין נותנים לו שכר שבת ה"ל כאלו לא קבל עליו שמירת שבת כלל ובשבת ה"ל כאינש דעלמא מ"מ י"ל דמשמע לש"ס דכיון דקבלו בסתם ועדיין הוא ברשותו יום השבת ה"ל מיהת שומר חנם עליו ביום השבת: גם מ"ש הראב"ד בהשגות ר"פ ב' מה' שכירות וז"ל ואם אמת הוא שומר חנם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם עכ"ל לק"מ דמודה מקצת ועד א' יוכיח וכבר כתב. הוא עצמו על זה ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואע"פ כן אינו נשבע עכ"ל והאי אם נפשך לומר ודאי אמת הוא ומ"ש הראב"ד שם ע"ז הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בשומר שכר מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעט' ולא מן השבועה עכ"ל הוכחה זו אינה תלויה בתירוץ שלפניו והיה לו מיד לכתוב הוכחה זו אבל באמת לפע"ד גם הוכחה זו אינה כלום דכל מה שרבתה תורה בד' פרשיות לחיובא כגון ש"ח לשבועה וש"ש לתשלומין אימעוט מכלל ופרט מחיובא דיליה שחייבתו התורה אבל פשיעה בשומר חנם לא אתיא קרא לחיובא דאפי' לאו קרא נמי מסברא הוה מחייבינן ליה דפושע מזיק הוא ונ"ל שזה דעת הרמב"ם שכתב בריש פ"ב מה' שכירות וז"ל יראה לי שאם פשע השומר בעבדיה וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים ושטרות וקרקעות אלא מדין גנבה ואבדה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטליה ונגנבו או אבדו נשבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכן אם היה שומר שכר שמשלה גנבה ואבדה במטלטליה פטור מלשלם באלו אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין מזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון עכ"ל והדברים ודאי ראוים למי שאמרה ולמביני הדעת ומ"ש שכל הפושע מזיק הוא ר"ל כמו שכתבתי דלכך ממעטינ' ש"ש מעיקר תשלומין

ולא ממעטינ' ש"ח מתשלומים דידיה משום דפושע חייב מדין מזיק מסברא אפי' בלא קרא ומ"ש הראב"ד בהשגות שם ואין פושע מזיק שאם הי' כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל וכ"כ הרא"ש והר"ן פ' שבועת הדיינים ושאר פוסקים. לפע"ד אין זו הוכחה דפשיטא דאין כוונת הרמב"ם דפושע מזיק ממש הוא אלא כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפי' בלא קרא וכמ"ש ואין להקשות היא גופה מנלן למעוטי עבדים ושטרות וקרקעות מתשלומין ולא מפשיעה ושמירה בבעלי ממעטי' אפי' מפשיעה נראה דבשלמא עבדים ושטרות וקרקעות היינו כדאמרי' בש"ס דילפינן לה מכלל ופרט מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאינה מטלטלים יצאו שטרות שאין גופן ממין יצאו עבדי' שהוקשו לקרקעות הקדשות אמר קרא רעהו ולא של הקדש א"כ עבדים ושטרות וקרקעות והקדשות כיון דאינן בכלל החיוב שחייבה התורה הרי אינם מוזכרים בתורה כלל ומנא לן לחיובינהו ומוקמינן להו אסברא מבחוץ דפטורי' משבועה וחייבים בפשיעה דפושע כמו מזיק הוא אבל פשיעה בבעלים בפי' כתבה התורה לפטור' דהח כתיב אם בעליו עמו לא ישלם א"כ קאי אכל מה שהזכירה התורה לחיובה דהיינו פשיעה וגניבה ואינך הם בעליו עמו לא ישלם והיינו טעמא דקרא דכשבעלים עמו לא ה"ל שומר עליו כלל אלא ה"ל כאינש דעלמא ואחרי אשרי דאינו ראיות התוספות והפוסקים אביא ראיות לדברי הרמב"ם חדא דפשטא דמתני' דקתני ש"ח אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם משמע דדוקא ש"ח אינו נשבע אבל משלה מיהא אם מודה שפשע ועוד דלאו לחנם קתני העבדים ושטרות וקרקעות והקדשות אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ד' וה' ש"ח אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם ובהאי לישנא תני ליה תרי זימני בפ' הזהב ובפ' שבועת הדיינים ואם איתא כמו דקתני אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ד' וה' הכי ה"ל למיתני בקצרה אין להן דין שומרין ועוד דבפ' שבועת הדיינים קתני ואלו הדברים שאין נשבעים עליהן העבדים ושטרות וקרקעות כו' משמע דדוקא שבועה היא דאין נשבעים ועוד מדקתני לה בשבועות בפ' שבועת הדיינים ואם איתא ה"ל לתלויי בפ' ארבעה שומרין הן שומר חנם כו' עבדים ושטרות וקרקעות אין בהם דין שומרים אלא ודאי משמע דלא קתני אלא דאימעטו מדין שבועה ושאר דברים שחייבה תורה לתשלומין ולכך איידי דנקט לה בפ' שבועת הדיינים ש"ש אינו נשבע קתני נושא שכר אינו משלם ועוד נ"ל ראיה נכונה ממאי דגרסי' בש"ס בפ' הזהב (ריש בבא מציעא דף נ"ח) ש"ח אינו נשבע כו' ורמינהי בני העיר ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו נשבעין לגזברין כו' ומסיק אלא אמר ר' אלעזר שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהיו בני אדם מזלזלין בהקדשות אלמא דמדינא

חייב בתשלומים אלא דפטור משבוע' דודאי לא מסתבר לומר שיהא חייב בתשלומין (מתקנתא) משוה שלא יהיו בנ"א מזלזלין בהקדשות דכי משום שלא יזלזלו יחייבוהו בתשלומי והלא אפי' אם זלזל ופשע פטור ומשוה שלא יזלזלו יטלו מזה ויתנו לזה דא"כ בכל מילי דהקדש היכא דפטור יחייבוהו משוה שלא יזלזלו: ועוד דלישנא דשבועה זו תקנת חכמים היא כו' משמע דהשבועה היא רק תקנת חכמי' דאה איתא הל"ל אלא אמר ר' אלעזר תקנת חכמים היא כו' מדקאמר שבועה זו תקנת חכמים משמע דבתשלומים אם ידוע שפשע או מודה שפשע ודאי חייב רק דמשבועה פטור בהקדשות וחברייהו ושבועה זו תקנת חכמים הוא שלא יהיו בני אדם מזלזלים בהקדשות וכן נראה מדברי רש"י שכתב במתני' פ' הזהב וז"ל ש"ח אינו נשבע שלא פשע שלא הזקיקתו תורה לישבע עליהן ונושא שכר אינו משלם אם נגנבו ע"כ ובש"ס נמי בסוגיא דהקדשות (דף נ"ח ע"א) כתב וז"ל הכא בנושא שכר עסקינן כלומר שבועה זו לא ליפטר מן התשלומים היא דלאו שומר חנם נשבע על הפשיעה ולא נושא שכר משלם גנבה ואבדה כי מתני' אלא שבועה זו ליטול שכרן הוא ע"כ וכ"כ ה' המגיד רפ"ב מה' שכירות והנ"י פ' הזהב שכן נראה מדברי רש"י וכתבו שם שכן דעת יש מפרשים ע"ש וכ"כ הטור לקמן הי' צ"ה בשם הרמ"ה וכ"כ הרא"ש פ' שבועת הדיינים בשם הרמב"ן והראב"ד והב"ח כתב בס"ס זה דהרמב"ן והראב"ד והרא"ש שם ט"ס הוא וצ"ל הרמב"ם והרמ"ה שהרי בתשובה כתב בשם הראב"ד להפך וגם הריטב"א וההה"מ כתב בשה הרמב"ן להפך עכ"ד ובאמת הראב"ד בהשגות חולק אבל מ"מ נ"ל דאינו ט"ה בהרא"ש שהרי הנ"י פ' הזהב וגם ר' ירוחם ני"ד כתבו כן בשם הראב"ד כהרמב"ם לכך נראה דתרי הראב"ד נינהו כנודע או אפשר שהראב"ד בפירושיו ס"ל כהרמב"ם וחזר בו ממ"ש בהשגות וגם הרמב"ן אע"פ שכתבו ה"ה והריטב"א בשמו שחולק על הרמב"ם בדיני דגרמי שלו דף קי"א דיש ע"ג וז"ל ואע"פ שאם היזיק חייב לשלם אם פשע בשמירתן פטור שלא מצינו דינא דגרמי אלא במזיק ויש מי שאומר שהפושע מזיק הוא ומשלם אבל שבועת התורה לעולה אין נשבעין כו' עכ"ל והבאתיו לקמן סי' שפ"ו ס"ק י' הרי שלא הכריע גם הסמ"ג דף קע"א ע"א והמרדכי פ' הדייניה כתבו בסוף דבריהם אבל המיימוני פליג כו' ע"ש ויהי' איך שיהיה העיקר כהרמב"ם וכמ"ש ומקוה הניחו לי להתגדר בו: ושוב מצאתי בבעל העיטור בדיני חוב על פה דף ס"ז ע"ב שכתב וז"ל אלו דברים שאין נשבעין עליהן העבדים והשטרות והקרקעות ודוקא בכל מה דכתוב באוריית' ואפי' שבוע' דעד א' דלא כתב בהדיא בענינא אבל פשיעה ומזיק כולהו בר תשלומי נינהו אבל איתבר או איתנס פטור משבועה דאוריי' עכ"ל וזהו כדברי הרמב"ם וכמו שפי' למעלה ור"ל ואפי' שבועה דע"א

דלא כתב בהדיא הוא ענינא מ"מ כיון דכתב באורייתא ואי לאו קרא לא הוה מחייבי' שבועה אבל פשיעה ומזיק כולהו בר תשלומי נינהו מסברא אפי' בלא קרא וכמו שכתוב לעיל ודו"ק:

סעיף קכז

כגון שהשליכו לנהר כו'. ומפני כך פסק הרא"ש בתשובה כלל ל"ט סי' ב' על סופר שכתב שטר לשמעון ונתנו לאביו דהוי כמשליכו לאיבוד בידים כו' ומביאו ב"י ומיירי שנתנה לאביו לגמרי ודלא כהר"ב בד"מ ובהג"ה לקמן ריש סי' ש"א שהבין שנתנו לאביו בתורת שמירה ולכך כ' דשומר שמסר לשומר בשטרות חייב דגרע מפשיעה וחולק על מהרי"ק שורש י' ולא דק דפשיטא דהרא"ש לא פליג אמהרי"ק ולא מסתבר כלל לומר דגרע מפשיעה וכ"כ הרא"ש גופיה בפסקיו פרק המפקיד דשומר שמסר לשומר אפי' פשיעה לא הוי והכי מוכח בש"ס פרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ו ע"ב) והרבה פוסקים וכבר השגתי לקמן ריש סי' ש"א באריכות על הר"ב בזה ע"ש:

סעיף קכח

ואם קנו מידו כו'. כתב ב"י וז"ל ונ"ל דלא קאי אלא אשומר שכר ומשתעבד ע"י קנין להתחייב בתשלומין אבל לש"ח האיך ישתעבד לישבע ע"י קנין ובש"ס נמי אש"ש איתמר עכ"ל וכתב עליו בד"מ וז"ל ולא ידעתי מה חלוק יש בין ש"ש לש"ח בדין זה דהא אף הש"ח יכול להקנו' ולהתנות שישבע או ישלם עכ"ל וכ"כ בשמ"ע ס"ק צ' דקאי גם אש"ח וכ"כ בדרכי משה ודלא כבית יוסף עכ"ל ולפע"ד לא ירדו לדעת הב"י דכוונתו דודאי אם התנה השומר חנם שיתחייב לשלם חל הקנין על התשלומין אבל אם התנ' שישבע על מה יחול הקנין אין זה אלא קנין דברים וכ"כ הב"י בספרו בדק הבית ובכסף משנה להדיא דאם קנו מיד השומר חנם שישבע אינו כלום דקנין דברים הוא אבל אם קנו מיד השומר חנם להתחייב לשלם כשומר שכר או כשואל חייב עכ"ל ודבריו נכונים ומוכרחים מסוגיא דש"ס ריש פ"ק דב"ב דפריך אקנו מידו לחלוק וכי קנו מידו מאי הוי קנין דברים הוא ומשני כגון שקנו מידו ברוחו' או שהלך זה והחזיק בשל חברו כו' והוא מוסכם מכל הפוסקים כדלקמן ריש סי' קנ"ז אלמא דאי לאו הכי קנין דברים הוא והכי מוכח נמי מדברי הרמ"ה והטור דלקמן סי' קנ"ז סעיף ך' שכתב וז"ל ואם קנו מידו לעשות בנין א"י לחזור בו דלאו קנין דברים הוא וכתב הרמ"ה ומיהו דוקא דקנו מיניה דמחייב ליתן כך וכך דדרך הודאה היא א"נ דרך שעבוד דשעבד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון רק על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין

דברים ומצי הדר ביה ואיכא מרבוותא דסבירא להו קנין לתת לאו קנין דברים הוא דלא מקרי קנין דברים אלא שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך עד כאן וירא' מדברי א"א הרא"ש ז"ל דלבנות לא הוי קנין דברים עד כאן לשונו הרי דע"כ לא פליגי אלא בלתת ולבנות כיון דהמעות או בנין דבר שיש בו ממש הוא אינו קנין דברים אבל אם קנו מידו להשתתף או לילך כיון דדבר שאין בו ממש הוא הוו קנין דברים וה"ה הכא בקנו מידו שישבע (ומשמע דאפי' קנו מידו ושעבר נפשיה לא מהני מדמחלק גבי קנו מידו לתת בין שעבד נפשי' משמע דבסיפא בקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך אפילו קנו מידו ששעבד נפשיה לכך לא מהני והכי מוכח מסוגיא דש"ס רפ"ק דב"ב מדלא אוקמה בהכי שקנו מידו ושעבד נפשיה לחלוק אלא משמע דבכל ענין הוי קנין דברים ואם כן הוא הדין הכא גבי שבועה) והכי מוכח נמי מדברי ראב"ן שהבאתי לעיל סי' כ"ב סעיף קטן ד' ואפי' לנ"י ורש"י שהבאתי שם שאני התם דכיון שקנו מידו שלא לחזור ה"ל כקנו מידו לעשות מה שיפסוק משא"כ הכא ודו"ק והכי מוכח נמי לקמן סי' רמ"ה סעיף א' וב' ע"ש וכ"כ בעיר שושן כאן וז"ל ודוקא להתחייב בתשלומין משתעבד ע"י קנין כגון אם יש עדים בשומר חנם שפשע וכן ש"ש מגנבה ואבדה חייב לשלם אבל לענין שבועה שיתחייב אם אין עדים לא מהני הקנין דאין מועיל הקנין אלא על שעבוד חיוב תשלומין עכ"ל והוא מדברי ב"י דלעיל והיינו כמו שכתבתי דגבי שבועה הוי קנין דברים וכן עיקר:

סעיף קכט

קנו מידו כו' ואף על גב דמתנה ש"ח להיות כשואל אף בדברים בלא קנין כדלקמן סי' רצ"א סכ"ז שאני התם שהוא שומר חנם וכיון שהוא בדין השומרים יכול הוא לחייב את עצמו להיות כשואל אפילו בדברים אבל כאן שאינו בתורת שומרי' כלל א"א שיחול עליו שום חיוב אא"כ קנו מידו כן העלו הרשב"א והר"ן כ"כ הנ"י פ' הזהב ומביאו ב"י לקמן ר"ס ש"א וכ"כ התוס' פרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) (ובסמ"ע כאן ס"ק צ' וכן לקמן סי' ש"א ס"ק ז' כתב כן בשם המ"מ וליתא כן במ"מ ולא עיין שפיר בב"י שם ע"ש) ונראה הטעם דבסי' רצ"א מתנה להיות כשואל ושואל חייב התם והוי כאלו אמר הריני שואל ודומה להריני כאלו התקבלתי בנדרים כמו שנתבאר בי"ד ס"ס רל"ב משא"כ הכא דאפילו שואל פטור דאין כאן דין שומרים א"כ במה יתחייב את עצמו אם לא בקנין ודוק:

סעיף קל

או שותפים כו'. גוד או אגוד כו' הרא"ש ט"ו לטעמייהו לקמן סי' קע"א אזלי אבל כבר כתבתי שם דהר"י הלוי והראב"ד ונמוקי יוסף בשם ה"ר יונה והרא"ה ושאר פוסקים חולקין דאין דין דגוד או אגוד רק באחין שירשו ולא בשותפין ע"ש:

סעיף קלא

ואם הוא שט"ח כו'. ור' ירוחם בשם תשובת הרשב"א כתב דאין בשטרות דין גוד או אגוד ומביאו ב"י לקמן ס"ס קע"א מחודש ה' וכן הוא בתשובת רמב"ן סי' מ"ג ומביאו ב"י כאן בסי' זה וכ"כ הרב גופיה לקמן סי' קע"א ס"ס י"ד י"א דאין דין דגוד או אגוד רק בדבר שהגוף שלהן אבל במשכנתא או כדומה שעתידין לגבות אין אומרים גוד או אגוד. וצ"ע על מה שסתם הר"ב כאן כדברי המחבר ומה שתירץ בסמ"ע ס"ק צ"א דהר"ב סמך אמ"ש לקמן סי' קע"א הוא דוחק ועוד שהרי בסי' קע"ו סעיף ך' חזר הר"ב גופיה וכתב דחולקין השטרות בגוד או אגוד ע"ש גם התירוץ השני שכתב הסמ"ע דמשכנתא שאני משום דגם לע"ע כיון שהקרקע בעין בידם מיחשב כממון לענין זה שמיד אפשר לעשות חלוקה ביניהם במעות משא"כ בשטר חוב עכ"ל לא נהירא כלל דאדרב' אי תימא דמשכנתא מחשב כמטלטלי שתחת ידם מכל שכן דנימא גוד או אגוד דהא חלוקה אי אפשר שהרי אינה ראויה לחלוק וחלוק' במעות לא שייך דהא אין כאן מעות עתה בידם ולא ידעתי מה קאמר הסמ"ע אפשר לעשות חלוקה ביניהם במעות וכמדומה שהבין מ"ש הר"ב לקמן אין אומרים גוד או אגוד רק חולקין המעות דר"ל חולקין המעות מיד אבל ודאי זה אי אפשר אלא ר"ל חולקים המעות כשיפדה המשכונא וכן הוא בתשובת הרמב"ן סי' מ"ג שם ובר' ירוחם בשם הרשב"א שם להדיא וגם מבואר שם להדיא בתשובת רמב"ן ובר' ירוחם שטרי חוב כל שכן הוא ממשכונא דאין אומרים בו דין דגוד או אגוד ומביאו ב"י לקמן ס"ס קע"א והיינו כמ"ש דפשיטא דכ"ש הוא דכיון אפי' במשכונא שתחת ידם צריכין להמתין כ"ש בשט"ח אלא נראה דהר"ב לא כ"כ בסי' קע"א אלא די"א כן אבל לדינא לא ס"ל הכי לכך סתם כאן כדברי הט"ו וחזר וכתב כן בסי' קע"ו ס"כ. ויותר מזה נ"ל דאף הרשב"א גופיה מודה להרא"ש והט"ו דאמרי' בשטרות גוד או אגוד ומ"ש בתשוב' ההוא היינו לפי מה שהיה נראה לו מתחל' להלכה דשטרות לאו בני גוביינא נינהו אבל לפי מה שחזר בו בתשובות אחרות וכפף ראשו למעשה לגדולי המורים דיש דין גוביינא בשטרו' וכמ"ש לקמן סי' ק"א סעיף ה' ס"ק ג' בשמו א"כ הרי הן כמטלטלין לענין גוביינא ולענין חלוקה וכמ"ש שם וא"כ אומרים בו דין גוד או אגוד ונראה שזהו דעת המחבר שפסק בפשיטות כהרא"ש וטור ולא כהרשב"א ור' ירוחם משום דס"ל דאף

הרשב"א מודה למעש' וכמ"ש וכן משמע בב"י לקמן סי' קע"ו מחודש י"ו ע"ש שהביא תשובת הרשב"א שאין חולקין שטרות וכתב עלה שהרשב"א עצמו ראה שדנין כהרא"ש ע"ש וכ"כ הב"ח לקמן סי' קע"ו סעיף כ"ו דהכי נהוג כהרא"ש וכן עיקר:

סעיף קלב

ואם הוא ש"מ כו' אבל בבריא לא נפקא מינה וכדאיתא בטור וכ"כ הט"ו לקמן ס"ס רמ"ח אבל רבים חולקין דנ"מ אפי' בבריא לפי שהשטר וכל שעבודיה אקרי נכסי וכבר כתבתי בזה לעיל סעיף ג' ס"ק י"ב ע"ש:

סעיף קלג

שכיב מרע כו'. אף שלא אמר אלא נכסי לחוד אנו מפרשים דבריו כאלו אמר הן וכל שעבודן וכתב הרמב"ם פ"י מה' זכייה דין י' והט"ו לקמן סי' רנ"ג ס"ק דאם אמר תנו ש"ח זה לפלוני זכה בשטר וכאלו כתב ומסר אע"פ שלא משך את השטר ופירשו ה' המגיד שם והר"ן פ' מי שמת דבריו דאע"פ שלא אמר רק לשון תנו שטר זה ולא אמר תנו שטר זה וכל שעבודיה קנה השטר דה"ל כאלו אמר תנו שטר זה וכל שעבודיה והסכים כן ה' המגיד לדינא וכן נראה לכאורה דעת הר"ן ומביא' ב"י בקצרה כאן וכן לקמן סי' רנ"ג סעיף ל"ו. וכן דעת בעה"ת שער נ"א סוף ח"ד אבל דעת הרשב"א דבעינן שיאמר תנו שטר זה וכל שעבודיה וכן הוא בתשובת הרשב"א סי' תתקי"ח וכן כתב נ"י פ' מי שמת ואע"פ שהרב המגיד כתב שנחלקו על הרשב"א לפע"ד אין כאן ראיה ברורה נחלוק עליו וגם בדברי הרמב"ם אין הכרח כל כך וי"ל שהוא כתב כלשון הש"ס וכמו שפי' הרשב"א והר"ן הש"ס וכתבו שלשון קצרה אחזו בש"ס כך יש לפרש דברי הרמב"ם וכן ראיתי בתשוב' מבי"ט חלק ב' סי' י"ח ששאל דין זה מן מהר"י בי רב והשיב לו שדעת הרבה מן הפוסקים שאין בדבריו כלום אם לא צוה ש"מ שיתנו לו הוא וכל שעבודיה דאית ביה ויראה שכך דעת הרמב"ם אע"פ שקצר בלשונו והטעם כמ"ש הרשב"א כו' ומה שלא פי' הרמב"ם הוא שרגיל ליקח לשון הש"ס בקוצר ומה שפירשו בש"ס צריך לפרש בלשון הרב זהו הנ"ל שאין ראוי לעקור הירושה מן היורשים אלא בראיה ברורה כו' יעקב בי רב עכ"ל וגם בתשובת מהר' אליעזר ן' ששון סי' קס"ה מצדד בדין זה וכתב שנראה שהר"ן סובר לדינא כהרשב"א ע"ש: מיהו דעת הרא"ש בתשוב' שהביא הטור לקמן ס"ס רמ"ח לא נראה כהרשב"א וכ"כ ב"י כאן ובס' גי' תרומה סוף דף ש"ו הקשה על הב"י בזה דהרא"ש שם לא קאמר רק באמר נכסי והרשב"א גופיה בתשו' סי' תתקי"ח מחלק שם בין נכסי בכולל ליתנו שטר זה בפרטות ולק"מ דאע"פ דהרשב"א מחלק בכך מ"מ מלשון הרא"ש שכ' א"צ קנין שדבריו ככתובים ומסורים והוי כבריא שכתב שטר על השטרות

כו' לא משמע כן וכ"כ עוד הרא"ש בתשו' כלל פ"ג סי' ד' להדיא וז"ל ושכ"מ שאמר תנו ש"ח לפלו' ונסתפקת אי אמרינן לא אמר אלא על הנייר בעלמא לצור ע"פ צלוחיתו או דילמא כל מ"ש בו קאמר דע כי בכל דבר שמועיל שום קנין בברי' מועיל הדבור בש"מ וכשאמר תנו שטר זה לפלוני הוי כאלו כתב ומסר לו וקנה עכ"ל והיינו שכתב הב"י לקמן סי' רמ"ח על תשובת הרא"ש שם ועיין עוד בתשו' הרא"ש כלל פ"ג סי' ד' עכ"ל וכ"פ הב"ח שם. אך לענין דינא צ"ע עדיין שנראה מדברי הב"ח שם שפסק כן מפני שהרמב"ם והר"ן ג"כ סוברים כן וכבר כתבתי שאין זה מוכרח בדעת הרמב"ם והר"ן וכן ראיתי בר' ירוחם נתיב כ"ד שלא כתב אלא דברי הרשב"א וז"ל שם וכתב הרשב"א דוקא בשכלל כל נכסיו אז יועיל בשטרות אפי' לא אמר וכל שעבודא דאית בהו אבל בפרט השטרות צריך לומר וכל שעבודא דאית בהו דכל שלא יועיל בברי' לא יועיל בשכ"מ עכ"ל וע' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ד':

סעיף קלד

ולכן בעל שסילק כו' דוקא בשעת חופה וכן מיירי במהרי"ק שם וכ"כ הריב"ש סי' ס"ד וק"ב וה' המגיד פ' כ"ג מה' אישות הביאו ב"י בא"ע ס"ס ס"ט וז"ל בכותב לה ועודה ארוסה א"נ בכותב לה בשעת כניסה אבל אחר נישואי' לא מהני סילוק כו' ומ"ש בשעת כניסה לחופה מיירי בעודה ארוסה לאפוקי לדידן דמארסין בשעת החופה וכמ"ש הרשב"א והר"ן והמחבר והר"ב בא"ע ר"ס צ"ב דקודם אירוסין לא מהני סילוק מ"מ אחר נישואיה לכ"ע לא מהני סילוק וכדאיתא בש"ס ר"פ הכותב ופוסקים ונתבאר בא"ע שם ע"ש ולפ"ז גם דברי הר"ב בכאן צריך לפרש דכתב לה בעודה ארוסה ולדידן דמארסין בשעת החופה לא מהני סילוק ודו"ק:

סעיף קלה

מטלטלים לפלוני אין שטרות בכלל. ואפי' אמר נכסי מקרקעי ומטלטלי אין שטרות בכלל ואין בכלל אלא מה שבפרט וצ"ל מקרקעי ושאר נכסי נמ"י וע"ש ובדרכי משה כתב על מ"ש הטור ורשב"א דשטרות הוי בכלל נכסי אבל נ"י כתב דמי שאמר נכסי מקרקעי ומטלטלי אין שטרות בכלל כו' הבין דהנ"י פליג ע"ש. ולא דק:

סימן סז

סעיף א

אין שמיטת כספים. עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' ס"ד ובתשובת מהרשד"ם סי' ס"א ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' ל' וסי' קפ"ו:

סעיף ב

ואין לדקדק אחריהם. עיין בב"ח מ"ש בזה וסיים והנמנע ועושה ע"פ הדין תבא עליו ברכה:

סעיף ג

אבל. אם התנה עמו כו'. עיין לק' סי' רכ"ו סעיף כ"א גבי אונאה דלא מהני לשון זה שאני התם דלא ידע דאית ביה אונאה מה שאין כן הכא כן כתב הטור והסמ"ע שם ס"ק ל"ז וק"ל:

סעיף ד

ויש מי שאומר שאף היתר על המשכון. עיין בספר החנוך להרא"ה מצוה שמ"ח:

סעיף ה

וי"א דכותבין פרוזבול עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' פ"א:

סעיף ו

וה"ה שיכול למסור לב"ד חובותיו עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"א:

סעיף ז

שיש להם מלוה ביד אחרים עיין בתשובת מהרשד"ם סי' ס"א:

סעיף ח

כל זמן שהוא יכול לגבות החוב כותבין. עיין בסמ"ע מ"ש בזה ועיין בב"ח:

סעיף ט

והמאוח' פסול עיין בתשובות מהר"א ן' ששון סי' קמ"ה:

סעיף י

נאמן אדם לו' פרוזבול עיין במהרי"ק שורש נ"ב:

סעיף יא

מסבב עמו בדברים ועיין בב"ח מ"ש ליישב פירש"י דפי' אף יכול לתלות אותו שיאמר אעפ"כ ע"ש דהמיקל כרש"י ה"ז זריז ונשכר:

סעיף יב

מוציאין שטר. עיין לעיל סי' נ"ז ס"א:

סעיף יג

אם אין לו נכסים אינו נאמן הקשה הבע"ת דליהמן במגו דאי בעי מחיל ליה ותירץ דאה"נ אלא מיירי שמצד הטענה עצמו אינו נאמן ומיירי כגון שמכרו במעמד שלשתן שאינו יכול למחול כדלעיל סי' ס"ו סעיף כ"ט עכ"ד אבל אין לתרץ שאין בדעתו למחול

ולהפסיד חובו כמו שתירצו הרא"ש והתוס' פ' ב' דכתובות ומביאים הב"י והב"ח גופיה לעיל ריש סי' מ"ז דהאי תירוץ ל"ש אלא כשהשטר ביד המלוה עדיין אבל כשמכרו ואינו תחת ידו ל"ש לו' כן וכן כ' ר' ירוחם סוף נתיב יו"ד להדיא דכשמכרו והוא ביד אחר אין לתרץ כן ומביאו ב"י לעיל ס"ס ס"ו והוא מדברי הרא"ש פ' הכותב שכתב שם וז"ל ואם אמרה שנפרעה אחר שמכרה נאמנת במגו שיכולה למחול ול"ד למלוה שאו' שטר אמנה שאינו נאמן במגו דאי בעי מחיל לפי שאינו רוצה למחול ולהפסיד חובו עכ"ל מיהו למ"ש לעיל סי' ס"ו סעיף י"א ס"ק ל"ד דכל טענות המבטלים השטר הרי הם מחילה א"כ ה"ה הכא אם אומר שלא היה לו פרוזבול הרי הוא כמוחל לו ולפי מ"ש שם סעיף כ"ט ס"ק צ"ד דאף במכרו במעמד שלשתן יכול למחול א"כ הכא בכל ענין נאמן המוכר רק שמשלם ללוקח מה שהפסיד לו מדיני דגרמי כל מה שהיה שוה השטר אם היה לו פרוזבול וכמ"ש לעיל סי' ס"ו ס"ק ל"ב ע"ש (ולקמן סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א כתבתי דבמלוה שאומר שטר אמנה גופיה אינו יכול למחול ואם כן אין צורך למה שחלקו הרא"ש ור' ירוחם בין מלוה למכרו בזה):

סעיף יד

ואם יש לו נכסים כו'. דין זה אף שהוא מבעל התרומות והטור שכתבו רק דאם יש לו נכסים נאמן המוכר לחוב לעצמו ומשלם ללוקח שהרי הטעהו שמכר לו שטר שנמחל שעבודו בחזקת שהוא קיים עכ"ל לא נהירא לי דכיון שמכרו שוב אינו נאמן כיון דלית ליה מגו דאי בעי מחיל וכמ"ש לעיל ובפרט מה שנראה מהבעה"ת והט"ו שאינו משלם לו אלא דמים שקבל מחמת מקח טעות אינו נ"ל אלא דכיון שבא להפסיד בהודאתו אינו נאמן כלל ול"ד למלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה שהוא נאמן בדאי' ליה נכסי וכמ"ש לקמ' סי' פ"ו ס"ק ה' התם הא נתבאר טעמא כיון דאית ליה ללוה שני פסידא בגביה זו ה"ל חוב זה כמשעובדים דאין גובין במקום שיש בני חורין והלכך כיון שהשטר הוא שלו הוא נאמן מה שא"כ הכא שמכרו ויצא מתחת ידו לאו כל כמיניה לחוב ללוקח בהודאתו וכן מוכח מדברי הרשב"א פ"ק דגיטין שהבאתי לקמן סי' קכ"ו ס"ק ס"ג ואפי' להרא"ש שם היינו משום דהתם ליכא פסידא לזוכה משא"כ הכא שאינו מקבל רק דמים שנתן למוכר וכן בכל דוכתי דטענינן ללוקח פשיטא דהיינו אפי' המוכר אמר נגד זכות הלוקח לאו כל כמיניה וכדמשמע בכמה דוכתי וכ"כ ר' ירוחם במישרים ומהר"י ן' ל"ב ספר שני סי' ע' להדיא וז"ל הלוקח מן הלוקח אפי' שאמר גזלה היא בידי לאו כל הימנו לבטל זכותו של לוקח ע"כ הכא כן נ"ל ודו"ק:

סימן סח

סעיף א

שטר שכתוב בכל לשון כו'. עיין בבעה"ת שער פ"ז מדינים אלו שבסי' זה ובתשובת ן' לב ס' ג' סי' ג' סי' ק"י ועיין בתשו' רמ"א סי' נ"ב ובתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ט:

סעיף ב

ויודעין לקרותו היינו כמתרץ בש"ס פ"ב דגיטין (דף י"ט ע"ב) בדידעי למקרי אבל אם אין יודעים לקרות לא יחתמו לכתחלה ע"י שיקרא אחר לפניהם אע"פ שמבינים הלשון מיהו אם חתמו אע"פ שאין מבינים הלשון רק ששני ישראלים אחרים תרגמו להן הלשון השטר כשר בדיעבד כל זה העליתי לעיל סי' מ"ה סעיף ב' ועיין בתשובת ר"ל ן' חביב סי' קכ"ז ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ק"ב וס"ג סי' ך' וסי' קי"א:

סעיף ג

ושטרי חובות מ"ש ב"י ובד"מ דנקטינן כהרמב"ם בהא כיון שכן דעת העיטור והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן צ"ע דהא הפוסקים הנ"ל מיירי מענין אחר וגם עיינתי בעיטור ולא מצאתי רבר גם בר"ן משמע להיפך ע"ש ועיין בהשגות הראב"ד ובההמ"מ ותמצא כדברי דבשט"ח שאני דכיון דאינו גובה ממשעבדי ולית ליה קלא לא חשש להניחו בידו ויכול לטעון פרעתי ע"ש ועיין בתשובת ן' לב ספר א' סי' ס"ב דף פ"ו:

סעיף ד

מבני חורין ואפי' בשטרי מקח וממכר. וגרע ממוכר שדהו בעדים דס"ל להרמב"ם דוקא עידי ישראל הוא דמפקי לקלא אבל הה"מ כתב דלהרמב"ם בשטרי מקח וממכר כשר לגבות אפי' ממשעבדי דלא גרע כו' אכן מסתימת ל' הרמב"ם והט"ו לא משמע כן וכ"פ הב"ח ע"ש. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' קי"א ובתשובת מהר"י לבית לוי סי' כ"ד ובתשובת מהרשד"ם סי' ש"ן.

סעיף ה

שראו נתינת המעות עיין בתשובת מהרשד"ם סי' ד"ש:

סעיף ו

ע"י סופר המלך כשר. עיין בתשובת מהר"י לבית לוי סכ"ד:

סעיף ז

שעיקר הקנין עיין בתשו' רמ"א סי' ק"ט:

סעיף ח

או שטרי מחילות כו'. עיין בשלטי גבורים פ' מי שמת (דף רל"ד ע"ב) ועיין בתשוב' מהרשד"ם סי' ש"ן כ' הסמ"ע עיין פרישׁ' שכתבתי שלא איירי שכתב בו שמחל לו לפניהן דא"כ לא הוי השטר אלא לראיה בעלמא וכבר נתבאר דמהני בעש"ע אלא מיירי שבשטר זה כתוב שמוחל דגוף המחילה נעשה בשטר לזה והו"ל כשטר מתנ' עכ"ל ודבריו צ"ע דהא בהדיא לא משמע כן מדברי הר"ב (הג"ה ר"ל לפ"ז למה הביא הר"ב י"א שחולקין ע"ז דשטרי מחילות כשרים דהא בכה"ג היכא שאינם לראייה גם הי"א מודו דאינו כשר שהרי הריב"ש חולק על זה מכח קושיית הסמ"ע דהא השטר לא הוי אלא לראיי' כו' וכדאיתא להדיא בב"י בשם הריב"ש) והב"ח כתב דלא הוי בזה ראייה דיכול לומר דרך שחוק והתול אמרתי שמחלתי ע"ש שהאריך ודבריו דחוקים וצ"ע לדינא:

סעיף ט

ולכן שכיב מרע עיין בתשובת ר"י לבית לוי סימן כ"ד ודברי המחבר כאן ולקמן ס"ס רנ"ג מוכיחים כהריב"ש ודוק:

סעיף י

שאין דרך ישראל. והרא"ש חולק על זה וס"ל דלא מהני כיון שמזויף מתוכו אלא דוקא כשאין עידי עכו"ם חתומין כלל מיירי בגמרא. ועיין בטור וב"י ולא ידעתי למה השמיט הר"ב דעתו ועיין ב"ח בישוב דברי רמב"ם בסעיף ח':

סימן סט

סעיף א

גובה מנכסים בני חורין דכל שאין עדים חתומים עליו לית לי' קלא ולא ידעי לקוחות לאזד הורי הילכך אין המלוה טורף ממשעבדי אע"ג דקי"ל שעבודא הוי דאורייתא אפי' במלוה ע"פ וק"ל עכ"ל סמ"ע. ועמ"ש לעיל ריש סי' ל"ט ס"ק ב' דאפשר דשעבודא לאו דאורייתא ע"ש:

סעיף ב

וחתם למטה. דוקא חתם למטה בשטה אחרת אבל כשכתוב בראש שטה אני לויתי מפלוני מנה והוא חתום בסוף שטה אינו כלום כן הוא בהגהת אשר"י מא"ז פרק גט פשוט בשם ריב"ם אבל מדברי התו' פ' ג"פ ד' קס"ג ע"ב ד"ה שטה אחת נמי פסול כו' והרא"ש שם גבי מה שהקשו בעד שחתם עצמו באמצע שיטה ניחוש שמא יעשה זיוף על העד עצמו ותנן הוציא עליו כתב ידו גובה מבנ"ח ותירצו דמ"מ לא נפסל שטרא בהכי

כיון שא"י לעשות חוב על אחר וכ"כ המרדכי שם בשם ר"י וכך כ' הנ"י שם בשם ר"ת ובשם הריטב"א עם הסכמת רבותיו וכ"כ ר"י במישרים נתיב ד' ח"ג א"כ מוכח מכל הפוסקים הנ"ל דלא כהגהת אשר"י בשם ריב"ם ודוק:

סעיף ג

דשמא חתם שמו בראש המגלה משמע אף דלא טען הוא כן (אלא שטוען שאינו חייב לו כלום) אנן טענינן ליה הכי והטעם משום דפעמים מזקיקים אותו לכך כגון שחתם הוא ואחר על שטר ואין אותו אחר לפנינו שיעיד על חתימתו וגם אין כאן מי שמכיר חתימתו אלא זה העד ועד אחר אזי מזקיקי' לזה שיכתוב חתימתו אריש המגלה לפני עדים ומשליכו בב"ד וכמ"ש הטור והמחבר לעיל סי' מ"ו סי"ג ע"ש: ובע"ש כ' וז"ל דשמא חתם הוא שמו בכדי בראש המגלה כו' ול"נ כמ"ש וק"ל עכ"ל סמ"ע ועל מ"ש והטעם משום דפעמים כו' כ' הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו וז"ל או שמא חתם עצמו על שום דבר והניח למטה חלק ובא א' וחתך מקום החתימה עם החלק וכ' עליו מה דבעי עכ"ל ודברי פי חכם חן. ומ"ש ובע"ש כ' כו' לפע"ד דברי הע"ש לכאורה נראין שזהו חששא רחוקה שח"י בא מפני שב"ד הזקיקו פעם א' לכך ויותר נראה לו' כיון דלא הוי בדין כת"י לא חשש עצמו לחתום כך או חתם עצמו על ענין אחר בכדי שלא לשם חוב וכעין מ"ש הגאון אמ"ו ז"ל או כוונתו גם כן כמ"ש הסמ"ע ומ"ש בכדי ר"ל לאפוקי לשם חוב וכדמסיים בע"ש בהדיא ע"ש:

סעיף ד

אפי' לא כתב שמו אלא שכתב אני חייב לפלוני כו'. ומיהו כשטוען שלח כתבו אלא לטופס בעלמא כ' הריטב"א בשם רבו בשם רבותיו ובשם בעל העיטור דנאמן אך דשותפים שאני כיון שנהגו בכך ע"ש ומביאו ב"י ודלא כהרמב"ן והב"ח כ' דאף הרמב"ן מודה בזה דנאמן במגו דפרעתי דהא אפי' בחתימת ידו נאמן אף להרמב"ן בסעיף ב' לו' חמנה וכה"ג במגו דפרעתי ולא קאמר הרמב"ן אלא כשטוען כת"י זה שנתתי אין בו כח לחייבני שאינו אלא בחרס וכמשחק ודלא כהריטב"א כו' עב"ד ולכאור' דעת הרשב"א בתשובה דלקמן סעיף קטן ט"ז אינו כן ואפשר לו' דיש חילוק בין טוען לטופס כתבתי ובין טוען להתעסק כתבתי אך בד"מ כ' על דברי הריטב"א והרשב"א כ' בתשו' כדברי הרמב"ן וגם דברי הב"ח אינן מבוררין דפשט דברי הרמב"ן משמע דכ' יד הוי כחתם יד בכל דיניו לגמרי וכן נראה מדברי הטור והמחבר וכן משמע במהרי"ק סוף שורש קי"ח ובשאר אחרונים ומה שהביא הב"ח מאמנה דלק' סעיף ב' אינה ראיה דהא התם היכא דאיכא נאמנות אינו נאמן וא"כ ה"ה בכ"י שיש בו נאמנות אם הכל כ"י אפי' אין

בו הזכרת שמו כלל א"י לטעון לטופס בעלמא מסרתיו לך ומ"מ נלפע"ד דאף הרמב"ן לא קאמר אלא מדינא ונ"מ שיכול לחייב את עצמו בבת"י אפי' בלא הזכרת שמו אבל אם אין מחייבים עצמן בכך כמו האידנא שמעולם אין אדם מוציא על חברו כתב בלא הזכרת שמו רק בשותפי' וכה"ג א"כ פשיטא דיכול לטעון לטופס כתבתי לך אפי' יש בו נאמנות. וגם בלאו הכי הא דאה הריטב"א ראיית הרמב"ן מההיא דגיטין וגם יש עוד לדחות דההיא דגיטין מיירי בהזכרת שמו וכמ"ש הר"ן פ' המגרש וכן נראה דעת הר"ן שם דכת"י בלא הזכרת שמו לא מהני שכ' וז"ל ויש לדחות ולומר דגיטין שאני דכיון שהוא צריך לכתוב שמו הא איכא חתם ידו ומהני אפי' למה שכ' משמו ואילך כיון שהכל כתיבה אחת אבל כתיבתו בלא חתימתו כלל אפשר דלא מהני עכ"ל וגם בבעה"ת כ' דאיכא מ"ד כ' ידו היינו דוקא חתם ידו וגם ירוחם נ"ו ח"ג כ' בסתם בשם הריב"ם כתב ידו היינו ח"י כי הכתיבה לא מעלה ולא מוריד בין שלו בין אחרים עכ"ל ולא הביא שום חולק ע"ש וע"כ נלפע"ד לדינא כמ"ש ודוק. ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רצ"ב דף קמ"ז ע"ב:

סעיף ה

אפי' כ' לו כו' כמאה עדים כו'. הג"ה זו שייכה לסעיף ב' אחר אין לו אלא דין מלוה על פה כו' וז"ל ועיין לקמן סעיף קטן י"ז. וע"ל סי' פ"א סעיף י"ז ס"ק מ"ד מדין שלא להשביע בכתב יד:

סעיף ו

ולא מן הלקוחות. פי' אפי' אם הלוה מודה שלא פרעו ומשום דלית ליה קלא וגם חיישינן לקנוניא וכמ"ש הט"ו לקמן בסי' ע"א עכ"ל סמ"ע. ומ"ש וגם חיישי' לקנוניא אינו מדוקדק דמאי קנוניא שייך כאן דאם נאמר שפרע לו והחזיר לו הכת"י וחזר ונתן הכת"י למלוה א"כ גם במלוה בשטר ניחוש להכי ואי ניחוש שמא עתה כ' הכת"י א"כ היכא דהוחזק כתב ידו כבר בבית דין ליגבי מהלקוחות ובש"ס סוף בבא בתרא מוכח דבכל ענין אינו גובה מלקוחות וכן משמע בכל הפוסקים ובעלמא לא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל ואיתרע כדלעיל סי' ס"ה ושאר דוכתי וכן לקמן סי' ע"א סעיף י"ז לא חיישינן לקנוניא בשבועה אלא לענין דהמלוה צריך לישבע אבל בשבועה מיהא גבי אלא הכא עיקר טעמא הוא משום דלית ליה קלא:

סעיף ז

אבל אם טוען פרעתי כו'. ומשמע להדיא בבעה"ת שער י"ג ס"א דאפי' טען פרעתי אחר שנתקיים חתימתו בבית דין נאמן מטעם דכיון דאין לה קול כמו שיש למלוה בשטר לא

זכר אותה בשעת פרעון דליכא למימר דדייני הקיום יוציאו הקול דהא הדיינים חותמים אע"פ שלא קראו מה שכתוב בו (וכדלעיל סי' מ"ו ס"ק) וא"כ יכול הוא לומר שכחתי שנתתי לך חתימת ידי וחשבתי שהדייני קיימו ח"י אחרת ע"ש. וכן משמע מדברי הפוסקים והט"ו ומשמע לי עוד דאפי' קראו דייני הקיום החתימת יד נאמן לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי מטעם שקראוהו דכיון דלא היה מוטל עליהם לקרותו לא מפקי קלא. והיינו שלא חילקו הפוסקים בכך וכן מוכח בש"ס ס"פ גט פשוט דאל"כ לא הוי פשיט מידי מר' אליעזר ואין להקשות מ"מ אמאי לא משני הכי דשאני עדי' שהיה מוטל עליהם לקרותו י"ל דהיינו באמת מה דמשני התם משעת כתיבה שעבד נפשיה כלומר שכ' ע"מ שיקראוהו העדים ע"ש ודו"ק:

סעיף ח

ואם מודה לו מקצת נשבע ש"ד כו'. ע"ל סי' פ"ח סעיף כ"ט העליתי דבכת"י בנאמנו' אינו נשבע ש"ד במודה מקצת אע"ג דאינו שעבוד קרקעות מ"מ כיון דא"י לכפור ה"ל הילך ע"ש:

סעיף ט

נשבע ש"ד כו'. אבל בשטר בעדים אין נשבעין ש"ד ועמש"ל סי' פ"ח סכ"ט לדעת התוס' והרא"ש והטור שם דס"ל דאפי' במלוה ע"פ אין נשבעים ש"ד וכ"ש בכתב יד אלייבייהו היכן מצינו שבועה דמ"מ וע"א עכ"ל סמ"ע מיהו אנן לא קי"ל הכי וכמ"ש שם וכן משמע בסמ"ע שם ס"ק נ' ועמ"ש שם:

סעיף י

ואם כפר ואמר שאינו כתב ידו כו'. בהרי"ף והריב"ש והרא"ש ורמב"ם וסמ"ג איתא ואם כפר ואמר לא לויתי וזה אינו כתב ידי כו' וי"ל דוקא כשאמר לא לויתי אבל כשאמר זה אינו כתב ידי לחוד לא הוי כאומר לא פרעתי וכמ"ש ב"י סי' פ' בשם הרשב"א אבל הטור והמחבר שהשמיטו לא לויתי נראה דס"ל דכשכופר בכתיבה ה"ל כאומר לא לויתי וכמ"ש הנ"י סוף ב"ב וכן נראה מדברי רבי' ירוחם נ"ו ח"ו וז"ל ואם אמר שאינו כתב ידו או שלא לוה ובאו עדים שהוא כתב ידו הוחזק כפרן עכ"ל וא"כ יש לתמוה על הרב בהג"ה דכאן סתם כדברי הט"ו ולקמן ר"ס פ"ב הביא דעת הנ"י והרשב"א ולא הכריע ולא מסתבר לחלק בין שטר לכב יד בזה ועוד דהא הרשב"א כ' להדיא דבריו גבי כת"י ואפשר הוא מפרש מ"ש הט"ו ואם כפר ואמר שאינו כת"י כו' ה"פ ואם כפר בהלוא' ואמר שאינו כ"י והוה כאלו כתבו ואם כפר ואמר לא לויתי וזה אינו כ"י ואע"פ שדברי ר' ירוחם דוחק לפרש כן ונראה דס"ל לר' ירוחם כהנ"י מ"מ דברי הט"ו אפשר לפרש כן

ולפ"ז אם טען רק אינו כתב ידו לא הוחזק כפרן לסברת היש חולקין שהביא הרב לק' ר"ס פ"ב וכמ"ש הרשב"א שם להדיא מיהו אם אמר רק לא לויתי אע"פ שלא אמר זה אינו כתב ידי פשיטא דכשנתקיים הכת"י אח"כ הוחזק כפרן וכ"כ ב"י בשם הרשב"ץ סי' זה סעיף ח'. וע"ל סי' ע"ט סעיף ז':

סעיף יא

שאינו כתב ידו כו' ויורש שאומר שאין זה כ"י מורישו פטור דשמא לא הכיר החתימה כ"כ בתשובת מהרשד"ם סי' ו' ע"ש:

סעיף יב

אם נתקיים בב"ד כתב הבעה"ת שער י"ג והטור כ' שרב שרירא גאון כ' בתשובה שאין מקיימין אותה משני שטרות או משני כתובו' דכיון דקיום שטרות מדרבנן היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר ונראה שאין לחלק בין קיום דהכא לשאר קיומי ע"כ לשונם והב"י כ' שיש לתמוה על דברי רב שרירא דאדרבא כיון דמדאורייתא לא בעי קיום יש להקל בו עכ"ל ול"ק מידי דה"ק רב שרירא כיון דקיום שטרות דרבנן ומדאורייתא לא בעי קיום דעדים החתומים על שטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ומטעם דקיום שטרות מדרבנן הקלו לקיים משתי שטרות או משתי כתובות היכא דאיתמר כגון בשטר אתמר אבל בכתב יד דמדאוריי' בעי קיום שהרי בא לחייב את הלוה עצמו ולא שייך כאן לומר כמי שנחקרה בב"ד דמי לא איתמר וכן פי' הב"ח אבל תמהני עליו מ"ש ושארי להו מאורייהו לבעה"ת והטור שהשיגו על הגאון בסברתם בלי ראיה ולא ירדו לסוף דעת הגאון עכ"ל דנראה דירדו לסוף דעת הגאון ואעפי"כ השיגו עליו דכיון דהוי קיום אין חילוק בין שטר לכתב יד דקיום מעליא הוא ולא משום שהקלו לקיים משתי שטרות ושתי כתובות. וכן נראה מדברי הרי"ף והרא"ש בסוף ב"ב והרמב"ם פ"ו מטוען וסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"ב סוף ע"ב דדין קיום כתב ידו כקיום שטר לכל דיניו שכתבו אם הוחזק כתב ידו בב"ד או אם יש עדים שהוא כתב ידו הוחזק כפרן כו' משמע דבין שיש עדים על חתימתו או שהוחזק כתב ידו בבית דין כדין קיום שטרות דעלמא לעיל סי' מ"ו הוי קיום. מיהו נראה דבכל הנך דמקיימים מכח קילא דקיום שטרות דרבנן כגון שלא בפני בע"ד לעיל סי' מ"ו ס"ד סק"י או בנאמן להעיד בגודלו שהכיר בקוטנו שהוא כתב יד רבו שם סעיף י"ו ס"ק מ"ו או בעד נעשה דיין בקיום שטרות שם סעיף כ"ד ס"ק נ"ו וכל כה"ג דמקילינן להדיא מטעם קיום שטרות דרבנן לא מקילינן בכת"י שצריך קיום מדאורייתא. ומ"ש הבעה"ת והטור דאין לחלק בין קיום דהכא לשאר קיום היינו לענין שתי שטרות ושתי כתובות ודכותיה דכיון דלא איתמר בהדי' בש"ס דטעמא הוא משום

קיום שטרות דרבנן א"כ אמרינן דמסתמא קיום גמור הוא לכל מילי אבל היכא דאיתמר בהדי' טעמא משום דקיום שטרות דרבנן הקלו פשיטא דלא מקילינ' בכת"י כן נ"ל ודלא כתשו' מהרשד"ם סי' קמ"ו ע"ש. ואפי' תימא דבעה"ת וטור פליגי גם בזה מ"מ נראה עיקר בזה כרב שרירא גאון דכבר נודע דאין לחלוק על הגאון כי אם בראיה ברורה וכ"ש כאן שדבריו מסתברים וכמ"ש כ"ש שהב"ח פסק כותיה לגמרי וגם מדברי הסמ"ע סי' ל"ה ס"ק ט' מוכח להדיא דבכ"י הלוה מדאורייתא צריך קיום וע"ש וע' מה שכתבתי לעיל סי' מ"ו סעיף ד' ס"ק י':

סעיף יג

או שעדים כו' אבל לא אמרינן דיחזי חתימתו בבית דין ומדמין לה דכיון דמצי לאערומי בודאי יערים וישנה כתיבתו בבעה"ת והביאו האחרונים:

סעיף יד

וי"א דאינו יכול כו'. וכך כתב מור"ם ז"ל עכ"ל סמ"ע. ולפע"ד עיקר כסברת המחבר שהיא סברת הגאוני' והרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורמב"ן ובעה"ת וטור ומהר"מ במרדכי סוף ב"ב והה"מ פי"ד מה' מלוה והרשב"ץ ושאר פוסקי' ראשונים. ואחרוני' דהכי משמע לכאור' במתני' דנקט המלוה את חבירו בעדים גובה מבנ"ח הוציא עליו כת"י גובה מבנ"ח משמע דחד דינא אית להו וכי היכא דבמלוה ע"פ קי"ל דא"צ לפרעו בעדים ונאמן לומר פרעתי וכדלקמן ריש סי' ע' ה"ה בכת"י . ומה שהקשה הרשב"א על טעם שכתב הרמב"ן (זה לשון הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ ג"פ והטעם שכיון שאינו גובה מן המשועבדים אין מקפידין עליו ומניחים אותו ביד מלוה אע"פ שהוא פרוע ואין נוהגין כן בכתב ידי עדים מפני שיש לו קול וזילי נכסי דלוה שהרי גובה מן המשועבדים עכ"ל וכ"כ טעם זה הנ"י פ' המוכר את הבית בשם הגאוני' וה' המגיד פי"א מה' מלוה בשם הגאוני' ורוב המפרשים שכיון שאינו טורח ממשעבדי לא חשש להניחו בידו וכן כתב הריב"ש סי' תנ"ד) משטר פקדון בעדים שאינו גובה ממשעבדי ואפילו הכי אם טען החזרתי אינו נאמן אלא היכא דיכול לטעון נאנסו ומשום מגו וכמו שכתב בנ"י פ' המוכר את הבית וברי"ב"ש סי' תנ"ד על שמו וכן הוא בתשובת הרשב"א סי' אלף ל"ז לפע"ד לק"מ דהתם גופא להכי אינו גובה ממשעבדי כיון דיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו ועי"ל דהתם כיון דשם שטר עליו אין מניחים אותו ביד המלוה דלאו כולי עלמא דיני גמירי לפלוגי בין שטר לשטר וגם אין הכל יודעים שהיא שטר פקדון וחושש שמחמת השטר יצא עליו קול וזילי נכסיה. תדע דאי לא תימא הכי תיקשי על הרמב"ן וסייעתו משטר בלא אחריות דאינו גובה ממשעבדי ואינו יכול לטעון פרעתי כדמוכח להדיא בפ"ק דמציעא (דף י"ג

ע"ב) ובסוגיא דמצא שטרי חוב אלא ודאי ה"ק הרמב"ן וסייעתו דכת"י כיון שלעולם אין גובין בו ממשעבדי ואין שם שטר עליו אין מקפידים עליו משא"כ בשטר (והרב המגיד פי"ד מה' מלוה הבין הטעם דכיון שאינו גובה ממשעבדי לא חשש להניחו בידו דהא אי בעי יהיב ומזבין לכולהו נכסיה ולא טריף מידי ומביאו ב"י לעיל סי' נ"א סעיף ד' וכ"כ הב"ח סי' זה ס"ו וקשיא לי עלייהו הך דשטר בלא אחריות ודו"ק וצל"ע) ונרא' שלזה נתכוין הרא"ש פ"ב דכתובות וז"ל וי"א דלא מצי למימר פרעתי מיד דהוי אשטר שאין בו אחריות כו' ומיהו איכא למימר מתוך שאין עליו עדים לא חשש לתבוע כת"י עכ"ל כלו' כיון דאין עליו עדים ולעולם אין גובין ממשעבדי בלא עדים ואין שם שטר עליו לא חשש לתבוע ממנו משא"כ בשטר כיון שיש עליו עדים ולפעמי' גובין בו ממשעבדי אין לחלק בין שטר לשטר. ותדע דהא הרשב"א גופיה כ' בתשובה גבי ע"א בשטר וא' בע"פ וז"ל עכשיו שאומר שפרע אפשר שהוא נאמן וישבע היסת ואע"פ שיש כאן שטר אינו אומר שטרך בידי מאי בעי כיון שאינו גובה ממשעבדי עכ"ל מביתו ב"י לעיל ס"ס אלא ודאי כמ"ש. וגם בלאו הכי הא הרא"ש שם כתב טעם אחר וז"ל וגם שטר שיש עליו עדים יש לו קול ולא מינשי ליה אבל כתב ידו פעמי' דאדם שוכח שמסר לו כת"י עכ"ל וכ"כ עוד בביאור יותר בתשו' כלל ס"ז הבאתי לשונו לקמן ס"ק כ"ב וכ"כ בבעה"ת שער י"ג ע"ש ודבריו נכונים הם. הלכך נקטינן דנאמן לומר פרעתי וכ"כ בנ"י פ' המוכר את הבית שכן פשט המנהג וכ"כ בתשובות מהר"ר שלמה כהן ס"ג סי' כ"ח וצ"א דכן הלכה רווחא בישראל וכ"כ בתשובת מהרשד"ם סי' ס"ה דכן יש להורות אם לא היכי שהמנהג להיפך ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ס"ט שנאמן לומר פרעתי כשאין בו נאמנות שכן הוא הסכמת רוב הפוסקי' וכן אנו נוהגים להורות עכ"ל וכ"כ בתשו' מהר"א ן' חיים סי' י"ח דף ל"ג ע"ב שכן פשט המנהג ובסי' צ"ב דף קל"ז ע"א כתב דהוי ספיקא דדינא ומצי המוחזק לומר קים לי כהפוסקי' דאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש וכן משמע בתשובת מהר"א ן' ששון ר"ס צ"ה דהוי ספיקא דדינא וכ"נ דעת הר"ב בהג"ה וכן משמע בב"ח ולפענ"ד נראה עיקר דלא מצי התובע לומר קים לי אם תפס בעדים דמהני בשאר פלוגתא דרבוותא. מיהו כשתפס שלא בעדים מהני תפיסתו דדל כ"י מהכא מהני תפיסתו מכח מגו אבל היכא דלית לי' מגו לא מהני תפיסתו לומר קים לי מצד הדין דהעיקר כהסכמת רוב הפוסקים דיכול לטעון פרעתי אכתיבת יד. וכן מוכח לעיל ר"ס נ' ע"ש וכ"ש האידנא. דנתפשט המנהג דדנין דנאמן לומר פרעתי אפי' תימא דמתחלה נהגו כך משום ספיקא דדינא מ"מ פשיטא דיכול לטעון פרעתי ומשום דלא תבע ממנו כתב ידו אין לחייבו כיון שהמנהג שדנין שנאמן לומר פרעתי א"כ סמך על הדין שנהגו

ודו"ק כן נלפע"ד וכל זה בסתם אבל כשדיין רואה איזה אומדנא שלא היה מניח הכתיבת יד בידו אם היה פורע הכל לפי ראות עיני הדין וכמ"ש הריב"ש והר"ב:

סעיף טו

אלא בטוען. טענת ודאי על ההלואה אבל אם טוען טענת ספק כגון לא ידעתיו או איני זוכר אם לויתי ממנו ה"ל החתימה ודאי וההלוא' ספק ואין ספק. מוציא מידי ודאי וחייב לשלם

סעיף טז

או שטוען אמנה היתה כו'. וה"ה בשאר טענת עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' מ"ג וכ' הסמ"ע וז"ל או שטוען אמנה היתה כו' כ' ב"י מס"ה בשם הרשב"א וז"ל ראובן שטוען על שמעון הנה כתב ידך בכמה מכרת סחורתי ובכמה קניתי והוא יותר ממה שהודה ושמעון אמר לא כתבתי אלא להתעסק ולא להיות לך לראייה וגם לא כתבתי שמי בו ולא בא מידי לידך ונגנב או נאבד או נפל ממני ומצאתן והשיב שאין בטענת שמעון כלום דמה שטוען ממני נפל ומצאתן לנפילה לא חיישינן כדאיתא סוף פרק גט פשוט וכן נמי לגניבה לא חיישינן גם מה שטוען להתעסק כתבתיו אין בו ממש דאין אדם מתעסק וכותב להפסיד לעצמו עכ"ל ומשמע מהסמ"ע שהעתיק דברי הרשב"א בכאן אדברי המחבר דאפי' אין בו נאמנות א"י לטעון לא כתבתיו אלא להתעסק כו' וצ"ע דנראה דהרשב"א לטעמי' אזיל דס"ל דא"י לטעון פרעתי או אמנה בכת"י דאל"כ האיך כתב הרשב"א כ"כ בפשיטות דאין בטענת שמעון כלום בלא טעם וראייה אלא ודאי כיון דלית ליה מגו לאו כל כמיניה לטעון כן אבל להמחבר ולדידן דיכול לטעון פרעתי או אמנה א"כ יכול לטעון ג"כ להתעסק כתבתיו או אינך טענות במגו דפרעתי תדע דהא לעיל סי' נ' כתבו הטור והמחבר דנאמן לומר מאחר נפל ומצאתו במגו דפרעתי וכאן לנפילה לא חיישי' ואין לחלק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים דהא קי"ל כרבא דס"ל ל"ש נפילה דיחיד ל"ש נפילה דרבים לנפילה לא חיישי' וכדמוכח בפרק גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ב ע"ב) ובפוסקים שם אלא ודאי כמ"ש וא"כ מה שהעתיק הסמ"ע כאן דברי הרשב"א להלכה צל"ע:

סעיף יז

ואם כ' בו נאמנות כו'. עיין בתשובות מהר"א ן' חיים סי' קי"ז שצידד אם כתב בו שיהא לו דין שטר נראה לכאורה שנשבע המלוה ונוטל דעד כאן לא קאמר מהרא"י (והרב לעיל בהג"ה) אלא כשכתוב בח"י שתעיד עליו כמאה עדים משום דמ"מ אינו אלא כעדים והמלוה בעדים יכול לומר פרעתי משא"כ כשכתוב שיהא לו דין שטר ולפע"ד אין זה

מוכרח ואדרבא נראה דמדכתב מהרא"י שם דאין נראה לחלק משום דהנהו טעמי דכתב האשר"י דהלוה לא חשש לתבעו משום דאין עליו עדים או שמא אינשי משום דלית לי' קלא שייכי ג"כ בכתוב שתהא ח"י מעיד עליו כק' עדים דבין כך ובין כך אינו אלא חתימת ידו ולא של עדים וא"ת למה כתב הכי י"ל דלשופרא דשטרא להודיע בחתימתו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ולא מצי למימר להשטות כתבתי עכ"ל וא"כ אף כשכתוב בו שיהא לו דין שטר י"ל דלשופרא דשטרא כתב כן ואפשר פרעו ולא חשש לתבוע ח"י כיון דאין עליו עדים ולא טריף ממשעבדי או כיון דאין עליו עדים לית ליה קלא ואינשי ליה ול"ד לכתוב בו נאמנות דודאי משקר שהרי הוא האמינו ועוד דאמרינן לי' אפי' יהיה האמת כדבריך את הוא דאפסדת אנפשך דהימנת ליה עלך משא"כ כשכתוב בו שיהא לו דין שטר והלא אפי' בשטר גופיה לא מהמנינן למלוה אלא משום שטרך בידו מה בעי וה"ל לתבוע שטרו וכיון שזה לא שייך בכת"י מטעמא דאמרן א"כ נאמן לומר פרעתי כן נלפע"ד. בעיר שושן סי' מ"ח כתב דמי שהוציא על חבירו חתימה חלק מבלי שום משמעות אינו כלום ויכול החתום לטעון ממנו נפל ומצאתו או פרעתי במגו דלא לויתי עליו או איזה שאר טענות והאריך בזה ע"ש. והסמ"ע שם חלק עליו דהא קי"ל דלנפילה לא חיישינן ע"ש שהאריך ג"כ וכן בספר מגדול דוד שם האריך להשיג על הע"ש בדבר שפתים אך למותר ואין בהם טעם. והבי"ח שם וכאן בסי' זה כתב כדברי הע"ש ע"ש שהאריך ג"כ. וכן נלפע"ד עיקר דבמה יתבע אותו הלא אין כתוב דבר ומשום מגו דאי בעי הוה כתב עליה מאי דבעי אין לחייב החתום דהוי מגו להוציא ממון מהחתום. וגם הגאון אמ"ו ז"ל כ' בגליון סמ"ע שלו בסי' מ"ח וז"ל ולי נראה ראייה לדברי הע"ש מדאמר בש"ס דכתובות (דף כ"א) ודילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עליה מאי דבעי ותנן הוציא עליו כו' ואי ס"ד שיהא חייב על חתימת חלק אמאי צריך לכתוב עליו מאי דבעי הלא בלא כתב נמי יכול לתובעו כמה שירצה אלא ודאי היכא דלא כתב אמרי' דילמא מצא שחתם בסוף מגילתא ומאי דלא חיישינן לנפילה היינו היכא דליכא ריעותא (כלו' והכא כיון דלא נכתב שום משמעות הוי ריעותא) וכן הוא בע"ש עכ"ל ושפתים ישק. מיהו היינו מדינא אבל מצד המנהג כ' הב"ח שכבר נהגו בארצות האלו לגבות בו ע"פ תיקון המדינות ע"ש והיכא דאין מנהג ידוע נרא' עיקר כמ"ש ועיין עוד מדיני ממר"מי לעיל סי' מ"ח:

סעיף יח

כתב בו נאמנות כו' כ' בסמ"ע ס"ק י"ג דאף אם לא כתב בו שיהא נאמן בלא שבועה אפ"ה דינו שנוטל בלא שבועה כדין נאמנות במלוה ע"פ בעדים לקמן ר"ס ע"א ואם לא

כתב בו שיהא נאמן המלוה אבל כתב בו שלא יהא נאמן הלוה לומר פרעתי ואחר כך טוען שפרעו אזי המלוה נשבע שלא נפרע ונוטל ע"כ ונראה דהמלוה נשבע אע"ג דאין הלוה אומר לו אשתבע לי משא"כ בשטר לקמן ר"ס פ"ב:

סעיף יט

נאמנות כו'. ואין צריך קנין על הנאמנות. בבעה"ת וטור. ומשמע דאפי' האמינו שלא בשעת הלואה ודוקא בסתם נאמנות אבל בנאמנו' כבי תרי צריך קנין שלא בשעת הלואה כדלקמן סי' ע"א ס"ב וכן כתב הב"ח:

סעיף כ

אינו נאמן כו'. וגובה ממשעבדי כן משמע להדיא בב"י ע"ש וכן משמע להדיא ברמב"ם והמחבר לעיל סי' מ' סעיף ב' וע"ש:

סעיף כא

לומר פרעתי אלא המלוה נשבע ונוטל היכא דא"ל אשתבע לי כדין שטר לקמן סימן פ"ב:

סעיף כב

פנקס כו'. צל"ע בדין זה שכתב המחבר כי לטעם שכתבתי לעיל ס"ק ח' [י"ד] בשם הרמב"ן והרבה פוסקים בכת"י דכיון שאינו גובה ממשעבדי לא חשש להניחו בידו ולכך נאמן לומר פרעתי א"כ גם בזה י"ל כן והרא"ש אזיל לטעמיה שנראה מדבריו פ"ב דכתובות שעיקר הטעם משום דכיון דלית ליה קלא אינו זוכר שנתן לו כתב ידו וכ"כ עוד להדיא בתשוב' כלל ס"ז סי' ב' וז"ל ולא מצי למימר כתב ידך בידי מאי בעי לפי שאין אדם נזכר כ"כ אם נתן כתב ידו לחבירו כמו שהיה נזכר אם מסר שטר לידו כי שטר נעשה בעדים ואית ליה קלא וזוכר ממנו אבל אינו זוכר כ"כ אם מסר לו כתב ידו עכ"ל וזה לא שייך בפנקס המיוחד להם בעד אחד ורגילים לכתוב תמיד שם עסקיהם ולא שייך לומר דמנשי ליה. משא"כ לטעם הרמב"ן וסייעתו דלעיל וגם מדברי המחבר גופיה בסעיף ב' שכתב שאינו חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור משמע לכאורה דהיינו כטעם הרמב"ן וסייעתו. ועוד נראה דאף הרא"ש לא קאמר אלא בכגון עובדא דידיה כמבואר למעיין בתשובת הרא"ש שם שהיה נראה שהפנקס ההוא ודאי נעשה לברר כל העסק ושלא יהא שום אחד מהן נאמן לשנות מכל מה שנכתב בפנקס אם לא שיחתמו שניהם על כל מה שישתנה ויתחדש עכ"ל וא"כ זה הוי ככתב יד שכתוב בו נאמנות כיון שנעשה שלא יהא שום א' נאמן לשנות אם לא שיחתמו על ההשתנות. וגם נראה דהרא"ש מטעם זה לא היה עושה מעשה לחייב ולהוציא ממון אלא מהרבה טעמים אחרים כמבואר

באריכות בתשובת הרא"ש שם שהיה נראה בעיניו שר' ישראל משקר וכמו שמסיים הרא"ש בסוף התשובה שם וז"ל וגם בלא פנקס היה חייב לפרוע כמ"ש וכו' ואף אם לא היה בידו פנקס ולא נוסח פנקס היה צריך לפרוע לו יותר ממה שחייבתי על כן פסקתי שחייב רבי ישראל לפרוע לרבי שלמה כל הנזכר בפסק דין כאלו היה גוף הפנקס עד כאן לשונו ועוד נלפע"ד דדוקא התם קאמר הרא"ש וכמו שהזכיר בתשובת הרא"ש שר' ישראל היה נשמט בכל פעם שהי' תובעו ר' שלמה לדין מחמת העסקים שבפנקס א"כ ודאי לא מהימן לומר פרעתי ושכחתי לתבוע הפנקס שהרי ידע שהפנקס הוא אצלו א"כ לא דמי לשאר כתב יד שמפני שאין לו קול שכח שיש אצלו כתיבת ידו וא"כ הוי ליה לר' ישראל לתבוע את ר' שלמה שיחזיר לו הפנקס וכמ"ש הרא"ש שם (תדע שהרי בעובדא דהרא"ש שם היה כתוב בפנקס שחייב לו כפי השטר שביד ר' שלמה והשטר היה ביד ר' ישראל קרוע ואפי' הכי פסק הרא"ש שם שחייב ר' ישראל לשלם לו השטר כפי מה שטען ר' שלמה שהשטר נאבד ממנו ע"ש ופשיטא דמשום פנקס ועד א' לא מחייבי' הנתבע לשלם כשכתב בפנקס שחייב לו כפי השטר שביד התובע והשטר הוא ביד הנתבע קרוע אלא ודאי לא חייב הרא"ש אלא בכגון עובדא דידיה מהני טעמי דאמרן ע"ש) אבל בעלמא דלא שייך הני טעמי י"ל דיכול לטעון פרעתי ושכחתי שיש אצלך פנקס וא"כ דברי המחבר שכתב בסתם דבפנקס ועד א' אינו נאמן לומר פרעתי צל"ע ונראה דדין זה תלוי בראות עיני הדיינים ע"פ הדרישה והחקירה היטב ואם א"א לעמוד על הדבר אין כח להוציא ממון כן נלפע"ד:

סעיף כג

אינו נאמן כו'. ז"ל הסמ"ע ע"ש באמצע תשובת הרא"ש שכתב וז"ל דאם איתא דפרעו לא היה לו להניח הפנקס בידו דהרי הוא כשטר מאחר שחתמו שניהם עליו וגם החתימו עד א' עמהם לראיה ולברר כל עסקיהן כו' ולא כמ"ש בע"ש הטעם משום דהעד הוא כמו שליש ביניהן כי טעם זה ליתא שם עכ"ל סמ"ע וגם טעם הע"ש אינו נכון וכמ"ש הט"ו לעיל סי' נ"ד סעיף ו' (סי' נ"ו וס"ד) דאם טוען פרעתי אין השליש נאמן יותר מאלו הי' יוצא מידי המלוה עצמו ע"ש והב"ח כתב ג"כ טעם אחר להרמב"ם דס"ל עד א' בשטר ה"ל מחויב שבועה ואיל"מ ומסיים אלא שהרא"ש לא כתב נועם זה ונלפע"ד דיפה כוון הרא"ש דכבר חלקו כל הפוסקים על הרמב"ם בזה לעיל סי' נ"א וכמ"ש הב"ח גופיה בסי' נ"א ע"ש. ועוד נראה דאף הרמב"ם לא קאמר אלא בע"א בשטר דהיינו שנכתב כדין שטר ממש שא"ל כתוב וחתום משא"כ בפנקס כיון שלא א"ל לכתוב ולחתום כדין שטר וכתיב מפיהם ולא מפי כתבם וכמ"ש הרשב"א בתשוב' והרב לעיל סי' ל"ט ס"ג דאפילו

בשנים כל שלא א"ל כתבו וחתמו אף שכתבו השטר אינו אלא כפנקס בעלמא עכ"ל כ"ש בעד א' וכ"ש בפנקס ממש ואף שהר"ב כתב שם די"א דאם נתקיים דנין על פיו כבר השגתי שם על הר"ב בזה ועוד נראה דבפנקס ממש גם הר"ב מודה דה"ל מכתבם ולא מפיהם ולא קאמר הר"ב די"א דדנין על פיו אלא כשכתב כעין שטר ומסרו ביד המלוה אבל כשכתב בפנקס משמע מדברי הר"ב דלכ"ע אין דנין על פיו וכמש"ל סי' ל"ט ס"ג דהיכא דכתב רק לזכרון דברים לכ"ע אין דנין על פיו וכ"ש כאן בעד אחד וכמ"ש בסי' ל"ט שם ס"ק ח' דמהר"מ ויש פוסקים מחלקים בין שטר בב' עדים לעד אחד לענין שצריך לומר כתובו וחתומו (וכן לעיל סי' מ"ו סעיף י' וסל"ח בהג"ה) ע"ש ודו"ק אלא ודאי ליכא טעמא אחרינא במילתא רק מ"ש הרא"ש וכבר כתבתי בס"ק הקודם שהרא"ש לא הורה כן אלא בעובדא דיליה ושדברי המחבר צל"ע לדינא:

סעיף כד

אנו טוענים כו'. ואפילו כתב בכתב ידו נאמנות סתם לא מהני הנאמנות לגבי יורשים אם לא שכתוב בפירוש שיהא נאמן גם נגד יורשיו וכ"כ בד"מ וגם בסי' ע"א כ"כ הט"ו אלא דשם נשבע המלוה אשט"ח שלא נפרע ונוטל וכאן בכת"י נפטר היורש עכ"ל סמ"ע וכן הוא בתשו' מהר"מ בתשובת מיי' לספר משפטים סי' ל"ח ומביאו ב"י בסי' ח' בקצרה וכן משמע בטור סעיף י' דנאמנות סתם אף בכת"י לא מהני נגד יורשיו שכתב ואם כתב בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו כו':

סעיף כה

ופטורים אף משבועת היורשים דאין היורשים צריכים לישבע אלא ליטול בשטר בשבועה שלא פקדנו אבא ששטר זה פרוע אבל להפטר פטורים אף משבוטת היסת כשטוענים שמא אבל כשטוענים ברי שפרע צריכים לישבע כדלקמן סי' ע"ה סעיף ט"ז וסעיף ך' ועמ"ש שם ועיין בתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' ע"ב אבל מחרימים כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ט:

סעיף כו

ואם הוא תוך הזמן כו' הואיל ומודים שהוא כת"י אביהם כו' זה צל"ע אף שגם הטור ובעה"ת כתב כן כי מה בכך שהם מודים שהוא כת"י אביהן מ"מ אלו היה אביהן קיים והיה מודה שהוא כתב ידו אע"פ שהיה בתוך הזמן היה נאמן לטעון פרוע במגו דאינו כת"י א"כ לטעון ליתמי דלא פרע אביהן דאע"ג דאביהן לא הי' נאמן אלא משום מגו טענינן ליתמי וכמו שהעליתי לקמן סי' רצ"ז מיהו בהודה בחליו או מת בנדוי לק"מ דאביהן גופיה אלו הוה קיים והיה טוען פרעתי לא הי' נאמן שהרי כבר הודה שלא פרע

או נתנדה על שלא פרע ולא היה יכול לטעון אלא פרעתי אחר שהודיתי או אחר שנתנדה וזה לא שייך בצוה בחליו או מת בנדוי אבל בכתב יד שהוא תוך זמנו ומעולם לא הודה שלא פרע קשיא ונראה דהטור לטעמי' אזיל דס"ל לקמן סי' ק"ח ס"ז דלא טענינן ליתמי נאנסו אע"ג שאביהן היה יכול לטעון נאנסו משום דמלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי וכן י"ל דס"ל לבעה"ת וא"כ קשה על המחבר שהביא לקמן סי' ק"ח סעיף ד' גבי נאנסו ב' דעות וכאן סתם לגמרי כדברי בעה"ת וטור (וגם בב"י וד"מ לא הביאו כאן שום חולק) ואפשר ס"ל דחזקן דאין אדם פורע תוך זמנו גרע טפי ממילתא דלא שכיחא ואפי' מאן דפליג במילתא דלא שכיחא מודה דלא טעני' ליתמי דילמא פרע אביהן כיון דחזקן אין אדם פורע תוך זמנו: אבל באמת נלע"ד דמאן דפליג התם פליג נמי הכא וכמ"ש לקמן סי' ע"ח סעיף ג' על דברי הר"ב עיין שם דאע"ג דקושטא דמילתא דחזקה גרע טפי ממילת' דלא שכיח. כדמוכח בכמה דוכתי דתדע דהא איהו גופיה היה יכול לטעון נאנסו אף בשטר מקוים ופרעתי תוך זמנו לא היה יכול לטעון אפילו הוא בעצמו אפילו בהלואה ע"פ כשיש עדים בקביעות הזמן וכדלקמן סי' ע"ח מ"מ נלפע"ד דטעמא דמאן דפליג התם הוא משום דס"ל דלעולם טענינן ליתמי כל מה שהיה יכול אביהן לטעון לעולם אנו חושבין כאלו אביהן קיים לפנינו וטוען כך או כך יהיה איזה טענה שיהיה וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ן בספר המלחמות פרק המוכר את הבית ופ' הגוזל קמא עיין שם במה שכתבו הגאונים כלם הסכימו (טוענים להו כל מאי דמצי טעין אבוהון כו' ע"ש וכן נלפע"ד עיקר:

סעיף כז

או שהודה החייב וצוה בחליו שהוא חייב לו עדיין או נמצא כתוב בפנקסו שהוא חייב לו או נדוהו כו' לשון רשב"ץ בשם בעל התרומות. ופי' בבדק הבית דר"ל דפנקסו אפילו אחר זמנו הוי כחייב מודה כו' ועדיף מכתב ידו ע"ש וכן פי' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ע"ד ע"ש ולפע"ד נרא' דאדסמיך ליה קאי שנמצא כתוב בפנקסו שאותו כת"י עדיין חייב לו הא לאו הכי לא עדיף פנקסו מכתב ידו כמ"ש הרשב"א בתשוב' להדיא ומביאו ב"י ובש"ע ס"ס ק"ז והשתא א"ש דהך דינא דפנקסו לא נמצא בבעל התרומות ואדרבא הבעה"ת בשער י"ג וי"ד לא כתב אלא ג' דרכים ואם איתא הל"ל ד' אלא ודאי כדפי' ודו"ק:

סעיף כח

ואם אין מודים כו'. אע"פ שהוא תוך הזמן כו' כתב הסמ"ע וז"ל לכאורה נראה דדקדק וכתב אע"פ שהוא תוך הזמן דס"ל דדוקא בכה"ג דאיכא למימר דכת"י הוא זיוף וממילא אין לחוש להזמן שבו משא"כ כשצוה בחליו או שנידוהו אבל בטור כתב דגם בהני

פטורים ועפ"ר שכתבתי טעם לשלשתן והוא דאם מת בתוך זמנו פטור מטעם הנ"ל ואם ציוה בחליו י"ל שלא להשביע את בניו ציוה כל זמן שלא א"ל תנו לו ובמת בנידויו אכתי איכא למימר שנידוהו אכת"י אחר מקויים ואותו אינו מראה עתה ורוצה לגבות עתה בזה הזיוף ואח"כ יחזיר ויגבה בכת"י המקויים ומקצת כעין זה כתב ג"כ בשארית יוסף וגם מהר"ר וישל ז"ל בהגהותיו ונראה דגם המחבר כאן הראשון משלשתן נקט וה"ה לאינך תרתי ומור"ם דמסיק וכתב מיהו אם נידוהו כו' הוא דעת שלישית וסבירא לי' דבתוך הזמן ובציוה בחליו הוא דפטור משום ה"ט שכתבתי אבל בנידוהו ומת בנידוי סבירא ליה הטעם שכתבתי לדוחק ומכל מקום לא הוי ליה למור"ם לסתום ולכתוב מיהו אם נדוהו כו' כאלו הוא בא לבאר דברי המחבר וז"א אלא המחבר סבירא ליה כמו שכתבתי ובעיר שושן נמשך אחר תמיהת בית יוסף ומ"ה כתב דבין בנידוהו ובין בציוה בחליו חייבים היורשים לשלם. והנלע"ד כתבתי ודו"ק עכ"ל: ואשיב על דבריו על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון. מה שכתב בציוה בחליו חיישינן דלא להשביע הודה לא נהירא לפי עניות דעתי וכמו שכתבתי לקמן. ומה שכתב ובמת בנידויו אכתי איכא למיחש שנידוהו אכת"י אחר מקיום כו' ואחר כך יחזור ויגבה בכתב יד המקוים כו' אמת שגם בס' גדולי תרומ' ובתשובת מהר"א ן' ששון סי' ק"ל תירצו כן אבל לא נהירא לפענ"ד שיעכבו מעותיו בשביל חששא זו גם הבית חדש כתב ששמע שרבים תירצו כן והשיג עליהם מטעם זה דכיון דודאי חייב לו אביהן היאך יעכבו מעותיו בשביל חששא זו הלא אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש ודבריו נכונים בזה ובפרט למאי דקיימא לן לעיל סי' נ"ד כותבין שובר ע"ש (ואף שבשארי' יוסף כתב וז"ל ואין להקשות וכי משום חששא זו נפסיד לזה למה לא יכתבו פטורים שאינו חייב לו כלום עד היום הזה כי אין הדין לכוף שיצטרך לשמור שוברו וראיה ברורה מפורסמת שהרי כתב הטור ח"מ סי' מ"א ס"ך וז"ל וכתב הרמ"ה שצריך לכתוב בקיום (רצה לומר בשטר מחוק) שקרעו שטר הראשון דאם לא כן פסול הוא דשמא ילך לבית דין אחר ויעשה קיום אחר ויחזור ויגבה ע"כ והנה קשה ג"כ למה פסול הוא יכתבנו לו פטורים אלא ש"מ שכשיש לחוש לערמה אין לכתוב פטורים אלא לא יגבה וכן בכאן ואולי הטעם שאינו חייב לשמור פטורים שלו מן העכברים עכ"ל כל דבריו לא נהירין לפע"ד דאם כן מי שאמר אבד שטרי לא יצטרך הלוה לפריע לו והא קי"ל שצריך לפרוע לו ואינו יכול לומר שאצטרך לשמור שוברו מן העכברי' וכמו שמוסכם מכל הפוסקים בפ' גט פשוט וכ"כ הטור והמחבר לעיל סי' נ"ד ס"ב וכ"ש הכא שהמלוה אומר שזהו הכת"י עצמו שאין הדין נותן כלל שבשביל חשש ספק לא יצטרכו לפרוע ובפרט כיון דאפשר בכתיבת שובר: ומ"ש וראיה

ברורה מפורסמת כו' לפע"ד לאו ראיה היא כלל דשאני התם שיש לחוש שהלוה לא ירגיש ברמאות וישלם לו כפשוטו ולא יבקש ממנו פטורים והלכך כיון שיכול לבוא לידי פסול הוא פסול כדלעיל סי' מ"ד משא"כ הכא כן נלפע"ד) ומ"ש ונראה דגם המחבר כאן הראשון משלשתן יקט וה"ה לאינך כו' אינו נלפע"ד אלא נראה דאזיל לטעמיה בב"י שהניח בתימה דברי הבע"ת והטור בהודה בחליו ובמת בנדיו וכוונתו כמ"ש הע"ש ומ"ש ומור"ם דמסיק כו' הוא דעה שלישית כו' הוא אמת בדעת מור"ם וכ"כ בד"מ להדיא על תמיהת ב"י וז"ל ונ"ל דלק"מ דאע"פ שהודה שחייב לו אפשר דכדי שלא להשביע אם בניו אמר כן וכמו שנתבאר בסי' ל"ב ופ"א כו' ומ"מ אם מת בנידויו בהא אין לחלק בין אם מקיימים כת"י או לא כן נ"ל עכ"ל ד"מ דלא כס' אגודות אזוב דף פ"א שמגמגם בדברי הרב בהג"ה ור"ל דס"ל דה"ה בשחייב מודה וחד מנייהו נקט כו' ונעלם ממנו דברי הד"מ ע"ש וגם הב"ח בהוד' בחליו תירץ כהד"מ ובמת בנידויו תירץ דחיישינן שמא טען מזויף ופסקו לו שישבע ונידוהו על שלא רצה לישבע וכל זה דוחק גם לא נהירא לפע"ד לומר דניחוש משום שלא להשביע הודה דא"כ אפי' היורשים מודים שהוא כת"י אביהן נמי נטעון להם שמא פרע אביהן ומה שהודה הי' שלא להשביע ועוד דהא לקמן ר"ס ק"ח נמי סתמא אמרינן דגובים מהיתומים אלא ודאי מיירי בהנך גוני דליכא למימר שלא להשביע וכדלקמן סי' פ"א ע"ש. אבל לפעד"נ דמעיקרא לק"מ דהבעה"ת והטור מיירי שהודה שחייב לו סך ממון כמשמעות הכתב יד שביד חבירו ולא פרט הסך רק שהודאתו הי' שאותו כתב יד שביד חבירו עדיין חייב לו ואיננו פרוע וכן משמע למעיין בבעה"ת כשחייב מודה וצוה בחליו שאותו כתב ידו הוא חייב לו וכן מ"ש או שנדוהו מיירי ג"כ בכה"ג ולכך מצו היורשים למטען דילמא לא הי' חייב לך סך שבכת"י זה דדילמא כתב ידו זה זיוף הוא ונראה דגם הב"י והד"מ והאחרונים מודים לזה לדינא כי הסברא נכונה אלא דלשון הטור שהוא חייב לו כך וכך לא הוה משמע להו הכי אבל באמת נראה כוונת הטור כמ"ש ולכך כתב שהוא חייב לו כך וכך בכתב ידו דלאיזה צורך הזכיר בכתב ידו אלא ה"ק שאותו סך כך וכך כלו' שהודה שכך וכך הוא חייב לו כפי כתב ידו ולא הזכיר הסך כן נלפע"ד:

סעיף כט

אין מודים שהוא כתב יד אביהן וגם לא נתקיים אע"פ כו':

סעיף ל

פטורים. אע"פ שהחזקה אין אדם פורע. תוך זמנו ה"מ בשטר גמור ולא בכתיבת ידו עכ"ל עיר שושן ודבריו תמוהים דהדבר פשוט דגם בשטר אי לא נתקיים לא אמרינן ביה

חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דדילמא הכל זיוף וכן בכתב ידו ודאי אם נתקיים לא אמרי' ביה שפרעו תוך זמנו אלא הכא בכת"י נמי טעמא הוא דדילמא הכל זיוף והוא פשוט ואפשר דה"נ קאמר הע"ש ה"מ בשטר גמור כלו' היכא שנתקיים אבל לא בבת"י בעלמא שלא נתקיים אך הלשון דחוק:

סעיף לא

פטורים אף בלא שבועה כו'. כתב הסמ"ע דאפי' ידוע שלא נשבע פטורים היורשים כו' ע"ש וכ"כ בבדק הבית וכן משמע לקמן סי' פ"ז סעיף ל"ב וכתב עוד בבעה"ת דמ"ש מחרימים סתם היינו דמחרימים שלא שמעו מאביהם שהיה חייב אותו ממון ולא פרעו וע"ש (עי' בתשובות מהר"ש כהן ס"ב סי' פ"ד ובתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' ע"ב וסי' קי"ב דף קל"ט ע"ב) מדין עידי מסירה כרתי עיין לעיל ס"ס מ' וס"ס נ"א ומ"ש שם:

סימן ע

סעיף א

ואפי' לת"ח דמסתמא לא יכפור אפילו הכי יש לחוש שמחמת טרדת למודו ישכח:

סעיף ב

משובח יותר. לפי שנזכר סכום ההלואה כן כתב הסמ"ע ולפי זה משמע דהוא הדין כתב יד אבל בתשו' מהרשד"ם סי' כ"ג כתב דדוקא שטר אבל לא כתב יד וע"ש:

סעיף ג

וגורם קללה לעצמו. שהבריות יקללוהו מחמת שתובע לחבירו מה שאינו חייב לו:

סעיף ד

ויש חולקין והעיקר כסברא הראשונה וכן הוא דעת רוב הפוסקים וכמעט כולם וכמ"ש בספרי וכן כתב מהר"ר ישעיה טראני שבתשו' ן' לב סוף ספ' א' עיין שם וכן משמע בכמה דוכתי וכן מדברי הפוסקים והטור. וכן לעיל סי' ל"ט סעיף ג' וריש סי' נ"א ולקמן סי' ע"ה ס"ד בהג"ה וכן מדברי הרמב"ם והטור לקמן סי' פ"ז סל"א וסוף סי' פ"ח וכ"פ בס' אגודות אזוב דף פ' ע"ד ואע"פ שפסק כן משום דלא ידע מאן נינהו היש חולקי' ואשתמיטי' דברי ראבי"ה במרדכי פ"ק דכתובות שהביא בד"מ וגם דעת הרמב"ן בהר"ן פ"ב דכתובות נראה להדיא כן וכן כתב בתשו' מהר"ש כהן ספר שני סי' ס"ד בשם הרמב"ן ע"ש וכן הבאתי לקמן סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק נ"ט שכן כתב הריב"ש סי' תע"ח בשם חכמי הצרפתים מ"מ לענין דינא העיקר כסברא הראשונה וכמ"ש בספרי ע"ש וגם הרמב"ן גופיה כ' בפרק גט פשוט גבי כי כתביתו שטרי אקנייתא וז"ל וש"מ דקנין בלא

שטר טורף מן המשועבדים ומכאן סמכו המחברים לומר עוד שאינו יכול לומר פרעתי בשטר עכ"ל ולא חלק על זה:

סעיף ה

וע"ל סי' ל"ט ס"ה. דכאמן לו' פרעתי לכ"ע דשאני התם שהזמין אחרים בקנינו וכן מבואר בע"ש שם ע"ש:

סעיף ו

אמר פרעתיך כו'. בספרי הארכתי בזה והעליתי דהעיקר כדעת ר"ש והרי"ף והטור ורמב"ן סי' מ"ג דלעולם לא הוחזק כפרן וכהך דבש"ס פ' שבועת הדיינים והוכחתי שם שכן ג"כ דעת הרא"ש (והב"ח כתב וז"ל וכ"פ רבינו הטור בסתם בסי' ע"ט סעיף י"א על סמך מ"ש כאן דהרא"ש והרי"ף והרמב"ם הסכימו דא"צ לברר דאפי' הכחישוהו לא הוחזק כפרן ודלא כמ"ש הרא"ש בפרק ג"פ דמשמע דס"ל דאם הכחישוהו הוחזק כפרן ומביאו ב"י דליתא עכ"ל ולא דק דהרי הטור גיפיה כתב לקמן סי' ק"מ ס"ג כדברי הרא"ש פ' ג"פ והרא"ש ג"כ הא כתב הך דלקמן סי' ע"ט בסתם בפ' כל הנשבעי' אלא ודאי דעת הרא"ש וטור דדוקא בשטר אמרינן הכי כיון דחזקה מכח שטר קאתיא וכדעת הרשב"א והר"ן והרמ"ה וה' המגיד וראיתי בד"מ שהבין ג"כ מדעת הרא"ש כהב"ח וכן נרשם בש"ע שעם המראה מקום ולפע"ד מ"ש ברור) וכן עיקר בדעת הרמב"ם וכמו שהבין הטור מדבריו וכמו שהוכחתי בספרי שם ודלא כהה"מ וב"י לדעתו וכן דעת הרשב"א והר"ן דדוקא בהך דגט פשוט ונתבאר לקמן ר"ס ק"מ בשטר וחזקה צריך לברר כיון דחזקה מכר שטר קאתי וכן דעת הרמ"ה וה' המגיד ותמוה לי על הרב בהג"ה שכתב סתמא דכל שבאו עדים כו' חייב לשלם כו' ולא חילק דהא ודאי ליכא למ"ד הכי דלעולם כשהכחישוהו חייב לשלם דאין פוסק שיחלוק על הש"ס דשבועות הדיינים ובע"כ צריך לחלק איזה שום חילוק וה"ל להר"ב להביא שום חילוק היכא דאינו חייב לשלם וצ"ל דהך י"א הוא דעת הרמב"ם לפי מש"ה ה' המגיד דמחלק בעידי הלואה וא"כ הר"ב קאי על מ"ש המחבר בסעיף א' המלוה את חבירו בעדים כו'. ודוחק וגם תימה על הר"ב שכתב הי"א אלו דהוא דעת יחידאי ודעת רוב הפוסקים אינו כן וכמ"ש ואע"ג דבסמ"ע נרשם במראה מקום ע"ז ר"ן פרק שבועת דיינים מ"מ פשוט דטעות הוא דדעת הר"ן איפכא וכמ"ש ומביאו ב"י ג"כ והע"ש השמיט הגה' הרב. ויפה כוון. ונראה ג"כ לענין דינא כיון דהרמב"ם וה"ר זרחי' הלוי ובע"ת שער מ"א וראב"ן ור' ברוך בהגה' אשר"י (פרק שבועת הדיינים) והנ"י מפרשים מילתא דלא רמיא לאו אדעתיה אעדים (ותימה שהב"י לא הביאם) ורש"י והר"ן והטור ורשב"א בתשו' סי' תתקס"א ושאר מחברים מפרשים

אלוה י"ל דשניהם אמת והלכך כל שחוזר בו ואומר דרך שגגה אמרתי שפרעתי בפני פ' ופ' אע"פ שחמר תחלה שהזמינם לעדות לא הוחזק כפרן דמילתא דלא רמיא עלי' שלא היה מחוייב לומר בעדים פרעתיך ויכול להיות שהזמין אחרים או שהי' מדומה לו כן אבל היכא שאחר שהכחישוהו העדים עדיין אומר ודאי בפניכם פרעתי אז יש חילוק אם אומר שהזמינם לכך הוחזק כפרן ואם לאו לא הוחזק כפרן ומה שאין העדי' זוכרים היינו דכיון דלא הזמינם לא רמיא עלייהו ולאו אדעתייהו והפוסקי' וכן המחבר דמחלקים בין הזמינם או לא מוכרחים לפרש מילתא דלא רמיא כו' אעדים ולא אלוה וכמבואר להדיא בס' המאור ובבעה"ת בשם הרז"ה ושאר פוסקים ע"ש ודלא כהע"ש והסמ"ע ס"ק ט' שהעתיקו רק פירש"י ולא כוונו יפה וכ"ש לדברי המחבר דמוכרח עכ"פ לפרש אעדים וכמ"ש ודוק. מיהו אם אחר שאומר פרעתיך בפני פ' ופ' חוזר בו מיד אין צריך להביאם דא"צ לברר אלא לטובת הלוה להפטר אף משבועה. כל זה העליתי בספרי מדעת הרבה פוסקים ושטתם נכון בש"ס ע"ש:

סעיף ז

שצריך לברר דבריו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ח' שהקשה על הר"ב דמאן דכתב דצריך לברר דבריו סתם פשיטא דלא מהני שבועה בהכחישוהו ולא ה"ל להר"ב לכתוב אדברי המחבר שהן הן דברי הרמב"ם לדעת הב"י שצריך לברר דבריו סתם כיון דמסיק המחבר וכתב דמהימן בשבועה כו' עכ"ל ולפע"ד זה אינו שהרי הטור כתב ברישא סתם צריך לברר דבריו ומסיק אח"כ דנאמן אפילו בהכחישוהו וכן התוס' בשבועות ריש דף מ"ב ע"ש וכן הוא בשאר פוסקים:

סעיף ח

א"ל כו'. מכאן ועד סוף הסי' מיירי דא"ל כן בפני עדים דאל"כ הוא נאמן במגו דאמר לא התנה עמו כן עכ"ל סמ"ע וכ"כ ה"ה ומביאו ב"י:

סעיף ט

בין שאמר כו'. כתב הסמ"ע וז"ל וכתב הר"ן פ' שבועת הדיינים דלדעת הרמב"ם אפי' אם אמר הלוה אין רצוני לפרוע לך אלא שלא בעדים אפ"ה צריך לפרוע בעדים כו' וכ"כ הרב המגיד כו' עכ"ל וכ"כ בע"ש בסתם (וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר שני ריש סי' י"א בשם רוב המפרשים) ובאמת כ"כ הר"ן וה"ה שכן נראה מדברי הר"י ן' מגש והרמב"ם ומביאם ב"י אבל לפע"ד לא משמע מדברי הרמב"ם מידי ואדרבא מל' הרמב"ם שכתב צריך לפרעו בעדים מפני התנאי משמע שהלוה לא מיחה כמו כל תנאי שמסכימים שניהם ויכול להיות שגם הר"י ן' מגש לא כתב אלא כדברי הרמב"ם. וגם בלאו הכי

דעת הרא"ש וטור להדיא דבין בשעת הלואה ובין לאחר הלואה אם מיחה אינו צריך לפרעו בעדים וכ"כ ר' ירוחם נ"ג ח"ב בשם התו' ושכן דעת כמה פסקנים ונהי דבמה דס"ל להרא"ש וטור ור' ירוחם דשלא בשעת הלואה בעינן שיקבל עליו הלוה בפירוש ולא סגי בשתיקתו לא קי"ל כוותייהו אלא כהרמב"ם והר"ן והרב המגיד ושאר מחברים דאף בששתק מהני אפי' לאחר הלואה וכמ"ש המחבר וגם פשט לשון המשנה משמע ששתק לאחר הלואה מ"מ בהא דס"ל דבמיחה בפי' א"צ לפרעו בעדי' הא גם הרמב"ן ס"ל הכי בהדיא וגם במשנה לא הוזכר שמיחה ומשמע דהלוה שותק וכן משמע פשט ל' הרמב"ם וכמ"ש ובפרט לפי מ"ש הר"ן גופיה שיש שתמהו ולאחר הלואה במה נשתעבד ותירץ שאין הענין מטעם שעבוד אלא משום דכשא"ל אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה עשוי לפרעו שלא בעדים ואי טען שפרעו בלא עדים אנן סהדי דשקורי משקר עכ"ל וזה לא שייך כשמיחה בו מתחלה ולא קבל התראתו יכול לומר סמכתי על מחאתי ופרעתי לו שלא בעדים וליכא למימר בהא אנן סהדי מיהא היכא דהתרה בו בפני ב"ד אל תפרעני אלא בעדים אף הרא"ש והטור ור' ירוחם מודו דאפי' מיחה ואומר איני רוצה לקבל תנאי זה צריך לפרעו בעדים מאחר שהוצרך להביאו לפני ב"ד כמבואר בדבריהם להדיא ע"ש וגם על זה יש לדחוק דהיאך יכול זה להכריחו שיקבל תנאו בעל כרחו וצ"ע:

סעיף י

ואם אמר שפרעו שלא בעדים ושכח התראה. הרא"ש ומוכח שם דכ"ש אם לא שכח אינו נאמן ע"ש:

סעיף יא

ואינו נאמן. ואין להאמינו במגו דאי בעי אמר קיימתי תנאך ופרעתיך לפני פלוני ופלוני והלכו למ"ה או מתו דאין זה מגו טוב דיותר נוח לו לומר פרעתיך ביני לבינך ושכחתי ההתראה שהתרית בי לפרעך בעדי' ממה שיאמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו כי יאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עידיו הרא"ש. והרב המגיד תירץ שאין כאן דין מגו שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר דלא קיימיה וכיון דלא נתברר שפרע אמרינן ליה מחייבי' לקיומי תנאך עכ"ל. ותירוץ זה צ"ע. וב"י כתב וז"ל ולי נראה עוד דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בעדים אנן סהדי דלא פרעיה שלא בעדים והיכא דאנן סהדי ליכא מגו ע"כ. ואולי גם הרב המגיד כוון לזה. ועמ"ש לקמן סי' קל"ג סעיף ב' ס"ק ב':

סעיף יב

והמלוה גובה ממנו בלא שבועה כו'. נראה דהיינו דוקא שבועה דלפני הפרעון אבל לאחר הפרעון יכול להשביעו היסת כדמוכח לקמן סי' ע"א סעיף ה' דכ"ש הוא מהתם ע"ש:

סעיף יג

בפני פלוני ופלוני כו'. משמע דוקא במייחד עדים ואומר בפני פלוני ופלוני אבל אם אומר פרעתיך בפני עדים והלכו למ"ה או מתו אינו נאמן דכיון דלא מייחד עדים מוכחא מילתא דמשקר וכהרמ"ה וטור וכ"כ הב"ח דהכי משמע לישנא דש"ס וכן כתב הרשב"א מיהו היכא דיש רגלים לדבר דאינו יודע או ששכח מי הם העדים נראה דפטור לסברא זו דגורסי' נאמן בלאו הכי הר"ן חולק ע"ש:

סעיף יד

נאמן. שהריהוא אומר שקיים תנאו. והרי"ף והר"י הלוי חולקין גם כאן וכן בתשובה להרמב"ן סי' צ"ז כן דעת הראב"ד ונהי דהרב המגיד הקשה על הראב"ד במה שמפרש דגירסא דנאמן מיירי כשאין עדים על התנאי מ"מ בדינא לא הקשה עליו כלום לפי הגירסא אינו נאמן וגם יש ליישב כל קושיותיו של הרב המגיד ועיין בס' גי' תרומה שער כ"ה סוף חלק ב' וכ"כ בהגהת אשר"י פ' שבועת הדיינים דכן הלכה למעשה ואמרי' זיל פרע ליה ובדאתו פלוני ופלוני ואמרי דפרעת ליה מחייב לאהדורי לך מא"ז עכ"ל וכן נראה לפע"ד עיקר בש"ס דמ"ש הר"ן והרא"ש דרב אסי מודה לשמואל דאם אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה נאמן לא נהירא לי דא"כ ל"ל לרב פפא משמיה דרבא למימר הלכתא כו' ואם אמר כו' והלכו למ"ה נאמן כיון דרב אסי ושמואל תרווייהו ס"ל הכי למה ליה לרב פפא למימר הכי כלל ובפרט לפי מה דמשמע פשטא דמלתא דהלכתא קאי נמי אהא וא"כ קשה ל"ל למפסק הלכתא בהא כיון דרב אסי גופיה מודה בהא ועוד דא"כ דשמואל לא פליג אלא היכא דאמר פרעתיך ביני לבינך (דאז) נאמן במגו א"כ היכי קאמר יכול לומר לו פרעתיך בפני פלוני ופ' והלכו למ"ה הא רב אסי גופא נמי מודה בהא ול"ל הא ועיקר מלתא חסר מן הספר והכי הל"ל מתוך שיכול לומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למדינת הים יכול נמי לומר פרעתיך ביני לבינך ועוד דכי קאמר תנאי היא ורב אסי דקאמר כת"ק דר' יודא ב"ב דקתני בעדים פרע לי או יתן או יביא ראיה שנתן משמע דלא מהני שום טענה רק או יתן או יביא ראיה שנתן וכשאינו מביא ראיה יתן דוקא ולא סגי בלא ראי' כלל אלמא דלא מהני כשאומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה אלא יביא ראיה דוקא ועוד דא"כ מנ"ל לשמואל דר' יודא בן בתירא

סבר כותיה דילמא ריב"ב דוקא קאמר יכול לומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה אבל מגו לית ליה ועוד דלישנא דקאמר שמואל יכול לומר כו' לא משמע מתוך שיכול לומר כו' אלא כפשוטו אלא ודאי הכי פירושא דשמעתא דרב אסי אמר אם אמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפורעו בעדים וסתמא קאמר צריך לפרעו בעדים משמע האי לישנא דצריך לפרעו בעדים דלא מהני ליה שום טענה רק יביא עדים דוקא שפרעו בפניהן וגם מדקאמר סתמא צריך לפרעו בעדים ולא מחלק בין אם אמר פרעתיך ביני לבינך ובין אם אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה אלמא דכל גווני לא מהימן רק צריך לפרעו בעדים ושמואל אמר יכול לומר לו פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה אבל כשאומר פרעתיך ביני לבינך מודה לרב אסי ואותבינא עליה דשמואל מדתנן מנה לי בידך א"ל הן א"ל אל תתנהו לי אלא בפני עדים נתתיו לך חייב מפני שצריך ליתן לו בעדים אלמא דלא מהני ליה שום טענה אלא בכל גווני חייב דאל"כ אמאי תנן סתמא חייב ה"ל למתני' לפלוגי בהכי ובפרט דברישא מחלק בין פטור לחיוב הכא נמי ה"ל לחלק דיש צד דפטור ויש צד דחייב ועוד דקתני נמי לישנא שצריך ליתן לו בעדים דמשמע שצריך לברר שפרעו בעדים וכמ"ש התוס' והרא"ש אבל לפע"ד א"צ לזה דיותר נראה דפריך כפשוטו מדקתני סתמא חייב ולא מחלק וכדפרישי' ומשני תנאי היא כו' והשתא בעל כרחך דגרסי' במילתיה דרב פפא משמיה דרבא אינו נאמן דאל"כ היאך פסק כשמואל דהא איתותב שמואל וכמ"ש הר"ן גופיה דרב פפא משמיה דרבא לא פסיק כשמואל משום דאיתותב ומאי דמהדרינן תנאי היא אדחיא מדפריך רב אחא ממאי דבשעת הלוא' קאי כו' ועוד דוחק לומר דפסק כר' יודא ב"ב ולא כת"ק וגם דלא כסתם מתני'. ועוד דהיאך יאמר רב פפא בענין אחד שני מאמרים הסותרים זה את זה דמתחלה קאמר ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים והיינו ממש לישנא דרב אסי והאי לישנא משמע דבכל גווני צריך לפרעו בעדים ולא מהני ליה שום טענה אף אם אומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למ"ה וכדפירש ובתר הכי מיד קאמר ואם א"ל פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה נאמן ועוד דאם איתא דפסק כשמואל לא ה"ל להזכיר דברי רב אסי כלל והל"ל ואם א"ל אל תפרעני אלא בעדים וא"ל פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה נאמן: והשתא לא קשה מה שתמה הרמב"ם וכי מה היה לו לעשות וכי יש לו לאסור את העדים בבית הסוהר ועוד אם מתו נמצא זה פורע פעם אחר פעם א"כ נעשית עדות זו עדות בשטר כו' וה"ה הסכים עמו שהוא תמה באמת והבאתיו לקמן ס"ק ט"ו ולפי מ"ש בע"כ לאו תמיה היא דהא רב אסי ס"ל הכי וגם בלא"ה הא תנא קמא דר' יודא ב"ב ס"ל הכי וכמ"ש והיאך ניקום אנן לתמוה מסברא

אתנאי ואמוראי אלא ודאי ל"ק מידי דכיון שהתנה עמו כן צריך לקיים תנאו ואינו נאמן בכך ואין צריך לאסור העדים בבית הסוהר או לפרוע אם מתו רק תקנתו שיכתוב שובר וכמו שכ' הראב"ד בהשגות והבאתיו לקמן סעיף קטן ט"ו כל זה נ"ל ברור להלכה. אך למעשה כיון דרבו החולקים והלוה מוחזק צ"ע:

סעיף טו

אמר לו כו' משמע דגם בדין זה אין חילוק בין אמר לו בשעת הלואה או לאחר הלואה אלא לעולם מועיל תנאו אף בלא קנין וכדלעיל ס"ג גבי א"ל תפרעני אלא בעדים. וכן משמע להדיא בהרא"ש פרק זה בורר ובטור לעיל סי' כ"ב סעיף ד' ע"ש אע"ג שמרדכי פרק שבועת הדיינים כתב דרשב"ט פי' דהיינו בקנין הא כתב שם שרבי יואל פליג ועוד נראה דרשב"ט מפרש שבאו עדים אחרים והעידו שפרעו וכמ"ש רש"י והרי"ף דלקמן ודלא כפי' הרמב"ם ור"ח וכן משמע במרדכי התם דמיירי דברי רשב"ט בתר פרש"י והרי"ף וכתב אח"כ ור"ח פי' וכו' וס"ל דזה דמי למהימנה לי כבי תרי ובהימנה כבי תרי ס"ל לרשב"ט התם דבעי קנין וכמ"ש המרדכי שם ואפ"ה פליג ר' יואל דס"ל כראבי"ה שבמרדכי שם דבהימנ' כבי תרי נמי א"צ קנין ולפי זה לדעת רש"י והרי"ף וסייעת' דלקמן דס"ל דאפי' באו עדים אחרים והעידו שפרע אינו נאמן דה"ל כהימני' כבי תרי נראה דכי היכא דס"ל להרי"ף גבי נאמנות כבי תרי דבעי קנין לאחר הלואה וכמו שכתבתי לקמן סי' ע"א סעיף ב' ע"ש ה"ה הכא לא מהני תנאי זה אם באו עדים והעידו שפרע אלא כשהתנה כן בשעת הלואה או שקנו מיניה ועמ"ש בסי' ע"א ס"ב ודו"ק:

סעיף טז

אם באו אותם אחרים כו'. באמת צל"ע בדין זה כי נלפע"ד עיקר בש"ס כהרי"ף וה"ר יוסף הלוי ורש"י וסייעתם וכמו שאבאר וגם ראיתי גדולי הפוסקים שסוברים כן מה שלא הביאם בית יוסף כלל הלא המה ה"ר זרחיהו הלוי בספר המאור והרמב"ן בספר המלחמות וכן בהגהת אשרי פ' שבועות הדיינים כתב וז"ל וכן הלכתא כרב אלפס וכרש"י ולא כמיימוני עכ"ל. ולענין מה שהקשה הרמב"ם פט"ו מה' מלוה על זה וכתב שהוא טעות גדול שהרי באו עדים והעידו שבפניהם פרעו ואין כאן בית מיחוש. יפה תירץ הראב"ד בהשגות וז"ל שאמר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' באמת נראין דברי הר"ב ז"ל (ר"ל הרי"ף) דאמר פסלינהו לכ"ע לגבי האי פרעון וכי אתו אחריני ואמרי קמן פרעיה מצי אמר סטראי נינהו והתימה שתמה זה החכם ע"ז ואמר שאפי' אמר בפני פ' ופ' אם יבואו עדים שפרעו בפניהם אין כאן בית מיחוש ותמה על מה שאמרו מהימנת עלי כבי תרי שיפרענו פעם אחר פעם אלא אם יש לו שטר יקרענו ואם אין לו שטר יכתוב לו

שובר בכ"י וזה תקנתו לכל ענין עכ"ל ובב"י כתב שה' המגיד סתר דברי הראב"ד ועיינתי בה' המגיד וראיתי שאין סתירתו נכונה לפע"ד ודברי הראב"ד נראין והנה ז"ל ה' המגיד אני תמה בדברי הר"א ז"ל שאמר נראין דברי הר"ב ז"ל דאמר פסלינהו לכ"ע גבי האי פרעון וכי אתו אחריני ואמרי קמן פרעי' מצי אמר סטראי נינהו ע"כ והנה אלו שתי טענות נראות כסותרות זא"ז דאם איתא דפסלינהו אפי' לא מצי אמר סטראי נינהו וכגון שמעידים שמחמת הלואה שהתנ' עליו פרעו חוזר וגובה אות' דה"ל כהאמינו כל זמן שלא יעידו אותם פ' ופ' ואת"ל דטעמא דעדים אחרים אינם נאמנים משום דמצי אמר מלוה סטראי נינהו כל זמן שהעדים מעידים שעל אותה הלואה פרעו דלא מצי אמר סטראי לא יחזור ויגבה והנה הרב ז"ל ארכבה אתרי ריכשי לפי שהוקשה לו איך נפסול אנחנו עדים והוא לא הזכיר כלל פסולם גם לא הזכיר נאמנות כלל עוד כ' והתימה שתמה זה החכם ואמר שאפי' אמר בפני פ' ופ' וכו' ובאמת רבינו לא תמה אלא בדין הראשון לפי שעשו דין מלוה זו כדין מלוה בשטר והוא תמה באמת עכ"ל ה"ה (גם בס' ג"ת סוף שער כ"ה דחק מאד בדברי הראב"ד ע"ש) ולפעד"נ דברי הראב"ד נכונים וכוונתו דלא תיקשי שהרי העדים לפנינו ומעידים שפרעו וע"ז כתב דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ה"ל כאלו פסל כל העדים לגבי האי פרעון וה"ל כאלו האמינו כבי תרי כל אימת דאמר לא פרענא כל זמן שלא יעידו פ' ופ' (וכן הוא בהרי"ף והר"ן טעם הדבר שנפסל וכל העדים חוץ מאלו ע"ש) ומ"ש הראב"ד מצי אמר סטראי נינהו היינו אפי' מעידים העדים שמחמת הלוא' שהתנה עליו פרעו כו' מצי אמר סטראי והעדים הם עידי שקר שהרי פסל כל העדים לגבי האי פרעון (והרי כאלו הימני' מעיקרא כשיכחיש העדים ויאמר סטראי וע"ל סי' נ"ח ס"ק ט') ולא אתא אלא לאפוקי כשטוען המלוה להד"ם דאינו נאמן דנהי דה"ל כהאמינו כבי תרי ופסל כל העדים שיעידו על פרעון זה מ"מ הלא יוכל הלוה לפרעו בב"ד ויתבענו אח"כ ויאמר לו תן לי המעות שלקחת ממני ואם יכפור הרי יביא עדים דנהי דעל הפרעון לא יהיו העדים נאמנים מ"מ ודאי יהיו נאמנים שקבל המעות ממנו דאטו בשביל שפסל כל העדים לפרעון זה יהיו כל העולם נפסלים לו לכל הענינים הלא לא פסלם אלא לגבי האי פרעון ומה ישיב המלוה על זה אם יודה לדברי העדים ויאמר קבלתי בע"כ יחזור וישלם לו ואם יכפור הרי העדים לפנינו ואמרו שקבל ממנו מעות ודאי דמפלגינן דבורייהו (וכדאמרי' לעיל סי' ל"ד סכ"ו ובכמה דוכתי וכה"ג אמרי' בהכותב דף פ"ח ע"א אי פקח הוא יהיב לה כתובתה באפי סהדי קמא ובתרא ומוקי' להנהו זוזי קמאי בהלוא' ופירש"י שם שיאמר לה הרי הן מלוה אצלך שהרי נפרעת כתובתך שנית כו' ע"ש בדברי הפוסקי' והטור בא"ע סי' צ"ו סי"ג ע"ש וע"ל סי' ע"א סעיף

ה' ס"ק י"ג) וא"כ בעל כרחך יחזור וישלם לו ואם כן הפוכי מטרת' למה לן אלא ודאי כשטוען המלוה להד"ם פטור הלו' אבל כשטוען סטראי נאמן דאע"פ שיאמרו העדים שקבלם בפירוש על חוב זה שהתנה עליו יכול הוא לומר קבלתי על חוב אחר ואלו העדים שאומרי' שקבלתי על חוב זה עידי שקר הם שהרי פסל כל העדים שיעידו על פרעון זה חוץ מפ' ופ' שהתנה וטענת סטראי בעצמה מעליותא היא אע"ג דלית ליה מגו דלהד"ם דכיון דה"ל כאלו הימני' להכחיש העדים שיעידו על האי פרעון הרי הוא מכחישם ואומר סטראי וע"ז האמינו מתחלה וכמ"ש לעיל סי' נ"ח ס"ק ט' ע"ש ואפי' בנאמנות גופיה שהאמינו כבי תרי כל אימת דאמר לא נפרעתי הדבר ברור דכשטוען המלו' להד"ם אינו נאמן נגד ב' עדים שהרי בע"כ יחזור וישלם לו אחר שיפרעם כי יתבענו ויאמר לו תן לי מה שנתתי לך מעות והרי כאן עדים דנהי דעדיה אינן נאמנים על הפרעון משום שהאמינו כבי תרי כל אימת דאמר לא פרענא מ"מ נאמנים על הקבלה דפלגינן דבורייהו ומה ישיב על הקבלה שהרי אמר להד"ם וע"ז הוא מוכחש בעדי' והוא לא האמינו אלא לענין פרעון ולא לכל שאר ענינים וא"כ הפוכי מטרת' ל"ל והא דאמרי' (לקמן סי' ע"א סעיף ה') דבנאמנות כבי תרי א"צ לשלם לו אף אם תבעו אחר הפרעון היינו נמי דוקא כשטוען סטראי כן נלפע"ד ברור ומ"ש ה"ה והנה הר"ב ז"ל ארכבה אתרי ריכשי לפי שהוקשה לו כו' לפענ"ד ליתא דלא ארכב' אתרי ריכשי ולא הוקש' לו להראב"ד היאך נפסול אנחנו עדים כו' ופשוט לו דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ממילא נפסלו שאר עדים וה"ל כהאמינו לגבי כל עולם חוץ מאותם פ' ופ' רק דהוצרך לומר דטוען סטראי מטעמא דפרישית דאל"כ פשיטא דהעדים נאמנים לומר שקבל בפניהם כך וכך מעות דנהי דנפסלו להעיד על הפרעון מ"מ כשרים על הקבלה דה"ל מילתא אחריתי ומ"ש ה' המגיד עוד כתב והתימה כו' עד והוא תמה באמת עכ"ל לאו מילתא היא כלל דעיקר כוולת הראב"ד לומר דמ"ש הרמב"ם על הרי"ף דכשאמר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' וא"ל פרעתיך בפני עדים אחרים אינו נאמן שזהו טעות גדולה והדין האמת שאם באו עדים שפרעו בפניהן נפטר ואין כאן מקום חשש כו' ועוד כתב הרמב"ם אח"כ אבל אם באו והעידו שפרעו אין כאן בית מיחוש כו' עכ"ל ועל זה קאמר הראב"ד דמה שמתמה זה החכם וסובר שהוא טעות גדול דכיון שאומרים העדים שבפניהם פרעו אין כאן בית מיחוש ותמה תמיה זו על מה שאמרו בש"ס מהימני' עלי כבי תרי דהיאך יפרענו פעם אחר פעם והלא העידי' מעידים שפרעו בפניהם ואין כאן בית מיחוש. אלא ודאי כיון דפסלינהו מצי למימר סטראי נינהו וכמ"ש וא"כ ה"ה הכא כיון שכבר הקדימו הרי"ף והראב"ד דה"ל כפסל כל העדים חוץ מאלו ה"ל כהאמינו כבי תרי וכן מדמי להו הרי"ף

להדיא להדדי ע"ש וא"כ בע"כ בהימני' כבי תרי אם יש לו שטר יקרענו ואם אין לו שטר יכתוב שובר וא"כ ה"ה הכא וזה תקנתו לכל ענין ודקדק הראב"ד בצחות לשונו וכתב וזה תקנתו לכל ענין ולא כתב וזה תקנתו גם בזה כדי לכלול ולתרץ ג"כ מה שהק' הרמב"ם בא"ל אל תפרעני אלא בעדי' ואומר שפרעו בפני עדי' ומתו או הלכו למ"ה דאינו נאמן וכי מה הי' לו לעשות וכי יש לו לאסור את העדי' בבית הסוהר כל ימיה' שלא ילכו ועוד אם מתו מה יעש' נמצ' זה פורע פעם א"פ כו' דשפיר יוכל לעשר שיכתוב שובר לכך כ' וזה תקנתו לכל ענין. ובזה נדח' ג"כ מ"ש ה' המגיד והוא תמה באמת ואחרי שבררתי בס"ד שאין בסתיר' ה' המגיד כלום בדברי הראב"ד נראה עיקר בש"ס כהרי"ף והראב"ד וסייעת' חדא דלישנא דאזל ופרעי' כו' וכן באפי סהדי אמר לי' באפי סהדי פרע לי' כו' בש"ס משמע כהרי"ף וכדאיתא בהר"ן גם לא הוזכר בש"ס כלל שהלכו העדים למ"ה ושטען שימתינו לו עד שיבואו העדים והעיקר חסר מן הספר ועוד כיון דהוכחתי בס"ק י"ד דגירסת אינו נאמן עיקר מוכח הכא כהרי"ף דאל"כ למה ליה לרבא למימר להכי קא"ל באפי ראובן ושמעון ומ"ש הר"ן משום דאי לאו הכי יהבינן ליה זימנא הוא דוחק וגם קשה דהא מלישנא דאביי דקאמר באפי תרי פרע לי' משמע דפטור לגמרי ומה דקאמר בש"ס כי היכא דלא לדחיה ל"ק לדעת הרי"ף כדאיתא בהר"ן ואע"פ שאין אני כדאי להכריע בין ההרים הגדולים ובפרט שהבעל העיטור דף ס"ו ע"ב והסמ"ג והראב"ן סי' מ"ג ושאר פוסקים נמי ס"ל כהרמב"ם והרא"ש והתו' והר"ן וה' המגיד מ"מ נלפע"ד אי תפס התובע אפילו בפני עדים מצי למימר קים לי כהרי"ף ורש"י וכר"י הלוי והראב"ד והרז"ה והרמב"ן והג"א ואולי גם המחבר אי הוה ידע דהרז"ה והרמב"ן והג"א מסכימים לדברי הרי"ף וסייעתו לא הוה פסק בפשיטות כדברי הרמב"ם והיה מביא ג"כ סברתם כאן בש"ע שהרי לא הביאם בספרו ב"י כלל. וגם אילו הרגיש שאין בסתירת ה' המגיד כלום הי' מודה מקצת לדברי הראב"ד ואנחנו אחרי שזכינו ת"ל לברר דברי הראב"ד וזכינו לראות כמה אשלי רברבי דמסייע ליה פשיטא דמצי אמר התופס קים לי כוותיהו מיהו היינו דוקא כשטוען המלו' סטראי אבל כשטוען להד"ם ובאו עדים שפרעו בפניהם פטור לכ"ע וכמ"ש ועמ"ש לק' סי' ע"א ס"ק י"ג. ונראה דאם אותו פ' ופ' הלכו למ"ה וזה מביא עדים שפרעו בפנהן נאמן אף להרי"ף וסייעתו דנהי דפסלינהו לכ"ע לבר מהנך סהדי היינו כל כמה דלא מקיים לתנאו אבל כי מסהדי סהדי אחריני דפרעיה קמי פ' ופ' הרי קיים תנאו והרי מתו או הלכו למ"ה וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות. ונראה דאפילו הבעל המאור דס"ל דאף לענין הודאה אין העדים האחרים נאמני' היינו כשהודה בסתם לפניהם שפרעו ומשום דהודאה ופרעון חדא מלתא היא ונמצא דמ"מ לא קיים תנאו אבל

כשמעידים שפרעו לפני פ' ופ' הרי קיים תנאו ולפ"ז כשמעידים שבפניה' הודה שפרעו בפני פ' ופ' לכ"ע נאמנים אך בבעה"ת סוף שער כ"ה משמע להדיא דכשמעידים שהלוה קיים תנאו שהם ראו שפרעו בפני פ' ופ'. כמו שהתרוהו כו' דינו שוה להודה בפניהם שנפרע סתם כו' ובמחלוקת דהבעל המאור והרמב"ן היא שנוי' ע"ש וגם ר' ירוחם נתיב ג' ח"ג אחר שכתב מחלוקת הרי"ף והרמב"ם כתב וז"ל והרא"ש תפס עיקר דנאמן ואם הביא עדים שפרעו בפני פו"פ אינו נאמן דלגמרי פסלן לכל עניני פרעון חוב זה כ"כ הר"י הלוי עכ"ל וצ"ע גם דברי רבי ירוחם בלא"ה צ"ע שהרי לדעת הרא"ש פשיטא דנאמנים וצ"ל דמ"ש ואם הביא עדים כו' מילתא באפיה נפשיה היא והיינו דמסיים כ"כ הר"י הלוי והר"י הלוי ס"ל להדיא כשטת הרי"ף ולא כהרמב"ם והרא"ש. ואע"ג דגבי נאמנות כבי תרי כתב שם מיד אח"כ בשם הר"י הלוי דבהודאה נאמנים צ"ל דהודאה עדיף מראו שפרעו לפני פ' ופ' וכך משמע לכאורה בס' המלחמות להרמב"ן דהודאה עדיף טפי ע"ש ומיהו לענין דינא נראה עיקר כהרמב"ן בהא דבהודא' בפני שנים שפרעו סתם נאמנים ולא מצי למימר בכה"ג קים לי כבעל המאור כיון דבלא"ה רבו החולקי' על שיטת הרי"ף וכ"ש בהודה (שפרעו) בפני פ' ופ' או שראו שפרעו בפני פ' ופלוני וגדולה מזו פסק המחבר לקמן סי' ע"א ס"ג דאפילו בנאמנות כבי תרי נאמנים על ההודאה כ"ש כאן ואף שכתבתי שם שדבריו צל"ע היינו בנאמנות כבי תרי משא"כ הכא ובמו שמחלק הרמב"ן להדיא והביאוהו הפוסקים וכמ"ש לקמן ס"ק ך' ע"ש כן נלפע"ד:

סעיף יז

והעידו שפרעו בפניהם כו' הטעם (של סברא זו) דאמרי' דלא ייחד עדים כדי לפסול עדים אחרי' אלא כדי שלא ישקר לוה לומר פרעתיך בפני האנשים שידע שהלכו למ"ה או כבר מתו עכ"ל סמ"ע וכן הוא בהרא"ש והר"ן ושאר פוסקי':

סעיף יח

פטור כו'. ז"ל השלטי גבורים דף שכ"ג ע"א שלא הזכיר פלוני ופלוני שיהיו נאמני' הם משאר האנשים שמה נשתנו הם משאר העדים ולא הזכיר פלוני ופלוני אלא שלא יוכל לדחותו שפרעו בפני עדים והלכו להם או שמתו אלא אם יבואו עדים אחרי' ויעידו שפרעו בפניהם הרי אלו נאמנים א"ל אל תפרעני אלא בפני ששונים הלכות הרי פסל עליו שאר העדי' והתנה שלא יהו נאמנים עמי הארץ ואם באו אחרים והעידו אינן נאמני' עכ"ל נרא' שהוא מחלק דכשא"ל אל תפרעני אלא בפני אנשים חשובין כגון ששונים הלכות וכה"ג אפי' הביא עדים אחרים א"נ וכן נראה לכאורה מדברי ר' ירוחם נתיב ג' ח"ג שבא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופ' הביא מחלוקת הפוסקים אי נאמן בעדים אחרים

ומסיק והרא"ש תפס עיקר דנאמן ומיד אח"כ בסמוך כתב וז"ל א"ל אל תפרעני אלא באפי בי תרי דתנו הלכתא צריך לפרעו בפניהם ואינו די בעדים אחרים כו' אבל באמת מדעת שאר כל הפוסקים נראה להדיא שאין לחלק בזה שהרי הרי"ף דחה דברי האומרים דכשא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ומביא עדים אחרי' שפרעו דנאמני' ממאי דאמרינן בש"ס ההוא דא"ל לחבריה כי פרעת לי פרעון באפי בי תרי דתנו הלכתא אזיל ופרעיה באפי סהדי כו' דמוכח התם דאין נאמנים ע"ש ואם איתא מאי ראיה מייתי הא שאני התם דא"ל באפי בי תרי דתנו הלכתא וכן הרמב"ם פט"ו מה' מלוה והרא"ש והר"ן ובעה"ת סוף שער כ"ה לא דחו ראית הרי"ף אלא מפני שהגרסא היא בספרים ישנים אזיל פרעיה בין דיליה לדיליה. אלמא דאין חילוק בין פלוני ופלוני ובין תנו הלכתא וכ"כ הטור להדיא וז"ל ואם פרעו בפני עדים אחרים והם בפנינו ומעידים שפרעו וכן אם א"ל אל תפרעני אלא בפני עדים ת"ח או רופאים והלך זה ופרעו בפני אחרים בהא איכא פלוגתא לרש"י והרי"ף אינו נאמן ולדעת ר"ח והרמב"ם נאמן ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל וכן משמע מדברי שאר פוסקים (שוב ראיתי בספר גידולי תרומה דף קי"ז שדקדק מדברי הרמב"ם שגם הוא מחלק בין פלוני ופלוני ובין תנו הלכתא ואין דבריו נכונים לפע"ד ע"ש) ומשמע דבין ייחד לו העדים חשובים כגון שא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ששונים הלכות או שא"ל סתם אל תפרעני אלא בפני מי ששונים הלכות בכל ענין לר"ח והרמב"ם והרא"ש וסייעתם אם הביא עדים אחרים שפרעו נאמן. וכן נראה מסתימת דברי המחבר:

סעיף יט

מיהו המלוה כו'. דברי הרב אלו צל"ע דלכאורה משמע מל' הר"ב שכתב אע"פ שפרעו בעדים כו'. וגם מדתלי טעמא הואיל ולא פרעו בפני פלוני ופלוני שאמר דאפי' העידו העדים שפרעו בפי' על חוב זה שהתנה עליו שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני מצי למימר סטראי. ועוד דאם לא כן לא הוי להר"ב לסתום אלא לפרש דהיינו דוקא שמעידים שפרעו סתם אבל באמת זה אינו שהרי לפי שטת הרמב"ם והמחבר וסייעתם דקאי בהו הר"ב לא מפסלו שאר עדים אלא אמרינן תנאי היה כדי שלא ידחוהו שמתו או הלכו למ"ה וא"כ אמאי לא יהיו העדים נאמנים כשמעידים שפרעו בפירוש על חוב זה שהתנה. ואפי' אם נאמר דהר"ב מיירי שמעידים שפרעו סתם (ואע"ג דלעיל בסי' נ"ח אפי' בפרעו סתם א"י לומר סטראי שאני התם דלא היה שום תנאי והלכך כיון שיש עדים אחרים בדבר איתרע ליה טענת סטראי אבל הכא כיון שהתנה שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני ופרעו שלא בפניהם ה"ל לפרש בפניהם שפורע על החוב שהתנה

וכיון שלא פירש טענת סטראי טענה מעליותא היא) מ"מ קשה מנ"ל להרב הא דהא י"ל דהי"מ דמרדכי דיכול לטעון סטראי קאי בשיטת הרי"ף ורש"י וסייעתם וכן משמע התם במרדכי דמייתי להו אפירש"י דפירש שטוען שעידי שקר הם ולכך יכול לטעון סטראי אפי' כשמעידים בפי' שקבל על חוב זה שהתנה עליו מטעם דפסל כל העדים שיעידו על פרעון חוב זה וכמש"ל ס"ק ט"ו לדעת הראב"ד דקאי בשטת הרי"ף ורש"י וסייעתם אבל לשטת הרמב"ם והמחבר וסייעתם דשאר עדים לא נפסלו א"כ י"ל דאפי' מעידים רק על הפרעון לחוד א"י לטעון סטראי והיינו דכתבו הרמב"ם והמחבר וסייעתם בסתם דהלוה פטור משמע דשום טענה לא מהני למלוה ובכל ענין הלוה פטור אע"פ שהמלוה טוען סטראי: ומל' הרב המגיד שהבאתי לעיל ס"ק ט"ו שכתב ואת"ל דטעמא דעדים אחרים אין נאמנים משום דמצי אמר מלוה סטראי נינהו כו' אין להביא ראי' דהא את"ל קאמר והיינו את"ל דכוונת הראב"ד כן ואיהו לא ס"ל הכי וכבר פרשתי בס"ק ט"ו כוונת הראב"ד ואפשר משמע לי' להר"ב מדכתב המרדכי ולא כמו שפירש האלפסי ורש"י פי' כרב אלפסי דפי' זה אמר עידי שקר הם וי"מ לעולם בדאיתנהו לסהדי וכגון דאמר התובע סטראי נינהו וקאמר רבא דנראה טענתו דלהכי אמר ראובן ושמעון כו' עכ"ל משמע דמתחלה דוחה פי' האלפסי דלא מסתבר שיהא נאמן לפסול העדים אלא מיירי בדליתנהו קמן ואח"כ כתב וי"א לעולם בדאיתנהו לסהדי קמן ואינו פוסל אותם רק שאומר סטראי נינהו וקאמר רבא דנר' טענתו כך משמע לי' להרב וע"מ צריך עיון דיש לפרש המרדכי דמתחל' דוחה פירוש האלפסי דאי אפשר לפרש דאיתנהו קמן ופוסלם דאם כן הפוכי מטרתא למה לי ובתר הכי קאמר ויש אומרים בדאיתנהו קמן ואינו טוען להד"ם אלא טוען סטראי כו' וכמ"ש ועיין ס"ק ט"ו לדעת הראב"ד וגם קשה דה"ל להר"ב לפרש דאינו מכחיש העדים ועוד דמ"מ קשה דהמרדכי קאי בשטת המפרשים דאיתנהו לסהדי קמן משא"כ להרמב"ם והמחבר דמפרשי בליתנהו קמן ומשמע מדבריהם דבאיתנהו קמן בכל ענין הלוה פטור וה"ל להר"ב לכתוב כן בלשון יש אומרים וצ"ע:

סעיף כ

ואם מתו או הלכו למדינת הים. אותם אחרים ואינם מעידים כן בפני ב"ד אינו נאמן:

סעיף כא

לא אפריעך עד שיבא פלוני ופלוני כו' כדי שלא יוכל המלוה לומר על חוב אחר קבלתים וכנ"ל עכ"ל סמ"ע וכן כתב הע"ש והב"ח והוא דחוק דהא הטור והמחבר לא הזכירו כלום מסטראי ועוד דא"כ ל"ל ב"ד יפרענו בעדים ויאמר שפרעו על חוב זה שייחד לו

בפני עדים דמהני אפי' בנאמנות כבי תרי לקמן סי' ע"א סעיף ג' לדעת הטור והמחבר כ"ש כאן ואפי' הרמב"ן דפליג התם מודה כאן כדאיתא להדיא בטור שם ובס' המלחמות להרמב"ן והר"ן פ' שבועות הדיינים ובבעה"ת סוף שער כ"ו ע"ש אלא נראה דחושש שמח ימותו או ילכו למ"ה אלו האחרים וכשיאמר אח"כ שפרעו לפניה' ומתו או הלכו יתחייב לחזור ולפרעו וכדלעיל ואינן יכולין ליתן לו כתוב שפרעו לפניהם אם לא ברשות המלוה דמפיהם ולא מפי כתבם ואין העדים רשאים לכתוב כדלעיל סי' כ"ח סי"ב אלא ב"ד לכך דקדק הטור וכתב אלא פורעו בב"ד וכותבין לו כו' דב"ד כותבין בע"כ ומלתא פסיקתא נקט א"נ נקט ב"ד דקביעי:

סעיף כב

והמלוה אומר בתור' פקדון קבלתים. כלומר דעתי הי' לכך אבל אם אמר בשעה שקיבל המעות בהדיא שלשם פקדון מקבל' ונאנסו לא הוי פרעון וכן כתב הסמ"ע והב"ח וכ"כ בבדק הבית וכתב שדברי הטור אינם מדוקדקים שכתב שאומר שקבלו בתורת פקדון דמשמע שהוא אומר שהוא מוסכ' ביניה' וזה אינו כו' וכמבואר בדברי רש"י עכ"ל ולפע"ד גם דעת הטור כן ודבריו מדוקדקי' שהרי כתב ופרעו לו בינו לבינו והוא מודה לו רק שאומר שקבל כו' משמע שמודה לו שפרעו רק שאומר שקבלו בדעתו בתורת פקדון כו' וכן מבואר בב"ח כוונת הטור ע"ש:

סעיף כג

וכתבו לו ב"ד שטר אחר. באופן שנתבאר לעיל סי' מ"א ע"ש:

סעיף כד

דינו כמלוה בשטר. וגובה מהלקוחות:

סעיף כה

וכתבו לו מעשה ב"ד כו' אינו נאמן כו' אפילו למ"ד לעיל סי' ל"ט דבפסק דין נאמן לומר פרעתי כ"כ הסמ"ע ולעיל סי' ל"ט השגתי עליו ע"ש.

סעיף כו

מי שמכר כו'. עד וגם נאמן לומר פרעתי כ"כ הטור ובב"י לא כתב על דין זה דבר רק כתב שהוא מפ' איזה נשך בעובדא דפרדיסא (ד' מ"ב) ובאמת לא הוזכר בש"ס שם שנאמן לומר פרעתי. ואדרבא משמע לכאור' בש"ס שם דלא מבעי' ליה אלא אי גבי ממשעבדי אבל מבני חרי פשיטא ליה דגבי ואינו נאמן לומר פרעתי רק התוספות שם כתבו דפשיטא ליה דנאמן לומר פרעתי וכן בתשו' רשב"א שהביא ב"י ס"ס זה משמע להדיא דנאמן לומר פרעתי אבל בבעה"ת ריש שער מ"ז כתב דמבני חרי מיהא גבי ואי

טעין פרעתי אמר ליה שטרך בידי מחי בעי עכ"ל וכ"כ הריב"ש ר"ס שפ"ב ולפי מה דמדמו הבעה"ת והריב"ש התם האי דינא לשטר מוקדם וכדמשמע לכאור' בש"ס התם דדמי להדדי א"כ הא רוב הפוסקים וגם המחבר גופיה פסק לעיל סי' מ"ג סעיף ז' בשטר מוקדם דגובה מבני חרי וע"כ צ"ע לדינא:

סעיף כז

שלא ניתן ליכתב כו'. עמ"ש בזה לקמן סי' ק"ו:

סעיף כח

וה"ה לכל שטר כו'. עיין בתשובת רשב"א שבב"י ובע"ש מבואר הדמיון (עיין בתשובת מהרשד"ם ס"ס רמ"ט):

סימן עא

סעיף א

הרי זה נוטל בלא שבועה. אפי' בנאמנות סתם מיירי שלא כתב לו שיהא נאמן בלא שבועה ואפילו במלוה ע"פ כ"כ הסמ"ע וכ"כ הב"ח וכן מבואר בבעה"ת שטר כ"ו והסכים עמו הרמב"ן והביאו ב"י בסעיף י"ב וכ"כ הר' המגיד פט"ו מה' מלוה דין ג' ובסמ"ע דחק בטעם הדבר ע"ש והטעם מבואר בבעה"ת שם בשם הרמב"ן דמשמעות הלשון הוא בלא שבועה דכיון דהימניה פסליה לטענתיה דידיה ונאמן הלה בדבריו לבד וכ"כ הב"ח וכ"כ הרב המגיד שם דסתם נאמנות בלא שבועה משמע כו' אבל במלוה שהאמין ללוה מסתמא לא האמינו אלא לבטולי שטרא ודו"ק. עוד נלפע"ד דהכא אנן סהדי שלא פרעו כיון שהתנ' כן דהיאך יפרענו ויאמינו למלוה ולא גרע מא"ל אל תפרעני אלא בעדים דהמלוה נועל בלא שבועה מה"ט כדלעיל סי' ע' ס"ק י"א מיהו שבועת היסת לאחר הפרעון צריך כדלקמן סעיף ה':

סעיף ב

בלא שבועה. ואם יש עד א' מכחישו דעת הרא"ש ור"ח בפ' הכותב (ובסמ"ע ס"ק ג' הקשה ממ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' י"ז ולפעד"נ דשאני התם שהודה המלוה בפני העד וכדס"ל להרא"ש גבי שני עדים לחלק בין ראו שפרעו ובין הודה לפניהם לקמן סעיף ג' ס"ק ח' ע"ש) דנוטל בלא שבועה ודעת הראב"ד ורמב"ן דצריך שבועה ובסמ"ע כתב דמדכתב המחבר אבל אם מביא עדים שפרעו כו' משמע דוקא שני עדים וכדעת הרא"ש ולפע"ד משום הא לא אריא דבשני עדים דוקא אינו נוטל כלום אבל בעד אחד נוטל ומיהו בשבועה. עוד כתב בסמ"ע דמדכתב המחבר ואם התנה עליו שיהא נאמן

כב' עדים אע"פ שהביא עדים שפרעו הרי זה גובה ממנו בלא שבועה מוכח דבסתם נאמנות נאמן נגד עד אחד דאל"כ נימא דהא דהימניה כב' עדים היינו שלא יהא צריך לישבע נגד עד אחד ובדאיכא ב' עדים שפרעו הל"ל אוקי תרי להדי תרי ונוקמא הממון בחזקת מרי' הלוה וא"ל משום דהשטר מסייע למלוה דהא גם בנאמנות דמלוה ע"פ איירי עכ"ל ולפע"ד משום הא נמי לא אריא וכמ"ש בעה"ת ריש שער כ"ו וז"ל ויש שמקשים אמאי סמכינא עליה דמלוה כיון דהימניה כבי תרי נימא נהי דהימני' כסהדי טפי מתהדי לא הימני' וליהוי תרי ותרי וליהוי עדות מוכחשת ואוקי ממונא בחזקת מריה ואיכא דמתרץ לה הכי דלא מבעיא. היכא דאיכא שטרא דל"ל מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני דאשטרא קא סמכינן ואוקי שטרא בחזקתיה אלא אפילו (בדליכא) שטרא לא הויא מוכחשת ולא אמרינן אוקי תרי להד תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' דאנן אאיהו סמכינן דהימניה כבי תרי ומדהימניה לא מתכחש איהו והני דאמרי פרוע אינהו נינהו דקרינן מוכחשים דכמאן דפסלינהו לכולהו סהדי דעלמא דמי ואיכא מאן דמתרץ דלשון מהימנת עלי כבי תרי נאמנות של ב' עדים שהם נאמנים בכל התורה כולה ר"ל שכך תהיה נאמן עלי אפי' כשבאים עדים נגדך וא"ת דילמא כב' דוקא קא"ל ובשיש עדים כנגדו תהוי ליה עדות מוכחשת א"כ כבי תרי דקא"ל מאי אהני דהא אפי' אם לא אמר כבי תרי אלא מהימנת עלי בלבד הכי הוי דינא אלא לטפויי בנאמנות כתב ליה כבי תרי שאף בהכחשת עדים האמינו והראב"ד ז"ל מפני דוחק קושיא זו תיקן לכתוב בשטרות שיהא נאמן כב' עדים כשרים ואחר שהאמינו ככשרים ויבואו ב' ויאמרו פרוע הוא המלוה נאמן יותר מהם שאם אתה אומר ששני עדים יכולים להכחישו משתכח דאיהו לאו ככשרים הוה ויש מקשים על סברתו מש"ס דילן דלא גרסינן בה כשרים ואפ"ה אמרינן דתרי כק' ומתרצים דבש"ס מיירי לענין תפיסה דכיון דתפס מלוה לא מפקינן מיניה אבל לכתחלה לא מגבינ' למלוה כיון דלא כתיב ביה כשרים כדברי הר"ב ז"ל ואין בנו כח להעמיד דבר זה להפריש בין עדים כשרים לעדים סתם כי סתם עדים כולם כשרי' הם גם המורים לא אחזו בלשונם כי אם כשני עדים ולא כתבו כשרים עכ"ל בה"ת ומשמע להדיא לאיכא מאן דמתרץ הראשון דהיינו טעמא דאנן אדידיה קסמכינן דה"ל כאלו פסלינהו לכ"ע וכן כתב בעיר שושן עיין שם. (גם מה שכתב הסמ"ע וא"ל משום דהשטר מסייע למלוה כו' שנראה מדבריו דשנים אומרי' על שטר שהוא פרוע ושנים אומרים אינו פרוע מוקמינן לשטרא בחזקתיה ומגבינן ביה לא נהירא לפע"ד אלא כיון דשטר זה הוא ספק פרוע לא מגבינן ביה ולא קרעינא ליה וכן משמע להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסוף סי' כ"ט מחודש י"ג ע"ש וצ"ל דגם הסמ"ע לא קאמר אלא דמשטר אין להוכיח דאיכא

לדחויי הכי אבל לדינא לא ס"ל הכי וכן צ"ל בבעה"ת שכתב דל"מ היכא דאיכא שטרא כו' דאשטרא קא סמכינן כו' תדע שהרי כתב אח"כ והראב"ד ז"ל מפני דוחק קושי' זו תיקן לכתוב בשטרות שיהא נאמן כב' עדים כשרי' כו' משמע להדיא דגם בשטר אי לאו דכתב כשרים לא הוי מגבי' למלוה ולא אמרינן אוקי שטריה אחזקתיה כן נלפע"ד ודו"ק) וכן משמע בבעה"ת שער כ"א חלק ה' דנאמנות סתם לא מהני נגד עד א' שכתב שם וז"ל והיכא דע"א מעיד על שטרו שהוא פרוע ואין בשטר נאמנות כשני עדים בזה כמו כן ישבע ויטול עכ"ל משמע דוקא כב' עדים אבל בנאמנות (סתם) ישבע ויטול ועמ"ש לקמן סעיף ה' ס"ק י"ד. גם בתשובת מהר"מ אלשיך סי' כ"ח משמע להדיא דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א שכתב שם על שטר שהיה ע"א אומר שהוא פרוע וז"ל כיון ששמעון מוחזק בשטרו ישבע ויטול ואם יש בשטר נאמנות כשני עדים נוטל שמעון בלא שבועה עכ"ל ומיהו אם כ' בשטר שיהא נאמן נגדו כע"א נוטל בלא שבועה כשע"א מכחישו ואומר שפרע לו כמו בכתב לו שיהא נאמן כב' עדים שנוטל בלא שבועה כששני עדים מכחישי' אותו וכן משמע להדיא בדברי הראב"ד והרא"ש פ' הכותב וצ"ל דמהר"מ אלשיך דנקט ב' עדים לרווחא דמילתא כ' כן ועל עלמא קאי היכא דאפי' ב' עדים מכחישי' אותו וגם מפני שכן דרך בשטרות לכתוב נאמנות כשני עדים לכך כ' ואם יש נאמנות כשני עדים כו' אבל אה"נ דבעובדא דיליה אי הוה כתב נאמנות כע"א היה נוטל בלא שבועה כן נלפע"ד:

סעיף ג

שהביא עדים שפרעו ה"ז גובה ממנו כו'. ע"ל סי' ע' ס"ד ס"ק ט"ו כתבתי דנאמנות נגד ב' עדים לא מהני אלא כשטוען המלוה סטראי נינהו ואז בין שהעדים מעידים שקבלם על פרעון סתם או שהם מעידים שקבלם בפי' על חוב זה שהתנה נאמן להכחיש העדים וכמ"ש בסי' נ"ח ס"ק ט' ע"ש אבל כשטוען להד"ם אינו נאמן דהא מ"מ יוכל לתבעו אח"כ ויאמר לו נתתי לך כך וכך מעות ולא יוכל להכחיש שהרי יש כאן ב' עדים ונהי דהעדים לא יהיו נאמנים על הפרעון מ"מ יהיו נאמנים שקבל ממנו כך וכך מעות דפלגינן דבורייהו דהא לא הימניה נגד ב' עדים רק לענין פרעון (דהא א"ל מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא) ולא לענין שאר כל הענינים וא"כ הפוכי מטרתא למה לן והוכחתי בסי' ע' שם שכן דעת הראב"ד ע"ש ואף שהסמ"ע סי' נ"ח ס"ק י' כתב דאפי' בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים ואינו יכול להוציא מידו דהמלוה אף אחר שיפרע עתה בפני עדים כו' עכ"ל לפע"ד אינו נראה כן אלא כמ"ש ואפשר גם הסמ"ע לא קאמר אלא דאפי' מכחיש העדים בלא טענת סטראי דעלמא שאינו מכחיש העדים נאמן

להכחיש העדים שמעידים בפי' על פרעון כגון שיכחישם ויאמר סטראי אבל מטענת להד"ם לא מיירי וע"ש ודו"ק:

סעיף ד

ואפילו היה ללוה מגו כו'. לא מהימנינן ליה במגו כו' כתב הסמ"ע וז"ל והא דכתב מור"ם בהג"ה שלפני זה דנאמן במגו לכאורה היה נראה לחלק דשאני התם דהיה המגו בענין הנאמנות בעצמו דאי בעי הוה אמר לא האמנתיהו אבל הכא מיירי בדיש עדים שהאמינוהו אלא דאי בעי לשקר יכול לפטור עצמו בטענה אחרת אבל שוב ראיתי בגוף תשובת רשב"א הביא ב"י במסכ"ו וד"מ ג"כ סכ"ו ז"ל אין ראובן נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסתי דכיון שהאמינו (המלוה ללוה) כשני עדים ואלו באו שנים והעידו דלא החזיר אינו נאמן לומר שהחזיר במגו דנאנסתי דה"ל מגו במקום עדים וה"ה זה שהאמינו לומר שלא החזירו לו עכ"ל לפ"ז לק"מ דמשמע מלשונו דדוקא כשהאמינו כשני עדים כ"כ הא סתם נאמנות לא מהני במקום מגו ומה"נ כתבו מור"ם כאן דאיירי דהאמינו נגד שנים משא"כ כשהאמינו סתם והטעם דאלו טען הלוה נאנסתי היה נאמן מדאורייתא בשבועה כאלו העידו ב' עדים שראו שנאנסו וממילא נאמן לומר שהחזירו כאלו ב' עדים העידו שהחזירו לו והוא לא האמינו אלא נגדו ולא נגד ב' עדים אבל הוא קצת דוחק דלפ"ז לא יהנה נאמנות סתם דמאמין הלוה למלוה דהא לעולם יש לו מגו דנאנסתי ולמה לא נאמר נמי כיון שהאמינו נגדו הוה ליה נאמן נגדו כשני עדים כשיאמר שלא החזירו לו ה"ל כמגו במקום עדים כמו שאמרו היכא דהמגו הוא נגד חזקה וצ"ל דשאני חזקה דאנן סהדי והרי הוא כאלו עדים לפנינו מה שא"כ נאמנות סתם דאם עדים עמדו לפנינו לא היה נאמן וק"ל עכ"ל וכל דבריו תמוהין דהיאך שייך בהלואה לומר נאנסתי והרשב"א קאי התם להדיא אפקדון ע"ש גם דינו אינו נלע"ד ולא מטעמו שהקשה דלפ"ז לא יהנה נאמנות סתם דמאמין הלוה למלוה דהא לעולם יש לו מגו דנאנסתי כו' דזה לא שייך בלוה אלא מטעם דכיון דיש עדים שהאמינו אפי' בנאמנות סתם ודינו דנוטל בלא שבועה ה"ל כמגו במקום עדים והרשב"א דנקט כיון שהאמינו כשני עדים לאו דוקא קאמר ומעשה שהיה כך היה ועי"ל דכיון שהתנה כן אנן סהדי דלא פרע ולא גרע מא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאפי' יש לו מגו אינו נאמן מה"ט כדלעיל סי' ע' ס"ק י"א ע"ש. וגם הב"ח סעיף ה' הלך בדרך הסמ"ע ע"ש שפירש דברי הבעה"ת שבטור מיירי שלא היו לו עדים בשעת הלואה ולפיכך הוא נאמן במגו דלהד"ם ודוקא בנאמנות סתם כו' ודבריו תמוהין שהרי בדברי בעה"ת ובטור איתא להדיא התניתי שאהיה נאמן עליך כב' עדים כו' וכן נלפע"ד מוכח מבעה"ת והעיטור וטור לעיל סי' ס"ט דלא מהני מגו נגד נאמנות סתם

דע"כ לא פליגי אהעיטור אלא משום דאי בעי יכול לכפור גם הנאמנות גופיה משא"כ הכא ודו"ק. וכן משמע מדברי הר"ב בהג"ה כאן דאין חילוק בין נאמנות סתם לנאמנות בעדים: ולפ"ז מי שהאמין לחבירו נאמנות סתם שכשילונו יהא נאמן עליו אע"פ שישלו מיגו דלהד"ם ויוכל לומר האמנתיך כשתלויני אבל לא הלויתני מ"מ כיון שיש עדים על הנאמנות סתם והוא מודה שלוה אלא שאומר שפרעו חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה. ותירץ הראשון שתי' הסמ"ע הוא פשוט דיש חילוק אם יש לו מגו על הנאמנות עצמו וכן משמע בע"ש וכן תירץ בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' ע' ע"ש (ועיין שוב בתשו' מהר"ר יוסף טראני שם סימן ס"א וס"ב וצריך למוד כי נלפע"ד לכאור' עיקר כדברי מהר"ר משה משלם ולא כמהרי"ט ע"ש) וכל זה ברור:

סעיף ה

. **אבל אם א"ל כו'**. אם פרעו בפני ארבע הרי זה פרוע. נלפע"ד דהוי כד' מעידים שהוא פרוע ואין מי שיכחישם וכן משמע בבעל התרומות ריש שער כ"ו עיין שם ואם כן אפי' במלוה בשטר השטר בטל וכן משמע מדכתבו הט"ו והפוסקים סתם הרי זה פרוע ולא חילקו ומשמע דמיירי בין במלוה בשטר בין במלוה על פה וכן משמע יותר ברמב"ם וסמ"ג שכתבו מיד אחר דין זה שהאמין המלוה כב' עדים מה תהיה תקנתו כשיפרע יקרע השטר כו' משמע דעד השתא בשטר קמיירי אחר כך מצאתי בספר משפטי שבועות לרב האי גאון ז"ל דף י"ד ע"ב וז"ל אם האמינו כג' עדים או כד' אז מה שהוסיף על השנים וקפד בחשבון אנשים הדין בזה נאמן זה שבידו השטר הנאמנות כנגד החשבון העדים שכפר וחשבם עליו ואם פרעו בפני יותר מן הכתובים (אינו) נאמן ואם הם יותר עד אחד מחייבו שבועה ואם הם שנים מחייבים אותו ממון כדאמרי' אבל ודאי אי אמר ליה בי תלתא ופרעי' באנפי ארבעה כיון דנחית לדעות נחית עכ"ל ואינני כדאי לחלוק על הגאון מ"מ כיון שהפוסקים לא חילקו בכך וגם מדברי הרמב"ם וסמ"ג לא משמע כן וכמ"ש נלפע"ד שיש להחמין הדין בזה והדבר צ"ע:

סעיף ו

כשלשה כו' נראה דהיינו דוקא כסתם שלש אבל אם א"ל תהא נאמן עלי כב"ד או כב"ד של ג' פשיטא דעדיף מא"ל מהימנת עלי כבי תרי ואפי' הודאה או פרעון בב"ד לא מהני כל שתבעו בפני ב"ד אחר אפי לדעת ה"ר ישעיה והרשב"א דלקמן ס"ק ח' מיהא שובר בכת"י פשיט' דמהני גם בזה:

סעיף ז

לא משתעבד בנאמנות סתם מהני בכל ענין כ"כ הב"ח וכן משמע מדברי הרמ"ה שבטור סי' כ"ב וכן משמע לכאורה ממ"ש המחבר לעיל סי' ס"ט בסתם ואם כתוב בו נאמנות אינו נאמן לומר פרעתי ולא חילק משמע דהיינו כמ"ש הבעה"ת והטור שם דא"צ קנין על נאמנות אך מדברי המחבר כאן משמע דאפי' בסתם נאמנות צריך לאחר הלואה קנין וכן משמע בב"י שכתב על דברי הרמ"ה וז"ל כ"כ הרב המגיד פט"ו מה' מלוה וכתב המרשי' שכן נראה מפרש"י עכ"ל ובה' המגיד שם משמע דאפי' בסתם נאמנות הדין כן וכמ"ש לקמן ועוד שהרי המרשי' על כרחך כוון למה שפירש"י פ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"א) ההוא דא"ל לחבריה בשעת הלואה כו' ורש"י פי' שם כן גבי סתם נאמנות ולפ"ז צ"ל דהמחבר בסי' ס"ט שלא חילק היינו משום ששם כתב ואם כתוב בו נאמנות כו' וכשכתוב בו נאמנות אמרי' דמסתמא היה כן בשעת הלואה או שהקנה בקנין וכדלקמן סעיף ט"ו ס"ק ל"ד מ"מ לענין דינא נראה עיקר כמ"ש (וראיית המרשים מפירש"י יש לדחות דל"ד נקט ותמהני על הב"ח שכתב שיש ראייה מפרש"י לנאמנות כבי תרי דאם איתא דיש ראייה אפי' לסתם נאמנות נמי ע"ש) וכן משמע ממ"ש ר' ירוחם נ"ג ח"ג וז"ל נראה לפי מ"ש רב אלפס בתשוב' כשהאמינו כשני עדים צריך קנין כו' ומביאו ב"י ועוד משמע כן יותר למעיין בר' ירוחם עצמו שכתב שם וז"ל התנ' עמו שיהא נאמן כל זמן שיאמר שלא פרעו ואפילו בלא קנין ופרעו בינו לבין עצמו חייב ואם פרעו בפני עדים פטור ואם התנה שיהא נאמן עליו כשני עדים אפילו הביא ג' עדים שפרעו חייב לפרעו פעם אחרת כו' ומ"ש אפילו בלא קנין כ"כ התוספות וכמה פוסקים אחרים כו' ונראה לפי מ"ש רב אלפס בתשובה כשהאמינו כשני עדים שצריך קנין ויש חולקין עליו שא"צ קנין ראשון עיקר עכ"ל ועוד נלפע"ד דר' ירוחם הוציא כן מדברי הרי"ף פ' זה בורר ומ"ש לפי מ"ש רב אלפסי בתשוב' ט"ס הוא ושם מוכח כמ"ש דז"ל הרי"ף ריש פ' ז"ב היכא שקבל עליו קרוב או פסול א"י לחזור בו והיכא דקבל עליה קרוב או פסול כבי תרי חזינן לגאון דקאמר אפילו קנו מיניה בב"ד מצי הדר ביה דקנין בטעות הוא דרחמנא אמר ע"פ ב' עדים ורבוותא אחריני אמרי אי קביל עליה חד קרוב או פסול כבי תרי וקנו מינה לא מצי למיהדר ביה דקי"ל אין לאחר קנין כלום ומסתברא כותייהו דהא אפילו קביל עלייהו לבעל דיניה כבי תרי וקנו מיניה א"י לחזור בו כדגרסי' בפ' שבועת הדיינים ההוא דא"ל לחבריה מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמר לא פרענא כו' עכ"ל הרי"ף וכ"כ בנ"י שם וז"ל ההוא דשבועות קשיא דאמרי' התם ההוא דא"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי כו' ונראה דרי"ף ז"ל מפ' לה בקנין דק"ל אין אחר קנין כלום עוד תירצו מן אחרונים ז"ל

דהתם כשהתנה עמו כן בשעת הלואה ממש דבמשיכ' המעות גמר ומשעבד נפשיה ודמי לקנין עכ"ל ונראה דגם הרי"ף מודה דבשע' הלואה משתעבד אף בלא קנין אלא דס"ל דקנין לאחר הלואה הוה כשעת הלואה בלא קנין וכן פי' במרדכי ריש פ' זה בורר דברי הרי"ף וז"ל ומה שהביא האלפס ראי' משבועת הדייני' כי היכי דאתני מעיקרא מהני תנאיה להימני' כבי תרי ואפי' בלא קנין הכא מהני ע"י קנין אפי' בלאחר זמן כדאשכחן גבי ערב דבשעת מתן מעות משתעבד בלא קנין ולאחר מתן מעות לא משתעבד אלא בקנין כו' עכ"ל ולענין דינא אע"פ שדעת ראבי"ה במרדכי פ' שבועת הדייני' דא"צ קנין וז"ל מהימן לי' כבי תרי גם זה פי' רשב"ט בקנין ולא נראה לראבי"ה שהרי מחילת ממון א"צ קנין בו' עכ"ל נראה עיקר כהרשב"ט ולא דמי למחילת ממון שמוחל לו מה שכבר בידו אבל הכא כיון שמביא עדים שפרעו ואעפ"כ צריך לפרעו מחדש הוי כמחייב ליתן לו ואע"פ שגם דעת הרא"ש ר"פ זה בורר נראה דבכל ענין א"צ קנין מ"מ נראה עיקר כמ"ש וכן נראה דעת הב"ח בסי' זה ובסי' כ"ב ואע"פ שמ"ש הב"ח שגם הרא"ש מודה בהימני' כבי תרי שלא בשעת הלואה צריך קנין לא נהירא לפע"ד מ"מ לדינא נראה כן עיקר דאין טעם לו' שישתעבד לאחר הלואה לפרעו שנית באמיר' בעלמא ובפרט שכבר הוכחתי שכן דעת הרי"ף והנ"י והרמ"ה ורבי ירוחם וכ"כ הרב המגיד פט"ו מה' מלוה וקרוב אצלי לומר שגם הטור לא ישרו בעיניו דברי הרא"ש ולכך אע"פ שבסי' כ"ב הביא ג"כ דברי הרא"ש כתב כאן בסי' זה דברי הרמ"ה בסתם. מיהו בסתם נאמנות נראה עיקר כהרא"ש ונראה שגם הרי"ף מודה לו וכמו שהוכחתי מדברי ר' ירוחם וכן משמע בנמוקי יוסף וטעם הדבר דה"ל קבל פסול כחד ואע"פ שמדברי הרב המגיד נראה דאפי' בסתם נאמנות צריך קנין ונרא' שם מדעתו שכן דעת הרמ"ה שהרי ציין בדברי הרמב"ם בסתם נאמנות וע"ז הביא דברי הרמ"ה ואח"כ ציין מחדש דברי הרמב"ם בנאמנות כבי תרי ע"ש ועוד שכתב על דברי הרמ"ה וז"ל ולשון רבינו (הרמב"ם) מורה כן שאמר התנה ולא אמר אחר הלואה כמו שאמר למעלה עכ"ל והרמב"ם אמר לשון התנה גם בנאמנות סתם ע"ש מ"מ נראה בזה עיקר כדעת הרא"ש והפוסקים שהבאתי וכ"פ בעה"ת שטר כ"ו ח"ג דא"צ קנין בנאמנות ומשמע דאפי' אחר הלואה מדלא חילק ועוד שכתב דלאו שעבודא דנכסי' איתיה דלצטרך קנין אלא כמו התראה הוא שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר ובכל ענין שמה התראה כמו שכתבנו בשער כ"ה שהקדמנו כו' עכ"ל ובשאר כ"ה ח"ב גבי א"ל אל תפרעני אלא בעדים כתב וז"ל ליכא לפלוגי בין בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה דהא לאו שעבודא הוא כי היכא דנפלוג בינייהו ולימא בשעת הלואה שעבד נפשיה שלא בשעת הלואה לא שעבד אלא התראה בעלמא היא ובכל ענין שמה התראה

כו' עכ"ל ואע"פ שמדברי בעה"ת נראה דגם בנאמנות כבי תרי א"צ קנין מ"מ נרא' עיקר בזה כמ"ש דהא בנאמנות כבי תרי שעבודא הוא דהא יש כאן עדים שפרעו ואפ"ה צריך לפרעו שנית ואין לך שעבוד גדול מזה ועוד שכבר הוכחתי שכן דעת רוב הפוסקים וכן דעת הבית חדש בסי' זה ובסי' ס"ט סעיף י"א ובסי' כ"ב דבנאמנות כבי תרי צריך קנין לאחר הלוא' ובנאמנות סתם א"צ קנין ע"ש:

סעיף ח

אבל אם העידו כו' צל"ע בדין זה לפי שדעת ה"ר ישעיה דלהודאה נמי פסולים וכן דעת הרז"ה בספר המאור ס"פ שבועת הדיינים וגם הרמב"ן בספר המלחמות הודה לו שם בזה וכ"כ הטור בשם הרמב"ן וגם הבעה"ת סוף שער כ"ו מביא דברי הרמב"ן במסקנתו וגם הר"ן פ' שבועת הדיינים הביא דברי הרז"ה והרמב"ן בסתם משמע דס"ל כותייהו בהא ע"ש וגם ה' המגיד פט"ו מה' מלוה מביא דברי הרז"ה והרמב"ן במסקנא ומ"ש הטור שדעת הרמב"ם והרא"ש כהר"י ן' מג"ש (נלפע"ד מ"ש הטור וא"א ז"ל כתב כדברי הר"ר יוסף מג"ש קאי אלעיל מ"ש ודוקא כו' אבל הודאה כו' הוא לשון הר"י מג"ש (וכ"כ ר' ירוחם נ"ג ח"ג להדיא בשם הר"י מג"ש ע"ש) כן פי' הב"ח רק שמסיים וכן פי' מהר"ם איסרל"ש ולא עמדתי על סוף דעתו בזה שהרי מהרמ"א פי' בהפך ז"ל בד"מ וא"א הרא"ש ז"ל כתב כדברי הר"י מג"ש צ"ע דמה שייך דברי ה"ר יוסף לכאן דאפשר אף ר"י מג"ש מודה דלענין הודאה נאמנים וכדברי החולקים בהא ולכן נראה דדעת הטור דמדלא חילק הרא"ש וכתב סתם כדברי ר"י מג"ש משמע ליה דאין לחלק בין הודאה להלוא' עכ"ל ומ"מ דברי מהרמ"א לא נהירין כלל מכמה טעמים למעיין בטור וגם אישתמיטתיה דברי ר' ירוחם הנ"ל וגם אישתמיטתי' קינור פסקי הרא"ש פ' שבועות הדייני' סי' כ' דכ' שם להדי' דדוק' בפרעון אבל בהודא' נאמני' ע"ש ומזה נרא' שיש חסרון בספרי הרא"ש שלפנינו שהרי אין דרך של (רבינו בעל הטור) בעל קצור פסקי הרא"ש להוסיף שום דבר מה שלא נזכר בהרא"ש וכן כ' בביאורי מהרא"ש על הסמ"ג ד' ש"ז ע"ד דיש חילוק בין מעידי' שהוד' דאז נאמני' וחילוק זה הוא בהדיא באשר"י פ' שבועת הדייני' בשם ר"י עכ"ל הרי שהי' כתוב כן בהרא"ש) אף שגם הבעה"ת והרב המגיד כתבו לדעת הרמב"ם וגם מהרא"ש בביאורו כתב כן לדעת הסמ"ג שלשונו כלשון הרמב"ם מ"מ נלפע"ד דלא מוכח מידי מדבריהם דז"ל זה שהאמין למלוה כב' עדים מה תהי' תקנתו כשיפרע יקרע השטר או יעיד זה המלוה על עצמו שבטל כל שטר שיש לו על פלוני או יעיד על עצמו שלא בפני הלוה שקבל כל חוב שיש לו אצל פלוני עכ"ל ואדרבא מדכתב או יעיד על עצמו כו' משמע דהיינו שמעיד על עצמו בפני בית דין ששטר זה או חוב זה בטל (ובזה

כ"ע מודים וכמ"ש ה"ר ישעיה בטור דבהוד' בפני ב"ד הוי הודאה) ואין להקשות דא"כ אמאי כתב או יעיד על עצמו הל"ל או יפרע בפני ב"ד משום דבא לומר אפי' היכא שכבר פרע לו וחושש שאח"כ יוציא שטרו בנאמנות יעיד על עצמו כן והיינו בפני ב"ד אבל בפני עדים לא מהני ואם איתא דס"ל להרמב"ם דמהני לא הוי לי' לכתוב דין זה ברמז ובתקנת הענין רק ה"ל לכתוב מעיקרא גוף הדין דבהודא' נאמנים ואח"כ ה"ל לכתוב דזהו תקנת הענין אלא נרא' כמ"ש וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקצ"ב דאפי' בהודא' אין נאמנים אלא כשהודה בפני ב"ד אבל כל שלא הוד' בפני ב"ד אע"פ שבאו עדים ואמרו שבפניהם פרע או שהוד' בפניהם נאמן שכן האמינו עליו כב' עדים וכן הסכימו רבותינו וכן מקובל אני בידי וכן אנו נוהגין עכ"ל וכן נראה דעת מהרשד"ם סי' נ"ג וכן נלפע"ד עיקר:

סעיף ט

שלא פסלם אלא לפרעון כו'. אבל אם גילה בדעתו בדברי נאמנותו שהאמינו גם לזה ולכיוצא בזה ודאי מהימן אהכל והכלל כל תנאי שבממון קיים ודוקא דבר שהוא בודאי בלשון התנאי אבל בדבר המסופק בו אמרי' המע"ה עכ"ל סמ"ע וע"ל סי' ס"א סעיף ה' בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף י

וכן אם העידו שמחל כו'. במחיל' גם ה"ר ישעיה והרמב"ן מודים וכן משמע להדיא בבעה"ת ובטור ע"ש:

סעיף יא

דאין הנאמנות אלא למה שהאמינו כו'. וכן כתב הרשב"א בתשו' סי' אלף נ"ו (צ"ל אלף ב') על שטר פקדון שכתוב בו שהאמינו בעיקר המעות נאמנות שלימה כשני עדים דאמרינן כיון דנקט בעיקר המעות לא האמינו אלא שלא יטעון אמנה היה דברינו או רבית אבל פרעתי נאמן וכ"כ הרשב"א בסי' תתקצ"א באם כתב בשטר שתהא נאמן בכל עניני שטר זה כדרך שרגילים לכתוב כותבי שטרות אין הנאמנות אלא בענין השטר ממש כגון שזה אומר מנה שכתוב כאן נתתיו לך וזה אומר לא קבלתי עדיין או שטען שטר אמנה הי' וזה אומר לא הי' וכל כיוצא בזה אבל שיהא נאמן לו' לא נפרעתי אינו נאמן שאין זה מענייני השטר אא"כ כתב לו מפורש עכ"ל וכ"כ הריב"ש ס"ס תצ"א וכ"כ בתשו' מהר"א ן' חיים סימן ס"א וע"ש באריכות. ועיין בתשו' מהר"י ן' לב ספר א' כלל י"ט סי' כ"ה כתב דלפ"ז ה"ה דנאמנות לא קאי אטענת מחילה או הרווחת לי זמן ע"ש וכ"כ הטור והרב לק' סי' פ"ב סי"א וע"ש. ועוד נסתפק מהריב"ל שם וכתב בשטר מסודר

בכל חזוקי סופר ובכל תוקף שראוי הי' לו' שהוא כלל כל מיני הטענות אמנה ורבית פרעון ומחילה וכיוצא בו דאל"כ מה תוקף דבר נמצא בו כו' וע"ש:

סעיף יב

ואפי' פרעו תחלה בעדים כו'. כן דעת הר"י ן' מג"ש והר"ן ושאר פוסקי' ודלא כרב האי והראב"ד מיהו היינו דוקא כשטוען המלוה סטראי נינהו אבל אם טוען להד"ם צריך לשלם לו וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק ג' ע"ש:

סעיף יג

אין לו עליו אלא כו'. כתב הב"ח וז"ל וקשיא לי על סברא זו מהא דתנן בפ' הכותב עד א' מעיד' שהיא פרוע לא תפרע אלא בשבועה ובש"ס מסיק רבא שבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו של בע"ה א"ר פפא אי פקח הוא מייתי להו לידי ש"ד ומסיק דיהיב לה כתיבתה באכי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים לה להני קמאי במלוה אלמא דאע"פ דנתן להמתחל' לשם פרעון מ"מ יתבענ' פרעון הראשון ויאמר לה מלוה הן אצלך שהרי נפרעת כתובתך שנית כו' והכא נמי דכותה שאחר שפרעו שנית מוקים לה להני קמאי במלוה ואם תכפור הרי יש עדים ויאמר מלוה הן אצלך שהרי נפרעת חובך שנית ואע"פ שנתן לו מתחל' לשם פרעון מ"מ למפרע נעשית מלוה אצלו כדאמרי' בכתובה וזה ראייה ברורה לדברי רבינו האי ואפשר לומר דהר"י מג"ש ודעמיה ס"ל דהכא שהאמינו כבי תרי א"כ פרעון הראשון שנתן לו בפני עדים ה"ל כאלו נתן לו מתנה או מחל לו וכסברת ראבי"ה במרדכי פ' הדיינים אע"ג דראבי"ה לא אמרה אלא לענין זה דלא בעי קנין מ"מ הר"י מג"ש תופס סברא זו אף לענין דלא יכול לתבעו ולומר מלוה הן אצלך דכבר מחל לו מה שנתן לו כיון דהאמינו כבי תרי עכ"ל והתירוץ לא נהירא לפע"ד דראבי"ה לא קאמר אלא דהוי מחילה ולא בעי קנין אבל היאך נאמר שנתן לו מתנה אפילו יברר שפרע לו ב' פעמים ועוד דהא הטור כתב לק' סעיף ו' דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים סתם שלא האמינו לגזול (ומשמע דאפי' בנאמנות כבי תרי דינא הכי) ואם איתא דמתנה הוא למה יחרים סתם. אבל לפע"ד מעיקרא לק"מ לפי מ"ש לעיל ס"ק ג' וי"ב דהיינו דוקא כשטוען סטראי א"כ ל"ד כלל דהא כיון שהאמינו כב' עדים א"כ לא יתחייב המלוה אלא כשיאמרו העדים שפרע לו בפירוש על חוב זה שהתנה דאל"כ הרי הוא טוען סטראי ונאמן הוא בכך אפילו בלא מגו דלהד"ם כיון שהאמינו כב' עדים על הפרעון וא"כ אף כשאומרים שפרעו בפירוש על חוב זה שהתנה הרי הימניה כבי תרי להכחישם על פרעון זה ופסולים הם לפרעון זה וה"ל כאילו הם משקרים שלא קבלו על פרעון זה וא"כ יכול לטעון סטראי כן נלפע"ד (אבל אין לתרץ דשאני הכא כיון שהאמינו דכך לי התם שלא האמינו לענין ש"ד

כמו הכא בהאמינו לענין תשלומין דכי נימא דתו לא מצי מסהיד אמעות כיון דאסהיד שהוא פרעון הכי נמי לא מצי לחיובי ש"ד כיון דכבר אסהיד דבתורת פרעון יהיב לה ודוק): ונראה דאפי' טוען בפירוש שמה שנתן לו מתנה נתן לו צריך להחזיר לו ולא מהני לו שום טענה רק סטראי דהא העדים יהיו נאמנים שנתן לו לפרעון ולא למתנה דנהי דלא יהיו נאמנים שנתן לו לפרעון זה דהימניה כבי תרי כל אימת דאמר לא פרענא הא פלגינן דבורייהו וכמ"ש לעיל סי' ע' ס"ק ט"ו ואם כן נאמנים שלא נתנם לו במתנה רק לפרעון אבל כשטוען סטראי לא יהיו נאמנים להכחישו אף במה שיאמרו שנתנם לפרעון רק כשאמרו שנתנם לו לפרעון זה ולגבי פרעון זה הא פסלינהו כן נ"ל ברור ודוק: עוד כתב הב"ח וז"ל והר"ן הוכיח כן דאל"כ הפוכי מטרת' למה לי ומביאו ב"י (וכ"כ ה"ה פט"ו) ולי נראה דנ"מ טובא היכא דאיכ' לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית וכדרב נחמן בפ' ב' דייני גזירות ויתבאר לקמן סי' פ"ה עכ"ל וגם זה לק"מ לפי מ"ש דהיינו כשטוען סטראי א"כ אי תימא דהעדים נאמנים היינו ע"כ שנאמנים שפרעו על חוב זה וא"כ הפוכי מטרתא ל"ל דע"כ לא קאמרי' בפ' ב' דייני גזירות ולקמן סי' פ"ה דנ"מ היכא דאיכא לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית אלא כשזה חייב לזה וזה חייב לזה אבל כאן שזה פרע לזה א"כ אינו חייב לו דס"ס יתברר שפרע וא"כ כי נימא דצריך לשלם לו מכח הנאמנות ואח"כ יחזור ויוציא ממנו מחמת מה שפרעו לו בפני העדי' דהוי פרעון א"כ הפוכי מטרתא ל"ל ולא נ"מ מידי כלל ודוק:

סעיף יד

וגלגול כו'. לכאורה משמע דכאן דפטור סתם לא מהני לפטור מלהשביע ע"י גלגול ובמ"ש הר"י בשם הרמב"ן וגאון מביאו ב"י ר"ס זה אבל הרא"ש כ' בפ' הכותב בשם הר"ש והסכים עמו דא"י להשביעו אף ע"י גלגול וכ"כ ב"י בשם הרא"ש וכ"כ הטור והמחבר גופייהו בא"ע סי' צ"ח סעיף ד' וכן דעת רבני צרכת שהביא ב"י לקמן ס"ס צ"ג וצ"ע:

סעיף טו

לעולם כו'. כ' הסמ"ע ואפי' אם לא כתב תיבת. לעולם נמי דינא הכי דמדהימני' כב' עדים ממילא ידעינן שפטור בלא שבועה ק"ו וגלגול ובודאי כוונתו הי' במה שחזר וכתבו דאפי' לאחר הפרעון יהי' פטור מכל וכל ומה"ט לא הזכיר הטור תיבת לעולם בסוף דבריו עכ"ל ונראה דלא ראה רק דברי בעה"ת שבשער כ"ו חלק א' שמשם מועתקים תחלת דברי הטור ואשתמטתיה דברי בעה"ת שם שבסוף חלק ג' שמשם מועתקים סוף דברי הטור (עיין בטור) וז"ל בעה"ת שם ושטרא דלא כתיב בי' דליהוי ביה נאמן בלא שום שבועה לעולם פרע ליה והדר משבע ליה על מה שפרעו ואי כתוב ביה לעולם לא

וכדלעיל וכ"כ ה"ר משה ז"ל שאם פרעו ב' פעמים יכול להשביעו אח"כ היסת מיהו אי כתב בשטר' שיהא נאמן בלא שום שבוע' ק"ו וגלגול לעולם לא משתבע לא בתחלת הפרעון ולא בסוף הפרעון וכ"כ הראב"ד עכ"ל בעה"ת ואין לומר דהתם מיירי בנאמנות סתם ואפשר ס"ל לבעה"ת דסתם נאמנות לא מהני נגד עד אחד ולכך בלא שום שבועה לחוד מהני לפטרו אף נגד עד א' אבל אחר הפרעון יכול להשביעו היסת לכך צריך לעולם אבל בנאמנות כבי תרי א"צ לעולם דהא כתב ואי כתב ביה לעולם לא וכדלעיל כו' וע"כ במ"ש וכדלעיל רימז למ"ש לעיל חלק א' וז"ל למה הצריכו לכתוב בטופסי השטרות שבועה ק"ו לעולם שהרי בודאי כיון שהאמינו כשני עדים מהימן בלא שום שבועה ונוכל לומר שלא ישביעוהו אחר הפרעון לא אשבע כו' שאתה פטרתני מכל שבועה עד לעולם משא"כ בעדים כו' עכ"ל הרי דמיירי בנאמנו' בשני עדי' ועיקר תלי בתיבת לעולם. ועוד דמדכתב הבעה"ת בחיי"ג בסתם ולא חילק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי משמע דבכל נאמנות מיירי. ע"כ נלפע"ד דחסר בטור בסוף דבריו תיבת לעולם. ואע"פ דבלאו הכי לא היה צריך לישבע קודם הפרעון מ"מ אי לאו דכתיב תיבת לעולם היינו אומרים דלשופר' דשטר' כתב לו כן שיה' נאמן בלא שום שבוע' וכה"ג כתב מהרא"י בפסקיו גבי ח"י דלמטה תעיד עלי כק' עדים הבאתיו לעיל סי' ס"ט ס"ק י"ז אבל לא קאי לאחר הפרעון לכך צריך תיבת לעולם וכן כתב בתשוב' מהר"א ן' ששון סי' נ"א וסי' רט"ו דהכל תלוי בתיבת לעולם ע"ש אלא שמגמגם בתיבת גלגול שכתב הטו' שאינו בבעה"ת ולא עמדי על סוף דעתו בזה כי ראיתי בבעה"ת בשלש' דפוסים בדפוס שלוניקי שנת שנ"ו ודפוס פראג שנת שס"ה ודפוס וינצאה שעם הגדולי תרומה ישנו ג"כ תיבת גלגול הכל כמ"ש הטור ע"ש (ושמעתי שיש רוצים לומר דמ"ש המחבר לעולם כו' קאי אלמטה כלומר לעולם (לא) משתבע כו' ולפע"ד זהו שגגה וכוונת המחבר שיכתוב תיבת לעולם וכמ"ש):

סעיף טז

מהני דהוי כאלו אמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני כו' דברי הר"ב צל"ע דמשמע דדינו שוה לדלעיל סי' ע' סעיף ד' ולפ"ז יכול לטעון סטראי ג"כ וכמ"ש הר"ב שם וברשב"ץ שממנו מקור דין זה לא משמע כן דז"ל הרשב"ץ (הביאו ב"י בסי' ע' מחו' ג' ד') אם אמר לחברו אם לא תכתוב ע"ג השטר הפרעון לא תהא נאמן דינו כאומר אל תפרעני אלא בפני פ' ופלוני והלך ופרעו בפני עדים אחרים ואם כתב בשטר כל זמן ששטר זה יוצא מתחת ידו בדלא קרוע ודלא כתוב על גבו תהא נאמן אם הביא עדים שפרעו נאמן ואפי' לגי' הרי"ף והר"י הלוי עכ"ל (וגי' הרי"ף והר"י הלוי הוא אזל ופרעיה באפי סהדי אחריני ולא גרסי פרעי בין דילי' לדילי' כגירס' הרמב"ם וע"כ ס"ל להרי"ף והר"י הלוי

דבא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני והביא עדים אחרים שפרעו אינו נאמן) א"כ משמע דבדין הראשון אינו נאמן לפי גי' הרי"ף והר"י הלוי ונראה החילוק בין שני דינים אלו דבדין הראשון כיון דהתנה שאם לא יכתוב ע"ג השטר הפרעון לא יהא הלוה נאמן ה"ל כאלו הפרעון שע"ג השטרהן עדיו וה"ל כא"ל כל העדים יהיו פסולים עד שתכתוב הפרעון ע"ג השטר וכא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דלגי' הרי"ף והר"י הלוי ה"ל כפסל כל שאר העדי' אבל בדין השני שכתב שהמלוה יהא נאמן אם כן לא פסל כל שאר העדי' אלא שהאמינו למלוה כל זמן שלא יהא נכתב הפרעון ע"ג השטר ואם כן י"ל דלא הימניה אלא טפי מנפשיה אבל לגבי סהדי לא הימניה ולא ה"ל כא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואם כן בדין זה גם סטראי אינו יכול לטעון וכמ"ש הבעה"ת שער י"ט ח"א ושער כ"ז ח"ב להדיא דבנאמנו' סתם כשהביא עדים שפרע לו ואעפ"י שאינם יודעי' אם על שטר זה פרעו או לא אינו יכול לטעון סטראי ובטל השטר לגמרי ע"ש וכן מוכח להדיא בתשו' הרא"ש שבטור וב"י סי' זה סעיף ך' ע"ש וכן משמע לעיל סי' נ"ח להדיא עיין שם (וע"כ הר"ב מיירי מסתם נאמנות דאי כתב בשטר נאמנות כבי תרי פשיטא דאע"פ שמביא עדים שפרעו לא מהני וגם בסמ"ע ס"ק י"ג כ' ג"כ להדיא דהר"ב מיירי דוקא מסתם נאמנות ולא בהימניה כבי תרי) דגרע למלוה מא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני והרשב"ץ לא קאמר אלא בדין הראשון דהוי כא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופלוני ולא בדין זה וכמ"ש וצ"ל דגם הר"ב ה"ק מהני ופטור הלוה דהוי כאלו אמר אל תפרעני כו' וגרע מיני' וצ"ע (וכבר כתבתי לעיל סימן ע' ס"ד דגבי א"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופלוני גופיה דברי הרב צל"ע ואפשר דאינו נאמן לומר סטראי כלל לגירס' הרמב"ם והמחבר והר"ב ע"ש):

סעיף יז

שלא להחרים חרם סתם. כיון דאינו מחרים ומקלל לנוכח לא מצי המלוה לעכב מלהחרים עכ"ל סמ"ע ונראה דהיינו דוקא בפטרו בפירוש מקבלת חרם אבל אם פטרו משבועה יכול לכופו לקבל חרם בבית דין דלא פטרו אלא מן החמור ולא מן הקל ול"ד לפטרו מן השבועה דנדר בכלל אע"ג דנדר קל משבועה משום דנדר הוא בכלל לשון שבועה א"נ שאין דרך להדיר בב"ד משא"כ בק"ח כנלפע"ד:

סעיף יח

אפי' אם פירשו בפירוש. שכתב בשטר שלא ליתן אפי' חרם סתם אינו מועיל שלא האמינו לגזול ואם לא גזל אין עליו חרם סתם וכן הוא בבעה"ת שער כ"ו ריש ח"ב:

סעיף יט
נדר בכלל. והוא הדין איפכא אם פטרו מנדר השבועה בכלל וכדאיתא בנימוקי יוסף פ' הכותב ובדרכי משה ובסמ"ע:

סעיף כ
רק בבעל הכותב כו' עיין באבן עזר סי' צ"ו סעיף י"ט וסי' צ"ח ומה שכתבתי שם:

סעיף כא
לא לימא כל מאן דגזליה כו'. דאין כוונתינו להחרים על מה שעבר דמה שעבר עבר רק לקלל כדי להחזיר את שלו:

סעיף כב
ואפי' שיצא כו'. וכתב בעה"ת וטור שכל חרם שבית דין גוזרים אותו א"צ לבעל דין לענות אמן ואף אם יהי' במצולות ים החרם חל עליו עכ"ל וכן כתב הר"ב בי"ד סי' רכ"ח סל"ג דאפי' לא שמעו כלל אל עליו והא דכתב הט"ו לקמן סי' פ"ז סכ"ב דיענה אמן כ' בסמ"ע דהיינו כיון שהוא שם ומשביעו בב"ד וע"ש:

סעיף כג
וע"ל סי' ט"ז סעיף ג' די"א דנותני' כו' כתב הסמ"ע ס"ק כ' וז"ל גם הט"ו כתבו שם כן וכדי שלא יסתרו דבריהם זא"ז צ"ל דמ"ש בסי' ט"ז דוקא כשטוען יש לי עדים בודאי וכאן מיירי בדלא טוענין בודאי וכיון שכן לא ה"ל למור"ם לכתוב זה בלשון י"א כו' עכ"ל ודבריו דחוקים ולי נראה דבסי' ט"ז מיירי ליתן חרם אחר עדות כמבואר שם להדיא דזה מוטל על הב"ד לחקור אחר עדות כדי להוציא הדין לאמתו משא"כ הכא ליתן חרם אמי שחייב לו דומיא דיתומים דאמרינן ליה מסור אתה בביתך דין על גוזלך וקלל אותם וז"ש מור"ם וע"ל כו' די"א דנותני' חרם אחר עדות דייקא. כן נ"ל ועב"ח דה"ה בגנבה וכה"ג נותנים חרם וכן משמע להדיא בסמ"ע לקמן סי' רס"ז ס"ק ד' ע"ש:

סעיף כד
הדין עם הלוה. דטענת סטראי לא מהני להמלוה כשקבל ממנו מעות בפני עדים וכמו שנתבאר בר"ס נ"ח והרי כת"י כעדים ושם בתשובה ובטור כתב אא"כ האמינו כב' עדים והא דכתב הט"ו בסעיף ד' דהמדקדקים עושים שובר מכת"י כו' התם דכ' בשובר בהדיא שעל שט"ח זה קבל משא"כ הכא דלא נכתב בכת"י שעל חוב פ' קבלן עכ"ל סמ"ע ולפעד"נ דלא קאי שם בתשובת הרא"ש ובטור אכתב יד אלא אלעלמא קאי אבל בכתב יד כיון דפוסל כל העדים ומבטל הנאמנות שוב לא יכול לומר סטראי ודוק וכ"כ הב"ח

וכ"כ בפשיטות בס' גדולי תרומה דף קי"ט סוף ע"ג וע"ל סי' נ"ח ס"ק ט' הארכתי בזה (עיין בתשובות מהר"ח ן' ששון סי' פ"ב):

סעיף כה

עם הלוה. צ"ע להי"א לעיל סי' נ"ח סעיף ב' דלא קרעינן לשטרא ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה אם גם בכאן נימא הכי או דילמא כ"י עדיף טפי וצל"ע:

סעיף כו

ויוצא מתחת יד אחר. ואותו אחר אינו יודע אם הלוה חייב או לא כן הוא בתשובת הרא"ש שם. אבל אם הוא שליש ויודע מה טיבו הוא נאמן כדלעיל סי' נ"ו וא"כ יכול להחזיר השטר למלוה פשיטא דמועיל לו הנאמנות:

סעיף כז

שאין מועיל הנאמנות. פי' ואם הלוה אומר למלוה אשתבע לי שלא 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 וזה אומר ישבע זה יתפשרו ביניהם או יהא מונח עד שיבא אליהו כן מתבאר בתשו' הרא"ש שם ולפי זה להפוסקים דאפי' שניהם רוצים לא יחזיר השטר לשום אחד מהן לא נ"מ בדין זה וכן משמע בתשו' הרא"ש שם שכ' אחר זה וז"ל לכך הארכתי לבאר היאך הדין בין המלוה ללוה לפי שראיתי מפרשים שכתבו שאפי' שניהם מודים לא יוציאנו מתחת ידו אלא קרוע דחיישינן לקנוניא וזה אינו דלא חיישי' לקנוני' אלא בשטר דהורע בנפילה כו' עכ"ל ולפ"ז קצת תימ' על המחבר דלעיל סי' ס"ה סעיף ג' כתב ג"כ סברת הי"א וכאן כ' רק דברי הרא"ש. ודוחק לומר דאשמועי' דנ"מ אפי' להי"א דאפי' יש בו נאמנות לא יחזיר למלוה דדין זה אינו תלוי בכאן וכבר ממילא נשמע דין זה ממ"ש לעיל סי' ס"ה ס"ו דאפי' בשטר שיש בו נאמנות לא יחזיר לא לזה ולא לזה מי שמצאו בשוק וא"כ הי"א שם דס"ל דזה דמי למצאו בשוק פשיטא דאין לחלק בין יש בו נאמנות או לא וע"ש:

סעיף כח

חייבים היורשים להחזיר כו'. אפי' הוא תוך זמנו כן הוא בתשובת הרא"ש ובטור וע"ש וכ' מהרי"ק שורש ס"ז דמוכח מכאן דאפי' במקום שעדים חתומים על השטר דנעשה כמי שנחקר' עדותן בב"ד צריך דרישה וחקירה ואפי' איתנהו לסהדי קמן היכא שיש אמתלאות שהדין מרומה וע"ש:

סעיף כט

אע"פ שיש בשטר נאמנות כבי תרי וכן משמע להדי' מדברי הרמב"ם והמחבר לקמן ר"ס ק"י ע"ש: כתב בד"מ וז"ל כ' הרא"ש בתשובה כלל ע"א סי' ה' ראובן שהי' לו שטר נאמנות על שמעון והאמין לו ולכל ב"כ ואח"כ נתן כחו ליודא ובא לגבותו משמעון והוא משיב שכבר פרע ליודא ופסק דאין נאמנות ראובן מועיל לגבי יודא אבל אי לא טעין שפרע ליודא רק לראובן או ששלחן לו ע"י אחר אינו נאמן וע"ש עכ"ל ד"מ ור"ל דאין נאמנות ראובן מועיל לגבי יודא לפטור את יודא משבועה אבל פשיט' דראובן פטור משבועה אע"פ שטען שפרע ליודא ויודא בא מכחו וכן הוא בתשובת הרא"ש שם ולפ"ז מ"ש בד"מ אבל אי לא טעין שפרע ליודא רק לראובן כו' אין הל' מדוקדק ודו"ק ונראה דה"ה אם טוען שפרע ליודא אחר שבא בכחו ראובן גובה בלא שבועה ויודא צריך לישבע וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ב גבי כשהאמון את המלו' ויורשיו ודו"ק.

סעיף ל

כפרן בדבר א' כו'. כתב הסמ"ע דיש לגרוס בדבר אחר ברי"ש ור"ל דאפי' לא הוחזק. כפרן בזה השטר בשום דבר כ"א בדבר אחר אינו נוטל אלא בשבועה וכן מוכח לקמן סי' ע"ט סעיף ה' עכ"ל וע"ש בסי' ע"ט דלא מוכח מידי מיהו בלא"ה הוא אמת ומשמע נמיא פי' לא הוחזק כפרן בשום דבר למלוה זה רק שהוחזק כפרן לאחר בדבר אחד ולפ"ז יותר נראה לגרוס בדבר אחד בדלית ודו"ק:

סעיף לא

בטל הנאמנות. ואם נעשה כפרן בבית דין קודם הנאמנות כל מילי דב"ד קלא אית ליה וסבר וקבל כ"כ בספר גדולי תרומה דף קי"ט ע"ב וע"ש:

סעיף לב

אם העדים עצמם כו'. אף על גב דכתיב וקנינא כו' צל"ע בדין זה שיהיו העדים נאמנים לומר שלא. קנו על הנאמנות ובשטר כתב וקנינא מיניה על כל מה דכתיב ומפורש לעיל ובטור כתב טעם הדין זה משום דאין כאן מגיד וחוזר ומגיד דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתמו כדאית' בירושלמי נאמנים העדים לומר על זה חתמנו וע"ז לא חתמנו עכ"ל והו' מדברי בעה"ת שער כ"ו ח"ג ולטעמיה אזיל דס"ל לבעה"ת ריש שער נ"ו דהירושלמי הוא אליבא דהלכתא אפי' בשכתב ידן יוצא ממקום אחר ע"ש אבל הר"ן פ"ק דכ"ה והנ"י פרק איזהו נשך כתבו בשם הרמב"ן דהירושלמי הוא אליבא דר' מאיר בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ולדידן בשכ"י יוצא מקמום אחר אין נאמנים לו' ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו וא"כ ה"ה כאן דאין העדים נאמנים לומר לא חתמנו על הנאמנות וגם

הרב הביא בהג"ה לעיל סימן מ"ג סעיף ז' דיש חולקים דאין העדים נאמנים וכן נרא' דעת המחבר שם סעיף ט' וכמ"ש שם וא"כ כ"ש כאן (וגם קשה על הטור כיון דאיהו כתב לעיל סי' מ"ג דר"י והרא"ש ס"ל בכשת"י יוצא ממ"א אין נאמנים א"כ בע"כ דהירושלמי איירי בשאין כת"י יוצא ממ"א וא"כ היאך כתב כאן כדאיתא בירושלמי כו' וצ"ע) ואדרב' נראה דאפי' מאן דס"ל התם דנאמנים היינו משום שהו' טעות שהעדים מצויים לטעות א"כ יוכלו לו' טעינו וע"ז לא חתמנו משא"כ הכא שאין כאן טעות כלל ואדרב' בשטר כתוב וקנינ' על כל מה דכתיב לעיל היאך נאמר שיהין נאמנים לומר לא חתמנו על הנאמנות (וע"כ מיירי הכא שכת"י יוצא ממקום אחר דאל"כ אפי' כתוב בפי' וקנינ' על כל מה דכתיב ומפורש לעיל ובענין הנאמנות מפורש כו' אמאי לא יהיו נאמנים הא כיון דאין כת"י יוצא ממקום אחר אומרים שהפה שאסר הוא הפה שהתיר) ולפי התירוץ של הבדק הבית וגידולי תרומה שהבאתי לקמן ס"ק ל"ב דמיירי הכא שרגילין לכתוב הנאמנות לשופרא דשטרא ולא על דעת שיהי' קיים היה אפשר לצדד ולו' דהעדים נאמנים על זה אבל לפי התירוצים האחרים קשי' דא"כ כיון שכותבים הנאמנות ע"ד שיה' קיים וכתוב בשטר נאמנות וכתוב בסוף השטר וקנינא מיניה על כל מה דכתיב לעיל היאך יהיו נאמנים ונלפע"ד דלדעת הרמב"ן דמפרש הך דירושלמי בשאין כת"י יוצא ממקום אחר פשיט' דכאן אין נאמנים בשכת"י יוצא ממקום אחר וכן להתוספות פרק ב' דכתובות דף כ"ד ע"ב שכתבו דהיכא דאיכא ב' יוסף בן שמעון וכתוב בשטר כהן מעלין משטרות ליוחסין דודאי אכולא מילת' קמסהדי כו' עיין שם דה"ה הכא דאכול' מילתא קמסהדי (ועמ"ש לעיל סי' מ"ט ס"ז בהג"ה ס"ק י"ד) ואפי' להרז"ה שם דמפרש בשרת"י יוצא ממקום אחר מודה כאן וכמו שכתבתי וע"כ צ"ל דבעה"ת והט"ו מיירי במקום שכותבים הנאמנו' לשופרא דשטרא ולא ע"ד שיהא קיים וכמו שכתבתי שם בזה צ"ע:

סעיף לג

כיון שאינו מנהג פשוט כו' כן כתב בבית יוסף דלא תיקשי מדברי הטור בשם בעה"ת כאן לדברי הטור בשם הרא"ש לעיל סי' ס"א סעי' ה' וע"כ תירץ דהרא"ש מיירי במקום שהוא מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות והבעה"ת מיירי שאין מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות רק שבקצתן כתב כן וע"כ כתב ג"כ כאן בש"ע בריש דבריו ומנהג המקום שהרבה כותבים נאמנות כו' אבל באמת ק"ל על תירוץ זה שהרי בבעה"ת ובטור כתוב להדי' שרגילים הסופרים לכתוב כן בכל השטרות וכן הקשה בס' גדולי תרומה גם התירוץ השני שכתב בבית יוסף וזה לשונו א"נ הרא"ש מיירי בשאין כאן העדים שיעידו שלא כתבו בציווי הלוה עד כאן לשונו לא מחוור לפע"ד דהא מדתלי הרא"ש טעמא

שמסתמא דעתו שיכתבו כפי המנהג א"כ אפי' העדים לפנינו ומעידים שלא צוה כלום יכולים לכתוב בו נאמנות דמסתמא היה כוונתו כפי הנהוג וכן הקשה עליו בס' גדולי תרומה ונראה שלכך כתב כאן בש"ע רק התירוץ הראשון וחזר בו מהשני. ובס' גידולי תרומה שם תירץ דהבעה"ת והרא"ש תרווייהו מיירי כשנהגו לכתוב כן בכל השטרות אלא שיש חילוק בין שהעדים אומרים שהעיקר הקנין לא היה אלא על תמצית השטר ושאר עניינים ולא נתכוונו לעצמות הנאמנות אלא כמעשה קוף בעלמ' מפני שראו כן בשאר שטרות ובין כשהעדים אומרים שנתכוונו על הנאמנות לתועלת המלוה שאז מועיל אפי' כתבוהו שלא בציווי הלוה עכ"ל ודבריו צריכים תקון דמה בכך שאומרים שכתבוהו כמעשה קוף בעלמא וצ"ל דמיירי שאומרים שגם בשאר שטרו' אין כותבין רק לשופרא דשטרא ולא לתועלת המלוה וכן תירץ בבדק הבית וז"ל א"נ דהבעה"ת שכתב מנהג המקום שכותבין נאמנות בלא המלכת הבעלים לשופרא דשטרא ה"פ המנהג המקום שאין. כותבין נאמנות אלא לשופרא דשטר' ולא ע"ד שיהא קיים כל שלא נמלכו בבעלים והרא"ש מיירי שנהגו לכתבו ע"ד שיהיה קיים עכ"ל ותירוץ זה נכון לדינא אבל לפע"ד מעיקרא ל"ק מידי לפי מה שכתבתי לעיל ס"ס מ"ב וסי' ס"ח סעיף ה' דע"כ לא קאמר הרא"ש אלא כשידוע שהלוה ידע שנהגו לכתוב כן בכל השטרות וא"כ הבעה"ת מיירי כאן כשאין ידוע שהלוה ידע שהמנהג כן לכתוב כן בכל השטרות ועוד הוכחתי שם דהיכא דידוע דהלוה ידע שנהגו לכתוב כן בכל השטרות אז אפי' לא נכתב ככתוב דמי ולפ"ז מה שפסק מהר"ר שלמה כהן בסוף ספר שני דבנאמנות אעפ"י שלא נכתב כבתוב דמי כיון שנוהגים לכתוב כן בכל השטרות (וכן משמע בתשובת מהר"ן ן' לב ספר א' כלל י"ט סי' ק"ה) היינו נמי דוק' כשידוע שזה ידע ממנהג. ובזה מיושב דאין הריטב"א שהבי' ב"י כאן חולק אמהרש"ך ובזה אתי נמי שפיר דלא תיקשי מ"ש הב"י כאן בשם הריטב"א בשם רב האי דנאמנות אע"פ שנוהגים לכתוב בכל השטרות לא מחשבי' עד דמפורש בשטר והרי הנ"י פרק המקבל (וה"ה פ"ח מה' שכירות) כתב בשם רב האי דכל שנהגו לכתוב דינו כאלו נכתב אלא ודאי כמ"ש וכבר הארכתי בזה לעיל ס"ס מ"ב וסי' ס"א סעי' ה' וכל זה דלא כספר גדולי תרומה שער כ"ו דף ק"ך שלא ירד לחלק בכך ולכך הניח דברי הריטב"א בקושי' וגם הבין שמהרש"ל חולק אהריטב"א ולפעד"נ כמ"ש ודו"ק:

סעיף לד

כשמצוה הלוה כו'. כתב הסמ"ע דאינו ר"ל דצריך להיות ידוע לב"ד שצוה כן לעדים אלא ה"ה כשבא במקום ההוא לפניהם שטר כתוב בו נאמנות אמרי' מסתמא ציוה כן לכתוב ולחתום כיון שאין כותבים אותו בלא ציווי הלוה כו':

סעיף לה

ונ"ל דוק' שאמר כן בשעת הלואה כו'. וכשכתובבו נאמנות מסתמ' אמרינן שאמר כן בשעת הלוא' או שקנה ממנו על הנאמנות לאפוקי אם ידוע בבירור שאמר כן לאחר הלואה ולא קנו מיניה אז אין מועיל הנאמנות וכ"כ הסמ"ע:

סעיף לו

כמו שנתבאר בסי' זה סעיף ב'. כתב הב"ח ושארי ליה מרי' דבסעיף בי הם דברי הרמ"ה ואינם אלא בנאמנות כבי תרי משא"כ הכא בסתם נאמנות כו' עכ"ל התפלל על האחרים וצריך. לאותו דברי דהר"ב קאי אדברי המחבר דלעיל סעיף ב'. והמחבר אינו מחלק בין נאמנות כבי תרי לנאמנות סתם וכמ"ש לעיל ס"ק ז' מיהו לענין דינא כבר העליתי שם דיש לחלק בכך ע"ש:

סעיף לז

אע"פ שעבר הזמן כו'. כתב הסמ"ע דאפי' יש זמן רב שעבר הזמן ומטעם דאם כן שטרך בידי מאי בעי דאל"כ פשיט' דהא לא כתב בו סתם נחמנות אלא כדי שלא יאמר פרעתיך ככלות הזמן דאלו בתיך הזמן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ודוחק לומר דמשום יום א' דמשלם בו הזמן לחוד בא הנאמנות ע"כ וק"ק דלפ"ז בנאמנות כבי תרי לא יועיל אלא תוך הזמן אבל יותר נלפע"ד דמסתמא כל זמן שהשטר בידו משמע וכן משמע בטור ובעה"ת במה שסיימו וכל אימת דנפק שטר' מידיה נאמן בלא שבוע' וכ"כ הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו:

סעיף לח

אא"כ פירש כו'. ועיין בא"ע סי' נ"ח [צ"ח] שפסק הר"ב בהג"ה גבי כתובה דאפילו פטר' בפירוש מן היורשים לא מהני והיינו כדע' הר"ז ור"ח ור"ת והרא"ש שחולקים על הרי"ף ורמב"ם וסייעתם וכדאיתא בטור וב"י שם מחלוקת הפוסקים בזה ולפ"ז קשה על הר"ב שסתם כאן כדברי המחבר וצ"ל דגבי אשה חיישי' טפי לצררי כמ"ש הב"ח שם סעיף ט' לדעת הטור ע"ש וכה"ג כתבו התוספות והרמב"ן בחדושיו ריש בבא בתרא ובבעה"ת שער ט"ו ח"ב גבי תוך הזמן נפרעים אפילו מן היתומים ואשה אינה נפרע' מן היתומים אלא בשבועה משום דבאשה חיישי' טפי לצררי ע"ש מיהו בנ"י פ' הכותב כתב בשם

ר"ח וכל חכמי נרבונא דשום נאמנות אפילו מפורש לא מהני גבי יורשים בין בכתוב' בין במלוה בשטר כשבא לגבות מבני לוה ע"ש ואע"ג דבמ"ש הנ"י שם דאם מת מלוה אחר לוה אין בני מלוה יכולים לגבות כלום מבני לוה מטעם אין אדם מוריש שבועה לבניו נראה דה"ל יחידא' והרז"ה ובעה"ת והרשב"א והר"ן והריב"ש כולם פסקו דלא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו בכה"ג כיון דאית ביה נאמנות אפילו למ"ד דהנאמנות לא מהני למלוה נגד היורשים כשהוא חי וכ"פ הר"ב בהג"ה בא"ע שם ודלא אמרי' אין אדם מוריש שבועה בכה"ג. (וכ"כ הט"ו לקמן סי' ק"ח סעיף ג') מ"מ בהא דס"ל דכשהמלוה חי צריך לישבע נגד היורשים אפילו האמינו בפירוש על היורשים משמע דגם שאר הפוסקים דס"נ בכתוב' לא מהני שום נאמנות נגד היורשים ס"ל גם במלוה כן וכמ"ש הנ"י וכן הוא להדי' בריב"ש ס"ס קס"ט וסי' תצ"ד דחד דינא אית להו ע"ש וצ"ע לדינא (מיהו כל זה כשלא קנו מיניה אבל אם קנו מיניה מהני הנאמנות לכ"ע אפי' בכתוב' כמ"ש הטור א"ע שם בשם ר"ח וכ"כ הנ"י שם בשם תשובת הרשב"א והריטב"א ע"ש והר"ב בהג"ה שם לא ביאר זה והי' לו לבאר):

סעיף לט

שפוטרו ממנו ומיורשיו. נראה דאף אם כתב לו כן לא מהני אלא שאין המלוה צריך לישבע אם היורשים טוענים שמא אבינו פרע לך אבל אם טוענים היורשים אנו פרענו לך יש להסתפק אם מהני קבלת החוב עליו לענין זה דלכאורה נרא' דלא מהני כיון שהם אומרים שפרע החוב אין כח ביד אביהן לגרוע כחן ולהפקיע ממונן וכן אם האמין את המלוה ויורשיו עליו אינו מועיל אלא שאין יורשי המלוה צריכ' לישבע שלא אמר להם אביהן שהוא פרוע או שלא מצאו שום שטר או כתב שחוב זה פרוע אבל אם יטעון הלוה או יורשיו פרענו לכם צריכים הם לישבע וכן משמע בא"ע סי' צ"ח שכתב שם בכל הסי' דין נאמנות דכתוב' (ומשם נלמד נאמנות דב"ח ולא כתב אלא דהאשה נאמנת נגד יורשי הבעל ואינ' צריכ' שבועה שאין בידה ממה שהי' תחת ידה בחיי בעל' או שאביהם התפיס לה צררי וכן בנאמנות של יורשים א"צ לישבע שלא אמר להם שנפרע' מכתובה כו' אבל לא כתב שם שהנאמנות יועיל. אם יורשי הבעל יטענו אנו פרענו לך או ליורשים ודוק עכ"ל סמ"ע ועיין בא"ע שם כתבו הט"ו בסעיף ד' דאם כתב לה נדר ושבוע' אין לי וליורשי כו' אינו יכול להשבוע' לא הוא ולא יורשיו כו' ואפילו פגמה היא או היורשים כתובתה או יורשים מן היורשים כו' וכתב בפרישה שם דר"ל או יורשים מן היורשים אומרי' שנפרעו קצת מהיורשים נמצא שפוגמים היורשים הכתובה מן פרעון היורשי' של הבעל עכ"ל וצ"ל דהתם מיירי שיורשי הבעל טוענים אנו פרענו לך החצי ואבינו פרע לך החצי.

אבל אם טוענים אנו פרענו לך הכל צריכי' נישבע. זה שכתבתי ליישב שלא תקשי דברי מהרו"ך אהדדי אבל באמת ליתנהו לדברי הסמ"ע כאן דאדרבה כיון דפטורי משבועה שלא פקדנו אבא כ"ש דפטורים משבועה שלא נפרעו הם עצמם מהלוה ומהיורשי' וכדמוכח להדי' מדברי בעה"ת שער י"ד ח"ב שכתב גבי לוה שהאמין למלו' וליורשיו וז"ל ואיכא מ"ד דהיכא דמית מלוה וקא תבעי יתמי ללוה או ליתמי דיליה דלא מהני נאמנות אלא היכ' דכתב בשטר שיה' רשות למלוה וליורשיו לגבות ממנו ומיורשיו בלי שום שבועה קלה וחמורה בעולם ואפילו שבועות היורשין ואפי' ע"י גלגול ואי לא כתב הכי וטעין לוה או יתמי דיליה דפרעי' לאביהן ואפשר דאיהו פקיד אמרי' יד בעל השטר על התחתונה וכי פטרינהו היכ' דטעין פרעו' ליתמי אבל זה שטוען שפרע לאב בזה לא פטרו מיהו אי כתב מהני תנאה ע"כ ובעיני סבר' זו רחוקה מאד מן הדעת כי בודאי אחר שהאמין לבניו הבאים אחריו בלא שום שבועה אע"פ שלא פטרם בפי' משבועת היורשי' על כל דבר נכנס נאמנותם דשבועה אשתבע לי דלא פרעתיך היא קיל' ולא מחמירי' בה דסמכי' אחזקה דהעמד שטר על חזקתו וכשהאמין לבניו בכל טענה שיטעון כנגדם האמינם בין כשאומר שפרע לאביה' בין כשיטעון שפרע להם דבל' נאמן בלא שום שבועה קלה וחמורה כל שבועה במשמע ואפי' שבועת היורשים עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לקמן סי' ק"ח סעיף י"ד הרי להדי' דאפי' למ"ד דחייבים לישבע שבועת היורשי' מ"מ פטורים לישבע כשטוען שפרע להם והבעה"ת סובר דאפילו שבועת היורשי' א"צ לישבע ומכ"ש שפטורים לישבע שפרע להם עצמם וכן מבואר להדי' בדברי בעל העיטור סוף מאמר חמישי דף י"ב ע"ד וז"ל היכא דכתב ביה מהימנ' עלאי וירתך בתרך עלאי ועל ירתי כל אימת דאמרת לאו פריעא הוא ואתי יתמי למיגבי ביה מיניה ואמר אנא פרענ' לאבוכון אפשר דהו' פקיד דפריע' הוא צ"ע אי משתבע ליה שבועת היורשי' או לא מי אמרינן כיון דאיהו הא מית ולא קאמר לא פרענ' היאך מהימן וכי הימניה לירתיה בתרי היכ' דטען פרענ' ליתמי אבל אי טעין פרענ' לאבוכון לא מהימנ' או דילמ' לא שנא ומסתבר' יד בעל השטר על התחתונה עכ"ל וכן מבואר בב"ח לקמן סי' ק"ח סעיף ט' ואין ספק דהסמ"ע לא ראה דברי בעל העיטור ובעל התרומות בזה ואי הוי חזי להו הוה הדר ביה:

סעיף מ

יורשיו בכלל כו'. ואם כתב הבאים ברשותי הוא מחלוקת הרמ"ה והטור והב"ח פסק כהרמ"ה דאין היורשים בכלל הבאיה ברשותו וכן נוטה שהו' דעת הריב"ש סימן תצ"ד ע"ש:

סעיף מא

שיש בו נאמנות סתם. כלומר דלא האמין גם ליורשי מלוה עליו כמו בסיפא דאז היו גובים בלא שבועה אבל פשיטא דמיירי שהאמינו על יורשיו דאם לא כן לא היו יכולים יורשי המלוה לגבות אף בשבוע' דכיון דהיה המלוה חייב שבועה אין מוריש שבועה לבניו כדלקמן סי' ק"ח סעי' י"ג וכן פירשו הסמ"ע והב"ח והוא פשוט:

סעיף מב

אין נאמנות מועיל כו' צל"ע בדין זה כי הרא"ש לא פסק כן בפשיטות רק שכתב כיון דנפישי רמאי נכון להחמיר כדברי ר"ח ור"ל חומרא לתובע שהוא המוציא מהלקוחות שלא יוציא עד שישבע וכן משמע מדבריו בתשובה כלל ע"א סי' ח' שכתב כיון דאיפלגי רבוותא לא מפקינן ממונא עד שישבע המלוה כו' ואם כן כיון דהראב"ד בהשגות חולק וכן דעת בעל המאור והרמ"ה דהיכא דקדם הנאמנות בשטר ללקוחות מהני וכדבריהם נראה עיקר בתוספתא כי המעיין היטיב יראה שמה שתירץ הרמב"ן בס' המלחמות (ובעה"ת מביא דבריו בשם ספר הזכות ע"ש) והרא"ש דבאים ברשותו לאו היינו לקוחות הוא דוחק דפירוש באים ברשותו לא יהא כפירוש באים ברשותה וגם מדברי הרמב"ן עצמו שם נראה שהוא דוחק בעיניו רק שטרח להעמיד דברי הגאונים. גם ראיתי כרש"י ובברטנורה פירשו להדיא באים ברשותו לקוחות שלו אם כן מאן נימא לן דאי תפיס מלוה מהלקוחות ואינו רוצה לישבע דלא מצי למימר קים לי כרש"י והרב רבינו עובדי' ברטנורה והרב"ד ובעל המאור והרמ"ה וגם הרא"ש אפשר דמודה היכא דתפס מלוה דהשתא הוי חומרא ללקוחות שהם התובעים כן נראה לפי עניות דעתי מיהו היינו דוקא בנאמנות מפורש שכתוב בו שהאמינו גם נגד הלקוחות שלו אבל סתם נאמנות פשיטא דלכ"ע לא מהני נגד הלקוחות:

סעיף מג

וה"ה כו'. **אע"פ שכתוב בשטרות נאמנות מפורש שיגבה מהמאוחר בלא שבועה אינו מועיל וכ"כ המחבר לקמן סי' פ"ב סעיף ב' ושם כתב הטור בשם בעה"ת דנאמנות מפורש מועיל לבע"ח מוקדם ואני תמהתי שם עליו דבבעה"ת מבואר להדיא איפכא ע"ש**:

סעיף מד

אבל שלא בפניו כו'. והרא"ש בתשוב' כלל ע"ג סי"ג חולק וס"ל דנאמנות סתם מהני אפי' לנפרע שלא בפניו ומביאו הטור לקמן ר"ס ק"ו וכ"כ ב"י בשם תשובות הרשב"א וכן כתב ג"כ הרא"ש בפסקיו פרק הכותב ומביאו הטור א"ע ר"ס צ"ח ע"ש:

סעיף מה

אבל צריך לישבע כו'. דמסתמא לא הימניה אלא לבטולי שטרא ומ"מ אית ליה עליה תביעת בעל פה ויד בעל השטר על התחתונה כ"כ הטור והפוסקי' ובס' לח"מ סוף פי"ד מה' מלוה הקשה דהא דלעיל סי' מ"ב סעיף ח' אמרי' דיד בעל השטר על התחתונה הוא משום שהנתבע הוא מוחזק ואם כן הכא נמי הרי הלוה מוחזק ע"ש שהאריך בזה והניח בקושי' ולפע"ד לק"מ דהכא כיון שהנאמנות כתוב בשטר של המלוה והמלוה הוא שמוציא השטר מסתמא לא הימני' אלא לבטולי שטרא ולא לענין תביעת בעל פה כן נלפע"ד:

סעיף מו

אפי' בחיי המלוה כו'. כן הוא ל' הטור ולפ"ז משמע דכ"ש הוא דכשמת המלוה צריך לישבע ולפע"ד אינו מוכרח וי"ל דהרי"ף והרא"ש לא מיירי אלא כשהמלו' חי דהא כתבו דטעמ' הוא דצריך לישבע היסת משו' דלא הימני' אלא לבטולי שטרא וה"ל כאלו תבעו ע"פ מנה לי בידך והלה מכחישו צריך לישבע וזה ל"ש אלא כשהמלוה חי שהוא טוענו ברי משא"כ כשמת שאין היורשים טוענים אלא שמא ואין נשבעים על טענת שמא ודוחק לומר דכיון שמוצאים השטר אצל אביהן ה"ל כטוענים אמר לי אבא שאתה חייב לו מנה ועוד דהא באמר לי אבא גופיה דעת הרמב"ם ורוב הפוסקים דאין נשבעים על זה והביא העור סברתו לקמן סי' ע"ה סכ"א. ולשון הרמב"ם בדין זה מדוקדק כאשר כתבתי שכתב סט"ו ממלוה וז"ל מתנה מלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר פרעתי ואינו גובה בשטר זה לא מן היורש ולא מן הלוקח כו' טען הלוה ואמר בשטר זה פרעתי והמלוה אומר לא פרע כו' נשבע היסת כו' עכ"ל ואפש' ס"ל להטור דכיון דהי' חייב לו בודאי אלא שהוא האמינו א"כ כל שמוצאים השטר אצל אביהן ה"ל טענת ברי ועדיף טפי מא"ל אבא וכן מצאתי שוב בהרמב"ם פי"ז מה' מלו' דין ז' שכ' וז"ל יורש שבא להפקיע מן הלוה בשטר שיש בו נאמנות ולוה כל זמן שיאמר פרעתי הרי הלוה נשבע היסת שפרע לשטר זה ונפטר אע"פ שלא כתב לו והרי אתה נאמן על יורשי עכ"ל מיהו יותר נראה לפרש שהיורש טוען ברי שלא פרעת לאבא ולא הוצרך הרמב"ם לפרש זה משום דלא אתא אלא לאשמועינן דמהני הנאמנות גם נגד היורש ואולי גם כוונת הטור כן במ"ש אפי' בחיי המלוה לומר דכ"ש כשמת המלוה צריך לישבע כשהיורשים טוענים ברי בדוקא וצל"ע:

סעיף מז

ואין המלו' יכול לגבות בשטר זה מן היורשים כו'. הוא ל' הרמב"ם פט"ו מה' מלוה ומשמע מלשון זה דאף שאין היורשי' טוענים כלום טוענים אנן להו שפרע וכן משמע

להדי' בבעה"ת סוף שער נ"ז ובטור שכן הוא דעת הרמב"ם וכן היא להדיא בהרב המגיד שטעם הרמב"ם שאינו גובה מן היורשי' לפי שטוענים להם כל מה שהי' הלו' יכול לטעון ולפ"ז קשה על המחבר שכאן העתיק ל' הרמב"ם ובסעי' כ"ב כ' שיש מי שאומר שחייבים לפרוע אא"כ הביאו עדים שאביהם אמר לפניהם שהוא פרוע והיא דעת הרא"ש והוא ודאי חולק על הרמב"ם וכמ"ש לקמן ס"ק נ' וכן משמע להדי' בטור וצ"ל שהמחבר סמך עצמו אמ"ש לקמן

סעיף מח

ולא מהלקוחות דחיישי' לקנוניא (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' רכ"ח) . אין להקשות מכאן למה שכתבתי לקמן סי' ק"ו דאפשר דבשטר שאינו מקויים טורף ממשעבדי אע"פ שאינו חשוב שטר אלא ע"פ הלוה דשאני הכא כיון דנתן ללוה נאמנות איתרע ליה וה"ל כנפל א"נ שאני התם כיון דמדאורייתא לא בעי קיום ואוקמה אדאוריית' וכמ"ש שם ודוק:

סעיף מט

ונשבע היסת. דהנאמנות פטרו משבוע' דאורייתא כ"כ ה"ה והסמ"ע. ובב"ח ובס' גדולי תרומה ביארו יותר דהא טעמא דמודה מקצת חייב ש"ד משום דבכולי בעי דליכפרי' והאי דלא כפריה משום דאין אדם מעיז כו' וכדלקמן סימן ס"ה ס"ק ז' והכא כיון דאיכא נאמנות מעיז וכתב הסמ"ע אבל לא מטעם דאין נשבעים אשטרות כמו שכתב לעיל סימן ס"ו ולקמן סימן פ"ח וצ"ה דאין זה מיקרי שטר כיון דיש ללוה נאמנות עכ"ל ולא ידעתי מה ענין אין נשבעים אשטרות דלעיל סי' ס"ו לכאן דהתם תובע ממנו השטרות ואין גופן ממון משא"כ הכא ואולי ט"ס הוא:

סעיף נ

ומיהו בחרם סתם כו'. אבל שבועת היסת אין צריך דאין היורשים נשבעים להפטר כדלעיל ס"ס ס"ט:

סעיף נא

שחייבין לפרוע. בתשו' מהרשד"ם סי' נ"ג תמה על סברא זו וז"ל נפלאתי מאד מסברת הרא"ש ז"ל אחר שהוא ז"ל סובר ג"כ בהכרח שמלוה זה אינה אלא כמלוה ע"פ איך אפשר שלא נאמין ליורש או שלא לטעון בעדו שיש לנו יסוד מוסד דטענינן ליתמי וללקוחות עכ"ל ולק"מ דהא דטענינן ליתמי וללקוחות היינו היכ' שהיה אביהם נאמן בלא נאמנות דיליה משא"כ הכא שלא היה נאמן אלא מפני שהאמינו שהרי טעם סברא זו שיכול המלוה לומר לאביכם האמנתי כשיאמר פרעתי ולא לכם ואני אומר שלא אמר אביכם מעולם שפרע וכמבואר בהרא"ש וטור ור' ירוחם ומשמע מטעם סברא זו דאפי'

לאחר הזמן הדין כן וכ"כ בסמ"ע ס"ק מ"ד וכן משמע להדיא בתשובת מהר"א ן' חיים סי' כ"א דף מ' ע"ד והו' פשוט ותמהני על הע"ש שכתב וי"א שכיון שמת בתוך הזמן חייבים לפרוע דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו ולא מבעי' דלא טענינן להו אלא אפילו אמרו היתומים וטענו בבירור אבינו אמר לנו שהוא פרע שטר זה אין בדבריהם כלום שיכול לומר לאביכם האמנתי ולא לכם כו' דהא גם אחר הזמן סבירי להו להי"א כן וכמ"ש:

סעיף נב

לפלוני או לפלוני כו'. וביש ספרים בטור איתא הגירס' לפלוני ולפלוני:

סעיף נג

כיון שהאמין למוציא השטר לאו כל כמיניה לומר שפרע כו'. כתב הב"ח והא דכתב הרשב"א בתשובה סי' אלף פ"ב (ומביאו הר"ב לקמן סימן ע"ז ס"י) דכל מי שהשטר בידו גובה בו ואפי' אין בו נאמנות התם מיירי שאין השני אומר שנפרע כגון שאינו לפנינו אבל הכא שהשני אומר שנפרע לא היה גובה בו אם לא הי' כתוב שהאמין למוציא השטר עכ"ל ולא היה צריך לזה דהכא אשמעינן דמשום שהאמין למוצי' השטר גובה זה שהשטר בידו אפי' בלא שבועה ולפ"ז אפי' לא האמין למוציא השטר והשני אומר שנפרע גובה מיה' זה שהשטר בידו החצי בשבועה:

סעיף נד

לאו כל כמיניה כו'. כתב בתשובת מהר"א ן' חיים סי' כ"א דף מ' ע"ג דמשמע שאם היה ברור לנו שפרע לחבירו היה נפטר בכך ואע"פ שכתוב בשטר שכל מי שיוצי' השטר יגבה כל החוב אין הכוונה שאם פרע לחבירו שלא יועיל אלא שלא יוכל הלוה לומר אפרע לך חלקך ולחברך חלקו אבל כל שפרעו חלקו שפיר דמי שהרי כתב שהאמין למוצי' השטר לאו כל כמיניה לומר שפרע דמשמע דמשום דלא מהימן לו' שפרוע הוא הא ידעינ' שפרע שפיר דמי עכ"ל ואינו מוכרח די"ל דה"ק שכיון שהאמין למוצי' השטר הרי שעבד נפשיה למוצי' השטר ולאו כל כמיניה לו' שפרע לחבירו דפרעון לחבירו לא חשיב פרעון כיון שהשטר ביד זה:

סעיף נה

ואם היו שותפים בחוב כו'. כתב הסמ"ע וז"ל דוקא כשהן שותפין דאז מה שנתן הלוה לא' משניהן הוי קצת ברשות משא"כ כשלא היו שותפים דאז גובה מהלוה חלקו והלוה חוזר וגובה מזה שנתן לו עודף ונ"מ אם נכסיו דהלוה בינונית ושל המקבל זיבורית או שזה רך וזה קשה להיצי' מידו עכ"ל ולפע"ד דוחק לחלק בזה בין הם שותפין בחוב או לא דכיון דאפי' כשהם שותפין בחוב אם אין לו נכסים למודה אינו נאמן להפסיד לחבירו

ואפ"ה כשיש לו נכסים ב"ד יורדים לנכסיו א"כ כשאינם שותפים נמי אם איתא דדינא הוא דיורדים לנכסיו של מודה תחלה כשיש לו נכסים הוה לן למימר דנפרעים מן המודה תחלה אע"פ שאינו שותף בחוב אלא נראה דלא באו הרא"ש והט"ו לומר דיורדים לנכסיו דהמודה כשיש לו זיבורית וללוה בינונית דאם כן מצינו חוטא נשכר שבמה שנפרע שלא כדין נשכר בינונית ועוד דאין טעם לדבר הלא שעבודו של בעל השטר שהאמינו על הלוה ומה לו להודאת חבירו הלא יכול לומר ללוה אתה חייב לי ושלם לי מנכסיך וגדולה מזו כתב הטור לקמן סי' ק"ח בשם הרא"ש דאפי' בסתם שטר שותפות אפי' זה שהשטר בידו אינו נאמן להפסיד לחבירו חלקו דכל שותפין של עסק אין כח ביד א' להפסיד לחבירו כלום בהודאתו עכ"ל ומביא המחבר סברתו ג"כ שם בסעיף ח' והיאך יהיה זה כאן נאמן בהודאתו שהרי מפסיד לחבירו בהודאתו שע"י כן אינו גובה אלא זיבורית. ועוד דכיון דאינו נאמן לענין הפרעון למה יהא נאמן לענין הגיבוי וכי שייך נאמנות לחצאין אלא נראה דאינו נאמן כלל ועוד נראה דאפי' יש לו עדים שפרע לחבירו ואפי' זה שהאמינו מודה לו לאו כל כמיניה שיכול לו' לו לא היה לך לפרוע אלא למוציא השטר שהאמנת עליך ומה שכתב ואם היו שותפים בחוב לא אתא אלא למימר אלא דאם אינן שותפין מגבינן לזה שהאמינו הכל ומ"ש אם יש נכסים למודה ב"ד יורדין לנכסיו כו' אורחא דמילתא נקט דלמה יגבו מלוה ויחזור ויגבו מהמודה ללוה לאטרוחי בי דינא בכדי והפוכי מטרת' למה לן ומירי היכא דליכא נ"מ לדינא כגון היכא שנכסי שניהם שוים ואה"נ אם אינן שותפים בחוב אלא החוב הוא כולו של זה שהאמינו יורדין תחלה לנכסיו של מודה היכא שנכסי שניהן שוים דהפוכי מטרת' למה לן ולא קאמר אם היו שותפים בחוב כו' אלא לאשמועינן דאז אם אין נכסי' למודה מגבים לאחר רק חלקו אבל אם לא היו שותפים בחוב היו מגבים לו הכל והכי משמע בתשובת הרא"ש שממנו מקור דין זה כלל ס"ח סי' ו' שכתב ואם היו שותפין בחוב כו' אבל על חלקו הוא נאמן וב"ד מגבים לאחר חלקו אע"פ שכתב בשטר שכל מי שיוציא השטר יגבה כל החוב כיון שידוע שהיו שותפים ומודה שקבל חלקו לא יפרע מנכסיו חלקו פעמים עכ"ל משמע כמ"ש ודו"ק:

סעיף נו

וב"ד מגבין לאחר חלקו. ע"ל סי' צ"ג סעיף י"ד ומ"ש שם:

סימן עב

סעיף א

מפני שהוא כמו רבית כו'. כתב הסמ"ע דלמ"ש הטור והמחבר בי"ד ר"ס קס"ו בשם הרמב"ן דאם דר בחצר דלא קיימא לאגרא אפי' גברא דעביד למיגר א"צ לתת לו שכר אפי' לצאת ידי שמים ה"ה כאן כו' ונראה דלדעת הרמב"ם שהביא שם דאפילו הוא חצר דלא קיימ' לאגר' וגברא דלא עביד למיגר צריך לתת לו שכר לצאת י"ש ה"ה הכא:

סעיף ב

שלא ברשות בעלים כו'. דמסתמא ניחא לי' והוה כמשיב אבידה:

סעיף ג

משום חשדא כו'. והב"ח כתב וז"ל ולפעד"נ דכיון דתנן מותר להשכיר מפני שהוא כמשיב אבידה אין לחוש במשיב אבידה לחשד' דבאבידה' תניא בפ' אלו מציאות מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן ומפרש ר"י והרא"ש שיכול לשומם בעצמו בלא ב"ד דכיון דמשיב אבידה הוא לא חשדי לי' וכתבו רבינו לקמן סי' רס"ז סכ"ב א"כ כאן נמי דינו כמשיב אבידה דלא חשדינן לי' עכ"ל לפעד"נ דלא דמי דהתם כבר השיב אבידה במה שהכניסן לביתו שלא חשדינן לי' דאם הי' רוצה לגזול לא הי' אומר שהוא אבידה משא"כ הכא שאינו משיב אבדה אלא עתה בשעת השכירות א"כ שפיר יש לחושדו שמשכיר לעצמו בפחות כן נלפע"ד ברור:

סעיף ד

אבל אם התנה עם כו'. היינו ע"פ מ"ש בד"מ שכן משמע מפרש"י האומנין (דף פ"ב ריש ע"ב) וכ"כ ב"י וב"ח לפי' רש"י לדעת הטור אבל לפעד"נ דזה אינו דרש"י לא מיירי כשהתנה עמו דא"כ הוי שוכר והוי ש"ש לכ"ע ובש"ס שם מוכח להדיא דלמאן דלא ס"ל כרב יוסף הוי ש"ח ומאן דס"ל כרב יוסף הוי ש"ש משום דמצוה קעביד ואם איתא תיקשי דהא בלא"ה הוי ש"ש לכ"ע משום שוכר אלא ודאי מיירי התם כשלא התנה וכמש"ל סעיף ב' ס"ק י"א ומ"מ לא קשה לדעת הטור דהתם לא מיירי משום חשדא אלא מדין אי הוי ש"ש או ש"ח משום מצוה עי"ל דהטור ס"ל כפי' ר"ח שהביאו התו' שם ולפ"ז דינו של הרב בהתנה עמו צ"ע די"ל דגם בזה איכא משום חשדא לדעת הטור דאיכא מאן דידע שהוא ממושכן אצלו ולא ידע שהתנה עמו וצ"ע:

סעיף ה

שרי. בנכיית' דוקא דאל"כ יש בו איסור רבית:

סעיף ו

שולח יד בפקדון ונ"מ דמשם ואילך אף אם נאנסו מידו חייב הוא באחריותן וגם אם אומר הממשכן שכך וכך נתקלקלו מחמת למודו וזה שלמד מתוכו אומר שלא נתקלקלו אינו נאמן בשבועה לפטור נפשו אלא הממשכן נשבע על פחיתתו ונוטל ודוקא כשיש עדים שלמד מתוכו דאל"כ נאמן בשבועה במגו דלא למדתי מתוכו דאין אדם נעשה גזלן לפסול ע"פ עצמו כ"כ המרדכי שם בשם ראב"ן ושראבי"ה כתב שאף שלכתחלה אסור בלא נכיית' אפי' בספרים מ"מ אי עביד וקרא בספרים לא מיקרי שולח יד בפקדון להיות פסול לשבועה כיון דסבר מצוה קעביד (וכ' במרדכי שם ונ"ל ראיי' לדברי ראבי"ה כו') ודוקא בדיעבד אבל לכתחלה אסור בלא נכיית' וצ"ע למה כתב מור"ס בהגהותיו בי"ד סי' קע"ב סעיף א' דיש מתירים להלות על ספרים וללמוד מתוכן ועל מקומות דב"ה ולישב עליהן אפי' בלא נכיית' הא ראבי"ה זה דחולק ומתיר היינו דוקא בנכיית' ואפשר דמור"ם מיירי כשהתנה עמו מתחל' בשעת ההלוא' שילמוד מתוכו או ישב על מקומו וס"ל דמועיל התנאי כיון דמצוה הוא וראבי"ה מיירי דלא התנה עמו מתחלה עב"ל הסמ"ע ומ ש ואפשר כו' וראבי"ה מיירי דלא התנה עמו כו' אין נלפע"ד דכיון דלהראבי"ה אסור משום רבית א"כ מה בכך שהתנה ואדרב' יותר שייך איסור רבית כשהתנה עמו אבל כבר כתבתי בספרי שפתי כהן שם ס"ק ט' דלק"מ דהיש מתירים שכ' הר"ב הם מהרי"ל בתשו' סי' ל"ז ואגודה פ' איזהו נשך דס"ל דאפי' בלא נכיית' שרי משום מצוה ושגם מהר"ב לא נעלם דעת ראבי"ה וסייעתו וע"פ דבריהם כתב שם בהג"ה וטוב להחמיר ולעשות בנכיית' ע"ש. ועתה מקרוב שאלני חכם א' דילמה מהרי"ל והאגודה מיירי נמי בנכיית' דוקא והשבתי לו זה אי אפשר חדא שהרי מהרי"ל שם לא הזכיר בכל התשובה מנכיית' ועוד שמזה שכ' האגודה למד מהרי"ל שם דמותר להלות מעות יתומים ברבית כו' ע"ש וגם המעיין באגודה יראה כמ"ש שכתב שם וז"ל פיר"י מכאן יש ללמוד שאסור ללות על בית לדור בו אפי' בנכיית' צ"ע איך מותר ללות על מקומות ב"ה ולישב עליהן ודילמא לצורך מצוה שרי כדכתבתי לעיל פרק הזהב עכ"ל אלמא דהיינו אפילו בלא נכיית' דאל"כ למה כתב צ"ע דילמא קי"ל כר"ת ועוד שכתב כמ"ש לעיל פרק הזהב ובפרק הזהב כתב בסתם דמותר להלות ברבית לצורך מצוה מכל זה נראה להדיא דדעת האגודה ומהרי"ל דמותר ללמוד מתוך הספרים אפילו בלא נכיית' והם היש מתירין שכתב הר"ב שהביאם בד"מ בי"ד שם ודלא כסמ"ע זה נלפע"ד ברור (שוב ראיתי שגם הגאון אמ"ו בגליון סמ"ע שלו השיג על הסמ"ע בזה וכ' המתירי' הוא מהרי"ל ואגודה):

סעיף ז

ויש מחלקין כו'. לשון העיר שושן ויש מתירין ללמוד בהן משום דמצוה קעביד כו' ולא דק דליכ' מאן דמתיר ללמוד בהן לכתחל' וכדאית' בש"ס פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ט ע"ב) דאסור ללמוד בהן לכתחלה וכ"פ כל הפוסקי' וכמו שנתבאר לקמן סי' רצ"ב סעיף ך' אלא דראבי"ה ס"ל דנהי לכתחל' אסור מ"מ לא הוי שולח יד בפקדון משום דקסבר מצוה קעביד דומיא דקוברי המת בי"ט ראשון דלעיל סי' ל"ד ס"ד דאינם נפסלים משום דסברי מצוה קעביד והן הן היש מחלקים שכתב הר"ב:

סעיף ח

משום דקסבר מצוה קעביד כו'. ע"ל בס"ס רצ"ב דכתב מור"ם בהג"ה במפקיד ספרים דהמפקיד ביד ת"ח מותר לקרות ולהעתיק ממנו כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו והוא ג"כ מהמרדכי והיינו דוקא בפקדון אבל בממושכן אסור אפי' לת"ח משום חשש רבית ובפקדון נמי דוקא בהפקיד לת"ח די"ל אדעת' דהכי הפקידו כנ"ל אבל לא באדם אחר לראב"ן הנ"ל דמחשבו לשולח יד בפקדון וכל זה דוקא כשיבא הספר לידו מדעת בעליו אבל לילך לבית חבירו ולקרות מתוך ספרו שלא מדעתו אסור אפי' לת"ח ובלא חשש רבית שמא חבירו יקפיד ע"ז מחמת שיקרע ספרו וכ"פ מור"ם בא"ח ס"ס י"ד ע"ש עכ"ל סמ"ע ומ"ש לראב"ן הנ"ל דמחשבו לשולח יד בפקדון כו' אינו מדוקדק דהא גם ראבי"ה מודה לראב"ן לענין לכתחלה. ומ"ש וכל זה דוקא כו' וכן פירש מור"ם בא"ח כו' הכי מוכח בש"ס פרק אלו מציאות שם וכן הוא במרדכי שם מיהו היינו דוקא ספר דיש לחוש שיתקרע אבל טלית ותפילין וכה"ג כתב הר"ב בא"ח שם דמותר ליטול אפילו בלא ידיעת חבירו וכ"כ הרא"ש פרק כל הבשר ור' ירוחם והסמ"ק דמותר ליטול טלית של חבירו בלא ידיעתו משום דמסתמא ניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה ומביאם בית יוסף בא"ח שם ע"ש ולפ"ז נ"מ כאן דלא הוי שולח יד בפקדון לכ"ע. אך שנרשם שם בש"ע על דברי הר"ב נמ"י פ' הספינה ועיינתי שם בנ"י ואדרבה דעת הנ"י להפך וז"ל שם אמר המחבר וכיון דקי"ל כרבנן דאמרי גזלן הוה הי' נראה שאסור לאדם להניח תפילין של חבירו או להתעטף בטליתו שלא מדעתו אבל מורי נר"ו אומר דבדבר מצוה שאני דניחא ליה לאינש דליעבדי מצות בממוני' עכ"ל הריטב"א ז"ל ותמהני אני על פסק זה של רבותינו ז"ל דבהדיא אמרי' סוף פ' אלו מציאות מצא תפילין שם דמיהן ומניחן ואם לא ששם אותם וקנאם לא היו מתירין אותו להניח כשאר גוף אבידה שאסור להשתמש בה ולא התירו משום מצוה וגבי ס"ת נמי גבי אין השואל רשאי להשאיל דאמרי' סד"א דניח' ליה לאינש כו' קמ"ל דאלו היה לרבותינו ז"ל שום ראיה הייתי

דוחק עצמי ליישב זה אבל עכשיו תמהני עכ"ל אך לפע"ד תמיהת הנ"י אינה תמיה דאה"נ אלו רוצה להשתמש בהן דרך עראי מותר אלא התם מיירי שרוצה שיהיו שלו ממש להשתמש בהן בקבע אף אם יפסידן דרך תשמישן ובספרי' אפי' דרך עראי אסור לכתחלה וכדמוכח בש"ס שם ע"ש והיינו משום שרגילין להתקרע ולהתטשטש וגם לפי' האחרון שכתב הרא"ש פ' א"מ דשם דמיהן ומניחן היינו שמניח הדמי' אצלו והוא עיקר לפע"ד מדגרסי' התם בש"ס מתיב רבינא מצא ספרים כו' גיללן אין שם דמיהן ומניחן לא כו' והתם לא שייך לומר שמניחן על ראשו א"כ פשיטה דנק"מ ואדרב' נלפע"ד משם ראיה לדעת רבותיו מדקא' תפילין שם דמיהן ומניחן ומסיק טעמא משום דמשכח שכיחי לקנות ולא קאמר כל מילי דשכיחי שם דמיהן ומניחן ומ"ש תפילין דנקט אלא ודאי דוקא תפילין שהרי עשויין למצותן ולמה יהיו מונחים בקופס' בחנם וניחא לי' לאינש דליתעבד מצוה בממוני' והלכך כיון דשכיחי לחזור ולקנות ואין לו הפסד יכול לשום דמיהן ולהניחן וכן מדוקדק ל' הרמב"ם פי"ג מהל' גזלה והסמ"ג עשין ע"ד דף קנ"ג ע"ד שכ' מצא תפילין שם דמיהן ומניחן שדבר מצוי הוא לקנות ואינן עשויין אלא למצותן בלבד עכ"ל ומה"ט יכול להשתמש נמי דרך עראי בתפילין וטלית של חבירו בלא ידיעתו וס"ת שאני משום דשכיח שיקרע או יתטשטש וכמ"ש וכן מחלק הנ"י גופי' בהלכות קטנות בהלכות ציצית וז"ל ובמקום שנהגו להניח טליתיהן בבהכ"נ אם בא אדם להתעטף בו לפי שעה ולהחזירו למקומו מותר ולא חשיב שואל שלא מדעת גזנן כיון דליכא הנא חשש כילוי קרנא ניח' ליה לאינש דליעבדי מצוה בממוניה משא"כ בספרים דשמא יבוא לקרות בהן הרבה עד שיקרע מרוב משמוש עכ"ל עוד נלפע"ד דרבותי' למדו כן ממאי דאמרי' רפ"ק דפסחים דף ד' ע"ב גבי משכיר בית לחבירו בחזקת בדוק דניח' לאינש לקיום מצוה בממוניה ע"ש. שוב מצאתי בדרכי משה בא"ח ויש בג"כ קושית הנ"י כיוצא בדברים שכתבתי וז"ל וכדי ליישב דברי הפוסקים והמנהג אומר אני דנא דמי לס"ת דהתם איכא למיחש שיקרע ולא ניחא ליה וגם אין ראיה מההיא דשם דמיהן ומניחן דהתם לאו למימרא דבלא"ה אסור להניחן אם ירצה אלא לאשמועינן דאם אינו רוצה להניא תפילין של אחרים ורוצה לעשות מצוה בממוניה מותר לשומן מיד וליתן דמיהן משא"כ בשאר אבידה כדאיתא שם כ"ש לאותן מפרשים דמפרשים שם דמיהן ומוכרן ומניח המעות אצלו וכמו שיתבאר בחשן משפט סימן רס"ז אבל אין נראה לאסור בתפילין כמו בספרים דהא המנהג פשוט להיתר ולהשוות תפילין לטלית עכ"ל ובכלל דבריו דברי:

סעיף ט

בין שמשכנו בשעת כו' הלואה כו'. אזיל לטעמיה שכתב בב"י דכל הפוסקים סוברים דאף שלא בשעת הלואתו לא הוי אלא שומר שכר לבד מרש"י שסובר שחייב באונסים אבל לפעד"נ עיקר בש"ס כרש"י וגם דעת הרבה גדולי הפוסקים הוא כן וכמו שאבאר ולפי שהתוס' והרבה גדולים חלקו על רש"י מוכרח אני להאריך ואף שאינני כדאי להכניס ראשי בין ההרים גדולים מ"מ הלא התורה מונח בקרן זוית וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו. חדא דלישנא דאמרינן בכמה דוכתי בש"ס וכדרבי יצחק דאמר ר' יצחק ב"ח קונה משכון משמע שקונה המשכון ויש לו בו קנין גמור ואי לא הוי אלא ש"ש לא שייך ביה לומר שקונה המשכון ועוד קשה לי דהא ר' יצחק יליף לה דב"ח קונה משכון מדאמר רחמנא ולך תהיה צדקה אם אינו קונה משכון צדקה מנין ואם איתא דר' יצחק לא קאמר אלא לענין דהוי ש"ש ח"כ עדיין יש ללוה זכייה בגופו של משכון א"כ הדרא קושיא לדוכתי' צדקה מניין שהרי הוא של לוה ואין המלוה אלא שומר עליו וכי שומר שיחזיר הפקדון לבעליו צדקה יהיה לו ומה צדקה שייך בזה: ועוד קשה מה שהקשו התוספות פ' האומנין דף פ"א ופ' השולח (גיטין דף ל"ז) והרא"ש פ"ק דקדושין אמאי קנאו להיות עליו ש"ש אי חשיב קנין גמור באונסים נמי לחייב ואי לא חשיב קנין אפי' ש"ש לא הוו (דע"כ בלא פרוטה דרב יוסף ס"ל לרבי יצחק דהוי ש"ש וכדמוכח בפ' האומנים ובפרק שביע' הדיינים להדיא ע"ש ועוד דהא דאמרינן דר' יצחק קאמר דוקא שלא בשעת הלואתו ואי משום פרוטה דרב יוסף אפי' בשעת הלואתו נמי) ומה שתירצו שם דקני ליה להיות ממינו לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות ולכך הוי ש"ש הוא גופא קשיא כיון דאין לו בו קנין גמור האך יוכל לקדש בו האשה או לקנות בו עבדים וקרקעות אלא ודאי קונה אותו קנין גמור והוי כשלו. ואין להקשות על פירש"י דהא בהשולח ובפ' כל שעה (פסחים דף ל"ב) משמע דהך דר' יצחק אף בשעת הלואתו הוא לענין דאינו משמט ולענין חמץ דעובר עליו וא"כ בשעת הלואתו ע"כ לא קנה בו קנין גמור וא"כ אמאי אינו משמט ואמאי עובר עליו לק"מ דכבר פירשו התוס' והרא"ש שם לפי שטתם דכיון דשלא בשעת הליאתו קני ליה קנין גמור א"כ לכל הפחות בשעת הלוחתו קני ליה לענין שלא ישמט ולענין דקרינן ביה שלך אי אתה רואה וא"כ גם לפירש"י י"ל כן ואדרבה לפי' רש"י ניחא טפי דאלו לפי' התוספות וסייעתם קשה היכא נימא כיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור א"כ גם בשעת הלואתו קני ליה לענין דלא משמט ולענין דקרינן ביה שלך אי אתה רואה הא אף שלא בשעת הלואתו לא קני ליה לגמרי וגם קשה אף בשעת הלואתו אמאי נימא דלענין לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות לא הוי כשלו וכמ"ש

התוס' והרא"ש גופיה שם ולענין שמטה וחמץ יהא כשלו מאי אולמיה דהאי מהאי (אמת שבמרדכי רפ"ק דקדושין כתב בשם התוס' דאף לענין קדושי אשה קונה בשעת הלואתו אבל אינו כן בתוס' שלפנינו וגם קשה לפ"ז מאי איכא בין שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו והמרדכי עצמו שם הביא בשם התוס' דר' יצחק אמר דוקא שלא בשעת הלואתו וצ"ע) ואף שהתוס' והרא"ש כתבו כיון דשלא בשעת הליאתו לא קני ביה אלא לענין לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות א"כ בשעת הלואתו אין לו כח זה מ"מ היא גופה קשיא אמאי יהא לו כח לענין דאינו משמט ולענין דעובר בבל יראה ואין לו כח לענין שיכול לקדש האשה ולקנות עבדי' וקרקעו'. אבל לפירש"י ניחא דכיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור ממש א"כ בשעת הלואתו נמי הוי כתפיס ועומד לענין דקרינן בו לא יגוש והאי נגוש ועומד הוא וכן לענין חמץ נמי הוי כשלו לענין דעובר עליו בבל יראה אבל לענין קדושי אשה ושאר דברים בעינן שיהא שלו לגמרי דודאי אינו יכול לעשות קנין בדבר שאינו שלו לגמרי (זהו מה שנלפע"ד ליישב פירש"י אף לפי שטת התוס' אבל לקמן כתבתי ענין חדש דלא קשה מידי לפירש"י): ובזה נדחה מ"ש הרמב"ן בספר המלחמות פ' שבועת הדיינים ואחריו נמשך הרשב"א בחדושיו פ' השולח להוכיח דר' יצחק אמר למילתיה אף בשעת הלואתו ומאי דאמרינן בפרק האומנים ובפ' שבועת הדיינים אימר דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר לא ע"ד בירור קאמר אלא ע"ד הספק דאל"כ קשיא הך דהשולח ופ' כל שעה והך דפ"ק דקדושין (דף ח' ריש ע"ב) ע"כ דבריהם. ולפי מ"ש לא קשה מידי וכמ"ש התוס' והרא"ש שם וכן הך דפ"ק דקדושין פירשו התוס' והרא"ש דהיינו דוק' שלא בשעת הלואתו וכן הוא במרדכי פ"ק דקדושין בשם התוס' וראבי"ה ע"ש וכן הוא בתוס' רי"ד: ומ"ש הרמב"ן והרשב"א דלישנא דקידשה במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדר' יצחק משמע דהיינו בשעת הלואתו לא יררתי לסוף דעתם דהתם הכי איתמר איתביה רבא לרב נחמן קידשה במשכון מקודש' התם במשכון דאחרים וכדר' יצחק א"כ שפיר נוכל נפרש הך דלשנא דקידשה במשכון היינו משכון דאחרים שלא בשעת הלואתו גם הראי' שהביאו הרמב"ן והרשב"א מהא דאמרינן פ"ק דקדושין (דף י"ט סוף ע"א) המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדר' יוסי בר' חנינא אינו ראיה כלל לפי מה שפירשו התוס' ושאר מפרשים בפרק קמא דקדושין שם דמיירי במשכון דידה ואין מחזיר לה המשכון אלא מוחל לה המלוה ואדרב' להרמב"ן והרשב"א קשיא דאמאי קאמר מקודשת מדר' יוסי בר חנינא הל"ל מקודשת מדר' יצחק וכמ"ש התוס' והרא"ש שם וגם פשטא דש"ס דקאמר ותסברא אימור דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלוא' בשעת הלואתו מי אמר משמע להדיא דדוקא שלא בשעת

הלואתו קאמר רבי יצחק וכן מבואר בתוס' בכמה דוכתי ובהרא"ש ובמרדכי פרק קמא דקדושין וסמ"ג עשין צ' דף קע"ו ע"ג ושאר הרבה פוסקים דר' יצחק אמר דוקא שלא בשעת הלואתו ודלא כהרמב"ן (וכן הוא בתשובת הרא"ש כלל ק"ח סימן כ"ז בדברי הרב השואל ובדברי הרא"ש המשיב דהך דרבי יצחק מיירי דוקא שלא בשעת הלואתו ודלא כהרמב"ן והבאתיו לקמן סי' ע"ג ס"ק ג' ע"ש) וכן הרשב"א בחדושיו שם כתב שהלשון אינו מתיישב דהא לישנ' ברירא משמע ולא ספיק' אלא שכ' שהענין נכון בעצמו וראוי לסמוך עליו ומשמע שם שטעמו אמ"ש שהרמב"ן חזק זאת הסברא בראיות נכונות חדא דאמרינן בקדושין המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדר' יצחק והאי לישנא במלוה שיש עליה משכון משעת הלואתו משמע ותו דגרסינן התם המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדר' יוסי בר חנינא כר וכן ההיא שמעתת' דפסחי' מוכיח' כן כו' עכ"ל ולפי מה שכתבתי אין מכל זה ראיה כלל ועוד אכתוב לקמן דמהך דפסחים אין ראי' ע"ש: ומה שהקשו התוס' והרא"ש והרמב"ן בס' המלחמות על פירש"י דא"כ האיך הוה משני בדרבי יצחק פליגי הא במתניתין קתני הלוהו על המשכון ש"ש. נראה לפי עניות דעתי דלא קשה מידי מכמה טעמים חדא דאין הכי נמי דהוה מצי לאקשויי הכא ועדיפא מינה פריך וכן כתב בעל העיטור סוף ד' ס"ח וכ"כ הרא"ש בפ"ק דקדושין דיש לדחות דחדא מתרי פירכא נקט ועוד דאי הוה פריך הכי לא הוי מצי לאקשויי אלא ממתני' דא"כ אמאי הוי ש"ש באונסין נמי לחייב אבל מ"מ הוה שפיר מצינן למימר דברייתי' דפליגי ר"ע ור"א דאוקמי' לה דפליגו בדר' יצחק הוה א"ש אלא דהוה קשי' מתניתין אתי' דלא כמאן והשתא פריך אגופא דאוקימת' דהיאך מוקמינן לברייתי' דפליגי בדר' יצחק הא רבי יצחק לא קאמר אלא שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו מי אמר ונראה שלזה כוון רש"י שפי' בפרק האומנים והך פלוגת' דרבי אליעזר המלוה על המשכון קתני כו' כלומר והאיך מוקמת לה לברייתי' דפליגי בדרבי יצחק ואם כן אפילו בלא מתני' האי אוקימת' ליתא בגופא דברייתי' והכי משמע בש"ס פרק שבועת הדיינים דהתם ליתא בש"ס מתני' דהאומנין וא"כ אי הוה פריך הש"ס הכי הוה צריך לאתויי מתני' דהאומנין כדי להקשות אלא מתניתין כמאן ולכך פריך טפי בפשיטות אגופה דאוקימת' דמוקים לברייתא (בפ' שבועת הדיינים ובפ' האומנין) בדרבי יצחק ותסברא כו'. ועוד נראה בעיני דמעיקרא לא קשה מידי דודאי כי היכא שמפרשים התוס' והרא"ש באמת כיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור לענין לקדש בו האשה ולקנות בו עדים וקרקעות א"כ אף בשעת הלואתו קני ליה לענין שמיטה וחמץ ה"נ י"ל כיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור אפי' לאונסין בשעת הלואתו נמי קנה ליה לענין להיות

עליו כשומר שכר כך הוה ס"ד דש"ס וה"נ פריך דלא תימא דס"ל לרבי יצחק דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור לענין אונסים ובשעת הלואתו קני ליה לענין דליהוי עליו שומר שכר להכי פריך אימור דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו מטעם שקונה המשכון לגמרי אבל בשעת הלואתו שיקנהו במקצת מי אמר וכמו שכתבתי למעלה דאין סברא כלל שיקנהו לחצאין. גם מה שהקשה הרמב"ן בספר המלחמות שם על זה וזה לשונו וחמרי' נמי התם (בפ' האומנים) כאן שמשכנו בשעת הלואתו כאן שמשכנו שלא בשעת הלואתו פי' מתני' דקתני ש"ש במשכנו שלא בשעת הלואתו אבל משכנו בשעת הלואתו ש"ח והיכא הוי ש"ש הא קני ליה כדר' יצחק כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא מעיקרא לא אסיק אדעתי' דר' יצחק ובתר הכי מסיק דפליגי בדר' יצחק ומעיקר' טעמ' אחרינ' איכא במילתיה ונרא' דטעמא משום דבההוא הנאה דתפיס ליה למשכון אחובי' הוי ש"ש וכדאמרינן התם גבי אומן בההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה הוי ש"ש ואע"ג דהתוס' שם סוף דף פ' ד"ה דקא תפיס ליה אאגריה כו' והר"ן בתשובה סימן י"ט כתבו דא"א לומר דהמלוה על המשכון הוי ש"ש מהאי טעמא היינו לפי האמת דמתני' מיירי בשעת הלואתו ומטעמ' שכתבושם דל"ד לאומן דהתם לא איתהני מלוה מידי דאין מרויח במה שהלוה ממה שלא היה מלוה ולא היה לו משכון מה שאין כן שלא בשעת הלואתו דמרויח דכיון שכבר הלוה מרויח עתה במה שלוקח המשכון להיות בטוח בחובו ודמי לאומן ועוד יש לו' טעמי אחריני דהוה ס"ד דש"ס דשלא בשעת הלואתו הוי ש"ש בלא הא דרבי יצחק וק"ל: גם מ"ש הרמב"ן שם וז"ל ושמעתין נמי דיקא דקס"ד דר' עקיבא כר' יצחק וקתני אבד ואבד בשמירת שוכר במשמע ואע"ג דאפשר לך לדחויי בטבעה ספינתו בים דחויה היא ואין שומעין לך עכ"ל לא ירדתי לסוף דעתו דהא בש"ס בפ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ט) ובפרק המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) ובפ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ח) מוקים הכי אבדו שטבעה ספינתו בים. ועוד דהכא י"ל דר' עקיבא נקט אבדו כלישנ' דר"א ברישא ור"א נקט אבדו לרבות' דאפי' אבדו ישבע ויטול מעותיו דס"ל אפי' ש"ש לא הוי. סוף דבר איני רואה שום טענה נכונה בכל דברי הרמב"ן בס' המלחמות וכבר בררתי דהעיקר כרש"י דשלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי אף לאונסין ועוד נלפע"ד דרך אחרת לשיטת רש"י לפי דקשיא לי לפי הדרך שכתבתי אף שהסכימו בו התוס' והרא"ש ושאר פוסקי' מ"מ קשה מאד לומר דכיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור יקנהו אף בשעת הלואתו לענין שמיטה וחמץ גם לשון הש"ס פרק השולח ופ' כל שעה דחוק לומר כן גם רבינו שמשון בפי' המשנה פ"י דשבועית כתב וז"ל וצריך לדחוק ההיא דגטין דהכי קאמר שאני משכון דקני ליה שלא בשעת

הלואתו כדר' יצחק והואיל וכן בשעת הלואתו נמי אהני לענין דקרינ' ביה של אחיך בידך עכ"ל משמע מדבריו שזה דוחק. גם הרשב"א בחדושיו פ' השולח כתב על הרז"ה שכ' כרברי התוס' וז"ל ודברי רבינו ז"ל מתמיהין דאי משכון לאו נגוש הוא מאי אהני לן מאי דאפשר במשכון אחר דעלמ' למיהוי ליה קנוי כדר' יצחק ועוד דבחצר משכחת נמי צד דלא משמט כגון שסיים לו השדה כדעת תנא דברייתי' א"נ בהלוהו על חצרו באתר' דלא מסלקי לכ"ע עכ"ל גם הרמב"ן בס' המלחמות פרק כל שעה כתב על דברי בעל המאור שפי' כן וז"ל אמר הכותב אלו דברי הבאי וכי בשביל שהוא קונה במקום אחר יקנה כאן שלא כדין וא"כ אפי' ישראל מעכו ם יקנה הואיל וישראל מישראל קונה עכ"ל ודבריו נראין נכונים בזה: וראיתי בס' ראב"ן פ' שבועת הדיינים דף קי"ז שהקשה לו חתנו הך דפ' כל שעה ותירץ לו דודאי לר' יצחק לא קני בשעת הלואתו והא דפסחים ש"ס בעי לאוקמה דתנאי סבירא להו דלא כר' יצחק וסבירא להו דאפי' בשעת הלואתו קני ליה מיהו אנן קי"ל כר' יצחק ודלא כהני תנאי עכ"ד בקצרה ע"ש שהאריך. ולפ"ז נתיישבו ג"כ דברי רש"י ואע"פ שזה דוחק קצת דסתמא דש"ס פ' כל שעה משמע דתנאי ס"ל כר' יצחק מ"מ ניחא לוה טפי בתירוץ זה מכל מה שתירצו הקדמונים בזה מכח כל הנך קושיות שכתבתי. ואין להקשות לפ"ז דהא בהשולח מוקמינן סתמא דמתני' דשביעית כר' יצחק והתם נמי בשעת הלואתו היא והיאך יהיה ר' יצחק נגד סתמא דמתני' דשאני התם וכמו שאכתב לקמן: ועוד נלפע"ד דרך אחרת לדעת רש"י דודאי ר' יצחק לא קאמר אלא שלא בשעת הלואתו ול"ק מהך דפ' כל שעה דהתם נמי י"ל דמיירי שלא בשעת הלואתו והא דדייקינן בש"ס בהאומנים ובפ' שבועות הדייני' דלישנא דהלוהו על המשכון משמע בשעת הלואתו לק"מ דודאי לישנא דהלוהו על המשכון לישנא דמשכון משמע שהלוהו מתחלה על המשכון וא"כ משכנו בשעת הלואתו אבל בפסחים לא קאמרינן אלא ישראל שהלוהו לעכו"ם על חמצו והאי לישנא שפיר יש לפרשו שהלוה לו מתחל' על חמצו שהיה לעכו"ם בביתו ולא השכינו אצלו רק ששעבד לו חמצו שהיה לו בביתו מדלא קתני ישראל שהלוה לעכו"ם על המשכון של חמץ. וראיה לזה דהא מעיקרא קאמר התם בפ' כל שעה לימא כתנאי ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו כו' ומשני ותסברא כו' אלא הב"ע כגון שהרהינו אצלו וקמפלגי בדר' יצחק כו' אלמא דמעיקרא הוה ס"ד שלא השכינו אצלו בביתו וא"כ ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו דנקט היינו ששעבד לו חמצו וכן פירש"י התם להדיא דמעיקרא קס"ד דכשלא מסרו לו מיירי אלא שעבדו לו כשאר לוים שאם לא אתן לך עד יום פלוני בא לביתי וגבה מחמץ זה עכ"ל וא' כ נהי דמשני כשהרהינו אצלו מ"מ שפיר נוכל לומר דמיירי שהרהינו אצל ולאחר הלואה

שהלו' לו מתחלה על החמץ שהיה לו בביתו ששעבדו לו ואח"כ הרהינו אצלו. וזהו לפע"ד ברור ותמהני על בעלי התוס' ושאר גדולים שהרעישו העולם בזה. הלא הדברים פשוטים ומוכרחים כמו שכתבתי: וגם הך דפ' השולח נלפע"ד דרך אחרת לדעת רש"י דאע"ג דהתם תנן המלוה על המשכון אינו משמט ומשמע שהלוהו מתחלה על המשכון מ"מ אתי שפיר דהא ודאי כי דייקינן שפיר מאי טעמא אמרינן בש"ס אימור דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר דנהי ודאי דקושטא הוא דדיוקא דר' יצחק דדייק מקרא דולך תהי' צדק' שלא בשעת הלואתו מיירי מ"מ מה טעם יש לחלק בין שלא בשעת הלואתו לבשעת הלואתו ודוחק לומר דש"ס פריך דילמא גזירת הכתוב הוא בלא טעם ועוד דהא רחמנא לא כת' בהדי' דקונה אלא אנן מדיוקא דקרא ילפינן הכי אם אינו קונה משכון צדקה מנין וא"כ נימא דס"ל דרחמנא דב"ח קונה משכון אף בשעת הלואתו אלא ודאי הכי קאמרינן אימור דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו שאין לזה לשלם וממשכנו ע"פ ב"ד לפרוע מחובו א"כ קני ליה משכון דהא לית שאר נכסים לאשתלומי מנייהו וא"כ משכון זה נקנה לו בהלואתו כאלו מכרו לו בחובו אבל משכנו בשעת הלואתו ואית ליה שאר נכסי דשעבודיה רמי על כל נכסיה מי אמר שיהא משכון זה קנוי לו (ולפ"ז אף במי שמשכנו בשעת הלואתו וכשבאו לתבוע חובו אין לו לשלם נקנה לו המשכון משעה שאין לו לשלם כיון דאין לו ממה לגבות חובו אלא ממשכון זה ונתברר לבית דין שאין לו ממה לשלם אלא ממשכון זה דלא מסתבר כלל לומר כיון שהמשכון בא מתחלה בידו בשעת הלוא' לא יקנה לו עכשיו דלמה יגרע כשהיה בידו עד עתה סוף עתה שנתברר לבית דין שאין לו לשלם הרי כאלו הגבהו הבית דין המשכון לזה והרי נקנה לו לתשלומי חובו ואין להקשות א"כ אמאי לא משני בפרק האומנים ובפרק שבועת הדיינים דפלוגתא דרבי אליעזר ור' עקיבא מיירי שמשכנו בשעת הלואתו ואין לו לשלם אח"כ חדא דלישנא דהמלו' על המשכון כו' לא משמע הכי אלא משמע שהלוהו שיהא למשכון בידו עד שישלם לו ויש לו לשלם ועוד דהא פליגי אי ישבע ויטול מעותיו משמע דיש לו לשלם ועוד דא"כ אמאי קתני במתני' דהוי ש"ש באונסין נמי לחייב אלא ודאי מיירי במשכנו בשעת הלואתו ויכול להשתלם חובו עכשיו ממ"א אבל אם א"א לו להשתלם ממ"א ב"ח קונה משכון לגמרי) וא"כ הך דהשולח לק"מ דכיון דאינו יכול לגבות חובו משאר נכסים מחמת השמטה א"כ ודאי גלוי לכל ב"ד שזה לא ישלם לו וה"ל כאלו נתברר בב"ד שאין לו לשלם ומשכון זה קנוי לו. ולא מבעיא להרא"ש פ' השולח דכתב דכל שנה שביעית אין ב"ד בודקים לגבית שום חוב וגם המלו' בעצמו אין לו ליגיש את הלוה מיד שנכנס השמטה אבל אם יפרע הלוה מעצמו א"צ לומר

משמט אני עכ"ל וכתב הב"ח בסי' ס"ז סעיף ל"ב שגם הרמב"ם מודה לו בחוב שלפני שביעית שאינה נגבה ע"פ ב"ד מיד שנכנס שביעית א"כ פשיטא אתי שפיר דהמלוה על המשכון אינו משמט מדר' יצחק דכיון דמיד שנכנס שביעית לא היה יכול לגבות חובו ע"פ ב"ד וא"כ המשכון נקנה לו מיד שנכנס שביעית מדר' יצחק דהיכא דאין לו ממה לגבות חובו קונה המשכון וליכא למימר דהאיך יקנה המשכון כיון שאינו רשאי לגבות חובו דהא פשיטא דכיון שאם הי' משלם לו מדעתו לא היה צ"ל משמט אני א"כ הוא גובה מעצמו מהמשכון והוה כאלו משלם לו ואפשר לתשובת רמב"ן סי' צ"ח ובתשובת רשב"א שהביא ב"י סי' ס"ז שכתבו דגובה חובו כל שביעית אין ר"ל אלא אם משלם לו מעצמו גובה חובו אבל מ"מ אין ב"ד נזקקין לו וכוונתם לומר דכיון דיכול לגבות חובו כותבים פרוזבל ואף לדעת הב"י דגובה חובו לעולם כל שנה שביעית ואפילו ע"י ב"ד וכן נראה לכאורה עיקר מ"מ ניחא דב"ח קונה המשכון דכיון דבסוף שנה שביעית לא יוכל לגבות חובו א"כ כך הוא גזירת הכתוב כל זמן שזה לא יוכל לגבות חובו יהא המשכון שבידו כאלו מכרו לו עתה וקבל מעותיו כבר ודו"ק. ובזה נדחה נמי מה שהביא הרמב"ן בס' המלחמות בפ' שבועת הדיינים ראיה דר' יצחק לא קאמר דקני ליה לאונסין וז"ל ויש ראייה לדבריהם ממה שאמרו בפ' ד' וה' כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונעשה עליו ש"ש לנזקיו והתם משכנו שלא בשעת הלואתו הוה וקאמר דש"ש הוי לא מחייב באונסין ולא תימא דהתם מילתא בעלמא קאמר משום דבהכי סגי ליה לחיובי ניזק בנזקין ומאי דצריך ליה קאמר דבשמירת ש"ש מתחייב בנזקין דאי הכי לימא ש"ח אי נמי שומר סתם דכל ד' שומרין נכנסין תחת הבעלים לניזקין ועוד דהא במילתי' דר' יצחק ליכא פלוגתא והלכה פסוקה היא ואפילו בתנאי לא בעי לאוקמה הש"ס וכיון שכן אמאי אמר רבא ש"ש ולא אמר סתם כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונתחייב בנזקיו שלא להוציא דבר שקר מפיו אלא ש"מ ש"ש הוי עכ"ל ולפע"ד אין זה ראיה דכיון דמיירי התם בשור תם א"כ לא נתחייב לו זה עד שעת העמדה בדין דקי"ל פלגא נזקא קנסא וקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין וא"כ לא נתברר עדיין לב"ד שזה חייב לו והיאך נאמר שיהא כאלו הגבהו הב"ד המשכון לזה וכאלו מכרו לו בחובו שהרי אינו חייב לו ממון רק קנס יתחייב לו וגם זה דוקא אם יפסקו לו הב"ד קנס ואפי' למ"ד פלגא נזקא ממונא נמי ניחא דכיון דעדיין לא נתברר על פי בית דין מה שנתחייב לו לא קני ליה אלא דמ"מ ש"ש הוי בההיא הנאה דתפיס ליה שור אנזקיה וכן פירש"י התם דבההיא הנאה דמשתלמי נזקייהו מהשני ולא אעריקו ליה בעלים לאגמא הוי עליה ש"ש. ועוד דהתם מוקי לה כר' ישמעאל דאמר בעלי חובות נינהו וכגון שתפסו ניזק כו' וא"כ יכול המזיק לסלקו בזוזי

וכדאיתא להדי' בס"פ המניח (בבא קמא דף ל"ג ע"ב) דלר' ישמעאל דאמר ב"ח הוא יכול לסלקו בזוזי ואם הקדישו ניזק אינו קדוש ואם מכרו אינו מכור וא"כ לא קני ליה וא"כ מוכרח לומר דנעשה שומר שכר משא"כ במשכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה קנין גמור ויכול לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות וכמו שנתבאר וא"כ פשיטא דחייב בו באונסין וזה ברור: עוד כ' הרמב"ן שם בתחלת דבריו וז"ל דאע"ג דקני ליה כדרבי יצחק אין כל הנאה שלו ואדרבה יש ממנו הנאה גדולה לחבירו שהוא מחזירו לו ועוד שאינו משתמש בו (וכ"כ בחדושי הר"ן סוף פ' שבועת הדיינים דאינו חייב באונסי' כיון שאין יכול להשתמש בו) ומעותיו של זה בטלות אצלו ולא מצינו שואל שיהא אסור בשאלתו וזה לוה משתמש בו ומלוה שנשתמש בו מעלה שכר ללוה ואע"פ שקנה אותו למקצת דברים שאינם נעשים מטלטלים אצל בניו כיון שאין כל ההנאה שלו אינו נעשה עליו (אלא) ש"ש והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו את האשה ואינו אלא ש"ש דתנן כל האומני' שומרי שכר עכ"ל לפע"ד אין מכל זה ראיי' חדא דמאן לימא לן שאין המלוה יכול להשתמש בו בשעה שהוא בידו כגון כשמחזיר המחריש' ביום והכר בלילה וחוזר ולוקח ממנו המחרישה בלילה והכר ביום יכול המלוה להשתמש בו בשע' שהוא אצלו כיון שהוא שלו לפרעון חובו אלא דרחמנא חייביה להדורי ליה משום צדקה והלכך צריך להחזיר לו המחריש' ביום והכר בלילה משום חיותו ומצוה דצדקה הוא דרמי' עליה אבל כשהוא בידו יכול להשתמש בו כל כל זמן שהוא ירצה אלא דלאו אורחא להשתמש במחרישה בלילה ובכר ביום ולהכי כי אמרי' בפרק המקבל וכי מאחר שמחזירים למה ממשכנין ומשני שלא תהא שביעית משמטתו ושלא יעשה מטלטלין אצל בניו ולא קאמר שיהא רשאי להשתמש בו משום דמסתמא אין משתמשים בו אלא כפי תשמישו הראוי א"נ אפי' תימא דאינו רשאי להשתמש בו מ"מ חייב באונסין כיון דב"ח קונה משכון והרי הוא שלו לגמרי והא דאינו רשאי להשתמש בו היינו משום דכיון דרחמנא חייביה לעשות צדקה ולהחזירו בשעת תשמישו אם כן כשזה ישתמש בו יפחות מהצדקה המוטלת עליו שיתקלקלו ולא יכול העני להשתמש בו זמן שהיה משתמש בו מקודם אבל מ"מ גוף המשכון הוא שלו לגמרי ומ"ש והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו את האשה ואינו אלא שומר שכר דתנן כל האומני' שומרי שכר כו'. לפע"ד נמי לאו ראיה הוא דודאי למ"ד אומן קונה בשבח כלי קני ליה לגמרי דאי לא לא מצי לקדש בו האשה והא דתנן כל האומנים שומרי שכר מיירי בדליכא שבחא כגון דאגירא לביטשא ביטשא או בשליחא דאגרתא כדמוקי בכה"ג בפ' הגוזל קמא ובפ' המקבל ע"ש ואדרבה מכאן ראיה דאינו יכול לקדש האשה אלא כשקנה ליה לגמרי דאם לא כן מאי

פליגי אי אומן קונה בשבח כלי או לא הא מ"מ שומר שכר הוי וכדתנן בהאומנים וכל שהוא שומר שכר יכול לקדש האשה אלא ודאי נהי דהוי ש"ש מ"מ כיון דאין לו קנין בגופו של כלי אינו יכול לקדש האשה מכל זה נתבאר בהכרח שהעיקר כרש"י דשלא בשעת הלואתו קני אותו לגמרי אף לענין אונסין ואם כן היה נראה להורות כן בפשיטות אך שרבו הפוסקים מאוד הסוברים דלא קנה אותו לאונסין וכמ"ש לקמן סעיף קטן י"ז. אבל זה נ"ל ברור: דאם עדיין לא שלם הלוה מצי למימר קים לי כרש"י וכן אם חזר ותפס אחר ששילם אפי' בעדים דבפלוגת' דרבוות' מהני תפיס' בעדים ובפרט שמצאתי וראיתי הרבה גדולים סוברים כרש"י הלא המה הראב"ד בהשגות ר"פ י' מה' שכירות חולק על הרמב"ם וריי"ף וכן בבעה"ת שער מ"ט סוף חלק ד' כתב שר' אפרים חולק על הריי"ף וגם הרז"ה בס' המאור פרק שבועת הדיינים ושאר מקומות חולק על הריי"ף וס"ל דקונה אותו אף לאונסים וכן מצאתי בבעל העיטור דף ס"ח ע"ג שהכריע כרש"י ע"ש שהאריך וכן דעת ראב"ן להדי' בפ' האומנים ובפ' שבועת הדיינים וכן דעת התוס' רי"ד פרק קמא דקדושין וגם מדברי ה"ר ברוך שבהגהת מרדכי סוף בבא מציע' מוכח להדי' דמשכנו שלא בשעת הלואתו ע"פ בית דין קונה אותו קנין גמור אף לאונסין ע"ש גם הר"ן סוף פרק שבועת הדיינים כתב שהיא מחלוקת ישנה גם בפרק כל הנשבעי' גבי סוגי' דשכיר נשבע ונוטל כ' הר"ן וז"ל ואלו מנו' על המשכון קני לי' קנין גמור ואפי' להתחייב באונסין לדעת רש"י ז"ל כו' ע"כ גם בתשובותיו סי' י"ט כ' שגדולים חולקים על הריי"ף ולא הכריע. וגם המגדל עוז כתב שהיא מחלוקת ישנה בין הראשונים. גם בפסקי תוס' פ' האומנים אחר שכתב שם שב"ח אינו קונה משכון לאונסים נכתב שם רש"י חולק וכן האגוד' אע"ג דבפ' האומנים ופ' הדיינים כתב רק פי' ר"י דאינו חייב באונסים מ"מ בפ' כל שעה הביא ג"כ דעת הי"מ דחייב באונסים וכן ר' ירוחם סוף נתיב י' הביא ב' הסברות (ובהגה' מיי' רפ"י מה' שכירות כתב דר"ת ס"ל דאינו חייב באונסים כמ"ש בתשו' מיי' בסי' כ"ג ותמי' לי דהא ר"ת בתשו' שם סי' כ"ג איירי בשעת הלואתו והובא תשובה זו בתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' קפ"ה ע"ש) (שוב מצאתי בתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי סי' כ"ח דף קנ"ב מוכח שם מדבריו בפשיטות דמצי למימר בכה"ג קים לי כרש"י והראב"ד ע"ש ומכל שכן לפי מה שכתבתי שכי דעת הרבה גדולים ושכן נראה עיקר): ועוד נלפע"ד דאף שגדולי הפוסקים הבינו מדעת הריי"ף דאינו קונה אותו אלא לענין דהוי ש"ש מ"מ לפע"ד אין זה מוכרח בדעתו וכיון שכבר בררתי דהעיקר בש"ס דקונה אותו לאונסים א"כ יותר נראה דגם דעת הריי"ף כן וראייה לזה דאי לא ס"ל הכי לאיזה צורך הביא בס"פ שבועת הדיינים הך דר' יצחק וכל הך שקלא וטריא דשקלי וטרו בש"ס עלה

ותסבר' אימור דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר כו' כיון דאיהו פסק כר"י דהוי ש"ש משים פרוטה דעני א"כ נהי דליתי' לדר' יצחק ס"ס הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף ודוחק לומר דס"ל דפרוטה דרב יוסף לא שייך אלא במשכנו בשעת הלואתו משום שבשעה שלוקח המשכון היה פטור מעני דהא מדבריו שכ' בפ' האומנים וז"ל ל"ש משכנו בשעת הלואתו ול"ש משכנו שלא בשעת הלואתו בכולהי ש"ש הוי מ"ט מצו' קעביד דבההיא הנאה דלא בעי למיתב ריפת' לעני' משום דמצו' קעסיק דקי"ל העוסק במצוה פטור מן המצו' הוה עלי' ש"ש עכ"ל הרי להדי' דס"ל דאף שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש מטעם פרוטה דרב יוסף וכדמשמע מדברי שאר כל הפוסקי' והיינו טעמ' דעוסק במצוה לשוטח' ולנערה וכה"ג וכמ"ש התוס' פ' שבועת הדייני' והרא"ש בתשו' והטור בס"ס זה ועוד קשה לפי מה שפירש הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ שבועת הדייני' דעת הרי"ף דס"ל דר' יצחק אמר למילתי' אף בשעת הלואתו א"כ היאך הביא האי ותסברא אימור דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר אלא נלפע"ד דס"ל להרי"ף דר' יצחק אמר למלתי' דוקא שלא בשעת הלואתו דקנה אותו קנין גמור אף לאונסי' אבל בשעת הלואתו לא הוי אלא ש"ש משום פרוט' דרב יוסף מיהו משום פרוט' דרב יוסף הוי נמי ש"ש אף שלא בשעת הלואתו משום דעוסק במצוה לשוטח' ולנער' וכה"ג ולא כתב דל"ש משכנו בשעת הלואתו ול"ש שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש אלא לאורויי דאף שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש ונ"מ דאי לא הוי ש"ש נהי דהוי קני לי' לאונסין היינו מה ששוה כנגד חובו מטעם דב"ח קונה משכון מטעמ' דפרישית דכיון שאין לו לשלם אלא ממשכון זה שעבודי' רמי על משכון זה ור"ל כאלו מכר לו מה שכנגד חובו אבל מה ששוה יותר מחובו לא מחייב עלי' באונסי' דפשיט' הוא דב"ח אינו קונה משכון יותר ממה שמגיע לו וא"כ כיון דאינו קונה אלא כנגד חובו אי לא הוי אלא ש"ח לא הוי חייב בגנבה ואביד' על המותר לכך אשמועינן הרי"ו דהוי ש"ש ופשיט' דכיון דהוי ש"ש מחייב בכולו והיינו דמסיים הרי"ף ואם הי' המשכון יתר על החוב משלם המלוה ללוה היתר על החוב כו' והיינו דכתב הרי"ף ואם אבד באונסים ש"ש פטור גם המלו' על המשכון פטור וגובה חובו מן הלוה כו' ולא כתב בקצרה גם הוא פטור וגובה חובו כו' דלישתמע מיני' בין משכנו בשעת הלואתו בין שלא בשעת הלואתו שהזכיר שם מקודם אלא דייק וקאמר גם המלו' על המשכון פטור דהיינו שהלוהו מתחל' על המשכון דוקא פטור. כן נראה לפי עניות דעתי בדעת הרי"ף והאמת יורה דרכו ואפשר כל הפוסקים מודים לדינא למה שכתבתי דמשכנו שלא בשעת הלואתו ע"פ ב"ד מחמת שאין לו לשלם קונה אותו אף לאונסים ומ"ש דל"ש משכנו בשעת הלואתו ול"ש משכנו שלא בשעת

הלואתו כו' מיירי ביש לו לשלם אלא דפשט דבריהם משמע דאין לחלק בכך מדסתמו הדברים ולא חילקו. ועוד מדלא הביאו מילת' דר' יצחק משמע דבמה שאמרו שלא בשעת הלואתו נכלל בדבריהם הך דר' יצחק ור' יצחק מיירי להדי' באין לו לשלם דהא יליף לה מקרא דולך תהי' צדקה א"כ משמע דס"ל דגם בדר' יצחק לא הוי אלא שומר שכר. ומ"מ לענין דינא העיקר כמו שכתכתי: מיה ונלפע"ד דכל זה במשכנו שלא בשעת הלואתו ברשות ע"פ ב"ד או מדעת הלי' דבהכי מיירי קרא דולך תהי' צדקה וכן פירש"י להדי' בפ' האומני' ובכ' הדיינים משכנו שלא בשעת הלואתו ע"פ שליח ב"ד אבל משכנו שלא ברשות חייב באונסים לכ"ע ולא מטעם דב"ח קונה משכון אלא מטעם דכיון דמשכנו שלא ברשות חשיב גזלן וכדמוכח בש"ס ופוסקים פ' כל הנשבעין וכמו שיתבאר לק' סי' צ' דמה"ט שכנגדו נשבע ונוטל אם כן הרי הוא באחריותו. ולפי זה אפילו מה שהמשכון שוה יותר מחובו חייב עליו באונסין ובזה נראה לפי עניות דעתי לתרץ מה שהקש' הבעל העיטור שם על הפוסקים דלעיל דפטרי מאונסין מדאמרינן במכות (פ' אלו הן הלוקין דף ט"ז סוף ע"א) והרי משכון דרחמנ' אמר ולא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו בטלו ולא בטלו ומשני דהתם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם ואם איתא דפטור מאונסין משכחת לה קיימו ולא קיימו נשרפה מאליה עכ"ד וגם הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ שבועת הדיינים כתב ואי תיקשי לך מההיא דמכות כו' ותירץ בדוחק דהתם מבטלו ולא בטלו פריך כו' ע"ש. ולפי עניו' דעתי נרא' דהתם כיון שמשכנו שלא ברשות כ"ע מודו דחייב באונסין וכמו שכתבתי. וראיה ברור' לזה מדברי הרמב"ם והרב המגיד שהרמב"ם כתב בפ"ג מה' מלוה וז"ל עבר ב"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעש' שנא' השב תשיב לו ואם לא קיים עשה שבו כגון שאבד המשכון או שנשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין עכ"ל ואע"פ שהראב"ד השיגו שם וז"ל שביש הוא זה מפני שנתחייב באונסין עכ"ל ורוצ' לומר כיון דחייב באונסין א"כ אינו לוקה וכדקאמר בש"ס דלעיל דכיון דחייב בתשלומים אינו לוק' ומשלם מ"מ דגם להרמב"ם חייב באונסין וכן כתב הרב המגיד שם להדי' וז"ל ואף דעת רבינו שחייב באונסין וכמו שכתב ומחשב דמי המשכון לבעליו עד כאן לשונו וכן כתב עוד הרב המגיד שם בפשיטות שחייב באונסין ע"ש והרי הרמב"ם והרב המגיד סבירא להו בפ"י משכירות דאפי' משכנו שלא בשעת הלואתו פטור מאונסין אלא ודאי כיון שמשכנו שלא ברשות שאני וכן נרא' לפי עניות דעתי עיקר ודלא כנרא' מדברי הרמב"ן בס' המלחמות שם שאפי' משכנו שלא ברשות פטור מאונסין ולכך הוצרך לדחוק דלא פריך אלא מבטלו ולא בטלו כו' אלא כדפרישי':

סעיף י

הרי זה שומר שכר. מטעם דהמלוה על המשכון מצוה קעביד ואלו מתרמי ליה עני בההיא שעתא לא הוה בעי למיתב ליה פרוט' משום דהעוסק במצוה פטור מן המצו' ומשום ההיא פרוטה נעש' ש"ש כל זמן היותו אצלו עד שיחזירנו לבעליו אפי' אחר שפרעו כן מוכח בתשו' הרשב"א שהביא ב"י ריש סי' זה וכן מוכח בתשו' הרא"ש וטור ומחבר לקמן סעיף מ"ג ע"ש. ובתשו' מהרשד"ם סוף סי' צ"ח הקש' על הרשב"א מהא דתנן בפ' האומנין (ונתבאר לקמן ר"ס ש"ו) טול את שלך והבא מעות ש"ח הרי עינינו רואות שאין לחייבו משום ש"ש אלא כשכוונתו לתפוס המשכון הא לאו הכי לא הוי אלא שומר חנם וא"כ ק"ו כשפרעי עכ"ל ולא קשה מידי דדוקא התם באומנין דלא הוי ש"ש אלא מטעמא. דתפיס ליה אאגרא וא"כ כשאין כונתו לתפוס המשכון לא הוי אלא שומר חנם אבל הכא דהוי ש"ש מטעם דהוי ליה כאלו קבל פרוטה בתחל' השמיר' משום פרוטה דרב יוסף א"כ פשיטא דהוי ש"ש לעולם וק"ל:

סעיף יא

ש"ש כו' בש"ס פרק האומנין ובפרק שבועת הדיינים מסקינן דאפי' במלוה צריך למשכון מצוה קעביד והוה ש"ש לרב יוסף וכן נראה מדברי הרי"ף וכן כתב בעל המאור וכן נראה דעת הפוסקים והט"ו שלא חילקו ופירש"י דהיינו שהמלו' צריך להשתמש ולפחות מן החוב בנכייתא וכן פירשו התוס' וכן פירשו הנ"י וראב"ן פ' האומנין ופסקו כן ואין להקשות דא"כ למאן דלא ס"ל כרב יוסף ולא הוי אלא ש"ח וכדאית' בש"ס התם ואמאי הא מ"מ שוכר הוי שהרי ישתמש במשכון בנכייתי' וכמ"ש לקמן ס"ד ס"ק ל' בשם תשובת הרשב"א דבהלוהו על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו בנכייתי' הוי שוכר י"ל דלא הוי שוכר אלא כשעושה עמו בפי' להשתמש בו אבל כשיכול להשתמש בו מעצמו בנכייתא לא הוי שוכר כל זמן שלא נשתמש בו (ובזה מתורץ מה שהקשה בס' תורת חיים פ' האומני' אפירש"י גם שאר קושיות שם אינם כלום למעיין שם):

סעיף יב

וי"א כו' והב"ח חולק דליכ' למ"ד הכי להגאונים ולפע"ד גם הר"ב לא כוון לדעת הגאונים אלא לסברת ר"י שבטור ופוסקים שפסקו כשמואל ודלא כהסמ"ע ס"ק י' וט"ו בדעת מור"ם וטור דלהסמ"ע קשה דלא ה"ל להטור להביא מחלוק' הגאונים ור"י בדשמואל כיון דלענין דינא לא פליגי אלא נראה דס"ל להטור דלהגאונים אפי' אם פי' המלו' ואמר אע"פ שאינו שוה כדי החוב קבלתיו הוי כסתם והיינו דעת ר"ח דגריס שמואל בדפירש ופסק דלא כשמואל מיהו היכא דאמר בפי' שאם יאבד יפסיד כל החוב משמע בתוס' דאבד

הכל גם להגאונים וכ"כ ב"י והב"ח כתב דאפי' בכה"ג אפשר דהוי אסמכת' להגאונים ע"ש וכן מוכח להדיא בהגה' אשר"י ס"פ האומנין בשם רבינו חננאל וכן משמע בתוס' פ' האומנין ע"ש ודו"ק. ולענין דינא נראה דבכל גווני הוי ספיקא דדינ' והמע"ה וכ"פ הב"ח הלכ' למעשה ע"ש:

סעיף יג

אבד המשכון אבד הכל. וכן אם הלוהו על שני קתות אלף זוז או על קתא ומשכון אחר אלף זוז ואבד הקתא או המשכון הפסיד חצי החוב אבד השני הפסיד חצי החוב האחר עכ"ל טור ועיין בתוס':

סעיף יד

ואם נאנס כו' וישלם לו בעל המשכון את חובו כו'. כתב הסמ"ע וז"ל היינו דוקא אם אין הלוה מכחישו בברי ומטעם שכתב הט"ו בסעיף י"ד אדין זה וז"ל שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד וה"ל כהלויתני ואיני יודע אם פרעתי לך משמע משם דאם הלוה טוען ברי לי שהמשכון בידך או מכרתו וקבלת דמיו אין המלו' נאמן בשבועתו שנאנס מידו להוציא מיד הלוה הטוען ברי נגדו וכ"כ הטור והמחבר בהדיא בסי' זה סכ"ט דכשטוען הלו' ברי לי שאתה מכרתו וקבלת דמיו דנשבע הלוה היסת ונפטר אלא שצ"ע שכתב שם הטור הטעם וז"ל נשבע הלוה היסת ונפטר במגו שאין לך בידי כלום או פרעתיך עכ"ל דמשמע הא במקום שאין לו מגו כגון שהלו' בעדים והעדים יודעים שלא פרעוהו המלו' נאמן וצריכים לדחוק ולו' דהטעם דמיגו לא כ' אלא דפטור הלו' בהיסת וס"ל דבמקום שאין לו מגו אף דאין המלו' נאמן לישבע ולהוציא מיד הלו' מ"מ הלו' הי' צריך לישבע שבועה חמור' נגד טענת המלו' כיון שיש עדים שהלו' לו ושלא פרע לו עדיין והתור' האמינו בעלמ' אפי' להוציא ומשום דבזה הלוה טוען ברי עכ"פ פטור הוא מהמלו' בשבועתו מ"ה קיצר המחבר שם בסכ"ט ולא כתב דפטור משום מגו עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד אלא נלפע"ד דכיון דלית לי' ללוה מגו נשבע המלו' ונוטל וכן משמע להדיא בבעה"ת שער מ"ט סוף חלק ב' שמשם מקור דין זה דבליכ' מגו נשבע המלו' וגובה חובו ע"ש וכן משמע בבית חדש סעיף כ"ג. ונראה דהט"ו בסעיף י"ד מיירי בדאית לי' מגו ודוק. ועמ"ש לקמן סעיף כ"ט ס"ק קכ"ד:

סעיף טו

וישלם לו בעל המשכון כו'. כתב מהרי"ק שורש פ' שאפי' החזיר הש"ח ללוה אחר שנתן המשכון בידו מ"מ כשנאנס המשכון חייב הוא לפרוע החוב:

סעיף טז

וי"א כו'. לא הוי אלא ש"ח כו'. ומבואר בטור דאפי' הלוהו פירות לא הוי אלא ש"ח לסברת י"א אלו וכן הוא בהרא"ש ס"פ שבועת הדיינים ולכאורה קשה מנ"ל הא דהא י"ל דע"כ לא פליג ר"י ארש"י אלא דפסק כרבה ולא כרב יוסף דמשום מצוה לא הוי ש"ש אבל בהלוהו פירות דס"ל לר' יודא במתני' דהוי ש"ש מטעם דרכן להתרקב ונהנה במה שהלוה והוה ש"ש וכדאית' בש"ס גבי והא מדקתני סיפ' ר' יודא אומר הלוהו מעות ש"ח הלוהו פירות ש"ש מכלל דלת"ק לא שנא כו' ונראה דס"ל להרא"ש וטור כיון דלפי' ר"י ע"כ טעמא דת"ק דהוי ש"ש דוקא כנגד מעותיו מטעם דהוי כאלו פירש שאם יאבד המשכון. יפסיד מעותיו וא"כ במה ששוה המשכון יותר פטור וא"כ ה"ל לת"ק לפלוגי בין מעות לפירות ולאשמועינן דבפירות הוי ש"ש על כולו אלא ודאי ת"ק לא ס"ל הך סברא דר' יודא כלל וא"כ אין חילוק בין מעות לפירות וכן נראה דעת שאר אחרונים והר"ב שלא חילקו בזה:

סעיף יז

לא הוי אלא ש"ח כו' שאם דמי המשכון יתירי' על החוב בו' מדלא חילק משמע דאף במשכנו שלא בשעת הלואתו אין המלו' נותן ללוה היתרון וכ"כ במרדכי ס"פ שבועת הדיינים להדי' בשם תשובת מהר"ם לדעת ר"י והוא בתשו' מיימוני' סי' נ"ו ע"ש אבל לפעד"נ דבמשכנו שלא בשעת הלואתו מודה ר"י דנהי דפסק כרבה היינו דלא כרב יוסף דלא חשיב ש"ש משום פרוט' דעני אבל ר' יצחק ע"כ ס"ל דהוי ש"ש בלא פרוט' דרב יוסף וכדמוכח בש"ס ותוס' וכל הפוסקים להדי'. ולדברי מהר"מ צ"ל דמאי דאמרי' בש"ס דכ"ע אית להו דר' יצחק שלא בשעת הלואתו היינו כי ליתא לדשמואל וכדאית' בתוס' א"כ לרבה דהוי שומר חנם בשעת הלואתו אף כנגד מעותיו לא הפסיד אבל כי אית' לדשמואל אין חילוק בין שעת הלואתו או לא דהא גם בשעת הלואתו הפסיד כנגד מעותיו מטעמ' דשמואל כדאית' בתוס' והרא"ש ושאר פוסקים (ובזה מתורץ קושיות הב"י על הטור ע"ש ודו"ק) וזה דחוק ופשט דברי התוס' משמע דאף לר"י שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש לגמרי בההיא הנאה דיכול לקדש בו האשה כיון דב"ח קונה משכון משא"כ בשעת הלואתו דלא קני לי' ושומר שכר נמי לא הוי מחמת שום הנאה אלא דהוי כש"ש מטעמ' דשמואל ובזה נדחו כל הוכחותיו של תשו' מהר"מ שם ע"ש וא"כ שלא בשעת הלואתו המלו' נותן ללוה היתרון. וכן כתוב בשערי' דרב אלפס שער ט' דבשעת הלואתו הוי ש"ח ושלא בשעת הלואתו הוי ש"ש והמלו' צריך לשלם היתרון ע"ש הרי דס"ל כר"י ואפ"ה פסק דשלא בשעת הלואתו הוי ש"ש וצריך לשלם היתרון. ונראה ראף

למה שכתבתי לעיל ס"ק ט' דהא דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלואתו קונה משכון היינו לענין אונסי' דמה שכנגד חובו הוי כאלו מכור לו א"כ ליכא לאוכוחי מר' יצחק דהוי ש"ש אף להיתרון דהא לא אמר ר' יצחק דהוי ש"ש מ"מ נרא' [מבחוץ] דהוי ש"ש ג"כ להיתרון מטעם דכיון דמשכנו שלא בשעת הלואתו מחמת שאין לו לשלם א"כ אין לך הנאה גדולה מזו ובההיא הנא' דתפיס לי' אזוזי חשיב ש"ש וראי' לזה דהא בריש פ' שור שנגח ד' וה' אמרי' דאף לר' ישמעאל דאמר בעלי חובות נינהו הוי ש"ש כשתפסו לשור תם לגבות ממנו ומשמע התם דטעמ' הוא משום דבההיא הנא' דתפיס לי' לשור אנזקי' ולא אעריקו לי' בעלים לאגמ' ולא הי' יכול להשתלם ממנו הוי שומר שכר וכן פי' רש"י התם להדי' ופירושו מוכרח דליכא למימר התם טעמא כיון דיכול לקדש בו האשה דהא פשיטא כיון דלר' ישמעאל אם הקדישו אינו מוקדש כדמוכח בש"ס התם אינו יכול לקדש בו האשה כדמוכח בפ' האיש מקדש (קידושין דף נ"ב) גבי הא דפריך התם והא אמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' דהיכא דאינו יכול להקדיש א"י לקדש בו אלא ודאי אף על פי שא"י לקדש בו הוי שומר שכר מטעם דתפיס לי' אנזקי' וא"כ ה"ה הכא וגדול' מזה נרא' למה שכתבו הפוסקים דלר' עקיבא דקיימא לן כותיה אפילו בשור המועד הוי עליה שומר שכר והבאתי דבריהם לקמן ס"ס ת"א אם כן הכא במשכנו שלא בשעת הלואתו אפילו יש לו לשלם ממקום אחר הוי עליהם שומר שכר מההי' טעמ' דתפיס לי' אחובי' וכן כתב הבעל המאור ריש פ' שור שנגח ד' וה' והנימוקי יוסף שם וז"ל שמעינן לר' עקיבא לענין מועד כן שאם תפסו ניזק לגבות ממנו וכן בעל חוב שתפס שורו של לוה לגבות ממנו נעשה עליו שומר שכר וחייב בנזקיו עכ"ל ומשמע התם להדיא דהוי ש"ש על כולו אפילו במה שיתר על נזקיו או חובו ע"ש ואף שמדברי הרא"ש פ"ק דקדושין מוכח דאף במשכנו שלא בשעת הלואתו לא הוי שומר שכר מהאי טעמ' דתפיס לי' אזוזי מ"מ אין דבריו מוכרחים ואפשר דגם התוספו' מודים דהוי ש"ש מהאי טעמא ובפרק האומנין שכתבו דדוק' גבי אומן הוי שומר שכר מטעמ' דתפיס ליה אזוזי' ולא במלוה היינו במשכנו בשעת הלואתו והא דלא פירשו דטעם דר' יצחק הוא כן היינו משום דסביר' להו דכיון דאמר ר' יצחק בעל חוב קונה משכון משמע שקונה אותו לשום דבר שיכול לעשות בו כמו בשלו וע"כ הוכרחו לומר דקונה אותו לקדש האשה ולעשו' קנין עבדים או קרקעות אבל אין הכי נמי דמודים (מבחוץ) דהוי שומר שכר מטעם ההיא הנאה דתפיס ליה אחוביה אחר ההלואה. ולא היה מלאני לבי לחלוק על דברי מהר"מ אך כיון דבלאו הכי הרבה פוסקים סבירא להו בהדי' דהוי שומר שכר לגמרי אפי' ביתרון הלא המה הבעל הלכות גדולות ושערי רב אלפס והרי"ף והרמב"ם וה'

המגיד והר"ן והנימוקי יוסף ובעל המאור וראב"ן ובעה"ת שער מ"ט ח"ד ושאר פוסקים וכן פסק המחבר וכן פסקו שאר אחרונים והבאתים לקמן ס"ק כ"ב ואינו מבואר בדברי ר"י שבתוס' שחולק על זה דנהי דסבירא ליה כרבה שומר אבדה כש"ח מ"מ י"ל דמודה שלא בשעת הלואתו מהנך טעמי אחריני דאמרן וראייה לזה שהרי גם בשערי רב אלפס פסק דבשע' הלואתו הוי שומר חנם ואפי' הכי פסק דשלא בשע' הלואתו הוי ש"ש א"כ מהר"ם שכ' כן לדעת ר"י יחיד הוא ולית הלכתא כותיה. ואפשר שזה דעת הרב בהג"ה שכתב וי"א דמלוה על המשכון לא הוי אלא ש"ח ולא כתב בקיצור וי"א דלא הוי אלא שומר חנם אלא ר"ל דבמלוה על המשכון דוקא פליגי אבל במשכנו שלא בשעת הלואתו מודה להמחבר דהוי שומר שכר וא"כ גם ביתרון חייב המלוה. וכן עיקר:

סעיף יח

אלא ש"ח כו' ומשמע בפוסקים דאין חילוק בין הלוהו בשטר או שלא בשטר ולאפוקי מהלכות גדולות. וכן משמע בטור והמחבר והרב שלא חילקו: כתב בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ב' ובמרדכי ס"פ שבועת הדיינים וז"ל תשובת רש"י מצאתי ראובן משכן חפץ לשמעון ושמעון משכנו ללוי וכן אמר לו שמעון ללוי שקבל אותו משכון מראובן על אותו זמן ואם יעבור הזמן שוב לא יפדנו והלך לוי ונתנו במתנה ליודא ועכשיו בא ראובן ותובע משכונו משמעון כך דעתי נוטה שראובן ושמעון מוציאין המשכון מיודא ויחזירו ליודא שיעור הלואה שהלוה לוי לשמעון דכל זכות שיש לו בו נתן לו ללוי ואין יכול יודא לומר לראובן ושמעון לאו בעלי דברים דידי אתון דאמר רב יודא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא א' ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה כו' והא דאמר ר' יצחק ב"ח קונה משכון היינו במשכנו שלא בשעת הלואתו ומה שטוען שמעון שמשכון זה נתן לזמן לאו טענה היא דכל כי האי אסמכת' היא ולא קניא אי לא תפס וקנו מיניה בב"ד חשוב כדאמר בנדרי' הלכך אם טוען יודא שאין המשכון בידו ישבע שאין ברשותו כדאמרי' בפרק המפקיד ועוד ישבע כמה היה שוה ואף על גב דקי"ל כרב אשי דאמר גבי מלוה חבירו על המשכון ואמר המלוה סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה אומר ג' דינרים היה שוה דשבוע' גבי לוה היא דמודה מקצת וקאמר רב אשי זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כמה הי' שוה משום דלא קים ליה למלוה כמה היה שוה לפי שלא היה שלו מ"מ כיון דיודא הי' סבור שיש בו מתנה גמור' קים לי' בגויה כמה הוא שוה ונשבע כדין כל הנשבעים שבתור' שנשבעים ולא משלמים ושלום שלמה ב"ר יצחק ע"כ ומביאו ב"י וד"מ בסי' זה מחודש ב'. ותמיה לי טובא דאמאי דחוק לומר כיון דיודא סבר שיש בו מתנה כו' דמשמע הא אם יודא הלוה עליו אינו נשבע משום דלא קים ליה למלוה

דהא בכולא סוגיא דבש"ס פ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ד ול"ה) ופ' שבועת הדיינים (ד' מ"ג) מוכח להדיא טובי זימני דהיכא דהלו' תובע למלו' נשבע המלוה כמה היה שוה וכן מסיק רב אשי גופיה התם בפרק המפקיד להדיא ולא קאמר רב אשי התם דלא קים לי' למלוה אלא משום דפריך התם אמאי דמשני תהא במאמינו כלומר שהלוה מאמין למלוה שאינו ברשותו ולהימני' לוה למלוה נמי בהא כמה הי' שוה ואהא משני דלא קים לי' כלומר שהלוה סבר דהמלוה לא קים לי' בגויה ולכך אינו מאמינו בלא שבועה אבל בשבועה מיהא נאמן וכ"פ כל הפוסקים וכדלקמן סעיף י"ב וכן נרא' לפע"ד ברור לדינא ודברי רש"י והפוסקים הנ"ל שהביאו צל"ע: ועל מ"ש רש"י ישבע יודא כמה הי' שוה כו' כתב מהר"מ מטיקטין בגליון המרדכי וז"ל ואותו מותר ישלם לוי שפשע בו לתת במתנה חפץ שאינו שלו ויש להסתפק אם גם שמעון מסייע ללוי בתשלומים וחשיב פושע במה שמסר משכונו של ראובן ביד לוי כדין שומר שמסר לשומר דקי"ל דחייב בפרק המפקיד ועוד הא פשע להכשיל את לוי שקצב על זמן ואם עבר הזמן שוב לא יפדנו ומלשון תשובת הגאון שהשיב כך דעתי נוטה שראובן ושמעון מוציאין המשכון מיודא משמע שהתשלומים בין שניהם עכ"ל ואין דבריו נכונים לפע"ד דפשיטא דלוי פטור מתשלומים דאי בשביל שיודא חייב בחזרת תשלומין המותר לראובן יתחייב לוי לשלם ליודא דאטו במתנה אחריות אית בה ואי מיירי שיודא טען שנאבד באונס שפטור מתשלומין ולוי חייב לשלם לשמעון ושמעון לראובן משום שומר שמסר לשומר א"כ בלאו הכי חייב לוי בתשלומים אפי' הי' מסרו ליודא בתורת שמיר' ולמה לי' לטעמ' שפשע לתת במתנה חפץ שאינו שלו. ועוד דעל כרחך מיירי בתשובת רש"י שיודא טוען שאינו ברשותו ומכרו או אבדו בפשיע' בענין שיודא חייב לשלם דאל"כ אמאי ישלם לוי ע"פ שבועת יודא שישבע כמה הי' שוה ישבע לוי עצמו כמה הי' שוה וכמו שהוכחתי למעלה דמלוה נשבע כמה הי' שוה (ואין לומר שאין לוי יודע כמה שוה דא"כ היא לוי מחוייב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם ויודא לא הוי עד דנוגע הוא ועוד דבמחוייב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם אין עד מסייע פוטר וכמ"ש לקמן סעיף נ"ו ס"ק ס"א) ולפי פסקו של רש"י דשבוע' גבי לוה היא ה"ל לראובן לישבע כמה הי' שוה. ועוד קשה דהא מצי לוי לומר אין יודא נאמן עלי בשבועתו כמה הי' שוה לחייב אותי אלא ודאי רש"י מיירי שיודא לשבע ואותו מותר משלם יודא. גם מ"ש דשמעון מסייע בתשלומי' כו' לא נהיר' לפע"ד דלא דמי לשומר שמסר לשומר משום דהתם השומר השני פטור בשבוע' דא"ל את מהמני' לי בשבוע' האיך לא מהימן לי בשבועה משא"כ הכא כיון שראובן מוציא ממונו למה יתחייב שמעון בתשלומין. ומ"ש ועוד הרי פשע להכשיל

כו' לאו מילתא היא מטעמ' דפרישית דלוי פטור ואפילו הי' לוי חייב בתשלומי' כגון שנתנו ליודא ויודא טען שנאבד אצלו באונס או שהי' לוי מאבדו בעצמו בידים וכה"ג מכל מקום לנפע"ד דאין שמעון מסייע בתשלומים דכי בשביל שאמר לו ועבר הזמן ושוב לא יפדנו גרם לו היזק לוי איהו דאפסיד אנפשי' דל גמיר דיני אסמכת' ואבדו בידים. ומ"ש הגאון שראובן ושמעון מוציאין המשכון מיודא אינו בא אלא לו' שראובן ושמעון מוציאין המשכון מיוד' ויכולים להיות בעלי דברים דידי' ולא ששמעון מסייע בתשלומין. כן נראה לפע"ד ברור:

סעיף יט

ש"ח כו'. ואם פרעו שוב אין המלוה חייב באחריותו לסבר' זו דהוי ש"ח כ"כ הב"י והר"ב דלקמן סעי' מ"ג ועמ"ש שם:

סעיף כ

אלא אבד מעותיו. דה"ל כאלו פירש שאם יאבד המשכון או יגנב יפסיד חובו מיהו בנאנס פטור וכתב מהר"י ן' לב ספר ג' סי' קט"ו דה"ה אם נגנב חלק מהמשכון ובמה שנשאר יש כדי כל החוב מסתבר' דהמלוה אינו מפסיד כלום מחובו באותו הגנבה דהרי מה שנגנב הוא היתר על החוב וכבר נשארו בידו כנגד כל החוב ואזלינן בתר טעמא טעמא מאי כתבו התוס' דבמאי שהוא כנגד חובו הוי ש"ש משום דהוי כמפרש דודאי לא נתן משכון ושיהיה באחריותו המשכון ושיחזור המלוה לתבוע ממנו חובו דאנן סהדי דאדעת' דהכי נתן המשכון שלא יוכל לתבוע ממנו כלום אם לא יחזיר משכונו שהרי משכונו היה שוה כנגד החוב וכיון דכן הוא אף על גב דנגנב קלק מהמשכון כיון דבמה שנשאר יש כנגד החוב ואינו צריך הלוה לתת למלוה כלום מחדש אין לו חלק למלוה באחריות אותה הגנבה ולא מפסיד מידי אלא כל ההפסד הוא על הלוה ע"כ:

סעיף כא

ולא יותר כו'. כ' הסמ"ע דהיינו דוקא במשכון של ישראל שהשכינו לטובתו בלא ריבית אבל אם ממשכן ישראל לישראל חבירו משכון של עכו"ם ונותן לו ממנו רבית נראה פשוט דהו' עליה ש"ש בגניבתו ואבדתו לשלם לו כל דמי משכונו חדא דבהנאה גדולה כזו מסתבר דהכל מודים דהו' עליה ש"ש ועוד דה"ל כאלו הלוה לעכו"ם עצמו שנותן לו רבית דהיה חייב לשלם לו כל דמי משכונו מן ישראל הבא במקומו דהא אין היתר לישראל להלות מעותיו ברבית על משכונו של עכו"ם ע"י חבירו אם לא מכח דהישראל המביא לו המשכון הוא כשלוחו דהמלוה לקבל המשכון מיד העכו"ם להביאו לו על אחריותו להוליך להעכו"ם המעות בשבילו על אחריותו וכמ"ש הטור בשם הרא"ש בי"ד

סי' קס"ט והרי הוא כאלו מלוה להעכו"ם בעצמו וזה נראה בעיני פשוט לדעת הרא"ש א"ל שמשפט של עכו"ם בערכאותיהן הוא שמי שנאבד מידו משכון שמקבל ממנו רבית שאינו משלם לו יתרון דמי המשכון דאז פטור גם מהישראל מה"ט דכתיבנ' ושמעתי שבתשו' ן' לב מסתפק בזה והנלפע"ד כתבתי ודוק עכ"ל ועיין בתשו' ן' לב ספר ג' סי' קפ"ו כתב ז"ל דבנדון דידן אפשר דכל אפין שוין דהוי ש"ש כיון דקא מטי ליה הנאה מהריוח שהוא מרויח בקמביו עשרה למאה או עשרים למאה כמנהג כו' וסיים וצריך לעיין ולהתיישב בדבר ולא הוזכר שם כלל שהוא משכון של עכו"ם ברבית וי"ל דמודה להסמ"ע במשכון של עכו"ם מטעם דה"ל שלוחו של עכו"ם דכיון שהישראל הראשון חייב גם השני חייב אלא מיירי במשכון של ישראל שעשה היתר עם ישראל שני כגון עיסק' או שאר היתר ע"פ אופנים שנתבאר ביור' דעה ומניח לו סחורתו לבטחון על הקרן וא"כ אף שהמשכון שוה יותר מ"מ אינו מוכרח שירויח בעיסק' ולכשיברר שלא הי' ריוח או ישבע שלא הרויח לא יצטרך לשלם לו רווחים ובזה יש להסתפק אם הנאת הריוח חשיב ש"ש דאע"ג דאפשר שיגיע לו ריוח מ"מ אין הריוח בא לו מחמת שמירת המשכון כמו פרוטה דרב יוסף שהוא מחמת שמירת המשכון אלא מחמת המעות של עיסקא והמשכון מונח אצלו בלאו הכי לבטחון על הקרן ואע"ג דבסרסור לקמן סי' קפ"ה וכן בנותן לו דבר למכור ואמר כל הריוח נחלק בינינו לקמן ס"ס קפ"ו הוי ש"ש אע"ג דהוי ספק אם ימכור וירויח התם מקבל שכר על מה שמטריח למכור המשכון ואם כן אע"ג דספק הוא מ"מ השכר הוא על שמירת המשכון גופיה משא"כ הכא דהשכר הוא על המעות והמשכון אינו מונח על זה י"ל דלא הוי ש"ש ואפשר גם הסמ"ע מודה לזה ומ"ש דבהנאה גדולה כזו מסתבר' דהכל מודים דהוי עליה ש"ש היינו דוקא במשכון של עכו"ם שמונח ג"כ על הרווחים א"כ מרויח בשמירת המשכון הרווחים בודאי הוי עליה ש"ש מה שאין כן בזה ודו"ק.

סעיף כב

מספיק' לא מפקינן ממונא. כתב הסמ"ע דנ"ל דמור"ם כתב כן ללמדנו שפסקינן כסברת י"א אלו דאין המלוה צריך לשלם היתרון מהמשכון עכ"ל ועוד נלפע"ד דר"ל אי תפס לא מפקינן מיניה: ומהרש"ל פ' הכונס הכריע בראיות דהוי שומר חנם לגמרי ואין ראיותיו כלום וכמו שכתבתי לקמן סימן רס"ד סעיף ט"ז ע"ש ובתשובת ר"א ן' חיים סימן קכ"ג כ' שהכרעת האחרונים נראה כהפוסקים כרב יוסף וכן כ' בתשו' מנחם עזריה ר"ס פ"ט דק"ל כרב יוסף ע"ש וכן כתב בתשו' מוהרא"ש די מודינא סי' מ"ט וסי' צ"ח וסי' תכ"ט

שכן ראוי לפסוק הלכה למעשה ושכן היה דן מורו הגדול מהר"י טייטאצק ז"ל והאידנ' סוגיין דעלמא דהוי ספיקת דדינא וכן כתב בתשו' מהר"ש כהן ספר שני סי' קס"ט ע"ש:

סעיף כג

לא מפקי' ממונ' ואם תפס המלוה כפי מה שכנגד מעותיו לא מפקינין מיני' דהא משמע בתוס' ופוסקים דרי"ף וסייעתו לא ס"ל הך סברא ה"ל כאלו פי' שיפסיד כנגד מעותיו א"כ לפי מה שהעליתי בספרי תקפו כהן סי' ע"ב דמצי התופס לו' קים לי כהפוסק בזה ולא קים לי כותיה בזה א"כ ה"נ מצי המלוה לו' קים לי כהפוסקים דהוי ש"ח ולא קים לי כהא דפוסקים דה"ל כאלו פירש אלא כהחולקין ודו"ק:

סעיף כד

המלוה על המשכון וחזר כו'. ויש חולקין בדין זה כדאיתא בהגהת מרדכי סוף בבא מציעא ותמיה לי אמה שפסק המחבר בפשיטות שלא כהחולקין שהרי הוא עצמו מביא מחו' ה' דעת החולקין ע"ש. גם הב"ח חולק על המחבר בכל הסעיף. ולענין מעשה נלפע"ד בדין הראשון כהחולקין דאין המלוה חייב כיון שחזר והפקידו ביד הלוה עצמו ובדין השני נראה כמו שפסק המחבר מטעמא אחרינא דאיתא במרדכי דכיון שהחזירה האשה המלבושים לא היו יותר ברשות' ואינה יכולה לו' תפסתי אותם בעבור כתובתי דמתחלה מסתמא ברשות' משכנם בעלה (וגם בתשובת מהר"מ אלשיך סי' קל"ג הביא בסתם דברי ר"י בבגדי אשתו דמסתמ' ברשות' משכנם ע"ש) וכ"כ המחבר בא"ע ס"ס ע"ג דמי שמשכן כסות אשתו אינה יכולה להוציא מידו בלא כלום והוא מתשו' הרשב"א שהביא בב"י שם דכ' דמאן לימ' לן דלא אפקיה מדעתה למשכונה כו' ע"ש וגם אי הוה הבעל קיים והיה טוען שברשות' משכנן או נתן לה המעות הי' נאמן בהיסת וכמ"ש הרשב"א בתשו' תקל"ז והרב בא"ע סי' צ' סי"ד א"כ אין מוציאין משמעון ונרא' שלכך כתב בהגה' מרדכי דה"ר ברוך חולק על פסק דר"י שהפקיד המלו' המשכון אצל הלו' כו' ולא כתב נמי על פסק דר"י דבגדי אשתו אלא ודאי בהא מודה לר"י מטעם שכתבתי. גם באגוד' פרק האומנים הביא דברי ר"י האחרונים דבגדי אשתו והשמיט דברי ר"י הראשונים דחזר והפקידו ביד הלו' ודוק:

סעיף כה

וחזר המלו' כו'. דין זה איתא לכ"ע דאף למ"ד המלו' על המשכון אינו אלא ש"ח מ"מ נ"מ לענין כנגד מעותיו ועוד נ"מ בדין זה במי שנתן דבר לש"ש לשמור ואח"כ חזר הש"ש והפקידו ביד בעליו ונגנב או נאבד אצל הבעל דבר שוב עיינתי שנית בהגה' מרדכי דסוף בבא מציעא ונלפע"ד דיפה כוון המחבר בכל מה שפסק בסעיף זה ושלא כדת חלק עליו

הב"ח והוא דס"ל להמחבר דע"כ לא פליג הר' ברוך בהגה' מרדכי שם על ר"י אלא משום דתרוייהו לא ס"ל כרב יוסף אלא משום דכנגד מעותיו הוי ש"ש מטעם דה"ל כאלו פי' שאם יאבד המשכון או יגנב יפסיד חובו הלכך פליג ה"ר ברוך דהאי טעמא שייך דוקא כשהמשכון הוא ביד המלו' אבל לא כשחזר והפקידו ביד הלו' וכן משמע מל' הרב בהגהת מרדכי שם שכתב וז"ל דודאי כל זמן שהמשכנות ביד המלו' הוי עלייהו ש"ש בההיא הנא' דלא צריך למיפק ולמיעל אזוזי אבל עתה שהוא ביד הלוה יכול הלו' לדחותו כו' ור"ל בההיא הנא' דלא צריך למיעל ולמיפק אזוזי ה"ל כאלו פירש שאם יאבד או יגנב המשכון אצלו יפסיד חובו (וכן צריך לפרש ל' הב"י בס"ס זה וכמ"ש לקמן סעיף מ"ג ס"ק קס"ב) אבל כשהוא ביד הלוה ויכול הלו' לדחותו לא שייך לומר דה"ל כאלו פירש אבל אין לפרש כפשוטו דבההוא הנא' דתפיס לי' אחובי' ה"ל ש"ש דא"כ בכולא סוגי' דהאומנין דדחיק לאשכוחי טעמא בש"ס דהוי ש"ש כדשמואל או כרב יוסף לימא טעמא דבההיא הנא' דתפיס לי' אחובי' וכמ"ש התוס' פרק האומנין סוף ד' פ' ע"ש אבל למאן דפסק כרב יוסף דהוי ש"ש מטעם פרוט' דרב יוסף דה"ל כאלו קבל פרוט' בתחלת הלוא' על שמירתו א"כ פשיט' דהאי טעמ' שייך אף שהוא ביד הלו' דמ"מ כבר נעשה עליו ש"ש עד שיחזירו לבעליו בתורת חזרה גמורה ולכך פסק המחבר בפשיטות בזה כדברי ר"י דאם חזר והפקידו ביד הלו' חייב כיון דפסק דהמלו' על המשכון הוי ש"ש כרב יוסף. וגם הר"ב אע"ג דהבי' די"א דלא הוי אלא ש"ח סתם כאן כדברי המחבר משום דסמך על מ"ש קודם לכן ומספיק' לא מפקינן ממונא וא"כ כי היכא דמספיק' יכול המלו' לומר קים לי כמ"ד דהמלו' על המשכון הוי ש"ח ה"ה היכא דהלו' מוחזק יכול הלו' לומר קים לי כמ"ד דהמלו' על המשכון הוי ש"ש מטעם פרוט' דרב יוסף וטעם זה שייך אף כשחזר והפקידו אצלו והלכך כיון דעל כרחך להר"ב מיירי לענין שכנגד מעותיו דאלו ביתר מזה אפי' נאבד או נגנב ביד המלו' לא מפקינן ממונא מהמלו' שפיר סתם הר"ב כדברי המחבר דחייב המלו' כלומר דחייב לשלם דמי משכונו שנאבד ביד הלו' עד כדי מעותיו שחייב לו הלו'. ובהכי ניחא מ"ש העיר שושן אדינו של המחבר וכיון דהמלו' על המשכון הוי ש"ש המלו' על המשכון וחזר והפקידו ביד הלו' כו' והשיג עליו הסמ"ע בס"ק י"ז וכתב דלא דק במ"ש דין זה אליבא דמ"ד דנעשה עליו ש"ש לחוד והראי' דהמרדכי בעל דין זה (וטפי ה"ל לאתויי מר"י גופי' דהוא מרא דהאי פיסקא ואיהו פסק כרבה וכדאית' בתוס' וכל הפוסקים) ס"ל כר"י דלא נעשה עליו ש"ש עכ"ל ולפע"ד הע"ש דק הטיב בזה ורא' דה"ר ברוך בהגה' מרדכי חלק על פסק זה דר"י ומביאו ב"י גופי' בסי' זה מיד אח"כ במחו' ה' וקשיא ליה אמאי פסק המחבר בפשיטות כר"י ולא כה"ר ברוך ובפרט לחייב

להוציא ממון מיד המלוה וניחא ליה דס"ל דר"י ור"ב לטעמייהו אזלי דלא פסקו כרב יוסף והמחבר לטעמיה אזיל דפסיק כרב יוסף וכמ"ש והלכך אפילו לדידן דפסקי' כרבה היינו מספיקא אבל לענין כנגד מעותיו שהלו' מוחזק עתה יכול הלו' לומר קים לי כרב יוסף דהוי ש"ש כנלפע"ד: (ובלאו ה"נ לק"מ על הע"ש וגם מה שהשייג עליו בסמ"ע ס"ק ט"ו וס"ק כ"ט לק"מ דר"ל דכנגד מעותיו הוי ש"ש וכן הוא בתוס' והרא"ש ובב"י ע"ש אלא דהע"ש בא לתת טעם למה דוקא כנגד המעות וע"כ כתב שהוא עיקר המצוה כו' וע"כ כ' לקמן סעיף ט' והואיל ונפסקה הלכה שהמלו' על המשכון הוא כש"ש כו' והרי ההלכ' לא נפסק' אלא כנגד המעות וע"ש) ולפ"ז בעלמא היכא שנתן דבר לש"ש לשמור וחזר הש"ש והפקידו ביד הבעל דבר ונגנב או נאבד אצלו לכ"ע חייב השומר שכר ודוק:

סעיף כו

ואח"כ החזיר לה כו' הדין עם שמעון כו' כתב הסמ"ע דאם לא חזר' ונתנה הבגדים ליד שמעון היתה נאמנת בשבוע' שלא משכנ' ברצונ' עכ"ל ובתשו' הרשב"א שהביא בית יוסף בא"ע ס"ס ע"ג משמע להדיא דבעל יכול להשכין בגדי אשתו שלא מרצונ' וא"כ אפי' לא חזר' ונתנ' הבגדים ליד שמעון נמי חייבת לפדות הבגדים דכתב שם וז"ל על מי שלוה על כסות אשתו ואבדם בקוביא והאש' באה להוציא כסותה מיד המלו' בלא כלום ולומר שהבעל הוציא מבית' שלא מדעת' ומאן לימא לן שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו ובניו שלא מדעתם כמו ששנינו המקדיש את נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו כו' וכ"ש בנדון שלפנינו דמאן לימא לן דלא אפקי' מדעתה למשכוני' כו' עכ"ל ונרא' דהרשב"א שם מיירי בבגדי אשתו שעש' לה הבעל וכן משמע מהראי' שהביא מהמקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו כו' (ונלפע"ד דראייתו מריש פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ב ע"ב) דאמרי' התם טעמא דאין לו בכסות אשתו משום דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו כו' משמע הא אם הקדישן בפי' הוי הקדש בלא רצונ') דמיירי התם להדיא בכסות שעש' לשמה כו' אבל בבגדים שהכניס' לו אינו יכול למכור ולמשכן וכמ"ש הרשב"א להדיא בתשוב' סי' תתקל"ו ותתקל"ז ע"ש ובהכי מיירי הסמ"ע כאן ודוק:

סעיף כז

נעש' עליו שומר כו' עיין בתשו' מהר"מ פאדוה שם משמע דלרב יוסף חייב ראובן לשלם לשמעון מה שהלו' לו דלא ס"ל דה"ל כאלו פירש אלא ס"ל דה"ל ש"ש מטעם מצוה וזה לא שייך כאן רק דשמא קי"ל כשמואל דה"ל כאלו פירש לכך פסק דלא מפקינן ממונא מראובן ע"ש ודו"ק והר"ב שכתב סתם נעשה עליו שומר היינו לענין שהפסיד

כנגד מעותיו ולא הוצרך לבאר דהוי משום ספק דהא גם בהלוהו על המשכון גופי' מצי המלו' לומר קים לי כשתפס ואינו מפסיד אף מה שכנגד מעותיו וכמ"ש בסעיף ב' ס"ק כ"ב ע"ש ודוק:

סעיף כח

ש"ח והפסיד כנגד מעותיו אבל ש"ש לא הוי אפי' לרב יוסף דליכא מצוה כי ראובן פורע חלקו מן הריוח אשר יותן לעכו"ם ובאשר נתן שמעון משכונו לעכו"ם לא נהנה בו ראובן אחרי שנתן משכון גם הוא מה לי אם הוא ביד שמעון או ביד עכו"ם. כ"כ בתשו' מהר"ם פאדוה שם ומשמע דאם ראובן אינו פורע ריוח לעכו"ם הוי שמעון עליה ש"ש לרב יוסף ולפ"ז לדידן דהוי ספיקא דדינא אם תפס ראובן חייב שמעון לשלם אף מה שהי' שוה יותר דמצי ראובן לומר קים לי כהפוסקים כרב יוסף ונראה דמירי שהעכו"ם לא רצה להלות על משכונו של ראובן דאל"כ אפילו אינו פורע ריוח לא ה"ל שומר שכר דהרי לא נהנה כלל במה שהלו' לו שמעון משכונו והרי כאלו קבל המעות מהעכו"ם ואין שמעון עושה מצוה כלל א"כ לא הוי שומר שכר אפי' לרב יוסף ודוק: ואין להקשות דמכל מקום ליהוי ש"ש מטעם שצריך לשטחה ולנערה אף שלא הלו' לו מעות וכמ"ש לקמן ס"ק ל"ג וס"ק ל"ה י"ל דהכא כיון שראובן נתנו לו להשכינו אצל העכו"ם א"צ לשטחה ולנערה לפי שראובן סובר שהוא ביד העכו"ם ודמי להיה עמו במדינה דלקמן ס"ס רצ"ב דא"צ הנפקד לטפל עמו דכיון שהוא עמו במדינה אינו מקפיד והוא הדין הכא כיון שא"ל להשכינו אצל עכו"ם אינו מקפיד עליו כי סבור הוא שהוא ביד העכו"ם ולפ"ז אפילו אם אמר ליה שמעון שנתן משכון אחר לעכו"ם ומשכונו היא אצלו א"צ לשטחה ולנערה ולא הוי ש"ש דכיון דמתחלה אמר להשכינו אצלו א"כ הא קא חזינן דלא קפ"ד עליה וצ"ע לדינא:

סעיף כט

כאלו הלוהו כו'. וכתב הר"ן בתשובה סי' י"ט על ראובן שהשאיל ספר לשמעון ושמעון הניח בידו ספר אחר למשכון ובאו שוללין בבית שניהן ושלנו מהם אותם הספרים לימים החזירו לראובן אותו ספר שהיה ממושכן ביד ראובן משמעון והשיב שחייב להחזיר לשמעון דאין שמעון חייב באונסו של ספר ראובן שהיה בידו עכ"ל ד"מ עכ"ל סמ"ע. ועיין שם בתשוב' הר"ן כתב הטעם דשואל ספר המשאיל מצוה קעביד וא"כ אין כל הנאה של שואל דטעמא דשואל חייב באונסים מפני שכל הנאה שלו משא"כ הכא דאף המשאיל נהנה בפרוטה דרב יוסף ע"ש. והר"ן לטעמיה אזיל דס"ל הלכה כרב יוסף. וא"כ להפוסקים כרבה הוי שואל גמור וחייב באונסים וא"כ לדידן הוי ספיקא דדינא

והמע"ה ואין ראובן חייב להחזיר לשמעון אחרי שהוא מוחזק ולא ה"ל להסמ"ע לכתוב דברי הר"ן בפשיטות ודו"ק:

סעיף ל

המלוה על המשכון כו' פי' ונתן לו רשות אחר כך להשתמש בו ולא הלוהו ע"מ כן ובהכי מיירי הרשב"א בתשובה זו ומיד אח"ז הביא הב"י תשו' דאפי' אם כבר השתמש בו אינו נעשה עליו כשואל להתחייב באונסים כיון דאין כל הנאה שלו שהרי בשביל מה שהלוהו משאילו להשתמש בו עיין שם והתם מיירי להדי' דוקא שהלוהו ע"מ כן ודלא כסמ"ע שתמה על המחבר והר"ב שסתמו כתשו' רשב"א זו שהרי הרשב"א כתב בתשו' אחרת להפך וה"ל להבי' תרוייהו ולפסוק דהוי ספיקא דדינא ע"ש ולפי מ"ש לק"מ וק"ל:

סעיף לא

אפשר שאפי' בנתינת רשות בלבד הוי שואל וחייב באונסים דה"ל כדמי אבדה עכ"ל רשב"א ולטעמיה אזיל דס"ל בשומר אבדה ש"ש וא"כ בדמי אבדה ה"ל שואל. וא"כ ק"ק על הר"ב דה"ל להגיה כאן דלמ"ד המלוה על המשכון לא הוי רק ש"ח אינו נעשה שואל וכמו שהקש' בסמ"ע לקמן סי' רס"ו ס"ק ל"ח כה"ג. ואפשר סמך עצמו אמ"ש המחבר לשון אפשר כו' לחלק ולומר דשאני הכא כיון דנתן לו רשות גרע טפי משא"כ בדמי אבדה דמותר להשתמש בו אבל לא נתן לו רשות בפי' ומ"מ לענין דינא נראה דאין להוציא ממון כאן מהמלו' היכא דנאנס כיון דבלא"ה המחבר כתב לשון אפשר וגם בב"י הביא לשון הרשב"א שכ' אפשר כו' וגם בע"ש כתב דין זה בלשון יש אומרים אבל אם נגנב או נאבד נלפע"ד דיש להורות דחייב המלו' דכיון דנתן לו רשות להשתמש בו ה"ל ש"ש לכ"ע דלא גרע מדמי אבדה דה"ל ש"ש לכ"ע כיון דיש לו רשות להשתמש וגם בתשו' רשב"א דפוס סימן אלף כ"ט השיב בפשיטות דאם נתן לו רשות להשתמש במשכון חייב באונסים וכמו שאמרנו בדמי אבד' כו' ולא כתב ל' אפשר. ואפשר דלשון אפשר שברשב"א שבב"י לא קאי אלא אשואל כיון דהרבה פוסקים פסקו בדמי אבדה לא הוי רק ש"ש ועוד נראה והוא העיקר דלשון אפשר שכ' הרשב"א היינו משום דכיון דהלוהו מתחל' על המשכון ואפשר שכוונתו במה שנתן לו רשות להשתמש משום הלואת מעותיו וכמ"ש הרשב"א בתשובה אחרת דבכה"ג לא הוי רק ש"ש דהוה כשוכר וכמ"ש בסמוך ס"ק ל' ליישב תרי תשובות הרשב"א דלא סתרי אהדרי (ועמ"ש בסעיף ב' ס"ק י"ח [י"א] דאם לא התנה עמו מתחלה שישתמש במשכון בנכיית' אע"פ שצריך למשכון להשתמש בו בנכייתא לא הוי שוכר ולמאן דלא ס"ל כרב יוסף לא הוי רק ש"ח ע"ש) וכך נרא' כוונת המחבר דאלו למ"ש בתחל' לא ה"ל להמחבר לכתוב ל' אפשר כיון דס"ל לקמן סי' רס"ו בדמי

אבדה חייב באונסים. ולפי"ז מי שהפקיד כלי אצל חבירו בין שהוא ש"ח אי ש"ש ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו פשיטא ליה להרשב"א והמחבר דה"ל שואל. וכן נלפע"ד עיקר לכ"ע ול"ד לדמי אבדה דאע"ג דמותר להשתמש בהן מ"מ לא נתן לו רשות בפי' להשתמש בהן והלכך כיון דהשואל כלי מחבירו משעת משיכה אע"פ שלא נשתמש בו חייב באונסים וכמ"ש לקמן סי' ש"מ סעיף ד' וקי"ל נמי דרשות לוקח הוי כמשיכה מרשות בעלי' וכדקי"ל נקמן ר"ס ר' א"כ כיון שהוא ברשות הנפקד ונתן לו המפקיד רשות להשתמש בו מיד נעשה שואל וכל שכן לפי דעת הרא"ש וסייעתו דלקמן סי' ש"מ ס"ד דמיד שנסתלקו הבעלים אפי' בלא משיכה נעשה שואל ואפי' להרמב"ם דפליג התם מודה כאן כיון דהוא כבר ברשותו כן נלפע"ד ודוק:

סעיף לב

אין כו' דין שומר שכר ואפי' כנגד מעותיו אין מפסידים אלא זה שנתמשכן צריך לפרוע המס ואפי' לא התרו בו שיפדה משכונו. כן כתב הסמ"ע: עוד כתב בסמ"ע וז"ל ומ"ש ולא לנאמן כו' ע"ש בתשו' הרשב"א דאין לדמות נאמנים הללו לאפוטרופסים שממנין הב"ד על יתומים דלא שמרו שור ונגח דאיכא מ"ד דחייב לשלם דהתם ניחא ליה לאפטרופס להתחייב מפני שם טוב שיצא עליו דאין ממנין אפטרופס על היתומים אא"כ בקיאין בו שהוא נאמן וחסיד משא"כ בנאמני הקהל עכ"ל ולפע"ד לא עלה על דעת הרשב"א לדמות זה לשור של יתומים לחיובא דהתם האפטרופס פשע ולא יהא אלא ש"ח חייב בפשיעה והכי מוכח בשור שנגח ד' וה' (דף ל"ד) והכי נמי אלו נאבד המשכון בפשיעת הנאמן פשיטא דחייב הנאמן ועוד דהתם ר' יוחנן ס"ל דפטור ופסק הרא"ש כרבי יוחנן וכ"כ הטור לקמן ס"ס ת"ו ועוד דאדרבה התו' כתבו שם דגבי שור אין נחשב נאמן בשביל כך שאין זה בשביל תקנת יתומים אלא בשביל שלא יזיק לעולם ואין נחשב אלא כשומר בעלמא. ונלפע"ד דהסמ"ע טעה בהבנת תשובת הרשב"א דז"ל תשו' הרשב"א והנאמן שאמרת שיתחייב משום דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא כאפטרופס שמינוהו ב"ד לאבא שאול בזה ודאי יש מקום עיון לפי שאמרו פ' ד' וה' מעמידים אפטרופס לשור של יתומים ואם יצא והזיק משלם מעליות יתומים לרבי יוחנן ולרבי יוסי בר חנינא מעליות אפטרופוס וכו' וכי גדלי יתומים חוזרים ונפרעין מהן ואפי' פשעו האפטרופסים אלא דההיא שאני שלא מינוהו מחמת נאמן אלא לשמור השור מניזקין וא"ת דהוי ש"ש משום דמצוה קעביד ומשתכר פרוטה דרב יוסף יש מקום עיון מדתני רב תחליפא קמיה דרבי אבהו אפטרופס שמינהו ב"ד ישבע מפני שהוא נושא שכר א"ל אייתית קבא וכיילת ליה ואי משום פרוטה דרב יוסף ש"ש הוא ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן דלא אמרו כשמינהו

ב"ד אלא משום דאין מעמידים אפטרופס ליתומים אלא אחר בדיקה שהוא אדם נאמן וזה שבח גדול לאפטרופס אבל אפטרופסים שמעמידים עליהן הצבור אינם אלא כאפטרופס שמינהו אבי יתומים שאף הוא לא היה ממנה אותו על נכסיו אא"כ היה בטוח בו שיתנהג בנאמנות והנאמן אין הצבור בודקין אחריו שהוא נאמן אלא שממנין מתוכם לפקח על עסקיהן ולא לאחר בדיקה ולא עוד אלא דמיגרע גרע מאפטרופס שמינהו אבי יתומים דהתם האב ממנה אותו לדעתו ומעיד שהוא נאמן בעיניו לפקח בנכסיו אבל הנאמנים הם המדברים הם הרוצים להתמנות הם המחזירים על דבר זה ופעמים שמקצת הצבור מוכרחים לדבר זה כ"מ ומקום לפיכך איני רואה לחייב את הנאמן בגנבה ואבדה כשומר שכר עכ"ל הוא סבר דמה שכתב ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן דלא אמרו כשמינהו בית דין אלא משום דאין מעמידים אפטרופס אלא אחר בדיקה כו' קאי אאפטרופס לשור של יתומים וליתא אלא קאי אאפטרופס שמינוהו בית דין לאבא שאול דישבע. וכך הם הצעת דברי הרשב"א והנאמן שאמרת שיתחייב כו' יש מקום עיון לפי שאמרו בפ' ד' וה' דמעמידים אפטרופס ליתומים ולרבי יוחנן חייב אם פשע ולרבי יוסי בר חנינא פטור אפי' פשע ואם איתי' דהוי ש"ש משום דנפק עליה קלא דגבר' מהימנא הוא תיפוק ליה דבלאו הכי חייב לכ"ע אפי' לא פשע כדין ש"ש אלא דההיא דשור של יתומים שאני שלא מינהו מחמת דנאמן אלא לשמור כו' ואח"כ קאמר וא"ת דהוי ש"ש מטעם מצוה ואחר כך חוזר ואומר ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן מטעם דנפק עליה קלא דמהימן דאע"ג דלא דמי לשור של יתומים לפטור מ"מ למינהו ב"ד דאבא שאול נמי לא דמי לחיוב' דלא אמרו כשמינהו ב"ד כו' כן נלפע"ד ברור כוונת הרשב"א ודלא כהסמ"ע (שוב מצאתי בחדושי הרשב"א פ' הניזקין כתב להדיא כדפי' והעתקתי לשונו לקמן ע"ש):

סעיף לג

לקהל כו' כיון שכל יחיד ויחיד חייב חלקו לשלטון וכמ"ש לק' וכתב בעיר שושן דאע"פ שהם כבר פרעו לשלטון אין גבייתן כמו שגובים חוב עצמן אלא הם הלוו לשלטון ועתה גובים לו חובותיו ומתפרעים מהם ע"כ.

סעיף לד

ולא לנאמן כו'. צ"ע אמה שפסק בפשיטות דאין להנאמן דין ש"ש כו' דהא הרשב"א בתשובה כתב שהוא מקום עיון ומה שמסיים ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן דלא אמרו כשמינוהו ב"ד כו' כוונתו לו' דאין לחייב הנאמן בדין ברור מהך דאבא שאול דאמר מינוהו ב"ד (לא) ישבע כו' משום די"ל דשאני התם אבל עכ"פ מידי ספיק' לא נפקא ועוד שהרי סברא גדולה הוא שיתחייב משום ש"ש משום דמצוה קעביד ומשתכר בפרוטה

דרב יוסף וכמ"ש הרשב"א בתחלת התשובה ואף שלא הלוה מעות על זה וכמ"ש לק' ס"ק ל"ה וס"ק ל"ו ולא ידעתי שום צד לדחות סברא זו ואף שהרשב"א כתב יש מקום עיון מדתני רב תחליפ' כו' (בהניזקין דף נ"ב ע"ב) מ"מ לא דחה סברא. זו לגמרי מהך דתני רב תחליפא אלא שכתב שיש מקום עיון כו' (והכי מוכח נמי להדיא מתשו' הרא"ש וטור דלק' ס"ס זה דאע"ג שאינו חייב לו מעות עליו כל שהוא מונח אצלו בענין שאין הלוה יכול ליקחנו ה"ל ש"ש לרב יוסף מטעם שצריך לשטחה ולנערה ע"ש ודו"ק ותו שהרי בחדושיו פרק הניזקין פשיטא ליה לרשב"א דהיי ש"ש ויישב דל"ק מהך דרב תחליפא וז"ל שם ואפטרופוס הרי הוא כנושא שכר משום פרוטה דרב יוסף דהא קי"ל כותיה וכיון דליכא למיחש דאתי לאמנועי משום דניחא ליה דנפיק עליה קלא דגברא מהימנ' הוא והלכך חייב בגנבה ואבדה ונשבע כש"ש וא"ת והא אפטרופס של שור המזיק אמר רבי יוחנן דאינו משלם דילמא אתי לאמנועי י"ל דהתם לא נפיק עלי' קלא בהכי דגבר' מהימנ' הוא דלאו לתקנ' היתימים מינוהו אלא שלא יזיק והכי איתא בירושלמי כו' ואי קשיא אי משוית ליה ש"ש משום פרוטה דרב יוסף היכא אמר ליה ר' אבהו לרב תחליפא בר מערבא אייתית קבא וכיילת ליה אין ודאי כיילית ליה פרוטה דרב יוסף איכא למימר דאי משום פרוטה דרב יוסף קאמר אפי' מינוהו אבי יתומים נמי אלא מדקאמר מינוהו ב"ד בלחוד ש"מ דלאו משום פרוטה דרב יוסף קאמר אלא שהוא כנושא שכר משום דמהימנינן ליה ולהכי הוא דלא מימנ' עכ"ל הרשב"א שם וא"כ נהי דהרשב"א בתשו' מסיים דנאמן הצבור ל"ד לאפטרופס של יתומים היינו דלא שייך בי' דנפק עליה קלא דגברא מהימני' שיהיה ש"ש מטעם זה אבל מ"מ ש"ש הוי מטעמ' דמצוה קעביד ומשתכר בפרוטה דרב יוסף דפשיט' דלא שייך ביה לומר דילמא אתי לאמנועי דדוקא גבי אפיטרופס דיתומים שייך כן דא"כ אתי לאמנועי מלהיות אפטרופס וקא כליא זוזי דיתמי שלא ימצאו להם אפטרופש (ומצאתי בס' דפוס פראג נקרא תשוב' הגאונים איתא שם בסי' רצ"ו וזה לשונו שאלה נאמני הצבור שמשימין עליהן לגבות המס ולפקח על עסקיהם תשובה הרי הם כש"ח ופטורים מגניבה ואבדה עכ"ל והיינו כהמחבר מיהו יש לומר דהך תשובה אתיא כמאן דפסק כרבה ולא כרב יוסף) משא"כ הכא ואם כן מה שפסק המחבר דאין לנאמן דין ש"ש צל"ע (ולפ"ז אי תפס זה שנתמשכן מהנאמן לא מפקינן מיניה דמצי למימר קים לי כרב יוסף. עוד נלפע"ד דאם שנים השלישו שום דבר ביד שליש לזמן פלוני ונגנב או נאבד תוך אותו הזמן ה"ל השליש ש"ש לרב יוסף וסייעתו מה"ט שהיה צריך השליש לשטח' ולנערה כיון שלא הי' יכול שום א' מהן ליקחנו תוך אותו הזמן וא"כ אם תפס א' מהן מהשליש לא מפקינן מיניה כן נלפע"ד):

סעיף לה

אא"כ יש מנהג בעיר הולכים אחריו. לשון זה מגומגם דפשיטא דאין מנהג כזה מבטל הלכה וכמ"ש המרדכי ר"פ הפועלים דדוקא מנהג ותיקון מבטל הלכה אבל מנהג גרוע שהוא נגד הדין לא וכמ"ש בת"ה ר"ס שמ"ב דדוקא בעניני מסים אין מדקדקין במנהג אעפ"י שהוא נגד דין תורה אבל בעלמא לא. וכן משמע מל' הר"ב גופי' לקמן סי' קס"ג ס"ג בהג"ה שכתב בכל עניני מסים הולכים אחר המנהג כו' אף ע"פ שהוח מנהג גרוע אין מדקדקים בענייני מסים משמע דוקא בעניני מסים אבל בעלמ' לא ודוחק לומר דהכא כיון שנתמשכן מחמת מס חשיב ענייני מסים דודאי זה שיתחייב הנאמן להיות כש"ש או לא אינו תלוי בענייני מסים ול' הרשב"א בתשובה כך הוא. הא פשיטא שהקהל פטורים שהרי אין פורעי המס חייבים זה לזה כלום שנחשוב הקהל כממשכני' על חובם אלא כל יחיד פורע חלקו לשלטון ומעמידים עליהן נאמנים כאפטרופסים ולפקח על עסקי כל יחיד ויחיד לפרוע לשלטון או לב"ח שלו מחמתו זה נ"ל לפי שורת הדין אלא אם יש מנהג ידוע בזה בהיפך עכ"ל ולשינו מתוקן וכוונתו לומר אם יש מנהג שהקהל פורעים המס והם גובים מכל יחיד ויחיד שנמצא היחידים חייבים להקהל שאז נעשו הקהל שומרי שכר וצריך לפרש גם דברי הר"ב כן:

סעיף לו

אף בנו נעשה עליו שומר שכר כו' בההיא הנאה דתפיס ליה אזוזי וכן באומן בכלי אומנתו. כ"כ הנ"י שם בשם הריטב"א ורבו. ומהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' ד' חלק על זה וכ' דדוקא גבי אומן שייך לומר דהוי שומר (שכר) מטעם שמשתכר משא"כ במלוה על המשכון דאל"כ למה דחק בש"ס למצוא טעם דמלו' על המשכון הוי ש"ש תיפוק לי' בההוא הנא' דתפיס לי' אזוזי אלא ודאי דלא שייך ה"ט אלא גבי אומן וכ"פ התוס' להדיא בפרק האומנים (ר"ל בסוף ד' פ' שם ד"ה דתפיס ליה אאגרי') וא"כ למה יחשב בנו ש"ש מה"ט עכ"ד ולפע"ד דעת הריטב"א ורבו ונ"י דדוקא במשכנו בשעת הלואתו לא שייך לו' דהוי ש"ש מטעם זה שהרי אינו מרויח כלום דאם לא הי' נותן. לו משכון לא הלוה לו אבל כשהלו' כבר ונתן לו משכון אח"כ א"כ ודאי יש לו הנא' גדולה מה שנתן לו עתה משכון מה שלא הי' לו כן מקדם וכבר הי' מעותיו אצל הלו' וא"כ בכה"ג הוי שפיר ש"ש והא דדחק בש"ס למצוא טעם דהוי ש"ש היינו משום דהתם מיירי במשכנו בשעת הלואתו וכן התוס' בפרק האומנין שם מיירי בהכי וא"כ בנו נמי כיון שלא הלו' כלום רק אביו הלו' כבר ה"ל כמשכנו שלא בשעת הלואתו דה"ל הנאה טוב' שהמשכון אצלו והוא לא הלו' כלום ובההוא הנאה דתפיס לי' אזוזי ה"ל ש"ש ואפי' למאן דבעי למימר

דאפי' במשכני שלא בשעת הלואתו לא הוי ש"ש מה"ט כיון שאינו משתכר כלום וכמ"ש לעיל ס"ק י"ז י"ל דמוד' כאן דדוקא התם שמ"מ הוא בעצמו הלוה כבר אינו משתכר במשכון כלום משא"כ בנו שלא הלו' עליו כלום ועתה המשכון תחת ידו הוי כמשתכר לכך אמרי' שפיר בההוא הנא' דתפיס לי' אזוזי ה"ל ש"ש ועוד נרא' מטעם אחר דבנו נמי הוי ש"ש למאן דפסק כרב יוסף דהוי ש"ש מטעם דא"צ ליתן פרוט' לעני א"כ הוא הדין שיצטרך בנו לנער המשכון ולשוטח' ואף שמהרש"ל שם הרגיש בזה וכתב דלא שייך לו' כן אלא גבי שומר אבד' ולא גבי מלו' על המשכון דאין זה מצוה דלהנאתו קא מכוין שלא יתקלקל המשכון שמעותיו עלי' עכ"ל מ"מ אין דבריו מוכרחים כלל ואישתמיטתי' דברי (התוספות) והרא"ש וטור שבס"ס זה שכתבו להדיא דבמלו' על המשכון הוי ש"ש לרב יוסף מהאי טעמ' דפטור מליתן פרוט' לעני כשישטחנ' או ינערה ע"ש וכן הוא להדיא בתוס' סוף פרק שבועת הדיינים והבאתי דבריהם לקמן סי' רס"ז סעיף ט"ז. וכן מוכח מדברי הרי"ף פ' האומנין וכמ"ש לעיל ס"ק ט' אלא ודאי. כיון דמסקינן בפרק האומנין דמאן דאית לי' מלו' על המשכון ש"ש משום דמצוה קעביד אפי' במלו' צריך למשכון להשתמש בו בנכייתא הוי ש"ש אע"ג דההלוא' היא להנאתו שיטול המשכון בנכייתא אפ"ה מצוה וכן כתבו הפוסקים וכמ"ש לעיל ס"ק י"א א"כ הוא הדין הכא. וממ"ש הרשב"א בתשוב' הביאו ב"י ר"ס זה שהרי הוא כנושא שכר בשעת הלוא' כו' אין ראיי' דקושטא דמילתא קאמר שנושא שכר בשעת הלוא' וה"ה בכל פעם שישטחנ' או ינערה אפי' תימא דאין דעת הרשב"א כן מ"מ ודאי דעת הרי"ף והתוס' והרא"ש וטור דהוי ש"ש לרב יוסף מטעם שינער המשכון וישטחנו ודלא כמהרש"ל וא"כ אף בבנו שייך האי טעמא. כן נלפע"ד:

סעיף לז

נעשה עליו ש"ש כו'. כ' בתשו' מהרשד"ם סי' צ"ח שאם צוה קודם מותו להחזיר המשכון בחנם ונאבד אח"כ פטורים היתומים ועיין עוד שם:

סעיף לח

ש"ש כו'. וחייב בגניב' ואבד' לשלם אף מה שהי' המשכון שוה יותר על החוב ולהי"א שהביא הר"ב לעיל סוף סעיף ב' ה"ה הכא הפסיד כנגד מעותיו וכן כ' מהרש"ל שם וכ"כ הסמ"ע.

סעיף לט

ופטור אפי' מפשיע' דלשון איני מקבל אחריות משמע אפי' אחריות דפשיע' ועיין לקמן סי' ש"ה סעיף ד' בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף מ

ראובן שאל כו'. משמע לכאור' מדברי המחבר שהעכו"ם מעליל על הישראל ורוצ' ממנו יותר משויו ואינו יודע כמה הי' שוה לכך לא ישלם אלא דמי סייף דעלמא וכן משמע להדיא בעיר שושן שמסיים וזה לשונו ואם העכו"ם אנסו שלא כדין אין ראובן חייב בזה עכ"ל וכן משמע בסמ"ע ס"ק כ"ח שכתב ע"ז וז"ל דומה לזה כתב הט"ו לקמן ס"ס שע"ח תשובת הרא"ש בא' שהזיק לחבירו בפרד של עכו"ם שהי' בידו ומסיק בטעמו ז"ל אם העכו"ם מעביר עליו הדרך בשביל זה אין לחייב לזה המזיק בשביל זה כ"כ כיון שלא כיוון ע"כ עכ"ל אבל באמת המעיין בהגהת מרדכי ירא' שכוונתו דאפי' דמי סייף זה אין צריך לשלם דמיירי שהי' סייף יקר והשואל לא ידע שהי' סייף יקר ומביא ראי' מהש"ס גבי דינר דאמרי' נטירותא דכספא קבלה עלה נטירותא דדהבא לא קבל' עלה וה"ה הכא מנטירותא דסייף יקר לא קביל עלי' דאע"ג דידוע שהי' סייף יקר מ"מ אי הוה ידע שהוא סייף יקר לא הי' מקבל שמירתו עליו ע"ש וא"כ אפי' העכו"ם אינו מעליל רק ששואל דמי של סייף יקר הזה א"צ לשלם לו רק שויו דסתם סייף דעלמא. וכן הבין מהרש"ל פרק הכונס סי' ל"ד מיהו בהגהת מרדכי מסיים שם על דין זה וצריך עיון וגם מהרש"ל כתב שם וז"ל ואמת שצ"ע גדול בשלמא גבי דינר המפקיד גופא פשע שא"ל של כסף הוא אבל אי א"ל סתם הזהרי בו פשיטא דהוי חייבת וכן התם דחיפן בשעורין וא"כ זה לא הי' לו לידע יותר משעורין אבל מה שאדם מפקיד גבי חברי' וראה אותו פשיטא שמקבל עליו כל שויו בין רב בין מעט דאל"כ כל אחד שיתן לחבירו בפקדון אבן טוב שוה מאה מנה פשיטא דחייב לשלם מאה מנה ולאו כל כמיני' למטעון סבור הייתי ששוה כסתם אבן פשוט זהוב או ב' עכ"ל וכ"פ בסימנים בפשיטות דחייב לשלם כל דמי סייף יקר ולפעד"נ דשפיר יש לדמותו להך דדינר זהב דהתם מה שאמר המפקיד של כסף הוא לא הוי פשיע' דעשה כן כדי שתקבל השמיר' עליו וא"כ ה"ל לאסוקי אדעתא שהוא של זהב ושאמר כן כדי שתקבל השמיר' ואפ"ה פטרינן מטעם דנטירותא דכספא קבלה עלה ולא נטירותא דדהבא וכן משמע בתוס' והגהת אשר"י ונמוקי יוסף סוף פרק הכונס גבי הא דמבעי' בש"ס התם בההוא גברא דבטש בכספתא דחברי' שדיה בנהרא מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא וכתבו וזה לשונו אפי' יש עדים שהיה בו מרגניתא מיבעיא ליה דשמא לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה להאי ולא אמרי' מאי הוה ליה גבך דאזקתיה כיון דלא רגילי אינשי לאנוחי כלל ול"ד לדינר זהב דלעיל דאיבעי ליה לאסוקי אדעתא טפי שפעמים שאומר כן דירא שאם היתי' יודעת שהוא של זהב לא היתי' שמרתו עכ"ל ואע"ג דמסתמא אם הפקיד אצלו אבן טוב פשיטא דחייב לשלם כל שויו היינו משום

שאבן טוב רגיל להיות ששוה הרבה ומסתמא אסיק אדעתי' לקבל שמירתו בין שוה מעט או הרבה משא"כ בסייף יקר דלא שכיח ששוה הרב' יותר ולא עלה על דעתו לקבל שמיר' יותר מסת' סייף דעלמא וכן פסק בשלטי גבורים פרק המפקיד דף ע"ט ע"א וכתב ולפ"ז אם הודיעו שהסייף יקר צריך לשלם לו כפי מה שהודיעו וה"ה לכל כיוצא בזה שמשאיל לחבירו דבר ונאבד ואח"כ שואל ממנו גבוהות דאינו חייב לשלם לו אלא כפי שויו דסתם אותו הדבר עכ"ל ומ"מ נלפע"ד כיון דבהגהת מרדכי גופי' מסיק על זה וצ"ע הוי ספיק' דדינא. אבל מה שכתב בשלטי גבורים שם דאפי' הזיקו בידים והפסידו נ"ל דלא מחייב כפי מה ששואל העכו"ם דאע"ג דהאומר הזהרי בו של כסף הוא והי' של זהב צריך לשלם לו של זהב היינו דוקא גבי שומר דרגילות הוא לומר של כסף הוא אפי' הוא של זהב כדי שישמרנו כמ"ש המרדכי שם אבל במידי דאין רגילות אינו חייב אלא בסתם אותו הדבר דלא הוה ליה לאסוקי אדעתי' שהי' יקר כ"כ דאין רגילות להיות סייף יקר כ"כ דומיא דשורף גדיש שיש בו ארנקי דפטור על הארנקי דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה שהיה בו ארנקי או מאן דבטש בכספת' דחברי' לימא דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה שהי' בו מרגליות דאין דרך לתת מרגניתא בכספתא עכ"ל ולפעד"נ דבמזיק בידים פשיטא דחייב מטעם דמאי הוה לך גביה דאזקתי' וע"כ לא מיבעיא לש"ס אלא במרגניתא בכספת' דכיון דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה א"כ הניזק גופא פשע במה שהניח בתוכו מרגליות מה שאין דרך לעשות כן וכן בארנקי בגדיש פשע מה שהניח ארנקי בגדיש (וכן משמע לקמן ר"ס שפ"ח בהגהת הרב דטעמ' הוא משום שפשע המפקיד ע"ש) אבל כאן הרי לא פשע כלום שהרי הפקיד אצלו הסייף כמות שהוא (מיהו מזיק בפשיעה ולא בידים ממש דינו כאבדו לענין זה כמו שכתבתי לקמן ריש סי' שפ"ח בשם מהרש"ל ע"ש) וכ"ש לפי מה שהעליתי לקמן ריש סי' שפ"א דהעיקר דבמרגנית' אם היה ידוע בעדים שהיה בו מרגנית' פשיט' דחייב א"כ כל שכן הכא ודוק אבל אם העכו"ם העליל עליו ולוקח ממנו יותר ממה שהי' שוה פשיטא דפטור וכ"כ מהרש"ל שם ואפי' בהזיק בידים פטור מעלילה וכדלקמן ר"ס שע"ח ע"ש:

סעיף מא

שהרי המלוה חייב בדמי המשכון כו' ואפי' להי"א לעיל סעיף ב' בהג"ה דלא הוי אלא ש"ח מ"מ כנגד מעותיו מיה' הפסיד:

סעיף מב

ושקל כו' שקל המוזכר בדברי חז"ל הוא חצי סלע וסלע הוא ד' דינרין:

סעיף מג
נשבע תחלה ולא שישבע הלוה היסת דשמא יוציא הלה מלוה את הפקדון ונמצא שם שמים מתחלל דלקמן סעיף ט"ו ושם נתבאר דאפי' הלוה מאמין למלוה דינא הכי וע"ש:

סעיף מד
שבועת השומרים שאינו ברשותו. היינו שבועת המשנה בנק"ח דאע"פ שמשלם מה שהי' שוה חיישינן שמא עיניו נתן בה וע"ל סעיף ט"ו אבל שאינו ברשותו שהיא שבועת האורה היינו כשפוטר עצמו בשבוע' זו אף מתשלומין וכדלקמן סימן רצ"ד סעיף כ' ועמ"ש שם:

סעיף מה
ישבע הלוה ש"ד ואם אמר הילך הדינר שמודה נשבע היסת:

סעיף מו
וישבע שלא היה שוה יותר כו'. פירוש ישבע ש"ד כדין מודה מקצת והמחבר נקט לשון הטור ולא כלשון הרמב"ם שכתוב בו איפכא שישבע שאינו ברשותו ויגלגל עליו שבועה שלא היה שוה יותר ועמ"ש ע"ז בדרישה דנראה דלדינא לא פליגי עכ"ל סמ"ע וכתב הב"ח דהרמב"ם מיירי באומר לו הילך במה שמודה ולא משמע כן ברמב"ם מדסיים וישלם הדינר שמודה ע"ש אלא נראה דכיון דלענין דינא לא נ"מ מידי נא דקדק הרמב"ם בכך וע"ל סי' רצ"ה ס"א כתבו הטור והמחבר גופייהו כהרמב"ם ונראה ג"כ דלא דקדקו בזה מה"ט א"נ שם עיקר התביעה היא על גוף הדבר ומ"מ לענין דינא לא נ"מ ודו"ק:

סעיף מז
ויכלול בשבועתו שא"י שהיה שוה יותר כו' כרב הסמ"ע וז"ל דאין בזה דין מתוך שאיל"מ וכמ"ש הטור לקמן סי' ע"ה סט"ו דלא אמרו כן אלא בשבועה דאורייתא ולא כמ"ש בעיר שושן ע"ש ודו"ק עכ"ל ותימה דהרי גם הע"ש כתב כמה פעמים בסי' זה ובסי' ע"ה דלא אמרינן משואיל"מ בשבועה דרבנן רק שכ' כאן ענין אחר שאינו ענין לזה כלל וז"ל כך הוא דעת הטור בלי חולק והם דברי הרמב"ם פי"ג ממלוה וגם בעל הש"ע הביאו בסתם להלכה ואין לתמוה מכאן על מה שכתבנו לקמן סי' ע"ה סט"ז י"א דלא אמרי' בשבועה ע"י גלגול מתוך כו' אלא ישבע היסת על הגלגול כו' או מהפכה וי"א משואיל"מ וכאן כתבנו שמגלגלים שא"י ונשבע שבועה זו ונפטר דלא סתום א' מהדעות שבסי' ע"ה וי"ל דס"ל כמ"ש הרב המגיד על דין זה וז"ל אם היתה שבועה שאינו ברשותו מחמת טענת ברי אם היה טוען על הגלגול איני יודע חייב לשלם אבל כיון שאינו אלא מחמת ספק כלומר שהלה משביעו על שאינו ברשותו מכח ספק שמא הוא

ברשותו ועיניו נתן בה לכך נשבע שבועה זו גם על הגלגול שא"י ויפטר וא"כ ה"ל מה שכתבנו כאן כדעת הסברא האחרונ' שבסי' ע"ה עכ"ל ור"ל דהסברא הראשונה שבסי' ע"ה ס"ל דאין מגלגלים איני יודע כלל דבעינן דוקא דומיא דסוטה דהיא טוענת ודאי וכמ"ש לקמן סי' צ"ד סעיף ב' וא"כ אמאי ישבע כאן ע"י גלגול דהא טענת ספק של הנתבע אין מגלגלין וא"כ ודאי לא אתי כסברא הראשונה רק כסברא האחרונה דגם באיני יודע מגלגלין ולכך מגלגלין הכא אלא דלא הוי כאן משואיל"מ מתרי טעמי חדא כיון שהוא מדרבנן ועוד כיון שהעיקר התביעה היא שמא וכן מוכרח לומר בה' המגיד גופיה דקושטא דמילתא נקם דאפי' היה כאן שבועה שאינו ברשותו ש"ד לא הוי אמרי' משואיל"מ וכן דעת המחבר לקמן ס"ס שד"ם דאפי' בשבוע' דאורייתא לא אמרי' בגלגול דאינו יודע משואיל"מ כשעיקר התביעה היא שמא וכמ"ש שם אבל ודאי אין כונת הע"ש להקשות אמאי לא אמרי' כאן משואיל"מ אלא עיקר כוונתו אמאי אמרינן כאן דמגלגלין הא באיני יודע אין מגלגלין כלל כיון דלא הוי דומיא דסוטה והלכך ישבע שאינו יודע ולא יכלול בשבועה האינו ברשותו ונ"מ דלא בעי נקיטת חפץ כדלקמן סי' פ"ז ועל זה לא תירץ הסמ"ע כלום וקושיית העיר שושן קושיא אלימתא היא וצריכה עיון רבה ובודאי בדעת הרמב"ם ישר לתרץ כמ"ש הע"ש וכמ"ש ה' המגיד וכן צ"ל לדעת המחבר לק' ס"ס שד"מ דאפי' בש"ד מגלגלין באיני יודע ע"ש ואע"ג דבסי' צ"ד ס"ב וס"ט כתב דאין מגלגלין באיני יודע בלאו הכי דבריו שם סותרים לדבריו שבסי' שד"מ וכמ"ש אבל בטור אין לתרץ כן דהא הרא"ש ס"ל בפ' השואל ובס"פ כל הנשבעים דבאיני יודע אין מגלגלין כלל ועוד דהא הטור כ' בסי' ע"ה שהרא"ש הסכים להסברא הראשונה וכן בסי' צ"ד כ' הטור דטענת ספק של הנתבע אין מגלגלין כלל והוא מדברי הרא"ש שם והיינו מטעמא דאין מגלגלין רק טענת ברי של הנתבע דומיא דסוטה וצ"ל דשאני הכא כיון ששבועה שאינו ברשותו היא מדרבנן מגלגלין עליו שאינו יודע ולא קאמרי הרא"ש והטור התם דאין נשבעי' גלגול באינו יודע אלא משום דע"י גלגול יתחייב ש"ד ואין נשבעין שבועת התורה באינו יודע ולכך לא אמרי' ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משא"כ הכא דישבע מדרבנן שאינו יודע בנק"ח ודוחק ודו"ק:

סעיף מח

שא"י שהי' שוה יותר כו' איכא למידק דהא כיון דהמלוה דין נפקד יש לו נימא דישבע הלוה ויטול דעשו תקנת נגזל בפקדון כדלק' סי' צ' סע"י ור"ס רצ"ח דאפ" השומר אינו מוד' במקצת אמרינן בסי' צ' דעשו תקנת נגזל בפקדון ודוחק לומר דשאני התם כיון שהדבר המופקד הוא בשק דאדרבא איפכא מסתברא כמו שאכתוב בסמוך ונרא' דדוקא

במפקיד עשו תקנת נגזל כדי שיהי' הנפקד נזהר בשמירתו אבל הכא כיון שהלוה עליו לא עשו תקנת נגזל דבלא"ה יהא נזהר בשמירתו בשביל הלואתו ולפ"ז אפילו הי' הדבר שהלוה עליו בשק נמי דינא הכי ודו"ק:

סעיף מט

יודע אני שהי' שוה יותר מדמי החוב כו'. לשון הרא"ש פ' שבועת הדיינים דכיון שאומר יודע אני שהי' שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה שוה יותר דפחות מש"פ אינו נחשב כו' וכו כתב הרמב"ן והר"ן והריב"ש והבאתים בס"ק שאח"ז מזה משמע כסברא האחרונ' דלקמן סי' פ"ה [ע"ה] סעיף י"ט ועמ"ש שם:

סעיף נ

ה"ל מחוייב שבוע' ואיל"מ כן הוא בטור ורמב"ם ושאר פוסקים וכ' ה' המגיד פי"ג מה' מלו' שזו סברת הרב ן' מגש פרק שבועת הדיינים וכן כתב עוד הרמב"ם פרק ה' מה' שאלה גבי הפקיד אצלו פירות שאינם מדודים כו' ושכך הורו רבותיו הר"ב ר"י הלוי מגש ורבו ז"ל וכן כ' הטור והמחבר לקמן סי' רצ"ב סעיף י"ד וכן כתב עוד הט"ו לקמן סי' רצ"ח ס"א ולקמן סי' שפ"ח סוף סעיף א' ושאר דוכתי ובס"ק שאח"ז כתבתי מה שהשיג הראב"ד דלא ה"ל משאויל"מ מטעם דלא ה"ל לידע ושיש פוסקים מסכימים עמו ושהעיקר כהרמב"ם וסייעתו: ועוד השיג הראב"ד פ"ה מה' שאלה דהא בעינן שיודה לו בדבר שבמנין (וכדלקמן סי' פ"ח סעיף כ"ג כ"ד) . וגם בסמ"ג עשין פ"ח דף קע"א ע"א אחר שכ' כדברי הרמב"ם דפ"ה מה' שאלה שהעתיק המחבר לקמן סי' רצ"ח ס"א כ' וז"ל אמנם בדין זה אני אומר שאין כאן אלא שבועה דרבנן מאחר שאינו מודה בדבר שבמנין כך וכך דינרים היו בו והשאר איני יודע ובשבוע' דרבנן לא אמרינן משואיל"מ עכ"ל והיינו כהשגת הראב"ד פ"ה מה' שאל' וכן כ' בשלטי גבורים סוף פ' הכונס ופ' חזקת הבתים דף קע"ז שהיא טענ' גדולה על הרמב"ם ושאינו יודע לתרצה (ונראה דאישתמיטתי' דברי הרא"ש והר"ן פרק שבועת הדיינים וכמו שכתבתי לקמן שהרי לא זכרם שם כלל) גם בספר גי' תרומה שער ל"ח חלק ג' דף קס"ט הקשה קושיא זו על הרמב"ם וכתב נתקשיתי והאריך בה הרבה והניח' בקושי' ותמהני עליו איך לא שם אל לבו שכבר התעוררו הראב"ד והסמ"ג והרב המגיד והרא"ש בזה וכמו שכתבתי לקמן: ולפי שענין זה נוגע בכמה מקומות צריך לירד לעומקו ולברר דל"ק מידי לפע"ד על הרמב"ם ז"ל והנה ראיתי בהרא"ש פ' שבועת הדיינים שכתב וז"ל המלוה את חבירו על המשכון כו' עד שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון כתב ה"ר יוסף הלוי ז"ל והיכא דאמר מלוה אנא לא ידענא כמה הי' שוה אבל ידענא שהי' שוה יותר ממה שהי' לי עליו

ואיני יודע כמה ה"ל מחויב שבוע' ואי' ל משלם ויש מקשין על דבריו דכיון דלא ידע כמה הי' שוה לא מיחייב שבועה דהא לא מוד' בדבר שבמדה ומשקל ומנין והוה כההיא דתנן אלא מה שהנחת אתה נוטל ועוד שהרי אינו כופר בשתי כסף שהוא אומר שאינו יודע כמה הי' שוה ומיהו כל הגדולי' הסכימו לדברי הר"ר יוסף ז"ל שהרמב"ם כתב בה' שאלה פ"ה המפקיד פירות אצל חבירו שאינן מדודין וערבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבוע' שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא מחויב שבוע' שאין יכול לישבע וכזה הורו רבותי ה"ר יוסף ז"ל ורבו והרמב"ן תירץ ודבריו אין מובנים ונראה דלא ק' דכיון שאומר יודע אני שהי' שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה יותר שפחות משוה פרוט' אינו נחשב שויו בחפץ אחד ואם לא יגיע שוה פרוט' אינו מונה אותם הלכך זה שאומר שהי' שוה יותר מסלע ע"כ בפרוט' הודה הרי יש כאן הודאת ממון וכיון שהוד' בסתם אין בכלל הודאה זו אלא פחות שבממון ואין יכולין להוציא ממנו אלא בפרוט' והוה כאלו הזכיר בפירוש שוה פרוט' יותר הלכך על כל השאר אמר איני יודע ואלו כפר על השאר יש כאן כפירות שתי כסף וכיון שאמר איני יודע הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ולא דמי לבית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהתם אין הנתבע משיב שמא אלא כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא הפקדת אצלי מזה לא נתתי לבי לידע אם הי' ממש מלא וגם הטענ' אינה כל כך בריאה שכן מורגל בלשון מלא שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות אבל זה אני יודע בודאי שכמו שהנחתו אתה נוטלו הלכך אין כאן הודא' כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמד' ומשקל ומנין שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסרו אבל האומר כך וכך פירות הפקדתי אצלך והלה אומר פירות הפקדת אצלי ואיני יודע כמה היו אם לפי טענת המפקיד היו שוין שתי כסף והנפקד אומר יודע אני שהיו שוין פרוט' ואיני יודע כמה היו שוין יותר יש כאן חיוב שבועה אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה בשוה פרוט' אין בהודאתו משמעות של שוה פרוט' שאף בפחות משוה פרוט' קרוין פירות עכ"ל: ואני אומר במחיל' מכבוד הרא"ש אדרב' דבריו אינם מובנים ודברי הרמב"ן מובנים היטב שנראה מדברי הרא"ש שמתרץ על מה שהקשה מהא דתנן מה שהנחת אתה נוטל דדוקא במלוה על המשכון ודאי הודה בפרוט' אבל בהך דתנן מה שהנחת אתה נוטל אינו מודה אף בפרוט' לפי שאף בפחות מש"פ קרוין פירות ועל שהקשו דהא אינו כופר בשתי כסף מתרץ כיון דעל השאר יש כאן כפירות שתי כסף ולא דמי לבית מלא כו' דהתם אין הנתבע משיב שמא

כו' ודברים אלו לא אוכל להולמן. מהו זה שאמר אין הנתבע משיב שמא כו' וגם מהו זה שאמר וגם אין הטענ' בריא' כו' הא קי"ל כרבא דאפי' אמר ברי בית זה מלא מסרתי לך או עד הזיז מסרתי לך והוא אומר מה שהנחת אתה נוטל פטור כיון שאינו מורה לו בדבר שבמדה ומנין וגם פשטא דמתני' מי לא עסקינן נמי בפירות חשובים אתרוגים וכיוצא בהן שאפי' פירא אחת שוה פרוטה דכשמשיבו היו בו פירות ואיני יודע כמה הם ודאי הוד' בשוה פרוטה ועוד דהא קתני' במתני' נמי כיס מלא מעות מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור ואפשר דמפרש איני יודע אם היה שם מעות או סיגים אבל פשטא דמתני' לא משמע הכי והכי משמע נמי להדיא בהרמב"ם ריש פ"ד מה' טוען והסמ"ג והט"ו לקמן סי' פ"ח סעיף כ"ג דאה שמודה לו שהי' בו בודאי מעות כגון דינרים או פרוטות פטור כיון שלא הודה לו בדבר שבמנין. והכי מוכח נמי בתוספתא סוף פ"ה דשבועות דקתני התם עשר מנורות של ק' ליטרין בידך איני יודע הרי הן לפניך עשר כסות לי בידך איני יודע הרי הן לפניך עשר כורין של חטין לי בידך איני יודע הרי הן לפניך פטור מפני שלא הודה במדה בית מלא פירות לי בידך וכיס מלא מעות לי בידך אין לך בידי אלא חציין ושלישן חייב מפני שבית מדה וחציו ושלישו מדה כיס מדה וחציו ושלישו מדה ע"כ והא מנורות וכסות אפי' אחד מהן ודאי שוה פרוטה ואפ"ה משמע דאע"פ שמודה לו עכ"פ במנורה או כסות אחד פטור כיון שאינו מודה במדה והכי משמע נמי פשטא דסוגיא דשמעתא בפ' הדיינים. ועוד קשה לי לדעת הרא"ש דמחלק דבאומר פירות סתם אין בהודאתו משמעות של שוה פרוטה שאף בפחות מש"פ קרויין פירות והרי הרמב"ם פ"ה מה' שאלה שהביא כתב המפקיד פירות כו' והשומר אומר איני יודע כו' ובאמת משמע מדברי הרא"ש דמתרץ דהרמב"ם אייריי שאומר בהדא יודע אני שהיו שוין פרוטה ואיני יודע כמה היו שוין יותר אבל לא נהירא כלל לפרש כן דבריו שהרי כתב והשומר אומר איני יודע משמע שאינו אומר רק איני יודע כמה היו ותו לא מידי ועוד אם היה חילוק בזה בין כשאומר סתם איני יודע ובין כשאומר יודע אני שהי' שוה פרוטה כו' ה"ל להרמב"ם לכתוב והשומר אומר יודע אני שהן שוין פרוטה ואיני יודע אם היו שוין יותר: ומה שכתב הרא"ש והרמב"ן תירץ ודבריו אינם מובנים. לפי עניות דעתי דברי הרמב"ן מובנים היטב והם ברורים ועיקר וכמו שאבאר. וז"ל הר"ן פרק הדיינין ומ"מ יש לדקדק בדינו של ה"ר יוסף הלוי שורר שאבד מה שהופקד בידו ואמר איני יודע כמה היה שוה למה אנו דנין אותו כמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם הרי אינו מודה בדבר שבמדה ומשקל והוי ליה כאומר איני יודע אלא כל מה שהנחת אתה נוטל פטור ועוד שאינו כופר בשתי כסף שהרי הוא

אומר שאינו יודע כמה היה שוה ותירץ הרמב"ן וז"ל דלא דמי דכי אמר איני יודע כמה היה שוה אלא מה שהנחת אתה נוטל כיון שהודה לו בכל מה שבבית והוא דבר שאפשר לעמוד בו לא דבר שבמנין הוא (ואינו מין הטענה כן הגיה מהר"ם מטיקטין ולא כיוון יפה וכמ"ש לקמן) ופטור אבל שומר שאמר איני יודע כמה היה שוה אין בהודאתו אלא פחות שבממון דהיינו שוה פרוטה ועל השאר הרי הוא כופר גמור (והוי ממין הטענה כן הגיה מהר"ם מטיקטין וכתב בגליון הר"ן כך הגהתי לפי ישוב הדברים והאשר"י כתב ז"ל והרמב"ן תירץ ודבריו אינם מובנים ע"כ ותירץ הוא ז"ל שם בענין אחר עכ"ל. ואין הגהתו נכונה דמה ענין מין הטענה לכאן ונראה שגם הוא לא ירד לסוף דעת הרמב"ן והדבר ברור דדעת הרמב"ן כמ"ש לקמן) כיון שא"א לחייבו מתוך טענתו שהרי הוא דבר שאי אפשר לעמוד עליו וה"ל כאומר חמשין ידענא וחמשים לא ידענא דדיינין לי' כמחויב שבועה ואיל"מ ה"נ הרי הוא כאומר פרוטה ידענא שהוא שוה ואידך לא ידענא ומ"מ דוקא באומר יודע אני שהיה שוה ממון אבל איני יודע כמה חבל באומר איני יודע אם היה שוה כלום פטור דאין כאן הודאה כלל ע"ש: וגם בספר גידולי תרומה שער ל"ח ח"ג דף קס"ט נראה דאישתמיטתיה דברי הרא"ש הנ"ל ודברי הראב"ד וסמ"ג שהבאתי לעיל וכתב נתקשיתי בדין שכ' הרמב"ם פ"ב מה' שאלה כו' והאריך הרבה בקושיא זו והניח' בקושיא וכתב בסוף דבריו אחרי כתבי כל זה מצאתי להר"ן ז"ל בהדיינים כתב וז"ל ומ"מ יש לדקדק בדינו של ה"ר יוסף הלוי כו' ותירץ הרמב"ן ז"ל כו' עד הכא נמי הרי הוא כאומר פרוטה ידענא שהוא שוה ואידך לא ידענא ע"כ ובעניותי לא זכיתי לירד לעומקן של דברי הרמב"ן ז"ל דבאומר מה שהנחת אתה נוטל מי לא עסקינן כשהלוה אומר בית זה מלא מסרתי לך והרי כמשיב איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל הוא מודה בפירוש בכל מה שנמצא שם בבית דודאי הוא חייב בו שבפחות ממה שיש שם אינו יכול להפטר ועל השאר משם עד כדי מילואו שתובע לו המפקיד הוא טוען שאינו יודע אם היה שם יותר או לא והרי זה ממש כאינו יודע כמה הי' שוה דכשהמפקיד אומר מנה היה שוה והלה משיב איני יודע אמרי' שאין בהודאתו אלא פחות שבממון דהיינו פרוטה אע"פ שהוא אינו מפרשו הכי נמי מה שהנחת אתה נוטל אין בהודאתו אלא הפחות שאפשר דהיינו מה שנמצא בבית אע"פ שהוא אינו מפרש ועל השאר הרי הוא כופר גמור כי היכי דבאומר איני יודע כמה שוה נמי אמרי' דמפרוטה עד מנה שתובע המפקיד הרי הוא ככופר גמור כיון שא"א לחייבו מתוך טענתו ומה שאנו רוחים ויודעים כמה יש בבית מה יתן ומה יוסיף והילך ליכא הכא עכ"ל ומה אעשה שגם הוא לא זכה להבין דברי הרמב"ן ולפע"ד דברי הרמב"ן מובנים היטב והם ברורים דכי אמר איני יודע אלא

מה שהנחת אתה נוטל נהי דבכלל הודאתו הוא עכ"פ שוה פרוטה מ"מ כאן שהודה בכל מה שמונח שם בבית לאו דבר שבמנין הוא דהא יכול להיות שיש בבית יותר מ"ה וא"כ אינו מודה שוה פרוטה דוקא שהרי הוא אומר כל מה שהנחת אתה נוטל וא"כ אם והיה שם יותר מש"פ או כמה פרוטות יטול גם כן ואם כן אין קצבה להודאתו והרי כאומר איני יודע אם יש שם ש"פ או כמה פרוטות ואפי' לא נמצא שם בבית רק שוה פרוטה ולא יותר מ"מ כיון שהוא תלה הודאתו במה שיש בעין לפנינו בבית לא נתן קצבה להודאתו שהרי בשעת הודאתו אין קצבה לבית דין כמה יחייבו וכשאנו רואים אח"כ דבר קצוב ממילא היא קצוב שהוא בעין אבל הודאתו לא הי' בדבר שבמנין אבל שומר שאמר איני יודע כמה היה שוה הרי כאלו הודה מיד בש"פ דוקא ולא יותר שאין לך בהודאתו אלא פחות שבממון דהיינו ש"פ ולא יותר כלל ועל השאר הרי הוא כופר גמור שהרי כיון שאבד אותו דבר ואינו בעין ואי אפשר לומר אם יהיה שם יותר יטול ג"כ שהרי נאבד אותו דבר א"כ הרי כאלו הודה רק בש"פ דוקא ולא יותר שהרי אינו מתחייב אלא מתוך הודאתו כיון שנאבד ואי אפשר לחייבו מתוך טענתו אלא בפרוטה דוקא ולא יותר ואם כן בשעת הודאתו יודעים הב"ד דבר קצוב לחייבו פרוטה שהרי הב"ד יאמרו לו פרוטה תשלם ואם כן יש קצבה בהודאתו והוי דבר שבמנין משא"כ במתני' שאין הב"ד יכולים לקצוב חיובו רק אומרים לו צא וטול את שלך מה שמונח שם. כך הם ביאור דברי הרמב"ן ולא הוצרכתי להאריך רק מפני שהרא"ש כ' שאין דבריו מובנים וגם שאר אחרונים לא הבינו דבריו וכמו שהבאתי דבריהם לעיל ולפע"ד דבריו מובנים היטב ודבריו מוכרחים וברורים דוק ותשכח שכן הוא: ונראה שלזה כוון הרב המגיד פ"ה מה' שאלה שכתב וז"ל אלא שהראב"ד ז"ל נשען על טענה האחרת שאינו כופר לו בדבר שבמנין וכבר דחה הרמב"ן ז"ל טענה זו בטעם נכון בחדושיו שם בשבועות עכ"ל ובשלטי גבורים ס"פ הכונס ופ' חזקת הבתים דף קע"ז כתב על השגה זו כתב הרב המגיד שהרמב"ן תירצה בחדושיו שם בשבועות היטב ואני לא ידעתי עכ"ל ונראה דאישתמיטתיה דברי הרמב"ן שהביא הר"ן פ' שבועות הדיינים שהבאתי לעיל: וכן ראיתי בריב"ש סי' שפ"א שהביא דברי הר"י הלוי בשומר שאמר איני יודע כמה הי' שוה הו"ל משואיל"מ וכתב שה וז"ל ועוד שאף אם באנו לומר כן שכיון שלא נודע שנאבד המשכון על גוף המשכון הם דנין ולא יתחייב סך ההלואה אם כן מטעם אחר אין כאן חיוב שבועה שהרי כשהמלוה אומר איני יודע ה"ל כאומר מה שהנחת אתה נוטל ולא חשבי' ליה מודה בדבר שבמדה ומשקל ומנין דבשלמא כשטענתם על הדמים אנו חושבים כשאומר א"י כמה הי' שוה כאלו הודה בפחות שבממון שהרי א"א לעמוד עליו יותר מכן אבל באומר איני יודע אלא מה הנחת

אתה נוטל שבמשנה פ' שבועת הדיינים גבי בית מלא מסרתי לך הרי הודה בכל מה שבבית והוא דבר שאפשר לעמוד עליו ואם כן הרי הודה בדבר שאינו קצוב ונודע לבית דין ולאו דבר שבמנין הוא ופטור ע"כ ונראה שדבריו לקוטים מדברי הרמב"ן שהרי כתב שם ואפי' בדין שומר הוסיף הרמב"ן ז"ל דדוקא כשיאמר שוה ממון הי' וא"י כמה אבל אם אמר סתם איני יודע דלמא אפי' פרוטה אינו מודה כו' והם ממש דברי הרמב"ן שבר"ן דלעיל. וא"כ עמדו דברי הר"י הלוי והרמב"ם וסייעתו ונתבטלו השגת הראב"ד והסמ"ג ושאר אחרונים הנ"ל עליו. ונראה שגם הסמ"ג עצמו חזר בו שהרי הוא עצמו כתב בעשין ע' דף קמ"ח ריש ע"ב כדברי הרמב"ם שהעתיק המחבר לקמן סי' שפ"ח סס"א וכן בעשין צ"ד דף קע"ו ע"ד כ' בדברי הרמב"ם והטור והמחבר כאן וא"כ בע"כ דברי הסמ"ג דף קע"א סותרים למ"ש הוא עצמו בשני מקומות כדברי הרמב"ם וכן הסכמת הפוסקים בהרבה מקומות והכי נקטינן (עיין בתשובת מהרשד"ם סימן ס"ט):

סעיף נא

מחויב שבועה ואיל"מ כו'. והראב"ד השיג על זה ומביאו ב"י וז"ל בהשגות על שטתו הוא הולך ואין אנו נסכמין עמו לפי שלא בא איני יודע של זה על ברי של זה שאינו אומר אתה יודע שתים הי' שוה אבל אומר כך הדין כדבריו עכ"ל ר"ל דהרמב"ם לטעמיה אזיל דס"ל בפקדון כשאומר השומר א"י ה"ל משואיל"מ כדלקמן סי' צ' סעיף י' וסי' רצ"ב סי"ד ור"ס קצ"ח אבל הראב"ד השיג שם עליו בכל המקומות ההם וס"ל דלא אמרי' משואיל"מ אלא כמו גבי נ' ידענא ונ' לא ידענא דנראה טענתו דנ' לא ידענא ברמאות דה"ל למידע אבל בפקדון לא ה"ל למידע והלכך הכא נמי במשכון יכול להיות שהמלוה אינו יודע ואין טענתו רמאות דלא הוי ליה לידע אבל אם אומר כך כלו' שהלוה אומר אתה יודע שהוא שוה שתים הדין כדברי הרמב"ם דהוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כך הם הצעת דברי הראב"ד (וכן הוא דעת בעל העיטור בדיני פקדון דמ"ז ע"ד ע"ש שביאר כן להדיא) ולפי זה קשה על הרא"ש והטור דלקמן סי' רצ"ח פסקו כהראב"ד וכאן סתם הטור כהרמב"ם וכן הרא"ש בפ' שבועת הדיינים פסק במשכון כהרמב"ם וכן יש להקשות דברי הרשב"א אהדדי דבפ"ה מה' שאלה ופקדון כתב הרב המגיד בשמו דהיכא דלא ה"ל לידע לא אמרינן משואיל"מ ומביאו ב"י לקמן סי' רצ"ב סי"ו וכן בתשובה סי' תקע"א גבי מסור כתב דהיכא דלא ה"ל לידע לא אמרי' משואיל"מ ומביאו ב"י לקמן סי' שפ"ח ס"ו והד"מ וסמ"ע שם ס"ק כ"ב וכאן בסי' זה מחודש י"ד הביא ב"י תשו' הרשב"א במי שהלוה על טבעת של אבן טוב ונאבד והמלוה אינו יודע כמה הי' שוה ה"ל משואיל"מ כל מה שהלה טוענו עכ"ל ודוחק לו' דה"ל לידע כמה שוה

האבן טוב וגם על הר"ב והסמ"ע קשה שהר"ב פסק לקמן סי' שפ"ח סס"א כהראב"ד וכן הסמ"ע ר"ס רצ"ח כתב דקי"ל כהראב"ד דרוב הפוסקים מסכימים עמו וא"כ היאך סתמו בסי' זה כאן וכן לקמן סעיף ט"ז וכן בכמה פעמים בסי' זה כדברי הרמב"ם והמחבר ודוחק לומר דכאן מיירי שהלוה אומר אתה יודע שהוא שוה שתים. ולכאורה נראה דדוקא התם בפקדון ס"ל כהראב"ד דלא ה"ל לידע אבל מלוה על המשכון ה"ל לידע דסתם מלוה מדקדק כמה שוה בשביל הלואתו וכה"ג מחלק בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קל"ג וכ' דהשואל מחבירו טבעת שיש בו אבן טוב ואבדה לא אמרי' דהוי משואיל"מ דלא ה"ל לידע כמה שוה האבן טוב ומ"ש הב"י סי' ע"ב בשם תשוב' רשב"א היינו במלוה שהלוה עליה והי' לו לידע כמה היתה שוה ע"כ ויותר נראה לחלק דוקא התם ס"ל כהראב"ד מטעם שכ' הרא"ש ומביאו הטור בסי' רצ"ח דמעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק לידע מה שיש בשקים ומרצופים משא"כ הכא שהדבר ממושכן אינו בשק וה"ל לידע. ובע"כ מוכרח לחלק כן דהא הרא"ש פ' שבועת הדיינים פסק כהרמב"ם גבי שומר שפשע ואינו יודע כמה הי' דה"ל משואיל"מ מיהו יש לומר דשאני התם דמיירי שהשומר ערבן עם פירותיו ולכך ה"ל לידע כיון שערבן וכן מחלק בסמ"ע לקמן סי' רצ"ב ס"ק ל"ו וכן מחלק הרב המגיד פ"ה מה' שאלה ומביאו ב"י שם בסי' רצ"ב סי"ו: ולענין הלכה נ"ל עיקר כהרמב"ם וסייעתו ודלא כהראב"ד וכמו שאבאר (ובפ"ה מה' שאלה ופקדון כתב הרמב"ם שכן הורה ג"כ רבו ה"ר יוסף הלוי ורבותיו וכ"כ הר"ן פ' שבוע' הדיינים בשם הר"י הלוי והרי"ף ושהראב"ד השיג עליהם ושהרמב"ן יישב דבריהם ע"ש) כי נראה שעיקר טעמו של הראב"ד והרשב"א שסובריה דהיכא דלא ה"ל לידע לא אמרינן משואיל"מ הוא שהוציאו כן מהירו' שהביא הרי"ף ס"פ הכונס גבי חד בר נש אפקיד גבי חבריה חד צרור אירעו אונס כו' וכדאי' להדיא בהשגות הראב"ד ספ"ז מה' שאלה ובהרב המגיד פ"ה מה' שאלה בשם הראב"ד והרשב"א לפרש כן הירושלמי הנ"ל משום דהוי קשיא להו אמאי לא הוי התם בירושלמי משואיל"מ ע"ש ולפע"ד אין ראיה כלל מהירוש' הנ"ל חדא שעיקר הדברים דהירוש' מיירי לענין טמון באש וכמ"ש הר"ן ס"פ שבועת הדיינים והנ"י ס"פ הכונס בשם הרא"ה בשם הרמב"ן וב"כ הריב"ש ס"ס שפ"א וכ"כ הרא"ש ס"פ הכונס ואם כן אינו ענין לכאן כלל וכן למ"ש הרא"ש ס"פ הכונס שהגאונים פירשו הירושלמי לענין פקדון ועשו תקנת נגזל בפקדון ג"כ אין ראיה מהירושלמי. ומ"ש הראב"ד בהשגות שהרי הודה לו בשק לק"מ דדלמא השק לא היה שוה פרוטה או לא רצה לתבעו בשק ומחל לו על השק וגם מהראב"ד גופיה משמע דמכח שהיה קשה למה יהא נשבע ונוטל הי' מוכרח לפרש דבשק הוי מודה מקצת אלא דלפי דלא ה"ל לידע לא

הוי משואיל"מ אבל לפי מ"ש דהירוש' מיירי לענין טמון באש או לענין דעשו תקנת נגזל בפקדון כמו באש אם כן שפיר י"ל דהשק לא חשיב הודאה ודוק כי כל זה נ"ל ברור: ונראה שאף עפ"י שהר"ן בפ' שבועת הדיינים לא הזכיר מהך דלא ה"ל לידע כלל ואם כן אין הכרח בדבריו אם סובר הרמב"ן בזה כהרמב"ם ורבותיו מ"מ כיון שכתב שהרמב"ן יישב דברי הרמב"ם ורבותיו משמע דלגמרי ס"ל כהוראת רמב"ם ורבותיו. וגם ה"ה פי"ג מה' מלוה אחר שהביא דברי הראב"ד בהשגות שהבאתי לעיל בתחלת ס"ק זה דכתב דהיכא דלא ה"ל לידע לא הוי משואיל"מ כ' ודעת הרמב"ן נוטה לדעת רבינו ומביאו ב"י בס"ס ו'. וכן מצאתי בבעל התרומות שער ל"ט ח"ב שהביא תשוב' הרמב"ן שכ' וז"ל ואל תטעה במה שאמרו מקצת המחברים דלא אתמר הכי אלא במנה לי בידך דה"ל למידע דהא טעותא הוא והכי מוכח בפ' הבית והעלוה דאפילו היכא דלא ה"ל למידע חייב ושייך ביה נמי משואי"ל משלם וכן בפ' השואל ובמקומות אחרים עכ"ל ואע"פ שהתוס' ר"פ שור שנגח את הפרה ופרק השואל כתבו דהך דהבית והעלי' נמי ה"ל לידע משום שרגילות הוא להכיר אבניו מ"מ פשטא דמלתא משמע כהרמב"ן וכן ראיתי בנ"י פרק הבית והעלי' שם שכ' וז"ל כתב הרנב"ר ז"ל דמהא שמעינן דאפילו בשמא דלא ריע כי האי דלא ה"ל למידע אמרינן משואיל"מ משלם ע"כ: ואמת שראיתי בתוספות ריש פרק הפרה שסוברים כהראב"ד ואחריהם נמשכו המרדכי והגהת אשר"י ונמוקי יוסף שם ושאר אחרונים אבל לא מצאתי בדבריהם שום הוכחה לסתור דברי הרמב"ם וסייעתו רק שכתבו התוספות שם בר"פ הפרה והרא"ש ס"פ הכונס הוכחה וז"ל דהא טעמא דמשואיל"מ מפרש בפרק כל הנשבעין משום דכתיב שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ומפרש התם כגון שא"ל היורש נ' ידענא ונ' לא ידענ' דבאבוה כה"ג מחייב וע"כ צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשים פטור דבלא טעמא אין לומר הכי כדאמרינן התם אי דאמר נ' אית לי' ונ' לית לי' מה לי הוא מה לי אבוה אלא היינו טעמא דבאב חייב לא ידענא דה"ל לידע אם חייב לו מנה אם לא אבל יורשיו לא ה"ל לידע במילי דאבוהון מה"ט אית לן נמי למפטר בשמעתין שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילד' או קודם עכ"ל וע"פ זה כתב הרא"ש ג"כ בס"פ הכונס דאין אדם מדקדק מה שמפקידים אצלו בשקין ומרצופין ולא ה"ל משואיל"מ: ולפענד"נ דלעולם בדידי' אין חילוק והא דיורשים פטורים היינו משום דלאו בעל דברים דידהו הוא אלא דאבוהון ודלמא אי הוי אבוהן קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין ידענא בבירור דלית לך גבי והו' משתבע ומפטר ולא הי' מחוייב לשלם. ואדרב' כי דייקינן שפיר בש"ס כל הנשבעים משמע כהרמב"ם וסייעתו דהכי איתא התם אמר רבא כוותי' דרבי אבא מסתברא דתני ר' אמי שבועת ה'

תהי' בין שניהם ולא בין היורשים היכי דמי אי דאמר ליה נ' אית לי' ונ' ליתּ לי' מה לי הוא מה לי אבוה אלא לאו דא"ל נ' ידענא ונ' לא ידענא אי אמרת בשלמא אביו כי האי גונא מחייב איצטריך קרא למפטרי' גבי יורשים אלא אי אמרת אביו כה"ג נמי פטור קרא גבי יורשי' למה לי כו' ואי אמרת דבאבוהון היכא דלא ה"ל לידע נמי פטור הדרא קושיא לדוכתא קרא גבי יורשים למה לי ולדעת התוס' צ"ל דקרא גלי ביורשי' ודכוותייהו דלאו אורחיה למידע ופשטא דש"ס לא משמע הכי ועוד דלדעת התוס' וסייעתם א"כ פעמים הוי משואיל"מ ופעמים לא ונצטרך לחקוד אימתי הו"ל לידע ואימתי לא ה"ל לידע וזה דוחק דכי נתנה התור' דברי' לשיעורין וגם לא מצינו בש"ס בשום מקום לחלק בכך אלא נראה כהרמב"ם וסייעתו: וגם הך דשור שנגח את הפר' הגם שכבר כתבו התוס' שם תרי שינוי אחריני ויש לתרץ כן לדעת הרמב"ם וסייעתו מ"מ נלפע"ד דמעיקרא ל"ק מידי דפשיטא דלא אמרינן משואיל"מ אלא כשהתובע מבקש ממנו שבוע' והנתבע א"י לישבע בבירור לכך משלם אבל כשהתובע עצמו יודע האמת כמו הנתבע לא שייכא שבוע' כלל והגע עצמך אלו תבעו לקחת ממנו כיס צרור וחתום והשלכתו בפני לים ולא ידעת מה הי' בתוכו ואני יודע שהי' בתוכו דינר היתחייב בזה שבועת היסת כלל שאינו יודע או אם יאמר לו בפניך הנחתי בו דינר וקודם לכן שלא בפניך הנחתי בו עוד דינר ואתה לא ידעת והוא אומר אמת כדבריך כן הוא שבפני הנחת בו דינר ומדינר האחר שהנחת בו קודם לכן שלא בפני איני יודע הנאמר בזה שיהי' משואיל"מ בשביל שאינו יודע הרי אינו חייב כלל שבוע' שאינו יודע שהרי התובע מודה לו שאינו יודע והלא אנו נאמר להתובע מה אתה רוצ' ממנו הלא אין אתה מכחיש אותו ואם אתה רוצ' שישבע לך שאינו יודע הלא ישבע לבטל' שאתה בעצמך מודה לו שאינו יודע ולא שייכא שבוע' היכא דליכא הכחש' ודוקא כשהתובע תובעו בסתם ואינו מודה שהנתבע אינו יודע אז אע"פ שיכול להיות שהנתבע אינו יודע ואפי' מסתבר טפי לומר שאינו יודע מ"מ כיון שיוכל להיות שיודע צריך הנתבע לישבע שאינו יודע שיש כאן הכחש' שהתובע אומר אף שיכול להיות שאינך יודע אני סובר שאתה יודע כמו אני אבל כשהתובע יודע שאינו יודע מה שבוע' שייכא כלל וא"כ בהך דשור שנגח את הפר' הרי הניזק עצמו יודע שהבעל השור אינו יודע אם הפיל' קודם לכן או לא ולא שייכא כאן שבוע' כלל לכ"ע וכ"כ הרמב"ם גופי' פ"ט מה' נזקי ממון והמחבר לקמן סימן ת' וע"ש: ובהכי ניחא נמי לפע"ד מ"ש בתשו' מיי' לספר קנין סי' י"ח ובתשו' מהר"מ ד"פ סי' רצ"ט להכריע דיש חילוק בין הי' לו לידע או לא מהך דפ' כל הנשבעין ומהך דר"פ שור שנגח את הפר' דלעיל וכתב אח"כ וז"ל ונראין הדברים דאל"כ עד א' יכול לחייב את חבירו כמה וכמה

שיאמר בהמותיך הזיקו כמה וכמה ענינ' שאין אדם יכול ליזהר ולידע עכ"ל וכתב בסוף דבריו ויש לדחות הך דר"פ הפר' דלית לי' דר' אבא בפ' כל הנשבעין עכ"ל ואהא דפ' כל הנשבעין ואהך דנראין הדברים כו' לא כתב שום דחייה אבל לפי מ"ש לעיל אין מפ' כל הנשבעין ראיי' וגם הך דנראין הדברים כו' אינו ראיי' דלעולם אין ע"א יכול לחייב את חבירו כמה כו' שהרי כשהזיקו בהמותיו שלא בפניו לא יתחייב שבוע' כלל שהרי העד לא יכחישו כלל שהרי העד מוד' שאינו יודע. כן נ"ל ברור בדינים הללו ודו"ק: העולה מזה בנ' ידענא ובנ' לא ידענא או בטוען איני יודע וע"א מכחישו בכל ענין הוי משואיל"מ היכא שהתובע אינו יודע אם הנתבע יודע או לא אע"פ שמסתבר יותר לומר שהנתבע אינו יודע לפיכך המפקיד כיס של זהובים אצל חבירו ופשע בו ונאבד ומודה שהי' בו זהובים ואינו יודע כמה הי' בו או מלוה על המשכון שאבד המשכון ואינו יודע כמה הי' שוה או מי ששאל טבעת עם אבן טוב ואינו יודע כמה הי' שוה בכל ענין הוי משואיל"מ שאם הי' כופר בכל ואמר איני יודע אם הי' שוה שום פרוט' הי' צריך לישבע היסת שכדבריו כן הוא שאינו יודע עכשיו שמוד' מקצת וחייב שבועת התור' הל"ו משואיל"מ. וכן מי שחטף כיס זהובי' מחבירו וזרקו לים והמזיק אינו יודע כמה זהובים היו בו אבל אם התובע מוד' שהמזיק או הנפקד אינו יודע כמה זהובים היו בו כגון שהפקיד אללו שק צרור וחתום ויודע הוא שהנפקד או מזיק לא ראה מה שבתוכו או שהלו' המלו' על המשכון צרור וחתום ולא ראה מה שבתוכו וכה"ג ומוד' מקצת והשאר אינו יודע לא הוי משואיל"מ וגם בכופר בכל כי האי גוונא אינו חייב היסת שאיך ישבע שאינו יודע שהרי התובע מודה לו שחינו יודע וכן היכא שידוע לכל שאין הנתבע יודע. וכן בע"א לא הוי משואיל"מ (רק היכא דעשו תקנת נגזל כגון במוסר או באשה או בנפקד שנשבעין ונוטלין שכנגדן אז מועיל להן ע"א לענין שפוטרין משבועה ונוטלין בלא שבוע') לפיכך מי שיש לוע"א שבהמות של חבירו הזיקו כמה וכמה ענינים אין חברו חייב לשלם שהרי העד מודה שאין המזיק יודע ולא שייך בזה שבועה כלל וכן שור שנגח את הפרה והפילה בביתו של ניזק אע"פ שבעל השור. מודה ששורו נגחה מ"מ כיון שהניזק מודה שאין בעל השור יודע מתי הפילה לא ה"ל משואיל"מ וכן כל כיוצא בזה:

סעיף נב

ואם היה הלוה מאמינו שנאבד כו'. גם הוא לא ישבע אלא היסת כו' ואף על גב דכל היכא שהלוה צריך לישבע לא ינצל המלוה משבועה שאינו ברשותו אפילו מאמינו כדלקמן סעיף ט"ו בהג"ה שאני התם משום דחיישינן שמא יוציא המלוה את הפקדון ונמצא ש"ש מתחלל אבל הכא כיון שהמלו' צריך עכ"פ לישבע היסת שלא היה שוה

יותר מסלע לא חיישינן להכי דאם איתא שהוא בידו היה מוציאו מיד כדי שלא יצטרך לישבע ולפ"ז צ"ל דהמלוה נשבע היסת שלו תחלה ואח"כ נשבע הלוה היסת שלו. כן פי' הסמ"ע והב"ח:

סעיף נג

היו עדים שנגנב ושהי' שוה יותר כו'. כתב הסמ"ע דאפי' אין עדים לזה שהי' שוה יותר אלא שהמלו' מודה לו לזה מ"מ לא אמרי' דיהא המלו' נאמן לו' דלא פשע בו במגו דהי' אומר דלא שוה יותר דה"ל מגו דהעזה דלא הי' יכול להעיז בפניו בדבר שהלוה יודע באמת משא"כ בטענ' אם בפשיע' נגנב או לא שהלו' טוען שמא עכ"ל ולפענ"ד דמדכתבו הטור ומור"ם בסעיף שאח"ז מיד ויש עדים לזה או שהמלו' מודה לו כו' ולא כתבו כאן ג"כ הכי משמע דהכא בעינן דוקא עדים דאל"כ נאמן במגו דזה לא הוי מגו דהעזה וכמו שהוכחתי לקמן סי' ע"ה ס"ז ס"ק כ"א וסי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק נ"ח וסי' צ"ג סעיף ב' וסי' ק"י סעיף ב' וסי' שנ"ז סעיף א' ע"ש ודו"ק. ועוד דהא מ"מ יהא נאמן הכא במגו שהי' אומר איני יודע כמה הי' שוה כדלעיל סעיף י"ב דליבא העזה ואע"ג דהתוס' פרק השואל דף צ"ז כתבו דבכה"ג אינו מגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק כי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוען ברי והוא טוען איני יודע עכ"ל וכ"כ הר"ן פרק כל הנשבעין גבי נסכא דר' אבא מ"מ כיון דיכול לטעון א"י דיכול להיות באמת שא"י א"כ אי הוה טוען ברי שלא הי' שוה יותר לא הוי העזה דהלוה יחשוב שאינו יודע ולכן טוען כן. וגם מ"ש הב"ח דהכא לכ"ע לא אמרינן מגו שלא להחמיר בשבוע' וכמ"ש לקמן סעיף י"ז כו' לא דק וכמ"ש לקמן ס"ק ס"ו וא"כ להרא"ש וטור ומור"ם לקמן ר"ס רצ"ו דאמרינן מגו לאפטורי משבוע' גם כאן אם אין עדים שהי' שוה יותר נאמן בהיסת שלא פשע במגו דהי' טוען לא הי' שוה יותר ולכך כתבו הטור ומור"ם עדים דוקא ודו"ק:

סעיף נד

למ"ד דלא הוי אלא כש"ח כו'. וקי"ל הכי דמספיקא לא מפקינן ממונא וכדלעיל סעיף ב' ולמ"ד דהוי שומר שכר צריך שיטעון שנאבד באונס:

סעיף נה

ישבע המלו' כשאר שומר חנם שלא פשט בו. ושלא שלח בו יד ושאינו ברשותו כדלקמן סי' רצ"ה ושבוע' זו שאינו ברשותו דהוי דאורייתא דכיון דהי' ברשותו הי' חייב להחזיר לו א"כ בשבוע' זו פוטר עצמו מתשלומים מה ששוה יותר וכמה שכתוב לקמן סי' רצ"ד סעיף ב':

סעיף נו

שהרי אין הלו' כו'. ומינ' דאם טוען הלו' ברי לי דלא נאנסת אין המלו' נוטל כלום בשבועתו חלא הלוה נשבע היסת ונפטר ועמ"ש לעיל ס"ק י"ד:

סעיף נז

הלוה נאמן כו' ואין למלוה עליו אלא חרם סתם כדלעיל סימן נ"ט וכן משמע בתשובת רשב"א סימן תתקע"ו:

סעיף נח

ואם עד א' כו'. והמלו' אינו יודע אבל אם הי' המלוה טוען ברי והי' לו עד א' כדבריו שלא כדברי הלוה כיון דבלא העד הי' המלו' נשבע ונוטל עתה שיש לו עד אחד ה"ל עד מסייע ופוטרו משבוע' ונוטל בלא שבועה כמ"ש לקמן סי' פ"ז סעיף ו' בשם מהר"ם ע"ש:

סעיף נט

נשבע הלוה נגד העד ונוטל המשכון. היינו שבועת המשנה כדין הנשבעים ונוטלים ואם רצה המלוה מחזיר לו המשכון תחלה ומשביעו אח"כ שבועת התורה ע"פ העד למאי דקי"ל סי' ע"ה סעיף כ"ג דמשביעין בספק ע"פ העד (וכמ"ש לקמן סי' קכ"א ס"ק נ"ד ע"ש) כן נ"ל מתשובות הרשב"א שהביא ב"י מחודש כ"ד גבי שואל וה"ה הכא גבי מלוה ודו"ק:

סעיף ס

אבל בזמן שהלוה נשבע כמה הי' שוה כו'. הקש' בס' גידולי תרומה דף רע"ד סוף ע"ג דאם יש כאן שבוע' לדעת כמה הי' שוה א"כ אין זה דבר שוה ומצוי בשוק ואם הוא דבר שוה ומצוי בשוק בטלה מחלוקת דפוק חזי כמה שוה בשוק' עכ"ל ולק"מ דמשכחת לה בין שהוא כדברי המלוה או כדברי הלוה הוא מצי בשוק לקנות כגון שהלו' אמר ששוה ב' סלעים והמלוה אומר שאינו שוה אלא ה' דינרים ומצוי בשוק חפץ כזה לקנות בעד ה' דינרים ויש כמוהו חשוב ממנו לקנות בב' סלעים ואפי' הכי חיישינן דילמא כשיוציא המלו' המשכון יהא הלוה מוכרח להודות לו שהוא שלו ואינו שוה אלא ה' דינרים כגון שניכר לכל שהוא של לוה או ששמו כתוב עליו וכה"ג ולכך צריך המלו' לישבע שאינו ברשותו ועוד יש לתרץ בגווני אחריני וק"ל:

סעיף סא

כמה הי' שוה כדי ליטול כו'. כתב הסמ"ע דמשכחת לה שהלוה נשבע ונוטל כגון שטוען הלו' סלע הלויתני עליו וב' הי' שוה והמלוה טוען שהי' שוה יותר אבל איני יודע כמה ויש לו ע"א שלא הי' שוה אלא ה' דינרים דבלא עד א' הי' הלוה נוטלו בלא שבוע'

כדלעיל סעיף י"ב הרי הלוה נשבע נגד העד ונוטל סלע מהמלוה ועמ"ש עוד המחבר ענין אחר דנשבע ונוטל בסי' ע"ג ס"ס ט"ו עכ"ל עוד נראה דמשכחת לה כשהפכ' המלוה השבוע' על הלוה וכ"כ הב"ח ודלא כספר גדולי תרומה דף רע"ד ע"ד שהניח בקושיא דלא משכחת לה שהלו' נשבע ליטול ע"ש ופי' זה נכון יותר דאלו לפירוש הסמ"ע קשה הלשון שכתבו הבעה"ת והט"ו ואפי' אם ירצה לשלם דהא מוכרח הוא לשלם אפילו אם לא ירצה ודו"ק ומ"מ לענין דינא גם דברי הסמ"ע הם אמת וכן הוא להדיא בתשובת הרשב"א שהביא ב"י מחו' כ"ד וא"כ מוכח מזה דמחוייב שבוע' וא"י לישבע שיש לו ע"א מסייעו אפ"ה אינו פוטרו משבוע' וחייב לשלם וכן מוכח לכאורה בהרא"ש פ"ק דמציעא גבי ויש מקשין הבל כו' וכ"כ בתרומת הדשן ס"ס של"ד (אלא דכאן צריך הלוה לישבע נגד העד כיון דטוען ברי) דלא כדמשמע לכאורה בב"י לעיל סי' כ"ח ס"ב ע"ש ודו"ק: ומ"ש ועמ"ש המחבר עוד ענין דנשבע ונוטל בסי' ע"ג ס"ס ט"ו אזיל לטעמי' ופירושו דלקמן סי' ע"ג אבל לפמ"ש שם בס"ק מ"ג אין כאן ענין אחר כלל והיינו הך דהכא ע"ש:

סעיף סב

ואפילו מאמין הלוה למלוה שנאבד ואינו ברשותו. והב"ח חלק ע"ז מהתוספות ולפע"ד גם התוספות סוברים כן לפי האמת דרב אשי ולא קאמרי אלא דרב אשי וכל אינך אמוראי לא בעי לאוקמי' גם רישא במאמינו וכשמואל דשקלינן שבוע' מלוה ויהבינן למלו' משום דמכתמא לא ירצה להאמינו כיון שע"י כן לא יוכל לישבע אבל לפי האמת דלא סבירא לי' לרב אשי כשמואל ומוקי זה נשבע וזה נשבע אין הכי נמי דאפי' מאמינו צריך לישבע שבוע' שאינו ברשותו דלא סבירא לי' דשקלינן שבועה מלוה והשתא גם רישא מיירי במאמינו דומיא דסיפא ודלא כהב"ח. כן נרא' לפי עניות דעתי ברור ודו"ק:

סעיף סג

ונמצא ש"ש מתחלל. או יהי' שבוע' לבטל' כדפירש ר"ח ולא כפי רש"י דיפסל לעדות ולשבוע' (ועמש"ל סי' פ"ז סעיף ל"ג) ולפ"ז יכול המלוה לו' לא אשבע שאינו ברשותי כיון שהוא מצוי בשוק ותקבל אתה בחרם כמה הי' שוה מה שאין כן לפי רש"י שהרי אפי' בעובר על החרם פסול לעדות ולשבוע' כדלעיל סי' ל"ד ולקמן סי' צ"ב וכן מוכח לקמן ס"ס ע"ה הטעם כפי' ר"ח ע"ש ובבעל התרומות שער כ"ד כתב דמסתברא כפירוש ר"ח שפירש שכשיוציא נמצא שבוע' הלוה לבטל' ובזה שם שמים מתחלל עד כאן לשינו א"כ גם דברי הרי"ף ומחבר שכתבו שם שמים מתחלל יש לפרש כן ודלא כבית חדש עיין שם:

סעיף סד
אם הלוה מודה כו' בכל הסעיף מיירי כשידוע שזה הטבעת שביד השולחני שוה יותר מחובו וק"ל:

סעיף סה
ואם המלו' א"י כמה היתי' שוה כו'. אבל עכ"פ מודה שהית' שוה כזו שביד השולחני דאל"כ נשבע היסת שא"י שהית' שוה יותר מחובו ופטור:

סעיף סו
אם הוא בענין כו' ע"פ אופנים שיתבארו לקמן סעיף י"ח:

סעיף סז
נאמן לומר שהלוהו כו'. בשבוע' כו' כתב ר' ירוחם נתיב י' ח"ו כל היכא דיכול לטעון עד כדי דמיו צריך שבוע' אפי' התובע טוען שמא עכ"ל ומביאו הד"מ והב"י לקמן סוף מחו' כ"ג וכן משמע מסתימ' דברי הפוסקים והרמב"ם וט"ו לקמן סי' קל"ה סוף סעיף א' ע"ש וכן משמע בבעה"ת שער מ"ט ריש חלק ב' ע"ש (וכה"ג אמרינן. לקמן סי' צ"א ס"ג בהג"ה ובכמה דוכתי כל דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל) ואין להקשות ממ"ש הרמב"ם והמחבר לקמן סי' קמ"ט סכ"ב דגובה שלא בשבוע' ומשמע התם דטעמא משום שהיתומים טוענים שמא י"ל דשאני התם כיון דשבועת הגאונים לא שייכ' התם בקרקעות וכמ"ש הרב המגיד שם א"כ ליכא אלא היסת והיסת לא תקנו בשמא משא"כ הכא במטלטלין דשייכית שבוע' הגאונים והיינו אפי' בשמא דליטול צריך שבוע' אפי' נגד שמא ודוק:

סעיף סח
בשבועה בנק"ח. ז"ל הסמ"ע כך הוא דעת הגאוני' והביאם הטור ובדריש' כתבתי טעמייהו בשם הרב המגיד דס"ל דלא מהימן בשבוע' היסת במגו דהי' טוען לקוח הוא בידי או החזרתי לך דהי' נאמן בהיסת משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' וכיון דהוא מוד' שזה החפץ אינו שלו אלא משכון בידו הודאתו כמאה עדים ואלו היו עדים שבא לידו בתורת משכון ולא ידעי בכמה אף דהלו' לא הי' נאמן לישבע וליטול דלא האמינו ללוה אלא היכא דאין המלו' יכול לומר החזרתי לך או להד"ם וכמ"ש בסמוך סי"ח וגם המלוה לא היה נאמן לטעון שלוה עליו כך וכך אם לא בשבועה בנק"ח כמ"ש לקמן סכ"ג כיון דלית ליה המגו דלקוח בידי ואף דלא ראוהו עדים בידו והי' יכול לטעון החזרתי מ"מ אינו נאמן בהיסת לומר כך וכך הלויתי לו במיגו דהחזרתי ואין זה מיגו דניחא ליה לשקר ולומר כך הלויתי עליו מלשקר ולו' החזרתי לך השתא נמי דאין עדים

ומודה הוא בעצמו לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה שהיה מוטל עליו אם הי' עדים עכ"ל ומה שכתב טעמייהו בשם הרב המגיד משום דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה כו' כ"כ ג"כ הרמב"ם גופיה פרק יג מה' מלוה רק שהרב המגיד מפרש דבריו קצת יותר והבאתי דבריהם לק' סעיף כ"ג ס"ק ק"ד ע"ש. ומ"ש אף דלא ראוהו עדים בידו כו' דאין זה מגו דניחא ליה כו' לא ידענא מאי קאמר למה ניחא ליה טפי לטעון הלויתי עליו כך וכך מלטעון החזרתי וגם בכל דוכתא זה הוי מגו מעלי'. אבל באמת בחנם דחק דר"ל אלו ראוהו עדים בידו וכונת הרמב"ם והרב המגיד לו' דכיון דאלו היה עדים שמשכנו אצלו וראוהו ג"כ עתה בידו דלית לי' מגו כלל אלא שאין יודעים בכמה אינו נאמן עליו אלא בשבועה בנק"ח (ועי' לקמן סכ"ג ס"ק ק"ד מ"ש שם) אלמא כל שבא לגבות מהמשכון דינו שצריך לישבע בנק"ח א"כ כיון שעיקר דינו של המלוה על המשכון הוא כך כשאין לו מגו השתא נמי כשיש לו מגו דלקוח או דהחזרתי צריך לישבע בנק"ח דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה כן נלפע"ד ברור ודוק (ועמ"ש לקמן בסמוך בשם הרא"ש דאף למ"ד דאמרי' מגו לאפטורי משבועה איכא טעמא אחרינא הכא דצריך לישבע בנק"ח):

סעיף סט

בנק"ח. כתב הב"ח וז"ל נראה דאף למ"ש הרא"ש דאמרינן מגו לאפטורי משבועה גבי שותפים לקמן סי' צ"ג היינו דוקא כדי לפטרן לגמרי משבוע' אבל אם עכ"פ חייב שבוע' אף הרא"ש מוד' דאין אומרים מגו שלא להחמיר עליו בשבוע' כו' עכ"ל ואגב חורפיה לא דק ואישתמיטתי' דברי הרא"ש דר"פ כל הנשבעין שהביא שם דברי ה"ר יוסף הלוי שכתב גבי שותפים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' וכתב עליו ודבריו אינם מובני' לי כיון דמגו דאורייתא היא מה לי ממון מה לי שבועה אטו שבוע' לאו ממון הוא דזימנין דלא בעי אשתבועי וקיהיב ממונא כו' ומקצת הגאונים כתבו שהמלוה על המשכון שנאמן לטעון עד כדי דמיו במגו דלקוח דלא שקיל בלא שבוע' חמורה ומני לה בהדי נשבעים ונוטלים דמתני' וזה נוטה קצת לדברי ה"ר יוסף הלוי ז"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' ועוד אמרו הגאונים טעם אחר כיון דלאו אגופי' דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחבריה לית ליה בלא שבועה חמור' והביאו ראיה כו' עכ"ל הרי מוכח להדיא מדברי הרא"ש דאין לחלק כדברי הב"ח אלא טעמא הוא כיון דלאו אגופה דמשכון קטעין וק"ל וע"ל ר"ס רצ"ו:

סעיף ע

ודוקא כו'. בטור כתב בשם הראב"ד דאינו נשבע אלא היסת כמו שהי' טוען לקוח ובב"ח תמה על הטור שמנ"ל כן שהרי הראב"ד בהשגות פי"ג דמלוה לא מיירי בזה ע"ש

ולפע"ד לא הוציא כן מדברי הראב"ד שם אלא שכ"כ הבעה"ת להדיא בשער מ"ט ריש ח"ב שהראב"ד הקש' על דברי הגאונים ע"ש: וכ"כ עוד הראב"ד בהשגות ס"פ ב' מה' שכירות וז"ל א"א והא איכא נשבעין על המשכון לדעת הגאונים אלא שאיני מודה אלא כעין מאר' חושלא דתפס עיזי ע"כ ומ"מ נראה לפענ"ד דנהי הראב"ד הקש' על הגאונים מ"מ לענין מעש' לא מלאו לבו לחלוק עליהם וכעין מ"ש הרמב"ן בס' המלחמות והר"ן פרק כל הנשבעין שאף ע"פ שדברי הגאונים אלו יש עליהם תשובות אין לחלוק עליהם שדבריהם דברי קבלה (כ"כ רב האי גאון בספר המשכון ובס' משפטי שבועות שער ט"ז סוף דף י"ז דמלוה על המשכון נשבע ונוטל) וכן מבואר להדיא בסוף דברי הראב"ד שבבה"ת שם וז"ל כל זה טרחנו להעמיד דברי הגאונים אבל א"י על מה סמכו עכ"ל וכן מצאתי בהשגות הראב"ד פי"ד מה' טוען בעובדא דרב' בר שרשום שהשיג על הרמב"ם וז"ל ועוד אני אומר שלא יועיל מגו לגבות לכתחל' בלא שבוע' מידי דהוי אנשבע על המשכון שאמרו הגאונים שהוא נשבע ונוטל כו' עכ"ל וכ"כ ה"ה בשם הראב"ד ומביאו ב"י לקמן סי' קמ"ט סכ"ה לענין דינא פשיטא דהלכה רווחא בישראל כדברי הגאונים וכמ"ש הרמב"ם והמחבר גם. לקמן סי' פ"ג סעיף ה' החזקתי דברי הגאונים בדברים נכונים ע"ש: גם הוכחתי שם דדוקא בנשבע על המשכון שאם הי' ביד הנתבע לא הי' יכול להוציא מידו אף בשבוע' אבל בכל הנשבעים ונוטלים ומוציאים מיד הנתבע אם תפסו ויש להו מגו פטורים אף משבוע' בנק"ח וא"צ לישבע רק היסת וע"ש בסי' פ"ט סעיף ה' שהארכתי בזה: וכתב הב"ח סעיף י"א וז"ל ומיהו נראה דאף הגאונים לא אמרו אלא בחלוקים בעיקר הלואה כו' וכיוצא בזה וכדין נשבעים ונוטלים אבל אם אינן חלוקים בעיקר הלוא' אלא שנפחת המשכון וחלוקים בפחת התם כיון שגוף המשכון של לוה הוא והלוה הוא שתובע את המלוה בפחת נאמן מלוה בשבועת היסת במגו דלקוח כו' וע"ל סעיף ך' עכ"ל ואזיל לטעמי' מ"ש לקמן סעיף ך' בדברי הטור וסעיף כ"ז בדברי המחבר אבל כבר הוכחתי לקמן סעיף כ"ז דז"א אלא לפע"ד בכל ענין צריך לישבע בנק"ח ע"ש:

סעיף עא

אבל תפס מעות כו'. דדוקא חפץ שעומד להחזיר בעינו לבעליו מחשב המלוה כאלו בא להוציא מידו דהלוה משא"כ מעות דלפי דבריו דהמלוה יעמדו המעות בידו בחובו שהלוה לו וק"ל ואפי' בתופס חפץ כתב הר"ן דלא מחייבים להמלוה לישבע בנק"ח אלא כשבא הוא לתבוע שיפדה משכונו אבל אם המלו' שותק והלוה בא להוציא מיד המלו' אז אמרי' דהמלו' נאמן בכדי דמיו בשבועת היסת והבו דלא לוסיף עלה כו' עכ"ל

סמ"ע ולא ביאר על נכון ודברי הר"ן צריכים ביאור דאין כוונת הר"ן לומר דכשהמלו' שותק ורוצה ליפרע מהמשכון והלוה תובעו נאמן המלו' בהיסת דבהא לא מסתבר לחלק בין שהמלו' תובע אי לא דמה לי תובעו מעיקרא או תובעו עכשיו ועוד דהא טעמא דהגאונים הוא דצריך לישבע בנק"ח כיון דאין טוען על גופו של משכון שהוא שלו אלא רוצה ליפרע ולגבות חובו ממנו א"כ מה בכך שהמלו' שותק ס"ס אינו טוען על גופו של משכון שהוא שלו רק רוצה להפרע ממנו. ועוד דאם כוונת הר"ן כן הוא ודאי דלא קי"ל כהר"ן בהא משום דמשמע להדיא מהרבה פוסקים דלא ס"ל הכי כדמוכח להדיא מדברי הראב"ד פי"ד מה' טוען ונטען שהשיג פל ני מ"ש הרמב"ם שם וגובה מפירות הקרקע בלא שבוע' וז"ל שהרי אמרו הגאונים שהבא ליפרע מהמשכון צריך שבוע' ורבה בר שרשום דבעי למפטר נפשיה אחר אכילה קאמר כו' וכ"כ הרמב"ם והנ"י בפ' חז"ה גבי עובדא דרבה בר שרשום וכ"כ בעה"ת שער מ"ט ריש ח"ב דרבה בר שרשום אחר אכילה קאמר משמע דוקא אחר שכבר אכל אבל קודם אכילה אע"פ ששותק צריך לישבע בנק"ח ואף ה' המגיד פי"ד מטוען שם משמע להדיא דמודה להראב"ד בזה שהרי לא נחלק שם עליו אלא משום דהגאונים לא אמרו גבי קרקע וכמ"ש לקמן סי' קמ"ט סק"ב בשמו וכ"כ הע"ש והסמ"ע שם ס"ק ל"ד משמע הא לאו הכי צריך לישבע בנק"ח ואע"ג דהתם אין המלו' רוצה אלא הפירות בפרעון חובו ואינו תובע את הלוה שיפדה משכונו ע"ש. הרי מוכח מדברי הראב"ד ובעה"ת ונ"י וה' המגיד והע"ש וסמ"ע דלקמן סי' קמ"ט דאף כשהמלו' שותק צריך לישבע בנק"ח וכן משמע מסתימת דברי הפוסקים והט"ו כאן שכתבו בסתמא נשבע בנק"ח ונוטל כו' וכן משמע בדברי ה"ר אפרים שהביא הר"ן שם ובמ"ש שרבו החולקים עליו כו' ע"ש (ואין לדקדק ממ"ש הרא"ש פ' שבועת הדיינים סי' ד' וז"ל ועוד אמרו הגאונים טעם אחר כיון דלאו אגופי' דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחבריה לית ליה בלא שבועה חמורה עכ"ל דה"ק כיון דלאו אגופי' דמשכון קטעין מכרתו או נתתו לי אלא יש לי עליו כך וכך ובעי לאפוקי ממונא מרשותא דחבריה ואם יתן לו חברו כפי טענתו יתחייב להחזיר לו המשכון לית לי' בלא שבוע' ודו"ק) אלא כוונת הר"ן לומר דכשהמלוה רוצה להפרע מהמשכון עתה בין שהוא תובע את הלוה שיפדה משכונו ואם לאו ימכרנ' ויגבה חובו ממנו בין שהלוה תובעו שיחזיר לו משכונו והוא משיב יש לי עליו כך וכך תפדנו או אמכרנו ואגבה ממנו חובי צריך המלוה לישבע בנק"ח אבל אם המלו' שותק ואינו מבקש מהלוה שיפדה משכונו וגם אינו רוצה למכרו ולהפרע ממנו רק שותק ורוצה להחזיק המשכון אצלו עד שיפרע לו דמיו (עיין מ"ש לעיל סי' ס"ד ס"ק ז') א"כ ה"ל כטוען על גופו של משכון שהוא שלו

שהרי שעבודו עליו עד שיפרע לו דמיו א"כ רוצה להחזיק בגוף המשכון שיהיה מונח אצלו להיות שעבודו קיים ולכך א"צ אלא היסת. וכן משמע להדיא למעיין בדברי הר"ן עצמו פ' כל הנשבעין ע"ש. והשתא לק"מ על דבריו מכל מ"ש לעיל וגם יכול להיות שכל הפוסקים הנ"ל מודים לי' לדינא אך שעדיין אף בזה דברי הר"ן צ"ע לדינא דבר"ן שם הוציא כן מאומן דלקמן סי' פ"ט דא"צ לישבע אלא היסת וע"כ מתרץ דה"ט דאומן מסתמא שותק ומחזיק הטלית אצלו עד שיפדה הבע"ה טליתו ע"ש וא"כ הרי הרמב"ם והט"ו פסקו לקמן סי' פ"ט ס"ה גבי אומן דצריך נק"ח א"כ כ"ש הכא כדמוכח בהר"ן שם דכ"ש הוא וכן בבעל המאור ובס' המלחמות פ' שבועת הדיינים דכ"ש הוא ע"ש. ואולי הרמב"ם והט"ו לקמן סי' פ"ט ס"ה גבי אומן מיירי ג"כ כשהאומן רוצה שיפדה הבע"ה טליתו או שבא לגבות שכירתו מהטלית אבל בשותק מודים לדינא להר"ן ודוחק ועוד דהא כתב דמסתמא הבע"ה ירצה טליתו ויפרענו וצ"ע:

סעיף עב

ואפי' מת הלוה תחלה כו'. פי' ולא אמרינן בכה"ג אין אדם מוריש שבועה לבניו כדלקמן סי' ק"ח דשאני זה שהוא כבר תחת יד אביהן לפרוע ממנו וכ"כ המ"מ פי"ג ממלוה והב"י כתב ע"ז וז"ל מיהו צריכים לישבע שבועת היורשים שלא פקדנו אבא עכ"ל ור"ל אפי' לדעת הרא"ש וטור בס"ס ס"ט ובס"ס ע"א (והכי קי"ל) דלא תקנו שבועת היורשים כ"א כשבאים להוציא מיורשי הלוה ע"ש וק"ל עכ"ל סמ"ע וכן כ' הבעה"ת וטור והמחבר לק' סי' זה סעיף ל"ה דצריך לישבע שלא פקדנו אבא כו' ע"ש וכן הוא בתשו' הרשב"א שהביא ב"י לקמן סי' ק"מ מחודש ה' דצריכים לישבע שלא פקדנו אף שיש להם משכון והיא בתשובה דפוס סי' תתקל"ט ע"ש ונראה דאף למ"ש לקמן סי' ק"ח סעיף ה' דאין היורשים צריכים לישבע נגד הלוה אלא כשטוען אשתבעו לי היינו דוקא בשטר משום דאביהן גופא לא היה צריך לישבע וכדקאמר בש"ס השתא אביהן גופא שקיל בלא שבוע' כו' משא"כ הכא במשכון שאביהן עצמו היה צריך לישבע בכל ענין אם כן גם הם חייבים לישבע שלא פקדנו בכל ענין ועיין לקמן סי' ק"ח סעיף י"ב ומה שכתבתי שם ודו"ק:

סעיף עג

ונשבע על השני' שכפר בהם. שבועה דאורייתא כדין כל מודה מקצת:

סעיף עד

נוטל ממנו מה ששוה. בשבועה בנק"ח אם אין הלו' מודה לו עד כדי שוויו:

סעיף עה

או בגד אלמנה כו'. והבעל התרומות (מביאו ב"י לקמן סעיף י"ח) הבין מדברי הרמב"ם (שהעתיק המחבר לקמן סי' כ"ז [צ"ז] סי"ד ועיין מ"ש שם) דבבגד אלמנה ל"ל מיגו והניח דבריו בצ"ע והדבר ברור דגם הרמב"ם מודה אלא דמירי בשמשכן ממנה בעדים וראוהו עתה בידו בענין דלית לי' מגו וכ"כ הריב"ש סי' תפ"ח והכסף משנה לדעתו והוא פשוט:

סעיף עו

או מלמד בספרים. ותופס בשביל חוב אחר ולא בשכר הלימוד:

סעיף עז

מ"מ לא אבד מגו שלו כו'. כתב בתרומות הדשן ס"ס שכ"ח דה"ה דלא אבד מוחזקת שלו ע"ש ונ"מ בספק שבשטר דמהני תפיס' אפי' לית ליה מגו כדלעיל סי' מ"ב סעיף ח' ס"ק ט"ו או פלוגתא דרבוותא ושאר ספיקא דדינא וכה"ג ודו"ק:

סעיף עח

י"א דבכל מקום שיכול לטעון על מה שתחת ידו כו'. הר"ב לא ביאר על נכון דפשיטא דהיינו דוקא בהלואה יכול לטעון על המעות שתחת ידו כך בסתם שאינו חייב לו כלום אבל אם הפקיד בידו אין הנפקד יכול לתפסו ולישבע בסתם שאין בידו כלום וכמ"ש הב"י לקמן סי' ע"ה מחודש י"ח בשם תלמידי רשב"א וכן הוא בחדושי ריטב"א רפ"ק דמציעא וכן הביא ב"י שם מחודש ט"ו דברי בעה"ת שהביא תשובות רב האי דבפקדון בעי למימר מילתא כצורת' יש לי פקדון ויש לי כנגדו אצלו כך וכך וכ"כ הנמוקי יוסף פ' קמא דמציעא דאסור לעכובי למשכון או לפקדון בסתם משום דמאן שם ליה אלא אמר למילתי' כצורת' בבי דינא כו' וכ"כ הריב"ש סי' שצ"ו והוסיף עוד דאפילו חייב לו חטים שהלוה לו לא מצי למתפס בסתם שהרי החטין צריכים שומא ומאן שם ליה וע"ש ועיין בתשו' מהר"א ן' חיים סי' קי"ג דף קס"ה ע"ג:

סעיף עט

יכול לישבע סתם שאינו חייב לו כלום כו' מיהו אם יש לא' עידיות ובינונית ולא' זיבורית דהוי דינא דזה גובה וזה גובה וכדלקמן סי' פ"ה ס"ג אינו יכול לישבע בסתם שאינו חייב לו כלום כ"כ הב"י לקמן סי' ע"ה מחודש י"ח בשם תלמידי רשב"א וכן הוא בחידושי ריטב"א רפ"ק דמציעא ולשונם מוטעה קצת וצ"ל כמ"ש וכ"כ הב"ח לקמן סי' ע"ה ס"ד וכן הוא בהריב"ש סי' שצ"ו וז"ל כתב הרא"ה ז"ל דאם אין שוים בנכסים כגון שיש לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית דקי"ל זה גובה וזה גובה לא מצי למיעבד חושבנא כו' עכ"ל ונראה דמירי שזה הנתבע שרוצה לטעון בסתם שאינו חייב יש לו

עידית ובינונית ולחבירו התובעו יש לו זיבורית אבל אם היא להפך שהתובע יש לו עידית ובינונית והנתבע יש לו זיבורית פשיטא דמצי לטעון בסתם שאינו חייב לו כלום וק"ל:

סעיף פ

וברור לו שלא נאנס. היינו כשהנפקד טוען שנאנס צריך שיהא ברור לו שלא נאנס אבל אם טוען הנפקד להד"ם או החזרתי לך הרי מודה שלא נאנס והלכך כיון שידוע לו שפקדונו אצלו יכול לישבע שאינו חייב לו. וכ"כ הבעה"ת שער מ"ט ח"ב בשם הרמב"ן ומביאו ב"י לקי' סי' ע"ה מחודש כ' וכן הביא שם מחודש י"ח דברי תלמידי רשב"א שהסכימו להרמב"ן ולא כהראב"ד וכן הוא בחדושי ריטב"א רפ"ק דמציעא בשם הרמב"ן ושלא נראה דברי הראב"ד וכ"כ הנ"י פ"ק דמציעא כהרמב"ן וע"ש:

סעיף פא

רק משעת העמדה בדין כו'. עיין בהריב"ש שם דכתב דהיינו לאחר שומת ב"ד כדלקמן סי' ע"ג סעיף ט"ו ע"ש שהאריך בזה:

סעיף פב

נשבע הלוה כו' ונוטל משכונו כו'. הלשון מהופך דהדין הוא שנוטל הלוה מתחלה משכונו ואח"כ נשבע היסת וכ"כ הרמב"ם פ"ט מה' טוען דין ג' להדיא וכן בעל התרומות הבאתי לשונו לקמן ס"ק פ"ד וכן משמע לקמן סעיף כ"ג ופשוט הוא:

סעיף פג

שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר כו'. כתב הרמב"ם פ"ח מה' טוען כל שהוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר אפי' באו עדים והעידו שהשאילו או השכירו זה אין מבטלין בהן חזקתן עכ"ל ומביאו ב"י וכתב הב"ח סי"ג שדבריו תמוהים דהא פשיטא דלא אזלינן בתר חזקה במקום עדים ואפשר ליישב דה"ק אע"פ שהעידו שהשאילו או השכירו זה מסתמא ודאי החזיר הכלי לבעליו כיון שאינו עשוי להשאיל או להשכיר וא"כ יכול לטעון דאחר החזרה חזר ולקחו מבעליו שאין מבטלים בעדים אלו חזקתן אלא העדים העידו אמת וטענת זה שלקחו מבעליו נמי אמת ע"פ החזקה ומ"מ כל הפוסקים חולקים עליו וכתבו כהרי"ף וטור עכ"ל. ולא דק דמ"ש הרמב"ם אפי' באו עדים כו' ר"ל שעדים מעידים שהשאילו או השכירו זה לאחר אבל אינם מעידים שהשאילו לזה וכן מוכח להדיא בה' המ' והוא פשוט והדין דין אמת ואין חולק עליו וזה ברור:

סעיף פד

האיך באו לידו אפי' ראו שבא לידו מיד הלוה אם אינן יודעים באיזה אופן בא לידו אם בפקדון או במשכון או במכיר' או במתנ' נאמן לטעון מכרתו או נתתו לי וכמ"ש הרא"ש והט"ו לקמן סי' קל"ג סוף סעיף ב' ואם כן נאמן ג"כ לטעון עליו עד כדי דמיו:

סעיף פה

נאמן לומר כו'. והלכך אע"פ שמביאו עתה לפני ב"ד ואינו טוען לקוח או החזרתי או להד"ם כו' אלא כך וכך חייב לי עליו נאמן עליו עד כדי דמיו במגו שהי' יכול לטעון טענת הללו (עיין בתשובת מהר"א ן' חיים סי' ק"ה):

סעיף פו

וכן אפי' דברים העשויים להשאיל ולהשכיר או שאין עשויים להשאיל ולהשכיר אלא שיש עדים שבאו לידו בתורת שאלה ואין עדים שראו עתה בידו יכול לומר החזרתי לך או לקוח או משכון הוא בכך וכך במגו דהחזרתי. ודע דהמרדכי פ' חזקת כתב בשמעתא דאומן דהרי"ף והרמב"ם פ"ו מה' שאלה סוברים דהיכ' דאיכ' עדים שהשאילו אפי' לא ראו עתה בידו אינו נאמן במגו דהחזרתי וכן בתרומת הדשן סי' של"ה לדעת הרי"ף והרמב"ם אכן משאר פוסקים משמע שגם הרי"ף והרמב"ם מודים וכן משמע בב"י בסי' זה וכ"כ ה' המגיד ס"פ ו' מה' שאל' בהדי' בכוונת דברי הרמב"ם. ואף שבאמת הרי"ף והרמב"ם לא הזכירו בשום מקום דבעינן נמי ראה מ"מ נרא' כן עיקר בדעתם דהא בכל מקום מגו דהחזרתי מגו מעלי' הוא וכ"כ המחבר בספרו בדק הבית לקמן סי' קל"ג שכן דעת הרי"ף והרמב"ם וכבר רבו מאד בכמה מקומות הפוסקים דנאמן במגו דהחזרתי ובעינן דוקא ראו עתה בידו וכדעת הטור והמחבר וכן עיקר בש"ס בכמה דוכתי וכן הלכה רווחת בישראל:

סעיף פז

או להד"ם אם אין עדים שמסרם לידו. וגם לא ראו עתה בידו. אבל דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אף ע"פ שלא מסרו לו בעדים א"נ דברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר ואיכ' סהדי דאושלי' ניהלי' וראה כו' אינו נאמן לטעון לקוח או משכון אלא זה נוטל כליו ונשבע היסת על טענת המלו' עכ"ל בעה"ת שער מ"ט ריש ח"ב ובספר גדולי תרומ' שם הקש' דכי איכא סהדי דאושלי' ניהלי' אמאי ישבע הלוה היסת שאינו משכון הרי יש לו עדים כו' ע"ש שהאריך קצת והניח בקושיא ולפע"ד לק"מ דהא בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נמי תקשו לדידיה כיון דמהני חזק' להשאיל ולהשכיר ולהוצי' ממון מחזקתי' אמאי לא תיהני לאפטורי משבוע' אלא ודאי חזק' דעשויי'

להשאיל ולהשכיר וכן עדים לא מהני אלא דלא ליהוי המלו' מוחזק כיון דבתורת שאל' או שכירות בא לידו אבל מ"מ יכול להיות שאח"כ הלו' לו עליהן דלא יהא אלא תביעה בע"פ דאפי' הי' המשכון ביד הלוה מעיקר' אטו אי הוה תבעו הלויתי' לא היה צריך הלו' לישבע וק"ל:

סעיף פח

דברים העשויים להשאיל כו' ויש עדים כתב בהגהת אשרי ס"פ המקבל אי שויא ראה מוצי' ראובן ירושתו מיד שמעון מטעם שעשוי להשאיל ולהשכיר אע"פ שראובן אינו יודע אם שאול הוא בידו או לקוח מאביו מבטל חזקת המחזיק הכא בטענת ברי מא"ז עכ"ל והוא מתשובת ר"י בעל התוס' בתשו' מיי' לס' משפטים סי' ל"ב ע"ש שהבי' ר"י ראי' לזה ונרא' עוד להביא ראי' לזה ממאי דאמרינן בריש פ' האשה שנתארמל' ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהית' של אביו [אינו] נאמן ונתבאר לקמן סי' קט"ו ס"ק ופשיט' דאין לחלק בין קרקע למטלטלים בזה דפשיט' דדין מטלטלים בעשוי להשאיל ולהשכיר וראה כמו קרקע וק"ל וע' לקמן ס"ק צ"ג ומשמע דכל שכן אם יש לראובן עדים שהשאיל לו אביו אע"פ שאינו יודע אם לקחו אח"כ אם ראו עתה ביד שמעון מוציא ירושתו אפי' בדבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר וכן משמע בבעה"ת שער י"ד ח"א שכ' דאי איכא עדים וראה לא מהניא לי' מידי ומוציאים מידו מה שתפס ומחזירו ליתומים כו' ומביאו ב"י לקמן ר"ס ק"י סעיף ה' וכן משמע בשאר פוסקים שם ע"ש:

סעיף פט

ויש עדים שראוהו עתה בידו אפי' לא אמר כלום בפני העדים באיזה אופן הוא בידו מאחר שראוהו בסתם שוב אינו יכול לומר להד"ם וגם החזרתי אינו יכול לומר כשראוהו עד שבא לב"ד וכה"ג שאינו יכול לטעון לקוח ובעינן ג"כ עדים יודעים שהי' מתחל' של הלו' מיהו אפי' אין מכירים אותו בודאי רק ע"פ סימנים לית ליה מגו דלהד"ם שירא לומ' להד"ם כיון שראו בידו כיוצא בזה ונתבארו תשלו' דיני' אלו השייכי' לכאן בסי' קל"ג וקל"ד ורצ"ו ע"ש:

סעיף צ

אלא שראו קודם לכן וטען אז שהן מכורי' כו' נלפע"ד דמיירי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר והלכך כשטוען אז שהן מכורין לא הי' בדבריו כלום ואנן סהדי שלא החזיר כיון שטען אז טענה שראוי לעכבן בידו אבל בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שראו העדים מתחלה מ"מ הרי בשעת ראייתם טען מכורים וא"כ כשטוען עתה

כך וכך יש לי עליו נאמן עליו עד כדי דמיו במגו שהי' עומד בטענתו דלקוח. כנלפע"ד ודו"ק (עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' ב' בתשו' הר"י בי רב):

סעיף צא

דמעתה אין לו מגו כו'. מיהו נראה דאם טוען אח"כ בפני ב"ד לקוח כמו שהי' אומר מתחלה בפני עדים נאמן דהא מיד כשהראהו בפני עדים אמר לקוח ונאמן אז במגו דלא הי' מראהו והשתא עומד בטענתו ונ"ד למ"ש אח"כ אפי' אמר בשעה שראה עדים שחייב לו כך כו' לא מהימן דהתם כיון שעכ"פ הודה בפני עדים שהוא של המערער א"כ ה"ל עדים וראה ומ"ש שחייב לו כך וכך לאו כלום הוא כי הכל תלוי בשעת שבועתו שיפסקו לו הב"ד כדאי' בתשובת הרא"ש וטור לקמן סימן קל"ג משא"כ הכא שלא הודה כלל שהוא של המערער א"נ התם חייב שבועה מדינא ע"פ המשנה דנשבעים ונוטלים לכך תלוי הכל בשבועתו משא"כ הכא דלא מחייב אלא היסת מתקנתא דר"נ ודוק [ועוד דאל"כ אין אדם שקונה מחבירו דבר העשיי להשאיל ולהשכיר דהיום או למחר משוי לי' המוכר ראה ויאמר השאלתיו לך אלא ודאי אי משוי לי' ראה יטעון מיד האמת שלקחו וכה"ג כ' ה"ה פ"ח מה' טוען להוכיח דעשו תקנת השוק בכלים העשוים להשאיל ולהשכיר דאל"כ אין לך אדם לוקח מחבירו כלים העשוים להשאיל ולהשכיר והא ה"ה מיירי התם ע"כ כשיש עדי ראה ואם כן מאי מוכיח דלמא בכל לוקח טעני' לקוח שהי' המוכר יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי ושאני התם דאיכא עדי ראה והראשון שבא מכחו לא הי' יכול לטעון אלא ודאי כוונת הרב המגיד להוכיח דאל"כ אין לך אדם שקונה חפץ מחברו מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דמי שהי' החפץ שלו משוי לי' ראה וכשיטעון זה האמת שלקחו מחברו יתחייב להחזירו שהראשון לא הי' יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי ודוק]:

סעיף צב

דאנן כו' וכן אם הוא מפורסם. ואפי' טוען בפירוש החזרתי לך אינו נאמן. מיהו איתא שם בתשובת מיי' ובהגה' אשר"י דר"י תמה ע"ז היאך מפורסם כ"כ שלא יוכל לטעון החזרתי וא"כ נאמן לטעון לקוח או שאר טענות במגו דהחזרתי ע"ש ותמי' לי על הר"ב שכתב בפשיטות כר"ת ולא כר"י שהרי תמיהת ר"י נראה נכון'. ואולי במ"ש בריש הגה"ה י"א דלא בעינן כו' כוון לזה דאם הדבר מפורסם כו' ור"ל די"א ולאו כ"ע מודים בזה דאלו למ"ש בריש ההג"ה לא מצינו מי שחולק בזה ודו"ק (עיין בתשובת מהרי"ט ס"ט וסימן ק"ה דף קכ"ח):

סעיף צג

ודוק' שראוהו עדים קודם שתבעו בב"ד כו'. וה"ה אם ראוהו הב"ד קודם שנפלו הטענות ומחלוקות ביניהם וכן הוא בריב"ש סי' שמ"ה ע"ש וכה"ג כתב בתשו' מהר"מ אלשקר סי' קכ"א בשם הר"י הלוי והרמב"ם וז"ל דייניין בכל יום דלא הוי מגו אלא אם הסמיך דבריו ולא הפסיק אבל הפסיק לאו מגו הוא כגון מי שהוציא בגד מתחת ידו ואמר זה של פלוני הוא ויש לי עליו כך וכך כגון זה ודאי הוי מגו אבל אם הוציא הבגד ואמר של פלוני הוא ושתק ואמרו לו כיון שהודית שהוא של פלוני החזר לו את שלו עמד ואמר יש לי עליו כך וכך לא הוי מגו אלא מחזיר הבגד ואינו נוטל כלום ע"כ וע"ש וע"ל סימן פ':

סעיף צד

ואם יש ע"א בזה י"א כו'. אין דברי הר"ב מכוונים בזה לפי מה דמשמע לכאורה מדבריו דקאי בזה דמיירי מיני' דהיינו שראו עדים עתה בידו דאם יש ע"א בזה שראו אותו עתה בידו י"א כו' והוא תימה דבהא ודאי לכ"ע הוי משואיל"מ ולא קאמר הרשב"א בתשו' סי' תתקצ"ח אלא כשהעד מעיד שבאו לידו בתורת משכון רק שאינו יודע כמה הלוה דלא הוי משואיל"מ כיון שהעד מעיד שבדין בא ל דו מחמת מעותיו וקנוי לו על מעותיו אבל בכה"ג משמע להדיא ברשב"א שם ובסי' אלף מ' דהוי מחוייב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם דדמי לדלקמן סי' ע"ה סי"ג ע"ש ודו"ק וכן מחלק הר"ב בהג"ה גופי' לקמן סי' ע"ה סי"ג וצריך לומר דכאן נמי הכי קאמר ואם יש עד א' בזה שבא לידו בתורת משכון אלא שאינו יודע כמה הלוה י"א כו'. ומ"מ אין דברי הר"ב מדוקדקים במ"ש ואם יש עד אחד בזה כו' דהא גם בב' עדים שבא לידו בתורת משכון וראוהו עתה בידו הדין כן דלסברא האחרונ' המלוה נשבע ונוטל כדמשמע להדיא בתשו' רשב"א סי' תתקצ"ח וכמבואר נמי להדיא בתשובת רשב"א סימן אלף מ' דאף בב' עדים הדין כן מטעם דכיון דבעל חוב קונה משכון הוה ליה מוחזק (ועמש"ל סי' רע"ז [רע"ח] סעיף ז') וכן לסבר' הראשונה בב' עדים נמי חייב להחזיר כדאיתא להדיא בתשובת רמב"ן סימן פ"ד ואי בא לומר רבותא דאפי' בע"א הוי ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם לא שייך רבותא זו כאן דהא בין לתשו' הרמב"ן ובין לתשובות הרשב"א פשיט' להו התם דאי הוי בב' עדים חייב להחזיר הוי בע"ח משואיל"מ וזה שייך בסימן ע"ה ששם עיקר דיני' דמשואיל"מ וכבר כתבו הר"ב שם סעיף י"ג והכי הל"ל כאן ואם יש עדים שבא לידו בתורת משכון ואינם יודעים כמה הלוה עליו י"א דהלוה נוטל המשכון ונשבע וי"א דהמלוה נשבע ונוטל ודו"ק:

סעיף צה

והסכמת בעל המחבר כסברא הראשונה עמ"ש לקמן סעיף כ"ג ס"ק ק"ט שהוכחתי דהרמב"ם והרב המגיד ובעה"ת סבירא להו כסברא האחרונ' ושכן נראה עיקר ודליכא מאן דפליג בהא דהך דתשובת הרמב"ן דהרשב"א היא שמתחל' פסק כך ואחר כך חזר בו ע"ש:

סעיף צו

וע"ל סימן נ"ח כו'. עמ"ש שם בביאור היטב:

סעיף צז

והא דאדם יוכל לטעון לקוח כו' עד הואיל וליכא עדים כיצד בא לידו או שלא ראו בידו כו' דברי הר"ב אלו סתומים ומגומגמים והעולה מתשובת רשב"א שממנו מקור דינים אלו הביאו בית יוסף מחו' כ"ז כך הוא דאם לוי הביא עדים שהפקידו ביד ראובן וראוהו עדים עכשיו ביד שמעון חייב שמעון להחזירו ללוי ואין ראובן נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממנו (וכן מוכח לקמן סימן קל"ד ס"ד ע"ש ומ"מ נראה דהא דאין נאמן כאן לומר חזרתי ולקחתי ממנו היינו לענין שצריך להחזיר לו גוף החפץ אבל מכל מקום צריך לוי להחזיר לו מעותיו משום תקנת השוק וכמ"ש לקמן סימן קל"ג ושנ"ז דאפי' בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וראוהו עתה בידו צריך להחזיר ללוקח מעותיו משום תקנת השוק ולא עדיפי עדי פקדון מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ועמ"ש לקמן סי' שנ"ו בלוקח מאומן אי שייך תקנת השוק ע"ש) וכן אם שמעון מודה שהוא של לוי שהפקידו ביד ראובן חייב שמעון להחזירו ללוי בלא כלום אע"פ שהלוה לראובן עליו דכל שהוא יודע הוא עומד במקום עדי פקדון וראה (עיין בתשוב' מהרי"ט סי' ל"ט) מיהו אם אין שמעון מודה אפי' איכא עדים וראה אם טוען שיודע שראובן לקחו ממנו נאמן במגו שהי' אומר אתה מכרתו לי שהי' נאמן כיון שאין עדים כיצד בא לידו של שמעון (וכן מוכח בסי' קל"ד ס"ד ע"ש) ואם אין עדים ואינו מודה אפי' ידוע שהי' של לוי וראובן טוען שהוא של לוי שהפקידו בידו אינו נאמן לחוב לשמעון. כל זה מבואר ברשב"א שם וע"פ זה צריך אתה לדחוק ולפרש דברי הר"ב ומ"ש בסמ"ע ס"ק ס"ד על מ"ש הר"ב אינו נאמן לומר שלקחו כו' וכן מוכח מתשו' הרא"ש שכתבו הט"ו בס"ס זה סוף סעיף ל"ט ע"ש ע"כ לפע"ד ל"ד לכאן דהתם אע"פ דליכא עדים מ"מ לא הפקידו בידו ע"ש ודו"ק. מיהו מה שמשמע מדברי הרשב"א דאם שמעון מודה שהוא של לוי דהיינו שהיה של לוי שהפקידו ביד ראובן אע"פ שאינו יודע אם לקחו ראובן אח"כ ממנו או לא לא טענינן ליה שמא לקחו מראובן אע"ג דליכא עדי ראיה והיה ראובן יכול לטעון לקוח שמעון

עומד במקום עדי ראיה דליכא למימר דהרשב"א מיירי ששמעון מודה שהוא עדיין של לוי דא"כ לא הוהצריך לטעמא שהוא עומד במקום עדי פקדון וראה דפשיטא שצריך להחזיר ללוי את שלו כיון שהוא יודע שהוא עדיין שלו ושלא כדין השכינו ראובן אצלו וכן משמע נמי להדיא מהרחיות שהביא הרשב"א מפרק חזקת הבתים ומפ' איזהו נשך דמיירי ששמעון אינו יודע בבירור שהוא עדיין של לוי. אבל אין דבריו נראין עיקר בזה דלמה יהא שמעון עומד במקום עדי ראה הא כיון ששמעון נאמן שלקחו או שהוא משכון בידו מראובן במגו דלהד"ם או החזרתי כיון דליכא עדי ראיה א"כ נטעון לי' שראובן לקחו מלוי שהרי ראובן הי' יכול לטעון לקיח במגו דלהד"ם או החזרתי וכן הוא להדיא בתשו' מיימוני לספר משפטים סי' ל"ב תשובת ר"י בעל התו' וכן הוא בהגה' אשר"י ס"פ המקבל מא"ז ע"ש וכ"כ בסמ"ע לקמן סימן קל"ד ס"ק י"ב גבי לוקח מאומן דאי ליכא עדי ראה אין מוציאים מידו וע"כ היינו מטעמא דטענינן לי' כל מאי דמצי האומן לטעון ולא אמרינן דהלוקח עומד במקום עדי ראה וכן מוכח בתוס' פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל') סוף ע"א גבי מ"ש שם נראה לרשב"א דהוה לאוקמא לארעא בידי האע"ג דליכא מגו מ"מ טענינן ללוקח מאחר שהי' המוכר נאמן לומר זבינתא מינך במגו דאי בעי אמר לא הי' שלך מעולם ואע"ג דהאי לוקח ידע שהיתה שלו והוי כחד סהדא מ"מ הוי מגו כדמשמע לקמן גבי נסכא דר' אבא דאי לא הוי מ"ש וא"י לישבע היה נאמן לומר דידי חטפתי במגו דאי בעי אמר לא חטפתי והי' מכחיש את העד והכא לא הוי מחויב שבועה דאין נשבעים על הקרקעות עכ"ל ואף ר"י בתוס' שם משמע דלא פליג ארשב"א שם רק דאור"י דראייתו מפ' המוכר את הבית לאו ראי' היא אבל בדינא לא פליג עליה וכמ"ש ההגהת מימוני פט"ו מה' טוען והבאתי דבריהם לקמן סי' קמ"ו סעיף י"ד) וגם כבר כתבתי לעיל בשם ר"י בתשובות מיימוני לספר משפטי' דחולק להדיא אתשובות ר"ש בן אדרת) וליכא למימר דהכא נמי אי הוי טעין המוכר החזרתי הי' הלוקח מכחישו דמכל מקום לא הוי הלוקח כחד סהדא משום דנוגע בעדות הוא שהרי אילו רצה הי' טוען החזרתיו לתובע ומכרו לך וא"כ הוה נוגע בעדות שמוכרח הלוקח לומר שלא החזירו שאלו היה טוען גם הלוקח החזרתי לתובע היה צריך לישבע נגד התובע שיודע בברי שלא החזירו וכל עד שצריך שבועה אינו עד כדמוכח בפרק האיש מקדש ונתבאר לקמן סי' קכ"א ס"ק מ"ט ע"ש ודוקא בטענת דלא היתה שלך מעולם הוא שכתבו התוס' דהוי הלוקח כחד סהדא אי לאו משום דאין נשבעין על קרקעות ונפקא מינה במטלטלים כגון בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ויש עדי ראיה ביד הלוקח והלוקח ידע שהיא של התובע אע"ג דלית ליה סהדי שהי' הכלי שלו חייב הלוקח להחזיר גוף הכלי דבכה"ג לא

היה המוכר יכול לטעון לקוח במגו דלא הי' שלך מעולם דהי' הלוקח מכחישו שאינו נוגע בדבר במה שאומר שהי' מתחלה של המוכר והי' צריך לישבע נגד העד וא"כ לא הוי מגו ונראה שהר"ש בן אדרת לטעמי' אזיל דלא ס"ל כהך דינא דרשב"א בעל התוס' וכמ"ש ה' המגיד פ' ט"ו מה' טוען בשמו והבאתי לשונו לקמן סי' קמ"ו סעיף י"ד אבל לפי מה שהעליתי שם בהרשב"א בעל התוספת הוא הדין הכא כן נראה לפע"ד (ואפשר לפרש דברי הרב באופן שמסכים לכל מה שכתבתי ודו"ק):

סעיף צח

ואם אינו טוען לקוח הוא בידי נ"ל דצריך להיות בידו ואדסמיך ליה קאי ורוצה לומר שאין שמעון טוען שידוע הוא שלקוח הוא ביד ראובן אלא שנתן לו למשכון עכ"ל סמ"ע ולא ביאר יפה שהר"ב כתב שחייב לפדותו משום תקנת השוק ולענין תקנת השוק לא שייך לחלק בין טוען שלקחו או נתן לו למשכון וכדלקמן סי' שנ"ו אלא נלפע"ד דהכי פירוש' ואם אינו טוען לקוח הוא בידי כדי להחזיק גוף החפץ אלא טוען סתם שראובן נתן לו של לוי למשכון והוא לא ידע שהפקידו בידו והלוה לו עליו חייב לוי לפדותו משום תקנת השוק (ואפי' יש עדים שהפקידו בידו וראוהו עתה ביד שמעון וכמ"ש לעיל) והוא הדין אם טען שמעון שמכרו לו ראובן ואינו רוצה להחזיק גוף החפץ רק שיחזיר לו דמי המכירה חייב לוי להחזיר לו דמי המכירה כדלקמן סי' שנ"ו ולא קאמר אלא שאינו טוען לקוח הוא בידי להחזיק גוף החפץ ולפי זה שפיר יש לגרוס בידי כמו שהוא בכל הספרים ובעיר שושן ודו"ק:

סעיף צט

שתחלת עשייתם להשאיל ולהשכיר. כגון היורות הגדולות של נחושת שמבשלין בהם בבית המשתאות כגון כלי הנחשת הטוח בזהב ששוכרין אותו לכלה להתקשט בו שעשיית אלו הכלים אינם למכירת עצמן ולא ליהנות בהם בעל הבית בביתו אלא להשאילן לאחרים או להשכירן וליטול שכרן עד כאן לשון רמב"ם:

סעיף ק

אם אינו שוה לשומת הבקיאים אלא החצי כו'. כן צריך להיות וכן הוא בבעל התרומות ולפי הגירסא שלפנינו רוצה לומר אף החצי ולאו דוקא הוא:

סעיף קא

וי"א שהדין עם המחזיק. כתב בספר גידולי תרומ' שער מ"ט חלק ט"ו דף רפ"ז ע"א דבשאר לוה דעלמא שמודה כל דמי ההלוא' והמלו' אינו רוצה להחזיר מה שבידו עד שיפרעו לו כל חובו דלא שייך בזה מגו בהא יסבור הטור דלאו כל כמיני' לומר לדידי

שוה לי כל חובי והלו' יכול לסלקו בדמי שוויו והשאר ישאר עליו מלוה עכ"ל ולא נהירא אלא כל שכן דהטור ס"ל דיכול לומר לדידי שוה כל חובי עד שתשלם לי ואדרבא נראה דאפי' הבעה"ת מודה בהא וכדמשמע בדבריו להדיא ע"ש וכמו שכתבתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' ע"ש:

סעיף קב

שהדין עם המחזיק כו' כתב הסמ"ע הטעם הוא דכל המלו' על המשכון יותר מדמי שויו מסתמא מתחלת ההלוא' הי' דעתו שאם לא יפדנו יחזיקנו בדמי הלוא' לפי שהי' חביב בעיניו ובהכי מיירי ג"כ זה שטוען המחזיק שלכך כיון וכשם שמועיל חפיסתו לטעון עליו כדי דמיו כך מועיל לו בהוא נאמן לומר דמתחלת ההלוא' היתה כך כוונתו עכ"ל וטעם זה אינו נכון לפע"ד דלפ"ז באם אינו טוען המחזיק שלנך כיון וכ"ש בתופס עכשיו בשביל חובו ולא הלוה עליו מתחל' הדין עם בעל הכלי וזה אינו דהא הבעה"ת שער מ"ט סוף חלק ט"ו כתב בשם הראב"ד גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי אם בא לומר אני אקח העזים במאה לא מפיק מיני' בחמשים דמי העזים וכ"כ במרדכי פ' המקבל בשם הרבה גדולים אלא הטעם דהא אלו טען לקוח הוא בידי הי' מחזיק הכלי א"כ גם עתה נאמן לומר שחייב לו יתר מדמיו וא"כ אין צריך להחזירו לו עד שיתן לו כפי מה שטוען (וכמ"ש לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' ע"ש) וכן מוכח במרדכי שם להדיא וכן משמע בטור ובב"ח וזה ברור:

סעיף קג

עם המחזיק. ונראה דמ"מ צריד המחזיק לישבע בנק"ח ול"מ להרמב"ם וסייעתו דלעיל ס"ק ס"ו דכ' טעמא דלא אמרי' מגו לאפטורי משבוע' אלא אפי' להרא"ש דה"ט דטוען על המשכון צריך לישבע כיון דלאו אגופי' דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחברי' כו' נראה דה"נ לא מיקרי טעין אגופי' דמשכון דהא אלו הי' נותן לו זה כפי טענתו הי' מוכרח להחזיר לו הכלי ולא מיקרי טעין על גופו אלא כשטוען לקוח הוא בידו או מתנה וכה"ג כן נלפע"ד:

סעיף קד

ונ"ל דהמע"ה בס' אגודת אזוב דף פ"א האריך בזה והבין דעת הר"ב דאפי' בלא מגו הדין עם המחזיק. מטעם המע"ה וא"צ לישבע רק היסת ומסיק דדברי הר"ב סתומי' וחתומים וצ"ע ולא דק דפשיטא דהר"ב מיירי דוקא היכא דאית לי' למלוה מגו (אז הדין עמו וצריך לישבע בנק"ח וכמ"ש בסמוך) ומ"ש ונ"ל דהמע"ה ר"ל כיון דאין הכרע' בין ב' הדעות המע"ה וכ"כ בד"מ ונ"מ דאם הדר תפסו לוה אפי' תפסו בעדים בענין דלית לי' ללוה

מגו אע"ג דצריך לשלם לו מה ששוה אע"פ שכופר כיון שתפסו בעדים מ"מ יוכל הלו' להחזיק הכלי ודוק. ובספר תורת חיים פ' הגוזל קמא ופ"ק דמציעא ופ' המקבל בסוגיא דכי לא מסיק שיעור ארעא ושבחה דיהיב לי' זוזי ללוקח ומסלק לי' כו' הקשה. שם תימא דבמסיק שיעור ארע' ושבחה נמי תיקשי הכי כו' וכתב וי"ל כו' ומתוך כך הוציא להכריע כהטור וסיום דבריו ובש"ע כתב בהג"ה דכ"ל המע"ה ולפי מה שפירשתי נרא' אפי' אין המלוה מוחזק במשכון אין הלוה יכול לסלקו אא"כ יתן לו כל מה שטען עליו עכ"ל ולפעד"נ דשאני התם דכיון דלית לי' זוזי והקרקע היא שוה כדי כל החוב וכמ"ש לקמן סי' קט"ו סעיף ו' ע"ש ודוק ועוד דשאני הכא כיון דאינו חייב לו בודאי והלכך אע"ג דלקמן סי' קט"ו סס"א כתבתי דהעיקר כהראב"ד ורמב"ן היינו בחייב לו בודאי משא"כ הכא די"ל כהבע"ת וראבי"ה ודו"ק:

סעיף קה

אינו נאמן לומר לקוח כו'. נרא' דהיינו בדאיכא עדי ראה דדין אלו כדברים העשויי' להשאיל ולהשכיר אבל היכי דליכא עדי ראיה כיון דנאמן לטעון להד"ם או החזרתי נאמן ג"כ לטעון לקוח או משכון הוא בידי במגו. כן נלפע"ד:

סעיף קו

ואם החזיק בהם שלשה שנים כו'. משמע דקאי גם אבהמה דמהני חזקת ג' שנים וב' בסמ"ע דהמחבר סמך אלקמן סי' קל"ה דבבהמה לא מהני חזקת ג' שנים וכדעת הרמב"ם ובעל העיטור ולקמן סי' קל"ה כתבתי איפכא דאדרב' העיקר בש"ס ופוסקים דגם בבהמה מהני חזקת ג' שנים ושגם דעת הרמב"ם ובעל העיטור והמחבר כן וכמו שנרא' מדבריו אלו שבכאן ע"ש:

סעיף קז

וישבע היסת שלקחן ממנו או שמסרם לו בחובו לפרעון שיהיו שלו אבל אם טוען משכון הוא בידי כל הג' שנים צריך לישבע בנק"ח כ"כ הב"ח:

סעיף קח

אם המלוה כופר כו'. כתב הב"ח וז"ל נראה דאתא לאשמועי' דאף שהי' המשכון שוה פחות מהחוב אין זה מודה מקצת לחייבו ש"ד והטעם דמה שיש ביד המלו' משכון לפי טענת הלוה חשוב כהילך ואין זה כפירה ומה שהחוב יתר על המשכון הוא מודה בכולו ולכן אין כאן ש"ד כלל עכ"ל ואלו דברי שגגה הן דזהו מודה במקצת וכופר ממש הכתוב בתורה כיון שאין המלו' מודה במשכון ולכך דקדקו הט"ו וכתבו ברישא והלו' ישבע היסת כו' ובסיפא כתבו ואם הי' שוה פחות נשבע שמשכונו הי' שוה כו' ולא כתבו נשבע

היסת רק נשבע ופירוש' ש"ד וכן לעיל סוף י"ז ס"ק ע"ג כתבו ג"כ סתם נשבע על השנים כו'. ופירושו ש"ד וזה ברור:

סעיף קט

הדין עם ראובן דכיון שיש כאן עד א' כו'. והרשב"א חולק וס"ל דהמלוה נאמן בשבועה והביא הרב בהג"ה דעתו לעיל סעיף י"ח ובתשו' סי' פ"ו דף קס"ח ע"א כתב הרב דאע"ג דבתשו' הרמב"ן לא משמע כן מ"מ אין להוציא ממון נגד דברי הרשב"א ע"ש: ועוד נלע"ד דליכא פלוגתא בהא ונ"ל דהך דתשו' רמב"ן סי' פ"ד דהרשב"א הוא דידוע דתשו' הרמב"ן הם תשוב' הרשב"א רק שהמדפיסים טעו ויחסום להרמב"ן וכמ"ש ג"כ הב"י בהקדמת ספרו וגם המדקדק הטיב בתשו' זו להרמב"ן סי' פ"ד ירא' מלשונותיו שהם לשונות הרשב"א ולא הרמב"ן וכשתעיין בתשו' הרשב"א סי' אלף מ' יודע לך שהרשב"א מתחלה פסק דיחזיר המשכון משום דדמי לאומן (לקמן סי' קל"ד וסימן פ"ט סעיף ה') ואח"כ חזר בו דנ"ד לאומן כיון שבתורת משכון בא לידו וכיון שב"ח קונה משכון ה"ל מוחזק א"כ בתשובת הרמב"ן הועתק תחל' דברי רשב"א דדמי לאומן וא"כ כיון דהרשב"א גופיה חזר בו וליכא מאן דס"ל בהדיא דחייב להחזיר המשכון הכי נקטינן דהמלוה נשבע ונוטל וע"ש ודו"ק (ומכאן סתיר' לתשוב' מהרי"ק סימן צ"ד ע"ש):ועוד ראיה לדברי מדברי הרמב"ם ובעל התרומה וה"ה שהרמב"ם כ' פי"ג מה' מלוה וז"ל המלוה על המשכון הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואלו רצה היה אומר לקוח הוא בידי ה"ז נשבע בנק"ח ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטליה ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על ממון שלוקח שאלו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר אבל אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבוע' והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרין מגו לאפטורי משבועה עכ"ל וכ"כ בה"ת שער מ"ט ריש ח"ב וכ"כ ה' המגיד שם וז"ל שכיון שאם היו שם עדים שהוא משכון בידו כמו שהוא אומר ולא היו יודעים בכמה היה צריך מלוה שבועת התור' (כלומר כעין של תור') דכיון שיש שם עדים שבמשכון באת לידו נראה דאין כאן מגו דלקוח הוא בידי ג"כ כשאין שם עדים שהוא בידו במשכון אע"פ שהי' נאמן בלקוח בהיסת אין אומרים מיגו לאפטורי משבוע' עכ"ל ומביאו ב"י בסעיף י"א. הרי להדיא דאפי' כשיש עדים שבמשכון בא לידו ואינן יודעים בכמה נאמן המלו' מיהא בשבוע' וכ"ש היכא דאיכא חד סהדא בכה"ג דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואין לומר דהרמב"ם ובעה"ת וה"ה מיירי כשאין עדי

ראי' דיש לו מגו דהחזרתי דא"כ מאי אולמי' דיש עדים מאין עדים שבאו להוכיח דביש עדים צריך שבועה בנקיטת חפץ הא התם גופי' כיון דאית לי' מגו דילמא נאמן בהיסת ובמגו דהחזרתי אלא ודאי דהם מיירי בדאיכא עדי דאי' ג"כ. וכי האי גוונא אשכחן בכמה דוכתי בהרמב"ם ובעה"ת ושאר פוסקים שכתבו סתמא עדים ומיירי ג"כ בדאיכא עדי ראי'. כנלפע"ד ברור ודו"ק: (ואע"ג דלעיל ס"ק ט' העליתי דלא אמרי' ב"ח קונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו מ"מ כיון דניתן לו מתחלה בתורת משכון הוא מוחזק בו לענין שנאמן עליו עד כדי דמיו אפילו בלא מגו דדוקא לקמן סעיף כ"ד אינו יכול לתבוע מספק כיון שאין לו על המשכון אלא שעבוד משא"כ הכא שטוען ברי נאמן כיון שמוחזק בו כדין ודו"ק):

סעיף קי

ויטול וישבע כו'. פי' אם אינו מביא שמעון ראי' יטול ראובן וישבע כו' והא דנשבע היסת היינו משום דהמשכון הילך הוא ולפ"ז מיירי שלא נטל המשכון עדיין ומ"מ אי"צ לישבע אלא היסת דכיון דשמעון אינו מביא ראיה הרי הוא של ראובן וה"ל טענ' שמעון כתביעת בעל פה דא"צ אלא היסת או יש לפרש דמיירי כאן שמשלם לו מיד העשרה שמודה דה"ל הילך:

סעיף קיא

איני זוכר אלא מהדינר לבד והשאר ספק אצלי ולכך ראובן פטור אפילו מהיסת ואין עליו אלא חרם סתם וכמ"ש לעיל סי"ד:

סעיף קיב

וע"ל סי' זה סעיף י"ד. ע"ש דמסיק וכתב דאם עד א' מעיד שלא כדברי הלוה נשבע הלוה נגד העד כו' וה"ה בדין זה עכ"ל סמ"ע ובאמת היינו ממש דין זה:

סעיף קיג

צריך לברר כו'. עיין מה שכתבתי מדינים אלו לקמן ריש סי' ע"ה:

סעיף קיד

לא קני דדחויי מדחי לי' הטור ומור"ם כתבו דין זה בסימן ע"ג ע"ש כו' עכ"ל סמ"ע ואינו בטור ובאמת צ"ע בדין בזה שכתב המחבר דהנמוקי יוסף שם הוציא כן ממאי דס"ל גבי פועל דאם א"ל טול מה שעשית בשכרך דיכול לחזור בו כל זמן דלא פנינהו ודלא כהרשב"א שם משום דדחוי מדחי והרי הט"ו גופי' חולקים בזה לקמן של"ו סעיף ב' וס"ל כהרשב"א דאם הוא ברשות הפועל אינו יכול לחזור בו וא"כ נראה דה"ה הכא גבי

משכון ודוחק לחלק בין פועל להך דהכא ועוד דהא בנ"י שם תלה זה בזה וכתב שם ג"כ להדיא דלהרשב"א אם חזר בעל המשכון אח"כ על משכונו אין שומעין לו ע"ש וצל"ע:

סעיף קטו

שנפחתו דמיו ביד המלוה כו'. כתב הסמ"ע שכן הוא טענת הלוה והמלוה מודה לו אבל אומר שנעשה באונס ואין עדים בדבר ואלו רצה המלוה היה כופר ואמר הרקבון היה כבר ולא השגחתי עליו ומ"ה נאמן בהיסת במ"ש שנעשה באונס במגו דאלו אמר שלא נעשה בביתו דאל"כ היה צריך המלוה לישבע שבועה דאורייתא שנעשה אצלו באונס אפי' אטענת ספק דהלוה כדין כל שומר שצריך לישבע ש"ד אטענת אונס מיתה או שבורה ואפי' אין המפקיד טוען טענת ברי ועוד י"ל דלא חייבה התורה לישבע אלא כשטוען שנגנב או שנאבד או מיתה או שבורה דומיא דמיתה דכלתה לגמרי משא"כ בכה"ג שהוא עדיין בעין אלא שנפחתה ועדיין שם בעלים הראשונים עליו וכיון דאין להלוה טענת ברי אהמלוה לא חייבוהו התורה בכה"ג לישבע אספק עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד דהתירוץ הראשון ודאי ליתא דהא המחבר ס"ל לקמן ר"ס צ"ג ור"ס רצ"ו דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' וגם מקור דין זה הוא מבעה"ת והבעה"ת כ' ג"כ דא"א מגו לאפטורי משבועה והבאתי לעיל ס"ק כ"ד ואפי' להטור והר"ב דלקמן סי' רצ"ו דאמרינן מגו לאפטורי משבועה אלא דבשבועת שומרים היינו טעמא דהוי העז' ה"נ דמי ממש לשבועת השומרים דהא הוי העזה אלו היה טוען ואמר הרקבון היה כבר. ואם כוונת הסמ"ע לומר במ"ש ולא השגחתי עליו דאינו יודע אם הרקבון הוי כבר דלא הוי העזה. פשיטא דכה"ג לא הוי מגו וכמ"ש לעיל סעיף י"ג ס"ק נ"א בשם התוס' והר"ן. והתירוץ השני כתב ג"כ הב"ח והוא ג"כ אינו נכון לפע"ד לחלק בין נאבד ונשבר לנפחת מה שלא מצינו בשום מקום דלא מסתבר כלל לחלק בין נאבד לנפחת ועוד דא"כ היאך כתבו הבעה"ת והט"ו לקמן בסעיף ל' בנפחת המשכון דה"ל משואיל"מ הא בשבועת היסת לא אמרינן משואיל"מ ודוחק לומר דבהך דבסעיף נ' מיירי שנפחת בענין שאין שם בעלים הראשונים עליו דהא הכא והכא חד לישנא נקטו. אבל לפעד"נ לתרץ דהכא מיירי שהלוה טוען ברי לי שנרקב בפשיעתו ומ"ש וטוען הלוה ברי לי שנפחת מחמת שנרקב ר"ל דטוען ברי לי שנפחת בפשיעתו וכן כתב הב"ח דמיירי שהלו' טוען ברי לי שנפחת בפשיעתו והשתא א"ש דל"ק נמי מה שהקשה בסמ"ע ס"ק ע"ז [פ'] אמ"ש הבעה"ת והט"ו אח"כ נשבע שהוא כדבריו ונפטר דלאשמועינן רבותא שהלוה חייב ג"כ לשלם ע"פ שבועת המלוה כו' ונכנס בישובים דחוקים ולפי מ"ש לק"מ דכיון שהלוה טוען ברי אינו חייב לשלם ע"פ שבועת המלוה. והלכך נשבע המלוה היסת דכל שבועת

שומרים אינו אלא כשבעל החפץ טוען שמא דרמי רחמנא שבועה עליה שלא יהא כל א' וא' הולך וטוען אבד חפצך שהרי אין הבעל יודע אם משקר אבל כשהבעל טוען ברי לא רמי רחמנא שבועה עליה דחזקה אין אדם מעיז. והכי מוכח נמי ממ"ש הרא"ש והר"ן ר"פ כל הנשבעין דמשבועת השומרים דחייב אפי' הפקיד אצלו בלא שטר ועדים ליכא לאוכוחי מיניה דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה דהתם היינו טעמא דלאו מגו מעליא הוא דכי טוען נאנסו אינו מעיז הלכך לית לן להמניה במאי דאינו מעיז משום דאי בעי מעיז דחזקה אין אדם מעיז עכ"ל ואי חייב שבועת שומרים אפילו בטוען הבעל ברי לי שפשע א"כ הא השתא נמי מעיז והדרא קושיא לדוכתי' אמאי לא אמרינן מגו ובע"כ מוכח משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה אלא ודאי כמ"ש ודוחק לומר דבטוען ברי באמת לא מחייב שבועה אלא היכא דהפקיד אצלו בעדים ובשטר ודוק (וע"ל סי' צ"ב סעיף ח' ומ ש שם) וכן משמע ממ"ש התוספות פ' הגוזל עצים (בבא קמא דף ק"ז ע"א) בשם ריב"א וכ"כ הרא"ש ושאר פוסקים גבי עירוב פרשיות כתוב כאן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב"ח שיודע שהוא משקר וה"ה נמי בפני המפקיד לכפור הכל ובמלוה פי' טענה דלא שייכא אלא במלוה דהיינו כפיר' והודא' הוא דאינו מעיז לפי שכנגדו יודע שהוא משקר אבל בטענה דלא שייכא אלא בפקדון מעיז ומעיז הלכך אפי' כופר בכל חייב עכ"ל וכן כתב הר"ן פרק שבועת הדיינים וכ"כ ר' ירוחם נ"ג ח"ב וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ט דף ע"ב ע"א וכן משמע ממ"ש ה' המגיד פ"ב מה' שכירות ומביאו ב"י לקמן סי' פ"ז ס"י וז"ל זה פשוט דאין שבועת השומרים בכופר בכל אלא בטוען נאנסו אבל בטוען לא הפקדתני או לא נעשיתי שומר או החזרתי שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהם כמו הנפקד אין שם חיוב שבועה עכ"ל ודוק (ואין להקשות ממ"ש בת"ה סי' של"ד דאם תובע אותו שפשע ויש לו עד א' שפשע ועד א' מכחישו דפטור משום עד מסייעו אלמא אי לא הוי עד מסייע היה מוכרח לישבע שבועת השומרים י"ל דמיירי התם שהתובע טוען שמא רק שתובעו ע"פ העד הלכך הוה ס"ד דת"ה התם דאי הוה אמרינן אוקי חד לגבי חד יתחייב שבועת השומרים ע"ש ודו"ק):

סעיף קטז

שנרקב או אכלוהו עכברים כו'. ע"ל סי' רצ"א ס"ג מ"ש שם מדין היזק עכברים וכה"ג:

סעיף קיז

ושואל ממנו ה'. אורח' דמילת' נקט ואה"נ דאם המלו' אינו רוצה ליקח המשכון בחובו ורוצה להחזירו ללוה ושישלם לו עכ"פ כפי הודאתו חייב לשלם לו דמפני שנפחת אצלו

א"צ ליקח המשכון בחובו דל יהא אלא שואל או מזיק בידים הא קי"ל אין שמין לשואל ולמזיק אלא לגנב וגזלן בלבד וכדלקמן סימן שד"ם ור"ס ת"ג וע"ש מדיני שומת השברים:

סעיף קיח

ואע"פ שהוא מודה מקצת. שהרי המשכון הילך הוא ע"ל בטור ובדברי המחבר ריש סעי' פ"ז דאם נותן לו משכון לא מיקרי הילך שאני הכא דלוה עליו מתחל' עכ"ל סמ"ע ס"ק פ"ב ובאמת הבאתי כן לק' סי' פ"ז סעיף א' ס"ק ה' דברי הר"ן ונ"י שמחלקין בכך להדיא וע"ש אבל מ"מ דין זה צל"ע כי נראה שם להדי' דטעמייהו דהר"ן ונ"י משים דאזלי לשטתם דס"ל דהא דאמר ר' יצחק ב"ח קונה משכון היינו אף בשעת הלואתו וא"כ כבר הוכחתי לעיל סעיף ב' ס"ק ט' דלא אמר ר' יצחק אלא בשע' הלואתו אבל בשעת הלואתו אינו קונה משכון ואינו עליו אלא ש"ח או ש"ש. וא"כ כי היכי דהוכיחו הר"ן ונ"י שם מהא דאמרינן פ"ק דקדושין התקדשי לי במנה זו והניח לה משכון עליה דאם נותן לו משכון לא מיקרי הילך אינה מקודשת דמנהא"כ משכון א"כ הא כבר הוכחתי לעיל סעיף ב' ס"ק ט' דאם קדשה במשכון שיש לו מאחרים שמשכנו בשעת הלואתו אינה מקודשת משום דלא קני משכון זה ומנה אין כאן משכון אין כאן א"כ הכא נמי אע"ג דהלוה לו כבר עליו מ"מ כיון דלא קני משכון לאו הילך הוא ומנה אין כאן משכון אין כאן כן נ"ל ברור ועיקר:והנה ראיתי בבעה"ת שמשם מקור דין זה בשער מ"ט סוף ח"ב ולא כתב כמ"ש הט"ו כאן רק כתב וז"ל הלוה נשבע היסת ונפטר ואיכ' מ"ד שבועת התור' דה"ל מידה מקצת עכ"ל ונראה דמ"ש ואיכ' מ"ד שבועת התור' דה"ל מודה מקצת היינו משום דמשכון לאו הילך הוא וכמו שהביא הבעה"ת שער ז' ח"ב דהבעל העיטור והר"י מג"ש פליגי בזה דהר"י מג"ש ס"ל דמשכון לאו הילך הוא ומביא שם שהר"י מג"ש הביא ראיה מהך דפ"ק דקדושין דמנה אין כאן משכון אין כאן והבע"ת סובר בפשיטות דנתן לו עתה משכון והלוה לו מתחלה על משכון הדין שוה בשניהם וכ"כ הרמב"ם להדיא בפ"ד מה' טוען דין ו' וז"ל מנה לי בידך על משכון זה אין לך בידי עליו אלא חמשים הרי זה מודה מקצת וישבע ואם אין המשכון שוה אלא חמשים או פחות ה"ז נשבע ומשלם החמשים שהוד' בהן היה המשכון שוה מאה או יותר הואיל והמלוה יכול לטעון עליו עד כדי דמיו הרי המלו' נשבע ונוטל מדמי המשכון הי' שוה שמונים נשבע המלוה שאין לו פחות משמונים ונוטלן מן המשכון ונשבע הלוה מן התורה על העשרים שכפר בהן עכ"ל ותימה על המחבר שכתב בפשיטות דמשכון הילך הוא והלא הוא נושא כליו של הרמב"ם ואיך סתם דבריו שלא כדברי הרמב"ם ואף שהראב"ד שם השיג עליו וכתב מה ישבע הילך היא הרי כתב הרב המגיד שם דאין כן דעת רבותיו של הרמב"ם ובביאור

כתב אבן מג"ש ז"ל בשם הרב אלפסי דמשכון לאו הילך הוא עכ"ל וגם הסמ"ג דף קפ"א ע"ד כתב ככל דברי הרמב"ם. וגם כבר כתבתי שכן נראה עיקר ודו"ק:

סעיף קיט

ומנכ' לו חמשה מתוכו. נלפע"ד דתיבת ומנכה צ"ל ומגבה וכן הוא בקצת ספרי הטור וה"ק ומגבה לו המלו' ה' מתוכו כלו' מן המשכון מגבה ללוה ה' והשאר גובה מהמשכון ואם המלו' רוצה שהלו' ישלם לו במזומנים י' יכול להחזיק גם שיעור החמש' עד שישלם לו העשר וכמ"ש בסמוך דבשביל שנפחת אצלו אינו מחויב ליקח המשכון:

סעיף קכ

והשאר גובה מהמשכון. בשבוע' בנק"ח וכמ"ש לקמן בסמוך:

סעיף קכא

וכ"ש אם אפי' אחר שנפחת כו' שבועת היסת כו'. כתב הסמ"ע והב"ח דהא דנשבע היסת ולא אמרינן דצריך לישבע בנק"ח כדלעיל סעיף י"ז היינו משום שאין מחולקים בסך ההלוא' רק בשיעור הפחת ע"ש באריכות. ואין דבריהם נלפע"ד לדינא דהא טעמא דאמרי' לעיל סעיף י"ז דצריך לישבע בנק"ח כיון דאינו טוען על גופו של משכון שהוא שלו אלא בא ליפרע ולגבות חובו מן המשכון א"כ מה בכך ס"ס לפי דברי הלוה אין מגיע לו כ"כ להתפרע מן המשכון וא"כ כיון דאינו טוען על גופו של משכון שהוא שלו צריך לישבע בנק"ח והגע עצמך הרי שהיו מחולקים בפרעון שהי' הלוה אומר פרעתי לך כו"כ והמלו' אומר לא פרעתני אלא כך וכי לא בעי מלוה אישתבעי בנקיטת חפץ וא"כ ה"ה בטוען אתה נתחייבת לי אחר ההלוא' סך פלוני כנגדו וא"כ אני פורע לך בזה הא נמי דמי לפרעון בכל דוכתי כדלקמן סי' ע"ה ס"ז ושאר דוכתי טובי וכ"ש כשאומר הלוה משכנתי אצלך י' כלים שוים ק' דינרים בנ' דינרים ומכרת ה' כלים ונמצא שנתפרעת והמלו' אומר לא השכנת אצלי רק ה' הא נמי דמיא לטענת אתה נתחייבת לי כנגדו יעדיף מיני' ודמי לפרעתיך ואם כן ה"ה הכא כשטוען נפחת כך וכך ואם כן הרי נתפרע מן המשכון כך וכך שהרי הוא מתחייב בתשלומי הפחת למה לא ישבע המלו' בנק"ח (ועוד דלא מצינו בפוסקים שח לקו בכך) ועו"ק דהא לפי זה כשאין המשכון שוה שיעור חובו כתבו הט"ו והשאר גובה מהמשכון שהוא נאמן בשבועה עד כדי דמיו משמע שצריך לישבע בנק"ח ובאמת בסמ"ע משמע שגם בדין שלפני זה א"צ לישבע אלא היסת אבל מפשט דברי הט"ו שכתבו שהוא נאמן בשבוע' עד כדי דמיו משמע שצריך לישבע בנק"ח וכן כ' הב"ח להדיא דנשבע בנק"ח כעין דאוריית' ע"ש וא"כ קשה אם איתי' דכשאינ' מחולקים רק על הפחית' א"צ לישבע אלא היסת אמאי ישבע בדין שקודם לכן בנק"ח ובב"ח נראה

שהרגיש בזה ומחלק בזה ולא ירדתי לסוף דעתו בזה שהרי כל מעיין ישפוט בצדק שהדין שוה בשניהם ומה לי ששוה עדיין חובו או לא וגם מ"ש בסמ"ע וז"ל וגם כ' שם בבעה"ת דעה א' דמצריך ברישא כשאין המשכון שוה כ"כ לישבע בנק"ח ואפשר שטעמו הוא כיון שנראה כתובע וכאלו בא להוציא כו' עכ"ל גם זה לא נתברר אלי ולא ידעתי טעם לחלק וגם מ"ש הסמ"ע וגם כתב שם בבעה"ת דעה א' כו' ליתא וכמו שאבאר. וע"ק לי על הסמ"ע והב"ח דהא בבעה"ת כתב להדיא (שער מ"ט סוף ח"ב) וז"ל ואם נפחת פחת שעדיין שוה את חובו נשבע שבועת התורה (כלומר כעין של תורה) המלוה וגובה חובו מהמשכון שנאמן בשבועתו עד כדי דמיו עכ"ל הרי להדיא דלא כהסמ"ע והב"ח. ואף על פי שהב"ח כתב בסוף דבריו שבבעה"ת שער מ"ט סוף סימן ב' מבואר להדיא כדבריו למעיין הטיב עד כאן לשונו הרי לפניך דברי בעה"ת מבוארים שלא כדבריו ולפי שנלפע"ד שהסמ"ע והב"ח לא ירדו לסוף דברי בעל התרומות ע"כ מוכרח אני להעתיק כל דברי בעה"ת ולבארם ומתוכם יתבארו ג"כ דברי הטור והמחבר. ז"ל בעה"ת שם וכתב בעל העיטור היכא שכפר במשכון ושניהם מודים בהלואה ישבע זה שלא הניח בידו משכון והלו' ישבע שאין ראוי ליטול הימנו אם הי' חובו כנגד משכונו ואם הי' שוה פחות ישבע כו' וישלים היתר על המשכון ואם הי' המשכון שוה יותר על חובו כבר נשבע המלו' שאין לו משכון ופטור גם כתב והיכא שנפחת המשכון זה אומר בשעת הלוא' הי' שוה כך וכך ונפחת כך וכך וזה אומר לא נפחת א"נ לא נפחת אלא כך א"נ איני יודע נשבע המלו' שבועת היסת ונפטר וה"ר יודא כתב דאיכא מ"ד מלוה נשבע כעין דאוריית' שלא נשתמש וגובה חובו וכן אם השכירו נשבע כמה נטל משכירותו ואיכא מ"ד דהלו' נשבע כמה הי' שוה בעת הלוא' מגו דאי בעי אמר לא הלויתני אלא כמו ששוה היום כי אמר כך וכך הי' שוה ונפחת נאמן ובשבועת היסת ובשכירות (נלפע"ד דתיבת ובשכירות צ"ל ובשנאבד וכן הוא בבעל העיטור דף ס"ח ע"ג ע"ש) המשכון נשבע המלו' ע"כ ויש לנו לברר על איזה דרך יבוא ביניהם טענת נפחת המשכון כי בודאי אם טענו הלוה נפחת המשכון בידו של מלו' מפני שאכלוהו עכברים או הרקיב או אכלו עש בכל אלו כו' אם פשע ופחת המשכון בידו מחמת פשיעתו בידים אם מודה חייב לשלם ואם כפר הואיל והלוה טוען בברי כי המשכון נפחת מדמיו יש לו לישבע שלא נפחתה בפשיעתו וששמר' כראוי במקום הראוי לה ושנערה כל צורכ' ומפטר וכל זה בשבועת היסת ואם מודה שפשע בה ולא נערה כראוי או שהניח' במקום שאין ראוי להניח ופחת מדמיו ויש מחלוקת ביניהם זה אומר כך נפחת' וזה אומר כך נפחת' אם פחתה פחת שצריך לוה להשלים למלו' שאינו שוה מה שהלוהו הלוה נשבע היסת

ונפטר אבל המלו' (אינו) נשבע שהרי אינו נפרע ממשכונו ואינו שוה מה שהי' תובע לו ואם נפחת פחת שעדיין שוה את חובו נשבע שבועת התור' המלו' וגובה חובו מן המשכון שנאמן בשבועתו עד כדי דמיו עכ"ל בעה"ת. והנה נראה שהסמ"ע והב"ח הבינו דבריש דבריו מירי שהמשכון אחר שנפחת אינו שוה כדי שיעור חובו ואפ"ה נשבע היסת ונפטר לו על זה פליג ה"ר יודא שצריך לישבע כעין דאוריית'. אבל באמת אין כונת בעה"ת כן ודבריו צריכים ביאור דא"כ היאך כתב בסוף דבריו בסתמ' ואם נפחת פחת שעדיין שוה את חובו נשבע שבועת התור' כו' ועוד דאפי' לו יהי כן היכן נזכר בבעה"ת דאם המשכון אינו שוה שיעור. חובו והלוה תובע את המלו' דה"ר יודא מודה בזה וע"ק דא"כ היאך כ' בריש דבריו ע"ז ואיכא מ"ד דהלו' נשבע כמה הי' שוה כו' למה ישבע הלו' כיון שהמשכון גם אחר שנפחת שוה כדי החוב. אלא נלפע"ד דהבעה"ת מתחל' העתיק כל דברי בעל העיטור ואח"כ מפרש דברי בעל העיטור וכן משמע להדיא בספר גדולי תרומ' שמ"ש הבעה"ת ויש לנו לברר כו' הוא פי' על דברי בעל העיטור שהביא קודם לכן ע"ש וה"פ דמתחל' הביא בעל העיטור היכא שכפר במשכון ושניהם מודים בהלוא' כו' בזה אין צריך לברר דבריו שדבריו פשוטים הם אבל במ"ש בעל העיטור בדין טענ' נפחת המשכון צריך לברר על איזה דרך יבא ביניהם טענ' נפחת המשכון דודאי הנך איכא מ"ד שהביא בעל העיטור לא פליגי אהדדי דפשיטא דאם המלו' תובע את הלו' לכ"ע הלו' נשבע היסת ונפטר ואם הלו' תובע את המלו' והמלו' בא ליפרע מהמשכון לכ"ע צריך לישבע כעין דאורייתא ואם בא לפטור עצמו והלו' תובע שיש בידו יתרון על חובו פשיטא דלכ"ע נשבע המלר היסת ופטור מהלו' וע"כ מפרש דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי והוא דאם כבר פרע הלו' למלו' ואח"כ טוען הלו' ברי לי כי המשכון נפחת מדמיו תחת ידו בפשיעתו והי' שוה יותר מחובו יש לו למלו' לישבע היסת שלא נפחת בפשיעתו ומפטר ובהא מירי הבעל העיטור מעיקרא ואם מודה שפשע כו' וטוען שאעפ"כ צריך להשלים לו לפי שמתחלת הלוא' ג"כ לא הי' שוה כדי חובו בזה נשבע הלו' היסת ונפטר ובהא מירי הבעל העיטור בסוף דבריו ואם נפחת פחת שעדיין שוה חובו נשבע המלו' שבועת התור' וגוב' חובו מהמשכון ובהא מירי הבעל העיטור באמצעות דבריו בשם ה"ר יודא כך הם הצעת דברי בעה"ת. ומ"ש הבעל התרומות בריש דבריו שהלו' טוען ברי לי שנפחת בפשיעתו ה"ה דהוה מצי למימר כפשוטו שטוען שהי' שוה יותר מחובו ונפחת והמלו' כופר אלא רבותא קמשמע לן דאע"פ שהמלו' מוד' שהי' שוה יותר מחובו רק שלא נפחת בפשיעתו מפטר בהיסת. וא"כ נתבאר לך להדיא מדברי בעל התרומות הפך מה שהבינו הסמ"ע והב"ח מדבריו. ונלפע"ד דגם הטור והמחבר

מודים דאף שמחולקים בפחת צריך המלו' לישבע בנק"ח היכא שבא המלו' לגבות חובו מהמשכון ומ"ש בסוף דבריהם נשבע היסת מיירי שכבר החזיר ומה שלא חילקו ברישא כן היינו משום דברישא המשכון אינו שוה כשיעור הלוא' א"כ מסתמא הלו' אינו פורע להמלו' החוב שהרי המשכון אינו שוה עכשיו כדי החוב ואף אינו משלם לו ע"י ניכוי שהרי הוא רוצ' לשלם לו כל החוב וכשרוא' שאינו שוה כל החוב אינו פודה וכלל עד שידין עמו וא"כ מסתמ' דמילתא עדיין הוא ביד המלו' ושם נפלו הטענות ביניהם וא"כ המלוה שרוצ' ליפרע מהמשכון צריך לישבע בנק"ח אבל כשהמשכון עדיין שוה כשיעור חובו רגילות הוא שהלו' פודה משכונו דכשרוא' ששוה עכ"פ כדי חובו הוא משלם החוב ואינו מדקדק לראות מה שהי' שוה יותר. אבל אה"נ דאם אינו רוצה לפדותו ורוצה לדון עמו אף שעדיין שוה כדי חובו צריך המלו' לישבע בנק"ח כעין דאורייתא אף אם לא תפרש דברי הט"ו כן מ"מ לענין דינא נלפע"ד כמו שכתבתי וכמו שהוכחתי מדברי בעה"ת. והוא דין אמת וצדק. וכן הסכימו עמי כמה בעלי הוראה:

סעיף קכב

או שאמר המלוה איני יודע כמה נפחת שנשבע המלוה שבועת היסת כו'. יש לדקדק דהא כיון שמודה שנפחת ה"ל מודה מקצת וכיון שאינו יודע כמה הוה לי' משואיל"מ וכדלעיל סעיף י"ב וכתב בסמ"ע דהיינו שהמלו' טוען איני יודע כמה נפחת כלל דיכול להיות מעיקרא הי' כך נרקב והוה לי' כאומר איני יודע אם הלויתני כו' ותיבת כמה דחוק לפירושו. והגאון אמ"ו ז"ל כתב וז"ל ולי נראה לפרשדאו שאמר כו' קאי אאם לא שוה כדי החוב שטוען המלוה דקודם הפחת אפשר הי' שוה כנגד החוב ואיני יודע ונשבע שאינו יודע אם הוא חייב לו עכ"ל ונכון הוא. עוד נלפע"ד דמעיקרא לק"מ דכיון דהלוה חייב לשלם למלו' עכ"פ מעותיו א"כ אף מה שמודה שנפחת ה"ל הילך דהא הלו' חייב לו כנגדו הלואתו וכן ראיתי בעיר שושן וז"ל נ"ל מפני שהלו' חייב לפדות המשכון מן המלו' ויכול המלו' לומר ללוה בכל מה שיודה שינכה לו מחובו וה"ל כמו הילך שפטור מש"ד עכ"ל ולפ"ז נ"ל דמיירי שהמלו' אינו חפץ במשכון רק מניחו בב"ד ורוצה ליתנו ללוה שהלוה ישלם לו דאל"כ הרי אין הלו' חייב לו כלום ואין כאן הילך ולפי שמפשטן של דברים משמע שהמלוה גובה מהמשכון עצמו חובו לכך הוצרך הגאון אמ"ו ז"ל לפרש דאו שאומר כו' קאי אאישא. ולענין הדין אלו ואלו דברי אלהים חיים:

סעיף קכג

זה נשבע שמשכון הוא בידו וזה נשבע שמכרו כו' אבל אין המלו' נשבע שהמשכון הוא בידו בסלע וחייב לו דינר שהרי לא יהיב ליה דינר וכן הלוה אינו נשבע שמכר' לו

בג' דינרים וחייב לו ג' דינרים שהרי לא יהיב ליה ג' דינרים אלא כל אחד נשבע לפטור את עצמו זה נשבע דמשכונו הוא בידו וזה נשבע שמכרה לו (וכדלקמן סי' קל"ח) כ"כ הב"ח ועיין בספר גדולי תרומה דף רע"ו ע"ד:

סעיף קכד

ואם רצו להפך שבועתן כו'. פי' הסמ"ע דהיינו שהשבועה שמוטל עליו לישבע וליפטר רוצה להפכו על שכנגדו שישבע ויטול ופי' דין זה הכי דראובן אומר לשמעון עליך מוטל לישבע שמכורה בידי וליפטר השבע עוד היפוך השבוע' המוטלת עלי והיינו שאינה ממושכנת בידי ואתן לך ג' דינרים כתביעתך או ששמעון אומר לראובן השבע שבועתך שמשכונ' בידך הוא והשבע ג"כ היפוך שבועתי שאינה מכורה לך מידי הוא ואתן לך ד' דינרים בעד המשכון כתביעתך ועושין כך מפני חשש ערמה שיערים בשבועה אחד עכ"ל ואין נלפע"ד דהא פשיטא דכשישבע צריך לברר שבועתו באופן שלא יהיה חשש ערמה אלא נלפע"ד דה"פ דראובן אומר עלי מוטל גם כן לישבע שמשכון הוא בידי אין אני רוצה לישבע רק אני מהפך שאתה לבדך תשבע שמכרת לי ואתן לך ג' דינרים וכן שמעון אומר השבע אתה לבדך שמשכון הוא בידך בסלע ולא אני ואתן לך דינר וכן ראיתי בב"ח שפירש כדברי ע"ש:

סעיף קכה

ברי לי. אבל אי לא היה טוען ברי היה המלוה נשבע שנאנס והי' גובה חובו כדלעיל סעיף י"ד ועיין מה שכתבתי שם:

סעיף קכו

נשבע הלוה היסת ונפטר. במגו שאין נך בידי כלום חו פרעתיך עכ"ל טור ומשמע דהיכא דלית ליה מגו כגון שהוא מלוה בשטר או שהנוה לו בעדים והתנה עמו שאל יפרענו חלא בעדים וכה"ג נשבע המלוה וגובה חובו ודלח כסמ"ע לעיל סעיף ב' ס"ק י"ג שפי' דאם אין לו מגו צריך הלוה לישבע שבועה חמורה וז"א דכיון דלית ליה מגו למה יפטר מתשלומין ועוד דאם איתא דפטור מתשלומין למה ישבע שבועה חמורה הא קי"ל: דלעולם אין נשבעין ש"ח אלא אותן הנשבעין בתורה ולח משלמין כגון מודה מקצת ועד אחד או שבועת השומרין וכה"ג או אותן הנשבעין ונוטלים מה שא"כ הכא שאינו נוטל ואינו מאותן הנשבעין שבתורה מאי שייך שבועה חמורה לכאן אלא ודאי כדפי' דחתא לאשמועינן דאם אין לו מגו נשבע המלוה ונוטל וכן משמע בב"ח כדברי וכן משמע להדיא בבעה"ת שער מ"ט סוף ח"ב שממנו מקור דין זה שכ' שם וז"ל וכתב הר' יודא מלוה שטוען שנאבד המשכון ממנו באונס והלו' טוען לא כי אלא מכרתו ולקחת

דמיו איכא מ"ד נשבע מלוה וגובה ואיכא מ"ד לוה נשבע היסת ונפטר דמהימן במגו דאי בעי אמר אין לך בידי כלום או פרעתיך כי אמר שלח נאבד מהימן ופטור ומיהו בשבועת היסת ע"כ משמע דדוקא משום מגו הא היכא דלית ליה מגו מודה ליה האיכא מ"ד דנשבע מלוה וגובה חובו:

סעיף קכז

ונאנס מיד לוי כו'. ה"ה נגנב או נאבד להי"ח דלעיל סעיף ב' בהג"ה וכן בכל הסעיף דדוקא להמחבר וסייעתו דלעיל סעיף ב' נריך לדבר בכל הסעיף בנחנס. וכ"כ ב"י וז"ל ומ"ש ונאבד מיד לוי לדעת הגאונים שסוברי' דמלוה על המשכון ש"ש הוי האי נחבד היינו באונס גמור כגין שטבעה ספינתו בים דחל"כ אפילו נאבד ביד שמעון חייב לשלם עכ"ל ובספר גדולי תרומה דף רע"ז ע"א הקשה על הב"י וז"ל ולא הבינותי דאי נאבד באונס גמור נמצא המלוה פטור מכל וכל וגובה כל חובו לכ"ע וכדכתב הטור ז"ל בראש הסי' ואם כן אדרבה יש לו למלוה להתעצם לתבוע כל חובו גם מ"ש הרב ז"ל דאל"כ אפי' נאבדה מיד שמעון חייב לשלם הוא תימה דאף באבדה שלא באונס אין המלוה שהוא שומר שכר חייב אלא בתשלומין מה ששוה המשכון ולא יותר וכיון שהוא טוען שהוא שוה פחות ממה שהלוה תובע למה לא ישבע כדי להפטר מאותו היתרון עכ"ל ואמת אמר שלא הבין דברי ב"י דמ"ש דיש לו למלוה להתעצם לתבוע כל חובו לק"מ וכמ"ש לקמן ס"ק קל"ג ומ"ש הוא תימה כו' אנא בתשלומי מה ששוה המשכון ולא יותר כו. ' לא דק דא"כ שבועה זו שנאנס למה וגם למה הוי מחויב שבועה ואיל"מ אלא ודאי מיירי שרוצה להפטר גם מהדינר הזה שמודה באמרו שנאנס מיד לוי אמת שבס' ג"ת שם תמה על הבעה"ת גופיה בזה דלמה הוי משואיל"מ לפי שהבין שרוצה לשלם הדינר הג' שמודה והניח בתימה ע"ש אבל באמת לא דק בזה כלל כי הדבר ברור שאע"פ שמודה ששוה ג' דינרים מכל מקום אינו רוצה לשלם הדינר הג' מטעם שנאנס ביד לוי והלכך כיון שאינו יכול לישבע משלם הדינר הג' ונשבע שלא היה שוה רק ג' דינרים וכמ"ש לקמן ס"ק קכ"ט ונמצא דברי הבית יוסף ברורים ודו"ק:

סעיף קכח

נמצא שמעון מודה מקצת וצריך לישבע כו' גם צריך לישבע שאינו ברשותו ושנאנס כו'. עיין בס"ק שאח"ז כתבתי פירושו והב"ח פי' דר"ל דצריך לישבע שבועת השומרים ושאינו ברשותו ושלא פשע בו דאי פשע בו הרי הוא חייב לשלם ג"כ הדינר הד' כיון דלדידיה היה חביב ושוה בעיניו ד' דינרים וכ"כ הטור בסוף סעיף זה שמעון חייב לשלם לראובן דינר אחר שישבע כו' וישאר לו חוב דינר על לוי הפושע אלמא דאף על גב

דשמעון נשבע שלא היה שוה אלא שלשה דינרים אפי' הכי חייב הפושע לשלם הדינר הד' והיינו מטעמא דפרישית עכ"ל ונלפע"ד דלא דק דמ"ש הטור לקמן וישאר לו חוב דינר על לוי הפושע ר"ל מאחר שאין לוי לשלם מחוייב שמעון לשלם וישאר לשמעון חוב אותו דינר הג' שמשלם על לוי הפושע כי לא לוה מלוי או נתן לו רק בכדי ב' דינרים שהיה לו עליו כמ"ש בתחלת דבריו אבל פשיטא שאין הפושע צריך לשלם יותר ממה שהוא שוה לכל אע"פ שהוא חביב בעיני בעל החפץ וזה ברור:

סעיף קכט

ואינו יכול לישבע ומשלם כו' פירש בסמ"ע ס"ק צ"א דמשלם כל תביעתו דהיינו שני דינרים כו' ע"ש שהאריך ולפעד"נ דלא קאי אלא על הדינר הא' אבל מה שאומר שלא היה שוה רק שלשה דינרים ישבע ש"ד שכן הוא ופטור והיינו דדייק וכתב וזה א"א לו לישבע כו' ואדרבא נלפע"ד דלכ"כ ונמצא שמעון מודה מקצת כו' לאשמועינן דלא נימא כיון דה"ל משואיל"מ בדינר הא' יהיה גם בזה כן אלא ישבע בזה אם טוען ברי ואם טוען שמאלא היה שוה רק ג' דינרין ה"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם והיינו שכתב ונמצא שמעון מודה מקצת וצריך לישבע שלא היה שוה אלא ב' דינרים (ובס' שארית יעקב כ' וז"ל וקשה דמה ענין מודה מקצת של שמעון לדין זה שהרי עיקר הדין שלוי אינו יכול לפטור לשמעון משבועה שלא פשע וי"ל שאם לא היה שמעון מודה מקצת לא היה חייב שבועת שומרים דפלוגתא היא רב חמא ובר פלוגתא שלו דפליגי בעירוב פרשיות של כי הוא זה אם שבועת שומרים צריכה ג"כ הודאה במקצת עכ"ל ואין דבריו נכונים שהרי הלכה רווחת בישראל ומוסכם מכל הפוסקים אין גם אחד שחולק וכולם סוברים כרבי חייא בר יוסף דאין אחד מהשומרים צריך הודאה במקצת וכמו שכתב הט"ו בכמה דוכתי ובפרט לקמן ס"ס רצ"ה וכן מוכח בסימן זה בכמה דוכתי ובפרט לעיל סי"ג בהג"ה והיא מדברי הטור שם אלא נראה כמ"ש דלכך נקט ששמעון הודה מקצת לאפוקי דלא תימא כהסמ"ע וכמ"ש) ואפילו המ"ד לקמן סימן ע"ה סעיף ט"ו דאמרינן בגלגול משואיל"מ מודה כאן וכמ"ש שם בס"ק מ"ז ודו"ק וכן מוכח להדיא ברמב"ם סוף פ"ד מה' גזלה הובא בסמ"ג ומרדכי ור' ירוחם וטור לקמן סי' שס"ד סעיף ו' והבאתי דבריהם לקמן סי' ע"ה ס"ק י"ז וסי' פ"ז סעיף ה' ס"ק י"א ע"ש דמוכח דאע"ג דהוי משואיל"מ לא דיינין ליה כאלו א"י לישבע על הכל ודבר תימא הוא לומר כן כיון שזה עומד ואומר ברי ויכול לישבע האיך נדייני' ליה כאינו יכול לישבע ועוד וכי עדיף משואיל"מ מעדים דהא אלו הוה כאן ב' עדים שנאבד בפשיעה היה נשבע שלא היה שוה אלא שנשה דינרים א"כ כ"ש כשאינו יודע אם נאנס ודוק: וכן הדין כו' ה"ל משוא

ל"מ גם בכאן הדין כן אם טוען ברי כמה נפחת נשבע ואם אינו יודע ה"ל גם בזה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ומ"ש אם רצה להחרים כו' קאי אטוען אינו יודע וק"ל:

סעיף קל

ואם יש עדים כו' ונאנס כו' וה"ה אם (ראובן) שמעון מאמינו שנאנס:

סעיף קלא

ונאנס ממנו נפטר שמעון כו' ואין ראובן יכול לומר אלו היה גבך לא היה נאנס דבכל אונסים שהוא דבר שאינו שכיח לבוא ובא אמרי' מה לי הכא מה לי התם ודוקא לענין גנבה ואבדה שהיא מילתא דשכיחא ונעשה מתחלה ע"י קצת שינוי בפשיעה אמרינן אלו לא שינה לא הוה נעשה עכ"ל סמ"ע ואיני מבין דבריו דודאי בש"ח ג"כ אם הביא עדים שנגנב משומר השני נמי פטור כדמוכח לקמן סימן רצ"א סכ"א וסכ"ו וכן משמע להדיא ממ"ש הרמב"ם פי"א מה' שכירות אם הביא שומר השני ראייה שיפטר בה השומר הראשון כדין שמירתו ה"ז פטור והוא פשוט והא דנקט כאן נאנס היינו משום דס"ל לעיל סעיף ב' המלוה על המשכון שומר שכר וכן הטור כ' כן אפילו למ"ד לעיל דהוי ש"ש ואולי כוונתו לדלקמן סי' רצ"א ס"ט אבל אינו דומה לכאן וק"ל:

סעיף קלב

אם דרך ראובן להפקיד פקדונותיו ביד לוי כו'. ע"פ אופנים שנתבאר לקמן סי' רצ"א סעיף כ"ו ע"ש:

סעיף קלג

ונפטר שמעון כו' אבל אין ראובן חייב לשלם מה שלוה ע"פ שבועת לוי או עדים כיון שאין שמעון טוען ברי כ"כ הב"ח. ואין דבריו נלפע"ד ביש עדים דנראה דצריך לשלם כיון שיש כאן עדים שנאנס ומ"ש הב"ח דהוי כאומר הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני לפע"ד ל"ד כלל כיון דיש עדים. וגם ע"פ שבועת לוי צ"ע די"ל דחייב ראובן לשלם והא דקאמר נפטר שמעון היינו משום דלא מיירי השתא מחיובו דראובן וכמ"ש בסמ"ע לעיל סעיף כ"ז ס"ק פ' כה"ג ע"ש:

סעיף קלד

ואם פשע כו' חייב שמעון לשלם כו' כ' הסמ"ע דנראה דאפי' לדעת הרמב"ם והמחבר דלקמן סי' רנ"ח סכ"ד דס"ל דאם פשעו אשתו ובניו הם חייבים ולא הבעל שנתנו ליד אשתו מודו בזה דמסרו ללוי דהוא איש אחר לגמרי ומ"ה סתמו הטור והמחבר. כאן עכ"ל ולא נהירא ואדרבה לכאורה איפכא מסתברא דאפי' לר"ת והרא"ש שם הכא פטור וכ"כ מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ל"ב וז"ל והיכא שירד המפקיד עם אותו השני לדין ואין לו

מה לשלם פטור הראשון ואע"ג דגבי אשתו ובניו כשאין להן לשלם צריך הראשון לשלם היינו משום שלא ילך כל א' וימסור פקדון לבני ביתו והם יאכלו אותו כמו שפי' שם ר"ת והרא"ש עכ"ל אך שאין דברי מהרש"ל מוכרחים כ"כ בזה דמדברי המרדכי והאגודה פ' המפקיד מבואר נהדי' דלר"ת הוא הדין הכא חייב וכן מוכח בבעה"ת ובטור אבל מ"מ מוכח דלהרמב"ם והמחבר ה"ה הכא פטור וכ"כ הב"י והד"מ והב"ח דלהרמב"ם הכח פטור ע"ש וכן מוכח להדיא במרדכי ואגודה פ' המפקיד ע"ש (וגם בספר שארית יוסף כתב וז"ל אבל המרדכי בב"מ מביא דברי הרמב"ם דפליג דסבר אין חייב לשלם אבל כתב דר"ת ור' שמשון סברי דחייב ותמהני שאין הב"י מביאם עכ"ל אך מ"ש ותמהני שאין הב"י מביאם תימה לתמיהתו שהרי הב"י כתב וז"ל ומ"ש ואם פשע לוי שמעון חייב לשלם הרמב"ם חולק ע"ז ויתבאר סי' רצ"א בס"ד עכ"ל ובסי' רצ"א סכ"ג הביא דברי הרמב"ם ודברי המרדכי בשם ר"ת ע"ש) וגם בבעה"ת שער מ"ט ח"ג כתב ויש לברר אם פשע לוי כו' ומצאנו לרבי יעקב שכתב במפקיד ע"ד אשתו ובניו מפקיד אם פשעו אשתו ובניו ואין להם לשלם חייב הנפקד והא נמי דכוותה שאם אין ללוי לשלם ישלם שמעון תחתיו עכ"ל אלמא דמאן דפטר באשתו ובניו ה"ה הכא. ומ"ש הסמ"ע ומ"ה סתמו הטור והמחבר כאן לאו מילתא הוא דמהטור אין ראיה דאיהו אזיל לטעמיה דאסיק לקמן סי' רצ"א בשם הרא"ש דאפי' באשתו ובניו הוא חייב לשלם ומהמחבר ג"כ אין ראי' דהא לא כתב האי דינא כלל בכאן ואפשר ט"ס הוא בסמ"ע ובמקום והמחבר צ"ל ומור"ם אבל לפעד"נ גם ממור"ם אין ראיה דסמך אדלקמן סי' רצ"א דשם עיקר דוכתא דהאי דינא ושם כתב ב' דעות בזה תדע שהרי בד"מ כתב להדיא על דברי הטור אלו וז"ל ע"ל סי' רצ"א דיש חולקין בזה עכ"ל אלא ודאי כמ"ש:

סעיף קלה

חייב שמעון לשלם לראובן דינר אחר שישבע שלא הי' המשכון שוה יותר מג' דינרים וישאר לו חוב דינר על לוי הפושע על טור וע"ל ס"ק קכ"ח:

סעיף קלו

שמעון פושע הוא כו' ע"ל סי' רצ"א סכ"א שכ' מור"ם שם בהג"ה דכמו דאמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד כן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד דפטור עכ"ל ובסי' ש"מ ס"ח כ' מור"ם בהג"ה ז"ל וי"א דה"ה אם החזיר ליד אשת המשאיל ונאנס חייב עכ"ל הרי שחילק בין פקדון לשאלה וכן נראה מדברי הרא"ש שהביא הטור כאן בדין זה בסכ"ה שכתב אע"ג דאמרינן כל המפקיד כו' מ"מ דוקא בפקדון כו' אבל הממשכן או המשאיל חפץ ליד חברו צריך להחזיר ליד הבעלים כדתנן

השואל את הפרה ושלחו ביד בנו כו' ע"כ הרי דכתב בהדיא דבשואל צריך להחזירו לידו ודימו לו הממשכן ונראה דה"ט דבשואל כל הנא' שלו מ"ה צריך ליזהר בשמירתו טפי ובמשכון דהוא כקבל שכר משום פרוט' דרב יוסף משא"כ בפקדון ונראה שזהו דעת המחבר בכאן ועמ"ש בסמ"ע בסי' ש"מ ס"ח בשם הרשב"א דבשואל ג"כ אף אם החזיר לאשתו חייב באחריותו ומ"ש מור"ם בס"ס ק"ך בהלואה דנותן לאשת המלוה פטור מהאחריות פירשתי שם ע"ש ועפ"ר שכתבתי שם פירושו ע"פ דקדוק הלשון דהרא"ש בענין אחר והוא דס"ל דאין חילוק בין פקדון לשאלה ומשכון ובכולם השמירה כשהי' בידו יכולה להיות גם ע"י בנו ואשתו אבל החזר' בכולם צריכה להיות דוקא מיד ליד אבל דברי המחבר ודברי מור"ם מה שכתבתי בסימנים הנ"ל לא משמע הכי גם ממ"ש ב"י בחדושיו בסי' קכ"א ס"א מוכח דבפקדון אין חילוק בין תחלת פקדון והשמירה בידו ובין החזר' להמפקיד ע"י אשתו ע"ש בד"ה מ"כ ראובן כו' ובמ"ש מוכח מדבריו שפי' לדברי הרא"ש כמ"ש בפרישׁ' שחילק בדבריו בין שמירת בני ביתו דהנפקד לחזרת בני ביתו של מפקיד ע"ש ולא הזכיר בדבריו כלל שואל וממשכן בלשון הרא"ש הנ"ל והמחבר ע"ש ודו"ק עכ"ל סמ"ע. ומ"ש בסוף דבריו אבל דברי המחבר ודברי מור"ם שכתבתי בסימנים הנ"ל לא משמע הכי כו' לא ידעתי למה דברי המחבר לא משמע הכי. גם מ"ש ממ"ש ב"י בחדושיו סי' קכ"א ס"א מוכח כו' ע"ש דלא מוכח מידי דקאי שם אאשתו של מחזיר אבל לאשתו של מפקיד י"ל דלא הוי חזר' ע"ש גם מ"ש ובע"ש מוכח מדבריו כו' אמת הוא שכן מוכח בע"ש כאן להדיא ע"ש אלא שקשה דבסי' רצ"א סכ"א כ' הע"ש גופי' ה"ה אם החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור ע"ש. והב"ח כתב דהר"ב בהג"ה לקמן סימן רצ"א סכ"א מיירי באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ודוחק. ועוד דהא מדמי לה לכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד והתם אין חילוק ועוד דבד"מ מחלק בהדיא בין שאל' לפקדון ומביאו בסמ"ע סי' רצ"א ס"ק ל"ב מיהו לענין דינא י"ל כהב"ח דאין חילוק בין נפקד לשואל אלא בין שמירה לחזרה ואינו פטור בהחזיר הנפקד לאשתו אלא כשהיא נושאת ונותנת בתוך הבית כדלקמן ס"ס ק"ך ע"ש וכן ראיתי שפסק מהרש"ל בי' הגוזל קמא סי' ל"ט וע"ש. וכ"נ מדברי הר"ב בב"ה שכתב וז"ל מ"ש הרא"ש שמה שהחזיר לאשתו ובניו לא נפטר בכך כ"כ הרמב"ם פ"ו מטוען והרשב"א בתשו' סי' אלף כ"ו כתב שאם טוען הלוה פרעתי לאשתך והיא בעלת דעת והוא מניחה לישא וליתן ישבע שמסר לה ופטור ונראה שגם הרמב"ם והרא"ש לא איירי אלא בסתם נשים אבל אם הוא מניחה לישא וליתן מודה להרשב"א עכ"ל ואע"פ שמ"ש שכ"כ הרמב"ם פ"ו מטוען לפי עניות דעתי אינו מוכח מדברי הרמב"ם כלום שכוון לדברי הרמב"ם שהבאתי

לקמן סי' ע"ה ס"ק ד' ואין משם ראיה שהרי כתב שם ג"כ או שנתן לו במתנ' כנגד החוב כו'. ופשיטא דאם נתן לו במתנה גמורה כנגד החוב נפטר מהחוב אלא ודאי לדוגמא בעלמא נקט לענין שזה צריך לברר דבריו שזה טועה כן בדעתו ויכול להיות שהוא מיירי בענין דלא הוי מתנה גמורה א"כ הוא הדין מה שכתב והחזיר זה חוב לבנו או לאשתו לדוגמא בעלמא נקט לענין שצריך לברר דבריו כי שמא נתן לבנו או לאשתו בענין דלא הוי חזר' מ מ משמע מדברי הר"ב בב"ה דאינו מחלק בין פקדון לשאל' רק בין השמיר' לחזר' ושיש חילוק בין היא נושאת ונותנת בתוך הבית או לא וכדברי הב"ח ומהרש"ל וכן נראה עיקר (ע' בתשו' מהרשד"ם סי' קל"ג): וראיתי בבדק הבית סימן רצ"א שכתב בשם הריטב"א דהא דאמרי' ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד היינו דוקא בש"ח ע"ש מיהו בנמוקי יוסף פ' המפקיד כתב להדיא דהיא הדין בשומר שכר וכן משמע להדיא בדברי תלמידי רשב"א שהביא ב"י לקמן סי' רצ"א ועמ"ש עוד שם מדינים אלו:

סעיף קלז

ונתחייב ראובן בשמירת המשכונות. אפי' במה שהם שוים יותר מחובו להמחבר וסייעתו דלעיל סעי' ב' ולהי"א בהג"ה שם כנגד חובו מיהא הפסיד:

סעיף קלח

ואם נאבדו כו'. מקודם לכן פטור לגמרי ונשבע וגובה חובו דאינו אלא ש"ח כיון שלא הלוה לו עדיין לא קעביד מצוה וגם אינו מחויב לשטחה ולנערה כיון שבעל החפץ בעצמו יכול לנערה וגם לא שייך לו' דהוה ליה כאלו פי' שאם יפסיד המשכון יפסיד חובו כיון שבשעה שנאבדו לא הלוה לו עדיין:

סעיף קלט

אין מוציאים המעות מיד לוי מספק. וע"ל סי' ע"ה ס"ק נ"ז:

סעיף קמ

הוא הרשני ללמוד כו'. נראה לפי עניות דעתי דמיירי שטוען בסתם הוא הרשני ללמוד דהיינו טוען שאמר לי אני מרשה אותך ללמוד בהן אבל אם טוען הוא אמר לי שראובן נתן רשות למי שילוה עליהן ללמוד בהן פטור ואף שלא התנה עמו בנכייתא וכמו שכתבתי לעיל סעיף א' ס"ק ו' ע"ש. ויותר נלפע"ד דאם ראובן הרשה לשמעון ושמעון הרשה ללוי פטור ודלא כמ"ש בעיר שושן ז"ל ואפי' אם הרשה ראובן לשמעון ללמוד בהן אין כח ביד שמעון ליתן רשות לאחר ללמוד בהן הלכך ה"ל שולח בהן יד שלא ברשות וחייב לשלם עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד שכיון דהיה לשמעון רשות להשתמש בהן אם כן מה שנתן רשות ללוי לא פשע וכמ"ש הרי"ף והרא"ש פ' המפקיד להדיא דשומר שמסר לשומר לא

הוי פשיעה דהא דאמרי' אין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר היינו דוקא לכתחלה אבל בדיעבד לא מיקרי פשיעה ואי מייתי בתרא ראיה דמתה כדרכה פטור דלא קי"ל כר"מ דאמר המעביר ע"ד בעל הבית נקרא גזלן ע"כ א"כ כיון דלא פשע ואינו יכול לגבות כלום מהראשון היאך יגבה מהשני ועוד דבהרי"ף והרא"ש שם משמע להדיא דהוא הדין אם מתה מחמת מלאכה גם השני פטור אפי' השני ע"ש וא"כ כ"ש הכא וכן משמע להדיא בתשובת הרא"ש ובטור שכתבו וז"ל אף אם הרשהו שמעון ללמוד בספריו לא ה"ל לשמוע לו כי מה כח יש לו לשמעון להרשות ללוי להשתמש בהן בלא רשות ראובן והלא אף לשמעון לא היה רשות להשתמש בהן בלא רשות ראובן והוא לא טען שהרשה ראובן לשמעון ללמוד בהן הלכך שלח יד בהן שלא ברשות וחייב לשלם כו' עכ"ל משמע דעיקר חיובו הוא כיון שלא היה רשות לשמעון להשתמש בהן הא אם הי' רשות לשמעון להשתמש בהן פטור וכמ"ש (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ע"ט וסימן ק"א):

סעיף קמא

ויש לאותו פלוני כו'. לשון הטור ושיש בשי"ן המשמשת והמחבר כתב ויש ונלפע"ד דהיינו משום דלשון ושי"ש משמע דהיינו שכתוב כן בשטר ובאמת אפי' אין כתוב כן בשטר רק שהיורש מודה הדין כן דהא ליכא למימר כשהיורש מודה נאמן במגו דהא אין טענתו שטוען עתה טענת ברי דנימא בה שנאמינהו במגו וצ"ל בטור דלאו דוקא הוא שכתוב כן בשטר לכך תיקן המחבר הלשון וכתב "ויש בלא שי"ן וכן הוא בבעה"ת בלא שי"ן כן נלפע"ד. (והסמ"ע כתב על דברי המחבר פי' גם זה כתוב בתוך השטר עכ"ל ולפע"ד הוא ללא צורך ואדרבא נראה כוונת המחבר להפך וכמ"ש ודו"ק):

סעיף קמב

וטוען היורש שהמשכון נאנס כו'. כלומר אפשר שנאנס דא"ל דמירי שטוען היורש ברי שנאנס דא"כ היאך מסיק ישבע הנתבע היסת שלא החזיר למה ישבע היסת שלא החזיר כיון שהיורש בעצמו טוען ברי שנאנס א"כ ודאי לא החזיר וכן כתב הסמ"ע והב"ח ומהר"א ן' ששון בתשובה סי' קמ"א ועוד דאם טוען ברי שנאנס נשבע היורש שנאנס וגובה חובו כמו אם היה המלוה עצמו טוען שנאנס כדלעיל סעיף י"ד וכ"כ הב"ח ומהר"א ן' ששון שם והשיג על מהר"ש די מודינה שלא כתב כן ע"ש. ומ"מ תמיה לי אמאי נשבע הנתבע היסת שלא החזיר לו המשכון הא אין נשבעין על טענת ספק (וכן אמאי ישבע שהיה שוה כנגד חובו) וכן הקשה בספר גדולי תרומה דף רע"ו ע"ג והניח בצ"ע. ולכאורה י' ל דהיינו משום דטענינן ליורש וכן כתב הב"ח אבל אחרי העיון קשה דלא אשכחן בשום דוכתא דטענינן ליורש לחייב לזה שכנגדו בטענת ספק ובכל דוכתא דאמרינן טענינן

ליורש היינו שלא להוציא מיד היורש כגון לקמן סי' קמ"ו ישאר דוכתי טובא דטענינן ליה להחזיק מה שבידו אבל לא לחייב שבועה על הספק לזה שכנגדו ומכל שכן לפי מה שפסק המחבר לקמן סי' קל"ג ס"ה כדעת הרמב"ם וסייעתו בכלים העשויין להשאיל ולהשכיר שמוציאים מיד היורש ואין משביעים את המערער אפי' היסת אע"ג דהמחזיק הי' יכול להשביען לא טענינן ליורש להשביעו מספק אם כן הדבר ברור דכ"ש הכא דא"צ לישבע היסת. וא"כ דברי המחבר כאן צל"ע ועוד נלפע"ד דאפי' לדעת החולקים שם היינו משום דהתם כיון דמערער בא להוציא מיד היורשים חשוב כמו להחזיק ביד היורשים לכך טענינן ליורש משא"כ הכא דכ"ע מודו דאין טוענים ליורש להשביע את הלוה שלא החזיר לו. ונראה לפענ"ד לפרש דברי הטור כאן דלא בא אלא לומר דהשטר בטל ולצדדין קתני אם טוען אפשר שנאנס השטר בטל ואם טוען היורש ודאי שהחזיר חייב הנתבע היסת כדין שאר הטענות בע"פ ולא אמרי' כיון שלא החזיר השטר ודאי נאבד באונס או שהחזיר המשכון. ודברי בעה"ת שער מ"ט יותר קרובים להתפרש כן דלא כבעל גדולי תרומה שהניחם בצ"ע. אבל דברי המחבר דוחק לפרש כן. ומ"מ לענין דינא נלפע"ד כמ"ש ודוק:

סעיף קמג

וטוענים היתומים שאביהן ציוה כו'. בסמ"ע ס"ק ק"ה הביא דברי הבעה"ת דלעיל ס"ק קמ"א וכתב דמוכח מזה דטענה זו שטוענים שאביהן ציווה שחייב עליו לאו טענה ודאית הוא וכן מוכח מיני' ובי' דקאמר דהניח מלוה בנים קטנים ובנים קטנים לאו בר צוואה וטענה ודאית נינהו עכ"ל ולא ידענא היכא מוכח כן דנהי דהקרובים לא טענו ודאי מ"מ היתומים אף על גב דקטנים הם מ"מ טוענים ודאי ולכשיגדלו ועומדים בטענתן ודאי נשבעים וגובים תדע דהא מדכתב בסיפא ואם לא אין עליו לתת אלא כדי דמיו ועל השאר ישבע היסת ע"כ כשטוענים ודאי מיירי דאל"כ פשיטא דא"צ לישבע היסת ואם כן גם רישא מיירי בהכי ואי אין טוענים ודאי נראה לכאורה דהדין עם הלוה דהמלוה על המשכון אין לו עליו רק שעבוד בעלמא ואין אדם יכול להוציא מחבירו בטענת ספק כדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד בדברי המחבר וצ"ע:

סעיף קמד

עד שיגדלו היתומים וישבעו שלא פקדנו אבא כו'. ואף על גב דבקטן שהגדיל אין צריך לישבע שלא פקדנו אבא דלאו בר צוואה הוא כדלקמן סי' ק"ח סוף סעיף ה' הכא מיירי בקטנים פקחי' דבני צוואה נינהו. כן כתב הב"ח ועמ"ש שם:

סעיף קמה

וישבעו שבועת היורשים כו' ואע"ג דלהחזיק מה שבידם אין צריכים לישבע כדלעיל סוף סי' ס"ט הכא כיון שבאו ליפרע מהמשכון חשוב ליטול ולא להחזיק וכמ"ש לעיל סי"ז ס"ק ע"ב ומ"ש בתשובת הרא"ש כלל פ"ו סי' ד' וז"ל וכן בנדון זה היה שמעון מחזיק הפקדון שבידו בשבועה דכך וכך היה חייב לו במגו דהחזרתי או להד"ם הלכך יורשי שמעון נמי יחזיקו בלא שבועה עכ"ל התם מיירי שהפקדון הוא מעות ודוק:

סעיף קמו

שלא פקדנו אבא. ושלא מצינו בין שטרותיו של אבא שמשכון זה פרוע כו' כן הוא בבעה"ת ובטור ושבועה זו אין צריך לישבע אא"כ טוען הלוה אשתבעו לי וכמ"ש לקמן סו' ק"ח סעיף ה' ע"ש מיהו צריכים לישבע שהוא ממושכן ביד אביהן בק' אע"פ שאינו טוען אשתבעו לי ולפי מ"ש בס"ק קמ"ג דמיירי דוקא בשטוענין ברי ודו"ק

סעיף קמז

ונוטלים החמשים. וכתב בבעה"ת שער מ"ט ח"ג שהלוה היה טוען שישבעו הקרובים שצוה המת שהיה בידו מאה ופסק ה"ר יצחק שאין עליהם שבועה ולא חרם סתם שאפטרופס של יתומים חובהעליו לטעון כל טענות שאפשר לטעון כו' ועיין לקמן סי' ק"ח סעיף ו' ובב"ח שם שהקשה שסותר לדברי בעה"ת דהכא ויישב בדוחק וכן בספר גדולי תרומ' דף רס"ג ע"א הניח בקושיא ולפע"ד לק"מ לפי כשנדקדק עוד אמאי לא יתן חרם סתם בשביל הקרובים וכן הקשה בספר ג"ת שם והניח בקושיא אלא ודאי שאני הכא שהקרובים אומרים אפי' האמת כן שהמת לא צוה לנו שהוא ממושכן בק' אנו חייבים לטעון שמא הוא ממושכן בק' כיון שהוא שוה ק' והיתימים אומרים שאביהן צוה להן כן והיינו שכתב הבעה"ת שאפטרופס של יתומים חובה עליו לטעון כל צד זכות שאפשר כו' אבל ודאי אם יש אפטרופס והלוה רוצה שאפטרופס ישבע שלא ציוה המת להפך דהיינו שהוא פרוע חייב לישבע כדלקמן סי' ק"ח אלא שכאן הקרובים לאו אפטרופסים נינהו שיהיו חייבים לישבע אלא לפי שכתב וגם אין עליהם חרם סתם הוצרך לומר שאפטרופס של יתומים חובה עליו לטעון כו' וגם בכאן הלוה לא בקש זו רק בקש שישבעו שצוה המת שחייבק' וכל שאין הלוה טוען כן לא משבעינן ליה דאפילו ליתומים גופא לא משבעינן אלא כשטוען הלוה אשתבעו לי וכמ"ש בס"ק שלפני זה וע"ל סימן ר"צ סי"ב בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף קמח

אבל אם הוא מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כו' כתב בסמ"ע דמירי אפי' לא ראוהו עדים ביד אביהן קודם מותו וגם לא ראוהו עתה ביד היורשים כו' ואע"ג דאביהן היה יכול לטעון החזרתי שאני אביהן דטוען ברי אבל יורשים דאין טוענים ברי אלא שהב"ד טוענים להן כל מה שאביהן היה יכול לטעון כו' ומהרש"ל כתב דאירי שראוהו המשכון בידו דלא הי' אביהן יכול לטעון החזרתי או להד"ם ומביאו הב"ח וכן עיקר דהיכא דלא ראוהו בידו טענינ' להו לקוח או מתנה אע"פ שאין היתומים טוענים כן בברי אע"פ שהוא מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר או שיש עדים שבא בפקדון ליד אביהן וכמו שהעליתי לקמן סי' רצ"ז באריכות ע"ש וכן כתב הסמ"ע גופיה לקמן סי' קל"ד ס"ק י"ב דהיכא דליכא עדי ראה גבי הלוקח אין מוציאין מידו והיינו ע"כ מטעמא דטענינ' ליה כל מה שהיה המוכר יכול לטעון וא"כ כ"ש ביתמי וע"ל סי' קל"ג סעיף ה' וא"כ יכולים נמי לטעון משכון הוא בכך וכך. מיהו נלפע"ד דלא טענינ' ליתמי שמא הוא ממושכן בסך הרבה כשהיתומים מודים שהוא משכון וכמ"ש בס"ק קמ"ג (אפילו אינו מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר) דכיון דאין על המשכון רק שעבוד צריכים שיטענו ברי ודוקא לקוח טענינן להו כיון שיכול להיות שגוף החפץ הוא שלהם משא"כ הכא ודוק (עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' רכ"ב עיין בתשובת מהרי"ט סי' ט'):

סעיף קמט

משכונו של ישראל כו'. כתבו התוס' והנ"י ומהרש"ל פ' הפרה סי' י"ט והרב המגיד ומביאו הב"ח דאפי' במשכנו שלא בשעת הלואתו כיון שהיה יכול לסלקו בדמים נראה דלטעמייהו אזלי דס"ל דאין ב"ח קונה משכון לענין קנין גמור אבל לפי מה שהעליתי לעיל סעיף ב' ס"ק ט' באריכות דקונה אותו קנין גמור אף לאונסים במשכנו שלא בשעת הלואתו דמשכון זה נקנה לו בהלואתו כאלו מכרו לו בחובו א"כ כאן זכה בו המתזיק כשהיה ממושכן אצל הגר אבל אם היה ממושכן אצל עכו"ם לא זכה בו דעכו"ם מישראל לא קני משכון וכמ"ש לקמן סי' רע"ח סעיף ז' ואפשר גם התוס' וסייעתם מודים לזה לדינא רק שהם מפרשים משכנו שלא בשעת הלואתו כפשוטו אבל לפי מ"ש לעיל דמשכנו שלא בשעת הלואתו היינו היכא דליכא לאשתלומי מיניה ממקום אחר שאז נקנה לו המשכון לגמרי מודים התו' וסייעתם והם מדברים במשכנו שלא בשעת הלואתו ויש לו לשלם ממקום אחר או אפשר דאף באין לו לשלם אע"ג דקונה המשכון אף לענין אונסי' ונקנה לו בחובו מ"מ כיון שלא הוחלט לו המשכון עדיין והיה הישראל יכול לפדותו אם היה לו מעות הרי הוא ברשותו וצ"ע לדינא:

סעיף קנ

ואין לו יורש באופן שנתבאר לקמן ר"ס ער"ה:

סעיף קנא

שטר משכונא כו'. אפילו משכנתא לזמן באתרא דלא מסלקי ומת הגר תוך הזמן לא עשה זה המחזיק כלום כ"כ הב"ח אבל בשלטי גבורים פ' חזקת ריש דף ק"ץ ראיתי שכתב דדוקא באתרא דמסלקי אבל באתרא דלא מסלקי הוי מכור הקרקע ביד הגר עד ההוא זמנא דהא לא מצי לסלוקי בדמים עד משלם יומי משכונתא וכי מיית לא פקע שעבודיה הלכך כל הקודם זוכה כדין עכ"ל ודברי הב"ח נראין יותר:

סעיף קנב

חייב להשיבו לישראל כו'. ואם החזירו לעכו"ם חייב לשלם לישראל כן משמע מרא"ם משא"כ למהר"ם כ"כ הב"ח ולפע"ד י"ל דגם מהר"ם סובר כן ע"ש ודו"ק:

סעיף קנג

ויש מי שאומר כו'. כ"כ הב"י והד"מ והסמ"ע והב"ח בשם רבי' ירוחם נתיב ך' חלק ב' ולפע"ד כולם שגו וטעו בדברי רבי' ירוחם דרבי' ירוחם מיירי התם במשכון דז"ל ר' ירוחם שם (בדפוס ווינציא') משכונו של ישראל ביד עכו"ם שהלוה עליו העכו"ם המעות ונאבדו מן העכו"ם ומצאו ישראל מחזירו לראשון ואינו יכול להחזירם לעכו"ם כי כיון שנפל מן העכו"ם פקע שעבודו מאחר שמצאם ישראל ואם יבוא לומר המוצא אני רוצה להחזירם משום קדושת השם יאמר לו האחר אם תרצה לקדש השם תעשה בשלך עכ"ל ופשוט הוא דקאי אמשכון ונאבדו וכן להחזיר' ט"ס הוא וצ"ל ונאבר וכן להחזירו או קאי אמשכנות רבים וק"ל וז"ל ר' ירוחם בדפוס ישן קונסטנטינ' משכונא של ישרחל ביד עכן"ם שהלוה עליה העכו"ם ונאבדו המעות מן העכו"ם ומצאם ישראל מחזירו לראשון ואינו יכול להחזירם לעכו"ם כי כיון שנפל מן העכו"ם פקע שעבודו מאחר שמצאם ישראל ואם יבוא לומר המוצא אני רוצה להחזירם משום קדושת השם יאמר לו האחר אם תרצה לקדש השם תעשה בשלך עכ"ל והדבר פשוט ג"כ דתיבת המעות צ"ל המשכנו' וכמ"ש (ועוד ראי' ברורה לדברי שבנתיב כ"ב כ' ר"י וז"ל משכונו של ישראל ביד עכו"ם ונאבד מן העכו"ם ומצאו ישראל אם מחזירו לחבירו כתבתי בנתיב כ' בח"ב עכ"ל ובנתיב כ' ח"ב לא כתב אלא דברים הנ"ל שהבאתי אלא ודאי כמ"ש וק"ל:

סעיף קנד

דבמעות הם של המוצא כו'. ואפי' במשכון. כתב ב"י וד"מ שמ"כ בשם מהר"ם עלה עליו הרבית יותר משויו שאז הוחלט המשכון ביד עכו"ם זכה בו המוצאו דנכסי דאינש

אינון ערבין ועכו"ם בתר ערבא אזיל וכ"ש במשכון שבידו ובסמ"ע ס"ק ק"י תמה על המחבר שהשמיטו ובאמת לק"מ על המחבר בזה דאפי' במעות כתב המחבר דיש מי שאומר שיחזיר לישראל ופשיטא דהאי יש מי שאומר פליג אמהר"מ במשכון וכמ"ש הסמ"ע גופי' בס"ק ק"י דמדברי מהר"מ מוכח דכ"ש במעות הם של המוצא וכדברי הר"ב ע"ש. מיהו על הר"ב קשה קצת כיון דפסק דבמעות הם של המוצא וכן הוא בראב"ן סימן קי"ב ע"ש:

סעיף קנה

וכבר יצאו לגמרי מרשות הנותן אבל אם יצאו עדיין מרשות ישראל המלוה צריך להחזירם לו כדלקמן סי' קפ"ג ס"ח וע"ש:

סעיף קנו

משכונו של גר כו' וה"ה במשכון של עכו"ם נמי דינא הכי וכ"כ מהרש"ל שם סי' כ':

במה ד"א שהיה כו' כתב הב"ח דהיינו ע"פ פירוש התוס' והרא"ש דלא כפי' רש"י וכן כתב ה' המגיד פ"ב מה' זכיה כפי' התוס' עד כאן. לשונו ולא ירדתי לסוף דעתו דהא ודאי לענין דינא לא פליגי רש"י ותוס' כדמשמע בתוס' להדיא ויכול להיות שהטור והמחבר מפרשים כפירש"י וגם בה' המגיד שם מוכח להדיא שמפרש כפי' רש"י ולא כפי' התוס' ודלא כמ"ש הב"ח בשמו שהרי על מ"ש הרמב"ם בד"א שלא הי' המשכון בחצר הראשון אבל אם הי' בחצרו קונה לו כו' כ' ה"ה שם וז"ל ופי' מ"ש אבל אם הי' בחצרו קונה לו בחצר המשתמרת אבל חצר שאינה משתמרת בעינן שיהא עומד בצדה והיינו ממש כמו שפירש"י והלכתא דליתנהו בחצרו קאי אמשכון וכתבו התוס' שם לפירושו דצ"ל דאיירי בחצר המשתמרת דאי בחצר שאינו משתמרת לא קנה אא"כ עומד בצד שדהו כו' דאלו לפירוש התוס' צריך לומר להפך ע"ש:

סעיף קנז

ולא היה המלוה בחצרו כו'. ע"ל סי' רס"ח:

סעיף קנח

אין בדברי לוי כלום כו' כי אם היה ראובן טוען ששמעון חייב לו מעות ואני תופס המשכנות בשביל המעות היה נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי אבל לגבי לוי אין כאן מגוכי אין מגו אלא על מה שבידו לטעון אבל במה שביד אחר לטעון אין כאן מגו כי שמא חברו לא היה רוצה לשקר ולומר להד"ם או החזרתי ע"כ לשון טור מתשו' הרא"ש והב"ח כתב וז"ל אבל מהרא"י בת"ה סי' של"ה כתב דוקא לגבי עדים המעידים לאחרים ואין הדבר נוגע בעצמן התם הוא דלא אמרינן דנאמן במגו משום דאין אדם יודע מה בלבו

של חברו אבל בשותפי' שנפטרו שניהן מממון בטוחים זה בזה שלא יכחישו אהדדי ואמרי' בהו שפיר מגו ע"ש וכן משמע בתשו' רשב"א שהביא ב"י לעיל בסי' ס"א סעיף כ' והי' סברת התוס' בשם הר"י מקינון בפרק האיש מקדש וכן משמע לי עוד מפ' הכותב בעובד' דאבימי בריה דר' אבהו דהוי מסקי ביה זוזי בי חוזאי כו' דמסיק מגו דיכולים לומר להד"ם יכולים לומר סטראי נינהו דאלמא בשותפים שנפטרו שניהם מממון אמרי' שפיר דנאמנים במגו ודלא כתשובת הרא"ש שהביא הטור כאן ודלא כש"ע שכ' דברי הרא"ש כאן לפסק הלכה עכ"ל וכל דבריו תמוהין דכל ראיותיו שהביא הוא כששניהם יודעים האמת ע"ש ולכן אמרי' בשניהם מגו משא"כ הכא דראובן אינו יודע אם האמת כדברי לוי וע"כ למה ירצה לשקר ולטעון להד"ם כי שמא לוי משקר הלכך העיקר כמ"ש הרא"ש והטור והמחבר וזה ברור (עיין בתשו' מהר"ש כהן סי' ב' סי' ב' ובתשו' מהרי"ט סי' ס"א ובתשו' מהרשד"ם סי' תל"ז):

סעיף קנט

אמר לו העכו"ם כו'. כתב הסמ"ע דה"ה אם משכנו מעצמו בלי ציווי העכו"ם דאע"ג דבידו לחזור ולפדותו וכמו שנתבאר בי"ד סי' קס"ט סי"ח ה"מ כשהעכו"ם חי משא"כ הכא שמת כו' וכ"כ הב"ח (ופשוט הוא מש"ס ופוסקים דלעיל סעיף ל"ט וק"ל) וכתב בסוף דבריו ודלא כמהרו"ך שכתב בזה דינים שונים לא שערום הראשונים. ולכאורה קשה במה הוא חולק ונראה דחולק אמ"ש בסמ"ע בסוף דבריו וז"ל מיהו אם יש להעכו"ם יורשים היודעים המשכון הזה ודעתן לפדותו אז גם ישראל ראשון יכול לפדותו אחר מיתת העכו"ם קודם שבאו היורשים לפדותו ויתן להשני קרנו והרבית שעלה עליו עד שעת פדיי' והמותר של ישראל ראשון משא"כ בנדון זה שהישראל ביקש מעותיו מהעכו"ם וא"ל העכו"ם שימשכן אצל הישראל השני דאז אינו יכול לפדותו אחר מיתת העכו"ם ונרא' דמ"ה כתב ראב"ן האי דינא כשציוה לו העכו"ם ודוק עכ"ל ואזה חולק הב"ח וס"ל דאין חילוק ולעולם אין הישראל הראשון יכול לפדותו כל זמן שאין היורשים באים לפדותו אף שלא הזכיר הב"ח כלום מזה אפשר כוונתו כן וגם נראה שרמז לזה במ"ש בסוף דבריו דזכה שמעון בכל המשכון כו' ואין חילוק בין א"ל העכו"ם לראובן תמשכן אותו או לא א"ל כו' והא דכתב בפסק דראב"ן אהיכא דא"ל העכו"ם לראובן שימשכן אותו אצל ישראל אחר מעשה שהי' כך הי' אבל מתיך פסק דראב"ן מוכח דאין חילוק כלל ודלא כמהרו"ך כו' עכ"ל ור"ל דלמהרו"ך אצ"ל מעשה שהי' כך הי' אלא יש חילוק כשיש להעכו"ם יורשים וז"א אלא מעשה שהי' כך הי' ולעולם אין חילוק ודוק וצ"ע לדינא:

סעיף קס

זכה שמעון בכל המשכון. היינו טעמא דבשעה שהשכינו ראובן לשמעון סילק נפשו ממנו לגמרי דאל"כ הי' אסור לשמעון ליקח ממנו רבית דה"ל ישראל שהלוה לישראל עכ"ל סמ"ע וכ"כ הב"ח ולא ידעתי למה תלו הטעם באיסור רבית דלפעד"נ אפי' משכנו לשמעון בלא רבית נמי זכה שמעון במשכון דלא יהא אלא משכונו של גר ועכו"ם שבחצר המלוה עצמו ובא אחר והחזיק בה זכה בהמותר וכדאיתא בש"ס וכל הפוסקי' וכמ"ש [ומכ"ש] הכא שהוא מעיקרא אצל שמעון הזוכה והכי משמע להדיא בראב"ן שבמרדכי שם שכ' שם וז"ל מן הדין כל המשכון לשמעון כדאמרי' בש"ס זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר ה"נ כיון שכבר נתן לו מעותיו כל המשכון שלו עכ"ל ולא הוזכר שם שהשכינו ברבית וכן משמע במרדכי שם ממה שלא נסתפק אלא כשהפקידו אצלו משמע דבמשכון בכל גונא זכה בו שמעון וגם בפקדון גיפי' שדיתי נרגא לקמן ס"ק קס"ג ע"ש:

סעיף קסא

ואמר העכו"ם ליתן המשכון לפדותו לישראל אחר כו' כלומר שנתנו במתנה לישראל אחר ומת זכה הראשון במשכון אף ששוה יותר ממה שהלוה עליו ואפי' הפקידו העכו"ם מתחל' אצל הישראל הראשון ונתנו אח"כ במתנה לישראל שני ומת זכה הראשון כמ"ש ר' ירוחם בשם תשו' הרשב"א והר"ב לקמן סי' קצ"ד ס"ב ואפי' לא מת העכו"ם כדמשמע בר' ירוחם והר"ב שם וכן משמע להדיא בתשו' רשב"א סי' אלף ל"ב וע"ש:

סעיף קסב

ואם הי' העכו"ם חייב לישראל כו'. עי' לקמן ר"ס פ"ו ז"ל הר"ב שם ראובן שיש לו משכון מן העכו"ם והעכו"ם חייב לשמעון י"א דיוכל שמעון לפדות המשכון מראובן ונותן לו קרן ורבית שעלה עליו וגובה חובו מן המותר וכן נראה לי מאחר שאין לעכו"ם לפרוע בענין אחר שמעון יש לו כל זכות העכו"ם ואע"פ שיש מי שחולק בזה נראה לדון כמ"ש עכ"ל והיש מי שחולק הוא הב"י בס"ס זה שחולק על מהרי"ל וכתב וז"ל ולי נראה שזכה זה במשכון שבידו לכל רבית שיעלה עוד ע"כ והר"ב בד"מ כאן השיג עליו וז"ל ולי נראין דברי מהרי"ל דמאחר שאין לעכו"ם לפרוע לישראל אלא במותר של משכון זו א"כ כל זכותו של עכו"ם יש לו לישראל זה מדר"ן דאמר ונתן לאשר אשם לו וכמו שיתבאר לקמן סי' פ"ו ולכן יכול הישראל לפדותו כמו העכו"ם עצמו כנ"ל וע"ל סימן ק"ד תשו' רשב"א דמשמע קצת כדברי ב"י אבל בש"ס פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ג) בעובדא דמרי בר רחל דה"ל משכון מעכו"ם וזבנה רבא כו' משמע שם כדברי מהרי"ל דכל זכות שהי' לעכו"ם במשכון יש לישראל שני עכ"ל ד"מ ודבריו נכונים וכ"פ הב"ח ס"ס זה

אך מ"ש הד"מ והב"ח דהכי משמע בפ' א"נ בעובד' דמרי בר רחל כו' המעיין שם יראה דלא משמע מידי דהתם רבא זבנה מיניה במקח גמור ובכה"ג פשיטא דיש לו כל זכות העכו"ם גם מ"ש הד"מ דבתשו' רשב"א דלקמן סי' ק"ד משמע כב"י ולפעד"נ דהרשב"א מודה למהרי"ל ולא מטעם שכתב הב"ח וז"ל והא דכ' ב"י לקמן סי' ק"ד תשובת הרשב"א במחו' ח' דהראשון קודם לגבות הרבית לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו בו' אין זה אלא לענין הרבית שכבר עלה עליו ע"ש עכ"ל דבתשו' רשב"א שם משמע שקודם לגבות הרבית שלא עלה עליו עדיין אלא מיירי שהשכינו אצלו לזמן ומת תוך הזמן דאף שלא עלה עדיין הרבית ואי הוה העכו"ם חי היי יכול לפדותו תוך הזמן מ"מ השתא שהשכינו עד זמן פלוני ונתחייב בשטר ליתן לו כך וכך רבית לזמן פלוני ומת ואינו פודהו. א"כ הוא קודם לגבות הרבית שיעלה עד זמן הפרעון הכתוב בשטר. וז"ל הרשב"א שם שאלת שנים שהלוו לעכו"ם בזה אחר זה ואין בנכסי עכו"ם כדי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן והרבית טען שמעון קרן והרבית שהרוחת קודם אתה נוטל ומן המותר אגבה קרן חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה והוא יכול לפרעו בכל עת ולסלח שעבודו תשוב' אין בדברי שמעון כלום לפי שמשעת זמן חיוב (הקרן חייב) עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו ובהדיא שנינו גבי פסק לזון את בת אשתו שניזונית מנכסים משועבדים אע"פ שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות והטענה ג"כ שאמרת כיון דאי בעי למפרעיה ולסלוקיה מצי לסלוקיה נמצא שלא חל אלא בו ביום מההוא נמי שמעינ' דליתא כלל דהתם נמי הא מצי לסלוקי שעבודא אי כתב לה כ"ז שאת עמי שהרי אם גירש את אשתו נמחל אותו שעבוד עכ"ל הרי מוכח להדיא מתשו' הרשב"א דאף הרבית שלא עלה עדיין גובה ודלא כמ"ש הב"ח דמיירי לענין רבית שעלה כבר אלא מיירי כדפי' שגובה הרבית שלא עלה עדיין כיון שהשכינו אצלו לזמן גובה כל הרבית שיבא עד זמן פרעון הכתוב בשטר וכמ"ש. ונראה שגם הב"ח והד"מ מודי' לזה לדינא וקרוב לו' שגם הב"י מודה להר"ב והב"ח לדינא ואינו בא אלא לחלוק ולומר דזכה במשכון שבידו לכל שעלה עד זמן הקצוב ביניהם נמצא לענין דינא אין כאן מחלוקת כלל אפי' אם ת"ל שיש כאן מחלוקת בדבר מ"מ לענין דינא נלפע"ד עיקר כמ"ש ודוק:

סעיף קסג

יש להסתפק כו'. באמת הכי איתא במרדכי (ובהגה' מיי' שם) שנסתפק בזה אבל לא ידעתי מה ספק יש בכאן שהרי אפי' במשכון שבחצר המלוה שאינו משתמרת אם קדם זה וזכה בו קנה השאר וכדאיתא בש"ס פ' הפר' להדיא וכל הפוסקים וכדלעיל סעיף

ל"ט אע"ג שלא הפקידו המלוה כלל ועדיין הוא בחצרו כל שכן הכא שמתחלה הוא אצל שמעון ולפני כמה שנים כתבתי בש"ע שלי על הגליון וז"ל ומהרש"ל פסק בפרק הפרה סי' ך' דזכה שמעון וכן עיקר ע"כ לשונו. ולע"ע אין ספרו של מהרש"ל לפני כי אני כותב דברי אלה בכפר אשר ברחנו שם מחמת עיפוש ב"מ ואולי מזה הטעם פסק מהרש"ל כן וכן נראה ודאי עיקר: כתב בתשובת מהר"מ אלשיך סי' א' ראובן שלוה מעות מעכו"ם ומצאו שמעון וא"ל תנם לי ואני אעלה לעכו"ם רבית כדרך שאתה מעלה לו וכן עשה ונתן לעכו"ם ריוח תמיד בחושבו העכו"ם שהוא שליח ראובן ומת העכו"ם כיון דלענין רבית אסור כה"ג וכמו שנתבאר בי"ד ר"ס קס"ט דהוה ליה כלוה מישראל א"כ זכה ראובן במעות וצריך שמעון להחזיר לו הקרן דל"ד למשכונו של עכו"ם דכל היכא דאיתי' ברשות' דמר' איתא משא"כ מעות דלהוצאה ניתנו ולא יצאו מרשות ראובן רק ששמעון מנכה מהדמים סך הרבית שנתן לעכו"ם ואע"פ ששורת הדין כך הוא ראוי לתת חלק לשמעון מהמעות כיון שנמצאו בידו שבדברים כאלו אין מעמידים הדבר על שורת הדין מפני המחלוקת ויבצעו תמימים עכ"ד והא דמנכה לו הרבית שנתן לעכו"ם היינו משום דהוי ריבית קצוצה וכל מה שנתן לעכו"ם מפקינן מישראל ראשון וכמו שכתבו הפוסקים והר"ב בי"ד ר"ס קס"ט:

סעיף קסד

וישבע ש"ד כדין מודה מקצת. ואע"ג דאין נשבעי' על קרקעות שאני הכא שתביעתו ממון ג' דינרים והקרקע אינו אלא במשכנתא וכ"כ הסמ"ע ס"ק ק"כ בסוף דבריו ומה שכתב בתחלה אינו נכון:

סעיף קסה

נאמן המלוה בשבועת היסת אע"ג שיש לו גם כן מיגו דלקוח שאני הכא דהחזיק בהקרקע ג' שנים ואין נשבעים על קרקעות ש"ח כ"א היסת וכמו שכתבתי לקמן סי' צ"ה עד כאן לשון סמ"ע ולפני כמה שנים נתקשו לי דברי הסמ"ע בזה דהא אפי' שבועת המשנה נשבעי' אקרקעות וכדאיתא להדיא בש"ס פ' הכותב וכל הפוסקים וכמו שכתב הסמ"ע גופיה לק' סי' צ"ה ס"ק ו' והיה נראה לי דהטעם כאן כיון דקשקיל מפירי דארעא ודלא כסמ"ע וכן הסכים עמי הגאון אמ"ו ז"ל ושאר גדולים ועכשיו עיינתי דיש לומר דה"ק הסמ"ע כיון שאין נשבעין ש"ד על הקרקעות לא שייכא שבועת הגאונים דטוען על המשכון בזה וכן צריך לומר לקמן סי' קמ"ט סעיף כ"ב לדעת הרמב"ם והמחבר וכמ"ש ה' המגיד והע"ש והסמ"ע שם ס"ק ל"ד אבל לתרץ דשאני הכא דשקיל מפירי דארעא אינו נכון דס"ס הוא בא ליטול וצריך שבועה וכן מוכח בהשגת הראב"ד פי"ד מה' טוען וה'

המגיד ושאר פוסקים וכמ"ש לעיל סעי' י"ז ס"ק ס"ט ודוק ומ"מ דעת הראב"ד שם דשבוע' הגאונים שייכא אף בקרקע וכן נראה להדיא דעת הרשב"א בתשוב' שהביא ב"י לקמן סי' ק"מ מחו' ה' והוא בתשו' דפו' סי' תתל"ט והבעה"ת גופיה מביא בשער מ"ט ריש ח"ב בסתם דברי הראב"ד באריכות שהבאתי לקמן סי' פ"ט סעיף ה' דמוכח להדיא מדבריו דשבועת הגאונים שייכא אף בקרקע ע"ש וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ן בחדושיו פ' חזקת הבתים גבי עובדא דרבה ב"ש וכן מדברי הנ"י שם והבאתי דבריהם לקמן סי' ק"נ סעיף ד' וכן עיקר וכמ"ש לקמן סי' קמ"ט סכ"ב ע"ש:

סעיף קסו

ושקיל מאה דקא תבע מפירי דארעא. כתב הסמ"ע וז"ל צ"ע למה כתב דשקיל מפירי ולא כתב מגופא דארעא והפירות יאכל בנכייתא כסתם משכנתא ובבעה"ת ראיתי דלא כתב שם מפירי דארעא עכ"ל ולא ראה יפה דל' בעה"ת שם כדאיתא בעובדא דרבא בר שרשו' שכתבנו ובשער י"ד חלק א' כתב בעובדא דרבה ב"ש וגובה מפירות הקרקע כל מה שטען כו' ומ"ש צ"ע למה לא שקיל מגופא דארעא כו' לק"מ דמיירי שגם המלוה מודה שיכול לסלקו עכשיו. ועיין עוד מדינים אלו לקמן סי' קמ"ט סכ"א וכ"ב וסי' ק"ן ס"ו ומ"ש שם:

סעיף קסז

אם נגנב קודם כו' ז"ל הטור בשם תשובת הרא"ש טעמא דהמלוה על המשכון הוה ש"ש הוא משום פרוטה דרב יוסף שמא יבוא לו עני באותו שעה שהוא טרוד לשטחו שא"צ ליתן לו הלכך אם נגנב קודם הזמן שקבע לו בשבילו נמצא עדיין היה ברשותו וצריך לנערו ואם נגנב אחר הזמן שקבע לו לא הי' ברשותו ולא הי' צריך לנערו דהוי כשאר פקדון שאין הנפקד חייב לנערו (כדלקמן ס"ס רצ"ב) כיון שברשות המפקיד הוא לבוא וליקח ולנערו ול"ד למשכון שאינו ברשות הלוה ליקח אותו ולנערו שאין המלוה מניח אותו ליקחנו לכך צריך המלוה להשתדל בו וזה כפקדון דמי ע"כ ועיין לעיל ס"ק י' וס"ק ל"ו:

סעיף קסח

אבל למ"ד שומר וכו' כיון דלדידיה לא הוי שומר שכר על המשכון אלא מטעם שתופסו לגבות ממנו חובו ואם כן כל היכא דגבה כבר חובו דליכא תו האי טעמא פשיטא דפטור מגנבה ואבדה עד כאן לשון ב"י ואין לשונו מדוקדק דהא פשיטא דלמ"ד דהוי ש"ח לא הוי שומר שכר כנגד מעותיו מטעם שתופסו לגבות ממנו חובו דא"כ אפי' במה ששוה המשכון יותר נמי לחייב ועוד דמוכח להדיא בש"ס פ' האומנים דלא הוי שומר

שכר מטעם שתופסו לגבות חובו וכמו שכתבתי לעיל סעיף ו' ס"ק ל"ו בשם התוספות ומהרש"ל וכן כתב הר"ן בתשו' סי' י"ט אלא כך הוא כוונת הב"י דכיון דלא הוי שומר שכר על המשכון כנגד מעותיו אלא מטעם שתופסו שלא יאבד ויגבה ממנו חובו דהוי כאלו פירש אם יאבד המשכון לא יגבה חובו ואם כן כיון שכבר גבה חובו פטור ודוק ומכל מקום אין זה מוכרח ואף שגם בסמ"ע ס"ק קכ"ו נמשך אחריו דיש לומר דכיון דהוי כאלו פירש כשיפסיד המשכון יפסיד מעותיו הוה כאלו פי' שיתחייב בתשלומים ואפי' קבל כבר מעותיו יחזיר לו ואפשר הרב בהג"ה אינו רוצה לומר אלא דלא מחייב על המותר אלא בפשיעה אבל מודה דצריך להחזיר הדמים ואפשר שזה דעת העיר שושן שכתב בסתם כדברי המחבר וכתב דהוי שומר שכר כמו שהיה מקודם משום פרוטה דרב יוסף והשמיט הגהת הרב והלא הוא הביא כמה פעמים בסי' זה דעת הי"א דלא הוי אלא שומר חנם אלא ס"ל דגם לפי דעת הי"א חייב להחזיר המעות ולא נ"מ אלא במותר וזה ממילא נשמע דאינו חייב אלא לרב יוסף ודוק הטיב:

סעיף קסט

לא מחייב אלא בפשיעה כו'. בתשובת מה"ר אלי' ן' חיים סי' קנ"ג תמה על הרא"ש בזה דלמה לא יהיה שואל עליו שהרי אינו מעוכב כלל לצורך הלוה אע"פ שמתחלה בא לידו לצורך הלוה לא מפני זה יחשב העכוב שמעכבו עכשיו לצורך הלוה וא"כ אפי' בלאו טעמא דשומר שכר חייב עליו מכח שואל כו' עד כאן לשונו ולא ידענא מאי קשיא ליה דנהי שאינו מעוכב לצורך הלוה מכל מקום פשיטא דלא הוי שואל אלא כשיש לו רשות להשתמש בו אבל אם אינו משתמש בו אע"פ שאינו מופקד לצורך המפקיד לא הוי שואל כדמוכח להדיא בש"ס ופוסקים וטור ומחבר לקמן ר"ס ש"ו גבי אומן דאומר הבא מעות וטול את שלך ע"ש:

סעיף קע

פטור שמעון. דהא בלא הלואתו נמי היה בבית העכו"ם ועיד דלא עשה שמעון שום מעשה בגוף המשכון שנאמר בו שהוא עומד ברשותו להתחייב עליו: מהר"מ שם.

סעיף קעא

מלשלם לראובן דמי המשכון. ואין ראובן יכול לטעון לשמעון הא קא משתרשת שנפטרת מחובך ע"י משכוני זה תן לי כי למה יתן לו זה אם כשנשרף המשכון פקע ליה שעבודיה דעכו"ם בדיניהן מאי איכפת ליה ראובן בשמעון משמיא הוא דרחימו עליה דשמעון עד כאן לשון מהר"מ שם:

סעיף קעב

ואינו שוה שיעור מעותיו כו' הוא הדין היכא דשוה שיעור מעותיו ואינו יכול לומר שיקח המשכון בעד חובו אלא צריך לשלם לו מעותיו ויקח המשכון אע"פ שהלוה לו בלא שטר וכמו שכתבתי לק' סי' ע"ד סעיף ה' ס"ק י"ט ע"ש:

סימן עג

סעיף א

במקום שאין להם מנהג כו'. אבל במקום שיש מנהג הולכין אחריו בין לפחות מל' יום בין להוסיף עליו ולקמן סי"ד יתבאר בדין מכירת משכון דעושין במשכון של ישראל כמו שהמנהג לעשות במשכנו של עכו"ם שביד ישראל ונראה דה"ה בדין זה עכ"ל סמ"ע ולקמן בסי"ד חלקתי על הר"ב בדין מכירת המשכון וא"כ כ"ש כאן דלא אזלינן בתר מנהג העכו"ם היכא דאין מנהג ידוע בין ישראל אלא אמרי' סתם הלואה ל' יום:

סעיף ב

שאינו יכול לתבעו קודם כו'. דקדק לכתוב שא"י לתבעו קודם ור"ל דדוקא לענין זה אמרינן סתם הלואה ל' יום אבל מ"מ לא אמרי' ביה אין אדם פורע תוך זמנו וכדלק' ס"ס ע"ח:

סעיף ג

אבל שאלה סתם. כיון דהדרא בעינא זמנה לאלתר וע"ל ס"ס שמ"א:

סעיף ד

מיהו אם הלוה מוחה כו'. בסמ"ע האריך ודעתו דדוקא כמו שכתב בשאלת הרא"ש כשהקנה לו בקנין דאז מסתמא לא הלוה לו רק שיכתוב שטר והשיג על העיר שושן דמשמע מדבריו אפי' בלא קנין נמי דינא הכי והגאון אמ"ו ז"ל כתב בגליון הסמ"ע שלו וז"ל העיר שושן סובר שבשאלת הרא"ש מעשה שהי' כך היה אבל לפי תשובתו משמע אף בלא קנין וגם לעיל בסי' ל"ט י"ל כן אח"כ בא בעל ב"ח והסכים לדברי עכ"ל והשתא אתי דברי הר"ב כפשטן שלא הזכיר קנין:

סעיף ה

וקבע לו זמן כו'. לכאורה נראה דמירי דוקא בקבע לו זמן בשעת הלואה דאלו אחר הלואה צריך קנין כמו נאמנות או אל תפרעני אלא בעדים וכמ"ש לעיל סי' ע' וע"א ע"ש מיהו יש לחלק דשאני התם דבא המלוה להוציא משא"כ זה דהלוה בא להחזיק המעות בידו אותו זמן דה"ל קצת כמחל לו המלוה לכל אותו זמן וצ"ע עכ"ל סמ"ע. ולדידי

פשיטא דה"ל כמחל לו המלוה דמ"ש דהוי כמו נאמנות או א"ל אל תפרעני אלא בעדים כו' ליתא דבא"ל אל תפרעני אלא בעדים גופיה קי"ל דמהני אפי' לאחר ההלואה בלא קנין וכמו שנתבאר לעיל סי' ע' סעיף ג' ע"ש וגם בנאמנות העליתי לעיל סי' ע"א ס"ק ז' דבנאמנות סתם אין צריך קנין אף לאחר ההלואה וא"כ כ"ש הכא אפי' למאן דס"ל דבנאמנות סתם צריך קנין שאני הכא דהוי מחילה מה שיש לו ביד הלוה וקי"ל מחילה אין צריך קנין וכדלקמן ר"ס רמ"א ועיין בהרב המגיד פ"ז מהלכות מלוה גבי משכנתא באתרא דמסלקי יש להוכיח שם מדבריו גם כן כמו שכתבתי:

סעיף ו

אם יורשיו אמודי' בנכסים כמוהו. זה אינו ברמב"ם ובטור ולא בשום פוסק ולא הזכיר כלום בב"י מזה ולא ידעתי מנ"ל להמחבר הא ומן הסברא נראה דאע"פ שאין היורשים אמודים בנכסים כמוהו א"י לתבעם קודם הזמן והיינו שכתבו הרמב"ם והטור סתמא בין שמת מלוה בין שמת לוה ולא חילקו בכך ואף לדברי המחבר נראה דאם היורשים רוצים לעשות בטחון על החוב או ליתן ערב מספיק אינם מחוייבים לשלם קודם הזמן ולא בא אלא לאפוקי שאם אינם אמודים כמוהו יכול לעכב ממונם דומיא דלקמן סעיף י' ואף בזה דברי המחבר צ"ע דיש לומר דל"ד לדלקמן סעיף י' שרואה הדיין שלא יוכל לגבות חובו מה שאין כן הכא:

סעיף ז

ואמר היום סוף הזמן כו'. ואם טענו היום סוף הזמן שאתה חייב לי ק' והלה משיב איני חייב לך רק נ' לשלם אחר י' ימים נשבע מיד היסת ואחר י' ימים נשבע ש"ד וכן ראיתי מורין:

סעיף ח

המתן עוד כו'. כיון דאף לדברי המלוה עדיין לא הגיע הזמן ושמא יודה בתוך הה' ימים:

סעיף ט

או שהיום סוף זמן שקבע לו כו'. ומיירי שהוא אחר שלשים או שלא נכתב זמן ההלוא' בשטר והמלו' טוען שהוא לאחר ל' דא"כ אף בשטר סתם ההלוא' ל' יום כדלעיל סעיף א' אף אם המלוה טוען אני התניתי עמך שתפרע לי קודם ל' נראה דהלוה נשבע היסת כיון דסתם הלואה ל' יום ופורע לו לאחר ל' מזמן ההלואה הכתוב בשטר:

סעיף י

ישבע המלוה היסת כו' זהו ע"פ מה שכתב בבדק הבית ובכ"מ לישב דברי הרמב"ם שכתב נשבע היסת כיון דאינן מחולקים בסך הלואה ומה שכתב הטור סתם ישבע בעל

החוב היינו ג"כ היסת ולדבריו נמשכו הסמ"ע והב"ח אבל לפי עניות דעתי זה דוחק דמה בכך שמחולקים בסך ההלוא' או בזמן הפרעון כיון דטעמא דמלוה על המשכון בעי אשתבועי בנק"ח משום דאינו טוען על גופו של משכון או משום דנא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וכמו שנתבאר לעיל סימן ע"ב סעיף י"ז אם כן הוא הדין הכא דהנך טעמי שייכי נמי הכא אלא נראה לפי עניות דעתי דהטור בכוון כתב ישבע בעל החוב כו' ורצה לומר כשאר בעל חוב והרמב"ן (וכן הבעה"ת ריש שער ט"ו) בכוון כתב ישבע היסת ושניהם לדבר אחד נתכוונו משום שלשון הרמב"ם כך הוא היתה המלוה בשטר וטען הלוה שזמן קבע לו יראה לי שישבע בעל החוב היסת שלא קבע לו זמן ויטול מיד עכ"ל ולשון הטור כך הוא היתה המלו' בשטר או על המשכון וטוען הלוה זמן קבעת לי ישבע בעל החוב שלא קבע לו זמן ויטול מיד עכ"ל ונראה שהרמב"ם כ' דינו דוקא במלוה בשטר ולא כמו שכתב בב"ה ובכ"מ דכוונת הרמב"ם שם דהוא הדין במלוה על המשכון והטעם כמו שכתב הרמב"ם מיד בפ' שאח"ז רפי"ד מה' מלוה והט"ו לקמן סי' פ"ב סעיף י' דדוקא כשטוען פרעתי נשבע המלוה משום ששטר לפרעון הוא עומד אבל שאר טענות כגון אמנה או רבית או כה"ג שאין השטר עומד לכך אין המלוה צריך לישבע בנקיטת חפץ אף שאומר הלוה ישבע לי אלא ישלם לו וישבע היסת והטור שרצה להכניס בדברי הרמב"ם גם דין המלוה על המשכון השמיט תיבת היסת וכתב סתם ישבע וממילא נשמע דכל חד וחד לפי דינו דבמלוה על המשכון כיון דאינו טוען על גופו של משכון צריך לישבע בנקיטת חפץ ובמלוה בשטר כיון שאינו טוען טענה שהשטר עומד לכך אינו נשבע אלא היסת כן נראה לפע"ד ברור:

סעיף יא

ראובן נשבע כו'. שלא לפרוע שום חוב כו'. בטור ובתשובת הרא"ש אינו בזה הלשון אלא איתא נשבע שלא למכור לפרוע לשמעון כו' וי"ל דוקא בכה"ג קאמר דלא חלה השבועה כשקדם חוב שמעון אבל כשנשבע סתם שלא לפרוע שום חוב אע"פ שקדם חוב שמעון חלה השבוע' דדמי למי שנשבע שלא אוכל מצה או שלא אשב בצל שאסור לאכול מצה בליל פסח ולישב בסוכה וכמו שמוסכם בירושלמי ופוסקים בי"ד סי' ל"ז ס"ה אע"פ דחיוב דמצה וסוכה חל עליו קודם לכן מ"מ כיון דנשבע בכולל חלה השבועה במצות עשה והוא הדין הכא ומה שכתב בטור ובתשובת הרא"ש בסוף דבריהם במה דברים אמורים שקדמה שבועה ראשונה לחוב שמעון כגון שנשבע סתם שלא למכור משלו בשביל שום חוב שיתחייב אבל אם קדם חוב שמעון לשבועת ראובן לא חלה השבועה כלל י"ל דהכי קאמר בד"א שקדמה שבועה ראשונה לחוב שמעון והיכי דמי

כגון שנשבע סתם שלא למכור בשביל שום חוב שיתחייב לשלם אבל אם קדם חוב שמעון ולא נשבע סתם לא חלה השבועה או אפשר שצ"ל או כגון שנשבע ותרתי קאמר בד"א שקדמה שבועה ראשונה לחוב שמעון דהיינו שנשבע שאם יתחייב לשמעון שום דבר לא ימכור משלו לשלם לו או כגון שנשבע סתם אחר שנתחייב שלא למכור משלו בשביל שום חוב שיתחייב כו' אבל המחבר נ"ל דוחק לפרש כן וע"כ פי' כפשוטו דאם נשבע אחר שנתחייב לשמעון אע"פ שנשבע בסתם שלא למכור בשביל שום חוב לא חלה השבועה. ולפי דבריו צ"ל דל"ד למצה וסוכה דהתם חיוב המצה וסוכה לא חל עדיין בשעת שבועתו דנהי דמושבע ועומד מהר סיני הוא לאכול מצה ולישב בסוכה בכל שנה ושנה ונתחייב כבר מ"מ החיוב לא חל עדיין ולפ"ז צריך לפרש דברי הרא"ש וטור דמיירי שזמן הפרעון של חוב הגיע קודם השבוע' דאל"כ נהי דנתחייב כבר בחוב מ"מ חיוב הפרעון לא הגיע עדיין ודמי למצה וסוכה ואפשר לומר דל"ד למצה וסוכה דלא חל עליו חיוב מצה וסוכה כלל באמצע השנה ואף אם עושה מצה וסוכה באמצע שנה לא יצא בזה ידי חובתו שיפטר כשיגיע זמן מצה וסוכה משא"כ הכא דנהי דזמן הפרעון לא הגיע עדיין מכל מקום הוא חייב לו כבר ושעבודא אית ליה משעת הלואה ואי הוה פרע ליה קודם זמנו הוה מפטר מיניה הלכך חל עליו החיוב מעיקרא ולא חלה השבועה וכן נראה עיקר (עיין בתשובת מהר"ש כהן ס"ב סי' פ"ב):

סעיף יב

ומכין אותו עד שתצא נפשו כו'. כדין כל פריע' בע"ח שהוא מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו אפי' בלא שבוע' כדלקמן סי' צ"ז סעיף ט"ו:

סעיף יג

ואם השבוע' קדמה לחוב שמעון נמצאת השניה שבועת שוא שהרי כשנשבע שבועה שניה שיפרע לו עד זמן פלוני הי' בכלל שבועה זו שימכור משלו כדי לפרוע לו וכי בכך מחוייב מן הדין והוא נשבע כבר שלא למכור ודמי להא דתנן בפרק ג' דשבועות שבועה שאוכל ככר זה שבועה שלא אוכל אכלה עובר על שבועת שוא לא אכלה עובר על שבועה ביטוי ומוטב שיעבור על שבועת ביטוי בשב ואל תעשה משיאכלנה בקום עבור על שבועת שוא כך בנדון זה לא ימכור כדי לקיים שבועתו הראשונה ונמצא השני' שבועת שוא וחייב עליה מכות מרדות כו' עכ"ל הרא"ש בתשובה. ונראה שיש בכאן חסרון דברים בתשובת הרא"ש זו חדא דל"ד להתם ועוד דהא התם אמרינן להדיא בש"ס דאם לא אכלה עובר על שבועת ביטוי ומשמע דמוטב שיאכלנה וכמו שפירש"י התם להדיא וכן הוא בהרא"ש התם להדיא וז"ל לא אכלה עבר אף על שבועת ביטוי

ירושלמי כיצד עושין אומרים לו שיאכלנה מוטב שיעבור על שבועת שוא ולא יעבור על שבועת שוא ועל שבועת ביטוי עכ"ל אלא כך צ"ל ודמי להא דתנן בפ"ג דשבועות עובר על שבועת ביטוי ואמרינן עלה בירושלמי (האי ירושלמי מייתי לה הרי"ף והרא"ש התם ונתבאר בי"ד סימן רל"ח סעיף ט"ז ע"ש) אמר שבועה שלא אוכל ככר זה שבועה שאוכלנה הראשונה שבועת ביטוי והשניה שבועת שוא ואמרי' לו שלא יאכלנה מוטב שיעבור על שבועת שוא ולא יעבור על שבועת שוא ועל שבועת ביטוי כך בנדון זה לא ימכור כדי לקיים שבועתו ראשונה ונמצאת השניה שבועת שוא כו' כן צ"ל והשתא נמצא ראיית הרא"ש ברורה ונכונה ודו"ק:

סעיף יד

נמצאת השניה שבועת שוא כו' כ' הב"ח וז"ל ויש לתמוה על הרא"ש דאע"ג דדעת המלוה שהלוהו ע"ד כן שיפרע לו בכל ענין אף אם יצטרך למכור משלו א"כ ודאי ע"ד כן נשבע וכולל בשבועתו כל ענייני פרעון מ"מ אין זה שבועת שוא דהא ודאי אם מכר משלו ופרע יצא ידי שבועתו השניה כמו בנשבע שאוכל סתם ואכל נבלה כמבואר בי"ר סי' רל"ח אבל לא אמרי' בשבוע' שאוכל סתם דהוי שבועת שוא מפני שכולל נבלות ושחוטות ושיהא נלקה עליה דעיקר המלקות הוא מפני שיצאת שבועה לשקר מפיו בשעה שנשבע שלא אוכל מצה בלילי פסח דלוקה מיד כדאיתא בירושלמי ובנשבע שלא ישן ג' ימים דלוקה וישן לאלתר כדאמר ר' יוחנן בפ"ג דשבועות אבל בנשבע סתם דאפשר לקיים שבועתו בדבר המותר לא יצאת שבועה לשקר מפיו אף ע"ג שכולל דבריו המותרים ואסורים ביחד וזה ברור לכל מעיין ועוד תימה גדולה לפי דמחשבי' שבועת שוא מה מועיל שימצא פתח דמ"מ מידי מלקות לא נפטר והא דתנן אכלה עובר על שבועת שוא לאו דוקא אכלה וכן פי' הרא"ש עצמו בספ"ג דשבועות וכך מבואר בפירש"י שם וכן כתב הרמב"ם בפ"ד מה' שבועות דעל שבועת שוא חייב בין קיים שבועתו בין לא קיימה ומ"ש מהרו"ך בזה לא דק ואין להאריך בזה עכ"ל וכל דבריו תמוהין ודברי מהרו"ך נכונים וכמו שאבאר מה שהקשה בראשונה דהא ודאי אם מכר משלו ופרע יצא ידי שבועתו שניה כו' ליתא דמיד שנשבע לפרוע לו כיון דע"כ היינו נמי למכור משלו אם לא יהי' לו במה לפרוע א"כ מיד שנשבע הוי שבועת שוא ודמי ממש לנשבע שלא יאכל ככר זה ואח"כ נשבע שיאכלנה דהוי שבועת שוא ואומרים לו שלא יאכלנה וכמו שהבאתי בסמוך בשם הירושלמי והרי"ף והרא"ש. ומ"ש הב"ח דהוי כמו שנשבע שאוכל סתם ואכל נבילות כו' לא דמי כלל דהתם אכילת נבילות הוי אכילה ויצא ידי שבועתו אבל הכא כיון שנשבע מתחלה שלא למכור לשלם לשום חוב ואח"כ נשבע

לשלם לשמעון וכונתו אף למכור א"כ הוי שבועת שוא שהרי כבר נשבע שלא למכור ול"ד כלל לנשבע (שאוכל) סתם דלא הוי שבועת שוא משום דאפשר לקיים בדברים המותרים אכל הכא שכוונתו שאם לא יהיה לו מעות ימכור משלו כדין כל מי שמחויב לפרוע וזהו ודאי הוי שבועת שוא כיון שכבר נשבע שלא למכור גם מ"ש ועוד תימה גדולה כו' דמ"מ מידי מלקות לא נפטר כו' לק"מ כלל דנהי דחייב מלקות בין קיים בין לא קיים היינו כ"ז שלא התיר השבועה הראשונה אבל כשימצא פתח הא כ' הרשב"א בתשובה סי' תש"ב. להדיא דלרבא דאמר אם נשאל על הראשונה חלה השניה תחתיה מיד כשהתיר הראשונה נפטר משבועת שוא ותחזור שבועה שניה משבועת שוא להיות שבועת ביטוי וכמו שכתבתי בשפתי כהן בי"ד סי' רל"ח ס"ק כ"ב ע"ש והרא"ש פסק בפ"ג דשבועות כרבא ע"ש והא דכתב שם דאכלה לאו דוקא כו' פשיטא דהיינו כל זמן שלא התיר הראשונה אבל כשהתיר' איגלאי מילתא דהראשונה לא היתה שבועת שוא כלל דהתם עוקר הנדר מעיקרו ולזה כיון מהרו"ך בסמ"ע ס"ק י"ד לפע"ד ע"ש וכל זה ברור:

סעיף טו

שבועת שוא כו'. כ' הב"ח מיהו נראה ודאי שהב"ד יש להם רשות לירד לנכסיו ולהגבות מהם לב"ח וא"צ שימכור הוא עצמו ע"כ:

סעיף טז

ומכין עליה מכות מרדות דכיון דהיתה בלא התראה אין לוקין עליה מלקות דאורייתא עכ"ל סמ"ע ולחנם כתב כיון דהיתה בלא התראה דבלא"ה כל מלקות דהאידנא אינו אלא מכות מרדות וכמ"ש הרמב"ם ר"פ ט"ז מה' סנהדרין דכל מלקיות שמלקין דייני ח"ל בכ"מ אינה אלא מכת מרדות עכ"ל ואפי' בא"י נמי דוקא כשיש סמיכ' וכמ"ש הרמב"ם ספ"ה מה' סנהדרין והאידנא אין סמיכ' וכמו שמבואר מדברי הרמב"ם פ"ד מה' סנהדרין:

סעיף יז

יתירוהו לו כו' ויקיים שבוע' שניה. ע' מה שכתבתי עליו בי"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ב:

סעיף יח

הנשבע לחבירו לפרעו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ח ועיי' מה שכתבתי עליו בי"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ו בש"ך ובהשמטו' שלי שם ועיין בתשוב' הר"ב סי' ק"ח דף ר"ך ועיין בתשובת משפטי שמואל סי' קכ"ט:

סעיף יט

עדיין השבועה במקומה עומדת. כי הזמן נעשה לזרז ושימהר לפרוע ועיקר השבועה היא על הפרעון ונהי דלא עבר השבועה כיון שלא תבעו שום אדם מ"מ עדיין מוזהר בשבועתו לפרוע לו כשיתבענו מידי דהוי אמלוה לזמן ועבר הזמן דלא נפטר בהעבר' הזמן עכ"ל טור מתשובת הרא"ש וכתב הב"ח וז"ל נראה מדלא הזהירו הרא"ש שיתירו לו השבועה כדי שלא יהא באיסור שבועה כל ימיו שהרי אף לאחר שעבר על השבועה צריך שיתירו לו כדאיתא בי"ד אלמא דס"ל דשבוע' זו שנשבע ע"ד חברו לפרעו קודם שיעבור הזמן אינו עובר עליה אא"כ תבעו חברו אבל אם אינו תובעו אפי' הוא בעיר אינו עובר על השבועה אלא דאף לאחר שעבר הזמן מוזהר הוא לקיים שבועתו לפרוע כשיתבע לו וכן נרא' מתשובת הרשב"א שהב"י ב"י במחס"ו דהנשבע לחבירו לפרעו לזמן ידוע אפי' אין המלוה בעיר באותו זמן מסתברא דצריך שיהיו מעותיו בידו באותו יום דילמא השתא אתא הוא או שלוחיה כו' אלמא דאי לאו האי חששא דהשתא אתא כו'. אינו עובר על השבועה כיון שאין תובעו שלא נשבע אלא אדעת' דהכי דכשיהא תובעו הוא או שלוחו דחייב לפורעו עכ"ל ומה שהוכיח מדל' הזהירו הרא"ש שיתירו לו השבועה כו' אינה הוכחה כל כך גם מ"ש וכן נראה מתשו' הרשב"א כו' אינו הוכחה דאי לאו האי חששא לא היה עובר כיון דאינו בעיר אבל טפי ה"ל להוכיח כן ממ"ש הרא"ש ונהי דלא עבר על השבועה כיון שלא תבעו שום אדם כו' וכן משמע להדיא בסמ"ע ס"ק י"ט וס"ק כ"ג דמדברי הרא"ש אלו מוכח דאף שנשבע לפרוע לזמן פלוני סתם אין חומר השבועה מחייבו לשלם מעצמו עד שיתבענו המלוה אף אם הוא בעיר ע"ש עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סימן ר"ל:

סעיף כ

ועיין בי"ד סי' רכ"ח כו'. וכתב ב"י מחודש י"א וז"ל כתב הריב"ש בסי' ת"ס בשם תשובת הרשב"א שמי שהיה חייב לפרוע לחבירו בשבועה לזמן פלוני והמלוה היה חייב לאחר מנה ואדוני הארץ התפיסו ביד אותו לוה מנה זה עד שיפרע המלוה לזה שחייב לו דאונס הוא שאינו רשאי לעבור על צוואת האדון עכ"ל ומיירי כשאמודי' הדברים שלא היה נשבע ע"ד כן וכן צריך לפרש דברי מהר"מ אלשיך בתשו' סימן כ"ב ע"ש ודוק דאל"כ פשיטא דאונס ממון לא מהני לסטור משבועה וכמ"ש הריב"ש בסי' שפ"ז וכבר נתבאר זה בי"ד סי' רל"ב בש"ך ס"ק כ"ב ע"ש:

סעיף כא

צריך ליתן לו באותו יום משכון וישומו אותו כו'. והב"ח פסק דאין צריך שומא אלא שיקנה לו בגוף החפץ כך וכך הלכך אסור לשום בשבת כיון דאין בו צורך חפצי שמים ואף אם נשבע לפרעו במעות יתן לו משכון של כסף ויקנה לו בו כך וכך כמ"ש במישרים אבל שאר משכון לא כיון שהתנה מעות ע"ש בב"ח ואפשר גם הרא"ש מודה במשכון של כסף דהוי כמעות ודוק (עיין בתשובת מהרשד"ם סי' שס"ו ותכ"ב):

סעיף כב

וישומו אותו כו' דמותר לשומו בשבת כדי לקיים מצותו דחפצי שמים מיקרי טור. ובתשו' הרא"ש מסיים דלא גרע ממה שמשדכין התינוק ושמשכירם אותו אפי' לאומנות כו' ונראה מזה ללמוד שהתיר אפי' לאחרים שיעסקו בשומא זו כדי שיקיים זה מצותו דומיא דשידוך תינוק דהתם שידוך הוא ע"י אחרים וגם נראה דאם נותן לו דבר שצריך מדיד' ג"כ מותר למדדו בשבת דומיא דמדידת האזור לרפואה ומדידת מקוה שהתירו' בשבת משום דחפצי שמים נינהו וכמ"ש בטור א"ח ס"ס ש"ו עכ"ל סמ"ע ולפעד"נ דל"ד לשדוך דהתם עושה מצוה בעצמו במה שמשדך משא"כ הכא דמונע מחברו עבירה דהוי כמו הדביק פת בתנור דפ"ק דשבת דאין אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חברו ועיין בתוס' שם ובתשובת רשב"א שהביא ב"י בא"ח ס"ס ש"ו גם מה שהתיר למדוד דומיא דמדידת האזור ומקוה נלפע"ד דל"ד דהתם גבי אזור הא קמפרש טעמא בטור משום דמתעסק הוא אצל המדידה ועיקר כוונתו הוא משום רפואה ועוד דכל צורכי חולה מותרים בשבת ע"י ישראל אחרים דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש ולמקוה נמי ל"ד דהתם צרכי רבים הוא ושמא יצטרך טבילה לזה המודד עצמו משא"כ הכא:

סעיף כג

דכל שפטור מדין כו'. ול"ד למ"ש מור"ם בסעיף שאח"ז דמי שנשבע לשלם לחברו אע"פ שלא היה חייב לשלם לו מ"מ חייב לשלם לו מכח השבועה דשאני התם דידע דאינו חייב וקבל החיוב אנפשו מעצמו בשבועה ואף אם יקבל עליו שלא ידע שהוא פטור מן הדין אין אומרים דה"ל שבועה בטעות דכל הנשבע מדקדק ונשבע וכמ"ש הט"ו לקמן סי' פ"א סכ"ח אבל כאן לא נשבע אלא לשלם חובו והפטור בא לו אח"כ וה"ל כמחל לו המלוה אח"כ בזה אמרי' דאדעתא דהכי לא נשבע עכ"ל סמ"ע וכה"ג מחלק בתשו' מהר"י ן' לב ספר ב' סי' ל"ח ובס' א' סוף כלל י"ב. וכתב עוד שם דהיכא דהוי פלוגתא דרבוותא מצי הנתבע לומר קים לי כמאן דפוטר וכשנשבעתי הייתי סבור שאני חייב מן הדין אליבא דכ"ע אבל אם הוא דבר דלית בי' פלוגתא והוא פטור לכ"ע חייב כשנשבע דכיון דדבר

ברור הוא שפטור ודאי נשבע לחייב עצמו מכח השבועה ולכן פסק שם במי שנתערב לחברו בשבועה בדבר שאינו קצוב דיכול לומר קים לי כהרמב"ם דס"ל דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא משתעבד וכשנשבעתי חשבתי שאני מתחייב בדבר שאינו קצוב וע"ש ואין דבריו מוכרחים דנראה לפע"ד דכיון דנשבע כבר תו לא מצי למימר קים לי דכבר חייב את עצמו לקיים בשבועה וכן משמע בתשו' מהר"ש כהן השייכים לספר ב' סי' כ' שכתב דבשבועה גם הרמב"ם מודה דנשתעבד ע"ש: (ואף בלא שבועה נראה לפע"ד דלא מצי למימר בדין זה קים לי כהרמב"ם וכמ"ש לקמן ס"ס קל"ב דכל הבאים אחריו חולקים בזה אך דנ"מ בזה בעלמא היכא דאיכא פלוגת' דרבוותא וק"ל):

סעיף כד

פטור כו'. וליתן לאשתו ובני ו דהמלוה אינו צריך שהרי אפי' נתנם בידו אינו נפטר הלוה ומחייב באחריותן כו' וכן הוא ברשב"א ולפ"ז באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית משמע דחייב ליתן לה למ"ד לקמן ס"ס ק"ך דנפטר בכך ע"ש:

סעיף כה

או יצא משם כלו' אף שלא עקר דירתו רק יצא משום עסקיו (עיין בתשובת מהרשד"ם ס"ס שפ"ו):

סעיף כו

צריך להוליכו אחריו כשתובעו דאל"כ כבר נתבאר דאפי' הוא בעיר אינו חייב על השבועה כשאינו תובעו וכ"ש אינו בעיר וכן משמע להדיא בסמ"ע ס"ק י"ט:

סעיף כז

וי"א דאפי' כו'. צריך להוליכו אחריו דין זה אינו מוכרח לפע"ד וע"ש במהרי"ק שהאריך בזה בראיות ויש לדחות כל ראיותיו ע"ש ודו"ק ובפרט שקשה נמי שהרי קי"ל דבשבועות אינו חייב עד שיבטא בשפתיו וא"כ אין לך אלא מה שנתחייב בשבועה דהיינו להוליכו למקום פלוני אבל למקום שלא נשבע אינו חייב אף שאינו רחוק יותר דכיון דלא היה חייב בלא שבועה א"כ אין לך אלא מה שנשבע וביטא בשפתיו וגם מהרי"ק גופיה הרגיש בזה וכתב וז"ל ואם ישאל השואל היאך תחול שבועה על אשר לא הוציא מפיו והלא דבר פשוט דלגבי שבועה בעינן לבטא בשפתים ולא סגי במחשבה כדמוכח במסכת נדרים בכמה מקומות נראה לע"ד דהיינו דוקא בשבועות איסור ונדר שאדם אוסר ונודר על עצמו אז ודאי אין לנו אלא מה שהוציא מפיו ולא נלמד ממנו לאסור עליו דבר אחר כדומה לו ואפי' יוכיחו הדברים שגם לזה כוון לפי הנראה והיינו משום דגלי קרא לבטא בשפתים אבל שבועה שאדם עושה לחברו לקיים לו תנאי שהתנה עמו השבועה תלויה

בתנאי ובכל מה שיחול התנאי תחול גם השבועה לפי הנראה לע"י וכן משמע מתוך מ"ש רבינו אשר בתשובותיו כו' עכ"ל ולפע"ד לא מסתבר לחלק בכך ועוד דהא פשיטא דכשנשבע מעצמו לשלם לחברו נמי לא מחייב אלא מקרא דלבטא בשפתים דכל שבועה שאדם נשבע מעצמו לקיים דבר אינו אלא שבועת ביטוי וא"כ אינו חייב אלא על מה שהוציא בשפתיו וכן משמע ממ"ש הריב"ש סימן קצ"ה והר"ב בי"ד ריש סי' רי"ח גבי מי שהי' לבוש בגדי צמר ונצטער בלבישתו ונשבע שלא יעלה עליו צמר לעולם דאסור ללבוש ומותר לטעון עליו שלא נתכוין זה אלא בבגד צמר כו' וכתבו דהיינו דוקא בנודר לבין עצמו אבל בנודר לחברו כל שלשון הנדר כולל הולכים אחריו אם לא באומדנא דמוכח כו' הרי דבנודר לחברו הולכים אחר לשון השבועה ואע"פ שכתבו דבאומדנא דמוכח הולכין גם כן אחר הכוונה היינו דוקא דומיא דהתם לפטור את הנשבע מהשבועה ולומר כיון דאיכא אומדנא דמוכח ודאי לא נתכוין לזה אבל לומר איפכא לחייבו בשבועה מה שלא הוציא בשפתיו משום אומדנא לא שמענו. ומ"ש מהרי"ק וז"ל וכן משמע ממ"ש רבינו אשר בתשובותיו גבי נשבע לחברו לפורעו לזמן מוגבל ועבר הזמן ולא תבעו שפוסק דמ"מ חייב לפורעו לאחר זמן מכח השבועה וכתב וז"ל ול"ד לנשבע שיאכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכל שעבר על שבועתו ואין מחויב עוד לאכול אותו דעיקר השבועה היתה על הזמן שיאכל ככר זה היום אבל הכא הוא מחויב לפרוע ממון זה ונשבע לפרוע ממון זה ועיקר השבועה על פריעת החוב והזמן מזרז פריעת החוב מידי דהוה אמלוה לזמן אם לא יפרע לו לאותו זמן שחייב לפרוע לאחר זמן ע"כ הרי לך כי כל לשונו מוכיח שעיקר השבוע' תלוי בפרעון וכל זמן שיש פרעון יש שבועה ואפי' במקום שלענין שבועה אין חיוב שבוע' כגון שעבר היום ולא אכלו בשבועת תנאי ממון חייב ה"נ לא שנא לפי הנראה לע"ד עכ"ל מהרי"ק. ולפענ"ד לא משמע מדברי תשו' הרא"ש אלו מידי דהתם כיון שמחוייב לפרוע ממון זה ונשבע לפרוע ממון זה א"כ עיקר השבוע' הוא על הפרעון והזמן אינו אלא זירוז וכל זמן שהוא מחויב לפורעו הוא עומד מחויב בשבועתו משא"כ הכח. הלכך נלפע"ד דצ"ע לדינא אם יש לחייב את הלוה להוליכו אחריו למקום אחר. ובפרט שבקל יוכל הלוה לומר איזה התנצלות כגון שהיה לי דרך בלאו הכי למקום ההוא ולמקום הזה אין לי דרך או בדרך ההוא הייתי רגיל לבוא או הייתי יודע להשתדל בקלות מי שיביא לי מעות לשם או ידעתי מי שרגיל ליסע לשם והיה נאמן בעיני מה שאינו בדרך הזה וכאלו התנצלות רבות.

סעיף כח

מי שנשבע כו' א"צ ליתן לו מיירי בענין שהוא פטור מן הדין ליתן לו לכך פטור ג"כ מן השבועה דלא נשבע אלא כשיתחייב מן הדין משא"כ עתה שהרגיל קטטה באופן שפטור מן הדין דפטור ג"כ מצד השבוע' דדמי להגיע השמיטה בינתים או מחל לו דלעיל סעיף ז' וכן הוא במהרי"ק להדיא ע"ש:

סעיף כט

א"צ ליתן לו. נרא' לפע"ד דמיירי שהנשבע הוא אמוד או שיניח הנדוניא ביד שליש דאל"כ פשיטא די"ל דשמא לא ירגיל קטטה ונמצא מפסיד זה נדונייתו וכן כל כה"ג ודוק:

סעיף ל

מ"מ חייב לשלם מכח שבועתו. ז"ל הסמ"ע ע"ש בתשובת הרא"ש דהשיב כן משטר שהיה כתוב בו שנתחייב ראובן בשבועה סך כזה לשלם לכל מי שמוציאו עליו ומסיק וכתב שם דאפי' את"ל דמן הדין לא היה חייב מכח שעבוד השטר לחוד כיון דלא נזכר בו שם המלו' מ"מ חייב מכח השבועה ולענד"ל לחלק ולומר דדוקא התם דמתחלת חיובו נשתעבד בשבועה מ"ה צריך לקיים שבועתו אבל היכא ששעבודו היה מתחלה ואח"כ נשבע לשלם י"ל כיון דהחוב ליתא ג"כ השבועה שנשבע עבורו לית' וא"כ לא ה"ל למור"מ כאן לסתום ולכתוב בסתם וצ"ע עכ"ל ולפי ע"ד לא מסתבר כלל לחלק בכך דמה בכך ששעבודו היה מתחלה סוף סוף נשבע אח"כ לשלם לו וצריך הוא לקיים שבועתו. ויפה כוון הר"ב שסתם הדברים. ואולי כוונת הסמ"ע כשנשתעבד מתחלה ואח"כ נשבע שמה שנתחייב ע"פ שעבודו ישלם והשתא כיון שהשעבוד ליתא שהרי השבועה לא היתה אלא שישלם מה שנתחייב ובאמת לא נתחייב כלום אך פשט לשונו לא משמע כן. וגם א"כ פשיטא דל"ק מידי על הר"ב שסתם הדברים וק"ל (ע' בתשו' מהרשד"ם סוף סי' נ"ז וסי' ע"ד וסי' תנ"ז):

סעיף לא

בראש חדש אדר. וה"ה בכל חדש שתחלתו ב' ימים:

סעיף לב

חייב לפרוע ביום החדש הראשון. דשני ימים נקראים ר"ח וספיקא דאורייתא לחומרא. הרשב"א ובש"ר ביד ס"ס רכ"ח כתבתי דאפי' בלא ספיקא דאורייתא דינא הכי משום דקרי ליה אינשי ריש ירחא וכמו שנתבאר בי"ד סי' ר"ך ס"ח ובהרא"ש ר"פ קונם כו' ע"ש ומיהו י"ל דל"ד לסי' ר"ך שם ולמ"ש הרא"ש ר"פ קונם משום דבלשון בני אדם גם יום ר"ח הראשון הוא בכלל ר"ח דלהבא אבל מ"מ י"ל דכשאומר בר"ח כוונתו ליום שני

דר"ח דשניהם כיומא אריכתא דמי דהא שניהם ר"ח הם ולכך צריך לטעמא דספיקא דאורייתא לחומרא:

סעיף לג

מי שיש לו שטר כו' כתב הסמ"ע נראה דדוקא נקט שטר כו' משא"כ בע"פ לא דהא הלוה יכול לישבע היסת ולפטור כו' ע"ש ומשמע דשטר אע"פ שאינו מקוים מעכבים המעות על ידו עד שיקיימו ויטול בשבועה וכן משמע בהרא"ש פ"ק דב"ק ועיין בב"ח ולפי שדינים אלו תלויים במנהג ולפי ראות עיני הדיינים קצרתי:

סעיף לד

שהלוה מבזבז נכסיו כו'. דוקא מבזבז אבל אם אינו מבזבז אע"פ שמתמוטט מידי יום יום ולא יוכל לשלם לזמן אפי' במטלטלין לא יוכל המלוה לעכב תוך הזמן כ"כ מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ך' ואע"פ שראייתו שהביא שם מפ"ק דמכות גבי הלוה לחברו עשר שנים והגיע שמטה אינו ראיה כלל דהתם ידע מעיקרא שיהיה שמטה וא"כ סבר וקבל מ"מ כן נראה עיקר לדינא דהא בלאו הכי רב יהודאי גאון והרמב"ן והרשב"א בתשו' סי' אלף תתק"ח והריב"ש סי' ק"ס חולקים וכדבריהם משמע לכאורה עיקר בש"ס ונהי דכבר הסכימו כל האחרונים ונתפשט המנהג כדברי המחבר מ"מ אין לך בו אלא חדושו. ועיין עוד במהרש"ל שם מדינים אלו. ועיין עוד בתשו' ן' לב ספר א' כלל י"ז סי' ק"ב ובתשו' מבי"ט ח"א סי' ל"ג וסימן קל"ג ורי"ג ובתשו' מהרשד"ם סי' נ"ז וסי' קנ"א וקנ"ח ושפ"ו ושצ"ב ות"ח ותנ"ז ובתשו' מהר"ש כהן ס"ג סי' צ"ח ובתשו' מנחם עזריה סי' נ"א וסי' פ"ט ובתשו' מהר"א ן' חיים סי' כ"ה כמה דינים מדיני עיקול ולפי שדינים אלו תלויים במנהג המקומות ולפי ראות עיני הדיינים לא הארכתי בזה:

סעיף לה

הקונה שדה כו'. ע"ל סי' רע"ו ס"ה:

סעיף לו

אם הלוהו עלמשכון כו'. כתב ב"י במחודש י"ז וז"ל כתב בעה"ת בשער מ"ט שדעת הרמב"ן ז"ל דמשכונא קרקע שלא קבע לה זמן אע"פ שהוא אוכל פירות בנכייתא או בשומא הדעת מכרעת שדינו כמשכון דמטלטלין והמלוה כופהו למכור הקרקע לאחר ל' יום או לאחר זמן שקבעו ביניהם וכן השיב הראב"ד לפי הדין אלא שתלה הדבר במנהג המדינות ואם אין מנהג לישראל למדין ממנהג העכו"ם עכ"ל ונמשכו אחריו הד"מ והסמ"ע סעיף קטן ל"ב והב"ח סכ"ג ולא ירדתי לסוף דעתם דהמעיין בבעה"ת שם יראה דהשאלה להרמב"ן לא היתה רק אם יכול לכופו במשכנו קרקע לפדותו או למכרו ועל

זה השיב הרמב"ן שיכול לכופו לפדותו וכל עיקר פלפולו של הרמב"ן שם דלא נימא דבמשכון קרקע אין המלוה יכול לכופו שאינו יכול הלוה לומר הרי סמכת על המשכון קחנו בחובך ע"ש ונהי דכתב שם הרמב"ן דבמשכונת מטלטלים כופהו מיד לאחר ל' יום מ"מ במשכונא קרקע לא הזכיר הרמב"ן שם כלל ל' יום וי"ל דא"י לכופו בפחות משנה וכדאמרינן באיזהו נשך דף ס"ח ע"א גבי משכנו קרקע סתם משכנתא שתא והא ראיה שכתוב בתשו' הרמב"ן שם וז"ל דבר זה אתה יודע שכבר נשאל עליו הראב"ד ומה שנסתפק בו והורה עליו אתה יודע והכל מצוי בידך ובס' העיטור כ' בפי' שהדין עם המלוה כו' ושם מיד מייתי דברי הראב"ד וז"ל ומנינו בתשובות שאלה להראב"ד שכתב ראובן שמשכן לשמעון ביתו ולא קבע לו זמן אם יכול לכופו לפדותו וכן אם הלוהו על המשכון סתם אם יתבענו אחר שלשים ויכוף אותו לפרעו או לא והשיב דע כי מקומות יש בברצלונא כופין לפדותו אחר שנה או אחר הזמן שיפסקו ביניהם אבל בנרבונא אין כופין לא בבית ולא בשדה ובמשכון אחר לא שמעתי מנהג ולפי ההלכה מל' יום ואילך מוכרן בב"ד שלא נחלקו חכמים על רשב"ג אלא בענין שצריך חזרה אבל באחר לא נחלקו ובמשכון קרקע במקום שאין מנהג הולכים אחר מנהג העכו"ם והם נהגו שאם לא התנה בשעת הלואה א"י לכופו לפדותו וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלינו ואין לנו בו מנהג ידוע שהולכים בו אחר מנהגות שלהם שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא והם דנין ע"פ המנהגות עכ"ל הרי להדיא דדוקא במשכון מטלטלים פסק ל' יום אבל במשכון קרקע ס"ל שאין הדין מפורש אצלינו ולכך למדין מדיני עכו"ם והלכך היכא דליכא מנהג בין העכו"ם ואין מנהג בינינו א"י לכופו לפדותו להראב"ד וכן כתב הנ"י פ' איזהו נשך וה"ה פ"ז מה' מלוה בשם הרשב"א דא"י לכופו לפדותי בקרקע ע"ש ובע"כ דמטלטלים מודה הרשב"א כדמוכח להדיא בש"ס פ' המקבל דיכול לכופו למכרו לאחר ל' יום ולגבות חובו. ועוד שבפ"ז מה' מלוה משמע מדברי ה' המ' דס"ל כהרשב"א בזה שהרי הביאו בסתם ובפי"ג מה' מלוה כתב ה' המגיד דאף במשכון סתם הלואה ל' יום הרי דיש חילוק בין קרקע למטלטלין ועוד דאי הוי דינא דבקרקע יכול (לכופו) לפדותו לאחר ל' פשיטא דלא הוה למדין מן העכו"ם לבטל דין תורתינו חלילה וכדמשמע להדיא מדברי הראב"ד דדוקא בדבר שאין דינו מפורש אצלינו למדין מדיני העכו"ם אבל לא בדין המבורר אצלינו וכמו שהוכחתי ג"כ באריכות לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ט וא"כ אף להרמב"ן דס"ל דגם בקרקע יכול לכופו לפדותו (וכן הוא דעת הרא"ש פ' א"נ) י"ל דהיינו דוקא לאחר שנה תדע שהרי כתב הרמב"ן ובס' העיטור כתב בפי' שהדין עם המלוה כו' והרי בבעל העיטור דיני חוב מלוה על המשכון דף ס"ט ריש ע"ב פסק דמשכון מטלטלים

יכול לכופו למוכרו לאחר ל' יום (ע"ש שיש קצת ט"ס בלשונו) ובאות פ' פותקי דף מ"א גבי משכונו קרקע כתב דהדין עם המלוה (ע"ש שיש ג"כ קצת ט"ס) ושם בדף מ"ב ע"א כתב אמר רב אשי סתם משכנתא שתא למאי נ"מ דאי אכיל שתא מצי מסלק ליה ואי לא לא וצ"ע אי מצי מכפי למפרע ליה לזוזי עד שתא או לא עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דבמטלטלי' פשיטא ליה דיכול לכופו לאחר ל' יום מ"מ בקרקע מספקא ליה עד שתא. וכן נלפע"ד עיקר דבקרקע א"י לכופו לפדותו עד שנה כיון דאמרי' סתמא דסתם משכנתא דקרקע שתא וגם אין סברא לו' שיגרע כח הלוה מהמלוה שהלוה לא יוכל לסלקו קודם שנה והמלוה יוכל לכופו לפדותו קודם שנה א"כ לקתה מדת הדין אלא מסתמא הדין שוה בשניהם כן נלפע"ד:

סעיף לז

אין ב"ד נזקקין לומר לו המתן כו' שהרי אם ירצה לשקר יכול לומר לקוח הוא בידי אלא משיאין לו עצה למכרו בעדים כדי שידע הלוה בכמה נמכר עכ"ל רמב"ם והביאו הטור ופי' הריב"ש דבריו דצריך נמי שומת ב"ד ואעפ"כ הוצרך לעצה דעדים כי אולי ימכור ביותר מהשומא ולא יצטרך שבועה ע"ש ועיין לקמן ס"ק מ':

סעיף לח

יכול למכרו כו'. בבעה"ת שם בשם ס' המקח כ' דאע"פ שהיא אבדה מדעת לפי של עצמו של לוה יחסר אותו חסרון כו' ונרא' דאע"פ שהמשכון מתחלה לא היה שוה יותר מחובו ועכשיו אין לו להשתלם ממקום אחר אפ"ה יכול למכרו דמ"מ הוא חסרון ללוה שיהיה למלוה חוב עליו:

סעיף לט

וי"א דבמקום שמנהג כו'. בסמ"ע הקשה דכאן משמע שאילולי המנהג יכול למכרו בפחות משנה ולקמן סי' שס"ט ס"ח כתב הר"ב דהמלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה הואיל וכן דינא דמלכותא כו' דמשמע דאילולי המנהג היה צריך להמתין יותר משנה ותירץ דשם מיירי בישראל שהלוה לחבירו על המשכון של עכו"ם וכאן איירי בהלוה לישראל חבירו בלא רבית ואין תירוצו ברור. גם קשה על דבריו שהרי דין זה שכ' הר"ב לקמן הוא מהמרדכי פ' הגוזל בתרא דאיתא שם המעשה בא' שמשכן ספרים לחבירו כו' וספרים ודאי לא היו של עכו"ם אלא נראה לתרץ דכאן מיירי שהמלוה תובעו לכן לולי המנהג היה יכול למכרו בפחות משנה אבל לק' מיירי שאינו תובעו ואחר שנה יכול למוכרו מיד בלא תביעהכלל. וכן כתב הגאון אמ"ו ז"ל בגליון הסמ"ע שלו: עוד כתב בעיר שושן על דברי הר"ב כאן וז"ל ונ"ל דמיירי כשיש המנהג כן כשמלוה לעכו"ם

בלא רבית א"נ ברבית והלוה לישראל ג"כ ברבית כגון שתלה משכונו בעכו"ם ואמר לו שלוה לצורך עכו"ם אבל כשיש המנהג כן במלוה לעכו"ם על המשכון ברבית שלא יוכל למכרו בפחות משנה כשמלוה לישראל בלא רבית למה נכוף אותו שימתין לו שנה חז"ל לא נתנו זמן אלא ל' יום מה שייך לתלות בהלוא' העכו"ם וזה דוחק לו' כשמלוה לישראל בלא רבית משום שכר המצוה דהמלו' על המשכון שקבלו עליו כאלו הלוה לעכו"ם ברבית שאין סברא לומר כן כנ"ל עכ"ל ובסמ"ע השיג עליו וז"ל ואין נ"ל דבריו לדינא שא"כ לא ה"ל למסתם ולכתוב דלמדים ליהודים מהנהגות במשכונות של עכו"ם גם בתשובות הראב"ד ובמרדכי פ' הגוזל והיא הד"מ כתבו סתם ומשמע דבכל ענין איירי וכן משמע לקמן סי' שס"ט והטעם דאמרינן כשהשכינו הלוה ליד המלו' אדעתא דהכי נתנו לו בתורת משכון שינהג עמו במשכונו כאשר נוהג עם משכונו דעכו"ם ועל המלוה הי' מוטל להתנות שלא ינהג עמו כמנהג העכו"ם ומדלא התנה אמרי' גם הוא הי' דעתו לכך בשעת ההלואה עכ"ל וכה"ג כתב הב"ח בסכ"ג וכן בס' מגדול דוד השיג על הע"ש כה"ג ולפע"ד דברי הע"ש נכונים ודברי המשיגים תמוהים דנהי דאדעתא דהכי נתנו לו שינהג עמו כמשכון דעכו"ם מ"מ הא בעכו"ם גופי' כשאינו נותן רבית א"צ להמתין שנה ודוקא כשנותן רבית מחויב להמתין שהרי אין לו הפסד במה שמעותיו בידו שהרי נותן לו רבית משא"כ בלא רבית וא"כ למה יגרע שהוא ישראל יותר מעכו"ם עצמו ובהכי ניחא נמי דל"ק מה שהקשה הסמ"ע שא"כ לא הו"ל למסתם כו' דאררב' מדסתמו משמע דכל אותו המנהג שנוהגים בעכו"ם יש לנהוג בישראל אבל מה שגם העכו"ם אינו נוהג פשיטא שלא ינהג בישראל. גם מ"ש הסמ"ע בתשו' הראב"ד כו' בלאו הכי אינו נכון וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ו דהראב"ד ס"ל דאין למדין מעכו"ם רק בדבר שאין מפורש אצלינו וא"כ אפי' בעיקר הדין של הר"ב חולק עליו הראב"ד וכמ"ש לקמן. אך מ"ש הע"ש א"נ ברבית והלוה לישראל ג"כ ברבית כגון שתלה משכונו בעכו"ם לא דקדק בדבריו ולדוגמא בעלמא נקטיה וכוונתו שעשה עמו איזה היתר באופן המועיל אבל בתולה משכונו בעכו"ם אסור ליקח ממנו רבית אם המלוה יודע באמת שהוא של ישראל ואי מיירי באומר המלוה לדבריך הראשונים אני מאמין כמו שנתבאר בי"ד סי' קס"ט סעיף י"ג א"כ לא צריך כאן לטעמא שדנין גם בישראל דינא דמלכותא דהא כיון שמאמין לדבריו הראשונים הרי הוא מחזיקו בשל עכו"ם ופשיטא (דאינו) יכול למכרו אלא ודאי כמ"ש: וכל זה כתבתי לדעת הר"ב אך לפי ע"ד דברי הר"ב צל"ע בעיקר הדין שכ' הר"ב שלא יוכל למכרו בפחות משנה שהוא דבר תמוה מאד לפי עניות דעתי דכיון דע"פ דין תורה יכול למכרו לאחר ל' יום היאך נלמוד מדיני עכו"ם לבטל דין תורה ח"ו לא תהא כזאת

בישראל ולא מבעיא לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך ולא בין איש לחברו וכן הסכים בשלטי הגבורים פ' חזקת הבתים סוף דף קפ"ט וז"ל ונראה בעיני שלא נאמר דד"ד אלא בדברים שהמלך גוזר להנאתו כגון המכסים והמסיות וכיוצא בהן אבל בדברים שבין אדם לחברו אין לנו לדון אלא על פי תורתינו כמבואר בקונט' הראיות ובפ"ק דגטין ופ' גט פשוט עכ"ל אלא אפי' לשאר פוסקים דסוברים דאמרי' ד"ד בכל דבר היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתינו אלא שאינו מפורש אצלינו אבל לדון בדיני העכו"ם בכל דבר נגד תורתינו חלילה ודאי לא יעשה כן בישראל ובמרדכי שם לא כתב אלא בא' שמשכן ספרים אצל חברו ומכרם אחר שנה ותבעו חבירו לדין ופסק ר"י בר פרץ דאין עליו כלום משום דינא דמלכותא כו' ונלפע"ד דהיינו משום דאין מפורש אצלינו שלא יוכל למכרו אחר שנה בלא תביעה ואדרבה לכאורה נראה מש"ס דילן פ' א"נ להפך דאמרינן סתם משכונא שתא אפי' בקרקע וכ"ש במטלטלין ואם כן אין המלו' זקוק לשומרו יותר משנה והלכך פסק דאזלי' בזה בתר דינא דמלכות' כיון שאין הדין מפורש אצלינו וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ו בשם הראב"ד אבל כאן בע"כ מיירי שהמלוה רוצה למכור המשכון ולגבות חובו עתה אם כן כיון שהדין מפורש אצלינו בש"ס פרק המקבל ובכל הפוסקים אין גם אחד שחולק דיכול למכרו לאחר ל' יום היאך נלמוד מדיני עכו"ם להכחיש דיני ישראל חלילה וכבר האריך הרשב"א בתשו' מביאה ב"י לעיל סוף סי' כ"ו בא' שנשא אשה במקו' שדנין בדיני עכו"ם שאין הבעל יורש את אשתו כו' שאעפ"כ יורש את אשתו ולא שייך בזה דינא דמלכותא כלל דא"כ עקרת כל דיני התורה השלימה כו' ע"ש שהאריך הרבה וכן כתב ג"כ מהרי"ק בשורש קפ"ז וז"ל ואשר נסתפקת אם יש לדון על שטר עכו"ם בדיני עכו"ם באותו שטר או לא כגון לענין יד בעל השטר על התחתונה שכתבת שדיניה' בהפך לפע"ד נראה דבר פשוט שאין בטענ' זו ממש דאע"ג דקי"ל דינא דמלכותא דינא ואפי' למ"ד דד"ד בכל דברים היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגים של משפטי המלכים אבל דין שבין אדם לחברו פשיטא ופשיטא דלא דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו וכ"כ ג"כ הר"ן בקדושין ובפ"ק דגטין וז"ל והא דאמר שמואל דד"ד דוקא מה שהוא עושה מחוקי המלך אבל מה שהוא עושה שלא כדין לא ולישנא דדינא דמלכותא הכי משמע ולא אמרו דינא דמלכא דאי עביד שלא כדין חמסנות הוא ולאו דינא כו' וכן מ"כ בשם מה"ר שמשון מקינון וז"ל על אודות שטר שעולה בערכאות של עכו"ם כו' עד מ"מ מדבריו למדין בהדיא דלא הוכשרו שטרות העולות בערכאות של עכו"ם אלא לענין הימנות דידהו דלא חשבינא להו ככותבי פלסתר אבל לא לשנות מדין תורה אפי' כמלא נימא עכ"ל וע"ש והרי משמע נמי להדיא

מדברי הראב"ד שהבאתי לעיל ס"ס ל"ו דדוקא בדבר שאין מפורש אצלינו למדין מדינא דמלכותא אבל לא מה שהוא מפורש בדינינו. אמת שהרב כתב לקמן ס"ס שס"ט בהג"ה וז"ל הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו אין יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עכו"ם דאם מתה לא יורשה בעלה וליכא בזה משום דינא דמלכותא דלא אמרינן ד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דא"כ בטלת כל דיני ישראל עכ"ל ומשמע לכאורה מדבריו דבמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרי' ביה דד"ד ולפ"ז היה אפשר ליישב דבריו כאן קצת דזהו שא"י למכור המשכון בפחות משנה הוא לתקנת בני המדינה אבל לפענ"ד גם דבריו דלקמן ס"ס שס"ט צ"ע ואנה מצא זה דמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרי' דד"ד אפי' נגד דין תורה והרי בתשו' הרשב"א שמשם מקור הדין דהנושא אשה כו' לא כתב בכל התשובה רק שחלילה שנדון בדין עכו"ם נגד דין תורתינו. ועוד דמי מפיס א"כ בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינ' ומ"ש מהרי"ק לעיל היינו דוקא לענין ארנוניו' ומנהגות של משפטי המלכים כו' ה"ק היינו דוקא לענין ארנוניות שנוגע למלך דא"כ כל הדין נוגע למלך עצמו והזוכה בו הוא כבא מכח המלך או במנהגות של מלכים אף ע"פ שאינו נוגע למלך עצמו כיון שהוא משפט המלך במדינה ואינו נגד דין תורה אמרי' דד"ד אבל דין שבין אדם לחברו פשיטא ופשיטא דלא ואף שיפסקו בדיניהם כן משום תקנת בני המדינה (ואין להקשות מפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף נ"ה ע"ב) גבי מלכא אמר לא ליקני אלא באגרתא ונתבאר לקמן סי' קצ"ד ס"ב ואע"ג דהתם בדינינו קונה בחזקה שאני התם כיון דהקרקע הוא של עכו"ם אזלינן בתר דין עכו"ם ואמרי' נמי דישראל הראשון אדין עכו"ם סמך וכן בפ"ק דגטין (דף י) ונתבאר לעיל סי' ס"ח ס"א דשטרי מתנות העולים בעש"ע כשרים היינו נמי כיון דהשטר עשוי בערכותיהם א"כ אדינא דמלכותא סמך ועוד תירץ בבעה"ת שער מ"ו ח"ח בענין אחר הך דחזקת הבתים ודפ"ק דגטין ומ"מ לפי דברי הרמב"ן בבעל התרומות שם צריך לתרץ כמו שכתבתי ע"ש ודו"ק) ואם באנו ליישב דברי הר"ב דלקמן ס"ס שס"ט צ"ל דה"ק דלא אמרי' דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה מה שאין הדין מפורש אצלינו אבל לא שידונו בדיני עכו"ם נגד תורתינו כו' וכן תיקן וביאר בעיר שושן להדיא לקמן ס"ס שס"ט וז"ל לא אמרי' דינא דמלכותא אלא בדבר שיש לו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בענייני משא ומתן שביניהם אבל שאר דינים דיני תורה המפורסמים בינינו כגון שהם מכשירים עד א' ואפילו הוא קרוב או פסול וכיוצא בדברים אלו דינים פרטיים שבין ישראל לחבירו פשיטא שלא נדון בהם כמותם דאל"כ

בטלו ח"ו כל דיני תורה מישראל וכן הנושא אשה במקום שדנין דיני עכו"ם ומתה א"י יורשיה לומר כל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו כו' עכ"ל וכן משמע בסמ"ע שם שכן כוונת הר"ב שם. אבל דברי הר"ב כאן צל"ע:

סעיף מ

רוצה לומר כו' וישומו כו'. כן פי' הריב"ש סימן שצ"ו דברי הרמב"ם והרא"ש ומביאו ב"י ובכסף משנה פי"ג מה' מלוה חולק עליו וז"ל ואיני יודע מי דחקו לומר דפשטא דמילתא היינו לומר שימכרנו ברשות ב"ד אבל מנין לנו שיצערך שישומו בשומת ב"ד ועוד שומא זו מאי עבידתיה הגע עצמך שישומו במנה ולא נמצא מי שיקנהו אלא בתשעים איך יעלה על הדעת שיפסיד זה עשרה אלא ודאי אין כאן שומא אלא ימכר ע"פ ב"ד במה שימצא מי שיקנהו כך נ"ל והכי הוא סוגיין דעלמא ומעולם לא ראיתי מי שהצריך שומא למשכון עכ"ל ואין דבריו נכונים לפע"ד דדברי הריב"ש מוכרחים בש"ס פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף ל"ב) דאמרי' התם דאפי' אלמנה כשמוכר' משל בעלה לפרעון מזונות או כתוב' שלה צריכים ב"ד הדיוטות דבקיאי בשומא וכן מוסכם מכל הפוסקי' [והב"י כ' בא"ע סי' צ"ג ור"ס ק"ג שכן דעת הרי"ף והרא"ש והרמב"ם והר"ן ודלא כרש"י פרק אלו מציאות שפי' דהיינו לומר שיראו שנים שלא תמכור בזול כו' ומ"ש ודלא כרש"י כו' שגגה הוא בידו לפע"ד דאדרבה גם דעת רש"י כן ולא פי' רש"י כן אלא לס"ד דש"ס אבל לפי המסקנא מוכח להדיא שם כהרי"ף וסייעתו ע"ש וק"ל]. וכמו שנתבאר בא"ע סי' צ"ג סכ"ה וריש סי' ק"ג שם כ"ש חוב דעלמא ומה שהקשה שומא זו מאי עבידתיה כו' לק"מ דהא הב"ד שמין כפי הזמן והשעה שיוכל למכרו מיד וכדלקמן סי' ק"א ס"ט ואם כן כשלא ימצא מי שיקנהו אלא בתשעים בודאי לא ישמוהו הב"ד רק תשעים וכששמוהו מנה על כרחך הוא מפני שבקיאי' בשומא ויודעים שימצא מי שיקנהו במנה ואם אירע ששמוהו וטעו הרי דינו מפורש לקמן סי' ק"ט אבל בלא שומת בית דין פשיטא דלא סגי כלל וכדמוכח בש"ס וכל הפוסקים הנ"ל ואדרבה איפכא קשיא לפי מה שרוצה בכ"מ דא"צ שומת ב"ד מה יועיל שזה ימכרנו בפני עדים דילמא זלזל במכירה ואטו סהדי בכפא תלא להו שידעו שלא היה נמצא קונה ביותר מזה וכי הלכו העדים מבית לבית ושאלו לכל בני העיר והשוק דילמא היה מזדמן קונה ביותר מזה אלא ודאי צריך ב"ד שבקיאין בשומא שיודעים שאינו שוה יותר ולא ימצא מי שיקנהו ביותר. גם מ"ש והכי הוא סוגיין דעלמא כו' ליתא דאדרב' סוגיין דעלמא דמשכון אינו נמכר אלא ע"פ שומת ביד וכמ"ש הוא עצמו כאן בש"ע. דנראה שהוא עצמו חזר בו מדבריו שבכ"מ לכך כ' כאן בש"ע כדברי הריב"ש בסתם וגם דעת הרמב"ם מוכרח בע"כ כן וכמו שפי'

הריב"ש לדעתו ע"ש ודלא כהכ"מ והב"ח סכ"ג לדעתו שהרי אפי' גבי אלמנה כ' הרמב"ם פי"ז מהלכות אישות דצריכה למכור בפני ב"ד דבקיאי בשומא ע"ש וכדמוכח בש"ס הנ"ל וכן בפ"ה מה' שלוחין ושותפין כ' חולק בפני שלשה נאמנים ויודעים בשומא ואם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום כו' הרי דאפי' בחלוקת שיתוף דליכא אלא גילוי מילתא בעלמא דהא דידיה שקל כדאיתא פ' אלו מציאות שם צריך שומת ב"ד של ג' כ"ש למכור משכון של חברו: ואיפכא קשיא לי על הריב"ש והמחבר ושאר אחרונים שנמשכו לדעתו דכתבו הכא דסגי בב"ד של הדיוטות דהא מדאמרינן בש"ס פ' אלמנה ניזונית דאלמנה מוכרת שלא בב"ד מומחים משום חינא משמע דבחוב דעלמא צריך ב"ד מומחים דאל"כ מאי אולמא דאלמנה משאר דינים וכן משמע להדיא בהר"ן פ' אלמנה ניזונית ובהרב המגיד פי"ז מהלכות אישות ובנ"י פ' אלו מציאות שכתב דגבי אלמנה דסגי בג' הדיוטות אע"פ דליכא בינייהו אפי' חד דגמיר דאל"כ מה יפה כחם משאר דינים כו' משמע להדיא דבשאר דינים לא סגי בג' הדיוטות (וע"ל ריש סי' ג' דבדין ממש נמי סגי בחד דגמיר וסתם ב"ד הוא דאית בהו חד דגמיר) והכי משמע נמי להדיא ממ"ש הב"י בא"ע ר"ס ק"ב בשם הריטב"א וכתבו הרב בהג"ה שם דדוקא לכתובה מוכרת שלא בפני ב"ד מומחים רק שבקיאים בשומא אבל לנדונייתא דינ' חוב בעלמא ואינה מוכרת אלא בב"ד מומחים כו' ע"ש והכי משמע נמי להדיא בתוס' פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף ל"ב) ובתוספת פ' אלמנה ניזונית דף צ"ח ובתו' פ"ק דפסחים דף י"ג דלענין מכירת משכון או פקדון שבידו שצריך דוקא ב"ד מומחין והכי משמע פשט לישנא דמוכרן בב"ד דתנן בפ' המקבל דהיינו בסתם ב"ד דעלמא ודלא כהריב"ש שפירש לדעת הרא"ש דהיינו ב"ד של הדיוטות ומ"ש הרא"ש בתשובה ג' שמאי' לא אתא לאפוקי ב"ד אלא ר"ל שימכרנו ע"פ ב"ד מומחין שישומו אותו בפני ג' שמאי' וכן משמע בטור שכתב מתחלה בסתם שיש למכרו ע"פ ב"ד ואח"כ כתב דברי תשובות הרא"ש בסתם יקח ג' שמאי' כו' משמע דתרתי בעינן ג' שמאי' שישומו אותו וכפי שישומו אותו הג' שמחי' כן ימכרנו ע"פ בית דין מומחים ואם הבית דין עצמם בקיאים בשומא סגי בהם עצמם. וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' אלף י' במי שהשכין חנות לחבירו וכתב לו שאם לא יפדנו לזמן פלוני יהא רשות בידו למכור החנות בפני בית דין כו' שצריך הוא למוכרו בפני בית דין שיהא אחד מהן גמיר וסביר דאי לאו אין זה קרוי ב"ד אלא ב"ד של הדיוטות עכ"ל ומשמע התם בתוס' ופוסקים מכר שלא ע"פ ב"ד מומחים לא הוי מכירה אפי' בדיעבד אע"פ שלא טעה ואפי' להרמב"ם דס"ל גבי אלמנה דמכרה קיים בדיעבד כשמכרה שוה בשוה בינה לבינה דוקא באלמנה משום אינא אבל בעלמא לא וכמ"ש בס"ק שאח"ז וכן

נלפע"ד עיקר לדינא דאין למכור משכון אלא ע"פ ב"ד מומחים וע"פ שומא ושלא ע"פ ב"ד מומחים לא הוי מכירה אפי' בדיעבד אפי' לא טעה וכמ"ש:

סעיף מא

והמכר בטל אף ע"פ שלא טעה כדאמרי' בב"ד שמכרו שלא בהכרזה וכן באלמנה שלא מכרה בב"ד הדיוטות או ששמה לעצמה עכ"ל ריב"ש ומביאו בית יוסף ואע"ג דבאלמנה גופה שמכרה שלא בב"ד או ששמה לעצמה ס"ל להרמב"ם ויש פוסקים דהוי מכירה בדיעבד והביא המחבר דעתם בא"ע ס"ס צ"ג ור"ס ק"ג י"ל דהיינו דוקא באלמנה משום אינא משא"כ הכא:

סעיף מב

ואם אין עדים כו' ישבע שהוא כדבריו כו'. ואם אין עדים שמכרו צריך המלוה לישבע שאינו ברשותו כדלעיל סי' ע"ב סט"ו ע"ש אבל כשיש עדים אפי' הלוה נשבע אין המלוה צריך לישבע:

סעיף מג

ואם אינו יודע כמה היה שוה כו' ישבע הלוה כו'. כתב הסמ"ע וז"ל אין ר"ל שהוא מודה שהיה שוה יותר אלא שאינו יודע כמה דא"כ הו"ל דין זה כמי שמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דנוטל שכנגדו בלא שבועה וכמו שכתבתי בסי' ע"ב סי"ב אלא רוצה לומר דאינו יודע כמה היה שוה ויכול להיות שלא היה שוה יותר ואע"פ דבכי האי גונא נתבאר שם בסי' ע"ב דהמלוה נשבע היסת ונפטר אפי' אם אבד בפשיעה שאני הכא דפשע בידים למכור משכונו של חבירו שלא ברשות עד כאן לשונו ולא ידענא מה חילוק יש בין פשע בידים או לא. ובב"ח תירץ וז"ל ונראה לחלק דדוקא בנאבד על ידי פשיעה הוא דנשבע היסת ונפטר אבל כאן דמכרו בידים הוה ליה כגזלן ומשום תקנת נגזל נגעי בה שישבע הלוה ויטול ואפי' (הכי) בפקדון כתב הרא"ש דאם הנפקד טוען איני יודע שנשבע המפקיד ונוטל כדלקמן סי' רצ"ח כ"ש (הכא) דהוה ליה כגזלן שמכר מה שאינו שלו דעשו בו תקנת נגזל ואע"ג דבטוען כך וכך היה שוה ורוצה לישבע נאמן בשבועת היסת היינו משום דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי כדכ' הריב"ש ומביאו בית יוסף אבל בטוען איני יודע ס"ל להרא"ש דחשוב כגזלן לענין זה לעשות בו תקנת נגזל והלוה נשבע ונוטל כנזכר לעיל עכ"ל וגם זה אינו נראה לפי עניות דעתי דלמה יחשב כגזלן במה שמכר משכון שבידו ועוד כיון דבטוען ברי שהיה שוה כך לא חשיב גזלן אם כן למה יחשב כגזלן בטוען נגזל בשמא דהתם היינו טעמא כדי שמא ולא דמי לפקדון דעשו בו תקנת שיהא כל אחד ואחד נזהר בשמירת הפקדון תדע דהא התם אפי' נאבד

בפשיע' עשו תקנת נגזל בפקדון אע"פ שלא מכרו והא מלוה על המשכון ונאבד בפשיעה לא עשו בו תקנת נגזל אלא ודאי שאני מלוה על המשכון דבלאו הכי נזהר לשמרו בשביל הלואתו. ואין לומר דס"ל להרא"ש דמטעם שלא יהא כל א' וא' הולך ומוכר משכון של חבירו עשו בו תקנת נגזל בשמא דמנ"ל להרא"ש הא מילתא ועוד דאפי' בהך דפקדון גופי' קהא בה הרא"ש קהייתא טובי בפרק הכונס דלמה יעשו בו תקנת נגזל וסבירא ליה דדינו כבעלמא אלא שכ' בסוף דבריו שמעתי שהגאונים כתבו שעשו תקנת נגזל בפקדון ואין לזוז מדבריהם ואיך יכתוב כאן הרא"ש בתשובה בפשיטות דכשנגדו ישבע ויטול בלא טעם וראיה. אלא נראה לפי עניות דעתי דכאן ה"פ ואם אינו יודע כמה היה שוה ואינו רוצה לישבע שאינו יודע מחמת שירא שמא לא ישבע באמת כיון שהוא מסיפק או שיודע בבירור שאינו שוה יותר ואפילו הכי אינו רוצה לישבע מפני שאינו רוצה לישבע אפילו באמת ישבע הלוה כו' ואף ע"פ שהלשון דחוק קצת לפי זה מכל מקום נראה לפי עניות דעתי לדינא עיקר כמו שכתבתי ודו"ק:

סעיף מד

וה"ה אם המלוה אומר שצוהו למכרו בפחות משויו וכן משמע להדיא במהרי"ק שם:

סעיף מה

מומחים כו' היינו כמו שיתבאר לעיל ריש סי' ג' דאית בהי חד דגמיר והדיוטות היינו דלית בהו אפי' חד דגמיר:

סעיף מו

יש מי שאומר כו'. הריב"ש נמשך לשטתו אבל מדברי התוס' פ' אלו מציאות ופ' אלמנה ניזונית ופ"ק דפסחים שם משמע להדיא דאף ע"פ ב"ד מומחים אינו רשאי ללקחו לעצמו וכן משמע לכאורה בדברי הה"מ בשם הגאון בספר המקח שכתב בסתם שאינו רשאי ללקחו לעצמו משמע דבכל ענין אסור וכן משמע יותר בספר המקח עצמו שער ו' וז"ל וזה שהמשכון אצלו יש בו ג' תנאים. הא' שיודיע בעל המשכון קודם מכירתו אם הוא עמו באותו מקום. הב' שלא יקח אותו לעצמו ואפי' בדמיו. הג' שלא ימכור אותו אלא בב"ד עכ"ל וכן משמע בבעל התרומות שער מ"ט ח"ה עיין שם ומשמע התם בתוס' דאפי' בדיעבד לא הוי המכירה מכירה וע"ש עוד וכן נלפע"ד עיקר דסתם מוכרן בבית דין היינו ב"ד מומחי' וכמש"ל ס"ק מ' ואפ"ה קתני בפ' המפקיד מוכרן בב"ד ואינו מוכרן לעצמו ע"ש (עיין בס' א"א ריש דף ק"ד):

סעיף מז

והמותר יהי' מתנה מעכשיו הוי אסמכתא. כ' הסמ"ע ס"ק מ"ב דל"ד למ"ש אח"ז דהתם כיון דקנוי לו כל המשכון מעכשיו לית לי' משום אסמכתא משא"כ הכא שלא אמר מעכשיו אלא על המותר כו' ואין חילוק זה מחוור לפע"ד דכיון דבמעכשיו ליכא אסמכתא מה לי כולו או מקצתו. אלא נראה לפע"ד דמידי הוא טעמא דמהני מעכשיו בדין שאח"ז ע"כ הוא דכיון דאמר מעכשיו מיחזי כזביני וכמ"ש התוס' פ' א"נ דף ס"ו ע"ב והרא"ש ופוסקים שם ומשמע שם להדיא מדבריהם דהיכי דלא מיחזי כזביני אלא כקונס עצמו הוי אסמכתא ומה"ט כתב הנ"י פ' הזהב ויש פוסקים בשם הרמב"ן והר"ן דהא דבמשכון ליכא משום אסמכתא הני מילי באומר אין לי עליך כלום ולא לך עלי אלא יצא בחובך דבכי הא איכא למימר דמשעה ראשונה קנייה דזביני נינהו אבל אם אמר ליה לא פרעתיך מכאן ועד יום פלוני משכוני יהא שלך ואני אפרע לך חובך בכה"ג לאו זביני נינהו אלא ערבון וקנס ואסמכתא היא ולא קני' עכ"ל ה"נ אע"ג דלא א"ל אפרע לך חובך מ"מ כיון דא"ל שיגבה כדי חובו מהמשכון והמותר יהא מתנה פשיטא דקנס הוא ולא מיחזי כלל כזביני כן נלפע"ד:

סעיף מח

ואם התנה עמו כו' הוי נמי אסמכתא כו'. ע' מ"ש לקמן ס"ק נ' דדברי המחבר צל"ע דהרבה פוסקים חולקי' ע"ז ושכן נלפע"ד עיקר דבמשכון מטלטלין אפי' לא א"ל קני מעכשיו לית בי' משום אסמכתא:

סעיף מט

ואם א"ל קנה מעכשיו כו'. כ' הסמ"ע ע' בב"י ס"ס ע"ב במסל"ט ובד"מ בסי' זה שכתבו דין זה בלשון פלוגתא אמ"ש לפני זה כו' וליתא דבב"י לא כתבו בלשון פלוגתא רק בד"מ כ"כ (וז"ל וששאלת אם יש אסמכתא במשכון כו' וכ"כ המרדכי בתשו' ס"פ שבועת הדיינים. ובמשכון נ"ל ח"ה משמע דאין אסמכתא במשכון עכ"ל ד"מ וק"ל על מה דמשמע מהד"מ דהמשרי' פליג אהמרדכי דהא המרדכי גופיה כתב בפ' א"נ כדבר המשרים שם ע"ש) בל' פלוגתא אבל בב"י לא כ"כ וכוונתו כמ"ש כאן דנא פליגי וכן מוכרח באמת דהא הך דינא דהבא מוכרח בש"ס ובהרא"ש ס"פ א"נ ובכל הפוסקים וכמש"ל בס"ק שאח"ז וא"כ יהי' הרא"ש בתשובה בהך דינא דהמותר יהא מתנה נגד הש"ס ונגד דברי עצמו אלא ודאי לא דמי להדדי וכבר כתבתי לעיל ס"ק מ"ז החילוק הנכון ביניהם:

סעיף נ

יש מי שאומר כו'. תמיה לי אמ"ש המחבר דין זה בשם יש מי שאומר שלפע"ד דין זה הוא ש"ס ערוך פ' א"נ ומוסכם מכל הפוסקים דתנן התם הלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי כו' וכך הי' ביתוס בן זונין עושה ע"פ חכמים ואמרינן התם בש"ס דרב נחמן אמר משמי' דמניומי אסמכתא לא קני ולמניומי קשיא מתני' אי בעית אימא מתני' ר' יוסי היא דאמר אסמכתא קניא ואב"א מתני' דא"ל קני מעכשיו הרי להדיא דבאומר מעכשיו קני לכ"ע וכ"כ כל הפוסקים והטור והמחבר לק' סי' ר"ז סעיף ט' ומבואר שם בתוס' והרא"ש ושאר פוסקים הטעם דאע"ג דבעלמא מעכשיו לחוד לא מהני (וכדלקמן סי' ר"ז סעיף י"ד) הכא מהני לפי שבתחלת המשכנת' הוי קצת כעין מקח וממכר שהקנ' לו הקרקע להשתעבד לו מעותיו בתורת משכון וגם עשה לו טובה בהלואה הלכך כשהתנ' שאם לא יתנו מעיתיו עד זמן פלוני בדעתו לקיים ולא להסכימו על דבריו אמר כן עכ"ל ומבואר שם להדיא בתוס' והרא"ש דכ"ש במשכון מטלטלים דינא הכי ע"ש. ואפשר משום דבמרדכי פ' א"נ ובהגה' מיי' פי"א מה' מכירה כתבו על דין זה דמשכון ונרא' דרש"י בתשוב' (שהבאתי לעיל סי' ע"ב ס"ק י"ז) חולק כו' ע"ש לכך כ' המחבר דין זה בשם יש מי שאומר אבל תימה דהיאך אפשר שיחלוק רש"י על דין זה שהרי הוא ש"ס ערוך וכמ"ש אלא ודאי צ"ל דרש"י שם מיירי בלא מעכשיו וכן משמע להדיא בתשובת רש"י שם שלא אמר רק שיה' משכון בידו עד זמן פלוני וכו' ושוב לא יפדנו ולא אמר מעכשיו וכן פי' הב"י גופיה לק' סי' ר"ז סי"ט דברי תשובות רש"י דמיירי בדלא א"ל מעכשיו וכן פי' הב"ח בסי' ע"ב ס"ד הגם שיש לפקפק קצת ע"ז משום דבמרדכי והגה' מיי' שם הניחו מקודם דבפ' ד' נדרים מוכח דבעלמא לא מהני מעכשיו לחוד מדאמרינן התם והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב וסתם קנו מיניה משמע קנין סודר וכל ק"ס מעכשיו הוא דאל"כ הדר סודר למרא כדאמרינן בהשותפין בנדרים ואפ"ה לא קני אלא בב"ד חשוב עכ"ד שם וכן הוכיחו הרבה פוסקים דבהך דפ' ד' נדרים לא מהני מעכשיו מכח הוכחה זו וא"כ רש"י שכ' ג"כ בתשו' דאסמכת' היא ולא קני' אי לא תפס וקנו מיניה בב"ד חשוב כדאמר בנדרים כו' ע"כ מוכח נמי מדבריו דמעכשיו לא מהני דהא כל ק"ס מעכשיו הוא והרי רש"י קאי התם אמשכון אלמא דאפי' במשכון לא מהני מעכשיו. ונלפע"ד ברור שלזה כוונו המרדכי והגה' מיי' שכתבו דרש"י חולק ועל זה לא תירצו הב"י והב"ח כלום מ"מ נלפע"ד דרש"י לאו דוקא קנו מיניה בב"ד חשוב נקט אלא ה"ה מעכשיו לחוד מהני וקנו מיניה בב"ד ר"ל קנין בלא מעכשיו וס"ל לרש"י כמ"ש הר"ן פ' ד' נדרים (נדרים ד' כ"ז ע"ב) וז"ל וכ"ת אפקועי

ממונא דב"ד חשוב ל"ל תיפוק ליה דקנו מיניה וכל קנין מעכשיו הוא דאי השתא לא קני בתר הכי לא קני דהא הדר סודר למרי' אין ודאי קושטא שמי שהקנה שדה לחבירו סתם וקנו מידו לאלתר קנה אבל כי מתנה אם לא באתי לא משמע דליקני מעכשיו אלא לבתר ההוא יומא ונמצא שאינו קונה כלל אלא מ"ה סגי הכא בקנין סתמ' דב"ד אלימי לאפקועי ממונא והוי כמו מעכשיו עכ"ל וכן נלפע"ד באמת. ואפי' תימא דרש"י חולק וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל לרש"י דסוגיא דנדרים פליג אסוגי' דר"פ א"נ וס"ל דשום אסמכת' לא קני אלא בקנו מיני' בב"ד חשוב וקי"ל כסוגיא דנדרים כיון דהתם פסק ש"ס הלכתא בהדי' מ"מ קשה על המחבר כיון דאיהו גופיה פסק לק' סי' ר"ז סעיף ט' בסתם גבי משכון של קרקע דמהני מעכשיו וכסוגי' דפ' א"נ וכמו שהסכימו כל הפוסקים ולא הביא שום חולק היאך כתב כאן דין זה בשם יש מי שאומר דהא כיון דבקרקע מהני מעכשיו כ"ש במטלטלים וכמו שכתבתי וצריך עיון: ועוד נלפע"ד דמה שפסק המחבר כאן בפשיטות במשכון דאם לא א"ל מעכשיו לא קני צל"ע לדינ' דנלפע"ד הרבה פוסקים חולקים ע"ז וכדבריהם נלפע"ד עיקר וכמו שאבאר. ואמת שגם בטור סכ"ו כ"כ בסתם בשם תשוב' הרא"ש וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ששאלת המלו' לחבירו על המשכון על מנת להחליטו אם לא יפדנו לזמן פלוני אי הוי אסמכת' ודאי אסמכת' הוא ויכול לפדותו מתי שירצה עכ"ל ולא כתב בב"י תשו' הרא"ש זו אנה מקומה ויגעתי ומצאתיה בסוף כלל ק"ח סי' כ"ז ומביאה ב"י לק' סי' ר"ו וז"ל עוד ילמדני המלוה לחברו על המשכון להחליטו אם לא יפרע לזמן פלוני אי הוי אסמכתא או לא כי הרמב"ן כ' דקנה והביא ראיה מן התוספתא המלוה לחבירו על המשכון ואמר לו אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני אין לי בידך כלום הגיע הזמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה כו' ורבינו מאיר ב"ר ברוך פסק דבמשכון שייך אסמכתא מההיא דנותן ערבון ומההיא דגבי מהאי אמר' ומהמשליש שטרו ובעל העיטור (בשערי תנאים חלק ב' דף כ"ג ע"ד) הביא התוספתא וכל הני ולא הקשה אהדדי והודיעני דעתך כו' תשובה מה שכתב הרמב"ן דקנה והביא ראיה מן התוספתא ופי' הטעם משום דב"ח קונה משכון של מטלטלים מעכשיו מדר' יצחק אין דבריו נראה לי מטעם שכתב דרבי יצחק לא אמר אלא שלא בשעת הלואתו ואפי' אי מיירי ר' יצחק אף בשעת הלואתו מ"מ לא קנאו להיות שלו אלא להיות עליו כש"ש כמו שפירש ר"י נמצא התנאי שהוא מתנה שיהא שלו הוי אסמכתא כמ"ש רבינו מאיר דשייך אסמכתא במשכון וההוא דנותן ערבון וגבי מהאי חמרא והמשליש שטרו וההוא דתוספת' איכא למימר דאתיא כר' יוסי דאמר אסמכתא קני' אי נמי הא דקתני בסוף הגיעו היינו לענין זה שאין המלוה יכול לחזור דסבר וקבל בתורת פרעון אבל לגבי

לוה הוי אסמכתא עכ"ל: אבל באמת שותא דמרן הרא"ש ז"ל לא ידענ' שהרי ראיית הרמב"ן ברורה מהתוספתא ומה שדחה הרא"ש דאתיא כר' יוסי אי אפשר כלל למעיין בתוספתא פ"ק דבבא מציעא דמייתי התם פלוגתא דרבי יודא ור' יוסי במשכן לו ביתאו שדה וא"ל כן דר' יוסי אמר קנה. פלי"ג התם ר' יודא ואמר האיך זכה זה בדבר שאינו שלו כו' וקתני התם מיד בתר הכי המלוה את חבירו על המשכון וא"ל כו' הגיעו משכון כו' ולא פליג ר' יודא בהא אלמא דבהא ר' יודא נמי הודה ובהכי נדחה נמי התירוץ השני שכתב הרא"ש דהתוספתא מיירי לענין המלוה. דהא משמע להדיא בתוספתא שם דר' יודא מודה בהא דזכה זה במה שבידו: וגם בלאה"נ התירוץ השני לא מחוור כלל דהיאך אפשר דאמלוה קאי והלא המלוה לא התנה כלל אלא הלוה הוא שאמר אם לא תן לך כו' וכי בשביל שאמר הלוה אם לא אתן לך עד יום פלוני אין לי בידך כלום יפסיד המלוה חובו ועוד דלישנא דתוספתא דהגיע הזמן ולא נתן הגיעו משכון כו' לא משמע כלל הכי אלא ודאי מהתוספת' ראיה ברורה לדברי הרמב"ן ומ"ש הרא"ש בשם רבינו מאיר (וכ"כ במרדכי פ' א"נ בשמו) דשייך אסמכתא במשכון מההוא דנותן ערבון ומההיא דגבי חמרא ומהמשליש שטרו כו' מההוא דנותן ערבון פשיטא דאין ראיה וכמ"ש לקמן בשם נ"י פ' הזהב וכן משמע בה' ה' פי"א מה' מכירה ע"ש. וכן מהמשליש שטרו אין ראיה כלל דהתם הרי אין השטר ביד המלוה עצמו וגם אינו משכון עצמו דנימא ביה דהוי כאלו א"ל קני מעכשיו שהרי אינו קונה גוף השטר שהשטר אינו אלא לראיה בעלמא. וכן מההוא דגבי חמרא לפענ"ד אינו ראיה דפשטא דש"ס משמע התם בפ' א"נ (דף ס"ו ע"א) דחמרא הוי ברשותא דלוה דהכי איתא התם רב בר שבא הוה מסיק ביה רב כהנ' זוזי א"ל אי לא פרענא לך ליום פלוני גבי מהאי חמרא סבר רב פפא למימר כי אמרי' אסמכתא לא קניא ה"מ בארעא דלאו לזבוני קיימא אבל חמרא כיון דלזבוני קאי כזוזי דמי א"ל רב הונא ברי' דרב יהושע לרב פפא הכי אמרי' משמיה דרבא כל דאי לא קני עד כאן הרי משמע דחמרא ברשותא דרב בר שבא הוה קאי מדקאמר סתמא הוה מסיק ביה רב כהנא זוזי ולא קאמר הוה מסיק ליה זוזי אחמרא וגם מדקאמר ליה גבי מהאי חמרא ולא קאמר לא ליהוי לי מידי בהאי חמרא אלא ודאי חמרא ברשותא דרב בר שבא הוי קאי וסבר רב פפא למימר דנהי דאסמכתא בקרקע לא קני במטלטלי דומיא דקרקע בחזקת בעליה עומדת היכא דלזבוני קאי כזוזי דמי ומסיק רב הונא בריה דרב יהושע דכל דאי לא קני היכא דלא תפיס מלוה בידו ממש אבל משכון של מטלטלים ברשותו ובידו של מלוה ממש קנה וכמבואר בתוספתא הנ"ל וכן נראה דעת בעל העיטור באות ת' תנאי דף כ"ג דמייתי התם עובדא דרב בר שבא ומיד בתר הכי מייתי התוספתא הנ"ל

לפסק הלכה וגם מייתי התם ראיה מהתוספתא לדין אחר וז"ל ועוד דכיון דאדעתא דהכי יהיב משכונא כמאן דא"ל מעכשיו דמי כמלוה על המשכון דגרסינן בתוספתא לקמן כו' ע"ש וכן נראה להדיא דעת הסמ"ג בס' מקח וממכר עשין פ"ב דף קנ"ט ע"ג וז"ל קני מעכשיו אין בו אסמכתא וכן מוכח בפ' א"נ גבי מתני' דהלוהו על שדהו כו' ואומר התם אי בעי' אימא ר' יוסי היא דאמר אסמכתא קני' ואי בעי' אימא בדאמר מעכשיו אמנם ע"כ יש חילוק בין אותו אסמכתא שהיא כעין מכר תניא בתוספתא דבבא מציעא המלוה את חבירו על המשכון וא"ל אם לא נתתי מכאן עד יום פלוני אין לי בידך כלום והגיע הזמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה ולענין משכון של בית או שדה שונה שם למעלה מחלוקת דר"י ור' יודא עכ"ל ומייתי נמי התם עובדא דרב בר שבא משמע דמפרש כמ"ש. גם ה' המ' פי"א מה' מכירה כתב וז"ל הרמב"ן ז"ל כתב בפ' הזהב כו' אבל מ"מ הוא ז"ל הודה כדברי האומרים דאפי' במה שבידו שייך דין אסמכתא אלא שבמלוה על המשכון מטלטלים וא"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלך כ' שהרי הוא שלו וכן הוא מפורש בתוספתא עכ"ל וכ"כ הנ"י פ' הזהב וז"ל והיינו דוקא בקרקעי הוא דהוי אסמכתא אלא בדא"ל מעכשיו דוק' אבל במטלטלי לית ביה משום אסמכתא כדאי' בתוספתא המלוה את חבירו על המשכון וא"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני אין לי בידך כלום והגיע הזמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה ולא פליג בה ר' יודא כלל והרמב"ן ז"ל יהיב טעמא למילתא דב"ח קונה משכון כו' ומיהו ה"מ באומר אין עליך כלום ולא לך עלי אלא יצא חובך במשכוני דבכי הא איכא למימר דמשע' ראשונה קניי' דזבינו נינהו אבל אם א"ל אם לא פרעתיך ליום פלוני יהא משכוני שלך ואני אפרע לך חובך בכה"ג לאו זביני נינהו אלא ערבון וקנס כי האי דשמעתי' ואסמכת' היא ולא קניא כ"כ הרנב"ד ז"ל עכ"ל וכ"כ הב"י לקמן סי' ר"ז סעיף ט"ו בד"ה ומ"ש לפיכך הנותן ערבון לחבירו כו' בשם הר"ן ותלמידי רשב"א וז"ל ומיהו מדקתני בברייתא הגיעו משכון בין רע ובין יפה דקדק הרמב"ן ז"ל דה"מ באומר לו אין לי עליך כלום ולא לך עלי אבל אם א"ל משכוני יהא שלך ואני אפרע לך חובך כה"ג לאו זבינא הוא אלא ערבון וקנס כי האי דשמעתין ואסמכתא היא ולא קניא כ"כ הר"ן ותלמידי רשב"א ז"ל עכ"ל ב"י וכ"כ בהג"מ ובהגהת אשר"י פ' א"נ וז"ל ומ"מ איכא למימר דוקא במקרקע דלא שייכ' בה תפיסה כולי האי אבל מתפיס מטלטלי למלוה קונה אפי' בלא מעכשיו וכעין זה שמעתי בשם ר"י הלב"ן אמנם צריך להביא ראי' ע"ז ותו דלקמן מסיק אההוא דא"ל אי לא פרענ' לך עד יום פלוני גבי מהאי אמר' דהכי אמר רבא כל דאי לא קני ואין מחלק בין מתפיס לי' חמרא או לא מתפיס עכ"ל הרי להדיא דעת ר"י

הלב"ן דבמשכון מטלטלי' קונה אף בלא מעכשיו ומ"ש בהגהות וצריך להביא ראיי' ע"ז כבר נתבאר שיש ראיי' נכונה מהתוספתא גם מה שדקדקו מגבי מהאי חמרא לק"מ וכמו שנתבאר דעובדא דהתם כך הוי דלא אתפיס ליה חמרא ולא שייך להקשות דאין מחלק בין אתפיס או לא דהא לאו מימרא הוא אלא מעשה שהיה כך הי'. וראיתי בב"י סי' ר"ז דף רצ"א ע"א שכתב דהא דנסתפק בהגהות במשכון של מטלטלים היינו דוקא לדעת ר"ת אבל לדעת ר"י הדבר ברור דלא קנה ולפע"ד זה אינו דנהי דר"י ור"ת מחולקים בטעמא דהלוהו על שדהו דר"י ס"ל דטעמא הוא משום דדמי למקח וממכר ור"ת ס"ל דטעמא הוא כיון שהוא ברשות המלוה מכל מקום שניהם אינם מדברים אלא בקרקע אבל במטלטלים גם ר"י יכול להיות דמודה דקנה וכן משמע מדברי הסמ"ג שהבאתי וכן משמע בתו' פ' א"נ דף ס"ו ע"א סוף ד"ה ומניומי כו' שכתבו בשטת ר"י דהא דלא פריך ארב הונא מרב הונא גופ' דהתפיסה דהכא דהוי במקרקע לא חשיב כתפיסה דהתם דהוי במטלטלי עכ"ל אלמא דתפיס' דמטלטלי עדיפא טפי מתפיסה דמקרקעי אף לר"י וא"כ י"ל דבמלוה על המשכון גם לר"י לא הוי אסמכתא וכדמוכח מן התוספתא. גם מה שהקשה הרא"ש על הרמב"ן דר' יצחק אמר דוקא שלא בשעת הלואתו כו' אומר אני שאף שבזה דבריו נכונים וכמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק ט' מ"מ לק"מ דנהי דאין ב"ח קונה משכון מ"מ כיון דשעבודא אית ליה עליה והי' תחת ידו לא חשיב אסמכתא וגמר ומקני ליה וכ"כ הב"י לקמן סי' ר"ז שם בשם תלמידי רשב"א וז"ל ותלמידי רשב"א כתבו דאפי' למ"ד דלא אמר ר' יצחק אלא שלא בשעת הלואתו דוקא ותוספתא בשעת הלואתו היא איכא למימר דכיון שהלוה עליו אע"פ שאינו קונה אותו בכל תנאי שמתנה עליו כמאן דא"ל מעכשיו דמי אף ע"פ שבקרקעות אינו כן עכ"ל וכן עיקר:

סעיף נא

אין בדבריו כלום. שא"צ קנין לדבר זה שלא הוזכר קנין אלא לקיום מכר או מתנה או שכירות אבל כשאדם מצוה לחבירו לעשות דבר ועושה צוויו א"צ קנין. עכ"ל טור מתשובות הרא"ש וכן הוא לקמן ר"ס קפ"ב:

סעיף נב

אבל כל זמן שלא מכרו כו'. אף שכתב לו אם לא פרעתיך לזמן פלוני יהא לך רשות למכור וקנה בקנין ע"ז יכול לחזור בו ולמחות ואפי' מכרו אחר שמיחה בו שלא ימכרנו מכרו בטל שכבר נתבטל שליחותו כן הוא בתשוב' רשב"א שם וע"ל סי' קפ"ב ס"ב:

סעיף נג

וכן אם דחקו כו' יכול לחזור כו'. עמ"ש לעיל סי' ע"ב סכ"ו על דין זה שצל"ע:

סעיף נד

הכל ללוה כו'. נלפע"ד אפי' בדבר שיש לו קצבה כאן ך' זהובים כיון שהוליכו למדי ושם שוה ל' זהובים ומ"ש הב"ח דמיירי דוקא בדבר שאין לו קצבה והוכיח כן מלקמן סימן קפ"ג סעיף ו' קאי אמכרו כאן ע"ש ודו"ק: אבל שכר טרחו כו' עיין בתשוב' מהרשד"ם סי' תמ"ד:

סעיף נה

אבל כשיש לו ביד חברו חפץ כו'. כתב הסמ"ע וז"ל ל"ד חפץ אלא ה"ה מעות כל שהן בידו בתורת פקדון ובעין ודוקא בהלואה דנתנה להוצאה שייך ל' מחילה וכן מבואר לקמן ר"ס רמ"א ע"ש עכ"ל ואין מבואר כן לקמן סי' רמ"א אלא דאזיל לטעמיה שפירש כן לקמן סי' רמ"א ס"ק ו' וכך כתב הב"ח כאן ונראין דבריהם דוקא במעות פקדון צרורים וחתומים דאל"כ כיון שיוכל להשתמש בהן ואפי' תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם א"צ להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן מעות אחרים וכמו שכתבתי לקמן סי' רצ"ב סעיף ז' בשם התוס' דפ' אלו מציאות א"כ דמי להלואה ושייך בהו ל' מחילה כן נלפע"ד:

סעיף נו

אין במשמעות ל' זה כו'. ל' הטור ומה שהוא אומר שהבין מדבריו שימשכנו בריבית דברים שבלב אינם דברים ולא ה"ל לסמוך על מחשבתו שיפרע לו הרבית כו' ונלמד מדברי הטור והמחבר דכשאמר לו בפי' להשכינו ברבית דפשיטא דצריך הלוה ליתן הרבית וכ"פ המחבר בי"ד סי' קס"ט בש"ע סעיף כ"ו ע"ש ולא כע"ש עכ"ל סמ"ע והגאון אמ"ו ז"ל כתב בגליון סמ"ע שלו וז"ל העיר שושן בנוי על מכונו ודעתו ג"כ מבואר דכשאומר למשכנו ברבית הוי כאלו פי' שהוא יפרע הרבית שהרי כתב ממש כדברי הטור והמחבר ע"ש עכ"ל והאמת אתו. עוד הביא בסמ"ע והב"ח דברי מהרש"ל שתמה על הכל בו בשם מהר"מ ובש"ך בי"ד סימן קס"ט ס"ק פ' כתבתי דלק"מ ע"ש. ועיין בתשו' מהר"ם אלשיך סי' י"ט ובתשו' מבי"ט ח"א סי' קפ"ו (עיין בתשובות מהר"ש כהן ס' ג' סי' ק"א):

סימן עד

סעיף א

המלוה כו'. בש"ג פ"ק דמכות נסתפק היכא שהמלוה תובע ללוה הלואתו במקום שאינו מקום הלואה ואין מעות בידו שם מחוייב הלוה להביאם שם במקום שתבע כו' ולפעד"נ פשוט דאינו מחוייב להביאם שם:

סעיף ב

לתבוע בכ"מ. כ' ירוחם נ"ג ומהרש"ל פ"י דב"ק סימן נ"ג דה"ה גזלה. ונ"ל דמיירי באופן שקנה הגזלה ומשלם הדמים כגון ביאוש ושינוי רשות וכה"ג אבל אם צריך להחזיר גוף הגזלה יש לה דין פקדון דלא ניתן ליתבע אלא במקומן כדלקמן סי' רצ"ג ודו"ק:

סעיף ג

אפי' הלוהו כו'. בש"ג שם נסתפק במי שחייב לחבירו מעות בשביל שכירות או בשביל איזה דבר שקנה ממנו אי הוי כמו הלואה או פקדון כו' וגם בזה נ"ל פשוט דיש לו דין הלואה דהא כי דייקינן טעמא דמ"ש הלואה מפקדון ע"כ הוא משום דהלואה להוצאה ניתנה מה שאין כן בפקדון שאינו יכול להשתמש בו ובמקום שהפקידו שם יהא וא"כ פשוט הוא דשכירות ומכר דינו כהלוא':

סעיף ד

ישבע היסת. היינו כשהמלוה טוען ברי לי דאל"כ א"צ לישבע היסת אלא מחרים עליו וכמ"ש לק' סי' רכ"ג ע"ש:

סעיף ה

ומיהו בכל מקום כו'. כתב בש"ג שם אם הלוה מצא למלוה חוץ לעירו במקום ישוב ורוצה לפרוע למלוה מעות שאינן ניתנים להוצאה בעירו רק שם במקום שרוצה לפרוע והלוהו מטבע סתם בלי שום תנאי רק שיתחייב לשלם לו מטבע נראה דודאי צריך לקבלם כיון דבאותו מקום דמצי לפרעו המטבע ההוא ניתן להוצאה וכן כל כיוצא בזה ע"כ:

סעיף ו

אפי' יש כמה מדברות כו'. כ' הסמ"ע נראה דבתוך זמנו א"י לכופו במדבר כמו בסעיף שאח"ז דגם מה שיעבור אח"כ דרך מדבר מחשב סכנה גלוי' ומפורסמת ע"כ:

סעיף ז

יכול לכופו כו'. כתב הב"ח סעיף ב' דבתיך זמנו אינו יכול לכופו לקבל במדבר כמו בסעיף שאח"ז והא דיכול לכופו כאן לקבל במדבר מיירי בסתם הלואה דאע"פ שזמנו ל' יום ל"ד לקובע זמן כדלק' ס"ס ע"ח עכ"ד בקצרה וע"ש ועיין בש"ג:

סעיף ח

וא"ל הלוה אני רוצה כו'. ומהרש"ל שם סי' נ"ד פסק דצריך שיאמר ג"כ אי בעית אהדרינא לך שם ע"ש:

סעיף ט

הדין עמו. ואם המלוה אינו בכאן מהני כשיתן המעות ליד ב"ד או ליד נאמן ב"ד אע"פ שאין תקנה קדומה בזה ב"כ בתשובת מהר"ש כהן ספר ב' סי' צ"ט וכן הי' המנהג בשנת ת"י ותי"ח במדינתינו אך מ"ש מהרש"ך שם דה"ה כשמזכה לו המעות ע"י אחר מהני אין נלפע"ד וכמ"ש לק' ר"ס קכ"ה ע"ש:

סעיף י

חילוף המטבע מיד כו' כ' הסמ"ע דל"ד קאמר מיד דהא ברישא בהגיע הזמן כתב העתידה לבא אלא ה"פ שניכר וידוע אז מיד שיהי' חילוף המטבע:

סעיף יא

אבל אם כו'. כתב הב"ח וז"ל נייאה דאין זה אלא דוקא היכא שהלוא' היתה דומיא דהלוהו בישוב דלא היה אז חשש סכנות חלוף המטבעות התם הוא כיון דבקביעות הזמן לא היה אלא לתקנות הלוה ועכשיו ג"כ אין שם חשש סכנת חלוף המטבעות יכול הלוה לכופו לקבלם תוך הזמן אבל היכא דבשעת ההלואה היתה חשש סכנת חלוף המטבעות א"כ קביעת הזמן היה לטובת המלוה יותר מלטובת הלו' כי קרוב הוא דבאורך הזמן תעבור חששא זו דסכנת חלוף המטבעות הלכך אע"פ דעכשיו בשעת הפרעון עברה כבר חששא זו ואין הלוה רוצה להחזיר תוך הזמן אלא כדי שלא יהיו באחריותו של לוה אפ"ה אין יכולים לכיף למלוה לקבלם תוך הזמן כיון שהיתה מתחל' קביעות הזמן לתקנת המלוה והשתא חושש הוא להפסד אע"פ שהיא חששא רחוקה הדין עם המלוה והכי מוכח בתוס' פ' מי שאחזו (ניטין דף ע"ה) גבי ההיא דתנן הלל הזקן תיקן בקונה בית בבתי ערי חומה שיהיה חולש מעיתיו ללשכה דהקשו ל"ל תקנה הא פשיטא דפרעון בע"כ הוי פרעון ותירצו דהכא כיון דהמלוה מפסיד בנתינה זו לא הוי פרעון אלמא דאפי' בבתי ערי חומה דהגיע הזמן אפ"ה כיון דהמלוה מפסיד בנתינה זו לא הוי פרעון בע"כ כ"ש היכא דלא הגיע הזמן והזמן נקבע לתקנת המלוה דפשיטא דאינו פרעון בע"כ

וכיוצא בזה כתב בש"ג קמא במלוה לבעלי חניות א"י למיהדר ביה תוך הזמן כיון שמגיע הפסד למלוה שהממון יהיו שביתין אצלו ולא ירויח בהן כלום דהזמן הי' לתקנת המלוה ואינו יכול לכופו לקבל ממנו קודם זמנו ע"ש ונראה בנדון דידן כ"ש הוא דכיון דאפי' מחששא שמא יפסיד רווחי' חשיב ליה הפסד כ"ש היכא דאיכא חששא דהפסד קרן וכ"כ עוד בעה"ת דבמשכנתא דאכל פירות אין הלוה יכול לכופו למלוה לקבל המעות תוך הזמן ואין דבריו מוכרחים לפע"ד דכיון דכבר עברה חששא דחילוף המטבעות יכול הלוה לסלקו דנהי שהיתה מתחלה לטובת המלוה היינו משום חשש חילוף המטבעות אבל השתא דליכא חששא זו והלוה רוצה שלא יהא המעות באחריותו צריך לקבלו ומדברי התוס' דפ' מי שאחזו אין ראייה דהתם הפרעון מיד הוא הפסד למלוה תדע דהא התם הגיע הזמן פרעון ואפ"ה לא הוי פרעון אי לאו משום תקנת' אלא ודאי בע"כ צ"ל דשאני התם דהפסד הוא מיד למלוה הלכך פרעון בע"כ לא הוי פרעון ע"ש. ומהש"ג אין ראיה דהתם מונע ריוח מהמלוה וההלוא' מתחלה היתה שירויח המלוה בחנות או שיאכל פירות עד זמן ההיא משא"כ הכא:

סעיף יב

באתרא דלא מסלקי בלא רצון המלוה נמצא שקביעת זמן זה לטובת המלוה כדי שיאכל פירות עד הזמן ההוא וכ' בש"ג פרק הגוזל בתרא שההלואות שעושים בזמן הזה בעל החניות וקובעי' ליתן להם ריוח עד זמן זה הוקבע נמי לטובת המלו' ומצי המלו' לעכב מלקבל הפרעון דניכר לעינים הוא ע"כ:

סעיף יג

דלא מסלקי. אבל באתרא דמסלקי תוך הזמן דסברי זמן זה מלוה הוא דקבע ליה ללוה הא אם כלה [נ"א רצה] לפורעו תוך זמן רשאי כ"כ בבעה"ת בשם הרמב"ן וכ"כ הר"ן פרק האשה שנפלו בשם תשובת הרמב"ן ע"ש ובזה נלפע"ד ליישב מ"ש ר' ירוחם סוף נ"ב בשם תשובת הרשב"א ורמב"ן ומביאו ב"י בסימן זה סעיף ח' דממשכן ב' שדות בק' וקודם הזמן רוצה לפרעו נ' ושיחזיר לו שדה א' והמלוה אומר אני אוכל פירות עד שתפרע לי ק' הדין עם המלוה עד כאן לשונו דל"ל רוצה לפרוע נ' הלא אפילו רוצה לפרוע לו הכל יכול המלוה לומר אני אוכל פירות עד הזמן אלא התם מיירי באתרא דמסלקי ועמש"ל סעיף ד' ס"ק י"ח:

סעיף יד

והוא בזמן כו'. כתב בסמ"ע נראה דר"ל והוא בתוך הזמן והוסיף מור"ם לכתוב כן כדי ליישב דלא תקשה אמה שכתב הטור והמחבר לקמן ס"ס ק"ך כו' והבית חדש פי' דר"ל

והוא בסוף הזמן וכן עיקר וכן פי' בסמ"ע גופיה לקמן סי' ק"ך ס"ק י' ועיין מה שכתב שם עוד בזה:

סעיף טו

אבל פקדון בכה"ג פטור. הטעם כיון דכלת' שמירתו ובסמ"ע ס"ק ט' תמה דיתחייב הנפקד כשהוא איש שדרכו לישא וליתן במעות ובזה נתבאר בסי' רצ"ב דמותר להשתמש במעות פקדון וחייב עליהן כש"ש כו' ולק"מ דהתם מיירי בסתם אבל לא כשא"ל טול את שלך שכבר כלתה שמירתו וכך כתב הגאון אמ"ו ז"ל בגי' סמ"ע שלו וכן נראה דעת הב"ח ועיין במרדכי פרק מי שאחזו כתב ודאי פקדון פשיטא פטור כיון דאמר איני רוצה לשמרו עוד פטור אפי' מפשיע' וכן פסק מהרש"ל פ"י דב"ק סי' נ"ג (ועי' בריטב"א פ"ק דקדושין על סוגיא דכנסי סלע זו בפקדון דף י"ב) ועמ"ש בס"ס ק"ך:

סעיף טז

פטור. היינו כשהגיע הזמן אבל תוך הזמן חייב שכבר קבל עליו שמירת הפקדון עד הזמן וכמ"ש הר' המ' והמחבר ס"ס רצ"ג:

סעיף יז

י"א שאין המלוה כו'. ונלפע"ד שהרי"ף חולק ע"ז שהשמיט הך מימרא דרבא בפ' האומנין ונלפע"ד דמפרש דהא דאמר רבא ופרעיה זוזא זוזא פרעון הוי כו' היינו לענין דיעבד (וכ"כ בב"ה) דהו"א (שאין) יכול המלוה לומר תחזור ותקח ממני מה שפרעת לי זוזא זוזא ויהיה אצלך באחריותך עד שתפרע לי הכל ואם לא תרצה לחזור וליקח המעות הרי הוא אצלי באחריותך דלא הוי פרעון קמ"ל דלא אלא בדיעבד הוי פרעון ולכך לא הוצרך להביא מימרא דרבא דס"ל כמו שכ' הרא"ש שם וז"ל וקמ"ל שאין המלוה יכול לומר איני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת והך מילתא שמעינן ליה מדקאמר לעיל ונתן לו ה' מאות זוז קנה ומחזיר לו השאר לאחר כמה שנים אלמא פרעון הוי אע"ג דלא פרעיה בבת אחת עכ"ל והך דנתן לו ה' מאות זוז כו' הביאו הרי"ף שם לעיל. וכן נלפע"ד מוכרח דעת הרמב"ם ס"פ כ"ג מה' מלוה והסמ"ג דף קע"ט ריש ע"ב שכתבו מי שהוציא שני שטרות בנ' נ' ואומר עשו אותם א' במאה אין עושים לו שזכות הוא ללוה להיות שנים שלא יכוף אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל עכ"ל והוא מימרא פ' גט פשוט ניחא ליה ללוה דלא ליכוף לפורעו והוצרך בבעה"ת שער ס"ט לפרש דלאו למימרא דמדינא מצי למכפייה לפרעו הכל אלא לומר שהלוה יירא לפרעו לחצאין שאולי יכפור לו ויתבענו פעם אחרת ובזה תבוא כפייתו מאליו עכ"ל אבל מדברי הרמב"ם וסמ"ג מבואר שיכופו בדין לגבות הכל וא"כ בע"כ מיירי דכשירצה לפרוע תוך הזמן לא יקבל ממנו

עד שיפרע לו הכל דאי מיירי כשיגיע הזמן א"כ אפי' שנים נמי יכול לכופו לפרוע הכל (ודלא כהב"ח סימן נ"ג שהבין דהרמב"ם מיירי שהגיע זמן פרעון של ב' השטרות וכתב תימה גדולה מנין לו זה ע"ש אלא כמ"ש) אלא ודאי ס"ל דהך מימרא דרבא לענין דיעבד מיירי והוא ממילא נשמע מהך דנתן לוה' מאות זוז כו' לכך השמיטו הרמב"ם וסמ"ג ג"כ מימרא דרבא לפי שסמכו על מה שכתבו בפ"ח מה' מכירה והסמ"ג דף קנ"ט ריש ע"ב הקונה דבר מחבירו כו' נקנה המקח ומחזיר לו העשר' אפי' לאחר כמה שנים כו' ונלפע"ד דהרא"ש ג"כ יוכל לסבור כהרי"ף ולכתחלה א"צ לקבל הפרעון זוזא זוזא וכן יש להוכיח דס"ל להרא"ש הכי דאי ס"ל דרבא מיירי לענין לכתחלה היאך כ' והך מילתא שמעינא ליה מדקא' לעיל כו' הא רבא טובא לאשמועי' דיכול לכופו לכתחלה לקבל זוזא זוזא והך מילתא לא שמעינא כלל מהך דלעיל אלא ודאי ס"ל דגם רבא לא מיירי אלא דהוי פרעון בדיעבד והמעות הוא באחריות המלוה והך שמעינא שפיר מהך דלעיל דאל"כ לא הוי קנה הלוקח כיון דלא נתן לו כל המעות והמעות הוא באחריותו אלא ש"מ דבדיעבד אף שפרע המקצת הוי פרעון ולפ"ז קשה על הטור שפסק כבעל העיטור ודלא כהרא"ש ויש ליישב בדוחק וצ"ע:

סעיף יח

ומיהו אם משכן לו כו'. מדברי הטור משמע דמיירי שמשכן לו שדהו כו' לזמן ורוצה לפדותו תוך הזמן ולפ"ז צריך לפרש דאף דהמלוה אינו אוכל פירות מהשדה אינו יכול לכופו שיחזר לו חצי המשכונו כי יכול המלוה לומר כיון שאתה בא לפדות תוך הזמן אינני מחוייב ליתן לך כלום מההשכון כי אני חפץ שיהיה לי משכון טוב גם אני חפץ שיהיה המשכון כולו אצלי כדי שתהיה דחוק לפרוע את שלי לזמן ליקח המשכון דאין לפרש דמיירי שהמלוה אוכל פירות דא"כ מאי איריא פורע חצי הא אפי' פורע כולו א"י לכופו לקבל תוך הזמן כדלעיל ס"ג או אפשר דמיירי כאן באתרא דמסלקי אבל בבעה"ת שער ס"ט שממנו מקור דין [זה] א"ש כפשוטו דמיירי שם שמשכן לו משכונו שיאכל הפירות עד שיפרע לו כו' ע"ש והלכך אי הוה פורע לו כולו הי' יכול לכופו שהרי לא קבעו זמן ביניהן רק שאוכל פירות עד שיפרע לו והרי פורע לו אבל כשפורע לו מחצה יכול לומר איני רוצה לקבל ואכולה שדה יהביה ולא אפלגא וכ"ז שאין אתה פורע לי כולה אני אוכל פירות שהרי כך היתה התנאי שיאכל פירות עד שיפרע לו ועתה אינו פורע לו כולו ע"ש. ופשוט הוא דאין חילוק בדינים אלו בין משכון קרקע או משכון מטלטלים:

סעיף יט

ויחזיר לו שטרו וה"ה אפי' ליכא שטר א"י לכופו שיטלם בחובו אלא צריך לשלם לו לפדות המשכון דאי לשם משכון קבלוה לשם פרעון לא קבליה כן מוכח בהר"ן ס"פ שבועת הדיינין ע"ש וכ"כ ר"י נ"ל ריש ח"ה וז"ל משכון כמו שהלוה יכול לכוף המלוה שיתן לו משכונו כך המלוה יכול לכוף ללוה שיפדנו וכ"מ בש"ס מציעא ובספרי הרא"ש עכ"ל וכן הוא ספר ראב"ן סימן קי"א וכן משמע בפוסקים בכמה דוכתי:

סעיף כ

טול כו' הדין עם המלוה עיין בסמ"ע ס"ק י"ג שהקשה מאי חידש המחבר בדין זה הלא כבר כתבו בס"ה ע"ש תירוצו. ולפעד"נ דבס"ה מיירי שהלוה אינו טוען א"ל אלא מודה שיש לו לשלם ממ"א ואפ"ה אינו רוצה לשלם באמרו מאחר שהלוה על המשכון קבליה לשם פרעון קמ"ל דלא וכאן מיירי שלא הלוה לו על הקרקע והלוה אומר אין לי עתה מעות ולא מטלטלי' אלא קרקע טול אותה בחובך וקמ"ל דהדין עם המלו' כיון שרוצה להמתין לו ואין ענין זה לזה כלל כן נלפע"ד ברור:

סעיף כא

ויש לו דרך לאותה מדינה כו'. וכל שכן כשסוחרי אותה מדינה מצויים כאן כ"כ הסמ"ג לאוין קצ"ג ושאר פוסקים וכ"כ מהרש"ל פ"ט דב"ק סי' י"ג:

סעיף כב

ואומר לו כו'. אף שהמלכיות מקפידות כשמוצאין רק שאין מחפשין ש"ס והרא"ש:

סעיף כג

והמלכיות מקפידות כו'. ואפי' ערב לו מכל היזקות א"צ לקבל ממנו כי מי יודע עד היכן מגיע חמת המלך מהרש"ל שם:

סעיף כד

נותן לו מטבע כו'. ואם המעות שהלוהו הוא בעין הביא בד"מ ובסמ"ע ב' דעות בזה ופסק הב"ח דהוי ספיקא דדינא והמע"ה ע"ש ודע' התו' פ' הגוזל דצ"ז ריש ע"ב נראה דאין חילוק (ועיין במהרש"ל שם סי' י"ג) ובכל ענין נותן לו מטבע היוצא באותה שעה וכן משמע מהפוסקי' שלא חילקו בכך וכ"כ בסמ"ג לאוין קצ"ג דף ס"ב ע"ד ושכן פסק רש"י בתשו' ע"ש וכן נראה עיקר:

סעיף כה

היוצא באותה שעה ואם אין המלכיות מקפידות כלל אף אם מוצאים אפי' אין לו דרך נותן לו מטבע שהלוהו ש"ס והרא"ש וטור. וכתב מהרש"ל דהיינו דוקא כשסוחרי אותה מדינה מצויים כאן:

סעיף כו

שהתנה ליתן מעות כו'. וה"ה מכר לו סחורה ע"מ שישלם לו במעות תוספות ומהרש"ל שם:

סעיף כז

נותן לו מטבע כו'. כתב מהרש"ל שם וז"ל ומ"מ נ"ל היכא שהלוה לו לזמן ידוע ובאותו זמן עדיין לא נפסל ובא זה ותובעו וזה דוחה אותו בלך ושוב עד שנפסל דאינו משלם לו אלא מטבע היוצא באותו שעה וכן מוכח להדיא מפסק של מהר"ם כו' (וכה"ג כתב בתשובת מהר"ם אלשיך סי' ע"ט) ואין דבריו נלפע"ד ומפסק של מהר"מ אין ראיה כלל מכמה טעמים למעיין שם ומכ"ש לפי עיקר הגירסא הכתוב' בפסק של מהר"ם כו' (דברי מהר"ם הם במרדכי פ' הגוזל קמא) שיתן לה כסף ראשון אם הי' נותן ערב חנוכה וכן הוא בתשובת מהר"מ דפוס פראג סי' תת"ר והועתק' גירסא זו בדברי מהרש"ל שם עצמו א"כ משמע לכאורה איפכא ע"ש וכן בש"ג פ' ג"פ סוף דף ר"מ ע"ש ודו"ק:

סעיף כח

ויש חולקים כו'. כ"כ בד"מ בשם תשובת הרא"ש כלל ק"ג סי' א' ב' ובשם הריב"ש סי' קצ"ו וכן נרשם בסמ"ע ותמיה לי דהריב"ש שם כתב להדיא איפכא וגם בתשו' הרא"ש שם אין הכרח ע"ש וכבר הארכתי בזה בש"ך בי"ד סי' קס"ו ס"ק ח' והעליתי דדינא דמלכותא דינא ודלא כמהרש"ל פרק הגוזל והב"ח בסי' זה ושוב מצאתי כן בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ע"ט פסק בפשיטות דאמרי' דינא ד"ד בכה"ג ומשמע שם ג"כ דליכא מאן דפליג בהא ושגם הרא"ש בתשו' שם מודה ע"ש וכן פסק בשלטי גבורים פ' ג"פ דף רמ"א סוף ע"א ע"ש (ע' עוד מדינים אלו בשלטי גבורים פ' ג"פ דף ר"מ ובתשו' מהר"מ אלשיך סי' ע"ט וסי' קט"ו וקי"ו וקכ"ט ובתשובת ן' לב ספר ג' סי' ק"י ובתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קע"א ובתשו' מהרשד"ם סי' ע"ה וסי' ק"ג ובתשובת מהר"א ן' ששון סי' קכ"ג ובתשובת מהרי"ט סי' י' וסי' ע"ד):

סימן עה

סעיף א

התובע את חבירו כו'. אסור לטעון שקר כדי לעוות הדין או כדי לעכבו ואע"פ שהוא זכאי כגון מי שהי' נושה בחבירו מנה לא יטענו מאתים כדי שיודה במנה ויתחייב שבועה ויגלגל עליו ממקום אחר הי' נושה מנה וטענו מאתים לא יאמר אכפור הכל בבית דין ואודה לו במנה בינו לביני כדי שלא אתחייב לו שבועת התור' היו שלש' נושים מנה בא' וכפר בהן לא יהי' א' תובע ושנים מעידים וכשיוציאו ממנו חלוקו. הי' טוענו מנה ע"פ עד אחד וכפר בו לא יאמר לאחד בא אני ואתה ונעידנו ונוציא גזלה מתחת ידו. כל זה מתבאר מהש"ס פ' שבועת העדות (שבועות דף ל"א ע"א) והתוס' דשבועות פ' ה' ורמב"ם סוף הל' טוען ונטען וסמ"ג עשין ק"ז. ולא ידעתי למה לא הזכירו הטור והמחבר בשום מקום דינים אלו:

סעיף ב

אומרים לו ברר דבריך כו'. ואם בירר טענתו ואמר שיש לו עדים ע"ל סי' ע' סעיף ב'. כתב בד"מ וז"ל כתב מהר"ד כהן בתשובותיו בית ב' חדר א' מי שיש לו דין על חבירו והנתבע מוחזק אין אומרים להוציאו להניחו ביד שליש ואח"כ ידונו דכל מילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינא ב"ד דילמא יזכה הנתבע ונמצא מחזיק כדין כו' וע"ל סי' ע"ב בדין תפיסה לא משמע כן עכ"ל ד"מ ולא ידעתי היאך לא משמע כן בסי' ע"ב ונראה עיקר כמהרד"ך וכן המנהג:

סעיף ג

או הזיק ממונך. אמור האיך נתחייב לך שהרי אפשר שידמה שהוא חייב כגון שחשדו שגנבו או שאמר לו שאתן לך מנה וכיוצא בזה עכ"ל הרמב"ם וכתב הסמ"ע ס"ק א' דהטור והמחבר קיצרו בהעתקת ל' רמב"ם במ"ש הלוית לו או הפקדת בידו או הזיק ממונך דמה לי הלואה ומה לי פקדון או הזיקו אלא ר"ל ברר דבריך אם הלוית או הפקדת או הזיקך או לא הי' שום א' מהן אלא שאתה חושדו שגנב לך כו' עכ"ל ולפע"ד לא קצרו כלום דכוונת הרמב"ם לומר שהב"ד חוששים שידמה שהוא חייב כגון שחשדו שגנבו כו' אבל אין כוונתו שהב"ד יאמרו לו אלא שאתה חושדו שגנב כו' רק שאומרים לו ברר דבריך הלוית או הפקדת כו' וכשישיב הלויתי סגי ואם תבעו מפני שחשדו שגנב כו' ישיב האמת אני חושדו כו' כן נ"ל. גם מ"ש בסמ"ע שבפרישה הוכיח דהטור ס"ל דמוכח

מדברי הרמב"ם דלאו משום טעות לחוד צריך לברר אלא גם משום חשד שאנו חושדים אותו שתבע לו מה שאין בידו כו' לא ידענא הוכחה בטור:

סעיף ד

צריך לברר דבריו. ואומרים ב"ד לנטען השב על טענתו ופי' התשובה כמו שפירש זה טענתו ואמור אם לוית ממנו אם לא לוית הפקיד אצלך או לא הפקיד גזלתו או לא גזלתו שכרתו או לא שכרתו וכן בשאר הטענות ומפני מה אין מקבלין ממנו תשובה זו שמא טועה הוא בדעתו ויבא להשבע על שקר שהרי אפשר שהלוהו כמי שטען והחזיר זה את החוב לבנו או לאשתו או שנתן לו במתנה כנגד החב וידמה בדעתו שנפטר מן החוב לפיכך אומרים לו היאך תאמר איני חייב כלום שמא אתה מתחייב מן הדין לשלם ואין אתה יודע אלא הודיע לדיינים פירוש הדברים והם יודיעוך אם אתה חייב או אין אתה חייב עכ"ל רמב"ם וכתב הב"ח שנרא' מדבריו שאם התובע תבעו בסתם והוא משיב ג"כ בסתם אין ב"ד נזקקין לא' יותר מלחברו אלא אומרים לשניהם פירשו טענותיכם ואם אינם מפרשים לא זה ולא זה חזר הדין כאלו פירשו שניהם טענותיהם ופוסקים להם הדין אבל אם תבעו בסתם מנה יש לי אצל פלוני והוא משיב יברר ויפרש מאיזה צד אני חייב לו כי אינני יודע משום חוב אז אומרים ב"ד לתובע אומר לו מאיזה פנים הלוית או הפקדת כו':

סעיף ה

דשמא טועה כו'. כתב בד"מ ובסמ"ע ס"ק ב' בשם הנ"י פ' המוכר בית דף קצ"ג ע"א דלא דייקי' בדבריו של אדם שיהיו כנגדו אם לא אמרן ממש ולעולם אמרינן דדרך שטות הוא דיבר ללא צורך ע"כ וחפשתיו ולא מצאתיו:

סעיף ו

אם נראה לדיין כו'. כתב הרא"ש בתשובה כלל ע"א סי' ה' באם הנתבע ביקש שהרובע יברר דבריו והתובע אינו רוצה דלא ישביעו להנתבע כי שבועת היסת תקנת חכמים היא ולא ישביענה אלא בטענה מבוררת ע"כ ומביאו ב"י וד"מ וסמ"ע ס"ק ה' ונראה דמיירי שהב"ד מסופקים ואינן יכולים לעמוד על דעת התובע אם יש לו רמאות בדבר דאי נראה להם שיש לו רמאות בדבר אפי' בשבועה דאוריי' דלאו תקנת חכמים היא לא משבעינן לי' ואם נראה להם שאין רמאות בדבר אפי' בהיסת משבעינן ליה אלא ודאי כדאמרן

סעיף ז

חייב לישבע מן התורה. אמרינן בש"ס בכמה דוכתי מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה דאין אדם מעיז בפני בעל חובו והאי בכולי בעי דלכפריה והאי

דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו והאי בכולי בעי דלודי ליה והאי דלא אודי ליה אשתמוטי הוא דקמשתמיט מיניה סבר עד דהוי לי זוזא ופרענא לי' ואמר רחמנא רמי שבועה עליה כי היכא דלודי ליה בכולי:

סעיף ח

ואם יש א' שמסייע וכו'. דיני עד מסייע יתבאר על נכון לקמן סי' פ"ז סעיף ו' עמ"ש שם:

סעיף ט

מנה היה לאביך בידי כו'. כ' הסמ"ע וז"ל והא דקאמר לאביך אין לומר משום דאלו אמר כן לחבריה יכול לומר ידעתי מזה ודעתי היה לתבוע לך הכל דהא כתב הטור בסי' פ"ז ס"ז (והמחבר שם סעיף י"ד) בכיוצא בזה חלוקים דרואין אנו אם כמערים קדם הנתבע או לא וה"ל לחלק ג"כ כאן בהכי אלא אורחא דמילתא נקט לאביך דמסתמא המלוה או המפקיד תובע פקדונו או הלואתו משא"כ אביו שמת וכ"כ התוספת ע"פ שיטת פירושם אלא שלפ"ז גם בסמוך ס"ו הל"ל אביך הלויני כו' ושם נקט לשון הטור הלויתני כו' עכ"ל ודבריו סתומים גם מ"ש אלא שלפ"ז גם בסמוך ס"ו הל"ל אביך הלויני כו' לא ידענא מאי קאמר אבל אני אפרש דלקמן סי' פ"ח סעיף ל"ב כתבו הטור והמחבר א"ל מנה לך או לאביך בידי ופרעתי מחצה והשיב זה לא הייתי זכור אך אתה הזכרתני יודע אני שלא פרעת כלום פטור ואפי' משבועת היסת שאינו אלא כמשיב אבדה ע"כ ושם לא חלקו בין מערים או לא משום כיון שזה עצמו מודה שלא הי' זכור אם כן אינו כמערים משא"כ כאן שאומר ידעתי מזה ודעתי הי' לתבוע לך הכל אפי' לא הזכרתני (שוב מצאתי בסמ"ע הישנים בסוף הספר בלוח הטעות מחלק בהדיא כמ"ש וז"ל בס"ק ח' אין לומר כו' יכול לומר ידעתי כו' ור"ל לאפוקי אם אמר הזכרתני דלכ"ע הוי כמשיב אבדה כיון דהוא הזכירו וכמ"ש בס"ס פ"ח ודו"ק עכ"ל בסוף הספר) ומ"מ אינו מוכרח שיהיה בזה חילוק בין כמערים או כמודה דדוקא לקמן סי' פ"ח סעיף י"ד מחלקינן בהכי משום שתבעו מתחלה חטים מה שאין כן הכא שלא היתה תביעה מתחלה כלל וכן נראה לכאורה מדברי בעה"ת שער ז' ח"ב בשם הרמב"ן וז"ל ויש לנו לברר לוה שאמר למלוה מעצמו מנה לך בידי ופרעתיך מחצה השיבו מלוה לא הייתי נזכר אך אתה הזכרתני ונזכרתי שהלויתיך מנה ולא פרעת לי מי אמרי' ה"ז מודה במקצת ונשבע או לא ובזה השיב הרמב"ן ז"ל זו בידינו הוא שאין מודה מקצת חייב אלא כשקדמה תביעה להודאה אפי' בנזכר מעצמו כגון שהודה לו בנ' ואמר לו מנה שלם אתה חייב פטור כדאמרי' בשבוע' הדיינים טענו חטים וקדם והודה לו בשעורים אם כמודה פטור שמעת מיניה שאע"פ שהשלים דבריו ונמצא טענ' חטים ושעורים והודאה באחד מהם פטור משום דבעינן

טענה שלמה ואחר כך הודה במקצת ולשון חכמים נמי כך הוא מודה מקצת הטענה כו' (וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות פ' הנזקין) משמע שהשאלה היתה בטוען הזכרתני והרמב"ן השיב דאפי' בנזכר מעצמו לא הוי מודה מקצת כיון שלא קדמה תביעה להודאה ומייתי ראיה מטענו חטים והודה לו בשעורים ולא מחלק בהודה לו נ' ונזכר שחייב לו ק' בין מודה כמערים משום דדוקא בטענו חטים כיון שהיתה מקצת תביעה יש לחלק בהכי משא"כ בהודה לו בנ' שלא היתה שום תביעה כלל בכל ענין פטור ואפי' אם תמצא לומר דבכאן נמי יש לחלק בין כמערים או כמודה (וכן לרב האי גאון שהבאתי לקמן סוף סי' פ"ח דאפי' ביורש יש לחלק בין כמערים או כמודה ע"ש) מ"מ נשמע דהיכא דאין הדיין יכול לידע אם הודה כמערים או כמודה והוא אומר ידעתי שאתה חייב לי ובדעתי הי' לתבוע ממך מנה פטור מש"ד ובשבוע' היסת נראה דחייב וכמ"ש לקמן סי' פ"ח סעיף ל"ב דלענין שבוע' היסת לא בעינן שתקדים תביעה להודאה ואפי' להטור והמחבר שם דוקא שטוען לא הייתי זכור אז פטור משבועת היסת משא"כ הכא שטוען ידעתי וטוען ברי חייב היסת ואולי יש לפרש גם דברי הסמ"ע לענין דינא כדפי' ודוק:

סעיף י

פטור כו'. דהוי כמשיב אבידה ועמ"ש לקמן ספ"ח סל"ב בשם רב האי ושאר פוסקים באריכות מדינים אלו:

סעיף יא

וישבע מן התורה על השאר כו'. עמ"ש לקמן סי' פ"ז ריש סעיף ה':

סעיף יב

אבל אם כתבו שטר כו'. פי' ואין הלוה מודה על מה שבשטר או קנין וע"ז כ' הב"י ואינו נראה בעיני דאע"ג דשטר הוה הילך היינו היכא דמודה מה שבשטר (דבכה"ג מודה הב"י דשטר הוי הילך וכמש"ל סי' פ"ח סכ"ח ע"ש) והב"י מציין מ"ש הגה' מרדכי ודוקא בעדות בע"פ כו' ע"ש דהגהת מרדכי מיירי להדיא שאין הלוה מודה דלא כהב"ח שהשיג על הב"י וסבר שמציין למעלה בשטר דקא מודה עיין בב"י ובהגהת מרדכי שם ותראה שכן הוא והיש מי שחולק שכתב הר"ב הוא הב"י ומביאו בד"מ והיינו שכתב הב"י וד"מ ועיין בהר"ן ר"פ שבועת הדיינים ר"ל דלא פטר התם אלא משום שעבוד קרקעות משמע לכאורה הא לאו הכי לא הוי הילך ונפקא מינה במקום דלית ליה קרקע דאע"ג דאנן קי"ל דאע"ג דלית ליה קרקע ה"ל שטר הילך כמ"ש לקמן סי' פ"ח סכ"ח ס"ק מ"ז היינו דוקא היכא דקא מודה אבל אם אינו מודה לא שייך הילך אלא אם כן יש לו קרקע דאז פטור משום שעבוד קרקעות או משום דכיון שאינו יכול לכפור הוי קרקע הילך כמו שפי'

רש"י רפ"ק דמציעא וכן נראה עיקר לדינא ומדברי הסמ"ע ס"ק י' וי"א. נראה שהבין דברי הר"ב דמיירי בשטר שעבוד קרקעות דלסברא הראשונה הוי הילך משום שטר ש"ק והסברא האחרונה חולקת בזה וגם נראה מדבריו דבשטר אין חילוק בין מודה או לא וזה אינו וכמ"ש ועוד דא"כ קשה דכאן כתב הר"ב ב' דעות ולקמן ר"ס פ"ז כתב הר"ב וי"א דמשכון חשיב הילך דהא אפי' שטר חשיב הילך משמע דבשטר ליכא מאן דפליג אלא ודאי כדפרישית ודוק:

סעיף יג

ויש מי שחולק. כו' כתב הסמ"ע עמ"ש ר"ס פ"ז דנראה דהדין עם החולקים עכ"ל ונ"ל דר"ל החולקים הראשונים דהוי הילך כמ"ש בסמ"ע לקמן סי' פ"ז ס"ק י' דשטר הוי הילך ולפי מה דפרישית דכאן מיירי באינו מודה הדין עם החולקים האחרונים:

סעיף יד

כשתבע מלוה כו'. משמע דבמלוה אפי' ראו עדים בידו אותן מעות עצמן בשעה שכפר לא הוחזק כפרן דיש לומר אשתמוטי קמשתמיט והי' צריך המעות לאיזה עסק אחר:

סעיף טו

אבל אם תבעו חפצים כו'. ה"ה מעות של פקדון אלא אורחא דמילתא נקט דמעות מן הדרך שנותן אותו ביד הנאמן להשביחן ואז יש לו דין אחר וכמ"ש בסמוך עכ"ל סמ"ע ואלו ראה דברי המחבר בבדק הבית לא כתב כן שכתב שם על דברי הטור וז"ל ודברי רבינו אינם מדוקדקים שכתב אבל טענו מנה של פקדון כו' ובמה יודע שאותם מעות היו של פקדון וצ"ל שטענו חפצים שוים מנה והעדים מעידי' שראו עתה בידו מאותם חפצים שוה נ' ועי"ל דבטענו מעות וראו בידו היינו לו' שהודה בפניהם שיש בידו נ' של פקדון וכעין תשובת הרא"ש שאכתוב בסמוך עכ"ל הרי דבכוון שינה המחבר ל' הטור וכתב חפצים דמעות במה יודע שאותם מעות היו של פקדון גם מ"ש הסמ"ע שנותן אותו ביד הנאמן להשביחן ואז יש לו דין אחר כו' לא ברירא לי וכמ"ש בס"ק י"ז וע"ק לי שמעות של פקדון אפי' מעידים העדים שהם אותם המעות עצמם היאך שייך לו' הוחזק כפרן הא גם בהו י"ל אשתמוטי קמשתמיט כמו בהלוא' וכמ"ש לקמן סי' רצ"ב סעיף ז' בשם התוס' פ' אלו מציאות ריש (בבא מציעא דף כ"ט) דאפי' הם בעין יכול לשלם לו מעות אחרים וכדבריהם מוכח בש"ס פרק המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג ע"א) ואם הפקידם צרורים וחתומים בענין שאסור להשתמש בהן כמו שנתבאר בסי' רצ"ב שם אם כן דמי ממש לחפצים ואולי ט"ס יש בסמ"ע כאן ודבור זה צ"ל על מה שכתב המחבר ברישא בד"א שתבע מלוה כו' או קאי אסיפא דסיפא וה"ק וה"ה מעות של פקדון כשצרורי'

וחתומי' בעינן ראו בידו וא"כ כוונתו לענין הדין כמו שכתבתי ולפי זה י"ל דגם הטור מיירי במנה שהפקיד לו צרורים וחתומים וא"צ לדחוק כמו שכ' בב"ה גם בלאו הכי ל"ק מה שהקשה בב"ה דהא י"ל שראו עדים שהפקיד בידו נ' ולא זזה ידם מן המעות עד עתה או שחתמו המעות מיד בענין שידוע להם בבירור שיש בידו נ' של פקדון אך משום דעדיין קשה הא כיון שמותר להשתמש במעות י"ל אישתמוטי קמשתמיט ולא הוחזק כפרן לכן מה"ט א"א לפרש מנה אלא בצרורים וחתומים או כעין תשובת הרא"ש וכמ"ש בס"ק י"ז ודו"ק:

סעיף טז

שראו בידו כשנתבע מאותן חפצים. ה"ג ולא גרסינן כשנשבע דכשנשבע גם במלוה פסול ושכנגדו נשבע ונוטל וכמו שמוסכם מכל הפוסקים וכמ"ש הטור והמחבר גופיה להדיא לקמן סי' צ"ב ס"ד וכ"כ הסמ"ע:

סעיף יז

כשנתבע כו'. אבל אם לא ראוהו בידו בשעה שכפר בב"ד אף שראו בידו קודם לכן לא הוחזק כפרן דדלמא נאבד ממנו ואשתמוטי קמשתמיט עד שימצאנו הלכך נשבע שבועת התורה ונפטר כמו במלוה ודוקא כשהפקיד בידו חפצים או מעות שלא להשביחן בעינן ראו עתה בידו אבל אם נתן בידו מעות להתעסק בהן ולהשביחן הוחזק כפרן אפי' לא ראוהו עתה בידו וכמ"ש הרא"ש בתשוב' והמחבר לעיל סי' ל' סעיף ה' שהרי לא הופקד בידו חפץ מבורר שיאמר לא ידעתי היכן הוא אלא מעות הפקידו אצלו ואע"ג דלהשביחן נתנו לו ונתנו לו ג"כ להוציאן מ"מ ה"ל לגלות הדבר שהוציאן ולא הי' צריך לשלם מיד משא"כ בלוה שצריך לשלם מיד לכך משתמיט עד שיהי' לו מעות כן כתב הסמ"ע לעיל סי' ל' ס"ק י"ח וכאן ס"ק י"ג. ולפי ע"ד נראה דאף בלהשביחן כל היכא שי"ל שנאבד המעות לפי שעה אינו פסול דהי' סבור משתמיטנ' עד דבחישנא (דליכא למימר דאע"ג דנאבד חייב באחריות' דהא בעיסקא פטור כדלקמן סי' ק"ח סעיף ד' ועוד דליכא למימר שקבל עליו אחריות דא"כ מכ"ש דלא מפסל דהא ה"ל לוה ושייך אשתמוטי קמשתמיט אלא כמ"ש ודוק) ואי משום שלא אמר שהוציאן אין לפסלו דדילמא לא הי' רוצה לומר כן שיחייבהו בחנם שבאמת נאבדו ממנו ויהא פטור ועוד דלא מסתבר לפסלו בשביל שלא אמר דבר שאינו אמת אלא תשובת הרא"ש והמחבר סי' ל' מיירי שאותן חמשים זהובים הם ביד ראובן והם ממעות של שמעון שנתן להנתבע להשביחן ואח"כ כפר שלא נתן לו שמעון כלום ובאו עדים שהוד' וידוע שהי' אז אותם נ' זהובים ביד ראובן כגון שיש ביד הנתבע שטר עליו או שהלוה אותם לראובן בעדים לזמן פלוני והוא בתוך הזמן

וכה"ג רק כדי שלא תקשה דהלא אין העדים מעידים שהיה בביתו ממש לכך קאמר הרא"ש דדוקא בחפץ מבורר צריך שיעידו שהי' בביתו ממש משא"כ כשנתן לו מעות להשביחן ואולי גם כוונת הסמ"ע כן אלא דר"ל אמאי יהא פסול דלמא משתמיט שלא יצטרך לשלם מיד ואי משום שהוציאן לא הוי שולח יד בהכי כיון שניתנו לו להוציאן ולהשביחן לכך קאמר דהא לא היה צריך לשלם מיד אלא שפשט דבריו לא משמע כן וגם לא ה"ל לחלק בין להשביחן ושלא להשביחן דהא בלהשביחן גופי' יש חילוק וכמ"ש גם מלשונו בס"ק י"ג לא משמע כן ועכ"פ מה שכתבתי נ"ל ברור לדינא ודוק:

סעיף יח

והתובע נשבע ונוטל. היינו משום שלא הוחזק כפרן רק על המקצת מ"ה צריך לישבע על השאר דלאותו ממון הוחזק כפרן ולא לממון אחר כמ"ש בסימן ע"ט ס"ה משא"כ כשהוחזק כפרן על כל הממון דאז זה שכנגדו נוטל בלא שבועה וכמ"ש בסי' ע"ט ס"ח וכן נ"ל לעיל בסימן ל' ס"ה דסתם וכתב הוחזק כפרן לאותו ממון ומשלם ק"ק ור"ל בלא שבועה היינו ג"כ שהוחזק כפרן על כולו עכ"ל סמ"ע. וראש דבריו פשוט. וסוף דבריו תמוה דפשיטא דגם בסי' ל' ס"ה לא הוחזק כפרן רק במקצת ואינו נוטל אלא בשבועה (וכן הוא להדיא בתשו' הרא"ש החדשים שנדפסו בשנת שס"ז) ומ"ש סתם היינו משום דלא מיירי התם אלא מדין צירוף עדות אבל מדין שבועה לא איירי התם. שוב מצאתי בס' גדולי תרומה דף ס"א האריך בזה והניח דברי תשובת הרא"ש בצ"ע ולפעד"נ פשוט כדפי':

סעיף יט

ודוקא שהכירו כו'. אבל אם נתחייב כו'. בסמ"ע סימן פ"ז ס"ק ט"ז נראה שהבין החילוק בין שני הדינים האלו דברישא נראה מתוך דברי עצמו שנשאר חייב לו עדיין כך וכך לפי החשבון ובסיפא הטעם לפי שנתחייב מחמת שאין מאמינים אותו או שנתחייב ע"פ ב"ד כגון שטען פרעתיך כך וכך לפי שנתתי עבורך רבית והב"ד מכירים שאין המלוה חייב לשלם לו הרבית לפי שהוא רבית קצוצה וכה"ג ע"ש ולפעד"נ דאם נתחייב ע"פ ב"ד אף ע"פ שלא הודה בכלום חייב שבועת התורה דהאיך יעלה על הדעת דחיוב ע"פ ב"ד יגרע מהעדאת עדים והא בכל דוכתא ב"ד חשוב טפי מעדים וגם כל הקלים וחמורים דילפינן בש"ס העדאת עדים מפיו שייכי טפי בב"ד ע"ש. והכי משמע נמי ממ"ש הרמב"ם ספ"ד מה' גזלה בשם יש גאונים דאם אמר על המקצת אין חטפי ודידי חטפי והי' ע"א שחטף ועל המקצת אומר לא חטפתי חייב ש"ד כיון דנתחייב במקצת לשלם ע"פ ב"ד והובא בטור לק' סי' שס"ד ובסמ"ג ובמרדכי ורבי ירוחם וכמ"ש לק' סי' פ"ז סעיף ה' ס"ק י"א

ונהי דהרמב"ם פליג שם וס"ל דאינו חייב אלא היסת וכן פסק המחבר סי' שס"ד סעיף ו' היינו משו' דאין הב"ד יודעים בבירור שחייב לו שהרי הוא כופר עדיין ולא נתחייב ע"פ עדים ולא ע"פ הדין רק מכח ע"א משום שאיל"מ אבל כשהב"ד יודעים בבירור שחייב לו לפי שאותו פרעון לא חשיב פרעון ע"פ הדין וכה"ג פשיטא דגם הרמב"ם מודה דלא מסתבר כלל לו' דחיוב ע"פ ב"ד יגרע מהעדאת עדים (וכן משמע להדיא מדברי העיר שושן לק' סימן שס"ד סעיף ו' עיין שם) והכי משמע נמי מדאמרינן בש"ס רפ"ק דמציעא אר' חייא קמייתא ותנא תונא שנים אוחזין בטלית כו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי כו' ונהי דמסיק התם בש"ס דליכא ראיה ממתני' היינו משום הקושיא דפריך התם כי היכא דאנן סהדי בהאי אנן סהדי בהאי כו' אבל אי לאו הך פירכא הוה בית דין חשוב כמו העדאת עדים מטעמא דאנן סהדי. ואף ע"ג דמודינא דהיכא דלא נתחייב אלא מתוך שאינו נאמן לא מיקרי מודה מקצת כגון בהך דסוף פרק ד' מהלכות גזלה שכ' הרמב"ם וכן אם טענו ק' ואמר ליה על נ' אל תפרעני אלא בעדים וא"ל פרעתיך וכן אם טענו ק' וא"ל נ' להד"ם ונ' איני יודע אם הלויתני ויש לו ע"א שהלוה לו נ' וכן בטען על כל הק' להד"ם והביא ע"א שלוה נ' ואמר לויתי ופרעתי דחייב בנ' מכח מתוך שאיל"מ ואינו חייב ש"ד על השאר מטעם שכתב הרמב"ם וכן כל כה"ג וכמ"ש לקמן סי' פ"ז (וא"כ) ליכא לאקשויי דהא אנן סהדי וכדפריך בפ"ק דמציעא היינו משום דכיון שאין הב"ד יודעים בבירור שחייב לו רק שאנו פוסקים כן מכח מתוך שאיל"מ ואינו נאמן לא שייך לומר אנן סהדי דהא מ"מ יכול להיות שאומר אמת ובפרק קמא דמציעא כיון דהאי תפיס ביה הוה כאלו אנו יודעים בבירור שהוא שלו אבל אי תימא דאפי' הבית דין יודעים בבירור גמור שחייב לו נ' כגון שטעה הלוה בדין אינו חייב שבוע' התורה א"כ היאך מדמה בש"ס אנן סהדי דב"ד להעדאת עדים אלא ודאי כדאמרן והלכך אם ראובן תובע לשמעון ק' וזה אומר נ' פרעתיך ונ' נתתי עבורך רבית והבית דין מכירים שהנ' רבית אסור לשמעון ליקח מפני שהוא רבית קצוצה ונמצא שנתחייב שמעון לשלם חמשים ע"פ מה שהכירו הבית דין מתוך הודאתו שהודה שהלוה לו מאה ולא פרעו עדיין רק חמשים לפי דבריו חייב שבועת התורה שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו וכן אם ראובן תובע לשמעון ק' והוא משיב נ' פרעתיך בעצמי ונ' אתה חייב לי מפני שנעשית לי ערב בעד פלוני בעד נ' והב"ד מכירים שהערבות הוא אינו ערבות כגון שנתערב לאחר מתן מעות וכה"ג או שאומר נ' פרעתיך שהמחתיך במעמד שלשתן אצל פלוני והב"ד מכירים שאותו המחא' אינו כלום לפי שלא הי' לו לשמעון אצל אותו פלוני כלום בשעה שהמחהו וכדלק' ר"ס קכ"ו וכל כהאי גוונא חייב שבועת התורה שהרי נתחייב בבירור

ע"פ הדין וא"כ הב"ד עדים עליו במה שנשאר חייב והכי משמע להדיא מדברי הבעל התרומות והמחבר והר"ב שכתבו ומתוך טענתם הכירו הב"ד שעדיין חייב לו מאותן שתי הלואות ך' דינרים כו' ואי כהבנת הסמ"ע ה"ל למימר ומתוך טענתם נמצא שהוד' שעדיין חייב לו ך' דינרים כו' ועוד שכתבו ה"ל כשנים מעידים כו' ואי כהבנת הסמ"ע ל"ל למימר דה"ל כשנים מעידים תיפוק ליה דהוי הודאת פיו דמה לי אם הודה בפני ב"ד בתחלת טענתו או הודה בסוף טענתו פשיטא דבכל גוונא מודה מקצת הוא. ועוד שכתבו שהרי הב"ד עדים במה שהודע כו' ואם איתא הל"ל שהרי הודה שנשאר חייב כך וכך כו' וכן הר"ב כ' ודוק' שהכירו הב"ד שהודה עדיין כו' ואם איתא הל"ל ודוק' שהודה שעדיין חייב במקצת כו' אלא ודאי כוונת הבעה"ת והרב והמחבר לו' שהוא אינו מודה בכלום רק אומר נ' פרעתיך כך ונ' פרעתיך מחמת שנתתי עבורך רבית או שנעשית לי ערב בעד פלוני או שהמחתיך במעמד ג' וכה"ג והב"ד מכירים שעדיין חייב לו נ' לפי חשבונו לפי שאותו פרעון שנתן בעדו רבית או שנעשה לו ערב או שהמחהו לא חשיב פרעון א"כ הב"ד עדים במה שהודה שלא פרעו ממש רק שלפי דעתו היה חשוב פרעון והב"ד עדים במה שהודה שנשאר עדיין חייב לו כך וכך וחייב שבועת התורה והרשב"א בתשוב' שהביא ב"י לק' ר"ס פ"ז שכתב בענין נתתי עבורך רבית דלא חשיב מודה מקצת נ"ל שהמעשה היה שראובן תבע לשמעון שהלוהו ק' והשיב שמעון על הכל להד"ם ועוד שאתה חייב לי נ' בעבור שנתתי עבורך רבית ובא ע"א שהלוה לו נ' והשיב על הנ' פרעתיך בענין דהוי משואיל"מ על הנ' וראובן מודה לו שנתן עבורו רבית נ' ומ"מ אלו היה כדברי שמעון שפרע לו הנ' שמעיד העד היה שמעון פטור ועתה נתחייב במקצת מכח מתוך שאיל"מ ואלו היינו מחייבים לראובן שיחזיר לו הרבית הי' שמעון כופר בכל לפי שהי' מנכה הנ' מה שנתחייב לו ע"פ העד מחמת הנ' שנתחייב לו ראובן בעד רבית ופסק הרשב"א דאע"פ שראובן מודה שאמר לו להלות ברבית רבית קצוצה היא ומתחייב שמעון באותו סך הרבית לענין שאינו יכול לנכות לו ומ"מ אין חיוב זה עושהו מודה מקצת כיון שלא נתחייב בנ' אלא מתוך טענת הכפיר' שהרי אמר על הכל איני חייב לך רק שנתחייב ע"פ עד א' ודוק. ואפי' אם תמצא לו' שדעת הרשב"א אינו כן מ"מ לדינא נראה עיקר כמ"ש הבע"ת ועל כן המחבר והר"ב כתבו כאן כדברי בעה"ת ולא הביאו בש"ע דברי הרשב"א בזה דאם טוען נתתי עבורך רבית כו' וגם בד"מ לא הביאו נראה דס"ל כבעה"ת בזה וכן עיקר (וכן משמע מדברי הר"ן פרק שבועת הדיינים שהבאתי לק' סי' פ"ז ס"ה ע"ש) ועיין מ"ש עוד מדינים אלו לק' סי' פ"ז סעיף ה' ס"ק י"ב:

סעיף כ

והילך פטור. הטעם דמה שנותן לו ה"ל כמאן דנקט ליה התובע בביתו ובהמותר ה"ל כופר בכל וע"ל סי' פ"ז ס"ק י"ב:

סעיף כא

יש לי בידך כנגדו כסות וכלים כו'. בב"י ובד"מ כתבו דאם טוען שיש בידו כסות וכלים בפקדון דאז אינו יכול לישבע נגדו אא"כ כפר בו התובע אבל אם טוען נאנסו הרי התובע פטור בש"ד והנתבע אינו יכול לישבע שיש בידו כנגדו עכ"ל סמ"ע וכתבו הר"ב בהג"ה סי' ע"ב סעיף י"ז ועמ"ש שם:

סעיף כב

אבל אתה מחלתו כו'. משמע דאינו נאמן לטעון טענת יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו כו' אלא במגו דלהד"ם או במגו דפרעתי וכן משמע מדברי הר"ב לעיל סי' ע' סוף סעיף א' וכן כ' המרדכי פ"ק דב"ב בשם מהר"מ וכתב שגם דעת הרמב"ן כן ובתשו' מהר"ר אלי' ן' חיים סי' כ"א השיג עליו שלא נראה כן מדברי הרמב"ם שכ' ר"פ א' מה' טוען הטוען מטלטלים על חברו וכפר בכל ואמר להד"ם או שהודה במקצת ונתנו מיד ואמר אין לך בידי אלא זה והילך או שאומר אמת שהי' לך אצלי אבל מחלתו לי או נתתו לי או מכרתו לי או החזרתי לך כו' בכל אלו ישבע היסת ויפטר ע"כ מדכתב טענת המחילה בכלל טענות המועילות בעצמם להפטר כגון טענת פרעתי או החזרתי משמע דטענת מחילה מועלת בפני עצמה אפי' בלא מגו עכ"ד ולא ירדתי לסוף דעתו דהא הרמב"ם נקט נמי נתת או מכרת לי ובכה"ג פשיטא דאינו נאמן אלא במגו וכמו שמוכח בש"ס בכמה דוכתי ומוסכם מכל הפוסקי' לעיל סי' ע"ב וכמה דוכתי וברמב"ם גופיה בפ"ט מה' טוען בהרבה מקומות דאינו נאמן לטעון נתת או מכרת לי אלא במגו דלהד"ם או החזרתי אם כן ע"כ נתת לי או מכרת לי לא הוי דומיא דהחזרתי א"כ הרמב"ם דנקט מחלת לי או נתת לי או מכרת לי כו' משמע דמחלת לי דומיא דנתת או מכרת לי כו' וכ"כ הר"ב בהג"ה לקמן ר"ס ע"ח דאינו נאמן לטעון מחלת לי היכא שהוא תוך זמנו היינו מטעם שכתב המרדכי שם דאינו נאמן לטעון מחלת אלא במגו ואע"ג דלקמן סי' פ"ב סי"א יש אומרים דיכול הלוה לטעון מחלת לי אע"ג שיש שטר ביד המלוה היינו לענין להשביעו למלוה כי היכא שהיה טוען פרעתיך ועמ"ש לקמן סימן פ"ז סוף סעיף כ"ז ס"ק ס' [ס"ח]:

סעיף כג

ואפי' ב' מעידים כו' נאמן כו' במגו דפרעתי דהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים כדלעיל ר"ס ע' וכתב בפסקי מהרא"י סי' פ"ד דה"ה אם טוען אביך חייב לי כנגדו נאמן במגו אע"פ שבטענה זו אינו יודע שמשקר ובמגו היה מעיז אמרי' שפיר מגו כה"ג ומביאו ב"י וד"מ וכן כתב בקצרה בתשו' מבי"ט ח"א סי' קפ"ז ופשוט הוא וכן מצאתי בריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ואף אם היה משה חי והיה תובעו הכוס היה נאמן לומר מנה לי ביד אביך ועל כן אני תופסו כיון דליכא עדי פקדון וראה ואע"פ שאין להאמינו כאן במגו משום דה"ל מגו דמעיז אפ"ה בשבועה מיהו מהימן כמו שכתבו המפרשים ז"ל דבשבועה אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז כדמשמע מההוא עובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעא דנאמן לטעון עד כדי דמיהן במגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי ואע"ג דאי אמר לקוחים הם בידי איכא העזה והשתא ליכא העזה אפ"ה מהימן בשבועה דכי לא אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז היינו למפטריה משבועה כי ההיא דרבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענ' ישבע כו' וכההיא דר"פ כל הנשבעים שבועת השומרין דחייב רחמנא היכא משכחת לה ניהמני' מגו דאי בעי אמר החזרתי אבל בשבועה מהימן וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחדושי שבועות שלו וכן הסכמת האחרונים ז"ל עכ"ל ועיין מ"ש לקמן ס"ס פ"ב בדיני מגו באות ו' ועיין מ"ש לק' סי' צ"ב סעיף ב':

סעיף כד

שגזלתני. או גנבתני חע"ג דלדברי התובע חשוד הוא משביעינן ליה כיון שלא נעשה חשוד ע"פ עדים כדלקמן סי' צ"ב ובב"י הביא דברי תלמידי רשב"א מחלוקת הגדולים אם יש להשביעו כשטוען לקחת ממני רבית וכן הוא בחדושי ריטב"א ריש מציעא והסכמת הפוסקים דיכול להשביעו כמו שנתבאר בי"ד ס"ס קס"ט ולקמן סי' פ"ב סעיף י' ועמ"ש שם וע"ל סי' פ"ז סכ"ה בהג"ה ס"ק נ"א:

סעיף כה

שהלויתיך כו'. וה"ה שגזלתני שאין חילוק בין גזלה או פקדון והלואה בכל דינים אלו וע"ל סימן שס"ה:

סעיף כו

לצאת ידי שמים ישלם כו'. כתב הריב"ש סי' שצ"ב בשם הרמב"ן שאם תפס התובע בעדים מפקינן מיניה שאין תפיס' מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת ידי שמים. ונ"ל דהא נקט תפס בעדים היינו משום שהתובע טוען ברי והוא הדין בסעיף י' באומר

מעצמו גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך (וכן לקמן סי' ע"ו סעיף א' וכה"ג) דחייב לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדים כיון שאין התובע טוען ברי ודו"ק:

סעיף כז

חייב לשלם. משום דכיון דודאי חייב לו וספק אם החזיר לו בכה"ג אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ונראה דאפי' ספק הפרעון הוא קודם ההלואה כגון שהיה לו פקדון בידו ואחר שנאבד בפשיעה הלוה לו ונתחייב לשלם לו ק' זהובים והנפקד אומר יודע אני שלא היה שוה רק חמשים והלוה אומר איני יודע כמה היה שוה ואפשר היה שוה מאה ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שהמאה שהלויתני יצאו בק' של דמי הפקדון אפ"ה חייב הלוה לשלם לו חמשים דמכל מקום הוי ליה החיוב ברי והפטור ספק ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף. וכן משמע מסתימת דברי הפוסקים:

סעיף כח

ואין התובע צריך לישבע. כיון דהנתבע טוען שמא דאין נשבעים אפי' היסת על טענת שמא כדלקמן סעיף י"ז:

סעיף כט

ואם חזר כו' נאמן בשבועה. ומהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' נ"ה כ' דדין זה אינו אלא לשערי רב אלפס שפסק באיני יודע אם פרעתיך צריך התובע לישבע א"כ לא הוי ממש כחוזר וטוען שהרי עדיין לא נתחייב לו דדלמא לא ישבע אבל לפי מאי דקי"ל דנוטל בלא שבוע' אינו חוזר וטוען כלל אף שזה אינו קרוי חוזר וטוען ממש שהרי בתחל' היה נסתפק אם פרע או לא ואח"כ נזכר מ"מ מאחר דדינו לשלם בלא שבועה אין לך חוזר וטוען גדול מזה עכ"ל וע"ל סי' ע"ט סעיף ט' ומ"ש שם:

סעיף ל

לא תבעו כו' ואיני יודע אם החזרתי לך פטור. ואפי' אם הלה משיב לו אח"כ ברי לי שלא פרעת לי מעולם אך שאין אני יודע מהלואה פטור. כן משמע מסתימת דברי הפוסקים שלא חילקו בכך וכן יש להוכיח מן הש"ס פ' הגוזל בתרא דאל"כ לא הוי צריך להוציא לישנא דחייב מפשוטו אלא ה"ל לאוקמי בכה"ג ע"ש. אבל שבועת היסת נראה דחייב (ועמש"ל סעיף י"ז בשם תשו' מבי"ט) ול"ד לדלקמן ספ"ח סעיף ל"ב דהתם כיון שטוען ברי שפרעתיך אית ליה מגו והוי משיב אבדה משא"כ הכא שטוען איני יודע וגם בלאו הכי שדיתי נרגא בהך דלקמן סי' פ"ח סל"ב ע"ש ודוק:

סעיף לא

והלה אומר ודאי לי כו'. אבל אם לא אמר ל' ודאי לא ומטעם שיתבאר עכ"ל סמ"ע ולפעד"נ דלשון ודאי בטור ומחבר הוא לאו דוקא (ובמרדכי יש לפרש ל' ודאי שהב"ד יודעים בו שבודאי א"ל שאינו חייב לו) וכן מוכח מהראייה שבתשו' מהר"מ דפוס פראג סי' קל"ה והובא בהרא"ש ומרדכי פרק יש נוחלין ובתשו' הרמב"ן סי' קי"ז דלאו אחונ' את כו' וכן משמע עוד ממ"ש המרדכי אחר תשוב' מהר"מ וז"ל וראיי' ממי שטענו חטים והודה לו בשעורי' פטור ופירש"י שמחל לו שעורי' מדלא טענו אלא חטים עכ"ל וגם בסוף דברי מהר"מ במרדכי שם כתוב אלא ודאי מה שאמר אינך חייב לי מחל לו בלבב שלם ולא כתב ל' ודאי וגם בהרא"ש פרק י"נ (וכן בדברי מהר"מ שבתשובת הרמב"ן סי' קי"ז) לא הזכיר בתחלת דברי מהר"מ ל' ודאי משמע דאין קפידא בכך וכן משמע בתשו' הר"ב סי' ל"ג דף פ"ב ע"א וע"ב ע"ש:

סעיף לב

אע"פ שיודע בוודאי שהוא חייב לו כו'. נראה דר"ל דאפי' בא לצאת ידי שמים פטור כו' ב"ח. וכן משמע ממ"ש אע"פ שיודע בודאי כו' וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' נ"ה:

סעיף לג

דהוי כאלו מחל לו. בטור מסיים בזה ולא הוי מחילה בטעות דכיון שא"ל אני ח"ל ה"ל להשים אל לבו לדקדק והוא לא עשה כן אלא אמר בודאי אינך ח"ל בודאי מחל לו בלב שלם ע"כ ומזה נלמד דאף אם חזר התובע ואמר טעיתי בחשבוני תחלה ועתה דקדקתי ומצאתי שנח"ל לא מהימנינן ליה דה"ל כאלו מחל אדם לחברו בפירוש מה שח"ל ולא יכול לחזור בו עכ"ל סמ"ע והב"ח חולק עליו ומתשו' מהר"מ בטור ובאשר"י ובמרדכי שם נראה לכאורה כהסמ"ע ע"ש ודוק ועיי' בתשו' הרמב"ן סי' קי"ז ובתשו' מבי"ח ח"מ בשאלו' השניות סי' קי"א דף קנ"א ובתשו' מהרשד"ם סי' שכ"ח:

סעיף לד

ועד א' מעיד שהלוהו ואף דאין העד מעיד שעדיין לא פרעו או שהוא בתוך זמנו כו' כ"כ הסמ"ע ואע"ג דאית ליה מגו מ"מ כיון דהשתא טוען איני יודע ואין נשבעים שבועת התורה באיני יודע ה"ל משואיל"מ וכן משמע בתשו' מהרשד"ם סי' ס' דלא כתשו' מבי"ט ח"א סי"א קנ"א דף ק"ע דפסק דהיינו דוקא כשהעד מעיד שעדיין לא פרע דלית ליה מגו ומה שהביא שם מסי' ע"ט כבר תרצתי שם על מכונו ע"ש וכתב בתשו' מהרשד"ם שם דוקא כשהעד מעיד שהלוהו בודאי אבל לא כשהעד מעיד שראה שמנה לו מעות וע"ש ופשוט הוא:

סעיף לה

איני יודע אם פרעתיך ועד א' מעידו שלא פרע. ובשארית יוסף ובסמ"ע ובב"ח דחקו ליישב דהא בטוען איני יודע אם פרעתיך חייב אפי' בלא עד א' כדלעיל סעיף ט' ובפרט מה שתירץ עוד בש"י דקמ"ל דבע"א אפי' אין מחרימין אין נראה לפע"ד דהעיקר הוא חסר מן הס' וגם הדין אינו כן וכמ"ש בס"ק שאח"ז ונ"ל דמיירי בטוענו ע"פ כדלקמן סעיף כ"ג:

סעיף לו

ה"ל משואיל"מ. כתב בס' גדולי תרומה דף קע"א מדלא כתב כאן דיחרים סתם כמ"ש לקמן בסמוך (סעיף י"ג) משמע דכאן כיון דע"א מסייע לתובע אין להחרים דודאי אין לחשוד כולי האי שיטול זה שלא כדין ושיהיה זה עד חמס כו' עכ"ל ולא נהירא אלא פשיטא דמ"ש לק' קאי אכל מה שהוזכר מקודם נ"ל:

סעיף לז

אבל פרעתיך כו' כבר האריכו הסמ"ע והב"ח לתמוה על המחבר בזה דודאי כשטוען פרעתיך אפי' יש כאן ב' עדים נאמן בהיסת דמלוה את חברו בעדים אי"צ לפרעו בעדים וא"כ בעד אחד מעיד שהלוהו ולא פרע ישבע להכחיש העד ונ"ל דהמחבר לא מיירי מפרעון ממש רק מפרעון שאינו נאמן אלא במגו כגון שטוען מחלת לי או נתת לי במתנה וכיוצא בזה דבכה"ג אינו נאמן אלא במגו דפרעתי והלכך כשהעד מעיד שלא פרע ה"ל משואיל"מ וזה דין אמת:

סעיף לח

וכן אם טען תחלה להד"ם כו'. ומתשובת רשב"א שהובא בב"י וד"מ (וגם בסמ"ע לק' סי' ע"ט ס"ק ך' כתב כן בשם הרשב"א) נראה שחולק על דין זה וס"ל דכיון דאפילו בב' עדים לא נתחייב ממון אלא מתוך שהוחזק כפרן בע"א לא הוי משיאיל"מ ע"ש:

סעיף לט

בכל אלו הוי משואיל"מ. כתב בספר גדולי תרומה דף ס"ח סוף ע"ב דכל היכא דהוי משואיל"מ יכול לישבע היסת לאחר הפרעון כדלקמן סי' פ"ב ס"י ופשוט הוא ומוכח כן להדיא בתשובת הרמב"ן סי' פ"ד והמחבר לעיל סי' ע"ב סעיף כ"ג ע"ש:

סעיף מ

אבל במקום כו' דנאמן במגו. כלומר נאמן בהיסת במגו וכתב הסמ"ע ס"ק ל"ג דר"ל חבל אם אין העד מעיד שלא זזה ידו דאז יכול לומר פרעתי נאמן לומר ג"כ יש לי כנגדו במגו דפרעתי וכתבתי כן לאפוקי מדעת ריב"ם שכתבו התוספות בשמו בפ' חזקת הבתים

(בבא בתרא דף נ"ד ע"א) דאליביה אינו נאמן לומר יש לי כנגדו במגו דפרעתי מטעם דכיון דעד א' מעיד על ההלואה וזה אינו מכחישו אלא טוען טענה אחרת יש לי כנגדו הוה ליה מגו במקום עדים וכשם שמגו במקום עדים לא אמרינן כן ס"ל דלא אמרינן מגו במקום ע"א אלא דהתורה האמינתו לישבע נגדו ולהכחישו וכאן שמודה לו א"י לישבע ומשלם עכ"ל ולפעד"נ זהו שגגה דודאי גם ריב"ם מודה דהיכא דהי' יכול לטעון פרעתי או החזרתי נאמן דהיאך יעלה על הדעת דעד א' יחייב יותר משני עדים אלא ודאי לא קאמר ריב"ם אלא דאף על גב דהוי מגו מה שהי' מכחיש העד מ"מ התורה האמינתו לענין שבועה ומוכרח הוא לישבע ממש להכחישו או ישלם והיינו משום דכל שאינו נשבע להכחישו אמרי' שהעד עומד במקום שנים והיינו ודאי כמו שנים דבעינן שיעידו שלא זזה וכה"ג וכ"ש א' וכן הוא להדיא בחדושי הרמב"ן פ' חזקת הבתים ובהר"ן פרק כל הנשבעים שכתבו שם ממש כתירוצו של ריב"ם וכתבו שם מיד אח"כ דהיינו דוקא כשהעד מעיד שלח זזה דאל"כ אפי' בשנים הי' נאמן לומר דידי חטפי במגו דהחזרתי ע"ש בהרמב"ן והר"ן והוא ברור:

סעיף מא

חטפת חפץ כו'. עיין עוד מדינים אלו לקמן סי' שס"ד:

סעיף מב

ה"ל משואיל"מ. מכאן נראה בממרמות שלנו אם יש עד א' על הקיום מאחר שיש שם נאמנות על הפרעון רק שיוכל לטעון פרעתי במגו דמזויף וכיון שיש ע"א שהוא חתימתו לא הוי מגו ואם כן ה"ל משואיל"מ וע"ל סי' נ"א ס"ב ודו"ק:

סעיף מג

משואיל"מ. הטעם דאף דאין העד מעיד דלאו שלו חטף מ"מ כיון שהוא עצמו הודה שחטפו והתורה האמינו לא' כשנים אם לא שישבע כנגדו והרי כאן מודה לעדותו ואי"ל מ"ה משלם והא דאינו נאמן במגו שהי' אומר לא חטפתי משום שהי' הוצרך להכחיש העד ולישבע נגדו כ"כ התוס' פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ד ע"א) בשם ר"י (ועמ"ש לקמן סי' קמ"ו ס"ב) ואע"ג דהתוס' שם הקשו על תירוץ ר"י דא"כ מאי טעמייהו דרב ושמואל דפליגי בפ' הנשבעין אר' אבא מ"מ בפ' שבועת הדיינים דף ל"ב כתבו התו' כדברי ר"י לבד וגם הר"ן בפרק כל הנשבעין כ"כ לחד שנוי וכן הרמב"ן בחדושיו פ' חזקת הבתים ונלפע"ד לתרץ קושיות התוס' דרב ושמואל ס"ל דאע"ג דלית ליה מגו מ"מ כיון שאין העד מכחישו לא חייבה התורה לשלם כיון שא"י לישבע וקי"ל כר' אבא ודוק עוד כתבו התו' שם במסקנת' בשם ריב"ם דאע"ג דהוי מגו מעלי' מ"מ כיון דהתורה האמינתו

לעד א' לענין שבועה מוכרח הוא לישבע נגדו או לשלם וגם הרמב"ם והר"ן שם כתבו במסקנתם תירוץ זה ועמ"ש למיל ס"ק מ'. וכתב הסמ"ע בס"ק ל"ד הא דאינו נאמן לומר שלו הוא במגו דהחזרתי לך וכמ"ש מור"ם לפני זה דנאמן היכא דיש לו מגו הטעם כמ"ש המגיד משנה שהגוזל מחבירו אינו נאמן שהחזירו כ"א בעדים א"נ איירי שראוהו בידו בשעת תביעה או שאמר העד לא זזה ידו מתוך ידי משעת החטיפ' וראיתי שלא החזירו עכ"ל ובאמת לא כתב כן המגיד משנה הטעם שהגוזל מחבירו צריך להחזיר לו בעדים אלא לדעת הרמב"ם אבל לפי מ"ש לק' ס"ס שס"א דלא מוכח מהרמב"ם מידי ונקטינן דגזלן נמי א"צ להחזיר בעדים א"כ צ"ל התירוצים האחרים. וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין ע"ש וכ"כ ר' ירוחם נתי' ג' ח"ב וז"ל וכתב הרמ"ה כי זה מיירי שעמד העד עמו משעת גזילה עד עתה או שתופס אותו בידו והגזלן לפנינו עתה דאל"כ נאמן לו' דידי גזלתי במגו דיכול לו' החזרתי לך דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים וכ"כ הרמב"ן והרשב"א עכ"ל וע"ל סי' צ' סעיף י"ב ומ"ש שם (ועיין בתשובות מהר"ר יוסף טראני סי' ט):

סעיף מד

י"א כו'. עמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ח בהגה"ה ס"ק צ' דכי היכא דפליגי בעד א' ה"ה פליגי בב' עדים וטעם הסברא הראשונה כיון דקי"ל ב"ח קונה משכון א"כ ה"ל המלוה מוחזק ועמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף כ"ג דמדברי הרמב"ם והרב המגיד ובעה"ת מוכח כסברא הראשונה ושכן נראה עיקר ושלפע"ד ליכא מאן דפליג בהא ע"ש. ואין להקשות דהא אמרי' בש"ס פרק האומנין ופרק שבועת הדיינין וכן מוסכם מכל הפוסקים דהיינו דוקא שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו לא כבר פירשו התוספ' בפרק כל שעה ובפרק האומנין דכיון דשלא בשעת הלואתו קונה משכון א"כ בשעת הלואתו הוה ליה מוחזק. ועוד תרצתי בסי' ע"ב סכ"ג בע"א ע"ש (וע"ל סי' רע"ח סעיף ז'):

סעיף מה

והשאר איני יודע אבל אם אמר בלשון זה איני יודע שאני חייב לך רק נ' ישבע שהוא כדבריו ופטור כ"כ ב"י בשם מ"כ וכתב בד"מ דנוכל לפרש דר"ל רק נ' יכול להיות שאני חייב לך אבל יותר מנ' בודאי איני חייב לך. וכ"כ הב"ח:

סעיף מו

והתובע א"צ לישבע אפי' לאחר הפרעון כיון שהלוה טוען שמא וכתב הב"ח סוף סי' צ"ד דבמחויב שבועה ואיל"מ אם רוצה התובע לקבל שבועתו לא משביעינן לי' דה"ל שבועת שוא ע"ש ואינו נכון:

סעיף מז

אלא בשבועה דאורייתא. אבל בשבועה דרבנן כגון מודה במקצת וליכא כפירת שתי כסף א"נ ליכא דבר שבמדה ושבמשקל א"נ ליכא הודאה ממין הטענה או דא"ל הילך וה"ה נמי לכל הנך שאין נשבעין עליהן מן התורה כגון עבדים ושטרות וקרקעות לא אמרי' בהו מחויב שבועה הוא ואינו יכול לישבע משלם וה"ה נמי גבי שבועה דעד א' היכא שאין השנים מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע או איכא חד סהדא נמי לא מחויב שבועה הוא עד כאן לשון טור בשם הרמ"ה. ונ"ל מדלא כלל שבועה דעד א' היכא שאין הב' מחייבים אותו ממון כו' גבי הנך דלעיל והכי הל"ל וה"ה נמי לכל הנך שאין נשבעין עליהם מן התורה כגון עבדים ושטרות וקרקעות וכן גבי שבועה דעד א' היכא שאין הב' מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע או איכא חד סהדא לא אמרינן בהו מחויב שבועה ואיל"מ וגם מדנקט גבי שבועה דעד א' נמי לא מחוייב שבועה הוא ולא סיים ביה נמי לא אמרינן ביה מ"ש ואיל"מ משמע דר"ל וה"ה גבי שבועה דעד א' היכא שאין הב' מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבועה התובע כו' נמי לא מחויב שבועה הוא כלל משום שבועה דעד א' ולא אצטריך למימר דלא הוי מ"ש ואיל"מ דיותר מזה אשמועינן דאינו מחוייב שבועה כלל וממילא נשמע דלא הוי מ"ש ואיל"מ והטעם דלעולם אינו חייב שבועה אלא היכא שהי' מודה היה חייב לשלם כפשוטו אבל אם לא היה חייב לשלם רק ע"י שבועת התובע כו' אינו חייב שבועה על כפירתו וכ"כ הר"ן פרק כל הנשבעין בשם הר"א גבי ב"ה שאמר לחנווני ליתן לפועליו סלע וחנוני אומר נתתי ופועלים אומרים לא נטלנו דאם ב"ה כופר אין משביעין אותו אפי' היסת משום דליכא כפירת ממון דאפי' כי מודה לו שעשאו שליח אין לו עליו אלא שבועה וכה"ג לאו כפירת ממון הוא עכ"ל והביאו הב"י לק' סי' צ"א ועמ"ש שם בס"ק כ"ו וא"כ ה"ה כשעד אחד מעיד לחנוני שא"ל הבע"ה ליתן לא הוי מ"ש ואם הבע"ה אומר איני יודע לא הוי מ"ש ואיל"מ. וכן כה"ג טובי. ואין להקשות דהא כתב הטור לק' סי' פ"ט סעיף ו' בשם הרמ"ה גבי כשיש עד א' ששכרו ובע"ה אומר שפרעו שצריך לישבע שבועה דאורייתא דהתם יש כפירת ממון שהוא אומר שפרעו ואם היה מודה שלא פרעו היה חייב ממון בלא שבועה מ"ה צריך לישבע עכ"פ היסת נגדו ואפי' בלא עד והלכך מכח העד מחוייב לישבע בנק"ח כעין דאורייתא ולאו שבועה דאורייתא ממש דלעולם אין העד מחייב שבועה כשלא היה התובע נוטל אלא בשבועה אלא שבועה כעין דאורייתא ומטעם שכתב הרב המגיד בשם הרמ"ה מביאו ב"י שם שחזרה שבועת בע"ה מהיסת לשבועה חמורה כעין של תורה דכיון שהטעם הוא כששכרו שלא בעדים מדין מגו שיכול לומר לא שכרתיך כשיש עד

א' כשם שאם היה אומר לא שכרתיך היה נשבע מדין תורה כשאומר שכרתיך ונתתי לך שכרך נשבע מתקנת חכמים כעין של תורה עד כאן לשונו אבל לעולם אינו חייב שבועה היכא שלא היה חייב ממון אם היה מודה אם לא על ידי שבועת התובע ודו"ק:

סעיף מח

אבל אם מן התורה כו'. עיין בטור שכתב בשם הרמ"ה כמה מיני שבועות מענין זה וגם סיים וה"ה נמי גבי שבועה דעד א' היכא שאין השני' מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבוע' התובע אי איכא חד סהדא לא מחויב שבועה הוא דנימא ביה מתוך שאיל"מ עכ"ל סמ"ע וכן היא הגירסא בספרי הב"ח ולפ"ז הלשון כפול דהרי התחיל לומר גבי שבועה דעד א' לכך נ"ל כגירסת כל שאר הספרים שכתוב בהן או איכא חד סהדא ולחנם הגיהו האחרונים אי במקום או וה"פ דלא אמרי' בע"א הוי משואיל"מ אלא היכא שב' מחייבים ממון ממש בעדותן בלי שום סיוע אבל היכא שאין הב' מחייבים ממון אם לא על ידי שבועת התובע כדלק' סימן פ"ט ס"ג דכשיש עדים ששכרו אין מחייבים את הבע"ה ממון עד שישבע השכיר ויטול או איכא חד סהדא כלו' שיש לשכיר חד סהדא שלא פרע דאז נוטל בלא שבועה (ולפי זה מוכח דס"ל להרמ"ה עד מסייע פוטר ואע"ג דהב"י כתב בסימן זה ובס"ס מ"ז דהרמ"ה ס"ל עד מסייע אינו פוטר אין דבריו מוכרחים דבלא"ה מ"ש שם הב"י דה"ר מתתי' שחולק עם הרמ"ה ס"ל עד מסייע פוטר ליתא לפע"ד דהא הבעה"ת ס"ל כה"ר מתתי' וס"ל בהדיא דעד מסייע אינו פוטר אלא ודאי פלוגתייהו לאו בהכי תליא וכמ"ש בסימן מ"ו סל"ז ס"ק ק"ח ע"ש) וכן גבי נגזל לק' סימן צ' סעיף י"ג וכן גבי חנוני שהבאתי בס"ק שלפני זה דלא היה החנוני נוטל כ"א בשבועתו או היה חד סהדא לסיועיה אי טען הבע"ה איני יודע ועד א' אומר שציוהו ליתן לא הוי מ"ש ואי"ל משלם כן נ"ל:

סעיף מט

בין שלא היה כו' כיצד הרי שטענו ק' והשיב לו אין לך בידי אלא נ' ונ' איני יודע והתובע גלגל עליו דברים אחרים והשיב הנתבע על הגלגול אין לך בידי כלום אעפ"י שא"י לישבע על העיקר השבועה ודנין בה מתוך שאיל"מ אין דנין כך על הגלגול ר"ל שיתחייב ש"ד על הגלגול כשטוען ברי אין לך בידי כלום ונמצא שגם הגלגול לא יוכל להפך וממילא אם יטעון על הגלגול איני יודע יהיה משואיל"מ קמ"ל דלא חשבינן גלגול כעיקר השבוע' אלא ישבע על הגלגול היסת בין טוען ברי או איני יודע על הגלגול. אבל אין ר"ל אין דנין כך על הגלגול כשטוען ברי אין לך בידי כלום דיהי' משואיל"מ דהא

אפי' אי הוי חשבינן לגלגול כמו עיקר שבועה לא הוי משואיל"מ כיון שטוען ברי אלא היה נשבע שבועת התורה ודוק:

סעיף נ

בין שיכול לישבע על עיקר השבועה כו'. כגון טענו מנה והודה לו נ' וכפר לו נ' וכשבא לישבע גלגל עליו דברים אחרים והשיב על הגלגולים אינו יודע ישבע שבועת התורה על הנ' אשר כפר והיסת על הגלגולים שאינו יודע בהם עכ"ל טור מהראב"ד ובעה"ת שער ל"ח והוא דעת בעל המאור בפרק השואל והרא"ש שם:

סעיף נא

וי"א שכיון כו'. וכן דעת נמוקי יוסף בפרק השואל וכתב שכן הסכימו האחרונים וכן נ"ל עיקר ושכן דעת מר יהודאי גאון עיין שם וכן נראה דעת הרמב"ן בס' המלחמות בפרק השואל וכן מוכח להדיא דעת הרב המגיד שהבאתי לקמן סי' שד"מ דהכא אף בגלגול אמרינן משואיל"מ אלא דכ' דהיכי דעיקר התביעה היא שמא אין אומרים בגלגול משואיל"מ ובסי' שד"ם כתבתי דגם דעת הרמב"ן נראה כן ודעת הפוסקים הנ"ל אינו כן אלא אפי' כשעיקר התביעה היא שמא אמרינן בגלגול משואיל"מ וע"ל סימן צ"ד וסימן שד"ם ומ"ש שם (ודברי ר' ירוחם תמוהים לפע"ד שבנתיב ג' חלק ד' כתב דאין אומרים בגלגול מחוייב שבועה ואיל"מ ובסוף ח"ה כתב גבי ב' עדים דה"ל משואיל"מ וכתב דמכאן מביאים ראייה שאפי' בגלגול אמרי' משואיל"מ וצ"ע):

סעיף נב

שכיון כו'. כתב הסמ"ע דדוקא אסיפא פליגי י"א אלו אבל ברישא כשנתחייב על עיקר תביעה ש"ד ואיל"מ מודה דנשבע על הגלגול היסת ונפטר דהא אין כאן ש"ד כלל שהרי מוכרח לשלם. וכ"כ הב"ח ונכון הוא ובהכי ניחא הא דכתב הטור בסתם לקמן ס"ס צ"ד תשובת הרא"ש שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול עכ"ל ולפ"ז אפי' רוצה לגלגל עליו טענת ודאי א"י לגלגל דנהי דחייב לו לישבע שבועה דרבנן מ"מ מצד גלגול אינו חייב לישבע לענין שיחול עליו שבועה דאורייתא וכל זה דלא כמ"ש בספר שארית יוסף ע"ש כן נלפע"ד:

סעיף נג

קרינן ביה שפיר משואיל"מ. משמע דוקא על הגלגולים הוי משואיל"מ כיון שטוען עליהם איני יודע אבל על הכפיר' נשבע ש"ד ונפטר כיון שטוען ברי וכן משמע יותר בטור ע"ש והטעם דנהי דהגלגול הוי כעיקר שבועה לסברא זו מ"מ בעיקר שבועה זו

גופא אלו טענו ק"נ ומודה בנ' וכפר בנ' וטען בנ' איני יודע אע"ג דבנ' ה"ל משואיל"מ מ"מ בנ' שכפר בברי נשבע ש"ד ונפטר ועמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף ל' ס"ק קכ"ח:

סעיף נד

לא שנא אמר כו' לא ידענא פטור דדוקא בבעל דבר שהיה לו לידע וכיון שאינו יודע משלם אבל ביורש לא ה"ל לידע טור והוא בשטת התוס' והרא"ש ס"פ הכונס ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א טעם אחר לחלק בינו ליורשים:

סעיף נה

אפי' בלא שבועת היורשים פי' שלא פקדנו אבא דהיכא שהיורשים אינם טוענים ברי ובאין להפטר פטורים בלא שבועה כלל וכדלעיל ס"ס ס"ט וסי' ע"א סכ"ב ע"ש:

סעיף נו

הרי הוא כשאר מודה מקצת כו'. דמה לי הוא ומה לי אבוה הכי אמרי' בש"ס וכתב הר"ן פרק כל הנשבעין וז"ל ודאמרי' הכא מה לי הוא מה לי אבוה היינו כגון שטוענו ברי כגון שהודה אביך סמוך למיתתו בפניך וליכא לדחויי בשאין טוען לו ברי שהוא יודע ומש"ה פטרי להו רחמנא ליורשין דפשיטא דפטור דמשיב אבידה הוא וקרא למה לי דהא מודה מקצת בעלמא שהוא חייב היינו משום שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו שיודע בו שהוא יודע וכי מסקינן נמי אלא לאו דא"ל מנה ביד אביך היינו נמי כשהוא טוען לו בברי שהוא יודע שהיה שם כשהודה אביו והלה אומר על הנ' אני זוכר ועל השאר אינו יודע דבכה"ג יורשים פטורים דלא הוה להו למירמי אנפשייהו כולי האי וא"ת א"כ דבאיני יודע פטורים והיכא דאמרי נ' אית לך ונ' לית לך חייבים ליהמנינהו כי אמר נ' אית לך ונ' לית לך מגו דאי בעי אמרו אין אנו יודעים י"ל דאי נמי אמרי אין אנו יודעים שבועה בעי שא"י אלא דאבוה כה"ג משלם ואינהו פטורים בשבועה עוד י"ל דמגו דאי בעי אמר איני יודע לאו מגו הוא עכ"ל ומ"ש דכשאין טוען לו ברי דהיינו בפניך הודה לי אביך פשיטא דפטור היורש אפי' אומר נ' אית לך ונ' לית לך בברי משום דמשיב אבדה הוא אין נראה כן מדברי הטור והמחבר ושאר פוסקים שכתבו סתמא שאם היורש אומר חמשים חייב לך ולא יותר הרי הוא כשאר מודה מקצת כו' ולא חילקו בכך ובפרט שלפי דברי הר"ן צ"ל שאומר לו בפניך נעשה זה וזה הוא מציאות רחוק וכל כי האי גוונא הי' להם להפוסקים לפרש ולא לסתום ועוד מוכח כן ממ"ש הטור והמחבר ברישא פטור אפי' בלא שבועה אלא שמחרים סתם כו' ואם איתא שטוענו ברי ה"ל ליורשים לישבע על כל פנים היסת דנהי דהיכא דהיורש בא ליפטר א"צ אפי' היסת כדלעיל ס"ס ס"ט וסי' ע"א סכ"ב ושאר דוכתי היינו היכא שאין המלוה טוענו ברי להיורש מה שאין

כן הכא שטענו ברי ואומר לו בפניך נעשה זה ואתה ידעת שממוני בידך לא מסתבר כלל שיפטר מהיסת וכמ"ש לקמן אלא ודאי ברישא מיירי הט"ו בסתמא שאין טוענו ברי אם כן בסיפא ה"ה מיירי בהכי דומיא דרישא אלא נראה דבכל גווני פריך מה לי הוא מה לי אבוה דאף על פי שאין טוענו ברי לא הוה ליה משיב אבידה וכמ"ש הר"ן אח"כ דמגו דאינו יודע לאו מגו הוא א"כ ה"ה מיד שאומר היורש בברי חמשים אית לך וחמשים לית לך א"כ זה מכחישו בברי דאי אפשר שהיורש יאמר ברי חמשים אית לך וחמשים לית לך וזה לא יכחישו בברי שמה שהוא טוען ברי נ' אית לך ונ' לית לך הוא משקר א"כ הרי הוא כשאר מודה מקצת דטעמא מאי לא אמרינן בשאר מודה מקצת דלא הוי משיב אבדה משום דכיון דהשתא מודה ליה מקצת אמרי' דלא רצה להעיז ה"נ כיון דהשתא מודה לו מקצת אמרינן דלא רצה להעיז אלא דתאמר דלהימנוהו ליורש במגו דאי בעי אמר איני יודע ולא היה מעיז וזהו לאו מגו וכמ"ש הר"ן אח"כ דמגו דאינו יודע לאו מגו הוא. וגם במ"ש הר"ן גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שטענו ברי אי לאו דמסתפינא הייתי אומר דדוקא בסתמא מיירי הא בשטוענו ברי מה לי הוא מה לי אבוה והיינו דפריך בפשיטות אי דאמר חמשים אית לך וחמשים לית לך א"כ זה שכנגדו ודאי אומר לו שקר אתה טוען וא"כ מה לי הוא מה לי אבוה כשהתובע מכחישו אלא דא"ל חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דבהא אין התובע אומר שקר אתה טוען ופטריה רחמנא אבל אי הוה טוענו בברי בפניך נעש' זה אפי' הוה טוען היורש חמשים אני זוכר וחמשים אין אני זוכר ה"ל משואיל"מ. אך מפירש"י שפי' מה לי הוא מה לי אבוה מאחר שטוען טענת ברי למה אינו יכול לישבע לא משמע הכי וגם מדברי הפוסקים שסתמו וכתבו בכל ענין גבי יורש כשאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא לא ה"ל משואיל"מ משמע דס"ל כהר"ן בזה. וגם משמע דס"ל דבהא אין היורש חייב שבועה דאוריי' וכשנוי' בתרא דהר"ן ולא כשנויא קמא אך עכ"פ נ"ל דחייב היורש מיה' היסת דבשלמא מש"ד י"ל דאימעט מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים אבל שבועת היסת שתיקן רב נחמן כשזה טוענו ברי ואומר לו אתה ידעת בבירור שממוני בידך בזה אין טעם לחלק בין הוא ליורש כל זה נ"ל ברור ודוק היטב שוב מצאתי כן מבואר להדיא בטור ומחבר לקמן סי' פ"ח ס"כ שכתבו ונשבע היסת על חוב אביו אם טוענו ודאי שיודע שאביו חייב לו. וכן הוא בסמ"ע ס"ק ל"ד ובב"ח ושאר אחרונים שם ע"ש:

סעיף נז

כשאר מודה מקצת. כבר כתבתי הטעם כיון שטוען ברי גרע שהרי הוא ודאי זה אומר לו שקר אתה אומר ונ"ל דאי פקח הוא היורש יטעון שמא ולא יהיה עליו שבועה רק קבלת

חרם וליכא בהא משום מדבר שקר תרחק שכתבתי בריש סי' זה וראיה לזה ממ"ש בעה"ת שער ל"ח סוף ח"א בשם הראב"ד דאם טוען על הגלגולים ברי יכול לגלגל וכשטוען שמא אינו יכול לגלגל לפיכך כל מי שנתחייב שבועה ורואה שמגלגלים גלגולי' עליו אם פקח הוא אומר על הגלגולים איני יודע ויפטר משבועה חמורה ויקבל חרם ע"כ ומביאו ב"י לקמן ס"ס צ"ד ופשיטא דהראב"ד לא יהיב עצה כשיהיה איסור בדבר:

סעיף נח

כמדומה לי כו'. ואם אמר כמדומה לי שאתה חייב לי מנה והלה אומר פרעתיך וזה אומר ברי לי שלא פרעתני פסק בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רס"ג דצריך לישבע היסת ע"ש ואין להקשות מלקמן סי' פ"ח ס"ס ל"ב דהתם אינו טוענו כלל וגם בלאו הכי שדיתי שם נרגא ע"ש מיהו יש לדקדק עליו דיהא נאמן במגו שהיה אומר איני חייב לך שהיה פטור וכמו שהבאתי לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ט בשם הריטב"א בשם מקצת רבותיו דפטרי בכה"ג אף מהיסת ולא דמי לדלקמן ס"ס פ"ח דהתם השתא נזכר שחייב לו בברי משא"כ הכא ע"ש ודוק:

סעיף נט

כיון שתובע אומר שמא והנתבע כו'. מ"ש כיון דהתובע אומר שמא קאי למ"ש מקודם דמ"ה א"צ לישבע היסת אבל לא קאי למ"ש לצאת ידי שמים א"צ דהא בלאו הכי א"צ לצאת י"ש כיון דגם הנתבע טוען ברי. סמ"ע וכ"כ הב"ח. והיינו דלא כתשו' מהר"י טראני סי' קנ"ח דף ר"ג ע"ג וע"ד ע"ש:

סעיף ס

שיכול לומר משטה אני בך הקשה בס' גי' תרומה סוף שער ל"ח דהא טענת השטא' לא שייכא אלא כשתבעו והודה לו כדלקמן סי' פ"א סעיף ה' ול"ק מידי דמיירי שתבעו תחלה מנה לי בידך אף שלא היה ברי לו וזה הוד' לו וכן פי' הב"ח (מיהו בבעה"ת גופי' בלאו הכי ניחא שכתבתי לקמן סי' פ"ח ס"ה ס"ק י"ב בשמו דס"ל דמשטה שייכא אף במוד' מעצמו ע"כ) אך יש לדקדק דהא משט' לא טענינ' ליה אא"כ טען הוא בעצמו כדלקמן סי' פ"א סעיף ג' ודוחק לומר דמיירי שטוען משט' אני בך דלישנא לא משמע הכי מדקאמר בפשיטות אין זה טענת ברי כו' וגם מדקאמר שיכול לומר כו' הכי הוה ליה למימר אין זה טענת ברי כשטוען משטה אני בך ונראה דע"כ לא בעינא שיטעון משטה אני בך אלא כשתובעו בברי שהלוה לו משא"כ הכא דהו"ל טענת ספק ואין ב"ד משביעין עליה ואמרינן שיכול לומר משטה אני בך וכן נ"ל לדינא ודו"ק:

סעיף סא

אבל אם טען לחבירו הודית לי מעצמך כו' בסמ"ע ובב"ח פירשו דכאן מיירי בטענת השבעה ולדבריהם צריך לדחוק ולומר דהמחבר סתם כאן כדברי הטור והיינו כסברת הרא"ש ודלא כסברת הרמב"ם שהביא לקמן סי' פ"א סעיף י"ד דבהודה לפני התובע אפי' לא אמר אתם עידי א"י לטעון טענת השבעה ולפעד"נ הדברים כפשטן דמיירי כאן ג"כ מטענת השטא' דומיא דרישא ואין כדאי להוציא הדברים מפשטן משום דקדוקי יתור לשונות קצת ונמצא דין זה אליבא דכ"ע דבטענת השטא' לכ"ע צ"ל אתם עידי אפי' הודה בפני התובע וכדלקמן ר"ס פ"א וק"ל:

סעיף סב

זהו טענת ברי אע"פ שאינו יודע אם חייב לו ויכול להשביעו שלא אמר לעדים אתם עידי עכ"ל טור והוא מבעה"ת שער ל"ו ח"ג והטעם דאף על פי שאינו יודע שחייב לו מכח שהלוה לו וכיוצא בזה רק כיון שנתחייב בהודאת פיו יכול להשביעו דמ"מ כיון שהודה לו באתם עידי ודאי חייב לו בברי שאלו העידו לו עדים שלקח משלו ודאי היה חייב לשלם לו אע"פ שהתובע אינו יודע כ"א ע"פ העדים והכא כיון שהודה באתם עידי והוי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ועיין מ"ש לקמן סי' פ"א סעיף ב' בהג"ה וכן כשיהפך עליו ישבע שהודה לו באתם עידי ויטול אע"פ שאין ידוע לו שחייב לו:

סעיף סג

כשיש רגלים לדבר כו'. וכן אם נפל שום דבר ממנו ולא היה שם רק אדם אחד יכול להשביעו היסת דזה הוי כטענת ברי לפי שלא היה שם אחר כי אם הוא כן נראה מדברי הרא"ש פ' א"מ גבי ראה סלע שנפל משנים כו' וכ"כ במרדכי פ' א"מ בשם הרב משוזינא (וכ"מ לכאורה בתוספת שם ע"ש) ומשמע שם מדבריו שגם דעת רש"י כן וכן באגודה פ' א"מ וז"ל פי' הקו' וישבענו שבועת היסת כי יטעון טענת ברי מכאן משמע אדם שטען על חבירו גניבה יכול להשביעו עכ"ל אבל באמת לא מוכח מדברי רש"י מידי די"ל דכוונת רש"י (שם דף כ"ז [כ"ו] ריש ע"ב) דההוא לא מייאש משום דסביר משבענא ליה היסת אבל באמת אין הדין כן משא"כ בשלשה דמייאש וכ"כ בעה"ת שער ל"ו ח"ג בשם ה"ר אברהם ב"ר יצחק שהשיב וז"ל אבל איני יודע אינו טענת ברי וגבי סלע שנפלה משנים דלא מייאש מפני שיכול להשביעו בטענת ברי שכתבת שכך פי' ר"ח ז"ל יש בידי פירושו ולא ראינו זה אבל זה ר"ל שמי שנפל ממנו אינו מתייאש כי אומר בדעתו שיכול להשביעו וכן הוא סבור ונמצא שבא בידו לפני יואש אבל הדין אינו כן עכ"ל וכ"כ במרדכי שם בשם ר"ב דאין משביעין אותו היסת בהך דסלע שנפלה משנים ע"ש. וכה"ג

כתב הרמב"ם פ"א מטוען וז"ל אין משביעים היסת על טענת ספק כו' כיצד כמדומה כו' דבר פלוני נגנב ממני ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו חשבתי מעות ומצאתי חסר שמא אתה הטעיתני בחשבון והנתבע אומר אין לך בידי כלום ה"ז פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ונראה דדברים אלו תלוי' בראות עיני הדיין כשיראה שיש רגלים לדבר שזה מצאו יוכל להשביעו היסת שאולי אף הרמב"ם ופוסקים הנ"ל לא קאמרי אלא כשהתובע עצמו טוען שיש לו רגלים לדבר אבל כשהב"ד רואים שיש רגלים לדבר מודים ותיבה פרוצה מיירי שב"ד רואים שתיבתו פרוצה ונראה להם רגלים לדבר וא"כ ה"ה בשאר דברים כשהב"ד רואים שיש רגלים לדבר יכולים להשביעו היסת ובלאו הכי הא כתב מהרי"ק סוף שורש קפ"ו דיכול הדיין להשביעו במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין אם עושה כדי לברר האמת וכתבו הר"ב לעיל סימן ט"ו סעיף ד':

סעיף סד

יכול להשביעו היסת כו'. כתב הסמ"ע דאם תפס בעל התיבה משל שמעון בלא עדים תפיסתו תפיסה וראיה לזה מפ' אלו מציאות וכתבו הטור בסי' רס"ב ס"ו ראה חפץ שנפל משנים דאמרינן ודאי לא נתייאש דמי שאבדו יחשב לא היה כאן אחר אלא זה ודאי נטלו והיום או למחר אתפוס משלו וכתב שם הרא"ש דכי יתפוס משלו אפי' בשבועת היסת אינו יכול להוציא ע"ש עכ"ל ותימה האיך יועיל תפיסה להוציא ממון מספק ולקמן סימן רס"ב לא אמרינן אלא דהלה אינו מייאש וחושב שיתפסנו ויטעון ברי ומתוך כך יודה לו המוצא אבל ודאי בטוען שמא לא מהני תפיסה אלא הלה ישבע ויטול את שלו וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר שני סי' ב' דאפי' להראב"ד דמחייב (לקמן סעיף כ"א) שבועה בטוען אמר לי אבא כו' לא מהני תפיסה אפי' בלא עדים שישבע שכך אמר לו אביו כו' ע"ש (ונ"ל ראי' לזה ממאי דאמרינן לקמן ס"ס קל"ד גבי לוקח ויורש של אומן דאם טוען בפני לקחו האומן ממך נאמן ואם אינו טוען כן אלא טוען שהאומן אמר לו שקנאה ממנו צריך להחזיר הכלי ע"ש ודו"ק) ובמרדכי פרק שבועת הדיינים מדמה תיבה פרוצה לאמר לי אבא ע"ש ודו"ק.

סעיף סה

כגון שטענו הלויתיך כו'. וה"ה אם טען איני יודע אם פרעתיך והשני ג"כ אינו יודע. כ"כ בתשו' מה"ר שמואל די מורינא סי' א' דף ל"ב ע"א בשם חכם א' והשיג עליו ופסק דבשטר שטענו שניהם ספק חייב הלוה לשלם והביא ראי' מלעיל סי' נ"ט ע"ש ובמלוה ע"פ א"צ לשלם ומ"מ בבא לצאת י"ש חייב והביא ראי' מלעיל סעיף י"ז לצאת י"ש כו' והנתבע לא מודה לו כו' ש"מ דאם גם הנתבע אומר שמא חייב בבא לצאת י"ש ע"ש.

ומ"ש בשטר יפה כתב ולחנם דחק להביא ראיתו מלעיל סימן נ"ט שכן מוכח להדיא לקמן סי' פ"ב סוף סעיף ב' ומ"ש ראי' במלוה ע"פ דחייב לצאת י"ש מלעיל סעיף י"ז נ"ל דאין ראי' דברישא קאמר כשהנתבע אומר ברי פשיטא דאינו חייב לצי"ש לכ"ע ואח"כ מבאר דבטוענים שניהם שמא איכא פלוגתא כמ"ש הט"ו כאן בסעיף זה ודו"ק:

סעיף סו

ומשלם לו מה שברור לו כו'. וכאן אין לב"ד לחקור כו' כמו בסעיף שאח"ז דאפי' חייב לו לפחות פרוטה מ"מ על השאר כיון שגם התובע טוען שמא אפי' יודה פטור מהיסת:

סעיף סז

ויש אומרים כו'. ולפע"ד נראה להכריע כסברא הראשונה דפטור אף לצאת י"ש מן הירושלמי ס"פ הגוזל בתרא דאיתא התם גזלתני כו' והלה אומר איני יודע ר' ירמי' סבר מימר חייב להעמיד לו מן הדין ר' יוסי סבר מימר עוד הוא לצאת ידי שמים. הוצאתי מן הכיס ונתתי לך והוא אומר איני יודע רב הונא אמר אומרים לו את לית ידע אהן ידע. ונ"ל דה"פ הוצאתי מן הכיס בלי מנין ונתתי לך ואיני יודע כמה והוא אומר ג"כ איני יודע כמה אמר רב הונא אמרי' לו לתובע את לית ידע הוא ידע בתמי'. ומדמייתי מעיקר' פלוגת' דר' ירמי' ור' יוסי בלצי"ש. וגם מוקי התם בירושלמי מיד לעיל מיני' מתני' דקתני חייב היינו בבא לצאת י"ש ובתר הכי אמר סתמא אומרים לו את לית ידע כו' משמע בהוצאתי מן הכיס כו' פטור אף לצאת ידי שמים. כן נלפע"ד:

סעיף סח

שתי כסף ופרוטה כו' אבל פחות מזה אפי' יודה בפרוטה לא יתחייב שבועת התור' על השאר כיון דליכא כפיר' ב' כסף וכדלקמן ר"ס פ"ח וא"כ לא יהי' משואיל"מ על השאר שטוען איני יודע רק ישבע היסת שאיני יודע לסברת הטור והמחבר שם סעיף ו' דהיסת משביעי' אפי' על שוה פרוטה ועמ"ש שם:

סעיף סט

הרי הודה במקצת כו'. ולא אמרי' דשמא הוד' יותר מפרוט' ונמצא ליכא כפירה שתי כסף כשטענו ב' כסף ופרוטה דלמה לנו לתלות שהוד' יותר מן ההכרח:

סעיף ע

דבר שהוא אמוד בו המלו' והכי אמרי' לקמן סימן רצ"ח לענין פקדון ע"ש ולקמן אתי כפשוטו כגון אם יטענו שהפקיד אצלו שק מרגליות וידוע שאין זה אמוד במרגליות פטור הנפקד לגמרי דודאי לא הפקיד זה אצלו מרגליות כלל וכן כל כיוצא בזה אבל כאן במלוה צ"ע כגון שתבעו מנה וידוע שאין זה אמוד במנה רק בי' זהובים וכה"ג אי

נימא דמכל מקום ה"ל שכנגדו מחויב שבועה ואיל"מ על הי' שהוא אמוד או נימא כיון דמשקר במנה א"כ ה"ל כפרן ואין כאן תביעה ופטור וכן בהפקיד אצלו מעות וכה"ג כשהוא אמוד על מקצת ואינו אמוד על כל מה שתובע. ונראה דמ"מ ה"ל משואיל"מ על מה שהוא אמוד ועמ"ש לקמן סי' צ' סוף סעיף א' עוד מזה:

סעיף עא

ומחרים הלוה סתם כו':

סעיף עב

ונפטר מדיני אדם אבל בדיני שמים חייב כיון שתובע אומר ברי והוא שמא:

סעיף עג

ויש אומרים כו'. בבעה"ת שם שער ל"ח ח"ג מסיק כן בשם הרמב"ן שהשיב לו כן שאי"צ לחקור ומסתמא אין הודאתו בפחות משוה פרוטה ולמד כן מדברי הר"י הלוי והרמב"ם דלעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק מ"ח באומר יודע אני שהי' המשכון שוה יותר וא"י כמה ה"ל משואיל"מ וכן מבואר עוד מדברי הרמב"ן והר"ן והריב"ש שהבאתי שם בס"ק מ"ח וכן נרא' מדברי הרא"ש פ' שבועת הדיינים שהבאתי שם וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחב' לקמן סי' רצ"ב סי"ד (ועמ"ש שם) וכן מדברי הרמב"ם והטור לקמן ר"ס רצ"ח וסי' שפ"ח סוף ס"א וכמה דוכתי וכן נראה עיקר וק"ק על הטור שכתב כאן ב' דעות בזה:

סעיף עד

שהרי אין הודאתו בפחות מש"פ ובפירות כתב הרא"ש פ' שבועת הדיינים דאף בפחות משוה פרוטה קרוי פירות ואין הודאתו בסתם שוה פרוטה ומביאו הטור לקמן סי' רצ"ב סט"ז ולעיל סי' ע"ב ס"ק נ' השגתי על הרא"ש ע"ש ועמ"ש לקמן סי' רצ"ב סעיף ב':

סעיף עה

בין תבעו ליורשיו שאין חילוק ביניהם אלא כשמשיב היורש נ' ידענא ונ' לא ידענא עכ"ל הטור ובבדק הבית כתב אינו מכוון לדעת האומרים שאין היורשים חייבים לישבע לפטור את עצמם ואף לדברי האומרים שצריך לישבע לפטור את עצמם היינו שבוע' היורשים דוקא אבל לא שבועה אחרת עכ"ל ולק"מ דשאני הכא שהיורש טוען ברי וכדלעיל סעיף ט"ז וכן פי' בסמ"ע:

עוד מוכח לקמן סי' פ"ח סעיף ך' דאם טוען אתה יודע בודאי שאביך חייב ליחייב היורש לישבע היסת שאינו יודע בודאי אם כופר בכל ולפ"ז אם מודה מקצת שטוענו אתה יודע בודאי שאביך חייב לי ק' והוא אומר נ' ידענא בודאי ונ' לא ידענא חייב ש"ד כדין מודה מקצת שהרי זה טוענו בודאי שאומר אתה יודע מק' ונמצא יש הכחשה ביניהם וחייב

ש"ד אבל מ"מ לא אמרי' דה"ל משואיל"מ דכיון דהיורש טוען שא"י נשבע שא"י משום דלא ה"ל למידע ואין להקשות הא אין נשבעין שבועת התורה באיני יודע י"ל דהיינו דוקא היכא דה"ל למידע משא"כ הכא דנשבע בברי על מה שזה תובעו שיודע שהוא שקר דמה שהוא אינו יודע תלוי בתביעה דאינו מחויב לידע ודוק:

סעיף עו

שפטור אף משבועת היסת דכיון דהיורש בעצמו לא ראה ההלואה או ההודאה ה"ל כמשיב אבידה דלעיל סעיף ג' דפטור אף מהיסת וה"ה אם לא הודה לו בנ' פטור אף מהיסת מהאי טעמא להרמב"ם וסייעתו וכן הוא ברמב"ם פ"א מטוען (ושאר פוסקים הנמשכים לדעתו בהדיא):

סעיף עז

וי"א שחייב כו'. ע"ל ס"ק פ"ב דדעת רבינו ברוך דפטור משבועת התורה וחייב שבועת היסת אפי' בכופר בכל והסכמת האחרונים כהרמב"ם וסייעתו ובמש"ל ס"ק פ"ב ע"ש:

סעיף עח

יש מי שאומר שמשביעים אותו היסת פי' בכופר בכל וממילא מודה במקצת חייב ש"ד די"א אלו ס"ל כי"א בסעיף שלפני זה דמחייבים ש"ד בטוען א"ל אבא כו' וה"ה בטוען דמצא כ"כ בפנקסו דאביו עכ"ל סמ"ע ואינו מוכרח דהא י"ל רי"א אלו ס"ל כרבינו ברוך במרדכי פ' שבועת הדיינים שהבאתי לקמן ס"ק פ"ב וכן משמע בבעה"ת שער ל"ח שלא כתב דברי הרב האי גאון אחר דברי הראב"ד ע"ש ואע"ג שהטור כתב אחר דברי הראב"ד וכ"כ רב האי כו' לא בא אלא לומר דלענין שבועת היסת ס"ל כותיה:

סעיף עט

שנטלת כו'. דוקא נטלת אבל הודית אפי' בפני ב' שח"ל מנה כל שלא אמר אתם עידי לאו כלום הוא וכדלעיל סעיף י"ז וכ"כ המחבר לקמן סי' פ"א סי"ד סמ"ע:

סעיף פ

משביעו שבועה דאורייתא כו'. כן הסכמת רוב הפוסקים הראשונים ואחרונים וכן עיקר וכן הלכה רווחת בישראל ודלא כבעל גדולי תרומה דף קס"ה ריש ע"ג שכ' דהמוחזק יכול לומר קים לי כרבוותא דפטרי משבועה:

סעיף פא

ואין משביעין על טענה זו. אפי' היסת כן הוא בטור אבל ש"ד לא איצטריך למימר דמהיכי תיתי להשביעו כשאין העד לפנינו שהרי אין משביעין ש"ד על פי העד עד שיעיד לפני ב"ד בתורת עדות:

סעיף פב

וי"א דכל שאומר שהוגדלו כו'. לפי שלא נתבררו לי דברי הר"ב כאן וגם בד"מ ע"כ מוכרח אני להאריך קצת הנה משמע מדברי הרב דלהי"א אלו כל שאומר שהוגד לו משביעים אותו היסת אפילו אין המגיד לפנינו חדא שכן משמע לישנא דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן כו' משמע שאומר לפנינו שכך הוגד לו דאי המגיד הוא לפנינו לא הל"ל שאומר שהוגד לו אלא הכי הל"ל דכל שמעיד כן ע"א לפנינו אפילו הוא (אינו) טוען ברי משביעים כו' וכן משמע נמי לישנא דקאמר בתר הכי ודוקא שאותו שאומר מפיו כו' ועוד דאל"כ מאי פליגי י"א אלו אסברא הראשונה דהא גם לסברא הראשונה כשהעד לפנינו משביעין אותו אלא ודאי משמע דהר"ב בא לומר וי"א דאפי' אין העד לפנינו רק שאומר שהוגד לו מפי נאמן משביעים אותו היסת (וכן משמע בסמ"ע שכתב על דברי י"א אלו דכל שאומר שהוגד לו אפי' קרוב כו' דומה למ"ש בסעיף כ"א אמר לי אבא כו' עכ"ל) וכן משמע בד"מ וז"ל והראב"ד השיג עליו כו' וכ' המ"מ שהרמב"ן הכריע כדברי הרמב"ם (דלעיל סעיף כ"א) וכ"כ ר' מאיר ושכן נראה עיקר אבל במרדכי פ' שבועת הדיינים כתב בתשובת רבינו ברוך דמי שאומר הוגד לי בבירור ע"פ נאמנים אך אינן כשרים להעיד לי שבאה גזלתי לידך בעוד שהייתי מרדף אחריה והלה אומר להד"ם צריך לישבע לו היסת כו' וע"ש שיש חולקים על רבי' ברוך כו' ובת"ה סי' ש"ח פסק כר"ב וכתב הא דיכול להשביעו ע"פ ע"א פסול היינו פסול קורב' אבל פסול נוגע בעדות לאו כלום הוא וע"ש עכ"ל ד"מ משמע מדבריו דפסק כר"ב ור"ב מיירי התם להדיא באין העד לפנינו אבל תימה בעיני היאך יעלה על דעת שום פוסק לחייב היסת בטוען כך הוגד לי דא"כ כל אחד יטעון את חבירו כך ויאמר לפני ב"ד כך הוגד לי ויחייב את חבירו שבועת היסת ויעשה כן כדי שחברו לא יוכל להפך השבועה עליו [בשלמא אם טוען ברי ליכא למימר הכי דהא יוכל להפך השבועה עליו ודוחק לומר דמ"מ יוכל חברו להפך עליו היסת שכך הגיד לו אותו פלוני] והמעיין במרדכי שם יראה להדיא דאף ר"ב לא קאמר אלא ביש רגלים לדבר שהמעשה שם היה בא' שתבע את חברו ואמר הוגד לי בבירור מפי נאמנים קרובים שבאתה גזלתי לידך בעוד שהייתי מרדף אחריה והלה א"ל להד"ם ורצה רבי' שמחה לומר דלא משביעים ליה אא"כ הקרובים לפנינו דאז נראה להשביעו היסת אבל כשאינם לפנינו אין הדעת סובלת להשביעו ואע"ג דאמרי' לפעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כגון אמר לי אבי התם לא מיירי שאמר שמא היית חייב לאבי אלא שאומר יודע אני שהיית חייב לאבי אבל איני יודע שפרעת לו והוי דומיא דשבועה שאינו ברשותו דאע"ג דהוי שמא מ"מ כיון דודאי בא הפקדון לידו

ואין לו עדים שנאבד משביעינין ליה אבל להשביעו שמא בא לידך לאו כל כמיניה אם לא שיברר מי הם המגידים שיעידו בפנינו. כך היה דעת ר' שמחה ור' ברוך השיב לו דבהך עובדא שטוענו באתה גזלתי לידך כו' משבעינן ליה אפילו אינם לפנינו דבכל דבר העשוי להסתפק משביעין היסת אפילו אינו טוען ברי (וכן כתב בספר גדולת מרדכי דטעם ר"ב דשחלה דלעיל נמי דבר העשוי להסתפק הוא) והיינו טעמא דאמר לו אבא אמר לי שאתה חייב לי כשאין הבן טוען ברי דמשמע דאינו פטור אלא משבועת התורה משום משיב אבידה אבל היסת מיהא חייב ולא פטור משום טענת שמא אלא ודאי כל טענת שמא שהוא דבר העשוי להסתפק משביעים היסת כך הם המשך דברי ר' שמחה ור' ברוך שם ע"ש ודו"ק. ונלפע"ד דגם הראב"ד והמחבר וכל הפוסקים מודים בזה לר' ברוך דע"כ לא קאמרי דכשאין העד לפנינו לא משביעין אפילו היסת אלא בשאר עד אבל באמר לו אבא הא ס"ל להראב"ד בהדיא דמשביעים ליה אפי' שבועת התורה א"כ הרי הראב"ד מחלק בין אמר לי אבא לאמר לי עד אחד כשר. וא"כ מנלן שהראב"ד או שום פוסק חולק בזה אסברת ר' ברוך דבטענת שמא שיש רגלים לדבר משביעין היסת. גם מ"ש בד"מ שבת"ה סי' ש"ח פסק כר' ברוך לא עמדתי על סוף דעתו דהמעיין בת"ה שם יראה שהמעשה הי' שם שנתן מעות לשמעון שיתנו ללוי ואינו יודע שנתנו ללוי ולוי אומר לא קבלתי ע"ז כ' שם וז"ל דיכול ראובן להשביע את שמעון שנתן הזהובים ללוי ואע"ג דשמא הוא דהא לא ידע אי יהיב ליה או לא והשליח טוען ברי דיהיב לי' נראה דה"ט דכל היכא דידוע הוא דבא ממונו ליד חברו וחברו טוען שנאבד או נתקלקל או באיזה ענין שהוא נפסד מן הבעלים צריך לישבע שהיא כדבריו ואפי' אם חברו שכנגדו אינו יודע בודאי להכחישו והכי איתא במרדכי פ' שבועת הדיינים בתשו' ר' ברוך ור' שמחה ומייתי ראיי' מהא דאמרי' פ' המפקיד דמשביעי' אותו שבועה שאינו ברשותו עכ"ל והתם אפי' ר' שמחה מודה כיון דבא בידו בודאי וכדאי' בדברי ר' שמחה להדיא (ואי משום שכ' בת"ה שם דאפי' עד א' פסול זוקק לשבועת היסת כשאינו נוגע התם מיירי להדיא כשהעד לפנינו ע"ש ובהא לא פליגי ר' שמחה ור' ברוך דהא לא הוזכר כלל בדברי ר' ברוך שחולק על ר' שמחה בזה ועוד דמדברי ד"מ משמע דבת"ה פסק כרב לענין שיוכל להשביעו בטענת שמא ולא כרבי' שמחה ובהא דעד פסול הא ס"ל לר' שמחה בהדיא דיכול להשביעו כשהוא לפנינו אם כן א"א לומר שהד"מ כוון לעד פסול שהת"ה פסק בזה כר"ב וק"ל) ואפשר לומר דלשון וי"א שכתב הר"ב אינו פלוגתא אלעיל והר"ב מיירי גם כן כשיש רגלים לדבר ורמז זה בלשונו שכתב שהוגד לו מפי נאמן כו' ר"ל שאותו פלוני מוחזק שהוא נאמן ואינו משקר וס"ל דהך עובדא דרבי שמחה נמי היה

ראוי להסתפק משום שהוגד לו מפי נאמנין. אך קשה לפי זה דהיאך כתב אח"כ ודוקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות והלא בת"ה לא הוזכר כלל מרגלים לדבר ומאן לימא דהת"ה לא ס"ל דכשיש רגלים לדבר שיש להשביעו היסת אפי' כשהוא נוגע בדבר ויש ליישב בדוחק. ומכל מקום יהיה איך שיהיה העיקר נ"ל לענין דינא דאין להשביעו כלל אפי' היסת ע"פ מה שאומר שהוגד לו כן מפי אחר (אלא כשמעיד לפנינו דאז יכול להשביעו היסת אפי' ע"פ קרוב כמ"ש ר' שמחה והת"ה) וכדפי' דהא בלאו הכי דעת הרמב"ם והרמב"ן ור' מאיר והרב המגיד דבאמר לי אבא אין משביעים אפי' היסת וכן נראה דעת בעה"ת סוף שער ל"ו וגם הביא שם כן בשם הר"א בר יצחק וכן בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ב' ס"ס ב' ובתשו' מהר"א ן' ששון ס"ס פ"ב משמע דהכי קי"ל וכ"פ בתשו' מהרשד"ם סי' קל"ז וא"כ כ"ש כשאמר אמר לי אחר כשאינו לפנינו ואפי' הראב"ד דס"ל דמשביעים באמר לי אבא מודה באמר לי אחר דאין משביעים אפי' היסת כדאי' בטור להדיא וכ"כ רב האי גאון הובא בבעה"ת ובטור וז"ל האומר הוגד לי שיש לי אצלך מנה אין מחייבי' אותו לישבע אבל אם טוען אבא אמר לי שאתה חייב לו או שראהו כתב בפנקסו של אביו שהוא חייב לו וברור לו שהוא כתב ידו משביעים אותו שבועת היסת עכ"ל וכן מוכח במרדכי שם להדיא דדעת ר' ברוך דדוקא באמר לי אבא משביעים ליה היסת אבל לא באמר לי אחר אם לא שיש רגלים לדבר כהך דבאה גזלתי לידך כו' ואולי יש לדחוק ולפרש דברי הרב בהג"ה דמיירי ג"כ כשהקרוב מעיד בפנינו:

העולה מזה בטוען אמר לי אבא או מורישו שאתה חייב לו מנה אפי' הודה מקצת פטור אפי' משבועת היסת וכ"ש אם אומר אמר לי אחר אלא א"כ יש רגלים לדבר ואם הוא לפנינו אז משביעי' על פיו ש"ד אם הוא כשר ואם הוא קרוב משביעים על פיו היסת כשמעיד לפנינו (ויש חולקין כמו שיתבאר לקמן ס"ק פ"ג) מיהו מי שנוגע בדבר אין משביעים על פיו היסת לכ"ע:

סעיף פג

אפי' קרוב שלו כו'. ולי צ"ע בדין זה אפי' במעיד לפנינו לפי שלא מצאתי חדוש זה בשום א' משאר הפוסקים וגם מצאתי תשו' ר"ת וריב"ם בתשו' מיימוני לספר קנין סי' כ"א משמע שם להדיא איפכא וז"ל מי ששידך בנו ולאחר זמן אמר לאבי הכלה כך וכך התנית לבני והלה אומר להד"ם ואת לאו בעל דברים דידי כשיתבעני חתני אדע מה אעשה ובא החתן ותבעו ואמר לו כלום שמעת שהתניתי לך ואמר לו כך אמר לי אבא ובכך עמדתי וקדשתי והוא אומר כיון שאין אביך כשר להעיד לך ואי אתה טוען טענת ברי אפי' שבועת היסת אין לך עלי זו תשו' ר"ת על בן המשודך הבא בטענת אביו הדין

עמו שמצינו בכל התורה שלוחו של אדם כמותו ובעל דברים דידיה הוא החתן כדרך הבא בהרשאה דקי"ל בפ' (צ"ל בבבא) קמא דשליח שויה והוי בעל דברים דידי' ולא עדיף שטר מהודאת פיו ואנן סהדי ואם יש חולק בדבר יכתבו הבן הרשאה לאביו וישבע החתן כדין התערובות דיש נוחלין דכתבו הרשאה זה לזה והוא בעל דברים ויגש אליו יעקב בר' מאיר עכ"ל תשובת מיימוני שם וגם יש לומר דר' שמחה במרדכי פרק שבועת הדיינים לא קאמר דמשביעין היסת ע"פ קרוב אלא בהך עובדא דבאה גזלתי לידך כו' דהוי רגלים לדבר וכמ"ש ר' ברוך אלא דר' שמחה הוה ס"ל דאע"ג דאיכא רגלים לדבר לא משביעים ע"פ אחר כשאינו לפנינו ור"ב השיב לו דכיון דאיכא רגלים לדבר משביעים אפי' אינו לפנינו אך בת"ה סי' ש"ח משמע דהמרדכי ר"ל דקרוב זוקק לשבועת היסת אפי' בלא רגלים לדבר ע"ש וצ"ע. שוב מצאתי במהרש"ל פרק מרובה ס"ס י"ד שגם הוא הביא דברי ר"ת הנ"ל בסתם דהבן יכתוב הרשאה לאביו כו' והוסיף וה"ה נמי אם הי' אבי החתן מוחזק וזה בא להוציא ממנו שישבע אבי החתן על טענותיו שכך פסק לבנו מאחר שבא בהרשאת בנו ויפטר ומזה נלמד כל כהאי עניינא עכ"ל ויש ללמוד מכאן דמי שהלוה לחבירו על המשכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע כמה הלוה כותב הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל ואפשר יש לדחות דהמלוה על המשכון אין עליו רק שעבוד כדלעיל סי' ע"ב סי"ד בהג"ה מיהו יש ללמוד משם לענין שאר מוחזק כגון שהי' מוחזק במעות וכה"ג מיהו דוקא בהרשאה הא לא"ה לא שייך לומר שקרובו ישבע והוא יטול דכיון דקרובו לאו בע"ד הוא א"כ ה"ל התובע טוען ספק ואין יכול להוציא ממון מספק נ"ל ודוק:

סעיף פד

אין נוגע בעדות. כגון ראובן ששלח ביד שמעון מעות ללוי לקנות לו איזה דבר ושמעון אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו אין להאמינו שיוכל ראובן להשביעו ללוי כיון ששמעון נוגע בעדות שהרי צריך לישבע נגד ראובן. כ"כ בת"ה שם:

סעיף פה

והשיב הנתבע כו' אומרי' למלוה כו'. כתב בשארית יוסף וז"ל וקשה דבסוף סי' פ"ז (סל"א) כתב טען שיש לו אצלו חוב בקנין או בשטר ואבד והוא טוען פרעתי כו' ונשבע ואח"כ באו עדים או שהוציא השטר ה"ז משנם אחר השבועה כו' וא"כ קשה הלא צריך לבטל קודם השבועה וי"ל דהכא לא טען מתחלה שהי' לו שטר אלא אחר שאמר לו הנתבע לכן יש לחשדו באיזה ערמה אולי יעשה איזה זיוף ויוצא לעז על השבועה אבל בסי' פ"ז שמתחלה טען שה"ל שטר רק שאבד אין לנו לחושדו כדי שיבטל עכ"ל ואין

דבריו נראין לפע"ד דפשיטא דהכא והתם אי טעין הנתבע שאינו רוצה לישבע עד שיבטל שטרו צריך לבטל ואל"כ א"צ לישבע אלא בסי' פ"ז מיירי שהלוה נשבע מעצמו ולא שאל שיבטל השטר וכן פי' הסמ"ע והב"ח שם ועיקר (ועמ"ש מזה עוד בר"ס פ"ב וסי' פ"ז שם):

סעיף פו

ואח"כ תוציא השטר הפרוע כו'. ואע"ג דלא יתברר ע"י כך שנשבע לשקר דהא יכול להיות אע"פ שיש לו שטר פרעו וכן מה שאמר אין לך בידי כלום היינו שפרעתי וכדלקמן סי' ע"ט סעיף י' ונהי דחייב לשלם מכח השטר מ"מ לא יהי' עובר על השבוע' וכדלקמן סי' פ"ז סעיף ל"א ע"ש מ"מ יכול כאן הנתבע לומר לא אשבע לך שלח תהי' שבוע' לבטלה וכדלעיל סי' ע"ב סעיף ט"ו שפירש ר"ח הטעם שלא יהי' שבועה לבטלה. וה"ה כאן וכ"כ ה' המגיד וכ"כ הבעה"ת שער כ"ד ע"ש:

סעיף פז

או הי' לי שטר ואבד כו'. כתב בס' גדולי תרומ' דף קי"ד סוף ע"ב ק' לסברת בעל התרומות (לעיל סי' ס"ה סעיף ט"ז) דהא כשיוציא הלוה ראי' שכבר נפרע ופרע פטור ולמה נצטרך בהכרח שיבטל שטרו ע"כ ולא קשה מידי דדוקא התם כיון שאחר מצאו והחזירו שלא כדין דינא הכי אבל הכא איכא למיחש שהמלוה בעצמו ימצאנו בביתו או שמא משקר במה שאמר אבד אלא ישנו תחת ידו וק"ל. עוד האריך בס' גדולי תרומה להקשות מלעיל סי' כ' ודבריו אינם מכוונים לי ואין ראוי להאריך בזה:

סעיף פח

עד שתבטל כל עדים כו' מיירי בעדי' דומיא דשטר היינו שאף כשיבואו עדים לא יפסל משום שבועתו רק שיהא מוכרח לשלם כגון שטען מתחלה איני יודע אם הלויתני או שטען פרעתיך ביני לבינך ויבואו עדים שהתנה עמו שאל יפרענו אלא בעדים וכי האי גוונא דאם טוען לא לויתי וחושש שיבואו עדים שלוה פשיטא דבלאו הכי אין שומעין לו דודאי משקר דאם איתא שאומר אמת האיך אפשר שיבואו עדים וא"כ אפי' פורט העדים אין שומעין לו וכגון מה שכתבתי בסי' פ"ז סעיף ל"ג:

סעיף פט

אין שומעין לו דדוקא בשטר שאדם יודע אם יש לו שטר בביתו יכול לומר תתבעני בשטר או תבטלו משא"כ בעדים כי שמא יש לו עדים ואינו זוכר כן הוא ל' בעל התרומות מזה משמע שאם פרט העדים צריך להביאם מיד או לבטלם קודם השבועה וכן מוכח בעיר שושן ובסמ"ע לקמן סי' פ"ז ס"ק ב"ה עמ"ש שם:

סימן עו

סעיף א

והודיעוהו כו' דאי לא הודיעוהו כו' ה"ל כרך אחד ודינו כמלוה בשטר:

סעיף ב

וכשבאים לתובעו כו'. אבל אי לא תבעו ליה אינו חייב ליתן ר' לכל אחד אלא בבא לצאת ידי שמים כדבסמוך. ודע דכל היכא דאמרי' תבעי ליה ולא תבעי ליה היינו כשטוען התובע ברי זהו תבעי ליה ואם טוענים שמא הו"ל לא תבעי ליה אבל אין חילוק בין תבעי ליה מתחלה או אח"כ. והכי מוכח בש"ס פ' המפקיד ובבע"ת שער ל"ט ושאר פוסקים:

סעיף ג

צריך ליתן לכל אחד ר' כו'. כ"כ ג"כ הטור שנראה מדברי הרא"ש כן ואני בעניי לא ידעתי מנ"ל להטור שדעת הרא"ש כן דהא הרא"ש כתב (כגירסת רש"י והתוס') דכל שהפקידו זה בפני זה הוי כהפקידו שניהם בכרך אחד וכ"כ הטור לקמן סי' ש' א"כ גם במלוה ע"פ י"ל כן והרמב"ן שכתב דבמלוה ע"פ צריך ליתן לכל א' ר' היינו כמ"ש הרמב"ן (בבעה"ת שער ל"ח חלק ב') להדיא דפקדון ומלוה שוים הם בדין זה ואזיל לטעמי' דס"ל כשיטת הרי"ף והרמב"ם דלקמן ר"ס ש' דאינו פטור אלא כשהפקיד אצלו בכרך א' ממש וכן משמע להדיא בדברי הרמב"ן שהביא בעה"ת דס"ל דבעינן כרך א' ממש ע"ש וא"כ גם בהלואה הדין כן ובעל כרחך צריך לחלק לדעת הטור ולומר דהלואה שאני מפקדון בזה אבל קשה מנ"ל הא וצריך עיון:

סעיף ד

אחר שישבע כל אחד כו' בנקיטת חפץ ולא אמרי' דה"ל הלוה מודה מקצת שחייב לכל א' ק' ועל ק' אינו יודע וישלם בלא שבועה דכיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב לבין שניהם רק ש' ה"ל כטוען ברי לענין זה כ"כ בעה"ת בשם הרמב"ם. וכה"ג כתב הנ"י פרק המפקיד והרב המגיד פ"ח מה' שאלה בשם הרשב"א:

סעיף ה

אבל אם היה כו' והודיעו כלומר אע"פ שהודיעוהו:

סעיף ו

נותן לזה מנה ולזה מנה כו'. ע"ל סי' רכ"ב סעיף ב' דבנשבע קנסינן לי' וחייב ניתן לכל אחד ואחד ונראה דה"ה כאן בהלואה דינא הכי דכל היכא דעביד אסורא קנסינן ליה ועמ"ש שם:

סעיף ז

והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו היינו משום דתבעי ליה כל חד בברי א"כ ודאי איכא רמאי לכך אמרי' יהא מונח ולא חולקין אם לא כשיסכימו שניהם לחלוק וכן אם כל א' אומר ידענא מק' ומק' איני יודע דינא דנותן לזה מנה ולזה מנא ויוצא בו אף ידי שמים דבשטר דהוי ככרך א' ולא תבעי ליה בברי כל חד פטור אף לצאת י"ש לכ"ע כדמוכח בהרא"ש פ' המפקיד ובטור סי' זה ולקמן סי' ש' ובהג"ה שם סוף ס"א ומנה השלישית נמי אמרי' יהא מונח דכיון דכל חד תובע מקצת יש לחוש לרמאי וכמ"ש לקמן סימן שס"ה סעיף ב' לדעת ר' ירוחם אבל אי לא תבעי לי' כלל אמרי' דמנה השלישית יחלוקו ביניהם כיון דליכא רמאי וכמו שמוכח לקמן סי' שס"ה מהרמב"ם ור' ירוחם והמחבר סעיף ב' ע"ש ודו"ק:

סעיף ח

יהא מונח כו'. ע"ל סי' רכ"ב וסעיף ב' הבאתי דעת הרבה גדולים שיהא מונח אצלו עד שיבא אליהו מיהו צריך לישבע היסת שאינו יודע ואפי' אם ירצה להניח המנה השלישית בב"ד כמ"ש לקמן סי' ש' ע"ש:

סעיף ט

עד שיבא אליהו ואם חייב לצאת י"ש תלוי בפלוגתא דלקמן סי' ש' סוף סעיף א' דלדעת המחבר שם פטור ולדעת הי"א שהביא הר"ב שם חייב ולפי מ"ש שם ובסי' רכ"ב סעיף ב' שדעת התו' וסמ"ג ורוב הפוסקים דפטור אף לצאת י"ש אפי' תבעי ליה כיון דלא פשע א"כ ה"ה הכא:

סעיף י

ויכול אותו שהשטר כו' בלא הרשאה כו'. לשון הטור מדברי הרמב"ן שבבעה"ת דכיון שנעשו שותפים בהלואה אחת ובשעבוד א' וסמכו זה על זה והאמינו זל"ז בתפיסת השטר שהרי יוצא מתחת יד א' מהן והוא יכול לגבות כל החוב בלא הרשאה הרי לא פשע כו' ונלפע"ד דהאי סיומא דהוא יכול לגבות כל החוב בלא הרשאה הוא לאו דוקא דה"ה היכא שהשטר כתוב בענין שאין א' יכול לגבות כל החוב אלא בהרשאה (וע"ל סי' ע"ז ס"ט וי') נמי דינא הכי. תדע דהא בפקדון לכ"ע כשהפקידו בכרך אחד פטור וכדלקמן ר"ס ש' והרי כ' הטור והמחבר לקמן סי' ע"ז ס"ט דב' שהפקידו אין א' יכול לגבות הכל. אלא ודאי היינו טעמא דכיון שנעשו שותפין בפקדון וסמכו זה על זה במקצת לא פשע הנפקד וה"ה הכא וכן משמע להדיא בדברי הרמב"ן שבבעה"ת וז"ל לפיכך במלוה בשטר נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו משום שהיו בכרך א' לעולם

ואע"פ שהודיעוהו שלזה ר' ולזה ק' מפני שנעשו שותפים בהלואה אחד ובשיעבוד א' ועוד סמכי אהדדי במקצת ומהימני אהדדי בשטרי גופיה שהרי הוא מונח ביד אחד מהם ולדברי המפרשים שכל אחד מהם יכול לתבוע כל החוב כמ"ש ה"ר אברהם בר יצחק כ"ש דהימנו אהדדי לדעת זה עכ"ל הרי שלא כתב טעם זה שכל א' יכול לתבוע כל החוב אלא שכ"ש הוא בלא טעם זה אבל באמת ס"ל דאפי' בלא טעם זה כיון דמהימני אהדדי בשטר גופיה פטור ותדע דהא לרש"י ותוספות והרא"ש וטור ושאר פוסקים שאביא לקמן סי' ש' כל שהפקידו זה בפני זה פטור דנעשה כמי שהפקידו אצלו בכרך אחד והא פשיטא דבכה"ג אינו יכול לגבות כל אחד כל הש' בלא הרשא' אלא ודאי היינו טעמא כמו שכתב רש"י דאע"ג דלאו כרך אחד הוא מיהו כיון שהפקידו זה בפני זה גילו דעתן שלא חשדו זה את זה לומר שמא חברו יתבע המאתי' עכ"ל וא"כ נהי דלשאר פוסקים אינו פטור אלא בכרך אחד ממש מ"מ מהיכ' תיתי דפליגי בטעמא ושפיר י"ל דאינהו נמי ס"ל האי טעמא דכיון שנעשו שותפין בהלואה גלי אדעתייהו דהימנו אהדדי ולא חשדו זא"ז א"כ לא פשע הנפקד או הלוה. ואולי לזה כוון המחבר שכתב בסתם במלוה בשטר פטור והשמיט ל' הטור. ולפ"ז ללא צורך הגיה הר"ב דברי הטור בתוך דברי המחבר דגם הטור לאו דוקא נקט וכדפרישית ועיקר כוונת הטור לומר שנעשו שותפין כו' והאמינו זה לזה. והר"ב לקח הטפל והניח העיקר וכן העיר שושן. ע"ש:

סעיף יא

ויש מי שאומר כו'. אע"ג שלא נמצא מי שחולק על זה כתב בלשון יש מי שאומר כיון שלא נמצא כן בפירוש בשאר פוסקים וכן כתב הסמ"ע ס"ק ד' והב"ח השיג עליו וכתב דהבעה"ת בשם הרמב"ן הוא החולק. וליתא דבהדיא כתב בעה"ת שער ל"ט סוף חלק ב' בשם הרמב"ן דחייב כאן לצאת יד"ש ע"ש:

סעיף יב

חייב בבא לצאת יד"ש. ליתן לכל אחד ר' וע"ל סי' ע"ה ס"ק כ"ג כתבתי דכל היכא דלא מחייב אלא לצאת ידי שמים לא מהני כשתפס התובע בעדים:

סעיף יג

בבא לצאת יד"ש. אבל בדיני אדם נותן לזה ק' וכו' ומנה השלישית חולקים כיון דלא תבעיה ליה כלל וליכא רמאי אבל אם כל א' אומר ק' ידענא וק' לא ידענא אמרינן דמנה השלישית יהא מונח עד שיבא אליהו כמו שכתבתי לעיל ס"ק ז':

סעיף יד

צריך ליתן לכל אחד מנה. אחר שישבע כל אחד כן הוא בטור לקמן ר"ס ש' ובאשר"י פרק המפקיד לענין פקדון והלואה שוה לפקדון בזה:

סעיף טו

פטור כו'. אלא מניח המנה ביניהם וחולקים ולא אמרינן יהא מונח עד שיבא אליהו כיון דלא תבעי ליה וליכא רמאי:

סעיף טז

אף מידי שמים. ול"ד דלעיל סעיף א' דהתם כיון שהלוה משנים הוה ליה לכתוב בפנקסו שלא יבא להחליף זה בזה ונמצא פשע קצת אבל הכא לא אסיק אדעתיה שישכח את המלוה ויעלה על דעתו מלוה אחר וכ"כ בס' מעדני מלך פרק המפקיד ובספר ג"ת ובסמ"ע כתב הטעם דהתם יכול כל אחד מהמלוים לומר שמענו מהלוה שיודע שכל אחד הלוה וסברנו שיחזיר לכל אחד את אשר הלוהו משא"כ בהלוה לו אחד מהן דכיון דהאמת שאינו יודע איזה הלוה אינן יכולין לומר שמענו ממנו שיודע כו' עד כאן והוא דחוק ועוד דהא תבעי ליה ולא תבעי ליה פירושו ברי ושמא וכמ"ש לעיל ס"ק ב' וא"כ אין לחלק בזה אלא ודאי כדפי'. וגם לקמן סי' ש' כ' הסמ"ע עצמו בס"ק י"ב כמו שכתבתי ע"ש:

סעיף יז

ידי שמים. ואם אמר מעצמו אביו של אחד מכם הלוה לי מנה ואיני יודע איזה מכם חייב בבא לצאת י"ש לכ"ע כדלקמן סי' ש' ס"ג בהג"ה:

סעיף יח

ויש אומרים שלצאת י"ש כו'. ולקמן סי' ש' ס"ג כ' הר"ב בסתם כסברא הראשונה. וק"ק למה לא הגיה כאן שהעיקר כסברא הראשונה דפשיטא דאין לחלק בזה בין הלואה לפקדון וכן הוא להדיא בבעה"ת סוף שער ל"ט דהלואה שוה לפקדון וכן מוכח להדיא בטור כאן שכתב שמדברי הרא"ש נראה דפטור כאן אף לצאת ידי שמים והרי הרא"ש לא כתב דבריו אלא בפקדון:

סימן עז

סעיף א

או שקבלו פקדון כו'. כתב הר"ב בתשוב' סי' כ"ז וז"ל ב' שומרי' שקבלו השמיר' ביחד לא אמרי' דא' ערב בעד חברו ואף על גב דכ' המ"מ פכ"ה מה' מלוה בשם הרמב"ן דאם

הפקיד גבי שנים דינו כאחד שהלוה לשנים י"ל דהרמב"ן לא איירי בסתם פקדון אלא מיירי דהתנה בהדייהו בפי' וכמו ששנינו מתנה ש"ח להיות כשואל כו' וראיה מהא דאיתא פ"ק דב"ק מסר שורו לה' בני אדם דאמרי' אם סילק א' מעצמו מן השמירה הנשארי' חייבי' כמ"ש שם הרא"ש ולא מצינו שיחייבו זה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חברו עכ"ל ולא נהירא לפע"ד דבדברי הרמב"ן והרא"ש והר"ן פ' שבועו' הפקדון מוכח דאף בסתם פקדון דינו כהלוה לשני' וכן משמע בדברי הרב המגיד שם בשם הרמב"ן והכי מוכח נמי להדי' מדברי הרמב"ן שבבעה"ת שער מ"ד חלק א' ע"ש והראייה שהביא הרב מפ"ק דב"ק אינה ראיה כלל דהתם בש"ס ובפוסקים (לקמן סי' שצ"ו סעיף ז') לא מיירי אלא אם יתחייב מדין מזיק דפריך התם בש"ס והא איכא נמי (הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו) ומסר שורו לה' בני אדם ופשע א' מהן והזיק חייב ומשני ה"ד כו' אלא דבלאו איהו נמי מינטר מאי קעביד כלומר ומאי חייב משום מזיק אית ביה והלכך זה שפשע ודאי חייב ולא חבירו דנהי דחבירו נמי חייב מדין ערב היכא דאין לחבירו לשלם מ"מ היכא דיש לחבירו לשלם גובה מחבירו לבדו וכן אפי' אין לחבירו לשלם אע"ג דאיהו חייב משום ערב וכן אפי' למ"ד שנים שלוו או הפקידו כא' יפרע ממי שירצה אפילו יש לאחד מהם לפרוע הכל מ"מ משום מזיק אינו חייב דנימא ביה הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו ונפקא מיניה דחבירו לבדו חייב לשלם מדינא והלכך זה שפשע חייב לחזור ולשלם הכל לחבירו שלא פשע אבל אי הוה חייב לשלם משום מזיק לא הי' צריך לשלם לו לעולם רק חלקו וזה ברור:

סעיף ב

בין בעל פה. כ"כ הב"י ומביאו בד"מ ולפע"ד אין דבריו מוכרחים דמה שהוציא כן שהרי בירושלמי שנים שלוו סתם אמרו אינה הוכחה דהרי איתא שם אף ע"ג דלא כתבין אחראין כו' משמע דבשטר מיירי גם מ"ש הב"י דמ"ש הרמב"ם בשטר הוא לאו דוקא הוא דוחק גם הטור ושאר כל הפוסקים כתבו שנים שלוו בשטר גם מ"ש הב"י ותדע שהרי כ' או שלקחו מקח אחד ומשמע אפי' שלא בשטר דסתם מקח אינו בשטר אינו הוכחה די"ל כיון שכתב מתחלה שנים שלוו בשטר א' לא הוצרך לכתוב אח"כ או שלקחו בשטר א' דמ"ש בשטר א' קאי נמי אמקח וה"ק שנים שלוו בשטר א' או שלקחו מא' בשטר א' א"נ הא כדאיתא והא כדאיתא סתם מקח אינו בשטר אבל מ"מ מיירי שהיו שותפים במקח דסתם מקח הם שותפים בו שהרי צריכים חלוקה ולעשות שומא ולחלק המקח שלקחו ביחד אבל סתם הלואה אינם שותפים בו שהרי יכולים לחלק המעות מיד וזוזי כמאן דפליגי דמי רק בשטר הם שותפים זה לזה וגם בתשוב' רשב"א סי' אלף

פ"ב משמע דדוקא שטר וז"ל שנים שהלוו לא' מסתברא שיכול א' לתבוע כל החוב דכל שהלוו בשטר א' כשותפין נינהו דאי לא למה הלוו לו בשטר א' ותדע לך דהא שנים שלוו כאחד דנין אותן כערבאין זה לזה ומן הטעם הזו דאי לא למה לוו בשטר א' וכן אלו שהלוו לזה בשטר א' הרי הם כשותפים עכ"ל ודוחק לו' דגם הרשב"א לאו דוקא נקט בשטר אלא עיקר כוונתו הוא שלוו ביחד. וכן משמע ממ"ש הטור והמחבר לעיל סי' ס"ז סעיף כ"ו חמשה שלוו מא' די לו בפרוזבול א' ואם לוו בשטר א' אפי' אין לו קרקע אלא לא' מהם כותבים פרוזבול על כולם עכ"ל וטעמ' דבשטר אחר ערבאין זה לזה וכדאי' בהרא"ש פ' השולח. ודוחק לומר דגם התם בשטר הוא לאו דוקא שוב מצאתי בס' ג"ת די' ר"א שהשיג על הב"י בזה. ונ"ל דגם הב"י לא קאמר אלא כשניכר מתוך הענין שלוו בשותפות וה"ק דל"ש בשטר ול"ש בע"פ כשניכר שלוו בשותפות ערבאין זה לזה ולא נקט שטר אלא משום דאז מסתמא ערבאין זה לזה כיון שלוו בשטר א' וא"כ הוא הדין בע"פ כשניכר שלוו בשותפות וכן צריך לפרש דברי הרב בהג"ה אלא שקיצר בדבר:

סעיף ג

שניהם ערבאין זה לזה כו'. בבית יוסף הבין מדברי מהרי"ק שורש ק"ך דהיינו דוקא כשחולקין המעות אבל כשלוו שניהם ביחד לצורך השותפות לא נעשו ערבאין זה לזה והשיג עליו ואחריו נמשכו הר"ב בד"מ ומהר"ש כהן ספר שני ס"ס ר"י ולפעד"נ דגם מהרי"ק מודה דשניה' אחראים זה לזה אלא דקאמר דהרמב"ם דנקט בכה"ג לשון אחראים משום דלשון ערבאין ל"ש בזה דמאי חולמ' דהאי מהאי הרי יד שניהם שוה בו אבל פשיטא שהם ערבין זה לזה לענין הדין ע"ש מבואר כך להדיא ואולי הב"י לא משיג אמהרי"ק אלא במה דמשמע מדבריו דבשלוו שניהם לצורך השותפות יד שניהם שוה בו והרי כאלו הם שניהם לווין וממי שירצה יפרע אע"פ שיש נכסים לכל אחד מהן כדי החוב וע"ז השיג הב"י דלא לישתמיט חד מהפוסקים לפלוגי בהכי אלא כולם כתבו סתמא שנעשי' ערבאין זה לזה (וגם בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קע"ז כתב דאף הרמב"ם דוק' בשנים שלוו הוא דאמר דהוי מדין ערב משום שאינן שותפים אבל השותפים שלוו לצורך שותפות אפי' לדעת הרמב"ם יגבה ממי שירצ' ובקשתי לי חבר ומצאתי רב והוא מהר"י קלון כו' עכ"ל ועיין עוד שם סי' קפ"ג) אך בד"מ ומהרש"ך שם הבינו כפשוטו וגם הב"י לא משמע לכאורה כן ע"ש ודוק:

סעיף ד

לא יתבע הערב תחלה כו'. ול"ד לשנים שערבו לאחר דיכול להפרע ממי שירצה דשאני ערבים דהם לא נתחייבו לשלם מצד עצמן אלא ללוה הלוה הכל והערבות לבטחון כעין

משכון ואין השעבוד חל לחצאין אלא כל אחד נכנס בשעבוד הלוה בכולו אבל שנים שלוו יש לומר שכל אחד נעשה לוה בחצי המעות וערב בחצי השני עבור חבירו וכיון שכל אחד נעשה לוה בחצי המעות למה יניח הלוה עצמו ויפרע מן הערב דהיינו חצי השני כ"כ הרב המגיד בשם הרשב"א ומהרי"ק שורש קפ"ג וב"י וסמ"ע ס"ק ג':

סעיף ה

ואם פרע אחד מהם כו' חוזר וגובה כו'. דין זה צל"ע ותמי' לי על המחבר שפסק כן בפשיטות כי אף שגם הבעה"ת כ' כן וכן הרא"ש בתשו' ומביאם ב"י וכן משמע בטור היינו משום דאזלי לטעמייהו דסבירא להו כהשגת הראב"ד דכשאומר לערב ערבני כמי שהרשהו לשלם דמי וכמו שהביאו הבעה"ת סוף שער ל"ה והטור לקמן ר"ס ק"ל סברת הראב"ד במסקנתם וכן משמע בבעה"ת שער מ"ד סוף ח"א שמביא הב"י כאן וז"ל חוזר ותובע מחבירו את חלקו כדין שאר ערב שתובע את הלוה כשמברר שפרע בשבילו ואע"ג דפסקנו (ר"ל לעיל שער ל"ה) שאין הלוה חייב לשלם לערב עד שיאמר לו בשעה שנכנס ערב ערבני ושלם או שהרשהו שיכנס ערב בשבילו דמסתמא כיון דנעשין ערבאין זה לזה כמי שהרשהו דמי שע"מ כן נשתתפו בכך עכ"ל משמע דר"ל כמי שהרשהו שיכנס ערב בשבילו דמי כיון דנעשים ערבין זה לזה וא"כ למאי דכתב המחבר לקמן סי' ק"ל ס"ב סברת הרמב"ם וסברת הראב"ד דלא הכריע והוי ספיקא דדינא והמע"ה ואינו חייב אף ע"פ שהרשהו להיות ערב עד שירשהו לשלם הכא נמי אינו חוזר וגובה מחביוו חלקו. וא"כ גם הרא"ש בתשובה יכול לסבור כהראב"ד. ועוד נראה ברור דהרא"ש וטור לטעמייהו אזלי דס"ל בשנים שלוו יכול לגבות מכל אחד ואחד הכל דהוו כקבלנים זה לזה ובקבלן גם הרמב"ם והמחבר מודים כמבואר להדיא לקמן סימן ק"ל ס"ב וכן משמע להדיא מדברי תשובת הרא"ש וז"ל כיון שמן הדין יכול המלוה לגבות ממנו כל חובו חבירו חייב לפרוע לו חלקו דהא דאמרינן הפורע חובו של חבירו הפסיד מעותיו היינו היכא דמדעתיה קם ופרע ולא היה מוכרח לכך דהוי כמו מבריח ארי אבל היכא דמתחלה נעשו אחראים וערבאים זה לזה אין כאן מבריח ארי וצריך חבירו לפרוע חלקו עכ"ל ומביאו ב"י משמע דוקא מטעמח כיון שהיה המלוה יכול לגבות ממנו כל חובו היה מוכרח לשלם הכל וא"כ לדידן דקי"ל דאינן רק ערבין זה לזה ולא קבלנים א"כ לא היה יכול המלוה לגבות כל חובו מא' מהם ולא היה מוכרח לשלם הכל הוי כמו פורע חובו של חבירו לקמן ריש סי' קכ"ח דהפסיד מעותיו וגם בתשו' רשב"א שהביא ב"י סי' ס"ה מחו' ג' משמע להדיא דה"ל בכה"ג פורע חובו שלא מדעתו ופטור ודוחק לומר דשם היה כתוב על כל א' חצי המנה חוב בפני עצמו ונתפרש שלא נעשו ערבים זה לזה דהלשון

שם לא משמע כן ע"ש וגם בסמ"ע בהג"ה ס"ק ו' מוכח דהבין דהרשב"א בתשובה מיירי בענין שהיו ערבים זה לזה ע"ש ודוק (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קע"ז):

סעיף ו

חוזר וגובה כו'. וכתב ב"י בסי' ס"ה מחס"ג בשם הרשב"א דאם מתו הלוים והיורשים של א' מהן מצאו השטר אצלם ותובעים ליורשים של שני באמרם שאביהם פרע השטר ופסק דאין גובין בטענה זו עכ"ל סמ"ע בהג"ה נראה מדבריו דיש חילוק בין לוה עצמו ליורשיו דאע"ג דמהלוה עצמו חוזר וגובה מ"מ מהיורשים אינם גובים אבל כשתעיין בתשו' שם תראה שגם בלוה עצמו פסק כן ואינו מחלק שם בין לוה ליורשיו רק לענין דלגבי יורשים ה"ל מלוה ע"פ ואינו גובה אא"כ תוך זמנו ע"ש:

סעיף ז

ולכן שנים כו'. ר"ל ל"מ אם בשעת פרעון אמר בפירוש שפורע בשביל חבירו דיכול לחזור ולגבות ממנו חלקו אלא אפי' פרע סתם אמרי' מסתמא דעתו היה כדי לחזור ולגבות ממנו עכ"ל סמ"ע וכתב הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו וז"ל ודחוק פירושו דהיכא משמע מדבריו יותר פרע סתם מדברי המחבר ונ"ל פירוש דברי מור"מ נ"מ שאם שלם אחד חצי חוב אז אינו יכול המלוה לתבוע אף השני רק רביעית החוב ואינו יכול לומר חבירו נתן חלקו ואתה נשאר חייב חלקך אלא אמרי' שפרע גם בעד חבירו וכעין זה איתא במהרי"ק עכ"ל ודברי פי חכם חן אבל מה שפירש בדברי הר"ב וכתב וכעין זה איתא במהרי"ק קשה לי דליתא כן במהרי"ק ואדרבה במהרי"ק שם משמע להדיא שפרע כל החוב ע"ש וגם דינו צריך עיון אמאי לא יוכל לומר חבירך פרע חלקו אבל באמת כוונת הר"ב הוא דכשפרע א' מהן הכל ודאי פרע בעד חבירו ואין המלוה יכול לומר החצי פרע בשבילו וחצי האחר פרע לי מחמת חוב אחר שהיה חייב לי אלא מסתמא כל מה שפרע פרע על זה החוב גם בעד חבירו וכן הוא במהרי"ק שם להדיא ועיין שם (ועיין לעיל סימן נ"ח סעיף ג' בהג"ה ומה שכתבתי שם):

סעיף ח

ודאי פרע כו'. אף שכתבתי בסעיף קטן ה' שדינו של המחבר צל"ע מ"מ דין זה יכול להיות אמת ואף שהר"ב כתב ולכן כו' מ"מ לפי האמת אין דין זה תלוי בדין שלפניו גם במהרי"ק לא תלהו בזה וגם מסיק שם מהרי"ק דיש להוכיח מתשובת מהר"מ שבמרדכי פ' מי שהיה נשוי דאפי' לדברי בעל העיטור וסייעתו דאינן אלא ערבים זה לזה יש לומר דמה דפרע גם בשביל חבירו הוא פורע ע"ש:

סעיף ט

וי"א דאם לא נתברר כו' בספר מגדול דוד ובסמ"ע ס"ק ח' האריכו להשיג על הע"ש ולפעד"נ נהי דמה שפי' הע"ש בדעת הרב ליתא מ"מ דבריו נכונים לדינא דדברי הר"י בי רב אינם מסתברים לחלק בין מודה לידוע בעדים דהא לפי טעם הרא"ש שכ' שאין שותף נשתעבד במאמר שותפו משמע דאין חילוק וגם דברי הרא"ש משמע שהיה ידוע בעדים וגם בב"י משמע להדיא דלא ס"ל לחלק בכך וגם בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ב' סי' קנ"ז וסי' ר"י הניח דברי ר"י בי רב בצ"ע ופסק כהרא"ש ושאין לחלק בין מודה לידוע בעדים ע"ש וכן דעת מהר"י ן' לב ספר א' סי' צ' וגם בב"ח מסיק דהאמת נראה דאין לחלק בכך אלא שפסק כהרמב"ן כיון שהרמב"ם כתב כן ואלו הוה עיין בתשו' ן' לב שם שמפרש דהרמב"ם מיירי שהשותף השני היה באותו מעמד לא הוה כ' כן וגם נ"ל שאין צריך לפרש כן דברי הרמב"ם אלא דמיירי שלקח לצורך השותפות בציווי של השותף הב' פשיטא דבכה"ג לכ"ע חייב כיון דנעשה שלוחו בפירוש ולא הוצרך הרמב"ם לבאר זה דלא מיירי מזה אלא מיירי מדין ששניהם ערבאין זה לזה גם בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ד' כתב גם הרמב"ם דעתו כהרא"ש דלא נשתעבד שמעון בשעבוד ראובן כו' (ועיין עוד שם סי' קמ"ט) וגם בתשובת מהר"א ן' ששון סימן קל"ה האריך בזה ומשמע שם דדברי ר"י בי רב אינה מוכרחי' ושהב"י פליג עלייהו ע"ש הלכך לענין דינא כל דברי הע"ש נכונים בזה דאין חילוק בין נתברר בעדים או שמודה וכיון דהרא"ש דהוא בתרא חולק על הרמב"ן קי"ל כותיה ובפרט שהשותף הוא מוחזק דמספיקא לא מפקי' ממונא והלכך בין שמודה בין שנתברר ע"י עדים שלוה לצורך השותפות פטור השותף השני וכמ"ש הע"ש אא"כ נתברר או מודה שבהסכמתו ובציוויו הלך זה ולוה לצורך השותפות. אך מ"ש בע"ש דכשאומר שלא בא הלואה זו לצורך השותפות אז יש לחלק לדעת הרא"ש בין נתברר ע"י עדים להודה מעצמו דכשנתברר ע"י עדים שבהסכמת השותף וציוויו הלך זה ולוה לצורך השותפות ואח"כ טוען זה שלא בא ההלואה לצורך השותפות ולא נשתעבד מעולם אינו נאמן וחייב לשלם מדין ערב אפילו אין לחברו עכשיו אצלו כלום אמרינן מסתמא שליח עשה שליחתו ובודאי בא לתוך השותפות ונשאר עליו דין ערב אבל אם לא נתברר בעדים רק שהשותף מודה שבהסכמתו וציוויו לוה לצורך השותפות אם מודה ג"כ שההלואה זו בא לתוך השותפות אף ע"פ שטוען שעכשיו אין לחבורו כלום אצלו חייב לשלם מדין ערב שהרי מיד שבאה הלואה זו לתוך השותפות חל עליו דין ערבות אבל אם טוען שמעולם לא באה לתוך השותפות אין צריך לשלם דנאמן הוא לומר שלא באה לתוך השותפות במגו דאי בעי אמר מתחלה מעולם לא הסכמתי עמו שילוה הלואה

זו לצורך השותפות ושלא ברשותי לוה וא"צ לשלם כשטוען שאין לחבירו עוד שום דבר בתוך השותפות שהרי לא עליו בא דין ערב מעולם עכ"ל אין נלפע"ד דמה בכך שיש לו מגו מ"מ עכשיו שמודה שבהסכמתו וציוויו לוה לצורך השותפות אפי' יהיה כן שלא בא לצורך השותפות מה לו למלוה בכך הרי הוא נתנו להשותף שהוא שלוחו וכאלו נתנו לידו דמי ותו דאם ביש עדים אמרינן מסתמא עשה השותף שליחותו ה"ה באין עדים שייך לומר כן ומה מגו יש כאן כיון דאמרינן מסתמא שליח עשה שליחותו וצ"ל דמיירי שהשותף הב' אמר להמלוה שלא יתנו לו אלא כשיתננו לפניו לצורך השותפות ודו"ק ולפ"ז י"ל דגם ר"י בי רב מודה לדינא למה שכתבתי ומה שכ' דהרמב"ם מיירי בדבר הידוע לשותפות היינו שהיה ידוע שלקחו לשותפות ע"פ ציווי של השותף הב' וכה"ג ודאי הרא"ש מודה ולפ"ז נתיישב מה שהניח בתשו' מהרש"ך שם דברי ר"י בי רב בצ"ע ודו"ק (והגאון אמ"ו ז"ל כתב בגליון סמ"ע שלו וז"ל נ"ל דרמ"י ס"ל דדוקא ניכר מתוך העסק שהיא לצורך השותפות ולא די בעדים לבד כי עכ"פ יש לחוש לקנוניא שיאמר שלקח לצורך ולא יהא לצורך השותפות כן נ"ל לרמ"י פי' דברי ר"י בי רב וכן נראה ע"ש וא"כ העיר שושן צהלה ושמחה עכ"ל ודבריו צל"ע ואולי יש לפרש דבריו כמ"ש ומ"מ נתבאר דאם בא לתוך השותפות פשיטא דחייב וכן עיקר ודלא כספר מגדול דוד שם ע"ש) שוב ראיתי בספר גדולי תרומה האריך בזה והסכים לדברי ר"י בי רב וכל דבריו שם לא מסתברים ובפרט הראי' העיקרית שלו שהביא מתשו' הרא"ש גבי יעקב ובנו שמעון שהיו שותפי' כו' שאינה ראי' כלל מכמה טעמים גם בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קל"ה כתב שאין ראי' משם ע"ש (וכבר כתבתי דגם ר"י בי רב י"ל דמודה לדינא למ"ש עיין בתשובת מהרשד"ם סימן קי"ב וסימן ק"נ):

סעיף י

שהשותף מודה אינו צריך לשלם כו'. אין להקשות אזה ממ"ש הט"ו בסי' צ"ג ססי"ג וז"ל אבל אם טען שמעון שראובן יודע בודאי שזה החוב שעליו ממון השותפות הוא כו' ישבע ראובן כו' שאינו יודע הלא אפי' ראובן יודע ששמעון לוה לצורך השותפות פסק כאן דאינו נשתעבד לא הוא ולא נכסיו דשם ה"פ שמעון טוען ראובן לוה עמי מנה מיעקב לפני זמן מה ואותו החוב לא פרענו עדיין ועתה בא יעקב לתבעני במנה וראובן יודע שזה החוב מנה הוא אותו מנה שלויני מיעקב יחד וק"ל עד כאן לשון סמ"ע וכתב הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו וז"ל לא ידעתי האיך מדמה זה לזה כאן מיירי שפטור נגד המלו' אבל השותף מצי טעין שבא הממון לשותפות וחלקו שוה בשוה וכן מיירי התם עכ"ל ויפה כוון ולפ"ז מ"ש בב"י וכן בירר הרמב"ם דבריו בסוף הל' שותפים כו'

אינו נכון וצ"ל דלא קאי אלא אמ"ש דאין הודאת שותפו מזיקו לכלום וכן בבעה"ת שער מ"ד ח"א כתב על זה וכן בירר דבריו כו' ע"ש: שנים שערבו כו' ואחד שערב לשנים כו' ע"ל סי' קל"ב סעיף ד' וס"ה מ"ש בזה:

סעיף יא

וצריך לפרוע החצי כו' כתב הסמ"ע נראה דה"ה אם ג' ערבים למלוה בשביל לוה והעני הלוה וגבה המלו' מא' מהג' כל החוב וא' מג' הערבים ג"כ העני או שהוא דר במקום רחוק שצריך לפרוע זה הערב השני המחצ' לזה שפרע כבר למלו' אבל אם שלשתן נמצאים ויש להן לפרוע אלא שעם הא' צריכים ליטפל ביותר להוציא מידו נראה דאין כח ביד זה שפרע להוציא המחצ' מהשני לבדו אלא צריך לטפל עם השלישי בהשליש המגיע עליו אם לא שנעשו בפירוש ערבים קבלן זה לזה ע"כ:

סעיף יב

והוד' א' כו' ל' הטור זה שהוד' נתחייב בכל כו' ונראה דאפי' לדעת הרמב"ם והמחבר דלעיל ר"ס א' דא"י לגבות כל החוב מא' מהן אא"כ אין לשני לשלם כאן כיון שאי אפשר לגבות מהשני שהרי הוא כופר ה"ל כאין לו וגובה הכל מן זה שהודה וע"כ כתב המחבר ג"כ לעיל סי' ל"ז סעיף ד' דזה שהודה הוא יתחייב בכל וכן מוכח להדי' בבעל העיטור דס"ל דא"י לגבות כל החוב מאחד מהן אא"כ אין לשני וכמ"ש הטור ר"ס זה בשמו וכתב באות שי"ן שיתוף וז"ל שנים שלוו מאחד אחראין וערבאין זה לזה והלכך אם מת א' מהן או העני או כפר א' והודה א' אותו שהוד' מתחייב בכל ואין מקבלים ערותו על חבירו עב"ל וכ"כ בהגהת מרדכי פי"א דכתובות ומביאה ב"י לקמן סי' קע"ו מחו' כ"ה:

סעיף יג

אין עדותו כו'. בבית חדש הוי קשיא לי' דאם יש לא' או לשנים שהודו נכסי' מאי ל"מ בעדותו יגבה הכל ממנו ותירץ דמיירי שאין לו נכסים ואפ"ה נוגע בעדות שמא יתעשר וע"כ כתב דהדין שכ' המחבר לעיל סי' ל"ז סעיף י' דאין נוגע בעדות בשביל שמא יתעשר צ"ע ולפע"ד הדין דין אמת וכמש"ל סי' קכ"ג ס"ק כ"ג וכאן מיירי שיש להמודה נכסים במקום אחר ולהכופר יש נכסים כאן א"נ שיש לזה בינונית ולזה זיבורית וכה"ג וק"ל:

סעיף יד

אבל אם הוציא כו'. כתב הב"ח ומה ששינה דברישא קאמר שכפר כו' וכאן קאמר ואמרו פרענו כו' נראה דכאן דאיכא שטר בעדים אין צריך לעדות השנים כו' אבל ברישא צריך לומר דכפר האחד דאלו טען הא' פרעתי אין כאן ש"ד נגד העד שאמר לוה וכן אין חייב לשלם כנגד שנים שמעידים שלוה אפי' אין נוגעים בעדות דהמלוה את חבירו

בעדים א"צ לפרעו בעדים ואפי' עד אחד או שנים מעידים שלוה ולא פרע אין כאן ש"ד ולא חיוב תשלומים אפי' אמרו לא זזה ידו מתוך ידינו כו' דשמא הי' אצלו כנגדו כסות או כלים דממילא פרע לו כבר חובו עכ"ל ומ"ש במעידים שלוה ולא פרע אין כאן ש"ד ולא חיוב תשלומים כו' הוא טעות דפשיטא בכה"ג בשנים חייב ממון ובעד א' נמי ה"ל משאיל"מ וכמ"ש כל הפוסקים והטור והמחבר לעיל סי' ע"ה ס"ג:

סעיף טו

מעידים זה על זה כו'. והיכא ששלשה הלוו מנה לאחד וא' טוען ושנים מעידים ומוציאים ממנו המנה ואחר כך מודים בדבר צריכים להחזיר לו המנה ואין נאמנים במגו. כ"פ מהרש"ל פ' שור שנגח ד' וה' סי' י"ח ע"ש ואין דבריו נ"ל ודו"ק:

סעיף טז

ומחל לאחד מהם אע"פ שהזכיר בפירוש שמחל לו כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר לא מחל לו אלא חלקו שלא יכול לתבוע ממנו החוב וגובה מחברו חצי החוב כיון שאין א' חייב בחצי של חבירו אלא מדין ערב וכדלעיל ס"א והלכך אם היו שניהם קבלנים זה לזה אם מחל לא' מהם מחל הכל ושניהם פטורים וכמ"ש הר"ב וגם המחבר מודה בזה וכן מבואר בב"י והוא פשוט:

סעיף יז

כל החוב מחול כו'. כתב ב"י שמשמע מדברי הרא"ש שטעמו משום דמסתמא על ידי פיוס מחל אבל אם נודע שמעצמו מחל בלא פיוס לא מחל אלא לאותו שמחל ולא לחברו ונראה עוד מדבריו שאם לא מחל כל החוב אלא מקצתו אע"פ שע"י פיוס מחל לא מהניא מחילה אלא לאותו שמחל ולא לחבירו עכ"ל ומביאו ד"מ ולפע"ד משמע איפכא דז"ל הרא"ש שם ומה שמחל לא' מן השותפים הוא מחול לכל השותפים דתניא בתוספתא השותפים שמחלו להם מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו מה שמחלו מחלו לו והקשה רבינו שמחה פשיטא שאם מחלו להם מחלו לאמצע ופי' שותפים שבקש אחד מהם למחול לו מה שמחלו לא' מהם מחלו לאמצע כאלו היה שלוחו ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו שמעצמם אמרו בלא שום פיוס שלא בקש אחד למחול לו שעתה אין כאן שליח מה שמחלו מחלו לו ואין דרך שאדם ימחול לחבירו בלא פיוס הלכך תלינן שבפיוס מחל והוי מחילה לשניהם ועוד ההיא דתוספתא מיירי שלח מחלו לו כל החוב מדקתני ואם אמרו בשביל פלוני מחלו לו דמשמע דמנכין לו מחלקו מה שמחלו והשאר יפרעו אבל הכא שמוכח מלשון המחיל' שמחל כל החוב אין לפרש שמחל לראובן שלא יגבה ממנו כל החוב אבל משמעון יגבה כל החיב דכיון דכתב המחילה

בסתם לכל השותפים מחל ועוד דאת"ל דלראובן מחל שלח יגבה ממנו אבל משמעון יגבה מה היה צריך ראובן למחילה זו בלא מחילה ילך ויגבה משמעון כו' עכ"ל הרי דאף ע"ג דמתחל' קאמר הרא"ש הטעם משום דסתמא ע"י פיוס מחל מ"מ בתר הכי מסיק דהכא כיון שמחל כל החוב לא דמי להך דתוספתא וא"כ אפי' ידוע שמחל שלא ע"י פיוס מחל גם לחברו מאידך תרי טעמי שמסיק הרא"ש. וגם בסמ"ע ס"ק י"ז כתב בפשיטות דאפי' היתה המחילה בלא פיוס מחל גם לחברו וכתב שמש"ה סתם הטור ומור"ם בכאן ולא זכרו האי חילוק שאם המחילה היתה ע"י פיוס או לא כו' ע"ש אך מ"ש בדעת מור"ם צ"ע דהא מור"ם מביא בד"מ דברי הב"י בסתם ולא השיג עליו גם כתב עוד אח"כ בד"מ לתרץ קושית הב"י דמ"ש הרא"ש בתשובה אחרת דלא מחל אלא לאותו שהזכיר מירי כשהי' ידוע שמחל בלא פיוס ולכך אמרי' דלא מחל לו רק חלקו עכ"ל ואולי הואיל וסתם דבריו בהג"ה חזר בו: גם מ"ש הב"י וד"מ שנראה מדברי הרא"ש דאם לא מחלו אלא מקצתו ואפי' ע"י פיוס לא מחל לחברו לא ירדתי לסוף דעתו דהרי מבואר להדיא מדבריו איפכא דהא מפרש התוספת' במחל מקצתו ואפ"ה קתני ברישא דמחלו לאמצע והיינו על ידי פיוס. ואפשר שכוונת הבית יוסף היה למה שכתב הרא"ש שם בתשוב' אחרת בה' שהיו קבלנין זה לזה ואחד מהם הוציא שטר מחילה לשנים מהם ואומרים שכיון שמחל לשנים מהם הכל מחול אין טענתו טענה אלא אותן שמחל להן פטורים וג' החלקים יגבה מידי דהוי אאם פרע לו מקצת שאין השטר פרוע ה"ה אם מחל קצת אין השטר מחול עכ"ל אבל על כרחך אין משם ראיה דהרי הוזכר שם בשאלה שמחל לשנים מאלו החמשה כל תביעה שהיה לו אצלם מחילה גמורה וא"כ הרי מחל להם כל החוב אלא ודאי מ"ש הרא"ש בתשובתו וה"ה אם מחל קצת אין כוונתו קצת מהחוב אלא קצת מהלוים וא"כ בעל כרחך צריך לתרץ דשאני התם כיון דמחל לב' ונחית למנינא לא מחל אלא להם וכן תירץ בתשוב' מהר"ר אלי' ז' חיים ס"ס ס' וז"ל אמנם מ"ש בה' שהיו קבלנים כו' גם בזה יש לחלק דהואיל ונחית למנינ' גלי דעתיה דלא מחל לכולם דאי מחל לכולם ה"ל למחול לחד מנייהו והוה משמע דמחל לכולם ומש"ה חשיב ליה מידי דהוה אפרע מקצת החוב דחייב עדיין בשאר ע"כ.

ודע דאית' בתשובה אחרת להרא"ש דאם מחל לא' מהלוים כל תביעה שיש לו עליו ששאר הלוים יפרעו חלקם ותי' הב"י דשאני התם כיון שלא הזכיר כל תביעות שיש לו מאותו שטר וכתב שכן מצא בספר חזה התנופה שהרגיש בזה והעלה שיש לחלק כן וגם הב"ת והסמ"ע הסכימו לתירוץ זה וכן בתשו' מהר"ר אלי' ן' חיים שם וכן בס' גדולי תרומה סוף שער מ"ד והוסיף בטעם הדבר כיון דנראה מתשובת הרא"ש שהכל

תלוי במה שנוכל לומר מתוך הענין דהוי כשליח וזה שייך דוקא כשמחל לו כל תביעות שמאותו שטר אבל כשהמלו' עשה לא' מחילה כללית על כל מין תביעה שיש לו בעולם עליו מבואר הדבר דמחילה זו אקרקפת' דההוא גברא מנח' ולא שייך בזה לומר דהוי כשליח לאחרים כי על תביעותיו מחל לו אפי' במה שאין לאחרים חלק בהם והוי כאומר בשביל פלוני מחלנו כו' וכה"ג כתב מהר"א ן' חיים שם דכיון שצירף עמו תביעות אחרות שאין בזה פטור לחבירו ה"נ לא אפטור מחלקו שהי' בשטר ועוד נ"ל טעם יפה לחלק דהא עיקר טעם הרא"ש הוא דאל"כ בלא מחילה ילך ויגבה משמעון וזה לא שייך כשמחל לו גם תביעות אחרות שהי' צריך ראובן למחיל' זו משום תביעות אחרות לכך כלל ומחל לו בסתם כל תביעות: ובס' גדולי תרומה שם הקשה על טעם זה של הרא"ש דאם כן בשני ערבים דלקמן סעיף ח' נמי נימא אם איתא דמחבירו גובה מה הי' צריך למחיל' זו בלא מחילה ילך ויגבה מחבירו כו' והניח בקושיא ולענ"ד לק"מ דאטו אם ימחול לאחד מן השוק נאמר דע"כ מחל ללוה שלו דאל"כ בלא מחילה ילך ויגבה מלוה שלו אלא ודאי לא אמרי' הכי אלא בשני לווין כיון שא' ערב בעד חבירו וכל א' וא' יש לו דין לוה וחבירו ערב בעדו אם כן הדבר ידוע מי שמחל ללוה מחל גם לערב אפי' הוא קבלן וא"כ אמרי' אם איתא כו' אלא ודאי מחל לו שלא יגבה גם מחבירו אבל בערבי' כיון שאינם ערבים רק בעד הלוה ואינם ערבים זה לזה ואע"פ שמחל לא' מהם נשאר החוב על הלוה א"כ היאך שייך לומר אם איתא כו' אלא ודאי מחל גם לחברו והרי עיקר השעבוד קיים על הלוה ומה ענין הערב השני לזה ודוק. עוד כ' בסמ"ע דדוקא כשא"ל במחילתו אני מוחל לך כל תביעות שיש לי עליך בזה השטר אבל אם א"ל סתם אני מוחל לך מה שלויתי לך עם חבירך בזה השטר לא יפטר חברו עכ"ל ולא ידענ' מנליה הא דהא כיון ששניהם לוים וקבלני' זה לזה ה"ל כאלו הלוה לא' מהן הכל וחברו ערב וא"כ כשאומר אני מוחל לך מה שלויתי לך עם חבירך גם חברו פטור וצ"ע. עוד כ' בסמ"ע דדוקא כשמחל לו המלוה בלא קבלת דמים אז אמרי' כיון דידע שהם שותפים בחוב והן כשלוחי' זה לזה מחל לשניה' אבל כשלא מחל לו אלא משום דפרע לו האי חלקו אף שמחל לו כל תביעה שיש לו עליו מזה השטר מ"מ אנו רואין שלא בשליחתו עשה מה שעשה אלא הוצרך ליתן לו מעותיו וסתמ' לא מחל אלא מחמת שפרע לו חלקו ולא מחל לחברו שעדיין לא פרע חלקו וכ"כ הב"י ושכ"כ הרא"ש עכ"ל והב"ח השיג עליו ובאמת בב"י משמע כהסמ"ע וכן נ"ל וכ"כ בתשו' מה"ר אלי' ן' חיים ס"ס ס' וגם לפי טעם שכתב הרא"ש דאל"כ בלא מחילה ילך ויגבה משמעון משמע דכשפרע לו לא מחל אלא חלקו דלא שייך לומר מה צריך למחיל'

זו דהכא לא מחל לו מרצונו הטוב אלא שפרע לו ולא רצה לפרוע לו עד שיתן לו כתוב שנמחל לו חלקו כדי שלא יוכל שוב לתבעו משא"כ כשמחל לו מרצונו וק"ל:

סעיף יח

שאז צריך לתבוע כל א' כו'. כתב הסמ"ע מור"ם לטעמי' אזיל שהסכי' בד"מ לפסק דב"י והמחבר שפסק לעיל בסעיף א' כן אבל כבר נתבאר דהרא"ש ס"ל דאפי' לא כתב ע"ק כנכתב דמי עכ"ל ולחנם כתב כן דהא פשיט' דקי"ל דלא כהרא"ש בזה כיון דכל הפוסקי' ראשוני' ואחרוני' חולקים עליו וכמ"ש בספרי ע"ש:

סעיף יט

אפילו שניהם כתובים בשטר א'. כן כתב בד"מ סי' ע"ו בשם תשובת רשב"א סימן אלף פ"ו וכן נרשם בכל ספרי הש"ע ובסמ"ע אבל באמת ליתא שם כן בתשו' רשב"א רק ז"ל שם שאלת אם מחל הא' כל חלקו שיש לו באותו שטר אם יהי' כולו מחול או לא תשובה אין מחול לו אלא המחצית שיש לו בו שהרי לא מחל לו בפירוש אלא החלק שיש לו ואפי' מחל את הכל אין חלק חבירו מחול דלתבוע ולדון שויה שליח למחול לא שויה שליח עכ"ל ונרא' דמשמע ליה להר"ב כן דבתשו' שלפני זה בסי' אלף פ"ו שקיל וטרי אם א' כתוב בשטר ואם השטר יוצא על שניהם נראה שכל א' מהם יכול לתבוע הכל כו' ומשמע ליה להר"ב דבתשובת שאח"כ קאי אדסמיך ליה דהיינו אם השטר יוצא על שניהם אבל אין זה הכרח כל כך גם לישנא דלתבוע ולדין שווייה שליח כו' משמע שמחל לו אותו שלא נכתב השטר על שמו והיה בא בשליחות חברו ג"כ דאם מחל אותו שנכתב בשטר לא שייך לומר שויה שליח שהרי הוא בעל השטר עצמו. גה בב"י הי' קע"ו מחו' כ"ט הביא ל' תשו' רשב"א ואפי' מחל לו הכל בפי' אע"פ שנתן לו הרשאה אין חלק חברו מחול עכ"ל משמע מזה דאותו שלא נכתב על שמו מחל והי' בא בהרשאת חברו ג"כ ואין לומר דכי היכא דהי' בא בהרשא' אינו יכול למחול ה"ה היכא שהשטר כתוב על שניהם דהא בלאו הכי יש חילוק בין שליח לשותף דהשליח שטעה קי"ל לקמן סי' קפ"ב סעיף ג' אפי' בכל שהוא המקח בטל שיאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ובשותפין לא שייך לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי כדלקמן סי' קע"ו וא"כ שפיר יש לחלק בינייהו דבשלמא כשבא בהרשא' אינו אלא שלוחו ואמרי' לקמן סי' קכ"ג סעיף ה' הבא בהרשא' שמחל אינו כלום שזה יאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל בשותפים שדרך הוא שכל א' וא' יש לו כח לעשות מה שירצה הוה כאלו התנה עמו בין לתקן בין לעוות דמועיל מחילתו וכדלקמן סי' קכ"ג שם ומדברי תשובת מהר"מ שבתשוב' מיימוני לספר נזיקין ס"ס י"ב משמע לכאורה דשותף אינו

יכול למחול דכתב שם על ב' שותפים שפטרו לעכו"ם בלא השלישי משלמים שניהם לשלישי הפסדו וכן משמע בתשו' מהר"מ שבמרדכי פ' הגוזל בתרא בשותף שאנסו השר לפטור החוב דכתב דוקא אנסו השר פטור אבל אם פטרו מדעתו חייב לשלם ומביאו הר"ב לקמן סימן שפ"ח ס"ד בקצרה ואם איתא דשותפים ה"ל כאלו התנו בין לתקן בין לעוות אמאי צריכים לשלם מיהו י"ל דהתם מיירי שנסתלקו זה מזה אלא שמתחלה היו שותפים א"נ י"ל נהי דיש בידו למחול היינו דהוה כאלו התנו כך שכל א' יכול לעשות מה שירצה ואם יעוות ישלם לחבירו חלקו דאל"כ אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני אלא ודאי לגבי אחרים כל מה ששותף אחד עושה כאלו שניהם עושים אבל לגבי שותף חברו אם הוא פוטר או מוחל צריך לשלם לו חלקו וצ"ע:

סעיף כ

י"א שיכול כו'. הא דכתב בל' י"א היינו משום דיש אומרים דאפי' בלא מחילה אינו יכול לגבות רק חצי החוב מהאחר וכדלקמן סי' קל"ב אבל חצי החוב גובה מהאחר לכ"ע אע"פ שמחל לערב א' ואינו דומה לשני לווין קבלנין שבסעיף ו' בהג"ה דשאני בערב שאף שמחל לו נשאר עיקר החוב על הלוה וכן הוא בתשובת הרא"ש ובטור ולפ"ז כשאין להערב שמחל לשלם יכול לגבות כל החוב מהערב השני לכ"ע דבכה"ג כ"ע מודה דגובה מהערב השני כדלקמן סי' קל"ב סעיף ג' וע"ש:

סעיף כא

ובא א' מהן. עמ"ש לקמן ס"ס קכ"ב:

סעיף כב

אין שומעים לו כו'. כתב הע"ש והסמ"ע דוקא ליתן חלקו א"י להכריחו אבל צריך לדון עמו על חלקו אפי' אין שותפו בעיר וכמו שכתב הטור והמחבר לקמן סוף סי' קכ"ב עכ"ל ואין זה נלפע"ד כמ"ש לקמן ס"ק כ"ה ע"ש.

סעיף כג

ושמע ולא בא. משמע הא ידעינן דלא שמע אף שהוא בעיר אין צריך ליתן לו לזה הבא עד שיודיעוהו עכ"ל סמ"ע וזה פשוט וכך ה"ל לכתוב משמע הא אם לא ידעינן דשמע כו' והיינו אפי' בסתמא לא יתן לו עד שיתברר ששמע ודוק:

סעיף כד

צריך ליתן לזה התובע הכל דאמרי' ודאי ניחא ליה שיתנו לזה ושליחותי' קעביד האי.

סעיף כה

וכל זה בשנים כו' צריך טעם מה חילוק יש בין שנים שהפקידו לא' שהפקיד ומת והיו לו ב' בנים וגם מנ"ל להר"ב לחלק בכך ואי משום שכ' הרשב"א בתשו' סי' אלף ק"ב דמי שהפקיד ומת והי' לו ב' בנים נותנים לאחד חלקו ומביאו ד"מ אין מזה ראיה דאפי' חלקו וחלק אחיו יכול לתבוע להרשב"א כמ"ש הב"י משמו ונראה דהרשב"א לטעמיה אזיל (ואע"ג דנראה דהך דסי' אלף ק"ב הוא תשוב' מהר"מ מ"מ י"ל דמהר"מ ס"ל כהרשב"א וגם בב"י כ"כ בשם תשובת הרשב"א ע"ש) דגם בשני שהלוו או שהפקידו ס"ל דיכול א' לתבוע הכל ומחויב ליתן לו הכל וכדמשמע להדיא מדבריו בתשו' סי' אלף פ"ב ואלף פ"ו ומביא' ב"י וטעמי' שהוא מפרש הירושלמי היפך מה שפי' הרא"ש והר"ן אלא כמו שפי' הראב"ד דאם א' מהשותפים תובע הכל מחויב ליתן לו הכל וכמ"ש הר"ן בהדיא בס"פ שבועת הפקדון שהרשב"א מסכים לדברי הראב"ד ע"ש אבל לדידן דקי"ל דבשותפים א"י לתבוע אפי' חלקו עד שיבא חבירו י"ל דה"ה לאחים. ומ"מ החילוק לדעת הר"ב נראה דהוא בשותפין כיון שהלוו לכתחלה שניהם ביחד א"כ מתחלה מיד נתחייב לשניהם לא' הכל כמו לחבירו אבל מאחים מעולם לא נתחייב להם רק עכשיו נתחייב לכל א' וא' החצי ויותר נראה לחלק דבשותפין לא נודע של מי הממון ואפשר שהוא כולו של אותו שאינו כאן וכן מדוקדק בל' הרא"ש והר"ן שכתבו מפני שלא הי' חייב ואינו רשאי ליתן לא' מהן חצי מן הממון עד שיבא חבירו עמו ויתן לשניהם עכ"ל ולא כתבו ואין רשאי ליתן לא' מהן חלקו כו' משמע שאין חלקו ידוע ולזה דקדק הטור וכתב שנים שהלוו או הפקידו כו' ולא כתב שותפים שהלוו כו' וכדאיתא בירושלמי אלא בא לומר דהך שותפים פירוש שהלוו ביחד אבל אינו ידוע שהם שותפים בשוה אבל באחים כשמת אביהם הרי נודע שהוא של שניהם בשוה לכך נותנים לו חלקו (שוב מצאתי בס' גדולי תרומה דף קצ"ט ע"ד כתב חילוק זה) ולפ"ז גם בשותפים כשנודע שהממון הוא של שניהם בשוה נותנים לו חלקו וכן עיקר. ובזה א"ש מ"ש הטור והמחבר לקמן ס"ס קכ"ב בפשיטות דאף כשאינו בעיר יכול לתבוע חלקו דדוחק לומר כמ"ש הע"ש והסמ"ע דדוקא ליתן לו חלקו א"י להכריחו אבל צריך לדון עמו על חלקו אפי' אין שותפו בעיר דכיון שאין יכול להכריחו ליתן לו חלקו (וגם א"י להכריחו להניחו אפי' ביד ב"ד) למה יתחייב לדון עמו יאמר הלא אפי' אתחייב אני לך א"צ ליתן לך כלום ומה צורך לדון עמך ועוד דמדברי הרא"ש והטור לקמן ס"ס קכ"ב משמע להדיא בפשיטות דצריך ליתן לו חלקו ע"ש גבי מה שכתבו שיאמר לו מאן פליג לך כו' וכן משמע מדברי ב"י שם וכאן פסקו הרא"ש וטור וב"י דא"צ ליתן לו חלקו אלא ודאי התם מיירי שחלקו ידוע ולא

מיירי התם אלא אם צריך לדון עמו על השאר או לא ובזה ניחא נמי דבסוף שער מ"ד כתב הבעה"ת גבי האי דינא דלקמן ס"ס קכ"ב היכא דאיתי' במת' וז"ל ומיהו דוקא לדון על הכל יכול לכופו אבל אם טען הלוה אם יצא חייב או שאין ביניהם דין אלא שמודה חובו ולשותפו וטען שלא יתן כ"א חלקו אבל חלק שותפו יתן ביד ב"ד הרשות בידו עכ"ל וזה סותר למה שכתב הרא"ש וטור כאן וגם בעל התרומות גופיה כתב שם לעיל בשם הרמב"ן ובכולא נמי משתעי דינא בהדיה ואי אודי ליה יהיב ליה כולה ממונא אלא ודאי כאן מיירי שאין חלקו ידוע הלכך כי ליתא במתא א"צ ליתן כלום אבל לקמן מיירי בשחלקו ידוע הלכך יכול להניח החצי ביד ב"ד אבל המחבר שכתב כאן אדברי הטור ואם טען שחלק שותפו יתן ביד ב"ד כו' נראה מדבריו דס"ל דבכל ענין יכול להניחו ביד ב"ד וכן נראה מדבריו בב"י ונ"מ שאם כבר נתן לו כולו תו לא מצי חברי' למיתבעי' כיון שהיה בעיר אבל לפעד"נ עיקר כמ"ש:

סעיף כו

והיו לו ב' בנים כו'. ע"ל סי' קע"ה ס"א בהג"ה:

סעיף כז

לוה משנים כו'. ע"ל סימן נ' בהג"ה וסי' ס"א סעיף ד' וסי' קע"ו סעיף ל"ד ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קל"ב:

סעיף כח

וה"ה אם שניהם כתובים בשטר כו'. ואם טען שפרע להשני ע"ל ס"ס ע"א ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קל"ו:

סעיף כט

לפרוע החצי מכתובתה. אם מת בעלה או שנתגרשה ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן כ"ד ואם חייבת למכור כתובתה בחיי בעלה בטובת הנאה ע"ל סי' תכ"ד סעיף י':

סעיף ל

חוזרים ונפרעים כו'. עיין בעיר שושן דהיינו דוקא במקום שנושאין ונותנין הנשים בממון בפני עצמן דאל"כ נהי דהמלוה מצי לגבות ממנה החצי מ"מ מסתבר שאין הבעל ויורשיו נפרעים ממנה אלא נאמנת לומר שבעלה לקח כל הממון והיא נכנסה ע"ק ומביאו הסמ"ע:

סעיף לא

והרי הם בטענות הללו כב' לוין כו'. ע"פ האופנים שיתבארו לקמן סימן ק"ל סעיף ג' ד' ועיין מה שכתבתי שם וע' בתשו' מהרשד"ם סי' ר"ו ור"ח:

סעיף לב

לפי שלוי כו'. עיין בא"ע ס"ס צ':

סימן עח

סעיף א

ותבעו תוך הזמן. היינו כשתובע טוען ברי אבל לא כשטוען שמא מרדכי ריש ב"ב ד"מ א' עכ"ל סמ"ע ובאמת במרדכי שם מספקא ליה וגם משמע שם דלא פסק דהנתבע פטור אלא בצירוף טעמים אחרים ברורים ולא סמך על זה לחוד וז"ל ועוד חזקה אין אדם פורע תוך זמנו אולי לא מהני ליה אלא היכא דאיכא ברי וברי אבל הכא טוענים היורשים שמא ועוד דדבר פשוט הוא דהכא דמי לתבעוהו אחר זמנו כו' ע"ש וגם בד"מ העתיק לשון המרדכי אפשר דלא אמרינן חזקה זו כשטוענים שמא כו' ע"ש וגם באמת נראה לפי עניות דעתי עיקר לדינא דאפי' כשטוענים היורשים שמא שייך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו והכי מוכח בתשובת הרא"ש שהביא הטור לעיל סי' ע"א סעיף כ"א גבי יורשי ראובן שתבעו לשמעון בשטר שמת ראובן תוך הזמן כו' וז"ל ואף על גב דהקובע זמן לחברו אינו נאמן לומר פרעתי תוך הזמן כיון שיש עדים שפרע אין להכחיש העדים בשביל חזקה זו והעדים צריכים דרישה וחקירה כו' ע"ש:

סעיף ב

אפי' קטנים כן היא הסכמת הפוסקי' ועיקר ודלא כמו שכתב מהר"ש כהן ס' ב' סי' קי"ג ובתשו' השייכי לס"ב סי' כ"א דכיון דאיכ' פלוגתא דרבוות' לא מפקי' מיתומי' קטנום ע"ש וגם בתשובת מהר"י ן' לב ס"ג סי' ל"ה פסק כהמחבר דלא מצו היתומי' קטנים לומר קים לי וכ"פ בתשובת מהרשד"ם סי' קצ"ו ותנ"ד לא מצו היתומי' קטנים לומר קים לי אלא דקי"ל דנזקקים לנכסיהם ע"ש וכ"פ בתשובת מהר"מ אלשיך סי' קל"ז ע"ש וכ"פ הב"ח ועיין עוד בתשובת מהרשד"ם סי' ר"ח שפסק דדוקא כשמתחל' נעשה הז"פ כך אבל אם הגיע הז"פ בחיי הלוה והמלו' נתחסד עמו והאריך לו הזמן וויתר לו מן החוב אין נפרעים מיתומים קטנים ע"ש ואין דבריו נראי' בזה אלא כיון שהי' בתוך הזמן בכל ענין נפרעים מהן:

סעיף ג

אם היו כו' והעמיד כו'. משום יתומי' קטנים בעינ' הכי דאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד וקטנים כשלא בפניו דמי אבל ביתומי' גדולים אפי' בעדות בעל פה מקבלים בפניהם וגובים מהם וכמו שנתבאר לקמן ר"ס ק"ח:

סעיף ד

מלוה בשטר כו'. כתב הסמ"ע משמע דבשטר אין צריך קבלת עדים מחיים והיינו טעמא מדקיימינן השטר אפי' שלא בפני בע"ד ואף להטור בשם הרא"ש לקמן סי' ק"י כו' וליתא אלא להרא"ש שם בעינ' כאן שנתקיים קודם שמת וכמו שכתבתי לקמן סי' קי"ח ס"ק י' [ק"י ס"ק י"ב] ע"ש:

סעיף ה

ובלבד שיש עדים כו'. דין זה למדו התו' והרא"ש ופוסקי' מלקמן סעיף ד' ועמ"ש שם ותלמוד לכאן:

סעיף ו

שאם אין עדים כו'. ואם יש עד א' על הזמן והוא אומר פרעתיך תוך זמנו הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכן כתוב בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק ל"א ע"ש:

סעיף ז

הוחזק כפרן. צ"ע למה הוחזק כפרן והא יכול לומר ודאי פרעתיך תוך זמני אלא שמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפרעך אחר זמני ומה"ט מספק' ליה לרבינו יקר במרדכי שם בזה ע"ש:

סעיף ח

אבל אם היו מעות מופקדים כו'. לכאור' הרא"ש בתשובה ריש כלל פ"ו והטור והמחבר לקמן סי' ק"ח ס"ד חולקים ע"ז ויש לחלק דשאני התם כיון דבחצי המלוה אינו נאמן לומר החזרתי גם בחצי האחר שיש לה דין פקדון אינו נאמן דמאן פלג ליה ועוד יש לומר דדוקא כשאין לו הנאה מן המעות וכמו שכתבתי לקמן בשם מהרי"ו משא"כ התם דיש לו הנאה מן המעות דהרי חלק הפקדון משועבד לחלק המלוה להשלים החסרון וע"ש:

סעיף ט

ועוסק בהן לצורך אחרים ואין לו הנאה מן המעות כן הוא במהרי"ו שם עיין בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' כלל י"ז סי צ"ד:

סעיף י

הוי כשאר פקדון כו'. עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' ע"ד דבפרעון סחורה לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ע"ש וצ"ע לדינא דמדברי הגהת אשר"י ס"פ השואל ותשובת מהרי"ו משמע דוקא פקדון כיון שאסור ליגע בו וכן בעוסק במעות פקדון לצורך המפקיד דוקא ואין לו הנאה ממנו הוא דעביד דפרע תוך זמנו אבל היכא דאית ליה הנאה אין אדם פורע תוך זמנו ואם כן ה"ה פרעון סחורה:

סעיף יא

ושכירות כו'. וסיים שם וכן הדין בפדיון הבן עכ"ל סמ"ע ומתניתין היא ונתבאר בי"ד סי' ש"ה סי"ד:

סעיף יב

כל קונטרס מיד זמנו הוא. לכאורה משמע דר"ל דאחר כל קונטרס נאמן לומר פרעתיך וכן משמע בעיר שושן שכ' וז"ל כל קונטרס זמנו מיד הוא ויכול לומר על כל קונטרס פרעתי עכ"ל אבל באמת נלפע"ד דאפילו על שאר הקונטרסים שלא כתב עדיין נאמן לומר בסוף הזמן פרעתיך מתחלה בעד כולם דהכי מוכח לפע"ד בש"ס רפ"ק דבתרא (דף ה' ע"ב) דפריך התם אריש לקיש דאמר חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ממתניתין דקתני בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן היכי דמי אילימא דא"ל פרעתיך בזמנו פשיטא בחזקת שנתן אלא לאו דא"ל פרעתיך בתוך זמני אלמא עביד אינש דפרע בתוך זימניה שאני הכא דכל שפא ושפא זימני' הוא ויש לדקדק למאי דמשני שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא הדרא קושיא לדוכתא פשיטא בחזקת שנתן כיון דזימניה הוא ודוחק לומר דמתני' אשמועינן דכל שפא ושפא זימניה הוא דכי אצטרך ליה לתנא לאשמועינן מנהגי הפרעון ועוד דהל"ל הא קמ"ל דכל שפא ושפא זימניה הוא ומדקאמר שאני הכא כו' משמע דזה פשוט בלאו הכי דכל שפא ושפא זימניה הוא וא"כ ק' פשיטא אלא ודאי ה"פ לפי דר"ל ואביי ורבא פליגי דר"ל ס"ל חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ואביי ורבא קאמרי התם דעביד אינש דפרע בגו זימניה זימנין דמתרמי ליה זוזי אמר איזול איפרעיה כי היכא דלא ליטרדן כלו' שלא יטרד אותי המלוה בהגעת הזמן ופריך ממתני' לר"ל ומשני שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא כלומר נהי דר"ל פליג אאביי ורבא היינו בהלואה כיון דא"צ לשלם לו אלא בסוף הזמן משום טרד' דיום א' לא עביד אינש דפרע קודם זמנו אבל הכא כל שפא ושפא זימניה הוא ויש לו טרדא בכל שפא ושפא וא"כ עביד אינש דפרע מעיקרא בעד כל הכותל כי היכי דלא לטרדיה בכל שפא ושפא כן נלפע"ד ברור פירוש' דשמעתא וא"כ ה"ה בקונטרסים הואיל וכל קונטרס זמנו הוא עביד אינש דפרע מעיקרא בעד כל הקונטרסים כי היכא דלא לטרדיה בכל קונטרס שהרי במרדכי לקוח דין זה דקונטרסים מהא דמשני בש"ס כל שפא ושפא זימניה הוא: מיהו בטור לקמן סי' קנ"ז סעיף כ"ד לא משמע כן שכתב וז"ל אפי' שטוען שפרעו קודם שגמר בענין הכותל נאמן ואין כאן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דבכל שורה ושורה זמנו הוא ולאו דוקא בכל שורה ושורה אלא ה"ה קודם גמר השורה עכ"ל ומדאצטריך למימר ולאו דוקא כו' משמע דקשיא ליה דאף למאי דמשני דכל שפא ושפא זימניה הוא מ"מ הרי

הוא לא השלים שורה אחרונה וא"כ בשורה האחרונה תוך זמנו הוא וניחא ליה דה"ה קודם גמר השורה וכ"פ הב"ח שם ואם איתא הא כיון דכל שפא ושפא זמנו הוא אע"פ שלא השלים השורה האחרונה או אפי' לא התחיל בה כלל או אפי' בשורות שקודם לה נאמן לומר פרעתיך בעד כולם כי היכא דלא ליטרדן וכדפי' ואפשר לדחוק ולפרש דברי הטור בענין אחר ומ"מ לענין דינא נראה לפי עניות דעתי ברור כמ"ש ודוק. ואף לדידן דקי"ל מספיקא לא מפקינן ממונא ובלא"ה נאמן אחר זמנו לומר פרעתיך תוך זמני במגו דפרעתי עתה מ"מ נ"מ היכא דלית ליה מגו כגון ביומו דמשלם זימניה לסברת התוס' וסייעת' דלקמן או שטען מיד בתחלת יומא דמשלם זימניה פרעתיך בתחלת הכתיבה בעד כל הקונטרסים להבא או כגון שיש עדים שלא פרע לו אחר הזמן כגון שלא זזה ידם מידו אפ"ה נאמן לומר פרעתיך קודם לכן בעד הכל משום דבהא גם ר"ל מודה וכדפרישית כנלפע"ד ברור:

סעיף יג

אם מת כו'. ע"ל סי' קי"ד סעיף ד' דאף אם הלוה חי יש פלוגתא בזה ועמ"ש שם:

סעיף יד

וי"א שצריך ואינו דומה ליתמי דגבינן מנייהו בלא שבועה כנ"ל משום דביתמי אם איתא דפרעיה הוה פקיד והיו טוענים היתומים כן בבית דין משא"כ בלקוחות דאיכא למימר דפקיד ואינן יודעים מצוואתו ובע"ש כ' הטעם דאביהן אינו חש לטובת הלקוחות מ"ה לא פקיד בשעת מיתה ומ"ש נראה עיקר עכ"ל סמ"ע ולפע"ד יפה כוון הע"ש דמשמע דלהי"א שצריך אפי' הלוה בפנינו ומודה שלא פרע וכ"כ בסמ"ע גופיה לקמן סימן קי"ד ס"ק י"ד וכ"ש כשידוע שלא צוה הלוה כלום ותו לפי מ"ש לקמן דאם הלוה חי ואומר שפרעו אין המלוה צריך לישבע קודם פרעון א"כ הא אפי' פקיד א"צ לישבע וא"כ אמאי בלקוחות ישבע אלא ודאי ה"ט דביתמי אמרי' אם איתא דפרעי' הוה פקיד והיה מברר דבריו לטובת היתומים אבל בלקוחות אינו חש לטובת הלקוחות לברר דבריו ודו"ק ועי' במע"מ ריש ב"ב (ע' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ק"ך):

סעיף טו

וי"א דאינו צריך כו'. נראה מדברי הרב דר"ל דאין צריך שבועה כלל אפי' לאחר פרעון וכן משמע בטור וכן מוכח להדיא בבעל התרומות שער ט"ז ח"ב דלסברא זו אין צריך שבועה כלל (ודלא כהב"ח שהשיג על הטור בזה שלא כדת) ועוד דאל"כ ע"כ לסברא הראשונה צריך לישבע קודם פרעון וסברא זו לא נמצא בשום פוסק ואדרב' בהרא"ש איתא שצריך לישבע היסת והיינו ע"כ לאחר פרעון דלעולם לא תמצא היסת קודם פרעון

וכ"כ הב"ח דדעת הרא"ש דצריך לישבע היסת לאחר הפרעון (ומ"ש במרדכי והגהת אשר"י בענין כיוצא בזה היסת ע"כ ט"ס הוא או שהמרדכי אזיל לטעמיה דכתב בפ' האיש מקדש דהיסת נתקנה בימי התנאים א"כ לשבועת המשנה נמי היסת קרי ליה ע"ש) ואף אם ימצא בשום פוסק דס"ל דצריך לישבע קודם פרעון מ"מ ה"ל להר"ב להביאו בד"מ אלא נראה כוונתו כדפי': אך קשה לפ"ז על הר"ב דכאן פסק דא"צ לישבע כלל ולקמן ר"ס שי"ז סתם כהמחבר דצריך לישבע לאחר הפרעון ודוחק לחלק בין שכירות להלואה ואדרבה בסמ"ע שם ס"ק ג' איתא דשכירות עדיף יותר לתובע ע"ש וכן משמע להדיא בתוס' ס"פ השואל ובתוס' ובנ"י רפ"ק דב"ב שכתבו דאפי' אביי ורבא דפליגי בהלוא' מודים בשכירות דאינו נאמן לומר פרעתי תוך זמני ע"ש ודוחק לומר דכאן איירי בשטר דוקא דכיון דקמסייע ליה שטרא א"צ לישבע לאחר פרעון ועוד דלענין אחר פרעון ודאי דאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ וצ"ע:

ולענין דינא נראה עיקר כמו שפסק הב"י דקודם פרעון א"צ לישבע אפי' במלוה ע"פ רק יחרים סתם ולאחר פרעון צריך לישבע היסת אפי' במלוה בשטר (וגם הע"ש השמיט האי וכן העיקר) דכיון דהתוס' ומרדכי והגהת אשר"י כתבו דא"צ לישבע (וכ"כ הרמב"ן בחדושיו ומביאו הנ"י בסתם) א"כ י"ל דגם הרא"ש מודה להם דאין צריך לישבע קודם פרעון והם מודים להרא"ש דצריך לישבע אחר פרעון וכ"כ הב"ח וכ"כ בעה"ת שם דאיכא מ"ד דישבע היסת ומפטר ושכן דעת רבינו חננאל ע"ש וודאי דר"ל לאחר פרעון וכן משמע לשון ומפטר ונלפע"ד דהר"ב שהכריע כסברא האחרונה נמשך אחר הב"י (וכן נרשם בש"ע שס"ז ושאר דפוסים) שכתב שהרמב"ם סובר כמ"ד דאין צריך לישבע א"כ הכי נקטינן אלא לפע"ד אדרבה הרמב"ם סובר כהרא"ש שהרי כתב בפ"ז מה' שכירות דצריך לישבע לאחר פרעון (וכ"פ ר' ירוחם נתיב י"ב חלק ב' והטור והמחבר לקמן ר"ס שי"ז) א"כ כ"ש בהלואה ומה שהביא ב"י ראיה מדברי הרמב"ם שכתב דבע"א מעיד שהוא פרוע והוא תוך זמנו נוטל בלא שבועה אינה ראיה דלא מיירי התם אלא משבועת המשנה דקודם פרעון כדין עד אחד מעידו שהוא פרוע לאחר זמנו וכן משמע יותר ברמב"ם גופיה ע"ש ר"פ י"ד מהלכות מלוה אבל אה"נ דצריך לישבע היסת לאחר פרעון אם כן הא המחבר גופא כללא כייל בכמה דוכתי דהיכא דהרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעת אחד הכי נקטינן וכל שכן הכא דר"ח ושאר רבוותא הכי ס"ל וגם תשובת הרי"ף שהביא בבעה"ת שם לא מכרעא כ"כ די"ל דלא קאמר הרי"ף אלא דאין צריך לישבע על כתובתה קודם פרעון אבל לאחר פרעון צריך לישבע וטעם הדבר דהך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו משוי ליה כאלו המלוה מוחזק בממון ודומה לחזקה דשלש שנים דמקרי

חזקה כיון דלא מיחה ג' שנים חזקה שמכר לו או שהוא שלו ואפ"ה צריך לישבע היסת וכדלקמן ר"ס ק"מ ועמ"ש שם אלמא דלא אלימא חזקה לאפוקי משבועת היסת וה"ה הכא וכן עיקר:

סעיף טז

ה"מ כשתבעו בסוף היום כו'. דברי המחבר צ"ע דאף שכ' הטור בסוף זמנו לא לענין פרעון ביומו כתב כן דאם כן קשה דידיה אדידיה דהא בריש סי' זה כתב דאם אמר בתחלת היום שפרע אינו נאמן משמע הא אחר תחלת היום נאמן לומר כן אלא נקט סוף היום משום דכתב עליה נאמן לומר פרעתיך בתוך זמנו במגו דאי בעי אמר היום פרעתיך ובזה אינו נאמן כ"א בסוף היום דאז דוקא יש לו מגו דאי בעי אמר היום בתחלת היום התחלתי למנות לך המעות (זה הוא ללא צורך) ופרעתיך ושכחת משא"כ כשעומד באמצע היום דכלו' הזמן דניחא ליה טפי למימר פרעתיך בתוך הזמן ממה שיאמר היום פרעתיך דאין מדרך העולם לשכוח הפרעון בזמן קצר כזה והוה ליה מגו דהעזה וכן כתבו התוס' ובעל התרומו' בהדיא ע"ש ודוק עכ"ל סמ"ע וכן כ' הב"ח באריכות ע"ש ואין דבריהם נלע"ד דאם איתא דטעמא דהטור ובעה"ת הוא דסבירא ליה דזה הוי מגו דהעזה אם כן אפי' בסוף היום נמי כי טען פרעתיך תוך זמני אינו נאמן דהוה ליה העזה לומר פרעתיך היום ושכח הפרעון של אותו היום ואין טעם לחלק בין מקצת היום לסוף היום לענין העזה וכן מוכח להדיא בתוס' והגהת אשר"י דכל היום אינו נאמן לומר פרעתיך תוך זמנו במגו דפרעתיך היום ע"ש ודו"ק אלא ודאי מ"ש הטור ובעה"ת סוף היום הוא ג"כ לענין פרעון ביומו וס"ל דה"ה אם טוען פרעתיך היום אינו נאמן אלא כשטוען כן בסוף היום וכמו שהבין המחבר מדבריהם וכן משמע פשט לשון הטור שכתב תבעו ביום שנשלם הזמן בסופו נאמן לומר פרעתיך היום דעביד אינש דפרע ביומו דמשלם זימניה וא"כ כי אמר נמי בסוף היום פרעתיך תוך זמני נאמן במגו דפרעתיך היום והכי משמע נמי להדיא ממה שכתב הבעה"ת שער ט"ז ח"ב וז"ל הענין הרביעי שתבעו אחר זמנו או בסוף היום שנשלם בו זמנו וטוען שפרעו בזה היום כמו כן נשבע היסת ונפטר דעביד אינש דפרע ביומו דמשלם זימניה ע"כ הרי דלענין פרעון ביומו כתב ג"כ סוף היום ומ"ש הסמ"ע דא"כ קשה דידיה אדידיה דהא בר"ס כתב תחילת היום כו' כבר הרגיש בב"י בזה וכתב דמ"ש תחילת היום הוא לאפוקי סוף היום ע"ש אלא נראה לפע"ד דהבעה"ת והטור חולקין על סברת התוס' וס"ל דאין חילוק בין פרעון ביומו ובין פרעון תוך הזמן דקודם סוף היום אפי' טוען פרעתיך היום אינו נאמן ובסוף היום אפי' טוען פרעתיך תוך זמני נאמן במגו דפרעתיך היום והיינו כסברת הרמב"ן בחידושיו ריש בבא בתרא

שהשיג על הראב"ד (וע"ש בהרמב"ם משמע להדיא דלהראב"ד אין חילוק ואפי' בסוף היום אינו נאמן לומר פרעתיך תוך זמני במגו וכמ"ש לדעת התוס' והגהת אשר"י ע"ש ודו"ק) ומביאו הנמוקי יוסף ולא יכולתי לעמוד על סוף דעת הרב בבדק הבית שכ' שדעת התוספת והראב"ד בבעה"ת כו' דאדרבה נהפוך הוא ומ"מ נלפע"ד דאין דברי המחבר מוכרחי' מטעם אחר דהא לפי דבריו בע"כ צ"ל דמ"ש הטור ובעה"ת ברישא תחלת היום הוא לאו דוקא וא"כ טפי מסתבר לומר דמ"ש בסוף היום הוא לאו דוק' ולא באו אלא לאפוקי אם טוען מיד בתחלת היום פרעתיך דאז בע"כ שכוונתו שפרע תוך הזמן דהא עכשיו התחיל היום והכי משמע פשטא דש"ס בהשואל דעביד אינש דפרע ביומו דמשל' זימניה דבכל היום נאמן לומר פרעתיך היום והיינו דלא לשתמיט חד מהפוסקים לחלק בין אמצע היום לסוף היום ומ"ש הב"ח דמדברי הרמב"ם פי"ד מה' מלוה משמע דמחלק בכך לפע"ד לא משמע מידי ע"ש גם מדברי הרב בב"ה משמע להדיא דאין הרמב"ם מחלק בכך ע"ש וכן נלע"ד עיקר לדינא: אך לענין מגו נראה לפע"ד דמתחלת היום ואילך עד סוף כל היום הוי ספיקא דדינא כשטוען פרעתיך תוך זמני אי נאמן במגו דפרעתיך היום וכמ"ש דלהתו' ואשר"י והראב"ד אינו נאמן ולהרמב"ן ובעה"ת וטור נאמן וכן דעת בעל העיטור דף ס"ד סוף ע"ב ואם כן המע"ה כן נראה לפי עניות דעתי:

סעיף יז

אבל ליתמי דידיה לא טענינן. שפרע ביומו דמשלם זימני' אפי' במלוה ע"פ או בשכירות ומכל מקום נראה לפי עניות דעתי דלמ"ד לקמן סי' ק"ח סעיף ד' דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא א"כ ה"ה הכא והיינו שכתב הנ"י דין זה בלשון כתב הראב"ד משום דהנ"י גופיה ס"ל בפרק המוכר את הבית דטענינן ליתמי נאנסו ונרא' שלכך כ' גם הר"ב דין זה בלשון וי"א כו' אע"פ שאפשר לחלק בין נאנסו להך דהכא מכ"מ נראה לפע"ד לדינא עיקר דטענינן ליתמי כל דבר וכמ"ש לקמן ס"ס שס"א ודוק:

סעיף יח

שפרעו בזמנו. אפי' תוך זמנו:

סעיף יט

נשבע הלוה היסת ונפטר במגו. דאי בעי אמר פרעתיך אחר זמנו והוא בעיא בש"ס אי אמרי' מגו במקום חזקה ולא איפשטא ופסקו הפוסקים קולא לנתבע ולפ"ז אם תפס המלוה אפי' בעדים לא מפקינן מיני' אם הוא בהנך גווני דמהני תפיס' בבעיא דלא איפשטא וכמ"ש בספרי תקפו כהן סימן ע"ה ע"ש עוד נ"מ אם תפס שלא בעדים דא"צ לישבע מטעם דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו ואף במ"ש לעיל סעיף ב' ס"ק ט"ו דצריך

לישבע לאחר פרעון מ"מ נ"מ בהא בעלמא בתופס אע"ג דאית ליה מגו צריך לישבע בנק"ח קודם פרעון כדלעיל סי' ע"ב וכמה דוכתי משא"כ הכא כשטוען שפרעו תוך זמנו נלפע"ד דאינו נשבע אלא היסת לאחר הפרעון ודו"ק:

כתב הרמב"ן בחדושיו פרק חזקת הבתים גבי הא דאמרינן התם (דף מ' ע"א בש"ס) גבי קנין אי כמעשה ב"ד דמי וז"ל פירוש משום דקיימא לן מעשה ב"ד כמאן דכ' דמי וטריף ממשעבדי ומ"מ יכול למימר פרעתי אפי' קבעי ליה בי דינא זמן דעביד אינש דפרע בגו זמניה דבית דין וכדאמרי' בפרק שנים אוחזין (ריש די"ז) בא מלוה לכתוב אין כותבין ונותנין לו דחיישינן דילמ' פרעי' עכ"ל משמע דס"ל דדוק' בקובע זמן לחבירו אמרי' אין אדם פורע תוך זמנו אבל לא בב"ד שקובעים זמן ולא ידעתי מנ"ל הא ומה שהביא מפרק שנים אוחזין לאו ראיה היא כלל דהתם לא קבעי ליה בי דינא זמן אלא אמרו לו חייב אתה ליתן לו או צא תן לו מיד וצ"ע:

סימן עט

סעיף א

וכפר בב"ד. לאפוקי חוץ לב"ד וכדלקמן סעיף ט':

סעיף ב

הרי זה חייב לשלם כו'. בתשו' מבי"ט חלק ב' סימן ט"ז פסק דכשאומר להד"ם ועדים מעידים שלוה וחזר ואמר בב"ד פרעתי קודם נאמן אם הביא עדים ואינו נראה לי דמשמעות הפו' לא משמע הכי פירושו ומה שהביא ראיי' מה' המגיד כבר כתב תשובתו בצדו דעד שיברר בעדי' רצה לומר אם יאמר פרעתי אחר כך ומה שכתב שם על זה היינו לפי מה שפי' הוא וז"ל דהעדים מעידים שיש לו כו' ליתא דהוא פי' הש"ס כן אבל דברי הרמב"ם כפשטן כ"נ ברור למעיין שם ומה שהביא ראיה מדברי הרמ"ה שבטור סימן פ' אינה ראיה כלל דהני סהדי דמכחשי טענה קמייתא לא אתו עד דכבר טען טענה בתרייתא כן מוכח שם בטור עיין שם ולדבריו תיקשי דהלא הר"י ן' מג"ש והרמב"ם שהביא הטור שם פליגי אהרמ"ה וס"ל דאפי' בלא סהדי נמי יכול לטעון טענה בתרייתא אע"ג דמכחשי טענה קמייתא כמבואר בטור שם אלא ע"כ ה"ט כיון דהני סהדי לא אתו עד בתר דטען כבר טענה בתרייתא ודברי הריב"ש שהביא המבי"ט שם הם כפשטן ומ"ש דמ"ש הרמב"ם והטור כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואפי' עדים מעידים שפרע אינו נאמן מיירי כשעומד בטענת לא לויתי אינו נראה לי סתימת הפוס' כן ועוד שהרי כתב הטור ר"ס זה לפיכך אם אחר שפרע חזר ותבע את זה ואמר פרעתיך ב"פ אין

משביעים אותו היסת כו' וע"כ ביש לו עדים שפרע מיירי דאדלעיל קאי וכן כתב בעה"ת ריש שער י"א להדיא דין זה גם איש לו עדים והא השתא קא הדר מטענת לא לויתי וטען פרעתי ב"פ עכ"פ הי' לנו להשביעו היסת ודוחק לומר דשאני הכא שלא טען פרעתי עד אחר שבאו עדים ואמרו שפרע דהוי כעומד בטענת לא לויתי ועוד דמשמע מדברי הטור דכ"ש אם אין כאן עדים כלל שפרע דאין משביעו היסת ואם איתא דאי הוה מייתי סהדי לא הוה משלם א"כ איך יתכן שלא ישביעו היסת אלא ודאי אפי' אמר פרעתי ומביא עדים שפרע חייב לשלם דכיון שכבר טען לא לויתי הרי הודה שלא פרע והודאת בע"ד כק' עדים דמי ופסל לכל אדם שבעולם וכ"כ נמוקי יוסף סוף בתרא דאם טען על השטר מזוייף הוא ואח"כ נתקיים השטר שוב אינו נאמן להביא עדים שפרע שכל האומר מזויף הוא ולא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עד כאן לשונו וכן משמע מדברי הסמ"ע סימן זה סעיף קטן י"ז ושאר אחרונים לכך נ"ל דהדברים ככתבן ודברי הרב המגיד והריב"ש שהביא הם הכל כפשטן והמעיין יעיין בכל המקומות ויראה כי כן הוא:

סעיף ג

שהרי הוחזק זה כפרן הוא לשון הרמב"ם וכבר כתב הראב"ד בהשגות אין צורך לזה הטעם ונראה שלכך הגיה הר"ב דכל האומר כו' ואפשר כוונת הרמב"ם להורות דאפי' יטעון אח"כ פרעתי לא יהא נאמן:

סעיף ד

אין משביעין אותו היסת. בע"ש כתב וז"ל אין משביעין אותו הואיל והוחזק כפרן לממון זה ולא דק דאף אם אין הוחזק כפרן אין משביעים אותו היסת מטעם דכבר הודה שלא פרעו מתחלה כו' עכ"ל סמ"ע וטפי ה"ל להשיג על הע"ש דאי הטעם משום שהוחזק כפרן אמאי לא ישביעו היסת לאחר פרעון וכמ"ש לקמן סעיף קטן י"ח:

סעיף ה

היסת כו'. כ' הב"ח דה"ה אם רצה להחרים על כל מי שנטל ממונו שלא כדין ג"כ מוחים בידו כו' ואין דבריו נראין וע"ל סי' פ"ב סעיף ד' ס"ק י"ד:

סעיף ו

וזה אינו כתב ידי כו'. עמ"ש לעיל סי' ס"ט סעיף ב' ס"ק י"א:

סעיף ז

דהוי כאומר יתכן כו'. ר"ל דכיון שאומר יתכן שאתה חייב לי כמו כן המעות רוצה לומר שאיני חייב לך מחמת שאתה חייב לי ג"כ כנגדו כסך הזה וא"כ ודאי לא פרעו

דהיאך יפרענו כשחייב לו ג"כ כנגדו וא"כ אם באו עדים שאינו חייב לו כנגדו אע"פ שמעידים ג"כ שפרעו חייב לשלם ודו"ק וע"ל סוף סעיף י':

סעיף ח

ואח"כ אומר נזכרתי. ע"ל סי' מ' בטור וב"י ע"ל סי' פ"א סעיף כ':

סעיף ט

ואינו כאומר לא לויתי מעולם. דאלו אומר לא לויתי ובאו עדים שלוה אפי' אומר אח"כ נזכרתי שפרעתי ובאו עדים שפרעו אינו נאמן כ"כ הנ"י רפ"ק דמציעא וכן משמע בריב"ש סי' שצ"ב:

סעיף י

אבל אם באו העדים תחלה אינו נאמן. ומדברי הרב המגיד ספ"ז מה' טוען ומביאו ב"י לקמן ס"ס פ"ב מבואר להדיא דאפי' באו העדים תחלה נאמן ע"ש:

סעיף יא

מנה הלויתיך בפני פ' ופ' כו'. מור"ש ז"ל כתב דהיינו דוקא כשא"ל בפני פ' ופ' דה"ל להשים אל לבו על מה שנעשה בפניהם ולהשיב לו בב"ד אותו מנה היתה במתנה או בפרעון חובי אבל אם תבעו בב"ד סתם מנה הלויתיך והלה משיבו להד"ם וזה מביא עדים שמנה לו בפניהם מנה שומעים לו כשחזר ואמר אותו מנה הי' במתנה ומ"ש תחלה להד"ם הוא מפני שתבעו בהלוא' עד כאן לשון מור"ש ודברי טעם הן עד כאן לשון סמ"ע ועיין בבית חדש שחולק וס"ל דאין חילוק בין הזכיר בפני פלוני ופלוני ולעולם לא הוחזק כפרן אלא באומר מנה מניתי לך כו' ע"ש וכן נ"ל וכן בר' ירוחם נ"ג ח"ג כתב מנה מניתי לך כו' ע"ש:

סעיף יב

ודאי הוחזק כפרן. ואע"ג דלקמן ר"ס פ"א אפי' טען להד"ם לא הוחזק כפרן היינו דוקא התם דלא הי' אלא הודאה לחוד ומטעמא דמילי דכדי לא דכירי אינשי משא"כ הכא ששמעו שנתן לו מעות א"כ ודאי ה"ל לזכור נתינת המעות:

סעיף יג

אבל אם טען כו' טענתו טענה. נ"ל דוקא הכא כיון שהעדים לא ראו ההלואה ממש בעיניהם רק שמעו שנתנם לו דרך הלואה והלכך כיון שאינו חייב אלא מכח פיו יוכל לומר לא חששתי להודות כיון שלא ראיתי עדים כו' אבל אם העדים ראו ההלואה ממש בעיניהם אינו יכול לטעון שום טענה וכדכתב הריב"ש והמחבר לקמן סי' פ"א סעיף י"ב דכל שראו ההלואה ואפי' בהכמנה מעידים עליה ומטעמא דכ' הריב"ש שם הביאו ב"י

בסוף סי' ל"ב דלא דמי הלואה להודאה דבהודא' יכול לטעון להשטות הודיתי משא"כ בהלוא' שהמעשה נגמר מיד ולא איברי סהדי אלא לשקרי ומשמע דהעדים יכולים להעיד סתם שזה חייב לזה ע"פ סמך שראו ההלוא' ולא חיישינן דלמא יטעון לא חששתי ליקח בהלוא' כיון שלא ראיתי עדים אלא ודאי כל שראו ההלואה ממש לא מהני שום טענה כן נ"ל ברור:

סעיף יד

וחזר ואמר פרעתיך כו'. כלומר שאחר שנתחייב לשלם ויצא מב"ד חזר ואמר פרעתיך אחר שיצאו מב"ד כיון שהוחזק כפרן לאותו ממון כבר שוב אינו נאמן לעולם לטעון עליו פרעתי עד שיביא עדים שפרע:

סעיף טו

אבל לא לממון אחר. אפי' כפר בק' והוחזק כפרן בנ' ישבע על נ' האחרים כדלעיל סי' ע"ה סעיף ד' וסי' פ"ז סעיף ה' וע"ש. וז"ל הסמ"ע ס"ק י"ג כתב בתשו' רשב"א סי' תתק"ה בח' שבררו עליו שגנב שטרות מבית ראובן דהוחזק כפרן ע"י זה על כל שטרות שמוציא על ראובן עכ"ל ד"מ ו' עכ"ל סמ"ע וכ"כ ב"י ס"ס ס"ו בשם תשו' הרשב"א ובאמת דין זה צ"ע בעיני דלמה יהא מוחזק כפרן לכולן ואפשר משום דכיון שגנב מקצתן נעשה חשוד שגנב כולן וס"ל להרשב"א כסברא הראשונה דלקמן סי' צ"ב סעיף ט' דחשוד שמוציא שטר שכנגדו נשבע היסת ונפטר וכאן כיון שמת ראובן האלמנה פטורה וכן מיירי בתשו' רשב"א להדיא בראובן שמת ואלמנתו ביררה שגנב מקצתן ולפ"ז לדידן דקי"ל כסברא החחרונה דלקמן סי' צ"ב לא הוחזק כפרן לשאר השטרות וגם בתשו' רשב"א גופיה שם מסיים בזה שיש להתיישב בדבר ע"ש: ובריב"ש סי' שנ"ד כתב אין ספק שראובן הוחזק כפרן ואינו יכול לטעון עוד באותן חפינים כלום ונאמן שמעון עליהם לומר עדיין הם בידו גם בשיווי החפצים נאמן שמעון כל שיעריך אותם בדבר שהוא אמוד בהם וא"צ שבועה כו' ומביאו ב"י וצ"ע אמאי יהא נאמן על שיווי החפצים בלא שבועה הלא על זה לא הוחזק כפרן וע"ל סי' ע"ה ופ"ז וצ':

סעיף טז

ונאמן כו' כשאר כל אדם. דנהי דהוחזק כפרן מ"מ לא נעשה חשוד ודינו כשאר כל אדם לממון אחר ועיין בתשובת מהר"ש כהן ס' ג' סי' ע"ז וע"ט ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"א ורפ"ו ורצ"ז:

סעיף יז

מי שהודה בב"ד כו'. דין זה הוא מהטור והטור קאי שם בהודה על שטר או כתב ידו שהאמת הוא שחייב לו וכן משמע ממה שמסדר הר"ב הג"ה זו כאן אהוציא עליו כתב ידו ובזה מתורץ מה שהקשה בסמ"ע ס"ק י"ח מה חידש הר"ב בזה הא כבר כתבו המחבר לעיל ס"ג דשפיר חידש דסד"א בשטר גרע טפי וכ"כ ה' המגיד להדיא ומביאו ב"י בס"ס פ"ב שיש לחלק כן דהודה על שטר אינו נאמן לומר שוב נזכרתי אע"פ שמביא עדים וע"כ קמ"ל הר"ב דאין חילוק וכדעת הטור:

סעיף יח

נוטל בלא שבועה. היינו קודם הפרעון ויכול להחרי' סתם אף קודם הפרעון אבל לאחר הפרעון יכול להשביעו היסת שלא נפרע ממנו ב"פ (וע"ל סימן פ"ב סעיף ד) חוץ מאם טען שפרעו קודם לכן אינו יכול להשביעו היסת כלל לאחר פרעון כדלעיל סעיף א' משום דכיון דטען מתחלה לא לויתי הרי הודה שלא פרע קודם לכן והודאת בע"ד כק' עדים דמי משא"כ בשאר הוחזק כפרן:

סעיף יט

ובאו שני עדים והכחישוהו. אבל על פי ע"א שהכחישו לא הוחזק כפרן לכ"ע אך מ"מ הוי משואיל"מ ע"פ עד א' להרמב"ם וכ"כ הטור בסי' ע"ה סי"ד והרשב"א חולק והטור כתב כאן בדין זה ג"כ דאפי' הכחישו עד א' נשבע זה ונפטר ואליבא דרשב"א כתב כן עכ"ל הסמ"ע וכתב הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו וז"ל לפי דבריו הוי הטור כאן מזכה שטרא אליבא דבי תרי (וגם קשה לי שהרי הטור לא הזכיר כלל דעת רשב"א בשום מקום) אבל לי נראה דשאני הכא שהעד בא לאחר שחזר וטען פרעתי דהוי מפטור לפטור ודוק עכ"ל ונכון הוא וכ"כ הב"ח ועוד נ"ל לתרץ דאפי' מיירי שהעד בא קודם טענה שניה מ"מ הטור לא מיירי כאן מדין משואיל"מ אלא בא לומר דאף אם הוי משואיל"מ מ"מ לא הוחזק כפרן על פי עד אחד ואם טען אחר כך פרעתי נאמן [והוא מדברי בעל התרומות שכתב דאף על גב דבע"א הוה ליה מחוייב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם מכל מקום לא הוחזק כפרן ומביאו בית יוסף מחודש ז' ע"ש] ומה שכתב נשבע היסת שפרע או שאינו יודע כו' קאי אלעלמא היכא דאינו מכחיש העד ומה שכתב בתחלה אפי' עד אחד מכחישו לא בא אלא לומר דלא היחזק כפרן על פי עד אחד ובזה מיושב מה שהקשה הבית חדש הא בטוען איני יודע ועד אחד מעיד שלוה הו"ל משואיל"מ ויישב בדוחק גדול ע"ש ולפי מה שכתבתי לא קשה מידי ודוק כי אעפ"י שלשון הטור מגומגם קצת מכל מקום אין ספק שזאת כוונתו והוא אמת:

סעיף כ

כיון ששתי הטענות באות לפוטרו כו'. מדתלה טעמא שב' הטענות באות לפוטרו משמע דמה שכתב טען הלוה איני יודע היינו איני יודע אם לויתי אבל איני יודע אם פרעתיך כיון דחייב וכדלעיל סי' ע"ה סעיף י' אינו יכול לטעון שוב פרעתי ומזה ראיה לדברי מהרש"ל שהבאתי שם בס"ק נ"ז דקשה על הר"ב שכתב שם דאם חזר ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה וצריך לומר דהר"ב סבירא ליה דשאני התם שטוען שבאותו פעם שאמר איני יודע באמת לא ידע ועכשיו נזכר הלכך ישבע שכן הוא שמתחל' שכח ועכשיו נזכר אבל הכא אומר שמתחל' טען שקר ודו"ק:

סעיף כא

באות לפוטרו כו'. עיין לקמן סי' פ' ועיין לקמן סי' קמ"ו סעיף ד' ובטור שם:

סעיף כב

משום שראה עדים שבאו כו'. לשון הסמ"ע כ"כ ג"כ הטור בס"ס פ' בשם ר"י מגש והרמב"ם ומהתימ' על הבית יוסף ודרכי משה שכתבו דין זה בלשון מצאתי כתוב כאלו חידוש הוא הא כבר כתבו הטור בהדיא בסי' פ' עכ"ל ולא קשה מידי כי בטור אינו מפורש דיש לומר אפי' באו עדים אחר טענ' שניה והכחישוהו ע"ש ועוד מפורש במ"כ שהביא בבית יוסף ודרכי משה אפי' ראה עדים ממשמשי' ובאים וכן כוונת הרב במה שכתב משום שראה כו' וכ"כ הגאון אבי מ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו וגדולה מזו כתבתי לעיל ס"ס י"ד שהרא"ש בתשובה ור' ירוחם חולקי' על המ"כ ושדברי הר"ב צריך עיון לדינא ע"ש.

סעיף כג

אם לא שהקול מפורסם כו'. ובאמת בדרכי משה לא חילק בין שהקול מפורסם או לא רק הביא בסתם בשם תוס' שטה בגליון מרדכי ריש חזקת הבתים דאם טוען לא לויתי וחזר ואמר פרעתי משום שהיה קול בעיר שלוה אפ"ה חזרתו חזרה הואיל ומעצמו חזר וגם לא מסתבר לחלק בין הוא מפורסם או לא כיון דאיהו מתחל' טען כך וגם לא דמי לדלעיל סימן ע"ב סעיף י"ח דהתם כיון דאינו נאמן אלא במגו דהחזרתי שפיר שייך לומר כן לענין דלא חשיב מגו דכיון דיש קול מפורסם שלא החזיר ירא לטעון כן ולא הוי מגו וכה"ג כתבו הטור לקמן סי' ק"נ ס"ה דהורע כח המגו כיון שיצא הקול וע"ש משא"כ הכא ואולי יש לקיים דברי הר"ב דכיון דהא דחוזר וטוען אפי' מפטור לפטור טענה גרוע היא מדהדר מטענה קמייתא וכדמשמע בטור לקמן סי' פ' בשם הר"י מגש דלא מהימן אלא משום מגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא ומפטר אם כן הכא אמרינן דלא בעי קאי

בטענ' קמייתא משום שהקול מפורסם וליכא מגו ודמי לדלעיל סי' ע"ב סעיף י"ט ומ"מ צ"ע לדינא די"ל דשאני הכא כיון שמתחל' טען כן ואלו הי' עומד בטענתו הראשונ' הי' פטור דמשום קול מפורסם לא מפקינן ממונא וא"כ מ"מ הוי מגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא ואיפטר שהרי כבר טען כן ולא חשש לקול וצ"ע:

סעיף כד

אבל אם אמר פרעתיך אח"כ נאמן. ובזה חלוק דין אתם עידי להוכחש בבית דין דבבית דין הוחזק כפרן על ממון זה לעולם:

סעיף כה

מעולם לא הי' לך בידי כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם ס"ס ס':

סעיף כו

והעידו עדים שהודה לו. באתם עידי או בהודא' גמור' על פי מה שנתבאר לקמן סימן פ"א ע"ש:

סעיף כז

נתבאר בסי' ע' עיין שם בסעיף ב' ומ"ש שם באריכות:

סעיף כח

וחוזר וטוען פרעתיך או באותה סחורה כו'. פי' ומיירי שחזר ואמר שכחתי ויודע אני עתה שפרעתיך במעות ובאותה סחורה שאל"כ פשיטא עכ"ל ר' ירוחם נ"ג ח"ג. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' מ"ח. ועיין בתשו' מהרשד"ם סימן שמ"ט:

סעיף כט

הודאה בבית דין כו' בד"א כשלא קבל הדין כו'. דברים אלו צ"ע דע שהכל עד סוף הסעיף הוא ל' הרמב"ם ספ"ז מטוען ונראה מדבריו דס"ל כשלא קבל הדין עד ששלחו אחריו אינו נאמן לומר פרעתי אפי' יצא מב"ד ולא כתבו לו וכ"כ בתשובת מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט לדברי הרמב"ם כמבואר למעיין בדבריו שם (הבאתי קצת דבריו לעיל סי' ל"ט סעיף ט' ס"ק כ"ג) ובפרט במ"ש שם בדף קמ"ו סוף ע"א וז"ל ולא זו בלבד אלא שאפי' בלא פסק דין אין הנתבע נאמן לומר פרעתי לדעת הרמב"ם כשעמד בדין ונתחייב ע"י ששלחו אחריו כו' עכ"ל וכ"כ בס' לח"מ פ"ז מטוען לדעת הרמב"ם ע"ש וכן נראה בספר גידולי תרומה שער י"ב חלק ב' דף ע"א סוף ע"א לדברי בעה"ת לדעת הרי"ף כדעת הרמב"ם ע"ש ולפ"ז צ"ל הטעם דכיון דה"ל לכתוב כמאן דכתבי ליה דמי ודמי לקנין דאמרינן לעיל סי' ל"ט ס"ג דסתם קנין לכתיב' עומד ואע"פ שלא נכתב א"י לטעון פרעתי וה"ה כל מעשה ב"ד כיון דלכתיב' עומד אפי' לענין טריפת לקוחות כמאן דכתב דמי

וא"י לטעון פרעתי והכי אמרי' בש"ס פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ' ע"א) האי קנין היכי דמי אי כמעשה ב"ד דמי ליבעי ג' כו' משמע לכאורה דמעשה ב"ד הוי כקנין אבל כד מעיינין שפיר ליתא להאי דינא דבש"ס וכל הפוסקים לא משמע כן וכמו שאבאר הרא"ש כתב פ"ק דמציעא וז"ל בא מלוה לכתוב אין כותבים ונותני' לו דאע"ג דאמרי' לעיל דעמד בדין כמלוה בשטר דמי היינו לטרוף מן הלקוחות משום דאית ליה קלא אבל מצי למימר פרעתי והיכא דידוע שלא פרע או שהוא מודה גובה מן הלקוחות עכ"ל וכ"כ הטור לעיל סי' ל"ט ס"י בשם התוספות וכן כתב הנמוקי יוסף פרק זה בורר להדיא בשם המפרשים עיין שם וכן מביא בתשובות מהר"ל ן' חביב שם דף קמ"ב ע"ג חדושי הר"ן פ"ק דמציעא עלה דההוא דהכא במאי עסקינן כשעמד בדין וז"ל מהכא משמע דהעמדה בדין כשטר דמיא וקשיא א"כ היכי אמרי' לקמן בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי נאמן תרצו ר"ח ורבינו אפרי' ז"ל דההיא דלקמן כגון שלא כתבו לו ב"ד שטר כדאמרי' עלה בהדיא בא מלוה לכתוב אבל הכא כשכתבו לו וקמ"ל דשטר ב"ד אע"פ שלא נעשה בצוואת בעל דבר דינו כשטר גמור וגבי ממשעבדי עכ"ל וכ"כ בעל העיטור מאמר העשירי דף כ"א ע"א ע"ש הרי מבואר להדיא מדברי כל הפוסקי' דאף דמעשה ב"ד הוא ויכולים לכתוב לו שלא בצוואתו מ"מ אם לא כתבו לו נאמן לומר פרעתי וכן משמע מדברי הרמ"ה שהבי הנ"י רפ"ק דב"ק והבאתי לק' ס"ק ל' וכן מבואר מדברי הרמב"ם בחדושיו פ' חזקת הבתים אמאי דאמרי' התם בדף מ' קנין אי כמעשה ב"ד דמי כו' וז"ל פי' משום דקי"ל מעשה ב"ד כמאן דכתיב דמי (כלומר כמאן דאמר כתובו דמי ודו"ק) וטריף ממשעבדי ומ"מ יכול לומר פרעתי וכדאמרי' בפ' שנים אוחזין כו' אבל מקמי דנפיק מבי דינא כותבים לו זכותו כו' ע"ש וכן מוכח ממ"ש בתשו' מיימוני בשם מהר"מ ושאר פוסקים דעל פסק דין א"י לומר פרעתי מדאמרי' בפ"ק דמציעא דאין כותבים ונותנים לו משום שלא יהא נאמן לומר פרעתי כו' אלא דקודם שנכתב הפס"ד נאמן לומר פרעתי אע"פ שהי' מעשה ב"ד והיו יכולים לכתוב מידוכן מוכח להדיא מדברי הראב"ד ובה"ת שער י"ב שהביא ב"י ס"ס זה וכן משמע להדיא מדברי ר' ירוחם שהביא בתשובת מהר"י ן' חביב שם דף קמ"א ריש ע"ג וכן משמע להדיא מדברי הריב"ם שהבאתי לקמן ולפ"ז צ"ל דלא דמי לקנין דכיון דמסקינן בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') דסתם קנין לכתיבה עומד א"כ קנין עדיף ממעשה ב"ד בזה. ודוחק לומר דגם הרמב"ם ס"ל דנאמן אלא דכיון דלא קבל הדין עד ששלחו אחריו מסתמא מבקש לכתוב. ועוד דא"כ לאיזה צורך קאמר אבל שנים שבאו לדין כו' מילתא אחריתי ה"ל לחלק מיניה וביה בלא קבל הדין עד ששלחו אחריו גופיה והכי הל"ל אבל לא כתבו לו ויצא ואמר

פרעתי כו' כיון דאיפשר דזימנין מיקרי ולא כתבו גם מדכתב אבל שנים שבאו לדין כו' ואמר לוהן כו' ובש"ס לא הוזכר שא"ל הן ולמה הוציא הרמב"ם דברי הש"ס מפשטן והכניס דבר שאינו בש"ס (ועיין בעיר שושן שגמגם וכ' והודה לו הנתבע אלא שהיה הבדל מה ביניהם כו' וגם ברישא כ' כותבים ונותנים לו ואינו נאמן לומר פרעתי כל זמן שהשטר קיים כו' ולפע"ד לא כיון יפה ע"ש ודו"ק) אלא ודאי ס"ל להרמב"ם דכל מעשה ב"ד כמאן דנכתב דמי ולכך לא מצי לפרש הש"ס שלא א"ל הן אלא שנתחייב ע"פ ב"ד דא"כ ה"ל מעשה ב"ד ופשיטא דאפי' יצא שוב אינו נאמן לומר פרעתי וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ט"ו בשם נמ"י פרק זה בורר בשם המפרשים דכשנתחייב ע"פ בית דין הוי כהודאה ששלחו אחריו ולכך הוצרך הרמב"ם לפרש דמיירי בש"ס שלא פסקו הב"ד כלום רק שאמר הנתבע הן וא"כ לא ה"ל אלא הודא' לבד לכך ביצא יכול לומר פרעתי (הג"ה אבל הבעה"ת שער י"ב נראה דס"ל דלהרי"ף כשלא קבל את הדין עד ששלחו אחריו מסתמא מבקש לכתוב וכותבים לו ואה"נ דאי לא כתבו לו נאמן לומר פרעתי דאין לומר דס"ל לבעה"ת בדעת הרי"ף כהרמב"ם דא"כ היאך כתב שם על דברי הרי"ף וכ"כ הראב"ד כו' אדרב' מדברי הראב"ד מבואר להדיא דבכל ענין נאמר לו' פרעתי כשיצא מב"ד ולא כתבו אם לא בהנך ב' גווני שחשב הראב"ד שם ע"ש אלא ודאי כמ"ש והשתא לק"מ מה שהקשה הבעל גדולי תרומה על הבעה"ת שם ע"ש מיהו יש לפרש דעת הרי"ף לא כהרמב"ם ולא כבעה"ת אלא דמ"ש לא ציית דינא היינו שסירב אחר הפס"ד וכמ"ש מהר"ל ן' חביב ובעל לח"מ וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק כ"ב ע"ש גם מה שהקשה בס' גי"ת שם דף ע"ב בין להראב"ד בין להרי"ף שפי' הך דעמד בדין היינו כשנתברר דלא פרע מאי אשמועינן עמד בדין הא אפי' לא עמד בדין הדין כן כשנתברר שלא פרע כו' ע"ש לא דק דאשמועינן דכשעמד בדין הוי כמלוה בשטר אפי' אינו מצוה לכתוב וכמ"ש לעיל בשם ר"נ ור"ח ורבי' אפרים ושאר פוסקי' ודו"ק: ע"כ הגה) כן נ"ל ברור לדעת הרמב"ם והייינו כמו שהבינו מהר"ל ן' חביב ולח"מ ובג"ת דבריו וכמ"ש לעיל. ונראה שכן פי' הרמב"ם דברי הרי"ף רפ"ק דמציעא כדבריו ודוק. מיהו בש"ס נראה עיקר דלא כהרמב"ם אלא ככל הפוסקים שהבאתי דפשטא דסוגיא פ"ק דמציעא ריש דף י"ז משמע התם שנתחייב ע"פ ב"ד ולא שהודה ואמר הן והכי משמע נמי התם מדמייתי האי לישנא נמי מיד בתר הכי גבי כפרן וקאמר התם סבר עד דמעייני רבנן בדינא כו' אלמא מיירי שפוסקים הבית דין פסק דין ואינו רוצה ליתן מעצמו וא"כ תימה על המחבר שפסק כהרמב"ם בזה והרי כל הפוסקים הנ"ל חולקים עליו ודבריהם עיקר בש"ס. ואולי נעלם ממנו כל הפוסקים הנ"ל שהרי לא הביאם בספרו ב"י ואלו הוי חזי להו הוה הדר ביה ומצאתי בתשו' מהר"י

ן' לב סוף ספר א' סי' קכ"ג שהעתיק מפסקי הרב רבינו ישעיה מטראני וז"ל מר בר רב אשי אמר אפי' אמר להו הוו עלי דייני לא כתבי' עד דקבעי דוכתא ושלחי ומזמני ליה לבי דינא ואי קשיא כיון דבית דין רשאין לכתוב ואין צריכים להמלך בלוה א"כ היכי אמרינן בשנים אוחזין בשמעתא דמצא שטרי חוב בין חייב אתה ליתן לו (מכאן מוכח דס"ל כמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ט"ו בשם הנ"י פרק ז"ב בשם המפרשי' דאל"כ מאי קשיא לי' דלמא בפ' שנים אוחזין מיירי שלא שלחו אחריו ומזמני ליה אלא ודאי ס"ל דנתחייב בב"ד הוי כשלחו אחריו ודו"ק) בין צא תן לו ואמר פרעתי נאמן בא מלוה לכתוב אין כותבים ונותנים לו והא כיון דרשאין לכתבו סתמיה לכתיבה קאי כמו קנין והיאך נאמן לו' פרעתי תשובה מסתמא לאו לכתיבה קאי שהרבה בני אדם אין שואלין לב"ד שיכתבו להם והלה פרעו לאלתר ואין כותבים אלא אם שואל להם המלוה בפני הלוה אע"פ שאין הלוה רוצה שיכתבו לו הם כותבים לו וכיון שיודע מלוה שהוא אינו נאמן (נ"ל שצ"ל וכיון שיודע לוה שוב אינו נאמן כו') אף על פי שעדיין לא כתבו דכמאן דנקיט שטרא בידי' ואם לא שאל להם המלוה מיד לכתוב ובא אחר זמן לבית דין ואמר להם כתבו לי אין כותבי' לו עד שישאלו את הלוה אם אומר פרעתי אין כותבי' לו שהוא נאמן לומר פרעתי ואם לא אמר פרעתי כותבי' לו אע"פ שהלוה אינו רוצה ואין כותבים לו מזמן ראשון אלא מזמן שני משום פסידא דלקוחות שכיון שלא ידעו ב"ד עד עכשיו שהמלוה רוצה שטר לא אפקוה לקלא ולא נמנעו הלקוחות מלקנות קרקעות של לוה אבל עכשיו שהוא שואל כתיבה מפקי ליה לקלא ויזהרו שלא לקנות ואם קנו אינהו דאפסידו אנפשייהו וגרע מעשה בית דין מקנין דקנין סתמי' לכתיבה קאי ומשום הכי לא מהימן לו' פרעתי ומעשה ב"ד סתמי' לאו לכתיב' קאי עד שישאל המלוה בפי' ע"כ לשון דברי הרב רבי ישעי' מטראני ז"ל עכ"ל מהר"י ן' לב שם. ונראין דברי רבי ישעיה נכונים ובפרט שרב גדול היה וגם משמע מדברי מהר"י ן' לב שם להדיא שמסכים עמו וקלסו ע"ש ומשמע מדבריו שם שאין חולק עליו וכן נראה באמת דמ"ש הרא"ש פרק קמא דמציעא והטור לעיל סי' ל"ט בשם התוס' ושאר פוסקים דכל שנתברר או מודה שלא פרע ה"ל כמלוה בשטר היינו לכתוב מזמן שני או מיירי שמודה מיד ביום א' והיינו כשמבקש המלוה לכתוב בפני הלוה וגם מדברי מהר"ם שבתשו' מיימוני שכ' והדיינים יש להם לו' לנתבע שנתנו פסק הדין לתובע כו' יש להסכים לדברי רבינו ישעיה וכוונתו שיודיעו לו שהמלוה שאל הפס"ד ונתנו לו הוא לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקט וה"ה הבטיחו לו ליתן וכן מ"ש הר"ן ור"ח ור' אפרים ושאר פוסקים דההוא דעמד בדין מיירי כשכ' לו כו' היא לאו דוקא אלא ר"ל שהמלוה שאל לכתוב בפני הלוה דעיקר אתי

לאשמועי' דכותבי' אף שלא בצוואת בעל דבר וכן מסתבר דהא משמע בש"ס פ' ח"ה (ד' מ' ע"א) דמעשה ב"ד הוי כקנין ונהי דלמסקנ' אמרי' סתם קנין לכתיב' עומד וא"כ צ"ל דבסתם עדיף קנין ממעשה ב"ד מ"מ כשאמרו לו הב"ד בפי' שיכתבו לו למה יהא קנין עדיף ממעשה ב"ד וכמו שהקנין טורף אף שלא נכתב כיון דמסתמא לכתיבה קאי אית ליה קלא ה"ה מעשה ב"ד כשאמרו לו בפי' שיכתבו לו דהא מעשה ב"ד קלא אית ליה והכי משמע נמי ממאי דאמרינן פ"ק דמציע' (דף י"ז ריש ע"ב) הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום מ"ט כל מעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידיה דמי ואע"ג דרש"י פי' התם דהיינו תנאי כתובה וכה"ג מ"מ כל מעשה ב"ד שפסקו לו הבית דין פשיטא דהוי בכלל מעשה ב"ד כמו תנאי כתובה מיהו היינו דוקא כששאל המלוה לכתוב בפני הלוה וכמ"ש:

סעיף ל

במה דברים אמורים כשלא קבל עליו כו' כתב הסמ"ע האי בד"א לא מיירי אלא לענין לכתוב לו שטר הודאה או פסק דין אבל לענין לטרוף מהלקוחות מחשב כשטר אף אם לא שלחו אחריו אלא בא מאליו לב"ד וגם לא כתבו להתובע כלל כל שמודה שלא פרעו וכן כתב הטור בשם התוספות בסי' ל"ט כו' וכן צריכים אנו לפרש דברי הטור דל"ת דבריו אהדדי דכאן כתב בס"ס זה כדברי המחבר ובסי' ל"ט כתב כדברי התוספות דכל הודאה בב"ד טורף ממשעבדי אף בלא סירוב כו' עכ"ל נראה מבואר מדבריו דכשמודה עכשיו שלא פרע טורף ממשעבדי משעת הודאה או פסק דין הראשון וכך כתב עוד בסמ"ע לעיל סי' נ"א ס"ק ב' ע"ש וגם בתשובת מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט נסתפק בדעת הרמב"ם דכשלא שלחו אחריו דנאמן לומר פרעתי ואין כותבים לו אם מ"מ גובה מנכסים שנשתעבדו אחר אותה העמדה בדין כו' כמ"ש הטור בסי' ל"ט בשם התוס' גבי הודאה גמורה בב"ד או דכיון דלא שלחו אחריו ונאמן לומר פרעתי א"כ ה"ה או כ"ש לענין לגבות ממשעבדי שאינה כמו שטר דלית ליה קול ועדיין צל"ע עכ"ד בדף קמ"ה ע"ד נראה ג"כ מדבריו דלמ"ש הטור בשם התוס' פשיט' דאף דהי' נאמן לומר פרעתי טורף ממשעבדי משעה שהודה מתחלה בב"ד שחייב לו כשמודה עתה שלא פרע אלא דנסתפק אם הדין כן כשלא שלחו אחריו לדעת הרמב"ם וכ"כ עוד מהר"ל ן' חביב שם על מה שהביא שם הקונטריסים שכתבו דעל פסק דין נאמן לומר פרעתי ואפי' הכי אין כותבים לו דכיון שנאמן דכשיאמר פרעתי אם כן למה יכתבו לו וכתב הוא בדף קמ"ג ע"ב וז"ל ומ"ש דכיון שנאמן מה שיאמר פרעתי א"כ למה יכתבו לו אינה קושיא ג"כ דאהני ליה היכא דלא יאמר פרעתי לגבות ממשעבדי עכ"ל וע"ש שהאריך בזה בדף קמ"ה ע"ד ולפי

ע"ד דבריהם תמוהים דהאיך יעלה על הדעת לטרוף מלקוחות במקום שהיה יכול לומר פרעתי (ומכ"ש כשלא היו יכולים לכתוב לו שטר) הא פשיטא דבכה"ג אף שמוד' איכא למיחש לקנוניא וכדאיתא טובי זימני בפ' שנים אוחזין ובכל הפוסקי' ונתבאר לעיל סי' ס"ה בכל הפוסקים ובט"ו כמה פעמים דקי"ל חיישי' לפרעון ולקנוניא וכל היכא דאיכא למיחש לפרעון אפי' הלוה מודה לא טריף מלקוחות דחיישי' לקנוניא וא"כ ה"ה הכא ואין סברא לחלק דשאני הכא שנעש' מעש' ב"ד משא"כ שם דנפל השטר ואיתרע בנפיל' דמה בכך סוף סוף יכול השתא לטעון פרעתי והאיך יטרוף לקוחות למפרע בהודאת פיו דהשתא וכ"כ עוד הרמב"ם פט"ו מהל' מלוה ובעה"ת שער כ"ז והט"ו לעיל סי' ע"א סכ"א גבי מלו' בשטר שהאמין ללוה שיהא נאמן לומר פרוע דאפי' אומר הלוה לא פרעתי אין המלו' טורף בשטר זה מהלקוחות דחיישי' לקנוניא עכ"ל וא"כ ה"ה הכא וכן בקונטרסים שהביא מהר"ל ן' חביב שם בתשו' סי' ק"ט בשם ריב"ם מוכח להדיא כדברי דאיתא שם וז"ל ונרא' שהריב"ם ס"ל דעל פסק דין א"י לו' פרעתי שהקש' למה אנו אומרי' כשעמד בדין דטריף ממשעבדי ניחוש דילמא פרע וטענינן ללוקח ואפי' כשחייב מודה ניחוש לקנוניא ופי' הריב"ם דהא דחשבינ' עמד בדין כמלו' בשטר והיינו כשכתבו לו פסק דין עכ"ל ואפי' החולק שם על הריב"ם גבי פס"ד בהא לא פליג עליה ע"ש והכי מוכח נמי להדיא מדברי הר"ן ור"ח ור' אפרים ושאר פוסקי' שהבאתי לעיל ס"ק כ"ט וכן מבואר להדיא בדברי רבינו ישעיה מטראני שבתשובת מהר"ן ן' לב שהבאתי לעיל שכ' דאין כותבים לו מזמן ראשון אלא מזמן שני כו' אלא ודאי מהרי"ל ן' חביב והסמ"ע לא כוונו יפה בדברי הטור בשם התוס' (ומכ"ש בדברי הרמב"ם) דמ"ש הטור לעיל סי' ל"ט בשם התוספות אינו אלא לומר דטורף מלקוחות לאחר שהוד' הלוה בפני הב"ד שלא פרע או שהוד' מיד באותו יום שפסקו הדין וכ"כ הב"ח שם להדיא וז"ל ופירשו התוס' כו' ונרא' דבהודאת הלוה אינו גובה מלקוחות שקנו לאחר הודאת הלוה כו' עכ"ל ועיקר כוונת התוספות לאשמועינן דעמד בדין הוי כמלוה בשטר וכותבי' אף בלא צווחת הבע"ד וכמ"ש הר"ן ור"ח ור"א (והיינו כמ"ש הבעה"ת שער י"ב בשם הראב"ד ומביאו ב"י ס"ס זה ע"ש ודוק) אבל פשיטא דבמקום דיכול לטעון פרעתי אינו טורף ממשעבדי כלל.
והשתא גם מ"ש בסמ"ע וכן צריכי' אנו לפרש דברי הטור דל"ת דבריו אהדדי דכאן כתב בס"ס זה כדברי המחבר כו' בחנם דחק דל"ק אהדדי כלל דפשיטא דהיכא דיכול לטעון פרעתי לא טריף ממשעבדי כלל וכמה שכתבתי וק"ל:

ויותר מזה יש ללמוד מדברי רבינו ישעיה הנ"ל שכתב ואין כותבים לו מזמן ראשון אלא מזמן שני משום פסידא דלקוחות שכיון שלא ידעו הב"ד עד עכשיו שהמלו' רוצה שטר

לא אפקוה לקלא כו' ויש לדקדק דלמה ליה האי טעמא תיפוק ליה דכיון דעד השתא הי' יכול לטעון פרעתי נטעון ללקוחות הכי והשתא הוא דמוד' והאיך יטרוף למפרע ונרא' דאצטריך להאי טעמא להורות דאפי' היכא שידוע בודאי שלא פרע כגון שלא זזה ידו מידו ע"פ עדים או כגון שאמרו לו הבית דין אל תפרע לו אלא בפנינו או בפני פלוני ופלוני וכה"ג דהשתא ודאי לא פרע מ"מ לא כתבינן מזמן ראשון משום שכיון שלא ידעו הב"ד עד עכשיו שהמלו' רוצ' שטר לא אפקוה לקלא מיהו אין דין זה מוכרח בשאר פוסקי' וגם מדברי הב"ח סי' ל"ט שהבאתי לא משמע כן מדכתב ונרא' דבהודאת הלו' כו' משמע דכשנתברר שלא פרע דמיירי מיני' התם גובה מלקוחות שקנו מיד אחר הפס"ד וכן משמע בנמוקי יוסף רפ"ק דב"ק בשם הרמ"ה גבי כולן נכנסו תחת הבעלי' ע"ש ומביאו ב"י לקמן סי' קי"ט ס"ד בקצר' וז"ל י"ל דמשכחת לה דכתב ליה שטרא אנזקי' אי נמי דקנו מיני' אי נמי שעמד בדין ונתחייב לשלם ואח"כ מכר דהעמד' בדין כשטר דמיא והוא דאתברר דלא פרע כו' עכ"ל משמע דכשנתברר שלא פרע גובה משעת העמד' בדין ואפשר גם רבינו ישעי' ה"ק כיון שלא שאל שטר והאמין ללוה אף כשיאמר פרעתי לא אפקוה לקלא וצ"ע בזה לדינא. אבל בהודאת פיו לחוד פשיטא דאינו טורף ממשעבדי למפרע וכמו שהוכחתי ודלא כהסמ"ע ומהר"ל ן' חביב כן נ"ל ברור:

סעיף לא

לפיכך אם חזר התובע כו'. אורחא דמלתא נקט דמסתמא אין התובע מבקש לכתוב כשזה רוצה לפרוע רק כשאינו רוצ' לפרוע חוזר לב"ד ומבקש כתב וה"ה אם שאל מתחל' לכתוב אין כותבין לו בלי צוואת הנתבע כדמוכח ברמב"ם ומחבר לעילסי' ל"ט ס"ז ועמ"ש שם וכן בסמ"ע לעיל סי' ל"ט ס"ק כ"ה דברי הרמב"ם אלו דאפי' בא מתחל' לכתוב אין כותבין לו כיון שהוד' בלא שלחו אחריו ועמ"ש שם בס"ק כ"ב:

סעיף לב

כתבו לי הודאתו אין כותבין לו שמא פרעו כו'. ובטור כתב כן אפסק דין משמע להדיא מדבריו דאם כתבו לו פס"ד שוב אינו נאמן לו' פרעתי כ"ז שהפס"ד בידו ומה שנתחבטו האחרוני' בדעתו דלא תיקשי ממ"ש לעיל סי' ל"ט בשם אבי העזרי כבר כתבתי לעיל סי' ל"ט באריכות שכל דבריהם אינם נכונים והעיקר בדעת הטור דבכל ענין אינו נאמן לומר פרעתי כ"ז שהפס"ד ביד המלו' וכן העליתי שם לדינא ומה שכתב הסמ"ע כאן וזה לשונו והטור שכתב כאן דלא יכתבו לו פס"ד ה"ט דלכתחל' לא יכתבו לו פס"ד שמא יוציאנו לאחר זמן וישכח שלוה ופרע ויטעון להד"ם שלויתי ויהי' מוחזק כפרן על ידי פסק דין זה וסברא זו כתב בעל התרומות כמ"ש לשונו בסי' ס"ט עכ"ל אינו נכון כלל כמו

שהשגתי עליו לעיל סי' ל"ט ס"ק כ"ד ע"ש. גם מ"ש וסברא זו כתב בעל התרומות כו' לא דמי לכאן כלל דבעל תרומות כ' דבריו במי שחתם על עדות שבשטר ומביאו ב"י לעיל סי' ס"ט ג"כ והיינו מטעמא דכיון דלא חתם מעולם לשם הלוא' חיישינן שמא ישכח ענין חתימתו דלא אסיק אדעתיה הזיוף ויטעון האמת לא לויתי מעולם והלכך כשיקיים זה חתימתו יתחייב לשלם משא"כ הכא כיון שלוה באמת איך יטעון לא לויתי ואם יטעון כן איהו דיפסיד אנפשיה וק"ל:

סעיף לג

הוחזק כפרן לאותו ממון. ושוב אינו יכול לומר אחר כך פרעתי עד שיפרענו בעדים ועיין בתשו' מהרי"ט ס"ס קי"ב:

סעיף לד

או כשיתחייב שבועה כו'. ע"ל סי' פ"ז סעיף כ"ז מזה:

סעיף לה

בד"א דציית דינא כו' הקשה מהר"י ן' לב בתשובו' סוף ספר א' סי' קכ"ג דהטור חולק על הרי"ף בחדא ועל הרא"ש בתרתי דנרא' מדבריו דס"ל דדוקא היכא דלא צאית דינא הוא דגבי ממשעבדי משום דאית ליה קלא אבל היכא דציית דינא לית ליה קלא ודלא כהרא"ש פרק קמא דמציעא דאינו מחלק בין ציית דינא או לא וכן נמי סבירא ליה דהיכא דלא צאית דינו אינו נאמן לומר פרעתי והיינו נמי דלא כהרא"ש דאלו הרא"ש פרק קמא דמציעא סתם הדברים ולא חילק בין צאית דינא או לא ונראה מדבריו דאפי' היכא דלא צאית דינא נאמן לומר פרעתי וגם על הרא"ש קשה האיך סתם הדברים ולא פי' שהרי"ף חולק עכ"ד. ולפע"ד לק"מ דכבר כתב הטור לעיל סי' ל"ט בשם התוס' דהודאה בב"ד כל היכא דנתברר דלא פרע הוי כמלוה בשטר ולא חלק שם בין ציית דינא או לא והיינו ממש דברי הרא"ש דפ"ק דמציעא ע"ש וכאן כתב דהיכא דלא ציית דינא אפי' לא נתברר דלא פרע אינו נאמן משום דכיון דסירב אינו פורע והיינו כדברי הרי"ף דמשמע ליה בפשיטות דגם הרא"ש מודה לזה לדינא להרי"ף רק שהרי"ף כ' ב' תירוצים דהך דעמד בדין היינו דלא ציית דינא או אתברר דלא פרע והרא"ש נקט חדא דהיינו אתברר דלא פרע דלא משמע ליה דהך דעמד בדין מיירי בלא צאית דינא אבל לדינא מודה להרי"ף וראייה ברורה לזה שהרי בפ"ק דב"ב גבי בחזקת שנתן עד שיביא ראיי' שלא נתן כתב הרא"ש וז"ל נ"ל כמ"ש ה"ר ז"ל כגון שבאו עדים ואמרו עמנו היה כו' א"נ כגון שעמד בדין וחייבוהו ב"ד וסירב על צווי בית דין הרי הוא בחזקת שלא נתן כו' עכ"ל וכ"כ הטור לקמן סי' קנ"ז סכ"ה ואין ספק דאשתמיטתיה למהר"י ן' לב דברי הרא"ש אלו דפ"ק

דב"ב (וגם הרמב"ן פ' חזקת הבתים גבי הא דאמרי' התם דף מ' קנין אי כמעשה ב"ד דמי מתחלה כתב כתירוץ הרא"ש ואח"כ כתב דינא של הרי"ף דהיכא דלא צאית דינא אינו נאמן לומר פרעתי ע"ש משמע דלדינא דברי הרי"ף אמת) וכן עיקר:

סעיף לו

ושמתוהו כו' כתב הסמ"ע דוקא קאמר שמתוהו כו' והב"ח כתב דלאו דוקא שמתוהו אלא אורחא דמלתא נקט ע"ש ונ"ל כדבריו ממ"ש הטור והמחבר לקמן סי' קנ"ז ס"ס ח' סירב מלעשות ציווי ב"ד כו' ולא הזכירו שמת' ובלשון הרא"ש שהבאתי לעיל וכן בר' ירוחם נתיב כ"ז ח"ג משמע כן יותר ע"ש. ועוד דמדהוצרכו הרא"ש וטור ור' ירוחם שם לומר דאם תבעו בפני עדים וסירב ולא עמד בדין יכול לטעון אח"כ לומר נמלכתי ופרעתי כיון שלא סירב ציווי ב"ד כו' אלמא דלא בעינן שמתוהו דאל"כ תיפוק ליה דודאי בעדים לא שמתוהו וגם בבעה"ת שער י"ב משמע שהראב"ד כהרי"ף ס"ל והרי"ף בפ"ק דמציעא לא הזכיר שמתא אלא ודאי כיון דלא צאית דינא לחוד שוב אינו נאמן לומר פרעתי וכן משמע ממ"ש הנ"י רפ"ק דבבא קמא גבי כולן נכנסו תחת הבעלים והא ניזקין מלוה ע"פ הוא כו' אי נמי דחייבוהו לשלומי ולא קבליה לדינא עילוהי דגלי אדעתי' שאין רצונו לפרוע הרמ"ה ז"ל עכ"ל ומביאו ב"י לקמן סי' קי"ט ס"ד ולא הזכיר שמתא וכן עיקר:

סעיף לז

אינו נאמן כו'. ע"ל סי' פ"א סעיף כ"ג:

סימן פ

סעיף א

ונתחייב בה. אפי' לא חייבוהו ב"ד אלא שלפי טענתו יתחייב בה והכי מוכח ממ"ש לקמן בהג"ה וכל זה דוקא לאחר כדי דבור כו' וכן משמע עוד להדיא בתשו' רשב"א סי' אלף ס' דלקמן ס"ק ז' ושאר פוסקים (ועיין בתשו' מהר"ם אלשקר ס"ס ל"ט):

סעיף ב

ואפי' יש עדי' כו'. מיהו אם הוא בענין שיכול לומר נזכרתי שפרעתי מהני אם מביא עדים על טענה שניה כדלעיל סי' ע"ט ס"ג:

סעיף ג

אבל אם יצא מבית דין כו' דשמא למדוהו כו'. נ"ל דזה מיירי שחייבוהו ב"ד ואמרו לו חייב אתה ואף על פי שפשט לשון הט"ו לא משמע לכאורה כן מ"מ צריך לפרש דבריהם כן דאל"כ אין סברא לומר שמא למדוהו לטעון שקר דלמה ילמדו אותו עתה לטעון שקר

הלא לפי דבריו יזכה בטענתו הראשונה ולא מסתבר לומר דחיישינן שאחר שיצא הגיד לפני אחרים טענתו וידעו שיתחייב בדין ע"פ טענתו ולמדוהו לטעון שקר וגם בש"ס לא מצינו האי חששא דשמא למדוהו לטעון שקר רק אחר שבאו עדי' והכחישוהו וכמ"ש הרמב"ם והמחבר לקמן דבהא ודאי שפיר אמרי' שלמדוהו לטעון שקר כיון שרואה שהכחישוהו עדי' ויתחייב אבל היכא דלא הכחישוהו עדי' ולא אמרו לו הב"ד חייב אתה אם מתקן טענתו הראשונה ואומר כך נתכוונתי ויש במשמעותו לשון שסובל זה התיקון שומעין לו אף שיצא מב"ד. כן נ"ל:

סעיף ד

יכול כו' לסתור טענתו הראשונה. היינו בשלא הודה מתחלה בפני עדים באתם עדי או בהודאה גמורה באופן המועיל לקמן סי' פ"א:

סעיף ה

מפטור לפטור. לאפוקי מחיוב לפטור דא"י לטעון אפי' לא יצא מב"ד אלא כשמתקן דבריו. ומשמע דאפי' לא היה חייב רק שבועה א"י לחזור ולטעון להפטר עצמו משבועה וכ"כ בהגהת מיי' ספ"ז מה' טוען וז"ל ואם בדבריו הראשונים יש חיוב שבועה או ממון והאחרון לפטור או איפכא שהראשון לפטור שבועה או ממון והאחרון לחיוב הלך אחר ל' החיוב דהודא' בע"ד כמאה עדים עכ"ל: ומדברי מהרש"ל שהבאתי לעיל סי' ע"ה ס"ק כ"ה נלמד דהיכא שטען טענה שהיה כנגדו נשבע ונוטל יכול לחזור ולטעון טענה שישבע ויפטר ולא מיקרי חוזר וטוען דעדיין לא נתחייב דמי יימר דמשתבע זה שכנגדו וצ"ע לדינא. ואפשר מהרש"ל לשערי רב אלפס קאמר וליה לא ס"ל. ועכ"פ נראה דאם כבר פסקו הב"ד שכנגדו ישבע ויטול שוב אינו יכול לחזור ולטעון לישבע ולפטור ודו"ק. וע"ל סי' קמ"ו סעיף כ"ד ובטור שם ומ"ש שם בסעיף י"ג וי"ד מדינים השייכים לסי' זה (ע' בתשובת מהרשד"ם סימן ק"פ):

סעיף ו

הראשונה. ויש ספרים איתא בטור האחרונה וכן הוא בהרמב"ם עצמו. והוא יותר נכון:

סעיף ז

וכ"ז דוקא לאחר כדי דבור כו'. וכתב בתשו' רשב"א סימן אלף ס' בא' שהודה לחברו בב"ד ואמר לו השני אל תפרעני אלא בעדים והשיב הנתבע תוך כ"ד יש לי בידך משכון והשיב הרשב"א דתוך כ"ד של חברו לאו כדבור דמי עכ"ל והביאו האחרונים וצ"ל דמיירי שהיו משמעות דבריו הראשונים שאין לו אצלו משכון דאל"כ פשיט' שיכול לתקן דבריו ולומר כך נתכוונתי שאני חייב לך ממון ואתה תתן לי משכון שלי והכל לפי ראות עיני

הב"ד ואם משמעות לשונו סובל כן (עיין בתשוב' ן' לב ספר א' ד' מ"ד בתשו' מבי"ט ח"ב סי"ו ק"ס):

סעיף ח

ודלא כיש חולקין כו': וכ"כ בד"מ וז"ל כתב מהרי"ו סע"ז דאין אדם יכול לטעון טענה שלא טען כבר דהואיל שלא טענה תחלה הוי כאלו הודה שאין זו טענה אבל בהגהת מיי' פ"ז דטוען ונטען פסק בשם מוהר"ם דאע"ג דשתק תחלה יכול לחזור ולטעון וע"ש ובתשו' הרא"ש כלל ס"ד סי' ג' כתב כדברי מהרי"ו וכתב שם מיהו יוכל אח"כ למימר על מנת שתעשה דבר פלוני טענתי הכי וע"ש כיצד עכ"ל ד"מ ודברי הר"ב תמוהים לי דפשיטא דאין חולק על הגהת מיי' בשם מוהר"ם דמהרי"ו והרא"ש שם מיירי להדיא שטען מתחלה טענה אחרת שנתחייב בה וע"ש אבל אה"נ דמוכח למ"ש הגה' מיי' שם וז"ל כתב מורי רבינו ז"ל דכ"ש אם אדם טוען על חברו טענות הרבה ושתקהלה באחת מהטענות דלא חשיבא שתיקה כהודאה אא"כ אמר אתם עדי ושתק שהרי אפי' טענתו יכול ליישב אע"ג דנראה קצת כסותר דבריו הראשונים כ"ש שיכול ליישב טעם שתיקתו דשתיקתו לאו כהודאה דמיא ע"כ גם מ"ש הר"ב בשם תשו' הרא"ש שם מיהו יכול אח"כ למימר ע"מ שתעשה דבר פלוני טענתי הכי ליתיה כלל בתשובות הרא"ש שם ואדרבא איתא שם דלא יוכל לומר ע"מ כן טענתי הכי וע"ש:

סימן פא

סעיף א

משטה הייתי בך כו'. נראה דה"ה דיכול לטעון טעיתי בהודאתי וכן משמע מדברי הבעה"ת והט"ו לקמן סעיף כ"ח וגם נראה דכ"ש הוא וכמ"ש לקמן סעיף כ"ב ס"ק נ"ה וסי' קכ"ו ס"ק נ"ד דטעיתי עדיף ממשטה ואע"ג דלקמן סעיף כ"ט כתבתי דאינו נאמן לומר טעיתי אלא במגו דפרעתי היינו בהודה באתם עדי בענין דגם משטה א"י לטעון משא"כ הכא דנאמן במגו דמשטה ועוד דטענת טעיתי עדיפא ממשטה וכמ"ש ואין להקשות א"כ היאך דייק בש"ס פ"ז בורר ממתני' דיכול לומר משטה דלמא מתני' בעי אתם עדי משום טעיתי ומשטה בלאו הכי א"י לטעון י"ל דקתני במתני' לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו אתם עדי משמע דאי לא מודה לו באתם עדי לא אמר כלום והודאתו מעיקרא ליתא ואי משום טעיתי הא הודאתו הוי הודאה באמת אלא דעכשיו נזכר שאינו כן אלא ודאי מתני' מיירי בהשבעה או בהשטאה דהודאתו מעיקרא לא היתה הודאה רק השטאה ועי"ל בדרכים אחרים וק"ל:

סעיף ב

וצריך לישבע שהוא כדבריו כו'. כלומר נשבע שאינו חייב לו כלום ושכוון להשטות בו (וע"ל סעיף י"ד ס"ק ל"ה) דפשיטא דצריך לישבע שאינו חייב לו כלום כשזה תובעו שיש לו בידו כדאיתא ברמב"ם ובעה"ת ושאר פוסקי' וכ"כ הסמ"ע וב"ח. וע"ל סי' ע"ה סעיף י"ז ס"ק נ"ט כתבתי כשאינו טוען ברי שחייב לו אין לו עליו שום שבועה וטענינן ליה שכוון להשטות. ועיין בתשו' מהר"י ן' לב ספר ב' סימן נ"א ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ו ובתשו' מהרי"ק ס"ס ע' וסי' ע"ג ור"ס ק"א וסי' קט"ו:

סעיף ג

אלא לא היו דברים מעולם. כלומר מעולם לא הודיתי ועדים אומרי' שהודה פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי ומשמע דאפי' לא חזר וטען משטה אני בך אחר שבאו העדים וכן מוכח מדברי הרמב"ם והטור והמחבר לקמן סעיף כ"א ואע"ג דמשטה אני בך לא טענינן ליה וכדלקן' סעיף ג' היינו כשמוד' שהודה אבל כשאומר להד"ם טענינן ליה שבודאי הי' משטה בו ולכך אינו זוכר עתה שהודה לפניהם משום דמילי דכדי לא דכירי אינשי ונ"ל שכל הפוסקי' מודים לזה וגם כוונת בעה"ת כן ודלא כבעל גי"ת שער מ"ב ח"א דף קע"ח ע"א וע"ב שכתב לדעת בעה"ת ושאר פוסקי' שצריך שיטעון אח"כ משטה ע"ש דליתא אלא כמ"ש:

שוב מצאתי כדברי בבעל העיטור שכתב בתחלת אות הודאה סוף דף ק"ד וז"ל ל"ש כי אמר משטה ול"ש כי אמר להד"ם פטור כדאמרינן כל מילי דכדי לא דכירי אינשי כלומר דאי אדכר ליה דאודי הוה טעין מנפשיה משטה הייתי בך אבל לא טעין כלל לא טענינן ליה ע"כ:

סעיף ד

ולא אמרי' טענת משטה אלא ביחיד כו'. צ"ע לדינא דבריב"ש לא כתב טעם זה אלא סניף לטעמים אחרים שכתב שם בהך עובדא דידיה כמה טעמים דלא שייך משטה וכתב זה אגב ריהטא ע"ש. גם לפני זה שם כתב הריב"ש דהיו יכולים הצבור לטעון השטא' ע"ש ואין להביא ראיה ממ"ש הרא"ש בתשובה והביאה הרב לקמן ס"ס קס"ג דמעשה הקהל א"צ קנין דהתם מיירי שאין טוענ' טענת השטאה רק שאומרי' שרוצים לחזור מחמת שלא הי' קנין:

סעיף ה

העשיר כו' לאו דוקא אלא ר"ל כל שאינו עני שהיה חייב ללמד עם בנו או לשכור לו מלמד ועל כן לא כתב הר"ב לקמן ר"ס של"ו חתנו העשיר וע"ש:

סעיף ו

יכול לומר משטה הייתי בך. אע"ג דכתבו הט"ו בס"ה דלא אמרי' משטה אלא כשתובעו היינו דוקא כשהודה שחייב לחברו מנה בלא תביעה דאין טעם להשטאתו אבל היכא שיש טעם וסברא לומר שכוונתו הי' להשטות כגון זה של מצוה נתכוון שילמוד עם בנו וגם שהוא בן בנו וגם הוא עשיר שהיה מוטל עליו ללמוד עמו או לשכור לו מלמד בכה"ג טענינן אפילו עבורו שלהשטות נתכוון עכ"ל סמ"ע. ובחנם דחק כי דין זה פשוט הוא בטעמו דדוקא היכא שמודה שחייב לו כבר הוא דבעינן שיטעון משטה ושתבעו והוד' דאל"כ אמרי' מסתמא אמת הוא שחייב לו כבר משא"כ הכא שידוע שאינו חייב לו כבר רק שיתחייב מכח שאמר אני אשלם לך והלכך כיון דבלאו הכי חייב ללמוד עם בנו פטור וכן הוא הדין בכל מקום היכא שאינו חייב לו כבר רק שמבטיח לו עתה בדבורו פטור וכדלקמן ס"ס רס"ד גבי מי שברח מבית האסורים והיה מעוברת לפניו וא"ל טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו (והכא לא שייך לומר שיהי' לו שכרו כיון דבלא"ה חייב ללמוד עם בנו) וכן גבי חליצה מוטעת חלוץ ע"מ שתתן לו מאתים זוז אין לו כלום וכמו שנתבאר בא"ע סימן ס"ט סעיף נ' ומשמע התם בש"ס דטעני' ליה משטה ואפי' לכתחלה טענינן ליה עיין שם בש"ס פרק מצות חליצ' דף ק"ו ע"א וכך כתב הר"ב בא"ע סי' קס"ה סוף סעיף א' ועמ"ש שם. וכן מהר"מ במרדכי פרק ז"ב למד הך דינא דהכא מהך דמעבורת ומהך דחלוצה (והובא' תשובת מהר"מ זו באורך יותר בתשובת מיי' לס' משפטים סימן ס"ד עיין שם) וא"כ ה"ה בכל כיוצא בזה דהיינו שידוע שלא היה חייב לו אע"פ שאמר מעצמו לשלם לו אמרי' משטה היה בו דבמה יחול החיוב על זה לשלם. וזה ברור:

וגדולה מזה נ"ל דהכא ובכל כה"ג אפי' אמר אתם עידי פטור דאפי' תימא שמתחייב עתה לשלם לו הא הסכימו רוב הפוסקים שאין אדם יכול להתחייב באתם עידי בלא קנין בדבר שלא הי' חייב כבר וכדלעיל סי' מ' ואפי' להרמב"ם דס"ל דיכול להתחייב הא כתבתי שם בס"ק ד' דהיינו דוקא כשמתחייב בלא תנאי כלל משא"כ הכא שמתחייב על תנאי שילמוד עם בנו או שיעבירנו או שיחלוץ ועי"ל דע"כ לא קאמר הרמב"ם אלא כשמתחייב מעצמו בלי סבה אבל הכא כשנתחייב ע"מ שילמוד או שיעבירנו או שיחלוץ וכה"ג אנן סהדי דאף שאמר אתם עדי להשטות נתכוין והסברת מוכחת על זה שמפני שלא הי' יכול לעשות בענין אחר אמר כן ואין לחיוב על מה לחול כיון שלא נשתעבד בקנין. כן נ"ל ודו"ק:

סעיף ז

אבל שכיב מרע כו'. כתב ב"י בסי' ל"ב ונ"ל שכל חולה מושכב על מטתו מיקרי שעת מיתה שהרי בש"מ איתמר האי דינא וכל שהוא חולה מושכב על מטתו מיקרי ש"מ וכן אם הוא מסוכן אע"פ שהולך על רגליו עכ"ל ומביאו ד"מ שם: וכתב עוד ב"י שם ונ"ל עוד שאם הודה בשעת מיתה אפי' קם על רגליו ותבעו חייב לשלם לו דהא אין אדם משטה בשעת מיתה ודבר פשוט הוא שהרי אם היה יכול לטעון היינו טוענים ליורשים עכ"ל ולפע"ד זה אינו ופשיטא דיכול דהא דקמבעיא בש"ס היינו בסתמא ומספקא ליה לש"ס ואהא מסיק דאין אדם משטה בשעת מיתה ומסתמא לא השטה אבל אי אמר משטה הייתי נפקא מידי ספקא ונאמן והא דלא טענינן ליורשיו היינו משום דכיון דמסתמא אין אדם משטה בשעת מיתה א"כ גרע טפי ממילתא דלא שכיחא דלא טענינ' ליתמי והכי מוכח ממה שהוכיחו התוס' והרא"ש ומרדכי פרק זה בורר (וכן הוא בהגהת מיימוני ספ"ז מה' טוען) דטענינן ליורשים שמא אביהן כוון להשטות מדבעי בש"ס ס"פ ג"פ אי אדם משטה בשעת מיתה אלמא דאם אינו שעת מיתה טענינ' לבניו ואי כדברי נ"י מאי מוכיחין דילמא התם בעי לענין ש"מ גופיה כשקם ולא לענין יורשיו או אפי' לענין יורשיו כשקם ואמר משטה הייתי ואחר כך מת ויש ליישב זה בדוחק מ"מ העיקר כמ"ש ודו"ק:

סעיף ח

וה"ה אחרים כו' ע"ש במרדכי שכתב ואפי' לא היו עדים בצוואתו אלא שהבן מעצמו מודה שכן הי' ומביאו ד"מ והסמ"ע ס"ק ח' והא דלא מהימן במגו ונ"ל הטעם דהוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דשתיקתו ודאי הודא' היא וכיון דודאי הודה תו לית ליה מגו וכה"ג אמרינן לעיל סי' ע' ס"ק י"א ע"ש. ומשמע מכאן דכל היכא דהוי הודאה כגון שאמר אתם עידי אפי' אין העדים כאן והוא מודה שהודה לו באתם עידי אלא שטוען שאינו חייב לו כלום חייב לשלם לו ולא מהימן במגו דכיון דודאי הודה ודאי חייב לו וכנ"ל עוד להוכיח מבעה"ת שער ל"ו ח"ג והטור לעיל סי' ע"ה סי"ז שכתבו אם טען לחבירו הודית לי בעצמך שאתה חייב לי כך וכך ואמרתי לעדים אתם עידי או אתה אמרת אתם עידי ואין העדים כאן זהו טענת ברי ויכול להשביעו היסת שלא אמר לעדים אתם עידי כו' משמע להדיא הא אם מודה שאמר לעדים אתם עידי חייב לשלם אע"פ שאין העדים כאן ולא אמרינן דיהא נאמן שאינו חייב לו במגו דאי בעי אמר לא הודיתי אלא ודאי כדאמרן:

סעיף ט

או שתקו לצוואתו הוי הודאה. נראה דוקא היכא שיש לומר שהש"מ אומר אמת וכהך עובדא דראבי"ה שבמרדכי פ' ז"ב שצותה האלמנה ליתן ז' זקוקים לקרוביה דאמרי' מסתמא יש לה ז' זקוקים שאין לבן חלק בהם וכיון ששתק הבן הוי כאלו הודה שיש לה ז' זקוקים אבל בעלמא לא הפסיד בשתיקה ששתק להש"מ דהא קי"ל דאפי' באשה במחלק נכסיו כשהוא ש"מ ושתקה לא הפסידה כתובתה בשתיקה רק בחלק לבניו וגם דוקא באשה ומקולי כתובה אבל שאר ב"ח לא וכדאיתא בכל הפוסקים והביאם ב"י בא"ע ס"ס ק"ו וכ"כ הבעה"ת שער נ"ט והטור והרב לקמן ר"ס צ"ח אלא ודאי התם שהנכסים הם בודאי לב"ח לא אמרינן שהשתיקה תיהוי כמחיל' משא"כ כאן שיוכל להיות שדברי ש"מ הם אמת אמרינן שפיר שהשתיקה לש"מ הוי הודאה ובזה ניחא נמי דלא תיקשי ממ"ש רשב"ם בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ו ע"ב) וז"ל אבל הכא אי מחיל מה הנאה יש לו לבן שימחול ואף ע"פ ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו ולא גרסינן מי ידע דמחיל עכ"ל דהתם נמי כיון שהוא יורש בודאי לא הוי השתיק' כמחילה כנ"ל:

סעיף י

אבל אי לא טעין. משטה הייתי אפי' אומר איני חייב לו כלום כיון שאמת שהודה חייב: לשון המרדכי פ' ז"ב כתב ר' סעדיה גאון דצריך לישבע שנתכוין להשטות ופסק ר"י דאי לא טעין לא טעני' ליה וב"י הביא לעיל ר"ס ל"ב דאי לא טעין טענינן ליה ופי' כלומר דאי לא טעין שישבע לו שנתכוין להשטות טענ' ליה נראה משום דקשיא ליה דאי כנוסחת המרדכי שלפנינו מאי קאמר פסק ר"י הלא ש"ס ערוך הוא דאי לא טעין משט' לא טענ' ליה וע"כ הגיה טענינן ליה ופי' כך ואחריו נמשך הד"מ לעיל סי' ל"ב וכ"כ הסמ"ע כאן ס"ק ג' שכן עיקר ולא כמ"ש בנוסחת המרדכי שבידינו ואין דבריה' נכוני' דמהיכי תיתי. נימא שיטעון כאן שישבע לו יותר מכל שאר שבועות שבעולם וגם מהו ל' טענינן ליה וכן הקשה הב"ח לעיל סי' ל"ב (וגם בפסקי מהר"ם רקנטי סי' תתקל"ז כתב פסק רבינו סעדיה שצריך לישבע שהשטה בו וחי לא טעין דמשטה הוא לא טענינן ליה ע"כ) ועוד כי בספרים ישנים במרדכי איתא כך ופסק ר"י דאי לא טעין לא טענינן ליה אבל אדם עשוי שלא להשביע א"ע אפילו לא טעין טענינן ליה עכ"ל וכן הוא באגודה שם גם מ"ש הב"ח לעיל ס"ס ל"ב דאתא לאשמועינן שלא להשביע טענינן ליה לא נהירא דהלשון לא משמע כן ועוד דהא אח"כ מיד הביאו המרדכי והאגודה ג"כ תשובת מהר"ם גבי ראובן שאמר לחתנו תלמוד עם בנך דטענינן ליה משטה אע"פ דבפרק ז"ב פי' ר"י דאי

לא טעין לא טענינן ליה שאני התם כו' עכ"ל ומכאן קשה ג"כ על הב"י והנמשכים אחריו שהגיהו במרדכי משום שהוא ש"ס ערוך א"כ מה יעשו בדברי מהר"ם שהביא המרדכי מיד אח"כ אלא נ"ל דמעיקרא ל"ק מידי משום דבש"ס לא קאמר רק אי לא טען לא טענינן ליה ואפשר לומר דלא בא אלא לומר דלא דמי לדיני נפשות דא"צ טענה אלא טענה צריך אבל אה"נ דבין שיטעון משטה בין שיטעון איני חייב לו סגי תדע דהא בברייתא לא הוזכר דאי לא טעין לא טענינן ליה אלא דבש"ס דייק הכי מדקתני ואין טוענים למסית מסית מאן דכר שמיה וקאמר חסורי מחסרא והכי קתני אם לא טען אין טוענים לו ובדיני נפשות אע"ג דלא טען טוענים לו ואין טוענים למסית א"כ י"ל דלא בא אלא לאפוקי אם לא טען שום טענה אין טוענים לו משא"כ בדיני נפשות לכך פי' ר"י דבעינן שיטעון דוקא משטה ולא סגי בטענה שאינו חייב לו והיינו ע"כ כבטוען איני חייב לו כלוה כן נ"ל ברור:

סעיף יא

תופס ממון הנתבע כו'. דכיון שידע המודה מזה לא ה"ל להודות. אם לא שחייב לו באמת ולא כע"ש שכ' דאיירי דוקא שתפסו בשעת תביעה וה"ט כיון דראה שתביעתו אינו להשטות שהרי טרח ותפס לו ממונו לא ה"ל להודות ע"ש וזה אינו עכ"ל סמ"ע ס"ק י"ג וכן נראה בב"ח ע"ש ובאמת משמע כן לכאורה בטור ובעה"ת שער מ"ב אבל אחרי העיון נראין דברי הע"ש עיקר דמה בכך שידע זה שממונו בידו הלא יוכל לומר אני ידעתי שתתחייב להחזיר לי את שלי כשאתבעך ואדרבה אתה בעצמך רוצה להחזיר לי את שלי דאל"כ למה אמרת מנה לי בידך והלא יש לך בידי כך כנגדו אלא ודאי מה שאתה חייב לי ידעת שתתחייב לשלם לי ותבעת ממני מנה אחרת וע"ז השבתי לך הן ואני השטיתי בך ומה ענין ממון זה לממון זה אלא ודאי מיירי שזה תפס ממנו בעל כרחו על חוב זה (או שהיה ממונו שלו כבר בידו ובשעת תביעה אמר לו מנה לי בידך ואני אחזיק מה שיש לי בידי על מנה זו) דאז אמרי' כיון שהודה לו ודאי לא השטה בו וכך הם דברי ע"ש וז"ל שכיון שטרח ותפס יש בו הוכחה שלא השטה בו אלא בקושטא קתבע והאיך יטעון הנתבע שוב כמו שהשטית אתה כן הייתי משט' אני שכיון שראה שזה התאמץ כנגדו לתפוס ממנו בעל כרחו לא ה"ל להודות לו אדרב' ה"ל לומר לו למה אתה נוטל את שלי ואין אני חייב לך כלום עכ"ל וכן מוכח מדברי הרמ"ה והנ"י ס"פ המניח שהבאתי לקמן סי' פ"ח סעיף י"ב ס"ק כ"א. ובע"כ דברי הטור ובעה"ת צריך לפרש כן דאע"ג שלא הזכירו דמיירי שתפס ממנו בשעת תביעה וגם בל' בעה"ת איתא אם יש לו מחבירו תחת ידו כו' י"ל דמיירי שא"ל התובע מנה לי בידך ואחזיק מה שבידי משלך על מנה זו כן נ"ל ודוק:

עוד כ' הב"ח בשם בעה"ת דצריכה להיות התפיס' קודם ההודא' ובאמת כן הוא בבעה"ת שם ריש שער מ"ב וז"ל ואי תפס הויא הודא' גמורה כדאמרינן בטענו חטים והודה לו בשעורים כו' וצריכה התפיס' להיות קודם ההודא' וכן כתבנו בשער ז' שהקדמנו בשם הר"נ בר מאיר ז"ל עכ"ל אבל קשה לי דהתם בשער ז' ח"ב ס"ל להבעה"ת דטעמא דפטור משעורים הוא משום דכיון דלא תבע התובע שעורים ה"ל כאלו הוד' שאין ח"ל שעורים וכשתפס יכול לומר לכך לא תבעתי שעורים לפי שהייתי מוחזק בהם וכמ"ש הבעה"ת שם להדיא והלכך כתב שם שפיר דהתפיס' צריכה להיות קודם ההודא' וכך שלח לי דעתו ה"ר נתן ב"ר מאיר כו' אבל הכא דל"ש למימר כן אלא דכיון דתפס משלו ושתק לא השטה בו א"כ ה"ה כשתפס אחר ההודא' שייך האי טעמא וכן משמע להדיא מדברי הרמ"ה והנ"י ס"פ המניח שהבאתי לקמן סי' פ"ח סעיף י"ב ס"ק כ"א. והובא ג"כ בב"י שם. דאף בתר דהוד' אי תפס כל זמן דלא הדר הנתבע מהודאתו מהני תפיסתו וכן נ"ל עיקר ודברי הבעה"ת והב"ח צל"ע:

ובספר גי"ת ריש שער מ"ב הקשה על הבעה"ת האיך כ' דמהניא תפיס' כדאמרי' בטענו חטים והודה לו בשעורים דהא הבעה"ת בשער ז' חלק ב' לא הסכים להראב"ד דטעמא בטענו חטים והוד' לו בשעורים פטור הוא משום השטא' רק מפני דהוי כאלו הודה התובע שאין בידו שעורים עכ"ד ואי משום הא לק"מ דנהי דבפירושא דשמעתא לא ס"ל כהראב"ד מ"מ מודה ליה במאי דמשני כשתפס דמהני תפיסתו בכל ענין ולא יוכל זה שכנגדו לטעון שום טענה אלמא דתפיסה מסלק טענת השטאה ודוק:

מיהו כבר העליתי לקמן סי' פ"ח סי"ב דהעיקר כהראב"ד וסייעתו בזה ע"ש:

סעיף יב

אלא כשתבעו כו' כך כתב הטור והרא"ש ולא הביא בב"י שום חולק ובאמת גם שאר פוסקי' כתבו כן אבל תימה לי על הב"י המחבר שלא שם לב לדקדק שהרמב"ם ושאר הרבה גדולי הפוסקים חולקים בזה ונראה עיקר כדבריהם וכמו שאבאר. הנה הרמב"ם לא כ' בשום מקום לחלק דמשטה לא שייכא רק בתבעו והודה לו ואדרבה כ' בס"פ ששי מהל' טוען וז"ל אע"פ שהמטמין עדים אינם עדות וכן המודה מעצמו ועדים שומעים אותו וכן האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך וח"ל הן בכל אלו הדברים כו' אם טען משטה הייתי בו כו' ואם לא טעין (לא) טענינן לו כו' והעתיקו המחבר עצמו לקמן סעיף כ"א ואע"פ שבסמ"ע שם ס"ק מ"ו דחק דמשטה היינו כשהודה ע"י תביעה מ"מ ודאי דליתא לפירושו וכמ"ש לקמן ס"ק נ"א וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם רפ"ז מה' טוען שכ' וז"ל המודה בפני שנים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להן בדרך הודי' לא דרך שיחה

אע"פ שלא אמר אתם עידי ואע"פ שאין התובע עמו ה"ז עדות כו' והבאתי לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ג וכן המחבר לקמן סעיף ח' משמע הא בדרך שיחה יכול לטעין משטה בכל ענין אף בהודה מעצמו שלא בפני התובע והכי מוכח נמי להדיא מדברי הרב המגיד סוף פרק ששי מה' טוען שכתב על דברי הרמב"ם הנ"ל דסוף פ' ששי שהעתיק המחבר לקמן סעיף כ"א וז"ל אע"פ שהמטמין עדים כו' דברי טעם הם אלו דודאי טענת משטה אני בך אי לא טעין איהו אנן לא טענינן ליה וכן בשאר הטענות ומבואר בש"ס גבי משטה הייתי בך אבל בעל המאור חלק ואמר שאם לא תבעו הלה אלא שהוא הודה מעצמו אפי' לא טען טענינן לו עכ"ל הרי דס"ל להרב המגיד דטענת משטה והשבעה שווין בזה ועוד מדסיים אבל בעל המאור כו' ולא הזכיר כלל בדברי המאור טענת השבעה (וגם לא הזכיר הרב המגיד בשום מקום חילוק זה דבהודה מעצמו א"י לטעון השטאה רק השבעה) משמע דרוצה לומר דלבעל המאור אף טענת השטאה טענינן ליה בהודה מעצמו וכן הוא להדיא בספר המאור ס"פ זה בורר ע"ש (והבאתיו לקמן סעיף כ"ב ס"ק נ"ה) ולהרמב"ם לא טענינן ליה רק אי טען הוא משטה טענתו טענה בין בהגדה ע"י תביעה בין מעצמו וכן הוא להדיא בבעה"ת שער מ"ב ח"א וז"ל והא דאמרי' שאם לא טען השטאה אין טוענין לו ה"מ בזמן שתבעו וזה הודה לו כו' אבל אם אמר מעצמו מנה בידי מפלוני בין בפניו בין שלא בפניו אפי' לא טען טענינן ליה וכן מצינו ברב נחמן שטען לאותו שהיו קורין קב רשו שלא להשביע כו' וכן תמצא בס' המאור כו' מיהו הא דאמרינן דאנן טענינן ליה טענת השטאה אם הודה בלתי תובע איכא דפליג כו' עכ"ל אלמא דלכ"ע אם טען משטה אף בהודה מעצמו נאמן (וכ"כ בספר גי' תרומה שם דף קע"ז ע"ג שכן דעת בעה"ת שם ועמ"ש לקמן ס"פ ס"ק י"ט) וכן מוכח עוד להדיא מדברי הבעה"ת שהבאתי לקמן סעיף ט"ו ס"ק מ"א והב"י גופיה לעיל ס"ס ל"ב ע"ש וכן משמע עוד מדברי בעה"ת שער מ"ב חלק ז' שכתב וז"ל מי שאמר מנה לפלוני בידי ורצה לטעון כי השטאה היתה כו' ומביאו ב"י לקמן סל"א וכן משמע עוד מדברי בעה"ת גבי אי יהיב רווחא בתורת קרנא וטוען משטה וכמ"ש לקמן סעיף ל' ס"ק ע"ו וכן הוא להדיא דעת בעל העיטור ריש דף ק"ה כהבעל המאור בזה שכ' וז"ל והא דאמר כי לא אמר אתם עידי ולא אמר משטה אני בך אין טוענים לו וחייב איכא למימר דוקא תבע ליה אבל אי לא תבע ליה יכול לחזור בו כו' וגם דעת הראב"ד שהביא בעה"ת שם בשער מ"ב ח"א במה שהשיג על הבעל המאור וכתב אמר אברהם חס ושלום שנפתח לו אנחנו כו' (והבאתי דבריו לקמן סעיף כ"ב ס"ק כ"ה) ע"ש ודוק ותשכח דע"כ לא פליג על בעל המאור אלא משום דח"ו שנפתח לו אנחנו אבל אי טען איהו מודה ליה דהשטאה והשבעה שוין

בזה דאף במודה מעצמו יכול לטעון משטה ועוד הבאתי לקמן סעיף כ"ב ס"ק נ"ז שכן דעת רב האי גאון במשפטי שבועות והביאו המרדכי ריש ב"מ וכן דעת הרמ"ה שהביא הרא"ש ס"פ המניח ועוד הבאתי שם (ובסעיף ט"ו סק"מ) שכ"כ מהר"מ רקנטי סי' ש"ח להדיא שכך פסק ריא"ז ושכ"כ ר' ירוחם נתיב ג' ריש ח"ה והנ"י ס"פ המניח (וע"ש בס"ק נ"ה מה שהקשיתי על ר' ירוחם והנ"י) ולקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ד כתבתי שכן נראה ג"כ מדברי המרדכי פ' מי שמת וגם מ"ש ב"י בסי' ל"ב שדעת רש"י כהרא"ש וטור שכ' משטה אני בך שוחק הייתי בשביל שהייתי שואל מה שלא הי' כו' לפע"ד אינו מוכרח די"ל דאדרבה כשלא תבעו פשיטא דיכול לומר משטה הייתי אבל כשתבעו לא היה לו לשחק בו לכך קאמר דכשם ששחקת בי כך השטיתי בך וכן נראה עיקר בש"ס וכמו שהוכחתי לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ג דמתני' דנקט הודה לו הוא משום טענת השטאה והתם במתני' מיירי שהודה מעצמו ועוד דגרסי' בש"ס בכתובות ר"פ הנושא איתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה ר' יוחנן אמר חייב ר"ל אמר פטור היכי דמי אי דא"ל אתם עידי מ"ט דר"ל דפוטר אי דלא א"ל אתם עידי מ"ט דר' יוחנן דמחייב כו' הרי דהתם אמר מעצמו חייב אני לך מנה ופטור כי לא אמר אתם עידי ודוחק לומר דמיירי שתבעו והודה לו דפשטא דמלתא לא משמע הכי וגם א"כ לא ה"ל לאקשויי כל כך בפשיטות מ"ט דרבי יוחנן דקמחייב [אלא] דלמאי דמיירי במודה מעצמו וכפשט' דלישנא ודאי פשיטא לי' וכן הבעל העיטור ריש דף ק"ה והבעה"ת שער מ"ב ח"א הוציאו מכאן גדולה מזה דמודה מעצמו אפי' לא טעין משטה טענינן ליה מדפריך מ"ט דר' יוחנן ונהי דבזה יש לדחות דבריהם דהכי פריך אמאי קאמר חייב דמשמע שאין לו שום טענה והלא יכול לטעון משטה מ"מ מה דס"ל דמיירי במודה מעצמו ודאי משמע כדבריהם וליכא למימר דהתם מיירי לענין שלא להשביע וכמ"ש התוס' שם ז"ל אי דלא א"ל אתם עידי מאי טעמא דר' יוחנן ה"ל למפטרי' או משום משטה אני בך או משום אדם עשוי שלא להשביע את עצמו עכ"ל דהא עיקר דמילתיה דצריך לומר אתם עדי איתמר בפ' זה בורר גבי משט'. ועוד שכבר הוכחתי לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ג ממשנה מפורשת ומן הש"ס דבהודה לפני התובע לא שייכא טענת השבעה וכמו שכתב הרמב"ם וא"כ הכא דקאמר בפני התובע אני חייב לך מנה ע"כ פריך מ"ט דר' יוחנן דקמחייב הא יכול לומר משטה:

סעיף יג

אינו יכול לטעון משטה כו'. ואע"ג דמכל מקום יכול לטעון השבעה וכדלקמן סעיף כ"א ואפי' לא טען טענינן ליה ליש פוסקים שם מכל מקום אי טעין משטה חייב א"נ נ"מ למ"ד דבפני התובע אי"ל השבעה כדלקמן סעיף י"ד וכן העליתי שם בס"ק ל"ד א"נ נ"מ

אי טען להד"מ דאם הי' יכול לטעון משטה לא הי' מוחזק כפרן דמילי דכדי לא דכירי אינשי כדלעיל סעיף א' והשתא הוחזק כפרן אע"ג דהי' יכול לטעון השבע' וכדמוכח להדי' מדברי הרמב"ם רפ"ז מהל' טוען ע"ש וכן מוכח מדברי המחבר לקמן סעיף ח' וסי"ד ע"ש ועוד נ"מ טובי מיהו כבר העליתי בס"ק הקודם דגם משטה יכול לטעון:

סעיף יד

הודה בפני ב"ד כו'. עיין מדין הודה בב"ד לקמן סעיף כ"ב ס"ק נ"ו:

סעיף טו

שאמר להם הנתבע אתם עדי כו'. ע"ל סעיף ח' ס"ק י"ט העליתי דכשאומר הנתבע אתם עדי מהני אפי' שלא בפני התובע: ל' הסמ"ע כתב בהגהת מיי' פ"ו מטוען ונטען ובהג"א ובמרדכי פרק זה בורר דכל תנאי שבני אדם מתנין ומקיימים ביניהם אין שייך לומר משטה אני בך ד"מ סי' ל"ב סי"ט עכ"ל וכן הוא בסמ"ג דף קפ"ב סוף ע"ג וז"ל פירש רבינו שמואל דוקא בדבור כנגד דבור זה טוען וזה משיבו צריך לומר אתם עדי אבל אם הי' תנאי מקוים בקנין לפניהם א"צ לומר אתם עדי וראיה מדאמרינן פ"ב דקדושין אלא מעתה קדש אשה בפני שנים ה"נ דצריך לומר אתם עדי עכ"ל רק מ"ש בקנין נ"ל דט"ס הוא וצריך לומר תנאי מקוים ביניהן לפניהם כו' וכן הוא בהגהת מיי' ובהגהת אשר"י שם וכה"ג איתא בתוס' פ"ב דקדושין שם ע"ש בדף מ"ג ע"א ועיקר הדברים מבוארים בהגהת אשר"י פרק ז"ב שם ע"ש:

סעיף טז

או ששתק הנתבע כו'. דשתיקה כהודאה דמיא וכתב הבעל העיטור ריש אות הודאה דה"ה אם אמר המלוה כתובו ושתק לוה דכותבים דלא גרע האי שתיקה משתיקה דתחלת הודאה עכ"ל ר"ל שהחוב ידוע בעל פה והמלוה אומר כתובו לעשות מלוה בשטר ושתק לוה לא גרע האי שתיקה משתיקה דתחלת הודאה כשאין החוב ידוע להיות חוב מלוה ע"פ כ"ש הכא דהחוב ידוע ושתק ה"ל שתיקה כהודאה לכתוב שטר:

סעיף יז

לא חששתי להשיבך. עיין בתשו' מהרש"ך ספר ג' סימן צ"ח. כתב בפסקי מהר"ם רקנטי סי' תכ"ז וז"ל פסק ריא"ז דשתיק' כהודאה דמיא דכל היכא דיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בלבו מה לומר לא אמרי' ששתיקה כהודאה והכל כפי מה שב"ד יכולים להבין דעתו של שותק כך דנין ע"כ וכ"כ בהגהת אשר"י פ' המפקיד בשם א"ז באורך יותר וע"ש ויש סעד לזה ממאי דאמרי' התם בש"ס פ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ז ע"ב) ומ"ד הלה שותק שתיקה דהכא לאו כהודא' מצי אמר ליה האי דשתיקי לכל חד וחד

דאמינא האי הוא וע"ש ועיין בתשובת מהר"ם פדואה סי' מ' מדין שתיקה כהודא' ועיין תשו' מהרי"ט סי' ק"ו וסי' קי"ד דף קמ"ו:

סעיף יח

אמר כו' הריני מודה בפניכם כו'. אמר כן דרך הודאה גמורה כו' אין ל' המחבר מדוקדק בעיני דכיון שאמר הריני מודה בפניכם הרי זה הודא' גמורה כמ"ש הטור סעיף י"ב כ' הרמ"ה דה"ה נמי אם אמר הריני מודה בפניכם אין צ"ל אתם עדי כו' ומ"ש אח"כ הטור וכן כתב הרמב"ם הודה בפני שנים דרך הודא' גמורה ולא דרך שיחה כו' היינו נמי כשאמר אני מודה בפניכם וז"ל הרמב"ם המודה בפני שנים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להן בדרך הודיה ולא בדרך שיחה כו' כוונתו שקבצם לשם עדות או שאמר אני מודה לפניכם כו' דזה הוי הודא' גמורה וכמ"ש לקמן בס"ק שאח"ז:

סעיף יט

דרך הודא' גמורה. ה' המגיד כתב שהרמב"ם הוציא כן מדברי הרי"ף ס"פ ג"פ והב"י כ' שלמד כן מהירושלמי דקאמר אם היה מתכוין למסור לו עדות עדותו מתקיימת ולפעד"נ שלא כדברי זה ודברי זה אלא כמ"ש לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ג באריכות ע"ש:

וראיתי בסמ"ג ד' קפ"ב סוף ע"ג וז"ל שם שנינו בבדיקת העדות אם אמר איש פלוני אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום אלא א"כ היה מתכוין למסור עדותו כדאמר בירושלמי עד שיאמר בפנינו הודה לו משמע הלשון שנקבצו לשם עדות ובדרך הודא' אמר כך אבל אם לא אמר לו כן אינו מועיל עד שיאמר אתם עדי מסייע ליה לרב דאמר צריך שיאמר אתם עדי פי' כשלא קבצם לשם עדות שצריך שיהא ניכר שבדרך הודיה אמר כך כך השיב רבי מתתי' מקרבירש בתשובה אחת עכ"ל והובא בהגהת מיי' רפ"ז מה' טוען והעתקתי דבריהם לדעת איזו מקרי הודא' גמורה גם הבעה"ת שער מ"ב ח"א כתב וז"ל ודע והבן כי המודה בפני ב' בלא אתם עדי אך הודה בפניהם כאדם המזמין' להעיד עליו ואמר דבריו כאדם האומרם בכל לבו בדרך הודא' שלימה ה"ז כמי שאמר אתם עדי ואי"ל משטה אני בך כו' וכ"כ הר"ר משה ז"ל כו' עכ"ל ומדברי כולם נלמד דהיכא דלא אמר בדרך הודאה גמורה אפי' ידע שהעדים עומדים שם לאו כלום הוא וכן משמע מדברי כל הפוסקים ודלא כמ"ש במרדכי והגהת אשרי בכתובות ר"פ הנושא גם מ"ש שם תימה לר"ב כו' לפע"ד אינו תימה וע"ש:

וכתב בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ז' דה"ה אם אמר מודה אני הוי ל' הודא' וכ"כ נמוקי יוסף ס"פ גט פשוט אההיא דכתב הרי"ף התם שאם אמר בלשון הודאה דבריו קיימים כגון מודה אני שמנה לפלוני בידי כו' ומשמע שם בדברי מהר"מ אלשיך דאפי' לא קבצם הוא

אם אמר בלשון מודה אני הוי הודא' וכן משמע בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קל"ו מיהו כתב שם מהר"ם אלשיך שאם אמר תדעו שאני חייב לפלוני מנה לאו הודא' הוא וע"ש ועיין עוד בתשו' מבי"ט ח"א סי' נ"ד וח"ב סי' קס"ז ורצ"ב ובתשו' מהר"מ אלשיך סי' כ"ד וס"ס קל"ד:

סעיף כ

אע"פ שלא אמר אתם עידי ואע"פ שאין התובע עמו כו'. משמע דכל שכן אם אמר אתם עידי דמהני אפי' אין התובע עמו וא"י לטעון שום טענה דאין לאחר אתם עידי כלום ואף להרמב"ם והמחבר לקמן בתחלת סעיף י"ד בהודה דרך הודא' גמורה דיכול לטעון שלא להשביע הודיתי כשהודה שלא בפני התובע מ"מ באתם עידי אי"ל כלום וכן משמע להדיא ממ"ש ה' המגיד רפ"ז מה' טוען וז"ל ונ"ל שרבינו מפרש הודא' זו כשאמר אתם עידי או שהתובע עמו כו' אבל הטור כ' בסעיף ט' דאם שלא בפניו אמר הלוה לעדים אני חייב לפלוני מנה והוו עלי עדים לאו כלום הוא כיון שלא היתה ההודא' בפני המלוה עכ"ל וכ"כ עוד הטור לעיל סי' ל"ב סעיף ט"ז וכ"כ המרדכי פ' זה בורר ומביאו ב"י שם ונ"ל עיקר כהרמב"ם וה' המגיד בזה דפשטא דש"ס משמע בכל דוכתי דאין לאחר אתם עידי כלום ובתשו' מהר"י ן' לב ספר א' ריש כלל י"ד סי' פ"א וס"ב סי' נ"א דלהרמב"ם אף באתם עידי יכול לטעון השבע' כשהודה שלא בפני התובע ואין דבריו מוכרחים וכבר התעורר עליו בעל ס' לחם משנה רפ"ז מה' טוען ע"ש:

שוב ראיתי בתשו' מהר"י ן' לב ספר ג' סי' ל"ח שהוא עצמו נסתפק בזה בכוונת דברי הרמב"ם אכן לא הביא שם דברי הרב המגיד ע"ש ולפי עניות דעתי אין כאן ספק דכוונת הרמב"ם כמו שהבין ה' המגיד חדא דכן משמע הל' אע"פ שלא אמר אתם עידי כו' משמע דחד לעיל ספ"ו מה' טוען קאי דאתם עידי הוי עדות וקאמר הכא דאע"פ שלא אמר אתם עידי הוי הודא' לענין השטא' אבל לעיל בספ"ו וכן בס"פ י"ז מה' עדות באתם עידי כתב סתמא דהוי עדות ומשמע דהוי עדות גמורה לכל דבר. ועוד שכתב ברפ"ז טען כשבאו אלו העדים שלא להשביע את עצמי הודיתי כו' ולאיזה צורך האריך וכתב כשבאו אלו העדים הל"ל בקצור טען שלא להשביע עצמי הודיתי כו' אלא משמע דוקא באלו העדים י"ל שלא להשביע הודיתי משא"כ באתם עדי ועוד דאל"כ למה האריך כ"כ וכתב המודה כו' אע"פ שלא אמר אתם עידי הל"ל בקצור וגם ה"ל לחלק כן באתם עידי גופיה והכי הל"ל האומר אתם עידי או המודה דרך הודאה אי"ל משט' ויכול לטעון השבע' כיון דהודא' הוי כאתם עידי אלא ודאי כדפי' וכן משמע מל' הרמב"ם ס"פ י"ז מה' עדות שכת' וז"ל אחד המודה בפני עדים ואמר דרך הודא' זה יש לו אצלי כך וכך או שאמר אתם עידי

כו' הרי אלו עדים עכ"ל ומדנקט ברישא זה יש לו אצלי כך וכך ובסיפא כתב סתמא אתם עדי ולא כללינהו בחד בבא והכי הל"ל אחד המוד' בפני עדים דרך הודאה או שאמר אתם עדי שזה יש לו אצלי כך וכך משמע דה"ק דבאמר דרך הודא' בעינן שיאמר זה יש לו אצלי כך וכך דהיינו בפני התובע או שאמר אתם עדי סתמא אפי' לא אמר זה יש לו אצלי דאפילו שלא בפני התובע סגי באתם עדי:

וראיתי בבית חדש סעיף ט' שכתב שהטור הוציא דבריו מדברי בעה"ת שער מ"ב ע"ש באריכות ודבריו תמוהים בעיני דאדרב' נרא' לפי עניות דעתי דעת בעה"ת להפך שכתב בשער מ"ב ח"א וז"ל עדיין יש לנו לעיין אם הודה לחברו במנה בפני עדים דרך הודאה ולא בדרך שיחה בלא אתם עדי ולא טען משטה אני בך אבל טען שלא להשביע את עצמי נתכוונתי בהא אית דבעי מימר שאם היה עמו בעל דבר ובפניו הודה מה שהודה אין שומעין לו לטעון שלא להשביע את עצמי נתכוונתי אבל אם לא היה עמו התובע ומפי עצמו הודה אף ע"פ שאמר דבריו דרך הודאה שלא באתם עדי בזה אם טען שלא להשביע את עצמי נתכוונתי שומעים לו אבל אם טען משטה הייתי או להד"ם אינו נאמן וכן פסק ה"ר משה ז"ל וזה טופס לשונו המודה בפני עדים דרך הודא' כו' עכ"ל ומדקאמר שאמר דבריו בדרך הודאה שלא באתם עדי משמע אבל באתם עדי אין שומעין לו ואף שטען שלא להשביע נתכוונתי (שוב ראיתי בתשובת מהרי"ן לב ס"ג סי' ל"ח שהביא גם כן מדברי בעל התרומות אלו כמו שכתבתי שמביא שם דברי בע"ת אלו וכתב עליהם וז"ל ומדבריו משמע דבאמר אתם עדי אפי' שלא בפניו אי"ל שלא להשביע נתכוונתי ע"כ) גם מה שהביא הב"ח מדברי בעה"ת שהביא הטור לקמן סעיף כ"ט בתשובת מהר"י ן' לב ספר ג' סי' ל"ח הבין ג"כ כן מדברי בעה"ת שם נראה לפע"ד דאין משם ראייה כלל דהתם קאמר טעמ' דקושטא דיש שם התובע אפי' לא הוה אמר אתם עידי וכן משמע בטור שם ע"ש ותו נראה דכל דברי בעה"ת התם הוא תשוב' לקמאי וליה לא סבירא ליה רק גוף הדין ולא שאר דברי התשוב' וכמו שכתבתי לקמן סעיף כ"ד סעיף קטן ס"ב ובהכי ניחא מה שכתב שם בתשובה לקמאי דהיכא דתבעו לא שייך להשביע וכן במודה מעצמו לא שייכא השטאה והרי הבעל התרומות ס"ל דאף בתבעו יש לומר השבע' וכמו שהבאתי לשונו לקמן סעיף ט"ז ס"ק מ"א וכן ס"ל דאף במודה מעצמו יכול לומר משטה וכמו שכתבתי בשמו לעיל ס"ק י"ב וכן הקשה בספר גי' תרומה דף קע"ז ע"ג ולפמ"ש לק"מ ודו"ק: וכן מוכח לפי עניות דעתי מדברי הנמוקי יוסף בשם המפרשי' שכתב בפ' זה בורר וזה לשונו והוסיפו המפרשי' דהני מילי כשמוד' לו ע"י התביע' אבל הודה לו מעצמו או שאמר לעדים כן שלא בפניו ליכא טעמא דהשטא' דמה לו להשטות בהם

מאחר שאין אדם תובע לו כלום והא דתנן הוא אמר לי שאני חייב לו לא אמר כלום לאו טעמא דהשטא' הוא אלא לפי שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כו' אבל אמר אתם עידי חייב לעולם בין על ידי תביע' בין שלא ע"י תביעה דכיון דאמר אתם עידי לאו השטא' היא ומשום שלא להשביע את עצמו ליכא שאין אדם עשוי להזמין עדים ולומר להם הוו עלי סהדי במה שאדם אומר שלא להשביע ובירושלמי נמי אמרו שאם היה כמוסר להם עדות חייב דאמרי' התם גבי מתני' דקתני הוא אמר לי ר' יוסי בשם ר' יוחנן אם היה מתכוין למסור לו עדות עדות מתקיימת ולא גרע אתם עידי ממוסר עדות אדרב' עדיף טפי עכ"ל ומדקאמר אבל אמר אתם עידי חייב לעולם ולא מפליג בין שלא בפניו או בפניו משמע דדומיא דכתב בריש שלא בפניו מהני באתם עדי בכל גוונא ועוד מדתלי טעמא שאין אדם עשוי להזמין עדים ולומר הוו עלי סהדי במה שאדם אומר שלא להשביע משמע דאפי' שלא בפני המלוה נמי מהני מה"ט ועוד מדכתב שלא בפניו ליכא טעמא דהשטא' כו' והא דתנן כו' לאו דהשטא' הוא כו' אלמא דמתני' מיירי שלא בפניו וקתני עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו אתם עידי ועוד מהראיי' דמייתי מהירושלמי מוכח להדיא הכי דהא קאי אמתני' דקתני הוא אמר לי דהיינו שלא בפניו דמהני במתכוין למסור לו עדותו וכ"ש דמהני באתם עידי. וגם מדברי הרא"ש נראה לי להוכיח כן שכ' בפרק זה בורר וז"ל ונרא' דאפי' בפניו אם אמר מנה לך בידי בלא תביעה שייך לומר אדם עשוי שלא להשביע א"ע מדקתני במתני' הוא אמר לי שחייב לו מנה דמשמע שלא בפניו אמר לו כן ואם כן אין אדם תבעו וקתני לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו אתם עידי דמשמע דבכה"ג אפילו בפניו לא אמר כלום עד שיאמר אתם עידי דאמרינן אדם עשוי שלא להשביע א"ע אפילו הודה בפניו בלא תביעה עכ"ל ומביאו ב"י סעיף י"ז אלמא דמתני' מיירי שלא בפניו ומסיים במתני' עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו אתם עידי אלמא אתם עידי מהני אפי' שלא בפניו ומה דכתב הרא"ש דמשמע בכה"ג אפילו בפניו לא אמר כלום כו' רוצה לומר מדקתני במתני' עד שיאמר בפנינו הודה לו ולא קתני דמהני כיון שהודה כן בפני התובע אלא ודאי הכל תלוי באתם עידי והודה לו הוא לאו דוקא הגם שיש לדחוק לומר דה"ק הרא"ש דמתני' קאמר דתרתי בעינן בפנינו דהיינו אתם עידי והודה לו היינו בפניו דוקא וכן נראה שהבין בס' ג"ת שער מ"ב ח"א סוף סי' ז' ריש דף קע"ט דברי הרא"ש מ"מ לא נהירא לי כלל דא"כ תיקשי להרא"ש אמאי קתני רישא הוא אמר לי לא אמר כלום דמשמע דרך שיחה אמר לי ליתני רבותא ברישא דאפילו אמר להם אתם עידי לא אמר כלום כיון שהוא שלא בפני התובע אלא נראה ברור כוונת הרא"ש כמו שכתבתי וכן בתשובת מהר"י ן' ל"ב ס' ב' סי' נ"א

להדיא שהביא דברי הרא"ש וז"ל וכתב ומדאוקי הרא"ש ז"ל למתני' בדלא תבעו ואינו בפניו ואפ"ה קאמר במתני' עד שיאמר בפנינו הודה לו משמע דסבירא לי' להרא"ש דלא כהראב"ד ודלא כהרמב"ם (וכבר כתבתי לעיל שלפע"ד גם דעת הרמב"ם בהא כהרא"ש) אלא דהיכא דאיכא עדים שהודה בפניהם ואמר להם אתם עידי אע"פ שאינו לפניו אפ"ה לא מצי למטען שלא להשביע עכ"ל ואני תמה על מהר"י ן' לב למה לא נתעורר להקשות על הטור שהבאתי לעיל שהוא נגד דעת הרא"ש בזה ובפרט שהוא עצמו כ' בסעיף ג' סי' ל"ח שדעת הטור דאתם עידי שלא בפני המלוה לא מהני כלל ובין שתבעו או לא יכול לטעון השטאה או השבעה וא"כ ה"ל להקשות שזהו נגד דעת הרא"ש דלעיל. ולפי מה שכתבתי דמוכח מדברי הרא"ש אלו דאתם עידי מהני בכל ענין א"כ גם מדברי המרדכי והגהת מיימו' מוכח כן שהרי גם המרדכי פרק זה בורר והגהת מיי' ספ"ו מה' טוען כתבו ממש כדברי הרא"ש הנ"ל וא"כ צ"ל דמ"ש המרדכי לעיל מיני' בהיפך ומביאו בית יוסף לעיל סי' ל"ב סוף ס"ט הם דברי ר"י או לעיל מיניה הם דברי פוסק אחר ואח"כ הם דברי ר"י וכן משמע במרדכ' דפוס קראקא דדברי המרדכי דלמטה הם דברי ר"י וכ"כ בס' ג"ת שם בשם המרדכי בשם ר"י וכן נרא' שדבריו האחרוני' הם דברי ר"י דכיון דגם הרא"ש והגה' מיימו' כתבו כן א"כ מסתמא שניהם כתבו דברי ר"י בעל התו' וא"כ דברי המרדכי הראשוני' נראה שהם איזה פוסק אחר. ועוד נ"ל להוכיח מדברי הרא"ש פרק חזקת הבתים דאתם עידי מהני אפי' שלא בפניו דכ' שם במסקנתו דהודא' בפני ע"א מהני והרמב"ן ז"ל הביא ראייה מן הירושלמי דסנהדרין אההוא דתנן הוא אמר לי איש פלוני אמר לי לא אמר כלום וקאמרינן עלה אם הי' מתכוין למסור לו עדותו עדות פי' אם אמר לו אתה עד עכ"ל אלמא דאם אמר לו אתה עד מהני אפי' שלא בפניו דהא הרא"ש כתב בפ' ז"ב דהך דהוא אמר לי מיירי שלא בפניו והבאתי לשונו בסמוך וכן הוא להדיא בדברי הרמב"ן גופיה בספר המלחמות פז"ב וז"ל ומצאתי בירושלמי אמתני' דתנן הוא אמר לי כו' ר' יוסי בשם ר"י אם היה מתכוין למסור לו עדות עדותו קיימת פי' אהוא אמר לי קאי אם הוא מתכוין למסור לו כגון שאמר לו אתה עד אע"פ שהוא אח' ושלא בפניו של מלוה וכ"ש בפניו כו'. וע"כ לפע"ד דברי הטור בסי' ל"ב סעיף ט"ז וכאן סעיף ט' הם תמוהים שהם נגד דעת הרא"ש ומכ"ש שיש לתמוה על הב"ח כאן סעיף י"ב שכ' כ"כ רבינו לעיל סי' ל"ב סי"ז שהרא"ש חולק וס"ל דאפילו אמר אתם עידי שלא בפני התובע לא הוי הודאה והיא דעת בעה"ת כו' וכ"ז ליתא וכמ"ש לעיל:

וגדולה מזה ראיתי בר' ירוחם נתיב ו' ח"ו שכ' וז"ל ואם דרך הודאה אמר כך לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע א"ע בין בפני התובע בין שלא בפניו וכ"כ רב אלפס עכ"ל וכן

נראה להדיא דעת ריב"ש סי' שצ"ב ע"ש ומ"ש וכ"כ רב אלפס היינו בס"פ ג"פ מיהו דעת הרמב"ם דבדרך הודאה שלא בפני התובע יכול לטעון השבעה ואפשר גם דעת רב אלפס כן וכבר בררתי זה באריכות לקמן סעיף י"ד ס"ק ל"ד ע"ש:

סעיף כא

ואף על פי שאין התובע עמו כו' קשה דמשמע דכשלא הודה דרך הודאה גמורה אין זה עדות ויכול לטעון משטה והא כתב המחבר לעיל סעיף ה' דטענת השטאה לא שייבא אלא כשתבעו והודה לו ובאמת ברמב"ם גופיה ניחא דס"ל דאף במודה מעצמו י"ל משטה וכמ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב אבל על המחבר ק' ובעל כרחך דמירי כאן מהשטא' דאלו השבעה אף בהודה דרך הודאה גמורה יכול לטעון להרמב"ם והמחבר לקמן בתחלת סעיף י"ד וכ"כ הרמב"ם שם להדיא ובס"ק ל"ג הוכחתי שכן עיקר ע"ש וצריך לדחוק דהמחבר מפרש הא דקאמר ואע"פ שאין התובע עמו היינו משום דכיון דלענין השבעה יש חילוק בכך כדלקמן סי"ד קמ"ל דכאן אין חילוק או אפשר דמירי שתבעו ואח"כ הודה שלא בפניו וכל זה דוחק אבל האמת יורה דרכו שההחבר לא ירד לעומק דעת הרמב"ם ושאר פוסקים בזה ולכן לא כתב בספרו ב"י כלום מזה וכמ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב וא"כ לפמ"ש שם שדעת הרמב"ם והרבה פוסקים דאף במודה מעצמו שייך טענת משטה ושכן עיקר בש"ס הדברים כאן כפשוטן.

סעיף כב

הודאה בפני עד א' כו'. והבעל המאור חולק וס"ל דהודאה בפני עד א' לא הוי הודא' כלל אפי' מודה לדברי העד שהודה בפניו ושא"ל אתה עד ומביאו הטור בסתם לעיל סי' ל"ב וכן דעת הראב"ד ור' אפרים שכ"כ ג"כ גאון א' ומ"ד מהני טועה הוא. והבעה"ת שער מ"ב ח"א מביא דבריהם וחולק עליהם מהא דקי"ל כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבועה וכללא הוא בכול' ש"ס ותו דגרסינן בפרק ז"ב הודא' אחר הודא' מצטרפים כו' ולא ירדתי לסוף דעתו שהרי הבעה"מ עצמו הרגיש בכל זה ותירצו וז"ל בס' המאור פ' זה בורר עד שיאמר בפנינו הודה לו מדקמתניא כולה מתני' בלשון יחיד הוא אמר לי איש פלוני אמר לי והכא קתני בלשון רבים בפנינו הודה לו ולא קתני עד שיאמר בפני הודה לו נראה לי שאם הודה לפני עד א' לבדו שאין הודאתו כלום אפי' אמר לו אתה עד ולא משתבע מפומי' אי כפר בהודאתו ולא מחייב אם הודה בהודאתו ואמר משטה הייתי דמילי דכדי נינהו עד שיאמר לשנים אתם עידי והיינו דאמרי' התם בפ' חז"ה הודאה בפני שנים קיום שטרות בפני ג' כשם שקיום שטרות בפחות מג' אינו כלום כך הודאה בפחות משנים אינה כלום ולא אמרי' בהא כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון

א' מחייבו שבועה לפי שעיקר חיובו פיו הוא שמחייבו בהודאתו ולא העדים לפיכך צריך לדקדק בדבריו שלא יהיו דברי השטאה וכל זמן שאין הודאתו בפני שנים אין הודאתו הודאה ואע"ג דאמרי' לקמן הודאה אחר הודאה מצטרפים ודאמר ליה לכל חד וחד בההוא מנה דאודאי ליה קמך אודאי ליה קמי פלניא אלמא הודאה קמי חד סהדא הודאה היא שאני התם דסוף סוף תרין סהדי נינהו ומצטרפים הו"ל הודאה בפני שנים ונפקא לן מדין השטאה אבל בעד א' כי ליכא אחרינא דמצטרף בהדי' אין הודאתו הודאה עכ"ל הרי שתירץ בעצמו דברים אלו בטוב טעם ודעת: ולפי שראיתי הרבה פוסקים חולקים על הבעל המאור והחולק הראשון הוא הרמב"ן בספר המלחמות ואחריו נמשכו שאר הפוסקי' ולפענד"נ דברי בעל המאור נכונים לכן אביא כל דברי הרמב"ן בס' המלחמות ואשיב עליהן ובזה יהי' תשובה גם על שאר הפוסקים וז"ל הרמב"ן שם אמר הכותב והא ההיא אוקימת' דאוקימנא דא"ל לכל חד וחד במנה דאודאי קמך אודאי קמי פלני' אדחי' לה דהיינו הודא' אחר הלואה ועוד דמעיקר' לאו משום האי טעמא מוקמינן לה בהכי אלא משום טעמא דמקשו עלה בש"ס מאי שנא הלואה אחר הלואה ומ"ש הודא' אחר הודא' במנה דקמסהיד האי לא קמסהיד האי כלומר ולא מצטרפי לרבנן ולר' יהושע בן קרחה כולהו מצטרפי כדאסקינן נמי וכן הלואה אחר הודא' מצטרפים כמאן כר' יהושע בן קרחה והכא ליכא למימר הכי ואע"ג דליכא אלא עד אחד בהודאה מצטרפים אלמא הודא' בפני א' הודא' היא אבל בעלי סברא זו צריכים להעמידה בשאמר כל א' אחר היה עמי בשעת הודא' והלך לו למדה"י אלא שאין לדבריהם על מה שיסמוכו ומה שדקדק בעל המאור ז"ל ממה שאמרו בפ' חזקת הבתים הודאה בפני שנים קיום שטרות בשלשה דכי היכי דקיום שטרות ליתא בפחות מג' אף הודא' ליכא בפחות משנים אדרבא אי דייקינא הכי איפכא משמע דהא הודאה לאו לקיום שטרות אסמכוה בש"ס אלא קנין וה"ג בש"ס התם הודא' בפני שנים וקנין בפני שנים ויש ראיה גמור' בפ' הזהב מסוגיא דמטבע נעשה חליפין דקנין סודר בפני עד א' קנין הוא ואפי' בלא עד כלל וכמ"ש רבינו הגדול ז"ל במס' קידושין וש"מ שאין אומרי' בזה זו דומה לזו אלא הודאה בפני אחד הודאה היא ומצאתי בירושלמי אמתניתין דתנן הוא אמר לי איש פ' אמר לי כו' ר' יוסי בשם ר' יוחנן אם הי' מתכוין למסור לו עדות עדותו מתקיימת פי' אהוא אמר לי קאי שאם מתכוין למסור לו עדות כגון שאמר לו אתה עד ולא אמר כן להשביע את עצמו עדותו קיימת אע"פ שהוא א' ושלא בפניו של מלוה וכ"ש בפניו וש"מ שהודא' בפני עד אחד הודא' היא ומה שהביא ראי' ממשנתינו אדרב' קשי' עליה דאי הכי לפלוג וליתני פטורא באומר בפני הודה לו ותו לדידי' מי ניחא מתני' הא קתני איש פלוני אמר לי ולא

קתני אמר לנו אפי' בהוא אמר לי [נ"ל שצ"ל לנו] נמי כיון שמעצמו הוא אפי' לשנים נמי לא אמר כלום ולא קתני לנו אלא מאי אית לך למימר לאו דוק' ואפשר דרבות' היא שאפי' א' אומר בפני הלוהו וא' אומר הוא אמר לי איש פלוני אמר לי דמשמע דקושט' מילת' אפ"ה לא אמר כלום עכ"ל. והנה מ"ש הרמב"ן ז"ל והא ההיא אוקימת' כו' אדחי' לה כו' לא ירדתי לסוף דעתו דמה בכך דאדחי' לה הא הבעה"מ מקשה בתר הך אוקימת' דאלמ' הודאה קמי חד סהדא הודאה היא ומתרץ שאני התם דסוף סוף תרין סהדי נינהו ומצטרפי ה"ל הודאה בפני שנים ונפק' לן מדין השטאה כו'. ור"ל דכיון דכיון דאיכ' נמי סהדא בתרא מוכח דסהדא קמא נמי לאו השטאה הוי' וה"ה בהלואה אחר הודא' כיון דאיכ' סהדא בתרא דהלוה לו מוכח' מילת' דסהד' קמא לאו להשטאה הוי' ואפי' לא א"ל לכל חד במנה דאודאי קמך אודאי קמי פלני' כיון דתרי נינהו מצטרפי והוי' הודא' ומ"ש הבעה"מ בלשון קושייתו ודאמר לי' לכל חד וחד בההוא מנה דאודאי קמך אודאי ליה קמי פלני' היינו משום דאדרב' בתר הך אוקימת' קמקשה דאל"כ יש לתרץ כמ"ש הרמב"ן אח"כ דמיירי בשאמר כל אחד אחר הי' עמי אבל מהך אוקימת' דאמר לכ"א במנה דאודאי קמך אודאי קמי פלני' משמע דלא הוי אלא חד בכל הודא' ונהי דאדחי הך אוקימת' היינו מטעמ' אחרינ' דפריך היינו הודאה אחד הלוא' אבל מ"מ משמע דאע"ג דלא הוי אלא חד בכל הודא' מהני וא"כ מקשה הבעה"מ אדרב' בתר הך אוקימת' ומתרץ שפיר דסוף סוף תרין סהדי נינהו כו' ולפי תירוץ זה לא צריכים למימר דא"ל לכל חד במנה דאודאי קמך אודאי קמי פלני' אלא כיון דס"ס תרי נינהו מהני וכמ"ש. וחוץ מכבוד תורתו של הרמב"ן ז"ל שנראה שלא ירד לסוף דעת בעה"מ בזה. ומ"ש הרמב"ן ז"ל אבל בעלי סבר' זו צריכים להעמיד' כו' גם הרא"ש פ' חזקת הבתים כ"כ בשם הראב"ד אבל לפע"ד לא נהיר' מהא דקאמר בש"ס דאמר ליה לכל חד וחד בההוא מנה דאודאי קמך אודאי קמי פלני' כו' וע"ש בש"ס. (ואדרב' הבעה"מ נשמר מזה התירוץ וכמ"ש) וגם א"צ לזה התירוץ אלא שפיר יש לתרץ כמ"ש בעה"מ דסוף סוף תרין סהדי נינהו ונפק' לן מדין השטאה וכמ"ש. ומ"ש הרמב"ן ז"ל דמההיא פרק ח"ה איפכ' משמע כו' ויש ראי' גמורה מפרק הזהב מסוגי' דמטבע נעשה חליפין כו' אמת שראיה זו כתבוה התוס' והפוסקים בכמה דוכתי אכן בפ"ק דסנהדרין דף ו' ע"ב מסקנת התוס' דקנין בעינן דוק' בפני שנים וכתבו שיש דוחין ראיה זו דסתם גורן מצויין בה בני אדם וכ"כ במרדכי פ' חזקת הבתי' במסקנתו וכ"כ הראב"ד בהשגות פ"ה מה' מכירה שאין הכל מודים בקנין וסוברים דקנין בפני שנים דוק' וכן הוא דעת רבינו אפרים וכתב דמ"ד קנין או הודאה מהני בלא שנים טועה הוא כמ"ש הבעל העיטור אות הודא' והבעה"ת שער מ"ב בשמו

וכן משמע לפע"ד פשט' דסוגי' בפ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ' ע"א) דקאמר מחא' בפני שנים ואין צ"ל כתובו מודע' בפני שנים ואצ"ל כתובו הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו קנין בפני שנים ואצ"ל כתובו וקיום שטרות בשלש' משמע דקאמר דומי' דמחאה ומודע' בפני שנים מה מחא' ומודע' בפני שנים דוק' וה"ה הודא' וקנין ועוד דאל"כ למה קאמר בפני שני' דאלו למ"ש הרא"ש פ' חזקת הבתי' והבעה"ת שער מ"ב והרב המגיד פ"ה מהלכו' מכירה ושאר פוסקים דהיינו משום. דבעי למימר אין צ"ל כתובו לכך קאמר דהשנים כותבין בסתמא ולומר דלא בעי ג' כמעשה ב"ד אבל אה"נ דאפי' בלא עדים כלל מהני דלא איברו סהדי אלא לשיקרי קשה דהל"ל בקצור קנין אין צ"ל כתובו ועוד דהא בהודאה נמי קאמר הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו ול"ל בפני ב' הל"ל בקצור הודאה צ"ל כתובו ואפי' תימא דאתי לאפוקי דלא נימא דבעי ג' כמו קיום שטרות ממילא מוכח דשנים דוקא דכיון דסד"א דבעי ג' ואתי למעוטי ג' משמע דג' הוא דלא בעי הא שנים בעי ועוד דלישנא דבפני ב' וצ"ל כתובו משמע דתרי מילי נינהו דצריך שנים וצ"ל כתובו ועוד דהא קאמר התם אמר רבא אי קשיא הא קשיא לי האי קנין היכי דמי אי כמעשה ב"ד דמי ליבעי תלתא אי לאו כמעשה ב"ד דמי אמאי אין צ"ל כתובו בתר דבעיא הדר פשטא לעולם לאו כמעשה ב"ד דמי והכא טעמא מאי דאין צ"ל כתובו דסתם קנין לכתיבה עומד אלמא דאי לאו דאמר רב נחמן קנין בפני שנים אלא קנין אין צ"ל כתובו הוי אמרי' דכמעשה ב"ד דמי כמו קיום שטרות ודוחק לומר דלענין כתיבה הוה כמעשה בית דין מדמדמינן ליה לקיום שטרות אלא משמע דלגמרי הוה מדמינן לה לקיום שטרות דבעי שלשה ולא מקיים קנין כלל בפחות משלשה וכי אמרי' בקדושין פ' האומר דף ס"ה לא איברו סהדי אלא לשיקרי היינו דוקא כי התם בחלוקת השותפים וכה"ג ולא בקנין סודר וא"כ בע"כ דלא קשיא מההוא דלא איברו סהדי אלא לשקרי לקנין והודאה וכה"ג דקנין שהוא קיום הדבר וכן הודא' שהוא קיום וחיובו של זה בהודאת פיו לא מקיים בפחות משנים דנהי דמסיק דלא בעי ג' כמעשה ב"ד מ"מ מידי שנים לא אימעט ומשמע דבעי שנים דוקא בקנין הודאה. ואין לגמגם אם הוא מודה שהודה לפניו למה לא יועיל דהא גם בהודה לפני שנים ולא אמר אתם עידי או דרך הודאה גמורה אינו מועיל וכן בהודה לפני ג' אפילו בלא אתם עידי מועיל וכל מדת חכמים כך הוא זה צריך ג' וזה צריך שנים ובפחות מזה אינו כלום ואע"פ שאמר אתה עד השטאה היא ומזה הטעם ל"ק כלל מהא דאמרינן כל מקום שב' מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבועה דהיינו דוקא דעד א' נאמן לענין שבועה כמו שנים לענין ממון משא"כ הכא דאמרי' נחמן ואמת הוא אומר העד ואעפ"כ אינו כלום דכל הודאה בפני עד א' אע"פ שאמר אתה עד השטאה היא

עד שיודה בפני שנים וכן משמע לפע"ד מפשוטן של סוגיות הש"ס בכמה דוכתא דקנין בפני שנים דוקא בפרק הזהב (בבא מציעא דף נח ע"א) גבי השוכר את הפועל דפריך אמאי חייב לשלם ומשני אמר רב ששת בשקנו מידו וכן אמר ר' יוחנן שקנו מידו וכן בס"פ הפועלים (דצ"ד ע"א) מתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים אמר שמואל בשקנו מידו כו' וכן בריש בבא בתרא (דף ג' ע"א) וכן בפח"ה (דף מ"ג ע"א) וכן בריש פרק הכותב (כתובות דף פ"ג) וכן בדוכתי טובא ולא קאמר בקצור בקנין אלא קאמר בשקנו מידו ל' רבים משמע דאעדים קאי שקנו העדים מידו. ועוד נראה דאפי' תימא דקנין מהני בלא שני עדים מ"מ שאני קנין מהודאה דהא בלאו הכי פשיטא דלא דמי הודאה לקנין דהא קנין מהני בינו לבינו כשמודה ואפי' בלא עד כלל והודאה פשיטא דלכ"ע לא מהני בינו לבינו וכדמוכח להדיא מדברי הרמב"ן הנ"ל גופי' ושאר כל הפוסקים והוא פשוט אלא ודאי שאני קנין כיון דעשה מעשה קנין סודר סגי משא"כ בהודאה דכל כמה דלא הודה בפני שנים השטאה היא וכן מוכח לכאורה דעת הראב"ד בהשגות פ"ה מה' מכירה שכתב שאין הכל מודים בקנין משמע דספוקי מספקא ליה בקנין ובהודאה ס"ל בפשיטות דהודאה בפני א' לאו הודאה היא וכמ"ש הרא"ש פ' חזקת הבתים בשמו וגם דעת ה"ה נראה לכאורה כן דבפ"ה מה' מכירה משמע דס"ל כהרמב"ם דקנין בינו לבינו מהני ובר"פ ז' מה' טוען הביא במסקנתו דברי האומרים דהודאה בעד א' לאו כלוס היא ולפ"ז חף שכתבו התוס' ושאר פוסקים בכמה דוכתי דקנין מהני בלא עדים יכול להיות דמודים לבעל המאור גבי הודאה בעד א' והא דאמרי' בפ' חזקת הבתים הודאה בפני שנים כו' קנין בפני שנים כו' הא כדאית' והא כדאיתא קנין בפני שנים הוא דוק' לענין חיוב ממון ולענין שאין צ"ל כתובו והודא' בפני שנים דוקא לענין דלא הוי הודאה כלל בפחות משנים ואפשר גם דעת בעל המאור גופיה כן גבי קנין שהרי לא השיג הבעל המאור על הרי"ף במס' קדושין פרק האומר שכתב דקנין בינו לבינו מהני ע"ש. ולפ"ז אפשר דגם הרי"ף מודה ליה לבעל המאור גבי הודאה בעד א' והטור שכ' בסי' זה סט"ו אבל הרמב"ם כ' דהוי הודא' כו' וכ"כ רב אלפס כו' לא ידעתי מנ"ל הא בדעת הרי"ף וצל"ע: ומ"ש הרמב"ן ז"ל ומצאתי בירושלמי כו' אינו ראי' לפע"ד מב' טעמים חדא די"ל דהירושלמי מיירי בשנים וכמו שאכתוב בסמוך ועוד די"ל דהירושלמי מיירי בגוונא דש"ס דילן בפ' ז"ב (דף ל' ע"א) אמר להן אחד אני ראיתי אביכן שהטמין מעות ואמר של פלוני הן בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימים כללו של דבר כל שבידו ליטלן דבריו קיימים אין בידו ליטלן לא אמר כלום כו' הרי שראו אביהן כו' אם כמוסר דבריו קיימין כו': ומ"ש הרמב"ן ז"ל מה שהבי' ראי' ממשנתינו אדרב' קשי' עלי' כו' ותו לדידיה מי

ניחא כו' לפי עניות דעתי לק"מ דלדידי' ניחא דודאי לישנא דהוא אמר לי אע"פ שהוא ל' יחיד אפשר דכל עד אומר כן ומשום דקבעי למיתני דבודקין את העדים בזה אחר זה נקט האי לישנא ובאמת גם השני הי' אז שם וכל אחד אומר הוא אמר לי ובזה נדחה ג"כ מה שהבי' הרמב"ן ז"ל מהירושלמי ואדרבה ל' הירושלמי שלפני כך הוא אם הי' מתכוין למסור לו עדות עדותן קיימת הרי דנקט לשון עדותן בנו"ן לשון רבים ולא קשיא לפלוג וליתני פטורא דדין זה ל"ש כאן דבלאו הכי פשיט' דהודאה בפני שנים ומפליג בשנים גופא אבל אי נימ' דלא בעינ' שנים תיקשי למה שינה התנא לשון המשנה בסיפ' ממאי דקאמר ברישא הל"ל בסיפ' נמי עד שיאמר בפני הודה לו ולמה המצי' לשון אחר אלא משמע דדוק' בעינן שנים ול"ש כאן לומר לאו דוק' דבשלמ' אם לא הי' שונה ברישׁ' לשון יחיד הוי אמרי' לאו דוק' אבל מכיון שכבר שנה ברישא לשון יחיד למה שינה הלשון בסיפ' אלא ודאי משמע דהעדות אינו כלום אלא בשנים:

הלכך נ"ל דברי בעל המאור עיקר אך כיון דהרבה פוסקים נמשכו אחר דעת הרמב"ן אינני כדאי לחלוק עליהם אך נ"ל ברור דהמוחזק יכול לומר קים לי כהבעל המאור ובפרט כיון דהראב"ד ור' אפרים וגאון נמי ס"ל כותיה וכן משמע ג"כ לכאורה מפי' רשב"ם בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ) וכן הי' סובר ריב"ם בתחלה וכן הוא מסקנת התוס' פ"ק דסנהדרין דף ו' ע"ב והמרדכי פרק חזקת הבתים וגם הר' המגיד ריש פ"ז מה' טוען כ' וז"ל ומ"ש ואם היה עד א' נשבע כן הוא דעת קצת הגאונים וקצתם אומרים דהודא' בעד אחד לאו כלום הוא מ"מ נשבע היסת עכ"ל הרי שמביא שני הדעות ולא הכריע ואדרבה הביא במסקנתו האומרים דלאו כלום הוא א"כ פשיט' דיכול המוחזק לומר קים לי ככל הני רבוות' וכן ראיתי שפסק בתשו' מהר"י ן' לב ספר ג' סי' ל"ח דף ל"ז ע"ג וז"ל דכיון דהראב"ד בשם גאון ובעל המאור כתבו דהודאה בפני עד אחד לאו הודאה עד דאמר בפני הודה ובפני אחרינ' וההיא אחרינ' דהוי בנדון דידן הרי כתיבנ' דלא הוי ולא מירי כיון דלא הוי משתעי בהדיה וכיון דכן הוא בהך עד דהודא' לא מצינן למיפק מידי ספיק' ומידי פלוגת' דרבוות' עכ"ל וכן מצאתי בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ז שכתב דמצי למימר קים לי כבעל המאור והראב"ד ע"ש ובפרט לפי מה שהבאתי עוד פוסקים דס"ל הכי והוכחתי שדבריהם עיקר:

אך מה דס"ל להראב"ד דהודא' בב' עדים בזה אחר זה לאו כלום הוא עד דאמר כל א' בפני הודה ובפני אחרינ' בזה הוא יחיד ולא מצאתי לו חבר כי אף בעל המאור ס"ל דהודאה אחר הודאה מצטרפים אפי' לא הי' שם עוד אחר וכמ"ש לעיל וכן משמע פשט' דש"ס פרק זה בורר דקאמר סתמ' הודא' אחר הודא' מצטרפים וכן משמע מדברי כל

הפוסקים וכמו שנתבאר לעיל סי' ל' סעיף ו' ע"ש והכי מוכח נמי ממאי דקאמר התם בש"ס ודאמר ליה לכל חד וחד בההוא מנה דאודאי קמך אודאי קמי פלניא כו' וכמ"ש לעיל אלא טעמא כמ"ש לעיל דכיון דחזר והודה עוד בפני אחר מוכחא מלתא דהודאה קמייתא לאו להשטא' נתכוין וכן נ"ל עיקר (עיין בתשו' מהרי"ט סי' ע"ב וסי' ע"ג):

סעיף כג

הוי הודאה כו'. בס' גדולי תרומ' שער מ"ב ח"א ד' ע"א כ' שיש בזה מקום עיון אם טוען אמת הודיתי משטה הייתי מה דינו להרמב"ם דנראה שיהא נאמן במגו דהכא לא שייכי הטעמי' שכתבו המפרשים ז"ל לבטל המגו כההיא נסכ' דר' אבא עכ"ל ואין דבריו נכונים אלא נ"ל דלהרמב"ם אם מודה לעד חייב לשלם והכי מוכח להדי' מדברי הבעה"ת שם להרמב"ם וכן ממ"ש הטור הוי הודאה בין לישבע על פיו אם כפר בין לפרוע אם הודה שהודה בפניו. ועוד ראיה דהא כל היכא דיכול לטעון משטה אי טוען להד"ם הוי כטוען משטה דמשום דהוי מילי דכדי לא דכיר וכמ"ש לעיל סעיף מ' ס"ק ג' וכן כתב בספר גי' תרומה גופי' דף קע"ח ע"ב לדעת הרמב"ם א"כ אי הוי יכול לטעון כאן משטה אמאי בטוען להד"ם צריך לישבע נגד העד נימא דכיון דמילי דכדי הוא לא דכיר אלא ודאי כדאמרן ודוק:

סעיף כד

והשיב לו הייתי מודה לך כו'. ואם לאחר שאמר לו רצונך שתודה לי בפני עדים אמר לו הן כתב הרמ"ה דהוי הודא' וא"א הרא"ש ז"ל כתב שאינה הודאה עכ"ל טור לעיל ס"ס ל"ב וכתב הב"ח שם דצ"ע מנין לו להטור דכתב כך הרא"ש דבפסקיו ליכא שום גילוי דעת דסובר כך ולפע"ד מוכח להדיא מפסקיו דסובר כן דהא כיון דס"ל בפסקיו דהודאה גמורה לא מהני אלא עד שיאמר אתם עדי דוקא וכמ"ש הטור כאן סימן זה בשמו וכן לעיל סי' ל"ב בטור ובית יוסף וכן מוכח באמת דעת הרא"ש פרק ז"ב ובפרק ח"ה ע"ש א"כ מה יועיל שא"ל הן כיון שלא אמר חתם עידי והרמ"ה לטעמי' אזיל דס"ל כהרמב"ם דהודא' גמורה מהני בלא חתם עידי כמ"ש הטור בשמו מיהו לענין דינא אף שכתבתי לקמן סי"ד ס"ק ל"ג דהעיקר כהרמב"ם דהודא' גמורה מהני לענין השטאה כמו אתם עידי מ"מ דברי הרמ"ה כאן צ"ע לדינא דנראה דדוק' כשהודה דרך הודאה כשידע שיש שם עדים מה שא"כ הכא וכן מוכח מדברי הפוסקים שהבאתי לעיל ס"ח ס"ק י"ח ע"ש:

סעיף כה

והעדים שומעים כל זה פטור. ל' הטור לעיל ס"ס ל"ב ויכול לו' משטה הייתי בך ומשמע דגם בזה אי לא טען לא טענינן ליה ואדרבא בהא גרע טפי דאף שלא ראה עדים מ"מ כיון

שאמר מתיירא אני שמא תכפיני גרע טפי וצריך לטעון משטה ואם לא טען לא טענינן ליה וכן מוכח בש"ס דף כ"ט ע"א ע"ש:

סעיף כו

פטור. כיון דלא ה"ל להנתבע לאסוקי אדעתיה שיש שם עדים יכול לומר להשטות אמרתי כן עכ"ל סמ"ע וכ"כ הטור לעיל סוף סי' ל"ב ודוקא כי האי גוונא דלא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיש שם עדים כו' ומשמע מדבריהם דאי ידע שיש שם עדים ואמר הייתי מודה לך אלא שמתיירא אני שמא תכפיני חייב אלא דמסתמא אינו אומר כן דאטו בשופטני עסקינן שאמר כן בפני עדים הייתי מודה לך אלא מתיירא אני כו' אבל אי אמר כן חייב:

סעיף כז

אפי' בהכמנה מעידים עליה דוקא בהודא' הוא דלא מהני משום דמצי אמר משטה הייתי בך אבל בהלואה מהני משום דבהלואה אפילו בלא עדים כלל הוא חייב דלא איברו סהדי אלא לשקרי עכ"ל ריב"ש שהביא ב"י לעיל ס"ס ל"ב ועמ"ש לעיל סי' ע"ט ס"ד ס"ק י"ג:

סעיף כח

ערי ושכבי ליהוו סהדי עלך כו' כתב ב"י לעיל ס"ס ל"ב וז"ל ונ"ל שערי ושכבי ליהוי עלך סהדי א"ל בניחותא דאלו בתמי' אע"פ ששתק הלוה אין זו הודא' שזה שאל את פיו וזה לא השיב לו דבר עכ"ל ותימה שהרי רש"י פרק זה בורר והנ"י כתבו להדיא איפכא וז"ל ערי ושכבי ליהוו עלך סהדי רוצה אתה שיהיו כל השומעים מעידים בין נעורים בין ישנים שהי' מכיר בו שלא יודה בפני עדים אמר בלבו שמא יהא סבור שכולם ישנים ויאמר הן עכ"ל וכך תמה עליו בספר גי' תרומה דף קע"א ע"ד וגם לפע"ד פשטא דמלת' דש"ס משמע כרש"י והנ"י ועוד דאלו אמר בניחותא מסתמ' לא הי' חושש שיאמר חברו לא וה"ל לומר סתם כל השומעים יהיו עדים והכי מוכח נמי מלשון אמר לי"ה לא דמל' לי"ה משמע שהשיב לו על שאלתו וא"ל לא וגם מלשון הטור שכתב ברישא ג"כ אמר לי"ה ערי ושכבי ליהוו עלך סהדי משמע דדרך שאלה אמר ליה כן דאל"כ הל"ל סתמא אמר ערי ושכבי ליהוו סהדי ולענין מה שדחקו לב"י שזה שאל את פיו וזה לא השיב לו דבר נ"ל דל"ק מידי דודאי פשיטא דמי ששואל דבר מחבירו וחבירו שותק לא הוי הודא' אבל הכא שהשיב לו מתחלה הן א"כ מסתמ' שתיקתו שאח"כ הוא משום שכבר השיב לו הן. וכל זה ברור:

סעיף כט

אינה הודאה. עב"ח לעיל ס"ס ל"ב שהקשה דהא פשיטא היא ודחק בזה וגם כתב שמצא מהרש"ל שתירץ דלא תימא מאחר שהרגיש שיש שם עדים ולא מיחה אלא שלא יהיו עדים כו' וכן ראיתי שכתב בחכמת שלמה פרק ז"ב וז"ל ותימא פשיט' הא מסקינן לעיל אפילו הכמין כו' והודה ואמר מתיירא אני כו' דלא מהני כ"ש בשמיחה כו' ונרא' דלא תימא מאחר שהרגיש שיש שם עדים ולא א"ל להד"ם אלא שלא יהיו עליו עדים א"כ הוה כמודה ודו"ק עכ"ל ולפע"ד בחנם דחקו דהכא כיון דאמר לא לא הוי הודאה כלל ואי"צ לטעון משטה אני בך משא"כ לעיל דלא טענ' ליה כדאית' בש"ס וטור התם וכן מוכח לשון הש"ס אמר רב כהנא הא אמר לא וכן משמע לשון הטור לעיל ס"ס ל"ב שכתב אבל אם א"ל לא הרי מיח' בהדי' כו' כן נ"ל ברור.

סעיף ל

נאמן. ואע"פ שהודאתו היתה בהודא' גמורה ס"ל להרמב"ם דיכול לטעון שלא להשביע והא דכ' לקמן סי' רנ"ה ס"ב ז"ל דאם אמר דרך הודא' ולא היה חשש הערמה נותנים לק"מ דבמה דכתב ולא היה חשש הערמה ר"ל באופן דלא שייך ביה לומר שלא להשביע וכ"כ הכ"מ שם וכתב כגון שהודה בפניו להרמב"ם או שאין לו בנים אלא שאר יורשים לכ"ע ע"ש עכ"ל סמ"ע ס"ק ל' וכבר השגתי על זה באריכות לקמן ס"ק ל"ד והוכחתי דליתא אלא דלקמן בסי' רנ"ה בש"מ שאני ע"ש גם מ"ש הסמ"ע או שאין לו בנים אלא שאר יורשים לא נהירא דבש"ס סוף ב"ב סוף ד' קע"ד מוכח דאפי' אין לו יורשים כלל אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו שלא יאמרו עשיר הי' בחייו וכן מוכח בפוסקים וטור ומחבר לקמן סימן רצ"ה סי"ג וכמ"ש בסמ"ע גופיה שם ס"ק י"ב ונרא' דגם כונת הכ"מ אינו כן דז"ל הכ"מ פ"י מה' זכיה או שהיה כגון ההיא דאיסור גיורא דלא הוה שייך ביה שלא להשביע את בניו שהרי לא היו יורשים עכ"ל ור"ל דבהא דאיסור גיורא שהודה לרב מרי בנו על מעות שלו שהיה ביד רבא והיה כונתו בודאי לזכות לרב מרי בנו שהרי לא היה לו יורש אחר וכמבואר בתוס' ב"ב ריש דף קמ"ט ובהגהת אשר"י שם ע"ש ודו"ק וגם בזה עמ"ש לקמן ס"ק ל"ה:

סעיף לא

ואין חילוק בזה בין עני כו'. בד"מ כ"כ בשם הנ"י פרק מי שמת ובאמת לא מוכח שם מידי דלא קאמר הנמוקי יוסף התם אלא דלאו דוקא בההוא דהוו קרי ליה עכברא דשכיב אדינרי דה"ה אפי' לא היו מחזיקים אותו בעשיר אבל במי שמחזיקים אותו בעני לא הוזכר שם ומ"מ מסתימת דברי כל הפוסקים משמע שאין חילוק בין עני לעשיר וכן

נרא' דהא אי נימא שהודאתו באמת הוא א"כ על כרחך מה שהיו מחזיקים אותו בעני הוא שלא כדין שהרי יש לו סך זה ולאו עני הוא ואע"פ שהוא חייב מכל מקום מלוה להוצאה נתנה ויש בידו סך זה ועפי"ז נ"ל דאם הודה על סך שבידו שהוא של פקדון והיו מחזיקים אותו בעני לא אמרי' דשלא להשביע הודה חדא דהרי יש פוסקים ס"ל דבפקדון לא אמרינן שלא להשביע הודה וכמ"ש לקמן ס"ק ל"ה ואפי' למאן דפליג התם נרא' דהיכ' דהיו מחזיקים אותו בעני כ"ע מודו וכמ"ש ובהא ליכא למימר דבאמת יש לו סך זה דאם נימא שהודאתו אמת אין לו כלום שהרי לא היה יכול להשתמש במעות ודו"ק:

סעיף לב

בין שהיה בריא כו' בין שהיה ש"מ. מסדר ל' המחבר משמע דאף שהודה הש"מ דרך הודא' אמרינן שלא להשביע הודה ואזיל לטעמיה בכ"מ וכבר השגתי עליו באריכות לקמן ס"ק ל"ד והוכחתי דהרמב"ם והרי"ף ס"ל דבש"מ שהודה דרך הודא' תו לא שייך שלא להשביע:

סעיף לג

בין שהיה ש"מ. דלענין השבעה גם בש"מ אמרינן כן דאדם עשוי שלא להשביע וכתב המרדכי פרק זה בורר וז"ל כתב רבינו אבי העזרי מיהו אם פסקו את הדין שיפרעו בניו ופרעו אין מחזירים להם לבניו כדאמר הכא ניזל ניהדר א"ל כבר הורה זקן אבל לגבי עצמו מהדרינא דה"ל טועה בדבר משנ' וחוזר אפי' ברב ושמואל עכ"ל וכן הוא באגוד' שם ולא נהירא לי דדוק' ר' חייא קאמר הכי כיון שלא היה יכול להוכיח שר' ישמעאל בר' יוסי טעה אבל אנן השתא קי"ל כר' חייא וכדאית' בכולה סוגיא דסוף פ' ג"פ וא"כ מי שפסק נגד סוגית הש"ס ה"ל טועה בדבר משנ' וחוזר וכן מוכח מדברי הרא"ש דס"פ א' דיני ממונות וכ"כ מהרש"ל להדיא ס"פ הכונס סי' ל"ב והבאתיו לעיל ס"ס ל"ב וכן משמע מדברי כל הפוסקים שכולם כתבו בפשיטות שאדם עשוי שלא להשביע את בניו וע"ל סימן רנ"ה:

סעיף לד

ואם כשהודה בפניהם היה התובע עמו אינו נאמן כו' זהו מהרמב"ם ולפי שלא ירדו הבאים אחריו לסוף דעתו נלפע"ד שדבריו ברורים ומוכרחים וגם אבוא לסתור דברי הרא"ש והמרדכי והגהת מיי' וסייעתם וגם יתבארו כמה חידושי דינים ע"כ מוכרח אני להאריך: הנה בטור סעיף י"ח משמע להדיא דלהרמב"ם בעל סברא זו כשהי' התובע עמו אי"ל שלא להשביע אפי' לא הודה דרך הודא' גמור' וכן משמע להדיא בכ"מ פ"ז מה' טוען לדעת הרמב"ם וכן משמע להדי' בסמ"ע ס"ק ל"ג וס"ק מ' ושאר אחרונים לדעת

הרמב"ם אבל בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' ריש כלל י"ד סי' פ"א וס"ג סי' ל"ח האריך והקשה על הטור בזה דמנא ליה הא דמאן לימא לן דמאי דכתב הרמב"ם דאם כשהודה בפניהם כו' לא קאי אדלעיל במודה בפני שנים בדרך הודאה ולא בדרך שיחה וריהטא דלישני' הכי משמע כו' ועוד הביא שמל' בעה"ת שער מ"ב (שהבאתי לעיל ס"ח ס"ק י"ט) שהביא דברי הרמב"ם כמ"ש הוא (גם בס' ג"ת שער מ"ב ח"א סוף דף קע"ט כ' בפשיטות דהרמב"ם קאי דוקא אהוד' דרך הודא' ותימא עליו שלא השגיח לראות דברי הטור) . ולפי עד"נ דלא מוכח מבעה"ת מידי וכמ"ש לקמן ונלפע"ד דברי הטור עיקר ומוכרחים בהבנת דברי הרמב"ם וכמו שאבאר והוא דדברי הרמב"ם צריכים ביאור וז"ל ברפ"ז מה' טוען המודה בפני שנים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להן בדרך הודי' ולא דרך שיחה אע"פ שלא אמר אתם עידי ואע"פ שאין התובע עמו ה"ז עדות תבעו בדין אם אמר להם להד"מ אין שומעים לו ומשלם על פיהם ואם הי' עד א' נשבע הואיל ואמר דרך הודי' טען כשבאו אלו העדים ואמר שלא להשביע א"ע הודיתי נאמן ונשבע היסת ואם כשהודה בפניהם הי' התובע עמו א"י לטעון ולומר כדי להראות שאיני עשיר הודיתי אבל אם טען שנתן נאמן ונשבע היסת עכ"ל והנה יש לדקדק הרבה בדבריו חדא מנ"ל להרמב"ם הא דבדרך הודיה ה"ז עדות [וכבר התעוררו בזה הרב המגיד וב"י לעיל סי' ל"ב סי"ז מנין לו להרמב"ם זה דהודה דרך הודי' מהני ע"ש ואין דבריהם מחוורים וכמו שיתבאר וגם יש לדקדק מנ"ל הא דאע"פ שאין התובע עמו וגם למה נקט האי לישנא ה"ז עדות כו' טען כו' הל"ל בקצור ה"ז אינו יכול לטעון להד"ם או משט' כו'] ואם יש לו שום מקור קשה מנ"ל לחלק בין טענת השטא' להשבע' דאם דרך הודא' הוי עדות יועיל ג"כ לענין השבעה ויותר קשה לפי מ"ש הרמב"ם פ"י מה' זכיי' דין ג' ש"מ שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים שמא לא אמר מנה יש לפלוני אלא כדי שלא יאמרו על יורשיו שיש להם ממון לפיכך אם אמר זה דרך הודאה ולא הי' שם חשש הערמה נותנים אע"פ שלא אמר תנו עכ"ל הרי דאם אמר דרך הודאה לא אמרינן שלא להשביע הוד'. ויותר קשה לפי מ"ש ה' המגיד רפ"ז מה' טוען דמהך דפ' י' מה' זכי' שהוא מדברי הרי"ף ס"פ ג"פ למד הרמב"ם זה שכתב בר"פ ז' מה' טוען דה"ה לבריא שהודה בדרך הודא' גמורה שאפילו בלא אתם עדי ה"ז עדות לענין שא"י לטעון משט' הייתי בך אבל יכול לטעון שאמר כן שלא להשביע כו' עכ"ל ה' המגיד וא"כ קשה דהא הך דהודא' שכתב הרי"ף ס"פ גט פשוט והרמב"ם פ"י מה' זכי' מהני לענין השבע'. ואף אם נאמר שהרמב"ם מחלק בין ש"מ לבריא לענין זה וכמ"ש מ"מ קשה מנ"ל להרמב"ם לחלק בכך ובאמת ראיתי בכסף משנה שכתב בפ"י מה' זכי' וז"ל לפיכך אם אמר זה דרך

הודאה ולא הי' שם הערמ' כלומר שלא יהא חשש בדבר לומר שלא להשביע את בניו הודה כגון שהוד' לפני בעל דבר כו' ומביאו הסמ"ע ס"ק ל' אבל לא נהיר' דהעיקר חסר מהרמב"ם ועוד דלפי מ"ש הכ"מ גופי' ברפ"ז מהלכו' טוען בהי' התובע עמו מהני שאי"ל השבע' אף בלא הודה דרך הודא' ואם כן למה כתב הרמב"ם לפיכך אם אמר דרך הודא' וכן הקשה עליו בספר גי"ת שער מ"ב ח"א ריש דף ק"פ ע"ש ויותר קשה על הסמ"ע סי' רנ"ה ס"ק ג' שכתב על דברי הרמב"ם דפ"י מה' זכי' שהעתיק המחבר שם וז"ל דרך הודא' כן דעת הרמב"ם דמהני דרך הודא' בלא אתם עידי כשאומר כן בפני התובע וכדמוכח בסי' פ"א סי"ד דבעי גם להרמב"ם שיודה בפני התובע כו' עכ"ל וכ"כ עוד שם בס"ק ט"ו ולפע"ד לא דק וסותר דברי עצמו שממה שכתב בסמ"ע סי' זה ס"ק ל"ג וס"ק מ"א מוכח להדי' דבפני התובע א"צ דרך הודא' להרמב"ם וכהבנת הטור. גם מ"ש הב"ח לעיל סי' ל"ו סי"ח ולקמן ס"ס רנ"ה ס"א דמ"ש הרי"ף ס"פ ג"פ והרמב"ם פ"י מה"ז אם אמר דרך הודא' כו' היינו בכיוצא בזה שראו שהטמין כו' או כהך דאיסור גיורא כו' לא נהיר' כלל דפשט דבריהם לא משמע הכי. ועוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם מנ"ל הא דכשהוד' בפני התובע אי"ל השבע'. והראב"ד בהשגות כתב וז"ל טען כשבאו כו' עד ונשבע היסת א"א דבריו חלושין מאד וסוף דבריו אינן משוים עם דברי הרי"ף שכתב בס"פ ג"פ עכ"ל ונ"ל שכוונתו לומר דבריו שמחלק מתחלה בהודי' גמור' בין טענת השטא' להשבע' חלושין מאוד דאם הוא הודא' גמורה למה לא יועיל אף לענין השבעה וסוף דבריו שמחלק בין התובע עמו או לא אינם משוים עם דברי הרב ס"פ ג"פ שהרי"ף שם לא חילק בכך כלל ואדרב' הקשה אהך דרבא דאם אמרו יתומים חזר ואמר אבא פרעתיו נאמנים הא לאו הכי חייבים ואמאי לא אמרי' שהודה שלא להשביע בניו ותירץ דמיירי בהוד' דרך הודאה ולא תירץ דמיירי בהודה לפני התובע אלמ' דאינו מחלק בכך כלל וכן משמע עוד להדי' מדברי הראב"ד שהביא בעה"ת שער מ"ב סוף ח"ב דס"ל דלהרי"ף אין חילוק בין הודה לפני התובע או לא ע"ש ואה"נ שהי' יכול להקשות הראב"ד על הרמב"ם ממ"ש הרמב"ם גופיה פ"י מה' זכייה כהרי"ף אלא שאין דרכו להקשות דברי הרמב"ם אהדדי א"נ משום שי"ל שהרמב"ם פ"י מה"ז כוונתו בפני התובע וסמך אכאן פ"ז מטוען אף שכתבתי לעיל שאין זה נכון מ"מ הי' אפשר לומר כן בדוחק אבל דברי הרי"ף א"א לפרש כן כלל שהרי לא הזכי' חילוק בין בפני התובע או לא. זהו נראה בדעת הראב"ד ועוד קשיא לי טובא על הבנת מהר"י ן' לב והסמ"ע סי' רנ"ה ס"ק ג' בדעת הרמב"ם דהודה לפני התובע לא מהני' רק בהודה דרך הודא' א"כ תיקשי הא דבעי רבא בס"פ ג"פ ש"מ שהודה צ"ל אתם עדי או לא אדם משטה בשעת מיתה או לא כו' ופשיט דאין אדם משט' בשעת מיתה

ונימא דשלא להשביע הודה דליכא למימר דמיירי התם דהודה דרך הודאה דא"כ מאי קמבעי' ליה אי אמרינן משטה הא אפי' בריא לא הי' יכול לטעון משטה ואפי' אם נאמר שום ישוב תיקשי עדיין מנ"ל להרמב"ם חילוק זה בין לפני התובע או לא לענין השבעה. לכן נ"ל ברור דדעת הרמב"ם דבהוד' לפני התובע אי"ל שלא להשביע אף בלא הוד' דרך הודאה ובלא"ה מוכרח כן דעתו דכיון דנימא כיון שהוד' לפני התובע ודאי לא עשה שלא להשביע דאם שלא להשביע הי' לו לו' שחייב לאחר ואיך הוד' לזה שיודע שהאמת אינו כן א"כ אפי' לא הוד' דרך הודאה שייך האי טעמא והא דמחלק הרמב"ם בין לפני התובע או לא לכאור' י"ל שיצא לו כן מהא דבעי רבא ס"פ ג"פ ש"מ שהודה צ"ל אתם עדי כו' וכמ"ש בכ"מ אבל ק"ק לפ"ז דאין דרכו של הרמב"ם להמצי' חילוקים מדעתו בשביל איזו קושי' ובפרט מה שלא נזכר ברי"ף לכך נ"ל דברי הרמב"ם הם פשוטים וברורים ומוכרחים בש"ס פ' ז"ב דתנן התם (ד' כט) כיצד בודקין את העדי' כו' אומרים לו היאך אתה יודע שזה חייב לזה אם אמר הוא אמ' לי שאני חייב לו לא אמר כלום (פירש"י לא אמר כלום דעביד אינש דאמר פ' נושה בי כדי שלא יחזיקוהו עשיר) עד שיאמר בפנינו הודה לו שהוא חייב לו (פירש"י הודה לו שהיו שניהם בפנינו ולהודות נתכוין להיות לו עדים בדבר) והביא הרמב"ם עוד משנ' וש"ס זו ס"פ י"ז מה' עדות וע"ש ובש"ס עד שיאמר בפנינו הודה לו כו' מסייע לי' לרב יודא דאמר רב יודא אמר רב צריך שיאמר אתם עידי (פירש"י בפנינו משמע שעשאונו עדים) איתמר נמי אמר רבי חייא אמר רבי יוחנן מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר תנהו לי אמר משט' אני בך פטור תניא נמי הכי כו' ויש לדקדק בפירש"י למה פי' במשנ' טעמא דעביד אינש דאמר פלוני נושה בי כדי שלא יחזיקוהו עשיר ולא פי' טעמא דמשט' ובב"ח ר"ס ל"ב כתב דטעמ' משום דמשטה לא שייכא בהודה מעצמו ודוחק דאין דרך רש"י לפרש פירושים משום סברות מלבו ובפרט שכתבתי לעיל ס"ק י"ב דהרב' גדולי הפוסקים סוברים דמשט' שייכא אף במוד' מעצמו וגם למה פירש"י הודה לו שהיו שניהם בפנינו אלא נרא' דס"ל לרש"י דפשטא דמתני' מוכח דטעמ' לאו משום השטא' הוא דהא משמע דברישא לא אמר כלום כיון שאמר כן שלא בפני התובע דהכי משמע לישנא דהוא אמר לי שאני חייב וכן הוא בהרא"ש (ומרדכי והגהת מיימוני) ומוכרח הוא מדקתני הוא אמר לי ובסיפא מהני כיון שהוד' כן בפני התובע מדקתני עד שיאמר בפנינו הודה לו משמע שלא אמר להם לעדים דאם לא כן הוה לי' למימר עד שיאמר שאמר לנו ומדקתני בפנינו הודה לו משמע שאמר כן להתובע בפנינו שהיו שניהם בפנינו ולהודות נתכוין לו וא"כ בע"כ דרישא טעמ' הוא משום שלא להשביע דאי משום השטא' מה חילוק יש בין בפני התובע או

שלא בפני התובע ואדרבא איפכא מסתבר' דבפני התובע שייך טפי משטה וכדמשמע בש"ס ופוסקים ועוד מוכרח כן בש"ס מדקאמר עד שיאמר בפנינו הודה כו' מסייע ליה לרב יהודה כו' אלמא דטעמא דמתני' לאו משום השטא' הוא דאל"כ מאי האי דקאמר מסייע לי' לר"י הא הוי ממש הך דר"י דאל"כ תקשי מ"ש רישא ומ"ש סיפא דהא ברישא ל"מ משום השטא' כיון דלא אמר אתם עדי ובסיפא מהני כיון דהוד' באתם עדי וא"כ הוי ממש הך דרב יודא ואין זה סוגית הש"ס דלימא אמאי דתנן במתני' בהדי' מסייע לאמורא ואדרבא איפכ' קשי' מאי קמשמע לן רב יודא הא מתניתין היא ועוד דקאמר איתמר נמי אמר רבי חייא א"ר יוחנן כו' תניא נמי הכי כו' דמייתי מר' יוחנן סייעת' לרב יודא ועוד לקרא וכי מאחר שדברי רב יודא הם משנ' ערוכה ל"ל סייעת' מר' יוחנן וגם קאמר תניא נמי הכי כו' ול"ל כולי האי כיון שדברי רב יודא הם משנ' מפורשת אלא ודאי טעמא דמתני' לאו משום השטא' היא ובריש ל"מ משום השבע' כיון שאמר כן שלא בפני התובע והיינו דדקדק רש"י במשנ' וכתב דעביד אינש דקאמר "פלוני "נושה בי כו' לשון "פלוני "נושה בי הוא לשון נסתר שלא בפני התובע. ובסיפא מהני כיון שאומר בפנינו הודה לו שהיו שניהם לפנינו והודה לו להתובע דאי אמר כן לעדים שלא בפני התובע הל"ל עד שיאמר שאמר לנו כו' וכמ"ש לעיל והשת' דברי רב יודא אינם מוזכרים במשנ' כלל אך מיתור לשון דמתני' דייק הש"ס מדקתני (בפנינו לפירש"י) בפנינו הודה לו (להרמב"ם) דהא הוה מצי למימר עד שיאמר בפנינו אמר לו (וכדנקט ברישא הוא אמר לי) דהוה נמי משמע שהתובע הי' שם והי' מועיל לסלק טענת השבע' ולמה שינה התנא וקתני בסיפא הודה אלא ודאי דבא התנא להורות עוד דין אחר דאם לא הי' אומר בפנינו הודה לו דהיינו דרך הודא' נהי דהי' מסלק טענת השבע' כיון שהתובע הי' שם מ"מ הי' יכול לטעון משטה והיינו דמסייע לרב יודא דאמר צריך שיאמר אתם עידי לענין משטה ול"מ כשאמר כן לפני התובע לענין משטה לכך תני מתני' הודה דהוא לשון הודא' לסלק טענת משטה והיינו דמייתי נמי דר' יוחנן וברייתי' מנה לי בידך כו' משטה כו' דאע"ג דהתובע הי' שם יכול לטעון משטה כל שלא אמר אתם עידי:

והרא"ש כתב וז"ל ונרא' דאפי' בפניו שייך לומר שלא להשביע מדקתני הוא אמר לי שאני חייב לו משמע שלא בפניו אמר לו וא"כ אין אדם תובעו וקתני לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה דהיינו אתם עידי משמע דבכה"ג לא מהני מידי אפי' בפניו עד שיאמר אתם עידי עכ"ל וכן הוא במרדכי ולפי זה מתניתין דקתני בפנינו הוד' דהיינו אתם עידי משום השבע' נקט לה וק' לי על דבריהם אם כן מאי קאמר בש"ס מסייע לרב יודא כו' דהא רב יודא ע"כ בהשטאה מיירי וכדמוכח מדקאמר איתמר נמי אמר ר' יוחנן כו'

משטה אני בך כו' ואי תימא דרב יודא בהשבע' מיירי מאי ראייה מייתי מר' יוחנן וליכא למימר דהש"ס מדמי השבעה להשטאה דהא חלוקים הם זה מזה להרא"ש והמרדכי:

שוב מצאתי בהגה' מיי' ספ"ו מה' טוען שכתב מתחלה כדברי הרא"ש ומרדכי הנ"ל וכתב ע"ז וז"ל ומיהו תימא דמשמע לעיל דאיכ' למידק מיניה דמצי טעין משטה אני בך והיכא מצי דייק דילמ' משום דאדם עשוי שלא להשביע הוא ומיירי כשאינו תובעו וי"ל דבכל ענין לא מהני מידי עד שיאמר בפנינו הודה דהיינו אתם עידי עכ"ל הרי שהם עצמם הרגישו שיש לתמוה על פי' זה ומ"ש וי"ל דבכל ענין כו' לא נתיישב' דעתו בזה דמנ"ל לש"ס דבכל ענין וכו' ואי תימא דקשי' לי' לש"ס לאשמועינן מתני' דבתבעו והודה לו חייב דילמ' אפי' בתבעו והודה י"ל שלא להשביע דהא השתא ס"ל לש"ס דאפי' הודה בפני התובע י"ל שלא להשביע א"כ דילמ' ה"ה תבעו והודה לו ואפי' תימ' דפשיט' ליה לש"ס דבתבעו והודה לו אי"ל השבעה מ"מ כיון שאין זה מוזכר במשנה או ברייתי' ועיקר דיוק הש"ס תלוי בהכי ה"ל להש"ס לכתחלה לפרושי האי דינא ולמידק הך דר"י ועוד דדילמ' מתני' בעי לפלוגי כולם בלא תבעו והודה לו ועוד ק' לי לשטת הרא"ש ומרדכי וסייעתם מהו החילוק בין הריש' לסיפ' דהא לא הוזכר בסיפ' דמתני' שתבעו והודה לו וליכא למימר דהחילוק הוא דבסיפ' בפנינו היינו שאמר אתם עידי דהיאך אפשר שעיקר החילוק יכתוב התנא ברמז ביתור ל' של בפנינו והל"ל עד שיאמר שאמר אתם עידי ועוד דא"כ תיקשי מה שהקשיתי לעיל מאי קאמר מסייע לרב יודא הא היינו הך דר"י וכי ר"י מתני' אתא לאשמועי' אלא הדבר ברור כדברי הרמב"ם והלכך החילוק בין ריש' לסיפ' מבואר להדי' במתני' דהיינו שבסיפ' אמר כן לפני התובע והא דקתני במתני' הוד' שינוי ל' היינו משום השטא' וכדפי':

וליכא למימר דבסיפא בעי תרווייהו הודא' ובפני התובע הכל משום השטא' ולא משום השבע' הא ודאי ליתא מכמה טעמים חדא דלענין השטא' אדרבה איפכ' מסתבר' בפני התובע גרע טפי שדרך יותר להשטות בפניו משלא בפניו וכדמוכח בש"ס וכל הפוסקים ועוד דבש"ס מוכח דכולה מתני' לא מיירי בהשטא' לחוד דאם כן תיקשי מאי קאמר מסייע לר"י הא היינו ממש הך דר"י וכמש"ל וגם מוכח דכולה מתני' לא מיירי מהשבעה לחוד דא"כ מאי סייעת' מייתי לר"י דמיירי בהשטא' וכמו שהקשיתי לעיל על הרא"ש ומרדכי אלא ודאי כמ"ש דמיירי מהשבעה אלא דלישנא דהודה נקט משום השטאה ודו"ק כי זה ברור לדעתי:

ועוד מוכח כן מגופא דמתני' ואמאי לא תנא התנא ברישא ההיפך מסיפא והל"ל רבותא טפי דאמאי קתני הוא אמר לי שאני חייב לא אמר כלום דהוי תרתי לריעותא שהוא אמר

דהיינו אמירה דרך שיחה ולא הודאה ולי היינו שלא בפני התובע מדקאמר לי ולא לו הל"ל רבותא דאפי' בחד מנייהו ל"מ והכי הל"ל אם אמר הוא אמר לו בפנינו או הודה בפנינו שחייב לו לא אמר כלום אלא ודאי משום דבאמת כל חדא מהני תרתי מהני חדא מהניא לענין השבע' וחדא מהניא לענין השטא' והלכך לא מצי למיתני הוא אמר לו בפנינו לא אמר כלום דודאי הוי עדות דאם טוען שלא להשביע חייב כיון שאמר כן בפני התובע וגם לא מצי למיתני הוא הודה בפנינו שחייב לו לא אמר כלום דודאי הוי עדות דאם טען משטה הייתי או להד"ם חייב כיון שאמר כן דרך הודאה אע"פ שלא היה בפני התובע:

ועתה אבוא לבאר דברי הרמב"ם אחת לאחת. מ"ש המודה בפני שנים בדרך הודיה כו' יצא לו ממאי דמדייק בש"ס בפנינו הודה לו מסייע לרב יודא כו' וכמ"ש לעיל. ומ"ש ואע"פ שאין התובע עמו ה"ז עדות כו' יצא לו ממאי דקתני ברישא הוא אמר לי לא אמר כלום ולא קתני רבותא יותר הוא הודה שחייב לו לא אמר כלום דומיא דסיפא דקתני הודה וכמ"ש לעיל והיינו דנקט הרמב"ם ה"ז עדות כו' כלומר בכה"ג לא אמרי' דלא אמר כלום אלא ה"ז עדות ואם יטעון להד"מ או משטה חייב. ומ"ש טען שלא להשביע את עצמו נאמן כו' ואם היה התובע עמו כו' יצא לו ממשנה מפורשת דקתני ברישא לא אמר כלום ובסיפא קתני עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו שבפנינו הודה להתובע עצמו דרך הודאה וכמ"ש רש"י במשנה אלמא דאפי' בהודאה גמורה יכול לטעון שלא להשביע עד שיודה כן בפני התובע וכן מוכח בדברי ה"ר עובדיא ברטנורא שכתב בפי' המשנה וז"ל הוא אמר לי הלוה אמר לי לא אמר כלום דעביד אינש דאמר פלוני נושה בי כדי שלא יחזיקוהו עשיר כו'. הודה לו שהיו שניהם בפנינו ולהודות לו נתכוין להיות לו עדים בדבר עכ"ל והוא ל' רש"י במשנה שהבאתי לעיל ולא הזכיר כלום מטענת משטה או מאתם עדי אלמא דפשטא דמתני' מיירי מהשבעה והחילוק דבין רישא וסיפא הוא דברישא שאמר כן שלא בפני התובע לא אמר כלום ובסיפא אמר כן בפני התובע לכך הוי עדות:

ותמהני על ה' המגיד שכתב ברפ"ז מה' טוען וז"ל אבל החילוק ששם רבינו בין אם התובע עמו לאין התובע עמו דברים נראין כן אבל לא מצאתי להם בש"ס סמך ברור עכ"ל גם הכסף משנה ושאר אחרונים דחקו מאין לו להרמב"ם כן ולפע"ד דברי הרמב"ם הם פשוטים ומשנה מפורשת הוא וכמו שכתבתי לעיל וכמ"ש רש"י והברטנור' להדיא:

ומ"ש ואם כשהודה בפניהם היה התובע עמו כו' בתר הודאה לאו למימרא דבהיה התובע עמו לענין השבע' בעינן דרך הודאה דהא ליתא וכמ"ש לעיל דהודא' דנקט במתני'

היינו משום השטא' וגם אין טעם כלל לומר כן וכמ"ש למעלה דכיון דטעמא הוא דכיון שהודה כן בפניו ולא הודה כן לאיש אחר שלא להשביע אלמא דלא עשה שלא להשביע וזה שייך אף בהודה בסתם ולא בדרך הודי' אלא משום דבעי הרמב"ם לסיומי סיפא דמתני' ולומר דהוי עדות גמורה לכך קבעו כאן דאל"כ היה יכול לטעון משטה והיינו דכתב אחר כך אבל אם טען שנתן נאמן כלומר אי"ל שלא להשביע וגם משטה אי"ל משום שהודה דרך הודאה רק אם טוען שנתן נאמן.

ומעתה נסתלק' השגת הראב"ד דמ"ש הראב"ד דבריו חלושים מאד כו' אדרבא דבריו חזקים כראי מוצקים ומוכרחים במשנ' וש"ס וכמ"ש למעלה דמוכח להדיא במשנה וש"ס דבהודה דרך הודיה שא"י לטעון השטאה ויכול לטעון השבע' ומ"ש הראב"ד וסוף דבריו אינם משוים עם דברי הרי"ף. ס"פ גט פשוט לפע"ד אדרב' מוכח בדברי הרי"ף ס"פ ג"פ כדברי הרמב"ם וכמו שאבאר. חדא דהרי כבר הוכחתי שדברי הרמב"ם הם מבוארים במשנ' וש"ס דבהי' התובע עמו אי"ל שלא להשביעו וזהו החלוק בין רישא לסיפא וכמ"ש רש"י וברטנור' במתני' וא"כ איך נאמר שהרי"ף אינו מחלק בכך ומה שלא הזכיר הרי"ף חילוק זה בס"פ ג"פ לא קשיא כלל כיון שהזכיר משנה מפורשת בפרק ז"ב ובס"פ ג"פ לא היה יכול לחלק בכך שהרי הקשה ג"כ אמאי דאמר רבא שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר ואמר פרעתיו נאמן כו' והאי לישנא דמנה לפלוני בידי משמע להדיא שלא בפני התובע דאל"כ הל"ל מנה לזה בידי ואדרב' בהרי"ף ס"פ ג"פ גופי' מוכח דמחלק בכך דהא מיד בתר הכי מייתי בעיא דרבא דבעי ש"מ שהודה צ"ל אתם עידי או לא אדם משטה בשעת מיתה או לא ופשיט דאין אדם משטה בשעת מיתה וא"כ תקשי מ"מ נימא דשלא להשביע הודה דליכא למימר דמיירי שהודה דרך הודאה דא"כ מאי קמבעיא לי' לענין משטה הא אפי' בריא לא היה יכול לטעון משטה אלא ודאי הך בעיא דרבא מיירי שהודה בפני התובע והתם שפיר יש לפרש כן דהא לא קאמר ש"מ שאמר מנה לפלוני בידי וכדקאמר ברישא דמילתי' רק בסיפ' קאמר ש"מ שהוד' כן בפני התובע הגם שאפשר עוד לומר שהרי"ף מפרש בעי' דרבא בתבעו והוד' לו וכמ"ש התוס' ושאר פוסקים. וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות ס"פ ג"פ לדעת הרי"ף אמנם יותר נ"ל דעת הרי"ף כמ"ש דאיך נאמר שהרי"ף יקשה מתחלה קושי' בריש' דדברי רבא ויתרץ אותה ואותה קושי' עצמה נשאר' בקושי' אח"כ בסוף דברי רבא ונהי' מוכרחים לומר תירוץ אחר מבחוץ מה שלא נזכר בריי"ף כלל בשום מקום אבל החילוק בהוד' לפני התובע משמע בלשון ש"מ שהוד' וגם הוא מבואר במשנ' פרק זה בורר וכמ"ש למעל'

וא"כ לרוב פשיטותו לא הוצרך הרי"ף לכותבו כיון שכבר הביא המשנ' הפשוט' בפרק זה בורר כן נ"ל ברור לדעת הרי"ף והוא ממש כדעת הרמב"ם וכמ"ש לעיל.

וכיון שהוכחתי לעיל מן המשנ' וש"ס דפרק זה בורר דאף בהוד' דרך הודי' יכול לטעון שלא להשביע וא"כ בהך דרבא ס"פ ג"פ שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי דמוכרח בעל כרחך לתרץ כמ"ש הרי"ף ס"פ ג"פ דהיינו דרך הודי' וכמ"ש ג"כ הרמב"ם פ"י מה' זכי' א"כ בעל כרחך צריך לחלק ולומר דהא דמהני דרך הודא היינו דוקא בש"מ וכן מחלק בס' לח"מ פ"ז מה' טוען וז"ל עוד כתב ה' המ' ז"ל דלמד כן הרמב"ם דדרך הודי' הוי עדות ממה שאמרו בפ' ג"פ גבי ש"מ אע"ג דהתם גבי ש"מ מהני דרך הודא' אף לענין השבע' וכאן יכול לטעון השבע' י"ל דהתם דליכא טענת השטא' דאין אדם משט' בשעת מיתה אהני הא דדרך הודא' למעט השבע' דלהשטא' לא צריך אבל הכא דאיכא טענת השטא' והשבע' לא אהני אלא להשטא' לחוד דלחדא מלתא אהני לתרי לא אהני ועי"ל דטענת שלא להשביע בניו גרוע מטענת שלא להשביע עצמו שהרי בש"ס איכא מ"ד דמשביע עצמו ולית לי' משביע בניו וא"כ הוי כמו טענ' השטא' שהיא גרוע ולכך כיון דבש"מ מהני הודא' שלא נאמר שלא להשביע נרא' בבריא אהני לסלק טענ' השטא' זה נרא' כוונת ה' המגיד עכ"ל ועוד נ"ל כפשוטו דמסתמ' ש"מ לא עביד כולי האי דמוד' דרך הודא' שלא להשביע והוי דומיא דאין אדם משט' בשעת מית' (וכה"ג איתא בהגהת אש"ר פרק מי שמת גבי אי אמרי' בפקדון שלא להשביע דבא"ז כתב שבמנה פקדון מהני הודא' ודוקא בש"מ מהני הודא' ולא בברי' מא"ז ע"כ וכן הוא במרדכי שם והבאתי דבריהם בס"ק שאח"ז אלמא דלענין השבע' יש חילוק בהודא' בין ש"מ לבריא):

וראיתי בריב"ש סי' שצ"ב שכ' בפשיטות דבהוד' דרך הודא' אי"ל שלא להשביע כמ"ש הרי"ף בפרק ג"פ גבי שכיב מרע והוא הדין לבריא דמאי שנא עכ"ל ואין ספק דאישתמיטתי' דברי הרמב"ם ודברי ה' המגיד דרפ"ז מה' טוען דאל"כ לא הי' כותב בפשיטות נגד דעתם וגם לא ירד לדקדק במשנה וש"ס מה שהוכחתי לעיל דאף בדרך הודיה יכול לטעון שלא להשביע ובע"כ צ"ל דווקא ש"מ ולא בריא כמ"ש. אך מה שכתב הרב המגיד והלחם משנ' דמהך דהרי"ף דס"פ ג"פ יצא לו להרמב"ם הך דינא דבדרך הודי' אי"ל משט' לא נהיר' לי דאיך יתכן לומר שיצא משם ואינו דומה לשם דהתם גופי' מהני' אף לענין השבע' וכאן לא מהני רק לענין השטא' ואם יצא לו משם ה"ל לדמותו לגמרי לשם ומנ"ל לחלק ולהפך הדבר בהיפוך ממה שהוא הדין שם אלא נרא' כמ"ש דיצא לו להרמב"ם כן ממשנה מפורשת וש"ס פרק ז"ב בפשיטות וכמ"ש לעיל כן נ"ל

ברור ודו"ק: ומה שהביא מהרי"ן לב ספר ב' סי' ל"ח ראייה לדבריו מהרמב"ם שכתב דבהוד' לפני התובע אי"ל השבע' מיירי בהוד' דרך הודי' מדברי בעה"ת שער מ"ב ח"א שהבאתי לשונו לעיל ס"ח ס"ק י"ט לפע"ד לאו ראי' היא דבעה"ת שם כתב דרך הודא' משום רבותא דסיפא דאם לא הי' התובע עמו ומפי עצמו הודה אעפ"י שאמר דבריו דרך הודא' אם טען שלא להשביע עצמו שומעים לו וקמ"ל דלא הוי דרך הודא' כמו אתם עידי לענין זה ודו"ק ואפי' תאמר דהבעה"ת הבין דברי הרמב"ם כמהרי"ן ל"ב מ"מ כבר הוכחתי לעיל בכמה הוכחות דהעיקר שדעתו כמו שהבין הטור מדבריו וכן עיקר במשנה וש"ס וכמו שבררתי: העולה מזה מי שהוד' לחבירו שלא באתם עדי יכול לטעון משט' בין בהוד' ע"י תביעה בין הוד' מעצמו ואם הוד' דרך הודא' כגון שאמר לעדים אני מודה לפניכם וכיוצא בזה אע"פ שלא הי' התובע עמו אינו יכול לטעון משט' אבל יכול לטעון שלא להשביע הודיתי ואם הוד' בפני התובע א"י לטעון שלא להשביע הודיתי אע"פ שלא תבעו התובע ואע"פ שלא הודה דרך הודא' ואם אמר אתם עדי א"י לטעון לא משטה ולא השבע' בכל ענין. וש"מ שהודה דרך הודא' לא אמרינן שהודה שלא להשביע אע"פ שהודה שלא בפני התובע וכן אם הודה בפני התובע אף שלא בדרך הודא' לא אמרינן שהשטה דאין אדם משטה בשעת מיתה וחייבים יורשיו לשלם:

סעיף לה

אינו נאמן כו' אלא שלא להשביע כו'. בסמ"ע ציין כאן ס"ק ל"ד וכתב ז"ל וכן בנ"י פ' ז"ב ואפי' נראה מדבריו שמכווין להשביע את עצמו כגון שאמר מאן מסיק בי אלא פלני' אפ"ה מקרי הודאה וכן מוכח בש"ס ד"מ ל"ב עכ"ל וטעות המדפיסי' הוא וצריך לציין לקמן נאמן לטעון לא הודיתי אלא כדי שלא להשביע כו' וע"ז קאי וכתב בנ"י כו' וצ"ל אפ"ה לא מיקרי הודא' וכן הוא בד"מ ובנ"י ודו"ק: ודע דלפי פירוש רשב"ם פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט ע"א) בבעי' דש"מ שהודה פשוט מהך דאיסור גיור' דהודאתו הודא' ולא אמרי' שלא להשביע הודה בפקדון והתוס' שם חלקו עליו דאף בפקדון אמרי' טענת השבעה אלא דשאני בהך דאיסור גיור' דקים לן דלזכותו נתכוין ופירשו הבעי' בענין אחר וע"ש ואף שפירוש התוס' שם בש"ס נראה עיקר וכמו שהסכימו ג"כ כל הפוסקים מ"מ יכול להיות דין של פירשב"ם אמת בפקדון ובהגה' אשר"י שם כ' וז"ל ודוק' כעין הודאת איסור גיור' דקים לן דלזכותו נתכוין אבל בעלמ' לא קני מידי בהודאה היכא דשייך למימר אדם עשוי שלא להשביע את בניו ודלא כפירשב"ם דפי' דאין שייך רק בהלואה שאמר מנה לפלוני בידי אבל אם אמר חפץ פלוני של פלוני לא שייך אלא דרך פקדון נמי שייך פירש ר"י מהרי"ח אבל בא"ז כתב שאם המנה הוא בעין ואמר זה המנה שהפקדתי

ביד פלוני של ראובן הוא זכה ראובן באותו מנה ודוקא בש"מ מהני הודאה ולא בברי' מא"ז עכ"ל ונראה דהא"ז הוא דעת שלישית דס"ל דלאו דוק' בהך דהודאת איסור גיור' דקים לן דלזכותו נתכוין אלא התם היינו טעמ' כיון שהמעות היו בעין פקדון ביד אחר. ובנ"י פרק מי שמת כתב וז"ל ואסיקנ' ממעשה דאיסור דודאי מהימנינן ליה ודוקא בכי ה"ג דהכא שהממון בעין והוא מודה של פלוני הוא דאמרי' הכי אבל מי שמחזיק עצמו בעני ואומר שהוא חייב לאחרים אמרינן אדם עשוי שלא להשביע בניו עכ"ל נראה דס"ל כפירש רשב"ם כ"כ במרדכי פרק מי שמת והב"ח לקמן סי' רנ"ה סעיף ה' כתב דכדעת התוספות היא דעת מהר"ם במרדכי פרק מי שמת ושכ"כ רבינו האי גאון עכ"ל ולא דק דלא מייתי המרדכי שם בשם מהר"ם ורב האי גאון אלא דאין חילוק בין מלוה לפקדון לענין דאודית' מהני אף במלוה אבל מענין שלא להשביע לא מיירי ע"ש: מיהו אפשר דרשב"ם ונ"י לא קאמרי אלא בש"מ דוקא דלענין שלא להשביע את בניו לא אמרינן בש"מ שהודה בפקדון ואפשר שזהו כוונת הגהת אשר"י בשם א"ז שכתב ודוק' בש"מ מהני הודאה ולא בברי' וכה"ג כ' במרדכי פרק מי שמת וז"ל היכ' דאמר ברי' שלא בפני בעל הפקדון יש לפלוני בידי והעדים שמעו יכול לומר שלא להשביע עצמי עשיתי או שיאמר שום אתמל' (משמע דר"ל אם יטעון משט' הייתי בך נאמן ומשמע דס"ל דיכול לטעון משטה אפי' במוד' מעצמו וכמ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב ע"ש) ונאמן הוא בכך הואיל שלא הי' בפני בעל דין שהי' אומר אתם עדי אבל ש"מ שמת בהודאתו ולא חזר בו עד שמת י"ל באמת הודה ואפי' למאן דאית לי' בהודאת מלו' אדם עשוי שלא להשביע את בניו הכא בפקדון הואיל והוא בעין מוכח מילת' טפי דאינו עושה כדי שלא להשביע את בניו עכ"ל מיהו מדברי הרמב"ם פ"ט מה' זכי' דין ט' מוכח כדעת התוס' דאפי' בש"מ אמרי' שלא להשביע אף בפקדון שכ' וז"ל ש"מ שהוד' שיש לפלוני אצלו כך וכך תנוהו לו או שאמר כלי פלוני פקדון הוא בידי מפלוני תנוהו לו כו' הודאתו הודי' כו' ומדכ' תנוהו לו משמע דאל"כ אמרינן שלא להשביע הוד' וכמ"ש בפ"י מה"ז דין ג' דאם אמר תנו נותני' ואם לאו חוששין שמא אמר שלא להשביע את בניו וכ"כ הרב המגיד שם להדי' וז"ל ומ"ש תנוהו לו שאל"כ אין נותנים כמו שיתבאר פ"י עכ"ל וכ"כ הכ"מ שם וז"ל ומ"ש תנוהו לו שאל"כ אין נותנים דאיכ' למימר שלא להשביע את בניו אמר כן עכ"ל והסמ"ג עשין פ"ב דף קס"ב וקס"ג כתב ככל דברי הרמב"ם ועמ"ש לעיל ס"ק ל' וכן מוכח מדברי הרמב"ם פ"ז מה' ערכין והמחבר לקמן סי' רצ"ה ס"ג וכן בסמ"ע שם ס"ק ט' וכן מדברי חדושי הרמב"ן סוף בבא בתר' שהבאתי לקמן סי' רנ"ה ס"ג ע"ש ודו"ק: (ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קמ"ב נרא' שם דאשתמיטתי' כל זה שהבאתי):

סעיף לו

צריך לישבע היסת. כתב בסמ"ע ס"ק ל"ו פי' נשבע שאינו ח"ל ונרא' דא"צ לכלול בשבועתו שכוונתו היה כדי שלא להשביע כיון דאנן טוענין לי' טענת שלא להשביע וכן מוכח קצת מלשון הרא"ש שכתב דדל עדים מהכא כו' משמע שאין עליו שבוע' אלא מכח תביעת ברי שלו עכ"ל ובר' ירוחם נתיב ג' ח"ו מצאתי שכ' וז"ל אנן טענינן ליה אדם עשוי שלא להשביע כו' ולענין שבוע' חייב לישבע שאין בידו כלום ושלא אמר כ"א שלא להשביע ע"כ וזהו דלא כהסמ"ע וכן מצאתי עוד בפסקי מהר"מ רקנטי סי' ש"ח שכ' וז"ל וכל היכ' דטעין משטה אני בך צריך שבוע' וכן כשטוען שלא להשביע עצמו חייב לישבע שלכך נתכוין ואי לא טעין משטה אני בך לא טענינן ליה כך פסק ר"י אור זרוע עכ"ל ומ"ש הסמ"ע וכן מוכח קצת מדכתב דל עדים מהכא כו' לפע"ד לא מוכח מידי דודאי מתחילה לא הוי מחייבינן שבוע' אלא מכח תביעת ברי אבל כיון שנשבע צריך לישבע מצד גלגול אף בשמא דשמא לא כיון להשביעו וגם מצינו בכמה מקומות שחשו חכמים לברר לשון השטא' משום חשש רמאות ע"ל סימן קל"ח ס"ב ונרא' דאף הסמ"ע לא קאמר אלא למה דס"ל דהשבע' טעני לי' וכן מוכח מלשונו וא"כ למ"ש לקמן ס"ק נ' דהשבע' שוה בזה להשטא' א"כ ה"ה הכא:

סעיף לז

והוא טוען טענת שלא להשביע אף שבוע' א"צ וה"ה אם טוען משטה הייתי בך או אפי' אינו טוען כלום טענינן לי' שכיון להשטות כיון שאינו תובעו ברי שחייב לו ואין משביעין מספק וכדמוכח לעיל סי' ע"ה סעיף י"ז כמ"ש שם בס"ק ס' ע"ש:

סעיף לח

אף שבועה א"צ מיהו אם אומר אמרת בפני פלוני ופלוני שאתה חייב לי ואמרת אתם עדי או אני אמרתי אתם עדי ושתקת ואין לעדים כאן זה הוי טענת ברי ויכול להשביעו היסת על זה אע"פ שאינו ברור לו שהלו' לו וכדלעיל סי' ע"ה ס"ס י"ז וע"ש בס"ק ס"א:

סעיף לט

אע"פ שהוא אינו טוען. והרמב"ן ושאר פוסקים חולקים וכדלקמן סעיף כ"א וכן עיקר וכמ"ש שם בס"ק נ' וע"ש:

סעיף מ

שהרי לא היתה שם תביעה מבעל דבר עצמו. לפי טעם זה היה נרא' למ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב דהעיקר כהפוסקים החולקים דאף במודה מעצמו יכול לטעון משטה גם כאן הי' יכול לטעון משטה אבל נרא' כריב"ש והר"ב בדין זה ולא מטעמי' אלא דכיון שהוד'

ע"י הכרזת ב"ד ל"ש השטא' וכ"כ בע"ש ואף שבסמ"ע ס"ק ל"ט השיג עליו היינו דכיון שכ' בע"ש עצמו הטעם שהרי לא היתה שם תביעה מבעל דבר עצמו כו' א"צ שוב לומר דהכרזת ב"ד לאו השטא' היא אבל גוף הטעם אין מקום להשיג ועוד נרא' דלענין השבע' נמי לא היו צריכים הריב"ש והר"ב לטעם שהי' שם קצת תביע' אלא דכיון שהוד' ע"י הכרזת ב"ד לא אמרי' השבע' דגבי ב"ד לא מהניא טענת השטא' והשבע' כדלעיל ס"ו ולקמן סכ"ב ועוד נרא' דאפי' בלא הכרז' אם הודה לב"ד ע"י שליח כגון ששלח שליח לב"ד שהוא חייב לפלוני מנה לא יוכל לטעון השטא' או השבע' דכיון דקי"ל שלוחו של אדם כמותו הרי הוא כאלו הוד' הוא בעצמו לפני ב"ד ובריב"ש שם ניחא דלא הוד' לב"ד ע"י שליח רק אמר לשליח שיאמר כן לעדים וב"ה הוכיח שם הריב"ש דהודא' זו אינה כלום אם לא מטעמי' הנ"ל אבל אי אמר כן לשלוחו שיאמר כן לב"ד מוכרח בריב"ש שם דהוי כהוד' בעצמו לפני ב"ד שהרי כתב שם והא דהודאת אנטליר הודא' היא היינו כשממנ' אנטלר בפני עדים כו' וא"כ ה"ה כשמוד' שעשאו שליח דהוי הודאתו הודא' דהודאת אנטלר הודא' היא ולפ"ז גם דברי הר"ב צריך לפרש שלא אמר לשליח שיגיד הודאתו אלא אמר לשליח שיודיע כן לפני עדים אבל בשלח שלוחו לב"ד שחייב לפלוני מנה א"צ לטעמי' שכתב הר"ב אלא דכיון דשלח שלוחו לפני ב"ד הוי כאלו הוד' בעצמו לפני ב"ד וחייב וע"ש בריב"ש ודוק:

סעיף מא

אפי' אמר אתם עידי ושתק כו'. פי' הסמ"ע דהיינו באומר הנתבע אתם עדי ושתק התובע והשיג על הב"י והע"ש שפי' שהתובע אמר אתם עידי והנתבע שתק ואין דבריו נכונים דפשיט' דלשון שתק לא שייך בכל דוכתי אלא בנתבע וכדלעיל ס"ו ושאר דוכתי טובי דאמרי' כיון דשתק ולא מיחה ה"ל כהסכים להתובע לחיובו אבל לא שייך לשון שתיק' אצל התובע ואף דהמרדכי פרק ז"ב מחלק בכך היינו מטעם שכתב דאי אמר התובע אתם עידי היינו טענו אבל בראב"ד וטור לא כתבו זה ולא משמע כן בדבריהם אלא העיקר כהב"י והע"ש בזה וכן הבין הב"ח אך מה שהקש' הב"י על הטור דהא הך דש"מ שהוד' כו' מיירי בתבעו והוד' לו כמ"ש התוס' נ"ל דלק"מ דהטור ס"ל דמשמע התם דאתם עידי הוא אופן המועיל בכל ענין ואין לאחר אתם עידי כלום ולא בעינן תבעו והוד' לו אלא בלא אתם עידי וכן מוכח בתוס' והרא"ש גופייהו בפרק זה בורר דלא קשי' להו אלא מהא דמסיק אין צ"ל אתם עידי אבל באתם עידי ניחא להו ע"ש ודו"ק ועוד הארכתי בזה בביאורי לטור בישוב דברי הטור ובסתירת דברי הב"ח בכמה ענייניים בזה וכאן קצרתי כיון שכבר העליתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ג דלענין השבעה כשהתובע עמו בכל

ענין אי"ל השבע' אפי' בלא אתם עידי וכן לענין אתם עידי העליתי לעיל ס"ח ס"ק י"ט דאפי' שלא בפני התובע אי"ל כלום לא השטא' ולא השבע' אך נ"מ לענין משטה לפמ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב דמשטה שייכא אף במודה מעצמו ונראה שהראב"ד עצמו דקדק לכך וכתב ואם אמר אתם עידי ושתק משום דבאמר הנתבע אתם עידי מודה הראב"ד דאף במודה מעצמו מהני והך דש"מ שהודה מיירי באמר הש"מ אתם עידי וכמ"ש ב"י בסוף דבריו וס"ל דבפרק זה בורר משמע דבאמר מלוה ושתק לוה גרע טפי ונהי דאמרי' התם דל"ש אמר לוה ול"ש אמר מלוה ושתק לוה היינו משום דמיירי כשהודה ע"י תביעה משא"כ במודה מעצמו ס"ל להראב"ד דאף באמר התובע אתם עידי יכול לטעון השבע' והשטאה (וכדמוכח מדבריו להדי' שהבי' הבעה"ת שער מ"ב ח"א והבאתיו לקמן סכ"ב ס"ק נ"ה בקצרה אלא שהטור כתב בדבריו השבעה משום דלטעמי' אזיל דס"ל דמשטה לא שייכ' במודה מעצמו) וכן מצאתי בפסקי מהר"ם רקנטי סי' ש"ח שכתב וז"ל והיכא דתבעו חוץ לב"ד ואמר המודה אתם עידי או שכנגדו והלה שתק א"י לומר משטה אני בך והיכא דהודה לו מעצמו חוץ לב"ד ולא אמר המודה אתם עידי אלא שכנגדו אמר כן יכול לומר משטה אני בך כך פסק ר"י אור זרוע עכ"ל ואין ספק שזאת היא ג"כ דעת הראב"ד למעיין היטב בדבריו שם וסברא זו הפוכה מדברי המרדכי פרק זה בורר: מיהו דעת הטור דאין חילוק וכן נראה עיקר דמשמע בש"ס ס"פ ג' דבכל ענין אין לאחר אתם עידי כלום ומכ"ש לפי מה שכתבתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ג דהעיקר דהך סוף פרק ג"פ מיירי בהודה מעצמו ועוד דכיון דבש"ס פ' ז"ב קאמר סתמ' לא שנא אמר לוה אתם עידי ול"ש אמר מלוה ושתק לוה מנ"ל לפלוגי בהכי לענין מוד' מעצמו ועוד דקאמר בש"ס התם דהא דקאמר ר' יודא צריך שיאמר אתם עידי לא שנא כו' ור' יודא משמע דמיירי נמי במודה מעצמו דהא קאמר לעיל בש"ס דמתני' דקתני בפנינו הודה לו מסייע לרב יודא ומתני' מיירי במודה מעצמו א"כ ר"י מסתמ' נמי מיירי במודה מעצמו ואהא דאמרינן בש"ס דלא שנא כו' וכן משמע מדברי הרמב"ם ספ"ו מה' טוען וספי"ז מה' עדות דבאתם עדי מהני בכל ענין וכמ"ש וכן משמע משאר הפוסקי' שלא חילקו בכך ואע"ג דלקמן סכ"ב ס"ק נ"ה כתבתי דהרבה פוסקים ס"ל דבמודה מעצמו אפי' במודה לפני ב"ד יכול לחזור בו ולטעון משטה אני בך הא כתבתי שם דהיינו דוק' בדרך שיחה משא"כ הכא כיון דאמר א' מהן אתם עידי ה"ל להשים אל לבו אלא ודאי מידק דייק ולהודא' גמורה נתכוון ועוד די"ל דכיון שאמר המלוה אתם עידי היינו טענו וכמ"ש המרדכי פ' ז"ב ועוד שכבר העליתי שם לדינא דא"י לטעון משטה:

סעיף מב

יש מי שאומר כו'. בסמ"ע ס"ק מ"א כתב דכתב בל' יש מי שאומר משום דלדעת הרמב"ם שהביא לעיל סי"ד כל שהודה כן בפני התובע אי"ל להשביע אפי' בלא תבעו ולא נהיר' אלא נראה שראה המחבר שהבעה"ת חולק בזה שכתב בשער מ"ב ח"א וז"ל והיכא דהוו קרו ליה קב רשו והוא אמר למי אני חייב אלא לפלו' בכל זה יכול לטעון השטא' או שלא להשביע את עצמי נתכוונתי וכדגרסינן כו' נמצא עכשיו שהמטמין עדים ושמעו שהוד' לו מנה או מוד' מעצמו ועדים שמעו אותו או שתבעו בפני עדים והוד' לו אבל לא אמר להם אתם עדי בכל אלו אם טען משטה אני בך או שלא להשביע את עצמי נתכוונתי או להד"ם נאמן ואם לא טען אין טוענין לו חוץ מהמוד' מעצמו וכדלעיל עכ"ל ומביאו בב"י לעיל ס"ס ל"ב ומדכתב בכל אלו אם טען כו' או שלא להשביע כו' אלמ' דאפי' במוד' על ידי תביע' יכול לטעון שלא להשביע וכן הבין בספר ג"ת דף קע"ז ע"ג מדברי בעה"ת אלו וכן מוכח מדברי בעה"ת שהבאתי לעיל ס"ה ס"ק י"ב וכן מוכח להדי' דעת בעל המאור פרק ז"ב ע"ש מיהו לענין דינא כבר בררתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ג מן הש"ס דהעיקר כהרמב"ם דאפי' לא תבעו והוד' לו רק הוד' בפני התובע אי"ל השבע' וגם סבר' אלימת' הוא דאיך יודה שלא להשביע שיסברו שאינו עשיר וזה שמוד' בפניו יודע שאינו כדבריו ה"ל להודות כן לאחר ואם כן כל שכן בתבעו והוד' לו דאי"ל השבע':

סעיף מג

אם הוד' בכתב ידו כו' השטא' כו' נרא' דוקא השטא' והשבע' אבל טעיתי יכול לטעון אכת"י היכא דאית לי' מגו דפרעתי וכמו שכ' הר"ב לקמן סימן קכ"ו סי"ג ועמש"ל ס"ק ע"ו:

סעיף מד

או במעמד שלשתן. ע"ל סימן קכ"ו סעיף י"ג ומ"ש שם:

סעיף מה

ודוקא כו'. כ"כ הר"ב ליישב שני תשו' הרא"ש אהדדי וכן דלא תיקשי דברי המחבר דלקמן סעיף י"ח וסעיף זה אהדדי וכן למ"ש המרדכי פ' ז"ב דכשכתב שם פלוני על חפץ פלוני או מעות פלוני אמרי' דשלא להשביע עשה כן וע"כ כתב הר"ב דכאן מיירי שהכת"י הוא ביד חבירו. והסמ"ע חלק על הר"ב והב"ח חלק על הסמ"ע והסכים עם הר"ב. ולפעד"נ שלא כדברי זה ושלא כדברי זה דמה דס"ל להר"ב והב"ח דכאן מיירי שהכת"י הוא ביד חבירו אינו נ"ל אלא נ"ל עיקר בזה כהסמ"ע חדא דמדתלי הרא"ש טעמ' וז"ל בריש כלל ס"ה נרא' כיון דאיכ' כתב ידו לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את

בניו דלא אשכחן הכי אלא בדבור בעלמ' כגון מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אבל היכא שכתב ידו או אחר כתב והוא חתם בחתימ' ניכרת ומתקיימ' כולי האי לא עביד שלא להשביע את בניו עכ"ל משמע דכיון דלא אשכחן בכתב יד סבר' דשלא להשביע אמרי' דכולי האי לא עביד אפילו בשכת"י הוא תחת ידו ועוד דאי בשכת"י הוא ביד חבירו למה לי' להרא"ש דלא אשכחן כו' הא כל הש"ס מלא מזה הוציא עליו כתב ידו גובה מבני חורין ואף שבסמ"ע וב"ח כתבו ליישב את זה מ"מ דבריהם דחוקים גם מ"ש הב"ח וז"ל ומבואר שם בתשובת הרא"ש דהמעש' הי' שהכת"י הי' יוצא מתחת יד חברו שהרי בסוף התשובה כתב דמה שטוענים היתומים אפשר שהיה לזה חתימתו של ש"מ בידו וכתב עליו מה שרצה לאו טענה היא דא"כ הא דתנן הוציא עליו כת"י גובה מבני חורין כו' אבל אין לפרש דהמעש' שהשיב עלי' תשוב' זו הי' שכ' בכת"י וחתם שמו ולא מסרו לחברו דא"כ פשיט' דאינו כלום דאפילו שטר מתנ' בקנין ובעדים וקשור' על ירכו אינו כלום כדתנן בפ' יש נוחלין ואפי' הפקיד זה השטר ביד אחר כדלעיל סי' נ"ה סעיף י' כ"ש בכתב ידו והוא דבר פשוט וכ"כ הר"ב בהגה' ש"ע ודלא כמהרו"ך עכ"ל דבריו לא נהירין דמ"ש ומבואר שם דהמעש' הי' שכת"י הי' יוצא מתחת יד חברו כו' אינו הוכח' דנהי דמעשה שהי' שם כך הי' מ"מ מדתלי הרא"ש טעמ' דלא אשכחן הכי אלא בדבור בעלמ' אבל בכת"י לא עביד שלא להשביע כו' משמע דאפי' בכת"י שתחת ידו דינא הכי. ומ"ש דאפי' שטר מתנה בקנין אינו כלום כדתנן בפ' יש נוחלין כו' לאו מלת' היא דנהי דהתם אפי' בשט"ח דינא הכי וכמ"ש לקמן ס"ס ר"ן היינו משום דהתם כיון שאין ידוע שכתוב דרך הודא' דלמ' כ' והכין שט"ח בעדים ליתן ונמלך שלא ליתן משא"כ הכא וע"ל סי' ס"ה ס"ק נ"ג וראי' לזה ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ו סי' א' במי שנמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו זכרון המשכנות שלקחתי מאלף זהו' של ראובן למחצית שכר כו' שמוציאו מן היתומים וכו' וגם לא שייך הכא אדם עשוי שלא להשביע את עצמו דהיינו דוקא כשאדם אומר אני חייב לפלוני ופלוני בפני העולם שהוא מכוין שלא יחזיקוהו בעשיר (אבל הכא שכתב בינו לבינו בפנקסו כן צריך להיות כן נ"ל) והלא אין אדם יודע ושומע בדבר עכ"ל הרי דאפי' בכתב ידו שתחת ידו לא אמרינן שלא להשביע הודה.

ומ"ש הסמ"ע דהרא"ש בתשובה כלל ס"ה והמחבר כאן מיירי דהודה לו בפני עדים ואמר לו הריני חייב לפלוני מנה וגם אני כותב לפניכם בכת"י שאני חייב לו דכולי האי לאעביד בשביל שלא להשביע ולא קשה מההיא דס"ס ס"ה (ולקמן סעיף י"ח) דהתם מיירי דלא הודה לו בע"פ עכ"ל אינו נראה לי חדא שהרי לא הוזכר בתשו' הרא"ש שם

כלל שהוד' ג"כ בע"פ וכן הטור והמחבר לא הזכירו זה ועוד שהרי מתשו' הרא"ש כלל פ"ז שהבאתי בסמוך בכת"י שבפנקסו משמע אדרב' איפכ' דאם הי' מודה כן בפני עדים הוה גרע טפי והוה אמרינן דעושה כן כדי לפרסם בפני העולם לכן נראה אדרב' איפכ' דלא הוצרך הרא"ש בריש כלל ס"ה והטור כאן לטעמ' דכולי האי לא עביד איניש שלא להשביע אלא להיכא דאפי' הודה וכתב כן בפני עדים אבל בנמצ' כתוב בפנקסו בכתב ידו בלאו הכי לא שייך שלא להשביע כיון שכתב כך בינו לבינו ומה שייך שלא להשביע והלא אין אדם יודע בדבר [אך מטעם אחר אינו חייב בכת"י שתחת ידו אם לא שהוד' ג"כ לפני עדים שחייב לו או שכתב כן בפנקסו דאל"כ יש לחוש שמא הכין ליתן לו כשילוה כדלקמן ס"ס ר"ן]: והא דכתב הרא"ש בכלל ס"ח סי' ט"ו והט"ו ס"ס ס"ה וכאן בסעיף י"ח דכשכתוב שטר זה חציו לפלוני אמרינן דעשה כן שלא להשביע נלפע"ד דמעיקר' לק"מ דהתם כתב כן על השטר עצמו דאמרינן אם אית' דהודאה גמורה הוי למה כתב כן על השטר עצמו ה"ל לכתוב כן בפני עצמו בפנקסו אלא ודאי שלא להשביע עשה כן שמי שיראה שטר זה יחשוב שהוא שלו ויחזיקוהו בעשיר לכך כתב כן על השטר עצמו שחציו לפלוני וכן בההיא דהמרדכי פ' ז"ב כיון שכ' כן על המעות או החפץ עצמו אמרינן שלכך כתב כן על החפץ עצמו מי שיראה חפץ זה אצלו לא יחשוב שהוא שלו כן נ"ל ברור: ולפי זה מי שנמצ' תחת ידו כת"י עצמו שחייב לפלוני מנה באופן שלא שייך לומר שהכין ליתנו לו כשילוה לו כגון שהודה בפני עדים שהלוה לו ושהוא כותב כן בכת"י וכה"ג או שנמצא כתוב בפנקסו בכתב ידו שהוא חייב לפלוני סך פלוני לשלם לו לזמן פלוני ומת בתוך הזמן ובכה"ג בענין דליכא למיחש שמא פרע מוציאין מן היתומים ולא אמרינן שלא להשביע כתב כן והכי מוכח מתשו' הרשב"א והמחבר לקמן ס"ס ק"ז ע"ש וכן מוכח להדי' מדברי הרשב"ץ שהבאתי לעיל סי' ס"ט ס"ה ס"ק כ"ז ע"ש. ולפ"ז ה"ה אם כתוב בפנקסו חפץ זה של פ' הוא מוציאים מן היתומים אם הוא בענין דלא מצינ' למטען להו שמא לקחו אביהן אח"כ כגון שראוהו עתה בידם וכדלקמן סי' רצ"ז ע"ש: שוב מצאתי בתשו' מהר"ם אלשיך סי' קל"ז דף רל"ז ע"ב שכתב לתרץ תשו' הרא"ש אהדדי דשאני בהך דחציו לפלוני שכותב על השטר היפך עדות השטר משא"כ הכא דליכ' הוכחה איפכ' וגם זה דוחק בעיני ומ"ש נ"ל ברור: עוד כתב בסמ"ע שבתשו' דברי ריבות סי' קי"ג כתב תירוצים דחוקים בזה ואין ספר זה בידי ועיין בתשו' מהרש"ך ס' ג' סי' נ"ד וג"כ אינו בידי לע"ע:

סעיף מו

וכמו שנתבאר לעיל סוף סי' ס"ה כו'. וכן אח"כ בסמוך סעיף י"ח:

סעיף מז

לא זכה אותו פ' כו' דאמרי' שלא להשביע כתב כן וכבר נתבאר זהעל נכון בסמוך:

סעיף מח

הודה כו' אע"פ שאמר להם כתבו כו'. נלפע"ד שהמחבר לא כיון יפה בדין זה שכ' כן ע"פ מ"ש בספרו ב"י לעיל סי' ל"ב מחו' ח' וז"ל כתוב בתשו' הרא"ש כלל ס"ה הודה בפני עדים בלא קנין אע"פ שאמר להם כתבו שטר אם לא אמר אתם עדי לאו הודאה היא עכ"ל ב"י ובאמת ליתא כן בתשו' הרא"ש שם אלא הכי איתא שם בכלל ס"ה סי' ג' יש דינים חלוקים בהודא' אדם המודה בפני עדים אם הודה מעצמו יכול לטעון שלא להשביע הודה ואם תבעו והודה לו יכול לטעון משטה אני בך כו' הלכך צ"ל אתם עדי כו' והא דאמרי' הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו היינו דקאמר אתם עדי דבלא זה אינה הודא' כלל ואף כשאמר אתם עדי לא יכתבו בלא קנין דלא ניח' ליה למיהוי מלוה בשטר כו' עכ"ל והבין המחבר דה"ק הלכך צ"ל אתם עדי וכשאמר כתובו לא מהני והא דאמרי' הודא' בפני שנים וצ"ל כתובו דאלמ' כשאמר כתבו הוי הודא' היינו כשאמר אתם עידי אבל בלא אתם עדי ל"מ אף כשאמר כתובו אבל באמת הא לית' מכמה טעמי' חדא שהרי הרא"ש לא הזכיר שם קודם לכן דכתובו לא מהני ועוד דהיאך יעלה על הדעת דכתובו לא מהני והרי אפי' באמר אתם עדי ולא אמר כתבו לו שטר הוי' הודא' כ"ש באומר להם כתבו לו שטר ואין לך יחוד עדים גדול מזה ועוד דודאי מילת' דפשיטא היא שיכולין לעשות כמו שציוו' להן לכתוב שטר והי' יכול לטרוף בו אפי' ממשעבדי ואיך נאמר שלא יהי' הודא' וגם לא מצינו בש"ס ופוסקים בשום מקום דאם אמר לעדים כתבו לו שטר שצריך שיאמר אתם עדי אלא סתמא אמרינן בכל דוכתא בכתבו סגי אלא ה"ק הרא"ש כיון דיש דינים חלוקים בהודאה הלכך צריך שיאמר אתם עדי ולא סגי בסתם הודא' (ואפשר דאתא לאפוקי דעת רבינו ברוך שהביא המרדכי והגהת אשר"י ר"פ הנושא דכשהעדים עומדים לפנינו אין צריך לומר אתם עדי או אתא לאפוקי דעת הרמב"ם דהודא' גמורה הוי כאתם עדי אלא בעינן אתם עדי דוקא להרא"ש) והא דאמרי' הודא' בפני שנים וצ"ל כתובו כלומר הודא' בפני שנים לענין דהוי הודא' בע"פ וצריך לומר כתובו לענין דהוי מלוה בשטר דאלמא הודאה בפני שנים הודא' היינו דקאמר אתם עדי ואפי' למאי דמפרש הרא"ש בפרק חזקת הבתים דהא דקאמר הודא' בפני שנים וצריך לומר כתובו אתא לאשמועי' דאפי' בפני ב' צ"ל כתובו היינו משום דלא תידוק דהודא' בפני עד א' לא מהני אלא להכי קאמר בפני שנים דאף בפני שנים אין יכולין לכתוב עד שיאמר כתובו אבל מ"מ מוכח דהודא' בפני שנים לחוד הודא' הויא

לענין מלוה ע"פ לכך קאמר הרא"ש בתשו' הכא דהיינו באתם עידי ואפ"ה לא יכתבו עד שיאמר להם כתובו אבל כשאמר להם כתובו סגי אפי' בלא אתם עידי:

ומצאתי עוד ראיה ברורה לדברי ממ"ש הרמב"ם ס"פ י"ז מה' עדות וז"ל א' המוד' בפני עדים ואמר דרך הודי' זה יש לו אצלי כך וכך או שאמר הוו עלי עדים הרי אלו עדים ואין צריך לומר אם קנו מידו או שאמר להם כתבו עלי שטר שים לזה אצלי כך וכך וכל כיוצא בדברים אלו הרי הם הודא' ומעידים על פיו עכ"ל וכן מצאתי עוד בפסקי מהר"ם רקנטי סי' ש"ט וז"ל הא דאמר הודא' בפני שנים וצריך לומר אתם עידי ואם אמר אתם עידי לבד אין רשאין לכתוב שטר עד שיאמר כתובו עכ"ל הרי להדי' כמ"ש ודלא כהמחבר:

סעיף מט

המוסר לחבירו שטר כו'. המחבר קצר בזה ודע שמי שמסר שטר לחבירו בפני עדים שכתוב בו פלוני חייב לפלוני מנה או אני חייב לך מנה ואינו כתב ידו הוי הודאה אע"פ שלא א"ל אתם עידי ואי"ל השטאה או השבע' כן היא שטת רש"י בכתובות ר"פ הנושא ומביאו הטור לעיל ר"ס מ' ואע"ג שר"ת ושאר פוסקים מפרשים השטה בענין אחר דהיינו כשהוא מתחייב עצמו ע"ש מ"מ לענין דינא משמע דלא פליגי על רש"י וכן כתב הריטב"א שם בפ' הנושא דשטת ר"ת נכונה ומכל מקום דינו של רש"י אמת כו' (ומה שהקשו המרדכי והגהת אשר"י בפ' הנוש' דכיון דאינו כתב ידו לימא משטה אני בך לא ירדתי לסוף דעתם דהרי רש"י עצמו נשמר מזה דכיון דמסר לו השטר בפני עדים כמאן דא"ל אתם עידי דמי גם מה שהקשה שם על רש"י ממאי דפריך התם מכתב לכהן לשני דהתם מיירי שחתם שמו גם מזה נשמר רש"י ותי' זה בלשונו שכתבו לעיל דאי הוה שטר חתום בידו מאי למימרא וא"כ ה"ה בזה וכן כתבו התוס' שם להדי' ועיין עוד בריטב"א שם מ"ש לישב דעת רש"י ע"ש) ועיין בב"ח ר"ס מ' מה שמחק מספרי הטור והשיג על הב"י והקשה מסי' נ' וכל דבריו שם אינם נכונים ע"ש ודוק:

וה"ה אם א"ל לשון זה אני חייב לך מנה בשטר נראה כיון דלהרמב"ם והמחבר לעיל סי' מ' יכול להתחייב עצמו בכה"ג כ"ש דמהני לענין הודא' וכן פי' הב"ח לעיל סי' מ' דברי הרמ"ה בטור ע"ש וכ"כ רב האי גאון בספר משפטי שבועות דף ח' סוף ע"א ע"ש ונראה דאף הרמב"ן והרשב"א שחולקים על הרמב"ם במחייב עצמו מודים כאן לענין הודא' ודוק:

סעיף נ

בחזקת שהוא ח"ל. דאי לא בחזקת שהוא ח"ל אע"ג דנתברר שאינו ח"ל הי' צריך לשלם לו כשהוד' בהודא' גמור' להרמב"ם או א"ל אתם עידי להרא"ש דאמרינן במתנ'

גמור' שיעבד נפשי' להתחייב לו בהודא' או במסיר' השטר וכמ"ש בר"ס מ' ע"ש עכ"ל סמ"ע וכבר נתבאר בסי' מ' דהרבה פוסקים חולקים וס"ל דא"י להתחייב באתם עדי וגם להרמב"ם דס"ל דיכול להתחייב יש לומר דלא קאמר רק באתם עידי והסמ"ע דמשוה לדעתו הודא' גמור' לא ידעתי מנ"ל הא דאף הרמב"ם דס"ל דהודא' גמור' הוי כאתם עידי היינו שלא יכול לטעון השטא' אבל להתחייב בדבר שאינו חייב אפשר דלא מהני רק באתם עידי וכמ"ש [ימכ"ש] לפי מה שכתבתי לעיל ס"א ס"ק י"ט בשם ה' המגיד ולחם משנה דלענין השבע' לא חשיב הודא' גמור' כאתם עידי להרמב"ם והוכחתי שם כדברי ה' המגיד אלמא דלפעמים בעינן אתם עידי דוקא. עיין בתשו' מהר"מ מלובלין סי' קל"ה:

סעיף נא

ואם לא טען אין טוענין לו. וכ"כ הנ"י פ' ז"ב שכן הסכימו המפרשים דאף טענת השבע' לא טענינן ליה ומביאו ב"י לעיל סי' ל"ב וכן נרא' להדי' דעת הראב"ד שבהשגות ושבבעה"ת שער מ"ב ח"א שהבאתי לקמן וכן דעת רב האי גאון בספר משפטי שבועות וכן נראה עיקר דכיון דבש"ס אמרו אם לא טען אין טוענים לו מנין לנו לחלק בין השטא' להשבע':

מיהו נ"ל דהיינו דוקא כשטענו התובע ואומר הרי הודית לי בפני עדים לכך צריך שישיב לו על טענתו ובהכי מיירי בבריית' למחר א"ל תניהו לי כלומר אותו מנה שהודית אתמול תניהו לי ואהא קתני אם לא טען אין טוענים לו אבל היכא שאינו טוענו שהודה רק שטוענו ואומר אתה חייב לי מנה והוא משיב איני חייב לך כלום ואומרים לו הב"ד אם יש לך עדים הבא עדים ומביא עדים ואומרים הוא אמר לנו שהוא חייב לו אינו כלום וא"צ שיטעון משטה או השבע' שהרי התובע עצמו אינו שואלו הרי הודית לי בפני עדים ואין הב"ד צריכי' לשאול יותר ממה ששואל התובע ובהכי ניחא לפע"ד המתני' דקתני לא אמר כלום והוצרך הבעל המאור לומר דהיינו משום דהודה מעצמו לכך טענינן ליה וכבר נתבאר לעיל דלא קי"ל כהבעל המאור בזה אלא אפי' הודה מעצמו לא טענינן ליה וא"כ נראה לפרש המתני' כמ"ש דקתני א"ל היאך אתה יודע שזה חייב לזה משמע דמיירי שטוענו אתה ח"ל וזה השיב איני חייב לך וזה מביא עדים ואומרים לעד היאך אתה יודע שזה חייב לזה אם אמר הוא אמר לי אינו כלום כלומר שלא אמר כלום שחייב לו רק שאמר לפניו ועל זה לא טענו התובע כלל ואין צריך לשאול אותו למה הודית ושישיב השטאה או השבעה כיון שאין התובע עצמו טוען הרי הודית ובזה ניחא נמי הך עובדא דקב רשו דאמר רב נחמן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו שמשם למדו התוס' והנמשכים אחריהם דהשבעה טענינן ליה וכבר נתבאר שאין זה עיקר אלא השבעה

והשטאה שוין וא"כ תיקשה הך דרב נחמן ומ"ש יש פוסקים דאולי הוא טען כן הוא דוחק לפע"ד ועוד תיקשי מה שהקש' בעל המאור אם הוא טען מאי קמל"ן רב נחמן הא מתני' היא אלא נראה כמ"ש דהוא לא טען כן אלא המעשה הי' שאמר מאן מסיק בי אלא פלני' ופלני' ואתא האי פלני' ותבעי' שחייב לו וקמל"ן רב נחמן דאע"ג שאנו יודעין שאמר מאן מסיק בי אלא פלני' אמרינן שלא להשביע אמר כן אע"פ שאין טוען כן ופירוש' דמתניתין אתא לאשמועינן וכן מדוקדק למעיין בש"ס: (הגה ובהשגות הראב"ד א"א אין זה לפי הש"ס עכ"ל וכ' בספר לחם משנה וז"ל השיג הר"א ז"ל שאין זה לפי הש"ס הוא מפני שהוא סבור שבטענת שלא להשביע אם לא טען טענינ' ליה כדמשמע מהש"ס דרב נחמן טען להוא גברא וא"כ אין צריך לישבע שהרי אנו נטעון לו אבל רבינו ז"ל סבר דאפי' השבעה לא טענינ' לי' ורב נחמן לא טען להוא גברא אלא דהש"ס לא חש להזכיר אלא דברי ר"נ לבד עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני מכמה טעמים. חדא דהא גם מדברי הרמב"ם אלו משמע שלא טען רק איני חייב ואדרב' טפי ה"ל להראב"ד להשיג אמ"ש הרמב"ם שם מיד אח"כ ואם לא טען אין טוענים לו כו' אבל אם טען שלא להשביע כו' ועוד וכי יעלה על דעת שהראב"ד יסבור שלא יצטרך לישבע ואמת שגם בעל מגדל עוז כתב שדעת הראב"ד כן אבל לפענ"ד לא עלה על דעתו דדל עדים מהכא צריך לישבע היסת שאינו חייב לו ועוד שהרי הראב"ד גופיה ס"ל דלא טענינ' ליה השבעה וכמ"ש הבעה"ת שער מ"ב ח"א שהשיג על הבעל המאור וכתב חס ושלום שנפתח לו אנחנו וההיא דרב נחמן אולי הבע"ד טען כן כו' ע"ש אלא אדרבה נראה איפכא שלפי מה שהעתיק הרמב"ם עובד' דקב רשו משמע שלא טען רק איני חייב לו ופטרוהו חכמים וע"כ השיגו הראב"ד שאין זה לפי הש"ס שבש"ס לא הוזכר מה שטען שלא להשביע הודיתי כן נ"ל ברור כוונת הראב"ד ע"כ הג"ה):

ובזה ניחא לפענ"ד נמי מ"ש הרמב"ם בפ' ו' מה' טוען דין ז' וז"ל מעשה באחד שהיו קורין אותו קב רשו כלומר שיש עליו חובות הרבה אמר מי הוא שאני חייב לו אלא פלוני ובא אותו פלוני ותבעו והוא אמר איני חייב לו כלום ואמרו חכמים ישבע היסת ויפטר עכ"ל דקשה דמשמע מדברי הרמב"ם אלו דאף שלא טען רק איני חייב לו כלום פטור וכן נראה להדי' שהבין הראב"ד מדבריו וזה סותר למ"ש הרמב"ם עצמו מיד אח"כ בסוף הפרק ההוא ואם לא טען אין טוענין לו כו' אבל אם טען כו' או שלא להשביע כו' והעתיקו המחבר כאן בסעיף זה דנראה להדיא מדבריו דאף שלא להשביע לא טענינן ליה וכמ"ש הנמ"י פ' ז"ב והרב המגיד והטור סכ"ד ושאר אחרונים בשמו וכך הקשה בספר גי' תרומה שער מ"ב ח"א דף קע"ז ע"ג דברי הרמב"ם אהדדי והניח בקושיא:

אבל לפי מה שכתוב ניחא דכאן מיירי הרמב"ם והמחבר שתובע טען הרי הודית לי בפני עדים ומביא עדים על כך שואלים הבית דין אותו והלא הודית וצריך שיטעון השטאה או השבעה ואם לא טען אין טוענים לו אבל בהך עובדא דקב רשו לא תבעו התובע שהודה רק שאנו ידענו שאמר כן מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני ובא אותו פלוני ותבעו תן לי מנה שאתה חייב לי והלכך אף על גב דידוע לנו שאמר מאן מסיק בי אלא פלוני ישבע היסת ויפטר וטענינ' ליה דאדם עשוי שלא להשביע כן נראה לי ברור ליישב דברי הרמב"ם וכן נראה לי עיקר לדינא ויכול להיות שכל הפוסקים מודים לזה דאם אין התובע טוען הרי הודית לי אע"פ שידוע שהודה לו בפני עדים סגי כשמשיב איני חייב לך וטענינן ליה השטאה או השבעה דסבר' טובה היא וכמ"ש ומה שלא פירשו הפוסקים כן היינו משום דמשמע להו דמסתמ' מיירי אף כשהתובע טוען הרי הודית:

סעיף נב

אבל אם טען משטה הייתי כו'. הוא לשון הרמב"ם ומשמע דבמודה מעצמו שייכא נמי משטה דהא כתב בתחלה וכן המודה מעצמו כו' ועלה קאי אבל אם טען משטה כו' וכן הוכחתי עוד לעיל ס"ה ס"ק י"ב דס"ל להרמב"ם והר' המגיד דטענת משטה שייכא אף במודה מעצמו ודלא כמ"ש המחבר בפשיטות לעיל ס"ה והרב כאן בהג"ה דטענת משט' לא שייכא אלא כשתבעו בעל דבר ולא הזכירו שום חולק בזה גם דלא כב"י וסמ"ע ס"ק מ"ז אלא כמ"ש ועוד הבאתי שם בס"ק י"ב הרבה גדולי הפוסקים דס"ל דמשטה שייכא אף במודה מעצמו והוכחתי שם שכן עיקר בש"ס ע"ש ואין להקשות אמ"ש או שלא להשביע כו' שכבר הוכחתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ד דאי"ל שלא להשביע כשהודה כן בפני התובע וכאן כתב בתחלה וכן האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך ואמר לו הן כו' והיינו בפני התובע די"ל דמ"ש או שלא להשביע לא קאי רק אמ"ש בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דהיינו כו' כיוצא בהן דהיינו היכא דאפשר לטעון שלא להשביע כגון שלא בפני התובע וסמך הרמב"ם בזה אמ"ש מיד אח"כ בפ"ז מה' טוען דשלא בפני התובע דוקא יכול לטעון שלא להשביע אבל גבי משטה א"א לפרש כן דהא התחיל מיד בטענת משט' וכתב אבל אם טען משטה כו' משמע דמשט' אכולהי קאי ועוד דהא לא כתב הרמב"ם בשום מקום דמשט' לא שייכא בהוד' מעצמו כדי שנאמר שסמך אמ"ש במקום אחר:

סעיף נג

אלא כשהוד' מעצמו. ולעיל סי"ד ס"ק ל"ד הוכחתי דהעיקר כהרמב"ם דבהוד' לפני התובע אף דבהוד' מעצמו לא שייכא טענת שלא להשביע:

סעיף נד

אלא כשתבעו בעל דבר. בב"י וד"מ לא הביאו שום חולק בזה וכן שאר אחרונים וכבר כתבתי בס"ק י"ב וס"ק נ"ב דרבים חולקים ונרא' עיקר כדבריהם דמשט' שייך אף במוד' מעצמו וע"ש:

סעיף נה

ב"ד של ג'. והטור כתב דה"ה יחיד מומח' וכתב בספר אגודת אזוב סוף דף פ"א דמדכתב המחבר ב"ד של ג' משמע דוקא ג' ואף ע"פ שבסי' ג' פסק ב"י כמ"ש הטור דמומח' דן יחידי אפשר דעתו לחלק דלענין הודא' שאני וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מה' סנהדרין כו' ולחנם כתב אפשר דעתו לחלק כו' ואישתמיטתי' דברי המחבר לעיל סי' ג' ס"ב שמחלק להדי' בכך וכמ"ש הרמב"ם ועמ"ש שם בס"ק ח':

סעיף נו

בין שהוד' מעצמו כו' אינו יכול לחזור אלא תוך כדי דבור. דין זה לא נהירא לי ולפי שבטור כתב דין זה בסתם בשם תשו' לגאון והוא מבעה"ת שער מ"ב וכדאית' בב"י ולא הביאו הב"י ושאר אחרונים שום חולק בזה וגם יתבארו כמה חדושי דינים לכן מוכרח אני להאריך והנה תימא לי ע"ז דהא תני בתוספת' ריש ב"מ הודאת בע"ד כק' עדים אימתי בזמן שטענו והוד' אבל אם הוד' מפי עצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וע"כ לאחר כ"ד מיירי דאי תכ"ד בטענו והוד' נמי יכול לחזור וליכא למימר דלא קי"ל כהך תוספת' כיון שלא הובא' בש"ס דילן דהא פשיטא כיון דלא אתמר בש"ס דילן להדי' איפכא לא דחינן לברייתא מפורשת והכי אשכחן בדוכתי טובי דקי"ל כתוספת' שלא הובא בש"ס ועוד שהרי גם הרי"ף והרא"ש ריש ב"מ הביאוה וכן הובא' בהלכות גדולות בשבועות דף קי"ז ע"ג ועוד הרבה פוסקים דפסקו כן וכמו שיתבאר וגם בתשו' מהר"מ מרוטנברק דפוס פראג סי' תתכ"ד הביא' להדי' לפסק הלכ' ע"ש וגם במרדכי ריש ב"מ כתב וז"ל תניא בתוספת' דהודאת בעל דין כמאה עדים כתב רב האי גאון בשערי שבועות וז"ל אימתי בזמן שתבעוהו והוד' אבל אם הוד' מעצמו י"ל משט' אני בך שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' ודברי האי גאון הם בספר משפטי שבועות דף ז' ע"ב רק שיש שם השמט' בדפוס ע"ש:

והנה עיינתי בבעה"ת שער מ"ב ח"א ולא כתב זה בשם תשו' לגאון רק ז"ל שם ובתשו' לקמאי הודא' בפני ב"ד איכא מרבוות' דפסקי דאפילו הודה מעצמו ואצ"ל אם תבעו בפניהם והוד' א"י לחזור אלא תוך כדי דבור וה"מ בפני ג' אבל ביחיד מומחה אין הודאתו בפניו כלום עכ"ל ונרא' שהוא דעת בעל העיטור שכ' באות ה' הודא' ריש דף ק"ה וז"ל

והא דאמר כי לא אמר אתם עידי ולא אמר משטה אני בך אין טוענים לו וחייב איכ' למימר דוק' דקא תבע ליה ולא אמר אתם עידי אבל אם מוד' מעצמו א"י לחזור בו כדגר' בתוספת' הודאת בע"ד כמאה עדים בד"א בזמן שתבעו והוד' לו אבל אם הוד' לו מעצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' והמסתבר דוקא שלא בב"ד אבל בב"ד אפי' הודה מפי עצמו א"י לחזור בו אלא תוך כדי דבור וה"מ בפני ג' אבל בפני יחיד מומח' אין הודאתו הודא' עכ"ל ונרא' שדעת בעל העיטור דהתוספת' מיירי שלא בב"ד רק שהוד כן בפני עדים ולא אמר אתם עידי אבל לא נהיר' דא"כ היכ' קתני הודאת בע"ד כמא' עדים דמשמע דחייב כאלו העידו מאה עדים שחייב לו כך והרי יכול לטעון משט' אני בך ועוד אוכיח לקמן בהרב' הוכחות דהתוספת' מיירי בהוד' כן בב"ד. גם במרדכי פרק ז"ב מפרש התוספת' לענין הוד' כן בפני עדים וכן מביא הבעה"ת שער מ"ב חלק א' בשם הראב"ד ואביא לשונו לקמן בסמוך אבל לא נהיר' לי דל' הודאת בע"ד משמע שעומדים לפני ב"ד דאז מיקרי בע"ד וגם ל' כמאה עדים משמע כעדים שמעידים בב"ד דלא שייך עדות אלא בב"ד וגם לשון טענה והודאה משמע בכל דוכתי בש"ס ל' טענ' בב"ד וכדתנן בריש פרק שבועת הדיינים הטענ' שתי כסף וההודי' שוה פרוט' ההודי' ממין הטענ' כו' וכאלו רבות ועוד דקתני בתר הכי בתוספת' הודאת בע"ד כק' עדים והשליש נאמן משניהם זה אומר כך וזה אומר כך והשליש אומר כך השליש נאמן ומייתי להאי סיומ' בש"ס בגיטין פ' התקבל (גיטין דף ס"ד ע"א) וכן הרי"ף והרא"ש ריש ב"מ משמע דבעומדים שניהם לפני ב"ד עסקי' דאז שייך לו' זה אומר כך וזה אומר כך והשליש נאמן משניהם וגם בספר משפטי שבועות לרב האי גאון דף ז' ע"ב מבואר להדי' דבהודא' בב"ד מיירי ע"ש וכ"כ ר' ירוחם להדי' בנתיב ג' ריש חלק ח' וז"ל הודאת בעל דין כמאה עדים בפני שנים ואמר אתם עדים או בפני ב"ד דוק' כשתובע אותו אבל מודה מעצמו אינו כלום ויכול לומר משטה הייתי בך ופטור עכ"ל (וקשה לי על רבי' ירוחם שכתב שם אח"כ וכתב ר"ת דלעולם משטה הייתי בך אינו נופל כי אם כשתבעו מתחלה קודם הודאה ע"כ וצ"ע ועיין מ"ש לקמן בסמוך להפוסקים דמשטה אני בך לא שייכא כשהודה מעצמו איך מפרשים התוספת'): וראיתי בשלטי גבורים ריש בבא מציע' וז"ל מה שהוקשה לך על דברי רב האי גאון שכ' המרדכי ריש ב"מ דהא בפ' ז"ב משמע בש"ס להדי' להפך דבתבעוהו והודה הוא דיכול לו' משטה הייתי בך אבל לא כשהודה מעצמו לכאורה קושי' הוא אך תדע שדברי רב האי הם תוספת' והביא' הרי"ף ריש ב"מ ומעתה תיקשי גם דברי הרי"ף דריש ב"מ למ"ש בפ' ז"ב להדי' דבתבעו והודה יכול לחזור בו כו' והאריך שם בדחוקים גדולים ע"ש. ולפע"ד לא כוון יפה ומעיקר' ל"ק מידי דמ"ש דהא

בפ' ז"ב משמע בש"ס להדי' להפך כו' ליתא ואשתמיטתי' דברי כל הפוסקים שהבאתי לעיל ס"ה ס"ק י"ב דאף בהודה מעצמו שייכ' טענת השטאה א"כ גם רב האי גאון סובר כן ואפשר גם הרי"ף סובר כן והא דאמרי' בש"ס פ' ז"ב דיכול לטעון משטה אני בך אף בתבעו והודה היינו דוק' חוץ לב"ד ולא אמר אתם עדי משא"כ בהודה בב"ד דבהכי מיירי רב האי גאון והרי"ף ריש ב"מ ואפי' אם תפרש התוספת' ודברי רב האי גאון בהודאה לפני עדים נמי ל"ק מידי מה שהקשה הש"ג עליו די"ל כמ"ש לקמן בשם הראב"ד אבל האמת יורה דרכו דדעת רב האי גאון כמ"ש: וכן הוא להדי' דעת הרמ"ה שהבי' הרא"ש ס"פ המניח כמו שכתבתי וז"ל שם והרמ"ה ז"ל פי' הא דפטור בטענו בחטים והודה לו בשעורים לאו משום דהודה ולאו משום דמחיל אלא משום דהודאתו שהודה בשעורים לאו הודאה היא דלתחייב עלה דכי אמר הודאת בע"ד כמאה עדים דמי היכ' דא"ל לסהדי אתם עדי ואפי' בפני שנים כדאית' בפ' ז"ב א"נ בפני בית דין ואפי' לא א"ל אתם עדי והוא שתבעוהו והודה כדאית' בתוספת' הודאת בעל דין כמאה עדים אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו הלכך אי טעין ואמר תן לי לכל הפחות שעורים שהודית לי וקאמר משטה אני בך פטור אבל אי לא טען משטה א"ב חייב עד כאן לשונו (ומביאו ב"י בקצרה לקמן סי' פ"ח סט"ו ולקמן כתבתי דאף שהרא"ש פליג על הרמ"ה על התוספת' לא פליג ועיין לקמן סי' פ"ח סעיף י"ב העליתי כהרמ"ה וסתרתי דברי הרא"ש בראיות ברורות ע"ש): וכ"כ הנ"י ס"פ המניח וכן משמע עוד מהנ"י להדי' ממ"ש עוד ס"פ המניח וז"ל והשת' דאתית להכי דמצי תפיס על הודאתו ממה שלא תבע לו ה"ה אפי' בא להודות לב"ד בלי שום שום תביעת חבירו דאי תפס אידך קודם שחזר זה מהודאתו דמהני' תפיסתו ואפי' תפיס בסהדי עכ"ל ומביאו ב"י לקמן סימן פ"ח מחו' ג' וכן מצאתי בפסקי מהר"ם רקנטי סי' ש"ח וז"ל היכא דתבעוהו בב"ד והודה בב"ד אע"ג דלא אמר אתם עידי א"י לחזור בו ולומר משטה אני בך או להד"ם והיכ' דהודה מפי עצמו בב"ד ולא אמר אתם עידי לא הוא ולא שכנגדו והלה שתק י"ל משטה אני בך כו' כך פסק ר"י אור זרוע ע"כ (וע"ל ס"ק מ"א הבאתי סוף דבריו) וכן הוא בתשובות הרמב"ן סי' קי"ז דמפלפל שם בהודה לו בלא תביעה וכן בטענו חטים והודה לו בשעורים וכה"ג אי אמרי' הודא' בע"ד כמאה עדים ומסיק בסוף התשוב' וז"ל ועוד נ"ל דלא אמרי' הודאה בע"ד כמאה עדים אלא בתבעו חבירו וכן הוא בתוספת' הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ע"כ. וכן דעת בעל המאור שכתב בס"פ זה בורר וז"ל והוי יודע דהא דאמרי' אם לא טען אין טוענין' לו בזמן שתבעו הלה והודה כדתני' ברישׁ' דבריית' מנה לי בידך כו'

זהו שאמרו שאם לא טען משטה אני בך אין טוענין לו אבל אם אמר מעצמו טוענין לו ודמיא למאי דתני' בתוספת' הודאת בעל דין כק' עדים אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו ע"כ לשונו ומדכתב ודמיא למאי דתני' בתוספת' כו' ולא כתב וראי' ממאי דתני' בתוספת' כו' אלמא דלא מייתי ראיה מהתוספת' משום דיש לו' דיכול לחזור בו היינו חזרה מיהא צריך אלא דהתוספת' מיירי בהודה לפני בית דין ולכך צריך חזרה ומ"מ דמיא למאי דתני' בתוספת' כו' דכי היכא דהתם עדיף הודה מעצמו לענין דיכול לחזור בו הכא נמי עדיף הודה מעצמו לענין דטענינן ליה. כן נ"ל כוונת בעה"מ: וראיתי בבעה"ת שער מ"ב ח"א שהבי' מתחלה דברי בעל המאור וכ' אח"כ וז"ל מיהא הא דאמר דאנן טענינן לי' טענת השטאה אם הודה בלתי תובע איכ' דפליג כו' וכ"כ בספר כתוב שם אמר אברהם ח"ו שנפתח לו אנחנו כו' והרי מה שהביא התוספת' שאם מודה מעצמו יכול לחזור בו ש"מ דצריך חזר' ותו שמעת מינה שאם הודה מעצמו אפי' אמר להם אתם עדי ושתק יכול לחזור בו דהא ריש' שתובעו והודה בודאי בדא"ל אתם עדי מיירי ואפ"ה קתני בסיפ' דוגמ' דריש' דיכול לחזור בו ולעולם חזרה מיהא צריך ע"כ. נראה שהראב"ד הבין דהתוספת' מיירי בהודה כן לפני עדים ולזה משיג על הבעל המאור דהא משמע אדרב' בתוספת' דחזרה מיהא צריך וכבר כתבתי לעיל דלא נהיר' דהתוספת' מיירי בהודה כן לפני ב"ד ואין שום השגה על הבעל המאור דכוונתו כמ"ש דיליף מהתוספת' דכי היכ' דהתם בהודה לפני ב"ד עדיף הודה מעצמו לענין חזרה ה"ה הכא לענין דטענינן לי' כן נ"ל ברור. נמצ' שנתבאר מהתוספת' והלכות גדולות ורב האי גאון והרי"ף והרא"ש ומרדכי ריש ב"מ ומהר"ם מרוטנבורג ובעל המאור והרמ"ה ונ"י סוף פרק המניח ומהר"מ רקנטי בשם ר"י אור זרוע ותשו' רמב"ן דבהודה מעצמו לפני ב"ד יכול לחזור בו ודלא כהעיטור והבעה"ת והטור והמחבר:

מיהו נראה נפע"ד דהתוספת' ורב האי גאון וסייעתו לא קאמרי אלא בהוד' בבית דין בסתם דרך שיחה אבל בהודה דרך הודאה שאמר אני מודה לפניכם דרך הודאה שאני חייב לפלוני לא מסתבר כלל לומר דיכול לו' משט' הייתי דמי שמודה דרך הדאה גמורה לפני ב"ד מסתמ' אינו משטה (וע"ל ס"ח ס"ק י"ח כתבתי איזו מיקרי דרך הודאה גמורה) ועוד דכל מאי דאפשר לקיים דברי הבעל העיטור ובעה"ת והטור והמחבר עבדינן וא"כ אמאי נימא דפליגי עליה רב האי גאון וסייעתו כולי האי ועוד שכבר הוכחתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ד מן הש"ס דבהודה דרך הודאה גמורה אפילו לפני עדים אי"ל משטה אפי' לא אמר אתם עידי וכמ"ש הרמב"ם רפ"ז מה' טוען וא"כ כ"ש לפני ב"ד:

ועוד נלפע"ד בהא דס"ל להבעל העיטור ובעה"ת והט"ו דא"י לטעון משטה בהודה לפני ב"ד מעצמו עיקר כדבריהם בזה דמסתמ' מי שמודה לפני ב"ד אינו משטה והא דקתני בתוספת' יכול לחזור בו נראה דהתוספת' לא מיירי מהשטאה דהא לא הוזכר בתוספת' כלל משטה ועוד דא"כ לא שייך ל' יוכל לחזור בו וגם ל"ש לשון הפה שאסר הוא הפה שהתיר דהא בהשטאה לא אסר כלל אלא נרא' דה"פ יכול לחזור מהודאתו ולומר כשהודיתי חשבתי כך ועכשיו אני חושב כך ונזכרתי וטעיתי בהודאתי נמצא שבשעה שהודה אסר באמת והודאתו היתה הודא' ועכשיו הוא חוזר ושייך שפיר הפה שאסר הוא הפה שהתיר. וכן נתבאר לקמן סי' קכ"ו סעיף י"ג דטעיתי עדיף ממשטה דטעיתי יכול לטעון ומשטה א"י לטעון וע"ש בס"ק נ"ד:

ועוד ראי' לדברי ממ"ש הרא"ש ומרדכי פרק זה בורר וכן הנ"י שם בשם המפרשים והגהת מיימ' בסוף פ"ו מה' טוען והריב"ש סימן שצ"ב ושאר פוסקים והטור והמחבר והר"ב ושאר הרבה אחרונים דלא שייכ' משט' אלא בשתבעו והודה לו והא בתוספת' קתני בהודה מעצמו יכול לחזור בו אפילו בהודה לפני ב"ד וא"כ כ"ש בהוד' לפני עדים אלא ודאי בתוספת' מיירי שיכול לחזור בו ולומר נזכרתי ואף שהעליתי לעיל ס"ה ס"ק י"ב דהעיקר דטענת משטה שייכ' אף בהודה מעצמו היינו בהוד' לפני עדים אבל מ"מ בהא דהוכחתי מדברי כל הפוסקים אלו דהתוספת' לא מיירי מהשטא' בזה נראה עיקר כדבריהם וא"כ הודה לפני ב"ד אף בהודה מעצמו דרך שיחה אי"ל משטה:

ונראה שגם דעת הרי"ף והרא"ש ומהר"מ כן שאע"פ שהביאו התוספת' מ"מ י"ל דפירשוה לענין שיכול לחזור בו ולטעון נזכרתי וטעיתי בהודאתי ודעת הרא"ש בעל כרחך מוכרח לפרש כן דהא ס"ל בפרק זה בורר דבהוד' מעצמו אפילו בפני עדים אי"ל משטה אלא ודאי מפרש התוספת' כדפי':

ולפ"ז נראה דגם בדעת השואל לא כוון יפה הבעל ש"ג שכתב מה שהקשה לך על דברי רב האי גאון כו' תדע שדברי רב האי הם תוספת' והביאו הרי"ף ומעתה תקשה גם דברי הרי"ף אהדדי כו' ליתי' דדברי הרי"ף אהדדי לא ק' כלל דהרי"ף מפרשי לענין חזרה כשאומר נזכרתי אבל על רב האי שכתב להדי' יכול לטעון משט' קשי' ליה להשואל מיהו לעיל כתבתי דגם על רב האי לא קשי' מטעם אחר ודלא כבעל ש"ג שם:

וגם על הנמוקי יוסף קשה לי שבפ' זה בורר כתב בסתם בשם המפרשים דבהוד' מעצמו לא שייכא השטא' ובס"פ המניח מפרש התוספת' לענין השטא' ופסק כך וע"ש:

וגם על ר' ירוחם קשה בזה וכמ"ש לעיל:

ועוד נראה דבהך דינא דהדמ"ה דפ' בטענו בחטים והודה לו בשעורים שיכול לטעון משטה הייתי בך סברתו אמת לכ"ע דדוקא בהוד' לפני ב"ד ע"י תביע' או מעצמו לא שייכא משטה אבל כשהודה לו בדבר אחר הסברא נותנת שהשטה בו דלמה לא השיב לו על מה שטענו והשיב לו דבר אחר אלא ודאי משט' ומשחק הי' בו (מיהו אין לומר דהתוספת' ורב האי גאון וסייעתו דלעיל מיירי בכה"ג דוק' דהא הם דברו דרך כלל בכל הודא' שבעולם ולא הזכירו כלל בדבריהם טענו חטים והודה לו בשעורים וכן מוכח להדיא בשלטי גבורים דאי אפשר לפרש דבריהם בהכי והוא פשוט וק"ל):

וראיה לדברי מדברי הראב"ד שבבעה"ת שער מ"ב שהבאתי לעיל דהא משמע מדבריו דס"ל דהתוספת' מיירי בעדים דוקא אבל בב"ד אפילו הודה מעצמו אי"ל משט' והרי בשער ז' חלק ב' כתב הבעה"ת שהראב"ד ז"ל כ' שלא אמרו פטור משעורים אלא כשאמר הנתבע אחר שהוד' השעורים אין לך אצלי לא חטים ולא שעורי' ומשחק הייתי בך אבל אם עומד בשעורי' חייב אלו הם דבריו ומסתבר' שהוא כמוד' שאין לו עליו שעורי' עכ"ל וכ"כ המרדכי סוף המניח בשם הירושלמי דמ"ה לא יתן לו אפילו שעורים שהוד' לו מפני שהפליגו בדברים בעלמ' ולא הודה כלום ונרא' שאף שהבעה"ת חולק על הראב"ד וכן הרא"ש ס"פ המניח חולק על הרמ"ה היינו במה דסביר' להו דאם עומד בשעורים חייב ולא ס"ל טעמ' דמוד' שאין לו עליו שעורים או מחיל לו ואהא פליגי וכמ"ש הרא"ש דהא במתני' לא שייך טעמא דהשטא' אלא משום דהוד' ע"ש אבל לדינא מוד' להרמ"ה דיכול לטעון משט' בהא וכן מ"ש הב"י לקמן סימן פ"ח סעיף ט"ו על דברי הראב"ד הנ"ל שבבעה"ת שער ז' מבואר הדבר שדברי הראב"ד הם כדברי הרמ"ה והנך רוא' שלא נרא' דבריהם עכ"ל והיינו בענין מ"ש הראב"ד דאם עומד בשעורים חייב דבזה נדחו דבריהם דמכל מקום הוד' לו שאינו ח"ל השעורים אבל בענין אם טען משט' בזה לא נדחו דבריהם שהרי הב"י עצמו מביא בסתם שם לעיל מיני' מיד בסמוך דברי הנמוקי יוסף דפטור מטעם דיכול לומר משטה הייתי בך וכן מביא שם אחר כך מיד דברי ר' ירוחם שמביא בסמוך:

ועוד ראי' לדברי מדברי ר' ירוחם שכתב להדי' בנתיב ג' חלק ב' דאף להרא"ש שם הנתבע אמר מילי דכדי אמרתי לך כשהודיתי שעורים פטור אפי' שלא טענה שעה ידוע' ע"ש שהאריך בזה ומביאו ב"י בסי' ע"ח שם וא"כ מה שהשיג הרא"ש על הרמ"ה היינו דאף דלא טעין משט' פטור משום דהוד' לו שאינו ח"ל שעורים והיינו דוקא כשטענו שעה ידוע' אבל כשלא טענו שעה ידוע' לא אמרינן דהוד' לו או דמחל לו על השעירים וכמ"ש הרא"ש שם ובהא אי טעין משטה אני בך פטור ואי לא טעין לא טענינן לי' וחייב

וכמ"ש הרמ"ה (שוב מצאתי בשלטי גבורים פרק שבועת הדיינים דף שכ"ד ע"ב שכתב ג"כ דהרא"ש מוד' להרמ"ה בזה וכמ"ש ע"ש) ובס' גד"ת שער ז' חלק ב' דף צ"ז ע"ב תמה על ר' ירוחם והב"י וכתב וז"ל ותמהני שהרי סברא זו של הרמ"ה ז"ל היא ואיך תולה אותה בדעת הרא"ש ז"ל ומוציא' מכלל דבריו כיון שהוא הקש' על הרמ"ה ז"ל ודחה סברתו בשתי ידים באמת לא דק ר' ירוחם ז"ל בזה ותימ' מהרב ז"ל בב"י שמביא כל אלו ענינים ולא שת לבו הרחב על זה עכ"ל ואני אומר שהוא לא דק ואדרב' ר' ירוחם והב"י דקדקו הטיב וכמ"ש דגם הרא"ש מודה בזה להרמ"ה. מ"מ זכינו לדין שנתבאר מהתוספ' והלכות גדולות ורב האי גאון והרי"ף והרא"ש ומרדכי ריש ב"מ ותשובת מהר"מ ד"פ סימן תתכ"ד ובעל המאור ס"פ זה בורר והרמ"ה ונ"י ס"פ המניח ומהר"מ רקנטי סי' ש"ח בשם ר"י אור זרוע ותשו' רמב"ן ורבי' ירוחם נתיב ג' ריש חלק ח' דבהודה מעצמו בב"ד יכול לחזור בו אף לאחר כדי דבור (וכן משמע לי מדברי ר' ירוחם והר"י הלוי והר"ן שהבאתי לקמן סי' פ"ח סעיף ט"ו וט"ז ע"ש ודו"ק) ודלא כהבעל העיטור ובעה"ת והטור והמחבר וכן עיקר (ואולי גם הם לא מיירי אלא שא"י לחזור בו ולטעון משטה דבדיני משט' קא מיירי הטור בסי' זה וכן הבעל העיטור ובעה"ת שם אבל בטוען טעיתי מודים): העולה מזה מי שתבע את חבירו בב"ד והודה לו א"י לחזור בו בכל ענין אלא תוך כדי דבור ואם הודה מעצמו יכול לחזור בו ולומר טעיתי בהודאתי אבל א"י לטעון משטה הייתי בך ואם תבע בדבר אחד והודה לו בדבר אחר כגון טענו חטים והודה לו בשעורים וכי האי גוונ' יכול לומר משטה הייתי בך וע"ל סי' פ"ח סי"ב עוד מזה:

סעיף נז

אלא של פלוני כו' אינה הודא' כו' דכיון שלא הל"ל אלא אינו שלך ולא היה צריך לומר אלא של פלוני והרבות דברים שיח' בעלמ' הם ואינו מזיק לו כלום שם:

סעיף נח

ויש חולקים כו'. וכ"כ בד"מ כאן ובסימן ע"ט דבתשובת מהר"מ שבמרדכי ריש פרק חזקת הבתים גבי חגור' ובת נפש חולק אתשובת רבינו האי ודבריו תמוהין לפע"ד דאין כאן פלוגת' כלל דרבינו האי והטור מיירי שאותו פלוני לא היה בפני בית דין בשעת הודא' וכן משמע להדי' בבעה"ת שער מ"ב ובתשו' מהר"מ שם מיירי להדי' דהיה שם ועוד דבתשו' מהר"מ שם מיירי שהיו אותו פלוני ופלוני אחר שניהם תובעים אותו בב"ד ואמר של פלוני הוא וחזר אחר כך ואמר של פלוני האחר הוא אם כן הוי הודאה שהרי אינו טוען משט' אני בך רק של פלוני האחר הוא וגם לא שייך משטה אני בך בכה"ג כשאינו טוען שלי היה ועי"ל דהתם שאני כיון שהי' ידוע שהחגור' ובת נפש הוא מבית

ראובן ולא היה יכול שמעון לפטור עצמו במה שהיה אומר שלי הוא והיה מוכרח לו' שאשתך הפקיד' ליתנ' ליורשי' הלכך אי לאו דהוי אומר טעיתי לא הי' נאמן לחזור מדבריו הראשונים כיון שמתחל' היו שניהם במעמד א' והי' אומר של פלוני הוא ולא של פלוני משא"כ הכא שטוען משט' אני בך ולא אמרתי של פלוני הוא אלא לדחותו ובאמת שלי הוא פשיט' דלא הוי הודא' כיון שלא הי' מוכרח לו' של פלוני הוא. ולפ"ז גם מ"ש הר"ב אבל לא יוכל לו' טעיתי בהודאתי ושלי הם כו' אינו מדוקדק דפשיט' דהכא שלא הי' אותו פ' כאן יכול לו' טעיתי ומהר"ם שם מיירי היכא שהי' א' תובעו מתחל' בב"ד והוד' לו אינו יכול לו' אח"כ שלי הוא ע"ש וא"כ דברי הר"ב צל"ע (עיין בתשו' מהרי"ט סי' ק"ט):

סעיף נט

טעיתי כו' במגו דהחזרתי כו'. ואע"ג דאם הי' טוען כן הי' מעיז ועכשיו אינו מעיז אפ"ה אמרי' מגו כמו שהוכיח ר"י מפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך הית' ולקחתי' הימנו דהיכ' דליכ' עדים שהי' של אביו נאמן לו' שלקחתיו ממנו מגו דאי בעי אמר לא הית' של אביך מעולם אע"ג דבטענ' דקטעין לקחתיה הימנו אין שכנגדו יודע שהוא משקר אבל אי טען לא הית' של אביך מעולם ידע דמשקר אפ"ה אמרי' מגו עכ"ל תשוב' מהר"ם במרדכי ר"פ חזקת הבתים וכן הוא בתוספות פ' חז"ה דף נ"ב ע"ב ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ה ס"ז ס"ק כ"ג וסי' נ"ג ס"ב ס"ק ד':

סעיף ס

אבל לא יוכל לומר טעיתי בהודאתי ושלי הם כו'. הב"י והד"מ קצרו בכאן ויש מקום עיון בדין זה וכמ"ש לקמן ומתוך מה שאכתוב נרא' דדוק' היכא שהוד' בפני ב"ד דאי לאו דהוה ברור לי' לא הי' מודה ומשעבד נפשי' בפני בית דין הלכך אפי' אית לי' מגו כגון שיצא אח"כ מבית דין וכה"ג תו לא מהימן לו' טעיתי דחזק' שלא טעה (וכן כתב בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' כלל י"ח סי' ק"ג דאפי' הבעה"ת דלקמן סי' קכ"ז סי"ג דס"ל דנאמן לו' טעיתי במגו מודה בהודה לפני ב"ד ע"ש) אבל כשהודה בפני עדים מהימן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכן פסק מהרי"ק שורש ס"ה להדי' דדוק' בפני ב"ד או בפני עדים ובקנין ששעבד נפשי' אבל היכא דלא משעבד נפשי' בעדים אפי' היתה שם הודאה בפני עדות בלא שעבוד וקנין אפי' הכי מצי למימר טעיתי אך מה שכ' מהרי"ק שם דבכה"ג מצי למימר טעיתי אפי' בלא מגו לא נהירא כלל וגם מדברי מהר"ם והר"ן שהביא שם לא משמע הכי ואפי' בעדות בלא קנין קשה דהא משמע בדברי הר"ן ומהר"ם שהביא שם דאינו נאמן לטעון טעיתי במגו דפרעתי מדהביאו ראיי' מפ' שבועות הדיינים דמיירי

התם בהודאה בעדים כדאיתא בש"ס שם (דף מ"א) דבעי למילף מינה התם דהמלוה לחבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים וכתבו התוס' פ"ק דגיטין והרא"ש והמרדכי ואגוד' שם וכן הסמ"ג ריש עשין צ"ה כולם כתבו דמהך דשבועות הדיינים מוכח דאינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי והא התם מיירי בהודאה לפני עדות לבד ולא מסתבר כלל לומר דהך דשבועות מיירי שהודה בפני עדים בקנין דפשט הש"ס שם לא משמע כן ועוד דא"כ נצטרך לומר דס"ל להנך פוסקים דבעדים וקנין יכול לומר פרעתי וזה אינו במשמע גם המרדכי ספ"ק דכתובות הביא דברי רב הלפס דבעדות וקנין לא מצי למטען פרעתי וגם בטור ר"ס ל"ט ור"ס ע' וס"ס פ"ז וס"ס פ"ח מוכח להדי' דבעדות בקנין אי"ל פרעתי וא"כ לפי מהרי"ק יהיה הטור נגד דעת הרא"ש דמוכח מדבריו דס"ל דאפי' בעדות בלא קנין אי"ל טעיתי:

מ"מ לדינ' נלפע"ד עיקר דיכול לטעון טעיתי במגו דפרעתי אפי' הודה בפני עדים דאע"ג דלימ' דדעת התוס' והרא"ש והר"ן וסייעתם אינו כן מ"מ לפענ"ד אין דבריהם מוכרחים ואין לדבריהם מקור דעיקר מקורם הוא מדברי ר"ח והרי"ף שפירשו פ"ק דגיטין הך עובדא דגינאי שנתברר בעדים שטעה משמע הא לאו הכי אי"ל טעיתי במגו דפרעתי ולפע"ד לא משמע מידי דר"ח והרי"ף קאי התם אעובד' דגינאי שהי' בקנין דאי"ל פרעתי (ואפשר ס"ל להתוספות וסייעתם דבקנין יכול לטעון פרעתי וכן כתב הריב"ש סי' תע"ח וז"ל וגם דעת חכמי הצרפתים ז"ל דמי שטוען פרעתי אחר קנין נאמן ואעפ"כ אינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי דאי לאו דעבד חושבנ' דיקא וקים ליה בגויה לא הוה משעבד נפשי' עכ"ל אבל לפענ"ד נרא' כמ"ש וע"ל סי' ע' ס"ק ד') אבל אה"נ היכ' דיכול לטעון פרעתי גם טעיתי יכול לטעון במגו דפרעתי והכי משמע ממאי דכתב הרי"ף דאלת"ה כל שטרי דעלמ' נמי נימ' דבטעית' הוי מלתא ונפטר כו' ואם איתי' תיקשי היאך מדמי לה הרי"ף לשטרא דעלמ' אלא ודאי קאי אקנין דחשוב כשטר כמו שכתבו הפוסקי' והט"ו לקמן ס"ס פ"ח ושאר דוכתי וכן רבי' ירוחם נט"ו שנרא' מדברי הרי"ף ור"ח שאם לא הי' קנין אפי' הי' במעמד שלשתן נאמן לו' טעיתי במגו דפרעתי ע"כ. וגם הראי' שהביאו התוס' וסייעתם מפ' שבועת הדיינים לפע"ד לאו ראיה היא דאה"נ דאי טעין טעיתי נאמן אלא התם מיירי שאינו טוען כך ומפרש ואומר בהדי' לא הי' לך בידי מעולם וכדאי' בהרא"ש שם וכן נרא' דעת התוס' פ' ג"פ דף קע"ה ע"א ד"ה חזר כו' בשם רבי דנאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ומבואר התם דבהך דרבינו חננאל קנין שאני ע"ש. שוב מצאתי כן בחדושי רשב"א פ"ק דגטין שהבי' דברי הרי"ף ור"ח וכתב וז"ל ואיכ' דקשי' לי' כי ליכ' סהדי דמסהדי בההוא טעותא אמאי לא מהימן במגו דאי בעי אמר פרעתי ויש מי

שתירץ דכיון דקנו מיני' וסתם קנין לכתיב' עומד אינו נאמן לו' פרעתי וזה נכון וברור עכ"ל וכן דעת הרמב"ן בספר הזכות ובעה"ת שער כ"ח חלק חמשים דיכול לטעון טעיתי במגו דפרעתי והביאו הטור לקמן סי' קכ"ו וגם המחבר שם סעיף י"ג הביא ב' סברות ולא הכריע אע"ג דבבית יוסף שם כתב דלית הלכת' כבעה"ת דיחידאה הוא נראה שבשלחן ערוך חזר בו ואולי ראה אח"כ כל הנך פוסקים שהבאתי ואף להר"ב בהג"ה שם שהגי' כסבר' האחרונה דהיכ' דהמחהו בעדים אי"ל טעיתי במגו דפרעתי נראה דדוק' התם הכריע כן משום דהמחהו במעמד שלשתן ושעבד נפשיה במעמד שלשתן והוא כשעבד נפשי' בפני ב"ד מה שאין כן בעלמ':

ונ"ל ראיה לזה ממה שכתב ר' ירוחם נתיב ט"ו במסקנתו וז"ל והראב"ד כתב כי במעמד שלשתן אפי' בלא קנין אינו נאמן לומר טעיתי במגו דיכול לומר פרעתי אבל באדם שהודה לחבירו נאמן לומר טעיתי במגו דיכול לומר פרעתי עכ"ל ואין זה סותר למה שכ' הר"ן פ"ק דגיטין בשם הראב"ד דהתם נמי מיירי בשעבד נפשיה במעמד ג' וגם מהרי"ק שורש ס"ה כתב דהר"ן בשם הראב"ד רוצה לומר בשעבד נפשיה בפני עדים דוק' רק דמפרש דרצה לומר ששעבד נפשיה בקנין ובזה לא נראה לי כותיה ושוב מצאתי בתשוב' מהר"י ן' לב ס' א' ס"ס צ"א שהשיג על מהרי"ק בזה אך מה שנרא' שם ממהר"י ן' לב דלהראב"ד באתם עידי לחוד לא יוכל לומר טעיתי במגו דפרעתי אינו נראה לי וגם נראה דאשתמיטתיה למהר"י ן' לב דברי ר' ירוחם בשם הראב"ד שהבאתי אלא נ"ל דמה שכתב הר"ן בשם הראב"ד היינו דוק' התם כיון דהודה לו בפני עדים במעמד ג' הרי שעבד נפשיה במעמד ג' וגם בחידושי רשב"א שם כתב בשם איכ' מ"ד דהאי טעמ' דלא מצי למטען טעיתי משום דהוה לי' כמגו במקום עדים דאנן סהדי דלא משעבד נפשי' במעמד ג' אא"כ דייק מעיקר' שפיר כו' ודוקא דשעבד נפשי' במעמד ג' בפני עדים אבל בינו לבינו במעמד ג' לבד נאמן דכל שלא בפני עדים לא דייק שפיר עכ"ל משמע דתרתי בעי בפני עדים ובמעמד ג' וכן משמע מדברי בה"ע באות ה' המחא' דף ק"ה ע"ד וז"ל ואי איכ' סהדי בהמחא' וליכ' סהדי בחוב לא מצי למימר טעיתי דכיון דקביל על נפשי' במעמד ג' הוה ליה ככותב שטר לחבירו בחזק' שהוא חייב לו עכ"ל משמע דוק' כיון דקיבל על נפשי' במעמד ג' בפני עדים. וא"כ אפי' תימא דדעת הרא"ש והר"ן וסייעתם דאפי' בעדים בלא מעמד ג' לא מצי למימר טעיתי במגו דפרעתי לא נקטינן בהא כוותייהו כיון דאין ראיותיהם מוכרחים ונקטינן כרוב הפוסקים שהבאתי:

שוב מצאתי בתשובת מהרש"ך ס"ב סימן קמ"ח כתב דהפוסקים לא הסכימו למ"ש הר"ן בשם הראב"ד והלכך אפי' שנתרצה שלא בפני עדים לאו כל כמיני' לומר טעיתי

כו' ודבריו תמוהין דהרי אדרבה הפוסקים קצתם סוברים יותר ממה שכתב הר"ן בשם הראב"ד דאפי' קבל במעמד שלשתן יוכל לומר טעיתי ושאר כל הפוסקים שסוברים דאין יכול לומר טעיתי לא כתבו דבריהם רק בהמח' בפני עדים ובלי ספק דאישתמיטתי' דברי מהרי"ק ודברי כל הפוסקים הנזכרים לעיל שהבאתי. אבל היכא דלית ליה מיגו דפרעתי כגון בהודה בפני עדים והוא עדיין תוך זמנו או כגון שלא זזה יד העדים ממנו וכה"ג פשיטא דא"י לטעון טעיתי ודלא כמהרי"ק שורש ס"ה וכדמוכח להדי' בדברי הר"ן והרא"ש ובעה"ת ושאר פוסקים. ואע"ג דלעיל ס"ק נ"ה העליתי דבהודה מעצמו לפני ב"ד יכול לחזור בו ולומר טעיתי אף לפני ב"ד אע"ג דלית ליה מגו שאני התם כיון דהודה מעצמו והוא כמשיב אבד' אמרי' הפה שאסר הפה שהתיר. ונרא' דבהודה לפני עדים ולית ליה מגו אפי' הודה מעצמו א"י לטעון כיון שאמר המלוה אתם עדי ושתק לוה וכמ"ש לעיל סט"ו ס"ק מ"א דלענין אתם עדי אין חילוק בין אמר לוה או מלוה ושתק לוה אף שהודה מעצמו לענין משטה או השבעה וא"כ ה"ה לענין טעיתי ועדיף מהודה מעצמו לפני ב"ד דכיון דאמר אתם עדי מסתמא מידק דייק ועוד די"ל דכי אמר המלוה אתם עדי היינו טענו וכמ"ש המרדכי פרק זה בורר:

סעיף סא

מיהו בחשבון שכתב על פנקסו כו'. דין זה צל"ע לפי דמהרי"ק שם אזיל לטעמיה שכ' שם דמשמע מתוך דברי הר"ן פ"ק דגטין בשם הראב"ד דאפי' בהודאה בעדים מצי למימר טעיתי אפי' בלא מגו ואם כן כ"ש בחשבון על פנקסו ולפע"ד לא משמע מהראב"ד מידי דלא קאמר הראב"ד התם אלא דהיכא דלא משעבד נפשי' מהימן אלא היכא דאית ליה מגו ובמשעבד אפי' במגו לא מהימן ואדרב' המדקדק בהר"ן וראב"ד שם יראו דמוכח איפכ' וכמ"ש בסמוך שכן דעת הראב"ד והפוסקים דבהודה לפני עדים ולית ליה מגו דפרעתי לא יוכל לומר טעיתי וא"כ ה"ה בחשבון על פנקסו היכא דלית ליה מגו והכי מוכח ממה שנתבאר לעיל סי' ס"ט ס"ק כ"ז ולקמן ס"ס ק"ז דמוציאין אפי' מן היתומים בכתוב בפנקסו היכא דידוע שלא פרע כגון שהוא תוך זמנו וכמ"ש לעיל סי' זה סי"ז ס"ק מ"ה ואם היה יכול לטעון היאך מוציאים מן היתומים הא כל מידי דמצי אבוהון למטען טענינן ליתמי ואולי מ"מ הדין של החשבון על פנקסו אמת מטעם דכ' מהרי"ק שם שאלו החשבונות שאדם כותב על פנקסו בינו לבין עצמו אין מדקדק כ"כ כי חושב שאם טעה שיוכל לכוין החשבון פעם אחרת כאשר מעשים בכל יום שאדם יכתוב וירשום חשבון א' כאשר עלה על לבו לפום ריהטא ואח"כ נמלך ורואה שטעה כו' עכ"ל ולפ"ז א"ש הא דלא טענינ' ליתמי משום דהתם מיירי בנמצ' כ' דבר בפנקסו בסתם ולא חשבון על

פנקסו ובלא"ה נמי י"ל דטעיתי הוא מלתא דלא שכיח' כלל ולא טענינ' ליתמי. ועדיין צ"ע. ועכ"פ מוכח לפ"ז דדוק' כשהפנקס היה מתחלה אצלו אבל כשהפנקס היה ביד נאמן וכה"ג בענין שלא יוכל לתקן אח"כ הטעית לא מהימן לומר טעיתי היכא דלית ליה מגו כן נ"ל ודוק (ועיין בתשו' מהרי"ט סי' נ"ז ובתשו' מבי"ט ח"ב סימן קנ"ד):

סעיף סב

ואמר ראובן אתה עדי ושתק שמעון הוי הודא':

סעיף סג

אינו יכול לומר ללוי משטה אני בך. שהרי לוי לא תבעו שיאמר זה כשם שהשטיתי בי כך השטיתי בך כ"כ הטור והוא מבה"ת ובאמת המעיין בבעה"ת שער מ"ב ח"ה יראה שאינו מל' בעה"ת עצמו אלא הביא כן משם תשובה לקמאי ולי' לא ס"ל וכמש"ל ס"ח ס"ק י"ט ולא הביא הבעה"ת תשובה זו אלא משום רישא דאתם עידי מהני אף ע"י אחר אבל הבעה"ת עצמו הא ס"ל שם בחלק א' דאפי' מודה מעצמו שייכא טענת משטה וכמש"ל ס"ה ס"ק י"ב בשמו וגם מ"ש בסמ"ע ס"ק מ"ט שבבה"ת מסיק שם דגם השבעה א"י לטעון אפי' לא אמר אתם עידי כיון דהודאתו היתה ע"י תביעת ראובן. המעיין בבעה"ת שם יראה שהו' משם תשו' קמאי הנ"ל אבל הבעה"ת עצמו ס"ל דאפי' בתבעו והודה לו לא שייכא טענת השבע' וכמ"ש בשמו לעיל סט"ז ס"ק מ"א:

ועוד נראה לי דדין זה צ"ע אפי' להפוסקי' בתבעו והודה לו לא שייכא השבע' דנרא' דדוק' תבעו הוא עצמו וגם אפי' למה שהעליתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ג כדברי הרמב"ם דבהודה לפני התובע אי"ל השבע' היינו דוק' כשהי' התובע עצמו שם ומטעמ' שכ' שם דאיך יעשה שלא יחזיקיהו בעשיר ויודה לפני זה שיודע באמת שאינו כן שחייב לו וא"כ עשיר הוא אלא ודאי הודאתו באמת היה משא"כ כשהוד' לאחר דאדרב' מסתבר טפי שזה שאלו חייב אתה מנה ללוי ולא רצה שיחזיקוהו השואל בעשיר כשיאמר לא לכך השיב הן וכדי לקרב דין זה יותר אל הסבר' נ"ל דמיירי שלוי היה שם כששאלו ראובן והיינו לשטת הרא"ש והי"א דלעיל סי"ד דאף שהודה בפני התובע שייכא טענת השבעה כל שלא תבעו וא"כ הכא שתבעו ראובן בפני לוי הוי כמו תבעו לוי. וא"כ לפי מה שהעליתי שם כהרמב"ם בהודה לפני התובע אי"ל השבעה דין זה פשוט בלא זה:

סעיף סד

הוי הודאה לגבי שמעון כו'. כתב בסמ"ע דקמ"ל דשמעון חייב בכלו וכמ"ש הטור לעיל סי' ע"ז ס"ה וה"ה הכא והב"ח כתב דבאינן שותפים אין שמעון חייב לפרוע אלא המחצה ואם הם שותפים הרי הודה שקבלו ביחד לצורך השותפות והשותפים נעשו

אחראין וערבאין זה לזה כדלעיל בסי' ע"ז סעיף א' וע"ש ואפשר גם דעת הסמ"ע כן ועיין לקמן סעיף ל"א ומ"ש שס בס"ק ע"ז.

סעיף סה

יכול לומר משטה כו'. כתב בסמ"ע פי' כשההודאה היתה ע"י תביעה כו' ובאמת צ"ל כן לדעת המחבר לעיל סעיף ה' אבל לשון זה הוא מבעה"ת שער מ"ב ח"ו ושם אתי כפשוטו וכמ"ש לעיל ס"ה ס"ק י"ב דס"ל לבעה"ת דאף במודה מעצמו שייכא טענת השטאה ודלא כס' גי' תרומה שם דף קפ"ג ע"ב ע"ש:

סעיף סו

אבל מה שנתן נתון. ומדברי הראב"ד שכתב שם בעה"ת נראה שחולק על זה וסובר שאף מה שנתן אינו נתון עכ"ל ב"י לעיל סי' ל"ב מחוד' ה' ולי נרא' שהראב"ד אינו חולק ע"ז אלא דמדמי לה להחמשים שעדיין לא נתן וכמ"ש לקמן ס"ק ע"ח:

סעיף סז

אם הודה מעצמו לפני שכ"מ כו'. הוא ע"פ מ"ש בב"י לעיל סי' ל"ב מחו' ז' וז"ל משמע מדברי המרדכי (פרק זה בורר וכן נרשם בסמ"ע כאן) שאם הודה מעצמו לפני ש"מ שחייב לו מנה אי"ל טענת שלא להשביע ע"כ ובספרו בדק הבית שם מסיים ויראה לי דה"ה אם תבעו הש"מ שח"ל מנה והודה לו שאי"ל משטה אני בך שאין דרך להשטות עם הנוטים למות עכ"ל ואני ענייתי במרדכי פ' זה בורר וראיתי אדרבא להיפך שדין זה של משטה כתב המרדכי שם דכשם שאין משטה בשעת מיתה כך אין משטין בו ומדין השבעה לא הזכיר שם וא"כ י"ל דכשם שבש"מ עצמו אמרינן השבעה ה"ה בהוד' לש"מ ודברי המחבר צל"ע: מיהו כל זה היינו לשטת הרא"ש והי"א דלעיל סי"ד אבל כבר העליתי לעיל סי"ד ס"ק ל"ג כהרמב"ם דבהודה לפני התובע אף בברי' אי"ל השבע' אבל בהוד' שלא בפניו נרא' דאף בהודה שחייב לש"מ י"ל השבע':

סעיף סח

ונשבע כו'. בתשובת מהרשד"ם סי' ע"ד פסק בא' שנשבע לחבירו לשלם לו ואח"כ אמר עיינתי בחשבוני וטעיתי שנאמן אם לא היתה השבוע' בעדים או עבר הזמן פרעון בענין דאית לי' מגו דפרעתיך כדלקמן סי' קכ"ו סי"ג לענין מעמד שלשתן עכ"ד בקצר' וע"ש שהאריך ותימ' שהרי הבעה"ת והטור כתבו כאן דאינו נאמן כשיטעון שכחתי ונשבעתי ונזכרתי שאיני חייב לו כו' ואולי הוא מפרש דכאן מיירי שהודה בעדים ולית לי' מגו אבל לא נהירא דפשט דבריהם לא משמע כן ובאמת נראה דאשתמיטתי' למהרשד"ם דברי הפוסקים אלו שבכאן שאם לא כן הוה ליה לכל הפחות להביאם שם ולפלפל בדבריהם

ולענין דינא נראה עיקר דבנשבע בכל ענין אינו נאמן מטעם שכתבו הפוסקים דודאי אין אדם נשבע אא"כ יודע בבירור וכן נרא' ממ"ש הר"ב בהג"ה ודוקא כשמודה בדבר כו'. (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' פ"ב וסי' קס"ד):

סעיף סט

וכן אם יטעון כו'. והא דכתב הרב לקמן סי' קס"ג סעיף ג' במקום שנותנים סכום על פי הערכה א"י לומר שטע' אבל אם נותנים ע"פ השבועה יכול לומר שטע' (מהרי"ו סי' פ"ד) התם ודאי אינו נשבע על הסכום שיש לו כך וכך אלא נשבע שאין לו יותר מכך וכך ואפי' אם מביא רשימה ונשבע מסתמ' לא נשבע שיש לו כפי הרשימה אלא נשבע שאין לו יותר מהרשימה ובחנם דחק הסמ"ע שם ס"ק כ"ח בזה עיין שם. מיהו במהרי"ו סי' ס"ד [פ"ד] לא מיירי כלל כשאומר הנשבע שטע' אלא קאי שם אשמאים ע"ש ומ"מ נראה הדין אמת אם יוכל לברר טעותו ודוק:

סעיף ע

ותקיעת כף כו'. ע"ל סי' קכ"ט סעיף ה' וסי' ר"ו סעיף י"ט ומ"ש שם:

סעיף עא

אבל אם כופר כו'. ע"ל סי' פ"ז סל"ד ומ"ש שם:

סעיף עב

המודה לחבירו כו'. אין צריך לו' אתם עידי כו' כתב הב"ח אע"ג דגדול' מזה כתב הבעל התרומות דאם התובע תפיס ממון הנתבע דלא מצי טעין השטאה ומביאו הטור בסי' זה סעיף ז' מ"מ הכא אשמועינן אפי' תפס שטר נמי אין צ"ל אתם עידי עכ"ל ונראה לי דלא קאי אלא אמודה דאמרינן שודאי הודאתו היתה אמת שקבל אבל במוחל הא כתב הטור לעיל סימן י"ב בשם ה"ר ישעיה דבמוחל ותפיס שטר צריך קנין וכן הבאתי לקמן סימן רמ"א סעיף ב' דברי בעל העיטור דהוי ספיקא דדינא ע"ש:

סעיף עג

אין צריך לומר אתם עידי. דדוקא בחייב אני שייך טענת השטאה או השבע' מה שא"כ בכה"ג. ולשון קצת פוסקים דלא שייך אנא בנתבע ולא בתובע וכתב ב"י לעיל ר"ס ל"ב פי' כגון שאחד הלוה לחבירו מאתים ואמרו לו יש לך ק"ק ביד פלוני והשיב אין לי בידו אלא ק' או שהוא מעצמו אמר כלום יש לי אלא מנה שביד פלוני ואח"כ תבעו מאתים והביא זה עדים שהודה בפניהם שאינו חייב לו אלא מנה אינו משלם אלא מנה ונשבע על השאר שבועת מודה במקצת עכ"ל ומביאו דרכי משה שם ודבריו תמוהין מה שכתב דנשבע על השאר שבועת מודה מקצת דא"כ מה אהני ליה הודאתו דהא לפירושו לאו

בשטר עסקינן אלא ודאי נראה שע"י הודאתו זה בעדים נפטר הנתבע לגמרי בלי שום שבועה ואפי' היו הק"ק בשטר משום דהודאתו הוי כעדים וכך הקשה עליו בספר גדולי תרומ' סוף דף קפ"ד ואפשר דכוונת הבית יוסף שה"ל כתב יד בנאמנות על ק"ק ואמרו לו יש לך ק"ק ביד פלוני כמשמעות הכתב יד שבידך עליו והשיב אין לי בידו על כתב יד זה רק ק' לכך אינו משלם אלא ק' דכתיבת יד על פי הודאתו נתפרע ק' אבל יוכל לתבעו ק"ק שחייב לו בלא כת"י דהא לא הודה רק שאינו חייב לו על הכ"י ונשבע שבועת מודה מקצת ומה שלא ביאר הב"י זה היינו משום דלא מיירי הכא מדינים אלו רק מהשטאה והשבע' אבל אין לפרש דמיירי בשטר בכה"ג דאם כן אמאי נשבע שבועת מודה מקצת הלא שטר הוי ליה כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין עליו כדלקמן סי' פ"ח סעיף כ"ח מיהו לפי מה שכתבתי שם בסעיף כ"ט ס"ק מ"ט דגם בכת"י בנאמנות אין נשבעין עליו שבועת מודה מקצת א"כ לא משכחת הכא להאי דינא דשבועת מודה מקצת ובאמת ה"ל להב"י לפרש כפשוטו דהודה לו שקבל ק' על השטר או שקבל כל השטר שאינו משלם לו כל מה שהוד' אע"פ שלא אמר אתם עידי דלא שייכ' השטא' או השבע' בהודא' על פרעון (עיין בתשו' מהרש"ך ס"ג סי' צ"ח):

סעיף עד

וכן אין צריך לומר כתובו. כתב ב"י כך יש ללמוד ממה שכ' הרא"ש בספ"ק דמציעא ונלפע"ד דאין ללמוד משם כלום דלא כתב הרא"ש אלא דאע"ג דלא מטא השובר לידי' הוי מחיל' אבל יש לומר דמיירי שאמר כתובו אלא דברי הטור הם מבעה"ת שער מ"ב סוף ח"ה ואדרב' לכאור' קשה מהך דספ"ק דמציעא על הבעה"ת דמאי פריך גבי שובר ניחוש שמא כתבה ליתן בניסן כו' והא אפי' ידעינן שנתנה לזמן מרובה כשר דהא אפי' לא אמר כתובו כותבי' שובר ונרא' דע"כ לא קאמ' הבעה"ת והטור אלא במודה בסתם שנפרע אבל באומר כתבו שובר ותנו בידי [אין] כותבין ונותין ללוה בלא דעת המלו' אם כן פריך שפיר ניחוש דלמא כתב' שובר להיות ביד' שלא יועיל עד שתתנו לו וכתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ודו"ק:

סעיף עה

אצ"ל כתובו. דטעמא דהודא' צ"ל כתובו לעיל סי' ל"ט כי היכא דלא ליהוי עליו מלוה בשטר בלי שיצוה לכתוב אבל לענין מחילה ופיטור א"צ עכ"ל טור ובעה"ת שם:

סעיף עו

אי נמי מודה לי' דכי יהיב כו' כתב הסמ"ע אין להקשות דיהא נאמן במגו דאי בעי אמר לא אמרתי לך אלא לשם קרן דה"ל מגו דהעזה עכ"ל (ונמשך לשטתו דלקמן סי' פ"ב ס"ק

מ"ג ע"ש בשם הנימוקי יוסף וכבר השגתי שם על הנ"י והד"מ והסמ"ע בזה באריכות ע"ש) והא ליתא וכמ"ש לעיל סכ"ג ס"ק נ"ט וסי' ע"ה ס"ז ס"ק נ"ג וסי' צ"ג ס"ב ס"ק ד' ודוכתי טובי דאע"ג דהוי העזה אמרי' מגו בכה"ג אלא הטעם דה"ל כמגו במקום עדים וכ"כ בספר גי' תרומ' דף קפ"ג ריש ע"ב וז"ל ואע"ג דהכא הוי מגו הוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דודאי כן הוא כיון דעשה מעשה הנתינ' דאין אחר מעשה כלום עכ"ל וכה"ג כתבתי לעיל סעיף ב' ס"ק ח' ע"ש:

סעיף עז

מודה לי' כו'. משמע אבל אי כופר ואומר לא נתתי לך לשם ריוח אע"ג שזה מכחישו נשבע ונפטר וא"כ מוכח דמיירי שאין לו שטר על המתעסק על הקרן דאם הי' לו שטר לא הי' יכול לומר לא נתתי לך לשם ריוח וכדלקמן סעיף ל"א. וע"כ צ"ל דע"כ לא פליג הראב"ד (והוא היש מי שאומר שהביא המחבר אח"כ) על הבעל העיטור אלא בכה"ג שח"ל הקרן בע"פ אבל אם יש לו על הקרן שטר וכה"ג בענין שהי' מוכרח לשלם לו הקרן בלי שום טענה מודה לי' דלא שייך השטא' ולומר עדיין יש לי תחת ידי דהא יכול זה להוציא ממנו בע"כ הקרן בכח השטר וגם הא אי מיית בעל השטר או מוכר השטר מוכרח לשלם בעל כרחו למוציא השטר ואין לו שום טענה במה שנתן כבר אלא ודאי נתינה גמורה היתה וכן נראה לי עיקר לדינא ודו"ק. ואם כן מוכח בכאן דאף ע"ג דיכול לומר פרעתי הקרן אינו נאמן לומר טעיתי וסבור הייתי שיש שם ריוח ועכשיו חשבתי שאינו כך לסברא הראשונה דדוחק לומר דמיירי בשטוען דוקא משטה אבל טעיתי נאמן וכמש"ל סכ"ב ס"ק נ"ו דטעיתי עדיף ממשטה דהא מדכ' לאו כל כמיני' למיחשב לי' השת' לשם קרנא כו' משמע דאין לו שום טענ' וכ"מ להדי' ממ"ש הבעה"ת מיהו אם יוכל לברר שטע' כו' דאלמא אם אינו מברר אף שאומר שטע' אינו נאמן וכן מוכח להדי' מדברי תשו' מהרי"ן לב שהבאתי בס"ק שאח"ז דהכא אינו נאמן לומר טעיתי אע"פ שיש לו מגו דפרעתי הקרן ועמ"ש שם:

סעיף עח

משתבע דאע"ג שאין טוענו ברי שהי' ריוח משתבע כדין מתעסק לקמן סי' צ"ג ס"ד ועמ"ש שם:

סעיף עט

ויש מי שאומר כו' ישבע עכשיו כו'. מפני שזה דומה למי שהודה בעדים חייב אני לך מנה והילך מהם נ' שאם לא אמר אתם עידי לאו כלום הוא ויכול לומר משט' אני בך עכ"ל הראב"ד בבעה"ת שם. ור"ל כי היכ' דהתם יכול לטעון משטה לענין שפטור

ליתן הנ' האחרים כיון שעדיין לא נתנם ה"נ מהני לענין שיוכל להחזיק מה שתחת ידו. ומכאן מוכח נמי דס"ל לבעל העיטור והראב"ד ובעה"ת דשייכא טענת משטה אף במודה מעצמו וכמו שהבאתי דבריהם לעיל ס"ה ס"ק קי"ב דס"ל הכי ע"ש. ודוחק לומר דכאן מיירי דתבעו והודה לו ועוד דהא טעמא דשייכ' השטאה להרא"ש והט"ו וסייעתם בתבעו והודה לו דוקא משום דכשם שהשטית בי כך השטיתי בך וזה לא שייך כאן שהרי זה לא התעסק במעות ואף אם תבעו ואמר לו אולי יש בידך ריווח לא ה"ל להשטות בו כי יכול להיות שיש ריוח וא"כ קשה לי על הטור והמחבר מאחר שהם פסקו לעיל ס"ה דלא שייכא טענת השטא' רק בתובעו והוד' לו א"כ היאך כתבו כאן פלוגתת הבעל העיטור והראב"ד דלא שייכא כלל ואפשר ס"ל דוקא במנ' לך בידי לא שייכא משט' בהוד' מעצמו אבל באומר יש לך בידי ריוח שייכא אף במודה מעצמו שהשט' בו כדי שיניח עוד המעות אצלו לאיזה זמן וכל זה דוחק אבל האמת יורה דרכו דהבעל העיטור והראב"ד ובעה"ת לטעמייהו אזלי וכמ"ש: כתב בתשו' מהרי"ן לב ספר א' כלל ט"ז סי' צ"א ראובן נתן מעות לשמעון להסתחר עם מעותיו של שמעון בשותפות ואח"כ כשהפרידו השותפות נתן שמעון לראובן חשבון ואמר שעלה לסך פלוני ונתן לו כל הקרן וקצת מהריוח והשאר נדר ליתנו לו ולהיות הדבר ברור בעיניהם נתן שמעון כתיבת ידו ביד ראובן כל החשבון כל מה שנתן לו כבר וכל מה שנשאר עליו לפרוע מהריוח ואח"כ טען שמעון כי מחובות שהיו חייבים להם מזמן השותפות הפסיד מהן הרבה ובשעת החשבון חשב שיפרעו לו ועכשיו שלא פרעו נמצא שהריוח לא היה כ"כ ולפי זה אינו חייב לו כלום כו' תשובה לכאורה נראה דהאי מלתא תליא בפלוגת' דרבוותא הראב"ד ובעל העיטור שהביא הטור כו' אבל כד מעיינינן שפיר מעיינינן דנ"ד כ"ע מודו דלא יוכל שמעון לטעון שום טענה לבטל דבריו הראשונים שהרי אפי' הראב"ד מודה היכא דאמר אתם עדי דא"י לבטל דבריו בשום טענ' בעולם שגם באותו הנדון הי' יכול לטעון באותו ממון טענות כיוצא באלו הטענות שטוען שמעון בנדון דידן ובנדון דידן כיון דנתן לו כתב ידו הוי כמו אתם עדי וכמו שכתב הרא"ש בתשובה דכי היכא דמועיל אתם עידי לבטל טענת שלא להשביע את עצמו כך מועיל כתב ידו וה"ה בנ"ד כיון דס"ל להראב"ד דבאתם עדי א"י לטעון ולחזור בו ה"ה נמי בכתב ידו ואם נפשך לומר דליהוי נאמן במגו דפרעתי לפי דעת רוב פוסקים דבכתב ידו נאמן לומר פרעתי הא נמי ליתא דהוי מגו במקום עדים וכמ"ש הרא"ש בספ"ק דגטין בההוא עובדא דגינאי כו' עד משום דאין דרך בנ"א להודות עד שיכוין חשבונו יפה כו' ע"כ וה"ה בנ"ד אין דרך בני אדם לכתוב כת"י שחייב לו אלא א"כ מדקדק יפה א"כ זכינו לדין שאין בדברי שמעון ממש וצריך לפרוע

מן הריוח שנתחייב בכתב ידו וזה אין צריך לפנים עכ"ל ולא מיחוור לי האי פיסק' אלא אדרב' איפכא מסתבר' דאף להבעל העיטור פטור כאן דע"כ ל"ק הבעל העיטור אלא כשנתן מעות דאמרינן מסתמ' לא עביד כולי האי שיתן מעות לשם ריוח אלא א"כ הוא אמת בודאי משא"כ בנתן כת"י ותדע דהא מהרי"ן לב גופיה מדמי כת"י להודה בפני עדים ואמר אתם עדי והרי באתם עדי ס"ל לבעה"ת שער כ"ח ח"ה בפשיטות דנאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכמש"ל סכ"ג ס"ק ס' בשמו וכאן הביא הבעה"ת דברי הבעל העיטור דאינו נאמן וגם משמע מדבריו שדעתו כדעת בעל העיטור וכדאית' בב"י ועוד דלעיל ס"ק ס' כתבתי שגם דעת בע"ה גופיה נראה דבאתם עדי נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי אלא ודאי כמ"ש דכיון דנתן מעות שאני דלא עביד כולי האי מעשה הנתינה אלא א"כ הוא ברור ואין אחר מעשה נתינת מעות כלום וכמש"ל סוף ס"ק ע"ו משא"כ כשנתן רק כת"י על הריוח וא"כ כיון דהעליתי לעיל סכ"ג ס"ק ס' דנאמן לומר טעיתי בחשבוני היכא דהודה באתם עדי אם יש לו מגו דפרעתי (דטעיתי עדיף ממשטה וכמ"ש לעיל סכ"ב ס"ק נ"ו) ה"ה בכתב ידו ובפירוש פסק מהר"י קולון והרב בהג"ה לקמן סימן קכ"ו סעיף י"ג דנאמן לומר על כת"י טעיתי במגו דפרעתי ועמ"ש שם בס"ק כ"א וכל שכן דהכא עדיף מטעיתי דבשלמא בטעיתי י"ל ה"ל לדקדק היטב משא"כ הכא שטוען שמעון דקדקתי היטב והייתי סבור שיפרעו כל החייבים וע"פ אותו חשבון נתתי הכת"י וכיון שלא פרעו החייבים אין כאן ריוח וגם מהרי"ן לב גופיה כתב שם בסוף התשובה שלדברי בעה"ת זכה שמעון בדינו אלא שכתב מ"מ לא יוכל לומר קים לי כבעה"ת שהרי כבר כתב מהרי"ק שאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקי' עליו עכ"ל ודבריו אלו ודאי ליתנהו שכבר הבאתי לעיל ס"ק ס' אדרבה הרבה פוסקים שמסכימי' עם הבעל התרומות בזה והעליתי שם כדבריו א"כ בנדון זה שמעון פטור וא"צ לפנים כלל ודלא כפסק מהר"ן לב כן נראה לי ברור (עיין בתשו' מהר"מ מלובלין סי' קל"ה):

סעיף פ

הדין עם ראובן. כתב הסמ"ע וז"ל ז"ל הטור בשם תשובת הרא"ש יראה כיון שהלוה ראובן לשמעון ולוי בשותפות נעשו אחראין וערבאין זה לזה ויהי' כח לראובן לתבוע כל החוב מאיזה מהם שירצה והנה תבע לשמעון ונשבע ראובן ששמעון א"ל כן ונתנו לו מהם חלקו הרי נסתלק ראובן משמעון ולוי כי פרעו לו חובם מדעתם כו' וקשה דמשמע מזה דלא זיכ' לראובן אלא משום שה"ל כח לגבות כל החוב מאיזה מהן שירצה וזה ניחא לדעת הרא"ש דס"ל הכי וכמ"ש הטור ר"ס ע"ז אבל לדעת הרמב"ם דכוותיה פסק המחבר

ומור"ם שם א"י לגבות כל החוב מאיזה מהן שירצ' כ"ז שיש להשני לפרוע חלקו וכמ"ש שם א"כ למה סתם המחבר כאן וכתב כתשובת הרא"ש וה"ל לפרש דאליבא דהלכת' היינו דוקא שאין ללוי ממון כדי חלקו דאז יכול לגבות משמעון כל החוב עכ"ל ודבריו תמוהין בעיני דהיאך אפשר שיתלה הרא"ש דין זה בשותפים שהן אחראים וערבאים זה לזה דהא פשיטא דהי' יכולת ביד שמעון ליתן אפי' לכתחלה כל המנה שבידו לראובן באמרו שהוא שייך לראובן וכדלקמן סי' צ"ג סעיף י"ג אם טען שמעון שיש חוב עליהן אם הי' בידו כדי החוב ואח"כ מחשבים כו' כ"ש כאן שכבר נתן וראובן אומר שאמר לי שהוא שייך לי מחמת ריוח שלי והיה נאמן בכך כיון שהי' המעות בידו אלא ודאי מ"ש הרא"ש בתשו' כיון שהלוה כו' נעשו אחראין וערבאין לא בא אלא לומר לענין שיכול לתבוע החוב מאיזה מהם שירצ' אבל בגוף המעש' בתשו' אין נ"מ בזה וא"כ דין שכתב המחבר הוא אמת אליב' דכ"ע וזה ברור. (וראיתי בעיר שושן שכ' ג"כ כאן דברי הרא"ש כיון שנעשו אחראין וערבאין כו' והיינו כהסמ"ע ונ"ל דלא דק שאין בזה נ"מ כאן וכמ"ש) ובלאה"נ לא שייך כאן לחלק בין אין ללוי ממון או שיש לו דכיון דלוי כופר ה"ל כאין לו ממון וכמ"ש הבעל העיטור והגהת מרדכי פי"א דכתובות להדי' והביאם ב"י לק' סימן קע"ו מחו' כ"ה וכמ"ש סי' ע"ז ס"ה ס"ק י"ב ע"ש:

עוד הק' בסמ"ע דהא בתשו' הרא"ש כתב שנשבע ראובן שכך א"ל שמעון והמחבר לא הזכיר שנשבע ראובן מיהו י"ל דלענין דאין ביד לוי להוציי' מראובן אצ"ל דכבר נשבע דהא לוי לא מצי לטעון טענת ברי שלא א"ל שמעון שהי' בו כ"כ ריוח ולא כתבו הרא"ש אלא שאף אם יכחיש שמעון בעצמו ויאמר לא אמרתי לך דאז הי' צריך לישבע ע"כ והב"ח כתב דעיקר האי דינ' תלי להרא"ש במאי דהא דיהיב לי' שמעון בשם רווחא קיהיב ליה ותו לא מצי טעין לוי להוציי' מראובן ולא נפקא לן מידי במה דנשבע ראובן דאפי' לא הי' נשבע אלא שמעש' שהיה כך הי' אבל מהרו"ך הבין דהאי דינא תלי להרא"ש במה שנשבע וכתב מה שכתב ונ"ל דלא דק עכ"ל ותימא שהרי גם מהרו"ך כתב דנשבע ראובן הוא לאו דוקא לגבי לוי והא דנשבע היינו נגד שמעון שהי' מכחשו:

סעיף פא

שאף לדברי ראובן כו'. ע"ל סי' רצ"ב סעיף ז' בהגהת מור"ם דאם תבע ראובן מעותיו שירויח בהן והוא מעכבן בידו שחייב לו הריוח מכאן ולהלא' וצ"ל דכאן מיירי כשלא הגיע זמן פרעון אי נמי לא תבע מעותיו עכ"ל סמ"ע עי"ל דהתם מיירי בפקדון וכאן בהלוא' וכאן בתשו' הרא"ש מיירי להדי' במעות נדוניא וע' מ"ש לקמן סי' רצ"ב סעיף ז'

ועיין בישׁ"ש פ"ח דב"ק סי' ע' ובי"ד סי' קע"ז בש"ך ס"ק מ"א (עיין בתשובת מהרשד"ם סי' צ"ד וצ"ה):

סימן פב

סעיף א

וה"ה לכל כו' כגון אמנה כו'. כתב ב"י שכן הוא בפ"ב דכתובות ויפה כוון שכן הוא שם אמאי דקאמר רב יודא האומר שטר אמנה דאינו נאמן אמר רבא לעולם דקאמר לוה וכדרב הונא דאמר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו אלמא דלמ"ד צריך לקיימו נאמן הלוה ודלא כספר גי' תרומ' שער י"ז ח"א דף צ"ה ע"ג שהאריך להקשות על הב"י בזה גם כתב שם שהתו' חולקים ע"ז וס"ל דאמנה לא דמי לפרוע גם מה שהקש' שם עוד בתו' גם מ"ש שם ומאי דקאמר הר"ן ומסקנא דש"ס נמי דמוד' בשטר שכתבו נאמן לומר פרוע או אמנה כו' הם דברים מגומגמים עכ"ל הכל דברי שגגה הם למעיין שם והדבר פשוט שדין זה הוא מוכרח בש"ס דאמנה שוה לפרוע בזה ואין חולק על זה ואין כאן מקום להאריך בזה:

סעיף ב

אמנה או כתבתי ללות כו'. ונרא' דלא מבעיא כשטוען אמנה או כתבתי ללות והעדים לא ידעו מזה אלא אפילו טוען שהעדים ידעו מזה וא"כ לפי דבריו העדים רשעים אפ"ה נאמן כיון דאית ליה מגו וכן מוכח נמי ממ"ש הנ"י בשם אחרונים והר"ב או שאמר קטן הי' כו' והא בקטן היו העדים רשעים דצריכין העדים לבדקו וכל שלא בדקו הם רשעים וכמ"ש לעיל ס"ס מ"ו ס"ק קי"ו בשם תשובת רשב"א אלא ודאי כמ"ש וכן מוכח להדיא בדברי בעל העיטור ובעה"ת גבי שטר מוקדם שהבאתי לעיל בסי' מ"ג סי"ד ס"ק ל"ב ע"ש ואע"ג דלעיל ס"ס מ"ו אמרי' דהעדים שאומרים אמנ' היו דברינו או קטן הי' אין נאמנים מטעם שהם רשעים היינו כיון שהם עצמם אומרים כתב ידינו הוא זה ולא אמנה הי' דברינו כו' אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ופלגינא דבורייהו דבזה שאומרים כתב ידינו הוא זה נאמנים ובזה שאומרים אמנה אין נאמנים משא"כ הכא שהלו' אומר כן שהוא שטר אמנה וא"א לקיים השטר ואין העדים לפנינו שאומרים כתב ידינו הוא נאמן במגו ולפי זה אם אחר כך באו העדים ואמרו כתב ידינו הוא זה ואמנה היו דברינו נתקיים השטר ודוק:

סעיף ג

קטן הייתי. ואע"פ שחזק' אין העדים חותמין אא"כ נעשה בגדול ומבעיא לן בעלמא (כדלעיל סי' ע"ח סעיף ד') אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מגו או משום שאין כל החזקות שוות או משום דנוקי ממונא בחזקת מאריה עד כאן לשון נ"י שם בשם האחרונים וע"ל סוף סי' ע"ט ולקמן סי' צ"ט ס"א בהג"ה דאין אומרים מגו במקום חזקה אפילו נגד חזקת ממון וכן לקמן סי' שפ"ב בהג"ה והוא מדברי נ"י פרק החובל ע"ש וא"כ צריך לומר שאין כל החזקות שוות ועמ"ש לקמן בדיני מגו באות י':

סעיף ד

הרי הוא כשאר השטרות וגובה בו כתב הב"ח דקמ"ל דגובה בו מהמשועבדים למפרע אבל אין לפרש דלאחר שנשבע פרעתי גובה בו דא"כ היאך ב"ד משביעים אותו תחלה ולא חיישינן דשמא ימצא אח"כ לקיימו ותהי' השבוע' לבטלה וכדכתב הרמב"ם גופיה בספי"ד מה' מלוה כשטוען פרעתי וכשמבקשין ממנו השבוע' א"ל הלא יש לך שטר עלי כו' דצריך לבטל השטר וכדלעיל סוף סי' ע"ה ותו הלא מדינא אין להשביע אותו ואכתי לינקוט מלוה שטרא עילויה כמ"ש הר"ן להדיא בפ' הדיינים גבי שטרא דלא מקרעינא ליה ולא מגבינא ביה ומביאו ב"י לעיל בסי' נ"ח בד"ה ור"ח כ' אלא ודאי דלא אמר הרמב"ם דה"ה בשאר שטרות אלא היכא דלא נשבע מיהו ודאי בטוען מזויף ונשבע על כך א"צ זה להחזיר שטרו כו' עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני דנרא' ברור דאף לאחר שנשבע פרעתי א"צ זה להחזיר שטרו וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם פי"ד מה' מלוה דין ה' וז"ל הוציא עליו שט"ח שא"י לקיימו ואמר פרעתי או אמנה כו' הרי זה נאמן וישבע היסת ויפטר ואם קיימו המלו' אחר כך הרי הוא בשאר השטרות עכ"ל וכ"כ הבעה"ת שער י"ז ח"א וגם נראה דאפילו אמר הלוה לא אשבע עד שתחזיר לי שטרי אין שומעין לו דודאי יכול המלו' לומר השבע לי עתה בלא שטר שמא לא אוכל לקיימו ואחזיק השט"ח אצלי אולי אוכל לקיימו ול"ש כלל כאן שבוע' לבטלה דאם לא יוכל לקיימו תועיל לו שבועתו תדע דאל"כ היאך כתב הרמב"ם והבעה"ת דישבע היסת כו' שאם הי' הלוה יוכל ליפטר משבוע' מטעם זה היאך ב"ד משביעים אותו ולמה לא נחוש לתקנת הלוה שלא ישבע אלא ודאי אפילו אומר הלוה כן אין שומעין לו. ומה שהביא הב"ח ראי' מדברי הרמב"ם דספי"ד מה' מלוה והט"ו לעיל ס"ס ע"ה לא דמי כלל דהתם תובעו מתחל' בע"פ ואומר הלוה הלא ידעתי שיש לי אצלך שטר מקוים ותוציא אח"כ שטרך עלי ואהי' מוכרח לשלם לך בודאי ולמה אשבע לך עתה בחנם לבטל' משא"כ הכא ואדרבא הכא דמי למ"ש הט"ו שם דאם יש לו עדים למלוה יוכל להשביעו מיד כי

אולי אינו יכול להביאם עתה וה"ה הכא יוכל לומר אולי לא אוכל לקיימו ותשבע לי מיד ואחזיק השטר אצלי אולי אוכל לקיימו גם מה שהביא הב"ח ראיה מדברי הר"ן שמביא הב"י לעיל סי' נ"ח אינו ראי' דהתם כיון דאינו רוצה להחזיק השטר אלא כדי שיוכל לתפוס ויועיל לו תפיסתו אף בעדים אינו בדין שנשביע לזה היסת ואכתי לינקוט שטרא עילויה לתפוס ממונו אף בעדים ועוד דהא ודאי דיכול הלוה למיעבד כל טצדקי דאפשר שלא יוכל זה לתופסו וא"כ יוכל לומר כשם שאתה מוחזק בשטרך כן אני רוצה להחזיק בשבועתי ולא לישבע עד שתחזיר לי שטרי כדי שלא תוכל לתופסני ולכך אין הב"ד משביעים אותו היסת עד שיחזיר לו שטרו משא"כ הכא דאם יקיים זה שטרו יתחייב לשלם לו אף בלא תפיסה א"כ פשיטא דאין הלוה מוחזק בשבועתו אלא צריך לישבע לו היסת וזה מחזיק בשטרו ואם יקיימו אח"כ גובה בו כן נ"ל ברור ודלא כהב"ח ודוק וע"ל סי' פ"ז סל"ג ומ"ש שם:

סעיף ה

וגובה בו וטורף אף מלקוחות שקנו קודם הקיום מזמן השטר כ"כ הסמ"ע והב"ח ופשוט הוא:

סעיף ו

ואינו נאמן אח"כ לומר פרעתי. פי' אפי' אמר פרעתי אחר שנתקיים וכמ"ש בסי' ע"ט ס"ז עכ"ל סמ"ע ולפי זה צ"ל דנ"מ לענין דא"צ המלו' לישבע אף שאומר הלוה ישבע לי וכן הוא בעיר שושן והטעם דכיון דהוחזק כפרן אינו נאמן אח"כ עד שיוד' לו בעל דינו או שיביא עדים שפרע לו כדלעיל סי' ע"ט ס"ז ולקמן סעיף ד' אבל באמת א"צ לכל זה אלא מיירי כשהביא עדים שפרע וכן הוא בנ"י עצמו ואם טען כן ואח"כ נתקיים השטר שוב אינו נאמן להביא עדים שפרעו שכל האומר מזויף הוא ולא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע"כ ומביאו ב"י וא"כ מיירי שמביא עדים שפרעו קודם לכן אבל אם אחר שנתקיים אומר פרעתי אחר כך נאמן כשמביא עדים שפרע וכדלעיל סי' ע"ט ס"ז וע"ש:

סעיף ז

ויש חולקים כו'. עמ"ש בזה לעיל סי' ס"ט סעיף ב' ס"ק י"א:

סעיף ח

אם יש בו נאמנות מפורש כו'. ל' הטור וכתב בעל התרומות שאם יש בו נאמנות מפורש לראשון שאין צריך לישבע ע"כ ונרא' כמו שאין מועיל נאמנות גבי לקוחות ה"נ אין מועיל לב"ח מאוחר עכ"ל וכן הוא בב"י ותמי' לי אנה מצאו בבעה"ת כן ואדרב' בדברי בעה"ת סוף שער כ"א ושער מ"ד ח"ד מבואר להדיא דכמו שאין נאמנות מועיל לגבי

לקוחות ה"ה לב"ח מאוחר וע"כ בנאמנות מפורש מיירי מדמדמי להו להדדי ועוד שהרי הוציא כן מדברי הרי"ף שכתב דל"מ נאמנות אלא היכא דהימני' למלו' על ירתי' בתרי' אבל היכא דאיכא חוב עלי' לאינש אחרינ' או כתובת אשה או לוקח ל"מ נאמנות דידי' כו' ואם בסתם נאמנות לגבי ירתי' נמי ל"מ וצ"ע: ועוד קשה לי על הב"י שכתב על מ"ש הטור ומיהו אם יש ב"ח מאוחר לא יגבה אלא בשבוע' כו' כ"כ הריטב"א וכ"כ הרי"ף בפרק הכותב וכתב שם הרא"ש שכן הוא דעת ר"ח ושיש חולקים עליהם ואח"כ כתב והאידנ' דנפישי רמאי נכון להחמיר כדברי ר"ח עכ"ל דהא הטור השתא בסתם נאמנות מיירי דהא בתר הכי כתב דין נאמנות מפורש ובסתם נאמנות פשיטא דליכא פלוגת' כלל וכ"ע מודו דל"מ נגד ב"ח מאוחר דאפי' לגבי יורשים ל"מ לכ"ע וכ"ש לגבי ב"ח מאוחר וע"כ הרי"ף והחולקי' עמו מיירי בנאמנות מפורש וכדמוכח בהרי"ף והרא"ש ובעה"ת וכל הפוסקים להדיא וצ"ע:

סעיף ט

המלו' משיב איני יודע כיון שהלו' בא בטענת שמא ואם הלו' בא בטענת ברי והמלו' אומר איני יודע אינו גובה בשטרו כלל כדלעיל סי' נ"ט ועמ"ש שם:

סעיף י

נשבע ונוטל כשטוען ישבע לי דאל"כ נוטל בלא שבועה:

סעיף יא

אומרים לו הבא מעותיו כו'. משמע אף שלא שאל המלו' כן טוענים לו ב"ד וכ"כ ב"י ס"ח וע' בסמ"ע ס"ק י"ז:

סעיף יב

הבא מעותיו. ולקמן סי' צ"ג סי"ח איתא בטור תשו' הרא"ש דמשמע דה"ה במשכון סגי ולכאור' נרא' דה"ה הכא ואפשר דשאני התם כיון שאינו זוכה עד שישבע מצד הפך משא"כ הכא שיש שטר בידו וא"צ לישבע אלא מדרבנן י"ל דא"צ לישבע עד שיביא מעות דוקא:

סעיף יג

ישבע הלו' כו'. ובטור כתב שהגאוני' חולקים ע"ז ולא ידעתי מנ"ל הא ונראה שהוציא כן מבעה"ת שער ב' סוף ח"א בשם תשובה לקמאי וכ"כ ב"י ומ"ש הטור בשם הגאונים שאין אחד מהם נשבע כ"כ בעה"ת בשער ב' בשם תשו' לקמאי עכ"ל אבל לפעד"נ דתשובות לקמאי שבבעה"ת שם אינו חולק על דברי הרמב"ם אלא מילתא באפי נפשי' קאמר ובתשו' לקמאי מי שהוא מן הנשבעים ונוטלים כו' ומיירי בשאר נשבעים ונוטלין בלא

שטר כגון נגזל ונחבל וחנוני על פנקסו וכה"ג דדינן שאף בשבוע' לא יטלו אלא שחכמים תקנו שישבעו ויטלו והלכך כיון שזה טוען אין לי כיון דמדינא ג"כ פטור בלא שבוע' רק שתקנת הגאונים שישבע בהא ודאי מסתבר שאין אחד מהם נשבע וגם בפסקי מהר"מ רקנטי סי' רע"ד כ' בשם רב אלפס כמו תשו' לקמאי ולא הביא שום חולק משא"כ ביש בידו שטר מקוים שמדין התורה המלו' נוטל בלא שבוע' אלא שחכמי' תקנו שישבע וכה"ג מחלקינן לקמן סי' צ"ב סי' ט' בין שטר לשאר נשבעים ונוטלים לענין חשוד וה"ה הכא וגם הסמ"ג עשין צ"ד דף קע"ז ע"א כתב כדברי הרמב"ם וכן נ"ל עיקר כהרמב"ם ושגם הרמב"ם מודה בשאר נשבעי' ונוטלים וכמ"ש ודו"ק (מיהו מ"ש בסמ"ע ס"ק י"א והאחרונים הסכימו לדעת הרמב"ם והכי נקטינן ב"י עכ"ל ליתא כן בב"י ונראה שטעה בב"י ע"ש):

סעיף יד

אם הוחזק הלו' כפרן כו' כתב הב"ח וז"ל איכא למידק מאי קמ"ל הלא ש"ס ערוך הוא ונתבאר לעיל ריש סי' ע"ט ונראה דבשטר ודאי גרע טפי דאע"פ דנתקיים בחותמיו אכתי שמא זייף וכוון וחתם עד שהעדי' טועים שזו היא חתימתן ולכך לעיל בסימן ע"ט אינו יכול להחרים וכאן בשטר עיקר חידושיה דהראב"ד דמחרים קודם פריעה ונראה דכ"ש שיוכל לתבעו לאחר שפרע פרעתיך ב' פעמים ומשביעו עוד היסת ודוק עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני אלא נראה דדמי לדלעיל ריש סי' ע"ט דא"י להשביעו היסת לאחר הפרעון דכיון דטען להד"ם הרי הודה שלא פרעו וכן משמע להדיא בס' ג"ת דף ק"ד ע"א וכן משמע מל' הט"ו שכתבו אבל אם יחרים סתם על מי שנטל ממנו שלא כדין כו' משמע לאחר שנטל עסקינן דהיינו לאחר פרעון וכן משמע יותר בלשון הראב"ד שבבעה"ת עצמו שער כ"א ח"א דאיתא שם אבל אם יבא אח"כ ויחרים על מי שנטל ממנו ממון שלא כדין מחרים ואין מוחין בידו ע"כ הרי להדיא דלאחר פרעון עסקינן דא"צ לישבע אלא מחרים ודלא כהב"ח כן נ"ל ברור: ולענין מה שהקשה הב"ח מאי קמ"ל נראה משום דבש"ס ליתא אלא דחייב לשלם וסד"א דבשבועה מיהא בעי וגם בהנך דינא גופי' דלעיל ר"ס ע"ט דעת בעל העיטור דיכול להשביעו לאחר הפרעון ומביאו הבעה"ת והב"י לעיל ר"ס ע"ט קמ"ל הראב"ד דאף שבועה לא בעי ואה"נ דגם בע"פ הדין כן אלא משום דבשטר מיירי הכא אשמועינן האי דינא א"נ קמ"ל דלא תימא דוקא בע"פ דינא הכי דכשיאמר להד"ם ודאי ר"ל לא לויתי אבל הכא סד"א דר"ל להד"ם שנעשה שטר זה וא"כ נהי שהוחזק כפרן שנעשה השטר מ"מ יצטרך המלוה לישבע דשמא פרעו קמ"ל דכשאומר להד"ם הרי כאומר לא לויתי. מיהו כל זה כשטוען שפרעו קודם שטען להד"ם

אבל אם טוען שפרעו אח"כ נהי דאין המלוה צריך לישבע כיון שהוחזק כפרן מ"מ לאחר הפרעון יכול להשביעו היסת וכמ"ש לעיל סי' ע"ט סעיף ח' ס"ק י"ח:

סעיף טו

אינו יכול לומר השבע לי שלא פרעתיך. אבל אם מביא עדים שפרעו פטור והיינו כשפרעו אחר שטען להד"ם אבל קודם לכן כיון שכבר הודה שלא פרעו הודאתו יותר ממאה עדים כדלעיל ר"ס ע"ט:

סעיף טז

ואם לאו אין פותחין כתב הסמ"ע וז"ל וכתב נ"י סוף ב"ב אבל ליתומים טענינ' ותין נפרעין מיתומים אלא בשטר מקויים ד"מ ר"ס זה עכ"ל ואין ר"ל דטענינ' להו פרוע דהא לא אצטריך נכתוב בשם נמוקי יוסף דמתניתין היא אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבוע' ופשוט הוא כדלקמן סי' ק"ח ודוכתי טובי אלא ר"ל דמשמע דאין פותחין שום טענה אבל ליתומים טעני' מזוייף ואע"פ שיש בו נאמנות אין גובה בשטר עד דמקיים לי' וכן הוא בנ"י שם וכן הסכמות הפוסקים וכמ"ש לקמן סי' ק"ו:

סעיף יז

אין משביעין אותו שלא לזלזל בכבודו לחשדו שרוצ' לגבות בשטר פרוע אבל אם תפס משל לוה אין מוציאין מידו ושבקינן ליה בלא שבוע' ואין אומרים לו חייב אתה שבוע' אלא כיון שתפס תפס וכ"כ בס' גי' תרומה סוף דף ק"ג וכ"ש שאין מנדין אותו וכ"כ הב"ח אבל באינש אחרינא נהי דלא נחתינן לנכסיה להוציי' מידו מכל מקום מנדינן לי' וכמ"ש הטור לקמן סי' ק"ח ס"ו ובזה מיושבים דברי הטור על נכון ודלא כב"י גם דלא כהסמ"ע ס"ק כ"ב שכ' וז"ל עיין בטור ס"ג שכ' גם באינש דעלמ' אי תפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה כו' וכן נראה מדברי בעה"ת וגם הב"י כתב שיכול להיות שכן הוא דעת הרא"ש ואני כתבתי בדרישׁ' ופרישׁ' בהוכחות שהטור ס"ל לסבר' פשוטה שהדין כן גם באינש דעלמ' ולא מנדין למי שתפס ואין חילוק בזה בין ת"ח לאחר כו' עכ"ל וכל זה לא נהירא ואישתמיטתי' להסמ"ע (וכן להד"מ שגם בד"מ דחק בדעת הרא"ש בזה ע"ש) ולהב"י וב"ח ושאר אחרונים דברי הרא"ש דפרק חזקת הבתים סי' י"ח דכ' להדי' כן דלא מפקינן מיני' משום דלא נחתינן לנכסי' אלא משמתינן ליה ואין ספק שדברי הטור לקמן סי' ק"ח הם מדברי הרא"ש הנ"ל דפר' ח"ה. גם דברי הרא"ש פרק הכותב גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאוריית' ומביאו ב"י לקמן סי' פ"ז מחו' י"ט מוכיחים כן דבאינש דעלמ' נמי לא נחתינן לנכסיה להוציי' ממנו ע"ש. גם מ"ש הסמ"ע בדעת הטור דבאינש דעלמא לא מנדינן ליה לא נהיר' אלא מנדינן לי' וכדמוכח בהרא"ש פרק ח"ה

שם ובטור לקמן סי' ק"ח ואע"פ שבסמ"ע לקמן סי' ק"ח ס"ק ט"ז כתב דגבי בא ליפרע מיתומים שאני שהחמירו לטובת היתומים ג"ז לא נהיר' דהא כל הנך שבועות כי הדדי נינהו וכ"כ בספר ג"ת שם וכן הב"ח כאן להדי' דכאן ג"כ מנדינן ליה וכן משמע בב"י וגם הר"ן פרק הכותב כתב להדי' בקדמה ותפסה אע"ג דלא מפקינן מינה מ"מ משמתינן לה וכן עיקר ועיין לקמן סי' פ"ז ס"ט ויו"ד ומ"ש שם. וכל תפיסה דהכא היינו אפי' בעדים וק"ל:

סעיף יח

והלוה טוען שהוא פרוע. ואומר אשתבעו לי דאל"כ אין היורשים צריכים לישבע וכדלקמן סי' ק"ח סעיף ה' וע"ש ועיין בתשובת מהרש"ך ספר ב' סי' רל"ו ובתשובת מהר"א ן' חיים סי' ק"ט דף קנ"ח:

סעיף יט

והכי מסתברא. הקשה בסמ"ע דבא"ע סי' צ"ו סי"ב פסק הטור באשה החשודה שכנגדה נשבע ונפטר ותירץ דדוק' באשה שיש לה משל בעלה בידה ויש לחוש שלקח' מממון בעלה או דבעל' אתפסי צררי מ"ה שכנגדו נשבע ונפטר משא"כ כאן דמיירי בשאר שטרות עכ"ל ולי נראה לתרץ דשאני כתובה משטר דבשלמא בהלוא' ס"ל להטור שעבודא דאורייתא וכדלעיל סי' ל"ט ס"ק ב' ואפילו למ"ד שעבודא דרבנן היינו לענין שעבוד נכסים אבל פשיטא דמדאורייתא חייב לשלם לו מה שהלוה לו בשטר אפילו בלא שבועה אלא ששבועה זו תקנת חכמים היא ובחשוד אוקמה אדאורייתא אבל בכתובה איפכא הוא דמדאוריית' לית לה כתובה כלל אלא דרבנן תקינו כתובה לאשה וכמ"ש הטור בא"ע סי' ס"ו דכתובת אשה דרבנן והלכך הם אמרו והם אמרו לא תפרע אלא בשבועה ואם היא חשודה אוקמה אדאורייתא ולית לה כתובה וע' בב"י בא"ע סי' צ"ב סי"ג ותמצא סיוע לדברי ויש נ"מ בין תירוץ שלי לתירוץ הסמ"ע דלהסמ"ע אפילו כשחייב לה ממון דינא הכי ולדידי דוקא בכתובה ואפשר גם להסמ"ע לא חיישינן לצררי רק בכתובה ודוק:

שוב ראיתי בדרישׁ' בא"ע סי' צ"ו סכ"ח שכ' וז"ל ובלאו הכי נראה דלק"מ דדוקא במלוה הבא לגבות מן הלוה דמן הדין אין צריך לישבע מ"ה הקילו בחשוד משא"כ בשבועות הללו דאפי' לא טענו היורשים או הבעל שישבע הבית דין טוענים להם עבורם מ"ה לא פטרינן גם לחשוד בלא שבועה עכ"ל ולא נהירא לי כלל דהא אין בין מלוה לאשה דגם באשה בגרוש' אין צריך לישבע מן הדין אלא בדאמר לה אשתבעי לי ובאלמנה דנפרעת מיתומים גם במלוה הבא ליפרע מיתומים צריך שבועה ובעד אחד מעידה שהיא פרוע

או פוגמת וכי האי גוונא גם במלוה צריך לישבע כדאיתא בש"ס וכל הפוסקי' וא"כ בעל כרחך לדבריו צריך לחלק במלוה גופיה בין אמר לי' אשתבע לי ובין פוגם שטרו ובזה אין טעם לחלק דמה בכך ס"ס הכא והכא תקנת' דרבנן הוא וכן משמע להדיא בטור ומחבר כאן ולקמן סי' צ"ב דחד דינא אית להו אפי' כאן גבי חשוד ע"ש ובע"כ בא"ע מיירי כשהבעל חי שהרי כתב שאם היא חשודה הבעל נשבע ונפטר ואם הבעל ג"כ חשוד אין שבוע' ולא תשלומים ובבא ליפרע מן היתומים והוא חשוד גם במלוה אינו נוטל אלא היתומים פטורים כדלקמן ס"ס צ"ב עיין שם:

סעיף כ

חוב זה רבית כו'. עיין בספרי תקפו כהן סימן קכ"א מה שכתבתי מזה ועיין בתשובת מהרמ"א סי' פ"ו דף קס"ט ע"א וב' ובתשובות מהרש"ך ספר ב' סי' קנ"ח וס"ג סי' ל':

סעיף כא

אלא ישלם כו'. ואם המלוה מודה ואומר שיש בו רבית אבל בהיתר נעשה כתב הר"ב בי"ד סוף סימן קס"ט דצריך לישבע בנקיטת חפץ קודם שיטול והיינו טעמא דמגרע לשטר בהודאתו דקודם הפרעון עדיף טענת לא נטלתי ולאחר הפרעון עדיף טענת בהיתר נטלתי ובהכי לא סתרי דברי הר"ב אהדדי מכאן למ"ש בי"ד ס"ס קס"ט כ"כ הסמ"ע. ועיין מ"ש בי"ד שם בש"ך ס"ק ע"ט דדברי הרב שם צ"ע מטעם אחר ע"ש:

סעיף כב

ואם כפר ישבע היסת. בטור כתב מתחלה גם טענת מזויף וכמ"ש המחבר ובטוענו אחר פרעון כתב בסעיף כ"ב כגון אמנה או רבית או לויתי אחר הפרעון יכול לתבעו כו' ואם כפר ישבע היסת והשמיט מזויף ונראה דבמזוייף א"י להשביעו גם לאחר הפרעון כיון שהי' מקויים ועוד דצריך שיטעון טענה על גוף המעות וכן בבעה"ת לא הוזכר מזוייף וכן נראה:

סעיף כג

ישבע היסת. והיינו כשכופר ואומר לא נטלתי מעולם רבית בכה"ג נשבע היסת וכמ"ש המחבר בי"ד סי' קע"ז סי"א ואע"ג דכתב שם בהג"ה ויש חולקין כבר כתבתי שם בש"ך ס"ק כ"ג דהעיקר כסברא הראשונה וגם בשלחן ערוך דפוס הענאווה ודפוס אמשטרדם ושאר דפוסים ליתא האי ויש חולקים אבל אם אמר בהיתר נטלתי אין צריך לישבע אפילו היסת דלא שביק היתרא ואכיל איסורא וכמו שנתבאר בי"ד ס"ס קס"ט ועמ"ש שם:

סעיף כד

אם טען הלוה מחלת כו'. עי"ל סי' קכ"ו סי"א וע' בתשוב' מהר"ל ן' חביב סי' ק"ט ד' קמ"ו ובתשו' מהר"מ אלשיך סי' ל"ב ובתשו' מהר"א ן' חיים סי' כ"א דף מ"א ע"ב:

סעיף כה

על תנאי כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רצ"ג:

סעיף כו

או בלא שום שיור כו' ע' בסמ"ע ס"ק מ' ועיין בס' גי' תרומה דף ק"ו ע"ד:

סעיף כז

נשבע המלוה. כעין של תורה ונוטל חובי שהרי אינו עוקר בטענה זו גוף השטר והרי הוא כטענת פרעין טור מבעה"ת ונראה דאזלי לשטתם שכתבו מיד אח"כ דהעדים נאמנים לומר על תנאי אפי' בשכת"י יוצא ממקום אחר משום דתנאי מילתא אחריתי הוא ודמי לפרעון וכדאיתח בבעה"ת שם אבל לפי מה שהעליתי לקמן ס"ק ל"ד דאין נאמנין לומר תנאי בשכת"י יוצא ממקום אחר דלמיעקר סהדותייהו קאתי והוה כאלו אומרים לא לוה והוא היפך דבריהם שבשטר וכדמשמע בהר"ן פ"ב דכתיבות לפי פוסקים אלו ע"ש א"כ ה"ה הכא אין צריך המלוה לישבע ע"ז ודו"ק:

סעיף כח

ואם הודה המלו' כו' ואין המלו' נאמן במגו כו'. דין זה אינו נראה בעיני אף שגם הטור כתבו והוא מבעה"ת שער כ"א דמה בכך שהוד' שנעשה על תנאי סוף סוף לפי דברי המלו' השטר השתא שטר כשר הוא ודמי ממש לטענת סטראי וכה"ג דנאמן אף למ"ד דלא אמרינן מגו להוציא דלא יהא אלא טוען אמנה אטו באמנה גופי' אלו טוען אמת אמנה היתה ביני ובינך שלא יועיל השטר רק כשאלו' לך והלויתי לך באמת מי לא מהימן המלו' לכ"ע דעד כאן לא אמרי' לקמן ס"ס פ"ג דבאמנ' השטר בטל אלא כשמוד' המלו' שהוא שטר אמנ' עדיין ולא הלו' לו אח"כ על שטר זה אבל כשטוען שהלו' לו אח"כ על שטר זה פשיטא שהוא נאמן והרי אין לך תנאי גדול מזה שכל זמן שלא ילוה לו אין השטר כלום וא"כ כ"ש הכא ובפרט דאמנ' גרע בכל דוכתא מתנאי כדמוכח לעיל סי' מ"ו סי' ל"ז דאין העדים נאמנים לו' אמנה כשכת"י יוצא מ"א ותנאי נאמנים אע"פ שכת"י יוצא ממקום אחר כמ"ש הטור כאן בסוף סי' זה אלא ודאי אמנה גרע טפי משום דעקרי שטרא מעיקרא מה שא"כ בתנאי דשטרא מעליא הוא ותנאי מילתא אחרית' הוא וא"כ כיון דבשטר אמנה אם טוען המלו' נעשה באמנה והלויתי לו אח"כ על שטר זה נאמן כ"ש בתנאי אם אומר שלא נתקיים התנאי ולא הי' מלאני לבי לחלוק על הבעה"ת

והטור והמחבר אך כיון דבלאו הכי הרמב"ן והרשב"א ושאר אחרונים חולקים על הך דינא דמזוייף ואמנה גופי' דלקמן ס"ס פ"ג וס"ל דכל היכא דאית לי' מגו אע"ג שמודה שהשטר אינו כלום נאמן וכמ"ש שם וכ"ש הכא על כן נ"ל ברור כאן דהדין עם המלוה ע' בתשו' מהרי"ט סי' ע' וסי' ק"ה דף קכ"ו ע"א וב' ד' קכ"ז:

סעיף כט

דאין אומרים מגו להוציא. בתשו' מהרש"ך סי' ב' ס"ס רכ"ח הקשה מהא דכתבו התוספות פרק ח"ה דאפי' למאן דס"ל דלא אמרי' מגו להוציא היינו היכא דליכא שטר אבל היכא דאיכא שטר אמרי' מגו להוציא וכמו שהוכיחו מהך דהכותב גבי סטראי וצ"ע עכ"ל ולא עיין בבעה"ת שממנו מקור דין זה שהרי הבעה"ת עצמו כתב בשער כ"א ח"ג וז"ל ולא מהמנינן ליה במגו דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא וה"מ בשטרא זייפא אבל בשטרא מעליא אמרי' מגו וכמו שכתבנו בשער י"ז גבי סטראי והאי שטרא נמי כיון דקא מודי ליה דעל תנאי הוה ואי מקיים תנאי' הא לא חייל שעבודיה ולוה טעין דקיים תנאי' הא לא חייל כלל והלכך משתבע לוה ומפטר עכ"ל. מיהו בסעיף קטן שלפני זה כתבתי שנלפע"ד דהכא הוי שטרא מעליא ע"ש. ועיין בתשוב' רמב"ן ר"ס ק' כתב ג"כ דאע"ג דלא אמרי' מגו להוציא היכא דיש שטרא מעליא אמרינן אפי' להוציא וע"ש. ומשמע מזה דמי שחייב לחבירו בעל פה בענין דא"י לטעון פרעתי כגון שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וכה"ג א"י לטעון סטראי אף שפרע לו סתם ולא הזכיר לו לשון פרעון והי' יכול לומר מתנה נתן לי לסברת המחבר וסייעתו דלעיל סי' נ"ח ס"ב וכן מוכח לעיל סי' ע' עמ"ש בס"ק י"ו ובס"ק י"ח ודוק:

סעיף ל

מגו להוציא. ע' מה שכתבתי לקמן בדיני מגו באות ה' ובאות ט"ו מדיני מגו להוציא:

סעיף לא

ויש חולקים. בסמ"ע סעיף קטן מ"ה תמה על העיר שושן שהשמיט היש חולקים ולא קשה מידי משום דלפי שטת הט"ו לקמן ס"ס פ"ג מוכח דלא ס"ל כהיש חולקין אלא לא אמרי' מגו להוציא וכמו שכתבתי שם בסעיף קטן ז' ע"ש מיהו לענין דינא כבר כתבתי בסמוך סעיף קטן כ"ח דנראה לפע"ד דהכא אפי' למ"ד דאין אומרים מגו להוציא המלוה נאמן ושכן עיקר:

סעיף לב

דאמרי' מגו להוציא. ע' מה שכתבתי לקמן ס"ס פ"ג סעיף קטן ז':

סעיף לג

שנעשה על תנאי כו'. פי' והלוה מוכן לקיים התנאי א"נ יש עדים ג"כ שקיים התנאי עד כאן לשון הב"ח ויותר נראה לפרש דמירי בתנאי שעל בעל השטר לקיימו בקום עשה דהלוה נאמן שלא קיים בעל השטר התנאי וכן מוכרח לפרש דברי הט"ו לעיל סי' מ"ו סעיף ל"ז שכתבו תנאי הי' ולא ראינו שנתקיים התנאי כו' וכמו שכתבתי שם בסעיף קטן ק"ו והבאתי ראי' לזה מפירש"י וריטב"א ור"ן וע"ש:

סעיף לד

אפי' אם כתב ידם כו'. תימה על המחבר שהעתיק כאן סתם כדברי הטור דהרי הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א חולקים וס"ל כשכת"י יוצא ממ"א אין נאמנים וכדאי' בב"י לעיל ס"ס כ"ט וכ"פ המחבר גופי' לעיל ריש סימן וסי' מ"ו סעיף ל"ז ואף שבסמ"ע סי' מ"ו ס"ק ס"ג כתב דדברי המחבר לא סתרין אהדדי מ"מ דוחק הוא וכמו שכתבתי בסי' מ"ו סעיף ל"ז ס"ק קט"ו וע"ש ועוד דמ"מ קשה היאך סתם נגד דעת הרמב"ם והרמב"ן והראב"ד וכן העליתי לעיל סי' כ"ט להלכה והבאתי שכן דעת רש"י ורבי ירוחם ונימוקי יוסף והריטב"א וכתבתי שגם הרא"ש אינו חולק ע"ז ע"ש:

סעיף לה

ואם עד א' כו'. עיין מה שכתבתי לעיל סי' מ"ו סעיף ל"ז ס"ק ק"ח:

סעיף לו

על תנאי כו'. בדברי הר"ן פ"ב דכתובות גבי עד אחד אומר נתגרשה מבואר דדוקא בעד אחד אומר תנאי הוא דאמרי' לפי שעוקר השטר מעיקרו שלא היה מלוה אלא לפי תנאי זה ומ"ה לא אמרי' דתרווייהו בשטר' מעליא קא מסהדי אבל אם היה מעיד שפרעו לאחר מכאן לכ"ע אמרי' דתרווייהו בשטרא מעליא קא מסהדי והאי דאמר פרוע הוה ליה חד אפילו כשאין כת"י יוצא ממקום אחר עד כאן אבל מדברי הרמ"ה שהביא הטור ס"ס מ"ו מוכח דגם בפרוע בטל השטר ומ"מ נראה דהרמ"ה לא קאמר אלא כשאין כת"י יוצא ממ"א אבל כשכת"י יוצא ממ"א או שהוא מקוים לא מסתבר לומר שיהא עד אחד נאמן לו' שהוא פרוע וכמ"ש הר"ן גבי תנאי היו דברינו בשם הרמב"ן דאי אפשר לומר בעד א' שיהא נאמן בשטר מקויים לומר שהוא פרוע דא"כ מצינו עד אחד קם בממון והתורה אמרה אינו קם אלא לשבועה כו' ע"ש:

סעיף לז

ועדים מעידים שכולו פרוע. ומיירי שהעדים לא העידו עד אחר שהודה במחצה דאם העידו כבר הי' הלוה נאמן בלא שבועה דהוי ליה כמשיב אבדה במחצה שהוד' וכן מוכח

בטור עד כאן לשון סמ"ע ונ"ל שמ"ש וכן מוכח בטור היינו מ"ש ולא חשיב כמשיב אבדה שלא הודה אלא מפני השטר שעליו וכיון שכבר העידו העדים שהוא פרוע פשיטא דליכא כלל אימת השטר שהרי השטר בטל לגמרי על פי העדים. וא"כ הטור מודה בזה לרשב"ם ותוספות ור' ירוחם לדינא וכן עיקר ודלא כהב"ח וס' א"א דף פ"ב ע"ב שכתבו דלהרמב"ם והטור אפילו העידו העדים קודם לכן צריך לישבע ולא הוי כמשיב אבדה וליתא ובזה ניחא דלא פליג הטור על הרא"ש ודלא כהב"ח שכתב שהטור לא ס"ל כפי' הרא"ש מכח דקשה על גירס' רשב"ם והרא"ש אמאי נקט הש"ס המוציא שט"ח על חברו אפילו בטוענו ע"פ נמי כו' ולא נהירא דיחלוק הטור על הרא"ש ולא יביא דעתו כלל וגם קושייתו אינו כלום דבטוענו בע"פ פשיטא דפטור משבועה אפילו בלא טעם דמשיב אבדה דס"ס יש עדים כדבריו אבל בשטר כיון דאיכא שטרא והוא עצמו מכחיש במקצת העדים הרי הוא כאלו אין כאן שטר ולא עדים ונשבע תדע דאל"כ תיקשי לכל הגירסאות אמאי נשבע הא איכא עדים אלא ודאי כמ"ש הר"ן ר"פ שבועת הדיינים וז"ל ואיכא למידק וכיון דאיכא עדים שמעידים שפרעו כולו הם מעמידין דבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע וי"ל דשאני הכא שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דא"כ אפי' בשבועה לא מהימן דהא איכא שטרא אלא לאו הכחש' היא לגמרי דאפשר שהוא אינו זוכר אלא מן המקצת והעדים זוכרים יותר וכיון דהכחש' ולאו הכחש' היא אין סומכים על עדותן לגמרי ולא על השטר אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד וה"ל תביעתו של מלוה כתביע' על פה שאין עלי' עדים שכל שהנתבע מודה מקצת נשבע עכ"ל וכ"כ הנ"י פ' י"נ ומביאו ב"י וה"ט לא שייך רק בשטר כיון דאיכא נמי טענה דשטרך בידי מאי בעי להכחיש העדים אבל בעל פה פשיטא דלא הוכחשו העדים כלל ואינו נשבע לכולי עלמא ודלא כנראה מדברי הב"ח דלפי' רשב"ם והתוס' גם בטוענו ע"פ צריך לישבע אלא כמ"ש כן נ"ל ברור ודו"ק:

סעיף לח

נשבע הלוה. שבוע' דאורייי' כשבועת מ"מ וגובה המלו' מחצ' מבני חרי אבל ממשעבדי לא דמצי לקוחות לומר אנן אעדים סמכינן ואפילו יש בשטר נאמנות כשני עדים הא נתבאר לעיל סי' ע"א סי"ט דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות וכ"כ הטור והוא מבעה"ת סוף שער ח':

סעיף לט

וגובה המלוה מחצה. והיינו כשעומד הלוה בדבריו הראשונים אבל אם חזר ואמר נזכרתי ה"ז יכול לטעון כיון שעדים מעידים ומסייעים אותו כדלעיל סי' ע"ט ס"ג כ"כ ה' המגיד פ"ז מה' טוען שיש מתרצין כן לדעת הרמב"ם ומביאו ב"י ואע"פ שכתב אח"כ ועוד יש לחלק דכאן כיון שיש שטר גרע מ"מ מדברי הטור לעיל סי' מ' משמע דאין חילוק וכן נראה מדברי הרב לעיל סי' ע"ט ס"ז וכמ"ש שם בס"ק י"ז ע"ש: כתב בעה"ת בשער ח' וז"ל ואל יקשה בעיניך למה לא נדון דין זה כשאר מפיק שטרא אחברי' וקאמר אידך פרוע הוא דמשתבע מלוה והכא אמר דלוה משתבע ופרע פלגא אדרב' לישתבע מלוה ולישקול כולו שטרא הא ליתא דבשלמא כי טעין פרוע כל השטר ליתלן להמוני לטענותי' דלוה דסמכינא אחזק' דשטרא בידך מאי בעי ולפיכך ריע טענתי' דלוה אבל כאן שמודה המחצה מן השטר לא הי' לו להחזיר לו שטרו ולפיכך הניחו בידו ואפשר שיהי' כדבריו ולפיכך נשבע ונפטר ועוד תירץ הר"י הלוי דטעמא דמילתא כיון דאיכא סהדי דפריע' כולא ובטיל ליה שטרא והדרא ליה כמלוה ע"פ וכדין שאר מודה מקצת דמשתבע לוה ומפטר אבל בשטרא דליכא סהדי דמסהדי עלי' דפריעה הוא ה"ל שטרא מעליא ולאו כל כמיניה דלוה למטען פריעה הוא ומ"ה משתבע מלוה ושקיל עכ"ל ומביאו ב"י ודבריו הראשונים תמוהים דהא מוכח בש"ס בכמה דוכתי דאפי' בטוען פרעתי מחצה השטר אין הלוה נאמן בפ' ג"פ גבי מי שפרע מקצת חובו ר' יוסי אומר יחליף ר' יודא אומר יכתוב שובר והסוגי' ארוכה שם ועוד מוכח כן בפ' ג"פ גבי מאן דאית ליה שטרא בר מאה ואמר לשויי לי תרי בר חמשין לא משוינן ליה משום דניחא ליה ללוה דלפגום שטרי' כו' ועוד מוכח כן להדיא בפ' השואל דא"ל רב אחא מדיפתי לרבינא אלא מעתה אוזפיה מאה בשטרא וא"ל פרעתיך פלגא הכי נמי דמהימן כו' וכן בכמה מקומות בש"ס ופוסקי' עצמו מספר אלא הדבר ברור כמו שתירץ הר"י הלוי:

יען כי ראיתי בדרכי משה ובסמ"ע כתבו קצת דיני מגו בסימן זה על כן גם אני אכתוב דיני מגו כאן:

א) כבר נתבאר לעיל סימן זה ס"ק ל' די"א דאין אומרים מגו להוצי' וכתב בד"מ וסמ"ע ס"ק מ"ג בשם הריב"ש סי' של"ו דאף למ"ד דלא אמרי' מגו להוציא מ"מ נגד קרקע אמרי' ולא אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת וע"ל סי' ק"י מדין זה עכ"ל ר"ל אם אכל פירות הקרקע וכן הוא בריב"ש שם וה"ה בקרקע עצמה היכ' שהוא מוחזק בה ומ"ש וע"ל סי' ק"ו צ"ל ק"ן וכן הוא בד"מ וע"ש בסי' ק"ן ס"ד:

וכתב הבית חדש סעיף י"ט וז"ל וקשי' לי מדקי"ל כר' גמליאל פ"ק דכתובו' דבאומרת משארסתני נאנסתי יש לה מאתים במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני אלמא דאית לן מגו להוציא וי"ל דהתם כיון דהיא טוענת ברי והוא טוען שמא טענתה עדיפא כדאית' התם ולכך נאמנת במגו אע"ג דהוי להוצי' אך קשה דבר"פ ב' דכתובות קאמר מ"ש האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט לפניך ואמאי לא משני הכא לא הוי מגו להוציא שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה והוחזק וכדכתב ה"ר יונה לקמן בסי' ק"ן ומיהו איכ' למימר דה"מ לשנויי הכי עכ"ל ומ"ש וקשי' לי כו' וי"ל כו' קושי' זו ותירוץ זה אית' בהגה' מרדכי ריש בבא מציע' וכן בספר הכריתות לרבינו שמשון מקונן שהבאתי לקמן אות ט"ו ומ"ש אך קשה כו' לפע"ד לק"מ דמה בכך שזכה בקרקע לפי טענתו סבר' זו לא מהני רק לענין דלא הוי מגו להוצי' וא"כ כיון דבהך דמשארסתני נאנסתי אמרינן מגו אף להוציא מטעמ' שהיא טוענ' ברי והוא שמא דבברי ושמא אין חילוק בין להוצי' או לא א"כ מה בכך שזה ירד בקרקע ואולי כוונת הב"ח דמ"מ הוה לש"ס לשנויי דס"ל לר' יהושע דזה הוי מגו להוצי' אבל לפעד"נ דס"ל לש"ס דמטעם ברי ושמא אמרי' מגו להוצי' אף לר' יהושע אי לאו משום דשור שחוט לפניך. כן נ"ל. כבר נתבאר לעיל ס"ק כ"ט דהיכ' שטרא מעלי' אמרי' מגו אף להוצי' והוא פשוט ומוכרח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ועיין לקמן ס"ס פ"ג וע"ל סי' קל"ח ס"ב וסי' ק"ן ס"ה ממגו להוצי' עיין בים של שלמה פ' הגוזל בתרא סי' ל' דינים במגו להוצי'. גם עיין מ"ש לקמן סי' צ' סי"א וס"ס קל"ג מ"ש עוד מדיני מגו להוצי' ועיין לקמן באות ט"ו:

ב) עוד כתב בד"מ וסמ"ע ס"ק מ"ד וז"ל כ' נ"י ס"פ המקבל דלא אמרי' מגו לבטל מנהג המדינה ע"כ והוא מהדין שבש"ס שם דף ק"י ע"א לרב נחמן דקי"ל כותיה בדיני ונתבאר לקמן ס"ס ש"ל גבי אריס אוער למחצה ירדתי דהכל כמנהג המדינה וכתב הנ"י שם ע"ז וז"ל ומהא שמעינן דלא אמרי' מגו לבטל מנהג המדינה משום דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים וכן כתבו הגאונים ז"ל וכל המפרשים ז"ל עכ"ל וכ"כ בהגה' אשר"י פ' הפועלים וז"ל כתב הרב רבינו ברוך בשם רבינו חננאל ושערים דרב האי גאון לשנות המנהג אפי' במגו אינו נאמן ואפי' תפיס לא מהני לשנות המנהג אם טוען שעשו מעשה ושינו המנהג אבל אם טוען שנאנסו ולא עשו המנהג לזה תפיסה מהני מא"ז ע"כ ובמרדכי פרק המקבל כתב וז"ל רב נחמן אמר הכל כמנהג המדינה כתב רב האי גאון בשערי שבועות כל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה ואם אין ראיה והוא טוען כמנהג המקום עליו שבועת היסת שלא שינה ממנהג המקום וזה עיקר גדול בדין ובפ"ח דמסכת פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן וא"כ מנהג עדיף מחזקה דהא מגו במקום

חזקה בעיא בפ"ק דב"ב ולא איפשטא כו' וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן במגו עכ"ל וכתב בספר גדולות מרדכי וז"ל ויש לתמוה דהא אדרב' בשמעתין משמע דמגו במקום מנהג אינו כלום לרב נחמן ונ"ל דט"ס יש כאן וצ"ל לא מהימן במגו וקאי המרדכי אהא דכתב רבינו האי ובפ"ח דמסכ' פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן ע"ז כתב המרדכי וצ"ע כלומר הא בשמעתין הכי משמע ולמה לו להבי' ראיה מפאה ודוק עכ"ל ולפע"ד לא דק דהא אך ראיה מפאה הוא מלשון המרדכי עצמו ואינה מדברי רב האי כמבואר להדי' למעיין בס' שערי שבועות לרב האי גאון בשער ה' דף ה' ע"ב. ועוד דא"כ נצטרך עוד להגי' במרדכי מ"ש דאפי' במקום מנהג ולהפך הגירס' דאפ" במגו לא מהימן במקום מנהג ולשבש כל הספרים אלא דברי המרדכי ברורים בלי שום הג"ה וה"ק ובפ"ח דמסכת פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן (והתם בפאה מתני' היא) וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן לרב יודא וא"כ לרב יודא קשי' הך דפאה וזה ברור:

ומתני' דפאה כך היא אין נאמנים אלא על דבר שבני אדם נוהגים כן נאמנים על החטים ואין נאמנים על הקמח ולא על הפת וכ' רבינו שמשון ז"ל וז"ל שם נאמנים על החטים לומר חטים הללו מעשר עני הן שניתן לי אבל אין נאמנים לומר קמח ופת זה מעשר עני שניתן לי קמח ופת ואין להאמינו במגו דאי בעי אמר חטים ניתן ני ועשיתיו קמ"ח ופת דמשמע בירושלמי כי הוא נאמן דמאחר שאין דרך לחלוק כלל קמח ופת הוי כמו עדים עכ"ל וגם באגודה פ' המקבל כתב כדברי המרדכי שם. מיהו נראה ליישב קושיית המרדכי דרב יודא ס"ל דדוקא התם למה לו לבעל הבית ליתן קמח ופת הפך המנהג אבל הכא יכול לומר לאריס אלו לא נתרצית ליקח השליש הייתי מוריד אריס אחר יותר טוב ממך לכן נתרצית על השליש כדי שאוריד אותך מיהו אנן קיימא לן כרב נחמן וא"כ בכל ענין לא מהני מגו במקום מנהג וכן כתב מהרי"ק שורש י"ט ומהרשד"ם סימן קמ"ח וע"ש. וכה"ג כתבו התוס' והגה' אשר"י ריש בבא בתרא דאע"ג דשהו האבנים ברשותו ואית ליה מגו דלקוח לא מהימן שעשה הכותל לבדו כיון שהמנהג על שניהם לבנותו וחייבים שניהם לבנות הוי כמגו במקום עדים ונתבאר לקמן סי' קנ"ז סעיף ה' ע"ש:

ג) עוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וברי"ן פ' כל הנשבעין הארוך בדין מגו וכתב דלא אמרי' מגו שהיה יכול לומר איני יודע עד כאן. וכן כתבו התוס' פ' השואל דף צ"ז סוף ע"א ובעמוד ב' שם בסוף ד"ה רב הונא:

ד) עוד כ' בד"מ וסמ"ע וז"ל ובנ"י פ' ח"ה דלא אמרינן מגו בשני' וכן כתבו התו' שם ע"כ והוא בתוס' שם דף ל"א ריש ע"ב וכן כתבו עוד התוס' פ"ב דכתובות והבאתי דבריהם

לעיל ס"ס מ"ו ס"ק ק"א ע"ש וכן כתב רבינו שמשון בסוף ספר הכריתות והבאתיו לקמן אות כ' ועיין מה שכתבתי שם באות כ' ועיין בתשו' מהר"י מינץ סי' ג':

ה) עוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וכן מגו במקום עדים לא אמרינן עד כאן וזה פשוט בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ועיקר מקורו פ' האומנין גבי מיא דנהר פקוד והבאתיו לעיל סי' נ"ח ס"ק כ"ט והיינו כשיש עדים על גוף הטענה מיהו ה"ה אם יש עדים על הטענה שהי' יכול לטעון וכ"ש הוא. ובזה כתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ו סימן ח' שאפילו הם פסולים לא מהני מגו ועיין בתשו' ן' לב ח"ג בכללי המגו ובתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס ק"א ובתשו' מהרשד"ם ס' נ"א שפקפקו בזה על תשובת הרא"ש וע' בתשו' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ח:

ו) עוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל ובר"ן פ' ח"ה דלא אמרינן מגו מטענה שאינו מעיז לטענה שיש בו העזה ע"כ ואמת שכ"כ הנ"י פרק ח"ה גבי עיזי דאכלי חושלי וז"ל נאמן בשבועה בנקיטת חפץ אע"ג דאיכא מגו דמצי אמר לקוחים הם בידי מ"מ לאו מגו גמור הוא שהרי השתא כשאמר דאכלי חושלי אינו מעיז ואלו אמר לקוחים הם בידי היה מעיז וממעיז לשאינו מעיז לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה עכ"ל אבל דבריו תמוהין דהא מוכח בכמה דוכתי דאמרינן מגו ממעיז לשאינו מעיז וכמו שכתבתי לקמן גבי עיזי דאכלי חישלי היינו טעמא או משום מגו לאפטורי משבועה לא אמרי' או משום דכיון דבא ליטול הוי כמו נשבעין ונוטלים דצריך לישבע וכמו שנתבאר בסימן ע"ב סעיף י"ז ע"ש בס"ק ס"ח וס"ט ובאמת ה"ל להנ"י לתרץ בקיצור דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' אפי' ממעיז למעיז דמה"ט כתבו הרמב"ם ושאר פוסקים דבטוען על המשכון כך וכך יש לי עליו צריך לישבע בנק"ח משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וכמ"ש בסי' ע"ב סעיף י"ז ס"ק ס"ח והא התם הוי ממעיז למעיז: גם בפ' הגוזל בתרא אחר שהביא הנמוקי יוסף דברי הרא"ש דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן לומר נגנבו ממנו במגו דהשאלתים לך כתב וז"ל תמהני מגו דמעיז הוא שהרי זה יודע שלא השאילו לו ונראה לי שמסכימים מפרשים אלו עם מה שפירש"י ז"ל לעיל גבי פקדון מעיז ומעיז ע"כ לשונו וגם דבריו אלו תמוהין חדא דהרי הרא"ש בהדיא בפ' הגוזל עצים חולק על רש"י ועוד דאפי' לרש"י היינו היכא שמעיז באמת כגון בפקדון שלא עשה לו טובה משא"כ הכא שעכשיו אינו מעיז שנאמינהו בטענה שהיה מעיז בה אבל הקושי' מעיקרא לית' דבתוס' פ' חזקת הבתים דף כ"ב ע"א ובהגה' אשר"י שם כתבו להדיא דנאמן במגו דהשאלתים לך אע"ג דהי' מעיז והביאו התוס' שם ראיה מהא דאמרינן שם (וכן נתברר לקמן סי' קמ"ו סכ"ד) דנאמן לומר של אבותי היא שלקחוה מאבותיך במגו דאי בעי אמר מינך

זבינתה אע"פ שהוא יודע דלאו מיניה זבנה וכן בפרק ב' דכתובות תנן דנאמן לומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' הימנו במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם אע"פ שהבן יודע שהיתה של אביו עכ"ל וכן כתב הרא"ש בר"פ ב' דכתובות דנאמן גבי שדה בכך מגו וכן נתבאר לקמן סי' קמ"ט סעיף כ' וכן כתב הרא"ש עוד בתשובה ריש כלל ק"ו וז"ל וכן בנדון זה אי טעין שמעון החזרתי לפקוד הממון נאמן כי טעין נמי היה ראובן חייב לי כך וכך מהימן ואין לומר דהוי מגו דהעזה דאי טעין החזרתי לפקיד ידע הפקיד דקמשקר וכה"ג לא איקרי מגו דהא גבי עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דיכול לטעון עד כדי דמיהן דמגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי דאע"ג דבטענת לקוחים ידע דמשקר ובטענת כדי דמיהן לא ידע וכהנה מגו הרבה יש בש"ס עכ"ל וכ"כ המרדכי ריש פ' חזקת הבתים ע"ש. ואע"ג דבשבועת שומרים כתב הרא"ש ר"פ כל הנשבעים דאינו נאמן ליפטר משבועה במגו דלהד"ם מטעם דהיה מעיז נראה דדוקא בשומרים ומודה מקצת הוי העזה דהוי מידי דכפירה והתם ודאי אינו מעיז וחילוק זה מצאתי מבואר להדי' בתוס' פרק הגוזל עצים (בבא קמא דף ק"ז) סוף ע"א דעל מ"ש שם דלא אמרי' דנאמן לומר נאנסו במגו דלהד"ם דהיה מעיז או מודה מקצת במגו דכופר הכל כתבו וז"ל וההיא דחזקת הבתים גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דיכול לטעון עד כדי דמיהן במגו שיכול לומר לקוחים הם בידי ובפ' ב' דכתובות גבי שדה זו של אביך היה ולקחתי' ממנו דאפי' טענו הבן שהיה של אביו אלא שאין לו עדים מהימן לומר לקחתיו במגו שיכול לומר לא היה של אביך מעולם אע"ג דבהאי ידע ובהאי לא דמי למידי דכפיר' דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חברי' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו עד כאן לשונם רצונם לומר דדוקא כשחברו מפקיד אצלו או מלוה לו שהאמינו מתחלה ושוב אין לו עסק עמו אלו הי' טוען בפקדון לא היו דברים מעולם או החזרתי או לקחתי או בהלואה פרעתי כולו הוי העזה דכופר נגדו בזה שהאמינו מתחלה ולא היה לו אח"כ שום עסק עמו מה שאין כן כשלא הפקיד אצלו או הלוה לו אפי' היה טוען לקחתי כמו גבי עיזי וכן גבי שדה לא הוה העזה ודוק והוא הדין היכא שהפקיד אצלו ואח"כ מעכב הפקדון ואומר ליורש אביך חייב לי כך וכך נאמן במגו מהאי טעמא שהיורש לא האמינו מתחלה או אפי' לגבי עצמו כגון שעזיו אכלי חושלי יכול לעכב הפקדון שהפקיד אצלו כבר עד כדי דמיו במגו שאע"פ שזה האמינו והפקיד אצלו מתחלה מ"מ הרי נעשה לו אח"כ עסק עמו ועוד נראה לי דדוקא לענין פטור שבועה שייך האי טעמא דלכפור אינו מעיז לפטור משבועה ואפשר שלזה כוונו התוס' במה שכתבו והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו רוצה לומר שהרי אינו בא לפטור משבועה רק בא לזכות ממון ולא לכפור

אבל כשבא לפטור משבועה אמרינן דאינו נאמן במגו דלא הי' מעיז דלכפור אינו מעיז וכן מבואר להדיא בריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ואף אם הי' משה חי והיה תובעו הכוס הי' נאמן לומר מנה לי ביד אביך ועל כן אני תופסו כיון דליכא עדי פקדון וראה ואע"פ שאין להאמינו כאן במגו משום דהוי ליה מגו דמעיז לשאינו מעיז אפי' הכי בשבועה מיהא מהימן כמו שכתבו המפרשים ז"ל דבשבועה אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז כדמשמע מההוא עובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחי' הם בידי ואע"ג דאי אמר לקוחים הן בידי איכא העזה והשתא ליכא העזה אפ"ה מהימן בשבועה דכי לא אמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז היינו למפטרי' משבועה כי ההיא דרבה מפני מה אמרה תורה מוד' מקצת טענה ישבע כו' ובההיא דריש פ' כל הנשבעין שבועת השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה נהימני' במגו דאי בעי אמר החזרתיו אבל בשבועה מהימן וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחדושי שבועות שלו בסוף המסכת' וכן הסכמת האחרונים ז"ל עכ"ל וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין בהך סוגי דשבועות השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו' וז"ל דהא אשכחן דמגו גרוע כי האי מהני לאוקמי ממונא ולא מהני ליה לאפטורי משבועה דהא בפ' חזקת הבתים מסקינן בהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן אע"ג דהאי מגו גרוע הוא ממעיז לאינו מעיז דכי אמר דאכלי חושלי דידי' אפי' לא אכל' מידי לא מעיז כלל דאמרי' לא ידע ואי אמר לקוחים הם בידי מעיז ואפ"ה מהני לאוקמי ממונא ואלו לאפטורי משבועה נא מהני כדרבה דאמר מש"ה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע ולא פטרה אותו מגו דאי בעי כפר בכולי' משום דאין אדם מעיז פניו עד כאן לשונו וכן כתב עוד הר"ן להדי' בפ' שבועת הדיינים גבי חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח ע"ש ונראה שגם דעת הרא"ש כן שאע"פ שהרא"ש פ' כל הנשבעין השיג על הרב ר' יוסף הלוי במה שכתב דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' היינו במגו מעליא אבל במגו גרוע דהעזה ס"ל לחלק בין ממון לשבועה תדע דהא גם הר"ן פ' כל הנשבעי' השיג על הרב ר' יוסף הלוי וכתב דאמרינן מגו לאפטורי משבוע' במגו מעליא אלא דיש חילוק במגו גרוע דהעזה בין ממון לשבועה עיין שם וכן נראה לי עיקר ועיין מ"ש מזה עוד לקמן סי' צ"ג סעיף ב' ס"ק ד'. מ"מ נתבאר מן הש"ס והפוסקים דאמרינן מגו ממעיז לאינו מעיז ודלא כהנ"י וכן הוא עוד דעת הרבה פוסקים דאמרינן מגו ממעיז לשאינו מעיז וכמו שכתבתי לעיל סי' ע"ה סעיף ז' ס"ק כ"א וסי' פ"א סעיף כ"א ס"ק נ"ח וכמה דוכתי ועל כן תמהני על הר"ב בד"מ והסמ"ע בכאן שהביאו דברי הנמוקי יוסף בסתם שהרי דבריו תמוהים וכל הפוסקים חולקים עליו. ונראה שמכאן יצא לו להסמ"ע שכתב בכמה מקומות דלא

אמרינן מגו דהעזה וכמ"ש בסמ"ע לעיל סי' ס"ד ס"ק ו' וסי' פ"א ס"ק ס"א וסי' שמ"א ס"ק י"ג ושאר דוכתי וליתא וכבר השגתי עליו בכל המקומות ההם ע"ש:

ז) עוד כ' בד"מ וסמ"ע וז"ל ובמרדכי פרק האשה בכתובות דלא אמרי' מגו אלא בטענה שהיא גלוי' ע"כ ודבר זה סתים ועיין במרדכי עצמו פרק האשה שנפלו שם בשם ראבי"ה וצ"ע ללמוד משם למקום אחר ע"ש:

ח) ועוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל ואין אומרי' מגו למפרע ע"כ וכ"כ התוס' פ' הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) ודין זה הוא מוכרח בכמה מקומות וכ"כ בזה לעיל סוף סי' נ"ו וס"ק ל"ב וסי' ע"ב סי' י"ח ס"ק פ"ט ולקמן סי' קכ"ו ס"ו ס"ק כ"ז וסי' קמ"ו סי"ג וסי"ד ושאר דוכתי טובי ע"ש והכי מוכח בפ"ב דכתובות (דף כ"ב ע"א) אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני דאינה נאמנת רק תוך כד' דבור וכמ"ש לקמן אות י"ז וע"ש:

ט) עוד כתב בד"מ וסמ"ע ז"ל במרדכי פרק הכותב שאין אומרים מגו היכא שסובר שטוען אמת במגו שהיה יכול לשקר וכ"כ התוס' בפ' ח"ה ע"כ ודבר זה צריך ביאור וז"ל המרדכי פרק הכותב על הא דפוגמת כתובתה צריכה לישבע תימה דאמאי אינה נאמנת בלא שבועה במגו דלא היתה פוגמת וי"ל דלא אמרי' מגו היכא שאומר אמת במגו דאי בעיא משקרא דכי האי גונא אמרינן ביבמות מת בעלי במלחמה אינה נאמנת מת על מטתו נאמנת ואינה נאמנת לומר מת במלחמה במגו דמת על מטתו עכ"ל ולכאורה דברים אלו אינם מובנים דהלא כל מגו כך הוא ונראה דה"ק דלא אמרי' מגו היכא שהוא סובר שהוא אומר אמת ואנן אמרינן דלא דייק וסובר כך ואינו כן במגו דאי בעיא משקרא והשתא מייתי שפיר מהך דמת בעלי במלחמה וכן הוא בתוס' פ' הכותב (כתובות דף פ"ז ע"ב) וז"ל ולא שייך כאן מגו הואיל וטעמא משום. דלא דייק הוא דהוא סבור שדקדק ולא דקדק כמו שמצינו בהאשה שהלכה מת בעלי במלחמה אינה נאמנת אע"ג דאיכא מגו דאי בעי' אמרה מת על מטתו והיינו משום דאמרה בדדמי דזמנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברה דמת עכ"ל והיינו שכתבו הד"מ והסמ"ע שא"א מגו היכא שסובר שטוען אמת כו' כלומר שהוא סובר כן ואכן אמרינן דלא דייק אז לא שייך מגו שהיה יכול לשקר אך קשה לי מ"ש ע"ז וכ"כ התוס' בפ' ח"ה והם דברי התוס' שהבאתי לקמן ס"ס פ"ג ס"ק ז' ואין ענינם לדין זה כלל: גם קשה דהרי התוס' שם לא כתבו כן אלא לרב יוסף אבל לפי המסקנא לא קי"ל הכי אלא דאע"ג שהיה מוכרח לשקר תחלה הוי מגו וכמ"ש שם ע"ש:

י) עוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וע"ל סי' ע"ט ולקמן סי' צ"ג שא"א מגו במקום חזקה ע"כ וכן לקמן סי' צ"ט סעיף א' בהגה"ה א"א מגו במקום חזקה דכל מה שהוא ביד האדם

בחזקת שהוא שלו ע"ש ולעיל ריש סי' זה בהגה"ה גבי קטן הייתי אמרינן מגו במקום חזקה וכן לעיל ס"ס ע"ח ס"ד אמרינן מגו במקום חזקה והוא בעיא בש"ס ריש בבא בתרא ולא איפשטא וצ"ל שאין החזקות דומות זו לזו וכמ"ש לעיל סי' זה סעיף א' ס"ק ג' בשם הנ"י ובזה נ"ל ליישב מה שהניחו התו' ריש ב"ב סוף דף ה' בקושי' אמאי דבעי התם אי אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע. תוך זמנו וז"ל ומיהו קשה מדתנן ביבמות בפרק בית שמאי (יבמות דף קי"א) יבמה שאמר' תוך שלשים לא נבעלתי כופין אותו אחר שלשים מבקשין הימנו ומפרש התם דעד שלשים יום מוקי אינש אנפשיה טפי לא מוקי ולכך לאחר שלשים אין כופין דלא מהימנא אע"ג דאית לה מגו דאי בעיא אמרה אינו יכול לבוא עלי דנאמנת כדמוכח בסוף נדרים עכ"ל ולפי מ"ש שאין לדמות החזקות זו לזו לק"מ (וכן מיושב ג"כ מ"ש התוס' פ"ב דכתובות ריש דף י"ט שצ"ע ע"ש):

ועוד נ"ל דבלאו הכי לק"מ דהא אמרינן בסוף נדרים דאי אמרה אינו יכול נאמנת היינו מכח חזקה דאין האשה מעיזה פניה נגד בעלה וכדאי' התם להדיא בש"ס א"כ דוקא התם דליכא חזקה אחרינא כנגדה משא"כ ביבמה שאמרה לא נבעלתי דאיכא חזקה אחרינא כנגד' דלא מוקי אינש אנפשיה ולא דמי לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דאלו אמר פרעתי אחר זמנו היה נאמן באותו טענה עצמה מצד עצמה ולא היינו צריכים לטעם חזקה משא"כ ביבמה כנ"ל ברור. ואין לעקש ולומר דסוף סוף אית לה מגו דאינו יכול ואי טענה אינו יכול היתה נאמנת דלא היתה כנגדה חזקה דלא מוקי אינש אנפשי' הא ליתא דלא עדיפא טענה שנאמנת מכח מגו מטענת מגו עצמה תדע דאל"כ תיקשי אהא דאמרינן בש"ס גופא בסוף נדרים דנאמנת לומר אינו יכול מטעם דחזקה אין האשה מעיזה פניה דא"כ אמאי אינה נאמנת היבמה כשאמרה לא נבעלתי נימ' דחזקה דאינה מעיזה אלא ודאי משום דאיכא נמי כנגדה חזקה דלא מוקי אינש אנפשיה ולהכי נמי תוך שלשים כופין דאל"כ תיקשי אמאי תוך שלשים תהיה היא נאמנת יותר מן היבם אלא ודאי נמי משום חזקה דאין האשה מעיזה וא"כ לאחר שלשים כי אמרה לא נבעלתי הוי ממש כמו שטענה אינו יכול דכי היכא דהתם לא היתה נאמנת אלא משום חזקה דאין האשה מעיזה ה"נ אינה נאמנת אלא מכח חזקה דאין האשה מעיזה והלכך לאחר נ' דאיכא נמי חזקה דלא מוקי אנפשי' אמרי' אוקי חזקה להדי' חזקה ואוקי מילתא בחזקתי' ואין בידינו לכופו. כן נ"ל ברור ודו"ק ועיין מ"ש לקמן סי' ק"ח סעיף ד' עוד מדיני מגו במקום חזקה:

יא) עוד כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וע"ל סי' רצ"ו אי אמרינן מגו במקום שטר כו' וע"ש שנתבאר דאמרינן מגו במקום שטר ונאמן לומר בשטר פקדון החזרתי במגו דנאנסו ולא

אמרי' שטרח בידך מאי בעי: ועתה אעתיק מה שכתב רבינו שמשון מקנון בעל התוספות בסוף ספר הכריתות שלו ואכתוב עליו מה שנראה לפי עניות דעתי.

וז"ל יען כי משפטי מגו מפוזרים בש"ס והם צריכים מאד בהרבה מקומות אמרתי לכתוב אשר השיגה ידי למען יהיו סדורים בפי:

יב) מגו במקום עדים לא אמרי' כדאמרי' בב"מ (דף פ"א) זיל באורחא דנרש דליכא מיא ולא תיזל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא כו' עד אין באורחא דנהר פקוד חזני ולא הוה ביה מיא דלא מהימן במגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי דהוי מגו במקום עדים וכבר כתבתי בזה לעיל אות ה'. ומוכח מכאן דאע"ג דליכא עדים שחייב רק בצירוף טענתו והעדאת עדים מתחייב ולא אמרינן מגו דהא הכא ליכא עדים דאזיל בארחא דנהר פקוד רק דאיכא מיא וכבר כתבתי זה לעיל סי נ"ח סעיף ג' ס"ק כ"ז ע"ש:

יג) מגו מממון לממון אחר לא אמרינן מהא דחמרינן (ב"מ דף ב') זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דמ"ד חציה שלי לא מהימן במגו דכולה שלי דהוי מממון זה לממון אחר דכל מגו שבש"ס הוי באותו ממון אלא שיש לו טענה טובה יותר ופעמים אמרינן מגו מממון לממון כי הא דאמרי' (ב"מ דף ג) מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע פי' להימני במגו דכופר הכל דהוי מממון לממון והטעם מפני שאינו תובע ממון רק להציל אותו מלפרוע כל תביעת חבירו. ומ"ש מגו מממון לממון אחר לא אמרי כו' כן הוא במרדכי רפ"ק דב"מ ובהגהת מרדכי שם בשם ר"ת דהיינו טעמא דחצי' שלי משום דא"א מגו מממון לממון מיהו איתא שם בהגהת מרדכי שריצב"א תירץ דלא אמרי' מגו להוציא דבחציה השני מוחזק זה כזה וכן הוא בתוס' רפ"ק דב"מ בשם ריב"ם ומשמע בהגהת מרדכי שם דלהאי תירוצא דלא אמרי' מגו מממון לממון אין אדם יוכל לעכב חפץ של חבירו נגד מה שחבירו חייב לו מיהו אנן לא קי"ל הכי אלא יכול לעכב חפץ זה תחת ממון אחר שחייב לו חברו במגו דאין ממון זה תחת ידי וכדאית בדוכתי טובי וכבר הארכתי בזה לקמן סי' ק"ן סעיף ד' ע"ש וא"כ לא קי"ל דאין אומרים מגו מממון לממון דאם הוא תחת ידו אמרי' מגו ואם הוא ביד חבירו אפי' באותו ממון יש פוסקים דלא אמרי' מגו להוציא ודו"ק:

יד) מגו לא אמרינן להוציא רק להחזיק מהא דמקשה בב"מ במאי גבי בהאי שטרא חספא בעלמא הוא ולהימני' במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא אלא טעמא דלא אמרי' מגו להוציא אלא להחזיק ומ"ש מהא דמקשה בב"מ כו' לא ידעתי מזה דבר בב"מ ואי ר"ל הא דקאמר התם בדף ז' ע"ב בשטר שאינו מקוים והלוה אומר פרוע שנאמן מאי טעמא חספא בעלמא הוא הא מאן קא משוי להאי שטרא לוה הא קאמר דפריעה א"כ

קשה מ"ש ולהימניה במגו דאי בעי אמר שטרא מעלי' כו' וע"כ נראה לי דטעות סופר הוא וצריך להיות מהא דמקשה בפרק הכותב במאי גבי כו' ורצה לומר דקאמר התם בד' פ"ז ע"ב היתה כתובתה אלף ואמר לה התקבלת כתובתך והיא אומרת לא התקבלתי ואינה אלא מנה נפרעת שלא בשבועה ופריך במאי גביא בהאי שטרא האי שטר' חספ' בעלמ' הוא אמר רבא באומרת אמנ' הית' ביני לבינך וכן כתבו התוס' והרא"ש שם ובמגו לא מהימנא דהוי מגו להוציא. וכבר כתבתי בס"ס פ"ג ס"ק ז' וט' ובסי' פ"ד סעיף ד' ס"ק ה' דהרמב"ם והרשב"א ושאר אחרונים חולקין על זה ע"ש:

טו) ומצינו מגו להוציא בברי ושמא גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה בכתובות (דף י"ב) . כלומר אע"ג דלא אמרינן מגו להוציא כשזה שבא להוצי' טוען ברי וחבירו שמא אמרינן מגו אף להוצי' כדאמרינן גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה כו' וכן כתב בהגהת מרדכי ריש בבא מציעא וז"ל ובמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרי' מגו להוציא כדאית' בכתובות גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת במגו אפילו להוציא מהאי טעמא עכ"ל ויש לדקדק אמאי לא תירצו דהתם כיון דשטר כתובה בידה אמרי' מגו להוציא ואין לומר דסבירא להו דאף בשטרא מעלי' לא אמרינן מגו להוציא דהא מוכח בהכותב (דף פ"ה ע"א) בבי סטראי דבשטרא מעלי' אמרינן מגו להוציא וכמו שכתבו התוס' והרא"ש ושאר פוסקים בכמה דוכתי וגם אין לומר דהתם מסתמא מיירי שאין כתובה בידה ונביא בתנאי ב"ד דהא מעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידה דמיא ואע"פ שאין לה כתוב' וכדאמרינן בספ"ק דמציעא (דף י"ז ע"ב) ונראה דהא דאמרינן דבשטרא מעליא אמרינן מגו להוציא היינו כשהמלוה יודע בודאי שחייב לו והשטר מעליא הוא מצד שממון שלו בידו הוא משא"כ הכא שהאשה לא הלותה לבעלה כלום ואי לאו שחייב לה משום כתובתה שחייב כל בעל לתת כתובה לאשתו לא היה חייב לה כלום והלכך אי הוה הבעל נמי טוען ברי לא היה אמרינן שגובה מתנאי ב"ד ואפי' היה הבעל כותב לה כתובה והיה אח"כ טוען ברי והיה אומר בשעה שכתבתי לה כתיבה טעיתי כי סברתי שהיא בתולה ועכשיו ברי לי שהיתה בעולה לא הי' מועיל לה מה ששטר כתובה בידה כיון שאין הבעל חייב לה כלום אלא מצד כתיבת הכתובה לכך הוצרכו לטעם שהיא טוענת ברי והוא שמא. כן נ"ל ברור ודוק. וכן מוכרח לומר בבית חדש בסי' זה סעיף י"ט שמתחלה הקשה אהך דמגו להוציא לא אמרי' מהך דפרק קמא דכתובות גבי משארסתני נאנסתי ותירץ דשאני התם שהיא טוענת ברי והוא שמא ואח"כ כתב דלא אמרינן מגו להוצי' אלא א"כ דאיכ' שטרא כו' וא"כ אמאי לא תירץ מתחלה בהך

דפ"ק דכתובות דאיכא שטר או תנאי ב"ד דכמאן דנקטא שטר' בידה דמיא אלא ודאי כמ"ש כן נ"ל:

טז) מגו במקום חזקה מבעי' לן גבי לא עביד אינש דפרע בגו זמניה ומבעי' לן בתר זמניה אי מהימן לומר פרעתי בגו זמניה מגו דאי בעי אמר פרעתי אחר זימני'. וכבר כתבתי בזה לעיל אות י' ע"ש:

יז) מגו לא מהני רק תוך כדי דבור כמו נשביתי וטהורה אני וכן אשת איש הייתי וגרושה אני וכן כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו אבל לאחר כדי דבור לא מהימני וכן פירש"י ויש להביא ראיה מהא דקאמר (כתובו' דף כ"ב ע"א) אשת איש הייתי וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת ופריך הא שוויה לנפשה חתיכא דאיסורא ופריך מדקאמר וחזרה משמע לאחר זמן רבא אמר וחזרה משמע לאלתר. ומ"ש מגו לא מהני רק תוך כדי דבור כו' הוא פשוט ומוכח בהרב' מקומות בש"ס ופוסקים וגם מוכרח מהך דכתובות גבי אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני כי אף מ"ש בסוף רבא אמר וחזרה משמע לאלתר ליתא בש"ס שלנו מ"מ מוכרח כן בש"ס מדקאמר והא שוויה לנפשה חתיכא דאיסורא אמר רבא בר רב הונא כגון שנתנה אמתלא לדבריה תניא נמי הכי אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת עד כאן והוא פשוט ועיין לעיל באות ח':

יח) מגו היכא דלא הוי אלא פירוש דבריו כמו את בתי נתתי לאיש הזה וקאמר סברא הוא אסר לה והוא שרי לה משמע אפי' לאחר כמה ימים וכן הוא בתוס' פ"ב דכתובות דף כ"ב סוף ע"א וע"ש:

יט) מגו דאי בעי שתק מהימן אפי' גבי עדים אע"ג דקשה לומר דשני בני אדם יסכימו לדבר אחד אפי' הכי גבי שתיקה איכ' למימר יסכימו לדבר אחר כדמשמע (כתובות דף י"ח) גבי כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו מגו דאי בעי שתקי. זה נתבאר לעיל סימן מ"ו סעיף ל"ז ס"ק צ"ו וע"ש ולשון ר"ש מגומגם במ"ש אפ"ה גבי שתיקה איכ' למימר יסכימו לדבר א' ומה שייך הסכמת חבירו בזה אלא אפי' לא יסכים חבירו מ"מ אם ישתוק הוא ולא יגיד אין כאן עדות:

כ) מגו דאי בעי אמר טענה אחרת גבי עדים לא אמרי' דאין לנו לומר שיסכימו שניהם לטענה אחת מהא דאמרי' (כתובות דף י"ח) לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינן נאמנים ולא אמרינן דמהימני לומר מחמת ממון מגו דאי בעי אמרי מחמת נפשות. כבר כתבתי זה לעיל אות ד'. וז"ל התוס' פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ג ע"ב) ויש מקשין היאך אמרי' מגו דיכלי למימר אהדרי'

ללוה כיון דשנים הם הא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה לא שנו אלא דאמרי אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים ומקשה התם ר"י אמאי לא יהיו נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון מגו דאי בעי אמרי אנוסים היינו מחמת נפשות ומתרץ ר"י דבשני עדים לא שייך לומר מגו שיהיו נאמנים במגו לפי שאין האחד יודע מה בדעת חבירו לטעון א"כ הכא אמאי נאמנים במגו ואומר הר"ר יעקב מקוצי דבטענות שנפטרים בה מממון כי הכא בטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר אחד ולכך אמרינן הכא דנאמנים במגו (מיהו לאחר דתקן רב נחמן שבועת היסת ליכא מגו כדאי' בש"ס שם) אבל בההיא דפרק האשה שנתארמלה דליכא דרא דממונא לגבי העדים התם ודאי אין נאמנים במגו כי אין עד יודע מה בדעת חבירו לטעון עכ"ל. ועיין לעיל סי ע"ב סעיף ל"ט ס"ק קנ"ח.

כא) מגו דאי בעי שתקי לא אמרי' היכא דיש לנו לומר שרצה לומר הך טענה מהא דאמרינן (כתובות דף כ"ג) ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה ועל כרחך מיירי דהיא בחזקת פנויה דאי בחזקת אשת איש למה לי הך דאמר לא נתגרשה בלאו איהו נמי לא מהימן לומר נתגרשה אלא ודאי מיירי דהיא בחזקת פנויה (ואפ"ה מאן דאמר נתגרשה לא מהימן למיעבדה א"א אי לאו משום דתרוייהו בא"א קמסהדי הלכך לא מהימן) ל"ל הילכך לא מהימן מאן דאמר לא נתגרשה למיעבדה אשת איש אי לאו משום דתרווייהו באשת איש קמסהדי ואפי' הכא לא מהימן מאן דאמר נתגרשה] בהאי מגו דאי בעי שתיק דשמא היה רוצה לפסלה מן הכהונה. וכן כתב הר"ן פ"ב דכתובות גבי הך דעד א' אומר נתגרשה דאע"ג דלא קיימא בחזקת אשת איש אלא אפומייהו דהני סהדי מ"מ לא מהימן לומר נתגרשה במגו דאי בעי שתיק דדילמא למיפסלה לכהונה קא אתי:

כב) מגו היכא דהטענה לא שכיחא לא אמרי' מגו דיכול לומר אותה טענה דהא גבי משארסתני נאנסתי בפרק קמא דכתובות דלרבן גמליאל לא מהימנא אע"ג דלכולי עלמא אית להו מגו והכא איכא מגו דמוכת עץ אני תחתיך ורבן גמליאל לית ליה האי מגו דלא שכיח וכן לכולי עלמא היכא דלא שכיח כלל. דברי רבינו שמשון צל"ע בזה וכמו שאבחר וגם לפי מה שכתבו התוס' בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע' ע"ב) וכן שאר פוסקים והטור והמחבר לקמן סי' ק"ח סעיף ד' דלא טענינן ליתמי החזרתי במגו דנאנסו משום דנאנסו לא שכיח מוכח דאף בטענה דלא שכיחא אמרינן מגו דהא איהו גופא אי טעין החזרתי נאמן במגו דנאנסו. מיהו לפי שטת הרמב"ן שהבאתי לקמן סי' ק"ח סעיף ד' דטענינן ליתמי החזרתיו במגו דנאנסו וכתבתי שם שכן עיקר יש לומר דאין הכי נמי דבדבר דלא שכיח לא אמרינן מגו ונאנסו שכיח וכן משמע לי מפשטא דש"ס

ר"פ המפקיד דאמרינן התם ש"ש שאמר נגנבה מקני ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה שואל שאמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא במאי הוה ליה למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיחא ע"כ משמע דנאנסו שכיחא ואע"פ שצריך לדחוק לדעת התוס' והטור והמחבר וסייעתם להכי קאמר מתה מחמת מלאכה לא שכיח' כלל מ"מ פשטא דמילת' לא משמע הכי. אך עדיין נ"ל להוכיח דאמרינן מגו אף בדבר דלא שכיחא ממה שכ' הרמב"ם פ"ב מהלכו' שכירו' דין י"ב והטור והמחבר לקמן סי' רצ"ו סעיף ב' דבשואל בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכה והרי מתה מחמת מלאכה לא שכיח' וכמו שהבאתי לשון הש"ס דריש פרק המפקיד ומכ"ש לפי מה דסבירא ליה להטור דנאנסו לא שכיחא א"כ לדבריהם צריך לומר דהא דאמרי' בריש פרק המפקיד מתה מחמת מלאכה לא שכיחא היינו דלא שכיח' כלל ואפ"ה סבירא להו לקמן סי' רצ"ו דהשואל נאמן במגו דמתה מחמת מלאכה הרי דאמרינן מגו אף בדבר דלא שכיחא: וגם קשה לי על מ"ש רבינו שמשון דלרבן גמליאל לא מהימנ' כו' דאדרב' הא אמרי' התם בפ' קמא דכתובות דלרבן גמליאל מהימנא ואף אם נגיה ר' יהושע במקום רבן גמליאל דרבי יהושע אית ליה התם דאינה נאמנת מ"מ לא משמע התם דטעמא דרבי יהושע הוי משום דמוכת עץ לא שכיחא ואדרבה אמרינן בריש פרק האשה שנתארמל' דהא דתנן ומודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי' הימנו שהוא נאמן קאי אהא דפרקין דלעיל הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' רבן גמליאל אומר נאמנת במגו דמוכת עץ אני תחתיך ר' יהושע אומר אינה נאמנת כו' ופלגינא עלך בההוא מגו דהתם ובההוא מגו דהכא מודינא לך מכדי האי מגו והאי מגו כו' הכא אין שור שחוט לפניך כו' ע"כ ובין לפירש"י שפי' שור שחוט לפניך שתובעו ובין לפי' התוס' שפי' שור שחוט לפניך דהרי אין לה בתולים מ"מ מוכח דטעמא דר' יהושע לאו משום דמוכת עץ לא שכיחא ואין להביא ראייה לדברי ר' שמשון מהא דר"פ המפקיד שהבאתי דשואל לא מקני ליה כפינא במגו דאי בעי אמר מתה מחמת מלאכה כיון דמתה מחמת מלאכה לא שכיח דשאני התם שהוא אומר אמת להכי לא אמרינן שיזכה בכפל בשביל שאם רוצה הי' משקר דלא רצה לשקר ולומר מלתא דלא שכיחא לכך אמר יותר ברצון האמת ולכך לא תקנו חכמים בזה שיהי' הכפל שלו אבל לעולם מי שטוען דבר ואין אנו יודעים אם אומר אמת אמרינן מה לו לשקר שאם כוונתו לשקר היה לו לשקר ולומר אותה טענה אף דלא שכיחא ודו"ק. וא"כ מ"מ דברי רבינו שמשון בזה צ"ע. ומצאתי בתוס' פ"ב דכתובות דף י"ח ע"ב שכתבו וז"ל וא"ת ולהימני' במגו דאי בעי אמרי אנוסים היינו מחמת נפשות ויש

לומר דאונס מחמת נפשות לא שכיח ועוד דבשני עדים לא אמרי' מגו כדפרישית עכ"ל ומ"מ נראה כוונתם לתירוצא בתרא וכן הריטב"א שם לא כתב אלא תירוצא בתרא לחוד וכן בתוס' פרק האיש מקדש (קידושין דף מ"ג ע"ב) לא כתבו אלא תירוצא בתרא וע"ש:

כג) מגו דהעזה לא אמרינן כי הא (ב"מ דף ד) דסלעין דינרין מלוה אומר ה' ולוה אומר שלש דלא מהימנינן ליה במגו במאי דאמר שלש במגו משום דהוי מגו דהעזה דפחות משתים לא מצי אמר דמיעוט סלעין דינרין שתים. והוא הדין במודה מקצת גופי' הוה ליה לאכוחי הכי דלא מהימן במודה מקצת במגו דאי בעי כפר הכל מה"ט דלא מעיז וכדאי' בש"ס ובתוס' פ"ק דבבא מציע' (דף ג' ע"א) ובכמה דוכתי מיהו דוק' הכא במודה מקצת וכי האי גונא משום דהוי מידי דכפירה אבל בעלמ' אמרינן מגו דהעזה וכמו שכתבתי לעיל אות ו' וכמו שכ' רבי שמשון גופיה לקמן אות כ"ט גבי שדה זו של אביך כו' ע"ש:

כד) מגו לא אמרינן היכ' דמשים עצמו רשע דאינו נאמן לומר לא אכלתי מגו דיכול לומר מזיד הייתי גבי אמרו לו שנים אכלת חלב (כריתות דף י"ח) וגבי פלוני רבעני לרצוני (סנהדרין דף ט) ולא מהימן במגו דאי בעי אמר לאונסי משמע מתוך אלה הדברים שאינו נאמן לומר דבר אחד אע"ג דלא משווי נפשיה רשיע' מגו דמצי למימר דבר דמשווי נפשיה רשיע' וכן להפך לא מהימן למשוי נפשיה רשיע' מגו דאי בעי אמר טענה דלא משווי נפשיה רשיע'. מ"ש גבי שנים אמרו לו אכלת חלב כו' אע"ג דחכמים פליגי התם בכריתות ואמרי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא כתבו התוס' שם דף י"א ובריש בבא מציע' דף ג' ע"ב וזה לשונו ואם תאמר והאיך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כדאמרינן בפרק קמא דסנהדרין גבי פלוני רבעני לרצוני וי"ל דאין נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להבי' חולין לעזרה ע"כ:

כה) מגו לא אמרי' היכא דבעי לאשבועי בהאי טענה דאמר מהא דאמר ואי א"ל פרעתיך ה"נ שאני הכא ע"י פלוני ופלוני דמהימני מגו דיכול לומר החזרתי ללוה יכול לומר למלוה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהבי ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ופרע ליה למלוה לשון זה מוטעה אבל הענין נכון והוא מהש"ס פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ג ע"ב) דאמרינן התם בשלוחין מגו דיכלי למימר אהדריני' ללוה יכולים למימר פרעין למלוה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהבי ליה כו' ונתבאר לקמן סי' קכ"א סעיף ט' ס"ק מ"ח ע"ש:

כו) מגו היכא שיודע שהוא אומר אמת שאם היה רוצה לשקר היה אומר טענה טובה מזה אבל היכא שנוכל לומר שאינו מתכוין לשקר ואולי אינו אומר אמת לא אמרינן

מגו שאם היה רוצה היה משקר כיון שנוכל לומר שאין דעתו לשקר ואולי אינו אומר אמת כי הא דאמרינן אמרה מת במטתו נאמנת במלחמה אינה נאמנת דאמרה בדדמי ולא מהימנא לומר במלחמה מת מגו דמת במטה והטעם כדפרישית זה נתבאר לעיל אות ט':

כז) מגו לא אמרינן היכ' דאיכא עד אחד שמכחיש דברי המגו אע"פ שאדם נאמן בשבועה להכחיש העד כיון שבדבריו מודה קצת לדברי העד וצריך שבועה בהאי מגו לא אמרי' מגו כגון ההוא דחטף נסכא ואיכא עד א' דחטף וקאמר אין חטפי ודידי חטפי דאילו אמר לא חטפתי נאמן להכחישו בשבועה אבל הכא דמודה דחטף תו ליכא למימר לא חטפתי דאי הוה אמר לא חטפתי היה צריך שבועה להכחיש העד מדאוריית' וכיון דלא מצי נפיק מידי שבועה דאוריית' לא אמרינן מגו ודין זה הוי בנסכא דר' אבא וטעמא דלא מהימן במגו דהא צריך שבועה אף למגו. וכן כתבו התוס' פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ד ע"א) בשם ר"י וע"ש באריכות ונתבאר זה לעיל סי' ע"ה סעיף י"ג ס"ק מ"ב ע"ש

כח) מגו אמרינן אף היכא דצריך שבועה דרבנן מגו דאי בעי אמר טענה מעליות' אעפ"י שבאותה טענות איכ' ש"ד כיון שבטענה שטוען ליכא אלא שבועה דרבנן מהא דאמרינן (בפרק המוכר את הבית ד' ע') המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי לך בשבועה מגו דמצי טען נאנסו והך שבועה דנאנסו הוי מדאוריית' פי' שבועת שומרים ואפ"ה מהימן בהאי מגו כיון שבטענה שטוען החזרתי לך לא שייכא שבועה אלא דרבנן אע"ג שבשבועת המגו אינו יכול לישבע נאנסו דהא אמר החזרתיו מכ"מ כיון דבאותו שבועה של החזרתיו מצי משתבע וקודם שאמר החזרתיו הוי מצי למימר נאנסו אמרי' מגו משבועה לשבועה משבועה דרבנן לש"ד ולא דמי להך דאמרינן והשתא דתקון רבנן שבועת היסת כ' דמשמע דאף בשבועה דרבנן לא אמרינן מגו לא דמי האי דלא הוי משבועה לשבועה דלא הוי מגו חשוב כיון שהוא טוען טענה שאינו צריך שבועה והמגו צריך שבועה לכך בהך לא אמרינן מגו אבל הכא דהטענה שטוען צריך שבועה וגם בטענת המגו צריך שבועה וטענת מגו מעליא טפי שאינו יכול להכריע אמרינן מגו: מה שכתב מגו אמרינן אף היכא דצריך שבועה דרבנן כו' זה נתבאר לקמן סי' קכ"א סעיף ה' ועיין מה שכתבתי שם בסעיף קטן נ"ב ומה שהשגתי על מה"ר שלמה לוריא וסמ"ע בזה: וגם בסי' רל"ו סעיף ב' כתבתי בזה והוכחתי כדברי רבינו שמשון והשגתי על הסמ"ע וב"ח שם והבאתי עוד ראיות לזה מדברי הרמב"ם והסמ"ג והמחבר שם סעיף ב' ושכן כתב הבעל המאור להדיא בפרק המוכר את הבית ד' קצ"ה ע"א ועוד משאר פוסקים וכן עיקר וע"ש:

כט) מנינו מגו אף בדבר שטענתו יותר טובה מטענת המגו פ"ב דכתיבות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו דנאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם ופיר"י ע"כ דמיירי בשתבעו וא"כ טענתו של מגו לא חשיבא כמו טענה של ולקחתיה ממנו דהא בטענה של ולקחתיה ממנו לא מצי הבן לישבע דלא ידע אם אומר אמת אבל בטענה שלא היתה של אביך מעולם ידע הבן באמת דהא מיירי בשתבעו. זה נתבאר לעיל אות ו' ע"ש:

ל) מגו לא אמרינן היכא דטענתיה לא ברירא למימר לפי שאינן רגילות כמו בטענה דטעיתי מהא דסוף פ"ק דגטין (ד' י"ג) הכהו גינאי דעברי חושבנא בהדי הדדי כו' עד לא פש לי גבאי ולא מידי פי' רבינו תם דבעי עדות ברורה אבל בלא עדות לא מהימן לומר טעיתי במגו והבי' ראייה מפרק שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א) דתנן מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אלמא לא מהימן לו' אין לך בידי כי טעיתי במגו דנתתיו לך אחרי ההודאה. אמת שכ"כ התוס' אבל כבר שדיתי נרגא בזה לעיל סי' פ"א סכ"ג ס"ק ס' עיין שם הארכתי בזה:

עד כאן לשון רבינו שמשון עם מה שכתבתי עליו

לא) עיין בתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס צ"ו וסי' ק"א דלא אמרי' מגו היכא שיש מחלוקת והיה צריך לומר קים לי כו' וכן הוא בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ט דף ק"מ סוף ע"א וע"ש:

לב) גם תדע דמצינו בכמה מקומות שדוחין המגו בסברא מועטת לכן צ"ע לדון דין מגו וכ"ש שאין להוציא ממון משום מגו אם לא בדבר שהוא דומה ממש כי בקל יש לחלק ביניהם דוק ותשכח. ושוב ראיתי בתשו' ן' לב כתב ג"כ מדיני מגו. וע"ש בספר הראשון אחר כלל כ' ואילך וספר שני בסופו וספר שלישי מדף פ"א ואילך דיני מגו:

סימן פג

סעיף א

ואפילו שתק כו'. כתב בסמ"ע הטור לא כתב דין זה ומשמע דלא ס"ל הכי עכ"ל ולא נהירא וכן משמע להדי' בב"ח ושאר אחרונים דהטור אינו חולק על זה ע"ש ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קכ"ה:

סעיף ב

וכן אם שלח כו' משמע דמיירי אפי' יש עדים בשעה שקבלם שליח וא"ל הולך או תן מנה זו לפלוני ואעפ"י דלקמן סימן קכ"ה ס"ג משמע דבכה"ג לכ"ע אין השליח יכול

לעכבם לעצמו כיון דלית ליה מגו וכמ"ש הבעה"ת והטור שם וכמ"ש שם בס"ק כ' ע"ש וליכא למימר דשאני הכא דידוע שהיה חייב לשליח דס"ס זיל בתר טעמא דהתם דאינו נאמן במגו דהחזרתי כיון דהולך כזכי אלא נרא' דשאני התם דמיירי כשאומר אח"כ אמת קבלתים מתחלה להוליכם לפ' אבל לא אעשה כן אלא אעכבם לעצמי והלכך כיון שמתחל' זכה בהם לפ' שוב אינו יכול לעכבם לעצמו אבל הכא איירי שאומר מעולם לא כוונתי לזכות בהם לפלוני רק מתחל' כוונתי בהם לעכבם לעצמי ומה ששתקתי שתתן לי המעות וכן משמע מל' תשובת רשב"א שמביא ב"י לעיל סי' נ"ח מחו' ה' שכ' וכשתבעו יודא אמר לא זכיתי מחמתך אלא מחמת חובי כו' וגם מהראי' שהביא הרשב"א שם מפ"ק דמציעא בדאמר תחל' משמע כן ע"ש מיהו דוקא בשידוע שחייב לו ואז יכול לעכבם אפילו קבל בעדים וכן משמע בלשון תשובת רשב"א שמביא ב"י לעיל סי' נ"ח ולקמן סימן קכ"ה וד"מ כאן שהיה ידוע שחייב לו דאל"כ אינו יכול לעכבם לעצמו אלא א"כ קבלם שלא בעדים או שהוא בענין שיכול לומר החזרתי מטעם מגו ודו"ק א"נ כשלא א"ל אלא צא ופרע לפלוני בעל חובי דכהאי גוונא לא הוי כזכי וכמ"ש לקמן סקכ"א ס"ק מ"ב בשם ראב"ן ע"ש:

סעיף ג

אקבלם לעצמי כו'. וכתב הע"ש אבל אם שלח ע"י שליח לשלם להרבה מלוין שלו ונתנם השליח לא' מהם או תפסם א' מן השליח מוציאים מידו וחולקים ביניהם ומביאו הסמ"ע וכ"כ הב"ח וכ' הטעם דמיד שאמר הלוה תן לזה כך ולזה כך קי"ל דתן כזכי וזכה השליח בשביל כל א' וא': עוד כתב הסמ"ע בביאור דברי הע"ש ע"פ תשו' הריטב"א שהבי' הב"י כאן בסי' זה דזכה אותו התופס בתפיסה והוא ללא צורך לפי מה שנתבאר לעיל סי' ל"ח סעיף א' ס"ק ו' ז' דליתנהו לדברי הריטב"א וע"ש:

סעיף ד

נתתים לך וע"מ כן קבלתם כו'. מוכח מזה דאם המלוה מודה דע"מ כן קבלם תו לא מצי לטעון סטראי וכן מוכח מתשו' הר"ן ומביאו ב"י לעיל סי' נ"ח ע"ש וכ"פ בפשיטות בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ו וסי' קי"ב ע"ש וכ' עוד שם דאם פרעו לוה ע"י שליח המלוה דנאמן הלוה בלא שבועה שפרעו לשליח על חוב זה אם אין השליח בפנינו כיון דהמלו' טוען שמא עיין שם ונרא' דמיירי כשמודה המלוה שעשאו שליח לגמרי לקבל על איזה חוב שירצה אבל אם אומר המלוה שלא שלחו רק סתם לקבל מעותיו יכול לומר אני לא הייתי מתרצה רק על חוב שאין בו ערב ואיהו שנתרצה וקבלו על חוב שיש בו ערב שינ'

מדעתי ולתקוני שדרתי ולא לעוותי וכדלקמן ריש סי' קפ"ב ונאמן המלוה בכך כיון שיש שטר בידו נ"ל ודו"ק ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' רכ"ז:

סעיף ה

אפי' היה קבלן קשה לי דהא לקמן סי' קכ"ט סעיף ט"ו פסק דקבלן חייב וי"ל דשאני הכא כיון שהמלוה מודה שקבל מעות ודוחק וגם הבעה"ת שממנו מקור דין זה ס"ל גם בעלמא כן וכמ"ש בסי' קכ"ט שם ע"ש וצל"ע:

סעיף ו

אם לא פרעו בעדים כו'. בזה שלא פרעו בעדים א"צ שיהי' לו שני שטרות אלא בשטר א' סגי אלא משום סיפא דפרעו בעדים כ' שיש לו שני שטרות:

סעיף ז

הוציא עליו שטר מקוים כו'. נשבע הלוה היסת ונפטר כתב בסמ"ע וז"ל ואפי' להיש חולקין שאומרים דאמרינן מגו להוציא וכמ"ש מור"ם בסי' פ"ב סעיף י"ב מודה הכא דאין המלוה נאמן לומר שטר אחר הי' לי ואבדתיהו במגו דאי בעי שתק ותבעו בשטר זה המקויים דשאני הכא כיון דהמלוה מודה דתחלת ביאתו לב"ד הי' לתבעו בשטר פסול ואין אומרים מגו אלא להוכיח מיני' שטענתו שטוען עליו מתחלה היא אמת וכ"כ התוספות ומהתימה על הע"ש שכתב כאן טעם שנשבע הלוה ונפטר משום דלא אמרינן מגו להוציא וכבר נתבאר בסימן שלפני זה סי"ב דיש פלוגת' בזה ודין זה הוא מן הש"ס ואף שבע"ש שם לא כתב דעת החולקין גם זה יותר תמוה וכמ"ש ע"ש ודוק עכ"ל ואני אומר יפה כוון הע"ש ודברי הסמ"ע תמוהין דע"כ לא כתבו התוס' בשם ר"י הכא טעמא דלא הוי מגו משום שמוכרח לשקר תחלה אלא לרב יוסף אבל לפי מה שפסק רב אידי בר אבין הלכתא ע"כ לא קאי האי טעמא אלא טעמא הוא משום דאין אומרין מגו להוציא דאי לא הוי מגו כיון שמוכרח לשקר תחלה א"כ אמאי פסק הלכתא כרבה בארעא וכ"פ כל הפוסקים וכמו שנתבאר לקמן סימן קמ"ו סכ"ה וכן כתבו התוספות שם להדיא (פ' חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב) ד"ה והלכתא בשם ר"י וז"ל ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא בארע' כרבה וכרב יוסף בזוזי משום דאמרי' מגו לאוקמי ממונא כו' וכ"כ הגהת מיי' פט"ו מטוען וע"ש וכן מוכח להדיא בהרא"ש שם ובפ' הכותב גבי פוגמת ופוחתת כתובת' ע"ש וכן הוא להדיא בפסקי מהר"מ רקנטי סי' רמ"ח ע"ש. וגם היש חולקין שבסי' פ"ב בע"כ ס"ל דמשום שהי' מוכח לשקר תחלה לא מבטלינן מגו דהא היש חולקין הוא הריב"ש סימן של"ו בשם האחרונים דס"ל דאמרינן מגו להוציא והם הרמב"ן והרשב"א ומביאם ה' המגיד פי"ד מה' מלוה במסקנתו דמפרשים הך עובדא דהכא בש"ס בשאין

השטר מקויים אלא שיכול לקיימו אחר כך ונחלקו רבה ורב יוסף אי מהני מגו כשאין מקויים עכשיו אבל כשהוא מקוים עכשיו ס"ל בהדי' דמהני מגו אף להוציא מן הלוה אע"פ שהי' מוכרח לשקר תחלה ע"ש ומוכח כן בה' המגיד להדיא וכן הוא בחדושי הרמב"ן פ' חזקת הבתים להדי'. וא"כ גם מה שהקשה הסמ"ע על הע"ש שהרי דין זה הוא מן הש"ס ל"ק מידי דבש"ס לא הוזכר שהשטר מקוים ויש חולקים מפרשים באינו מקוים (וע"כ השמיט בע"ש בסי' פ"ב היש חולקין משום דהיש חולקין ודאי פליגי ג"כ על הט"ו כאן וכאן הא סתמו המחבר והר"ב דלא כהיש חולקים ולדעת הר"ב צ"ל שסמך עצמו כאן אלעיל וכן כתב בד"מ להדיא דהרמב"ן והרשב"א חולקים על הטור והרמב"ם ע"ש) אבל הרמב"ם וט"ו דמפרשו לה במקוים ע"כ ס"ל דטעמא הוא משום מגו להוציא לא אמרינן וכמ"ש וכמבואר בתוס' והרא"ש והגה' מיי' שם וכן הוא להדיא בבעה"ת שער י"ז טעמא הכא משום דלא אמרינן מגו להוציא ולא הוזכר כלל שם האי טעמא שהי' מוכרח לשקר תחלה ע"ש. וכן משמע בדברי הרמב"ם בפי' המשנה שהבאתי לקמן בס"ק ט' ואין לישב דברי הסמ"ע דס"ל דגם למסקנת התוס' קאי האי טעמא שהי' מוכרח לשקר תחלה רק דמסקינן בהאי טעמא ובעלמא אמרינן מגו להוציא רק הכא כיון דאיכא נמי טעמא דמוכרח לשקר תחלה לא אמרי' מגו להוציא דא"כ אמאי השיג הסמ"ע על הע"ש כיון דגם לדידיה צריך לומר הכא טעמא דמגו להוציא לא אמרינן א"כ גם דעת הע"ש יכול להיות כן (ועוד דיש לדקדק עליו מלעיל סי' פ"ב ס"ב ולקמן סי' פ"ד סעיף ד' ודוק) ועוד דמוכח בתוספות ובהגה' מיי' שם כתבו דדוחק לומר דמשום ספיקא פסק רב אידי הלכה כרבה בארע' וכרב יוסף בזוזי אלא משמע דלגמרי פסק כרבה ולא מספק ואפי' עבד עובדא כרב יוסף לא עביד ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי משום דאמרי' מגו לאוקמי ממונא כו' וא"כ כיון דלא מספקא לרב אידי מידי בע"כ דהאי טעמא שהי' מוכרח לשקר תחלה לאו טעמא הוא כלל דאל"כ אמאי הלכתא כרבה בארעא דהא ליכא למימר דמספקא ליה לרב אידי אי טעמא מעלי' הוא ולכך לא מפקי' ארעא אלא ודאי פשיטא ליה לרב אידי דאע"ג שמוכרח לשקר תחלה הוי מגו מעלי' ולא איכפת לן בהאי טעמ' כלל אלא מטעם אחר פסיק בזוזי כרב יוסף משום דאין אומרין מגו להוציא ועוד דהא כתבו התוס' שם בשם ר"י וכ"כ הגה' מיי' שם וכן הבעה"ת שם והא דאמרינן בסטראי מגו להוציא שאני התם דאיכא שטרא מעלי' כו' ואם כדברי הסמ"ע הא מעיקרא לק"מ דהתם אינו מוכרח לשקר תחלה אלא ודאי כמו שכתבתי דלמסקנ' לא הוי טעמ' אלא משום דמגו להוצי' לא אמרינן וכ"כ הרא"ש שם להדי' במסקנ' דטעמ' הוא משום דלא אמרינן במגו לאפוקי ממונא ונמצא עלו דברי

הע"ש כהוגן ושלא כדת השיג עליו הסמ"ע ולבי אומר לי שהסמ"ע לא עיין בתוספות והרא"ש רק בב"י שמביא כן בשם ר"י אבל באמת לא הועתק בב"י רק תחלת דברי ר"י אלי"ב דרב יוסף אבל למסקנ' דש"ס לא ס"ל לר"י הכי וכמו שכתבתי:

סעיף ח

או אמנה או פרוע. כן הוא בטור:

סעיף ט

נשבע הלוה היסת ונפטר. כבר כתבתי בסמוך דלהרמב"ן והרשב"א ושאר אחרונים המלוה נאמן כאן במגו כיון שהשטר מקויים דמגו להוציא אמרינן ולא נחלקו כאן רבה ורב יוסף אלא כשהשטר אינו מקוים רם יועיל כשיקיימנו אח"כ כיון שמורה עכשיו שהשטר פסול: וראיתי בספר גידולי תרומה דף צ"ט כתב וז"ל וקשה לי טובא לסברת הרמב"ן והרשב"א שהבי' הרב המגיד כיון דבשאינו מקויים מיירי דבשעת הודאתו לא הי' שם מגו א"כ היכא מסקינן דבארע' הלכת' כרבה שהרי אין מקום לחייבו כלל שהרי כשהודה לא היה מקוים כו' ותו תמיה לי מילת' טובא דהא בפ' הכותב מוכח איפכ' בההיא דפוחתת כתובתה ופרכי' במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמ' ומשני באומרת אמנה היתה ביני לבינו כו' עד ומכל מקום דבריהם ז"ל צ"ע עכ"ל וכל דבריו תמוהין ולא ירד לסוף דעתם דמה שהקשה היכא מסקינן בארע' הלכתא כרבה שהרי כשהודה לא היה מקוים כו' תימה דאמאי מקשה ממסקנ' ה"ל לאקשויי ארבה גופיה מאי טעמיה הרי אין כאן מגו אלא ודאי לק"מ שאף על פי שעכשיו אינו מקוים מ"מ יכול לקיימו אחר כך וס"ל לרבה דכשיקיימו יהא נאמן על מה שטען כבר במיגו וכן מבואר להדיא בחדושי הרמב"ן פרק חזקת הבתים ע"ש: ומה שהקשה מפוחתת נמי לק"מ דהתם למסקנא דפ' ח"ה פריך (ולא פריך במקיימת עתה דהא פשיטא דנאמן להרמב"ן והרשב"א דאית לה מגו אלא) קס"ד דמיירי שכתובתה אינ' מקויימת ויכולה לקיימה אח"כ דליכא למימר שכתובתה היא אמת דא"כ היאך נעשה מכתובה ת"ק אלף זוז וע"כ פריך במאי גבי חספא בעלמ' הוא כיון שאינה מקויימת אי נמי ס"ד דבאומרת כתובתה מזוייפת וא"א לקיימה אח"כ ופריך אליב' דכ"ע משום דודאי א"א לו' דכתובת' היא אמת דא"כ היאך נעשה מת"ק אלף זוז להכי מוקי לה באומרת אמנה היתה ביני לבינו ולא בעי לאוקמי שהעדים טעו דא"כ היו עדים שקרים וניחא לי' לאוקמי דהעדים כשרים וכן מבואר להדיא בחדושי הרמב"ם פ' ח"ה שאחר שפירש שם פלוגת' דרבה ורב יוסף דמיירי שלא הי' מקוים ויכול לקיימו אח"כ כתב וז"ל והא דאמרי' בפ' הכותב גבי פוחתת כתובת' אמאי קא סמכת אהאי שטרא חספא בעלמ'

הוא הכי נמי בכה"ג הוא ואליב' דהלכת' מקשינן אי נמי אליבא דכ"ע מקשה דקס"ד דקאמר' כתובתי מזוייפת היא ואין עדים מצויין לקיימה דליכא מגו ואוקימנ' באמנה ביני לבינו ולא בעינן לאוקמ' במקויימת ופוחתת ממש דעבדו סהדי שקראי עכ"ל הרי כוונתו כמ"ש ואין ספק דאישתמיטתיה לבעל גידולי תרומה דברי הרמב"ן אלו וה"ה דהוי מצי לאוקמי במקויימת לפנינו ואומרת מזוייפת היא ולא היתה אלא ת"ק דנאמנת במגו אלא דאוקמה באמנה וה"ה בהך דחד דינא הוא ועוד לא שכיח שיהא שטר מזויף מקוים ממש להכי אוקמ' במלתא דשכיח. נמצא גם מה שכתב הבעל גידולי תרומה בסוף דבריו לדעת הרמב"ן והרשב"א דגבי פוחתת לא מהני לה מגו אף שהשטר מקוים כו' ליתא ואישתמיטתי' דברי הרמב"ן הנ"ל דמוכחי להדיא איפכ'. ולענין הלכה אין בידי להכריע בין אבות העולם ונראה לפע"ד דבכל גווני הוי ספיק' דדינא ונ"מ דאי תפס המלוה אפי' בעדים לא מפקינן מיניה כדין כל ספיק' דדינא ואפי' השטר אינו מקוים כשיקיימנו אח"כ נאמן על מה שטען כבר שהי' נאמן במגו כיון שעתה המלוה מוחזק וכן אי עבד הדיין עובדא והגבהו למלו' חובו מאי דעבד עבד וכן לקמן סי' קמ"ו סכ"ה גבי קרקע דאין מוציאין מיד הלוקח אפי' אין השטר מקוים לא מפקינן מיניה כשיקיימנו אח"כ כפי שיטת הרמב"ן והרשב"א וכ"כ הרב המגיד פט"ו מה' טוען וכ"כ הטור לקמן ס"ס קמ"ו אם הוא בענין שיכול לקיימו שהעדים שחתמו לו שקר יקיימוהו כו' ואע"ג דהטור מפרש הך עובדא במקוים נראה דס"ל דבין שהוא מקוים ובין שיקיימנו חד דינא אית להו וכ"מ בהרא"ש פ' חזקת הבתים ע"ש. וכן אי עבד הדיין והחזיק את המערער בקרקע או שהחזיק המערער מעצמו בקרקע והוא תחת ידו אע"פ שהי' השטר מקוים לא מפקינן מיניה. ואע"ג דהתוס' כתבו דמהדרינן עובדא היינו לפי פירושם שכתבו דלאו מספיק' פסק רב אידי הכי אבל אין פירושם מוכרח דנהי דבקרקע לא מהני תפיסה בספיק' דדינא ומוקמינ' לה בחזקת מרא קמא וכמ"ש בספרי תקפו כהן באריכות י"ל דהכא הי' נרא' לרב אידי סברתו של רבה יותר אלא שלא הי' בידו להכריע לכך פסק בקרקע כרבה ולא רצה לעשות מעשה להוציא מהלוקח נגד סברתו של רבה וזה דעת רשב"ם שכתב דמספקא לרב אידי הלכתא כמאן כו' וכן מוכרח לומר לדעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל דאמרי' מגו להוצי' וא"כ אמאי פסק רב אידי בזוזי כרב יוסף אלא ודאי היינו משום דמספק' ליה הלכת' כמאן ודו"ק וכן הוא להדי' בחדושי הרמב"ן וז"ל ונסתפק לבעלי הש"ס דין זה ואמרו שלא לעשות מעשה אלא היכי דקיימא תיקום כו' כן נראה לפע"ד: כתב הרמב"ם בפי' המשנה סוף שביעית אם טען הלוה השטר הוא אמנה והמלו' אומר אינו אמנה אלא מוקדם נשבע הלוה היסת ונפטר ולא אמרי' שהמלוה יהא נאמן במגו

משום דמגו להוצי' לא אמרי' ומביאו ב"י לעיל סי' פ"ב מחו' ח' וכתב דהיינו עובדא דפרק ח"ה דרב ורב יוסף ונראה דמיירי בהנך מוקדם שהזכיר הרמב"ם שם מקודם כגון כתב ללות ולא לוה או פרוע וחזר ולוה בו או נמחל שעבודו דבהך גווני פסל ליה הרמב"ם נמי שם משום מוקדם דבהנך השטר פסול לגמרי והשת' הוי כמו עובדא דפ' ח"ה אבל במוקדם ממש כיון דס"ל להרמב"ם דגבי מבני חרי וכדלעיל סי' מ"ג סעיף ז' א"כ לדברי המלוה השטר כשר לגבות מן הלוה עצמו ונאמן במגו כן נראה לפי עניות דעתי:

סימן פד

סעיף א

הפוגם כו'. וכתב ב"י בשם בעה"ת שאם פגמו בנו לא ישבע שהתקנ' שהתקינו בו התקינו ולא בבנו. עכ"ל ד"מ עכ"ל סמ"ע. ולפי ענ"ד דין זה צריך עיון דהיכי מיירי אי מיירי שטוען שפרע לבנו ובנו אומר פרעת לי קצתו א"כ מה לי פגמו הוא מה לי פגמו בנו דהא טעמא דפגם הוא משום דפרע דייק דמפרע לא דייק וא"כ מה לי הוא ומה לי אבוה ולכאורה הי' נרא' דמיירי שטוען שאביו אמר לו שנפרע קצת (דא"צ לישבע שלא פקדנו אבא אלא א"כ טוען הלוה אשתבעו לי כאלו לא פגמו שלא היו צריכים לישבע שלא פקדנו אבא אא"כ טען הלוה אשתבע לי וכדמוכח להדי' בש"ס פרק הכותב ופרק כל הנשבעין ונתבאר לקמן סי' ק"ח ס"ה וא"כ ה"ה בפגמו בנו) אך בר' ירוחם נתיב כ"ו ח"ג כתב דאף בכה"ג לא יפרעו היורשים אלא בשבועה ומביאו ב"י בקצרה לקמן סימן ק"ח סוף סעיף ח' ואביא לשונו לקמן:

אבל המעיין בבעה"ת יראה שלא כתב דין זה במקומו בשער כ"א גבי דיני פוגם רק בשער שני ח"א גבי מה שהיו יש מהמורים רוצים לומר דיורשים צריכים לישבע ג"כ שבוע' אין לי כתקנת הגאונים גבי לוה עצמו וכתב הוא עליהם וז"ל והאי סברא ודאי ליתא דכיון דשבועה זו תקנת' דבתראי הוא למאי דתקון תקון ולמאי דלא תקון לא תקון כדגרסי' בירושלמי גבי פוגם שאם פגמו בנו לא ישבע שהתקנה שהתקינו בו התקינו בבנו לא התקינו הלכך כו' עכ"ל ואם איתא דס"ל לבעה"ת שאם פגמו בנו ואומר נפרעתי קצתו או אבא אמר לי שנפרע קצתו לא ישבע ה"ל להביא דין זה במקומו בשער כ"א גבי דיני פוגם וגם עיינתי בירושלמי פ' הכותב גבי פוגם וליתא שם רק שאם פגמו ומת לא הפסיד בנו מטעם שתקנה שהתקינו בו התקינו בבנו לא התקינו ומשמע שם דר"ל לאפוקי דלא נימא כיון שפגמו אביו ומת יפסיד היורש או ישבע שיודע בבירור שלא נפרע השאר קמ"ל דלא אבל מזה שאם פגמו בנו לא מיירי בירושלמי שם כלל ע"ש

לכך נלפע"ד דגם הבעה"ת מיירי בהכי ולא הביא אלא ראיה שתקנה שהתקינו בבנו לא התקינו ולכך לא הביא דין זה בשער כ"א משום דכבר כתב כן בשם ש"ס דילן דפוגם שטרו ומת יורשיו נוטלין שלא בשבועה. וז"ל ירושלמי שם תני יורש שפגם אביו שטר חובו הבן גובה שלא בשבועה בזה יפה כח הבן מכח האב שהבן גובה שלא בשבועה ואב אינו גובה אלא בשבוע' אמר ר"א ונשבע שבועת יורש שלא פקדנו אבא שלא אמר לנו אבא שלא מצינו שטר זה בין שטרות פרועים רבי הושיעא בעא מתניתא דב"ש דב"ש אומרין נוטלת כתובתה ולא שותת א"ר יוסי תמן טעמא דב"ש הביאו בעלי ואני שותה ברם הכא בדין הוא אפי' אביו לא ישבע תקנה תקנו בו שישבע בו התקינו בבנו לא התקינו כיון שמת העמדת על ד"ת ע"כ בירושלמי ונ"ל דה"פ דר' הושיעא בעא דהך מתני' דתני הבן גובה שלא בשבועה וכי ב"ש היא ולא ב"ה דגבי סוטה פליגי ב"ש וב"ה גבי מת בעלה עד שלא שתת דסברי ב"ש נוטלת ולא שותת דבעינן והביא האיש את אשתו וליכא אע"ג דשמא זינתה גובה מספק דסברי שטר העומד לגבות כגבות דמי ולב"ה התם אינה נוטלת כתובתה וה"נ קאמר בש"ס דילן בשבועות ס"פ כל הנשבעים מת מלוה בחיי לוה הא מני ב"ש היא דאמר שטר העומד לגבות כגבוי דמי והיינו מטעמא דפרישית וכמו שפירש רש"י שם להדי' ע"ש ומשני רבי יוסי התם טעמא דב"ש משום הביאו בעלי ואני שותה ושטר העומד לגבות כגבוי דמי ובהא פליגי ב"ה וסברי דכיון דחייבת מן התורה אינו גובה מספק ולא כגבוי דמי ברם הכא בדין הוא אפי' אביו לא ישבע ולכן אפי' ב"ה מודו דתקנה שהתקינו בו התקינו בבנו לא התקינו כן נלפע"ד פי' הירושלמי וא"כ כיון שבירושלמי לא הוזכר שום חילוק כשפגמו בנו שלא ישבע וגם לא נמצא בשום פוסק לחלק בכך וגם כתבתי דגם הבעה"ת לא עלה על דעתו לפסוק כן ע"כ נלפע"ד דאף כשפגמו בנו צריך לישבע בין כשטוען הלוה פרעתי לך הכל והוא אומר פרעת לי קצתו צריך לישבע כדין פוגם שטרו אע"פ דלא א"ל אשתבע לי ובין שטוען הלוה פרעתי לאביך הכל והוא טוען אבא אמר לי שפרעת לו קצתו צריך לישבע שלא פקדנו אבא אע"ג דאלו לא פגמו לא היה צריך לישבע שלא פקדנו אבא אא"כ בדא"ל הלו' אשתבע לי (וכדמוכח בש"ס פ' כל הנשבעין ופ' הכותב דאין היתומים צריכים לישבע שלא פקדנו אלא כשבאין לגבות מן היתומים אבל לא ילוה עצמו) עכשיו שפגם שטרו צריך לישבע שלא פקדנו אבא גם נגד הלוה עצמו אע"פ דלא א"ל אשתבע לי וכ"כ ר' ירוחם במישרים נכ"ו ח"ג וז"ל יתומים שבאו ליפרע מן היתומים לא יפרעו אלא בשבוע' שלא פקדנו אבא ושלא אמר כו' ואם באו יתומים ליפרע מלוה עצמו ופגמו שטר ואמרו אמר לנו אבא שנפרע קצת או עד א' העיד אחר מיתת אביהם שהוא פרוע או שבאו ליפרע מנכסים משועבדים

לא יפרעו אלא בשבוע' בשום ענין ויתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבוע' בשום ענין עכ"ל וכן עיקר:

סעיף ב

אבל אם הוא תוך זמנו כו'. המ"מ פקפק בהאי דינא וק"ק על מור"ם למה לא כ' אדברי המחבר שיש חולקין שהרי הטור הביא דעת רבינו האי באחרונה שחולק ע"ז עכ"ל סמ"ע ול"נ עיקר כדברי מור"ם ואדרב' איפכ' קשי' לי על הטור אנה מצא כן בשם רבינו האי ואדרב' המעיין בבה"ת שער כ"א ובה' המגיד פי"ד מה' מלוה ומביאו ב"י לעיל סי' ע"ח יראה דמשמע דר' האי לא פליג רק בלקוחות אבל בפוגם שטרו וע"א מודה וע"ש:

סעיף ג

אא"כ טען הלוה ישבע לי וכ"כ עוד המחבר לקמן סעיף ה' גבי עד אחד ולא נהירא לי דכיון דקי"ל דתוך זמנו גובה אפי' מיתמי א"כ כ"ש כאן ועוד דאי כשטוען הלוה ישבע לי צריך לישבע אמאי גובה מיתמי נטעון להו דלמא הוה אבוהן טעין ישבע לי דכל מאי דמצי אבוהן למטען טענינן ליתמי אלא ודאי תוך זמנו נפרע שלא בשבועה בין בפוגם בין בע"א מעידו שהוא פרוע אפי' אומר ישבע לי וגם בסמ"ע השיג על המחבר בזה:

סעיף ד

כתוב בו פרעון ביני שיטי כו'. דין זה אף שהוא בטור מתשובת הרא"ש מ"מ חידוש הוא ולא נמצא בשום פוסק אחר ואלו הוה ס"ל להפוסקים הכי לא הוי שתקו מלחלק בהא. וגם נלפע"ד דאף הרא"ש והט"ו לא מיירי אלא כשהלוה מודה שבידיעתו כתב הפרעון בין שיטי ומטעם שכתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ז סי' י' [ס"ח סי' ט"ז] וז"ל דדוקא פרעון בע"פ דהורע כח בעל השטר דאמרינן כמו שהאמינו ופרע לו מקצת בע"פ והניח השטר אצלו ולא חש לכתוב הפרעון ביני שיטי גם אפשר שפרע לו הכל לכך הטילו חכמים שבועה על המלוה אבל אם נכתב פרעון ביני שיטי אין זה נקרא פוגם שטרו כי איננו תובע אלא מ"ש בשטר וכי היכי שהלוה כתב פרעונו בשטר אנן סהדי אם פרע לו יותר היה כותבו וראיה מהא דאמרינן בפרק הכותב אבעי' להו פוגמת כתובתה בעדים מי אמרינן אם אית' דפרעי' בעדי' הוה פרע לה או דילמ' אתרמויי אתרמי לי' ועד כאן לא קמבעי' אלא פוגמת בעדים דאמרינן בפרעון הראשון נזדמנו לו עדים ובפרעון השני לא מצא עדים ופרע בלא עדים אבל לכתוב ביני שיטי זהו בידו לעשות ואף אם הלוה והמלוה אינם יודעים לכתוב בקל ימצאו מי שיכתוב הפרעון ביני שיטי ולא שייך הכא אתרמויי אתרמי הלכך דבר פשוט הוא דאמרינן אם אית' דפרעיה ביני שטי הוה כתב ליה הלכך לא מיקרי פוגם שטרו עכ"ל הרי דעיקר טעמיה דכיון דבקל יוכל לעשות

לא שייך לומר אתרמויי אתרמי ליה והלכך אם אית' דפרע טפי נמי הוה כתב ליה וזה ל"ש אלא כשהלוה מודה שבידיעתו כתב הפרעון ביני שיטי ואז נראה דאין חילוק בין נכתב הפרעון ביני שיטי או מאחורי השטה או בקצתו אחר חיתום שטרו אע"ג דאי בעי מלוה גייז ליה מ"מ כיון דחשוב פרעון וכמ"ש לעיל סי' ס"ה סעיף כ' ס"ק ע"א שייך האי טעמא אם אית' דפרע לי' טפי הוה כתב לי' כמו שכתב זה דזהו דבר קל לעשות אבל כשהלוה טוען שהאמינו הכל ולא כתב שום פרעון על השטר רק שהמלוה מעצמו כתב קצת הפרעון ביני שיטי ה"ל שפיר פוגם ולא יפרע אלא בשבועה ועוד נראה לכאורה ראיה לזה מש"ס פ' ג"פ (דף קע"ב ע"א) ע"ש:

סעיף ה

הרי מודה שהעדים כו'. ואינו נאמן במגו דהוי מגו להוצי' כך כתבו התוס' והרא"ש פרק הכותב וכ"כ הע"ש וע"ש ולדעת הרמב"ם והרשב"א ושאר אחרונים שהבאתי לעיל ס"ס פ"ג ס"ק ז' נאמן כאן המלוה (ולפי מ"ש שם בס"ק ט' דהוי ספיק' דדינ' ואי תפס לא מפקינן מיניה ה"ה כאן וע"ש) וכן הוא להדי' בחדושי הרמב"ן פרק חזקת הבתים שם ודלא כבעל ג"ת דף פ"ט שר"ל לדעתם שכיון שאינו טוען שטר אחר היה לי גם הם מודים דאינו נאמן ולא דק ואישתמטתיה דברי הרמב"ן הנ"ל ע"ש:

סעיף ו

ונשבע הלוה היסת ונפטר אע"ג שיש בו נאמנות בשטר בכולו ובמקצתו אינו כלום שמאחר שהשטר חשיב כחרס הנאמנו' שבו לא מעלה ולא מוריד כך כתב הבה"ת שער כ"א סוף ח"ב וכך כתב המחבר לעיל ס"ס מ"ז.

סעיף ז

עד אחד מעיד כו'. לא יפרע אלא בשבועה עיין בכ"מ פכ"ד מה' אישות מה שפי' בדברי הרמב"ם וכתב דהא דתנן ע"א מעידו שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה היינו דוקא שהבעל או הלוה טוען ברי ואין דבריו נראין לי דכיון דקי"ל בטוענו ספק ע"פ העד צריך שבועה דכמו ששנים מחייבים ממון אף בשמא ה"ה באחד לענין שבועה וכמ"ש הרי"ף והמחבר לעיל סוף סי' ע"ה א"כ ה"ה הכא וכן משמע להדי' בתשובת הרשב"א שהביא הב"י לעיל סימן ע"ב מחו' כ"ד דלהרי"ף ה"ה בעד א' מעידו שהוא פרוע אף בשמא צריך לישבע וע"ש וכן עיקר:

סעיף ח

לא יפרע אלא בשבועה גם בזה אנן טענינן ליה שצריך לישבע (כלומר אף שלא אמר הלוה ישבע לי) ומיירי שאין כתוב בשטר נאמנות אפי' סתם דא"כ הוא נאמן נגד עד אחד

וכמ"ש בר"ס ע"א ע"ש עכ"ל סמ"ע וכבר השגתי על הסמ"ע בזה לעיל ר"ס ע"א ס"ק ב' וכתבתי דנאמנות סתם אינו מועיל נגד עד אחד. ע"ש:

סעיף ט

אם הוא תוך זמנו כו'. גם בזה כתב הטור שרבינו האי חולק וס"ל דאפי' בתוך זמנו צריך לישבע ע"ש עכ"ל סמ"ע וכבר כתבתי לעיל סק"ב דק"ל על דברי הטור אנה מצא כן בשם רב האי דאדרבה מדברי בעל התרומות והרב המגיד בשם רב האי משמע כהרמב"ם והמחבר וכן נראה עיקר:

סעיף י

אא"כ טען הלוה ישבע לי. כבר כתבתי לעיל ס"ק ג' דזה לא נהירא אלא אפי' טוען הלוה ישבע לי א"צ לישבע תוך זמנו:

סעיף יא

אין יורשיו גובין אותו. הכל תפסו על המחבר בזה וגם על תשוב' הרא"ש עצמו ק' וכבר האריכו הע"ש והסמ"ע בזה והב"ח כתב דתשו' הרא"ש והמחבר מיירי דמת לוה בחיי מלוה ודבריו דחוקים ועוד קשה א"כ בלא עד ובלא פוגם שטרו נמי אין יורשים גובים מ"מ לענין דינ' נראה עיקר כמ"ש הב"ח ואין לבדות חלוקים שאינם נכונים לדינא ויותר נכון שישארו דברי הרא"ש והמחבר בקושי' משנמצי' סברות זרות שאינן אליב' דהלכת' ואין כאן מקום להאריך בדין זה ועמ"ש לקמן סי' ק"ח סעיף י"ד כי שם ביתו:

סימן פה

סעיף א

ושמעון הוצי' שטר כו'. דוקא כשמוצי' שטר או מברר בעדים הא לאו הכי נאמן ראובן במגו דלא מכרתי לך ולא קבלתי ממך מעות כדלקמן סעיף ג' בהג"ה והוא מהמרדכי והגהת אשר"י פרק שני דייני גזירות וכן מוכח במרדכי פרק האשה שנפלו בדברי ראבי"ה שהביא שם שכתב וז"ל כל היכא דיהבי זוזי והדר שקלי אפי' רבנן מודו כו' ואם נפשך לומר הני מילי כשיש שטר או עדים שהחזיר לו את שלו ושמכר לו השדה אבל כי ליכא עדים יהא נאמן לומר עדיין חייב לי במגו הכא ליכא מגו דהוי מגו במקום סהדי שהרי הודה כשרצו לגזור חרם כו' ע"כ וע"ש:

סעיף ב

אחר שהגיע זמן פרעון של שטרו. וכתב ב"י סי' ע"ה מחודש ב' בשם תשובת רשב"א שמעון שהוצי' שטר על ראובן שחייב לו מנה וטען ראובן שהוא פרוע והראיה שלא כתב

חוב זה במזכרת נכסיו כשנשבע לתת מזכרת נכסיו לגבאי המס והשיב שהדין עם שמעון ואין ראיה במה שלא כתבו במזכרת המס דשמא שכחו ע"כ ומביאו ד"מ שם וכן בסמ"ע לעיל סי' פ"ב ס"ק מ"ז ואע"ג דלעיל סי' פ"א סכ"ח אינו יכול לטעון שכחתי כשנשבע שאני הכא שנשבע על כלל אמרינן שכח מהשאין כן התם שנשבע על דבר מיוחד ועוד יש לחלק בין שכח דבר גדול לדבר קטן כדאית' בתשובת הרא"ש שהבי' הטור סי' צ"ט סעיף ו' ע"ש:

סעיף ג

ואפי' שיש בו נאמנות. כתב הסמ"ע ואפי' האמינו כבי תרי נראה דלא מהני נגד חזקה זו דאנן סהדי דלא לכל ענין מהני נאמנות כבי תרי כמ"ש לעיל ר"ס ע"א עכ"ל ואף שכתבתי לעיל ס"ק א' דהיכ' דאית לי' מגו נאמן הכא לא שייך מגו דאי הוה אמר לא מכרתי לך הי' מכחיש עידי שטר המכיר' ולא הי' נאמן דאע"ג דהימני' כבי תרי היינו אלו היו עדים שפרעו והי מכחישם אבל להכחיש עדי' שיעידו על ד"א בזה לא הימני' וק"ל:

סעיף ד

וי"א שהוא נאמן. ולי נרא' דליכ' מאן דפליג בהא דחליצה לפסול שטר מקוים בטענת מזוייף משום הוכחה מה שאנו רואין בעין שאינו כן ומ"ש רש"י והר"ן והלה מוציא שטר מכירה ואומר שטרך מזוייף או פרוע שאלו הייתי חייב לך היה לך לגבות חובך כו' ר"ל שטרך איני יודע מה טיבו שבודאי איני חייב לך ושטרך מזוייף או פרוע הוא שאלו הייתי חייב לך כו' אבל אם טוען רק מזוייף לחוד פשיטא דאינו נאמן כיון שהוא מקוים ובעיר שושן כתב להי"א דנאמן לומר מזוף במגו דפרעתי וגם זה אינו נכון דכיון דהוא מקויים ה"ל כמגו במקום עדים ובספר גידולי תרומה שער ל"ד ריש ח"ג כתב דלרש"י לאו במקויים עסקינן דלא משמע ליה דבשטר שנתקיים בחותמיו תיהני טענה חלושה דמכר לו השדה לבטלו אלא בשאינו מקוים דדינא דשבקינא ליה בידו דהמלוה שאם ימצא אח"כ לקיימו יגבה בו אבל הכא דטוען הלוה ודאי מזוייף או פרוע הוא ושצריך לקרעו דמוכחא מילתא ממה שמכר לו השדה דאלו היה חייב לו ה"ל ליפרע את שלו ואהניא הך טענה למקרעי' כיון דאינו מקוים עכ"ל. וגם זה לא נהירא דהיכן נזכר זה בדברי רש"י שמבקש לקרוע השטר ועוד דנראה דרש"י מודה דאף במקויים יכול לטעון פרוע. וגם הדין שכתב שצריך לקרוע השטר כשטוען מזוייף אינו אמת דכיון שזה עומד ורוצה לקיים השטר שבקינן ליה בידיה וכשיקיימנו אח"כ יתברר שטענת הלוה לא היה כלום אלא העיקר בכוונת רש"י והר"ן כמ"ש ודו"ק:

סעיף ה

ואם עדיין לא הגיע זמן פרעון שטרו ובסעיף ג' יתבאר אפי' היה ביומא דמשלם זמניה מ"מ לא היה יכול לכופו לפרוע לי אז ביומו כ"כ הסמ"ע ואף שיש לחלק דהתם טעמא הוא כדאמרי' בש"ס דעביד אינש דיזיף ליומא אבל מאן לימא לן שמוכר אדם שדה ליומא מ"מ נראה עיקר כהסמ"ע ודו"ק ועיין מ"ש לקמן ס"ק י"ז:

סעיף ו

אפי' במקום כו'. כ"כ הטור ויגעתי למצוא מקור לדין זה ולא מצאתי וגם הוא תמוה מאד בעיני שהיאך יאמר היה לך לטרוף כו' שהרי היה יכול לסלקו במעות וא"כ יכול המלוה לומר אלו הייתי נוגשך היית מסלקני במעות כי אולי יש לך מעות או היית מוכר השדה לאחר והיית משלם לי ולא היית מוכר לי כלל לכך הוצרכתי לפייסך שתמכור לי והייתי מוכרח ליתן לך המעות מתחל' כיון שהוא מקום שנותנים המעות ואח"כ כותבים השטר ושאלתי לכמה חכמים ואמרו שהשכל נותן כן שהמלו' יוכל לטעון כן ואין לפסול שטרא מעלי' בסבר' זו דהיה לך לטרוף השדה כו'. וראי' לדברי מתשובת ריצב"א שבתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ל"ד על התובע מחבירו שחייב לו והלה אומר פרעתי וקנית ממני מעיל ולא רציתי להקיף לך כ"א ע"י ערב ואלו הייתי חייב לך ה' ללו' תנהו לי ברובי אפי' יש עדים במכר לו ולא א"ל תנהו לי בחובי אין כחו נגרע בכך ולא דמי להההיא דפ"ב דכתובות דמצי למימר לכ"ע היכי דיהבי זוזי והדר כתבי אלו הייתי חייב לך היה לך להפרע את שלך כשמכרת לי את השדה דהתם למה לו למכור שדהו כיון שקבל המעות שהוא חייב לו אבל כאן אם אמר תנהו לי בחובי הי' ירא שלא ימכור לו כלום עכ"ל ומביאו ב"י בקצר' במחודש א' ואף על פי שמדברי הרב בהג"ה נראה דס"ל דתשובת מיי' אייר' דוקא במטלטלים ומטעם שהיה מבריחם אין נ"ל כן דא"כ הל"ל היה ירא שיבריחם ומדכתב היה ירא שלא ימכור לו כלום משמע דר"ל אפי' לא יבריחם לא ירצה למכור לו כלים וה"ט שייך נמי בקרקע וכמ"ש: וראיתי בב"ח שכתב ג"כ על דברי הטור אבל במטלטלים לא מצי טעין לוה הכי כי יאמר לו מלוה חששתי שתבריח המטלטלים וכ"כ בתשו' מיי' ומביאו ב"י ונ"ל ראי' ברור' לזה מהא דתנן בפרק בתרא דכתובות עשאה סימן לאחר איבד את זכותו וקאמר עלה אביי לא שנו אלא לאחר אבל לעצמו לא אבד זכותו דאמר אי לא עבדי הכי לא הוי מזבין לה ניהלי עכ"ל ומ"ש לחלק בין קרקע למטלטלים כבר כתבתי דאין נ"ל כן גם מ"ש ונ"ל ראיה ברורה לזה כו' דבריו תמוהין דהא התם גבי עשאה סי' לאחר בקרקע מיירי וא"כ לפי דבריו שהוא ראיה ברורה מביא ראי' לסתור את דבריו ובאמת יש לדחות ראיה זו ע"ש וק"ל מיהו לענין דינא

נראה עיקר כמו שכתבתי ודו"ק. מיהו במקום שכותבים השטר ואח"כ נותנים המעות הדין אמת כמ"ש הטור והמחבר דיכול הלוה לומר אלו הייתי חייב לך איבעי לך לעכובי זוזא בפרעון חובך שהרי כבר היה שטר מכירה בידך:

סעיף ז

ראובן כו'. לפי שהטור והמחבר נמשכו בדינים אלו אחרי דברי בעה"ת והרמב"ן ודברי הרמב"ן הם בחדושיו ובספר המלחמות ואין דבריהם נראין לפע"ד על פי סוגית הש"ס לכן מוכרח אני להאריך ולהציע לפניך סוגי' הש"ס גם לברר שהרבה גדולי הפוסקים חולקים עליהם ולבאר הדברים על נכון. תנן בפרק בתרא דכתובות (דף ק"י ע"א) המוציא שט"ח על חבירו והלה הוציא שמכר לו את השדה אדמון אומר יכול הוא שיאמר אלו הייתי חייב לך היה לך להפרע את שלך כשמכרת לי את השדה וחכמים אומרים זה הי' פקח שמכר לו את הקרקע מפני שהוא יכול למשכנו ש"ס. שפיר קאמר אדמון באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כ"ע לא פליגי דמצי א"ל היה לך לפרוע את שלך כשמכרת לי את השדה כי פליגי באתרא דכתב שטרא והדר יהבי זוזי אדמון סבר איבעי ליה לממסר מודעי ורבנן סברי חברי חברי א"ל וחברא דחברך חברא א"ל מתני' שנים שהוציאו ש"ח זה על זה אדמון אומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני וחכמים אומרים זה גובה שט"ח וזה גובה שט"ח. ש"ס אתמר שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה רב נחמן אמר זה גובה וזה גובה ורב ששת אמר הפוכי מטרת' למה לי אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו דכ"ע עידית ועידית בינונית ובינונית זבורית וזבורית הפוכי מטרת' הוא כי פליגי דאית ליה לחד בינונית ולחד זיבורית רב נחמן סבר זה גובה וזה גובה קסבר בשלו הן שמין אתי בעל זיבורית וגבי' ליה לבינוני' דהוי גבי' עידית ואתי ההוא ושקיל זיבורית ורב ששת אמר הפוכי מטרת' למה לי קסבר בשל כל אדם הן שמין סוף סוף כי אתא ההוא בינונית דנפשי' קשקיל ולרב נחמן מאי חזית דאתי בעל זבורית בריש' ליתי בעל בינונית וליגבי זבורית וליגבי ניהליה דקדים תבעי' סוף סוף כי אתי למגבי' בהדי הדדי קאתו אלא לא צריכ' דאית ליה לחד עידית ובינונית ואית לי' לחד זבורית מר סבר בשלו הן שמין ומר סבר בשל כל אדם הן שמין תנן וחכמים אומרים זה גובה וזה גובה תרגמה רב נחמן אליב' דרב ששת כגון שלוה זה לעשר וזה לחמש היכי דמי אילימ' ראשון לעשר ושני לחמש בהא לימא אדמון אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני הא לא מטי זמניה אלא ראשון לחמש ושני לעשר היכי דמי אי דמט' זמניה מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זמניה מ"ט דאדמון לא צריכ' דאת' בההוא יומא דמשלם חמש מר סבר עביד איניש דיזיף ליומא ומר סבר לא עביד איניש דיזיף ליומא רמי בר חמא אמר הכא

ביתמי עסקינן דיתמי מיגבי גבי אגבוי לא מגבינן מנייהו כו' עד כאן סוגית הש"ס. וז"ל הבעל המאור עביד אניש דיזיף ליומ' ולמחר גבי האי דמט' זמני' ולכי מטי עשר שנין גבי נמי אידך ועשר שנין לאו דוק' דהוא הדין נמי בכי האי גוונא בזה לחמש וזה לחמש ושנויין אליב' דרב ששת אבל אליב' דרב נחמן אע"פ שהגיע זמן פרעון הראשון קודם הלואת האחרון לא הפסיד המלוה הראשון לפי שיוכל לומר לכך לויתי ממך שאגבה ממך בינונית ואגבה אותך זבורית והרי זה זריז ונשכר עד כאן לשונו. פירוש דפשיט' דהא דפריך היכי דמי אי דמט' זמניה מ"ט דרבנן כו' ואיצטריך לשנויי לא צריכ' כו' עביד אינש דיזיף ליומ'. והיינו דוק' לרב ששת אבל לרב נחמן אינו מוכרח דבלאו הכי לא קשה מידי ולא אצטריך להאי שנוי' דל"ל דהא דפריך היכי דמי אי דמטא זמניה כו' מגופ' דמתניתין פריך דא"כ הוה לי' להש"ס לקבוע האי קושי' לעיל מיניה מיד אחר המשנה ועוד מדקאמר היכי דמי אילימ' ראשון לעשר ושני לחמש כו' אלא ראשון לחמש ושני לעשר היכי דמי אי דמט' זימני' כו' משמע להדי' דדוק' אליב' דרב ששת דמוקמינן לה שלוה זה לעשר וזה לחמש פריך היכי דמי אי דמט' זימני' כו' ועוד מדקא' בתר הכי רמי בר חמא אמר הכי ביתמי עסקינן כו' משמע דהא דפריך היכי דמי אי דמט' זימני' כו' לא פריך אלא לרב ששת דאל"כ הל"ל מעיקר' רמי בר חמא אמר כו' ובתר הכי היכי דמי אי דמט' זמני' כו' (ואין לו' דהא דפריך אי דמט' זמניה מ"ט דרבנן פריך בין לרב נחמן בין לרב ששת והא דלא פריך היכי דמי לרב נחמן משום דלרב נחמן מיירי מתני' בלא מטה זמניה ולא קשי' לדידי' מ"ט דאדמון אבל לרב ששת פריך מ"ט דאדמון הא ודאי לית' וכמ"ש בחדושי כתובות שלי דאי אפשר כלל לומר כן) אלא ודאי הא דפריך אי דמט' זימני' מ"ט דרבנן פריך דוק' לרב ששת אבל לרב נחמן ניח' וא"כ צריך לפרש מ"ט ניחא לרב נחמן לכך כתב הבעל המאור אבל אליב' דרב נחמן כו' לפי שיכול לומר לכך לויתי ממך שאגב' ממך בינונית ואגבה אותך זבורית כו':

וראיתי בס' גי"ת ריש שער ל"ד דף קמ"ו ע"א שהי' תופס בפשיטות דהא דפריך היכי דמי אי דמט' זמניה פריך בין לרב ששת בין לרב נחמן והאריך בזה והקשה על הרמב"ם למה לא כתב דהיינו דוק' ביומ' דמשלם זמני' ע"ש ולא דק כלל ולא הרגיש בכל מ"ש דפשיט' דמוכח בש"ס דלא פריך אלא לרב ששת וכמ"ש וזה פשוט בין לבעל המאור ובין להרמב"ן וכמו שאבי' לשונו מיד אח"כ וכן הוא בדברי הריטב"א שהבאתי לקמן וכן הוא בחידושי מהרש"א והוא פשוט ול"ק מידי על הרמב"ם ודבריו נכונים וברורים וכמו שכתבתי לקמן. וז"ל הרמב"ן בספר המלחמות ושנויין אליב' דרב ששת אבל אליב' דרב נחמן כו'. לפי שיכול לומר לכך לויתי ממך שאגבה ממך בינונית ואגבה אותך

זבורית. אמר הכותב זאת הטענה כמה היא חלושה שהרי אף על פי שלא לוה ממנו הי' גובה בינונית שלו ואם לוה כדי להגבותו זבורית אין דרכן של בני אדם ללות כדי למכור נכסיהן לא זבורית ולא בינונית דאי לא תימא הכי מכר לו השדה באתר' דיהבא זוזי והדר כתבי שטרא היאך יכול לו' הי' לך לפרוע את שלך לימא לי' רצוני למכור לך אותו שדה זבורית שהי' לי כשאפרע ממך במעות או בבינונית בשיש לו כולן ולא למשכנו עליו נתכוין ועוד שאף מאיש אחר הי' לו ללוה להגבותו זבורית שלו כיון שאין לו עידי'. ועוד דלרב ששת נמי יכול לו' מתחלה כשלויתי ממך לכך היתה כונתי שאגבה בינונית ואמכור אותם בדמים מרובים קודם זמן פרעון הלואתך ואח"כ אגבה אותך זבורית שלי ולמה יפסיד ועוד דאי הכי לרב ששת נמי משכחת לה כגון דאית לשני עדית ואית ליה להראשון זבורית דאמר ליה לכך לויתי ממך כדי שאגבה ממך עידית מעתה שהרי הגיע זמני ואגבה אותך זבורית שלי לכשיגיע זמנך והרי זה זריז ונשכר וגובה עכשיו עידית ומגבהו לאחר זמן זבורית ולימא דטעמ' דאדמון משום דכיון דמהשת' יכול לגבותו עידית מעולם לא לוה כדי להגבותו זבורית שאין אדם עשוי ללות כדי למכור את שלו ומסתייה לאדמון בהאי טעמא ולמה לי' לרב נחמן לתרוצי בשלוה זה לעשרה וזה לחמשה דליכ' רווחא אלא משום אקדומי פרעונא אלא ש"מ שאין טענה זו כלום ושנוין אליב' דרב ששת הוא ודאי דלרב נחמן סיפא דמתני' כרישא דאוקימנ' באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי ובין הגיע זמן ובין לא הגיע זמן יכול הראשון לומר לכך לויתי ממנו שאוכל למשכנו באותו הלואה שלויתי ממנו ומ"מזה גובה וזה גובה הואיל ולשם הלואה קיבל דומיא דמכר לו השדה שמכירתו קיימת אע"פ שאותה מכיר' היתה כדי למשכנו עלה הואיל ולא מסר מודעא ואם תאמר א"כ לרב ששת נמי לוקמא בדמטא זמניה ובאתר' דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי בשלוה זה לעשר וזה לחמש א"כ מאי קמ"ל היינו רישא אבל לרב נחמן קמ"ל בשלו הן שמין ולפיכך השמיט רבינו הגדול (הוא הרי"ף) ז"ל הך אוקמת' דרב ששת וכתבה למתניתין סתמא דמתוקמ' כי ריש' באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי ואי באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ומטא זימני' כולי עלמ' לא פליגי דיכול לומר היה לך לפרוע את שלך וכיון שכתבה להההוא מילת' ברישׁ' תו לא אצטרך למכתב בסיפא אבל לוה מני' ביומו דמשלם זימני' צריך תלמוד לפי שלא כתבו רבינו הגדול ז"ל משום דאליב' דרב ששת אתמר עד כאן לשון הרמב"ן. ואחריו נמשכו הר"ן והבעה"ת שער ל"ד והטור והמחבר: (הגה ומ"ש הר"ן שם וכמ"ש בעה"מ קאי אלעיל ור"ל דלא מצי אמר לכך נתכוין וכמ"ש הבעל המאור כו' ולא כב"י שהבין דקאי אלמט' שכ' על דברי הטור כ"כ הר"ן בשם בעה"מ כו' ולא דק דאדרב' דעת בעה"מ הוא להיפך וע"ש ע"כ

הגה): ולפי ע"ד דברי בעל המאור מוכרחים ועיקר ודברי הרמב"ם אינם נראין לפע"ד ובתחלה אשיב דהא גם הרמב"ן מוכרח להודות דהא דפריך היכי דמי אי דמטא זמניה מ"ט דרבנן דוק' לרב ששת פריך הכי אבל לרב נחמן ניחא ליה וכמו שהוכחתי למעל' וכמו שכתב הרמב"ן גופיה בסוף דבריו ושנויין אליב' דרב ששת הוא ודאי כו' וא"כ מה שפירש הרמב"ן בזה דהא פריך לרב ששת ולא לרב נחמן היינו משום דלר"נ סיפ' דמתני' כריש' דאוקימנ' באתר' דכתבי שטרא כו' אבל לרב נחמן קמשמע לן בשלו הן שמין כו' לא נהיר' מכמה טעמים חדא דהיאך אפשר דכול' מתניתין דסיפ' לא אצטריך אלא כדי לאשמועי' דבשלו הן שמין דהא לא תלי' כלל בפלוגת' דאדמון ורבנן ומה ענין בשלו הן שמין לפלוגתייהו דאדמון ורבנן ועוד דלא הוה ליה למיתני פלוגת' דאדמון ורבנן כלל בסיפ' אלא הוה לי' לאשמועי' האי דינ' דבשלו הן שמין לחוד ועוד דעיקר החידוש שהוא בשלו הן שמין לא ביאר התנ' בשלמ' אי עיקר מילת' דמתניתין היא לאשמועי' רבות' בפלוגת' דאדמון ורבנן ניחא הא דלא ביאר התנ' דבשלו הן שמין דלא עסיק בהכי ודין זה פשוט לו בלאו הכי אבל אי נימ' דעיקר מילתי' דתנא משום הכי הוא תיקשי דהוה ליה לפרושי בהדי' דבשלו הן שמין ולא לכתוב דין זה ברמז בלישנ' דזה גובה וזה גובה: ועוד דלדברי הרמב"ן הא דפריך אי דמטא זמניה מאי טעמ' דרבנן היינו משום דיהבי זוזי איבעי' ליה לעכובי זוזי ופשט' דמלת' לא משמע הכי אלא משמע דפריך דאף שלא קבל המעות הי' לו לתובעו כיון דמטא זמני' וכן פירש"י להדי' וז"ל מאי טעמ' דרבנן דמכשרי שטרו של מלוה ראשון הרי הגיע זמנו והי' לו לתובעו ולא ללות דעבד לוה לאיש מלוה עכ"ל וכן הוא להדי' דעת הרמ"ה שהבי' הטור וכמו שכתבתי לקמן ועוד אוכיח כן לקמן בראיות וא"כ הדרא קושי' לדוכת' דאמאי לא פריך הכי אף לרב נחמן דאפי' תימ' דמיירי מתני' באתר' דכתבי והדר יהבי מ"מ מאי טעמ' דרבנן הי' לו לתובעו כיון דמט' זמניה וא"כ בעל כרחך צריך לפרש כמו שכתב הבעל המאור דלרב נחמן לא קשיא לפי שיכול לו' לכך לויתי ממך שאגבה ממך בינונית ואגבה אותך זבורית כו'. ופשט' דסוגיא מוכח' הכי דלפי דברי הרמב"ן חסר פלפול ארוך מן הש"ס דלרב נחמן מיירי מתני' באתרא דכתב. ברישא ואתא לאשמועי' בשלו הן שמין אבל לרב ששת מאי קמשמע לן אלא ודאי מיירי באתר' דיהבי וקשיא מאי טעמא דרבנן וכל זה אינו במשמעות הסוגיא כלל אלא ודאי העיקר כהבעל המאור. וכן ראיתי בהריטב"א פרק שני דייני גזרות שכתב וז"ל ואי דמט' זמניה כו' מאי טעמא דרבנן דבשלמא לרב נחמן כיון דסבירא ליה זה גובה וזה גובה טעמא דרבנן דיכול לומר כי בשביל כך לוה ממנו שיגבה ממנו בינונית והוא לא יתן לו אלא זבורית שלו כו': ומעתה כיון שהוכחתי שדברי בעל המאור הם פשוטים

ומוכרחים בסוגיא מעתה כל מה שהקשה עליו הרמב"ן לא על הבעל המאור תלונה זו אלא על הש"ס עצמו אכן נלפע"ד ליישב כל מה שהקשה הרמב"ן בטוב טעם ודעת ועתה אשיב על דבריו על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון. מ"ש הרמב"ן זאת הטענה כמה היא חלושה כו' הלא זאת הטענה מוכרחת בש"ס וכמ"ש ואיך נאמר שהיא חלושה. ומ"ש שהרי אע"פ שלא לוה ממנו הי' גובה בינונית שלו כו' לאו מילתא הוא לפע"ד דאנן הכי קאמרי' דלא תימא דזה יפסיד שטרו משום שלוה ממנו ואלו הי' חייב לו הי' ליפרע ממנו ואהא קאמרינן דלכך לא נפרע ממנו משום דעד השתא שעבודא אית לי' עלה דבינונית דיליה ואלו הי' נפרע ממנו לא הי' יכול לגבות ממנו כלום ולכך לא רצה להפרע ממנו כדי שיהיה שעבודו על בינונית קיים והוא יגבה ממנו זבורית בעד הלואתו דהשתא לית ליה פסיד' דסוף סוף מעותיו הן אצלו בידו אלא שנתן לו שטר אחר כנגדו וזה עשה בשביל שיהיה שעבודו על בינונית קיים והוא יגבהו זבורית ובזה נדח' ג"כ מ"ש דאי לא תימ' הכי מכר לו את השדה באתר' דיהבי זוזי כו' לימא ליה רצוני למכור לך אותו שדה זבורית כו' והא לאו קושיא היא דא"כ מי שיש לו שטר על חבירו וכי לעולם לא יתבע אותו כדי שיהי' שעבודו קיים על בינונית אלא ודאי לא אמרי' הכי אלא כשיש לו כנגדו מעותיו בידו וכמו שכתבתי הא לאו הכי פשיטא שיש לתובעו חובו ואין מניחים מעות ביד לוה בשביל שיהא שעבודו על בינונית קיים והתם נמי במכר לו השדה הי' לו להפרע ממנו דליכא למימר שהניח מעותיו בידו כדי שיהי' שעבודו קיים על הבינונית דכי לעולם לא יוצי' חובו ויניח מעותיו אצלו ובהא ליכ' למימר דסוף סוף מעותיו הם אצלו בידו כנגדו שהרי בעד המעות נתן לו את שדהו ויש לזה שדה כנגד המעות משא"כ בלוה ממנו דס"ס יש בידו מעות שהלוה אלא דנייר' בעלמ' מסר ליה דהיינו שט"ח על המעות ובהא שפיר אמרי' דלא רצה להפרע ממנו כדי שיהי' שעבודו קיים על הבינונית ומסר ליה שטר חוב דהוא נייר בעלמ' כדי שיגבהו אח"כ זבורית שלו. ואלו דברים ברורים הם לפי עניות דעתי: ומה שכתב ועוד שאף מאיש אחר היה לו ללות כו' אין זה קושי' דמה לי איש אחר ומה לי הוא ועוד דזה מצוי להלוות לו יותר מאיש אחר לפי שעשה לו טובה והלוהו יעשה לו טובה ג"כ וילוהו כמו כן ועוד דמאיש אחר כשיתבע האיש אחר חובו יצטרך ליתן לו זבורית שלו בעל כרחו או לשלם לו אבל כשלוה מזה אם ירצה יחזיר לו שטרו ויצא זה כנגד זה. תדע דהא גם להרמב"ן תיקשי לרב נחמן אי דמטא זמניה מ"ט דרבנן דאע"ג דמיירי באתרא דכתבי והדר יהבי ה"ל ללות כן מאיש אחר ולמה לוה מזה אלא ודאי צ"ל כמ"ש הרמב"ן גופיה בסוף דבריו דלרב נחמן סיפא דמתניתין כריש' כו' יכול הראשון לומר לכך לויתי ממנו שאוכל למשכנו באותה

הלואה שלויתי ממנו כו' וא"כ ה"ה הכא יכול לו' לכך לויתי מזה ולא מאחר כדי שאוכל למשכנו באותו הלואה שלויתי ממנו כלומר שאם הייתי לוה מאחר הייתי מוכרח לשלם לו או ליתן לו זבורית שלי בעל כרחי לכך לויתי מזה כדי שיהי' הברירה בידי שאם ארצה אמשכנו בחובי ואתן לו שטר חוב שיש לי עליו ויצא זה בזה וכמ"ש אלא שאין טענה זו לבדה מספקת דמ"מ ה"ל לתבעו ולהוצי' חובו ולא להיות עבד לוה לאיש מלוה כלל וכמו שפירש"י וכ"ש באתרא דיהבי והדר כתבי דה"ל לעכובי זוזי בפרעון חובו ולא ללות כלל להיות עבד לוה לאיש מלוה בחנם אם לא מטעם דרב נחמן דזה גובה וזה גובה הלכך לא רצה להפרע ממנו כדי שיהי' שעבודו הראשון עדיין קיים על הבינונית והוא יגבהו זבורית שלו ומה שלא לוה מאיש אחר הוא כדי שיכול למשכנו בעד חובו כשירצה וכמ"ש וגם זה ברור: ומ"ש ועוד דלרב ששת נמי יכול לומר מתחלה כשלויתי ממך לכך היתה כוונתי שאגבה בינונית ואמכור אותו כו' וכן מ"ש ועוד דאי הכי לרב ששת נמי משכחת לה כגון דאית ליה לשני עידית כו' כל זה לא קשיא מידי לפע"ד דאנן הכי קאמרינן שזה לא רצה להפרע כדי שיהיה שעבודו הראשון על הבינונית קיים כבראשונה ואף שצריך למעות הוא לוה ממנו ואינו רוצה לבטל שעבודו שאם יזדמן שיפרעו ביחד מזה ירויח בזה שנשאר שעבודו קיים שיגבה בינונית ויתן לו זבורי' אבל דניחוש לרמאי שיעש' כן שיגבה בינונית מיד בעל כרחו של זה וימכור אותם או שיגבה עידית מיד בעל כרחו של זה והוא לא יוכל לגבות ממנו עד לאחר זמן הא ודאי ליתא דאטו בשופטני עסקינן שהוא ילך עמו ברמאות והוא לא ירגיש ברמאות שלו וילוהו לעשר שנים ונמצא שזה יוכל לנגשו מיד ולהוציא ממנו שדותיו בעל כרחו והוא לא יוכל לגבות ממנו עד לאחר זמן אלא ודאי השטר הראשון הוא פרוע אבל לרב נחמן ניחא דליכ' כאן שום רמאות כלל דכמו שהי' מתחלה שעבודו על הבינונית כן הוא שעבודו עתה ואינו עושה בהלוא' זו שום רמאות שאינו רוצה לכלות את שעבודו הראשון ומכניס את עצמו בשעבוד כדי שאם יזדמן שיהי' לו בשעת הפרעון זבורית ולחברו יהיה בינונית ירויח בזה ולוה הראשון נמי ניחא ליה בהכי דהא אפשר שיהיה ג"כ להפך שיהיה לו בשעת הפרעון רק זבורית וללוה השני יהיה בינונית וירויח הוא בזה וגם זה ברור ודוק:

ומ"ש ושנויין אליבא דרב ששת כו' אבל לרב נחמן קמשמע לן בשלוהן שמין כו' כבר סתרתי דברים אלו בכמה סתירות:

ומ"ש ולפיכך השמיט רבינו הגדול ז"ל הך אוקמת' דרב ששת כו' זה לא נהירא לפענ"ד דדעת הרי"ף כדעת בעל המאור מכמה טעמים חדא זה דוחק דסמך על מה שכתב ברישא ועוד דלא נהיר' לומר דהמשנה אשמועי' בשלו הן שמין וכמו שכתבתי לעיל

ובפרט שמביא הרי"ף מיד אח"כ פלוגתא דבשלו הן שמין ואיך נאמר שהרי"ף סובר שכל המשנה מיותרת ואינה אלא לאשמועי' דבשלו הן שמין ועוד דא"כ לא הו"ל להרי"ף להביא המשנה השניה כלל שהרי היא מיותרת לגמרי דמלבד הדוחק של הרמב"ן דהתנא אשמוע' בשלו הן שמין קשה על הרי"ף דבשלמא על התנא גופא יש לומר דאשמועי' הך דרב נחמן בשלו הן שמין אבל הרי"ף שכ' להדי' דקיי"ל כרב נחמן דבשלו הן שמין א"כ למה הביא המשנה כלל ועוד דא"כ הו"ל להרי"ף מ"מ להביא הך דינא דביומא דמשלם זמניה דעביד אינש דיזיף ליומא דנהי דאליב' דרב ששת אתמר מ"מ לא חזינן דפליג רב נחמן בדינא בהא ארב ששת אלא ודאי דעת הרי"ף כבעל המאור וא"כ המשנה השני' מיירי אפי' באתרא דיהבי והדר כתבי דמצי אמר לויתי ממך בשביל זה גובה וזה גובה ולכך לא כתב הך דינא דביומא דמשלם זמניה דהך דינא לא שייך כלל אליב' דרב נחמן דדוק' אליב' דרב ששת דבמטא זמניה בכל ענין הפסיד שטרו משום דאמרי' היה לך ליפרע מחובך אצטריך האי דינא דביומא דמשלם זמניה לא הפסיד שטרו לרבנן מטעמ' דיזיף איניש ליומא אבל לרב נחמן דאפי' מטא זמניה לא הפסיד שטרו משום דמצי אמר עשיתי בשביל זה גובה וזה גובה א"כ כ"ש דביומא דמשלם זמניה מצי למימר הכי וגם זה ברור. ומעתה כיון שהוכחתי שדעת הרי"ף כהבעל המאור א"כ גם דעת הרא"ש מוכרח כן שהרי גם הוא כתב כדברי הרי"ף. וכבר בררתי למעלה שהעיקר כדברי בעל המאור וכן הוא דעת הריטב"א ודעת רש"י והבאתי לשונו לעיל שפי' דהא דפריך אי דמטא זמני' מ"ט דרבנן דמכשרי שטרו של מלוה ראשון הרי הגיע זמנו והיה לו לתובעו כו' אלמא דמיירי אפי' בכתבי והדר יהבי דפריך היה לו לתובעו וא"כ תיקשי דלפריך הכי לרב נחמן אלא ודאי כמ"ש הבעל המאור: וכן מוכח דעת הרמ"ה שהביא הטור שכ' ז"ל ל"ש באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ל"ש באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי יכול לומר לו היה לך ליפרע מחובך ולא דמי למוצי' שטר חוב על חבירו ומכר לו השדה דבאתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי שאינו יכול לומר אלו הייתי חייב לך היה לך ליפרע מחובך שיכול לומר חששתי שמא תוציא המעות ולכך מכרתי לך השדה שאוכל למשכנך אבל הכא אפי' באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי יכול לומר לו היה לך ליפרע מחובך עכ"ל והוא היש מי שאומר שהביא המחבר וא"כ לדידיה נמי תיקשי הא דפריך אי דמט' זמניה מה טעמ' דרבנן אמאי פריך הכי לרב ששת לפרוך נמי לר"נ דהשתא ליכא למימר כמ"ש הרמב"ן אלא ודאי ס"ל כמ"ש הבעל המאור: מיהו פשיט' דהרמ"ה לא כתב כן אלא בפירוש' דסוגי' דשמעת' לרב ששת אבל לרב נחמן לא נפקא מינה בזה דנהי דאינו יכול לומר שעשיתי כדי למשכנו מכל מקום יכול לומר עשיתי בשביל זה גובה וזה גובה

וכמו שכתבתי ואם כן קשה על הטור והמחבר היאך כתבו בשם הרמ"ה דבכל ענין יכול לומר הי' לך ליפרע כו' ועיין מ"ש לקמן ס"ק י': ובאמת נראה כן עיקר ומוכרח בש"ס דאי לאו טעמ' דעשיתי בשביל זה גובה וזה גובה הי' יכול לומר הי' לך ליפרע מחובך וכסברת הרמ"ה ולא כהי"א שהביא הטור והסכים עמהם והוא הרמב"ן וסייעתו דהא במתני' קמיית' קתני טעמא דחכמים שזה הי' פקח שמכר לו את הקרקע מפני שהוא יכול למשכנו דאלמ' דאי לאו שהי' פקח שיכול למשכנו הי' לו ליפרע מחובו וא"כ הכא ליכא האי טעמ' הגם שיש לדחוק ולומר דהא דהוצרך לטעמ' שיכול למשכנו משום דלא תימ' דהי' לו למכור לאיש אחר ולא לזה מ"מ זה דוחק וגם פשט' דמתני' לא משמע הכי ועוד דמדפריך בש"ס בפשיטות ארב ששת אי דמטא זמניה מ"ט דרבנן משמע דבין יהבי והדר כתבי ובין כתבי והדר יהבי פריך וכמו שפירש"י והיינו כדעת הרמ"ה. וכן מוכח לפע"ד להדי' דעת הרמב"ם כהבעל המאור ולא כהרמב"ן וסייעתו שכתב בסוף פ' כ"ד מה' מלוה וז"ל שנים שהוציאו כל אחד משניהם שטר חוב על חברו אין האחרון יכול לומר לראשון אלו הייתי חייב לך היאך אתה לוה ממני אלא זה גובו חובו וזה גובה חובו הי' זה במאה וזה במאה ויש לזה עידית ולזה עידית או לזה בינונית ולזה בינונית או לזה זבורית ולזה זבורית אין נזקקין להן אלא כל אחד ואחד עומד בשלו הי' לזה עידית ובינונית ולזה זבורית זה גוב' מן הבינונית וזה גוב' מן הזבורית הוציא שטר חוב על חבירו והלה מוציא שמכר לו השד' אם היו במקום שנותן הלוקח המעות ואח"כ כותב לו המוכר את השטר הרי זה שטר חובו של זה בטל שהרי אומר לו אלו הייתי חייב לך הי' לך לפרוע חובך אבל במקום שכותבין ואח"כ נותנין הרי שטר החוב קיים שהרי זה אומר מכרתי לך את השד' כדי שיהי' לך נכסים ידועים שאגב' מהן חוב שלי עכ"ל. ואמת שה' המגיד כתב שם וז"ל שנים שהוציאו כל א' שט"ח על חברו כו' מחלוקת חכמים ואדמון ופסק כחכמים ומ"מ כתבו הרמב"ן והרשב"א שאם המקום שנותנים המעות ואח"כ כותבין השטר והגיע זמן פרעון הראשון קודם מלו' שני' יכול הלה לומר הי' לך ליפרע כשהלוית ממני ואפי' יש לא' עידית ובינונית ולא' זיבורית וזה לא נזכר בהלכות ולא בדברי רבינו ז"ל לפי שלעולם הוא דרך בהלוא' לכתוב השטר קודם נתינת המעות ולפיכך סתמו ז"ל עכ"ל אבל אין דבריו נראין לי דאדרב' מדסתמו ז"ל משמע דבכל גווני מיירי ובפרט הרמב"ם שמיד אח"כ גבי מכר שדהו חילק בכך ולפני זה גבי שטר חוב לא חילק ועוד מדשינה סדר המשנ' דבמשנ' קתני ברישא שטר מכר והדר קתני ש"ח והוא הפך סדר המשנ' ונקט מעיקרא שטר חוב ואח"כ שטר מכר ואם איתא דבשטר חוב נמי מיירי בכתבי והדר יהבי לא ה"ל לשנות הסדר והיינו יכולים לומר שפיר דסמך אמ"ש

לפני זה דהיינו דוקא בכתבי והדר יהבי וגם לא ידעתי מנ"ל לה' המגיד הא שלעולם היא דרך בהלוא' לכתוב שטר קודם נתינת המעות אמאי נימא בהלוא' טפי הכי משטר מכר ועוד שהרי לפי שטת הרמב"ן גופי' מוכח דאינו כן דהא לדידי' מתני' מיירי לר"ש ביהבי והדר כתבי והא מתני' סתמא קתני אלמא דבסתמא נמי מוקמי' לה אפי' באתרא דיהבי והדר כתבי והאיך נאמר שלכך סתמו ז"ל לפי שלעולם הוא דרך בהלוא' לכתוב השטר קודם אלא ודאי אין שטת הרמב"ם כשטת הרמב"ן אלא דעתו כדע' בעל המאור ולכך סתם הדברים ושינה סדר המשנה להורות דבשנים שהוציאו שטר חוב אין חילוק בין כתבי והדר יהבי ובין יהבי והדר כתבי לעולם זה גובה חובו וזה גובה חובו וכמ"ש לעיל ולכך כתב אח"כ המשנ' דמכר שדהו ומחלק בין יהבי והדר כתבי וטעם הדברים כתבתי לעיל דבשלמ' בשטר חוב יש לו בידו כמו חובו ולית לי' פסידא אלא ניירא בעלמ' יהיב ושפיר מצינן למימר שאע"פ שקבל ממנו המעות מתחל' לא רצה לבטל שעבודו ולכך לא נפרע ממנו והניח שטרו ונתן לו שטר אחר במקומו אבל במכר שדהו אין בידו כנגדו כמו חובו שהרי בעד המעות שקבל ממנו מסר לו שדהו וא"כ הי' לו ליפרע מחובו אם הוא באתרא דיהבי והדר כתבי כנלפענ"ד דעת הרמב"ם והוא ברור: וראיתי בספר גי' תרומה ריש שער ל"ד דף קמ"ו שהאריך בפלפולים של הבל בעמוד א' וב' וג' ובקושי' בדברי הרמב"ם ושאר פוסקים ואין כדאי להשיב על דבריו כי לא ירד כלל להבין סוגי' הש"ס והאמת בסוגית הש"ס ובדעת הרמב"ם כמו שכתבתי והם דברים ברורים ואמיתים בלי ספק כלל: ונראה דלדעת בעל המאור וסייעתו אפי' אין לשום א' מהן בשעת הלוא' שניה שום קרקע או שנכסיהם שוים לזה בינונית ולזה בינונית לזה זיבורית ולזה זיבורית דינא הכי דלא הפסיד האחרון שטרו דטעמא לאו משום דחזי דאית ליה בינונית עביד הכי אלא משום דכיון דבעל חוב דיניה בבינונית לא רצה לבעל שעבודו ושמא היום או למחר יקנה לוה שלו בינונית והוא יקנה זיבורית וכיון דדינא הוא דזה גובה וזה גובה רצה שיהי' שעבודו הראשון קיים והיינו דקתני במתני' סתמא וחכ"א זה גובה שטר חובו וזה גובה שטר חובו משמע דבכל ענין זה גובה חובו וזה גובה חובו והיינו מטעמא דפרישית וכן מוכח להדיא בדברי הרמב"ם ס"פ כ"ד מה' מלו' שהבאתי שכתב סתמא זה גובה חובו וזה גובה חובו ועוד שכ' אלא לזה בינונית ולזה בינונית כו' כל א' עומד בשלו כו' וכן נראה עיקר: העולה מזה דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה בכל ענין זה גובה חובו וזה גובה חובו כן מוכח בש"ס וכן דעת הרי"ף והרא"ש והרמב"ם ורש"י והבעל המאור והרמ"ה והריטב"א ודלא כהטור והמחבר וסייעתם: ועתה אבוא להשיג על דברי הט"ו אחת לאחת.

סעיף ח

מ"ש יכול שמעון לומר לראובן אלו הייתי חייב לך כו'. הא ליתא דאפי' באתרא דיהבי והדר כתבי א"י לומר כן לפי שיכול לומר לא רציתי לבטל שעבודי שיש לי על בינונית שלך ויהיה לך שעבוד על זבורית שלי ואפילו אין לשום אחד מהן קרקע או שיש לשניהם בשוה עידית ועידית בינונית ובינונית זבורית וזבורית יכול לומר כיון דדינא הוא דזה גובה וזה גובה הנחתי השטר במקומו כי אולי יזדמן בשעת הגבי' שיהיה לך בינונית ולי זבורית.

סעיף ט

ודוק' שהשטר ברור כו' צל"ע בדין זה לפי שהרא"ש בתשו' לא כתב כן בפשיטות אלא בצירוף טעמים אחרים וז"ל שם בכלל ע"ב סי' ב' לא הבנתי יפה טענה זו אם רוצה לומר כי ההיא דפ' בתרא דכתובות שנים שהוציאו שט"ח זה על זה כו' וכן הכא נמי בא שמעון לבטל שט"ח של ראובן מכח שראובן לוה ממנו ולא גבה ממנו שטר חובו דהא קיימ' לן כחכמים ועוד שמא בשעה שלוה ראובן משמעון עדיין לא החזיר לו השליש השטר של שמעון ואף אם כתב לו השטר אחר שנתן לו השליש השטר לא דמיא להיא דאדמון דשטר אין זה עיקר ממון כל כך ברור לגבות ובנתים הוצרך ראובן למעות ולוה משמעון כי לא הי' לו שהות לנגוש שטר זה עכ"ל הרי שהרא"ש לא פסק כן מטעם זה לחוד וע"כ דינו של הרב צ"ע: מיהו לפי מ"ש לעיל דקי"ל זה גובה וזה גובה בכל ענין לא נ"מ הכא מידי מיהו נ"מ בעלמ' במכר השדה דלעיל סעיף א':

סעיף י

ומ"ש ויש מי שאומר דלא שנא כו'. וכ"כ הטור בשם הרמ"ה תמיה לי על הטור והמחבר דהיאך אפשר שיהי' מי שאמר כך דלא שנא דאם כן בכל ענין בטל שטרו של ראובן והלא משנתינו חכמים אומרי' זה גובה שטר חובו וזה גובה שט"ח ולא אוקימנ' ביומא דמשלם זמניה אלא לרב ששת אבל לר"נ דקי"ל כוותיה אפי' מטא זמניה גובה ש"ח ואפי' תימ' דלרב נחמן מיירי מתני' בכתבי והדר יהבי וכדעת הרמב"ן א"כ היאך אפשר דלא שנא אלא ודאי פשיט' דהרמ"ה לא כתב כן אלא בפירוש' דסוגי' דשמעת' לרב ששת דפריך אי דמט' זמניה מ"ט דרבנן וקשי' לי' דלמא טעמייהו משום דכתבי והדר יהבי לכך קאמר דלא שנא דאפילו בכתבי והדר יהבי לא שייך הכא טעמא מפני שיוכל למשכנו וכדלעיל גבי שדה והיינו דוקא לרב ששת אבל לרב נחמן לא נפקא מיניה בזה דנהי דא"י לומר שעשיתי כדי למשכנו מכל מקום לא בטל שטרו דיכול לומר עשיתי בשביל זה גובה וזה גובה וכמ"ש לעיל וליישב דברי הטור דלאו בכל גונא מיירי להרמ"ה הוא דוחק גדול

ואין להאריך וגם מדברי המחבר והעיר שושן והסמ"ע ושאר אחרונים משמע דלהי"א (והוא הרמ"ה) בכל ענין שטרו בטל וכפשט דברי הטור וזה תמוה:

סעיף יא

ומ"ש וי"א דה"מ באתר' דיהבי כו'. אמת שכן הוא דעת הרמב"ן ואחריו נמשכו הר"ן ובעה"ת ריש שער ל"ד והטור והמחבר אבל כבר הוכחתי שאין זה נכון אלא אפי' באתר' דיהבי והדר כתבי זה גובה שטר חובו וזה גובה שטר חובו בכל ענין וכדמוכח בש"ס והוכחתי שכן דעת הרי"ף והרא"ש והרמב"ם ורש"י והבעל המאור והרמ"ה והריטב"א והוא ברור ועיקר:

סעיף יב

ומ"ש ואפי' אם יש לראובן זבורית ולשמעון עדית כו' כלו' נכסים טובים ממנו והיינו בינונית וכן מ"ש אח"כ כדי שאגבה ממך העדית כו' ר"ל הטוב ממנו והיינו בינונית וקצר במובן וכ"כ הב"ח או ט"ס הוא עדית וצ"ל בינונית ולא כע"ש והסמ"ע ס"ק ח' שדחקו בזה:

סעיף יג

ומ"ש ואם הוא באתר' דכתבי שטר' כו'. כבר כתבתי לעיל דזה אינו אלא אפי' באתרא דיהבי כו' דינא הכי:

סעיף יד

וכן אם יש לזה בינונית וזבורית כו' עומד כ"א בשלו. פי' וכגון שלא הי' לו עדית מעולם אבל אם הי' לו עדית בשע' שלוה ומכרה צריך ליתן לו בינונית כדמוקמינן בריש בבא קמא לברייתות דקשיין אהדדי כן כתב הב"ח ונכון הוא וכדלקמן סי' ק"ב סעיף ד' ונרא' דה"ה בריש שכתב או שיש לא' בינונית ולשני זבורית כו' צריך לפרש כן דאי הי' לו עדית ומכר' צריך ליתן לו בינונית וא"כ טפי ה"ל להב"ח לכתוב זה בריש:

סעיף טו

ואם זמן כו'. כלומר שזמן הלואת השטר שמוציא שמעון על ראובן הי' קודם שהגיע זמן פרעונו של שטר ראובן כו':

סעיף טז

אז בכל ענין כו'. מ"ש בכל ענין ר"ל בין באתרא דכתבי שטרא בריש ובין באתרא דיהבי זוזי בריש אז שטרות שניהם טובים וכל א' עומד בשלו היכא דליכ' רווח' ואם יש לזה עדית ובינונית ולזה זבורית זה גוב' וזה גוב' וכן משמע להדיח בעיר שושן וק"ל ודלא כספר גי' תרומ' דף קמ"ו ע"ד שתמה על הטור והמחבר גם תמה על העיר שושן

שכתב בכל ענין גובה על הדרך שאמרנו כו' ולק"מ כי הדבר ברור שכוונת הטור והמחבר כמ"ש ולזה נתכוין הע"ש ותיקן הלשון יותר וק"ל:

סעיף יז

אפי' הי' ביום אחרון כו'. משמע מהט"ו אפי' באתרא דיהבי זוזי ברישא דינא הכי וכן מוכח לשטת הרמב"ן וסייעתו דלעיל ואע"ג שחלקתי עליהם לעיל מ"מ בזה דבריהם אמת דמסתמא לרב ששת מיירי מתני' נמי בכל גווני בין בכתבי והדר יהבי ובין ביהבי והדר כתבי וכדמיירי מתני' נמי לר"נ בכל גווני וא"כ הא דמוקים רב ששת ביומא דמשלם זמניה אף ביהבי והדר כתבי דינא הכי ולא חזינן דפליג רב נחמן בהא ארב ששת. מיהו למה שהעליתי לעיל דאפי' במטא זמני' א"י לומר הי' לך לפרע אפי' באתרא דיהבי והדר כתבי מטעם שזה יכול לומר עשיתי בשביל זה גוב' וזה גוב' לא נ"מ בהא דאתא ביומא דמשלם זמני' דכיון דבמטא זמני' יכול לומר כן כ"ש ביומא דמשלם זמני' אפי' בלא טעם ששעבדתי עצמי בשביל יום אחד ולכך לא הזכירו הרי"ף והרא"ש והרמב"ם כלל דין דאתא ביומא דמשלם זמני' כנ"ל ברור: מיהו נ"מ בעלמא בדין דמכר לו שדהו דלעיל סעיף א' דהתם לא שייך טעמא דעשיתי בשביל זה גוב' וזה גוב' וכמ"ש לעיל דאז אם מכר לו שדהו ביומא דמשלם זמני' אפי' באתרא דיהבי והדר כתבי לא הפסיד שטרו וכמ"ש לעיל ס"ק ה' ע"ש:

סעיף יח

ראובן שתובע משמעון. בשטר חוב וכן הוא במרדכי שם ובהגהת אשר"י:

סעיף יט

או עדיין לא הגיע זמני כו' בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ל"ג הקשה דהאיך שייך מגו ניחזי זמן השטר מתי הוא ותירץ דמיירי בשטר שאין בו זמן כמ"ש הטור ריש סי' מ"ג דאפי' שטר שאין בו זמן כשר לגבות מבני חרי ע"כ ולא דק דהכי קאמר מגו דאי בעי אמר מה שפרעתיך הי' קודם זמני וכ"כ בספר גידולי תרומה דף קמ"ז ע"א. ומ"ש כמו שכתוב הטור ר"ס מ"ג לא דק דהתם מיירי בזמן הלוא' והכא מיירי בזמן פרעון:

סעיף כ

אם מת כו'. עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קי"ב:

סעיף כא

הלוקח גובה מהלוה כו'. עיין בתשו' מהר"א ן' ששון ס"ס קס"ו ואין דבריו נכונים בעיני וכמו שהשגתי עליו לעיל סי' ס"ו סעיף ט"ז ס"ק נ"ז ע"ש:

סעיף כב

חוזר וגובה ממנו כו'. כתב הסמ"ע משמע אפי' בלא דאקני ומיירי דוק' במכר המלוה מוקדם השט"ח אבל כשמכר המאוחר השט"ח אינו יכול המוקדם לחזור ולגבות ממנו השדה אם לא שיהיה בשט"ח שלו שעבוד דאקני והב"ח השיג עליו דכיון דמפיק משיעבוד' דר"נ א"צ דאקני וכן נ"ל עיקר כדבריו מהך דפ' כל שעה (פסחים דף ל"א ע"א) דהא דאמרי' התם דרבא סבר ב"ח להבא הוא גובה ואי אקדיש או זבין מלוה קודם שגבה לאו כלום הוא והא דס"ל לרבא דיתומים שגבו קרקע בחובות אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן היינו משום דכי היכי דמשתעבד הלוה לאביהן משועבד לב"ח דאביהן מדר"נ דאל"כ ה"ל כאלו קנו יתמי נכסי ולא משתעבדי לב"ח וא"כ בע"כ דמה שלוה הלוה השני ה"ל כאלו לוה ממלוה ראשון וקרקע שלו [ודוק' קרקע אבל מטלטלים לא וכמ"ש לקמן וכדמוכח בש"ס פ' כל שעה שם ובתוס' שהבאתי לקמן] היתה משועבדת מיד למלוה הראשון משעבוד' דר"ן וא"כ א"צ דאקני דהא ה"נ מפיק מיניה משעבוד' דר"נ שאומר קרקע שלי היתה משועבדת לי לעצמי מחמתך משעבוד' דר' נתן דמה לי אני מה לי אחר וכדאית' בסוגי' שם. תדע דאל"כ תיקשי הא שטר' של הלוקח מטלטלים הוא ואיך יטרוף הב"ח שטר זה אלא ודאי כיון דגבה אח"כ קרקע והיתה קרקע זו משועבדת מדרב נתן ה"ל כאלו לוה הלוה השני ממש מהלוה הראשון ומשתעבד' מיד קרקע זו למלוה הראשון מדר' נתן ואם כן מהאי טעמא גופיה א"צ דאקני ודוק היטב בסוגי' שם ותראה שזה נכון. ועיין מ"ש לקמן סי' קי"א סעיף כ"ב וסעיף כ"ג.

סעיף כג

אם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי כו'. לשון הע"ש אם שיעבד לו המוכר מטלטלי אגב קרקע כו' וכ"כ הסמ"ע ס"ק כ"ב וז"ל דאפי' במכר המוקדם שט"ח דאף אם נאמר גם במטלטלי אג"ק דדאקני ט"ס הוא מ"מ כיון דא"י המאוחר לחוד לגבות מהלוקח כ"א מכח ששעבד לו המוקדם מטלטלי אג"ק יכול הלוקח לומר דלא שעבד לו מטלטלי אג"ק כ"א במטלטלי שכבר באו לידו ולא באלו שלא באו ליד המוקדם עדיין משא"כ כשכתב לו המוקדם להמאוחר גם דאקני כו' עכ"ל ודבריהם תמוהין דמה מועיל מה ששעבד המוכר מטלטלי אג"ק מ"מ המטלטלין שגבה זה הלוקח דין מטלטלי' יש להן אלא פשיט' דמיירי דזה שגובים ממנו המטלטלים שעבד מטלטלין אג"ק דאז דין קרקע יש להן והכי משמע להדי' פשט דברי הטור דבזה שגובים ממנו המטלטלי' עסקי' ושעבוד מטלטלי אג"ק של המוכר אין מעלה ומוריד בזה וכן מוכח להדיא בדברי הר"ן פרק שני דייני גזירות וז"ל ואי אגבי לי' מטלטלי מטלטלין לב"ח לא משתעבדי אא"כ שעבד לו מטלטלי

אג"ק דבכה"ג דינן של מטלטלי' כקרקעות כדמוכח בפרק חזקת הבתים בשמעת' דמכר לו פרה וטלית עכ"ל וכן בסוגי' דפרק כל שעה ותוס' שהבאתי לקמן ס"ק כ"ד מוכח דדוק' בשעבד זה שגובים ממנו מטלטלים שלו אג"ק ועוד תימה על הסמ"ע דכיון דפי' דמיירי שהמוכר המוקדם שעבד מטלטלי אג"ק א"כ הא ס"ל להטור דשטרות משתעבדין אג"ק וכמ"ש לעיל סי' ס"ו סעיף י' ס"ק כ"ה ודלא כתשובת רשב"א סי' תתקי"ד וא"כ מלוה של המוכר טורף השטרות אף שלא שעבד הוא מטלטלין שלו למוכר שט"ח שלו דמ"מ השטר דין קרקע יש לו וכן מוכח נמי להדי' לקמן סי' קי"א סעיף כ"ב וע"ש וא"כ למה לי דאקני הא השט"ח של המוקדם נעשה כבר וא"כ המלוה המאוחר טורפו אף בלא דאקני אלא פשוט כדפי' דמיירי ששעבד לוה של המוכר מטלטלי אג"ק ולא שעבד המוכר מטלטלי אג"ק וכ"ז ברור ודוק מיהו אמת הוא דאם שעבד המוכר מטלטלי אג"ק שטורף המלוה שלו השטרות אף שגבה מטלטלי ולא שעבד הוא מטלטלים שלו למוכר שט"ח שלו ובזה אם מכר המלוה המוקדם השט"ח אז טורף המלוה השני אף שאין בשטר שלו שעבוד דאקני שהרי השטר שהוא טורף נעשה כבר וכשמכר המלוה השני השט"ח אין המלוה הראשון טורף אלא כשיש בשטר חוב שלו שעבוד דאקני ודוק:

סעיף כד

שקנה ושיקנה דאם לא כן יכול לומר מטלטלים אלו קניתי אחר כך ולא נשתעבד באג"ק אבל בקרקע מסתמ' ידוע מתי קנה אותה וכה"ג אמרינן לקמן סי' ק"ד סעיף ה' וע"ש:

מיהו בקרקע שידוע שקנה אחר כך ולא כתב דאקני אינו חוזר וגובה וכדמוכח בתוספות פרק כל שעה שכתבו שם וז"ל משתעבדים לב"ח דאבוכון מדר' נתן ואם תאמר גבי מטלטלי נמי נימא הכי ונראה לר"י דדוק' גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד היא דכשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן לי' כאלו היה בידו (לאו כאלו בידו ממש דאם כן אמאי אינו יכול להקדיש ולמכור לרבא אלא ר"ל כאלו הלוה המלו' הראשון להלוה השני נ"ל ודו"ק) דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה ולכך משועבדים נמי לב"ח אבל מטלטלים אין להחשיבם כאלו הם ביד ראובן כיון שאלו מכרם או משכנם אין גובה מהם עכ"ל וא"כ בקרקע שקנה הלוה השני אחר הלואה כשלא כתב למלוה שלו דאקני היה יכול למכרה ולא היה המלוה שלו יכול לטרפה וה"ל כמטלטלים ולאו בת שעבוד היא ולא עדיף מלוה ראשון ממלוה שני וא"כ ליכא נמי בהא במלוה ראשון משום שעבוד' דר' נתן וכן עיקר ודו"ק:

סעיף כה

ואם לאו אינו טורף ממנו כלום ומשום שעבוד' דר' נתן ליכא כיון דמטלטלי' נינהו ואע"ג דמב"ח עצמו מפיק משועבד' דר' נתן אפילו מטלטלין וכדמוכח בכמה דוכתי הכא כיון דבא לטרוף לא אמרינן הכי וכמו שכתב לעיל ס"ק כ"ד בשם התוספות לענין מטלטלי דיתמי לדינא דש"ס וה"ה לדידן לענין טריפה דכיון שאלו מכרם ואינו טורף אותם לא מפיק מיניה מדרבי נתן מן הלוקח ודו"ק:

סעיף כו

הדין עמו. שלא יפרע לו ואח"כ יחזור אחריו ובכי הא מסתבר' שנזקקין לנתבע תחלה עכ"ל רשב"א וע"ל סי' כ"ד:

סימן פו

סעיף א

לא שנא אם נתחייב לו אח"כ ודלא כדעת ר"י אור זרוע במרדכי פ' המניח ובהגה' אשר"י פרק שור שנגח ד' וה' דמחלק בכך ומביאו ב"י לקמן בסי' זה ומהר"מ במרדכי שם חולק ודעתו כדעת הטור והמחבר וכן נראה דעת הפוסקים בכמה דוכתי וכ"פ מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט ועיקר:

סעיף ב

בין דרך הלואה כו'. וכתב בהגהת אשר"י פ' שור שנגח ד' וה' מא"ז דהך דר' נתן שייכא נמי בחוב של הלואה ובמפקיד ונפקד ובניזק ובשכירות ובגוזל ונגזל וכ"כ מהרש"ל שם סי' י"ט וכת' עוד מהרש"ל שם דאין חילוק בין שניהם הלואה או אחד פקדון או שאר חוב דאע"פ שאינם שוים בכל תביעות שבעולם שייך דין זה ופשוט: וכתב עוד בהגהת אשר"י שם מא"ז ושייכא נמי בנפקד ומסור דמפקינ' מנפקד של המוסר ויהבי' לנמסר ורבינו שמח' חולק במוסר עכ"ל וכ' מהרש"ל שם שטעמו של ר' שמח' דדינ' דגרמי הוא מדרבנן ולהרמב"ן שסובר דדינא דגרמי מדאוריית' אף במוסר מוציאין מדר"ן וכ"פ מהרש"ל שם בסימניו דאף במוסר מוציאין מדר"נ ועיין במה שכתבתי לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ב ס"ק ק' דהוי ספיקא דדינא אי דינא דגרמי דרבנן א"כ היה נראה דהכא אין מוציאין במוסר אבל מ"מ נראה מטעם אחר דמוציאין מדר"ן דכיון דחייב לו מדרבנן כל מה דתקון כעין דאוריית' תקון אף דהוי קנסא מ"מ כל היכא דמצינן למגבי מיניה גבינן והיינו שלא מצינו בשום מקום בש"ס או פוסקים לחלק בהך דרבי נתן בחוב שהוא מדרבנן אלא ודאי כמ"ש כן נראה לי ודלא כנרא' מדברי מהרש"ל שם ע"ש:

סעיף ג

בין דרך שכירות. (ועיין בב"ח ס"ס זה שהגיה בלשון בעה"ת שהביא הב"י וכשתראה בש"ס דקדושין (דף ט"ו ע"א) ובתוס' שם תראה דלא דק ואין צריך להגיה כלל ואדרבה לפי הגהתו אי אפשר לפרש דברי בעה"ת ע"ש) בתשו' מהרש"ך ח"א סי' י"ב נתעורר על דברי הרמב"ם וכן בספר גי' תרומה ריש שער נ"א דף ס"א על מה שפסק הרמב"ם פ"ג מה' עבדים כתנא קמא דמוכר עצמו אין מעניקין לו ובפ"ב מה' מלוה פסק כרבי נתן ובש"ס אמרי' בפ"ק דקדושין. (דף ט"ו ע"א) דת"ק לא ס"ל כר' נתן ומתוך כך כתבו דס"ל להרמב"ם כפי' ה"ר נתנאל שבתוס' שם דמאי דאמרי' דת"ק לא ס"ל כר' נתן היינו בשכירות וכ"כ בספר לחם משנה ספ"ב מה' מלוה לדעת הרמב"ם וכ"ז לא נהירא לי דא"כ ה"ל להרמב"ם לחלק ולכתוב בשום מקום דבשכירות אין מוציאין מדר"ן אלא ודאי מעיקרא ל"ק מידי ודברי הרמב"ם נכונים וברורים והוא משום דקשי' דהא סוגיא דש"ס בכל דוכתא אזלא כר' נתן בפ' האשה שנתארמל' ובפ' שור שנגח ד' וה' ובפ' השולח ובפרק כל שעה וכ"פ כל הפוסקים ובודאי נמי דהלכתא כת"ק לגבי ר"א כדאיתא בתוספות פ"ק דקדושין ושאר פוסקים אלא ודאי איתא להא ואיתא להא ושני תשובות יש בדבר. א' כמ"ש הרשב"א בחדושיו פ' השולח דף נ"ו ריש ע"ב וז"ל אפשר לומר דאפי' אם תמצא לומר דהלכת' כת"ק בהענק' אפשר נמי דהלכת' כר' נתן והא דדרשינן לו ולא למוכר עצמו ולא דרשינן מיניה לו ולא לבעל חובו משום דמסתבר' קאי בעבד ממעט מילי דעבד אחר אבל קאי גבי עבד וממעט ב"ח (בתמיה) ומשמעות דורשים איכא בינייהו והא דאמרינן ואידך בעלמ' נמי לא ס"ל כרבי נתן ולא אמר משום דמסתבר' כדפי' משום דניח' לי' למיתלי טעמא דת"ק בדין גמור מדתלי ליה במשמעות דורשים אלא מיהו אפשר דטעמא דת"ק לאו משום האי טעמא איתיה אלא טעמא כדפי' ואנן דפסקינן כוותיה דרבי נתן אי ס"ל נמי כת"ק דר"א הכי מפרש טעמיה עכ"ל הרשב"א שם. ב' י"ל כמ"ש הריטב"א פ"ק דקדושין וז"ל ואיכא למידק דהא דקי"ל הכא כרבנן דר' אליעזר יחידא' הוא ושמותי הוא כיון דכן לית הלכת' כר' נתן דהא רבנן פליגי עליה ואנן אשכחן בכולה ש"ס דמייתי הא דר' נתן להדי' ומוקמינן מתניית' ומתני' כוותי' והנכון דודאי קי"ל הכא כדרבנן וקי"ל כרבי נתן והא דאמרי' הכא דרבנן לית להו דר"ן היינו לרב טביומי דקסבר דת"ק יליף שכיר שכיר ואצטרך לו למעוטי מוכר עצמו ולא דריש לו ולא לב"ח ואלו הוה משכח רב טביומי תנא דלא יליף שכיר שכיר הוה אפשר לקיומי דאי' דילי' אבל מכיון דלא אשכחן תנא אחרינא דלא יליף שכיר שכיר אית לן למימר דש"ס דאמר לעיל אלא למאן דלא יליף שכיר שכיר בדוקא קא' לי' ומשום דידע דת"ק הוא דלא

יליף לי' והיינו דמיעט מוכר עצמו מכל הני דיני משום דלא כתיבי בי' ולא יליף להו ממכרוהו ב"ד ותו לא מצרכינן להההוא מיעוטא ודריש לו ולא לב"ח כר' אליעזר וכרבי נתן ומאי דאמרינן לק' הא מני תוטאי היא דאמר לו ולא לב"ח לאו למימרא דתוטאי היא ויחידא' ולית הלכתא כותי' דודאי הלכ' היא דכר' נתן אתיא ורבנן מודו בה אלא נקטי תוטאי דהוא אמר' להאי דרשא בהדיא וכן דרך הש"ס וזה נכון וברור וכן מצאתי לרמב"ם ז"ל שפסק כרבי נתן וכרבנן למימרא דלא פליגי ואתי שפיר לפום מאי דפרישנא עכ"ל הריטב"א והם נכונים יותר הרי שהריטב"א השגיח על דברי הרמב"ם ותירץ על נכון ואין ספק דאשתמיט להו להרש"ך ולבעל ג"ת ולבעל לחם משנה דברי הרשב"א והריטב"א אלו (וגם על ה' המגיד לק"מ דמ"ש ה' המ' דהוא מחלוקת ת"ק ור"ן היינו לרב טביומי או כפי מה דמשמע פשטא דש"ס וגם בש"ס פרק האש' שנפלו סוף דף פ"א ושאר דוכתי משמע דאיכא דפליג עלי' דר"ן) . ג' עוד נ"ל לדעת הרמב"ם דכמו שמפרש ה"ר נתנאל ת"ק בעלמא לא ס"ל כר' נתן כן בזה הדרך מפרש הרמב"ם אלא שה"ר נתנאל מפרש בעלמא בשכירות לא ס"ל כרבי נתן וזה אי אפשר לומר לדעת הרמב"ם דאם כן הו"ל לכתוב בשום מקום דבשכירות אין מוציאין מדר"ן וכמ"ש למעל' אלא הרמב"ם מפרש בעלמ' בכל מילי דצדקה כגון מעשר עני ושאר צדק' נמי לא ס"ל כרבי נתן דהדבר ידוע דהענק' הוא מדין צדקה וכדמשמע בקרא ובש"ס פרק אלו מציאות ובקדושין בכמה דוכתי הלכך לא אצטריך לו למעוטי ב"ח דעלמא ושאר צדקה נמי לא ס"ל כרבי נתן בהא כדתניא בתוספ' דפאה מעשר עני אין משלמים בו החוב ופסקה הרמב"ם בפרק ו' מה' מתנות עניים וכ"כ המרדכי פ"ק דב"ב בשם אבי העזרי על א' שהיו נושים בו מנה ונתנו לו צדק' דפטור לשלם ממעות זה החוב מהך תוספתא ע"ש א"כ היינו דקאמרינן בעלמא לא ס"ל כר' נתן כנ"ל ברור:

סעיף ד

ונותן לו קרן ורבית בעלה עליו כו'. ואם משכנו אצלו לזמן אף שהי' יכול לפדותו תוך הזמן מ"מ כיון שהי' זמן קצוב ביניהם ליתן לו לזמן פלוני סך כך וכך חייב ליתן לו כל מה שיבא עליו לזמן הקצוב ביניהם כן הוכחתי לעיל סי' ע"ב סעיף מ' ס"ק קס"א מתשובת רשב"א שהביא ב"י סי' ק"ד מחו' ח' וכתבתי שגם הר"ב מודה לזה לדינא ע"ש:

סעיף ה

בד"א כשאין לשמעון נכסים כו'. צ"ע גדול בדין זה ולפי שהוא נוגע בהרבה מקומות מוכרח אני להאריך. דע שכדברי המחבר כ"כ הבעה"ת והטור וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' אלף קכ"ב והר"ן פ"ב דכתובות והריב"ש סי' שכ"ג ומביאם ב"י דהך דר' נתן מיירי

בדלית ליה נכסי חפשתי ומצאתי שגם הבעל העיטור סוף דיני חוב דף ס"ד ע"א כתב כן וכ"כ הרב המגיד סוף פ"ב מהל' מלוה וכ"נ מתשובת הרמב"ן שבבעה"ת ריש שער נ"א שהבאתי לקמן סעיף ה' ס"ק י"א וכ"כ ר' ירוחם נ"ו ח"א שכ"כ הרשב"א ושכן עיקר והנה אם תפרש דברי הפוסקים האלו כפשטן ודאי דאין זה עיקר לדינא אלא נראה לפע"ד עיקר כמ"ש בהגהת אשר"י פ' שור שנגח ד' וה' בשם האור זרוע בשם אבא מורו ומביאו בשלטי גבורים פ' גט פשוט דף מ"ה ע"ב במסקנתו וכן מצאתי בפסקי מהר"מ רקנטי סי' ער"ה דריא"ז נראה דהך דר"נ מיירי אפי' אית לי' נכסי וכמו שהוכחתי לקמן מן הש"ס וכן פסק מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט וכ"נ דעת הבעל גידולי תרומ' ריש שער נ"א סוף ד' ש' וכן בעל ס' לחם משנה ספ"ב מה' מלוה. והראי' שהביאו הרשב"א והר"ן והרב המגיד ובעה"ת שם מפ' שור שנגח ד' וה' (בבא קמא דף מ' ע"ב) לאו ראיה היא כלל דמעיקרא קאמר ש"ס דהיכא דאית ליה נכסי חייב הוא עצמו לשלם מן העלייה בלאו הך דר' נתן ולא מצי בעל שור לומר הוה מעריקנ' ליה לאגמ' אלא דש"ס פריך בלית ליה נכסי ואהא משני משום דר' נתן וכ"כ מהרש"ל והג"ת והלח"מ שם. גם מ"ש הרשב"א והר"ן והרב המגיד והריב"ש שם דחוב זה הוי כמשועבדים ואין גובין ממשועבדים במקום שיש בני חורין כו' אם תפרש דבריהם כפשוטו ודאי לא נהירא דהא דאין גובים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין היינו משום דחשו חכמים לתקנה דלקוחות דלא ליפסדו וכדאית' בר"פ הניזקין והכא מה תקנה שייך ומאי פסיד' איכ' הרי הוא חייב לשלם בלא"ה לשמעון וכ"כ מהרש"ל שם אלא הר"ן והפוסקים הנ"ל מיירי היכא דאית ליה איזה פסיד' ללוה שני ואינו רוצה לשלם עכשיו וכמ"ש לקמן דהשת' הוה ליה דומי' דמשועבדים דאין גובין במקום שיש בני חורין והשת' לא קשיא על הר"ן מה שהקשה עליו מהרש"ל שם ע"ש: וכתב עוד מהרש"ל שם וז"ל וכן נראה מאחר דעיקר דינא דר' נתן לאו מסבר' קאתי אלא מקרא ושעבודא דאוריית' הוי ליה גביה א"כ אין חילוק בין לית לי' נכסים בין אית ליה אבל מ"מ אין הב"ד מחוייבין להזקק לו לעשות דין עם לוי מאחר שיש לשמעון נכסי וכהאי לישנ' כתב הטור בשם בעה"ת דוק' דאין לשמעון נכסים לפרוע ממנו שסדרו לו ב"ד והשביעוהו ולא מצאו לו אלא חוב זה אבל אם יש לו נכסים אין ב"ד נזקקין להוצי' מזה ליתן לזה אבל מ"מ אי תפס מלוי בעבור חוב שיש לו על שמעון אפי' אית ליה נכסי לא מפקינן מיניה ונ"מ שאם אותו החוב הוא בשטר אף שיש לשמעון נכסים לא יוכל למחול ללוי שכל נכסיו משועבדים לבע"ח עד שישלם לו עכ"ל ומ"ש וכן נראה מאחר דעיקר דינא דר"נ כו' נכון הוא ועוד אביא לקמן ראיות ברורות דהך דר"נ מיירי אפי' אית ליה נכסי אך מ"ש אבל אין הב"ד מחויבים כו' וכהאי לישנ' כתב הטור

כו' לא נהיר' לי דכיון דנכסים משועבדים לו מדאוריית' למה לא יהיו הב"ד מחוייבים להזדקק לו ועוד דר"נ מנין שמוציאים מזה ונותנים לזה קאמר הרי דאב"ד קאי שהב"ד מוציאין מזה ונותני' לזה וכמ"ש הבעה"ת גופיה להדי' שם בריש שער נ"א טעם הדבר שאין על שמעון זה הטורח משום דמוציאין קתני ב"ד מפקי ולא הוא כו' ומביאו ב"י ודוחק לו' דר"ל דב"ד רשאין להוצי' אבל אין מחוייבי' להוציא ועוד דהא הבעה"ת בלית ליה נכסי מיירי ובלית ליה נכסי פשיט' שמחוייבים להוצי' אלמ' דהאי לישנ' שמוציאין מזה ונותני' לזה חיוב' הוא שהב"ד מחוייבין להוצי' מזה וליתן לזה. גם מ"ש וכהאי לישנ' כתב הטור בשם בעה"ת דוק' דאין לשמעון כו' אין ב"ד נזקקין כו' נראה שהבין שבעה"ת ס"ל דהך דר"נ מיירי ג"כ בדאית לי' נכסי רק שמחלק לענין שאין הב"ד נזקקין לו בדאית ליה נכסי כו' והבין שהבעה"ת חולק על הר"ן. ולא נהיר' גם אישתמיטתי' דברי בעה"ת עצמו ריש שער נ"א שכתב להדי' דהך דר' נתן מיירי בדלית ליה נכסי וכמ"ש הר"ן וז"ל בעה"ת שם תניא רבי נתן אומר כו' ומסתבר' דדוק' היכא דלית ליה נכסי ללוה אבל היכ' דאית ליה נכסי ללוה אין ב"ד נזקקין להוצי' מזה וכדאית' בב"ק פרק שור שנגח ד' וה' דאמרינן הניח' היכ' דאית ליה נכסי היכ' דלית ליה נכסי מאי איכ' למימר ומשני משום דאמר כי היכי דמשתעבדנ' לדידך ה"נ משתעבדנ' להיאך מדר' נתן אלמא דמילת' דר"נ בדלית ליה נכסי להיאך קא משתעי מילת' עכ"ל הרי דס"ל לבעה"ת להדי' דמהך דפרק שור שנגח ארבעה וחמשה משמע דהך דר"נ מיירי בדלית ליה נכסי ולכך כתב אבל היכ' דאית ליה נכסי אין בית דין מוציאין אבל לפי מה שכתב מהרש"ל דלא כהר"ן אם כן ה"ה שהב"ד נזקקין לו: גם נלפע"ד דאישתמיטתי' למהרש"ל דברי הבעה"ת והטור דלקמן סי' קכ"ה סעיף ה' שכתבו שם להדי' דהיכ' דאית ליה נכסי לא שייך דר"נ אפי' תפס מלוי ע"ש (ולקמן סימן קכ"ה סעיף ג' ס"ק י"ז וכתבתי ביאור דבריה' צ"ע בזה ע"ש) גם מ"ש מהרש"ל ונ"מ שאין שמעון יכול למחול אף שיש לו נכסי יתבאר לקמן דלית' האי נ"מ אלא נ"מ טובי אחריתי איכ' וכמו שיתבאר ולפי שכבר הבאתי הרבה פוסקי' מאד שכתבו דהך דר"נ מיירי דוק' בדלית ליה נכסי לכך מוכרח אני להאריך לסתור דבר זה או לפרש בענין שגם הם מודי' לדברי וכמ"ש לקמן. הנה כבר הזכרתי ראיה אחת דהך דר"נ היינו אפי' בדאית ליה נכסי והוא דכיון דהך דר"נ אתי מקרא ודאוריית' הוא אם כן פשיט' כי היכי דלמ"ד שיעבוד' דאוריית' וטורפין מלקוחות בין יש ללוה נכסי או אין לו נכסי אלא דמפני תיקון העולם אין טורפין לקוחות היכא דאית ליה נכסי ללוה וכדאית' בר"פ הניזקין א"כ ה"ה הכא כיון דהאי שעבוד' דאוריית' הוא מה לי אית ליה נכסי או לית ליה נכסי ותיקון העולם לא שייך כאן דהא לית ליה ללוה שני פסיד': ועוד ראיה

ממאי דגרסינן בפסחים פרק כל שעה (פסחים דף ל"א ע"א) דפרכי' התם לרבא דאמר ב"ח מכאן ולהב' הוא גובה מהא דאמר רבא אי פקח הוא מגביא להו ארע' כדאמר ר"נ יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן (ונתבאר זה לקמן ריש סי' ק"א ע"ש בטור וב"י) אי אמרת בשלמ' למפרע הוא גובה אמטו להכי חוזר וגובה מהן דכמאן דגבו מחיי' דאבוהון דמי אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגובה מהן הא הוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי ואלו קני יתמי נכסי מי קא משתעבדי לב"ח ומשנינן שאני התם דאמר להו כי היכי דמשתעבדנ' ליה לאבוכון משתעבדנ' נמי לב"ח דאבוכון מדר"נ דתני' ר' נתן אומר מנין לנושה בחברו כו' והא התם ודאי משמע דמיירי אפי' אית ליה נכסי דהא הך דא"ר נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן משמע דבכל גווני מיירי אפי' הניח אביהן נכסים מטלטלי' אם גבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן ואמאי הא כל כמה דהוי ליה נכסי מטלטלים לא משתעבדי מדר"ן בחיי אבוהון והדרא קושי' לדוכת' דה"ל כאלו זבין יתמי נכסי דמי ואלו קנו יתמי נכסי מי קא משתעבדי לב"ח וכן יש להוכיח מהך דהרי שהי' נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל שאני יורש החזקתי ומוציאים ממנו מדר"נ כו' דבפ' האשה שנפלו (ריש כתובות דף פ"ב) ומהך דאין לו קרקע ויש לחייב קרקע כותבים עליו פרוזבל מדר"נ כו' דבפרק השולח (גיטין דף ל"ז ע"א) ומ"ש בספר לח"מ ספ"ב מה' מלוה בזה לא מיחוורא לי וגם לפי מה שהוכחתי מהך דפ' כל שעה נדחו דבריו ע"ש ואין להאריך. (ועוד הוכחתי לקמן מדברי הרשב"א ור"י גופייהו נל"א ח"ב ומביאם ב"י לקמן סי' ק"ה מחו' ב' ג' דהך דר"נ מיירי אפי' אי"ל נכסי וכמ"ש ע"ש) . מיהו נ"ל דהיינו דוקא כשאין הפסד ללוי בכך (וכן דעת ב"י דהיכי דאין הפסד ללוי מוציאין ממנו מדר"נ אפי' אית ליה לשמעון נכסי וכמ"ש לקמן ס"ק ז' בשמו ע"ש) ונ"מ דאם יש לשמעון זיבורית וללוי בינונית ולוי רוצה לשלם גובה ראובן הבינונית א"נ היכי דלית ליה לשמעון אלא קרקע וללוי יש לו מטלטלים או מעות ורוצה לשלם דגובה ראובן המטלטלים או המעות דלא אמרי' כיון שראובן הלוה לשמעון יהא הוא בעל דבר של שמעון ולא יגבה אלא קרקע זיבורית אלא כי היכי דמשעבד לוי לשמעון ה"נ משתעבד לראובן מדר"נ ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את וכדאמרי' פר' האשה שנפלו (כתובות ריש דף פ"ב) והלכך כיון דסוף סוף צריך לוי לשלם ה"ל הוא לוה של ראובן אבל היכי שיש ללוי פסידא בזה כגון ששמעון מודה לו שהשטר פרוע או אמנה וכה"ג או שמוחל לו השטר או נתנו לו במתנה או שהרויח לו הזמן או שלוי אינו רוצה לשלם מחמת שצריך עדיין המעות ושמעון אינו מקפיד עליו ורוצה להניח המעות עוד אצלו לאיזה זמן וכה"ג נהי דהיכא

דלית ליה נכסי לאו כל כמיניה דשמעון מ"מ היכי דאית ליה נכסי אין מוציאין מלוי ולא משום דלא משתעבד ליה מדר' נתן היכי דאית לי' נכסי שכבר הוכחתי דמשתעבד מדר"ן אפי' אית ליה נכסי אלא דלא עדיפא שעבוד' דר"נ משעבודא דעלמא בקרקעות דלוה גופיה דאפי' למ"ד שעבודא דאורייתא לוה שמכר או שעבד קרקעותיו לאחרים דאין גובים מהן במקום שיש אצל הלוה בני חורין אפי' הן זיבורית משום פסידא דלקוחות והיינו משום תיקון העולם וכדאיתא בריש פ' הנזקין דאע"ג דמדאוריי' משתעבדי ליה חשו רבנן לפסידא דלקוחות ואם כן ה"ה הכא נהי דמשתעבד לי' מדאוריי' מ"מ כיון דאית ליה פסידא אם ישלם הוה ליה חוב זה כמשועבדים ואין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וליכא למימר דהכא לא קנה לוי שום דבר משמעון הא לאו מילתא היא סוף סוף כיון דהשתא אית ליה פסידא שהרי הוא אומר שהוא פרוע או אמנה או מכר לו וכה"ג שייך תקנתא דרבנן ועוד דודאי לא גרע אומר אמנה או פרוע או מחל לו מאלו נותן לו מתנה והא אפילו במתנה קי"ל בפ' הניזקין שם דאין גובים ממקבלי מתנה במקום שיש בני חורין אצל הלו' אפי' הן זבורית וכמ"ש כל הפוסקים והטור והמחבר לקמן סי' קי"א סעיף ח' ולא נהירא כלל לחלק בין מתנה ובין אומר פרוע או מחל לו או שאר פסידא ללוה: וראיה לדברי ממ"ש הרמב"ם ס"פ ב' מה' מלוה ומביאו הבעה"ת שער נ"א ח"ב וכן כתב הסמ"ג סוף עשין צ"ג וז"ל שמעון שהי' חייב לראובן מאה ולוי חייב לשמעון מאה מוציאין מלוי ונותנים לראובן לפיכך אם אין לשמעון נכסים והי' לו שטר חוב על לוי ואמר לו שטר אמנה הוא או פרוע הוא והודה לו שמעון אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושים לאבד זכותו של ראובן אלא ישבע ראובן ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבוע' עכ"ל הרי שכתבו לפיכך אם אין לו לשמעון נכסים כו' ומ"ש בספר לחם משנה שם משום דביש לו נכסים אינו חב לאחרים לא נהירא לי דהא מ"מ חב לאחרים כשיהיו אותם נכסים של לוי בינונית או מטלטלי או מעות וגם ליכא למימר דמ"ש אין לו נכסים אורח' דמלתא נקט משום דאם הי' לו נכסים מסתמא היה משלם לו כפשוטו דפשטא דמלתא לא משמע הכי וגם ליכא למימר דס"ל דהך דר' נתן מיירי בלית לי' נכסי דא"כ למה כתבו מתחלה בדינא דר' נתן בסתם מוציאין מלוי ונותנים לראובן כו' הל"ל מיד שמעון שהי' חייב לראובן כו' ואין לשמעון נכסים מוציאין מלוי כו' ועוד שהרי בפ' י"א מה' מלוה דין ט' כתב הרמב"ם הך דרב נחמן דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן כו' שהבאתי לעיל ומשמע להדיא מדבריו שם דאף שהניח אביהן מטלטלים ב"ח חוזר וגובה מהן וכן משמע להדיא בסמ"ג דף קע"ה ע"א אלא ודאי ס"ל דהך דר' נתן מיירי אפי' אית ליה נכסי וא"כ אמאי כתבו בפ"ב מה'

מלוה לפיכך אם אין לשמעון נכסים כו' ועוד למה כתבו אלא ישבע ראובן ויטול מלוי כו' אמאי ישבע הא משתעבד לי' איהו גופיה מדר' נתן והוה ליה איהו בעל דבר דידיה וכדאיתא בפרק האשה שנפלו וכמ"ש למעלה ולוי הרי אינו טוען שפרע לראובן וכן שמעון הרי הוא מודה שחייב לראובן ולמה ישבע ראובן אלא ודאי כמ"ש דנהי דמשתעבד מדר"ן מדאוריית' אפי' אית ליה נכסי מכ"מ כיון דאית לי' פסידא ללוי בזה תקנתא דרבנן הוא דאין גובים ממנו היכא דאית ליה נכסי דה"ל חוב זה כנכסים משועבדים כיון דאית ליה פסידא בזה כיון שאומר אמנה או פרוע ולפי דבריו אינו חייב לו כלום אין לך פסידא גדולה מזה וזה שכתבו ישבע ראובן ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה בבא ליפרע מלקוחות דאע"ג דשעבודא דאורייתא והלקוחות אינם טוענים ברי ששטר של הטורף פרוע תקנו רבנן דהבא ליפרע מלקוחות לא יפרע אלא בשבועה הא נמי בכלל תקנה זו דלא יפרע אלא בשבועה כיון דאית ליה פסידא ללוי: ובזה אתי שפיר מ"ש הרמב"ם פ"ט מה' שמטה דין כ' היה לו חוב על חבירו ויש לחבירו קרקע הואיל והוא תחת שעבודו כותב עליו פרוזבול עכ"ל והוא מן הש"ס פ' השולח (גיטין דף ל"ז ע"א) ואיתא שם דהיינו כר' נתן ומשמע אפי' יש ללוה מטלטלי ולא כמו שדחק עצמו בספר לחם משנה פ"ב מה' מלוה בזה וגם הקשה שם על הר' המגיד פ"ב מה' מלוה ונכנס בדוחקים ולפי מה שכתבתי אתי הכל כפשוטו דודאי הך דר' נתן בפרוזבול ובשאר דוכתי היינו אפי' אי"ל נכסי משתעבד ליה מדאורייתא והרמב"ם והרב המגיד פ"ה מה' מלו' מיירי דהיכא דאית ליה פסידא ללוי דומיא דשטר אמנה או פרוע אין גובים ממנו בדאית ליה נכסי לשמעון מתקנתא דרבנן. כן נ"ל ברור: ולפ"ז נראה דמ"ש כל הפוסקים הנ"ל דהך דינא דר' נתן היינו בלית ליה נכסי דאי בדאית ליה נכסי אין מוציאים דה"ל חוב זה כמשועבדים דאין גובים במקום שיש בני חורין מיירי כל הנך פוסקים דלעיל בדאית ליה פסידא ללוי או שאין לוי רוצה לשלם עדיין ורוצה עוד להשתמש במעות מדעת שמעון וכמו שכתבתי והשתא לא קשיא מה שהקשה מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט על הר"ן וז"ל והנה מ"ש הר"ן דחוב זה דומה לנכסים משועבדים כו' אינם דברים של טעם כו' דהכא מאי תקנה שייך ומאי פסידא איכא כו' והא"ז פסק להדיא בשם אבא מורו אף דהיכא דאית ליה נכסי כו' עכ"ל ולע"ד ל"ק מידי מזה על הר"ן דהר"ן קאי התם להדיא דאומר שטר אמנה או פרוע דאיכא פסידא ללוי ובהא הא"ז בשם אבא מורו מודה דנהי דהא"ז כ' דר' נתן מיירי בדאית ליה נכסי היינו דמשתעבד מדאורייתא מדר' נתן אבל מ"מ מתקנתא דרבנן אין גובים מחוב זה היכא דאית ליה פסידא בדאית ליה נכסי ואע"פ שהר"ן שם כתב דהך דר"ן מיירי בדלית לי' נכסי כו' מ"מ נראה דר"ל דהך דר"ן דקי"ל

דמוציאין בעל כרחו דלוי כמו באומר אמנה הוא דמיירי מיניה הר"ן התם ואם נפשך לו' דהר"ן והא"ז פליגי א"כ מכל שכן קשה על מהרש"ל אמאי השיג על הר"ן כאלו הר"ן לבד כתב כן הא הרשב"א והרב המגיד והריב"ש ובעל העיטור ור' ירוחם ובעה"ת והטור והרמב"ן והרמב"ם וסמ"ג ושאר הרבה פוסקים כתבו כהר"ן והבאתי דבריהם לעיל ואין ספק דאישתמיטתי' למהרש"ל דברי כל הפוסקים הנ"ל שהרי לא הביאם כלל ואלו הוה חזי להו הוה פירש דבריהם ודברי הר"ן כמו שכתבתי בודאי אינו עולה על הדעת שכל הנך גדולי פוסקים יכתבו דין שהוא נגד הסברא ונגד הש"ס אלא ודאי כדפי' וזה נ"ל ברור: ובהכי ניחא מ"ש הרשב"א והר"ן ובעה"ת והרב המגיד דהך דר' נתן מיירי בדלית לי' נכסי כדמוכח בפרק שור שנגח ד' וה' והקשה מהרש"ל שם על הר"ן וכן הגדולי תרומ' שם על הבעה"ת וכן הלח"מ שם על הרב המגיד דלא מוכח התם מידי וכמו שכתבתי לעיל ולפי מה שכתבתי ל"ק מידי דהרשב"א ובעה"ת והר"ן והרב המגיד לא באו אלא לו' דבפ' שור שנגח ד' וה' לא איתמר מילתא דר' נתן רק בלית לי' נכסי א"כ מה"ת לן לו' דבאית לי' נכסי מוציאים היכא דאית לי' פסידא ללוי וכמ"ש תדע דאל"כ קשה למה כתב הרשב"א סי' אלף קכ"ב בפקדון שמוציאין ממנו אע"פ שיש לו נכסים אחרים ומביאו המחבר לקמן סעיף ד' הא אי תימא דלא נשתעבד מדר' נתן בדאית לי' נכסי אמאי יוציאו ממנו אלא ודאי דשעבודא דר' נתן מדאורייתא היינו אפי' אית ליה נכסי אלא דבמלוה אין מוציאין ממנו בע"כ משום פסידא דיליה מתקנתא דרבנן ובפקדון דלית ליה פסידא לנפקד לא שייך תקנתא דרבנן ומגבינן מדר' נתן מדאורייתא והכי מוכח נמי ממ"ש ר' ירוחם נל"א ח"ב בשם תשובת ר' מאיר דשמעון הנפקד חייב לשלם מן הפקדון של ראובן ללוי מה שחייב לו ראובן ללוי מדר' נתן ומביאו ב"י לקמן סי' ק"ה מחוד' ב' ולא חילק שם בין אית ליה נכסי לראובן או לא והרי רבי' ירוחם ס"ל דבאית לי' נכסי אין מוציאין מן הלוה מדר' נתן וכמו שכתבתי לעיל בשמו אלא ודאי כמ"ש והכי מוכח נמי ממ"ש הב"י לקמן סי' ק"ה מחו' ג' שכ' הרשב"א פ' שור שנגח ד' וה' עלה מ' גבי הא דאמרי' משום דא"ל כי היכא דמשתעבדנא לך משתעבדנא להאיך מדר' נתן ושמעינן מהא דאלו רצה ב"ח או נפקד דראובן לפרוע ממה שיש בידו למי שנושה בראובן אע"פ שלא תבעו בדין הרשות בידו וכן נראה מדברי הראב"ד עכ"ל ולא חילק ואם איתא הל"ל דהיינו דוק' בדלית ליה נכסי לראובן אלא משמע דאפי' אית לי' נכסי לראובן כיון שרוצה הב"ח או הנפקד לשלם דדוקא כשאינו רוצה לשלם יש חילוק בין אית לי' נכסי מתקנתא דרבנן לפסידא דילי' אבל כשרוצה לשלם מרצונו הטוב פשיטא דיכול לעשות כן (ולא הוי כפורע חובו של חברו שלא מדעתו דלקמן סי' קכ"ח ועמ"ש שם בס"ק ח') אפי' אית לי'

נכסי לראובן כיון דמשתעבד לנושה שלו מדאורייתא מדר' נתן וכמ"ש וא"כ כיון שדברי הרשב"א ור' ירוחם שכתבו כהר"ן מוכרחים בבירור לפרש כמו שכתבתי א"כ גם דברי הר"ן שכתב כדבריהם יתפרש כן ול"ק מה שהקש' מהרש"ל עליו. וכן דעת ב"י דהר"ן והרשב"א ופוסקים הנ"ל מיירי בכה"ג וכמו שכתבתי לקמן ס"ק ז'. וכן משמע בריטב"א פרק האשה שנפלו כדברי שכתב שם וז"ל דתניא ר' נתן אומר כו' תימא אפי' בלא רבי נתן נמי מי עדיף מנכסים משועברים שהמלוה טורף וגם מן המטלטלין וי"ל דהתם היינו כששעבד לו מטלטלי אגב קרקע אי נמי בשבועה אבל לר' נתן בלאו הכי גובה הימנו בעל כרחו דהא איהו גופיה אשתעבד לי' מדאורייתא וכאלו גובה מן הלוה שלו ולא עוד אלא שגובה ממנו שלא בשבועה אם הוא מלוה בשטר או בעדים תוך זמן דליכא למיחש לפרעון דהא ליכא פסידא ללוה הזה שהרי אינו גובה ממנו אלא כשיגיע זמנו עכ"ל משמע דאי אית ליה שום פסידא אינו גובה ממנו והיינו כמו גבי לקוחות מתקנתא דרבנן וכמ"ש לעיל: ובדברי מהרש"ל גופי' נראה שמודה לדברי לדינא שהרי כתב אבל הכא מה תקנה שייך ומאי פסידא איכ' כו' משמע הא היכא דאיכ' פסידא שייך שפיר תקנה זו. ולפ"ז מ"ש מהרש"ל בסוף דבריו ונ"מ שאם אותו החוב הוא בשטר אף שיש לשמעון נכסים לא יכול למחול ללוי כו' לא נהירא דכיון דיהי' ללוי פסידא בגביה זו שהרי מחל לו אין מוציאין מלוי מכח תקנת חכמים כיון דאית ליה נכסים לשמעון ולא גרע מחילה זו ממתנה דקי"ל דאין גובין ממקבלי מתנה במקום שיש בני חורין אפילו הן זבורית אף דשעבודא דאורייתא וכמו שכתבתי לעיל מפני תיקון העולם ואפשר דמהרש"ל מיירי השתא שאין לו נכסים עכשיו ורצה לו' אף שבשע' שמחל לו הי"ל נכסים א"י למחול כיון שמשועבד לו מדר' נתן כל נכסיו עד שישלם לו וכיון דהשתא לית ליה נכסי ל"ש תקנתא דרבנן משא"כ אלו הי' ר' נתן מיירי דוקא בדלית ליה נכסי היתה מועיל אז מחילתו ונמצא גם מהרש"ל מודה לדינא למה שכתבתי וכן עיקר:

סעיף ו

שסידרו לו ב"ד כו'. כתב מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט דהוא הדין כשאין שמעון כאן נפרע מלוי ולא דמי לערב (ע"ל סי' קכ"ט ס"י) דהיכא דאית לי' נכסי ללוה לא מטרחינן לערב וכופין ליה להמתין על הלוה דהתם איכא אטרוחי דבי דינא דשוב צריכים למיעבד דינא לערב על נכסי לוה אבל הכא לית ליה טעמא למילתא להכריח למלוה להמתין על הלוה אם לא שהוא בעיר עכ"ל ואין דבריו נראין לפע"ד ונראה דלטעמיה אזיל שכתב שם דאפי' אית ליה נכסי מוציאין ממנו מדר' נתן אבל לפי מ"ש לעיל בסק"ה דבאית ליה נכסי אין מוציאין בעל כרחו של לוה משום פסידא דידי' מתקנת חכמים דהוי כנכסים

משועבדים דאין גובים במקום שיש בני חורין אם כן דמי לערב דכמו דחשו לפסידא דערב כך חשו לפסידא דלוה ותו דדילמא אם יהיה שמעון הלוה בכאן יברר ששטר זה פרוע הוא הלכך עכ"פ צריך לאודועי לי' ולהמתין על הלו' שיעור הראוי וכדלקמן סי' קכ"ו וכן כתב בתשוב' בנימן זאב סי' שצ"ט וכן משמע מתשוב' הגאונים שהביא הב"י בסי' זה מחו' ג' וז"ל שאלו לרב האי הא דר' נתן אשכחן בתשו' ר"ע דלא מפקינן ממונא מלוי ויהבינן לראובן עד דאזיל ראובן ותבעו לשמעון כו' תשובה כדין וכשורה כתב והא מילתא דרבי עקיבא אף על גב דלא מפרשי' בש"ס וקבלה היא בידכם כבר מיפרשה בתלמוד א"י דהקשו ומתמהו וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו א"ל רבי ירמיה אנן משלחין בתרי' ג' אגרין כו' ע"כ וע"ל סי' ק"ו:

סעיף ז

אין ב"ד נזקקין כו'. כבר כתבתי בס"ק ה' דהר"ן והפוסקים כתבו הטעם דחוב זה ה"ל כמשועבדים דאין גובים במקום שיש בני חורין וכ' ב"י ומשמע דבשלא הגיע זמן פרעון החוב מיירי דאי בשהגיע זמן אין לו דין משועבדים ע"כ וכ"כ בדרכי משה וקשה דהא הר"ן כתב שם מיד אח"כ על זה וז"ל אפשר דכיון דמשתעבד מדר' נתן א"י למחול והא דאמרי' בפ' החובל דתיזבין לכתובת' לגבי האי דחבל' לי' ומשני דכל לגבי בעלה ודאי מחלה י"ל דהא דר' נתן לא סגי אלא כשיגיע זמניה פקדיה רחמנא ללוה דליתב למלוה קמא אבל לא סגי דליהוי מהשתא שעבודא ולכך בכתובה יכול למחול עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לקמן בסי' זה אלמא דמעיקר' מיירי הר"ן שהגיע זמן הפרעון דאל"כ הי' יכול למחול ואפ"ה כתב דהיכא דאית לי' נכסי לא משתעבד מדר' נתן ונראה שזה הי' כוונת הסמ"ע ס"ק ה' שכתב וז"ל אין ב"ד נזקקין כו' אף שהגיע זמן פרעון החוב כן מוכח בהר"ן פ"ב דכתובות לאפוקי ב"י וד"מ עכ"ל והב"ח כתב ברישׁ סי' זה וז"ל וכתב ב"י דכשהגיע הזמן אין לו דין משועבדים אלא בלא הגיע הזמן בשעת תביעה מיירי ולא משתעבד לי' מהשתא מדר' נתן אלא לענין זה דכשיגיע זמן הפרעון שיפרע למלוה קמא אבל כי אית לי' לשלם אין מוציאין מזה אפילו לכשיגיע הזמן והכי משמע ממ"ש הר"ן הביאו ב"י עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דכיון דכשהגיע הזמן אין לו דין משועבדים א"כ כי אית ליה לשלם אמאי אין מוציאין מזה לכשיגיע הזמן ועוד דבהר"ן שהבאתי לא משמע כדבריו:

אכן אחרי העיון נראה שדברי הב"י וד"מ נכונים והוא כשנדקדק עוד מ"ש דבשלא הגיע הז"פ מיירי והאיך נכוף לזה שיפרענו קודם זמנו בלית ליה נכסי למלוה שלו אלא ודאי ס"ל דכיון דבשעה שהלוה היה משועבד לו ה"ל כהלוה לו מעות של ראובן וכיון דמשתעבד ליה מדר' נתן אין כח להלות לו יותר מן הזמן הראוי ואף שלא הגיע הז"פ

הוי כהגיע הזמן כיון דלית ליה נכסי (משא"כ בדאי' לי' נכסי דכיון שיגבו ממנו קודם זמנו אית ליה פסידא דאין גובין במקום שיש בני חורין) וא"כ זה שייך דוקא כשהי' חייב לראובן בשעה שהלו' לו א"כ קאמר הר"ן שפיר דבכתוב' התם כיון שלא הגיע הז"פ אף בדלית ליה נכסי לא נשתעבד' מדר' נתן ויכול' למחול דהא בשעה שנעשית הכתובה לא היתה חייבת לניזק שלה והזמן של כתובת' כדין נעשה ואף דקי"ל דאין חילוק לענין מוציאין מדרבי נתן בין אם נתחייב שמעון כבר לראובן או לא וכמו שכתבו הפוסקים והטור והמחבר לעיל ס"א היינו לענין דבכל ענין משתעבד מדר' נתן אבל לענין אם מוציאין ממנו קודם זמנו שפיר יש לחלק בין נתחייב לו כבר או לא וכדפי' וכמ"ש לקמן כה"ג בשם הרא"ש והטור בסעיף ה' ס"ק י"ב וע"ש וזה ברור:

אך לפ"ז יהי' הב"י נגד תשוב' הרא"ש שמביא הטור ס"ס זה שמבואר בדבריו שיכול להלוות לכתחלה לזמן שירצה אף שהוא חייב כבר לשמעון וכן דעת המחבר גופיה לקמן סעיף ה' ולקמן ס"ס זה וכן מובן מדברי הריטב"א פ' האש' שנפלו שהבאתי לעיל ס"ק ה' וכן נראה בדין מטעם שכתב הרא"ש וטור שם כי היה יכול ליתן מטלטלין לכל מי שירצ' ולא נשתעבד לוי לראובן אלא לאחר ההלואה כו' לכך נראה דכל עיקר דעת הב"י וד"מ לא נתכוונו אלא לומר דאי הרויח לו הזמן לאחר ההלואה או ששמעון או לוי אומרים שלא הגיע הז"פ עדיין או שלוי אינו רוצה לשלם לו עתה מחמת שצריך עדיין לאותו מעות ושמעון אינו מקפיד מלהניח המעות אצלו לאיזו זמן שירצה והוא הדין שאר פסידא וכה"ג דבכי הא כי אית ליה נכסי אין מוציאין ממנו דה"ל כמשועבדים כיון דאית ליה פסידא שישלם קודם הזמן וכה"ג וכי לית ליה נכסי מוציאין ממנו דלאו כל כמיניה דשמעון לעשות זמן לאחר ההלואה או לעשות שאר פסידא כיון שנשתעבד כבר לראובן וכמ"ש הרא"ש וטור ס"ס זה והשתא אם הב"י וד"מ מיירי שידוע שהרויח לו זמן אחר ההלוא' א"כ י"ל כמו שכתבתי לעיל דהר"ן קאמר דבכתובה כיון דלא הגיע הז"פ לא נשתעבד מדר' נתן דהתם הזמן נעשה כדין קודם שנתחייבה לניזק ואם מיירי שאין ידוע שהרויח זמן רק ששמעון או לוי אומרים שלא הגיע הז"פ עדיין דאין נאמנים בדלית ליה נכסי א"כ פשיטא דל"ק מידי ממאי דקאמר הר"ן בכתובה וק"ל. ועכ"פ דברי הב"י וד"מ נכונים בפירוש דברי הר"ן וגם לדינא דהיכא דלית ליה פסידא לא שייך לומר דה"ל כמשועבדים וכמו שהוכחתי באריכות לעיל ס"ק ה' ונפקא מינה אם אין לשמעון אלא זבורית או שיש ללוי מעות או מטלטלין והגיע הז"פ ולית ליה פסידא ללוי מוציאין מלוי לראובן ודלא כסמ"ע ס"ק ה': ונראה כדפי' דמ"ש הב"י וד"מ דבשלא הגיע הז"פ מיירי הוא הדין כשלוי אינו רוצה לשלם מחמת שרוצה עדיין המעות לאיזו זמן בהסכמת

שמעון דזה הוי כלא הגיע הזמן וכן משמע בתשובת רשב"א סי' אלף קכ"ב שלא הוזכר שם שלא הגיע הזמן וכמ"ש לקמן סי' ק"א סעיף ד' בהג"ה וכן משמע מדברי שאר כל הפוסקים הנ"ל שהבאתי לעיל ס"ק ה' שכולם לא הזכירו שלא הגיע הזמן וסתמו וכתבו אלא מיירי שלוי אינו רוצה לשלם מחמת שיש לו איזה הפסד וכדפי' וכן כתב בספר גידולי תרומה ריש שער נ"א דהרשב"א וריב"ש וסייעתם מיירי אפילו הגיע זמנו והיינו משום דכיון דליתיה בידי דהמלוה לא מקרי לחלוטין בני חרי ולעולם יוכל הלוה שלו לומר לזה לך אצל נכסים אחרים שיש לו ולא מאלו שהם בידי כי אולי אתהנה מהם או אולי אפייסנו שיניחם בידי או ימחול לי וכיוצא בו כו' עכ"ל רק שהשיג שם על הב"י ולפי מ"ש גם דעת הב"י כן וכן עיקר:

סעיף ח

אין ראובן יכול לכופו כו'. דין זה אף שהוא מבעה"ת וטור אינו נלע"ד דז"ל הבעה"ת וטור ריש שער נ"א ומסתברא נמי שאם לא רצה לתבוע זה הלוה להלוה השני כדי לפרוע את חובו אין כופין אותו בכך דמוציאין קתני בי דינא מפקי ולא הוא ותו דלית ליה למטרח ולזבוני למפרע חוביה ותביעה זו כההיא טרח' דמיא הלכך המלוה הראשון טורח ומוציא עם הכרח של ב"ד חובו של הלוה השני ונפרע מחובו עכ"ל ומ"ש דמוציאין קתני בי דינא מפקי ולא הוא אינו ראיה דבית דין מפקי אע"פ שהוא אינו כאן או כשהלוה אינו רוצה לשלם למלוה ראשון ואומר לו לאו בעל דברים דידי את ב"ד מפקי מיניה בע"כ אבל אה"נ אם הוא לפנינו כיון שהוא חייב למלוה שלו ואינו יוצא ידי חובתו עד שישלם לו א"כ צריך הוא לעשות כל טצדקי דאפשר ולתבוע לוה שלו להוציא מזה ולשלם לזה גם מ"ש הבעה"ת ותו דלית ליה למטרח ולזבוני למפרע חוביה כו' (וכדלקמן סי' ק"א) לאו מילתא היא דהתם היינו משום דכיון דנותן לו מטלטלין א"כ שוה כסף הרי הוא ככסף ויוצא ידי פרעון בזה ואולי גם הבעה"ת והט"ו מיירי כשנותן לו שטרות בגוביינא ע"פ שומא כדלקמן סי' ק"א סעיף ה' ע"ש הא לא"ה שטר אין גופו ממון וכ"ש כשאין לו שטר על לוי אלא חוב בעל פה מה יתן לו שיצא ידי חובתו ואע"ג דראובן יכול לתבוע ללוי ולא יוכל לוי לו' לאו בעל דברים דידי את היינו משום דנשתעבד לוי גם לראובן אבל פשיטא שכל זמן שלא פרע לוי עדיין שמעון חייב לראובן הלכך עליה רמיא לתבוע ללוי וכל שאינו עושה כן נראה דהוי לוה רשע ולא ישלם. כן נ"ל ברור:

סעיף ט

יש מי שאומר כו'. לפי שהמחבר לא מצא דין זה רק בתשובת רשב"א לכך כתבו בשם יש מי שאומר אבל לפי מה שהארכתי והוכחתי לעיל סעיף ב' ס"ק ה' דין זה מוכרח הוא

בש"ס והרבה פוסקים דהך דרבי נתן מיירי אפי' אית ליה נכסי אלא דמשום פסידא דלוה אין מוציאין ממנו בדאית ליה נכסי מתקנת חכמים והלכך בפקדון דלא שייך פסידא לנפקד מוציאין ממנו אם הוא מעות אפי' אית ליה למפקיד קרקע או מטלטלין וכדלקמן סי' ק"א ועיין מ"ש שם סעיף ד' בהגה:

סעיף י

הם מעות בפקדון כו'. דוקא פקדון אבל שאלה לא דשואל טובת הנאה שלו לזמן ששאל (ואם כן אפילו לית נכסי אחריני אין מוציאין מן השואל קודם הזמן כמו גבי הלואה בסעיף ה' ובסעיף ט' וכמ"ש בס"ק י"ב ובס"ק כ"א ונראה דה"ה בשוכר כלי לזמן דדינו כשואל) וכן הביא הב"י בא"ע סי' ע' תשובת הרשב"א מי שהלך למ"ה והפקיד כלים ביד אחר או השאילם לו מוציאין מיד הנפקד למזונות אשתו אבל מיד השואל אם לא הגיע זמן שאלתו אין מוציאין לפי שדין משועבדים יש להם כל זמן שאלתם ואין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים עכ"ל וכ"כ המחבר בא"ע שם סעיף ז' והא דמוציאין מן השואל כשהגיע הזמן היינו משום דכיון דהבעל אינו כאן ולית ליה נכסי א"כ מוציאין מדר"נ ואף אם ירצה השואל לו' אני אחזיק הכלי עוד לאיזו זמן לאו כל כמיניה דאפי' היה הבעל לפנינו לא יוכל להשאילו עוד לזמן יותר כיון דנשתעבד לו השואל מדר"נ כמו גבי הלואה בסעיף ה' וכמ"ש בס"ק י"ב וס"ק כ"א אלא דבאית ליה נכסי אין מוציאין ממנו מתקנת חכמים דהוי כנכסים משועבדים דאין גובים במקום שיש בני חורין וזה לא שייך בלית ליה נכסי. ועוד נראה דכיון דאין הבעל לפנינו אפילו אית ליה נכסי מוציאין מן השואל דאין רשות בידו להחזיק הכלי לזמן יותר ממה שהשאילו דמיד שכלה הזמן הכלי הוא של הבעל וכל היכא דאיתיה ברשות' דבעל איתי' אבל בהלואה נראה אם אין המלוה לפנינו יכול הלוה לומר כיון שאין המלוה תובע אותי אחזיק המעות עוד אצלי עד שיתבעני המלוה שלי וכיון דאית ליה למלוה שלו נכסי אין מוציאין ממנו מדר"נ בעל כרחו דאף דר"נ מיירי אפילו בדאית ליה נכסי היינו לענין דמשתעבד ליה מדאורייתא אבל מתקנת חכמים אין מוציאין היכא דיש נכסים במקום דאיכא פסידא ללוה: והרב בהג"ה בא"ע שם כתב על מ"ש המחבר דמוציאין מיד הנפקד או השואל כו' וז"ל ואין מוציאין מנכסים שהם ביד אחרים כל זמן שיש כאן בני חורין וכ"כ הלבוש שם ונרשם בש"ע שם ב"י בשם תשובת רשב"א וכן משמע בד"מ שם ולא נהירא לי דכיון דמשתעבד מדרבי נתן אפי' בדאית ליה נכסי כמו שהוכחתי לעיל סעיף ב' סעי' קטן ה' אם כן אמאי לא יוציאו מן הנפקד ומן השואל (וכך כתב הרשב"א בתשוב' סי' אלף קכ"ב להדיא דבית דין מתפיסים מעות שיש לשמעון ביד ראובן מפני חוב שנתחייב

ללוי אע"פ שיש לו נכסים אחרים אם המעות שביד ראובן הם פקדון כו' וכך כתב הר"ב גופיה לקמן סי' ק"א ס"ד בהג"ה) ואי מיירי שיש פסידא בזה לשואל כגון בהשאיל לזמן וכה"ג א"כ אפי' ליכא כאן בני חורין נמי כדכתב הרשב"א להדיא טעמא דאין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים הרי דאפי' ליכא כאן נכסי אחריני אין מוציאין ודלא כמ"ש הרב בשמו דאין מוציאין מנכסים שהם ביד אחרים כל זמן שיש כאן בני חורין דזה הלשון ליתא ברשב"א כלל וגם אי אפשר לומר כן גבי מזון האשה: ועוד נראה דהא דכתב הרשב"א ואין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים כו' לאו למימרא דאלו הוה הבעל חייב חוב גמור הי' מוציאין מן השואל קודם הזמן דהא כתבתי לעיל סעיף ב' ס"ק ז' בשם הרא"ש וטור וריטב"א דאף דהי' חייב לאחרים יכול להלות לכתחל' לאיזו זמן שירצ' משום דיכול ליתן במתנה מטלטלים למי שירצה והוכחתי שגם המחבר ס"ל כן ושכן עיקר אלא נראה דבהך דהרשב"א שעבד למזונותי' מטלטלי אגב קרקע והלכך אי לאו דאין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים הי' מוציאין מן השואל קודם הזמן דאפי' הי' נותן לו המטלטלין במתנה גמורה הי' מוציאין ממנו ואה"נ בהי' חייב לאחרים ושעבד לו מטלטלי אג"ק ונתן אח"כ מטלטלים לאחר או השאילן לאחרים לזמן מוציאין קודם הזמן מדין הש"ס ומ"ש הרא"ש וטור לעיל ס"ק ז' כי הי' יכול ליתן מטלטלים למי שירצה היינו כשלא שעבד מטלטלים אג"ק (א"נ כששעבד לאחר המנהג וכדלעיל ר"ס ס') והלכך בהלואה יכול להלות לזמן דהתם ל"ש שעבוד מטלטלי אג"ק שהרי מטבע אין בו סי' וכדלקמן סי' ק"ד ס"ה וכל זה נ"ל ברור ועיקר:

סעיף יא

אין שמעון יכול למחול כו'. לכאור' תימה על מה שפסק המחבר בפשיטות כדברי הטור שהרי הרבה חולקין ואולי מפני שלא הביא בב"י הרבה חולקין בדבר אבל באמת הרבה חולקין הלא המה הרא"ש פ"ב דכתובות וכן התוס' שם בשנויי' קמא וכן נראה מבואר מדברי בעל המאור והרמב"ן בס' המלחמות שם וגם בבעה"ת שער נ"א הביא כן תשו' הרמב"ן וז"ל פי' הראב"ד כ' שא"י למחול שהוא אומר שעבודא דלוקח לאו דאורייי' כדברי רבינו הגדול ז"ל ושעבודא דהאי דאורייתא וכן מצאתי בתוס' במס' כתובות ואיני נח לדבריהם מסוגיא דבפרק החובל דמקשי' תיזבין לכתובתה בטובת הנאה להאי דחבל' בי' דאי מחלה לי' גבי בעל ל"ל פסידי' וא"כ לדבריהם היכא יכול' למחול דהא משתעבד לניזק מדר' נתן דהא לית לי' נכסי אחריני וליכא למימר דטעמא משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דמ"מ שעבודא איתא ויד ב"ח דאשה כידה דמי אלא ש"מ לעולם מוחל והכי מוכח סוגיא דשנים אוחזין גבי מצא שובר ע"כ וכן נרא' להדיא דעת הה"מ

ספ"ב מה' מלוה שכ' הא דאינו נאמן לומר אמנה במגו דאי בעי מחיל ליה או שורפו משום שאין אומרים מגו במקום חזקה והבאתיו לעיל סי' מ"ז ס"ק ו' וכן נראה דעת הנ"י סוף ב"ב גבי קבלן וכן דעת ר' ירוחם בנתיב ו' ח"ו ובסוף נתיב י"ד גם מ"ש ב"י שהר"ן ז"ל סמך על תירוץ בתרא דתוספ' דא"י למחול ליתא למעיין בהר"ן שם פ"ב דכתובות שמתחלה כתב די"ל תירוץ בתרא דתוס' ואח"כ כתב במסקנתו עוד נ"ל משום דאי מחיל ליה מיכסף ממלוה שלו כו' מבואר מדבריו במסקנתו דיכול למחול: אכן אחרי העיון היטב יראה דהעיקר כשינויי' בתרא דהתוס' וכהראב"ד וסייעתו וכמו שאבאר וכן פסק הרא"ש בתשו' כלל ס"ח דין ג' וכלל ס"ט דין ג' והבאתיו דבריו בקצרה לעיל סי' מ"ז ס"ק ז' והוכחתי שם שחזר בו ממ"ש בפסקיו וכן דעת הטור כאן וכ"כ המרדכי והגהת אשר"י פ"ב דכתובות וכ"כ עוד בס"פ האשה שנפלו וכ"כ בשלטי גבורים שם דף תקי"א ע"א וכ"כ בהגהת אשר"י מא"ז פרק שור שנגח ד' וה' ומביאו בשלטי גבורים פ' ג"פ דף רמ"ה ע"ב וכ"כ בפסקי מהר"מ רקנטי סי' ער"ה בשם הא"ז וכ"כ הריטב"א פ"ב דכתובות וז"ל והראב"ד ז"ל תירץ דליתא להאי מגו כלל דלא מצי מחיל לי' כיון דאשתעבד ליה מדר' נתן וכאלו הוא בעל חובו ממש וכדאמרי' בפ' כל שעה כי היכא דמשתעבדנא לאבוכון משתעבדנא לב"ח דאבוכון מדר' נתן משא"כ במוכר שט"ח לחבירו דלא משתעבד לוה ללוקח זה וזה הדין נראה נכון בעיני והקושיא מתפרקת בו כראוי כו' וכן דעת הרשב"א ז"ל עכ"ל וכן פסק מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט וכתב שכן העלה פ"ב דכתובות סי' י"א וכ"כ הסמ"ע לעיל ריש סי' מ"ז דק"ל כשנוייא בתרא דהתוס' דא"י למחול ע"ש וכן נ"ל עיקר מכמה טעמים (ולפי זה פסק של מהרשד"ם בתשובה ס"ס ק"ב לא מחוור ודבריו צ"ע ע"ש ודו"ק) חדא דאמרי' בפ' האשה שנפלו (סוף דף. פ"א) ואלא משום דאמר לה את לאו בעלת דברים דידי את דלמא ר' נתן הוא דתניא ר"נ אומר מנין לנושה בחברו כו' אלמא דלר"נ מלוה הראשון בעל דברים דלוה השני הוא וא"כ היאך יוכל המלוה השני למחול והכי משמע נמי בפסחים פ' כל שעה (פסחים דף ל"א) דפרכינן התם לרבא דאמר ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה מהא דאמר רבא אי פקח הוא מגבי להו ארעא כדאמר ר"נ יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהן אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה אמטו להכי חוזר וגובה מהן דכמאן דגבו בחיי אבוהון דמי אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגובה מהן האהוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי ואלו קני יתמי נכסי מי קא משתעבדי לב"ח ומשנינן שאני התם דאמר להו כי היכא דמשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא נמי לב"ח דאבוכון מדר' נתן דתניא ר"נ אומר מנין לנושה בחברו כו' אלמא דהוה כאלו הלוה לו המלוה ראשון דאי לא הדר' קשיא לדוכתא כיון דב"ח

להבא הוא גובה הוה כמאן דזבין יתמי נכסי ואמאי יגבה הב"ח הקרקע אלא ודאי דה"ל כאלו הלוה לו המלוה הראשון וא"כ היאך יוכל המלוה השני למחול. ועוד דפשיטא דכי אמר שטר זה פרוע הוא אין לך מחילה גדולה מזו וכמ"ש לעיל סי' ס"ו סעיף י"א ס"ק ל"ד וסעיף ט"ז ס"ק ס"א בשם הרבה פוסקים ואע"ג דאינו נאמן לומר פרוע הוא משום דדלמא משקר מ"מ לפי דבריו שאומר שהוא פרוע הרי הוא מוחל לו דכיון שנפרע ממילא בטל השטר ונמחל שעבודו וכדאמרי' בעלמא בכל דוכתי דכיון שנפרע פקע שעבודיה ואמרי' נמי שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו וכיון דקי"ל לעיל סי' מ"ז דאינו נאמן לומר פרוע וכמ"ש הרמב"ם והסמ"ג ובעה"ת והט"ו ורוב הפוסקים והרא"ש גופיה פ"ב דכתובות וכן הר"ן פ' הכותב על כרחך דלא מצי מחיל לי' דאי מצי מחיל לי' הרי אין לך מחילה גדולה מזו. ועוד דבאמנה גופי' השטר בטל ואין לך מחילה גדולה מזו וא"כ נהי דאינו נאמן לומר אמנה מ"מ לפי דבריו השטר מחול וגרע הוא מפרוע וכדמשמע להדיא בש"ס פ"ב דכתובות (דף י"ט ע"ב) דבאמנה מתבטל השטר טפי מבפרוע אלא ודאי א"י למחול. ועוד דזיל בתר טעמא אמאי אינו נאמן לומר אמנה או פרוע הא פשיטא דאדם נאמן על שלו ולא שייך לומר דחיישי' לקנוניא דיכול אדם לעשות בשלו מה שירצה אלא ודאי כיון שחייב לאחרים ומשתעבד חוב זה למלוה שלו מדרבי נתן לא הוי שלו רק של מלוה שלו ומהאי טעמא היאך יכול למחול הרי הוא של מלוה שלו שנשתעבד מדר' נתן ועוד דמהיכי תיתי נימא דיכול למחול ולבדות סברא שלא נמצא בש"ס בשום מקום דבכל דוכתי בש"ס אמרי' סתמא דמשתעבד מדר"נ ולא הוזכר בשום מקום דיכול למחול ואפי' בהך דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו קהו בה רבוותא בעלי התוס' ושאר פוסקים אמאי יכול למחול וכדלעיל סי' ס"ו ס"ק א' וכל הנהו טעמי לא שייכי הכא דאלו פי' רבינו חננאל שהביא הרי"ף פ' הכותב במוכר שט"ח דיכול למחול מטעמא דיכול לו' עיינתי בחשבוני ולא פש לי גביה מידי או אסתפק לי דפרוע הוא א"כ הכא כיון דאינו נאמן לו' פרוע וכמ"ש הרא"ש גופי' פ"ב דכתובות וכדקי"ל לעיל סי' מ"ז א"כ א"י למחול וכן להרי"ף ושאר פוסקים שהשיגו על פי' ר"ח והרמב"ם וסייעתו דס"ל דטעמא דמכירת שטרות דרבנן לכך יכול למחול א"כ הכא דהוי מדאורייתא מקרא דונתן לאשר אשם לו פשיטא דא"י למחול ועוד נ"ל עיקר דאף למ"ד מכירת שטרות דאורייתא וכמו שהעליתי לעיל ר"ס ס"ו ס"ק א' באריכות וכתבתי שכן עיקר ושנ"ל שכן ג"כ דעת הרי"ף מ"מ לפמ"ש שם בשם פי' ר"ת דהיינו טעמא דיכול למחול משום דשני קניינים יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסיו והמוכר שט"ח לחבירו א"א שימכור שעבוד גוף שיש לו על הלוה וכיון דנכסי דאינש אינון ערבין כשמוחל ללוה

שעבוד הגוף שנשאר אצלו ממילא פקע שעבוד הנכסים דאין נפרעין מן הערב במקום שהלו' פטור א"כ האי טעמא ל"ש בנושה מחבירו שנשתעבד הלוה השני לגמרי לראשון מדאורייתא ולא יכול לו' לאו בעל דברים דידי את וכדאי' בפרק האשה שנפלו וא"כ גם גופו נשתעבד לו מדאורי' והאיך יוכל המלוה השני למחול: ומכח מ"ש נראה דאף דמכירת שטרות דאורי' מ"מ בהך דר' נתן א"י למחול ודלא כמ"ש התוס' פ"ב דכתובות והמרדכי והגהת אשר"י שם והרא"ש בתשו' כלל ס"ט סי' ג' והרמב"ן בתשו' בבעה"ת ריש שער נ"א שהבאתי לעיל הטעם לחלק דמכירת שטרות דרבנן אלא אף ע"ג דמכירת שטרות דאורייתא שפיר יש לחלק כמו שכתבתי וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות ומביאו ב"י וכן נראה דעת הריטב"א שגם הוא סובר מכירת שטרות דאורייתא וכמ"ש בשמו לעיל סי' ס"ו סעיף כ"ה ס"ק פ"ג ואפ"ה הסכים כאן לדעת הראב"ד (ומכאן ג"כ סתירה לתשוב' מהרשד"ם ס"ס ק"ב ע"ש ודוק): ועוד מוכח מכח מה שכתבתי דלאו דוקא אמנה או פרוע אלא הוא הדין תנאי או שאר כל דבר שבעולם המבטל את השטר אינו נאמן דהא כשאומר אמנה או תנאי או כל דבר שבעולם הוא מבטל את השטר והוי מחילה ואין לך מחילה גדולה מזו כשהוא או' שהשטר הוא בטל ואינו יכול לבטל את השטר בשום ענין כשהוא משועבד מדר' נתן ומוכח נמי מכל זה דבמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ה"ה כשאו' אמנה הוא או פרוע נאמן המוכר דהא כשאומר אמנה או פרוע או שום דבר המבטל את השטר ממיל' השטר מחול דאין לך מחיל' גדולה מזו ושמואל רבות' אשמועי' דאפי' מחלו לו בחנם מחול וכ"ש כשאומר פרוע או אמנה שהוא בטל וכבר כתבתי בזה סי' ס"ו סעיף י"א ס"ק ק"ד עיין שם: ועוד מוכח מכח מה שכתבתי דאף שלא נודע בשעה שאומר אמנה או פרוע או בשעה שמוחל לו שהי' חייב לאחרים ונודע אח"כ שבשעה שאמר כן הי' חייב לאחרים כיון דנשתעבד אז מדרבי נתן בטלו דבריו ומחילתו מאותו שעה וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות והטור והמחבר לעיל סי' מ"ז גבי אמנה או פרוע וה"ה גבי מחילה ושאר דברים המבטלים השטר וכמ"ש דהכל אחד הוא דמה לי שאומר אמנה ופרוע ומה לי שמוחלו או אומר דבר אחר המבטלו סוף סוף לפי דבריו השטר בטל ומחול הוא ועוד דכיון דמשתעבד מדר' נתן אף שלא נודע אז שחייב לאחרים א"כ כיון שאינו יכול למחול היכא דמשתעבד מדרבי נתן וכמ"ש הרא"ש בתשו' והטור סי' זה ה"ה היכא דלא נודע מתחלה דהא נשתעבד אז מדרבי נתן ודלא כהבית חדש שמחלק בין נודע ללא נודע לדעת הרא"ש וטור ודחק עצמו דהטור לצדדין קאמר ע"ש וכבר השגתי עליו לעיל סי' מ"ז ס"ק ז' ואע"פ שמדברי לשון הצרפתים שהביא הבעה"ת שער נ"א ריש ח"ב נראה לחלק בין כשמגבין ב"ד או לא היינו משום דסבירא להו דכל

שלא בב"ד לא משתעבד מדר' נתן ואף אמנה יכול לומר כמבואר להדיא בדבריהם שם וא"כ אנן דקי"ל דמשתעבד מיד מדרבי נתן לענין אמנה ופרוע וכדלעיל סי' מ"ז ה"ה גבי מחיל' וכ"ש הוא דבטל' המחיל' ואף שמדברי ר' ירוחם סוף נתיב י"ד שמבי' הב"י לעיל ס"ס ס"ו נראה ג"כ שמחלק דכשהגבהו ב"ד א"י למחול היינו משום שר' ירוחם ס"ל דאף דנשתעבד מדר' נתן יכול למחול וכמ"ש בנתיב ששי ח"ו וכשהגבהו ב"ד ס"ל דהוי כגבוי ואינו יכול למחול וכמ"ש לדעתו לקמן סי' ק"א סעיף ה' ע"ש (וגם בלא"ה דברי ר' ירוחם בסוף נתיב י"ד לדעת הראב"ד נלפע"ד מגומגמים בזה ונלפע"ד דלדעת הראב"ד בכל ענין א"י למחול ע"ש ודלא כתשו' מהרשד"ם ס"ס ק"ב ע"ש) אבל לפי מה שהעליתי דהיכא דמשתעבד מדר' נתן א"י למחול א"כ בשעה שמחל הי' משועבד מדרבי נתן ואין מחילתו כלום והכי מוכח בש"ס דפסחים פ' כל שעה שהבאתי לעיל דמשתעבד מיד בשעת הלואה מדר' נתן אף שלא הגבהו ב"ד וכן משמע בש"ס פ' האשה שנפלו וא"כ היכא שנודע אח"כ שבשעה שאמר אמנה או פרוע או מחול הי' חייב לאחרים שהי' החוב ההוא משועבד למלוה שלו אז מדרבי נתן בטלו דבריו למפרע וזה נ"ל ברור (ואדרבה כשהגבהו לו ב"ד השטר ונתפרע בזה גרע טפי ויכול למחלו אחר כך דהוה כמכר לו שט"ח בחובו וכמ"ש לקמן סי' ק"א ס"ה ע"ש):

ולענין מ"ש הרמב"ן דמהך דפרק החובל ופ' שנים אוחזין מוכח דיכול למחול לפע"ד לא מוכח כלום וכמו שאבאר: והנה הר"ן כתב בפ' ב' דכתובות אהא דאמרינן דהיכא דמשתעבד מדר' נתן א"י למחול וז"ל והקשו ע"ז מדאמרינן בפ' החובל (בבא קמא דף פ"ט ע"א) גבי הא דתנן דאשה פגיעת' רעה דהיא שחבלה באחרי' פטורה משום דלית לה לשלומי ומקשינן התם ותיזבן כתובתה בטובת הנאה להאי דחבלה ביה דאי מחלה גבי בעל לית ליה פסידא ופרקינן סוף סוף לגבי בעל ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן והא התם דלית לה נכסי אחריני ואפ"ה אמרינן דיכולה למחול ולי אין זה קושיא דהתם לאו מדרבי נתן אתינן עלה והיינו טעמא דהא דר' נתן לא סגי אלא כשיגיע זמנו פקדיה רחמנא ללוה דליתיב למלוה קמא ומשום הכי מוציאין מזה ונותנין לזה אבל לא סגי דליהוי מהשתא שעבודא גבי' כל שכן בשיעבוד כתובה דאפשר דלא אתי לעולם לידי גוביינא עכ"ל ומשמע לכאורה מדבריו דבהלוא' שלא הגיע הז"פ יכול למחול וכן נרא' שהבין הסמ"ע לעיל ר"ס מ"ז ועל כן כתב דאם עדיין לא הגיע הז"פ אפשר דיכול למחול אבל לא הי' צריך הר"ן לזה וה"ל לתרץ בקצור דכתובה שאני כיון דאפשר דלא אתי לעולם לידי גוביינ' וא"כ אפשר לומר דמלוה שלא הגיע הז"פ א"י למחול וכן נרא' מדברי הריטב"א פ"ב דכתובות שכתב וז"ל וההיא דב"ק באשה שחבל' ואתי ניזק לגבות

מכתובת' קאמרינן כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן שאני התם שלא ניתנה כתובה לגבות מחיי' ואי אפשר לנו לעשות גובייגא ובעל נמי לא חשיב משתעבד ליה מדר' נתן כיון שאין חיובו ברור ואם איתא אין לנו אלא שנכוף לאשה שתתן לו כתובתה בתורת גובייגא בטובת הנאה והא כמכר הוי לפיכך אם מחל' אח"כ לבעל' מחול עכ"ל משמע דוקא בכתוב' כיון שאין חיובה ברור לא משתעבד מדר' נתן אבל במלו' שלא הגיע הז"פ משתעבד מדר נתן וא"י למחול אף קודם שהגיע הז"פ ואף שמצאתי בסוף תשו' רשב"א סי' אלף קי"ב אדם שחייב ממון לחבירו ולא נמצ' בידו ממון אלא שטרי חוב שחייבי' לו אחרים אם הגיע זמנם בודאי מוציאין מזה שנא' ונתן לאשר אשם לו אבל אם לא הגיע זמנם נרא' שאין ב"ד מגבין בתורת גובייגא הלכך אם מחל זה החוב לאותו שהיה חייב לו קודם שיגיע זמן הפרעון מחול הוא והפסיד הלה את חובו עכ"ל לאו למימרא דמחלק בין קודם ז"פ או לא אלא דהרשב"א בתשוב' זו קאי בשטת הסוברים דבדר"נ יכול למחול וכמ"ש ר' ירוחם בשמו והבאתיו לקמן סי' קכ"ט סעיף י"ט וכשהגיע ז"פ מסתמ' ב"ד מגבי' ליה מיד ולאחר גביה שוב א"י למחול: ועוד נלפע"ד עיקר דגם בכתובה היכא דמשתעבד מדר' נתן א"י למחול דאין סברא לחלק כיון שאין חיובו ברור ולא ניתנה לגבות מחיים דסוף סוף כיון שהבעל משועבד מדר' נתן הרי הוא משועבד לבעל חוב דאשה כמו לאשה ואין כח לאשה להפקיע השעבוד שלו שנתחייב לב"ח דידה במחילתה וכן נרא' להדיא מדברי הרמב"ן שהביא הבעה"ת ריש שער נ"א שאין לחלק בכך וז"ל שם וכזה השיב לי הרמב"ן כי הראב"ד כתב שאינו יכול למחול כו' ואיני נח לדבריהם מסוגיא דפרק החובל כו' וליכא למימר דטעמא משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דמ"מ שעבוד' איתא ויד ב"ח דאשה כידה דמי אלא לאו ש"מ לעולם מוחל והכי מוכח סוגיא דשנים אוחזין גבי מצא שובר ע"כ והבאתיו לעיל בריש ס"ק זה הרי שהרמב"ן הרגיש בסברא זו דשאני כתובה שלא ניתנה לגבות מחיים ודחה אותה סברא בטוב טעם ודעת והעיקר כדבריו בזה אבל מאי דס"ל להרמב"ן דהיכא דמשתעבד מדר"ן יכול למחול אין נראה לי וכמו שהוכחתי למעלה דא"י למחול ונראה שהעיקר מה שהכריחו להרמב"ן לזה הך דהחובל והך דשנים אוחזין וכמ"ש הרמב"ן להדיא ולפע"ד ל"ק מידי מהת' מטעמא אחריני דהתם ודאי מיד שחבלה בהאי משתעבד ליה הבעל מדר' נתן אלא דמ"מ פגיעתה רעה שאין יכול לגבות עד שתתאלמן או תתגרש ואי תמות היא ברישא יפסיד הנחבל דמי חבלתו וגם כשתתאלמן או תתגרש לא יגבה רק דמי חבלתו ואי תמכור לו השתא הכתובה בטוב' הנא' שירויח בזה כשתתאלמן או תתגרש שיגבה כל הכתוב' יותר מדמי חבלתו נמצא שהכתוב' תהי' שלו ויגבה דמי

חבלתו והיא לא תתחייב לו שוב כלום וגם הבעל לא יהי' משועבד להאי מדר"נ דהא איהי גופא לא משתעבדא ליה שהרי כבר פרעה לו דמי חבלתה בכתובת' שמכרה לו והיאך יהי' הבעל משועבד לי' להאי מדר"נ אלא שיהא הבעל חייב לשלם לי' להאי הכתוב' כשתתאלמן או תתגרש מצד מה שקנה הכתובה ממנה וזה יכולה למחול ושפיר קאמר התם דמחלה לי' וכדשמואל דהא כשתמכור לו הכתוב' בטובת הנא' הרי פרעה בזה להאי דחבלה בי' ותו ליכא עלה שום חיוב תשלומין ולא שייך כלל לדרבי נתן הגע עצמך ראובן שהי' חייב לשמעון מנה ומכר לו בדמי חובו שטר שיש לו על לוי מסך מאתים וכי אינו יכול ראובן למחול אח"כ אותו השטר שמכר לשמעון ואין להתעקש בזה ולומר דכיון דכשימחול לו לא יקבל זה דמי חובו לא יצא ראובן ידי חובתו בזה וא"י למחול דזהו ודאי דבר שאין הדעת סובלתו דמה בכך סוף סוף כבר פרע לו במכירו' השטר והרי אם לא הי' מוחל לו והי' מרויח שמעון בקניה זו שקנה שטר של ר' במנה לא הי' ראובן יכול לחזור בו כשיפרעלו דמי חובו מנה והדבר פשוט שפקע החוב במכיר' זו ושוב אין לשמעון שום חיוב על ראובן ולא על החייבים לו מכח שעבודא דר"נ וא"כ השתא אפי' לית לי' נכסי לראובן יכול למחול השטר והא נמי דכוותה היא והלכך בהך דחבלה כל כמה דלא מיזבנא כתובת' פגיעת' רעה שאין יכול לגבות דמי חבלתו עד שתתאלמן או תתגרש ולפ"ז כל כמה דלא מכרה כתובתה להאי דחבלה בי' לא תוכל למחול דכיון דעדיין לא פרעה לו דמי חבלתו משתעבד לי' הבעל מדר"נ ואי תיזבין לי' כתובת' אף אם ירויח שיקנה כתובתה בזול הא לאחר מכירה תוכל למחול הכתובה. כן נ"ל ובחנם נתחבטו הרמב"ן והריטב"א והר"ן בזה כי לפע"ד הדבר ברור כמ"ש ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו: גם מ"ש הרמב"ן והכי מוכח סוגיא דשנים אוחזין כו' לא מוכח לפע"ד מידי וכמו שיתבאר: גם ראיתי בס' חכמת שלמה למהרש"ל פ"ב דכתובות שכ' על מה שתרצו התוס' שם דוקא מוכר שט"ח יכול למחול אבל בשעבודא דר' נתן אינו יכול למחול וז"ל ותימה לפי זה הא דפ"ק דבבא מציעא איך מיתרצת דהא מכירת כתובתה היא מכיר' ממש שיש לה שעבוד על הבעל בתנאי בית דין אפי' בלא שטר או מכרה אותו שדה המיוחד לה בכתובתה כמו שפירש"י שם או נימא שמא היתה לוה מאחרים כפי כתובתה וק"ל וצריך לומר דשאני כתובה שהרי לא נתנה לגבות מחיים ולא שייך לו' כהאי גוונא הא דר' נתן דהא לא חל שעבודא על הכתוב' מחיים כלל ומשום הכי יכולה שפיר למחול וכן פירש הר"ן עכ"ל ואין דבריו נכונים לפע"ד דנהי דפירש הר"ן כן פשיטא דאין כוונת התוס' כן דא"כ כל כי האי ה"ל להתוס' לפרושי וגם הר"ן לא פירש כן אלא מכח הך דפ' החובל אבל מכח הך דפ"ק דב"מ לא פי' הר"ן כן והרי אדרבה הר"ן

מייתי להדיא הך דפ"ק דב"מ ולא מקשה מהתם מידי אלא מהך דפרק החובל אלא ודאי דמעיקרא ל"ק מידי מהך דפ"ק דב"מ דמה שהקשה מהרש"ל דהא מכירת כתובתה היא מכירה ממש כו' או מכרה שדה המיוחד לה כו' פשיטא דמכל זה לק"מ דמה בכך ס"ס אינו שעבודא דרבי נתן אלא מכירות השטרות יכולה למחול וכן ראיתי למהר"ש אידלש שתירץ כן ופשוט הוא אבל מה שהקשה מהרש"ל או נימא שמא היתה לוה מאחרים כו' זה לכאור' קושיא הוא דהא כי לותה מאחרים משתעבדא הכתוב' ממש מדר' נתן להמלו' שלה ועל זה לא תירץ מהר"ש אידלש כלום ולאו שפיר עביד דעיקר קושייתו של מהרש"ל הוא מזה אבל לפע"ד גם מהא ל"ק מידי דבכולא ש"ס לא חיישינן אלא לשמא מכרה כתובת' בטובת הנאה דרגילות היא שלוקחים הכתיב' אף על הספק דשמא תתאלמן או תתגרש וירויח הלוקח אבל ודאי לא חיישינן לשמא לותה דמי הוא שוטה זה שילוה לה ממון לאשה שפגיעתה רעה דשמא תמות היא ברישא ויפסיד מעותיו ואף אם תתאלמן או תתגרש לא ירויח כלום רק יגבה חובו אם כן זהו קרוב להפסד ואין בו ריוח וזה ברור: העולה מזה דאין חילוק בין כתובה לשאר חוב בכל ענין שייך שעבוד' דר' נתן וא"י למחול אף שלא הגיע זמן הגבי' עדיין ולכן אשה שחבלה באחרים או לותה מאחרים אינה יכולה למחול הכתוב' שהבעל משועבד להנחבל או למלוה שלה מדרבי נתן אבל אם מכרה הכתוב' לאחרים ואינה חייבת לאחרי' או שמכרה לזה שחבלה בו או לזה שלותה ממנו וקבלו הכתובה בדמי החבלה או בדמי ההלוא' יכולה למחול וכן ראובן שהי' חייב לשמעון ומכר לו ש"ח על לוי וקבל שמעון הש"ח בדמי חובו יכול אח"כ ראובן למחול הש"ח ללוי אבל כל זמן שלא קנה שמעון הש"ח בדמי חובו א"י למחלו אף שלא הגיע הזמן פרעון של השט"ח:

סעיף יב

ולא להרויח לו זמן. ז"ל תשובת הרא"ש בטור ס"ס זה ומה שנסתפקת בשאלתך אי אמרי' כל זמן ששמעון חייב לראובן כלום עבדו הוא ולאו כל כמיני' לגמול בממון רבו (כלומר להלות ללוי לזמן) הא לאו מילתא היא כי הי' יכול ליתן מטלטלים לכל מי שירצה ולא נשתעבד לוי לראובן אלא לאחר ההלוא' אבל לאחר ההלוא' נשתעבד לוי לראובן בכל השעבוד שהי' לשמעון עליו ולאו כל כמיניה דשמעון למחול או להרויח הזמן עכ"ל וכן נראה דעת המחבר כאן ולקמן סוף סי' זה. והיינו אף שלא נודע בשעה שמחל לו או שהרויח לו הזמן שהי' חייב אז לראובן ונודע אח"כ שהי' חייב לו אז ואין לו עתה לגבות רק מזה החוב בטלה מחילתו או הרווחת הזמן וכמ"ש לעיל ס"ק י"א באריכות (ועמ"ש לקמן סי' קכ"ט סעיף י"ט) אבל אם לא הי' חייב אז לראובן מהני אז

מחילתו והרווחת זמנו אף שהלוה אח"כ מראובן ונשתעבד לו וה"ה אם אמר אז אמנה או פרוע ואף שאין חילוק לענין מוציאין מדר"נ בין חייב לו כבר או לא וכמ"ש הפוסקים והט"ו לעיל (ס"א) היינו (כשחייב לו) לענין אומר אמנה או פרוע אחר שנתחייב האומר אבל אי מוחל לו או מרויח לו זמן או אומר אמנה או פרוע בשעה שעדיין לא נתחייב לראובן בטל השטר וזה פשוט וכן מה שכ' הרב בא"ע סי' ע' סעיף ח' מיהו אם מחלה האשה לבעלה אין למלוה כלום יש לפרש כשמחלה קודם שלותה ואכלה:

סעיף יג

אינו נאמן. כתב הסמ"ע סעיף קטן ט' ודוקא שיש נאמנות בשטר או שלא א"ל אשתבע לי וכמש"ל סי' מ"ז ס"ק ד' דאל"כ כיון שא"י לגבות אלא בשבועה אין מוציאין ממנו וכ"כ הט"ו לעיל סי' מ"ז והוא מדברי בעה"ת שער נ"א דין ב' עכ"ל ולעיל סי' מ"ז ס"ק ד' השגתי על הט"ו ובעה"ת והוכחתי דאפי' אין בו נאמנות וא"ל אשתבע לי ואינו רוצה לישבע אינו כלום והשטר בחזקתו ומוציאין ממנו מדר"נ ע"ש:

סעיף יד

ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בבית דין כו'. נראה דלאו דוקא נתחייב בב"ד דהא כיון דנשתעבד מדר"נ וה"ל מלוה ראשון בעל דבר דידיה וכדאיתא בש"ס פרק האשה שנפלו סוף (כתובות דף פ"א) מה לי נתחייב בבית דין או לא אלא אורחא דמילתא נקט דקודם שיתחייב בב"ד יכול לומר לא הייתי יודע שהוא חייב לך או הייתי סבור שיש לו נכסים וישלם לך וכן דברי תשובת הרא"ש והמחבר בסעיף ו' תפרש כן. וכן ראיתי בהגהת אשר"י פרק שור שנגח ד' וה' מא"ז ובפסקי רקנטי סימן ער"ה שרבי משלם ברבי נתן השיב שאם החזיר הממון לבעליו אחר שזה קבל עליו קודם שפסקו לו ב"ד הדין כר"נ שחייב לשלם גם לזה עכ"ל ומביאו בש"ג פ' ג"פ דף רמ"ה ע"ב ואע"פ שראיתי בתשו' מיי' לספר משפטים סי' ט' שכתב ובתשו' ר' משלם בר"נ שעליו לשלם גם לזה וכגון דא צריכה רבא א"א עכ"ל מ"מ נ"ל עיקר כר' משלם בר"נ. וכן הר"ב גופיה בא"ע סי' ע' סעיף ח' כתב ואם החזיר הנפקד לבעל אחר שתבעתו האשה לדין חייב לשלם לה ע"כ וכ"כ הלבוש שם והוא מדברי המרדכי ר"פ שני דייני גזירות שכך השיב רבינו משלם משמע דאף קודם שנתחייב בדין. ועוד נראה דמ"ש רבינו משלם אחר שזה קבל עליו כו' הוא לאו דוקא דאטו בקבל עליו בב"ד תליא מילתא אלא אורחא דמילתא נקט משום דאם לא כן יכול לומר לא הייתי יודע שהוא חייב לך או שאין לו נכסים וכה"ג אבל אה"נ אם התרה בו שאל 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 נכסים ואע"פ כן

פרע לשמעון חייב לוי לשלם לראובן דכיון דבשעת פרעון הי' יודע שנשתעבד לראובן וראובן בע"ד דידיה הוא לא נפטר במה שפרע לשמעון ואינו יכול לומר לא הייתי יודע הדין דמשתעבדנ' לך מדרבי נתן דכיון דמשועבד מדר"ן עליה רמי' למידע ולא מסתלק מיניה שעבוד' עד דפרע ליה וכן בתשובת מיימוני שם משמע דר' משלם מיירי בכה"ג דכתב שם ובלבד שידע האמת שעדיין חייב לו ואם אמר פרעתי לנושה קודם שתבעתני כו' ור' משלם כ' שחייב לשלם גם לזה. וכן נ"ל עיקר: כתב ב"י וז"ל כתב בתשו' מיי' לספר משפטים סי' ט' רפיא בידי אם אמר זה כבר פרעתי לנושה קודם שתבעתני אם יוכל להשביעו על ככה ואני אומר שדבר פשוט הוא שאינו יכול להשביעו בטענת שמא אבל מחרים חרם סתם עכ"ל והמעיין בתשו' מיי' שם ובהגה' אשר"י פרק שור שנגח ד' וה' יראה שהם דברי ראבי"ה שנסתפק בזה משום דלא ס"ל כרבי משלם הנזכר וע"כ נסתפק מאחר שיש לו שייכות בממון שיודע שעדיין חייב לו ונשתעבד לו מדר"ן א"כ מסתמ' לא פרע וה"ל כמו רגלים לדבר דלעיל סי' ע"ה סעיף י"ז בהג"ה דמשביעין אפי' על טענת שמא וא"כ למה שכתבתי בסמוך דהעיקר כר' משלם א"כ כל שידע לוי שחייב לו שמעון ואין לו נכסים חייב לוי לשלם לראובן אף שכבר פרע לשמעון ולא שייך האי דינא אא"כ טוען לוי לא ידעתי שהיה חייב לך או שאין לו נכסים וא"כ אין רגלים לדבר ופשיטא דבהא גם ראבי"ה מודה דאין משביעים על טענת שמא אם פרע לו וכמ"ש ב"י וכן עיקר:

סעיף טו

דלא משעבד לוי לראובן מדרבי נתן. לענין שיתחייב לחזור ולפרוע לראובן עד שיתברר בב"ד ששמעון חייב לו דאל"כ יכול לוי לומר לא הייתי יודע שח"ל וכמ"ש לעיל ס"ק י"ד:

סעיף טז

וטוען לוי פרוע הוא. ואשתבעו לי וכמ"ש לעיל סעיף ה' ס"ק י"ג נשבעים היורשים כו' דאל"כ אין היורשים צריכים לישבע כדלקמן סי' ק"ח סעי' ה':

סעיף יז

ואם לא רצו לישבע כו'. הבעה"ת והטור לטעמייהו אזלי דס"ל דכיון דצריך לישבע ואינו נשבע אין מוציאים מדר"ן אבל כבר הוכחתי לעיל סי' מ"ז ס"ק ד' דלא קי"ל הכי אלא לענין שעבודא דר"נ השטר בחזקתו ואף אם הי' שמעון או יורשיו חייבים לישבע ואינם רוצים לישבע ואומרים ידענו שהשטר פרוע לאו כל כמיניהו להפסיד השטר והכי משמע לו מן הש"ס פ' כל שעה (פסחים דף ל"א ע"א) דפרכינן התם ואי אמרת ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ה"ל כמאן דזבין יתמי נכסי כו' ומשני משום דמשתעבד מדר"נ

אלמא דכיון דנשתעבד לוי מדר"נ לראובן ה"ל כאלו הלוה ראובן ללוי וה"ל ראובן בעל דבר דידיה מדאורייתא וכדאיתא בש"ס פ' האשה שנפלו (ריש כתובות דף פ"ב) וא"כ מה לו ליתומים ולשבועתם ועוד דלא אתי שבועה דרבנן ומבטל לשעבוד' דאורייתא ואע"ג דאפי' למ"ד מכירת שטרות דאורייתא כי אינו רוצה המוכר לישבע מפסיד הלוקח כדלעיל סי' ס"ו סעיף ט"ו התם היינו משום דכיון דאין עדיין השטר נקנה אלא בכתיבה ומסירה מן המוכר א"כ הלוקח בא מכח המוכר וכיון דאין המוכר רוצה לישבע הרי הוא מודה שהוא פרוע ונאמן הוא לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל ליה או דפרוע גופי' מחיל' היא והמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול אבל בשעבודא דרבי נתן כיון דקי"ל דא"י למחול וכמו שכתבתי לעיל ס"ק י"א וגם אינו נאמן לומר פרוע וכדלעיל סי' מ"ו והיינו מטעמא דהמלוה ראשון הוא בעל דבר דלוה שני ועוד דאף דאינם רוצים לישבע חיישינן לקנוניא כמו באומר אמנה או פרוע לעיל סי' מ"ז אבל במוכר שט"ח לא שייך קנוניא דהא מצי מחיל ליה: ולכך נ"ל בדין זה כהיש אומרים שהביא הבעה"ת והטור שנשבע ראובן שלא פקדני שמעון המלוה השני וגובה מלוי. ונ"ל שטעם י"א אלו כמו שכתבתי דסבירא להו דלא איכפת לן במה שאין היורשי' רוצים לישבע כיון דלוי משועבד לראובן מדאורייתא מדר"נ וה"ל ראובן בעל דבר דלוי ואין להקשות א"כ אמאי ישבע שלא פקדני שמעון והא אפי' פקיד ליה וא"ל שהוא פרוע לאו כלום הוא לא קשה מידי דדילמא פקיד לי' קודם שנשתעבד לוי לראובן כגון שלוה לוי משמעון ואח"כ לוה שמעון מראובן ודלמא קודם שלוה שמעון מראובן א"ל לראובן שטר שיש לי על לוי פרוע הוא שאז הי' נאמן. ולפ"ז אם שטרו של ראובן מוקדם לשטרו של שמעון א"צ ראובן לישבע שלא פקדני שמעון והי"א אלו אמרו דבריהם היכא שאין ידוע שהלואת ראובן קודמת: ונ"ל שגם בעל העיטור אינו חולק על זה ומ"ש הבעה"ת והטור שהבעל העיטור לא כתב כן לא ירדתי לסוף דעתם וז"ל בעה"ת שם בשער נ"א סוף חלק ב' ואיכא מאן דאמר המלו' הראשון נשבע שלא פקדני המלו' השני וגובה כו' וכל זה כתב הרב בעל העיטור דהאי סבר' בתרא ליתא וכמו שאני עתיד לכתוב למטה מזה בענין מכירת שט"ח עכ"ל ולמט' בענין מכירת שט"ח בסוף חלק ז' כתב וז"ל ואיכא מ"ד לוקח נשבע שלא פקדני מוכר ונוטל כדתנן משביע הוא את יורשיה ואת הבאין ברשות' ועל זה כ' הרב רבי יצחק בעל העיטור מסתבר' דהאי סבר' בתרא ליתא דהתם על שמא הוא אבל הכא ברי קא טעין לי' ועוד דשבוע' לבטל' היא שהשטר מקוים מעיד שהמוכר אמר לו שאינו פרוע הלכך אי לא בעי מלוה לאשתבועי חייב מדינ' לשלומי ואי מית והיורשי' לא בעי לאשתבועי חייבים לשלם עכ"ל בעה"ת שם (ומביאו ב"י לעיל סי' ס"ו סעיף י"ד) ודברי בעל העיטור

הם בספר העיטור באות מחיל' דף צ"ג ע"א ע"ש ולפע"ד נראה דדוקא התם קאמר הב"ה מטעמא דכיון דברי קטעין להו ואי הוה מודו הוא או היורשים הי' פטור לכך צריכים המוכר או היורשים לישבע משא"כ הכא דאף דהי' הוא או היורשי' מודו לא נפטר בכך וכמ"ש א"כ שבועתם אינו מעלה ומוריד וכיון דמלוה ראשון בע"ד דידיה הוא צריך הוא לישבע. גם מ"ש ועוד דשבוע' לבטלה היא כו' לא שייך כאן דבשלמא התם כיון שיש בידו שטר כתיבה ומסיר' מן המוכר והשטר כתיבה מקוים בידו מעיד שהמוכר אמר לו שאינו פרוע והיינו שכתב הב"ה שהשטר מקוים מעיד שהמוכר אמר לו שאינו פרוע ר"ל שטר כתיבה של המוכר שכתב לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית בי' (ודלא כבעל גי"ת שם דף שי"ב ע"ב שפי' שהשטר שקנה כיון שהוא מקוים הוא בחזקתו ואנן סהדי דאין אדם לוקח שטר מחבירו אא"כ חוקר ודורש היטב ודאי אמר לו שאינו פרוע כו' ולא דק) וזה ל"ש כאן ועוד נראה דכיון דהכא שלוי אומר שפרע לשמעון ואין ראובן יכול לגבות מלוי אלא בשבועה כדין טורף וכמ"ש הרמב"ם ספ"ב מה' מלוה והסמ"ג והבאתי דבריהם לעיל ס"ק ה' וא"כ צריך לישבע ראובן על שטרו שאינו פרוע מתקנתא דרבנן כיון דאית ליה פסידא ללוי אם יפרע וכמש"ל ס"ק ה' באריכות כדין הבא ליפרע מלקוחות אע"פ שאין לוי טוען ברי כדין כל טורף שצריך לישבע אע"פ שאין הנטרף טוען ברי א"כ צריך לישבע ג"כ מצד גלגול שלא אמר לו שמעון קודם שלוה ממנו ששטר זה פרוע הוא או שאינו יודע הוא בעצמו ששטר זה פרוע כן נ"ל עיקר בדין זה וגם הבעל העיטור אינו חולק בזה מטעם שכתבתי:

סעיף יח

חוזר זה עליהם אם יש להם נכסים. משמע מלשון בעה"ת והמחבר שחוזר על נכסים של עצמן כיון שהם גורמים היזק מחמת שאין רוצים לישבע וחייבים מדינא דגרמי לשלם מנכסים כדין יורשים שמחלו לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ב וכ"כ בסמ"ע ס"ק י"ב שיש מפרשים דברי הבעה"ת והמחבר כן וכן. הוכחתי לעיל סי' ס"ו סעיף ט"ו ס"ק נ"ג וכן מוכח דעת בעה"ת ממ"ש בס"ק שאח"ז ע"ש ודלא כהסמ"ע שדחה כל זה משום דא"כ קשה מ"ש הבעה"ת והמחבר אח"כ ואם אין להם נכסים כו' וא"כ ר"ל משל עצמן וא"כ קשה מאי אריא דאין להם נכסים אחרים משל עצמן הא אפי' יש להם נכסים משל עצמן כיון שטוענים שאין יכולים לישבע דהיינו מפני שאומרים שידעו שנפרע השט"ח ג"כ אינו חוזר עליהן עכ"ל ולק"מ דאף שאומרין שידוע להם בבירור שהוא פרוע חייבים לשלם מדינא דגרמי כיון שבדבורם מפסידים השטר וכמו שהוכחתי לעיל סי' ס"ו סעיף ט"ו ס"ק נ"ג גם מ"ש הסמ"ע ועוד בלאו הכי נמי אף שגרמו היזק אין מחויבים לשלם

מכיסם ויש ללמוד זה מק"ו ממ"ש הטור בשם הרא"ש בסי' ק"ז סעיף ח' שאם מכרו היורשים מטלטלים של אביהן אף שמשועבדים לב"ח בתר תקנת הגאונים ודמי המכירה עדיין בידם אפ"ה אין הב"ח גובה מדמי המכירה ואע"ג שגרמו לו היזק ובמכרו קרקעות יש פלוגתא והשט"ח כמטלטלי הוא כמ"ש הטור לעיל סימן ס' ובסי' ק"א ובמטלטלים כ"ע מודו דא"צ לשלם מה שהזיקו עכ"ל ול"ק מידי דהא תשובתו בצדו בטור שם אע"פ שתקנו הגאונים לגבות מטלטלי דיתמי היינו דוקא בעוד שהם בידם אבל אם מכרו נוקמי אדאוריית' עכ"ל וזה ל"ש. כאן שהפסידו השטר שהוא לגמרי מדינא דאורייתא של ראובן ומ"ש הסמ"ע דהשטר הוי כמטלטלי דיתמי ליתא דהא בפ' כל שעה (פסחים דף ל"א) אמרי' להדיא יתומים שגבו קרקע בחובת חביהן ב"ח חוזר וגובה מהן ואמאי הא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכמאן דקני יתמי נכסי ממטלטלי דאבוהון דמי ומשני משום דמשועבד לי' מלוה שני מדר' נתן אלמא דלא חשיב האי שטרא כמטלטלי דיתמי אלא כיון דמשועבד לי' מדר"נ ה"ל כדילי' והרי זה דומה למי שהפקיד מטלטלי ביד אביהן ומכרו היתומים אותן מטלטלי' שהופקדו שחייבים לשלם המעות להמפקיד כיון דהנהו מטלטלים דידיה נינהו והוא הדין הכא וגדולה מזו נ"ל דאפי' להרא"ש דס"ל דבמכרו קרקעות של אביהן דפטורים מודה הכא דדוקא התם כיון דאין על הקרקעות רק שעבוד וקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה והוי כמו גרמי דגרמי דמזיק שעבודו של חברו גופיה אינו חייב אלא מדינא דגרמי והיינו כשחפר בה בורות שיחין ומערות שעשה בה מעשה בידים אבל כשמכרו דה"ל גורם לגורם לא כיון דלא קלקל בגוף הקרקע כלום אבל פשיט' דהמוכר קרקע של חבירו שהוא שלו לגמרי דמודה הרא"ש דחייב אע"פ שלא קלקל בגוף הקרקע כלום כיון דהקרקע הוא של חברו לגמרי דהא אמרי' להדיא בש"ס פרק הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ו) (ודף קי"ז) וכל הפוסקים ונתבאר לקמן סי' שפ"ח במוסר קרקע של חברו דחייב אע"פ שלא קלקל בגוף הקרקע כלום וא"כ ה"נ כיון דהוי כמו שלו לגמרי דהא מהאי טעמא אמרי' בש"ס פרק כל שעה שם דלא שייך כאן לו' בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה כיון דמשועבד ליה מדר"נ א"כ כשגורמי' להפסיד את שלו חייבים לשלם לו מדינא דגרמי מנכסיהס והרי זה דומה ליורשי' שמחלו שט"ח של אביהן לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ב דמשלמי' מנכסיהם אע"פ שלא קלקלו בגוף השטר כלום כיון שקלקלו השטר שהוא לגמרי של הלוקח שקנהו בכתיבה ומסירה וה"ה הכא. ועוד ק' לפי' הסמ"ע דאם יש להן נכסים של אביהן היאך מוציאים מלוי מדרבי נתן ומ"ש בסמ"ע דמיירי שהנכסים הם במ"א הוא דוחק דה"ל להבעה"ת ולהמחבר לפרש כן ועוד שהרי הבעה"ת לא הזכיר שם דכשיש לו נכסים במדינה אחרת מוציאים מלוי מדר' נתן

בשלמא מחבר אפשר לדחוק ולומר כך אמ"ש לעיל סעיף ב' אם יש לו במדינה זו נכסים כו' אבל הבעה"ת אפי' תימא דס"ל הכי מבחוץ מ"מ כיון שלא הזכיר שם חילוק זה דמדינה זה ומדינה אחרת היאך נאמר דכאן מיירי ביש לאביהן נכסים במדינ' אחרת אלא ודאי כדפי' דחוזר עליהם על הנכסים של עצמן: מיהו לפי מ"ש לעיל ס"ק י"ז אין נפקותא כאן בדין זה דהא לעולם גובה מלוי מדר' נתן אפי' אין היורשים רוצים לישבע אך נפקא מינה בדין זה במוכר שט"ח לחברו והלוה אומר פרוע הוא לישתבעי לי יורשים ואינם רוצים לישבע שמפסיד הלוקח בכך ע"י טענותיהם במה שאין רוצים לישבע וחייבים לשלם ללוקח מדינא דגרמי כל מה שהי' שוה השטר מנכסים שלהן של עצמן אף שלא הניח להן אביהן נכסים וכמו שהוכחתי לעיל סי' ס"ו סעיף ט"ו ס"ק נ"ג ודלא כהסמ"ע שם ס"ק מ"א וע"ש:

סעיף יט

הרי אלו נשבעים היסת כו'. כ"כ הטור וכתב ב"י שהם דברי בעה"ת שער נ"א ולא נהירא לי דין זה גם בבה"ת ליתא כהאי לישנא רק איתא שם בשער נ"א סוף ח"ב ואם אין להם נכסים וטוענים שאין יכולים לישבע שבועה זו הרי הם נשבעים שאין בידם במה לפרוע חוב מורישם עכ"ל ונ"ל דאין ר"ל דנשבעים היסת אלא ר"ל דנשבעין שבועת אין לי כדלקמן ר"ס נ"ט דמי שטוען אין לי נשבע בתקנת הגאונים בנק"ח והזכיר הבעה"ת שבוע' זו בריש שער ב' ואע"ג דכתב שם בשער ב' דביורש לא התקינו שבוע' זו כדלקמן סי' ק"ז ס"ב היינו בחוב של אביהן אבל בחוב של עצמן פשיטא דחייבים לשלם מנכסיהם ולא שייך כאן דין יורש וא"כ הכא כיון שאין רוצים לישבע וגורמים בזה היזק למלוה וחייבים מדיני דגרמי לשלם מנכסי עצמן וכמ"ש בס"ק שלפני זה א"כ פשיטא דצריכים לישבע שבועת אין לי כשאר טוען ונטען כן נ"ל ברור דעת בעה"ת. ואע"ג דלפי מ"ש לעיל ס"ק י"ז לא נ"מ כאן בדין זה כלום דאף שאין רוצים לישבע גובה ראובן מלוי מ"מ [נ"מ] בזה במוכר שט"ח לחבירו לעיל סי' ס"ו סעיף ט"ו כשאין יורשי המוכר רוצים לישבע שבועה שלא פקדנו אבא דצריכים לשלם ללוקח מנכסים של עצמם וכמ"ש שם בס"ק נ"ג אם טוענים שאין להם במה לשלם נשבעים שבועה שאין לי בנק"ח כתקנת הגאונים כן נ"ל:

סעיף כ

אינם יכולים לדחותו. וכ"ש שלוי א"י לדחותו ועיין עוד לקמן סי' קי"ח סעיף כ"א:

סעיף כא

אם אין תנאי זה מפורש בשטר גובה ראובן ממנו. דאפילו הרויח לו שמעון זמן לאו כל כמיני' כיון שכבר נשתעבד לראובן מדר' נתן ואינו נאמן שקוד' ההלוא' התנ' עמו כן אבל כשתנאי זה מפורש בשטר מועיל כי לכתחל' הי' יכול ליתן מטלטלין לכל מי שירצה וכבר נתבאר זה לעיל סק"י וי"ב ע"ש:

דינים העולים מסימן זה

א) ראובן שנושה ממון בשמעון ושמעון בלוי מוציאין מלוי ונותנים לראובן שנשתעבד לו מן התורה מדרבי נתן שדורש כן מדכתי' ונתן לאשר אשם לו לא שנא נתחייב לו כבר לשמעון או אח"כ ואין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ כיון ששני הלוים מודים כל א' למלוה שלו בכל ענין שיתחייב לו בין דרך הלואה או פקדון או ניזק או שכירות או גזל או מוסר או דרך מקח וממכר ואפי' בחוב דרבנן ואין חילוק בין שניהם הלואה או א' פקדון או שאר חוב שאע"פ שאינם שוים בכל תביעות שבעונם שייך דין זה חוץ מהענקה ושאר מילי דצדקה אין מוציאין מהן מדר' נתן. וכן במשכון של עכו"ם שייך דר' נתן רק שניתן לו קרן ורבית שעלה עליו או שיעלה עליו לזמן קצוב שביניהם וגובה חובו מן המותר אם אין לו חשש סכנה מן העכו"ם:

ב) הא דר' נתן היינו אפי' יש לו נכסים לשמעון נשתעבד לוי מן התורה ולכן אם לוי רוצה לשלם ואין לו הפסד בזה אפי' יש לשמעון זבורית וללוי בינונית מוציאין מלוי לראובן וכן אם אין לשמעון מעות רק קרקע או מטלטלין מוציאין מעות מלוי ונותנים לראובן והבית דין מחייבין להזדקק לו לעשות לו דין דר' נתן אבל אם יש הפסד ללוי כגון שאומר ששטרו של שמעון הוא פרוע או אמנה או שאר דבר המבטל השטר או שמחל לו השטר או שצריך עדיין המעות לאיזו זמן יותר ושמעון רוצה להניחו אצלו וכה"ג אז אין מוציאין מלוי בעל כרחו אא"כ אין לו נכסים כלל לשמעון דה"ל חוב זה כמשועבדים דאין גובין מתקנת חכמים במקום שיש בני חורין ואז צריך ראובן לישבע שבועה חמורה על שטרו שלא נפרע אע"פ שאין לוי יודע אם נפרע או לא כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה ודוקא שסדרו לו ב"ד והשביעוהו ולא מצאו לו אלא חוב זה ואע"פ שיש לו נכסים במדינה אחרת אבל אם יש לו במדינה זו נכסים אין מוציאין מדר' נתן ואם אין שמעון כאן ממתינין עליו שיעור הראוי כדלקמן סי' ק"ו:

ג) כשאין לשמעון נכסים צריך להטריח להוצי' מלוי לשלם לו לראובן אא"כ רוצה ליתן השטר בגוביינא לראובן בשומת בית דין וע"ל סי' ק"א ס"ה:

ד) אם מה שיש ביד לוי הם מעות פקדון מיציאין ממנו מיד אע"פ שיש לשמעון מטלטלי או קרקע וכן אם הפקיד אצלו מטלטלין מוציאין ממנו אף שיש לשמעון קרקע אבל אם השאיל לו שמעון או השכיר לו אין מוציאין ממנו קודם שכלה זמן השאלה או שכירות אע"פ שאין נכסים לשמעון וכן אם היה חייב לו מעות בשטר שהלוה לו מתחלה לזמן איני חייב לשלם קודם הזמן ואם אין שמעון כאן אז בשאלה או שכירות מוציאין מיד שכלה הזמן אע"פ שיש לו נכסים ובהלואה אין מוציאין שיכול לוי לומר כיון שאין שמעון תובע אותי אחזיק המעות עוד אצלי עד שיתבעני וכיון שיש לו נכסים לשמעון אין מוציאין מלוי ואם שעבד שמעון לראובן מטלטלי אגב קרקע מוציאין מנוי אפי' קודם הזמן כלים שהשאיל או השכיר לו כשאין לו נכסים לשמעון אבל מעות הלואה אין מוציאין דבמעות לא שייך שעבוד אג"ק דאין בהם סי'. ומי שהלך למ"ה והשאיל כלים לאחר לזמן אין מוציאין ממנו מדר' נתן למזונות אשתו ואע"פ ששעבד לה מטלטלי אגב קרקע למזונותיה דאין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים וכל זה מדינא אבל האידנא נהגו שאין שעבוד מטלטלי אג"ק מועיל להוציא מיד אחרים וכאלו לא שעבד דמי וכדלעיל ריש סי' ס':

ה) אין שמעון יכול למחול ללוי ולא להרויח לו הזמן לאחר ההלואה כיון שכבר נשתעבד לראובן בשעת ההלואה מדר' נתן וכן אם אמר שטר אמנה או פרוע או שום דבר בעולם המבטל את השטר אינו נאמן ואין חילוק אם יש נאמנות בשטר או לא ואף שלוי טוען ישבע לי שמעון ואינו רוצה לישבע ומודה אינו נאמן כפי מה שנתבאר לעיל סי' מ"ז ואפ' לא נודע בשעה שמחל לו או אמר אמנה או פרוע שחייב לראובן או שהיה לו אז נכסים ואח"כ נודע שאז היה חייב לראובן בטלה מחילתו והודאתו למפרע כשאין לו עתה נכסים לפרוע לראובן אבל אם יש לו נכסים לשלם אפי' זבורית אין מוציאין מלוי בעל כרחו וכמו שנתבאר בסעיף ב' ואין חילוק בין כתובה לשאר חוב בכל ענין שייך שעבודא דר' נתן וא"י למחול אף שלא הגיע זמן הגביה עדיין ולכן אשה שחבלה באחרים או לותה מאחרים אינה יכולה למחול הכתובה שהבעל משועבד להנחבל או למלוה שלה מדר' נתן אבל אם מכרה הכתובה לאחרים ואינה חייבת לאחרים או שמכרה לזה שחבלה בו או לזה שלותה ממנו וקבלו הכתובה בדמי החבלה או בדמי ההלואה או שהגבהו לו ב"ד הכתובה בשומא בדמי החבלה או ההלואה יכולה למחול וכן שמעון שהיה חייב לראובן ומכר לו ש"ח על לוי וקבל ראובן הש"ח בדמי חובו או שהגבה לו ב"ד החוב בשומא בדמי חובו יכול אח"כ שמעון למחול הש"ח ללוי אבל כל זמן שלא קנה או גבה ראובן הש"ח בדמי חובו א"י למחלו אף שלא הגיע הז"פ של הש"ח כיון

שעדיין חייב לראובן. ואם אחר שנשתעבד לוי לראובן מדר' נתן פרע לשמעון וידע שהיה חייב לו ושאין לו נכסים צריך לחזור ולפרוע לראובן אבל אם טוען לא ידעתי ופרעתיו פטור ואין משביעין אותו כיון שראובן אינו יודע אם פרוע או לא (אחר שידע) רק מחרים עליו סתם. מי שעכבו ב"ד ממונו ביד אחר ועבר על מצותן והחזירו למסרב אם לא ימצא הבעל חוב ממה לגבות חייב הנפקד ליתן לבעל חוב:

ו) אע"פ שראובן מיחה בלוי שלא יפרע לשמעון לא מיקרי מוחזק בהכי עד שיתברר ששמעון חייב לו:

ז) מת שמעון ונשארו יורשיו וטוען לוי פרוע הוא ישבעו לי היורשים ואינם רוצים לישבע ומודים לו אינו כלום אלא נשבע ראובן שלא פרע לו שמעון כדין כל טורף וגובה מלוי וכולל בשבועתו שאינו יודע ששטרו של שמעון פרוע ואם שטרו של שמעון נעשה קודם שטרו של ראובן צריך לכלול גם כן שלא אמר לו שמעון שפרע לו לוי:

סימן פז

סעיף א

וכן אם הוא כו' ועד אחד מכחישו כו'. הא דלא חשיב נמי שנים מעידים אותו שיש בידו מקצת וכדלעיל סי' ע"ה סעיף ד' משום דהתחיל לומר או חפץ וגבי חפץ הי' מוחזק כפרן והי' שכנגדו נשבע ונוטל וכמו שנתבאר שם:

סעיף ב

אם אמר לו הילך כו'. דכיון דנתן לו מיד מה שמודה לו כו' ה"ל על הנשאר כופר בכל עכ"ל סמ"ע ס"ק ח' ואין לשון זה מדוקדק דהא הטור נקט ומוכן בידו בפני ב"ד ליתנו לו כו' משמע שעדיין לא נתנו לו אלא שהוא מוכן בידו ליתנו לו ואף על פי שהבעה"ת כ' דהיינו שפורע לו עתה בפני בית דין מידו לידו מ"מ דעת הטור אינו נראה כן וכן מוכח להדי' דעת הר"ן שכתב בפרק שבועת הדיינים וז"ל במלוה כל שהן בידו והוא מזומן לתת לתובע ה"ל הילך ופטור דכמי שנתנם לו כבר דמי (ובב"י איתא דכמו שנתנם בבית דין דמי והוא טעות סופר הראשון שהי' כתוב כבר והי' סבור שהוא בבית דין) עד כאן לשונו וכ"כ בנמוקי יוסף ריש מציעא כדברי הר"ן ונראה דגם הבעל התרומות והסמ"ג לאו דוקא נקטו לשון נתנו מידו לידו דאה"נ שאם הוא מזומן ליתנו לפני בית דין כמי שנתנו כבר דמי ודו"ק:

סעיף ג

מוכן בידו בפני ב"ד ודוקא במלוה אבל בפקדון כל היכא דמודה ליה אע"פ שאינו מזומן בידו ועומד באגם ה"ל הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא כ"כ הר"ן ר"פ שבועת הדיינים וכ"כ בה"ת שער ז' חלק ב' בשם הרז"ה וכך כתב ה' המגיד ספ"ג מה' טוען וספ"ו מה' שאלה בשם הרמב"ן והרשב"א וכ"פ הנ"י רפ"ק דמציעא וכן הוא בחדושי הריטב"א ריש מציעא דף קפ"א ע"ג וכן נראה עיקר בש"ס רפ"ק דמציעא גבי ת"ש דתני רמי בר חמא כו' וע"ש בתו' ודו"ק:

ומשמע מדברי הפוסקים הנ"ל דה"ה אם הפקדון הוא בבית של נפקד דהא טעמא הוא דכל היכא דאיתא ברשותא דמר' איתי' ולא נקטו עומדת באגם אלא משום דקאי התם אש"ס דנקט ג' פרות כו' דסתם פרה שייכא באגם ורבותא אשמועי' דאפי' עומדת באגם וכ"ש ברשות הנפקד והכי מוכח ממ"ש בעה"ת שם שהר"א הקשה להרז"ה מהא דתניא בית מלא פירות מסרתי לך מה שהנחת אתה נוטל כו' דהא ה"ל הילך והשיבו הרז"ה דמיירי שנרקב בפשיעתו השיבו הר"א תינח פירות מעות מאי איכא למימר והרבה האריכו בזה בספר הריבות כו' וכן כתב הרא"ש והנ"י רפ"ק דמציעא והתוס' והר"ן בפ' שבועת הדיינים דמיירי שנרקב בפשיעתו והסמ"ג דף קפ"א ריש ע"ג דאל"כ ה"ל הילך אלמא דבפקדון אפי' בביתו של נפקד ה"ל הילך דאל"כ לא צריך לאוקמא שנרקב בפשיעתו וכ"כ הטור לקמן סי' פ"ח סכ"ד דמיירי שנרקב בפשיעתו א"כ גם דעת התוס' והרא"ש והטור דבפקדון אפי' בביתו של נפקד ה"ל הילך מטעמ' דכל היכא דאיתא ברשות' דמר' איתא וכן משמע בתשובת הרשב"א סי' אלף י"ז שהביא ב"י לעיל סי' ע"ב מחו' ט"ז ע"ש שוב מצאתי כדברי להדיא בר' ירוחם נ"ג ח"ב וז"ל פירש"י הילך והנם בביתי ושאר מפרשים אמרו כי אינו הילך אלא כשנותן מיד בב"ד אבל בפקדון כשאומר הנם בביתי די כי כל פקדון ברשות' דמרא איתא וכן נראה עיקר וכן הדין אם עומדת באגם עכ"ל ועיין מ"ש לקמן סי' ע"ח בס"ס כ"ד:

סעיף ד

ואפי' אם יתן לו משכון כו'. דהמשכון לא ישאר בידו אלא היום או מחר יפדנו ה"ל כהודאה בעלמא דג"כ היום או מחר ישלם לו ומ"ה כ' הריב"ש שאם נתן לו רשות למכור המשכון מיד וילקח ממנו דמי הודאתו ה"ל כאלו נתן המעות מיד ועד"מ עכ"ל סמ"ע ס"ק ט' וקצר כאן בדברי הריב"ש דב"י וד"מ כתבו בשם הריב"ש וז"ל ומיהו אפשר דאם נתן לו רשות למכור המשכון ושיפרע ממנו בלא רשות ב"ד ואדם בעולם הוי הילך עכ"ל משמע להדי' הא כל שלא נתן לו רשות להפרע ממנו בלא רשות ב"ד ואדם בעולם אע"פ

שנתן לו רשות למכור המשכון לא הוי הילך וכן משמע להדי' מדברי הריטב"א שהביא בבדק הבית שכתב שאם המשכון דמיו קצובים ונתן לו מיד בפרעון גמור וידעינן דלית ליה זוזי בעין למפרעי' הוי הילך וכן הוא בחדושי ריטב"א ריש מציעא וז"ל אי יהיב ליה משכון על מקצתו לאו הילך הוא ואפי' אם רוצה ליתן המשכון בפרעון גמור לאו הילך הוא דלאו כל כמיניה למפרעיה ע"כ אלא בזוזי וכן דעת רבינו נ"ר (וידוע שרבינו נ"ר של הריטב"א הוא הרשב"א והרא"ה שהיו רבותיו של הריטב"א ובריב"ש שם סי' שצ"ו כ' דין זה בשם חדושי מציעא לחכם הגדול דון אשתרוק ז"ל אשר יצק מים ע"י הרשב"א והרא"ש ז"ל כו' ע"ש) ואפי' את"ל דאי ליה זוזי יכול למפרעיה ע"כ בדבר אחר מ"מ כיון דמחוסר שומא לאו הילך הוא ע"כ:

סעיף ה

וי"א כו' דהא אפי' שטר כו' וכ"כ הטור בשם העיטור ועיינתי בעיטור בדיני חוב דף ס"ד סוף ע"ג ובמאמר קנין מאמר שני דף ה' סוף ע"ג ולא מצאתי ראיה זו גם באמת אינה ראיה כלל וכמו שיתבאר. ונלפע"ד עיקר כהרי"ן מגש מכח הוכחת הר"ן פ' שבועת הדיינים ע"ש (וע"ש בר"ן עצמו שהביא דברי בעל העיטור וחלק עליו וע"ל סי' ק' סעיף ט' וסי' ר"ד ס"ה וסי' ר"ז סעיף י"ז וסי' רמ"א ס"א מ"ש שם) וכ"כ הנ"י פ"ק דמציעא וכ' בחדושי ריטב"א ריש מציעא וז"ל (בדף פ"ב ריש ע"ב) אי יהיב ליה משכון ליכא הילך דבשטר איכא ב' טעמים אינו יכול לכפור בו ושיש בו שעבוד קרקעות אבל במשכון נהי דתו לא מפסיד לחבריה אבל מ"מ בשעת תביעה היה יכול לכפור בו וכל שבשעת תביעה יכול לכפור ולא יהיב ליה זוזי ממש לאו הילך הוא וכדכתיבנ' לעיל עכ"ל וכ"כ הריטב"א בפ"ק דקדושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן דמאן דמודה במקצת וא"ל הילך משכון זה במה שאני חייב דלא חשיב הילך דמשכון אינו חשוב כפרעון וכ"כ הגאונים ז"ל עכ"ל וכ"כ הריב"ש סי' שצ"ו בשם האחרונים ונראה שם שגם הוא מסכים לזה וכן נראה דעת בעה"ת שער ז' ח"ב שמסיק בשם הר"ן מגש דמשכון לאו הילך הוא ומסיים ומעשים בכל יום ומחייב הרב בזה שבועת התורה ע"כ. וגם דעת הרמב"ם ספ"ג מה' טוען וכן פ"ד מה' טוען להדיא דמשכון אינו הילך וכתב ה"ה שם שכ"כ אבן מגש בשם רב אלפס ואף הראב"ד שהשיג שם על הרמב"ם נ"ל דהיינו משום שכתב שם הרמב"ם מנה לי בידך על משכון זה כו' דהיינו משכנו בשעת הלואתו אבל כשמניח לו עתה בשעת תביע' משכון מודה וכן מחלקין הריטב"א בקדושין והר"ן והנ"י שם להדיא דבמשכנו בשעת הלואתו הוי הילך ואי יהיב ליה משכון עתה לא הוי הילך: מיהו לעיל סי' ע"ב סעיף כ"ז ס"ק קי"ח העליתי דאפי' בהלוה על המשכון לא הוי הילך וכדעת הרמב"ם ואף ע"ג

דלקמן סי' פ"ח סכ"ח כתבתי דבכתב יד שיש בו נאמנות כיון שא"י לכפור הוי הילך וכהרמב"ם וסייעתו היינו משום דהתם א"י לכפור במעות עצמו שתובעו וא"כ לא הוי מודה מקצת כלל באותו דבר שתובעו משא"כ הכא דמ"מ יוכל לכפור המעות ואינו חייב ליתן לו מעות ונהי דיכול לגבות מהמשכון מ"מ לאו הילך הוא ועוד דהא אם יאבד המשכון באונסי' גובה זה מעותיו מ"מ ע"פ הודאתו וכן אם נגנב או נאבד למ"ד המלוה על המשכון ש"ח. ואי לאו דאודי לי' אבד זה מעותיו. ועוד דאף אם יגבה ממשכונו מ"מ צריך לישבע בנק"ח. וכל זה לא שייך בכת"י בנאמנות דהתם א"י לכפור כלל וחייב ליתן לו מעותיו כן נ"ל. אכן במשכנו שלא בשעת הלואתו כיון שהעליתי לעיל סי' ע"ב סעיף ב' ס"ק ט' דקני ליה קנין גמור אף לאונסי' הדין אמת כמ"ש הריטב"א בקדושין והר"ן והנ"י שם דה"ל הילך וא"כ אם אח"כ תובעו בב"ד בק' ומודה לו כו' שמשכנו שלא בשעת הלואתו הוי ליה הילך לכ"ע. וכן משמע בריטב"א בקדושין ובר"ן ונ"י שם דכ"ש משכנו על פי דין שלא בשעת הלואתו כיון דב"ח קונה משכון מדר' יצחק אם אח"כ תובעו בב"ד ומודה לו במקצת חשיב המשכון הילך כנ"ל ברור בדיני' הללו ודוק:

סעיף ו

דהא אפי' שטר כו'. כתב בעיר שושן ע"ז ולא מסתבר לי דשטר יהא נקרא הילך דקשה להוציא אפי' בשטר ע"כ ובסמ"ע ס"ק י' כ' עליו שדבריו תמוהין דהא בש"ס רפ"ק דמציעא גבי סלעין דינרין איתא להדיא דשטר הוי הילך ולפע"ד לק"מ דרש"י פי' בש"ס התם ד"ד ריש ע"ב דשטר הוא הילך כיון שקרקעותיו משועבדים לו בשטר וכן דעת נ"י ושאר פוסקים מביאם ב"י לקמן ס"ס פ"ח דמודה בנ' שבשטר שאינו יכול לכפור חייב ש"ד ואינו פטור בשטר אלא משום שעבוד קרקעות והכא ע"כ לא מיירי מטעם שעבוד קרקעות דא"כ היכא יליף משכון מיניה (אלא מיירי דלית ליה קרקע וכמ"ש לקמן סי' פ"ח סכ"ח ע"ש או בענין שאין טורף בו משועבדים וה"ה לדידן דאין חילוק בין אית ליה קרקע או לענין תביעת בע"פ וכמ"ש בסי' פ"ח ע"ש) ודוק כי זה ברור (ועי' ב"ח ועמ"ש לעיל סי' ע"ה ס"ק י"א):

סעיף ז

ונפחת מדמיו. אבל לא נפחת מדמיו הוי הילך אפי' הוא בביתו של שואל או נפקד כמ"ש לעיל:

סעיף ח

והוא מודה לו או שהוא ידוע כו'. עיי' בסמ"ע ס"ק י"א ועיין בספר א"א דף פ"ב ע"ג:

סעיף ט

לא מקרי הודאה במקצת ע"ל סי' פ"ח סעיף כ"ט מ"ש בזה:

סעיף י

אם נראה כו'. כל היכא דאיכא ב' דעות אי חייב שבועה כתב הרא"ש פ' הכותב והטור א"ע סי' צ"ו דלא עבדינ' עובד' לחייב שבועה ע"ש והוא פשוט וכן הוא בפוסקים בכמה דוכתי ועיי' בתשובות מה"ר יוסף טראני סי' קנ"א באריכות דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חייב שבועה פטור דמצי למימר קים לי כמאן דפוטר וכן הוא בתשו' ן' לב ומהרשד"ם ע"ש וכן הוא בתשו' מהר"י לבית לוי סי' ג' והביא ראיה מתו' פ' שבועת הדיינים בד"ה מאן דמתני לה אסיפא כו' ומתשו' מהרי"ק סי' צ"ב ע"ש:

סעיף יא

אלא שנתחלף לו. וכלי שלו נאבד דאם ישנו בביתו של שואל או נפקד ה"ל הילך אע"פ שאינו כאן בב"ד וכמ"ש לעיל:

סעיף יב

כגון שתובעו מנה והוא אומר לא לויתי וחזר ואמר לויתי חמשים ופרעתיך כו'. כן הוא הגירסא בכל ספרי המחבר וכתב הסמ"ע ס"ק י"ד דצריך לגרוס והוא אומר לא לויתי ובאו עדים ואמרו שלוה נ' וחזר וכו' דאע"ג דהוחזק כפרן בב' עדים במה שאמר תחלה לא לויתי וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי מ"מ כיון דמחמת העדים לא נתחייב בהחמשים דהרי העדים לא ידעו שלא פרעו אחר הלואתו אלא מכח שטען תחלה לא לויתי וכל כה"ג לא מיקרי מוד' מקצת ונשבע על השאר היסת ונפטר ולא אמר רבי חייא קמייתא אלא כששני עדים מעידים ידענו שהלוה לו נ' ועדיין ח"ל הנ' כי המדקדק בתשובת הרשב"א שהביא ב"י מחו' כ"ד יראה דאין חילוק בין הכחישו עד א' בנ' או ב' עדים לענין זה עכ"ד: ואני דקדקתי היטב בתשובה שם ולא עמדתי על סוף דעת הסמ"ע שהרי השאלה היתה שם בתבעו ק' ואמר להד"ם ועד א' מעידו שהלוה לו נ' וחזר ואמר פרעתי וע"ז השיב וז"ל ומ"מ לענין עיקר הדין שאתה שואל מסתבר' דשבועת מודה מקצת אינו אלא במודה מקצת ממש אבל כופר בכל אלא שמתחייב במקצת מתוך טענתו לא ובדרבי חיי' קמיית' נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענתו דאמר לא לויתי דאלו אמר לויתי ופרעתי לא הי' מתחייב ואפ"ה דוקא בעדים ומק"ו הא לאו הכי לא עכ"ל והובא ג"כ בב"י ס"ס ע"ט. ולא ידעתי מה הי' דעת הסמ"ע. ואפשר הוה קשה ליה כיון דהרשב"א ס"ל בטוען לא לויתי ובא ע"א שלו' וחזר ואמר פרעתי לא הוי משואיל"מ ודלא כהרמב"ם א"כ לאיזה צורך הוצרך לומר דלא הוי מ"מ דהא לא נתחייב במקצת

כלל. אבל באמת לק"מ דהרשב"א אינו חולק על הרמב"ם לגמרי ועוד שמשיב להשואל דס"ל כהרמב"ם ובא לומר דאף להרמב"ם נהי דמשלם הנ' מ"מ לא הוי מודה מקצת על השאר כיון דלא נתחייב לשלם אלא מתוך טענתו דדייניו ליה במחויב שבועה ואיל"מ ולא נתחייב ע"פ הודאתו או ע"פ עדים ונ"מ היכא דהוי משואיל"מ לא הוי מ"מ כגון בטענו ק' והשיב נ' לא ידענ' ונ' להד"ם ועד א' מעידו שלוה נ' נהי דחייב נ' מתוך טענתו דה"ל משואיל"מ מ"מ לא הוי מ"מ וכן בנסכ' דר' אבא היכ' דאין העד יודע כמה חטף והודה במקצת נהי דחייב לשלם מה שהודה מכח דהוי משואיל"מ מ"מ על השאר שכפר שלא חטף אינו נשבע ש"ד וכ"כ הרמב"ם להדיא ספ"ד מה' גזילה והובא בסמ"ג עשין ע"ג ד' קנ"א ע"א ובמרדכי פ' כל הנשבעין ור' ירוחם נתיב ל"א סוף ח"ד וטור סי' שס"ד סעיף ו' די"א דכיון דמודה שחטף ואומר שלו חטף ועשרים היו והנגזל אומר מאה היו הואיל ואין העד יודע מניינם משלם העשרי' שהוא מודה בהן שחטפן ונשבע שבועת התורה על השאר שהרי נתחייב במקצת ודעתינו נוטה בזה שישבע היסת שהרי לא הודה בכלום אלא שאומר דידי חטפתי עכ"ל: ותימה על הסמ"ע שהרי הרשב"א כתב ובדר' חייא קמיית' נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענתו כו' ועוד שכתב ואפ"ה דוק' בעדים ומק"ו הא לאו הכי לא משמע דוק' בעד א' לא אמרי' דהוי על השאר מ"מ משא"כ בב' עדים. דודאי אין ר"ל לענין חיוב הפרעון הנ' דדוקא בעדים כו' דא"כ היאך קאמר ומק"ו הא לענין חיוב ממון לא שייך ק"ו אלא לענין השבועה על נ' האחרים שייך ק"ו מפיו וכדאי' בש"ס. ועוד דלישנא דאמר לא לויתי כו' דנקט הרשב"א לא אתי שפיר להסמ"ע והכי הוי ליה למימר דאמר לא לוית'. ועדים מעידים שעדיין חייב לו החמשים אלא ודאי ה"ק הרשב"א ובדרבי חייא קמיית' נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענתו דאמר תחלה לא לויתי ובאו עדים שלוה נ' וחזר ואמר פרעתי (וכן הבאתי לקמן בשם הר"ן ונ"י וריטב"א דמפרשים דברי ר' חייא כן ע"ש) דאלו אמר תחלה לויתי ופרעתי קודם שבאו עדים א"כ אפי' באו עדים אח"כ שלוה לא הי' מתחייב (וליכא למימר דהעדים מעידים שעדיין לא פרעו דא"כ ה"ל שעבוד קרקעות וכמו שכתב לקמן בשם הר"ן ונ"י וריטב"א ועוד דמכל מקום דייק הרשב"א שפיר מכח כ"ש ודו"ק) אלא ודאי מיירי דאמר תחלה רק לא לויתי ואחר שבאו עדים אומר פרעתי ואפ"ה דוק' בעדים וק"ו הוא דחייב שבועת התורה מק"ו דפיו הא בע"א לא אם כן אע"ג דלהרמב"ם הוי בע"א משואיל"מ מכל מקום כיון שלא נתחייב אלא מתוך טענתו לא הוי מ"מ וכן כתב הר"ן ר"פ שבועת הדיינים להדיא וז"ל תני רבי חייא כו' ונשבע על השאר וא"ת ולמה הוא נשבע הא קיי"ל שעבוד דאוריית' וכיון שכן נ' הללו שמעידים בהן עדים שעבוד קרקעות נינהו וי"ל אי בדאמרי הנהו סהדי

שעדיין יש בידו נ' זוז שהלוהו ולא פרעו הנ' הכי נמי אלא הב"ע כגון שהעדים אינן מעידים אלא שהלוהו דמלקוחות לא גבי דטענינן להו דלמא פרעי' ומיהו מניה גבי ומ"ה נשבע כיון שאמר אין לך בידי כלום כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ולקוחות לא מחייבו בהכי דאינהו לית להו למסמך אטענתי' דידי' אלא אמרי' דלמא לוה ופרע עכ"ל וכ"כ בחדושי ריטב"א ריש מציע' דהך דר' חייא לא מיירי כשמעידים שעדיין חייב לו אלא שהלו' כפר ואמר להד"ם והעדים מעידים שלוה נ' דתו לא מצי למימר פרעתיך דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ומיהו כיון שמתוך הודאתו הוא מתחייב לא גבי ממשעבדי וכיון שכן לאו הודא' בקרקעות היא עכ"ל וכן כתב הנ"י ריש מציעא בקצר' ע"ש וגם לא מסתבר כלל לומר בעדים לחלק בין טוען אח"כ פרעתי או לא ודו"ק. וראיתי בעיר שושן כתב ג"כ כדברי הסמ"ע ולפענד"נ כמ"ש. וא"כ כיון שאין כתוב בשום דפוס מספרי המחבר ובאו עדים יותר טוב להגיה ובא ע"א וכדפי' דהא המחבר ס"ל לעיל סימן ע"ה סעיף י"ג בפשיטות כהרמב"ם ע"ש ודו"ק:

סעיף יג

מתוך טענת הכפיר". לשון הסמ"ע כגון שטען איני חייב לך כלום כי זה הי' כך וזה כך וטעה וסבר שבהיותו כך הוא פטור והב"ד אינם מאמינים לו שהי' כך וחייבוהו במקצת וכמפורש בסימן ע"ה ס"ה בהג"ה עכ"ל והיינו כגון שא"ל על נ' אל תפרעני אלא בעדים ותובעו ק' ואמר פרעתיך וכן כל כיוצא בזה. ואם אומר נ' לית לך גבאי ונ' איני יודע אם פרעתיך מודה מקצת הוא שאף על פי שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו חייב במקצת. כן כתב הרמב"ם והר"ן פ' שבועת הדיינים. וכן אם תובעו נ' דהלואה ונ' דחבלה ונשבע כבר על חבלתי ונתבע כופר בכל חייב ש"ד על נ' דהלואה דכיון שכבר נשבע אנן סהדי דנ' אית ליה גביה וה"ל כעדים מעידים אותו שיש בידו נ' (אבל לא נשבע לא אפי' ירצה לישבע עכשיו כדין נחבל) כ"כ הר"ן שם. ונראה דמ"ש ונתבע כופר בכל היינו שכופר שלא חבלו אבל מכל מקום מודה שנשבע או מיירי שכפר בכל ובאו עדים שנשבע זה על חבלתו ונלמד מזה לכל היכא שנתחייב נ' על שבועתו של תובע שנשבע כבר חייב ש"ד על השאר: עוד כתב הסמ"ע וז"ל או כעין שכתב בתשו' רשב"א שהבי' ב"י מחס"ב וד"מ ר"ס זה לענין אם טוען נתתי עבורך רבית עי' שם ושם בס"ב כתב בד"מ בשם ב"ה וכתבו המחבר בסי' ע"ה ס"ה דדוק' בכה"ג הוא דפטור הא אם טוען איני חייב לך כי היום פרעתיך כך וכך ואתמול כך וכך ומתוך דבריו נראה שנח"ל זה מיקרי מודה מקצת וחייב ע"ש עכ"ל וכבר הארכתי לעיל סי' ע"ה סקי"ז להשיג בזה על הסמ"ע דחייב ע"פ ב"ד מחמת הדין כשטוען נתתי עבורך רבית וכה"ג חייב ש"ד דלא גרע ב"ד מעדים וע"ש:

סעיף יד

י"א שפוטרו משבוע'. אבל מ"מ יש לו עליו חרם סתם כן מוכח בטור לעיל ס"ס פ"ד:

סעיף טו

והעיקר כסבר' הראשונ'. כ' בתרומת הדשן סי' של"ד דעד א' מסייע פוטרו משבוע' אפי' במוד' מקצת ושבועת שומרים וע"א מכחישו ע"ש שהאריך בראיות וכל דבריו לא נתחוורו אצלי אלא נראה דאוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתי' וחייב ש"ד משום שבועת שומרים או משום מודה מקצת ויש להביא ראי' לזה ממ"ש הט"ו בס"ס מ"ו ופ"ב בע"א אומר תנאי וע"א אומר אינו תנאי אוקי חד להדי חד ומשתבע היסת והא הט"ו ס"ל עד מסייע פוטר ודוחק לומר דלענין היסת שאני. ועוד דאדרב' איפכ' מסתבר' דהא הרמב"ן והר"ן והנ"י סבירא להו דעד מסייע פוטר משבועת התקנ' ומשבועת שומרים ומוד' מקצת אינו פוטר וכדאית' בספר המלחמות להרמב"ן ובנימוקי יוסף ריש מציעא. ועוד נרא' דגם בשני כתי עדים המכחישים זה את זה אמרינן סלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתי' ואי הוה חייב ש"ד בלא עדותן כגון שבועת שומרים או מודה מקצת או היסת השתא נמי משתבע הך שבוע'. והיכא דנתחייב תחלה שבוע' דאוריית' משום עד אחד לחוד אפי' בא עד המסייעו אחר שפסקו לו הב"ד ש"ד נרא' דמכל מקום עד מסייע פוטרו וכן כתב הנמוקי יוסף שם שכן העלה הר"ן בחדושיו ואף על גב דדברי הר"ן לא נתבררו אצלי במה שכתב דלא נעשה מעשה על פיו אף על גב שבאו בזה אחר זה כבאו בבת אחת דמי דמפירוש רש"י בסוט' פ' מי שקינא ותוספות שם וכן מתוספות דכריתות ר"פ אמרו לו ושאר מקומות לא משמע כן אלא כל שבאו בזה אח"ז אף על גב שלא נעשה מעשה ע"פ הראשון אמרינן דהראשון ה"ל כתרי ואין דבריו של השני שהוא כחד כלום כנגד שנים מ"מ נראה דרש"י ותוס' שם לא מיירי אלא היכא שהראשון נאמן כתרי ולא השני כגון גבי סוט' דגלי לן קרא דעד שאומר נטמאת נאמן כב' ולא גלי קרא דעד שאומר לא נטמאת נאמן כב' וכן בשאר דוכתי בתוספות ופוסקים מיירי כהאי גונא (ועמ"ש בש"ך בי"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ג ודוק) וכן הר"ן לשטתו אזיל דס"ל דעד מסייע אינו פוטר משבוע' דאוריית' להכי אצטריך לטעמ' דלא נעשה מעשה על פיו משום דאל"כ הוה אמרינן כיון דרחמנא הימניה להאי סהדא כתרי לחייב שבוע' דאוריית' א"כ סהדא בתר' ה"ל חד לגבי תרי אבל לדידן דקי"ל דעד מסייע פוטר משום קל וחומר דאם לענין חיוב שבוע' הימני' רחמנ' לחד סהדא כ"ש לפטור וכדאית' בהרא"ש ובמרדכי פ"ק דמציע' ותשובת מיי' דספר משפטים סי' ס"א ושאר הרבה פוסקים הך טעמא דקל וחומר וכן הסכימו האחרונים א"כ העד המסייע נמי נאמן מדאורייתא כמו העד המחייב וה"ל כתרי

לגבי תרי דאין חילוק בין באו בבת אחת או בזה אח"ז אלא בכל ענין אוקי סהדא לגבי סהדא וסלק עדותן דתרוייהו כמאן דליתיה. ונרא' דה"ה איפכא היכא שפטרוהו ב"ד לא' משום עד מסייע ואח"כ בא ע"א והכחישו אמרי' אוקי חד להדי חד וסלק עדותן כמאן דליתיה ואי הוה חייב ש"ד או היסת בלא זה השתא נמי חייב ולא אמרי' כיון דכבר פטרו הב"ד ע"פ עד ה"ל כבאו זה אח"ז דאמרינן בפרק האשה שנתארמל' ובפרק האשה שלום דסהדא בתרא ה"ל כחד לגבי תרי דשאני התם דסהדא קמא מהימן כתרי ולא סהדא בתרא אבל הכא הך סהדא בתרא לענין שבועה מהימן כמו הך סהדא קמא. כן נ"ל ברור בדינים הללו ודוק (ועיין בתשובת מהרי"ט סי' קנ"א):

סעיף טז

וכן ראוי להורות מיהו היכא דהוי מחויב שבועה ואי"ל משלם אין עד מסייע פוטרו כן הוכחתי לעיל סי' ע"ב סעיף ט"ו ס"ק נ"ט וע"ש:

סעיף יז

וה"ה כשכתיבת יד כו'. הל' מגומגם וגם לא הי' צריך לכותבו כאן דפשיט' דכתיבת יד עדיף מעד ואפי' מ"ד עד מסייע אינו פוטר מודה בכתיבת ידו דכתיבת ידו כק' עדים דמי וכדלעיל סי' ע"א ס"ט ס"ק כ"ג וכמה דוכתי:

סעיף יח

וי"א דה"ה כו' תשו' מיי' דספר משפטים סי' ס"א וכן הוא בתשו' מהר"מ ד"פ סי' תפ"ז ובמרדכי פ"ק דמציע' שהבאתי לקמן וכן פסק בתשו' מהרי"ו סי' קמ"ח וז"ל והכא נמי אם לא הי' עד בדבר כמה הוצי' הי' הנ"ר דוד נשבע כמה הוצי' ונוטל אבל הכא איכ' עד א' שהי' במעמד כשפשר הנ"ר דוד עם הדוכס וידוע לאותו עד כמה הוצי' וא"כ א"צ הנ"ר דוד לישבע כיון שהעד מסייע פוטר משבועה כמו שפסק ר"ת ומהר"מ פ"ק דב"מ עכ"ל וכן עיקר:

סעיף יט

בנשבע ונוטל. מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו עד א' יוצי' ממון מהחשוד וכן הוא בתשו' מיי' שם בספר משפטים סי' ס"א והבי' ראי' מן הש"ס (שבועות דף ל"ב ע"ב ע"ש) .

סעיף כ

ויש לו עד המסייע כו'. הקשה בסמ"ע ס"ק י"ח וז"ל וא"ת הלא כשיש לו עד אחד מסייע א"כ הנתבע חייב ש"ד ואז א"י להפך כו' ותירץ דמיירי כשהתובע נתרצה לישבע וליטול ע"כ. ועוד י"ל דמשכחת לה בעבדים ושטרות וקרקעות. עוד משכחת לה מי שהי' דינו

ליטול והפך היסת על שכנגדו שאמר אי אפשי בתקנה זו כדלקמן סעיף י"ב ויש לו עד המסייע לזה שנהפכה עליו ופטור: עוד כתב בסמ"ע וז"ל י"ל דמיירי דאחר שהפך עליו השבועה נודע לו שיש לו עד המסייע ולא מצי הנתבע למימר אדעת' דהכי לא הפכתי השבועה דנאמר לו כיון שלא הי' דעתך לישבע אפי' היסת כ"ש שלא היית נשבע ש"ד נגד העד עכ"ל נראה מדבריו דאחר שהפך שוב אינו יכול לחזור ולומר אני אשבע ולפע"ד זה אינו דהא אמרי' לעיל ס"ס כ"ב דכל שלא נשבע יכול לחזור בו ודוחק לו' דשאני הכא כיון שהביא עד מסייע דמה בכך לענין חזרה אלא נלפע"ד דמיירי כאן דגם אחר שהביא עד המסייע אינו רוצה לישבע ואומר שחברו ישבע מאחר שכבר נתחייב שבועה ע"י הפוך ופסקינן אנן שחברו פטור בלא שבועה מאחר שהוא אינו רוצה לישבע ואומר שחברו ישבע דכיון שהפכה על חברו א"כ הרי יש לו עד מסייע ופטור בלא שבועה וכן משמע להדי' בדברי מהר"מ שבתשו' מיי' לספר משפטים סי' ס"א (והיא בתשו' מהר"מ דפוס פראג סי' תתקנ"ד) שממנו מקור דין זה וז"ל אם ראובן נתחייב לשמעון שבועה וא"ל אשתבע את ושקול ושמעון יש לו עד אחר שהוא כדבריו יטול שמעון בלא שבועה אם ראובן אינו רוצה לישבע כו' וע"ש ואולי גם הסמ"ע. מודה לזה לדינא אלא דבא לומר דמיירי כאן שהפך בענין שאינו יכול לחזור כגון שקנו ממנו וכדלעיל ס"ס כ"ב ואת' לאשמועי' דלא מצי למימר אדעת' דהכי לא הפכתי בקנין רק הפכתי שתשבע ועכשיו שלא תשבע רק תפטור בעד מסייע אני רוצה לחזור קמ"ל דלא ועדיין יש לדקדק בזה די"ל דאה"נ דמצי למימר כן וצ"ע:

סעיף כא

היינו דוק' שטוען הנתבע טענה כו'. צ"ע בדין זה שמדברי הרא"ש רפ"ק דמציע' משמע להדי' דגם בזה עד מסייעו פוטרו שכתב שם וז"ל והר"ר יונה ז"ל הקשה (אהא דעד מסייע פוטר) מהא דאמרינן בפרק כל הנשבעין מכלל דתרוייהו סברי המפקיד אצל חברו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים בשטר צריך להחזיר לו בעדים פירוש כדי ליפטר משבועה דאף בלא עדים נאמן הנפקד בשבוע' לומר החזרתיו לא מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי במגו דאי בעי אמר נאנסו כדאית' בפרק המוכר את הבית ואמאי אמר בעדים הא אם יחזיר לו בעד אחד יפטרנו מן השבועה ונראה לי דלא קשה דאגב דאמרינן התם ובכל דוכתי' המלוה את חברו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים נקט נמי התם בעדים ופירושו בעדות המועיל לו דהיינו אף עד אחד עכ"ל הרי להדי' דאפי' היכ' דאינו נאמן ע"י מגו עד מסייע פוטרו ולכך כתב דאם הפקיד אצלו בשטר אע"ג דאינו נאמן לומר החזרתי אלא במגו דנאנסו אם יש לו עד אחד שהחזיר פטור משבועה. ושוב ראיתי

במרדכי רפ"ק דמציע' כ' אבל אם יש ביד שמעון משל ראובן נוטל בלא שבועה שהרי העד מסייעו לפטור משבוע' כך פסק רבי מאיר בתשובתו והוא בתשו' מהר"מ ד"פ סי' תפ"ז וע"כ שמעון אינו נאמן אלא ע"י מגו כגון דליכא עדים וראה דאל"כ לא היה נשבע ונוטל בלא העד והשתא נמי שכנגדו נשבע להכחיש העד הרי שס"ל למהר"מ גופי' דאפי' היכ' דאינו נאמן אלא ע"י מגו עד מסייע פוטרו. וא"כ לפי דברי הר"ב סותרין דברי מהר"מ שבמרדכי גופי' אהדדי ויש לי ליישב בדוחק דברי מהר"מ שבמרדכי בפ"ק דמציע' לדעת הר"ב אבל יותר נראה שמהר"מ שבמרדכי בפ' ח"ה לא קאמר אלא גבי קרקע דהמגו הוא להוצי' קרקע מחזקת' וע"ש שכן מדוקדק בלשונו ואם כן אדרבה דעת מהר"מ כהרא"ש ומכל מקום דברי הר"ב צ"ע שוב אירע כך מעשה פה ק"ק ווילנא באחד שתפס כלי מחבירו וטען שחייב לו כך וכך והי' לו עד מסייעו ופסקנו שיטול בלא שבועה וגם מן הסברא נראה כן דכיון דאמרי' דעד אחד לענין שבועה חשיב כב' עדים לענין ממון א"כ כי היכי דב' עדים היו מחייבים בכל ענין ה"ה ע"א המסייע פוטר בכל ענין ודוק:

סעיף כב

הרי זה נשבע מספק אע"פ שאין בעל הפקדון כו'. כלומר דאע"פ שהוא טענת ספק והיה נראה מסברא דלא ישבע דאין נשבעין בטענת שמא בעלמא הכא בשומרים נשבעין על טענת שמא אבל לא בא לומר דכ"ש בטענת ברי גבי שומרים וכמו שהוכחתי לעיל סי' ע"ב סכ"ז ס"ק קי"ד דבברי לא שייך שבועת השומרים ע"ש:

סעיף כג

אלו דברים כו'. כתב בסמ"ע דארבע חלוקים יש ביניהם וסימנך חמ"שה "חשוד "ממון או "מורידין "שם "הפוך כו' עוד יש חילוק לענין משואי"ל משלם כדלעיל סי' ע"ה סי"ד וכמה דוכתי:

סעיף כד

אם הוא מהנשבעין ונפטרין כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"ב שהאריך ומסיק וז"ל ועמ"ש ר"ס פ"ב בפרישה שנ"ל דהרא"ש והטור ס"ל דמי שיש לו שטר מקויים ותפס משל הנתבע ואינו רוצה לישבע דאין מוציאין מידו ושאפי' אין מחרימין ע"ז כו' ולפע"ד זה אינו אלא לכ"ע מנדינן ליה וכמ"ש לעיל סי' פ"ב סעיף ו' ס"ק י"ז ע"ש. עוד כ' בסמ"ע שם וז"ל ועד"ר שם כתבתי בשם הר"ן דס"ל דדוקא תפס מעות אין מוציאין מידו אבל תפס מטלטלים לא ע"ש ע"כ. והנה הר"ן פי' כן דברי הרי"ף בפ' הכותב וא"כ גם המחבר יכול לסבור כן וכ"כ המחבר בהדיא בא"ע סי' צ"ו סי"א אי תפסה מעות לא מפקינן מינה:

סעיף כה

י"א מי שחייב שבועה דרבנן כו' פי' שמן הדין היה נוטל בלא שבועה אלא שחייב שבועה מדרבנן כגון מלוה בשטר ואמר אשתבע לי דשבועה זו אינה אלא מדרבנן כדלעיל סי' פ"ב ס"ח וכן הבא ליפרע מיתומים או פוגמת ועד א' מעיד שפרוע וכה"ג אבל שכיר נגזל ונחבל וכה"ג אי תפס מפקינן מיניה אם אינו רוצה לישבע שהרי מן הדין אינו נוטל אף בשבועה אלא שחכמים תקנו שיטול בשבוע' וכן משמע להדיא בר"ן פרק הכותב ע"ש וכ"כ בס' גי' תרומה דף מ"ט ע"א ופשוט הוא (וע"ל סי' ק"ח סס"ד) וכ' עוד שם בס' ג"ת דה"ה אם הפך שבועת היסת ואחר שהפך תפס התובע ואינו רוצה לישבע מפקינן מיניה וג"ז פשוט. ובפסקי מהר"מ רקנטי סימן רמ"ט כתב וז"ל מחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו מספקא לי וצ"ע ואם הנתבע הוא חשוד ושכנגדו תפס מאחר דליכא דין הפוך שבועה בלא דעת הנחשד היה נ"ל שאין תפיסתו מועלת כלום דאל"כ לא שבקת חיי לשום חשוד דילך כל אדם ויתפוס ממון החשודים ויתבענו שבועת היסת ורפיא בידי ע"כ ולי נרא' ברור דאין תפיסתו כלום בחשוד:

סעיף כו

אם קדם ותפס אפילו תפס בעדים וק"ל:

סעיף כז

לא מפקינן מיניה וכן דעת הרא"ש והרמב"ן והר"ן בפ' הכותב ובעה"ת ריש שער כ"א וכ"פ המחבר בא"ע סי' צ"ו סי"א בסתם וכן עיקר וכ"כ בתשובת מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ט ע"ג:

סעיף כח

ואמר ליה השבע וטול אין כו'. והכי הוי סוגיא דעלמא ודלא כהב"ח ובהא פשיט' דסוגי' דעלמא הוה משום דין ברור ולא משום ספיקא דהא מחמירין לנתבע ועיין מה שכתבתי לעיל סעי' י"ג על דברי הרב:

סעיף כט

אין שומעים לו. מיהו יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון וכדלקמ' סי' פ"ח סכ"ב וע"ש:

סעיף ל

וכן הנשבעים ונוטלים כו'. אינו יכול להפכה כו' והתוס' פרק הכותב (כתובות דף פ"ח ע"א) והאגוד' שם כתבו בשם ר"י דיכול להפכ' וכן משמע מפירש"י שם דף פ"ז ריש ע"ב שכתב סבר רמי בר חמי למימר שבועה דאוריית' ונ"מ דלא מפכינן לה וכ"כ במרדכי פרק השולח בשם ר"י וכ"כ עוד התוס' פרק שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א ע"א) וכן

משמע לכאור' פשטא דש"ס פרק שבועות הדיינים דאע"ג דכתבתי לקמן סעיף י"ג ס"ק ל"ח דבשבועת היסת קא מיירי היינו כיון דהש"ס קבעי הך מלת' דמאי איכא בין שבוע' דאוריית' לדרבנן בתר מילת' דר"נ אלמ' דבשבועת היסת נמי מיירי אבל מדקאמר סתמ' מאי איכ' בין שבועה דאוריית' לדרבנן ולא קאמר מאי איכ' בין ש"ד לדרב נחמן וקאמר בדאוריית' לא מפכינן בדרבנן מפכינן משמע דבכל שבועה דרבנן מפכינן והרי בשערי הרי"ף כתב דבש"ס התם בשבועת המשנ' מיירי ולא בשבועת היסת ונהי דהשגתי לקמן סי"ג עליו היינו משום דש"ס בהיסת נמי מיירי אבל מ"מ בשבועת המשנ' נמי מיירי ולענין מ"ש הרי"ף והרא"ש פ' הכותב דיאמר הנתבע אי בעית לשקול אשתבע ואי לא תשבע לא תשקול ואלא לא אשבע דלית לך גבאי מידי י"ל דא"כ גם בהיסת יאמר הנתבע אנא לא אשבע אלא ודאי משמתינן ליה והכא נמי אם לא ירצה הנתבע לקבל ההפוך ולישבע נהי דלא נחתי' לנכסי' מ"מ משמתינן לי' כן נ"ל לדעת רש"י ותוס' וסייעתם: ונרא' דאף באותם שהי' מן הדין שאף בשבוע' לא יטלו אלא שחכמים תקנו להם ליטול בשבוע' כגון שכיר ונגזל ונחבל וכה"ג ס"ל לרש"י ותו' וסייעתם דיכולין להפך ואף שהר"ן פ' שבועת הדיינים ומביאו ב"י סעיף ט"ז מחלק בכך היינו לפי שטתו דמפרש דהש"ס לענין שבועת היסת לחוד קא בעי וע"כ כתב דלענין שבועת המשנ' לא למדנו שום הפוך כלל אבל מפירש"י ותוס' דלעיל מוכח דמפרשי הש"ס מיירי בין בשבוע' היסת ובין בשבוע' המשנה וכמ"ש א"כ מסתמ' בכל שבוע' המשנה מיירי דהא סתמא קאמר הש"ס שבוע' דרבנן וטעם הדבר נ"ל דאף שהי' מן הדין שאף בשבוע' לא יטלו מ"מ כיון דחכמי המשנ' תקנו לו שיטלו א"כ הרי חכמים עשו לטובתו שיטלו בשבועתו בעל כרחו של נתבע א"כ מכ"ש שעשו לטובתו שיוכל להפך השבוע' על הנתבע בעל כרחו של נתבע. ודבר נכון הוא דוק ותשכח כן נ"ל לדעת רש"י ותוס' וסייעתם דלעיל וכן משמע בשערי הרי"ף שער י"ז להדי' ע"ש: ונרא' דאם תפס זה שנתחייב שבועת המשנ' ליטול אף דתפס בעדים מצי למימר קים לי כרש"י והתוס' וסייעתם ולא אחזיר לך עד שתשבע אותה שבועה ע"י הפוך בנק"ח וגם פשט הש"ס משמע כרש"י ותוס' וסייעתם ועוד דהא בלאו הכי הרבה גאונים סוברים דאפי' ש"ד מפכינן ואע"ג דכתבתי לעיל סעיף י' דאם תפס ואינו רוצה לישבע מנדינן לי' לכ"ע היינו שאינו רוצה לישבע כלל ולא להפך ג"כ משא"כ הכא שמהפך ואף ע"ג דסוגיין דעלמ' כהרי"ף והרא"ש והרמב"ם והטור וסייעתם דלא מפכינן שבוע' המשנה דנוטלין י"ל דסוגי' דעלמ' לא הוי הכי אלא משום שלא היו יכולים לחייב שבועה מספק והוי קולא לנתבע וכמ"ש לקמן סעיף י"ג: ועוד נ"מ בין דעת רש"י ותוס' וסייעתם לדעת הרמב"ם והטור לענין אם יש ללוה עד א' על השטר שהוא פרוע דצריך

בעל השטר לישבע דלדעת רש"י והתוס' יוכל להפך אות' שבוע' עצמה שנתחייב מכח העד ושוב לא יועיל העד להיות עד מסייע אבל דעת הרמב"ם והטור דלא יוכל להפך אות' שבוע' עצמה רק שיוכל לו' אי אפשי בתקנת חכמים והריני כשאר תובעי' בע"פ א"כ כשנתחייב שבוע' מכח העד לא יוכל לו' כן דאם יאמר כן ויהי' דינו כאלו תובעו בע"פ בלא שטר א"כ יפטר הנתבע לגמרי דהא יהי' לו עד מסייע שפוטר משבוע' וכמ"ש לקמן סעיף י"ב ודוק:

סעיף לא

שבאות על הספק אין מהפכין כו' נ"ל דהנשבעין ונפטרים מדרבנן בטענת ודאי בנקיטת חפץ כעין דאוריית' כגון בטוען החזרתי בפקדון שבשטר דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו דצריך לישבע החזרתי כעין דאורייי' וכדלקמן סי' רנ"ו סעיף ב'. או בבעל הבית שמחולק עם השכיר בקציצ' לדעת הרא"ש והרמב"ם והטור לקמן סי' פ"ט סעיף ד' או בטוען לשכיר פרעתיך ויש עד א' על השכיר' להרמ"ה והיש אומרים בהג"ה לקמן סי' פ"ט סעיף ב' וכן כל כי האי גוונא נראה דכולי עלמ' מודים דיכול להפך אותה שבוע' דרבנן עצמה בנקיטת חפץ על התובע שישבע ויטול ואין לדקדק ממ"ש הרמב"ם פרק א' מהל' טוען וז"ל ואין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסת בלבד אבל שבועה של תורה או של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכין שבועתו עכ"ל דלא בא התם אלא לאפוקי הנשבעים ונוטלים או הנשבעים בטענת ספק וכדמשמע התם ברמב"ם להדי' אבל בהך נשבעים ונפטרים שכתבתי לא מיירי התם ותדע דהא כתב שם היה מחויב שבועה מדבריהם מן הנשבעין ונפטרין כגון הנשבעין על טענת ספק או מן הנשבעין היסת ולא רצה לישבע משמתין אותו כו' ואם איתא הול"ל או מן הנשבעין ונפטרין בטענת ודאי הנך שכתבתי אלא ודאי כמ"ש ועוד ראיה דהא הטור והמחבר נמי סבירא להו דבשבועה דרבנן דנשבעין ונוטלין אין הופכין וכתבו דהנשבעין ונפטרים מדבריהם בטענת ס' אין מהפכין מפני שהרי זה טוענו טענת ספק אלמ' דאי לאו הכי היו יכולין להפך וכן מוכח נמי ממה שכ' הטור בשם הרמ"ה דאי טעין לשתבע לי דחשוד לי בכך הדין עמו דהא לא רמי עליה שבועה דלא מצי לאשתבועי ע"כ משמע דהיכ' דרמי עלי' שבוע' דמצי לאשתבועי יכול להפך אותה שבועה עצמה בנק"ח עליו וכן משמע להדי' בסמ"ע ס"ק כ"ה ודוק: וכן כתב הב"י להדי' בסוף סעיף ט"ז על דברי הרמב"ם שמה שכתב שהנשבעין בטענת ספק אין מהפכין שאפשר שטעמו שאה"נ שהי' יכול להפכה כדין שבועת היסת אלו היה אפשר לתובע לישבע אבל כיון שטוענו ספק א"א לו לישבע הלכך אין מהפכין עכ"ל רק מ"ש הב"י שאפשר שטעמו כו' לפע"ד אין כאן ספק אלא פשיט' שטעמו כך הוא

וכדמשמע בדבריו להדי' למעיין שם ועוד ראייה לזה שהרי טעמו של הרמב"ם בנשבעים ונוטלים גופי' דאינו יכול להפך מטעם שכתב שם וז"ל שהרי הנתבע יאמר לו השבע וטול כמו שתקנו לך ואם לא רצה לישבע ילך לו ע"כ וכ"כ הטור והוא מדברי הרי"ף פ' הכותב שכתב גבי ע"א מעידה שהיא פרוע דאי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד וז"ל דליכא למימר דנפק' מינה לענין אפוכי שבועה דבדרבנן מפכינן ובדאוריית' לא מפכינן דהא נמי אע"ג דמדרבנן לא מתהפכ' דלא מפכינן שבועה דרבנן אלא מנתבע לגבי תובע משום דאמר אנת לית לך גבאי ולא מידי אי קושט' קאמרת אית לך גבאי אשתבע ושקול הלכך אי בעי למשקול משתבע ושקיל ואי לא פקע אבל בדמחייב תובע שבועה לא מצי לאפוכי עליה דנתבע דכד א"ל אשתבע דלית לי גבך או דפרעת לי כך וכך ותפטר יכול האיך למימר ליה אנח לא בעינן אשתבועי ואפטורי ואע"ג דהא מלת' טבח היא לדידי לאשתבועי ואפטור' לא בעינ' לה אלא את אי ניח' לך לאשתבועי ומשקל לחיי ואי לא זיל דל"ל גבאי ולא מידי עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם ומשמע להדי' מהאי טעמ' דבהך נשבעים ונפטרים מדבריהם כעין דאורייי' שכתבתי יכול להפך וכן משמע נמי ממ"ש הרי"ף והרא"ש בריש דבריהם דלא מפכי' שבועה דרבנן אלא מנתבע לגבי תובע כו' וכל זה נ"ל ברור ודוק. ועוד אפשר לומר דהך שבועה שכתבתי בכלל היסת היא דכל שבועה שאינו נזכרת במשנה בהדיא קרי לה הרמב"ם היסת וכה"ג כתבתי לקמן סימן פ"ט סעיף ה' בדעת הרמב"ם ותדע דהא רש"י כתב בפרק כל הנשבעין דגם קודם רב נחמן היה שבועת היסת בקצת ענינים וכן הוא במרדכי פרק האיש מקדש וז"ל ולרבותינו שפירשו בשבועות דבימי התנאים תקנו שבועת היסת כו' אם כן גם דעת הרמב"ם יכול להיות כן ואם כן מה שכתב ואין לך שבועה שתהפך חלא היסת כו' רצה לומר גם הנך שבועה שכתבתי דבכלל היסת נינהו ודו"ק: ועוד נראה דלכך קאמר הרמב"ם ואין לך שבועה שתהפך אלא היסת כו' משום דבהנך שבועות שכתבתי נהי דיכול להפך אותה שבועה עצמה בנק"ח מכל מקום יוכל התובע לומר לא בעינ' ממך אנקוטי חפצא וכמ"ש הרמב"ם והט"ו בסמוך סעיף י"ב וה"ה הכא דיוכל לו' כן וא"כ בודאי לאו בשופטני עסקינן ופשיט' דיאמר כן כדי שלא יהפך עליו רק היסת וכמ"ש בפסקי מהרי"ח סי ל"ב והר"ב בהג"ה וא"כ לא נ"מ בהפוכו של זה לכך קאמר ואין לך שבועה שתהפך שתשאר כפי מה שמהפך הנתבע אלא שבועת היסת בלבד וז"ב:

סעיף לב

דאי טעין לישתבע לי דחשיד לי בכך כו'. כתב הר"ב בס' ב"ה וז"ל ויש לתמוה דטענת שמא היא זו ואין נשבעין עלי' ואפשר דחרם סתם קאמר ולא דק עכ"ל והב"ח השיג

עליו ופי' דשבועה ממש קאמר בנק"ח ע"ש וכן נראה להדיא מדברי הרב בהג"ה והע"ש והסמ"ע וכן מוכח מל' הרמ"ה שכתב דהא לא רמי עליה שבוע' דלא מצי לאשתבועי ולענין מה שהקשה בב"ה דטענת שמא היא נ"ל דאף על גב דבעלמא אין נשבעין על טענת שמא הכח כיון ששבועות השותפין תקנו לישבע בשמא מכח חשד שחושדו שמא עיכב תחת ידו ח"כ ה"ה דיוכל להפך דכוותיה בשמא שישבע שהוא חושדו בכך אעפ"י שהנתבע אינו יכול לידע בודאי שאינו חושדו ואפשר גם כוונת הב"ח כן ע"ש ודו"ק:

סעיף לג

מיהו כו'. ונראה דאפי' לאחר שהפכו עליו מצי למימר השבע אתה שבועה קלה או אני אשבע אותה שבועה קלה (ר"ל בלא נקיטת חפץ) דמ"ט לא יהא אכתי הבריר' ביד הנתבע ולא יפסיד כלום מבראשונה עכ"ל מהרח"י שם בכתביו סי' ל"ב ובכל זה לא נ"מ רק לענין שבועת השותפין ודו"ק:

סעיף לד

אבל אם יש בה. בשבועת היסת ההיא גלגול אין מהפכין אותה כדי להפטר מהגלגול:

סעיף לה

אם יאמר התובע אי אפשי בתקנה זו כו'. ומהרא"י בכתביו סי' ל"ב כתב וז"ל ואשר כתבת מרבותיו של רמב"ם דסברי דנשבע ונוטל מצי למימר השבע אתה ותפטר אשיר"י פ' הכותב גבי הא דקאמר אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד לא כתב וסבר הכי ומוכח התם דאפי' אי טוען הריני כשאר תובע שמשביעין היסת אפ"ה אינו יכול להפך על חבירו דאל"כ אכתי הוא נפקותא לענין זה בין ש"ד דהתם לא מצי לאפוכה שבועה במידי אבל דרבנן מפכינן בכה"ג והתוספת פ' שבועות הדיינים נמי נחלקו בשם הגאונים בכה"ג ע"ש עכ"ל וכן כתב בד"מ אמ"ש הטור בשם הרמב"ם בשם רבותיו דיכול לומר איני חפץ בתקנ' זו כו' ובפסקי מהרח"י סי' ל"ב משמע דאשיר"י ותוס' פליגי בזו עכ"ל (ולפי דבריהם הי' הרי"ף ג"כ חולק על הרמב"ם שהרי דברי הרא"ש פ' הכותב הם מדברי הרי"ף ואין דרך הרמב"ם להיות נגד הרי"ף אלא הדבר ברור כמ"ש לקמן) והב"ח ס"ק כתב וז"ל מה שהוכיח מהרא"י מהאשר"י פ' הכותב אין זה הוכחה דדלמא האשר"י ס"ל כמ"ש הטור בסי' פ"ח סכ"ד בשם י"א דאף בש"ד מצי למימר השבע אתה היסת ואשלם לך ע"כ וכ"כ עוד הב"ח בא"ע סי' צ"ו ס"ח ואי משום הא לא אריא דהא מסקנת הטור לקמן סי' פ"ח דלא כהי"א:

אבל לפעד"נ דמהרא"י והד"מ והב"ח שגו וטעו בזה דהיאך אפשר לומר התם הך נפקותא דא"כ מאי אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד אדרב' שטות הוא זה דאי מתיירא שלא תאמר

החזק המעות שבידך והשבע לי היסת בלא שטר א"כ גם אם ישלם לה תוכל להחזיר לו המעות ולומר לו השבע לי היסת וז"ב:

ועוד דאפי' אי לא הוי קאמר אי פקח הוא כו' לא אפשר לצייר כלל הך נפקותא בשום נשבע ונוטל בשטר דאם יוכל לו' החזק במה שבידך והשבע לי היסת בלא שטר כי הריני כמו תובע בע"פ א"כ גם אי הוי מתחייב ש"ד הי' יכול לומר אני מבטל השטר והשבע לי היסת בע"פ וג"ז ברור:

ועוד דלמה דקי"ל עד מסייע פוטר משבועה א"כ בין לרמי בר חמא דהוי שבוע' דאורייתא ובין למאי דמסיק רבא דהוי שבוע' דרבנן לא תוכל לומר הריני כמו שאר תובעים בע"פ דא"כ יהי' לו עד מסייע ויפטור לגמרי. ולמאי דבעי הרי"ף והרא"ש למימר מעיקרא דנ"מ לענין הפוך וכן למ"ש רש"י והתוספת באמת דנ"מ לענין הפוך לא קשיא דהא יהי' לו עד מסייע דהא כיון דהעד יועיל לחייב שבוע' ובלא העד לא נתחייב שבוע' א"כ יוכל אח"כ להפך אותה שבועה עצמה ולא יועיל העד לפטור שהרי כבר העיד לחייב שבוע' אבל אם יאמר בעל השטר הריני כשאר התובע בע"פ בלא שטר א"כ פשיטא דיהי' העד מסייע לפטור וג"ז ברור ודוק: גם מ"ש מהרא"י והתוספת פ' שבועת הדיינים נמי נחלקו בשם הגאונים בכה"ג ע"ש עכ"ל עיינתי שם ונ"ל דאין ענין דברי התוספת בשם הגאונים לכאן כלל דהתם מיירי לענין הפוך שבועה ממש ולא לענין אם יאמר התובע הריני כשאר התובעים ולדעתי דין זה של הרמב"ם בשם רבותיו הוא ברור ופשוט ואין חולק עליו עד שאני תמה למה הוצרך לכתוב כן בשם רבותיו היאך יעלה על הדעת שלא יוכל זה לומר וכי בשביל שתקנו חכמים לטובתי אפסיד דל תקנת חכמי' מהכא הריני כשאר התובעי' וישבע לי הנתבע היסת וק"ל:

סעיף לו

נפטר הנתבע. אבל התובע יכול להטיל עליו חרם סתם ויש נוהגים שהנתבע אומר לו דור לי בחיי ראשך שהוא קל מחרם ואינו נרא' לי דמאן לימא לן דחיי ראשו לא עדיף מחרם והא דאמרי' לעיל סי' כ"ב דור לי בחיי ראשך היינו דלא הוי כשבוע' וכן בדברי תשובת רב האי גאון שהביאם הבעה"ת וטור לעיל סי' ע"א סעיף ט"ו אית' תנאי דחרם סתם והדרת ראש לא מהני' בנאמנות כו' והיינו דלא הוה כשבועה אבל מאן לימא לן דקל מחרם:

סעיף לז

ולא רצה לישבע ושלם וכו'. כן פי' הרב דברי מהרי"ק לתרץ קושיית הב"י ועיין בתשובות מהרי"ו לבית לוי סי' ל"ב שיישב דברי מהרי"ק כפשוטו דאתי לאפוקי דאי

הוה טעה בשקול הדעת הוי קם דינא לדעת הרא"ש ע"ש וכ"כ בס' גדולי תרומה שער ז' סוף חלק א' סוף ד' מ"ט ובאמת משמע שם כן במהרי"ק מיהו היינו לפמ"ש הטור לעיל ס"ס כ"ה לדעת הרא"ש והביאו מהרי"ק שם אבל לפי מה שהשגתי לעיל סי' כ"ה סעי' ג' ס"ק כ"ט באריכות על הטור והוכחתי דלכ"ע כל שלא נעשה מעשה הדר דינא א"כ לא נפק' מינה הכא לענין דהוי טעה בדבר משנה אלא במה שכ' הר"ב מיהו כבר השגתי לקמן על מהרי"ק והרב והוכחתי דזה לא הוי טעה בדבר משנה:

סעיף לח

הוי טעות בדבר משנה וחוזר. כ"כ מהרי"ק שורש י' ואחריו נמשך הרב ושאר אחרונים. ואני אומר שמהרי"ק והנמשכים אחריו טעו בדבר משנה וחוזר דז"ל מהרי"ק שם הרי לך כל אלו הפוסקי' שהבאתי לעיל דכולהו ס"ל דלא בעינן נקיטת חפץ בשבועת היסת ולא מצינו פוסק שיחלוק עליהם דפשיט' שמה שכתב רבי' מאיר ומביאו המרדכי ריש פרק הדיינים דאף בשבועה דרבנן בעינן נקיטת חפץ היינו דוק' אותם השנויים במשנה כגון שבועת השותפין דעלה קאי והשיב את תשובתו אבל בשבועת היסת מודה רבינו מאיר לכל שאר הפוסקים שהבאתי וא"כ הדיין המחייב בנקיטת חפץ הוי כטועה בדבר משנה וחוזר עכ"ל ולפעד"נ דדעת רבינו מאיר והרבה פוסקים דאף שבועת היסת צריך נקיטת חפץ ונראה עיקר בש"ס כדבריהם וכמו שאבאר וא"כ נהי דסוגי' דעלמ' כשאר הרבה פוסקים דא"צ נק"ח מ"מ אם פסק הדיין דצריך נק"ח לא הוי רק כטעה בשקול הדעת ואינו חוזר. דנהי דרבי' מאיר במרדכי שם ריש פ' שבועת הדיינים בשבועות השותפים מיירי מכל מקום מוכח מדבריו דר"ל דאף בשבועת היסת בעי נק"ח דהא כתב שם וז"ל ונ"ל שישבע לו בנק"ח כו' דקי"ל אפי' בשבועה דרבנן צריך נקיטת חפץ כדמשמע פרק השולח ובפ' שבועת הדיינים כו' ועל כרחך מ"ש ופ' שבועת הדיינים ר"ל הא דקאמר בש"ס פ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א ע"א) מאי איכ' בין שבועה דאוריית' לדרבנן כו' ולא קאמר איכ' בנייהו אנקוטי חפצ' ובש"ס שם קאי להדיא אהא דקאמר התם רב נחמן ומשביעין אותה שבועת היסת וכן פירש"י להדיא לדרבנן הא דרב נחמן וכ"כ הר"ן פרק שבועת הדיינים וז"ל דכי אמרינן מאי איכא בין ש"ד לדרבנן בשבועת היסת קבעי וכן פירש"י דאלו לשבועת המשנה לא בעינן (אמת שהמרדכי פ' שבועת הדיינים מביא בשם שערי רב אלפס שער י"ו שפי' הא דמבעי לש"ס מאי איכא כו' בשבועת המשנה קבעי ולא בשבועת היסת וכן הוא באמת בשערי ר"א שם שער י"ז אבל דברי השערים בזה תמוהים מאד בכל מ"ש שם ובפרט מ"ש שם כי החושבים דמבעי' על שבועת היסת טעו כי אותה שאלה הוה ליה לסמוך על תקנתא דרב נחמן שהיא שבועת היסת כו' שהרי

באמת קאי התם בש"ס מיד אשבועה דרב נחמן ואדרבה לפי השערים קשה דה"ל לסמוך אותה שאלה בפ' כל הנשבעין אמתניתין דכל הנשבעין מדרבנן אלא ודאי לענין שבועת היסת קבעי וכמ"ש הר"ן וכן מבואר להדיא מדברי שאר כל הפוסקים דלענין שבועת היסת קבעי שהרי פסקו דבשבועת המשנה לא מפכינן כלל ולדעתי דברי השערים בזה הם כמתעתע ושוב מצאתי בספר גדולי תרומה דף מ"ח ע"ב שתמה הרבה על השערים בזה ומסיים ולכל האופנים פי' בעל השערים בסוגיא זו זר מאד ובלתי מוסכם מאחרונים ז"ל רק דכולה בשבועת היסת היא) מאי בינייהו כו' ומביאו ב"י בסעיף י"ו. וכן מוכח עוד ממ"ש המרדכי ריש פ"ק דב"מ שר' שמחה פסק דהאומר לחברו גזלתני או גנבתני אין משביעין היסת דלא נתקנה שבועת היסת ע"ז אא"כ הוא מודה מקצת או יש עד אחד ורבינו מאיר חולק דא"כ כי קאמר בפ' שבועת הדינים מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן לימא איכא בינייהו לאשבועי אגניבה ואגזלה כו' עכ"ל הרי להדיא דס"ל לרבינו מאיר דמדלא קאמר בש"ס פ' שבועת הדיינים שאר נפקא מינה אלמא דלא נ"מ בין ש"ד להיסת אלא מאי דקאמר הש"ס (וע' בפסקי מהרא"י ס"ס ל"ב שכתב דהר"מ שחולק על רבי' שמחה מצי סבר כהרא"ש פרק שבועת הדיינים דלא ר"ל איכא בינייהו בתיקון השבועה אלא בדינים היוצאים הימנו כו' ולחנם דחק דדעת מהר"מ כפשוטו וכמ"ש) ובאמת הר"ן והרא"ש פ' שבועת הדיינים דס"ל דבהיסת אין צריך נקיטת חפץ הקשו אמאי לא קאמר הש"ס הך נ"מ ותירצו משום דלא בעי על תיקון השבועה אלא נפקותא לענין דינא קבעי ומביאם ב"י ריש סעיף כ"ב וא"כ מהר"מ דס"ל דמדלא קאמר הש"ס הך נ"מ ש"מ דשוים הן בהיסת ס"ל הכי דצריך נק"ח:

וכן הוא עוד להדיא בתשו' מהר"ם דפוס פראג סי' תתקצ"ו וז"ל ואע"פ שאני אומר ראובן שהיה חייב מעות לשמעון ותקע לו כף לרווחא דמלתא לפורעו עד זמן פלוני ואחר זמן תובע אותו וזה אומר קיימתי דראובן צריך לישבע שאני התם דאפי' בלא תקיעת כף הי' חייב לפורעו ואי אמר פרעתי הי' צריך לישבע בנקיטת חפץ כדמשמע בר"פ שבוע' הדיינים דבין בש"ד ובין בשבועה דרבנן צריך נק"ח דאין חילוק בין ש"ד לשבועה דרבנן אלא למילי דמפרש פ' שבועת הדייני' הלכך בתקיעת כף שתקע לא נפטר משבועה לפי שצריכה להיות בנקיטת חפץ אבל בדין זה דאלו לא תקע לו ראובן ללוי לא הוה ליה גבי' ולא מידי השתא נמי לא משביעינן ליה כו' ושלום מאיר בר ברוך זלה"ה עכ"ל וכן הוא בהגהת מיי' פי"א מה' שבועות וז"ל האי דיינא דאשבע בלא נקיטת חפץ נעשה כטעה בדבר משנה וחוזר מכאן פסק מורי רבינו מאיר ז"ל על אחד שתקע כפו לחבירו לפרעו מה שהי' חייב לו ואח"כ אמר שפרעו דצריך לישבע אע"פ שהלה מודה שתקע כפו

מ"מ ה"ל כמו האי דיינא דאשבע כו' אחר יש בלא תקיעת כפו הי' מחויב אבל אם נדר אדם ליתן מתנה לחבירו ותקע לו על זה וכופר לו פטור בלא שבועה אחרי שלפי דבריו לא נתחייב לו כלום כי אם בתקיעת כף עכ"ל: וכן מוכח ג"כ דעת התוס' בפ' שבועת הדיינים שם ובגטין פ' השולח (גיטין דף ל"ה ע"א) שהרי גם הם הוכיחו שם דאף שבועה דרבנן צריך נקיטת חפץ מדלא קאמר בפ' שבועת הדיינים הך נפקותא וכן הוא להדיא בפסקי התוס' בפרק שבועת הדיינים סי' ס"ב ופ' השולח סי' קל"ב וז"ל אפי' שבועה דרבנן הוי בנקיטת חפץ עכ"ל וכן הוא במרדכי פ' השולח וז"ל ונראה לר"י דבין שבועה דאורייתא ובין שבוע' דרבנן הוי בנקיטת חפץ מדלא קאמר בפ' שבועת הדיינים דאיכא בין שבועה דרבנן לש"ד נקיטת חפץ עכ"ל וכ"כ בהגהת מרדכי פרק שבועת הדיינים וז"ל מאי איכא בין ש"ד כו' פ' הכותב גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי שבוע' דאורייתא פ"ה דנ"מ לאינקוטי חפצ' וקשה לימא הכי דהא איכא בינייהו ועוד כי הוא עצמו פי' פ' השולח דבעינן אנקוטי חפצא מהתו' עכ"ל וכ"כ בתשו' מהרי"ו סי' קל"ד דשבועה דרבנן צריכה נקיטת חפץ:

ואע"ג שראיתי בדרכי משה שכ' דבמרדכי פ' שבועת הדיינים בתשובת מהר"מ ומהרי"ו סי' קנ"ד דלא איירי אלא בשבועה דרבנן הנזכרת במשנה אבל בשבועת היסת לכ"ע לא בעינן נק"ח כו' היינו שנמשך אחר דברי מהרי"ק הנ"ל וכבר כתבתי שלא כוונו יפה בזה וגם נלפע"ד דהד"מ לא דק בדברי מהרי"ו דבמהרי"ו גופי' מוכח דבהיסת מיירי חדא דהא כתב שם וז"ל מסקנא דמלת' שמעון ישבע על כל טענת ראובן בנקיטת חפץ אע"ג דרש"י כתב דשבוע' דרבנן לא בעי נק"ח וכ"כ הרמב"ם הא ר"י סבר דבעינן נקיטת חפץ אפי' בשבועה דרבנן עכ"ל אלמא דבהיסת מיירי דאי בשבועת המשנה הא ס"ל להרמב"ם בהדיא דבעי נק"ח ועוד דבעובדא דמהרי"ו שם לא היתה שום שבוע' המשנה כלל רק היסת וכן משמע עוד ממ"ש מהרי"ו שם אח"כ והייתי דן בהא מילתא כר"ת דפסק כלשנא בתרא דשבועת הדיינים דלא משבעינן שבועת היסת אלא היכא דאיכא דרר' דממונא כו':

וכן נלפע"ד עיקר בש"ס דכן משמע פשטא דמילתא דש"ס פ' שבועת הדיינים מדלא קאמר הך נ"מ ומ"ש הרא"ש והר"ן דלא בעי בתיקון השבועה הוא דוחק ועוד דכן משמע ג"כ בש"ס פ' ארבעה נדרים גבי קניא דרבא וכדאיתא בהר"ן ומ"ש הר"ן דהתם יש לו' דמודה מקצת הוי הוא דוחק דלא נזכר התם בש"ס שהיה מודה מקצת ועוד נ"ל ראיה מהא דגרסינן בריש שנים אוחזין ההוא רעיא דהוו מסרי לי' כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להו להד"ם אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי

מנייהו אמר ר' זירא אם איתא לדרבי חייא קמיית' משתבע אשאר' א"ל אביי אם איתי' משתבע והא גזלן הוא א"ל שכנגדו קאמינ' השתא נמי דליתיה לדרבי חייא נחייבי' מדרב נחמן שבועת היסת דרב נחמן תקנת' הוא ותקנת' לתקנת' לא עבדינן עד כאן ואם איתי' מאי פריך השתא נמי נחייביה מדרב נחמן הא נ"מ בדרבי חייא שחייב שכנגדו שבועה בנק"ח ואפשר לומר דעדיפא מיניה משני ודוחק וגם לא נזכר בשום מקום בש"ס חילוק בין שבועת היסת לשבוע' דאוריית' או שבוע' המשנה בזה: (שוב מצאתי בבעל העיטור בדיני חוב בע"פ דף ס"ד ע"ד שכתב וז"ל ואי לאו דחזינא לרבוות' דאמרי שבועת היסת בלא נקיטת חפץ אמינ' דשבועה כעין דאורייתא היא מדגרסי' אם איתי' לדרבי חייא קמיית' משתבע אשארא ומקשינן השתא נמי נחייבי' מדרב נחמן אלמא חדא טכסיסא נינהו ע"כ): ומ"מ כיון דהגאונים ורוב הפוסקים פסקו דשבועת היסת א"צ נק"ח וסוגיא דעלמא כותייהו צריך ליישב סוגיית הש"ס לדעתם כמו שנתבאר אבל במקום שלא נתפשט המנהג כן יש להורות דצריך נקיטת חפץ וכה"ג כתב בעיר שושן וז"ל שבוע' היסת א"צ נק"ח כו' הוי טעות בדבר משנה וחוזר כו' והאידנא נהגו בכל מדינות אלו להשביע אפי' שבועת היסת בנק"ח אלא שעושין שיעור בממון שאם השבוע' בממון מיעוט משביעין בלא נק"ח ובממון מרובה בנק"ח ואיזה נקרא ממון מרובה או מועט עושים קצב כל מקום ומקום לפי רצונו נהרא נהרא ופשטא ונ"ל שאין למחות בידם דהא חזינן שהדור פרוץ היא ומקילין מאד בשבועות לכן יש לאוים הרבה על הנשבע עכ"ל ואולי במקומו היו נוהגין כן אבל האידנא אין נוהגים להשביע היסת בנק"ח רק שיש ביד הדיין להחמיר לפי הענין ולפי האדם אבל עכ"פ אם אירע שהדיין פסק בשבועת היסת נק"ח ומפני כך שלם זה ולא רצה לישבע קם דינא ואינו חוזר כיון שכבר נתבאר שכן דעת רבינו מאיר ור' ירוחם והתו' והמרדכי והגהת מיי' ומהרי"ו ושכן עיקר בש"ס וזה ברור לפי עניות דעתי ודלא כמהרי"ק והר"ב ושאר אחרונים שנמשכו אחריו: וגדולה מזה נ"ל דאם תפס התובע אפי' תפס בעדים בענין דלית ליה מגו נהי דמחוייב להחזיר מה שתפס מ"מ כיון שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כהנך פוסקים דמחייבי' נק"ח בהיסת ולא אחזיר לך מה שתפסתי עד שתשבע לי בנק"ח וא"כ בכה"ג צריך הדיין לפסוק שבועה בנק"ח ואע"ג דהיכא דסוגיא דעלמא כאידך לא מהני תפיסה לומר קים לי וכמו שכתבתי בספרי תקפו כהן סי' קכ"ג היינו היכא דסוגי' דעלמ' כאידך בבירור אבל הכא מאן לימא לן דסוגיא דעלמא כאידך משום דס"ל דינא הכי דילמא משום דבעלמא הנתבע מוחזק לכך סוגיא דעלמא שלא להשביעו בנק"ח מספק וכמו שכתבתי לעיל סעיף ג'

דהיכא דאיכא ספק בשבועה פטור הנתבע והשתא דהתובע מוחזק ומשבעינן לנתבע היסת בנק"ח (עיין בתשוב' מהרשד"ם סי' קנ"ט) . כן נ"ל ברור:

סעיף לט

שבועה דאורייתא ונודע כו'. ולאו דוקא ש"ד אלא ה"ה שבועה דרבנן בנשבעים ונוטלים וכדלקמן סי' צ"ב סי"ג:

סעיף מ

וישלם. כשישבע זה שכנגדו כדלקמן סי' צ"ב מיהו קשה למה כתבו הר"ב הלא כבר כתבו כן הרמב"ם והט"ו להדיא לקמן סי' צ"ב סעיף י"ג וגם מה שכתב בהגהת מרדכי וד"מ על דין זה תקנת הגאונים אין נראה כן מדברי הרמב"ם והט"ו לקמן סי' צ"ב סי"ג אלא נראה מדבריהם שדין גמור הוא וכן משמע להדיא בדברי ה' המגיד ספ"ב מהלכות טוען ומביאו ב"י לקמן ס"ס צ"ב שכתב שהוא ברור דלא גרע ממה שאמרו טעה בדבר משנה חוזר כו' וגם בשבועה דרבנן אם נשבע ונוטל כתבו שם כן שאם נודע שהוא חשוד יחזיר וע"ש וא"כ לא ה"ל להרב לכתוב כאן אם נשבע שבועה דאורייתא כו' דהא גם בנשבעים ונוטלים בשבועה דרבנן הדין כן:

סעיף מא

ותלמיד חכם כו'. כתב רב האי גאון בספר משפטי שבועות דף כ' ע"ב וז"ל וגבול תלמיד חכם אע"פ שיש לרז"ל דברים הרבה בזה אבל גבול הנוהג הנה הוא דבריהם איזהו תלמיד חכם כל שמניח תפילין עכ"ל ולפי זה האידנא אין חילוק בין תלמיד חכם לאחר:

סעיף מב

ויש אומרים כו'. זהו דעת מהרי"ו בתשובה סי' קע"א. ודבריו צנ"ע דהא כיון דאפי' תפילין לכתחלה לא א"כ כ"ש שאר ספרים דהא אשכחן בכמה דוכתי דקדושת תפילין חמורה משאר ספרים. ומה שהביא מהרי"ו שם ראיה מהרא"ש ומרדכי לפע"ד אינו ראיה דהרא"ש לא קאמר אלא לדינא והיינו בדיעבד וגם המרדכי לא אירי התם משבועת הדיינים רק כשנשבע בכתבי הקודש לאסור דבר על עצמו אם חייב לקיים שבועתו ופשיטא דבכהאי גוונא שאר כתבי הקדש דין ספר תורה יש להם וכמו שנתבאר בי"ד סי' רל"ז משא"כ בשבועת הדיינים דהא אשכחן כמה דברים דלענין שבועת ביטוי הוי שבועה ולענין שבועת הדיינים לא הוי שבועה ובפרט כיון דטעמ' דאנקוטי חפצא היא משום איום פשיטא דאין להביא ראיה משבועת ביטוי לשבועת הדיינים וא"כ נראה דספר תורה דוקא הוא ודברי מהרי"ו והר"ב צל"ע:

סעיף מג
שאינו נפטר בשבועה הראשונה. עיין מ"ש לקמן סעיף ל"ד ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קנ"ט:

סעיף מד
ואמרו דשבועת היסת אינה כו'. לשון הסמ"ע עיין במשרים נ"א ח"ה דכתב די"א דשבועת היסת אינו אלא חרם סתם עכ"ל וקצר בלשונו ור"ל שאינו כלל בס"ת אלא שמחרים בשמו בחרם סתם וחרם סתם אינו לא בס"ת ולא בשמו אלא סתם כן הוא במישרים שם. ונראה דבשמו ר"ל שם האדם ודוק. מיהו האידנא נוהגים להשביע היסת בשבועה שאומר אני נשבע שאין לזה אצלי כלום:

סעיף מה
יש לדיין לומר לו לפרש כו'. עיין בתשו' מהרי"ט ס"ס ע':

סעיף מו
בפני העד. ולא נוהגים להשביע בפני העד וצ"ע:

סעיף מז
ואז א"צ לישבע בפני התובע. אף כשמת העד ועיין בא"ע ס"ס נ"ו דאלמנה צריכה לישבע לכתחלה בפני היתומים וצריך לימוד:

סעיף מח
ואע"פ שלא נשבע במקומו כו'. עיין בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קל"ט:

סעיף מט
נשבע ונפטר כו' ע"ל סימן כ"ד כן צ"ל ועיין בשלטי גבורים פ' שבועות הדיינים דף שכ"ד סוף ע"ב:

סעיף נ
אין מחייבין אותו היסת כו'. כלומר אפי' היסת וכ"ש ש"ד כגון במ"מ או עד א' מכחישו. וה"ה כשהיה חייב ממון בלא העד ע"י שבועת התובע אינו חייב ש"ד ע"ז כיון דלא היה חייב ממון כפשוטו וכמ"ש לעיל סי' ע"ה סעיף י"ג ס"ק מ"ה ועמ"ש לקמן סי' צ"א סעיף ו' ס"ק כ"ו. ונראה דכ"ש אם עד א' מעידו שעשה שותפות עמו והוא כופר פטור לישבע להכחיש העד דאפי' הי' מודה לדברי העד לא הי' לו עליו רק שבועת השותפות וע"ל סי' צ"ג ס"ט:

סעיף נא

אמרת ליתן לי מנה כו'. נראה דאם הוא עני כיון דא"י לחזור בו וכמו שנתבאר לקמן סי' רמ"ג ס"ב ובי"ד סי' רנ"ח סי"ב משביעין אותו היסת שוב מצאתי במרדכי פרק הגוזל בתרא כ' ור"מ פסק דאם עני תובע לעשיר נדרת לי כו"כ נשבע ומביאו מהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' ל"ט שוב מצאתי בשלטי גבורים פ' המקבל דף קל"ג כ' דמדברי ר"מ יצא לנו דין פשוט. דהטוען לחבירו נתרצית למכור לי חפץ זה ונדרת לי בכך וכך זה כופר על ערך החפץ ולא נתרצה מעולם למכרו דצריך בעל החפץ לישבע דדין אמירת מתנת עשיר לעני ודין אמירת למכור חפץ חדא נינהו לענין שבשניהם יכול לחזור בו וכיון דהכא גבי מתנה אע"פ דאם יודה קא מצי מיהדר ביה צריך שבוע' ה"נ גבי מכירה עכ"ל ונראה לי דלא דק ואשתימטתי' הירושלמי שהביא הרי"ף והרא"ש פ' הזהב והמרדכי ג"כ בפ"ק דב"ב ושאר כל הפוסקים דבאמירת מתנה לעני אינו יכול לחזור בו וכן הוכיחו עוד הרי"ף והרא"ש פרק שור שנגח ד' וה' מדאמרינן בפיך זו צדקה אלמא בדבור מחייב דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכ"פ כל הפוסקים וכמו שנתבאר בי"ד סי' רנ"ח ולקמן סי' רמ"ג ס"ב וכן הוא בתשו' מהר"מ עצמו ד"פ סי' תשכ"ו חבל באומר למכור [לא] הרי נתבאר דקנהו לגמרי מיד באמירה כמו מסירה להדיוט והכי אמרי' בש"ס פ"ק דקדושין (סוף דף כ"ח) כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה בית זה הקדש אפי' בסוף העולם קנה ובהדיוט לא קנה עד שימשוך ויחזיק ע"כ אלמא דבאמירה לגבוה הוי קנין גמור כמו משיכה בהדיוט אבל באומר למכור חפץ לחבירו בענין שיכול לחזור בו פשיטא שאין משביעים אותו על זה (שוב מצאתי כן להדיא בתשובת מהר"ם ד"פ סי' תתקצ"ו דבאומר למכור אין משביעין על זה והבאתי קצת בתשובה לקמן סעיף ל"ד עיין שם דלא כבעל שלטי גבורים) וזה ברור:

סעיף נב

אין משביעים כו'. תשובה ראובן שהוציא שטר על שמעון בקנין שנתרצה בהפוך שבועה ומתו העדים ונתקיים א' מן העדים ושמעון אומר לא נתרציתי ישבע שמעון שבועת היסת שאין לראובן כלום עליו ומיפטר ושבועה דעד א' ליכא דלא אסהיד בממון אלא בהפוך ודבר הגורם לממון לאו כממון דמי עכ"ל בעל העיטור דף ס"ה ע"ב. ועיין בש"ס שבועות (דף ל"ב ע"ב):

סעיף נג
וה"ה אם אין לו לפרוע כו' צ"ע כי בר"י לא כתב כן בהדיא רק כתב שם דאשת איש אין משביעין אותה כי אין לה לשלם עד שתתאלמן או תתגרש וא"כ הרי המחבר פסק לקמן ס"ס צ"ו דמשביעין אשת איש וצ"ע מיהו לקמן ס"ע צ"ו העליתי כדברי ר"י וע"ש:

סעיף נד
אתה קללת כו'. עיין ב"ח:

סעיף נה
הג"ה וי"א דמחרימין כו' ע"ל בסי' ת"כ סעיף ל"ח מ"ש בזה:

סעיף נו
טוען על חבירו גזלתני כו'. אפ"ה נשבע וכ"כ המחבר לעיל סי' ע"ה סעיף ח':

סעיף נז
עיקר התביע' משום איסור כו'. פי' אע"ג דנ"מ ג"כ לענין ממון עכ"ל סמ"ע. והיינו כגון היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך או כגון שהיא אומרת ממנו נבעלה והולידה ולד זה שהוא ממזר והוא חייב לזונו כדאיתא בפסקי מהרא"י שם. אבל גנבתני או גזלתני מסתמא עיקר התביע' משום ממון וכן מוכח בפסקי מהרא"י שם ומ"מ אין דברי מהרא"י והר"ב מוכרחים והדין צ"ע דהא אדרבא באיסור' אמרי' בפ"ק דקדושין (דף כ"ח ע"א) גבי סוטה אשכחן איסור' ממונא מנלן וילפינן גלגול דממונא מאיסורא דסוטה ועוד דהא הרמב"ם כתב פט"ו מהל' אישות ובכל זה משביעה היסת שלא הפילה או שהפילה שלם שבטענה זו יתחייב ליתן כתובה וכ"כ הטור והמחבר בא"ע סי' קצ"ד סעיף ט"ו ועוד כ' הרמב"ם פכ"ד מהל' אישות והסמ"ג עשין מ"ח דף קכ"ח ריש ע"ב משביע' בנק"ח שלא זנתה תחתיו ואח"כ תגבה כתובתה וכ"כ בהגה"מ פ"ב דיבמות וכ"כ הטור והמחבר בא"ע סי' קט"ו סעיף ז' וסעיף ט' ע"ש. ודוחק לומר דהתם מיירי שתובעת הכתובה להדיא דהלשון לא משמע כן וגם בה' המגיד פט"ו מה' אישות משמע להדיא דמיירי שאינה תובעת הכתובה ע"ש ועוד דאי בתובעת הכתובה הבעל נאמן וכמ"ש הטור והמחבר שם בסי' קנ"ד סעיף ז' וצ"ע:

סעיף נח
שנדר לה דבר באתננה והוא כופר חייב לישבע. והב"ח כתב ע"ז וז"ל וצ"ע דבפרק הפועלים (בבא מציעא דף צ"א) משמע בפירש"י שאינו חייב בדיני אדם אי תבעי ליה בדינא קמן כשהוא מחייבי כריתות דקם ליה בדרבה מיניה וכיון שכל המזנות אינן חוששים לטבול והם מוחזקין בנדות וכמ"ש הרא"ש בתשו' הביאו הטור בא"ע סי' כ"ו

א"כ חייבים כרת על ביאתן וקם ליה בדרבה מיניה ופטור מלשלם בדיני אדם אפי' הודה וכפר נמי אין משביעים אותו עכ"ל ולא דק דרש"י קאי התם באתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו דמחויבי מיתות ב"ד הוא אבל בחייבי כריתות סוגיין דעלמא בכל הש"ס לאפוקי מדר' נחוניא בן הקנה כדאי' בכתובות [דף ל'] ובשבועות (דף ל"ג) ובכמה דוכתי וכן פסקו כל הפוסקים בהרבה מקומות וכן נתבאר לקמן סימן ש"ן ועיין לקמן סי' ש"פ סעיף ג' מה שהשגתי על הסמ"ע ס"ק ז' בזה:

סעיף נט

אלא קנס אינו נשבע היסת כו'. כתב ר"י נ"ג סח"ב וכן בכל משואיל"מ כתבו התוס' דלא אמרי' חייב אלא בדבר שאם הודה הי' חייב אבל בדבר שאם הודה הי' פטור לא אמרי' מחויב שבועה כו' עכ"ל. ונ"ל שר"ל כגון בקנס דמודה בקנס פטור וכן הוא בתוס' ר"פ שור שנגח את הפרה וז"ל וא"ת והא משואיל"מ משלם כו' ועוד י"ל דלמ"ד פלגא נזקא קנסא לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו דמודה בקנס פטור ע"כ וכן נתבאר לקמן סי' שצ"ט ות' ע"ש:

סעיף ס

וחייבוהו ב"ד כו'. בתשובת מבי"ט ח"ב סי' שי"ט פסק בראובן שתובע לשמעון שנתחייב נגדו ממון בדין מחמת עסק שותפות ושמעון. מכחיש שלא עמדו בדין או שעמדו ולא חייבוהו ורוצה לטעון טענה מחדש דצריך שמעון לישבע ולא אמרינן מאי איכפת ליה למיהדר דינא אי אודי ליחייב ואי לא אודי ליחייב נמי שבועה כו' וע"ש ואין דבריו נכונים בעיני וכל ראיותיו שהביא שם אינם נראין דהתם מיירי בקנס וכה"ג דאם לא חייבוהו הב"ד מתחילה לא הי' מתחייב עתה בשום צד משא"כ בדבר ממון למה ישבע יטעון עתה מחדש אם לא שתובעו שקבלת עליך לקיים כל מה שיפסקו עליך אותו ב"ד הן לדין הן לטעות וחייבוך וזה כופר או שטוען נתחייבת בב"ד ואיני יכול לחזור לטעון כי שכחתי החילוקי' שביני לבינך או שמא לא תודה לי עתה כמו שהודית בפני אותו ב"ד אך זה ידעתי בבירור שהב"ד ההוא חייבוך לי ממון כך וכך אז צריך לישבע אבל מתשו' מבי"ט שם ומראיותיו משמע דלא מיירי בכה"ג אלא דבכל גווני צריך לישבע לו והא ליתא וכמ"ש:

סעיף סא

צריך לישבע היסת במקום שדנין קנס והאידנא לא שייך דין זה. כ' בתשו' מיי' לספר נשים סי' ל"ה תשובת מהר"מ ואם כפר ישבע שלא נתן לו אע"ג דלא מחייב אלא מכח תקנה נראה דלא פלוג בשבועת היסת עכ"ל וע"ש:

סעיף סב

מי שנתחייב שבועה בב"ד כו' עד הוחזק כפרן כו'. כ' ב"י מח"ב שדקדק הטור לכתוב מי שנתחייב שבועת ב"ד לומר דדוקא כשנתחייב שבועת ב"ד הוא דכי אמר נשבעתי והכחישוהו עדים וחזר ואמר נשבעתי אינו נאמן אבל אם לא נתחייב שבועת ב"ד אלא שחייב עצמו שבועה כלו' שאמר אשבע לך ותבעו בעדים ולא אבה ואח"כ אמר נשבעתי נאמן ואע"ג דקמי עדים דחייה עביד אינש דמקרי ואמר מה שלא חייבוני ב"ד אלא אני בעצמי ואין זו סרבנות וחרטה אלא דחייה בעלמא והכי אמרי' בהדיא בש"ס עכ"ל ובאמת ליתא בש"ס רק דדוקא בב"ד אבל ה"ט ליתא בש"ס רק שרש"י פי' כן והיינו לפי שטתו גבי פרעתי דס"ל דכשלא אבה תו לא פרע אבל כבר חלקו עליו הרא"ש וטור לעיל ס"ס ע"ט וכ"כ הר"ב שם סי"ג וכן משמע להדיא מדברי הטור כאן וכ"כ המחבר גופיה לקמן דהיינו דוקא בלא זזה ולדבריהם צריך לפרש הא דקאמר בש"ס אבל חייב עצמו שבועה עביד אינש דמקרי ואמר היינו דכשחייב עצמו שבועה ואמר נשבעתי והעדים מעידים שלא זזה ידם מידו ולא נשבע לא הוחזק כפרן משום דעביד אינש דמקרי ואמר דבר שאינו אמת בכה"ג שחייב עצמו בשבועה. ומשמע דאפי' חייב עצמו שבועה באופן שא"י לחזור בו כגון בקנין או בפני ב"ד וכה"ג כיון שחייב את עצמו ולא חייבוהו ב"ד לא הוחזק כפרן. כתב ר"י נ"ג ח"ד בשם הרמ"ה שאף שהי' חייב שבועה בב"ד וקדם ואמר אני אשבע קודם שאמרו לו ב"ד השבע דמקרי ואמר נשבעתי ולא הוחזק כפרן ומביאו ב"י סוף סמ"ב:

סעיף סג

ואמר נשבעתי כו' נאמן. דין זה צריך ביאור דדל שבועה מהכא הרי תובעו ממון מיהו בנתחייב כבר שבועה דאורייתא אתי שפיר כגון שמתחלה הי' מודה מקצת או הי' עד א' מכחישו ועכשיו אין כאן עד ורוצה לישבע היסת וזה אומר השבע לי ש"ד שנתחייבת בדין וזה אומר נשבעתי נפטר מש"ד וחייב שבועת היסת וגם בשבועה דרבנן י"ל שאינו טוענו ברי שאתה חייב לי ממון כגון בשבועת השותפים או שטוענו בספק ע"פ העד בעבדי' ושטרות וקרקעות וכה"ג. או מיירי כשרוצה לישבע שאינו חייב לו וע' בהגהת מיי' ובמרדכי בשם רשב"ם:

סעיף סד

מהנשבעין ונפטרין כו' נאמן. פי' אפי' אשבועה אחרת א"י לגלגל כמ"ש הטור בר"ס צ"ד שאין מגלגלין אלא במקום שאם הודה הי' חייב ממון גם בסי' צ"ג ס"ט כ"כ עכ"ל סמ"ע. והיינו בשבועת השותפים וכה"ג שהיא באה מכח ספק אבל אם נתחייב שבוע'

כבר מכח טענת ברי פשיטא דיכול לגלגל היסת עליו כיון דלפי דבריו חייב לו ממון וגם אם רוצה לגלגל עליו שלא הרויח מעולם באותו זמן שהי' שותפו או שלא גזלו מעולם יכול לגלגל עליו רק שאינו יכול לגלגל עליו לשון זה שנשבע ויש נפקא מינה בין לשונות אלו וכמ"ש לקמן סי' צ"ג סעיף ט' וי' וע"ש:

סעיף סה

נאמן. עיין בטור שחלק (בשם רב האי) וכתב דדוק' בשבוע' דרבנן שאומר נשבעתי נפטר משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן אבל בשבועה דאורייתא אי אמר נשבעתי צריך לישבע היסת אבל המרדכי ור' ירוחם פסקו דנאמן וא"צ אלא לקבל חרם וכדמסיק מור"ם וד"מ הביאו ע"ש עכ"ל סמ"ע ס"ק פ"ג. ונראה לפי עניות דעתי שטעה בר' ירוחם דר' ירוחם כתב בנתיב ג' סוף חלק ג' וז"ל ויש מי שכתב שמה שאמרנו למעלה שנאמן לומר נשבעתי ר"ל בלא שבועה ומחרים סתם עכ"ל אבל באמת רבי' ירוחם קאי שם אשבועה היסת שהזכיר מקודם דאל"כ הוה ליה להביא היש מי שכתב לעיל מיד אחרי דברי רב האי לומר דפליג על רב האי אלא ה"ק הא דנאמן לומר נשבעתי בהיסת היינו בלא שבועה ומכל מקום מחרים סתם וכן משמע בב"י וד"מ שם שכן דעת ר"י וגם במרדכי לא פסק כן רק מביא דעות חלוקות ומסיק לבסוף דצריך לישבע שנשבע כבר הלכך נקטינן כדברי הטור וכן דעת הרא"ש והר"ן והנ"י ריש מציעא וכן דעת הרמב"ן והרשב"א והרב המגיד ס"פ ז' מה' טוען:

סעיף סו

אבל צריך לקבל חרם סתם שנשבע. משמע מפשט דברי הר"ב דגם בש"ד שאמר נשבעתי א"צ רק לקבל חרם סתם אבל כבר כתבתי דאין זה עיקר:

סעיף סז

לפני השמש. נראה אם אמר שנשבע לפני השמש או העדים ומת השמש או העדים או הלכו למדינת הים שנאמן דלא גרע מא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' לעיל סי' ע' סעיף ה' ואפי' לפי מה שהעליתי שם בס"ק י"ד דאינו נאמן היינו דוקא התם כיון שהתנה עמו כן צריך לברר שקיים תנאו משא"כ הכא שאין תנאי אלא שנוהגים לישבע לפני השמש וא"כ הוא אומר שנשבע כן לפניו וכיון שמת השמש או הלך למ"ה נאמן מיהו באמר נשבעתי לפני עדים ומתו או הלכו למ"ה אינו נאמן לפי מה שהעליתי לעיל סי' ע' ס"ק י"ד ודו"ק:

סעיף סח

עד שיביא ראיה לדבריו. מיהו נראה דאם טען מחלת לי השבועה נאמן וע"ל סי' פ"ב סי"א עכ"ל סמ"ע וצ"ע דלא דמי לדלעיל סי' פ"ב סעיף י"א דודאי הלוה יוכל להשביע את המלוה בכך אבל שיהא הלוה נאמן בלא שבועה זה לא מסתבר וגם לקתה מדת הדין דאם כן כל אדם יטעון מחלת לי השבועה ולא תמצא שום שבועה אלא ודאי אינו נאמן לומר מחלת לי השבועה אלא במגו דנשבעתי וכן הוכחתי לעיל סי' ע"ה סעיף ז' ס"ק כ' דאין הלוה נאמן לומר מחלת לי אלא היכא דאית ליה מגו וע"ש וא"כ ה"ה הכא דמסתמא אין אדם מוחל ואם כן כיון שלא יוכל לטעון נשבעתי כיון שמשביעים בפני השמש גם מחלת לי אינו נאמן מיהו אפשר דבשבועת היסת אם טוען מחלת לי נאמן מטעם דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וגם בזה צ"ע ויותר נראה דהסמ"ע לא בא אלא לומר אלא דא"צ ראייה לדבריו אבל מכל מקום צריך לישבע שמחל לו השבועה וגם בזה צ"ע דאפשר דאפי' אם ישבע שמחל לו לא מהני כיון דאינו נאמן לטעון מחלת לי אלא היכא דאית לי' מגו וכמש"ל סי' ע"ה א"כ ה"ה הכא דלית ליה מגו וכי היכי דאי הוה אמר נשבעתי לא היה נאמן אף בשבועה ה"ה מחלת לי וליכא למימר דיהא נאמן במגו שהי' טוען נשבעתי בפני השמש דאי היה טוען נשבעתי בפני השמש נראה דלא הי' נאמן כלל אף בשבועה דה"ל כאלו קבלו את השמש בזה שיהא נאמן כבי תרי כיון שנוהגין לישבע דוקא בפניו ואף את"ל דהיה נאמן בשבועה דאורייתא להכחיש את השמש מ"מ השתא דטוען מחלת לילא אמרי' מגו בכה"ג וכמ"ש לעיל סי' ע"ה סי"ג ס"ק ל"ט בשם התוס' והפוסקים דכל היכא שהי' מוכרח להכחיש העד ולישבע נגדו לא הוי מגו ע"ש ודו"ק וצ"ע:

סעיף סט

אא"כ התרה בו כו'. נ"י ספ"ק דב"מ וכ"כ הרמב"ם והטור והמחבר לק' סי' ע"ט סוף סעיף י"ג וע"ש:

סעיף ע

הוחזק כפרן. בין אמרו לו הב"ד צא השבע לו בין אמרו חייב אתה לישבע לו כ"כ ר' ירוחם נ"ג סוף ח"ג בשם רמ"ה ור"ל אע"פ דלענין פרעתי יש חילוק בזה כדלעיל סימן עט סי"ג לענין שבועה אין חילוק:

סעיף עא

ואם הודה שלא על דרך תשובה נשבע על השאר שאינו נפסל כו' כ"כ הטור ור"ל נשבע עכשיו על השאר וכ"כ הע"ש והסמ"ע והב"ח והשיגו [על] הב"י ע"ש:

סעיף עב
אינו נפסל. ואם רצה התובע נשבע ונוטל בעל כרחו כדלקמן סי' צ"ב סעיף ה' עיין שם:

סעיף עג
ונעשה עוד חשוד כו'. כ' בסמ"ע דע"י ב' עדים נעשה חשוד מיד משא"כ כשאין כאן אלא עד א' ובע"ד כו' וכ"כ בס' אגודת אזוב דף פ"ב ע"ד ועיין מ"ש לעיל סי' ל"ד סעיף כ"ז ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' קצ"ה:

סעיף עד
פרעתי כו'. **ונשבע כו'**. כתב בסמ"ע והיינו כשלא טען מתחלה שיבטל שטרותיו כו'. וכן עיקר ודלא כמ"ש בס' שארית יוסף ע"ש ועמש"ל סי' ע"ה סי' כ"ד ס"ק ע"ט:

סעיף עה
עידי הקנין. כתב בסמ"ע אף דכתב מור"ם בר"ס ע' דיש חולקין הא נקט המחבר או שטר ור"ל לכל מר כדאית ליה עכ"ל וכבר כתבתי לעיל ר"ס ע' ס"ק ד' דהעיקר דקנין כשטר ולכן סתם הרב בכאן כדברי המחבר וכן לקמן ס"ס פ"ח וכן בכמה מקומות:

סעיף עו
או שהוציא השטר כו'. כתב ב"י בסי' ל"ד סוף מחו' ה' ובסי' פ"ב מחו' ז' בשם הר' יודא בן הרא"ש בתשו' אם היתה השבועה כתובה בשטר עצמו ולא הי' כתוב בו שלא יוכל לטעון שפרע והוא אומר שקיים שבועתו ופרע אע"פ שלא היינו יכולים לפסלו מחמת השבועה דשמא פרע מ"מ צריך לפרוע השטר ע"כ:

סעיף עז
ולא טען הנתבע להד"ם. ואע"פ שאמר איני חייב לך יכול לתרץ דבריו ולומר דהיינו שפרעתיך כדלעיל סי' ע"ט ס"י:

סעיף עח
ואומר שלא נשבע כו'. ואפי' מודי' היורשים שלא נשבע דינא הכי ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ס ס"ט:

סעיף עט
אין להשביע היכא דאיכא למיחש כו'. כתב הסמ"ע ל' זה משמע דמ"ה לא ישבע שמא יתברר הדבר היפך שבועתו ונמצא שתהא שבועת שקר וכ"כ בע"ש וכתב והיכא שאין התובע רוצה להמתין יבטל כל העדים שיש לו על זה הענין ולא יביאם אח"כ לפסלו ע"כ אבל משום שבועת חנם אין למנוע מלהשביעו דהיום או מחר יוודע דשמא לא יוודע ויפסיד זה תביעתו עכ"ל ובאמת כתב כן בע"ש אבל בתוס' פ' המפקיד סוף (בבא מציעא

דף ל"ד) שמשם מקור דין זה איתא להפך שהקשו שם על פירש"י שפי' בהך דינא דלעיל סימן ע"ב סט"ו דאינו נשבע הלוה שמא יוציא המלוה המשכון ויפסלנו לעדות ולשבועה וז"ל וקשה לרבינו תם דכל שכן שישבע הלוה שהוא ידקדק יותר לישבע באמת כדי שלא יפסלנו המלו' וכי עבדינן תקנתא לרמאי כו' ונרא' לר"ת כפי' ר"ח דנרא' כמו שבוע' לבטל' וגנאי הוא לישבע היכא שהדבר מתברר אח"כ עכ"ל וכ"כ בעה"ת שער כ"ד כפי' ר"ח ושלא כפי' רש"י ועוד נ"ל דגם רש"י מודה דהיכ' דחושש משום עדים שיפסלנו אח"כ לא עבדינן תקנת' לרמאי ולא קאמר רש"י התם אלא מטעמ' דשמא נתקלקל המשכון אח"כ וכמ"ש התוס' שם בכי תימא כו' ע"ש אבל אם הנתבע אומר האיך אשבע לך והלא תביא עדים ותפסלני פשיט' דאין שומעין לו שהרי אומרים לו אם אתה יודע שהאמת אתך ותשבע על זה היאך אפשר שיעידו עדים נגדך אלא ודאי אתה משקר ולא משכחת להאי דינא שכ' המחבר דאין להשביע היכא דאיכ' למיחש שיתברר הדבר אלא בגווני דאפי' יבואו עדים לא יפסל רק שיהא חייב לשלם כגון דיוציא אח"כ השטר וכדלעיל ס"ס ע"ה או כגון שטוען איני יודע אם הלויתני או כגון שטוען פרעתיך ויש לו עדים שהתנה עמו שאל יפרענו אלא בעדים וא"כ לא נפסל בכל זה דנהי דחייב לשלם לו מכח השטר או מכח התנאי מ"מ יכול להיות ששבועתו אמת שפרעו וכן כל כה"ג נמצא מ"ש הע"ש והסמ"ע כאן גבי עדים הטעם משום שתהא שבועתו שקר אינו נכון אבל אין להקשות על דבריהם דהא אמרינן לעיל ס"ס ע"ה דאם אמר תבטל כל עדים קודם שתשביעני אין שומעין לו דכבר כתבתי שם דהיינו דוקא כשאינו פורט העדים אם כן כאן מיירי כשפורט העדים ודוק:

סעיף פ

התוקע כפו לחבירו כו'. לפי שהמחבר והר"ב ושאר אחרונים שנמשכו אחריהם לפי עניות דעתי לא כוונו יפה בכאן לכן מוכרח אני להאריך קצת. הנה לכאור' משמע שדברי המחבר לקוחים ממ"ש הב"י וד"מ ס"ס זה מחו' כ"ט בשם הגהת מיי' פי"א מה' שבועות שפסק מהר"מ על א' שתקע כפו לחבירו לפרעו מה שחייב לו ואח"כ אמר שפרעו צריך לישבע לו אבל אם נדר ליתן לו מתנה לחבירו ותקע לו כפו על זה ואמר שלא תקע לו כפו פטור בלא שבועה עכ"ל וכן נראה מדברי הר"ב וכן נרשם בסמ"ע על דברי המחבר הגהת מיימוני פי"א מהלכות שבועות אבל קשה לפי דבריהם מאי טעמא של מהר"ם דבפרעו צריך לישבע ובאמת נראה לכאורה שהבינו דהטעם הוא דאינו דומה שבועה דלהבא לשבוע' דלשעבר וכמ"ש הע"ש והסמ"ע ס"ק צ"ו וכ"כ הב"ח סעיף מ"ב להדיא וז"ל כתב בהגהת מיי' פ' י"א מהל' שבועות התוקע כפו לחברו לפרוע לו וכפר משביעין

אותו משום דת"כ לא הוה אלא להבא לפרוע לו ואינה חמור' כמו שבועה שנשבע עכשיו דבשע' שנשבע מוציא שקר מפיו אבל תבעו שנתן לו ת"כ לתת לו מתנה וכפר פטור כו' עכ"ל אבל באמת הא ליתא וכמו שיתבאר דמהר"מ ס"ל דאין חילוק בין שבועה דלהבא לשעבר ועוד דא"כ תיקש' על המחבר והר"ב דהא הביאו לעיל סעיף ט"ז די"א דאין חילוק בין שבועה דלהבא לשעבר ונרא' דס"ל להמחבר והר"ב שטעם מהר"מ הוא דת"כ לא חמיר כשבוע' ולכך כתבו בפשיטות התוקע כפו לחברו לא נפטר משבוע' והיינו מה שהביא הב"י לעיל סעיף כ"ד שכתבו הגהת מיי' פי"ו מה' אישות והמרדכי ריש פ' שבועת הדיינים בשם מהר"מ על ראובן ושמעון שעשו עיסקא ואמר ראובן לשמעון תן לי ת"כ שתחלוק עמי כל מה שתרויח לימים באו לחלוק הריוח ואמר ראובן השבע לי שלא הרווחת יותר ושמעון משיב כבר נתתי ת"כ שהוא כמו שבועה ולא אשבע עוד הדין עם ראובן עכ"ל וכ' שם בב"י שמדברי תשובות הרשב"א מבואר דבהך דהמרדכי אפי' נשבע מתחלה כדין שבועה חוזר ומשביעו לסוף מטעם דאינו דומה שבועה דלהבא לשעבר אלמא דלהמרדכי הטעם משום דת"כ לא חמיר כשבועה ונמצא דברי המחבר כאן לקוחי' מהגהת מיי' פי"ו מה' אישות ומרדכי ר"פ שבועת הדיינים בשם מהר"מ ודלא כמו שנרשם בסמ"ע הגהת מיי' פי"א מה' שבועות:

אבל קשה הא כופין לקיים ת"כ כמו שכופין על השבוע' ואין אסמכת' בת"כ כמו בשבוע' ובכל דוכתי חשיב ת"כ כמו שבועה ולמה לא יהא בכאן ת"כ כמו שבועה אבל המעיין בהגהת מיי' שם פי"ו מה' אישות יראה דלא כתב אלא דת"כ לא הוי כמו שבועה דנקיטת חפץ וכן במרדכי ר"פ שבועת הדיינים שם כחב וז"ל נשאל לרבינו מאיר ראובן ושמעון שעשו עיסקא זה עם זה ואמר ראובן לשמעון תן לי ת"כ שתחלוק עמי כל מה שתרויח לימים באו לחלוק הריוח ואמר ראובן השבע לי שלא הרווחת יותר ושמעון משיב כבר נתתי לך ת"כ והשיב נ"ל דצריך לישבע עוד שבועת השותפין דאע"ג דת"כ הרי זו שבועה מ"מ בעינן שבועה בנקיטת חפץ כדאי' פ' שבועת הדיינים האי דיינא דאשבע באלקי ישראל ולא התפיסו חפץ נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר והא לא נקיט חפצא בידיה כו' ואין לו' כיון דשבועת השותפים משום דמורי היתרא וכאן תקע כפו לא מורה היתר הא ליתא דאין לך אלא מה שהאמינו חז"ל ולא האמינוהו אלא בשבוע' בנק"ח ושלום מאיר ב"ר ברוך עכ"ל הרי מוכח להדיא דס"ל למהר"מ דדוקא משום דבעי נקיטת חפץ לכך לא נפטר בת"כ דהא לא נקיט חפצא בידיה ומוכח ג"כ להדי' מדברי מהר"מ דאין חילוק בין שבועה דלהבא לשעבר. וא"כ נראה ברור דגם מ"ש הב"י וד"מ ס"ס זה בשם הגהת מיימו' פי"א מה' שבועות שפסק מהר"מ דהתוקע כפו לפרוע לחברו לא נפטר

משבועה הוא ג"כ מהאי טעמא דמהר"מ לטעמי' אזיל דס"ל כדעת ר"י וסייעתו דבשבועת היסת צריכה נקיטת חפץ וכמו שהבאתי בשם מהר"מ לעיל סעיף י"ג ע"ש הלכך כיון שחייב לו לישבע עכשיו בנק"ח שפרעו לא נפטר בת"כ שנתן שאין שם נק"ח וכן מוכח להדיא בהגהת מיי' גופיה שם בפי"א מה' שבועות שכ' שם וז"ל האי דיינא דאשבע בלא נקיטת חפץ נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר מכאן פסק מורי רבינו מאיר ז"ל על אחד שתקע כפו לחברו לפורעו מה שהי' חייב לו ואח"כ אמר שפרעו דצריך לישבע אף ע"פ שהלה מודה שתקע כפו מ"מ ה"ל כמו האי דיינא דאשבע כו' אחר שבלא תקיעת כפו הי' מחויב אבל אם נדר אדם ליתן מתנה לחבירו ותקע לו כפו על זה וכופר לו פטור בלא שבועה אחרי שלפי דבריו לא נתחייב לו כלום כ"א בת"כ עכ"ל הרי להדיא דדוקא משום דבעי נקיטת חפץ לא נפטר בת"כ ואין חילוק בין שבועה דלהבא לשעבר ואין ספק דהב"ח לא עיין בהגהות מיימו' עצמו רק בב"י ואי עיין לא עיין שפיר וכן הוא ג"כ להדיא בתשובת מהר"מ גופיה דפוס פראג סי' תתקצ"ו וז"ל ואע"פ שאני אומר ראובן שהי' חייב מעות לשמעון ותקע לו כף לרווחא דמלתא לפורעו עד זמן פלוני ואחר זמן תובע אותו וזה אומר קיימתי דצריך ראובן לישבע שאני התם דאפי' בלא ת"כ הי' חייב לפורעו ואי אמר פרעתי הי' צריך לישבע בנקיטת חפץ כדמשמע בר"פ שבועת הדיינים דבין בש"ד ובין בשבועה דרבנן צריך נק"ח דאין חילוק בין ש"ד לשבועה דרבנן אלא למילי דמפרש פ' בין שבועת הדיינים הילכך בתקיעות כף שתקע לא נפטר משבועה לפי שצריכה להיות בנקיטת חפץ אבל בדין זה דאלו לא תקע לו ראובן ללוי לא הוה ליה גביה ולא מידי השתא נמי לא משביעינן ליה כו' ושלום מאיר ב"ר ברוך זלה"ה עכ"ל הרי דלהדיא דאלו לא הוי צריך בהיסת נק"ח הי' נפטר בת"כ שנתן כבר וא"כ לדידן דקי"ל דאין צריך נקיטת חפץ נפטר ודלא כנראה מהמחבר והרב ושאר אחרונים דהתוקע כפו לא נפטר משבועה ומשמע דאף משבועת היסת לא נפטר והא ליתא אלא דוקא משבועת נק"ח לא נפטר אבל מהיסת נפטר. ואע"ג דלטעם הרשב"א דאינו דומה שבועה דלהבא לשעבר גם מהיסת לא נפטר מ"מ הא מהר"מ והרא"ש פליגי עליה בהא והביאו המחבר והרב עצמם סברתם לעיל סעיף ט"ז ובפרט דקי"ל בשבועות קולא לנתבע וכמ"ש לעיל סעיף ג' וא"כ אין לחייב את זה שבועת היסת כיון שכבר נתן ת"כ) עיין בס' אגודת אזוב דפ"ג ע"א:

סעיף פא

מתנה והוא כופר פטור מן השבועה כתב בסמ"ע הישנים בסוף הספר בלוח הטעיות וז"ל וצ"ל דמיירי שפטור משבועת היסת דמזה מיירי שם במקור דין זה וזיל בתר טעמו

דלא עדיף הת"כ משבועת היסת דקי"ל דאף דנשבע היסת חייב לישבע ש"ד כמ"ש לעיל בסי"ד וכן מוכח בסי"ו וקצת מן הטעמים הוא דהא לא נשבע כדינו ועוד דאף בנשבע שבועה קלה שמא לא ישבע שבועה חמור' ודוק עכ"ל ואין דבריו נכוני' דאף דיתחייב עתה ש"ד מ"מ פשיטא דאין לחייב ש"ד אם לא במקום שהי' חייב ממון משא"כ הכא שתובעו שנתן לו ת"כ ליתן ממון ובלא שבועתו אינו חייב לו והשבועה אינה כמו שעבוד או קנין להתחייב רק שיתחייב מצד שבועה ואין שייך להשביעו על זה מה לי שבועת היסת או ש"ד (ואל יטעוך ל' האגודה פ"ק דמציעא שכ' בשם מהר"מ לא נתקנה שבועת היסת על זה דאף שבועת היסת קאמר דלא נתקנה ע"ז) וכן הוא להדיא בתשובת מהר"מ ד"פ סי' תתקצ"ו ז"ל ונ"ל אע"פ שיש עד אחד שמעיד כדברי לוי היתה הת"כ אחרי שראובן מכחיש העד ואומר כו"כ תקעתי כפי נאמן וא"צ לישבע להכחיש העד שהרי הת"כ היא השבועה ואין שבועה אחר שבועה ואע"פ שיש בידי תשו' רבי יוסף ב"ר מנחם שהעיד על רבי יוסף ב"ר יצחק שהי' מוציא ממון ע"י ת"כ ה"מ כשיש עדים או שמודה שתקע כף ואינו חפץ לקיים אבל אם טוען קיימתי ושכנגדו טוען לא קיימתי נאמן בלא שבועה אחרת ואפי' אם יש לו לכשנגדו עד א' כדפי' ואע"פ שאני אומר ראובן שהי' חייב מעות לשמעון כו' אבל בדין זה דאלו לא תקע לו ראובן ללוי לא ה"ל גבי' ולא מידי השתא נמי לא משבעינן ליה תו לומר השבע שקיימת תקיעת כפך ואע"פ דאמר מר כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד א' מחייבו שבוע' ואלו אמרו לו שנים תקעת כפך לקיים המכירה היינו כופין אותו לקיים א"כ עד א' נמי יתחייב אותו שבועה הא ליתא דכללא דכ"מ לא שייך אלא במילתא דממון שלא נשבע כבר אבל הכא שנשבע כבר אין שבועה על שבועה ותדע דאלו אמר לו עד אחד נשבעת בנק"ח לקיים המכירה והוא אומר לא נשבעתי מי משבעינן ליה תו אע"ג דשנים היו מחייבים אותו אלו הי' שנים אומרים כן ותשובת הגאון היא מועתקת לכם ומוכחה בדברים דדוקא בעדים ושלו' מאיר בר ברוך זללה"ה עכ"ל ואין ספק דאשתמיטתי' להסמ"ע תשובת מהר"מ זו. וע"ל סי' פ"א סכ"ח בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף פב

על תביעת טובת הנאה דטובת הנאה אינה ממון אפי' הוה ממון לא נתקנה שבועת היסת ע"ז מהר"ם במרדכי שם וע"ל סי' ש"ן והארכתי בזה אי טובת הנאה ממון:

סעיף פג

ונשבע לאחד מהם כו'. כתב עוד שם דשותפים שחייבים שבוע' ישבע א' וחבירו יענה אמן וכ' הסמ"ע ס"ק ק' דהיינו דוקא בארור או בנדר אבל אם נשבע בשם שאינו ח"ל ודאי ל"מ עניית אמן ע"כ מיהו נראה דכשיאמר אף אני כמוהו מהני:

סימן פח

סעיף א

הפרוטה משקל חצי שעורה כו'. עיין ב"ח שמצא כ' בשם מהר"מ מריזבורק דה' סלעים לפדיון הבן הוא ה' לוט כסף ורביע לוט וכו' ויש להחמיר כפי שיעור זה עכ"ל וחשבון זה קרוב לפמ"ש בספר מעד"מ בבכורות ד' רס"ח ע"א ששקל אותו ונמצא כל סלע משקל א' לוט והוא יותר ממה שיש בשלשה רייכשטאליר ומ"מ יש די בג' ר"ט מפני הנחשת שבהם ושיור דטיבעא וכן שקלתי אני בהיותי במדינת מערריי"ן שפ"ד שעורות בינונית כי הסלע הוא ד' דינר ודינר הוא ו' מעין ומעה הוא י"ו שעורות שהם ל"ב פרוטות ועלו שפ"ד שעורות קרוב למשקל א' לוט מעררי"ש ווינר"ש שבאותו לוט יש משקל ה' אדומי הגריים רק שהי' חסר לערך חלק עשירית מלוט ע"פ אשר שקלתי בעיון רב. ועמ"ש בש"ך בי"ד סי' ש"ה ס"ק א':

סעיף ב

עשרה מחטין כו'. כן כ' רב האי והרמב"ם אבל הרא"ש וטור חולקין וס"ל דבעינן שיהא בכל א' לפחות ש"פ דבפחות מזה לא חשיב ממון וכן דעת הרמב"ן וכן כתבו התו' בשבועות ובקדושין דף י"א ע"ב בשם ר"י:

סעיף ג

אם הודה בפרוט' חייב. ולהרא"ש וסייעתו צ"ל הכלי שהודה או שכפר עכ"פ שוה פרוטה וכן הוא בטור:

סעיף ד

אלא בפרוטה חייב. כ' הסמ"ע ס"ק ז' נראה דלדעת הרמב"ם והמחבר הנ"ל דכתבו דבתבעו כלים בג' מחטין סגי ס"ל דבכופר הכל בתבעו במחט א' סגי וכן בשבועת שומרים בסעיף שאחר זה והא דכ' פרוטה משום דלא איירי בכלים עכ"ל והב"ח השיג ע"ז דהכא לכ"ע צריך ש"פ אף בכלי בין שבועה דעד אחד בין בשבועת שומרים. ואין דבריו נכונים בשבועה דעד א' דהא כיון דחייב שבועה במ"מ בכפר כלי שאינו ש"פ אלמא דחייב אלו הודה או באו עדים שחייב לו כלי שאינו ש"פ וכ"כ הר"ן להדיא דבכלים

נזקקין לפחות מש"פ א"כ חייב ש"ד בע"א מכחישו דהא טעמא הוא דחייב משום דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה וכדאית' בש"ס ופוסקים. וגם בשבועת שומרים נראה כהסמ"ע דכיון דכלים כל שהו חשובין הן א"כ גם לענין ש"ש דינא הכי מיהו להרא"ש וסייעתו בעינן שיהא הכלי ש"פ ובש"פ סגי אף בשבועת שומרין ולא קאמר דבעי כפירת שתי כסף אלא בממון וכן משמע בהרא"ש והר"ן במ"ש שם דכסף או כלים מדרש נמי לענין ש"ש ע"ש ודוק:

סעיף ה

שבועת היסת כו'. כן כ' הטור בשם רב האי והסכים עמו ודברי רב האי הם בספר משפטי שבועות דף ו' ע"א סוף שער ח' וריש שער ב' דף ו' ע"ב:

סעיף ו

היסת כו'. ודעת ה"ר ישעיה והר"ן והמפרשים דצריך שתי כסף ומיה דעת ה' המגיד ספ"ג מה' מלוה נראה בפשיטות כדעת רב האי והטור ומשמע שם מדבריו בפשיטות שגם דעת הרמב"ם כן והבאתי דבריו לעיל סי' נ"ד ס"ק ד' ע"ש:

ולענין הנשבעין ונוטלין עיין מ"ש לקמן סי' פ"ט ס"א:

סעיף ז

בלתך קטניות כו'. ויין וחומץ יין מין אחד הם לענין הודאה כן הוא בפי' רשב"ם פ' המוכר את הספינה (בבא בתרא דף פ"ה) ריש ע"ב:

סעיף ח

אבל אם תבעו מנה מדבר מסוים והודה לו בשוה חצי מנה דבר מסוים אחר לא חשיב כו':

סעיף ט

ובכל מה שיודה לו כו'. עמ"ש לקמן סעיף י"ג:

סעיף י

אע"פ שיוצא בהוצאה כו'. עיין בתשו' מהר"מ אלשקר סי' ל"ב דף פ"ו.

סעיף יא

או דינר זהב כו'. ע' בתשו' מהרש"ך ספר ג' סי' ע"ה:

סעיף יב

או מכרתי לך סחורה בעד מעות ממטבע פלונית והוא אומר נתתיו לך חוץ ממטבע אחת:

סעיף יג

תבעו חטים כו'. פטור אף מדמי שעורים. היינו כשתבעו התובע ברי חטים אבל אי טענו שמא חייב לשלם לו שעורים לכ"ע ול"ש לומר כאן שהודה לו התובע או מחל לו או שהשטה בו הנתבע וכ"כ הנ"י ס"פ המניח ומביאו ב"י והוא מוכרח בש"ס גבי הא דקאמר התם אלא דאמר ניזק שמא ומזיק ברי ע"ש:

סעיף יד

ויש מי שאומר שהטעם כו' ל' הסמ"ע לאפוקי מדעת הרמ"ה שכת' הטע' משו' דהודאתו שהודה בשעורים לאו הודאה היא דנתחייב עלה כיון דלא אמר אתם עדי וגם לא הודה בפני ב"ד כו' ואין דבריו נכונים דהא במוד' בפני ב"ד עסקינן בש"ס ומ"ש הרמ"ה א"נ בפני ב"ד ותבעו והודה לו רצה לומר לאפוקי הכא דלא הוי תבעו והודה לו כיון שזה תבעו חטים וזה הודה לו בשעורים ולא תבעו בשעורים וק"ל ואולי ט"ס יש בסמ"ע ולקמן העליתי כדברי הרמ"ה בראיות ברורות:

סעיף טו

שהטעם כו'. ולפיכך אפי' יש עדים כו'. קשה לי על המחבר דלקמן סי' ת' ס"ג כ' בסתם כדברי הרמב"ם דביש עדים חייב ולא הביא שם חולק ואפשר ס"ל דדוקא התם חייב כשיש עדים משום דהעדים אינם יודעים איזה היזק א"כ אינם מכחישים אותו וה"ל כטוענו חטים ועדים מעידים שיש לו חטים או שעורים דמחוייב לשלם לו עכ"פ שעורים שהרי התובע אומר אני אומר שהעדים מעידים על חטים כדברי. ואם אתה אומר שמעידים על שעורים תן לי לכל הפחות שעורים אבל הכא כיון דהוי כאלו הודה שלא הלוה לו שעורים והודאתו חשובה יותר מק' עדים א"כ מה שמעידים העדים שהלוה לו שעורים בטל הוא כיון שמכחיש את העדים דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים אבל אין זה עיקר וכבר העליתי לקמן דבעדים חייב בכל ענין ועיקר הטעם משום שיכול לומר משטה הייתי:

סעיף טז

דחשיב כאלו הודה כו' ולפיכך אפי' יש עדים כו'. כ"כ הרא"ש ס"פ המניח דכולה סוגיא מיירי אפי' יש עדים והשיג על הרמ"ה שכתב הטעם דיכול לומר משטה הייתי בך (כדאיתא בתוספתא הודה מפי עצמו יכול לחזור בו כו' ואחריו נמשך הטור ומהרש"ל שם פרק המניח סי' ל"ד וכ"פ הבעה"ת שער ז' ח"ב אבל הביא שם שהראב"ד ז"ל כתב שלא אמרו פטור משעורים אלא כשאמר הנתבע אחר שהודה בשעורים אין לך אצלי לא חטים ולא שעורים ומשחק הייתי בך אבל אם עומד בשעורים חייב בשעורים עכ"ל

וכ"כ בתשו' הרמב"ן סי' קי"ז בשם הראב"ד וכן מסיק בסוף תשובת הרמב"ן שם דלא אמרי' הודאת ב"ד כק' עדים דמי אלא בתבעו חבירו ועיין שם והיינו כדעת הרמ"ה (וכן משמע בהלכות גדולות דף קי"ו ע"ג שכתב טענו לו חטים והודה לו בשעורים פטור דמה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו תני בתוספתא העדאת בע"ד כק' עדי' דמי אימתי בזמן שטענו והודה אבל הודה מפי עצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר עכ"ל ומדמייתי להתוספת' הכא משמע דטעמא בחטים והודה לו בשעורים הוא מטעמא דתוספתא שיכול לחזור בו וכמ"ש הרמ"ה) וכן מבואר מדברי הראב"ד בהשגות פ"ה מה' טוען שהבאתי לקמן סעיף י"ז ומדברי הרב המגיד שם וא"כ כשיש עדים על השעורים חייב וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"ט מה' נזקי ממון והראב"ד וה' המגיד שם דמפרשים הסוגיא בלא עדים ומשמע שם בהרב המגיד דבטענו לו חטים והודה לו בשעורים ויש עדי' על השעורים חייב בשעורים ע"ש ובס' גי' תרומה שער ז' ח"ב סוף דף נ"ו הביא דברי רמב"ם לדעת אחרת ואין דבריו נכונים כלל וכמ"ש לקמן סי' ת' ס"ד ע"ש אלא הדבר ברור דדעת הרמב"ם כמ"ש וכמו שהבינו הטור לקמן סי' ת' וכל האחרוני' והרב המגיד מדעתו וכ"כ המחבר גופיה לקמן סי' ת' סעיף ג' בסתם כדברי הרמב"ם דכשיש עדי' חייב ולא הביא שם שום חולק וכ"כ הנ"י ס"פ המניח כהרמ"ה ולא הביא שום חולק וכ"כ המרדכי שם בשם הירושלמי משום שהפליגו בדברי' ולא הודה לו כלום ואע"פ שלא מצאתי כן בירושלמי שלפני אינהו בקיאי טפי מינן וכן נ"ל עיקר וכמו שיתבאר: ומה שהקשו הרא"ש ובעה"ת ומהרש"ל שם על הרמ"ה וז"ל הרא"ש שם ולא נהירא לי דא"כ מאי פריך לרבה בר נתן ממתני' דהא הך טעמא דמשטה אני בך לא שייך במתני' דע"כ מיירי שראו עדים הנגיחה אלא שאינם יודעי' אם גדול הזיק או קטן דאל"כ הוי מודה בקנס ופטור וכיון שכן לא שייך משטה הלכך ליכא לפרושי אלא מטעם הודאה כו' עכ"ל וכ"כ הבעה"ת ומהרש"ל שם ואני אומר דל"ק מידי דכבר כתב הנ"י ס"פ המניח והרב המגיד פ"ט מה' נזקי ממון דסוגיא אזלא למ"ד פלגא נזקא ממונא וא"כ איירי בלא עדי' ואמת שראיתי במהרש"ל שם סי' ל"ה שכתב ופלא גדול שסתמא דש"ס אזיל דלא כהלכתא רק אליבא דמ"ד פלגא נזקא ממונא וכן כתב בספר לחם משנה פ"ט מה' נזקי ממון שהקשה דסתמא דש"ס אזיל דלא כהלכתא ועוד קשה דאמאי לא מקשה סתמא דש"ס בסוף פ"ק למ"ד פלגא נזקא קנסא מהני בבי דמתני' ע"כ. אבל לפע"ד מוכח דמיירי בכולא סוגיא בלא עדי' לענין ממונא ולא קנס. ול"ק מידי וכמו שיתבאר. דליכא למימר אפי' יש עדים פריך מטעם דהוי כאלו הודה דהא בהיו הנזקין שנים והמזיקין שנים נמי פריך הכי ומה שייכא התם הודאה דהא ליכא למימר מדלא

תבע לו הקטן הודה או מחל לו שהרי אדרבה הוא תובע הגדול וגם הקטן ורוצה יותר וכ"ש כשיש כאן עדי' ששני' הזיקו אלא שאין יודעי' איזה הזיק את הגדול והוא תובע שניה' היאך אפשר להעלות על הדעת שלא ישלם לו כלום כיון שהוא אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והרי יש לו עדים ששניה' נגחו הלא יאמר אני אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והעדי' הרי אינם מכחישים אותו ואומרי' ששנים נגחו ואם לא תודה לדברי א"כ בע"כ הרי עדים ראו ששניה' נגחו ושלם לי כדברי העדי'. ופליאה נשגבה לי על הרא"ש ובעה"ת שער ז' ח"ב והנמשכים אחריה' דמפרשים כולה סוגיא בעדי' איך אפשר להתקבל על לב לפוטרו לגמרי כשיש עדים ואנה השכל שיגזור כן. וגם ברישא בהיה המזיק אחד קשה כן כשיש עדי' אמאי יפטר לגמרי בשלמא בטוענו חטים והודה לו בשעורים יש לישב קצת דעת הרא"ש וסייעתו דכיון שהעדי' מכחישים אותו והוא מכחיש את העדים א"כ דברי העדי' בטלים בהודאתו שהוא יותר מק' עדים ודבריו בטלים מכח הכחשת העדי' וגם הכחשת הנתבע אבל בשור שהזיק כיון שהעדי' אין מכחישים אותו שהרי אומרים שהזיק אחד מהן ויכול להיות שהוא כדברי הניזק א"כ למה יפטר המזיק לגמרי וכל שכן בהיו המזיקין שנים דלא נהירא כלל לפטר לגמרי כשיש עדים ואפי' בלא עדים לא מסתבר לומר דהוי כמחל או הודה שהרי הוא תובע שניה' ומה לי אם תובעם מחמת שהזיקו הגדול או הקטן סוף סוף הוא תובע שניה' ומה מחילה או הודאה שייך כאן ואדרבה הוא תובע יותר: ועוד קשה לי דהא קאמר בש"ס אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי תיהוי תיובתא דרבה בר נתן וא"כ להרא"ש וסייעתו דצריך לומר דמיירי שיש שם עדים האיך בעי למימר כשזה תובעו וזה אינו מכחישו והתובע יש לו עדים שיפטר הנתבע לגמרי הרי העדי' אין מכחישין אותו ויכול להיות שאף לדברי העדי' הגדול הזיק וא"כ אמאי לא ישלם על כל פנים הפחות שבשניה. הגע עצמך הרי שתבע את חבירו הלויתיך חבית חטים וזה משיב אמת הלויתני חבית תבוא' אבל שכחתי אם היו חטים או שעורים והתובע מביא עדים שמעידים שבאותו שעה הלוה לו חבית תבואה ואינם יודעים ג"כ מה הי' אך ברור להם שעכ"פ הי' חטים או שעורים וכי יעלה על הדעת בזה שיפטר אף משעורים ואמת שר' ירוחם כ' בנ"ג ח"ב דאם טוען התובע ודאי חטים היו והלה אומר איני יודע אם חטים או שעורי' פטור ואפי' יש לו עדי' שיש לו בידו או חטים או שעורי' ואין יודעים איזו מהם מחטי' פטור מטעם המע"ה ומשעורי' כמו כן שהרי הודה התובע שאין לו בידו אלא חטים כדפירש הרא"ש עכ"ל ומביאו ב"י וכן צ"ל באמת לדעת הרא"ש ובעה"ת וסייעת' אבל הוא תמוה מאד ואינו עולה על הדעת כלל ואפי' בכופר ואומר להד"ם אינו עולה על הדעת שיפטר משעורים

כיון שהעדי' מעידים שעכ"פ חייב לו שעורי' וכן אפי' אין כאן עדים כלל והוא מודה שהי' חטים או שעורי' אינו עולה על הדעת שיפטר אף משעורים וכמ"ש לקמן סעי' י"ז וכ"ש כשטוען לחבירו הלויתיך חבית גדול חטים וחבית קטן שעורים ועדי' מעידים שהלוה לו באותו שעה שתי חביות תבוא' א' חטים וא' שעורים אך שאין יודעי' אם חבית גדול חטים וקטן שעורים או להיפך וכי יעלה על הדעת בזה שיפטר לגמרי הלא פשיטא שמחייב לשלם לו עכ"פ חבית קטן חטים וחבית גדול שעורים ומי שיתבונן בעין שכלו יראה שהדברי' ברורי' כן ועוד קשה לי לשטת הרא"ש וסייעתו הא דפריך בש"ס תנן הי' א' תם וא' מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא תם את הגדול ומועד את הקטן המוציא מע"ה הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ואמאי הא חטים ושעורי' נינהו. ומשמע דאמועד נמי פריך דיפטר אף לשלם מה שמודה שמועד הזיק את הקטן. ואע"פ שכתב הנ"י ס"פ המניח וז"ל ובבא דאמר מועד הזיק את הקטן אפי' בדליכא סהדי משלם דמועד משלם נזק שלם מן העליה וממונא הוא הלכך משלם ע"פ עצמו ולא דמי לטענו חטים והודה לו בשעורי' דכיון דניזק טוענו נזקי גדול ומזיק מודה לו בנזקי קטן מן העלי' ה"ל כטוענו דמי עבד גדול והלה מודה לו בדמי עבד קטן כדאיתא פ' השואל וכ"כ הרמ"ה עכ"ל ולדבריו צ"ל דלא פריך אמועד מ"מ פשטא דש"ס לא משמע הכי אלא דבמועד הזיק את הקטן נמי הוי כטוענו חטים והודה לו בשעורים וכ"כ הרמב"ם והמחבר לקמן סי' ת' סעיף ד' וכ"כ הטור גופיה בהדיא לקמן ס"ס ת' דפטור לגמרי וכ"נ להדיא מדברי מהרש"ל גופיה ס"פ המניח סי' ל"ו וא"כ לדידהו תקשי הך דהשואל (דף ק') בטוענו דמי עבד גדול והלה מודה לו בדמי עבד קטן אמאי חייב כי היכי דהכא במועד דמשלם מן העליה ממון גמור אמרי' דהוי כהודה או מחל לו מאחר שלא תבעו ממון של נזקי קטן ה"ה בדמי עבד קטן נימא הכי (ואפשר שהם מפרשים הך דפ' השואל כמ"ש רש"י או כמ"ש התוס' שם אבל כבר כתבתי לקמן סי' צ"ה סעיף ג' ס"ק ט"ו שנראה שגם רש"י והתוס' מודים לזה לדינא ע"ש ודו"ק). אלא ודאי כולה סוגיא מיירי בלא עדי' ואין הטעם משום הודאה או מחילה דלא שייכא כאן מחיל' או הודאה שהרי אדרב' הוא תובע יותר אלא עיקר הדברים הם כמ"ש הרמ"ה וסייעתו דטעמא דרבה בר נתן משום שהשטה בו שלא השיב על תביעתו ופריך הש"ס שפיר דהא ע"כ למ"ד פלגא נזקא ממונא מיירי מתני' אפי' בלא עדים דהא מתני' סתמא קתני אלא דלמ"ד פלגא נזקא קנסא צ"ל דמיירי בעדי' משום דאל"כ בלא"ה פטור משום דמודה בקנס פטור דבשלמא למ"ד פלגא נזקא קנסא לא צריך התנא לפרש דביש עדים מיירי דזה א"צ לפרש כאן דפשיטא דבכל דוכתא בקנס בעדים מיירי אבל למ"ד פלגא

נזקא ממונא פשיט' דמיירי התנא בלא עדים דאי בעדים ה"ל לפרושי וא"כ פריך שפיר למ"ד פלגא נזקא ממונא לימא תיהוי תיובת' דרבה בר נתן דודאי אף מ"ד פלגא נזקא ממון' מודה לרבה בר נתן והא לרבה בר נתן יכול לטעון משטה הייתי ואפי' כדקאמר מזיק לא לשקול: ומה שהקשה הלח"מ דאמאי לא מקשה סתמא דש"ס בספ"ק למ"ד פלגא נזקא קנסא מהני בבי דמתני' עכ"ל פשיט' דבלא"ה נמי לק"מ ולא דק הלח"מ בזה דאדרב' לדידיה פשיט' דל"ק מירי דאיהו בלא"ה מוקי מתני' ביש עדים וא"כ לרבה בר נתן נמי לא הוי תיובת' אלא דכולה שקלא וטריא דהכא היינו למ"ד פלגא נזקא ממון' ונ"מ לענין חטים ושעורים וכמ"ש בנ"י ס"פ המניח. ונמצא גם מה שהקשו מהרש"ל והלח"מ דפלא גדול דסוגי' אזלא דלא כהלכת' אליב' דמ"ד פלגא נזקא ממון' כו' לא קשה כלל. דהש"ס פריך דאיך יהי' המ"ד פלג' נזקא ממון' נגד המתני' אם לא שנאמר דפליג על רבה בר נתן וא"כ למ"ד פלג' נזקא ממון' נימא תיהוי תיובת' דרבה בר נתן (וא"כ אפי' מ"ד פלגא נזקא קנס' יהי' נגד רבה בר נתן דהא לא פליגי בהא ודו"ק) וכה"ג אשכחן טובי בש"ס דפריך אמ"ד ממתני' אף דלא קיי"ל כאותו מ"ד ואפי' לא נ"מ מידי מכ"ש הכא דאיכ' נ"מ לענין חטים ושעורים וז"ב. וגם שאר הקושיות שהקשה בספר לח"מ שם דאמאי לא משני הש"ס דמתני' איירי ביש עדים והניח בצ"ע לק"מ דפשיט' דמתני' מסתמא מיירי בכל גווני אפי' בלא עדים אלא דלענין קנס בעי עדים וכמ"ש וזה ברור ועוד דהא ברישא באומר לא כי אלא בסלע לקה ודאי מיירי בלא עדים דאי בעדים נחזי מאי קאמרי וא"כ מסתמ' סיפ' נמי מיירי דומיא דרישׁ' בלא עדים וגם זה ברור. ועוד אני אומר דלחנם דחקו הרב המגיד והנ"י לומר דסוגי' אזלי למ"ד פלג' נזקא ממון' אלא שפיר י"ל דאזלי נמי למ"ד פלגא נזק' קנסא ומיירי שפיר בלא עדים דהא פשיט' דמתניתין מיירי מסתמ' בלא עדים אלא משום קנס צריך עדים וא"כ משכחת לה כשתובעו גדול הזיק והעמדתיך בדין ונתחייבת ע"פ עדים וזה אומר קטן הזיק ועליו נתחייבתי בדין מיהו השתא ליכא עדים אלא דמ"מ חייב כיון שעמד בדין ואין זה דוחק כלל לפרש המתני' כשאומר העמדתיך בדין להקשות אמאי לא מפרש התנא הא דכבר כתבתי דלא מיירי מדין מודה בקנס ופשיט' דמיירי בענין שיתחייב קנס מסתמ' בכל גווני מיירי בין איכ' עדים או ליכא עדים ונתחייב בדין. ואפשר שזהו בכלל דברי הרב המגיד והנ"י שכתבו דסוגי' אזלי למ"ד פלגא נזקא ממון' וה"ה למ"ד פלגא קנס' ועמד בדין. והשתא ל"ק הא דפריך בש"ס מהמזיקין שנים ונזקין שנים דהכי פריך כיון דס"ס אינו מודה לו כפי מה שטען א"כ דחויי קמדחי ליה ויכול לטעון משטה הייתי בך והשתא ניחא הא דפריך התם מניזק אומר ברי ומזיק שמא דפשיט' דהיכי דהמזיק או הנתבע עומד בטענתו ואומר

יודע אני שחייב אני לך אבל איני יודע אם חטים או שעורים חייב בשעורים אף לרבה בר נתן וכמ"ש הרמב"ם והראב"ד והמחבר לקמן סעיף י"ז וכמ"ש שם אלא דפריך אמאי שקיל כדאמר מזיק הא יכול מזיק לחזור בו ולומר משטה הייתי בך כיון דלא הודה לו ממש וגם כיון דהודה במה שלא היה צריך להודות שהרי הי' לו לידע וכמ"ש לקמן סעיף י"ז לדעת הרמב"ם והמחבר וסיעתו אבל אי לא הוה טעמ' משום משטה היאך יעלה על הדעת כשהמזיק עצמו מודה שא' הזיק רק שאומר איני יודע אם גדול או קטן או יודע אני שחייב אני לך תבואה רק איני יודע אם חטים או שעורים שיפטר לגמרי ומי שיתן לב להבין יראה שא"א לומר כן אלא ודאי הדבר ברור כמו שכתבתי: והשתא נמי ניחא הא דפריך בש"ס ממועד הזיק את הגדול והוא אומר מועד הזיק את הקטן דאע"ג דבין לדברי הניזק ובין לדברי המזיק ממון גמור משלם מן העליה לא דמי לטוענו דמי עבד גדול ומודה לו בדמי עבד קטן דהכי פריך כיון דטעמ' דרבה בר נתן משום דדחויי קמדחי ליה ויכול לטעון משטה הייתי בך א"כ הכא במועד נמי כיון דמסתמ' לא הי' המזיק שם ואינו יודע מה היזק כלל (וכדמשמע להדיא מדברי הרמב"ם פרק ט' מהלכות נזקי ממון והטור והמחבר לקמן סי' ת' ע"ש והוא פשוט) והי' לו לטעון איני יודע כלל משום היזק א"כ נימא דמאי דקאמר מועד היזק את הקטן ודאי דחויי קמדחי ליה כי היכי דלרבה בר נתן כל מה דלא הי' מחויב לטעון כגון בשעורים שלא תבעו בשעורים כי מודה ליה בשעורים יכול לטעון משטה הייתי בך א"כ ה"נ כיון שלא תבעו אתה יודע מה הזיק. (וכמ"ש הרמב"ם וט"ו לקמן סי' ת') ולא הי' מחויב להודות כלל שהזיק את הקטן נימא דחויי קמדחי ליה ולא יטול אפי' כדקאמר מזיק. כן נ"ל ברור. ומקום הניחו לי מן השמים בפי' סוגי' זו בסברא זו האמיתית וברורה אשר בזה מתורץ גם כן מה שהקשו הגדולים לקמן סעיף י"ז וכן מה שהקשו הגדולים לקמן סעיף י"ט וכמ"ש שם ע"ש: מיהו ודאי בטענו הניזק גדול היזק והוא מוד' לו ואומר לו אמת גדול הזיק או שטען הניזק שמא והמזיק ברי בכה"ג פשיטא דחייב המזיק עכ"פ כמו שאומר כדמוכח בש"ס התם להדיא וליכא למימר הכא דחויי קמדחי ליה כיון שהיה יכול לטעון לא ידעתי כלל משום היזק דלא שייך לומר דחויי קמדחי ליה ומשטה בו אלא כשמכחיש את הניזק ואומר שלא כדבריו דאז אמרי' כיון שאו' שלא כדבריו ואינו נותן מקום לדבריו א"כ גם זה שמודה השטה בו אבל כשאינו מכחישו כלל ודאי הודאתו הודאה גמור' היא ושוב א"י לחזור ולומר משט' הייתי וק"ל: גם מ"ש מהרש"ל שם סי' ל"ד בסופו על הרמ"ה וז"ל ועוד דזה חשוב שפיר הודאה על התביע' מאחר שתבע לו בחטין שחשוב יותר ואי לאו טעמא

דפירש הוי שפיר הודא' במקצת ע"כ ליתא לדבריו עכ"ל לק"מ דכיון שהוד' לו מה שלא תבעו אין זה הודא' ואינו אלא כמפליגו בדברים וק"ל:

והשתא ניחא נמי הא דמשני ראוי ליטול ואין לו הא כיון דאין לו מאי ראוי ליטול ואמת שהתוס' כתבו פי' ראוי ליטול אם תפס ואין לו אם לא תפס אבל הוא דוחק דלא משמע הכי. ועוד מדפריך בתר הכי והתני' הרי זה משתלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן ומשני דתפס אלמא דאכתי לא אסיק אדעתי' דתפס ועוד דבתר ה"נ שקיל וטרי הכי מסיפ' ואם איתא הל"ל בתר הכי בקצור כשתפס אלא ודאי מעיקר' מהדר לאוקמי מתני' אף כשלא תפס דנרא' לו קצת דוחק לאוקמי כשתפס וכל כמה דמצי לשנויי בלא תפס עדיף טפי הלכך משני ראוי ליטול אי עומד בהודאתו ואין לו כשחוזר מהודאתו ואומר משטה הייתי בך ופריך והתניא ה"ז משתלם כו' ומשמע בע"כ של מזיק ומשני כשתפס כן נ"ל ברור:

ועוד נ"ל דאף רש"י והתוספות שכתבו הטעם משום דמחל ליה או הודה לו מודים דהיכא דיש עדים חייב כפי הפחות שבשניהם תדע דהא הבעה"ת סבירא ליה הטעם משום הודא' ואפ"ה כ' דאי תפס מהני תפיסתו אף ע"ג דתפס בעדים ואמאי יועיל תפיסתו נימא כיון דלא תבעו בעד השעורים הודה לו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא ודאי כיון שתפס יכול לומר הא דלא תבעתי השעורים לא מפני שהודיתי שאין בידי שעורים אלא למה לי לתבוע מה שאני מוחזק (בו) בידי רק תבעתי מה שאין בידי וכן כ' הטור בשם יש מחלקין וא"כ כ"ש כשיש לו עדים יכול לומר הא דלא תבעתי השעורים לא מפני שהודיתי אלא משום דשעורים ודאי יתחייב לי שהרי יש לי עדים ולמה לי לתבעו במה שיש לי עדים רק אני תובעו במה שאין לי עדים: וראי' לדברי ממ"ש הרמב"ם פ"ג מה' טוען דין י' וז"ל כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומ' אין לך בידי שעורים ונמצא זה דומה למי שאומ' לחברו בב"ד מנה לך בידי ואו' לו האחר אין לי בידך שאין ב"ד מחייבין אותו ליתן לו כלום ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו עכ"ל הרי דכ' נמי טעמא דהודה והרי הוא סובר דאם יש לו עדים חייב הפחות שבשניהם וכדמוכח להדי' מדבריו פ"ט מה' נזקי ממון וכמ"ש ה' המגיד שם אלא ודאי כמ"ש מיהו י"ל בזה דהא דס"ל להרמב"ם פ"ט מה' נזקי ממון דביש עדים חייב היינו משום דהעדים אינם יודעים איזה הזיק א"כ אינם מכחישים אותו וה"ל כטענו חטים ועדים מעידים שיש לו חטים או שעורים אבל אם עדים מעידים שהלוהו שעורים א"כ כיון דה"ל כחלו הודה שאין בידו שעורים הרי הכחיש העדים ובטל אותם וכמ"ש לעיל לדעת המחבר ומ"מ אין זה עיקר דפשט דברי הרמב"ם פ"ט מה'

נזקי ממון משמע דבעדים בכל ענין חייב לשלם כפי מה שאומרים העדים וכן משמע מדברי הרב המגיד שם מיהו י"ל דמ"ש הרמב"ם פ"ג מה' טוען שהרי אומר אין לך בידי שעורים כו' לאו עיקר טעמו דהודה אלא כיון שלא תבעו בשעורים הרי כאומר איני מבקש ממך שעורים וא"כ זה שהוד' לו בשעורים הודאתו לאו הודאה היתה ואין ב"ד יכולים לחייבו משום הודאתו כיון שהוד' בלא תביע' והיינו שכ' הרמב"ם ונמצא כו' שאין ב"ד מחייבים אותו ליתן לו כלום והיינו כשטת הרמ"ה תדע דע"כ הרמב"ם ס"ל דטעמ' דרבה בר נתן לא הוי משום הודא' דא"כ כי פריך אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי לימא תיהוי תיובת' דרבה בר נתן אלמ' דבהא נמי אמר רבה בר נתן ואם כן תיקשי על מה שכת' הרמב"ם פ"ח מה' טוען במשיב איני יודע אם חטים או שעורים דחייב לשלם שעורים והביאו המחבר לקמן סעיף י"ז וכל הנך ישובים שכתבתי לקמן סעיף י"ז לדעת הרמב"ם לא אזלי אלא לטעמא דמשטה אלא ודאי כמו שכתבתי מיהו בל"ה לק"מ מה שהקשה הס' גי"ת שם וכבר השגתי עליו לקמן סימן ת' סעיף ד' ע"ש. ואפשר גם דעת רש"י והתוס' כן דאף שכתבו טעמא דהודא' ומחילה כוונתם דמחל לו עתה ולא תבעו עתה על זה וא"כ הודאת הנתבע לאו הודאה הוא כיון שלא תבעו על זה וא"כ פריך שפיר ממתני' דכיון דהודאתו לאו הודא' היא הא יכול לחזור בו מהודאתו כשטת הרמ"ה ודו"ק. ועכ"פ נראה כמ"ש דאף לרש"י ותוס' חייב ביש עדים ונמצא דגם מ"ש מהרש"ל שם ס"ס ל"ו וז"ל דשעורים אינו משלם אפי' באו עדים על השעורים לפי שהודה שאינו חייב לו וכמ"ש כן דעת ר"י ור"ת ועיקר עכ"ל כל זה ליתא דנהי דר"ת ור"י כתבו הטעם דמודה מ"מ כשיש עדים לא שייך כלל לומר שהודה משום שלא תבע דפשיטא דשפיר יש לומר דלמה לו לתבוע מה שיש לו עדים לא רצה לתבוע רק על מה שאין לו עדים כן נ"ל ברור: והשתא נמי א"צ לדחוק כמו שכתב הרא"ש דרבה בר נתן מיירי שתבעו בחטים והודה לו בשעורים באותו יום ובאותה שעה דזה דוחק שהרי רבה בר נתן סתמא קאמר והודה לו בשעורי' פטור וכן הרי"ף והרמב"ם ושאר כל הפוסקי' כתבו בסתמא טענו חטים והודה לו בשעורי' פטור אף משעורי' אלא ודאי אפי' הודה לו בשעורי' בזמן אחר פטור משום דכיון דלא הודה לו מה שתבעו הודאתו לאו הודאה היא ודחויי קמדחי ליה ויכול לטעון משטה הייתי בך. ועוד הוכחתי לקמן מדמשני כשתפס דטעמא הוא משום השטאה וכהרמ"ה וסייעתו ע"ש:

סעיף יז

דהוי כאלו מחל לו וכו'. וכן הבין בעיר שושן וסמ"ע ס"ק כ"ג וכן הב"ח סעיף י"ד וסעיף ט"ו דטעם הרא"ש והטור משום דמחל לו דהודאה ממילא מחילה הוי ואין דבריהם

נכונים דהמעיין בהרא"ש ס"פ המניח יראה דאדרבה סתר טעם דמחילה וכתב טעם דהודאה וכן התוס' פ"ק דסנהדרין ד' ו' ע"א כתבו שאין הטעם משום מחילה אלא הודאה וכן כתב מהרש"ל פ' המניח סי' נ"ד וכן כ' בתשובות מהרשד"ם סי' כ"ח דהרא"ש דחה טעמא דמחיל וכן הוא בתשו' מהר"ן לב ספר ד' דף ס"ז ע"ב והוא פשוט ואדרבא משמע להדיא בהרא"ש שם דאלו הוי טעמא דמחיל ליה אפי' לא היו שתי ההלואות בבת אחת נמי ולא דמי לדלעיל סי' ע"ה סעיף י"א דמחל לו דהתם הא מפרש טעמא כיון שאמר בפי' אני חייב לך ה"ל להשים אל לבו ולדקדק מדלא דקדק והשיב לו אינך חייב לי אמרי' דמחל לו בלב שלם והלכך התם אפי' לצאת ידי שמים פטור דהוי כאלו נתן לו מתנה משא"כ הכא וא"כ הדבר פשוט דלהרא"ש והטור אם יודע הנתבע שחייב לו שעורים חייב לשלם לו שעורים וגזלן הוא אם אינו משלם לו אלא דהב"ד אינם יכולים להוציא מידו שהרי יוכל לומר כבר הודה לי שאיני חייב לו שעורים. וכן כתב ר' ירוחם בנ"ג ח"ב דלהרא"ש אם הנתבע מחזיק בטענתו ואומר שעורים יש לך בידי חייב בשעורים ומביאו ב"י ודלא כהב"ח סט"ו שכתב דמשמע מהטור דאע"ג דיודע הנתבע שחייב לו שעורים פטור שהרי מחל לו וכדלעיל סי' ע"ה סי"א ומדברי ר' ירוחם לא משמע הכי להרא"ש ודברי הטור עיקר עכ"ל וליתא דדברי ר"י עיקר בדעת הרא"ש וגם הטור מודה לו וכמ"ש. ואין להאריך בזה כיון שכבר העליתי לעיל שלא כדברי הרא"ש וסייעתו דאין הטעם לא משום הודאה אלא משום משטה וכהרמ"ה וסייעתו וע"ש (עיין בתשובת מהרש"ך ספר ג' סי' כ"ה):

סעיף יח

דלא כשיש מי שחולק. הוא הרמ"ה וכבר כתבתי לעיל דהעיקר כהרמ"ה והרבה פוסקי' מסכימים עמו ע"ש:

סעיף יט

ביום פלוני ובשעה פלונית כו'. ומהרש"ל פרק המניח סי' ל"ד כתב דרבה בר נתן איירי כפשוטו ומה שמתמיה הרא"ש שיש לאדם כמה תביעות על חבירו ואינו רוצה לתבעם בפעם א' נרא' דכיון שאחר שהודה בשעורים השיב אתה חייב לי חטין ש"מ שהודה שאינו ח"ל שעורים דאי היה ח"ל אף שעורים הו"ל להשיב אמת שאתה ח"ל שעורים ג"כ ולא היה בדעתי לתבעך בפעם הזה עכ"ל ואי משום הא לא אירי' דנרא' דגם הרא"ש מודה אם התובע השיב אתה חייב לי חטים דפטור משעורים אע"פ שלא טענו שעה ידועה וכ"כ ר' ירוחם נ"ג ח"ב להדיא דלהרא"ש ה"ה אם התובע מחזיק בטענתו ואומר לא כי אלא חטים הפקדתי בידך פטור אפי' שלא טענו שעה ידועה עכ"ל ומביאו ב"י

אלא דנראה לו להרא"ש דוחק לפרש דמיירי שאמר לו אח"כ אתה חייב לי חטים אבל יותר ה"ל למהרש"ל לפרש לפי דרכו כיון שיצא מב"ד ולא תבע ממנו השעורים שהודה הרי כאלו הודה לו שאין בידו שעורים דאל"כ ה"ל להשיב אחר שהודה בשעורים אמת שאתה חייב לי שעורים ג"כ ולא היה בדעתי לתבעך עליה' בפעם הזה וכ"כ בס' גי' תרומה שער ז' ח"ב ריש דף נ"ו. מיהו המעיין בהרא"ש יראה דלאו משום הך תמיה לחוד פי' הרא"ש דרבה בר נתן מיירי שטענו שעה ידועה אלא משום שהקשה עוד קושיא אחרת דמאי פריך ממתני' לרבה בר נתן הא במתני' מיירי בשעה ידועה וא"כ י"ל דלא אזלינן בתר הודאתו לפטור הקטן דמה שהודה על הקטן הוא כדי להרויח וליפרע מהגדול אבל בהך דרבה בר נתן אי מיירי שלא טענו שעה ידועה לא שייך שעשה כדי להרויח וא"כ פטור מטעם דמחל לו וא"כ בעל כרחך דרבה בר נתן מיירי כעין מתני' ומיהו י"ל לדעת מהרש"ל דרבה בר נתן מיירי בכל גווני ומיירי כעין מתני' שטענו שעה ידועה ומיירי נמי בלא טענו שעה ידועה ופריך ארבה בר נתן בדינא דטענו שעה ידועה ממתני' ובלא טענו שעה ידועה לא פריך דל"ק מידי ודו"ק אך פשט דברי מהרש"ל שם לא משמע כן (ועמ"ש לקמן ס"ק כ"א) ולמה שכתבתי לעיל דהעיקר כהרמ"ה וסייעתו דטעמא דרבה בר נתן הוא משום השטאה א"כ פשיטא דאתי שפיר כפשוטו דרבה בר נתן מיירי בכל גווני ופריך שפיר ממתני' בכל גווני וק"ל:

סעיף כ

דאין אדם כו'. כן הוא ג"כ ל' הטור ומזה נמשך להר"ב והע"ש והסמ"ע והב"ח שכתבו הטעם דמחילה אבל נרא' ליישב ל' הטור דה"ק אבל בלא"ה ודאי חייב דליכא למימר דלמא לעולם פטור וטעמא הוא משום דמחיל דפשיטא דאין אדם מוחל כו' אלא ודאי הטעם הוא משום שהודה ומיירי כשהיו שניהם בבת אחת. וכך הם דברי הרא"ש ס"פ המניח ע"ש.

סעיף כא

ואם תפס כו'. והרא"ש הקש' על הרי"ף מדלא משני הש"ס לעיל דתפס משמע דתפיס' לא מהני אלא בשני שוורים שהזיקו שיש לו תביע' על שניהם וכן הוא בתוספות ואחריהם נמשך מהרש"ל ס"פ המניח סימן ל"ו ולפעד"נ עיקר כהרי"ף דלא מסתבר לחלק בזה. ועוד דפשט' דש"ס משמע כי משני כשתפס דמתני' איירי כשתפס ורבה בר נתן איירי כשלא תפס משמע דבהך מילתא דרבה בר נתן נמי תפס מהני אלא נרא' דכי משני בש"ס דתפס תו לא צריך לשנויא דלעיל וה"ה דהוה מצי לשנויי לעיל הכי אלא דלעיל מתרץ שפיר אפי' בלא תפס וכה"ג אשכחן טובי בש"ס תדע דהא מעיקרא משני ראוי ליטול

ואין לו וא"כ אמאי לא משני לעיל נמי ראוי ליטול ואין לו אמת שהתוס' מפרשי' ראוי ליטול כשתפס ואין לו כשלא תפס אבל פשט' דש"ס לא משמע הכי דהא לא אדכר תפס רק בתר דפריך ליה מברייתי' דקתני הרי זה משתלם כו' אלא ודאי כי משני ראוי ליטול ואין לו תו א"צ לשנויא דלעיל:

ועוד נלפע"ד לישב ברווחא משום דכי משני כשתפס היינו פשיט' שהתובע תופס כפי מה שרוצה דהיינו כפי מה שתובעו בב"ד וא"כ בסיפ' משני שפיר דתפס שניהם ורוצה להשתלם משניהם כפי תביעתו ואמרי' המוציא מחבירו עליו הראי' מאחר דתפס בעדים ולא שקיל משניהם רק כדקאמר מזיק אבל ברישׁ' כשאו' גדול הזיק א"כ אי תימא דתפס את הגדול כפי מה שרוצ' מה יועיל לו תפיסתו של הגדול להודאת הנתבע שמוד' בקטן הא תם אינו משתלם אלא מגופו. כן נ"ל:

והנה הרא"ש כ' שיש שהיו רוצים ליישב דברי הרי"ף דגבי גדול הזיק לא מהני' תפיסת הקטן לתביע' שיש לו על הגדול דתם אינו משלם אלא מגופו כו' וע"ז הקשה הרא"ש וכ' ולא שמיע' לי דהא כיון שיש עדים שא' מהם הזיק ואפ"ה לא מהני אם תפס את הקטן בפני עדים ואפי' קודם שבאו לדין לא מהני' תפיס' כיון שהוד' שאין לו תביע' על הקטן כ"ש טענו חטים והודה לו בשעורים דלא מהני ליה כלל מידי כו' עכ"ל ואני או' ודאי לפי מה שהיו רוצים ליישב דברי הרי"ף כן א"כ הי' מוכח מן הש"ס דתפיס' קטן לא מהני' להודאת הנתבע על הקטן והי' קשה כ"ש בטענו חטים והודה לו בשעורים אבל לפעד"נ אדרב' ליישב דעת הרי"ף להפך משום דלעיל לא מצי לשנויי כשתפס דהיינו דומי' דלקמן שתפס כפי תביעתו דהיינו הגדול ומה יועיל לו תפיסת הגדול על הודאת הנתבע שמודה בקטן ואה"נ אלו תפס בקטן והי' תובעו בגדול והנתבע הי' משיב לו קטן הזיק מועיל תפיסתו על הקטן שהרי תופס אותו קטן שמודה המזיק אבל כי בעי לשנויי כשתפס הגדול לא יועיל תפיסתו כלום להודאת הנתבע על הקטן כיון דתם אינו משתלם אלא מגופו ואין להקשו' אמאי לא משני לעיל כשתפס את הקטן דאטו בשופטני עסקי' שיתפוס את הקטן ויתבענו על הגדול דפשיט' כשתופס תופס כפי תביעתו לכך בסיפ' משני שפיר שתפס שניהם כפי תביעתו ורוצה לזכות בשניהם לגמרי כפי תביעתו וכשמהפך הנתבע הודאתו או' הניזק אני תופס מה שבידי אותם גוף החמין עצמם כפי הודאתך. ועוד דאיך יתפוס את הקטן ויתבענו על הגדול הלא יאמר לו הנתבע כיון שאתה תובע הגדול אפי' אם אודה לך בגדול החזר לי מתחל' הקטן דתם אינו משתלם אלא מגופו ואח"כ אשיב לך וא"כ יצטרך להחזיר לו הקטן ולא יועיל תפיסתו כלום אלא ודאי תופס הגדול דכשיודה לו הנתבע בגדול יחזיק בו כן נרא' לפע"ד ליישב דעת הרי"ף (אף

אם נאמר דהרי"ף ס"ל כהרא"ש בהא דטעמ' דרבה בר נתן הוא משום הודא' ועמ"ש לקמן ס"ק כ"ב לדעת הרמ"ה וסייעתו) והוא ברור ודו"ק.

וא"כ כשתפס הקטן או השעורים או דבר אחר דבממון לא שייך לומר אינו משתלם אלא מגופו ותפיס' מועיל בכל דבר מהני תפיס' לשעורים ולא מבעי' לפי מה שהוכחתי לעיל דעיקר הטעם משום השטא' וכהרמ"ה וסייעתו א"כ פשיט' דמהני תפיס' כשתופס הקטן עצמו שמודה המזיק או שעורים או אפי' דבר אחר כפי שיווי השעורים וכמ"ש אלא אפי' אם נאמר דס"ל להרי"ף הטעם משום דהוד' התובע שאין לו שעורים כיון שלא תבעו עליהם מ"מ כשתפס יכול לומר לכך לא תבעתי כיון שהייתי מוחזק בהם וכ"כ הטור בשם יש מחלקין הלכך עכ"פ העיקר בש"ס בטענו בחטים והוד' לו בשעורים דמהני תפיס' בעדים לדמי שעורים דלא כהתוס' והרא"ש ומהרש"ל אלא כדעת הרי"ף וכן הוא דעת הרמב"ם פ"ג מה' טוען וכן הוא דעת הר' המגיד שם וכ' שכן פסקו הגאונים וכן דעת הראב"ד בהשגות פ"א מה' טוען וכ"כ בעה"ת שער ז' ח"ב וכ"פ הבעל העיטור ד' ס"ד ע"ד וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ה ד' ק"פ ריש ע"ג וכ"כ הרמ"ה והנ"י והאגוד' ס"פ המניח והכי נקטינן:

סעיף כב

תפס כו'. מכאן נמי מוכח דהעיקר כפי' הרמ"ה וסייעתו דפטור משעורים משום השטא' ולא משום דהוה ליה כאלו הודה התובע דהא מדפריך בש"ס מהיו הנזקין שנים והמזיקין שנים ואמאי חטים ושעורים נינהו ומשני כשתפס ואי טעמא משום דהוד' א"כ מאי משני כשתפס אכתי תיקשי אמאי לא תבע הקטן דאינו יכול לומר לפי שהייתי מוחזק דהא גם בגדול הי' מוחזק ותבעו וליכא למימר דעשה כדי להרויח דהא השתא בעי למימר דס"ל לרבה בר נתן דלא אמרינן דעשה כדי להרויח ודוחק גדול דבשתפס אמרינן דעשה כדי להרויח והמתבונן היטב יראה שאין סברא לחלק בין תפס או לא אי הוי טעמא משום הודא' דהא שני הדברים הכל הם על ענין אחד ואם יש בידו חטים אין בידו שעורים וכמ"ש הרא"ש דאיירי שטענו שעה ידועה דומיא דמתני' ואפי' תימא דרבה בר נתן מיירי אף שלא טענו שעה ידועה וכמ"ש מהרש"ל והבאתיו לעיל מ"מ הא דמשני כשתפס אמתני' לא אתי שפיר אי הוי טעמא משום הודא' דהא במתני' מיירי בשעה ידוע' (וע"כ פריך ארבה בר נתן משע' ידוע' וכמ"ש לעיל ס"ק י"ט ע"ש) והתם לא שייך לחלק בין תפס או לא דאי נימא כיון דלא תבע ממנו הוי כאלו הודה לו אם כן גם כשתפס שייך לומר כן אלא ודאי העיקר כפי' הרמ"ה וסייעתו ומשני שפיר כשתפס בתר דאודי וכמו שכ' הרמ"ה והנ"י ס"פ המניח דהשתא כיון דתפס מקמי דהדר ביה הנתבע מהודאתו

ושתק הנתבע אלמא דעמד בהודאתו ומוד' ליה הודא' גמור' ותו לא מצי למטען משטה הייתי בך ויש ליישב ג"כ שפיר להרמ"ה מה שהקשו התוס' והרא"ש הא דלא משני לעיל כשתפס משום דמסתמ' התובע תופס כפי תביעתו והלכך בסיפא משני שפיר שתופס שניהם כפי תביעתו וזכה עכ"פ כפי הודאת הנתבע מדתפס ממנו ושתק ליה אלמא דעמד בהודאתו אבל בריש' שתפס בגדול לבד והרי בזה לא הודה לו מתחל' (ותפיס' דגדול לא מהני לקטן דתם אינו משתלם אלא מגופו וכמ"ש לעיל) א"נ דכי משני כשתפס תו א"צ לשנויא דלעיל וכמ"ש לעיל ס"ק כ"א:

ונראה דלהרמ"ה ה"ה תפס קודם שעמד לדין ולא בא אלא למעט תפס אחר שחזר הנתבע מהודאתו מיהו היינו דוקא כשתפס ממנו בעל כרחו מחמת תביע' זו וידע הנתבע זה דאז אמרי' הודאתו הודאה גמורה היתה ולא השטאה דהא תפס ממנו בשביל כך אבל אי היה התובע מוחזק בשעורים בלאו הכי כגון שהיה חייב לו והתנה עמו שאל יחזיר לו אלא בעדים וכה"ג ותובעו חטים והודה לו בשעורים שפיר י"ל משט' הייתי בך ואף ע"פ שהייתי מוחזק בשעורים שלי ידעתי שתתחייב לשלם לי ואף שאומר התובע מיד אחר שהודה הנתבע בשעורים אמת הוא חייב לי שעורים ואני מוחזק בשעורים ואיני רוצה לתבעו עליהם יוכל זה לחזור בו ולומר אני חוזר בי ומה שהודיתי לך שעורים משטה הייתי בך וכן משמע מדברי הרמ"ה והנ"י ס"פ המניח שכתבו וז"ל היכא דקדים ניזק ותפיס מיניה מאי דאודי ליה מקמי דליהדר ביה מזיק מהודאתו מהני ליה הודאתו למיהוי כמאן דתפיס מדעתיה וה"ה בטענו חטים כו'. ומיהו הני מילי היכא דתפיס מקמי דליהדר ביה נתבע מהודאתו שהודה לו בשעורים אבל היכא דהדר בי' מקמי תפיסה לא מהניא לתובע תפיסתו דהשתא ודאי לאו ברשותי' דנתבע קתפיס כו' עכ"ל. ומביאו ב"י מחודש ג' משמע דבעינן דוקא שיתפוס זה בידיעתו על תביעה זו דאז ה"ל כמאן דתפיס ברשותו ודו"ק: ונראה דלהרמ"ה אפי' לא טען משטה טענינן ליה ואע"ג דלעיל סי' פ"א אי לא טעין משטה לא טענינן ליה היינו משום דהתם א"ל מנה לי בידך ואמר ליה הן וזה תובעו אח"כ בבית דין על הודאתו שהודה כבר לכך בעינן שיטעון משטה אבל הכא שתובעו בחטים והודה לו בשעורים ויצאו מב"ד א"כ כשבאים אח"כ לב"ד לשמוע הפסק דין אומרים לזה בסתם פטור אתה שהרי התובע אינו תובעו על מה שהודה לו בשעורים ולכך לא הזכיר הנ"י בדברי הרמ"ה שיטעון משטה (וכה"ג חלקתי לעיל סימן פ"א סכ"א ס"ק נ' בסופו ע"ש) ונראה דגם מה שהזכיר בדברי הרמ"ה שבהרא"ש אי לא טעין משטה לא טענינן ליה היינו כשאח"כ כשאומרים לו הב"ד פטור הוא חוזר וטוען התובע ואומר יתן לי שעורים כי לא רציתי לתבעו על השעורין כי אדרבא תבעתי חטים שהוא יותר

וכדי להרויח עשיתי אם היה שעה ידועה או לא הייתי רוצה לתבעו בפעם הזה רק על החטין ולא על השעורים ועכשיו אני תבעו על השעורים אם לא הי' בשעה ידועה טענתו טענה ואז צריך שישוב זה משטה הייתי בך דכיון שתבעו זה על הודאתו צריך שיטעון הוא בעצמו משטה הייתי בך ואי לא טען לא טענינן ליה כן נ"ל ברור בדינים הללו:

סעיף כג

אין מוציאין מידו. וכתב נ"י ס"פ המניח דאם תפס קודם דהדר מהודאתו אפי' תפס בעדים מהני אבל אם תפס לאחר שחזר מהודאתו מפקינן מיניה אא"כ ה"ל מגו דלהד"ם או החזרתי עכ"ל ד"מ ט"ו עכ"ל סמ"ע ס"ק כ"ו ולא כוון יפה דלא ה"ל להביא דברי הנ"י על דברי המחבר והר"ב דהנ"י שם לטעמיה אזיל דס"ל טעמא דהשטאה לכך כתב דאם תפס קודם דהדר מהודאתו מהני דמדשתק זה שהודה לו ולא תבע מיד מה שתפס אלמא דעמד בהודאתו ולהודאה גמורה נתכוין ותו לא מצי למיהדר בי' אבל המחבר והר"ב דס"ל דטעמא משום דה"ל כאלו הודה התובע שאין בידו שעורים או מחל אם כן מה יועיל כשיתפוס אחר שעמד בדין בשלמא בתפס קודם שעמד בדין י"ל מה שלא תבעתי השעורים לא מפני שהודיתי אלא מפני שהייתי מוחזק בהם וכמ"ש הטור בשם יש מחלקין (והוא מדברי בעה"ת דס"ל ג"כ הטעם משום הודאה) אבל לאחר שעמד בדין ל"ש למימר הכי דהא כבר הודה וע"כ כתב הרב וי"א דוקא אם תפס קודם שעמד בדין כו' וכן נ"ל עיקר דכיון שכ' הר"ב דהטעם הוא דמחל ממילא מוכרח דלאחר שעמד בדין תו לא מהני תפיסה. מיהו למש"ל דהעיקר כהרמ"ה וסייעתו אם כן מועיל תפיסה אף לאחר שעמד בדין קודם שחזר הנתבע מהודאתו גם מה שהעתיק הסמ"ע אא"כ ה"ל מגו דלהד"ם כו'. אינו נכון למאי דהסכימו המחבר והר"ב והסמ"ע גופי' להרא"ש דטעמא הוא דהתובע הודה שאין בידו שעורים א"כ מה בכך שיש לו אח"כ מגו וכ"כ בסמ"ע גופיה מיד אחר כך בס"ק נ"ח דנראה דלטעמא דהודה אפי' תפס שלא בעדים ל"מ לענין השעורים כן כתב הב"ח וגם במהרש"ל ס"פ המניח ס"ס ל"ו ראיתי שכתב דבלא עדים נאמן במגו והוא תמוה שהרי מהרש"ל ס"ל כהרא"ש ונראה דגם מהרש"ל לא קאמר אלא דמהניא תפיסתו בלא עדים ממ"נ לשעורים מכח חטים שתבעו וכ"כ בע"ש ובסמ"ע סקכ"ח מיירי להדיא לענין שאם דמי השעורים עולים יותר מדמי החטים או שתפס כדי דמי חטים ושעורים או ששוב הודה לו התובע שאין בידו חטים וע"ש. (שוב מצאתי בש"ג פרק שבועת הדיינים דף שכ"ה ע"א כ' כמה דברים בעניינים אלו שאינם נכונים בעיני שכתב דאם יש לו עדים על השעורים מהני תפיסה לכ"ע דיכול לומר לא תבעתי השעורים מפני שיש לי עדים והא ליתא דהא הרא"ש מפרש הא דלא משני לעיל כשתפס

משום שאין לו תפיסה רק על אחד והא התם יש לו עדים להרא"ש ואפ"ה לא מהני תפיסה. עוד כתב שם דאם תפס שלא בעדים שקיל דמי שעורים או אפילו דמי חטין במגו לכ"ע כן נראה לי מדברי הרא"ש והא ליתא דדוקא לחטין מהני מגו להרא"ש ולא לשעורין וכמ"ש וצ"ל דבריו כמו שפירש דברי מהרש"ל וק"ל): מיהו לפי מה שהעליתי לעיל דהעיקר כהרמ"ה דהטעם הוא משום השטאה אם כן אפילו תפס אחר דהדר הנתבע מהודאתו מהני אי תפס בלא עדים אי אית ליה מגו אפילו לענין שעורים עצמן:

סעיף כד

וכן נ"ל עיקר לפי שהר"ב נמשך אחר הטור והמחבר דהטעם הוא משום דהו"ל כאלו הודה התובע לכך כתב וכן נ"ל עיקר אבל כבר הוכחתי לעיל דהעיקר שאין הטעם משום הודאה אלא משום השטאה והלכך אפי' לאחר שעמד בדין מהני תפיסה קודם שחזר בו הנתבע מהודאתו וכמ"ש בסמוך וע"ש:

סעיף כה

שנתת אותן דמים בחפץ פלוני כו'. דוקא כה"ג דכשנאבד החפץ הוא פטור דבאחריות התובע הוא אבל אם הכלי הוא באחריות הנתבע כגון שחייב לו כלי מכל מקום א"כ הו"ל כתבעו מנה ובכל מה שיודה לו חייב כדלעיל סעיף ט' ולכך כ' כאן ג"כ שלא להשתלם אלא מגופו דאל"כ דמי לדלעיל סעיף ט' דמשמע התם להדיא בש"ס ופוסקים דחייב לגמרי וא"י לחזור בו ודוק:

סעיף כו

או שהלויתני עליו כו' משתבע היסת שאינו חייב לו כדברי התובע ונפטר והיינו כשחזר מהודאתו אבל אי עומד בהודאתו או איכ' עדים כפי מה שהודה חייב שבועה דאוריית' על השאר וכדמוכח מדברי הרמב"ם פ"ט מהלכות נזקי ממון והראב"ד והרב המגיד שם וכן מדברי המחבר לקמן סי' ת' סעיף ג' וכמ"ש שם ע"ש ודו"ק. מיהו ברישא שנתת אותן דמים בחפץ פלוני אפי' עומד בהודאתו פטור מש"ד דהו"ל הילך וכמ"ש לעיל סי' פ"ז ס"א ולקמן סעיף כ"ד אבל בהלוית עליו ע"מ שלא להשתלם אלא מגופו לא הוי הילך כיון דאינו שלו עד לאחר שומת ב"ד דומי' דשור תם וכמ"ש לקמן סי' ת' ס"ג:

סעיף כז

חפץ פלוני דשווייה אפותיקי ניהלי' כו'. באמת כן הוא בנ"י שם אבל קשה לי כיון דאפילו באפותיקי מפורש יכול הלוה לסלקו במעות וכדלקמן סי' ק"ג ס"ו וריש סי' קי"ז. (ובנ"י הי' אפשר לומר דנרא' שם שהם דברי הרמ"ה ואולי ס"ל להרמ"ה דבאפותקי מפורש א"י לסלקו במעות וכדמשמע מפירש"י פרק א"נ גבי אסמכת' ע"ש) א"כ ה"ל

כתובעו תן לי חפץ זה או דמי חפץ זה וא"כ כשמודה לו בחמשים זוז דאוזפי' ה"ל הודאה ממין הטענה כיון דס"ס מודה לו במעות ולא מסתבר כלל לומר דכיון שהי' יכול ליתן לו החפץ בע"כ או כיון שאם הי' נאבד החפץ הי' פטור לא הו"ל הודאה ממין הטענה אלא נראה כיון דסוף סוף יכול לסלקו במעות א"כ תובע ממנו חפץ או מעות ק' זוז והלה מודה בחמשים זוז דהוי מודה מקצת גמור ומה שלמד הנ"י שם משור תם לא דמי לכאן דבשור תם אינו יכול המזיק לסלקו במעות דשותפין נינהו וכר' עקיב' וכמ"ש לקמן ריש סימן ת"א ונראה דמ"ש כאן דשוייה אפותיקי ניהלי' הוא לאו דוק' אלא ר"ל דומי' דריש' שהלוה לו עליו על מנת שלא להשתלם אלא מגופו דומי' דשור תם דהיינו שהתנה עמו כשיגיע זמן הפרעון יתן לו החפץ דוקא בשומא ולא יהיה יכולת לסלקו במעות. כן נ"ל ודוק:

סעיף כח

פטור משבועה ומתשלומין אפי' כו'. כצ"ל וכן הוא בטור עכ"ל סמ"ע ס"ק כ"ט ובספר מעד"מ פרק שבועת הדיינים כתב ז"ל ובעל הש"ע השמיט מלהעתיק ומתשלומין וראיתי למהרו"ך שהגיה בש"ע ומתשלומין ותמהני מאד שעל הראשונים שנכתב בטור אנו בושין ואין יודעים להשיב והוא הוסיף כן בש"ע וצ"ע עכ"ל וכן כתב הב"ח דהמחבר השמיט בכונה תיבת תשלומין ואין דבריהם נכונים דפשיט' דצריך להוסיף כן בדברי המחבר שהרי כתב בסיפ' אבל אם לאחר שהודה כו' חייב לשלם לו דמי שעורי' משמע דבריש' פטור אף מדמי שעורים וכן הוא בעיר שושן להדיא גם מה שהאריך הב"ח וכתב דבריש' מיירי כשהנתבע אינו עומד בהודאתו ומשיב עתה משטה אני בך גם על השעורים ומה שכתב אח"כ אבל אם לאחר שהודה כו' חייב לשלם לו דמי שעורים מיירי כשהנתבע מחזיק בהודאתו של שעורי' לא נהירא כלל מכמה טעמים ואין להאריך אלא נראה לי דכאן מיירי הטור שלא טענו שעה ידועה דאי טענו שעה ידועה פטור משעורים בכל ענין אף שיאמר התובע אח"כ ודאי כדבריך כן הוא כו' אבל איני שואלם עתה כו' וכדמוכח בהרא"ש פרק המניח והטור לעיל סעיף י"ב והלכך מהני כשאומר ודאי כדבריך כן הוא כו' אבל מ"מ [לא] מהני כשאומר מיד אחר כדי דבור גם אני הי' רצוני לבקש ממך עתה השעורים אלא שקדמת והודית לי קודם שסיימתי דברי דאנן סהדי דשקורי משקר שהרי זה לא מיהר להשיב וא"כ הי' לו שהות לדבר והי' לו לתבעו ג"כ על השעורים כיון שעלה בדעתו לתבעו עתה ג"כ על השעורים אלא ודאי מדשתק ולא תבעו על השעורים הרי כאלו הודה לו שאינו ח"ל שעורים כן נ"ל לדעת הטור: (ובס' גי"ת שער ז' ח"ב דף נ"ט ע"א הניח ג"כ דברי הטור בצ"ע ולפעד"נ דלק"מ וכמ"ש): מיהו כל

זה לסברתם דסברי הטעם דפטור משעורים משום דה"ל כאלו הודה התובע שאינו ח"ל שעורים אבל לפי מ"ש לעיל סי"ב דהעיקר כהרמ"ה דלא שייכ' כאן הודאה אלא טעמ' הוא משום השטאה אם כן אין חילוק ומשום שלא תבעו מתחילה בשעורים לא פטרינן ליה לנתבע אם עומד הנתבע בהודאתו ואומר שחייב לו שעורים ובשום טענה שיאמר התובע שלא תבעו השעורי' סגי דלא מפקינן ממון ברור שחייב הנתבע אם לא במחילה גמורה ולא בסבר' קלושה כזו אבל אם טען הנתבע משטה הייתי בך אע"פ שאומר התובע ודאי כדבריך כן הוא כו' אבל איני שואלם עתה כו' פטור הנתבע אף מדמי שעורים ונראה שגם דעת הסמ"ג והגהת מיי' יכול להיות כן ומ"ש בתחלה פטור אף מתשלומין היינו שהב"ד אומרים לו בסתם פטור הוא לגמרי שהרי זה לא תבעו בשעורים אבל אם אח"כ תובעו בשעורי' ואמר שמה שלא תבעו בשעורים הוא מפני שלא רצה לתבעו עתה חייב לשלם לו שעורים כשעומד הנתבע בהודאתו אבל אה"נ שיכול לטעון אח"כ משטה אני בך וכן נ"ל עיקר:

סעיף כט

חייב לשלם לו דמי שעורים. ומיהו פטור מש"ד וק"ל:

סעיף ל

הואיל והודה בשעורים עמ"ש לקמן בסעיף שאח"ז:

סעיף לא

אין כאן הודאה אלא מקצת כו'. הטעם כמ"ש לקמן בשם הר"ן וכ"כ ר"י נ"ג ח"ב דלעולם אין מודה מקצת חייב שבועת התור' אלא כשהוד' אחר התביעה ולפ"ז משמע דה"ה במין אחד פטור כגון שבאו לב"ד וקדם הנתבע ואמר לו אני חייב לך נ' זוז והשיב לו התובע אתה חייב לי עוד נ' זוז והוא כופר פטור משבועת התור' ודו"ק וכן כ' הרמב"ן ובה"ת להדיא והבאתי דבריהם לעיל סי' ע"ה ס"ג סק"ט ע"ש ועיין מ"ש לקמן סעיף ל"ב:

סעיף לב

ומשלם השעורים. נראה דהיינו דוקא כשעומד בהודאתו אבל יכול לחזור בו ולומר טעיתי בהודאתי ונזכרתי שאיני חייב לך כלום כיון שהודה לו מעצמו וכמו שהוכחתי לעיל סי' פ"א סעיף כ"ב ס"ק נ"ו באריכות מן התוס' והרבה פוסקים אבל אינו יכול לטעון משטה הייתי בך ואע"ג דלעיל סי"ב העליתי דיכול לטעון משטה הייתי בך היינו משום דהתם תבעו בחטים יכול לומר לפי שתבעתני דבר שאינו והשטית בי השטיתי בך והודיתי לך בדבר אחר אבל כאן שלא תבעו מתחלה כלל לא שייך לומר שהשטה בו כיון שהודה לו בפני ב"ד וכן העליתי לעיל סי' פ"א סכ"ב ס"ק נ"ה ע"ש וגם לעיל סי"ב

נראה דדוקא משטה יכול לטעון אבל אינו יכול לטעון טעיתי ואע"ג דלעיל סי' פ"א ס"ק נ"ו העליתי דבמודה מעצמו אף לפני ב"ד יכול לטעון טעיתי היינו במודה מעצמו בלי שום תביע' אבל הכא שתבעו בחטים והשיב לו לא שייך לומר כן ודו"ק:

סעיף לג

וי"א כו'. כ' הסמ"ע ס"ק ל' הא דכ' כאן די"א כן משמע דאיכ' דלא ס"ל הכי ול"ד לדלעיל סי"ד דהכל מודים דשאני בהא דלא מהני ליה ערמתו רק לפטור משבועה אבל החיטים צריך לשלם לו וכן בדין שלפני זה סט"ו חייב לשלם השעורים עכ"פ לכן לא חשדינן ליה שיערים בשביל זה וק"ל עכ"ל ולא נהיר' לי דהא משמע לעיל סי"ד שמבקש ליתן השעורים וערמתו אינו רק לפטור מן השבועה וכן פרש"י והר"ן פרק שבועת הדיינים להדיא בהך דלעיל סי' י"ד וז"ל אם כמערים אם נראה לב"ד שקפץ להודות כדי שלא יטענו זה שעורים ויתחייב לו שבועה בהודאת שעורים כו' עכ"ל אלא נראה דשאני התם כיון דלא הודה לומה שתבעו רק מין אחר משא"כ הכא שהודה לו מה שתבעו וזה ברור:

סעיף לד

דבהנך נמי כו'. מלשון הר"ב שכתב "דבהנך משמע דקאי גם אסעיף שלפני זה וכ"כ הסמ"ע ס"ק ל' והב"ח לדעתו מיהו כתב הסמ"ע דבטור כתב דבהך נמי כו' משמע דדוק' אדסמיך ליה קאי וגם בע"ש כתב דבהא נמי כו' וגם הב"ח כ' דלא נהיר' דברי הר"ב אלא דוקא בהך קאמר הטור כיון שקפץ הנתבע והשיב קודם שנגמר התובע תביעתו התם הוא דרואין כו' אבל בכה"ג דלעיל דהתחיל הנתבע לא אמרי' רואין כלל עכ"ל ולי נרא' עיקר כדברי הר"ב דה"ה בהך דלעיל קאמר הטור דהא הך דינא דלעיל בסעיף הקודם למד הר"ן פרק שבועת הדיינים מהך דינא דלעיל סעיף י"ד דאמרי' ואם עשה כן לפי תומו פטור משבועת התורה כו' ואהא כתב הר"ן שם וז"ל ומהא שמעינן שתהא תביעה קודמת להודאה מקצת אבל כל שהודא' מקצת קודמת אע"פ שתבעו אח"כ פטור וכן דקדק מכאן הר"י הלוי עכ"ל וכן משמע להדיא בב"י וא"כ משמע דכי היכא דהתם אינו פטור אלא כשהוד' כן לפי תומו ולא כמערים ה"ה הכא וגם הסברא נותנת דכיון שהב"ד רואין שהוא כמערים מה לי הכא מה לי התם ועמ"ש לקמן סעיף ל"ב:

סעיף לה

נשבע ומשלם שעורים. הנה הבעל העיטור דף ס"ד ע"ד והראב"ד ובעה"ת שער ז' חלק ב' הקשו על זה מהא דקאמרינן בס"פ המניח אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי לימא תיהוי תיובתא דרבה בר נתן וגם ה' המגיד פ"א מה' טוען כתב שהסוגיא בפרק המניח קשה לזה ואחריהם נמשך הר"ב שכתב וי"א כו' וכן נ"ל עיקר. אבל לפעד"נ עיקר

כדעת הרמב"ם ול"ק מידי וכמו שיתבאר דודאי אין הדעת נותנת כלל שיפטר לגמרי כיון שהודה בחטים או בשעורים. ועוד שלפי דעת הרא"ש ובעה"ת מיירי הסוגיא בעדים וכן הבאתי לעיל סעיף י"ב (ס"ק ט"ו) בשם ר' ירוחם דאפי' יש לו עדים שיש לו בידו חטים או שעורים ואין יודעים איזה מהם פטור לגמרי כדפי' הרא"ש כו' עכ"ל וזה ודאי תימה גדול. ולא מבעי' לפי מה שהעליתי לעיל סעיף י"ב והוכחתי דטעמא דרבה בר נתן לא הוי משום הודא' או מחילה אלא משום דיכול הנתבע לומר משטה הייתי בך דכיון שתבעתני חטים דבר שאינו הייתי משחק בך והודיתי לך בשעורי' דזה ודאי ל"ש כשמשיב לו איני יודע חטים או שעורים דאין כאן השטא' שהרי הוא אומר יכול להיות כדבריך שהוא חטים אך שאיני יודע בבירור אם הם חטים או שעורים אלא אפילו לרש"י והתוס' שפירשו הטעם משום הודאה או מחילה נראה דלא שייך כאן הודאה או מחילה שהרי התובע אומר עדיין אני עומד בתביעתי ותן לי חטים ואתה בעצמך מודה שיכול להיות שאתה חייב לי חטים ואם אין אתה רוצה ליתן לי חטים מכח שאינו ברור לך שלוית חטים תן לי לכל הפחות שעורים. והא דפריך בש"ס ס"פ המניח ארבה בר נתן נ"ל ליישב ברווחא בשני דרכים הדרך אחד כמ"ש הראב"ד בהשגות פ"א מה' טוען וז"ל ומשלם שעורים א"א זה אינו שאינו משלם שעורים והיינו דרבה בר נתן אא"כ תפס ואיכא דדחו לה דכיון דהאידנ' איכא שבועת היסת אי אשתבע דלא ידענ' אי חטים או שעורים הוו הא אודי הודאה גמורה דאית ליה כל דהו ולאו דחייה הוא הילכך משלם ויש לו פנים אבל הוא היה צריך לגלות עכ"ל ביאור דבריו דודאי בש"ס פריך דלרבה בר נתן אמאי שקיל כדאמר מזיק הא מצי מדחו ליה ולומר משטה הייתי בך ואיני יודע משום היזק והיינו קודם היסת אבל האידנ' דאיכ' היסת א"כ אינו יכול לחזור בו ולומר משטה הייתי בך ואיני יודע משום דבר דאם כן ישבע שאינו יודע משום דבר אלא ודאי כשנשבע שאינו יודע אם חטים או שעורים היה מודה הודאה גמורה עכ"פ בא' מהן ולכך משלם שעורים. ויש לו פנים לפי זה אבל הוא היה צריך לגלות ר"ל הרמב"ם היה לו לבאר דמיירי כשעומד בטענתו וכשרוצה לחזור בו ולטעון איני יודע משום דבר פטור אף משעורים. והנה לפ"ז נוכל לומר שגם הבעל העיטור וה' המגיד שהקשו על הרמב"ם בזה לא הקשו אלא לפי מה דמשמע מדבריו בכל ענין משלם שעורים וא"י לחזור בו וע"ז הקשו מסוגיא דפ' המניח אבל אם עומד בטענתו מודים ליה לדינא ובע"כ נראה דהראב"ד מודה ליה דהיכא דעומד בטענתו דחייב לשלם לו שעורים שהרי כתב ויש לו פנים כו' ועוד דאפילו בטענו חטים והודה לו בשעורים גופיה כתב הבעה"ת שער ז' ח"ב בשם הראב"דדאם עומד בשעורים חייב לשלם לו שעורים ומביאו ב"י והבאתיו ג"כ לעיל

סעיף י"ב ריש ס"ק ט"ו: וראיתי בה' המגיד שכתב בפ"א מה' טוען וז"ל כתב בהשגות כו' עד אבל הוא צריך לגלות ע"כ וכבר הארכתי פ"א מה' שאלה לבאר דברי הראב"ד ז"ל בדין זה ושם כתבתי שאף בעל העיטור ז"ל סובר כן אלא שכ' שבבא לצאת ידי שמים חייב בשעורים וכאן נראה שהראב"ד נוטה לדעת האומרים שכיון שתקנו שבועת היסת חייב בשעורים ובאמת שהדעת נותנת בדין זה שיהא חייב במה שהוא הפחות שבשניהם אלא שהסוגיא בהמניח את הכד קשה לזה כמ"ש בהלכות שאלה וצ"ע ודעת הרב הבבלי כרבינו עכ"ל (לשון הבעל העיטור דף ס"ד ע"ד וכ' הבבלי אם טענו חטים ואמר הלה איני יודע אם חטים או שעורים נשבע שאינו יודע ומשלם שעורים ולא בריר לן מהא דפרק המניח כו' ע"כ) וכ"כ עוד ה' המ' בספ"ה מה' שאלה וז"ל ובאמת שעיקר הדברים כדברי הראב"ד ז"ל ולפי דבריו ז"ל טענו חטים ואמר איני יודע אם הם חטים או שעורים נשבע שאינו יודע ונפטר ובבא לצאת ידי שמים חייב בשעורים וכ"כ בעל העיטור ז"ל ועוד יתבאר בפ"א מה' טוען עכ"ל הרי שהבין שבפ"ה מה' שאלה ס"ל להראב"ד דפטור לגמרי ובפ"א מה' טוען חזר בו ולי נראה שגם בפ"ה מה' שאלה ס"ל כמו בפ"א מה' טוען אלא דמ"מ משיג שם על הרמב"ם פ"ה מה' שאלה במ"ש שם דהתובע נשבע ונוטל דס"ס מוכח מהש"ס דאין התובע נשבע ונוטל דאפי' בתר היסת לא משלם אלא שעורים אבל אין התובע נשבע ונוטל חטים כן נ"ל ברור: אמנם נ"ל לישב דרך הרמב"ם בדרך אחר והוא עיקר בדעת הרמב"ם לדינא משום דלפי דרך הראב"ד ק' מה שהקשה הראב"ד עצמו אבל הוא היה צריך לגלות ר"ל ומדלא גילה משמע דבכל ענין משלם שעורי' וא"י לחזור בו כלל וכן נראה מדברי ה' המ' לדעת הרמב"ם מדכתב אלא שהסוגי' בפרק המניח קשה לזה כו' ומה קושי' הא הביא דברי הראב"ד לתרץ דהסוגי' מיירי קודם היסת אלא ודאי כונתו דמדברי הרמב"ם משמע דאפי' קודם היסת חייב לשלם שעורים מדלא ביאר דהיינו דוק' כשעומד בטענתו וע"כ כתב ובאמת שהדעת נותנת בדין זה שיהא חייב במה שהוא הפחות שבשניהם אפי' אינו עומד בטענתו אפי' קודם היסת אלא שהסוגי' בפרק המניח קשה לזה. והנה אחרי שה' המגיד בעצמו כ' שהדעת נותנת שיהא חייב במה שהפחות שבשניהם א"כ ודאי דברי הרמב"ם נכונים ואני מוסיף דפשיטא דאינו עולה על הדעת כלל שיוכל לחזור בו ולטעון משטה בזה וכמ"ש למעלה דודאי בטענו בחטים והודה לו בשעורים י"ל דהשטה בו אבל כשהוא אומר איני יודע אם חטים אם שעורים ל"ש כלל לפוטרו לגמרי הן מטעם הודאה או מחילה או השטא' שהרי אף לפי דברי הנתבע עצמו יכול להיות כמו שאומר התובע אלא שאינו ברור לו כן הלכך עכ"פ צריך לשלם לו הפחות ודברי הרמב"ם דברי אלהים חיים בזה לכן כתב סתמא דמשלם

עכ"פ שעורים: ומה שהקשו הפוסקים עליו מהך דס"פ המניח ל"ק מידי לפע"ד דהא כבר הוכחתי לעיל סעיף י"ב ולקמן סי' ת' ס"ג בלאו הכי דהכי פריך דבשור שהזיק כיון דודאי לא היה המזיק שם ולא ה"ל לידע אם איתא לדרבה בר נתן דהיכא דהודה ליה בדבר שלא היה תובעו ולא היה מחויב לו להשיב כגון בטענו חטים והודה לו בשעורי' דהיינו ודאי שאמר לו אתה יודע שאתה חייב לי חטים וכיון שלא תבעו בשעורין ולא הי' צריך להשיב לו שעורים כיון שלא א"ל אתה יודע שאתה חייב לי שעורים דחויי קמדחי ליה ויכול לחזור בו ולומר משטה הייתי בך א"כ התם נמי הא אינו תובעו שהוא יודע ולא הי' מחויב להשיב לו שיודע שאחד מהן הזיק אלא שפיר הי' לו לומר איני יודע כלל משום היזק וא"כ נימא נמי דמאי דקאמר שמא קטן הזיק דחויי קמדחי ליה ויכול לחזור בו ולומר משטה הייתי בך ואיני יודע משום היזק תדע דאי לא תימא הכי תקשי בלאו הכי מאי פריך התם לרבה בר נתן ממועד הזיק את הקטן הא התם משלם מן העלי' וממון גמור הוא וה"ל כטוענו דמי עבד גדול והלה מודה לו בדמי עבד קטן אלא ודאי כמ"ש והיינו כמו שהוכחתי לעיל סעיף י"ב ע"ש ודוק היטב כי זה נ"ל ברור ואמת ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו וכן כתב הרמב"ם פ' כ' מהלכות מכירה והמחבר לקמן ס"ס רכ"ג אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר שתק זכה הלוקח בגדול ואם אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראי' או ישבע המוכר היסת שאינו יודע ואין לזה אלא קטן עכ"ל וסתם הר"ב שם כדבריו ולא הגיה כלום וכן כ' בעיר שושן שם כדברי המחבר וכן ה' המגיד פ"ך מהלכות מכירה ושום אחרון לא התעורר שם כלום על הרמב"ם והמחבר בזה אלא ודאי כולם מודים לו דנותן לו עכ"פ הקטן וא"כ גם כאן מוכרחים להודות דמשלם עכ"פ שעורים וכמ"ש וזה ברור וכן עיקר: ומ"ש הבעה"ת בסוף דבריו על דברי הרמב"ם כאן ואולי בבא לצאת ידי שמים כתב דבריו ע"כ ומביאו ב"י לא נהירא כלל: גם מ"ש המגדל עוז פ"א מהלכות טוען על השגת הראב"ד וז"ל ואני אומר זה לא יצא מפיו שהרי דין זה כתבו רבינו אלפסי ז"ל פרק קמא דמציעא בהלכות כו' הוא מקלקל השורה כדרכו ברוב המקומות שהרי לא כתב הרי"ף שם רק בטוענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן חייב ואינו ענין לדין זה כלל: גם ראיתי בס' גי' תרומה שער ז' ח"ב כתב בענינים אלו דברים שאינם ישרים בעיני ואין להאריך והדברים ברורים כמ"ש ואין להקשות ממ"ש הרמב"ם פ"ג מה' טוען שהרי אומר לו אין לי בידך שעורי' כו' שכבר כתבתי לעיל סעיף י"ב דר"ל שמפני שהרי כאלו אומר לו אין לי בידך שעורים לכך השטה בו ועוד דדוקא התם י"ל שהודה התובע שאין בידו שעורים משא"כ הכא וכמ"ש למעלה ועוד דאפי' תימא דס"ל להרמב"ם הטעם משום הודא' מ"מ כבר הוכחתי לעיל סעיף י"ב דהטעם

הוא משום משטה וא"כ כאן הדין עכ"פ מוכרח כדברי הרמב"ם ופירוש הסוגי' ברור כמ"ש ודוק:

סעיף לו

אלא בבאלצי"ש. כ"כ ה"ה פ"א מה' טוען שכתב הבעל העיטור שבבא לצאת י"ש חייב בשעורים. והוא תימה דהא בבא לצאת י"ש חייב אף בחטים וכדאיתא בש"ס וכל הפוסקים והט"ו לעיל סי' ע"ה ס"ט וכ"כ ה"ה גופיה שם אח"כ גבי מנה הלותיך והלה אומר איני יודע כו' וראיתי בספר לחם משנה שם שהקש' כן ותירץ בדוחק גדול ואין להאריך כי נלפע"ד ברור שה"ה אגב חורפיה לא דק בבעל העיטור שהבעל העיטור כתב שם בדף ס"ד ע"א וז"ל וכתב הבבלי כו' ולא בריר לן מהא דפרק המניח כו' ש"מ היכא דנתבע טעין נמי שמא פטור מדמי שעורים מיהו בבא לצאת י"ש חייב כדלקמן עכ"ל ונרא' דמ"ש חייב היינו אף בחטים והיינו שכתב כדלקמן דשם לקמן בדף ס"ו ע"ב כ' וז"ל ובבא לצאת י"ש חייב ואפי' אמר איני יודע עיקר הלוא' חייב לצאת י"ש כדגרסי' התם אמר ר' חייא בר אבא הלה אמר איני יודע חייב בבא לצאת י"ש עד כאן. כנ"ל ברור כוונת בעל העיטור ודלא כמו שהבין ה"ה דבריו: ובכוונת ה"ה נרא' שבא לומר דהכא חייב לצאת י"ש שהרי הוא בעצמו יודע שחייב לו עכ"פ שעורים והלכך חייב לשלם לו שעורים דנהי דב"ד לא מפקי מיניה מ"מ איהו כיון דידע בנפשיה דחייב לו אינו יוצא י"ש ורשע הוא עד שישלם לו שעורים אבל הך לצאת י"ש דלעיל סי' ע"ה מדת חסידות ולפ"ז לא ס"ל לה"ה הטעם דמחל ליה וא"כ קשה על הר"ב מאחר שכתב לעיל סי"ב בהג"ה דאפי' יודע בעצמו שחייב לו שעורים פטור דמחל ליה כדלעיל סי' ע"ה סי"א והא התם בסי' ע"ה סי"א משמע דאפי' לצאת י"ש פטור מטעם מחילה וכן הבאתי שם בס"ק כ"ח בשם הב"ח ומהרש"ל ואפשר ס"ל להר"ב דכאן באיני יודע אם חטים או שעורים לא אמרי' טעמא דמחל לי' אבל בש"ס ס"פ המניח משמע דחד טעמא איכא בכולהו ויש ליישב בדוחק וצ"ע. ומ"מ לענין דינא כבר השגתי לעיל סי"ב (ס"ק ט"ז) בלא"ה על דברי הר"ב וגם העליתי שם (ס"ק ט"ו) באריכות דעיקר משום השטא' ולא שייכא מחילה או הודאה בענינים אלו:

סעיף לז

מלא עשר כדים כו'. באמת כ"כ הרמב"ם ואחריו נמשכו הבעה"ת שער ז' ח"ב והסמ"ג דף קפ"א סוף ע"ב והמחבר אבל לפע"ד לא נהירא דהא אמרי' בש"ס עשרה כדים שמן מלאים יש לי אצלך לכ"ע שמן וקנקנים קטעין ליה וא"כ לא מסתבר לחלק בין מלא עשר כדים שמן לעשר' כדים מלאים שמן אלא נרא' דהא דקאמר רבא דכ"ע היכא דא"ל מלא

עשרה כדי שמן יש לי בבורך שמן קטעין ליה קנקנים לא קטעין ליה היינו דוקא כיון דא"ל יש לי בבורך דלא על חנם נקט רבא בבורך אלא ודאי ר"ל כיון דקאמר ליה בבורך היינו בור שלפני הבד וכן פירש"י א"כ ודאי על שמן שבבורו קטעין ליה ולא על הקנקנים דהא בבורו שמן לחוד הוא בלא קנקנים וא"כ קשה לי על הרמב"ם והנמשכים אחריו שלא כתבו כן וצריך לומר שלא היו גורסי' בש"ס בבורך אלא בידך וכן הוא בריי"ף אבל לפע"ד מוכרח לומר דגרסי' בש"ס בבורך דאל"כ ל"ל לרבא למימר כלל דכ"ע היכא דא"ל מלא עשרה כדי שמן יש לי שמן קטעין ליה קנקנים לא קטעין ליה ולמה ליה להמציא חילוק דק וקלוש בין א"ל מלא עשרה כדין ובין א"ל עשרה כדין מלאים מה שהוא נגד השכל וגם הוא ללא צורך דהא אפי' נימא דתרווייהו כי הדדי נינהו מ"מ מתרץ שפיר דפליגי היכא דא"ל עשרה כדי שמן אלא ודאי רבא מלתא דפשיטא קאמר והדר מהא דמשני הש"ס מעיקרא בטענו מדה דהיינו שא"ל מלא עשרה כדי שמן יש לי בבורך והוה פריך הש"ס אי הכי מאי טעמא דאדמון דהא הו"ל טוענו חטים והודה לו בשעורים וקאמר רבא אלא דכ"ע היכא דא"ל מלא עשרה כדי שמן יש לי בבורך שמן קטעין ליה קנקנים לא קטעין ליה ופטור ודלא כדס"ד דבהא נמי מחייב אדמון עשרה כדי שמן מלאים יש לי אצלך שמן וקנקנים קטעין ליה וחייב כרב נחמן אמר שמואל כי פליגי כו'. ועוד מוכח דגרסי' בש"ס בבורך דאי גרסינן בידך א"כ קשה למה קאמר בתר הכי עשרה כדי שמן מלאים יש לי אצל"ך כו' עשרה כדי שמן יש לי אצל"ך כו' מאי שנא דקאמר בתר הכי תרתי זימני לשון אצלך ולא קאמר נמי לשון בידך אלא ודאי מעיקרא קאמר יש לי בבורך שמן לחוד ובתר הכי קאמר יש לי אצלך ולא בבורך וא"כ שמן וקנקנים קטעין ולפ"ז נרא' דגם ברי"ף תיבת בידך צריך להיות בבורך דהא כ' בתר הכי נמי לשון אצלך או תיבת בידך פירושו בידך בבורך כן נ"ל. וכן משמע מדברי רב האי גאון בספר משפטי שבועות שער א' דף ג' ע"ב וז"ל וכן אם טענו התובע כדי שמן והודה לו הנתבע בכלים בלבד חייב גזרה אבל אם טענו שמן בלבד והודה לו בכדים פטור מגזרה שיתכן שיהי' השמן בעדות (נ"ל שצ"ל בכדות) [בנודות] וכדומה להם ואין הכדים ממין הטענה ועל זה אמר' המשנה הטוען את חברו כדי שמן והודה לו בקנקנים אדמון אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע וחכמים אומרי' אין ההודא' ממין הטענה ע"כ. וכן נרא' דעת ר' ירוחם נ"ג ח"ב שכתב וז"ל וטוען חברו כדי יין וכדי שמן והודה בקנקנים ואפי' א"ל עשרה כדי שמן יש לי אצלו חייב שבועת התורה עכ"ל ולא חילק בין מלא עשר כדים כו' אלא משמע דבכל ענין חייב שבועת התורה ולא הוצרך להזכיר היכא דא"ל יש לי בבורך משום דפשוט הוא וק"ל: עיין בתוס' פרק שני דייני גזירות (כתובות דף ק"ח ע"ב)

ד"ה אי הכי מ"ט דאדמון שכתבו תימא מאי קשיא ליה הא אשכחן ר' גמליאל דאית ליה האי סברא דמחייב כו' ותירצו בדוחק. ולע"ד דלק"מ דמשמע דטעמא דאדמון הוא משום דהוי הודא' ממין הטענה וא"כ פריך שפיר אי בטענו מדה הא לא הוי הודא' ממין הטענה וכן במתני' בשבועות פרק שבועת הדיינים גרסי' בכל ספרי הש"ס ובכל ספרי המשניות וכן בכל ספרי הרי"ף והרא"ש שם אדמון אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע וכן הוא מתני' בספרי הרי"ף והרא"ש פרק שני דייני גזירות וכן הוא בס' משפטי שבועות לרב האי גאון דף ג' ע"ב ז"ל אמרה המשנ' אדמון אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע כו' וא"כ בע"כ דאדמון לא ס"ל כרבן גמליאל דא"כ אפי' לא הודה ממין הטענה נמי אלא ודאי בעי ממין הטענה והא בטוענו מדה ליכא הודא' ממין הטענה כן נ"ל ברור:

סעיף לח

אבל אם אמר לו י' כדי כו'. מ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ג בדברי הר"ב כמ"ש הב"י בפירושו אינו נכון דע"כ הר"ב לא ס"ל כמ"ש ב"י אלא צ"ל דס"ל כמ"ש הב"ח ואולי ט"ס יש בסמ"ע ומ"מ דברי הב"י ודברי הר"ב והב"ח לא נהירין לי בדעת הטור דלפי הב"י קשה מה שהניח הב"י עצמו בקושיא ועוד קשה דא"כ היאך כתב הטור שאין בהודאה ממין הטענה ועיקר הטעם שלא היתי תביעתו אלא שמן לא הזכיר הטור ועל הב"ח קשה שהגיה בש"ס ובהרא"ש וכי משום שלשון הטור סותר להרא"ש נגיה בדברי הרא"ש ובכל ספרי הש"ס ועוד דהאיך אפשר להגיה בש"ס ובהרא"ש קנקנים קטעין ליה שמן לא קטעין ליה דח"כ היאך קאמרי רבנן במתני' אין הודא' ממין הטענה דהא במתני' הודה לו בקנקנים אם לא שתאמר שגם במתני' היה גורס והוד' בשמן מה שאינו עולה על הדעת כלל לשבש כל המשניות וגם במתני' פרק שבועת הדיינים (דף מ"ח) תנן והוד' לו בקנקנים אלא נ"ל ברור שט"ס הוא בטור וצריך לומר כדאיתא במשנ' וש"ס ואשר"י והודה לו בקנקנים וכפר בשמן ונמשך טעות זה מקצור פסקי הרא"ש שנחלף שם קנקנים בשמן ומשם העתיק הטור דבריו כאן והוא טעות סופר הראשון כן נ"ל בדעת הטור (וגם בפי' המשניות להרמב"ם יש שם בענין זה ט"ס ע"ש). ומ"מ לענין דינא נ"ל עיקר דבכל ענין חייב שבועת התורה רק כשא"ל מלא עשר כדין יש לי בבורך וכמ"ש לעיל:

סעיף לט

הרי זה מוד' מקצת כו' ז"ל הרב בב"ה ולענין הלכ' כיון שהרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעת אחד הכי נקטינן כ"ש הכא שהרמב"ן השיב על הראב"ד והר' המגיד כתב שדברי הראב"ד תמוהין עכ"ל ומביאו הב"ח ודבריהן תמוהין דהרי הרמב"ן לא השיב על הראב"ד אלא במ"ש בטוענו מנה מלוה ומנה פקדון שאם הודה בא' מהם שהוא פטור וכן ע"ז תמה

ה"ה אבל בהך דינא שהביא הטור והמחבר בשם הרמב"ם בטוענו מנה של מלוה ומוד' לו בנ' של פקדון ס"ל להרמב"ן להדיא כהראב"ד כמ"ש הרא"ש סוף ב"מ לשונו שכ' כן בהדיא ע"ש וכן הביא ב"י דברי תלמידי רשב"א שכתבו דהרמב"ן מודה בזה להראב"ד וגם ה' המגיד אחר שתמה על דברי הראב"ד הנ"ל כתב וז"ל אבל הדין שהזכיר רבינו במנה מלוה והוא מודה לו בנ' של פקדון שהוא חייב נראה דעת הרשב"א מסכמת לדברי הראב"ד ז"ל שהוא פטור עד כאן: מיהו לענין דינא נ"ל עיקר כדברי הרמב"ם דעיקר טעמו של הרמב"ן שם שמסכים להראב"ד הוא מה שכ' שם שיש לו ראיה משלהי שמעתתא דפרק המניח דתנן היו הנזקין שנים כו' ורמינן עלה לרבה בר נתן אלמא דטענו בחיטין והודה לו בשעורין הוא כו' והרא"ש שם כתב דההיא דהמניח אינו דומה דהתם כשטוען הניזק גדול הזיק את הגדול כו' וכדברי הרמב"ם נראה לי דבין חטים ושעורים לא טעי אינשי ומדלא טענו גם שעורים מחל לו עליהן או הודה שאין ח"ל שעורים אבל בין מלוה לפקדון טעי אינשי דפעמים שיש לאדם מעות ביד חברו ימים רבים ושכח אם בתורת הלואה באו לידו או בתורת פקדון עכ"ל ותירוץ זה לפע"ד דוחק ועוד דאם בהא נימא דטעי אינשי כ"ש בהך דהנזקין שנים אמאי אמרי' דה"ל כאלו הודה נימא דבין גדול וקטן טעי אינשי וסבר דגדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן ולכך טען כן ולא משום דמחל או הודה לו: אבל נראה לי דין זה של הרמב"ם כאן אמת מטעם אחר דכבר הוכחתי לעיל סעיף י"ב דטעמא דרבה בר נתן לא הוי משום הודא' או מחיל' אלא משום דכיון דתבעו חטים ומודה לו בשעורים דחויי קמדחי ליה ולכך משיב לו מין אחר אבל כשמוד' לו אותו מין שתובעו שהוא תובעו מעות ומודה לו מעות אין כאן דיחוי דס"ס נותן לו כפי שמבקש התובע ממנו ומה לי שהי' בידו הלוא' בפקדון ואינו אלא כמברר דבריו והא דפריך בהמניח לרבה בר נתן מהיו הנזקין שני' כבר כתבתי לעיל סעיף י"ב ולקמן סי' ת' סעיף ד' דשאני התם דכיון דמודה במה שהתובע עצמו אינו חפץ ממנו שיודה לו שהרי לא הי' שם והתובע יודע שהנתבע אינו יודע אם כן פשיטא נמי דדחויי קמדחי ליה וא"כ פריך שפיר והא התם ודאי מצינן למימר טפי דחויי קמדחי ליה ואפ"ה אמרי' כיון דאודי אודי ותו לא מצי למהדר ביה א"כ קשה לרבה בר נתן ודוק כי זה נ"ל ברור: וראיתי בר' ירוחם נ"ל סוף חלק שני כתב ג"כ חלוקי דינים בשם הפוסקי' בזה שמחלקין בין מנה סתם למנה מסוים שאומר לו אותו מנה עצמו שאתה אומר הלוא' הי' פקדון ונרא' מסקנתו שם כדברי הרמב"ם שאין חילוק ובכל ענין מנה מלוה ומנה פקדון חייב וכן עיקר: שוב ראיתי בבעל התרומות שער ז' חלק ב' כתב ג"כ וז"ל ואנו נרא' לנו כמו שפסק ה"ר משה ז"ל שאם טענו במלו' והודה לו בנ' של פקדון כו' שהרי טענו שהוא

חייב לו נ' ומה לי אם נתחייב לו משום הלואה או משום נזק כו' אך מ"ש הבעה"ת שם וז"ל גם ההיא ראיה שהביאו החולקים מהך דקמא דמועד ותם דין הוא דקרינא לי' מה שטענו לא הוד' לו שהרי תם אינו משלם אלא מגופו ומועד משלם מן העלי' כו' לא ירדתי לסוף דעתו שנרא' שהבין שראיית החולקים הוא מתם ומועד וכ"כ לעיל גם יש להם ראי' מההיא דקתני בקמא פרק המניח היו מזיקין שנים אחד מועד ואחד תם כו' אבל לפע"ד זה אינו דהא באחד מועד ואחד תם ע"כ הי' המזיק א' ובהיו המזיקין שנים ע"כ בשני תמין איירי במתני' א"כ לא שייך תירוץ של הבעה"ת כלל דהא כשזה תובעו ואומר שתם הגדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן וזה אומר גדול הזיק את הקטן כו' אם כן מודה לו באותו תם עצמו במקצת ואפ"ה מדמי לה הש"ס לחטים ושעורים וכן הוא להדיא בדברי הרמב"ם שהביא הרא"ש סוף בבא מציעא וז"ל ומיהו עיקר הדין שאמר הראב"ד במלו' ופקדון נראה שדין אמת הוא ויש לו ראי' משלהי שמעתתא דפ' המניח דתנן היו הנזקין שנים והמזיקין שנים זה אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי כו' ורמינן מינה לרבה בר נתן אלמא דטענו חטים והודה לו בשעורים הוא והא הכא שזה טוען גדול הזיק את הגדול ואני שותף בו במנה והלה אומר לא כי אלא הקטן הזיק ואתה שותף בו בחמשים א"נ ב"ח וא"ה כיון דמשני ליה מנזק לנזק ה"ל טוענו בחטים והוד' לו בשעורי' עכ"ל הרי להדיא כמ"ש וא"כ אי אפשר לומר כלל התירוץ של הבעה"ת וכמ"ש. אבל מה שתרצתי לעיל לדעת הרמב"ם נ"ל ברור אמת ודו"ק. ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו:

סעיף מ

תבעו בחוב אביו כו'. נרא' דמיירי שתובעו ודאי שהוא יודע שאביו חייב לו וכדמסיק דאל"כ אפי' הודה בחוב עצמו אינו פורע אא"כ עומד בהודאתו אבל יכול לחזור בו ולומר משטה הייתי בך דאע"ג דכתבתי בסמוך סעיף י"ט דבמוד' לו במין מה שתבעו כגון מעות ומעות לא שייך לומר משט' הייתי בך היינו כשזה תובעו אתה יודע שאתה ח"ל מעות משא"כ ביורש שהרי יכול לומר איני יודע כלל משום דבר א"כ מה שמוד' לו דיחויי קמדחי לי' ודמי להנזקין שנים דאע"ג דמוד' לי' אותו תם עצמו שתבעו רק שאומר שהזיק את הגדול ואפ"ה פטור מטעם דלא ה"ל לידע וכמ"ש לעיל סעיף י"ב ולקמן סי' ת' סעיף ד' וכן דמי לאומר מועד הזיק את הגדול והוא אומר מועד הזיק את הקטן דאף על גב דס"ס ממון גמור חייב לשלם לו מן העלי' ואפילו הכי יכול לומר משטה הייתי בך מטעם דלא ה"ל לידע וכמ"ש שם וה"ה הכא כן נ"ל ודוק:

סעיף מא

בחוב אביו כו'. וכ"ש איפכא תבעו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו:

סעיף מב

ונשבע היסת. היינו כשחוב עצמו הוא כמו חוב אביו וזה חוזר ותבעו חוב עצמו אתה חייב לי ולא רציתי לתובעך עתה אבל אתה יודע שאתה חייב לי מכח אביך גם כן סך חוב זה וזה כופר בחוב אביו לכך נשבע רק היסת אבל אם תבעו מתחל' בחוב אביו מאה והוד' לו בחוב עצמו נ' הרי זהו מודה מקצת וישבע שבועת התור' על נ' כמו בסעיף הקודם גבי תבעו מנה הלואה ומוד' לו בנ' פקדון ודו"ק:

סעיף מג

אם טענו ודאי כו' כלומר דאף על גב דאין היורש צריך לשבע ליפטר וכדלעיל ס"ס ס"ט וסי' ע"א סכ"ב היינו כשאין התובע טוענו ודאי משא"כ הכא שטוענו ודאי צריך לישבע היסת וכן פירש הסמ"ע ס"ק ל"ב והב"ח ופשוט הוא ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ע"ה סעיף ט"ז ס"ק נ"ו: ולפי שנתחדשו ת"ל ית' הרבה דינים מתוך מה שכתבתי בתשעה סעיפים אלו מסעיף י"ב עד סוף סעיף כ' וגם נתברר שדברי הטור והמחבר והר"ב בכמה מקומות בסעיפים אלו אינם ישרים על כן אכתוב מה שעולה מכל מה שכתבתי מן סעיף י"ב עד סוף סעיף כ' על פי סימני הסעיפים

יב) תבעו שני דברים כגון חטים ושעורים והודה לו באחד מהם חייב ליתן לו מה שהודה לו ונשבע שבועת התורה על השאר אבל תבעו חטים והודה לו בשעורים פטור מש"ד אפי' עומד בהודאתו ורוצה ליתן לו שעורים רק נשבע היסת שאינו חייב לו חטים מיהו אם אינו רוצה ליתן לו שעורים פטור אף משעורים ואין חילוק בין טענו חטים ושעורים בשעה ידועה כגון שאומר לו אותם חטים שעורים היו או שעה אחרת כגון שעורים אני חייב לך שהלוית לי בזמן אחר והטעם שיכול הנתבע לטעון משטה הייתי בך לפיכך כשתבעו בחטים והודה לו בשעורים ויצאו מב"ד וחוזרים לשמוע הפסק דין אומרים להן הב"ד בסתם פטור הוא אף שלא טען משטה הייתי בך אבל אם חזר התובע ואמר יתן לי לפחות השעורים שהודה צריך הנתבע לטעון משטה ואי לא טעין לא טענינן ליה. לפיכך אם יש עדים על השעורים חייב לשלם לו השעורים וכן אם תפס התובע כפי דמי השעורים בין תפס קודם שעמד בדין ואחר שעמד בדין קודם שחזר הנתבע מהודאתו אף שתפס בעדים כיון שידע הנתבע שתפס ממנו בעל כרחו כפי דמי השעורים ועמד בהודאתו חייב ליתן לו השעורים אבל אינו מועיל תפיסה בעדים לחטים ואם תפס שלא בעדים בענין שיש לו להתובע מגו דלהד"ם או החזרתי אפי' תפס אחר שחזר הנתבע

מהודאתו מועיל תפיסתו בין לחטים בין לשעורים. וכל זה כשתובע טענו ודאי אבל אם טענו שמא אתה חייב לי חטים או שעורים והשיב אני חייב לך בודאי שעורים חייב ליתן לו שעורים וא"י לטעון משטה הייתי בך:

יג) הטוען לחבירו מנה הלויתיך והלה אומר אין לך בידי אלא נ' זוז שנתת אות' דמים בחפץ פלוני שלקחת אותו והרי הוא קיים והחפץ הוא שלך ובאחריותך הוא בכ"מ שהוא או שהלויתני עליו על מנת שלא להשתלם אלא מגופו דינו כטוענו חטים והודה לו בשעורים שיכול לטעון משטה הייתי בך ופטור אף מן החפץ שהודה לו ואם עומד בהודאתו ורוצה ליתן החפץ או שיש עדים כמו שאמר הנתבע אז בדין הראשון שהחפץ הוא שלו הוא פטור מש"ד דהילך הוא בדין השני שהלוה עליו על מנת שלא להשתלם אלא מגופו חייב ש"ד ואם החפץ שמודה לו הוא באחריות הנתבע כגון שחייב להעמיד לו חפץ כזה מ"מ הרי זה כדין שנתבא' לעיל סעיף ט' בתובעו מנה שבכל מה שיודה לו חייב ואינו יכול לחזור בו לטעון משטה וה"ה איפכא היכא דטעין דאית לי' גבי' חפץ פלוני שוה מנה שמכרתו לי או שהלויתיך עליו שתשלם לי דוקא בחפץ זה והלה מודה לו בחמשים זוז בהלואה לבד דינו כטוענו חטים והודה לו בשעורים אבל אם תבעו דאית ליה גביה חפץ פלוני דשוייה ניהליה אפותיקי אפי' אפותיקי מפורש כיון שיכול לסלקו במעות ומודה לו בחמשים זוז ה"ז מודה מקצת ונותן לו חמשים זוז ונשבע ש"ד על השאר:

יד) תבעו כור חטים וקודם שישלים דבריו וגם כור שעורים מיהר הנתבע ואמר אין לך בידי אלא כור שעורים ואמר התובע גם שעורים היה רצוני לשאול ממך אם כמערי' שמיהר להשיב קודם שיגמור זה טענתו ויתחייב שבועה חייב ליתן מה שהודה וחייב ש"ד על השאר דחשבי' ליה כאלו תבעו כבר שניהם ואם עשה כן לפי תומו פטור מש"ד אבל חייב בשעורים אם עומד בהודאתו ואם חזר בו ואומר משטה הייתי בך פטור ואף אם אומר התובע גם שעורים אתה חייב לי אלא שלא רציתי לתובעך עחה בהם אלא בפעם אחר נשבע הנתבע היסת שאינו חייב לו כלום:

טו) קדם הנתבע ואמר שעורים יש לי בידך ואח"כ תבע התובע חטים וכפר הואיל והודה בשעורים קודם שיתבע החטים אין כאן הודאה מקצת הטענה שלעולם אין מודה מקצת חייב שבועת התורה אלא כשהודה אחר התביעה וה"ה במין אחד כגון שבאו לב"ד וקדם הנתבע ואמר לו אני חייב לך נ' זוז והשיב לו התובע אתה חייב לי עוד נ' זוז והוא כופר פטור משבועת התורה וגם יכול לחזור בו מהשעורים או מהנ' זוז שהודה קודם תביעה

אבל אינו יכול לטעון משטה הייתי בך וי"א שבזה ג"כ רואין אם קדם הנתבע והודה בשעורים כמערים ליפטר מן השבועה חייב ליתן מה שהודה וחייב ש"ד על השאר:

טז) וכן אם תבעו חטים והודה בהם ואח"כ תבעו שעורים וכפר כיון שהודה בתביעת החטים קודם שתבעו שעורים אינו מודה מקצת הטענה ומשלם החטים ונשבע היסת על השעורים וי"א שבזה ג"כ רואין אם קדם הנתבע והודה כמערים חייב לישבע ש"ד על השעורים:

יז) תבעו חטים והשיב לו שאינו יודע אם חייב לו חטים או שעורים חייב לשלם לו עכ"פ שעורים ואינו יכול לחזור בו ולומר איני יודע משום דבר או איני חייב לך כלום ונשבע היסת שאינו יודע שחייב לו חטים ופטור מחטים ואם בא לצאת ידי שמים חייב ליתן לו חטים וכן אם השיב לו בתחלה איני יודע משום דבר או להד"ם ועדים מעידים שחייב לו חטים או שעורים משלם לו עכ"פ שעורים ונשבע היסת שאינו יודע מחטים וכן כל כיוצא בזה:

יח) הטוען את חבירו כדי יין או כדי שמן והודה בקנקנים משלם מה שהודה וחייב שבועת התורה בכל ענין דשמן וקנקנים קטעין ליה בין א"ל עשרה כדי שמן או מלא עשר כדין שמן אא"כ א"ל עשרה כדי שמן יש לי בבורך שאז כוונתו רק על השמן שבבור ולא הזכיר כדי אלא משום מדה והרי זה טוענו שמן והודה לו בקנקנים והרי זה כטענו חטים והודה לו בשעורים שפטור כמו שנתבאר לעיל סעיף י"ב:

יט) מנה לי בידך הלואה להד"ם דלא לויתי ממך אבל חמשים דינרין יש לך בידי פקדון או של נזק וכיוצא בזה הרי זה מודה מקצת וחייב ליתן לו חמשים דינרים וא"י לחזור בו וישבע שבועת התורה על השאר וה"ה שאלה ושכירות וכ"ש אם תבעו בנ' של הלואה ופקדון ומודה לו בא' מהן:

כ) תבעו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו או תבעו בחוב אביו שטענו אתה יודע בודאי שאביך חייב לי והודה לו בחוב עצמו פורע חוב עצמו שהודה ונשבע היסת על חוב אביו כשחוב עצמו עולה כסך חוב אביו אבל אם תבעו מתחלה בחוב אביו ק' והודה לו בחוב עצמו נ' הרי זה מודה מקצת וישבע שבועת התורה על נ' ואם אין טוענו ודאי שהוא יודע שאביו חייב לו א"צ לישבע היסת על חוב אביו וגם יכול לחזור בו ממה שהודה בחוב עצמו דכיון שלא תבעו רק בחוב אביו והיה יכול לומר איני יודע א"כ מה שהודה בחוב עצמו יכול לומר דחיתי אותך ומשטה הייתי בך:

סעיף מד

אין לך בידי אלא מעות צרור כו'. זהו ל' הטור וכל' הזה כ' ג"כ הסמ"ג דף קפ"א ע"ג ומשמע דאף שמוד' לו בודאי שהיה בו מעות וא"כ אין הודאתו בפחות משוה פרוטה ואפ"ה פטור משום שלא הודה בדבר שבמדה ומנין וכן משמע יותר ברמב"ם ריש פ"ה מה' טוען שכתב וז"ל ק' דינרים מסרתי לך לא מסרת לי אלא צרור של דינרין ולא מניח אותן בפני ואיני יודע מה הי' בו ומה שהנחת אתה נוטל הרי זה פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וכן הוכחתי לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב ס"ק מ"ח והקשיתי על הרא"ש ע"ש:

סעיף מה

פטור משבוע'. כ' הסמ"ע וז"ל וא"ת מ"ש מהא דכתב הט"ו בסי' ע"ה (סעי' י"ט) דאם תבע הלויתיך מנה וזה משיב אמת הלויתני ואיני יודע כו' עד וי"א דמסתמא אין בהודאתו פחות מש"פ וחייב וי"ל דשאני התם דעל תביעתו שהי' דבר שבמשקל ומנין השיב לו אמת הלויתני ומנית מידך לידי מאותו דבר שבמשקל ומנין אלא שאיני יודע כמה מ"ה חייב משא"כ כאן דאומר דמעול' לא קבל מידו בפרוטרו' דבר שבמנין אלא מסרו לידו יחד בלי משקל ומנין מ"ה פטור עכ"ל ומה יעש' בהך דמלו' על המשכון דלעיל סי' ע"ב סי"ב ובהך דהפקיד אצלו פירות שאינן מדודין דלקמן סי' רצ"ב סעיף י"ד דהתם נמי מעולם לא קיבל מידו בפרוטרוט דבר שבמנין ואפי' הכי חייב אבל נרא' דאשתמיטתי' להסמ"ע דברי הרא"ש והר"ן פ' הדיינים וכל מה שכתבתי לעיל סימן ע"ב סי"ב ס"ק נ' וכבר בררתי שם כדברי הרמב"ן ומוכרח כדבריו לחלק דשאני הכא כיון שאפשר לעמוד בכל מה שבבית ודבריו ברורים וכמ"ש שם וא"כ ל"ק כלל מה שהקש' הסמ"ע דוק ותשכח כי זה ברור:

סעיף מו

שהרקיבו בפשיעתו. ואע"ג דבמשנ' וגם בטור ובדברי המחבר כתבו שא"ל מה שהנחת אתה נוטל וקאי גם אזה גם בהרקיבו שייך לומר האי לישנא וכאלו אמר תבעתני פירות עד הזיז הלא המה כמו שהנחת ואינם אלא עד החלון וכך אתה נוטל ואם הרקיבו אשלם לך באותו שעור כיון שנרקבו בפשיעתו וכן כתב נ"י עכ"ל סמ"ע ס"ק מ"ד ומ"ש וקאי גם אזה כו' היינו משום דהא טעמא דחייב הוא כיון שתובעו בית זה עד הזיז והלה משיבו עד החלון ואפי' אומר לו מה שהנחת אתה נוטל דומיא דרישא וברישא דפטור משום דלא הוד' בדבר שבמדה ומנין וצריך נמי לומ' שהרקיבו בפשיעתו דאל"כ בלא"ה פטור משום הילך ומ"מ המדה לא חסר' אלא או' לו המדה שהנחת עד החלון אתה נוטל ומה שהרקיבו אשלם לך וכ"כ נ"י פ"ק דמציעא וז"ל אמר המחבר וא"ת כיון דקי"ל דהילך

פטור היכי תנן בפ' הדייני' אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ומשקל ומנין כיצד בית מלא מסרתי לך כיס מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור משמע הא דבר שבמדה כגון זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון אע"פ שלא נאבדו אלא שא"ל מה שהנחת אתה נוטל דומיא דרישא חייב ואמאי הילך הוא תירצו המפרשים ז"ל דבנתעפשו פירות עסקינן דבעי לשלומי לי' דמי קלקולן ומ"מ לא נפחתו מדמן (נ"ל שצ"ל מדתן) ומש"ה עד החלון חייב דלאו הילך הוא עכ"ל וכ"כ הר"ן פרק הדיינים וז"ל זה אומר עד הזיז קורה של עלייה שבולטת לתוך הבית וזה אומר עד החלון חייב לדידן דקי"ל הילך פטור ע"כ בשהרקיב מיירי ובאומר עד החלון והרקיבו בפשיעתו ובעי' לשלומי לך עסקינן ומה שהנחת אתה נוטל נמי בכגון זה הוא כלומר המדה שהנחת הרי היא במקומ' אלא שנתקלקלו הפירות ובעינא לשלומי לך עכ"ל ועמ"ש לקמן ס"ק מ"ז עוד הוכחה דלא מיירי בנאבד' לגמרי:

סעיף מז

דאל"כ הוי לי' הילך בדין שלפני זה שטוענו מעות והשיב מה שהנחת אתה נוטל לא קאמר דפטור משבועה דאוריית' משום הילך אע"ג דשם ל"ש לומר דנתקלקלו בפשיעתו היינו דבנתן בידו פירות מסתמ' יחד להן מקום ושייך לומר בהן הילך כי הן ברשותך במקום שהנחתם משא"כ במעות שמסתמא לא יחד להן מקום מיוחד משום הכי צריך להחזירו לידו ובסעיף כ"ג בתובעו כור תבואה והשיב לו אין לך בידי אלא לתך כיון דלתך דבר מועט הוא מסתמ' לא יחד לו מקום ומשום הכי לא מקרי הילך ע"כ לשון סמ"ע ס"ק מ"ח וכהאי גוונא כ' הבית חדש בסעיף כ"ח וז"ל ומ"ש וכגון שהרקיבו כו' כלומר דאם בית זה יש בו פירות עד החלון מן הסתם הוי ליה הילך כיון שהוא מזומן לפניו ליטלם אבל לעיל גבי אין לך בידי אלא דינר או לתך מן הסתם לא הוי הילך עד שיתן לו בפני ב"ד עד כאן לשונו ואין דבריהם נכונים דאפי' בביתו של נפקד הוה לי' הילך דכל היכ' דאית' ברשותא דמרא אית' וכמו שכתבתי לעיל סי' פ"ז סעיף א' ס"ק ג' וכן מוכח בבעל התרומות שער ז' חלק ב' שכתב וז"ל דעת הר"ז ז"ל דהילך נקרא אפי' קיימ' באגמ' והקשה עליו הר"א מההיא דאמרינן בית מלא פירות השיבו הר"ז הב"ע כשהרקיבו הפירות בפשיעתו השיבו הר"א ז"ל תינח פירות כיס מלא מעות מאי איכ' למימר דהא ליכא שייכות דהרקבה גבי מעות והרבה האריכו בזה בספר הריבות עכ"ל והאמת דלעיל נמי מיירי שנתקלקל צורת המעות או התבואה בפשיעתו וכן משמע בתוס' פרק שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ג ע"א) או י"ל בכיס כמו שכתב בלחם משנה ריש פ"ד מהלכות טוען דהוי מלוה והוא אמר כיס מלא דינרים הלויתי לך כדי שתחזיר

לי אותו הכיס מלא כמות שהוא וזה אומר לו עדיין לא הוצאתי' והרי הם כאשר נתת אותם לי ומה שהנחת אתה נוטל ואין כאן הילך במלוה כיון שלא מסרו בידו עכ"ל ואין להקשות א"כ גם בפירות הוה להו להפוסקים לפרש כן דסתם פירות פקדון הן וסתם מעות להוצא' ניתנה אבל יותר נראה כמו שכתבתי בסתמ' דמתני' ופוסקים משמע דגם מעות בפקדון מיירי ולכך צריך לומר דנתקלקלה צורתה דמטבע בפשיעתו: שוב ראיתי בספר גי' תרומה שער ז' חלק ב' דף צ"א ע"ג שכתב דדוחק לפרש מעות בהלואה וצריך התבוננות כיון דטעם הרקיבו שייך דוקא בפירות והרא"ש פ"ק דמציעא והטור סי' פ"ח והר"ן פרק הדיינים דמוקי לה בהרקיבו רחוק לומר שלא שתו לבם לכיס מלא מעות ואפשר לפרש דאיהו טעין איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל ואח"כ נמצא שמה שהניח אינו בעין שנאבד בפשיעה דהשתא אזיל ליה טעם הילך ואי לאו משום דלא הודה בדבר שבמדה ומנין הי' חייב שבועה עכ"ל ומה שתירץ דמיירי שנאבד אינו נכון דא"כ למה להו לתרץ דהרקיבו ה"ל לתרץ שנאבדו וגם נ"ל דלא דק בדברי הר"ן דמוכח להדיא מדבריו דלא מיירי בנאבד וכמ"ש הנ"י פ"ק דמציע' והבאתי לשונ' לעיל אלא משמע להו להר"ן והרא"ש וטור ושאר פוסקי מה שהנחת אתה נוטל ולא חסר' המדה: וגם נראה דדינו אינו אמת דאם נאבד ה"ל משואי"ל משלם דכיון דאין הודאתו אלא בפחות שבממין דהיינו בשוה פרוטה ואי אפשר לעמוד עליו כיון שנאבד ה"ל משואי"ל ומשלם כל מה שטוענו זה כיון שזה משיבו איני יודע וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב ס"ק נ' בשם הרמב"ם והר"ן והריב"ש וה' המגיד ושאר פוסקים אלא דוקא כשהוא עדיין בעין דאפשר לעמוד עליו פטור משום דלא הודה בדבר שבמדה וכמ"ש שם וע"ש ודו"ק הילכך בע"כ נ"ל כאן שלא נאבד המעות רק המדה והמנין היא בעין רק שנתקלקל צורתן או נתעפשו או נרקבו הפירות וכמ"ש כן נ"ל ברור (וע"ל סי' רצ"ו ס"ד ומ"ש שם):

סעיף מח

אלא משלם חמשים שהוד' ושל השטר שכפר ישבע בעל השטר ויטול. והא דאינו נאמן הלו' במגו דהי' כופר הבעל פה והי' מודה מה שבשטר דאף נגד שטר אמרינן מגו לקמן סי' רצ"ו ס"ב שאני הכא כיון דלעולם היה השטר בתוקפו משא"כ בסי' רצ"ו דאי הי' טוען נאנסו לא הי' השטר כלום ודו"ק:

סעיף מט

דשטר הוי כמו קרקע כו'. ל' הסמ"ע ס"ק נ"א ע' פריש' ודריש' שהוכחתי דאפי' אין ללוה קרקע כלל אפי' משועבדים אפ"ה חשוב השטר כקרקע כיון דנכתב השטר כדי לטרוף בו עכ"ל (ועיין בדריש' בא"ע סי' צ"ו סכ"ט) ונרא' טעמו מדכתב הטור אח"כ

דבכתב יד אין דינו כשטר רק כמלוה ע"פ ש"מ שיש חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ ואע"פ שהב"ח כתב שכ' כן לדעת הרמב"ן דס"ל במלוה ע"פ הוי מוד' מקצת בכל ענין וכ"כ הר"ב בס' בדק הבית זה ודאי דוחק שיכתוב הטור דבריו סתמ' דלא כהרא"ש שלפני זה אבל באמת אינו נרא' לומר דשטר יהא חשוב כקרקע אפי' אין לו משעבדי דהא כי היכא דבמלוה ע"פ להרא"ש אי לית ליה קרקע לא חשיב כקרקע אע"ג דשעבוד' דאוריית' א"כ ה"ה בשטר ודו"ק וכן מבואר בתוס' להדיא רפ"ק דמציעא ומביאם ב"י דהיכא דלית לי' אפי' משעבדי אפי' בשטר חייב ש"ד וכ"כ ב"י דאי לית ליה קרקע אע"ג דאית על השטר לא הוי כפירות ש"ק וכ"כ הב"ח בפשיטות בסי' זה בכמה דוכתי וכן משמע להדיא בספר גי' תרומה דף נ"ד וכן הרא"ש לא מיירי אלא שאין ללוה קרקע או שמחל לו השעבוד של בני חורין אבל יש לו משועבדים ולא מחל לו שעבודן והלכך במלוה ע"פ חייב ש"ד ובשטר פטור כיון דלית ליה משעבדי וטורף בשטר ממשעבדי והטור גבי כת"י נמי מיירי דומיא דמלוה ע"פ דהיינו דלית ליה ב"ח ואית ליה משעבדי וכ"כ התוס' רפ"ק דמציעא דר' יוחנן דמחלק בין ע"פ לשטר מיירי דאית ליה משעבדי ולית ליה ב"ח וי"ל דגם כוונת התוס' והרא"ש בשבועות כן ע"ש ודו"ק: וכתב ב"י מיהו שטר הילך הוא אע"ג דלית לי' קרקע כלל מיהו אם אין לו נכסים כלל אפי' מטלטלים י"ל דלאו הילך הוא ואע"ג דמדברי רש"י רפ"ק דמציע' דף ד' ע"ב משמע דלא הוי הילך אלא מטעם שהקרקעות משועבדים לו בשטר היינו דרש"י מיירי התם אפי' באינו מודה אבל במודה נראה כהב"י דאפילו לית ליה קרקע כלל הוי הילך וכן דעת הרבה פוסקים דבדבר שאינו יכול לכפור הוי הילך וכמו שכתבתי לקמן סעיף כ"ט ס"ק שאח"ז ושוב מצאתי בס' גי"ת דף נ"ד ריש ע"ג שהקשה על הב"י מרש"י הנ"ל ולפעד"נ כמ"ש ועמ"ש לעיל סי' ע"ה ס"ד בהג"ה ס"ק י"ב ודו"ק. ע' בתשובת הר"ב סי' צ"ה שאלה ד':

סעיף נ

הרי הוא כהודאה על פה כו'. ל' הסמ"ע ס"ק נ"ג ע' בטור סימן זה סל"ח שכתב בשם התוספות והרא"ש לפי מה דקי"ל שעבודא דאוריית' אפילו במודה מקצת במלוה על פה אינו חייב לישבע ש"ד אם לא שאין לו קרקעו' בנ"ח או שמחל להלו' שעבוד קרקעותיו והמחבר ומור"ם ז"ל לא הזכירו סברתם וסתמו כדעת הרמב"ן ואינך גאוני' דלא חלקו בהם עכ"ל ור"ל דס"ל דלא מיקרי כפיר' ש"ק אלא בשטר שטורף בו מן המשועבדים וכ"כ בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ג' דהכי קי"ל וע"ש (ע' בתוס' בבא בתרא דף קע"ה ע"א ד"ה המלו' כו':

סעיף נא

אפי' יש בו נאמנות כו'. ולפע"ד דין זה צ"ע לפי שנרא' שפסק המחבר כן ע"פ מ"ש בספרו ב"ה דאפשר גם הרמב"ם סובר כן ובאמת נלפע"ד דעת הרמב"ם דבכתב יד בנאמנות הוי הילך דכתב טעמא לפי שאינו יכול לכפור וכ"כ ה' המגיד והנ"י רפ"ק דמציעא בשמו (ודלא כב"ה לדעת הרמב"ם) וכ"כ בס' לח"מ פ"ד מה"ט בדעת הרמב"ם אך מה שהקש' שם הלח"מ על הנ"י שלא הבין דעת הרמב"ם כן הוא תמוה לי שאדרב' הנ"י כתב כדבריו שוב ראיתי בכסף משנה פ' כ"ב מה' עדות דעתו גם כן דדעת הרמב"ם כמו שכתבתי ע"ש והבאתי דבריו לעיל סימן ל"א ס"ב גם ר' ירוחם כתב כן במסקנתו בנ"ג ח"ב וז"ל ויש מי שכ' שכל זמן שהודה בדבר שלא הי' יכול לכפור כמו בכת"י בנאמנות ה"ל הילך ופטור מש"ד וכ"כ הרמב"ם ז"ל עכ"ל וכ"כ עוד ר' ירוחם שם בסתם בסוף החלק ההוא ע"ש וכ"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות דבדבר שא"י לכפור ה"ל הילך ומביאו ב"י לעיל ר"ס פ"ז וכן דעת ה' המגיד פ"ה מה' טוען דלא כמו שנרשם כאן בגליון סמ"ע ע"ש ה' המגיד להפך וע"ל סימן פ"ז ס"א בהג"ה משמע ג"כ הכי והוא מהטור ע"ש ודוק וכ"כ בסמ"ג דף קפ"א ע"ג להדיא דשטר הוי הילך שהרי לא תועיל בו כפירתו ולא הזכיר שום שעבוד קרקעות ע"ש וכ"כ בס' מעד"מ בריש ב"מ שדעת הרא"ש והרמב"ם דכל שא"י לכפור ואפי' אינו שטר לא הוי מ"מ וכ"כ הב"ח שכן דעת הרמב"ם והרא"ש והטור ע"ש:

שוב ראיתי בא"ע סימן צ"ו סט"ו מביא הר"ב גופיה דעת ה' המגיד פ' ט"ז מה' אישות דס"ל דבדבר שא"י לכפור לא הוי מ"מ אפי' ליכא שעבוד קרקעות ואזיל לטעמי' בפ"ד מה' טוען ומביאו ב"י שם ע"ש וכן משמע בתשו' מבי"ט ח"ב ס"ס ר"ה ואם כן נרא' פשוט לענין דינא דאין לחייבו ש"ד דלא יהא אלא ספיקא דדינא הוי קולא לנתבע:

סעיף נב

נתבאר כו'. ועמ"ש בזה בס"ס נ"א:

סעיף נג

אפ"ה פטור מש"ד. ומיהו נשבע היסת כ"כ ה' המגיד וכתב שכן כתבו ז"ל וכ"כ הנ"י פ"ק דמציעא בשם הרמב"ן ואע"פ שכתב הנ"י שם שהרשב"א והר"ן דחו ראייתו של הרמב"ן מ"מ יכול להיות דבדינא לא פליגי עלי' וכתב בסמ"ע ס"ק נ"ו די"ל דגם הטור ס"ל הכי וכ"כ באגודת אזוב דף פ"ג ע"ב וכ"כ בספר ג"ת שער ז' ח"ב דף נ"ה ע"ב שכן נראה דעת הטור והב"ח השיג על הסמ"ע ואין דבריו נראין לי:

סעיף נד

לפיכך אמר ליה מנה לך כו'. כתב ר' ירוחם בנ"ג ח"ב תובע לחבירו בשמא ומתוך הודאת הנתבע חזר טענתו ברי שהודה במקצת חייב שבועת התורה כך נראה מדברי רש"י בפ' הנזקין וגדולי המורים חלקו עליו עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ לעיל ר"ס פ"ז ונראה דדעת הפוסקים והט"ו כאן כגדולי המורים ועמ"ש לעיל סימן פ"ב סי"ג (עיין בתשו' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ט ע"ב וסי' קנ"א) .

סעיף נה

או לאביך כו'. כתב רב האי גאון בספר משפטי שבועות שלו שער א' דף ד' וז"ל טענו כך וכך לאבי בידך ואמר הנתבע שלא היה לו עלי לעולם אלא כך וכך פטור לפי שהוא משיב אבדה כמו שאמר מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא נ' פטור מפני שהוא כמשיב אבדה וזה מיוחד הוא באמרו שלא הי' לו למת עליו יותר אלא אלו הנ' (כלומר שלא לוה לו מתחל' רק נ') אבל אם אומר לו ק' היו עלי בידי ופרעתיו מהם נ' חייב (נ"ל דהיינו דוקא שהיורש טוען ברי שהלוה לו נ' רק שאינו יודע אם פרעו וזה טוען נתתי לו נ' דאל"כ אין לחלק בין אין לך בידי נתתי ודו"ק) כמ"ש מנה לאבא בידך אין לו בידי (אלא חמשים כן צ"ל) פטור אבל אם אמר נתתי לו מהם חמשים חייב (צ"ל שכך היתה גירסת הגאון אבל בספרים שלנו ליתא האי אבל אמר נתתי לו מהם נ' חייב או אפשר דהגאון מדקדק כך מל' המשנה דתנן מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא נ' פטור ולא קתני נתתי לך פטור משמע דוקא אין לך בידי אלא נ' פטור אבל נתתי לך חייב או אפשר דהגאון ס"ל דע"כ לא פליגי חכמים עליה דראב"י אלא כשקדמה הודאתו הא לא"ה משמע דמודי לי' וכמ"ש לקמן ודו"ק) וכן מי שהקדים הודאתו לטענת חבירו אינו חייב גזיר' (כלו' אפי' היורש טוען אחר כך ברי לי שאבא הלוה לך מנה וזה טוען נתתי לו נ' מ"מ כיון שהודה קודם תביעת היורש פטור) כי הוא משיב אבידי' כי המחייבו גזרה ר' אליעזר ואין הלכה כמותו אלא כחכמים וכך למדוני הראשונים ראב"י אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו וחכ"א אינו אלא כמשיב אבידי' ופטור וזה הדבר כבר מתחזק בבני אדם כי כל המקדים לב"ד ומוד' קודם טענת חברו פטור כגון יקדים אדם לדיין ויאמר לו שפלוני מת ונשאר לו עלי ק' דינרים אפי' אם אחר כן באו היורשים וטענו כפלים כמה שהוד' יחשב כמשיב אבדה זו טעות גדולה דא"כ כל אדם יעשה כן ויודה במקצת ויפטר (מכאן מוכח דמירי שהיורש טוען ברי לי שאבא הלוה לך ק' דאל"כ מה שייך לומר דא"כ כל אדם יעשה כן ויודה במקצת ודו"ק) אלא צריך הדיין לראות אם כמערים מיהר בהודאתו לפלוני שלא יתחייב חייב ואם על דרך תומו פטור וזה שאמרנו שהמוד' שהי' לו בידו

נ' שהוא כמשיב אבדה ופטור ק' דינרים ופרעתי חמשים ונשארו נ' אינו כמשיב אבידה אלא אם יהיו ג' דברים הא' אם יודה בב"ד קודם תביעת היורשים ויתברר לב"ד שלא על דרך ערמה הודה והשני אם אין שם עדות שבינו לבין המת הי' ביניהם משא ומתן (כלומר שידוע לעדים שהלוה לו ק' רק שאין יודעים אם פרעו דומיא דשדה זו של אביך היתה אבל פשיט' דאם הי' ביניהם מו"מ ואינו יודע שהי' חייב לו כלל הוי דמי לאין שם עדים ודו"ק) ה"ז משיב אבידה ופטור ואם יש עדים שהי' משא ומתן ביניהם חייב כדתנן דומה לזה ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהוא של אביו והוא אומר לקחתי' ממנו אינו נאמן הג' אם לא יהי' דבר ידוע ומבואר לכל או יציאת קול שהי' משא ומתן בין המת ובין המודה כו' עכ"ל. ומ"ש הגאון דביש עדי' חייב נלפע"ד דהתוס' פ"ב דכתובות (דף י"ח ע"ב) פליגי עלי' דפריך התם בש"ס וליתני ומודה ר' יהושע באומר לחבירו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס שהוא נאמן ומשני אליב' דמאן אי אליב' דרבנן הא אמרי משיב אבד' הוי וכתבו התוס' אי אליב' דרבנן הא אמרו משיב אבדה הוי כדמסיק דבבנו מעיז וא"כ לא מצי למיתני ואם יש עדים אינו נאמן דלעולם נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי הכל דבבנו מעיז ומעיז עכ"ל (ונראה שהגאון מפרש הש"ס שם אליב' דרבנן משיב אבדה הוי כמו שפירש רש"י ע"ש ודו"ק) וא"כ כ"ש ביש קול חולקין התוס'. וכן בטוען היורש ברי לי שהלוה לך נ' דהני ג' חד ענינא הוא. וגם ר' ירוחם כ' בסוף נתיב כ"ו וז"ל כתב רב האי כל הקודם לב"ד ואומר פלוני מת ונשאר לו אצלי מנה הוה כמשיב אבדה אלא צריך שיודה קודם תביעת היורשים ויתברר לב"ד שאינו כמערים וגם שלא יהיה שם עדים שהי' בינו ובין המת דרא דממונא ואז הוא כמשיב אבידה וכמו זאת שנינו מודה ר"י באומר שדה זו של אביך הית' כו' ע"כ אבל מל' תו' נרא' כל זמן שמודה בלא תביעה אפי' למאן דפסק כר"א שאינו משיב אבדה כשתובעו היורש כמ"ש בטוען ונטען (פטור) וכן נרא' מהרמב"ם עכ"ל אך מ"ש ר' ירוחם אפי' למאן דפסק כר"א לא ידעתי מנ"ל הא ומ"ש וכ"נ מהרמב"ם נרא' דמשמע ליה הכי מדכתב הרמב"ם פ"ד מה' טוען וז"ל האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך ק' והלה אומר אין לך בידי אלא נ' ה"ז משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת ואצ"ל אם הודה מעצמו ואמר מנה הי' לאביך בידי ונתתי לו נ' דינרים ונשאר לו נ' שזה פטור אף משבועת היסת אבל יורש שטען ואמר אני יודע בודאי שיש לאבא בידך או ביד אביך מנה והוא אומר אין לך ביד. או ביד אבי אלא נ' ה"ז מודה מקצת וישבע עכ"ל מדלא כתב דחייב שבועה אלא כשטוען בודאי שיש לאביו בידו נ' משמע הא לאו הכי בכל ענין פטור: ומ"מ מה שחילק הגאון בין כמערים או כמודה לא

מצינו שום חולק עליו ונפקא מיניה אם טוען היורש ברי לי שעדיין אתה חייב לו ק' דינרים דאף שהודה קודם התביע' שחייב לו נ' אם הודה כמערים חייב ש"ד וכ"ש בו עצמו דחייב ש"ד ומ"ש הרמב"ן ובעה"ת הבאתי דבריה' לעיל סי' ע"ה ס"ג ס"ק ט' דלענין ש"ד בעינן שתקדם תביעה להודא' היינו אם הודה לפי תומו. גם במרדכי פרק שבועת הדיינים הביא דברי רב האי גאון דלרבנן דראב"י דהוי משיב אבדה היינו כגון שלא קפץ והערים וע"ש:

סעיף נו

פטור ואפי' משבועת היסת כו'. באמת כ"כ הטור אבל מקור דין זה הוא מדברי הרמב"ן שהביא בעה"ת שער ז' ח"ב ושם לא כתב דפטור משבועת היסת רק שכתב שאין שבועת דמוד' מקצת אלא כשקדמה תביעתו להודא' ודוקא בהודה לו כו' ושוב אינו נזכר כלל הוא דכ' שם דפטור אף משבועת היסת משום דהשתא נמי ליכא תביעה ומשום ש"ד נמי לא חייב מפני שהודה במקצת שאינו אלא כמשיב אבדה אבל באומר הזכרתני ויודע אני שלא פרעת לי כלום דהשתא תובעו בברי נהי דאין חייב שבועת התור' כיון שלא קדמה תביעה להודא' מ"מ מאן לימא דלא מחייב היסת דלא אשכחן בשום מקום דבהיסת בעינן שתקדים תביעה להודא' וגם ל' ר' ירוחם נ"ב ח"ג שכתב דאין מוד' מקצת חייב שבועת התורה אלא כשההודא' אחר התביעה עכ"ל משמע דוקא שבוע' התורה אבל לא היסת ונרא' דדמי לדלעיל סעיף ט"ו דנשבע היסת על החטים ודוחק לחלק ולומר דשאני הכא כיון שאומר לא הייתי זכור וצ"ע. ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ה סעיף ג' ס"ק ט':

סעיף נז

ודינו כשטר. ואינו יכול לטעון פרעתי ועמ"ש לעיל ריש סי' ע':

סימן פט

סעיף א

השכיר כו'. כתב המרדכי ריש פ' כל הנשבעין וז"ל על אודות השכיר שנשבע ונוטל אם יכול להפך השבוע' על בעל הבית לו' לו השבע והפטר פלוגתא דרבוותא הוא רבינו יוסף מגא"ש ז"ל כתב שיכול להפכ' ולכאורה נרא' טעמו דכל האומר אי איפשי בתקנת חכמים שומעין לו כגון זה דלטובתו נתקנה ורבינו אלפסי והמיימון כתבו דלא מהפכי' ונרא' למהר"מ כדבריהם דהכא לאו לטובתו של שכיר נתקנה אלא לטובת בע"ה נתקנה דטריד בפועליו ואינו זכור אמנם אם השכיר אומר לבע"ה השבע לי שאינך יודע בבירור שלא פרעתני והפטר אז צריך בע"ה לישבע דלא גרע מהאומר לחבירו מנה לי בידך והלה

אומר איני יודע דפטור וצריך לישבע שאינו יודע וכדברי רבינו יוסף אבן מג"ש כן כתב בשער י"ו דאלפס עכ"ל בנוסחא ראשונ' וכן בנוסחא אחרת מפ' כל הנשבעין ומביאו ב"י בקצרה בס"ס ג' ולא ידעתי אנה מצא שכתב ר"י מג"ש שיכול להפכ' ונרא' שהוציא כן ממ"ש הסמ"ג בה' תובע ונתבע עשין צ"ה דף ק"פ ע"ג (ועיין במרדכי שם שמביא עוד דברי הסמ"ג בשאר ענינים בפ' כל הנשבעין ע"ש) וז"ל הורה הרב ר"י אבן מג"ש הלוי ורבותיו שאם אמר התובע א"א בתקנת חכמים כגון זאת שתקנו חכמים לישבע וליטול אלא הריני כשאר כל התובעים הרי זה משביע את הנתבע שבועת היסת כו' עכ"ל אבל לפענד"נ דלא פליגי רב אלפס והמיימון על הר"י מגש בזה דהא דברי הר"י מג"ש אלו מביא הרמב"ם גופי' פ"א מה' טוען שכ' והורו רבותי שאם אמר התובע אי אפשי כו' וכ' בהגהת מיי' שם וז"ל וכן ס"ה משמם והם ר' יוסף ן' מגש ורבותיו עכ"ל אלא ודאי נהי דס"ל להרי"ף פ' הכותב גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד כו' והבאתיו לעיל סי' פ"ז סעיף י"א ס"ק ל"א ולהרמב"ם שם דאינו יכול להפך שום שבועת המשנ' היינו להפך בכיוצא בה אבל משבועת המשנה להיסת יכול להפך דפשיט' דיכול לומר הריני כשאר התובעים וגם קשה לי מ"ש ונרא' למהר"מ כדבריהם דהכא לאו לטובתו כו' דהא הרי"ף והרמב"ם שם לא מחלקין בין שכיר לשאר נשבעין ונוטלים אלא ס"ל בכל נשבעין ונוטלין אינו יכול להפך משום דיכול הנתבע לומר את לית לך גבאי מידי אי ניחא לך לשקול אישתבע ושקול אנא לא בעינא אשתבועי וכמ"ש לעיל סי' פ"ז ס"ק ל"א בשמם (וגם מ"ש וכדברי ר"י מג"ש כ"כ בשער י"ו דאלפס הוא מגומגם דבשער י"ו דאלפס כ' בכל הנשבעין ונוטלין דמפכי' ועי"ש ובע"כ שאלפס בעל השערים הוא חולק על הרי"ף פ' הכותב וגם על הר"י מג"ש ודוק) ונרא' דמהר"ם ס"ל כהרי"ף והרמב"ם ולא מטעמייהו אלא בעלמא ס"ל דגם הנשבעין ונוטלין יכולין להפך וכדעת ר"י והתוס' שהבאתי לעיל סי' פ"ז סעיף י"א ס"ק כ"ט והכא ס"ל כותייהו מטעמא דלאו לטובתו של שכיר נתקנה וגם נרא' דמהר"מ לטעמיה אזיל דס"ל דגם בשבועת היסת בעי נקיטת חפץ וכמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף י"ג ס"ק ל"ח בשמו ולכך כתב כאן אמנם אם השכיר אומר לבעה"ב כו' דלא גרע כו' וצריך לישבע כו' אבל לפי דעת הרמב"ם והט"ו וסייעתם וקי"ל כוותייהו לעיל סי' פ"ז סעיף י"ג דבהיסת א"צ נקיטת חפץ א"כ לא דמי לאומר איני יודע דצריך לישבע דהיינו היסת בלא נקיטת חפץ אבל מ"מ אינו יכול להפך עליו נק"ח והכי משמע מטעמא שכתבו הרי"ף והרמב"ם דנשבעין ונוטלין אינן יכולין להפך משום דא"ל הנתבע את לית לך גבאי ולא מידי את אי ניחא לך למשקול אשתבע ושקול כו' דלפ"ז אפי' אומר לו התובע השבע לי שאינך יודע בבירור שלא פרעתני אי"צ לישבע בנקיטת חפץ. כן

נ"ל ברור. מיהו כל זה מיירי כשהבע"ה טוען ברי לי שפרעתיך אבל אם טוען איני יודע שפרעתיך פשיטא דחייב לשלם להשכיר ואין להשכיר צריך שבוע' כלל דלא גרע שכיר משאר תובע וכדלעיל סי' ע"ה סעיף ט' ודוק:

סעיף ב

אפי' הי' שכרו פרוטה כו'. לפי שהמחבר ושאר אחרונים לא כיוונו יפה בכאן לכן מוכרח אני להאריך קצת. ז"ל הטור ואלו נשבעין ונוטלין כו' ובלבד שתהא הכפירה בשתי כסף וכ"כ הרמב"ם והראב"ד השיג עליו וכתב מה יעשה השכיר שהשכיר עצמו במעה ילך בפחי נפש ומסתברא כדברי הרמב"ם עכ"ל והנה ז"ל הרמב"ם פ"ג מה' טוען דין ז' הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכים טענה שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהי' ביניה' כפירת שתי מעין ואח"כ ישבע ספקו עכ"ל ומביאו ב"י ובספי"א מה' שכירות כ' וז"ל שכיר כו' אפי' הי' שכרו פרוטה א' ובע"ה אומר נתתי לא יטול אלא בשבוע' וכן כל הנשבע ונוטל אפי' לא יטעון אלא פרוטה א' לא יטול אלא בשבוע' כעין של תורה עכ"ל וכ' הרב המגיד שם וז"ל מ"ש כאן הוא או כדעת רבותיו ז"ל או שהוא מחלק בין השכיר לשאר הנשבעין ונוטלין מפני שהשכיר אל שכרו הוא נושא נפשו ומ"מ ה"ל לבאר כן בפ"ג מה' טוען ואולי סמך לו אמ"ש כאן וצ"ע עכ"ל ומ"ש שהוא מחלק בין שכיר לשאר הנשבעין ונוטלין ודאי לא נהירא מכמ' טעמים ועוד דהא כ' וכן כל הנשבע ונוטל כו' וא"כ מ"מ תיקשי כל הנשבע ונוטל אהדדי. גם הב"י הקש' על ה"ה בזה. אך מה שתירץ הבית יוסף דהרמב"ם פי"א מהלכות שכירות מיירי לענין גלגול כו' לא נהירא וכבר השיג עליו הב"ח בזה. אך בכסף משנ' פי"א מה"ש שם כתב שאפשר לומר כתירוץ הראשון של ה"ה שאע"פ שלא נרא' להרמב"ם הוראת רבותיו מ"מ לא מלאו לבו לחלוק עליהם לענין מעש' ולפיכך סתם פה הדברים כהוראת רבותיו עכ"ל וכ"כ בספרו ב"ה וכתב עוד שם ולענין הלכ' כיון שחולקים על הרמב"ם רבותיו והראב"ד והר"ן ולא מצינו לו חבר ולפי מה שכתבתי אפשר שלענין מעשה לא יחלוק עליהם נקטינן כותייהו עכ"ל ועל פי זה פסק כן כאן בש"ע אבל גם זה לא נהירא ועוד דא"כ מה יעש' בדברי הטור שכאן כתב הטור ומסתברא כדברי הרמב"ם ומיד לקמן בס"ס זה כתב הטור אפי' היה שכרו פרוטה אחת ובע"ה אומר נתתיה לך לא יטול אלא בשבועה. והב"ח תירץ דהרמב"ם פי"א מה"ש והטור ס"ס זה מיירי דהבע"ה יוכל להכריח את השכיר שישבע בנק"ח ע"י הפוך ולא סגי בהיסת ואם לא ישבע בנק"ח פטור הבע"ה אפי' מהיסת דיוכל הבע"ה לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא יהא כב' מעין כו' וע"ש

שהאריך ומלבד מה שפרושו אינו מתקבל על לשון הרמב"ם והטור דבריו תמוהין מאד לדינא דהאיך יאמר הבע"ה אי אפשי כו' דאפי' היה ב' מעין היה השכיר יוכל לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא אהיה אני כשאר התובעים בע"פ והשבע אתה היסת וכמ"ש הרמב"ם והט"ו לעיל סי' פ"ז סעיף י"ג והוא פשוט וכמ"ש שם והלכך ודאי דהבע"ה לא יוכל להפוך על השכיר רק היסת: אמנם לפעד"נ ליישב דברי הרמב"ם ע"ד האמת והוא למי שמעיין ברמב"ם עצמו פ"ג מה' טוען כ' מתחלה הדינים שנתבארו לעיל ריש סי' פ"ח בין שבועה דאורייתא דמוד' מקצת לשבועה דעד אחד דבשבוע' מ"מ בעינן כפירת שתי כסף ובשבוע' דעד אחד אפי' לא כפר אלא בפרוטה חייב וכתב אח"כ וז"ל וכן בשבועת השומרים אפי' הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוט' וטוען שאבדה נשבע וכל פחות מפרוט' אינו ממון ואין ב"ד נזקקין לו וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוט' ומעלה הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינם צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין כו' עכ"ל והנ' לפי כל התירוצים דלעיל הן לתירוץ ה"ה או להב"י והב"ח תיקשי דהאיך יסתרו דברי הרמב"ם זא"ז תוך כדי דבור דמתחל' כתב וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוט' ומעלה ואח"כ מיד חלק על רבותיו ובאמת הב"י לא העתיק לשון הרמב"ם רק מן הורו רבותי ואילך אבל תימה איך לא הרגיש במ"ש הרמב"ם לפני זה ועוד קשה למה האריך הרמב"ם וכתב ואני אומר שצריך הנתבע כו' ואח"כ ישבע התובע כתקנת חכמים ויטול הל"ל בקיצור ואני אומר שצריך טענת שתי כסף או ולא ירא' לי כן אלא נרא' דמתחל' קאמר הרמב"ם וכן בשבועת השומרים כו' פרוטה או שוה פרוט' נשבע כו' וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעל' לפי שתקנת חז"ל דאף בפרוט' ומעלה ישבעו ויטלו הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינם צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך מ"מ הנתבע שיכפור בשתי מעין ואם לא כפר מתחל' שתי מעין אין הב"ד פוסקי' לו שבוע' אלא צריך שיכפור בשתי מעין ואז פוסקים לו הב"ד שבוע' ואח"כ ישבע התובע כתקנת חכמים ונוטל אף מפרוטה ומעל' כן נ"ל ברור כוונת הרמב"ם. וזהו כוונת הטור מ"ש כאן ובס"ס זה. וכן ראיתי בר' ירוחם נכ"ט סוף ח"א שכתב וז"ל וכ' הרמב"ם כו' ע"כ בשכירות פי"א ועוד כ' בטוען ונטען פ"ג הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע כתקנת חכמים ויטול שהרי כל הנשבעין בטענת ספק צריך שיהי' ביניהם ספק כפירת שתי מעין ואח"כ ישבע ספקו והוא כתב כי הנשבעין ונוטלין נשבעין מפרוט' ולמעלה אבל בכפיר' לפי דבריו צריך שני מעין וכן נרא' עיקר עכ"ל (וגם הב"ח פסק כהרמב"ם והטור) וגם הסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"א ע"ב כתב הורה

רבינו משה שהנשבעין ונוטלין צריך שיכפור הנתבע בשתי מעין ע"כ וכ"כ בהגהת מיי' פ"ג מה' טוען והלכך כיון דכל הני רבוותא מסכימים לדעת הרמב"ם הכי נקטינן ובפרט דהוי קולא לנתבע:

סעיף ג

נשבע הב"ה ונפטר משמע היסת וכ"מ בע"ש שכ' לא עשו לו תקנ' ובה"ב נשבע ונפטר כדין שאר הנתבעין ע"כ אכן מלשון הר"ן שממנו מקור דין זה שהביאו הב"י וד"מ שכ' שאם הי' השכיר חשוד או עבד חזרה שבוע' לבה"ב משמע שהבה"ב נשבע כמו שהי' לו לשכיר לישבע דהיינו שבועת המשנ' בנקיטת חפץ וכן מוכח יותר להדיא בהר"ן עצמו שכ' שם בפרק כל הנשבעין וז"ל ירושלמי הי' עבד וב"ד מוסרים שבוע' לעבד (בתמי') הי' חשוד וב"ד מוסרים שבוע' לחשוד ע"כ ונרא' שחזר' שבועה על בה"ב דתחלת תקנת שבוע' זו על בה"ב הוטלה כמו שכתבנו למעל' אלא מפני תקנתו של שכיר עקרוה מבעל הבית ושדיוה אשכיר הלכך כשאין שכיר יכול לישבע נשבע בה"ב והכי מוכח ממה שאמרו שם בירוש' בסמוך היו שניהם חשודים בפלוגתא דר"מ ור"י היו שניה' חשודין חזר' שבועה למקומ' וכו' ונראין הדברי' שכך הדין אם הי השכיר קטן שאין ב"ד מוסרים לו שבוע' אלא ישבע בה"ב עכ"ל וכ"כ הרמב"ם בס' המלחמות סוף שבועות וז"ל ומ"ש בשכיר חשוד שאינו נשבע ונוטל כלום איני מוד' לו לפי שמצאתי בירושלמי הי' עבד וב"ד מוסרים שבוע' לעבד פי' בתמיה הי' חשוד וב"ד מוסרים שבוע' לחשוד היו שניה' חשודים פלוגתא דר"י ור"מ דתנינן הי' שניהם חשודים חזר' שבועה למקומה דברי ר' יוסי ור"מ: אומר יחלוקו פי' גבי שכיר נמי לר"מ חולקים לר' יוסי חזרה שבועה למקומ' ופטור בע"ה מכל מקום למדנו ששכיר חשוד אינו מפסיד אלא ב"ה נשבע ולא משלם והטעם מפני שעיקר התקנה שרצו חכמים להתקין משום כדי חייו על הב"ה היתה מפני שהוא כעין של תורה אבל ראו שהוא טרוד והפכוה על השכיר שהוא זוכר יותר ממנו והיינו דאמרינן בריש פירקין עקרוה רבנן לשבוע' מב"ה אלמא דין הוא דלשתבע ב"ה ואע"ג דלא איתקנ' שבועת היסת עדיין שבימי רב נחמן תקנוהו כדאמרי' בקדושין והאידנא דתקון רבנן שבועת היסת וכו' והיינו דאקשינן ומשום כדי חייו דשכיר קנסינן ליה לבע"ה פי' לשלם דיו שתחמיר עליו שבועה ומפרקינן ב"ה ניחא לי' כו' ואקשינן אדרבה שכיר ניחא לי' דלשתבע ב"ה כו' וש"מ דמ"ה ב"ה חייב לישבע לכשתמצא לומר כולה סוגיא אהכי ריהטא ואסיקנא ב"ה טרוד בפועליו הוא משום כדי חייו דשכיר ראוי שישבע ב"ה וכיון שהוא טרוד שדיוה אשכיר דהכי עדיף טפי וזהו שכ' רבינו הגדול ז"ל עקרוה רבנן לשבוע' מבע"ה משום דטרוד בפועליו הוא ושדיוה אשכיר משום כדי

חייו עכ"ל וכ"כ הטור לקמן סי' צ"ב סי"ג בשם הרמ"ה דנשבעין ונוטלין בשטר אם הוא חשוד נוטל בלא שבוע' ובשאר הנשבעין ונוטלין אם הם חשודים ישבע הנתבע היסת חוץ משכיר אם הוא חשוד ב"ה כעין של תורה עכ"ל וכ"כ הבעל העיטור בדיני חוב מלוה על פה ע"ש דף ס"ה ע"ד וז"ל ומסתברא דחשוד שכנגדו נשבע ופטור כדגרסי' בש"ס דבני מערבא גבי שכיר הי' משכון בידו נוטל בלא שבועה היה עבד וב"ד מוסרין שבועה לעבד היה חשוד וב"ד מוסרים שבועה לחשוד היו שניהם חשודים פלוגתא דר"מ ור' יוסי ש"מ דהיכא דנשבעין ונוטלין חשודים מפכינן אשכנגדו ולא תקנתא לתקנתא היא דהא שבועה עלי' דב"ה רמיא ועקרוה אשכיר אבל שבוע' דרב נחמן ליתא כלל אלא מדרבנן ויש מחכמי דורינו שאומרים הפוגם שטרו דנקיט שטרא בידיה וחשוד שקול בלא שבועה כיון דלא מוסיפין אדרב ושמואל אבל שכיר ונגזל וכל דלא נקיטי שטרא וחשוד אין נשבעין ונוטלין ולא דייק לן עכ"ל (רק דמשמע מדבריו דכל הנשבעין ונוטלין דין שכיר יש להן וכמ"ש לקמן): מיהו דעת הרמב"ם פ"ב מה' טוען דין ח' נרא' דכל הנשבעין ונוטלין אף שכיר אם היו חשודים שכנגדו נשבע רק היסת וכן נראה מדברי ה"ה שם להדיא ומביאו ב"י לקמן סי' צ"ב סי"ג והיינו כדעת בעל המאור וכן נראה מדברי הריטב"א פ' הכותב בשם הרז"ה ומורו ונרא' שם שגם דעתו כן וכ"מ מדברי הראב"ד בהשגות פ"ב מה' טוען ובעה"ת שער כ"א סוף ח"א דע"כ לא פליגי על הרמב"ם אלא בשטר אבל בכל שאר הנשבעין ונוטלין משמע דמודי לי' וע"ש וכן נראה מדברי המחבר לקמן סי' צ"ב ס"ט: ונ"ל לדעתם דאין ראי' מהירושלמי די"ל דהירושלמי ס"ל כס"ד דש"ס דילן דפריך בריש פ"ק דב"מ גבי ההוא רעיא השתא נמי דליתא לדר' חייא נחייביה מדרב נחמן כו' א"כ ס"ד דבר"נ חשוד שכנגדו נשבע ונוטל דתקנתא לתקנתא עבדינן וא"כ למאי דמשני בש"ס דילן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ליתא להירושלמי ותדע דהא הרמב"ן גופי' מוד' בשאר נשבעין ונוטלין כגון בנחבל ונגזל וכה"ג חוץ משכיר וא"כ הי' לו להירושלמי לפרש דדוקא בשכיר דינא הכי ובפרט שלא הוזכר בירושלמי כלל דבשכיר עקרוה מב"ה כו' ע"ש ואף שהירוש' קאי התם אשכיר היינו משום דנקט במתני' מעיקרא שכיר אבל משמע דקאי אריש דמתני' דמיירי בשכיר וה"ה בשאר נשבעין ונוטלין וכן נרא' להדיא מדברי בעל העיטור שהבאתי דהירושלמי קאי אכל הנשבעין ונוטלין וכ"כ עוד בעל העיטור שם לעיל מיני' בעמוד ג' אבל גבי שניהם חשודים כו' ה"נ א"י לישבע שבוע' דרבנן מפסיד כגון הנשבעין ונוטלין כשהן חשודים הילכך יחלוקו וכן דעת רבינו יעקב עכ"ל ותדע דהא קאמר מעיקרא הי' המשכון כו' הי' עבד כו' הי' חשוד כו' וכל זה שייך בכל הנשבעין ונוטלין אם כן גם מה דקאמר אח"כ היו שניהם חשודים אכולהו

קאי וא"כ אי נפסוק כהירושלמי נצטרך לומר דבכל הנשבעין ונוטלין דמתני' אם הם חשודים שכנגדו נשבעין שבועת המשנ' דוקא (ואם שניהם חשודים יחלוקו למאי דפסק בשניהם חשודים יחלוקו) וכן נרא' באמת דעת בעל העיטור שהבאתי אבל אין נרא' כן דעת כל הפוסקים בכמה דוכתי וע"ל סי' צ"ב: וגם מהך דאיתא בש"ס דעקרוה מב"ה אין ראי' די"ל דאה"נ מתחיל' רצו לתקנ' ולהטיל' על הב"ה ועקרוה ממנו ותקנוה על השכיר משום כדי חייו וכיון שתקנוה על השכיר תקנוה דוקא עליו ואם הוא חשוד לא תקנו כלל וכ"כ התוס' פ' כל הנשבעין (שבועות דף מ"ו ע"א) וז"ל ורבנן סברי דבדרבנן נמי עבדינן תקנתא לא דמי להא דאמרי' בפ' שבועת הדיינים גבי שכנגדו חשוד על השבוע' דמדרבנן לא מפכינן שבוע' דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דהתם בתחל' נתקנ' על החשוד ולא רצו לעקר' אבל הכא מעיקרא מתקנים לה על השכיר עכ"ל וכ"כ המרדכי שם. וגם קשה לי על דעת הרמב"ן דאדרב' איפכא מסתבר' דהא בשכיר דהי' ראוי לתקן מתחלה השבוע' לב"ה וא"כ עשו לו מתחל' תרתי לגריעותא שמדין תורה הב"ה פטור לגמרי וא"כ אם היו מתקנין שבוע' לב"ה היו מתקנין חדא לגריעותא לב"ה ועשו עוד אחרת ותקנוהו לשכיר ליטול ואפ"ה כששניהם חשודים עשו לגריעותא דב"ה שצריך ליתן לו החצי למאן דס"ל בשניהם חשודים יחלוקו ק"ו בשאר נשבעין ונוטלין דמתחל' לא הי' ראוי לתקן השבוע' כלל על הנתבע א"כ לא עשו לו לנתבע תרתי לגריעות' לפי דעת הרמב"ן והרי אין ראוי ליתן לו השבוע' כלל מכ"ש דנימא בשניהם חשודים דיתן עכ"פ החצי ודו"ק כי זה ברור. ועוד דטעמא דהרמב"ן לפע"ד טעמא פריכא הוא אלא כי היכא דאמרינן בש"ס גבי שכיר עקרוה מב"ה ה"ה בכל הנשבעין ונוטלין שייך לומר כן דמן התור' פטור לגמרי והי' ראוי לתקנה על הנתבע כל חד וחד לפי טעמו השייך לו ועקרוה מהנתבע ושדיוה על התובע ליטול וכן משמע להדיא מדברי התוס' פ' המקבל (בבא מציעא דף קי"ב ע"ב) וז"ל תקנות קבועות הא דנקט ל' רבים משום דקאי אכל הני דנשבעין ונוטלין בפ' כל הנשבעין דשכיר ונגזל ונחבל ושכנגדו חשוד על השבוע' וחנוני על פנקסו וקרי להו קבועה משום דעקרו לשבוע' ממקומ' וקבעוה לשכנגדו שיהא נשבע ונוטל והש"ס לא הוצרך לפרש טעה כולם אלא טעמא דשכיר עכ"ל והרי להדיא כמ"ש וכ"מ מפרש"י שם בפ' המקבל ע"ש והכי מוכח לפע"ד בש"ס בפ' כל הנשבעין (שבועות דף מ"ו ע"א) דקאמר דטעמא דר' יודא ורבנן דפליגי במתוי' דרב יודא סבר דבעינן מקצת הודא' דבאורייתא עבדי ליה רבנן תקנתא לשכיר ובדרבנן הוה תקנתא ותקנת' לתקנתא לא עבדינן ורבנן סברי דבדרבנן נמי עבדינן תקנתא לתקנת' לשכיר ע"כ והא בנגזל ונחבל נמי פליגי ר"י ורבנן במתני' דר"י סבר בעינן מקצת הודא' ורבנן סברי דאפי' בכופר בכל

נשבעין נגזל ונחבל ונוטלין אלמא דהתם נמי טעמא דר' יודא דתקנת' לתקנת' לא עבדינן ורבנן סברי דאע"פ שהי' ראוי לתקנם על הנתבעים עקרוה מהן ותקנו' על התובעים לישבע וליטול אלא דכיון שכבר נתקנו על התובעים לא רצו לעוקרה בחשודים להפכן על הנתבעים וכמו שכתבו התוספות והמרדכי והירושלמי ס"ל דתקנת' לתקנתא עבדינן אף בחשוד וש"ס דילן חולק על הירושלמי וכמ"ש כן נראה לי ברור לדעת בעל המאור וסייעתו וכן נרא' עיקר (ועמ"ש לקמן סימן ק"ח סוף סעיף י"ד שהב"ח השיג על מהרש"ל מדברי הרמ"ה והר"ן שצריך נקיטת חפץ ולפמ"ש העיקר כדברי מהרש"ל ע"ש):

סעיף ד

אבל אין יורשי השכיר כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ו' שהאריך להוכיח מהירושלמי דיורשי שכיר אפי' מבע"ה גופי' אין נשבעין ונוטלין כו' ולחנם האריך בזה דכ"כ הטור והמחבר לקמן סי' ק"ח ס"ס י"ד בהדיא דאין נשבעין ונוטלין מטעם דאין מוריש שבועה לבניו והוא מבעה"ת שער י"ד סוף חלק ב' בשם בעל העיטור שהוציא כן מהירושלמי הזה ע"ש:

סעיף ה

אבל אם לא היו שם שני עדים כו'. משמע אבל אם הי' שם ע"א אינו כלום ונשבע רק היסת וכ"כ הרמב"ם ומביאו הטור ואין להקשות דהא לקמן סי' רצ"ו סעיף ב' אמרינן דהיכא דאינו נאמן לומר החזרתי אלא במגו דנאנסו צריך לישבע על החזרתי שבוע' כעין דאורייתא כמו אם הי' טוען נאנסו וא"כ הכא שאינו נאמן אלא במיגו דלא שכרתיך ישבע כעין דאורייתא כשטוען פרעתיך כמו אם הי' טוען לא שכרתיך שהי' מכחיש העד והי' צריך לישבע שבוע' דאורייתא דשאני הכא כיון דאפי' היו לו שני עדים לא הי' חייב לשלם מדין תורה אלא מתקנת חכמים שתקנו שיהא נשבע ונוטל וכשיש עד א' לא התקינו וזה בכלל מ"ש ה' המגיד וז"ל ולדברי רבינו שכתב שאין עד אחד כלום י"ל דכיון שאין שם עדים גמורים חזר הדין לדין תורה ואין שם תקנה בשכיר מבשאר תובעים עכ"ל כנ"ל:

סעיף ו

מתוך שיכול לומר לא שכרתיך כו'. ואע"ג דקי"ל לקמן ריש סימן רצ"ו דבמפקיד אצל חברו שלא בעדים צריך ג"כ לישבע שבועת השומרים ואינו נאמן במגו דלהד"ם משום דהוי מגו דהעז' והכא נמי הוי מגו דהעז' דכי יאמר להד"ם יודע השכיר שמשקר במזיד אבל השתא סובר שאומר כן משום שטרוד בפועליו שאני הכא כיון דשבועת שכיר תקנת חכמים היא במגו כל דהו אוקמה אדינא כ"כ הרא"ש ר"פ כל הנשבעין וכ"כ הר"ן שם בשם רב שרירא גאון והכריחו כן לפי מסקנת הש"ס ע"ש ונ"ל דלא הוצרכו לזה לענין לפטרו מממון וכמו שהוכחתי לעיל סוף סי' פ"ב בדיני מגו אות ו' דלענין פטור ממון

מהני אף מגו דהעזה אלא משום דבש"ס משמע דבהאי מגו פטור הבע"ה לגמרי אפי' משבועת המשנה בנקיטת חפץ לכך הוצרכו לזה ודוק:

שוב מצאתי כן בהר"ן להדיא בסוף דבריו וז"ל ועדיין קשה לי רבא מאי פריך לרמי בר חמא אפי' ס"ל דרמי בר חמא מדינא קאמר הכי דהא אשכחן דמגו גרוע כי האי מהני לאוקמי' ממונא ולא מהני לי' לאפטורי משבוע' דהא בפרק חזק' הבתים מסקינן בהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדע' דנאמן לטעון עד כדי דמיהן אע"ג דהאי מגו גרוע הוא ממעיז לאינו מעיז דכי אמר דאכלי חושלא דידי' אפי' לא אכלי מידי לא מעיז כלל דמאריה לא ידע ואי אמר לקוחין הן בידי מעיז ואפ"ה מהני לאוקמי' ממונא ואלו לאפטורי משבוע' ל"מ כדרב' דאמר דמשום הכי אמר' תורה מודה מקצת הטענ' ישבע ולא פטרה אותו מגו דאי בעי כפר בכולו משום דאין אדם מעיז פניו אלמא מגו גרוע מהני לאוקמי ממונא ומשום הכי דין הוא דליהני לי' לבע"ה שלא ישבע שכיר ויטול ובשבועת השומרים דין הוא דלא ליהני דמגו גרוע לאפטורי משבוע' לא אמרי' ונראה לי דהכי פריך היכי אמרי רב ושמואל דמתוך שיוכל לומר לא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ופרעתיך דמשמע דמהני האי מגו לפטור בע"ה אפילו משבועת התקנה שהיתה מוטלת עלי' כמו שכתבתי בתחלת השמועה ומקילוסי' דרמי בר חמא משמע דמדינא קאמר הכי כמ"ש בשם רבינו שרירא גאון ז"ל כו' אבל רבא סבר דמגו גרוע ל"מ לאפטורי משבועה והאי דמהני הכא אפילו לפטור בע"ה משבוע' התקנה היינו משום דכיון דמדרבנן בעלמא היא כיון שרוב פעמים יכול לברר שעשה עמו מלאכה בעדים לא ראו לתקן בזה כלום עכ"ל ודבריו נכונים הם:

סעיף ז

וי"א כו'. ישבע שבועה דאורייתא היינו מתקנת חכמים כעין דאוריית' דכיון שהטעם הוא מדין מגו שיכול לומר לא שכרתיך כשיש עד אחד הי' נשבע ש"ד עתה שאומר נתתי לך שכרך נשבע מתקנת חכמים כעין של תורה וכ"כ ה"ה ומביאו ב"י ועמ"ש לקמן סי' קכ"א סעיף ה' ס"ק ל"ד (עיין בתשו' מהר"ש כהן ס' ג' סי' ס"ט):

סעיף ח

שכיר יום כל הלילה כו'. ושכיר שעות דיום גובה כל היום ודלילה כל הלילה וכן שכיר שבת שכיר חודש שכיר שנה יצא ביום גובה כל אותו היום יצא בלילה גובה כל אותו הלילה וכדלקמן סי' של"ט סעיף ד' וה' ואע"ג דהפוסקים לא פסקו שם הכי אלא משום דקי"ל כרב באיסורי והכא ממונא הוא וי"ל דקי"ל כשמואל בדיני מ"מ נרא' כיון דבעיקר

דינא דפליגי רב ושמואל קי"ל כרב א"כ הכא וכה"ג כתב הרא"ש פ' שור שנגח ד' וה' גבי שור המועד ווסתות והסכים עמו בזה מהרש"ל שם סי' ו' ע"ש:

סעיף ט

אע"פ שכבר כו'. או שא"ל הילך כו' כן דעת הרמב"ם והרא"ש ובאמת כן ג"כ דעת הר"י הלוי והר"ן וכ"כ הנ"י פ' המקבל בשם הרשב"א והר"ן שכן עיקר אבל לפעד"נ עיקר בש"ס כמ"ש הבעל המאור והרמב"ן והר"ן שנרא' מדברי הרי"ף דא"צ לישבע רק היסת כשאינו מודה מקצת וכ' הר"ן שם שכן פירשו קצת מפרשים וכן הסכים הבעל המאור פ' כל הנשבעין וכתב שאין דברי הר"י הלוי נכונים. ולענין מה שדחקו להר"י הלוי וסייעתו לזה הא דפרכינן התם (בש"ס דף מ"ו ע"א) איני והא תני רבה בר שמואל כו' והיכא ס"ד מעיקרא למימר דבמוד' מקצת יפטר משבועה כבר האריכו הרמב"ן בס' המלחמות פ' כל הנשבעין והר"ן שם לישב את זה אך מ"ש הרמב"ן שם מתחל' דמעיקרא קס"ד דכשם שתקנו לשכיר לישבע וליטול כך תקנו לבע"ה להיות נאמן בקציצ' דכיון דמדכר דכיר חזקה אינו עובר משום בל תלין ובל תגזול וכל השמות הללו עכ"ל לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסקינן הכא דליכא משום בל תלין וגם אי משום בל תגזול בכל מודה מקצת כי האי גונא לא ליחייב שבועה משום דחזק' אינו עובר בל תגזול אלא נ"ל עיקר כמ"ש הרמב"ן שם אח"כ וז"ל א"נ אקציצ' מדכר דכירי לה אינשי פרכי' קס"ד דמודה מקצת בקציצ' פוטר רבה בר שמואל שאין מוסרים לבע"ה שבועה משום דטריד הוא ולא דכיר אפי' בקציצ' ופועל אינו נשבע ונוטל דליכא בקציצה משום כדי חייו דהא שקיל כדי חייו דשכר אומנות מידע ידיע ולא שכיח דכפר בע"ה בפחות מכדי חייו דשכיר עכ"ל ועוד כ' הר"ן שם ליישב דברי בעל המאור במאי דקס"ד הש"ס מעיקרא אבל טעם זה נלפע"ד עיקר וא"צ לדברי בעל המאור בזה וע"ש ודוק:

סעיף י

נשבע בנקיטת חפץ ונוטל. וכ"כ הטור וכ"כ הרמב"ם ס"פ י"א מה' שכירות והסמ"ג ד' קע"ד ע"ב. והנה לכאורה תימה גדולה דהא בש"ס פרק כל הנשבעין (שבועות דף מ"ו ע"א ופ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ה ע"ב)) מייתי להדיא ברייתא הנותן טליתו לאומן אומן אומר קצצת לי שתים והלה אומר לא קצצתי אלא אחת כל זמן שטלית ביד אומן על בע"ה להביא ראיה נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו המע"ה אלמא דברישא נוטל בלא שבועה וכן הבעל המאור והרמב"ן בספר המלחמות פרק כל הנשבעין האריכו להקשות מש"ס זו אהך דפסקו הגאונים במשכון לעיל סי' ע"ב סעיף י"ז דנשבע בנקיטת חפץ וכן האריך הר"ן שם בזה והקשה עוד מן הירושל' דקאמר הי' לו משכון נוטל

בלא שבועה ובין לפי מה שתירץ הרמב"ן שם דשאני אומן דאומן קונה בשבח כלי ובין לפי מה שתירץ הר"ן שם דשאני אומן וכמו שיתבאר מ"מ מוכח מדברי כולם כפשטא דברייתא דאומן א"צ לישבע בנקיטת חפץ (רק היסת) ותימ' שלא התעוררו הר"ן או ה"ה על הרמב"ם בזה וכן שום א' ממפרשי הט"ו לא התעוררו בזה כלום והוא תימה:

אכן אחרי העיון היטב קשה לי טובא על דברי הרמב"ן והר"ן ונ"ל דרך אחרת ליישב דברי הגאונים ועל פי אותו הדרך יתיישבו ג"כ דברי הרמב"ם וסייעתו. והנה הרמב"ן שם תירץ וז"ל דלא דמי משכון דשכירות לשאר טענות ולא מבעיא למ"ד אומן קונה בשבח כלי דכטוען על גופו של משכון דמי אלא אפי' למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי כיון דודאי אית ליה אגרא ואאגר' תפיס ליה כטוען על גופו של משכון דמי דמקני קני ליה כלי עד דיהיב ליה אגריה ושקיל ליה ואיהו גופיה הימוני' הימני' לאומן אאגריה כי מסר ליה כלי ואם לא תאמר כן לא הנחת חיי לאומנין עכ"ל והר"ן כתב עליו וז"ל ולא נתבררו דבריו אצלי דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עדיף אומן ממלוה על המשכון דאיהו נמי קני ליה כדרב יצחק ואפילו במשכנו בשעת הלואתו כמו שכתבתי במקומות אחרים ואדרב' מלוה על המשכון קני ליה טפי דהא כל האומנין שומרי שכר בלבד כדתנן בפרק האומנין ואלו מלוה על המשכון קני ליה קנין גמור ואפילו להתחייב באונסין לדעת רש"י ז"ל עכ"ל:

ואני אומר אי משום הא לא אריא ולק"מ על הרמב"ן דודאי למ"ד אומן קונה בשבח כלי היינו דקני ליה קנין גמור ויכול לקדש בו האשה ולקנות בו מה שירצה וכדמוכח בש"ס בכמה דוכתי וא"כ אית ליה בגופו של כלי ולאו נוטל הוא אלא מחזיק בגוף הדבר שהוא תחת ידו והלכך א"צ לישבע בנקיטת חפץ והא דתנן כל האומנין שומרי שכר הן מיירי בדליכא שבחא כגון בדאגריה לביטשא ביטשא או בשליחא דאגרת' כדמוקי בכה"ג בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ט ע"א) ובפ' המקבל (בבא מציעא דף קי"ב) והך דמלוה על המשכון שפסקו הגאונים דצריך לישבע בנק"ח היינו משום דלא קני ליה כלל דאינו עליו אלא שומר שכר ולא קני ליה ואינו חייב עליו באונסים לכ"ע דאף לרש"י אינו חייב באונסים אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו אבל לא במלוה על המשכון וכדמוכח ברש"י להדיא בכמה מקומות והוא פשוט וכמ"ש לעיל סימן ע"ב סעיף ב' ס"ק ט' באריכות ותמיה לי על הר"ן בזה. וא"כ לפי זה שפיר יתיישבו דברי הגאונים:

אך קשה לי על הרמב"ן דהא אנן קי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי וכן תיקשי לפי דברי הרמב"ן על הרי"ף והרמב"ם ושאר הרבה פוסקים שפסקו בכמה מקומות דאין אומן קונה בשבת כלי וא"כ קשה על מה שפסקו בכמה מקומות דמלוה על המשכון צריך

לישבע בנק"ח דהא מוכח בהך ברייתא דלעיל כל זמן שהטלית ביד אומן א"צ לישבע. ובשלמא אי הוי שום תנא דס"ל אומן קונה בשבח כלי הוה מצינן למימר דהך ברייתא דלעיל אתי כהאי תנא דאמר אומן קונה בשבת כלי ואנן לא קי"ל הכי אבל מאחר דבפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ט) בעי לאוקמי כתנאי ומסיק רבא דכ"ע אין אומן קונה בשבח כלי אם כן אנן קי"ל אין אומן קונה בשבח כלי וליכ' שום תנא דסבר קונה אם כן קשיא הך ברייתא דלעיל. ומ"ש הרמב"ן דאפילו למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי כיון דאית ליה עליה אגרא כו' לא נהירא לי דהא כולהו מילי דאיתנהו התם איתנהו הכא כי היכא דהתם ודאי אית ליה אגרא ה"נ במלוה על המשכון ודאי אית ליה עליה הלואה וכי היכא דהתם אאגר' תפיס ליה ה"נ אהלוואתו תפיס ליה וכי היכא דהתם איהו גופיה הימנויה הימניה לאומן אאגרא כי מסר ליה כלי הכא נמי איהו גופיה הימוניה הימניה למלוה על הלואתו כי מסר ליה כלי ולא ידעתי שום הפרש לחלק ביניהם. ומה שכתב שאם לא תאמר כן לא הנחת חיי לאומנין ג"כ אינו הוכחה וכי בשביל שישבע לא יחיה אם יודע הוא שהאמת אתו ישבע כשאר התובעים:

והר"ן תירץ וז"ל ולענין הקושיא שהקשה על דברי הגאונים אני סובר שאפי' הגאונים ז"ל לא אמרו כן אלא בבא לגבות חובו מן המשכון שכיון שבא ליטול צריך לישבע כשאר הנשבעים ונוטלים הא אלו רצה לשתוק ולהחזיק במשכונו עד שיתן לו מעותיו והלה תובעו משכונו אינו נשבע אלא היסת ובהכי מיירי הברייתא דקתני המע"ה ולא הוצרך התנא לפרש דמסתמ' בע"ה ירצה טליתו ויפרענו ואפשר עוד שאפי' בא אומן לגבות א"צ לישבע דהא לעיל בסמוך אמרי' וליתיב ליה בלא שבועה ופרקינן כדי להפיס דעתו של בע"ה כו' ולא עוד אלא אפי' תאמר שמלוה על המשכון בא לשתוק ולהחזיק במשכונו צריך לישבע לדעת הגאונים ז"ל אעפ"כ פועל שאני דכיון דחזינן בש"ס דיהבה ליה אגרא בלא שבועה אי לאו משום פיוס בעל הבית כשתופס משכון אין בע"ה צריך פיוס דכיון דלא מהימן ביה שהרי הן חולקין בקציצה כבר הוא מפוייס כשהאומן מחזיר לו טליתו שמתיר' שמא יאמר החזרתי ולפיכך איני רואה קושי' מזו לדעת הגאונים ז"ל אבל ה"ר אפרים כ' דכל מי שטוען על המשכון נוטל בשבועת היסת בלבד ובודאי שכך נראין הדברים אלא שאין לחלוק על הראשונים ז"ל מפני שדבריהם דברי קבלה הם עכ"ל הר"ן:

ואין דבריו נראין לי דמ"ש דהברייתי' מיירי שהאומן שותק הוא דוחק דמסתמא מיירי אף שבא לגבות חובו: ומ"ש דפועל שאני כיון דהיה ראוי לתת לו בלא שבוע' אלא משום פיוס בעל הבית תקנו לו שבועה כו' הוא תמוה בעיני דע"כ לא בעי בש"ס למימר דליתב ליה בלא שבוע' אלא גבי פועל כשאומר פרעתיך ומטעמא דבעל הבית טרוד בפועליו

ואהא פריך התם וליתב בלא שבוע' בו' אבל בקציצה הא אמרינן התם להדי' דמדכר דכירי לה ואף בשבוע' לא שקיל (דפריך התם אי הכי אפי' קצץ נמי אלמה תניא כו' ומשני קציצה ודאי מדכר דכירי לה) וגם סוף דברי הר"ן שכתב אין בע"ה צריך פיוס דכיון דלא מהימן לי' כו' שמתיר' שמא יאמר החזרתי אינם מובנים לי:

אלא נראה לפע"ד לתרץ לדעת הגאונים דהא בהך ברייתי' קתני במציעת' נתנה לו בזמן נשבע ונוטל ובין למאי דמסיק הש"ס דהא דקתני בברייתי' נשבע ונוטל אתי' כר' יודא ובין למאי דסליק אדעתין מעיקר' למימר דאתי' כרבנן סוף סוף הא קתני נשבע ונוטל ואם כן על כרחך דשאני התם דהא חזינן דהבע"ה הוא מוחזק ותקנו חכמים שהאומן נשבע ונוטל ומוצי' מן הבעה"ב אלמ' דהי' נראה לחכמים שטענת האומן עדיפ' מטענת הבע"ה דאל"כ לא הי' להם לומר שישבע ויטול אלא הי' להם לומר אוקמיה ממונא בחזקתו והמע"ה והלכך כיון דהתם דטענתי' דאומן עדיפ' טפי הלכך היכא שהאומן מוחזק בטלית ואית לי' מגו נוטל בלא שבוע' אבל למאי דמסקינן דברייתי' דקתני נשבע ונוטל אתי' כר' יודא אבל לרבנן אין האומן נשבע ונוטל אלמ' דטענתי' דאומן לא עדיפ' מטענתי' דבע"ה והלכך מוקמינן ממונ' בחזקתי' והבע"ה פטור אה"נ דאם הי' הטלית ביד האומן צריך האומן לישבע בנקיטת חפץ דלא עדיף אומן משאר בני אדם המלוה על המשכון וכהאי גוונא דצריך לישבע בנקיטת חפץ (ולכך פסקו הרמב"ם והסמ"ג והטור דצריך האומן לישבע בנק"ח) והיינו נמי דקאמר בירושלמי גבי שכיר הי' משכון בידו נוטל בלא שבוע' משום דהתם נמי טענתו דשכיר עדיפ' מטענתי' דבע"ה לכ"ע דהתם אפי' לרבנן השכיר נשבע ונוטל ואדרבה מהירושלמי הזה יש ראי' לדברי הגאונים דאם אית' דבעלמ' מי שיש משכון בידו נוטל בלא שבועה מאי אצטריך הירושלמי למימר הכי בשכיר טפי מבעלמ' אלא ודאי דוק' גבי שכיר קאמר הכי ומטעמ' דפרישית כן נ"ל ברור לישב דברי הגאונים ומקום הניחו לי הגדולים להתגדר בו:

וע"פ זה נ"ל דה"ה בכל הנשבעים ונוטלין שנוטלים בשבועתן ומוציאין מן הבע"ה אם הם מוחזקין ויש להם מגו נוטלין בלא שבועה בנקיטת חפץ ואין נשבעין רק היסת ודוק:

ושוב מצאתי בר' ירוחם נתיב ג' חלק ג' שכתב וז"ל כל הנשבעים ונוטלים משביעין אותם כעין של תורה בנקיטת חפץ שבועות. הר"י כ' דאם תפסו נוטלים בלא שבועה אבל הגאונים כתבו דכל תופס משכון צריך שבועה וכתבתיו במשכון עכ"ל ונתתי שמחה בלבי שמצאתי שהר"י סובר בהדי' כך דכל הנשבעים ונוטלים אם תפסו נוטלים בלא שבועה אך מ"ש ר' ירוחם אבל הגאונים כתבו כו' ליתא דלפמ"ש הגאונים לא פליגי על הר"י אלא אדרב' הגאונים סוברים כהר"י כן נ"ל:

ובמה שכתבתי ניח' נמי לפע"ד לישב מה שהקשה הראב"ד על דברי הגאונים כמו שהבי' הבעה"ת שער מ"ט ריש ח"ב בשמו וז"ל אמר אברהם יש לי קושי' אחת עליהם מרבה בר שרשום דקאמר דאי בעי לאפרועי מינייהו הא בעי לאשתבועי וכולה מלתא כדאית' התם והשת' קשיא דהא רבה בר שרשום כעין טוען על המשכון הוי ולדבריהם איך ניצול משבוע' חמורה ויש לתרץ דבתר דקאכל קאמר כל זה טרחנו להעמיד דברי הגאונים אבל איני יודע על מה סמכו עכ"ל ולפמ"ש אין צריך לדחוק דבתר דקאכל קאמר אלא כפשט' דמלת' דקאמר אוכלה שיעור זוזאי דמשמע דהויכוח הי' לאכלה להבא וכן הוכחתי עוד לקמן סי' קמ"ט סעיף כ"ב וסי' ק"ן ס"ד דמיירי בפירות דלהב' ומ"מ לא קשי' קושית הראב"ד דהתם משמע שהי' לו לרבה בר שרשום שטר וכמו שפירשב"ם והרא"ש שם ובעה"ת גופיה שער י"ד ח"א להדי' וא"כ אפי' הי' הקרקע ביד היתומים לא הי' יכול להוצי' הפירות מידם ולגבות בשבוע' הלכך השתא שהוא מוחזק בה ויש לו מגו דלקוח אף שבועה א"צ ושבועה דהיסת לא שייכ' דאין נשבעין היסת בשמא או אולי לא נתקנה עדיין היסת וכמ"ש בבעה"ת שער י"ד ח"א כן נ"ל:

סעיף יא

נשבע בע"ה בנק"ח. מ"ש הב"י בכאן אינו נכון ואין להאריך כיון שלדינ' נראה לפענ"ד עיקר דנשבע כאן הבע"ה רק היסת כשאינו מ"מ וכמ"ש לעיל סעיף ד' ס"ק ט' ע"ש:

סימן צ

סעיף א

הנגזל כיצד כו'. ל' הטור נגזל נשבע כעין של תורה ונוטל וקנס הוא שקנסו חכמים לגזלן וכ"כ הרמב"ם רפ"ד מה' גזילו' וכ"כ הסמ"ג דף ק"ן ע"ג ונרא' דכתבו כן לאשמעינן דאם מת הגזלן לא קנסו בנו אחריו וכדאמרינן לקמן סי' שפ"ה גבי מטמא ומדמע ומנסך דלא קנסו בנו אחריו ואע"ג דגבי שכיר חייב בנו דבע"ה אחריו וכדלעיל סי' פ"ט ס"א בהג"ה התם לאו קנסא הוא אלא שהי' נרא' לחכמים טענת השכיר טובה יותר משום דבע"ה טרוד בפועליו משא"כ הכא ועמ"ש לקמן גבי נחבל בסעיף ט"ז ס"ק כ"ח: וכ' בספר לח"מ וז"ל וא"ת דכל חשוד על השבועה קנסו שכשהוא חייב שבוע' התור' שכנגדו נשבע ונוטל וזה ג"כ חייב ש"ד שהרי העדים מעידי' במקצת שיש לו כלים תחת כנפיו והוא אומר לא נטלתי כלום והוי כאומר לחבירו מנה לי בידך והעדים מעידים שיש לו חמשים (כלומר דהא עכ"פ מחויב להחזיר קצת כלים ע"פ עדים בלא שבועת הבע"ה כלל וכמ"ש לקמן ס"ק ג' ועמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף ה' ודוק) שישבע שבועת התור' ואי

מודה שנטל מקצת מן הכלים כ"ש שהוא חייב שבועת התורה שהוא מודה מקצת וכיון שהוא גזלן הוי חשוד ומהפכינן אשכנגדו א"כ מאי שנא שכ' גבי גזלנין קנסו מבעלמא וי"ל דהכא קנסו דאפילו שאמר נטלתי כלי זה ובעה"ב טוען שנטל זה וכלי אחר דמה שאמר כלי זה הוי הילך ואע"פ שאומר ששלו נטל מ"מ טענתו אינו כלום ומה שחייב ע"פ עדים או ע"פ הודאתו הוי בעין והילך הוא ואינו חייב ש"ד ובשאר חשוד לא מהפכינן אשכנגדו והכא קנסו טפי דאע"ג דהוי שבועה דרבנן מהפכינן אשכנגדו עכ"ל ועוד י"ל דל"ד לחשוד שהוא כבר חשוד בבירור אבל הכא ה"א דאין לזה דין חשוד שהרי הוא אומר ששלו נטל ובדין נטל ונהי דמחויב להחזיר מ"מ לא מיקרי חשוד בהכי דלא משמע לאינשי איסורא בהכי וכמו שסובר רב האי באמת וכדלקמן קמ"ל דחכמים עשאו ג"כ לזה כחשוד וזה ברור:

סעיף ב

שהיו כלים כו'. משמע דבעינן דוקא שידעו שראו שהוציא עכ"פ מקצת כלים אלא שאין יודעים מה הן וכן נרא' מדברי התוס' והרא"ש אבל אם אין העדים יודעים שהוציא כלים אפי' הוא חשוד אינו נשבע ונוטל דשמא לא הוציא תחת כנפיו אלא אבנים או צרורות וכ"כ בסמ"ע ס"ק ב' וס"ק ז' וכ"כ הב"ח והשיג על המרשים שהביא הב"ח וכן הסמ"ע השיג על הע"ש וכ' שהמרשים כ"כ לשטת רש"י ולי קשה גם על המרשים דמשמע דקאי על הטור ועוד שנרא' לפע"ד גם כוונת רש"י כהתוס' והרא"ש וכן משמע במרדכי ע"ש ודוק:

סעיף ג

ואינם יודעים מה הם. אבל יודעים שהוציא כלים וכמ"ש לעיל ס"ק ב' ומשמע דמה שיודעים בבירור מחויב להחזיר בלא שבועה וכן מוכח להדיא ממ"ש הרי"ף פ' כל הנשבעין בשער הראשון וז"ל ומפני מה אין חבירו נשבע שלא נטל כלום מביתו של חבירו ונפטר חדא מפני שהוא גזלן ועוד לפי שאין מקבלין שבועה להכחיש את העדים שהרי עדים מעידין עליו שנטל ואלו היו העדים יודעים מה שהוא נטל הי' מחויב להחזיר לבע"ה בלא שבועה אלא כיון שמעידים שנטל ואין יודעים מה הוא והוא אומר לא נטלתי כלום הרי זה נשבע ונוטל עכ"ל ונרא' דאף שטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי ואין העדים מכחישים את זה מ"מ כיון דהעדים מעידים שנטל מביתו וא"כ לא מהני לי' טענתו אלא במיגו דלא נטלתי והרי העדים מעידים שנטל א"כ חייב להחזיר בלא שבוע' וע"ז לא תקנו חכמים כלל רק דתקנתא דנגזל נשבע ונוטל היה על מה שלא ראו העדים דמדינא הי' נאמן לומר לא נטלתי יותר או שלי נטלתי או בחובי נטלתי במגו דלא נטלתי

ואע"ג דלקמן ס"ק ז' כתבתי דכל זה מיירי בראה היינו משום דאי לא ראה א"כ מאן לימא לן דהוא גזלן כלל דילמא החזיר הכל וא"כ אפי' טוען שלא החזיר אלא שלי נטלתי או בחובי נטלתי אין לו דין גזלן כיון דלא נתברר בעדים שעדיין הוא גזלן ונאמן במגו אבל אי איכא ראה במקצת דהוחזק גזלן בעדים על המקצת אע"ג דאית ליה על השאר מגו דלא נטלתי או החזרתי תקנו חכמים שישבע הנגזל על השאר ונוטל ודוק:

סעיף ד

בין אם יאמר כו'. נרא' דאין הנגזל נשבע ונוטל אלא היכא דראוהו עתה בידו דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי וכמ"ש ל' סק"ז וכן נאמן לומר בחובי או שלי נטלתי במגו דהחזרתי אבל לקוחין הן בידי נאמן לקמן סי"א אפי' איכא עדי ראה בהנך גוונא דנאמן לקמן סי"א (וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין וז"ל וכל דברי שמועתינו דוקא בדאיכא עד ראה הא ליכא ראה מגו דאי בעי אמר החזרתי נאמן ע"כ) רק דהכא לא שייך לטעון לקוח לדעת הראב"ד וה"ה ושאר פוסקים וכמ"ש לקמן סק"ה וכ"כ בעה"ת בשער מ"ט שאפי' גזלן וכן בנכנס למשכנו שלא ברשות נאמן במגו דהחזרתי וכתב שכל דיני שבועות הללו מיירי בראה ע"ש:

סעיף ה

מעולם לא נכנסתי לביתך ליטול ממך כלום. כלו' אע"פ שאמרתי שאכנס למשכנך חזרתי אח"כ ממחשבתי אבל אם אומר לא נכנסתי כלל חולק הטור מיהו יכול להיות שהמחבר נמשך אחר ל' הרמב"ם והרי"ף דמיירי אפי' בהכחיש העדים כ"כ הסמ"ע ס"ק ג' ולפע"ד אין כאן ספק דודאי המחבר נמשך אחר דעת הרמב"ם שהרי בהדיא כתב המחבר אח"כ בסעיף ב' כדברי הרמב"ם ולא כהטור גם מ"ש הסמ"ע והרי"ף כו' לא ידענא דעת הרי"ף בזה הכא:

סעיף ו

אפי' העדים מכירים קצת הכלים כו'. וה"א מדהכירו אלו ולא יותר מסתמא לא נטל יותר קמ"ל:

סעיף ז

בעה"ב נשבע בנק"ח ונוטל כו'. כתב הסמ"ע וז"ל עיין בטור סעיף כ' כו' עד דהוא נגד חזקה כו' לא ירדתי לס"ד דא"כ אמאי לא יהא נאמן כאן לומר בחובי נטלתי שאינו נגד חזקה וכ"כ הבעה"ת שער מ"ט חלק ט' וי' דבדברים שאינם עשרים להשאיל ולהשכיר פעמים היוצא נאמן והיינו היכא דהבע"ה עשוי למכור כליו נאמן לומר לקוחים הם בידי או בחובי תפסתי וכן אם הוציא מגולים או שהוא אינש דצנוע או שדרך להוציא טמונים

כלים כאלו נאמן לומר לקוחים הם בידי או בחובי נטלתים וכן אם טוען גנובים ואינו מוחזק בגנב נאמן לומר לקוחים או בחובי תפסתים. הרי שמשוה להדיא כמה פעמים טוען בחובי תפסתים לטוען לקוחים. ומ"ש הב"י לקמן בשם בעה"ת שטוען בחובי מסרתם לי דינו כטוען לקחתי לא בא להוציא בחובי תפסתי אלא הבעה"ת קאי שם להדיא היכא דאין היוצא נאמן וקמ"ל רבותא דאפי' טוען בחובי מסרתם לי אתה בעצמך אינו נאמן ע"ש בבעה"ת גופי' תרא' להדיא שכן הוא ומדברי הסמ"ע נראה שבעה"ת מחלק בין טוען בחובי נטלתי לטוען בחובי מסרתם לי וזה אינו כמבואר בבעה"ת שם ע"ש ואפשר דעת הסמ"ע דבעה"ת חולק על הטור אבל אין זה נראה דודאי לכ"ע כל היכא דיכול לטעון לקוח יכול ג"כ לטעון בחובי תפסתי וכדמוכח בכמה דוכתי וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפרק הכותב גבי ההוא בקרא דיתמי וגבי ההוא מלוגא דשטרא דכל היכא דנאמן לומר לקוח נאמן לומר בחובי תפסתי: וגם בטוען שלי נטלתי נראה דנאמן במגו דלקחתי לכ"ע ול"ל דהוי מגו במקום חזקה וכמ"ש הסמ"ע דא"כ בליכא עדי ראה שכתבו הפוסקי' ובעה"ת שער מ"ט חלק י"ב ומביאו ב"י מחודש ד' דאפי' גזלן גמור נאמן לומר אין שקלי ודידי שקלי או בחובי תפסתי במגו דהחזרתי נימא דהוי כמגו במקום חזקה א"ו לא שייך כאן לומר כן וכן מוכח מדברי הראב"ד והרב ה' שהבאתי לקמן סעיף ג' דהיכא דיכול לטעון לקוח נאמן ג"כ לומר שלי נטלתי או בחובי נטלתי במגו דלקוח: אבל כשתדקדק בטור תבין דכאן לא מיירי מטענת לקוח או החזרתי אלא מיירי בענין דלית לי' מגו לגזלן ולקמן ס"כ הוא דפי' הטור דבריו באיזה ענין יכול הגזלן לטעון לקוח ואז יכול לטעון ג"כ שלי נטלתי או בחובי נטלתי במגו דלקוח וכן משמע בהדיא בב"ח לקמן ס"כ בטור דמ"ש הטור שם דלפעמים היוצא נאמן היינו אפי' בטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי אלא שכתב דדעת הטור דבשלי נטלתי או בחובי נטלתי כל היכא דבעה"ב נאמן צריך לישבע בנק"ח ונוטל ובלקחתי ישבע רק היסת ולפעד"נ דאין הטור מחלק כלל בין שלי נטלתי או בחובי נטלתי ובין לקחתי ומ"ש לפיכך כל אלו החלוקים שייכי ג"כ כשנכנס א' למשכנו כו' אלא שזה ביניהם שבנגזל צריך לישבע כעין דאורייתא כו' ר"ל כיון דבמוחזק בגנב אם טוען גנובים דינו כטוען שאולים לפיכך כל דינים אלו שייכים ג"כ בנגזל שנכנס א' למשכנו והוא טוען גזולים דינו כטוען שאולים אלא שזה ביניהם שבנגזל צריך לישבע כעין דאורייתא כיון שלא הוחזק גזלן כבר רק עכשיו בכניסה זו שתקנו חכמים שיהא לו דין גזלן כיון שנכנס למשכנו שלא ברשות וכך תקנו שהבעה"ב ישבע דאורייתא (ועוד דדוקא בנגזל תקנו שביעה על מה שלא ראו העדים וכמ"ש לעיל משא"כ כאן בידוע שנטל ודוק) משא"כ בהוחזק גנב כבר א"צ הבעה"ב לישבע רק היסת

זהו כוונת הטור ע"ש דוק ותשכח א"כ הטור לא סתם דבריו רק פירש עצמו לקמן דבריו. והמחבר ושאר פוסקים שסתמו כאן ולא כתבו דלפעמים היוצא נאמן נרא' משום דס"ל כדעת הרמב"ם והראב"ד וה' המגיד פ"ד מהל' גזילה דדוקא בנכנס סתם יכול לטעון לקוח אבל בנכנס ומגלה דעתו שנכנס למשכנו א"י לטעון לקוח וכתב ה' המגיד שזה מוסכם ומביאו ב"י סעיף ה' ור"ל דאם אומר שלי נטלתי או בחובי נטלתי דכ' הרמב"ם שם דאינו נאמן היינו משום דאפי' טוען להדיא לקחתי אינו נאמן כיון שגילה דעתו שנכנס למשכנו כ"ש שאינו נאמן במיגו דלקחתי וכן דעת המחבר דיש חילוק בין נכנס למשכנו לנכנס סתם וכמ"ש לקמן סעיף ג'. והעיקר כהמחבר ושאר פוסקים וכה"ג כתבו התוס' והרא"ש בפרק הכותב (כתובות דף פ"ד ע"ב) גבי ההוא בקרא דכיון דאית ליה סהדי דתפסי מיניה בעל כרחו לא מצי למטען לקוח הוא בידי או בחובי תפסתי ע"ש:

סעיף ח

שהוא אמוד בהם כו'. עיין מ"ש בזה לקמן סעיף ז' ס"ק י"ב:

סעיף ט

או שהוא אמוד שמפקידין כו'. כתב הסמ"ע דנראה דבההיא אם הי' טוען הבעה"ב שכלים הם של עצמו אינו נאמן אע"פ שיש לו מיגו דיאמר בפקדון הן בידי דה"ל מגו להוציא עכ"ל ול"נ דהוי כמגו במקום עדים וכתב מהרש"ל בפ' הכונס סי' ל"ב דהיכא דלא אמוד רק שאינש מהימן הוא שמפקידים גביה כו' צריכין הדיינים לחקור אחריו שיברר טענתו אם הוא שלו אם הוא של אחרים ואם טען של אחרים צריך לברר משל מי ואח"כ חוקרין ושואלין אם הפקיד גביה אי לא ואי אמר לא פשיטא דפטור המזיק ע"כ:

סעיף י

שהנתבע נשבע היסת דס"ל דלא מיקרי חשיד בהכי דאימר שלו נטל או בחובו נטל והי"א ס"ל דהוי חשיד ודעת הרמב"ם נרא' כסברא אחרונ' וכ"כ הב"ח סעיף ה' וכן משמע דעת הרי"ף פ' כל הנשבעין בשער הראשון ולקמן סעיף ה' סתמו הטור והמחבר כדבריהם ע"ש וע"ל סי' שצ"ט סעיף ו' ומ"ש שם:

סעיף יא

הרי זה פטור כו'. וכ"פ ר"י נל"א ח"ד והסמ"ג עשין ע"ג דף ק"ן ע"ג וכן נרא' עיקר דמלתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתי' כלומר כל מה שאין האדם מחוייב לטעון אע"פ שהוכחש בכך לאו הכחשה הוא כיון שלא הוכחש שחייב ממון דומיא דמנה הלויתיך בצד עמוד פלוני והשיבו לא עברתי בצד עמוד פלוני לעולם לעיל סי' ע"ט סעיף י"א וכ"כ הב"ח. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קע"ד ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' כ"ט:

סעיף יב

הי' עד א' כו' שנכנס למשכנו כו'. זה הסעיף הוא לשון הרמב"ם פ"ד מה' גזילה דין ד' רק ברמב"ם איתא הי' עד א' מעידו שנכנס ונטל כלים כו' ולא כתב למשכנו והשיגו הראב"ד שם דאפי' הי' שני עדים כאן יש דרכים שהי' נאמן לו' לקחתי כדלקמן סעיף י"א ור"ל א"כ פשיטא נמי דנאמן לומר לא גזלתי אלא שלי נטלתי או בחובי נטלתי במגו דלקוח אבל לעיל לא השיג הראב"ד דכיון שהרמב"ם כתב שנכנס למשכון וכן כתב ה' המ' שהשיגו הראב"ד כאן מפני שלא כתב כאן למשכנו דבמגלה דעתו שנכנס למשכון שוב אינו יכול לטעון לקוח ותירץ ה' המ' דגם כאן כוונת הרמב"ם לומר שנכנס למשכנו ולא הוצרך לבאר לפי שסמך אמ"ש למעל' ומביאו בית יוסף על כן כתב כאן המחבר היה ע"א מעידו שנכנס למשכנו כו':

סעיף יג

ה"ז נשבע שלא גזל. עיין סמ"ע ס"ק י"ג עד וגם כתבתי שם דל"ד האי לנסכא דר' אבא שכתב הט"ו וכו' דבריו נכונים ועיין בס' א"א דף פ"ג ע"ב מ"ש בזה ובמ"ש בסמ"ע ס"ק ז' נדחו דבריו וק"ל:

סעיף יד

כל מה שהוא אמוד כו'. וכתב הרא"ש פ' הכותב וז"ל ולא תיקשי לך מעובדא דאריסא דבר זיזא שהביא רב אלפס ז"ל דמסיק ר' חייא שיחזירו הפקדון לבני דאריסא דבר זיזא אע"ג דלא הוי אמוד דשאני התם דאריס' דבר זיזא הפקיד הפקדון כדי לאחזוקי ממונא בחזקת המפקיד אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אבל לענין אפוקי ממונא מן המזיק אזלינן בתר אומדנא עכ"ל וכ"פ מהרש"ל פרק הכונס סי' ל"ב ובהגהת אשר"י כתב שם וז"ל ותימא דהתם אסיק אע"ג דלא אמוד דבעי ר' יוחנן מהו שיטעון דברים שאין ראוים לו ונשמעניה מן הדא אריסי' דבר זיזא כו' ומשמע דמסיק שפיר דנאמן דאית גברא דלא בעי פרסומי נפשיה מהרי"ח עכ"ל כלו' דבירושלמי מוכח דאף לאפוקי ממונא לא אזלי' בתר אומדנא דהא בעי ר' יוחנן אהך דמדליק גדיש מהו שיטעון דברי' שאינם ראוים לו כו' וקאמר נשמעניה מן הדא כו' ומשמע דפשיט' מאריסא דבר זיזא לגדיש דנשבע ונוטל אף בדברים שאינו אמוד משום דאית גברא דלא בעי פרסומא נפשיה אבל נרא' דלק"מ דנהי דהירושלמי אינו מחלק בהכי מ"מ בע"כ ש"ס דילן פליג אירושלמי בהא דהא בש"ס דילן ס"פ הכונס אמרי' אמר ליה רב יימר לרב אשי טען כסא דכספא בבירה מאי א"ל חזינן אי אינש דאמיד הוא דאית ליה כסא דכספא אי נמי אינש מהימנ' הוא דמפקד' אינש גביה משתבע ושקל ואי לא לאו כל כמיניה ע"כ וכן בפ' כל הנשבעין

איתא האי ירושלמי גבי נגזל נשבע ונוטל והתם נמי אמרי' בש"ס דילן הכי א"ל רב יימר לרב אשי כו' אי אינש אמיד הוא כו' משתבע ושקיל ואי לא לא הרי להדי' שש"ס דילן חולק על הירושלמי בהא שוב ראיתי בה' המ' ספ"ה מהלכות שאלה שכתב כדברי דאע"פ שבהירושלמי נרא' דלא אמיד גמרתינו עיקר ומביאו הבית יוסף לקמן ר"ס רצ"ח נראה שכוון להירושלמי הנ"ל וא"כ כדי שלא תיקשי אש"ס דילן מעובד' דבר זיזא דמסיק ר' חייא אע"ג דלא אמיד ובפרט שהרי"ף הביא האי עובדא בע"כ צריך לחלק כמ"ש הרא"ש ועי"ל דלענין נגזל וטמון באש דמדינ' לא שקיל בשבוע' אלא דתקנת חכמים הוא הבו דלא לוסיף עליה והיכא דלא אמיד לא תקנו וכן כתב הב"ח לקמן ר"ס רצ"ח ואפשר שגם הרא"ש כוון לזה ודו"ק:

סעיף טו

על הדרך שיתבאר בסי' תי"ח. ודוק' שהצית בבית חבירו נאמן הניזק בכל מה שיטעון שכן דרך להניח כל דבר בביתו אבל הצית אש בגדיש של חבירו אינו נאמן אלא בדברים שדרך להניחם בגדיש כמו מוריגין וכלי הבקר אבל אם טוען שהיה בו שאר דברים אינו נאמן עכ"ל הטור ומשמע הא אם יש לו עדים חייב לשלם אפי' בדבר שאין דרכו להניחו שם והיינו כהירו' שהביא הרא"ש ס"פ הכונס דביש עדים מודים רבנן לר' יודא ע"ש ועיין מ"ש לקמן סי' שפ"ח ס"א:

סעיף טז

ישבע בעל הפקדון ויטול. הר' המגיד סוף פ' ה' מה' שאלה והר"ן פרק שבועת הדיינים הביאו שהרי"ן מגא"ש הקשה על זה למה נשבע תובע ונוטל הא ה"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ותירץ דהתם דליכא דררא דממונ' אבל הכא דמודה ליה בממונ' אלא שאינו יודע מההוא נשבע התובע ונוטל ע"כ והרב המגיד שם כתב שגם דעת הרמב"ם כן ותמה עליו הב"י סי' פ"ח וכן בכ"מ פ"ה מה' שאלה שהרי הרמב"ם פסק בפ"א מה' טוען בטוענו בחטים והלה משיב לו איני יודע אם חיטים או שעורים נשבע שאינו יודע ומשלם שעורים. ויפה תמה עליו בזה (ודלא כס' גי"ת שער ז' ח"ב דף כ"ט סוף ע"ג שכ' וז"ל ואיני יודע מה לו ז"ל עם הרב המגיד כי אם על הרמב"ם גופיה היה לו להקשות כו' ולא דק כי על הרמב"ם גופי' לק"מ די"ל כמ"ש שם דשאני הכא שפשע או כמ"ש לקמן ודו"ק) ולענין מה שהקש' הראב"ד בהשגות על הרמב"ם מהא דאמרי' בש"ס סוף פ' המניח אי דטען ניזק ברי ומזיק שמא אכתי הוי תיובת' דרבה בר נתן והאריך הר' המגיד בביאור השגה זו והודה להראב"ד שהיא קושי' גדולה על הרי"ן מג"ש והרמב"ם. נלפענ"ד לתרץ בשני דרכים נכונים א' לדעת הר"ן מג"ש וא' לדעת הרמב"ם והוא דס"ל

להרי"ן מג"ש דבאינו יודע אם חטים או שעורים נשבע התובע ונוטל והיינו כשעומד בטענתו אלא דיוכל לטעון משטה הייתי בך כמו בטענו חטים והודה לו בשעורין וא"כ פריך שפיר לימא תהוי תיובת' דרבה בר נתן דאמאי שקל כדאמר מזיק הא יכול לטעון השטאה וכה"ג כתב הראב"ד גופיה בהשגות פרק ח' מהלכות טוען והבאתי לעיל סי' פ"ח סעיף י"ז דהך סוגיא דס"פ המניח היינו מקמי דתיקן רב נחמן היסת אבל האידנא כיון דאיכא שבועת היסת אי אשתבע דלא ידע אי חיטים או שעורים הא הוי הודאה גמורה דאית ליה כל דהו ולא דחייה הוא עכ"ל ועוד דהתם בשני שוורים לא ה"ל לניזק לידע שהרי לא הי' שם פשיט' דמאי דמודה ליה לאו הודא' ודחויי קמדחי ליה וא"כ אם איתא דרבה בר נתן דאמרי' דחויי קמדחיי ליה נהי דבחטין אם משיב לו איני יודע אם חטין או שעורים לא מצי למימר משטה הייתי בך מ"מ בשני שוורים כיון דלא ה"ל לידע ודאי מצי למימר הכי וכמ"ש לעיל סי' פ"ח סעיף י"ב וסעיף י"ז ולקמן סי' ת' ס"ג לדעת הרמב"ם והטור והמחבר שמוכרח לפרש כן קושית הש"ס דעיקר הקושיא הוא כיון דלא ה"ל לידע נימא דמשטה הי' בו והוא נכון ע"ש וגם לדעת הרמב"ם הייתי יכול לתרץ כן דל"ק מהך דס"פ המניח אך מ"מ תיקשי ממ"ש הרמב"ם פ"א מה' טוען דבמשיב לו איני יודע אם חטין או שעורים נשבע שאינו יודע ומשלם שעורים ופטור מחטין וכן הוא דעת כל הפוסקים בזה דלא כהרי"ן מג"ש שהתובע נשבע ונוטל חטים וכמו שנתבאר לעיל סי' פ"ח סעיף י"ז ואדרבה הרב' פוסקים פסקו שהנתבע פטור לגמרי כמו בטוענו חטים והודה לו בשעורים וכמו שנתבאר שם וכן קשה על המחבר שהרי הוא פסק שם ג"כ לעיל סי' פ"ח סעיף י"ז דנשבע שאינו יודע אם חטין או שעורים ופטור מחטים וא"כ למה כתב כאן ישבע בעל הפקדון ויטול אלא נרא' לתרץ לדעת הרמב"ם והמחבר דשאני הכא דעשו תקנת נגזל בפקדון דאע"ג דמדינ' נשבע ונפטר כמ"ש הרא"ש ס"פ הכונס בשם הגאונים שעשאו תקנת נגזל בפקדון כדי שיהא כל אחד נזהר בשמירת הפקדון ולא יפשע בו וכתב שאין לזוז מדבריהם ומביאו הטור סי' זה ולקמן סי' רצ"ח ובזה נסתלק' השגות הראב"ד וקושית ה' המגיד כן נ"ל:

שוב מצאתי בשלטי גבורים ס"פ הכונס ופרק חזקת הבתים דף קע"ז תירץ מה שהקש' הראב"ד על הרמב"ם משור שהזיק ממש כמ"ש ושוב מצאתי בב"ח סי' פ"ח ס"ט כתב ג"כ בדעת הרמב"ם כן אלא שכתב שגם דעת הרב המגיד כן ותמה על הבית יוסף שתמה על הרב המגיד וכתב על הב"י ושארי ליה מאריה ולפי עניות דעתי התפלל על אחרים והוא צריך לאותו דבר שהרי בהדי' כתב ה' המגיד שם בתחלת דבריו שדעת הרמב"ם כדעת רבו הרי"ן מג"ש דבדאיכא דרא דממונא נשבע התובע ונוטל. ועוד שהרי הרב

המגיד שם הקש' על הרמב"ם דפקדון משור שהזיק ומחטים ושעורים ואם כדבריו לק"מ ועוד שסיים הרב המגיד וז"ל ובאמת שעיקר הדברים כדברי הראב"ד ז"ל ולפי דבריו ז"ל טענו חטים ואמר איני יודע אם הם חיטים או שעורים נשבע שאינו יודע ונפטר עכ"ל משמע דלהרמב"ם אין הדין כן במשיב לו או שעורים א"ו יפה כוון הבית יוסף בדעת הרב המגיד ומ"מ לענין דינא לא ירדתי לסוף דעת ב"י בזה שכתב שם וז"ל ולענין דין הירושלמי שכתב הרמב"ם ורבו ר"י הלוי מאחר שהסכמת המפרשים היא דלענין טמון באש מיירי ופשט דברי הרי"ף מוכיחים כן נרא' דהכי נקטינן ולא כדברי הרמב"ם עכ"ל שהרי הרא"ש מסיק שהגאוני' פירשוהו בפקדון וכתבו דעשאו תקנת נגזל בפקדון ואין לזוז מדבריה' עכ"ל וכ"כ הטור שם גם לא מוכח מהרי"ף מידי כיון דמיירי שם מתקנת נגזל בניזק הביא הירושלמי דהיא הדין דעשאו תקנת נגזל בפקדון ואדרבה מצאתי בהרי"ף ס"פ המפקיד שחזר והביא שם הירושלמי הזה והא כבר הביאו בס"פ הכונס אלא ודאי אתא לאשמועינן כי היכא דעשאו תקנת נגזל בניזק בסוף פרק הכונס היא הדין בפקדון בסוף פרק המפקיד ודו"ק וכ"כ הטור להדי' בסי' זה בשם הרי"ף דעשאו תקנת נגזל בפקדון וכך כתב מהרש"ל סוף פרק הכונס סי' ל"ג דעשאו תקנת נגזל בפקדון ומזיק וע"ש:

סעיף יז

ויטול כו'. לפ"ז צ"ל דהשק לא חשיב מ"מ והראב"ד והרא"ש חולקין וסביר' ליה דהוי מודה מקצת ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק כ"א:

סעיף יח

נוטל המפקיד בלא שבוע'. ולהראב"ד והרא"ש ורשב"א נשבע ונוטל וכך כתב הטור סי' ל"ב וסימן ל"ג וכך כתב בהגהת סימן שפ"ח סס"א ותימא למה סתם כאן ובסי' רצ"ח כהמחבר. ולענין הלכה העליתי לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"ד כהרמב"ם והמחבר ע"ש. וכתוב בבעה"ת בשער ל"ח ח"ג בשם הראב"ד דכן נמי מאן דאפקיד גבי חברי' טבעת של זהב וכד אפקדיה לא שקל במשקל ונפקד לא היה יודע משקלו ופשע בשמירה המפקיד אומר משקלו שני דינרין של זהב והנפקד אומר איני יודע אם משקלו דינר וגם איני יודע אם בפנים נחשת ולמעל' זהב ואתה יודע בעצמך שאין לי ידיעה ממנו המפקיד נשבע ונוטל ע"כ ונראה דבזה כ"ע מודו שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א ודוק:

סעיף יט

וי"א שנשבע שאינו יודע וכו'. וכתב הסמ"ע דהאי י"א קאי אמ"ש בריש הסעיף וכו' וע"כ אירשא קחי ולא כפי' השני שכ' בסמ"ע לקמן סי' רצ"ח ור"ל דלא עשאו תקנת נגזל בפקדון וס"ל עיקר כי"א אלו שהרי כן פסק בב"י ס"ס רצ"ח ע"ש ודוק עיין בא"ע דף ק"ד ע"ב:

סעיף כ

והעדים רואין אותו. כ' הסמ"ע פי' שראוהו העדים שנכנס ריקן וראוהו ג"כ שיצא והיו כלים תחת כנפיו עכ"ל פי' דאל"כ נאמן במגו דאי בעי אמר כלים שלי הכנסתי וחזרתי והוצאתי וכ"כ הב"ח וה"ה בלא ראו שנכנס ריקם ויש עדים שהכלים הללו היו שלו וכדלקמן סי"ב:

סעיף כא

ונשבע בעה"ב היסת כו' ויחזירו כו'. הלשון מהופך הדין הוא שיחזיר לו הכלים שלו ואח"כ ישבע היסת אבל קודם לכן אין צריך לישבע דלא מצינו שום שבועת היסת בנשבע ונוטל אם לא ע"י היפוך כמ"ש הרמב"ם בפ"א מטוען וכ"כ הרי"ף פרק כל הנשבעין בשער ד' וז"ל חייב הוא להחזיר הכלים לבעה"ב וישבע בעה"ב שבוע' שלא מכר לו כלום וכן מ"ש הרמב"ם והמחבר בסעיף י"ד ואין כאן שבוע' היינו קודם חזרה אבל אח"כ צריך לישבע היסת שהרי כתבו ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בעה"ב והדין ביניהם כו'. וברמב"ם א"ש טפי שלא כתב ב' דינים אלו סמוכים זה לזה רק הך דינא דהכא כתב פ"ט מטוען והך דינא דלקמן סעיף י"ד כתב בפ"ד מה' גזילה תדע שהרי הרמב"ם כתב שם בפ"ד מהל' גזילה שאפי' אומר בחובי נטלתי צריך להחזיר ואין כאן שבועה והביא המחבר לשונו לקמן סי' שס"ד סעיף ב' ואמאי לא ישבע בעה"ב שאינו חייב לו אלא ודאי מ"ש ואין כאן שבוע' היינו קודם חזרה ומ"ש שהרי עדים ראו מה גזל לא בא אלא לתרץ במ"ש שם מקודם בסמוך בדין נגזל שנשבע ונוטל קודם החזרה אפי' בנק"ח וכאן נוטל בלא שבועה לכך קאמר דהתם בנגזל לא ראו העדים מה גזל אבל הכא ראו מה גזל אבל מדין היסת לא מיירי שם. וזה שכתב ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בעה"ב והדין ביניהם כו' וסמך עצמו אמ"ש בפ"ט מטוען דהבעה"ב צריך לישבע היסת וכן משמע בטור דאפי' נוטל שלא בפניו צריך הבעה"ב לישבע היסת אח"כ וזה ברור:

סעיף כב

וי"א שלא אמרו אלא בטוען שאולים הם. כתב הסמ"ע וז"ל אין הבעה"ב נאמן דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפי' במקום שיש לו מגו ואפשר דהוא מטעם דהוי ליה מגו

להוציא עכ"ל. לשון הרא"ש ובמגו דשאלה ושכירות לא מחזקינן אינשי בגנבי משמע היכא דמוחזק כבר בגנב נחמן לומר גנובים במיגו דשאלה ושכירות וכן משמע בר"ן פרק כל הנשבעין. וא"כ צ"ל דלא הוי מגו להוציא כיון שראו העדים שהוציא הכלים מביתו (ואפי' למ"ש לקמן ס"ס קל"ג לחד תירוצא דהתו' דהוי מגו להוציא הכא שאני כיון שראו עדים שהוציא כלים מביתו ודו"ק) . ולפ"ז בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ומוחזק בגנב נאמן במגו אפילו ליכא צדדי לריעותא דהיוצא כמו שאלו טען שאולים או שכורים היה נאמן אפי' ליכא צדדי לריעותא דיוצא השתא נמי בטוען גנובים ומוחזק בגנב נאמן במגו וכן מוכח בטור שכ' ואם הוחזק היוצא בגנב אז אין חילוק אם טוען גנובים או שאולים כו' אלמא דבטוען גנובים במוחזק בגנב נאמן בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אפי' ליכא צדדי לריעותא דאל"כ יש חילוק במוחזק בגנב בין טוען גנובים לטוען שאולים. וכן משמע ברבינו ירוחם נל"א ח"ד שכ' דוקא כשאומר שאולים אבל אם אומר גנובים נאמן אפי' בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר כי אתרע חזקת הכלים השאולים מאחר שאומר גנובים ויש חילוק בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר באדם שהוחזק אגנבה עכ"ל ר"ל דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר כ' שם דאין חילוק ולעולם הבעה"ב נאמן וה"נ בטוען גנובי' ומוחזק בגנב לעול' הבעה"ב נאמן במגו דשאלה ושכירות ודלא כנרא' מהסמ"ע בס"ק ל"ה ובס"ק שאח"ז. מיהו הרי"ף בפ' כל הנשבעין שער ח' והרמב"ן בפ"ה מה' גזלה ובעה"ת שער מ"ט ריש חלק א' לא חילקו וכתבו סתם דבדאיכא הני צדדים לריעותא דיוצא והוא טוען גנובים במוחזק בגנב נאמן. מ"מ לא שבקינן דבריה' הסתומים מקמי דברי הרא"ש והר"ן והטור ור' ירוחם המפורשים וכמ"ש למעל' ע"ש:

סעיף כג

ואם הוחזק זה ונתפרסם לגנב כו'. עיין בסמ"ע עד והא דסתם הטור והמחבר בריש סי' זה כו' וכאן מיירי שהנכנס טוען לקוחים כו' כבר הקשיתי עליו על זה בס"ק ז' עמ"ש ע"ש. ואפשר דהמחבר לא נחית כאן כו' ונלפע"ד דעת המחבר מדכתבו הרי"ף והרא"ש והט"ו ושאר פוסקים בסתמ' דמוחזק בגנב דינו כטוען שאולי' משמע דדינו שוה בכל ואינו נשבע אלא היסת. וגם בע"כ דעת הרמב"ם מוכרח לומר כן. דמה לי שאינו נאמן בטוען לקוחים כשהן בחזקת שאולים ומה לי בטוען לקוחים כשהן בחזקת גנובים והוא מוחזק בגנב סוף סוף איתרע ריעות' דמכורי' ומ"ש שם הרמב"ם נשבע בנק"ח נראה דט"ס הוא או י"ל דמיירי שם בראו עדים שהוצי' כלים תחת כנפיו ואינן יודעין מה הוציא

ובא לומר כיון שדינו כגזלן כיון שמפורסם בגנב א"כ הבע"ה נשבע בנק"ח ליטול בכל מה שיטעון אפי' אין הגנב מודה לו שהוציא כ"כ ודוק:

סעיף כד

דינו כטוען שאולים הם. ואי ליכא הני רעית' דלעיל נאמן היוצ' ונ"ל דנאמן בלא שבועה דאין להשביעו כיון דאיתחזק רשע דחמס ומ"מ אין שכנגדו נשבע ונוטל כיון דאין שום הודא' במקצת עכ"ל המרדכי פ' הנשבעין:

סעיף כה

במגו דההחזרתים. כתב הסמ"ע בדרישׁ' הוכחתי דס"ל לט"ו כמ"ד הגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים לפיכך אפי' נכנס למשכנו שלא ברשו' וראוהו שהוציא כלים טמונים שהוחזק לגזלן אפ"ה כי ליכא עדים וראה נאמן לומר החזרתים לך וה"ה דנאמן לומר לקוחים הן בידי במגו דההחזרתי' לך ע"ש עכ"ל ולע"ד משום הא לא אריא דכיון דאפי' לדברי בעה"ב בשאלה בא לידו לא הוי כגזלן והא ראי' שה' המ' פ"ד מה' גזלה כ' דדעת הרמב"ם דגזלן צריך להחזיר בעדים ובפרק ט' מטוען כתב שדעת הרמב"ם כאן דצריך ראה דאם לא כן נאמן במגו דההחזרתי אלא ודאי כמ"ש מיהו לענין דינא נקטינן דא"צ וכמש"ל ס"ס שס"א ע"ש וכן גזלן נאמן במגו דההחזרתי וכ"כ בעה"ת בשער מ"ט שאפילו גזלן גמור וכן בנכנס למשכנו שלא ברשות נאמן בכל מה שיטעון במגו דההחזרתי אי ליכא עדי ראה וע"ש וכן הסכמות רוב הפוסקים וכן כתב בסמ"ע סי' ק"ו [ק"ז] ס"ק ט"ז דהכי ק"ל:

סעיף כו

אינו נאמן לומר לקוחים הם בידי כו' אפי' אומר לקחתי' ממנו קודם לכן ואח"כ נכנסתי שלא בפניו ונטלתי אותם אינו נאמן בכל ענין בנכנס שלא בפניו וכן מוכח בהרי"ף פרק כל הנשבעין מהראי' שהביא מההוא דאמר איגזר' לדיקל' דפלני' כו' ע"ש ודוק וכן משמע ברמב"ם פ"ד מה' גזלה והביא המחבר לשונו לקמן סי' שס"ד ע"ש:

סעיף כז

ואין כאן שבוע' כו'. עמ"ש לעיל סעיף י"א עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' צ"א:

סעיף כח

אי ברור לעדים ע' בסמ"ע הטור מסיים כו' עד אי ברירא מלתא כו' והב"ח גריס אפי' אי ברירא מלתא כו' ולפע"ד אין לשבש הספרים ישנים ועיקר כמ"ש הסמ"ע גם בש"ג העתיק כגי' ספרים דידן וק"ל ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' י"ג:

סימן צא

סעיף א

תן לפועלי סלע כו'. כ' בסמ"ע וה"ה אם אמר תן לבני סלע אין החנוני נוטל מבעה"ב עד שישבע בנק"ח אע"פ שאין הבעה"ב צריך לשלם לבנו כלום וכן מוכח בהדיא במשנ' וכתבו הטור בס"ו בכלל תשו' הרא"ש שהביא עכ"ל ומסתמ' איירי במשנה וטור שאין חייב לשלם לבנו וכ"כ הר"ן ואפי' הרמב"ם והמחבר בסעיף ב' מודים כאן דצריך לישבע בנק"ח דדוקא התם שחייב תשלום א' מהן וא"כ אינו מפסיד כלום משא"כ הכא שאינו חייב שום תשלום אם לא נתן החנוני ודוק. וע"ל ס"ק י"א:

סעיף ב

והוא מודה שא"ל כן כו' אבל אם כופר בכולו או במקצת פטור הבע"ה אפי' מהיסת כיון דהפועלים מכחישים החנוני ג"כ ודלא כסמ"ע שכ' דנשבע היסת או ש"ד כדלקמן סעיף ו' דלא דמי להתם וכמ"ש לקמן ודו"ק:

סעיף ג

שניהם נשבעים כו'. ואפי' החנוני הוא עכו"ם אם מכחיש לפועל או בע"ה ישראל צריך הישראל לישבע כן מבואר מתשובת הרשב"א שהביא הב"י סי' ע"ב מחודש ח"י ולקמן ס"ס קפ"ה ע"ש ונראה דאף למ"ש לקמן סי' קמ"ט סעיף י"ד דלכאורה משמע מדברי הרב המגיד פי"ד מטוען דאין משביעין היסת ע"פ ברי של עכו"ם מ"מ הכא ליטול אפשר דכ"ע מודו דאינו נוטל אלא בשבוע' ודוק:

סעיף ד

וצריכים שישבעו כו'. כתב הב"ח דהיינו לכתחלה אבל אם נשבע שלא בפני חבירו א"צ לחזור ולישבע כדלעיל סי' פ"ז סכ"ג ואינו מוכרח די"ל דשאני הכא כיון דודאי חד מינייהו לשקרא משתבע וגם בסי' פ"ז גופיה הריטב"א חולק הביאו הב"י שם מחו' כ"ו ע"ש:

סעיף ה

חנוני בפני פועלים כו'. מהלשון משמע דחנוני נשבע תחלה וכן נראה דהא כששניהם אינן נשבעין ע"כ צריך לשלם לפועלים ולא לחנוני א"כ הפועלים אמרו דילמא החנוני לא ישבע אבל החנוני בע"כ צריך לישבע כדי ליטול וכ"כ בבה"ת שער כ"ט בשם ר' אפרים דעדים נשבעין תחלה שהן שלוחים ומביאו ב"י ה"נ החנוני כשלוחו של בע"ה הוא ואע"ג דלקמן סי' קכ"א ס"ק מ"ה כתבתי דלא קי"ל כר' אפרים גבי עדים היינו משום דאנן קי"ל

התם דהעדים נשבעים היסת לפטור והמלוה בנק"ח ליטול אבל הכא ששניהם נשבעים ונוטלים מדר' אפרים נשמע דהכא החנוני צריך לישבע תחלה ודוק:

סעיף ו

ודוקא בדאיתנהו לתרוייהו דאי ליתנהו יאמר כל א' לבע"ה אייתי את לזה שכנגדי ואשבע לפניו ואני צריך למעותי ואשבע שלא בפניו ר"ן ומיירי שמתחלה היו מכחישים זא"ז בב"ד דאל"כ א"צ הפועלים לישבע כלל כדלקמן ס"ק י"א מיהו למ"ש לקמן ס"ק י"ג דאם הוא קרוב וידוע שיבא יכול לומר הבע"ה המתין קצת או תשבע ותיטול מיד א"כ כאן אפילו הוא קרוב יכול לומר אשבע מיד ולא אמתין כלל ודוק.

סעיף ז

וה"ה אם א"ל הלויני כו'. כלומר לא תימ' דוקא לחנוני תקנו כן מפני שרגיל להקיף אלא אפי' אמר כן לאדם אחר שאינו חנוני הלויני ופרע לבעל חובי וכן הוא בבעה"ת שער כ"ט ודלא כה"ה בשם יש מי שכ' ומביאו ב"י:

סעיף ח

ופרע לבעל חובי כו' לפי שאין החנוני או אותו שמלוה צריכים לשלם לפועלים או לב"ח בפני עדים רק כשיש לאותו פלוני שטר עליו והזכיר לו השטר כדלעיל סי' נ"ח ס"ס א' וע"ש:

סעיף ט

אלא בזה אח"ז דלא מיחזי כולי האי כשבועת שוא במה שהשבועות סותרות זא"ז:

סעיף י

או שמתו פועלים כו'. הרי אינו משלם אלא תשלום א' סי' ותשלום א' הוא מודה שחייב כ"כ גם הרמב"ם והטור וזהו דלא כמ"ש המ"מ בשם הרמב"ן דאי מתו פועלים אזי יורשיהן מוציאין מב"ה בשבועה דלא פקדנו אבא וא"כ גם בזה יהיו על הבעה"ב ב' תשלומין וכ"כ בב"י ובדרכי משה ע"ש עכ"ל סמ"ע. ועיין בדרכי משה שלא דחה דברי הרמב"ן אדרבה כ' במסקנ' שהר"ן כתב כדברי הרמב"ן וכן הוא בהר"ן פ' האיש מקדש שלא כדברי הרמב"ם וכ' שמפרשים חלקו עליו גם בב"י לא דחה דברי הרמב"ן ע"ש. ומה שלא הגיה כאן הר"ב כלום אדברי המחבר היינו משום שכתב דברי הרמ"ה שהם רבותא יותר דאפי' לא ישלם ליורשי פועלים צריך החנוני לישבע ובסי' זה לא מיירי אלא אם החנוני צריך לישבע אבל אם יורשי הפועלים גובים מזה לא מיירי כאן אי נמי ס"ל להרב כמש"ל לדעת הרמב"ם גם ה"ה הוצרך לדחוק לדעת האומרים דאין יורשי הפועלים גובין בשבועה והניח דבריהם בצ"ע וז"ל ואפשר שהטעם שלהם הוא לפי שאין זה מלוה בשטר

אלא ע"פ וע"א מעיד שנתן להם (והם טוענין שמא) ואע"פ שהוא נוגע בדבר אין נוטלין וצ"ע עכ"ל וגם דעת בעה"ת שער כ"ט סוף ח"ג כהרמב"ן וכן עיקר דל"ש כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו דאדרבה הבו לה [דלא] לוסיף עלה הוא כדלקמן סי' ק"ח ולפע"ד גם דעת הרמב"ן כן ולא בא אלא לומר דהיכ' דליכ' אלא תשלום א' נוטל בלא שבועה ומיירי בפועלים שאין להם יורשים או שאין יורשים יודעין שאביהם הי' פועל שלו או שאין היורשים כאן וכה"ג שוב ראיתי בב"ח כתב גם כן דהעיקר כהרמב"ם ורמ"ה ולא כהרמב"ן וכן נראה מתשו' הרשב"א (שהביאו ב"י בסימן פ"ט) שהביא הירושלמי בדין שכיר שמת דאין יורשים גובים מבע"ה דכלום תיקנו אלא בשביל שכיר שמא בשביל יורשים וכ"כ הטור לקמן סי' ק"ח דבשכיר ונגזל אין היורשים נשבעין ונוטלין כו' עכ"ל וכבר כתבתי דאין מדברי הרמב"ם והרמ"ה ראי' כלל. וגם מ"ש וכן נראה מתשו' הרשב"א שהבי' הירושלמי כו' נלפע"ד דלא דק דהתם מיירי כשהבע"ה טען לשכיר פרעתיך וכה"ג כ' הבעה"ת גופיה בשער י"ד סוף ח"ב דאין יורשי השכיר נשבעין ונוטלין והוצי' כן מהירושלמי הנ"ל ובכה"ג דמיירי לקמן סי' ק"ח והיינו מטעם הירושלמי דכלום תיקנו אלא בשביל שכיר כו' כלומר דמדינ' לא הי' השכיר נוטל אפי' בשבועה משא"כ הכא דמדינ' הפועלים היו נוטלים אף בלא שבועה כיון שודאי חייב להם וספק אם פרע להם ואם כן פשיטא כשמתו היורשים נשבעים שלא פקדנו אבא ונוטלים אלא מיירי הכא כדפי' ודוק וע"ל סי' קכ"א ס"ק נ"ו:

סעיף יא

שהרי אינו משלם אלא תשלום א'. הוצרך לטעם זה אפי' היו החנוני והפועלים טוענים ודאי בחייהם והיו מכחישין זה את זה לפני ב"ד דאל"כ אפילו היה משלם ב' תשלומי' לא היו צריכין לישבע כדמוכח לקמן סי' קכ"א ס"י ע"ש בס"ק נ"ז מיהו י"ל דמיירי שלא היו מכחישים זא"ז והא דהוצרך לטעם שאינו משלם אלא תשלום א' היינו משום חנוני דלא דמי לשלוחין ולא למלוה דלקמן סי' קכ"א לשלוחין לא דמי דהתם אינן נוטלין ולמלוה ל"ד שהיה חייב לו בודאי וספק אם פרע לו משא"כ חנוני דבא ליטול וספק אם חייב דאם היה משלם ב' תשלומין לא היה נוטל בלא שבועה אפי' ליכא מאן דמכחיש ליה ולפ"ז אם היו הפועלים מכחישין החנוני אפשר דגם להרמב"ם והמחבר צריך לישבע אף ע"פ שאינו משלם אלא תשלום א' ודוק:

סעיף יב

וי"א כו'. טור בשם הרמ"ה וכתב הטור דהכי מסתברא וכ"כ בע"ש וכן כתב הרב המגיד בשם קצת מפרשים ובשם הרמב"ן והרמ"ה ומשמע מדבריהם שם דאע"פ שאינו משלם

לחנוני רק תשלום א' וגם הפועלים לא הכחישוהו בחייהם אין נוטל החנוני בלא שבועה וגם הר"ן בפרק כל הנשבעין כתב שאין דברי הרמב"ם נכונים אלא החנוני צריך לישבע בכל ענין ואע"פ שממ"ש הר"ן בפ' האיש מקדש נראה שחולק עליו מטעם דכיון שיורשי הפועלים נוטלין הרי הבע"ה נפסד ומשלם ב' תשלומין מ"מ כי דייקת שפיר בדבריו תראה שחולק עליו בתרתי חדא מטעם הנ"ל וחדא מטעם דכיון דהחנוני בא ליטול וספק אם בעה"ב נתחייב צריך לישבע ולפ"ז אפי' הוא בענין שאינו משלם לפועלי' כגון שאין להם יורשי' צריך החנוני לישבע ודו"ק: ולענין הלכה נ"ל עיקר כדברי הרמב"ם וכמו שאוכיח לקמן ומה שחלקו עליו דחנוני מדינא אין לו כלום אצל בע"ה דה"ל מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיי"ל דפטור לפע"ד לא דמי להתם דהא במנה לי בידך והלה אומר איני יודע גופא סברי רב הונא ורב יודא (בפ' הגוזל בתרא דף קי"ח ע"א) דחייב מטעמא דברי ושמא ברי עדיף ורב נחמן ור' יוחנן דאמרי התם פטור הא קמפרשי טעמא משום דאוקמי ממונ' בחזקת מאריה וא"כ דוקא התם שייך לומר כן דאוקי ממונא בחזקת מאריה והיכ' דקאי קאי לא תיפוק מרשותיה משא"כ הכא דס"ס האי ממונ' תיפוק מרשותיה ולא קאי בחזקתיה. ועוד דהא אמרי' בכתובות בפ"ק (דף ט' [י"ב] ע"ב) גבי הנוש' אשה ולא מצא לה בתולים דאפי' רב נחמן ור' יוחנן מודים התם כיון דאיכ' חזקה אחרינא כנגדה דאוקמה אחזקתה דבתולה היתה וכה"ג אמרי' נמי בפ' המדיר (כתובות דף ע"ו ע"א) דהבעל חייב משום דאוקמה אחזקתה שלא היה בה מומין וא"כ ה"נ כיון דקי"ל בכמה דוכתי חזקה שליח עושה שליחותו א"כ מסתמ' חנוני עשה שליחותו וכן ראיתי בבעה"ת שער כ"ט ח"ב הביא תשו' הרב ר' יוסף אבן פלאט שהשיב באריכות להרז"ה דחנוני ופועל "לא מחייבי שבועה אלא היכא דתרווייהו קמן ומכחשי אהדדי כפשט' דמתני' הוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו אבל היכא דחדא תבע קמן לבע"ה וליכא חבריה דמכחיש ליה שקיל בלא שבועה אפילו אי אתא חנוני ותבע לבע"ה ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע כו' דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקת ממונא גבי נתבע אבל הכא גבי חנוני איכא תרי אנפי חזקת שליח עושה שליחותו ומדחיא חזקת ממון מקמי תרתי ומנלן דכל היכי דאיכא תרי אנפי כה"ג מדחיא חזקת ממון מקמייהו דתנן הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים כו' ר"ג אומר נאמנת והלכתא כוותיה וטעמא משום דאיכא חזקת גופא בהדי ברי ושמא ותנן גבי מומין כה"ג היו בה מומין ועודה בבית אביה כו' ואסיקנא הא לא מייתי ראיה נאמן ושקלה כתובה בלא שבועה משום דאיכ' תרי חזקת דגופא וטענת ברי ושמא ומדחיא לחזקת ממונא ונאמנת לגמרי משמע בלא שבועה ועוד דכיון דתני חנוני גבי פועל ש"מ חד דינא אית להו ומה

פועל שקיל בלא שבועה היכא דליכא חנוני דמכחיש ליה אף חנוני כי לא מכחיש ליה פועל שקיל בלא שבועה ומה"ט נמי לא דמי למוציא הוצאת על נכסי אשתו ומכיר כליו וספריו ביד אחר וחבריהון דמשתבעי ושקלי אע"ג דליכ' מאן דמכחיש להו דהכא איכ' נמי גבי חנוני חזקת חזקה שליח עושה שליחותו עכ"ל והכי משמע נמי מפשט' דמתני' דקתני מעיקרא וחנוני על פנקסו ובתר הכי מפרש חנוני על פנקסו כיצד אמר לחנוני תן לפועלי סלע הוא אומר נתתי והן אומרים לא נטלנו הוא נשבע ונוטל והן נשבעים ונוטלין קמהדר לפרושי חנוני וקמפרש פועל והכי הל"ל חנוני על פנקסו כיצד אמר לחנוני תן לפועלי סלע והוא אומר נתתי נשבע ונוטל אלא ודאי משום דאי לאו דמכחשי לי' פועלים והם נוטלין ג"כ לא הי' צריך החנוני לישבע וליטול דמסתמא עשה שליחתו והרי אינו משלם אלא תשלום א'. ועוד ראיה לזה ממאי דגרסי' בריש שנים אוחזין בין לרבנן ובין לר' יוסי התם גבי חנוני על פנקסו דקתני זה נשבע ונוטל וזה נשבע ונוטל מ"ש דלא אמרי' נפקי' ממונא מבע"ה ויהא מונח עד שיבא אליהו דהא בודאי איכא רמאי אמרי התם היינו טעמא דא"ל חנוני לבע"ה אנא שליחות' דידך קא' עבדינ' מאי אית לי גבי שכיר אע"ג דקמשתבע לי לא מהימן לי בשבוע' אנת האמנתיה דלא אמרת לי בסהדי הב ליה ושכיר נמי אמר ליה לבע"ה אנא עבד' עבידת' גבך מאי אית לי גבי חנוני אע"ג דמשתבע לי לא מהימן לי הלכך תרווייהו משתבעי ושקלי מבע"ה ע"כ. ואמת שראיתי בס' המלחמות להרמב"ן סוף שבועות שכתב דחנוני על פנקסו דינו מן התורה שילך לו בפחי נפש שהרי דינו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקי"ל דפטור וההיא טעמ' דפרישו סבוראי משום דלא א"ל בסהדי הב ליה טעמ' דתקנתא הוא ולאו דינא דמ"מ פטור דאע"ג דלא א"ל בסהדי הב ליה הוה ליה לתקוני ולא לעוותי עכ"ל. אבל לפע"ד זה לא נהיר' אלא משמע דטעמ' דדינא הוא ואי טעמ' דתקנתא הוא ה"ל לפרושי הכי בגופ' דמתני' דשבועות אלא ודאי משום דדינא הוא דחנוני נוטל אלא דפריך נהי דדינא הכי מ"מ כיון דודאי חד מינייהו רמאי יהא מונח ולהכי משני דמשום האי טעמ' דאמר שליחות' דידך קא עבדינ' ולא אמרת לי בסהדי הב לי' הבע"ה הוא שגרם הפסד לעצמו ולא אמרי' יהא מונח וכן משמע מפירש"י שם. והכי משמע נמי ממאי דאמרי' בפ' כל הנשבעין (סוף שבועות דף מ"ז) שני מלוין ולוה א' וב' שטרות היינו מתני' ואם איתא דחנוני במתני' תקנת' היא היכי מדמי לה למתני' ויש לדחוק בזה אבל אין נ"ל אלא פשטא דמילת' משמע דמדינ' תרווייהו שקלי כמו בשני שטרות וגם מ"ש הרמב"ן דה"ל לתקוני ולא לעוותי לא ירדתי לסוף דעתו בזה וכמ"ש לקמן סי' צ"ב סעיף ט' עליו בזה ע"ש: והמעיין בבעה"ת שער כ"ט ח"ב יראה דמשמע שהרז"ה קבל תשובת הרב ר' יוסף

אבן פלאט דחנוני דין פועל יש לו ומדינא שקיל בלא שבועה וכן מבואר להדי' מדברי הרז"ה בספר המאור סוף שבועות שהבאתי לקמן סי' צ"ב סעיף ט' ע"ש וגם הבעה"ת עצמו שם בשער כ"ט ח"ב פסק כן וכתב שכן סברת הרב ן' מג"ש וה"ר משה ז"ל וגם הרב המגיד פי"ו מהל' מלוה כתב שכן הוא דעת ראשונים וכן משמע לכאורה מפירש"י דף מ"ז ע"ב והברטנורה שפירשו במתני' שניה' נשבעין ונוטלין מבעה"ב דא"ל חנוני פועלים לא מהימני לי בשבועה את האמנתיהו דלא אמרת לי בסהדי הב להו וכן פועלים אמרי ליה לא מהימן לן חנוני בשבוע' עכ"ל משמע דחנוני דינא קאמר כמו פועלים וכן עיקר:

סעיף יג

דדוקא אם מת החנוני כו'. ובטור איתא בשם הרמ"ה דאפי' לא מת החנוני אי אתו פועלים מעיקרא בלא חנוני ותבעו לבע"ה ולית' לחנוני קמן דנשייליה שקיל בלא שבועה ע"ש ונראה דכ"ע מודים בזה וכ"כ בעה"ת שער כ"ט ח"ב בפשיטות וז"ל ול"ת דוקא בשמת אחד מהן אלא אפי' שלא מת אלא שהלך למד"ה אע"פ שיש לנו לומר אולי יבא היום או למחר ויאמר שנתן אעפ"כ כיון דהשת' ליתיה קמן לא מחייבי' ליה לאשתבועי אך אם רצה להחרים סתם על מי שלקח ממון זה ותובעו פעם אחרת מחרים וכן סברת הרב ן' מיגש והר"מ ז"ל עכ"ל וכן כתבו הפוסקים והרמב"ם והמחבר לקמן סי' קכ"א ס"י ונראה דגם מ"ש הרמ"ה דליתיה לחנוני קמן היינו שהלך למד"ה אבל אם קרוב וידוע שיבא יכול הבע"ה לומר הלא אין לך הפסד המתן קצת עד שיבא או תשבע ותטול מיד ודו"ק ובהלך למ"ה דנוטל בלא שבועה נראה דאף אם חזר והכחישו וצריך לשלם לו ג"כ א"צ לישבע כיון שכבר נטל דאף מעיקרא לא תיקנו חז"ל שבועה אלא כיון שבאים ליטול דא"ל בהא אין נשבעין על טענת שמא וכיון דהשתא באין לפטור אין כאן שבועה כלל ודו"ק:

סעיף יד

ולא ידע אי פרע. ומן הדין הי' לפועל ליטול בלא שבועה מבע"ה אלא משום פסיד' דבע"ה ונפייסו תיקנו שישבעו לו פועלים והיינו דוקא כשמשלם ג"כ לחנוני משא"כ הכא ודו"ק עכ"ל סמ"ע וכ"כ הרב המגיד ושאר פוסקים:

סעיף טו

בחנוני המקיף כו'. ואז אפי' המחום בשעת הפרעון אצל החנוני ונתרצו ופטרו את הבע"ה יכולים לחזור כדלקמן סי' קכ"ו מיהו אם מתחלה בשעת שכירת הפועלים המחום אצל החנוני ונתרצו לפרוע מהחנוני אין להם על הבע"ה כלום כ"פ הב"ח סעיף ד' ואע"פ שכתב כן לפרש דברי ה"ר ישעיה ופירושו בדברי הר"י אינו נכון אלא נראה דס"ל

להר"י כהירושלמי שהביא הרי"ף פרק המקבל וכאיכא מאן דמוקים להמתני' דהמקבל בדליתא חנוני גביה וכמו שהבי' הרי"ף שם ע"ש והטור שכתב על דברי הרי"ף [הר"י] ולא נהיר' היינו משום דס"ל כהרי"ף שם וכן דעת הרא"ש שם והכי קיי"ל לקמן סי' קכ"ו והב"י כתב דלהר"י אפי' שלא בפניו כבר נסתלקו ולא ידעתי לדבריו טעמו של הר"י אלא א"כ נאמר שפסק כרב ששת דהמקבל וזה תמוה אלא נראה כדפרישית מ"מ דינו של הב"ח יכול להיות אמת ודו"ק:

סעיף טז

וא"ל תן לפועלים סלע כו'. להסבר' אחרונה דלקמן סי' קכ"ו ס"ג דמיירי כאן שא"ל תן להפועלים סלע שיש לי בידך וע"ש:

סעיף יז

והפועלים נתרצו. האי נתרצו לאו דוק' קאמר אלא כל ששתקו ולא אמרו בפי' אין לנו עסק עם החנוני נתרצו מיקרי דאל"כ קשה למה מסיק ואמר ואם שלא במעמד שלשתן וכו' הל"ל ואם לא נתרצו כו' עכ"ל סמ"ע וכתב הגאון אמ"ו ז"ל בגליון סמ"ע שלו על דבריו וז"ל לא מן השם הוא זה דאתא לאשמעי' דאע"ג דנתרצו שלא בפניו יכול לחזור בו עכ"ל ויפה כיוון דהא גם להסמ"ע קשה דהל"ל בסיפ' ואם לא נתרצו והיינו שלא שתקו אלא ודאי מחלק בנתרצו גופיה וכן המחבר גופיה כתב לקמן סי' קכ"ו ס"ט די"א (והוא דעת הרא"ש וסייעתו) דיכול לחזור בו כ"ז שלא פטרו בפי' והיינו שא"ל אני פוטרך ואסמוך על החנוני וכמ"ש שם וכ"פ הרב שם א"כ בע"כ צריך לפרש נתרצו דכאן היינו שפטרו בפי' [ואפשר גם הסבר' ראשונ' דלשם מודה דעכ"פ נתרצה בפי' בעינן אבל שתיקה לחוד לא מהני ודוק] וברישׁ' בחנוני המקיף אפי' פטרו הפועלים בפי' יכולים לחזור כמ"ש ר' ירוחם והר"ב לקמן סי' קכ"ו ס"ב אם לא שפטרוהו הפועלי' לגמרי דאז אין להם על הבעה"ב כלום וכמ"ש שם:

סעיף יח

אין לפועלי' על הבע"ה כו'. ואפי' לדעת הרא"ש וסייעתו דלקמן סי' קכ"ו ס"ב דאף אם המחה במעמד ג' יכיל הנמחה לחזור בו שאני התם דמודה המומחה שעדיין לא נתן להנמחה כלום ודוחה אותו יום יום משא"כ הכא דהחנוני המומחה אומר שכבר נתן להפועל הנמחה מה שאמר ליה הבע"ה הממחה ליתן עכ"ל סמ"ע ולפע"ד זה אינו דכיון דיכול לחזור בו א"כ עדיין חיובו על הבע"ה ומה בכך שאומר המומחה שנתן לו והכי מוכח ממה שהוצרכו הרי"ף והרא"ש והתוס' פרק המקבל לומר דהירושלמי קאמר דמתני' דחנוני על פנקסו מיירי כשלא העמיד הפועלים אצל החנוני אבל העמידם אצל

החנוני אין הבע"ה חייב לפועלים כלום דס"ל כרב ששת ולא כרבה דקי"ל כוותיה דאמר המחה אצל חנוני חוזר ואם איתא ה"ל למימר הירושלמי אליבא דהלכתא היא ושאני התם כיון דהחנוני אומר שנתן להם (ואע"ג דבירושלמי מיירי בחנוני המקיף מ"מ היאך מדמו להא לפלוגתא דרבה ורב ששת ה"ל למימר דשאני חזרה מפרעון וכמ"ש הבעל העיטור באות המחאה ד' ק"ו ע"א בהדי' דהנמחה יכול לחזור אם לא שפטרו בפי' וההיא דירושלמי אפי' למ"ד חוזר איתיה ול"ד דהתם חנוני אמר לו פרעתיך אבל אם ידוע שלא פרעו פלוגתא דרבה ורב ששת היא עכ"ל) אלא ודאי ס"ל להרי"ף והרא"ש והתוס' דאין חילוק ודו"ק וכן משמע להדי' מדברי הב"ח סי' זה רס"ד וסי' קכ"ו וסי' קכ"ב דאין לחלק בכך רק דכתב הב"ח דהטור כאן סתם כרב אלפס ולא כהרא"ש ולפע"ד אין מזה הכרע די"ל דנתרצו דהכא היינו שפטרוהו בפירוש דהיינו שא"ל בפי' אנו פוטרים אותך ונסמוך על החנוני וכמ"ש בס"ק הקודם ולפי שאין כאן עיקר דינים אלו לכך לא הוצרך הטור לבאר זה וסמך אלקמן וכן המחבר:

סעיף יט

והחנוני נשבע היסת לפועלים ונפטר:

סעיף כ

נשבע חנוני לבעה"ב היסת כו'. בכאן נראה דהפועלים נשבעין תחלה ליטול ואחר כך חנוני לפטור ולהי"א ששתיהן נשבעין היסת לפטור נשבע החנוני תחלה וכמ"ש הבעה"ת בשם ר' אפרים ומביאו ב"י ועמש"ל סימן קכ"א ס"ק מ"ה ודו"ק:

סעיף כא

וי"א שגם זו כו'. תמיה לי דע"כ י"א אלו פליגי על הרי"ף דכתב בפרק האיש מקדש דשבועת המלוה היא בנק"ח וכדאיתא נמי להריא בבעה"ת שער כ"ט ח"ב דהר"י מיגש ור' אפרים פליגי עליה וגם בשער נ' ח"ג הביא דברי הראב"ד דמשמע מדבריו שני דינים אלו שווים וכן משמע בהר"ן פרק האיש מקדש והוא פשוט וא"כ קשה על המחבר דלקמן סימן קכ"א ס"ט כתב בסתם כסברת הרי"ף ולא הביא שום חולק וכאן הביא סברת הי"א וכן נראה לדינא דצריך לישבע כאן בנק"ח כדלקמן סי' קכ"א ודוק:

סעיף כב

והנתבע אינו יודע כמה נשבע התובע ונוטל. כתב הסמ"ע מור"ם סתם וכתב נשבע ונוטל ונראה דהוא תולה בפלוגתא הנ"ל בסעיף ב' אם מתו הפועלים והחנוני בא לבד דלסברת המחבר דלשם א"צ לישבע שבועה חמורה ולדעת י"א שכתב מור"ם שם צריך לישבע גם כאן שבועה חמורה מיהו לפמ"ש בשם מהרש"ל בסמוך ס"ז צריכים לחלק

ולומר דדוקא התם יש לספק דלא נתן להם החנוני כלום משא"כ בזה דמירי דודאי הוציא הוצאות אלא שאין יודעים כמה מש"ה סגי גם אלבייהו בהיסת עכ"ל. ולא כיון יפה בתרתי חדא דמ"ש המחבר בס"ב נוטל בלא שבועה היינו אפילו בלא שבועת היסת וכמ"ש המרשים וב"י להדיא מבעה"ת שאכתוב בסמוך והוא פשוט ועוד דמ"ש הרב כאן נשבע ונוטל היינו ש"ח בנק"ח (וכ"ע מודים כאן) כדמוכח במהרי"ק שם להדיא שכתב הדין נותן שישבע כמה הוציא ויטול כמ"ש המרדכי בפ' האשה שנפלו וז"ל ישבע כמה הוציא ויטול כו' למתנייה בהדי הנך נשבעים ונוטלין דשבועות כו' וכן מוכח להדיא בתשו' מיימוני שם והחילוק פשוט דבסעיף ב' כיון דאיכא חזקת שליח עושה שליחותו נוטל בלא שבועה וכ"כ בבעה"ת וז"ל כיון דתני חנוני גבי פועל ש"מ דחד דינא אית להו ומה פועל שקיל בלא שבועה אפי' היסת היכא דליכא חנוני דמכחיש לי' אף חנוני כי לא מכחיש ליה פועל שקיל בלא שבועה ומאי דק"ל למר המוציא הוצאות על נכסי אשתו והמכיר כליו וספריו ביד אחר וחבריהון דמשתבעי ושקלי אף ע"ג דליכא מאן דמכחיש להו משום דאיכא גבי חנוני תרתי חזקת שליח עושה שליחותו ואיכא ברי ושמא וגבי מוציא הוצאות על נכסי אשתו וחבריהון ליכא אלא ברי ושמא וליכא חזקה מ"ה חייב שבועה דילמא אוסיפו למיתבע ע"ז דאפיקו עכ"ל. ומשמע להדיא ג"כ מדבריו דבכל מאי דהאי ידע והאי לא ידע דמשתבע ושקיל היינו ש"ח בנק"ח דהא כל היכי דליכא חזקה שליח עושה שליחותו מדמי לה לנכסי אשתו דהיא שבועת המשנה וכן מבואר בא"ע סי' פ"ח ס"ז דנשבע בנק"ח ונוטל וכן לקמן סי' קנ"ח ס"ח וסי' שע"ה ס"ח ע"ש:

סעיף כג

וה"ה בכל מידי כו'. כ' הסמ"ע ע"ל סי' י"ד שכתב בהג"ה והוא מתשו' הרא"ש בהסרבן שהוציאו עליו הוצאות דצריך לברר כמה הוציא ואינו נאמן בשבועה שאני התם דההוצאה היתה בע"כ של סרבן משא"כ הכא דהוציא עליו לטובתו ומה"נ כתב הטור בסי' צ"ג סט"ו וז"ל ובכל מה שיברר ראובן בעדים כו' שם נמי לא הית' ההוצאה לטובתו אע"פ שהי' מוכרח להוצאה עכ"ל והגאון אבי מ"ו ז"ל כתב ז"ל ואני אומר שאני הכא שהי' ברשות חברו מתחלה הימני' חברו בשבועה עכ"ל ור"ל דל"ד להך דסי' י"ד וסי' צ"ג שלא הי' ברשו' חברו ונכון הוא ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ד וסי' קע"ב:

סעיף כד

הואיל ויש רגלים לדבר כו' אבל אם יאמר מצאתי בפנקסי שאתה חייב לי לא סמכי' אפנקסי' כ"כ הרא"ש בתשובה ודקדק כן מהמשנה ומביאו הטור ומשמע דלא סמכינן כלל אפנקסו בזה וא"כ א"י להשביע את הנתבע אפי' היסת כיון דליכא רגלים לדבר

דאל"כ מאי איריא פנקסו אפי' ברי לי' נמי אינו נשבע ונוטל ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרא"ש והרב דה"ה יכול לישבע בכל דבר על פנקסו שסומך עליו שהוא אמת היינו שידוע לו בבירור שפנקסו הוא מדוקדק היטב דזה הוי כרגלים לדבר וכן משמע מל' תשובת הרא"ש וז"ל יראה שאדם שכותב כל דבריו בפנקסו בדקדוק כדי שיהא זכור מהם כו' יכול לישבע זה כו' והיינו שכתב הר"ב שסומך עליו שהוא אמת ר"ל שידוע לו שפנקסו מדקדוק הוא ואינו מוטעה בשום פעם או שידוע לו רגלים לדבר כה"ג. ולפ"ז אין חילוק בין לישבע להוציא או להשביע הנתבע ע"פ פנקסו ומ"מ לעיל סי' ע"ה סכ"ג דיכול להשביע ע"פ פנקס אביו היינו אפי' אינו יודע שפנקס אביו מדוקדק הוא. ומ"מ להוציא מהיתומי' בסעיף שאח"ז ודאי צריך רגלים ואומדנות מוכיחות וכהך עובד' דתשובות הרא"ש דלקמן. ומדברי הב"ח לא נראה לכאורה כמ"ש והנלע"ד כתבתי ואולי יש לכוין גם דברי הב"ח כן וע"ל סי' פ"א סכ"ג בהג"ה:

סעיף כה

היכא דיש רגלי' לדבר כו'. כגון ראובן שמסר לשמעון אלף זוז לעיסק' בלא שטר תוך ד' חדשי' לפני מות שמעון ונפטר שמעון בלא צוואה ואחרי מותו נשאר פנקס מכתב ידו שהי' כתוב בו זכרון המשכנות מהאלף זוז של ראובן למחצית שכר והמשכנות נמצאי' באותו פנקס והי' כתוב בכל פתק ופתק שם ראובן והחזיר הרא"ש לראובן מעותיו אע"פ שהניח שמעון בן קטן כדאית' בתשו' הרא"ש ובטור. וכ"פ בתשו' מהרא"ש ן' חיים ריש סי' ט"ו ע"ש. וע' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קל"ז ובתשובת מבי"ט ח"ב סי' ע"ד ובתשו' מהרשד"ם סי' ר' ובתשובת מה"ר יוסף טראני סי' ע"ב וע"ל ס"ס ר"ן עוד כ' הרא"ש בתשוב' דמי שרגיל לכתוב מיד כל עסקיו בפנקס ולא מצא עסק זה בפנקסו יוכל לישבע עליו דהוי כמו ברי כיון שלא מצאו בפנקסו וכתב בתשובת מהרי"ן ל"ב ספר ב' סימן נ' דלפ"ז ה"ה חמשין כתוב בפנקסו וחמשין אינו כתוב בפנקסו דלא הוי מחוייב שבוע' ואיל"מ מיהו כ' שם דהרא"ש לא מיירי אלא באדם שכותב עסקיו מיד בפנקס שמונח לפניו אבל אם שוהא בינתים אפשר ששכח ולא כתב בפנקס ע"ש:

סעיף כו

נשבע בע"ה היסת כו'. כתב הד"מ והסמ"ע והיינו דלא כהר"ן (בשם הרא"ה) שכ' דא"צ הבע"ה לישבע אפי' היסת הואיל ואף אם מודה בע"ה שא"ל ליתן אין החנוני יכול להוציי' מידו כי אם בשבועה אחר דכפירתו לא הוי כפירת ממון כו' וכ"כ בע"ש ולפעד"נ דליכ' כאן פלוגת' דהרא"ה והר"ן מיירי שהפועלי' מכחישי' ואומרי' לא נטלנו והלכך כיון שלא הי' יכול ליטול כי אם בשבועה אינו נשבע היסת וכאן מיירי שהפועלי' מודים שנטלו

(אלא שהבע"ה אומר שלא צוה ואינו חייב להם) א"כ הי' החנוני נוטל בלא שבועה. תדע דהא הטור כ' לעיל סי' ע"ה סי"ז בשם הרמ"ה בסתם (ועיין מ"ש שם ס"ק מ"ז) דכל היכא שאין ב' מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע לא אמרי' מתוך שאיל"מ וכאן כתב בחמשין צויתיך ליתן ונ' איני יודע משואיל"מ אלא ודאי כדפי' ודו"ק:

סעיף כז

ואם אמר חמשים כו'. בבעה"ת שער כ"ט חלק ב' כתב וז"ל ואם אמר נ' כו' והשאר איני יודע מתוך שאיל"מ דקי"ל כר' מאיר דדאין דינ' דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי וכי היכי דאי טעין בעל השטר על השורף שטרו דהוה ביה מאה וא"ל אידך אינו אלא נ' משתבע כדין מודה מקצת ואי לא מודה ששרפו משתבע היסת ואי מודה ליה במקצת ועל השאר אומר איני יודע משואיל"מ ה"נ גבי חנוני כיון דחזק' שליח עושה שליחותו ודבר הגורם לממון כממון דמי הכא דייני' דכמאן דטען עליה בגוף הממון דמי עכ"ל ולי נראה דהכא בלא דינ' דגרמי חייב דכיון דבשבילו ובצוויו נתן ה"ל איהו לוה דמה לי הלוה לו או הלוה לשלוחו בשבילו והלכך אע"ג דלקמן סי' שפ"ו סעיף ב' ס"ק י' חלקתי על דברי הבעה"ת גבי שורף שטר דאינו חייב שם ש"ד מכל מקום דין דהכא אמת לכ"ע וכמ"ש כן נ"ל ודו"ק:

סעיף כח

החנוני נאמן כו'. **עד בלא שבוע'**. כ' הסמ"ע בשם מהרש"ל דאפי' להי"א דלעיל ס"ב דכשמתו הפועלים והחנוני בא להוציא מבעל הבית דאינו נוטל בלא שבוע' היינו דוק' כשאין הבעל הבית יודע אם נתן להם כלום אבל הכא מיירי דהבעל הבית יודע שנתן להם אבל אינו יודע כמה מודה דנוטל בלא שבוע' עכ"ל וכן כתב הב"ח וכן מוכח בטור עיין שם ודלא כע"ש:

סעיף כט

ונוטל מבע"ה בלא שבוע'. כתב הסמ"ע דצ"ל דר"ל בלא ש"ח אבל היסת מיהו צריך דאל"כ ק' מ"ש מהא דכתב מור"ם בסמוך בסס"ג דמי שהוצי' הוצאות כו' והנתבע אינו יודע כמה דנשבע ונוטל ולפ"ז פירושן דשבוע' סתם לא יהיו שוין דמה שכתב מור"ם שם נשבע ונוטל יהי' פירושו נשבע היסת ומ"ש המחבר כאן נוטל בלא שבוע' יהי' פירושו בלא שבוע' חמורה אבל היסת צריך עד כאן לשונו. ולפע"ד זה אינו וגם בבעה"ת שם מוכח להדי' דאפי' היסת אי"צ כאן וגם מ"ש הרב בס"ג בהג"ה נשבע ונוטל ר"ל ש"ח בנק"ח וכמ"ש לעיל ס"ק כ"ב ומ"מ לק"מ דשאני הכא כמ"ש הטור כאן כיון שאמר לו

תן להם כל מה שצריכים הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלים כאלו קצץ דמי וכן מחלק בבעה"ת להדי' ע"ש וגם בחנם דחק כאן ע"ש:

סעיף ל

דאף אם הפועלים כו'. אין הלשון מדוקדק וכך הל"ל ואם הפועלים בכאן כו' (וכן הוא בע"ש ע"ש) דודאי גם המחבר מודה בזה ואין כאן מחלוקת וכן הוא בבעה"ת להדיא שני דינים אלו וכתב הטעם ברישא כיון דאין הפועלים מכחישין אותו ובסיפ' כיון שמכחישים אותו נשבע ונוטל ומשמע שם להדי' דבסיפא אפי' רק כדי שכרם צריך לישבע וליטול אלא דקמ"ל דאפי' יותר משכרן נוטל בלא שבוע' ע"ש:

סעיף לא

שדינו שוה כו'. לשון הטור הפועל נוטל לפי שיש בו הנאה לקטן והחנוני ג"כ לפי שא"ל מאי דאמרת לי ליתן לפועל בהנאתך יהבת לי' והרמב"ם כ' דאין החנוני נשבע ונוטל כיון דאין לקטן הנאה מיניה שהרי חייב לשלם לפועליו והחנוני מפסיד על עצמו שנתן ממונו ע"פ הקטן עכ"ל ובסי' צ"ו סס"ג סתם המחבר כדברי הרמב"ם ע"ש וע"ל סי' פ"ט ס"ב:

סעיף לב

הלוקח נשבע כתקנת חכמים כו'. הואיל וכבר יצאו מרשות המוכר והרי הן ברשות הרבים ואלו הי' ברשות הלוקח הי' נשבע שבועת היסת ונפטר ואלו הי' עדיין ברשות החנוני הי' נשבע היסת וישארו פירותיו אצלו עכ"ל רמב"ם והיא שיטת הר"ן והרי"ף והרב המגיד והברטנורה דמפרשים המשנה כיון דהחנוני מודה שמכר והפירות הם חוץ לחנותו בר"ה בע"ה נשבע ונוטל:

סעיף לג

והולכתם לתוך ביתך. אבל פירות אלו המונחים בר"ה מעולם לא מכרתי לך הרי החנוני נשבע בנק"ח שכך הי' הדבר ומחזיר פירותיו לחנוני שהרי לא הודה שמכרן לו ואלו הי' בחנותו נשבע שבועת היסת כמו שביארנו עכ"ל רמב"ם וכ"כ הברטנורה. וכן מוכח דעת הרי"ף כשיטה זו וכ"כ הר"ן שכן פי' הרי"ף בלשון ערבי וכ"כ בעה"ת שער ז' חלק א': ולפי שראיתי כאן מבוכה גדול' בין גדולי הפוסקי' זה אומר בכה וזה אומר בכה ונתברר לי מתוך דבריהם חמשה פירושים שונים וכולם לא נתחוורו בעיני ונראה לי לפרש מה שהורוני מן השמים פי' ששימה שנרא' לפענ"ד ברור ואמיתי לכן מוכרח אני להאריך ואף שאין אני כדאי להשיג על גדולי הראשונים מכל מקום התור' מונח בקרן זויות וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו והאמת יורה דרכו:

זה לשון המשנה פרק כל הנשבעין אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו אמר לו תן לי אותו דינר אמר לו נתתיו לך ונתתו באונפלי שלך ישבע בעה"ב. נתן לו הדינר אמר לו תן לי את הפירות אמר לו נתתים לך והולכתם לתוך ביתך ישבע חנוני ר' יהודה אומר כל שהפירות בידו ידו על העליונה. אמר לשולחני תן לי בדינר מעות ונתן לו אמר לו תן לי את הדינר אמר לו נתתיו לך ונתתו באונפלי שלך ישבע בע"ה. נתן לו את הדינר אמר לו תן לי המעות אמר לו נתתיו לך והשלכתם לתוך כיסך ישבע שולחני ר' יודא אומר אין דרך שולחני ליתן איסר עד שיטול דינר עכ"ל המשנה. ובש"ס אמר לחנוני תן לי בדינר פירות כו תני אמר ר' יודא אימתי בזמן שהפירות צבורין ומונחין ושניהן עוררים עליהם אבל הפשילן בקופתו לאחוריו המע"ה וידוע דהלכה כרבנן וכן פסקו כל הפוסקים:

והנה כבר הבאתי פי' ראשון והוא פי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתם ובתשובת מהר"ר שלמה כהן ספר שלישי סי" נ"ו האריך להקשות על פי' הרי"ף וסייעתו ולא אזכיר מה שהקשה כי אין צורך לכתוב מה שכבר נכתב והועלה בספר ואף שהקושיא העיקרית שלו שהקשה שם דאין מקום לעשות הצריכתות האמור בש"ס בשום אופן בעולם ולא שום צריכות אחרות אפי' אם נרצה לומר שגירסא אחרת היה לו להרי"ף כו' ע"ש שהאריך. ואינו קושיא כלל ודבריו תמוהין לפענ"ד דהצריכותא עולה נכון כפשוטו דאי אתמר חנוני ה"א דוקא בהא קאמרי רבנן ישבע חנוני שהוליכם לביתו קודם שנתן הדינר ודינר זה נתן לו על פירות שכבר הוליך לביתו וכמ"ש הר"ן משום דפירות עבידי דמרקבי ולא משהו להו אינשי וקרוב הדבר שהחנוני נתנם קודם שקיבל הדינר וכמו שפירש"י בש"ס אבל מעות דלא מרקבי מודו ליה לר' יודא דלא ישבע שולחני אלא לעולם ישבע בע"ה ויטול קמ"ל ואי איתמר שולחני ה"א בהא קאמר ר' יודא דלא כו' וכן כונת הרמב"ם בפי' המשנה וכן הברטנורה שם באין ספק והוא ברור ופשוט: אך יש לי לדקדק על פי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתו חדא דלישנא ונתן לו משמע שנתן לו ממש ולא שצבורים ומונחים בר"ה וכן לישנא דאמר ר' יודא כל שהפירות בידו משמע בידו ממש. ועוד קשה כיון דע"כ לפי' הרי"ף וסייעתו ר' יודא אתא למימר דבסיפא בע"ה ג"כ ישבע ונוטל א"כ לא ה"ל למימר לישנא דכל שהפירות בידו ידו על העליונה דהא איכא למיטעי ולמימר דחנוני מיקרי פירות בידו כיון שצבורים ומונחים לפני החנות וגם לא ה"ל למימר לישנא דכל שהפירות כו' דהאי כללא למה לי אלא הל"ל בקיצור ר' יודא אומר ישבע בעה"ב. ועוד קשה היכן נזכר במשנה שום רמז מחילוק זה בין רישא לסיפא דברישא מודה על מכירת הפירות ובסיפא אינו מודה. ועוד קשה כיון דלהרי"ף והרמב"ם וסייעתם ר' יודא בברייתא אתא לאשמעינן דאם הכניסם כבר לוקח לרשותו

א"ל לישבע א"כ לא ה"ל למימר האי לישנא דהפשילן בקופתו לאחוריו אלא הכי הל"ל אבל הכניסם לרשותו המע"ה ועוד קשה דלישנא דאמר תן לי את הפירות דבסיפא לא משמע דהוי דומיא דאמר תן לי את הדינר דברישא דהיינו שהדינר הוא ברשות הבע"ה לגמרי הכי נמי בסיפא הפירות הם ברשות החנוני לגמרי. ועוד אכתוב לקמן קושיא גדולה על פי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתם: והטור כתב וי"ל ובע"ה שא"ל לחנוני תן לי בדינר פירות ומדד הפירות והניחם לפניו בחנות ושואל הדינר מבע"ה ואומר כבר נתתיו לך נשבע בע"ה בנק"ח ולוקח הפירות שאין דרך חנוני להוציא פירות מרשותו עד שיקבל מעותיו אבל אם היו הפירות עדיין ברשות החנוני והבע"ה תובע אותם נשבע החנוני היסת ונפטר ואם כבר הכניס בעה"ב הפירות לרשותו והחנוני שואל הדינר מבע"ה נשבע היסת ונפטר. לקח הבע"ה הדינר ונתנו לפני החנוני ושואל הפירות וטען החנוני כבר נתתיו לך נשבע החנוני בנק"ח ונוטל הדינר אבל אם הדינר עדיין ברשות בע"ה והחנוני שואלו ממנו נשבע בע"ה היסת ונפטר ואם הכניס החנוני כבר הדינר לרשותו ותובע בעל הבית הפירות נשבע החנוני היסת ונפטר עכ"ל ובב"י פי' דהטור מפרש כהרי"ף והרמב"ם וסייעתם וגם כתב דהרא"ש מפרש כהרי"ף ואין דבריו נכונים וכבר השיגו עליו מהר"ר שלמה כהן שם והסמ"ע והב"ח באריכות ודבריהם ברורים דכיון דכתב הרא"ש ומודו ליה רבנן [דלא] ישבע בע"ה כן מוכח דלא ס"ל כשיטת הרי"ף וסייעתו דהא לרי"ף וסייעתו פלוגתא דר' יודא היא דגם בסיפא נשבע בעה"ב ונוטל אלא הדבר ברור דהרא"ש נמשך אחר מ"ש התוס' בשם ר"ת וז"ל דמיירי ברישא שמדד החנוני פירות לכלים של בע"ה ועודם ברשות חנוני ובסיפא נתן בע"ה דינר בחנות ועדיין לא נטלו חנוני והוי חידוש שנוטלים בשבועה וכולה מתניתין מיירי בנשבעים ונוטלים וטעמא דנשבעים ונוטלים הואיל ויצאו קצת מחזקת שכנגדם וטעמא דר' יודא דאין חנוני מודד פירות אא"כ קיבל הדינר ולוקח בע"ה בלא שבועה וכן בנותן לו דינר בסיפא אמר ר' יודא שצריך ליתן לו הפירות דדרכו ליקח דינר ולמדוד הפירות דמיירי בחנוני שאין מקיף ולפ"ז ה"פ בברייתא דבש"ס אמר ר' יודא אימתי נחלקו חכמים על בזמן שהפירות צבורים ומונחים כן אבל בזמן שהפשילן לאחוריו מודו לי דהממע"ה וקשה דהאי אימתי לא הוי כשאר אימתי דעלמא אבל לפירוש הקונט' הוי כשאר אימתי דברייתא דהוי לפעמים לחלוק עכ"ל והתו' והרא"ש (לא) גרסו בזמן שהפירות צבורין ומונחין בר"ה כמ"ש הרי"ף ורמב"ם וסייעתם וכן בנוסחאות הש"ס ליתיה בר"ה וע"פ הדברים האלה תפרש דברי הטור וכן משמע להדיא בר ירוחם נתיב ב' ח"ג דמפרש דרבנן מודו לר' יודא בהפשילן

בקופתו לאחוריו ברישא ולא ישבע בעה"ב אלא נוטל בלא שבועה:

הרי כאן פירוש שני

אך גם על פירוש זה יש לדקדק דלישנא דנותן לו ברישא ובסיפא משמע שנתן לו ממש בידו ואינם ברשות חנוני וכן לישנא דאמר ר' יודא כל שהפירות בידו משמע בידו ממש. ועוד קשה דל"ל לר' יודא למימר לישנא דכל שהפירות בידו ידו על העליונה ה"ל למימר לישנא דאין דרך חנוני ליתן פירות אא"כ קיבל הדינר וכדקתני בסיפא דסיפא גבי שולחני ואע"פ שהתוספת שם הרגישו בזה מ"מ המעיין שם יראה שפירושם דחוק דכיון דע"כ לפי פירושם מיירי ר' יודא בחנוני ידוע שאין דרכו להקיף ה"ל לפרושי דמתני' מיירי בהכי ודטעמיה דר יודא הוי משום שידוע שאין דרכו להקיף. ועוד קשה דאי מיירי בחנוני ידוע שאין דרכו להקיף מאי טעמא דרבנן. ודוחק לומר דרבנן פליגי וס"ל דאמרינן אעפ"כ הקיף. ועוד דא"כ ל"ל לש"ס לעשות צריכותא הא שפיר י"ל דאי אשמעינן רישא ה"א בהא קאמרי רבנן משום דסתם חנוני דרכו להקיף אבל בשולחני אימא מודה ליה לר' יודא. ואי איתמר בהא. בהא קאמר ר' יודא כו' וכן י"ל עוד צריכותא לאידך גיסא דאי אשמעינן רישא ה"א בהא קאמר ר' יודא כיון דחנוני זה ידוע שאין דרך להקיף אבל בשולחני אימא מודה לרבנן. ואי אשמעינן סיפא ה"א בהא קאמרי רבנן כו' וגם קשה על פירושם מה שהקשו הם עצמם דהאי אימתי לא הוי כשאר אימתי דעלמא ומה לה לעיסה שהנחתום מעיד עליה ועוד אכתוב לקמן קושיא גדולה על פירוש התוס' וסייעתם. ורש"י כתב במשנה וז"ל כל שהפירות בידו ידו על העליונה ארישא פליג דקתני ישבע בע"ה שנתן לו את הדינר ואתא ר' יודא למימר א"צ שבועה שאין דרך חנוני המוכר שלא בהקפה ליתן הפירות עד שיקבל הדינר ע"כ ובש"ס כ' רש"י וז"ל אימתי בזמן שהפירות כו' אימתי צריך בע"ה לישבע בזמן שהפירות כו' ע"כ נראה דס"ל לרש"י דהמשנה מיירי כפשטה בין ברישא בין בסיפא בחד גונא דהיינו ברישא שהפירות ביד בעה"ב דהיינו שהפשילן בקופתו לאחוריו והדינר הוא ביד בע"ה לגמרי וכן בסיפא שהפירות הם ברשות החנוני לגמרי וגם הדינר ביד החנוני לגמרי וס"ל דטעמא דרבי יודא דאמר כל שהפירות בידו ידו על העליונה וברישא יטול בע"ה בלא שבועה הוא מטעמא שאין דרך חנוני למכור בהקפה עד שיקבל הדינר וכדנקט גבי שולחני בסיפא דסיפא ולהכי נמי קאמר בברייתא אימתי בזמן שהפירות צבורין ומונחין אז ישבע בע"ה דאל"כ למה יטול בע"ה בשבועה כיון דאין הפירות קרובות לו יותר מלחנוני אלא ודאי טעמא דר' יודא הוא משום דסתם חנוני אין דרכו להקיף ולכך כשצבורים ומונחים ישבע בעה"ב וא"כ ע"כ בסיפא דרישא מודה ר' יודא דישבע חנוני דהא הכא ל"ש טעמא דאין

חנוני דרכו להקיף שהרי עדיין הם ברשותו לכך ישבע חנוני וא"כ לא פליג ר' יודא אלא אריש ולא אסיפא. כן נראה לי כוונת רש"י ונמצא מתורץ מה שהקשה בתשו' מהר"ר שלמה הכהן שם אפירוש רש"י דכיון דפליג אריש כל שכן אסיפא ולפי מה שכתבתי לא קשה מידי וא"ש:

ופירוש רש"י מרווח יותר מפי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתם ומפי התוספת והרא"ש וסייעתם דלא קשה לפירושו קצת הקושיות שהקשיתי לעיל אבל מ"מ קצתם נשארו במקומם דעדיין הוה ליה לר' יודא לומר אין דרך חנוני להקיף כדאמר בסיפא וע"ק דדוחק לומר דר' יודא פליג אריש ולא אסיפא דא"כ הוה ליה לסדר דבריו אריש ולא אסיפא. ועוד אכתוב לקמן קושיא נכונה על פירש"י ע"ש:

והראב"ד הביאו הר"ן פי' דרישא מירי שמדד הפירות בקופתו של בעה"ב ומופשלים לאחוריו וכיון דלא הספיק בע"ה להוליכם לביתו ובעודם בחנות היו טענותיהם עבוד רבנן תקנתא דלישתבע ובסיפא מירי שצבורים ומונחים ע"ג קרקע דאלו היו ברשות החנוני פטור בלא שבועה אפי לרבנן ור' יודא פליג ואומר ודאי בסיפא ישבע החנוני ויפטר כיון שצבורין ומונחין ע"ג קרקע וה"ק אימתי יש תקנת שבועה כשצבורים ומונחים כו' אבל ברישא שהפירות ביד בע"ה ידו על העליונה ופוטר בלא שבועה עכ"ד בקצרה:

הרי כאן פירוש רביעי

והנה גם לפירושו נתיישבו קצת הקושיות דלעיל אבל קצתם נשארו במקומם וגם פירושו דחוק לפענ"ד מאד לפרש ברישא שהפירות בידו של בע"ה וסיפא בצבורים ומונחים וגם קשה מאוד לומר דר' יודא דקאמר. אימתי קאי על הסיפא ואח"כ קאמר אבל הפשילן בקופתו כו' קאי אריש ומ"ש הראב"ד דדוגמת אימתי זה שבא לחלוק מצינו בפרק כל הנשבעין בבריתא גבי שכיר אמת שכן מצינו דוגמתו בבריית' שם שבא לחלוק ולא לפרש דוקא וכ"כ התוס' דאימתי דברייתא לפעמים הוי לחלוק אבל אימתי כזה שמקצתו קאי על הסיפא לפרש ומקצתו קאי על הרישא לחלוק לא מצינו בשום מקום. ועוד אכתוב לקמן קושיא נכונה על פי' הראב"ד ע"ש ובתשובת מהר"ר שלמה כהן שם כתב בסוף דבריו שהפי' המרווח הוא פי' הראב"ד ושהדין עמו במה ששבחו ולפע"ד יש בו כמה דחוקים וגם אלו הוי ראה מהו' שלמה כהן מה שאכתוב לקמן לא הוה כתב כן. והסמ"ג כ' בהל' מקח וממכר עשין פ"ב ד' קנ"ט ע"ב וז"ל שנינו פרק כל הנשבעין אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו והוציאם החנוני מתחת ידו והרי הפירות מונחים בר"ה כדתניא בש"ס אמר רבי יודא אימתי בזמן שהפירות צבורים ומונחים בר"ה ושניהם עוררין עליהם

והחנוני תובע את הדינר ובעה"ב אומר נתתיו לך והשלכת אותו בתוך כיסך הרי זה הלוקח נשבע בתקנת חכמים בנק"ח ונוטל הפירות הואיל וכבר יצאו מרשות המוכר ואלו היו ברשות הלוקח היה נשבע שבועת היסת ונפטר ואלו היה עדיין ברשות החנוני היה נשבע שבועת היסת וישארו הפירות שלו אצלו נתן הלוקח את הדינר לחנוני ואמר לו תן לי את הפירות פי' ושניהם אדוקים בדינר או הוא מונח בר"ה אמר לו החנוני כבר נתתי לך את הפירות והולכתם אל ביתך ישבע החנוני פי' ישבע שנתן את הפירות ויטול את הדינר כך פי' רבינו חננאל אבל אין לפרש שכבר נתן הדינר לידו וישבע החנוני שנתן את הפירות ואינו משלם את הדינר שא"כ מצינו שבועת היסת מפורשת במשנה ואלו בפרק האיש מקדש משמע שנתקנה בימי האמוראים עכ"ל וכ"כ בהגמ"י פרק ך' מהלכות מכירה:

הרי כאן פירוש חמישי

הנה מלבד מה שיש להקשות על פירושו מה שהקשיתי לעיל לפי' הרי"ף והרמב"ם ולפי' התוס' עוד יש להקשות על פירושו למה כששניהן אדוקין בדינר או שמונח בר"ה ישבע חנוני ויטול למה יהא כח החנוני יפה יותר מבע"ה וגם לשון המשנה ובברייתא לא משמע כלל כפירושו ועוד אכתוב לקמן קושיא גדולה על פי' זה: ואענה אני את חלקי לפרש פירוש ששי דודאי הך שבועה דמתני' היא כשאר כל שבועת המשנה דהיינו כעין של תורה וכמ"ש לקמן רק לפי שתחלת המשנה היא כך כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין השכיר כו' וחנוני על פנקסו כו' כלומר ואלו נשבעין כתקנת חכמים ונוטלין וכשבא התנא לחנוני על פנקסו מפרש מילתיה דאלו ואלו נשבעין ונוטלין דאע"ג דאין לבע"הב על החנוני או על הפועלים רק טענת שמא אפ"ה כיון דנוטלים תקינו להו רבנן שבועה ומסיים למילתיה וקתני עוד בתר הכי אמר לחנוני תן לי רק בדינר פירות ונתן לו כו' הנה ראוי לשום לב לאיזה צורך האריך התנא בלשונו וקתני נתתי לך ונתתיו באונפלי שלך ומה לו לבע"ה בכך היכן הניחו לא הל"ל רק נתתיו לך וכן גבי שולחני לאיזה צורך קתני ונתתיו באונפלי או ונתתיו לתוך כיסך. וגם למה לא אמר התנא שהחנוני מכחישו או השולחני וכמו דקתני גבי חנוני על פנקסו הוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו ה"נ ה"ל למימר אמר לו תן לי הדינר והוא או' נתתי לך והוא אומר לא נתת וכן בסיפא דחנוני וכן ברישא וסיפא דשולחני. מכל זה נ"ל ברור דחנוני דהכא מיירי דומיא דחנוני על פנקסו דלעיל מיניה דהיינו שנשבעין ונוטלין בטענות שמא. והכי פירושו אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו כלומר זה פשוט ביניהם שנתן לו הפירות והם ביד הבע"ה מופשלים בקופתו לאחוריו ואינם מסופקים

בכך ואמר לו החנוני תן לי אותו דינר לפי שהחנוני מדומה לו שלא נתן לו הדינר כיון שאין הדינר מונח לפניו ואומר לו הבע"ה נתתיו לך כבר קודם שנתת לי את הפירות ונתתיו באונפלי שלך לכך אינו מונח לפניך ומתוך שהיית טרוד במדידת הפירות שכחת ישבע בע"ה דאע"ג דאין לחנוני עליו רק טענת שמא וגם הפירות מופשלים בקופתו של בע"ה לאחוריו מ"מ כיון שבעודם בחנות היו טענותיהם ולא הספיק בע"ה להוליכם לביתו עד שנפלה מחלוקת ביניהם בחנות ס"ל לרבנן דזה הוי בכלל נשבעין ונוטלין דדמי כאלו נוטל עכשיו מהחנות ודמי לחנוני ופועלים דקתני לעיל מיניה דנשבעין אע"ג דאין לבע"ה עליהן רק טענת שמא כיון דבאים ליטול צריכים לישבע ולכך ישבע בעה"ב כעין של תורה. נתן לו את הדינר כלומר זה פשוט שנתן הדינר לחנוני והוא בידו של חנוני אמר לו תן לי את הפירות לפי שהבעה"ב שקונה. תמיד פירות ומוליכן על יד על יד לביתו מדומה לו שלא נתן הפירות כיון שאין הפירות מונחים לפניו ואו' לו החנוני נתתי לך כבר קודם שנתת לי הדינר והולכתם לתוך ביתך לכך אינם מונחים לפניך ומתוך שהיית טרוד בהולכת הפירות על יד על יד שכחת שנתתי לך פירות בעד זה שנתת לי עכשיו ישבע חנוני דאע"ג דאין לבע"הב עליו רק טענת שמא וגם הדינר בידו של החנוני וגם הפירות הם ברשותו מ"מ שבעוד שהדינר בידו היו טענותיהם ולא הספיק חנוני ליתנו באונפלי עד שנפלה מחלוקת ביניהם ס"ל לרבנן דזה הוי בכלל נשבעין ונוטלין דדמי כאלו נוטל עכשיו מבע"ה וכדפי' (והוי סיפא רבותא לרבנן דאע"ג דהדינר ביד חנוני ובחנותו צריך לישבע ורישא רבותא לר' יודא דא"צ בע"ה לישבע להכי איצטריך תרווייהו ודו"ק) ור"י פליג ארישא ואסיפא ואמר דבין ברישא ובין בסיפא א"צ לא הבע"ה ולא החנוני לישבע דס"ל לר' יודא כל שהפירות בידו ידו על העליונה משום דס"ל דזה לא הוי כמו נשבעין ונוטלין דאע"ג דנפלה המתלוקת ביניהם בעודן בידם קודם שהוליכם לביתו או לאונפלי מ"מ לא הוי בכלל נשבעין ונוטלין אלא כל מי שהפירות בידו הוי כאלו הוליכם לביתו והלכך ברישא שהבע"ה הפירות בידו פטור בלא שבועה דס"ל לר' יודא דלא אמרינן דצריך לישבע אלא כשהפירות צבורים ומונחים בין שניהם ויד שניהם שוה בהן הלכך כיון דאינם ביד שום אחד מהן לכך מי שטוען ברי וחבירו שמא צריך זה הטוען ברי לישבע כיון שאינם בידו והוא רוצה ליטלן אבל אם היו הפירות ביד א' מהן א"צ לישבע דזה לא הוי כמו נוטל רק כמו שהוליכם כבר לביתו והיינו דקאמר בש"ס תניא אמר ר' יודא אימתי כלומר שאימתי זה הוא כמו שאר אימתי דברייתא שהוא לחלוק כלו' אימתי הדין יש כן שהבע"ה צריך לישבע (או החנוני כשטוען ברי ובע"ה שמא) בזמן שהפירות צבורים ומונחים ושניהם עוררין עליהן הבע"ה ברי לו שנתן הדינר והחנוני

מסופק לכך צריך בע"ה לישבע כיון שבא ליטול הפירות שצבורין ומונחים בין שתיהן אבל הפשילן בקופתו לאחוריו הממע"ה ולכך לא קאמר ר' יודא גבי חנוני אין דרך חנוני להקיף כדקאמר גבי שולחני משום דמודה בזה לרבנן דחנוני דרכו להקיף ואפ"ה פליג מטעם כל מי שהפירות בידו ידו על העליונה אבל גבי שולחני ס"ל דאע"ג דהמעות ביד שולחני צריך השולחני ליתן המעות ונוטל הבע"ה בלא שבועה משום שהשולחני שטוען נתתיו לך קודם שנתת לי הדינר ודאי משקר לפי שאין דרך שולחני ליתן איסר עד שיטול דינר הלכך כיון שעכשיו נתן לו הדינר ודאי לא נתן לו מעות קודם לכן וצריך ליתן לו המעות וכ"ש ברישא דשולחני דא"צ הבע"ה לישבע וקאמר בש"ס אמר לשולחני תן לי כו' וצריכא דאי אשמעינן הא קמייתא בהא קאמרי רבנן משום דפירי עבידי דמרקבי וכיון דמרקבי לא משהי להו אבל מעות דלא מרקבי אימא מודו ליה לר יודא כו' להכי מציין הש"ס ברישא דשולחני כלו' משום דודאי סיפא דשולחני איצטריך לר' יודא דלא נימא דס"ל גבי שולחני כמו גבי חנוני וכן סיפא דחנוני איצטריך לר' יודא דלא נימא דס"ל בחנוני כמו בשולחני אלא רישא דשולחני לא איצטריך כלל לר"י וא"כ לא ה"ל למיתני אלא סיפא עניינא דחנוני וסיפא דשולחני ורישא דשולחני ל"ל להכי קאמר דאי אשמעי' קמייתא ה"א בהך קאמרי רבנן כו'. והשתא א"ש הא דקאמר בש"ס טעמא דמרקבי דל"ל לטעמא דמרקבי ה"ל למימר בקיצור אבל בשולחני ה"א דמודו לר' יודא יהיה הטעם מה שיהיה כי היכי דס"ל לר' יודא ס"ל לרבנן אלא ודאי משום דבע"כ רבנן לא ס"ל כר' יודא דהא פליגי בסיפא דשולחני וס"ל דדרך שולחני להקיף להכי קאמר דהא נהי דפליגי עלה וס"ל דדרך שולחני להקיף לענין שא"צ השולחני ליתן המעות לבעה"ב מ"מ בהך סברא דס"ל ר' יודא גבי חנוני דמי שהוא מוחזק ידו על העליונה מודו ליה גבי מעות ברישא דשולחני לענין דבא"צ הבע"ה לישבע דדוקא בחנוני ס"ל דצריך בע"ה לישבע דפירות כיון דמרקבי לא משהי להו אבל במעות אימא מודו לר' יודא להכי איצטריך למיתני רישא דשולחנוי ואי אשמעי' רישא דשולחני ולא אשמעי' רישא דחנוני ה"א בהך קאמר ר' יודא כו' כל זה נ"ל ברור כשמש בפי' המשנה ובריייתא וש"ס: וראיה ברורה לדברי מצאתי בירושלמי פרק כל הנשבעין דאיתא התם וז"ל אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ר' חנינא במחלוקת א"ר יודא אימתי בזמן שהיתה הקופה מונחת בין שניהן אבל אם היתה יוצאת מתחת ידי א' מהן עוד הוא במחלוקת הדא דתימר באכסנאי אבל בבן עיר דרכו ליתן איסר עד שלא יטול דינרו א"ר זירא כולן כעין שבועת תורה ירדו להן עכ"ל הירו' והכי איתא נמי בתוספתא דשבועות פ' ששי וז"ל חנוני על פנקסו כן הוא אומר נחתי ופועלים אומרים לא נטלנו הוא נשבע ונוטל והן נשבעים ונוטלין ר' אומר אומר אני שאין

הפועלים נשבעים אלא במעמד חנוני. אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו אמר לו תן את הדינר והוא אומר נתתיו לך ונתתו באונפלי ישבע בע"ה או יביא ראיה שנתן לו את הדינר. נתן לו את הדינר אמר לו תן לי את הפירות אמר לו נתתיו לך והולכתם לתוך ביתך ישבע חנוני או יביא ראיה שנתן אמר ר' יודא בד"א בזמן שהיתה קופה מונחת בנתים אבל אם היתה יוצאה מתחת יד א' מהן הממע"ה ע"כ ל' התוספתא. והנה מכאן ודאי קושיא גדולה לפי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתם וכן לפי' התוס' ורא"ש וסייעתם וכן לפי' הסמ"ג והגמ"יי דמפרשי' דר' יודא פליג ארבנן כשהפירות צבורין ומונחים ומודו ליה רבנן כשהן מופשלין בקופתו לאחוריו דאדרבה בירושלמי איתא להדיא איפכא דאמר ר' חנינא דבמחלוקת א"ר יודא למילתי' כלו' שלא תאמר דהאי אימתי הוא לפרש דברי חכמים וכמ"ש התוס' דאימתי דברייתא הוי לפעמים לפרש ולפעמים לחלוק לכך קאמר ר' חנינא במחלוקת אמר ר' יודא כל שהפירות בידו ידו על העליונה והכי קאמר ר' יודא אימתי הדין כן כמו שאמרתם שהבע"ה ישבע או החנוני בזמן שהיתה הקופה מונחת בין שניהן אז אני מודה לכם שאם הבע"ה טוען ברי והחנוני שמא הבע"ה נשבע ונוטל וכן אם החנוני טוען ברי והבע"ה שמא החנוני נשבע ונוטל אבל אם היתה יוצאת מתחת יד א' מהן בין שהוא ביד בע"ה שהפשילן בקופתו לאחוריו בין שהוא ביד חנוני לגמרי עוד הוא במחלוקת כלומר הוא חולק עליהם וס"ל דאותו שהוא בידו ידו על העליונה דהוי כמו הוליכם לביתו ממש דמה לי ידו או ביתו וחבירו הו"ל הממע"ה כך היא כוונת הירושלמי. (וגם מהתוספתא קשה על פי' הרי"ף והרמב"ם וסייעתם ועל פי' התוספות וסייעתם ועל הסמ"ג והגמ"יי דהא לא קתני בתוספתא ר' יודא אומר כל שהפירות בידו ידו על העליונה ודוק) וגם על פי' רש"י קשה מלשון התוספתא והירושלמי דכיון דס"ל לרש"י דסיפא מודה ר' יודא דישבע חנוני א"כ אמאי נקט ר' יודא בתוספתא וירושלמי אבל אם היתה יוצאה מתחת ידו של אחד מהן הממע"ה דמשמע אפי' יוצא מתחת יד חנוני פליג ר' יודא ואמר הממע"ה דאל"כ לא הל"ל יוצא מתחת יד אחד מהן דמשמע איזה שיהיה אלא הל"ל אבל אם היתה יצאה מתחת יד בעה"ב פטור וגם לישנא דהמוציא מחבירו כו' משמע יהיה איזה שיהיה. וגם על פי' הראב"ד קשה מכאן דכיון דס"ל להראב"ד דבסיפא מיירי שהפירות צבורים ומונחים אבל אם היו הפירות אצל החנוני גם רבנן מודו דחנוני פטור בלא שבועה א"כ לאיזה צורך הוצרך ר' יודא בתוספתא לומר אבל אם היתה יוצאה מתחת יד א' מהן הממע"ה דמשמע דבא לכלול איזה מהן שיהיה והלא בחנוני גם רבנן מודו ולא ה"ל למימר רק אבל אם היתה יוצאה מתחת יד בע"ה פטור ועוד דבירושלמי קאמר להדיא אבל אם היתה יוצאה מתחת יד א' מהן עוד היא במחלוקת אלמא דאפי'

יוצאה מתחת יד חנוני הוי מחלוקת רבנן ור' יודא וזהו דלא כפי' רש"י והראב"ד. אלא ודאי הדבר ברור כדפרישית דהמשנה ותוספתא וירושלמי וש"ס דילן כולם לדבר אחד נתכוונו ולבי או' לי שנעלם מכל הנך גדולים התוספתא והירושלמי שהבאתי דאל"כ לא הוי שתיק חד מנייהו מלהביא' אפי' ברמז ואלו הוי חזי להתוספת' והירושלמי לא היו נכנסים בדוחקים גדולים לפרש המשנה ובריית' בדרכים אחרים דחוקי' והיו מכוונים דרך האמת וכמו שפירשתי. ומובטח אני בחסד עליון כד שכיבנא קא נפקי בעלי המשנ' ובריית' וש"ס לאפאי דמתריצנ' מילתייהו בקושטא ולית ביה ספיק' וגמגום כלל. וברוך ה' אשר האיר עיני והנחני בדרך האמת. סוד ה' ליראיו

ומיהו אם היו הפירות ברשות החנוני לגמרי והם מסופקי' על נתינת הדינר אע"פ שהבע"ה טוען ברי והחנוני שמא מודי רבנן דלא ישבע ויטול דה"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור וכן בסיפא אם הדינר ביד הבע"ה לגמרי והם מסופקים על נתינת הפירות שהחנוני טוען ברי ובעה"ב שמא אין החנוני נשבע ונוטל רק בהפשילן בקופתו לאחוריו כיון דלא הוי ביד החנוני ממש אע"ג דס"ל לרבנן דזה הוי כמו נשבעים ונוטלים וכדפי מ"מ לא הוי ממש כמו נוטל מביתו ומיהו מדר"נ צריכין הבע"ה או החנוני לישבע היסת שאינם יודעים ופטורים:

אך יש להסתפק במה שאמרו דכיון דבעודם בחנות היו טענותיהם עבוד רבנן תקנת' דלישתבע אם היינו דוקא כשבא הבע"ה לפנינו בפירות מופשלין בקופתו לאחוריו אבל אם הוליכם לביתו קודם שבא לפנינו אף ע"פ שמודה לפנינו או שיש עדים שנפלה מחלוקתן כשהיו מופשלין בקופתו לאחוריו לא עבוד רבנן תקנתא ופטור בלא שבועה וכן הא דעביד רבנן תקנתא כשהדינר ביד חנוני קודם שנתנו לאונפלי אם היינו דוקא כשבא החנוני לפנינו ודינר בידו אבל אם נתנו לאונפלי קודם שבא לפנינו אע"פ שמודה לפנינו או שיש עדים שנפלה מחלוקתן כשהי' הדינר בידו לא עבוד רבנן תקנתא או דלמא לא שנא ונראה דפטור מכמה טעמים. חדא שהרי ר' יודא ס"ל דמיד שהפשילן בקופתו לאחוריו א"צ לישבע ודוקא כשצבורים ומונחים ס"ל דצריך לישבע א"כ אמאי נימא דפליגי עליה רבנן פלוגתא רחוקה הא טפי ניחא למימר דמודי ליה רבנן כשכבר הוליכן לביתו ולא פליגי אלא כשבאין לפנינו מופשלין בקופתו או הדינר ביד החנוני. ועוד דהא מדאורייתא אף לרבנן א"צ לישבע אלא דעבוד רבנן תקנתא והבו דלא לוסיף עלה ועוד שהרי התוספת והפוסקים נתקשו בזה למה ישבע הבע"ה ולא יטול בלא שבועה וכנראה מהתוס' והרא"ש ושאר פוסקים להדיא דדוקא כשעדיין הפירות בחנות ובכליו של בע"ה צריך הבע"ה לישבע אבל אם הם בכליו של בע"ה ובידו משמע להדיא

מדבריהם דנוטל בלא שבועה א"כ אף לפי מה שפירשתי דאף בכה"ג צריך שבועה וכן לדעת הראב"ד דס"ל דעבוד רבנן תקנתא בכה"ג אין לך אלא מה שאמרו חכמים דהיינו כשהן עדיין מופשלין בקופתו ולא הוליכן לביתו אבל כשהוליכן לביתו כיון דלא מצינו בהדיא שתקנו חכמים שבועה בכה"ג והחנוני בא להוציא א"צ הבעל הבית לישבע אלא מקבל חרם סתם ופטור ואם טוען החנוני ג"כ ברי נשבע הבע"ה היסת ונפטר וכן משמע מדברי הרמב"ם והטור וש"ע דבשהוליכן לביתו בכל ענין א"צ לישבע רק היסת ועוד דלא יהא אלא ספיקא דדינא הא קי"ל כל היכא דאיכא ספיקא דדינא בשבועה פטור בלא שבועה וכדכתב הרא"ש פ' הכותב והטור אבן עזר סימן צ"ז דלא עבדינן עובדא לחייב שבועה מספיקא ע"ש וכן הוא בפוסקים בכמה דוכתי וכן הוא בתשובת מהר"י ן' לב ובתשובת מהר"ר שמואל די מודינא בכמה דוכתי וכן בת' מה"ר יוסף טראני סי קכ"א ובתשו' מה"ר יעקב לבית לוי סי' ג והביא ראייה מתוס' פרק שבועת הדיינים ד"ה מאן דמתני לה אסיפא כו' וממהרי"ק שורש צ"ב והוא פשוט וא"כ ה"ה כשהחנוני הולך הדינר לביתו אף ע"פ שנפלה המחלוקת ביניהם בעוד שהי' הדינר בידו א"צ לישבע אלא מקבל חרם ופטור ואם הבע"ה טוען ג"כ ברי נשבע החנוני היסת ונפטר:

ולענין דינו של הרי"ף ורמב"ם בפירות צבורים ומונחים בר"ה וכל אחד מהן טוען ברי כיון שלפי מה שכתבתי אין דינם נזכר במשנה או ברייתא או ש"ס כלל וליכא למימר דמ"מ הדין אמת מבחוץ כיון שהרי"ף והרמב"ם כתבו כן דהא הם לא כתבו דין זה מסברת עצמם רק שכתבו כן על פי פירושם במשנה ובברייתא וא"כ כיון שנתבאר שאין פי' המשנה ובברייתא כן נמצא דינם צריך עיון כיון שלא מצינו בש"ס לחלק בכך בין שהחנוני מודה במכירה או לא א"כ אין חילוק וא"כ כשהפירות צבורים ומונחים בר"ה וכל אחד מהן טוען ברי הי' נראה לכאורה לומר שדינו כההוא ארבא דפרק ח"ה דאינו ברשות אחד מהם דקי"ל כל דאלים גבר וכדאיתא בתוספת ופוסקים ובטור וש"ע ר"ס קל"ט דכיון שאין שום אחד מוחזק בהן לא מדמינן לה לשנים אדוקים בטלית ודייני' בה כל דאלים גבר וה"ה הכא ועוד דהא בלא"ה לפי דעת הראב"ד אין דינם של הרי"ף ורמב"ם אמת דהא לפי שטתו כשהפירות צבורים ומונחים בין לרבנן ובין לר' יודא החנוני נשבע ונוטל ואינו מחלק בין הודה שמכרם או לא וכתב הראב"ד שכך קיבל פירושיו מאביו ואביו מרבו גדול מובהק בדורו וגם הר"ן מביא פי' הראב"ד במסקנתו א"כ דינו של הרי"ף ורמב"ם פליגי רבוותא עליה וא"כ לפע"ד הוי דין זה ספיקא דדינא וצ"ע כיון שכאן הפירות מונחים בר"ה ואין שום א' מוחזק בהן היאך נדייניה להאי דינא וליכא למימר כאן דהוי כמו דבר שהפוסקים חלוקים בו ולא תפיס חד מנייהו ואפשר בחלוקה או

למכור ולחלוק הדמים דקי"ל דחולקים וכמ"ש לקמן ס"ס קל"ט הא ליתא דהא התם הוי טעמא דלא אמרינן כל דאלים גבר משום דע"כ לא אמרי' כל דאלים גבר אלא מטעם שמי שהוא שלו ימסור נפשו עליו כו' וזה לא שייך אלא בדבר שהתובע בעצמו יודע האמת ואין הב"ד יודעים משא"כ כשאין הדין ברור לתובע יותר מלנתבע וכמ"ש שם. א"כ דוקא התם בדין שהב"ד מסופקים בדבר מצד הדין אמרינן הכי אבל בדבר שהב"ד מסופקים הדין עם מי מחמת דמספקא לן מי יהי' נאמן נגד חבירו כיון ששניהם מכחישים זה את זה א"כ הבע"ד בעצמו ודאי יודע האמת א"כ מי שהוא שלו ודאי ימסור נפשו עליו א"כ ה"נ כיון שהבע"ה וחנוני מכחישים זה את זה וכל א' מהן טוען ברי דין הוא כל דאלים גבר כך הי' נראה לכאורה אבל באמת זה אינו דלא אמרי' כל דאלים גבר אלא כשאין לאחד חזקה יותר מחבירו כגון בההוא ארבא דזה אומר דידי ולא הי' שלך מעולם וז"א דידי ולא הי' שלך מעולם אבל בדבר ששייך בו לומר חזקת מרא קמא אע"פ שמונח עתה ברשות שאינו של שניהם מוקמי' לה אחזקת מרא קמא דהא קי"ל כרבנן דסומכוס גבי מחליף פרה בחמור דאפי' עומדת באגם מוקמינן לה אחזקת מרא קמא ופשיטא דה"ה בעומדת בר"ה וכן כתבו התו' להדיא בפרק השואל דף ק' ע"א סוף ד"ה וליחזי והוא פשוט וא"כ ה"נ הפירות הם בחזקת החנוני שהוא מרא קמא ונוטלם החנוני ונשבע היסת ונפטר:

ולפ"ז נראה דאפי' החנוני טוען שמא והבע"ה ברי נשבע חנוני היסת שאינו יודע ולוקח הפירות מר"ה וכדקי"ל גבי מחליף פרה בחמור דאפילו טוען הלוקח ברי והמוכר שמא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא ואין להקשות דא"כ היאך קאמר בירושלמי אמר ר' יודא אימתי כשהיתה הקופה מונחת בין שניהם אבל היתה יוצאת מתחת יד א' מהן עוד היא במחלוקת דהא ביוצאת מתחת יד שניהם נמי היא במחלוקת דהא לרבנן מוקמינן לה בחזקת מרא קמא ולרבי יודא מי שטוען ברי נשבע ונוטל י"ל דה"ק ר' יודא אומר אימתי אני אומר שהדין שלכם אמת שמי שטוען ברי נשבע ונוטל בזמן שהקופה מונחת בין שניהם אבל יוצאה מתחת יד א' מהן עוד היא במחלוקת כלומר אני חולק עליכם אבל באמת יכול להיות דרבנן פליגי עליה גם במונחת בין שניהם אלא שר' יודא אומר שדין של רבנן אמת במונחת בין שניהם. ומ"מ צ"ע בזה למעשה כיון דבלאו הכי הרמב"ם ס"ל גבי מחליף פרה בחמור דאפילו בזה אומר איני יודע וז"א איני יודע יחלוקו והביאו בש"ע סי' רכ"ג סעיף ב':

ולענין דינו של התוס' בשם ר"ת והרא"ש וסייעתם נמי נראה כיון שלא כתבו כן מסברת עצמם רק על פי פירושם במשנה ובברייתא וכבר נתבאר שאין הפי' כן א"כ במדד החנוני

לכליו של בע"ה ועודם ברשות החנוני כיון דקי"ל כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה אא"כ א"ל המוכר קני בכלי זה כמ"ש הרמב"ם והש"ע לקמן סי' ר' סעיף ג' א"כ אם ידוע בעדים שאמר ליה המוכר קני בכלי זה א"כ הרי הפירות עכ"פ של הבע"ה שהרי כליו קונים לו וא"כ הוי כאלו הפירות בביתו לענין דליהוי מוחזק והלכך כיון דאין חלוקים אלא על הדינר בע"ה נשבע כעין דאורייתא ונוטל וליכא למימר דלא ישבע רק היסת כיון שהוא מוחזק דהא כיון דאפי' בהפשילן בקופתו לאחוריו ס"ל להראב"ד דצריך בע"ה לישבע שבועת המשנה וכן הוכחתי לעיל מן המשנה ובריייתא ותוספתא וירושלמי דאפי' החנוני טוען שמא צריך הבע"ה לישבע כעין דאורייתא כשמפשילן בקופה לאחוריו מטעמא דכיון דבעודם בחנות נפלה מחלוקת ביניהם קודם שהוליכן לביתו עבוד רבנן תקנתא דיטול בשבועה דוקא א"כ כ"ש כשהם רק בכליו של בע"ה ולא הפשילן לאחוריו דצריך שבועה כעין דאורייתא ואדרבא הי' אפשר לומר דאף בשבועה לא יטול דהא לפי מה שהוכחתי פי' המשנה ובריייתא היא בטוען החנוני שמא ואיכא למימר דוקא בכה"ג נוטל הבע"ה בשבועה אבל כשהחנוני טוען ברי אף בשבועה לא יטול אבל אחרי העיון נראה דנוטל בשבועה כיון דמדינא כליו קונים לו א"כ הרי הוא מוחזק ונשבע ונוטל ואין להקשות א"כ קשה דהא לפי מה שפרשתי דהמשנה ובריייתא מיירי בשמא ודייקתי כן לעיל בכמה דקדוקים וא"כ משמע דווקא בטענת שמא דינא הכי אבל לא בטענת ברי לא קשה מידי חדא דיש לומר דהוא הדין בטענת ברי דינא הכי לרבנן אלא דאשמועינן דבטענת שמא פליג ר"י אבל בטוענים שניהם ברי אפי' ר"י מודה דצריך בע"ה לישבע א"נ לא מבעיא קאמר ל"מ בשטוען ברי דינא הכי אלא אפילו בטענת שמא הוה אמינא דגם רבנן מודו לר"י שלא ישבע בע"ה קמשמע לן והלכך אם הפירות מונחים בכליו של בע"ה ברשות חנוני וא"ל קני בכלי זה באופן דקנה לו כליו והבע"ה טוען ברי אין חילוק בין שהחנוני טוען שמא או ברי לעולם נשבע בע"ה כעין דאורייתא ונוטל:

ואם ידוע בעדים שלא א"ל המוכר קני בכלי זה א"כ להרי"ף והרמב"ם וסייעתם דבפ' המוכר את הספינה דס"ל כליו של לוקח ברשות מוכר פשיטא לן דלא קנה א"כ ה"ל החנוני מוחזק ואם טוען ברי נשבע היסת ונפטר וליכא למימר דכיון דבעודם בחנות נפלה טענותיהם ישבע כעין דאורייתא ויטול דדוקא כשהבע"ה נוטל הפירות מהחנוני או החנוני הדינר מהבע"ה שייך לומר כן אבל הפירות שהיו מתחלה של חנוני א"כ כיון דלא קנה אותם לוקח נמצא החנוני שלו הוא נוטל לכך אם טוען ברי נשבע היסת ונפטר ואם טוען איני יודע נשבע היסת שאינו יודע ונפטר:

ואף להרא"ש וסייעתו דס"ל בפ' המוכר את הספינה דכליו של לוקח ברשות מוכר ה"ל בעיא דלא איפשטא מ"מ נראה כי היכא דהתם ס"ל להרא"ש דלא קנה מספיקא ה"נ לא קנה וא"כ מוקמינא לפירות בחזקת מרא קמא דהא קי"ל כרבנן דסומכוס דהיכא דקיימא באגם מוקמינן לה בחזקת מרא קמא וא"כ החנוני נשבע היסת ונפטר:

ואם אין הדבר ידוע בעדים והבע"ה אומר שא"ל קני בכלי זה והחנוני מכחישו א"כ הי' נראה לכאורה לומר דהבע"ה הוא מוחזק מכח ס"ס חדא שמא א"ל קני ואת"ל דלא א"ל קני דילמא קי"ל כליו של לוקח ברשות מוכר קנה אף דלא א"ל קני ואע"ג דכתבתי בספרי תקפו כהן סי' ק"כ וקכ"ב דלענין ממון לא אזלינן בתר ס"ס היינו לפסוק להוציא מיד המוחזק ומשום דכי היכא דלא אזלינן בממונא בתר רובא אלא אחר המוחזק וכדאיתא בריש פרק המניח ובריש פ' המוכר פירות ה"ה דלא אזלינן בתר ס"ס אלא אחר המוחזק אבל הכא שהפירות הם בכליו של בע"ה ברשות חנוני מספקא לי מי הוא המוחזק אפשר דאזלינן בתר ספק ספיקא לענין דהבע"ה יהא מוחזק דהא כי היכא דאין שום אחד מהן מוחזק אזלי' בתר רובא וכמו שכתבתי בספרי תקפו כהן סי' קכ"ה ה"נ אזלינן בתר ספק ספיקא ודאי כשבאים לפנינו ופירות ביד חנוני אע"פ שרשעה שכפלו הטענות ביניהם היו בכליו של בע"ה ברשות חנוני פשיטא לי דחנוני נשבע היסת ונפטר דהא השתא לפנינו ה"ל החנוני מוחזק ובספיקא דדינא אזלי' בתר המוחזק וה"ה כשבאים לפנינו הפירות ביד בע"ה אע"פ שבשעה שנפלו הטענות ביניהם היו בכליו של בע"ה ברשות חנוני פשיטא דבע"ה נשבע כעין דאורייתא ונוטל וכדאמרן כי קמבעיא לי אם כשבאים לפנינו ב"ד עדיין הפירות בכליו של בע"ה ברשות חנוני אי נימא בהא נמי נשבע הבע"ה ונוטל דמשום ספק ספיקא נדייניה ליה כאלו הוא מוחזק ונימא דהוי כאלו הפשילן בקופתו לאחוריו או נימא דלענין ממונא לא שייך ספק ספיקא כלל ואפילו את"ל דאמרי' ספק ספיקא היכא שאין שום אחד מהן מוחזק היינו היכא דליכא חזקה כלל אבל הכא דהחנוני הוא מרא קמא מוקמינן ליה בחזקת חנוני שהוא מרא קמא וישבע היסת ונפטר והכי מסתברא:

ועוד נראה דאפי' החנוני מודה שא"ל קני בכלי זה לא הוי הבעה"ב מוחזק דהא מ"מ לא נקרא מוחזק אלא ע"פ חנוני שהודה והרי החנוני טוען ברי שלא נתן לו הדינר ומגו דאי בעי לא הודה כלל ומ"מ צ"ע בזה אי אמרי' מגו בכה"ג:

אבל אם חנוני טוען שמא ומודה שא"ל קני בכלי זה ה"ל הבע"ה ודאי מוחזק ואע"ג דקי"ל אפי' הלוקח אומר ברי והמוכר שמא כרבנן דסומכוס דהלוקח שהוא המע"ה ומוקמי' לה בחזקת מרא קמא שהוא המוכר שאני התם שלדברי המוכר אינו ידוע שהלוקח הוא

מוחזק משא"כ הכא שאף לדברי המוכר הלוקח מוחזק בפירות בודאי אלא שספק לו אם פרע לו הדינר הלכך כיון שהחנוני טוען שמא נשבע בע"ה ונוטל דאין ספק מוציא מידי ודאי ודמי לספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא כדאיתא בפ' החולץ ובפוסקים שם וכן משמע בתוס' ר"פ שנים אוחזין סוף ד"ה וזה נוטל רביע כו' וע"ש ומן הדין הי' לו לבע"ה כאן ליטול בלא שבועה כמו בספק ויבם אלא דכאן עבוד רבנן תקנתא לישבע כיון שבעודם בחנות נפלה מחלוקת ביניהם הוי כמו נוטל מרשותו וכמ"ש לעיל:

ונראה דאם שניהם טוענים שמא כגון שהבע"ה וחנוני שניהם מסופקים אם נתן הדינר או לא והפירות מונחים בכליו של בע"ה ברשות חנוני ולא א"ל קני מוקמינן לה נמי בחזקת חנוני דהא קי"ל דאפי' בז"א איני יודע וז"א איני יודע פליגי רבנן עליה דסומכוס וס"ל דהמוכר מיקרי מוחזק: ואע"ג דבעלמא נ"ל הדין בכל דבר ששניהם מוחזקים וטוענים שמא כגון שהיו הפירות מונחים בחצר של שניהם ואינם יודעים אם הם שלו או של חבירו יחלוקו בלא שבועה היינו דוקא היכא דלא שייך חזקת מרא קמא משום דהיכא דלא שייך חזקת מרא קמא מודו רבנן לסומכוס וכדאיתא בתוס' פרק ח"ה דף ל"ה סוף ע"א ובשאר פוסקים משא"כ הכא:

ואפשר דאף התוס' בשם ר"ת והרא"ש וסייעתם דמפרשי המשנה דפ' כל הנשבעים במדד לכליו של בע"ה ועודם ברשות חנוני לא פליגי אכל הנך דינים שכתבתי דאפשר שהם מפרשים דמיירי שידוע שא"ל קני בענין שקונה לו כליו של בע"ה ובכה"ג נשבע בעה"ב כעין דאורייתא ונוטל. ואין זה דוחק דהא בסיפא מפרשים נמי התוס' בשם ר"ת וסייעתם שנתן הדינר בחנות ועדיין לא נטלו חנוני א"כ פשיטא דהתם הדינר ברשות החנוני ובחזקתו וא"כ רישא דומיא דסיפא היא:

ולענין דינו של הסמ"ג כששניהם אדוקים בדינר או שהדינר מונח בר"ה נראה ג"כ כיון שלא כתב כן אלא על פי פירושו במשנה וכבר נתבאר שאין הפי' כן א"כ דינו צ"ע אי נימא גם בזה אוקמא אחזקת מרא קמא חדא דלא מצינו כן אלא בעומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנות לשתיהן אבל לא בחצר של שניהם וכ"ש בששניהם אדוקים בו ואף במונח הדינר בר"ה וצ"ע די"ל דדוקא בפרה ושפחה וכה"ג י"ל מוקמינן לה בחזקת מרא קמא משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא אבל דינר כיון דמעות להוצאה ניתנה א"כ לא שייך לומר מרא קמא. מיהו מ"ש הסמ"ג דהחנוני ישבע ויטול ודאי לא מסתבר דלמה יהא כח חנוני יפה משל בע"ה ונראה דאם שניהם אדוקים בדינר יחלוקו בשבועה בדין שנים אוחזין בטלית וכדעת התוס' והרא"ש ר"פ שנים אוחזין דאפי' ודאי א' מהן

רמאי יחלוקו ואם הדינר מונח בר"ה כל דאלים גבר כההוא ארבא דפ' ח"ה כיון שאין שום אחד מוחזק בו:

וכל מ"ש נ"ל להלכה ולא למעשה כי איני כדאי לחלוק על הגדולים וגם כי באולי יש לחלק בין נדון דידן להך דפלוגתא דרבנן וסומכוס אבל בדין העולה מפירושי במשנה ובברייתא נ"ל להלכה ולמעשה שהרי לא נמצא בשום פוסק דבר הסותר לדין זה. ויי אלקי הצבאות. יראינו בתורתו נפלאות ויצילני משגיאות:

סימן צב

סעיף א

אחד שבועת העדות. פי' שהשביעוהו הב"ד אם יודע עדות לחבירו שיעיד וכו' עד ואמר ע"פ השבועה שאינו יודע ומירי שנעשה המעשה בזמן קרוב שבודאי לא שכחו בזמן קרוב כ"כ דאל"כ לא הי' נפסל בזה עכ"ל סמ"ע וכן כ' הר"ן פ' הנשבעין אבל מדברי הרשב"א שהבי' הר"ן שם מוכח דבכל ענין א"י לומר שכחתי וכן מוכח להדי' בתשו' הרשב"א שהבי' הב"י סי' ל"ד סעיף ו' והד"מ וסמ"ע שם ס"ק י"ג ולכאור' דברי סמ"ע סותרי' זא"ז וגם נסתרי' ממ"ש הרב סי' ל"ד ס"ה דא"י לומר שוגג הייתי דהרשב"א מפיק לה משכחתי ויש ליישב בדוחק וכן דברי הע"ש סותרין זא"ז מסימן ל"ד לכאן ע"ש עיין בתשובת רמ"א סי' ל"ט ומ':

סעיף ב

שבועת העדות וכו'. עיין בתשו' מהר"מ מלובלין סי' נ"ח:

סעיף ג

וי"א דדוק' בשבוע'. עיין בתשו' ר"ש כהן הצריכי' לספר ב' סי' כ"ה ובספר ג' סי' ל"ד עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קפ"ה וסי' רכ"ח:

סעיף ד

והוא שיש עדים וכו' עיין בתשו' מהר"מ לובלין מדיני' אלו ועיין בס' א"א דף פ"ג ע"ד:

סעיף ה

ואין ראוי לעשותו עד לכתחלה. כלומר למסור לו עדות אבל פשיט' דאם יודע עדות כשר:

סעיף ו

ויש מי שאומר שאם נתחייב שבועה כו'. היינו ש"ד אבל אם נתחייב היסת להפטר אין שכנגדו יכול לומר כיון שהודית שחשוד אתה והודאתך כק' עדים דמי אשבע בע"כ

ליטול שהרי הנתבע יאמר לו אם אתה מאמין לי כמאה עדי' הרי אני פטור בלא שבועה דתקנת' לתקנת' לא עבדי' אלא הנתבע נשבע היסת ונפטר ודו"ק. ונראה דגם הסבר' ראשונה מודה בזה וכן משמע בטור והרב המגיד ועיין בב"י וגם דעת הר"ן דנאמן לעשות עצמו חשוד ודלא כתוי"ט פ' כל הנשבעין ועדיין צריך עיון וכן פסק הבית חדש שאם רצה התובע נשבע ונוטל:

סעיף ז

אבל אם אומר בודאי שיש לו עדים. והבית חדש כתב דוק' כשמביא העדים לב"ד ואינם רוצי' להעיד עד שיחרים בב"ה:

סעיף ח

מי שנתחייב שבועה דאוריית' כו'. כן דעת הרי"ף ורמב"ם והרמב"ן וריטב"א פ"ק דקידושין גבי סוגי' דגלגול עיין שם. מי שנתחייב ש"ד. משמע בין מ"מ או ע"א וכ"ה בתשובת הרא"ש ריש כלל י"א להדי' דמי שכופר בכל וע"א מכחישו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל כו' ול"ל דהעד יפטרנו דהוי עד מסייע דכיון דנתחייב שבועה על פי העד שוב לא יוכל העד לפוטרו וכמו שכתב לעיל סי' פ"ז סעיף י"א ס"ק כ"ז ע"ש ודו"ק:

סעיף ט

וי"א דיחלוקו. טור בשם רב האי (והוא בס' משפטי שבועות לרב האי גאון דף ט"ז ע"א) ור"ת והרא"ש ומרדכי פרק כל הנשבעין וכן נראה לי עיקר מן הש"ס דר"נ עבד עובד דיחלוקו ומשמע בש"ס פ' השואל (דף צ"ח ע"ב) ופרק הבית והעליה (בבא מציעא דף קי"ו ע"ב) דרב נחמן גופיה ס"ל כר' אבא בחמשין ידעני' ונ' לא ידעני' מתוך שאין יכול לישבע משלם ומ"ש הרמב"ן לדעת הרי"ף דהתם רב נחמן לדברי ר"מ קאמר הוא דוחק דכולה סתמ' דמתני' דהשואל וסוגי' דש"ס דהבית והעליה תיתי כר"מ ודלא כהלכת' ועיין בר"ן פרק כל הנשבעין שהאריך ג"כ לסתור דברי הרמב"ן ופסק כר"ת ע"ש וכ"כ הרב המגיד פ"ג מהל' טוען שכן פסקו קצת מן האחרונים וכ"כ הסמ"ג דף קפ"א ע"א וכ"כ בתשובת הגאונים סימן רע"א וכ"פ ראב"ן דף קי"ז סוף ע"א וכ"כ בעל המאור פרק הנשבעין בשם ר' משה בר יוסף וכן פסק הבעל העיטור דף ס"ה ע"ג ודוק היטב בהר"ן פרק כל הנשבעין שבמ"ש הר"ן שם באריכות יתיישב כל מה שהקשו התוס' פרק השואל על פי ר"ת אך יש להקשות לכאורה על מה שפי' הר"ן דהא דפריך הש"ס אהא דקא' ר"נ אי אית' לדרב ושמואל אית' ואי לית' ליתא אלמ' מספקא ליה והא עביד ר"נ עובד' כר' יוסי דיחלוקו דהכי פריך דמדעבד עובד' כר' יוסי דיחלוקו אלמ' דאית' לדרב ושמואל וא"כ מאי משני לדבריו דר"מ וליה לא ס"ל ובשלמ' לרש"י שפיר דפריך דמדעבד עובד'

כר' יוסי אלמ' דליתיה לדרב ושמואל משני שפיר אבל להר"ן קשה. ומצאתי בהלכות גדולות דף קי"ח ע"א איתי' לדבריו דר' אמי קאמר ונראה שכך היה גורס הר"ן ר' אמי ולא רבי מאיר וקאי התם אמאי דמחלק רבי אמי בין עמד בדין או לא וגירס' זו ניח' יותר מגירסת הש"ס רבי מאיר ורן הוא בבעל המאור בפי' ה"ר משה בר יוסף דמשני לדבריו דרבי אמי קאמר וליה לא ס"ל ומפרש התם נמי דפריך דאלמ' איתי' לדרב ושמואל וע"ש ודוק ע' בפסק' רקנט"י סי' רמ"ט:

סעיף י

אבל בלאו הכי לא כו'. כלומר כשידע שהוא חשוד וכ"כ הע"ש וכ"כ ברבי' ירוחם בשם הראב"ד וכתב שדקדק כן מההיא דריש מציע' ותיפוק ליה דה"ל רועה ר"ל משום דק"ל להראב"ד דאי כפירש"י שמפרש ותיפוק ליה דה"ל רועה אאביי קמתמה מאי קפריך הא ודאי ניח' ליה לאביי להקשות דה"ל גזלן ודאי דאוריית' לכ"ע ועוד דדוחק לומר דפריך אאביי ע"כ מפרש דהכי פריך אמאי קאמר אשתבע אשאר' ותיפוק ליה דה"ל רועה וידע בפסולו וא"כ איהו דאפסיד אנפשיה וכ"כ בהגהת מרדכי להדי' גבי ותיפוק ליה דהוי רועה ע"ש. ובב"ח דחה דברי הראב"ד מכח דברי התוס' והרא"ש ושאר פוסקים ע"ש. ולפע"ד כולם מודים להראב"ד והגהת מיימוני ולא קאמרי אלא דלכך בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל שאל"כ כל א' יעסוק עם החשוד ויאמר לא ידעתי בפסולו וא"כ לא שבקת חיי לכל חשוד שאין פסולו מפורסם מאד אבל כשידוע בבירור שהתובע ידע בפסולו ה"ל כאלו קבל אנפשיה שיהא החשוד פטור בל"ש ובזה נסתלק נמי השגת הסמ"ע על הע"ש ס"ק כ"א והכי מוכח להדי' בהגהת מיי' שם שמיד אחר שכתב שם כדברי הראב"ד כתב דברי התוס' בסתם משמע דלא פליגי וכמ"ש וגם נלפע"ד דמ"ש מור"ם בהג"ה ויש חולקין והוא הרא"ש בתשו' אינו מוכרח כ"כ די"ל דהרא"ש מיירי שאין ידוע שהתובע ידע שהוא חשוד ולכך אין לומר איהו דאפסיד אנפשיה אלא (אבל) כשידוע בבירור שהתובע ידע דומי' דההוא רעיא כ"ע מודים להראב"ד וכן עיקר שפירושו נכון בש"ס ודו"ק וכן מוכח לפע"ד דעת הרי"ף שפי' כהראב"ד דאי כרש"י לאיזה צורך הבי' הך סוגי' דתיפוק ליה דה"ל רועה דאי משום דמשני דוק' רועה דידיה פסול אבל רועה דעלמ' לא הא כתבו הרי"ף פ' זה בורר א"ו מפרש כהראב"ד ודוק. שוב מצאתי בפסקי רקנט"י סי' רס"ט כתב ג"כ בפשיטות כדברי הראב"ד ע"ש:

סעיף יא

הי' החשוד שומר. נראה דה"ה תובע את החשוד שמא על פי העד:

סעיף יב

לפיכך אם טען בעל הפקדון. כ' הסמ"ע לשון לפיכך אינו מדוקדק דה"ל לכתוב ואם טען עכ"ל ולפמ"ש לעיל סי' ע"ב סכ"ז דאין שבועת שומרין שייכא בברי א"ש לשון לפיכך דאריש' קאי שאינו טוען ודאי שאכלו והלכך נהי דאין השומר חייב ש"ד שלא שלח יד או פשע כיון שהבעה"ב טוען ברי מ"מ חייב לישבע ש"ד שלא אכלו וא"י לישבע לפי שהוא חשוד לפיכך שכנגדו נשבע ששלח יד או פשע אבל אם טוען ג"כ ודאי שאכלו אין על השומר ש"ד ופטור כיון שהוא חשוד ודו"ק. ובטור אית' לפיכך אם טוען בפני שלח יד בפקדונו או אכלו כו' ויש ליישבו ג"כ דאף שטען או אכלו בברי מ"מ צריך לישבע שלא שלח בו יד משעה שהופקד עד שנאבד דזהו ודאי שמא הוא דיכול להיות דכל שעת' ושעת' דהוי גביה שלח בו יד והלכך כיון שהוא חשוד ואינו יכול לישבע שלא שלח בו יד נשבע זה שכנגדו שאכלו ולפ"ז לא תמצ' ששומר פטור משבועה כשטוען בעל הפקדון ברי אלא כשמאמינו על השליחות יד או שהרשהו לשלוח בו יד או שלא נשתהה הפקדון אצלו כלל או שברור שלא שלח בו יד כגון שידוע לעדים שהי' צרור וחתום עד שעת האבידה דאל"כ כיון שצריך לישבע על שליחות יד משתבע נמי אאידך שבועה מצד גלגול ודוק:

סעיף יג

שכנגדו ישבע היסת ויפטר. חוץ משכיר אם הוא חשוד ישבע בעל הבית כעין של תורה ע"כ לשון הרמ"ה בטור ונראה דס"ל כמ"ש לעיל ריש סי' פ"ט בשם הרמב"ן והר"ן דבשכיר כיון שמתחלה הוטלה השבועה על בעל הבית אלא דעקרוה מבעל הבית ושדיוה אשכיר הילכך אם השכיר חשוד צריך הבעל הבית לישבע שבועת המשנה כעין של תורה. מיהו כתבתי שם שהבעל המאור והרבה פוסקים חולקים וס"ל דאף בשכיר אין צריך הבעל הבית רק לישבע היסת וע"ש:

סעיף יד

וי"א שכיון ששטר מקויים כו'. בתשובת מהרש"ך ס"ב סימן ק"ב פסק דיוכל המוחזק לומר קים לי כסבר' הראשונ' וכה"ג פסק הב"ח וע"ש שאין דבריו נכונים בכמה ענייניים וכמ"ש בספרי ואין להאריך כאן בזה כי נ"ל עיקר להלכה כהי"א אלו וכן כת' הטור והמחבר עצמם לעיל סימן פ"ב סעיף ח' דהכי מסתברא וכ"כ בע"ש ובסמ"ע שם וכן דעת בעל המאור והרמב"ן בספר המלחמות סוף שבועות בזה כי"א אלו שהם הראב"ד והרמ"ה וכ"כ הריטב"א פ' הכותב בשם הרז"ה ומורו ונראה שם שגם דעתו כן וגם הבעה"ת שער כ"א סוף ח"א הביא דברי הבעה"מ במסקנתו (וכן משמע לן מפירש"י

פרק הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) דגרסי' התם ההיא איתתא דאיחייב שבועה וחשודה היתה אפכה רבא אשכנגדה ופירש"י וז"ל דאיחייבה שבועה שהיה אדם תובעתה ממון והיא כופרת לשבועה אשכנגדה התובע אותה ישבע ויטול כדתנן ואלו נשבעין ונוטלין שכנגדו חשוד על השבועה עכ"ל וכ"כ הר"ן שם ומדהוצרך לפרש כן משמע דלא תימא דמיירי בנתחייבה שבועה על כתובתה דא"כ לא הוי אפכה רבא אשכנגד' ודוק) והכי משמע נמי פשטא דש"ס פרק שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א ע"א) דקאמר התם איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבועה בדאורייתא שכנגדו פטור על השבועה מפכינן ליה אאידך בדרבנן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדי' דלפי דעת הרמב"ם והיא סברא הראשונה צריך לפרש דקאי דוקא אהיסת ואם כן לא ה"ל בדרבנן אלא בדרב נחמן א"ו מדקאמר בדרבנן משמע דקאי אכל שבועות דרבנן וכמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף י"א ס"ק פ"ז לדעת רש"י והתוס' וסייעתם דהא דקאמר בדרבנן היינו אכל שבועה דרבנן וע"ש וכן משמע במרדכי פרק השולח שכת' דנראה לר"י דההיא דהכות' מייתי לה לידי ש"ד נ"מ להפך שבועה ולהנהו מילי דמפרש בשבועות דאיכא בין ש"ד לשד"ר ע"כ וכ"כ באגוד' פ' הכות' בשם ר"י דהך דהכות' נ"מ לענין חשוד דבדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"כ והכי משמע נמי מדקאמר הש"ס בדאורייתא מפכינן לה אאידך דאמאי לא קאמר כלשון המשנה חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אלא משמע דה"ק בדאורייתא תקנו אפכינן לה אאידך בע"כ של זה ואנו עוקרין שבועתו ממנו בדרבנן הך גופא דנעקריה שבועה מיניה תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן והלכך בכל שבועות דרבנן לא מפכינן לה אאידך ואמרי' כיון דחשוד א"י לישבע מוקמינן לה אדין תורה נ"ל ודו"ק. וכ"כ בשערי הרי"ף שער י"ז להדיא וז"ל דבדרבנן תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן כלו' שבועה זו של נשבעין ונוטלין תקנתא דרבנן ואם זה הנשבע ונוטל חשוד אין עושין לו תקנה אחרת להפכה על שכנגדו עכ"ל. ואף שכתבתי לעיל סי' פ"ז סעיף י"א ס"ק כ"ז דבמה דס"ל השערים דלא קאי אהיסת אין דבריו נכונים אלא קאי גם אהיסת מ"מ בהך דס"ל דקאי גם אכל הנשבעין ונוטלין דבריו נכונים וכמ"ש והלכך בנשבעין ונוטלין בשטר והוא חשוד כיון שאינו יכול לישבע ולא תיקנו להפך אוקמא לה אדין תורה ונוטל בלא שבועה וכן מוכח דעת הר"ן ס"פ כל הנשבעין וכמו שיתבאר וכן עיקר והכי מוכח נמי בש"ס ס"פ כל הנשבעין דמדינא אין פוסלין שטר מקויים בשביל שא"י לישבע דהא אפילו בהא דקאמרו רב ושמואל התם דמת לוה בחיי מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו אמרי התם תא ונעקריה לדר' ושמואל ומסקינן דלא מוסיפין עלה אלא בפוגם שטרו ואינך גובים היורשים (וראיה זו רמזה הבעל המאור והראב"ד בהשגותיו

ע"ש) ואין טעם לחלק בין חשוד למת ועוד דהא מדמי התם בש"ס להדיא חשוד ליורשים דפריך התם אמאי דקאמר רב נחמן מעיקרא אם איתא לדרב ושמואל איתא כו' והא אמר רב נחמן גבי חשודים יחלוקו. ועוד שאדרבא הר"ן סוף פרק כל הנשבעין רצה לומר דאפי' בחשוד שבא ליפרע מנכסי יתומים י"ל דגובה שלא בשבועה דדוקא בדרב ושמואל שחלה שבועה על אביהם משא"כ בחשוד זה שלא חלה שבועה עליו מעולם כו' וע"ש ונהי דבחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומים קיימא לן דהוא הוא דרב ושמואל וכדלקמן ס"ס זה מ"מ בפוגם ואידך ודאי לא נהירא כלל דחשוד יגרע ממת ודוק לשון הסמ"ע ס"ק כ"ה אפוגם שטרו או שיש בידו שט"ח והלוה אומר ישבע לי שלא פרעתיו קאי ע"כ וכן בעד א' מעיד שהוא פרוע והנפרע שלא בפניו ומנכסים משועבדים וכן הוא בדברי הרז"ה והרמב"ן שם. עוד כתב הסמ"ע אבל בנגזל ונחבל וחנוני על פנקסו מודים דהנתבע נשבע היסת ונפטר עכ"ל ולא דק במ"ש וחנוני על פנקסו הנתבע נשבע היסת ונפטר דמה שייך כאן שבוע' הלא בעל הבית הנתבע אינו יודע וגם התובע עצמו יודע שהנתבע אינו יודע ובכה"ג לא שייך שבועת היסת כלל וכדלקמן ר"ס ת' ועמ"ש ג"כ לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב ס"ק נ"א ע"ש.

גם בעיקר הדין שכלל חנוני על פנקסו באותם שהי' מן הדין שאף בשבוע' לא יטלו לענין חשוד לא ידעתי מנא ליה הא והנה ראיתי בהרז"ה בס' המאור סוף שבועות שכתב להדיא איפכא דכל הנשבע ונוטל בשטר וה"ה לחנוני על פנקסו וכל מאי דדמי ליה שדינו היה מן התור' ליטול בלא שבוע' ומתקנת חכמי' הוא נשבע כולן נוטלין בלא שבוע' אם הוא חשוד חוץ מחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומי דפקע שטרא בדרב ושמואל והיא היא ולא מוסיפים עלה כו' עכ"ל והנה ראיתי בספר המלחמות להרמב"ן שם שכ' עליו וז"ל טעה בחנוני על פנקסו שדינו מן התור' לילך בפחי נפש שהרי דינו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיימ' לן דפטור וההוא טעמא דפרישו סבוראי משום דלא אמר בסהדי הב ליה טעמא דתקנתא הוא ולאו דינא דמ"מ פטור דאע"ג דלא א"ל בסהדי הב ליה ה"ל לתקוני ולא לעוותי ואת"ל נמי פשע בהא אפ"ה פטור עכ"ל. ואני אומר דברי הבעל המאור נכוני וכמו שאבאר והנה ראיתי בס' גי"ת שער כ"א סוף ח"א ריש ד' ק"ה שכ' וז"ל ותימה גדול' היא אם יסבור הרז"ה כו' עד דאשגרא דלישנ' נקיט דעיקר מתני' לחנוני אתיא עכ"ל ואין דבריו נכונים דפשיט' דהרז"ה סובר דחנוני דינו כמו נשבעין ונוטלי' בשטר ומה שפירש הרז"ה בדברי רבי טורח שבוע' זו למה דליפקע חנוני שבוע' של פועלים כו' היינו לדברי רבי אבל למה שהשיב לו ר' חייא לר' חנינ' שניהם נשבעין ונוטלי' וקי"ל כותיה א"כ דין חנוני כדין פועלי' וכן הוא להדי' בבעל המאור שם וז"ל אמר ר' חייא תנינא שניהם

נשבעי' ונוטלי' מבע"ה כלומר הדבר הקשה עליך בשני התשלומין שמשלם בע"ה כן הוא הדין לפי שבע"ה גרם לעצמו זה ההפסד כדאמרי' התם (ר"ל בר"פ שנים אוחזין) דיכול למימר ליה החנוני לבע"ה אנא מאי אית לי לגבי פועלי' אע"ג דמשתבע לי לא הימני לי אנת הוא דהימנתינהו דלא אמר' לי הב להו בעדים וכיון שכן אין בדין להפקיע החנוני ולהוציאו בשבועת הפועלי' כו' עכ"ל ותימא על הגי"ת שראה תחלת דברי ב"ה ולא השגיח לראות במ"ש בעל המאור מיד אח"כ:

ולענין מ"ש הרמב"ן עליו שטעה דה"ל מנה לי בידך והלה אומר איני יודע נ"ל דדברי בעל המאור נכוני' דהא באומר לו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע גופיה פליגי רב הונא ורב יהודה עם ר' יוחנן ורב נחמן ונהי דקי"ל התם כרב נחמן דפטור היינו משום טעמא דמפרש התם דאוקי ממונא בחזקת מאריה ולא מפקיע ממונא כלל משא"כ הכא דס"ס מפקיע ממונא מבעל הבית ועוד דמסתמ' חנוני עשה כמו שציוה לו בעל הבית דקי"ל חזקה שליח עושה שליחותו ומדלא א"ל בסהדי הב ליה הימניה לתת לו אף שלא בפני עדים ומ"ש הרמב"ן דאע"ג דלא א"ל בסהדי הב ליה ה"ל לתקוני ולא לעוותי כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא משמע בפ' הכותב גבי עובדא דאבימי דדוק' כשהזכיר לו שקול שטרא הא לאו הכי לא מחייב למיתב ליה באפיה סהדי וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם וילפי נמי התם הכי מחנוני על פנקסו וע"ש וכ"כ ג"כ התוס' ריש שנים אוחזין (בבא מציעא דף ג' ע"א) והר"ן פ' כל הנשבעין וה' המגיד פט"ז מה' מלוה ובתשו' רמב"ן סי' נ"ה ושאר הרבה פוסקים דמהך דהכותב ומהך דחנוני על פנקסו שמעי' דלא מחוייב שליח למפרע באפי סהדי דהבע"ה הוא דאפסיד אנפשיה כיון דלא אמר בסהדי הב ליה ודוחק לומר דכל הפוסקי' הנ"ל מיירי מתקנתא וס"ל דכי היכי דתיקנו בחנוני תקנו בשאר שלוחים דפשט דבריהם לא משמע הכי כלל ע"ש וגם בה' המגיד מוכח להדיא שם דהיינו מדינא לא מיקרי השליח פושע דמדינא אינו חייב ליתן לו בעדים ע"ש שהרי כתב כן מתחל' וזה פשוט ואחר כך כתב ויש מי שכתב שדין משנתינו אינו אלא בחנוני אבל בשאר שליחות אינו נשבע ונוטל דדילמא לא נתן כלום ע"ש ודו"ק וכן הוא להדיא בתשו' הר' יוסף ן' פליט שהביא הבע"ת שער כ"ט ח"ב שהשיב להרז"ה כן דהכא ל"ד למנה לי בידך והלה אומר איני יודע מטעם דחזקה שליח עושה שליחותו והבאתיו לעיל סי' צ"א ס"ק י"ב וכן דעת בעה"ת שם וכן מוכח ג"כ דעת הרב ר' יוסף מג"ש והרמב"ם והמחבר לעיל סי' צ"א סעיף ב' וכמ"ש שם בסעיף קי"ב וכבר בררתי שם שכן עיקר:

סעיף טו

ואם נשבע ונטל כו'. ולפי מה שכתב לעיל בסעיף ט' ס"ק י"ד אין הדין כן בנשבע ונטל בשטר:

סימן צג

סעיף א

אלו נשבעים. עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קי"ד:

סעיף ב

ובן הבית. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ר"א ועיין בתשובת מנחם עזריה סי' נ"ג:

סעיף ג

עד שיחשוד אותו בב' מעין כסף. כתב הסמ"ע וז"ל כן הוא ל' הגמ' ופרשוהו רש"י והרמ"ה דבעינן נמי הודאה במקצת כעין ש"ד וכו' עד גם שם הוכחתי שדעת הרא"ש גם כן הוא כן וכו' וכן נראה שהוא דעת הרי"ף והרמב"ם ודלא כב"י כר עכ"ל ולפע"ד נראה עיקר כב"י שדעת הרי"ף והרא"ש דאין צריך הודא' וגם הר"ן כתב סוף הנשבעין שכן דעת הר"י הלוי והרמב"ם פ"ט משלוחין וכ"כ בד"מ דעת הרמב"ם (וכ"מ דעת הרמב"ם) וכן מוכח מפירוש המשנה להרמב"ם גם מ"ש הסמ"ע לדעת הרמ"ה ליתא דבהדיא כתב הטור לקמן סימן ר"ץ סכ"ד בשם הרמ"ה דאין צריך הודאה ומעתה גם מ"ש הב"ח בפי' דברי הר' ישעיה ליתא גם בלא"ה דבריו דחוקים מאד והדבר ברור דס"ל להרמ"ה דא"צ הודאה רק צריך טענה וכפירת שתי כסף והר' ישעיה ס"ל דסגי בטענה וכפירה כל שהוא וכך הבין ב"י לדעת הר"י רק שדחק עצמו בשטת הגמ' לדעתו ובביאורי לטור כתבתי בשם הגאון אמ"ו ז"ל טעמו של הר"י ע"פ הגמ' ע"ש ומעתה גם מ"ש הסמ"ע שהטור הסכים דבעי הודא' במקצת ליתא די"ל דלא כתב שהסברא ראשונה עיקר אלא לאפוקי הר"י והא ראי' דלקמן סי' ר"ץ הביא ב' הסברות ולא הכריע רק שעל המחבר קשה שכ' בכסף משנה שדעת הרמב"ם שהעתיק המחבר לשונו כאן דאין צריך הודא' ולקמן סי' ר"ץ סי"ט כתב דצריך הודאה וצ"ע עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קי"ד ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן קנ"ט:

סעיף ד

דאין אומרים מיגו ליפטר משבועה עיין בסמ"ע עד מיהו אין ראיה גמורה משם כו' ולפע"ד ראיה גמורה משם דהא התם בפרק כל הנשבעין כ' הרא"ש לעיל מיני' בסמוך דל"ד לשבועת שומרין דלא אמרי' מגו כיון דהוי העזה והשתא ההוא דשכיר נמי הוי

מגו דהעזה וי"ל דשאני שכיר דתקנת חכמים היא ובמגו כל דהו אוקמי' אדיניה עכ"ל אלמא דפטור מממון במגו כל דהו כיון דתקנת חכמים הוא דחייב ממון ע"פ שבועת שכיר וה"ה הכא דפטור משבועה כיון דתקנת חכמים הוא שחייב שבועה (דהא כתב הרא"ש דאין חילוק בין ממון לשבועה לענין פטור מכח מגו) והיינו דכתב הרא"ש שם על דברי הר"י לוי שפסק שהשותף צריך לישבע והביא ראי' משבועת שומרין וז"ל ומ"ש דבשבועת שומרין איכא הא כבר כתבתי לעיל דמגו דהעזה הוי ולעיל כ' דבתקנת חכמים אמרי' מיגו דהעזה דלא כהב"ח שכתב דלהרא"ש הכא בשותף נמי חייב שבועה ומטעם דהוי מגו דהעזה וע"ש ברא"ש מוכח להדיא שלא כדבריו אלא כמ"ש וגם בטור כאן ובסי' רצ"ו לא משמע כן וגם ברמזי הרא"ש שחבר הטור כתב להדיא דהשותף פטור משבועה ע"ש. שוב ראיתי בר"ן פ' כל הנשבעין שכ' ג"כ דטעמא דשכיר דאע"ג דהוי מיגו דהעזה מ"מ כיון שהוא מן התקנה סגי במגו גרוע וכ' דגם בשבועת השותפין י"ל כן דהיא מן התקנה אלא דמסיק דהבו לה דלא לוסיף עלה אבל הרא"ש ע"כ ס"ל דגם בשותפין אמרי' מגו כזה ול"ש כאן הבו דלא לוסיף עלה: ועוד נ"ל לתרץ דדוקא בשומרין או מודה מקצת כ' הרא"ש דהוי העזה כיון דהוי כפירה משא"כ בשבועת השותפין אפי' הי' טוען לא נשתתפתי עמך לא הוי כפירה וחילוק זה מבואר להדיא בתוס' פרק הגוזל עצים (בבא קמא דף ק"ז) סוף ע"א דעל מ"ש שם דלא אמרי' דנאמן לומר נאנסו במיגו דלהד"ם דהי' מעיז או מודה מקצת במגו דכופר הכל כתבו וז"ל וההיא דחזקת הבתים גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעי דיכול לטעון עד כדי דמיהן במגו שיכול לו' לקוחים הן בידי ובפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך הי' ולקחתיו ממנו דאפי' טענו הבן שהי' של אביו אלא שאין לו עדים מהימן לומר לקחתיו במגו שיכול לומר לא הי' של אביך מעולם אע"ג דבהאי ידע ובהאי לא ידע ל"ד למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חבריה והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו עכ"ל ר"ל דדוקא כשחבירו מפקיד אצלו או מלוה שהאמינו מתחלה אלו הי' טוען בפקדון להד"ם או החזרתי או לקחתי או בהלוא' פרעתי כולו הוי העזה דכופר נגדו בממון שהאמינו מתחלה משא"כ כשלא הפקיד אצלו או הלוה לו אפי' טוען לקחתי כמו גבי עיזי שזה לא הוי העזה ודוק וכן מוכרח לומר דעת הרא"ש שכתב בפרק כל הנשבעין גבי דברים העשוין להשאיל ולהשכיר דנאמן לומר נגנבו ממנו במגו דאי בעי אמר השאלתים לך וכמ"ש לקמן סי' שנ"ז וכ"כ הרא"ש בתשו' והבאתיו לקמן סי' שנ"ז ע"ש וכן מוכרח לו' לדעת מור"ם שכתב בהג"ה סי' פ"א סכ"ג דנאמן לומר טעיתי במיגו דהחזרתי והוא מהמרדכי ובמרדכי ריש פרק חזקת הבתים כתב דאע"ג דהי' מעיז הוי מגו כמו שהוכיח ר"י מפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך

(וכן מוכח לקמן סימן ק"י בסמ"ע ס"ק ז') ע"ש ודוק וכ"כ בפסקי מהרא"י סי' פ"ד דהוי מגו בכה"ג ע"ש וכן הבאתי לעיל סי' ע"ה ס"ק כ"ח בשם הריב"ש ושאר אחרונים ע"ש ועיין מ"ש בסי' פ"ב בדיני מגו אות ו' ועיין לקמן סי' קמ"ו ס"ב עיין בש"ג פרק שבועת הדיינים ד' ש"ך ועיין בתוס' פ"ק דמציעא דף ד' ע"ב ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ח ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קע"ו ועיין בתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ב דף ק"י ובתשו' ר"א ן' חיים סי' ס"ד ד' ק"ה ריש ע"ד וצ"ע ועיין בתשוב' מהרשד"ם סי' קצ"ד:

סעיף ה

בטענת שמא כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קי"ד:

סעיף ו

המשלח ביד חבירו כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן סי' ר"א ובתשובת מנחם עזריה סי' נ"ג:

סעיף ז

אלא כשבא ליטול ע' בתשו' מהרשד"ם ס"ס קי"ד וסי' תמ"ד:

סעיף ח

או שהוציא הוצאות ובא ליטול ע"ל סי' פ"א ס"ק ל' ודוק במ"ש באם משתבע כו':

סעיף ט

ויש חולקין בזה. כלו' בזה דמקבל עיסקא למחצית שכר וה"ה כל היכא דנותן לו שכר ידוע וכ"ה בתשו' ר"ת שבמרדכי וכן מוכח מב"י ומור"ם דאל"כ מנ"ל דלהרמב"ם במקבל עיסקא למחצית שכר דצריך לישבע דהא לא כ' אלא כל' המחבר כאן ס"ד א"ו אין חילוק ודוק וכן משמע בע"ש כדפי' ע"ש וגם בסמ"ע ס"ק י"ב משמע כן וכ"כ בתשו' מהר"מ מינץ סי' כ"ז דהיכא דשכרו קצוב ל"ש לומ' דמורי התיר' וא"צ לישבע בנק"ח וע"ש:

סעיף י

שותפות ראשון דהיינו שלא גזלו משותפות ראשון:

סעיף יא

אינו חייב אלא שבועה עיין בסמ"ע ס"ק י"ז וז"ל ועד"ר שם כתבתי דאפי' רבינו האי לא כ"כ אלא בתבעו אשבועה שנתחייב לו כבר משא"כ הכא כו' עכ"ל ובחנם דחק דהא טעמא דרב האי הוא משום תקנתא לתקנתא לא עבדינן א"כ גם בשבועת השותפין אע"פ שהוא כעין דאורייתא מ"מ כיון שהוא מדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינ' וכ"כ הב"ח:

סעיף יב

נשבע היסת והב"ח כתב דהטור שלא הזכיר היסת ר"ל כעין דאורייתא ולא נהירא כלל:

סעיף יג
שלא גזלתני כלום מעולם. ובכלל זה שיכול לגלגל עליו שלא הרויח כלום באותו זמן שאומר שהיה שותפו:

סעיף יד
או שכבר חלקו. דוקא לשון זה שחלק או שלא נשתתף א"י לגלגל עליו אבל יכול לגלגל עליו שלא הרויח כלום באותו זמן שהרי לפי דבריו שהלה שותפו מה שהרויח יש לו חלק בו שיש נ"מ בין שתי לשונות של שבועות אלו ועוד יש כמה נ"מ ודוק:

סעיף טו
ויגלגל עליו שאינו יודע כו'. דאם אינו טוען ראובן כן א"כ ודאי אינו יודע שהרי שמעון לא היה שם בשעה שנתעסק וא"כ ג"כ א"י לגלגל שהרי הוא מודה שאינו יודע לפ"ז אי"צ לדחוק כמו שכתב הב"י והסמ"ע ס"ק כ"ה דלא קאי אגלגול אלא כמ"ש דכיון שהוא עצמו מודה שאינו יודע לא שייכא שבועה כלל וכמ"ש סי' ע"ב סעיף י"ב סקנ"א א"כ אי"צ לגלגל כלל ודוק ע' מ"ש בס"ס צ"ז:

סעיף טז
בשותפות זו כלל. עיין לקמן סי' קע"ו ס"ה מ"ש שם בשם המבי"ט והב"ח:

סעיף יז
טען שמעון שיש ללוי כו'. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' מ"א ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' קפ"ג וסי' ר"ד ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן קנ"ב:

סעיף יח
וכן אם יצא שט"ח כו' עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן נ"ב. ועי"ל סי' ק"ח ס"ס ח':

סעיף יט
ואם מפורש בשטר. ע"ל סימן ע"א סכ"ו [סכ"ג] וע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' פ"א ופ"ב:

סעיף כ
שאם יברר ראובן בעדים. עיין בסמ"ע ס"ק ל"א ובס' בדק הבית ודוק ועיין לקמן סי' קע"ו סל"ז ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' ק"ס וקפ"ח:

סעיף כא
ראובן שותף שמעון כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' ס"ג ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' קכ"א:

סעיף כב

ושמעון ידע בדבר. עיין בסמ"ע ס"ק ל"ח שכתב שנ"ל דמיירי שלא נודע לו עד שעת חלוקה ועיין בתשו' ר' אליה ן' חיים סי' ס"ה מדין זה:

סימן צד

סעיף א

כל מי שנתחייב שבועה. עיין בהריטב"א פ"ק דקידושין שהאריך יפה בדיני גלגול שבועה ומסקנא דכל שבועה מגלגלין ואפי' בשמא על שמא והיינו כדעת הר"ן ע"ש חוץ משכיר ומי שנהפכה עליו ע"ש:

סעיף ב

ויש מי שכתב כו'. כן כתב בת"ה סימן שכ"ז וטעמו דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דהיפוך שבועה תקנתא היא וגלגול שבוע' בשבוע' דרבנן נמי תקנתא היא ותו נראה דלמאי דמסקינן בשלהי כל הנשבעין דלכל מגלגלין חוץ משכיר ופי' ריב"ן שם בתוס' דל"ד דה"ה לכל אינך דנשבעין ונוטלין ואף לר"י דפי' שם דדוקא שכיר נראה קצת דהיפוך שבועה נמי חשוב שלא מן הדין משום דלפום דינא היה לו לישבע או לפרוע ע"כ דבריו ואינו נראה בעיני דאדרבא הכא לא הוי תקנתא לתקנתא דמן הדין הי' נתבע פטור לגמרי אלא דרב נחמן תיקן היסת ותיקן שיוכל להפוך על שכנגדו ליטול וא"כ מן הדין לא יוכל ליטול אף בשבועה ול"ד לשכיר או אפי' לשאר נשבעין ונוטלין לפי' ריב"ן דתיקנו חכמי המשנה שיטול בשבועה ושוב אינו יכול לגלגל עליו משא"כ הכא דאפי' לפי חכמי המשנה אינו יכול ליטול אלא דלפי תקנת ר"נ יוכל ליטול ע"י ההיפוך שבוע' א"כ יוכל הנתבע לומר כיון דאתה רוצה לישבע וליטול השבע לי ג"כ על הגלגול ואם אין אתה רוצה לישבע על הגלגול לא תשבע לי ג"כ ליטול וא"כ אני פטור מהיסת וכ"ש לפי' ר"י דקי"ל כוותי' דעל כל הנשבעין ונוטלין מגלגלין ודו"ק ומיהו בריטב"א פ"ק דקדושין משמע כדברי הת"ה וז"ל שם וכל שמהפך שבועה על שכנגדו בין בשבועה דרבנן או בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל אין מגלגלין עליו כלל אלא נשבע מה שמהפכין עליו בלבד והכי סברא דרבוותא ז"ל מעת' בכל שבועה מגלגלין בין דאורייתא בין דרבנן חוץ משכיר ומי שהפכו עליו שבוע' וכן דעת מורי נר"ו עכ"ל ומ"מ צריך עיון לדינא ובפרט לפי פי' ר"י דקי"ל כוותיה ודוק ועוד דמשמע דבחשוד לא קי"ל כהריטב"א דנראה דעת כל הפוסקים שיכול לגלגל וכ"כ הב"י להדיא לעיל סי' פ"ו [פ"ז] סוף סעיף י"ז בשם המ"כ וא"כ גם בשאר היפוך דהא הריטב"א מדמי להו להדדי ודוק:

סעיף ג

ולא היה מתחייב ממון אלא כו'. לשון הטור כגון שא"ל נשתתפת עמי ומחייבת לי שבועה וזה או' לא נשתתפתי עמך אין מגלגלין עליו שלא נשתתף עמו עכ"ל אלא מגלגלין עליו שלא הרויח כלום באותו זמן שאומר שהי' שותפו ויש נפקא מיניה בין לשונות אלו של שבועות כמו שכתבתי לעיל סי' צ"ג סעיף ט' וי' ס"ק י' וי"ד:

סעיף ד

ב"ד מעצמם מגלגלין כגון שהב"ד יודעין שיש לתובע עליו שבועת גלגול דלא"ה אסור דהוי כעורכי הדיינים ב"י בשם ר' יודא ן' מיזיר:

סעיף ה

אלא כשהנתבע טוען ודאי כו'. כתב הסמ"ע וז"ל כ"כ ג"כ הט"ו ור"ל אטענה שרוצה לגלגל עליו טוען הנתבע ודאי שלא נתחייב בה כו' עכ"ל והב"ח חלק עליו ופי' דקאי אעיקר שבועה וכ' שכן מבואר בתוס' ואשר"י פ' השואל כו' ודבריו תמוהין דאדרבא בתוס' ואשר"י מבואר שם להדיא כהסמ"ע ע"ש גם אי אפשר לפרש טוען טענת ספק אעיקר שבועה דא"כ לא נתחייב מתחלה שבועה כלל אלא ה"ל מחויב שבועה ואי"ל משלם אלא אם תאמר דמשכח' לה השתא לבתר דתיקן ר"נ היסת באו' איני יודע אם הלויתני דאין מגלגלין דדומיא דסוטה בעינן וזה אינו במשמע בדברי הטור והמחבר כלל וגם התוס' והרא"ש קאי שם להדיא אמתני' ע"ש וגם לענין דינא בטוען איני יודע אם הלויתני דחייב שבועת היסת צ"ע דנראה דיכול לגלגל אח"כ על עיקר השבועה דאינו יודע אפי' למ"ד דטענת הנתבע על הגלגול אינו יודע א"י לגלגל דיש לומר דשאני התם דדומיא דסוטה בעינן דהיינו שמגלגלין עליה שתוכל לישבע ולא שמגלגל עליה באופן שלא תוכל לישבע וא"כ בטוען על הגלגול איני יודע אין מגלגלין דהא אין נשבעין שבועת התורה באיני יודע ועוד דאם נגלגל עליו א"כ ה"ל חייב דהא אין נשבעין שבועת התורה באיני יודע וכולי האי לא החמירו לומר בגלגול מתוך שאיל"מ וכן משמע באשר"י שם משא"כ הכא די"ל דנגלגל עליו שישבע ובע"כ צ"ל כן לדעת הט"ו וכמ"ש בסי' ע"ב ס"ק מ"ז ולקמן בסוף הסימן ע"ש ודוק:

סעיף ו

אבל אם טוען הנתבע טענת ספק על הגלגול כו'. וכדפי' בסמ"ע ס"ק ז' וראיה לדבריו ממקור דין זה הוא מתוספות והרא"ש פ' השואל ושם מבואר להדיא כן ותימה דהתוספות והרא"ש הוכיחו שם כן לתרץ הא דתנן השואל [המשאיל] אומר שאולה מתה והשוכר אומר איני יודע פטור אם לא שיש עסק שבועה ביניהן כגון ג' פרות ומודה לו בא' והקשו

התוס' והרא"ש שם דהא בלאו הכי צריך לישבע שמתה כדרכה וצריך לישבע ע"י גלגול ששכור' מתה ותירצו דאין מגלגלין באינו יודע ולקמן ס"ס שד"מ כ' המחבר גבי פירות דמגלגלין באינו יודע וצ"ע ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק מ"ז:

סעיף ז

ובלבד שיהא רגלים לדבר כו'. גם כאן תימה דהתוספות והרא"ש הוכיחו שם כן ממאי דתנן המשאיל אומר איני יודע והשואל אומר שכור' מתה פטור אפי' משבועה וכן בזה אומר איני יודע וזה אומר אינו יודע יחלוקו או המע"ה לרבנן ואמאי ישבע ע"י גלגול ותירצו דאין נשבעין על טענת ספק של תובע אם לא שיש רגלים לדבר ולקמן ס"ס שד"מ כתב המחבר דגם בזה מגלגלין וצ"ע:

סעיף ח

מי שנתחייב שבועה אפי' היסת כו'. כן הוא ברמב"ם ואין להקשות א"כ איך כתב מהטענות הוודאיות הא בטענות ודאי בלאו הכי יכול להשביעו היסת אפילו בלא גלגול י"ל דמשכחת לה כגון שפטרו משבועה וכדלעיל סימן ע"א ס"ה ועמ"ש שם א"נ כגון פרוזבול היה לי ואבד לעיל סי' ס"ז סעיף ל"ג או כגון רבית שטוען בהיתר לקחתי לעיל סי' פ"ב ס"ק ל"ג בסמ"ע ע"ש וביד ס"ס קס"ט וכן כל כה"ג ובספר לחם משנה תירץ דמיירי שקיבל עליו בב"ד לישבע עיקר שבועה ולא להפך כדלעיל סי' כ"א [כ"ב]:

סעיף ט

מהטענות הוודאיות. משמע שאם גלגל עליו טענת ספק ורצה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם וכן כתב הרב המגיד ולח"מ וכן מסיק המחבר:

סעיף י

והתובע רוצה הדברים עצמן שתובע עליהן הגלגול משום שחושש שמא עיניו נתן בה צריך ליתן אותן הדברים עצמן או לישבע עליהן כן הוא בנ"י שם:

סעיף יא

ויש מי שאומר כו'. עיין ב"ח שכתב דבמשואיל"מ אפי' כשנתרצו שניהם לישבע אינו נשבע והוא תמוה:

סעיף יב

ועל הגלגולים תשבע ותטול. כ"כ הט"ו ויגעתי לדעת מקור דין זה ולא מצאתי וגם תמוה הוא בעיני דהא כיון דגלגול שבועה דאורייתא היא א"כ חייב לישבע מן התור' על הגלגול והתורה הטילה שבועה עליו ובדאורייתא לא מפכינן ולא תיקן ר"נ היסת אלא בלא גלגול אלא ודאי ע"י גלגול דחייב לישבע מן התורה אפי' קודם תקנת ר"נ לא מצי להפך ולא

בא ר"נ לעקור דברי תורה ולא מבעיא לדעת הפוסקים דהיכא דטוען על הגלגולים איני יודע הוי משואיל"מ וכדלעיל סי' ע"ה סט"ו פשיטא דא"י להפך היסת דהא כחד שבועה דמי ועוד דא"כ אמאי הוי משואיל"מ יהפוך הגלגול על שכנגדו שישבע שיודע שחייב לו ולא ישלם לו עד שישבע ואף להרא"ש והי"א שם דפליגי התם היינו משום דס"ל דאין מגלגלין שבוע' איני יודע כלל ולכך לא שייך לו' משואיל"מ אבל אי הוי מגלגלי' הוו מודים דדינו כעיקר שבועה ודוק (הג"ה ואע"ג דהא א"א לתובע להינצל משבועת היסת אחר שישלם לו מכ"מ נ"מ טובא דלהט"ו שכתב תשבע ותטול משמע שצריך לישבע קודם שיטול ובאמת אם אינו יכול להפך חייב לשלם לו קודם ואח"כ יכול לתבוע אותו שישבע היסת ול"ל שבאמת דעת הטור כן והלשון מהופך וכמ"ש מורי חותני ז"ל בעצמו לעיל סי' נ"ה ס"ק ד' וסי' צ' ס"ק י"ח ולקמן סי' קל"ה ס"ק א' דא"כ אפי' רצה לגלגל עליו שבועה דאורייתא נמי יכול לומר כן ומאי קמשמע לן פשיטא ודוק) שוב מצאתי בתשו' הרשב"א סי' תתקמ"ד בדברי השואל ובדברי הרשב"א כתבו בפשיטות כדבריו וששתי כעל הון תהלה לאל ית' רק שנסתפק שם השואל אם קפץ ונשבע על שבועת התורה והשיב הרשב"א דאם עדיין לא נסתלקו מאותו ענין מה קפיצה זו עושה עדיין תורת גלגול עליו ואף הגלגול שבועתו דבר תורה ולא מדרבנן ונשבע בנק"ח אף על הגלגול וא"י להפכה ואם נסתלקו מן הענין ולאחר זמן חזר וגלגל עליו אותן גלגולין שבועה אחרת היא זו ואם זה כופר בכל מה בכך הא עכשיו מגלגלין עליו ומ"מ אשמעינן דאע"ג שקפץ ונשבע אחר שרצה לגלגל עליו מ"מ כיון שנסתלקו מן הענין ולאחז"ז חזר וגלגל עליו א"י לגלגל ודוק (ועיין בב"י ס"ס זה הביא תשובת הרשב"א בקיצור אבל כשתדקדק היטב תמצא כוונתו כמ"ש בתשובת רשב"א שבדפוס סי' תתקמ"ד ע"ש ודוק) שוב מצאתי ג"כ כדברי בריטב"א דקדושין ונהנתי ג"כ וז"ל הריטב"א שם וכן נמי בש"ד אין מהפכין הגלגול אשכנגדו ובשבועה דרבנן מפכינן דקי"ל בדאורייתא לא מפכינן שבועה ובדרבנן מפכינן עכ"ל. ע"כ העיקר בזה (שלא) כהטור והמחבר. שוב הראו לי בבעל העיטור ד' ס"ז סוף ע"ג משמע שם ג"כ להדיא כמ"ש הט"ו ונראה שמשם הוציא הטור דבריו ועדיין צלע"ג ונלע"ד עיקר כהרשב"א וריטב"א וכמ"ש וגם נראה דבעל העיטור לא כתב כן אלא לסברתו דהביא שם באותו אות חוב ריש ד' ס"ה הרבה גאונים פסקו בדאורייתא מפכינן והביא דבריהם במסקנתו הלכך כיון דגם בדאורייתא גופא ספיקא מספקא ליה לא רצה להחמיר בגלגול משא"כ לדידן דקי"ל הלכה רווחת דבדאורייתא לא מפכינן א"כ גלגול ממש דין ש"ד יש לו כן נ"ל וכן מוכח בספר לח"מ גבי מ"ש על דברי הרמב"ם לעיל סעיף

ג' מהטענות הוודאיות דאי הוי עיקר שבועה חמורה בנק"ח הוי ניחא דעושה זה להמלט משבועה חמורה ע"ש ודוק:

סעיף יג

ויפטר מלישבע דאין מגלגלין טענת ספק כדלעיל ס"ב וקשה דלעיל סי' צ"ג סי"ג העתיקו הט"ו ל' הרמב"ם ויגלגל עליו שאינו יודע כו' וצ"ל דשאני התם כיון שעיקר השבועה היא מדרבנן וכמ"ש בסי' ע"ב ס"ק מ"ז לדעת הטור ע"ש וע"ל סימן רצ"ח:

סימן צה

סעיף א

לא שנא כופר בכל ועד אחד מכחישו. כן כתב הרמב"ם והטור ונראה דר"ל דלא תימא דבע"א מכחישו לחייב ש"ד דהא כל מקום ששנים מחייבים אותו ממין אחד מחייבו שבועה והרי שנים מחייבים ממון אף באלו ומה"ט אמרי' לעיל סי' פ"ח סעיף ד' דעד א' מחייב שבוע' אפי' בפרוט' אף ע"פ דשבועה דמודה במקצת אינו אלא בכפירת שתי כסף וכן שבועת השומרים אינה אלא בשתי כסף להרבה פוסקים שם סעיף ה' אלא דכיון דאימעטו אלו מכל שבועות אימעטו וכ"כ הר"ן פ' הדיינים בפיסקא והני מילי בפני עצמן זוקקין גוררין ועוד אין נשבעין על שעבוד קרקעות כו' וע"ש שהאריך קצת וכתב הטעם דכיון שאף לענין שנים הורע כח הקרקעו' (וכל אלו) שאם העידו על ש"ש ועל שואל שנאנסו פטור א"כ הורע כחן בזה גם לענין עד א' ולכן לא אמרי' בכה"ג כששנים מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה וע"ש עוד דכתב בפ' הכותב מוכח דנתמעטו גם משבועה דעד אחד ומביאו ב"י בקצרה ובאמת כן מוכח שם בפ' הכותב (כתובות דף פ"ז ע"ב) ור' ירוחם נ"ג ח"ב כתב דהכי איתא בירושלמי ומביאו ב"י וכן הוא באמת בירושלמי ר"פ שבועת הדיינים גבי שבועת הדיינים הטענה שתי כסף כו' וז"ל ודכוותיה מה כסף שתי מעין אף כלים שתי מעין רב יהודה בשם שמואל כל ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד זוקקו לשבועה והרי שנים מחייבי' אותו קרקע שנייא היא שאין נשבעין בקרקעות עד כאן ומביאו הרא"ש בפרק הדיינים גבי מ"ש בשם רב אלפס דמשביעין בשמא ע"פ העד ע"ש וכן הוא בתוס' פרק הדיינים דף מ' ע"א ובפ"ק דמציעא (ריש דף ה') וכן בשאר פוסקים בכמה דוכתי' בפשיטות דאין נשבעין על עבדים ושטרות וקרקעות אפילו שבועה דעד אחד:

סעיף ב

שבועת השומרין כו'. נראה דאפי' להראב"ד וסייעתו שהבאתי לקמן ס"ס זה והעליתי כדבריהם דאם אין התביעה רק על הממון חייב ש"ד מ"מ הכא בשבועת שומרים פטור בכל ענין דדוחק לו' דמיירי כאן שאותו דבר שנאבד ישנו בעולם ואפשר להחזירו כגון שנלקח בלסטים מזוין וכה"ג ואפשר לחזור ולקנות מן הגזלן וכה"ג אלא משמע שנאבד מן העולם לגמרי דומיא דנשבר או נשבה אלא נראה דשאני הכא דהא לא עביד מידי בשעת אבדה דלחייב עלה אלא משום דקבל עליו לשמור מחויב ואי לאו דקבל לשמור לא הוי מחויב א"כ עיקר חיוביה מעיקרא הוא משעה שקבל עליו לשמור וההיא שעתא קרקע הוי ואימעטה רחמנא לקרקע מדין שומרין וה"ל כאלו לא קבל עליו לשמור כלל משא"כ התם דלא רמי עליה שום חיוב עד דהזיקו וא"כ השתא הוא דהזיקו וח"א למלאות החפירות הוא דמחייב דמי כן נ"ל:

סעיף ג

ואפי' אם פשעו כו'. ואני הוכחתי לעיל סי' ס"ו סעיף מ' ס"ק קכ"ו דעיקר כהרמב"ם דבפשיעה חייב וגם הבאתי שם שכן דעת כמה גדולים וע"ש:

סעיף ד

ואם התנה בקנין. כן הוא בש"ס פרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) וברמב"ם רפ"ח מה' שכירות ונתבאר לעיל ס"ס ס"ו ס"ק קכ"ט ועמ"ש לעיל ס"ס ס"ו ס"ק קכ"ח:וכתב הר"ן בכתובות ריש פ' הנושא דלדעת הרמב"ם דלעיל ר"ס מ' הוא הדין באומר אתם עידי או חייב עצמו בשטר כו' ולפע"ד דהרמב"ם מודה כאן וכמ"ש לעיל סי' מ' ס"ק ד' ע"ש:

סעיף ה

אבל בשבועת היסת נשבעין וה"ה כל שבועת דרבנן כגון שבועת המשנה וכה"ג וכדמוכח בש"ס פ' הכותב (דף פ"ז עמוד ב') ואדרבה ה' המ' כ' דשבועת היסת נלמד מהך דפרק הכותב והב"ח כ' בסי' ג' דמאי דנשבעים היסת לאו מפ' הכותב למדנו אלא מסוגיא דפ"ק דמציעא כמ"ש הסמ"ג ע"ש רב האי גאון בד' קפ"ב ע"א ודלא כמו שהבין ה' הי' בריש פ"ה טוען דנלמד מפ' הכותב עכ"ל ולא דק דלא מוכח שם בש"ס מידי ולא כ' שם הסמ"ג הוכחה מסוגיא פ"ק דמציעא רק כ' שם כן בשם רב האי גאון וישב שם הסוגיא דפ"ק דמציעא וע' בתוס' פ"ק דמציעא ריש ד' ו' שכתבו שם כן ג"כ בשם רב האי גאון ע"ש ודברי ה' המ' נכונים ודוק:

סעיף ו

והקדשות כו'. והאידנא כל הקדש דין חולין יש לו וכ"כ הטור לקמן סי' רי"ב ס"ח ועיין בתשו' ר' אליה ן' חיים סי' ל' וק"ג וק"ח ועיין בס' אגודת אזוב ד' פ"ד ע"ד:

סעיף ז

וי"א כו'. טור ס"ז בשם בעל העיטור ומבואר שם בבעל העיטור שחולק על ר"ח שפסק כר' אליעזר והבאתיו דבריו בס"ק שאח"ז ותמיה לי על מ"ש הטור בסעיף ה' גבי גידולי קרקע וכן ר"ח פסק כר' אליעזר כו' דהלא ר"ח לא אמר דבריו רק בתלוש ולבסוף חברו וכדאיתא ברשב"ם פ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"ז) ובבעל העיטור שם אבל בגידולי קרקע כיון שעומדים לגדור יש לומר דכגדור דמי וכ"כ התו' להדיא בכמה דוכתי בשם ר"ח שפסק כר' מאיר דכגדור דמי וכ"כ הסמ"ג והגהת מיימוני והמרדכי בשמו והבאתי דבריהם לקמן סעיף ב' ס"ק ט' ועוד ק' על הטור למה כתב כאן בס"ז בסתם דברי בעל העיטור כיון שהביא לעיל בס"ה דברי ר"ח ה"ל לכתוב בס"ז שר"ח חולק ונראה שטעות נפל בטור ודברי ר"ח שבס"ה צריך להיות בס"ז וכך צ"ל וכתב ב"ה דוקא גידולי קרקע אבל בתלוש ולבסוף חברו קי"ל כחכמים ור"ח פסק כר' אליעזר דאית ליה כל המחובר לקרקע כקרקע דמי. וב"י כ' לא ידענא היכא אמר ר' אליעזר הכי ונרא' דאישתמיטתי' הש"ס דפ' המוכר את הבית וכמה דוכתי:

סעיף ח

דתלוש ולבסוף חברו כו'. נראה מדברי הרב דלהי"א אלו אפי' בית ה"ל תלוש ולבסוף חברו לענין שבועת שומרין ומשמע ליה להרב הכי מדכתב הטור בשם בעל העיטור דכותל בנין וצנור שקבעו וכוורת דבורים קי"ל כחכמים וכן משמע להדיא בד"מ שכתב וזה לשונו כגון כותל בנין כו'. אבל המרדכי פ' שבועת הדיינים כתב דבית דינו כמחובר והשואל בית ונשרף פטור עכ"ל ד"מ אבל לפעד"נ דהבע"ה לא קאמר אלא כותל בנין אבל בית ה"ל כקרקע והיינו שכתב הטור מיד אח"כ בשם הרמב"ם שכנת בביתי כו' דאלמא בית הוא כקרקע ובפרט דהרמב"ם כתב חצרי והטור כתב ביתי במקום חצרי אלמא דפשיטא ליה להטור דבית הוא כקרקע ואע"ג דבש"ס פ"ק דחולין (דף ע"ז ע"א) משמע דבית ה"ל ככותל בנין היינו לענין איסורא אבל בממונא הוא כקרקע תדע דהא משמע בכל דוכתי דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה כמו קרקע וגם מיקרי נכסים שיש לו אחריות לענין שעבוד וקדימה ועישור נכסי ושאר כל מילי דממונא וה"ה לענין שומרין ושבועה וכן כ' הרמב"ם והטור לקמן סי' רכ"ז לענין אונא' דאפי' מכר לו טרקלין בדינר אין בו אונאה והיינו דכ' הבעל העיטור כחכמים וחכמים לא איירי בבית כלל ועוד

שכתב הבע"ה שם וז"ל אבל רבינו חננאל (וגם רשב"ם בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"ז ע"א) מביא דברי ר"ח אלו ע"ש) אמר מדשלח ר' נחמיה לאגבויי עישור נכסי מאצטרבולי דאינון מטלטלים קבועים בקרקע ש"מ סוגיא דשמעתא כר' אליעזר סלקא דאמר כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ולא איתברר לן שפיר עכ"ל ומשמע דר"ל דלא איתברר לן דברי ר"ח שפיר דהא משמע התם בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא ד' ס"ה) דגם חכמים מודים דאצטרבולי מכורים עם הבית ולא פליגי אלא בשאר מטלטלים וע"ש ועכ"פ נראה עיקר לדינא דבית לענין שומרים ושבועה הוא כקרקע וכמ"ש וכן מוכח מדברי הרב המגיד פ"ה מה' טוען דין ה' במ"ש שם שבפרק שביעי מה' שכירות מבואר ששכירות קרקע היא כקרקע לענין שבועה ובפ' שביעי מה' שכירות מיירי הרמב"ם בבית וכמ"ש לקמן סי' שי"ב סעיף ז' ע"ש וכן מוכח בטור כאן ס"ז שכ' בשם הרמב"ם שכנת בביתי כו' כמ"ש לעיל וכן מוכח להדיא מדברי המרדכי והגהת מרדכי פ' המוכר את הבית שהבאתי לקמן ס"ק י"ב עי"ש וגם התו' פ' הדיינים דף מ"ב ע"ב ותו' יו"ט שם והסמ"ג ד' קע"א ע"א כתבו בפשיטות דאם שאל בית ונשרף פטור משום דאין דין שומרים בקרקעות וכמ"ש המרדכי פ' הדיינים וכ"כ האגודה שם והכי נקטינן:

סעיף ט

הרי זה נשבע עליהן כו'. ולי נראה עיקר דאינו נשבע עליהן דדין קרקע יש להן ולפי שיש כאן כמה דעות וגם דינים אלו נוגעים בכמה מקומות לכן צריך אני להאריך קצת הנה הראב"ד וה' המ' והגה' מיימוני פ"ה מה' טוען הבינו מדעת הרמב"ם שם שפסק כרבי מאיר (דפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב)) וכן נראה שהבין הטור ולא כוונו האמת בדעת הרמב"ם גם מ"ש ה' המ' שם שי"ל שפסק כרבנן וסבירא לי' דפלוגתייהו הוא בצריכים לקרקע וכ"כ הר"ן פ' שבועת הדיינים בדעת הרמב"ם (וכן נראה דעת הריטב"א פ' נערה ודעת הש"ג דף שכ"ו ע"ב) ליתא דהא משמע להדיא מדברי הרמב"ם שם דענבים העומדות ליבצר אין צריכים לקרקע וכן מבואר להדיא מדבריו פ"א מה' מכירה דין י"ז ואמרי' בש"ס התם בענבים העומדות ליבצר קמפלגי ומזה קשה ג"כ על מ"ש ה' המ' פ"א מה' מכירה לדעתו (ועוד דבפרק קמא דסנהדרין דף ט"ו ע"א ובפ' השולח (גיטין דף ל"ט ע"א) אמרי' ע"כ לא קאמר ר' מאיר התם אלא בענבים דכל כמה דקיימי מכחשי משמע דלא צריכים לארעא כלל ואע"פ שהר"ן פ' שבועת הדיינים כתב דבתר הכי מכחשי והשתא צריכי לארעא דבריו דחוקים ופשט' דש"ס לא משמע הכי אלא כמ"ש וכן משמע מדברי רש"י שם ע"ש גם מדברי התוס' פ' נערה שנתפתתה ריש (כתובות דף נ"א) והרמב"ן בס' המלחמות פ"ק דמציעא שהבאתי לקמן סי' קט"ו ס"ק י"ח

מבואר דלא כהר"ן והריטב"א בזה ע"ש) אלא נ"ל דאישתמיט להו לכל הנך רבוותא דברי הרמב"ם בפי' המשנה פ' שבועות הדיינים שכת' שם וז"ל מחלוקת חכמים ור' מאיר הוא בענבים העומדים ליבצר והלכה כחכמים אבל כשימסרם לו בתורת שמירה ולענין מקח וממכר ודיני האונאה והודיה במקצת כשיהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה המכוון עליו שהם כמטלטלין שכל העומד ליבצר כבצור דמי ושמור זה הלשון עכ"ל וכ"כ הברטנורה שם והוא ע"פ שטת רבו ה"ר יוסף הלוי שהביא הטור בסי' זה והבעל העיטור דף ס"ז ריש ע"א מביאו ג"כ וכן ר' ירוחם נ"ל סוף ח"ב מביא ג"כ דברי הר"י הלוי שכ' דדוקא כי יהיב ליה לשמור חשיבי כקרקע וכן מדוקדקים דברי הרמב"ם פ"א מה' מכיר' שהעתיק המחבר לק' ר"ס ק"ג ופ"ב מה' טוען שהעתיק המחבר כאן ובפרט בפ"ב מה' שכירות ע"ש (שכתב שם וז"ל המוסר לחברו דבר המחובר לקרקע לשמור ואפילו היו ענבים העומדות להבצר הרי הן כקרקע בדין השומרים ע"כ וכ"פ המחבר לקמן סימן ש"א ס"ה ודלא כהסמ"ע ר"ס קצ"ג שהקשה דברי הרמב"ם והמחבר אהדדי וכת' כמה דברים שאינם נכונים ולא ירד לסוף דעת' וכבר השגתי עליו שם ע"ש) וכ"כ הב"י כאן בדעת הרמב"ם דס"ל כהר"י הלוי וכ"כ בכסף משנה פ"א מהלכות מכירה רק שתחלת דבריו בכסף משנה שם לא נהירין במה שכת' דהרמב"ם סובר דפלוגתייהו הוא בצריכים לקרקע ע"ש:

ונראה שמה שהביאו להר"י הלוי לחלק בכך הוא הך דאמרינן בפרק נערה שנתתפתה (ריש ד' נ"א) גבי הא דזיל הב לה מתמרי דחזי לבודיא ס"ס כל העומד ליגדר כגדור דמי ולא כהבית חדש ס"ו וס"ז שכת' דקשיא ליה כוורת דבורים ודף של נחתומים ולא נהירא כלל דהתם ל"ש עומד ליבצר כבצור דמי וכ"כ התוס' בדוכתי טובי והמרדכי פרק הדיינים והסמ"ג דף קפ"ב ע"א והגהת מיי' פ"ה מה' טוען דמה' פרק נערה פי' ר"ח דקי"ל כר' מאיר (ומ"ש הטור בשם ר"ח הוא תמוה וכמ"ש לעיל ס"ק ז' ע"ש) וזה דחקו להר"י הלוי ובאמת אין דברי ר"ח נראין עיקר בזה דהא בדוכתא דתנן פלוגתא דר"מ ורבנן לא איפסקא בש"ס הלכתא וגם בש"ס מפרש פלוגתייהו במאי פליגי משמע דקי"ל כחכמים וכדקי"ל בכל דוכתא יחיד ורבים הלכה כרבים ובפרט דתנן במתני' להדיא ר"מ אומר כו' וחכמים מודים לו כר כיצד וחכמים אומרים כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע וגם מ"ש התוס' וסייעתם בשם ר"ח דמהך דפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ט ע"ב) דפסק רב כר' שמעון דאכלה פירות גמורים משלם פירות גמורים משמע דהיינו כר"מ אינו ראיה דהתם עכשיו כבר נתלשו ועוד דלענין שומא אגב ארעא שאני וכמ"ש לקמן בשם הרז"ה והרשב"א ואדרבא משם יש לדקדק דאין הלכה כר' מאיר דקאמר התם דן רב כר"מ

ופסק הלכתא כר"ש בשלמא דן רב כר"מ פירש"י מעשה עבד אבל פסק הלכתא משמע שלמד לתלמידים שהלכה כר"ש וכן פירש"י התם וא"כ ה"ל ללמוד לתלמידים שהלכה כר"מ בהך דשבועות בכל המחובר לקרקע דעומד ליבצר כבצור דמי אלא ודאי משמע דדוקא הלכתא כר"ש בהך דהכונס אבל בהך דשבועות הא תנן ואין חכמים מודים לו לכך נראה עיקר בזה כהר"י הלוי והרמב"ם והברטנורה דקי"ל כחכמים וכ"כ הר"ן פרק הדיינים דקי"ל כרבנן דיחיד ורבים הלכה כרבים וכן נראה להדיא מדברי הרי"ף והרא"ש (ובעל התוס' י"ט פ' יש נוחלין ובספר מע"מ פ' הדיינים כ' דהרא"ש פוסק כר"מ ותמה על הטור ואין דבריו נכונים בעיני גם מה שתמה הב"ח על הטור דלמא ס"ל להרא"ש כהר"י הלוי לחלק בין שומרים לק"מ לפע"ד וצדקו דברי הטור בזה דפשט דברי הרא"ש פרק הדיינים משמע דמחויב שבועה במודה מקצת בלא שומרים איירי ומה שהקשה ע"ז ממ"ש הרא"ש בשאר מקומות יש לישב ואין להאריך ודוק) פרק שבועות וכ"כ הראב"ד בהשגות שדעת הרי"ף כחכמים וכן דעת הראב"ד עצמו וכ"כ רב האי גאון בס' משפטי שבועו' ד' ו' ע"ב פירות אפילו שהגיעו להקצר ולהבצר הרי הן כקרקע ואין חייבים עליהן ש"ד דתנן כו' וחכמים אומרים כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע וכ"כ ראב"ן פ' הדיינים דף קי"ו ע"ד וז"ל וכל המחובר לקרקע הרי הן כקרקע ואין נשבעין עליהן וכן נראה דעת בעל העיטור דף ס"ז סוף ע"ב. אך מה שמחלקין הר"י הלוי והרמב"ם בין שומרים לשאר דברים אינו נראה חדא דלא מסתבר לחלק בכך ועוד דא"כ ה"ל למתני' לפרושי ועוד דא"כ ל"ל למתני' למוד' מקצת וכך הקשה בתוס' י"ט פ' הדיינים דל"ל מודה מקצת וע"ש ואי אפשר ליישב אם לא בדוחק וגם פשטא דמתני' משמע דלאו מטעם שומרים אתינן עלה רק מכח מודה מקצת וכן מדברי הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים משמע דלחכמים בכל ענין הרי הם כקרקע לענין שבועה. ועוד דבש"ס (פ"ק דסנהדרין ד' ט"ו ע"א) ובפ' השולח (גיטין ד' ל"ט ע"א) גבי הקדיש שער עבדו אמרי' לימא הני תנאי כהני תנאי כו' ואם איתא הל"ל דגבי הקדש בשער העומד ליגזז אפי' רבנן מודו כיון דלאו לשמור הוא הגם שאפשר לדחוק וליישב מ"מ פשטא דש"ס לא משמע הכי אלא משמע דלחכמים בכל מילי המחובר לקרקע כקרקע דמי וכן נראה מדברי רב האי גאון בס' משפטי שבועות שם דבכל ענין אין נשבעין על פירות המחוברים לקרקע ע"ש: אלא נראה דהך דפ' נערה ה"ק ס"ס כל העומד ליגדור כגדור דמי וכיון דחזי לבודיא וראויי' לגדור מיד הרי הם כגדורים דהא אי בעי הוה גדר להו והיאך נימא דסמיך בעל חוב ואשה לגבות מנייהו דהא ברשות יתמי נינהו ואלו בעי גדרי להו ומשני דצריכי לדיקלא קאמינא ולא גדרי להו וסמכי דעתייהו דב"ח ואשה עלייהו והלכך דוקא גבי

ב"ח ומזוני וכה"ג דאין גובים ממטלטלי משום דלא סמכי דעתייהו עלייהו וכדאי' בפ' מציאת האשה ושאר דוכתי טובא והנך נמי מעיקרא לא סמכי דעתייהו אפירות שיהיו ביד יתמי לגדור בשעה שיבואו לגבות אבל בעלמא בכל דוכתי כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע כנ"ל. וכן מחלקין התוס' פ' השואל סוף ד' ק' ופרק שבועת הדיינים ריש (שבועות ד' מ"ג) דגבי ב"ח אפי' רבנן מודי וכן כתב בהגהת אשר"י פרק השואל וז"ל אין נשבעין על העבדים ולא על הקרקעות ואפי' ענבים העומדות ליבצר אין נשבעין דלאו כבצורות דמיין ולענין בע"ח לכ"ע כבצורות דמיין אי לא צריכים לדיקלא מהרי"ח ע"כ וכ"נ דעת הראב"ד בהשגות שכתב בפ"ה מה' טוען וז"ל א"א המחבר פוסק כר"מ (כבר כתבתי לעיל שגם הרמב"ם פוסק כחכמים) והרב פסק כחכמים ואולי מפני מה שאמרו בכתובות ס"ס כל העומד לגדור כגדור דמי והרב ז"ל הלא ראה כל זה (ר"ל שהרי הרי"ף מביא את זה בכתובות פ' נערה ע"ש) ואפשר שאין למדין שבועה לשאר דברים שהרי עבדים של יתומים נדונים כמטלטלים ולענין שבועה אין נשבעין עליהן עכ"ל אלא שלא ביארו התוס' והגהת אשר"י והראב"ד טעם החילוק שיש בין שבועה לבעל חוב ולפע"ד טעם נכון וכמ"ש דבעל חוב שאני דלא סמכי דעתיה כלל כיון דברשות יתמי נינהו ועומדים לגדור וכל אימת דבעי גדרי להו כגדור דמי דמימר קאמר אי תבענא להו לדינא גדרי להו ואפשר גם התו' והגהת אשר"י והראב"ד כיוונו לזה ומה שכתב הראב"ד אין למידין שבועה לשאר דברים לאו דוקא שבועה קאמר אלא הוא הדין אונאה וקנין וגזל וכל דכוותיה השייכים לדין תורה ושאר דברים דקאמר היינו בעל חוב ומזוני ואשה. וכהאי גוונא דפ' נערה דלא סמכא דעתיהו והיינו דקאמר שהרי עבדים של יתומים נידונים כמטלטלים כו' והיינו נמי לענין בעל חוב בפרק קמא דבבא קמא (דף י"ב) והתם נמי נראה דטעמא משום דלא סמך דעתיה עליה כיון דיכול לברוח העבד. [ולפי"ז אי"צ למה שכתבו התוס' והרא"ש בבבא קמא דשיעבודא דרבנן וקנין אגב נמי דרבנן אלא כמו שכתבתי. וקנין אגב נמי יש לומר דלא סמיך דעתיה. וגם מה שכתבו התוס' והרא"ש דקרא דערים בצורות אסמכתא בעלמא הוא דוחק הוא ויותר נראה כמו שכתבתי ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ל"ט ס"ק ב']. ושוב מצאתי ראייה לדברי ברשב"ם פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ח ע"א) דטעמא דלא גבי בעל חוב משעבדי דיתמי משום דלא סמך דעתיה. וגם בנימוקי יוסף פרק הגוזל קמא הביא דברי הרא"ה שכתב להדיא כדברי ושכן כתב רשב"ם בבבא בתרא. ומה שכתב הרא"ש פרק הגוזל קמא בשם רשב"ם לפי ענ"ד אין נראה כן דעת רשב"ם ועיין מ"ש לק"מ סי' שס"ג סעיף א' תדע דהא עבדים לענין אונאה וקנין וגזל דין קרקע יש להם א"כ כיון דהראב"ד כתב שהרי עבדים כו' אלמא

דמ"ש מעיקרא שאין למדין שבועה לאו דוקא שבועה קאמר אלא שבועה וכל דכותיה בדיני תורה דלא שייך בהו טעמא דלא סמכה דעתיה. וכן מוכח דעת בעל המאור פ"ק דמציעא שפסק דב"ח אינו גובה פירי כלל אפי' המחוברים דצריכי לארעא ומביאו ה' המגיד פכ"ה מהלכות מלוה וכ' שלדבריו הסכים הרשב"א ונראה שהם מפרשים הך דפר' נערה (הכונס) לענין שומא אגב קרקע או בתלושי' וא"כ להרז"ה והרשב"א אי אפשר לתרץ דס"ל כר"ח וגם לא כהר"י הלוי דהא בצריכי לארעא אפי' ר' מאיר מודה דמחובר לקרקע הרי הוא כקרקע בכל דוכתי וא"כ אמאי אינו גובה בעל חוב מהן אלא ודאי בעל חוב שאני דלא סמיך דעתיה כיון דביד הלוקח לתלשן וא"כ הוא הדין להפוסקים בלא צריכי לארעא יש לחלק בכה"ג: וכן מסיק הטור בסי' זה וז"ל וכתב הר"י הלוי דוקא לענין שומרים כו' אבל הרמ"ה כ' דלאו דוקא לענין שבועה אלא ה"ה לענין כל מילי דמעטיה רחמנא לקרקע כגון גזל ואונאה ושבועת הפקדון עכ"ל ומשמע שדעת הטור כהרמ"ה וכן לקמן ס"ס קצ"ב כתב הטור דנראה דכמחובר דמי לענין קניה ואונאה דהא לענין שבועה חשבי להו רבנן כמחובר אף על פי שעומדים ליבצר הגם שיש עוד לפלפל בזה בכמה מקומות בדברי האחרונים אין להאריך כי נ"ל סוף דבר כיון שהוכחתי שהעיקר דפירות המחוברים לקרקע אפי' לא צריכי לארעא כלל הרי הן כקרקע לענין שבועה ואונאה וקנין וגזל דכותיה והוכחתי שכן דעת רבי' האי גאון והרי"ף והרא"ש וראב"ן ובעל העיטור והתו' והגהת אשרי ממהרי"ח פ' השואל והראב"ד והרז"ה והרשב"א והרמ"ה והטור הכי נקטינן ודלא כהרמב"ם והמחבר: שוב ראיתי בספר לח"מ פ"ב מהל' שכירות פלפל ג"כ בזה בדעת הרמב"ם והראב"ד והרב המגיד והטור והקשה ג"כ על הר"י הלוי והרמב"ם מפ"ק דסנהדרין ופ' השולח וכמ"ש ויישב שם הדברים לדעתם ומשמע שם מדבריו עצמו שהם דחוקים. אך מה שדחק עצמו שם לדעת הראב"ד נלפע"ד שלחנם דחק דלדעת הראב"ד לק"מ דלענין שבועה וה"ה לענין הקדש לרבנן מחובר לקרקע הוי כקרקע ולא ממעט אלא ב"ח ושאר דברים כגון מזוני וכתובת אשה וכה"ג מטעמא דפרישי' וא"כ קאמר שפיר התם לימא הני תנאי כהני תנאי כנ"ל ברור ודוק.

כתב הב"ח וז"ל כתב בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ז ע"ב קי"ל כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואפי' ענבים העומדות לבצור לאו כבצורות דמיין ודוקא ענבים וכל דמחוסר מעשה ידי אדם אבל תמרי דמנפשייהו נתרן קי"ל דכל העומד לגדור כגדור דמי ותמיהני למה לא הביאו רבינו עכ"ל ואף שאין זה תימה כלל כי אינו מחוייב הטור להביא כל דברי הפוסקים מ"מ הכא בלא"ה לק"מ ותמהני על הב"ח שר"ל שדברי בעל העיטור הלכה הם (שנראה לי שהבעל העיטור כתב לתרץ כן הך דפ' נערה בתמרי דחזי לבודיא להך

דפרק הדיינים בענבים העומדים ליבצר) והא ודאי כל הפוסקים חולקים עליו שהרי התו' בכמה דוכתי הקשו מהך דפ' נערה בתמרי דחזי לבודיא אהך דענבים העומדת ליבצר ותירצו דב"ח שאני ובשם ר"ח כתבו דקי"ל כר"מ וכ"כ הסמ"ג דף קפ"ב ע"א והגמ"י פ"ה מטוען והמרדכי פ' הדיינים (ומביא הב"ח עצמו דבריהם לעיל סעיף ה') הרי להדיא דאין חילוק בין תמרי לענבים וכן מוכח להדיא מדברי הראב"ד וה' המגיד דלעיל וכן מוכח להדיא מדברי הר"ן פ' הדיינים וכן מבואר עוד להדיא מדברי הרמב"ן בס' המלחמות פ"ק דמציעא דף ס"ג ע"א וכן משמע בהרא"ש פ"ק דמציעא וכן מבואר עוד מדברי הרב המגיד פכ"א מה' מלוה שהביא הב"י בקצרה לקמן סי' קט"ו ס"ט. וגם לא מסתברא כלל לחלק בין ענבים לתמרים כיון דטעמא הוא כל העומד לגדור כגדור דמי ועוד מדקאמר בפשיטות ס"ס כל העומד לגדור כגדור דמי משמע בכל מילי דינא הכי וגם תמיה לי על הבעל העיטור גופיה שהרי כתב במאמר אחריות סוף ד' ו' וז' קא מגבי שמואל אפי' בשבח המגיע לכתפי' והן פירות שהגיעו לבצור ולהנטל על הכתף ומסתברא דצריכי לארעא מדאמרי' בפרק נערה שנתפתתה זילו הבו לה מתמרי דבודיא כו' עד דצריכי לדיקלא קאמינא ש"מ דאי לא צריכי לדיקלא ב"ח לא גבי מינייהו וכן פירש"י שבח המגיע לכתפי' ענבים העומדות ליבצר עכ"ל וגם הה"מ פכ"א מהל' מלוה כתב שהרב בעל העיטור דעתו כדעת רש"י ובע"כ שכוון לדברי בע"ה אלו הרי שאין חילוק בין ענבים לתמרי וסותר דברי עצמו ואין ספק דאישתמיטתי' להב"ח דברי בע"ה אלו וכל הפוסקים הנ"ל שהבאתי ולא דק כלל במה שהביא דברי בע"ה הנ"ל לפסק הלכה:

סעיף י

ויש חולקין כו'. ע"ל סעיף ו' שכתבתי דהעיקר כהיש חולקין:

סעיף יא

אלא מיירי שתבעו הענבים ומודה מקצתן ואומר שבצרן ואכלן ועל מקצת שעומדין הם חלוקים שהתובע אומר גם אלו שלי הם והנתבע כופר הלכך להרמב"ם והמחבר דהוי כמטלטלין חייב ש"ד וכבר כתבתי דקי"ל דהם כקרקע ופטור כיון דהכפירה היא בקרקעות ודוק בל' הר"ן והביאו ב"י ג"כ בסעיף ה' וצ"ל דס"ל להר"ן דהגפנים הם קרקעות לכ"ע הלכך כשטענו י' גפנים ע"כ הגפנים הם כקרקעות והענבים שעליהם חשובים לר"מ כמטלטלים והגפנים עכ"פ קרקעות הן לכך הוצרך הר"ן להאריך וכתב דה"ל כתובעו מטלטלים וקרקעות וכופר במטלטלים וקרקעות וע"ש ודוק וכן משמע בש"ס פרק הדיינים (שבועות דף מ"ג ע"א) גבי הא דקאמר התם לפלגו בסריקות משמע דגפנים לכ"ע הוי כקרקע ולא פליגי אלא בענבים שעליהם וע"ש:

סעיף יב

טענו ב' חדשים כו'. כל סעיף זה הוא לשון הרמב"ם פ"ה מהל' טוען וכתבו וכלשונו כ' הסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"ב ע"א ומביאו המרדכי פרק שבועת הדיינים ובמרדכי ובהגהת מרדכי ס"פ המוכר את הבית גבי הא דגבינן עישור נכסי לבנות מעמלי דבתים (פי' משכירות הבתים) כתבו מכאן קשה למ"ש פ' שבועת הדיינים משם סמ"ג דאע"ג דאין נשבעין על קרקעות נשבעין על שכירות בתים דחשיב כמטלטלי דהא הכא חשיב שכירות בתים כקרקעי עכ"ל ולפע"ד ל"ק מידי דכבר הוכיחו התוס' והרא"ש והר"ן והריטב"א פרק מציאת האשה והה"מ והגמ"יי פ"ך מה' אישות דהך דגובה מעמלי דבתי' היינו בשלא הגיע זמן השכירות והלכך כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ה"ל שכירות שעלה עד עתה כפירות המחוברים לקרקע הצריכים לקרקע שדינם כקרקעות עכ"ד אלמא דבהגיע זמן פרעון דינו כמטלטלי וכן משמע במרדכי גופי' פ' מציאת האשה וז"ל מעמלי דבתי כגון שהשכיר לשנה ועמד בו השוכר חצי שנה ואע"פ שנתחייב השכירות גובה הואיל ואינה משתלמת אלא לבסוף הוי כמקרקעי עכ"ל משמע דאם עבר כל זמן השכירות אף ע"פ שלא נגבה השכירות עדיין חשיב כמטלטלי כיון שהגיע זמן פרעון השכירות (ודלא כנרא' מלשון הרב בהג"ה ש"ע בא"ע סי' קי"ג ס"ג וכבר השגתי שם עליו ע"ש) וא"כ לק"מ דהרי הסמ"ג (והרמב"ם והמחבר) מיירי להדיא שעבר זמן פרעון השכירות וגם מדברי הרב המגיד בפ"ה מה' טוען על דברי הרמב"ם והסמ"ג אלו שהעתיק המחבר כאן משמע כן שכתב וז"ל טענו ב' חדשים כו' זה פשוט ששכירות קרקע אחר הזמן חוב גמור הוא כיון שמחלוקתן בדמים שאם הי' מחלוקת שזה אומר יש לי לדור בו עדיין והלה כופר הרי זה תביעת קרקע ואין כאן אלא היסת כו' עכ"ל ור"ל שזה אומר יש לי עדיין לדור בו ב' חדשים וזה אומר חודש א' אע"פ שהוא מודה מקצת אין כאן אלא היסת על המשכיר (ועיין מ"ש לקמן סי' שי"ב סט"ז) וא"כ ה"ה נמי אם המשכיר אומר שכרת ממני מהיום עד ב' חדשים דור בה ותתן לילסוף ב' חדשים השכירות של ב' חדשים וזה אומר לא שכרתי ממך רק עד חדש א' אדור בה חדש א' ואח"כ אשלם לך בעד חדש אחד נמי לא הוי מודה מקצת כיון דלא הגיע הזמן פרעון עדיין והשוכר אינו נשבע אלא היסת ודוק:

סעיף יג

שכנת בחצרי כו'. ובטור כתב בשם הרמב"ם "בביתי וזה ראיה למה שכתבתי לעיל סעיף א' ס"ק ז' ובסמ"ע ס"ק י"ד נראה שנמשך אחר מ"ש הר"ב לעיל ס"א ולכך כ' דבבית

בלא"ה חייב לישבע למ"ד דתלוש ולבסוף חבירו בבית ה"ל כתלוש כו' ולפעד"נ דכ"ע מידו דבית כקרקע הוא לענין שבועה וכמ"ש לעיל ס"ק ז':

סעיף יד

שוה שתי כסף כדלעיל ריש סי' פ"ח:

סעיף טו

הואיל ואינם חלוקים כמה קרקע מכר לו כו' משמע הא אם היו חלוקים כמה קרקע מכר הוי דינו כקרקע וכן משמע יותר בהה"מ עצמו שכתב וז"ל קרוב לומר שאף אם היתה טענתם בדמי מכר קרקע כגון שהלה טוען מכרתי לך את השדה והמכר קיים ואתה חייב לי מן הדמים מנה והלה מודה בחמשים הרי זה משלם חמשים ונשבע שבועת התורה על השאר כיון שאין (מחלוקת) בענין המכר כמה קרקע הי' עכ"ל ומביאו ב"י סעיף ח' משמע דאם זה אומר מכרתי לך השדה ואתה חייב לי דמיה וזה אומר חצי השדה הי' שלי ולא מכרת לי אלא החצי ואני חייב לך דמי החצי השדה הוי דינו כקרקע אבל לפע"ד נראה דאף בכה"ג דינו כמטלטלים דהא לדברי שניהם אין התביע' על הקרקע רק על המעות ונ"ל ראיה לזה ממאי דתנן בפרק השואל (דף ק' ע"א) היו לו שני עבדים א' גדול וא' קטן הלוקח אומר גדול לקחתי וזה אומר איני יודע זכה בגדול. זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע המוכר שהקטן מכר ופריך עלה בש"ס אמאי ישבע מה שטענו לא הודה לו ומה שהוד' לו לא טענו ועוד הילך הוא ועוד אין נשבעין על העבדים אמר רב בטוענו דמי עבד גדול דמי עבד קטן דמי שדה גדולה דמי שדה קטנה והנה רש"י פי' שם דמי עבד גדול מסרתי לך בידך שתקנהו לי ולא קנית ותובעו הדמים ופשטא דמתניתין לא משמע הכי. גם התוס' שם כתבו דקשה על פי' רש"י דלא הוי ליה למינקט במתניתין לוקח ומוכר אלא שליח ומשלח אלא נראה לר"י דמיירי שמכר לו עבד ונתן לו דמים ולא כתב עדיין שטר ואיירי במקום שכותבין השטר אי נמי כגון שהתנו דיוכלו לחזור עד נתינת השטר עכ"ל וגם פי' זה דחוק לפע"ד דא"כ הם מחולקים כמה דמים נתן לו וא"כ מה לי שהעבד גדול או קטן הכי הל"ל זה אומר כך וכך דמים נתתי לך וזה אומר כך ישבע המוכר. ועוד קשה לי בין לפירש"י בין לפי' התו' דהא מפשטא דמתני' דזה אומר גדול משמע דקאי אדלעיל הלוקח אומר גדול לקחתי דהיינו שהמקח קיים אלא נ"ל דה"פ שטוענו דמי עבד גדול כגון שקנה ממנו עבד או שדה בדינר וא"א שהמוכר יעמידם לידו כגון שניטלו העבדים והשדות מחמת המוכר כגון שטרפו אותן ב"ח דמוכר או שהמוכר עצמו נתנם לאחרים או שרפם או הזיקם וכה"ג הלוקח אומר הגדול לקחתי בדינר והמקח קיים ותן לי דמי הגדול והמוכר אומר קטן מכרתי בדינר ואין אני חייב

לך אלא דמי קטן כיון שאי אפשר להעמיד לו העבד או השדה ונרא' שגם רש"י ותוס' מודים לדינא למה שכתבתי רק שלא עלה על דעתם לפרש כן. ונרא' שגם הרמ"ה שהביא הנ"י סוף פרק המניח מפרש כמו שכתבתי והבאתי דבריו לעיל סימן פ"ח סי"ב ס"ק ט"ז וסי' ת' ס"ד ס"ק י' ע"ש: ואין להקשות דהא בתר הכי קמשני רב ששת דמתני' רבי מאיר היא דאמר נשבעין על העבדים ופריך ואכתי הילך הוא ואמר רבא עבדא דקטעא לידיה ושדה שחפר בה בורות שיחין ומערות משמע דמעיקרא מיירי שהעבד והשדה הם בשלימותן לק"מ דמעיקרא אדרבא משמע שכל העבדים וכל השדות נתקלקלו וטוענו בדמיהן ומתני' אתיא ככ"ע ור"ש לא משמע ליה לפרש מתני' בטוענו בדמיהן אלא משמע ליה שתובע השדה והעבד עצמן לכך משני דמתניתין ר' מאיר היא וא"כ מה שתובע היא בעין בשלימותו רק מה שמודה לאו הילך היא כגון דקטעא לידיה או שחפר בה קצת בורות שיחין ומערות כן נ"ל ברור: וא"כ כיון דכשטענו הלוקח מכרת לי שדה גדול' והלה אומר קטנה אם היא בענין שאי אפשר שיתן לו השדה כגון שקלקלה או ניטל' מחמת המוכר וצריך ליתן לו דמיה חייב ש"ד א"כ הוא הדין איפכא כשטענו המוכר מכרתי לך שדה גדולה כפי שווייה והלוקח אומר לא מכרתי לי אלא חצי השדה והחצי היתה שלי כיון דס"ס לפי דברי שניהם אין מחלוקתן אלא בדמים חייב ש"ד ואף על פי שאפשר לחלק מ"מ המדקדק היטב יראה שאין לחלק ואדרבא בהא מסתבר טפי דחייב ואם כן דברי ה' המ' והר"ב שכתבו כיון שאין תביעתן כמה קרקע הי' צל"ע: ואולי י"ל דמ"ש כיון שאין תביעתן כמה קרקע הי' לא אתו אלא לאפוקי אם הלוקח תובע למוכר מכרת לי שתי שדות והוא אומר לא מכרתי אלא אחד והם חלוקים על גוף השדות ואף שפשט לשונם לא משמע כן ועוד דא"כ לא ה"ל לה' המגיד להאריך ולכתו' ברישא שטוען אתה חייב לי מן הדמים מנה כו' מ"מ יותר נראה לומר שלא דקדקו בלשונם משנאמר שהם סוברים דבכה"ג הוי תביעת קרקע כן נ"ל ודו"ק:

סעיף טז

דמי נייר כו'. הרב המגיד שם בשם רבינו האי וז"ל רבינו האי בספר משפטי שבועות שער ב' סוף דף ו' ואם תהיה הטענה על דמי הקלף ראוי לשער אם יש בטענה כשעור שתי כסף ופרוט' כפי מה שפירשנו חייב ש"ד ואפילו לצור ע"פ צליחותו כמו שאמרו המוכר שטרותיו לבשם יש לו אונאה (וכמ"ש לעיל סימן ס"ו סל"ט ס"ק קט"ו) ואם אין הטענה כשעור שתי כסף ופרוט' מתחייב שבועת היסת עד כאן לשונו. ורבי' האי לטעמיה אזיל דסביר' לי' דנשבעין היסת מפרוטה ולמעל' וכמ"ש לעיל סימן פ"ח סעיף ו' עיין שם:

סעיף יז

וזה אומר להד"ם כו'. באמת דברי המחבר בכאן תמוהים והסמ"ע האריך בזה ורצה לומר דט"ס הוא ולבסוף מסיק וכתב באריכות וכלל דבריו דכוונת המחבר שאנו מפרשים דבריו דמה שאומר להד"ם היינו כוונתו לא קבלתי שמירתו עלי והאריך בזה ואין דבריו נכונים וגם הוא עצמו מסיק בסוף דבריו שא"כ צ"ע למה סתם המחבר ולא ביאר הדבר מאחר שכתב נגד דברי הרמב"ם ובפרט מאחר שבב"י ובכסף משנה לא זכר מזה מאומה עכ"ל וגם בתשובת משאת בנימין בסוף הספר כתב שהמחבר הציץ בין החרכים בזה או טעות סופר הוא ולפעד"נ דאין כאן ט"ס אלא בכוון כתב המחבר כן והוא ע"פ מ"ש בכסף משנה על דברי הרמב"ם וז"ל וא"ת ברישא כי אמר להד"ם אמאי נשבע היסת הרי כיון שלא האמינו אפי' אבדו בידים אינו מתחייב לו ממון י"ל דשאני הכא שאינו תובעו ממון אלא שטר ראייתו שהוא שוה ממון ולכך ישבע הנתבע או התובע ע"י ההפוך ואכתי קשה כי נשבעו הכי מאי הוי דילמא לא אבדו בפשיע' וכל שלא בפשיע' פטור בשמירות שטרות ויש לומר דהכא אין אנו אומרים שאבד אלא שהוא בידו ומעכב שטר של חבירו אי נמי כיון דאמר להד"ם אין לך פושע גדול מזה עד כאן לשונו ונראה מסקנתו כיון דאמר להד"ם מחייב משום דפושע הוא וא"כ היינו דוקא להרמב"ם דמחייב בפושע אבל למה שכתב המחבר לעיל ס"א דפשיעה בשטרות פטור אם כן נהי דאמר להד"מ הוי פושע פטור כך נראה כוונת המחבר:

אכן לענין דינא אין זה נראה עיקר אלא העיקר כתירוץ הראשון דכיון שהוא טוען להד"ם בע"כ שלפי דברי התובע הוא מעכב שטרו בידו ומזיקו בידם וצריך לישבע היסת וכדברי הרמב"ם וכן נראה דעת הטור וכ"נ מדברי המחבר עצמו לעיל סימן ס"ו סל"ט ולקמן סי' ש"א ס"ג וכ"כ הב"ח דכשטוען להד"ם הוי כשורפו אלא דכ' דהא דאינו נאמן במגו דנאבד משום דהרמב"ם ס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' וכן בס' לח"מ פ"ה מה' טוען הקשה דיהא נאמן במגו דנאבד וכתב דלפי שטת הרמב"ם דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ניחא עכ"ל ולחנם דחקו בזה וכמ"ש לקמן. וגם מ"ש הב"ח וז"ל ומכל מקום לענין הלכה נקטינן כדברי הרא"ש דאמרינן מגו לאפטורי משבועה כל שכן כאן באומר להד"ם דמעיז כנגדו דנאמן במגו דנאבד דהוי פטור אף מהיסת וכן פשע בש"ע כאן ס"ד ומה שפסק בס"ס ס"ו דנשבע היסת בשטרות אינו אלא במודה מקצת ועד א' מיהו כאן בראש הסימן וכן בסימן ש"א ס"ג משמע דאף בכופר הכל נשבע היסת וצ"ע בדעת הש"ע עכ"ל אין דבריו נכונים דפשיטא דאין כוונת המחבר משום מגו דהא המחבר פסק לעיל סי' צ"ג ס"ב ולקמן ר"ס רצ"ו דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. וגם מ"ש דמ"ש

בס"ס ס"ו אינו אלא במודה מקצת ועד א' לא נהירא דמה בכך ס"ס איכא מגו. וגם פסק הלכה שלו אינו מחוור דנראה דאפי' למ"ד דאמרי' מגו לאפטורי משבוע' היינו להפטר משבועה חמור' אבל בשבועת היסת לא פלוג רבנן בתקנתא וכן היא להדיא בתשובת הריטב"א שהביא הב"י בס"ס ס"ו וז"ל מעתה המפקיד שטרות אצל חברו וטוען שנאבדו אפי' בפשיע' הרי נאמן הוא בלא שבועה ואפי' דרבנן וכן לדברי הרמב"ם פטור ונאמן כל זמן שלא פשע בהם מעתה אם טוען החזרתי לך נאמן במגו דאי בעי אמר נאנסו והיה אפשר לומר דאפי' היסת אינו נשבע במגו דאי טעין נאנסו שאינו נשבע אפי' היסת אלא בכה"ג ליכא מגו דשבועת היסת תקנתא דרבנן היא וכיון דמדינא פטור וחייבוה רבנן כי אית ליה מגו נמי חייב שבועת היסת דל"מ מגו דידיה טפי מטענת חזרה עצמה וזה דעת רבותינו אלא מקצת רבותינו פוטרים בשטרות אפי' משבועה זו עכ"ל ונראה שמסכים הריטב"א דחייב היסת וכן עיקר:

וז"ל הרמב"ם פ"ה מה' טוען דין ו' שטר מסרתי לך ועשרה דינרים היה לי בו ראיה לא היה דברים מעולם ישבע היסת הפך עליו ה"ז נשבע היסת שהיתה בו ראיה לעשרה דינרים ואבדו באבדת השטר ויטול ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הרי זה פטור אף משבועת היסת שאפי' פשע בו ואבד פטור כמו שבארנו בהל' חובל עכ"ל והנה ר' ירוחם בסוף נתיב י"ד הביא דברי הרמב"ם דרפ"ב מה' שכירות דפשיעה בעבדים ושטרות וקרקעות חייב וכ' ועוד כתב בפ"ה מהלכות טוען שפטור וז"ל שטר מסרתי לך כו' עד כמו שבארנו בה' חובל ובהלכות חובל ומזיק כ' בפ"ז השורף שטרותיו כו' עד אבל אם לא האמינו אינו משלם אלא דמי הנייר בלבד (כדלקמן סי' שפ"ו ס"ב ע"ש) ולא יכולתי להבין דבריו זולתי אם יש טעות בספרים אבל כתבו בשמו שחייב אם פשע בהם עכ"ל אכן לפי דברי ה"ה מיושב כל זה שה"ה כ' וז"ל ויש בספרי רבינו ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הרי זה פטור משבועת היסת שאפי' פשע בו ואבד פטור כמו שביארנו בה' חובל ונראה הכוונה שהי' בשאינו מאמינו שמחמת אבדתו הוא מפסיד מה שהית' בו ראי' הא אם מאמינו אם הוא בפשיע' חייב לפי דעת רבינו שכתב פ"ב מה' שכירות ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור אף משבועת היסת הוא מפני שאין יכול לטעון טענת ברי ואין נשבעין היסת על טענת שמא ובהשגות א"א תימה גדול הוא ואולי ברשותו הוא כו' עכ"ל ודבריו נכונים בכוונת דברי הרמב"ם והם עיקר לדינא וכמו שיתבאר. והב"ח ס"ט האריך ומפרש דהרמב"ם פ"ב מה' שכירות מיירי כשע"י פשיעתו נפסד לגמרי וכאן מיירי דפשע ונאבד ומ"ש כמו שבארנו בהלכות חובל ר"ל דשם ביאר דשורף שטר של חבירו חייב ושמעי' מינה דוקא פשע בו ונפסד לגמרי אבל פשע בו

ונאבד פטור כן נ"ל דעת הרמב"ם ודלא כמו שהבין רבינו גם לא כמו שפי' ה"ה עכ"ל ושרי ליה מאריה שהשיג על הטור (וגם קשה עליו שהרי הטור לא ביאר בדעת הרמב"ם כלום ע"ש) וה' המגיד בדברים שאינם נכונים כלל לחלק בין פשיעה לפשיעה שאינו נזכר כלל בדברי הרמב"ם (וראיתי שהביא הב"י בסי' זה ס"ג דברי המרשים כדברי הב"ח אבל סיים המרשים וצריך אני ללמוד בזה) ועוד דמדברי הרמב"ם פ"ב מה' שכירות משמע להדיא דכל פשיעה דחייב במטלטלים חייב גם בשטרות ועוד דאיך יתכן לומר שיתכוין במ"ש כמו שבארנו בה' חובל על הדיוק שתידוק מדבריו שכתב שורף דוקא (ועוד דאי תידוק כן א"כ מדוייק נמי אפי' פשע ונפסד לגמרי פטור דהא כתב דוקא שורף דהוי מזיק בידים וא"כ תיקשי למ"ש בפ"ב מהלכות שכירות) ובפרט שבאמת אין זה דיוק כלל דהתם עסיק בדיני דגרמי נקיט שורף משום דבש"ס דקאמר דאפי' שורף פטור למאן דלא דאין דינא דגרמי וקי"ל דלדידן חייב בשורף וה"ה שומר שפשע דהוי כמזיק וכמ"ש הרמב"ם ובכ"מ הקשה על הרמב"ם אמאי חייב ברישא הא אפי' הודה אינו חייב לשלם ממון כיון דאינו מאמינו אם היה בו ראיה ותירץ דשטר ראייתו הוא שוה לו ממון כו' וע"ש ולא ידעתי מה הועיל בזה דהא אינו מאמינו בכלום אבל באמת מעיקרא לק"מ דכיון דאם היה מודה לו שישנו בידו ויש בו ראיה היה מחויב להחזירו לו ואם לא היה מחזירו היה חייב לו ממון א"כ כשאומר להד"ם לפי דברי התובע ברי לו שמזיקו שהרי טוען להד"ם ורוצה לעכב השטר תחת ידו א"כ ע"כ יודע שיש בו ראיה ומזיקו דאל"כ למה טוען להד"ם וא"כ לפי דברי התובע יודע זה שיש בו ראי' ומזיקו בברי. ובזה מיושב גם מה שהקשה הכ"מ שם אח"כ ואכתי קשה כו' גם בס' לח"מ הקשה כן בד"ה שטר מסרתי לך כו' ודבריו שם מגומגמים בזה ולפמ"ש ל"ק מידי וכמ"ש לעיל תחלת ס"ק זה ע"ש: עוד כתב בכ"מ שם וז"ל כתב הרב המגיד ולעיקר הדין הכתוב בכאן שהוא פטור אף משבועת היסת הוא מפני שאין התובע יכול לטעון ברי איני מבין דברים אלו שהרי התובע טענו ברי לי שמסרתי לך ואם לומר שאינו טוען ברי לי שפשע הא לפמ"ש אפי' טענו כן בברי והלה מודה לו פטור הוא עכ"ל. ולפע"ד דברי הרב המגיד מובנים היטב דה"ק ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור אף משבועת היסת וא"צ לישבע אולי ברשותו הוא עדיין דנהי דכשודאי פשע פטור היינו כשנאבד אבל אם הוא ברשותו חייב 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 טענת ברי שלא נאבד וברשותו הוא ואין נשבעין על טענת שמא והיינו שכ' מיד ובהשגות א"א תימה גדול הוא זה ואולי ברשותו הוא וכו' כן נ"ל: ובספר ג"ת שער כ"ט ח"ב דף קל"ד ע"ב תמה

ג"כ על הכ"מ וכ' דכונת הה"מ דישבע היסת שאינו יודע 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 אלא כדפי' ולחנם דחק בעל ג"ת וק"ל: וגם בספר לח"מ פ"ה מה"ט דכתב דכוונת ה"ה דבשלמא אם היה טוען אני ראיתי אותו בידך ולא אבדתו ודאי שזו טענת ברי וחייב לישבע היסת אבל כיון שאין זה טוען ברי פטור אפי' מהיסת ע"כ והיינו כמ"ש אך מ"ש הלח"מ שם לעיל מיניה וז"ל עוד כתב ה"ה ז"ל ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור כו' קשה למה לו טעם אחר ממ"ש רבינו ז"ל בפירוש דהטעם הוא מפני שאפי' פשע בו ואבד פטור וי"ל דהטעם של רבינו לא הוי אלא בשאינו מאמינו והה"מ מיירי במאמינו כו' עכ"ל אינו נכון אלא כוונת הה"מ אף באינו מאמינו מ"מ אי הוי ברשותו היה צריך להחזירו וא"כ ישבע מיהא שאינו ברשותו לכך כתב מפני שאין התובע טוען ברי דאלו הוי טעין ברי שהוא ברשותו א"כ בודאי היה מזיקו לפי דברי התובע כיון שמעכב שטרו בידו והי' צריך לישבע ולא היה שייך לומר שאינו מאמינו שהרי הוא מעכב השטר תחת ידו וכמ"ש לעיל ודוק: ומיהו לענין הלכה כבר העליתי לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ד דצריך לישבע מדרבנן שבועה שאינו ברשותו אף בשטרות וע"ש:

סעיף יח

וי"א כו'. זהו דעת הראב"ד בהשגות פ"ה מה' טוען והנה הר"ן והנ"י וה"מ הבינו שהרמב"ם חולק וכתבו שאין דברי הראב"ד מחוורין ולפעד"נ עיקר כדברי הראב"ד וגם הרמב"ם אינו חולק עליו וכמו שאבאר. הנה בריש פ"ק דמציעא (ריש דף ה') גרסינן למ"ד הילך פטור אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה הא כל קרקע הילך הוא אמר לך איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות (פירש"י דלאו הילך הוא שהרי קלקלה) אי נמי היכא דטענו כלים וקרקעות והוד' בכלים וכפר בקרקעות ע"כ ומייתי לה הרי"ף התם וכן בפ' הדיינים וכ' הר"ן בפ' הדיינים וז"ל כי איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות דלאו הילך הוא מכאן נרא' שכל תביע' שהיא באה מחמת קרקע הרי היא כתביעת קרקע ואין נשבעין עליה וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' טוען אבל הראב"ד ז"ל כתב הא דחשבינן הכא קרקע בשחפר בה בורות שיחין ומערות דוקא כגון שתבעו למלאות החפירות אבל אם תבעו דמים נשבע ואין זה מחוור דכיון דמ"מ בדמים הוא נפטר תביעת דמים הוא לפי דבריו ז"ל ועוד אכתו' לפנינו בזה בס"ד עכ"ל וכ"כ הנ"י פ"ק דמציעא וכ"כ הריטב"א פ"ק דמציעא וז"ל כי איצטריך קרא היכי דחפר בה בורות שיחין ומערות וא"ת הא לאו תביעת קרקע הוא שהרי אינו חייב לו אלא

דמי ההיזק ומטלטלי נינהו וי"ל דכל שהתביע' בגוף הקרקע כקרקע דמי כו' וכן כתב הרמב"ם ז"ל עכ"ל ולפע"ד לא מוכח מהתם מידי שנרא' מדבריהם שהבינו דמיירי שתבעו חפרת בי שתים שנמצא שגם כופר בחפירות ולפעד"נ פשטא דש"ס שחפר בה קצת (כדי ש"פ נ"ל ודוק) בורות שיחין ומערות וא"כ קלקל' ומוד' במקצת שאינו הילך וכן משמע מדברי רש"י (ובזה נדחה ג"כ מה שהבין הלח"מ בריש פ"ה מהל' טוען דמדברי רש"י נרא' דלא כהראב"ד דאל"כ ל"ל לטעמא שקלקל' תיפוק ליה משום תביעת החפירות ולא דק דמה שכופר לא חפר וקרקע היא ובלא"ה נמי לא דק די"ל דמיירי שתבעו למלאות החפירות ודברי הלח"מ שם תמוהים בזה ע"ש ודוק) וכמ"ש הה"מ וא"כ הוא תובעו הקרקע בעינא והוא כופר קצת הקרקע שהיא בעין ואומר שלי הוא ובמקצת הקרקע שמוד' חפר קצת שיחין ומערות וכן משמע בש"ס פרק השואל (דף ק' ע"ב) דפריך אכתי הילך הוא אמר רבא עבדא דקטע' לידיה שדה שחפר בה בורות שיחין ומערות אלמא דבמה שמוד' חפר ומה שכופר לא חפר דומיא דעבדא דקטע' לידיה דהאי עבד קטן דמוד' והאי עבד גדול הוא בעין ואומר לא מכרתי ונרא' שגם הראב"ד מפרש כן הש"ס ולא הוצרך לומר בהשגות נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות אלא לפרש דברי הרמב"ם דמיירי להדיא שטענו חפרת שתים או שיש שם עד א' והוא כופר ע"כ הוכרח לומר כן אבל בש"ס י"ל כמ"ש ודלא כנרא' מדברי הר"ן שהראב"ד מפרש הש"ס שתבעו למלאות החפירות. ונרא' שגם הר"ן חזר בו והיינו שכת' ועוד אכתוב לפנינו בזה בס"ד ור"ל דשם כתב אח"כ בסוף הפר' גבי פלוגתא דר"מ ורבנן במחובר לקרקע דברי הרמב"ם והביא במסקנתו דברי הרשב"א שהוא כדעת הראב"ד ומבואר שם להדיא דמפרש הך דפ"ק דמציעא כמ"ש דחפר בה בורות שיחין ומערות ממה שמודה ובמה שכופר לא חפר והיא בעין ולפ"ז לא מוכח כלל דתביעה שהיא באה מחמת קרקע היא כקרקע ונראה שלזה כוון הר"ן במ"ש ועוד אכתו' לפנינו בזה כו' כלומר דנהי דאין דברי הראב"ד מחווירין במה שמחלק בין תבעו למלאות החפירות משום דמ"מ בדמים הוא נפטר (ולקמן אכתוב דאף בזה דברי הראב"ד מחווירים) מ"מ לפי מה שאכתו' לפנינו לא מוכח דתביעת קרקע הבאה מקרקע היא כקרקע כן נ"ל כוונת הר"ן: וגם לעיקר הדין נ"ל כדברי הראב"ד כיון דבטענו דמי קרקע שמכר לו חייב שבועת התורה וכמו שכתבתי לעיל סעיף ג' ס"ק ט"ו א"כ ה"ה דמי ההיזק ואף על פי שאפשר לחלק מכל מקום לא מסתבר לחלק דכיון שהזיק הקרקע שוב אינו חייב אלא דמים והוה כנתחייב דמים מחמת מכירות קרקע. ועוד דהכי משמע מדשני דחפר בה בורות שיחין ומערות משמע דהיינו שחפר בה בהאי קרקע שטענו ומודה בה דאם לא כן הל"ל לא צריכא דחפרה ומדקאמר דחפר "בה משמע

כדפי' ואם כן אם איתא דדמים הבאים מחמת קרקע חשיבי כקרקע אמאי משני דחפר "בה ה"ל לשנויי בקצור כי איצטריך קרא היכא דתבעו דמי קרקע אלא משמע דבתבעו דמי קרקע מטלטלים הוא ואם כן א"א לומר דמיירי קרא בהכי לכך צריך לשנויי דחפר בה בהאי קרקע דמודה בורות שיחין ומערות דהיינו שהוא תובעו כל הקרקע הזה ומודה לו המקצת ובמאי דמודה חפר בה קצת בורות שיחין ומערות וכדפי': וכדי לברר עוד שדברי הראב"ד נכונים אביא דברי הה"מ ואכתו' מה שנראה לפע"ד וז"ל הה"מ ובהשגות אמר אברהם נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החפירות אבל תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת ע"כ ואין החילוק שכ' הר"א ז"ל נראה נכון שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו הלכך מה לי תבעו בדמים כאן וכאן תביעתו דמים הבאים מחמת קרקע הן ומ"ש הר"א ז"ל וכמי שאמר חבלת בי שתים כו' נראה שכוונתו ז"ל לומר דאע"ג דאדם הוקש לקרקע כשהוא תובעו דמי החבלה הרי הוא כמטלטלין ואין זו ראיה דכי אמרינן דאדם הוקש לקרקע הני מילי עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם אבל שאר אנשים ודאי לא עכ"ל ה' המגיד. ואני אומר מ"ש שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות כו' וכן נראה מדברי הר"ן דלעיל ומדברי נ"י פ"ק דמציעא ולא ידעתי מנ"ל הא דאע"ג דקי"ל לקמן סי' שפ"ו דשמין למזיק היינו היכא דא"א לתקן הנזק אבל היכא שאפשר לתקן מסתברא שחייב המזיק לתקן הנזק ואפי' תימא שאין חייב מ"מ דעת הראב"ד נכונה וכוונתו דהיכא שאפשר למלאות החפירות ואף שאינו חייב לשלם אלא דמים מ"מ ודאי בדמים שיתן לו ימלא החפירות א"כ תביעת קרקע היא אבל אם תבעו לשלם פחתו כגון שא"א למלאות החפירות כגון ששטפם נהר וכהאי גוונא או בעבדים ששרף העבד או הרגו או זרקו לים או דקטעה לידיה וכה"ג וא"כ בעל כרחך הדמים שיתן לו לא ישלים בהם חסרון הקרקע שהזיק וא"כ הרי הוא כשאר תביעת ממון. וכמי שאמר לו חבלת בי שתים כו' ר"ל דבריש פרק כל הנשבעין איתא במתני' ר' יודא אומר עד שתהא שם מקצת הודי' כיצד אמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת אלמא דחייב ש"ד אהא. ומה שכ' הרב המגיד דדוקא עבדים הוקש לקרקע אבל שאר אנשים ודאי לא. לא נהירא לי דבפ' קמא דסנהדרין ובפ' ג' דמגיל' מוכח דאף אדם ישראל דינו כקרקע. דתנן הקרקעות תשעה וכהן ואדם כיוצא בהן וקאמר התם בש"ס (דף ט"ו ע"א) אדם מי קדיש אמר ר' אבהו באומר דמי עלי דתניא האומר דמי עלי שמין אותו כעבד הנמכר בשוק ואדם אתקש לקרקעות פרש"י ועבד אתקש לקרקעות דכתיב והתנחלתם

אותם. והכי איתא נמי בש"ס דמגילי (סוף דף כ"ג) אדם מי קדיש אמר ר' אבהו באומר דמי עלי כו' שמין אותו כעבד ועבד אתקש לקרקעות דכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה. ותו גרסינן התם בפ"ק דסנהדרין בעי ר' אבין שער העומד ליגזוז בכמה כגזוז דמי ובשלש' או כמחובר דמי ובעשר' כו' ע"ש משמע בפשיטות בכולא סוגיא דאדם ישראל נמי אתקש לקרקעות. והכי משמע נמי להדיא בש"ס פ"ק דקידושין (ד' ז' ע"א) דקאמר התם אמאי דס"ד דאשה ניקנית עם מטלטלין א"כ ה"ל נכסים שיש להן אחריות נקנים עם נכסים שאין להן אחריות ואנן איפכא תנן כו' ופרש"י שיש להן אחריות אדם הוקש לקרקעות דכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה. ואע"פ שהתו' כתבו שם וז"ל פי' בקו' דאדם הוקש לקרקעות דכתיב והתנחלתם אותם וקשה דהאי קרא כתיב בעבד אבל בן חורין לא אתקיש אלא דוקא בדמי עלי לפי ששמין אותו כעבד כדאי' בפ"ק דסנהדרין ועבד נמי פלוגתא היא פ"ק דב"ק אי כמקרקעי או כמטלטלי דמי ונראה דלאו דוקא יש להם אחריות כו' עכ"ל ונרא' שכוונתם דדוקא בדמי עלי שהיתה כוונתו לשומו כעבד ועבד איתקש לקרקעות אבל הוא עצמו אינו כקרקע אבל אין דבריהם נלפע"ד עיקר דפשטת הש"ס פ"ק דסנהדרין ופ"ק דקדושין משמע כפירש"י. ומה שהקשו דההוא קרא בעבד כתיב נלפע"ד דלק"מ דכיון דגלי לן קרא דעבד דינו כקרקע אם כן מהיכי תיתי לחלק בין עבד לשאר אדם דאדרבא משמע דגלי לן קרא דגוף האדם הוא כקרקע ומשום דקרא התם בנחלה מיירי גלי גבי עבד וה"ה בשאר אנשים. ומ"ש ועבד נמי פלוגתא היא פרק קמא דב"ק כו' י"ל דילמא רב אשי פריך למ"ד עבדא כמקרקעי דמי וגם בפ"ג דמגילה כתבו התוס' עצמם דהתם מוכח דאף עבד עברי הוקש לקרקע רק שהקשו שם דהא קרא בעבד כנעני כתיב וכבר כתבתי דלק"מ מהא והכי מוכח נמי בפ' קמא דקדושין (דף כ"ח ע"א) דקאמר התם עד היכן גלגול שבוע' כו' אלא אמר רבא השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי האי טענ' מעליותא הוא ממונא אית ליה גביה רבא לטעמיה דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי אי הכי היינו קרקע מהו דתימא קרקע הוא דעבדי אינשי דמזבני בצינעא האי אם איתא דזבין קלא אית ליה קמל"ן ע"כ ופירש"י טענה מעליותא היא דטענת מטלטלים היא זו שתובעו פעולתו או גרעונו ומאי רבותא דהאי משאר גלגול שבועה גופו קנוי ואינה טענת מטלטלים. היינו קרקע והא תנינן לה במתני' דמגלגלים ומאי רבותא כו' הרי להדיא דאף עבד עברי דינו כקרקע וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפ"ק דקידושין וכן כתב הרמב"ם פ"א מה' טוען והטור לעיל ריש סי' צ"ד ועד היכן גלגול שבועה אפי' אם יאמר לו השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי. והיינו משום דקי"ל כרבא דעבד עברי גופו קנוי לו. וגם נראה דע"כ לא צריך בש"ס לטעמא דרבא לטעמיה דאמר ע"ע גופו קנוי לו אלא

משום דמיירי שאומר לו השבע לי שלא נמכרת לי הא לאו הכי פשיטא דע"ע קרקע הוא אלא ס"ד למימר דמ"מ אין גופו נמכר לו וא"כ בטוען חבלת בי דלא שייך האי טעמא קרקע הוא אפי' לס"ד דש"ס אם לא מטעם שכתב הראב"ד ואמת שראיתי בהריטב"א פ"ק דקידושין גבי הך דשלא נמכרת לי בע"ע וכן בהר"ן שם ובס"פ כל הנשבעין שדחקו מאד לפרש סוגיא זו בענין אחר משום דהוי קשיא להו נמי דלא מצינו דע"ע איתקש לקרקע אבל כל מעין בצדק יראה שדבריהם אינם מחוורים והדבר ברור כמ"ש דגלי לן קרא גבי עבד דגוף האדם הוא כקרקע וכמ"ש וא"כ מוכח מהך דחבלת בי שתים כו' כהראב"ד דכשתבעו שישלם פחתן של החפירות חייב ש"ד. ולפע"ד גם הרמב"ם אינו חולק על זה וכך משמע לשון הראב"ד שכתב נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות משמע דמפרש דברי הרמב"ם דמיירי שתבעו למלאות החפירות וכן משמע להדיא בטור שהביא דברי הרמב"ם וכ' עליו נראין וכ' הראב"ד ודוקא שתבעו למלאות החפירות כו' וגם כבר הבאתי לעיל שהרשב"א סובר כהראב"ד וגם ר"י נתיב ל' סוף ח"ב מביא דברי הרשב"א במסקנתו וגם הר"ן כתבתי לעיל דנראה שחזר בו וסובר כהרשב"א א"כ כיון דהראב"ד והרשב"א והר"ן וטור ור' ירוחם סוברים כהראב"ד דהיכא שתבעו לשלם פחתן חייב ש"ד (ומיהו י"ל דהיינו דוקא כגון שאי אפשר למלאות החפירות וכמ"ש לעיל) וגם הרמב"ם אינו חולק וגם הבאתי ראיות נכונות לזה הכי נקטינן:

סימן צו

סעיף א

ואין שם תובע כו'. וכ"פ מהרש"ל פ"ט דב"ק סי' מ"ח ע"ש. עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' מ"ה:

סעיף ב

וי"א דאין נשבעין כו'. וכתב הר"ן פ' שבועת הדיינים בשם רשב"א שאינו מתחייב אפי' פשע בודאי שכיון שפטרתו תורה אפי' מדין פשיעה פטרה אותו והביא ראיה מדאמרי' בס"פ החובל גבי ההוא ארנקי דפשע בה ההו' גברא וקאמר והתני' לשמור ולא לחלק כו' אלמא כל שפוטר הכתוב מדין שומרין פטור אפי' מדין פשיעה עכ"ל ולפי מה שכתב לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ב אין ראיה מהתם ולכך נרא' דאם ידוע שפשע או מודה שפשע לקטן חייב וכן משמע מדברי הפוסקים:

סעיף ג

אף על פי שתבעו כשהוא גדול רק שהנתינה היתה כשהיה קטן. נ"ל דדקדק וכתב הכי ולא כתב איפכא לפי שכתב המחבר כלשון הרמב"ם אבל שמר לקטן דמשמע שהנתינה היתה בקטנותו ואפי' הכי מהני לכך כתב דכה"ג לא מהני ואה"נ דאם היתה הנתינה בגדלות אע"פ שהתביעה היתה בקטנות נשבעין לו כדעת הרמ"ה שהביא הטור סעיף י' שחולק והביא באחרונה משמע דהכי סבירא להו וטעמא דמסתבר הוא ע"ש וכן דעת הראב"ד ובסמ"ע לא כ"כ ולעד"נ כמ"ש:

סעיף ד

וכן אם הודה כו'. עיין סמ"ע וע' מ"ש לעיל סי' צ"ג ס"ק ד':

סעיף ה

על השטרות אין נשבעין כו'. כתב הסמ"ע ס"ק י"ב פי' אם טוענו שטרות והוא מודה לו מקצתן כו' ולי נראה דר"ל על השטרות כגון פוגם שטרו ועד אחד מעידו שהוא פרוע והיינו דכתב הרשב"א טעמא דשבוע' זו תקנת חכמים היא להפיס דעתו של תובע דהכי אמרינן להדיא בש"ס פרק הכותב (סוף כתובות דף פ"ז) דשבוע' זו על השטרות כדי להפיס דעתו של תובע דאלו לפי' הסמ"ע לא שייך דאין נשבעין אלא להפיס נמי דעתו של תובע דלא אשכחן בשום דוכתא לשון זה בכה"ג והיינו דנקטו הרשב"א והמחבר שטרות ולא נקטו עבדים וקרקעות והיינו דכתב הרשב"א דהא דנשבעין היסת לקטן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן כלומר דנשבעין היסת לקטן היינו מתקנת' שלא ילך כל אחד ונוטל ממונו של קטן והיינו דוקא ליפטר אבל בשטרות שאין נוטל עד שישבע וצריך לישבע קודם הפרעון בהא תקנתא לתקנתא לא עבדינן והלכך מי שהיה לו שטר על אביו של קטן באופן שהי' הקטן מחויב לשלם כגון בהודה ומת בחליו וכה"ג וכדלקמן ר"ס ק"ח ס"ג ואח"כ טען הקטן שפרע לו הוא ואומר לישתבע לי או מביא עד אחד שפרעו אין נשבעין אלא הקטן צריך לשלם ומשביעו היסת לאחר פרעון אבל מ"ש הסמ"ע שטוענו שטרות והוא מודה לו במקצתן כו' ליתא לפע"ד גם לדינא כיון דלענין שבועת היסת אין חילוק בין שטרות לשאר דברי' א"כ כיון דנשבעים היסת לקטן שלא יהא כל אחד נוטל ממונו של קטן א"כ ה"ה בשטרות דמהיכא תיתי לחלק בין שטרות לשאר דברים בזה ולא שייך בזה לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן דלענין היסת אין חילוק בין שטרות לשאר דברים כנ"ל ברור ודוק היטב:

סעיף ו

כגון עסק משא ומתן כו'. ע"ל סי' רל"ה סט"ו ועיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' ל' וע"ל סי' שמ"ט ס"ג:

סעיף ז

משביעין אותה כו'. משמע דשוה ממש לאיש ומשביע אותה מיד בכל ענין והב"ח כתב דדוקא שבועה דרבנן אבל לא שבוע' דאורייתא ואין דבריו נכונים בחילוק זה ובפרט מ"ש דתשובת הרא"ש שהביא הטור סכ"א מיירי בשבועה דרבנן כמבואר מדבריו שכתב וגם האשה תשבע שאינה ברשותה דשבועה זו תקנת חכמים הוא עכ"ל הב"ח וזה תמוה דדוק' כשרוצה לשלם היא תקנת חכמים מטעם דחיישינן שמא עיניו נתן בה כדלעיל סימן ע"ב סט"ו אבל כשאינו משלם הוי שבועה שאינה ברשותו ש"ד כמ"ש הרא"ש גופיה בפרק המפקיד והטור לקמן ר"ס רצ"ד ומה שדחקו לתרץ קושיות ב"י נלפע"ד לתרץ דמ"ש הטור בשם רב האי מיירי בענין שאף אם תודה לא תחייב לשלם כגון שלותה וידוע שכבר הוציאה המעות דאף אם תודה אינה חייבת לשלם מיד רק לאחר שתתגרש וכן מה שכתב הסמ"ג ושאר פוסקים דאף בפקדון אין משביעין אותה היינו כשידוע שנאבד אלא שתשבע שלא פשעה ע"כ מה צורך להשביע כמבואר בתשוב' הרא"ש שהביא רבי ירוחם ותשובת הרא"ש שמביא הטור סכ"א מיירי בהדיא שהשאילה לכך פסק הרא"ש דתשבע שאינם ברשות' הכלים דאם תודה שהם ברשותה חייבת להחזיר מיד ולכך לא פסק שתשבע שלא פשע' דאף אם תודה שפשעה לא תשלם מיד ותשובת הרא"ש שהביא הטור סכ"ה היינו שיש לחוש שיש לה מעות שאין לבעלה רשות בהן והתשובה לגאון שהביא בסכ"ג מיירי הכל שמשביעין אותה אולי תודה שהוא מצוי אצלה דאז חייבת לשלם מיד וכן כתב בע"ת שער ל"ו ח"א דמשביעין א"א אם יש לחוש שממון הפקדון או הלואה הוא תחת ידה (וכן משמע בעיר שושן שמחלק כמ"ש עיין שם) וכן אם זה חושדה שיש לה מעות שאין לבעלה רשות בה תשבע כשאר הלוים הנשבעין על טענת שמא עיין שם ודלא כהב"ח שכתב בפשיטות דאין משביעין אותה משום דבר רק כשידוע שיש לה ממון שאין לבעלה רשות בהן ובזה שכתבתי נתיישב כל קושיות הב"י על נכון ועיין בהגהת מיימוני סוף פ' ח' מהלכות טוען מדין שבועת א"א ועיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' מ"ב ד' קי"ח ע"ד וח"ב סי' קפ"ב:

סעיף ח

שתשלם לכשתאלמן. עיין בסמ"ע עד וכמ"ש בסי' פ"ו ועיין מ"ש לעיל סי' פ"ז ס"ה ס"ק י"א שהשגתי שם על זה וע"ש:

סעיף ט

אע"פ שנושאת ונותנת בתוך הבית ודלא כיש חולקין כו'. היינו ע"פ מ"ש בד"מ וז"ל במרדכי פרק החובל פסק ראב"ן כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה הרי היא כאלו הבעלים מינו אותן שלוחים ואם יש עדים חייבים הבעלים לשלם מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהן ואם אין עדים נשבעת כו' (וכן הוא בהגהת אשר"י פרק החובל בשם ראבי"ה) אבל בתשו' מהרי"ק שורש קצ"ב כ' דמהר"ם (במרדכי) שם ושאר פוסקים חולקים אראב"ן ואף ראב"ן לא קאמר אלא בדבר מועט אבל לא בדבר מרובה וכיון דשאר פוסקים חולקים אין להוציא ממון מספק וע"ש עכ"ל ד"מ אבל לפע"ד כל דברי מהרי"ק בתשו' זו אינם נכונים דנ"ל ברור דגם מהר"מ מוד' לראב"ן ואיהו מיירי מסתם נשים וכן מ"ש מהרי"ק שם דכיון דשאר כל הפוסקים לא הזכירו זה משמע דל"ס הכי אין מזה ראי' דאינהו מיירי מסתם נשים (ועמ"ש לעיל סי' ס"ב ס"ק ח') אבל באשה הנושא' ונותנת בתוך הבית לא מסתבר כלל שהיא תיקח מאחרי' ממון והבעל ידע מזה ויאכלו ביחד שניהם הממון ולא ישלמו כלום וכן בדבר שדרך הנשים ליקח כגון דבר מועט וכה"ג לצרכי הבית פשיטא דדין סתם נשים כאשה הנושאת בתוך הבית וכן כתב מהרש"ל פרק החובל סי' כ"ט אך שכ' שם שמצא תשו' הרא"ש (והוא בכלל י"ג סי' י"א) שכתב שמהר"ם לא הי' פוסק כאותן גדולים שסוברים משום תקנת השוק והבאתיו בספ"ק סי' נ"ט ולפענ"ד אין מתשו' הרא"ש שם ראיה דז"ל שם ששאלת' אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ונדרה ליתן לצדקה או השכירה מלמד ובעל הבית מוחה בידיה נחלקו רבותינו בדבר זה יש גדולים שאמרו שמכרה ומקחה קיים וכן נושאת ונותנת משום תקנת השוק ורבינו מאיר ז"ל לא הי' פוסק כן עכ"ל ונראה דרבינו מאיר לא פסק כן כיון שהבעל מוחה ועוד דאפי' אינו מוחה ס"ל דיכול למחות אח"כ דנהי דהוי כשלוחים מ"מ יוכל לבטל המקח והמשא ומתן כמו גבי שליח בדבר שאין לו תועלת בו וכדקי"ל לקמן סי' קפ"ב דיכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל אם נושאת ונותנת והבעל שותק ולא מיחה פשיטא דאמרינן דמסתמא הסכים למעשיה ונהנה מן הממון וחייב לשלם כיון דהיא נושאת בתוך הבית. ועיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ט גם מ"ש וז"ל ולכל הפחות מאחר דר"מ פליג אראב"ן לפי הנלפע"ד אין כח ביד ראובן להחזיק בנכסי אביו דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא נשארו הנכסים בחזקתן כו' וגדולה מזה השיב מהר"מ ז"ל בתשובת שאלה המתחלת סרח בת אשר כו' דלא מהימן לעכב הספרים כו' עכ"ל ולא נהירא ול"ד לתשובת מהר"מ דהכא כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מצי למימר קים לי וכמ"ש מהרי"ק גופיה בשורש כ"ב וקס"א וכמ"ש בספרי תקפו כהן סי' פ"ב (ואולי מיירי שם במקרקע

אבל פשט לשונו לא משמע כן ע"ש) ע"כ נראה עיקר כמו שפסק מהרש"ל פרק החובל סי' כ"ט דהבעל חייב לשלם עבורה כפי מה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית ועכשיו כל הנשים בהך מועט מחוייבים הבעלים לשלם עבורם אם היא חייבת בדין משום תקנת השוק והכל לפי ראות עיני הדיין כי לפעמים נמצאו נשים אשת חיל שמחיות בעליהן וכל ממון בעל בידה פשיטא שאפי' דבר גדול מוכרח הבעל לשלם הכל כפי הענין ומנהג המקום וחכמת עיני הדיין עכ"ל וכ"כ בתשובת ר"מ אלשיך סי' י"ט דאם רגילות בסך גרול גם במרובה יהיו מעשיהן קיימין אלא שכתב שם כן לראב"ן וכבר כתבתי שגם מהר"ם אינו חולק. מיהו כל זה בהלואה או פקדון בענין שהיה להם הנאה מהממון אבל אם פשעה בפקדון או משליכתו לאש או חבלה וכהאי גוונא הבעל פטור וכדאיתא בהגהת אשר"י פרק החובל בשם ראבי"ה וע"ש:

סימן צז

סעיף א

אלמנה בין שהיא עניה כו'. וכ' הסמ"ע וה"ה גרושה וצ"ע דהא מכריחים האלמנ' לשלם רק שאין ממשכנין אותה וע"כ הטעם שלא לצער האלמנ' שלבה שבור ודואג והאי טעמא לא שייך בגרוש' והרי ר"ש פליג וס"ל דעשירה אפי' אלמנה ממשכנין א"כ י"ל דבגרוש' אפי' ת"ק מודה ליה ודוק:

סעיף ב

אין ממשכנין. וכן פסק הרא"ה בספר החינוך פ' כי תצא ורש"י ועוד פוסקים:

סעיף ג

ואם תכפור תשבע. כתב הסמ"ע עיין בהגהת ד"מ שכתבתי דנ"ל דזה מיירי דוקא היכא דמשכנה בעדים דלית ליה מיגו כו' עכ"ל וכ"כ הריב"ש סימן תפ"ח לדעת הרמב"ם ע"ש ומביאו הכ"מ רפ"ג ממלוה על דברי הרמב"ם אלו ודלא כבעה"ת לדעת הרמב"ם מביאו ב"י לעיל סימן ע"ב סי"ח ע"ש. ומ"ש ע"ש בסמ"ע אבל קשה א"כ פשיטא דאם תכפור תשבע ואפי' בעודו בידו נמי כו' לא ידענא מאי קשיא ליה דהא איצטריך לאשמעינן דלא נימא כיון דאין ממשכנין אותה אפילו ע"פ ב"ד א"כ אפילו תודה לא תשלם וכ"ש שאם תכפור שא"צ לישבע לכך אשמועינן דאע"ג דאין ממשכנין אותה מ"מ ב"ד כופין אותה לפרוע ולכך אם תודה תשלם ואם תכפור תשבע וכן משמע בה' המגיד וכך הוא בריב"ש סי' תפ"ח וז"ל ושאלת' אם תודה היאך תשלם אם אין ממשכנין אותה ע"פ ב"ד תשובה כו' עד ומ"ש הר"ב ז"ל ואם תודה תשלם ואם תכפור תשבע לא בא לומר שלא יוכל לטעון

על המשכון עד כדי דמיו במגו דלקוח כו' אבל דעת הרב ז"ל בזה לומר אף ע"פ שאין ממשכנין אותה אם היא מודה שחייבת תשלם כלומר ב"ד כופין אותה לפרוע ומגבין למלוה מנכסי' שלא אמרה תורה שלא למשכן אלא בתורת משכון לבד אבל להגבות ללוה את חובו מגבין וכן כתבו האחרונים ז"ל וכן אם תכפור חייבת היא לישבע אע"פ שהיא אלמנ' כדרך שאר האנשים עכ"ל ובזה שכתבתי ניחא נמי דלק"מ מה שהניח בספר ג"ת דף רפ"ו ע"ג בקושיא על הריב"ש דהיאך הכניס הרמב"ם ז"ל האי דינא בכאן דהוא הדין הוא ענין בפני עצמו ולא איירי כלל להיכא דמשכן את האלמנ' ע"ש ולפע"ד לק"מ דכיון דקאמר הכא דאין ממשכנין אותה הוי ס"ד דאינה חייבת לשלם דהא אין ב"ד ממשכנין אותה קמ"ל (כלל) לכך קאמר נהי דאין ממשכנין אותה היינו בתורת משכון אבל מ"מ חייבת לשלם וק"ל:

סעיף ד

אבד המשכון עיין בסמ"ע ס"ק כ"ה עד דכל לאו הניתק לעשה אפי' לא נתקיים העשה אינו לוקה עליו ועיין בהה"מ וצ"ע ועוד השיג הראב"ד מטעם אחר דכיון דנתחייב באונסים אין לוקה ומשלם וכן השיג עליו הרא"ה בספר החינוך פ' כי תצא:

סעיף ה

לוקה. ומחשב המשכון ותובע השאר בדין עע"ל רמב"ם הרי דבמשכנו ע"פ ב"ד שלא בשעת הלואתו חייב אף באונסין ועמ"ש לעיל סימן ע"ב:

סעיף ו

מותר למשכנו. וכן אם גזל וגזילתו בעין או אפילו הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזילתו במלוה מותר למשכנו בעצמו כ"כ בס' יראים סי' רע"ג והובא במרדכי פרק המניח ובתשובת מיימוני לספר נזיקין סי' י"ד בהג"ה:

סעיף ז

יש מי שאומר כו'. וכן פסק בספר ב"ה ע"ש ועיין בתשו' ר"א ן' חיים סימן נ"ח:

סעיף ח

ודוקא שאין לו לשלם כו'. עיין בא"א דף פ"ד ע"ב שהגיה וי"א דוקא שאין כו' וליתא ועבד"מ ובספרי ועיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' נ"ח ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' ש"ץ:

סעיף ט

את הכר בלילה. בשעה שהוא ביד המלו' אינו רשאי המלו' להשתמש בו. וכן מוכח מדברי הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ שבועת הדיינים ובחידושי הר"ן שם:

סעיף י
אבל אם רוצים לכוף התוס' והרא"ש חולקין עכ"ל סמ"ע ועמ"ש לקמן ר"ס ק"ז דאינן חולקין:

סעיף יא
שלא יהיה תוך זמנו. אמת שכן הוא בבעה"ת אבל לא נהירא לי כלל אף דהסמ"ע והב"ח דחקו ליישב דבריו אלא נלפע"ד דלעולם היכי דאי לית ליה מיגו המע"ה וכדלעיל ר"ס ע"א וע"ש ונראה שלכך השמיט הטור סוף דברי בעה"ת בזה:

סעיף יב
ונותנין לו מהכל מזון כו'. עיין בספר החינוך להרא"ה מצוה ש"ן:

סעיף יג
ואפי' ספר תורה. עיין בב"ח וע' מ"ש בי"ד בש"ך סי' רנ"ט ס"ק ז' ולא נהגו כהב"ח כאן:

סעיף יד
שהם בכלל כו'. וה"ה שמוציאין אותו מביתו כן הוא בתשובת מהרא"ן ששון סי' רי"ו עיין שם: '

סעיף טו
אלא אפי' תפסה. והב"ח פסק דמהני אם תפסה אפי' אמזונות דלהבא אפי' החוב בשטר ובשלא תפסה אין לה כלום נגד ב"ח ע"ש וגם בזה לא נהגו כותיה:

סעיף טז
עד שיפרע המלו'. עיין בסמ"ע ס"ק נ"ז ובס' גידולי תרומה:

סעיף יז
ואם באו שניהם כאחד חולקין. צ"ע דהיינו דוקא להרי"ף אבל לא למ"ש המחבר לקמן סי' ק"ד סי"ג דמלו' ע"פ מוקדמת קודמת למלו' בשטר וצ"ע וע' בס' גי"ת דף ב' ריש ע"ג וע' בתשוב' מהרא"ן ששון סי' מ"ח עיין שם בסמ"ע עד דמזונותיה דרבנן וצ"ע להפוסקים שפסקו שעבודא דרבנן וכמ"ש לעיל ר"ס ל"ט ועוד צ"ע דבטור א"ע ריש סי' ס"ט פסק דמזונות דאורייתא וכ"פ הרמב"ם ריש פ' י"ב מה' אישות וה' המ' האריך שם בזה ומביאו ב"י שם מיהו ק' על הט"ו מהרא"ש פ' שני דייני גזירות וכמ"ש בב"ח בא"ע שם ומה שהקשה הכ"מ רפי"ב מה' אישות על המ"מ לק"מ כשתעיין במזרחי פרשת שופטים:

סעיף יח
ואין צ"ל אם היו בהם טבעות. עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קי"א וע' בתשובת רמ"א סוף סי' צ"ד וע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' ר"י:

סעיף יט
היא נאמנת. בשבועה כן כ' הטור:

סעיף כ
אם הכניסה לו מעות. כן כ' ב"י בשם תשובת רשב"א סימן צ"ט:

סימן צח

סעיף א
שכ' כל נכסיו לבניו. אפי' כשהיה ש"מ (וע' מ"ש לעיל סי' פ"א סעיף ב' בהג"ה) וכן מבואר שם בבעה"ת שער נ"ט שממנו מקור דין וכן מוכח בש"ס ופוסקים בא"ע סי' ק"ו ע"ש ודלא כב"י וע' שם בב"י בסוף הסי':

סעיף ב
אם החייב מודה וכ' הסמ"ע ור"ל שמודה שעדיין לא פרע לו אלא שטוען דמחל לו עכ"ל נ"ל רצונו לומר הואיל ולא תבע כמה שנים מחל לו אבל אם טען דמחל בפירוש פשיטא דנאמן במיגו דפרעתיך דאמרי' כיון דמחל לו תו לא איכפת ליה בשטר וכמ"ש סי' פ"א [פ"ב] וע' בב"ח מ"ש בזה ודבריו תמוהין וק"ל:

סעיף ג
מניחין ע"י שליש. עיין בסמ"ע שכ' אזי נותנים לו מתחלה צ' יום כו' משמע מדבריו דהני צ' יום נותני' לו מיד כשטוען מזויף ולא נהירא דפשוט דהני צ' יום דקאמר היינו לאחר שנתנו לו ל' יום קודם כתיבת האדרכת' כדאית' בש"ס ואם כדבריו יהי' הבעה"ת נגד הש"ס:

סימן צט

סעיף א
ואם נראה לו כו'. ל' הטור סעיף ט' ואם נשבע והשיג ידו יותר על הצריך להוצאתו ואמר שיש עליו חובות לאחרים לא יטלו ממנו האחרים כו'. וכתב הב"ח אבל קודם שהשיגה ידו נאמן כיון שבאותו זמן אינו מפסיד לבעל השטר דהוא אין לו במה לפרוע ואין נ"ל דמ"מ יש חשש קנוניא דלמא יש לו גם מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' מלוה דין ה' שהבאתי לקמן ס"ק ד' שכתב והודה לאחרים בחובת אחרים והשיג ידו כו' לא יטלו היתר אלא בעלי השטרות כו' וכן כתב הסמ"ג סוף עשין צ"ג דף קע"ה ע"ג והמרדכי פ' המקבל והבאתי דבריהם לקמן סק"ו משמע דלא כהב"ח:

סעיף ב

ממון כו' כגון חפצים ומטלטלים וכן הוא בהרמב"ם פ"א מה' מלוה דין ד' להדיא דאלו מעות אפי' ראיה לא מהני לענין שיהיו של אותו פלוני לבדו דלא הוי כשאר בע"ח אם לא שיביא ראיה שנתנם לו בתורת עיסקא לענין הפלגא פקדון וכמ"ש לקמן ס"ק ז' ע"ש אבל ראיה שהפקידן אצלו לא מהני דכיון דיש לו רשות להשתמש במעות ה"ל לוה עלייהו וכמ"ש לעיל ס"ס ע"ז ס"ק ט' וסי' ע"ה ס"ק ט"ו וע"ש:

סעיף ג

ואמר של אחרים הוא כו'. או שאמר אמנה או פרוע על השטרות אינו נאמן כדלעיל סי' מ"ז וכ' הרמב"ם ס"פ ג' [ב'] מה' מלוה דין ו' וכן כל מי שיש עליו שטר חוב והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד שלא יעשו קנוניא על זה עכ"ל וכתב ה' המגיד שם מתוך ל' זה נראה שאין הכוונה אלא בשאין שם עידי הלואה ומתוך דברים אלו נראה שדעת הרב שמלוה בשטר מאוחר ומלוה ע"פ מוקדמת שנותנין למלוה ע"פ שלא כדברי הגאונים שכתבתי למעלה שאם לא כן איזו חשש קנוניא יש בכאן והלא אפילו אם נאמינהו לעולם היינו מגבין בעל השטר תחלה אלא ודאי דעת הרב כמ"ש ופ' ך' יתבאר עכ"ל ומ"ש שאין הכוונה אלא בשאין שם עדי הלואה נראה דל"ד אלא ה"ה ביש שם עדי הלואה והלוהו בסתם בענין שיכול לטעון פרעתי לאפוקי כשיש שם עדי הלואה בענין שא"י לטעון פרעתי כגון שהוא תוך זמנו או שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וכה"ג כן נ"ל ודלא ככסף משנה שכתב שם בזה חילוקי דינים שאינם נראין לפע"ד וכ' דבתבעוהו אותם אחרים תחלה נאמן ע"ש והעיקר נ"ל דאם היה יכול לטעון פרעתי ואינו חייב להם כי אם על פי הודאתו בכל ענין אינו נאמן ומה שדחקו להם כפל דברי הרמב"ם בדין ה' ובדין ו' נראה לומר דמתחלה דעסיק הרמב"ם בדין תקנת הגאונים כתב כן לפי תקנת הגאונים ואח"כ כתב כן לעיקר הדין ועוד נ"ל דמתחלה כתב הרמב"ם בדין ה' דמי שנתחייב בשבועה זו מפני חוב שעליו והודה לאחרים בחובות אחרים והשיגה ידו יתר על הראוי לא יטלו היתר אלא בעלי השטרות בלבד שמא קנוניא עשה בהודאתו על נכסיו של זה ע"כ דסד"א כיון שנתחייב בשבועה זו יהא נאמן דלא ישבע לשקר וגם כיון דהודה קודם שהשיג ידו לא ניחוש לקנוניא א"כ בדין הראשון יש שני רבותות יותר מן הדין שכתב אח"כ ואח"כ כתב ראובן שהיה חייב לשמעון כו' ואמר שטר אמנה כו' וכן כל מי שיש עליו שט"ח והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר כו' וסד"א דוקא לעיל חיישינן לקנוניא כיון שרואה שנוטלין ממנו כל אשר לו ומשביעין אותו אם אין

לו יותר ע"כ מודה לאחרים בחובות אבל כשהודה לאחר מעצמו קודם שנוטלין ממנו כל אשר לו סד"א דלא ניחוש לקנוניא קמ"ל דרואין אם אין לו נכסים חיישינן לקנוניא כן נ"ל:

ומ"ש ה' המ' שדעת הרב שמלוה ע"פ קודמת לפע"ד לא נראה כלום מהרמב"ם די"ל דהיינו במטלטלים דאין בהן דין קדימה דהיו חולקין והשתא דאינו נאמן [כשאין לו מגו דהי' יכול ליתנם לו וכמ"ש לקמן ס"ק ו' או י"ל דמיירי כשקנ' הנכסי' אחר ההלואה ולא כתב לו דאקני בשטר דלענין דאקני אין דין קדימה וכדלקמן סי' ק"ד ס"ו] אינו גובה אלא בעל השטר בלבד. כן נ"ל ברור (וגם מ"ש ופרק ך' יתבאר כתבתי לקמן סי' ק"ד סי"ג בזה ע"ש):

סעיף ד

אין שומעים לו עד שיביא ראיה אבל רב אלפס כתב בתשובה זה שטוען כל מה שבידי לאחר הוא ישבע אותו אחר שהן שלו ונותנין לו כן כתוב בפסקי מהר"מ מרקנטי ואפשר דהרמב"ם מודה לרב אלפס דכשהאחר נשבע דנותנין לו עכ"ל הב"ח ואין דבריו נראין לפע"ד דהא מדכ' הרמב"ם אין שומעין לו עד שיביא ראיה משמע דדוקא ראיה בעינן וגם עיינתי בפסקי מהר"מ מרקנטי (סימן ש"ו) ולא כתב שם שהרי"ף חולק על הרמב"ם רק אחר שכתב דברי הרמב"ם כתב ולשון תשובת רב אלפס כך הוא בשאלה זאת כו' ונרא' שיש שם איזה טעות סופר בתשובת רב אלפס ולא הביא' מהר"מ רקנטי רק מפני שאר חידושי דינים שבתשובת רב אלפס שם ע"ש וכן מצאתי להדיא בבעה"ת שער ה' סוף חלק א' וז"ל ואם לא יביא ראיה אחר שחזקה היא שכל הנמצא תחת יד אדם עומד בחזקתו עד שיברר שאינו שלו יש לנו לדון שיגבה המלוה ממה שמוצא תחת ידו של לוה ואין אנו מאמינים אותו אפי' בשבועתו כשתולה ממונו בשל אחרים דחיישינן לקנוניא וכ"פ הרמב"ם ז"ל שאין שומעין לו אלא או יביא ראיה או יגבה מהם בע"ח ומצאתי לרי"ו ז"ל בתשובה שכ' שאם טען הלוה והודה שנכסים בידו מופקדים אתו מראובן שישבע ראובן שהן שלו ונוטלן ותשובה זו אפשר שהסופרים שבשוה שהרי ש"ס ערוכה בפנינו דחיישי' לקנוניא ושאין אדם נאמן בהודאתו אם היא חובה לאחרים ושבועה זו שדן שישבע ויטול מנין לו והיכן היא נשנית בכלל כל הנשבעין ונוטלין הרי לא מצינו אותה לא במשנה ולא בש"ס עכ"ל ומפני כך לא הובאה תשובת רב אלפס זו בשום פוסק מהפוסקים וכן עיקר (ונרא' דאישתמיטתיה להב"ח דברי בעה"ת אלו):

סעיף ה

ואע"פ שיש לו מגו שהיה יכול להחזירם כו'. משמע דזהו דוקא הוי מגו משום דהמגו הוא שהיה יכול ליתנם לו קודם הודאתו בב"ד לבד (אלא דאפ"ה לא מהני כאן משום חזקה) והיה אומר לו אני נותן לך מטלטלים שלך ולא היו יודעים אז מזה אבל כשבא לב"ד והוחזקו המטלטלים בב"ד או שראו אותם בידו קודם לכן וכה"ג לא הוי מיגו כלל מה שהיה יכול להקנותם לו עכשיו במתנה בפני ב"ד בחליפין דאין זה מיגו טוב דידעו שעושה כן כדי להבריח וגם הוא יעשה מעשה רע נגד המלוה שלו שיתן לזה מתנה ויהיה לוה רשע ולא ישלם במזיד וכן כתבתי לעיל סי' מ"ז ס"ק ז' בשם הר"ן ועוד שכבר כתב ה' המגיד פ"א מהלכות מלוה דין ד' שיש מי שתירץ שאין זה מיגו שאם היה נותנם לו לא היה המקבל מתנה מחויב להחזירן לו ואם הוא טוען שהפקידן בידו אם אינו אמת מחויב הוא בבא לצאת ידי שמים להניחם בב"ד או להחזירם לו עכ"ל וכה"ג כתבו התוספות והרא"ש ושאר פוסקים פ"ב דכתובות גבי אומר שטר אמנה הוא דאינו נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה שאין בדעתו למחול ולהפסיד חובו אבל כשאומר אמנה ידוע הוא שהלוה אינו גזלן כו' ע"ש אבל קודם ביאתו לב"ד לא שייך כל זה דהא כמו שהוא אומר שהם שלו שהפקידו אצלו כך היה יכול לומר שנתנם לו או שאינם בידי כן נ"ל:

סעיף ו

ויש חולקין כו' הר"ב כ"כ ע"פ דבריו בד"מ שיש מחלוקת בין הפוסקים בזה ולפע"ד אין כאן מחלוקת וכמו שאבאר ולפי שיצא מכלל דברינו כמה דינים לכן מוכרח אני להאריך קצת. וזה לשונו בדרכי משה שכל מה שנמצא בידי האדם כו' כ"כ הרמב"ם פ"א מהלכות מלוה וכ"כ הרב המגיד (שם דין ד') בשם הרמב"ן אבל המרדכי פ' המקבל כ' דזו דברי הסמ"ג אבל בתשובת רבי אביגדור כ' דלוה נאמן שהממון שבידו משל אחרים אע"פ שמלביש עצמו ובני ביתו מאותו ממון שמא אחרים נתנו לו ע"מ שלא יפרע לב"ח ע"כ ובהג"מ סוף שבועות פסק כדברי הרמב"ם ונראה דהכי נקטינן דהא רוב הפוסקים הסכימו לזו ודלא כב"ז סי' ר"ס דפסק כר' אביגדור וכן כ' הרשב"א בתשו' וכ' ה"ה פ' א' מהלכות מלוה דאינו נאמן לומר של אחרים אפי' במקום שיש לו מיגו להחזיר לאחרים דמאחר דחזקה שכל מה שביד האדם הוא שלו הוי מגו במקום חזקה אמנם בתשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"א משמע דהיכא דאית ליה מגו נאמן וע"ש וכן הוא בתשובת הרשב"א שהביא ב"י סוף סימן מ"ז בראובן שהודה בכתב ידו לנמואל בן שמעון אחיו שכל מה שיש לו מקרקעי ומטלטלי הוא משותף ביניהם ואח"כ נשא אשה ושעבד להכל נכסיו מקרקעי ומטלטלי שאם לא שעבד לה מטלטלי אגב קרקע נאמן הוא

על המטלטלין דמה לו לשקר בהודאתו הרי יכול ליתנם לו עכשיו או למכרם לו עכ"ל ד"מ והנה כל דברי הרב אינם נראין לפע"ד לפי שמצאתי בתשו' הרשב"א סי' אלף מ"ז שכתב להדיא להפך וז"ל אם היה עליו כתובת אשה וב"ח ואמר מטלטלי פלוני הוא של פלוני אינו נאמן אם אין שאר נכסים מספיקים לפרוע אותם ואפי' בשלא כתב מטלטלי אג"ק ואי יהיב ליה מטלטלי לא גבי מיניה והלכך ה"ל להימניה משום מגו אפ"ה לא מהימן דכל מאי דאיכא ברשותא דאינש חזקה דידיה הוא ואפי' במקום מגו לא מהימן וכדקאמרינן בפ' האשה שנתארמלה האומר שטר אמנה הוא אינו נאמן דאמרי' עלה דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והא התם דאי בעי מחיל ואפ"ה לא מהימן עכ"ל ולכן נ"ל דבהך תשובת הרשב"א שהביא הב"י בס"ס מ"ז היו המטלטלים ביד נמואל רק שהיו ידועים לראובן והיה עדי ראה דלא היה נמואל נאמן בלא הודאת ראובן ועכשיו הוא נאמן וכן משמע בב"י שם בתשובת רשב"א אחרת שהביא שם בס"ס מ"ז מיד אח"כ בבנה ראובן חורבה ונמואל טוען שבנאה מממון השותפות כו' ע"ש משמע שם שנמואל הי' מוחזק בכל מה שטען ע"ש [וגם בס' גד"ת ראיתי בסוף שער ה' שהניח בקושיא הך דתשו' רשב"א שבב"י ס"ס מ"ז וכי לית ליה חזקה כל מה שהוא תחת יד האדם בחזקת שלו דהא מתשו" רשב"א שהביא ב"י ר"ס צ"ח משמע דאית ליה האי חזקה וע"ש ולפמ"ש לק"מ וק"ל]:

וגם מ"ש הרב שהרא"ש בתשו' חולק על ה' המ' אינו מוכרח לפע"ד דז"ל הרא"ש שם והיחוד שייחד לו אינו כלום דמלוה להוצאה ניתנה אפי' יש לו מעות מוכנים א"י לומר של פלוני הם כל זמן שלא בא לידו ודאי אם היה לו עיסקא בידו נאמן לומר אלו מעסק של פלוני הם במגו שנותנם לו בפרעון חובו עכ"ל ונראה דהתם מיירי בידוע שהיה לו עיסקא ממנו וכמ"ש בס"ק ז' וכמ"ש הרב גופיה מיד אחר כך בהג"ה מיהו אם ידוע שיש לו עיסקא מאחרים נאמן כו' ומשמע שהר"ב הוציא כן מתשוב' הרא"ש שם וכן נרשם להדיא בסמ"ע וכ"כ בסמ"ע לעיל סי' מ"ז ס"ק ד' וז"ל כשידוע שיש לו עיסקא מאחרים כן הוא בתשובת הרא"ש שם וכ"כ מור"ם לקמן סי' צ"ט סס"א ע"ש עכ"ל וכ"כ מהרשד"מ סימן ק"מ דהרא"ש בתשו' שם מיירי דוקא כשידוע שהי' לו ממנו עיסקא ע"ש (אך מ"ש מהרשד"ם שם דאל"כ קשה מ"ש דבמעות מוכנים א"י לומר של פלוני הם ובעיסקא אחר דנאמן כו' אינו הוכח' לפע"ד דבמעות אף דיש לו מגו ואומר אמת מ"מ מהיחוד אינו כלום דהמעות הוא שלו משא"כ בעיסקא דכל היכא דאיתא ברשיתא דמרא קמא איתא וכדלקמן סי' ק"ח סעיף ד') וא"כ לא ירדתי לסוף דעת הרב בדרכי משה כאן בזה במ"ש דתשו' הרא"ש חולק על ה' המ' דהא איהו גופיה ס"ל כאן בהג"ה דבהך דהרא"ש כ"ע

מודו וכמ"ש ונרא' שהרב בהג"ה כאן חזר מדבריו שבד"מ וס"ל דבהך דתשובת הרא"ש כ"ע מודו וכמ"ש ומ"ש הר"ב ויש חולקין ר"ל תשובת רשב"א הנ"ל שבב"י ס"ס מ"ז ודלא כמו שנרשם בש"ע ובסמ"ע תשובת הרא"ש וא"כ לפי מ"ש דאררבה הרשב"א בתשוב' ס"ל כהרב המגיד אין כאן מי שחולק ודלא כהרב:

ונראה דאם אומר אני חייב לפלוני ויש לו מגו שהיה יכול ליקח מעות שבידו ולשלם לו כגון שלא ראו המעות בידו אלא על פיו שהוא אומר ישלי מעות ואני חייב לאחרים נאמן לכ"ע לענין שיטלו האחרים חלק במעות כמו בעל השטר דהא אינו אומר נגד החזקה דאמת הוא דמעות זה שלו אלא שמ"מ הוא נאמן שחייב ג"כ לאחרים במגו שהיה נותן לו מעות זה והיה טוען אין לי וכה"ג כ' הרמב"ם סוף ה' שלוחין והטור לעיל סי' צ"ג סי"ג טען שמעון שיש ללוי חוב עליו מזה השותפות מנה אם הי' בידו כדי החוב והי' יכול ליתנו ללוי נאמן וא"כ מ"ש הטור בסי' זה סעיף ט' והרמב"ם פ"ב מהלכות מלוה דין ה' והסמ"ג סוף עשין צ"ג דאם אמר שיש עליו חובות לאחרים לא יטלו ממנו האחרים אלא בעל השטר לבד שאינו נאמן בהודאתו להפסיד לבעל השטר עכ"ל מיירי שאין לו מגו כגון שנכסיו הם קרקע או מעות וראוהו בידו קודם לכן או שהוא ביד שליש או הוחזק בב"ד וכה"ג שלא הי' יכול ליתנו לאותן האחרים ולפי זה נראה דגם הרמב"ם וסמ"ג מודים לרבי אביגדור ולבנימין זאב ודלא כמ"ש הרב בדרכי משה שהמרדכי פרק המקבל כ' דר' אביגדור חולק ואדרבא במרדכי שם משמע איפכא דז"ל המרדכי שם מי שנתחייב שבועה מפני שט"ח שעליו והודה לאחרים בחובות והשיגה ידו יתר על הראוי לא יטלו היתר אלא בעלי השטרות שמא קנוניא עשו בהודאתו של זה עכ"ל סמ"ג ומצאתי שהשיב ה"ר אביגדור וז"ל הלוה נאמן שהממון בידו משל אחרים הוא אע"פ שמלביש את עצמו כו' עכ"ל מרדכי שם. הרי אדרבא דכתב דברי הסמ"ג ודברי ה"ר אביגדור סמוכים זה לזה בלי מחלוקת אלא נראה דה"ר אביגדור מיירי שאין ידוע שיש לו ממון אלא על פיו לכך נאמן שנותנין לו ע"מ שלא יפרע לב"ח במגו שהיה מחזירם לאחרים והיה טוען אין לי וא"כ השתא המעות שלו הוא ואינו נגד החזקה אבל אם הי' טוען מטלטלין אלו של פלוני הם אינו נאמן לכ"ע וכמ"ש כל זה נ"ל ברור:

שוב מצאתי בתשובת מה"ר אליה ן' חיים סי' קכ"ב שפסק ג"כ דנאמן בכל ענין לומר סחורות אלו של פלוני הם היכא דהיה לו מיגו שהי' יכול ליתנם לו והביא ראיה מתשו' רשב"א הנ"ל ואין דבריו נראין לפע"ד וכמ"ש ונראה דאישתמיטתיה דברי הרמב"ן וה' המגיד פ"ב מה' מלוה דין ד' הנ"ל שכתבו להדיא דאינו נאמן אפי' אית ליה מגו מטעם חזקה כל מה שהוא ביד האדם הוא שלו ומבואר בה' המגיד פ"ב מהלכות מלוה דין ז'

שגם דעת הר"מ בן מיימון כן כל זה היה נעלם מן מהר"א ן' חיים שהרי לא הביא שם דבריהם כלל עוד הביא מהר"א ן' חיים שם ראיה מן התוספות פ"ב דכתובות דכתבו דהך דהאומר שטר אמנה הוא מיירי שהוחזק בב"ד או שהוא ביד שליש כו' וע"ש באריכות. ולפע"ד לאו ראיה היא דדוק' התם כיון דשטר אין גופו ממון נהי דהשטר הוא תחת ידומ"מ המעות אינו תחת ידו לענין שנא' בו כל מה שהוא תחת ידו הוא שלו משא"כ במטלטלים שהוא תחת ידו דהם עצמם בחזקה שהוא שלו (וכן מוכרח לומר לדעת המחבר והר"ב דלא תיקשי דבריהם דלעיל סימן מ"ז לכאן אהדדי ודו"ק) גם מ"ש בתשובת מהר"א ן' חיים וז"ל הנה בח"מ סימן צ"ח בב"י מתשו' רשב"א כתוב ואע"פ שאלו היה עכשיו בידו אינו נאמן דכל הנמצא בידו חזקה אינו של אחרים וכדמוכח בהאומר שטר אמנה הוא הכא שאני שבאותו שעה עדיין לא היה חב לזה כו' ע"ש עכ"ל לא ידענא מאי קאמר דאדרב' בתשובת רשב"א שבב"י ריש סי' צ"ח משמע כמו בתשובת רשב"א דפוס סי' אלף מ"ז דלעיל ומ"ש הרשב"א הכא שאני שבאותו שעה לא היה עדיין חב לזה כו' ר"ל באותו שעה שעשה שם השטרות ללוי לא היה חייב כלל לשמעון אבל אם היה חייב אז לשמעון אפי' לא נודע אז ונודע שבשעת הודאתו היה חייב לו אינו נאמן וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות והטור לעיל סי' מ"ז וא"כ אפי' היה לו אז מיגו אינו נאמן אם אין לו לשלם ממקום אחר מכח חזקה דכל מה שהוא תחת יד אדם הוא שלו:

וראיתי בספר גי"ת סוף שער ה' שהאריך להקשות על חזקה זו מהא דאמרי' בש"ס פ' הכותב ונתבאר לקמן סי' ק"א סעיף ח' במי שתולין מעותיו בעכו"ם דכופין אותו למכור קרקע ואם איתא נכפייה מיד לפרוע מאותם מעות דמסתמא חזקה שהם שלו כו' ע"ש ונ"ל דלא דק דהתם מיראת העכו"ם שידו תקיפה אין בידינו לכפותו שיתן אותם המעות:

העולה מזה מי שחייב לא' בשטר ואין לו לשלם ונמצא מטלטלים תחת ידו וטוען שמטלטלים אלו שבידו אינ' שלו אלא פקדון הם בידו מאיש אחר או שכורין או שאולים אין שומעין לו אפי' ישבע אותו אחר אפי' יש לו מגו שהי' יכול ליתנם לו ולא היו יודעים מזה דחזקה כל מה שביד האדם הוא שלו ואין אומרים מגו במקום חזקה וודאי משקר אבל אם אמר מטלטלים אילו מעיסקא של פלוני הם וידוע בעדים או בשטר שיש בידו כך וכך עיסקא ממנו ולא החזיר כגון שנתן לו נאמנות או שהוא תוך זמנו אע"פ שאין ידוע שזה הוא מן העיסקא ואפשר שהוציא העיסקא וזה ממון אחר הוא נאמן אם יש לו מגו שהי' יכול ליתנם לו לידו ונוטל אותו פלוני כפי סך העיסקא החצי מהעיסקא שלו בראש אבל אם ראו אותם בידו קודם לכן או אם הוחזקו בב"ד או שהם ביד שליש וכיוצא בזה א"נ אף שיכול להקנותן לו עכשיו בחליפין וכן אם יש בידו מעות ואומר

מעיסקא פלוני הם נאמן אם היה יכול ליתנם לו לידו אפי' יש עליו כמה שטרות נוטל אותו פ' החצי בראש ושאר השטרות חולקין במותר וכן נאמן לומר אני חייב לאותו פ' לענין שיטול אותו פ' חלק במעות כמו בעלי השטרות אבל יותר מחלקו אינו נוטל אפי' ייחד לו המעות או מביא ראיה שמעות אלו הלוה לו או הפקיד אצלו דכיון דיכול להוציא המעות לצרכו הרי הוא נעשה לוה עליהם והם שלו. ואם ראו המעות בידו קודם לכן או הוחזק בב"ד או שהוא ביד שליש וכיוצא בזה א"נ לומר אני חייב לאחרים ולא יטלו ממנורק בעלי השטרות לבר. ובכ"מ שאינו נאמן כשחב לאחרים אפי' לא נודע בשעת הודאתו שחייב בשטר ונודע אח"כ שהיה חייב לזה בשטר א"נ:

וכן אם אומר מעות אלו שבידי ניתן לי ע"מ שלא יהא לב"ח רשות בו רק אוציאו לצרכי ולצורך פרנסת בני ביתי נאמן אם לא הוחזק המעות בב"ר כי אם על פיו ולא יגבו ממנו בעלי השטרות כלום. ואין מועיל ראיה שהלוו לו אחרים אם הוא בענין שהי' יכול לטעון פרעתי דחיישי' שמא פרע ועשה קנוניא ואומר שלא פרע אף שתבעו אותו אותם האחרים תחלה אלא א"כ מביאים ראיה שהוא תוך הזמן או שעשו עמו שאל יפרעם אלא בעדים וכה"ג אז נוטלים חלק כשאר בעל חוב במטלטלים שלו ובמעות וכיוצא בזה שאין בהם דין קדימה:

סעיף ז

מיהו אם ידוע כו'. נראה דהיינו שידוע בעדים או בשטר שיש בידו סך העיסקא כפי מה שאומר והוא בענין שלא היה יכול לטעון החזרתי כגון בנאמנות או שהוא תוך זמנו ולכך הוא נאמן לו' מעות אלו מעסק של פלוני הם דאינו נגד החזקה דכל מה שהוא תחת יד האדם הוא שלו דהא נתברר שיש בידו כך וכך משל פלוני בעיסקא אלא שאם לא היה אומר אלו מעסק פלוני הם לא היה אותו פ' רק כשאר ב"ח והיה נוטל חלק כחלק דדילמא מעות העיסק' הוציא ואינו בעין והשתא דנאמן שאלו מעסק פלוני הם דעיסקא כל היכא דאיתנהו ברשותא דמרא קמא איתנהו נוטלם אותו פ' בראש כיון שהם עצמם הם שלו והיינו פלגא פקדון שלו אבל לענין פלגא מלוה אינו רק כשאר ב"ח. כל זה מוכח מלקמן סי' ק"ח סעיף ד' וע"ש ודו"ק:

סעיף ח

על מעות שבידו אלו מעסק פלוני הם כו'. כלומר שנתנם לי בתורת עיסקא וכמ"ש בסמוך ס"ק ז' אבל אם אמר שפלוני הפקיד בידי מעות אלו אינו כלום אפי' אית ליה מגו לכ"ע וכמ"ש לעיל ס"ס מ"ז ס"ק ט' וסי' זה ס"ק ב' וע"ש:

סעיף ט

מעסק פלוני הם במגו שהי' נותנן לו. ובע"ש מסיים ונשבע היסת ולא נהירא וע"ל סי' רמ"ה סעיף ט' ומ"ש שם:

סעיף י

ולי נראה שב"ד כו'. נראה שסברת המחבר שהרי אין שבועה קונה כדלקמן סי' קכ"ט סעיף ה' וסי' ר"ט ס"ד בהג"ה אלא שכופין אותו לקיים שבועתו והיינו לגבי עצמו אבל לגבי ב"ח יוכל לו' מה לי לשבועתך ובמה יקנה לוי ולכך כדי שיצא זה ידי שבועתו נותנים אותו ללוי ואומרים לו שנותנים אותו לו בשביל שבועת שמעון ואחר כך כופין ללוי שיתן החצי לראובן זה נרא' לי בדעת המחבר. ואין להקשות ממ"ש הב"י לקמן ריש סי' ק"ד תשובת הרשב"א ראובן לוה משמעון וחזר ולוה מלוי ונתרעם ראובן בבית דין והשביעוהו בית דין שכל מה שירויח יתר על מזונותיו שיפרע ללוי כיון שנשבע כן גלי בדעתיה שחזר בו מהראשון וללוי משתעבד לשמעון לא משתעבד ותדע דהא לוה ולוה כשלוה משני לא חזר בו בפירוש מראשון אלא מן הסתם משתעבד בין לראשון בין לשני ע"כ דהתם. מיירי לענין שעבוד דאקנה והרשב"א לטעמיה אזיל דס"ל דלענין שעבוד דאקנה יכול לחזור בו וכמ"ש לקמן סי' קי"ב ס"א והיינו לענין שאם מכר אח"כ שאינו טורף מהנכסים שהרויח אח"כ אבל כל שהנכסי' אצלו אפי' הם מטלטלים ואפי' לא כתב לו דאקני שניהם חולקין כשבאין לגבות ממנו וכמו שכתבתי לקמן סימן ק"ד סעיף ז' ע"ש והיינו דנקט הרשב"א ללוי משתעבד ולא נקט לוי גובה ולא שמעון אלא ר"ל דאם מכר ראובן אח"כ מה שהרויח ללוי משתעבד שיכול לטרוף מהלקוחות לשמעון לא משתעבד וא"י לטרוף לקוחות וא"כ בכאן צריך ליתן החצי לראובן ודלא כהרא"ש וטור. ונרא' דאף לכתחלה נותנין הב"ד החצי לראובן ואין נותנים ללוי רק החצי ומה שנשבע שמעון לתת ללוי אין אנו חוששים לשבועתו דכי בשביל שבועתו יעשו הב"ד שלא כדין לראובן ועוד דלא נשבע אלא כשיהיה בידו ליתן והיינו אלו לא היה באין לבית דין אבל עתה אין בידו ליתן והרי הוא עדיין עומד ואומר ליתן רק שהבית דין אין מניחין לו ליתן וכן נרא' לי עיקר (ודלא כסמ"ע סעיף קטן ט') עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח דף קס"ט ע"א ואיננה בידי לע"ע:

סעיף יא

וע' לקמן סי' ק"ד כו' הוא מתשובת חזה התנופה שמביא ב"י לעיל ריש סי' ס' וידוע שהם מתשובת הרא"ש ולא עדיפי מתשובת הרא"ש בטור כאן:

סעיף יב

אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן כו'. כתב הסמ"ע דצריך שיאמרו העדים דעדיין הוא של ראובן כגון שהיו במעמד כשמסרו ראובן לשמעון וא"ל שימכרנו לו כו' ואעפ"י ששמעון מודה אינו כלום כשאין העדים מעידים שמסרו בידו למכור וכן עיקר ודלא כמו שכתב הבדק הבית והב"ח בשם מהרש"ל ע"ש וע"ש בתשו' הרא"ש עצמו ריש כלל ק"ז שם יותר טוב לפרש כמו שכתבתי. ונ"ל דגם איכא עדי ראה וגם בסרסור וכן בדברי' העשויים להשאיל ולהשכיר מיירי ג"כ דאיכא עדי ראה דאל"כ היה יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי ועיין בתשו' הרא"ש עצמו כלל ק"ה סוף סי' ב' משמע שם יותר כן דלומד שם בפשיטות סרסור מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ע"ש ודוק ומה שכתב בתשובת ן' ל"ב ספר א' כלל י"ז סי' צ"ח לא נהירא לי ע"ש ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק צ"ז ולקמן סי' רצ"ז:

סעיף יג

והסרסור או בעל החפץ נאמנים בשבועה. כתב בבדק הבית דהיינו דוקא כשטוען הב"ח ברי וכ"כ הבית חדש ולפעד"נ אפי' טוען שמא דב"ח דין לוקח ויורש יש לו בכל דוכתי (ע"ל סי' קמ"ו ס"י בהגה') וטעניגן להו וצריך לישבע אף בשמח כמ"ש לקמן סי' קל"ג סעיף ה' בהג"ה גבי יורש ועיין מ"ש שם בסוף הסי' דגם בלוקח הדין כן והבדק הבית לטעמיה אזיל דפסק גם לקמן סי' קל"ג דאי"צ לישבע בשמא וא"כ לדידן דקי"ל התם דנשבע ה"ה הכא ודלא כהב"ח ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ע"ב סעיף ל"ד ס"ק קמ"ב ודו"ק:

סעיף יד

ויש לו שני עדים כו'. בטור מסיק ואם אין לו אלא עד אחד שהוא שלו אינו מועיל להוציא מחזקת ב"ח שמשכנו וכתב הסמ"ע וז"ל וקאי גם אארישא ולא אמרי' בזה דהוי משואיל"מ דאין אומרי' כן אלא כששנים היו מחייבים אותו ממון בלא שבועה אבל בזה היה בעל החפץ צריך לישבע כדי ליטול וכמ"ש מור"ם לפני זה וכ"כ לעיל בסי' ע"ה וצ' ע"ש עכ"ל וכל דבריו תמוהין לפע"ד דהא גם בנסכא דרבי אבא ודאי אפי' היו כאן שני עדים שחטפו והוא טוען אין חטפי ודידי חטפי אע"פ שצריך להחזירו מ"מ צריך אח"כ לישבע היסת ששלו הוא וכן בכל משואיל"מ ודאי דצריך אח"כ לישבע היסת ולא קאמרינן בסי' ע"ה ס"ק מ"ז אלא היכא שלא היה יכול ליטול ע"פ שני עדים אם לא שישבע תחלה וכהך דבסי' צ' (סעיף קטן י"ג בסמ"ע) א"כ ע"י עדים וע"י השבועה הוא דנוטל משא"כ הכא דנוטל בלאו הכי והשבוע' היא מחמת תביעה ע"פ שתובעו

אח"כ ואולי הסמ"ע הבין דשבועה דהכא היינו קודם נכן בנקיטת חפץ אבל ודאי ליתא אלא נשבע אח"כ היסת וא"כ הדבר פשוט דכאן נמי הוי משואיל"מ רק דהטור כ' שא"י להוציא מב"ח שמשכנו שהב"ח יאמר לא היה שלו ואם היה מכחיש העד והיה אומר שלא היה שלו נשבע להכחיש העד וא"כ לאו כל כמיניה דלוה לחוב בהודאתו להודות לדברי העד דכל מה שיש ביד האדם בחזקת שהוא שלו וזה ברור:

סעיף טו

אין להשביעו כו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קס"ד:

סעיף טז

ונתן כל אשר לו כו'. עיין בבית חדש ממתנה בכולה או מקצתה ושייר שום דבר אי הוה מתנה וצריך לימוד:

סעיף יז

וישבע מקבל מתנה. מן הדין אין המקבל מתנה מחיוב לישבע דאין עליו רק טענת שמא אלא שהרא"ש החמיר בו כיון שעשה שלא כהוגן. כן נ"ל:

סעיף יח

דאפילו מקרקעי כו'. לא ידענא מה ענין זה לזה דהתם המתנה היא כדין מה שאין כן הכא שלא הית' המתנה מתנה מעיקרא כלל ובטל' היא למפרע והלכך אם הוא בענין שהריוח או הרבית הוא שייך להנותן צריך המקבל מתנה ליתנו להבעל חוב ומוציאין ממנו מדרבי נתן וצריך עיון:

סעיף יט

דכל מי כו'. עיין בתשובת מבי"ט חלק שני סי' ב':

סימן ק

סעיף א

וי"א שגם לזה נותנים לו זמן כו' מהרש"ל בפ' הגוזל בתרא סי' י"ב כתב דהיינו דוקא דלית ליה אלא קרקע אבל היכא דיש לו מטלטלי' לכ"ע אין נותנים לו זמן אח"כ וכתו' בת"ה היינו דוקא שקבע לו זמן בתחלת הלוא' אבל כשהיה תביעה ביניהם וקבע לו זמן לפרוע אמרי' אשתמוטי קמשתמיט ואם בא אח"כ לב"ד נותנים לו זמן ל' יום ודוקא שלא קיבל עליו בשבועה או בחרם עכ"ל:

סעיף ב

ואפי' בא כו' כ"כ בד"מ שכן משמע במרדכי פר' הבית והעליה ולכאור' קשה דבמרדכי שם איתא להפך אבל כי דייקת שפיר תרח' שהרב יפה כוון דהא טעמו של רבינו תם במרדכי שם דאין נותנין זמן למי שקבע זמן כבר א"כ אי הוי נותנין זמן למי שקבע זמן כבר היו נותנים זמן גם לזה שתבעו קודם ל' וא"כ להי"א אחרונים שהביא המחבר אפילו בא ותבעו ל' יום קודם הזמן מ"מ צריכין ליתן זמן ל' יום מיום הזמן ומ"מ נראה דוקא שהנתבע חוזר ומבקש זמן אחר שהגיע הזמן אבל לא שיאמרו לו הב"ד עתה קודם הגעת הזמן יש לך ל' יום מיום הגעת הזמן כן נלע"ד ודוק:

סעיף ג

שלמו השלשים יום כו'. עיין בישו"ש פרקי' דב"ק שכתב הרבה חלוקים בדינים אלו:

סימן קא

סעיף א

בא לפרוע אם יש לו מעות כו'. וכן הדין לענין גביית כתובה שצריך ליתן לה מעות מזומנים אם יש ליתומים מעות בעין לפמ"ש בטור א"ע סי' ק' ע"ש וכן הוא בתשו' רשד"ם לטח"מ סי' קמ"ג להדיא בשם ר' דוד כהן ע"ש וכ"כ בפשיטות בתשוב' הנ"ל השייכים לא"ע והוא פשוט ודוק ועי' בתשובת ר"מ אלשיך סי' כ"ב וע"ל סי' תי"ט כתבתי דאפי' יש ליתומים קרקע מחויבים ליתן לו מטלטלים וע"ש:

סעיף ב

אבל אם היו בידם בהלואה אין מוציאים מידם קודם הזמן. לשון הר"ב צריך ביאור דבתשובת הרשב"א שם לא הוזכר חילוק בין קודם הזמן רק מיירי כשיש ללוה הראשון קרקע או מטלטלי ע"ש ונראה דרצה לומר שם דבהלוא' אף שאין זמן קבוע ביניהם יכול הלוה לו' עדיין אני צריך המעות והלכך כשאין המלוה מקפיד בכך אין מוציאין מלוה כיון דאית ליה פסידא ללוה דהוי כנכסים משועבדים דאין גובין מהן במקום שיש בני חורין ולכך כשמשלם לו מטלטלים סגי משא"כ במעות פקדון שאין יכול הנפקד לומר אני צריך הפקדון עוד לזמן ונראה לפרש גם דברי הרב כאן כן וכן מ"ש הב"י וד"מ ר"ס פ"ו דבלא הגיע הזמ"פ לא באו אלא לו' דהיכא דאית ליה פסידא אין מוציאין קודם הזמן וה"ה אם מרויח לו עתה זמן והוא אומר אני צריך עוד המעות לאיזו זמן וכל כה"ג וכבר הארכתי בזה לעיל סי' פ"ו:

סעיף ג

ואם יש ללוה שטרי חובות כו'. דברי המחבר והר"ב אינם נראה לפע"ד לדינא דנרא' דלטעמייהו אזלי שכתבו בב"י וד"מ דהרשב"א בתשוב' והטור בשם הרא"ש חולקים על הבעה"ת דכ' הרשב"א בסי' תתקכ"ט ובתשו' הרמב"ן סי' נ"ג שפשט המנהג כגדולי המורי' שמגבין משטרות אבל לפע"ד דברי בעה"ת ברורים בטעמן ואין חולק עליו כלל וכמו שאבאר דודאי לא מסתבר כלל שישלם בע"כ בשטרות ולא מטלטלי דהא לעולם אזלינן לטובת המלוה ועוד היאך נכוף אותו לגבות שטרות בחובו ושיתבע את הלוים והלא הוא אין לו עסק עמהם ואינו בעל דבר שלהם והאיך נכריחו שיהא בע"ד שלהם בע"כ ועוד דשמא יארע קלקול שלא ישלם לו זה הוא ודאי דבר שאין הדעת סובלתו שיחזיק זה תחת ידו מטלטלים ויסלקנו בשטרות והרשב"א בתשובה סי' תתקכ"ט מיירי שם להדיא כשאין ללוה לשלם כלל ממקום אחר דהא מתחלה רוצה לומר דשטרות לאו בני גוביינא נינהו והביא ראיה מאשה שחבלה באחרים ור"ל מפ' החובל (בבא קמא דף פ"ח) דפריך התם ותזבין כתובתה להאי דחבלה ביה ולא פריך ותיגבה ליה בדמי חבלתו. אח"כ כתב שכופף ראשו לגדולי המורים והתם בפ' החובל מיירי כדפי' ואין להקשות כשאין לו לשלם כלל ממקום אחר מהיכי תיתי לא יגבו מהן י"ל דהיינו ודאי דכפינן ללוה שימכרם לאחרים וישלם למלוה מהן וכדמוכח בש"ס פרק החובל שם וכן הוא בתשובה להרמב"ן סי' כ"ב ודהרשב"א היא וה"ה אם המלוה עצמו רוצה לקנותם כמו לוקח אחר כופים אותו שימכרם והיינו שיתן לו כתיבה ומסירה כדין כל שטרות אבל בלא כתיבה ומסירה אין מגבים ולבסוף הסכים לגדולי המורים שמגבים לו וא"צ כתיבה ומסירה וכן משמע נמי אם אין הלוה כאן כגון שהלך למד"ה או מת הלוה ולא הניח רק שטרות שמגבין למלוה משטרות בשומא אם ירצה (ואין צריך להמתין עד הזמן פרעון אבל אם לא היו מגבין משטרות רק כשהלוה מוכרם בכתיבה ומסירה לא היה מגבינן בכה"ג וק"ל) וכן הוא בתשו' הרמב"ן סי' נ"ג ודהרשב"א היא א"נ לענין שותף שהלך למ"ה אם ב"ד מחלקין בשטרות בלא חבירו כמו שהביא ב"י לקמן סי' קע"ו מחו' י"ו תשו' הרשב"א ע"ש. אי נמי נ"מ לענין ב"ח מאוחר שקדם והניח שטרות שיכול לומר למוקדם הנחתי לך מקום לגבות הימנו דהיינו שטרות וגובה אותם בשומא וכדאיתא בתשו' הרשב"א סי' תתקכ"ט ונראה דגם הט"ו אין ר"ל שהרא"ש חולק על בעה"ת וכמו שהבינו הב"י וד"מ וב"ח (גם בספר גי"ת שער ד' ח"ב כ' דתשו' הרשב"א והט"ו בשם הרא"ש חולקים על הבעה"ת וליתא וכמ"ש גם שאר דברי הגי"ת שם לא נהירין ע"ש ודוק) ושאר אחרונים מדבריו דא"כ לא ה"ל לכתוב דברי בעה"ת בשם י"א אלא הל"ל כתב בעה"ת כו' וא"א

הרא"ש ז"ל כתב כו' ועוד דא"כ הל"ל עיקר הטעם שכ' הבעה"ת שיש לנו לילך לטובתו של מלוה דלגבייה מאי דחריף למיזבן כו' ועוד קשיא דא"כ היאך מצא שהרא"ש חולק בזה אלא נראה דהט"ו ג"כ מיירי שאין לו לשלם רק שטרות די"א שאין יכול להגבותם למלוה בע"כ אלא המלוה יכול לומר תטרח אתה ותוציא מן הלוים כי מוכרח אתה לשלם לי ואני לא אקחם בתורת גובייני' לפי שאין גופם ממון ועוד שהקלקול מצוי בהן וא"א הרא"ש ז"ל כתב שיוכל להגבותם לו וישומו אותם כו' ויוצא ידי חובתו בזה וזה משמע להדיא בכלל צ"ח סי' ז' ומביאו הט"ו לעיל ס"ס ס"ו דכופין אותן לחלוק שטרות בשומא לפי נכסי הלוה אם הם עידית כו' ולפי אלמותו כו' ואם נתקלקל אח"כ שטרו של א' מהן מזל רע דידיה גרם ומ"מ מחמת חששא זו דשמא יתקלקל אחד מהן אין לבטל החלוקה מעיקרא ע"כ והא נמי דכוותיה היא דודאי לא מסתבר לחלוק בין חלוקה לפרעון דאם איתא דבפרעון לא היו מגבין בע"כ שטרות גם בחלוקה לא היו חולקים בע"כ ואם היה אירע קלקול בשטר היה על שניהם והרי מוכח בתשו' הרשב"א שהביא ב"י לקמן סי' קע"ו מחו' י"ו שכ' נראה שאין חולקין חוב נגד חוב לפי שהשטרות אין גופן ממון כו' ויותר מזה נראה לי שאין ב"ד שמין לב"ח משו"ח של לוה כו' (וכתב ב"י שם שהרשב"א עצמו מודה למעש' להרא"ש ע"ש) אלמא דטפי עדיף פרעון לב"ח מחלוקה א"כ לפי מה שפסק הרא"ש דחולקין בעל כרחו כ"ש דלענין ב"ח מגבין בע"כ ודוק (ואם לא תפרש דברי הט"ו כן ודאי דהעיקר כהי"א שבטור וכמ"ש):

ולענין דינא נראה עיקר כגדולי המורים דשטרות בני גובייא נינהו וכשהמלוה רוצה לגבותם מגבין לו מהן מיד בשומת ב"ד ששמין השטרות ואין צריך כתיבה ומסירה וא"כ ה"ה אם אין הלוה כאן או שמת מגבין לו וא"צ להמתין עד הז"פ ומ"ש הרשב"א והר"ן להוכיח דאין מגבין משטרות לפע"ד לאו הוכחה היא וז"ל הר"ן פ"ב דכתובות ואי תימא בלא ר' נתן נמי הוי חוב לאחרים דנהי דאין מוציאין מזה ונותנים לזה כל זמן שלא יתבענו ללוה מ"מ כשיתרעם המלוה בב"ד למה לא יגבו לו חוב זה כשם שהם מגבין לו שאר נכסיו יש לומר דשטרות לאו בני גובייא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבין לו ומהכא שמעינן לה והכי נמי מוכח בסוף מכילתין גבי שנים שהוציאו ש"ח זה על זה דאמרינן זה גובה וזה גובה הלכך בלאו דר' נתן לא הוי חב לאחרים אבל לר' נתן דס"ל שהמלוה יכול לתבוע בדין בעל חוב של לוה ולפרע ממנו הוי חב לאחרים ולא מהימן לומר אמנה עכ"ל וכן כתב עוד הר"ן בס"פ שני דייני גזירות בביאור יותר ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד וסי' תתקכ"ט וסי' אלף קי"ב ולפע"ד העיקר כגדולי המורים ולא מוכח מכל זה מידי דנהי דהב"ד מגבין משטרות מ"מ לא עדיף גובייני' דב"ד

ממכירת הבע"ד עצמו וא"כ אי לאו דר' נתן כי היכא דבמוכר שט"ח לחבירו בדמי חובו שהיה חייב נאמן לו' לו אמנה או פרוע או יכול למחלו כיון דאחר המכירה כבר נתפרע חובו ותו ל"ש שעבודא דר' נתן וכמש"ל סי' פ"ו סעיף ה' ס"ק י"א א"כ ה"ה בגוביינא דב"ד וא"כ זה שאומר שטר אמנה הוא היה נאמן ולא יכול לגבות בו שהיה הלוה אומר לו את לאו בעל דברים דידי את אלא מכח מלוה שלי אתה באת עלי והרי הוא אומר שהוא אמנה. אבל השתא מדר' נתן ה"ל מלוה ראשון בע"ד דלוה שני וכדאי' בש"ס פ' האשה שנפלו (סוף כתובות דף פ"א) ואין צריך לבא בכח הלוה שלו והלכך לאו כל כמיניה לומר אמנה. גם הך דכתובות גבי שנים שהוציאו ש"ח זה על זה אינו הוכחה דהתם לא מיירי בתורת שומא שאינו רוצה להפחית מן השטר רק רוצ' להגבותו בכדי מה שכ' בו וכן דחה הבעה"ת שער ד' סוף ח"ב להדיא ראיה זו ע"ש. גם הראיה שהביאו הרשב"א בתשו' והר"ן פ' שני דייני גזרות מהך דפ' החובל לפע"ד לאו ראיה היא מכח מה שכתבתי דגוביינא דב"ד לא עדיף ממכירה ואמת מדברי הרשב"א שהביא ר' ירוחם במישרים סוף נתיב י"ד ומביאו ב"י לעיל ס"ס ס"ו נראה דגובייני' עדיף ממכירה שכתב וז"ל והיכא שהגבו ב"ד השט"ח של ראובן שהיה לו על שמעון מדינא דר' נתן דאין יכול למחלו לראובן דדוקא מוכר יכול למחול כו' וכ"כ הרשב"א עכ"ל וכן נראה מבואר בתשר הרשב"א סי' תתקי"ד וז"ל ובענין גוביינא ששאלתם אם שייכת בשטרות הוו יודעים דאין שייכים הואיל ואין גופן ממון ואשה שחבלה באחרים דב"ק תוכיח שאלו היתה גובייני' בשטרות היו ב"ד שמין ומגבין כתובתה לניזקין מעתה ושוב אינה יכולה למחול עכ"ל וכ"כ בתשובת הרשב"א סי' אלף כ"ז וא"כ למה שכפף ראשו בתשובות אחרונות לגדולי המורים דשייכים גוביינא בשטרות א"י למחול ועדיף ממוכר שט"ח. אבל לפעד"נ דנהי דס"ל לגדולי המורים דמגבין משטרות מ"מ לא עדיף ממכירה אלא דכיון דהשתא ליית ליה לשלומי ונכסים דידיה משועבדים למלוה שלו בית דין מגבין לו והם עומדים במקום הלוה בע"כ והוי כאלו מכר לו הלוה ומ"מ יכול הלוה למחלו אח"כ אם גבה זה השטרות בשומא ונתפרע מחובו דתו ליכא שעבודא דר' נתן וא"כ שפיר משני בפ' החובל דלגבי בעלה ודאי מחלה והא דפריך ותזבין ליה ולא פריך וניגבה ליה אין בכך כלום מה לי גבייה מה לי מכירה ואדרבא גבייה דב"ד היא מכירה ופריך כפשוט' כן נ"ל ברור והכי משמע מל' בע"ת שער ד' סוף ח"ב שכתב שאם רוצה להגבות לו שטרות והמלוה רוצה מטלטלי או קרקע הרשות בידו כיון שיוכל למחלו וכדשמואל לא שקיל להו מלוה עכ"ל ומשמע דאף לבתר גוביינא יכול למחול והיינו כמו שכתבתי וכן עיקר:

העולה מזה מי שאין לו לשלם רק שטרות ורוצה המלוה שימכרם וישלם לו צריך לעשות כן וכן אם רוצה שיגבו אותם לו בתורת שומת ב"ד מגבין לו ע"פ שומא ונותנים לו השטרות וא"צ כתיבה ומסירה דגבייה דב"ד הוי כמכיר' והלוה יכול למוחלם אחר שקבל אותם בחוב שלו וכן אם אין הלוה כאן כגון שהלך למ"ה או מת מגבין לו שטרות בשומא וכן ב"ח מאוחר והניח שטרות יכול לו' למוקדם הנחתי לך שטרות לגבות אע"פ שלא הגיע הז"פ תגבה אותם בשומא וכן שותף שהלך חברו (למ"ה) חולק שלא מדעתו ע"פ ב"ד השטרות בשומת ב"ד וכן אם הלוה אומר קח שטרות בשומא ואיננו רוצה לטרוח להוציא הדין עמו אבל אם אינו רוצה ליתן לו השטרות בשומא צריך לטרוח להוציא וא"י לומר תוציא אתה אף שהמלוה ג"כ אינו רוצה ליקח השטרות בשומא צריך הלוה לטרוח ולהוציא ולשלם לו אבל אם יש לו לשלם ממטלטלי או קרקע א"י להכריח את המלוה שיקח השטרות בשומא אלא צריך לשלם לו מטלטלי או קרקע:

סעיף ד

אינו מורידו לשומא וכו'. זהו לשון הריטב"א שם צריך לשלם לו במעות וכדין פועל כמו שהתנה וכן הדין וכן הוא בב"י בשם הריטב"א וכ"כ לקמן סי' של"ו סעיף ב' בשם התוס' והפוסקים ע"ש:

סעיף ה

וכן עיקר ודלא כי"א כו'. כ' הסמ"ע וז"ל עיין בד"מ ר"ס צ"ט שכ"כ בתשו' הרא"ש הביאה הט"ו בסי' ס"א ס"ה וגם בסי' צ"ו סכ"ב ובסי' ס"א כתבתי פירושו דמיירי דוקא בטוען שאין לו כלל במה לפרוע עוד כתב מור"ם שם שכן משמע מתשובת רשב"א סי' אלף כ"ו ע' שם וגם משם אין ראיה דשם אמי שהוא אמוד בעושר קאי ע"ש גם מור"ם מסיק שם בהדיא דהמרדכי כ' דמחרימין ולא משביעין עכ"ל ובאמת מסיק כן בד"מ ר"ס צ"ט וז"ל משמע מתשובה זו דאע"ג דרוצה לשלם אם אין לו לשלם מעות צריך לישבע מתקנת הגאונים אבל במרדכי ר"פ המפקיד פסק בשם מהר"מ ורבו דאין משביעין אותו על זה ומשלם במה שמודה בו וע"ש וכן איתא תשובת מהר"מ במרדכי פרק הכותב עכ"ל ובד"מ ר"ס ק"א כתב עוד שכ"כ ג"כ הגהת מיימוני פ"א מהלכות מלוה והביא לשונו אבל לפע"ד דברי הסמ"ע ודברי הד"מ אינם נכונים ונ"ל עיקר דאף שנותן לו קרקע צריך לישבע ע"פ תקנת הגאונים לכ"ע ומ"ש הסמ"ע בדעת הרא"ש ודאי ליתא למעיין בתשו' הרא"ש כלל ל"ט סי' ה' ובטור סי' ס"א ס"ה שהרי מסיים דאל"כ מאי הועילו הגאונים בתקנתן כל אדם יאמר איני רוצה ליתן מטלטלי או לישבע תגבו לבעל חובי קרקע עכ"ל ומ"ש הסמ"ע בדעת הרשב"א סי' אלף כ"ו ליתא דאע"ג דאיתא שם שפסק כן

במי שהיה אמוד בעושר היינו מעשה שהיה כן היה וראיה שהרי כתב מתקנות הגאונים ז"ל שמשביעין אותו בנק"ח כמו שכ' הרמב"ם ז"ל כו' ורמב"ם לא חילק בין אם היה מוחזק בעושר או לא ובין רוצה לסלק בקרקע או לא וגם בתשובת הרשב"א שהביא ב"י סי' זה סעיף ז' לא הזכיר אמור בעשיר רק אמוד סתם הלכך העיקר בדעת הרא"ש כהד"מ ולא כהסמ"ע ואיפכא קשיא לי על הד"מ במה דס"ל דהמרדכי ר"פ המפקיד בשם מהר"מ ורבו ופרק הכותב ובהגה' מיי' (הוא בתשוב' מיי' לספר משפטים סי' נ"ג ע"ש) חולקים על הרא"ש דהמעיין בדבריהם שם יראה להדיא דקאי אש"ס ולדינא דש"ס פשיטא דאין נשבעין כלל כשטוען אין לי ואדרבא יש להוכיח מדברי המרדכי ר"פ המפקיד בשם מהר"ם להפך דמשמע שם דיליף ממתני' דנשבעין שאינם ברשותו דה"ה כשטוען אין לי שום דבר נשבעין אבל כשטוען אין לי מעות אלא שוה כסף אינו נשבע ומביא שם רבו הזקן ראיה לזה מש"ס פ' מי שהיה נשוי כו' ע"ש וא"כ קשיא על המרדכי בשם מהר"מ היאך אפשר דהיכא שטוען אין לי שום דבר ישבע מדינא דש"ס הא הגאונים דתקון הכי אלמא דמקמי תקנת הגאונים לא הוי דינא הכי א"ו תקנת הגאונים היה אפי' כשרוצה ליתן שוה כסף צריך לישבע ואפי' תרצה לדחוק זה בדוחק מכל מקום פשיטא דאין מוכרח מדברי המרדכי להפך ולומר דלתקנת הגאונים אין צריך לישבע דפשיטא דמרדכי קאי אש"ס וכן דברי המחבר שהם דברי הרמב"ם יש לפרש דמיירי התם לדינא דש"ס וברמב"ם משמע שם יותר כן שהם דבריו בר"פ א' ולא הזכיר שם עדיין כלום מתקנת הגאונים רק אח"כ בפ"ב הזכיר מתקנת הגאונים וכן יש לפרש דברי הטור והמחבר ושאר פוסקים שבכל הסימן זה דמיירי לדינא דש"ס (ובהכי ניחא מה שהניח בקושיא בספר ג"ת דף ז' ע"ב על מ"ש הב"י בסי' זה סעיף ז' וז"ל והרשב"א בתשו' יש לו קרקע כו' דה"ל לכתוב והרשב"א כתב בל' פלוגתא ולפמ"ש לק"מ מה שהקשה בספר ג"ת שם על הרשב"א וגם מ"ש עוד בספר ג"ת שם בריש שער ד' כ"ו ע"ג בשם הר"מ פ' המפקיד הכל אינו נכון וכמ"ש וק"ל) וגם הדין שכ' המחבר בריש הסי' שאפי' חזינן שיש לו מעות לא משביעי' ליה שהוא מהגמ"י פ"א ממלוה (דהיינו תשובת מיי' שם סי' נ"ג) ובהגמ"י שם קאי להדיא אדינא דש"ס ע"ש הלכך נלפע"ד כיון דאין חולק על הרא"ש והרשב"א יש להורות כותייהו ובפרט דמסתבר טעמי' דהרא"ש דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן כל אחד יבריח מטלטלים שלו ויסלק לב"ח שלו בקרקע וכן משמע פשט דברי המחבר לעיל סי' ס"א סעיף ג' ע"ש. ומצאתי בבעל העיטור סוף ד' ס"ג וז"ל בתשו' היכא דלא ידע אי אית ליה אלא ארעא אי אמיד הוא לאו כל כמיניה ואי לא אמיד לא משביעין ליה אלא חרם סתם דבתרי דינים לא דייני' ליה עכ"ל וכן כתב בעה"ת שער ד' בשם תשובה

לקמאי ומשמע לכאורה מדבריהם דמיירי לאחר תקנת הגאונים דאל"כ למה הוצרכו לומר דבתרי דיני לא דייני ליה תיפוק ליה דאפי' בחד דינא דהיינו שאין לו לשלם בשום דבר אין משביעין מדינא דש"ס וא"כ הם חולקין על הרשב"א והרא"ש אבל יש לדחות דהתם מיירי שטוען המלוה ברי שיש לו מעות ומדינא דש"ס הוי משביעין ליה וס"ל להנהו קמאי כיון שרוצה לסלקו בקרקע תרי דיני לא דייני' ליה א"נ ס"ל להנהו קמאי כהמרדכי ר"פ המפקיד בשם מהר"מ דכשטוען אין לי שום דבר חייב לישבע מדינא דש"ס והלכך כשרוצה לשלם בקרקע בתרי דיני לא דיינינן ליה אבל אה"נ דלבתר תקנת הגאונים משביעינן ליה אפי' רוצה לשלם בקרקע ואע"ג דבבעה"ת כתב שם קודם לכן בסמוך תקנת הגאונים מ"מ י"ל כיון שהתחיל אח"כ ענין בפני עצמו קאי לדינא דש"ס א"נ שאני בהך דהבעל העיטור ובעה"ת דמיירי שאינו אמוד כלל ואפי' תימא דפליגי מ"מ נראה עיקר כהרא"ש והרשב"א וכמ"ש ובפרט האידנא דנפיש רמאי טובא יש להחמיר להשביע דאל"כ כל א' יאמר אין לי מטלטלים ויתן קרקע כשעת היוקר כן נלפע"ד:

סעיף ו

אין שומעין לו כו'. עיין בש"ש פ"ק דב"ק סי' ך' שכ' דמיירי כשהגיע זמן היהודי' לפרוע להם וע"ש עוד חלוקי דינים בזה ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קפ"ד:

סימן קב

סעיף א

בא המלוה לגבות קרקע וע' ביש"ש פ"ק דב"ק וע' בר"ן וה' המגיד שדקדקו על הרמב"ם והרי"ף בזה וע' בספר המלחמות ריש ב"ק:

סעיף ב

דאין כופין אותו. ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"א פסק כהמחבר וע"ש (וע' בספרו שהאריך להכריע בין שתי הגירסות שמביא הטור):

סעיף ג

ומכרם צריך ליתן כו'. פי' מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"ב דהיינו דוקא כשמכר' אחר שהגיע הז"פ או אחר ל' יום בסתם הלואה וצ"ע דמדברי הגמרא והפוסקים משמע שאין חילוק:

סעיף ד

והתנה עמו כו'. כ"כ הטור ומשמע דאם לא נפסדה עידית נותן לו עידי' אבל אינו גובה מעידי עידית ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"ג השיג על הטור כיון דבניזקין גובה מעידי עידית ה"ה אם כ' לו סתם לגבות מן העידית גובה מעידי עידית וא"כ כי נפסד' עידי עידית גוב'

מעידית עכ"ד ודבריו תמוהין דהא בניזקין גופה אינו גובה מעידי עידית וכמ"ש הרא"ש והטור לקמן סי' תי"ט דיכול לדחותו לאיזה עידית שירצה (ובאמת מהרש"ל חולק נמי אהא דהטור והרא"ש וכמ"ש בשמו לקמן סי' תי"ט ס"ק ד') ועוד דשאני הכא כיון שהוא מכח תנאי ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה ודברי הטור הם ש"ס באיזהו נשך (דף ס"ו ע"ב) וכ"פ הרא"ש והרמזים שם ונראה שמהרש"ל נעלם ממנו הש"ס הנ"ל שהרי לא הזכירה שם כלל ודוחק לומר דבש"ס היינו משום דאמר ליה בפירוש מעידי עידית לא מגבינן לך כו' דלא משמע כן ע"ש ודוק:

סימן קג

סעיף א

אין שומעין לו. עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות שכירות סי' כ"ח ד' קי"א:

סעיף ב

ואם אין המלוה רוצה כו'. זה כ' המחבר ע"פ מ"ש בספרו בדק הבית על מ"ש הבעה"ת והטור דיכול המלוה לומר ללוה או מכור לי מהנשאר או פרע לי כו' וז"ל עיין בתשו' הרשב"א שבסוף סי' שקודם זה (בב"י שם) ודבריו דברי טעם וכמו שכתבתי שחכמי דורו נרא' שלא חלקו עליו ואפשר דלא פליג אהא דבעה"ת דהכא כשהמלוה אומר מכור לי מהנשאר התם כשאינו רוצה לקנות מהשאר עכ"ל. ובודאי כן הוא דהברירה ביד המלו' דהרי גם ר' ירוחם נתיב ו' ח"ג כ' כהך דהרשב"א ומביאו ב"י ס"ס י' ועוד דהא גם הה"מ פכ"א מה' מלוה כתב שכ"כ הרמב"ם והרשב"א בתשובותיה' והבאתיו לקמן סי' קט"ו וכאן כ' הבעה"ת בשם הרמב"ן בתשובה כהטור ומביאו ב"י ועוד דהא פשיטא דיכול המלוה לומר גוד או איגוד וכדלקמן סי' קע"א וכ"כ הנמוקי יוסף פ"ק דמציעא להדיא ומביאו ב"י לעיל ס"ס ק"ב א"כ כשאומר המלוה מכור לי מהנשאר או פרע לי היינו גוד או איגוד וכשאין המלו' רוצה לקנו' לעצמו ורוצ' למכור הכל היינו נמי בכלל גוד או איגוד דמה לי אם הוא קונ' אותו לעצמו או מוכר' לאחר שהרי הרשות בידו לקנותו ולחזור ולמכרו ועוד נ"ל דבעל התרומות והטור כאן מיירי שאין מוצאין מי שיקח לכך אומר המלו' מכור לי וכן הוא בבעל התרומות להדיא ומביאו ב"י אם אין מוצאין מי שיקח נ"ל שיכול המלוה לומר ללוה או מכור לי מהנשאר או פרע לי כו'. וזה ברור:

סעיף ג

הדין עמו. ואין הלוה יכול לומר נשתמש בו בשותפות זמן כנגד זמן לפי ערך דהרי כיון שהמלו' רוצה ליקח לעצמו או למכור הכל וליתן לזה מעותיו בעד הנשאר היינו גוד או איגוד וכמו שכתבתי בסמוך:

סעיף ד

או למשכנו. ובתשובת רשב"א ורבינו ירוח' איתא או משכירין. וכ' בד"מ דהיינו להשכיר' שיעלה בפעם אחד דמי החוב אבל אם לא יוכל להשכירו רק שנה אחת בדבר מועט אין ממתינים ללוה דא"כ ננעול דלת בפני לווין כו'. ויותר נ"ל דכאן מיירי שמשכירין אותן שיתן השוכר השכירו' מיד דאם לא כן כיון ששכירות אינ' משתלמת אלא לבסוף אינו בדין שימתין המלוה. ונרא' שלכך השמיט המחב' השכירו' משום דאינו שכיח ששוכרים לשלם מיד דסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ולכך מוכרים או ממשכנים:

סעיף ה

אם הי' הדבר בהפך כו' אינו יכול כו'. כ' הסמ"ע ס"ק ז' דהיינו כשרוצה דוקא מעות אבל אם נתן הברירה למלוה וא"ל או קחנו במעות או תן לי קרקע עד שיהי' בידי שיעור והמותר קרקע ישאר בידך על חובך וזה שנתת לי אמכרנו לאחר ואשלם לך קרקעך שנתת לי בזה כ' הטור דשומעין לו והוא מבעה"ת שער ג' ומסיק המחבר וכ' דאם טרף מלוקח שומעין ללוקח גם בכי הא דאין נותן למלוה הברירה ואין צ"ל דיש פלוגתא בין הטור לדברי המחבר ושהמחבר סבירא ליה כר' ירוחם דהמדקדק בדברי רבי' ירוחם משמע דמודה בכה"ג עכ"ל ואלו ראה דברי המחבר בספרו בדק הבית לא כ' כן דכ' שם כ' רבי' ירוחם בשם הרשב"א כו' עד דלוה וכתבתי דין זה בסי' שקודם זה ולפ"ז לעולם אין כופין למלו' לקנות יותר משעור חובו ואפי' אם תמצי לומר דבטורף מלוקח כופין כדברי בעל המאור מ"מ בלוה עצמו לא דיינינן הכי אלא כדברי הרשב"א עכ"ל בב"ה הרי להדיא דס"ל להמחבר דפליגי דלבעה"ת וטור יכול לכופו ולר' ירוחם ורשב"א א"י לכופו ופסק כר' ירוחם והרשב"א. וגם מ"ש הסמ"ע דהטור ובעה"ת מיירי כשהלו' נותן הברירי' למלוה וא"ל או קחנו במעות או תן לי קרקע עד שיהיה בידי שעור שדה והמותר קרקע ישאר בידך על חובך וזה שנתת לי אמכרנו לאחר ואשלם לך קרקע שנתת לי כו' לא נהירא לי דממ"נ אם כשימכור מהקרקע כשעור לא ישאר למלוה כשעור פשיטא שאין הלוה יכול לומר כן ואם גם אח"כ ישאר למלוה כשעור א"כ מה מלמדינו הטור והבעה"ת בזה ומה צריך הבעל התרומות להביא ראיה על זה מבעל המאור אפי' תינוקות של בית

רבן יודעים שיכול הלוה לסלק למלוה במעות בכל עת שירצה וא"כ פשיטא דיכול לומר כן (ואף הרמב"ן בס' המלחמות שהבאתי לקמן ס"ק שחולק על בעל המאור פשיטא דלא יחלוק ע"ז) כיון שמסלקו במעות דפשיט' דמשום שמסלקו קצת במעות וקצת בקרקע לא גרע כחו דמה שיוכל למכור ולסלקו במעות נותן לו מעות ומה שאינו יוכל למכור ולהשתדל מיד מעות נותן לו קרקע. אך לעיל בס"ק ד' כתבתי מטעם אחר דהרשב"א ורבי' ירוחם סוברים כהבעה"ת וטור עיין שם:

סעיף ו

אינו יכול לכוף כו' זה כ' המחבר ע"פ מ"ש בספרו ב"ה שהרשב"א בתשובה חולק על הבעה"ת וטור והבאתיו לעיל בס"ק ב' אבל לפע"ד אין דבריו נכונים דאדרבא המדקדק היטב בתשובת הרשב"א עצמה סי' אלף קמ"ג יראה דסובר כהבעה"ת והטור שהרי מאריך שם בכל התשובה וכ' דקרקע שאין בה שעור דבר מופסד הוא וא"י ליתנה לו בע"כ ומביא שם ראיות ע"ז מפ"ק דב"ב ומפרק בית כור ומהרי"ף ובעל המאור פ"ק דמציעא וכ' שם אח"כ ואותן עשרים זרתות מופסדת הן לו אלא נראה שכופין את הלוה ופורע לו מעות ואם אין לו ישכיר חלקו ויפרע לו וכמדומ' לי שזה פשוט וא"צ לראיה כו' עכ"ל אלמא שכל עיקר תשובתו היתה לאפוקי דלא נימא דקרקע אפי' כל שהוא ע"פ שומא דבר חשוב הוא וע"ז השיב דקרקע שאין בה שעור דבר מופסד הוא ואינו כלום וא"כ ה"ה הכא כשלא נשאר ללוה כשעור דבר מופסד הוא ואינו נחשב לכלום ואף שכ' הרשב"א שם דאין חוששין לפסידא דלוה היינו לענין שנוציא את הלוה מביתו בע"כ בשביל דבר מועט של זה אלא אמרי' כיון שאינו נותן לו כשעור הרי כאלו אינו נותן לו כלום ולכך צריך למכור או להשכיר ולשלם לזה משא"כ כאן שנותן למלוה כשעור וא"כ אינו בדין להפסיד ללוה הנשאר אלא צריך שיקחנו במעות (או להיות שותף עמו בכשעור וכמ"ש לקמן) דכשם שחוששים לפסידא דהמלוה כשאינו נותן כשעור ואמרי' דבר מופסד הוא לו כך חוששין לפסידא דלוה ג"כ כשלא נשאר ללוה כשעור:

ועוד קשה על דעת המחבר ממ"ש ה' המגיד פ' כ"א מהלכות מלוה בשם תשובת הרשב"א גבי ב"ח הטורף מלוקח ואין מגיע למלו' בחובו שעור הראוי דמוכרים ושוכרים הקרקע לזמן ונותנים לו מעותיו והבאתיו לקמן סי' קט"ו סעיף ב' ס"ק כ"ב א"כ לפי דברי המחבר יהיו דברי הרשב"א בתשובה סותרים זא"ז אלא ודאי כמ"ש וגם בלאו הכי לא מסתבר' לחלק בין לוה ללוקח דאם לא נחוש לפסיד' דלוה גם לפסידא דלוקח לא הי' לנו לחוש שקנה שעבודו דב"ח שהוא מוקדם אלא ודאי לעולם חוששים להפסדו של זה שלא ישאר לו כשעור. דבכל ענין אמרי' כל שאלו יחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו

מעלין אותו בדמים. וכן משמע בה' המ' שם שכתב ולמדו מכאן דהיכא שהחוב דבר מועט כו' משמע דר"ל שלמדו מכאן כי היכא דכאן חששו להפסדו של זה שלא נשאר לו כשעור ולא אמרי' קרקע כל שהוא דבר חשוב הוא ה"ה איפכא. הלכך העיקר כדברי הבעה"ת והטור ואף הרשב"א מודה להם כן נלפע"ד ברור ודלא כהמחבר:

מיהו פשיטא דכל זה מיירי שאין כאן מי שרוצה לקנות הקרקע וכן כתב הבעה"ת שם אם אין מוצאין מי שיקח כו' ונרא' דקאי גם אזה דאם אפשר למכרה או להשכינה מה שייך כאן לומר שיכוף למלוה שיקחנו במעותיו הלא ממשכני' או שוכרים ומוכרים הכל ופורעים למלוה ונותנים המותר ללוה וק"ל:

ועוד נרא' דמיירי שמלוה רוצה ליקח כל חלק ואינו רוצה להיות שותף עם הלוה ע"כ יוכל הלוה או הלוקח לכופו שיקחנו במעות כיון שאינו רוצה להניח להם כשעור ודבר מופסד הוא להם אבל אם המלוה אומר אניח משלי כדי שיהיה כשעור ונשתמש בו בשותפות זמן כנגד זמן א"צ ליקחנו במעות שהרי כיון שאין ללוקח או ללוה מעות ואין יכולים לומר גוד או איגוד הרי הם שותפים כדלקמן סי' קע"א כל זה נ"ל ברור ודוק:

סעיף ז

יכול לכופו כו' כ"כ הבעל המאור. ולקמן סי' קט"ו סעיף ב' ס"ק כ"ב הבאתי שהרמב"ן בס' המלחמות השיג עליו דאין הלוקח יכול לכופו ובסמ"ע נרשם כאן אדברי המחבר טור בסי' קט"ו ס"ז ואלו ראה דברי הרמב"ן הנ"ל לא כתב כן דהטור שם מיירי בשבח וכבר כתב הרמב"ן שם דבשבח שאני אלא ה"ל לרשום בעל המאור שהביא הבעה"ת ומביאו ב"י כאן בסי' זה ולענין הלכ' כתבתי לקמן סי' קט"ו דלק"מ מה שהשיג עליו הרמב"ן ושדברי בעל המאור נ"ל עיקר ע"ש:

העולה מזה אם החוב דבר מועט שלא יגיע למלוה בחובו חלק הראוי כשעור שיתבאר בסי' קע"א הרשות ביד המלוה להוציא את הלוה מביתו וליקח הכל לעצמו או למכור או להשכין הכל כדי שיפרע חובו מיד שהרי אומר לו גוד או איגוד דהיינו או פרע לי ויהיה לך כל הקרקע או אקח אני כשעור ואשלם לך מה שאקח ביותר מחובי ואם היה הדבר בהפך שלא נשאר ללוה כשעור ואפשר להשכין או למכור כל הקרקע עושין כן ופורעים למלוה ונותנים המותר ללוה ואם אי אפשר כגון שאין מי שרוצה לקנות יכול הלוה לומר או הנח שיתוף כשיעור ונשתמש בו בשותפות זמן או תן לי בעד הנשארת מעות. ואין חילוק בכל זה בין לוה עצמו ובין לוקח מן הלוה:

סעיף ח

אם ירד המלוה לנכסי לוה כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' י':

סעיף ט

ויש אומרים כו'. והעיקר כסברא הראשונה כדמוכח בש"ס פ' כל שעה (פסחים דף ל"א) ע"ש ודו"ק וע' בבעה"ת שער מ"ג ח"ב וכן הוא בתשו' הרשב"א סי' אלף קי"א מביאה ב"י לעיל ס"ס ק"א עי' בריב"ש סי' שצ"ו:

סעיף י

מסלקין אותו מאותו קרקע כו'. משמע שא"צ קנייה אחרת אלא סילוק בעלמא וכן כ' הנ"י פ"ק דמציעא גבי הא דמשני ר' זירא מתני' בשטרי חלטתא שכן נראה מדברי רמב"ם אלו ושכן פירש הרנב"ר:

סעיף יא

וי"א דלוקח כו'. והרב המגיד ובעה"ת ס"ל כהרמב"ם ומחבר ומביא' ב"י וכן דעת הרמב"ן בחידושיו ד' ל"ט סוף ע"א וכ' הריטב"א היכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד דגדל וידע לאקנויי וצ"ל דס"ל להריטב"א דכשהדרא צריך קניה אחרת ומפרש הא דקאמר בגמרא פ"ק דמציעא (דף טז ע"ב) איבעי ליה למקרעי לשטרא א"נ למכתב שטרא אחרינא כו' דהיינו לעשו' קנין סודר מחדש המלו' להלוה אי נמי לכתוב שטרא אחרינא לגמרי וכן כ' רמב"ן שהביא כ"מ פכ"ב ממלוה אבל לפי מה דס"ל לנ"י והר"ן דא"צ קניה אחרת אלא סלוק בעלמא הדרא ארעא מקטן מיד שרוצה לסלקו נ"ל ודוק. ואולי לזה כיוון בד"מ שאחר דברי הריטב"א כ' וז"ל וע' בנ"י ספ"ב דמציעא אם חוזרת השומא אם צריך לכתוב לו השטר או אם מספיק שיחזיר לו השטר וע"ש עיין בתשובת ר' שלמה כהן ס"ב סי' פ"א:

סעיף יב

נשבע ונוטל. כתוב בסמ"ע פי' נשבע כמה הוציא ונוטל דמי הוצאתו וגם חלק בשבח היתר על ההוצאה כו' עכ"ל ואינו נכון דמה ענין חלק בשבח לכאן וכי שותף הוא אלא נוטל בשבח כשאר שתלי העיר כמו יורד ברשות לקמן סי' שע"ה בסמ"ע ס"ק ז' ע"ש:

סעיף יג

אינו נותן לו כו'. וכ"פ הב"ח ועי' בבדק הבית עיין בסמ"ע ס"ק י"ז עד דאילו נשבח קרקע מאליה כגון ארעא ומסקא שרטון וכו' ולי נראה דבארעא ומסקא שרטון ודיקלא ואלים נמי הוי כרבית והכי איתא להדיא בהרא"ש פ"ק דמציעא גבי המוכר שדה ונמצאת שאינה שלו ע"ש. ועוד תימה על הסמ"ע דלדבריו בשבח היתר על הוצאה כיון דניכר השבח ה"ל ליתן למלוה כל השבח במכ"ש דדיקלא ואלים אלא ודאי כמ"ש ודוק כי זה ברור עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קנ"ז:

סעיף יד

והשביחה לא הדרא כלל כו' משמע אפי' רוצה לשלם לו כל השבח אפי' יתר על ההוצאה וכן פי' בסמ"ע ס"ק י"ח. ולפע"ד נראה דגם הרא"ש ס"ל דבכה"ג הדרא ולא קאמר דלא הדרא אלא כשלא ירצה לשלם כל השבח דומיא דנתייקרה דהדרא כשרוצה לשלם לו כפי היוקר וכמו שכתבתי דאם לא כן יקשה מנא ליה להרא"ש האי סברא דבהשביחה לא הדרא כלל [ואין לומר כיון דלא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב לא הדרה כשהשביחה דהא דינא דבר מיצרא נמי אינו אלא משום ועשית הישר והטוב והדרא אפי' כשהשביחה וכמו שכתב הטור לקמן סי' קע"ה בשם גאון וכ"כ המחבר שם סעיף ו'] דהא אין טעם כלל לזה וכי בשביל שהשביחה לא תחזור ועוד דא"כ נפל דין שומא הדרא בבירא דכל מלוה ישביח כל שהוא להפקיע דין שומא הדרא וכן משמע מדכלל הרא"ש בפשיטות השביח ונתייקרה בהדי הדדי משמע דמטעמא דנתייקר' לא הדר' וכמ"ש דלא מיסתבר כלל שיצפה הלוה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעו' ה"נ לא מסתבר' אם ישביחם המלוה ומה"ט השביחה לא הדרא והיינו כשאינו רוצה לשלם לו כל השבח. ועוד דאל"כ ה"ל להרא"ש לפרושי דבהשביחה לא הדרא כלל ועוד למה פתח הרא"ש בתרתי השביחה ונתייקרה ולא סיים רק בחדא בנתייקרה אלא ודאי כמ"ש הלכך כשפי' דבנתייקרה צריך ליתן לו כפי היוקר מטעם דלא מסתבר שיצפה כו' א"כ מכ"ש בהשביחה ודוק. וגם נ"ל שכן דעת הטור שכתב וא"א הרא"ש ז"ל כתב שאם השביח המלוה אינה חוזרת כלל אפי' אם ירצה הלוה ליתן לו הוצאה שהוציא עליה כו' משמע דוקא כשלא ירצה ליתן לו רק ההוצאה אבל כשירצה לשלם לו כל השבח הדרא ופליג אבעה"ת דס"ל דא"צ לשלם לו כל השבח רק יש לו דין יורד ברשות דלקמן סי' קע"ח ושע"ה ומ"ש הט"ו ואם נתייקרה חוזרת לו אם ירצה ליקחנה כפי היוקר לא בא אלא לומר לאפוקי מבעה"ת דס"ל דצריך להחזירה לו כפי הזול דאל"כ הוי כרבית ולהרא"ש חוזרות כפי היוקר אבל אה"נ דגם בשבח צריך להחזיר' לו כשמשלם לו כל השבח גם להרא"ש. ואף שברמזים לא משמע לכאורה כן מ"מ נ"ל דעת הטור כן ועוד דאל"כ מנ"ל להטור דלהרא"ש צריך להחזירה לו כפי היוקר א"ו ס"ל לטור דזה אין סברא כשמשלם לו כל מה ששוה עכשיו שלא יחזירה לו א"כ גם בשבח הדין כן (וע' בתשוב' ר"ש כהן ספר שני סי' פ"א) ואף אם ת"ל דהט"ו ר"ל דאפי' אם ירצה לשלם לו כל השבח לא הדרא והיינו כמ"ש בסמ"ע טעמא דקנאה בשינוי א"כ בע"כ דפליג נמי אירישא דאם המלוה סתר ובנה ולא השביח הקרקע כו' דלא הדרא דמה לי השביח וירצה לשלם לו השבח

או לא השביח ואינו משלם. וא"כ קשה על מור"ם בהג"ה דסתם בלא השביח כהמחבר וכאן הביא דברי הי"א וצ"ל דגם אלעיל קאי מור"ם ודוחק וצ"ע:

סעיף טו

מרצונו בלא ב"ד. עפ"ר שם כתבתי דב"י הוכיח מל' רש"י דכל היכי דאטרוחי להביאו לב"ד אף ע"ג דמיד נתרצה ליתן לו קרקע בחובו שומא מיקרי והדרא ע"ש עכ"ל סמ"ע ולפענ"ד איפכא מדברי רש"י דכל שלא שמוה ב"ד בע"כ של לוה אע"פ שעמד בדין לפניהם לא הוי אטרוחי בי דינא ולא הדרא וכה"ג קי"ל בפ' הגוזל עצים כרבא דאע"ג שהטריחו לבא לב"ד בשביל השבועה אם שלם לו אח"כ מעצמו זכה בכפל וכמ"ש הטור לקמן סי' רצ"ה וכן מאי דקאמר רבא בפ' המפקיד התם לא אטרחיה לבי דינא היינו אפי' עמד בדין כיון שמשלם אח"כ מרצונו לא קרי טרח' דבי דינא רק כשהכריחוהו ב"ד וכמ"ש התוס' והרא"ש שם והמרדכי ע"ש עיין בתשו' ר"ש כהן השייכים לספר ב' סי' כ"ד:

סעיף טז

או ששמוה לב"ח משמע דר"ל ששמה הב"ח לב"ח מדעתו וכמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"א וכן נרא' שמפרש הרמב"ם הש"ס אגבייה איהו בחובו כו' והוא פי' נכון אבל רש"י ונ"י והט"ו ור"י מפרשים כמ"ש הרב בסמוך סעיף ט' ונרא' דלענין דינא לא פליגי וזיל בתר טעמא ודוק:

סעיף יז

והורישה אינה חוזרת תימא דבא"ע סי' צ"א סעיף ג' כתב המחבר גופיה כלשון הטור דהוא בשטת הרא"ש דס"ל דירושה ממילא חוזרת וצ"ע ולענין דינא נראה כמו שפסק כאן וכמ"ש לקמן:

סעיף יח

שמו קרקע לאשה כו'. כתב מהרש"ל בתשובה סי' נ' דהיינו דוקא בחובו אבל שמו לה בכתובתה לא הדרא (ומביאו הב"ח ועיקר ראייתו מפ' אלמנה ניזונית דף צ"ח ע"א) דקאמר התם אברייתא דקתני אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דטעמא משום דאמרינן לה מאן שם לך ותיפוק ליה משום דשומא הדרא והרב רמ"א בתשו' חולק שם עליו והוא ג"כ בתשו' רמ"א סי' ח' ומוקי להך דאלמנה ניזונית בהשביחה או נתייקרה ומהרש"ל שם כתב דדוחק לאוקמי סתם תלמודא בהשביחה או נתייקרה והביא ראיה מתרומת הדשן סי' של"ט דבנה יסוד על זה וכתב דדוחק לאוקמי הא דקאמר סתמא דש"ס דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם כו' דהיינו בהשביח' או נתייקרה וא"כ ה"ה

הכא והרב רמ"א שם משמע דס"ל דאין זה דוחק ומצאתי בהרא"ש פ"ב דכתובות גבי תרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מאריה כו' כתב דמפרש לה נמי לפי פשוטה בנתייקר' ע"ש ובמרדכי פ' הכותב הביא דברי ראבי"ה והא דאמרי' מאן שם לך והשומא בטל כדאיתא התם ונ"מ אם נתייקר' כו' ומ"מ לפע"ד א"צ לכל זה דהא באלמנה נזונית אמרינן לא עשתה ולא כלום היינו דהשומא מעיקרא ליתא ונ"מ טובא בין אי השומא מעיקרא ליתא ובין שומא הדרא כגון במטלטלין דל"ש שומא הדרא ושייך לו' לא עשתה ולא כלום משום דמאן שם לך ואע"ג דמשמע התם בגמ' דבקרקע מיירי דקאמר התם לעולם דאכריז ומטלטלי' א"צ הכרזה מ"מ נ"מ במה שהשומא מעיקרא ליתא גם לענין מטלטלים עוד יש נ"מ דאפי' הפירות שנטלה מן הקרקע משע' ששמה לעצמה צריכה להחזיר כיון שהשום' מעיקרא ליתא ואי משום שומא הדרא אינה צריכה להחזיר למפרע רק דהדרא מהשתא ועוד נ"מ דאי משום שומא הדרא היו היתומים צריכים לשלם לה מעות לפדות הקרקע אבל עכשיו שהשומא לאו כלום הי' נותנים להאלמנה קרקע אחרת איזו קרקע שירצו ועוד נ"מ אי זבנה או אורת' דשומא לא הדרא ועכשיו דלא עשתה ולא כלום המכירה והירושה שלא כדין היה והדרא ועוד נ"מ טובי אבל אה"נ דאפי' שמה לה בכתובת' הדרא וכן עיקר:

סעיף יט

בעל בנכסי אשתו כלוקח הוא. כתב בסמ"ע מיירי דוקא כשלא מתה כו' ר"ל דבש"ס דהוצרך טעמא דבעל לוקח הוי ע"כ מיירי דוקא כשלא מתה האשה דאם מתה אפי' הוי יורש לא הוי מהדר להרמב"ם אבל פשיטא דגם להרמב"ם אפי' מתה הדין כן דלא מהדר ולא מהדרי' לי' ודוק:

שם אבל בחייה ה"ל כירושה דמחיים כו'. לא ידענ' מי הזקיקו לזה וגם אינו נכון ודוק:

ע"ש דאפי' לא כתבו הנכסים בנכסי צ"ב כו' כ"כ רש"י והוא מוכח בש"ס במאי דקאמר התם דאמר ר' יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכר' בנכסי מלוג כו' ע"ש ואפי' להי"א שכ' מור"ם דוקא כשמתה היינו דוקא בנכסי מלוג אבל בנכסי צ"ב פשיטא דלכ"ע אף בחייה לוקח הוי כיון שחייב באחריותן וכמו שנתבאר בא"ע סי' פ"ה וכ"כ בסמ"ע לקמן ס"ס קי"ב ודלא כדמשמע בע"ש כאן דאף בנכסי צ"ב פליגי הי"א ע"ש:

עוד שם אבל הכא אי עבדי לי' ליורש כו' הוי פסידא כו' אמת שתוס' כתבו שם כן וז"ל ואף ע"פ דבפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ט ע"ב) מסיק דטבא ליה עבדי לי' או יורש או לוקח הא אמרי' התם בר היכא דאיכא פסידא דמלוה עכ"ל אבל אין זה נראה בעיני ואע"פ שאין אני כדאי לחלוק על דברי התוס' מ"מ אומר אני מה שהורוני מן השמים דלא

אמרי' התם בפרק יש נוחלין אלא היכא דאיכא פסידא לאחרינא לא שוויה לוקח אלא הניחוהו להיות יורש כדין תורה אבל לומר במקום פסידא להיות לוקח ולא יורש לעקור דברי תורה דהא קי"ל הבעל יורש את אשתו דבר תורה זה לא יתכן והא ראי' דהא גבי יובל אמרינן התם דהוי כיורש משום פסידא דידיה ואין מחזיר ירושת אשתו ביובל אע"ג דהוי פסידא למוכרים דאי הוי כלוקח הוי מחזיר להם ביובל א"ו משום פסידא דידהו לא עקרו דברי תורה דהוי כיורש ואע"פ דיש לישב ולומר דהכא כיון דשומא לא הדרא אלא מדרבנן עקרו דברי תורה ועשאוהו כלוקח דהם אמרו והם אמרו מ"מ אין נ"ל כן ועוד דא"כ מנ"ל לתלמודא למימר הכי בפשיטות בעל בנכסי אשתו לוקח הוי דאמר ר' יוסי ב"ח כו' דילמא הכא הוי כיורש כמו בעלמא דהא הא דרבי יוסי ב"ח נמי לאו בכל דוכתי אלא באשה שמכר' דלקוחות אינהו דאפסיד אנפשייהו דלא איבעי להו למיזבן מאיתתא דיתבא תותי גברא וכדאיתא בפ' יש נוחלין שם והעיקר נ"ל כמ"ש בהגהת מרדכי פרק המפקיד דשאני הכא כיון ששמו ממנו קודם שנשאת אלא שעדיין צריך תיקון ור"ל וכיון ששמו ממנה קודם שנשאת א"כ לא זכתה היא גופה בקרקע זו קודם מיתה בעוד שהיתה תחת הבעל. וא"כ אפי' לאחר מיתה הוי ראוי וגם הוי כמלוה ואין הבעל יורש מלוה ולא ראוי אלא מוחזק כמו שנתבאר בא"ע ריש סי' צ' וא"כ אפי' הוי בעל יורש לא הוי מהדרינן לי הכא וא"כ הא דנקט תלמודא בעל בנכסי אשתו לוקח הוי לא איצטריך אלא משום לא מהדר והפך ממ"ש התוס' דמשום לא מהדר' לי' איצטריך ולא משום לא מהדר כו' אבל אי הוי יורש הוי מהדר וכמ"ש הרא"ש דירושה ממילא חוזרת וזבנה או אורת' דלעיל היינו שהורישו' מחיים מיהו לפענ"ד לישנא דתלמודא דזבנה או אורתא לא משמע הכי וגם בכמה דוכתי אמרינן בש"ס אורתא והיינו אפי' ממילא לכך נ"ל כדעת התוס' והרמב"ם פרק כ"ב מהלכות מלוה וסמ"ג עשין צ"ד סוף דף קע"ח ושאר פוסקים דאפי' ירושה ממילא אינה חוזרת וכן מוכח דעת הרב המגיד ודלא כמו שכתב נימוקי יוסף לדעת הרמב"ם ע"ש ושאני בעל אי הוי אמרינן דהוי כיורש הוי מהדר דל"ש ביה אדעתא דארעא נחית כיון דהיה לו חלק ג"כ בפירות מחיים. עוד נ"ל דהכי פירושו דש"ששמו לה לאשה ואינסבא או שמו מינה דאשה ואינסבא ומתה בעל בנכסי אשתו לוקח הוי כו' דכד דייקת למה לא קאמר תלמודא נמי ברישא ומתה ואע"פ שי"ל דארישא נמי קאי מ"מ נראה דדוק' קאמר בסיפא ומתה דאי בחייה מהדרי לי' דלא הוי כלוקח לפסידא דידיה וברישא דוקא לא מתה דאי מתה אפי' יורש לא מהדר דאפי' ירושה ממילא אינה חוזרת אבל כשלא מתה אם כן חשבינן ליה כלוקח ולא מהדר ואי לא הוי כלוקח היתה האשה צריכה להחזיר ומייתי מדרבי יוסי בר חנינא דלוקח הוי אפי' מחיים מדמוציא

מיד הלקוחות אלמא דהוי כלוקח ראשון והלכך לא מהדר וכן פירש הרב המגיד הסוגיא דמיירי בחייה אלא שפירש גם הסיפא בחייה וצ"ל שלא היה גורס בגמרא ומתה אלא כמו שהוא בריי"ף ולפענ"ד עיקר כמו שכתבתי וגם נראה דרש"י והרא"ש והט"ו דפירשו במתה פליגי אהרב המגיד בזה וסבירא להו דבחייה מהדרינן לה דלא הוי לוקח לפסידא דידיה אבל היכא דשמו לה לאשה מודים דאפי' בחייה לא מהדר וכמ"ש למעלה ודוק:

סעיף כ

וי"א דוקא כשמתה כו'. והב"ח כתב כאן ובא"ע ס"ס צ"א דגם להרא"ש והטור לאו דוקא כשמתה ע"ש וכן נ"ל עיקר דהא הרא"ש והטור ס"ל בא"ע סימן צ' ס"ט דאפילו גוף הקרקע מוציא הבעל מיד הלקוחות אפי' בנכסי מלוג אפי' בחייה והביא הרב בהגה' שם ס"ט דעתם וכן דעת הרשב"א והר"ן בפרק נערה שנתפתתה ובא"ע שם כתבתי די"ל שגם הרמב"ם סובר כן ודלא כטור ושאר אחרונים ע"ש ואע"ג דבחייה לית לי' אלא פירי וקי"ל קנין הפירות לאו כקנין הגוף דמי מ"מ כיון דלבתר תקנת אושא הבעל מוציא מיד הלקוחות אלמא דכשמת' הוי לוקח למפרע משעת נשואין וה"ל כקונה הגוף מחיים וכן משמע בהחובל (סוף דף פ"ח) ע"ש ובזה נרא' לפע"ד לישב מה שהקשו התוס' ס"פ יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ט) ריש ע"ב על רשב"ם ע"ש ודוק אבל היכא דשמו מינה דאשה ואינסב' נ"ל דלהרא"ש וטור דוקא מתה אבל בחייה מהדרי' לה דלא שוויה כלוקח לריעות' וכמו שכתב לקמן וא"כ הנכסים שלה ומהדרי' לה אבל מתה דלא הוי יורש דהוי כראוי וכמלוה שאין הבעל יורש ראוי או מלוה והלכך לא מהדרינן לה וכמ"ש לקמן ודוק:

סימן קד

סעיף א

מי שיש עליו ב"ח כו'. עיין בתשו' ן' לב ספר ב' סי' נ"ה ועיין בתשובת מהרי"ט סימן קכ"ד ובתשובת מהרשד"ם סימן קמ"ה ור"ס:

סעיף ב

אא"כ גבה ב"ח מאוחר. עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סי' ד':

סעיף ג

ואם מכרן לעכו"ם ע"ל סימן ק"ז ס"ד וצ"ע:

סעיף ד

שאינו יכול כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סימן קכ"ח ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' ר"ט:

סעיף ה
לא בטלו זכיותיו. עיין בתשובת מהרשד"ם סימן רפ"ה:

סעיף ו
אין בהם דין קדימה וע' בב"ח מ"ש בשם הגהת מיי' והב"ח פסק כדעת תשוב' מיי' דאם ידוע שיש עליו ב"ח אחרים מניח חלקו עד שיבוא ודלא כב"י שפסק שמגבים לאותם שלפנינו כו' ע"ש. וז"ל תשובת רמב"ן סי' פ"ב שהביא ב"י בטא"ע סי' ק"ב אם שמעו בו שמת אפי' במ"ה ימכרו הב"ד הקרקע לכתובה משום חשש ב"ח מוקדמים שלא כדעת הראשונים עכ"ל ותשובה זו צ"ע ונ"ל דט"ס יש בה ופירושה כמ"ש הר"ב בהגה"ה ס"א ע"ש הרשב"א וק"ל:

סעיף ז
לענין שאם קדם כו'. עיין בסמ"ע סק"ט עד ויחלוקו כו' ואין זה הוכחה דודאי מה שקנה אח"כ שעבוד שניהם שוה בה כמו במטלטלים אג"ק בסעיף ה' וה"ה מעות הלוה שחייב בעד אלו השטרות הוי כמו דאקני ויד שניהם שוה בה ומשום הכי יחלוקו עיין בתשובת מ"ע סימן פ"ז אם יש בחזקות דין קדימה ובתשו' מבי"ט ח"א ס"ס קי"ד:

סעיף ח
מיהו אם תפס שטרות כו'. ואם נתן לו הלוה כתיבה ומסירה עיין בתשו' רשב"א שמביא ב"י ודו"ק והיא בסימן תתקי"ד:

סעיף ט
לא הוי כתפס הממון משום דאין זה מיקרי קדם וגבה וכו' וגם אם ירצה למחול החוב מצי מחיל עכ"ל סמ"ע ואי זה מדוקדק דהא בכה"ג אין יכול למחול כדלעיל סי' פ"ו דמשתעבד מדרבי נתן:

סעיף י
לא מיקרי גבי' כו' וה"ה תפס מעצמו בלא ב"ד אלא בשומא מקרי גביה ע' בב"י וב"ח ובתשו' רשד"ם סימן קמ"ה האריך שם בדין זה ולכאורה נראה דאף בלא שומא מיקרי גבייה ול"ד לחנות הנ"ל דאין המטלטלים עדיין ברשותו וכן משמע מל' הטור והרא"ש וכן משמע ממ"ש הרא"ש בפרק הכותב ונראי' דברי ר"י במקרקעי אבל לא במטלטלים ומביא ראיה מפירות תלושים ע"ש וכן משמע בר"ן פ' הכותב שמביא ב"י בתחילת סימן זה

סעיף יא

אא"כ שמו. שכל שלא שמו לא סמכא דעתיה עכ"ל סמ"ע ולעד"נ דשמין לאו דוקא ומסתמא הב"ד שמו והוא הדין לא שמו ונתנו לו וגם בב"ח סעיף ה' וסעיף י' כתב דאם נתנו לו הב"ד בלא שומא לאו כלום הוא ואין נ"ל ודוק עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ד ובסי' קכ"ח:

סעיף יב

שעבד לו כו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ר"י ובתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח ובתשובת מהרשד"ם סי' ק"ב וק"ל:

סעיף יג

דוקא כשהיו בידו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ט עד וכבר כתבתי דאם קנה ביני ביני אחר שלוה מן הראשון וקודם שלוה מן השני ולא כתב לראשון דאקני אז השני זכה לגבות ממנו לבדו ובספר גידולי תרומה שער מ"ג ריש דף קצ"ו כתב דזכה הראשון לבד לסברת הרשב"א ורב האי דלקמן סעיף י"ג ולא נהירא לי גם דברי הסמ"ע אין נ"ל אלא נ"ל דיחלוקו ודו"ק וע"ל סקי"ד ועיין תשובת מהרשד"ם סי' ר"י:

סעיף יד

וכל הקודם וגבה זכה. כ' ב"י דמשמע מדברי פוסקים אפי' שגבה שלא בב"ד ודלא כמ"ש נ"י פרק מי שמת בשם קצת מפרשים דאי תפס טפי מפלגא מפקינן מיניה. ולפענ"ד דינו של הנ"י אמת גבי תפיסה דהיינו כשתפס שלא מדעת הלוה או המוכר וכל הפוסקים אפי' אותן החולקים על ה"ר יונה מודים בזה דלשון מה שגבה גבה משמע או שהגבהו ב"ד או שהגבהו הלוה עצמו אבל כשתפס מעצמו לא והכי קי"ל בכל דוכתא דתפיסה ל"מ בקרקע וכמו שכתבתי בספרי תקפו כהן סי' נ"ח וסי' צ"ו ותדע דאל"כ היאך יתרצו הפוסקים הא דאמרי' בש"ס ס"פ מי שמת דבע"ח גובה חצי השבח מלוקח משום דהוי כלוה ולוה וקנה ונתבאר לק' ר"ס קט"ו וראיה זו הביא הרא"ש פ' הכותב בשם ר' יונה והיא ראיה ברורה א"ו הם מפרשים דשאני התם שהלוקח מוחזק בשבח שלא ע"פ ב"ד ולא ע"פ המוכר שהרי המוכר לא שם ליה השבח ה"ל כתפיסה דלא מהני כן נ"ל ודו"ק. שוב מצאתי בתשו' ן' לב ספר א' דף מ"ט ע"א שגם הוא כתב שסברת רוב הפוסקים היא דלא כנ"י ולא שת לבו למ"ש: גם לא הביא כלל דברי הרא"ש בפרק הכותב הנ"ל ונראה שלא ראה דברי הרא"ש בזה גם בלא"ה הרי הר' יונה והרא"ש חולקים ונראה דאישתמיטתיה לן' לב דבריהם שהרי לא הביאם כלל שם ע"ש:

סעיף טו

לוה וכתב לו כו'. הוא לשון הרמב"ם וכתב הרב בספר ב"ה ובכ"מ וז"ל ולכאורה משמע מפשט לשון הרמב"ם שאם לוה וכ' לו דאקני וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקני ואח"כ קנה נכסים יחלוקו אבל מדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי ב"ח גובה את השבח משמע דבהא נמי לקמא משתעבד ולא לבתרא שכ' ופעמים נוטל כו' כגון שכ' למלוה דאקני ולא כתב ללוקח דאקני וכ"כ בספר התרומות שער מ' (נ"ל שצ"ל שער מ"ג) ואין לומר שהרמב"ם חולק בדבר דא"כ לא הוי שביק בעה"ת מלהביא דעת הרמב"ם כמנהגו הילכך צ"ל דסבר בעה"ת דהרמב"ם חדא מינייהו נקט וה"ה לאידך ואע"ג שבספר צרור הכסף כ' והיכא שכתב לראשון דאקני ולשני לא כת' דאקני וקנה אחר שתי ההלואו' גם בזה השעבוד לשניהם כשנמצא בידו אבל כשמכר הקרקע לאחרים לשני אינו משועבד כי יאמרו הלקוחות כשלו' ממך לא נשתעבד לך זה הקרקע ואל תאמר הואיל וכתב לראשון דאקנה דיגבה קודם אע"פ שהם ביד הלוה דהואיל ואחר שתי ההלואות קנה ונמצא בידו לשניהם משתעבד וכ"כ הרמב"ם דבכתב לראשון דאקנ' קנה ואח"כ לוה ראשון גובה קודם משמע דוקא בכי הא הא כשקנה אחר הלואות שניהם שוין עכ"ל נ"ל דכיון דהרא"ש ובעה"ת מסכימין לדעה אחת והרמב"ם אפשר דלא פליג עלייהו הכי נקטינן עכ"ל ב"ה ואחריו נמשך הב"ח ולפע"ד דברי צרור הכסף עיקר דמסתבר כיון שלא יצא עדיין השדה מרשותו ובאו לגבות ממנו נשתעבד לשניהם בשוה. ומה שהקשו הב"ה והב"ח מהא דלפעמים נוטל כל השבח כשב' למלוה דאקנה נלפע"ד דלק"מ דהתם השבח שביד הלוקח אינו ביד המוכר אלא אצל הלוקח ונהי דהשתא מוכרח הלוקח ליתנו לב"ח מ"מ ה"ל כאלו באו שניהם לטרוף את השבח מעלמא. וראי' ברורה לדברי מדברי ר"י נתיב ששי חלק ח' שכ' שם וז"ל לוה ולוה משני בני אדם זה אחר זה ואח"כ קנה שניהם שוים לגבות ואין להם דין קדימה זה על זה ואם לראשון כתב דאקני ולשני לא כ' דאקנה וקנה ומכר אין שני גובה מן הלקוחות אבל נמצא ביד לוה גובה כמו ראשון עכ"ל. ולעיל מיני' שם כ' וז"ל המוכר שדה לחבירו והשביח' ובא ב"ח וטרף נוטל חצי השבח דהו"ל כמו לוה ולוה וקנה דקי"ל יחלוקו דכל שעבוד הב"ח ולוקח כאחד על השבח ולפעמים נוטל הב"ח כל השבח כגון שכ' למלוה דאקנ' ולא כתב ללוקח דאקני עכ"ל הרי מוכח להדיא מדבריו כמ"ש ואע"פ שראיתי בתשובת מהו' יוסף ן' לב ספר ראשון כלל י"ב סי' ס"ח שכתב שצ"ע לישב ולהבין דברי ר' ירוחם במה שכ' דאם נמצאו ביד הלוה חולקין דנרא' לכאורה דבריו סותרים זו לזו דהרי כתב שם דלפעמים נוטל כל השבח ב"ח כגון שכתב למלוה דאקני וגם הרא"ש בפ"ק דמציעא כ"כ כו' עכ"ל ולפענ"ד אין דבריו סותרין

זו לזו וכמ"ש ושוב מצאתי עוד בתשו' מהר"י ן' לב בספר ראשון כלל שלישי דף י"ח שתמה ג"כ אהא דשבח וכתב שדבריו סותרים למ"ש הרא"ש והוא עצמו דלפעמים נוטל הב"ח שבח כולו ותמיה גדולה היא ולא מצאתי דרך להמלט ממנה אלא כשנאמר דאותו השבח שהוא ברשות הלוקח חשיב כאלו קנה ומכר וגם זה אינו נראה ולא ברירא לי טעמא לחלק בין שקנה ומכר להיכא דנמצאו בידו וצ"ע עכ"ל ולפע"ד אין כאן תמיה כלל ודברי ר"י נראין דה"ל אותו השבח כאלו קנה ומכר דהא הרא"ש גופא כ' כן להדיא פ"ק דמציעא וז"ל ושבח שהשביח הלוקח כאלו קנאו מוכר ומכרו ללוקח וחל שיעבוד המלו' ולוקח כאחד כו' עכ"ל וכ"כ הטור לקמן ר"ס קט"ו ואע"ג דכתב הרא"ש בפ' הכותב בשם ה"ר יונה דלא אמרי' ב"ח מאוחר שקדם וגבה גבה אלא כשנגבה בב"ד (ועיין בספר מעד"מ פ"ק דמציעא) ומביא ראיה מהא דטורף הבע"ח השבח מן הלוקח היינו משום דכיון דלא הגבהו לו ב"ד לא מיקרי גבייה אבל מ"מ הוי כמו שמכר לו המוכר הגע עצמך הרי שבא המוכר לגבות השבח מן הלוקח אפי' שיתן לו מעות בעדו מה ששוה השבח מי מצי המוכר לגבותו הרי פשיטא כל זמן שאין כאן ב"ח יכול הלוקח לומר כבר מכרת לי הקרקע והשבח א"כ זה השבח הוי כקנה ומכר וזה ברור (ועוד מצאתי ראי' לדברי בנ"י פ"ק דמציע' שכתב בפיסקא המתחלת אמר שמואל בע"ח גובה את השבח כו' וז"ל והא דאמרינן דמה שגובה הב"ח שבח משום דכ' לי' דאקנה טעמא דמילתא לפי שאנו רואין שבח זה כאלו קנאו מוכר מן הלוקח ומכרו ללוקח אבל אלו היינו רואין אותו כאלו היו ברשותו של מוכר ב"ח הי' גובה חציו אפי' לא כתב לו לוה דאקני כו' ע"ש) וגם מ"ש בכ"מ ובב"ה שם בשם בעה"ת לא מצאתי בבעה"ת שם ואפי' יהיה שם כן מבואר כמ"ש הרא"ש אין מדבריו סתיר' לדברי צרור הכסף וכמ"ש לבד זה מצאתי בבעה"ת שער מ"ג ח"ד וז"ל אם אחר שלוה משניהם קנה קרקע אם כ' לראשון אגב ודאקני ולא כתב לשני כלום הראשון גובה שהרי לו נשתעבדו או מזמן ראשון או מזמן קנייה ולשני לא נשתעבדו כלל דכל מאן דלא כ' לי' אגב ואקני לא טרף כלל אפי' להיות שוה למלוה מאוחר לקניי' וכ"ש דלא מפיק משעבודא דראשון עכ"ל ונרא' שלזה כוון הרב בב"ה וכ"מ. אבל לפע"ד גם מדברי בעה"ת אלו אין ראיה דמירי כשקנ' ומכר והיינו דקאמר דכל זמן כו' לא טריף כלל כו' ואי גבי לוה לא שייך לישנא דטריף א"ו לטרוף מלקוחות קאמר וה"ק דכל מאן דלא כתב אגב ואקני לא טריף כלל מלקוחות אפי' למלוה מאוחר שלו אלא המלו' מאוחר שלו דכתב לי' דאקני טורף ואיהו לא טרף וכ"ש הכא דלא מפיק הלוה השני החצי מלקוחות משעבודא דראשון. גם מ"ש ר' יוסף ן' לב לא ברירא לי טעמא לחלק בין שקנה ומכר להיכא שנמצאו בידו לאו מילתא היא דטעם נכון יש לחלק בדבר

דבשלמא כיון שנמצאו בידו עדיין של הלוה הם דהא אין לו עליהם רק שעבוד וכיון דמיד בשעת קנייה נשתעבדו לשניהם דמיני' ואפי' מגלימיה דעל כתיפי' א"כ עדיין לא יצאו מרשותו וכשבאו שניהם לגבות חולקין אבל כשמכר א"כ זה שכ' לו דאקני יכול להוציא מלקוחות כיון שקנו שעבוד שלו אבל זה שלא כ' לו דאקני א"י להוציא מידו כיון שקנו השדה בקנין גמור ויצאו מרשות הנותן וכן עיקר ולפ"ז נראה דכ"ש אם לא כ' לראשון דאקנ' וכתב לשני דאקנה וקנה אחר שתי הלואות דחולקים בנכסים שנמצאו בידו ולא אמרי' דהשני גובה לבד. ואפשר דגם החולקים לעיל מודים כאן דהראשון מוקדם אבל לטרוף מלקוחות השני טורף ולא הראשון וכ"כ בסמוך לדעת בעה"ת ועוד נראה דאם לא כ' לראשון דאקנ' וקנה שדה ואח"כ לוה משני דכתב בסמ"ע ס"ק ט"ו וס"ק י"ט שהשני גובה ולא הראשון ובספר גידולי תרימה שער מ"ג ח"ד ריש דף קצ"ו ב' דלסברת רב האי והרשב"א דלקמן סעיף י"ג דמלוה על פה קודמת מטעמא דשיעבודא דאורייתא ה"נ כיון דמדאורייתא בלא דאקנ' חל השעבוד על הנכסים שיקנה דמיני' ואפי' מגלימא דעל כתיפו הלכך הוא קודם לב"ח מאוחר עכ"ל ואין דבריו נראין לי דל"ד לדלקמן סעיף י"ג דהתם כיון שהיו לו נכסים אלו כבר נשתעבדו לו אבל כאן שלא הי' בשעת הלואה לא נשתעבדו לו אלא שיש לו בהם זכות להגבותם כל זמן שנמצאו בידו ולא שעבדם לחבירו משא"כ כשקנה אח"כ וגם דברי הסמ"ע אין נראין לפענ"ד וכמ"ש לעיל ס"ק י"ד (ואולי גם הסמ"ע מיירי לענין טריפת מלקוחות אבל פשט לשונו לא משמע כן) אלא נ"ל עיקר דיחלוקו בנכסים שנמצאו בידו ונקוט האי כללא בידך דכל היכא שיש לאחד זכיה בהם בשעה שקנה אותה הוא שוה כמו חבירו בשעת גביה מהלוה עצמו וכשכתב לראשון דאקנה וקנה ולוה משני דנמצא משעת הקנייה לא הי' לו צד זכיה ללוה שני שהרי לא הלוה לו כלום הראשון גובה ולא השני הא לאו הכי שניהם שוים אבל אם באו לטרוף מלקוחות אז זה שכ' לו דאקני טורף בין הוא ראשון ובין הוא שני וזה שלא כתב לו דאקני אינו טורף ודוק:

סעיף טז

וכתב לו דאקני עיין לקמן סי' קט"ו ס"ק ל"ב דכתובת אשה אינו גובה מדאקני וע"ש:

סעיף יז

היו עליו בעלי חובות כו'. ע' בתשו' מנחם עזריה סי' קכ"ט ובתשו' ן' לב סי' צ"ה ועיין בהר"ן שכתב דהיינו דוקא למאי דס"ל דבמלו' ע"פ ליכא דין קדימ' וא"כ קשה כיון דהמחבר פסק לקמן סעיף י' [י"ג] דמלו' ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות מבני חרי ודלא כהר"ן היאך פסק כאן דאין בהם דין קדימה ע"ש ודוק וצ"ע:

סעיף יח

כיצד נמצאו שם ת"ק כו'. ע' בא"ע סי' ק"ב סעיף ד' ודוח ועיין בספר גדולי תרומה שער מ"ג ח"ד דף קצ"ז ע"ש:

סעיף יט

הרי זה גובה שניהם. עיין בסמ"ק ס"ק ל' עד ולא כעיר שושן דתלה הטעם בעדים דחזקה דאין העדים חותמין על חוב א' ב"פ כו' שלא כדת השיג עליו דכונת הע"ש לו' דלא מבעיא כשיש עלכל שטר עדים מיוחדים דפשיטא דגובה שתיהן דודאי אעולה לא חתמי אלא אפי' אותן עדים עצמן חתומים על השני ג"כ גובה שניהם ולא חיישי' דלמא שכחו העדים או טעו שכתבו שטרא דחזקה עדים לא חתמי על חוב א' ב"פ וכ"כ להדיא בע"ש דין זה באפי' ע"ש:

סעיף כ

מלו' בשטר כו'. פסק כרב האי והיינו ע"פ מ"ש בבדק הבית כיון דהה"מ כ' שדעת הרמב"ם כרב האי הכי נקטינן אבל לפענ"ד האי פיסקא לא מחוור וגם דברי ה' המגיד לפע"ד אינן מוכרחים דאף ע"פ שהרמב"ם לא חילק עכ"ל [ע"כ] במלוה בשטר מיירי שהרי כ' שם בין מהלו' עצמו בין מלקוחות וכן תמצא כמה פעמים ברמב"ם שכתב סתם ומיירי במלו' בשטר גם בב"י משמע שהבעה"ת הביא ב' דעית ולא הכריע וכשתעיין בבעה"ת שער ס"א תראה שזה אינו אלא הבעה"ת כתב שתשוב' ר' האי הסופרים שבשוה והעלה כדברי הרי"ף וא"כ הרי הרי"ף ובעה"ת ורמב"ן ור"ן מסכימים לדעת א' וכן מצאתי שפסק הריטב"א פ"ק דקידושין בש"ס (דף י"ז ע"א) ע"ש שהביא ראיות מיהו רבי ירוחם כתב שנרא' עיקר כרב האי ובד"מ כתב בשם מרדכי פ' כל הנשבעין כרב האי ולפע"ד המרדכי שם לא העתיק אלא שערי רב אלפס ומ"מ נרא' דאף רב האי לא מיירי אלא בסתם מלו' בשטר אבל בשעבד לו נכסי' בפי' בשטר מודה רב האי דהא אמרי' בכל דוכתא דמלו' ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדי' ומשמע דאפי' אינן מכורין רק משועבדים וכן משמע מדברי הפוסקים בהרב' מקומות וכן נוהגין אך דבתשובות רשב"א סי' תתקי"ד משמע דאפי' משועבדים בפירוש מלוה ע"פ מוקדמת קודם ויחיד הוא גם מה שחילק בסמ"ע בין מלוה ע"פ שקבל אחריות או לא צ"ע לכאור' (שוב מצאתי בתשו' מבי"ט ח"א ס"ס ע' שכתב בשם החכם ר' אלעזר דאין מדברי הרמב"ם ראיה מדכתב בין מן הלקוחות לא מיירי אלא בשטר והמבי"ט השיב לו ע"ז וז"ל כי ה' המגיד סובר שטורף ג"כ בחוב ע"פ וכמו שסובר הרשב"א ז"ל בפי' וכן כתב רבינו האי ז"ל בתשובה וכיון שסתם הרמב"ם ז"ל ולא חילק נרא' שסובר כדבריהם עכ"ל ודבריו תמוהין דאין ה' המ' ושום פוסק סובר

שטורף ג"כ בחוב ע"פ דהלכ' פשוטה במשנ' וש"ס וכל הפוסקים דאינו טורף אלא הרב המגיד ורשב"א ורב האי מיירי לענין בני חרי) גם צ"ע בתשוב' הרי"ף שבבעה"ת ומשמע שם שאין מלוה בשטר קודם רק הם שוים אך מדברי בעה"ת והפוסקים לא משמע כן ומצאתי בתשו' מהרשד"ם סי' ער"ה דף קצ"ו ע"ג כ' ג"כ שראוי לפסוק כהרי"ף בזה ע"ש (ועיין בבעל עיטור דף ר' ע"ב) ובנ"י סוף ב"ב הביא ב' הדעות ובהגהת מרדכי סוף אלמנה נזונית העתיק תשו' רב האי בסתם ע"ש ובב"ח כתב דהעיקר דיחלוקו ולא בירר טעמו ומ"מ נ"ל כן עיקר לדינא מכמה טעמים ודוק ועיין בסמ"ע הביא דברי הטור שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה ע"פ מאוחרת כו' והר"ן כתב דיחלוקו וכן נ"ל עיקר עוד שם בסמ"ע כדי שלא תקשה עליו ממ"ש אח"כ בס"ס ט"ו תשובות הראב"ד כו' והמעיין בב"י ובעה"ת יראה דגם הראב"ד מיירי בשעבוד נכסיו ע"ש:

סעיף כא

שהרי אין ב"ח נוטל בראוי כו'. אמת שכ"כ הטור אבל אינו מוכרח אלא טעם אחר יש בדין זה שהוא מתני' פ' מי שמת כדאיתא בתוס' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קל"ט ע"א) והגהת אשר"י שם דמצי אמר מאבוה דאבא קאתינא ונ"מ היכא דלא מצי אמר הכי נוטל ב"ח בראוי וכ"כ בהגהת אשר"י שם וז"ל והיכא שנפלו לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו שאחיו מן האב אינן יכולין לירש אם לא מכחו ב"ח גובה מהן אי ב"ח גובה בראוי כבמוחזק עכ"ל ועיין בתשו' מהרש"ל סי' מ"ט ובתשו' מור"ם איסרל"ש סימן ג' וז' ובתשו' שארית יוסף סימן א' שהאריכו בדבר ולא הכריעו אי ב"ח גובה בראוי וכתבו ג"כ דמ"מ הך דינא דהכא ודלקמן סי' רי"א ס"ג הוא אמת מטעם הנ"ל וגם בבעה"ת שער מ"ג ח"ד הביא סברת הרא"ש (והוא הרא"ש מלוניל) דב"ח גובה בראוי וסברת הרמב"ן דפליג ולא הכריע. [רק מ"ש הרא"ש שם לא כהרי"ף פ' מי שמת דפסק דבן הבן מוציא מיד הלקוחות כדלקמן סי' רי"א נלע"ד דגם יוכל לסבור דגובה בראוי אלא דשאני התם דיוכל לומר מאבוה דאבא קאתינא וגם מ"ש מור"ם בתשו' שם דנראה דאע"ג דסובר הרא"ש דב"ח נוטל בראוי מ"מ הך דמתני' טעמ' הוא משום די"ל מאבוה דאבא קאתינא וגם מהרש"ל שם דלא פליג עליו בזה. וליתא ואישתמיט להו דברי הרא"ש דס"פ יש בכור דפסק דבעל חוב אינו גובה בראוי והביא ראיה ממתני' הנ"ל דפ' מי שמת ומ"מ לענין דינא אין דברי הרא"ש מוכרחים וכמו שנתבאר וגם הביא שם דעת רבינו אפרים דס"ל דבעל חוב גובה בראוי ובשם ר"ח דמספקא ליה מילתא ובבעה"ת שם כתב בשם הרמב"ן שהוא מקובל מפירושי ר"ח שאין ב"ח נוטל בראוי וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות פרק שנים אוחזין גבי ב"ח גובה השבח דף ס"ד סוף ע"א דאין בעל חוב נוטל בראוי

ע"ש ואי לאו דמסתפינא הייתי מכריע דבעל חוב נוטל בראוי דכיון דבפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ג וקכ"ד) מוכח בכולה סוגיא דשבח הוי ראוי וגם בסוף פרק יש בכור יליף שבח מקרא דכל אשר ימצא לו כמו ראוי וקי"ל דב"ח גובה השבח וכדלקמן סימן קט"ו ואף שיש לדחות ולחלק בין שבח לראוי מה לנו להמציא סברות קלושות לחלק ומ"ש בבעה"ת בשם הרמב"ן שם ראיה מהתוספתא וירושלמי נלע"ד אדרבא משם ראיה להרא"ש מלוניל כיון דהתם איצטריך קרא למעוטינהו מכרמו וכן בס"פ יש בכור ממעט יבם מקרא דהוי כבכור דבכור קרייה רחמנא משמע הא בב"ח דליכא קרא שקיל בראוי כן נ"ל] ולפ"ז מה שכתב מור"ם בהג"ה כאן שהרי אין ב"ח נוטל בראוי לאו משום דס"ל הכי להלכה שהרי בתשובה הנ"ל האריך בדבר ולא הכריע אלא לדבריו דהמחבר קאמר מדכתב ובני הלוה אומרים אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והורישו לנו אלמא דלא סבירא ליה דמצי למימר מאבוה דאבא קאתינא אלא מכח אביהם שירש אביו בקבר וא"כ אמאי זכו היורשים אלא ודאי משום דאין בעל חוב נוטל בראוי וכמו שכ' הטור ודוק:

וכל מה שכתוב בסמ"ע כאן ס"ק ל"ו אינו מכוון מ"ש וכתב המרדכי פרק יש נוחלין דמזה הטעם אין בעל חוב גובה משכר פעולתו וכן הוא בד"מ וליתא דבמרדכי שם קאי להדיא אכתובת אשה ומ"ש שם הוי ראוי לבע"ח מלת חוב ט"ס הוא וצ"ל הוי ראוי לבעל שהרי כתוב שם הוי ראוי לבעל ואינו גובה ממנו לא כתובה ולא מזונות וכן הוא במרדכי דפוס קראקא דהוי ראוי לבעל ואינו גובה כו' וליתיה מלת חוב וכן הוא להדיא באגודה פ' יש נוחלין סי' ק"ס וגם מור"ם כתבו בהג"ה בא"ע סימן ק' סעיף ב' לענין כתובת אשה דוקא גם מ"ש בסמ"ע שם בשם תשובות מהרש"ל אינו מדוקדק דמשמע דמהרש"ל פסק כן בשח"ז מכח דס"ל דב"ח נוטל בראוי וליתא דמהרש"ל שם הביא מחלוקת הפוסקים בזה ולא הכריע וגם כתב שם דאפי' הי' ב"ח נוטל בראוי היו הבנים יכולים לומר מאבוה דאבא קאתינא וגם מ"ש בשם תשו' מור"ם ליתא דגם מור"ם מסכים לדינא למהרש"ל וכדאיתא בתשו' מהרש"ל שם ובתשו' מור"ם אי' סי' ג' וסי' ז' להדיא ולא פליגי אלא בפלפולי הסוגיא פ' מי שמת והפוסקים שעליה אבל לדינא שוים דנוטל בשח"ז בראוי ולא מטעם דב"ח נוטל בראוי אלא דיכול להתנות על ראוי ואם לא ירצו לקיים התנאי ישלמו לו כל החוב (וכה"ג כתב הרב בע"א סי' ק"ח סעיף ג' ע"ש) ולפ"ז מיירי דחמיו הניח בירוש' כדי החוב של שח"ז דאל"כ אין חייבים היורשים לשלם וגם אין מחויבים ליתן מן הראוי ע"ש ודוק היטב ותמצא כדברי. מיהו בתשובת שארית יוסף חולק וס"ל דאף שכתוב בשח"ז הן בראוי הן במוחזק הא דיינינן ליה בראוי כזה ואמרי' יד בעל

השטר על התחתונה ודברי מהרמא"י ומהרש"ל שם הם שלא כדבריו ע"ש וכן עיקר שוב מצאתי בתשו' מהר"מ מלובלין סי' י"ד ובתשובתר' אליה ן' חיים סי' ק' וקס"ו האריכו ג"כ ולא הכריעו אי ב"ח גובה בראוי שבתשו' מהר"מ שם כתב שהרא"ש ס"ל דב"ח גובה בראוי וכמ"ש בעה"ת בשמו ומ"ש הרא"ש בפרק יש בכור דאינו גובה בראוי היינו במקום דיכול הבן לומר מאבוה דאבא קאתינא והשיג אתשו' מהרש"ל שכתב לדעת הרא"ש דבכל ענין אינו גובה בראוי דא"כ יסתרו דברי הרא"ש אהדדי עכ"ד ודבריו תמוהין דהא מדברי הרא"ש ס"פ יש בכור מוכח להדיא דבכל ענין אינו גובה בראוי וגם אין ספק שלא הי' לפניו ספר בעה"ת בעצמו (רק שעיין בב"י ס"ס ק"ז שהביא ל' בעה"ת בשם הרא"ש בקצר') שכתב שם הרא"ש וזה דלא כמו שפסק הרי"ף דבן הבן מוציא מיד הלקוחות והרי הרא"ש גופא בפרק מי שמת כתב דבן הבן מוציא מיד הלקוחות אלא ודאי טעה טעות גדול דהרא"ש שהביא בעה"ת הוא הרא"ש מלוניל שדרך בעל התרומות להביאו אבל הרא"ש מטולטילה הי' זמן רב אחר בעל התרומות ולא ידעו הבעה"ת מעולם ואינו מביאו בשום מקום וזה פשוט מאד למי שבקי קצת בס' בעה"ת ובס' הרא"ש ועוד בבעה"ת איתא כתב הרא"ש ז"ל וזה ודאי אי אפשר שיהא הרא"ש מטולטיל' נפטר קודם חבור בעה"ת ולפי דעתי שבזמן בעה"ת עדיין לא נולד הרא"ש מטולטילה וכן כתב בס' יוחסין דף קל"ב סוף ע"א שהבעל התרומות חבר ספרו בשנת תתקפ"ה לאלף החמישי ובדף קל"ג ריש ע"ב כתב שהרא"ש נפטר שנת פ"ח לאלף הששי וכן כשתעיין בס' התרומות סוף שער מ"ה כתב הרי שאנו עומדים בשנת תתקפ"ג לאלף החמישי כו' וכשתעיין בהרא"ש פ"ק דע"ז כתב נמצא שהיתה שנת ע"ג לאלף הששי שמיטה לפירש"י ולפיר"י יהי' שמיטה שנת ע"ד לאלף הששי ע"ש הרי שהרא"ש חבר ספרו יותר מתשעים שנים אחר סעה"ת מיהו לענין דינא גם מהר"מ שם הכריע כמהרש"ל ולא כשארית יוסף וכמ"ש רק שהוסיף לומר בענין שח"ז הנ"ל דלא זכה החתן אלא כשמת אבי חמיו קודם שבאו לחלוק עם החתן בנכסי חמיו דבשעת החלוק' גם בנכסי אבי חמיו עומדים לחלוק דאלו באו לחלוק בחיי אבי חמיו קודם שנפל להם הראוי אין להחתן חלק בראוי וכתב ג"כ שדברי מהרש"ל אמורים כשיש כאן איזה עזבון מחמיו אבל אם אין כאן שום עזבון מחמיו או שיש כאן איזה עזבון מועט והיורשים רוצים ליתן להחתן אותו עזבון בעד חובו אין להחתן שום זכות בנכסי אבי חמיו אפי' מת אבי חמיו קודם שבאו לחלוק עכ"ד עיין בתשובת ר' אליה ן' חיים סי' ס"א וסי' ק' בסופו. ועיין בתשו' ן' לב ספר ד' ד"ז ח':

סימן קה

סעיף א

ואפי' עשאו שליח כו'. כ"כ הפוסקים והשיגו על פירש"י וע' בב"ח שכ' לתרץ דברי רש"י בהרשאה ותמה על הרא"ש ואין דבריו נכונים שהרי הביא הרא"ש ראיה ממציא' והתם ל"ש הרשאה דמי יאמר לו לאו בעל דברים דידי את ועוד דהרשאה ל"ש אלא נגד הלוה שלא יאמר לו לאו בעל דברים דידי את וכיון דהכא חייב לו ל"ש לומר לאו בעל דברים דידי את וכמ"ש הרא"ש על דברי הרי"ף ומביאו ב"י ודוק ועיין בתשו' ר' אהרן ששון סי' ס"ז שהביא הריטב"א דס"ל כרש"י ופי' דרש"י מיירי בשליח בעדים וע"ש דכתב דמצי למימר קים לי כרש"י וריטב"א וגם זה אינו נכון בעיני דמה לי שליח בעדים או לא ועוד דמשמע בפרק הכותב נמי עשאו שליח בעדים ואפ"ה ל"מ. אבל לפע"ד לישב כוונת רש"י דלא קשיא מה שהקשו עליו התוס' והפוסקים משום דבלא"ה נמי תיקשי למה פי' רש"י כן בפ"ק דמציעא ולא בפרק קמא דגיטין דהתם עיקר מלתא דתופס לבעל חוב אלא נראה לי כונת רש"י דפשיטא דבדבורא בעלמא שאומר לו לתופס לא הוי שליח וכדמוכח ממתני' דתנה לי אלא מ"ש רש"י מאחר שלא עשאו שליח לתפוס כונתו ששכרו להיות שלוחו לתפוס וכונת רש"י בזה דלא תקשי מאי משני התם בפרק קמא דמציעא שאני פועל דידו כיד ב"ה והא פשיטא דאין פועל משועבד לבעל הבית כעבד כנעני דנימא דהוי כיד בעל הבית עצמו דהא מציאת ע"ע לעצמו א"ו שאני פועל ששכרו ללקט מציאות כדאיתא בש"ס ל' (דף י"ב ע"ב) נמצא דהוי שלוחו וכיון ששכרו להיות שלוחו הוי ידו כידו כן נ"ל כוונת רש"י וא"כ ל"ק מהך דיימר בר חשו דפ' הכותב דהתם רק אמר לשלוחו ולא שכרו לכך ועפ"ז מוכח דמי ששכר לאחד שיתפוס בעדו מב"ח ותפס קנה אפי' במקום שחב לאחרים ונראה שכל הפוסקי' מודים לזה לדינא דהא מוכח כן בש"ס ממאי דפריך (דף י' ע"א) מפועל אלא שהבינו דברי רש"י בסתם שליח ולכן הקשו עליו אבל לדינא מודו למ"ש וכן נ"ל ברור. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ל"ז וסי' ק"ט וע' בתשו' מהרשד"ם סי' ק"ן וסי' ר"ט וצ"ע:

סעיף ב

מגו דאי בעי זכי לנפשיה. עמ"ש בסמ"ע ס"ק ג' וזהו דלא כמ"ש ב"י כו' וגם הב"ח חולק על הב"י וכן בתשו' משאת בנימין האריך להשיג בזה על הב"י והע"ש וזה שנים רבות חשבתי כדבריהם ועכשיו דקדקתי היטב בסוגיא פ"ק דמציעא ונלע"ד שהדין עם הב"י והע"ש דכיון דאית ליה זכייה בהגבה' זו זכי נמי לחבריה אפי' יותר ממה שיכול לזכות

לעצמו דאע"ג דלא שייך מיגו דהא אפי' מ"ד דלא אמרי' מגו דבעי זכי לנפשיה זכי נמי לחבריה מודה דהיכא דזכי לנפשיה מידי זכי לחברי' אפי' מה דלא מצי למזכי לנפשיה וכדמוכח (דף ח' ע"א) מרבא דפליגא רמי בר חמא וכן (סוף ד' ט') מרב נחמן דאותיב לעולא וכפירש"י שם ע"ש דלא ס"ל מיגו ואפי' הכי סבירא ליה גבי טלית שהגביהו ביחד דאע"ג דהתם לא יוכל לזכות בטלית רק החצי שלו זכי לחבריה אידך פלגא מטעמא דכיון דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה ואף ע"פ שאפשר לדחוק ולחלק מ"מ אין נראה לי לחלק אלא פשטא דש"ס ריהטא כהב"י ומה שהקשה המשאת בנימין מתופס מוסירה לק"מ דהתם אינו זוכה רק מה שתופס בידו משום שתפוס בו אבל לא זכה מצד הגבהה דנימא דכיון דזכה בהגבהה זו לנפשיה זכי נמי לחבריה ודו"ק. גם מה שהוכיח המ"ב שם מהמרדכי לאו הוכחה היא דאדרב' רבותא קאמר המרדכי דאפי' אינו רוצה לתפוס לעצמו כלום יכול לתפוס לצורך חבירו. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' שפ"א:

סעיף ג

או תן מנה זה לפלוני. לקמן בסי' קכ"ה כתב הטור והמחבר דיש פלוגתא בלשון תן אי הוי כזכי והמחבר כתב כאן תן וזכי לכל מר כדאית ליה ע"כ לשון סמ"ע ר"ל במתנה וכאן מיירי המחבר ג"כ מדבר מתנה כמ"ש בס"ק ד' ועיין בהרב המגיד שהביא ב"י ודו"ק:

סעיף ד

ולא מצי למימר קבעו כו'. הטור סיים על זה וכתב ז"ל אומרים לו לישבע מיד כו' עכ"ל סמ"ע אלעיל בנקיט בעל חוב שטרא בידיה קאי וכן הוא בטור עיין בתשובת מהרי"ט סי' ע"ב ועיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן ק"ח ור"י:

סעיף ה

חייב באחריותו. וכ"פ הב"ח ואם אינו רוצה לקבל אחריות לא הוי תפיסה כלל ע"ש שכתב דגם הרא"ש אפשר מודה לזה ודלא כהטור ע"ש ודבריו צ"ע כי ראייתו מהגמרא לבעל העיטור אינו ראיה ע"ש. כתב בסמ"ע ונראה דמ"מ אם יבא המלוה יכול לתבוע הלוה שישלם כי אין לו דין ודברי' על התופס עכ"ל והב"ח חולק עליו ואין דבריו נכוני' והראי' שהביא מהר"ן אינה ראיה דהא הר"ן גופיה כ' שם שיש לדחות בפרוזבל אמרי' כן דהקלו ע"ש ועוד דשאני התם דהחוב נמשך אח"כ מצד אחר אבל כאן החוב נמשך מיד שלא יוכל לגבנו הלוה [מהלוה] עצמו ובזה ודאי אינו חפץ המלוה (ועיין בספרי נקודת הכסף סי' קס"ב) תדע דאל"כ קשה על הר"ן מפ"ב דקדושין (דף מ"ב ע"א) ע"ש ודוק היטב. ועוד דלא דמי דהכא מאן לימא דזכות הוא לו שמא המלוה חפץ שיהי' אצל

הלוה ולא אצל התופס ולוה שפרע לערב הו"ל כתופס לב"ח במקו' שלא חב לאחרים ב"י בשם בעל העיטור מחודש א' ועיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' צ"ג:

סעיף ו

ואם יאמר הלוה כו'. ע' בסמ"ע עד והיה חסרון הניכר כו' אלו ראה דברי המחבר בב"ה לא כתב כן דכתב להדיא דבעל העיטור והרא"ש לא פליגי והרא"ש מיירי שאומר קבל עליך אחריות בפירוש ומ"מ צריך ביאור דהא כיון דחייב באחריות למה צריך שיקבל בפירוש ונראה דכוונתו שיקבל בפירוש כדי שיהא לו על התופס מלוה בשטר ודו"ק:

סעיף ז

נפקד שתפס כו'. עד"ר שם הוכחתי דזה איירי אפי' בתופסו במקום דלית פסידא לב"ח כו' עכ"ל סמ"ע והב"ח כתב דאיירי במקום פסידא אלא דאין הנפקד רוצה לקבל עליו אחריות מטעם זה צריך לחזור ללוה וכשיבא המלוה ויתחייב נעשה שלו למפרע כו' וע"ש שהאריך בזה. עיין בספר א"א דף פ"ד ע"ג ומ"ש דהרמב"ן ס"ל כר"ת ליתא:

סעיף ח

ואם מסרו הנפקד ליד מלוה כו'. ובב"י מחודש ג' כתב שכתב הרשב"א פ' שור שנגח ארבעה וחמשה (דף מ') גבי הא דאמרי' משום דא"ל כי היכי דמשתעבדנא לך משתעבדנא להיאך מדרבי נתן ושמעינן מהא דאלו רוצה ב"ח או נפקד דראובן לפרוע מה שבידו למי שנושה בראובן אע"פ שלא תבעו בדין הרשות בידו וכן נראה מדברי הראב"ד עכ"ל ולא חילק בין אית ליה נכסי לראובן או לא דאע"ג דאין מוציאין מדר' נתן אלא בדלית ליה נכסי לנושה היינו לענין שאין מוציאין מב"ח בעל כראו משום פסידא דידיה מתקנת חכמים אבל הכא שרוצה הב"ח או הנפקד לשלם הרשות בידו לעשות אפי' לכתחל' כיון דמשתעבד ליה מדאורייתא מדר' נתן וכן עיקר וכמו שהוכחתי בסי' פ"ו באריכות ע"ש. ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' קמ"ג וסי' ר"ט וסי' רי"ז ובתשוב' מהרי"ט סי' קכ"ד ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קצ"ט:

סעיף ט

פטור. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג מ"ש בזה דל"ד לפורע חובו דלקמן ר"ס קכ"ח דסברא דהתם מפייס הוינא ליה למלוה לא מהני אלא שלא יחייב לשלם לו ולא להוציא ממנו וכן משמע לכאור' מל' תשובות רמב"ן שבב"י ובס' א"א תירץ דשאני הכא כיון דיש לו משלו בידו וכמ"ש הרב בהג"ה לקמן ר"ס קכ"ח ממהרי"ו. ולפמ"ש בסמוך דשעבודא דר' נתן שייך אפי' אית ליה נכסי א"צ לכל זה דשאני הכא כיון דנשתעבד ליה הנפקד מדר' נתן הוי ליה נפקד בעל דבר דבר דהמלוה וכדאיתא בש"ס פרק האשה שנפלו (סוף כתובות דף

פ"א) וכאילו הוא חייב למלוה שלו לשלם לו משא"כ לקמן ר"ס קכ"ח וכן נראה להדיא בהגהת אשר"י פרק שור שנגח ד' וה' מאור זרוע שמחלק בכך וע"כ נרא' ברור דאפי' תפס המפקיד משל נפקד מחמת מה שפרע לבע"ח שלו מוציאין מידו וכן עיקר:

סעיף י

הוא היה צריך לשלם למלוה. ל' הטור אם החזרתי לך הוא היה גובה ממך או משאר נכסיך וצ"ע לקמן סי' קכ"ה ס"ג ובסמ"ע ס"ק י"ז שם רמז לדרישה שישבו ונרא' דשאני התם דבשעה שנתנם המשלח לשליח ידוע לו שיש לו שאר נכסים משא"כ כאן אינו יודע הנפקד בודאי שיש לו נכסים אחרים ודו"ק:

סימן קו

סעיף א

בשטר מקויים. עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' ט"ו דף ל' ע"ג למה נקט שטר מקויים כו' ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ק"פ וס"ג סי' מ"ט ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' מ"ג:

סעיף ב

נוסף על חובו. ר"ל היינו דוקא כשנתחייב הנתבע משא"כ אם נפטר הנתבע עכ"ל סמ"ע וה"ה מי ששולח הזמנ' אחר חבירו שיעמוד עמו בדין אינו בדין שישלם הלו' השכר דשאני הכא שלטובתו הוא דמן הדין נפרעין שלא בפניו מהרש"ל והב"ח וע"ל סי' י"ד ס"ה:

סעיף ג

אחר שישבע המלו'. אפי' פטרו משבוע' וע"ל סי' ס"א ס"ק:

סעיף ד

שאפי' יפרע שלא בפניו כו'. עמש"ל סי' ע"א סעיף ק':

סעיף ה

אבל לא מיורשיו. עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' ר"ח:

סעיף ו

ראיה ראשונ' לקיים שטר שבידו כו'. אבל כשאין השטר מקויים אין גובין ממנו שלא בפניו ומשמע דה"ה דאין גובין מלקוחות ויתומים דטענינן להו מזויף וכן נרא' דעת ה' המגיד פרק י"ג מה' מלוה ומביאו ב"י וכן הסכימו התוס' פרק קמא דמציעא דף ע"ב ופרק מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ב ע"ב) ושלא כדעת ר"י וכן הסכימו הרשב"א והר"ן

רפ"ק דגטין ורבי' ירוחם נכ"ו והנ"י סוף ב"ב ומביאו ב"י לעיל ר"ס פ"ב דטענינן ליתמי ולקוחות מזוייף ודלא כר"י דהכי נקטינן:

וכתב בתשובת מבי"ט בח"א סי' ח' דף ו' וז"ל ונ"ל שאם באים לפנינו ב' בשני שטרות והמוקדם בלתי מקויים אלא הלוה מודה שכתבו ושעומד ליפרע אין ב"ח המאוחר ומקויים יוכל לטעון מזוייף הוא או אמנה ושיש קנוניא בין הלוה והב"ח דכל שמוד' שכתבו הוי כמקויים כו' ואפי' לדעת המפרשים שחולקין על ר"י היינו דוקא היכא דליתיה לבעל דבר אבל הכא דאיתיה בעל דבר קמן והוא מוד' שכתבו שאינו מזויף פשיטא דלקוחות לא מצי טענו כלל עכ"ד ואין דבריו נראין לי אלא נרא' דחיישי' לקנוניא הגם שמצאתי בהרא"ש ס"פ שני דייני גזרות שכתב וז"ל והאי דלא קאמר אי אבוהון הי' קיים הוי טעין מזוייף משום דטענת מזוייף לאו טענה מעליותא היא הכא כיון שהלוקח והמוכר מכחישין אותו ולא שכיחא שיהי' אביהן טוען מזוייף ומלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי עכ"ל נרא' דקאי בשטת ר"י וכן משמע להדיא בתוס' פרק שני דייני גזירות (כתובות דף ק"ט ע"ב) דזהו לדעת ר"י שהביאו בפרק מי שהי' נשוי אבל אנן דלא קי"ל כר"י א"כ ה"ה היכא דהלו' או המוכר מוד' ועוד דהא כבר נתבאר לקמן סי' ק"ח סעיף ד' וס"ס רצ"ז ושס"א וכמה דוכתי דקי"ל דאף מילתא דלא שכיחא טענינן ליתמי וללקוחות וחקרתי לחזור אחר דין זה בש"ס ומצאתי בש"ס פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ב סוף ע"א) גבי עובדא דפרדיסא גבי הא דקאמר התם לאו היינו דרב אסי דאמר ר"א מוד' בשטר שכתבו אין צריך לקיימו וגובה מנכסים משועבדים כו' משמע שם לכאור' דהיכא דהבע"ד מודה בשטר שכתבו גובה מנכסים משועבדים ואף למ"ד מוד' בשטר שכתבו צריך לקיימו היינו נגד הבע"ד עצמו ולא נגד הלקוחות וכן מוכח להדיא בתוס' שם שכתבו תימה מה ענין דרב אסי לכאן וי"ל דפשיטא ליה דנאמן לומר פרעתי אלא דמבעיא לי' אי גבי ממשעבדי כיון שאין השטר מועיל אלא ע"פ הודאתו כו' ול"ש כאן לגרוס אי"צ לקיימו אלא גרסינן לאו היינו דרב אסי דאמר רב אסי מודה בשטר שכתבו גובה מנכסים משועבדים עכ"ל וכן נרא' לכאור' מדברי הטור לעיל ס"ס ע' שכתבו גבי עובדא דפרדיסא ואינו טורף ממשעבדי בכח שטר שבידו שאין לו דין שטר שלא נכתב כדין וגם נאמן לומר פרעתי עכ"ל ואם איתא הל"ל ואינו טורף ממשעבדי כיון שנאמן לומר פרעתי. אכן אחרי העיון נרא' שלא כדברי התוס' דפרק א"נ ולענין תמיהת התוס' נרא' לפרש דהש"ס מדמי הך דרב אסי כי היכא דהתם איכא ריעותא בשטר ואפי' הכי אינו נאמן לומר פרעתי וגם גובה ממשעבדי ה"ה בהך דפרדיסא ומתמה הש"ס מי דמי התם ניתן לכתוב והיינו כתמיהת התוס' מה ענין דרב אסי לכאן וגם מפירש"י שם בתחלת

עמוד שכתב וז"ל מודה בשטר שכתבו מאחר שהלו' מודה ששט"ח שהוציא עליו שטר אמת אין המלו' צריך לחזור אחר העדים החתומים בו ולהעיד על חתימתן ולקיימו והכי נמי הרי הודה שמכרו לו באחריו' ואם השטר בטל לענין מכיר' מפני שטר מתנה שקדמו לא בטיל לענין אחריו עכ"ל מוכח כמ"ש ודלא כדברי התוס' ודוק ואין לדקדק מ"מ לרב אסי לטעון ללקוחות מזוייף י"ל דמיירי שגם הלקוחות מודים כמו הלוה אלא דאין יודעין אם הוא פרוע ודוק היטב כי זה עיקר. ומ"ש הט"ו לעיל ס"ס ע' י"ל דה"נ קאמר כיון שלא נכתב כדין וגם נאמן לומר פרעתי לכך אין לו דין שטר:

שוב מצאתי בריב"ש סי' רס"ד כ' להדיא כדברי וז"ל והטעם השני לפי שאין שם מי שיכיר חתימת העדים ויש לטעון שהוא מזויף ואף ע"פ שכתוב בו קיום ב"ד הרי פסקו המפרשים ז"ל שאפי' קיום ב"ד צריך קיום ואע"פ שבכאן הלוה מודה שכתבו אין הודאתו כלום במקום שחב לאחרים כי שמא שניהם עושים קנוניא ביניהם כדי להפסיד לשמואל מרקדי"ל כמו שכתב הר"מ ז"ל פכ"ב מה' מלוה עכ"ל הגם שלא מצאתי זה בהרמב"ם פ' כ"ב מה' מלוה ואפשר שצ"ל פרק ט"ו מה' מלוה ור"ל מ"ש הרמב"ם שם בסוף פ' התנה הלו' שיהא נאמן בכל עת שיאמר פרעתי אינו גובה בשטר זה לא מן היורש ולא מן הלוקח ואפי' אמר לוה לא פרעתי אין המלו' טורף בשטר זה מן הלקוחות שמא יעשו קנוניא על נכסיו של זה עכ"ל ונתבאר לעיל סי' ע"א סעיף כ"א ומשמע ליה להריב"ש דה"ה הכא אף שהלו' מודה חיישינן לקנוניא ואין מזה הכרח כ"כ דשאני התם כיון דמדאורייתא לא בעי קיום והשטר כשר מדאורייתא ואף מדרבנן לדעת ר"י מ"מ לענין דינא נרא' כן עיקר דאף דהלו' או המוכר מודה שאינו מזוייף טענינ' ללקוחות מזויף ואינו טורף לקוחות אלא בשטר מקויים וכן דעת בעל המאור סוף ב"ב גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עישה קנוניא על ההקדש כו' ומביאו בעה"ת שער מ"ב ריש ח"ד ומביאו ב"י לקמן ריש סי' רנ"ה ואף הראב"ד שמביא בעה"ת שם משמע דמיד ליה ומיישב דברי הרי"ף כן ואפי' למאי דבעי הראב"ד שם מעיקרא לייישב דברי הרי"ף משמע להדיא דדוקא בש"מ וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ן בס' המלחמות סוף ב"ב ובחדושיו שם דדוקא בש"מ הא לא"ה אינו גובה מלקוחות אלא בשטר מקויים אפי' הלוה מוד' וכן מוכח להדיא מדברי ה"ר יוסף הלוי שהעתיק במגדול עוז פ"ז מה' ערכין וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחבר לקמן סי' רנ"ה ס"ג ע"ש בכל המקומות הנ"ל דוק ותשכח כדברי. עיין בתשו' ר' שלמה כהן סי' י"ח:

סימן קז

סעיף א

אין כופין אותם כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ב' עד שהתוס' והרא"ש פליגי אהרמב"ן כו' חפשתי בכל המקומות באשר"י ולא מצאתי דבר וגם התו' דב"ב דף ח' ע"ב מסקי בשם ריצב"א כרמב"ן וכן מסיק במרדכי ובהגהות אשר"י פ' נערה שנתפתתה וכן הוא בהגהת מרדכי פ"ק דב"ב תשו' ריב"א ע"ש ועיין בתשובת מיימוני לספר קנין סי' כ"ז רק דהתוס' פרק נערה ופרק כל הבשר כתבו תירוצים אחרים ולא הזכירו תירוץ ריצב"א ומשמע לכאור' מדבריהם דלא כרמב"ן אך י"ל דלא נרא' להו לפרש הך דאכפייה רבא לרב נתן שלא היה מחויב דאל"כ לא היה כופה לרב נתן שהי' ג"כ ת"ח והיה יודע כדת מה לעשות אם לא הי' רבא מחויב לכופו אבל לדינא מודים לרמב"ן דאם רצו כופין ונרא' שזאת היא דעת מור"ם דנראה לו מדברי הרמב"ם פשוטים בזה וע"כ לא הוצרך להזכירו כאן ולא בי"ד וסמך עצמו אמה שהזכירו לעיל סי' צ"ז וגם בסי' צ"ז לא היתה עיקר כונתו לזה אלא עיקר כונתו שם לאשמעי' דמצות השבת העבוט הוי מ"ע שמתן שכרה בצדה שאין ב"ד מוזהרים עליה לכופו ודוק ועיין בתשו' מהר"מ מינץ סי' ל"ב עיין בתשו' ר"מ אלשיך ר"ס י"ד ובתשו' מהרי"ט סי' ע"ב:

סעיף ב

אף מהמטלטלים שהניח אביהם כו'. בהרא"ש פרק האשה שנפלו איתא דהאידנא מטלטלי כמקרעי אף מדינא דש"ס ובקידושין פרק האומר כ' הרא"ש דלא גבי ממטלטלי שנתנו הלוה או היתומים ע"ש מיהו לק"מ דפשיטא דלענין לקוחות לא אמרי' הכי דבמטלטלים אין דין קדימה כדלעיל סי' ק"ד וא"כ ה"ה מתנה דכלקוחות דמי וכדאיתא בפרק הניזקין (דף צ' ע"ב) ונתבאר לקמן סי' קי"א סעיף ח' וריש סי' קי"ג וכן הוא בתשו' רשב"א סי' תרי"ח וכן הוא בסמ"ע לקמן סי' קי"ז ס"ק י"ב ואדרבא איפכא קשיא לי על הרא"ש דפרק האומר לאיזה צורך פלפל בזה הא פשיטא דדין מתנה כלקוחות וכדאיתא בפרק הניזקין ועמ"ש לקמן סי' רנ"ב ואע"ג דהתוס' פרק מציאת האשה כתבו דא"א לומר דכמקרקעי דמי דא"כ לטרפו מלקוחות מ"מ לפי האמת לק"מ דמ"מ אין סמיכות בעל חוב עליהם לענין לקוחות כיון דלית להו קלא ויכול להבריחם וכדלקמן סי' ק"נ כנ"ל וכן מוכח דעת הרא"ש ודוק:

סעיף ג

ממלו' שהיתה לאביהם ביד אחרים כו'. וה"ה שהב"ח יכול להוציא מדר"נ מב"ח של ב"ח שלו מטלטלי דיתמי כמ"ש הרא"ש פרק האשה שנפלו סוף הפרק (וכן הוא בתוס' פרק יש בכור (בכורות דף נ"ב ע"א) כהרא"ש ע"ש) ואפי' הראב"ד דפליג שם דתרי חומרא לא מחמרינן י"ל דמוד' כאן דדוקא ביבם ויורש שהוא עצמו ב"ח פליג ולא בב"ח אחרים וכן מחלק בש"ג בשם ריא"ז בפרק האשה שנפלו דף תתקי"א ע"א והבאתיו בא"ע סי' קס"ח ס"ה ע"ש ודו"ק. או אפשר מאן דפליג בכתובה מודה בב"ח חדא דרש"י פי' בפרק האשה שנפלו דתרי חומרי לא מחמרינן בכתובה שהיא מדברי סופרים ועוד דהא אשכחן דב"ח עדיף מכתובה בכמה דברים ודוק. שוב מצאתי כן בבעל העיטור בסוף דיני חוב דף ע"א וז"ל והשתא דתיקנו רבנן דמטלטלי משתעבדי אפי' מיתמי מפקינן כר' נתן ע"כ וכן הוא בחידושי הרמב"ן פרק יש נוחלין ע"ש וע"ש בחידושי רמב"ן שהאריך מאוד והיינו כדעת הרי"ף פרק האשה שנפלו וכן דעת הריב"ש סי' שנ"ג ועמ"ש לעיל ס"ס ק"ד:

סעיף ד

הדין עם היורשים ואפי' תפס מטלטלים לא מהני כשרוצים ליתן לו קרקע כן נ"ל וכן מוכח בבעה"ת ובטור סעיף י"ז ודלא כהב"ח סימן ק"ה ס"ד ע"ש ודוק:

סעיף ה

ואם טוען שמא כו'. טור בשם הרי"ף והוא בבעה"ת ובעיטור דף ס"ז ע"ש בשם תשובת הרי"ף:

סעיף ו

ראובן שהיה חייב לשמעון כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י' עד ומ"ה קבע מור"ם הג"ה זו כו' ואי לא דמסתפינא הייתי מפרש הג"א מיירי כגון שהיו יתומים קטנים ועדיין לא נגבה העדות ע"ד שמבואר ריש סימן ק"י ובסי' ק"ח סעיף ג' אבל מור"מ ודאי אינו סובר כן כמ"ש בסמ"ע אבל לפירוש מור"מ נ"ל לפרש היורשים היו רוצים לפזר הממון לצורך קבורה והוא היה מעכב שישלמו לו תחלה כמו כן מחיים אם רואין אדם מבזבז מעכבים כדאי' בסי' ע"ג סעיף י' וכן משמע ממה שמסיים וכן אם בא כו' עכ"ל הגאון אבי מורי ז"ל וכן נ"ל וראי' לדבריו דאפי' אשתו יכולה לעשות כן כמ"ש בא"ע סי' קי"ח סי"ח ואף על גב דהכא בקרוביו מוחים בידו י"ל דהיינו בקרובו ממש אבל לא בקרוב מחמת נשואין כגון אשתו וגיסו וכה"ג או י"ל דבא"ע מיירי דיש קופה של צדקה לקברו וכאן מיירי שאין קופה של צדקה ואפי' הכי אחר יכול לעכב (ועיין בא"ע שם ובב"ח שם האריך ועיין

בפסקי רקנ"ט סי' תתקי"ז ותקנ"ו עיין במעד"מ פ' מי שמת) גם מה שפסק הב"ח שם לכאור' אינו נראה ובפרט מ"ש וכן עמא דבר דבדבר שאינו מצוי לא שייך מנהג כמ"ש הרמב"ם בה' מ"א וצ"ע וע"ל סי' ער"ה ועיין בספר א"א ד' פ"ד:

סעיף ז

כגון שמכרם לעכו"ם עיין בסמ"ע ס"ק י"ד ועמ"ש סי' ק' ס"א ועיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ד ועיין בתשו' מבי"ט ח"א בשאלה השניות ס' קע"ה ד' קע"ח. עיין בתשו' רשב"א שמביא ב"י ס"ס ק"ד מחודש י':

סעיף ח

וי"א שאינו גובה כתב בסמ"ע במטלטלים לכ"ע אין הב"ח גובה מדמים כו' אינו מדוקדק דמשמע מהטור דלרב האי גובה מהדמים ועיין בחדושי רמב"ן ר"פ מי שמת שהשיג על רב האי וכ"כ הרא"ש וכן דעת נ"י ולפע"ד עיקר כרב האי ושתי הקושיות שהקש' הרא"ש שם ודאי לא קשיא על רב האי דאיהו מיירי בתר תקנ' הגאוני' דמטלטלי חשובים כמקרקעי ועוד נ"ל. דמ"מ חייבים משום מזיק שעבודו של חברו וכדלעיל ר"ס ק"ד בטור ומ"ש הטור כאן איני משיב על דבריו היינו משום כבודו של הרא"ש אבל לדינא ס"ל עיקר כמ"ש לעיל ר"ס ק"ד וכן בס"ס ק"ד בשם הראב"ד וכן בשלטי גבורים הניח בצ"ע ולא ישב דברי הטור אהדדי משמע דדין אחד להם ולא כסמ"ע וב"ח שמחלקין ועיין בא"ע בטור וש"ע סי' ק' וסי' קי"ב וע"ל סי' רל"ה ס"א ובהג"ה ב' ובתשו' ר"ן סימן פ"ט ועב"י ר"ס ק"ח מ"ש בשם ר"י וכתב עליו שצ"ע ונרא' דכל היכא שכתבו הפוסקים חייב לשלם מדינא דגרמי היינו אפי' לא נטל המוכר הדמים אבל אם נטל בלא"ה חייב משו' דקמשתרשי ליה וכמ"ש הטור בס"ס ק"ד בשם הראב"ד וגם נרא' דכל זה במקו' שעיקר סמיכו' על הקרקע אבל בזמן הזה שכ' הרא"ש וכ"כ רשב"ם בפ' גט פשוט (בבא בתרא ד' קע"ד) סוף ע"א ע"ש והטור סי' תי"ט דעיקר סמיכות הוא גם על המטלטלי' כמו על קרקע ומן הדין אחד הן בלא התקנה וכ"כ רבינו ירוחם הביאו ב"י סי' זה סט"ז א"כ פשיטא דלמ"ש הטור דאם מכרו קרקע חייבים ה"ה מטלטלים ודוק והדברים צ"ע ועיין לקמן סי' רנ"ב ס"ב בהג"ה וסי' רנ"א ס"ו ונ"ל דוקא בשעבוד קאמר הרא"ש בתשו' אבל לא בקרקע של חבירו שהוא שלו וכדאי' בש"ס פ' הגוזל בתרא (בבא קמא ד' קי"ו) וקי"ז במוסר ומרא' קרקע של חבירו שחייב ונתבאר לקמן סי' שפ"ח ודו"ק:

סעיף ט

אפי' לא אמרו לו שבדמי כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ח וס"ק י"ט וכל דבריו שם אינם מכוונים (הג"ה ר"ל שמשמע מדבריו דאפי' הניח מטלטלי אם אמרו בפי' מהני) דהפוסקים לא

כתבו כן אלא לדינא דש"ס והמחבר מוכח דמירי לאחר תקנת הגאונים והיינו על פי דבריו בספרו ב"ה ע"ש:

סעיף י

קח מכל אחד חצי שדה כו'. וכתב מהרש"ל פ"ק דב"ק סימן כ"ג דלמאי דתקנו גאונים דב"ח גובה מטלטלי אם אחד נטל הקרקע והשני נטל מטלטלים יכול בעל הקרקע לומר קח חצי שלי קרקע וחצי מאחי מטלטלי ועיין במע"מ דב"ק:

סעיף יא

ירשו קרקעות כו' עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סימן ד':

סעיף יב

מאחר שהודו סתם. נ"ל דוקא כשאין להם מיגו דפרעתי כגון שהוא תוך זמנו וכה"ג דליכא למימר דכיון שהודו סתם חזקה טובה היא שהודה בחוב עצמו ולא אמרינן מגו במקום חזקה זו דא"כ לא היה צריך הבעל התרומה והסמ"ע ס"ק כ"ה גבי ע"א לדמות לנסכא דר"א ודוק:

סעיף יג

וע"ל סי' ע"ה כו'. כלומר דשם נתבאר דלא הוי משואיל"מ אלא היכי דלית ליה מגו וה"ה הכא אין חייבין לשלם אלא בענין שא"י לטעון פרעתי כגון שהע"א מעיד שהוא תוך זמנו או שלא זזה ידו ובה"ג:

סעיף יד

ונמצא בפנקסו כתוב. כתוב בסמ"ע ס"ק כ"ז ול"ד למ"ש הטור והמחבר בסימן צ"א ס"ה דיש לדון על פי פנקסו של אדם דשאני התם דיש רגלים לדבר עכ"ל סמ"ע ואינו מדוקדק דהא מילתא דפשיטא דאף ע"ג דאיכא רגלים לדבר שהפנקס אמת מ"מ איכא למיחש שמא פרע כי הכא ולכך לא הועיל כלום בתירוצו אלא הכא נמי מיירי בדאיכ' רגלי' לדבר אבל חיישינן שמא פרע כמבואר בהדיא ברשב"א ובסימן צ"א מיירי בענין דליכא למיחש שמא פרע כגון תוך זמנו או כמו שביאר הטור שם ס"ז (וגם דברי הסמ"ע אפשר לכוין כך אך הלשון אינו מדוקדק וק"ל):

סימן קח

סעיף א

וצוה בחליו פי' דבכה"ג אין אומרין שלא להשביע את בניו אמר כן עכ"ל סמ"ע וגמגום קא חזינא הכא דהא גם בהודה בחליו יכול לטעון שלא להשביע כדלעיל סימן פ"א סעיף

י"ד אלא מיירי בענין שא"י לטעון כן כדאיתא שם. עיין בתשובת מבי"ט חלק ב' סימן שמ"ה ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן ש"ו:

סעיף ב

מיהו אם טענו היתומים. עיין במרדכי ס"פ הכותב:

סעיף ג

וע"ל סימן ס"ט. ועיין שם ס"ב וס"ט ומ"ש שם:

סעיף ד

יש מי שאומר כו'. לא ידעתי למה כתבו דבמרדכי שם לא כתבו אלא שפסק כן רבינו גרשום במעש' שהי' אפי' למ"ד מלו' ע"פ אינו גובה מן היורשים הכא כיון שעמד בדין קלא אית לי' עכ"ל והכי אמרינן בש"ס סוף ב"ב אבל לדידן דקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים אפי' לא עמד בדין נמי ופשיטא דהך עובדא מיירי בא' מג' דרכים הנ"ל דאל"כ פשיטא דאין גובים מיורשים דטענינן להו פרעתי וכן בכל מקום דאמרינן מעשה ב"ד יש לו קול היינו בענין שידוע שלא פרעו אח"כ וכדלעיל סי' ל"ט סעיף ט' וכמ"ש שם ס"ק כ"ח וסי' נ"א ס"ק א' וסי' ע"ט ע"ש. ומ"מ יש נ"מ בזה לענין לקוחות דטורף מלקוחות כשנתחייב בב"ד משום דקלא אית לי' והוא פשוט כדלעיל סי' ל"ט וכמה דוכתי ואין צורך וגם אין שייכות לכתבו כאן גבי יורשים וגם לא ה"ל לכתבו בשם יש מי שאומר דכיון דע"כ מיירי בא' מג' דרכים הנ"ל א"כ פשיטא דליכא מאן דפליג בהא. ואולי משום סיפא דחייבוהו קנס כ' כן וצ"ע ודברי ע"ש בסעיף זה אין מחוורין ודוק וע"ל סי' שפ"ח סעיף ב':

סעיף ה

אבל אם חייבוהו קנס כו'. פי' יתר על מה שהפסיד ובזה ניחא דל"ק מדלקמן סי' שפ"ח סעיף ב' ע"ש ודוק:

סעיף ו

דינו כמו שנתבאר לעיל סי' פ"ב לשון הטור אינו כן אלא ז"ל ואי לא בעי לאשתבועי לא מפקינן מיניה כו' עכ"ל סמ"ע וכ"כ הרא"ש פרק ח"ה סי' י"ח ע"ש והב"י ושאר אחרונים לא כתבו מאין הוציא הטור כן ואשתמיט להו דברי הרא"ש הנ"ל כמ"ש בסי' פ"ב ס"ק י"ז ע"ש. ע' שם בסמ"ע עד ונראה דכאן שבא להוציא מיורשים החמירו וכו' ואין זה נראה אלא העיקר כמ"ש בסי' פ"ב שם:

סעיף ז

או שמת תוך זמן כו'. דין זה צל"ע דמ"ש הב"י דכ"כ התוס' פ' המוכר הבית והרא"ש בתשובה ריש כלל פ"ו נראה דלא קאי רק אגוף הדין דאין טוענין ליתומים נאנסו אבל במה דמשמע מהטור דבתוך זמן לא הי' יכול לטעון החזרתי אף הוא עצמו לא הוזכר שם בתוס' שום דבר וגם בתשו' הרא"ש ריש כלל פ"ו עיינתי שם ואין הכרח ברור וגם הוא תמוה בעיני דהא בריש ב"ב מבעיא לן אי אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וקי"ל קולא לנתבע וכדלעיל סימן ע"ח סעיף ד' וצ"ל לדעת הטור דדוקא התם דאי בעי לא הוי אמר כלל שפרע תוך זמנו וה"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר משא"כ הכא דאיכא שטרא ולא שייך לו' הפה שאסר הוא הפה שהתיר והלכך אע"ג דאית לי' מיגו דנאנסו אינו נאמן במקום חזקה זו. וכה"ג כתוב בחדושי הרמב"ן פרק המוכר את הבית גבי מאי דסליק אדעתי' למימר התם דלא מצי למטען החזרתי אע"ג דאיכא מגו משום דא"ל שטרך בידי מאי וז"ל אע"ג דלמאן דאמר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואי לא מקיים ליה מהימן למימר פרעתי במגו דאי בעי אמר מזויף הוא ולא אמרי' ליה שטרך בידי מה בעי דשאני התם דכל אימת דלא מקויים לאו שטרא הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא שטר הוא ע"כ ודלמא לא מהני מגו לבטולי דא"ל שטרך בידי מאי בעי עכ"ל וא"כ נהי דמסקינן התם דמהני מגו היינו אחר זמנו אבל תוך זמנו אפשר לחלק בכה"ג לענין חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וכה"ג כתבו התוס' פרק מרובה סוף (בבא קמא ד' ע"ב) גבי עד זומם לחלק בין מגו ובין הפה שאסר הוא הפה שהתיר וא"כ י"ל דה"ה הכא מיהו מדברי התוס' פרק המוכר הבית דף ע' ע"א משמע דלית להו לחלק הכא בהאי סברא בין הפה שאסר למגו שתרצו שם בדרכים אחרים ולא חילקו בכך וגם הרמב"ן גופיה מסיק שם אי נמי בעיא בעלמא הוא (הג"ה ולפע"ד מוכח כן להדיא מדברי התוס' ריש ב"ב סוף ד' ה' שכתבו אמאי דבעי התם אי אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וז"ל אך קשה מ"מ תפשוט ליה דלא אמרי' מגו במקום חזקה מדרמי בר חמי דאמר פ' כל הנשבעין המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בשטר ולא מהימן לומר החזרתי לך במגו דנאנסו משום דמצי א"ל שטרך בידי מה בעי וכ"ש דלא אמרינן מגו במקום חזקה דחזקה עדיפא דא"צ שבועה ומטעמא דשטרך בידי מה בעי ל"מ לפטרו משבועה ושמא סוגיא דהכא לא סברי כרמי בר חמי עכ"ל ואם איתא מאי מקשי הא גבי חזקה גופא אלו הוי כאן שטרא לא היה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו מטעם דאין אדם פורע תוך זמנו ודוקא הכא שהוא עצמו אומר פרעתיך תוך זמנו מבעי' ליה משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר א"ו ס"ל להתוס' דלא שנא והיינו דלא

כהטור והמחבר ודוק) וא"כ דינו של הטור צל"ע ואולי גם הטור והמחבר לא קאמרי אלא דליתמי לא טענינן החזרתי בכה"ג דכיון דהוא תוך זמנו הוי מילתא דלא שכיחא מכח חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אך פשט דבריהם לא משמע כן וגם לפמ"ש לקמן דטענינן ליתמי כל מילי א"כ גם ביתומים צ"ע ודוק:

סעיף ח

וי"א שטוענין להם נאנסו. וכן נראה לפע"ד עיקר דאל"כ היאך היו טוענין להם אחר זמנו החזרתי במגו דנאנסו ונאנסו גופא לא טענינן להו וגם מה שכתבו התוס' והרא"ש בתשו' ריש כלל פ"ו הטעם דנאנסו לא שכיח לבי מהסס בו מסוגיא דר"פ המפקיד וכמ"ש לעיל ס"ס פ"ב בדיני מגו באות י' וכן האריך הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ המוכר את הבית בדברים נכונים ברורים וישרים למוצאי דעת וכתב שהדבר בהיפך שמכאן יש ראיה שטוענין להם נאנסו וכן הוא בריב"ף ס"פ המקבל גרסי' בפ' המוכר את הבית שטר כיס היוצא על היתומים כו' אמר רבא הלכתא נשבע וגובה מחצה דהוא בתורת מלוה אבל פלגא דהוא בתורת פקדון חיישינן שמא נאנסו א"נ דלמא פרעיה כו' וכ"כ הנ"י פרק המוכר את הבית וז"ל וגובה מחצה שהן המלוה אבל אידך פלגא שהן פקדון טענינן ליורשיו כל מאי דמצי טעין אבוהון ואבוהון הוי נאמן אלו הוי אמר נאנסו ואנן נמי טענינן הכי בשביל היתומים ומפטרי עכ"ל וכ"נ דעת הריטב"א פרק הכותב שכתב גבי הא דאמרי' התם (בדף פ"ה ע"ב) חדא דידענא ביה בר' מישא דלא אמיד כו' וז"ל קשיא טובא משמעתין אף ע"ג דלא אמיד מאי הוי מקרא מלא דבר הכתוב יש מתרושש והון רב ולא מפקינא ממונא מרשות בעלים בטענת דלא אמיד בשום דוכתא וכיון דהוי אבוהון קיים יכול למימר דידי נינהו אנן נמי טענינן ליורשים דטענינן ליורשים כל מה דמצי טעין אבוהון ואע"פ שבתוס' אמרו דמלתא דלא שביחא לא טענינן ליורשים לא קי"ל הכי וכדכתיבנא בפ' הגוזל ובפ' המוכר הבית בס"ד משמו של הרמב"ן ז"ל כו' עכ"ל וכן דעת בעה"ת ריש שער ה' וז"ל נשבע וגובה מחצה פי' האי פלגא דאיתיה בתורת מלוה אבל אידך פלגא דהוא פקדון חיישינן שמא נאנסו בידו של נפקד ומפטר דהא טענינן ליורש א"נ דלמא פרעיה כו' ע"כ ומ"ש בספר גי"ת שם דף ל"ה ע"ב דקושית התוס' מעיקרא ליתא משום דאי ס"ל דלא כרב חסדא אף נאנסו אינו נאמן אפי' הוא עצמו ומש"ה גבי יורשים נמי לא טענינן להו כו' שארי ליה מאריה דפשיטא דיכול לטעון נאנסו לכ"ע דאע"פ שהשטר בידו יכול להיות שנאנסו והכי מוכח להדיא מדברי רב עמרם גופיה דבעי מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתיו לך מהו מגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי או דילמא א"ל שטרך בידי מה בעי כו' אלמא דאפי' למאי דבעי רב

עמרם למימר דלא כרב חסד פשיט' ליה דנאנסו מהימן אלא דבהחזרתי מבעיא ליה דלא ה"ל להחזיר עד שיחזיר לו שטרו ורב חסדא ס"ל דאפי' בהא נאמן דאלו הוי טעין נאנסו לא הוי מצי למימר שטרך בידך מה בעי אלא נרא' לתרץ קושית התוס' כמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות הנ"ל גם מ"ש בספר גידולי תרומה שהאחרונים הסכימו לדעת התוס' לית' דנהי דהרא"ש והטור נמשכו אחרי דברי התוס' מ"מ הא הנ"י והריטב"א ובעה"ת מסכימים לדעת הרמב"ם [הרמב"ן] ובב"י משמע שגם דעת הר"ן כן ונר' מדברי הג"ת דאישתמיטתי' כל הנך פוסקים אלו שהרי לא הביא' שם כלל שהרמב"ן והנך פוסקים ס"ל כבעה"ת ע"ש וכבר כתבתי שכדבריהם נרא' עיקר ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון ר"ס ק"ל ועיין בתשו' מהרי"ט סי' ט' וסי' נ"ו וסי' ע"ב וסי' ע"ג וסי' קי"ב דף ק"מ:

סעיף ט

שהוא מאותו עסק עיין בתשוב' מהר"א ן' ששון סימן מ"ח דף ס"ט ע"א:

סעיף י

ישבעו כו'. עיין באשר"י רפ"ק דמציעא כתב שאם יש להם ע"א שאמ' האב דשטר זה אינו פרוע גובין בלא שבועה ע"ש:

סעיף יא

בנקיטת חפץ. אדסמיך ליה קאי כשאומר להן הלוה השבעו לי דאל"כ אין צריך לישבע כדמוכח בש"ס פ' כל הנשבעין ופרק הכותב ובטור ובכל הפוסקים מיהו אם פוגמים השטר או עד אחד מעיד שהוא פרוע או שבאו ליפרע מנכסים משועבדים צריכין לישבע בכל ענין כ"כ ר"י נ"ט ח"ב ע"ש ודוק והב"י מביאו בסוף סעיף ח' ועיין בר' ירוחם עצמו ותראה שכוונתו כמ"ש ועמש"ל ר"ס פ"ד:

סעיף יב

והוא שנמצא כו'. כלומר הא דהשטר בחזקת פרוע היינו שנמצא בין השטרות קרועי' לפיכך צריכים היורשים לישבע אף בסתם דשמא היה שם שובר והיה השטר מונח בין הקרועים וכן משמע מלשון הרב המ' ר"פ י"ז מה' מלוה ודלא כספר לח"מ ס"פ ט"ז מה' מלוה שנרא' מדבריו שהבין דאין היורשים צריכין לישבע שבועה זו אא"כ ידעו שהשטר היה מונח בין הקרועים ולכן כתב שהרמב"ם סתם הדברים יותר מדאי וה"ל לבאר שנמצא בין השטרות קרועים כמו שביאר פרק ט"ז מה' מלוה ולפי מ"ש לא היה צריך לבאר כאן כלום וק"ל עוד כתב הלחם משנה שם דגם בפרק כ"ד מהלכות מלוה שכתב הרמב"ם וכן אם נמצא לאחד בין שטרותיו שובר ששטר של יוסף בן שמעון פרוע כו' סתם הרמב"ם והל"ל דמיירי שנמצא בין השטרות קרועים כדאוקמי' בסוף פרק

קמא דמציעא כו' ולא דק בזה דהרמב"ם בפ' כ"ד מה' מלו' מיירי להדי' בשובר שאצל הלוה ויוסף בן שמעון הם המלוים וכמו שכתב הרמב"ם להדיא שטרות שניהן פרועין וכאוקימתא דאביי בפרק גט פשוט ד' רע"ג ע"א עיין שם וכמו שכתב הרי"ף והרא"ש פרק ג"פ והך דסוף פרק קמא דמציעא היינו לאוקימתא דר' ירמיה וכמ"ש התו' פרק גט פשוט שם וזה ברור:

סעיף יג

אלא שלא מצאתי. ולפ"ז אפשר דה"ה בקטן שנולד אחר מיתת אב נמי צריך לישבע וכ"כ הטור והרב המ' בשם ר"מ ועיין בספר א"א דף פ"ד ע"ד שכתב דלהרמב"ם לא קי"ל כר"י ואין צריך לישבע ודבריו נראין ודוק ועיין ב"י וסמ"ע:

סעיף יד

צריך לישבע כו'. ע"ל סימן ר"צ בסמ"ע סקל"ד ועמ"ש שם ועיין לעיל סי' ע"ב ס"ק ק"א ומ"ש שם:

סעיף טו

ויש מי שאומר עיי' לעיל סי' ע"א סכ"ג ועיין בסמ"ע ודבריו צ"ע ועמ"ש לעיל סי' נ"ו:

סעיף טז

כל הדין כו' עיין בסמ"ע ס"ק ל' ד' ק"ח ע"ב עד הבא לטרוף בשעה שהורידו אותו כו' וכיון שמת אין מורישׁ שבועה לבניו כו' ול"נ דתשובה זו מיירי ג"כ במת לוה בחיי מלוה והניח הלוה ליתמי קרקעות והמלוה מת אח"כ וכמ"ש הט"ו בסל"א ול"ב הביאו בסמ"ע ס"ק א' [מ'] אלא דקשה לפ"ז האיך הי' רוצה לטרוף ממשועבדים כיון דהי' ליורש בנ"ח ואפשר ליישב ודו"ק בסמ"ע סעיף קטן מ"ה ותראה שכנים דברי ויתיישב נמי מה שהקשה בסמ"ע: בתשובת ר' אהרן ששון סי' פ"ב מביא תשוב' ריב"ש סי' תפ"ג דאף בפוגם ועד א' אמרינן אין אדם מורישׁ שבועה לבניו ויתיישב בזה קושיות הסמ"ע ע"ש ודוק וכל זה צ"ע ע"ש בסמ"ע בדף ק"ט ע"א עד הרי לפנינו דחילוק בין עומד בדין כו' עיין בתוס' סוף שבועות ובירושלמי פ' הכותב דמשמע שם כן ויש ליישב הגמרא לפ"ז ודו"ק:

סעיף יז

גם כן לישבע כתב הריטב"א פרק הכותב אהא דתנן וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה כתב בעל העיטור ז"ל דדוקא דטענו אידך אמר לנו פרעתי כדאמרי' בסמוך הא לאו הכי לא טענינ' להו שאין טוענין ליורש לחובתו של יורש זה ע"כ:

סעיף יח

ונוטלים. ומ"מ היכא שיורשי הלוה יכולים לטעון ליורשי המלוה שנפרעו מאביהן וזה היו יכולים לישבע בברי ואח"כ מתו אין יורשי היורשים נשבעים ונוטלים ודוק וכן כ' הב"ח ע"ש וע"ל ס"ט וע' בסמ"ע ס"ק ל"ד וע' ב"ח ודו"ק:

סעיף יט

בין שהם בנים כו'. ע' בש"ס בס"פ כל הנשבעין דהיינו משום דלא קי"ל כב"ש דשטר העומד לגבו' כגבוי דמי וכמ"ש בסוף ספרי תקפו כהן ודברי המרדכי פ' הבא על יבמתו ומהרי"ק שורש צ"ב צ"ע ועיין בתוס' בכתובות דף פ"א ע"א וע"ל ר"ס ס"ז ובש"ס ובפוסקים פרק השולח. שוב ראיתי בבדק הבית ר"ס ס"ז השיג על מהרי"ק ושוב מצאתי בשלטי גבורים פרק המקבל דף קל"ב ע"א הקשה על מהרי"ק וגם האריך בזה וע"ש עיין בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' ל"ו ועיין בתשו' ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ':

סעיף כ

ותפסו אין מוציאין כו' עיין בא"ע סי' צ"ו ס"א בהג"ה ועיין בתשו' ן' לב ספר א' כלל י"ב סי' ס"ט וכלל ב' סי' ק"ז ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ה ריש ד' קכ"ה ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ע"ג ובתשו' ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ' ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רע"ד:

סעיף כא

מיהו אם לא קרעוהו. והב"ח פסק דלא כהרמ"ה אלא אין גובין ודבריו אינם מוכרחים ע"ש:

סעיף כב

אם הניח הלוה נכסים. עיין בסמ"ע סק"מ עד ומהתימה למה השמיט המחבר להאי דינא לק"מ וגם לא ראה דברי המחבר בב"ה ר"ס ק"א וכאן וגם בב"י בסי' זה כ"כ בקצרה ודעתו דלקוחות גובים מהמטלטלים מתקנת הגאונים (וע"כ השמיט המחבר גם בר"ס ק"א מ"ש הטור שם ע"ש וכן משמע ברמב"ם ספי"ג מה' מלוה ע"ש וגם מדברי הב"ח גופי' בר"ס ק"א נראה כן ע"ש ודו"ק) ואף שהב"ח כאן בסי' זה חלק ע"ז מדברי ה"ר אפרים שהביא הרא"ש פ"ק דב"ק דאין ניזק גובה ממטלטלי מ"מ אין דבריו נכונים דהא הסכמת רוב הפוסקים דמטלטלי האידנא כקרקעי לכל מילי וגם הרא"ש גופיה והט"ו בס"ס תי"ט כתבו דבדורות הללו שעיקר סמיכה על המטלטלים הם כקרקע לכל מילי מן הדין בלא תקנה וכן כתב רבינו ירוחם נתיב כ"ו ח"ג ומביאו ב"י לעיל סי' ק"ז סט"ז וכ"כ המחבר לקמן סי' תי"ט ס"ג דלא כר' אפרים וגם נראה דאף ר' אפרים לא פליג אלא בנזקין וכדכתב טעמא דלא שכיח משא"כ בלקוחות וכן עיקר:

סעיף כג

ואין חילוק כו'. ע' לקמן סי' קכ"ט סעיף ט"ו:

סעיף כד

אם הי' השטר משכונא. עמש"ל סי' ס"ו סעיף ל' דיש חולקין וכ"ד בעל העיטור דף כ"א סוף ע"א ע"ש ובמשכון מטלטלי כ"ע מודים ע"ש (וכן לעיל סי' ע"ב סי"ז ע"ש) ועמ"ש שם בסי' ע"ב ס"ק ע"ב וס"ק קמ"ה ודוק:

סעיף כה

גובה בלא שבועה. ואם הוא משכון בלא שטר ומת לוה בחיי מלוה אז צריכים ג"כ לישבע שלא פקדנו ע"ל סי' ע"ב סי"ז בס"ק מ"ט בסמ"ע וצ"ע בב"י מחו' ה' ודוק. והנה לפע"ד נראה עיקר דצריך שבועה אלא דמ"מ אין אומרים אין אדם מוריש שבועה לבניו בזה וכך פסק הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ט ומביאו ב"י בקצרה בסי' זה מחו' ב' וכ"כ הב"י בשמו לקמן סי' ק"מ מחו' ו' וכ"כ הריטב"א בתשוב' ומביאו ב"י לקמן ס"ס ק"י דצריך שבועה וכתב שם שכן דעת גדולי הפוסקים ושזה דעת רבותיו ושכן דעת בעה"ע ע"ש וכן הוא בבעל העיטור בריש דיני אפותיקי דף מ"א סוף ע"א בשם ר"י מג"ש וכתב שם ג"כ שכן דעת הר' יודא ז"ל דלא גבי אלא בשבועה והסכים שם הבעל העיטור כן וכתב וז"ל ומסתברא כיון דאי שטפה נהר גובה משאר נכסים אע"ג דהוחזק בה לא גבי אלא בשבועה דקרקע בחזקת בעליה קיימי ויכול לומר לו טול משכונך ופרע לי את שלי כל היכי דלא אמר ליה לא יהא פרעון אלא מזו עכ"ל וכן עיקר ומ"ש הריב"ש סימן ע"ח דגובה בלא שבועה ומביא ראיה מריש פרק אף ע"פ יחד לה ארעא בחד מצרנה דגובה בלא שבועה ומביאו ב"י סכ"ב לפע"ד לאו ראיה הי' דכבר כתב הבע"ה שם וז"ל ואע"ג דאמרי' גבי כתובה יחד לה ארעא בלא שבועה גבי כתובה שאני דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אבל ב"ח בשבועה עכ"ל וכ"כ הרא"ש פרק אע"פ בשם הראב"ד והר' יונה שלא נאמרו ייחד מטלטלי וארעא לפטור משבועה אלא בכתובה שאינו עשוי להתפיס צררי אבל בב"ח חוששים לפרעון ע"כ. ומשמע שם דהרא"ש מסכים לדבריהם וכ"כ ברמזים שם וגם מ"ש הריב"ש בשם הרא"ש אינו מוכרח לפי ענ"ד (ואפשר דגם הריב"ש לא קאמר משמיה דהרא"ש רק דלא אמרי' בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל פ"ו סי' ד' ע"ש וכמו שמחלק הריב"ש בסוף התשובה ע"ש) ואדרבה נלע"ד מדכתב הרא"ש פרק חזקת הבתים ומביאו הטור לקמן ס"ס ק"ן דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למטעון ומשבעינן למלוה אפי' לית להו טענת ברי רק שמא נשבע על המשכון שבידו ה"נ אלו הוי אבוהון טעין אישתבע דלא פרעתיך משביעין ליה וא"כ

טענינן להו כל מה דמצי אבוהון למטען ומשבעינן ליה אך מה דס"ל לר"י מג"ש דאמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו בזה נראה עיקר כשאר פוסקים שחולקים עליו וכמו שפסק המחבר ולא מטעמי' אלא מטעם דכיון שיש בידו משכונא מוחזקת לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו דלא אמרי' כך רק להוציא ממון ולא כשהוא מוחזק וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ט טעם זה וכ"כ ב"י בשמו סי' זה ולקמן סי' ק"ח מחו' ה' וכן מחלק הריב"ש עצמו בסוף התשובה והב"י לא הביאו ע"ש וזה עיקר ע' בסמ"ע ס"ק מ"א עד בשבועה דלא פקדנו דבריו תמוהים דכיון שהי' אביהן גובה בלא שבועה למה ישבעו הם והכי אמרי' להדיא בש"ס השתא אבוהון שקיל בלא שבועה אינהו בעי שבועה ודוק ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' פ"ג:

סעיף כו

אבל שכיר כו'. אלא הבעה"ב נשבע נגד יורשי השכיר היסת ונפטר כן הביא הב"ח בשם מהרש"ל והב"ח השיג עליו דבהר"ן והרמ"ה משמע דהבעל הבית נשבע בנק"ח ואני אומר דכדברי מהרש"ל כתב בעל המאור וכן משמע כדבריו בהרמב"ם והט"ו ושאר פוסקים וכמ"ש לעיל סי' פ"ט ס"ק ג' ע"ש:

סעיף כז

ונגזל כו'. ולענין חנוני ופנקסו ופועלים הנה בפועלים כיון שחייב להם בודאי וספק אם פרע להם לכ"ע נשבעים היורשים שבועות היורשים ונוטלים וכ"כ הר"ן להדיא בפרק האיש מקדש וכן כתב הרב המגיד פרק י"ו מהלכות מלוה בשם הרמב"ן וכן עיקר וכמ"ש לעיל סי' צ"א ס"ק י' לענין חנוני נראה דזה תלוי בפלוגתת הרמב"ן ובעל המאור שהבאתי לעיל סי' צ"ב ס"ט וכבר כתבתי שם דהעיקר כבעל המאור דגם חנוני דין פועלים יש לו וע"ש:

סעיף כח

אין היורשים כו' ובשבועות היסת שנהפכה לתובע נשבע הנתבע היסת ונפטר עיין בב"ח וק"ל:

סעיף כט

אמר לנו אבא כו' ובב"י סעיף א' הניח בצ"ע אם קטנים אמרו כן אי טענתן טענה לענין זה ע"ש וע' בסמ"ע לעיל ס"ק ה':

סעיף ל

יורש קטן כו' לשון רמב"ם פ"ו מהל' מלוה דין י"ח ומה שנרשם טור סל"ד בשם ר"י מגא"ש והרא"ש אינו נכון כמ"ש לק':

סעיף לא

שובר אחר מיתת אביו כו'. ל' הטור וכתב הר' יוסף אפי' אם לא הגיע זמן השטר בחיי אביהן שאם השובר הי' אמת הי' מוציאו בחיי אביהן כו' עכ"ל הסמ"ע ותמיה לי היאך העתיק דברי הר"י בסתם שהרי הרמ"ה חולק ומביאו הטור וס"ל דוקא כשתבעו בשטר בחייו וזה לא הוציא אז השובר ואפשר משום דהרא"ש פ"ק דב"ב הביא דברי הר"י בסתם או אפשר משום דבב"י כתב שכן דעת הרמב"ם ונמשך ע"פ דעת בעה"ת שער רל"א ח"ב שכן דעת הרמב"ם ומ"מ הבעה"ת גופיה שם אע"פ שהביא דברי הר"י והרמב"ם חלק עליהם והעלה כדעת הרמ"ה וכן דעת הרשב"א וכמבואר בהרב המגיד פ' י"ז מהלכות מלוה ונ"י פ"ק דב"ב ונראה שם גם דעת הנ"י כן וכן בדברי הרמב"ם אין הכרע לפע"ד וכן נראה מדברי ה"ה שם שאין בדברי הרמב"ם הכרע וגם ר' ירוחם מביא סברת החולקים על הר"י וכן נראה עיקר ועוד נראה דהר"י מפרש דאין הב"ד מכיר חתימת העדים שבשובר והוא רוצה לקיים ומש"ה בריעותא כזו איתרע דלא מקיים ליה והרמ"ה חולק דבריעותא כזו לא הוי ריעותא כלל ומקיימים אלא דבריעותא בשתבעו בחייו אפי' מקויים בחותמיו לא פסלתן בי' שטרא וכהרשב"א והטעם כמ"ש נ"י בשמו דחיישינן שמא כיוון וזייף יפה וכן הוא הטעם בבעה"ת שם אבל כשהוא מקויים י"ל דמודה הר"י דמשום ריעותא כזו לא אמרי' כיוון וזייף יפה ודלא כנראה מהסמ"ע דאפי' בכה"ג קאמר הר"י שהרי העתיק מדברי המחבר ודו"ק וגם בלא"ה דעת ר"י דמקיימין השובר בכל ענין וקרעינ' שטרא והביאו ב"י עוד נראה לי דגם הר"י מודה דבהגיע זמנו של שטר בענין שתבעו בחייו ולא הוציא אז השובר וכן יראה מדוקדק לשון הר"י שהביא הרא"ש שם ע"ש ודו"ק דאל"כ ודאי אין טעם כלל וכי משום שלא הראה שובר איתרע ליה אלא דבלא הגיע זמן השטר ס"ל דאיתרע השובר אע"ג דלא תבע כיון דאיכא נמי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ודו"ק:

סעיף לב

אין מקבלין מהן לשון בדק הבית ויש לגמגם על זה מדקי"ל מקיימים השטר שלא בפני בע"ד ויש לו' דשאני הכא שרגלים לדבר כו' וכן עיקר דלא כספר גידולי תרומה שהניח בקושיא והבית חדש טעה שהבין שהב"ה מציין בב"י לעיל בעדים מעידי' שזוכרים הפרעון וע"כ פסק דמקיימים וגם אישתמיט ליה דברי הב"י בשם הרב המגיד בשם הרשב"א ודברי הש"ע כאן וכן משמע בחידושי רמב"ן פרק קמא דב"ב כתירוץ ב"ה וז"ל אלא דרבינא סבר דמקיימים השטר שלא בפני בעל דין ומסקנא כיון דלא אפקיה חיישינן דלא מחזקי' ליה לקיימיה עד דגדלי דבשטרא ריעותא הוא לדידן ולא טרחינן

ביה לקיומיה עד כאן לשונו ועי' מה שכתבתי לקמן סי' ק"י סעיף ג' על הסמ"ע סעיף קטן ט':

סעיף לג

לפי שאין מקבלין כו'. עיין לעיל סי' כ"ח סעיף י"ח ומה שכתבתי שם:

סעיף לד

ואפי' התנה כו'. ואפי' כתב כן בשטר ולי נראה מדברי הרא"ש דבהתנה גובה עידית מן הגדולים והא דל"מ תנאי היינו גבי קטנים דכתב מתחלה אע"ג דקי"ל שעבודא דאורייתא וכל תנאי שבממון קיים וא"כ למה הפקיעו חכמים זכות המלוה וי"ל דלא פלוג רבנן ביתמי כו' והוא מדברי התוס' שם וע"ש בתוס' ואחר כך כ' בשם ה"ר יונה דלא עבדו רבנן תקנתא בניזקין דדינו מן התורה בעידית רק לקטנים ולא לגדולים כו' וא"כ כשהתנ' נמי דגובה מן התורה מעידית רק שחכמים הפקיעו לא הפקיעו רק בקטנים אבל מהטור לא נראה כן וצריך לומר דס"ל דבב"ח בכל גווני לא פלוג כדי שלא תטעה בין התנה ללא התנ' ודוק אבל לפענ"ד נראה דעת הרא"ש כמ"ש ודוק וכתב ר' ירוחם נכ"ג ח"ג דאפי' כתב לו אפותקי סתם אינו גובה מהם אלא שיכתוב לו לא יהא לך פרעון אלא מזו:

סעיף לה

או מיורשי כו'. וה"ה אם לוו אפוטרופסי' לצורך יתומים או ב"ד דזבין ואחריות איתמי אי טרפו ממנו גובה מבינוני' כ"כ הטור והמחבר ס"ס ק"י בשם הרמב"ן והרא"ש:

סעיף לו

מהני תנאה כיון שהזכיר ומיורשי ולפ"ז אפי' לא כ' כן בפי' רק התנה כן גובה מעידית וכן משמע בטור:

סעיף לז

אל ארץ גזירה. עמ"ש ב"ח בזה ופשוט הוא:

סעיף לח

זבורית כו' וגם בינונית וע' בב"ח ופשוט:

סעיף לט

ולו יש בינונית כו'. ועידית כמבואר לעיל סי' פ"ה וק"ל:

סעיף מ

אם הניזק בא לגבות נזקו כו'. ודעת הרמב"ם ספ"ח מהלכות נזקי ממון נראה דאף בגדולים אינו גובה אלא מן הזיבורית וכן כתב הרב המגיד שם לדעתו וכ' שכן פסקו ז"ל וכן נראה דעת הר"ן ריש פ' הניזקין ע"ש כן נראה להדיא דעת בעל הלכות גדולות ריש

ב"ק דף פ"ו ע"ד וע"ש וכ"כ המחבר עצמו לקמן ס"ס תי"ט וכן נראה מדברי הסמ"ג דף קמ"ה כדברי הרמב"ם וע"ש:

סעיף מא

ואם הם גדולים כו'. כ"כ הרא"ש וטור בשם ה"ר יונה והסכים הרא"ש עמו וכ"כ הרשב"א בחדושיו פרק הניזקין וכ"כ ה' המ' ספ"ח מהלכות נזקי ממון משמו וכן דעת הר"ן ריש פרק הניזקין אבל דעת הרמב"ם אינו נראה כן וכמ"ש בס"ק ל"ט ומ"ש הר"ן דהכי מוכח בש"ס נראה שכוונתו כמ"ש הרשב"א בחדושיו ע"ש אבל נראה לומר לדעת הפוסקים דכי מסיק בש"ס והלכתא יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים בכל גווני פסיק הכי ולא כדקס"ד מעיקרא ע"ש:

סימן קט

סעיף א

שומעין ליורש. כתב הסמ"ע פי' לא מיבעיא אם יש ליורש עתה מעות ורוצה לפדותם דשומעין לו אלא אפי' אין לו מעות שומעין לו שישומו שאם יהיה לו אח"כ מעות לא יתן רק כפי שויה כו' וכן משמע כדבריו ברא"ש וטור וע' לקמן סי' קי"ד סעיף ז' מיהו כל זה לדעת הטור והרא"ש אבל כבר העליתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' דלא כוותיה אלא כהרמב"ן והראב"ד ובעל התרומות שער ג' ח"ו ושער מ"ט ח' ט"ו ובב"י עצמו שם ובסי' ק"ז מחודש ח' משמע שסובר כן וכן פסק הריב"ש בתשובה סי' תפ"ג דבכל ענין א"י היתומים או הלוקח לסלק הבע"ח עד שיתנו לו כל שיעור חובו הא לאו הכי יכול למימר הקרקע שוה לי כשיעור כל חובי וכן עיקר וע' כל סי' זה בא"ע סי' ק"ד:

סעיף ב

וב"ד שהכריזו. ועיין בסמ"ע ס"ק י"א עד אבל הכ"מ כ' שם עליו דמל' הרמב"ם מוכח דשני בבות הן ושמ"ש ברישא אבל לא בדק בשומא ר"ל שהכריזו כו' וקשה לפי דברי הכ"מ ה"ל לש"ס לתרץ כאן בסיפא עשו אגרת בקורת כדמפורש להדיא ורישא איירי ג"כ בדאכריז אלא שלא עשאו בקורת ולא הוי ליה לדחוק כאן שצריכים כו' ודו"ק לכן נראה לכאורה דברי המ"מ עיקר וצ"ע:

סעיף ג

ואם רצו ב"ד כו'. ע' בא"ע סי' ק"ד סעיף ה' וע' בתשו' מהרשד"ם סי' שע"ד:

סעיף ד

מוכרין שלא בהכרזה. זהו כדין הנ"ל בסעיף דלפני זה היכא דזבני למזונות ולכרגא ומטעם שכתבתי שם עכ"ל סמ"ע ולא דק דכאן הוא הטעם דהוי כבעל דבר שרוצה לפרוע בעצמו ובאמת שאם אינם רוצים להפרע מדעתו זה תלוי בפלוגתא שבסי' ק"ג ס"א ע"ש וק"ל וע' בב"י:

סעיף ה

היינו כשהורידו לבעל חוב כן עיקר ומ"ש אבל ב"ד שמכרו כו' ר"ל אפי' כדי לפרוע לב"ח ודלא כנראה מל' הב"ח דאף היכא דמכרו לצורך פרעון ב"ח ג"כ דינו כאילו הורידו לב"ח ע"ש דליתא ודוק נ"ל. ובזה יתיישב ג"כ מה שהקשה הב"ח על מ"ש הטור בשם ר' יונה דחולק על הרמב"ם ע"ש דלפי מ"ש א"ש שהרי הרא"ש כתב משמו כך הלוקח סומך עליהם כו' ור"ל אפי' כדי לפרוע לב"ח ודו"ק היטב וע' בהרב המ' פ' י"ג מה' מכירה דין י"א תמצא מבואר כדברי המחבר בהבנת הרמב"ם ודלא כב"ח ע"ש:

סעיף ו

כדין הדיוט כו'. ע' לקמן סי' רכ"ז סעיף ל"ד ודו"ק:

סעיף ז

מכרו ע"י שליח ועיין בתשר מהרא"ן ששון סי' קל"א:

סימן קי

סעיף א

אלא א"כ יש עליהן מלוה בריבית כו'. ועיין בסמ"ע ס"ק ב' עד ובזה מוכרין בשומא אפילו בלא הכרזה ל' יום כו' אא"כ שיקבל עליו שלא ליקח ריבית כל ימי הכרזה אז מכריזים ל' יום כדאיתא ברש"י ותוספות שם:

סעיף ב

שקיבל עליו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ג' עד ונראה דלרבותא מוקמי לה הגמרא והפוסקי' כו' זה אינו דבגמרא מוכרח לאוקמי בשקיבל כו' דאל"כ אמאי מכריזי' ל' יום כדאיתא ברש"י ותוספות שם ובר"ן פרק אלמנה ניזונית וגם כוונת הפוסקי' כן ואפשר דאטור קאי ומ"ש הגמרא הוא לדעת הטור ודוק ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קי"ג:

סעיף ג

הרשות ביד ב"ד להגבותו. וה"ה אם יש קנס על הפרעון כ"כ בתשו' ר' אליה ן' חיים סי' צ"ד ע' בתשוב' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' רי"ד וח"ב סי' רכ"ט ועיין בתשובות ר"מ אלשיך סי' קכ"ז:

סעיף ד

טעמא דאין נפרעין. ע' בתשוב' ר"מ אלשיך סי' ק"ל וקל"ז ע' בתשוב' מהרשד"ם סי' תכ"ו ובתשוב' ר' אליה ן' חיים סי' ט"ו ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' קמ"ז:

סעיף ה

לפיכך אם תפס משלהם כו' ל' הטור לפיכך כו' עד לקוח הוא בידי מותר לו לתופסו בחובו כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהן עכ"ל ופי' הב"ח דהיינו אפי' איכא עדי' ורא' ודלא כבעה"ת כו' ודבריו תמוהין דהלא כ' הטור דוק' במקו' שהי' יכול לטעון לקוח הוא בידי והיינו ממש כבעה"ת וכמו שפי' בסמ"ע ס"ק ז' וכן מוכח להדי' בראש פ' חז"ה סי' י"ז שפי' עובד' דרבא בר שרשו' בהי' לו שטר על המעות ואפי' הכי לא מהני אלא במקום מגו ע"ש ודוק והקשה ב"י על לשון הטור הנ"ל למה כתב מותר לו לתופסו בחובו הל"ל מהני תפיסתו דהוי משמע שב"ד היו פוסקים דמהני תפיסתו עכ"ל עוד הקשה על הבעה"ת שכתב אם תפס מטלטלים בחיי אביהם אי ליכא עדי' וראה מהני ליה תפיסתו ונפרע מהם דהא אפילו לאחר מיתה מהני וע"כ כתב בש"ע ברישא כדברי הטור ובסיפא כדברי בעל התרומות ולפ"ע דעתי נראה דלק"מ דהטור ובעה"ת לא פליגי ונרא' דאשתמיטתי' דברי הרא"ש דפ' חזקת הבתים שם (וע"כ כתב ב"י על דברי הטור דברי טעם הם ולא כ' שהוציא כן מהרא"ש) שכ' וז"ל וצ"ל דרבא בר שרשום ס"ל כרב הונא דמפרש טעמא דאין נזקקים לנכסי יתומים משום צררי ואיהו קים ליה בגויה דלית ליה צררי הילכך מצי למפרע מהם דאי סבר כרב פפא משום פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו היאך רוצה לעכב הקרקע בידו אפי' יהא אמת כדבריו כיון שאין מחוייבים לפרוע חוב אביהן נמצא גוזל היתומי' וכרב הונא נמי פסקי' לקמן עכ"ל והוא מדברי התוספות לשם והיינו דכתב הטור וטעמא משום דחיישי' לצררי לפיכך מותר לתפסו כו' והיינו כדברי הרא"ש אבל ודאי אם בא לב"ד והודה שתפש לאחר מיתה בשביל חוב שהיה חייב להן אביהן צריך להחזיר להם (ואם אינם מאמינים נותנים ביד שליש) שהב"ד פוסקים דכיון דהוי של יתומים אין נפרעין מהן וחייב להחזיר רק הטור קאמר שמותר נתפסו ואין בו משום גזל לכך לא ילך לב"ד כלל או יטעון בפני ב"ד שתפס מחיים אביהם כעובדא דרבא ב"ש וע"כ כ' הבעה"ת דוקא מחיים מהני ליה תפיסתו

דאילו לאחר מיתה נהי דמותר לו לעשות כן מ"מ אם יודה בפני ב"ד שתפס לאחר מיתה לא מהני ליה תפיסתו כיון שהם קטנים דאע"ג דקי"ל דהאידנא מהני' תפיסה אף לאחר מיתה כדאית' בהגהת מרדכי ספ"ק דב"ק ושאר פוסקים היינו בגדולים שיכול לגבות מיד מהם בשבועה משא"כ בקטנים והב"ח כ' דבעה"ת מיירי קודם תקנת הגאוני' והטור מיירי אחר תקנת הגאונים ולפע"ד זה אינו אלא אפי' אחר תקנת הגאונים אם ידוע שתפס לא"מ אפי' אית ליה מגו לא מהני תפיסתו וכן מוכח להדיא ברבינו ירוחם סוף נתיב כ"ו לחלק בכך וכדפי' ומביאו ב"י לעיל סימן ק"ח סכ"ג והד"מ בסי' זה והסמ"ע ס"ק ו' וז"ל ואם תפס מטלטלים והן בעין נותנים אותם ביד שליש עד שיגדלו היתומים ונשבע ונוטל ודוקא שהוא טוען שהוא תופס עתה בשביל מה שחייב לו האב ולא משכן לו האב אבל אם טען שאביהם משכן לו לא מפקינן מיניה כלל אלא נשבע ונוטל עכ"ל ומדכ' בסיפ' אבל אם טען שאביהן משכן לו כו' ע"כ מיירי בתפס שלא בעדים בענין דאית ליה מגו ואפ"ה אם טוען שהיה תופס עתה צריך להחזירם ביד שליש עד שיגדלו וע"כ אפי' בתר תקנת הגאונים מיירי דאי קודם תקנת הגאונים אפי' היו עכשיו גדולים ואפי' היה ידוע שלא תפס צררי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ופשיטא דהיה צריך להחזירם ליתומים אלא ודאי כמ"ש נמצא דברי המחבר בש"ע ליתנהו לדינא דפשט דבריו משמע דאפי' ידוע שתפס אחר מיתה מהני ליה תפיסתו וזה אינו וכמ"ש וגם דברי הסמ"ע ס"ק ו' אינן מכוונים שהעתיק דברי ר"י אדברי המחבר וזה אינו מיהו אם תפס מעות כתב ר' ירוחם שם דאפי' תפס בעדים אם יש לו שטר אין מוציאין ממנו אלא משבעינן אותו עכ"ל ונראה דגם הטור מודה לזה דכיון דתפס מעות ה"ל כנפרע כבר ולא אמרינן (אלא) אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים עד שיפרע אבל זה שנפרע כבר אפי' בעדים לא מפקינן מיניה משא"כ בתפס מטלטלי כיון שלא יחזיק גוף המטלטלים א"כ הרי יפרע עכשיו מן היתומים ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים וגם נראה דהבעה"ת מודה לר' ירוחם בתפס מעות ודלא כהב"ח שדחה דברי בעה"ת מקמי ר"י וגם הב"ח כתב וכל דברי ר' ירוחם הלכה פסוקה הם. ושוב מצאתי כדברי בספר א"א דף פ"ה ע"א דהבע"ת מיירי דוקא בתפס מחיי אביהם לענין שהב"ד יפסקו לו שמועיל תפיסתו והטור מיירי שמותר לו להעלים תפיסתו לאחר מיתה והשיג על הב"י ע"ש רק שלא הביא ראיה לדבריו וכבר הבאתי ת"ל ראיה מדברי ר' ירוחם עיין בתשו' ר"ש כהן השייכים לספר ב' סימן כ"א:

סעיף ו

שיכול להחזיק בו. כגון שתפס שלא בעדים וכן משמע בבעה"ת ומביאו ב"י דבאין ראו עתה בידו משמע דאל"כ נאמן לומר אביכם חייב לי במגו דהחזרתי לכם ואע"ג דאם היה

טוען החזרתי לכם היה מעיז שפיר אמרינן מגו בכה"ג כמש"ל סי' פ"א סכ"ג וסי' צ"ג על הסמ"ע ס"ק ט' וכן כתב מהרא"י בפסקיו סימן פ"ד במי שתפס ממון יורשים נאמן לומר אביכם היה חייב לי במגו ואע"ג דאין המגו טוב דנוח לו לומר אביכם הי' חייב לי במגו ואע"ג דבטענה זו אין חבירו מכיר בשקרו ואלו טען להד"ם או פרעתי היה מכיר בשקרו ר"י מוכיח מפ"ב דכתובות בהא דקאמר שדה זו של אביך הית' ולקחתיה ממך דאמרינן בכה"ג מגו כדאיתא במרדכי בשם תשובת מהר"מ פרק חזקת הבתים עכ"ל ועיין מ"ש לקמן סימן שנ"ז על הסמ"ע ס"ק ב':

סעיף ז

מהניא ליה תפיסת. כו'. ואם כתוב בשטר נאמנות נגד שובר ונגד טענת שום תנאי השטר נזקקין להם וכן יעשה תנאי בפירוש שיגבה מיתומים קטנים כן כתוב בתשובת ר' אלי' ן' חיים סימן צ"ד עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן ל"א (ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן קט"ו וסימן קע"ח וצ"ע):

סעיף ח

שלא נפרע מאביהם כו'. עיין תשובת ריב"ש סימן שנ"ב:

סעיף ט

נזקקין לנכסי ערב ובנכסי לקוחות. עיין לעיל סי' קי"א סי"ג בהגה עיין בסמ"ע ס"ק ח' עד אך שבב"י לא משמע כן ובספר ב"ה כתב דלענין הלכה נקטינן כהרמב"ם דסוגיא דעלמא בב"מ כוותיה אזלא כו' ע"ש. עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סימן צ"ח.

סעיף י

אחר שמעמידים להם אפיטרופס כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סימן ש"ז וסימן תנ"ה ואין דבריו נכונים כמ"ש שם דלא מ"ל קים לי אלא בטענה שיזכה בו לעולם אבל לא בטענת שמא כשיגדל ימצא בטל הצוואה כו' ע"ש:

סעיף יא

וכן אם אמר תנו מנה זו או שדה זו. עיין בסמ"ע ס"ק י' עד וכתב המ"מ והנ"י שהיה לרמב"ם גירסא אחרת בגמרא כו' ולא דק בזה כי אין בזה שום גירסא נשתנית בשום פוסק גם בהרמב"ם אלא שהוא פסק כרבא וכ"כ ה"ה וב"י וב"ח אלא כמ"ש המחבר בס"ה ובסמ"ע ס"ק י"ב שם צ"ל לדעת הרשב"א והרמב"ם שהיה לו גירסא אחרת בגמרא דלפי נוסחא שלנו לעולם אין מעמידין אפוטרופוס בנמצא שאינו שלו וכן מבואר בהרב המגיד ודו"ק:

סעיף יב

נכסי מורישו לקטן כו'. עד מורידין ב"ח לנכסיו ואע"ג דכבר נתבאר בסי' קי"ח ובדברי המחבר שם ס"ג דאין נזקקין לנכסי קטן אפילו יוצא עליהן שטר מקויים ובנאמנות מפורש עכ"ל סמ"ע לא קשה מידי דהכא מיירי שכתוב בשטר שהוא תוך זמנו דנזקקין כמו שנתבאר לשם ומה שלא ביאר כחן כן משום דלא מיירי בדינים אלו וסמך אלעיל ע"ש בסמ"ע עד משא"כ בקטן זה שהיה מורישו גדול ואם קיימוהו בקטנותו היו ג"כ מוציאין מידו כו' לפ"ז קשה הרי הטור כתב בסי"ג גבי קטן עצמו או שהוציא שטר מקוים דמשמע מיניה דצריך להיות מקוים בחיי האב ואע"ג דיש לדחוק לומר דהיינו אפילו אחר מיתת אביהם אך בסמ"ע גופיה ס"ק ט"ז לא כתב כן על כן נ"ל דברי הב"י נכונים אלא שדבריו צריכים תיקון קצת דהא דמקיימים אפי' שלא בפני בע"ד היינו משום דאין נפרעין ממנו עד שיבא משא"כ גבי קטן דכשקיימוהו יפרע ג"כ ממנו ולכך אין מקיימין. ובספר שארית יוסף סי' מ"ו וסימן זה תמה על הב"י אמאי לא תירץ כמו שתירץ המרדכי ס"פ שור שנגח ארבעה וחמשה דביתומים אין מקיימים כיון דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ולא הבין הפשט במרדכי ע"ש דאדרבה במרדכי ראיה לב"י ע"ש ודוק גם בלא"ה לא דק דהא הכא הקטן המקבל מתנה ופשיטא דמקבל מתנה מדינא חייב לשלם להמוקדם לא משום מצוה לחוד. גם התירוץ שתירץ בשארית יוסף סימן מ"ו מדעתו לא נהירא כלל ע"ש עוד שם בסמ"ע מ"מ ב' קולי לא עבדינן כו' וכן כתב בא"א דף ע"ח ע"ב וע"ש וב"ח האריך בישוב קושיא זו עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן קל"ז ובתשו' ן' לב ספר א' דף מ"ה וספר ג' סימן ל"ה ובתשו' ר"א ן' חיים סימן ט"ו דף ל' ול"א ובתשובת מהרשד"ם סימן י"ד:

סעיף יג

ולהרמב"ם צריך להעמיד כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג עד ושלהרמב"ם היה גירסא אחרת וכ"כ במ"מ שם כו' עכ"ל והמ"מ כתב דיש ליישב גם ע"פ גירסא שלנו ע"ש וכמש"ל:

סעיף יד

להעמיד להם אפוטרופס כו'. רוצה לומר אבל כשהביא עדים שגזלה שוב אין מאחרים בשביל טענת האפטרופס כן כתב הרב המגיד שם על פי גירסא שלנו להרמב"ם ולזה כיוון המחבר שכתב לטעון ולדון ודו"ק ודלא כהסמ"ע בס"ק י"ג:

סעיף טו

וכן קטן שתקף בעבדיו. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג עד והוכיחו שם התוס' דהא דמניחין אותו ביד הקטן ואין מקבלין עדות של הגדול היינו דוקא בדאיכא תרתי הא' שהיה לקטן חזקת

אבות והשני שהי' גם עתה ביד הקטן כו' עכ"ל סמ"ע בתוס' פרק שום היתומים משמע כן אבל בתוס' דפרק הגוזל בתרא כתבו להיפך דלעולם חזקת אבות מהני אפילו היה בחזקת ר' ירמיה ע"ש וצ"ע. וביש"ש כתב לפסוק כהתוס' שהביא בסמ"ע וכתב שראה בספר רבינו תם שיש טעות בתוס' דבבא קמא והעלה דלא כוותייהו ודו"ק אבל המדקדק היטב בתוס' דבבא קמא יפרש דבריהם כתוס' דפרק שום היתומי' ועיין עוד מדינים אלי בים של שלמה פרק הגוזל בתרא סימן ז'.

סעיף טז

אין אומרין נמתין כו'. עיין ל' סימן קמ"ט ס"ק וכ"ג ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן שע"ד:

סעיף יז

קרקע שהיתה בחזקת קטנים. עיין בתשו' ר' לוי ן' חביב סי' ק"ב ועיין בתשובת ן' לב ספר א' דף ק"ן וס"ג סי' ל"ה וע' בתשובות מהרי"ט סוף סימן ע"ג:

סעיף יח

וכן אם גזל מורישם. ורוצה לומר והודה ג"כ בכת"י קודם מותו וקאי אלמעלה כן כתב מהרש"ל שם סי' ו' וע"ש עוד חילוקי דינים בזה אבל מדברי בעה"ת שער י"ד ח"א שהביא ב"י סט"ו נראה דמקבלים עדות בכהאי גוונא על הקטנים וכן משמע פשט דברי הטור וכ"כ בעיר שושן להדיא וצ"ע ע' בתשוב' ר"א ן' חיים סימן ט"ו וי"ח ובתשובת מהרשד"ם סימן קצ"ו:

סעיף יט

וכן עדי צוואה מקבלין. עיין בתשו' ן' לב ס' א' כלל י"ז סי' צ"ד וע"ש עוד בדף ק"ן ע"ג ועי' בתשובת ר"ל ן' חביב סימן ק"ו:

סימן קיא

סעיף א

המלוה את חבירו כו'. עיין מדינים שבסי' זה בתשו' ר"א ן' חיים סי' ק':

סעיף ב

אבל המלוה בשטר כו'. או שהודה בפניהם וצוה להם לכתוב שטר בעה"ת שער ס"א ומ"ש שם שי"א דוקא ראו שלוה בפניהם דאל"כ אימור לחוב אחרים הודה ומביאו ב"י במחודש ח' לא נהיראלי ולא משמע כן בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי וכן מבואר בבעה"ת גופא ריש שער מ"ח בתשובת הרמב"ן שהשיב לו שם כן וכתב הבעה"ת שם בסוף דבריו ואע"פ שתמצא לקצת מחברים שאמרו אין כותבין אא"כ ראו נתינת מעות אל תחוש להן

דשלא בעיון כ"כ ודברי הר"מ ז"ל יפין ומדוקדקין עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לעיל ס"ס ל"ט ועיין בבעה"ת עצמו שם

כתב ב"י בשם בעה"ת אשה שנתן לה אחר קרקע אע"פ שהבעל אוכל פירות אין בעל חובו גובה מהם ואין ב"ח זוכה באכילת אותם פירות דבעינן רווחא ביתא דה"ל כנכסי מלוג אבל בנתן לה בעלה משמע מדבריו דדוקא כשאין הבעל אוכל פירות וכן הוא להדי' בבעה"ת שער ו' ריש ח"ד וז"ל במתנה ד"ה קנת' ואין הבעל אוכל פירות ולפיכך אין ב"ח גובה מהן כלום אם נתן לאשתו הבעל אחר נשואי' קודם שלוה קרקע שהרי קנתה ואין הבעל אוכל פירות וב"ח כמו כן אינו גובה מהן כלום עכ"ל ודלא כסמ"ע ס"ק ב' ואולי ט"ס יש בסמ"ע או דבעה"ת מיירי בשנתן לה הבעל ואוכל פירות ב"ח גובה מהפירות והסמ"ע מיירי שאינו גובה מקרקע ודוק:

סעיף ג

הקדשות הרי הם כמשועבדים כו'. נ"ל ראיה ברורה לזה מש"ס פרק שבועות הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) וכן מוכח בתוספו' ובעל המאור ורמב"ן ושאר פוסקים בסוף ב"ב גבי אין אדם עושה קנוני' על הקדש וכן מהטור והרמב"ם לקמן סי' רנ"ה ס"ג:

סעיף ד

אם נתנו ללוה כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"א:

סעיף ה

ואין לו בן אחר. עיין סמ"ע סעיף קטן ח' עד אבל בנדון דידן דלא מכר' הבן א"צ דאקני והב"ח כת' דנ"מ דאם לוה אחר מיתת אביו ג"כ אזי בלא דאקני הוי גובה בעל חוב השני ובדאקני נשתעבד לראשון וגרס בטור ומת האב ואח"כ לוה משני ע"ש והן דברים של טעם וק"ל עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' רכ"ה ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ג:

סעיף ו

לפיכך אם נתן הלוה כו' מכאן עד סוף הסעיף לקמן סי' רכ"ג ס"ט ועיין שם:

סעיף ז

ואין היורשים יכולין לומר שנתנו לו. ע"ל סי' מ"א ס"ג בהג"ה ובסמ"ע ולקמן סוף סימן רע"ג ובסמ"ע שם ובמ"ש שם בב"ח:

סעיף ח

כגון שסילק שיעבודו כו'. ובכתובה גובה בכה"ג לדעת ר"ח ור"ת והרא"ש עיין בטור א"ע סי' ק':

סעיף ט

חבל גזלן אנס כו'. דין זה הוא מהר"ן פ' מי שהיה נשוי וה"ה שכתבו כן בשם תשו' הרשב"א ועיינתי בתשו' הרשב"א סי' אלף ל"ט וראיתי שאין דבריו מוכרחים ע"כ דין זה צ"ע ובפרט מ"ש בתשו' רשב"א שם דה"ה כשמכרם הלוה לעכו"ם אלם שאינו יכול להוציאם מתחת ידו אין לב"ח על הלוקח ראשון כלום דא"ל הנחתי לך מקום לגבות ממנו וזיל לגבי שעבוד דהא ה"ל נכסים ראוים לגבות מהם אלא שהם עכשיו ביד אלם ומצויים הם בעלי זרוע ליפול עכ"ל תמיה לי מאי מצויים הם בעלי זרוע ליפול שייך הכא כיון שמכרם בודאי העכו"ם לא יחזיר הקרקע כל זמן שלא יחזיר לו הלוה מעותיו וא"כ לא שייך כאן לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו וכי משום שהעכו"ם לא יקבל עליו דין ישראל שטורף מהמאוחר נאמר כאן הנחתי לך מקום לגבות הימנו וצ"ל דמיירי במעט ממון והקרקע שוה יותר והתנה עם העכו"ם כשיחזור לו המעות יחזיר לו הקרקע והעכו"ם אלם ואינו רוצ' לקיים ודוק:

סעיף י

יתומים קטנים כו'. ע' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קנ"ה ע' בתשובת ר"א ן' חיים סי' כ"ח:

סעיף יא

ולא מאחד מהן כו'. ע' מה שסיים רי"ו בזה עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' רי"ח:

סעיף יב

במתנה ע"מ להחזיר כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' ס"ג:

סעיף יג

בכל פעם אחזירנה לך עיין לקמן סי' רמ"א סעיף ו':

סעיף יד

אם קנה והוריש גובה. וכן מוכח בש"ס ב"ב (דף קנ"ז ע"א) וכן עיקר ותימה על המחבר שכתב דעת היש חולקין ועיין ב"ח שנסתפק בירושה דמחיים ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק ל"א:

סעיף טו

או שבעלי חוביו מכרו נכסיהם. פי' שטרותיהן ולהן בעינן קנין אגב כו' עכ"ל סמ"ע כן עיקר ודלא כמ"ש הב"ח דאל"כ לא ה"ל להטור לסתום וק"ל:

סעיף טז

מכרו נכסיהם מטלטלים כו'. לדינא דש"ס או לדידן שטרות דלית בהו משום תקנת השוק:

סעיף יז

וכן בשטר שיש ללוה כו'. קאי אמכרו נכסיהן דוקא וכ"כ הב"ח וע"ש:

סעיף יח

שעבודא דמטלטלי אגב מקרקעי כו'. ואם אין ללוה השני רק קרקע אז א"צ שעבוד אגב קרקע דכיון דיגבה בשטר קרקע א"כ מפיק משעבודא דר' נתן כן מוכח בבעה"ת סוף שער מ"ג ומביאו ב"י בקצרה בסעיף י"ז וע"ש בבעה"ת עצמו וכ"ש אם כבר גבה הלוקח השטר חוב קרקע או מלוה של המוכר השטר חוב טורף ממנו הקרקע אפי' אין בשטר שלו שעבוד מטלטלי אגב קרקע דכיון דהשתא גבה קרקע מחשב כקרקע ומפיק מיניה מדר' נתן וכן מוכח להדיא בהר"ן פ' שני דייני גזירות ובהרמב"ן שהביא הבעה"ת שער ל"ד סוף ח"ב וכן בטור והמחבר לעיל סי' פ"ה סעיף ו' ע"ש ודוק ויש להוכיח כן מסוגית הש"ס פ' כל שעה (פסחים דף ל"א ע"א) וע"ש בתוס' מ"ש בשם ר"י וה"ה כשלוה השני שעבד מטלטלי אגב קרקע אז אין צריך המלו' הראשון שעבוד מטלטלי אגב קרקע נגד הלוקח השט"ח כדמוכח בהר"ן שם וטור והמחבר לעיל סי' פ"ה סעיף ו' וק"ק על הטור והמחבר כאן שסתמו הדברים דהא צ"ל דמיירי שיש ללוה השני מטלטלים לשלם ולא שעבר אותן מטלטלי אגב קרקע וזה היה להם לבאר ודוק כי דין זה חדוש הוא וברור:

סעיף יט

אגב מקרקעי. כתב הסמ"ע ס"ק ל"ט דצ"ל דמיירי נמי כשהיו בידו השטרות קודם שלוה כל אחד מהמלוה שלו מ"ה לא כתב דבעינן שיכתוב לו נמי דאקני דכיון דכתב אגב קרקע נעשה להשטרות דין קרקע ע"כ וכן משמע בבעה"ת סוף שער מ"ג שכתב שיכתוב לו דאקני והיינו כשנעשו השטרות אחר כך מיהו נראה דהיינו דוקא כשבאין לגבות בשטרות מטלטלים אבל כשבא לגבות קרקע וכ"ש אם כבר גבה הלוקח קרקע אז אין צריך דאקנה וכמו שהוכחתי לעיל ס"ס פ"ה וע"ש:

סעיף כ

לאחר שלוה הוא משניהם יחלוקו כו'. כתב הב"ח ואע"ג דשעבודא חל גם כן אמה שיקנה הכא מיירי בדלא כתב דאקני ולהכי לא חל אמטלטלים שלא היו לו ברשותו עכ"ל ודבריו תמוהין דהא אפי' כתב להם דאקנה הא לוה ולוה וקנה יחלוקו אפי' כתב לשניהם דאקנה וכדלעיל סי' ק"ד סעיף ו' והוא פשוט בש"ס וכל הפוסקים:

סעיף כא

יחלוקו אף כשגובין קרקע דאף דשעבוד' דרבי נתן שייך בקרקע ודנין ביה דין קדימה מ"מ כשהלוה הלוה לבעלי חוביו נשתעבדו אז בעלי חוביו לשניהם מדרבי נתן:

סעיף כב

וכתב לראשון אגב כו'. כתב סמ"ע ס"ק מ"א וז"ל וצ"ל דמיירי כאן דכתב לראשון אגב ולשני לא כתב אגב דאל"כ להשני הוי משתעבד ולא להראשון כדין קרקע שקנה הלוה בין שני ההלואות שהלוה זה אחר זה אם לא שכתב להראשון אג"ק ודאקני וקנה מטלטלים או הלוה לאחרים ואח"כ חזר ולוה משני שכתב ג"כ להשני אג"ק ודאקני דאז ג"כ להראשון משתעבד ולא להשני עכ"ל ודבריו תמוהין דפשיטא דאין אגב מועיל לראשון אם לא שכתב לו דאקנה וכמ"ש בסמ"ע גופיה לעיל סימן ק"ד ס"ק ט"ו וסימן קי"ג ס"ק י"ד והוא פשוט אלא פשיטא דמ"ש הטור או קודם שלוה מהאחרון מיירי שכתב לראשון ולשני דאקנה וכתב ג"כ אגב לשניהם ואולי לא הוי משמע ליה לסמ"ע לפרש הכי דמיירי דכתב לו דאם (לא) כן ברישא בהלוה לאחר שלוה משניהם נמי וכמ"ש הב"ח שהבאתי בסמוך ועל כן גם בכאן דחק הב"ח וכתב וז"ל תימה דהלא כשכתב אגב לראשון לא היה השטר ברשותו ולא מהניא ליה אגב י"ל דה"ק דחובותיו של הלוה נעשו קודם שלו' מהאחרון וכ' לראשון אגב לאחר שנעשו החובות קודם שלוה מהאחרון דאז זכה בהם הראשון עכ"ל אבל כבר כתבתי בסמוך דליתא אלא ברישא מיירי אפי' כ' לשניהם אגב ודאקנה כן נ"ל ברור ודוק:

סעיף כג

לראשון אגב כו' היינו כשיש ללוה האחרון מטלטלים אבל אם באו לגבות המלוי' מלוה של לוה שלהם קרקע אז המלוה ראשון שלו קודם למלוה שני שלו אפי' לא כתב למלוה ראשון שלו אגב דכיון דאין לו רק קרקע ויש לו דין קדימה ומפקינן מיניה מדר' נתן כן מוכח מבעה"ת סוף שער מ"ג:

מיהו מתשו' רשב"א סי' תתק"ד שהביא ב"י לעיל סי' ק"ד סעיף ד' נראה להדיא שחולק מיהו נראה עיקר כהבעה"ת ומ"ש הרשב"א שם טעם לזה דקי"ל כרבא בפ' כל שעה דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה נלע"ד דלאו מילתא היא דהא אמרי' התם בסוגיא דפ' כל שעה (פסחים דף ל"א ע"א) דלענין שעבודא דר' נתן לא שייך לומר מכאן ולהבא הוא גובה אלא ה"ל כאלו הלוה השני מהראשון דאל"כ אמאי יתומים שגבו קרקע בחובות אביהם ב"ח חוזר וגובה מהן וע"ש ודו"ק והכי מוכח מהר"ן פ' שני דייני גזירות והרמב"ן והטור והמחבר לעיל סי' פ"ה ס"ו כדברי הבעה"ת דסוף שער מ"ג הנ"ל ולא מסתבר לחלק ולומר דהתם לוקח גרע ממלוה ועוד דהא משמע התם להדיא דחוזר וגובה כל הקרקע מהלוקח ואם איתא יזכה הלוקח עכ"פ בחצי הקרקע מצד שהוא מלוה מחמת אחריות מעותיו דאחריות ט"ס הוא אף בלוקח שט"ח וכדלעיל סי' ס"ו סעיף ל"ד ודוק:

סעיף כד

אגב כו'. ונראה דאם בעלי חוביו של לוה שעבדו ללוה מטלטלי אג"ק דאז דינם כקרקע ומלוה ראשון שלו יש לו דין קדימה כמו בקרקע ואפי' לא כתב לראשון אגב דאע"ג דלא נעשה השטר כקרקע מ"מ כיון דהמטלטלין נעשו כקרקע יש לו דין קדימה מדר"נ וכן מוכח ל' סי' פ"ה ס"ו (עיין מ"ש שם בס"ק כ"ג) ולא מסתבר לחלק ולומר דהתם לוקח גרע ממלוה ועוד דהא משמע התם דחוזר וגובה כל המטלטלים שנשתעבדו אג"ק ואם איתא יזכה הלוקח עכ"פ בחצי המטלטלים וכמ"ש בסמוך ודוק:

סעיף כה

ראובן היה לו שטר. עיין בתשובת מהרשד"ם סימן ק"ב:

סימן קיב

סעיף א

וי"א כיון דקי"ל אחריות ט"ס כו'. אף שאין תלמיד מכריע אני אכריע משום דהא קי"ל דאחריות ט"ס היינו אפי' ידוע שלא התנה על האחריות וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ד והיינו דוקא בנכסים שקנה כבר ומטעם דלא שדי אינש זוזי בכדי ואם כן מסתמא כשהלוה או קנה היה דעתו על הנכסים שראה עתה אצל הלוה או המוכר שיהיו משועבדים לו אבל בנכסים שיקנה אח"כ איבעיא ליה לאתנויי דמהיכי תיתי נימא שהי' דעתו עליהן שהרי אינם עתה לפניו אבל כשכתב שטר אמרי' מסתמא התנה המלוה או הלוקח גם על הנכסים שיקנ' אח"כ דכל המלו' או לוקח עביד כל טצדקי דאפשר וא"כ אחריות ט"ס הוא וכה"ג הבאתי לעיל סי' ל"ט בשם הנ"י דהא דאמרי' אחריות ט"ס הוא היינו דאמרי' שהתנ' ולא כתב ואף שכתבתי שם דלא קי"ל כהנ"י בהא היינו בנכסים שקנה כבר אבל בדאיקני נרא' כמ"ש ובזה תוכל להשוות כמה פוסקים להדדי שמקצתן כתבו דאמרי' בדאיקני ט"ס ומקצתן כתבו דבאיקני בעי' שיתנה בפירוש ולפי מ"ש לא פליגי. ועל פי זה נ"ל ליישב מה שהקש' ה' המגיד פי"ח מהלכות מלוה על הרשב"א דכתב דשעבוד דאקני אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי מהא דפריך בש"ס פ' ח"ה (דף מ"ד ע"ב) וליחוש דילמא דאקני אמר ליה כו' דאלמא בסתמא אינו משועבד אלא דפריך כיון דאיכא שטר אע"פ שלא נכתב בו דאקני ניחוש דילמא דאקני א"ל וכמי שנכתב דמי (עוד נ"ל דבלא"ה לק"מ על הרשב"א משום דהתם בפח"ה קאי אמכר לו פרה מכר לו טלית דהם מטלטלין ובמטלטלין פשיטא דלא אמרי' ט"ס הוא דהא אפי' מטלטלים שקנה כבר אינן משועבדים לו בסתם עד שיתנ' עליהן בפי' ויכתוב בשטר וא"כ אפי' התנהלו

בפירוש שכל המטלטלים יהיו משועבדים לו אג"ק י"ל דהיינו דוקא במטלטלים שקנה אבל לא בדאקני כן נ"ל:

שוב מצאתי בספר גידולי תרומ' שער מ"ג ח"ד דף קל"ד ע"א שהאריך לתמוה על ה' המגיד דהא לק"מ מהך דפרק חזקת על הרשב"ם דהתם אשמואל פריך מאי מספקא ליה לשמואל כו' עי"ש שהאריך ולא הבין דברי ה"ה דקושיות ה' המגיד ל"ל לש"ס למימר וליחוש ודילמא דאקנ' א"ל ה"ל לאקשויי בפשיטות והא מ"מ דאקני הוא וק"ל) ובזה נ"ל ג"כ ליישב מה שהקש' הרב המגיד על הרמב"ם מפ' כ"ג מה' מלוה דכיון דס"ל להרמב"ם ז"ל דאחריות דאקני לאו ט"ס הוא וכמבואר מדבריו פ' י"ח מהלכות מלוה למה לא ביאר דשטרי חוב המאוחרין אינן כשרים אח"כ כתב בהם דאקני והניח בצ"ע ומביאו ב"י לעיל סי' מ"ג סעיף ט' ולפי מ"ש לק"מ שהרי לא כתב רמב"ם פ' י"ח מה' מלוה דבשטר חוב בסתם אמרי' אחריות ט"ס הוא אלא זה לשונו שם המלוה חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין וערבאין כו' ומוציא מיד הלקוחות או מיד בעל המתנות וזהו הנקרא טורף במה דברים אמורים בקרקעות שהיו לו בעת שלוה אבל נכסים הבאים לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לבע"ח ואינו טורפן ואם התנה עליו שכל נכסים שיקנ' יהיו משועבדים להפרע מהן וקנה אחר שלוה ומכר או נתן הרי ב"ח טורף ממנו עכ"ל ונראה דמתחל' קאמר בהמלו' את חבירו סתם אמרי' אחריות ט"ס הוא אע"פ שידוע לו שהלו' לו סתם ולא התנה באחריות וכמ"ש ג"כ להדיא בפרק י"ט מה' מכיר' ע"ש ובתר הכי קאמר דבנכסים שיקנ' אח"כ לא נשתעבדו לו בסתם אם ידוע שלא התנ' עליהם בסתם רק הלוה סתם ואם התנ' הרי ב"ח טורף מהן ואה"נ דבשטר שבא לפנינו אמרי' מסתמא התנ' אף על נכסים שיקנ' לאפוקי אם ידוע בבירור שהלו' בשטר זה ולא התנ' אז אינו טורף מנכסי דאיקני וטורף מנכסי דקנה (ועיין עוד בדברי הרמב"ם ריש פ' א' מהלכות מלוה) ולכך כ' בפ' כ"ג מה' מלוה בסתם דש"ח המאוחרים כשרים. כן נ"ל לדעת הרמב"ם וכן מוכרח דעת הסמ"ג שגם הוא כתב בעשין צ"ד ככל דברי הרמב"ם עיין שם. ולפי מ"ש גם מה שכ' הרב המגיד בשם בעל העיטור דס"ל בדאיקני אחריות לאו ט"ס הוא אינו מוכרח כי עיינתי בבעל העיטור מאמר רביעי אחריות דף י"א ע"א ולא כ' רק דבעינן דא"ל דאקני הא לא א"ל לא קני כו' והלכך צריך להמלך על האחריות כו' וי"ל שדעתו כמ"ש לדעת הרמב"ם תדע שהרי גם בעל העיטור כ' בסתם במאמר ראשון זמן דף ד' ע"א דש"ח המאוחרים כשרים ולא ביאר דהיינו בדכתוב בהן דאקני א"ו כמ"ש ודוק ע' בתשובת ן' לב כלל י"ב סי' ס"ח וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ד וס"ג סי' פ"ג:

סעיף ב

יש אומרים כו' יכול לחזור בו כו'. נ"ל להכריע כהיש חולקין מן הסברא ומן הש"ס מן הסברא דכיון דיכול אדם לשעבד נכסיו מה שיקנה אחר כך היאך נאמר שיוכל לחזור במה שכבר שעבד והרי זה לא הלוה לו מעותיו אלא מפני ששעבד לו דאקני וא"כ זה שרוצה לחזור בו ישלם לו מעותיו שהלו' לו או יקיים מה ששעבד לו וכן אם מכר לו שום דבר ושעבד לו על האחריות נכסים שיקנה כיון שזה לא קנה אלא מפני ששעבד לו דאקני והוא אינו יכול לחזור מגוף מכירה גם משעבוד דאקני א"י לחזור ומן הש"ס דבש"ס פ' מ"ש (דף קנ"ז) פשיט דיכול לשעבד דאקני מדתנן שטרי חוב המאוחרין כשרין ואי ס"ד דאקני לא משתעבד אמאי כשרים דאקני הוא ואתי למטרף לקוחות שלא כדין ונתבאר זה בכל הפוסקים ובטור ומחבר לעיל סי' מ"ג סעיף י"ב ואם איתא דיכול לחזור בו קשיא הא אפי' משתעבד ניחוש שמא חזר בו בפני עדים ולא משתעבד דאקני ואתי למטרף לקוחות שלא כדין וא"ל דלא חיישי' להכי דהא בכל דוכתא חיישינן לטריפות לקוחות שלא כדין בכל חששות שאפשר ומה שהביא רשב"א ראיה מפ' איזהו נשך דאמר רב הונא במוכר פירות דקל דיכול לחזור בו עד שלא באו לעולם אלמא אע"ג דס"ל לר"ה כר"מ דאדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ יכול לחזור בו קודם שבאו לעולם ה"ה בשעבוד לרבנן דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר נלפע"ד דיש לדחות ראיה זו דהתם כיון דחזר בו הרי הוא חוזר מכל המכר ויכול לחזור בו אבל הכא כל זמן שאינו משלם למלוה מעותיו השעבוד נשאר בתקפו וכן בלוקח כיון שמגוף המכר א"י לחזור. ועוד דודאי עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר וכמו שהוכיחו התוס' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז ע"א) דאפי' לר' מאיר עדיף שעבוד מקנין דלענין דיכול להשתעבד אע"ג דלא עבידי דאתי עיין שם ומה שהביא עוד הרשב"א ראיה דאמרי' התם בפרק מי שמת ונתבאר לעיל סי' ק"ד סעיף ו' לוה ולוה יחלוקו ואם אינו יכול לחזור הו"ל לקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד נראה לפי עניות דעתי דהתם לא הוי טעמא משום חזרה אלא משום דחכמים אמרו דמסתמא הנכסים שקונה אח"כ קונה טפי ממעות אחרון והראשון גופת ניחא לי' דיחלוק כי היכא שיתן לו השני מעות ואף שרשב"ם ומרדכי כתבו שם דמבעי' אי מצי הדר לאו למימרא דמצי הדר ממש אלא כשלוה מן השני אי מצי הדר משום דמסתמא הראשון גופא מחיל בכך כיון דידע דמקבל מעות מן השני ע"ש (ועיין בב"י שם) ועיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח:

סעיף ג

אם לא כ' לו כו'. כ"כ נמוקי יוסף בשם הרמב"ן והוא בחדושי רמב"ן בפ' חז"ה וכ"כ ב"י בשם תלמידי רשב"א:

סעיף ד

נותן נכסיו כו'. עיין בתשובת מהר"א ששון ס"ס קנ"א ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רס"ה:

סעיף ה

והמאוחר טוען כו'. כן כתב ג"כ בטור והא דלא כתבו שטוען המאוחר שביני ביני קנאן ושהוא שלו לבדו וכמ"ש הטור והמחבר בסי' ק"ד משום דהיא טענה גרועה שנאמר שלא היה של הלוה מעולם כו' עכ"ל סמ"ע פי' דאין דרך לטעון בכך אבל אי טעין כן טענתיה טענה וכן משמע להדיא בב"ח סעיף ה' עיין שם והגאון אמ"ו ז"ל כתב לא מצינו לשון תלמוד ופוסקים אלא לוה ולוה ואח"כ קנה אזי יחלוקו אבל לוה וקנה ולוה נרא' דמשתעבד לראשון וא"כ אין אנו צריכין לדוחק של בעל הסמ"ע וע"ל בטור ומחבר סי' ק"ד היכא דכתב לשניהן דאקנ' וה"ה אם לא כתב לשניהם דאקני צ"ל הדין כן ולכל הפחות יחלוקו עכ"ל אמ"ו ז"ל (הג"ה וע"ל סי' ק"ד ס"ק י"ד) וע' בב"ח שהקש' וליהמנוהו במגו דכולה שלי ולפי מ"ש אמ"ו לק"מ גם בלא"ה לק"מ ממגו דלא יהא אלא שנים אוחזים בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי דלא מהימנינן ליה במגו דאי בעי אמר כולה שלי וכמו שתירצו התוספות והנ"י ושאר מפרשים וכל התירוצים דשם שייכים כאן ודוחק ליישב דברי הסמ"ע שבאו שניהם לטרוף מהלוקח ועוד דא"כ כיון דכבר כתב הטור דהעיקר דבכל ענין אין מוציאין מן הלוקח אם כן אם איתא דכאן באו לטרוף מלוקח א"כ הרי הוא של מאוחר לבדו הכל דהא המוקדם אינו יכול לטרוף והמאוחר יכול ודוק:

סעיף ו

ראובן כו'. דין זה צריך לי עיון ועל כל פנים נ"ל דהוי ספיקא דדינא ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה וכמו שאבאר. הנה בבעל התרומות שער מ"ג למד דין זה ממאי דאמרינן בש"ס פ' יש נוחלין לותה ואכלה ועמדה ונשאת בעל לוקח הוי או יורש הוי ומסקינן דלוקח הוי עכ"ל והיינו כמו שפסק הרי"ף שם פרק יש נוחלין אבל רשב"ם פסק שם בשם רבינו חננאל והסכים לדבריו דבלותה ואכלה יורש הוי כיון דאית ליה פסידא למלו' ומביאם הטור א"ע ס"ס צ"א והמחבר שם סתם ג"כ כדברי הרי"ף והרא"ש ולדידי צ"ע ונראה דאי תפס מלוה מצי למימר קים לי כר"ח ורשב"ם ובשגם שהמדקדק היטב בסוגיא

ס"פ יש נוחלין ירא' שהעיקר כדבריהם ועוד שבמרדכי פ' יש נוחלין כתב שגם דעת רבינו חננאל כרשב"ם וגם בהגהת אשר"י שם פסק בשם רבינו ברוך א"ז כן להלכ' וכן פסק ר"א בר נתן בתשו' סי' קט"ו דף מ' ע"ד ובפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף ק"ח) ע"ג וכ"כ התוס' בנדרים פ' אין בין המודר דל"ה ע"ב דאדם חייב לפרוע חוב אשתו שהיא חייבת קודם לכן אם הכניס' לו קרקע או מטלטלי' לאחר כן מתקנת הגאונים ע"ש וכן הוא בהגהות אשרי פ' החובל בשם ראבי"ה א"כ פשיטא כיון דכל הני רבוותא מסכימים לדעת ר"ח ורשב"ם דמצי התופס למימר קים לי ככל הני רבוותא וגם בפסקי רקנ"ט סי' תקנ"ט מביא מחלוקת רשב"ם ור"ח והרי"ף ומסיק וכ' רבינו מאיר כיון דפליגי רבוותא לא מפקינן מספיקא עכ"ל אלמא דבלות' ואכלה גופיה הוי ספיקא דדינא ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה. הן אמת שבב"י בא"ע סי' צ"א לא הביא רק דברי רשב"ם בשם ר"ח ולא הביא כל הנך פוסקים הנ"ל ואולי אילו הוי ראה כל הנך פוסקים הנ"ל לא הוי פסק כן ועוד נרא' דאפי' הרי"ף והרא"ש גופייהו דפסקו בלותה ואכלה לוקח הוי לאו משום דפשיטא להו הכי כתבו כן דהיאך פשיטא להו מלתא דמבעיא לתלמודא ולא איפשטא אלא דפסקו כן משום דכיון דלא איפשטא בש"ס א"כ לא מפקינן מבעל דהוא מוחזק ע"כ פסקו דלוקח הוי ולא מפקינן מיניה משום דמספקא להו אי אמרינן בלותה נמי דיורש הוי כמו גבי פסידא דאלמנה או אמרינן לוקח הוי כמו גבי האשה שמכרה בנכסי מלוג משום דאיהו דאפסיד אנפשיה והכי דייק לישנא דהרי"ף והרא"ש ז"ל שכתבו ולא איפשטא בעיין הלכך מלוה ע"פ לא גבי מיניה דבעל דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה לאוזפי בלא שטר לאיתת' דקיימא לאנסובי עד כאן לשונו מדכתב ולא איפשט בעיין וגם מדכתבו הלכך מלו' ע"פ כו' משמע להדיא דמשום דלא איפשט בעיין ומספקא להו לכך לא גבי מיניה דבעל וא"כ פשיטא דאי תפס מלו' לא מפקינן מיניה מספיקא ובהיות כן נרא' דגם הבעה"ת שכתב בנדון שלפנינו היכא דלא כתב דאקנה דאין המלו' גובה מהבעל ג"כ מטעמא שהבעל מוחזק ולא משום דפשיטא ליה הכי להלכה שהרי בלותה ואכלה גופיה העתיק בעה"ת בריש שער נ"ח דברי הרי"ף הנ"ל דבעיין לא איפשטא והלכך מלוה על פה לא גבי מיניה דבעל כו' ונרא' דגם הרמב"ם סוף פ' כ"ו מהלכות מלוה והטור והמחב' בא"ע סימן צ"א ולקמן סימן קל"ב ס"ב דכתבו סתם דמלו' וערבות בעל פה אינו גובה ממה שהכניסה לבעל לאו משום דפשיטא להו הכי כתבו כן אלא משום דהבעל הוא מוחזק דבכה"ג אשכחן בדוכתא טובא שכתבו כן הדין סתם אע"ג דהוא בעיין דלא איפשטא וחד מנייהו הוא בא"ל הנח סתם דכתבו הרמב"ם פ"ב מהלכות שכירות והטור והמחבר לקמן ר"ס רצ"א בסתם דלא הוי שומר חנם והוא בעי' דלא איפשטא בש"ס פרק

הזהב (בבא מציעא דף מ"ט ע"ב) וכה"ג טובי וא"כ גם כאן בלא כתב דאקני שכתבו הטור והמחבר דלא גבי מהבעל משום דלוקח הוי היינו נמי מטעמא שהוא מוחזק גם הרב המגיד ס"פ כ"ו מהלכות מלוה כתב על דברי הרמב"ם ז"ל האש' שלותה בשטר כו' זה פשוט ומבואר בסוגיא סוף י"נ ודין מלוה ע"פ בעיא ולא איפשטא שם ואינו גובה בעודה תחת הבעל כמו שמבואר בהלכות ע"ש משמע להדיא דבדין הראשון שלותה בשטר פסק כן דחייבת לשלם משום דפשוט הוא ובדין השני בלותה ע"פ פסק כן משום דהוה בעיא דלא איפשטא והבעל הוא מוחזק. שוב מצאתי להדיא כן בתשוב' ר"מ אלשיך סי' י"ז שכתב דאף להרי"ף והרא"ש הוי בלותה ואכל' ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה ע"ש כל זה נרא' בגופא דדינא בלותה ואכלה ועמדה ונישאת. אבל בנדון דידן דהלוה לראובן בשטר ולא כתב דאקני אין צריך לכל זה דנרא' לי ברור דאף להרי"ף והרא"ש וסייעתם לא שייך כאן לומר איהו דאפסיד אנפשיה דהא משמע בתשובת הרשב"א והרמב"ן סי' נ"ו ומביאם ב"י בא"ע דטעמא דהרי"ף דאמרי' בלותה ואכלה איהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה לאוזפא בלא שטר לאיתתא דקיימי לאינסובי דדילמא יטעון הבעל פרוע וכן כתב ר"מ יפה בלבוש בא"ע שם ובהגהת פרישה שם א"כ בנדון דידן דכתב שטר מעליא לא שייך לומר איהו דאפסיד אנפשיה ואף שהמרדכי כתב בס"פ י"נ וז"ל איהו דאפסיד אנפשי' כו' כלומר דה"ל לאסוקי אדעתיה שמא תנשא היום או למחר ויפסיד מעותיו דיטעון שמא פרע' ואפי' תאמר שכוונת המרדכי שיפסיד מעותיו אפי' לא יטעון הבעל פרוע היינו משום דה"ל לאסוקי אדעתיה שמא תנשא היום או למחר שהרי היא מוכנת ומזומנת להנשא בכל עת ובכל שעה ולא ה"ל להלוות לה בע"פ אבל בנדון דידן שלא הלוה לבת ראובן כלום רק לראובן עצמו מה ה"ל למיעבד וכי בשביל שלא כתב דאקני יפסיד מעותיו וצריך לומר דס"ל לבעה"ת וט"ו שי"ל גם בזה איהו דאפסיד אנפשיה דה"ל לכתוב דאקני וכיון דלא כתב דאקני אפסיד אנפשיה אבל אין נרא' כן עיקר דהא כי נימא בעל יורש הוא לא שייך לומר איהו דאפסיד אנפשיה ודוק ומכ"ש לפי מ"ש רבי מרדכי יפה והגהות פרישה בא"ע שם דטעמא דאיהו דאפסיד משום דיכול הבעל לטעון שמא פרוע אם כן קשה עליהם על מה שכתבו כאן בנדון דידן דלא כתב דאקני דהבעל לוקח הוי. ומ"מ איני כדאי לחלוק על בעה"ת וטור ומחבר ושאר אחרונים. אך זה נ"ל ברור הלכ' למעש' בלא כתב דאקני לא מבעיא כשלו' בשטר סתם דהוי ספיקא דדינא ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה דהא יש אומרים דאפי' לא כתב דאקני אמרי' אחריות ט"ס הוא וכדלעיל סעיף א' בהג"ה אלא אפי' פירש בשטר שכל מה שיקנה לא יהא משועבד אפי' הכי אי תפיס מלוה מנכסים של בעלה לא מפקינן מיניה מהנך טעמא דאמרן.

ומכל זה נתבאר דבעה"ת וטור ומחבר בנכסי מלוג מיירי דלא כמ"ש בסמ"ע ס"ק י"ד דכאן מיירי מנכסי צ"ב דהא כתב שהכניסה לו שנחשבים מיד כשלו כו' וזה אינו דהא דין זה לקוח מבעה"ת ושם מוכח להדיא דמיירי מנ"מ דאל"כ לא הוי צריך לאתויי ממאי דאמרי' בס"פ י"נ בעל לוקח הוי דהא בנכסי צ"ב פשיטא דלכ"ע לוקח הוי כיון שמקבל אחריותן וכדאיתא נמי בפרק החובל (ריש בבא קמא דף פ"ט) אם יאמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב כו' והוא פשוט וכולה סוגיא די"נ ע"כ בנ"מ איירי וכדמוכח התם וכן משמע ממ"ש הטור דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי דהיינו כדברי בעה"ת וגם בטור אה"ע סימן צ"א פשיטא דמיירי הטור והמחבר מנ"מ והדיוק שכתב הסמ"ע דממה שכתבו שהכניסה לו כו' משמע דאיירי מנכסי צ"ב שהכניסה לו שנחשבים מיד כשלו כו' לאו דווקא הוא דהא בנ"מ נמי א"ש שהכניסה לו דכל שהכניסה לו ולא קיבל אחריותן הוי נ"מ כמו שנתבאר בא"ע ר"ס פ"ה ומה שהקש' הסמ"ע מלעיל סימן ק"ג ס"י כבר נתבאר שם על נכון. עיין בתשובת רי"ן לב ספר א' כלל י"ב סי' ע"ד דף צ"ט וק' באריכות:

סעיף ז

ועמדה ונשאת כו'. נרא' דל"ד עמדה ונשאת אלא לפי שבבעה"ת הוציא כן מלותה ואכל' ועמדה ונשאת נקט נמי הכא האי לישנא אבל אה"נ היכא דנשאת מתחל' ומת ראובן אין המלו' גובה מהבעל לפי סברא זו דהבעל לוקח הוי הכי מוכח בש"ס ס"פ מי שהי' נשוי ובטור א"ע ר"ס צ"א גבי דכיון שא"ל כן כשהי' נשוא' מאי קאמר ליה אחריך ליקני ע"ש ודוק. עי' בתשובת מהרי"ט סי' ט' סי' ל"ג ול"ד וע' בתשו' מהרשד"ם סי' קפ"ט:

סעיף ח

דבעל בנכסי אשתו כו'. עי' לעיל ס"ס ק"ג ס"י ומ"ש שם:

סימן קיג

סעיף א

אבל מטלטלין שמכר לשון הטור לפי שאין דעת המלו' סימכת על המטלטלין מפני שהלו' יכול להבריחם ואין טעם זה מספיק דהא אפי' עשאו לו אפותיקי מפורש דודאי סומך עלייהו כת' הטור והמחבר לקמן סי' קי"ז ס"ג דאינו טורפם מלקוחות כו' עכ"ל סמ"ע (ועיין בב"ח שכ' דבאפותיקי והתר' בו גובה ואין דבריו נראין לפע"ד ודוק) ול"נ דהטור רוצה לומר אפי' לאחר תקנת הגאונים דגובים מטלטלי דיתמי דהוי כקרקע שעיקר סמיכת המלו' על המטלטלים בדורות הללו וכמ"ש הרא"ש פ"ק דב"ק וז"ל ונ"ל דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינא דגמ' אף בלא תקנ' דהוי

כגמלא דערבייא ואשלי דקמחוניא דאמרינן בכתובות אשה גובה פורנא מהם עכ"ל מ"מ לענין לקוחות או מקבלי מתנה אין סמיכות המלו' עליהם כיון שיכול להבריחם וכמ"ש הרא"ש בקידושין פרק האומר דאף לאחר תקנת הגאונים לא גבי ממקבל מתנה וכ' שם דמתנת ש"מ שאני ע"ש ודברי הטור כאן יוצאים מדברי הרא"ש דפרק האומר ע"ש וע' מ"ש ל' ר"ס ק"ז:

סעיף ב

אפילו מכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלים כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סימן קכ"ג:

סעיף ג

אם כ' לו דאקני כו'. דאי לא כ' לו דאקני יכול השני לומר כיון שלאחר שלוה ממך קנהו קודם שלוה ממנו הרי הוא משועבד לי לבדי כצ"ל בסמ"ע ס"ק י"ד:

סעיף ד

שאין בזה משום תקנת השוק. וע' בא"ע סימן ק' ס"א וק"ב ס"ב ומ"ש שם וע' מה שכתבתי לעיל ר"ס ט':

סימן קיד

סעיף א

אם רוצה הלוקח לסלק כו'. עיין בסמ"ע סק"ד עד קודם שעשו ב"ד שומא והכרז' בשדה זו בשביל המלו' אזי יכול הלוקח לסלקו בדמי שוויו השדה אפי' אינו עולה לדמי חובו של המלוה כו' אולי נמשך למ"ש הטור לעיל ר"ס ק"ט סוף סעיף א' והרא"ש פרק מי שהי' נשוי וכמ"ש בסמ"ע ס"ס זה אבל לפי מה שפסקתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' כהרמב"ן והראב"ד ובעה"ת וריב"ש א"כ א"י לסלקו עד שיתן לו כל חובו. ע"ש בסמ"ע ואם כבר עשו שומא והכרזה כו' אא"כ יתן לו כל דמי חובו לא הבנתי דבריו ול"ד לדלקמן ס"ס ז' דהתם אומר המלו' לא ישומו אבל כשכבר שמו למה יצטרך ליתן לו כל דמי חובו יתן לו כפי השומא:

סעיף ב

שוב אין הלוקח יכול לסלקו. כבר כתבתי כשאינו רוצה הלוקח לסלקו כל החוב כו' עכ"ל סמ"ע וזהו טעות דהכא אפי' ירצה ליתן כל החוב א"י לסלקו מטעם דשומא לא הדרא ללוקח וק"ל:

סעיף ג

ושלא מכרו לאחר וכולל בשבועתו כו'. אין לשון זה מדוקדק דגם שלא מחלו ושלא מכרו הוא מצד גלגול ולכך תוך הזמן א"צ לישבע כלל ובטור איתא בזה הל' וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו לאחר ולא מחלו והוא נכון:

סעיף ד

אין שומעין ללוקח בהרא"ש פ' מי שהי' נשוי מבואר הטעם משום תועלת הלוה שיפטר מחובו וכן מוכח בטור ומחבר ר"ס ק"ט סס"א גבי יורשים (דאין שומעין) [דשומעין] להן אבל לפי מה שפסקתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' א"כ הכא אפי' מת הלוה ולא הניח נכסים אחרים כלל אין שומעין ללוקח וכן עיקר:

סימן קטו

סעיף א

אם כתב הלוה דאקנ' כו' ויש פוסקים דגם בדאקני אמרי' אחריות ט"ס הוא וכבר כתבתי בזה לעיל סי' קי"ב ס"א והסמ"ע ס"ק א' ס"ק ג' האריך לומר דאפילו מאן דס"ל דלא אמרי' אחריות ט"ס בדאקני היינו בלוה למלוה אבל בלוקח לענין השבח אמרי' דהוה כאלו כתב לו דאקני לכ"ע ואין דבריו נראין לי גם מ"ש שכן משמע מל' הרי"ף והרא"ש והנ"י והטור לפע"ד לא משמע מידי ואין להביא ראי' ממאי דמשמע מדברי הרי"ף והרא"ש והנ"י וטור דלוקח חוזר וגובה השבח מהמוכר ואע"פ שלא פי' לו השבח דגם בשבח אמרי' אחריות ט"ס הוא וכ"כ הרא"ש להדי' פ"ק דמציע' גבי א"ל רב חייא בר אבא לרבה אלא מעתה מתנה דלא כתיב בה הכי ה"נ דלא טריף שבחא כי אין דרך לקבל אחריות במתנה אבל במכר שנהגו לכתוב שמקבל אחריות אפילו לא נכתב נמי אחריות ט"ס הוא בין בקרן בין בשבח בכל יפוי כח שנהגו לכתוב עכ"ל ועוד כתב כן הרא"ש לקמן גבי אמר רבא הלכת' יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ שלא פי' לו השבח אחריות ט"ס הוא אפי' על השבח עכ"ל דאין מזה ראיה דודאי כיון שכך כותב מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי זביני אינון ועמלהון ושבחיהון מאן דזבין ארעא אדעת' דהכי זבן שמתחייב המוכר את גופו ליתן לו ג"כ השבח (ע"ל ס"ק י"ב) וא"כ יחזור ויגבה השבח מהמוכר מהנכסים שקנה כבר אבל שישתעבד המוכר השבח שהוא דאקני על גוף החוב זה לא שמענו כלל ודוק כי זה ברור. וגם מ"ש הסמ"ע שכן מוכח ממ"ש הר"ב לקמן מיהו אם כתב ללוקח בהדי' שלא יגבה מדאקנה כו' ולפע"ד לא מוכח מידי דהר"ב כתב ל' זה לכ"ע לפי שכבר הביא לעיל ר"ס קי"ב דאף בדאקנה י"א דאמרי' אחריות ט"ס ובא כאן לומר דאם כתב

ללוקח בהדי' שלא יגבה מדאקנה אין ללוקח בשבח כלום לכ"ע וגם באגודת אזוב דף פ"ה ע"ג כתב בדעת הרא"ש דברים שאינם נכונים בעיני. והעיקר נראה דאין חילוק בין מלוה ללוקח בזה. שוב ראיתי בב"ח שהשיג על הסמ"ע בזה. ואע"ג שהראי' שהביא הב"ח ממהרש"ל אינה ראי' דלא עדיף ל' מהרש"ל מלשון הרא"ש וכמו שפירש הסמ"ע ל' הרא"ש כך יש לפרש דברי מהרש"ל מ"מ מדברי הב"ח נכונים שפשט דברי הרא"ש ובדינא ודו"ק:

סעיף ב

דאקנה כו'. בין שבח ששבחו הנכסים מאליהן כו' מל' המחבר משמע דגם שבח דממיל' משום דאקנה הוא טורף ובעי' דכתב ליה דאקני אבל באמת ל' הרמב"ם אינו כן אלא ז"ל ריש פרק כ"א מהל' מלוה בע"ח גובה את השבח שהשביח הלוקח בין שהשביח מחמת הוצא' בין ששבחו הנכסים מאליהן אלא שאם שבחו מאליהן טורף כל השבח ואם השביחו מחמת הוצא' גובה חצי השבח כו' עד לפיכך ראובן שלוה משמעון מנה וכתב לו שאני עתיד לקנות וקנה אח"כ שדה ומכר' ליודא והשביח' בהוצאתו חולקין השבח כו' ומלשון זה ראי' למה שכתבתי לקמן ס"ק ה':

סעיף ג

טורף ג"כ השבח כו'. לקמן ס"ק י' כתבתי הטעם משום שהלוקח חוזר על המוכר ולקמן סעיף ד' ס"ק כ"ט על מה שכתבתי שיתומים דינם כמקבלי מתנה שאין להם על מי לחזור הבאתי דברי התוס' והפוסקים שהקשו ע"ז מהא דתנן בס"פ יש בכור אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ולא האשה בכתובת' ופריך בש"ס האמר שמואל ב"ח גובה השבח ומשני מקולי כתוב' שנו כאן ולא הבנות במזונותיהן נמי תנאי כתוב' ככתוב' דמי והתם משבח יתומים איירי דאי משבח לקוחות א"כ מאי אריא דלא טרפי בנות משבח והלא מגוף הקרקע נמי לא טרפי כו' וכ' מהר"ש אידלש פ"ק דמציע' וז"ל ויש לדקדק דלפום סברא דהשת' דמשבח לקוחות דוקא איירי אבל משבח יתומים ב"ח נמי לא גבי משום דאין להם על מי לחזור א"כ מה"ט גופא לא יגבה ב"ח משבח דהני לקוחות דאין להם על מי לחזור שהרי מת המוכר כיון דהבנות רוצין ליזון מנכסיו כו' ע"ש שהאריך והניח בקושיא ולפע"ד מעיקרא לק"מ ולא כיוון יפה בדינא דאע"ג שמת המוכר מ"מ בשעה שהשביח לוקח לא משבח אדעת' דשקיל ליה מב"ח רק אדעת' דשקיל ליה ממוכר כיון דכתב ליה אנא איקום כו' וכמ"ש הרי"ף והטור וכמ"ש לקמן ס"ק י' והוא פשוט וא"כ פריך שפיר אמאי קתני אינו גובה השבח הא משכחת לה דגבי מלקוחות שהשביחו בחיי המוכר. וגם נראה דאפי' בשבח שהשביח לאחר מיתת המוכר גובה וכמ"ש לקמן ס"ק ט"ז דמכל

מקום חושש בשעה שמשביח דלמא ימצא לו נכסים אצל יתומים או במקום אחר וחוזר וגובה כיון דכך כותב לו אנא איקום כו' ולעולם לא אשבח אדעת' דלשקול מב"ח והיינו שכתבו הפוסקים סתמא ב"ח גובה השבח מן הלוקח משא"כ ביתומים לעולם אין להם על מי לחזור שהרי בלא"ה הכל להם בירושה כנ"ל ברור ודלא כמהרש"א ודו"ק:

סעיף ד

וי"א דבכל ענין כו'. ובאפותיקי מפורש גם י"א אלו מודים וכדאיתא בהה"מ וז"ל כ' הרשב"א ז"ל אין הגאונים מודים בדבר זה אלא לעולם לא גבי ב"ח אלא חצי שבח ואפי' בשבחא דממילא ובדכתב ליה דאקני אלא בדשויא ניהליה אפותיקי מפורש כו' וכ"כ הר"י הלוי ז"ל דלעולם אינו גובה אלא חצי שבח אפילו בשבחא דאתי ממילא עכ"ל ודין האפותיקי יתבאר בפ' זה ואף הרמב"ן ז"ל כתב כן דכל דלא שויא ניהלי' אפותיקי מפורש אינו גובה אלא חצי שבח אפילו בשבח דממילא עכ"ל הרב המגיד ר"פ כ"א מה' מלוה וכן מבואר מדברי הסמ"ע לקמן סי' קי"ו ס"ק ב' והב"ח שם דבאפותיקי מפורש גובה כל השבח דממילא אף להרא"ש וטור וצ"ל הטעם דכיון דבאפותיקי מפורש גובה אפי' ביתר מחובו כדלקמן סעיף ב' בהג"ה א"כ ע"כ מטעמא שהקרקע שלו ממש כמכורה ואומר ארעאי אשבח וכמ"ש שם בס"ק כ"ג א"כ ה"ה הכא אמר ארעאי אשבח וארעאי אייקר ולפ"ז אפי' לא כתב לו למלוה דאקני בענין שאינו טורף מדאקני גובה השבח מן הלוקח מטעם שאומר ארעאי אשבח. ולפ"ז אפילו בשבח דמחמת הוצאה גובה כל השבח באפותיקי ואינו נותן לו רק ההוצאה מה"ט דארעאי אשבח וכמ"ש לקמן סעיף ב' ס"ק כ"ב וכ"ד. וכן נ"ל ברור:

ולפי זה למ"ש לקמן סעיף ב' ס"ק כ"ג בשם הר' המ' ששטה אחרת י"ל דלעולם אינו גובה באפותיקי יותר מחובו וכתבתי שם שכן דעת רש"י והרז"ה א"כ ה"ה הכא אף באפותיקי מפורש אינו גובה רק חצי השבח להי"מ אלו ומכח דאקנה וכן נראה להדיא מדברי הרז"ה בספר המאור פ"ק דמציעא ע"ש ונראה שלזה דקדקו הרשב"א והרב המגיד וכתבו וכ"כ הרז"ה דלעולם כו' כלומר בזה שוה הרז"ה דלעולם אינו גובה אלא חצי שבח ואיהו סובר יותר מזה דאפי' באפותיקי מפורש איני גובה אלא חצי שבח והיינו שכ' הר' המ' ודין אפותיקי יתבאר בפ' זה דלכאורה קשה לאיזה צורך כתב כן ועוד למה כתב זה באמצע הדברים הל"ל כן בסוף הענין אלא בא לומר שדין האפותיקי יתבאר בפר' זה ששטה אחרת יש ולשטתם אפי' באפותיקי לעולם אינו גובה רק חצי שבח והיינו שכתב מיד אח"כ ואף הרמב"ן ז"ל כתב דכל דלא שוויי' נהליה אפותיקי כו' משום דהרמב"ן לטעמיה אזיל דס"ל דבאפותיקי גובה יותר מחובו וכמ"ש הר' המגיד לקמן בשמו. כנ"ל

ברור כוונת הרב המ' שלשונו קצר והוא בדקדוק גדול וא"כ מ"ש הב"י ס"ג שכתב הר' המ' בשם הרשב"א דלעולם אינו גובה הכל אפי' בשבחא דממילא אלא באפותיקי מפורש וכ"כ הרז"ה והרמב"ן עכ"ל הוא שלא בדקדוק דלהרז"ה אפילו באפותיקי מפורש לא גבי וכמ"ש ודו"ק כי זה נ"ל ברור:

ונ"מ בזה אפילו לפי מה שהעליתי לקמן ס"ק ה' דהעיקר כהרמב"ם והמחבר דשבח' דממילא טריף אף בלא דאקני מ"מ נ"מ בשבחא דממילא דאשתני כגון חפירה והוי שובלי שלפופי והוו תמרי וכמ"ש לקמן ס"ק ה' דזהו הוי דאיקני וא"כ להרז"ה וסייעתו אף באפותיקי אינו גובה רק חצי השבח ודו"ק:

סעיף ה

וכן נ"ל עיקר נראה שהרב כ"כ ע"פ מ"ש בב"י וד"מ בשם ה' המ' שהרשב"א כתב שהגאונים חולקים ושהרז"ה והרמב"ן והרשב"א חולקין על הרמב"ן בזה במה שמחלק בין שבח דממילא לשבח דמחמת הוצאה ולעולם אינו נוטל אלא חצי השבח ושכן דעת הנ"י בשם הרנב"ר גביהא דמסיק ביה שעור ארעא ושבחא וגם הטור כתב שהרא"ש לא חילק בזה:

אבל לפע"ד נראה דכוונת הרמב"ם דשבחא דממילא טורף אף בלא דאקני ודברי הרמב"ם עיקר ומוכרחים בזה וגם דעת הרבה פוסקים כן וכמו שאבאר. דהא איתא בש"ס פרק מי שמת דטעמא דב"ח גובה חצי השבח משום דדאקנה הוא וע"כ היינו בשבח דמחמת הוצאה אבל בשבח דממילא מוכח בהדיא בש"ס פרק יש נוחלין (דדוקא) [דהוה] דקנה ולא דאקנה דאמרי' התם (דף קכ"ג וקכ"ד) דאין הבכור נוטל פי שנים בשבח משום דהוי ראוי ובשבח דממילא נוטל פי שנים משום דהוי מוחזק וכ"כ רשב"ם שם דף קכ"ג ע"ב וז"ל וילדה נוטל בכור פי שנים בהאי ולד הואיל ושבחא דממילא הוי ודמי כאלו הוחזק בו אביהן אבל בנו בתים דהאי שבחא ע"י היתומים עצמם הוא ולאו ממילא לא קשקיל פי שנים דראוי הוא עכ"ל וכ"כ עוד שם רשב"ם כמה פעמים בכולא סוגיא והכי אמרינן נמי התם (דף קכ"ד ע"א) אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן רבי אומר אומר אני בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן מאי טעמייהו דרבנן אמר קרא לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה (פירשב"ם עד דמטיא לידיה דנותן אינו יכול ליתנה לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם) אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה אמר רב פפא דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון דכ"ע לא פליגי דשקיל כי פליגי בחפירה והוו שובלי שלפופי והוו תמרי דמר סבר שבחא דממילא ומר סבר אישתני וכן פסקו הרי"ף והרא"ש

שם וכל הפוסקים כרב פפא וכרבנן וכ"כ הרמב"ם פ"ג מהלכות נחלות והטור והמחבר לקמן סי' רע"ח ס"ו אין הבכור נוטל פי שנים בשבח כו' אבל שבחו מחמת עצמן ולא נשתנו כגון אילן קטן שגדל ועבה וארץ דעלתה שרטון הרי זה נוטל בשבח פי שנים ואם מחמת הוצאה השביח אינו נוטל. וא"כ מדבכור שקיל פי שנים בשבחא דממילא מוכח דהוי דקנה דאי הוי דאקנה הוי ראוי ולא היה נוטל פי שנים ואין להתעקש ולומר דמ"מ הוי דאקנה דלא נהירא כלל לומר הכי וכדמשמע בכולה סוגיא וגם מהך דמתנה קרייה רחמנא וכ"כ הרא"ש בפרק יש נוחלין וכ"כ רב אלפס דלא אמרו יש לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידה דאבוה ואיתא השתא ברשותיה דממעטינן מכל אשר ימצא לו דבר שאינו מצוי כגון שבח אבל דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון שפיר הוי ברשותיה ולא מקרי ראוי ע"כ ומביאם ב"י לקמן סי' רע"ח סעיף י"ב וכ"כ הנ"י פרק י"נ וז"ל פלוגתייהו דרבי ורבנן היא משום דכתב בכל אשר ימצא לו דרשינן מיניה שאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ובדיקלא אלים וארעא ואסקא שרטון אפי' רבנן מודו דשקיל פי שנים דמוחזק מיקרי מו"כ. ובאמת חפשתי ולא מצאתי בשום מקום שהגאונים והרז"ה והרמב"ן והרשב"א חולקים על הרמב"ם בזה ולבי אומר לי שלא כתבו דבריהם אדברי הרמב"ם בשבח דנתייקרה רק אשאר שבח דממילא כגון בחפירה והוו שובלי ושלפופי והוי תמרי או אפשר שהרשב"א חולק על הרמב"ם על מ"ש כגון שעלו בה אילנות דעלו בה אילנות משמע שלא היו בה מתחלה אילנות ועלו בה וא"כ נשתנו והוי דאקני אבל מדברי הרב המגיד לא משמע הכי אלא משמע דאכל שבחא ממילא חולקים על הרמב"ם וכן משמע בטור וכ"כ בבית חדש ס"ג להדיא וכ"כ בסמ"ע לקמן סי' קי"ו ס"ק ב' וכן בב"ח שם וכן משמע להדיא מדברי הרב בהג"ה והעיר שושן ושאר אחרונים דאפי' בנתייקרה אינו גובה הב"ח רק חצי השבח והא ודאי ליתא וכמ"ש ונראה דהרמב"ם נמי אגב שיטפא כתב עלו בה אילנות ור"ל כגון דיקלא ואלים או צ"ל "עבו בה אילנות. ועכ"פ נראין דברי הרמב"ם עיקר מזה דיש חילוק בין שבח דממילא לשבח דהוצאה לענין דאקני ולא כהרב המגיד והר"ב ושאר אחרונים שנמשכו לדעתם:

וראיתי בבעה"ת שער ג' חלק ו' כתב כדברי הרמב"ם והגדולי תרומה שם דף י"ט ע"ב כתב שהיא סברת הרמב"ם ואינה מוסכמת אצל האחרונים דסברי מה שאמרו בשלהי מי שמת מאי גובה נמי דקתני חצי שבח הוא כולל לשבח דממילא ודמחמת הוצאה דלעולם אין ב"ח גובה אלא חצי השבח וכן הביא הרב המגיד בשם הגאונים והרשב"א והרמב"ן כו'. ולפער"נ עיקר כהרמב"ם ובעה"ת ושאף הרמב"ן והרשב"א מודים לו וכמ"ש וב"ב הסמ"ג דף קע"ח ע"ב וז"ל אמר שמואל ב"ח גובה את השבח שהשביח הלוקח

בין שהשביח מחמת הוצאה בין השביחו הנכסים מאליהן אלא שאם השביחו מאליהן יטרוף כל השבח ואם השביח מחמת הוצאה גובה חצי השבח לפי שהשבח בא לאחר שלוה ומכר כו' ע"כ (ועוד אביא לקמן פוסקים דסברי כהרמב"ם): עוד הקשה בספר גי"ת שם על הרמב"ם דאם כן מאי פריך בש"ס פ' מי שמת (סוף בבא בתרא דף קנ"ז) מהא דלשבח קרקעות כיצד ואמאי דחיק דחצי שבח קאמר לימא דמיירי שהשביחה מאליה והניח בקושי' ול"ק מידי דהא קתני והשביחה משמע שהשביחה בידים ועוד דמסתמ' בכל שבח מיירי דהא קאי אמתני' דאין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים והתם בכל שבח מיירי וק"ל: וגם מ"ש הב"י סעיף ג' שכדעת הה"מ כן דעת נ"י בפ"ק דמציע' גבי הא דאמרי' הא דמסיק בה שיעור ארעא ושבחא כו' וכ' שכ"ד הרנב"ר עכ"ל נלפע"ד ברור ששגג בזה דאדרבה דעת הנ"י והרנב"ר כהרמב"ם דז"ל הנ"י שם הא דמסיק כו' משמע דס"ל דכיון דאכתי לא מוקמינ' בשוייה ניהליה אפותיקי לא גבי יותר מחובו כלל אפי' בשבחא דממיל' דהא לא מצי למימר ארעאי אשבח וכן הסכים הרנב"ר ז"ל עכ"ל והבין הב"י דר"ל דאינו גובה יותר מחצי השבח וליתא דלא קאי אלא במסיק שיעור ארעא לחוד וקאמר דלא גבי יותר מחובו כלל וזהו דבר פשוט אבל אם החוב כנגד השבח מודה להרמב"ם וכמו שכתב להדי' לעיל מיניה בסמוך ממש וז"ל הא דמסיק כו' בהא אמר שמואל גובה השבח ואינו נותן כלום וכדפי לעיל דשבח ממיל' גובה כולו ואפי' לא כתב ליה דאקני ובשבח הבא מחמת הוצאה בין כנגד הוצאה בין יותר גובה חציו ובכתב ליה דאקנה כו' עכ"ל וכ"כ עוד הנ"י שם להדיא בתחלת הסוגי' וז"ל אמר שמואל ב"ח גובה בין שבחא דממיל' בין שבחא דמחמת הוצאה אלא דשבח דממיל' כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון או שהוקר קרקע ב"ח גובה כל השבח משום דלא חשבינן ליה כדבר שלא בא לעולם אלא כאלו היה בעולם בשעת השעבוד וקנאו לוה למלוה מתחל' ומהאי טעמא גובה אפי' מיורש ומקבל מתנה וכמ"ש הרי"ף עכ"ל וע"ש ואין ספק דאשתמיטתיה לב"י דברי הנ"י אלו וראה בסופן ולא בתחלתן ע"כ טעה בזה. וגם תמוה לי על הנ"י אמאי לא הביא ראיה לזה מהש"ס דפ' יש נוחלין שהבאתי. וגם מ"ש ומה"ט גובה אפילו מיורש וכמ"ש הרי"ף כו' אינו מכוון לפע"ד דמיורש גבי אפי' בשבח דחפירה והוה שובלי (או בשבח היתר על הוצאה וכמ"ש לקמן ס"ק כ"ז) משא"כ לענין דאקני:

ועכ"פ זכינו לדין ברור דשבח דממיל' כגון נתייקרה ודיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון וכל מאי דנוטל בכור פי שנים ולא מקרי ראוי לגביית בכור לא מיקרי דבר שלא בא לעולם לענין דאקני ובעל חוב גובה כל השבח ההוא מן הלוקח דהוי רקנה כן נראה לפי עניות דעתי ברור כשמש ומקום הניחו לי מן השמים בזה:

סעיף ו

מיהו אם כתב ללוקח בהדיא כו'. כתב כן אפי' למאן דאמר אחריות ט"ס הוא אף בדאקני וכמ"ש לעיל ס"ק א' וע"ש:

סעיף ז

טורף חצי השבח. והחצי א"י לטרוף ואם צריך הב"ח להניחנו קרקע או יתן לו מעות בזה יש חילוק בין אפותיקי או לא ויתבאר לקמן סעיף ב' ע"ש:

סעיף ח

חצי השבח. ובהרא"ש איתא דאם הקרקע שוה ק' זהובים והשבח י' זהובים יקח הלוקח י' חלקי השבח והמלוה חלק א' והב"י כתב עליו שדבריו מתמיהים וכבר האריכו בס' אגודת אזוב ד' פ"ה ובס' מעד"מ פ"ק דמציע' וב"ח ליישב דברי הרא"ש דהיינו ע"פ שטת ר"ח שהביא הרא"ש פ' מי שהיה נשוי והטור לעיל סי' ק"ד סי"א דחולקין לפי ערך מעותיהם וגם ר' ירוחם נתיב ו' ח"ח כתב כדברי הרא"ש הנ"ל (עיין מ"ש לקמן ס"ק י"ב) ואין להאריך בזה כיון דאנן קי"ל לעיל סי' ק"ד סעיף י"ד דלא כר"ח א"כ הכא בכל ענין חולקים השבח ביחד והיינו שכתבו הפוסקים בסתמא גובה חצי השבח ודלא כס' א"א שם שכ' שצריך נגר ובר נגר שיפרש דעת המפרשים למה סתמו דבריהם וכתבו חצי שבח כו' ולק"מ שכבר ידוע שהמפרשים פוסקים דלא כר"ח וק"ל:

סעיף ט

היתר על ההוצאה. כן הוא בהרמב"ם שבדפוס שעם הכסף משנה שכן הורו חכמים גדולים כו' והוא כפי גירסת הר' המגיד וטור בדברי הרמב"ם והוא דעת איכא מ"ד שברי"ף אכן במיימוני שעם המגדול עוז איתא כדברי הרי"ף וגם המגיה שם הגיה בגליון שבדק בארבע ספרי הרמב"ם ואית' כמו הנסחאות ההם וגם הב"י כתב שהעיקר כהנוסחאו' ההם רק שאח"כ בספרו ב"ה חזר ולפעד"נ עיקר בדעת הרמב"ם כהרי"ף וכן נראה מדברי הסמ"ג כרמב"ם וכן נראה להדיא מדברי הבעה"ת שער ג' ח"ו שכ' כדברי הרי"ף וכ' וכן פסק ה"ר משה ז"ל כו' ע"ש והמדקדק היטב בדברי הרמב"ם יראה שאף לפי נוסחאות של הרב המגיד מוכח דמתחל' כתב הרמב"ם כדברי הרי"ף ואחר כך הוסיף זה בדבריו כהאיכא מ"ד ע"ש ודוק ואין להאריך בזה בדעת הרמב"ם כי אפי' יהיה דעת הרמב"ם כהאיכא מ"ד כבר השיג הרי"ף על האיכא מ"ד בדברים נכונים וכן הוא סוגיית הש"ס בכמה דוכתי וגם בדקתי בחיבורי הקדמונים ולא מצאתי מי שכ' כהאיכא מ"ד וכ"פ רב האי גאון בס' מקח וממכר שער כ"ז דף נ"ח ע"א בהדיא דטורף השבח ואינו נותן לו שום הוצאה וכדאית' בש"ס וכ"כ הבעל העיטור במאמר אחריות דף י' ע"ג וכ"כ הבעל

המאור והרמב"ן והתוס' והרא"ש והנ"י והגהת מרדכי פ"ק דמציע' וכ"כ הסמ"ג דף קע"ח ע"ב וג' והבעה"ת שער ג' ח"ו ושאר הרבה פוסקים וכמ"ש הטור והר"ב והכי נקטינן:

סעיף י

וי"א כו'. כבר כתבתי שכן עיקר וכ' הרי"ף הרא"ש והנ"י דלא דמי ליורד שלא ברשות דנוטל הוצאה מבעל הקרקע דהתם אדעתא דשקיל ממרא דארעא הוא דאשבח אבל הכא לאו אדעתיה דשקיל מב"ח הוא דעבד אלא אדעתא דאי מפיק ליה ב"ח מיניה הדר עליה דמוכר שכך כותב מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי זביני אלין עמליהון ושבחיהון כו' וע"ש ועוד כתב הרא"ש טעמיה דלא דמי ליורד שלח ברשות אבל טעם זה נראה עיקר וכמ"ש לקמן ס"ד ס"ק כ"ט דלכך קאמר רבא תדע שכך כותב כו' דלא תימא דהוי כיורד ברשות ע"ש ואע"ג דהמוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינ' שלו נוטל הוצאה מנגזל כדלקמן סי שע"ג אע"ג דהתם נמי כותב לו מוכר ללוקח כך שאני התם כיון דאלו הוציא' נגזל ממוכר גופיה היה מוכרח ליתן לו ההוצאה א"כ מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו משא"כ הכא שהמוכר חייב לב"ח כשעור השבח וההוצאה כנ"ל:

סעיף יא

וחוזר הלוקח כו'. אף מהמשועבדים כו' כתב הרב המגיד וז"ל מבואר בש"ס פ"פ מי שמת ואם תאמר אחר שיש שם משועבדים מאוחרים לאלו איך טורף ב"ח מאלו יאמר לו לוקח לך אצל המאוחרין וכבר הנחתי לך בעד שקניתי מקום לגבות הימנו וזו שאלה הגונה ויש להשיב לפי דעת רבינו שכתב פי"ח ששעבוד דאקנה אינו חל בסתם משכחת לה בשלא היו לו המשועבדים המאוחרים בעת שלוה והיו לו בעת שמכר אלו ומפני כך לא נכנסו תחת אחריות המלוה ונכנסו תחת אחריות הלוקח אי נמי בשכתב דאקנה ללוקח ולא למלוה וקנה ומכר אחר מקח זה ואפי' לפי דעת הרשב"א שכתבתי שם (ר"ל דאחריות ט"ס גם בדאקנה) משכחת לה בשהתנה בעת שלוה בפי' שלא יהיו הנכסים שיקנה משועבדים למלוה אי נמי משכחת לה לכל הסברות כגון שאלו המאוחרי' הם במדינה אחרת ואין אומרים למלוה להניח אלו אע"פ שקדמו להוציא מאתים על מנה וכן הדין אפי' אצל בני חורין גמורין (וכדלעיל סי' קי"א סי"א) עכ"ל ומביאו ב"י ס"ב בקצרה. ולכאורה קשה אמאי לא תירץ כפשוטו שלא היה לו ללוה נכסים בשעה שטרף הב"ח מלוקח ואחר שטרף ממנו קנה ומכר ונראה דס"ל משום דא"כ גם השבח היה גובה הלוקח ממשועבדים דהוי דבר קצוב וכ"כ התוס' פ"ק דמציעא דף י"ד ע"ב דאין לומר דאחר שטרף ב"ח מן הלוקח קנה המוכר קרקעות ומכרן דא"כ גם השבח יגבה מהנהו משעבדי דגם השבח היה קצוב כיון שכבר טרף הב"ח קודם שלוקח זה הקרקע

עכ"ל (ועמ"ש לקמן ס"ק טו) ובהכי ניחא נמי אמאי לא הקשה ה' המגיד אבני חורין כיון שגובה השבח מבני חורין יאמר לו הלוקח הנחתי לך בני חורין אלא ודאי בבני חורין יש לו' דמיירי שקנה אחר הטריפה אבל במשעבדי א"א לומר כן וכמ"ש: עוד כתבו התוס' שם וז"ל וי"ל דמיירי שזה הקרקע עשאו המוכר לב"ח אפותיקי ולכן גובה אותם ב"ח ואע"פ שיש שאר משעבדי וכ"כ עוד התו' פ' מי שמת סוף (בבא בתרא דף קנ"ז.) מיהו קשה על הרב המגיד אמה שתירץ דמיירי שאין המלוה גובה מדאקני דא"כ היאך גובה השבח מהלוקח (ואי אפשר לפרש דבריו בשבחא דממילא דא"כ מאי פריך בש"ס סוף דף קנ"ז וכ"כ בספר לחם משנה ע"ש ועוד דבע"כ דברי הרמב"ם א"א לפרש כן דהא קאי נמי אשבח דהוצאה ע"ש) והב"ח כתב דיש לישב כייון דללוקח נמי לא כתב דאקני שוין הן הב"ח והלוקח בשבח שהשביח הלוקח בקרקע זו שהיתה משועבדת לב"ח ואח"כ קנה אותה והשביחה דכי היכי דחולקין בשבח בדכתב לשניהם דאקני ה"נ חולקים באותו שבח בדלא כתב דאקני לא לזה ולא לזה עכ"ל ודבריו תמוהין דבשלמא היכא דכ' לשניהם דאקני הרי הב"ח טורף שעבודו אבל כשלא כ' לו דאקני היאך יוכל לטרוף השבח מן הלוקח כיון שעתה הוא ביד הלוקח וקנהו מן המוכר דנהי דאין השבח משועבד ללוקח מכח דאקני מ"מ הרי קנהו כבר ואיך יוציאו ממנו הב"ח כלל. ועוד תימה עליו שהרי הרב המ' מיירי שכתב ללוקח דאקני. וע"כ דברי הר' המ' הראשונים צל"ע וראיתי בע"ש ובסמ"ע ס"ק ה' שלא כתבו רק התירוץ אחרון של הר' המ' שמאוחרים הם במדינה אחרת ואולי הוא מטעם שכתבתי:

עוד כתב הב"ח וז"ל עוד תירצו התוס' בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בד"ה גובה את הקרן דאע"ג דכ' ליה דאקני וקנה ומכר משתעבד אפ"ה כשבא ב"ח לטרוף מלוקח שקנה קרקע שהיה לו בעת שלוה לא מצי לוקח לדחותו למשועבדים המאוחרים של דאקני דכיון דבעת ההלואה כבר חל שעבודו דב"ח אשדה זו דה"ל ללוה בשעת הלואה תו לא מצי לדחותו מעיקר' שעבודו לשאר משועבדי' שלא היה לו בשעת הלואה והוא התירוץ הנכון לפע"ד עכ"ל לפע"ד צ"ע בזה להמציא סברא חדשה שלא יוכל הלוקח לומר הנחתי לך מאוחרין בכה"ג גם מסתימת שאר הפוסקים לא משמע כן שכתבו סתמא בכמה דוכתי דלוקח ראשון יכול לדחותו אצל לוקח שני ולא חילקו בין אם הנכסים של לוקח שניהם דקנה או דאקני גם מדברי התוס' פ"ק דמציע' הנ"ל וה' המ' והע"ש והסמ"ע שהבאתי מבואר להדי' דלא ס"ל הכי וגם בדברי התוס' עצמם פ' מי שמת ראיתי שנמשך הב"ח אחר מ"ש מהרש"ל בס' חכמת שלמה שם אבל לפמ"ש מהר"ש אידלש שם מוכח אדרבה מדבריהם איפכא וע"ש ואף שפירוש מהרש"א שם מגומגם בלשון התוס' הא גם

לפירוש מהרש"ל צריך להגיה בדברי התוס' (וע' בש"ס דפוס ווינציאה ובסילאה והש"ס דלובלין ודקראקא נדפסו ע"ש הח"ש) וע"ש ודוק:

סעיף יב

הקרן כו'. יש לי כאן מקום עיון דלפי מאי דמשמע מפשטא דש"ס ופוסקים והטור חוזר וגובה כל הקרן מנכסים משועבדים ואמאי הא כבר גבה חצי השבח וגם ראיתי בס' גי"ת שהתעורר בזה שכ' בשער ג' ח"ו ריש דף כ' וזה לשונו קשה דהא ודאי מאי דחשבי' ללוקח כלוה (כמלוה) אחר בהדי בעל חוב היינו ודאי בעבור אחריות מכר הקרקע שבעל חוב טורף ממנו בשביל הלואתו וא"כ כבר הלוקח הי' גובה מהקרן כשעור חצי השבח והיכא אמרינן בסתמא דאח"כ הלוקח חוזר וגובה הקרן ממשועבדים וחצי השבח מן המשוחררים דמשמע שיש לו לטרוף מן הלקוחות כשעור כל הקרן ואמאי הרי כבר גבה חצי השבח בעבור זה האחריות וה"ל לגבות [צ"ל לנכות] כשעור הזה מן הקרן ולא לטרוף כלום מן הלקוחות ויגבה מן המשוחררים כשעור כל השבח שהוא והמלוה הי' בו כשני מלוין והדבר צריך לי למוד דפשיטא דלא יעלה על הדעת לומר דהאי חצי השבח הנשאר ללוקח הוא בשביל השבח עצמו דהא מטעם לוה ולוה וקנה קא אתינן עלה וחשבינן לשבח כאלו קנאו עתה המוכר ומכרו ללוקח ואי מחזיק בי' ללוקח בשביל עצמו הוי לגבי' קנה ואח"כ לוה וזה פשוט ומבואר אלא ודאי בשביל המעות הראשונות של עיקר המכר הוא עכ"ל אך מה שהוכיח דאי מחזיק בשביל השבח עצמו הוי ליה קנה ואח"כ לוה אין נ"ל כן דהא כ' רשב"ם ס"פ מי שמת סוף (בבא בתרא דף קנ"ז) והרא"ש והנ"י פ"ק דמציע' והטור ר"ס זה ושאר פוסקים הטעם דלוקח נוטל חצי השבח דהאי שבח הוי כאלו קנאו המוכר ומכרו ללוקח כו' אלמא דהיינו משום חיוב דהשבח עצמו מכור לו דאל"כ הל"ל כאלו שעבדו המוכר ללוקח כו' ועוד דאי ל"ת הכי אמאי יתחייב המוכר לחזור ולשלם השבח ללוקח א"ו פשיטא דזכה בו הלוקח מטעם מכירה ואחריותו עליו והמוכר בשעת מכירה מכר ללוקח גוף הקרקע וכל השבח שעתיד' לעשות ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכדלעיל ס"ס סעיף ו' ולקמן סי' ר"ט ס"ד בהג"ה וה"ל כאומר לו אני מוכר לך הקרקע עם כל השבח שיהי' עליה ואני מתחייב עצמי להעמיד לך גוף הקרקע עם השבח או תמורת כספן כשיטרפו ממך וע"ז משעבד לו כל נכסיו דקנה ודאקני (וע' לעיל ס"ק א') נמצא שמיד בשעת המכר נתחייב לו המוכר בעד כסף מקנתו בשני דברים בחיוב של גוף הקרקע ובחיוב של השבח תדע דהא בגוף הקרקע גופה אמאי נחשביה כלוה הא לא הלוה כלום רק נתן לו המעות בעד הקרקע א"ו כיון שנתחייב עצמו להעמיד גוף הקרקע או תמורת כספה א"כ הוי ליה

לוה על גוף הקרקע וא"כ בכה"ג ה"ל נמי לוה על השבח מיד בשעת המכיר' וכן משמע להדיא בטור ר"ס זה שכתב וז"ל והאי שבח כאלו קנאו המוכר ומכרו ללוקח אחר שמכר לו השדה ונתחייב באחריותו ונמצא אחריות הלוקח על השבח לפיכך חולקים אותו כו' עכ"ל הרי להדי' דלהכי חולקים השבח כיון דאחריותו על השבח גופיה משום דמכרו לו אלא דמה שכתב הטור ומכרו ללוקח אחר שמכר לו השדה נראה כונתו בשעת המכירה מיד אחר שמכר לו השדה מכר לו השבח ג"כ (ובסמ"ע ס"ק ג' כתב דמכירת השבח הוא אח"כ כשבא לעולם קנאו מהלוקח ומכרו לו ואין זה נלפע"ד אלא נ"ל כמ"ש גם מה שכ' שקנאו מהלוקח לא יתכן לפע"ד וכמ"ש לקמן ס"ק ט"ו ע"ש) וחייב עצמו ליתן לו השבח ג"כ ועוד דאי ל"ת הכי היאך נאמר שמכרו ללוקח והלא אחר המכירה שוב לא הי' לו למוכר עסק עם הלוקח אלא ודאי כמ"ש וא"א לומר שינכה להמשועבדים סך המכירה שהרי אינו סך קצוב בכמה קנה השבח וודאי כשקנה מתחלה הקרקע נתן הקרן בעד גוף הקרקע ולא בעד השבח כלל שהרי לא הי' שום שבח בעול' ונהי דהמוכר מכר לו השבח שיהי' אח"כ ג"כ מ"מ השבח ודאי מכר לו בדבר מועט או נתנו לו במתנה וחייב את עצמו ליתנו לו לכשיבא בעולם וכמ"ש כך הי' נרא' לומר בזה. אך יש לדקדק א"כ דחצי השבח שנוטל הלוקח הוא בשביל חיוב השבח עצמו א"כ הרי אי לאו הלוקח הי' הבע"ח גובה כל השבח ואיך נוטל במקום הבע"ח הלא בע"ח מ"מ דין משעבדי יש לו ואין גובים השבח ממשועבדים והי' נ"ל דאין מוציאין לשבח קרקעות מפני תיקון העולם תנן והאי שבח ביד הלוקח הוא וכיון שאינו מוציאו אלא מחזיק מה שתחת ידו לא שייך תיקון העולם (ועמ"ש לעיל סי' ק"ד סעיף ז') . אכן מדברי הסמ"ע ס"ק ג' משמע שחצי השבח שנוטל הלוקח הוא על קרנו שכתב דודאי לא עדיף שעבודו דמלוה בדמי הלואתו משעבוד דמי קרנו של הלוקח במה שנתן בעד השדה כו' וכן מוכח מדברי הרא"ש ור' ירוחם גבי מ"ש שהלוקח נוטל עשרה חלקים לפי ערך מעותיו והבאתי דבריהם לעיל ס"ק ח' דתיקשי דהל"ל י"א חלקים בעד השבח ג"כ אלא ודאי כיון דהשבח אינו נגבה אלא מבני חרי אינו נוטלו נגד הבע"ח דבע"ח דין משועבדים יש לו וכ"כ בספר מעד"מ פ"ק דמציעא ובב"ח ריש סי' זה בפי' דברי הרא"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דלא ה"ל למיתני בסתמא חוזר וגובה הקרן מנכסים משועבדים וכן כל הפוסקים כתבו בסתמא חוזר וגובה הקרן משמע כל הקרן וכן משמע יותר ברמב"ם וטור ע"ש שכתבו חשבון כיצד היה עליו חוב של מאתים זוז ומכר ללוקח שדה שוה מנה והשביח' ששוה מאתים טורף הבע"ח ק"נ וחוזר הלוקח וגובה הקרן אף מן המשועבדים כו' משמע שגובה כל המנה הקרן שלו ממשועבדים. ואולי לזה נתכוין הב"י שכתב בר"ס זה על דברי הרא"ש

הנ"ל ודבריו מתמיהים וצ"ע כלומר לפי דברי הרא"ש משמע דגובה השבח על הקרן ומפשטא דש"ס וכל הפוסקים משמע שגובהו על השבח עצמו וכמ"ש. ואפשר לומר דגם להרא"ש חוזר וגובה כל הקרן מנכסים משועבדים דכיון דהשבח מכר לו לאחר שבא לעולם והוא תחת ידו נהי דנגד הב"ח לא יוכל לזכות בו מטעם מכירה משום דהוי דאיקני וקנה ומכר לקמא משתעבד וצריך להחזיקו בידו מטעם שעבוד על הקרן מ"מ נגד המשועבדים המאוחרים לקנייתו יכול לומר נגדיכם מועיל המכירה ואני מחזיקו בידי מחמת שהוא עצמו מכור לי. ודוחק. ואולי דמה דאיתא בש"ס ופוסקים חוזר וגובה הקרן מנכסים משועבדים היינו קרן פחות חצי השבח ולישנא קיטע נקטו וצ"ע:

סעיף יג

אבל השבח כו' גובה מנכסי המוכר כו'. שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואישפי ואדכי זביני אילין עמליהן ושבחיהון כו' וכתב הרמב"ם פכ"א מה' מלוה דין ב' ואפי' לא כתב דבר (ובהרב המגיד איתא במקום תיבת דבר כבר) נודע שזה דין המוכר ולוקח עכ"ל ומביאו ב"י ר"ס זה וכתב ה"ה שם שכך כתבו ז"ל שסתמו כפירושו וכן עיקר עכ"ל ולפע"ד דין זה ש"ס ערוך הוא פ"ק דמציעא (דף ט"ו ע"ב) אמר רבא הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ שלא פירש לו השבח כו' ואחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלוא' בין בשטרי מקח וממכר ואע"ג דהא יש לו שבח קאי אנמצאת שדה שאינו שלו מ"מ אי לאו דאחריות ט"ס הוא גם השבח בכל מוכר למה ישלם לו הגזלן השבח וכן משמע להדיא בפירש"י שכ' הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ דלא פירש ולית לן דשמואל דאמר שבח צריך לימלך עכ"ל ושמואל התם בכל מוכר מיירי ע"ש וכ"כ בעל המאור פ"ק דמציעא דף ס"ו סוף ע"א וז"ל אתמר המוכר שדה ונמצאת שאינ' שלו אמר רב יש לו מעות ויש לו שבח פי' ואע"פ שלא פירש לו אתה כל דאמרי' אחריות ט"ס הוא אפי' במו"מ בין במעות בין בשבח כו' וכן מבואר בדברי הרא"ש שהבאתי לעיל ס"ק א':

סעיף יד

השבח כו' גובה מנכסי המוכר כו' משמע דבין שבח דמחמת הוצאה ובין שבח דממילא חוזר וגובה מנכסי המוכר כגון שלקח' בק' ונתייקר' ושוה ר' לא אמרי' הרי לא נתן למוכר רק ק' וגם לא עשה בו שום מעש' ולמה יטול יותר ממה שנתן אלא חוזר וגובה מן המוכר ר' וכן מוכח בהדיא בהרא"ש פ"ק דמציעא ושאר פוסקים וע' לקמן ס"ק כ"ו וכ"ז וכן הוא להדיא בטור ומחבר לקמן ר"ס קי"ו ע"ש:

סעיף טו

אלא מבני חורין. ולא ממשועבדים וכתב הרמב"ם ריש פכ"א מה' מלוה הטעם לפי שאינו קצוב וכן הוא ברש"י פ"ק דמציעא דף י"ד ע"ב ובתוס' שם והרי"ף והרא"ש פ' הנזקין כתבו הטעם לפי שאין כתובין ועמ"ש לעיל סי' ס' ס"ק י"ב בזה. וכבר כתבתי לעיל ס"ק י"א בשם התוס' פ"ק דמציעא דהיינו דוקא מנכסים משועבדים שקנו קודם שטרפו ממנו אבל אם קנו לקוחות נכסים מן המוכר אחר שטרף הבע"ח השבח מן הלוקח הוה טורף הלוקח השבח אף מן הלקוחות ההם לפי שהיו קצובים בשעת טריפ' והוכחתי שם שכן דעת הרב המגיד. אכן לפי הטעם שאין כתובים משמע דאין חילוק ובכל ענין אינו טורף ואע"ג דכתבתי בסי' ס' ס"ק י"ב בשם רש"י ותוס' דפ' הניזקין דאע"ג דכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום כו' מ"מ כיון דבשעת כתיבה לא היה עדיין שום שבח אין קול לאותו כתובה כו' וא"כ י"ל כיון דאחר שטרפו ממנו הי' השבח וא"כ הו"ל כתובין מ"מ נרא' דלא אמרי' הכי אלא כיון דלא היה קול לאותו כתיב' בשעת כתיב' ה"ל כאילו כתובים לעולם דאל"כ ליטרוף נמי השבח ממשעבדי שקנו אחר שבא השבח לעולם אף קודם שנטרף ממנו אלא ודאי כמ"ש ודו"ק: אמנם מסתימת דברי הרמב"ם ושאר פוסקים שכתבו סתמא אינו גובה השבח אלא מבני חורין משמע דאפי' מלקוחות שקנו אחר הטריפ' אינו גובה אפי' לטעמא דאינן קצובים וכ"כ מהר"ש אידלש פ' מי שמת שכן דעת התוס' שם וחולקים על דברי התוס' דפ"ק דמציעא ע"ש ונרא' לומר כיון דאמרו אין מוציאין לשבח קרקעות משום שאין קצובים מתחל' בשע' שנתחייבו נכסי המוכר ונכנסו בשיעבודו אפי נעשו אח"כ קצובים לא פלוג וצ"ע לדינא:

סעיף טז

וכל זה לא מיירי אלא בשבח ששבחו הנכסים כו'. מל' הר"ב נרא' ששבחו הנכסים מעצמם ממילא ואפ"ה אם שבחו הנכסים לאחר מיתת המוכר אין לב"ח כלום וכן משמע בעיר שושן ואזלי לשיטתייהו דלעיל ס"ק ה' דס"ל דאין חילוק בין שבחא דממילא לשבחא דאשבח לוקח בזה אבל באמת זה אינו ולשון הנ"י כך הוא ה"מ במאי דאשבח לוקח בחיי המוכ' אבל במה שהשביח לאחר מית' מוכר לא גבי מידי דכיון דמשום דאקני אתינן עלה מה שהשביח לאחר שמת לא קנאו מוכר מעולם עכ"ל ומביאו ב"י ס"ג ונרא' דדוקא כתב דאשבח לוקח משום דשבחא דממילא כתב שם בסמוך לעיל מינה דהוי דקנ' וכמו שהבאתי לשונו לעיל ס"ק ה' והוכחתי שכן עיקר ע"ש. ומ"מ גם בזה לא נהירין דברי הנ"י לפע"ד דאטו אנן אמרינן שקנאו המוכר והלא לא קנאו המוכר מעולם (ובאמת בנ"י שם איתא שקנאו המוכר מן הלוקח וכן הוא בסמ"ע ס"ק ג' אבל

בהרא"ש וטור ושאר פוסקים ליתא מן הלוקח ולא יתכן כלל לומר שלקחו מן הלוקח נ"ל ודו"ק ועיין מ"ש לעיל ס"ק י"ב) אלא דאמרי' כיון דשבח זה אתי מארעא דיליה ה"ל כאלו קנאו המוכר דהא מארעא דיליה אתי וא"כ מה לי שהמוכר חי או מת ס"ס ארעא דיליה אשבח ואי משום שהוא ביד הלוקח אין בזה כלום דשעבודא דב"ח קדים וטריף ליה לארעא ומוציא מיד הלוקח וה"ל כאלו היתה ביד המוכר דאלת"ה א"כ כשהשביח בחיי המוכר נמי נימא הא הלוקח אשבח ומה לו לב"ח בזה אלא ודאי משום דאמרי' כיון דארעא הדר' א"כ ארעא דמוכר אשבח וא"כ ה"ה הכא ואף שיש לחלק מ"מ המדקדק היטב ירא' דלא נהירא לחלק תדע דהא כתבתי לקמן סעיף ג' ס"ק כ"ז דב"ח גובה השבח היתר על ההוצא' מיתמי להרבה פוסקים והוכחתי שכן עיקר ואמאי נימא הא השבח זה לא קנאו אביהן לעולם וגם בשבחא דחפיר' והוו שובלי שלפופי והוו תמרי דאין הבכור נוטל פי שנים משום דבא לאחר מיתת אביו ובע"ח שקיל וכמ"ש לקמן סעיף ד' ס"ק כ"ט ה"נ נימא הא השבח זה לא קנאו אביהן מעולם ושבחא דיתמי הוא אלא ודאי כיון דהאי שבחא מארעא דאבוהון קאתי קני ליה ב"ח לשעבודיה וה"ה הכא ואף שיש לחלק בין יתומים ללוקח מ"מ אחרי העיון אין נראה לחלק כלל ומכ"ש לפי מה שהקשיתי לקמן ס"ד ס"ק כ"ט אהא דפריך בש"ס בס"פ יש בכור והא אמר שמואל בע"ח גובה השבח כו' והלא שמואל לא אמר דבריו רק גבי לוקח והעליתי דפריך שפיר מלוקח היתומים כיון דגבי מלוקח אלמא דאקנ' משתעבד וא"כ היאך לא יגב' מיתומים ואם איתא לדברי הנ"י מאי פריך הא בלוקח גופי' לא משתעבד דאקנ' רק מה שהשביח בחיי המוכר ודוחק לומר דס"ל להש"ס דכיון דרשות יורש לאו כרשות לוקח א"כ יתומים לאחר מיתה כמו לוקח בחיי המוכר דכל זה דוחק ומנ"ל להש"ס להקשות והמדקדק היטב יראה דאם איתא לדברי הנ"י לא פריך הש"ס מידי דנהי דרשות יורש לאו כרשות לוקח היינו במה שהי' ברשות אביהן אבל האי כיון דלא מיקרי דאקני רק מה שהשביח בחיי המוכר א"כ לאחר מיתת אביהן כיון שלא קנאו אביהן והם השביחו לא משתעבד מדאקני ושבחא דידהו הוי דה"ל כאלו אשבח נוכרא' דלאו יורש הוא דהי' השבח שלו ולמה יגרע כח היתומים בזה. הן אמת שי"ל שהנ"י אינו מפרש קושית הש"ס דס"פ יש בכור כמ"ש לקמן סי' ד' ס"ק כ"ט רק כמו שמפרשים שאר קצת מפרשים שהבאתי שם אבל לפי מה שעליתי שם אם כן ודאי דליתנהו לדברי הנ"י וגם אפילו תימת כשאר קצת המפרשים מ"מ כיון דהעליתי לקמן ס"ד ס"ק כ"ט דרוב המפרשים סוברים דבע"ח גובה שבח דחפיר' והוו שובלי שלפופי והוו תמרי וכן שבח היתר על ההוצא' מיתמי אע"ג שהשביח לאחר מיתת אביהם והוו דאקני וכמש"ל ס"ק ה' ה"ה בלוקח. ועוד יש להוכיח

כן מהש"ס דפריך בפ' הגוזל קמא ובפ' המקבל אהא דאמר שמואל שלש' שמין להן השבח ומעל' אותם בדמים בכור לפשוט וב"ח ללקוחות וב"ח ליתומים ומי אמר שמואל ב"ח ללקוחות יהיב ליה שבחא והא אמר שמואל ב"ח גובה השבח ומאי פריך דלמא שמואל מיירי שהלקוחות השביחו לאחר מיתת המוכר ודוחק לומר דמשמע ליה דבכל ענין קאמר ועוד דהא כי משני דמיירי בלא מסיק שעור ארעא ושבחא לאו בכל גונא מיירי ועוד דהא שפיר י"ל דמיירי דומיא דיתומים דהיינו שהשביחו לאחר מיתת בעל הקרקע ואין להקשות בלאו הכי לישני דהא אינו רק חצי שבח וכדאי' פ' מי שמת י"ל דס"ל לש"ס מדקאמר שמואל סתמא ב"ח גובה השבח משמע דכולא שבחא קאמר (וכן משמע להדיא בפירשב"ם ס"פ מי שמת סוף (בבא בתרא דף קנ"ז) ע"ש) וכאידך אמוראי דבפ' מי שמת דס"ל ראשון קנה וגובה כל השבח או דהש"ס פריך במהדורא קמא דרב אשי דאמר התם ראשון קנה אבל אם איתא לדברי הנ"י א"כ בשבח שהשביח לוקח לאחר שמת המוכר לא קנאו לוקח מעולם וליכא למ"ד דגוב' אותו הב"ח ה"ל לשנויי דהכי מיירי הא דשמין השבח בב"ד ללקוחות וליתומים ודוחק לומר דה"ה דהוי מצי לשנויי הכי וכ"ש לפי מ"ש לקמן ס' ו' ס"ק ל"ג דהא דפריך הניחא למ"ד אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי לסלק ליה בזוזי כו' פריך דוקא אמאי דמשני דמסיק שעור ארעא בלא שבחא אבל במסיק שעור ארעא ושבחא ניחא משום דמצי ב"ח לומר לדידי שויא כל חובי א"כ שפיר ה"ל לשנויי דמיירי במסיק שעור ארעא ושבחא אלא דהשביח לאחר שמת המוכר דאינו גוב' הב"ח השבח ולא מצי לוקח לסלוקי בזוזי כיון דלא יהיב ליה כל חובי' ולא הוה צריך לאוקמא באפותיקי אלא נרא' כמ"ש דאף שהשביח לוקח לאחר מיתת המוכר שייך ביה שפיר דאקנ' וגוב' אותו הב"ח וכן משמע מסתימת דברי כל הפיסקים שכתבו סתמא דב"ח גובה השבח מלוקח ולא חלקו בין השביח בחיי המוכר או לאחר כן וכן נראין עיקר הדברים ודוק:

סעיף יז

וכל הפירות שאכל הלוקח. ל"ד שאכלם אלא כל שאינם מחוברים עוד להקרקע הרי הוא כאלו קדם וגבה וקי"ל לוה ולוה ואח"כ קנה דאם הקדים א' וגבה מה שגבה גבה כמ"ש הט"ו בר"ס ק"ד עכ"ל סמ"ע ס"ק ח' ואין דבריו נכונים בעיני דאין ענין קדם וגבה לכאן דהא אפילו מונחים עדיין שם אין ב"ח גובה מהן כל שאין מחוברים לקרקע אלא נראה לי הטעם דתלושים מטלטלין נינהו וב"ח אינו יכול לטרוף ממטלטלי וכ"כ בעיר שושן וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ן בספר המלחמות פ"ק דמציעא סוף דף ס"ב ובה' המגיד פכ"א מה' מלוה ע"ש וכן בהרא"ש פ"ק דמציעא ע"ש בהרא' שהביאו מפ' נערה

שנתפתת' וכן משמע בכל הפוסקים שהבאתי לעיל סי' צ"ה סעיף ב' ולקמן בס"ק שאח"ז שכולם למדו כן מהך דפ' נערה שנתפתתה ושם משמע דהיינו משום דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב וע"ש ומה"ט לרוב הפוסקים אפי' מחוברים אי לא צריכי לארעא לא גבי מינייהו דכתלושים נינהו ואי כהסמ"ע הא לא קדם וגבה כלל דעדיין מחוברים בקרקע ולפ"ז אפי' קדם ב"ח וגבה אותן פירות התלושים (או העומדים ליתלש לרוב הפוסקים) מוציאין ממנו דה"ל כמטלטלים שקנה הלוקח וזה נ"ל ברור:

סעיף יח

אבל כל הפירות כו' אע"פ שאינם צריכים לקרקע כו'. הוא לשון הרמב"ם וקשה דהא ס"ל להרמב"ם דבכל מילי ענבים שאין צריכים לקרקע כתלושים דמי (חוץ) מדין שומרים וכמ"ש לעיל סי' צ"ה סעיף ב' ומכ"ש לפי מה דמשמע דמחלק בהכי מהך דפ' נערה שנתפתתה (ריש כתובות דף נ"א) וכמ"ש הראב"ד וה' המגיד פ"ד מה' טוען לדעתו וכמש"ל סי' צ"ה וכך הקשה בס' לחם משנה פכ"א מה' מלוה והניח בקושיא ונ"ל שטעמו של הרמב"ם משום דקאי בשטת רבו הר"י הלוי דטעמא דשומרים הוא כיון דלשמירה יהבי ניהלייהו ולאו אדעתא דלמתלשינהו הרי הן כקרקע וכמ"ש לעיל סי' צ"ה והלכך הכא בב"ח נמי כיון דטורף הקרקע עם הפירות יכול לומר לאו אדעתא דלתלשינהו בעינא להו אלא אניחם בקרקע שלי כך עכשיו בשעת טריפא ואע"פ שאחר כך אתלשם השתא לאו דעתאי למיתלשינהו והא דאמרי' בפ' נערה ס"ס כל העומד לגדור כגדור דמי קאי אמזונות שהתמרים צריכים לפרנסה והדיקלא בעצמו ישאר ביד יתמי הלכך בע"כ בעי למיתלשינהו מיד אבל אי היתה גובה הדיקלא עם התמרים לא הוה אמרינן כגדור דמי. כן נ"ל בדעת הרמב"ם. ומ"מ לענין הלכה כבר העליתי לעיל סי' צ"ה דלא כהרמב"ם בזה וגם הרב המגיד כתב בשם רש"י ובעל העיטור והרמב"ם דאם אין צריכין לקרקע אמרי' כתלושים נינהו וב"ח אינו גובה מהן וכתב שכן עיקר ובאמת כן הוא להדיא דעת רש"י פ"ק דמציעא דף י"ד ע"ב (ומ"ש רש"י בפרק הגוזל קמא סוף (בבא קמא דף צ"ה) המגיע לכתפים כגון תבואתו שגדלה כל צרכה נ"ל דכוונתו דמ"מ צריך מעט לקרקע וכמ"ש בפ"ק דמציעא הגיע לכתפים שגדלה כל צרכה וצריכה מעט לקרקע וכן בפ' המקבל ולא כהתוס' פ' הגוזל שם שהבינו מדבריו דא"צ לקרקע כלל והקשו עליו מפ' נערה וגם תימה איך נעלם מהן דברי רש"י בג' מקומות הנ"ל ואפשר דמה שכ' התו' בסוף דבריהם וי"ל דשבח המגיע לכתפים קרוין כגון פגים או בוסר דצריכי לארעא באו לפרש דברי רש"י והיינו דמסיימי התו' ובפרק חז"ה מפורש ובפח"ה דף מ"ב כתבו כן לדעת רש"י ומ"מ קשה לי עליהם שהרי רש"י עצמו כ"כ להדיא בג' מקומות הנ"ל שהבאתי) ד"ה לאכילת

פירות ודף ט"ו וריש ע"ב ד"ה שבח המגיע לכתפים כו' וכן פירש"י עוד להדיא בפ' המקבל (בבא מציעא דף ק"י ע"ב) וז"ל המגיע לכתפים צריכים לקרקע דבר מועט דאלו אין צריכים לקרקע ה"ל פירות ולא שבח שב"ח גובה השבח קאמר ולא פירות גמורים כדאמרי' בפ"ק עכ"ל וכ"פ הגה' מיי' פכ"א מה' מלוה בשם רש"י וכתבו התוס' שהדין עמו מהך דפ' נערה וכן הוא דעת הבעל העיטור במאמר אחריות סוף דף י' והבאתי לשונו לעיל סי' צ"ה וכ"כ הרמב"ן בספר המלחמות פ"ק דמציעא דב"ח (לא) גבי (אלא) מפירות הצריכים לקרקע מפני שהן כקרקע שאין צריכים לקרקע (אינו) גובה דכתלושים נינהו דב"ח לא גבי מטלטלים וכדמוכח בכתובות פ' נערה וכמ"ש רש"י ופי' דצריכי לארעא היינו כי מנח להו משבחי אבל לא צריכי לארעא דכי מנח להו מכחשי כבצורות דמיין והכי איתא בגיטין פ' השולח עכ"ל (וכן נ"ל עיקר בפי' צריכי לארעא ולא צריכי לארעא דהיינו דכי קיימא מכחישי מיקרי לא צריכי לארעא ודלא כנראה מדברי הר"ן פ' הדיינים וכבר כתבתי בזה לעיל סי' צ"ה סעיף ג' ע"ש) וכ"כ הרא"ש והנ"י פ"ק דמציעא דבדלא צריכי לארעא ב"ח אינו גובה מהן כדאי' בפ' נערה וכן הבאתי לעיל סי' נ"ה שכ"כ התוס' בכמה דוכתי דבדלא צריכי לארעא כתלושים דמי לענין ב"ח וכן נראה דעת הראב"ד בהשגו' פ"ה מה' טוען וכ"כ בהגה' אשר"י ממהרי"ח פ' השואל וכ"כ הסמ"ג דף קפ"ב ע"א והגהת מיי' פ"ה מה' טוען והמרדכי פ' הדיינים וכ"כ עוד הסמ"ג להדיא כאן בדין זה בד' קע"א ע"ב והגהת מיי' פכ"א מה' מלוה וכן מוכח דעת ר"ח שהביאו התוס' בכמה דוכתי וכן הסמ"ג דף קפ"ב והגהת מיי' פ"ה מה"ט והמרדכי והאגודה פ' הדיינים שכולם כתבו בשם ר"ח שפסק כר' מאיר מהך דבפרק נערה דכל העומד ליגדר כגדור דמי וכמו שהבאתי דבריהם לעיל סי' צ"ה (ומ"ש בב"י כאן בשם ה' המגיד בשם ר"ח הוא קצר ביותר אבל בהרב המגיד עצמו ליתא רק שפי' ר"ח שבח המגיע לכתפים הוא פירות שהגיעו לינטל על הכתף אבל ליתא שם דס"ל כהרמב"ם רק כונתו שרש"י הוסיף יותר לפרש ואפשר גם ר"ח סובר כן וא"כ ה' המ' בשם ר"ח אינו נגד מ"ש התוס' והפוסקים בשם ר"ח וע"ש) וכן מוכח להדיא דעת הר"ן פ' הדיינים גבי פלוגתא דר' מאיר ורבנן דאי לא צריכי לארעא כלל כתלושים נינהו וב"ח אינו גובה מהן ע"ש:

והרז"ה בס' המאור פ' קמא דמציעא סובר יותר מזה דאפי' מהפירות דצריכי לארעא לא גבי ומפ' שבח המגיע לכתפים בענין אחר וכתב הה"מ שהרשב"א הסכים לדבריו ולדבריהם צ"ל דהך דפ' נערה לענין שומא אגב ארעא קאמר הבו לה תמרי דחזי לבודי' וכ"כ בעל המאור ע"ש (אבל אין נראה כן שם בש"ס עיקר כדבריהם וכדאי' בספר המלחמות להרמב"ן שם וגם כל הפוסקים הנ"ל חולקים בזה וגם כבר כתב הרמב"ן שם

שהפי' המקובל מהגאונים שבח המגיע לכתפים כפירש"י והרי"ף דהיינו פירות שהגיעו להקצר אלא שצריכים לקרקע מעט) ולהנטל על הכתפים: ועוד נ"ל ראיה לזה ממאי דאמרינן בש"ס פ"פ יש בכור וכולן אין נוטלין בשבח לאתויי שבחא דממילא חפירה והוו שובלי שלפופי והוו תמרי ע"ש דמשמע דוקא באשה בכתובת' ובנות במזונותיהן דמקולי כתובה לא גבי הא ב"ח גבי ועוד כיון דקמרבי להו תנא במאי דקאמר וכולן אין נוטלין בשבח (וגם מדקאמר הש"ס לאתויי שבחא דממילא) אלמא דשבח מיקרי וכן משמע בש"ס פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ד ע"א) א"כ הא דקאמר שמואל ב"ח גובה השבח ודייקינן שבח אין פירי לא חפירה והוו שובלי שלפופי והוי תמרי נמי בכלל שבח הוא. ועכ"פ נשמע מדברי הרז"ה והרשב"א שחולקים על הרמב"ם בדלא צריכי לארעא ודבריהם נראין עיקר בזה וכמ"ש ויפה כתב הה"מ שדעת רש"י עיקר כמו שהוכחתי:

סעיף יט

אע"פ שאינם צריכים כו'. תמיה לי על הרב שלא הביא שום חולק בזה שהרי הביא בב"י שהרא"ש ורש"י והרמב"ן ובעל העיטור והרב המגיד חולקים ע"ז וכן נראה מדברי הטור ועוד הבאתי בסעיף קטן שלפני זה הרבה פוסקים שחולקים ע"ז והוכחתי שכן עיקר דכשאין צריכין לקרקע כלל הרי הן כתלושים והטעם כתבתי בסי' צ"ה דב"ח לא סמיך דעתי' עלייהו כיון דברשות הלוקח הן לתלשן וע"ש:

מיהו היינו דוקא בלא אפותיקי מפורש אבל באפותיקי מפורש נראה דלשטת התוספות והרא"ש ורבינו האי וההלכות דלקמן ס"ק כ"ג דאפותיקי מפורש הוי כמכיר' ואמר ארעאי אשבח וא"כ מוכח דמה"ט גובה אפי' פירי שאין צריכים לקרקע כלל אפי' לא מסיק ביה אלא שעור ארעא לחוד וכ"כ הטור סעיף י' להדיא והפירות שאכל הלוקח או אפי' לא אכלם אלא שתלשם כבר כו' אין ב"ח גובה מהם בד"א כשלא עשאה אפותיקי אבל עשאו אפותיקי אפי' אין החוב אלא כנגד השדה גובה אות' עם פירותיה ונותן לו הוצא' עדור וניכוש עכ"ל והוא מדברי הרא"ש פ"ק דמציעא דכ' להדיא דבשוויי' אפותיקי דין פירות כדין שבחא. ומשמע לי דאפי' פירות שכבר תלשן הלוקח או אפי' כבר אכלן צריך להחזיר לב"ח באפותיקי מטעם דארעאי אשבח כמו לוקח מגזלן דצריך הלוקח לשלם לנגזל כל הפירות שאכל מטעם דבארעאי קא גדלה וכדלקמן סי' שע"ג ס"ב וא"כ ה"ה הכא וכן משמע בטור שכ' והפירות שאכל כו' אפותיקי גובה אותה עם פירותי' כו' משמע דאכולה מלתא דלעיל קאי דאפי' תלשם או אפי' אכלם גובה הכל באפותיקי וע' מה שהקשיתי לקמן ס"ק כ"ג ע"ז דמאי פריך בפ"ק דמציעא (ד' י"ד ע"ב ודף ט"ו ע"א) ב"ח מי אית ליה פירי הא באפותיקי אית לי' פירי וע"ש אבל לשטת רש"י ובעל המאור

וה"ה שהבאתי שם בס"ק כ"ג ניחא דאין שום מעלה באפותיקי רק לענין דלא מצי לוקח לסלקו בזוזי אבל אין הקרקע כמכור' לו שיאמר ארעאי אשבח והלכך גם באפותיקי אינו גובה פירי כמו שאר ב"ח וכן ראיתי בבעל המאור להדיא בפ"ק דמציעא וז"ל שם דף ס"ב סוף ע"א כללא דנקטינן מהא שמעתתא דהיכ' דמסיק ביה דמוכר שעור ארעא ושבח' ל"ש שוויי' ניהלי' אפותיקי ל"ש לא שוויי' טריף ליה לכולא ארעא ושבחא כו' וה"מ שבח אבל פירי לית להו לבעל חוב למגבינהו כלל כדאמרי' שבח אין פירי לא כו' עכ"ל הרי להדי' דאף באפותיקי לא גבי פירי:

סעיף כ

ואם רוצה הלוקח לסלקו כו'. כתב ב"י מחו' ב' וז"ל כ' בעה"ת בשער ג' (חלק ששי) אם הלוקח או היתומים רוצים לסלקו בדמים ואינו שוה אלא פלג חובו והוא טוען לדידי שוה שיעור כל חובי י"א שא"י לומר כן והראב"ד כתב שיכול לומר כן וכן הנהו עיזי דיכול לטעון עד כדי דמיהן אם בא לומר אני אקח העזים במאה שומעין לו ולא יוכל בעל העזים לומר אתן לך מה ששוים העזים לכל העולם והרמב"ן השיב כהראב"ד ע"כ וכבר כתבתי בסי' ק"ז שדעת רבינו בסי' ע"ב כדעת הראב"ד והרמב"ן ז"ל עכ"ל ב"י ונראה מדבריו שכן עיקר וגם דעת בעה"ת בשער ג' ח"ו ובשער מ"ט חלק ט"ו נראה כן להדיא ע"ש ומ"ש שם בשער מ"ט על דברי הראב"ד ולא ירדתי לסוף דעתו היינו על העזים כיון שאין הלו' מודה שהוא חייב לו כ"כ וכמ"ש הטור לעיל סי' ע"ב סט"ז בשמו ע"ש והטור חלק שם על הבעה"ת וס"ל גבי עזים כמו הראב"ד ע"ש ובס' גי"ת שער ג' ח"ו סוף דף כ"ח תמה על הב"י דלא קאמר הטור בסי' ע"ב אלא דנאמן במגו דלקוח שחייב לו עליו כך וכך משא"כ הכא ולא קשה מידי דמה בכך שנאמן שהוא חייב לו כך וכך ס"ס השתא הכלי אינו שלו ואמאי יוכל להחזיקו ביותר משויו אלא ודאי ס"ל כהראב"ד וכמ"ש ב"י וזה ברור:

אך ק' לי על הב"י שהרי דעת הטור לעיל ר"ס ק"ט סוף סעיף א' מוכרח דלא כהראב"ד אלא כהרא"ש פ' מי שהי' נשוי וכמ"ש שם וע"כ צ"ל דדוקא במטלטלי' ס"ל להטור בסי' ע"ב כהראב"ד דכיון דבמטלטלי שייך דין תפיס' והתופס אותו בשביל חוב הרי הם כשלו עד שיסלקנו כפי חובו משא"כ בקרקע דאין בה דין תפיס'. וגם קשה לי על הב"י דכאן משמע דס"ל כהראב"ד ורמב"ן ולעיל ר"ס ק"ט בש"ע סוף סעיף א' כ' כדברי הטור והרא"ש ואם כן דבריו צ"ע: ולענין דינא נרא' עיקר כהרמב"ן והראב"ד ובעה"ת דכל זמן שאין הלוקח מסלק' בכל החוב יכול הב"ח לטרוף הקרקע ולומר היא שוה לי כשעור כל החוב אעפ"י שמת הלוה ואין תועלת ללוה בכך שקרקע זו משועבדת לו עד כדי חובו

וכן פסק הריב"ש בתשוב' סימן תפ"ג ע"ש והכי משמע בש"ס פ' מי שהי' נשוי דף צ"א ע"ב ודלא כהרא"ש וטור לעיל ר"ס ק"ט (ועיין מ"ש לקמן בס"ס זה ס"ק ל"ג ול"ד מזה) ולפי זה אפי' בא הלוקח לסלק לב"ח קודם שעשו ב"ד שומא והכרזה בשדה זו בשביל הלוה הדין כן ודלא כהסמ"ע סימן קי"ד ס"ק ד' ועיין מ"ש שם:

סעיף כא

אינו יכול לסלקו. ואם המוכר רוצה לדון עם הב"ח יכול לסלקו בזוזי כ"כ הרא"ש פ"ק דמציע' והטור לקמן ר"ס רכ"ו:

סעיף כב

בשדה כו' ובגינה כו'. שאלו יחלק יהיו שמו עליו על פי דיני חלוקה שיתבאר לקמן סי' קע"א ע"ש ודין זה הוא מהרי"ף והרא"ש פ"ק דמציעא שלמדו כן מדאמרינן בפ"ק דב"ב כל שאלו יחלק ושמו עליו חולקים ואם לאו מעלין אותו בדמים וכתב בעל המאור פ"ק דמציעא דף ס"ה ע"א וז"ל והיכא דלא מסיק ביה במוכר שעור ארעא כולה אלא שעור מקצת ארעא שקיל מיניה כשעור חובו ושאר הוי ללוקח והוא דחזיא ליה אי נמי לא חזיא ליה וקא בעי לה אבל אי לא חזיא ליה ולא קא בעי ליה שקיל להו לדמי' מיני' דב"ח כמו שפירשנו דין השבח במאן דמסקי ביה שעור ארעא אבל לא שעור שבחא דדא ודא אחת היא עכ"ל אבל הרמב"ן השיג שם עליו וז"ל דעתא קלישתא היא חזינא הכא דמאי עסקי' דלוקח בהדי ב"ח אטו איהו מזבין לה נהלי להך ארעא או זבין לה מניה בעל כרחי' נמי שקיל חובו בקרקע ואין הדין נותן לכופו להיות לוקח מזה ואפילו שותפי בכה"ג לית בהו דינא דגוד או איגוד דכיון שאחד מהם יש לו שעור אע"פ שחברו יש לו פחות מה יעשה לו. זה ימכרנו בפחות או ילך לו שהרי יש לזה שעור ואינו רוצה לא ליקח ולא למכור וכ"ש אלו שלא נעשו שותפים מעולם ואין לו עסק עמו אבל מה שהור' רבינו הגדול ז"ל דהיכא דלא הויא אפותיקי ולא מסיק ביה שעור שבחא דאי בעי שקיל מיני' דמי היינו טעמא משום דא"ל כיון שאיני מסלקך בדמים וקרקעך הוא שאתה טורף ואין שבחי משועבד לך לחובך שבחי שלי הוא ואין לך בו כלום וכיון שכן או תן לי גופו של שבח בראוי ליטלו או קח אותו ממנו וכשהוא לוקחו ממנו אין יכול ליתן לו קרקע שאינו ראוי לו בדמי שבחו שהוא לוקח ממנו וזו ההורא' ברור' ולרבינו הגדול ז"ל נאה לדורש' עכ"ל. ולפעד"נ עיקר כדברי הבעל המאור ומוכח בהרי"ף כדבריו חדא כיון דכתב הרי"ף בפשיטות שקיל לו לדמי מב"ח משמע דדינא הכי ומה שחילק הרמב"ן בין שבח לגוף הקרקע דוחק הוא ועוד שהרי כתב הרי"ף כדאמרינן התם כל שאלו יחלק ושמו עליו חולקים ואם לאו מעלין אותו בדמים והתם בפ"ק דב"ב (דף י"ג) לאו בשבח

מיירי. ומה שהקשה עליו הרמב"ן דהא אפילו שותפי בכה"ג לית בהו דינא דגוד או איגוד כו' שהרי יש לזה שעור ואינו רוצה לא ליקח ולא למכור כו' לא ירדתי לסוף דעתו דפשיטא דהכא לאו מדין גוד או איגוד אתינן עלה דהא לית ליה ללוקח זוזי וגם מה דס"ל להרמב"ם דבשותפי אם יש לא' כשעור יכול ליטול חלקו בע"כ של חבירו תמיה לי דמה בכך שיש לו כשיעור ס"ס אם יחלוק יפסיד לחבירו ונהי דאם יש לא' כשיעור ולחבירו שלא כשיעור אינו יכול זה שאין לו כשעור לומר לו גוד או איגוד על הכל שהרי יאמר זה שיש לו כשעור אניח לך עד כשעור (ולא נפקא מינה כלל בין שיש לא' כשעור או לא לענין גוד או איגוד דפשיטא דגם כשאין לשום א' מהן כשעור כגון שיש להם ביתד ו' אמות יכול א' מהן לומר אניח מחלקי אמה שיהי' בשתוף ד' אמות וע"ז תאמר גוד או איגוד אלא דבכה"ג מסתמא לא עביד הכי דהב' אמות שיטול לעצמו יהיו מופסדים לו אבל מ"מ לא נ"מ בין יש לא' כשעור או לא דוק ותשכח דהכי הוא) ועל זה תאמר גוד או איגוד כשעור מ"מ פשיטא דכשרוצה ליקח כל חלקו יכול זה שאין לו כשעור לעכב עליו ולומר לו אין אני מניחך לחלוק וליקח כל חלקך כיון שלא תניח לי כשעור ומה אעש' בה וצריך השותף או הב"ח ליתן לו הדמים כשאינו רוצה להניח כלום מחלקו דאז לא חזיא ללוקח. וכן הוא להדיא בתשובת מור"ם במרדכי סוף פ"ק דב"ב דאף שיש לאחד כשעור אין יכול לחלוק ולהניח חבירו פחות מכשעור וכן מוכח להדיא בטור ומחבר לקמן סימן קע"א סעיף י"א והכי מוכח נמי להדיא מדברי הרמב"ם פ' א' מהלכות שכנים והט"ו לקמן סימן קע"א סעיף ג' שכתבו איזהו דין חלוק' כל שאלו יחלק לפי השותפין יגיע לפחות שבהם חלק ששם הכל קרוא עליו כו' והכי משמע נמי פשטא דמתניתין פ"ק דב"ב אין חולקים את החצר עד שיהא בה ד' אמות לזה וד' אמות לזה משמע דאעפ"י שיגיע לא' ד"א אין חולקים עד שיגיע לשני גם כן ד"א והיינו נמי פשטא דברייתא בפ"ק דב"ב כל שאלו יחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו מעלין אותו בדמים. ואין להקשות אם כן מאי פריך בש"ס פרק קמא דב"ב מהברייתא לרב נחמן דאמר לית דינא דגוד או איגוד דשפיר פריך כיון דלרב נחמן לית דינא דגוד או איגוד והם משתמשים בשותפות אם כן אמאי קתני ואם לאו מעלין אותו בדמים הל"ל ואם לאו משתמשים בשותפות אלא ודאי משום דאם יניח זה שיש לו כשעור מחלקו להשתמש בשותפות יאמר זה שאין לו שעור גוד או איגוד וא"כ בע"כ צריך ליתן לו הדמים ועוד דמסתמא ברייתא מיירי בכל ענין בין יש לא' מהן כשעור בין אין לשום א' מהן כשעור וק"ל אך שהיה אפשר לחלק בין שותפים לב"ח ונרא' דלכך הביא הרי"ף ראי' מהברייתא ולא הביא ממתני' משום דפשטא דמתניתין בשותפים מיירי אבל הברייתא כללא כייל דלעולם כל שאין

שמו מעלין אותו בדמים וכן דעת בעל התרומות שער ג' ריש חלק ד' כבעל המאור וכן נרא' להדיא דעת הרשב"א בתשו' סימן אלף קמ"ג ע"ש וכן הוא דעת הטור והמחבר לעיל סימן ק"ג סעיף ה' והכי נקטינן: ולפ"ז נרא' ברור דהרי"ף ובעל המאור מיירי כשאין הב"ח רוצה להניח מחלקו כלום ללוקח להשתמש בו בשותפות אבל אם רוצה להניח בשתוף עד כשעור ולהשתמש בו זמן כנגד זמן לפי ערך השתוף הרשות בידו שהרי כיון שאין ללוקח מעות לא שייך שיאמר גוד או איגוד דאי הוי ליה זוזי אפילו רב נחמן דס"ל לית דינא דגוד או איגוד פשיטא דמוד' הכא שיכול לומר לו או תן לי מעות בעד חלקי או מסליקנא לך מכשעור ואין חילוק בין גוף הקרקע לשבח כנ"ל ברור:

סעיף כג

ישתתפו בה שניהם. הוא ל' הרמב"ם ואין ל' זה מדוקדק ואדרבא איפכא הל"ל חולקים כדלקמן סימן קע"א וכ"כ כל הפוסקים נוטל חלקו בקרקע: כתב הרב המגיד ולמדו מכאן דהיכא שהחוב דבר מועט והקרקע המגיע לגבות חובו אין בו שעור שאין ב"ד מזקיקין ב"ח ליקח בחובו פחות מכשיעור אלא מוכרים או משכירים הקרקע לזמן ונותנים לו מעותיו וכ"כ הרמב"ם והרשב"א ז"ל בתשובותיהם ע"כ ועמש"ל סימן ק"ג סעיף ה':

סעיף כד

וי"א שה"ה כו'. וכן הוא בעיר שושן ולא ידעתי למה כתבו בלשון זה דהא דין זה פשוט בש"ס ואין חולק עליו ואדרבא הך דינא דלעיל נלמד מזה:

סעיף כה

אפותיקי כו' בס"ק שאח"ז כתבתי הטעם דאפותיקי בשם הרבה פוסקים דהוי כמכורה ואמר ארעאי אשבח ולפי זה אפילו בלא דאקנ' או אפי' שמפורש בשטר שלא יגבה מדאקנ' גובה הבע"ח השבח מטעם דארעאי אשבח וכן נתבאר לעיל ס"ק ד' וכן מוכח בתוס' פ"ק דמציעא סוף דף י"ד שהקשו אמאי דבעי בס"פ מי שמת למפשט דדאקנ' משתעבד מהא דקתני בע"ח גובה השבח דיעמיד כשעשאו אפותיקי והניחו בקושיא ע"ש ודו"ק. מיהו בס"ק שאח"ז כתבתי ששיטה אחרת יש באפותיקי דאינה כמכור' ולשטה ההוא נ"ל דגם באפותיקי צריך דאקני וגם אינו גובה רק חצי השבח וכמ"ש לעיל ס"ק ד' וכ"נ להדיא מדברי בעה"מ פ"ק דמציעא ע"ש וא"כ מתורץ קושית התוס' בזה ודוק:

סעיף כו

אבל אם עשאו אפותיקי גובה בע"ח אף כל השבח כו'. נראה מדברי הר"ב דטורף אף ביתר מחובו ואינו נותן לו רק הוצאותיו וכ"כ הטור סעיף ח' בהדיא וז"ל ואם עשאה

אפותיקי אפי' אין בחוב אלא כנגד השדה בלא שבח יטול כולה עם שבחה ורואין אם שבחה יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבע"ח ומותר השבח נוטל מן המוכר ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצאה שיעור שבח מבע"ח והשאר יפסיד עכ"ל והוא כדעת התוס' שכתבו פ"ק דמציעא דף ט"ו ריש ע"ב וז"ל תימה כיון דלא מסיק אלא שעור ארעא אמאי נוטל שבח היתר על ההוצא' וי"ל דבלא"ה פריך שפיר הניחא כו' לפי המסקנא דמוקי באפותיקי אתי שפיר כו' עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם וז"ל והשתא לא צריכנא למימר דמסיק בי' שעור ארעא ושבחא אלא אפי' לא מסיק בי' אלא שיעור ארעא לבד כיון דעשא' אפותיקי הרי היא אצל המלוה כאחת משדותיו ונוטל כל השבח ואינו נותן לו אלא הוצאה כו' עכ"ל וכן הוא דעת הרי"ף פ"ק דמציעא ורב האי גאון בספר מקח וממכר שער כ"ז דף נ"ח ע"א ושער כ"ח ריש דף ס"ו וכ"כ הה"מ פכ"א מה' מלוה שכן הוא שיטת רב האי וההלכות ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל אבל מסיק הה"מ וז"ל ושיטה אחרת י"ל שלא יפה כח האפותיקי לטרוף יותר משיעור חובו אלא שיכול לסלק הלוקח בדמים ואינו מחויב לתת לו קרקע עכ"ל ומביאו ב"י בס"ס ח' ונראה מדברי ה"ה שאין שטת רב האי והרי"ף מוכרחים ושטה אחרת י"ל. ובספר לח"מ כתב וז"ל קשה על שטה זאת דברייתא דאוקמ' דלא מסיק ביה אלא שעור ארעא ונותן לו הוצאה א"כ הרי גובה יותר מחובו שנותן לו ההוצא' ונוטל כל השבח היתר על ההוצא' ואולי י"ל דכי משני שעשאו אפותיקי הדר ממאי דקאמר דלא מסיק ביה אלא שעור ארעא אלא מסיק בי' שעור ארעא ושבחא ולכך נותן לו ההוצאה ונוטל השבח היתר עכ"ל ואין דבריו נכונים (דנהי דכ"כ התוס' דף ט"ו ע"ב ד"ה כגון דשויא אפותיקי מ"מ אין כן דעת כל הפוסקים וגם הה"מ גופיה אי אפשר שיהי' כך כונתו) דא"כ למה כתב הה"מ ושיטה אחרת י"ל שלא יפה כח האפותיקי כו' אלא כו' דמשמע שאינו יפה כח אפותיקי מבלא אפותיקי אבל עכ"פ לא גרע והא לפי זה אדרבה גרע כח האפותיקי בענין זה שמחויב הב"ח ליתן לו ההוצא' אבל נראה פשוט דאישתמיטתי' להלח"מ דברי הרא"ש פ"ק דמציעא ורש"י ובעל המאור שהביא שהרא"ש כתב וז"ל הא דקתני בבריית' שנוטל הוצאה מבע"ח היינו היכא דלא מסיק בי' שיעור ארעא ושבחא אלא שיעור ארעא והשבח היתר על ההוצאה הלכך נוטל כל השבח ונותן ללוקח ההוצא' עכ"ל ומביאו ב"י סעיף ד' רק שאח"כ כ' הרא"ש אמאי דמשני התם הב"ע דשויא אפותיקי והשתא לא צריכנא למימר דמסיק בי' שיעור ארעא ושבחא כו' והבאתיו לעיל בסמוך אבל מ"מ אין זה מוכרח אלא שפיר י"ל דמשני דלמאי דשויא אפותיקי מפרש נמי ברייתא דמסיק בי' שיעור ארעא והשבח היתר על ההוצא' וכן הוא דעת רש"י פ"ק דמציעא שכ' שם וז"ל

הא דקתני נוטל יציאה מבע"ח דלא מסיק ב"ח במוכר שעור ארעא ושבח' הילכך יהיב בע"ח ללוקח שבח' ומסלק ליה והאי דנקט למילתיה בלשון יציאה ולא תנא נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח לאשמעינן היא גופא אתא דהיכא דיציאה יתירה על השבח אין לו אלא יציאה שעור שבח דשויא ניהליה אפותיקי והכל מודים בזו דאי ה"ל זוזי ללוקח לא מצי מסלק ליה עכ"ל ואין זה דוחק לומר דלהוצאה קרי הש"ס שבחא דהא קאמר התם בש"ס דיהיב לי' שבחא ומסלק ליה וע"כ האי שבחא דקאמר היינו יציאה (ואע"פ שאפשר לומר דרש"י נמי מודה דלמסקנא דמוקי לה באפותיקי נוטל יותר מחובו וכן משמע בנ"י פ"ק דמציעא לפירש"י מ"מ המדקדק היטב בדבריו יראה שדעתו כמ"ש) וכן הבעל המאור פ"ק דמציעא דף ס"ה ע"א חולק על הרי"ף וס"ל דאף באפותיקי אינו נוטל יותר מחובו ומביא דברי רש"י הנ"ל וכ' זה ראיה למה שכתבנו וגם הרמב"ן בספר המלחמות שם כתב שכן דעת רש"י רק שחולק שם על פירש"י ובאמת הברייתא דחוקה לפירש"י אבל מ"מ נראה פירושו לפענ"ד עיקר כפי' התוס' וסייעתם דלעיל דחוק יותר לומר דבלא"ה פריך שפיר ולמה פריך קושיא קלישתא דאפשר לשנויי דנותן היציאה דקאמר היינו בארעא ה"ל לאקשויי קושיא אלימתא דהא קתני דנוטל השבח ועוד דאמאי פריך הך קושי' דהניחא למ"ד דאי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי לסלוקי לבע"ח בזוזי הו"ל לאקשויי הך קושיא דלא ניחא לכ"ע. וראיתי בדברי הרמב"ן שם שמפרש דפריך אמאי לא שקיל הלוקח השבח היתר על ההוצאה ולשקליה בארעא (והיינו שהמקשה פריך באמת תמיהת התוס') אבל פשטא דשמעת' לא משמע הכי כלל דמשמע דלא פריך אלא דאמאי מסלק ליה בע"ח בדמי לשקל גריוא דארע' וכן בפ' הגוזל קמא ובפ' המקבל אית' האי סוגי' בהאי לישנ' והת' ע"כ לא פריך אלא דלשקול בארע' ע"ש ועוד קשה לדבריו איך קאמר הניחא למ"ד אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלק ליה. ודוחק לומר דכיון דלא מצי מסלק ליה הוי כאפותיקי דזה לא נהירא דבשלמא באפותיקי כיון דכתב ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו יש קצת סברא דהוי כמכורה ואמר ארעאי אשבח אבל בלא אפותיקי ל"ש לו' כן. ועוד דהך סבר' דבאפותיקי אמר ארעאי אשבח משום דאפותיקי הוי כמכורה לא הוזכרה בש"ס כלל וסבר' רחוקה היא גם לא ידעתי היאך אפשר לו' כן דמאיז' זמן יהי' כמכור' אם נאמר שהי' קנוי' לו למפרע מיום ההלואה שנעשית אפותיקי הא ודאי לא דא"כ אפילו השבח שהשביח המוכר יטול הבע"ח והרי הה"מ גופיה כתב בשיטת רב האי וההלכות שאינו נוטל השבח שהשביח המוכר או האב רק השבח שהשביח הלוקח או היתומים ושכ"כ הרמב"ן וכ"כ הנ"י פ' המקבל בשם מפרשים ז"ל ומביאו ב"י בקצרה בס"ס זה ובאמת הרא"ש פ"ק דמציע' כ' וז"ל וי"ל דמיירי התם דשויא אביהן

אפותיקי לב"ח ואמר לי' אם לא אפרע לך עד זמן פלוני תהא שדי קנויה לך מעכשיו ועבר הזמן אחר מיתת אביהן והשתא אפותיקי הוי כאלו קנאה מההיא שעתא והי' לו כא' משדותיו כו' עכ"ל וכ"ה בתוס' בכתובות ר"פ אע"פ דף נ"ה ע"א ד"ה ולשבח ע"ש אף שלכאור' משמע מדבריהם דאינה כמכור' רק כשכתוב באפותיקי אם לא אפרע לך לזמן פלוני תהיה קנויה לך מעכשיו ואם כך כתוב בשטר מודינא דנוטל ביותר מחובו אם כשנעש' באופן דלית ביה משום אסמכתא אבל אפותיקי דבש"ס ופוסקים לא משמע הכי שהרי לא הוזכר בש"ס דאמר ליה מעכשיו רק דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו. לכך נראה דכוונתם דאע"פ שלא אמר ליה כמאן דאמר ליה דמ"ש בשטר לא יהא לך פרעון אלא מזו ה"ק מעכשיו היא מכורה ואם תסלקני במעות תחזור ותהי' מכורה לך וכן יש להוכיח מדברי הרא"ש פ' איזהו נשך גבי הא דקאמר רב פפא התם אף ע"ג דאמרו רבנן אסמכתא לא קניא אפותיקי ה"ל למגבי מיני' ע"ש אבל זה תמוה דנימא דאפותיקי הוי מכורה למפרע מיום ההלוא' ופשטא דש"ס בכמה דוכתי לא משמע כן ועוד דא"כ אי אקדיש מלוה או זבין מלוה שפיר אקדיש ושפיר זבין והא ודאי לא וכמ"ש הטור והמחבר לעיל סימן ק"ג ס"ו להדיא דאפי' באפותיקי מפורש אם ירד המלו' ומכר אינה כלום וגם בהה"מ והנ"י בשם כל המפרשים דלעיל מוכח להדיא דא"א לומר כן דא"כ יטול הבע"ח נמי השבח שהשביח המוכר או אביהן של יתומים וכמ"ש לעיל ואם נאמר דאחר שיצא' מרשות המוכר כיון דשוב לא מצי לוקח לסלוקי בזוזי הוי כמכור' לו א"כ הלוקח קדם וקנה אותה והיאך אפשר שתהי' מכורה לבע"ח וצריך לדחוק ולומר דלאו מכורה לענין שבח. ועוד קשה לי לפי שיטת רב האי וההלכות ותוס' והרא"ש דאפותיקי הוי כמכור' ואמר ארעאי אשבח א"כ מה"ט עדיף אפותיקי נמי לענין פירי דגבי להו ב"ח אע"ג דב"ח דעלמא לא גבי איהו גבי משום דמארעאי' קא גדלי וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק י"ח והבאתי שם שכ"כ הרא"ש והטור להדיא וא"כ מאי פריך בש"ס בפ"ק דמציעא (דף י"ד ע"ב) אי בבע"ח אימא רישא אין מוציאין לאכילת פירות ואי בב"ח מי אית לי' פירי כו' לישני דהתם מיירי באפותיקי דאית לי' לבע"ח פירי. ויותר קשה למ"ש התוס' שם דבלא"ה מיירי באפותיקי והבאתי דבריהם לעיל ס"ק י"א והרי התוס' שם דף ט"ו ריש ע"ב סוברים כשיטת רב האי וההלכות והבאתי דבריהם לעיל ריש ס"ק זה א"כ מאי פריך מי אית לי' פירי וגם קשה טפי מהא דפריך התם (דף ט"ו ע"א) והא א"ל שמואל לרב חיננא בר שילת אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי במאי אי בבע"ח מי אית ליה פירי כו' ומאי קשיא ליה הא שפיר י"ל דאמר ליה כתוב שבחא ופירי משום שמא יטרפנה ממנו בעל חוב שעשא' לו אפותיקי ויטרוף גם הפירות ואין

להקשות בלא"ה נמי דלמא להכי אמר ליה כתוב פירי משום שמא יטרפנה ממנו הנגזל דא"כ מכל שכן מוכח דלוקח מגזלן אית ליה שבחא דכיון דחוזר וגובה הפירות מהגזלן ולא חיישינן משום ריבית א"כ כ"ש בשבח ופשיטא דליכא למימר כלל דבאפותיקי כיון דהוי כמכור' אם כן כי לא מסלק ליה בזוזי הוי כמכורה למפרע לבע"ח והוי כמוכר דבר שאינו שלו ומחזי כריבית בפירי דשמואל ודינו כלוקח מגזלן דלא שקיל שבחא ופירי לשמואל מבעל הקרקע דהוי כריבית דהא אליבא דשמואל הוא דמוקמינן ברייתא דנוטל השבח מבעל הקרקע בדשויא אפותיקי ולא מסיק ביה אלא שיעור ארעא בלא שבחא אלמא דליכא בהכי משום ריבית כיון דהיה ביד המוכר בעל הקרקע לסלקו לבעל חוב בזוזי א"כ השתא הוא דהדר זבין מיניה קרקע המכורה לו ולא מיחזי כשכר מעותיו וכמו שכתב רש"י בדף י"ד ע"ב ד"ה לא בבעל חוב כו' ע"ש. וגם קשה לי אהך סברא דארעאי אשבח דאם כן הקרקע היא של בע"ח וברשותו הוא שהשביח' אם כן לשמואל דס"ל גבי לוקח מגזלן דאין לו שבח כיון דקרקע אין לו מיחזי כריבית ה"נ היאך חוזר וגובה השבח מבעל הקרקע הא כיון דקרקע זו של ב"ח היא למפרע וארעאיה אשבח א"כ הוי כריבית ויש לדחוק בזה ואין להאריך סוף דבר לפי דעתי שיטת רש"י ובעל המאור והרב המגיד עיקר בגמרא ובסברא אך כיון שרבו הראשונים החולקים אינני כדאי להכריע אבל מ"מ נראה לי ברור שיכול הלוקח לומר קים לי כוותייהו: ומיהו נראה דאף לשיטת הרי"ף והרא"ש וטור דוקא כשאין המוכר רוצה לדון עם הבע"ח או שמת המוכר אבל אם המוכר רוצה לדון עם הבע"ח ולסלקו הרשות בידו ואז אינו נותן לו רק כפי חובו ואינו נוטל מן השבח כלום ביתר מחובו וכן כתב הרא"ש בהדיא בפ"ק דמציא' דמציעא גבי ראובן שמכר שדה לשמעון ובא בעל חוב דראובן וטריף ליה מיניה דינא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי' דנפקא מינה לענין השבח וכמ"ש וכ"כ הטור לקמן ר"ס רכ"ו והעיר שושן והסמ"ע שם ס"ק ב' ולפ"ז נראה דה"ה אם כותב המוכר ללוקח הרשאה לדון עם הבעל חוב מהני:

סעיף כז

רק שנותן ללוקח הוצאותיו כו'. והיינו בדלא הלוה לו אלא שיעור ארעא אבל אם הלוה לו שיעור ארעא ושבחא אינו נותן לו אפילו מן ההוצא' כלום כן כתב הטור בהדיא בס"ו עכ"ל סמ"ע ס"ק ט"ז ומשמע דנוטל כל השבח והב"ח כתב בסעיף ד' ובסעיף ח' כדעת הטור דבאפותיקי ואסיק שיעור ארעא ושבחא אינו נוטל רק חצי השבח כיון שאינו נותן לו שום הוצא' ובמסיק שיעור ארעא לחוד נוטל כל השבח ונותן לו ההוצא' ואין דבריו נכונים וגם א"א לומר כן לשיטת הטור דאפותיקי הוי כמכורה ואמר ארעאי אשבח אלא

פשיטא כוונת הטור דבאפותיקי ואסיק שעור ארעא ושבחא נוטל כל השבח ואינו נותן לו כלום דאמר ארעאי אשבח וההוצאה יתן לך המוכר ובמסיק שעור ארעא לחוד נותן לו ההוצאה דלא גרע לוקח מן המוכר עצמו דהיה מוכרח ליתן לו ההוצאה כדין יורד שלא ברשות והוא כדעת הרי"ף והרא"ש ושאר הפוסקים שהבאתי לעיל בתחלת ס"ק שלפני זה וכן לעיל סעי' א' ס"ק ד' וזה ברור מיהו לשיטה האחרת שהבאתי בסמוך אין חילוק באפותיקי רק לענין סלוקי בזוזי. ודברי הרמב"ם בזה פכ"א מה' מלוה והביאו הב"י בסעיף ח' הם תמוהים וכבר השיגו הראב"ד וכתב שאי אפשר מבלי ט"ס וגם הה"מ כתב מה שמצא בספרי הרמב"ם הוא דבר זר ולא נתברר אצלי טעמו ואי אפשר לפרש הסוגיא לפי זה ובספר לח"מ יישב דברי הרמב"ם ואין דבריו נכונים כלל ע"ש ודו"ק והנכון כמ"ש הראב"ד והה"מ שהוא ט"ס ולכן לא הביאו האחרונים את דבריו וגם המחבר לא הביאו כאן בש"ע כלל ויפה כיוון:

סעיף כח

אבל מקבל מתנה כו'. בש"ס אמרינן וכי יפה כח מתנה ממכר א"ל יפה ויפה וכתב הרא"ש יפה ויפה כיון שיש טעם בדבר כדאמר גבי מכר בור ודות שלא מכר לו הדרך ונותן נתן את הדרך עכ"ל ולא ידעתי מה ענין זה לכאן דהתם לענין הנותן עצמו אמרינן דבעין יפה נותן אבל הכא למה לא יטרוף הבע"ח אלא הטעם פשוט כיון דהמקבל (הנותן) אין לו על מי לחזור יפה כחו וכ"כ רש"י יפה ויפה בדבר זה דכיון דלא הדר גבי לי' לא מפסדינן לי' כו' ומביאו ב"י בסי"א וכן מבואר מדברי הרי"ף ושאר פוסקים ולכך אפילו לוקח שלא באחריות כחו כמו במתנה וכדלקמן בהג"ה ופשיטא דלענין דרך אפילו לוקח שלא באחריות אין לו דרך:

סעיף כט

אין בע"ח גובה משבחה כלום אלא רואים כמה היתה שוה בשעת מתנה כו'. זהו ל' הרמב"ם וכ"כ בעה"ת שער ג' ח"ו ומשמע מלשונו דאין בע"ח גובה משבחה כלום דאינו גובה אפילו השבח היתר על ההוצאה וכן משמע ממ"ש אלא רואים כמה היתה שוה בשעת מתנה כו' ולפ"ז צ"ל דס"ל להרמב"ם הטעם דטריף משבחא דממילא משום דהא לא טריף שבחא הוא כמ"ש רש"י ומביאו ב"י בסי"א וז"ל דבשלמא גופה של קרקע אמר אמאי קבלתיה מהיכן אגבה חובי אבל שבחא א"ל מאי אפסדתיך עכ"ל ובשבחא דממילא אפסדיה דאי לא קבלה הוי האי שבחא גבי לוה דיליה וכל מה שהיה עולה בדמים ממילא היה גובה ממנה וכ"כ הע"ש והסמ"ע ס"ק י"ז הטעם דגובה שבחה דממילא דאף אם נשאר ביד הניתן היה עולה בו זה השבח כו' וזה ל"ש בשבח דהוצאה

שהשביחו המקבל בידים ואפי' השבח היתר על ההוצאה לא היה בא ממילא אצל הנותן וא"כ זה לא הפסידו ואינו טורפו: אכן ר' ירוחם כתב בנתיב ט"ו ח"ג ולפי דברי רב אלפס נראה דאם השבח יתר על ההוצאה דינו כשבא הבא מאליו ומביאו בית יוסף בסי"א וכן כ' הרמב"ן בספר המלחמות פ"ק דמציעא והבאתיו לקמן ס"ק כ"ז ומבואר מדבריו שם שכן דעת הרי"ף וכן נראה באמת דעת הרי"ף בפ"ק דמציעא ע"ש גבי מ"ש ואיכא מ"ד דהא דשמואל שנויא דחיקא היא ולעולם שקיל הוצאה מבעל חוב דלא גרע מיורד שלא ברשות ואנן מסתברא לן דליתיה כו' דלוקח כי מפיק ממוניה או משבח בידי' לאו אדעתא דשקיל מבעל חוב הוא דעבד אלא אדעתא דשקיל ממוכר ושקיל מיניה כולה ממונא בין קרנא בין הוצאה בין שבחא דממילא כו' שכך כותב לו כו' ופירוש עמליהון שבחא דמשבח לוקח בידיה דהדר שקיל ליה מיניה דמוכר כו' ושמעת מיניה דמשום הדין תנאה הוא דטריף ב"ח בין שבחא דממילא בין שבחא דאתי מחמת הוצאה כו' ע"ש ודוק ותראה שהאיכא מ"ד ר"ל דהדין תנאה לא צריך לשבחא דהוצאה דלא גבי לי' ב"ח כלל דלא גרע לוקח מיורד שלא ברשות רק הדין תנאה היא משום שבח דממילא והרי"ף משיג עליה דמשום הדין תנאה טריף בין שבחא דממילא בין שבח' דמחמת הוצא' א"כ מבואר מדברי הרי"ף דשבח היתר על ההוצאה מיקרי שבחא דממילא וא"כ כשכתב הרי"ף לעיל דבמקבל מתנה טריף שבח' דממילא מבואר דאף השבח היתר על ההוצא' טריף ולכאור' קשה דהיאך כתב לקמן דמשום הדין תנאה הוא דטריף ב"ח בין שבחא דאתי ממיל' כו' הא לעיל כתב דשבחא דממיל' ממקבל מתנה נמי טריף והתם ליכא הדין תנאה ובאמת לק"מ דמ"ש הרי"ף לעיל הוא הג"ה שהגיה כן אחר שכתב הך דלקמן כדאית' בבעל המאור ובבעה"ת שער ג' חלק ו' וכן הוא בנ"י פ"ק דמציע' שכך הגיה הרי"ף בזקנותו דמסתברא דשבחא דממיל' טריף ממקבל מתנה וא"כ בילדותו כתב הרי"ף במקצת לאפוקי מהאיכ' מ"ד דס"ל דהדין תנא' הוא משום שבחא דממיל' אבל משום שבחא דמחמת הוצא' לא צריך תנאה דלא גבי ליה ב"ח דלא גרע מיורד שלא ברשות והרי"ף משיג עליה דמשום הדין תנאה טריף בין שבחא דממיל' ובין שבחא דמחמת הוצאה ובזקנותו חזר והגי' דהדין תנאה הוא דוקא בשבחא דמחמת הוצא' משום דאי לאו תנאה לא הוי גבי ליה ב"ח והיה דינו כמו יורד שלא ברשות (והוא מן ההפך אל ההפך מן האיכא מ"ד ודו"ק) אבל בשבחא דאתי ממילא טריף ליה אפי' בלא הדין תנאה אלא משום דמשתעבד ליה האי ארעא לב"ח לשעבודי דיליה דקדים.

ובב"י סי"א כ' שטעם הרי"ף כפירש"י הנ"ל דא"ל מאי אפסדתיך וכן ראיתי בנ"י פ"ק דמציעא שכ' וז"ל יפה כח מתנ' כו' דבשלמא גופה של קרקע א"ל אמאי זבינתיה מאין

אגבה חובי אבל שבחא א"ל מאי אפסדתיך כך פירש"י ז"ל אלמא שבחא דאתי מחמת הוצא' דמקבל מתנ' ל"ש כנגד הוצא' או שבח שהיא יתר על ההוצא' לא גבי מיניה ב"ח כלל (נ"ל דצ"ל וכ"כ הרמב"ם מתנ' ששבחא כו') מתנה ששבח' מחמת ההוצא' אין ב"ח גובה משבח' כלום אלא רואים כמה היתי' שוה בשעת מתנ' וגוב' ואם שבח' מאליה ב"ח גובה את כול' הלך הרב ז"ל בדרך רבו הרי"ף ז"ל שהגיה בזקנותו בהלכות וכתב דמסתברא דהאי שבחא דלא טריף ממתנ' דשבחא דאתי מחמת הוצא' היא אבל דאתי ממילא טריף והרנב"ר ז"ל הוכיח דין זה מפ' יש בכור דהתם משמע דב"ח גובה מיורשים שבחא דממילא וה"ה למקבל מתנ' כו' וכבר פי' דשבחא דממילא הוא דיקלא ואלים ארעא ואסק' שרטון א"נ נתייקרא ארעא עכ"ל ואין דבריהם נ"ל אלא נ"ל דהרי"ף לא ס"ל כטעם רש"י אלא ס"ל שקרקע זו קנוי' לשעבודו וכמו שאכתוב עוד לקמן ס"ק ל' ול"ב והלכך אפי' השבח היתר על הוצא' גוב' ממקבל מתנה לדעת הרי"ף וכמ"ש הרמב"ן ור' ירוחם והרמב"ם אדרבה חולק על הרי"ף בזה וכמ"ש. ונראה שהוכרח הרמב"ם להיות נגד דעת הרי"ף בזה מפני שנמשך לשטתו דפסק כהאיכא מ"ד וכדלעיל סעיף א' ס"ק ט' דההוצא' נוטל הלוקח עכ"פ מב"ח דלא גרע מיורד שלא ברשות א"כ למאי נ"מ אמר רבא תדע שכך כותב לו כו' אלא ודאי הדין תנאה הוא לשבח היתר על ההוצא' ועלה קאמר במתנ' דליכא הדין תנאה לא טריף שבחא דהיתר על הוצא' דהא לא אפסד' מידי וכפירש"י דלעיל והיינו דכ' הרמב"ם שם על דין זה ולמה יטרוף ב"ח מלוקח ולא יטרוף ממקבל מתנ' כלום מפני שהמוכר כותב ללוקח כו' אבל המתני' שאין שם תנאי זה אינו גובה משבח שהשביחו בהוצאתו כלום ע"כ וא"כ למאי דכתבתי לעיל סעיף א' ס"ק ט' דלא קי"ל כהאיכא מ"ד א"כ נרא' גם בזה כדעת הרי"ף וכמ"ש ודוק כי זה ברור:

ועוד כתבתי לקמן ס"ק ל' ל"ב שדעת הרי"ף עיקר ע"ש:

סעיף ל

וי"א דאפי' השבח דממילא נמי לא טריף כו' ולי נראה עיקר דטריף בכל שבחא דממילא ול"מ בשבח דנתייקרה ודיקלא ואלים וארעא ואסק' שרטון כבר הוכחתי לעיל סעיף א' ס"ק ה' דהוי דקנה והוי כבא לעולם ברשות הלוה וא"כ ודאי דטריף אלא אפי' בשבח דחפיר' והווי שובלי שלפופי והוי תמרי נמי טריף כיון דמקבל מתנ' כיתומים וכמו שהסכימו הפוסקי' וכן עיקר וכמו שיתבאר לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב א"כ כיון דהעליתי לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב דכל שבח דממילא טריף מיתמי ה"ה ממקבל מתנ' ומ"ש הרא"ש פ"ק דמציע' דטפי מסתבר דכל שבח לא טריף דאם יש חילוק בין שבח דמכר ובין שבח דמתנה הו"ל לש"ס לפרושי אינה הוכח' לפע"ד דמשבח דממיל' לא מיירי הש"ס דהוא

פשוט בלאו הכי דטריף אלא דאשבח דמחמת הוצא' הוצרך רבא לומר שכך כותב לו מוכר ללוקח כו' ולכך טריף במכר ולא במתנה ואפי' בשבח היתר על הוצא' נראה ברור למדקדק היטב דפשוט בלאו הכי דשקיל ליה ב"ח ולא צריך לטעמא דכך כותב לו כו' דהא בש"ס פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) איתא להדי' דלמ"ד דאקני לא משתעבד אין ב"ח גובה השבח ולמ"ד דאקני משתעבד ב"ח גובה השבח כמו בדקנ' אם כן כיון דאסיקנא התם דדאקני משתעבד א"כ מה לי לוקח או מקבל מתנה בזה הא ס"ס אשתעבד מעיקר' לב"ח ומה לו לב"ח בזה שנתן לו במתנה ולא כ' לו אחריות ועוד דהא יתומים כמקבלי מתנה וכמו שהסכימו הפוסקים ובש"ס פ' מי שמת התם איתא דלמ"ד דאקני משתעבד גובה מן היורשים מטעם דאקני אפי' לרב ושמואל דס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים אלמא דהיכ' דמשתעבד מדאקני טורף אפי' אין להם על מי לחזור וא"כ ה"ה במקבלי מתנה: ועוד נ"ל ראיה ממאי דאמרינן בפ"ק דמציע' והא שמואל במאי מוקים לה כו' אי בב"ח קשיא רישא וסיפא כו' משמע דאי לאו דשמואל הוה ניחא דהו' מוקמינן לה לבריית' בב"ח והיה אתי שפיר הא דקתני אם השבח יתר על ההוצא' אינו נוטל רק הוצא' מב"ח והיינו בע"כ כמ"ש וראי' זו רמוזה בקצר' בדברי הרמב"ן שם ע"ש ודוק וכ"כ הרמב"ן בספר המלחמות פ"ק דמציע' דכל שבח דממילא ואפי' חפיר' והוו שובלי שלפופי והוו תמרי ואפי' הוציא הוצא' ונטע נטיעות והשביחו יתר על הוצא' כיון שקרקע הזה קנויה לו לשעבודו נוטל הוצא' מב"ח ושאר השבח טורף הב"ח מיתמי וממקבל מתנ' עכ"ד אלא שלא כתב הוכח' לדבריו ולפע"ד איכא ראי' ברור' מן הש"ס פ' מי שמת שהבאתי ואולי מ"ש הרמב"ן שקרקע הזה קנויה לו לשעבודו כוון להש"ס דבפרק מי שמת ועוד יש ראיה לזה מן הש"ס דס"פ יש בכור וכמ"ש לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב. וגם בדברי הרמב"ן שם איתא ראי' זו אשבחא דממילא דחפירה והוו שובלי ולא הזכיר שם ראי' לשבח דיתר על ההוצא' ומשמע שם דס"ל מסברא דחד דינא אית להו ולפי מ"ש לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב דהש"ס פ' יש בכור פריך מלוקח איתומים מטעמא דדאקנה משתעבד א"כ מוכח מהש"ס דס"פ יש בכור דשבח היתר על הוצאה טורף מיתמי וממקבל מתנה ע"ש ודו"ק וכ"כ הנ"י פ' המקבל וז"ל ומיהו מסתברא דשבחא דממיל' כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון גבי לה ב"ח אפי' מיתמי דהא במתנה נמי שיפה כחו מכח מכר כתב הרי"ף דגבי לה וטעמא דמלת' משום דכיון דממיל' מצי למימר ארע' דמשעבד' לדידי אשבחה ביתמי נמי מצי אמר הכי ויש ראיה לדבריו מפ' יש בכור כו' כן פירשו הרמב"ן והרשב"א (וה' ה' כתב שנראה שהסכי' הרשב"א כהרז"ה ועכ"פ נראה מדברי ה' ה' שהרשב"א לא כ' בפי' כדברי הרז"ה רק שנרא' שהסכים הרשב"א כן

לכן דברי הנ"י עיקר כדעת הרשב"א בזה שכתב שהרשב"א פי' בהדי' כהרי"ף) והרנב"ר ז"ל עכ"ל אך שצ"ל דמ"ש כגון דיקלא ואלים כו' הוא לאו דוק' דהא ממה שכתבתי וטעמא דמלת' דארעא דמשתעבדא לדידי אשבחא משמע דאפי' בחפיר' והוו שובלי דינא הכי דהא התם שייך נמי האי טעמא ועוד דכ' ויש ראי' לדבריו מפ' יש בכור והתם בפ' יש בכור משמע דאפי' בחפיר' והוו שובלי טריף דהא אמרינן התם בש"ס וכולן אין נוטלין בשבח לאתויי חפירה והוו שובלי משמע דדוק' אלו משום קולי כתובה הא ב"ח גבי מהאי שבחא ועוד מוכח כן התם ממ"ש לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב. וגם הבעה"ת שער ג' ח"ו כתב כדברי הרמב"ם והמחבר וכן דעת הסמ"ג ד' קע"ח:

אך מה דמשמע מדברי הבעה"ת והרמב"ם והמחבר דשבח היתר על הוצא' לא גבי ממקבל מתנה ומיתמי וכ"כ הנ"י פ"ק דמציע' והבאתי לשונו לעיל ס"ק שלפני זה אין נראה לפע"ד עיקר אלא נראה עיקר כהרי"ף ורמב"ן ור' ירוחם דאף זה גובה ממקבל מתנה ומיתמי וכמ"ש דמוכח בש"ס פ"פ מי שמת מדקי"ל דדאקני משתעבד ודהכי מוכח נמי בש"ס פ"ק דמציע' וכן בש"ס פ"פ יש בכור וכמ"ש לקמן סעיף ד' ס"ק ל"ב ועיין שם והסמ"ג כתב סתם דשבת דממילא גבי ממקבל מתנה ולא כתב כל' הרמב"ם בזה:

ולפי מה שכתבתי נמצ' דגרע כח מתנה בחד ענינא דמלוקח לא גבי אלא חצי השבח דמחמת הוצאה או דחפירה והוו שובלי שלפופי והוו תמרי וממקבל מתנה טורף כל השבח רק דבשבח מחמת הוצאה נותן לו ההוצאה כדין יורד שלא ברשות וטעמא דמלת' משום דמתנה כיון דלא קבל עליו אחריות אין השבח משועבד לו מדאקני כמו שמשועבד ללוקח ולבעל חוב הוא משועבד מדאקני וגובה הכל רק לענין שבחא דהוצאה יפה כח מתנה מכח מכר וכמ"ש:

סעיף לא

אין ב"ח גובה מהשבח כלום. ג"ז הוא ל' הרמב"ם ונמשך לשטתו וכבר כתבתי לעיל סעיף ג' ס"ק כ"ט ול' שאין כן דעת הרי"ף והרמב"ן ור' ירוחם ושאר הפוסקים אלא השבח היתר על הוצאה גובה מהם ושכן עיקר (ועיי' בנ"י פ' המקבל במ"ש והנה ביאר הר"ב ז"ל כו' וע"ל ס"ק כ"ח):

סעיף לב

ויש חולקים כו'. לא ה"ל להר"ב ז"ל לכתוב האי ויש חולקין דודאי לא נהירא לפסוק כן וכמו שאבאר ונרא' שיצא לו להרב כן מהטור והרא"ש וכן נרשם בסמ"ע טור סי"ג והרא"ש פ"ק דמציע' ובאמת אינו מבואר כן בטור והרא"ש רק שכתבו שדין יתומים כמקבל מתנה ומשמע ליה להר"ב דה"ה בזה ולקמן נדבר בזה ואפי' יהי' דעת הרא"ש

וטור כן אין דבריהם נראין בזה והעיקר בזה כדעת הרמב"ם והמחבר וכל הפוסקים שאביא לקמן וכמו שאבאר. ולפי שהוקשה שיטת הש"ס בענין זה לבעלי התוס' וכמה גדולי הפוסקים בכמה מקומות ולפענ"ד יתיישב הכל על נכון וגם שיצטרך עניינו לכמה דברים בסי' זה לכן אני צריך להאריך קצת. הנה פ"ק דמציע' (ד' ט"ו ע"א) כתבו התוס' וז"ל נראה דב"ח גובה השבח אפי' מיתמי ואע"פ שאין להם על מי לחזור וה"ל כמתנה מ"מ יורשים כרעי דאבוהון הן כדמוכח פ' יש בכור (בכורות ד' נ"ב) דתנן אין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמוחזק ולא בשבח ולא האשה בכתובת' ולא הבנות במזונותיהן ופריך בש"ס ולא האש' בכתובתה והא אמר שמואל ב"ח גובה השבח ומשני מקילי כתוב' שנו כאן ולא הבנות במזונותיהן נמי תנאי כתוב' ככתוב' דמי והתם משבח יתומים איירי דאי משבח לקוחות (ועמ"ש מהרש"א שם ומה שהשגתי עליו בזה לעיל סעיף א' ס"ק ג') א"כ מאי אריא דלא טרפי בנות משבח והלא מגוף הקרקע נמי לא טרפי דאין מוציאין למזון האש' והבנות מנכסים משועבדים אלא ודאי בשבח יתומים איירי ודוק' כתובת אשה ומזונות דקילי לא גבי משבח אבל שאר ב"ח גבי ורש"י פי' התם מזון הבנות כגון נשא אשה ופסק לזון בתה ה' שנים ולפירושו אין ראי' דמצי מיירי בשבח לקוחות אך לא נהירא דלא שייך בהו תנאי כתוב' והא דאמר בהמקבל (דף ק"י) יתומים אומרים אנו השבחנו ואין השבח שלך משמע דלא גבי משבח יתומים התם מיירי כשעשאה אפותיקי ואומרים אנו השבחנו ותן לנו הוצא' כדין יורד שלא ברשות וכן מוקי התם במסקנא כשעשא' אפותיקי עכ"ל וכ"כ עוד התוס' בס"פ יש בכור ובכתובות ר"פ אע"פ ובפרק הגוזל קמא (בבא קמא ד' צ"ו ע"א) וכ"כ הסמ"ג ד' קע"ח ע"ג והגמ"י פכ"א מה' מלו' ובהגהת מרדכי פ"ק דמציעא מפי' ר"י: והנה מ"ש התוס' שפירש"י שם במזון הבנות לא נהירא הוא ודאי אמת דלא שייך תנאי כתוב' אלא במה שהוא חייב מתנאי ב"ד אבל כשפסק חייב מכח פסיקתו ואפי' פסק כן לאחרים ובכל דוכתא משמע בנות במזונותיהן הוא בנן נוקבין כו' וכדאית' בפ' נערה שנתפתתה (כתובות דף נ"ב ע"ב) ובפ' י"נ (ד' קל"א ע"א) לא כתב לה בנן נוקבין די יהוין לן מנאי יתזון מביתי עד דתלקחון לגוברין חייב שהוא תנאי ב"ד וכן בכמה דוכתי והכי איתא נמי להדי' בפ' הנושא (כתובות ד' ק"ב ע"ב) ובפ' הנזקין (גיטין דף נ"א ע"א) בתו בתנאי ב"ד קאכל' כו' בת אשתו לא בתנאי ב"ד קאכל' כו' וכן הברטנור' פ' יש בכור פי' מזון הבנות בנן נוקבין כו' וכל הפוסקים חולקים על רש"י בזה וכמו שיתבאר. אך מ"ש התוספות דיתומים כלקוחות ומחלקים באפותיקי דבריהם דחוקים וכבר כתב הרא"ש פ"ק דמציע' שדבריהם דחוקים וע"ש ואני מוסיף דסוגיא דש"ס דפ' המקבל לא משמע כלל דמיירי באפותיקי דמשמע

התם להדי' דלא משני אפותיקי אלא אמאי דקשיא ליה לימא ליה לוקח לב"ח הב לי גריוא דארע' אבל הא דמשלם השבח ליתומים הוי ניחא ליה אפילו בלא אפותיקי וגם כבר הסכימו כל הפוסקים לזה דדין יתומים כמקבלי מתנה והוא מוכרע במאזני השכל וע"כ אין להאריך בזה רק צריך ליישב לפ"ז הך סוגיא דס"פ יש בכור והנה הרא"ש פ"ק דמציעא כ' וז"ל וההיא דפ' יש בכור ולא האשה בכתובתה מיירי בכל אשה שגובה כתובת' מיתמי ומלקוחות ופריך משמואל על אשה שגובה כתובתה מן הלקוחות ובנות במזונותיהן אי לאו דמקולי כתוב' שנו כאן הוי גבי משבחא דיתמי אע"ג דשאר ב"ח לא גבי מנייהו משום דלא דמי חוב דמזונות הבנות לשאר חוב שעיקר חיובו הי' בחיי אביהם הלכך משבחא דיתמי לא שקיל אבל חוב דמזון הבנות עיקר חיובו על היתומים הלכך הי' שקיל משבחא אי לאו דתנאי כתובה ככתוב' עכ"ל וגם דברים אלו דחוקים ואין להאריך. ועוד קשה מנ"ל להש"ס האי סברא דחוקה דמזון הבנות גרע משאר חוב ועוד דפשטא דמילתא דמתני' ולא האשה בכתובתה משמע איתומים לחודיה קאי ומנ"ל להש"ס להקשות דלמא באמת האשה גובה מלקוחות והנה בנ"י פ' המקבל כתב וז"ל מי א"ל שבחא ללוקח מלוקח דוקא קשיא שכך כותב מוכר אנא איקום כו' אבל מיתמי לא מקשה דודאי אית להו שבחא דהוי כמתנ' ומיהו מסתברא דשבחא דממילא כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון גבי לה ב"ח אפילו מיתמי דהא במתנ' נמי שיפה כחו מכח מכר כתב הרי"ף דגבי לה וטעמא דמלתא משום דכיון דממילא מצי למימר ארעא דמשעבדא לדידי אשבחא ביתמי נמי מצ"ל הכי ויש ראי' לדבריו מדתנן בפ' יש בכור לנחלה דהאש' בכתובתה כו' וע"כ דממילא הוא דבשבחא מחמת הוצא' ל"ל דהא ודאי לא גבי לה וכדכתיבנא כן פירשו הרמב"ן והרשב"א ז"ל והרנב"ר ז"ל עכ"ל (ועיין לעיל סוף ס"ק ל' מ"ש על דברי הנ"י אלו ועמ"ש לקמן בסמוך על דברי הנ"י דס"פ מי שמת) וכ"כ התורת חיים פ' הגוזל קמא אך שמשמע שם כאלו הוא חידש דברים אלו ובאמת כל דבריו הם נכללים בדברי הנ"י אלו שהביא הוא עצמו שם דברי הנ"י אלו דפ' המקבל ע"ש וק"ל ובאמת שטה זו נראה עיקר. אך עדיין קשה דמאי פריך בס"פ יש בכור בפשיטות והא אמר שמואל ב"ח גובה השבח והלא שמואל לא אמר דבריו אלא גבי לוקח וגם כי ראיתי בספר המלחמות להרמב"ן פ"ק דמציעא שמסכים לענין הדין כמ"ש הנ"י פ' המקבל בשמו אך שכ' שם וז"ל והוינן בה ולא האשה בכתובת' והא אמר שמואל בע"ח גובה השבח והיכי קתני אין נוטלים בשבח אפילו דלוקח ופריק מקולי כתובה שנו ולא הבנות במזונותיהן תנאי כתובה ככתובה דמי והאי שבחא דלא טרפן בנות במזונותיהן מאי ניהו אי נימא דאשבח לוקח אפילו קרקע נמי דהא אין מוציאין

למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים אלא לאו מיתמי וטעמא משום קולי תנאי כתובה הא ב"ח גבי וע"כ היינו שבחא דממילא חפיר' והוי שובלי שלפופי והוי תמרי עכ"ל ויש לדקדק בדבריו דמאחר שהוא סובר דב"ח גובה משבחא דממילא ביתמי אמאי דחק לפרש מתחלה והוינן בה כו' והיכי קתני אין נוטלים בשבח אפילו דלוקח. ונראה משום דקשיא ליה מ"ש דהלא שמואל לא אמר ביתמי כלום והיאך פריך בש"ס בפשיטות משמוחל איתמי לכך פי' דאלוקח פריך ובתר הכי מפרש דהש"ס ס"ל מסברא דנפשי' דב"ח גבי משבחא דיתמי הלכך קאמר דבנות במזונותיהן משום תנאי כתובה הוא כן נ"ל לדעת הרמב"ן אבל לפע"ד אין צורך לכל זה וכל הסוגיות פשוטים וברורים משים דודאי הא דאמר שמואל ב"ח גובה השבח בלוקח אמר ובא לאשמעינן תרתי חדא דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משתעבד בדבר שלא בא לעולם וכדאיתא להדיא בש"ס ס"פ מי שמת (סוף בבא בתרא ד' קנ"ז) דלהכי ב"ח גובה השבח משום דאף מה שלא בא לעולם משתעבד אף שהתוס' פ"ק דמציעא דף י"ד ע"ב הקשו מאי מבעיא ליה לשמואל בפ' מי שמת מעיקרא אי דאקני משתעבד ולוכח מדנפשי' דאמר בע"ח גובה השבח ושמואל פסק בפ' אעפ"י כר"י הסנדלר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ותירצו דהא דאמר שמואל בע"ח גובה השבח היינו לפי המסקנא דהתם דפשיט דאקני משתעבד עכ"ל נמצא אשמעינן שמואל דדבר שלא בא לעולם משתעבד ואשמעינן נמי דגובה הב"ח השבח ואינו נותן לו ההוצאה ללוקח וקאמר רבא טעמא משום שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום כו' והאי טעמא לא אצטריך רק להוצאה דאלו לשבח דיתר על ההוצא' לא צריך האי טעמא כלל דמדינא טריף ליה כיון דדאקני משתעבד והיינו דקאמר רבא האי טעמא אדשמואל ולא קאמר ליה אברייתא דמייתי בפ' מי שמת (סוף בבא בתרא דף קנ"ז) וכן אברייתא דמייתי בפ"ק דמציעא אם השבח יותר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבע"ח כו' ודוחק לומר משום דאפשר לאוקמי ב"ח דקתני ברייתא היינו נגזל אלא נראה משום דאגופא דברייתא לא צריך טעמא דשבח היתר על ההוצאה טריף מדינא אבל הוצא' לא הו"ל למטרף דמי גרע מיורד שלא ברשות) ע' ביאורים אלא משום דהא הדר וגבי דילי' ממוכר ומעיקרא כי אשבח אדעתא דשקיל ליה ממוכר אשבח כן נ"ל ברור פירוש הסוגיא דפ"ק דמציעא וכ"נ מדברי הרמב"ן בספר מלחמות פ"ק דמציעא (ועיין בנ"י ס"פ מי שמת הקשה אמאי גובה הב"ח השבח שהרי לא קנאו המוכר מעולם והלוקח אחר שלקחו הוא שהשביחו בעדור וזבול וכתב שנראה לאחרונים ז"ל דכיון שמצינו שב"ח דגבה בשבח היכא דשויא ניהלי' אפותיקי לא חלקו בין שבח לשבח כו' ע"ש ודבריו דחוקים לפע"ד ולפמ"ש מעיקרא לק"מ דמה בכך שהלוקח השביחו ס"ס

ארעא דמשתעבדא לב"ח אשבח ואי משום הוצאתו כי הויא אדעת' דלשקול ממוכר הויא וכמ"ש) . וא"כ לחנם נתחבטו הגדולים בזה דהא פשיטא דמקבל מתנה גופיה טורף השבח היתר על ההוצאה כיון דדאקני משתעבד מדינא והב"ח הוא מוקדם מן המקבל מתנה רק דההוצאות אינו טורף מן המקבל מתנה דכיון שאין לו על מי לחזור לא גרע מיורד שלא ברשות והלכך הך דפ' המקבל דיתומים אומרים אנו השבחנו ניחא דודאי יתומים כיון שאין להם על מי לחזור הם כמקבלי מתנה שצריך לשלם להם הוצאתם שהשביחו כמו יורד שלא ברשות והך דפ' יש בכור נמי אתי כפשוטו דפריך דקתני ולא האשה בכתובתה אינו גובה בשבח כמו בכור דהוי ראוי וכדאיתא התם אלמא דס"ל דדבר שלא בא לעולם אינו משתעבד לבע"ח דאי משתעבד תגבה האשה כתובתה מן השבח והא אמר שמואל ב"ח גובה השבח אלמא דדבר שלא בא לעולם משתעבד ונהי דשמואל בלוקח אמר מ"מ כיון דדבר שלא בא לעולם משתעבד וגובה מן הלוקח כ"ש ביורש והכי אמרי' בפ' מי שמת דאקני קנה ומכר קנה והוריש משתעבד כו' ומשני מקולי כתובה שנו כאן אבל בע"ח גובה השבח דדשב"ל משתעבד מיהו היינו בשבח היתר על ההוצאה או בחפירה והוו שובלי שלפופי והוו תמרי וכדאי' התם וכולן אין נוטלין בשבח לאתויי מאי לאתויי חפירה והוי שובלי שלפופי והוי תמרי אבל מהוצאה לא מיירי התם דפשיטא דאפי' הבע"ח צריך ליתן להם ההוצאה דלא גרע מיורד שלא ברשות וכמ"ש כן נ"ל ברור פי' הסוגיא דפ' יש בכור ופ' המקבל ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בזה: ולפ"ז יצא לנו דדאקני אינו משתעבד לכתובת אשה ותנאי כתובה כמו שבח דדאקני הוא ולא מסתבר כלל לחלק בין שבח לדאקני דהא בסוגיא פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ו ע"ב) משמע דחד דינא אית להו ואין לדקדק אמ"ש הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב גבי הא דאמר אמימר האי מאן דאיתא עליה כתובת אשה וב"ח כו' דהיכי דמי ש"ח וכתובה כגון לוה ונשא וקנה כו' וכ"כ הטור והמחבר בא"ע סימן ק"ב ס"ג די"ל דהתם מיירי שלא כתב לשום א' מהן דאקני ואפילו למ"ד דאקני ט"ס הוא מ"מ כשכתב דקנה ולא דאקנה לא הוי ט"ס על המקצת וכדלעיל סימן קי"א ס"א בהג"ה ולפ"ז מה שכותבין בכתובות דקנינא ודעתיד אנא למקנא אינו מועיל לענין לקוחות: ומעתה מ"ש הר"ב ויש חולקים כו' ודאי לא נהירא דכבר נתבאר שמוכרח בש"ס דבע"ח גובה מיתומים שבחא דממילא וכמ"ש הרמב"ם והמחבר ושכן דעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן והנ"י וכן מבואר בדברי הברטנורה פ' יש בכור וכן משמע מדברי רש"י והר"ן ר"פ אע"פ וכ"כ הריטב"א שם וז"ל ולשבח פירש"י ז"ל דאמרינן בבכורות שאין האשה גובה כתובת' משבח ששבחו נכסים לאחר מיתת האב וב"ח גובה ממנו כו' ומסתבר' דנדוניא

דינה כחוב לענין זה וכן דעת מורי ז"ל עכ"ל ואפי' למ"ש הה"מ ומביאו ב"י סי"א שר' אפרים והרז"ה והרשב"א סוברים דב"ח לא גבי ממקבל מתנה אפילו בשבח דממילא נ"ל שהם מודים ביתומי' וכדמוכח מהך דפ' יש בכור רק דס"ל דמתנ' עדיף מיורש (וע"כ כ' ה"ה גבי יתומי' בפשיטו' שכן עיקר דב"ח גובה מיתמי שבחא דממיל' ומשמע מדבריו להדיא שגם הר' אפרים והרז"ה והרשב"א מודים בזה וכן מוכח דעת הרי"ף פ' המקבל וכמ"ש לקמן סעיף ה' ס"ק ל"ג דהרי"ף בריש דבריו מיירי בלא אפותיקי ודלא כהתוס' שסוברי' דיתמי כלוקח ומפרשי' הך דהמקבל באפותיקי ונ"ל שלזה כוון הה"מ שכתב שכן נראה דעת הרי"ף ודלא כספר לחם משנה שדחק עצמו בכוונת הה"מ לדעת הרי"ף וע"ש ודוק) וכן לשיטת התוס' והסמ"ג והגמ"יי והגהת מרדכי מפי' ר"י דלעיל מוכח יותר דאפי' בשבח דהוצא' גובה בע"ח מיתמי זולתי לפי שטת הרא"ש דפי' דמזון הבנות ה"א דעדיף טפי יש לומר דב"ח נמי לא גבי מיתמי משבח דממילא כמו אשה אבל כבר כתבתי שאין שיטת הרא"ש נכונה וגם יחיד הוא נגד כל בעלי התוס' וכל הפוסקים הנ"ל. ונראה שגם הרא"ש גופי' חזר בו מזה שהרי כ' בקדושין פ' האומר וז"ל וכן מצינו שבע"ח אין גובה השבח ממקבל מתנה כדאיתא בפ"ק דמציעא לפי שאין לו על מי לחזור וגבי מיתמי כדמוכח בפ' יש בכור עכ"ל וכ"כ עוד הרא"ש בכתובות ר"פ אע"פ וז"ל ולשבח אין האשה גובה כתובתה משבח שהשביחו יתומים בנכסי אביהם אבל ב"ח גובה את השבח כדאיתא בבכורות פ' יש בכור עכ"ל וכ"כ עוד הרא"ש בפ' המקבל ואע"פ שאפשר לומר שהרא"ש בפ"ק דמציעא חזר בו מ"מ זה דוחק שנאמר שחזר בו ממ"ש בשלשה מקומות ע"כ נראה יותר לומר איפכא דנהי דבפ"ק דמציעא דחה דברי התוס' והסכים לסברת ה"ר יונה דיתומים כמקבלי מתנ' היינו לענין שבח דמחמת הוצאה דכמו שאין גובה ממקבל מתנה כך אין גובה מיתומים ודלא כדעת התוס' דגובה הכל מיתמי אבל מ"מ ס"ל דב"ח גובה שבחא דממילא מיתמי וכפשטא דסוגי' דפ' יש בכור וכן משמע לכאורה פשט דברי הרא"ש בס"פ יש בכור ע"ש כן נראה לי בדעת הרא"ש: ונראה שלכך לא כתב הטור בסי' זה בשם הרא"ש רק שאינו גובה ממקבל מתנ' אפי' בשבח דממילח וכשכתב אח"כ שדין היתומים כמקבל מתנה לא כתב לכל דבר רק כתב ודין היתומים לענין שבח כדין מקבל מתנה שאין בע"פ גובה מהם שבח כלל כו' ורואים את השבח כנגד הוצאה כו' ויש לומר דלא מיירי אלא בשבח דמחמת הוצאה ולא בשבח דממיל'. ואפי' תאמר שדעת הרא"ש וטור שאין גובה אף שבח דממילא מיתמי כבר נתבאר שאין נראה כן בש"ס ושכל הפוסקי' חולקים על זה: ובר מן דין לא נהירא מה שכתב הרב סתמ' ויש חולקין כו' דמשמע אף בשבחא דממיל' דנתייקרה דלעיל סעיף א' אין בע"ח

גובה מיתמי והא ודאי ליתא דהא אפי' בכור וכתובת אשה גובה משבח' דנתייקר' לכ"ע וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק ה' והכי מוכח נמי בש"ס ס"פ יש בכור מדקאמר וכולן אין נוטלין בשבח לאתויי שבחא דממיל' חפיר' והוי שובלי שלפופי והוי תמרי ולא קאמר דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון אלמ' דבדיקל' ואלים וארעא ואסקא שרטון אפילו בכור וכתובת אשה גובי' מיתמי וכדאמר רב פפא בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ד ע"א) דבכור גובה מהנך משום דהוי מוחזק והוי דקנה וכדבר שבא לעולם בחיי אביהן וא"כ כל שכן ב"ח וא"כ כ"ש בשבח דנתייקרה: וראיתי בעיר שושן שהשמיט דעת הי"א שהבי' הר"ב לעיל סעיף ג' ודעת היש חולקין שהביא הר"ב כאן סעיף זה. ולא כ' רק כדברי המחבר והדין עמו בזה וכמו שכתבתי. אך לעיל סעיף א' נמשך בשבח דממילא אחר דברי הר"ב וכבר השגתי שם עליהם בסעיף קטן ה' ע"ש:

סעיף לג

ב"ח כו'. על היתומים להביא ראי' מכאן עד סוף הסי' הוא הכל לשון הרמב"ם משמע דאפי' בלא אפותיקי על היתומים להביא ראי' דהא דוקא לענין אם רצו לסלקו במעות הוא דמחלק אח"כ בין עשאו אפותיקי או לא אבל כאן מיירי בלא אפותיקי וכן נראה להדיא ממ"ש הר"ב וי"א דאם לא עשאה אפותיקי כו' וכ"כ בס' לחם משנה ספכ"א מהלכות מלוה בדעת הרמב"ם ונרא' שגם כוונת ה' המגיד כן שכתב על דברי הרמב"ם וז"ל ודעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל שלא אמרו על היתומים להבי' ראי' אלא באפותיקי כו' ר"ל הרמב"ם כתב סתמא על היתומים להבי' ראיה ודעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל אינו כן (ולקמן אברר שהעיקר כדעת הרמב"ם והמחבר בזה) וכן נ"ל שהוא דעת הרי"ף פרק המקבל מדכתב וה"מ היכא דשווייה לוה לההיא ארעא ניהלי' למלוה אפותיקי ולא קמסיק בי' אלא שעור ארעא בלחוד כו' משמע דקאי אדסמיך דהיינו אדרב נחמן אמר שמואל דב"ח ללקוחות וליתומים שמין להן השבח ומעלה אותן בדמים ולא קאי איתומים אומרים אנו השבחנו דהא התם בע"כ מיירי בדאסיק שיעור ארעא ושבחא וא"כ קשה אמאי לא פי' הרי"ף גם לעיל ביתומים אומרים אנו השבחנו דהיינו באפותיקי אלא משמע דלעיל מיירי אף בלא אפותיקי ועוד שכתב הרי"ף אבל אי לא שווי' ניהלי אפותיקי כו' לית ליה למשקל שבח' דאשבח יתמי כו' משמע דדוקא דלית לי' למשקל שבחא דאשבח יתמי אבל הא קיימ' דעל היתומים להביא ראיה אף בלא אפותיקי. וכן משמע מדברי בעל העיטור במאמר אחריות ריש ד' י"א וכן משמע להדיא מדברי בעה"ת שער ג' ח"ו שכתב וז"ל יתומים אומרים אנו השבחנו ובדמסיק שעור ארעא ושבחא הוא דאי לא מסיק אלא שעור ארע' אפי' השביח אביהן אינו נוטל השבח ופסקינן דעל

היתומים להביא ראיה כדאית' בפ' המקבל וכתב בעל העיטור ז"ל וה"ה הלוקח אומר אני השבחתי וב"ח אומר לוה השביח על הלוקח להביא ראיה דארעא כיון דלגוביינא קאי כמאן דגביא דמי והמלו' נקרא מוחזק ועל הלוקח מיתומים להביא ראיה שהם השביחו ואם הביאו ראיה שהם השביחו שמין את השבח ואת ההוצא' ונוטל מן הפחות שבשניהם ומסלקן בדמים בד"א כשעש' השדה אפותיקי אבל לא עשאה אפותיקי אם רצו הלוקח והיתומים לסלקן בדמים מסלקין ואם רצו נוטלין מן הקרקע שעור שבחן וכדאיתא בהלכות פ' המקבל ופ"ח דמציעא עכ"ל הרי משמע דדוקא לענין סלוק בדמים מחלק באפותיקי אבל לענין שעל היתומים ולוקח להביא ראיה איירי אפי' בלא אפותיקי וכן משמע ממ"ש דאי לא מסיק אלא שעור ארע' אפי' השביח אביהן אין נוטל השבח ואם איתא דבאפותיקי איירי הל"ל יותר מזה דאי לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא אדרבה הורע כחן כשהשביחו הן דהא הבעה"ת כתב התם להדיא אח"כ כשטת רב האי וההלכות דלעיל סעיף ב' ס"ק כ"ו ע"ש בבעה"ת:

והכי מוכח נמי ממ"ש הבעל העיטור והבעה"ת דה"ה אם הלוקח אומר אני השבחתי כו' וכמו שאכתוב. ובאמת ראיתי בב"י מחודש א' שכתב על דברי בעה"ת אלו בשם בעל העיטור וז"ל ומשמע לי דהיינו בדשוויי' ניהלי' אפותיקי אבל אי לא שויי' ניהלי' אפותיקי על הב"ח להביא ראי' דומיא דיתומים שיתבאר בסמוך ע"כ הנה מפני שלא הבי' ב"י שום חולק על הטור ביתומים וחשב שהדין פשוט כן על כן כ' כן ולפעד"נ דגם ביתומים גופא חולקים הבעל התרומות ובעל העיטור על הטור וכמ"ש ועוד תמי' לי על הב"י דבשלמא ביתומים אפשר לפרשו באפותיקי משום דמ"מ נותן להן הוצאתן אבל בלוקח אי אפשר לפרשו באפותיקי דהא ס"ל להבעל העיטור ולבעל התרומות שם להדיא כשטת רב האי וההלכות והטור דלעיל סעיף ב' ס"ק כ"ה וכ"ו דבשויי' אפותיקי טורף הכל משום דאמר ארעאי אשבח וא"כ איך יאמר הלוקח אני השבחתי. אלא ודאי מיירי בלא אפותיקי וא"כ משכחת לה שפיר דיאמר הלוקח אני השבחתי דכיון דלא עשאה אפותיקי אם כן לא מצי למימר ארעאי אשבח ואם כן השבח שהשביח לוקח משועבד לשניהם מכח דאקני וכדלעיל ר"ס זה וא"כ אומר הב"ח הלו' השביח וא"כ משועבד לי הכל וכדלעיל סי' ס"ד [ק"ד] סע"ז ואין לך שום חלק בשבח והלוקח אומר אני השבחתי וא"כ הוא דאקני לאחר שלוה משנינו משועבד ביחד ונחלק השבח. כן נ"ל ברור כוונת הבעל העיטור והבעל התרומות ודלא כב"י. ואולי אפשר לדחוק לדעת הב"י דמיירי כשלקח בפי' שלא באחריות אבל לא נהירא דא"כ ה"ל לפרש כן ועוד דהאי דינא גופא דכשלוקח בפי' שלא באחריות אינו טורף הב"ח השבח כמו מקבל מתנה

חידוש הוא ולא כתבו שום פוסק זולתי הרב המ' בשם הרמב"ן ונהי דדין אמת הוא מ"מ איך אפשר שהבעל העיטור והבעה"ת יכוונו לזה ולא יזכירו מתחל' האי דינא אלא נראה ברור כוונתם כמ"ש וא"כ מוכח מדבריהם דאף בלא אפותיקי על היתומים להביא ראי' (וראיתי בגי' תרומה ד' ך' ע"ג הקשה ג"כ על הב"י מטעם אחר וכתב די"ל דהבעל העיטור גבי לוקח בכל גווני מיירי אלא דגבי יתומים מוכרח לומר דמיירי באפותיקי דאל"כ ארעא בחזקת יתמי קיימא וכמ"ש רש"י אבל בלוקח מיירי בין באפותיקי בין בלא אפותיקי וכמ"ש רש"י ע"ש באריכות ואין דבריו נכונים בעיני בזה דאדרב' אי נימא דהבה"ע ס"ל כפירש"י שהביא שם א"כ מוכח דדוקא באפותיקי דאין חילוק בין יתומים ללוקח בהא אלא עיקר טעמו של רש"י דדינו של ב"ח ליטול קרקע קיימא ארעא בחזקתי' ע"ש אלא אדרב' הבעל העיטור לא ס"ל כרש"י ומיירי בלא אפותיקי וכמ"ש וע"ש ודוק) . ולענין הלכה אעפ"י שדעת התוס' ושאר פוסקים כהטור נלע"ד עיקר כהרמב"ם והמחבר וסייעתו דלעיל דהכי משמע פשטא דש"ס פ' המקבל דהא לא מוקמינן התם באפותיקי אלא אהא דאמר רב נחמן אמר שמואל ב"ח ללוקח יהיב ליה שבחא בדמי משום דקשיא ליה לימא ליה הב לי גריוא דארעא שעור שבחאי אבל אי לאו הכי משמע התם דכול' הסוגיא דמעיקרא מיירי אף בלא אפותיקי ועוד דאי באפותיקי היכא סבר ר' חנינא למימר דעל הב"ח להביא ראיה וגם סברא נכונה הוא לפמ"ש לקמן סעיף ו' ס"ק ל"ו דהיכא דמסיק שעור ארעא ושבחא דינא ליטול הקרקע כולה ונותן להם הוצאתם בדמים אף בלא אפותיקי א"כ ס"ס השתא ארעא לגוביינא קיימא וכמאן דגביא דמי דאפילו לפי דברי היתומים אין להם תביעה רק על הדמים ודמי לאילן כיון שאין התביע' רק על הדמים דקוצץ ואינו נותן דמים וה"ה הכא ואפי' להרמב"ם והמחבר דלקמן סעיף ו' ס"ק ל"ו נרא' לפרש הא דמדמי בש"ס לאילן לא כמו שמפרש רש"י משום ממה נפשך אלא ה"ק כמו באילן כיון דתחלת דינו הוא לקוץ על בעל האילן להביא ראיה הכא נמי ארעא כיון דתחלת דינא לגוביינ' קיימא על היתומים להביא ראיה. כן נ"ל ודו"ק:

סעיף לד

וי"א כו'. כבר כתבתי בסמוך דנ"ל עיקר כסברא הראשונ':

סעיף לה

בד"א כשעש' אפותיקי כו'. משמע דאפי' אסיק בי' שיעור ארעא ושבחא ועשא' אפותיקי צריך לשלם ליתומים הוצאתם וכן הוא בכל הפוסקים והוא מוכרח בש"ס ודלא כב"י שכתב בס"ס זה וז"ל לפמ"ש בסמוך שכתב הה"מ דלהרי"ף יתמי כמקבל מתנ' כו' עד וצריך לומר דמ"ש הרי"ף ולא מסיק בי' אלא שיעור ארעא בלחוד כו' דאלו הוה

מסיק ביה שיעור ארעא ושבח' היה גובה הכל ולא יהיב שבחא כלל אפילו ליתמי כיון דאפותיקי היא כו' ואין דבריו נכונים כלל אלא הדבר פשוט דמ"ש הרי"ף ולא מסיק בי' אלא שעור ארעא בלחוד כו' משום לוקח כ"כ וכבר השיג עליו בספר לחם משנה בזה ע"ש וגם בסמ"ע ס"ק כ"א כ' דליתנהו לדברי הב"י ע"ש:

סעיף לו

וי"א כו' ואינו נותן לו ההוצאה כלל. בסמ"ע ס"ק כ"ב תמה על הר"ב בזה דליכא למ"ד הכי והגאון אמ"ו ז"ל כתב בגליון סמ"ע שלו וז"ל הג"ה זו קאי אסוף הסי' בלא עשאה אפותיקי והוא דעת התוספות והרא"ש פרק המקבל ע"כ וכן כתב ב"ח דהר"ב קאי אלא עשאה אפותיקי והיא דעת התוספות שהשיג עליהם הרא"ש ומהרו"ך לא דק עד כאן לשונו וכן כתב בספר מעדני מלך פרק קמא דמציעא דאישתמיטתי' להסמ"ע דברי התוספות ולפי עניות דעתי נראה דהסמ"ע ראה דברי התוספות שהרי הביאם הבית יוסף כאן במקום הזה בסעיף י"ד אבל כוונת הסמ"ע דבע"כ אין כוונת הר"ב כן דהא כתב הר"ב לעיל סעיף ה' ויש אומרים דאי לא עשאה אפותיקי עליו להביא ראיה משמע להדיא דאם אינו מביא ראיה והם השביחו אינו גובה וצריך ליתן להם הוצאתן על כל פנים אלא ודאי כיון שהרא"ש השיג על דברי התוספות וגם הפוסקים חולקים עליהם לא חש הרב לסברתם ומכל מקום אפשר שדעת הרב שמתחלה בסימן ה' הביא דעת היש אומרים דבלא עשאה אפותיקי עליו להביא ראיה וכאן הביא דיש אומרים גדולה מזה דבלא עשאה אפותיקי אינו נותן להם הוצא' כלל ומכל מקום לענין דינא כבר נתבאר לעיל סעיף ד' סעיף קטן ל"ב דלא נראו דברי התוספות בזה. וגם בד"מ סוף סי' זה כתב דלא כהתוספות ע"ש:

סעיף לז

אם רצו היתומים לסלק ב"ח בדמים מסלקים אותו ואם רצו כו'. כ"כ הרמב"ם ומשמע דאף במסיק שעור ארעא ושבחא דינא הכי וקשה לי על זה דהא בש"ס פרק הגוזל קמא ובפ"ק דמציעא ובפרק המקבל פריך אהא דמשני דלא מסיק אלא שעור ארעא הניחא כו' לימא ליה הב לי גריוא דארעא שעור שבחא משמע דאי כדקס"ד מעיקרא דמיירי במסיק שעור ארעא ושבחא ניחא שהוא נוטל כל הקרקע ואע"ג דהתם מיירי בלוקח מ"מ פשוט דיתומים כלוקח בזה וכן בהרי"ף פרק המקבל לא כתב כן רק בלא מסיק ביה אלא שעור ארעא ובפ"ק דמציעא כ' הרי"ף כל הסוגיא דהתם משמע נמי כמ"ש דבמסיק שעור ארעא ושבחא ניחא דשקיל ב"ח לכולא ארעא. וכ"כ בספר תורת חיים להדיא וכתב טעמא משום דאז אי הוי מסלק ליה מכולא ארעא היה צריך ליתן כל חובו

דאל"כ יוכל הב"ח לומר לדידי שויה כל חובי וכיש פוסקים לעיל סימן ע"ב סעיף ך' ס"ק ק"ד (ועמ"ש שם) וכמ"ש לעיל סעיף א' ס"ק כ' בשם הראב"ד ושאר פוסקים ויותר נ"ל דאפי' להי"א שהבאתי לעיל ס"ק כ' דלא יכול למימר לדידי שויה ניחא דהתם שאני שאין כאן קרקע יותר אבל הכא נהי דאלו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה מכולי ארעא מ"מ השתא דלית ליה זוזי וב"ח יש לו עליה כפי כולא ארעא ראוי שהב"ח יטול כל הקרקע דשעבוד' דיליה עלה והאי דהוציא דמי יחזיר לו דמיו שהוציא. ולפי זה קשה על מ"ש הרמב"ם והמחבר בחלוק' האחרונ' ואם רצו נוטלים מהקרקע שעור שבח שלהם. ולפי מ"ש התורת חיים קשה נמי על מ"ש הרמב"ם והמחבר בחלוק' הראשונ' אם רצו היתומים לסלק ב"ח בדמים מסלקין אותו. אלא אם נפרש דמיירי שהיתומים רוצים ליתן לב"ח כל דמי חובו ואין פשט דבריהם משמע לכאור' כן. וצ"ל לדעתם דהא דפריך הניחא כו' באמת אלעיל קאי אפי' אמסיק שעור ארעא ושבחא וכן משמע מפירש"י פרק המקבל (בבא מציעא דף ק"י ע"ב) ד"ה וכן ב"ח ליתומים שכ' וטעמא דכולהו משום דמעיקרא ארעא דידיה הוא כו' ולקמן מוקי לה בקרקע שנעשית לו אפותיקי עכ"ל וכ"כ הנ"י שם וע"ש ודו"ק אבל לפי מ"ש ניחא הסוגיא טפי וגם ניחא דאמאי שביק בפרק הגוזל ודפ' המקבל יתומים ופריך אלקוחות ה"ל לאקשויי בלא"ה בפשיטות איתומים גופיה אמאי ב"ח ליתומים שמין להן השבח ומעלה אותן בדמים ליסלקי' ליה בזוזי ואפילו תימא דהא נמי תלי בפלוגת' דלוקח דמ"ה לוקח לא מצי לסלוקי בזוזי ה"ה יתומים מ"מ ה"ל לאקשויי הכי מיד איתומים ואלוקח בפשיטות אגופה דרב נחמן אמר שמואל אלא ודאי איתומים לק"מ כיון דמסיק שעור ארעא ושבחא כדפי' ואהא דמשני דלא מסיק אלא שעור ארעא לחוד פריך וכן משמע בתוס' פ"ק דמציעא דף ט"ו ריש ע"ב במ"ש שם י"ל דבלאו הכי פריך שפיר הניחא כו' ע"ש וצ"ע לדינא:

סעיף לח

לסלק ב"ח בדמים כו'. משמע לכאור' שנותנים לו שעור מה שהיה מגיע לו מן הקרקע דהיינו שמנכין לו ההוצא' ולפי מ"ש לעיל סעיף א' ס"ק כ' דהעיקר כהראב"ד וסייעתו דיכול הב"ח לומר לדידי שויה האי ארעא כדי חובי אין יכולים לסלקו מהקרקע בדמים עד שיתנו לו כל חובו ולא ינכו לו כלום ואפשר דר"ל מסלקים אותו כשנותנים לו כל חובו:

דינים העולים מסימן זה

סעיף א כשבא ב"ח לטרוף מהלוקח טורף ג"כ השבח שהשביח הקרקע אפילו השביח לאחר שמת המוכר בין שבח ששבחו הנכסים מאליהן בין שבח שמחמת הוצא' אלא

ששבח שמאליו שנקרא מוחזק לענין בכור לקמן סי' רע"ח כגון נתייקרא ודיקלא ואלים וארע' ואסק' שרטון וכיוצא בזה טורף ב"ח כל השבח אפילו התנה עמו שלא יגבה מדאקני וכן אפילו כתובת אשה וכל תנאי כתובה טורפים משבח זה שזהו הוי כדבר שבא לעולם ומקרי דקנה אבל שבח שהיתה שחת ונעשו שבלים או שהיו פרחים ונעשו תמרים וכיוצא בזה הואיל ונשתנה הוי כדבר שלא בא לעולם ודינו כשבח הבא מחמת הוצאה שאינו נוטל רק חצי השבח ואינו נותן ללוקח בעד הוצאתיו כלום וכשכתב לו דאקנה וכן ללוקח ואם התנה הלוה עם הלוקח שלא יגבה מדאקני אינו נוטל בשבח כלום ואם התנה עם שניהם שלא יגבה מדאקני אינו טורף השבח ומחזיק הלוקח השבח שתחת ידו שמכר לו ואין צריך לומר אם התנה עם הב"ח שלא יגבה מדאקני ולא התנה עם הלוקח. ויש אומרים דאין חילוק בכל זה בין אפותיקי או לא ויש חולקין באפותיקי וכמו שיתבאר בסעיף ב':

וחוזר הלוקח וטורף הקרן מנכסי המוכר אף ממשועבדים ויש אומרים שאינו גובה מן המשועבדים רק הקרן פחות חצי השבח לפי שחצי השבח שגבה הוא על קרנו. והשבח שטרף ממנו הב"ח בין שבח דמחמת הוצאה בין שבח שמאליה חוזר וגובה מנכסי המוכר מבני חורין שכך כותב לו מוכר ללוקח בשטר מכירה שהוא מחייב עצמו בקרן ובשבח ומקבל אחריות על הכל ואפילו לא כתב הרי הוא כאלו כתב אבל אינו גובה השבח מנכסים משועבדים יש אומרים הטעם שכיון שלא הי' השבח בשעת כתיבת השטר אין קול לאותו כתיבה ולפ"ז לעולם אינו גובה משום משועבדי' ויש אומרים הטעם הואיל ואין השבח קצוב ומחלקים שגובה ממשועבדים שקנו אחר שנטרף ממנו השבח שנעשה קצוב ויש אומרים דאף לפ"ז אינו טורף בעד השבח משום משועבדי':

הא דב"ח טורף מן הלוקח וחוזר הלוקח וטורף ממשועבדי' דמוכר מיירי בענין שאין הלוקח יכול לומר לב"ח הנחתי לך מקום לגבות ממנו כגון שעשה הלוה שדה זה של הלוקח אפותיקי לבעל חוב או שהמשועבדים הם במדינה אחרת וכיוצא בזה. ויש אומרים שאין הלוקח יכול לדחותו אצל המאוחרים שקנה אחר כך מאחר שקרקע שלו היתה משועבדת לב"ח בשעת הלוא' ורבים חולקין:

וכל הפירות שאכל או שתלש הלוקח או שהגיעו ליתלש ואין צריכים לקרקע כלל דהיינו שאם עומדים שם יותר הם נכחשים אין הב"ח גובה מהן שהרי הן כמטלטלים ואפי' קדם הב"ח וגבה אותן מוציאין ממנו אבל הפירות המחוברים בקרקע שצריכים מעט לקרקע הרי הן כשבח ואם עשאה אפותיקי מפורש לב"ח צריך הלוקח להחזיר לבעל חוב כל הפירות ויש אומרים שאין חילוק בזה בין אפותיקי וכמו שיתבאר בסעיף ב' ואם רצה

הלוקח לסלקו במעות יכול לסלקו בין מן הקרקע בין מן השבח ודוקא כשנותן לו כל חובו שאם לא כן יכול הב"ח לומר אצלי היא שוה כדי כל חובי אע"פ שמת הלוה ואין תועלת ללוה בכך ואם עשאו הלוה אפותיקי מפורש לב"ח שאמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו אינו יכול הלוקח לסלקו במעות:

סעיף ב ב"ח שטרף בחובו מיד הלוקח את שראוי לו כגון שלא היה חובו רק נגד הקרן ולא נגד השבח או שטרף חצי השבח או שלא הי' חובו רק נגד מקצת קרקע ואין שם שבח רואין הנשאר מהקרקע אם יש בו תועלת ללוקח שאם יחלוק יהיה שמו עליו ע"פ שיתבאר לקמן סימן קע"א חולקין ואם לאו נותן לו ב"ח את דמיו אם ירצה הלוקח כיון שאינו מניח לו כשעור ואם רוצה הב"ח להניח בשתוף כשעור ולהשתמש בו בשותפות זמן כנגד זמן הרשות בידו וה"ה אם החוב הוא דבר מועט והקרקע המגיע לו אין בו שעור אין מזקיקין ב"ח ליקח בחובו פחות מכשעור אלא מוכרין או משכירין הקרקע לזמן ונותנים לו מעותיו. וכמו שנתבאר בסימן ק"ג סעיף ה'. ואם עשאה הלוה לב"ח אפותיקי מפורש אינו נותן ללוקח רק דמים וי"א דהוא הדין דבאפותיקי מפורש טורף כל השבח שהשביח הלוקח בין שבח שמאליו בין שמחמת הוצאה ואפילו התנה הלוה עם הב"ח שלא יגבה מדאקני ואפילו לא הלוה לו רק כשעור השדה בלא השבח רק שאז נותן לו ההוצא' ללוקח וכשהלוה לו כשעור השדה והשבח אינו נותן ללוקח כלום וי"א דאין חילוק בזה בין אפותיקי או לא אלא לעולם אינו טורף רק חצי השבח וכשהלוה לו כפי השדה עם השבח וכשיוכל לגבות מדאקנה ואין חילוק באפותיקי רק לענין שאין הלוקח יכול לסלקו במעות. וכבר נתבאר לעיל סעיף א' דשבח שמאליו דנתייקר' ודיקלא ואלים וארעא ואסקא שרטון טורף כל השבח כשהלוה לו שעור השדה והשבח אף בלא אפותיקי:

וכל זה שאין המוכר רוצה לדון עם הב"ח או שמת אבל אם רוצה לדון עם הב"ח יכול לסלקו במעות אף באפותיקי וגם אז אינו נוטל מן הקרקע רק כפי חובו ואינו נוטל מן השבח כלום ביתר מחובו לכ"ע באפותיקי וה"ה כשכותב לו המוכר ללוקח הרשאה לדון עם הב"ח:

סעיף ג כל הדברים האלו לא נאמרו אלא בלוקח שחוזר על המוכר שקבל עליו אחריות אבל כשבא הב"ח לטרוף ממקבל מתנה טורף כל השבח ונותן לו ההוצאה שאין לו על מי לחזור ודינו כיורד לשדה חבירו שלא ברשות ואם שבחה מאליה טורף הכל שקרקע זו קנויה לו לב"ח לשעבודו מדאקני ואם קבל הנותן אחריות המתנה הרי ב"ח גובה ממנו

כדרך שגובה מן הלוקח ולוקח שפירש בהדיא שאין לו אחריות דינו כמקבל מתנה. ובכל מקום שנותן ההוצאה היינו כשיש שבח כנגדה שאל"כ אין לו רק הוצאת שעור שבח:

סעיף ד יתומים דינם כמקבלי מתנה:

סעיף ה ב"ח שבא לטרוף מהיתומים שבח שמחמת הוצאה יתומים אמרו אנו השבחנו ותן לנו ההוצאה וב"ח אומר שמא אביכם השביח על היתומים להביא ראיה אף שלא עשאו אפותיקי וכן הדין בלוקח כשאומר אני השבחתי והשבח משועבד לשנינו מדאקני וב"ח אומר שמא הלוה השביח והוא משועבד לי לבדי על הלוקח להביא ראיה:

סעיף ו הביאו היתומים ראיה שהם השביחו שמין להן השבח וההוצאה ונוטלים הפחות שבשניהם ומעלה אותם בדמים ואין צריך ליתן להם קרקע בעד הוצאתם בד"א כשעשה הלוה זה השדה אפותיקי לבעל חוב אבל אם לא עשאה אפותיקי צריך ליתן להם קרקע שעור הוצאתן וגם יכולים לסלקו במעות מכל הקרקע כיון שלא עשאה אפותיקי מיהו אין נותנים לו כל חובו יכול הבעל חוב לומר אצלי שוה הקרקע כל חובי ויש אומרים דדוקא כשאין החוב שלו רק נגד הקרן ולא נגד הוצאתן אבל אם חוב שלו נגד הכל ואין להם מעות לסלקו אין צריך ליתן להם קרקע בעד הוצאתן אלא נותן להם דמים:

סימן קטז

סעיף א

והוקרה אם היתה שוה אלף. עיין בסמ"ע ס"ק ב' הקשה דמשמע מכאן דטורף כל היוקר ובסי' קט"ו כתב הטור והמחבר שאין המלוה גובה אלא חצי השבח ותירץ דמיירי בשעשאו למלוה אפותיקי ועי"ל דה"ק והוקרה והוי שוה החצי שבח אלף. ב"ח וק"ל עיין בתשו' מבי"ט סי' שי"ט:

סעיף ב

כותבין לו טירפא באלף כו' נראה דטירפא זה כותבין דוקא לבני חורין דשבח אינו גובה ממשעבדי כדלעיל ר"ס קט"ו וע"ש. מיהו להתוס' פ"ק דמציעא דף י"ד ע"ב והה"מ שהבאתי לעיל סי' קט"ו דמלקוחות שקנו אחר הטריפא טורף גם השבח לפי שהוא קצוב כותבין לו טירפ' באלף לטרוף מלקוחות שקנה אחר הטריפ' ע"ש ודו"ק. ע' בירושלמי בגיטין פ' הניזקין ה"ב באריכות מדיני טריפא אם מכר המוכר (הלוקח) לאחרים או נתנו לאחרים או מכרו או נתנו המקבל מתנה לאחרים וע"ש:

סעיף ג

וכן אם היתה שוה אלף. כ"כ הטור אבל בבעה"ת ליתא אלא אם לקח באלף אע"פ שאינו שוה אלא ת"ק וי"ל דדוק' כשלא הי' שוה אלא ת"ק בשע' שלקח' דיכול לומ' החזר לי השד' או תן אלף שהרי אתה רוא' לדידי הי' שוה אלף מתחל' שהרי לקחתי' ממך באלף אע"פ שלא הי' שוה אלא ת"ק אבל אם הוזל' ועומדת על ת"ק אין לו אלא ת"ק ולמה לישלם יותר משוי' וכ"כ הה"מ בפשיטות גבי ערבות פכ"ה מהל' מלוה וז"ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזל' וטרפ' בע"ח מגבינן ללוקח כפי מה שהיא שוה בשעת טירפא ולא כפי הדמים שקנה ולפיכך אין ערבות על המעות כו' עכ"ל ומביא ב"י לקמן סי' קל"א סי"א והב"ח כתב בסי' קל"א ס"ס י"א דהרב המגיד לא דק במאי דנקט הוזלה שהרי בסי' קי"ו מבואר דאם הוזלה כותבין לו טירפא כמה שהית' שוה תחיל' כו' ואין דבריו נראין דודאי הה"מ חולק על הטור ומסתבר כדבריו ודוק:

סעיף ד

אלא בעדים בעלמא. בפרישה כתבתי הטעם דמאן דמוכר מוכר בפרהסיא כדי דלתקבצו קונין הרבה כו' עכ"ל סמ"ע וכן מבואר בש"ס פ' חז"ה (דף מ"ב) להדיא הטעם ע"ש:

סעיף ה

אפי' לא פירש לו האחריות. טור מהרא"ש בפ' חז"ה בשם רבינו יונה וכ"כ ר"י נתיב ו' ח"ו בשמו אבל הבעה"ת ריש שער מ"ז כ' דבמוכר שדהו בעדים בעינן שיקבל עליו האחריות דבהא לא אמרי' ט"ס הוא כיון דלא כתב שטר' ובספר ג"ת שם כתב שאחר החיפוש לא יכול למצוא מנין לו דין זה ואני מצאתי ברשב"ם פ' חזקת (בבא בתרא דף מ"א) וריש מ"ב משמע שם להדי' הכי ע"ש ודוק. עוד הקשה בספר גי"ת שם דכיון דמאן דמזבין בפרהסי' זבין א"כ אין חילוק דשיעבודא דאוריית' ע"ש ולק"מ דדוקא בהלואה שייך לומר שעבודא דאוריית' דעבד לוה לאיש מלוה ולא במוכר ובלא"ה לק"מ ודו"ק ועמ"ש לקמן סי' רכ"ה סעיף א'. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' צ"ה וסי' צ"ו דאם לא פרע הלוקח טורף המוכר ממשועבדים מיום המכיר' מחמת המעות שחייב לו הלוקח אפי' אין לו שטר עליהן כדאמרינן הכא דמוכר שלא בשטר גוב' ממשעבדי ואין דבריו מוכרחים לפענ"ד דשאני הכא דמכר קלא איתי ליה כי היכי דליתקבצו קונים כדאית' בש"ס אבל הא דלא פרע לית ליה קלא ואדרב' מסתמ' פורעין מיד כן נראה לפענ"ד (ואף לדברי המבי"ט צ"ל דמיירי שהוא תוך זמנו או העדים מעידים שלא פרע עדיין

כגון שלא זזה ידם מתוך ידו וכהאי גוונא דאל"כ פשיט' כיון דיכול לטעון פרעתי אינו גובה ממשועבדים):

סימן קיז

סעיף א

העושה שדהו אפיתיקי. עיין בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קמ"א:

סעיף ב

רק במעות. והוא הדין במטלטלי דנקר' מיטב ואפילו באפותיקי מפורש יכול הלוה לסלק להמלוה בהן עכ"ל הסמ"ע וכן כתב לעיל סי' ק"ג סעיף ו' ע"ש וכ"כ הב"ח:

וכותב הב"ח אמ"ש רבינו שבמעות יכול לסלקו ממנה לא מצאתי מפורש ותימ' מנין לו זה וב"י כ' שכן נראה מדברי בעל התרומות שער ד' סי' ד' ולפע"ד שיש להוצי' דין זה ממתניתין דפ' השולח כו'. ולפע"ד לא מוכח שם ממתניתין דהשולח מידי ע"ש וע' בתו'. שם אלא נראה דהטור הוצי' כן מהרא"ש פ' איזהו נשך גבי הא דאמר התם רב פפא אע"ג דאמר רב פפא אסמכת' לא קניא אפותיקי ה"ל למיגבה מיניה ואסקינן התם דהיינו כשא"ל לא יהיה לך פרעון אלא מזו וכתב הרא"ש שם וז"ל אבל אפותיקי הוי אי אמר לא יהיה לך פרעון אלא מזו ואע"ג דמצי לסלוקי בזוזי דאל"כ לא מיקרי אפותיקי דמעתה היא מכורה מקצת או כולה מ"מ לא חשיב אסמכת' עכ"ל (הג"ה אבל ע' ברש"י פרק א"נ משמע. לכאורה דלא פטור וצ"ע) וכן מבואר עוד בהרא"ש פ"ק דמציע' גבי ראובן שמכר שדה לשמעון ובא ב"ח דראובן וטריף ליה מיניה דינ' דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה וכתב הרא"ש דנ"מ שאם עשאה אפותיקי דראובן מצי לסלוקי' בזוזי ושמעון לא מצי לסלוקי וכ' הטור לקמן סי' רכ"ו וע"כ באפותיקי מפורש מיירי התם דאי באפותיקי סתם הלוקח נמי יכול לסלקו בזוזי כדמוכח בש"ס פ' הגוזל קמא ופר' קמא דמציע' ופרק המקבל וכן בטור לעיל סי' קט"ו ס"ו ובב"י שם וכל הפוסקים ע"ש וגם מדברי התוס' פ' השולח נרא' דס"ל הכי וכן נראה להדי' מהרב המגיד ספכ"א מהלכות מלוה שכ' בשם הרמב"ן ורשב"א דאפותיקי אפילו יורשים אינם יכולים לסלק במעות שהרי היא כמכורה כיון שלא פדאה האב ולא צוה לפדותו עכ"ל ומביאו ב"י לעיל סי' קט"ו סעיף ו' הרי דהאב יכול לפדותם ובאפותיקי מפורש מיירי התם הרב המגיד להדי' ע"ש. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רע"ג וער"ה:

סעיף ג

זהו דעת הרמב"ם כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ח':

סעיף ד

עשה עבדו אפותיקי כו'. אפילו האפותיקי בעל פה רק שההלוא' היתה בשטר ה' המגיד. והב"ח כ' דצ"ע דנראה אפי' ההלוא' בעל פה משום דהעבד מוצי' קול וכן כ' בספר ת"ח פרק חז"ה ולדבריהם צ"ל דיש עדים שלא פרע כגון שאומרים לא זזה ידו כו' או שהוא תוך זמנו ודו"ק ובש"ג פ' חז"ה דף קפ"ג ע"ב כ' דברי הרב המגיד וכ' שמדברי הרא"ש פ"ק דב"ק משמע להדי' דצריך שיעשנו אפותיקי בשטר וע"ש וכ"מ לכאורה באמת בהרא"ש שם ע"ש:

סעיף ה

אבל קדושת דמים כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רע"ד:

סימן קיח

סעיף א

והוא הדין לאשה בכתובתה. ורבים חולקים והבי' המחבר גופיה סברתם באה"ע סי' ק' סעיף ג' ותימה למה סתם כאן כדברי הרמב"ם:

סעיף ב

ובע"ח טורף אותה מלוקח ראשון. עיין בסמ"ע ס"ק ה' עד דהא לא הוה לך ריוח בחזרתך קשה דהא בס"ס זה כתב הטור דאמרינן אי שתקת כו' אע"ג דאין לו ריוח כו' אלא נרא' דשאני הכא כיון שטירופי בא מכח הלוה ודו"ק:

סעיף ג

וכן אם היתה אותה שדה שקנה הראשון כו'. כתב הב"ח דמיירי שעשאה ג"כ אפותיקי לב"ח מאוחר ולא נהיר' לי דאם כן כשטרפה הב"ח מוקדם מלוקח ראשון שוב אין לב"ח מאוחר לטרוף מלוקח ראשון כשטורף מלוקח שני כמ"ש רי"ו הביאו ב"י בסי' ק"ז [קי"ז] מחודש ב' וז"ל ומ"מ אם בא ב"ח מוקדם ממנו וטרפו אינו חוזר עליו והביאו מור"ם בהגה (וכן משמע מהטור שם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים והאי כשטפה נהר דמי) ואין סבר' לחלוק ולומר דעליו אינו חוזר אבל על הלוקח חוזר דאדרבה איפכ' מסתבר':

סימן קיט

סעיף א

ראובן שמכר כל שדותיו. עיין בתשו' מנחם עזרי' סי' מ"ו וסי' ס"ט:

סעיף ב

רצה גוב' מבינוני'. עיין בסמ"ע ס"ק ה' עד ועפ"ר שם כתבתי עוד דלהי"א שכת' מור"ם בס"ה י"ל דזה מיירי בשמת המוכר כו' ומטע' זה דחה מהרש"ל דברי הי"א ע"ש סימן י"ד פ"א ועיין בב"ח:

סעיף ג

אלא עידית. ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"ז חולק על הרא"ש בזה ותמה עליו שרצה לפרש דברי רש"י דב"ק כך ואישתמיטתי' דברי רש"י דפ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ב) סוף ע"א דכתב להדיא כן וז"ל הלכך רצה לגבות משמעון עידית גובה דמצי א"ל כו' רצה מלוי גובה כגון שלא ימצא אצל שמעון משל ראובן אלא זיבורית כו' גם מ"ש מהרש"ל שם וכן פי' ר"ן בהריא כדברי עכ"ל לא ירדתי לס"ד דבר"ן דב"ק לא משמע מידי ובר"ן פ' מי שהיה נשוי כ' להדיא כדברי רש"י הנ"ל ע"ש וכ"כ בעה"ת שער ד' סוף חלק ז' בשם רב האי כדעת הרא"ש ע"ש וכן עיקר:

סעיף ד

וקנה זיבורית באחרונה דוקא נקט זיבורית באחרונה אבל קנה עידית באחרונה יכול לגבות מלוי אם ירצה וכ"כ בסמ"ע סק"י וכן מבואר להדיא בתוס' פ' מי שהיה נשוי ולא יוכל לוי לומר הניח לך שמעון מקום לגבות כמו שפירש"י דכבר הקשו התוס' שם והסמ"ג עשין צ"ד דף קע"ה ע"א בשם ר"י על זה דהא שמעון מצי למימר לא ניחא לי בתקנתא דרבנן שתיקנו אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואע"ג דבב"ק (דף ח' ע"ב) אמרינן דלא מצי שמעון למימר הכי היכא דמכר בינונית ושייר עידית לפניו היינו אם ב"ח רוצה לגבות ממנו אבל אם הב"ח רוצה לגבות מלוי ודאי יכול לומר כן ומהרש"ל פ"ח דב"ק סי' י"ז כ' על דברי תוס' וסמ"ג הנ"ל וז"ל קשה לי הלא ס"ס ג"כ אמר רבא שמכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וא"כ מאחר ששמעון יכול למימר לא ניחא לי בהאי תקנתא ולדחותו אצל זיבורית שקנה באחרונה ג"כ האי זכותא יש ללוי וכ"כ בעל העיטור דוקח בשטר אחד משום האי קושיא וכן הסכים תלמידו של ר"י פרק מי שהיה נשוי וכן הסכים בעל מ"מ וכן בטור סימן קי"ט הלכך אי קנה שמעון בזה אחר זה יכול לדחות הב"ח לאותה שדה שקנה משמעון באחרונה בין היא עידית או זיבורית עכ"ל ואין דבריו נראין ולא ידענא מאי קשיא ליה דנהי שמכר ראשון לשני זכות שתבח לידו מ"מ מ"ש רש"י דמצי למימר הניח לך שמעון בני חורין זה לא אמרינן ונ"מ אם אותה שקנה באחרונה היא עידית דלרש"י לא מצי גבי מלוי ולר"י כיון דמצי שמעון למימר לא ניחא לי בתקנת' דתקינו רבנן גובה מלוי וכ"כ תלמידו של ר"י בפ' מי

שהיה נשוי להדיא דהשת' לא אמרינן שמכר שמעון ללוי כל זכותו דודאי אילו הי' ביד שמעון (לא) הי' שמעון דוחהו אצל עידית (ואפשר גם ר"י מודה לתלמידיו באם אותם שקנה באחרונה היא זיבורית ודוק) ונרא' גם דעת הרא"ש כן ומה שהוצרך לפרש דמיירי בשטר א' היינו כמ"ש תלמידו של ר"י שם משום שקנה שמעון זיבורית באחרונה דאז אין יכול לגבות מלוי בינונית והיינו דכתבו הבעל העיטור והמגיד משנה והטור דוקא באם קנה בזא"ז וקנה זיבורית באחרונ' אינו גובה מלוי וכ"כ בעל התרומות ולא כתבו ג"כ הכי בקנה עידית באחרונה וגם מהטעם שכתבו שהרי שמעון היה דוחיהו אצל זיבורית משמע דבקנה עידית באחרונה דלא היה דוחהו אצל עידיות גובה מלוי בינונית ודוק:

סעיף ה

אין ב"ח טורף מעידית הטור מסיק וכתב ז"ל מידי דהוי אניזק דשעבודו מן התורה מן העידית ואם מכרם אינו גובה אלא מזיבורית והב"ח הקשה מנ"ל הא גופא ולא דק דברייתא וש"ס ערוך הוא פ"ק דב"ק ומוסכם מכל הפוסקים לקמן מסעיף ד' עד סוף כל הסי' וק"ל:

סעיף ו

מעידית שמכר עיין בסמ"ע ס"ק י"ג עד ולא כע"ש שמשמעות לשונו הוא דגובה מבינונית מכח שהתנה עמו להגבותו מהעידיות עכ"ל כו' ולפע"ד שלא כדת השיג על ע"ש דז"ל ומכר העידית ושייר בינונית וזבורית אין הב"ח גובה מן העידיות שמכר אלא מעידית מה שבידו דעדיין בן חורין הוא דהיינו מבינונית שלו עכ"ל ורוצה לומר במ"ש מעידיות מה שבידו דצריך ליתן לו מאיזה בינונית שירצה הבעל חוב דאע"ג דברשות הלוה ליתן לו מאיזו בינונית שירצה כדלעיל סי' ק"ב ס"ב הכא כיון שהתנה ליתן לו מעידית שבנכסיו צריך ליתן לו מאיזו בינונית שירצה הבעל חוב וז"ב:

סעיף ז

וגובה ניזק בעידית ואף ע"ג דאין שטר לניזק מ"מ יש לו קול לניזקין כמו בשטר עכ"ל סמ"ע וכ"כ הע"ש והוא מדברי ה' המגיד בשם יש מפרשים וכן משמע להדיא בתוס' פ"ק דב"ק דף י"ד ע"ב למאי דקי"ל שעבודא דאוריית' וכ"פ מהרש"ל פ' קמא דב"ק סימן ט"ו ומכאן צ"ע למ"ש לעיל סי' ס"ו סנ"ה בע"ש ובסמ"ע שם ס"ק פ"ג מיהו לענין דינא יש חולקין וכמו שהביא ב"י וכ"פ בהגהות אשר"י פ"ק דב"ק בשם א"ז דאינו גובה ממשעבדי אח"כ עמד בדין וצ"ע למעשה ובע"ש כתב עוד תירוץ אחר דמלוה הכתובה בתורה כמלוה בשטר דמי ולא כוון יפה דאע"ג דהתו' כ"כ מ"מ להלכה לא כתבו כן דהא

קי"ל הילכתא דמלוה הכתובה בתורה לאו כמלוה בשטר דמיא וכמו שנתבאר ביורה דעה סי' ש"ה וכמ"ש הלבוש גופיה שם כן להדיא ע"ש:

סעיף ח

ואז חלו כולם כאחד. וכ"פ מהרש"ל ביש"ש סי' י"ד ע"ש:

סעיף ט

דוקא שמת המוכר. עיין בספר המלחמות ריש ב"ק ודוק:

סעיף י

ואז יצטרכו כולם לגבות מן המוכר. ומהרש"ל פסק דוקא לענין ניזקין מהני טעם זה למיגבי מבינונית אבל לא שיגבה מזבורית דיכול לומר לכי תיהדר וה"ה לענין ב"ח לא מהני למיגבי מזיבורית אלא מבינונית וכך פירש"י ע"ש סימן י"ד טעמו מיהו מ"ש מהרש"ל שמן הש"ס דפ' שני דייני גזירות שנתבאר לקמן סי' קמ"ח בחד דאתי מכח חד דצריך ליתן לו דרך יש ראיה ברורה לדבריו וע"ש ונ"ל דלאו ראיה היא כלל דהתם כיון שמיד יש לו דרך אצלו היאך יוכל לומר מהדרינ' הלא מיד חייב ליתן לו דרך והרי הוא כמו הראשון וזה שאבדה לו גוף הדרך עצמו שלו הוא בתוך שדותיו משא"כ הכא דיכול לומר אחזיר זיבורית למרא וישלם לך הראשון זיבורית שהרי אפילו היו כולם ביד הראשון הי' יכול למכור עידיות ובינונית ולשלם מן הזיבורית שאין גוף הקרקע של ב"ח רק חוב ממון ושעבוד' אית ליה עליה ואין לו בגוף הקרקע כלום (הג"ה שוב ראיתי בתוס' דכתובות סוף דף ק"ט שתירצו בע"א דלאו ראיה מהא דכתובות ע"ש וכן בתוס' פרק החולץ סוף (יבמות דף ל"ז) וכן מוכח לפענ"ד בספר המלחמות רפ"ק דב"ק):

סימן קכ

סעיף א

המעות באחריות כו'. עיין בתשובת ר"ש כהן ספר ב' ר"ס י"א וק"א:

סעיף ב

ונאבד קודם שיגיע לידו. וכ"כ הרמב"ם והטעם דס"ל כמ"ש התוס' בגיטין ד"ה א"ה מאי למימרא כו' ע"ש ולא כמ"ש הרשב"א והה"מ ולזה כוון בסמ"ע ס"ק ג' וכ"כ הב"ח ע"ש והוא נכון ודוק:

סעיף ג

הנה מעותיך צרורים. ע' בסמ"ע ס"ק י' עד גם לעיל סי' ע"ד ס"ג כ' מור"ם בהג"ה דלוה אינו נפטר בא"ל בא וטול זוזך ולפע"ד דשאני התם דלא א"ל הלוה שהם צרורים רק

שמור"ם כתב שהם צרורים לכך חייב מטעם המפורש במצאתי כתוב שם אילו מזדמן ליה עסק מי לא מזדבן בהו אבל הכא שא"ל שהם צרורים מיד שא"ל כך הרי הם ברשו' מלו' ושוב לא יוכל להשתמש בהן לכך פטור ובזה מתורץ נמי מה שהקשה מלקמן סי' קצ"ח סי"ז וכן הוא בדברי רחבי"ה במרדכי פ' מי שאחזו וה"מ דפטור היינו היכא דבידו מזומנים להחזיר לו וזה הניחם לפניו או בביתו והמלוה או המפקיד הלכו להם אבל אם אינו תופס מזומנים ואומר אני אביא לך פקדוניך כו' ואע"ג דראבי"ה אפילו בפקדון קמחייב באינו תופס מזומנים י"ל דהיכי שאומר טול את שלך מודה ראבי"ה דפטור בפקדון כמ"ש מור"ם בסי' ע"ד ע"ש ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ט:

סעיף ד

ויש חולקים בזה. כלומר אפילו פשע פטור וכן הוא בדברי רחבי"ה במרדכי שם וכן נראה שהבין הסמ"ע ע"כ הקשה בסק"י דברי מור"ם אהדדי אבל הב"ח כ' בסימן ע"ד ס"ה דר"ל דיש חולקין דהלוה חייב והיא דעת ריב"א במרדכי שם. וע"כ כ' מור"ם בסי' ע"ד דחייב הלוה וקשה דהא ריב"א מספקא ליה וראבי"ה פשיטא לי' וע"ק דה"ל למור"ם לכתוב כאן דהעיקר כהיש חולקין כיון שכ' סתם בהג"ה בסימן ע"ד א"ו שאני כאן וכמ"ש לעיל ולענין דינא גם מהרש"ל פרק י' דב"ק סימן נ"ג פסק כראבי"ה דפטור אפילו מפשיעה:

סעיף ה

אם היא בת דעת כו'. ומהרש"ל פ"ט דב"ק סי' ל"ט חולק ופסק דבהלואה אפילו נושאת ונותנת בתוך הבית לא נפטר בכך ע"ש. עיין בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ל"ט:

סעיף ו

חייב בכל האונסים. עיין במרדכי ולעיל סי' ע"ב:

סימן קכא

סעיף א

אם אמר ליה המלוה כו' כתב בסמ"ע ס"ק ה' דכל שאומר א' כותב לחבירו אפילו בינו לבינו שלח לי ע"י פלוני ושלחו ונאבד פטור הלוה אם הודה המלוה שאמר לו או כתב לו כן עכ"ד וכן מוכח בפוסקים:

סעיף ב

אלא ששלח לו בכתב כו'. בעיר שושן מסיים בזה דהכי נהיגי תגרי כו' ואמת כן הוא ברי"ף ומביאו הרא"ש ובית יוסף אבל ט"ס הוא שדין גמור הוא זה ודוקא כשכתב לו

שלא סתם ונתנו למוביל הכתב זה תלוי במנהג עד כאן דברי סמ"ע ומה שכ' שדין גמור הוא כך הקשה הרא"ש על הרי"ף ומביאו מהרש"ל פרק הגוזל קמא סי' ל"ו והבית חדש גם מ"ש שט"ס הוא כו' כ"כ מהרש"ל ובית חדש וע"ש (ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ח):

סעיף ג

והוא שיכיר כו'. חלוקי דינים במכיר כתב ידו יתבארו בסמוך ס"ד וה':

סעיף ד

אפילו שהשליח עכו"ם ואצ"ל שלח והפטר סמ"ע ודלא כמ"ש הבעה"ת שער נ' ח"ג בשם הרמב"ם דצ"ל שלח ע"י פלוני עכו"ם והפטר וראייתו מלקמן סי' שמ"א ס"ח דעל ידי עבדו הכנעני חייב ע"ש בבעה"ת ואינו ראי' דהתם כיון דיד עבד כיד רבו עדיין ברשות השואל קאי נ"ל:

סעיף ה

ובדרך שבני אדם כו'. כתב בסמ"ע שזה שייך דוקא כשכתב או אמר ליה שלח ביד מי שתרצה אבל בכתב או ת"ל שלא ע"י פלוני לא על המשלח התלונה כ"א אשליח שלא ה"ל להוליכו בדרך זה המסוכן עכ"ל ולכאורה נראה כיון דטעמא הוא שעל דעת כן לא הרשהו א"כ גם באמר לי' שלח ע"י פלוני לא הרשהו אלא בדרך שבני אדם רגילים אבל לא במקום סכנות דרכים וכך נ"ל בזה כשעשה שליח לפלוני נאמר שלח ביד מי שתרצה. אך מדברי התוס' שהבאתי לקמן ס"ק י"א מוכח דלמ"ד שליח שעשאו בעדים הוי שליח אפילו שלח על ידו במקות סכנת דרכים פטור וא"כ כ"ש הכא דהוי שליח לכ"ע. מיהו י"ל דהתוס' ס"נ דאף בא"ל שלח ביד מי שתרצה אי הוי שכיח ושלח על ידו במקום סכנת דרכים דפטור ואם כן לבעה"ת והטור דס"ל דחייב ה"ה בא"ל שלח ע"י פלוני ודוק:

סעיף ו

ע"י מי שהוחזק כפרן קל וחומר עכו"ם וחרש שוטה וקטן מהרש"ל שם ור"ל דבעכו"ם וחש"ו אפילו לא הוחזקו כפרן נראה דהעכו"ם אפילו מחזיקים אותו בנאמן חייב כדלקמן סי' רכ"ה סוף ס"ב ובחרש שוטה וקטן פשיטא דלא שייך לומר שהוחזקו נאמנים דהא אינן בני דעה:

סעיף ז

הרי פשע כו'. ואם כן אפילו לא כפר השליח רק מביא עדים שנאבד כיון שהוחזק כפרן ה"ל תחלתו בפשיטה וסופו באונס דקי"ל לקמן סי' רצ"א ס"ו דחייב:

סעיף ח

אא"כ פירש לו. בהדיא שלח ע"י שתרצה והפטר עכ"ל עיר שושן ולפעד"נ דבלשון זה לא סגי רק כשפירש לו בהדיא שלח אפי' על ידי מי שהוחזק כפרן או במקום סכנת דרכים וק"ל:

סעיף ט

אמור לפלוני. משמע אם א"ל אמור לפלוני שישלח על ידך מעות פשיטא דהוי שליח ופטור וכתב בסמ"ע דהיינו דוקא כשא"ל כן בפני עדים מטעם דכיון דטרח ויחד עדים לזה מסתמ' שוייה שליח אבל אם לא יחד עדים אף שמודה שאמר לשליח חמור לפלוני שישלח לי ואם יתנם לך הביאם לי מ"מ כיון דלא אמר ללוה שלח על ידו לא הוי שליח ולא נפטר הלוה באבידת השליח עכ"ד ועיין בש"ס פ' הגוזל (בבא קמא ד' ק"ד ע"א) מוכח כן להדיא ויתבאר עוד כן לקמן:

סעיף י

לך ואמור לו שדעתך לבוא לכאן כו' ומהרש"ל שם חילק וכתב דהוא הדין אם אמר אם יתנם לך הביאם כו' הוי כממציא לו שליח ורש"י פי' להדיא שליח שעשאו בעדים כגון שמינה שליח בעדים לקבלם הימנו וכן פי' הר"ן הלכך היכ' דאמר בכי האי לישנא ותתקבל מפלוני והיינו שתאמר לו ישלח על ידך הוי שליח אבל אם א"ל לך והודיעו שדעתך לבוא כאן ואם יתנם לך הביאם לידי לא הוי שליח עכ"ל ולא היה צריך להביא ממה שפי' רש"י והר"ן גבי שליח בעדים דבהדיא כתבו רש"י והר"ן גבי ממציא לו שליח וז"ל בממציא לו שליח בעדים בקש מחבירו שימציא את עצמו ללוה ושיאמר לו אם תרצה לשלוח לפלוני שלח בידי עכ"ל ומשמע נמי מדבריה' דהכא נמי פליגי אהרא"ש והטור אפילו אמר ליה אמור לפלוני שישלח על ידך מעות שבידו לא הוי שליח עד שיאמר לו בפני העדים הריני עוש' אותך שליח לקבל מעותי מפלוני ואמור לפלוני שישלח מעותי על ידך כי עשיתך שליח בעדים ודו"ק. וכן נראה מדברי הרמב"ן בס' המלחמות שהבאתי לקמן ס"ק ט"ו ומדברי מהרש"ל נראה דמודה בזה להרא"ש והטור:

סעיף יא

אלא א"ל יש לי מעות וכו'. פי' אפילו א"ל כן בעדים לא מהני לפטור הלוה. והכי מוכח בש"ס וכתבו התוס' למ"ד שליח בעדים לא הוי שליח דאמרינן בש"ס דטעמא הוא דה"ק אינש מהימנ' הוא אי סמכת סמוך אי בעית לשדורי בידיה שדר וז"ל תימא אמאי חייב הוא מן הדין באחריות אונס הדרך והא אין יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כיון דתפיס ליה באינש מהימנא וי"ל דנראה דאפי' הוא עצמו הביאו בדרך ונאנס

חייב דפשיע' הוא עושה שמוליכו בדרך במקום שיש בו סכנה ובע"כ חייב לשמור עד שיחזירנו לו בישוב במקום שהפקידו ולאו כל כמיניה להחזיר לו במדבר במקום סכנה עכ"ל וכ"כ באגודה ולפ"ז אף דקי"ל שליח בעדים הוי שליח מכל מקום בממציא שליח בעדים דלכ"ע הוי שליח דמשמע נמי דטעמ' היא דה"ק אינש מהימנ' כו' אינו חייב הלוה רק כשנתנו לו להוליכו במקום סכנת דרכים ודעת כל הפוסקים אינו נראה כן שכתבו סתמ' דחייב הלוה משמע דחייב בכל ענין ונראה דלק"מ דאנן הכי קאמרי' דה"ק אינש מהימנ' שהוא מוחזק בנאמן ואני איני עושה אותו שליח ואיני סומך עליו אי סמכת את סמוך ול"ד להא דאמרינן בפ' המפקיד דהיכ' דאפקיד איהו גופיה גביה אין יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דהתם הפקיד אצלו וגם התם דוקא ברגיל להפקיד אצלו כדלקמן סי' רצ"א סכ"ו דהרי אנו רואים שהאמינו משא"כ הכא ואפשר גם התו' מודים דבממציא לו שליח חייב בכל ענין ודוק:

סעיף יב

לא עשאו כו'. כ' הסמ"ע דהיינו אפי' מודה דא"ל ל' שליחות הנ"ל בסעיף שלפני זה מעות יש לי ביד פלוני אמור לו שישלחם לי ואם יתנם לך הביאם לי אבל לא א"ל כן בפני עדים וגם לא א"ל שישלחם על ידי פלוני שהי' מהני בלא עדים אלא מסר המלוה חותמו לא מהני עכ"ד וכן מוכח ברמב"ן ותו' ומהרש"ל דלקמן ס"ק ט"ו מיהו יש שטה אחרת דאם המלוה מודה פטור הלוה וכמ"ש לקמן ס"ק י"ז באריכות ע"ש.

סעיף יג

אלא מסר לו חותמו לסי' כו'. כתבו התוס' דהיינו דוקא בסתם בני אדם אבל בגדולי הדור וידוע דיוקני שלהם משלחין עלייהו וכ"כ בשלטי גבורים וכ"פ מהרש"ל שם סי' מ' ואפשר דהתוספות לא כתבו שם כן אלא לפי שטתם שפירשו דדיוקני היינו שחותם דיוקני שלו תחת כ"י הסופר כדלקמן ס"ק ט"ו אבל אם א"ל ע"פ להביא לו מעות ומסר לו הדיוקני אפשר דאפי' בגדולי הדור לא מהני ואם המלוה כופר שלא עשאו שליח להביא פשיט' דלא מהני בדיוקני לחוד אפי' בגדולי הדור וכן משמע בש"ג שם:

סעיף יד

חותמו לסי' נראה דוקא חותמו לסי' אבל אם כתב לו שישלח לו על ידו אפי' הוא כתב יד אחר וחתם שמו למטה וניכרת חתימתו פטור הלוה דהא אי הוי כולו כתב ידו הי' מועיל כאן כדלעיל ס"ה א"כ ה"ה בכתב יד אחר וחתם למטה דדין א' להם כדלעיל ר"ס ס"ט וכמה דוכתי והכי מוכח ממ"ש התוספו' דדיוקני אחר כ"י הסופר מהני בגדולי הדור

ולמדו כן מהא דאמרי' בהשולח (דף ל"ז ע"א) ובהמגרש דמר חתים כוורא ומר חתים מכותא והתם בהשולח אמרי' דחתימת שמו ממש עדיף מכוורא בגדולי הדור ע"ש.

סעיף טו

פלוני שלחני אליך כו'. פי' שאמר ליה השליח המלוה אמר לי לאמר לך שתשלחם לו כי הוא צריך להן אבל לא שינה השליח לאמר ללוה בשם המלוה שישלחם על ידו כי זה לא שם המלוה בפיו אלא שבאם יתנם לו יביאם לו כנ"ל עכ"ל סמ"ע ולא ירדתי לסוף דעתו דכיון דבלא עדים לא הוי שליח אפי' שם המלוה בפיו לאמר ללוה בשם המלוה שישלחם על ידו ועשה כן א"כ מה מועיל הסי' כאן כיון דאין משלחין מעות בדיוקני לפי שטתו דמיירי אפי' מודה המלוה והכי מוכח ממ"ש התוס' פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ד) ריש ע"ב וז"ל אין משלחין מעות בדיוקני אפי' עדים חתומים עליה פי' אם אמר לסופר כתוב לפלוני שישלח לי מעות על ידי פ' ואח"כ חתם בדיוקני שלו ואפי' עדים חתומים עליה שהוא דיוקני שלו אינו מועיל אבל אם היו חתומים ע"ז שא"ל לשלוח על ידו אז הוי שליח עכ"ל וכן כתב מהרש"ל שם. וכן כ' הרמב"ן בספר המלחמות וז"ל יש לפרש מילתיה דשמואל דאמר אין משלחים מעות בדיוקני הוי יודע כי השליח שעשאו בעדים ואמר ליה לך בשליחותי לפלוני להביא לי מעותי ידו כיד שלוחו דקיימ' לן שלוחו של אדם כמותו אבל הדיוקני אינו ממנה אותו שליח שיהא שלוחו ויקבל מעותיו אלא שכתב לו תן לפלוני כך וכך מעות שלי וחתם דיוקנו באותו שטר והעדים מעידים שהוא דיוקנו אבל אינם מעידים על מה שכתוב בשטר ואין זה שלוחו של אותו משלח אלא כממציא לו שליח הוא מאחר שלא אמר ליה שלח לי מעותי שהוא שלוחי שמניתיו שליח אלא כתב לו סתם בזה אמר שמואל אין משלחים דאי הוי שליח הוי ממנה ליה בפני עדים וכתב ליה שטרא בהכי מדלא מינהו בפני עדים לאו לאוקמינהו ברשותי' בעי ומש"ה לא אחתי' סהדי אשליחות עכ"ל (ונראה דמ"ש אלא שכתב לך כו' היינו בכתב יד אחר ולא בכתב ידו וצריך לומר דה"ק הסמ"ע אבל (לא) שינה השליח לאמר ללוה בשם המלו' שא"ל בפני עדים שישלחם על ידו כי זה לא שם המלו' בפיו בפני עדים ודוחק ודוק):

סעיף טז

ועדים מעידים שהוא חותמו. אפי' מעידים שמסר לו חותמו בפניהם כיון שאינם מעידים שעשאו שליח וכן נרא' מדברי מהרש"ל שם וכתב אם עשו ביניהם שמי שיביא לו אותו חותם או אותו סי' ישלח על ידו ויש לו עדים שמסרו לידו פטור דכל תנאי

שבממון קיים ע"כ וכ"כ בש"ג ונראה מטעמם דה"ה אפי' אין עדים שמסרו לידו רק שמכירין הסי' או שהוא מודה שזהו הסי' כיון שהתנו כן בתחלה ודו"ק:

סעיף יז

ויחרים כו'. בסמ"ע ס"ק ט' תמה על הר"ב דהא כל זה מיירי שאין הכחשה ביניהם כי לא בא ללמדינו רק שמסירת החותם לא הוי כא"ל בעדים ולא כתב הרמב"ם והטור כן אהאי דינא אלא אדינא שכתב הטור בסעיף ו' והמחבר בסעיף ד' והיינו כשמכחיש המלוה הכתב שטוען הלוה שבא לידו כתב המלוה לשלוח לו עכ"ל גם בספר אגוד' אזוב דף פ"ו ע"ב תמה על הר"ב בזה ולפע"ד יפה כוון הר"ב דהא ג"כ האי או אפי' היו כתובים סימנים ואותיות שביניהם ביחוד כו' שכ' הרמב"ם והמחבר בסעיף ד' הוא פי' דיוקני דבש"ס דאל"כ לא הזכיר הרמב"ם דין דיוקני כלל וכ"כ בהגהת מיי' ובכסף משנה בהדיא דהיינו דיוקני ושפסק כשמואל אלמא מפרש דטעמא דשמואל דאין משלחין היינו כיון שאין הלוה מכיר הדיוקני אע"פ שעדים חתומין עליה שמא הכל זייף וכ"מ בהגהת מיי' שם א"כ להרמב"ם כשהוא מודה ששלחו להביא לו מעות אפילו שלחו בינו לבינו וזה שלח עפ"י החותם שלו פטור הלוה וכן מוכח בסמ"ג עשין פ"ב דף קס"ו ע"ב ע"ש ודוק וגם בטור מוכח כן דמ"ש טען המלו' כו' אדסמיך ליה אדיוקני קאי וכ"כ הרמב"ם טען המלו' כו' וכמו שפי' בבית חדש (וכן מצאתי בטור ישן נושן כתוב על קלף שהיו ב' נקודות ואח"כ היה כתוב וכ"כ הרמב"ם טען המלוה כו') ואע"פ דהוכחה שכ' הב"ח אינה כלום מ"מ בלאו הכי מוכח כן וכמ"ש בביאורי לטור ע"ש ואע"ג דכתבתי לעיל ס"ק י"ב דדעת התו' נראה דאפילו המלו' מודה שא"ל להביא מעותיו כיון שלא עשאו שליח בעדים לא הוי שליח אפי' יש עדים על הדיוקני מ"מ דעת הרמב"ם והסמ"ג והטור אינו כן אלא ס"ל דכשהמלוה מודה שעשאו שליח אפי' בינו לבינו והודה או ניכר שזה חותמו פטור הלוה וגם ראב"ן ד' צ' ע"ג מפרש כן וז"ל ואמר שמואל אין משלחים מעות בדיוקני ע"י מי שמביא הסי' דשמא זה הסי' המביאו גנבו או מצאו ובא ליקח הפקדון בערמה ואם נאבד הפקדון וטען המפקיד לא נתתיו אלא גנבו ממני טענתו טענה עכ"ל ומביאו מהרש"ל שם. שוב ראיתי בשלטי הגבורים כתב ג"כ וז"ל והרי"ף ומיי' פ"ק מה' שלוחים וסמ"ג עשין פ"ב והרא"ש וטור ח"מ סי' קכ"א כולם פסקו דאין משלחין מעות בדיוקני ואם שלח הלוה או הנפקד ע"י דיוקנין אלו ונגנב או נאבד הוי פסיד' דלוה ונפקד מיהו נראה דדע' כולם באמר' דנאבדו ללוה היינו דוקא היכ' שהמלוה טוען שלא שלחו אבל אם אינו טוען שלא שלחו אלא מודה כו' נראה דהוי פסידא דמלוה שכתב מיי' והביא דבריו הטור והסמ"ג לפסק הלכה ומסכים עמו וז"ל וכ"כ הרמב"ם ז"ל טוען

המלוה ואומר אני לא שלחתי אלא אחר שלחו ורימה בך הלוה חייב באחריותו ומשלם אחר שיחרים מי ששלח כתב זה מדעתו ולא יודה בו ויש מי שהורה שישבע המלוה ויטול כדין כל הנשבעי' ונוטלי' ע"כ משמע דלא הוי באחריות דלוה אלא משום דאין המלוה מודה שעשאו שליח הא אם יודה המלוה קם ליה באחריות מלוה עכ"ל ש"ג הרי להדיא כדעת הר"ב והוא נכון (וגם בלאו הכי הראב"ן פסק כר"י דמשלחי' מעות בדיוקני וכ"פ התוספות):

סעיף יח

וי"א שצריך כו'. עיין לקמן ס"ק כ"ד:

סעיף יט

ישבע הלוה היסת כו'. כאן כ' המחבר ל' הרמב"ם ודבריו קצרים ומיירי במלוה ע"פ לכך נאמן הלוה בהיסת ובסעיף ה' כפל הדברים וכתב דברי בעה"ת והטור שהם בביאור יותר וכ"כ בסמ"ע ועמ"ש בס"ק כ"ט:

סעיף כ

שכתב ידו בא אליו. בין שהכת"י לפנינו או לא כיון שטוען ברי שבא לידי כת"י דמלוה פטור ובסיפא דאין מלוה מכיר הכת"י אפי' הכת"י לפנינו חייב וכ"כ בסמ"ע:

סעיף כא

או שאין הלוה יודע כו'. הטעם דכיון שאינו יודע שהוא כתב ידו ה"ל כאומר לו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם פרעתיך דחייב וכ"כ בכ"מ:

סעיף כב

ומשלם אחר שיחרים כו'. ויש מי שהורה כו' אדסמיך לי' קאי שאין הלוה יודע אם הוא כתב ידו אבל באם לא היה כתב ידו דהיינו שהלוה אומר זה כת"י שהביא לי השליח ונודע שזיוף הוא פשיטא דאין כאן שבועה ומשלם שהרי נודע שאחרים רמוהו וק"ל:

סעיף כג

אחר שיחרים כו'. מיירי שאין השליח לפנינו אבל אם הוא לפנינו ומכחיש המלוה לכ"ע צריך המלוה לישבע וליטול כדלקמן סעיף ט':

סעיף כד

ויש מי שהורה כו'. ומהרש"ל שם סי' ל"ח כתב דנ"ל להכריע כסברא הראשונה דכל טענת שמא אין משביעין עליה כלל ויותר מזה כתב הטור (והמחבר לקמן סעיף ו') דליכא על הנפקד או הלוה רק חרם סתם עכ"ד ולפע"ד אין מזה הכרעה דשאני התם דהוא לפטור משא"כ דבא ליטול י"ל דצריך לישבע אף בשמא כדלקמן סעיף ט' (ועיין

לקמן סוף ס"ק מ"ו כתבתי שהתשוב' שהביא מהרש"ל שם נמי ס"ל כהסברא האחרונה שבכאן) ויותר היה להכריע כן ממ"ש הרמב"ם והטור לקמן סעיף יו"ד כשמת השליח ובא ב"ח ליטול נוטל בלא שבועה אלא דלפ"ז היה קשה דברי הרמב"ם והסמ"ג והטור אהדדי דכאן כתבו ב' דעות ולקמן כתבו בפשיטות דאין על המלו' רק חרם סתם ונראה לחלק דהתם הלוה מודה שידוע לו שלא עשאו המלוה שליח מעולם שהרי הלוה הוא שעשה השליח משא"כ הכא כיון שידוע לו שאחר בא בשליחות המלוה קרוב לומר שהמלו' שלחו לכך צריך לישבע וליטול ודוק. שוב מצאתי במהרי"ק שורש ק"ך כ' ליישב דברי הרמב"ם דלא תיקשי אהדדי מפני שיש יותר רגלים לדבר מתוך הכתב או מתוך הסימנים ע"ש:

סעיף כה

שישבע כו'. כתב בתשובת מבי"ט ח"ב סימן רס"ו דף קכ"ג ריש ע"ד דנראה דאפי' יש נאמנות בשטר ושפטרו מחרם ושבועה כמו שרגילים לכתוב אם המוציא אומר שהוא נתן לו השטר להוציאו ושפרע קצתו יש חרם או שבועה כו' ואפשר דלא קאמר אלא בעובד' דידי' שהי' כתוב בשטר שיגבה בו פלוני וכל המוציאו כו' ע"ש וצ"ע לדינא:

סעיף כו

טען המלוה כו'. בטור ובעה"ת כתובי' אם הסכימו שניהם תחל' שישלח ממונו ע"י מי שיביא לו כתב ידו ומשמסרו כו' וטען המלוה כו' וכתב הב"ח ונראה דמ"ש ואם הסכימו שניהם ה"ט דאם לא הסכימו מתחל' יכול נמי לטעון אמת כתב ידי הוא זה אלא שאני לא שלחתיו בכת"י כי אם הכנתי כתבי זה לשלוח ולא שלחתיו א"נ כתבתי כך על ריש מגלתא ואחרים לקחו אותו כתב ושלחו והי' נאמן בשבועה עכ"ל ואין דבריו נכונים דכיון שזה כתב ידו מה ה"ל ללו' או לנפקד לעשות ואם המלוה לא שלחו איהו דאפסיד אנפשי' דה"ל ליזהר שלא יקחוהו אחרים וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם והמחבר בסעיף א' וסעיף ד' ודו"ק אלא אורחא דמילתא נקטו הבעה"ת והטור ומפני כך השמיטו המחבר:

סעיף כז

ועל פיו מסרתיו ביד שלוחך כו'. כתב הבית חדש נראה דמה שהצריכו לפרש בשבועה שע"פ כתב ידו זה מסרו לשלוחו ה"ט דשמא קודם שהגיע כת"י ליד הלוה מסרו לשליח א"כ פושע הוא עכ"ל ולפעד"נ דאפי' מסרו לידו קודם שהגיע כתב ידו ליד הלוה אם באותו פעם הי' הכ"י ביד השליח אע"ג דהלוה לא ידע מזה מ"מ הרי אנו רואים למפרע שהאמינו ואע"ג דהלוה לא ידע שהאמינו ס"ס לא פשע ומ"ש ועל פיו מסרתי ביד שלוחך קושט' דמילתא נקט ואפשר גם הב"ח מודה לזה ולא בא אלא לאפוקי היכ' שמסרו לידו

קודם שהגיע הכתב יד להשליח אע"ג דאח"כ נתן לו כתב ידו י"ל דעד עתה לא הי' אצל המלוה בחזקת נאמן וגם בזה צ"ע ודוק:

סעיף כח

ביד שלוחך ואם נפקד אצלו בשטר כו'. כן צ"ל וכן הוא בטור והוא חסרון הניכר בדברי המחבר וא"כ א"צ להגהת הרב דלקמן:

סעיף כט

ואם היא מלוה בשטר כו' דלוה חייב באונסי' וא"כ לית ליה מגו. והטור כתב ואם הוא לוה שאין לו שום טענה ליפטר כו' וכתב מהרש"ל שם סי' ל"ז ז"ל נראה דלא איירי אלא בהלוה לו ע"מ שלא יפרענו אלא בעדים או בכה"ג שלא יכול לטעון פרעתי עכ"ל ודבר פשוט הוא דאלעיל קאי הטור שכ' ואם נפקד אצלו בשטר קאמר ואם הוא לוה בשטר שאין לו שום טענה ליפטר כיון דחייב באונסים וכוונתו כמ"ש המחבר והוא מבעה"ת:

סעיף ל

אין הלוה נאמן וחייב לשלם כו'. מהרש"ל שם האריך להשיג על הטור ופסק דנאמן הלוה בהיסת וראייתו מדברי הרמב"ם שהביא המחבר בסעיף ד' ואין דבריו נכונים דהתם מיירי במלוה ע"פ וכ"כ בסמ"ע שם וכן משמע בכסף משנה שכתב הטעם משום שאומר לו מנה לי בידך והלה אומר פרעתיך שנתתי לשלוחך לפיכך נשבע היסת ונפטר עכ"ל משמע דמיירי בע"פ דוקא ואולי גם מהרש"ל לא השיג על הטור אלא לפי מה שהבין דמיירי במלוה שלא בשטר אלא שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים וכה"ג וכמ"ש בשמו בסמוך אבל במלוה בשטר מודה וכמ"ש המחבר והוא מבעה"ת בשם הראב"ד וגם בזה דבריו צריך עיון ונראה כיון שאינו יכול לטעון פרעתי כיון שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים ג"כ אינו נאמן לטעון זה כתב ידך וכן כתוב בסמ"ע ס"ק י' דנאמן דוקא במגו דלהד"ם או פרעתיו וכ"כ בע"ש שם ותדע דהא במפקיד אינו נאמן ג"כ אלא במגו וה"ה הכא ודוק:

סעיף לא

וחייב לשלם כו' אם המלוה טוען שמא כגון שטוען כמדומ' לי שלא כתבתי ליתן אלא חמשים והלוה טוען ברי לי שכתבת ליתן מאה ונאבד כתבך נאמן הלוה בשבועת היסת והכי נמי קיימא לן במי שיש לו שטר על חבירו ואומר איני יודע אם נפרעתי דמחזיר השטר ללוה ואינו גובה בו כלום כמ"ש בח"מ סי' נ"ט וכ"כ ר"מ אלשיך בתשו' סי' כ"א ולא ירדתי לסוף דעתו דכיון דמדמי לאיני יודע אם פרעתני א"כ אפי' שבועה לא בעי כדלעיל סי' נ"ט ואולי שבועת היסת דנקט הוא לאו דוק':

סעיף לב

אחר שישבע המלוה כו'. היינו כשא"ל אשתבע לי שאין זה כתב ידך וכן משמע בלשון הראב"ד שבבעה"ת ומביאו ב"י. גם דעת הט"ו כן ומה שלא ביארו כן משום שאין כאן עיקר דין זה אלא לעיל סי' פ"ב וסמכו עצמם אדלעיל דבאומר פרעתיך ממש אין המלוה צריך לישבע בשטרו אא"כ אומר אשתבע לי וא"כ ה"ה הכא כן נ"ל ודלא כהב"ח שהניח בצ"ע. שוב נ"ל דהמחבר כתב זה כאן בביאור במה שכתב שישבע המלוה שבועה חמורה שאין זה כתב ידו אם טוען הלוה ישבע לי כו' דלאיזה צורך הוסיף אם טוען הלוה ישבע לי שלא הוזכר בטור אלא ודאי כונתו כמ"ש הבעה"ת בשם הראב"ד ור"ל דוקא כשטוען הלוה ישבע שאין זה כתב ידו ומ"ש שאומר שנאנסו כו' בלאו הכי ט"ס הוא וכך צ"ל והשליח שאומר שנאנסו כו' ואע"פ שמהגהת הר"ב נראה דהאי אם טוען הלוה ישבע לי קאי אלמט' אהשליח וכ"כ בע"ש בהדיא מ"מ אין נ"ל כן דא"כ מאי אריא דטוען הלוה ישבע לי הא בשבועת השומרים פשיטא דאפי' לא טען ישבע לי משבעינן לי' ולאיזה צורך הוסיף המחבר דבר שלא נזכר בטור ובשום פוסק אלא ודאי כדפי' וק"ל:

סעיף לג

שישבע המלוה כו'. כתב הב"ח דאפי' יש בו נאמנות צריך לישבע דכעין שובר הוא ודמיא לטענת מחילה דשומעין לו אפי' יש בו נאמנות כדלעיל סי' פ"ב סי"א:

סעיף לד

שבועה חמורה כו'. כתב הסמ"ע הוא שבועת המשנה וכדין נשבע ונוטל דלעיל סי' פ"ב ופ"ז אבל שבועת הנתבע במפקיד בשטר דלפני זה היא שבועת התורה ממש כיון דאינו נפטר אלא במיגו דנאנסו ובטענת נאנסו הי' צריך לישבע שבועת התורה ממש שבועת השומרים וחילוק שבין ב' השבועות הללו מבואר בסי' פ"ז עד כאן לשונו וכן נראה מדברי מהרש"ל שם סי' ל"ז וז"ל ומה שפסק שצריך לישבע שבועה חמורה היכא דנפקד אצלו בשטר היינו טעמא מאחר שאינו נאמן בטענת כתב ידך הוה אלא במגו שנאנסתי א"כ לא עדיף מאלו טען נאנסתי דצריך שבועת שומרים ומ"ש אח"כ שהמלוה צריך לישבע ש"ח שאין זה כתב ידו אין ר"ל שבועת התורה אלא כלומר כעין דאוריית' בנקיטת חפץ עכ"ל ולפע"ד זה אינו דהא הבעה"ת וט"ו כתבו כעין של תורה ומשמע מדרבנן כעין של תורה והכי משמע לישנ' דכעין של תורה בכל דוכתי מדרבנן כדלעיל סי' פ"ט וצ"א ודוכתי טובי אלא גם שבועת הנתבע במפקיד בשטר היא מדרבנן בנק"ח וכמו שכתבתי לקמן סי' רצ"ו סעיף ב' עיין שם שהבאתי עוד ראיות ותימ' היאך יעלה על הדעת לישבע ש"ד בטענת החזרתי דלא שייכא בדאוריית' כלל ודוק:

סעיף לה

שאומר שנאנסו כו'. בכאן וכן בכל הסי' שהוזכר שהשליח אומר שנאנסו ה"ה אפילו אומר שנגנבו או נאבדו אם הוא שליח בחנם ואינו חנוני או שולחני כדלקמן סי' רצ"ב ס"ז ע"ש:

סעיף לו

אם התובע מודה שזהו כתב ידו. שכתבו לשלוח ע"י שליח זה וכתב הב"ח נראה ודאי דלאו דוק' כתב אלא ה"ה באומר ללוה פא"פ שלח לי ע"י פלו' אלא שאומר לשליח איני מאמינך אלא דהשתא דמיירי בכת"י כתב דין זה גם כן בכת"י ע"כ ונראה דדינים אלו אפי' במלוה בשטר דכיון שא"ל או כתב לו שלח לי על ידי פלוני ואומר שעשה כן אין עליו אלא חרם סתם וכן כל מ"ש בסעיף ו' וסעיף ז' מיירי אפילו במלוה בשטר כיון שמודה שעשאו שליח:

סעיף לז

ונשבע השליח שבועת השומרים. כתב הבית יוסף מחודש א' ראובן הי' חייב זקוק לשמעון ושלחו על ידי שלוחו ונאבד אין שמעון יכול להשביע השליח עד שיבא ראובן. מרדכי פ' הגוזל קמא (בשם אבי העזרי) ומסיק שם המרדכי ודכותיה פסק זקני ראב"ן בא' ששלח לאשתו מזונות ונאבד שאינו נשבע לאשתו אם לא מדעת בעלה עכ"ל ומביאו מהרש"ל שם סי' ל"ז ומשמע שהטעם הוא שהשליח יכול לומר דילמ' המשלח לא ירצה להשביעני וישלם לך ויאמין לי שנאבד ולפ"ז אם מת הלוה או הלך למ"ה מחוייב לישבע שבועת השומרים מיד נגד המלוה (עיין בתשובת מהרשד"ם סי' תי"ו ותכ"ד):

סעיף לח

השליח אינו נאמן. פי' להיות פטור בלא שבועה כדין שליש או לפטור הלוה מהחרם סמ"ע. ונראה דלפטור מהחרם קאי אשנים אבל באחד אפי' הי' עד ממש לא הי' פטור מחרם סתם וכמ"ש לעיל סי' כ"ז סעיף ו' וק"ל:

סעיף לט

נשבע השליח כו' והלוה או הנפקד נשבע כו' הא דנשבע השליח והלוה כאי היינו כששניהם לפנינו ומכחישים זא"ז דאל"כ אין עליהם רק חרם סתם כדלקמן סעיף י' ודו"ק:

סעיף מ

ללוה או לנפקד במעמד הלוה או הנפקד. הלשון מגומגם דפשיט' כשנשבע ללוה או לנפקד שנשבע במעמד הלוה והנפקד וע"כ תקן בע"ש וכתב שנשבע השליח ללוה או

לנפקד במעמד המלוה או המפקיד אבל בל' הראב"ד שבבעה"ת שממנו מקור דין זה איתא נשבע למפקיד במעמד הנפקד ומביאו ב"י והוא מתוקן יותר דה"ל כהא דאמרי' בפ' הנשבעים פועלים נשבעין לבעה"ב במעמד חנוני כי היכא דליכספו מיניה ודו"ק:

סעיף מא

והלוה או הנפקד כו'. גם כאן אף במלוה בשטר דינא הכי והיינו דסתמו הפוסקים והטור דבריהם ומשמע דמיירי בכל ענין וליכא למימר במלוה בשטר כיון שהשליח מכחיש הלוה ישבע המלוה ויטול דהא כיון דאמרי' בחנוני על פנקסו דנשבע ונוטל מבעה"ב אע"ג דפועלים מכחשי ליה כיון שהבעה"ב הרשהו ליתן א"כ כ"ש הכא שהלוה פטור כיון דהרשהו ליתן ודו"ק:

סעיף מב

שבועת היסת כו'. אע"ג דטענת המלו' על הלוה הוא שמא מטעם דלקמן ס"ק מ"ד ע"ש:

כתב בתרומת הדשן סי' ש"ח ראובן ששלח ביד שמעון מעות ללוי לקנות לו איזה דבר ושמעון אומר שנתן ולוי מכחישו שמעון מחויב לישבע היסת ולוי פטור מראובן דאין עליו רק טענת שמא ואם ירצה שמעון לתבוע את לוי מחויב לישבע לוי היסת ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את שהרי אין הממון שלך לא מבעי' קודם שנשבע שמעון לראובן דבעל דברים דידיה הוא כדי שיפטר משבועתו אם יודה ע"י השבוע' אלא אפי' לאחר שנשבע שמעון הואיל וטוען שמידו נתן ללוי בעל דברים דידיה הוא עכ"ל ולפ"ז אפי' פטר ראובן מתחלה את שמעון משבועה יכול שמעון להשביע ללוי מטעם כיון שמידו נתן ללוי בעל דברים דידיה הוא עוד כתב דמ"מ אין ראובן יכול לכוף לשמעון שיתבע את לוי בין קודם שנשבע שמעון או אח"כ אא"כ פוטר אותו מהשבועה לגמרי כיון שישבע אחד מהן ודאי שבועת שוא עכ"ד ואין זה נ"ל דודאי יכול לכופו וליכא למימר דודאי אחד ישבע שבועת שוא שהרי ראובן יאמר לו אם אתה יודע שהאמת אתך תשבע ולוי לשקר נשבע ומ"מ נ"מ אם מת שמעון או הלך למ"ה אף שהי' מכחיש את לוי קודם לכן בב"ד כיון שעתה אינו תובעו ואין לראובן עליו רק טענת שמא מקבל חרם סתם ונפטר וק"ל:

סעיף מג

אבל אם לא עשאו שליח כו'. וכתב בתשובת מהרי"ל סי' ר"ב על ראובן ששלח מעות עם שמעון ללוי שהלוה לו ושמעון טוען שנתנו ללוי ע"י אשתו ולוי אומר שלא קבלם ישבע שמעון שמסרם לאשתו ואין בזה משום שומר שמסר לשומר דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ואשת שמעון תשבע שנתנם ללוי ופטור' ולוי ישבע דלא קיבל

וראובן צריך לשלם לו ע"כ וכ"ה בב"י וד"מ בשם מ"כ ומביאו ג"כ הסמ"ע. וגבי מ"ש דישבע שמעון שמסרם לאשתו כתוב שם כי האי דקרטליתא ומביאו ב"י ור"ל עובדא דאשלימינהו לאימיה ואותבינהו בקרטלית' ואיגנוב דבפ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ב) ולפע"ד לא דמי להתם דהתם אף דתשבע היא דאותבינהו בקרטליתא מ"מ אינה יודעת שזהו המעות עצמו הוא מעות הפקדון הלכך צריך לישבע ג"כ שמסר לה מעות הפקדון בעצמו אבל הכא כיון שתשבע שנתנה ללוי א"כ ממילא פטור שמעון וראיה לדברי ממ"ש הרב המגיד פרק ד' מהלכות שאלה בשם הרמב"ן והרשב"א והנ"י פ' המפקיד בשם הר"ן דהא דמצרכינן לבן שישבע משום דזוזי לאו דבר מסוים הוא ואם לא היתה יודעת אם המעות שנתן לה בנה שנגנבו היו מעות הפקדון לפיכך צריך הבן לישבע שהם הם אבל בדבר מסוים כגון כלי וכסות וכיוצא בו באלו נשבע שני ולא ראשון עכ"ל וכ"כ הר"ב גופיה לקמן סי' רצ"א סכ"ג א"כ ה"נ תשבע אשתו ששלמה ללוי ואין צריך שמעון לישבע כן נ"ל ודו"ק:

וכתב עוד בתשובת מהרי"ל שמעון תובע מראובן מנה והוא משיב שלחתי לך ואיני יודע ביד מי אם הוא רוצה לישבע שלא בא לידו אשלם לו והוא רוצה להפוך השבועה אינו יכול להפוך כי אומר שישבע שבא לידו והוא לא אפשר לי' לאשתבועי אלא ישבע לוי ויטול. וכתב ב"י וצל"ע דנראה דלוי יטול בלא שבועה כיון דאינו יודע ע"י מי שלח לו ע"כ וכתב בד"מ על דברי ב"י וז"ל וצ"ע דמאי נ"מ דלא ידע ע"י מי שלח דמ"מ טוען ברי ששלח לו ומ"מ נ"ל דאפי' אמר בפירוש ששלח עם פלו' והמלוה אומר שלא קבל שהמלוה נוטל בלא שבועה אם אין השליח כאן שאומר שנתנו דהרי אין הלו' יכול לטעון ברי שנפרע המלוה כנ"ל עכ"ל ונראה דגם כוונת ב"י כן דכיון דאינו יודע ביד מי שלח א"כ הרי אין השליח בפנינו ואין המלוה צריך לישבע וראיה לדברי הב"י והד"מ ממ"ש הפוסקים והרמב"ם והטור לקמן סעיף י' ע"ש ודוק:

סעיף מד

תוליך לפלוני כו'. וכן ברמב"ם וסמ"ג ושאר פוסקים איתא הוליך לפלוני כו' וראב"ן כתב בתשובה סי' פ"א וז"ל וה"פ וכן לענין ממון אם שלח הלוה חובו ביד שנים אל המלוה ומסר לו (צ"ל להם) החוב בפני עדים ואמר להם צאו ופרעו לפלוני חוב שיש לו בידי ולא אמר להם לא תנו ולא זכו דומיא דנתן קדושין לשני' ואמר להם צאו וקדשו אשה פלוני' אבל אי אמר הוליכו לפלו' חוב שיש לו בידי או תנו או זכו תו לא מצי למימר אהדרינהו לך כי אמרו פרענו [אין] נאמנים דהא אי אמרו אהדרינהו לך מחייבי לפרוע למשתלח ונמצאו נוגעים בעדותן כו' עכ"ל ודבריו נכונים (ועיין בתשו' ר"ש כהן ספר

ג' סי' צ"ז) ומיירי התם להדיא קודם תקנת ר"נ כדמיירי בש"ס והלכך הפוסקים דמיירי בתר תקנת ר"נ לא חלקו בין הוליך ובין צא ופרע דבכל ענין נוגעים בעדותן כיון שצריכים לישבע א"כ הפוסקים לא מיירי השתא מדין זכייה ולישנא דהוליך דנקטו לאו דוקא הוא ומיירי דא"ל הוליך לו ויהא ברשותי עד שתתן לו לענין שאם ארצה אחזור ואקחנו ממך ומ"מ יש נ"מ באם האמינם הלוה מתחל' או שהלך עמהם וראו שעשו שליחותן דבכה"ג אין צריכים לישבע וכשרים לעדות כדלקמן ובכה"ג דוקא באמר להם צאו ופרעו אבל באמר להם הוליכו או תנו או זכו נוגעים בעדותן ולפ"ז אם נאמר דמ"ש הטור ל' הוליך מיירי אף בזיכה לו צ"ל דמ"ש הטור דבריהם בהלך הלוה עמהם אף אהוליך לפלוני וכן מ"ש המחבר דבריו בהאמין לו מתחל' אף אהוליך מיירי שאין כאן עדים שאמר להם הוליכו דנאמנים במגו שלא א"ל כן (וכן תירץ הריטב"א פרק האיש מקדש דנאמנים במגו שהיו אומרים שלא א"ל הוליך כו' ע"ש) וראב"ן הא מיירי שא"ל כן בפני עדים ודוק שוב ראיתי במרדכי פרק האיש מקדש הבין שראב"ן פליג על האלפסי שכתב וכן לענין ממון שאומר תנו מנה לפלוני שאני חייב לו כו' ולפמ"ש גם האלפסי מודה ולא פליגי ודוק וע"ל סי' קכ"ה סעיף ג' ס"ק י"ט:

סעיף מה

או מסרתי למלוה כו' בש"ס איתא דין זה גבי שני שלוחים וכתב ראב"ן בתשובה שם דדוקא שנים דלא מצי אמר להו לתקוני שדרתי יתכון ולא הוי לכו למיתב למלוה בלא סהדי דלא לכפור משום דמצי אמרו אנן הוי סבירין דלהכי ביררת תרי דליהוי אנן סהדי ואת מטעית יתנא דתרי שלוחי מלתא דלא שכיחי הוא ולא דמי לדאבימי דלא הוי רק חד שליח דלא מצי מסהיד ולא ה"ל למטעי עכ"ל וכ"כ בהגהת מרדכי רפ"ק דמציעא אבל לדעת הפוסקים והגהת מיי' רפ"א מה' שלוחין בשמו דה"ה בחד שליח דאינו מחויב ליתנו למלוה בעדים וכן נראה דעת התוס' רפ"ק בב"מ דף ג' ע"א ד"ה ולא אמרת וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפרק הכותב גבי עובדא דאבימי דדוק' התם כיון שהזכיר לו השטר חייב השליח אם נתנם לו בלא עדים אבל בעלמ' לא וכ"כ הר"ן פרק כל הנשבעין והרב המגיד פרק ט"ז מהל' מלוה דשמעי' ממתני' דחנוני על פנקסו שהאומר לחברו תן מנה זו לפלוני שאני חייב לו שאינו מחויב ליתנו לו בעדים וכ"כ הט"ו לעיל סי' נ"ח סוף סעיף א' ועמ"ש שם וכן עיקר:

סעיף מו

ישבע השליח היסת ואף ע"ג דטענת הלוה עליו הוא טענת שמא מ"מ מצטרפים לטענתו טענת המלוה שאומר בברי שלא קיבל שום דבר מהשליח. כ"כ בע"ש והסמ"ע והוא

מדברי הר"ן ולעיל בסעיף ח' דהלוה והנפקד נשבע למלוה או למפקיד שבועת היסת נמי י"ל כן דכיון דהי' ממונו בודאי בידו ועכשיו השליח כופר מצטרפים טענת המלוה והשליח להדדי וכה"ג כתוב בתרומת הדשן סי' ש"ח אהך דינא דהכא וז"ל ואע"ג דשמא היא דהא לא ידע אי יהיב ליה או לא והשליח טוען ברי דיהיב ליה נראה דה"ט דכל היכא דידוע הוא דבא ממונו ליד חברו וחברו טוען שנאבד או נתקלקל או באיזה ענין שנפסד מן הבעלים צריך לישבע שהוא כדבריו ואפי' חבירו שכנגדו אינו יודע בודאי להכחישו עכ"ל ור"ל ג"כ כיון שידוע שבא לידו מצטרפים טענת המלוה אבל ליכא למימר מטעם דכיון דהי' חייב לו בודאי והפרעון ספק הוי כטענת ברי ואפי' בלא צירוף טענת השליח דהא אפי' אומר כמדומה לי שלא פרעתני אין משביעין דה"ל טענ' שמא כדלעיל סי' ע"ה סי"ז ודוק (עיין מה שכתבתי לקמן סי' קכ"ו ס"ק ע"ב):

וכתב מהרש"ל שם סי' ל"ח שמצא תשובה וז"ל ראובן שהלוה לשמעון מעות על בתי נפש וראובן הפקיד' ביד לוי והרי היא יוצאת מתחת יד שמעון וראובן טוען את לוי להחזירה לו ולוי משיב החזרתיה לך ע"י שלוחך שמעון ששלחת אחריה וזה כתבך שאתה חתום עליה ששלחת לי להחזירה לך וכדבריך עשיתי וראובן טוען להד"ם אך אותו כתב שמעון זייפו בשמי ושמעון משיב חלילה לי אך פדיתי ממך נראה למהר"ם ששמעון אינו צריך אפי' לישבע דאין לשום א' מהם טענת ודאי עליו אלא טענ' שמא וכן אם הכתב שביד לוי ניכר שהיא חתימת ראובן לוי פטור בלא שבוע' ואם אינו ניכר אז נשבע ראובן שלא בא לידו הפרעון ולא נתן לשמעון הכתב ידו ולוי משלם לראובן כל מה שיש לו עליה מפי מורי הר"מ שיחי' ופי' מהרש"ל דמ"ש שאין על שמעון שבועה כלל אע"ג דראובן יכול להשביעו שהוא טוען ודאי נגדו ומכחישו שלא פדאו ולא נתן לו כתב מעולם מ"מ אין עליו דררא דממונ' אפי' יהא כן שלא פדאו מעולם ולוי נתן לו זה בחנם סוף סוף הוא לא מפסיד מידי דע"כ לוי ישלם לו ולוי שמפסיד ובא בטענת ראובן הוא טענת שמא כי לא יוכל לוי לידע דלמ' שמעון קושטא קאמר עכ"ל וכן פסק בסימנים שם ואני אומר אם הפי' כן ודאי דתשובה זו תמוה והיא דלא כהלכת' דהא בהדי' אמרינן בפ' האיש מקדש דלוה ששלח מעותיו למלוה והשליח אומר נתתי והמלוה אומר לא קבלתי הלוה צריך לשלם ע"פ שבועתו והשליח נשבע ללוה וכ"פ כל הפוסקים וכמ"ש ג"כ הט"ו כאן וגם מהרש"ל גופיה שם בסי' ל"ז העתיק דברי הטור וכתב שהדינים שכתב הטור אין עליהם פקפוק ע"ש הרי אע"ג דליכ' דררא דממונא למלוה דמ"מ הלוה צריך לשלם לו והלוה הוא טוען שמא על השליח אפ"ה צריך השליח לישבע מטעם שנתבאר בסמוך דמצרפי' טענת הלוה והמלו' להדדי א"כ ה"ה הכא לכך נראה דאין הפי' כמ"ש מהרש"ל

דאם כדבריו היאך כ' דאין לשום א' מהם טענת ודאי עליו הא יש לראובן טענת ודאי אלא דטענתי' לא חשיב טענה כיון דליכ' דררא דממונא ומ"מ טענת ודאי היא אלא מיירי שלוי משיב החזרתי לך ע"י שלוחך שמעון והוא אינו שמעון הלוה או תיבת שמעון ט"ס הוא וצ"ל החזרתי לך ע"י שלוחך ששלחת אחריה כו' וכן משמע הלשון שמעון הלוה טוען חלילה לי אך פדיתי ממך דהיינו שנתתי המעות לשלוחך שהביא כתבך ללוי וכן משמע הלשון חלילה לי כדפי' ודוק:

עוד כתב מהרש"ל שם ונראה הא דקפסיק בהאי תשובה דאם נשבע ראובן שלא בא הפרעון לידו ולא שלח כתב ידו מעולם ישלם לו לוי היינו היכא דלא ידע לוי בבירור אי קושטא קאמר שמעון אבל אי טען לוי בבירור שהוא יודע שזהו כתבו וחותמו של ראובן נשבע לוי היסת ונפטר עכ"ל וזה נכון ואף דכתב שם בטענת שמא א"צ לישבע כלל אפי' ליטול והבאתיו לעיל ס"ק כ"ד שאני הכא כיון ששמעון מכחישו ובפרט שאין צריך לישבע לפי דברי מהרש"ל א"כ הוי כעד אחד ולפי מה שכתבתי דמיירי בתשובה זו שאין שמעון מכחישו א"כ מוכח דס"ל לתשובה זו כסברא אחרונה דלעיל סעיף ד' ודו"ק:

סעיף מז

השליח שנתנם למלוה כו' כתב בעל התרומות שער כ"ט ח"ב בשם ר' אפרים דעדים נשבעים תחלה שהם שלוחים ומלוה לכי בעי אפרועי משתבעי ע"כ ומביאו ב"י לעיל סי' צ"א ונראה לפע"ד דרבי' אפרים לטעמיה דס"ל שם כהר"י מגאש דגם המלוה נשבע רק היסת א"כ בע"כ צריך לשלם תחל' להמלוה ואח"כ ישבע היסת דאין לך בהיסת נשבע ונוטל אלא שבועה המהפכת בלבד כמ"ש הרמב"ם פ"א מהלכות טוען והסמ"ג וכ"כ הרב המ' שם בשם הר"י מגא"ש והוא פשוט ומ"ש ומלוה לכי בעי אפרועי ר"ל לעמוד בפרעון שנפרע אבל לדידן דקי"ל דהמלוה נשבע תחלה בנק"ח ואח"כ נוטל א"כ המלו' נשבע תחלה דהיאך ישבעו העדים תחלה הרי יאמרו שמא לא ישבע המלוה ולא תתחייב לו ממון כלל ואין לך עלינו שום תביעה אבל המלוה בע"כ צריך לישבע כדי ליטול ודוק:

סעיף מח

וישבע המלוה או המפקיד כו'. קאי אטוען השליח מסרתי למלוה אבל בטוען נאנסו א"צ המלוה לישבע כלל כיון שלא עשאו שליח א"נ קאי גם אנאנסו וכשהשליח אומר שעשאו שליח והמלוה או המפקיד מכחישו וכ"כ בבעל התרומות שער נ' ח"ג בשם הראב"ד וז"ל היכ' דלא שדר ליה כתבא ולא הוי מעיקרא תנאי ביניהם דלשדר ביד' דגברא ואתא חד גברא ואמר לנפקד פלוני שויין שליח בסהדי דתשתדר ליה ממוני' ע"י והימניה נפקד ומסר ליה ממוניה ואיתנסו או דכפר ביה ואמר פרעתיהו למלוה ומלוה

אומר לא פרע ולא שויתיה שליח מעולם והשתא ליכ' סהדי דשוייה שליח כגון שהלכו להן למ"ה האי ודאי אי טעין שליח נאנסו נשבע לנפקד שבועה חמורה שלא עשאו שליח ולא בא מעו' לידו ויטול מן הנפקד עכ"ל והשליח צריך לישבע שבועת התורה נגד הלוה כשטוען נאנסו:

סעיף מט

בנק"ח. מקור דין זה דצריך לישבע בנק"ח הוא מהרי"ף פ' האיש מקדש ולא הביא כאן בב"י מי שחולק אבל בבעה"ת שער כ"ט כתב שהר"י מגא"ש ור' אפרים חלקו על הרי"ף ופסקו דגם שבוע' המלוה היא היסת והביאו ב"י לעיל סי' צ"א וגם התוס' רי"ד חלקו על הרי"ף ומ"מ לענין דינא גם דעת הר"ן בפרק האיש מקדש והריטב"א שם כהרי"ף וכן הוא בנוסחאות הרמב"ם שבידינו וכן דעת הטור וכן דעת הראב"ד שהבי' בעה"ת שער נ' ח"ג וכן הוא בתשובת הרא"ש סוף כלל כ"ט ומביאו הטור בסי' זה סי"ד וכן עיקר וכ"פ מהרש"ל שם סי' ל"ז:

סעיף נ

לפי שהוא נוגע בעדות שהרי צריך לישבע וליפטר ואע"ג דהשת' נמי צריכים לישבע היסת ללוה או לנפקד שנתנו למלוה או למפקיד מ"מ ניחא להו לישבע שבועה זו ללוה שאינו יכול להכחישם. שהרי אינו יודע משישבעו שהחזירו לו עכ"ל ע"ש. ואינו נכון דהא השתא נמי המלו' מכחישם וצריכים לישבע במעמד המלוה אלא אנן הכי קאמרינן אי אמרינן דיהיו נאמנים להעיד א"כ בע"כ יהיו פטורים משבועה דהא עד שצריך לישבע אינו עד כדלקמן וא"כ אי נימא דפטורים משבועה א"כ נוגעים בעדותן הן שהם חושבים אם נאמר החזרנום ללוה נצטרך לישבע משא"כ עכשיו לכך אנו פוסקים דצריכים לישבע ואחר שפסקנו שצריכים לישבע פשיטא דאין תורת עד עליהן כדלקמן ודוק וכן משמע מפירש"י והר"ן וז"ל הם נוגעין בעדותן דאי אמרי אהדרינהו ניהלך בעי אשתבועי לפיכך הם מעידים שקבל מלוה מידם כדי שיפטרו מן השבועה ונוח הוא להם להפסיד הממון למלו' מלהשבע בשקר דחשידי אממונא לא חשידי' אשבועתא וכיון דעדים לא הוי הרי הדין הזה כדין הקצוב בשבועות גבי חנוני על פנקסו משתבע איהו דיהבי למלוה כו' עכ"ל משמע כדפי' ודו"ק:

סעיף נא

שהרי צריך לישבע ליפטר ואע"פ שלאחר השבועה לא יהא נוגע בעדות מ"מ כיון שנשבע אין תורת עד עליו דרחמנא אמר על פי שנים עדים יקום דבר. משמע הנאמנים בדבורם בלבד אבל הטעונים לישבע קודם שיאמינו דבריהן אין ממש בעדותן כ"כ התוס'

וכה"ג כ' הר"ן ומביאו ב"י וכ"כ הע"ש אלא שתלה הדבר בצ"ל ולא ידעתי למה ואפשר משום שהוסיף קצת וז"ל שהתור' לא הכשירה העדים אלא כשיתכשרו ע"י שומעים שבועה אחת שהיא שבועת קול אלה אם לא יגיד ונשא עונו אבל לא כשיצטרכו ב' שבועות בין ראיית המעשה והגדת העדות כגון הכא ע"כ:

סעיף נב

ואפילו יפטור כו' ובמרדכי איתא לחד תירוצ' דפטור מועיל ואין להקשות בדברי הט"ו דכאן כתבו דאין פטור מועיל ולעיל סי' ל"ז סי"ב וכן לקמן סי' ק"מ ס"ט כתבו דאם יתן המשכיר לשוכר השכירות מועיל להיותו עד לק"מ דהתם המשכיר מחזיר להשוכר את שלו שיעשה בו מה שירצה אבל הכא הרי מיד נתחייב השליח שבועה ללוה. והלוה שפוטרו אע"פ שאינו יודע אם האמת עם השליח או לא חיישי' דבשביל ההיא הנאה דפטרו ומחזיקו בנאמן אע"פ שאינו יודע אם אומר אמת או לא יעיד לו ובב"ח כתב בע"א דחוק והנלע"ד כתבתי:

סעיף נג

ומיהו אם מתחלה כו' משמע דגם אע"א קאי ויש לדקדק לענין מאי מהני לענין ש"ד הא כל החלוקים שבין ש"ד לדרבנן לא שייכים כאן וכמו שכתבתי לקמן ס"ק נ"ט בשלמא לקמן כשראה הלוה שעשה שליחותו יש לומר דנ"מ להזקיקו ש"ד לענין שלא יוכל להפך עליו כיון שהלוה טוען ברי אבל הכא בטוען שמא לא שייך לומר כן ונראה דנ"מ אם המלוה תפס בפני אותו עד ובפני עוד עד אחר דאי הוה שבועה דרבנן לא מפקינן מיניה אם אינו רוצ' לישבע וכמ"ש לקמן אבל כשמזקיקו לידי שבוע' דאוריית' מהני דנחתינן לנכסיה אם אינו רוצה לישבע ודו"ק:

סעיף נד

יש מי שאומר דמהני בב' עדים לפטרו ממון ובע"א להזקיקו שבוע' דאוריית' כדבסמיך ונראה דוק' שיש עדים שהאמינם קודם לכן אצל הלוה והם אינם נאמני' בזה דמ"מ נוגעים הם ודוק:

סעיף נה

ועמד מרחוק כו' דין זה בע"כ צריך לפרש במלוה בשטר דוק' דאל"כ אפילו ליכ' שום עד כלל הלוה נשבע היסת ונפטר כיון שברי לו ודו"ק:

סעיף נו

ומזקיק למלוה ש"ד. ואע"ג דאין ע"א מזקיק לש"ד ליטול כדאית' בפ' הכותב (סוף כתובות דף פ"ז) ונתבאר לעיל סי' פ"ד וק"ח מ"מ יכול להביאו לידי ש"ד כשיפרע לו

בפני זה העד ובפני עוד אחר ויחזור ויתבענו על מה שנתן לו תחלה בעד הראשון ויצטרך לישבע ש"ד לפטור כדאי' בפ' הכותב שם ונתבאר בא"ע סי' צ"ב סי"ג וכ"כ בסמ"ע:

סעיף נז

הם עדים ופטור הלוה כו' זהו ג"כ חסר בדברי המחבר ותקנו מור"ם וכן הוא בטור בסי' י"ב ומ"ש מור"ם עוד ז"ל ולי נראה דאינו נאמן גם בזה כוונת מור"ם להגיה בדברי המחבר דעליו קאי מ"ש המחבר לשווינהו עדים וכ"כ הב"י בפנים בספרו וז"ל שם. ויש לתמוה בשלמא כשהוא אחד דין הוא שיהא נאמן הלוה לחייב המלוה ש"ד ע"פ העד כיון שאינו מחייבו ממון אבל היאך נאמן להפקיע ממון עכ"ל ור"ל לאפקועי ממונא דמלוה שיש לו ביד הלוה ולפי סברת הב"י גם לש"ד [לא] ה"ל להאמינו בע"א שאין חילוק בין ממון לשבוע' דשבועה אתיא לכלל ממון (גם בספר א"א דף פ"ו ע"ב הקשה על הב"י דמה לי ב' לענין ממון או א' לענין שבועה ולקמן כתבתי ליישב דברי ב"י בזה) ובעיקר הקושיא נראה דהטור דכתב דיש להאמינו אירי שקודם שידענו שום ערעור מהמלוה שמעו מהלוה שאמר אני ראיתי שהשלוחים עשו שליחותם והרי זה דומה למ"ש המחבר לפני זה והוא מדברי הר"ן הנ"ל דאם פטר להו הלוה מתחלה מהימני ולא חיישינן לקנוניא וע"פ מ"ש י"ל דא"צ להגיה כ"כ בש"ע די"ל דחזר המחבר ש"ע ממ"ש בפנים בב"י וא"צ להגיה כאן אלא תיבה אחת וכן צ"ל שליחותן נאמן לשוינהו כו' עכ"ל סמ"ע. ולפע"ד דוחק לפרש דמיירי שאמר הלוה קודם לכן אני ראיתי כו' ועוד דאם איתא דבלא אמר כן קודם לכן לא מהני א"כ מה יועיל שאמר אחר שנעשה השליחות הא הוי לפטרו משבועה אח"כ ול"ד למ"ש המחבר לפני זה דהתם פטרם מתחלה קודם ששלחם ולא חל עליהם שום שבועה כלל משא"כ הכא אלא נראה דמיירי כפשוטו ולק"מ דכיון דהלו' ראה שעשו שליחותו הרי כאלו הוא עצמו שלם למלוה והרי כאלו הן אינן שלוחין כלל ומה שאומרים שהם שלוחים אין בו צורך לעדותן ולא שייך לומר צד נגיעה במה שאין העדות תלוי בו דהא אי טעין פרעתי לו והיו מעידים ידענו שפרע לו הוה סגי בהכי והשתא שאומרים שפרע לו על ידם לא גרע בהכי וגם נאמנים במגו שהיו אומרים כן שפרע לו והם ראו שפרע לו ולא היו מזכירים כלל שהם שלוחים אבל א"צ לטעם מגו דכיון שהלוה עצמו ראה הפרעון לא מיקרי הם שלוחים כלל. דדוקא כשאינו יודע הפרעון רק על פיהם א"כ צריך הוא לשליחתן ונוגעים הן משא"כ הכא כנ"ל ברור (ויש עוד להביא ראי' ברורה לזה מדברי ר"ח שהביא בטור לקמן ריש סימן ק"מ והפוסקים הסכימו לפי' ר"ח וכ"כ המחבר שם סעיף י"א ואפילו הטור שם מודה כאן ע"ש ודו"ק) ובב"ח הסכים ג"כ לדעת הטור ובעה"ת רק שיישב דבריהם בדרך אחר והוא דוחק ע"ש. ובע"ש כתב דמסתברא כדברי

מור"ם ומשמע מדבריו שם דגם בע"א כן דאינו נאמן לחייבו ש"ד רק שישבע ש"ח ואפשר גם כוונת ב"י כן ולשון ש"ד דנקט הוא לאו דוקא אלא ש"ח ולפי מה שכתבתי אדרבא מסתבר כדברי הבעה"ת והטור ומ"מ דין זה אין לו ראי' דמ"ש הב"י שלמד הבעה"ת כן מהירושלמי דר' ירמיה עשה שליח בעל הכתף לעד לחייב שבועת התור' ע"כ מיירי כשראה שעשה שליחתו פשיטא דמהירושלמי גופא אין ראייה דהירושלמי מיירי קודם תקנת ר"נ וכ"כ במרדכי פ' האיש מקדש בשם ראבי"ה דהירושלמי מיירי קודם תקנת ר"נ ובש"ס דילן גופא אמרינן דקודם תקנת ר"נ שליח נעשה עד ובוודאי כוונת בעה"ת להביא ראיה מהרי"ף שהביא הירושלמי וכן משמע להדיא בבעה"ת גופא שם ע"ש וכן הוא בחדושי הרמב"ן פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"א ע"א) וגם זה אינו ראיה דכבר כתב הר"ן פ' האיש מקדש דלכך הביאו הרי"ף היכא דפוטרו מתחלה משבועה. עוד נ"ל דלכך הביאו ללמוד מיניה דאפילו בשליח מושכר דומיא דכתף וכמו שכתב הר"ן הוי עד ונ"מ לענין קדושין (עיין בא"ע סי' ל"ה ס"ב) והיינו דכתב הרי"ף שם כן גבי קדושין ולא גבי ממון ע"ש ודוק ומעתה נסתלק תמיהת הא"א שם שתמה על הב"י שהרי בירושלמי מבואר כן גבי ע"א וא"כ ה"ה בשנים לענין ממון ולפי מה שכתבתי לא מוכח מהירושלמי מידי ודו"ק:

סעיף נח

א"י להשביעו שעשה שליחתו כו'. אע"ג דצריך לפרוע שנית ליורשי המלוה דאם אין היורשים תובעים אותו א"כ ודאי כבר נפרע אביהם ופשיטא דאין יכול להשביע השליח אלא ודאי היורשים תובעי' אותו ואפ"ה אינו יכול להשביע בטענת שמא עכ"ל ת"ה סימן ש"ח ונכון הוא אלא דלפ"ז היה צריך לפרש דמיירי כאן במלוה בשטר דאל"כ דמי למ"ש הרמב"ם והמחבר בסי' צ"א ס"ב דאם מתו פועלים אין החנוני צריך לישבע וליטול כיון שאין משלם אלא תשלום אחד וכתב ה' המ' שם הטעם וז"ל לפי שאין זה מלוה בשטר אלא על פה ועד אחד מעיד שנתן והם שמא אע"פ שהוא נוגע בדבר אינו נוטלים וצ"ע עכ"ל אבל לפי מ"ש שם ס"ק י' בדעת הרמב"ם מיירי כאן אפי' במלוה ע"פ ע"ש ודו"ק:

סעיף נט

וכן אם מת השליח או הלך למ"ה. ולא טען ודאי שפרע להב"ח אע"פ שהלוה אומר שהשליח אמר לו בודאי שפרע להב"ח מ"מ לא היה טוען השליח לפני הב"ד נגד הב"ח (ע"ל סי' ע"ה סעיף כ"ג) אבל אם היה טוען לפנינו ודאי אע"פ שמת אח"כ או הלך למ"ה צריך הב"ח לישבע כדמוכח לעיל סי' צ"א ס"ב במת החנוני או הפועלים דכתבו הרמב"ם והמחבר טעמו לפי שאינו משלם אלא תשלום אחד א"צ לשבע והכא כיון שכבר נתן

לשליח ועתה פורע לב"ח או ליורשיו הרי משלם ב' תשלומין וע"ל סי' צ"א ס"ק י"א וי"ג ודוק. ועיין בתשובת מהר"ר שלמה כהן ס"ג סי' נ"א:

סעיף ס

הדין בזה כו'. ולא מצינו חילוק בין הולך לתן אלא לענין זכייה דאיכא מ"ד הולך לאו כזכי ותן כזכי (וכדלקמן סי' קכ"ה ס"א ה' ו') אב לענין השבועה אין חילוק ביניהם עכ"ל הרא"ש בתשובה וע"ל ס"ק מ"ד:

סעיף סא

והוא כופר חייב לשלם כו'. בנ"י שם כתב הטעם אע"ג דהמלוה יכול לפטור עצמו בלאו הכי בטענת נאנסו מ"מ נאנסו לא שכיח ולפ"ז נראה דלדידן דקי"ל המלוה על המשכון שומר חנם וכדלעיל סי' ע"ב ולא מפקי' ממונא מספיקא פטור השליח דהא המלוה יכול לפטור עצמו בלאו הכי בטענת גנבה ואבדה וא"כ דברי הר"ב צ"ע ואפשר דמשמע ליה להר"ב דהוא הדין גנבה ואבד' לא שכיח וקצת משמע כן בריש פרק המפקיד דאמר התם דגנבה ואבדה ונאנסו חד דינא אית להו לענין שהיה יכול השומר לפטור עצמו בהם לענין שזוכה בכפל עיין שם ומ"מ קשה מנ"ל להר"ב הא דהא י"ל כפשוטו דהנ"י לטעמי' אזיל דס"ל המלוה על המשכון שומר שכר ואפשר ס"ל להר"ב דכיון דאנן לא פסקינן דהוי ש"ח אלא מכח ספיקא דדינא א"כ לא שייך לומר דהי' יכול לפטור עצמו בטענת גנבה ואבדה דירא לטעון כך שמא יפסקו הב"ד דחייב או שמא יתפוס הלוה אפי' בעדים דבספיקא דדינא מהני תפיסה אפי' בעדים וצריך עיון וגם בלא"ה (הר"ן) בנ"י שם מגמגם מטעם דאמרן שצריך להאמין בו (אם) דהמ"ל נאנסו ומצ"ל שם המינתי' וכן משמע בפ' המפקיד שם דגם טענת נאנסו אמרי' דשכיח לענין שהי' יכול שומר לפטור עצמו בזה ומהר"מ מטקטין בגליון האלפסי הקשה על הר"ן מחנוני על פנקסו דלעיל סי' צ"א ומשומר שמסר לשומר דלקמן סי' רצ"א ולק"מ דהכא הא עכ"פ שלחו למשכנו וביד מי שימשכנו על כרחו מוכרח להאמינו בנאנסו וק"ל ומ"מ דינו של הר"ב צ"ע:

סעיף סב

לוי שבא כו' לפי שראיתי כאן בדברי האחרונים כמה דברים שאינם ישרים בעיני לענין הדין וגם לפי שיסתעפו הרבה דינים חדשים מתוך דברי לכן מוכרח אני להאריך. דע שלשון הרמב"ם ספ"א מהלכות שלוחין כך הוא לוי שבא בשליחות ראובן ולקח חמשים משמעון ובא ראובן ואמר לא שלחתיו ליקח אלא עשרים ועשרים בלבד הביא הרי ראובן נשבע שלא שלחו להביא אלא עשרים ועשרים בלבד הביא כדין כל מודה במקצת ולוי נשבע היסת שהחמשים שנתת לי נתתי לראובן וישלם שמעון מביתו אם הי'

חייב לראובן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל (וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ב דף קס"ו ע"ב ממש בלשון הזה) והטור הביאו קצת בל' אחר וכ' עליו וז"ל ואיני מבין את דבריו דמה ענין זה למודה מקצת דמ"מ נשבע ליפטר אבל האיך ישבע זה ויטול אלא כיון ששלח שלוחו להביא שלו והלוה אומר שנתן לו את הכל והמלו' אומר שלא נתן לו אלא חציו ישבע הלו' ויפטר עכ"ל והב"י כ' ליישב דברי הרמב"ם דלצדדין קתני דכי קתני לוי שבא בשליחות ראובן ולקח חמשים משמעון היינו בשלח ראובן לומר לשמעון שילו' לו סך דינרים וישלחם לו ביד לוי ושמעון אומר נ' היו וראובן אומר לא היו אלא כ' הרי ראובן נשבע ש"ד שלא היו אלא כ' כדין כל מודה מקצת שהוא נשבע ולא משלם ולוי נשבע היסת ונפטר זהו כששלח ראובן ללות משמעון אותם המעות אבל אם לא שלח ראובן אלא לגבות חובו משמעון ישלם שמעון מביתו שהרי ראובן אומר ודאי לא נפרעתי שכיון שלא מניתיו שליח להביא אלא כ' מה שנתת לו יותר לא בשליחותי נתת לו וא"כ לא הוי כהגיע לידי וגם הוא לא הביאם לי ושמעון אומר שמא עשיתו שליח להביא כל החוב וה"ל כאומר שמא פרעתיך הלכך ישלם שמעין לראובן כל חובו אחר שישבע ראובן שלא קיבל אלא עשרים ולא חשש הרמב"ם לכתוב שישבע ראובן לפי שסמך לו על מה שכתב באותו פרק דבשליח אומר נתתי ובעל חוב אומר לא לקחתי שישבע הבעל חוב שלא לקח וישלם לו הלה חובו כן נ"ל ליישב דברי הרמב"ם עכ"ל וקשה לי על דבריו דהאיך אפשר לומר דמיירי ששלחו להלות דא"כ אמאי ישבע כלל הלא שבועה דמודה מקצת אין נשבעין על טענת שמא וכדכתב הרמב"ם פ"א מטוען והוא פשוט ואם נאמר דמיירי כשטוען ברי לי שאתה שלחתו ליקח נ' א"כ בסיפא אמאי ישבע ראובן ויטול ישבע שמעון ויפטר כיון שטוען ברי ודוחק לומר דברישא מיירי בטוען ברי ובסיפא מיירי בטוען שמא ואפשר לומר דמיירי ששמעון אינו תובע לראובן כלל רק שהשליח תובעו ואומר נתתי לך נ' ולא מצי ראובן לומר לאו בעל דברים דידי את אינו ממון שלך וכמ"ש בס"ק מ' בשם תרומת הדשן דכיון דלוי נתן המעות מידו לראובן שפיר הוא בעל דברים דידי' ולפי מ"ש שם יכול כאן שמעון לכוף את לוי שיתבע את ראובן אך פשט דברי הרמב"ם משמע דמיירי כולא בחד ענינא דהיינו שבא בשליחות ראובן ליקח נ' משמעון שחייב לו ומ"ש הב"י בכ"מ ובב"ה מדכתב בסוף דבריו ישלם שמעון מביתו אם הי' חייב לראובן משמע דעד השתא מיירי באינו חייב לראובן עכ"ל אינו דוקא דפשט' דמלתא קאמר דישלם שמעון אם הי' חייב לאפוקי אם אומר שמעולם לא הי' חייב לו רק כ' ישבע שמעון ויפטר וגם בבעה"ת שער נ' סוף ח"ג מבואר להדיא שהבין דברי הרמב"ם כמ"ש וז"ל ויש לבאר אם טען המלו' שלא שלח שלוחו כי אם לקבל כ' דינרים וכ' דינרים בלבד הביא וזה טוען

כי נ' מסר לו ע"ז כתב הר"מ ז"ל שהמשלח נשבע שלא שלחו אלא ליקח ך' בלבד כדין כל מודה מקצת והשליח נשבע היסת שהנ' שנתת לי נתתי לראובן וישלם שמעון מביתו אם הי' חייב לראובן עכ"ל והב"ח כתב וז"ל וא"צ לדחוק דלצדדין קתני אלא דבריו הם בין ששלח שלוחו ללות משמעון ובין ששלחו לגבות חובו משמעון דמ"מ כיון שאין כאן עדים שעשאו שליח גם לא הודיע המלו' ללו' שהוא שלוחו לא בע"פ ולא בכתב אלא הלו' האמין לזה שהוא שלוחו של מלו' השתא אין לו דין שליח של מלוה וכל מה שנתן הלו' ליד זה לא בתורת שליח של מלו' נתן לידו אלא שלוחו של לוה הוא וכל דין שליח של לוה כשעשה שליח להוליך מעות למלו' דייניין ליה להאי ולכן המלוה נשבע ונוטל מן הלו' והשליח שנעקר משליחות ששלחו המלוה ונעשה שלוחו של לוה הוא תובע את המלוה שנתן לידו נ' והמלו' אינו מודה אלא בך' ונשבע כדין כל מודה מקצת ונפטר מתביעת השליח והכי משמע להדיא לישנא דהרמב"ם שכתב לוי שבא בשליחות ראובן ולקח נ' משמעון כו' מבואר להדיא מלשונו שלא הי' כאן שום ידיעה שהוא שלוחו של ראובן ואפי' דמות דיוקנו לא ראה הלוה כי אם שלוי בא בשליחות ראובן ואמר אני שלוחו ולקח חמשים משמעון כו' והדברים ברורים כשמש והדין דין אמת והטור הבין דהרמב"ם מיירי היכא שהי' ידוע בעדים שהוא שלוחו של מלוה דבזה צדקו דברי רבינו דנשבע הלוה ויפטר כיון שירד ברשות לתת לשלוחו ואיהו דאפסיד אנפשי' וחלילה שהרמב"ם יחלוק אזה דהדין דין אמת כמו שכתב הטור כשהוא שליח נעשה בעדים או א"ל פא"פ או בכתב אלא דקשה אדברי הטור שפסק כאן דישבע הלוה ויפטר ולמעלה (סעיף י' בטור וסעיף ז' בהמחבר) כשהשליח כופר במלוה פסק דהלוה מקבל עליו חרם סתם שמסרם ליד השליח ואפשר דהתם כיון דעשאו שליח לגבות כל החוב ולוי טוען ודאי שנתן לו כל החוב ה"ל מלוה טוען שמא ולכן אין על הלוה אלא חרם סתם אבל כאן גם המלוה טוען ודאי לא עשיתיו שליח אלא לגבו' חצי החוב ולא הביא לי אלא חצי החוב ואתה נשארת לי חייב עוד חצי החוב בברי הלכך הלו' ישבע ויפטר עכ"ל ואני אומר שדבריו אינם ברורים כלל והדין אינו דין אמת כלל דכיון דכבר נשבע המלו' ללוה שלא שלחו להביא רק ך' ונוטל מהלו' מה ענין השליח לתבוע למלו' הרי כבר נשבע שלא קיבל רק כ' ומה לשליח עוד שום דין ודברים עליו ובפרט שאין לשליח שום הפסד שהרי הוא נשבע ונפטר משמעון:ועוד מה ענין מודה מקצת לכאן הלא בכ' שמוד' הוא מקבל בחובו ואינו נותנם להשליח וגם השליח אינו תובעו בהם רק תובעו בשלשים האחרים ובזה ה"ל כופר בכל וכדי שלא לשוי' להב"ח טועה לגמרי הייתי רוצ' לומר דכוונתו דהמלו' נשבע תחלה שלא שלחו כלל א"כ הלוה משלם לו כל הנ' ואח"כ

חוזר ותובעו השליח שיחזיר לו הנ' והוא מודה מקצת בך' ונשבע ש"ד אבל ודאי דברי הרמב"ם לא משמע כן אלא דנשבע רק שבועה אחד ואין הלוה משלם בתחלה רק עוד ל' ועוד דהרי המלוה יכול לומר לא אקבל רק ל' כי ך' קבלתי ע"י השליח וא"כ לא ישבע אח"כ שבועה דאוריית' כלל גם מ"ש הב"ח דהרמב"ם מיירי שלא עשאו שליח בעדים ושהטור לא השיג עליו אלא לפי מה שהבין שהי' ידוע בעדים שהי' שלוחו כו' ג"כ אינו נראה אלא נראה דהרמב"ם מיירי אפי' מודה שעשאו שליח בעדים או ידוע שהי' שלוחו וכן נראה להדיא מדברי ב"י שכתב על דברי הטור וז"ל ומ"ש אלא כיון ששלח שלוחו להביא שלו כו' טעמו כיון שהמלו' עשאו שליח הרי הלוה ירד ברשות ליתן להשליח החוב ואם השליח הטעהו ותבעו ממנו כל החוב איהו דאפסיד אנפשי' למנו' שליח שאינו הגון ויש לדחות דס"ס ה"ל אומר איני יודע אם פרעתיך עכ"ל וכן נראה להדיא מדברי מהרש"ל שם סי' ל"ז וז"ל והיכא דהלו' לא יכול להכחיש את המלו' בטענתו כגון דין שכ' הרמב"ם שהוא אומר שלמתי כל הממון לשליח והמלו' אומר לא שלחתי אלא אחר ך' כו' דפשיטא דנשבע המלו' ונוטל וכ"פ הסמ"ג דאפי' את"ל שנתן לו הלוה כל הסך מלא דילמא המלו' לא שלחו אלא לך' ולא נתנו לו והלו' גופא לא יכול להכחישו בזה ועוד קשה לי על דברי הטור דע"כ דין הרמב"ם לא איירי בעשאו שליח בעדים או בכתב דאי עשאו בעדים א"כ ע"כ אמר לו הסך בפני עדים כמה יקבל ואם א"ל סתם תקבל מעותי שיש לי ביד פ' א"כ מסתמא אדעת' דכולה מעות קאמר מאחר שלא פי' ובודאי לא נשוה להרמב"ם וסמ"ג טועה כ"כ וכן אם כתב לו נמי כה"ג נראה באיזה סך כתב לו אלא ע"כ איירי בשליח שלא בעדים וכגון שהוא שכירו או בנו או כה"ג א"כ ראוי דנאמין למלו' בשבוע' מגו שיכול לומר לא שלחתי מעולם אלא מעצמו הלך ומ"מ יש ליישב הטור בדוחק דאיירי ששלחו בעדים והעדים שכחו על כמה מינה אותו בשליחות אבל מ"מ לא נראה כדברי הטור מטעמא שכתבתי עכ"ל ומ"מ מה שהקשה על הטור לק"מ דטעמא דהטור דאיהו דאפסיד אנפשיה וכמו שכתב ב"י א"כ מה בכך שיש לו מגו אנן אמרי' שהוא אומר אמת ואפ"ה הלוה פטור דהמלו' אפסיד אנפשיה. גם מ"ש הב"ח אלא דקשה אדברי הטור כו' ואפשר דהתם כו' תירוץ זה אינו נכון כלל דס"ס כיון דדעת הטור דהמלו' אינו נשבע ונוטל וכל מה שנתן הלוה ברשות נתן א"כ למה ישבע הלוה הרי אין למלוה עליו רק טענת שמא אלא נראה דמשמע לו להטור דהרמב"ם מיירי שהלו' טוען ברי שידוע לו ששלחו להביא נ' דאל"כ פשיטא אפי' היה המלו' נשבע להפטר לא הוי שייך כאן לומר כדין מודה מקצת דמודה מקצת ל"ש כלל בשזה תובע שמא וכמו שכתבתי לעיל וע"כ נשבע הלוה ופטור אבל כשהלו' טוען שמא מודה הטור דהמלו'

נשבע ונוטל ולא מטעם מודה מקצת אלא מטעם דכיון דבא ליטול והשליח מכחיש צריך לישבע ומעתה כשנפרש דברי הרמב"ם דמיירי כשהלו' טוען שמא לא פליג הטור עלי' בדינא וכן נראה עיקר בדעת הרמב"ם והסמ"ג וכמ"ש מהרש"ל וכן דעת בעה"ת וכמו שכתבתי וכן עיקר לדינא ול"ש כאן לומר איהו דאפסיד אנפשי' דאדרב' הלוה הפסיד אנפשי' דה"ל לחקור לכמה שולחו ובעיר שושן נמשך אחר פי' הב"י ובשלח ללות פסק דנשבע ראובן כדין מ"מ ונפטר ובשלח אחר חובו פסק כהטור מטעם דאיהו אפסיד אנפשיה למנות שליח שאינו הגון וכ' ול"ד לרישא בשלח ללות דהתם להוציא הוא ואינן נאמנים לא שמעון ולא המשלח ולפענ"ד כדאמרן רק מ"ש הרמב"ם והנמשכים אחריו כדין כל מודה מקצת אף שהלשון מגומגם אין להוציא בשביל כך הענין מפשוטו ושלא אליבא דהלכתא ונראה שמפני כך כתב המחבר ככל דברי הרמב"ם רק שהשמיט הלשון כדין כל מ"מ גם נ"ל ליישב הלשון ודבר גדול דבר בזה להורות שאע"פ שאין זה שבועת התורה ממש שהי' ליטול מ"מ כל דין מודה מקצת יש לה לפי שבעלמא בנשבע ונוטל יש הפרש גדול בין שבועת התור' לשבוע' דרבנן כגון פוגם שטרו וכה"ג דנשבע ונוטל אע"ג דמודה מקצת לא שייך לומר שנשבע כדין כל מ"מ דמ"מ היא ש"ד וזה היא שבוע' דרבנן ויש נפקותות בין ש"ד לדרבנן וכמו שיתבאר אבל בשבוע' זו דהמלו' נשבע שלא שלח להביא רק ך' יש לה כל דין מ"מ וכוונתו לפי שבש"ס פרק שבועת הדיינים פרכינן מאי איכא בין ש"ד לדרבנן וקאמר בדאורייתא לא מפכינן ובדרבנן מפכינן ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן כו' איכא בינייהו מיחת לנכסיה בדאורייתא נחתי' בדרבנן לא נחתי' ולרבי יוסי דאמר בדרבנן נמי נחתינן איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבועה בדאורייתא שכנגדו נשבע ונוטל בדרבנן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"כ סוגית הש"ס בקצרה והנה כל הפוסקים פסקו דיש הני שלשה נפקותות וכמו שביארם ג"כ הסמ"ג והרמב"ם בה' טוען א"כ קאמר הכא דשבועה זו כל דין מודה מקצת יש לה דהא ליכא למימר דנ"מ לענין מיפך שבועה דהא כיון שהלוה טוען שמא אינו יכול להפך וגם ליכא למימר דנ"מ לענין מיחת לנכסיה דהא גם כאן אם המלוה לא ירצה לישבע לא ישלם לו הלוה כלום וגם ליכא למימר דנפקא מינה לענין חשוד דהא גם כאן אה המלוה הוא חשוד לא ישלם לו הלוה וכמ"ש הרמב"ם פרק ב' מטוען וז"ל נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלים א"י לישבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע ויפטר וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה היה החשוד מן הנשבעים בטענת ספק אין נשבע ואין שכנגדו ישבע לפי שלא נתחייב זה שבועה מן התור' ולפי שאין התובע טוענו טענת ודאי כדי שישבע על טענתו עכ"ל וא"כ הוא הדין הכא והכלל

דהרמב"ם בא לומר אע"פ ששבועה זו דרבנן מ"מ כאן נשבע ונוטל כדין כל מודה מקצת ודוק ואף אם תאמר שאין כוונת הרמב"ם כן מ"מ כתבתי פי' זה מחמת הדינים הנ"ל שנתחדשו. ונראה דלדידן דקי"ל דבפוגם שטרו וכה"ג אם היה חשוד נוטל בלא שבועה וכמ"ש לעיל סי' צ"ב ס"ט א"כ כ"ש הכא דהא השתא התם הלוה טוען ברי נגדו ואפ"ה נוטל בלא שבועה כ"ש הכא שהלוה טוען שמא ואין לומר דשאני התם כיון ששטר בידו דהא התם טעמא הוא כיון דמן הדין ה"ל ליטול בלא שבועה א"כ הכא נמי כיון שהמלוה טוען ברי והלוה שמא ה"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך דמן הדין היה נוטל בלא שבועה אלא כיון שהשליח מכחישו רמו רבנן שבועה עלי' הלכך היכא דהוא חשוד נוטל בלא שבועה ואפי' היכא שהשליח מכחישו דעת הר"י מגא"ש ור' אפרים שהמלוה ישבע רק היסת והבאתי דבריהם לעיל ס"ק מ"ט וגם הבעה"ת שער נ' כתב בשם הראב"ד שיש לדון ולומר כן כיון שהלוה מודה בחובו הפרעון הוא ספק אלא שיש לסמוך על דברי הרי"ף כו' ע"ש א"כ ודאי דבשבועת היסת אם היה חשוד אינו מפסיד וא"כ נהי דהרי"ף פסק דנשבע בנק"ח מ"מ מן הדין ה"ל ליטול אף בלא שבועה והלכך היכא שהוא חשוד נוטל בלא שבועה ולפ"ז נראה נמי דאם תפס המלוה ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה וכמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף י' דאותן שמן הדין היה להם ליטול בלא שבועה אי תפסי לא מפקינן מנייהו וכן כתבתי לעיל ס"ק כ"ג לדעת המחבר ודו"ק (ועיין בתשו' מהרשד"ם סימן מ"ב):

העולה מזה לוי שבא בשליחות ראובן המלוה לשמעון שהיה חייב לו נ' זהו' ולקח נ' משמעון ובא ראובן ואמר לא שלחתיו ליקח אלא ך' וך' לבד הביא ולוי מכחישו בין שמודה ראובן שעשאו שליח או לא ואפי' יש עדים שעשאו שליח ואינם אומרים שא"ל סתם תקבל מעותי שיש לי ביד פלוני דא"כ מסתמא דכולה מעות קאמר רק שזוכרים שפרט איזה סך ואינם זוכרים כמה כיון שאין שמעון מכחישו ישבע ראובן בנק"ח ונוטל משמעון עוד ל' ולוי נשבע היסת שהנ' שנתן לו שמעון נתן לראובן ונפטר ואין לשליח שוב שום דין ודברים על ראובן ואף אם יאמר שמעון איני רוצה לתבוע את ראובן כלל אלא אתן לו עוד ל' והשליח יתבע אותו אח"כ מ"מ יהיה אח"כ כופר בכל ולא יהא עליו רק היסת ואם ירצה שמעון לומר אתן לו כל הנ' ולא אתבע אותו כלל ולוי השליח יתבע אותו אח"כ ויהי' יודה ך' ויהא מ"מ ויתחייב ש"ד יוכל ראובן לומר לא אקבל רק ל' שהרי קבלתי ך' מיד השליח וא"כ יהא אח"כ כופר בכל אף אם יקבל המלוה נ' י"ל אח"כ להשליח הילך ך' ולא יהא עליו רק היסת ע"כ טוב לו לשמעון להשביעו קודם שיתן לו הל' בנק"ח ואם היה ראובן חשוד נוטל בלא שבועה ואם קבל ל' ואינו רוצה לישבע לא

מפקינן מיניה כיון שמן הדין ה"ל לראובן ליטול בלא שבועה כיון שאין שמעון מכחישו א"כ החוב הוא ברור והפרעון הוא ספק אלא משמתי' לו כדין מי שחייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע ואם שמעון מכחישו ואומר ברי לי ששלחתו ליקח כל הנ' נשבע שמעון ונפטר אם היה מלוה ע"פ ואם שלח ראובן את לוי ללות מעות משמעון יראובן אומר לא שלחתיו ללות רק ך' ושמעון אומר שבא בשליחות ללות נ' אין לו לשמעון על ראובן רק חרם סתם שלא שלחו ללות רק ך' ושלא קבל רק ך' והשליח נשבע היסת ונפטר אם ירצה שמעון לא יתבע את ראובן כלל רק השליח יתבע את ראובן וישביעו ש"ד כדין כל מודה מקצת והוא ישביע השליח היסת ויכול שמעון לכוף את לוי שישבע את ראובן ואם מת השליח או הלך למ"ה אף שהיה מכחיש את ראובן קודם לכן בב"ד כיון שעתה אינו תובעו ואין לשמעון עליו רק טענת שמא מקבל חרם סתם ונפטר ואם שמעון טוען ברי ששלחו ללות נ' ישבע ראובן ש"ד נגד שמעון ונפטר והשליח נשבע היסת לשמעון שנתן נ' לראובן. כ' בתשובת מבי"ט ח"א סי' ק"מ ראובן היה לו מעות אצל שמעון וצוה לו שיתנו ללוי ולוי שלחו לידו ואח"כ אומר ראובן שלא הגיע לו כל המעות רק חסר קצת ושמעון אומר שמסר הכל ללוי ולוי אומר איני יודע החשבון אבל כל מה שמסר לי שלחתי לך ואיני זוכר ביד מי שמעון פטור אף משבועה כיון שלוי אינו מכחישו רק יקבל בחרם ולוי חייב לשלם דאלו הי' יודע ביד מי שלחם והשליח הי' מכחישו היה פטור מראובן בשבועה שעל ידו שלחם וג"כ השליח היה נשבע והיה פטור אבל כיון שאינו יודע הרי הוא פושע וחייב לשלם כדאמרי' בש"ס גבי פקדון דלא ידענא פושע הוא (ונתבאר לקמן סי' רצ"א סעיף ו') עכ"ל ואין דבריו נראה לפי עניות דעתי כיון שלוי טוען איני יודע החשבון אבל כל מה שמסר לי שלחתי לך הוה ליה כאומר איני יודע אם אני חייב לך דהא יכול להיות שמעולם לא קיבל יותר משמעון ממה שהגיע לראובן ועוד אני חוכך לומר דאפי' היה יודע שקיבל יותר פטור דכיון דהוה ליה רשות לשלוח ביד איזה נאמן שירצה והוא אומר ברי לי שכל מה שקבלתי שלחתי לך ע"י נאמן פטור ול"ד לפקדון דהתם ברשותיה דנפקד קאי עד דמהדר ליה למריה ועליה רמיא למידק היכא אנחיניה וכל דלא ידע פושע הוא אבל הכא הרי לא פשע שהרי מסר ליד נאמן בעיניו ומיד שמסרו לא יצא מרשותו שהרי היה לו רשות לשלחו על ידי מי שירצה וצ"ע:

סימן קכב

סעיף א

אם ירצה הלוה או הנפקד לא ישלחנו לו כו':

סעיף ב

שעשאו שליח וגם אפי' שאמר להלוה או לנפקד לשלחו ע"י זה:

סעיף ג

אם נרא' לב"ד כו'. ל' מהרא"י שם אבל אם הוא בענין שזה הרוצה להתעכב כוונתו מחמת מריבה ומחמת קנאת הנתבע או כדי להבהילו לתת לו ממון פשיטא דלית חששא בתביעתו ואכל כה"ג נאמר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות:

סעיף ד

והטעם כו'. ודעת בעל העיטור ובעה"ת שער נ' ח"ג דמחוייב לשלחו ע"י שלוחו דאף ע"ג דאי בעי לבטולי' מצי מבטל ליה מ"מ לא מצי למידחי דמסתמא אמרינן כי היכא דחזקה שליח עושה שליחותו ה"נ חזקה ב"ה עומד בשליחותו גם בתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס קל"ב כתב דמצי המוחזק לומר קים לי כהנהו רבוותא דס"ל דאם לא ידע בביטול פטור ע"ש וה"ה נמי דלא חיישינן למיתה ע"ש בבעה"ת. וכן כתב מהרש"ל פ' מרובה סימן י"ב ופ' הגוזל עצים סימן ל"ו ומ' והביא ג"כ ראי' מפירש"י שכ' דר' אבא זקן היה ונראה שלזה כיון בסמ"ע ס"ק ב' שכ' די"א דלא חיישינן למיתה כ"א בזקן ור"ל רש"י וכ"כ לקמן ס"ק ה' בשם התו' ואגוד' דמסתמא יש להחזיקו בחזק' חי ונראה דגם הרא"ש סובר דלא יוכל לעכב מטעם מיתה וכמ"ש בתשו' דמסתמא לא מפקינן מחזקת קיים ולכך לא כתב בפסקיו דיכול לעכב אלא מטעם דשמא בטל שליחותו מיהו לענין דינא נראה עיקר דאף מטעם זה לא יוכל לדחותו ונ"ל דאפשר דגם דעת הרי"ף כן וא"צ לדחוק בדבריו כמ"ש הרא"ש רק מ"ש הרי"ף דהיכא דלא בעי למיתבינהו ניהליה להאי שליח שעשאו בעדים לא כייפינן ליה דהא אמרי נהרדעי כל אורכתא דלא כתב בה זיל דון והנפק לנפשך לאו אורכתא היא משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את ר"ל שאומר שיש לו איזה טענ' נגדו לא כייפינן למיתביה ניהליה או לטעין עמו משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את ולא שוויך שליח אלא כשאתן לך ולא כשאומר שיש לי איזה טענה וכ"כ מהרש"ל פ' מרובה שם דמה שיכול לדחותו ולומר לאו בדד"א היינו היכא שאינו רוצה ליתן לו מחמת שיש לו איזה טענת או שאר תביעות או שכפר לגמרי כו' עכ"ל וראיה לזו מבעה"ת שהביא שם דברי הרי"ף בסתם ואח"כ פסק דלא מצי למידחי בטענת שמא ביטל שליחתו או מת ולעיל כשהביא דברי הרי"ף כתב וז"ל מכל זה למדנו ששליח שעשאו בעדים הרשות ביד הלוה אם רצה ליתן נפטר ואם לא רצה ליתן אינו נותן שאין זה בעל דינו ואפילו יעשהו שליח שיאמר ללוה שלח לי ביד זה עד שיבא בהרשאה ולמטה באריך אם יש לחוש לדילמא אדהכי והכי מייתי או חזר משליחותו וביטל או לא עכ"ל ולמטה האריך ופסק

דלא חיישינן לדילמא מאית או בטלו וא"כ ע"כ א"א לומר דטעם הרי"ף כמ"ש הרא"ש דאין מחויב ליתנו לו מטעם שמא ביטל שליחתו אלא כדפי' ודו"ק:

סעיף ה

יהי' חייב לשלם כו'. כבר כתבתי דיש פוסקים דפטור מלשלם משום דמסתמא לא חיישינן למיתה ואפילו ידע שמת ונתן לו פטור משום דמיתה לא מבטלה הרשאה ובזה שוה דעת בעל העיטור ובעה"ת ומהרש"ל שם. וכן דעת ראב"ן במרדכי פרק מרובה (והוא בספר ראב"ן סי' ע"ט) וכן הוא בהגהת אשרי פ' הגוזל עצים ממהרי"ח דמיתה לא מבטלת הרשאה. רק בידוע שמת כתב מהרש"ל שם שיכול הנתבע לדחותו ולומר דילמא היורשים יבטלו אותך ומשמע דהיורשים פשיטא דיכולים לבטל וכ"כ בתשובת מהרי"ו סי' נ"ו דאע"ג דהרשאה מהני אפילו אי שכיב מרשה ה"מ לגבי אינש אחרינא דלא מצי למימר לאו בדד"א אלא שליחותיה קא עביד אבל כשהיורש גופא הוא הבע"ד ואין שם יורש אלא הוא בטל ההרשאה עכ"ל. אבל בשליח בעדים בלא הרשאה דעת בעל העיטור ובעה"ת שם ג"כ דפטור אפילו ידע שמת משום דמיתה לא מבטלת שליחות בעדים דלא גרע מאפטרופוס שמינהו אבי יתומים כו' וכן הוא בבעל העיטור דף ק"ז ע"א בהדיא ודלא כב"י סוף סעיף ב' שכתב דבעל העיטור מודה במת גם הראיה שהביא ב"י שם ובסוף סעיף ה' לזה מעובדא דר' אבא דלא משכח גוונא אחרינא לפטרו אלא דאקנינהו ניהליה אג"ק משום דילמא שכיב כו' ולמד ג"כ מראיה זו דאפילו בהרשאה אם מת נתבטלה ואפילו לא ידע שמת ונתן לו חייב באחריו' לאו ראיה הוא כמבוא' בהדי' בבעל העיטור ובעה"ת שם דרבי אבא לא הוי חייש רק דילמא אתי יתמו ומערערי דאחליפינהו בזוזי דגריעי מנייהו ע"ש (ובמרדכי והגהת אשר"י ומהרי"ק פרק השואל מספקא להו אי נתבטל השליחות כשמת והביא הר"ב דבריו לקמן סוף סי' ש"ס בסתם וא"כ קשה על מה דמשמע מדבריו כאן דס"ל בפשיטות דנתבטל השליחות כשמת וצ"ע) ודעת מהרש"ל שם דבשליחות שעשאו בעדים וידע שמת חייב באחריות דנתבטלה השליחות וכן דעת ראב"ן שם ודעת המחבר נראה דמיתה מבטלת אפי' הרשאה וכן דעת הרא"ש בתשו' כלל ס"ב והביאו הטור וגם בס"ז כתב הטור בשם הרמ"ה דאם ידע שמת ונתן לו חייב באחריותו אף שבא בהרשאה וכן נרא' דעת רבינו ברוך בהגהת מיי' שהבאתי לקמן ס"ק ו' וכ"כ הריטב"א פ"ק דקדושין בש"ס (דף כ"ה ריש ע"א) דבהרשא' כשמת המרשה בטל שליחתו וכה"ג כתבו התוס' בכתובות ריש פרק אע"פ (כתובות סוף דף נ"ה) ואגודה שם דאם מת המרשה בטל השליחות ויכולים היתומים לתבוע הנפקד רק שאם נתן הנפקד להמורשה קודם שידע שמת כיון דאם הי' נפקד בא לפני ב"ד היו

אומרים לו לתת ליד המורשה שהרי יש להחזיק המרשה בחזקת חי פטור הנפקד ע"כ מיהו היינו בסתם הרשאה אבל בהרשאה שהקנה לו אג"ק יתבאר בסמוך (וע' מהר"א ן' ששון סימן קל"ב):

סעיף ו

מיהו אם ידוע כו' לכאורה משמע דר"ל דאפי' בהקנה לו אג"ק כשידע שמת לא יתנו לשליח שאם יתנו חייב באחריות ולמד כן הרב בד"מ מתשו' הרא"ש. ולפע"ד דין זה אינו וליכא למ"ד הכי וגם אין טעם לחלק כלל בין ידע ללא ידע לדעת המחבר דאם נאמר כשידע שמת חייב א"כ גם בלא ידע יהא חייב כמו בשליח שעשאו בעדים דחייב להמחבר והר"ב בלא ידע כמו בידע. ומ"ש בד"מ בשם תשובות הרא"ש הנה המדקדק הטיב בתשו' הרא"ש יראה דאדרבה דעתו ורצונו לומר רדוקא כשהקנה לו בקנין אג"ק לא חיישינן אם מת לענין אחריות הדרך דאפי' אם מת ודאי כיון שהקנה לו אג"ק לית לן בה אבל היכא שמת יש היזק במיתה לענין שליחות דבטל השליחות דהיינו אם לא הקנה לו אג"ק דאז אין לנו כח אלא מטעם שליחות בטל השליחות ולא יתן הממון (רק) ליד היורשים כשידע שמת כך הם המשך דברי תשו' הרא"ש וכן נראה ממ"ש הג"מ ס"פ מ' מהל' שלוחים וז"ל וכ"נ לרבינו ברוך אע"פ שפסק כרבה דשליח שעשאו בעדים לא הוי שליח אם כתב לו בכתב ידו הוי שליח ומה שאנו מצריכין לכתוב הרשאה להקנות אג"ק משום דחיישינן שמא ימות ונפלי קמי יתמי עכ"ל וכן הוא להדיא בתשובת הרא"ש החדשים שנדפסו בשנת שס"ז וז"ל דוקא היכא דאקני לי' אג"ק לא חיישי' אם מת לענין אחריות הדרך אם נאנס דכיון דאקנינהו ניהליה אג"ק מהני התקבלתי דידי' אפי' אם מת כאלו בא לידי רבי אבא מחיים אבל היכא דלא אקנוה ליה באגב ומית ודאי בטל השליחות כו' עכ"ל וכן משמע להדיא בטור שכתב וז"ל אבל א"א הרא"ש כתב בתשו' שנתבטל כשמת אבל הקנה לו הממון אג"ק כבר זכה בו והוא שלו אפי' מת המשלח לא זכו בו יורשיו עכ"ל ואע"ג דבסמ"ע ס"ק ד' דחק לו' דהיינו לומר דאין לו לירא מליתן לשליח שמא ימות מ"מ כל מעיין ישפוט בצדק שזה אינו מכמה טעמים. חדא דפשט דברי הטור משמע דמיירי אפי' ידוע שמת לא זכו בו יורשיו מטעם דלא נתבטלה ההרשאה כשמת כיון שהקנה לו אג"ק וכ"כ הב"י להדיא. ועוד דאם נאמר דר"ל דאין לו לירא כו' א"כ ה"ט משום דמסתמא מוקמי' ליה אחזקת חי א"כ אפי' בלא הקנה לו אג"ק נמי וכן משמע להדיא בתשו' הרא"ש שם דאפי' בלא הקנה לו אג"ק יתנו לו דבקול בעלמ' לא מפקי' מחזקת קיים וגם מה שנרשם בגליון סמ"ע על דין זה שכתב הר"ב טור ס"ז בשם הרמ"ה אינו בד"מ ובאמת הרמ"ה לא מיירי רק בסתם הרשאה ולא בהקנה

לו אג"ק וכן מסיק הב"י בפי' דברי הרמ"ה ונראה גם דעת הר"ב דבהקנה לו אג"ק וידע שמת ונתן לו פטור מאחריות והיינו שכתב מיהו אם ידוע שמת לא יתנו לשליח ולא כתב מיהו אם ידוע שמת ונתנו לשליח חייב אלא ר"ל דעצה קמ"ל דלא יתנו לשליח כיון שמסתמ' הוא שייך ליורשי' וכה"ג כתב מהרש"ל דאע"ג דההרשא' לא נתבטלה כשמת מ"מ יכול הנתבע לומר לא אתן לך דילמא יבטלו אותך היורשים וגם דבריו בד"מ נראה לפרש כן וז"ל כתב הטור אבל הקנה לו הממון אג"ק כבר זכה בו והוא שלו אפילו מת המשלח לא זכו בו יורשיו וכתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ב ודוקא לענין זה שאם נתנו לאחר שמת לשליח ונאנס פטור אבל היכא דמית ודאי בטל השליחות ולא יתן הממון רק ליד היורשים ודוקא בידוע בודאי שמת אבל בקול בעלמא לא מפקי' מחזקת קיים עכ"ל ד"מ נראה כונתו כדפי' ודו"ק מיהו גם זה אינו מוכרח בדעת הרא"ש וכמ"ש לעיל:

מיהו כל זה בעיסקא או פקדון שנקנין אג"ק אבל בהלואה שאינו נקנית באגב וכדלקמן סי' ר"ג ס"ט (ובתשו' הר"ב סי' צ"ב ד' קצ"ה ע"א לדעת הרא"ש וסייעתו דכותבים הרשאה אמלוה ה"ה דנקנית באגב וכן משמע מדברי הטור ס"ס ר"ג כו' וליתא דבהדיא כתב הרא"ש פ' מרובה דאינו ניקנית באגב אלא פשיטא שכוונת הטור ס"ס ר"ג כמ"ש הב"ח שם ע"ש) אפי' הקנה לו אג"ק לא קנה אלא מטעם שליחות וכמו שיתבאר בסי' קכ"ג ודינו כהרשאה בלא אג"ק וכ"כ ב"י ומהרש"ל שם ונראה דה"ה במטלטלי שהקנה לו בקנין סודר דינו כאג"ק במעות בפקדון וכן משמע בב"י ושאר אחרונים. שוב ראיתי במעד"מ בפרק הגוזל העלה ג"כ דבהקנה לו אג"ק יכול ליתנו אפי' ידע שמת ושכן דעת הטור אלא שכתב וז"ל אברא דבתשו' הרא"ש שהעתיק הב"י מבואר דכשמת וידע הנפקד לא יתן אלא ליורשים אפשר דלהטור היה נוסח אחר בתשו' זו עכ"ל וגם בבדק הבית כתב דתשו' הרא"ש הוא שלא כדברי הטור ואלו ראו תשובת הרא"ש דלעיל שהבאתי לא היו כתבו כן וגם דברי תשו' הרא"ש שבב"י יש לפרש כן וכמ"ש שוב ראיתי בב"ח שהבין ג"כ בדברי הר"ב דאפי' נתן לו כשידע שמתחייב ופסק כן ופי' דברי הרמ"ה בהקנה לו אג"ק וכל דבריו אינם נכונים לפע"ד וכמו שהשגתי עליו בספרי באריכות ע"ש:

סעיף ז

פטור הנתבע. הטור בשם העיטור כתב הטעם שיאמר למלוה סמכתי עליך שהיית עומד בשליחותך שכשם שחזקה שליח עושה שליחותו כך חזקה שב"ה עומד בדבורו ולא היה לך להחזיר ואין לי להפסיד בשביל חזרתך. וכתב הסמ"ע בשם הב"י וד"מ דאף דידע השליח שבטל אם הנתבע לא ידע פטור הנתבע מן האחריות לדעת הרי"ף והרמב"ם כו' ולפעד"נ דהב"י וד"מ לא כתבו כן רק בבא בהרשאה ומטעם שכתב הרמב"ם והמחבר

לקמן סעיף ג' שהרי זה אומר תן לי מה שבידך וזאת הרשאתי תהיה אצלך לכך פטור הנתבע שהרי בהרשאתו נתן אבל הכא דליכא הרשאה א"כ לא שייך האי טעמא וליכא למיפטרי' אלא מטעם חזקה שב"ה עומד בדבורו וכיון דידע השליח שבטלו איבטלה לה חזקה ואינו שליח כלל וזה שנתן לו לא בהרשאה נתן שהרי אין ההרשאה בידו וחייב ודו"ק:

סעיף ח

וי"א דחייב כו' ומהרש"ל פרק מרובה סי' י"ב פסק כהמחבר דאע"ג דיכול המשלח לבטל שליחתו מ"מ הנתבע מה ידע ואין לך אונסים גדולים מזו ועוד דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דכל אחד יבטל שליחותו בפני ב' עדים במקומו קודם שיגיע הפקדון שם ליד השליח כי היכא דליהוי האחריות על הנתבע ומזה משמע נמי דאם השליח ידע בביטול חייב דהא השתא ליכא למימר מה הועילו חכמים בתקנתן דאם יבטלו השליחות מסתמא לא ילך וגם לא שייך לומר דאין לך אונסים גדולים מזו דכיון שהודיעו לשליח א"כ ה"ל לחקור ואם השליח כחש לו השליח הוא שאנסו ואין האחריות על המפקיד בשביל כך ועוד דאל"כ לאיזה צורך הוצרך שם סי' י"ד לכתוב בבא בהרשאה שאין הנתבע יכול לדחות המורשה שמא ביטל שליחותך מטעם שזה יכול לומר לו תן פקדונו שיש לו אצלך ותהיה הרשאתי אצלך כו' וכמ"ש הרמב"ם והמחבר בסעיף ג' תיפוק ליה דיכול לומר סמכתי עליך שהייתי עומד בדבורך אלא ודאי לקמן מיירי אפי' בהודיעו לשליח וכאן מיירי שלא הודיע לשליח ודוק. ולענין דינא העיקר כהמחבר ומהרש"ל וכן נראה דעת הב"ח ועוד דהי"א שכתב הר"ב ונמשך אחד מ"ש הטור כן בשם הראב"ד והרא"ש אינו מוכרח דבדעת הרא"ש כבר כתב הב"ח דס"ל דפטור ע"ש ודעת הראב"ד ג"כ המעיין בבעה"ת שער נ' ח"ג יראה להדיא דמוד' בביטל שליחותו דפטור הנתבע מטעם דיכול לומר אנא אשליחותא דידך סמכי ואסהדי סמכי ואת הוא דפשעת דהדרת בך ולא פליג אלא במת ע"ש מבואר כך להדיא:

סעיף ט

ורצה לבטל השליחות כו' נ' דאפי' כתב לו בהרשאה שהקנה לו הממון אג"ק יכול לבטל ההרשאה שהרי דין זה הוא מלשון הרמב"ם והרמב"ם ס"ל דאין הרשאה מועלת אלא במקום שהשליח קונה מן הדין גוף הממון וכמש"ל ס"ק י"ג ואפ"ה כ' דיכול לבטל הרשאה וכן משמע מדברי הטור (וע' ג"כ בטור לקמן סי' קכ"ו ס"ז) ומחבר דיכול לבטל ההרשאה בכל ענין ע"ש ואע"ג דכשמת לא נתבטלה ההרשאה כשהקנה לו אגב קדקע מ"מ יכול לבטל ודמי למש"ל ודו"ק:

סעיף י

שהרי זה אומר כו'. ע"ל ס"ק ח' מ"ש בזה ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן קי"ג וסימן קכ"ד:

סעיף יא

מיהו אם ידע כו'. כן כ' הב"י לדעת הרא"ש ולפע"ד אינו נראה כן אלא נראה דגם הרא"ש סובר ממש כהרמב"ם דנהי דיכול לבטל היינו שאומר לו אין רצוני שתהיה שלוחי וחוזר ולוקח ההרשאה ממנו ובהכי מיירי בפ' מרובה אבל כשמניח ההרשאה בידו לאו כל כמיניה לבטל שהרי זה יתן לו או יציית עמו דין ע"פ ההרשאה וההרשאה תהיה אצלו ובהכי מיירי בפרק הגוזל עצים ודלא כהטור (ובתשובת מהר"י ן' לב ספר שני סי' נ"ז כתב אבל דוחק לומר דהרא"ש פליג עליה דהרי"ף דהרי הטור כתב בלי שום חולק וז"ל מי שהרשה לחברו ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר רשאי ע"כ עכ"ל וראה דברי הטור דלקמן סי' קכ"ג סעיף ז' ואישתמיטתיה דברי הטור דכאן סי' זה דכתב להדיא דהרא"ש פליג עליה דהרי"ף ורמב"ם ומ"ש הטור לקמן סי' קכ"ג מי שהרשה כו' היינו מפני שכתב קודם לכן בסמוך מדברי הרמב"ם הי' לו שבועה כו' ור"ל שכל זה הוא מדברי הרמב"ם כאשר הוא באמת מסעיף ו' עד סעיף י"ב הכל לשון הרמב"ם וזה פשוט) שסובר דהרא"ש כתב כן בפ' מרובה לפי דעת הרי"ף והרמב"ם וליה לא סבירא ליה אלא כדפי' וכן דעת ב"י והלכך אפילו ידע המורשה בביטול השליחות כיון שהנתבע לא ידע ודן ע"פ הרשאתו של זה והרי ההרשאה אצלו אינו חוזד ודן ואפשר גם דעת המחבר כן ולא כתב בב"י כן אלא לדעת הרא"ש דנקט לישנא דידע המורשה אבל הרמב"ם דתלי במה שזה אומר תן לי מה שיש בידך וזאת ההרשאה תהיה אצלך כו' א"כ אפי' ידע המורשה כל שהנתבע לא ידע ודן וההרשאה אצלו אינו חוזר ודן ולכך השמיט המחבר כאן את זה לפי שכתב כאן כלשון הרמב"ם ודו"ק:

סעיף יב

להוציא את שלו כו'. דוקא להוציא אבל בהרשהו למכור קרקע או מטלטלין א"צ לקנין ולדון וזכי שהרי מנהו שליח למכור את שלו כ"כ הבעה"ת בשם הרי"ף ומביאו ב"י וד"מ ועיין בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קל"ב:

סעיף יג

צריך ליקח לו בקנין טור. והוא מהרמב"ם רפ"ג מה' שלוחין. ועב"י שדחק עצמו מאין הוציא וכתב עוד וקנין זה היינו קנין סודר שהוא מקנה לו בחליפי הסודר אותו ממון שיש לו ביד פלוני וכן משמע מדברי הרמב"ם בפ' הנזכר דלהקנות מעות דוקא הוא דבעי

קנין אגב קרקע אבל להרשות סגי בק"ס וכדברי הרמ"ה שכתב הטור בסמוך וע"כ כתב דמ"ש הטור והר"מ כתב כו' לא דק דהל"ל וכתב הרמ"ה כו' ע"ש. ולפע"ד דבריו תמוהין והטור דק היטב דהמעיין בדברי הרמב"ם שם יראה להדיא דמתחלה כתב שהמרשה את חברו צריך ליקח לו בקנין כו' משמע שבא לומר ככל אופן שצריך קנין המועיל להקנות מעות או מטלטלים כן צריך בהרשאה שמרשה עליו וביאר אח"כ וכתב וז"ל ואין אדם מרשה על תביעת דברים שאין הדברים ניקנין אלא על תביעת ממון מי שהיה לו (מעות) פקדון ביד אחר ורצה להרשות שליח להביאן אין הקנין מועיל בזה שהרי אין המטבע נקנה בחליפין אלא כיצד עושה נותן לו קרקע כל שהוא ומקנה לו המעות על גבה כדי להוציאן בהרשאה והולך ודן עמו ומוציאו היתה לו מלוה ביד אחר א"י לכתוב הרשאה ואפי' היה החוב בשטר מפני שמלוה להוצאה ניתנה ואין אדם מקנה לחבירו דשלב"ל עכ"ל (ומבואר שם ברמב"ם דאפי' לאחר תקנת הגאונים דלקמן ר"ס קכ"ג צריך אג"ק ע"ש) והדבר פשוט שיצא לו להרמב"ם כן מדאמרינן בהגוזל עצים תא ואקנינהו ניהליה אגב ארעא כי הא דרב פפא כו' ואקנינהו ניהליה אגב אסיפא דביתו. ואם איתא ה"ל להקנות בהרשאה בק"ס אלמא דלא מועיל בהרשאה רק אג"ק בדרך שמועיל כשמקנה לו גוף המעות וע"כ כתב הרמב"ם שהמרשה את חבירו צריך להקנות לו ואין צריך לדחוק שיצא לו כן מהא דפליגי אי שליח או שותפת שוייה וכן ממאי דאמרינן שאם הקנה לו שליש או רביע כו' וכמו שכתב בב"י אלא כדפי'. והשתא א"ש מה שכ' הטור והרמ"ה כתב שא"צ להקנו' בקנין אג"ק כיון דלאו לאקנויי גופא דממונא קמכוין אלא יהיב ליה רשות' למתבע דילי' ר"ל לאפוקי מהרמב"ם דס"ל דבהרשאה צריך קנין כמו במקנה לו גוף הממון והרמ"ה ס"ל דבהרשא' סגי בקנין כל דהו וא"צ אג"ק גם בב"ח ס"ט דחק עצמו מאד לומר דמה שכ' הטור והרמ"ה כ' כו' קאי אאם נתן לו ונאבד והוא אינו נכון כלל וא"צ להאריך ומ"ש הוא ברור (ועיין בתשובת ר"ש כהן ספר ב' סי' ל"ג):

סעיף יד

וצריך לכתוב לו דון וזכה כו' גם בסמוך ס"ו כתב דצריך לכתוב זכה ועיין בטור דלא כתב בס"ח בנוסח ההרשאה ל' זכה ועפ"ר מ"ש בזה עכ"ל סמ"ע ומהרש"ל כתב בפ' מרובה סי"ג שט"ס הוא בטור וראי' שברמזי' הזכיר זכה ע"ש:

סעיף טו

או שאר לשון כדומה לזה. דמשתמע מיני' דמקניא ליה עכ"ל רשב"א ונראה דהיינו לשטת הרמב"ם דלקמן דבהרשא' צריך שיקנ' גוף הממון אבל לדידן דקי"ל לקמן ר"ס

קכ"ג דמצי לשויי' שליח אפי' בענין שאינו קונה גוף הממון ה"ה דסגי בכל לשון כדומה לזה דמשתמע מיני' דשוי' שליח:

סעיף טז

לא ישיב לו דבר. מטעם הנ"ל שמא ימות או יבטל השליחות עכ"ל סמ"ע ואזיל לשטתו דלעיל אבל למש"ל דלא מצי למדחי מטעם זה ע"כ מיירי שאומר לו יש לי טענות כנגדו ולאו בדד"א וכמ"ש בס"ק ד' ע"ש:

סעיף יז

דלא גרע משליח שעשאו בעדים דלעיל סי' קכ"א ס"ב ור"ס זה ע' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רי"ג בראובן שהוציא ש"ח מקוים על שמעון שנעשה השט"ח ע"י מורשה של ראובן ושמעון טוען כי נעשה בזיוף כי המורשה הוא יודע כי לא נתחייב הוא בתורת חוב אלא בתורת פקדון שהי' לו מראובן ויש לו לטעון שנחסר והעדים חשבו שהי' חוב וכתבו עליו בתורת חוב וראובן אומר איני יודע אלא זה השטר מקוים נתן לי שלוחי אמת כי מקודם היה פקדון אבל אח"כ זקפה במלוה כמו שכתב בשטר. ופסק שיונח עד שיבוא המורשה שהוא נאמן כיון שראובן אומר איני יודע כדאשכחן בשליש שהוא נאמן כו' ע"ש שהאריך בזה. ולא ביאר בתשובתו שם אם לא יבוא המורשה כגון שמת או הלך למ"ה מה יהא דינו. ולפעד"נ דאפי' יבא המורשה ויאמר שהשטר נעשה בזיף לאו כל כמיני' שהרי העדים כתבו שטר הלואה וחזקה אין העדים חותמים שטר של זיוף והאיך נאמר שהעדים טעו וכתבו הלואה במקום פקדון ואם אמר להם סתם כתבו לפלוני שיש לו אצלי מנה ולא פירש מנה בפקדון ה"ל כזקפו בהלואה כיון דלא פירש לעדים שהוא פקדון. גם מ"ש המבי"ט שם ראיה מלעיל סי' ל"ט (נ"ט) במלוה שאומר על שטר מוקדם [מקוים] איני יודע אם פרעת לי. כבר דחה המבי"ט עצמו שם דשאני הכא דלא ה"ל למידע כיון שנעשה ע"י מורשה שלו. ובלא"ה נמי לא דמי כלל מטעמא דחמרן דהתם שטר לפרעון הוא עומד ונמצא ה"ל ברי ושמא והמלוה בא להוציא ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל הכא כיון שהעדים מעידים בשטר והוא הלואה ה"ל כברי וכדלעיל ס"ס ע"ה גבי עד א' וה"ה היכא דאיכא ב' עדים שפלו' נטל משלו אע"ג שהוא אינו יודע חייב לשלם לו וכדאיתא בהרי"ף ופוסקים פ' שבועת הדיינין והוא פשוט וא"כ ה"ה הכא כנלפע"ד:

סעיף יח

אם כתב לו כו' מחצה או שליש כו'. ע"ל סי' קכ"ג ס"ק כ"א אם חזר המרשה ומחל או הודה שנפרע אם חייב להמורשה המחצה ושליש שהקנה לו:

סעיף יט

מחצה או שליש כו'. כתב מהרש"ל פרק מרובה סי' י"א ואיירי דוקא בקרקע או בפקדון שמועיל קנין לחלק המורש' שיקנה לו החלק בקנין גמור דהוי כאלו ברשותו או שהי' מלוה בשטר והקנה לו החלק של שטר בכתיבה ומסירה אבל שאר מילי שאין מועיל בו קנין רק בתקנתא דרבנן שיקנה לענין שליחות א"כ לא מועיל במה שהקנה לו חלק מן אותו הממון עכ"ל ר"ל דאע"ג דמצי לשוייה שליח אפי' בדבר שא"י להקנות לו מ"מ אם נאמר דשליח שוייה היאך ידון על הכל והלא עינינו רואות שלא עשאו שליח רק על השליש אבל בקרקע או פקדון אמרי' אה"נ דשוייה שליח על הכל (רק) שהקנה לו השליש שיקנהו לעצמו בקנין וכן עיקר:

סעיף כ

לדון עמו על הכל. ואע"ג דבשותפים בס"ס זה אין הנתבע מחוייב לדון עמו על הכל רק על חלקו הא מתבאר שם דכשהשותף יש לו הרשאה או כשחבירו יודע שזה תובעו צריך לדון עמו על הכל וכ"ש הכא שבא בהרשא' וכ"כ מהר"א שטיין בביאורו לסמ"ג:

סעיף כא

דדוקא בכה"ג כו'. כ' בסמ"ע י"א הטעם (וכ"כ הב"ח טעם זה) דבמקנה לו השליש או הרביע יתרבה בשלישו טפי כו' אבל אין טעם זה מספיק דא"כ הל"ל נמי דאף אם מקנה לו השליש מהחוב סתם ולא א"ל השליש ממה שתוציא נמי אינו יכול לדון על כולו ולמה סיים וכתב דין זה בהקנה לו ק' זהובים מהחוב אלא ה"ט דבמאמר המצטרף בשם שליש או רביע נכלל כל החוב והלכך יש לו שייכות בכולו עכ"ל וכן עיקר וכן העלה מהרש"ל שם וכ' דאם כשהקנה לו השליש והמורשה נתרצה לדון על השליש מה שהוציא מן השליש א"צ ליתן כלום למרשה ואם כתב לו חלק שליש במה שיוציא מן החוב הוי כפירות דקל דאין מועיל שם קנין אלא כשמקנה לו חצי החוב וא"צ הנתבע לעמוד עמו לדין ומ"מ אם עמד עמו לדין זכה במה שהוציא לחלקו דפירות דקל גופא אי תפס לא מפקינן מיניה עכ"ד ובזה דס"ל למהרש"ל דאם הקנה לו שליש מה שיוציא מן החוב א"צ הנתבע לדון עמו לא נראה כן דעת הב"ח והסמ"ע דלעיל. דלכאורה נראה דמהרש"ל איירי כשזה רוצה לדון עמו מחמת שאומר שהממון שייך לעצמו מתמת שהקנה לו שליש מה שיוציא מהחוב א"כ הוי כפירות דקל והסמ"ע והב"ח איירי כשזה רוצה לדון עמו מחמת שאומר שהרשהו ועשאו שליח על השליש והלכך ל"ד לפירות דקל דהא בלא"ה הרשאה שאני דכתבי' אפי' על מלוה ע"פ ושאר דברים שאינן נקנין בקנין וכדלקמן ר"ס קכ"ג מטעמא דלענין שליחות שאני וכמ"ש שם אבל זה אינו דא"כ דנאמר דשליח שוייה

פשיטא דלא יכול לדון עמו על הכל שהרי לא עשאו שליח רק על השליש וכמ"ש בס"ק הקודם אלא נראה דמהרש"ל מיירי בחוב הלואה וא"כ אע"פ שהקנה לו השטר בכתיבה ומסירה כיון שהקנה לו שליש מה שיוציא מן החוב דמי לפירות דקל והסמ"ע והב"ח איירי כשתובעו בשביל קרקע או פקדון דבכה"ג אף כשמקנה לו שליש מה שיוציא מן הקרקע או הפקדון כיון דהוא באמת שלו ועביד דאתי ל"ד לפירות דקל ומחויב הנתבע לדון עמו וכן עיקר ודו"ק ועמש"ל סי' ר"ט ס"ה:

סעיף כב

כל ההוצאות כו'. אפי' הוציא יותר ממה שקבל כיון שכתב ליה כל דמתעני כ"כ הסמ"ע: וכתב מהרש"ל פ' מרובה סי' י"ד ונראה שאם שכר אותו בתנאי זה שיוציא לו ממון מיד הנפקד וכל זמן שאינו מוציא לא ישלם לו מידי א"כ אפי' הוציא השליח יתר על מה ששכרו פשיטא שהניח מעותיו על קרן הצבי ע"כ:

סעיף כג

שכך כותבים בהרשאה כו' כתב ב"י תימ' שאדרב' אם לא כתב לו כן מכ"ש שיכול להחזיק בכל הממון וי"ל דנ"מ שאם לא החזיק בממון ונתנו למורשה שאינו חייב לשלם לו ההוצאות ע"כ ומביאו ד"מ וכ"כ בסמ"ע ולפע"ד בלאו הכי לק"מ דע"כ לא אמרינן דיכול להחזיק בממון אלא כשאומר אתה הקנית לי בקנין גמור אבל כשמודה שהוא שלוחו אלא שרוצה להחזיק לעצמו פשיטא דאינו יכול א"כ אם לא כתב ליה כל מה דמתעני והוא מודה שהוא שלוחו א"צ לשלם לו ההוצאות. ונראה שגם הב"י והסמ"ע מודים לזה ולא מיירי אלא כשהשליח אומר אתה הרשיתני להוציא כל ההוצאות אע"פ שלא כתבת כן בהרשאה וכן משמע ל' הסמ"ע דהא אי בעי היה מחזיק בכולו כו' משמע דצריך לשלם ההוצחות מכח מגו דאי בעי היה מחזיק בכולו ופשיטא דמגו לא שייך אלא היכא דאיכא הכחשה אבל אם השליח אינו אומר שהרשהו להוציא אז א"צ לשלם לו ההוצאות כיון דלא כתב ליה כל מה דמתעני אף אם המעות עדיין ביד שליח. ומהרש"ל שם כתב דאפי' לא כתב לו כן בהרשאה צריך לשלם לו דמסתמא אדעתא דהכי הרשה וזה נתרצה ואומדנא כה"ג מילתא ונראה אפי' אם קצץ שכרו מ"מ כל מה שיוציא מחמת עסק זה בשארי סבות צריך המרש' לשלם לו כל הוצאותיו עכ"ל מיהו כל זה מדינא אבל מצד המנהג נראה דלכ"ע צריך לשלם כל ההוצאות אף שלא כתב כל דמתעני מטעם שנתבאר לעיל סי' ס"א ס"ה דכל דבר שנהגו במדינ' לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וע"ש:

סעיף כד

ואינו אלא שליח בעלמא כו'. כיון דכתב ליה כל דמתעני הלכך אינו אלא שליח ואינו יכול להחזיק לעצמו. כן הוא בש"ס וכתב מהרש"ל שם דאפי' לא כתב ליה כל מה דמתעני ליה מן דינא כו' מ"מ לא יכול השליח לעכב לעצמו מידי מאחר שעיקר תקנת הרשאה אינו אלא לטובת המשלח כו' והיינו בהלואה אבל בקרקע ופקדון יכול לומר כבר הקנית לי על כל דבר ועמש"ל בס"ק שאח"ז:

סעיף כה

ואם רוצה המורשה כו'. והיינו אפי' הקנה לו אג"ק וכן נ"ל (וכ"ש בזמנינו דנוהגים בכל הרשאות דהקנה לו אג"ק ואין דעת המורשה והמרשה רק להיות שליח בדבר דדינא הכי) עכ"ל סמ"ע ובב"י סי"ב כ' דבהרשאה שהקנה לו אג"ק יכול להחזיק הממון לעצמו ובד"מ השיג על הב"י וז"ל ואין דבריו נ"ל דטעמא דשליח שוייה לאו משום דלאו דרך הקנאה הוא אלא דאומדן דעתא הוא מאחר שכתב לו בדרך הרשאה דלא שוייה רק שליח ולכן אין לחלק בין אם כ' לו אג"ק או לא עכ"ל ולכאורה נרא' דהב"י והסמ"ע אזלי לטעמייהו דהב"י ס"ל דהטור סובר דבהרשא' שהקנה לו אג"ק לא נתבטל' כשמת א"כ שלו הוא לגמרי והסמ"ע ס"ק ד' ס"ל דהטו' סובר דנתבטל' כשמת וכ' שגם דעת הד"מ כן וכמ"ש לעיל ס"א בשמם וכ"כ בב"ח ס"ס זה דלפמ"ש דבשמת נתבטל' ההרשאה א"י להחזיק בממון ע"ש. ולפ"ז מה שהעלתי שם לא נתבטל' יכול להחזיק בממון. אבל בבעה"ת מוכח דאע"פ (שנתבטל') שלא נתבטל' כשמת א"י להחזיק הממון לעצמו וז"ל אבל דעת הראב"ד כו' אפי' הכי קתני אין משלחין פי' כדי שיוכל להפטר ולהנצל מאונסים מ"ט דילמא אדאתי שליח לגבי מארי דפקדונא שכיב מרי דפקדונא ונפלו זוזי קמי יתמי ושליחותא דידיה לאו כלום הוא כו' ולית ליה תקנתא דחשש מיתה אלא בהקנאה דהרשאה כעובד' דרבא ורב ספרא בזוזי דר' אבא דהוי התקבלתי דהתם הרשאה הוי דמתקרי אורכתא והקנא' כעובדא דרב פפא דהקנה לו זוזי אגב אסיפא דביתא והיא היתה הרשאה כמו כן וא"ת א"כ דהרשאה הויא הא קי"ל דשליח שויה ואי תפס מפקי' מיניה ואמאי נפק לאפיה עד תוך דלא בעי למיקם בהדי' לדינא א"נ משום כבודו א"נ משום שמחתו עכ"ל מיהו מבואר היכא דהקנה לו בקנין גמור ולא הוזכר בקנין שום ענין הרשאה והמשלח טוען שהרשהו אם השליח כופר ואומר שהקנהו לו לגמרי יכול להחזיק בממון וכ"כ הבעה"ת שם בשם הר"ב ן' מג"ש וז"ל ואקנינהו ניהליה לרב שמואל אגב אסיפא דביתיה ופי' הר"ב ן' מג"ש בהקנאה גמורה ולא בתורת הרשאה וכי אתא נפק לאפי' עד תוך כדי שלא יחזיק בהם לעצמו עכ"ל וכן מוכח בש"ס פ' מרובה (בבא

קמא דף ע') גבי כיון דכתב ליה כל דמתעני לך מן דינא קבילי' עלי שליח שויי' ולא מצי למתפס לנפשיה וכ"כ בטור ומחבר לקמן סעיף ז' ע"ש וכן משמע מדברי מהרש"ל פרק הגוזל עצים סי' מ' ע"ש:

סעיף כו

צריך להחזיר לבעל הפקדון כו'. היינו בענין שאין המורשה היה יכול להחזיק בו לעצמו וכמו שנתבאר:

סעיף כז

ורוצ' ששמעון יתן לו מעותיו. פי' אותן מעות שקבל שמעון בהעיר אחרת ממעות ראובן מבקש ראובן שיתנם לו שם מיד ואינו רוצה להמתין עד שיבוא שמעון לעירו דראובן ויתן לו מעות אח"כ כמו שאמר לו בתחלה מ"ה הדין עם שמעון כי אדעתא דהכי קבלם שמעון ועיין שם בת"ה סימן שי"ג שכתב וז"ל ואעפ"י דאם היו המעות עדיין ביד הנפקד פשיטא דראובן יכול לחזור בו אע"ג דקבל הקנין לשמעון דקי"ל אין מטבע נקנית בחליפין מ"מ כיון שכבר קבלם שמעון אין לו דין עליו והביא ראי' מהמוכר פירות דקל לחבירו עד שלא בא לעולם שאינם נקנים לו ואי קדים הלוקח ולקח אין מוציאין מידו (כדלקמן סי' ר"ט ס"ד) ועיין לעיל סימן ס"ו עכ"ל סמ"ע ור"ל לעיל סי' ס"ו סי"ז דנתבאר שם דהמוכר ש"ח לחבירו אע"פ שאינו נקנה במסירה לחוד מ"מ אם תפס הלוקח אין מוציאין מידו ובת"ה שם למד מזה הך דין דהכא ולפ"ז היינו דוקא שנתרצה לו ראובן בתחלה שיקח שם המעות לעצמו כשירצה וק"ל:

סעיף כח

כיון שכתב כל דמתעני כו'. אבל אם אין כתוב בה כל דמתעני כו' וגם אין כתוב בה דון פסולה ומ"ש אח"כ ואם אין כתוב בהרשאה כל דמתעני כו' היינו כשכתוב דון וק"ל. מיהו היינו כשהיא כתובה בענין שאינו מקנה לו גוף הדבר אבל אם הוא בענין שקונה גוף הדבר כגון במטלטלים והקנה אותם לו בק"ס ומעות פקדון אג"ק ושטר בכתיבה ומסירה אפי' לא כתב לו דון וזכי כל דמתעני כו' כשרה ומחויב לדון עמו דנהי דלא זכה מטעם שליחות מ"מ זכה מטעם קנין וכן משמע להדיא מדברי הע"ש בסעיף ד' ע"ש ונכון הוא:

סעיף כט

שטר הרשא' כו'. ע' נוסח שטר הרשאה במהרש"ל פרק מרובה בסי' ט"ו בקצרה וכבר כתוב על צד היותר טוב בתיקוני שטרות הנדפסים אך שהיא באריכות קצת ובמהרש"ל שם הוא בקצרה והוא ג"כ על נכון. וכתב עוד מהרש"ל שם דמה שכותבין בפנינו עדים

ח"מ ה"ה אם כתב אני ח"מ שמועיל רק שהקנין יהי' בפני עדים ויכתוב בהרשאה איך שנתתיו לו בפני עדים וכך אמרתי לו בפני עדים כו' עכ"ל ולא ידעתי מה צורך שהקנין יהי' בפני עדים הלא קי"ל דקנין מהני אפי' בינו לבינו דלא איברי סהדי אלא לשקרי וכמ"ש כל הפוסקים ונתבאר לקמן ר"ס קכ"ט וסי' קפ"ט וסי' קצ"ה ס"א. ואפשר דמהרש"ל לא כתב כן אלא לכתחלה לרווחא דמלתא לחוש לסברת הראב"ד שכתב שאין הכל מודים בקנין ומביאו ב"י לקמן סי' קצ"א ס"ב אבל בדיעבד פשיטא דמהני אפי' לא הי' הקנין רק בינו לבינו דכל הפוסקים חולקים על הראב"ד ועוד דגם הראב"ד מודה בקנין אג"ק כדמשמע להדיא מדבריו שם ע"ש ובהרשאה כותבים שהקניתי לו אג"ק ולפי עניות דעתי א"צ לחוש לסברת הראב"ד אף לכתחלה וגם הראב"ד עצמו אינו מחליט כן רק שכתב שאין הכל מודים בדבר וק"ל:

סעיף ל

ומ"מ נוהגין לכתוב בו זמן. נראה שנכון הוא לכתוב זמן דהא נ"מ לענין בטול וכדלקמן סי' קכ"ג ס"ק י"ג ע"ש ובתשובת הר"ב סי' מ"ד כ' דפשיטא דלכתחלה אין להקדים זמן הרשאה או לאחרה ובדיעבד כשר וע' עוד שם בסי' מ"ב ובסי' מ"ג:

סעיף לא

וכן מה שכותבין ברעות נפשא כו'. ג"כ אינו אלא מנהג. ומהרש"ל שם לא העתיקו בנוסחתו כלל ומשמע מדבריו שם שג"כ אינו מנהג לכתבו וכ' שם שאין כותבין ג"כ בטול מודעות בהרשאת ממון וכן דלא כאסמכתא כו' אבל בתיקוני שטרות הנדפסים כתוב בדלא אניסנא כו' וביטול מודעות כו' ודלא כאסמכתא כו' וכן נוהגין:

סעיף לב

בנכסי מלוג. אבל בנכסי צאן ברזל א"צ הרשאה אפי' הוא מוחה יכול לדון וכמ"ש בא"ע סי' פ"ה ס"ד בשם הפוסקים ע"ש:

סעיף לג

ואם יש פירות בקרקע כו'. כתב הסמ"ע דאף אם אין עליה עתה פירות שכבר נתלשו משם מ"מ כיון דהשדה עומד לפירות לשנים הבאים דן גם על גוף הקרקע ולא נתמעט כאן אלא קרקע שאינו מגדל פירות כלל לדעת רב האי ולדעת הרא"ש גם בזה יכול לדון על גוף הקרקע ולא נתמעט אם לא שהבעל והאש' מודים שהפירות נתנו להנתבע על כמה שנים והגוף לאשתו והנתבע אומר שגם הגוף שלו וכן הוכח מהרא"י בת"ה סי' שי"ב ודלא כהריב"ש סימן תצ"ו עכ"ל ומ"ש בדעת רב האי אינו מוכרח ואדרבא פשט דבריו משמע דבעינן שיהי' עתה בקרקע פירות וכן משמע בת"ה שם שכן דעת רב האי

וגם משמע שם שגם דעת הרמב"ם והסמ"ג (והמחבר) כן והבאתי לשונו לקמן בסמוך ע"ש ודו"ק וכ"כ בב"ה שדעת הרמב"ם נראה כרב האי ומ"ש הסמ"ע בדעת הרא"ש נרא' נכון שכן משמע ממ"ש ואם שמו לו קרקע שאינו עושה פירות אין בכך כלום כי יכול למוכרו וליקח דבר שעושה פירו' ועוד מתחל' היו עומדים המעות שבשטר ליהנות מפירותיהן עכ"ל וטעמא דיכול למוכרו כו' שייך אפי' אינו מגדל פירות כלל. ואע"פ שהב"ח פי' דהרא"ש מיירי שעתיד הקרקע לגדל פירות אבל אין פי' ארץ גזרה שאין עושה פירות דא"כ אין הבע"ח נוטל ממנה כדלעיל ס"ס ק"ח עכ"ל ונראה מדבריו דאם אין עושה פירות עתה אף שעומד לעשות פירות לאחר זמן א"י לדון כי אם בה' רשא' וכן נראה להדיא מדבריו שכתב אח"כ ע"ש ולפעד"נ כדפי' ומ"ש דא"כ אין הבעל חוב נוטל ממנה כו' לאו מלתא הוא דע"כ לא אמרינן בסוף סי' ק"ח דאין הבעל חוב נוטל ממנה אלא לענין שאם יש ללו' קרקע אחרת בינוני' מחויב ליתנו לו דקרקע שאינה עושה פירות כלל אין שם קרקע עליה אבל פשיטא דהב"ח גובה ממנה. ולפ"ז א"ש מ"ש הטור אבל רב האי כו' דלפירושו צריך לדחוק דרב האי פליג אפי' כשהי' דן על המעות וזה אינו במשמע בדברי רב האי כלל וכמ"ש הוא עצמו דיש לדחות דשמא במעות מודה רב האי להרא"ש כו' וכ"כ בת"ה שם דבמעות אף לרב האי יכול לדון אבל למאי דפרי' א"ש אך מ"ש הסמ"ע וכן הוכיח מהרא"י בת"ה סי' שי"ב דלא כהריב"ש סי' תצ"ו לא ידעתי כונתו דבת"ה שם לא הכריע דבר רק הביא דברי רב האי ורמב"ם וסמ"ג ודברי הרא"ש וכתב דאפי' לרב האי ורמב"ם וסמ"ג דכתבו דאיכא פירי באות' קרקע לא אתי אלא לאפוקי היכא דצריך למכור הנכסי מלוג וליקח במעות קרקע והוא אוכל פירות אבל בבא לדון על מעות מזומנים חשיבי הן כמו קרקע שיש בה פירות משום דבכל שעה מצי ליקח קרקע מהן שיאכל ממנה פירות כו' והכי מחלקי' התו' שנא"ן גבי טוי לארוג דכיון דהמעות מזומנים חשיבי כמו ארוג גופיה כו' וה"נ בנ"ד חשיבי כאלו כבר נלקח בהן קרקע שעושה פירות מיד כסתם קרקע דאיתנהו הכי עכ"ל (וגם בתשו' מהר"ש כהן ספר ב' סי' קמ"ד הסכים להת"ה בזה ע"ש ועיין בתשו' מהר"ש כהן ס"ג סי' ס"ז באריכות) וא"כ אין מזה השגה על דברי הריב"ש דלא כ' הריב"ש שם רק ז"ל ובכאן לא הי' עדיין פירות כי לא היה גפן טעונה עכ"ל ונראה דהריב"ש סובר כרב האי וס"ל דבעי' שיהא בקרקע עתה פירות וכמ"ש לעיל (וכן משמע בראב"ן סי' ע"ט כהריב"ש ע"ש) וא"כ נראה דגם הת"ה מודה להריב"ש בקרקע ואי משום שכתב הת"ה אח"כ וז"ל ותו נראה דאפי' נפלו לה שאר דברים שצריכין למכור ליקח מהן קרקע שעושה פירות והאש' כאן בפנינו ואינה רוצה לחלוק עם המחזיק באותן דברים ונכסים וגם איננה רוצה

להרשות את בעלה כה"ג יכול הבעל לדון בלא הרשאה דאין לך נחית אפירי גדול מזה שאם לא יוציא מיד המחזיק נמצא שחסר הוא את פירותיהן לעולם ותלמודא דפסיק דצריך הרשא' היכא דלא נחית לפירי רוצה לומר כדפירש"י התם דאין לו לדון עמו כלום בפירות שאין לו טענה עם האשה בפירות כלל עד כאן לשונו משמע שאין לו שום זכות בטענת הפירות כגון אם בלאו הכי הפירות מכורי' למחזיק הקרקע מן המוריש הקרקע לאשה לג' או לד' שנים בכה"ג שאין לו עתה שום נפקותא אם זה מחזיק בפירות אלא רוצה לדון עמו בגוף הקרקע בענין זה צריך הרשאה אבל היכא דמצי למטען שום נפקותא דאית ליה בהדי' דמחזיק לעולם לא צריך הרשאה והדין והסברא נותנת כן דאם לא כן איכא למיחש לעולם היכ' דנפלו לה נכסים שצריכין למכור ליקח בהן קרקע שיאכל הבעל פירות יבוא אחד מקרובים ויחזיק בהן ויעשה עמה קנוניא שלא תתני הרשא' לבעל' והיא גם כן לא תתבענו וימצא שישארו הנכסים בידו לעולם ומתבטל לו תקנת חכמים שתקנו לבעל פירות מן האשה ובכל מקום חיישי' לתיקון העולם ושלא לחשוב תרעומות ועולה לעקור תקנת החכמים עכ"ל ונראה שזה היתה כונת הסמ"ע שכתב וכן הוכיח מהרא"י כו' ר"ל דהוכיח כהרא"ש ודלא כהריב"ש ולפע"ד אינו כן דעת מהרא"י דהיאך יעלה על הדעת שיוכיח מהסברא כהרא"ש ודלא כרב האי ורמב"ם וסמ"ג ובפרט שהטור כתב שמסתברא כרב האי ועוד דאם היתה כונתו להוכיח כהרא"ש א"כ לאיזה צורך הוצרך מתחלה לומר דמעות חשיבי כמו קרקע שיש עליה עתה פירות. ועוד דאין הוכחתו מורה על זה כלל רק בא להוכיח דאם היא אינה רוצ' לחלוק אז יכול לדון בלא הרשאה על זכות הפירות שיש לו לבדו מטעם דאל"כ איכא למיחוש לעולם היכ' דנפלו לה נכסים שצריכים למכור ליקח קרקע שיאכל הבעל פירות יבוא אחד מקרובי' כו' וע"ז כתב דתלמודא דפסיק דצריך הרשא' ר"ל כדפי' רש"י כו' כלומר דבזה שוים רש"י ורב האי דהיכא דאין לו זכות בפירות אינו יכול לדון על הקרקע אבל היכא שיש לו זכות בפירות לכ"ע יכול לדון על הפירות. זהו ברור כונת מהרא"י. וכן משמע דעת הר"ב בא"ע סי' פ"ה ס"ד דבקרקע בעינן שיהא בה עתה פירות וכמ"ש שם:

סעיף לד

וא"צ הרשאה. משמע הא אם הי' מוחה א"י לדון (וכן משמע להדיא בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קס"ד ע"ש) ואע"פ שהב"י כתב לקמן סי' קע"ו מחו' כ"ג בשם הריטב"א דבעל בנכסי אשתו שא"צ הרשא' משום דידו כידה ואפי' בע"פ יכול לתבוע ואינה יכולה לעכב עכ"ל נראה דהריטב"א מיירי בפירות שהם שלו ובכה"ג ודאי אינ' יכולה לעכב וכמ"ש בס"ק הקודם בשם הת"ה ואפי' תימא דאין זה ב משמעות ל' הריטב"א מ"מ הא בא"ע

סי' פ"ד סי"ד הבאתי בשם הרשב"א והר"ן דיכול' למחות על גוף הקרקע ע"ש וגם דברי הריטב"א בלא"ה תמוהים דאי טעמא משום דידו כידה א"כ אמאי אמרי' בש"ס דאי ליכא פירי בארעא צריך הרשא' ובדאיכא פירי דא"צ הרשאה אמרי' טעמא דמגו דנחית אפירי נחית אכול' ארעא ודו"ק:

סעיף לה

א' מהאחים שלא חלקו ירוש' שלהם וממילא הם שותפים ובהשותפים לא הוצרך לומר שלא חלקו דאם חלקו לא היו נקראים שותפים וק"ל (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ס"ח וסי' קל"ו וסי' קס"ב):

סעיף לו

שבא לתבוע כו'. כל סעיף זה הוא ל' הרמב"ם וכתב בבדק הבית דמשמע מדברי הרמב"ם דה"מ כשהשותפים הם תובעים אבל לא כשהם נתבעים וכמ"ש המרדכי בשם כמה גדולים וא"כ אין מקום למ"ש הרא"ש וטור ונ"מ שיורדים מיד לנכסיו כו' עכ"ל ולפע"ד יש מקום לדברי הרא"ש וטור דהא טעמייהו דהנהו גדולים הוא כמ"ש המרדכי בשמם שיכול לומר מה ששתקתי תחלה כי אמרתי מי יתן שלא הי' תובע אותי לעולם וטעם זה לא שייך אלא כשהוא מחוסר גובייא גבי השותף שאינו עומד בדין וא"כ נראה דס"ל להנהו גדולים כמ"ש הטור סי' קע"ו סל"א בשם הרמ"ה וז"ל כתב הרמ"ה ז"ל דה"ה שני שותפים בקרקע שתבע א' לאחד מהם אותו קרקע מפני חוב שיש לו על המוכר שמכרה להם או שיש לו עדים שגזלה ממנו והורידו לתובע בתוכה לא מצי שותפא למסתר דינא דהא שליחותיה קעביד ודוקא בממונא דלא מחסר גובייא מהך שותפ' דלא אתא כגון קרקע או בהמה או עבד דהוי קאי ברשותי' דהאי דאתי לבי דינא עכ"ל וא"כ מתקיימים דברי הרא"ש בקרקע דכשדן השותף האחר שליחותי' קעביד ויורדי' מיד לקרקע וא"י לו' תנו לי זמן עד שאחזור ואדון עמו וא"כ הנהו גדולי' והרמ"ה והרא"ש כולהו בחד' שטה קיימי' ודלא כהב"ח בסי' קע"ו סל"א דהבין דהרמ"ה פליג אהנהו גדולי' ואדברי הרא"ש לכך הניח דברי הטור בקושי' אלא כמ"ש וכן נ' להדיא מדברי הר"ב לקמן סי' קע"ו סכ"ה דהנהו גדולי' לא פליגי אהרא"ש וטור וכ"כ בסמ"ע שם וכ' ג"כ דכ"ע מודי' להרמ"ה וגם המחבר גופיה העתיק שם דברי הרא"ש וטור וע"ש:

סעיף לז

תובע על הכל כו'. לעיל ס"ס ע"ז כתבו הטור והמחבר סעיף ט' אם חבירו בעיר ושמע ולא בא צריך ליתן לזה התובע הכל כו' וכ"כ בסי' רצ"ט ומשמע שם להדיא הא אם אינו ידוע ששמע אף שהוא בעיר אין לו ליתן לזה הבא עד שיודיעהו ונראה דהא דאין

מחלקין הט"ו בכאן בכך משום דהתם שיתן לו בעינן ודאי שידוע שחברו שמע ולא בא אבל מסתמא א"צ ליתן דשמא לא שמע הוא וכשזה יתן לו יבא חבירו וידון עמו ולא יוכל אח"כ להוציא ממנו אבל הכא אפי' מסתמא צריך לדון עמו דאמרי' מסתמא שמע ואם יברר אח"כ שלא שמע יחזור וידון עמו ואין לו הפסד בזה אבל אם ידוע בודאי שלא שמע אף שהוא בעיר א"צ לדון עמו רק על חלקו וכן מחלק הבעה"ת והמחבר גופי' שם אפי' בשמע בין לדון עמו ובין ליתן לו דאע"פ דמחויב לדון עמו על כולו מ"מ אינו מחויב ליתן לו אלא החצי והחצי יניח ביד ב"ד אלמא דאע"ג דאמרינן דשליחותיה קעביד היינו לענין לדון עמו ואעפ"כ לא יתן לו הכל וה"ה הכא ודו"ק:

סעיף לח

אין השותף האחר כו'. אין להקשות הא אם יש לו טענות אחרות אפי' היה בעיר לא נתחייב הא' בחיובו של זה וכמ"ש הטור כאן ובסי' קע"ו וגם המחבר כתבו שם די"ל דאם לא היה בעיר אף שלא ידענו שיכול לטעון בע"א מ"מ לא חל דינו של זה דדילמא אם היה שם היה יכול לטעון שום טענ' דלא נתחייב בה (ונ"מ ג"כ לבע"ד בזה דצריך ליתן לו זמן ב"ד מחדש על הפרעון משעה שירד עמו לדין וגם ליתן לו זמן שירד עמו לדין טור) משא"כ כשהיה בעיר עכ"ל סמ"ע ולע"ד דברים אלו מגומגמים והאמת דדברים אלו שהעתיק המחבר הם דברי הרמב"ם והוא חולק על מ"ש הטור דאם יש לו טענות אחרות יכול השותף לחזור ולטעון אפי' היה בעירו וכ"כ בב"ה להדי' דהרמב"ם חולק ע"ש והיינו שכתב המחבר כאן ויתבאר זה עוד בסי' קע"ו סעיף כ"ה וסעיף כ"ו שאינו רגיל לעשות כן בשאר מקומות אלא ר"ל דלקמן סעי' קע"ו שם יתבאר דיש חולקין בדבר והיינו דברי הרא"ש וטור שהעתיק שם שהם חולקין אדברי הרמב"ם דהכא ולענין דינא גם דעת בעה"ת שער מ"ד סוף ח"א נראה כהרמב"ם וכן נראה מחדושי הרשב"א ס"פ השולח והר"ן שם ע"ש ודו"ק וכן נראה להדיא מדברי ראב"ן דף קל"ב סוף ע"א וז"ל שבועה לא' שבועה לק' אבל אם נפטר בלא שבועה מצי אידך למימר אי הוה אנא הוה טעין טפי והיה מתחייב ומצי למתבעי' לדינא וה"מ דלא הוי במתא אבל הוי במתא ודאי שליחותי' עבד ונפטר זה לגמרי עכ"ל וכן עיקר דלישנא דאי הוינא התם הוי טענינא טפי דבש"ס מגומגם לדעת הרא"ש וטור גם רבי' ירוחם נ"ג ח"א כתב וזה לשונו ויכול לומר חבירו כשיבוא אם הייתי כאן הייתי טוען כך וכך ודוקא דליתיה במתא אבל איתיה במתא איבעיא ליה למיתי מאחר שהוא בעיר ומאחר שלא בא ניחא ליה במאי דעביד חבריה עכ"ל והשמיט דברי הרא"ש אלמא דס"ל דאפי' יש לו טענות אחרות אינו יכול

לבטל כשהיה בעיר וכן נראה דעת מהר"מ שבמרדכי פרק מי שהיה נשוי ובתשובת מיי' לספר משפטים סי' י"ב ע"ש:

סעיף לט

ולפיכך יש לנתבע כו'. וכן היא הסכמת הטור כהרמב"ם ולא כהרא"ש וכן דעת בעה"ת שם וכ"ד הר"ן פרק מי שהיה נשוי וכן נראה דעת הריטב"א שהביא ב"י לקמן סי' קע"ו מחורש כ"ב ועיקר דלא כהסמ"ע שנוטה לדעת הרא"ש וכתב דלקמן סימן קע"ו סכ"ח משמע כהרא"ש וליתא וכמו שיתבאר שם ע"ש: כתב הסמ"ג דאם ישנו בעיר צריכין שניהם לבוא וכתב הב"ח דפעמי' דמצי הנתבע למימר להההיא שותפא דקא תבע ליה חברך לא יעיז כ"כ נגדי בטענות שקרים והדין אמת ואין חולק עליו גם דעת הטור והרמב"ם כן עכ"ד בקצרה ואני שמעתי ולא אבין דודאי הרמב"ם והטור פליגי אסמ"ג דהא משמע להדיא מדבריהם דהיכא דהוא בעיר שאין יכול לדחותו בשום ענין ומחויב לדון עמו על הכל וכן משמע להדיא בר"ן ובעה"ת שם וגם במרדכי ובהגה אשרי פ' מי שהי' נשוי אחר שהביאו דברי הסמ"ג הנ"ל כתבו ונ"ל דזהו דלא כמיימוני גם מהר"מ מטיקאטין כתב בגליון המרדכי דרש"י ומהר"מ פליגי אסמ"ג וכן משמע דברי מהר"מ בתשו' מיי' שם וז"ל כיון דהוי במתא איבעי ליה למיתי וכן הוא לא הי' יכול לומר תחלה לא ארד עמך לדין עד שאשמע דברי השאר עכ"ל וכן עיקר:

סימן קכג

סעיף א

מדינא דש"ס כו' הכלל שהסברא הראשונה שהיא דעת הרמב"ם ס"ל דלענין הרשאה צריך מדינא דש"ס קנין גמור בכל אופן שהיה מקנה לו לעצמו גוף הדבר שמרשהו עליו ואם הוא בענין שא"י להקנותו א"י להרשות עליו מדינא דש"ס והי"א ס"ל דאפילו דבר שאינו נקנה בקנין יכול להרשות עליו אף מדינא דש"ס דלענין הרשאה תקינו רבנן שיהי' שליח כאלו קונה בקנין גמור: ומ"ש הב"י סעיף א' ושלא כדברי הרשב"א בתשובות סי' אלף כ"ד כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא ע"כ ללישנא בתר' אגזילה נמי כתבי' וכמ"ש התוספות והרא"ש דאע"ג דקי"ל כר' יוחנן תקנת' היא שעשו בשליחות וכ"כ הטור גופיה בסעיף ה' בשם הרא"ש והרשב"א לא כתב שם רק דקי"ל כלישנא בתרא ואע"ג דלא מצי לאקדשינהו מ"מ שליח שוי' ע"ש ודו"ק ומהרש"ל פ' מרובה סי' י' האריך בזה בדברים נכוחים ולפי דאנן קי"ל דכותבי' וכמ"ש המחבר בשם י"א והרב וכן המנהג פשוט קצרתי בזה:

סעיף ב

ולא כפר לו כבר בב"ד טור מהראב"ד:

סעיף ג

אג"ק דאין מעות נקני' בחליפין כדלקמן סי' ר"ג ס"ט וע"ש:

סעיף ד

וכן מלוה בשטר כו' כן צ"ל:

סעיף ה

אפי' כפר בה. לפי שהיא כפירת שעבוד קרקעות ודומה לקרקע דכתבי' אפי' כפרי' דלא שייך בה למיחזי כשיקר':

סעיף ו

ולמסור השטר בידו כו'. וה"ה כשמקנה לו השטר באגב מהני למאי דקי"ל לעיל סי' ס"ז [ס"ו] ס"י דשטר נקנה באג"ק אפי' בלא כתיבה ומסיר':

סעיף ז

וצריך לכתוב לו כו' ואז יכול להרשות עליו אפי' מדינא דש"ס ונראה לי שגם הרמב"ם מודה לזה ודלא כמ"ש ב"י אבל הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות שלוחין כו' דמשמע מדבריו דהרמב"ם פליג ולפע"ד דהרמב"ם לא פליג אהטור ובעה"ת דכוונת הרמב"ם לומר כשאינו מוסר לו גוף השטר אין לו דרך שיכתוב עליו הרשאה וכן הוא בהשגת הראב"ד וגם בכסף משנה גופי' כ' שדעת הרמב"ם כן ע"ש:

סעיף ח

אבל הגאונים תקנו כו' פי' שאין השט"ח בידו למוסרו לו בכתיבה ומסירה וכן פי' הסמ"ע והב"ח רק מ"ש הסמ"ע שפ.' זה הוא דלא כב"י לא ידעתי בב"י שום משמעות שיכחיש פי' זה ועוד נ"ל ממשמעות הרמב"ם והמחבר דתקנת הגאונים היתה אפי' במלוה ע"פ דלא כפרי' וכן משמע בכ"מ ודו"ק:

סעיף ט

אבל על מלוה ע"פ כיון שאינו שכיח להלות על פה דמצי למטען פרעתי וגם כפריה לא תקנו שיכתבו עליה הרשאה:

סעיף י

ומ"מ לא גרע כו' כלומר אע"ג דאין כופין להנתבע מ"מ אם נתן לו ונאבד פטור דכיון שמסרו לשליח הרי הוא באחריות המשלח:

סעיף יא

ואע"ג דכפריה. דלמחזי כשיקרא לא חיישינן בכה"ג ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' ס"ב וסי' צ' וסי' קכ"ט:

סעיף יב

מי שהיה כו'. זהו מדברי הרמב"ם ונראה דהיינו לסברתו אבל למאי דקי"ל דתקנה עשו בשליחות א"כ יכול להרשותו אף אשבועה וכן משמע בטור שכתב ע"ז מדברי הרמב"ם כו' וכן משמע מהמרדכי פ' מי שמת לפי מה שפרשו הסמ"ע והב"ח דבריו וכמ"ש לקמן בסמוך ודו"ק וכן נוהגין להרשות אף אשבועה:

סעיף יג

מי שהי' לו תביעה כו' מה שלמד כן בד"מ מהמרדכי פ' מי שמת כבר השיגו עליו הסמ"ע וב"ח ושאר אחרונים דאין פי' דברי המרדכי כן אלא כוונת המרדכי לומר דהרשאה מהני אף עלהתביעה כיון דאינו אלא שליחות אבל בשמקנה לו במכר או במתנה א"י להקנו' התביעה אבל כאן בהג"ה ל"ק מידי על דברי הר"ב די"ל דכ"כ לסברת הרמב"ם והמחבר דא"י להרשות אשבועה דפשיטא דשבועה ותביע' חד דינא אית להו שהם דברים שאינם נקנין בקנין וכ"כ בד"מ להדיא דדמי להדדי ומ"ש אלא צריך לכתוב הרשאה על הממון כו' היינו משום דגם להרמב"ם מהני הרשאה על הממון אפי' אמלוה ע"פ דלא כפריה לבתר תקנת הגאונים מיהו לדידן דקי"ל דאין הרשאה תלוי בקנין יכול להרשותו אתביע' וכמו שפירשו הסמ"ע וב"ח ושאר אחרונים דברי המרדכי ודוק:

כתב בסמ"ע כתב הר"ן פרק שבועת העדות דאין כותבין הרשאה על ממון שלא בא לידו מעולם כגון בשת ופגם וניזקין ולאפוקי רש"י ד"מ ג' עכ"ל וטעות סופר הוא וצ"ל כתב הר"ן פרק שבועת העדות דכותבין הרשאה כו' ולאפוקי רש"י וכן הוא בד"מ ובר"ן שם ע"ש מיהו י"ל דאף רש"י מודה דהאידנא כותבין הרשא' על ממון שלא בא לידו מעולם דהא רש"י פי' כן על מה דתנן במתני' שאנס פלוני בתו כו' וי"ל דס"ל לרש"י כמ"ש המרדכי פרק מרובה בשם ראב"ן דאין תקנ' בהרשא' אלא דליקני לי' אג"ק ושוב אתו נהרדעי ותקנו דא"צ אג"ק אלא זיל דון ואפיק כאלו הקנו אג"ק עכ"ל א"כ ודאי דדבר שלא בא לידו מעולם אין נקנה אג"ק ולכך במתני' לא מצי למכתב הרשא' אבל לבתר תקנת נהרדעי מצי למכתב הרשא' וכן הסכימו תו' והרא"ש ושאר פוסקים דנהרדעי כותבים הרשא' אפי' בדבר שאינו נקנ' בקנין וכמ"ש לעיל:

סעיף יד

ושניהם באים כו' איירי אפי' בלא ביטל בפי' ההרשא' אמרינן דמסתמא בטליה הואיל והרשה אחריו לאחר אם לא שידוע שלא ביטל הראשונ' אלא שיתן לאיזה שיבא ראשונ' שאז כשבאו יחד יתנו לאיז' שירצ' וע"ד זה צריך לפרש דברי הטור עכ"ל סמ"ע ולפעד"נ לפרש דברי הטור דאפי' בטל הראשונ' כל שהנתבע לא ידע יכול ליתנו לאיז' שירצ' והיינו דכתב הטור ואם הנתבע ידע כו' וכן משמע להדיא בבעה"ת סוף שער נ' שממנו מקור דין זה וז"ל וכתבו הראשונים כי ההרשא' אין בה דין קדימה לגמרי אבל יש בה מקצת דין קדימה כגון שיש לו חוב אצל שמעון והרש' את לוי לתובעו ואח"כ הרש' את יהוד' אם קדם לוי ותבע את שמעון בהם ונתנם לו קודם שידע ביטול שליחות של לוי זכה לוי ואין יכול יהוד' לתבעו לשמעון אבל אם ידע שמעון ביטול שליחות של לוי ולוי ויהוד' תובעים אותו יש ליתנם ליהוד' ולא ללוי עכ"ל ואפשר גם דעת הסמ"ע כן ודוק ומשמע מדברי בעה"ת אלו דאף אם נתן הממון למורש' הראשון ונאבד מידו צריך לחזור וליתנו למורשה השני או להמרש' כיון שידע בביטול וכ"כ בסמ"ע:

סעיף טו

אין לנתבע להשיב כו'. ואם דן עם המורש' הא' ונתחייב התובע נ"ל שחוזר וסותר הדין ב"י והביאוהו אחרונים ופשוט הוא ואם יצא הנתבע חייב בדין נ"ל שאין הנתבע יכול לסתור הדין ולומר כיון שביטל אותך נמצא לאו בעל דברים דידי את דכיון שזכין לאדם שלא בפניו וזכות הוא לו במה שנתחייב הנתבע בדין שפיר הוה בע"ד דידיה וראיה לזה ממה שפסק מהרא"י בכתביו סימן ריז ומביאו מהרש"ל פ' מרוב' סי' י"ח וכן הרב לעיל ר"ס קכ"ב בקצרה דאם א' רוצה להתערב בעד הרשא' מחויב לדון עמו מטעם זכין לאדם שלא בפניו כו' א"כ כ"ש הכא דאנן סהדי שחבירו יסכים על מה שתבעו כיון שכבר נתחייב בדין:

סעיף טז

אין למורש' כו'. ואם הרשה לאחר כו' נראה שהנתבע שנתן להאחר ע"פ הרשאת הראשון חייב באחריות וכ"כ מהרש"ל פ' מרובה סי' ט"ז אבל המורש' הראשון פטור דלא ה"ל לנתבע ליתן כיון דא"י להרשות לאחר וכ"כ בתשו' מבי"ט ח"א סי' ע"ד הרשאה שכתוב בה שהוא מרשה את פ' ופ' שימכרו ביתו ואם יארע אונס לא' שלא יוכל להתעסק במכירה שיכול חבירו לבדו למוכר' ולא אירע אונס אלא שאמר א' מהם שאינו רוצה לטפל במכירתו יכול חברו לבדו למכור כי מה שהטיל המרשה תנאי ששניהם ימכרו ואם יארע אונס לא' בו' היינו לשלול שאם לא ה"ל שום אונס ומכר אחד לבדו ולא

הודיעו שלא יהי' המכר קיים אבל לא בכה"ג ולכן הרשה לב' כי אם הי' דעתו שיהיו שניהם דוקא וידקדקו במכירתו כו' הרי כתוב בהרשאה שלא יוכלו למכור כי אם אחר מ' יום של הכרזה כו' נראה כי לא תלה הענין רק במ' יום אחר הכרזה וע' עוד שם ואין דבריו מוכרחים:

סעיף יז

שזה יאמר כו'. ונראה דאפי' יאמר המורשה הב' שזה ישיב לו על תביעתו ואם יזכה בדין לא ימסור לו הממון דהשתא לא שייך לומר אין רצוני שיהא פקדוני ומעותי ביד אחר אפ"ה אין הנתבע מחויב להשיב לו שיאמר שהמרשה לא עשה אותך שליח כלל מטעם שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ועיין בא"ע סי' קמ"א סכ"א מיהו אם הוא בענין שאינו יכול לומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כדלקמן סי' רצ"א אם הרש' לאחר ונתנו לו הנתבע פטור:

סעיף יח

חייב לשלם שלא הי' כוונתו שימחול החוב להעכו"ם רק שיתפשר עמו ומיירי בענין שאם לא הי' מוחל היה מוציא החוב מן העכו"ם וע"פ מחילתו הפסיד הלכך חייב לשלם מדינא דגרמי כמו שורף שטרותיו של חברו לקמן סי' שפ"ו ע"ש:

סעיף יט

ויהא מונח ביד ב"ד כו' כתב מהרש"ל פרק מרובה סי' י"ד דמ"מ היכא שבא המורשה עם שטר חתום והנתבע טוען לישתבע לי המרש' דלא פרעתי' אין בידו לעכב הממון בשביל תקנתא דרב פפא רק ישלם להמורש' והב"ד שבמקום הנתבע יכתבו להב"ד שבמקום המרשה וישבע בפניהם או אח"כ כל זמן שיפגע בו מזקיקו לשבועה ע"כ ואין דבריו נראין ומ"מ נראה מדבריו שם דדוקא בכה"ג כיון דאין משביעין אותו אלא היכא דאמר אשתבע לי וכדלעיל סי' פ"ב מתקנת' דרב פפא אבל בפוגם שטרו או ע"א מעידו שהוא פרוע וכי האי גונא דמשביעין אותו אפי' לא אמר אשתבע לי מדין המשנה וכדלעיל סי' פ"ד ושאר דוכתי יוכל לעכב הממון ולהניח בב"ד שלו עד שישבע לו וכן עיקר (ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' נ'):

סעיף כ

ונ"ל כו' דשמא הלה תובעו שקר ולא ישבע מעולם ויהי' ממונו של זה מעוכב ביד ב"ד לעול' ובע"כ יהא מוכרח להתפשר עמו וליתן לו קצת מהממון (עיין מ"ש סי' ע"ה ס"ק פ"ג שמי שהוא מסופק בדבר ואינו יודע האמת יכול להרשות לקרובו ומשביע להנתבע היסת וכן אם הוא מוחזק ירש' לקרובו וישבע קרובו ויפטר ע"ש):

סעיף כא

א"י לעכב כו' וי"א שב"ד ישלחו כתבם לב"ד שבמקום המרשה ויחרימו בפניו ואז ישבע זה עד כאן לשון טור וכ"פ מהרש"ל שם ומשמע דלסברא ראשונה אפי' בשבועת היסת דינ' הכי ודלא כמ"ש בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' כ"ג דף ק"י ע"ב דדוקא שבועה דאורייתא אין מעכבין כו' ע"ש: וכתב עוד מהרש"ל שם וזה לשונו ואם יש למורשה חלק בגוף התביעה מחצה או שליש לא מצי למטען מה לי בזה שהוא אינו רוצה לקבל חרם עליו או מחל לך השבועה אבל בעבור חלקי לא אמחול לך ובודאי שזו ודכותיה לאו כל כמיניה למטען דלא אלים כח דידיה מכח המרשה דהא מיניה קאתי ולא עוד אלא אפי' אם רוצה יכול למחול כל החוב אף חלק של המורשה דלא גרע ממוכר ש"ח לחבירו שיכול למחול ואי חזר אחר כך המורשה על המרשה בעבור שמחל חלקו פטור דהא הנותן ש"ח לחברו ומחלו פטור לכ"ע (ובבעה"ת כתב דגם בנותן חייב וכ"כ המחבר לעיל סי' ס"ו סל"ו וכן פסקתי שם בס"ק קי"ז ע"ש) אפילו טוען המורשה שפיזר כבר מעותיו על הוצאות הדרך וכל זאת עשה בעבור חלק שלו מ"מ א"צ לשלם לו אלא הוצאותיו כדין מוכר ש"ח ומחלו כו' דאינו נותן אלא דמיו שקבל כ"ש הכא ושכר בטלה פשיט' דפטור דהוי כגרמא בניזקין ומ"מ אם הוא קרקע או פקדון דנקנה לו גוף הממון שביד הנפקד אז לא יכול המרשה למחול חלקו המחצה או השליש ומ"מ לכל מילי מועיל עדותיו והודאותיו של המרשה אף שנקנה לו גוף הממון. ועדיף ממי שמכר לו השטר דלא הקנה לו גוף הממון אפ"ה לא יוכל המורשה לומר מה לי לעדותיו או להודאותיו דילמא הוא מחל חלקו אבל בחלק שלי איני מאמין לו דהא ס"ס מיניה קאתי וא"כ מאחר שהמרשה גופא מודה ומעיד נמצ' שלא זכה בו מידי באותו פקדון ואף שמסקי' בפ' האשה שנתארמלה מלוה שטוען על ש"ח אמנה או פרוע אינו נאמן היכא שחב לאחרים וכתב הטור אפילו היכא שחב ג"כ לעצמו מ"מ הכא שהחלק המחצה או השליש לא בא לו אלא בתוך ההרשאה והוא בא לדון עמו מתוך ההרשאה וא"כ כשהמרשה גופיה טוען פרוע או כה"ג בע"כ של המורשה נאמן דהא מיניה אתי למטען בב"ד וסברא ישרה היא למבין ומ"מ יכול המורשה להחרים על המרשה שבאמת הוא מודה ומעיד ולא בתורת קנוניא או שאר אתמל' שרוצה למחול לנתבע דלאו כל כמיניה למחול חלקו מאחר שכתב לו למחצה או לשליש אבל אם אינו קרקע או פקדון דלא נקנה לו גוף הממון אפי' אי כתב למחצה ולשליש וגם הרשאה בידו לא עדיף ממי שמכר לו גוף השטר בכתיבה ומסיר' דהא בהרשא' לא נקנה לו גוף הממון אלא משום תקנת' דשליחות אבל השליח לא קנה כלל וא"כ מה שכתב לו בשטר ליתן לו מחצה שליש

ורביע הוי כמי שמכר לו חצי החוב או נתן לו וא"כ יכול למחול אותו עכ"ל ומה שכתב ואף שמסקי' בפרק האשה שנתארמלה כו' מ"מ הכא שהחלק מחצה או שליש לא כתב לו אלא בתוך ההרשאה והוא בא לדון עמו מתוך ההרשא' וא"כ כשהמרשה גופ' שטוען פרוע נאמן נ"ל דוקא הכא כיון שהחלק שלו לא כתב לו אלא בתוך ההרשאה ובהרשאה ג"כ מוזכר שהוא מורשה על השאר אבל אם נתן ש"ח לחבירו ואח"כ אומר שהוא אמת שהוא פרוע ולא היה רק מורשה או שבהרשאה נזכר שיש לו מעות פקדון אצל פלוני ק' זהו' ונתן לזה במתנה בקנין אג"ק חמשים זהו' ועל נ' זהו' עשה אותו מורשה או שכתב לו על חמשים שטר מתנה עליהם בפני עצמו ועל נ' זהו' כתב לו הרשאה אחרת בפני עצמו אינו נאמן לומר פרוע וכן משמע ל' מהרש"ל ודוק. מיהו למה שהעליתי לעיל סי' ס"ו סעיף י"א ס"ק ל"ד דכל היכא דיכול למחול נאמן לומר פרוע א"כ ה"ה הכא בכל ענין נאמן לומר פרוע אא"כ הוא מעות פקדון ונתן לו גוף המעות אג"ק וק"ל:

סעיף כב

אפי' לא יוציא ממון כו'. וכ"ש אם הורשה בחנם וגדולה מזו כתב בת"ה סי' שנ"ד דאפי' א"ל המרשה למורשה שכרך יהיה תלוי בי אם ארצה אתן לך ואם לא ארצה לא אתן לך אפי' בכה"ג לא מיחשב המורשה נוגע בדבר ויכול להעיד כיון דאין שכירתו על שליחות זה ודאי והביא ראיה לדבריו ומסיק מיהו הכל לפי ראות עיני הדיין ע"ש והביאו בד"מ וכתב שהבית יוסף כתב ע"ז דל"נ ליה ושאינו יודע למה עכ"ל סמ"ע ולפע"ד יפה כתב הב"י דאין דברי הת"ה נראין דלא כתב בת"ה שם כן אלא מהראיה שהביא ממ"ש התיס' וא"ז דבשביל שמא יתעשר אין לפסלו לעדות וה"ה הכא (וכמש"ל בס"ק שאח"ז ע"ש) ואין זה ראיה דבשלמא התם ליכא השתא אפילו ספיקא דהא ודאי לית ליה אלא דבשביל שמא יתעשר לאחר זמן לא פסלינן ליה אבל הכא איכא ספיקא דילמא מרווח השתא ויש לחוש שיעיד שיתן לו שהרי קרוב הדבר שיתן לו יותר כשיזכה בדין משאינו יזכה.

סעיף כג

ומטעם זה נ"ל כו'. צ"ע למה כתב המחבר זה בל' נ"ל הלא גם הטור כתב כן שכתב אחר דין הנ"ל וז"ל לפיכך מי שיש לו עדים על תביעתו לא ירשה א' מהעדים כו' עכ"ל סמ"ע ולק"מ דבמקצת ספרי הטור איתי' לא ירשה א' מקרובי העדים וכ"כ מהרש"ל שם סי' נ"ד ופסק כן דהוא עצמו פסול וכתב דט"ס הוא מ"ש בקצת ספרי הטור א' מהעדים או קיצור ל' הוא ור"ל קרובי העדים ע"ש. ולענין דינ' העיקר כהמחבר וכן נראה דעת מהרי"ו בתשו' סי' קי"ט ומשמע עוד במהרי"ו שם דאם מתחלה לא קצץ לו שכרו וזה רוצה לפסלו יקצוץ לו אח"כ ויעיד דבממון מהני סילוק כדלעיל סי' ל"ז. מיהו מכוער

הדבר וכמ"ש הב"י בשם תשו' רשב"א דאפי' הוא מורשה בחנם מכוער הדבר שמורשה יהא עד ע"ש:

סעיף כד

לדון עם ערב קבלן כו'. דוקא ע"ק דהרשות ביד המלוה לגבות מאיזה שירצה תחלה וה"ה מערב דעלמא כשאין לו להלוה אבל כשיש לו להלוה צריך לגבות מהלוה תחלה ואיך יבוא הלוה להיות מורשה לגבות מהערב תחלה ולכך כתב ע"ק שהו' מותר בכל ענין וק"ל ונראה דכשאין ללוה עתה ממה לשלם אזי מקבל עדותו של הלוה על הקבלן או ערב בעלמא להוציא מידו ולשלם להמלוה ולא אמרינן שיחשב נוגע בדבר כי יחשוב היום או מחר יהי' לו ממה לפרוע ויגבה המלוה מידו ולכך רוצה שיגבה חובו עתה מהערב שהרי אין לו ריוח בזה שגם עתה שיפרע הערב יחזור הערב עליו כשיהי' לו ממה לפרוע ודוחק לומר משום דהשני נוח לו והראשון קשה ועוד דלא נחשב עבור זה נוגע בדבר כדאמרינן בפרק חזקת הבתים דפריך התם (דף מ"ה ריש ע"ב) אי דלית ליה ארעא אחריתי מאי נ"מ ואמאי חשיב נוגע בדבר ומקשו עליו התוספות תימא דנ"מ אם יתעשר יפטר ומתרצים דשמא בשביל כך אין לפסלו כיון דהשתא לא מרווח מידי והביאו בת"ה סי' שנ"ד וכתב דבא"ז גדול ובהגהת אשרי מביאין תירוץ זה בפשיטות לא בלשון שמא ושכך הלכה ע"ש (ודומה לזה כתב המחבר לעיל סי' ל"ז ס"י ע"ש) ויליף מיניה שם בת"ה הך דינא דלעיל ס"ק שלפני זה עכ"ל סמ"ע והנה מ"ש ודוחק לומר משום דהשני נוח לי והראשון קשה הימנו נכון הוא דכן מוכח בש"ס ופוסקים ומחבר לעיל סי' ל"ז טובי זימני דלא אמרינן השני נוח לי אלא לענין שאם העד צריך להוציא אבל לא כשהעד חייב וע"ש ומ"ש ועוד דלא נחשב כו' הוא ג"כ אמת לדינא וכ"כ הרמב"ן בחדושיו פ' חזקת הבתים שם ודלא כהב"ח סי' ע"ז ס"ו שהניח בצ"ע וכמ"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ב ע"ש אך אני חוכך בכאן מטעם אחר דהא התוס' והפוסקים שם לא כתבו כן אלא לס"ד דש"ס אבל למאי דמתרץ הש"ס דנוגע בעדות משום דלא ליהוי לוה רשע ולא ישלם א"כ י"ל דה"ה הכא דנוגע מה"ט ואע"ג דבש"ס התם פריך ס"ס הוי גבי לוקח לוה רשע ומשני דא"ל להכי זבני' לך שלא באחריות כו' משמע אלו הוה זבין באחריות דהוי חייב לשלם להלוקח כשר לעדות י"ל דדוקא התם כיון שלקח מעות מהלוקח אבל הכא שלא הלוה מהקבלן כלום אפשר דלא הוי לוה רשע לגבי קבלן וא"כ נוגע בעדות ומכ"ש לפי מ"ש הרמב"ן בחדושיו פרק ח"ה שם שהקשה הר"י הלוי דהא בעדות שקר נמי עבר אלאו ותי' דה"ק דלא ליקרויה אינשי לוה רשע ולא ישלם ולהוציא ידי הבריות מתכוין עכ"ל וא"כ בערב מסתמא לא רגילי אינשי למיקרי לוה רשע ולא ישלם. ומ"מ אף להסמ"ע נראה דוקא

כשא"ל הלוה בשעת הערבות ערבני או הכנס קבלן עבורי דאל"כ אלא הוא בענין שאין הלוה צריך לחזור ולשלם לו כדלקמן סי' ק"ל ס"ב פשיטא דנוגע בעדות בין בערב בין בקבלן כשאין לו נכסים מטעם דלא להוי גבי מלוה לוה רשע ולא ישלם וביש לו נכסים אז לערב כשר לעדות דלא נ"מ השתא דהא הלוה מחויב לשלם למלוה מיד ובקבלן פסול לעדות דהא ע"י עדותו יגבה מהקבלן ולא יוכל הקבלן לחזור ולגבות ממנו כיון שלא א"ל הכנס קבלן עבורי ואם אין ללוה נכסים כאן רק במדינה אחרת אפי' לערב פסול להעיד דהא בכה"ג המלוה יכול לתבוע הערב תחלה כדלקמן סי' קכ"ט סי"א והערב שוב לא יחזור על הלוה כיון שלא א"ל ערבני ודו"ק:

סעיף כה

לא יבא לדון עם המורשה כו'. כלומר עצה טובה קמ"ל להלוה שיעשה כל מה דאפשר שלא יבוא לדון עם המורשה אבל ודאי אם המורשה תובעו אינו יכול לומר לא אדון עמך לפי שיש לי עדים שהם קרובים לך או י"ל שיכול לומר כן לא אדון עמך כי יש לי עדים שפרעתי שהם קרובים לך ואני או' שהמלוה עשאך בכונה מורשה שתפסול העדים רק שאם כבר דן עמו והפסק תלוי בעדים שוב אינו יכול להביא עדים שהם קרובים לו ודוק. שוב מצאתי בתשובת הרב ס"ס ק"ד סוף דף רט"ו שהבין דהנתבע יכול לדחות מורשה של התובע הבא עליו בהרשא' מכח עדים שלו וע"ש:

סעיף כו

בזמן שיש לו חלק כו'. נראה דדקדקו הט"ו וכתבו בזמן שיש לו חלק בתביעתו ולא כתבו או אם קצץ לו שכרו אלא ר"ל דוקא כשיש לו חלק בתביעתו עצמה נמצא הקרובים פסולים להעיד למורשה בין לזכות בין לחובה כדלעיל סי' ל"ג סעיף י' אבל כשאין לו חלק בגוף התביעה עצמו אע"פ ששכרו תלוי באם יוציא דוקא מ"מ הם אינם מעידים למורשה בממון זה רק שי"ל שנוגעים הם ונוגע כשר להעיד לחובה כמ"ש לעיל ר"ס ל"ז וכדמוכח ג"כ ממ"ש הפוסקים דנאמן להעיד פ' רבע שורי להרוג אף השור וכמו שנתבאר לעיל סי' ל"ד סעיף כ"ו ע"ש:

סעיף כז

אבל לא את עבדו כו'. וכ"פ מהרש"ל שם סי' י"ג ונראה דאף דקי"ל דיכול להרשות אפי' בדבר שא"י להקנות כמו שנתבאר בר"ס זה היינו משום דכשיבא המעות לידו יקנהו משא"כ עבדו שאפילו יגיע לידו יהיה של רבו דמה שקנה עבד קנה רבו ונמצא דלא שייך ביה זיל דון ואפיק לנפשך. וכתב הסמ"ע ומ"מ אם הנתבע נתן לו פטור דלא גרע משליח שעשאו בעדים ופשוט הוא:

סעיף כח

ויכול הנתבע לומר כו'. ע"ל סי' קכ"ב ס"ק י"ז:

סעיף כט

ואין הבעל אוכל פירות. אבל אם היה הבעל אוכל פירות אפשר דלא הי' יכול לשלוח הרשאה על ידה אע"פ שהגוף ישאר לה ול"ד לבעל שיכול לדון עם אחר המחזיק בנכסי אשתו אפילו בלא הרשאה כשיש בו פירות מתוך שיכול לדון על הפירות וכמ"ש הטור בסי' קכ"ב ס"ח דשאני הכא דלא נראה הנאתה ממנו אף כשתוציא שהרי הבעל אוכל פירות ומי יודע שמא תמות היא קודם וישאר גם גוף השדה ביד בעלה עכ"ל סמ"ע ונראה מדבריו דה"ה אם נתן מתחל' במתנה לאשתו הקרקע ע"מ שיאכל הפירות א"י לדון עמו על הפירות וכן אם הוא בענין שהקרקע הוא של בעל כל ימי חייו והפירות של אשתו א"י לדון עמו ולפע"ד זה אינו דאדרב' יותר מסתבר שיכול לדון כשהקרקע שלו משיכול לדון כשהפירות שלו והא דאצרכינן הכא למימר קנת' ואין הבעל אוכל פירות כו' היינו משום שאם היה אוכל פירות נמצא לא הית' יכול' לדון בהרשאה זו על הפירות דהא לא שייך לו' מתוך שיכולה לדון על הקרקע יכולה לדון על הפירות דהא בקרקע גופא עדיין אין לה שום זכות והאיך נאמר בה מתוך כו' משא"כ לעיל סי' קכ"ב שהפירות כבר שלו ושייך לו' מתוך כו' ודוק:

סעיף ל

יכולים לשלוח הרשאה ע"י עכו"ם כו'. ומהרש"ל שם סי' ס"ג חולק אזה והעלה דבהלואה ושאר דברים שאינן נקנים בחליפין פשיטא שאין הרשאה מועיל לעכו"ם דכיון דלא יוכל לעשות מורש' בכה"ג אלא מטעם שליחות וכמו שנתבאר לעיל ואין שליחות לעכו"ם אבל בקרקע ופקדון יכול להקנות לעכו"ם בק"ס שמועיל חליפים לעכו"ם אבל לא יכתוב כל מה דמתעני עליה מן דינא שהוא לשון שליחות כו' עכ"ד (וכה"ג כ' בתשובת מהרשד"ם סי' נ"ט ע"ש) ובזה היה נראה לומר דגם דעת ר"ת כן שאינו יכול לעשות הרשאה אלא בדבר שנקנה בחליפין והיינו דהטור וסמ"ג ומרדכי שהביאו דברי ר"ת כולם הביאו טעמו בצדו דילפינן מכסף מקנתו שמועיל חליפים בעכו"ם ונרא' לדעתם דאף שכתב בהרשאה כל מה דמתעני מ"מ כיון שהוא בענין שנקנ' בחליפי' אמרי' דהעכו"ם קונה קנין גמור ומ"ש כל מה דמתעני הוא כמו שמקבל עליו אחריות ולא שיעשה העכו"ם שליח. רק מדברי המחבר משמע דהרשאה מועיל בעכו"ם בכל ענין. אך לבי מהסס בעיקר הדין שסובר ר"ת דחליפים מועיל לעכו"ם דלא אישתמיט בשום מקום בש"ס דעכו"ם קונה בחליפים וכן בפוסקים לא אישתמיט חד מנייהו שהזכיר דין זה

במקומות שהזכירו דיני קנין לעכו"ם. וכן בש"ס פרק בתרא דעכו"ם (דף ע"א) אמר רב להני סבוית' כי כייליתו חמר' לעכו"ם שקלי זוזי מנייהו והדר כיילי להו ואי לא נקיטי בהדייהו זוזי אוזפינהו והדר שקלינהו מנייהו כי היכא דתיהוי הלוא' גבייהו דאי לא עבדיתו הכי כי קא הוי י"נ ברשותייכו קא הוי וכי קא שקליתו דמיין נסך קשקליתו. ואם איתא הל"ל אקנינהו ניהליהו בחליפים ואע"ג דמשמע התם דלמ"ד משיכ' מועיל בעכו"ם ה"ה דהוי מהני משיכה היינו משום דזימנין דאיכא עכבת יין אפומי דכונתא דקמא קמא אינסך ליה וכדאיתא בש"ס שם אבל תקנתא דחליפין מועיל בכל גוני ואפשר לא היו רגילי' להקנות לעכו"ם בחליפין וגם גבי בכור האריכו כל הפוסקים למצוא היתר להקנות הבהמה לעכו"ם משום דמספקא להו אי קי"ל כר"ל או כר' יוחנן דפליגי אי משיכה או מעות קונה בעכו"ם וכמו שנתבאר בי"ד סי' ש"ך ואם איתא הל"ל דיקנה לעכו"ם בחליפין וכן גבי חמץ האריכו הפוסקים וכל האחרונים לעשות בהיתר להקנות לו היכא דלא אפשר במשיכה ואם איתא לקנינהו ניהלי' בחליפים והראי' שהביא ר"ת מכסף מקנתו אף שאיני כדאי להשיב על דברי ר"ת מ"מ תורה היא ואענ' חלקי. שלפע"ד לאו ראי' היא דלעול' אימא לך חליפים אינו מועיל בעכו"ם והא דממעטינן מכסף מקנתו דלא נקנה בחליפים היינו דאפילו לישראל אין נקנה ע"ע בחליפין דודאי אע"ג דהאי קרא דמכסף מקנתו בעכו"ם כתיב מ"מ בישראל נמי משתעי קרא ותדע דאל"כ הא דמשמע מכל הפוסקי' דאין ע"ע נקנה בחליפין מנ"ל הא אלא ודאי כדפירשתי ועוד די"ל דקרא לגופי' אתי לגלויי' דע"ע אין נקנה בחליפים לעכו"ם מטעם שאין חליפים מועיל לעכו"ם ותדע דהא רב יוסף קמפרש התם (בקידושין דף ח' ע"א) דמכסף מקנתו ולא בתורת תבוא' וכלים טעמי' משום דלא קיץ אף ע"ג דס"ל לרב יוסף התם דכל שאר דברים בעולם אין מועיל קנין במידי דלא קיץ כדמוכח התם מקידושי אשה ופדיון בכור וא"כ אמאי אצטריך קרא למעוטי ע"ע אלא ודאי כדפירשתי גם מה שהקשה התוס' בקידושין דף ג' סוף ע"א וז"ל וא"ת והיכא ס"ד דנילף משדה עפרון שתקנה אשה בחליפין והא שדה עפרון גופא לא מיקני בחליפין דלא מצינו חליפי' לעכו"ם דהא אמרי' בבכורות מדישראל בחדא עכו"ם נמי בחדא וי"ל דהיינו לבר מחליפי' כו' וכן משמע לקמן גבי נמכר לעכו"ם מכסף מקנתו כו' עכ"ל נלפע"ד העיקר כמו שהבינו בקושיית' דאין חליפי' לעכו"ם ואפ"ה הוי ס"ד דאש' תקנ' בחליפי' כמו שדה דאע"ג דעפרון עכו"ם הוה מ"מ שדה עצמה נקנית בחליפין לישראל וה"א דה"ה אשה (וכן מצאתי בתשו' מהר"ם מינץ סי' ה' דף י"ב ע"א שכתב בפשיטות דלא מצינו חליפין לעכו"ם דוקא כסף או משיכ' הוי

קניית עכו"ם למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה ע"כ שוב מצאתי בתשו' מהרשד"ם סי' נ"ט שכ' שנלפע"ד שסברת ר"ת דעת יחיד היא כו' אך שלא כתב טעם לדבר וע"ש):

סעיף לא

ובלבד שיזהר כו'. דקנינא משמע שהעדים קנו מהישראל ושוב נעשו (ועיין בתשובת ר"ש כהן ספר ב' סי' ל"ג כתב דהיכא שהמרש' והמורש' הם עכו"ם או אנוסים ל"מ הרשאה בין בדיני ישראל בין בעש"ע אף לר"ת וע"ש) שלוחים לזכות לעכו"ם ואין זכיי' לעכו"ם אלא יכתוב וקנה העכו"ם והיינו שקנה העכו"ם עצמו בחליפין (וכתב בתשו' דברי ריבות סי' ש"א דלדעת ר"ת ה"ה דעכו"ם יכול להרשות לישראל ע"ש ובתשובת ר"ש מדינ' סי' נ"ט פסק דאף ר"ת מודה דעכו"ם א"י להרשות ישראל ומכ"ש שעל ישראל זה נאמר לא טוב עשה (עכו"ם) [צ"ל בעמיו] ע"ש):

סעיף לב

וי"א כו'. לפע"ד דברי הרב מגומגמים וגם מ"ש שכל זמן שהמורשה הוא אלם כו' נ' שהבין מ"ש הב"י בשם התוס' דה"מ כשהוא אלם ובעל טענות שמתעבר על ריב לא לו ר"ל שהמורש' אלם ולפע"ד זה אינו דממ"נ אם יטעון המורשה אמת מה בכך שהוא אלם ובעל טענות ואם מתוך שהוא אלם ובעל טענות יטעון שקר או יזכה שלא כדין ל"ל דמתעבר על ריב לא לו תיפוק ליה דפשיטא דאסור למורשה לטעון שקר וגם אינו תלוי במורשה דפשיטא דאפי' בע"ד בעצמו אסור לטעון שקר וכמ"ש המרדכי בפ' המפקיד תשו' מהר"מ וששאלתם אם האנטלר יכול לטעון כל מה שיכול לטעון להערים אפי' בדבר שיודע שאינו לא כי חלילה מעשות כן להיות חוטא ולא לו ואפי' לעצמו אינו רשאי לשקר כו' והוא פשוט אלא כוונת התוספות לומר דלפעמים המלוה אינו רוצה לדון עם הלוה מחמת שהלוה הוא אלם ובעל טענות ואינו רוצה לריב עמו א"כ זהו שהוא מורש' לא טוב עושה שמתעבר על ריב לא לו ומה לו בזה יתבענו המלוה עצמו אבל כשטורח להביא לחברו מעותיו שאין חברו יכול לטרוח מצוה קעביד שהרי אין חברו יכול לטרוח כמו הוא וכן משמע ל' התוס' שם שכתבו זה הבא בהרשאה כשהוא עושה בשביל שהוא אלם ובעל טענות כו' וכן משמע בכסף משנה דכוונת התוס' שהלוה הוא אלם ע"ש ולפ"ז נראה דהראב"ד וטור ומחבר לא פליגי עם התוס' דאדרבה כוונתם אחד דכל שהמורשה עושה מחמת שהוא בענין שאין המרש' היה יכול לעשות כן כגון שטורח הוא לו להמרשה ולא להמורשה או כגון שהמרשה הוא בעיר אחרת וכה"ג מצוה קעביד רק כשהוא בעיר א' והמרשה יכול לעשות כמו המורשה ומה שאינו עושה כן בע"כ הוא מפני שהלוה הוא אלם ובעל טענות א"כ מתעבר על ריב לא לו. וגם דברי הב"י

נראין כן ע"ש במ"ש ולי נראה דתרוייהו איתנהו כו' ונמצא דגם מה שכתב הר"ב וי"א דאין חילוק כו' אינו מדוקדק. ומה שכתב בכסף משנה דתרוייהו איתנהו דכל שאינו יכול להוציא מיד הלוה מפני אלמותו או מפני ריחוק המקום מצוה קעביד כו' נראה דכוונתו שיודע שהלוה יחזיק בו שלא כדין מחמת אלמותו ולא יעיז פניו באלמותו נגד המורשה והיה מעיז נגד המרש' כגון שהמורשה הוא אדם חשוב או יודע עסקיו ועניניו ותחבוליו וכה"ג נמצא דהוי כעין מ"ש התוס' שטורח להביא לחברו מעותיו שאין חברו יכול לטרוח ודו"ק:

סעיף לג

י"א דאין אדם יכול לעשות מורשה כו' ע"ש במרדכי פ' מרובה דכ"כ תחל' בשם ר"י ב"ר קלונימוס וכ' עליו ז"ל אמנם לפמ"ש ר"י ניחא דפי' דההיא איירי דוקא כשהוא עישה שליח בשביל שהוא אלם ובעל טענות אבל כשהוא טורח להביא מעותיו לחבירו שאין חבירו יכול לטרוח אין זה חובה ואדרבה מצוה קעביד להציל עשוק מיד עושקו עכ"ל וצריכים ליתן טעם לדברי מור"ם למה השמיט מסקנת המרדכי דנראה ממנו דסבירא ליה דלכל הפחות אם נתרצה אח"כ דשרי ובע"ש כתב מסקנא זו לחוד וכתב ולכן אם נתרצה אח"כ בדבר וקבלו קנאה שגילה דעתו למפרע עכ"ל ונראה דדעת מור"ם להכריע כדברי ריב"ק דמסתבר טעמיה משום דאף אם מצוה קעביד מ"מ על הרוב אין אדם מתרצה להיות מורשה ולהכניס ראשו בריב לא לו ולפעמים קוראים עליו ואשר לא טוב עשה מ"ה ס"ל דאף אם נתרצה אח"כ אין אומרים דאיגלאי מלתא למפרע כיון דאין דרך העולם להתרצות בזה ואין לנו אלא מהרצוי ואילך לא למפרע ומתחלה לא חל הקנין ודלא כע"ש עכ"ל סמ"ע ולפע"ד זה דוחק דמור"ם הכריע כריב"ק ולא כר"י ועוד שהרי לא הזכיר בד"מ מזה כלום אלא נראה דפשיטא דגם ר"י לא פליג היכא דלא טוב עשה דא"י לעשות מורשה שלא בפניו דאין חבין לאדם שלא בפניו וכשאין יכול לעשות מורשה שלא בפניו פשיטא דאפי' נתרצה אח"כ אינו כלום לכ"ע (וכ"כ בשלטי גבורים פ' הזהב בדף י"ח ע"ב בסתמא בשם המרדכי פ' מרובה דהרשאה שהיא חובה לשליח אפי' נתרצה אח"כ השליח באותה הרשאה שנעשה שלא בפניו אין ההרשאה כלום כי אין באותו הרשאה ממש וצריך שירשנו בפניו בקנין כו' משמע דליכא מאן דפליג בהא וכ"כ ה' המגיד פ"ד מה' זכיה ומתנה שהרמב"ן הוכיח מפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ח) וכריתות דף כ"ד דבמה שהוא חובה אפי' נתרצה אח"כ לאו כלום הוא וכתב ה"ה שם וכן עיקר ע"ש) אלא דריב"ק קאמר סתמא דא"י לעשות מורשה שלא בפניו משמע דבכל גווני א"י לעשות מורשה שלא בפניו משום דס"ל דהא דאמרי' דלא טוב עשה בעמיו בכל

גוני היא ע"ז קאמר המרדכי אמנם לפי מ"ש ר"י ניחא כו' דא"כ כשטורח להביא מעותיו דמצוה קעביד ודאי יכול לעשות מורשה שלא בפניו (וכן פי' בס' א"א דעת הר"ב ע"ש) וא"כ הי"א שכתב הרב ודאי מיירי בענין שביאר מקודם דהיינו היכא דלא טוב עשה כגון שהוא אלם ובעל טענות וכה"ג והלכך בכה"ג פשיטא דאפי' נתרצה אח"כ אינו כלום ואם כן הע"ש שכתב דא"י לעשות מורשה שלא בפניו ואם נתרצה אח"כ קנאו לא כוון יפה דליכא מאן דפליג בהא דהיכא דא"י לעשות מורשה בין לריב"ק בין לר"י לא מהני אם נתרצה אח"כ כיון דהקנין לא חל מעיקרא ודוק כי זה נ"ל ברור ודלא כהע"ש והסמ"ע:

סימן קכד

סעיף א

הנתבע כו'. כתב בד"מ וסמ"ע דאפי' לתובע לא התירו אלא כשהוא יושב בביתו ושולח מורשה לב"ד במקומו בכחו ורשותו משא"כ כשגם התובע בב"ד אסור לטעון ע"י מליץ שלו אלא יטעון בעצמו וכמ"ש הטור בשם הרמב"ם בסימן י"ז וע' בדברי המחבר שם סעיף ו' עכ"ל וכ"כ הב"ח דכשהוא בב"ד לכ"ע בין תובע בין נתבע אסור לטעון ע"י אחר ולפ"ז מה שנוהגין עכשיו דהתובע טוען בצירוף אחר בב"ד נגד הנתבע היה נרא' דהיינו כמ"ש הסמ"ע בסי' י"ז ס"ק י"ד וז"ל ומה שבזמן הזה נוהגים לדון לועזים ע"י מורשה שלהם הוא מפני שכל שבאו לדין לפני דיינים קבועים ה"ל בקבלו עלייהו לדון כן ואין אחר הקבל' כלום עכ"ל ואם כן ה"ה הכא אלא דלפ"ז קשה דא"כ אם הנתבע מעכב יהא אסור ועוד גם להנתבע יהא מותר בשאין התובע מעכב והרי נהגו עכשיו שאפי' הנתבע מעכב הב"ד מרשים להתובע לטעון עם מורש' ולהנתבע אין מרשי' כלל אלא נראה משום דס"ל כמ"ש הסמ"ע שם מתחל' דיש חילוק בין נותן הבע"ד כח ורשות להמתורגמן דמחשב הוא בע"ד ומותר ובין לא נתן לו כח ורשות דאסור ע"כ וא"כ מסתמא התובע נותן לזה שעומד עמו כח ורשות ולגבי נתבע לא שייך נתינת כח ורשות דאינו יכול לעשות מורשה אפ ' אינו עומד בפני ב"ד ולפ"ז מ"ש הד"מ והסמ"ע וב"ח כאן דכשעומד בב"ד אפי' לתובע אסור למנות מורש' היינו כשידוע שאין נותן לו כח ורשות:

סעיף ב

ונשים יקרות כו'. ע"ל ס"ס צ"ו:

סעיף ג

משגרים להם כו'. כתב הסמ"ע משום דהם יכתבו מיד טענותיהם בפניה ויניחו אותן בפני ב"ד ואם ירצה התובע הולך עמהן והיא טוענת בפני התובע ותתבייש מלטעון שקר ע"כ:

סעיף ד

שתורתו אומנתו כו' לפי מה שנתבאר בי"ד ריש סי' רמ"ג דתורתו אומנתו היינו אם יש לו אומנות או משא ומתן להתפרנס ולא להעשיר ובכל שעה שהוא פנוי מעסקיו חוזר על ד"ת ולומד קשה על מה שנוהגין עכשיו שמחייבים לבוא ת"ח לדין וצ"ל דכמו שנתבאר שם דלענין מס תלוי במנהג ה"ה בזה וע"ש. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' תל"ט שפסק דאף בקנין מהנתבע לא מהני להיות מורשה עוד פסק שם דאם מינה הנתבע מורשה ועמדו בדין התובע ומורש' הנתבע ונתחייב המורש' על שהודה לדברי התובע מצי הנתבע למיהדר ביה ואין דבריו נכונים לפע"ד בזה אלא העיקר כמ"ש הריב"ש סי' שצ"ב שהודאת מורשת הנתבע הודא' היא לכ"ע ע"ש וראיתו ברור' מהפוסקים ומהירושלמי גבי הגע עצמך שיוד' במקצת כו' ודברי מהרשד"ם שם בזה לא מחוורין. גם מ"ש מהרשד"ם שם ראיה ממאי דהוצרכו הרא"ש וטור לעיל סי' קכ"ב לומר דאם בטל התובע ההרשאה בלי ידיעת המורש' והלך ותבע ונתחייב בדין לא מצי תובע לומר כבר בטלתי שליחותי דכיון דנזקקין ב"ד לדון על ההרשא' וגם כתב ביה זיל ואפיק לנפשך דיניהם דין ע"כ א"כ נרא' דדוקא מורש' מתובע נזקקין ב"ד וגם כתב ביה זיל ואפיק לנפשך אבל נתבע מצי למימר בטלתי כו' עכ"ד ולאו מילתא היא דאפי' יהיה כדבריו מ"מ ביטול לחוד וחזרה לחוד דנהי דיכול לבטל מ"מ כל שלא ביטל אינו יכול לחזור ועוד דלא הוצרכו הרא"ש וטור לזה אלא היכא שבאמת ביטל ההרשא' כגון שיש עדים שבטל ואפ"ה לא מהני כיון שלא ידעו הבית דין מזה והיו נזקקין לו אבל ודאי דלאו כל כמיני' לומר בטלתי ביני לבין עצמי אפי' לא היה כתב בו זיל ואפיק לנפשך וא"כ פשיטא נמי שא"י לחזור מהודאת המורש'. כן נלפע"ד ברור:

סימן קכה

סעיף א

שהי' חייב כו' בפקדון כו'. אבל במתנ' לא הוי הולך כזכי כדלקמן סעיף ה':

סעיף ב

הולך מנה זו כו'. וכן אם אמר תן מנה זו בחוב ופקדון הוי כזכי וי"א דבתן והולך בעינן דוקא שנותן לו עתה וכמש"ל ס"ק כ"ח מיהו אף בזכי לכ"ע בעינן שיגיע לרשות השליח קודם שיחזור בו הנותן וכמש"ל ס"ק ל' ע"ש:

סעיף ג

מנה זה כו'. כתב ר' ירוחם נכ"ח ח"א דה"ה אם נתן לשלוחו שטר מתנה או שום שטר שיתננו לפלוני אזי זכה בו ומביאו ב"י וכתב בד"מ דהיינו כשאומר זכה לפלוני וכדלקמן סעיף ה' ו' וכ"כ הסמ"ע וז"ל המרדכי והג"א ספ"ק דגיטין תוספת' תן מנה זו לפלוני הולך מנה לפלוני תן שטר מתנה זו לפלוני זכה בשטר מתנה זו לפלוני התקבל שטר מתנה זו לפלוני אם רצה להחזיר יחזיר ואני תמי' זכה בשטר מתנה אמאי יכול לחזור ויש תוספתא שכתב בהן לא יחזור וליתא דא"כ לערבינהו וליתנינהו בהדי מלוה ופקדון עכ"ל אביאסף עכ"ל ולפי התוספתא שכתוב לא יחזור צ"ל דהד"מ והסמ"ע לא קאי אלא אסוף דברי ר' ירוחם שהיינו כשנותן לו שטר אחר אבל בנתן לשלוחו שטר מתנה מועיל כמו בחוב וכן נראה ממ"ש הבית יוסף בשם הריטב"א וז"ל גרסינן בירושלמי בחוב תן מנה זו לפלוני הולך מנה זו לפלוני תן שטר מתנה זו לפלוני הולך שטר מתנה והלך ומצאו שמת יתן ליורשיו ע"כ:

סעיף ד

בין מת לוה כו'. פי' דאע"ג דבשאר שליחות כשמת הלוה [השולחן יכולים היורשים לבטל השליחות כדלעיל ר"ס קכ"ב שאני הכא כיון שזכה זה בשבילו [עיין בתשו' מהרשד"ם ס"ס קמ"ג]:

סעיף ה

לוה או מלוה כו' אע"ג דהתחיל בחוב ופקדון סיים רק בלוה ומלוה משום דפסיקא ליה אבל בפקדון איכא גוני דיכול לחזור כדלקמן ס"ב:

סעיף ו

או מלוה פי' ואין המשלח יכול לומר לא נתתי לך אלא כדי לתת לשמעון ולא ליורשיו כדלקמן סוף סעיף ח' גבי מתנה דהלואה או פקדון שאני:

סעיף ז

ומ"מ ראובן חייב באחריותו כו' פי' בסמ"ע דלסברא זו אין לוי חייב אא"כ העני שמעון [ראובן] הא לא"ה אע"פ שהחזירו אין שמעון יכול לתבוע אלא לראובן וכן פי' הב"ח וכתב דהכי מסתברא ודלא כמ"ש בש"ע דלא הכריע עכ"ל ואיני רואה טעם להכרעתו

דאדרב' איפכ' מסתבר' כיון שזה זכה לו ואלו היה הלוה רוצה לחזור לא היה יכול נמצא שהוא ממש מעות של שמעון א"כ זה שהחזירו הרי כאלו נתן מעות של שמעון לראובן ושמעון יכול לחזור על איזו שירצה ונלפע"ד דגם הסברא הראשונה מודה לזה דאל"כ ה"ל להטור והמחבר לפרש כן בסבר' הראשונה דוקא כשהעני חייב דזה דוחק לומר דסברא האחרונה חולקת על הדיוק ועוד דא"כ ק' מנ"ל להטור כן דדוקא העני ולחלוק על הרמב"ם והלא לא נזכר סברא זו בשום פוסק וכן בהגהת אשר"י ספ"ק דגטין משם א"ז פסק דיכול לתבוע מי שירצה. ומ"ש הטור והעני אורחא דמילתא נקט דאל"כ אין דרך שהמלוה יתבע את לוי דפשיטא דניחא לי' לחזור על ראובן שהלוהו אבל אה"נ שיכול לתבוע את לוי אם ירצה. אלא דעל מ"ש הטור לכתחל' דאם איים עליו כו' פטור והוא מדברי הרשב"א כתב אח"כ והרמב"ם כתב החזירו לו שניהם חייבים באחריותו כו' ר"ל דהרמב"ם כ' סתם כשהחזירו שניהם חייבים באחריותו ולא חילק בין איים עליו או לא משמע דאפי' איים עליו חייב וכן יש לפ' דברי הרמב"ם (המחבר):

סעיף ח

חייב באחריותו כו' כתב בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ב' סי' צ"ט מי שהי' חייב מעות לחבירו ובתוך זמן הלך המלוה למדינת הים ובהגיע זמן יש חשש מחמת נפילת המטבע מהני ללוה כשיזכ' המעות למלוה ע"י אחר בהולך או זכי לפוטרו מאונסים דנפילת המטבע שיגיע ודמי לשואל שאע"פ שחייב בגניבה ואבידה כשהחזירו שלא מדעת אחר זמן השאל' מ"מ פטור מאונסים (וכדלקמן סי' ש"ס סעיף ח') א"כ ה"ה לענין לוה נהי דלא מפטר מחיוב גניבה ואבדה בזיכוי ע"י אחר שלא מדעתו מ"מ מועיל לפטור מאונס גזירת המלך ובב"י סי' ע"ד בשם מ"כ דאם אמר לו הלוה טול מעותיך והרי הם צרורים ומונחים ונגנבו או נאבדו חייב דאלו מתרמי לי' עיסקא מי לא זבין בהו והכא כיון שהוציא' מרשותו וזיכה לו ע"י אחר תו ליכא למיחש לאיתרמי לי' עיסקא ופטור ועוד דכיון שאינו ניכר ההיזק שהמטבע לא נשתנה מצורתו י"ל לו הרי שלך לפניך כמו בגזל מטבע ונפסל עכ"ל ואין דבריו נ"ל דל"ד כלל לשואל דהדרא בעינ' א"כ מיד שכלה זמן השאל' כל היכא דאי' ברשותא דמרא איתא אבל הכא כיון דפשיטא דחייב באונסים אע"ג שמסרן ליד אחר וא"ל הולך או זכי וכדפירש"י להדיא ספ"ק דגיטין וכמו שמשמע ג"כ להדיא מכל הפוסקים שכתבו סתמא חייב באחריותו משמע בכל מיני אחריות אפי' דאונסים והיינו ע"כ כיון דהלואה להוצא' ניתנ' א"כ המעות הוא לעולם ברשות הלוה וא"כ ה"ה לענין אונס דגזר' המלך וגם לא דמי לגזל מטבע דהתם דוקא כשהמטבע עצמו שגזל בעין וכמ"ש לקמן ר"ס שס"ג ע"ש וא"כ כ"ש בהלואה כשאינו משלם לו אותו מטבע

עצמו שהלוהו שהוא באחריות הלוה ועוד דבהלוא' נראה דאפי' משלם לו אותו מעות עצמו הוא באחריות הלוה כיון דלהוצא' ניתנה וכה"ג כתבתי לעיל סי' מ"ד [ע"ד] ס"ז בשם התוס' והפוסקים ע"ש והא דאצטריך הב"י בשם מ"כ בסי' ע"ד לטעם דאלו מתרמי ליה עיסקא כו' היינו משום שאמר להמלו' ליקח והוא מסרב משא"כ הכא כן נ"ל:

סעיף ט

אבל אמר החזר כו'. בסמ"ע הניח זה בצ"ע דנ"ל דלא כ"כ הריטב"א אלא גבי מתנ' דל"ת דל' החזר יהנה טפי במתנ' מל' הולך קמ"ל אבל בחוב ופקדון מהני החזר' כמו הולך עכ"ל ולפענד"נ כדעת הר"ב דז"ל הריטב"א רחל לא זכתה בגוף השטר ואע"פ שיש שם קנין כיון שלא הגיע לידה מחיים ולא זיכהו לה במיני הזכייה ולא אמר לשליח אלא החזר שאינו זיכוי כלל שהיא לא זכתה בשטר אין לשליח הזה ליתן השטר ליורשים ומתחוור הדין פסקא מדגרסי' בפ"ק דגיטין הולך מנה לפלוני והלך ובקש ולא מצאו כלומר שמת יחזיר למשלח כו' וזה הוא הנדון שלפנינו אלא דהתם הולך והכא החזר שהוא גרוע ממנו והתם מנה והכא נייר וגרסינן בירושלמי בחוב תן מנה זה לפלוני הולך מנה לפלוני תן שטר מתנ' זו לפלוני הולך שטר מתנ' זו לפלוני והלך ומצאו שמת יתן ליורשיו ע"כ למדנו מהירושלמי הזה דמנה ושטר אחד עד כאן לשונו והרי מסוף דבריו שהביא הירושלמי מבואר דהולך שטר מתנ' לפלוני יתן ליורשים כמו בחוב ואם כן ע"כ דהחזר שטר מתנ' זה לפלוני גרע מהולך ואם כן ה"ה בהחזר מנה זה לפלוני דהרי הדין מנה ושטר אחד אלא דהחזר גרע מהולך וכן משמע נמי ממה שכתב בתחלת דבריו ולא אמר לשליח אלא החזר שאינו זיכוי כלל. דלשון שאינו זיכוי כלל משמע דלא הוי זיכוי בשום ענין ומה שכתב ומתחוור הדין פסקא מדגרסינן כו' דמשמע דמיירי במתנ' נראה ודאי דשטר מתנה הוי כחוב כיון שכתוב' המתנ' בשטר המתנ' או אפשר דמיירי כיון שהי' חייב ליתן לה שטר זה ואפ"ה אינו מועיל כיון שלא אמר אלא ל' החזר ולא מייתי ראי' מפרק קמא דגטין אלא כשהיא לא זכת' אין ליתן שטר ליורשים כדאמרי' התם יחזרו למשלח ודו"ק. וכך כתבתי לעיל סי' קכ"ד ס"ק מ"ד בשם ראב"ן דאם א"ל צא ופרע לפלו' בע"ח לא הוי כזכי ופשיטא דהחזר לא עדיף מצא ופרע ודו"ק:

סעיף י

ואם מחמת אונסו כו' פטור. ול"ד למ"ש מור"ם בסמוך בהג"ה והוא מהמרדכי שכ' שבזה הדין עם המפקיד ודוחק לחלק דשם לא אמרו אלא שלכתחל' לא יחזיר וכאן אמר שאם החזיר בדיעבד פטור אלא נרא' דשאני התם דראובן עשה ללוי שליח לקבלם ומיד שקבלו לוי לידו הרי הוא ממין של ראובן ואם יחזירו לשמעון מחמת האיום הרי

מציל נפשו בממון של חברו עכ"ל סמ"ע ואין דברים אלו נכונים לפע"ד דכיון שזה זכה בשבילו והרי הוא של המלו' או המפקיד מה לי שעשאו שליח או לא ס"ס עכשיו הוא של המפקיד לגמרי וכן משמע להדיא במרדכי והג"א ספ"ק דגטין שמשם מקור דין זה דאפי' לא עשאו שליח רק שזכה לו כגון בהולך מנה של מלו' לפלוני דינא הכי והבאתיו לקמן ס"ס י"א ע"ש ודוק ועוד דאפי' עשאו שליח אם החזירו מחמת שהוא אנוס או מחמת האיום שבידו להכריחו להחזיר פטור ול"ד למציל נפשו בממון חבירו דהיינו שאין אונסו על זה הממון עצמו כגון בנרדף ששבר כלים של אחר שחייב מטע' מציל נפשו בממון חבירו לקמן סימן ש"פ ס"ג אבל כאן שהוא רק שומר על המעו' וזה מכריחו שיחזיר לו המעות פשיטא דאונס רחמנא פטריה ובזה אתי נמי שפיר דל"ד למה שכתב מור"ם בסמוך דהתם אין האונס ע"ז הממון עצמו שהרי א"י לנגשו שיחזיר לו זה הממון עצמו שנתן לו רק שרוצ' לכפור לו חובו וזה לא מיקרי אונס וכן משמע בע"ש דלקמן בהג"ה היינו טעמא משום דלא מיקרי אונס ע"ש וכן מחלקים לקמן ס"ס קכ"ו עיין שם ודו"ק:

סעיף יא

וי"ח כו'. עיין ס"ק ח' במאי פליגי ועיין בתשובת מהרשד"ם ס"ב:

סעיף יב

הדין עם ראובן. שהרי זכה לו כיון שחוב מלוה היה ואפי' אם פקדון היה זכה לו ולא מצי למהדר דכי פרכינן התם גבי פקדון לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ומוקמי' ליה בשהוחזק כפרן ה"מ היכא דמדעתי' א"ל הנפקד הולך אבל אמר ליה המפקיד הבא לי פקדון ונפקד א"ל תן ה"ל כזכי ולא מצי הדר ביה ומה שאמר לוי לא זכיתי לך ע"מ שאפסיד דברים שבלב הם ואינן דברים עכ"ל מרדכי והג"א שם:

סעיף יג

הא דבפקדון כו'. אבל בהלוא' דלהוצא' ניתנ' ומתחל' לא הלו' לראובן אלא למלאות בקשתו בכל ענין הוא זכות לשמעון שתצא מידו דראובן ותבא בעין ליד שמעון משא"כ בפקדון דגם בהיותו ביד ראובן הוא בעין ושמעון הפקידו בידו בשביל הנאת עצמו ומ"ה כל שאינו נעשה אח"כ כפרן אין לשמעון זכות בחזרתו לידו מ"ה יכול לחזור בו עכ"ל סמ"ע:

סעיף יד

יכול הוא לחזור בו כו'. כתב הסמ"ע דהיינו שהבריר' ביד הנפקד לחזור ולא אמרי' שמחויב לחזור וליטלו מיד השליח דמסתמא מתחל' לא ס"ד שישמרנו הנפקד לעולם אלא שלאחר זמנו יחזור לשלחנו לידו ביד שליח מהימן עכ"ל ולא ידעתי מאי נ"מ שאינו

(מחויב) לחזור וליטלו שהרי מ"מ הוא באחריות הנפקד עד שיגיע ליד המפקיד כדלעיל סעיף א' ואולי ר"ל נ"מ שאינו נקרא בזה עובר על דעת בעלים ודו"ק:

סעיף טו

לחזור וליטלם כו'. משמע דאע"פ שהשליח מקבל עליו כל האחריות מ"מ כיון שלא הוחזק כפרן יכול לחזור וליטלו והב"ח כתב דמשמע מדברי הרמב"ם דכשהשליח מקבל עליו בפי' כל האחריות ואפי' מאונסים א"י לחזור וכן מבואר מל' הר"ב באותו פרק דדוקא כשהשני לא קבל עליו כ"א אחריות דגנבה ואבדה התם הוא דמצי למימר אתה נאמן אצלי להשביע וזה אינו נאמן אבל כשקבל עליו כל אחריות לא מצי למימר הכי וגם שאר הפוסקים ס"ל כהרמב"ם בזה עכ"ד ולפע"ד ליכא למ"ד הכי ובפרט מ"ש דכשקבל עליו אחריות לא מצי למימר את מהימנת לי בשבוע' לא נהירא דמה בכך שקבל השליח כל האחריות הלא אם נאנס יאמר הפקיד את מהימנ' לי בשבוע' והיאך לא מהימן לי בשבוע' ואני אומר שמא לא נאנס והפקדון הוא ברשותו עדיין והמעיין ברמב"ם שם ירא' להדיא דלא משמע מידי ע"ש וע"ל סי' רצ"א:

סעיף טז

דלא מיפטר שומר בהכי מאחריות. כדלעיל סי' קכ"א ס"ב:

סעיף יז

ובכל יומא הוי מפקיד גבי כו'. ואע"ג שלא עשאו המפקיד שליח כיון דהוא מהימן גביה ובאופן שנתבאר לקמן סי' רצ"א סכ"ו ואפי' אם ירצה הנפקד לחזור וליקחנו ממנו על אחריותו. וכ"כ הסמ"ע וב"ח וע"ל ס"ס רצ"ג עוד מדינים אלו:

סעיף יח

ואין לו שאר נכסים כו'. אבל אם יש לו שאר נכסים כו' לכאורה משמע כאן דעת הבעה"ת והט"ו דהיכי דאית ליה נכסי לא משתעבדי מדר"נ אבל א"א לומר כן כמו שהוכחתי לעיל סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' באריכות דאפי' אית ליה נכסי משתעבד מדר"נ רק דהיכי דאית ליה פסידא ללוה שני תקנת חכמים הוא שאין גובים ממנו כשיש לו נכסי דה"ל כנכסים משועבדים דאין גובי' במקום שיש בני חורין וא"כ לכאור' נראה דליתא להך דינא שכ' הבעה"ת והט"ו כאן אלא אפי' אית ליה נכסים אחרים אין המשלח כופה לשליח כו' דהא עכ"פ המשלח מחויב ליתנם למלו' וגם הוא נותנם מרצונו הטוב ולית ליה פסידא כלל בזה וכל שכן דליתא מ"ש הב"ח על מ"ש הבעה"ת והט"ו והגיע זמן הלואתו וז"ל לאורויי דבאם יש לו נכסים אחרים המשלח כופה לשליח ליתנם למלוה אפי' הגיע הזמן דאין ב"ד נזקקין להוציא מזה ולתת לזה מדר"נ כיון שיש לו נכסים אפי'

זבורית משום דחוב זה ה"ל משועבדים דאין גובין מהן במקום בני חורין ואפי' הגיע הזמן ודלא כמ"ש ב"י סי' פ"ו דבהגיע הזמן אין לו דין משועבדים דליתא ע"ש עכ"ל וזה אינו דכבר הוכחתי לעיל סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' וס"ק ז' דהיכא דלית ללוה שני פסידא גובים ממנו אפי' אית ליה למלוה נכסי וכתבתי שם שגם דעת הב"י כן וגם הב"ח גופי' בריש סי' פ"ו כתב דברי הב"י דהתם ע"ש וא"כ הכא הרי המשלח שהוא הלוה השני נתן מעותיו ולית ליה פסידא במה שגובין ממנו אפי' יש לו למלוה נכסים זבורית השליח גובה ממעו' זה ואפי' יש למלוה עידי' גוב' השליח ממעות דדיניה דבעל חוב בזוזי וכל שכן שהשליח תפס משל המשלח וכבר כתב מהרש"ל פ"ד דב"ק סי' י"ט דאי תפס ראובן מלוי בעבור חוב שיש לו על שמעון ולוי חייב לשמעון אפי' אית ליה נכסי לשמעון אין מוציאין מראובן ואף שכתבתי לעיל סי' פ"ו ס"ק ה' דאשתמיטתיה למהרש"ל דברי הבעה"ת וטור כאן שפירש דבריהם מה שאי אפשר לומר כן לדעתם מ"מ לענין דינא העליתי שם כדברי מהרש"ל בזה לכך נראה דגם הבעה"ת והט"ו כאן מודים למה שכתבתי דאף ביש לו נכסי והמשלח רוצה לשלם יכול השליח להחזיק אותם אם הוא בענין שהיה גובה מהם כשהיו אותם המעות ביד הלוה שלו ואפי' יש ללוה שלו מטלטלים וכ"ש קרקע וכ"ש זיבורית א"י לסלקו אלא כיון שאם היה אותו מעות בידו היה צריך ליתן המעות השתא נמי צריך ליתנם לו אם אין לו מעות אחר אלא הכא מירי לענין שהשליח צריך להחזירם ללוה וחוזר וגובה אותם והיינו משום דכיון שהלוה עומד לפנינו ואומר שהוא יסלקנו במעות שיש לו משלו כדינו צריך הוא ליתן לו מעות של המשלח שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב ואע"ג דמשתעבד מדר"נ אפי' אית ליה נכסי וכמ"ש מ"מ אפי' היה לוה שני פורע ללוה ראשון אין הלוה ראשון מחויב ליתן למלוה שלו זה המעות ונפקא מינה כגון שמלוה רוצה המעות להתראות בהם ואח"כ ישלם לו א"נ נ"מ כגון שהמלוה חפץ דוקא באותן מעות עצמם או באותו דבר עצמו ששלח המשלח ורוצה לסלק את השליח במעותיו כדינו וכה"ג. ואם לא תפרש דבריהם כן אלא כפשוטו וכאשר באמת דברי בעה"ת לא משמע כן למעיין בדבריו שם עיין שם אין דבריהם נראין לדינא אלא הדין ברור כמ"ש וכמו שהוכחתי לעיל סי' פ"ו סעיף קטן ה' באריכות ע"ש:

סעיף יט

אבל אם יש לו נכסים אחרים כו'. דוקא כששלח חוב של הלואה אבל בפקדון אפי' יש לו נכסים מוציאים מדר"נ וכמ"ש הרשב"א (והמחבר לעיל סי' פ"ו ס"ד והר"ב סי' ק"א ס"ד) . כ"כ הב"ח ואזיל לפי שטתו דלעיל אבל לפמ"ש בסמוך אין חילוק כאן בין הלואה לפקדון ודוק:

סעיף כ

המשלח כופה לשליח ליתנם למלוה כו'. ונ"מ דהמלו' יוציא המעות בעין לצרכו ויגבה להשליח קרקע א"נ יקנה בהן עידית ויגבה לו זבורית שיש לו כ"כ הב"ח לקמן ס"ס ה' וכבר כתבתי לעיל סק"י דליתא אלא בכל ענין השליח גובה ממעות ואינו גובה קרקע ע"ש:

סעיף כא

אפי' אם אין לו נכסים אחרים אע"פ שהוא נאמן נגד המלוה לומר אני תופסם בחובי במגו דפרעתיך הואיל וכל זמן שלא בא ליד המלו' לא פקע שליחותו ונמצא שהשליח בעל דברים של המשלח וכנגד המשלח אין לו מגו שאינו נאמן לומר החזרתי לך הואיל והולך כזכי דמי עכ"ל טור וכתב הסמ"ע דר"ל דאם הי' לו מיגו גם נגד המשלח. כגון דמסרם לו בלא עדים נאמן בשבועת היסת שהמלוה חייב לו במגו דלהד"ם והב"ח כ' וז"ל ג"כ לא מצי למימר דלא קבלתי מידך כו' דכיון דכבר מודה שקיבל מידו שוב אינו נאמן לומר להד"ם כו' ולכאור' משמע מדברי הטור כהסמ"ע וכן משמע לכאור' בבעה"ת שכתב וז"ל והימוני לא מהימן משום מגו דמצי א"ל אהדרתינהו ניהלך דהא לא מצי למיהדר ליה דכיון דהולך כזכי באחריתי' קיימי ולא מהדר להו עכ"ל וגם ק' לכאורה מ"ש הב"ח דכיון דכבר מודה שקבלם כו' מה בכך כל מגו כך הוא שהוא מודה עכשיו ואנו מאמינים אותו במגו שהי' משקר אבל כד מעיינת שפיר תראה שדברי הב"ת נכונים דאל"כ קשה וכי בשביל שיש לו מגו נגד המשלח נאמין לו שהמלוה חייב לו הלא נגד המשלח אין לו שום טענה וא"כ כיון שלא פטור המשלח מהמלוה עד שיתנם למלוה כופהו המשלח לעשות שליחותו דכל זמן שלא נתנם לו לא עשה שליחותו וגם בבעה"ת לא הזכיר מקודם שנאמינהו שהמלו' חייב לו כמו שהזכיר הטור וי"ל שכוונתו אם רוצה לטעון שהמשלח חייב לו אז לא מהימן ליה במגו דהחזרתי אבל במגו דלהד"מ נאמן כשאו' שהמשלח חייב לו אבל הטור דמשמע דבא לומר שאינו נאמן (לומר) שהמלוה חייב ה"ה דבמגו דלהד"ם נמי אינו נאמן וכמ"ש הב"ח דכיון שכבר מודה שקבל' שוב אין לו שום טענה נגד המשלח ומ"ש הטור שאינו נאמן לומר החזרתי כו' ה"ה דאינו נאמן במגו דלהד"ם א"נ גם הטור מיירי היכא שטוען שהמשלח חייב לו ואף ע"ג דמתחל' מיירי שטוען שהמלו' חייב לו מ"מ השתא בא לומר דאם רוצה לטעון שהמשלח חייב לו אינו נאמן במגו דהחזרתי ובכה"ג נאמן במגו דלהד"ם אבל אם טוען שהמלוה חייב לו אינו נאמן בשום מגו שיש לו נגד המשלח וכן משמע לכאורה בתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' ק"ה דף קכ"ה ע"ד ע"ש ובהכי ניחא דאין דברי הטור בשם בעה"ת כאן סותרים

לדברי תשו' הרא"ש ריש כלל ק"ו שהבאתי סי' נ"ח סעיף א' ע"ש ודלא כתשו' מהר"א ן' ששון סי' ק"א ע"ש עוד הקשה בתשו' ר"א ן' ששון סי' ק"ו אמאי לא מהימנן ליה הכא במגו דנאנסו והניח בצ"ע ולק"מ דלא מיירי השתא מדינים אלו ומיירי בענין דא"י לטעון נאנסו כדלקמן סי' רצ"ו ס"ג א"נ שידוע שכבר נשתמש במעות דאז חייב אף באונסי כדלקמן סי' רצ"ב סעיף ז' ודו"ק. ועיין בתשובת מהר"ר שלמה כהן ספר ג' וסי' ע"ז וסי' צ"ו ע"ש:

סעיף כב

ולא הניח נכסים כו'. דאלו הניח נכסים הי' חוזר המלוה על הנכסים והוה דינו כאלו חי המשלח דהא היורשים היו חוזרים ותובעים את השליח כמו המשלח:

סעיף כג

ויש מי שאומר כו'. נראה דר"ל דהסברא האחרונה פליג דאפי' מת המשלח ואית ליה להשליח מגו א"י להחזיק לעצמו במגו מטעם דלקמן והב"ח הבין דפליג אירישא דאין לו נכסים והמלוה מודה שחייב להשליח וע"כ הקשה מאי נ"מ הלא כיון דמודה מלוה שחייב לשליח והמשלח מחויב להחזירם לשליח דאין לו נכסים חחרים אפוכי מטרת' ל"ל ותירץ דנ"מ אם חייב המלו' גם לאחרים דכיון דלא זכה בהן השליח וכאלו לא יצא מיד הלוה או הנפקד א"כ כל ב"ח חולקים בחוב זה אבל לסברא הראשונה שהוא הבעה"ת היכא דאין למלוה נכסים אחרים כבר זכה בהן השליח ואין לב"ח שוב זכות בהן עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דהא טעם סברא הראשונה הוא שמשלח אומר לו אף אם היו עדיין בידי הי' מוציא ממני מדר"ן וא"כ כשיש ב"ח אחרים ודאי לא היה מוציא מידו אלא גם הב"ח אחרי' היו מוציאין מידו מדר"ן וא"כ אמאי לא יהא לב"ח שום זכות בהן אלא ודאי כדפי':

סעיף כד

אינו יכול. דכיון דא"ל הולך כמאן דא"ל זכי דמי או הולך ע"מ שתתנו לפלוני דמי ואי מקיים תנאיה זכי ואי לא לא זכי וכאלו לא יצא מיד הלוה או הנפקד עכ"ל הרמ"ה בטור ובב"ח כתב שמסתבר כסברא זו דהלכה רווחת בישראל כל היכא שעבר ע"ד משלחו בטל השליחות מעיקרו וכאלו לא יצא מרשותו דמי ולפע"ד אין מזו הכרעה דהא הכא אינו עובר כלום ע"ד משלחו רק שרוצ' להחזיקם לעצמו בחובו ודו"ק:

סעיף כה

אבל במתנה כו'. הטעם דפקדון וחוב הוא כבר של זה ששלחו לידו מ"ה בקל יכול לזכות זה בשבילו משא"כ במתנה שבא עכשיו לזכות בממון שלא היה שלו מ"ה בעינן ל' מעולה ומבורר טפי ועיין בתשו' ן' לב ספר ג' סימן י"א:

סעיף כו

שאין לו ק"ק זוז כו'. עיין בי"ד סימן רנ"ג:

סעיף כז

נעשה נדר כו'. והלכך כיון שמסרו ליד השליח שוב אינו יכול לחזור בו אפי' ע"י התרה אבל אלו לא מסרו לידו אף על גב דהיה חייב לקיים נדרו מ"מ היה יכול לישאל עליו ולהתירו כמ"ש בי"ד סימן רנ"ח כן כתב הסמ"ע וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תרנ"ו דבכה"ג דהכא אינו יכול לישאל עליו ולהתיר וז"נ וכל מה שכבר מסר ביד הזוכה בו או ביד אחר שזוכה בשביל עניים אינו יכול לחזור בו דה"נ כתרומ' ביד כהן דאינו נשאל עליה כו' ועמ"ש בי"ד סי' רנ"ח ס"ק י"ח:

סעיף כח

תן ק' לפלוני במתנה כו'. לכאורה משמע דבחוב ופקדון לכ"ע הוי תן כזכי אפי' באנו נותן לו עתה החפץ רק שבח אח"כ לרשותו קודם שיחזיר בו המשלח אבל באמת בתוספת פ"ק דגיטין דף י"ג ע"א ד"ה והא לא משך כו' ובהרא"ש שם כתבו בשם ר"ת דאף בחוב ופקדון לא הוי הולך אותן כזכי אלא כשמוסר לידו עתה ואומר לו הולך או תן וכן הוא במרדכי שם וכ"כ התוס' פ' המוכר את הספינה (בבא בתרא דף פ"ה ע"א) ד"ה ה"ג כו' בשם ר"ת וכ"כ ר' ירוחם נט"ו ריש ח"ב בשם ר"ת ויש לומר דגם דעת הטור והמחבר כן אלא דאשמועי' הכא דלסבר' ר"ת במתנה לא הוי תן כזכי אפי' מוסרו לו עתה ולהרמ"ה הוי תן כזכי בכה"ג אף במתנה ודו"ק. ועיין בא"ע סי' ק"ס ס"ו מדין הולך ותן בגט:

סעיף כט

כ"ז שלא הגיע לידו של המקבל. ועיין בתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי סי' נ"ה וכ' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קצ"ה דאפי' ר"ת דאמר תן במתנה לאו כזכי מודה דכל היכא שהשליח הוליכו למקום המקבל דהוי כזכי כיון שהי' יכול המקבל ליטלו כו' ע"ש ולא נהירא וכן משמע מדברי הפוסקי' והטור והמחבר דעיקר החזר' תלוי בכל זמן שלא הגיע ליד המקבל וק"ל ואולי צירף המבי"ט שם ג"כ מפני שהמעשה הי' שכבר נתן לו המקצת

כדמשמע קצת מלשונו שם ע"ש אבל באמת גם זה אינו דאפי' נתן לו המקצת יכול לחזור ממה שלא נתן וכדלקמן סי' רכ"ו ס"ב וק"ל:

סעיף ל

וכגון שהי' ברשותו ונראה דגם בחוב ופקדון אפי' א"ל זכי בעינן שיגיע אח"כ לרשות השליח דאל"כ יכול לחזור בו דהא זכי במתנה לכ"ע מועיל כמו בחוב ופקדון וכ"כ הרמב"ן בחדושיו פרק המוכר הספינה דף ס"ה ע"א וז"ל בפקדון דליתיה ברשותיה דנפקד כגון פרה שבאגם וכיוצא בו או שהיא בחצר שאינו משתמר' שאינו קונה לו אע"פ שמקבל עליו וא"ל זכה בפי' לא קנה עכ"ל וכן משמע להדיא בתוס' שם דף פ"ה ע"א ובתוס' ספ"ק דגטין דף י"ג ע"ב ד"ה גופא ובהרא"ש שם:

סעיף לא

שהי' ברשותו כו'. כתב הב"ח דהיינו סברת ר"ת אבל לסברת הרמ"ה שהביא הטור בעינן שיהא בידו ממש ולקמן סימן רמ"ג סתם הטור כר"ת והכי נקטי' ודלא כמו שכתב בש"ע כאן דלא הכריע עכ"ל ואין בזה השגה על המחבר דאדרבה ס"ל דכ"ע מודו בזה דרשותו הוי כמו ידו וכמש"ל ס"ק ל"ב וכן כתב' לקמן סימן רמ"ג ס"ד בסתם בדברי הטור.

סעיף לב

אבל אם לא אמר לו זכי "**מחד** "**אנפי איתיה לפקדון בחצירו של שליח כו'** כן הוא ל' הרמ"ה בטור וכן כתב הע"ש. וכתב הסמ"ע דר"ל דלא א"ל זכה אלא א"ל תן או הולך כו' אבל א"ל זכה כשבא אח"כ לחצרו זכה בו לכ"ע אעפ"י שלא הגבהו לשם כך כיון דמתחלה זכה לו ולא חזר בו ובאמת לכאורה נראה שהמחבר הבין כן מדהשמיט "מחד "אנפי וס"ל דכ"ע מורים בזה דחצרו הוי כידו. אבל באמת לישנא דאבל לא אמר לו זכי מחד אנפי כו' לא משמע הכי (ועוד) דהל"ל אבל לא א"ל זכי אפי' איתיה כו' ועוד דהל"ל רבותא טפי דאם לא א"ל זכי אפי' איתי' בידו ממש לא זכה וכמ"ש לפני זה ועוד דא"כ לאיזה צורך כתבו כלל הא כבר כ' לפני זה דאם מתחל' לא בא לידו כדי לזכות אפי' הוא תופס החפץ בידו בשעה שא"ל תן לא זכה לו וכ"ש כשהוא בחצרו ומתחלה לא בא לחצרו כדי לזכות אלא נראה דה"פ דאף בזכה לא קנה אלא כשא"ל זכה לו בעוד שהחפץ בידו או שהגביהו אח"כ בידו בשבילו דכשאומר לו זכה הרי הוא שלוחו וכשהחפץ בידו או מגביהו אח"כ בשבילו הרי הוא מזכהו לו חבל לא א"ל זכה מחד אנפי דהיינו שהוא בידו או שמגביהו אח"כ אפי' איתי' לפקדון בחצרו של שליח בשעה שא"ל זכה לא זכה למקבל מתנה דנהי שנעשה שלוחו מ"מ במה יזכה לו הרי לא הגביהו לשם המקבל רק שהוא מונח בחצרו וכן משמע בב"ח דכן הוא כוונת הרמ"ה ומ"מ נראה דר"ת והר"מ לא

פליגי בזה מטעם אחר משום דלקמן סי' ר' ס"ב אמרינן דאם היו פירות שלו מופקדים ביד אחר קונה לו חצרו ללוקח בדבור בעלמא דהיינו כשאומר לו המוכר [להמפקיד] להנפקד זכה לפלוני [והמפקיד] והנפקד אומר יקנה לו חצרי וכמ"ש שם א"כ הרמ"ה אשמועינן דחצרו לחוד לא זכת' לו אח"כ יאמר השליח אחר כך יזכה לו חצרי ור"ת איירי כשאומר כן יזכה לו רשותו אז זכה לו והשתא א"ש דכאן הביא הטור דברי הרמ"ה באחרונה ולקמן סי' רמ"ג לא כתב אלא כמ"ש בתחלה ודו"ק:

סעיף לג

יתן ליורשי המקבל דמצוה כו' דאע"ג הולך לאו כזכי במתנה לכ"ע היינו שיכול לחזור בו כל זמן שהוא חי אבל כאן שמת הנותן מצוה לקיים דברי המת כשהוציא הממון מתחת ידו כדלקמן סי' ר"ן סכ"ג ורנ"ב ס"ב וא"כ זכה המקבל בו בחייו והורישו ליורשיו:

סעיף לד

יחזיר ליורשי משלח. דהולך במתנה לאו כזכי ואע"ג שמת נותן אח"כ לא שייך לומר מצוה לקיים דברי המת דכיון שמת המקבל בחיי נותן בטלו דבריו בחייו ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' שפ"ד:

סעיף לה

יחזיר ליורשי משלח. דכיון שמת המקבל לא הי' ראוי לקנות עכ"ל טור ולפע"ד אפי' א"ל זכי לפלוני לא זכה כיון שהיה מת בשע' שא"ל זכי וכן משמע מלשון רש"י שכתב דהוי זכיה בטעות וכן מוכח דהא הולך דש"מ כזכי דמי דדברי ש"מ ככתובים ומסורים:

סעיף לו

אפי' מת המקבל בחיי נותן. אע"ג דקי"ל דמתנת ש"מ לא חיילה עד לאחר גמר מיתתו (כדלקמן סימן רמ"ח ס"ד) שאני הכא כיון שהוציא הממון מתחת ידו דעתו שיקנה הממון מיד. כ"כ ב"י וכן הוא בתשובת ריב"ש סי' שמ"ו בדברי השואל ע"ש:

סעיף לז

ואפי' נולדו יורשי מקבל כו'. אע"ג דהמזכה לעובר לא קנה כדלקמן סי' ר"י אפ"ה כאן קנה משום דדברי ש"מ ככתובים ומסורים דמי וזכה המקבל למפרע משעת נתינה והורישו ליורשיו טור:

סעיף לח

ואין הנותן יכול לחזור בו. דל"ד לשאר מתנת ש"מ שאינו נותן במסירה ואינו מוציא הממון מתחת ידו אבל זה שהוציא הממון מתחת ידו ודאי דעתו שיקנה מיד אם ימות כ"כ הטור בשם הרמ"ה:

סעיף לט

ואם עמד חוזר כו'. והריב"ש כתב בסי' שמ"ו דמדברי הרשב"א נראה שאע"פ שעמד הנותן קנה המקבל או יורשיו כל היכא דאיתיה בשעת מתן מעות וכן הוא במרדכי ובהג"א בשם ר"י הלוי ע"ש ונראה מדברי הריב"ש שם דבש"מ הנותן במתנת ש"מ גמור' כגון בכל נכסיו או שמצוה מחמת מיתה בפירוש אף להרשב"א אם עמד חוזר וע"ש:

סימן קכו

סעיף א

בין מלוה כו' כתבו התוספות ספ"ק דגיטין דף י"ג ע"ב דלא תקינו מעמד שלשתן בכתוב' דאפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם עכ"ל וכן כתב הרשב"א שם וכן כתב הרא"ש ספ"ק דמציעא והרמב"ן והנמוקי יוסף פרק מי שמת והבעל התרומות סוף שער כ"ח דכתובה אינה ניקנית במעמד שלשתן כיון דלא ניתנה לגבות מחיים ואפשר שלא תזכה בהם האשה כלל וכן כתב הריב"ש סי' ר"ז וכתב דמטעם זה דינה שצוות' מתנו' לבנותיה במעמד ראובן בעלה שאין בו מקום למעמד שלשתן כיון שראובן לא היה חייב לדינה אשתו לתת לה דבר אם לא תתנם לאלו אלא היו נשארים לראובן עצמו ע"כ. ומוכח מכאן דמלוה שלא הגיע זמן פרעונה יש בה דין מעמד שלשתן וכן משמע בתשוב' הרא"ש כלל ס"ט ס"י ע"ש וכ"פ מהרש"ל פרק החובל סי' כ"ז (ודעת הר"ן ספ"ק דגיטין דאפילו בכתובה שייך מעמד שלשתן ויחיד הוא נגד כל הני רבוותא) מיהו מל' התו' ספ"ק דמציעא דף ך' ע"א לא משמע לכאורה כן שכתבו וז"ל דלא תקינו מעמד ג' אלא בדבר שראוי לגבות מיד אבל בכתובה דאינו חייב עתה עד אחר גירושין וגם שמא לא תתגרש לא תקנו מעמד ג' עכ"ל משמע דמלוה שלא הגיע זמן פרעונה לא תקנו בה מעמד ג' וכן משמע לכאורה מל' התו' והרא"ש פרק החובל (בבא קמא דף פ"ט סוף ע"א) וז"ל דמעמד ג' אינו מועיל בכתובה באשה היושבת תחת בעלה כיון שעדיין לא נתנה לגבות דאפי' מאן דאית ליה דרב הונא ואפי' במלוה היינו דוקא במלוה העומד' לגבות עכ"ל ואפשר דגם כוונתם כן לומר כיון דכתובה עומדת בספק לא תקנו בה מעמד ג' אבל מלוה שעומדת לגבות בודאי אע"פ שלא הגיע עדיין ז"פ יש בו מעמד ג'. ובתשו' מהר"מ שבמרדכי פ' איזהו נשך גבי המלצר שבקש מן הקהל להיות ערבים שלו עד זמן שיתנו מס כו' פסק שהקהל נתחייבו במעמד שלשתן ואח"כ כתב ואפי' את"ל כיון דאכתי לא מטא זמן גביית המס כל כה"ג נימא הבו דלא לוסיף עלה ולא ליקני במעמד ג' כו' עכ"ל מיהו לענין דינא נראה עיקר דיש בו דין מעמד ג' אפי' לא הגיע ז"פ וכמו שהוכחתי

מדברי כל הפוסקים הנ"ל וכן משמע מדברי המחבר לקמן סעיף י"ו ע"ש ועוד דהא בלאו הכי הר"ן סובר דאפי' בכתובה יש בו דין מעמד ג'. ודלא כמ"ש בתשובת מהרשד"ם סי' שנ"ט דבלא הגיע ז"פ אין בו דין מעמד שלשתן ע"ש:

כתב מהר"ש די מודינ' בתשובה חלק שני סי' ך' על שמעון שקבל עליו במעמד ג' לשלם לראובן בעד לוי מסחורה של לוי שבידו אחר שיקבל ממנה פרעון חובו שחייב לו לוי כיון דבכתובה ליכ' דינא דמעמד ג' כיון דאפשר שלא תבא לידי גבייי' א"כ בנ"ד נמי כיון שאפשר שתזלזל הסחורה ולא יעלה לסכום חוב שמעון לאו מנה בידך הוא ולא הוי כלום ע"כ דבריו (וכה"ג כתב בתשו' השייכים לח"מ בסי' נ"ו) ונרא' דמיירי שלא היתה הסחור' שוה בבירור בשעת מעמד ג' כדי חוב שניהם רק היה הדבר ספק אבל אם הית' שוה אז כדי חוב שניהם קנה מדין מעמד ג' אף שהי' אפשר שתזלזל אחר כך נ"ל ודו"ק:

סעיף ב

מלוה כו'. ל"ש מלו' ע"פ ול"ש מלו' בשטר כדאית' בפוסקים וטור ומחבר לעיל סי' ס"ו סעיף י"ט דאפי' מלוה בשטר ולא נתן המלו' גוף השטר לזוכה קנה גוף החוב במעמד שלשתן וע"ש וכ"כ בתשוב' מהר"מ אלשיך סי' ה' ע"ש:

סעיף ג

בין פקדון. וה"ה מי שנתחייב לחבירו מחמ' שהזיקו או ביישו אע"פ שלא בא לידו מעולם כגון שמעון שתקע לראובן וקנסו הב"ד את שמעון יכול ראובן להמחות ללוי במעמד ג' מה שמגיע לו משמעון. כן מתבאר מדברי הרי"ף והתוס' והרא"ש ומרדכי ריש פ' שור שנגח ד' וה' ושאר פוסקים ע"ש:

סעיף ד

מנה שיש לי בידך כו'. לאו דוק' שאמר זה הלשון אלא ר"ל דבעי' שיהי' לו בידו לאפוקי אם לא היה לו בידו כמו שיתבאר בסעיף ב' וה"ה אם אמר לו מנה שאתה חייב לי תנהו ללוי קנה וכן הוא להדיא בתשובת הרא"ש והבאתיו לקמן סעיף ו' ס"ק כ"ז:

סעיף ה

בין שנתנו לו במתנה (עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קס"ד ותרא' דלפי מאי דקי"ל בפשיטות דאפי' בנתנו לו מתנה שייך דין מעמד ג' דבריו מגומגמים ע"ש) בין כו' כתב הסמ"ע דקמ"ל דל"ת דוקא בפרעון הוא דתקנו כן כו' ולפעד"נ איפכא דקמ"ל דל"ת דדוקא במתנה הוא דתקנו כן וכדעת איכא מרבוותא שהביא הרי"ף פ' המקבל (גם בעה"ת שער כ"ח סוף ח"א הביא כל דברי הרי"ף דפר' המקבל ע"ש) דמעמד ג' הוא דוקא במתנה (והביא בעל העיטור דף ק"ו ע"א ג"כ סברתם ודוחה ראיית הרי"ף דגבי הני גינאי לא

גרסי' בעיסקא ומתנה הוי ע"ש) קמ"ל דליתא אלא כדעת הרי"ף דה"ה בפרעון חוב וכן משמע בב"י להדיא ע"ש וכן פי' הב"ח דאפי' חוב קאמר:

סעיף ו

בפרעון חובו כו'. כתב בתשובת מהר"ר משה אלשקר סי' ס"ג דוקא בכה"ג שחייב למי שהמחה אצלו או שנתן לו במתנה אבל אם אינו חייב ולא נתן לו אלא המחהו שיתן לו מעותיו כדי שיקנה לו סחור' א"צ ליתן לו ולא קנה מדין מעמד ג' ולא הוי אלא כשליח ע"ש ונראה טעם לדבריו דאינו נקנה במעמד ג' אלא כשהממח' מסלק עצמו ממנו ומשתעבד לשני ולא נשאר שום זכות לראשון וכמ"ש לקמן ס"ק י"א משא"כ הכא שעדיין יש כח לראשון בו שהרי מעותיו הוא שיקנה לו בעדו סחור' והלכך אין בו דין מעמד ג' ודוק:

סעיף ז

קנה ואין כו'. איתא בש"ס דהוא תקנת חכמים הלכתא בלא טעמא וכתבו התוס' ופוסקים וטור סעיף י"ג דחז"ל עשו קנין זה שאין לו טעם משום תקנת השוק דמי שקונה סחור' ואין בידו מעות מעמידו אצל ב"ח כו' כדלקמן סעיף קטן י"א:

וכתב בחדושי הרשב"א דמי שהקנהו לו במעמד ג' יכול להקנותו גם הוא לאחר במעמד ג' וע"ש:

סעיף ח

ואין ראובן ולא שמעון כו'. אבל לוי יש אומרים דיכול לחזור ולגבות חובו מראובן כדלקמן סעיף ט'.

סעיף ט

אף על פי שעדיין כו' עמש"ל סי' קצ"ה סעיף ז' מזה:

סעיף י

וכן אין הנותן יכול למחול כו'. בכסף משנה פ"ו מה' מכירה כתב דמאן דאית ליה שאין הנותן יכול למחול ס"ל כדעת האומרים לקמן בסעיף ט' דאין לוי יכול לחזור דהא בהא תליא וע"ש שהאריך ולפע"ד אינו נראה כן. וכ"כ התוס' והפוסקים בשם ר"ת דאינו יכול למחול והרי הר"ן כתב פ"ק דגטין בשם ר"ת דלוי יכול לחזור וכ"כ הנ"י פרק המקבל בשם ר"ת וכן דעת הרא"ש וטור דא"י למחול והמקבל יכול לחזור וכן נראה דעת הר"ב שאע"פ שסתם כאן כדברי המחבר דא"י למחול הכריע לקמן סעיף ט' דהמקבל יכול לחזור וכן י"ל להפך ג"כ דאע"פ שהמקבל אינו יכול לחזור הנותן יכול למחול וראיה שהרי הרמב"ן ס"ל שהמקבל אינו יכול לחזור וכמש"ל ס"ק ל"ח בשמו וס"ל דיכול למחול וכמ"ש

בחדושי רשב"א והטור בשמו וכ"כ הנ"י פ' מי שמת להדיא וז"ל ומיהו כתב הרי"ף ז"ל דבהא דאמרי' דקנה שוב אינו חוזר על (המלוה) הלוה וכיון שקנה הרי הוא כאלו פטרו בפירוש. וכתבו המפרשים ז"ל דכן נראה עיקר ורוב מפרשי' כתבו דהא דאמר שמואל המוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול סתמא קאמר ואפי' מכרו במעמד שלשתן יכול למחול עכ"ל הרי להדיא דפסק דאין המקבל יכול לחזור ואעפ"י כן פסק דהנותן יכול למחול אלמא דלא תלי' הא בהא. ואולי גם המחבר חזר בו שהרי לקמן סעיף ט' הביא ב' הסברות וכאן כתב כסתם דא"י למחול:

ובהיות כן גם מה שפסק המחבר בסתם דאין הנותן יכול למחול צ"ע לדינא כי בב"י לא הביא שום חולק על זה וכתב שבכ"מ מהלכות מכירה דקדק שהרי"ף והרמב"ם סוברים ג"כ שאינו יכול למחול והיינו כמ"ש בכ"מ שם דכיון דס"ל להרי"ף והרמב"ם דאין המקבל יכול לחזור א"כ גם הנותן א"י למחול וכבר כתבתי דאין ענין זה לזה. גם הריטב"א פרק האיש מקדש והר"ן שם כתבו דהרי"ף סובר דיכול למחול ולכך השמיט הך אוקימתא דבפרק האיש מקדש דפליגי במעמד שלשתן בדרב הונא. מיהו מדברי הרמב"ם מוכח דס"ל דא"י למחול מדפסק בפ"ה מה' אישות דקדשה במלוה במעמד שלשתן מקודשת וכ"כ הר"ן והרב המגיד שם לדעתו וליכא למימר דס"ל דיכול למחול אלא דאשה סמכה דעתה וסברה לא שביק דידי ומחיל לאחריני דהא לפי הך אוקימתא פליגי ר' מאיר ורבנן בהאי סברא והיאך פסק כר' מאיר ולא כרבנן אלא ודאי ס"ל דפליגי בדרב הונא אי דינא דמעמד שלשתן הוי נמי במלוה וכיון דקי"ל דאיתא נמי במלוה וכדאיתא בפרק קמא דגיטין לכך פסק כר' מאיר מ"מ אפשר כיון שהרמב"ן והנ"י והרי"ף לדעת הר"ן וריטב"א מסכימים ג"כ דיכול למחול מצי המומחה לומר קים לי כוותייהו וראיתי בב"י סימן ס"ו סעיף כ"ח כתב ונדחו דברי נ"י שכתב בפרק מי שמת שרוב המפרשים סוברים כהרמב"ן עכ"ל ולא ידענא במאי נדחו ואי משום שהתו' והרא"ש ושאר מפרשים אינם סוברים כן דלמא היה להנ"י מפרשים אחרים כגון הראב"ד והרשב"א והרמ"ה והרז"ה והר"י הלוי ושאר מחברים כיוצא בהם שראה בפירושיהם שחולקים על התוס'. וגם הר"ב המגיד פ"ז מה' מכירה הביא ב' הסברות ולא הכריע ואדרבא משמע לכאורה מדבריו דס"ל שיכול למחול וז"ל ויש מי שכתב שא"י למחול עכ"ל הרי שכתב סברא שא"י למחול בל' יש מי שכתב לשון יחיד וסברת יכול למחול בלשון י"א ל' רבים וגם כתב סברת יכול למחול במסקנתו משמע דדעתו נוטה לסברת הי"א דיכול למחול. גם בפ"ה מה' אישות כתב ג"כ די"א דאינה מקודשת וראוי להחמיר. ועל כרחך ג"כ מטעמא דיכול למחול דאי א"י למחול פשיטא דמקודשת. וגם המחבר גופיה בש"ע בא"ע סימן

כ"ח סי' ג כתב די"א שאינה מקודשת ומהר"מ יפה בלבוש שם השמיט דעת הי"א אלו דאינה מקודשת ולא כוון יפה וחלילה להקל בעריות היכא דהרמב"ן והנ"י והרב המגיד מחמירין. שוב מצאתי בבעל העיטור באות המחאה דף ק"ו סוף ע"א שחולק על דברי התוס' וס"ל דיכול למחול וז"ל וצרפתים אומרים במעמד שלשתן קנה ואינו יכול לחזור ולמחול כדין מוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול דהתם ניירא בעלמא זבין ליה ולא דייק לן דלא עדיף במעמד שלשתן מכתיבה ומסירה עכ"ל וכ"כ עוד הבעל העיטור באות מחילה דף צ"ג סוף ע"א ז"ל וה"ה אם נתנו במעמד שלשתן שאם מחלו מחול כדאיתא בהמחאה עכ"ל וכ"כ הטור בשם הראב"ד דבמעמד שלשתן יכול למחול אא"כ אמר לו בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וכ' בב"י שדברי הראב"ד כ' הרשב"א בתשו' וכ' שכן דעתו נוטה וכן משמע בתשו' רשב"א שהביא ב"י לעיל סי' ס"ו מחו' כ"ה ע"ש גבי מ"ש אבל במוכר במעמד שלשתן אין הדבר מוכרע כ"כ ויש לבעל דין לחלוק ומ"ש שם כו' וכ"ה בחדושי רשב"א פ"ק דגטין להדיא מביא במסקנתו דברי הרמב"ן דבמעמד שלשתן יכול למחול ע"ש אך דבהיכא דא"ל משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מסכים שם בזה להראב"ד דא"י למחול ע"ש ובהא הראב"ד ורשב"א לטעמייהו דלעיל סי' ס"ו סכ"ו אזלי אבל להרא"ש ושאר פוסקים שם אין חילוק בין א"ל משתעבדנא כו' ע"ש ומ"מ נהי דרוב הפוסקים מסכימים לדברי התו' הלא המה הרא"ש והריטב"א והר"ן בתשו' סי' ס"ט וסמ"ג דף קנ"ח סוף ע"ג ורמב"ם פ"ה מאישות וטור מ"מ כיון דהרמב"ן והנ"י ובעה"ע (והראב"ד והרשב"א) סבירא להו דיכול למחול וגם ה' המגיד נראה כן דעתו ועכ"פ ספוקי מספקא לי' א"כ י"ל דמצי המוחזק למימר קים לי כוותייהו דהא אפי' ביחיד נגד רבים מצי המוחזק לומר קים לי דאין הולכין בממון אחר הרוב ובפרט שהרמב"ן ראה דברי התו' וחולק עליהם וכדאיתא בחדושי הרמב"ן פ' מי שמת ובחדושי הרשב"א ספ"ק דגיטין גם הריטב"א פר' האיש מקדש דחה הראיה שהביאו התו' מפ' האיש מקדש ע"ש ואפי' תאמר דא"י למחול ולא מצי לומר קים לי בכה"ג וכמו שהכרעתי לעיל סי' ס"ו סעיף כ"ט ס"ק כ"ד מ"מ לענין קדושין אין תלמיד כמוני מכריע בין ההרים הגדולים פשיטא דיש להורו' דאינה מקודשת אלא מספק גם ר' ירוחם בספר מישרים סוף נתיב י"ד אחר שהביא דברי התוספת וסייעתם דס"ל דאין יכול למחול כת' ויש חולקים וכן בריש ספר חוה כתב וז"ל ויש שפסקו דמעמד שלשתן יכול למחול ולפי זו הסברא לא הוי מקודשת כו' דלא כמהר"מ יפה שכתב בפשיטות דהוי מקודשת כן נלפע"ד:

סעיף יא

אין הנותן יכול למחול אפי' יש לו נכסים לראובן בענין שאינו חב ללוי במחילתו א"י למחול דאל"כ פשיטא דאפי' בלא מעמד ג' אינו יכול למחול וכדלעיל סי ע"ו ס"ה וכן משמע בתוספת ופוסקים. וכן משמע מהטעם שכתבו הרא"ש והר"ן דכיון שהיו שלשתן במעמד אחד נסתלק שעבוד המלוה מעל הלוה ואפי' שעבוד הגוף שהיה הלוה משתעבד למלוה פקע ומשתעבד לשני ולא נשאר לראשון שום זכות בו הלכך אין מחילתו כלום אבל מוכר ש"ח שלא בפני הלוה (לעיל סי' ס"ו סעיף כ"ג) השעבוד שיש למלוה על גופו של לוה אין קנין נתפס בו לקנות אותו שעבוד ללוקח הלכך נשאר זכות למלוה בו ומחילתו מחילה אבל מעמד שלשתן עיקר הקנין הוא הלכתא בלא טעמא אלא משום תקנ' השוק דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בעל חובו וא"צ להמתין עד שיקנה לו בקנין ואף קנין לא היה מועיל לקנות הלואה וכמו שתקנו שנכסי הלוה ישתעבדו לשני בלא קנין משום תקנת השוק תקנו ג"כ שגופו ישתעבד לשני ולא יוכל הראשון למחול דא"כ בטלה עיקר התקנה שלא יסמוך הסוחר על מעמד שלשתן כיון שיוכל המלוה למחול עכ"ל הרא"ש:

סעיף יב

ואפי' נולד לוי כו'. לאפוקי ממאי דהוה ס"ד דש"ס למימר דטעמ' דמעמד שלשתן ה"ל דנעשה כאלו אמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ולהאי טעמא הוי בעינן שיה' לוי נולד בשעת ההלואה וכדלעיל סי' ס"ו סכ"ו קמ"ל כמסקנא דש"ס דמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא משום תקנת השוק אפי' למי שנולד אחר ההלואה:

סעיף יג

אבל אם לא היה לו מנה בידו כו'. כתב הנ"י בשם גאון דהיינו דוקא באינש דעלמא אבל בחנוני ושולחני כיון דאומנתן הוא ומתהני דלסמכי אינשי אדבורייהו גמרי ומשעבדי נפשייהו ולא מצי הדרי בהו אע"ג דלית ליה גבייהו כלום עכ"ל וכתב ב"י דפשיטא דהרי"ף חולק ע"ז דא"כ מאי קשיא כו' וגם אמאי אצטריך לאוקמי הירושלמי כרב ששת הא אפילו כרב מצי לאוקמי ואפ"ה שכיר חוזר עליו כדברי הגאון ודעת הרא"ש ג"כ כהרי"ף כו' עד ליתא להההיא תשובת גאון עכ"ל ודבריו תמוהין לפע"ד דהרי"ף (והרא"ש) קשיא ליה פועל אהדדי ע"ש וכן משמע בנ"י דהרי"ף יוכל לסבור בהא כהגאון מיהו בלאו הכי מפורש בתוספות והרא"ש היפך דברי הגאון ע"ש וכן נראה דעת שאר הפוסקים וכ"פ בד"מ ובסמ"ע ס"ק ז' ע"ש:

סעיף יד

לא קנה. כתב בתשובת מהר"א ן' ששון סי' קי"א דאפי' מאן דס"ל לעיל סימן ס' ס"ב דיכול להתחייב עצמו בקנין בדבר שאין לו קצבה מודה דבמעמד שלשתן א"י לחייב בדבר שאין לו קצבה וע"ש:

סעיף טו

ואפי' מחל המלוה כו'. משמע לכאורה דקאי אאפי' היכא ששמעון אינו חוזר וכ"כ הסמ"ע ס"ק ח' בשם ר"י בהדיא אבל באמת אין טעם לזה דלמה לא יועיל מחילה בכה"ג וכן המעיין בהרא"ש ס"פ המקבל ובתוס' ונ"י שם יראה דמוכח להדיא מדבריהם דבכה"ג מהני מחילה בלא קנין אלא דכששמעון חוזר לא מהני מחילה מטעם דהוי מחילה בטעות דאטו בשופטני עסקינן ששמעון לא יתן לו והוא יפטור את ראובן כו' ע"ש וגם דברי רבי' ירוחם צריך לפרש כן וכן משמע בב"ח סעיף ה' שהבין דברי רבי' ירוחם דדוקא כששמעון חוזר וכן משמע להדיא בתשו' מהרי"ו סימן ל"ג דדוקא כששמעון חוזר לא מהני מחילה וכן עיקר ודו"ק:

סעיף טז

מחל המלוה ללוה כו'. היינו שא"ל אני מוחל לך ואסמוך על אותו פלוני אבל כשפטר את הלוה לגמרי פשיטא דמהני כ"כ הב"ח ונכון הוא דהא קי"ל לקמן סימן רמ"א ס"ב דמחילה א"צ קנין וכ"כ התוס' פרק המקבל ריש (בבא מציעא דף קי"ב) דהיכא דא"ל אני פוטרך לגמרי אפי' לא יתן פשיטא דאינו חוזר כו' ונראה שזהו כונת הר"ב במ"ש אחר כך וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי כו' וא"צ למ"ש בסמ"ע ס"ק ט' דמיירי בקנין:

סעיף יז

כל זמן שלא קנה בקנין. אבל קנין מועיל דודאי לפוטרו לגמרי נתכוין אפי' לא יתן שמעון דאי לפוטרו כשיתן לו זה לזה לא הוצרך קנין שכבר נפטר כ"כ הרא"ש פ' המקבל והוא מדברי התו' שם:

סעיף יח

ומ"מ אם נתנו לו. קודם שחזר בו ראובן:

סעיף יט

וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי צריך זה שהמעות בידו ליתנו לו אף על פי שלא היה בידו כלום משל ראובן כיון שעל פיו פטרו וה"ה בלא מעמד שלשתן דינא הכי כיון שעל פיו פטרו וכדלקמן סי' קכ"ט ס"ג בהג"ה ולחנם הוסיף בעיר שושן כאן בדברי הר"ב שפטרו במעמד שלשתן:

סעיף כ

דמסתמא על מנה כו'. משמע אלו אמר כן בפי' הלוה לי מנה ותן לו אף על פי שהיה חייב לו מנה לא קנה לכ"ע וכ"כ בתשו' מהר"רי וסף טראני סי' ל"ו:

סעיף כא

וי"א שלא קנה. נ"ל די"א אלו לא פליגי אלא כשלא היה חייב לו אלא מנה אבל כשהיה חייב לו יותר וא"ל תן מנה ללוי קנה מדין מעמד ג' והטעם ק"ל ובהכי אתי שפיר דלא קשה על הי"א אלו כל הנך ראיות שהביא בעה"ת שער כ"ח ריש ח"ג בשם הראב"ן מ"כ ודו"ק מיהו מטעמו של תשובת הרא"ש ומלשונו (ומביאו הטור) שכ' משום דמעמד ג' הוי הלכתא בלא טעמא ואין לך אלא מה שתקנו מנה לי בידך כו' משמע לכאו' דפליג אף בהא מיהו לענין דינא נ"ל להכריע כמ"ש שוב ראיתי שכתב המחבר בבדק הבית וז"ל ולענין הלכ' כיון שרבו ראיות הרמב"ן נרא' דנקטי' כותי' ע"כ ולפעד"נ כמ"ש ונראה דגם הוא לא הכריע אלא כשהיה חייב לו יותר מכח ראיות הרמב"ן והשתא א"ש הא דהביא כאן בש"ע ב' דעות ולא הכריע ודוחק לומר דכיון דכתב סברת הרמב"ן בסתם וסברת הרא"ש בשם י"א גלה דעתו דנקטי' כסברא הראשונה דלא הו"ל להבי' סברת הרא"ש כלל כמו שדרכו בכל מקום שכותב בש"ע בסתם ע"פ הכרעתו בב"י או בב"ה ואינו מזכיר בש"ע דעת החולקים כלל אלא ודאי לא הביא כאן דעת הי"א אלא כשלא הי' חייב לו רק מנה ודו"ק. ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון סי' קי"א:

סעיף כב

שלא קנה. דכיון דמעמד ג' הלכתא בלא טעמא הוא אין לנו אלא מה שתקנו מנה לי בידך תנהו לפלוני אבל כשלא הזכיר לו המנה לא מיחזי אלא כערבות שלא בשעת מתן מעות כ"כ הע"ש והסמ"ע ומשמע להדיא מדבריהם דמדין ערבות נמי לא מחייב אע"ג דיש בידו מעות של ראובן וכן משמע בתשובת הרא"ש כלל פ"ט דין ו' ע"ש ועיין מ"ש לקמן סי' קכ"ט ס"ג בהג"ה:

סעיף כג

אבל א"ל סתם תן לו חמשים דינרים מהחטים שיש לי בידך כו'. וה"ה אם אמר סתם תן לו נ' דינרים שהרי יש לי בידך כור חטים וכדנקט ברישא ה"ל כאלו אמר לו תן נ' דינרים מהחטים שבידך ונעשה כאומר לו חטים שוה נ' דינרים וקנה. כן מוכח בבעה"ת שער כ"ח סוף ח"ג וכ"כ בתשובת מהר"ר יוסף טראני סי' ל"ז. וכתב עוד מהרי"ט שם אבל אם מפרש שיתן לו מעות משלו ויהיה הפקדון בידו למשכון עד שיפרע לו או שאמר לו תן סך פלו' כיון שאתה בטוח ממנו מחמת הפקדון שיש לי בידך לא קנה וע"ש:

סעיף כד

נעשה כאומר לו חטים שוה כו'. נראה דאפי' למ"ד לעיל סי' פ"ח סעיף י' דבפקדון דוקא קאמר שאני התם שתובעו ואומר לו מנה דוקא הפקדתי אצלך משא"כ הכא שאין בידו אלא חטים א"כ כשאומר תן לו נ' דנרים שהרי יש לי בידך חטים וכ"ש כשאומר תן לו חמשים דינרים מהחטים שוה קאמר וכדלקמן סי' רנ"ג סי"ט באומר תן מנה לפלוני מנכסי וכ"ש הוא מהתם דהתם איכא למימר דוקא קאמר ונאבד או מנה קבור אפ"ה לא חיישינן כ"ש הכא שידוע שאין בידו אלא חטים א"כ ודאי לכ"ע שוה קאמר ודו"ק:

סעיף כה

ואם היה הלואה כו'. ואע"ג דאשכחן לענין מודה מקצת הטענה דלא מיקרי הודא' ממין הטענ' (כדלעיל סי' פ"ח ס"ט) התם משים דאזלינן בתר מעיקרא אבל הכא בתר בסוף אזלי' דשעבודא הוא דשעבד נפשיה להאי משום דשעבודא דרמיא עלויה קאמר בין הלואה דחטים בחטים בין חטים במעות שעבודא דעלמא הוא דרמיא עילויה ושוין נינהו הלכך קנה ומחויב לו ליתן נ' דינרים מן החטים ולא לחייבו לזה ליתן אם הוזלו החטים ואינם שוין נ' ולא ליתן במעות ממש אלא לומר דבהמחא' זו קנה ונותן לו במעות או חטים שוין נ' לשער שבשוק וכל דיהיב ליה פרעון הוא שוה כסף ככסף עכ"ל רמב"ן בבעה"ת שם:

סעיף כו

וחייב ליתן כו'. בתשו' רשב"א שמביא ב"י מבואר הטעם שהמחא' היא אפי' בע"כ של לוה או נפקד וטעם החולקים דס"ל כהי"א שבטור ופוסקים דאין יכול להמחות בע"כ ולפ"ז קשה על המחבר שבסעיף ז' פסק בסתם דאפי' בע"כ יכול להמחות וכ"פ בב"י וכאן הביא סברת החולקים וצ"ע (ובע"ש השמיט היש חולקים ונרא' שכוון למה שכתבתי):

סעיף כז

המחהו כו'. לפי שדברי המחבר ושאר אחרונים צל"ע בדין זה ע"כ מוכרח אני להאריך. מקור דין זה הוא מתשובת הרא"ש כלל ס"ט סימן ח' וז"ל שאלה ראובן תובע משמעון מנה והשיב מנה היה לך אצלי אך פרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי שתתן לך בעדי זה הממון ונשארה לך חייבת בו במעמד שלשתן וגבית ממנה בפני מקצתו והביא שמעון עדים ע"ז שאמרה אמו לראובן אני אתן לך זה הממון בעד בני ושאמר לו אז שמעון מעתה אל תתבע ממנו כלום שהרי אמי חייבת לך ושתק אז ראובן וראובן אומר שלא נתרצה לגבות מאמו כלום ושתק מפני שלא חשש לדבריו ומה שגבה ממנה הוא ממה שהייתה חייבת לו אבל מזה המנה לא גבה כלום ושמעון אומר שרוצה לישבע שפרע לו זה המנה

או הוא או אחר בעדו. תשו' חייב שמעון לפרוע אותו הממון לראובן ואינו נאמן בשבועתו שפרעו או שפרע אדם אחר בעבורו שהרי הוא מודה שנתחייב לו מנה אלא שהוא אומר שנפטר ממנו מאותו מנה בשביל שהעמידו אצל אמו והיא נדרה במעמד שלשתן לפרוע לו אותו המנה בשבילו ובזה הוא סבור להיות פטור כיון דבמעמד שלשתן נדר' לו וחשוב זה בעיניו כאלו פרע ונסתלק ממנו וכן טוען בודאי חייב הייתי לך ופרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי שתתן לך המנה ונשארת לך חייבת בו אלמא שחשב זה פרעון מה שאמו נדרה ליתן לו בשבילו וכיון שחשוב זה פרעון בעיניו אנן סהדי דלא הדר תו ופרע ולואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב הלכך אינו יכול לישבע שפרע הוא או אדם אחר אותו הממון בשבילו כיון שהודה על הפרעון האיך היה והוא היה סובר שהיה פרעון טוב ואינה פרעון דמעמד שלשתן אינו מועיל אא"כ הי' הממון ביד מי שמעמיד אותו כגון שאמר מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני או מנה שאתה חייב לי תנהו לפלו' במעמד שלשתן בכה"ג קנה ונפטר החייב אבל אם אמר ראובן לשמעון מנה שלוי חייב (לי) אני אפרענו לך בשבילו לא קנה ולא נפטר בכך אמנם מה שטען בטענה ראשונה וגבית ממנו מקצתו בפני זו טענת ודאי היא דאף על פי שלא נתחייבת אמו מן הדין ליתן בשבילו זה הממון מכל מקום כיון שהוא טוען טענת ברי שבפניו קבל פרעון מאמו ישבע כמה היה הפרעון שקבל מאותו מנה שהיה חייב לו ויפרע המותר והנראה בעיני כתבתי אשר בן ה"ר יחיאל ז"ל עכ"ל ומביאו הטור לקמן סעיף כ"ב:

וכתב העיר שושן לקמן סעיף י"ז וז"ל ונ"ל דמיירי שהעדים העידו שלוי (והוא במקום אמו שבתשובת הרא"ש) נתרצה ליתנו לו והעידו גם כן שראו שלוי נתן לו קצת מעות בפניהם אלא שאינם יודעים כמה וגם אינם יודעים אם נתנו לוי דוקא ע"ז החוב אלא שראו שמנה לו מעות לידו דאל"כ למה אמר שישבע שמעון כמה היה הפרעון ויפטר למה לא ישבע ראובן שמה שגבה מלוי היה ממה שלוי היה חייב לו ויהא נאמן במגו דלהד"ם דשמעון לית ליה מגו דלהד"ם שהרי עדים מעידים שהיה חייב לו ולית ליה ג"כ מגו דפרעתי שהרי פסק שאינו נאמן לומר פרעתי אח"כ נ"ל עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד דהא משמע להדיא בתשובת הרא"ש ובטור שעדים לא העידו רק שלוי נתרצה ליתנו אלא נראה דהדברים כפשטן ולק"מ דטענת שבפני גבית קצתו בעצמה טענה מעליותא היא וכיון שאומר שהמחהו וגבה ממנו קצתו בפניו הוא נאמן דהוי כטוען בעלמא פרעתי אע"ג דלית ליה מגו כגון שהלוה בעדים נאמן לומר פרעתי דטענת פרעתי בעצמה טענה מעליות' היא רק דהכא אינה טענה מעליותא מטעמא דכיון שסבור שפרעו מסתמא תו לא הדר פרע אבל זה שאומר שבפניו פרעו היא טענה מעליותא שהרי הוא אומר

שמתחלה פרע לוי עבורו ומה לי אם טוען אני פרעתיו או טוען בפני פרע לך אחר בעבורי דאטו מי שיאמר לאחד בפני פרע לך אחר בשבילו לא יהא נאמן אלא במגו:

ועוד נלפע"ד דאה"נ אלו הוה טען מתחלה פרעתיך אח"כ הכל הי' נאמן אע"ג שהיה ידוע או שהיה מודה בפני בית דין שהמחהו במעמד שלשתן יוכל אח"כ לומר אע"פ כן פרעתיך בעצמי וא"כ גם מה שאמר בפני גבית קצתו מיד נאמן במגו שהי' אומר פרעתיך רק שאחר שאמר בפני ב"ד העמדתיך אצל לוי והי' סבור לזכות באותו טענה וא"כ מיד אנן סהדי דתו לא פרע אח"כ כיון דלא אמר כן בפי' רק רצה לזכות בטענת העמדתיך אצל לוי וסבור דהוי פרעון וא"כ כיון ששוב אומר ראובן שלא נתרצה לגבות מלוי כו' ואח"כ חוזר שמעון וטוען שפרע לו הוא או אחר על זה אינו נאמן דכיון דמתחלה טען בפני ב"ד שפרעו במה שהעמידו אצל לוי והוינן אנן סהדי דלא פרעו אח"כ אינו נאמן עתה לומר שפרעו אח"כ דאינו יכול לחזור ולטעון כיון שכבר נתחייב בטענה ראשונה אע"פ שהב"ד עדיין לא חייבוהו ומ"מ כיון שהיה חייב ע"פ הדין אינו יכול לחזור ולטעון וכדלעיל סי' פ' ואינו נאמן לומר שפרעו אח"כ במגו שהיה יכול לומר מתחלה פרעתיך לפי שמגו למפרע לא אמרי' אבל מה שאמר מיד בתחלת טענתו גבית ממנו קצתו בפני הוא נאמן במגו וכה"ג ממש כתבו התוס' בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל' ע"א) והגהת מיימוני ס"פ י"ד מהלכות טוען והבאתי דבריהם לקמן סי' קמ"ו סי"ג וסי"ד ע"ש וכ"כ עוד התו' בפ' הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) בשם ר"י גבי ההיא איתתא דתפס' מלוגא דשטרי ע"ש ודו"ק: וכן מדוקדק לשון תשו' הרא"ש שכתב שהרי הוא מודה כו' ובזה הוא סבור להיותו פטור כו' וכן טוען בודאי חייב הייתי לך ופרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי כו' דלאיזה צורך כתב וכן טוען בודאי חייב הייתי לך ופרעתיך כי בפניך כו' והלא כבר כתב אלא שהוא אומר שנפטר ממנו מאותו מנה בשביל שהעמידו אצל אמו כו' וכן לאיזה צורך כתב אח"כ הלכך אינו יכול לישבע שפרע כו' כיון שהודה על הפרעון האיך הי' כו' והלא כבר כתב וכיון שחשוב זה פרעון בעיניו אנן סהדי דלא הדר תו ופרע כו' אלא עיקר כונ' הרא"ש לומר דכיון שהוא אומר שנפטר ממנו מאותו מנה בשביל שהעמידו אצל אמו כו' וכן טוען בודאי בפני ב"ד חייב הייתי לך ופרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי כו' א"כ החשיב זה פרעון בפנינו ב"ד בטענתו שטען כן לפנינו והלכך אינו יכול לישבע שפרע אח"כ דכיון שהודה לפנינו ב"ד על הפרעון האיך היה שוב אינו יכול לחזור ולטעון ודו"ק: ובהיות כן מ"ש המחבר (ונמשכו אחריו הע"ש והסמ"ע) אם המחהו במעמד שלשתן בענין דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אח"כ צ"ע די"ל דנאמן לומר בפני ב"ד שפרעו אחר כך היכא שאומר כן מיד בפני ב"ד ואולי משמע ליה כן

להמחבר מיתור לשון הרא"ש שכתב אנן סהדי דלא הדר תו ופרע ולואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב כו' משמע שזהו טענה שאין בה ממש. אבל לפי עניות דעתי אין לבנות יסוד על דקדוק יתור לשון זה. וגם לא יתכן לומר שהרא"ש יוציא ממון ע"פ סברתו לומר שזהו היא טענה שאין בה ממש בלי טעם וראיה אלא ודאי כונתו כדפי' דכיון שהודה כן בפנינו שפרעו במה שהעמידו אצלו ולא טען שום דבר הוה כאלו הודה שלא פרעו אח"כ כיון שלא טען כך בפירוש שהרי טוען לפנינו שפרעו במה שהעמידו אצלו ואיך יפרענו אח"כ שנית והלואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב וא"כ מה שטוען אח"כ שפרעו אח"כ הוי חוזר וטוען (ואולי גם המחבר מירי שהכל היה כן לפני ב"ד אך פשט לשונו לא משמע כן וגם מדברי הסמ"ע שאביא לקמן בסמוך מוכח בהדיא שלא פי' כן דא"כ אפי' חזר בינתי' נמי ודו"ק) ואף לדברי המחבר נ"ל דהיינו דוקא שיש עדים שהוא חייב לו והמחהו אצל לוי הא לאו הכי כשטוען מיד בפני ב"ד פרעתיך אעפ"י שהמחיתיך אצל לוי נאמן במגו דלהד"ם דלא עדיפא הך חזקה דלא פרעו שנית מהך חזקה דאיתמר בש"ס בהדיא חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ואפילו הכי היכא דאית ליה מגו קי"ל דנאמן וכדלעיל סי' ע"ח סעיף א' וסעיף ד' ע"ש ולא בא המחבר לומר אלא דטענ' שפרעו אח"כ היא בעצמ' טענ' גרועה אבל היכא דאית ליה מגו מודה שיכול לטעון אח"כ במגו שהיה טוען טענה טובה כן נ"ל. עוד פי' הסמ"ע ס"ק ט"ו דהמחבר מירי דלא חזר בינתיים ראובן על שמעון לומר לו לוי לא נתחייב ליתן לי פרע לי את עכ"ל וגם זה אמת ונלפע"ד דאם טוען שמעון בתחלה בפני ב"ד שראובן חזר עליו ואמר לו לוי לא נתחייב ליתן לי פרע לי את ולכך פרעו (או שטוען לפי שידעתי שלא נתחייב לוי פרעתי לו) וראובן כופר נשבע שמעון ונפטר אלא דמירי ששמעון מודה לו שלא חזר עליו אלא שאומר אע"פ שהמחתיך והי' זה פרעון אעפ"כ פרעתיך אינו נאמן היכא דלית ליה מגו כן נלפע"ד:

ועל מ"ש הרא"ש והטור בסוף דבריהם שנשבע שמעון ויפרע המותר. כתב הב"ח לקמן סעיף כ"ב בטור דנראה דנשבע שבועה דאורייתא שהרי הודה במותר. ולפעד"נ דאינו חייב רק היסת דהא לא רצה לפרוע כלום שאמר שאחר כך פרע הכל אם כן הרי לא הודה בכלום אלא שאנו מחייבים לשלם המותר משום דאינו נאמן וכבר נתבאר לעיל סימן ע"ה סעיף ה' בהג"ה וסימן פ' [פ"ז] ס"ה דאם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו לא מיקרי מודה מקצת ועמ"ש שם:

סעיף כח

אפי' לא נתרצה כו'. ויש חולקין בזה וכמבואר בטור והמחבר לטעמיה אזיל שפסק כן בב"י כיון שהתוספת והרא"ש והרשב"א מסכימים כן ובאמת דעת הרשב"א בחדושיו ספ"ק דגטין להפך וגם בב"י כתב שהרא"ש בתשובה כלל ס"ט כתב להפך (מיהו צ"ע דלא נמצא כן בתשובת הרא"ש להפך ואדרבא בתשובת הרא"ש כלל ס"ט משמע לכאורה כמו בפסקיו והביאו הטור סעיף י"ג ע"ש) גם הרב המגיד בפ"ו מהלכות מכירה כתב שיש חולקים והדברים עתיקין וכן דעת הר"ן ספ"ק דגיטין וכ"כ עוד הר"ן בתשובה סימן ס"ט וכן דעת הבעה"ת שער כ"ח דמעמד שלשתן לא מהני בעל כרחו וכ"כ נ"י פרק מי שמת וז"ל ומיהו מסתברא דאי הוי אזיל ואמר אין רצוני ליתן לו לא היה קונה אידך דמעמד שלשתן לא משמע אלא מרצונו של המתחייב כך מצאתי בנמוקי האחרונים ז"ל עכ"ל וכ"כ עוד הנ"י פרק החובל בשם הרא"ה וכן פסק הריטב"א פרק האיש מקדש ע"ש וכ"כ בעל העיטור דף ק"ו ע"ב דאי אמר הלוה איני נותן אלא לעצמך יכול לומר כן עכ"ל וכן נראה עיקר בש"ס וכן משמע לישנא דמעמד שלשתן שיהו שלשתן עומדים ומתרצים יחד ועוד דאי קונה בע"כ למה הוצרכו לתקן מעמד שלשתן וכי גרע שלא בפניו משיאמר הלה בפי' איני מתרצה וגם לא ה"ל לתקן אלא שיודיע את הלוה ולמה תקנו שיהיו שלשתן עומדים יחד אלא ודאי בעינן שיתרצו יחד במעמד שלשתן ולכך אינו מועיל שלא בפניו דשמא אינו מתרצה ואף אם ידוע שנתרצה מ"מ לא פלוג ותקנו מעמד שלשתן דמתרצה בודאי במעמד שלשתן יחד. וכן דעת מהרש"ל פרק החובל סי' כ"ז. וגם צ"ע על המחבר שהוא עצמו הביא בסעיף ה' סברת החולקים וכמ"ש בס"ק כ"ו ע"ש:

סעיף כט

לא קנה כו' ל"ש מועטת כו' כתב הסמ"ע דלא איירי כאן בעני דבעני צריך לקיים דבריו אפי' אמר כן בעצמו שלא לפני שום אדם דאמירתו לגבוה הוא או משום נדר כמו שכתב הטור והמחבר בסי' קכ"ה ס"ס ה' עכ"ל ונתן מקום למעיינים לטעות דפשיטא דהכא אפי' בעני יכול לחזור בו ול"ד לדעיל סימן קכ"ה דהתם הרי הוא נותן המעות לשלוחו והרי המעות ברשותו וזוכים בו עניים אבל באומר מנה לי בידך כיון שאין החוב ברשות הנותן לא זכו בו עניים אלא כשהיו העני או הגבאי אצל המומחה במעמד שלשתן כמ"ש הפוסקים בפ' שור שנגח ד' וה' והטור והמחבר ביו"ד סימן רנ"ח סעיף ח' ודוקא בפקדון א"צ שיהא הגבאי עומד שם משום דפקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמרא איתיה וכמו שנתבאר שם בסי' רנ"ח ס"ז ואף בפקדון נראה דדוקא במטלטלים וכמ"ש הטור והמחבר שם בד"א במטלטלים כו' ונראה דדוקא קאמרי' במטלטלים אבל כשהפקיד אצלו מעות

ואינם צרורים וחתומים בענין דמותר להשתמש בהן ע"פ מה שנתבאר לקמן סי' רצ"ב סעיף ז' לא קנו עניים דהא בכה"ג לא שייך לומר כל היכא דאיתיה ברשותא דמרא איתיה וא"כ צ"ל דהסמ"ע מיירי בפקדון דמטלטלים או מעות צרורים וחתומים ודו"ק:

סעיף ל

ואם קנה בקנין סודר כו'. אינו יכול לחזור בו אפי' לא הוה בידו:

סעיף לא

מיד מי שהמעות בידו כו'. אבל מהנותן לא מהני קנין דמלוה להוצאה ניתנה ואפי' בפקדון מ"מ אין מטבע נקנה בחליפין כדלקמן סימן ר"ג אלא אם הוא פקדון מטלטלים והקנה לחברו בקנין אז מהני קנין אף מהנותן:

סעיף לב

בתורת הודאה כו'. וה"ה בתורת חיוב שמחייב עצמו ליתן לאפוקי אם הקנה לו בל' מתנה לא מהני כשאינו ברשותו או כשהוא מטבע כדלעיל סי' ס' ס"ו:

סעיף לג

דאית ליה ללוי גביה מנה כו'. ואע"ג דאם הודה בדרך הודאה מהני אף בלא קנין אפי' בדבר שאינו נקנה בקנין כדלעיל סי' ס' ס"ו וסי' רמ"ה ס"א בהג"ה צריך הכא קנין לענין דלא מצי לטעון להשטאה או להשביע הודיתי כדלעיל סי' פ"א סי"ז ואע"ג דבהודא' במעמ"ש אינו יכול לטעון להשטא' או להשביע הודיתי אפי' בלא קנין וכדאי' שם ובסי' זה סי"ג הכא בלא מעמד שלשתן קמיירי:

סעיף לד

אינו יכול. שמיד שהמחהו אצל שמעון נפטר ממנו:

סעיף לה

כל זמן שלא פטר כו' בפי' דהיינו שא"ל אני פוטרך ואסמוך על שמעון דבכה"ג כשלא היה בידו יכול לחזור בו כדלעיל סעיף ב' מה שאין כן הכא דאלו אמר אני פוטרך לגמרי לא צריכא למימר ודו"ק:

סעיף לו

שלא פטר לוי כו'. ל' הטור בשם הרא"ש אפי' שתק לוי יכול לומר לראובן לטובתך עשיתי שנתרציתי לקבל משמעון כדי להקל מעליך אבל אם לא יתן לי כו':

סעיף לז

ומ"מ אפי' לפי דעת זה כו'. **א"י לתבוע כו'**. המחבר לא דקדק בלשון דבהרא"ש וטור איתא לא יתבע את ראובן תחלה והיינו כמ"ש לקמן ס"ק נ"ח דשורת הדין נותן

כך לפי שע"פ שורת הדין אינו אלא כעין ערב אבל פשיטא דאם אינו יכול לגבות כפשוטו משמעון שיכול לגבות מראובן וע"ש ותדע דהא משמע מדברי המחבר דלסברא האחרונה יכול לחזור מחמת ששמעון דוחה את לוי כלומר שאינו רוצה לשלם ואם איתא דבאמת לא הוי אלא ערב מה בכך ששמעון דוחה יגבה ממנו בע"כ אלא ודאי כדפי' וא"כ מ"ש המחבר כאן כל זמן שיוכל לגבות משמעון ה"ק כ"ז שיוכל לגבות כפשוטו משמעון ושמעון רוצה לשלם לו כפשוטו רק שדוחהו קצת ודו"ק:

סעיף לח

ונ"ל להורות כסברא האחרונה. ולפי ע"ד המע"ה כיון דהרי"ף והראב"ד ובעה"ת פסקו דא"י לחזור וגם מדברי הרמב"ן בספר הזכות שהביא הבעה"ת שער כ"ח סוף ח"ה וכן מדבריו בחידושיו פרק מי שמת משמע שמסכים לדברי הרי"ף דפרק המקבל וכן דעת הרשב"א בתשובה מביאה ב"י מחו' ב' וגם בחדושיו ספ"ק דגיטין הסכים לדברי הרי"ף ע"ש וכ"כ נ"י פרק מי שמת וז"ל ומיהו כתב רי"ף ז"ל דבהא דאמרי' דקנה שוב אינו חוזר על המלוה וכיון שקנה הרי הוא כאלו פטרו בפי' וכתבו המפרשים ז"ל דכן נראה עיקר עכ"ל וכן נראה להדיא דעת הרמב"ם פ"ו מהל' מכירה וה' המ' שם (ועיין בכ"מ שם) והסמ"ג עשין פ"ב דף קנ"ח סוף ע"ג ודף קס"א ע"ב וכן דעת רבינו אלעזר בר נתן בתשובותיו בריש הס' (סי' ע"ג ע"ש) ואולי אי הוי ראה הר"ב כל הנך פוסקים שהבאתי לא הוה פסק כן שהרי לא הביא בב"י וד"מ רק דעת הרי"ף והראב"ד ובעה"ת ותו לא מידי (והריטב"א פרק האיש מקדש הכריע דהנמחה יכול לחזור בו כ"ז שלא פטרו בפי' לממחה שאלו היה הממחה נפטר מחובו על פיו של זה שקיבל עליו הא מדינא מחייב ליה זה שקיבל עליו כיון שהוציא שעבודו על פיו של זה והיכי אמרי' דדין מעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא לגמרי אפי' במקבל עליו לתת לב"ח בחובו עכ"ל ולפע"ד אין זה הכרע דודאי אלו לא תקנו דין מעמד ג' נמצא לא היה קונה הנמחה כלל והי' גם המומח' יכול לחזור ופשיטא דהי' הנמחה ג"כ יכול לחזור לכך תקנו דין מעמד שלשתן שאין המומח' יכול לחזור בו וקנה הנמחה והלכך לבתר דתקנו דקנ' גם הנמח' א"י לחזור בו דסמכ' דעתיה שיגבה מהמומחה והוי כפוטרו בפי' להממחה כנ"ל):

סעיף לט

וא"כ אין אנו צריכים לחלוקים שכתובים בסמוך כו'. כתב הסמ"ע וז"ל ר"ל דשם בסעי' י' כתב דאם נמצא הלוה עני ואין לו ממה לגבות ה"ז חוזר דמאי אריא שהוא עני וכל שהוא עני ודאי אינו פורע אף שתבעו אפי' בלא עני נמי כיון שאינו נותנו לו אחר שתובעו יכול לחזור על הנותן ומיהו מ"ש בסי"א שטוען ראובן עשיר היה והעני

כו' אתי גם לשיטת הרא"ש שהוא סברא האחרונה דאומר לו הלוה מזלך גרם שהעני או א"ל אם לא היית מקבל עליך הייתי מוציא מידו קודם שהעני ולא פליג הרא"ש עם הרי"ף אלא בדחהו המומחה למקבל בלך ושוב ובפרישה הבאתי ראיה לזה מתשובת הרא"ש שכתב הטור בסי' ד' דמיירי שם דהעני המומחה ואפ"ה לא חייבו הרא"ש שם להממח' אלא מפני שלא היה לו ביד הממחה כלום בשעת המחאה ע"ש וכן מ"ש בסעיף י' דאם ידע המלוה שהיה הלוה עני דאינו יכול לחזור על הנותן ג"כ סברא האחרונה מודה דא"ל סברת וקבלת עכ"ל ואין דבריו נראין לפע"ד דכיון דיכול לחזור א"כ מה בכך שהעני והאיך נאמר מזלך גרם כיון שהיה בידו לחזור קודם לכן א"כ לאו ברשותו העני וכי בשביל זה יתחייב המקבל אם לא נתרשל הוא בתביעתו ומה גרם לו הפסד בזה. וגם מדברי הרב בהג"ה משמע להדיא דכל החלוקים שבסעיף י' וי"א אינם שייכים אליבא דסברא אחרונה והכי משמע נמי ממ"ש הנ"י והר"ב בסמוך דאם נתרשל המקבל כו' עד שהעני כו' אינו יכול לחזור על הנותן כו' וכ"כ בתשובת הרמב"ן שבבעה"ת שער נ"א ח"ו בשם רב האי גאון אלמא דאם לא נתרשל אע"פ שהעני אח"כ אינו יכול לחזור על הנותן וכן עיקר. ומ"ש בפרישה הבאתי ראיה לזה כו' אינה ראי' כלל מכמה טעמים וכדאיתא בב"ח ע"ש. גם מ"ש בסעיף י' דאם ידע המלו' שהיה הלוה עני דא"י לחזור על הנותן ג"כ סברא האחרונה מודה דא"ל סברת וקבלת. ג"כ צ"ע לדינא דיכול לומר לא קבלתי עלי אלא מפני שהייתי סובר שיטריח עצמו בכל מה דאפשר וישלם לי אבל לא שיהא סבור וקבל דאטו בשופטני עסקינן שידע שלא ישלם לו ויקבל עליו:

סעיף מ

לחלוקי' שכתובים בסמוך סעיף י' וי"א. בהמחהו אצלו בסתם אבל מ"מ שייכים החלוקים כשפטרו בפי' וכמ"ש הר"ב לעיל בסמוך וכ"כ הסמ"ע וכ"כ בד"מ בהדיא וז"ל מיהו אם הי' ערמה בדבר כגון שהיה בתחלה עני או שלא היה חייב לו כלום לכ"ע יכול לחזור בו אף אם פטרו בפי' ע"ש:

סעיף מא

דה"ל כמי שמראה לו מעות ליטלן בחובו וא"ל טול משם וקבל עליו ופשע ולא נטל עד שאירע בהם אונס דודאי פטור הרנב"ר עכ"ל נ"י (וע"ל סי' ק"ך) ומשמע דהכא נמי טעמא הוא משום שפשע ונתרשל ולא תבע עד שהעני וכן הוא בתשובת הרמב"ן שבבעה"ת שער נ"א חלק ו' וז"ל ולרבינו האי גאון מצינו בתשובה שפסק בהמחאה חוזר עליו ואמר שאם נתרשל הנמחה בתביעתו על אותו שהמחהו ופשע מלתבעו עד שאירע

עניות לאותו שהמחהו אצלו בע"ה הממחה פטור עכ"ל אבל אם לא פשע ולא נתרשל בתביעתו חוזר עליו ועיין מ"ש בס"ק ל"ט:

סעיף מב

ואם הנפקד כו'. בסמ"ע ס"ק כ"ה חילק לדעת הרא"ש בין טוען שנתן ובין אינו רוצה ליתן וכבר כתבתי לעיל בסי' צ"א ס"ק י"ח דאין חילוק בזה אלא כשיכול לחזור בו והלה טוען שפרע לו אינו כלום ויכול לחזור על הממחה שהוא בעל דברים שלו ע"ש ועמ"ש לקמן ס"ק נ"ח:

סעיף מג

ונמצא הלוה עני כו'. משמע אע"פ שגם ראובן לא ידע שהיה עני מ"מ הוי מקח טעות וכדלקמן סי' רל"ב וכ"כ הסמ"ע והב"ח וכן משמע ממ"ש ואם ידע לוי כו' משמע דהכל תלוי בידיעת לוי (ואפי' פטרו בפי' הוי מחילה בטעות דאלו הוי ידע שהוא עני לא פטרו וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ט) ולפ"ז צריך ליישב לשון הירושלמי אבל עשו ערמה כו' דכל שהיה עני באותה שעה אע"פ שראובן לא ידע מיקרי ערמה וכן הוא בתשובת הרמב"ן שהביא בעה"ת שער נ"א סוף חלק ו' להדיא לדעת רב האי גאון ע"ש. מיהו פשט הירושלמי (עיין הירושלמי בקידושין פרק האומר) לא משמע כן וכן משמע מדברי בעל העיטור דף ק"ו ע"א וז"ל ואם עשו ערמה שהיה יודע ראובן שהוא עני והמחהו אצלו חייב עכ"ל וכ"כ הבעה"ת שער כ"ח ח"א בשם תשובת הראב"ד דדוקא כשעשו ערמה אבל לא עשו ערמה אף על פי שלוי לא ידע שהיה עני פטור ראובן עיין שם. והרמב"ן בתשובה שבבעה"ת שער נ"א כת' יותר מזה דדוקא בערמה שמיד אחר ההמחא' הלך לו למדינת הים אבל סבור שהוא עשיר והוא עני בין שהממח' יודע בו ובין שא"י בו פטור דה"ל לשאול עליו ע"כ וע"ש וצ"ע לדינא:

שוב מצאתי בתשובת מהר"א ן' ששון סי' ק"ג וק"ד האריך בענין זה ומסיק בסי' ק"ד די"ל קים לי כהרמב"ן אך לא הבנתי מ"ש שם וז"ל א"כ הי' נראה דלוה זה מצי למימר קים לי דאע"ג שהייתי יודע שהוא עני פטור משום די"ל קים לי כהרמב"ן אבל אחר העיון נ"ל דודאי לוה זה דנ"ד חייב כיון שהמלוה הי' בשטר ואע"ג שפטר אותו בפי' ועוד שכתב ההמחא' על גבי השטר מ"מ הרי לא כתב בפירוש פטור על גבי השטר אלא ההמחאה בסתם וכיון שכן הרי כתב הרמב"ם ז"ל שם בפ' י"ו טען לוי שהי' שמעון עני והטעהו וראובן אומר עשיר הי' והעני יראה לי שעל ראובן להביא ראיה ואח"כ יפטר מחוב לוי לא יהא אלא שובר בידו אומרים לו קיים שוברך והפטר וכתב הרב המגיד נראה שדברי רבינו הם במחויב ראובן ללוי בשטר ואז צריך להביא ראיה ברורה שפרע

ואם יש ספק בדבר על ראובן להביא ראי' כמ"ש הוא ז"ל דלא עדיף משובר אף אנו בנ"ד נאמר כן דלא עדיף כתיבת ההמחאה משובר דאומרים לו קיים שוברך והפטר ועוד נ"ל טענה אלימתא בנ"ד כיון שלא הוציא המלוה שטרו מתחת ידו פשיטא ופשיטא שלא פטרו מכו"כ שאם ההמחאה היא פטור מכו"כ מאי אהני לי' שטרא בידי' ועוד נ"ל שאפילו לדעת הרמב"ן דבעינן ערמה גדולה יודה בנ"ד שהרי כל עיקר טעמו של פטור דה"ל לשאול עליו שכן כתב ז"ל אבל סבור שהוא עשיר והוא עני בין שהממחה יודע בו בין שא"י פטור דה"ל לשאול עליו ע"כ ובנ"ד מצינו שהמלוה זה שאל פעמים רבות ואמרו לו שהוא עשיר וא"כ מה הי' לו לעשות ולא עשה וכיון שנמצא שהי' עני מעיקרא ודאי שלא מחל שעבודו וכ"ש שהשטרות לא הוציא מתחת ידו וכמ"ש ופשיט' שלוה זה חייב וכמ"ש ופסק החכם השלם הפוסק נר"ו עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דפשיטא דלהרמב"ן פטור אף כשלא כתב בפירוש פטור ע"ג השטר אלא כיון שהמחהו בסתם אין לך שובר גדול מזה כיון דלהרמב"ן המחאה זו נעשית כדינא ואף שידע ראובן שהוא עני והרמב"ם שכ' יראה לי שעל ראובן כו' לא יהא אלא שובר כו' היינו משום דס"ל דהיכא שהי' עני לא הוי המחאה זו כדינא וא"כ כיון שיש הכחשה ביניהם צריך להביא ראיה משא"כ להרמב"ן וכיון דאין הכחשה מצ"ל קים לי כהרמב"ן ואולי כוונת מהר"א ן' ששון לומר דכיון שיש לחבירו שטר בידו ה"ל כגבוי ולא מצי האי למימר ק"ל ומייתי ראי' מהרמב"ם דכנגד שטר צריך להביא ראייה ברורה וזה שטוען קים לי אינה ראייה ברורה אלא ספק אבל לפענ"ד זה אינו אלא כיון שאנו דנין עכשיו על השטר אם הוא פרוע או לא מצי למימר קים לי כהרמב"ן שהשטר אינו כלום וכמ"ש בס' תקפו כהן סי' ק"ל ע"ש. וכ"ש כאן שהמחאה כתובה על השטר. אך שצריך לי עיון אם יכול לומר קים ליה כהרמב"ן בהך דידע הממחה שהוא עני מאחר שהרמב"ם וסמ"ג ובעה"ת ריש שער כ"ח שכתבו כדברי המחבר כאן ודאי פליגי עליה וכן הראב"ד בבעה"ת שער כ"ח ובעל העיטור (ורב האי גאון) ונ"י פרק המקבל (עמ"ש שם הנ"י בפי' הירושלמי) וטור סי' זה בשם י"א פליגי עליה באם ידע ראובן הממחה שהוא עני ע"ש בדבריהם א"כ ה"ל הרמב"ן יחידאה. אבל בלא ידע ראובן שהוא עני כיון דאין הכרע בנ"י וביא שבטור שחולקים עליו (עיין בתשובת מהר"א ן' ששון שם) רק מדברי הרמב"ם וסמ"ג והמחבר לא משמע כן נראה דמצי ראובן לומר קים לי כהרמב"ן כיון דהראב"ד ובעל העיטור מסכימים עמו בזה וכמ"ש למעלה. והחכם הפוסק בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ק"ג נמשך אחר דברי הרמב"ם וכמ"ש המחבר. ואולי אי הוה ידעי המחבר והפוסק ההוא דהרמב"ן והראב"ד

ובעל העיטור דפליגי לא הוה פסקו כן ובפרט שפשט הירושלמי לא משמע כן (ע' בתשו' מהר"ר שלמה כהן השייכים לספר שני סימן נ'):

סעיף מד

ואם ידע כו'. משמע הא מן הסתם אמרי' מסתמא לא ידע דאטו בשופטני עסקינן ולפ"ז אינו יכול ראובן להחרים סתם מיהו בטור יש במקצת נוסחאות וראובן מחרים סתם על מאן דידע כו' ע"ש:

סעיף מה

טען לוי שהיה שמעון עני כו'. כתב בספר גדולי תרומה מדלא נקט טען לוי שלא ידע שהוא עני וראובן אומר שידע שהוא עני כגון שאמר לו בינו לבינו ואעפ"כ קבל עליו משמע דבכה"ג לאו כל כמיניה דאנן סהדי דלאו בשופטני עסקינן דמפסיד ממונא בכדי ונראה דאפי' בחוב בעל פה הוי כמגו במקום עדים ע"כ ולא נהירא לפענ"ד אלא בחוב בשטר יכול להשביעו היסת שלא ידע שהוא עני כיון שטוען ברי שידע כגון שהודיעו שהרי הוא טוען בברי ידעת וקבלת על עצמך ולא יהא אלא טוענו מחלת לי חובך שבשטר דמשמע לעיל סי' פ"ב סעיף י' וי"א דיכול להשביעו היסת לאחר הפרעון לכ"ע וכן בחוב בעל פה יכול לטעון מחלת לי במגו דלהד"ם או במגו דפרעתי כדלעיל סי' ע"ה סעיף ז' ולא אמרי' אנן סהדי דלא מחללו דאטו בשופטני עסקינן שימחול לו חובו אלא אמרי' דילמא פיוסי פייסי' ונתרצה למחול וה"ה הכא י"ל דילמא פיוסי פייסי' ונתרצה לקבל (משמעון) מלוי אע"פ שידע שהוא עני כי שמא יטרח בכל האפשרי לשלם לו או אף אם לא ישלם לו כלל מחל לו לראובן ע"י פיוס לקבל מלוי (משמעון) והלכך אם היא חוב בע"פ וטוען ידעת שהוא עני וקבלת עליך נאמן במגו דלהד"מ או במגו דפרעתי והא דלא נקט נמי האי חלוקה משום דמסתמא לא ידע לוי שהוא עני ומילתא דלא שכיח הוא שיקבל עליו אף שהוא עני ובמילתא דלא שכיח לא מיירי אבל אם ראובן טענו בודאי דינו כדאמרן. ועוד נראה לתרץ הא דלא נקט האי חלוקה משום דבעי לאפלוגי בין כתוב בו נאמנות או לא ובכה"ג לא שייך לאפלוגי בהכי משום דדינו כטוען מחלת לי ובמחלת לי יש ב' סברות י"א דאפי' כתב בשטר נאמנות יכול להשביעו שלא מחל לו וי"א והוא דעת בעה"ת דהוי כמו שטוען אמנה וא"כ אפי' אין כתוב בו נאמנות אינו יכול להשביעו [והביא המחבר ב' הדעות לעיל סי' פ"ב סי"א] וא"כ בין למר ובין למר אין חילוק בין כתוב בו נאמנו' או לא רק בטוען עשיר הי' והעני בכי האי גוונא מחלק בין כתוב בו נאמנות או לא משום דזהו כטוען פרעתי ודו"ק:

סעיף מו
הוא בשטר מקוים כדלעיל סי' פ"ב:

סעיף מז
על ראובן להביא ראיה כו'. בס' גדולי תרומה הקשה דאמאי לא מחלק נמי בהביא ראיה כשיש נאמנות מפורש בשטר כבי תרי או לא וע"כ נסתפק אי מהני נאמנות בכה"ג ולפענ"ד נראה פשוט דנאמנות מפורש כבי תרי מבטל הראיה בעדים שמביא ולא מיירי אלא מסתם נאמנות ולא הוצרך לבאר דין נאמנות כבי תרי דפשיטא דדין נאמנות כבי תרי לענין ביטול עדים כדין סתם נאמנות לענין שבועה כדלעיל סימן ע"א:

סעיף מח
ישבע לוי שבועה חמורה בנק"ח כשאומר ראובן לישתבע לי כדלעיל סי' פ"ב ס"ב:

סעיף מט
בשבועת היסת. במגו דלהד"מ או במגו דפרעתיך:

סעיף נ
עשיר היה באותו שעה. ולסברא האחרונה דלעיל סעיף ט' אפילו היה עשיר יכול עתה לחזור ולא שייכים דינים אלו אלא בפטרו בפי' וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ט ומ':

סעיף נא
ראובן שאמר כו'. דין זה עיקרו לעיל סי' ס"ו סעיף ך'. ושם כתבתי שצ"ע דאף אם כתב לו שהקנה לו הוא וכל שעבודו והמחהו אצל זה יש חולקין דיכול לחזור בו וע"ש:

סעיף נב
אפי' היה בעדים כשנתרצה כו'. וגם קבע לו זמן והוא עדיין תוך זמנו בענין דלית ליה מגו כלל פטור כיון שמברר הטעות בעדים וע"ל סימן פ"א סעיף ך' ומ"ש שם:

סעיף נג
אם נתנו לו בפרעון חובו כו'. לאפוקי אם נתנו לו במתנה פטור הנותן דאם היה ידע מהטעות לא היה נותן לו:

סעיף נד
וכן אינו נאמן לומר משטה כו'. דמעמד שלשתן הוא כקנין (לאו קנין ממש דהא נאמן לומר פרעתי אלא כקנין בשעת המחאה שמקנה לו) ובקנין א"י לומר משטה הייתי בך ועוד דלמה ישטה בשלישי שלא ידע כלום אם חייב לו אם לאו. כ"כ הבעה"ת וטור. ולפ"ז משמע דאפי' לא המחהו בעדים או שלא קבע זמן לפרעון בענין שיכול לומר להד"מ או פרעתי א"י לומר משטה הייתי בך מהני טעמי וכן משמע להדיא בחדושי הרשב"א ספ"ק

דגטין שכ' וז"ל ובשם הראב"ד ז"ל דדוקא בבא בטענת טעות וליכא סהדי הוא דמהימן במגו דאי בעי אמר פרעתי אבל בבא בטענת השטאה לא כו' ומ"ש הט"ו האי דינא דאינו נאמן לומר משטה הייתי בך כאן ברישא משום דבעי למימר דברישא לא מהני ליה שום טענה לכ"ע אבל בסיפא הביאו י"א דמהני ליה טענת טעיתי אבל משטה הייתי בך לא מהני אף בסיפא לכ"ע וכן משמע ממ"ש הט"ו לעיל סי' פ"א סעיף ט"ז בסתם דבמעמד שלשתן א"י לטעון לא טענת השטאה ולא טענת השבעה:

סעיף נה

יש מי שאומר כו'. קשה דהא בב"י כתב דלית הלכתא כבעה"ת דיחיד הוא. וצ"ל שכאן בש"ע חזר בו המחבר ואולי הרגיש המחבר במה שכתבתי לעיל סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק ס' שדברי בעה"ת נראין ופוסקים מסכימין עמו ע"ש ומ"מ לענין דינא אין לזוז מדברי הרב בהג"ה וכמו שהעליתי שם וכ"פ מהרשד"ם סי' ע"ד (וע"ש בסי' נ"ו ובסי' צ"ד ובסי' ש"ב ושצ"ד ותנ"ג שם) וכן נראה דעת מהר"י ן' לב ספר א' כלל ט"ז סי' צ"א וכלל י"ח סי' ק"ג וספר ב' סי' ל"ז:

סעיף נו

שנאמן לומר טעיתי. ונשבע שבועת היסת למקבל ונפטר והמקבל חוזר ותובע לנותן לסברא האחרונה דלעיל סעיף ט' ולסברא הראשונה דלעיל שנסתלק גם הנותן פטור אלא שנשבע שבועת היסת למקבל שהיה לו בידו כשהמחהו כ"כ הטור (ובתשו' מהרי"ט סי' צ"ו הקשה דע"כ לא קאמרה הסברא הראשונה התם אלא כשדחוהו משא"כ הכא שאומר שלא היה בידו כלום ולק"מ דהנותן אומר דלא טעה ונסתלק המקבל ממנו והמומחה משקר והמקבל אפסיד אנפשיה מה שלא יחד עדים להמחאתו וכ"כ הב"ח ע"ש) ומ"ש ברישא נשבע שבועת היסת למקבל נלפע"ד דלא נקט למקבל אלא משום שרוצה לפטור עצמו ממקבל וא"כ כיון שהוא בא בכח הנותן והנותן אומר ברי שאין כאן טעות צריך לישבע אבל אם אין הנותן אומר ברי כגון שטוען שכחתי החשבון או שמת או שהלך למדינת היה (ע"ל סי' קכ"ח ס"ק נ"ט) או כשהנותן רוצה למחול השבועה למומחה ולשלם למקבל אין המקבל יכול להשביעו למומחה דהא אין לו עליו אלא טענת שמא ומעולם לא היה לו אצל המומחה כלום אבל בסיפא נשבע הנותן שבועת היסת למקבל אע"ג שאין המקבל טוען ברי מ"מ כיון ששלו היה ביד הנותן והמומחה אומר ברי שטע' מצרפין טענת המקבל והמומחה להדדי ומשבעינן בכה"ג והכי מחלקינן לעיל סי' קכ"א ס"ק מ"ו ע"ש ודוק מיהו י"ל דהכא גם ברישא צריך לישבע אע"ג דאינו טוען רק שמא דאע"ג דבכה"ג לעיל סי' ק"א ס"ק נ"ט א"צ לישבע שאני הכא כיון שאינו נאמן לומר

טעיתי אלא במגו דפרעתי וכי היכי דבפרעתי היה צריך לישבע ה"נ בטעיתי צריך לישבע וכה"ג אמרי' לעיל סי' קכ"א סעי' ה' דהיכא דנאמן לומר החזרתי וכה"ג משום מגו דנאנסו צריך לישבע שבועה חמורה כעין נאנסו וכן לעיל סי' ע"ה ס"ק מ"ז ואין לחלק ולומר דהתם דכיון דהיסת עכ"פ צריך לישבע לכך צריך לישבע שבועה חמורה כעין אותה טענה שהיה יכול לפטור עצמו משא"כ הכא דא"צ לישבע כלל דהא התם הך שבועה דהחזרתי ליתא במשנה כלל וקודם שנתקנה שבועת היסת היא אלא דילפי' לה מדהוה בעי אשתבועי אי טעין נאנסו ה"ה החזרתי אם כן ה"ה הכא ודו"ק:

ויצא לנו מכאן דין חדש בכל דוכתי דאין הנתבע נאמן אלא משום מגו אף על גב דאין לתובע טענת ברי צריך לישבע היסת כגון בטוענו מה אתה עושה בתוך שלי והלה אומר של אביך היתה ולקחתיה הימנו דאינו נאמן אלא במגו דשלא היתה של אביך מעולם כדלקמן סימן קמ"ט סעיף כ' צריך לישבע היסת שלקחה מאביו אף על גב דאין לתובע טענת ברי וכן כל כיוצא בזה ודו"ק:

סעיף נז

או במגו דפרעתיך. כשהמחהו בעדים כשהוא אחר זמנו או כשלא קבע זמן לפרעון:

סעיף נח

במגו דפרעתיך והקשה בתשובת מהר"י טראני סי' נ"ו דהא לסברת הי"א בסעיף ט' שיכול לחזור בו ליכא מגו דכשאומר טעיתי מפסידו ללוה שהמקבל חוזר עליו ואלו היה אומר פרעתי למקבל היה המקבל מפסיד ושמא זה אינו מתיר לעצמו אלא לגבי האי ולא לגבי האי עכ"ל ולק"מ דבכה"ג הוי מגו גמור כדאיתא בש"ס פרק האיש מקדש ולכל הפוסקים ונתבאר לעיל סי' קכ"א ס"ק מ"ד וס"ק נ' דהשליח נאמן לומר שנתן למלוה (ול"ד לדלעיל סי' קכ"ה ס"ק כ"ב דאף היכא דאית ליה מגו נגד המשלח בעצמו חייב דהתם אין לו טענה נגד המשלח כלל וק"ל) במגו דאי בעי אמר החזרתי ללוה היכא דאינו צריך לישבע אלא דהיכא דצריך לישבע לא הוי עד משום דכל עד שצריך לישבע לא חשוב עד משא"כ הכא דבא לפטור את עצמו פשיטא דפטור היכ' דאומר טעיתי במגו דפרעתי אע"ג דצריך לישבע דלגביה דידיה אין חילוק בין צריך לישבע או לא וזה ברור ודוק:

עוד כתב בתשו' מהרי"ט שם וז"ל ושמא לדבריהם אף כשאומר פרעתי למקבל חוזר המקבל ונשבע ללוי שלא פרעו ונפטר (כלומר והלוה שלו צריך לשלם לו) כדין חנוני אלא שהדבר קשה לגרוע כח מעמד שלשתן שהרי הם ז"ל אמרו שאע"פ שלא נסתלק המקבל מעל הנותן מ"מ עיקר חיובו על החייב או על הנפקד הוא ולא נשאר על הנותן

או הלוה (רק) דין ערבות ופשיטא דאם לוה אמר פרעתי אינו חוזר על הערב וצריך אני להתישב עכ"ל ולפענ"ד נראה דלהי"א דיכול לחזור אף כשטוען המומחה פרעתי יכול לחזור על הלוה וכמ"ש לעיל ס"ק מ"ב וסי' צ"א ס"ק י"ח ולא כתב שום פוסק דלא נשאר על הנותן רק דין ערבות זולתי הרא"ש בתשובה (והביאה הטור סי"ג) כתב דיראה שלא יתבע הנותן תחלה כל זמן שיוכל לגבות משמעון כי הוא עיקר החייב ולא נשאר על הנותן אלא דין ערבות כו' ופשיטא דאינו ר"ל דאינו אלא ערב ממש לכל דבר דאם כן דין חידוש כזה היה לו להביא איזה ראיה ועוד דאטו אם שמעון הלך למרחוק או שאין לו אלא זיבורית וכה"ג באופן שלא יוכל לחזור על הערב וכדלקמן סי' קכ"ט לא יתפרע מן הלוה שלו אלא הרא"ש בא לומר דשורת הדין נותן שלא יתבע הנותן תחלה והיינו שכתב לשון יראה וגם כתב שלא יתבע ולא כתב שאינו יכול ליתבע וה"ק שע"פ שורת הדין יראה שלא יתבע הנותן תחלה כי כפי הנראה הוא עיקר החייב ולא הוי הנותן אלא כערב כן נ"ל ודו"ק. ועוד הוכחתי כן לעיל ס"ק ל"ז מדברי המחבר ע"ש:

סעיף נט

והדין בין הנותן והמקבל. עיין מ"ש בסמוך ס"ק נ"ו:

סעיף ס

במגו דפרעתי. כוונת הר"ב בהג"ה זו דדוקא במגו דפרעתי אינו נאמן כיון דאיכא עדים בהמחאה אבל במגו דלהד"מ לכ"ע נאמן וכ"כ בב"י וכן דעת הר"ן וכ"כ בד"מ ובסמ"ע כתב דמלשון המחבר שכתב דהוי כמגו במקום עדים משמע דאפילו ליכא עדים בהמחא' א"י לומר טעיתי ולפע"ד אין מזה הכרח דה"ק דהוה כמגו במקום עדים דאי לאו דהוה בריר ליה לא הוה מודה בפני עדים וגם הב"ח האריך להוכיח שדעת הרא"ש שבכל ענין אינו נאמן לומר טעיתי וכל דבריו אינם מוכרחים ואפי' יהי' כן דעת הרא"ש מ"מ להלכה לא קי"ל הכי וכמ"ש לעיל סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק ס' ודלא כמ"ש בתשובת מהר"ש כהן ספר ב' סי' קמ"ח. גם העליתי שם דבלא מגו (כגון שהעידים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו עד עתה או שמעידים שהוא תוך זמנו) לכ"ע לא יוכל לטעון טעיתי וכן משמע מדברי המחבר והר"ב ודלא כמהרי"ק שורש ס"ה. גם העליתי שם דדוקא כאן בהומחה במעמד שלשתן הוא דלא מהני מגו דפרעתי לומר טעיתי דחזקה שלא טעה כיון שהודה בפני עדים בשעבוד מעמד שלשתן אבל היכא דלא שעבד נפשיה במעמד שלשתן אע"ג שהודה בפני עדים יכול אח"כ לומר טעיתי במגו דפרעתי אא"כ הודה בפני ב"ד וגם כתבתי שם דאפי' היכי דהמח' במעמד שלשתן יש מקום לומר דיכול לומר טעיתי במגו דפרעתי והתוספו' והרא"ש והנמשכים אחריהם שהוציאו כן מדברי הרי"ף ור"ח אין דבריהם

מוכרחים דהרי"ף ור"ח קאי התם אעובדא דש"ס שהיה ג"כ קנין ובכה"ג אף פרעתי אינו נאמן כדלעיל סי' ל"ט ס"ג ור"ס ע' ע"ש וכבר הארכתי בזה לעיל סי' פ"א ע"ש ודו"ק:

סעיף סא

ואפי' אם נתן לו כתב ידו כו'. כתב הסמ"ע וז"ל בד"מ כתב דכתיבת ידו אינו כהודא' בעדים דהרי יכול לומר על כתיבת ידו אמנה או חתמתי שמי על המגלה כדי לקיים חתימתי בב"ד ומצאו זה וכתב עליו האי שטרא וכמ"ש הט"ו בסי' ס"ו וס"ט ס"ב ומ"ש מור"ם כן נ"ל ודלא כיש חולקים הוא דעת מהרי"ק שהביא שם בד"מ דס"ל דכתב יד הוה כהודא' בעדים ועיין בתשובת ן' לב חלק א' דף קי"ז סי' צ"א דפסק דאכתיב' ידו אינו נאמן לומר טעיתי וע"ל סי' ס"ט דכתבתי כמה דעות דאינו נאמן לומר פרעתי אכת"י עכ"ל ומ"מ לענין דינא נראה דיכול לומר טעיתי במגו דפרעתי בכתב ידו אע"פ שהוא מקוים כיון דכבר העליתי לעיל סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק ס' דאפילו בהודה לפני עדים נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכן דעת מהרי"ק גופי' בשורש ס"ה ועמ"ש בסי' פ"א ס"ל ס"ק ע"ט ונ"ל דגם מהרי"ק ס"ל דבכת"י נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ולרווחא דמילתא כתב כן בשורש קצ"ג וז"ל שם ומה שטוען שהכתב נכתב בטעות פשיטא דלא מצי למימר טעיתי ואפי' במקום מגו כמו שפסקו רבינו חננאל ור"ת מכח ההוא דגינאי וכ"כ המרדכי פ' ח"ה בשם מהר"מ כ"ש היכא דליכא מגו לא מהימן עכ"ל וכשתעיין שם תראה דהך עובדא דמהרי"ק לא הי' לו שום מגו שהתובע טען שהכתב הי' בטעות ולא הי' מגו כלל ע"ש וה"ק ואפי' במקום מגו כגון בעדים לא מהימן לר"ח ור"ת וכ"ש הכא דליכא מגו דלא מהימן לר"ח ור"ת ודו"ק. ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קנ"ד:

סעיף סב

אם הנותן מודה שטעה בחשבון. והוא בענין שאין הממחה [המומחה] נאמן לומר שטעה ע"פ מה שנתבאר בסעיף י"ג:

סעיף סג

אם יש לו נכסים להנותן כו'. והרשב"א כתב בחדושיו דאפי' יש לו לשלם לאו כל כמיניה אלא מימר אמר ליה אי קושטא קאמר זיל הב ליה השתא להאי או להאי ול"ד לאומר שטר אמנה (דלעיל סי' מ"ז) דהתם הוא דכיון דפרע ליה ממקום אחר נאמן אבל הכא דאסתלק ליה המקבל מהנותן קם המומחה בחריקיה לאו כל כמיניה עכ"ל וטעם הרא"ש והט"ו נ"ל דכיון דיש לו לשלם והרי הוא רוצה לשלם ומודה שהיה טעות אנן סהדי דקושטא קאמר שהרי מפסיד לעצמו בהודאתו ואינו מפסיד להמקבל כלל שהרי המקבל משתלם ממנו כמו שהיה משתלם מן המומחה ואינו בדין שיאמר כבר נסתלקתי

ממך כיון שאין לו להמקבל שום הפסד בזה וגם נראה לעין שהנותן אומר אמת א"כ בכגון זה כופין על מדת סדום ובפרט שלא היה המומחה חייב לו כלום מעיקרא אבל כשהוא אלם אינו נאמן שהרי הוא מפסיד להמקבל והלכך יכול המקבל לומר כבר נסתלקתי ואין לי שוב עסק עמך כיון שיש לי הפסד במה שאחזור עליך מחמת שאתה אלם. ובהכי ניחא רלא קשה מה שהקשה הב"ח אמאי לא מחלקי הט"ו לעיל סי' מ"ז בין הוא אלם או לא וכתב דאפשר שסמך אמ"ש כאן. ולפע"ד דהתם אפי' הוא אלם נאמן שאפי' יהא השטר בתוקפו הרי יכול לסלקו ממקום אחר ואינו מחויב ליתן לו זה השטר מפני שהוא אלם שהרי הוא החייב כן נ"ל:

סעיף סד

ואפי' יש עד א' כו'. ז"ל ר"ן דשבועת עד א' המעיד פרעון מדרבנן בעלמא הוא והיכא דאיפשר משתבע והיכא דלא אפשר כגון האי מקבל דלא ידע ואינו יכול להכחיש העד לא מפסיד עכ"ל וס"ל למור"ם דל"ד אההיא עובדא דגינאי כ"כ ר"ן משום דחשיב כנוגע בעדות אלא אפי' דעלמא ג"כ אינו נאמן עכ"ל סמ"ע ופשוט הוא דהא מדמתרץ הר"ן דשבועת ע"א המעיד פרעון בעלמא כו' משמע דס"ל דלא הוי נוגע וכן משמע להדיא בחדושי הרשב"א שכתב ג"כ כדבריהן וז"ל ולע"א מעידה שהיא פרוע נמי לא דמיא דהתם דיכולה היא לישבע נשבעת ונוטלת אבל האי מרא ארעא דאינו יכול לישבע נוטל בלא שבועה דההיא תקנתא היא והיכא דאפשר אפשר והיכא דלא אפשר נוטל בלא שבועה עכ"ל ואזדא לטעמיה דס"ל דגינאי אינו נוגע בעדות כיון דיש לו נכסים לשלם ואפ"ה אינו נאמן לומר שטעה כיון שכבר נסתלק המקבל ממנו וכמש"ל ס"ק ס"ג והר"ב שהגיה ואפי' יש ע"א קאי אאין לו נכסים א"כ הנותן נוגע בעדות דיש לחוש לקנוניא כדמשמע להדיא בחדושי הרשב"א התם דבאין לו נכסים הוי נוגע בעדות מה"ט דחיישי' לקנוניא כלומר דיש לחוש שיחלוק הנותן עם המומחה הלכך אף שיש כאן עד א' שמעיד להמומחה לא הוי אלא ע"א ואינו כלום בכה"ג ומ"מ קשה היכא דיש לו נכסים והוא גברא אלמא הא אינו נוגע בעדות שהרי יצטרך לחזור ולשלם למקבל וא"כ כשיש כאן עד אח' הרי יש כאן שני עדים ויפטר המומח' ודוחק לומר דס"ל להר"ב דמ"מ חשיב נוגע שהוא יחלוק עם המומח' ושוב יהא קשה להמקבל להוצי' ממנו דמנ"ל להרב הא והרא"ש והט"ו שכתבו דכשהוא גברא אלמא אינו נאמן אפשר דמודו דמ"מ חשיב כע"א אלא דקאמרי לאפוקי רישא דנאמן לגמרי ואפש' גם הרב לא קאי אלא אאין לו נכסים וצ"ע:

סעיף סה

עד א' שמעיד כדבריו לא מהני. כיון דמיירי בענין שאין המומחה נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ואי לאו העד הי' מחויב לשלם נמצא שאין העד יוכל לפטרו מממון אבל אם הוא בענין שבלא העד היה נאמן לומר טעיתי במגו דלהד"ם או במגו דפרעתי אלא שהיה צריך לישבע עכשיו שיש ע"א פוטרו משבוע' אע"ג שלא הי' נאמן אלא מכח מגו וכמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף ו' עיין שם:

סעיף סו

ואם מתנה היא אינו נאמן כלל כו' שהרי בהודאתו הוא חב להמקבל מתנה שהרי אין הנותן צריך לשלם להמקבל מתנה שהרי יכול לומר אלו ידעתי שיש טעות לא הרשתי להמומחה ליתן ואין נאמן בהודאתו היכא דחב לאחרים לפי שיש לחוש לקנוניא שמא חזר עתה ממתנתו שנתן לזה ואומר שהמומחה אומר אמת ויחלוק עם המומחה:

סעיף סז

וחוזר וגובה אותו מהנותן. כיון שמודה שלא הי' לו בידו כלום ובגרמתו הוא נתחייב ליתן לזה ואין חילוק בזה בין אם נתן למקבל בשביל חוב שהיה לו בידו בין אם נתן לו במתנה עד כאן לשון טור וכ"כ בע"ש ובסמ"ע. ותמיה לי למה יתחייב לשלם לנפקד הלא יוכל הנותן לומר אלו ידעתי שיש טעות לא צויתיך ליתן ומה בכך שהוכרחת ליתן על פי אין זה אלא גרמא דקי"ל לקמן סי' שפ"ו דפטור ועוד שגם אנכי לא גרמתי לך שום דבר כי טעיתי ואתה הוא שגרמת לך בעצמך שלא נזכרת וטעית ג"כ וכמו שטעית אתה טעיתי גם אני ומה עשיתי לך אתה מתחייב בעצמך שהודית לו ולא נזכרת בטעות בשלמא אם המחהו בשביל חוב צריך לחזור ולשלם מה שפרע בעדו אפי' למאי דקי"ל ר"ס קכ"ח דפורע חובו שלא מדעתו הפסיד מעותיו הכא כיון שהרשהו לשלם וגם שמוכרח לשלם על פי המחאתו ע"פ ב"ד ה"ל כפורע מדעתו אבל במתנה קשיא. וחפשתי מהיכן הוציא הטור כן ולא מצאתי לבד זה מצאתי ראיתי בבעה"ת שער כ"ח ח"ה כתב ג"כ וז"ל הנותן מתנה משלם ליה מה שהמחהו אצלו בטעות עכ"ל ומשמע התם דאגב רהיטא כתב הכי ומיירי אם הוא בענין שחייב הנותן לחזור ולשלם לו ומשכחת לה כגון שהמומחה היה מסופק בדבר ואמר להנותן בינו לבינו שיודה להמקבל בסתם בחזקת שיש לו בידו ואף אם יזכור שלא יהי' לו בידו ילוה לו משלו ויתן לו ויחזור וישלם לו ואח"כ נזכר שאין לו בידו ואינו רוצה ליתן לו באמרו כי איני מחויב להלות לו וליתן בעדו והב"ד פוסקיים שמחויב ליתן לו מחמת שהודה בסתם והנותן צריך לחזור ולשלם לו כיון שאמר לו ליתן אף אם לא יהיה בידו והוא נותן על פיו וכדלעיל ס"ב אבל מל' הטור והע"ש והסמ"ע

שכתבו כיון שבגרמתו הוא נתחייב ליתן לזה כו' לא משמע הכי דא"כ מאי אריא כיון שבגרמתו נתחייב ליתן לזה אפי' לא נתחייב נמי תיפוק ליה כיון שעל פיו נתן ואפשר דמיירי שאחר שנזכר אומר הנותן שלא ישלם לו א"כ אינו חייב לו מפני שעל פיו נתן שלא הי' לו ליתן אלא שמתחייב מאחר שבגרמתו נתחייב ליתן והוא הבטיחו שאם לא יהיה בידו יחזור וישלם לו ואלולי כן לא הודה לו או אפשר דמיירי שהמומחה לא רצה להודות שמא יזכור בטעות עד שהבטיחו הנותן שאם יזכור בטעות אחר שיתן יחזור וישלם לו ואח"כ נזכר קודם שנתן לו וקאמר שלא יוכל הנותן לומר אע"פ שהבטחתיך לא היה לך ליתן לפי שיוכל המומחה לומר בגרמתך שבקשת להודות והודיתי ע"פ הבטחתך נתחייבתי ליתן לזה ואלמלא שהבטחתני לא הודיתי לפי שהייתי מסופק בעצמי ואתה גרמת לי להודות וע"י כן נתחייבתי ליתן. ואע"פ שכל זה דחוק שפשט דברי הבעל התרומות והטור והנמשכים אחריו משמע כפשוטו מ"מ יותר טוב לדחוק ולפ' דבריהם כמ"ש כי לפי פשוטו הדין תמוה ודוק:

סעיף סח

והנותן צריך לישבע וכו'. בב"י כתב דהיינו דוקא לסברא הראשונה דלעיל ס"ט או אפשר דס"ל להטור דאפי' לסברא האחרונה פטור הנותן דעד כאן לא אמרינן שלא נפטר הממחה אלא כשמי שהמחהו אצלו לא רצה ליתן לו ומ"מ צריך הוא לתבוע לאותו שהמחהו אצלו ולעשות כל השתדלות לגבות חובו ממנו וכל שלא עשה כן אינו יכול לחזור על בעל חובו וכאן כיון שהוא גורם בעדותו שלא גבה חובו וכבר נפטר הלוה ממנו עכ"ל והע"ש והסמ"ע העתיקו דבריו האחרונים ולא הראשונים וכן הסכים הבית חדש בלי טעם וראי' ולפע"ד לא מסתבר כלל דכיון שהודה יפסיד ודוקא כשיכול לתבוע מחויב לעשות כל השתדלותו ולתבוע משא"כ הכא שהמקבל יודע האמת שטעה י"ל מה לי לעשות וכי בשבילך אומר שקר ואקח מעות שלא כדין וכ"ש לפי מ"ש לעיל ס"ק ל"ח ונ"ו דאינו מחויב להשתדל ולתבוע המומחה אלא ע"פ שורת הדין ע"ש: שוב ראיתי שגם בס' גי"ת תמה על דברי ב"י האחרונים והסכים לדבריו הראשוני' ואני מוסיף דנהי דהרא"ש הוא מבעל הסברא האחרונה דלעיל סעיף ט' לא נמנע הטור לכתוב דין זה דנ"מ לענין פטרו בפי' דכבר כתב הטור בכמה מקומות דדין פטרו בפירוש להרא"ש כלא פטרו לסברא הראשונה דלעיל סעיף ט' (וכה"ג צריך ליישב דברי המחבר לקמן סעיף כ"ב וכמ"ש שם בס"ק פ"ט ע"ש) וכ"כ הר"ן ספ"ק דגיטין דלסבר' דלעיל שלא נפטר מי שהי' חייב לו אא"כ פטרו בפי' אע"פ שהמקבל מעיד שטעה המקבל חוזר וגובה מהנותן ע"כ ומביאו ב"י וכתב עוד הר"ן לסבר' זו וז"ל והנותן חוזר וגובה מהמומחה ואע"ג שהמקבל

מעיד שאינו חייב לו כלום ה"ל עד אחד ויטול בשבועה כיון שיכול לישבע ע"כ ומביאו ב"י ומיירי באופן שאין המומחה נאמן לטעון טעיתי במגו דפרעתי ע"פ מה שנתבאר לעיל סעיף י"ג דאי היה נאמן היה פטור אף בלא שבועה וכמ"ש לעיל ס"ק ס"ה ועמש"ל ס"ק ס"ג:

סעיף סט

צריך לישבע למקבל כו'. דא"ל חושבנא בקושטא הוה ואת דאודי' ליה לאו כל כמינך לחיובי לדידי ואפי' אמר ליה נמי אשתליין חושבנא מיפטר דה"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ול"ד למנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהכא הא א"ל ודאי פרעתיך אלא דאת הוא דאמרת דמשתכח ביה טעות' האי טעותא לא ידענא ומיהו משתבע דלא ידענא ומפטר עכ"ל הרשב"א בחדושיו:

סעיף ע

פטור בלא שבועה. ואפי' מודה הנותן שאין בידו כלום דמתנה בטעות היתה והרי לא נתחייב ליתן לו אלא שנתן לו ע"פ מה שהיה סבור שיש לו בידו ועכשיו שאין לו בידו אין לו עליו כלום:

סעיף עא

אמר ליה כו'. עיין בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ג' סי' צ"ט:

סעיף עב

ואינו יכול להוציא מידו. ל' הטור דמשום ערב ליכא דה"ל ערב שלא בשעת מתן מעות ומשום מעמד שלשתן לא מחייב כיון דלא היה בידו כלום אבל המעות שנתן כבר אינו יכול להוציא מידו דאמרי' דנתן לו כדי לקיים דבריו שאמר ליתנם לו אפי' אם ידע דלא נשתעבד כיון דלא היה חייב להנותן כלום אפ"ה ניחא ליה דליקום בהימנותי' והשתא הוא דהדר ביה שלא ליתן המותר ועוד דכדי להוציא מידו אינו נאמן לומר דטעה אלא אמרי' דקדק יפה קודם שהודה עכ"ל בקצור ועפ"ר שהארכתי בזה והוכחתי דהאי דינא מיירי בהודה לו מתחל' שלא בפני עדים דאי בפני עדיך לא היה נאמן לומר אפי' על המותר טעיתי דאדם מדקדק קודם שמודה בפני עדים וכנ"ל ואפ"ה אינו נאמן לומר טעיתי כדי להוציא עכ"ל סמ"ע ובתשו' הרא"ש אין הכרח לומר כן אלא י"ל דמיירי בפני עדים ומתחל' כ' הרא"ש ב' טעמים לפטרו חדא משום שיוכל לומר טעיתי והיינו כסברת בעה"ת ועוד דלא הזכיר לו המנה וכדלעיל סעיף ג' ובסוף חייבו הרא"ש מב' טעמי חדא דא"י לומר טעיתי וכסברת התו' ועוד דכיון שכבר נתן ובתחלת התשובה עיקר טעמו היה משום שלא הזכיר המנה וכ"כ בתשובת מהר"י ן' לב ס"א כלל י"ח סי' ק"ג. ומהר"ר

שלמה כהן ס"ב סי' קמ"ח השיג עליו לפי מה שהבין מדעתו שכוונתו לומר דלבעה"ת אפי' במה שנתן יכול לומר טעיתי (וכן הקשה עליו בספר גדולי תרומה) ועוד השיג עליו דהאיך יעלה על לב שמתחלה כתב הרא"ש ע"פ סברת בעה"ת ואח"כ ע"פ סברת התו' ושלא כדת השיג עליו דלא קאמר מהר"י ן' לב אלא דבתחלת דברי הרא"ש שכתב בסוף דבריו כסברת התוס' דאינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי זהו דלא כבעה"ת אבל מה שמסיק הרא"ש בסוף דבריו כ"ש שהוציא המעות מתחת ידו כו' גם הבעה"ת מודה דהא פשיטא כיון שהוציא המעות מתחת ידו תו לית ליה מגו והיכא דלית ליה מגו פשיטא דגם הבעה"ת מודה. וגם מ"ש דהאיך יעלה על לב שמתחל' כתב ע"פ סברת בעה"ת ואח"כ ע"פ סברת התו' לק"מ שהרי לא פטרו הרא"ש מתחלה מטעם זה לחוד אלא דקאמר שיש לפטרו מב' טעמים וא"כ נהי דבתר הכי מסיק כסברת התו' מ"מ הדין הראשון אמת דכשלא הזכיר לו המנה פטור מליתן ואעפ"כ מה שכבר נתן אינו יכול להוציא מטעם שכתב הרא"ש שם דניחא ליה דליקום בהימנותיה. ועוד יש לפרש תשו' הרא"ש דמיירי בתחלת התשוב' אפי' היכא דיכול לברר הטעות בעדים ואפ"ה מה שכבר נתן אינו יכול להוציא וכן פי' הב"ח. וכן מוכח בהרא"ש שם מטעמו שכתב דאפי' ידע דלא נשתעבד הוי כמחל לו מכח דליקום בהימנותי' כו' משמע שם דאפי' ידוע שטע' אינו יכול להוציא מה שכבר נתן. ומ"מ לענין דינא דבר זה צ"ע דאף שנרא' כן דעת הרא"ש מ"מ צ"ע דהדעת נותן כיון שמברר הטעו' בעדים פטור והראי' שהביא הרא"ש שם ממאי דקי"ל בפירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מיניה לקמן סי' ר"ט סעיף ד' לפע"ד אין ראיה משם דהתם כיון דדינא הוא דיכול לחזור בו והניחו לאכול ולא מיחה בו מסתמא מחל לו והקנה לו בקנין גמור משבחו לעולם משא"כ הכא מה ה"ל למיעבד והלא המעו' כבר בידו ומיד שנזכר שטע' תובעו לדין ונראה דגם הרא"ש לא סמך הטעם זה לחוד אלא עיקר הטעם דאינו נאמן לומר טעיתי כיון שכבר נתן ודו"ק:

סעיף עג

ראובן חכר חכירות מהקהל והקהל היו חייבים כו'. כן הוא בטור ובתשו' הרא"ש והמחבר הוסיף ונתחייב להם בסך דמי החכירות לפרוע לזמן פלוני ע"פ מ"ש בבדק הבית וז"ל וצריך לומר דהאי עובדא דהרא"ש ז"ל שנתחייב החוכר להקהל בקנין כך וכך זהובים לפרוע לזמן פלוני שהחוב חל מיד דאל"כ כיון דחכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עדיין לא נתחייב להם כלום כמ"ש בתשו' דלקמן (בסעיף שאח"ז) גבי ראובן השכיר חפץ לשמעון וכו' עכ"ל וכ"כ הב"ח ור"ל שעיקר הטעם שנתחייב החוכר לשלם בתורת חוב כגון שנתחייב להם בקנין או בשטר או שחייב עצמו באיזה חיוב אחר לשלם

חוב גמור וא"כ לא דמי לדלקמן סעיף שאחר זה דהוי שכירות ולזמן פלוי דנקט לרבותא נקט ומשום שהמעשה היה בתשו' הרא"ש שחכר לשלם לזמן פלוני וכ"ש אם נתחייב לשלם מיד ודוק:

סעיף עד

מדעת ראובן. נראה דר"ל אע"פ שראובן הסכים ג"כ לבטל החכירות וכעובדא דתשו' הרא"ש ואה"נ אם נתבטל אח"כ מאיזה סבה אחרת אפי' בע"כ של ראובן חייב מטעם שבשעה שאמר ליתן היה חייב להקהל ונראה שלזה כתב המחבר אח"כ בסתם אע"פ שנתבטל החכירות אח"כ. והר"ב שהוסיף תיבת מדעתו לא ידענא למה ואפשר ס"ל דמדעתו הוה רבותא טפי או אפשר שצ"ל מדעתן בנון ובא לפרש שלא תאמר דדוקא כשראובן ביטל החכירות אלא אפי' היה מדעתן של הקהל ודו"ק:

כתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ט סימן ד' והטור סכ"ג וז"ל סוחר שאמר לסרסור שיקבל בשבילו מעות מן השלחני והעמידו אצל שלחני ואח"כ השלחני עכב המעות מחמת חוב שהיה לו על הסרסור אם הסרסור היה חייב מעות לשלחני הרי עכבם בדין והוה כאלו נתנם לידו וחייב הסרסור ליתן המעות לסוחר אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשלחני כלום וזה מעכבם שלא כדין ישבע הסרסור שאינו חייב לשלחני כלום ויפטר מן הסוחר עכ"ל ובב"י פי' מתחלה פי' זר מאד מאד והאריך לתמוה עליו ובסוף כתב ואם נאמר שהסוחר הזה לא היה חייב כלום לסרסור אלא שאמר שיקבל מעות מהשלחני שיביאם לו קשה דבין שהסרסור חייב מעות לשלחני בין שאינו חייב מה לו לשלחני אצל מעות הסוחר שבידו וצ"ע עכ"ל ולזה השמיטו המחבר כאן דברי הרא"ש וטור:

ובד"מ כתב ז"ל נראה דמעשה שהיה כך היה שהסוחר אמר לסרסור לקבל מעותיו וא"ל לשלחני שיתן מעותיו לסרסור ולכן מיד שקבלן הסרסור נפטר השלחני מן הסוחר ולכן אם הסרסור מודה שחייב לשלחני הוה כאלו קבלן מן השלחני והוא חייב לסוחר מעותיו דהרי הסוחר צוה לשלחני ליתן לסרסור ומאחר שהסרסור היה חייב לשולחני הוה כאלו קבלן ולכן הסרסור חייב והשלחני פטור אבל אם אין הסרסור מודה שחייב לשולחני א"כ לא עשה השלחני שליחותו של סוחר וצריך לשלם לו והסרסור פטור דהרי לא קבל כלום משל סוחר. כנ"ל לפרש דברי תשובה זו ופשוט הוא בעיני. אך שראיתי ב"י שמגמגם בפי' תשובה זו והקשה עליו קושיות ופי' בפי' זרים ולכן כתבתי מה שנ"ל עכ"ל ד"מ וגם דבריו אין נלפע"ד דאף אם הסרסור מודה שחייב לשלחני ואפי' אם יש עדים שהוא חייב לשלחני למה יהא כאלו קבלן מן השלחני הלא המעות הוא של סוחר וזהו עיקר קושית הב"י דמה לו לשלחני אצל מעות הסוחר. וגם מה שפי' באין הסרסור

מודה שצריך השלחני לשלם לסוחר לא משמע כן פשט דברי התשובה ועוד דא"כ היאך קאמר ויפטר מן הסוחר מהיכי תיתי יתחייב להסוחר הרי אין הסוחר נפסד כלום שהרי השלחני צריך ליתן המעות להסוחר. ובב"ח כתב וז"ל ולפע"ד הדברים ברורים ופשוטים שהסוחר לא הי' חייב כלום לסרסור אלא ששאל ממנו בינו לבין עצמו דרך חסד שיהא שלוחו לקבל מעות מהשלחני ושיביאם לו ואח"כ העמידו אצל השלחני וא"ל בסתם מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני והשלחני עכבם מחמת חוב שה"ל על הסרסור ופסק הרא"ש דאם היה הסרסור חייב לשלחני הרי עכבם בדין דאע"פ דהמעות אינן של הסרסור מ"מ מאחר שהשלחני אינו יודע מזה כי הסוחר המחהו בסתם מעמד שלשתן מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני ואין אחד מהם יכול לחזור דדבריהם הללו לא ניתנו לחזרה א"כ מעתה נסתלק השלחני מעל הסוחר ואין לו עסק אלא עם הסרסור ויכול לעכבם בשביל החוב שעל הסרסור דה"ל כאלו מסר השלחני המעות ליד הסרסור וחייב הסרסור לשלם לסוחר אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשולחני וזה מעכבם שלא כדין ישבע הסרסור כנגד הסוחר שאינו חייב לו כלום ויפטר מן הסוחר דהסרסור לא פשע כלום בשליחותו והסוחר הפסיד מעותיו לאחר שישבע גם השלחני שהסרסור חייב לו והסוחר איהו דאפסי' אנפשיה שהמחהו אצל השלחני בסתם ולא הודיעו שהסרסור הוא שלוחו בלבד שאז לא הי' יכול לעכבם בשביל חוב שהי' לו על הסרסור וב"י הרבה בכאן קושיות לפי הבנתו והניחם בצ"ע אבל אין כאן קושיא כל עיקר כי הדבר פשוט כדפי' עכ"ל וגם זה אינו נכון דנהי דהיכא דהמחהו בסתם יכול השלחני לומר שוב אין לי עסק עמך אלא עם הסרסור מ"מ פשט הל' לא משמע כן שהמחהו בסתם ושהשלחני טוען כן וגם לא הוזכר בתשובה בסיפא שהשלחני ישבע. וגם דינו אינו אמת באין הסרסור מודה דלמה ישבע הסרסור הא אין לו להסוחר עליו אלא טענת שמא ולא אמרי' דנצרף טענת השלחני לזה להשביעו כיון שלא היה הסוחר ביד הסרסור שום דבר מעולם וכדלעיל סי' זה ס"ק נ"ו וסי' קכ"א ס"ק מ"ו ע"ש. אבל באמת דברי הרא"ש וטור פשוטים ולחנם הרעישו האחרונים בזה וה"פ סתם סרסור רגיל לסרסר סחורה ונוטל מעות מלוקח ומשלם לסוחר המוכר הסחורה והסוחר משלם סרסרו' להסרסור ורוצה הסרסור לעכב מן המעות שתחת ידו בעד סרסרות שלו והסוחר צריך להמעות ההוא ואומר לו בא ואעמידך אצל שלחני שילוה לי מעות וישלם לך בשבילי ואתה תתן לי המעות שלי שבידך המגיע לי בעד סחורתי וכן עשה שהעמידו אצל השלחני וא"ל שיקבל בשבילו מעות מן השלחני ואח"כ השלחני עיכב המעות מחמת חוב שהיה לו על הסרסור והלכך אם הסרסור היה חייב מעות לשלחני הרי עכבם בדין והו' כאלו נתנם ליד הסרסור וחייב הסרסור ניתן

לסוחר המעות שבידו השייך לסוחר שהרי כבר קבל תשלומין שכר סרסרות שלו מן השלחני אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשלחני כלום וזה מעכבם שלא כדין ונמצא שלא קבל תשלומין שכר סרסרות שלו מן השלחני ישבע הסרסור שאינו חייב לו כלום ומעכב תחת ידו המעות שבידו השייך להסוחר ויפטר מהסוחר והשתא ניחא דמשביעין להסרסור דאע"ג דאין להסוחר עליו אלא טענת שמא מכל מקום כיון דמעות שלו היה בודאי בידו מצרפים טענת השלחני לזה ומשביעינן אפי' בשמא וכדלעיל ס"ק נ"ו וסי' קכ"א ס"ק מ"ו ועוד דעכ"פ צריך לישבע הסרסור נגד השלחני שטוענו ברי אתה חייב לי ואם לא ישבע ע"כ השלחני אומר אמת ונמצא שכבר קבל דמי תשלומי סרסרות שלו מחמת מה שחייב לשלחני והשתא נמי אתי שפיר מ"ש הרא"ש וטור וחייב הסרסור ליתן המעות לסוחר דבין לפי הב"י או לפי הד"מ או לפי הב"ח לא א"ש האי לישנא והל"ל וחייב הסרסור לשלם לסוחר ומאי האי דקאמרי וחייב ליתן המעות כו' אלא ודאי כדפי' דחייב ליתן המעות שלו שבידו וזה ברור ולא מצאו אנשי חיל את ידיהם:

סעיף עה

כיון שהודה חייב לראובן משכר החפץ לאו כל כמיניה לומר סמכתי על מה שהייתי עתיד להשתמש בחפץ אלא כיון שאמר שאני חייב לראובן הרי הודה שנתחייב בהן ללוי עכ"ל טור והרא"ש ור"ל כאלו הודה שהחזיר לו החפץ ונתחייב לו חוב גמור לשלם מיד:

סעיף עו

דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כו'. דין זה תמוה בעיני אף שהוא מהטור מתשובת הרא"ש דמה בכך דשכירות אינו משתלמת אלא לבסוף מ"מ חייב לו הלואה מהשתא אלא דהוי כלא הגיע עדיין זמן הפרעון (כדלעיל ס"ק א') וכמ"ש הריטב"א בקדושין פ' האומר וז"ל דכ"ע ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ואם לא עשה אלא מקצת משתלם לפי חשבון וכן אם נאנס הכלי משתלם מן הבעלים דמלוה הוא גבייהו מיהו אין זמנו ליפרע אלא בסוף מלאכתו דקי"ל שכירות אינו משתלמת אלא לבסוף עכ"ל וכ"כ התוס' נהדיא בפ' הגוזל עצים (בבא קמא דף צ"ט ע"א) ד"ה ואב"א כו' דאע"ג דשכירות אין משתלמת אלא לבסוף מ"מ ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וכ"כ עוד התוס' בפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) והר"ן והרא"ש גופיה שם ומוכח בש"ס פ' הגוזל עצים ופרק האיש מקדש שם ופרק האומר (דף ס"ג ע"ח) דלמ"ד ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף מלוה הוא גבי' כל מה שעלה שכרו ועיין ברש"י שם וגם קי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וכמ"ש התוס' והרא"ש והר"ן שם וכמו שנתבאר בי"ד סי' קמ"ג ס"ב דאפי' בנה עכו"ם עצמו שכרו מותר מטעמ' דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף

וא"כ נתחייב לו שכרו כבר ועכו"ם אימת מיתסר במכוש אחרון מכוש אחרון לית ביה שוה פרוטה כדאי' בש"ס דע"א (דף י"ט ע"ב) ע"ש וכ"פ הפוס' וכמ"ש בי"ד בש"ך ס"ק ד' וגם גבי קדושין פסקו כל הפו' והטור בא"ע סי' כ"ח ס"ז דאם חייב' לו שכר פעולה אינה מקודשת אפי' הגיע זמן השכירות לגבות מטעמא דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וא"כ נתחייבת לו כבר בשכירו' וה"ל מלוה גביה והמקדש במלוה אינה מקודש' כדאי' בש"ס ופו' שם ע"ש ואפשר לומר דכיון דשכר פעולה מיקרי ראוי וכמ"ש המרדכי ר"פ י"נ והרב בהג"ה בא"ע סי' ק ס"ב דאין הבעל חוב וכתובה גובים ממנו א"כ לא תקנו מעמד שלשתן בכה"ג דלא מיקרי מנה לי בידך כיון דמיקרי ראוי מחמת שלא הי' בידו מעולם אך מדברי הרא"ש והט"ו לא משמע הכי דא"כ למה להו לטעמא דשכירות אינו משתלמ' אלא לבסוף דהיינו כשיחזיר לידו החפץ תיפוק ליה דאפי' שכירות משתלמת מתחלה נמי דהא פשיטא דאפי' החזיר לו החפץ אין כתובה וב"ח גובים משכר פעולה מהני דראוי כיון שלא הי' בידו מעולם אלא ודאי דין מעמד שלשתן שייך אפי' בדבר שלא הי' בידו מעולם וכמש"ל ס"ק ג' וא"כ דברי הרא"ש וט"ו כאן צ"ע:

סעיף עז

דהוי כערב בשע' מ"מ. ל' הטור לפי שהוא ערב בשעת מ"מ שמשתעבד בלא קנין שהרי לוי לא הי' חייב לשמעון כלום ועכשיו הוא מתחייב לו בזה המעמד וכיון שנתערב לו באותו מעמד עצמו מתחייב לו בלא קנין ע"כ וכ"כ בה"ת שטר כ"ח סוף ח"ב וז"ל דאף על גב דאמרו ערב שלא בשעת מ"מ בעי קנין התם הוא שכבר היה חייב לו המנה ולא על אמונתו הלוהו אבל הכא הלוה לא הי' חייב כלום למקבל ועכשיו הוא מקבל עליו חובו ומאמינו הוי כשעת מתן מעו' ולא בעי קנין ומשתעבד הערב בלא קנין וכ"ש אם היה חייב למקבל על זה ועכשיו פטרו בשביל שאמר לו שיפרענו והוא נפטר ע"כ:

סעיף עח

ויש מי שחולק. דברי המחבר כאן ובב"י צל"ע בזה. שבב"י אחר שהביא דברי הבעה"ת הנ"ל כתב וז"ל וכ"כ ר' ירוחם בנט"ו ח"א וכ' שיש מי שחולק וחומר שאינו מועיל בלא קנין תוס' פרק הניזקין עכ"ל וע"פ זה כתב כאן ויש מי שחולק (ודברי העיר שושן בכאן מגומגמים ע"ש) ועיינתי בר' ירוחם שם ולא מצאתי דבר מדין זה רק שכתב שם בנט"ו ח"א מי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקנין לתת מתנה לחברו ואע"ג דלאו מידי חסריה כיון דלא עביד מצוה משתעבד ואפי' לא קנו מידו כמו ערב דבשעת מתן מעות ויש מי שכתב דאינו מועיל בלא קנין וראשון נראה עיקר תוס' פ' הניזקין עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ לקמן סי' קכ"ט וגם בהג"ה סוף סעיף ה' כתבו הרב. וסובר הב"י דמתנה

והמחאה במעמד שלשתן חד דינא אית להו ואינו מוכרח די"ל דשאני מתנה דלאו מידי חסריה כלל משא"כ הכא דחסריה מעיקר' להממחה והשתא שנכנס זה המקבל במקומו והמומחה מתחייב ליתן והוי כמו שעת מתן מעות והוי כערב בשע' מתן מעות וחסריה (שוב ראיתי שגם בס' גד"ת פקפק על הב"י בזה ע"ש) וכן מוכרח בעל כרחך לחלק לדעת בעל התרומות שהרי בשער כ"ח כתב בסתם דברי תשובות לקמאי דערב של המחאת מעמד שלשתן נתחייב מטעם דהוי כמו ערב דבשעת מ"מ והבאתי לשונו לעיל בסמוך ובריש שער ל"ה כתב בסתם תשוב' הראב"ד דאם קנה בקנין גמור להיות ערב במתנה שאדם עושה לחבירו מממון ואף על גב דלאו מידי חסריה כיון דלאו מצוה קעביד משתעבד עד כאן לשונו אלמא דבערב במתנה צריך קנין אלא ודאי צריך לחלק כמו שכתבתי וצריך עיון:

מיהו בדין אם הי' חייב למקבל ע"ז ועכשיו פטרו מודה הבית יוסף דליכא מאן דפליג בהא דהא אין לך מידי חסריה גדול מזה שעכשיו ע"פ המחאתו וערבותו של זה פטרי' להמומחה ומ"ש בב"י וכן כאן שיש מי שחולק צ"ל דקאי אהיכא שלא הי' חייב למקבל א"נ היכא שהי' חייב למקבל ולא פטרו עתה בפי' למ"ד לעיל סעיף ט' שיכול לחזור בו א"כ לאו מידי חסריה שהרי יכול לחזור ולתבוע הממחה. ונראה דלפי מה שפסקתי לעיל ס"ק ל"ח דהוי ספיקא דדינא אם יוכל לחזור על הממח' והמע"ה וא"כ לא יוכל לחזור עליו א"כ היכא דהי' חייב לו ופטרי' חייב הערב דהוי מידי חסריה ואין לומר דכיון דהוי ספיקא דדינ' יכול הערב לומר מאן נימא לן דדינא הוא דא"י לחזור דילמא יכול לחזור ולא מידי חסרתיך דס"ס כיון דאין אנו יכולים לפסוק לו שיחזור עליו נמצא שע"פ ערבותו של זה נעשה ההמחאה והפסיד זה חובו וחייב הערב ולא דמי לדלקמן סי' ש"ו סעיף ה' בעש' השוחט ספק טריפות דפטור מלשלם דהתם י"ל כשר הוא ואינו חייב כלל משא"כ הכא דודאי נתערב אלא שי"ל שיחזור על הממחה והלכך כיון שאין אנו יכולים לחייב את הממחה א"י לחזור וחייב הערב ועוד יש לומר דשאני התם דהוא נתן לו לשחוט ועוד יש לחלק בכמה גווני ודו"ק:

סעיף עט

לא מהני. אע"ג דשלוחו כמותו מ"מ כיון דמעמד שלשתן הלכת' בלא טעמא הוא הבו דלא לוסיף עלה:

סעיף פ

הוי כשליח. וכדלקמן סי' רכ"ז סעיף ל' וע"ש:

סעיף פא

ולא יוכל להקנות כו'. אבל אחר יכול להקנות ליתומים במעמד אפוטרופס כן הוא בת"ה שם וכ"כ הר"ב לקמן סי' ר"ץ סי"א בהג"ה ונראה דאפי' למאי דנראה מדברי המחבר לקמן דאם שלח המקבל שלוחו איכ' מאן דפליג וס"ל דלא מהני בהא כ"ע מודו מטעם שכ' הרא"ש פרק קמא דמציעא בשם ר"ח דלזכות ליתומים יד אפטרופס עדיף משליח ומביאו בת"ה שם וכדמוכח נמי מדברי הט"ו לעיל ר"ס ק"ה ולזה כתב הר"ב לקמן סי' ר"ץ סתם דיכול להקנו' במעמד שלשתן דאפטרופוס ליתומים וכאן גבי שליח סתם הרב כדברי המחבר שכתב יש מי שאומר דמהני משמע דלאו כ"ע ס"ל הכי אלא ודאי יד אפטרופס לזכות ליתומים עדיף משליח וכמ"ש:

סעיף פב

יש מי שאומר כו'. לא ידעתי למה כתב כן בלשון יש מי שאומר דהא ליכא מאן דפליג בהא ואפשר משמע ליה הכי מל' הטור שכתב ונראה דאפילו לדברי א"א ז"ל כו' משמע דכוונתו דהרמב"ן סתמא קאמר דמעמד שלשתן לא מהני ע"י שליח משמע דה"ה ע"י שליח המקבל והרא"ש חולק אבל לפעד"נ דה"ק דהרמב"ן לא דבר מזה ואפי' לדברי א"א שפי' בהדיא דע"י שליח המקבל מהני מ"מ אם לא עשאו המקבל שליח אלא שאמר כו' וכ"כ ר' ירוחם להדיא בסוף נתיב ט"ו וז"ל מעמד ג' ע"י שליח הנותן לא קנה אבל עשה מקבל שליח קנה כ"כ הרמב"ן בגטין עכ"ל ואולי גם כוונת המחבר במ"ש יש מי שאומר כיון דלא מצא דין זה מבואר בפי' בשאר פוסקים ולפעד"נ לדינא דע"י שליח המקבל מהני לכ"ע והיא גופא שכתב הרמב"ן דמעמד שלשתן ע"י שליח הנותן לא מהני חידוש הוא ולא נמצא בשום א' משאר הפוסקים (זולתי בהר"ן והרא"ש והנמשכים אחריו) ואדרבא מדסתמו דבריהם משמע דדין זה הוא כמו בשאר מקומות דקי"ל שלוחו של אדם כמותו:

סעיף פג

דמהני. דלענין הפקעת ממון דהנותן ע"י שלוחו אמרי' הבו דלא לוסיף עלה אבל לענין זכות המקבל אמרי' שלוחו כמותו ועיין בתשוב' מהרשד"ם סי' שנ"ט:

סעיף פד

אבל אם לא עשאו המקבל שליח כו' תנהו ללוי שיזכה כו'. משמע אבל עשאו המקבל שליח אף ע"פ שאמר ראובן לשמעון בפני לוי בזה הל' תנהו ללוי שיזכה בו ליודא המקבל קנה המקבל והטעם דכיון שהוא שליח המקבל והם שלשתן במעמד אחד מסתמא כי אמר תנהו ללוי שיזכה ליודא לאו בתורת זכיה ממש אלא הכונה שיקנה אותו בשמו

מעכשיו כפי מינוי שליחותו מדין מעמד שלשתן וכ"כ בס' גדולי תרומה שער כ"ח סוף ח"ד:

סעיף פה

תנהו ללוי שיזכה בו ליודא כו'. כתב הב"ח וז"ל ונראה דוקא בלשון זה לא זכה בו יודא אבל אם בשעת המחאה אמר בסתם תנהו ללוי אע"פ שמתחלה העמיד עם לוי שיזכה בו ליודא כבר זכה לוי מתורת מעמד ג' בסתם בשביל יודא ולא מצי הדרי בהו לא זה ולא זה דדברים הללו לא ניתנו לחזרה והכי מוכח מעובדא דסוחר וסרסור ופשוט הוא עכ"ל ולפעד"נ דז"א דמה בכך שאמר בסתם תנהו ללוי כיון דעכ"פ לוי לא יזכה בו לעצמו רק ליודא ואינו יכול לזכות ליודא כיון שלא בא לידו כלום ומעיבדא דסוחר וסרסור לא מוכח מידי לפי מאי דפרישית לעיל ס"ק מ"ד ואפי' לפי מאי שפירש הבית חדש שם ל"ד לכאן דהתם טעמא הוא שהשלחני אומר כיון שהמחית בסתם ליתן לסרסור אני אומר שהמעות הוא שייך לסרסור ולא שהסרסור יתנו לך אבל הכא כיון דהאמת הוא שהמעות אינו שייך ללוי במה יזכה בו יודא כן נלפע"ד:

סעיף פו

ללוי שיזכה כו'. ול"ד למ"ש הפו' והטור ביו"ד סי' רנ"ח סעיף ח' דמי שהיה לו חוב ביד א' ואמר חוב זה שיש לי ביד פלוני יהא לצדקה אם אמר כן בפני ב"ח ובפני הגבאי או בפני אדם חשוב שבעיר זכה בו הגבאי או האדם חשוב מדין מעמד שלשתן דהתם יד הגבאי או האדם חשוב הוי כיד העניים עצמם והוי כאלו העניים עצמם עומדים שם וזכו בו מטעם מעמד שלשתן ולא מתורת זכיה (ודמי לאפוטרופוס של יתומים דעדיף משליח וכמ"ש לעיל ס"ק פ"א והיינו נמי מטעם דהוי כאלו היתומים עצמם עומדים שם) כן נלפע"ד. ולא כבעה"ת שער כ"ח סוף ח"ד דמדמי להו להדדי והשיג על הרי"ף שפסק בפ' שור שנגח ארבעה וחמשה דזכו בו עניים מדין מעמד שלשתן ולפעד"נ דברי הרי"ף נכונים וכמ"ש וכ"כ בספר גדולי תרומה ועיין בישו"ש פ"ד דב"ק סי' ב':

סעיף פז

יכול לחזור בו. ל' הטור שהרי לוי אינו יכול לזכות בו ליודא עד שיבא המנה לידו נמצא שלא זכה יודא בכלום עכ"ל וכתב הסמ"ע דר"ל שלא זכה במעמד שלשתן ויכול לחזור בו קודם שיגיע המנה ליד לוי אבל לאחר שנתן שמעון ע"פ ראובן המנה ללוי ליתנו ליודא ודאי זכה בו יודא ואין ראובן יכול לחזור בו עכ"ל ולפעד"נ דאפי' לאחר שכבר נתן שמעון המנה ללוי על פי ראובן לא זכה בו יודא מטעם מעמד שלשתן דכיון דלא קנהו בשעה שהיו שלשתן עומדים יחד במה יקנהו אח"כ הרי כבר נתבטל מעמדם ומה בכך

שנתנו אח"כ ללוי רק אם אמר ראובן מתחלה ללוי לשון תן מנה ליודא או הולך או זכי לו אותו מנה שביד שמעון או בשאר לישני דזכיה דלעיל ר"ס קכ"ה והגיע אח"כ לרשות לוי א"י לחזור בו מטעם זכייה וכמו שנתבאר לעיל סי' קכ"ה סק"ב וס"ק כ"ח. ע"ש:

סעיף פח

ליתיה מפי הכתב. דכיון דע"י שלוחו לא מהני כ"ש מפי הכתב שאין כאן מעמד שלשתן אלא הנותן מדבר לנפקד לבד שיתן לפלוני עכ"ל ריב"ש ועיין עוד שם ונראה דה"ה ע"י כתב המקבל לא מהני ואדרב' גרע טפי מכתב הנותן וק"ל:

סעיף פט

הואיל ונתרצה המקבלן כלומר ואינו יכול המקבל לחזור על ישראל החייב לו הואיל ונתרצה לסלק עצמו מב"ח ישראל ולחזור בחובו על העכו"ם איהו דאפסיד אנפשי' וכן הוא בטור והיינו דוקא לסברא הראשונה דלעיל סעיף ט' אבל לסברא האחרונה שם יכול המקבל לחזור עליו אם לא שפטרו בפי' וכ"כ ב"י (וב"ח וכ"כ בתשו' מהרשד"ם סי' פ"ו) ולפ"ז ק"ק מה שסתם המחבר כאן וצ"ל דכיון דלעיל סעיף ט' הביא ב' הסברות א"כ ממילא נשמע שזהו לסברא הראשונ' ושלסברא האחרונה בעינן פטרו בפירוש:

סעיף צ

כן אעשה כו'. כתב הסמ"ע דקדק הט"ו לכתוב דאמר הישראל כן אעשה אף ע"פ דלא בעינן רצון המומחה כמ"ש הט"ו בס"ז שאני בעכו"ם דהיה יכול לומר מחמת אונס שתקתי עכ"ל ולאו רישי' סיפי' דבריש דבריו מיירי באומר בפירוש איני רוצה דהא כ' כמ"ש הטור בס"ז ובס"ז מיירי להדיא דיכול להקנות בע"כ וסוף דבריו יכול לומר מחמת אונס שתקתי ולענין דינא צ"ע בשתק דכיון דשתיקה כהודאה דמיא אם כן הרי הודה ליתן לו ומ"ש הט"ו כן אעשה י"ל דל"ד קאמרי אלא אתא לאפוקי אם אמר איני רוצה לפי שאין בידו כלום ואני אהי' מוכרח להודות ליתן לך מפני האונס דבכה"ג יכול לומר אנוס הייתי ולא היה לך לסלק עצמך מהעכו"ם ע"פ המחאה זו וכה"ג נתבאר לקמן סי' קל"א ס"ו וכמ"ש שם ע"ש:

סעיף צא

וא"י לומר אנוס כו'. בבעה"ת וטור איתא שהעכו"ם הנותן הוא שלטון ואפ"ה כתבו דאי"ל אנוס הייתי:

סעיף צב

לא קנה. שהרי אפי' זיכה לו ע"י עכו"ם לא קנה שהרי אין זכיה לעכו"ם ולא עדיף מעמד שלשתן מזכיה גמורה. טור ופוסקים בסברא זו. וכתב בתשוב' מהרשד"ם סי' שנ"ט דכי

היכי דאין מע"ש בעכו"ם לדעת ר"י ה"ה בישראל מומר לעכו"ם ואין דבריו נראין לפע"ד דדוקא בעכו"ם ס"ל דאין בו דין מע"ש מטעמא דלא עדיף מע"ש מזכיה גמורה ואין זכיה לעכו"ם אבל ישראל מומר הא אית ליה זכי' וכמו שנתבאר בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ומהם בא"ע סי' ק"מ ע"ש:

סעיף צג

מיהו כו' י"א דקנה המקבל דברי הר"ב צ"ע דמה בכך שאמר כך להעכו"ם ס"ס הא ס"ל לי"א אלו דאין זכיה לעכו"ם ועיינתי במהרי"ו ומרדכי ותשו' מיי' לספר משפטים סי' ס"ח תשו' מהר"מ ולא כתבו שם בהאי לישנא שכתב הר"ב רק יש לפרש דבריהם שם דכיון שאמר לו תדור ליתן לו ובזה תהי' פטור א"כ מיד שהעכו"ם נדר לו הוא פטור ממנו והו' כאלו מחל לו ושוב אין לו על העכו"ם כלום דפשיטא דיכול למחול לעכו"ם ממילא יכול המקבל להוציא מן העכו"ם מטעם דהוי כמחל לעכו"ם כיון שאמר לו בזה הלשון תדור לו ובזה תהיה פטור ממנו אבל מדברי הר"ב לא משמע הכי מדקבעו בדין מעמד שלשתן ועוד שכתב קנה המקבל והאי לישנא משמע שקנה אותו כדין ותהיה קניה גמורה וא"כ אפילו הנותן יכול להוציא מן העכו"ם ע"י תחבולה אינו רשאי ולפי מאי דפרישית אינו אלא מחילה והמקבל יכול להוציא מן העכו"ם כמו זוכה מן ההפקר ולפ"ז גם הנותן אם יכול להוציא מן העכו"ם רשאי וא"כ דברי הרב צל"ע (ובע"ש השמיט הגהת הרב ואולי כוון למה שכתבתי):

סעיף צד

ובכל ענין כו' כבר כתבתי לעיל סי' ס"ו סי"ז שאין דברי הרב נכונים בזה במ"ש שבכ"מ שאין הקנין נתפס אם זכה וקבלם שוב לא מפקינן מיניה ע"ש ומ"מ הדין בכאן אמת דהיכא שכבר נתן העכו"ם מה שבידו ואפי' לא הי' מעמד שלשתן זכה המקבל כיון שהרשהו ליתן ועשה שליחותו ונתן לו הרי הוא כאלו הוא בעצמו נתן לו ועמ"ש שם:

סעיף צה

יכול ליתנו לעכו"ם. שאפילו אמר לו בינו לבין עצמו מנה יש לי בידך תנהו לעכו"ם פשיטא שיתנהו לו כל זמן שאין הישראל חוזר בו עכ"ל טור והרא"ש וכ"כ התוס':

סעיף צו

לא זכה העכו"ם. היא דעת היש מי שחולק וטעמייהו דלא תקנו דין מעמד ג' דהוא הלכתא בלא טעמא בעכו"ם שיזכה ויקנה בו:

סעיף צז

יתן לעכו"ם. דאיהו דאפסיד אנפשיה שאמר ליתנו לעכו"ם כיון דידע שצריך הנפקד ליתנו לו עכ"ל טור והרא"ש:

סעיף צח

קנה הישראל. ויכול להוציא מיד הנפקד בב"ד דכיון שהפקיעו חכמים ממונו של ישראל במעמד שלשתן כ"ש ממונו של עכו"ם עכ"ל טור והרא"ש ומשמע דאפי' אין העכו"ם תובע את הנפקד או שמת העכו"ם יכול המקבל להוציא מיד הישראל ולקמן כתבתי דצ"ע ושנראה שהתוספות ושאר פוסקים לא ס"ל הכי:

סעיף צט

חייב הלוה לפרוע גם לישראל המקבל. שהרי כבר נתחייב לו ואם העכו"ם אנס את הלוה אין הישראל מפסיד בכך כ"כ הטור והוא מהרא"ש. אבל צל"ע דבמה נתחייב הלוה לישראל דהא לסברא זו לא עדיף מעמד שלשתן מזכיה גמורה כמ"ש הטור והרא"ש עצמם א"כ כי היכא דלית לעכו"ם זכיה לדידן ה"ה לא מצי עכו"ם למזכי לישראל ע"י ישראל וכדאיתא להדיא בש"ס פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א ע"ב) דאין שליחות וזכיה לעכו"ם לא אינהו לדידן ולא אנן לדידהו וא"כ לא זכה זה הישראל בממון זה מעולם אלא דאי בעי העכו"ם לתבוע לפנינו את הישראל הנפקד או הלוה ורוצה לחזור מהמחאה או כשהנפקד או הלוה רוצה להחזיר הפקדון או המעות להעכו"ם מחמת שהעכו"ם חוזר בו דיינינן ליה דא"י לחזור מטעם דכיון שהפקיעו חכמים ממונו של ישראל ע"י מעמד שלשתן דהיה הלכתא בלא טעמא כל שכן ממונו של עכו"ם ולא עדיף עכו"ם מישראל דכי בשביל שהוא עכו"ם יהא חוטא נשכר אבל שיתחייב הישראל אם אנסו אין לזה טעם כלל וכן משמע בדברי התוס' שמהם מקור דין זה כמו שכתבתי וז"ל ואם הנותן עכו"ם נראה דקנה דאם ממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמד ג' דהוי הלכתא בלא טעמא כ"ש ממון העכו"ם ועוד דכדיניהם דיינינן ליה שאומרי' ליה לעכו"ם כך דינכם כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא עכ"ל משמע דר"ל כשהעכו"ם ציית דין ישראל ורוצה לחזור או כשהנפקד או הלוה רוצה להחזיר לעכו"ם מחמת שחוזר בו דייני' ליה שאין יכול לחזור בו וקנה המקבל מטעם דאם ממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמד ג' כ"ש ממון העכו"ם ועוד שאומרים ליה כך דינכם אבל אם העכו"ם מוציא בכח מהנפקד או הלוה הישראל למה יתחייב הישראל הא לא זכה בו המקבל כלל כיון דאין זכיה ושליחות לעכו"ם לא אינהו לדידן ולא אנן לדידהו ולא עדיף מעמד ג' מזכיה גמורה לגבי ישראל וגם במרדכי (דפוס סמבניוט"א ומרדכי ישן) משמע כדפי' שכ' וז"ל ואם הנותן

עכו"ם והנפקד והמקבל ישראל זכה המקבל ואע"פ שזכיה מטע' שליחות איתרבאי ואין שליחות לעכו"ם מ"מ נימא ק"ו דהשתא ממונו של ישראל הפקיעו בהלכת' בלא טעמא משום מעמד ג' ממונו של עכו"ם לא כ"ש עכ"ל משמע דהא קיימא דאין שליחות לעכו"ם אלא דמ"מ הפקיעו ממונו של עכו"ם ופסקינן שהעכו"ם מחויב ליתנו לו וא"י לחזור בו אבל שיתחייב הנפקד לא שמענו כיון דאין זכיה לעכו"ם וכן משמע באגודה שכתב כ"ש ממון העכו"ם ועוד דכדיניהם עבדינן ליה עכ"ל וכן נראה לפרש דברי הסמ"ג דף קס"א ע"ב ותשו' מיי' לספ' קנין סי' ח' אבל הרא"ש נראה שמפרש כיון דבדיניהם הוא כן דייני' ליה לישראל כדיניהם וע"כ כתב ועוד שגם בדיניהם הוא כך עכ"ל ולא כתב לשון עבדינן ליה וסברתו צל"ע דהיכא נידון לישראל זה לגבי ישראל אחר כדיניהם (ואפשר דכיון דהיה הממון של עכו"ם והקנהו לזה דייני' ליה כדיניהם אף לגבי ישראל וכדלעיל סי' ס"ו סכ"ה ולקמן ס"ס שס"ט גבי ישראל שקנה שטר מעכו"ם בדיניהם אך צריך להתיישב דמאן לימא לן בהך דסי' ס"ו גופיה אם חזר העכו"ם והוציא בכח מן הלוה דילמא הלוה פטור וכן מוכח להדיא בתשו' מהר"מ מלובלין סי' כ"ב דפסק דהישראל שקנה השטר מהעכו"ם צריך להעמיד ערב שאם יעליל עליו העכו"ם ויוציא ממנו יסלקנו הרי משמע להדיא דאם העכו"ם מוציא בכח מחויב להחזירם לו אע"פ ששם היה לו עדים שקנהו בדיניהם ממנו וא"כ כ"ש הכא שהישראל פטור ותו דאפילו נימא דהתם גבי מוכר שטר אם הוציא העכו"ם בכח הלוה חייב לחזור ולשלם לזה שאני התם כיון שהשטר נעשה בעש"ע וזה יש לו דין העכו"ם והוה כאלו נכתב הוא בשטר כיון שבדיניהם הוא כן והוא מוציא השטר לפנינו משא"כ הכא ודוק וגם קשה לסברתו במה יזכה בו ישראל זה וצ"ל שדעתו דכיון דהפקיעו חכמים ממון של עכו"ם א"כ לא פלוג בדבר ועשו אותו כאלו זכה בו הישראל אף כנגד הישראל א"נ ס"ל דהא דאמרינן בפ' א"נ דאין שליחות וזכיה לעכו"ם לא אינהו לדידן ולא אנן לדידהו היינו לענין שיזכה ישראל לישראל מכח העכו"ם אבל הכא במעמד שלשתן ממילא נסתלק העכו"ם דכיון שהפקיעו חז"ל ממונו של ישראל כ"ש ממון העכו"ם ותו זכי ליה הישראל שהמעות בידו לישראל חברו מכח עצמו ולא מכח העכו"ם וצל"ע וע' בתשובת מהרשד"ם סי' קנ"ה:

סעיף ק

אינו חייב לשלם. שאינו אלא שומר לשני במה שהיה שומר לראשון ופטור מהאונסים ואפילו אנסו העכו"ם עד שהביא הפקדון לביתו פטור ואין זה מציל עצמו בממון של חבירו כיון דלא אנסו אלא על פקדון זה כו' אבל במלוה לא שייך האי טעמא דמלוה

להוצא' ניתנה וכאלו אנסו ליתן ממון אחר עכ"ל טור והרא"ש. וע"ל סי' רצ"ב סעיף ח' וסי' שפ"ח סעיף ד':

סעיף קא

ואפילו נטל כו'. בהגהת מרדכי איתא דין זה על פקדון של ישראל וכמ"ש לקמן בסמוך והר"ב כתבו כאן בפקדון של עכו"ם לפי סברת הרא"ש והטור והמחבר דס"ל דכבר נתחייב הישראל ליתן הפקדון לישראל אבל לפי מ"ש לעיל דסברת הרא"ש צל"ע ושנראה דלא זכה הישראל נגד הישראל א"כ פשיטא דבלא"ה יכול ליטול מהפקדון כל מה שהוציא עליו ואפילו ה"ר משה מפונטייז"א בהגה' מרדכי מודה בזה ודו"ק:

סעיף קב

נטל שלו כו'. צ"ע על הר"ב שכ"כ בסתם ובהגה' מרדכי שם מסיק דה"ר משה מפונטייז"א חולק על הר"י בזה וגם בב"י בס"ס ע"ב כתב דאין דברי ר"י נראין בעיניו והביאו בד"מ כאן וז"ל כתב בהגהת מרדכי דב"ב פ"ג על ראובן שבאו אנסים בביתו ליקח משכון של ראובן בשביל שמעון דין הוא שיעכב ראובן של שמעון בשביל משכונו וכתב ב"י ואין דבריו נראין בעיני וכן נרא' מדברי הגהת מרדכי שם שיש מי שחולק על סברא זו ע"כ עכ"ל ד"מ. משמע דס"ל כהב"י ואין לומר דהרב ס"ל דכאן שהפקדון הוא של עכו"ם גם הב"י והר"מ מפונטייז"א מודה וכמ"ש בסמוך מטעם דלא זכה הישראל בו דא"כ אמאי סתם כדברי המחבר גבי מלוה ואפשר שהרב כאן בהגה חזר בו והכריע כר"י וכן משמע קצת מדבריו בתשובה סי' פ"ו דף קע"ו ע"ג שכתב לדברי ב"י כו' ע"ש משמע דלא ס"ל כב"י או אפשר ס"ל להר"ב דע"כ לא פליג הב"י אלא במה דמשמע דמיירי בהגהת מרדכי שלקחו משכון של ראובן בשביל שמעון שהיו סבורים שהוא משכון של שמעון ואפשר אלו הוי ידעי שהוא משכון של ראובן לא הי' נוטלין בחזקה של ראובן בשביל שמעון הלכך ריעא מזליה דראובן גרם שלא ידעו שהוא שלו וגם ה"ל להודיעם שהוא שלו אבל כשהם רוצים ליטול בחזקה של ראובן בעד שמעון אע"פ שיודעים שהוא של ראובן עד שיתן להם של שמעון אם כן הו"ל כאלו נטלו של שמעון ובכה"ג מיירי כאן בהג"ה ואע"ג דמדברי ה"ר משה מפונטייז"א שם משמע דפליג גם בהא מדהביא ראיה מהירושלמי דאין לך נתפס על חבירו וחייב לשלם לבר מארנונ' מכל מקום כיון דאין ראייתו מוכרחת דשאני התם שלא היה ביד הנתפס משל חברו אבל הכא יש של חבירו בידו והיה יכול ליתנו לו שהרי הם באים על חבירו דוקא ואונסי' אותו ליתן של חבירו מסתבר ליה להר"ב דנוטל מהפקדון כל מה שהוציא עליו אך בתשובת הרב שם משמע דהגהמ"ר מיירי שהיו רוצים ליטול בחזקה של ראובן בעד שמעון שהיו יודעים

שהוא של ראובן ואפ"ה פליג הב"י ע"ש ומ"מ לענין דינא היכא שהיו סבורים שהוא של שמעון נראה כמ"ש ששמעון פטור. עי"ל דע"כ לא פליג הב"י אלא במה דמשמע בהגמ"ר שלא היו האנסים יכולים ליטול משכונו של שמעון רק משכונו של ראובן עד שיתן להם משכונו של שמעון ובהא מסתבר דפטור שמעון כיון שלא היו האנסים יכולים ליטול את שלו א"כ נהי דאנסוהו לראובן ולקחו את שלו אין זה מיקרי אונס כיון שלא אנסוהו רק בממונו אבל אם היו האנסים יכולים ליקח משכונו של שמעון כגון שהיו יודעים היכן הוא מונח בביתו של ראובן והיתה יכולה ידם לשלוט בהם כגון שאמרו אנו יודעים שהוא מונח במקום פלוני ויכולים אנו ליטלו רק מה לנו לטרוח אנו נוטלים את שלך בשביל שמעון וכה"ג הוי כאלו נטלו של שמעון ונוטל ראובן מפקדון של שמעון כל מה שנטלו משלו עבורו ובכה"ג מיירי הרב בהג"ה כמ"ש ואפי' נטל שלו והציל הפקדון כלומר דבמה שנטלו שלו הציל הפקדון ואלמלא שנטלו היו יכולים ליטול הפקדון ודוק:

סעיף קג

שלו כו'. פי' שהעכו"ם נטל שלו מחמת שהציל הפקדון ולא רצה לתתו וכן בהגהת מרדכי שם שהעכו"ם נטלו ע"ש ואפשר כונת הר"ב לומר אם נתן הישראל את שלו והציל הפקדון דכיון שאם לא הי' עושה כן הי' נוטל העכו"ם פקדון הרי הוא כאלו נטלו העכו"ם עצמו ועיין לקמן סימן קכ"ח סוף סעיף ח' בהג"ה:

סעיף קד

נוטל מן הפקדון. לכאור' נרא' דלאו דוקא נוטל מן הפקדון אלא אפי' כבר נתן הפקדון להישראל חייב לשלם לו מה שהוציא עליו כיון דנתחייב לו מתחלה לשלם מה שהוציא עליו מטעם שהיה יכול ליתן להם הפקדון וכן צ"ל בהגהת מרדכי דלאו דוקא שמעכב הפקדון ע"ש ואפשר לפי שהרב ראה שה"ר משה מפונטייזי חולק לכך כתב נוטל מן הפקדון כו' הואיל שהוא מוחזק נוטל ממנו אבל אם כבר נתן לו הפקדון אינו חייב לשלם כדין כל ספיקא דממונא דלא מפקי' מהמוחזק:

סעיף קה

מכנסת כו'. כבר נתבאר סי' ס"ו סי"ב ע"ש:

כתב בתשו' מהר"ר משה אלשיך סימן קכ"ד שמעון מכר בית לראובן וקבל עליו לסלקו מכל ערעורים ושעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי ואח"כ הפקיד שמעון ביד ראובן טבעות זהב ובא שמעון ואמר לראובן הטבעות שיש לי בידך תנם ללוי במע"ש ואחר שנתרצה ראובן בא לוקח מוקדם והוציא לראובן מן הבית ועתה אינו רוצה ראובן ליתן הטבעות ללוי באמרו אלו הייתי יודע לא הייתי מתרצה ליתן לך לכאורה נראה דכיון שלא באו

הטבעות ליד ראובן בתורת משכון על דמי הבית אם יוציאנו לוקח מוקדם אלא בתורת פקדון שאלו היה שמעון תובעם ממנו קודם שיוציאנו המוקדם לא היה יכול ראובן לעכבו בידו מטעם שמא יטרוף המוקדם הבית דמעיקרא לא נתחייב לתת לו משכון אם כן כמו שהי' שמעון יכול ליטלו ממנו יכול ג"כ להקנותו לאחר בקנין או במעמד שלשתן אמנם מטעמא אחרינא יכול ראובן לעכב הפקדון דאפי' כבר נתנו ללוי כיון ששטרו של ראובן מוקדם ושעבד לו מטלטלי אג"ק הוא טורפו מלוי ואע"ג דהאידנא אין טורפים ממטלטלים שמכר משום תקנת השוק וכמ"ש הרא"ש וטור לעיל סי' ס' הא כתבו שם דמשטרות שמכר טורפים ולא שייך תקנת השוק משום דמכירת שטרות לא שכיח וגם לא יצא השטר מרשותו לגמרי שעדיין נשאר בידו כח למחול הלכך חשיב שפיר ממונו לגבות ממנו ב"ח ע"כ וק"ו הכח שגוף הפקדון עדיין אצל המוקדם ואפי' אם הי' הב"ח שהקנה אותם לו שמעון הוא ב"ח מוקדם לראובן וראובן הוא ב"ח מאוחר אפי' שהי' לאותו מוקדם שעבוד דמטלטלי אגב מקרקעי אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה כמו שהכריח הב"י בסי' ס' והרי עתה אחר שהוציאו המוקדם מביתו וקדם וגבה וכ"ש אם מי שהקנ' לו שמעון במעמד שלשתן הוא מקבל מתנה ע"כ דבריו ותמיה לי אם לוי הוא מוקדם האיך יזכה בו ראובן מטעם ב"ח מאוחר שקדם וגבה הלא פשיטא דדין ב"ח מאוחר שקדם וגבה לא שייך אלא כשעדיין המטלטלים הם ברשות הלוה אבל כשמכר' לאחר פשיטא דאין ב"ח מאוחר יכול לגבות ואפי' קדם וגבה מוציאין מידו ונותנין לזה שמכרו לו וא"כ כיון שכבר הקנה לו במעמד שלשתן שהיא מכיר' ממש לכל דבר וכדמוכח בפוסקים בכמה דוכתי היאך יזכה בו ראובן אפי' נתנו ללוי במתנ' הרי הוא שלו לגמרי מיום ההמחא' ומ"ש כמו שהכריח הב"י בסי' ס' לא ידענא מאי קאמר דאדרבה הב"י שם ר"ל דב"ח מאוחר שגבה מטלטלים הב"ח מוקדם ששעבד לו מטלטלי אג"ק מוציא מידו ולא שייך בזה תקנת השוק שהרי הב"ח מאוחר לא קנה המטלטלים מתחל' ואם כן לפ"ז אדרבא אם לוי הוא מוקדם ושעבד לו מטלטלי אג"ק הוא מוציא מראובן ואפי' לפי מה שכתבתי לעיל סי' ס' דגם בב"ח מאוחר שגבה אין מוציאים ממנו היינו משום שלא היו רק משועבדים לראשון משא"כ הכא שהיו מכורים ללוי משעת המחא'. וכן בדין אם היה ראובן מוקדם ללוי אני חוכך ונלפע"ד לפי מאי דקי"ל דהאידנא אין טורפים מטלטלים שמכר משום תקנת השוק א"כ אלו היה בידו של לוי לא הי' ראובן יכול לטרוף מלוי א"כ מה בכך שהוא עתה בידו של ראובן ס"ס הרי לוי קנהו לחלוטים מיום ההמחא' ול"ד לשטרות דהתם כיון דלא שכיח וגם לא יצאו מרשות הנותן לגמרי א"כ לא עשו בו תקנת השוק ואם כן השעבוד דמטלטלי אג"ק קאי אשטרות

אבל במטלטלי כיון דאמרינן דעשו בו תקנת השוק והשעבוד מטלטלי אג"ק שכתוב בשטרות כמאן דלא כתוב דמי לענין מטלטלים א"כ היאך נאמר לחצאין לענין אם הוא ביד המוקדם יטרפו ממי שמכרו לו ואפי' לפי מ"ש הב"י דבב"ח מאוחר שקדם וגבה לא עשו תקנת השוק מ"מ כיון דהוא מודה דבמכיר' עשו תקנת השוק א"כ לא מסתבר לחלק בין מכירה למכירה דמה לי שקנהו במשיכ' והוא בביתו או בשחר קנינים וכיון שכבר קנהו במעמד שלשתן שהוא קניה גמור' מה בכך שהוא עתה ברשות הב"ח מוקדם:

גם מ"ש מהר"ם אלשיך בתחלת התשו' דאין ראובן יכול לעכבו מטעם שהיה יכול שמעון ליטלו ממנו ולא הי' יכול ראובן לעכבו כו' אינו מדוקדק דאפי' הי' חייב לו שמעון חוב ברור כבר והי' יכול ראובן לעכבו מ"מ כיון שלא עכבו ראובן והודה שהוא בפקדון בידו ונתרצה ליתנו ללוי קנהו לוי וכן משמע בפוסקים:

סימן קכז

סעיף א

שלוה מאשתו כו' או מעבדו כו'. אע"פ שכתבו הבעל והאדון שט"ח עליהם:

סעיף ב

ואח"כ גירשה כו'. וכ"ש אם לא גירשה כ"כ הר"ב בא"ע סי' פ"ו ס"ב:

סעיף ג

שכל מה שקנה עבד כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' פ"ט ועיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קצ"ח:

סעיף ד

מה שקנה וכל מה כו'. לפי טעם זה ולפי סברא זו אפילו לא טען הבעל או האדון ברי שהמעות שלהן הדין כן:

סעיף ה

ויש חולקין בזה וס"ל דדוקא אם היו המעות טמונים כשלוה משום דלאגלויי זוזי הוא דבעי אבל באינם טמונים לא ואף בטמונים צריך שיטענו ברי ונתבארו דינים אלו בא"ע סי' פ"ו ועמ"ש שם. ועיין בא"ע סי' פ"ה סעיף י"ב כתבו המחבר והר"ב וז"ל נמצאו ביד האשה מעות או מטלטלין והיא אומרת מתנה נתנו לי והוא אומר מעשה ידיך הם ושלי הם נאמנת וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ויש להחרים על מי שטוען שקר ואם אמר' ע"מ כן נתנו לי שלא יהא לבעלי רשות בהם אלא שאעשה בהם מה שארצה עליה להביא ראיה (הג"ה וי"א הא דאינה נאמנת דוקא במעות טמונים אבל במעות שאינם

טמונים נאמנת לומר שלי הם ודוקא בשאינה נושאת ונותנת בתוך הבית וע"ל סי' פ"ו וי"א דאם לא ראו הממון בידה ויש לה מגו לומר שאין לה או שהחזירה לו נאמנת בכל ענין ועיין בח"מ סי' ס"ב) ואם אמרה אתה נתתו לי במתנה נשבע' שבועת היסת שנתנם לה הבעל ואינו אוכל פירותיהם עכ"ל: ודברי המחבר מועתקים מדברי הרמב"ם פכ"ב מה' אישות ומביאו הטור שם ודברי הר"ב הם ע"פ מ"ש בד"מ שם וז"ל עליה להביא כתב המ"מ שכן הוא דעת הרמב"ן אבל הרשב"א כתב שהיא נאמנת וכ"כ המ"מ פ"ב מה' מלוה ולוה ופ"ז מהל' שאלה ופקדון וכתב נ"י פ' חזקת הבתים דף קס"ב ע"ב דר"י וריטב"א כתבו כדברי הרשב"א דנאמנת ולעיל סי' פ"ו איתא בשם הרשב"א והרא"ש דבמעות שאינם טמונים היא נאמנת ובמעות טמונים אינה נאמנת ועיין לקמן וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תתק"ו דבמעות טמונים אינה נאמנת וכ"כ בשם מקצת מפרשים ובב"י בשם תשובות הרשב"א דכתב וז"ל אע"ג דדעתי נוטה דנאמנת מ"מ לענין מעשה צריך להתיישב בדבר ומיהו אם היתי נושאת ונותנת בתוך הבית פשיטא דאינה נאמנת וע' בתשו' מוהר"ם סי' רס"ח אשה שאמרה שבעלה נתן לה חפצים במתנה ומרדה עליו ויצאה מביתו אם לא ראו החפצים בידה אע"ג דנושאת בתוך הבית נאמנ' במגו דיכול לומר להד"ם או החזרתי לך כו' ע"ש עכ"ל ד"מ (וכה"ג כ' הר"ב בתשובה סי' קט"ו) ודברי הר"ב צל"ע בראש מה שרוצה לחלק בזה לדעת הרא"ש והרשב"א בין מעות טמונים או לא לא נהירא לפע"ד דכיון שהמעות בידה אין טעם לחלק בכך אלא אפי' המעות טמונים בידה נאמנת להרשב"א וסייעתו ודוקא בקנת' מבעלה במעות שלה או בלוה מן האשה הוא דמחלקינן בסי' פ"ו בין מעות טמונים או לא משום דבטמונים שייך לומר לגלויי זוזי הוא דקבעי הבעל וכן הרשב"א בתשובה סי' תתק"ו מיירי להדיא דקנת' חפצים מבעלה דלא קנת' במעות טמונים משום דלגלויי זוזי הוא דבעי עיין שם מה שאין כן הכא וכן מוכח בהרב המגיד דבפ"ב מה' מלוה ולוה גבי לוה מן האשה הביא דברי הרשב"א דמחלק בין מעות טמונים או לא ובפ"ז מה' שאלה ובפכ"ב מה' אישות הביא דברי הרשב"א דכתב סתמא דנאמנת ולא חילק בכך וכן מוכח להדיא בנמוקי יוסף פרק חזקת הבתים שם שהביא גבי לוה מן האשה שהריטב"א מחלק בין מעות טמונים או לא ומיד אח"כ בסמוך גבי מעות ביד האשה כתב שהריטב"א סובר דנאמנת לומר שלי הם ולא חילק אלא ודאי כדפרי' (שוב ראיתי בדרישה בא"ע ובב"ח בקונטרס אחרון שפלפלו שם בזה ולפעד"נ כמ"ש) . גם מ"ש הר"ב וי"א דאם לא ראו הממון כו' הבין שמהר"מ בתשו' סי' רס"ח חולק אהרמב"ם והמחבר והרשב"א וס"ל דאפי' בנושאת ונותנת תוך הבית נחמנת ולא ירדתי לסוף דעתו שהרי מהר"מ מיירי להדיא כשטוען' אתה נתתו לי

וכמו שהעתיק הרב בד"מ לשונו וכן איתא להדיח בתשו' מהר"ם דפוס קרימונ' סי' רס"ח ובהא הרמב"ם והמחבר גופייהו מודו דנאמנת (וכמו שהוכחתי לעיל סי' ס"ב ס"ק ה' ע"ש) ודוקא כשאמרה אחרים נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו אינה נאמנת והחילוק פשוט ומבואר בהרמב"ם ובה' המגיד. ואם כן דברי הר"ב צל"ע:

סעיף ו

הלוה מהגר כו'. וה"ה מי שיש לו פקדון מהגר דאע"פ שלא עשה לו טובה אם היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה יחזיר להם ורוח חכמי' נוחה הימנו ולאפוקי דעת י"א וכן הסכמת התוס' והר"ן והטור ועיקר:

סעיף ז

אבל אם היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה אינו חייב להחזיר ואם בא להחזיר רוח חכמים נוחה הימנו כן מוכח ממתני' סוף שביעית לפירש"י והמחבר וסייעתו דתנן התם לא יחזיר לבניו ואם החזיר רוח חכמים נוחה הימנו ומ"ש הב"ח בזה בדעת הטור דלכתחילה לא יחזיר דפלוגתא דרש"י ור"ת הוא לענין דיעבד אם עבר והחזיר לא מחוור לפע"ד דהא רוח חכמים נוחה הימנו קאמרינן ואם איתא דאיכא איסורא לכתחלה האיך שייך לומר רוח חכמים נוחה הימנו אלא העיקר שט"ס הוא בטור וכמ"ש הב"י ונ"ל בטור כמ"ש המחבר כאן וכוונתו דבהורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה נכון להחזיר להם ורוח חכמים נוחה הימנו וכן הוא להדיא ברמזים פ"ק דקדושין שחבר הטור סי' כ"ד וז"ל הלוה מן הגר שנתגיירו בניו עמו או שהיה לו פקדון ממנו ומת לא יחזיר לבניו ואם היו הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה יחזיר להם ע"כ וכן הוא מסקנת הרא"ש ועיקר:

סעיף ח

הורתן שלא בקדושה. היינו כשאמו היתה ג"כ עכו"ם אבל כשאמו מישראל ונתעברה מעכו"ם כיון דבכה"ג אינו יורש לאביו כלל דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כמות' וגם אם היו שניהם חוזרי' לסורם לא היה יורש את אביו דבתר אמיה שדינן ליה לא יחזיר להם כן מתבאר מהרא"ש והר"ן:

סימן קכח

סעיף א

ואפי' הי' עליו משכון כו'. עיין מה שהעליתי לקמן סוף ס"ק ה' דבהי' בידו משכון הוי ספיקא דדינא והממע"ה ואי תפס לא מפקי' מיניה:

סעיף ב

אין הלוה חייב לשלם כו'. כתב הסמ"ע וז"ל ול"ד למוכר שט"ח דחבירו יכול לגבותו מהלוה דשאני התם דמוכר השט"ח בכתיב' ומסירה ומעמיד לוקח השטר במקומו לגבות מלוה שלו מה שאין כאן דמיירי שפרע חובו של חברו ואינו לוקח כח ורשות מקודם לכן מהמלוה וק"ל וזהו דלא כיו"ש בשארית יוסף בתשובתו סימן נ"ח דדימה את שניהן להדדי ודו"ק ע"ש עכ"ל ולפעד"נ דשלא כדת השיג על הש"י בזה בעובדא דש"י לא הי' כתיבה ומכירה רק שעכו"ם מכר שט"ח של ישראל בלא כתיבה ומסירה כדמוכח להדיא בלשון השאלה שם שלא הוזכר שם שהיה כתיבה ומסירה וגם איתא שם וז"ל וזה משיב איני חייב לך כלום כי לאו בעל דברים דידי את ואי היה לו כתיבה ומסירה לא שייך לומר לאו בדד"א ועוד דבשארית יוסף שם כתב וז"ל אע"ג שכתב בעל נ"י בפ' מי שמת עכו"ם שמכר שט"ח לישראל כיון שבדיניהם כל זכותו מכר לו בדיניהם דיינינ' לי' אם חזר ומחלו אינו מחול וכן כל שנותן בדיניהם אפי' בלא כתיבה ומסיר' משלם ע"כ וכ"כ גיסי כמהר"ר משה ובהג"ה ש"ע סי' ס"ו סעיף כ"ה י"ל ששם מדבר בענין שהישראל הרשהו לקנות ואינו משמיענו אלא שקנייתו קנין אבל מאן לימא לן כשפורע חובו שלא ברשות ישראל שלא יהא בכלל פורע חובו שהוא פטור עכ"ל. ואם איתא ה"ל להקשות מש"ס וכל הפוסקים מהכלל דמכירות שטרות אלא ודאי דלא עלה על דעתו לדמות מכירות שטרות בכתיבה ומסיר' לפורע חובו שלא מדעתו רק שבא להקשות מהנ"י ומהרמ"א דבדיני עכו"ם א"צ כתיבה ומסירה ואם כן השארית יוסף מודה להסמ"ע לדינא ואין כאן השגה כנלפע"ד ברור:

ומ"מ מה שנרא' מהשארית יוסף דגבי עכו"ם בעינן שיפרע מדעתו כשלא נתן לו העכו"ם כתיבה ומסירה אינו מוכרח ופשט דברי הנ"י ומהרמ"א משמע דגבי עכו"ם בלא כתיבה ומסירה דינו כמו גבי ישראל בכתיבה ומסירה וכן משמע להדיא בתשובת מהר"מ מלובלין סי' כ"ב ע"ש וכן נראה עיקר:

סעיף ג

ואפילו אם היה המלוה דוחקו לפרוע כו'. גם דין זה אף ע"פ שכתבו המחבר בפשיטות ולא הביא בב"י שום מחלוקת בדבר לפע"ד הרבה חולקים בדין זה ונלפע"ד דהוי ספיקא דדינא וכמו שאבאר. שהרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והגה' מיי' שהביאו הירושלמי השמיטו בעל חוב דוחק וכן השלטי גבורים בשם ריא"ז ואע"ג שהיה אפשר לומר שסמכו עצמם אמה שכתבו סתמא מ"מ אין זה עיקר לפע"ד דכיון דבירושלמי פלפלו בזה ה"ל לכתוב האי דינא בפי' אלא נראה דסבירא להו דבע"ח דוחק צריך לשלם והיינו משום דכיון

דהירושלמי הוציא כן ממשנה דשוקל שקלו ואי לא שקיל ממשכנין אלמא דלא ס"ל להירושלמי דאפשר לאוקמא באבוד וגבוי וא"כ כיון דבש"ס דילן דכתובות מוקי הך מתני' באבוד וגבוי לא מוכח האי דינא דירושלמי ממתני' וכדאיתא בתו' בשם ר"ת וממילא לא קי"ל הכי (שוב מצאתי בסוף ספר גדולי תרומה שכתב דלא ס"ל להרי"ף והרמב"ם כהירושלמי בבעל חוב דוחק ע"ש):

ותו נראה דמסקנת הירושלמי גופי' דבע"ח דוחק חייב לשלם דהכי גרסינן בירושלמי בנדרים פרק אין בין המודר עד כדון בבע"ח שאינו דוחק בבע"ח דוחק נשמענה מן הדא תדע לך שהוא כן דתנינן ומקריב עליו קיני זבין וקיני זבות ויולדות חטאות ואשמות בשלא נכנס לידיו כלום וכאן בשלא נכנס לידיו כלום ע"כ ונראה דה"פ דתנן בפ' אין בין המודר בהך מתני' דשוקל שקלו דהכהן שהדירו יכול להקריב עליו קינין כו' ומשמע ליה להירושלמי דמקריב משלו והתם אי לא הוי בעל בית מקריב ודאי היו ממשכנים אותו דכיון דשל גבוה הוא למאן פייס ומשני מי סברת דהתם מיירי בשלא נכנס לידו של כהן אלא איכא לפרושי שכבר הפריש קרבנותיו ונאבדו מיד הכהן ותו לא מחייב בע"ה והיינו כדמוקי בש"ס דילן באבוד וגבוי וכמו שפירשו התוס' שגבה ונאבד מיד השליח דתו לא מחייב באחריותו וכאן כשלא נכנס לידיו כלום כלומר וכאן הרי לא נתן להפורע כבר מעות לשלם וא"כ י"ל דבע"ח דוחק חייב לשלם כן נלפע"ד שיטת הירושלמי והשתא מוכח מהירושלמי דאף בשוקל שקלו אפשר לאוקמי בנכנס לתוך ידיו דהיינו באבוד וגבוי דאל"כ אמאי לא פשיט משוקל שקלו ואפי' לפי גי' הירושלמי דכתובות דמייתי מעיקרא ראיה משוקל שקלו מ"מ משמע דלמסקנ' הירו' דהתם דמסיק נמי בשנכנס לידו כלום (ע"ש שיש ט"ס וצריך להגיה כמו דאיתא בנדרים) דאהך דשוקל שקלו נמי קאי חדא דהא ודאי כי היכי דאיכא לאוקמי הך דקינין בנכנס לתוך ידיו כלום ה"נ איכא לאוקמי הך דשוקל שקלו. ועוד דאל"כ למאי נ"מ הדר ומייתי ראי' מקינין ודחי לה כיון דמ"מ איפשטא לה משוקל שקלו אלא ודאי האי דיחוי בנכנס לתוך ידיו כלום אכולהו קאי ור"ל דמשוקל שקלו נמי לא מוכח מידי וכדפי' ועל כן בנדרים לא מייתי בירושלמי הך דשוקל שקלו משום דשוקל שקלו ומקריב קינין חדא ראי' היא. ודוחק לומר שט"ס הוא בירושלמי בנדרים דודאי קשה לומר שחסר ראיה גמורה ופלפול שלם. ועוד שכבר הוכחתי דאפי' לגירסת הירושלמי דכתובות הפי' כן דהירושלמי דאי דהך דשוקל שקלו והך דמקריב קינין מיירי שנכנס לידו כלום כלומר באבוד וגבוי אבל הך דפורע אי אפשר לאוקמי באבוד וגבוי כלומר שנתן לו כבר לפרוע ונאבד ממנו דא"כ קשיא ממ"נ אי הלוה חייב באחריות המעות הדרא קושיא לדוכתא אמאי פורע חובו ואי

השליח חייב באחריות פשיטא אבל בשוקל שקלו אשמועי' דאע"ג דמצוה קעביד ויש לו חלק בקרבנות צבור שרי וכדקאמר בש"ס דילן ע"ש כן נלפע"ד דעת הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והגהת מיימוני וש"ג בשם ריא"ז שהשמיטו הך דבע"ח דוחק בירושלמי:

וא"כ לענין דינא נלפע"ד דבבע"ח הוי ספיקא דדינא דאף ע"ג דלקמן ס"ק ה' הבאתי יותר מל' פוסקים דס"ל פורע חובו שלא מדעתו פטור היינו בסתם חוב אבל בבע"ח דוחק לא אשכחן הכי זולתי מקצת פוסקים הוא שפסקו כן וא"כ הא ר"ח ורבינו תם והרא"ש והבית חדש והסמ"ע דפסקו בלאו הכי דחייב וא"כ בבע"ח דוחק איכא נמי הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והגה' מיי' וש"ג בשם ריא"ז וא"כ בהאי דינא אדרב' רבו המחייבים. ועוד דבסתם פורע חובו היא דנראה עיקר כהפוסקים הפוטרים משום דכן נראה בש"ס דילן ובירושלמי וכמש"ל משא"כ בבע"ח דוחק וכמ"ש. וא"כ עכ"פ נראה דהוי ספיקא דדינא דהיינו אי תפס הפורע בבע"ח דוחק לא מפקינן מיניה:

סעיף ד

"**אמרי' דהי' הלוה מפייס כו'**. טעם זה קאי אדלעיל בפורע חובו שלא מדעתו אבל במלוה דוחק לא שייך האי טעמא אלא טעם אחר כדאיתא בתוס' בפ' הכונס שהייתי מוצא אוהבים שהיו פורעים עבורי שהוא מעין טעם זה וכמ"ש לקמן ס"ק ו' בשם תשו' מיי' ע"ש והמחבר קיצר בדבר:

סעיף ה

וכן נ"ל עיקר כו'. כתב הסמ"ע וז"ל ומ"ש מור"ם שנ"ל כן עיקר בד"מ כ"כ ומטעם שכתב הב"י שהשיג על הטור במ"ש בשם הרא"ש דס"ל כר"ת והוא הביא ראי' דלא ס"ל כותי' ולפי מ"ש בדריש' והוכחתי דהדין עם הטור דהרא"ש ס"ל כר"ת נלע"ד דהלכת' כותייהו והן דעת החולקי' ובפרט מאחר שמהרי"ו שהי' בתראי ג"כ פסק כותייהו וק"ל עכ"ל וכה"ג כ' הב"ח דדעת הרא"ש כר"ת והלכך ה"ל ספיקא דדינא והמע"ה ואי תפס הפורע לא מפקינן מיניה ע"ש ולפעד"נ דהפסיד מעותיו וכמו שכ' המחבר ואפי' תפס הפורע מפקי' מיניה לפי שכן נראה עיקר בש"ס דילן וגם אביא בסמוך יותר משלשים פוסקים דסברי כן וא"כ פשיטא דהחולק בטל בשלשים וגם בירושלמי מפורש כן וכן פירש"י בש"ס וכ"פ הרי"ף והרמב"ם פרק כ"ו מה' מלוה וה' המגיד והמגדל עוז שם וכן דעת הגה"מ שם וכן דעת ר"י וריב"א בעלי התו' כמבואר בתוס' ושאר פוסקים וכן דעת בעל העיטור באות כתובה דף ע"ט סוף ע"ב וכן דעת המרדכי ואגודה פרק הכונס ופ' הגוזל ופ' שני דייני גזירות וכן דעת הר"ן וכן דעת הנ"י פר' הכונס וכן מוכח להדיא דעת הנ"י והריטב"א שהביא הב"י לקמן סי' קכ"ט סעיף ז' וכ"ד ר' ירוחם נתיב ה' וכן נראה

דעת הראב"ד בהשגות שם וכן מוכח דעת בעל התרומות מדפסיק גבי ערב שפרע למלוה שלא מדעת הלוה בשער ל"ה ושער מ"ד דהפסיד מעותיו מטעם פורע חובו שלא מדעתו וכ"פ הבעה"ת להדיא בסוף ספרו ע"ש. וכן מוכח להדיא דעת הרמב"ן שהביא הבעה"ת שער ס"ז סוף ח"ב והעתיקו הב"י בס"ס ק"ה ע"ש. וכ"ד ראב"ן ס"פ שני דייני גזירות וכ"ד הסמ"ג עשין צ"ד דף קע"ט ע"ד וכ"ד מהר"מ וכדאי' במרדכי פ' הכונס ובהגה' מיי' שם ובתשו' מהרי"ו (דפוס הענאוי') סי' פ"ב והוא בתשו' מהר"מ דפוס פראג סי' ל"ט וסי' תתקצ"ב וכן מוכח דעת הרשב"א בתשובה שהביא ב"י סי' זה וסי' קס"ג וס"ס קע"ז וכ"פ בהגה' אשרי פר' הכונס בשם מהרי"ח ופ' שור שנגח ארבעה וחמשה בשם א"ז וכ"פ בשלטי גבורים פ' ב' דייני גזירות וכ"ד המחבר והרב וכ"כ בתשו' מבי"ט ח"א סי' רכ"א וכ"כ בתשו' מהרשד"ם סי' קי"ח וכ"פ בתשו' שחרית יוסף סי' נ"ח וכ"פ בתשו' מנחם עזרי' ספ"ו וכ"פ מהרש"ל פ' הכונס סי' י"ג וכן דעת מהר"מ מלובלין בתשו' סי' כ"ב:

ומ"ש הסמ"ע לפסוק כר"ת כיון דהרא"ש ומהרי"ו ס"ל הכי לא נהירא לפע"ד דאפי' יסברו הרא"ש ומהרי"ו כן יחידי' הם נגד כל הנך רבוותא יותר משלשים פוסקים ובפרט שבירושלמי מפרש דלא כר"ת ומ"ש ר"ת דש"ס דילן חולק אירושלמי ליתא אלא איררבא ש"ס דילן סובר כהירושלמי בהא וכדאי' בהר"ן ועוד שנראה עיקר כמ"ש הב"י דגם דעת הרא"ש כפירש"י וסייעתו. וכן מוכח להדיא בתשובת הרא"ש כלל ע"ד סי' ה' שהבאתי לעיל סי' ע"ז ס"ק ה' וכן נראה דעת הרא"ש פ' הכונס וכן מוכח עוד ממ"ש הרא"ש פ' חזקת הבתים סי' י"ד גבי ההוא ערב' דפרע למלוה דמירי שהיה ערב קבלן משמע דאל"כ לא היה הלוה חייב לפרוע כיון שפרע לו שלא מדעתו ע"ש ודו"ק:

וגם מהרי"ו לא פסק להדיא כר"ת רק ז"ל בסי' קס"ז ואל תשיבני שמקצת רבותינו פסקו הפורע חוב חברו דפטור מלשלם לו היינו משום שלא הי' ביד הפורע כלום משל הלוה מסתמא אמדו רבנן דעתיה שהיה בדעתו (בידו) לפטרו אבל הכא בנדון דידן כיון שהיה ביד לאה משל רחל סתמ' דמילתא דדעתה לפרוע ממה שבידה מממון רחל ועוד הא פליגי ר"ת ור"ח וס"ל הפורע חוב חברו דצריך לשלם לו באשרי פ' שני דייני גזירות עכ"ל ולא בא לו' דקי"ל כר"ת ור"ח אלא ה"ק כיון דפליגי ראוי לצרף דעתם לנדון זה שהיה בידה משל רחל או אפשר שכוונתו שכיון שהיא מוחזקת יכולה לומר קים לי כר"ת ור"ח כשאר ספיקא דדינא. מיהו לדידן לא הוי ספיקא כלל והעיקר דהפסיד מעותיו ואפי' תפס מפקינן מיניה אלא דהיכא דהי' ממון של הלוה בידו בתחל' בשעה שפרע לא הפסיד מעותיו מטעמא קמא דמהרי"ו וכמ"ש לקמן.

מיהו היכא דהיה עליו משכון ונטלו זה שפרע נלפע"ד דהוי ספיקא דדינא ואם המשכון ביד הפורע לא מפקי' מיני' דאע"ג דבירושלמי ורי"ף ורמב"ם ושאר מחברים מפורש דאפי' במשכון הפסיד מעותיו מ"מ כיון דר"ת ור"ח ס"ל דאפי' בלא משכון לא הפסיד מעותיו וכן נראה דעת הטור וכ"ד הסמ"ע וגם הב"ח פסק דאפילו בלא משכון הוי ספיקא דדינ' וגם מהרי"ו משמע דמספקא ליה מיה' וכמ"ש בסמוך וגם בתשובות מהר"י ן' לב ספר שני ס"ס נ"ז פסק דהיכ' שהוא מוחזק מצי למימר קים לי כר"ת א"כ פשיטא דבמשכון מצי המוחזק לומר קים לי כר"ת וסייעתו כיון דלא איתפרש בש"ס דילן או בשאר פוסקים דגם במשכון הדין כן וכן פסק בתשובת מהר"ר שלמה כהן ספר שלישי סימן ק"ז דיכול הפורע להחזיק במשכון ולומר קים לי כר"ח ור"ת ע"ש. ואע"ג דכתבתי דלא קי"ל כר"ח ור"ת אפילו תפס היינו משום דבש"ס דילן לא נראה כותייהו וגם כל הנך רבוותא טובי שהבאתי פליגי עלייהו אבל במשכון לא הוזכר בש"ס דילן והנך רבוותא מידי ויכול להיות דש"ס דילן וכל הנך רבוותא מודים במשכון דלא הפסיד מעותיו הלכך נהי דבירושלמי ורי"ף ורמב"ם וסייעתם מבואר דאף במשכון דינא הכי מ"מ ר"ת ור"ח וסייעתו שהבאתי לעיל לא ה"ל יחידאי לגבייהו ויכול המוחזק לומר קים לי כותייהו כן נ"ל להורות):

סעיף ו

וי"א דוקא כשפורע לישראל כו' עד וכן ראוי להורות. דברי הר"ב תמוהים לפע"ד בזה שהבין מתשו' מהרי"ל סי' פ"ב דבר שאינו וגם הוא נגד הרבה פוסקי' והדין ברור דאין חילוק בין ישראל לעכו"ם וכמו שאבאר. שבמרדכי פרק הכונס בתשו' מהר"מ מוכח להדי' דאפי' בע"ח עכו"ם הפסיד מעותיו ותלה שם הכל בחייב כדין או שלא כדין (וכן הוא בקצרה במרדכי והגהת אשר"י פרק שני דייני גזירות) והיא בתשובת מהר"מ דפוס פראג סי' ל"ט והכי מוכח ג"כ בתשובת מהרי"ל סי' פ"ב וכן פירש להדי' בתשובת שארית יוסף סימן נ"ח דברי תשובת מהרי"ל ופסק כן בפשיטות דאפי' בעל חוב עכו"ם הפסיד מעותיו והוא אמת בלי ספק דמי גרע בע"ח עכו"ם מבע"ח דוחק ודלא כתשובת מהרשד"ם (סי' קכ"ו וסי' קל"ה וסי' תי"ח) שהבין מהמ"כ שהביא ב"י כמו שהבין הרב ע"ש שכל דבריו מגומגמים ועוד דהא בירושלמי מביא ראיה משוקל שקלו דממשכנין והתם לא שייך מפייסינ' הוה ומחיל לי דגבי הקדש למאן מפייס ומאן מחיל אלא ודאי כמ"ש התו' פר' הכונס דף נ"ח ע"א דגבי בע"ח דוחק הטעם דאוהבים היו פורעים עבורו וזה שייך ג"כ בבע"ח עכו"ם. ועוד דבתשו' מהרי"ל שם כתב וז"ל אלא שהעכו"ם נצחם בזה שלא באו להשיב והיינו גזלה פשיטא שאין אוהבו פורע בעבורו כדחילק מהר"מ

על הפודים את השבויים כו' והיינו תשובת מהר"מ שבסי' ל"ט ובמרדכי ובתשובת מיי' שאביא לקמן איתא שם להדי' כן על הפודים את השבויים כו' וכן מוכח להדיא מדברי מהרי"ק שורש קנ"ה ומביאו ב"י בסי' זה בקצרה (וגם במרדכי והגהת אשרי פרק שני דייני גזירות דכתבו גזלן עכו"ם אינו מתרצה רק בריצוי כסף אין כוונתם לומר דעכו"ם אינו מתרצה רק בריצוי כסף אלא כוונתם לומר דגזלן אינו מתרצה רק בריצוי כסף תדע שהרי שם הם דברי מהר"מ בהך תשוב' דפודין את השבויי' אלא שקצרו דבריו וכוונתו לומר דגבי גזלן אין שייך אוהבים פורעים ולא מפייסינ' הוינ' ליה) וז"ל תשו' מיי' לספר נזיקין סי' י"ז בתשובה דפודין את השבויי' כו' ואותן שאומרי' ששמעון לא יתן כלום מדמי פדיונו דדמי לפורע חובו ומבריח ארי בעלמא הוא כדאמר בירושלמי אפי' בבע"ח דוחק הא ליתא דמבריח ארי לא שייך אלא היכא שמציל מן הצער ולא מן ההפסד אבל היכא שמצילו מן ההפסד לא הוי מבריח ארי ומשלם לו ואע"ג דההיא דפורע חובו מצילו מן ההפסד ואפ"ה קרי ליה מבריח ארי שאני התם כיון דמן הדין היה חייב הלוה לפרוע למלוה לא קרי ליה הפסד כן פירש"י וא"כ בנדון זה דהצילו מן ההפסד חייב לפרוע לו שהרי היהודי לא נתחייב להגמון כלום מן הדין ואפי' לפי תירוץ שני שתירץ ר"י דלהכי הוי פורע חובו מבריח ארי ואפי' בבע"ח דוחק משום שיכול לומר הייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעי' עבורי דהיינו מעין אותם טעמים כי יש אהובים שמרחמי' על אוהבם להצילם מן הצער הזה מ"מ בנדון זה חייב שהרי צ"ל דלא שייך האי טעמא אלא בחוב שנתחייב אוהבם מן הדין אבל בזה בעלילה ובאנפרות וגזל לא שייך האי טעמא עכ"ל הרי מבואר להדיא משום דההגמון בא שלא כדין הא לאו הכי הפסיד מעותיו וכן הוא בהדיא בתשובת מהר"א ן' ששון סי' ע"ו ע"ש שביאר יותר הדבר והכי מוכח נמי ממה שפסק מהרי"ו סי' קס"ו דחייב מכח שיש של חברו בידו ולא חייבו מטעם דמשלם לעכו"ם אלא ודאי כיון דהיה חייב לו כדין וכדאיתא התם במהרי"ו להדיא דהיה חייב לשלם לעכו"ם מן הדין אין חילוק בין ישראל לעכו"ם והכי מוכח נמי מתשובת הרשב"א שהביא ב"י סי' זה בנאמני הקהל שלוו מהעכו"ם אלף דינרים כו' דכתב אין זה כפורע חובו שלא מדעתו שזה מוכרח לפרוע מחמתו ומחמת כל הקהל דכשותפים הם כו' משמע הא לאו הכי הוי פורע חובו שלא מדעתו אעפ"י שהיה הבע"ח עכו"ם וזה ברור ודברי הר"ב צל"ע. וא"כ לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק ג' דבבע"ח דוחק הוי ספיקא דדינא ה"ה בב"ח עכו"ם דהוי ספיקא דדינא ואפשר דאפילו מאן דפליג בבע"ח דוחק מודה בב"ח עכו"ם דהפסיד מעותיו ודוק:

סעיף ז

וכל שכן אם פדה כו'. ולפי מה שהוכחתי בסמוך דאין חילוק בין ישראל לעכו"ם א"כ גם בפדה משכונו מעכו"ם אין חילוק והוי ספיקא דדינא וכמו שהעליתי בסוף ס"ק ה' בפדה משכונו מן הישראל ע"ש (עיין בתשו' מהרשד"ם סי' צ"ט):

סעיף ח

אבל אם היה בידו משל חברו כו'. בתשו' מהר"מ מלובלין סי' כ"ב גמגם בדבר זה וכתב דברי מהרי"ו צריכים ישוב דלפי טעם הירושל' דמפייסינ' הוינא לי' ומחיל לי משמע דאפי' יש בידו משל חבירו הפסיד מעותיו ולפענ"ד דדינו של מהרי"ו אמת וכדמשמע בתו' פ' הכונס ופוסקים דעיקר טעמא דהפסיד מעותיו משום דהוי כמבריח ארי מנכסי חברו אע"ג דאית ליה פסידא דכיון דמבריח מדעתו אמדוהו רבנן דעתיה דמסתמא לשם מצוה קעביד כמו שפירש"י ודעתו לפטרו ואם כן כיון דשל חברו בידו מסתמא אין דעתו לפוטרו ולא הוי מבריח ארי ולא הוי מצי למימר מפייסינ' הוינא ליה ומחיל לי כיון דאית ליה פסידא:

ועוד נלפע"ד ראייה לדין זה ממ"ש הגהות מרדכי סוף כתובות והר"ב בהג"ה בא"ע סי' ע' ס"ח דאפי' בין אשת חברו ושל חבירו בידו מנכה ממה שבידו ע"ש ודלא כמהר"א ן' ששון בתשובה סי' ע"ו שהאריך להסתפק בדין זה שיש בידו משל חברו ואישתמיטתיה תשו' מהרי"ו והגהות מרדכי הנ"ל ע"ש בהגה' מרדכי שיש שם קצת טעות סופר ואע"פ שלפי מה שהגיהו מהר"מ מטיקאטין ובעל גדולות מרדכי בהגה' מרדכי שם לא מוכח מידי מ"מ המדקדק היטב שם יראה שאין הגהתם נכונה אלא כך צ"ל אפי' חמיו אינו חייב לו רק תופס פקדונו וכ"פ מהר"ר עובדי' ספורנו בתשו' מנחם עזרי' סי' פ' ריש דף פ"ב ובסמ"ע ס"ק ה' הביא ג"כ ראיה לדינו של מהרי"ו מלעיל ס"ס ק"ה שכתב ואם מסרו הנפקד ליד מלוה פטור כו' וכ"כ בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ע"ו שמדברי הרמב"ן וב"י דס ס [הנ"ל] מוכח דאם הי' של חבירו בידו לא הפסיד מעותיו ולפע"ד אין משם ראיה דהתם שאני דמה שהיה בידו משל חבירו אותו דבר בעצמו נתן להמלוה משא"כ הכא דפרע משלו אבל מהגה' מרדכי שהבאתי יש ראיה נכונה:

וכל זה כתבתי לדעת מהרי"ו והנמשכי' אחריו אבל לפי מה שהוכחתי לעיל סי' פ"ו סעיף ב' ס"ק ה' באריכות מן הש"ס ופוסקים דשעבודא דר' נתן מדאורייתא הוא אפי' אית ליה נכסי רק דאין מוציאין מן הלוה בעל כרחו בדאית ליה נכסי כשאינו רוצה לשלם משום פסידא דיליה ואם הוא רוצה לשלם מוציאין ממנו מדר' נתן אם כן אין צריך לכל זה ופשיטא דהכא דינו של מהרי"ו והר"ב אמת בלאו הכי מטעמא דר' נתן וכן משמע

בהגה' אשר"י מאור זרוע פ' שור שנגח ד' וה' ע"ש וכן בהגה' מרדכי בסוף כתובות שם וכ"כ הטעם משום דחייב מדר' נתן והיינו כמ"ש דהך דר' נתן היינו אפי' אית ליה נכסי כן נ"ל ברור ולחנם נבוכו מהרי"ו והר"ב ושאר אחרונים בדין זה:

סעיף ט

וי"א דאפי' נתן משכון שלו בשביל חבירו הואיל ואם רצה היה יכול לתת ממון או משכון של חבירו וכן הוא בעיר שושן ודבר זה הוציא הר"ב בד"מ מהגה' מרדכי פ"ג דבתרא ולפע"ד צ"ע דבהגה' מרדכי שם מיירי שאם לא נתן משכון שלו היו נוטלים האנסים של חבירו בחזקה וכדלעיל ס"ס קכ"ו משא"כ הכא וא"כ יכול לומר דדוקא כשהיה פורע ממש מה שעשה עשה משא"כ כשנתן משכון ולא פרע עדיין וצ"ע. ולפי מ"ש בסמוך דשעבודא דר"נ שייך אפי' אית ליה נכסי אם כן לא נ"מ בזה ואפי' לא נתן לו משכון עדיין הרשות בידו לפרוע לו וכמ"ש לעיל ס"ס ק"ה בשם חידושי רשב"א בפ' שור שנגח ד' וה' ע"ש וכן עיקר:

סעיף י

אין חבירו חייב לשלם כו' אע"פ שחבירו חייב להם כן הוא במרדכי פרק הגוזל בתרא וכן מוכח בתשובות רשב"א שהביא ב"י סי' קס"ג מחו' ט':

סעיף יא

מלמד שהי' כו'. דין זה אינו נראה לפע"ד כיון דמיירי שהמלמד הפסיד משכנות העכו"ם וחייב ע"פ הדין וכדמשמע בהגהת מרדכי שממנו מקור דין זה וגם מדברי הרב משמע כן וכן משמע בסמ"ע ס"ק ח' להדיא א"כ למה לא יעכב משל המלמד מחמת מה שהוצרך לשלם עבורו ואפי' למאן דס"ל פורע חובו של חברו אפי' לעכו"ם פטור וכן למאן דס"ל דמי שנתפס על חברו אפי' חייב חברו מן הדין לשלם פטור מלשלם שאני הכא שנתחייב חברו מחמת שזה היה בביתו א"כ ע"י שהיה בביתו נתחייב והוא חייב באמת והוצרך זה לשלם עבורו נראה דחייב לשלם לו ויכול לעכב מה שבידו. ומה שהוציא הרב כן מהגהת מרדכי סוף בבא בתרא בשם תשובת מהר"מ נלפע"ד דאין הפי' בהגהת מרדכי שם כן ואדרבא משמע שם איפכא ע"ש ותראה שיש קצת ט"ס ור"ל שרצה לעכב ממון שהיה למלמד אצל בעה"ב אחר ופסק מהר"מ דאינו יכול עד שיודיע למלמד תחלה והיינו דמייתי שם ראיה מנכסי דאינש אינון ערבין ואין נפרעים מן הערב תחלה ע"ש ואי כהבנת הר"ב מה ענין נכסי דאינש אינון ערבין ואין נפרעים מהערב תחלה לכאן. וכן הוא להדיא בתשו' מהר"ם דפוס פראג סימן ל"ז ומייתי לה המרדכי (והגהת אשר"י) סוף פרק הכותב ומביאו הב"י בקצרה בס"ס פ"ו א"כ אדרבה משמע איפכא דכל שהודיעו למלמד יכול

לעכב אפילו המעות שביד הבעה"ב האחר ואם כן פשיטא שהמלמד חייב לשלם ויכול הבעה"ב לעכב המעות שתחת ידי עצמו (וכן משמע להדיא בתרומת הדשן בתשובה סי' ש"ד ובפסקים וכתבים סימן ס"ד בשם מהר"מ כמ"ש ע"ש) וכתב עוד בת"ה ובפסקים וכתבי' שם דמהר"מ מיירי בענין שהיה התובע רוצה שימסרו לידו נכסי הנתבע והכי משמע שם הלשון בהדיא וכן ההיא דמייתי מיניה ראי' בפ' גט פשוט נכסי דאינשי אינון כו' מיירי בהדיא בהכי אבל לעכב ממון הנתבע ביד אחר עד שיברר התובע תביעתו עבדינן וע"ל סימן ע"ג וכן משמע להדיא בתשובת מהרי"ו סי' קס"ה דיכול לעכב המעות שבידו מחמת מה שהיה צריך לפשר עם עכו"ם ע"ש ואולי יש להגיה בדברי הר"ב והניחו מעותיו ביד בעה"ב אחר כו' ודוחק. ועוד דא"כ לא ה"ל לכתוב דין זה בכאן רק לקמן סי' קכ"ט גבי דיני ערב וגם בע"ש משמע שהבין כפשוטו וגם בסמ"ע ס"ק ח' הבין כפשוטו וע"כ דחק דל"ד למ"ש לפני זה דפורע חובו שלא מדעתו לעכו"ם חייב כו' ולא דמי לבאו אנסין על הפקדון דס"ס קכ"ו ע"ש וכל זה הוא ללא צורך לפי מ"ש דהכא יוכל לעכב המעות שתחת ידו ואדרב' נלפע"ד דל"ד לבאו אנסי' על מלוה דס"ס קכ"ו דחייב דהתם אנסוהו שלא כדין משא"כ הכא ודוק:

סעיף יב

והניח קצת מעותיו כו'. והעכו"ם לא עכבוהו לבעה"ב מחמת מעות המלמד שבידו רק שהוצרך לפשר עמהם מחמת שהיה המלמד בביתו וכן משמע להדיא בסמ"ע ס"ק ח' אבל אם עכבו מעותיו ובשביל כך הוצרך לפשר עמהם פשיטא דגם הרב מודה דמלמד חייב לשלם וכדמוכח לעיל ס"ס קכ"ו ואפי' באנס כ"ש הכא דחייב מן הדין וכן מבואר ממ"ש הר"ש בתשובה סימן פ"ו דף קע"ו ריש ע"ד וז"ל וכ"ש אם היתה חייבת לשופט מחמת שחדים והוצרך לשלם שחייבת ולכן כ"ז ששמעיה מוחזק נאמן בשבועתו ואם אינו מוחזק ויכול לברר שהוצרך לפרוע בעדו מכח שעכבוהו מחמת הכתב שלה שהי' בידו חייב לשלם עכ"ל וע"ש:

סעיף יג

אין לך מי שנתפס כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קכ"ג קכ"ד ובתשובת מהרשד"ם סי' נ"ה וקע"ו וש"מ ושכ"ה ושכ"ט:

סעיף יד

מפני המס כו'. כ' בשלטי גבורים פ' לא יחפור סוף דף קס"ט דוקא מפני המס של מלכו' זו אבל היכא שמשכנוהו לראובן שהוא ממלכות אחר בשביל מס שמעון ממלכות זו כיון שהמלך גזלו ואנסו אין שמעון חייב כלום ע"כ וע"ל סי' שס"ט:

סעיף טו

בכל שנה כו' כ' מהרש"ל פ"ו דב"ק סי' כ"א דהאידנא דין המלך לגבות לעול' ובפרט כמה פעמים מלכי האומו' שעושים חסד עם ישראל ומרויח המס לכמה שנים ולכן לעולם ממשכנין וע"ש:

סעיף טז

על התשורה כו'. כתב הב"ח דהיינו דוקא בתשורה דבר קצוב על כל איש ואיש אבל מתנה פרטית של איש פרטי שהתנדב למלך ליתן כל שנה ושנה אין שום אדם נתפס על מתנת יחיד כדמוכח במרדכי פרק הגוזל בתרא שמביא בית יוסף ס"ס זה וע"ש:

סעיף יז

שנותן כל איש ואיש למלך כו'. כתב הרב המגיד שאפשר לומר שכיון שהם חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין ואין צריך לומר אם לקחם המלך מזה כדין מחמת חברו שחברו חייב לשלם עכ"ל ומביאו בית יוסף וע"ל ס"ס שס"ט:

סעיף יח

ויש אומרים כו'. לא ידענא למה כתב הר"ב דין זה בשם י"א וגם בד"מ וב"י כתבו כן בשם הגהת מרדכי וכן בסמ"ע ס"ק ז' כתב כן בשם תשוב' מהרי"ו סי' ק"ו שלפע"ד ש"ס ערוך הוא פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ג ע"ב) אמר רבא בר מתא אבר מתא מיעבט הני מילי באבול' וכרגא דהאי שתא אבל שתא דחליף כיון דאפייס מלכא חליף ע"כ. ומהרש"ל שם תמה על הטור ורמב"ם שלא כתבו ש"ס זו ואישתמיטתיה דברי הטור דלקמן סי' שס"ט סעיף י' שכתב להדיא כן וגם דברי הרמב"ם שכ' בכל שנה וכמ"ש הכ"מ שם ויש ליישב כוונת הר"ב בדוחק ומ"מ העיקר כהי"א ודוק:

סעיף יט

מיהו פרנסי כו' וכל א' צריך ליתן חלקו כו'. שהפרנסים האפטרופסים וממונים הם וכשותפים הם ומחמת כולם לוו וחייבים לשלם:

סימן קכט

סעיף א

ואמר לו אחר הנח. פי' אמר לו הנח לו עתה ואם לא יתן לך הוא לאחר זמן אני אתננו לך אבל אם פטרו ע"פ לגמרי יתבאר בסמוך בהג"ה ס"ג דה"ל כערב בשעת מתן מעות עכ"ל סמ"ע וכן משמע להדיא מתשובת רשב"א שהביא ב"י סי' קכ"ז מחו' ח' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' פ"ח ועיין בתשובת רמ"א סי' ל"ג וע"ב:

סעיף ב
מיהו אם פרע למלוה. ע"ל סי' קכ"ו ס"ב מזה:

סעיף ג
בציווי הלוה כו' שאמר ערבני ולא כסמ"ע ועיין בסמ"ע ס"ק ג' עד ואפשר דה"נ כו' וע"ל סי' קכ"ו ס"ב:

סעיף ד
אבל אם קנו מידו. עיין בסמ"ע ס"ק ד' "עד וק"ק למה יועיל בזה קנין בלא ב"ד חשוב כיון דאסמכתא הוא כו' וכשתעיין בב"י סי' קי"ג סעיף ד' מ"ש בשם בעה"ת תראה דלק"מ דבערבות אין בו אסמכתא גמורה ע"ש וק"ל וע' עוד בב"י סי' ר"ז סי"ח ד' רצ"ב ע"ב שכ' משום דתולה בדעת אחרים לא הוי כאסמכתא ע"ש:

סעיף ה
האומר לחבירו כו'. ע' בס' א"א דפ"ו ע"ד:

סעיף ו
ואני ערב לך בעד יום אחד. שם ברשב"א סיים וכ' הטעם משום שלא ביאר על מה ערב לו אם שילך הלוה בשליחותו יום א' או שלא יצא מכאן יום א' ומביאו גם כן בסמ"ע ונראה מדבריו שם דאם אומר בשעת מתן מעות או שלא בשעת מתן מעות וקנו מידו לשלם בעד יום אחד דהוי ערבות ועב"ח וצריך עיון לדינא. ואם כתב בכת"י כל מי שיתנדב ללות לפלו' כך ממון אני נכנס עבורו ע"ק עיין באורך בתשובת רשד"ם סימן ל"ח שצידד שאין זה ערבות כיון שלא אמר בשם ציווי תן לו ודמי למי שאמר כל הזן אינו מפסיד כו' וע"ש עוד באם שלוה פרע פעם אח' שוב גם הערב פטור מהערבותיו ואינו משועבד להלואה שני' שלוה ממנו ע"ש והוא פשוט ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון. ועיין בתשובת ר"א ן' חיים סימן ס' ודו"ק:

סעיף ז
ואפי' לא נתערב כו'. וביש"ש פ' הגוזל עצים סימן כ"ד פסק דפטור אא"כ א"ל חזי דעלך קסמכינ' ואפי' למאן דס"ל לקמן סי' ש"ו ס"ז דבמראה דינר לשולחני אצ"ל חזי דעלך קסמכינא מודה דבזה פטור אם לא א"ל כיון שלא היה מוכרח לעשות כן ובתשו' מהרי"ו כתב דלא גרע ממראה דינר לשולחני וקשה על מור"ם דלקמן סימן ש"ו פסק דצריך לומר חזי דעלך קסמכינא וה"ל לכתוב ג"כ דא"ל חזי כו' ומכ"ש [וכמ"ש] לפי מ"ש מהרש"ל דכאן כ"ע מודו דצריך וכדברי מהרש"ל מוכח במרדכי שם ובהגהות אשר"י שם בשם ר' אפרים ובתשובת מהרי"ו מוכח דמיירי שיש הוכחה שסמך עליו וצ"ל דגם

מור"ם איירי מזה ומ"ש ועשאו ע"פ היינו שיש הוכחה לזה שסמך עליו ושחבירו יודע שהוא סומך עליו וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם והמחבר לקמן סימן ש"ו דהיכא דמוכח מילתא דעליה קסמיך הוי כאומר ליה חזי דעלך קסמכינא והב"ח כתב תו דמיירי שא"ל חזי דעלך קסמכינא ואין משמעות מור"ם ומהרי"ו כן ומ"מ אם הוא בקי כגון אחיו ושותף היודע בעסקיו וקרן שלו ויודע שאינו חייב לאחרים אפי' א"ל חזי דעלך כו' פטור כ"כ בש"ס שם:

סעיף ח

כי בטוח הוא כו' חייב לשלם כו'. דלא ה"ל ליעצו על ככה שאין אדם יכול לידע מה שיש לחבירו אפי' אדם לגבי בנו או להיפך אפי' ראה אצלו זהב וכסף ומטבע הרבה דילמא אינו שלו או חייב עליהם אלא בכה"ג שהיה אחיו וידע שנפלה להם בירושה סך חשוב וידע ג"כ שלא היו חייבים מקודם הירושה לשום אדם או שהיה שותפו מקודם בזמן מה ויודע מה שהיה לו בחלק החברותה סך חשוב וגם יודע בבירור שאינו חייב לשום אדם ואח"כ נמצא בהאי שעתא שבא לו סיבה והיזק שירד מכל נכסיו וזה [לא] ידע חשוב כאנוס ופטור אפי' א"ל חזי דעלך קסמכינא ולא צריך לקבל היסת דלא ידע דהא אין טוענו אלא שמא כ"כ מהרש"ל שם. (הג"ה ומכ"ש אם היה בטוח ונתקלקל אח"כ שהוא פטור כיון שנתקלקל אח"כ וכ"כ בסמ"ע ס"ק ז' ופשוט) עיין בפ' גט פשוט בשלטי גבורים דף רמ"ד ע"ב:

סעיף ט

וכן אם פטר הלוה כו'. וכן משמע בתשו' רשב"א שהביא ב"י סי' קכ"ו מחו' ח' עיין בתשו' רמ"א סי' ע"ב:

סעיף י

וי"א דאם היו כו'. נראה דלכך כ' הר"ב הדין הראשון בסתם ודין זה בל' י"א לומר שאין דין זה מוסכם והיינו כמ"ש בד"מ על מהרי"ו ול"נ (שחולק) חילוק זה בדברי מהר"מ [שבמרדכי פרק איזהו נשך גבי המלצר שנדרו הקהל לשלם לראובן עבור המס] דהא לא תלי טעמא בהכי אלא במה שראובן פטור לשר ה"ל בשעת מתן מעות עכ"ל ובאמת שלא משמע כן בתשו' מהר"מ שם ע"ש וגם מהרי"ו שם גופיה מייתי תשו' דמהר"מ ונראה לפע"ד דמעולם לא עלה כן על דעת מהרי"ו דמה בכך שיש בידו מעות הלוה ולא מצינו חילוק זה בש"ס ופוסקים בשום מקום וכן משמע להדיא מתשו' הרא"ש והע"ש והסמ"ע דלעיל סי' קכ"ו סעיף ג' ס"ק י"א דאפי' הי' בידו מעות שלו ה"ל ערב שלא בשעת מתן מעות ולא קאמר מהרי"ו התם אלא כשזה המעות עצמו שהלוה לו הוא ביד הערב

משתעבד כיון דהודה שמעות ההלואה בא לידו וקבל עליו לפרוע וז"ל א"כ כשאמרה אני רוצה לפרוע לך חייבת לפרוע כו' אף ע"ג דאמרינן שלהי בבא בתרא דערב שלא בשעת מתן מעות לא משתעבד ה"מ ערב דעלמא שאין בידו המעות שנתערב עבורו אבל האי איתתא כו' עד שהממון בידו לא גרע מערב עכ"ל אם כן משמע מדברי מהרי"ו להפך דדוקא כשזה הממון שנתערב עבורו היה בידו חייב הא לאו הכי לא וכן עיקר:

סעיף יא

ולהרמב"ם כו' צריך קנין. ובספר לח"מ פ' י"א מה' מכירה הקשה על זה מהא דלעיל ר"ס מ' דאדם יכול לחייב עצמו בלא קנין ובש"ס ר"פ הנושא מדמי להדדי והיא הראי' שהביא הרמב"ן בחדושיו סוף ב"ב ולי נראה דבש"ס מדמי לה משום דמסתמא פלוגתן במתני' ר' ישמעאל ובן ננס מיירי בין למ"ד אסמכתא קניא או לא דהא לעיל מיניה בההיא מתני' בס"פ גט פשוט פליגי ר"י ור' יוסי אי אסמכתא קניא או לא אבל לדידן דקי"ל אסמכתא לא קניא אא"כ קני מיניה וערב דמי לאסמכתא לכך לא מהני רק בקנין ונראה שלזה כוון הר"ן בר"פ הנושא אף ע"פ שהלח"מ מביא שם דברי הר"ן והקשה עליו שלפי דמיון הש"ס הנ"ל משמע דהך דערב מיירי בלא קנין מ"מ נלפע"ד דהך דש"ס אתיא אף למ"ד אסמכתא קניא ולכך כ' הר"ן ובערב ה"ט דלא מהני רק קנין לפי שהוא דומה לאסמכתא כן נ"ל.

סעיף יב

כל היכא דבעי קנין אי לא קני מיניה אינו גובה אפי' מבני חורין אפי' כ' לו שטר. ולא כ' בקיצור דלא מהני בדין זה שטר משום דבזה יש פלוגתא כמ"ש בס"ד וכו' עכ"ל סמ"ע ואינו מוכרח דאפשר דגם הראב"ד מודה דשטר גרע מאחר חיתום וצ"ע לדינא. כתוב במשרי' נתיב כ"ז ח"א הנותן מעות למחצי' שכר ונעשה לו ערב בעד השבח אף על גב דלאו מידי חסריה מ"מ כיון דלאו מצוה קעביד משתעבד בלא קנין כדין ערב בשעת מ"מ ותמצאנו בדיני רבית עכ"ל ר"י ע"ש ורצה לומר שהנותן העמיד ערב להמקבל בעד השבח השייך בעד טרחתו והלכך ה"ל כערב בשעת מתן מעות דאף ע"ג דהשבח אינו בעין מכל מקום אי לאו דקבל עליה השבח לא היה מקבל לטרוח בעסק זה והוה ליה כאלו שכרו בכך וכך שיעסוק לו עסק פלוני אבל המקבל אסור להיות ערב בעד השבח וגם אם העמיד ערב ה"ל לגבי השבח השייך לנותן ערב שלא בשעת מתן מעות דאינו משתעבד אלא בקנין וכמ"ש בספרי ש"ך ביורה דעה סימן ק"ע ס"ק ה' גבי ריבית ע"ש ודוק:

סעיף יג

אם הוא במקום שלא נהגו לקנות. ע"ל סימן ר"א ס"ב דיש מקומות דנוהגין התגרים לקנו' בכך עכ"ל סמ"ע ושם איירי בת"כ שאין עמו שבועה וכמ"ש הוא בעצמו שם להדיא וק"ל וי"ל דס"ל דלא גרע זה מסיטומת' וצריכין בניו לקיים אף כשמת במקום שנהגו בכך ודוק:

סעיף יד

ומ"מ כופין אותו לקיים שבועתו. ונ"מ אם מת זה שתקע כפו דאין מחייבים את יורשיו משום שבועה ואפי' בחייו אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא משמתין לקיים שבועתו וגם אם נשאל על שבועתו והתירוהו בדיעבד מהני לדעת ר"ת משא"כ אם משתעבד מדין ערבות וזה נ"ל ברור עכ"ל הסמ"ע וע"ש:

סעיף טו

מי שנתן מתנה לחברו עד ויש חולקין. ע"ש בריי"ו דכתב דהסברא ראשונה עיקר ונראה טעמו משום דבשעת המתנה נחשבו כשעת מתן מעות ולא כע"ש דמסתבר ליה כסברא האחרונה משום דליכא למימר בזה בההוא הנאה דמהימן ליה כו' ע"ש עכ"ל סמ"ע ולעד"נ כהע"ש וכן נראה להדיא דעת הראב"ד ובעה"ת ריש שער ל"ה והבאתי לשונו לעיל סי' קכ"ו ס"ק ע"ו ומ"ש בריי"ו נט"ו ח"א וראשון נראה עיקר תוספות פ' הניזקין אין מדברי התוס' ראיה דאף על גב דהתוספות מפרשים דתרתי בעינן היינו משום דמשמע להו דערב דכתובה לא משתעבד אפי' בקנין משום דמצוה קעביד ולא מידי חסרי' וכמו שמפרשים בעה"ת שם ורוב המפרשים וכמו שנתבאר בא"ע סימן קע"ב סעיף ו' א"כ היכא דמידי חסריה אע"ג דמצוה קעביד וכן היכא דלאו מצוה קעביד משתעבד מיהו כל חד כדיני' והיכי דהוי במתנה דלאו מידי חסריה והוי כלאחר מתן מעות קנין מיהא בעי ודוק:

סעיף טז

אם כתב פלוני ערב כו' עיין בא"ע סי' ק"ל ס"ק ס"ג:

סעיף יז

ואינו מעורב עם הלוה והמלוה כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"א עד ולדעת הי"א הנ"ל דבקנין לחוד גובה ממשעבדי צ"ל דבזה דכתב פלוני בלא וי"ו גרע כו' ולי נראה דדעת י"א זו הא דחילק בש"ס פ' גט פשוט היינו בערב בשעת מתן מעות ואז אי נכתב ופלוני יש להערבות קול וגובה ממשעבדי משא"כ בלא וי"ו דחתימ' עדים לא קאי אערבות וכן נראה מפירוש רשב"ם ועיין בספרי ודוק וכן נראה מסתימת לשון מחבר בסעיף זה ולפי

מה שכתבתי בפי' הי"א אם בירר שהיה קנין ועדים מעידים לפנינו אף אם נכתב בלא וי"ו גובה ממשעבדי להרמ"ה וכן נ"ל עיקר ודלא כמשמעות הסמ"ע ע"ש:

סעיף יח

ונפטר הוא והערב כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ב וע"ל סי' ט"ו וט"ז מ"ש שם עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' כ"ז ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ט ע"ג ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ט:

סעיף יט

אבל אם אמר הלוה כו'. הב"י קאי אלוה עכו"ם ועיין בספרי ועיין בב"ח ודבריו נכונים דשמא לא נשתעבד אלא לענין שאם לא יפרע לו העכו"ם שיפרע הוא לו אבל אם יכפור העכו"ם שמא לא נעשה לו ערב ע"ש עוד:

סעיף כ

הערב חייב לשלם כו' והב"ח כ' דלענין מעשה אין להוציא ממון מהערב אא"כ קנו מידו ואפי' נתערב בשעת שאלת החפץ ודבריו נ"ל עיקר ועיין בתשו' מהר"ש כהן ס"ב סעיף י"א ועיין בסמ"ע ס"ק כ"ה עד ובזה נתיישב נמי דל"ת ממ"ש הטור והמחבר לעיל בסי' מ"ט דהערב לב' יוסף בן שמעון כו' עכ"ל סמ"ע ולי נראה דקשיא מלעיל סי' מ"ט כדמוכח מש"ס פ' יש בכור דף (מ"ח ע"א) ע"ש וכן דעת הב"ח ועיקר:

סעיף כא

מכר הלוה קרקע וחתם המלוה עצמו בעד כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ו ודברי הב"ח בזה הם דחוקים ורחוקים מהדעת בפירושו דהא מילתא:

סעיף כב

וצריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו. בפרישׁ' כתבתי דנרא' דבמלו' ע"פ מיירי הכא מש"ה הטילו השבוע' על הלוה כו' משא"כ אלו הי' מלוה בשטר דאז אין הלוה נאמן אף בשבועה לו' שכבר פרעו כו' עכ"ל סמ"ע ובב"ח כ' טעם אחר ודבריו ל"נ לדינא ע"ש:

סעיף כג

וא"י ליפרע מהערב כו'. בב"ח פירש דהיינו כשאין לערב מעות או מטלטלים כדלעיל סי' ק' גבי לוה וכן משמע בה' המגיד ולפעד"נ דמיירי אפי' יש לערב מעות דאל"כ ה"ל לפרושי שהערב טוען אין לי וכן משמע יותר ברמב"ם ובעה"ת שכ"כ בשם המורים ואם איתא הלא פשוט הוא ומה צורך לכתבו בשם המורים או לכתבו כלל אלא אשמועי' דלא יהא כח הערב עכשיו גרע מלוה שסתם הלואה ל' יום ואם כן הערב שנתחייב עכשיו ה"ל כאילו הלוהו עכשיו שאינו חייב לשלם עד ל' יום כדין סתם הלואה והיינו דנקטו

הרמב"ן ובעה"ת והטור ל' יום מיום שנתחייב הערב לשלם כו' דאילו לפי רב המגיד הל"ל ל' יום מיום שמבקש זמן ואפי' כמה אחר שנתחייב לשלם א"ו כדפי' ודוק:

סעיף כד

תוך ל'. ע' בסמ"ע ס"ק כ"ט עד דהדין נחלק לג' חלקי' כו' ובספרי הוכחתי ג' חלוקים אחרי' ועיקר והוא דאם ידוע היכן הוא והוא תוך ל' אזי צריך המלוה לטרוח ואי לא ידיע אז על הערב לטרוח ונותנין לו ל' יום ואי ידיע שהוא רחוק יותר מל' יום (אין) נותנין לו כפי צרכו ודוק כי כן מוכח בטור סי"א וי"ב דלא תיקשי הדיוקים אהדדי:

סעיף כה

ואין לו כאן נכסים. דאם היו לו נכסים כאן אז היו יורדים לנכסי הלוה אף שלא בפניו עכ"ל סמ"ע ומ"מ אם הוא במקום קרוב כדי שיודיע תוך ל' יום צריך להמתין המלוה ל' יום כדלעיל סי' ק"ו וכן הוא במהרש"ל ביש"ש פ"ד דב"ק סי' י"ט ועיין בתו' ופוסקים פ' ג"פ:

סעיף כו

או אם הוא גברא אלמא. כתב הסמ"ע ר' ירוחם חילק דאם היה אלם קודם שהלוהו אמרינן אדעתא דהכי הלוהו כו' עד ולפע"ד דברי ר"י עיקר עכ"ל ומיהו אם כבר עשאו בית דין כפיה והאלם קאי באלמותיה א"נ קרוב הוא לשררה ויש לחוש לחורבה כ"ע מודים דנפרעים מן הערב כ"פ הב"ח:

סעיף כז

ומשביאנו לב"ד נפטר הערב עיין בסמ"ע ס"ק ל"ג וז"ל פי' אם ברח מהב"ד ולא נשבע שאין לו במה לפרוע כו' על זה מסיק וקאמר דאם הביאו בערב שבת כו' ולא כמשמעות המ"מ עכ"ל סמ"ע אבל גם המ"מ ס"ל כן וכמ"ש בספרי ומוכרח כן בבעה"ת אלא דהב"י לא דק שהעתיק דברי המ"מ אל' הטור וז"א וק"ל ע"ש גם על הב"ח יש לתמוה כיוצא בזה ע"ש עיין בס' לחם משנה ספכ"ה:

סעיף כח

אפי' יש ללוה נכסים כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב:

סעיף כט

וה"ה אם מת לוה כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' כ"ח:

סעיף ל

נשבע היסת ונפטר במגו כו' שם בתשו' מיימוני כתב עוד טעם אחר ז"ל ולא גרע משליח שעשאו בעדים עכ"ל ובע"ש תמה על מור"ם כו' עד שסבר שהן דברי מור"ם

ואינו אלא העתיק כן מתשו' מיימוני וכמ"ש בד"מ כו' עכ"ל סמ"ע ואני אומר דאין ענין שליח שעשאו בעדי' לכאן ויפה השיגה ע"ש ואפי' בתשו' מיימוני גופי' הוי משיג וכן מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' ל"ט חולק אתשו' מיימוני ופסק דלא נפטר במה שפרע לערב וכן עיקר. עיין בספר מגדל דוד:

סעיף לא

יכול לפרוע מהערב תחילה כו'. ודלא כמ"ש בתשו' רשד"ם סי' ל"ט ע"ש דליתא:

סעיף לב

ואין הלוה נאמן לו' כו'. וה' המגיד כ' שאפי' מן הקבלן אין נפרעין אלא בראיה ברורה אא"כ נשא ונתן ביד וכן כתב בתשו' ר"א ן' חיים ר"ס כ"א וכ"כ בספר התרומות שער ל"ה וז"ל ובאמת ברור דקבלן לעולם לא משתעבד אלא במה שהלוה משתעבד ואם הלוה טוען פרעתי משתבע הלוה ומפטר הקבלן כו' והביא שם גם תשובת הראב"ד כן ע"ש. ועיין מ"ש לעיל סי' פ"ג סעיף ג' דמשמע ג"כ הכי וכן משמע מדברי הטור והמחבר לקמן ר"ס ק"ל וכמ"ש שם וגם בעל העיטור דף ס"א ע"ד הביא דעות בזה ולא הכריע לכן לפע"ד אין להוציא ממון מיד הקבלן שוב ראיתי בב"ח שכתב דלא כה' המ' כו' ואילו הוי ראה כל הנך פוסקים לא הוי כ"כ:

סעיף לג

יש מי שאומר שהדין עם הקבלן. נ"ל דלכך כתב יש מי שאומר כיון שהקבלן טוען שמא והלו' מוד' שלא פרעו אבל אם הלוה או' ג"כ שפרעו פשיטא ליה דפטור הקבלן ועיין בתשו' רמ"א ספ"ט דף קפ"ד:

סעיף לד

אבל אם א"ל הלוהו כו'. עיין בתשו' רמ"א סי' קל"א ועיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' ק"ב וח"ב סי' קי"ח:

סעיף לה

וי"א דתן ואני קבלן כו'. עיין בתשו' ר' אליה ן' חיים סי' ס':

סעיף לו

וכן נ"ל. במרדכי ס"פ ג"פ כתב דה"ה בל' לע"ז כל שאינו מזכיר לא לשון הלואה ולא לשון פרעון הוי קבלן והביאו ג"כ בסמ"ע וכן נ"ל עיקר בש"ס וכן דעת הסמ"ג והגה' מיימוני:

סעיף לז

ושטר שכתוב בו כו'. ורשד"ם סי' ט' פסק כדעת בעה"ת ועיטור דלא הוי אלא ערב וע"ש:

סעיף לח

אא"כ מחל הקבלן ללוה כו'. הא ליתא והנ"י ס"ל כשינויא קמא דתו' פ"ב דכתובות גם מ"ש ב"י בשם ר"י בשם הרשב"א שצ"ע אם מחל הערב הוא ללוה כו' היינו משום דרשב"א לטעמיה אזיל כמ"ש הב"י לעיל סי' ס"ו בשמו שיש לדון אם תועיל המחילה במקום שחב לאחרים אלא שאין דעת רבותי שוה עמי בדבר זה כו' ואנן קי"ל כשינוי' בתרא וכדלעיל סי' פ"ו א"כ אין הקבלן יכול למחול וכמו שהוכחתי לעיל סי' פ"ו ס"ק י"א וי"ב באריכות ע"ש ודלא כהסמ"ע ס"ק מ"ב שכ' כמ"ש לעיל סי' פ"ו ס"ב וה' כי זה לא נתבאר שם ואינו נכון וכמ"ש שם:

סעיף לט

אבל אם לא דבר הלוה כו'. ואחד שנעשה ערב עבור עכו"ם אם דיניה' הוא שהעכו"ם יכול לדחותו אצל הערב אזי יכול לתבוע מהערב תחלה כ"כ הב"ח וק"ל על דבריו דהא כתב הרב ס"ח בשם בעה"ת והביאו בב"ח סס"ג ע"ש דאם העכו"ם טוען פרעתי נפטר הוא והערב ולדבריו הא הערב הוי קבלן ובקבלן אינו נאמן הלוה לומר פרעתי וכמ"ש סט"ו בהג"ה וכ"כ גם הב"ח שם מיהו הבעה"ת עצמו ס"ל דגם בקבלן נאמן לומר פרעתי וכמ"ש לעיל ס"ט (סט"ו בשמו) וצ"ל דהרב מיירי שהעכו"ם דנין כדינינו וא"כ לא נעשה קבלן עבורו ודוחק וצ"ע לדינא ועיין בתשובת רשב"א שהביא ב"י סט"ז:

סימן קל

סעיף א

אם פרעו קודם שנודע כו'. בפרישה כתבתי דבמלוה ע"פ איירי עכ"ל סמ"ע והב"ח כתב דה"ה מלוה בשטר אם הלוה יכול לברר שיש עליו תברא וק"ל:

סעיף ב

וטוען הלוה שכבר פרעו. פי' אפי' אין הלוה מביא ראיה שפרעו אלא שטוען כן עכ"ל סמ"ע וכן משמע ממ"ש אח"כ אבל אם פרעו (פי') אחר שהביא המלוה ראיה כו':

סעיף ג

אינו חייב לערב כלום. עיין בסמ"ע ס"ק ד' עד ומכאן קצת סתירה כו' ומיהו בסמוך בסעיף ב' מוכח דהאי שלא הרשהו לפרוע כו' אערב קאי כו' לא ידענא מה הועיל בזה דמ"מ מוכח דהקבלן פטור אם הלוה טוען שפרע דאם איתא דחייב למה אינו חייב לו הלוה כלום הלא יאמר הקבלן אפילו אתה אומר בפני שפרעת אני חייב לשלם וגם לא

מוכח מס"ב מידי דמ"ש כאן שלא הרשהו לפרוע באופן המועיל ואפילו הכי פטור הלוה משום שלא הרשהו לפרוע אלא כשאינו פרוע ודוק:

סעיף ד

צריך הלוה ליתן כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ז' עד קמ"ל דערב שאני דמחשב כאילו פרעו ברשותו וכ"כ עוד בס"ק י' ולפע"ד פשוט אם הוא מע"פ וטוען הלוה חזרתי ופרעתי (לערב) למלוה כי לא ידעתי פרעון שלך פטור הלוה אע"פ שמביא הערב ראיה שפרע למלוה והמלוה הביא אז ראיה שלא נפרע ואף בא"ל ערביני הדין כן ולא פליג הראב"ד או שום פוסק בהא לומר שלא יוכל הלוה לטעון פרעתיו אח"כ דנהי שהיה לו לערב רשות לפרעו ולא הוי כפורע חובו שלא מדעתו מכל מקום לא עדיף כח ערב בהא מכח איש אחר וה"ל ללוה להודיע (להודיע ללוה) שפרע עבורו ומהיכי תיתי ה"ל ללוה לאסוקי אדעתיה שפרעו וכיון שלא הודיעו ללוה איהו דאפסיד אנפשיה ויכול הלוה לטעון פרעתיו אח"כ שנית ולא ידעתי מפרעון שלך ואם הוא מלוה בשטר ויש לערב עדים פשיטא דאפילו פרע הערב מעצמו ואפילו נכנס בערבו' מאליו לא יוכל הלוה לומר פרעתיו אח"כ למלוה דהאיך פרע לו כשלא החזיר לו שטרו אא"כ הלוה מוציא שובר מהמלוה שפרעו דבכה"ג פשיטא דדין מלוה ע"פ יש לו ובכל ענין פטור מהערב כשטוען פרעתי אח"כ ולא ידעתי מפרעון שלך והמלוה א"ל שאבד השטר ונתן לי שובר אלא צ"ל דהטור אזיל לשיטתו דס"ל לקמן בערב שפרע למלוה והביא ראיה שפרעו א"י הלוה לטעון אח"כ פרעתיך דשטר שביד הערב וראיה שפרע חשוב כמלוה בשטר אם כן קמ"ל הכא דצריך הלוה לשלם לו אבל באחר הי' הלוה יכול לטעון חזרתי ופרעתיך וכן הביא אח"כ דברי הרמב"ם והראב"ד לאורויי דלדעת הראב"ד בא"ל ערביני והביא ראיה שפרע ולקח השטר חייב לשלם לו וא"י לומר פרעתיך אבל להרמב"ם כיון שאין לו דין ערב אלא דין פורע חובו שלא מדעתו אע"פ שהשטר בידו יכול לומר פרעתיך כן נ"ל לדעת הטור ודוק:

סעיף ה

יש מי שאומר כו' וכן דעת ריו"ו נתיב ה' וכתב שכן דעת רב סעדי' גאון. עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ב דף ק"ס ובתשו' מהרשד"ם סי' קי"ח ועיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"ג:

סעיף ו

ואם עד שלא עמד בדין. עיין בסמ"ע ס"ק י' מ"ש ובפרישה כתבתי אפילו למ"ד חייב בכה"ג פטור אם טוען הלוה דאח"כ חזר ופרעו עכ"ל ר"ל דאל"כ קשה למה כתב הטור

דינים אלו דהא איהו מסיק לעיל סי' קכ"ח בשם ר"ת והרא"ש דפורע חובו שלא מדעתו חייב ואפי' שהמלוה הביא ראיה שלא נפרע בשעה שפרעו הערב ודוק:

סעיף ז

שנכנס בערבות מאליו. הטור והבעה"ת כתבו דוקא כשא"ל ערביני אז חייב אפי' פרע מעצמו עד שלא ירד המלוה עם הלוה לדין אבל כשלא א"ל ערביני פטור וכן נ"ל עיקר דגם ה"ה לא כ"כ אלא בלשון אפשר ולא שבקינן מאי דפשיטא ליה לבע"ת וטור בדעת הראב"ד מכח מאי דמספקא ליה להה"ה ועוד שהרי ה' המגיד עצמו הסכים להרמב"ם וכן דעת הסמ"ג וכן דעת ר"י נתיב ה' וכתב שכן דעת ר' סעדיה גאון ע"ש גם ממ"ש ב"י ס"ז על דברי נ"י משמע לכאורה כדעת בעה"ת וטור בדעת הראב"ד ע"ש וכן מוכח לפע"ד דעת רשב"ם פ' חז"ה דף ל"ב ע"ב ובהרא"ש שם סי' י"ד ונ"י גבי ההיא ערב' שפירשו שהי' קבלן ע"ש ודוק וכן משמע בתשו' מבי"ט ח"א ס"ס מ"ב ע"ש:

סעיף ח

אפי' אם הש"ח בידו. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג עד כנ"ל בביאור הטור והמחבר והבעה"ת ולא כמ"ש בע"ש שגם כשכתב לו התקבלתי לא מהני כו' עכ"ל סמ"ע אמת שכן מוכח בטור ובריב"ש סי' קע"ח אבל בבעה"ת לא מוכח מידי דהא אדרבה משמע שם איפכא וכמו שאכתוב לקמן וגם ברמב"ם ומחבר לא מוכח מידי ודוק וגם מ"ש הסמ"ע וכ"כ המ"מ פכ"ו דמלוה בהדיא בפשיטות כו' וכיון למגיד משנה שהביא לקמן סי' קל"א (ס"ג) [סק"ג] ולפע"ד אדרב' משמע משם להפך דדוקא כשכתב התקבלתי ונתן לו זכותו דהיינו שהקנה לוהשטר בכתיבה ומסירה באופן שנתבאר לעיל סי' (פ"ו) [ס"ו] הא לאו הכי יכול לטעון פרעתיך והיינו דמסיים המ"מ ופשוט הוא דלא יגרע כח הערב מאינש נכרי דעלמא כו' ואי בהתקבלתי לחוד ודאי לא סגי באיש נכרי דעלמא אלא בקניות שטרות ממש וכן פי' הב"ח דברי הר"ן שהביא הב"י דדוקא כשכתב לו התקבלתי ונתן לו זכותו בכתיב' ומסירה והוא נכון וכן משמע מדברי נ"י פרק חזקת הבתים וכן כתב הב"ח בשם חדושי רשב"א פ' גט פשוט דבהתקבלתי לחוד מצי למימ' פרעתיך ור"ל חדושי רמב"ן כי כן היא שם (מיהו מ"ש הב"ח שגם דעת התוספות כן אינו מוכרח ע"ש ודוק) וכן דעת מהרש"ל בתשו' סי' צ"ג דאפילו ידוע שפרע הערב יכול הלוה לומר לו פרעתיך והב"ח בס"ס ע"ז כתב עליו דלא דק דבהתקבלתי פשיטא דגובה בו כמבואר להדיא בפ' ג"פ דף קע"ד כו' והוא לא דק וסותר דברי עצמו שהביא כאן כמה פוסקים דסוברים כמהרש"ל ומפ' ג"פ אין ראיה די"ל דמיירי בשהקנה לו השטר וכמו שפיר' הבעה"ת שער ל"ה ח"ב ושאר פוסקים וכן משמע דמפרש רי"ו נכ"ו ח"ג א"נ התקבלתי

דהתם פירושו שהלוה כתב לערב הריני כאלו התקבלתי ממך המעות וכמו שפירשו בעל המאור ותוספות שם וראב"ן סי' ס"ח וכן פי' בתשו' רשב"א סי' תתפ"ח הלכך נראה דלענין דינא הממע"ה. שוב ראיתי בר"י נתיב ה' כתב להדיא דיכול לטעון פרעתי אפילו כתב לו התקבלתי אם לא שהקנהו לו בכתיבה ומסירה ע"ש וכן ראיתי בתשו' מבי"ט ח"ב ס"ס ר"ך דף ק"ד ע"א מסיק כן בשם הרשב"א בשם רבו ה"ר יונה ובשם הפוסקים דדוקא כשכתב לו התקבלתי והקנה לו השטר בכתיבה ומסירה הוא דאינו יכול לומר פרעתיך אבל בהתקבלתי לחוד מצי למימר פרעתיך ומסכים שם המבי"ט לדבריהם ושוב מצאתי בתשובת מהרא"ן ששון סי' ע' שמפרש דברי הר"ן והמ"מ כמו שכתבתי וס"ל לדינא אע"ג שכתב לו התקבלתי יכול לטעון פרעתיך ע"ש וקרוב אלי לומר דגם ה"ר יונה בהרא"ש פ' חז"ה מיירי בהתקבלתי (אבל בטור א"א לפרש כן דא"כ למה כתב שצריך שהוזכר הערבות בשטר וגם למה כ' שאינו טורף ממשועבדים הא פשיטא כיון שכתב לו התקבלתי דהיינו שהקנה לו בכתיבה ומסירה אפי' היה אינש דעלמא שאינו ערב טורף ממשועבדים) ונתן לו זכותו וכמ"ש הרשב"א בשמו וקיצר במובן וכן משמע מלשונו שם שכתב דאם לא כן יכול הלוה לטעון כו' או שמא הוא מסר לך שטר זה ואין אותיות ניקנות במסירה כו' ולפ"ז אתי שפיר מ"ש הרא"ש וה"ר יונה פירש כו' כלומר דלפי פירוש ה"ר יונה אין צריך לומר שנזכר הערבות בשטר וכן משמע להדיא בר' ירוחם נתיב ה' דהר' יונה מיירי שכתב לו התקבלתי ונתן לו כתיבה ומסירה ע"ש רק מ"ש בריו"ו ופי' הר"י ט"ס הוא וצ"ל וה"ר יונה פי' ולא כהטור סי' זה וברמזיו פ' חזקת חבתים שהבין דגם לה"ר יונה צריך לומר שנזכר הערבות בשטר ע"ש ודו"ק. וע"ש הב"ח דבהר"י שבהרא"ש י"ל דלא קאמר אלא שא"י לטעון שמא לא פרעתי למלוה אבל אה"נ דיכול לטעון פרעתיך כו' לא עיין בש"ס ובהרא"ש כלל (רק בב"י שהביא בקיצור דברי הרא"ש בשם ה"ר יונה) דהא איתא התם דהלוה א"ל פרעתיך ואינו נאמן ע"ש אלא ודאי כדפי' ודוק. ולפ"ז נ"ל ברור דה"ה כשמביא הערב עדים שפרע יכול הלוה לומר לערב פרעתיך דכיון דבהתקבלתי יכול לטעון פרעתיך כ"ש בעדים דהא הודאת בע"ד כק' עדים דמי והטור שכ' דאם מביא עדים שפרע א"י לומר פרעתיך אזיל לטעמיה שכתב בהתקבלתי לחוד א"י לומר (י"ל) פרעתיך ואיפכא קשיא לי על עיר שושן דכיון דכ' בהתקבלתי לחוד יכול לומר פרעתיך אמאי כתב במביא עדים שפרע כהטור וכן איתא להדיא בחדושי הרמב"ן פ' ג"פ כדברי וז"ל שם ומסתברא ודאי דעל כרחך מן היתומים קתני דאילו מיניה אי דליכא עדים דערב פרעיה למלוה פשיטא דיכול לוה לומר לו אני פרעתיך אי דאיכא סהדי דערב פרעי' למלוה וידיע נמי דלוה לא פרעיה בתר הכי לערב אמאי אינו גובה וכן

סיפא אם כתב לו התקבלתי אמאי לימא ליה הדרת ופרעתיך דלאו מלוה בשטר הוא לו עכ"ל וכן משמע מדברי הנ"י פ' ג"פ בשם מורו הר"מ ומביאו ב"י סי' זה סעיף ז' ע"ש ודוק וכן מוכח לפע"ד בבעה"ת שער ל"ה ח"א שכתב וז"ל וא"צ לומר שצריך הערב להביא ראיה שפרע אבל אם לא יביא ראיה או שטוען הלוה פרעתיך נאמן ואין ש"ח שבידו ראיה כדי לעשות אותו מלוה בשטר כדקתני ואם כתב לו התקבלתי ה"ז גובה ואי לא לא וההיא דחזקת הבתים דקתני ההוא ערב' דפרעי' למלוה וא"ל ללוה הב לי זוזי והא שטרא א"ל פי' עם השטר התקבלתי דאי לא יכול לומר לו פרעתיך עכ"ל הרי שכתב או שטען הלוה פרעתיך כו' משמע דאע"פ שמביא ראיה יכול הלוה לטעון פרעתיך ומייתי ראיה מדקתני בפ' ג"פ ואם כתב לו התקבלתי ה"ז גובה והיינו כמ"ש לקמן בח"ב דהא דקתני בפ' ג"פ ואם כתב לו התקבלתי פי' שהקנהו בכתיבה ומסירה הא לאו הכי אינו גובה אע"פ שידוע (שלא) שפרע והשתא א"ש הא דקאמר וההיא דח"ה כו' דה"ל לאוקמי ההיא דחז"ה שהביא ראיה שפרע א"ו ס"ל דאפי' ראיה לא מהני כשטוען פרעתיך ומוכח מכאן דבהתקבלתי לחוד לא מהני ויכול לומר פרעתיך דמה לי עדים או התקבלתי ודוק:

סעיף ט

ואם כתב המלוה לערב קבלתי. עפ"ר ודרישה שם הוכחתי דלא בעינן שיכתוב לו קבלתי אלא כשאין להערב עדים שפרע למלוה כו' אבל כשיש עדים שפרע להמלו' והש"ח דמלוה בידו האמינוהו ג"כ והעמידו במקום המלוה עכ"ל סמ"ע וכן מוכח בסי' קל"ב ס"ד להדיא ע"ש ועיין בתשו' מהרשד"ם סימן כ"ה:

סעיף י

כשכתב לו קבלתי. עיין בסמ"ע ס"ק ט"ו עד ונראה לחלק דשאני התם (בסי' קי"ו) דקנהו הלוקח בפי' שלא באחריות כו' והב"ח אינו מחלק בזה דס"ל כדעת מור"ם בד"מ בזה בלא טעם:

סעיף יא

ויש מי שאומר שאע"פ שכת' לו כו'. וכן דעת בעה"ת שער ל"ה ורוב הפוסקים ועיקר וכ"ש לפי מה שהעליתי דהלו' יכול לטעון פרעתיך א"כ פשיטא דאינו טורח לקוחות:

סעיף יב

ולא ביקש ממנו השטר. כאן לא כ' המחבר דהיינו דוקא בדהזכיר לו הלוה ליקח השטר כמ"ש בסי' נ"ח ס"א כיון דידע הערב בעצמו שהלוה לו בשטר ושש"ח עדיין ביד המלוה עכ"ל סמ"ע ואע"ג דכתב הבעה"ת שער נ' ומביאו ב"י ר"ס נ"ח דאף שהזכיר לו השטר

פטור כל שלא א"ל בפי' שיקח השטר ערב שאני כיון שהוא נותן המעות שלו ולחזור לתבוע את הלוה לא ה"ל ליתן בלא שטר וא"י להוציא מהלוה בלא שטר כן נלפע"ד:

סעיף יג

וקדם הערב ופרע. מיירי שידוע שפרע כגון שיש עדים (או) שכתב לו המלוה התקבלתי דאל"כ אפי' מן הלוה גופי' אינו גובה וז"ש מור"ם אח"כ אפילו ביתומים גדולים וכדרך שנתבאר סעיף ג' כו' ר"ל שידוע בעדים שפרע או שכתב לו התקבלתי:

סעיף יד

קודם שיודיע את היורשים. דאם היה מודיעם היה גובה מהם אם הם גדולים ולדברי מור"ם שמפרש שהם קטנים ה"ה אפי' מודיעם לא הי' המלוה או הערב גובה מהם ואפ"ה הי' המלו' גובה מהערב כדלעיל סימן ק"י ס"ג אלא דאם הודיע' שמא היו פורעים מעצמם וכ"כ התוס' פ' ג"פ ריש דף קע"ד:

סעיף טו

אבל גדולים כו'. עיי' דרישה שם הוכחתי דעת הטור כו' דאפי' פרע בקטנותן ולא אודיענהו חוזר על היתומים אחר שיגדלו כו' עכ"ל סמ"ע וזה פשוט לפי שטת הטור וסיעתם דסברי דגובה מיתומים גדולים וק"ל:

סעיף טז

וכנ"ל עיקר כו'. ולפע"ד צ"ע אם יש להוציא ממון מהיתומים כיון דדעת הרמב"ם ור"י ן' מגא"ש והראב"ד ומביאו בס' המאור ובעה"ת שער נ"ה ריש ח"ב דמיירי ביתומים גדולים ע"ש:

סימן קלא

סעיף א

שהלוה מבזבז כו'. ואם אינו מבזבז עיין בסעיף ד' בהג"ה:

סעיף ב

ערב שבא אצל המלוה. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן ק"א וסי' קנ"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' נ"ז וסימן רי"ח:

סעיף ג

יפטר מהערבות כו'. ואם התנה בשעת הערבות כן הדין עם הערב עיין בתשו' ר"א ן' חיים סימן ס':

סעיף ד

שאין הערב נפטר בכך והא דמקבלין קנין חדש מהערבות כשמרחיבין זמן הנשואין כו' עכ"ל סמ"ע שם ועיין עוד שם ודבריו צ"ע גם קשה למה מקבלין קנין חדש מבעל דבר עצמו אלא נראה דל"ד ערבות דממון לערבות דשדוכין לזמן ודוק:

סעיף ה

וצריך להתיישב בדין זה. כי יש חולקין לא מצאתי שום חולק בזה עכ"ל סמ"ע ובבדק הבית חולק ומביאו הב"ח. ועיין בתשו' רשד"ם סימן נ"ז דלהרי"ף והרא"ש יכול לומר לערב שני הוציאני מהערבות היכא דאפשר שיבוא הפסד לערב ע"ש ועמ"ש בסי' פ"ו. עיין בספר מגדל דוד:

סעיף ו

והערב יכול לכוף ללוה לפטרו. והרמב"ן חולק ע"ז וכמ"ש בספרי וכ"כ בה"ת להדיא בשמו וזה תלוי במ"ש המחבר בשם רמב"ן בתחילת הסעיף דכשם שא"י לכופו למלוה אח"ז כך א"י לכוף ללוה כל זה מוכח בבעה"ת א"כ צ"ל דמור"ם נמשך בזה במ"ש כי יש חולקין בזה כו' ודו"ק:

סעיף ז

ישראל שהיה ערב וכו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' צ"ה וסימן ק"ל:

סעיף ח

התראה שהתרה בו אינו כלום. עיין בסמ"ע ס"ק י"ב הטור מסיים בטעמו וכתב ז"ל שהערב הי' לו להשמט מן העכו"ם ולדחותו מלהיות ערב כו' עד מדהשמיטו המחבר ומור"ם נראה דס"ל דבלה"נ התראתו לאו התראה כו' עכ"ל ולפע"ד אין כאן השמטה ואדרבה המחבר דקדק וכתב והודה לדבריו וכן נ"ל לדינא דבעינן דוקא הודה מתחלה לדבריו וכן משמע בעיר שושן שוב מצאתי בס' גדולי תרומה שכתב שנראה פשוט דבעינן דוקא הודה לדבריו מתחלה ע"ש:

סעיף ט

כל מה שיברר. עיין בתשו' רמ"א סימן פ"ו דף קס"ח ע"א ובתשו' ן' לב ספר ב' סי' ס"ו:

סעיף י

או שכת' ביני שיטי כו'. כתב הסמ"ע שכן צ"ל בלא וי"ו ולא שכתו' בוי"ו ואדלעיל קאי כו' ע"ש ס"ק ט"ו והב"ח חולק עליו דשמא עשה קנוני' עם העכו"ם ואינו נאמן בשבועה לכך פי' דמיירי שהכת' של הפיתקא וביני שיטי הוא בערכאות שלהם וק"ל. ע"ש בסמ"ע עד וזה ודאי אינו מאחר שהש"ח ביד שמעון כו' אינו מוכרח דשמא איירי דעדיין לא

פרעו אלא קצתו ולכך הוכרח לכתוב פרעון ולא לקח השטר ממנו עיין בתשו' רמ"א סימן ט"ו:

סעיף יא

אבל באונס דלא שכיח כו'. כגון שהוסיף העכו"ם ליקח רבית ממנו הרבה יותר מנהוג כ"כ מהרי"ק שם:

סעיף יב

שאם ראובן מכר לשמעון. עיין בסמ"ע ס"ק י"ח עד ומש"ה כתב הטור והמחבר שאם קנו מידו שישלם לו דמי מכר ולא דמי השדה כשאר אחריות דלוקח כו' עכ"ל והב"י כתב הטעם דהוי כמעכשיו ואינו ברור ודוק:

סעיף יג

ערב או קבלן כו' עיין בתשובת רשד"ם סימן קי"ו וקע"ה וש"פ:

סעיף יד

וע"ל סימן קכ"ט עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן נ"א.

סעיף טו

וכל הבאים אחריו חלקו עליו. ובתשו' ן' לב ספר א' כתב סוף כלל י"ב דמצי למימר המוחזק קים לי כהרמב"ם וכה"ג כתב בתשו' מהרשד"ם סימן פ"ב וסימן קכ"א וקכ"ד וקע"ט וצ"ע כיון דהבאים אחריו חולקים עליו וכן נראה מדברי המחבר ושאר אחרונים דלא קי"ל כלל כהרמב"ם בהא ובסמ"ע כתב בס"ק כ"ה דהמחבר ס"ל דאזיל הרמב"ם לטעמיה דס"ל המקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה לא משתעבד וכמש"ל הטור בשמו סימן ס' וממילא החולקים עמו שם חולקים ע"כ בדין זה ובפרישה כתב דאף החולק שם מודה כאן כיון דאיכא ב' ריעותא דאסמכתא ודערבות דלא קני ובתשו' ריב"ש כתב שאפילו נשבע שערב ע"ז א"צ לקיים מכח השבועה דבטעות נשבע דהיה סבור דמשתעבד ע"ש וע"ל סימן ע"ג בסמ"ע כו' [סז"ח] ונראה לפע"ד עיקר כהב"י וכן מוכח להדיא בתשו' מהר"ן ן' לב ספר א' כלל י"ב וכן דעת ה"ה שזה תליא במחלוקת דלעיל סימן ס' ופסק כאן כהמחבר והראב"ד שעשה פשרה כבר השיג המ"מ עליו עיין שם:

סעיף טז

האומר לחבירו וכו'. ומי שנעשה לחבירו ערב לאחר מתן מעות ולא רצה מלוה לקבלו עד שהעמיד ערב ההוא ערב אחר שנתערב בעד הערב הראשון הערב הב' אין צריך קנין כ"כ בספר ג"ת שטר כ"ח סוף ח"ב והוציא כן מתשובת גאון שהביא הטור לעיל סימן קכ"ו סי"ט ע"ש ואף ששאר ראיותיו שהביא לזה אינם מוכרחים מ"מ דבריו נכונים בזה

לדעת הגאון ובעה"ת וטור שם מיהו היינו דוקא שנתחייב הראשון בדין כגון שקנו ממנו וכה"ג דאל"כ פשיטא דהערב פטור אפילו היה בקנין וק"ל:

סימן קלב

סעיף א

עבד או א"א שערבו כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סימן ר"ו:

סעיף ב

אינה חייבת לשלם. כתב בסמ"ע ס"ק ד' מיהו נראה דגם לפי מה שתיקנו דמשום תקנת השוק לא יגבה המלוה מלוקח מטלטלי המשועבדים לו אג"ק דהיינו דוקא מלוקח אבל מיורש גובה ולבעל לא עשאו כלוקח במקום דאיכא פסידא לאחרינא כו' עכ"ל וכן עיקר כדאיתא בש"ס ס"פ י"נ דבעל שויה כיורש במקום פסידא דאחריני וטעמא דמ"ד דמלוה ע"פ אינו גובה כאן משום דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא ה"ל לאוזפי בלא שטרא לאיתתא דקיימי לאנסובי ומ"ש אבל ממ"ש מור"ם לעיל ס"ס קי"ב כו' ר"ל דס"ל למור"ם דעשאוהו כלוקח אף במקום פסידא דאחרינא וה"ל לכתו' אבל ממ"ש הטור והמחבר ומור"ם כו' דגם מדברי הטור ומחבר שם משמע כן והוא מדברי בעה"ת אבל כבר שדיתי שם נרגא בדבריהם ע"ש וגם אפילו לא שיעבד ליה מטלטלי אג"ק דפשיטא ליה לסמ"ע וכן להב"ח דאינו גובה מהבעל ולדידי צ"ע דנראה דגובה כיון דמדינא בעל יורש הוא אלא מטעם דלא איבעיא ליה לאוזפי בלא שטרא אמרי' איהו דאפסיד אנפשיה וכיון דאוזיף בשטרא אף שלא שעבד מטלטלי אג"ק גובה ומכ"ש למ"ש לעיל ס"ס קי"ב בשם ר"מ יפה והגה' פרישה דה"ט דבלא שטר אינו גובה דהבעל יכול לטעון פרעתי וכתבתי שם שכן משמע בתשובת רשב"א ורמב"ן כדבריהם אם כן פשיטא דבשטר גובה ממטלטלי אפילו לא שעבד אג"ק מיהו כל זה כשהמטלטלין אינם בעין אבל אם הן בעין גובה מהם אפילו במלוה ע"פ דלא גרע מלותה דאם המעות בעין גובה מהן ה"נ כיון שנשאת היה שעבודו על המטלטלין והרי הם בעין גובה מהם ודו"ק:

סעיף ג

שנים שערבו. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ר סי' י"ב ובתשו' מהרשד"ם סי' פ"ט:

סעיף ד

וי"ח ואומרים כו'. וכן הוא בתוס' סוף בבא בתרא מביאם ה' המ' והר"ן סוף שבועות הפקדון וכן הוא בתשובת מיימוני דמשפטים סימן ס"ג תשו' תשובת מהר"מ ופי' הרי"ף ובתוספתא ר"פ המפקיד לדעת הרמב"ם צ"ע ועיין בס' ג"ת שער מ"ד:

סעיף ה

חוזר ותובע מחברו חלקו. כתב בתשו' מבי"ט ח"א סימן כ"ב וח"ב סי' רכ"ח ראובן ושמעון ולוי קנו סחורה ביחד וכתבו ש"ח על עצמם ליודא לפרוע לו כל החוב ונעשו ערבים קבלנים זה לזה ובהגיע זמן הפרעון נמצאו ראובן ושמעון לפרוע את חלקם ולוי לא נמצא ומחל יודא לראובן את הערבות שנתחייב בעד חביריו אך שיפרע לו החלק שהיה מגיע עליו ותבע משמעון חלקו וחלק לוי ופרע לו אח"כ בא שמעון לב"ד לתבוע מראובן החצי שפרע בעד לוי כי שניהם היו ערבים בעד לוי כמו שנזכר וראובן טוען כי כבר פטר אותו יודא הב"ח מהערבות. תשובה כיון שהיה יכול ליפרע מא' מהם אם נפרע משמעון אין שמעון יכול לתבוע מראובן חלקו דאע"ג דהביא בטור סימן קל"ב דאם פרע א' מהערבים כל החוב למלוה זה חוזר ותובע מחברו את חלקו נראה דקאי אשני ערבים לדעת הרמב"ן שאם יכול ליפרע משניהם לא יפרע מא' מהם אלא מחצה ומש"ה כיון שפרע זה כל החוב שלא היה יכול המלוה ליפרע מן הא' שהיה חייב לפרוע מחצה חייב זה השני לפרוע לו חלקו אבל היכא שהיה יכול ליפרע מכל א' מהם הכל מתחלה כי הכא כשנפרע מא' מהם א"י לחזור זה לתבוע מחברו חלקו שלא פרע בעדו שום דבר כו' וכ"ש בנדון זה שמחל יודא כו' ע"ש שהאריך ואין דבריו נראין לפע"ד דאדרבה איפכא מסתברא כשחברו היה מחויב לשלם כל החוב א"כ יכול לחזור ולגבות מהערב הב' חלקו אבל כשלא היה מחויב לשלם הכל הוי כפורע חובו שלא מדעתו למאן דס"ל שצ"לערביני ושלם וכ"כ הבעה"ת שער מ"ד ח"ב להדיא בנדון זה ממ"ש [ממש] דכיון שהמלוה יכול לתבוע הכל מא' מהן כשירצה ע"ד כן נכנסו שיהיו בשיתוף בפסידתן ובכל פרעון ויכול לתבוע המחצה ממנו וכן הוא להדיא בסמ"ע סימן זה שכתב וז"ל דאפילו להרמב"ם אצ"ל כאן ערביני ושלם והטעם דכיון דיכול המלוה להפרע מאיזה מהם שירצה ה"ל כא"ל ערבני וירד המלוה עם הלוה לדין שאז אף אם פרע הערב מעצמו חייב הלוה לחזור ולשלם לו ה"נ דכותיה וכדין קבלן שכתב המחבר בסי' ק"ל עכ"ל והכי מוכח מדברי הטור והמחבר שכתבו כאן בסתם דחוזר ותובע מחברו חלקו והטור משמע דס"ל כדעת הרמב"ם דיפרע מאיזה מהם שירצה וכן לעיל סימן ע"ז הביא תשו' הרא"ש דס"ל כהרמב"ם וגם המחבר בסעיף ג' וכן לעיל סי' ע"ז ס"ג סתם מתחלה כסברת הרמב"ם משמע דס"ל הכי ואפ"ה כתבו כאן דחוזר ותובע מחברו חלקו וכ"כ להדיא בסמ"ע לעיל סימן ע"ז ס"ק י"א על מ"ש המחבר סברת הרמב"ם דשנים שערבו לא יפרע מאיזה מהם שירצה פי' אפילו יש גם להב' לפרוע החצי לא הטריחו רבותינו להמלוה לגבות מכל א' החצי אלא יגבה כולו ממי שירצה וזה שפרע יחזור ויגבה החצי מהשני עכ"ל וכ"כ

הב"ח בפשיטות לעיל סי' ע"ז סעיף ד' ומשמע שם מדבריו בפשיטות שגם דעת הטור כן גם מ"ש המבי"ט וכ"ש בנדון זה שמחל יודא כו' לאו מילתא וכמ"ש לעיל סי' ע"ז ס"ק ט"ז דבכה"ג אף שמחל לא' לא מחל לחבירו ותו די"ל דנהי דמחל גם לחברו היינו שהוא לא יתבע חבירו אבל הערב יכול לחזור ולגבות מהב' גם יתר הדברים שבתשו' מבי"ט שם אינם ישרים לכן נראה דבנדון זה ששמעון יכול לתבוע מראובן חלקו כן נ"ל עיין עוד בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ר"כ באריכות:

סעיף ו

כשיפרע המלוה. עיין בסמ"ע ס"ק ז' שכתב דר"ל דהמלוה יודיעו לערב על איזה חוב קיבל כו' אבל הל' דעל איזה מהם פורע לא משמע כן אלא נראה שהמלוה אינו חושש בשביל מי יפרע וקמשמע לן דהערב יודיע למלוה בשביל מי פורע דאם לא כן א"י לחזור על שום א' מהן דכל חד מצי למדחי אאידך וקמ"ל דסגי בהודעת הערב למלוה כן נ"ל:

סימן קלג

סעיף א

וכן נאמן לו' לקוח הוא במגו דהחזרתי כו'. ובסי' ע"ב סי"ח כ' מור"ם בהג"ה דאם היה טוען בפני עדים לקחתיהו ממנו אפילו זמן רב קודם שבא לדין דשוב אינו נאמן לומר לפני ב"ד לקחתיהו במגו דהחזרתי ומביאו ג"כ בסמ"ע ולפי מ"ש שם דנאמן אח"כ לומר לקחתיה צ"ל דכאן מיירי שבשעה שאמר לפני עדים לקחתיה לא היה נאמן כגון שראו אותה העדים בידו קודם שאמר לפניהם לקחתיו ודו"ק:

סעיף ב

נאמן במגו דנאנסו כו'. כ"כ הטור והרא"ש פרק חזקת הבתים ומהטעם הב' שכ' הסמ"ע לעיל סימן ע' ס"ק י"ג והוא מהב"י דמכח החזקה דאנן סהדי שנא פרעו כיון שהתרה בו לית ליה מגו א"כ הכא אינו נאמן במגו דנאנסו וכן משמע בתוספות פ' חז"ה דף מ"ה ע"ב ד"ה המפקיד במ"ש שם בשם ר"ח דטעם דמ"ד דהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים דהוי כאילו אמר בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים הלכך לא מהימן במיגו דאיהו דאפסיד אנפשיה כו' ואע"ג דהתוס' שם כתבו אח"כ אבל אין נראה דאפילו מאן דאית ליה צריך להחזיר בעדים כי איכא מיגו מהימן היינו במפקיד סתם אבל באומר בפירוש אל תחזיר לי אלא בעדים נראה דגם למסקנת התו' אינו נאמן במגו ודו"ק וא"כ דברי המחבר צ"ע שוב מצאתי כדברי במרדכי והגהת אשר"י וז"ל כתב ראבי"ה דה"מ

אם התרה בדשוי' ראה ואמר אל תחזיר אלא בפני פ' ופלוני שאל"כ א"ל מגו דהחזרתיו לך וכן עיקר באביאסף ע"כ:

סעיף ג

ש"ד כו'. לא ש"ד ממש אלא שבועה דרבנן בנק"ח כעין דאורייתא כמ"ש לקמן סימן רצ"ו ס"ק ג' ומ"ש הרא"ש וב"ח הביאו דאינו נאמן בשבוע' דרבנן ר"ל היס' כמ"ש שם לפני זה:

סעיף ד

אם ראו עדים כו' עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סימן ר"ה ודבריו מגומגמים ע"ש:

סעיף ה

קרינן ביה שפיר עדים וראה. כ"כ ג"כ הטור כו' ושם כתב המעשה שהיו עדים שנמסרו לידו בפקדון וכן מוכח מל' עדים וראה וכו' מש"ה השיב הרא"ש דמוציאין אותו מידו וכו' עכ"ל סמ"ע ותימה לי דכיון שראו העדים עכשיו ואמר שממושכן הוא בידו ואזיל ליה מגו דיליה מה בכך שלא הפקידו בעדים וכן בטור ומחבר משמע איפכא דסגי בראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שירד לדין כשאמר אז שהוא ממושכן בידי דזהו הוי כעדים וראה כלומר אף על פי דליכא עדים שהפקידו בידו מיחשב כעדים וראה מטעם שכ' הרא"ש וטור כי הכל תלוי בשבועתו כי ב"ד יפסקו לו שחייב לו כדי דמיו במגו שהיה יכול לישבע שהחזירו וכיון שראהו בידו לא יכול לישבע וצריך להחזירו עכ"ל והא דמצרכינן בעלמ' עדים שהפקידו ולא סגי בראה לחוד היינו כשלא אמר בשעת ראה שהוא ממושכן בידו דנאמן לומר שבשע' שראהו היה לקוח כיון דליכא עדים שהפקידו בידו כדלעיל סימן ע"ב סי"ח. וגם בתשובת הרא"ש לא היה המעשה שהיה עדים שנמסר לידו בפקדון רק היה עד א' ע"ש:

סעיף ו

אתה מכרתו לי. וה"ה אם טוען אתה צוית לפלו' למכרו לי נאמן במגו שהיה טוען אתה מכרתו לי כדלקמן סימן קל"ד. עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ר"ה שכ' דלא קאמר הרא"ש בתשו' כלל ק"ו אלא כשראו העדים אבל לא כשהודה ואין דבריו נלפע"ד דמה לי עידי ראי' או עידי הודא' מיהו מ"ש שם דבהודאות חוב נאמן דבריו פשוטים וע"ש. עיין בתשו' מהרא"ן ששון ס"ס ק"ז:

סעיף ז

ואמרתי לו אל תחזירהו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י' עד והיה מברר דבריו כו' משמע אע"פ שמביא עדים שהתרה בו אל תחזירהו אלא בפני אלו ומעידים שלא החזירו בפניהם

שמא ביטל ההתרא' בפני עדים אחרים או שמא החזירו לו בפני עדים אחרים ואלו היה כאן היה מביאם ואז היה פטור כדלעיל סי' ע' ס"ד או שמא נתן לו כת' יד שהחזירו לו וכן משמע בבדק הבית וז"ל ואף אם יביא המערער עדים שבפניהם א"ל אל תחזיר לי אלא בעדים יאמר המחזיק שמא החזירו לך בעדים ואיני מאמינך במה שאתה אומר שלא החזירו לך ולא עוד אלא שאני יודע ודאי שאת משקר שכיון שאתה מכרתו או נתתו לי א"כ ודאי שהחזירו לך עכ"ל ודלא כהב"ח שכ' דבש"ע פסק לפי הבנתו בבד"ה שלא הביא המערע' עדים על טענתו אבל אם הביא המערער עדים על טענתו מוציאין אותו ממנו ולפע"ד נראה כוונת הבד"ה דאפילו מביא עדים על טענתו אין מוציאין אותו וכדפי' עוד נ"ל ראיה מש"ס פ' חז"ה (דף מ"ה ע"ב) ע"ש דמוכח התם דאפי' למ"ד המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזי' לו בעדי' אם טוען אתה מכרתו לי או אתה אמרת לו להנפקד למכרו לי אפי' הביא עדים שהפקידו נאמן וע"כ ה"ט משום דהו' אומר אני יודע בודאי שאתה משקר שהרי אתה מכרתו לי א"כ ה"ה ואפי' הביא עדים שלא החזירו הנפקד ודו"ק:

סעיף ח

וצריך להחזירו אפי' אם היה ג"ש כו' וכ"כ הר"ר יונה וכ"ה במרדכי פ' כל הנשבעין תשוב' הר' אהרן לר' אביגדור וכ"פ ר"י מביאו ב"י ע"ס קל"ד כ' הסמ"ע ס"ק י"ב וצריך להחזירו פי' אחר שישבע המערער היסת כו' ול' אחר אינו מדוקדק וגם בטור אין הל' מדוקדק וכן הוא ברמב"ם שמחזירו ואח"כ ישבע היסת על טענתו:

סעיף ט

ואפי' אם מת המחזיק כו'. עיין סמ"ע ס"ק י"ד עד וגם הראב"ד לא כ' דינו אאם מת המחזיק אלא אאם עודנו חי ואינו מוכרח ופשט דברי הראב"ד שם משמע דקאי גם איורש וכ"כ בד"מ וז"ל הרמב"ם חולק על הוראות הגאונים וכ"כ המ"מ שכן עיקר והראב"ד ס"ל כדעת הגאונים דאין מוציאין מן היורשים אלא בשבועה בנקיטת חפץ וכן נראה דעת רבינו שלא הביא רק דעת הגאונים עכ"ל וא"כ פשוט דגם כאן כוונ' מור"ם דצריך לישבע. בנק"ח וכן משמע לישנא דלישבע וליטול דנקט מור"ם ומ"מ לענין דינא נר' דא"צ רק היסת דכן מבואר להדיא ברמב"ם וסמ"ג להגאונים וכן מוכח בטור ע"ל סי' רצ"ו וע"כ כאן ט"ס הוא וכן הוא במקצת ספרי הטור להדיא עיין בתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס קנ"ה ע"ש:

סעיף י

מוציאין כו'. שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון לכך אין זה יכול להשביעו ל' רמב"ם שם וע"ל סי' ע"ב בסמ"ע ס"ק ק"ב ומ"ש שם:

סעיף יא

בלא שבועה וי"א דצריך כו'. ע' בהרא"ש פ' חזקת הבתים ס"ס י"ח נראה מדבריו ג"כ הכי שכ' דכל מה דמצי אבוהון למטען טוענים ליתמי ומשביעין אפי' בשמא ע"ש ותירוץ הראשון של הרא"ש שם שהוא כנגד זה שלא נראה להרא"ש שם הוא כתוספו' ע"ש ולפ"ז דברי המחב' צ"ע דאיהו גופיה הביא לקמן סי' ק"ן ס"ו גם דעת הרא"ש וגם על מור"ם קשה דה"ל לכתוב גם בסי' ק"ן דהעיקר כסברא האחרונה כמ"ש כאן שוב מצאתי בסמ"ע סי' קמ"ט ס"ק ל"ז תירץ דברי מור"ם בדוחק גם מכ"ש קשה על המחבר ע"ש ונלע"ד לתרץ להמחבר דדוקא התם כיון שבא ליטול שהרי אינו טוען שגוף הפירות הם שלו צריך לישבע בנק"ח כמ"ש הגאוני' גבי מלוה על המשכון שצריך לישבע בנק"ח אפי' בשמא כדין כל הנשבעין ונוטלי' כיון שאינו טוען שגוף המשכון הוא שלו וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ז משא"כ הכא כיון שחייב להחזירו א"כ לא שייכא שבועה דנשבעין ונוטלין אלא דהיה יכול להשביעו היסת לאחר שהחזירו ובהיסת אין נשבעין על טענת שמא לכ"ע ודו"ק ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ע':

סעיף יב

מי שהי' בידו כו'. כל סעי' זה מיירי בראו עדים עתה ביד זה האחרון ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק צ"ז:

סעיף יג

והלה טוען שנגנבו כו'. בסמ"ע ס"ק ט"ז ומהתימ' על מור"ם שמסיק וכתב ז"ל וי"ח עד וכיון שאותו פלוני אינו נאמן כו' הלא בטענת גנובין כ"ע ס"ל דהיה נאמן וכו' עכ"ל ול"נ לתרץ דמור"ם סובר מ"ש המחבר והלה טוען גנובים לאו למימרא שאותו שמכרם גנבם ממנו אלא השאילם לו ומכרם והיינו גניבה וכ"כ בב"י ובזה חולק הראב"ד וטור וכן משמע לשון המחב' כמו שכתבתי שמסיים ואם טוען זה אני השכרתים לך ואם כהסמ"ע ה"ל לאשמועינן אפי' טען השכרתי לאותו פלו' עכ"ל הגאון אמ"ו ז"ל ויפה כוון ועל כרחך גם ה' המגיד פ"ח מטוען שכתב בדין ז' דהרמב"ם מיירי בטוען גנובים בכה"ג מיירי דאל"כ למה כת' הרמב"ם בסיפא ואם טען ואמר אני השכרתי לך או השאלתי לך כו' הל"ל דאפי' טען השאלתיו לו מוציאין מידו ועוד דהרי הרמב"ם לא כ' שטוען גנובים ומשמע שטוען שהשאילם לאותו פלו' ועוד דהרי לעיל מיניה כתב רמב"ם האי

דינא דטוען נגנבו ממני ועוד דהרי ה' המגיד כתב בדין ה' וז"ל ודע שדע' רבינו ז"ל עיקר וטעמו הוא מפני שאין מחזיקין בני אדם בגנבים וכל שהוא מודה שלא השאילו ולא השכירו לזה אינו נאמן לומר נגנב ממני או השאלתיו לאחר ומכרו לך וכן עיקר עכ"ל הרי להדי' דאפי' השאלתיו לאחר אינו נאמן. אלא ודאי מ"ש ה' המ' דהרמב"ם כאן מיירי בטוען טענת גנובים ר"ל כיון שמכר מה שהשאיל או השכיר לו הרי הוא גנב ולכך אין מוציאין מידו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן וכן כת' בעיר שושן בהדיא שטוען גנובים הם ממני ואם אותו פלוני מכרם לך גנובים הם שאני השאלתים לו והוא מכרם לך אין מוציאין אותו מידו כו' דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כו' אך שהע"ש כת' רק דעת המחבר דאין מוציאין מידו ולא הביא דעת מור"ם ולא נהירא דודאי העיקר כדעת הראב"ד וטור וכמו שפסק מור"ם ולא שייך כאן לומ' אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקי' דהא אינו אומר אותו פלוני גנבם רק השאלתיו לו ומכרם לך וזה לא הוי גנבה ודו"ק. ועוד נראה לענין דינא דאפי' טוען נגנבו ממש מביתו נאמן במגו וכמ"ש התו' ס"פ המקבל דנאמן אפי' לא יצא לו שם גנבה בעיר במגו דהשאלתיו או השכרתיו לך (וכ"כ הגהת אשר"י ממהרי"ח בפרק חזקת הבתים) רק שהב"ח כתב דמבואר בתוס' שם דדוקא למ"ד דאמרי' מגו להוציא אבל למאי דקי"ל דלא אמרי' מגו להוציא וכדס"ל להטור בסי' פ"ב ס"י ובסי' ק"ן ס"ח נרא' דאינו נאמן הכא מטעם מגו וצ"ל דס"ל להטור כאן דמצד הטענה עצמה נאמן לומר השאלתי' לאותו פלוני ופלוני כו' עכ"ל ולא נהירא דהלא התוס' כתבו שם מתחל' בסתם דנאמן במגו אלא דאח"כ כתבו ולמהר"ר דודי נראה לתרץ דמגו להוציא לא אמרי' ומיהו למ"ד בחזקת הבתים דאמרי' מגו להוצי' צ"ל כפי' ר"ת כו' אלמא דהתוס' ס"ל דזה לא הוי מגו להוציא ולמהר"ר דודי נראה דזה הוי בכלל מגו להוציא לא אמרי' ומיהו למ"ד בחזקת הבתי' דאמרי' מגו להוציא א"כ כ"ש הכא וא"כ צ"ל כפי' ר"ת כו' אבל אה"נ דיכול להיות דאפי' למ"ד דלא אמרי' מגו להוציא הכא לא הוי מגו להוציא מתרי טעמ' חדא דכיון שצריך להחזיר הדמי' להלוקח משום תקנת השוק וכמו שאכתוב לקמן לא הוי מגו להוציא. וכן משמע בתוס' בפ' חזקת הבתי' דף צ"ב ע"ב וז"ל ולמהר"ר דודי נראה דלא מהימן במגו דהוי מגו להוציא אע"פ שנוטל דמים עכ"ל משמע דזה פשוט דלא אמרי' מגו להוציא וכמ"ש התוס' לעיל פ' חזקת הבתים דל"ב ע"ב בפשיטות אלא דהתוספ' ס"ל דזה לא הוי מגו להוציא כיון שנוטל דמי' ומהר"ר דודי ס"ל דהוי מגו להוציא א"כ גם הטור יוכל לסבור כאן דנאמן במגו דזה לא הוי מגו להוציא ואיה ברור' לזה מדברי הרא"ש והמרדכי שהרא"ש בפ' כל הנשבעין כת' להדיא במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן בדברי' העשויי' להשאיל ולהשכי' לומר נגנבו ממני במגו

דהשאלתי' או השכרתי' לך ולא שייך לו' אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן שהרי אינו אומר שהוא גנבם אלא נגנבו ממנו וכמה גנבי איכא בעלמא עכ"ל והרי הרא"ש ס"ל בפ' חזקת הבתים ובפ' הכותב דלא אמרי' מגו להוציא. וכן המרדכי בפ' הגוזל בתרא כתב בנאמן במכיר כליו בעשויי' להשאיל ולהשכיר במגו לומר נגנבו ממני אפי' לא יצא לו שם גנבה בעיר והרי המרדכי כתב בפ' הכותב דלא אמרי' מגו להוציא אלא ודאי כדפי' דהכא כיון שנוטל דמים ואינו מחזיר רק החפץ לא מיקרי מגו להוציא. ועוד יש לחלק דהכא כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהיו שלו חשוב כמוחזק. וחילוק הראשון נראה עיקר:

ונ"ל דגם דעת הסמ"ג כן וכמו שאבאר ובמרדכי ואגודה שם ובהגה' מיי' ספ"ה מה' גנבה כתבו דס"ל לסמ"ג דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא בעי כולי האי אלא אפי' בעה"ב עשוי למכור כליו כיון דיצא לו שם גנבה בעיר נאמן במגו דהשאלתי' או השכרתי' לומר נגנבו ממני ולא ירדתי לשוף דעתם. שפירשו דברי הסמ"ג בה' גנבה עשין ע"א דף קמ"ט ע"ג שכ' כלשון הרמב"ם שפ"ה מה' גנבה והעתיקו המחבר לקמן ר"ס שנ"ז כמו שפי' הב"י לקמן סי' שנ"ז דברי הרמב"ם וזה אינו דבע"כ צריך לפרש דברי הסמ"ג כמו שפירש הסמ"ע והב"ח לקמן סי' שנ"ז דברי הרמב"ם ואע"ג דכתבתי לקמן סי' שנ"ז דפי' הסמ"ע והב"ח בדברי הרמב"ם ליתא היינו מכח כל הקושיות שהקשיתי לקמן אבל בסמ"ג ל"ק מידי ובע"כ מוכרח לפרש בסמ"ג כן דבשלמא ברמב"ם י"ל דס"ל דבעי' שם גנבה בעיר משום דס"ל דלא אמרי' מגו לאחזוקי אינשי בגנבי כמ"ש ה' המגיד לדעתו אבל הסמ"ג דס"ל דאמרי' מגו הכא א"כ אפי' לא יצא לו שם גנבה נמי וגם המרדכי והגמ"יי כתבו שם מיד אח"ז וז"ל ור"ת פסק דכל ספרים עשויה להשאיל ולהשכיר וא"ת וא"כ (במכיר ספריו) אפי' לא יצא לו שם גניבה בעיר יהא נאמן לומר נגנב ממני במגו דאי בעי אמר השאלתי' ותירץ ר"ת באדם דלא גייס ביה כו' ע"ש אלא ודאי צריך לפרש דברי הסמ"ג דאפי' לא יצא לו שם גניבה נאמן. שהרי כתב הסמ"ג שם עוד הארכנו בענין דברים העשוים להשאיל ולהשכיר בענין חלוקי השבועה עכ"ל ובענין חלוקי השבוע' משמע מדבריו להדיא כן. שכ' שם בעשין צ"ה דף קפ"ג ריש ע"ב וז"ל וכן משמע בהגוזל בתרא (דספרים אינן עשויי' להשאיל ולהשכיר) ששנינו המכיר כליו וספריו ביד אחר אם יצא לו שם גניבה בעיר ישבע הלוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לא כל הימנו ובארנו דבר זה בה' גנבה ואם היו כל הספרים בכלל זה היה לו להיות נאמן לומר נגנבו מגו דאי בעי אמר השאלתים או השכרתים לו עכ"ל הרי להדיא דאפי' בלא יצא לו שם גנבה בעיר נאמן היכא דאית ליה מגו ועוד דהא הא דמחלקינן בין יצא לו שם גנבה או לא

היינו בעשוי למכור וכדאיתא בש"ס ובסמ"ג בה' גנבה להדיא ולקמן ר"ס שנ"ז. א"כ כיון דדעת התוס' והרא"ש והמרדכי והגה' אשר"י והגהמ"י והסמ"ג דבדברים העשוין להשאיל ולהשכיר נאמן לומר נגנבו ממנו במגו אפי' לא יצא לו שם גנבה אפי' בעה"ב עשוי למכור כליו וכ"כ הראב"ד בהשגות ספ"ה מה' גנבה וז"ל אם היה כלים אלו מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא היה צריך לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא מכרן עכ"ל והיינו מטעם מגו שהיה טוען שאולי' וכמ"ש ה' המגיד שם לדעתו והכי נקטינן:

מיהו היינו דוקא כשאומר סתם נגנבו ממני ומטעם שכתבו התוס' והרא"ש והפוסקים שם דלא שייך לומר אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן שהרי אינו אומר שהוא גנבם כו' אבל אם אומר שהמחזיק גנבם או שאומר שאותו פלוני שמכרם לו גנבם מביתו ואותו פלוני אינו מוחזק בגנב א"כ אינו נאמן במגו מטעם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וא"כ אין חילוק בין דברים העשוים להשאיל ולהשכיר או לא דכיון דטוען גנובים אתרע לה חזקה דשאלה או שכירות וכמ"ש לקמן סי' שנ"ז וכן הא דאמרינן דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דמוציאין מידו בין טוען נגנבו ממני ואינו פורט אדם ידוע שאינו מוחזק בגנב ובין אומר השאלתים לאותו פלוני ומכרם לו מ"מ צריך להחזיר להלוקח מעותיו משום תקנת השוק וכ"כ הב"י לקמן סי' שנ"ו בשם הרשב"א דאף בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר עשו תקנת השוק וכן דעת ה' המגיד פ"ח מטוען והוא פשוט ונ"ל דגם דעת הראב"ד פ"ח מטוען כן ולא בא רק להשיג שם על מ"ש הרמב"ם דאם אומר אותו פלו' מכרם או נתנם לי אין מוציאין מידו דאלמא דאפי' בדמים אין מוציאין מידו דהא במתנ' לא שייך תקנת השוק וכמו שכתבתי לקמן סי' שנ"ו וע"כ השיג הראב"ד דמוציאין מידו ומתקנת השוק לא מיירי התם דודאי במכר צריך להחזיר לו הדמים ולא הביא ראי' מיורש אלא שמוציאין ממנו ואף שביורש מוציא בלא דמים היינו משום דהתם לא שייך תקנת השוק דהרי היורש לא נתן כלום בעדו למורישו וא"כ ה"ה הכא במתנ' מוציאין ממנו בחנם ובמכר צריך להחזיר לו הדמים ולא הוצרך הראב"ד לבאר דמתקנת השוק צריך להחזיר לו הדמים משום דלא מיירי כאן מדינים אלו ועיקרם לעיל פ"ה מגנב' ושם משמע להדיא מהשגת הראב"ד דאף בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר צריך להחזיר לו הדמים ע"ש ודו"ק וזה ברור לפע"ד דעת הראב"ד ולא כמו שהבין הרב המגיד פ"ח מטוען מדעתו דאין צריך להחזיר לו הדמים ותמה עליו וז"א וכן דעת הטור כהראב"ד בכל דבר וכדפי' וגם דעת מור"ם בהג"ה מוכח כן שהרי כאן פסק דמוציאין מידו ולקמן ר"ס שנ"ז סתם כהמחבר והרמב"ם אפי' בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר צריך להחזיר לו הדמים ודוחק לו' דדוקא התם שטוען נגנבו ממני אלא ודאי כאן לא

בא אלא לו' דמוציאין הכלי מידו וא"כ במתנ' מוציאו בחנם ובמכר צריך להחזיר לו הדמים וזה ברור ועיין מה שכתבתי בסי' שנ"ז עוד מדינים אלו והעול' ממה שכתבתי שם וכאן הוא דבדברים שאינן עשוים להשאיל ולהשכיר ואומר נגנבו ממני מעמידים הכלי ביד הלוקח אא"כ שיצא לו שם גנבה בעיר והבעה"ב אינו עשוי למכור כליו וכמו שיתבאר לקמן סי' שנ"ז ואז מוציאין מיד הלוקח וישבע כמה הוציא ומחזיר לו הדמים מתקנת השוק ואם טוען שנתנם לו במתנ' מחזירם בחנם ובדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אז אם לא ראו עתה בידו בענין דהי' המחזיק יכול לטעון החזרתי אז דינו שוה לדברים שאינן עשוים להשאיל ולהשכיר ואם ראו עתה בירו אז אפי' לא יצא לו שם גנב' וגם הבעה"ב עשוי למכור כליו נאמן לו' נגנבו ממני במגו שהי' אומר השאלתיו או השכרתיו לך ומוציאין מידו ואם טוען שלקח' מחזיר הדמים מתקנת השוק רק באם לא יצא לו שם גנב' צריך לישבע שלא מכרן אלא גנובים הן וביצא לו שם גנב' פטור אף משבוע' ואם טען אתה גנבתם או אותו פלו' שאתה לקחתם ממנו הוא גנבם מביתי אינו נאמן במגו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אם לא שהם כבר מוחזקין בגנבים וכן בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וראו עתה בידו והוא טוען לקחתי' מפלוני והוא אומר השאלתי' לאותו פלו' מוציא מידו ומחזיר לו הדמים או מחזירו בחנם אם טוען שנתנם לו וכן מוציא מיד היורש בחנם אם טוען השאלתי לאביכם רק שצריך לישבע שהשאילם לאותו פלוני או לאביהם אע"פ שאין הלוקח והיורש טוענים ברי:

סעיף יד

אינו נאמן כו' כיון דאיכא עידי ראה:

סעיף טו

מוציאין אותו כו'. כיון דאיכא עידי ראה ואין לו מגו דלהד"ם או החזרתי:

סימן קלד

סעיף א

האומן בדבר שהוא כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ה. ובתשובת מהרשד"ם סי' פ"ד:

סעיף ב

ואפי' מסרו לתקן. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קל"ט ודבריו צ"ע ועיין עוד בס"ס קס"ד ורי"ג:

סעיף ג

אע"פ שבמסרו בעדים. עיין בסמ"ע ס"ק ט' עד וא"כ קשה למה יהא האומן נאמן יביא הבעה"ב עידי מסירה המכירין אותו כו' לפי מה שהבין דעדי מסירה מכירין אותו לא ה"ל להקשות דיצטרפו דהא בלא"ה אפי' אית ליה מגו ה"ל מגו במקום עדים אבל פשוט שמיירי שעידי המסירה ג"כ אין מכירין אותו או שהלכו להם וכן פי' בב"ח ע"ש עוד שם דהמחבר שיטפיה לשון דהטור העתיק וא"כ לא דק דבפרישה כתבתי דהאי אף ע"פ שמסרו בעדים שכתבהטור אדלעיל קאי ולא אבבא זו עכ"ל וכן מצאתי בטור ישן על קלף אע"פ שמסרו לו בעדים ולא ואע"פ והיה כתוב אח"כ ב' נקודות והיה כתוב אחר כך ואם העדים כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ט:

סעיף ד

אתה מכרתו. כתוב הסמ"ע מירי בדאיכא עדי ראייה עכ"ל ואם הלוקח יודע שהיה של התובע אע"פ שאין לו עדים מוציאין מידו דהוי כחד סהדא והוה האומן משואיל"מ וכמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק צ"ז והוכחתי כן מדברי התוס' פ' חז"ה דף ל' ע"א בשם הרשב"א ע"ש ודוק ועיין מ"ש שם דלתשובת הרשב"א אפילו ליכא עדי ראיה שהלוקח עומד במקום עדי ראיה וא"כ יש לפרש כאן דברי טור כפשוטו ומ"מ לענין דינא העליתי שם דלא כהרשב"א ע"ש:

סעיף ה

וי"א דהיינו דוקא כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ד ובדרישה כתבתי כו' משם עד סוף הסעיף קטן הכל לע"ד אינו נכון והעיקר כמ"ש הב"ח דגם הטור סובר כהי"א שכתב המחבר וכמה שכתב מור"ם עיין שם:

סימן קלה

סעיף א

נשבע היסת ונוטל לאו דוקא אלא ר"ל נוטל ואח"כ נשבע היסת וכן הוא ברמב"ם ע"ש:

סעיף ב

נשבע המחזיק כו'. ע"ל סי' ק"מ סעיף א' בהג"ה:

סעיף ג

וי"א דאם כו'. ולפע"ד מוכח כן בש"ס ואין חולק אזה דעל מאי דתנן בריש פ' חזקת הבתים והעבדים וכל שהוא עושה פירות תדיר שחזקתן שלש שנים מיום ליום גרסינן התם (בסוף ל"ו ע"א) ועבדים יש להם חזקה והאמר ר"ל הגודרות אין להם חזקה אמר

רבא אין להם חזקה לאלתר אבל יש להם חזקה לאחר ג' שנים א"כ משמע לכאורה דגם גודרות יש להם חזקה לאחר ג' שנים ועוד דהא במלת גודרות אין נכלל עבדים דגודרות אינו אלא מל' גדרת צאן כמו שמפ' רשב"ם שם אלא ודאי תלמודא פריך כיון דהתם טעמא כיון דמהלך אין לו חזקה א"כ ה"ה בעבדים וכן פי' רשב"ם שם להדיא ואם איתא דלפי האמת ג"כ בבהמה אין לו חזקה לעולם ובעבדים יש חזקה לאחר ג' שנים א"כ למה מוציא התלמוד דברי ר"ל מפשוטן ומפרש אין להם חזקה לאלתר כו' לימא גודרות שאני א"ו אין חלוק וכן דעת רשב"ם שם להדיא כמ"ש הטור דגם בבהמה וחיה יש חזקה לאחר ג' שנים וכן דעת נ"י שם ורבי' ירוחם נת"י ריש ח"ו וכן נר' להדיא דעת הסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג ומהרמב"ם לא מוכח מידי לפע"ד דמ"ש ה"ה לדעתו אינו נראה אלא נראה דכיון דכת' בעבדים דיש להם חזק' לאחר ג' שנים ה"ה בבהמה כמו שמשמע מדבריו שם דבבהמה ובעבדי' שווים וכ"כ הב"ח וכ"נ מפי' המשנה להרמב"ם ע"ש וכן נר' לפרש דברי הברטנורא ודלא כהתוס' י"ט לדעתו ע"ש ולפ"ז נראה דגם דעת המחבר דגם בבהמ' יש חזקה לאחר ג' שנים וכ"כ להדיא לעיל סי' ע"ב סכ"א ולפ"ז א"צ לדחוק כמ"ש הסמ"ע דבסי' ע"ב לא העתיק רק דברי הטור וסמך עצמו אמ"ש כאן אלא אדרבא איפכא מסתברא דכיון דכת' כאן בעבדים דיש להם חזקה ה"ה בבהמה וגם מבעל העיטור לא מוכח לפע"ד מידי דמ"ש ה' המ' שכן נראה מדבריו נראה שיצא לו ממ"ש דמטלטלי כיון דלאו בני שטרא נינהו אין להם חזקה אפי' לאחר ג' שנים שהרי לא נמצא בבעל העיטור ד"א שיהא משמעותיו כן זולתי זה וכן מבואר להדיא בב"ח וסמ"ע דמדברי בעל העיטור אלו ודו"ק והייני דהטור העתיק לעיל סי' קל"ג בסתם דברי הב"ה וא"צ לדחוק כמ"ש הב"ח דס"ל להטור כדברי בע"ה לדינא ולא בטעמיה ואפי' יהי' דעת ב"ה כן מ"מ כיון דהוכחתי לעיל מן הש"ס דיש לבהמה וחיה חזק' לאחר ג' שנים וכן דעת הפוסקי' הכי נקטינן. ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ג:

סימן קלו

סעיף א

הרי זה ישתמש בהן. עיין בתשו' ר"א ן ששון סי' ק"ט וע' בב"ח ודבריו פשוטים דכשנודע שנאבדו שלו צריך לחזור מיד ודמי למ"ש בס"ב ע"ש:

סעיף ב

ואפי' אומן עצמו כו'. ואם יבא בעל הטלית ויאמר לא צויתי למכור טליתי ולא לקחתי ממנו שום דמים נאמן ליקח טליתו מיד זה אם יש לו עדים שזו הטלית הי' שלו או יתן

בו סי' כ"כ הטור והביאו ג"כ סמ"ע אע"ג דלא ראו עתה בידו החפץ אלא הוא עצמו מודה שאינ' שלו צריך לחזור ואף שאומן הי' נאמן לו' לקוח במגו דהחזרתי כ"כ בתשו' רשד"ם ס"י ע"ש:

סעיף ג

וכשיבא בעל החפץ וכו'. ע' בתשובות מהר"א ן' ששון סי' ק"ט:

סימן קלז

סעיף א

אפילו יש עדים שליקטן כו'. עיין בב"ח שהקשה ממשכנת' (לקמן סי' שי"ז סעיף ג') ול"נ לתרץ דשאני התם דשנין משמע רק ב' א"נ התם חציף כיון שירד מתחלה ברשות בתורת משכונ' ועיין בסמ"ע ס"ק א' ובב"ח בדינים אלו:

סעיף ב

ב"ד מוחין כו'. כן דעת התוספות והרא"ש והגה' אשר"י פ' חזק' ודע' הראב"ד שאין מוחין וכן נראה מחדושי הרמב"ן:

סימן קלח

סעיף א

או יושבין בצד ערימה של חטין כו'. הטור בסי' קל"ט כתב דין זה בשם הרמב"ם וכתב על זה שם ז"ל נראה דס"ל כיון שהיא מונחת בסימט' שהיא מקום הראוי לקנות ושניהם יושבים בצדה חשוב כאלו שניהם מוחזקין בה עכ"ל נראה דדוקא קאמר ושניהם יושבים בצדה דאל"כ אע"פ שהיא בסימטא לא חשיב כאלו שניהם מוחזקין בה והכי מוכח בפ' חז"ה (דף ל"ה) דפריך מהמחליף פרה בחמור ושפחה אארבא וארבא ע"כ אין שניהם מוחזקין בה כדלקמן ר"ס קל"ט ופרה ושפחה ע"כ מיירי בדקיימא באגם וסימטא כדאיתא בפ' השואל (דף ק' ע"א) ע"ש ודו"ק עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג ריש סימן קכ"ב:

סעיף ב

ולקח את חבירו אצלו כו'. פי' ואסף את פלוני חברו לדור אצלו בבית כיון שהוא עיקר הבית הנכסים בחזקתו וה"ה אפילו אין הבית שלו לחלוטין רק שהוא שכר הבית ופורע השכירות רק שאסף את חברו אצלו הנכסים בחזקתו לבדו כיון שהוא לבדו שכר הבית לאפוקי כששניהם שוכרים הבית ואין האחד עיקר בבית יותר מאחר אז חולקים כן היא בריב"ש שם:

סעיף ג

ואם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו כו'. פי' כיון שעליך לישבע שאין לך בה פחות מחצי' השבע בנק"ח מצד גלגול שכולה שלך אבל בלא"ה א"י להפך עליו רק היסת כדלעיל סי' פ"ז סי"א וי"ב ע"ש ודו"ק:

סעיף ד

שאין ביד אח' שלש על שלש כו'. פי' וכיון שאינו דבר חשוב אין ראוי לו' עליו שיטלנו קודם חלוק' אבל ודאי אם רוצה ליטלו קודם אף שהוא פחות מג' על ג' הרשות בידו וכן משמע בהרא"ש ע"ש ודוק:

סעיף ה

והשאר חולקין בשוה ונשבעין כו'. הב"ח והת"ח פסקו דדוקא השאר חולקין בשבועה אבל מה שאוחזים נוטלים בלא שבועה ולפע"ד עיקר בש"ס כדעת רוב הפוסקים דגם מה שאוחזים צריך שבועה ומטעם דכתבו התוס' והפוסקים כדי שלא יהא כל א' הולך ותוקף כו' וגם מטעם שכתב הרא"ש והרשב"א דא"כ מאי אשמועינן ר' אבהו דהא מתני' היא ומה שהקשה בספר ת"ח דמאי פריך היכא משכחת לה לישני כגון ששניהם אדוקין בשוה לק"מ דמ"מ ק' ל"ל למיתני יחלוקו דמשמע משום ממון המוטל בספק חולקין לעולם בשוה דהא לא תלי מידי בהכי אלא מה שכל א' אוחז בידו נוטל עד מקום שידו מגעת וה"ל למיתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגע' ואדרבה להרמב"ם וסייעתו קשה מאי קאמ' תלמודא אלא מתניתין מדקתני דפלגי לה ולא קתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' משמע שהבין בשכל א' אוחז בגוף הטלית אלא דפריך אמאי קתני יחלוקו ליתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת והא גם אי הוה קתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת ק' שבועה זו דבמתני' למה א"ו הכי פריך אלא מתני' דקתני יחלוקו אפי' תימא דמיירי בששניהם אדוקין בשוה מ"מ כיון דהעיקר תלוי במה שכל א' אוחז בידו א"כ ה"ל למיתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' דממילא הוי שמעינן דה"ה להיכא שאינם אדוקים בשוה וזה ברור גם בלא"ה א"א לפ' מתני' בששניהם אדוקין בשוה דא"כ בסיפא בזה אומר חצי' שלי אמאי נוטל רק רביע ה"ל ליטול החצי וליכא למימר דמיירי שאינו אוחז כ"א הרביע וחברו אוחז ג' דא"כ ל"ל דקתני ז"א כולה שלי אפילו אינו אומר רק מה שאני תופס בידי שלי נוטל מה שתפוס בידו והיינו דפריך תלמודא אלא מתני' דקתני דפלגי לה כלומר לפי דבריהם שטוענים פלגי לה הא לא נ"מ בדבריהם רק במה שהם תפוסים ודוק גם מ"ש ה' המ' בשם רב האי גאון תמיה לי על ה' המ' דאדרבה רב האי גאון כתב להדיא בס' משפטי שבועות שלו שער ט"ו דף י"ז ע"א וז"ל אבל אם רוב

האחד תופס רוב הבגד וא' מקצתה אין מוציאין מידו אלא נשבע שיש לי בה ואין לי בה פחות ממה שבידי וזכה במה שבידו ואחר עוד כן והנשאר יחלק ביניהם כמו שאמרו תני רב תחליפא כו' עכ"ל ועוד כ' שם וז"ל והדרך השלישי שנוטל מה שתופס וחצי השאר שניהם בשבועה כו' ומ"ש רב האי שם ועוד אמרו מחוי רבי אבהו והשאר חולקין בשבועה צ"ל דל"ד אשאר קאי אלא ה"ק הא דקאמר זה נוטל כו' והשאר חולקין מחוי ר' אבהו בשבועה וגם מ"ש בשם בעל ה"ג תמיה לי עליו שבבה"ג שלפנינו דצ"ד ע"ד ליתא רק מחוי ר' אבהו ובשבועה וכמו שהוא בש"ס:

סעיף ו

בפנינו כו'. כלו' בפני ב"ד ואם היה הדבר בפני עדים יש מחלוקת בין הפוסקים והעיקר נראה דדינו כאילו היה בפני ב"ד ועיין בספרי:

סעיף ז

אע"פ שחזר וצוח כו'. דין זה דחזר וצוח הוא בעי' בש"ס ולא איפשטא אבל בשתק מתחלה ועד סוף אי' בש"ס בפשיטות דאודויי אודי ליה ולפ"ז פשיטא דאפילו חזר הראשון ותקפו מוציאי' אותו ממנו ונותני' אותו ליד התוקף הראשון כשהוא צווח ומ"ש הרמב"ם והמחבר בסעיף שאח"ז יחלוקו כבתחיל' לא קאי אלא אסיפא כשחזר וצוח עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קל"ב ובתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ג ועיין בתשובת מהרי"ט סוף סי' ק"ו:

סעיף ח

וי"א כו'. והב"ח חולק על הר"ב ואמר דדוקא כששתק מתחלה ועד סוף הוא דאמר הרא"ש דלא מהני עדים אבל לא בחזר וצוח ע"ש ואין מזה השגה על הר"ב דאם נאמר דהטור דוקא ארישא קאי א"כ גם הר"ב ארישא קאי שהרי גם הטור כתב דברי הרא"ש כאן ממש כמ"ש הר"ב אבל באמת פשט דברי הטור והר"ב נראין דגם בסיפא לא מהני עדים ונראה הטעם דכיון דהאי תפיס מצי למימר אודויי אודי לי א"כ מה שיביא עדים לא יועיל דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ודוק עיין בתשובת מהר"מ פאדוי סי' מ' ועיין בס' א"א דף פ"ז ע"א:

סעיף ט

יחלוקו כבתחילה. הגהות מרדכי דב"מ כתב דאפילו לפי סברא זו אם הקדישה הראשון קודם שתקפו לה ממנו הוי הקדש ותו לא פקע ממנו אף אם תקפו מידו השני ד"מ ז' עכ"ל סמ"ע וכן הוא בתוספות דב"מ דף ו' סוף ע"א ובהגהות אשר"י ואגודה שם בשם ר"י. ומ"מ אפשר לחלק דהגה' מרדכי והפוסקים הנ"ל שם אמסות' דדיינינן כל דאלים

גבר ואהא כתבו דאם תקפו הא' והקדיש כשהוא בידו תו לא פקע אפי' חזר חבירו ותקפו ממני וי"ל דדוקא התם כיון דהב"ד פוסקים כן כל דאלים גבר נמצא זה שתקף בראשונה תקף ע"פ הדין משא"כ היכא שתקף שלא על פי ב"ד ודו"ק:

סעיף י

וי"א כו'. והב"ח השיג על הר"ב וכתב דהראב"ד והטור לא קאמרי הכי אלא בשתק מתחלה ועד סוף ולפעד"נ אם נפרש דברי הראב"ד והטור כן א"כ גם דברי הר"ב יתפרשו כן שהרי גם הם כתבו דבריהם כאן כמ"ש הר"ב וכן נראה עיקר לדינא דבשתק מתחלה ועד סוף א"י לחזור ולתקוף ממנו ובשתק ולבסוף צוח יכול לחזור ולתקוף ממנו:

סעיף יא

המע"ה. בש"ס משמע דכאן אנן סהדי דאודויי אודי ליה ולפ"ז אין חברו יכול לחזור ולתקפו ממנו עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ג:

סעיף יב

ישבע זה כו'. פי' שבועת היסת. כתב ר' ירוחם במישרים נתכ"ג סוף חלק י' שנים שבאו ממדינת הים ואשה וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וגם החבילה שלי והאחר אומר כך צריכה שני גטין וגובה כתובה אחת מן החבילה ואם האשה אומרת הכל שלי והם עבדי יש מחלוקת אם יש לה שום דבר המותר מן הכתובה אחר שגירשה והעיקר שאין לה במותר כלום. קדושין עכ"ל. ודבריו צ"ע ונראה שהם מוטעים כי העולה מסוגיא דקידושין פ' האומר (דף ס"ה ע"ב) ורש"י שם כך הוא דשנים שבאו ממדינת הים ואשה עמהם וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי וזה אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי ואשה אומרת אלו שני עבדי וחבילה שלי לעולם החבילה מונחת עד שיבא אליהו אא"כ נתנו לה שניהם גט מעצמם והגט מביא' לידי גבית כתובה ממ"נ והמותר על שלשתן בספק עד שיבא אליהו וכתב הריטב"א שם דודאי דכל היכא דאתי' למיגבה בתורת כתוב' לית לה כלל דכל כה"ג בתר הודאה דידה אזלינן כדין האומר לחברו חייב אני לך מנה והלה אומר אינך חייב לי כלום שזה פטור כיון שאין לו תובע ולא עוד אלא דכיון דהודית השתא שאחד מהן בעלה דקא תבעה כתובה הרי הוא כאלו הודית שאין לה בחבילה זכות אחר אלא מדין כתובה ונמצא קרחת מכאן ומכאן אלא הכא במאי עסקינן דקא אתיא עלייהו ממ"נ שתאמר לדברי חבילה זו כולה שלי ולדבריכם הרי יש לי בה לכל הפחות שיעור כתובה אחת וגובה אותה ממ"נ והשאר ידה עמהם שוה כדין ממון המוטל בספקו חולקין או להיות מונח עד שיבא אליהו או לדון כדין כל דאלים גבר ע"כ ועוד כ' שם כמה חלוקי דינים בזה ע"ש:

סימן קלט

סעיף א

וצריך לישבע כו' פי' היסת:

סעיף ב

אף אם תגבר ידו אין מניחין. עיין לקמן סי' רמ"ה סי"א ודעת התוס' פ"ק דמציעא דף ו' ע"א ד"ה והא הכא כו' ובהגהת מרדכי והגהת אשר"י והאגודה שם בשם ר"י נראה להדיא דאם חזר ותקפה ממנו זוכה ע"ש וכן הוא בהגהות מיי' ספ"י דטוען והובאה בתשוב' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סימן ל"א דף קי"ג ריש ע"ג ולדעתי אישתמיט לב"י כל הנך מחברים שהרי לא הביאם בספרו ב"י כלל הלכך נראה לדינא דאם חזר ותקפה אין מוציאין מידו כיון דפלוגתא דרבוותא היא וגם רובא נינהו עי' בתשוב' מהרשד"ם סי' שכ"ח:

סעיף ג

עד שישיב לכל אחד כו' ומתוס' מוכח כהרמב"ן וגם מוכח מדבריהם שם שגם דעת רשב"ם כן שא"צ להחזיר לכל א' כו' וצריך לומר שהיה להם גירסא אחרת ברשב"ם וכדאיתא במהרש"א שם וגם דברי הרא"ש יש לכוין כדעת התוס' ורמב"ן ע"ש ודוק וגם הנ"י כתב כהרמב"ן וכן מוכח לפע"ד דעת הרמב"ם פט"ו מה' טוען שכ' גבי שדה ואם בא שלישי ותקף מהן מסלקים אותה ממנה ואם איתא למה השמיט עיקר הדין דבארבא צריך להחזיר לכל א' וא' וכ' דין אחר במקומו דבשדה מסלקין אותו אלא ס"ל דאין חילוק בין ארבא לשדה ובכל ענין מסלקין אותו ואין צריך לשלם לכל אחד ואחד ודוק וכן משמע להדיא בר"י נתיב י"א ח"ב שכ' וז"ל ואם בא א' מן השוק לגזול אותה מוציאין אותו מידו עכ"ל ואי הוי ס"ל כהטור הוי כ' דצריך לחזור לכל אחד ודוק. עיין בס' ב"ה ודו"ק:

סעיף ד

ואם גבר הא' כו'. עיין בחדושי הרמב"ן ובספר המלחמות ובעל המאור ודוק:

סעיף ה

אפי' אין ידוע שאכלם אלא על פיו כו' וה"ט שהרי לא טען שקנה השדה להיות אכילתו ראיה אטענתו אלא טוען שירש הקרקע והקרקע יוצא מתחת ידו בעדים הללו ואין לו מגו נגדו ממילא צריך לשלם ג"כ הפירות עכ"ל סמ"ע והיא מהתוס' והגהת אשר"י ומחדושי הרמב"ן נראה שחולק ע"ש ואפשר לפרש גם דברי הטור והמחבר שהיא ספק אף לטוען וכפי' הרמב"ן בחדושיו וא"כ ליכא כאן מגו ודוק מיהו לקמן סי' קמ"ה ס"ג מוכח דעת

הטור כדעת התוס' אבל בריב"ש סי' של"ו מוכח כהרמב"ן וכ"כ הנ"י וכן משמע ברשב"ם דף ל"ג ע"ב ד"ה אמר רב נחמן כו' וכן בדף ל"ד ע"א ד"ה אלא אי דמי' כו' וכן משמע בבעל המאור וכן נראה עיקר ועיין בתוס' ודוק היטב ועיין לקמן סי' שצ"ו וסמ"ג:

סעיף ו

כל דאלים גבר. עיין בסמ"ע סק"י עד ונסתלק תמיהת הע"ש כו' וסבר כו' שלא כדת השיג על הע"ש דתמיהת הע"ש נכונה וידע מקור תרומת הדשן שהרי כ' שמהגמ' פ' הניזקין אין ראיה ששם לא הי' אפשר בענין אחר שאם יאמרו הב"ד לתופסו בב"ד עד שיתברר הדבר מי יוכל לאסוף המים בחפניו אם יאמרו יהיו מונחים ולא יגעו בהם המים ירוצו וילכו לאבוד או יבאו אחרים ויקחום וא"א לשומרם לכך לא מצאו להם שום תקנה בעולם רק כל דאלים גבר מה שאין שייך לומר כן בשאר עניינים שהפוסקים חולקים בהם יש לתופסו בב"ד והב"ד ימכרוהו ויחלוקו בדמים או בדין גוד (או) איגוד דהא ע"כ לא אמרי' בר"ס זה כל דאלים גבר אלא מטעמא שמי שהוא שלו ימסור נפשו עליו כו' וזה לא שייך אלא בדבר שהתובע בעצמו יודע האמת ואין הב"ד יודעים אבל הכא מה שייך לומר שזה התובע ימסור נפשו יותר מחברו במה ברור הדין יותר לתובע מלדיין או מלחברו דנימא ימסור נפשו כו' כ"כ בע"ש כאן ובס"ס ק"ע ודבריו נכונים מאד ובהכי מתיישב נמי שפי' דברי מהר"ם שבמרדכי פ"ק דב"ב משום דחלוקה לא הי' אפשר התם ואתי נמי שפיר דברי רשב"ם דכ' טעמא דפסקי' כל דאלים גבר גבי ארבא דשמא יבאו עדים ויעידו של מי הוא ונמצא הב"ד שבורים ונסתרים במה שפסקו כבר חלוקה כו' (ומ"ש שם סמ"ע ודברי המרדכי דב"מ ור"פ המוכר את הבית כו' ליתא שם רק במרדכי פ"ק דב"ב וכן הוא בת"ה שם) לכך אין ב"ד נכנסים לדבר ולכך כל דאלים גבר עכ"ל משמע דבספיקא דרבוותא לא שייך האי טעמא ושפיר יש לב"ד לכנוס בדבר ולפסוק דין חלוק' ואפשר דגם הת"ה והר"ב שכתבו ואם לא שייך ביה דין חלוקה ר"ל דלא אפשר למיעבד חלוקה כגון הך דס"ס ק"ע ותשובות מהר"מ שם ולא דקו בלשון ודוק. מיהו כל זה לענין לכתחלה אבל אי תפס חד מנייהו לא מפקינן מיניה דאפילו תפס מרשות חברו לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא ועיין בספרי תקפו כהן הארכתי בדינים אלו:

סימן קמ

סעיף א

קרקע בחזקת בעליה עומדת כו'. דין חזקה בחזקות עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן קט"ו וסימן קל"ז וע"ש סימן רל"א ובתשו' ן' לב ספר ב' סי' ע"א ובתשו' מהרשד"ם ר"ס רכ"ח וסי' רנ"ב וסי' ע"ר וסי' רע"א:

סעיף ב

נשבע היסת כן דעת התוס' והרא"ש גבי עובדא דרבא בר שרשום ע"ש וכ"כ הרמב"ן שם בשם ר"י הלוי וכן בעל העיטור דף פ"ה ע"ד:

סעיף ג

רק היסת. וה"ה שבועת המשנה:

סעיף ד

זה שהחזיק שלשה כו'. עיין בתשו' רשב"א סי' תתקי"ו מפ' כן לעובדא דרבא בר שרשום ע"ש וכן הוא בהה"מ פ' י"א ופ' י"ד מטוען שיש חולקין על הרמב"ם וכן הוא בחדושי הרמב"ן גבי עובדא דרבא בר שרשום ובנ"י שם הביא דעה הראשונה ודעת החולקין עיין בתשו' ר"י לבית לוי סימן כ"ב:

סעיף ה

זהו סברא אחרת כו'. והעיקר כסברא ראשונה כדמוכח בכמה דוכתי מיהו כ' בהגהת אשר"י פרק חזקת הבתים בשם ה"ר אברהם חדליק דאדם שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך ג' שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי והלוקח מוחזק בקרקע א"צ לישבע היסת ואפי' אין לו שטר אלא שטען א' על חברו מכרת לי קרקע ואין מוחזק בו ואין לו שטר ובלבד שמשיב להד"ם וכן הוא במרדכי פרק שבועות הדיינים מפסקי הר' חזקי' וצ"ע:

סעיף ו

אם טען אח"כ כו'. עיין בב"ח ובתשו' מהר"מ מלובלין סי' ל"ו ובתשו' רמ"א סי' ק"ט ובתשו' ר"י לבית לוי סוף סי' ב' דף י"ב וי"ג ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ט:

סעיף ז

ולהרמב"ם אפי' לא טען המערער אלא שמא כו'. נראה לפע"ד דלאו שמא ממש קאמר דא"כ קשה תרתי חדא דהא טעמא דלא הוי חזקה במפוזרות בע"כ הוא משום דמצי המערער לומר כשבאתי שם מצאתי ביתי ריקן ולכך לא מחיתי וכמו שפי' רשב"ם גבי

באתרא דמוברי באגי וא"כ מה יטעון בשמא הא ה"ל לבא שם ולראות אם דר בו וע"ק אם איתא דטענ' שמא מהני א"כ אפילו בלא רוכלים אמאי לא טענינן ליה הא בכל מקום צריכים הב"ד לדרוש ולחקור העדים יפה שלא נוציא על פיהן שלא כדין כי שמא אינם יודעים על הלילות וכך הקשה ריב"ם על רשב"ם וכמ"ש התוס' אלא שהתו' כתבו דלאו פירכא היא דכיון שהעידו על הימים אפילו יאמרו אין אנו יודעים על הלילות מסתמא כיון שדר בימים דר נמי בלילות אם לא שטוען המערער שבודאי לא דר עכ"ל והיינו דוקא לשטת רשב"ם דמצריך שיטעון המערער ברי הלכך כ"ז שאין טוען ברי א"צ העדים לידע אם דר בלילות דמסתמא דר בו ג"כ בלילות אבל לשטת הרמב"ם דאפילו בשמא צריכים העדים לידע שדר בלילות אלמא דלא אמרי' מסתמא דר בו ג"כ בלילות וא"כ הדר' קושיא לדוכת' אמאי לא נטעון ליה אפילו בלא רוכלין א"ו האי טענת שמא דהרמב"ם לאו טענת שמא ממש הוא אלא שטוען הייתי שם כמה פעמים בלילות ולא מצאתיו ושמא הוא מפני שלא דר בה כלל בלילות ולכך לא מצאתיו ואע"פ שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאנו כי יצאתי פעמים לעסקי מ"מ כיון שהמערער טוען שהוא בא כמה פעמים לביתו ולא מצאו צריך המחזיק לברר שדר בו בלילות דאל"כ יוכל המערער לטעון שבשביל כך לא מחיתי אבל אי לא טען המערער כלל שהיה שם ולא מצאו לא טענינן ליה רק ברוכלין ולהרשב"ם אפילו טוען המערער הייתי שם כמה פעמים ולא מצאתיו לא טענינן ליה דמ"מ הוי טענת שמא דיכול להיות דבאותן פעמי' יצא לעסקיו עד שיטעון המערער אני יודע שלא דר בו בלילות דהיינו הייתי שם בכל הלילות ולא מצאתיו או ראיתיו יוצא משם אחר שישנו השכנים וכה"ג אבל להרמב"ם א"צ שיטעון כן אלא כדפי' כן נלפע"ד ודוק ונ"ל עיקר בש"ס כהרמב"ם וכ"כ הרמב"ן בחדושיו וכן הסכים ה' המ' ועיין עוד ברמב"ם שכ' דאפילו באו עדים ואמרו לנו השכירו ואנו דרנו ביום ובלילה וטען המערער ואמר יביאו עדים שיעידו שדרו בו ביום ובלילה צריכין אלו השוכרי' להביא ראיה כר ופי' המ"מ דבריו אפי' אם עדיין השכירות בידו שכיון שזה הדבר תלוי בשוכרין עצמן חשובין כנוגעין ומסיק המ"מ וכ' דהראב"ד וגם אחרים חולקים עליו בזה ושכן נראה לו והעתיקו ג"כ בסמ"ע ולפעד"נ גם הרמב"ם מיירי כשנתנו השכר ולא הוצרך לבאר לפי שסמך עצמו אמ"ש בה' עדות וגם הראב"ד לא בא להשיג אלא לפרש דבריו וגם בש"ס מפרש הרמב"ם דאמר מר זוטרא ואי טעין כו' קאי אהיכא דאין השוכרין עצמם יכולין להעיד כגון שנתנו השכר הלכך אי טעון אם [ואמר] יביאו השוכרי' עדים שדרו בו ביום ובלילה טענתו טענה ע"ש ודוק (וכן משמע בס' ת"ח שכן הוא כוונת הרמב"ם ע"ש):

סעיף ח

ואם היה המחזיק רוכל כו'. או עדים השוכרי' וכן הוא ברמב"ם:

סעיף ט

אע"פ שלא טען כו' גם בזה נ"ל עיקר בש"ס כהרמב"ם דאל"כ הל"ל ומודה ברוכל המחזיר כו' ומדנקט מעיקרא ברוכלים לשון רבים ובתר ה"ק אע"ג דלא טען ל' יחיד משמע דרוכלים קאי אהדרי' בו ודוק ע' בתשו' ר"ל ן' חביב סי' קל"ב:

סעיף י

ור"ת והרא"ש חולקין כו'. ע' בסמ"ע סק"י עד דמ"ש הפוסקים ומור"ם בשם ר"ת כו' היינו דוקא אמר כן לשכינים כו' אין זה לפענ"ד דמה לי עדים דעלמא ומה לי שכינים וכן משמע פשט לשון מור"ם ופוסקים דאומר כן לעדים אחרים והכי מוכח מל' התו' ועוד דא"כ מאי קאמר מר זוטרא ואי טען ואמר כו' הא היינו הך דאביי ואי בא לפרושי מילתא דאביי לא הל"ל ואי טען אלא הל"ל אמר מר זוטרא הני מילי אי טען כו' אלא ודאי ה"ק מר זוטרא הא דבעי אביי שיבבי וכן רבא בעדים דעלמא שיאמרו אנן אגרינן מיניה היינו דוקא אי לא טעין אבל אי טעין ליתי תרי סהדי וליסהדו לי כו' והכי משמע מלישנא דאי טען ואמר ליתי תרי סהדי וליסהדו לי משמע דאעדים דעלמא קאי:

סעיף יא

ואפילו אם יטעון המערער ברי לי כו'. ולי נראה דאם המערער טוען ברי לא הוי חזקה דכבר כתבתי דפי' הרמב"ם עיקר בש"ס אפי' בשמא וכן הסכים ה' המ' והרמב"ן בחדושיו ועוד דבטוען ברי ה"ל ר"ח יחיד דכבר הסכימו ריב"ם ורבינו יונה והר"ן ונ"י והרשב"ם וכן דעת ראב"ן וכן הוא בתשו' רשב"א שהביא ב"י שכן קבל ושכן עיקר וכ"כ בהגהת מיי' שריב"ם וריצב"א דחו פי' ר"ח ור"ת וגם באביאסף דחה פי' ר"ת וכן נראה שם דעת הגה' מיי' וכן עיקר ואולי גם הרב בהגהה לא כ' שכן ראוי להורות אלא אמקומות ב"ה וכה"ג דבהם נ"ל דגם הרמב"ם ורשב"ם וסייעתו מודים ודו"ק וכן ס"ל הרשב"א בתשובה להדיא כרשב"ם ובמקומות של ב"ה ובכה"ג כמ"ש הר"ב אבל מדברי העיר שושן נראה דהרב אכוליה קאי ע"ש ומ"מ לדינא נ"ל עיקר כמ"ש עיין בבעל העיטור באריכות ותו נ"ל דאף ר"ח ור"ת לא פליגי ארשב"ם לענין דינא שהרי לא הוזכר בתוס' והרא"ש ובשום פוסק דר"ת ס"ל דאפי' אם טוען המערער ברי לי שלא דר בלילות לא מהני רק שכתבו בשם ר"ת שפי' דאם טוען המחזיק העידוני בסתם שדרתי בו ג' שנים בחזקת ימים וחזקת לילות מהני ומשמע דמיירי בסתם שאין המערער טוען ברי לי והיינו שכ' הרא"ש גם פירשב"ם והאריך בפירושו ע"ש משום דלענין דינא לא פליגי והטור שכ' בשם ר"ת דאפי'

טוען המערער ברי לי שלא דר בלילות מספיק אם העדים מעידים בסתם לא ידעתי מנ"ל הא ודבריו צל"ע:

סעיף יב

ומיהו אפילו כבר נתנוהו כו'. וכתב ר' ירוחם נתיב י"א ח"ב שכן עיקר:

סעיף יג

ויש מי שחולק. ולעיל סימן ל"ז לא כ' המחבר אלא סברא הראשונה וכן פסק הב"ח כאן ובסי' קכ"א סעי' י"ב ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ח:

סעיף יד

מקבלין שלא בפניו כו'. ור' ירוחם כ' בשם תשו' הרשב"א דכיון דליכא מערער קמן מקבלין וע' שם בנתיב י"א ח"ב:

סעיף טו

אם אין המערער יודע אבל אם המערער יודע אינם נאמנים במגו דהא אי אמרי לא דרנו בה מעולם הוי מכחיש להו כן הוא בתוספות ומשמע אע"ג דלית ליה למערער עדים שדרו בה ואע"ג דבעלמא אמרינן מגו כה"ג אע"ג דהוי מכחיש ליה אמרינן מגו מאינו מעיז למעיז וכמ"ש לעיל סי' פ"א סעיף כ"ג וסי' ק"י ס"ב הכא כיון דעדים נינהו ואי הוי מכחיש להו הוי בעי אשתבועי לא הוי עדות דנוגעים הן דאי הוי אמרי לא דרנו הוה בעי אשתבועי וכל עד שצריך שבועה אינו עד וכדלעיל סי' קכ"א ע"ש כן נראה לפי ענ"ד.

סעיף טז

כיון דאי בעי אמרי לא דרנו כו'. והטור חולק על זה אבל התוס' כתבו דברי ר"ח גם הרמב"ם הסכים עמו לדינא וכ"כ המרדכי מיהו איכא למימר דלאו מגו הוא דמסתפו דילמא ידיע מילתא או אתו סהדי דדרו בה וכ"כ הרמב"ן שם בתחלה וגבי רבי' ירוחם בני"א ח"ב הביא דברי ר"ח וכ' ולפי שאר הפוסקים עדיין נוגעים בעדותן הן וכן עיקר עכ"ל ואולי לזה כוון הטור אלא שלשונו קצת מגומגם ע"ש:

סעיף יז

אא"כ שכרו בשטר ועיין מ"ש בסמ"ע ס"ק ט"ו ודברי הב"ח הם נכונים יותר ע"ש:

סעיף יח

אפילו לא דרו בו שניהם כו' דקי"ל כריב"ק דאמר דעידי ממון מצטרפין ואפילו בקרקע וע"ל סי' ל' ונראה דבזה דאחד דר בו אג"ה וא' בד"ו לכ"ע אפילו שכרו בלא שטר הוי חזקה כו' עכ"ל סמ"ע ר"ל אף לרשב"א אבל מ"מ להראב"ד צריך שטר וכמ"ש לעיל ולא

דק בלשונו ודוק ועיין בב"י שמביא תשו' הרשב"א כהרבי יונה עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ו':

סעיף יט

החניות של תגרים כו' וכ"כ המ"מ בשם ר"י מאגש וקצת מפרשים ונ"י וכן מוכח דעת רשב"ם וכ"כ הרמב"ן:

סעיף כ

היה מעמיד כו' ולפע"ד נר' עיקר בש"ס דרב נחמן בשנוי' דרחבה הדר משנוי' קמא ולא כהטור ועוד נ"ל עיקר כהרמב"ם וכהרי"ף וכשנויי' דרב פפא ורבינא ונראה שחסר בהרא"ש שנויא דרבינא דאל"כ תימא היאך שבק רב פפא ורבינא דהן בתראי וכן נראה בברטנורא ומ"ש ב"י בכאן אינו נ"ל עיקר ועיין בריב"ש סי' רמ"ח ג"כ במ"ש דרב נחמן הדר משנויא קמא ע"ש ודוק:

סעיף כא

וטען בעל החצר. נ"ל להגיה על בעל החצר עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' צ"ד ובתשו' מבי"ט ח"א סי' ק"ט:

סימן קמא

סעיף א

אא"כ אכל הזמורות כו' אפילו הוציא יותר משווי הזמורות וכן מוכח מתשובת רשב"א שהביא ב"י ס"ז ומור"ם ס"ט [ס"ו] ע"ש ודלא כמו שכתב הטור וכ"כ הב"ח:

סעיף ב

לא הוחזק אלא במה שאכל כו'. ונ"ל דאינו ר"ל דהוחזק באותן אילנות שאכל ובקרקעותיהן דכיון דאין מצטרפין בכה"ג ומאילן שאכל בשנה זו לא אכל שנה אחרת במה יהיה לו חזקה אלא נ"ל דר"ל דאין לו חזקה כלל אלא בפירות דשמיט ואכל שנה שעברה ולא יאכל הפירות אפי' לשנים הבאים עכ"ל הסמ"ע ואין פירוש זה מחוור וגם הדין הוא תמוה לפירושו למה לא ישלם הפירות שאכל כיון דאין לו חזקה באילנות שאכל אם כן שלא כדין אכלם וכדאמרי' לקמן סי' קמ"ה דכל היכא דאין לו חזקה צריך להחזיר גם הפירות אלא נראה דר"ל לא הוחזק אלא במה שאכל אם אכל כדין חזקה ואתא לאשמועי' דאף שאכל י' במקו' אחד ג' שנים רצופי' ואח"כ אכל גם האחרי' לא הוי חזקה להשאר אלא למה שאכל ודו"ק:

סעיף ג
אע"פ שלא אסף כל פירותיה' כו'. ולדברי רשב"ם והראב"ד והטור ושאר פוסקי' בכל ענין אין לו חזקה אא"כ לא הוציאו ע"ש ודו"ק:

סעיף ד
ואכלן מפוזר לא הוחזק בקרקע כו'. לא ידענא מנ"ל הא דאפי' אכלם כולם ג' שנים רצופי' לא הוי חזקה לשאר הקרקע כדמשמע ברשב"ם וטור להדיא ונראה דגם הרב ה"ק ואכלם כולם מפוזר כלו' שהם רחוקי' זה מזה כיון שהם נטועין יותר מבי' סאה לעשר' ודוק:

סימן קמב

סעיף א
אע"פ כו' ע' בתשובת מהרשד"ם סי' ר"ו וסי' רכ"ו וקי"ו ורל"ד:

סעיף ב
אבל אם יטעון לאחר שלשה כו'. אין שומעין לו פי' אפי' ליכא ריעותא דהגביה לו הפירות הנ"ל עכ"ל סמ"ע ובז' יתיישב כפל לשון בטור עד אחר ג' שנים וכו' וה"מ בתוך ג' כו' ודו"ק:

סעיף ג
נפל הכותל כו'. עיין בתשוב' מהר"י לבית לוי סימן ב' דף ט' וסי' כ"ד דף קכ"ט ובתשובת מ"ע סי' מ"ב ובתשובת ן' ל"ב סימן ל"ז וסימן ע"ג ובתשו' ר"מ אלשיך ס"ס י"ד ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ב וק"ו ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' שכ"א מדין מחילה בטעות:

סעיף ד
וא"י לחזור ולערער כו'. ואפילו לא סייעו דס"ל דיש חזקה להיזק ראיה והא דקיי"ל כר' חייא בש"ס דצריך לסתום היינו כשמיח' לאלתר עיין בס' ב"ה מ"ש בזה ולקמן סימן קנ"ד ס"י פסק המחבר ומור"ם כהרמב"ם ע"ש:

סימן קמג

סעיף א
והלך למקום שאינו יכול למחו' ונ"ל דאם בתחלה ידע שזה יחזיק בשלו ולבסוף הוא ירצה לטעון דהוי טרידנא ולא ידעתי שהיית מחזיק בשלי לא מהני והוי חזקה וכך הוא כוונת ב"י ע"ש ודלא כמ"ש בב"ח ופשוט:

סימן קמד

סעיף א
אכל האב שנה ומת כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רכ"ט:

סעיף ב
וי"א אפילו שלא בשטר. עיין לקמן סי' קמ"ו ס"ס י"ט:

סימן קמה

סעיף א
שאין העד מדקדק בזה כו'. הטור מסיק וכתב על זה ז"ל לפיכך אם אחד אומר חטין ואחד אומר קטנית אין מצטרפין דבהכי לא טעו אינשי עכ"ל וכן העתיקו בסמ"ע אבל המחבר השמיטו לפי שכתב בבדק הבית דיש לדחות ולומר כיון דהוי מילתא דלא רמיא עלייהו דאינשי כך לי חטים וקטנית כמו חטים ושעורים עכ"ל וכדברי הטור כתבו התוספו' והרא"ש ור' ירוחם נתי"א ח"ב ונראה סברתם נכונה דלא שייך מילתא דלא רמיא שהרי מכחישים זה את זה אלא שצ"ל שאחד מהן טועה ובין חטים לקטניות אין אדם טועה וא"כ הוי הכחשה גמורה ועדותן בטלה וע"ל סי' ל' סעיף ב' ודוק. והב"ח כתב דמפירוש רשב"ם משמע דלהכי קאמרינן בין חיטים לשעורים טעו אינשי לפי שאינן מבינים יפה בין קמח חטין לקמח שעורים א"כ לפ"ז אף בחטין וקטניות אין מבינים יפה בקמח שאוכל אם הוא של חטים או של קטנית עכ"ל וטעה בין קמ"ת לקמ"ח שרשב"ם כתב שאין מבינים בין קמ"ת חטים לקמ"ת שעורים ור"ל דתואר קמת שניהם שוה לעין הרואה על פני השדה כשאינו מדקדק וא"כ אדרבה מוכח כמ"ש התוס' והרא"ש דבחטים וקטניות אפי' בלא דקדוק אין אדם טועה דהא תואר קומתן משונה מאד זה מזה וק"ל.

סעיף ב
שאם נאמין לו כו' משמע דוקא מה"ט אבל משום מגו לא מהימן ולפי זה אם טוען אכלתי רק שני שנים וזבינת' מינך ואין עדים כלל בדבר אינו נאמן על הפירות במגו דלא אכלתי כיון שהקרקע יוצא מתחת ידו וכן הוא בהגהת אשר"י להדיא וכן משמע בתוס' אבל הרמב"ן ונ"י והריב"ש ושאר פוסקים חולקין וכדבריהם נראה עיקר וכמ"ש לעיל ס"ס ק"מ ע"ש:

סעיף ג
כל המחזיר קרקע. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ח:

סימן קמו

סעיף א
דמתוך שיכול לומר כו'. ואע"פ שאז הי' עד אחד מכחישו חשיב מגו כיון שלא הי' צריך לישבע ש"ד וע"ל סי' צ"ג מ"ש על הסמ"ע ס"ק ט' עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ב דף קי"ז:

סעיף ב
ויש מי שחולק כו'. דאפילו אין כאן עד כלל כיון שמודה במחאה וכן פסק בר' ירוחם ני"א סוף ח"ג:

סעיף ג
לא הוי מחאה כו'. אפילו אמרו לו שמיחה כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם כן נ"ל:

סעיף ד
מחאה בפני שנים כו'. אפילו בזה שלא בפני זה מצטרפין כ"כ הנ"י בשם הרא"ה וכן נ"ל עיקר:

סעיף ה
הביא עדים תחזור כו'. בטור כתב ז"ל נשבע ונוטל כו' והביאו ג"כ בסמ"ע ונ"ל טעם לשבועה זו כיון דבא להוציא הקרקע מיד זה שהחזיק בה ג' שנים חשיב כנוטל ונשבעין אפילו על טענת שמא כדאמרי' לעיל סימן צ"א וסימן שנ"ז ושע"ה דליטול נשבעין אפילו על טענת שמא וכן הוא בתשו' מיי' ספר קנין סי' ז' דטובא אשכחן ליטול דנשבעין על טענת שמא ע"ש וע"ל סרכ"ב בסמ"ע ס"ק י' ומ"ש בסמ"ע ס"ק י"ח דהמחבר סמך עצמו אמ"ש בסק"מ במערער על המחזיק שצריך שבועה ומיהו יש לחלק כו' אלו ראה דברי המחבר בב"ה לא כ"כ שכתב שם שבועה זו א"י למה ע"ש. ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ע"ח:

סעיף ו
הבא מחמת ירושה כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רנ"ה ובתשובת המבי"ט סי' רי"א ח"ב דאין טוענין לשוכר:

סעיף ז
ודין לוקח ובעל חוב כו'. וא"צ הלוקח או היורש להביא ראיה שהוא יורש או לוקח אלא כיון שהחזיק ג' שנים סגי וטענינן ליה כ"כ הטור סעיף כ"ז בשם הרמב"ן והרא"ש

וכן הסכים ה' המ' פר' י"ד דטוען וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קפ"ג ורל"ב ובתשובת מהרי"ט סימן ט':

סעיף ח

וה"ה אם החזיק כו'. וע' בב"ח ובתשובת מהר"ן ששון סי' מ"א וע' בס"ס משאת בנימין:

סעיף ט

וא"ל יודע אני שהיתה שלך כו'. משמע שידוע לו בבירור שהיתה שלו אפילו בלא אמירת המוכר והלכך ה"ל ספק אם המוכר לקחה ממנו וזה ברי לו שהיתה שלו לכך צריך להחזיר דאין ספק מוציא מידי ודאי וכן משמע בעיר שושן ולא כסמ"ע ס"ק כ"ט ואע"פ שהרא"ש כתב דאפילו אינו ידוע לו שהיתה שלו אלא ע"פ המוכר צריך להחזיר מ"מ אין דבריו נראין עיקר אלא נראה עיקר כהרמב"ם ור' יונה והרמב"ן ונ"י וכ"נ מדברי הרי"ף ומ"ש המחבר בסעיף ט"ו והודה לו שהיתה שלו ע"פ המוכר שא"ל ג"כ שהיתה שלו וקנאה הוא ממנו כו' אין ראי' דה"ק והודה לו שהיתה שלו בלא"ה רק ע"פ המוכר שאמר לו גם כן שהיתה שלו ושקנאו ממנו תדע דהא האי דינא דסעיף ט"ו שייך נמי בהודה לו שהיתה שלו בלא המוכר ועוד דהרי בש"ע שנדפסו בשנת שס"ז ליתא בסעיף ט"ו בדברי המחבר והודה לו שהיתה שלו ע"פ המוכר כו' ע"ש וכן משמע ל' הרמב"ם והמחבר כאן דאומר יודע אני בבירור שהיתה שלך אפי' בלא המוכר שהרי כתבו שא"ל יודע אני שהיתה שלך ואח"כ כתבו אבל פלוני מכרה לי כו' ומ"ש הרא"ש דלישנא לא מוכח שהודה לו דההיא ארעא בידי' הוה נלפע"ד אדרבה להרא"ש קשה לישנא דא"ל את לאו קמודית לי דהאי ארעא דידי היא דהא לא מודי ליה דהאי ארעא דידיה היא רק שהמוכר א"ל כן והכי הוה ליה למימר לאו קמודית לי דאמר לך האי פלניא האי ארעא דידי היא אלא משמע שהמערער ידע שהמחזיק יודע שהקרקע היתה שלו וא"ל לאו קמודית לי דהאי ארעא דידי היא והלכך כיון דשתק המחזיק הוי הודאה ופסק רבא דצריך להחזיר נ"ל ודוק:

סעיף י

והוא לקחה ממך. פי' שעדיין אינו טוען שברי לו שלקחה ממנו כגון שאומר מסתמא אותו מוכר לקחה ממך או שאומר המוכר אמר לי שלקחה ממך אבל אם אומר בפני לקחה ממך נאמן ואפילו אם אמר מתחלה סתם פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך ואח"כ אומר בפני לקחה ממך וזה כוונתי תחלה במה שאמרתי שהוא לקחה ממך נאמן וכ"כ הרא"ש ובסמ"ע ס"ק ל"ד כתב דהתוספות חולקין ע"ז וכיון למ"ש התוס' (דף ל' ע"א) ולפעד"נ דמ"ש התוס' שם דכשאומר מפלניא זבנתי' דזבני' ממך לא יוכל אח"כ לטעון

בפני זבנה ממך דמגו למפרע לא אמרינן כיון שכבר הודה שהיתה שלו רצונם לומר שפירש מפלניא זבינתיה שהייתי סבור או דאמר לי דזבנא מינך דהא קאי התם אש"ס (דף ל') דמיירי בהדיא בהכי וקצרו בלשונם ותדע דגם בש"ס בעובדא דר' חייא (בדף מ"א) איתא א"ל מפלניא זבנתי דזבנה מינך והתם ע"כ פירושו דאמר לי דזבנה מינך וכמ"ש הרא"ש וכן פירש רשב"ם שם שהייתי סבור דזבנה מינך וא"כ לא עדיפי דברי התוספות מדברי הש"ס אבל כשאמר מתחילה דזבנה מינך לאו מגו למפרע הוא שהרי הוא אומר שכך כוונתו מתחלה במה שטען דזבנה מינך ולכך הודה שהיתה שלו והי' שטר ושוברו עמו שאמר שלך ומפלוני קניתיהו שידוע לי שקנהו ממך וגם נלע"ד דאפי' יצא מב"ד יכול לטעון ולומר מה שאמרתי דזבנה מינך היינו שברור לי שקנאה ממך כל שלא אמר מתחלה לשון שמשמע מתוכו שהוא מסופק שהרי כשיצא חוץ מב"ד עדיין לא נתחייב בטענה זו שהרי הבית דין עצמם היו חייבים לפרש דבריו דמה שאומר דזבנה מינך הוא שברור לו כגון שבפניו קנאו ממנו או שהודה לו שמכרה להמוכר ול"ד לדלעיל סי' פ' ולקמן סעיף כ"ד דהתם כשיצא מב"ד מיהו נתחייב מהשאין כן הכא והכי אמרי' לעיל סי' פ' דהיכא דיכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה יכול לחזור ולטעון אפילו יצא מב"ד כ"ש כאן שהטענה השנייה היא בעצמו הטענה הראשונה ודמי נמי למ"ש הטור והמחבר לקמן סעיף כ"ד דאם אפשר לפרש דבריו שאמר של אבותיו שר"ל שאבותיו קנאוהו ממנו מפרשי' דבריו אפי' לא טען כן ומה שכתב בסמ"ע ס"ק ל"ה דהיינו דוקא קודם שיצא מב"ד נראה לי דלא קאי אלא אטען תחילה קניתיה מפלוני סתם לפי מ"ש המחבר ודוק הטיב:

סעיף יא

שפלוני שמכר לו דר בו אפי' יום א' כו'. אבל אם לא הביא עדים אפי' טוען הוא שברור לו שדר בו בפניו יום א' לא הוי חזקה כן כתב הטור וכן מצאתי בבעל המאור וכן משמע בספר המלחמות שם אבל בתוספות דף ל' ע"א ובמרדכי שם איתא דה"ה אם טוען בפני דר בו יום א' הוי חזקה וכן הוא בהגה' אשרי בשם רשב"א וכן מוכח בתו' להדיא קמיה דידי דר ביה חד יומא דינו כיש עדים וכן מוכח באגודה שם ובהגה' מיימוני ס"פ י"ד מהלכות טוען ובסמ"ג עשין צ"ה ריש דף קפ"ד ע"ש וכן נראה לי והטעם שכתב הבעל המאור דאם איתא דדר ביה חד יומא היו עדים יודעים קשה עליו שהרי יוכל להיות שהעדים שכחו או מתו או הלכו למה"י או לא ראו כלל וכי האי גוונא השיב עליו בספר המלחמות שם וגם מ"ש בס' המלחמו' הטעם משום דכי האי גונא לא טענינן ליה מגו דאין אנו טוענין לו שלקחו הראשון אלא כשיש עדים לו בדירה וכן כתב בחדושיו גבי

ההוא עובדא דר' חייא באריכות וכ"כ הנ"י שם וכה"ג כ' בב"ח ואין זה נראה לפי עניות דעתי עיקר דכיון שהוא טוען כן בברי אמאי לא יהא נאמן במגו אלא העיקר כהפוסקים שהבאתי דאף בכי האי גוגא נאמן ועוד בטוען על כלי לקחתיו מפלוני לא יהא נאמן כשאינו ידוע שהי' אותו כלי ביד אותו פלוני והא ודאי דנאמן וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק צ"ז וסי' קל"ג וקל"ד א"ו אמרי' שהוא נאמן שהי' ביד אותו פלוני במגו שהי' אומר לקחתיו ממך או החזרתיו לך ושוב טענינן ליה שאותו פלוני לקחו מהמערער במגו שהי' יכול לטעון החזרתי והוא הדין הכא נאמן שאותו פלוני דר בו חד יומא במגו שהי' טוען לקחתיו ממך שהרי החזיק בה שני חזקה ושוב טענינן ליה שאותו פלוני לקחו כיון שהי' זה בכחו ג' שנים. ועוד נראה לי דאפי' לא החזיק בה שני חזקה אם טוען לקחתיו מפלוני שידוע לי שדר בו חד יומא הרי הוא שלו אם אין ידוע שהית' של מערער אם לא ע"פ הודאתו לפי שהוא נאמן שלקחו מאותו פלוני ושדר בו אותו פלוני חד יומא במגו דלא היתה שלך מעולם ושוב טענינן לאותו פלו' שלקחו ממנו שיכול לומר לא היתה שלך מעולם דכי היכא דאם הי' מביא עדים שאותו פלוני דר בו חד יומא הוי טענינן ליה הכי וכמו שכתבתי לקמן דהעיקר בזה כהרמב"ן וסייעתו א"כ הוא הדין בטוען ברי לי שדר בו חד יומא דאל"כ לא תועיל חזק או במטלטלי' כה"ג ודוק וכן כ' בהגה' אשר"י פ' חזקת וז"ל אבל רשב"א אומר אע"ג שלא החזיק ג' שנים אם אין עדים למערער שהית' שלו נאמן לומר קמי דידי זבנה מנך או דר ביה יום א' מגו דאי בעי אמר לא הית' שלך מעולם כו' מא"ז ומהרי"ח האריך יותר עכ"ל וכן הוא בפסקי תוס' שם וז"ל אם אין עדים למערער שהי' שלו נאמן המחזיק לו' קמי דידי זבנ' מנך או דר בה חד יומ' במיגו דאי בעי אמר לא הי' שלך מעול' עכ"ל וכן הוא בהג' מיימוני ס"פ י"ד מה' טוען בשם ר"י וז"ל ור"י אומר דכדבריה כן הוא היכא דיש עדים למערער שהקרקע היתה שלו אבל בהאי עובד' שלא הי' לו עדי' אפי' לא החזיק בה ג' שנים כי אמר קמי דידי זבנ' מנך או קמי דידי דר בה חד יומא מהימן במגו דלא הית' שלך מעולם עכ"ל וכן עיקר (ע' בתשוב' מבי"ט ח"א סי' קי"א):

סעיף יב

דר בה אפי' יום א' כו'. וטוען אח"כ קניתיה מפלוני אפי' אינו אומר דזבנה מינך אלא רק שטוען סבור הייתי שזבנה מינך הוי חזקה כיון שמביא עדים שדר בו יום אח' והחזיק זה ג' שנים או שטוען שברור לו באופן אחר שקנהו ממנו וכן כ' בעל העיטור דף פ"ו וכן מוכח בפירשב"ם דף מ"א ע"ב (עיין בתשובת מהרי"ט סי' קי"א):

סעיף יג

שהרי יש לו טענה עם חזקתו כו' שהרי יש לו שני חזקה וכו'. נראה לפי עניות דעתי דלא הוצרך לזה אלא היכא שהביא המערער עדים שהיתה שלו אבל אם לא הביא המערער עדים שהיתה שלו אפילו לא החזיק בה שני חזקה נאמן כשטוען בפני לקחה ממך במגו שהיה אומר לא היתה שלך מעולם או שהיה טוען לקחתיה ממך (ואין לך מגו חשוב מזה ועיין בב"ח שפי' דכיון שהוא ספק אם קנהו מהמוכר וגם יש ספק אם המוכר קנהו מהמערער לא הוי מגו ואין זה כלום דכיון שהמחזיק טוען הכל ברי אין לך מגו גדול מזה הגע עצמך מי שטוען אדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או היכא שיש עדים שהפקידו מפלוני לקחתיו שקנאה ממך בפני מי לא מהימן היכא דליכא עדי ראה במגו דלקחתיו ממך או היכא דאיכא עדי ראה וליכא עדים שהפקידו אצלו וטוען מפלוני לקחתיו שקנאה ממך בפני מי לא מהימן במגו דלקחתיו ממך אע"פ שידוע שהיה של המערער אע"ג דאיכא תרי ספיקא ספק שמא קנאו הוא מהמוכר או שמא קנאו המוכר ממנו מ"מ מהימן כדמוכח להדיא בפרק חז"ה (דף מ"ה) בשמעתא דאומן דמגו דאי בעי א"ל מינך זבינתא כי א"ל זבינתא ניהליה מאומן וזבנה ניהליה מינך מהימן וכן הוא בכל הפוסקים וטור ומחבר לעיל סי' קל"ד והא נמי דכותה היא ובלי ספק שגם הב"ח לא עיין בפירוש רשב"ם והרא"ש והוה סבור דרשב"ם והרא"ש כתבו כן להדיא ולכן דחק בטעם הדבר ואי הוי ידע דלא אמר כן רשב"ם מעולם ושגם הרא"ש כתב להפך וכמ"ש לקמן לא הוי כתב כן) ולא כבית יוסף שמפרש דברי הרמב"ם אלו אפילו לא הביא המערער עדים דא"כ אין לזה טעם כלל וגם מ"ש הטור בשם הרשב"ם לא ירדתי לסוף דעתו ונראה לפי עניות דעתי ברור דרשב"ם מודה למ"ש שהרי רשב"ם מקשה דיהא נאמן במגו ומתרץ כיון שאין ידוע לו שלקחה המוכר אלא ע"פ המוכר א"כ הוא עצמו אינו יודע משמע להדיא הא אם יודע בבירור נאמן במגו והיינו דמסיים רשב"ם והכא בהאי עובדא אפי' באו עדים שהחזיק בה יום א' אותו המוכר אבל אין יודע אם לקח אותה אם לאו אינו מועיל כלום מאחר שזה לא החזיק ג"ש עכ"ל ולא מסיים אפי' אמר בפני לקחה ממך כו' (כמ"ש רשב"ם לעיל מיניה בסמוך אם אמר בפני לקחה או דר בה חד יומא וא"כ למה פתח בתרתי ומסיים בחדא אלא) משמע בהא מודה רשב"ם דנאמן ועוד מרכ' רשב"ם והכא בהאי עובדא לאו כו' משמע להדיא הא אם יודע שלקח אות' כגון דטען קמי דידי זבנה מינך מועיל אע"פ שלא החזיק ג' שנים ומ"ש רשב"ם דבעינן שני חזקה מיירי בידוע שהיתה שלו ואשמועינן רבותא דאם אינו טוען בפני קנאה ממך אלא א"ל דזבנה מינך אפי' החזיק בה שני חזקה לא מהני כיון שהוא ספק אצלו ע"ש (והכי

מוכח נמי להדיא ממה שכ' רשב"ם מיד בתחלת הדבור א"ל מפלניא זבינתא דזבנה מינך כלומר שאמר לי בשעת מכירה שהוא לקחה ממך ומאחר שלא טען ואכלתה שני חזק' שטר מכיר' שלו עודנו בידו כו' מדאצטריך לפרושי כלו' שא"ל שהוא לקח' ממך אלמא דבעי למימר דלא תימא דמיירי דאמר דזבנה מינך קמי דידי דא"כ הי' נאמן והא בהך עובדא לא החזיק שני חזק' כמו שכ' רשב"ם ומאחר שלא טען ואכל' השני חזק' וגם בתר הכי כ' שם רשב"ם להדיא טובי זמנא דבהך עובדא לא החזיק שני חזקה ואפ"ה אי הוי טען ידעתי בבירור שלקח' מינך נאמן וע"כ היינו במגו שלא היתה שלך מעולם) וגם התו' נרא' שהבינו כן מפיר' רשב"ם רק שחולקין עליו במה דס"ל לרשב"ם דאם באו עדים דדר ביה חד יומא לא מהני ס"ל לתו' דמהני כיון שלא היה למערער עדים שהיתה שלו וגם חולקין עליו בפירושא דשמעתא ע"ש ודוק וכן מוכח להדיא בהרא"ש שכ' וז"ל ואי הוי טען מינך זבינתה או קמי דידי זבנה מינך ההוא דזבינתיה מיניה מהימן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון דליכא עדים למערער שהיתה שלו כו' ומשמע מדבריו שם שגם כוונת רשב"ם הוא כך שהרי כ' אח"כ פירשב"ם ומשמע דאכולא מילתא קאי ואפי' תימא דכך פירשב"ם לא קאי אתחילת דבריו מ"מ קשה על הטור היאך כ' במסקנת דבריו אבל רשב"ם פי' והוא להדיא נגד דעת הרא"ש (ומ"ש הרא"ש בסוף דבריו דאין זה מגו טוב לגבי אותו שלקחה ממנו היינו דוקא כשטוען הלוקח ספק דהיינו דא"ל דזבנה מינך) ובפרט שמשמע מדברי הטור דגם הרא"ש מודה בהא לרשב"ם וכן כ' בב"ח לדעת הרא"ש דאינו יכול לטעון קמאי דידי זבנה מינך במגו דשלא היתה שלך מעולם ולפי עניות דעתי זה אינו וכמו שכתבתי וא"א לו' דהרא"ש מיירי בהחזיק שני חזקה דהא קאי התם אעובדא דש"ס דמיירי בלא החזיק שני חזקה ועוד דאם כן ל"ל טעמא שכ' כיון דליכא עדים למערער שהיתה שלו אפי' היה עדים למערער שהיה שלו נמי כיון שהחזיק שני חזקה והיה יכול לטעון מינך זבינתא א"ו כמ"ש וגם מחדושי הרמב"ן מוכח שהבין דברי הרשב"ם כמ"ש ע"ש וגם דברי הרי"ף שהם יותר משוני' מדברי רשב"ם מפרש הרמב"ן דס"ל דנאמן וכן נראה עיקר בדעת הרי"ף שהרי כ' הרי"ף טעמא דלא הוי מגו דאין ספק מוציא מידי ודאי משמע הא אם ברור לו מהימן במגו ודוחק לו' דמ"ש הרי"ף אין ספק מוציא מידי ודאי היינו שספק לנו בית דין אם אמר ליה אותו פלוני שלקחה ממנו דמה בכך דכיון שהוא טוען ברי הלא כל מגו כן הוא שהוא ספק לנו והוא טוען ברי ונאמן במגו שלא היה מודה א"ו מ"ש הרי"ף שני חזק' מיירי כשהיה ידוע שהיתה של מערער וכמו שפירש הרמב"ן ומה שכ' הרי"ף ואע"ג דליכא סהדי דהוה של המערער קאי אטוען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך ולא כבית יוסף אבל כשאינו ידוע שהיתה

של מערער אם לא ע"פ הודאות המחזיק וטוען מפלוני קניתיו שקנאה ממך בפני או שברור לי באיזו אופן אחר שקנאה ממך אע"פ שלא החזיק שני חזק' נאמן במגו דשלא היתה שלך מעולם וכדמוכח להדיא בהרא"ש וכ"פ בעל העיטור באות מחאה דף פ"ד (אלא שהבין דעת הרי"ף כמו שהבין הבית יוסף וע"כ האריך להשיג על הרי"ף ע"ש אבל באמת דעת הרי"ף כמ"ש הרמב"ן ואפי' יהיה דעת הרי"ף כמו שכ' הב"י ודאי דלדינא לא קיימא לן הכי) וכ"כ התו' והגהות אשר"י והגהת מיימוני וכן משמע בסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"ג ריש ע"ד וכן עיקר:

מיהו היכא שאינו טוען בפני לקחה ממך רק שמביא עדים שדר בו המוכר יום א' ולא החזיק בה זה המחזיק בהא נראה דעת רשב"ם להדיא דצריך להחזיר השדה אע"פ שלא הביא המערער עדים שהיתה שלו כיון שזה מודה לו שהיתה שלו וכן כ' המרדכי והאגודה שר"י מסופק בזה וכ"כ הרמב"ן שכן דעת רשב"ם ושכן נראה דעת הרי"ף והיינו משום דבכה"ג צריכין אנחנו ב"ד לטעון לו שמא לקח' המוכר ובכה"ג לא טענינן ללוקח וכן כ' הרמב"ן לדעת הרשב"ם ע"ש וגם הרב המגיד כ' שיש מחלוקת בין המפרשים בזה ויש מי שכ' שצריך שני חזקה (והיינו כדעת רשב"ם) ולזה הסכים הרשב"א וכן נראה מל' הרמב"ם עכ"ל (ואין כוונתו למ"ש הרמב"ם שהרי יש לו טענה עם חזקתו כו' שהרי כאן ע"כ מיירי בידוע שהיתה שלו דאם לא כן אפילו בלא שני חזקה נאמן שבפני לקחה ממך וכדפי' אלא כונתו מדכ' הרמב"ם ברישא הואיל והודה שהוא שלו ושלא לקח' ממנו תחזור השדה כו' ולא חילק בין הביא המחזיק עדים שדר בה יום א' או לא משמע דבכל ענין א"צ להחזיר וא"ל דא"כ אמאי לא חילק נמי בטוען בפני קנאה ממך שזהו פשוט הוא ולא הוצרך לכתבו ודוק) מיהו בתוס' והגהות אשר"י כתבו דרשב"א ס"ל דאם מביא עדים שדר בו המוכר יום א' אע"פ שלא החזיק בה שני חזקה נאמן וטענינן ללוקח (והוא הרשב"א אחר ולא הרשב"א שהוזכר בהרב המגיד וק"ל) וכן הוא בהגהות מיימוני ס"פ י"ד דטוען בשם ר"י והבאתי לשונם לעיל (ונראה דמשמע להו להגהות מיי' מתוך דברי ר"י שבתוס' שאינו חולק על דין של רשב"א אלא על ראייתו אבל לדינא מודה ליה שמסתמא תחלת דברי התוס' בסתם הם דברי ר"י) והמרדכי והאגוד' משמע להו דכיון דר"י דוחה ראיית רשב"א משמע דמספקא ליה אבל מה שכ' מהר"ש אידלש דר"י חולק אדינו של רשב"א ליתא וכ"פ בעל העיטור באות מחאה דף פ"ז ע"ש וכן דעת הרמב"ן בחדושיו וכ' וה"ז דומה להמפקיד אצל חבירו בעדים ומת ותבע המפקיד את היורשים שהוא בידם מאביהם דאיכא עדים ולא ראה הוא מי לא טענינן לזה כן מאי דמצי אבוהון למטען חזרתיו ולקחתיו ממך דהוא נאמן במגו דהחזרתיו לך ואע"פ שהם מודים בפקדון

עכ"ל והביא הנ"י דבריו וכ' ומיהו מגדולי אחרונים מספקינן גם בדין זה של יורשי נפקד ולפי עניות דעתי נרא' שדין זה של יורשי נפקד אמת וכמו שכתבתי לקמן סי' רצ"ז ומ"מ דין דהכא צ"ע דל"ד להדדי דהתם המפקיד מודה שבא להם מאביהם א"כ אנן טענינן להו שמא אביהם לקחו משא"כ הכא די"ל שהמחזיק לא לקחו מפלוני כלל והיכא נטעון אנן ליה כשאין אנו יודעים בבירור שהוא לקחה ואע"ג דהיכא דהחזיק ג' שנים א"צ לברר שהוא יורש או לוקח וכמ"ש הטור סי' זה בשם הרמב"ן והרא"ש וכן הסכים הרב המגיד פי"ד מטוען שאני התם כיון שהחזיק ג' שנים א"כ טענינן ליה שהמוכר לקח' אפי' בלא מגו שהרי החזיק בה ג' שנים זה הלוקח בכחו ומסתמא לקח' דאם לא לקחה לא הי' מניחו להחזיק ג' שנים וא"כ טענת לקוח טענה מעליותא היא אפי' בלא מגו משא"כ הכא דלא היה המוכר נאמן לו' לקוח אלא במגו הלכך לא טענינן ללוקח זה כל זמן שאינו מברר שהוא לקוח כיון שמודה שהיתה הקרקע של המערער ולפי זה אם מברר שלקח' מפלוני או שהמערער מודה לו שלקח' מפלוני לכולי עלמא טענינן ליה שהמוכר לקחו ממנו במגו שהיה המוכר טוען לא היתה שלך מעולם ודוק. מיהו נראה עיקר כהרמב"ן וסייעתו דאיכא לדמויי למי שטוען את חברו כלי שלי הוא בידך והוא משיבו קניתיהו מפלוני שאמר לי שקנהו ממך והביא המערער עדים שהפקידו אצל אותו פלו' ולא ראוהו עכשיו ביד הנטען מי לא מהימן הנטען שלקחו מאותו פלו' ואנן מי לא טענינן שאותו פלוני לקחו ממנו במגו שהי' יכול אותו פלוני לטעון החזרתי דע"כ לא קאמרי' דאם טוען הלוקח האומן אמר לי שלקחו ממך שצריך להחזיר אלא בדאיכא עדי ראה וכמו שכ' הסמ"ע סי' קל"ד ס"ק י"ב וכן משמע בפוסקים הא לא"ה היה נאמן במגו שהאומן מכר לו ואנן טענינן לאומן שהי' נאמן במגו דהחזרתי שלקחו ממנו אע"ג דאומן אע"פ שלא מסרו לו בעדים דינו כמסרו לו בעדים וכדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אפי' הכי הוה טענינן ליה ועוד דאם לא תאמר כן א"כ אין לך מי שקונ' חפץ מחברו דשמא יבא אחר ויביא עדים שהיתה שלו ושהפקידו פעם א' בידו של מוכר א"ו אפי' יבא אחר ויביא עדים נטעון שחברו לקחו במגו שהיה יכול לטעון החזרתי וכן העליתי לעיל סי' ע"ב סעיף י"ח ס"ק צ"ז וא"כ ה"ה הכא ואין לחלק ולו' דשאני התם דאין הנטען מודה שבא בפקדון ליד אותו פלו' דמה בכך דכיון שמביא עדים שהפקידו בידו ע"כ מוכרח הוא להודות ואין לך ידיע' ברור' מעדים א"ו העיקר כהרמב"ן וסייעתו. נראה לי ודוק היטב:

סעיף יד

ואם לאחר כו'. אין שומעין לו אפילו טען כן בפני ב"ד דכיון שכבר הודה שהיתה שלו תו לא מהימן השתא במגו דלא הודה דמגו למפרע לא אמרי' שכבר הודה שהיתה שלו והיה

סבור שיזכ' בטענ' שטען שאמר שקנא' ממך והשתא שרואה שלא יזכה בטענה זו חוזר וטוען קנאה ממך בפני לא מהימן דתו ליה מגו וכן הוא בתוס' ובהגהות מיימוני:

סעיף טו

אבל אם אמר מתחלה אמר מפלוני קניתי סתם כו' דין זה תמוה בעיני דהרא"ש לא קאמר אלא כשאמר מתחלה מפלוני קניתיה דזבנא מינך שהרי הוא אומר מה שהודיתי מתחלה שהיתה שלו הודיתי ע"פ מה שאמרתי דזבנא מינך וכוונתי דזבנ' מינך בפני ולא הוה מגו למפרע אבל כשאומר מתחלה קניתי' סתם א"כ א"י עתה לחזור ולטעון בפני קנאה ממך שהרי עכשיו אין לו שום מגו ומעיקרא הודה שהיתה שלו ואין לך מגו למפרע גדול מזה ולא יוכל לומר מה שאמרתי סתם מפלוני קניתי' כוונתו שקנאו ממך שהרי עיקר הדין תלוי בזה ואיך לא אמר שקנא' ממך והלכך כיון שבתחלה הודה בסתם שהיתה שלו ולא פירש שאותו פלו' לקחה ממנו והשתא הוא טוען כן אינו נאמן אלא במגו שלא הוד' מתחל' והוה מגו למפרע וכמו שכתבו התוס' פרק חזקת הבתי' והגהות מיימוני ס"פ י"ד מטוען ושאר פוסקים והכי מוכח נמי להדיא ממ"ש התוס' פרק הכותב (כתובות דף פ"ה ע"א) גבי ההיא איתתא דתפסא מלוג' דשטרי ואמר' מחיים תפיסנ' לה דלא מהימנ' לו' שתבעו' ממנו מחיים במגו דאי בעי אמר' לקוחי' הן בידי וז"ל ואומר ר"י דלא חשיב מגו הואיל ועכשיו א"י לטעון לקוח שכבר אמר' מחיים תפיסנא ומשום דאי בעי אמר' לקוחי' הן בידי בשעה שאמרה מחיים תפיסנ' לא מהימנא השתא דבאותו שעה שאמרה מחיים תפיסנא סבור' היתה שהיא טענה מעול' ולא היתה יודעת שצריכה לטעון דתבעתינהו מיניה מחיים מדלא טענ' בעצמה ומגו למפרע לא אמרינן עכ"ל ואפילו לשאר פוסקים שתירצו הך דמלוגא דשטרא בענין אחר היינו משום דכיון שאמרה מחיים תפיסנא להו יש במשמעות לשון זה דתבעתינהו ממנו מחיים משא"כ הכא שלא טען רק קניתי מפלוני ואין במשמע כלל שאותו פ' קנא' ממנו פשיטא דאין כאן מגו דהוי מגו למפרע ודו"ק (עיין בתשובת מהרי"ט סי' ז' ועיין מ"ש לעיל ס"ס נ"ה) ונ"ל ברור שט"ס הוא בטור וחסר שני תיבות אלו בטור וכך צ"ל אבל אם אמר מתחלה מפלוני קניתיהו דזבנא מינך סתם ושוב מוסיף וכן הוא ברמזי הראש שחיבר הטור ולא כב"י וסמ"ע להדיא מדבריהם שגורסי' כמ"ש המחבר או שצ"ל שהטור מיירי שלא הודה מתחלה שהיתה שלו רק אמר סתם מפלוני קניתי' אבל קשה על זה פשיטא דאם מוסיף שומעין לו שהרי לא הוד' כלל שהיתה שלו לא ע"פ עצמו ולא ע"פ המוכר ועוד דמשמע דדוקא משום שמוסיף שומעין לו ואם איתא הא בלא הוספה כ"ש דאין צריך להחזיר וגם בב"י וסמ"ע לא משמע כן שכתבו דדין זה שכ' הטור הוי רבותא יותר מ"ש הרא"ש

ואם איתא אדרבא פשיטא הוא ודין דהרא"ש הוי רבותא דאף דמתחלה הודה שהיתה שלו שהרי אמר קניתי' מפלו' שאמר שקנא' ממך והכי משמע נמי ממ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ה דהיינו דוקא קודם שיצא מהב"ד ואם איתא אפי' יצא מב"ד נמי שהרי אפי' לא הוסיף כלום היו הב"ד פוסקים לו שא"צ להחזיר כיון שלא הודה כלל שהיתה שלו א"ו מיירי שהודה שהיתה שלו כגון שאמר היתה שלך אבל מפלו' קניתי' וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דהא הוה ליה מגו למפרע ע"כ נ"ל ברור שט"ס הוא בטור וכמ"ש ולא כב"י וסמ"ע ודו"ק:

סעיף טז

אם הביא המחזיק עדים כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סימן שכ"ד:

סעיף יז

לשם מתנה. וכמו שאמרו בפ"ק דמציעא גבי הכיר בה שאינה שלו ולקחה ובמקדש את אחותו דאיפלגו רב ושמואל דהלכה כשמואל עכ"ל תשובות רשב"א שבבית יוסף ותמי' לי דהא אסיק רבא בפ"ק דמציעא שם דהלכתא מעות יש לו והיינו דלא כשמואל וכ"פ כל הפוסקים וכדלקמן סי' שע"ג ואע"ג דלגבי מקדש אחותו קי"ל דאין המעות חוזרים וכמ"ש הרמב"ם והמחבר בא"ע סי' נ' והיינו מטעם שכ' הרב המגיד דקי"ל כשמואל בדינא שאני התם וכמ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא וז"ל מהא דפסק רבא דמעות יש לו אין לדקדק דהלכה כרב במקדש אחותו דדילמא שאני בין אחותו לנוכראה עכ"ל וכה"ג מחלקים בש"ס שם ודוחק לומר דשאני הכא כיון דהכיר בה שאינה שלו אלא של עצמו אפי' רבא מודה ועוד דאם כן לא היה צריך הרשב"א לומר דהלכה כשמואל דהא כיון דרבא מודה אם כן גם רב מודה וצ"ע:

סעיף יח

שדר בה המוכר כו'. עיין בספר מאירת עינים ס"ק מ"ה ומ"ש שכך היה מעשה בגמרא כו' אין זה בש"ס ועיין בב"ח מ"ש בזה ודבריו דחוקים:

סעיף יט

אבל אם אכלה פחות משבע שנים כו' ל' הטור והא דאינו נאמן לומר המחזיק קנייתי קודמת לקנייתך במגו שהיה יכול לומר קניתי ממך אחר שקנית' אותה והחזקתי בה שני חזקה לפי שאין זה מגו טוב שהיה ירא לומר שלקח' ממנו שלא היה יודע שיש לו שטר מהמוכר לו ואם יאמר שלקח ממנו יתבענו המוכר לדין כו' ומביאו ג"כ בסמ"ע ואע"ג שמכרה בשטר ואית ליה קלא מ"מ נהי דאית ליה קול שמכרה מ"מ אין קול שמכרה

לזה ודלא כספר תורת חיים ודברי הב"ח בכאן לא מחוורים כלל דאם כן בכל מגו נימא שמא הנטען יודע איזה דבר ודוק:

סעיף כ

אם היו הטענות בענין כו'. נ"ל דה"ה אם יש עדים שאחר שמכרה המוכר למערער דר בו המוכר חד יומא נאמן המחזיק שקדמ' קנייתו במגו דאי בעי הוה טען שהמוכר חזר ולקחה מהמערער וכן מוכח להדיא בחדושי הרמב"ן ע"ש:

סעיף כא

חד יומא נאמן כו'. אע"פ שאין לו עדים רק על שלש שנים ולא יותר נאמן אע"פ שמכר' המוכר לאחר בשטר נאמן שלקחה קודם וא"כ שהמכירה [המכירה] היתה שלא כדין ואין לה שם מחא' ובזה אתיא שפיר קושיות התוס' בשם ריב"ם כפשוטו ודלא כמהרש"א שפי' דהקושיא קאי דוקא לפירות רשב"ם ולפענ"ד לא כוון האמת ודוק:

סעיף כב

במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' כו' ובס' ת"ח נראה דלא הוי מגו דהוי העזה ולא דק כדמוכח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ולקמן סעיף כ"ד וכן לקמן סי' קמ"ט סעיף כ' ע"ש:

סעיף כג

אם אפשר לפרש דברי וכו'. באמת כן כ' הטור וז"ל אילו טען המחזיק ירשתי' מאבותי ל' שאינו משמע ממנו שהיתה של אבותיו מעול' ודאי היינו שומעין לו והיינו מפרשי' דבריו שאבותיו לקחו מזה או מאבותיו כו' אבל תמיה לי על הטור מנ"ל הא דאי משום שכתבו התוספות תימ' לרשב"א כו' ותירצו דשל אבותיו מעולם משמע כו' היינו משום דאזלי לשטתם בדף שלפני זה דאם טוען מקמי דידי דר ביה חד יומא והחזיק בה ג' שנים מהני כמו בהביא עדים שדר ביה חד יומא וכמו שהבאתי דבריהם לעיל סעיף י"ד וא"כ שפיר מקשי אמאי הוי מגו במקום עדים דהא נהי דהעדים מעידים שהיתה של אבותיו של האחר מ"מ זה שטען של אבותי פשיטא שכוונתו שאבותי דרו בה ואם כן בחד יומא לא הוכחש שיוכל להיות שאבותיו דרו בה חד יומא ואם כן כיון שטען שאבותיו דרו בה נטען ליה אנן שאבותיו לקחו' וכן מדוקדק להדיא בדברי התוס' שכתבו דהא טענינן ליורש ומהימנינן ליה במאי דקאמר שאבותיו דרו בה יום א' במגו דאי בעי אמר מינך זבינתה כו' אבל למאי שפסק הטור לעיל סעיף כ"א דדוקא כשהביא עדים דדר בה חד יומא מהני חזקת ג' שנים אבל כשטוען הוא קמי דידי דר ביה חד יומא לא מהני א"כ ה"ה הכא וליכא למימר דמ"מ נטעון ליה ונאמר שכוונתו שאבותיו לקחוה ממנו דא"כ אמאי

לא הקשו התו' בפשיטות נימא שכוונתו שאבותיו לקחוה ולמה להו להקשות דנימא שאבותיו דרו בה יום אחד דמהימנא ליורש במאי דקאמר שאבותיו דרו ביה יום אחד כו' ועוד דא"כ גם בלוקח נטעון ליה שכוונתו שהמוכר לקחו ממנו ואמאי כ' הטור לעיל סעיף כ"א דכשטוען מפלני' זבינת' דזבנה מינך דלא מהני אלא כשמוסיף ואומר קנאה ממך בפני הא אפילו אינו מוסיף נימא שכוונתו היה כך א"ו כל שאינו טוען בפירוש שאבותיו לקחוה ממנו אין אנו אומרים שכוונתו היה כן עד שיפרש אח"כ רק שהתוס' מקשי כיון דמהימנינן ליורש במה דקאמר שאבותיו דרו בו יום א' וטעני' ליה שמא אבותיו לקחוה א"כ הכא כשטען של אבותי ע"כ אמר שדרובה ובחד יומא לא הוכחש ונטעון ליה שמא אבותיו לקחוה כמו שטענינן לכל יורש כן נלפע"ד ברור כוונת התוס' וא"כ דברי הטור צל"ע. ועוד קשיא לי על הטור מנ"ל דל' ירשתי מאבותי משמע שלקחו' טפי מל' של אבותי הא אדרבא ירשתי מאבותי משמע ירושה הוא לי מאבותי שמעולם היה שלהם והתוס' שתירצו דשל אבותי משמע מעולם היא של אבותי לא אתי לאפוקי כשטוען ירשתי מאבותי אלא אתי לאפוקי כשטוען אבותי דרו בה ולשטתם אזלי אבל כשטוען ירשתי מאבותי י"ל דגם להתוס' דס"ל דבטוען קמי דידי דר ביה חד יומא טענינן ליה שאבותיו לקחו' היינו דוקא כשטוען אבותי דרו בה אבל ל' ירשתי מאבותי מעולם משמע כמו של אבותי ולא טענינן ליה וצ"ע:

סעיף כד

והמחזיק אומר של אבותי דמשמע ולא של אבותיך כו'. כן כתב הטור וז"ל אבל עתה שטען של אבותי שמשמע שר"ל שמעולם היתה של אבותי לפיכך אין מפרשין דבריו כו' והוא מדברי התוס' דלעיל ולפע"ד אין דברי התוס' מוכרחים שכ"כ מכח תמיהת הרשב"א ולפעד"נ דאפילו היה אומר בפירוש של אבותי מעולם אין במשמע בלשון זה ולא שלקחוה מאבותיך דהא יכול להיות שאבותיו דרו בו מעולם ואח"כ בסוף לקחוה מאבותיו וא"כ הדר' קושיות הרשב"א לדוכתא דנהי דהוכחש במה שאמר מעולם מ"מ חד יומא לא הוכחש ואם כן הרי טען שאבותיו דרו בו חד יומא ונטעון ליה שמא לקחוה אבותיו כמו שטענינן לכל יורש אבל באמת מעיקרא תמיהת הרשב"א לאו תמיהא היא דמיירי שהעדים העידו שהיה של אבותיו של האחר ולא דרו בו אבותיו של זה כלל אפי' יום א' כגון ששכרו העדי' הבית מאבותיו של האחר ודרו בו בכחו עד מות אבותיו של זה המחזיק דהשתא הוכחש נמי בחד יומא והשתא א"ש הא דאמרי' בש"ס ומודי נהרדעי דהיכא קאמר של אבותי שלקחו' מאבותיך כו' שהוצרכו בתוס' לידחק דלאו שצריך שיטעון שידע שלקחוהו אלא של אבותי שדרו בה יום א' ע"כ אני רוצה לזכות

דשמא לקחוה מאבותיך במשפט עכ"ל אבל לדידי אתיא כפשוטו שצריך שיטעון שידע שלקחוה דאל"כ לא טענינן ליה בשמא כיון דעדים מעידים שלא דרו אבותיו כלל אפי' יום א' דהא נהרדעי התם אהך עובדא קאי ודוק:

סעיף כה

או שאמר של אבותי שלקחו'. עיין בסמ"ע ס"ק ס"ג עד משא"כ בטוען שאבותיו לקחו מאבותיו דאין המערער יכול לטעון ברי שלא מכרו אבותיו עכ"ל ואני חוכך בזה דמה בכך ס"ס המערער טוען ברי שהיו של אבותיו א"כ זה שטוען שהיה של אבותיו חזקה שאין עמה טענה היא ובעי ראיה שאבותיו דרו בו יום א' ודוק.

סעיף כו

הביא המערער עדים כו'. ונ"ל דגם הרי"ף ור"ח מודים לזה לדינא אלא לפי שרחוק במציאות לקיים שטר מזוייף פירשוה אאמנה דאל"כ מה טעם לחלק בין אמנה למזויף כן נלפע"ד אע"פ שבטור ושאר אחרונים לא משמע כן ודוק:

סעיף כז

והוציא שטר מקוי' כו'. ובטור כ' כאן רבותא דאפילו אינו מקוים אלא שיכול לקיימו אח"כ מהני וכן מוכרח לדעת הרמב"ן והרשב"א שהבאתי לעיל ס"ס פ"ג דמפרשים להך סוגיא באינו מקוים ושיקיימו אח"כ ואף על גב דהטור והרמב"ם שם מפרשי לה במקוים נראה דס"ל דבין במקוים ובין שאינו מקוים ויקיימנו חד דינא אית ליה וכן משמע בהרא"ש פ' חז"ה ע"ש ועוד העליתי לעיל ס"ס פ"ג דאי עביד הדיין עובדא והחזיק למערער בקרקע או שהחזיק המערער מעצמו בקרקע אפילו שהיה השטר מקוים אין מוציאים מהמערער ע"ש.

סעיף כח

הואיל ואילו רצה היה עומד בשטרו כו'. פי' אף בלא החזיק שלשה שנים וכ"כ הטור בס"ס י' בשם רשב"ם והרא"ש עכ"ל סמ"ע ולא נמצא זה בטור בשם רשב"ם ורא"ש אמנם הם מפרשים להדיא דבלא חזקה איירי ע"ש ד"ה שטרא זייפא וגם התוס' כ"כ להדיא והב"ח פסק כדעת רי"א ובטלה דעתו נגד דעת רשב"ם ותוספות והרא"ש והטור ויש לתמוה עליו היאך סמך עצמו עליו נגד כל הנך רבוותא וק"ל וגם אין דבריו נכונים כלל מכמה טעמים ע"ש ודו"ק בש"ס ובחדושי הרמב"ן גם כן הוכיח דבלא החזיק מיירי ע"ש:

סימן קמז

סעיף א
ראובן שמכר שדה לשמעון כו'. עיין בתשובות מבי"ט ח"א סי' פ"א ובתשו' מהרשד"ם סימן כ"ו ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב סימן רי"ד:

סעיף ב
ועשה השדה סימן לאח' כו'. דוקא לאחר אבל לעצמו לא איבד זכותו דמימר אמר אי לאו דעבדי הכי לא הוי מזבין לי כן איתא בש"ס וכ"כ הרי"ף והרא"ש ומביאו ג"כ בב"י וסמ"ע עיין בתשו' מ"ע סי' מ"ו.

סעיף ג
חזר וטען חזרתי ולקחתי כו'. וה"ה ביתמי טענינן להו שמא חזר ולקחו אבוהון אבל אם ידוע שלא חזר ולקחה לא טענינן להו מזויף דמילתא דלא שכיחא הוא כן הוא בתוס' פ' שני דייני גזירות ולפי מה שהעליתי לעיל סי' ס"ט ולקמן סי' רצ"ז דכל מילי טענינן ליתמי א"כ ה"ה הכא ודוק וגם צל"ע על הרא"ש דנראה להדיא דהיינו דוקא לשטת ר"י שהביאו התוספות פרק מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ד ע"ב) ואנן הא התם לא קי"ל כר"י וכדלעיל סי' ק"ו וא"כ ה"ה הכא וא"כ דברי הרא"ש צ"ע ודוק (הג"ה ועיין לעיל סי' ק"ו סעיף ד' מ"ש מחז"ל שם) עיין בתשוב' מהר"י לבית לוי סי' ב' דף ט' ע"א וב' ודף י"ב:

סימן קמח

סעיף א
מי שהלך למדה"י כו'. ע' בתשובת רמ"א סי' ק"ט.

סעיף ב
אם אחזיר לכל א' שטרו כו'. ואם מתו הד' חייב ליתן לו דרך אחר כדלעיל סי' קי"ט ס"ה ע"ש ודו"ק.

סעיף ג
ואם החזיק בדרך בדין חזקה. כן פי' המ"מ לדברי הרמב"ם וקאי אכל פרטי דינים דסי' זה דלאחר שהחזיק אין מסלקין אותו ולא כמ"מ דפירש החזיק שתפס בו בחזקה בע"כ של בעל השדה ומשמע מדבריו דלא קאי אלא אמאי דסמיך ליה ע"ש עכ"ל סמ"ע באמת כן משמע להדיא בכ"מ ובב"ה ע"ש ול"נ דקאי אכל הסי' ואפ"ה לא בעי חזקת ג' שנים

אלא כיון שזה מוחזק בו וטוען ברי ה"ל אינך מוציא וכיון שטוענין שמא אינן יכולין להוציא אלא בראי' ברורה כן נ"ל ברור ולדברי הסמ"ע קשה פשיטא:

סימן קמט

סעיף א

ראובן שאכל שדה שמעון כו'. עיין בתשוב' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ו ובתשובת מבי"ט ח"א סי' רכ"ג ובתשובת מהרא"ן ששון סי' קפ"ג באורך:

סעיף ב

שדה של שני שותפין. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קל"א ובתשובת ן' לב כלל ט"ו ס"ס פ"ט:

סעיף ג

יש מי שאומר דה"ה לחתן כו'. עיין מ"ש בב"ח בזה:

סעיף ד

אב בנכסי הבת כו'. ע"ל סי' קנ"ד סכ"א ועיין בתשובת מהרשד"ם ס"ס רנ"ב ובתשובת מבי"ט ח"א ס"ס ל':

סעיף ה

האחים שאוכלים. עיין בתשובת ר"ם אלשקר ס"ס מ':

סעיף ו

אם אח אחד עשיר. ע' מ"ש ב"ח בזה:

סעיף ז

לא הוי חזקה מהכא נראה אפילו אינו סמוך על שולחנ' וצ"ע לדינא ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ו':

סעיף ח

ובנה והרס עיין בסמ"ע ס"ק י' ועיין בב"ח שכ' דבנה והרס ל"ד לחפר בורות ע"ש עיין בספר א"א דף פ"ז וע"ב:

סעיף ט

וכן חזקת ניזקין כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ב עד לדעת הרא"ש כו' וט"ס יש שם דהרא"ש ס"ל דבעי טענה וצ"ל הרמב"ם:

סעיף י
נתגרשה אפי' ספק גירושין כו'. ואע"פ דעדיין חייב במזונותיה ולא יחד לה שדה אחרת אפ"ה יש לה חזקה כיון דמסני סני לה מסתמא איננו נותן לה הפירות למזונותיה בלא דין ומדהניח' לאכול בשופי ודאי קנא' כ"כ הרשב"ם ומביאו ג"כ בסמ"ע וכ"כ הרא"ש ובתוס' כתבו דגם כאן מיירי כשייחד לה שדה אחרת למזונותי':

סעיף יא
אין מחזיקין כו'. עיין בתשו' מהר"מ מלובלין סימן ל"ו ובתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ז:

סעיף יב
מי שהוחזק גזלן עיין בסמ"ע ס"ק ט"ז שכ' דהמחבר השמיט דינא דש"ס והוא דגם דבי ריש גלותא אין להם חזקה בנכסי אחרים משום שהוא דין שאינו נוהג בזמנינו כו' ועיין בתשו' ן' לב ספר א' כלל ט"ו סימן פ"ו כתב כה"ג:

סעיף יג
ותחזור השדה לבעלים. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ג מ"ש בשם המ"מ עד ונראה דאפילו להסוברים כן בטוען שאמר ליה העכו"ם כן כו' ואיך נחשב זה לברי כו'. ומתשובת הרשב"א שהביא ב"י לעיל סימן ע"ב סי"ח. ולקמן סוף סימן ק"ף משמע להדיא דחשבינן טענת עכו"ם לברי וכשתעיין בה' המגיד תראה שס"ל דאפי' בישראל אין משביעין בטענת ספק ע"פ העד וא"כ י"ל דכ' זה לרווחא דמילתא וא"כ לדידן דקי"ל לעיל ס"ס ע"ה דמשביעין בטענת ברי ע"פ העד ה"ה ע"פ העכו"ם ומ"מ כאן א"צ לטעם זה אלא כיון שהעכו"ם נוגע בדבר ודאי דלא עדיף מישראל דנתבאר לעיל סימן ע"ה סכ"ג בהג"ה דאין משביעין כשהוא נוגע כן נ"ל ודוק וע"ל סי' קע"ו סל"ו בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף יד
אין מחזיקין כו' ע' בתשובת מהר"ש כהן ס"ס ב' בסי' כ"א:

סעיף טו
וי"א דאינו חזקה כו'. וכן עיקר בש"ס ר"פ המפקיד ע"ש:

סעיף טז
הוי חזקה כו'. אפי' שמוחזק בו יום א' מטעם מגו וכמ"ש בסי' ק"מ וקמ"ו בכמה דוכתי וכ"כ הב"ח וק"ל וכ"כ בסמ"ע ס"ק ל"ב ופשוט:

סעיף יז
במגו שהי' טוען לא היתה של אביך כו'. ואע"ג שהי' מעיז שפיר אמרי' מגו בכהאי גוונא כ"כ התוס' והמרדכי פ' חזקת הבתים וע"ל סי' צ"ג מ"ש על מ"ש בסמ"ע ס"ק ט':

סעיף יח

מי שהחזיק בנכסי קטן כו' בסמ"ע האריך מאד בכאן וכל דבריו אינם נראים לפע"ד בפרט מ"ש דמ"ש המחבר אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים כענין הקול שכתבנו בסמוך כו' דר"ל שיצא עליה קול קודם שהחזיק שני חזקה שהיא של יתומים ובמשכונא בא לידו ומ"ש בסכ"ב אכלה שני חזקה כו' בלא יצא קול דאי ביצא קול הא כתב לקמן סי' ק"ן ס"ה דאינו נאמן לטעון טענה אחרת במגו דלקוח ודלא כהראב"ד שהבין דברי הרמב"ם שהעתיק המחבר בסעיף כ"ב אפי' ביצא קול וראיה לזה דבסי' ק"ן ס"ה כ' הב"י על דברי הר' יונה דצ"ע אי אזיל לשיטת הראב"ד וגם הטור משמע דלא פירש דברי הרמב"ם כן עכ"ד בקצר' ולפענ"ד נראה ברור דמ"ש המחבר כאן בסעיף כ"א אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים כו' היינו אף אם יצא הקול אחר ג' שנים או יותר ותדע דהא טעמא הוא כיון שיצא הקול לא הי' יכול לטעון חוב יש לי עלי' או לקוח היא בידי במגו דשלא הי' של אביכם מעולם וחזקה שהחזיק בה עתה אינו כלום מפני שאין מחזיקין בנכסי קטן וכמ"ש הרמב"ם והמחבר וא"כ מה בכך שלא יצא הקול עד אחר שלש שנים ס"ס חזקה שהחזיק בפני הקטן אינו כלום ואין לו שום טענה אלא לא היתה של אביכם מעולם וזהו לאו טענה הוא כיון לשיצא הקול וכן משמע להדיא בדבריהם כמ"ש ע"ש והטור והפוסקי' שחולקים לעיל בסמוך סעיף ך' ביצא הקול קודם שהחזיק ג"ש היינו משום דהתם החזיק בחיי האב לכך ביצא הקול קודם שהחזיק ג' שנים הוי כמחא' כמפורש בהרא"ש וטור להדיא דהטעם הוא משום דהוי כמחא' וה"ל להזהר בשטרו כיון ששמע קול שיצא ע"ש ולכך אם יצא הקול אחר ג' שנים הוי חזקה דפשיטא דמחא' אחר ג' שנים אינו כלום משא"כ הכא שהחזיק בנכסי קטן ומ"ש המחבר בענין הקול שכתבנו בסמוך ר"ל קודם שהחזיק ג' שנים כדין כלומר לאפוקי סיפא בהחזיק ג' שנים בחיי האב או בהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל (להרמב"ם והמחבר לעיל סעיף י"ט) ויצא הקול אח"כדאותו קול אינו כלום כיון שהחזיק ג' שנים כדין (וכן מצאתי בספר ג"ת שער י"ד דף פ"א ע"ג דהטור וב"י ס"ל דהרמב"ם מודה לה"ר יונה דהיינו דבהחזיק בחיי האב יש חילוק בין יצא הקול קודם ג' שנים או אח"כ אבל לחזק' שבפני הקטן יספיק הקול הבאה אחריה לבטלה מפני שאין מחזיקין בנכסי יתומים שאין בהם צד מחאה ודברים נכונים בטעמן עכ"ל וע"ש) ולענין מה שהאריך הסמ"ע להקשות דא"כ היאך כ' המחבר בסעיף כ"ב דנאמן לו' חוב יש לי כו' במגו דלקוח הא לקמן סי' ק"ן סעיף ה' כ' דאינו נאמן במגו דלקוח כיון שיצא קול וע"כ דחק לומר דמיירי בלא יצא הקול ודלא כהראב"ד ולפע"ד ז"א דא"כ ה"ל לערבינהו וליתנינהו ולכתוב כולם בחד בבא

בסעיף כ"א ומדכתב בבא בפני עצמה אכלה שני חזקה בחיי אביהם כו' משמע להדיא דאדלעיל קאי דבכה"ג אפי' יצא הקול יכול לטעון חוב יש לי במגו דלקוח גם מ"ש הסמ"ע וראייה לזה דבסי' ק"ן ס"ה כ' הב"י על דברי ה"ר יונה דצ"ע אי אזיל לשטת הראב"ד כו' נלע"ד ששגגה יצאה לפניו בזה דב"י קאי שם אענין אחר דה"ר יונה מיירי שם בלא יצא קול כלל לא בתחלה ולא בסוף ואפ"ה כ' דאינו נאמן לעכב הקרקע לפירות דלהבא במגו דלקוח וע"ז כ' הב"י דצ"ע אי אזיל לשטת הראב"ד כו' משום דהראב"ד חולק על הרמב"ם וס"ל דאינו נאמן בלא שבועה אלא בפירות שאכל כבר ורבה בר שרשום בעי למפטר נפשיה בשבועה אחר אכילה קאמר ע"ש ודוק אבל באמת הדברים כפשטן והטור והמחבר הבינו דברי הרמב"ם כפשטן דמ"ש אכלה שני חזקה בחיי אביהן מיירי אפי' ביצא קול וכמו שהבין הראב"ד (ומ"ש הטור והב"י והכ"מ דהרמב"ם ס"ל כרב האי היינו לענין זה דמפרש הש"ס לקוחה בידי לא מצית אמרת כפשוטו דלקוח עצמו לא הי' יכול לטעון לאפוקי ר"י בתוס' וגם יכול להיות שהרמב"ם מודה לדינא לרב האי לפי פי' ה"ר יונה ודו"ק) ולא קשיא ממה שכתב המחבר לקמן סי' ק"ן ס"ה דהתם יצא קול שבתורת משכונא בא לידו וא"כ טענת לקוח טענה גרוע היא ולכך אמרי' דניחא ליה למטען טענת חוב יש לי מטענת לקוח משא"כ הכא שלא יצא קול רק שהיא של יתומים (וכדמשמע להדיא מדבריהם דמפרש הש"ס כפשוטו לקוחה בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלי' קלא דארעא דיתמי הוא דהיינו שהיא של יתומים שהיתה מוחזקת לאביהם (ולא שיצא הקול שבתורת משכונא באתה לידם) וא"כ לא מצי למימר דידי היא ולא היתה של אביך מעולם או לקוח היא בידי במגו דשלא היתה של אביך מעולם וגם בהשגות הראב"ד וה' המ' משמע להדיא דהרמב"ם מפרש הש"ס הכי ע"ש) דהיינו שהיתה מוחזקת לאביהם א"כ ליכא למימר דניחא ליה למטען חוב יש לי עליה מטענת לקוח דהא כיון דאין כאן קול שבמשכונא באתה לידו אדרבה טענת לקוחה עדיפא דמה בכך שיצא קול שהיתה של אביהם דהא שפיר יכול לטעון אמת היתה של אביכם והקול הוא אמת ולקחתיהו ממנו וחזקתי בחייו ג' שנים והגע עצמך דודאי קול לא עדיף מעדים ופשיטא אפי' היו כאן עדים שהיתה של אביהם הי' יכול לטעון העדים אומרים אמת אלא שלקחתי ממנו ופשיטא שג"כ הי' נאמן לטעון חוב יש לי עליו במגו דלקוח וכן מוכח להדיא בתוס' פ' חז"ה סוף דף ל"ב שם דבכה"ג יכול לטעון לקוח או משכנתא במגו דלקוח וכן באגודה שם שהרי כתבו דהא דאמרי' לקוח בידי לא מצית אמרת פי' אינך יכול להעיז פניך כיון שיצא הקול אבל אם טען לקוח הוא בידי הי' נאמן ואפ"ה כתבו שם דמיירי שיצא הקול שהיא של יתומים עתה אבל אם יצא הקול שמתחלה הי' של אביהם מצי למימר השתא

לקוח' בידי עכ"ל אלא שהם מפרשים הש"ס בהחזיק ג"ש והרמב"ם מפרש בלא החזיק ג"ש ולא היתה ידוע שהיא של אביהם אבל לענין דינא ס"ל ממש כהרמב"ם וכדפי' ודוק היטב כי כ"ז ברור:

סעיף יט

הואיל ואילו רצה אמר לקוחים כו' המ"ל הואיל ואילו רצה אמר שלא הי' של אביכם מעולם אלא כיון דטענת שלא הי' של אביכם מעולם וטענת לקוח השתא כחדא נינהו נקט לקוחים וכן י"ל בש"ס לדעת הרמב"ם ובזה מתורץ מה שהשיג עליו הראב"ד דה"ל לרבה בר שרשום לו' מגו דאי בעי אמר דידי הוא ע"ש:

סעיף כ

וה"ז גובה כו'. כתב הסמ"ע דאינו ר"ל שגובה ממנו לאחר תביעתו שהרי כתב הטור בסי' ק"ן סעיף ד' דאינו נאמן אלא במה שכבר אכל אבל אינו נאמן לעכב הקרקע עד שיאכל כדי תביעתו דהוי מגו להוציא וכמ"ש שם וגם לשון הטור והמחבר שם הוא שרוצה לאכול ולעכב פירותיו ומפרשים אח"כ דהיינו כשכבר אכל עכ"ל ולפע"ד לשון והרי זה גובה שכ' הרמב"ם לא משמע כן וכן מוכח להדיא בהראב"ד וה' המ' דר"ל שלא אכל עדיין דאל"כ מאי השיג הראב"ד על הרמב"ם וכן ה' המ' מאי הוצרך לדחוק שיש חילוק בין משכון מטלטלים לקרקע וכ"כ הע"ש והסמ"ע גופיה לקמן הא גם הרמב"ם לא מיירי אלא כשכבר אכל וק"ל וכן מבואר להדיא בתשובת מהרי"ט סי' קי"ב דהרמב"ם מיירי שלא אכל עדיין וכתב שם דהרמב"ם פליג אהר' יונה וטור דס"ל לקמן סי' ק"ן דלא אמרינן מגו מממון לממון וס"ל כאידך שנויא דתוספות והמרדכי ריש מציעא דמגו להוציא לא אמרינן וכן מוכח מדברי בעה"ת שער י"ד ח"א שהבאתי לקמן סי' ק"ן סעיף ד' ועיין שם שהארכתי בזה:

סעיף כא

גובה משבחה כן צ"ל ובס"י כתוב בשבועה וט"ס הוא דהא הרמב"ם ס"ל דגובה בכה"ג בלא שבועה וכמ"ש המחבר בהדיא בסעיף כ"ב והוא ג"כ מדברי הרמב"ם שם וביאר המ"מ שם טעמו דכיון דאין נשבעין על הקרקעות ש"ח ושבועות היסת לא תקנו אטענת שמא ביורש זה שא"י לטעון ברי מ"ה נאמן בטענתו בלא שבועה וה"ה בענין טענה זו ע"כ צ"ל משבחה וכן הוא ברמב"ם שם בהאי דינא ור"ל גובה מהפירות שיגדילו על הקרקעות (מ"ש שיגדילו אינו מדוקדק ונ"ל דוקא שגדלו דאל"כ אינו גובה וכמ"ש הטור לקמן סי' ק"ן בשם הר' יונה וכן המחבר שם סעיף ד' וכדלעיל) ולא כע"ש שכ' גובה בשבועה כמו שמצא כתוב לפניו בש"ע וק"ל עכ"ל סמ"ע ובכל ספרי המחבר חדשים וגם

ישנים כתב בשבועה כמ"ש הע"ש וכן הוא בהרמב"ם שנדפסו שנת ש"י ובשאר דפוסים וכן הוא להדיא בסמ"ג סוף עשין צ"ה גם בהגהות מיימוני כתבו וז"ל ובס"ה כ' ל' רבינו המחבר דגובה בשבועה וא"כ מאי אהני ליה המגו כו' וכ"כ מהרא"ש בביאורי סמ"ג דיש לגרוס בשבועה ולא כהגורסים משבח' ע"ש וא"ל ממה שכ' הרמב"ם והמחבר בסעיף כ"ב שלא בשבועה דשאני התם כיון שהחזיק בו כדין חזקה א"נ שאני התם דכי היכא דהיה טוען לקוח לא היה נשבע היסת כיון שהחזיק ג"ש והיתומים טוענים שמא ה"ה בטוען חוב יש לי אבל הכא כיון שאינו נאמן אף לקוח אלא במגו דלא היתה של אביכם מעולם כיון שלא החזיק ג"ש בחיי אביהן א"כ כי היכא שהיה טוען לא היה של אביכם מעולם היה צריך לישבע היסת שהרי היורשים היו מכחישין אותו בברי שהיו יודעים שהוא של אביהם אף בטענת לקוח או חוב יש לי עליהם שאינו נאמן אלא בשבועה (ועמש"ל סי' קכ"ו ס"ק נ"ד) ולפ"ז מ"ש כאן בשבועה היינו שבועת היסת:

סעיף כב

אבל אם יצא עליה קול כו'. כבר כתבתי דאפי' יצא הקול אחר ג' שנים שהחזיק בפני הקטן אינו נאמן ומשמע דאפי' לקוחה בידי אינו נאמן והטעם דהא היכא דהוא מודה שהיתה שלו ולקחה אינו נאמן כשלא החזיק ג' שנים אלא במגו דשלא היתה שלך מעולם וכדמוכח להדיא בש"ס פרק שני דכתובות גבי ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיהו ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר הא הפה שהתיר וכן מוכח להדיא בהרי"ף ורא"ש ריש פרק חזקת הבתים ובה' המ' ריש פי"א מה' טוען ובבית יוסף לעיל ר"ס ק"מ וא"כ הכא דאינו יכול לטעון לקוח אלא במיגו דשלא היתה של אביכם מעולם לא מהימן דכיון שיצא הקול שהיא של יתומים דהיינו שהיתה של אביהם לא ניחא ליה למטען כך ודמי ממש למה שכ' הטור לקמן סי' ק"ן ס"ה דהיכא דטענת לקוח טענה גרוע היא כגון שיצא קול שבמשכונא באתה לידו א"י לטעון חוב אחר יש לי עליהן מלבד המשכונא במגו דלקוח דה"ה הכא לא יכול לטעון טענת חוב יש לי אלא במגו דלקוח או במגו דשלא היתה של אביכם מעולם וטענת לקוח עצמה לא היה נאמן אלא במגו שהיה יכול ליטעון שלא היתה אביכם מעולם הלכך אינו יכול לטעון חוב או לקוח כיון דטענת שלא היה של אביכם מעולם טענה גרוע היא שיצא קול שהיתה של אביהם אלא [אבל] ודאי אלו טען באמת לא היתה של אביכם מעולם היה נאמן ואין הקול מבטל טענה וכדאמרי' לקמן סי' ק"ן סעיף ה' דהיכא דטען לקוח בעצמה היה נאמן אעפ"י שיצא הקול שבמשכונא באתה לידו כיון שהחזיק שלשה שנים וכן הסכימו כל הפוסקים דקול לא הוה כעדים ומשום קלא לא מבטלינן חזקה היכא שהוא מכחיש הקול בטענתו

והשתא אין צריך למה שכ' בסמ"ע וז"ל וצריכין ליישב בדוחק ולומר דהמחבר ס"ל דאף דלפירוש הרמב"ם אההיא דלקוחה בידי לא מצית אמרת כו' אינו מוכרח לומר דלא אמרינן מגו כי האי מ"מ מילתא דמסתבר הוא עכ"ל וזה אינו דאדרבא איפכא קיימא לן דאמרינן מגו דהעזה וכמו שכתבתי לעיל סימן פ"א סעיף כ"ג וסימן צ"ג וסי' קל"ג וכמה דוכתי אלא ודאי כדפרישית דודאי אם היה טוען לא היה של אביכם מעולם היה נאמן דמשום קלא לא מבטלינן גוף הטענה כדאיתא בכל הפוסקים ועיין בתוס' ורא"ש ורמב"ן וטור ונ"י ואגודה מבואר מדברי כולם דלא מבטלינן גוף הטענה משום קלא ודוחק לו' דפליג הרמב"ם על כל הפוסקים ועוד דהרי דברי הפוסקים ברורים בטעמן וכי משום קלא מבטלינן טענה ועוד דא"כ ה"ל להרמב"ם לפרושי דאפי' טוען לא היתה של אביכם מעולם אינו נאמן א"ו ס"ל להרמב"ם ככל הפוסקים דקול אינו מבטל גוף הטענה והא דאינו נאמן לו' לקוח היינו משום דאינו נאמן אלא במגו דשלא היתה של אביכם מעולם וזה לא ניחא ליה למטען כיון שיצא הקול א"כ אדרבא מוכח מדברי הרמב"ם כמ"ש הטור סי' ק"ן ס"ה ודוק וכן מוכח להדיא מדברי ה' ה"מ שכ' על דברי הרמב"ם וז"ל דכיון דהאי לא אחזיק בחיי אביהן ג' שנים ונפק קלא דאיתחזק בבי דינא דיתמי נינהו משום קלא כי האי מבטלינן חזקה דאחזוק בפני קטן דהא לאו חזק' היא ואין נאמן מדין מגו דשלא היתה מעולם של אביהם דודאי אם יחקור הענין ימצא בבירור שהיתה של אביהם כיון דנפק קלא זה דעת רבינו עכ"ל משמע דאילו הוי טוען לא היתה של אביהן נאמן דאל"כ היאך הי' עולה על דעתו לומר ואין נאמן מדין מגו כיון שאפי' היה טוען לא היה נאמן ודוחק לומר דה"נ קאמר דהלשון לא משמע כן והכי הל"ל ואינו נאמן מדין מגו דאפי' טען כן לא היה נאמן דודאי אם יחקור כו' א"ו ר"ל דאין זה מגו טוב וכדפי' וכ"כ בעיר שושן להדיא ואין זה מגו טוב שירא לומר לא היתה של אביכם מעולם עכ"ל וכל זה ברור (שוב מצאתי ראיה ברורה לדברי בסמ"ג סוף עשין צ"ה שכתב ככל דברי הרמב"ם שהעתיק המחבר כאן והכניס בתוך דבריו שהרי אין מחזקין בנכסי קטן וא"ל מגו במקום קול ותחזור השדה והפירות כו' עכ"ל וגם מהרא"ש שם בביאוריו כתב וז"ל וא"ל מגו במקום קול פי' אינו טוען ברצון נגד הקול אבל אי טען נגד הקול היה נאמן כך מפרשים התוס' בפרק חז"ה ד"ה לקוח בידי לא מצית אמרת עכ"ל וכן משמע להדיא מבעל המרשים המראה מקום של הסמ"ג דהרמב"ם וסמ"ג ותוס' כולם בחדא שיט' קיימי ע"ש):

סעיף כג

אכלה שני חזקה בחיי אביהם אע"פ שיצא הקול שהיא של יתומים דהיינו שהיתה של אביהם וכדפי' לעיל ונרא' דכאן אע"פ שיצא הקול בחיי אביהן קודם שהחזיק ג"ש

נאמן דל"ד לדלעיל סעיף ך' דהתם יצא הקול שבתורת המשכונא באת' לידו א"כ הקול הוי כמחא' משא"כ הכא שהקול הוא שהית' של זה א"כ אינ' כמחא' שהרי יכול להיות שהית' של זה ולקח' ממנו נ"ל ודו"ק:

סעיף כד

וגובה שלא בשבוע' ואע"ג דהטוען על המשכון צריך לישבע אע"ג שיש לו מגו דלקוח כדלעיל סי' ע"ב סעיף י"ז שאני הכא כיון דאין נשבעין על הקרקעו' שבועה חמורה ושבועת היסת לא תקנו אטענ' שמא ביורש זה שטוען שמא כ"כ ה' המגיד לתרץ השגת הראב"ד ומביא וב"י וכ"כ הע"ש והסמ"ע ס"ק ל"ד. וקשה דהא אפילו שבועת המשנה נשבעין על הקרקעות וכמ"ש הרי"ף והרא"ש וכדמוכח בש"ס פ' הכותב (כתובות דף פ"ז ע"ב) וכן הוא במרדכי ואגודה והגה' אשר"י פ' הכותב וכ"כ הסמ"ע גופיה לעיל סי' צ"ה ס"ק ו' (ודברי הר"י מקורביל במרדכי ובהגה' אשר"י שם שהקשה אמאי נשבעין שבועה דאשתבע לי דלא פרעתיך הא ה"ל כפירות ש"ק כו' צל"ע ואולי ט"ס הוא שם כי ראיתי בתוס' ס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) סוף ע"א ובהג' מיי' ריש הל' טוען הביאו בשם הר"י מקורבי"ל שהקשה היאך נשבעין במודה במקצת הא אין נשבעין על כפירת ש"ק כו' ולא הזכירו שבועה דאשתבע לי ע"ש) ונראה דכוונת' כאן לומר דשבוע' זו שנשבעין על המשכון אינה מדין תורה אף במטלטלין ולא נמצאת בש"ס רק שהגאונים אמרו כן והלכך לא שייכא אלא במטלטלי דשייך בה שבוע' חמור' דאורייתא משא"כ בקרקעות דאין נשבעים דבר תורה. והא דלא תירצו בקיצור דשאני הכא שטוען שמא דהא שבועת הגאונים בטוען על משכון מטלטלים יש לי עליו כך וכך שייכא אפי' בשמא וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ז ס"ק ס"ז לכך הוצרכו לומר דכאן לא שייכא שבועת הגאונים וכדי שלא תיקשי דמ"מ ישבע היסת דהא היסת נשבעי' אף על הקרקעות אף שהחזיק ג' שנים להרמב"ם וכדלעיל ריש סימן ק"מ לכך כתב ושבועת היסת לא תקנו בשמא:

ובספר גידולי תרומה שער י"ד ח"א דף פ"א ע"ג וע"ד לא הביא דעת ה' המגיד והראב"ד וגם לא דק כלל במה שהבין מהראב"ד דבפירות שאכל פטור משבועה במגו ולכן הקש' על הראב"ד דאף בפירות שכבר אכל ה"ל להקשות על הרמב"ם דהא אין אומרים מגו לאפטורי משבוע' וע"כ הניח דברי הרמב"ם בקושיא גם בפירות שכבר אכל וע"ש שהאריך וכל דבריו שם בזה הם דברי שגג' דבפירות שאכל פשיטא דלא שייך שבועה כלל כיון שהיא טענת שמא בין בגוף הטענ' בין בטענת המגו ואין נשבעים היסת על טענ' שמא וכמ"ש ודוק:

מיהו לענין הלכ' גם דעת הרשב"א בתשוב' שהביא ב"י סי' ק"מ מחו' ה' בזה כהראב"ד דשבוע' הגאונים שייכא נמי בקרקע והיא בתשוב' סי' תתקל"ט ע"ש וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ן בחדושיו פ' ח"ה גבי עובדא דרבה ב"ש וכן מדברי הנ"י שם והבאתי דבריהם לקמן סי' ק"ן סעיף ד' וכן עיקר דהא שבועת הגאונים לאו תקנה היא אלא דמדמי לה להנשבעין ונוטלים שהיא שבועת המשנה וכדמוכח מכל הפוסקים שהיא שבועת המשנה וכמ"ש לעיל סי' פ"ט סעיף ה' וא"כ אין סברא לחלק בין שבועה זו לשאר שבועת המשנה ובפרט לפי מ"ש בסי' פ"ט ס"ה דיש ראיה לדברי הגאונים מין הירושלמי ולענין קושית הראב"ד הגם שיש לתרץ בש"ס דעובדא דרבה ב"ש היה שכבר אכל וכמ"ש הראב"ד והרמב"ן והנ"י שם. אבל פשטא דש"ס לא משמע הכי וכמ"ש לקמן סי' ק"ן ס"ד אלא נלפע"ד לתרץ דשאני התם כיון דהיה לו לרבה ב"ש שטר על אותו המעות שרוצה לגבות וכדמשמע התם בש"ס וכמו שפירשב"ם ושאר פוסקים להדיא א"כ אפילו לא הי' מוחזק היה נשבע ונוטל מן היתומים והיה מוציא אף מן היתומים א"כ השתא שהוא מוחזק מודים הגאונים דפטור בלא שבוע' בנק"ח וכן תרצתי לעיל סי' פ"ט ס"ה לדעת הגאונים שמעתתא דאומן דפ' כל הנשבעין ופ' ח"ה והבאתי ראיה לדבריהם מן הירוש' והעלתי דכל הנשבעין ונוטלים ומוציאים מיד הנתבע בשבועת המשנה אם תפסו ויש להם מגו נוטלים בלא שבוע' אף לדעת הגאונים וע"ש שהארכתי בזה:

סעיף כה

שלא בשבוע'. ולקמן סי' ק"ן ס"ו הביא המחבר די"א דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למטען ומשביעינן אפילו בשמא ולפ"ז צ"ל דסמך כאן אמ"ש לקמן א"נ כאן לא קאמר אלא דא"צ שבועה חמורה דהיינו שבועת הגאונים כדין נשבע ונוטל על המשכון:

סעיף כו

אריס שירד מאריסתו כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קט"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ט:

סעיף כז

האפוטרופסים כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רל"ה:

סעיף כח

וגדלו היתומים. עיין בסמ"ע ס"ק מ"ד עד והטור והרי"א לטעמייהו כו' ובטור הביא ב' דעות בשם רי"א ולא הכריע:

סעיף כט
המחזיק בהקדש כו'. עיין בתשובת מהר"ן ששון סי' קפ"ג ובתשוב' מהרי"ט סי' קל"ב ובתשו' מהרשד"ם סי' רכ"ו ורס"ב ושפ"ג:

סעיף ל
ודוקא שיש לגזברים כו'. עיין בתשובת ר"א ן' חיים שהאריך בדינים אלו ביאור הטור ותשוב' רשב"א עיין בתשובת רמ"א סי' ל"ב:

סעיף לא
המחזיק בשל קהל כו'. עיין בסמ"ע ס"ק מ"ז עד בלי טעם וראיה כו' ומ"מ אין מחזיקין משום קדרה דבי שותפים ועיין בב"ח:

סעיף לב
ולי נראה כו'. ואם החזיקו בשל אחרים מהני ועיין בב"ח:

סימן קנ

סעיף א
מי שירד כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ה באריכות ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ב:

סעיף ב
אין לו חזקה נ"ל דבזה כ"ע מודים ודו"ק וע"ל ס"ס שי"ז ומ"ש שם עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ק"ן ובתשו' מהרא"ן ששון סי' קנ"ה:

סעיף ג
אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות כו'. לפי שגם הטור כ' דין זה בסתם בשם ה"ר יונה ולפענ"ד איננו אמת לכן מוכרח אני להאריך לכאורה משמע מדברי ה"ר יונה שבטור דשאני קרקע ממטלטלי כיון דקרקע בחזקת בעלי' קיימא וכ"כ בסמ"ע ס"ק ט' הטעם דבקרקע אף שכבר החזיק בה ג' שנים אחר שני המשכונ' לא שייך בה תפיסה כמו במשכון דמטלטלים דנאמן לטעון עליו עד כדי דמיו במגו דלקוח וכיון דמודה דלא לקחה הרי היא עומדת בחזקת בעליה אלא שיש לו מגו ומגו כזה לא אמרי' כו' עכ"ל וכן ראיתי בר' ירוחם סוף נתיב כ"ו וז"ל והורו הגאונים שכל מלוה על המשכון לא יפרע אלא בשבועה מיתומים קטנים אפילו בטענת שמא ואפילו החזיק בחיי אביהן וכבר כתבתי בדיני קרקע בחלק שני (חפשתי שם בדיני קרקע בחלק שני ולא מצאתי דבר) כי קרקע אפי' באינש דעלמא א"י לטעון כך וכך יש לי עליו אפילו מטעם מגו דיכול לומר לקוחה היא בידי ומוכח מעובדא דרבה בר שרשום בבתרא דאפי' החזיק בקרקע בחיי אביהן

וטוען כך וכך יש לי על אביהן מחזירין הקרקע ליתומים ולכשיגדילו יטעון עמהם ואם טען שבתורת משכונא באתה לידו והי' בענין שיכול לטעון לקוחה היא בידי נאמן לו' כך וכך יש לי עליו בין מלוה בשטר בין מלוה ע"פ ואם הוא בענין שא"י לטעון לקוח' היא בידי מחזירין הקרקע וכשיגדילו יטעון עמהם עכ"ל (ומ"ש מוכח מעובדא דרבה בר שרשום ר"ל דקשיא לי' (למה ליה) לרבה ב"ש דכבר אכל ה"ל לילך לב"ד ולטעון כן שיאכל להבא וכמ"ש לקמן בשם הגה' מרדכי ריש ב"ב שמוכיחים כן אבל כבר כתבתי לקמן דאין זו הוכחה אלא אדרבא משמע משם איפכא וע"ש) אבל באמת לא נהירא כלל לחלק בין מטלטלים לקרקע דכך לי קרקע כשהחזיק בהג' שנים כמו מטלטלים כדמשמע בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי וא"כ כיון דקי"ל לעיל סי' ע"ב ושאר דוכתי טובי דבמטלטלים מהני תפיסה לטעון עליהם חוב יש לי עליו ממקום אחר ונאמן עליהם בשבועה עד כדי דמיהן ה"ה בקרקע ונראה לפע"ד דה"ר יונה ס"ל גם במטלטלים כן וס"ל כמ"ש הבעל המאור ריש ב"מ וקצת גאונים שהביא המרדכי והגה' מרדכי ריש ב"מ דאף במטלטלים לא יוכל לתפוס זה תחת זה משום דהוי מיגו מממון לממון וז"ל הגהות מרדכי ריש ב"מ מצאתי בתשו' ר"ת דלא אמרינן מגו מממון לממון וכן השיב לרבני רגנשפורק וכ' דכל מגו תלוי באותו דבר עצמו כדאמר מגו דאי בעי אמר להד"מ כי אמר נאנסו כו' אבל מממון לממון לא הא לא דמיא אלא למאן דאית ליה ארעא במשכנתא מראובן ואכלה שני חזקה וטען על ראובן בית שאתה דר בו שלי הוא דלא מהימן על אותו בית שדרבו ראובן במגו דאי בעי כביש לשטר משכנתא והי' טוען על ארעא דמשכנתא לקוחה היא בידי והוה מהימן בה וריצב"א תירץ כו' עכ"ל וכ"כ עוד הגה' מרדכי שם וז"ל וי"ל דה"פ במנה כסות שמכרתי לך כסותי או פירות במנה דהיינו מעות כנגד מעות ושייך בהו למימר מגו דיכול לו' להד"מ אבל בשאר דברים אין יכול לתפוס דמי מכר לו אותו חפץ בדמים שיכול לו' כך וראיה מפרק ח"ה דרבה בר שרשום הוה נפיק עליה קלא דאכיל ארעא דיתמי כו' ומסיק אכילנא שיעור זוזי במגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי אבל אם אמראני תופסה בשביל מעותי שאתה חייב לי לא היינו אומרים מגו דהוה מודה ואין להקשות מהנהו עיזי דאכלי חושלי דהתם בעל העיזים הי' מודה דאכלי קצתכו' ומצאתי בשם ראבי"ה דהנהו עיזי שאני דהם גופן פטמן מחושלי והוה העיזי כמו החושלי אבל בשאר ענינים אין אדם יכול לעכב משל חברו זה תחת זה וכן פירש"י גבי נזקקים לתובע תחלה כו' עכ"ל ומביאו ב"י בקצרה לעיל סימן ע"ה סעיף ד' הרי להדיא דפוסקי' אלו לא מחלקי' בין קרקע ומטלטלי וס"ל דגם במטלטלי הדין כן מטעם דלא אמרי' מגו מממון לממון וגם מוכח מהגה' מרדכי כמו שכתבתי דאין סברא לחלק

בין קרקע למטלטלי דאל"כ מאי ראיה מייתי מעובדא דרבה ב"ש דלמא שאני קרקע אלא ודאי כמ"ש דכך לי קרקע כשהחזיק בה ג' שנים כמו מטלטלי וא"כ למאי דקי"ל דיכול לתפוס מטלטלי תחת חוב אחר ה"ה בקרקע כשהחזיק בה ג' שנים:

וא"כ נראה לי דגם מ"ש הטור וז"ל ומיהו כ' ה"ר יונה דוקא שאכל כבר הפירות כדי התביע' שטוען עליו אז הוא נאמן לעכבם בחובו במגו אבל אם בא לתובעו קודם שאכל הפירות אז אינו נאמן לעכב הקרקע במגו דלעיל שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת אבל הכא מיד כשהודה שכלו ימי המשכונא הקרקע היא בחזקת בעליו ואין להאמינו בתביעה האחרת במגו דלקוח הוא בידי עכ"ל לאו דוקא קרקע דזיל בתר טעמא דהא טעמא דלא אמרי' מגו מממון לממון גם במטלטלי' שייך ג"כ לומר מיד שהודה שכלי זה של פלוני כל היכא דאיתי' ברשותא דמרא איתא ואין להאמינו בתביעה האחרת במגו דלקוח הוא בידי ומ"ש הקרקע היא בחזקת בעליו הוא לאו דוקא אלא משום דמיירי בקרקע כ' קושטא דמילתא דקרקע בחזקת בעליו וה"ה במטלטלי ואין לו' דשאני מטלטלים שהם תחת ידו הכא נמי קרקע תחת ידו היא שהחזיק בה ג"ש ומי שיש לו לב יבין דאין טעם כלל לחלק בין קרקע למטלטלי' בזה ועוד דהא טעמא הוא דאין אומרים מגו מממון לממון דכלי זה מיד שהודה שהוא של פלוני א"י לתפסו דמי מכר או שם לו כלי זה כו' וכמ"ש הגה' מרדכי אבל בשאר דברים אינו יכול לתפוס דמי מכר לו אותו חפץ בדמים שיוכל לומר כך וראיה מפ' ח"ה דרבה בר שרשום כו' וא"כ אי נימא דה"ר יונה ס"ל דדוקא בקרקע כן ולא במטלטלים נצטרך לו' דס"ל לה"ר יונה דאע"ג דבמטלטלים נמי אמרי' מאן שם לך וכדאי' בפ' אלמנה ניזונית (כתובות דף צ"ח ע"א) מ"מ מהני ביה תפיסה לענין היכא שטוען ברי שחייב לו והא ליתא שהרי כ' הרא"ש פר' ב' דכתובות גבי תרי ותרי נינהו ולא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה פירש"י ונפקא מינה אי תפס והא דמהני תפיסה היינו משום שטוען ברי ומצאתי כ' בשם ה"ר יונה דתפיסה לא מהניא מדאמרי' בפ' אלמנה ניזונית גבי אלמנה שתפסה דאמרי' לה מאן שם לך ולא מהני תפיסה אלא מיירי הכא כשהתפיסוהו ב"ד או שהתפיסו הלוה קודם שבאו העדים כו' ואין ממש בכל אלו הדברי' דההיא אלמנה ששמה לעצמה מיירי לענין שאם הוקרו הנכסי' כו' אבל כל היכא שמוחזק במטלטלי' טוען ברי אין כח ביד ב"ד להוציא מידו עכ"ל ומביאו ב"י לעיל סמ"ו סל"ג וגם הטור עצמו שם מביא דברי ה"ר יונה והרא"ש אלו הגם שיש לדחוק ולו' דה"ר יונה מיירי שם שתפס בעדים דלית ליה מגו וכ"כ הב"ח שס בסמ"ו דבתפס שלא בעדים פשיטא דמודה ה"ר יונה דמהני תפיסה דמגו דאורייתא עכ"ל אבל לפע"ד לא

נהירא ואין ספק שנעלם מהב"ח אז דברי הגה' מרדכי הנ"ל שהבאתי דא"כ לדידהו נמי תיקשי הא מגו דאורייתא אלא ודאי מיגו מממון לממון לא אמרי' וכיון דאמרי' מי מכר לו או שם לו אותו חפץ א"כ לא מהני תפיסה אפי' במטלטלי' דבשלמא אם היה יכול לשום החפץ לעצמו היה יכול לומר אני מחזיק לעצמי זה תחת זה אבל כיון דאמרי' מאן שם לך ולא מהני תפיסה כן הוא דעת הגה' מרדכי ולדעתי זהו ג"כ דעת ה"ר יונה שכ' דתפיסה לא מהניא מדאמרינן פ' אלמנה ניזונית מאן שם לך כו' והיינו שכ' הר' יונה סתם דתפיסה לא מהניא ולא הזכיר כלל דלא מהניא כיון דלית ליה מגו אלא ס"ל דתפיסה לא מהניא לעולם ועוד דזיל בתר טעמא דכיון דס"ל לה"ר יונה דלא אמרי' מגו מממון לממון וס"ל לה"ר יונה דתפיסה לא מהני במטלטלים מטעם דמאן שם לך אפי' היכא דטוען ברי א"כ האי חפץ כאלו הוא ברשות בעליו וא"כ שייך ביה נמי מגו מממון לממון וכן מוכח להדיא מדברי רבי' ירוחם נתיב ו' ח"ה דלדברי ר' יונה שהבי' הרא"ש פ"ב דכתובו' אפי' אית ליה מגו לא מהני תפיס' והבאתיו בספרי תקפו כהן סי' נ"א ואע"ג דהוכחתי שם שיש טעות בדברי ר' ירוחם היינו במ"ש שם דלהרא"ש לא מהני תפיס' אלא משום מגו דהא ליתא וכמו שהוכחתי דלהרא"ש וסייעתו מהני תפיס' בספק שבשטר אפי' לית ליה מגו אבל במה שנראה מדבריו דלהר"ר יונה לא מהני תפיס' אפי' אית לי' מגו דבריו אמתים וא"כ כיון דנתבאר דה"ר יונה לטעמיה אזיל דס"ל אף במטלטלי' כן א"כ אנן דקי"ל דבמטלטלי' מהני תפיס' ולא אמרי' דהוי מגו מממון לממון דאע"ג דא"י לשום לעצמו המטלטלי' מ"מ יוכל לתפסו עד שיפרע לו חובו ותפיס' לא תלי בשומא א"כ ה"ה בקרקע כשהחזיק שלש שני:

ועוד יהי' דעת ה"ר יונה איך שיהי' מ"מ מוכח מהרמב"ם והסמ"ג והראב"ד וה' המגיד ובעל התרומות וה"ר יוסף הלוי והרמב"ן והרא"ש ונמוקי יוסף דלא ס"ל הכי ודבריהם עיקר וכמו שיתבאר דהא ר' יונה והגה' מרדכי דלעיל מפרשי הך עובדא דרבה ב"ש שכבר אכל אבל אי לא אכל א"י לו' אני תופסם בשביל מעותי ובודאי שכל הפוסקי' הנ"ל חולקי' על זה שהרמב"ן כ' בחידושיו פ' חזקת הבתים וז"ל ותמהני למה ליה לרבה בר שרשום למיעבד הכי בששלמו ימי משכנת' ליתי לבי דינא ולימ' לי' למילת' בצורת' ויתבע את היתומי' בחובו קודם שיחזירנ' לידם ונאמן עד כדי הקרקע מגו דאי בעי אמר זבינת' כדינ' דעיזי דלקמן ודההוא גברא דחבל סכינא דאשכבת' ולא בעי אשתבעי כיון דאיכא מגו ונרא' דכיון דקטנים הוה ולא מזדקינן לפרוע מהן עד שיגדלו ליכא מגו (אין תירוץ זה נרא' עיקר בעיני אלא נ"ל עיקר תירוץ ה"ר יוסף הלוי שהביא לקמן ואף בקטנים נאמן היכא דאית ליה מגו וכן הוא להדיא דעת הרמב"ם פי"ד מה' טוען דין ט'

והראב"ד וה' המגיד שם וסמ"ג סוף עשין צ"ה ובעה"ת שער י"ד ח"ה ע"ש ודו"ק) אבל לדעת הגאונים ז"ל שאומרים המלוה על המשכון אין לו אלא בשבוע' חמור' אע"פ שיש לו מגו אין אתה צריך לטעם שאמרנו וא"ת לדבריה' מאי מהני ליה לרבה בר שרשום כי אכל דהא אע"ג דאיכא מגו שבועה בעי לא תיקשי לך שלא אמרו כן אלא במוציא אבל הכא כבר אכל כו' ונר' מדברי ה"ר יוסף הלוי שמפרש שמודה הי' להיתומים שהקרקע שלהם וכבר שלמו ימי המשכונא לכך אמר אם אחזיר להם הקרקע ואתבע אותם לגבו' בעינ' אשתבועי לפיכך לא אתבע אותם אלא אחזיק בקרקע והם אינם יכולים להוציא מידי שאני נאמן בדין מגו ואף ע"פ שהם קטנים שאין נזקקים למכור כלום מנכסיהם ולא מוציאין מידם אלא מה שהוא ברשותי אני נאמן עליו לו' שהוא שלי עכ"ל כוונ' הר"י הלוי לו' דעיקר כוונת רבה ב"ש הוא דלא בא אלא לאפוקי שלא יחזיר להם הקרקע ואח"כ יתבעם וקאמר למה לי לילך לב"ד אכילנ' כדין עד כדי חובי ואם יתבעוני הם ולא יניחוני לאכול להבא אהיה נאמן לאכול במגו כיון שהקרקע תחת ידי ולא אצטרך לישבע שבוע' הבא ליפרע מיתומים כיון שאני מחזיק מה שתחת ידי ונ"ל עיקר כפירושו וכמו שכתבתי לקמן סוף סוף נלמד מדברי ה"ר יוסף הלוי ומדברי שני התירוצים של הרמב"ן דאף להבא יכול לאכול הפירות היכא דאית ליה מגו דלקוח ואין לו' דשאני התם שהיה לרבה ב"ש שטר על החוב וכדאי' בראש ורשב"ם וכדמוכח מדקאמר אי מהדרינא כו' אמור רבנן הבא ליפרע מיתומי' לא יפרע אלא בשבועה דמה בכך שיש לו שטר כיון שלא יוכל לגבות בשטרו מטעם שהם קטני' וא"כ לא יוכל לגבות אלא מכח מגו דלקוח אלמא דאע"ג דקרקע בחזקת בעליה עומדת הוי שפיר מגו ולא כסברת הר"ר יונה שכ' דהוי מגו מממון לממון ועוד דהא מדהקשה הרמב"ן בפשיטות שיתבע את היתומי' בחובו ויהא נאמן במגו ולא הזכיר שטר וגם כ' כדינא דעיזי וסכינא דאשכבתא הרי דמדמי לה להדיא למטלטלי' דהתם דמיירי בלא שטר ונאמן וה"ה הכא. וגם אין לו' דרבה ב"ש טען שהקרקע היא עוד במשכונא אצלו לזמן יותר דהא מדקאמר ארעא במשכונת' הוה נקיטנא מאבוהון דיתמי והוה לי זוזי אחרינא גביה ואכלתי שני משכנתא אמינא אי מהדרנא לה ארעא ליתמי ואמינא דאית לי זוזי אחרינא גבי דאבוכון אמר רבנן כו' אלמא דזוזי אחרינא היה חייב בלא משכונא וכן מוכח להדיא מדברי ה"ר יוסף הלוי והרמב"ן דלעיל ושאר כל הפוסקי' וכן מדברי הגהת מרדכי גופיה דריש ב"ב שהבאתי לעיל דקרקע זו לא היתה במשכונא לרבה ב"ש בשביל החוב האחר והוא פשוט וכ"כ הרמב"ם פי"ד מה' טוען דין ט' וז"ל אכלה שני חזקה בחיי אביהן מתוך שיוכל לו' לקוחה היא בידי מאביהן נאמן לו' חוב יש לי על אביהן וגובה אותו מן הפירות וגובהו שלא

בשבועה מתוך שיוכל לומר שלי הן עכ"ל והעתיקו המחבר לעיל סקמ"ט סעכ"ב וכ"כ הסמ"ג סוף עשין צ"ה וכ"כ הבעל התרומות שער י"ד חלק א' הרי דהרמב"ם וסמ"ג ובעה"ת פליגי להדיא על הר"י ואין לו' דאינהו מיירי שטוען שאביו צוה לו לאכול עוד הקרקע במשכונא מחמת חוב זה דפשט דבריהם שכתבו חוב יש לי על אביהן לא משמע כן ועוד דהא משמע שהוציאו דין זה מעובדא דרבה ב"ש והרי בעובדא דרבה ב"ש היה חוב אחר שלא במשכונא (שוב מצאתי בתשו' מהר"י טראני סימן קי"ב שכתוב נמי הכי דהרמב"ם פליג על ה"ר יונה וע"ש) וכן מוכח בבעה"ת שם יותר להדיא שכ' יש לברר אם בא המלוה והחזיק או תפס בנכסיהן או בחיי של אביהן או אחר מותו אי מהני ומסתברא דמעובדא דרבה ב"ש מפקי' האי דינא דגרסי' בפ' חזקת הבתים רבה ב"ש כו' מכאן למדנו כו' אם אכלה שני חזקה בחיי אביהן אע"פ שהיה ידוע לאביהן מתוך שי"ל לקוחה היא בידי מאביהן שהרי אכלה שני חזקה נאמן לומר חוב הי' לי על אביהן ואגבה אותו מן הפירות וגובהו שלא בשבועה מתוך שי"ל ששלו הוא וכן פסק הרמב"ם ז"ל כו'. ואם כן גם דעת הראב"ד וה' המגיר מוכח כן דע"כ לא פליג הראב"ד בהשגות שם אלא אמ"ש וגובהו שלא בשבועה וע"ז השיג וכ' וז"ל אני אומר שלא יועיל מגו לגבות לכתחלה בלא שבועה מידי דהו' אנשבע על המשכון שאמרו הגאונים שנשבע ונוטל ורבה ב"ש דקא בעי למפטר נפשי' משבועה אחר אכילה קאמר עכ"ל הא בשבועה מיהת מהימן במגו וה' המגיד שם מיישב דברי הרמב"ם דגובה שלא בשבועה אלמא דלכ"ע גובה להבא במגו ושלא כדברי הר' יונה וכן מוכח מדברי הנ"י פ' ח"ה שגם הוא כ' שם כדברי הראב"ד וכן מוכח עוד להדיא מדברי הראב"ד ובעה"ת שער מ"ט ריש ח"ב שהבאתי לעיל ספ"ט סע"ה ע"ש:

וכן נ"ל מוכח להדיא מדברי הרא"ש פרק חזקת הבתים דפליג על ה"ר יונה ע"ש שכ' שני תירוצים וכ' ותירץ זה נוח לי מן הראשון כו' ותירוץ שני הוא לענין פירות דלהבא שיאכל כדמוכח מלשונו להדיא ועוד דאל"כ תיקשי לתירוץ השני מה מרויח בטענת מגו דהא בין כך ובין כך צריך שבועה ואלו בפירות שכבר אכל למה ליה למגו דהא היה שטר בידו וכמ"ש הרא"ש שם להדיא ופשיטא דלא יצטרך להחזיר מה שכבר אכל אף בלא מגו כיון דיש שטר בידו אלא ודאי המגו היא לתירוץ השני על הפירות שיאכל להבא ובזה ניחא מ"ש הרא"ש שם משמע לפי התירוץ הא' שגם לאחר שאכל הפירות צריך לפטור עצמו במגו כו' ודלא כמ"ש בס' מעד"מ שם שנ"ל שצ"ל משמע אפילו לפי תירוץ הראשון כו' ולפע"ד לא דק אלא דוקא משמע לפי תי' הראשון אבל לפי התירוץ השני לא משמע מידי דמיירי בפירות דלהבא וע"ש ודוק כי זה ברור כוונת הרא"ש:

וא"כ מלבד מה שכתבתי לעיל תמיה לי על הטור שכתב דברי הר"ר יונה שהרי מדברי הרא"ש נראה להדי' שחולק וכן מכאן קשה ג"כ על דברי ר' ירוח' שהבאתי לעיל ואין לומר דשאני התם שהי' לו שטר דכבר הוכחתי לעיל דלענין מגו אין חילוק בין יש שטר או לא דהא אע"פ שיש בידו שטר לא מהני להוציא מנכסי יתומים קטנים ואם כן לא מהני אלא מטעם מגו אלמא אע"ג דהוי מממון לממון אמרי' מגו וכמו שהוכחתי מדברי כל הפוסקים הנזכרים לעיל ואולי הטור לא בא אלא לומר ומיהו כתב הר' יונה ולי' לא סבירא ליה ולכך כתב מתחל' ורוצה לעכב השדה ולאכול פירותיו כו' משמע דמיירי בפירות דלהבא וכן אח"כ כתב הטור אבל אם טוען שיש לו עליו תביע' אחר' ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל כדי התביעה במגו שהיה יכול לטעון לקוח היא בידי אינו נאמן שהורע כח המגו כיון שיצא קול כו' אלמא דאי לאו קול הוי מגו מעלי' אף בפירות דלהבא ואע"פ שיש לדחוק הלשון ולומר דכוונתו שרוצ' לעכב הקרקע כדי שיאכל הפירות ואח"כ יטעון מגו דלקוח ויהיה נאמן במה שכבר אכל מ"מ פשט הלשון לא משמע כן וגם בב"ח הבין דברי הטור כן דמיירי בפירות דלהבא רק מה שכתב הב"ח דמיירי דוקא בפירות דלהבא אבל בפירות דלעבר אף דהורע כח המגו משום קול לא מפקינן מיניה לא נהירא לי כלל גם מ"ש הב"ח דמפי' ר"י בתוספות למד כך לא נהירא דלא משמע שם בתוספות מידי וגם בהרא"ש מוכח להדיא שלא כדבריו ע"ש ודוק וכן מוכח בנ"י ובהשגות הראב"ד שם ע"ש ודוק אלא דכשהורע כח המגו צריך להחזיר אף הפירות שכבר אכל מ"מ מוכח מכל הפוסקים הנ"ל דאף בפירות דלהבא מהימן במגו ודלא כהר"ר יונה. וכן נראה לפע"ד עיקר בש"ס דעובדא דרבה ב"ש היה גם על הפירות דלהבא מדקאמר אי מהדרינא ארעא ליתמי כו' וכן מדקאמר ליה אביי בתר הכי לקוחה בידי לא מצית אמרת כו' אלא זיל אהדרה כו' משמע שעיקר המשא ומתן היה ביניהם שרבה ב"ש היה רוצה להחזיק'. עוד תחת ידו ולאכלה להבא ולא להחזיר' להם ואביי השיב לו זיל אהדר' ואלו הי' יכול לומר לקוחה היה אביי מודה ליה דלא ליהדרה ויחזיק' ויאכל פירותי' להבא ואף ע"פ שיש לדחוק וליישב זה מ"מ פשטא דש"ס לא משמע הכי ועוד קשה לי על המפרשים דעובדא דרבה ב"ש מיירי שכבר אכל א"כ בלא"ה יהא נאמן במגו דהחזרתי ופרעתי מה שאכלתי ואין לומר כיון דקטנים היו לא שייך לומר פרעתי להם דהא כתב הרשב"א בתשו' ס"א מ"ו ור"י בנכ"ד דנאמן לומר פרעתי לאפוטרופא של קטן ומביאם הב"י והסמ"ע לקמן סרנ"ה ס"ק י"ז וגם אין לומר כיון דאין לו מגו על הקרקע גופא גם על הפירות אינו נאמן דהא כבר הוכחתי בסקל"ט ס"ד דזה אינו ע"ש. ועיקר פירוש הש"ס נ"ל כדברי הר"י הלוי שהבאתי לעיל וכן נראה מדברי הרמב"ם וסמ"ג

וכמ"ש מיהו לענין קושית התוס' ושאר פוסקים דס"ס היה רבה ב"ש מוכרח לישבע אפשר לומר דבימי רבה ב"ש עדיין לא נתקנה שבועת היסת ותירץ זה מוזכר בבע"ת שם או שאין נשבעין על טענת שמא כמ"ש התוס' ובעה"ת ושאר פוסקים ונלפ"ד שגם התוספות יכולים לפרש כהר"י הלוי וכמ"ש דקאי אפירות דלהבא לענין שיועיל המגו שיאכל מיד בלא שבועה הבא ליפרע מיתומים אלא דקשיא להו דמ"מ אכתי ישבע אף במה שכבר אכל ומדברי רבה ב"ש משמע שלא רצה לישבע לכך פירשו דאין נשבעין בשמא ולפ"ז מ"ש הרא"ש משמע לפי תירוץ הראשון שגם לאחר שאכל הפירות כו' אינו מוכרח לפע"ד די"ל כמ"ש דגם לפי תירוץ הראשון קאי אפירות דלהבא. וכן מוכח דעת הרמב"ם וסמ"ג והמחבר לעיל סקמ"ט סכ"ב ולענין פירות דלהבא מה שהקשה הראב"ד דהא צריך לישבע שבועה חמורה כפי מה שהורו הגאונים כבר ישבתי את זה לעיל סקמ"ט סכ"ב ע"ש אבל בהרמב"ם צ"ל כמ"ש הה"מ דשבועה זו לא אמרי' בקרקע מיהו לענין דינא כבר העליתי לעיל סקמ"ט סכ"ב דשבועות הגאונים שייכא אף בקרקע ושבועות היסת ליכא כיון דאין ליתומים אלא שמא וכמ"ש לעיל סקמ"ט סעיף כ"ב:

סעיף ד

אינו נאמן. וה"ה בפירות שאכל אינו נאמן כשהורע כח המגו כשיוצא קול וכמ"ש לעיל ודלא כהב"ח וכבר השגתי עליו:

סעיף ה

כמו שהדין בין ראובן כו' עיין בתשו' מהרי"ט ס"ט:

סעיף ו

בלא שבועה ע"ל סקל"ג ס"ה:

סעיף ז

אפי' בשמא כו' צ"ע לעיל. סק"ח סי"ב:

סעיף ח

ואין עדים שבא לידו כו' וגם אין קול דבקול הורע כח המגו כדלעיל ס"ה:

סעיף ט

אפי' אם טוען המלוה וע' בסמ"ע עד אפשר שפסקו דלא כר' יונה משום דה"ל יחידא' עד ולאפוקי מר' יונה כו' אבל באמת ראיתי דעת בעל הלכות גדולו' כרבי יונה וכ"פ ראב"ן דצ"ח להדיא דקי"ל כר' זביד ורב עויר' דהא קיבל רב אשי ולא אהדר מידי עכ"ל וכן נ"ל עיקר דכיון דרב זביד ורב עוירא דאינון רבים ובתראי לא ס"ל כר' יודא וגם רב פפא (ורב סמא) ורב אשי משמע דהכי ס"ל והא דא"ל רבינא לרב אשי אלא מעתה האי

משכנתא דסורא כו' ע"כ לא קאי ארב יודא וכמו שפירש"י דא"כ ה"ל לתלמודא לומר האי אלא מעתה מיד אחר דברי רב יודא קודם דברי רב פפא ועוד דא"כ קשה מה שהקשו התוס' וע"כ צ"ל כמ"ש התוס' וא"כ ע"כ דלא קאי ארב יודא לחוד אלא קאי גם ארב פפא ומכ"ש לפי מה שפי' מהר"ש אידלש דקאי דוקא אר"פ ואף שפירושו אינו אמת בדברי התוס' דא"כ קשה ל"ל להתוס' דלא בעי למימר שלא יהא נאמן כו' ע"ש ודוק מ"מ יהי' איך שיהי' מוכח מדבריהם דלא קאי דוקא ארב יודא:

אכן באמת נ"ל לפרש הסוגיא בענין אחר דבלאו ה"נ ק' הא דקאמר אלא מעתה כו' דהא היא גופא היא וכמו שהקשו בתו' שם ותירצו בדוחק. אלא נראה דה"פ שטר דלגוביינ' קאי כלו' לגבות חובו ולא כמו שפי' רש"י לאכילת פירות מזהר זהיר כו' הלכך אין להאמינו במגו דאי בעי טעין לקוח דהשתא כיון שמודה שאינו לקוח אמרי' ליה זיל אייתי שטרך ומה שטוען אירכס ליה ודאי משקר דכיון דעומד לגבות חובו כשיוכלו ימי המשכונא ודאי מזהר זהיר ביה ומשקר והשתא הוא דכביש לשטריה כדי שיאכל עוד ב' שנים אבל כשטוען לקחתיו אח"כ ואבד שטר המשכונא שהי' מתחל' נאמן דכיון שלקחו שוב לא נזהר בשטר המשכונא א"נ היכא דאודי במשכונא אינו נאמן במגו דלקוח משום דחיישי' שמא עתה רוצה לאכול פירות וכבש לשטרי' כדי שיאכל עוד ב' שנים ואח"כ יוציא שטרו ויאמר מצאתי השטר וראיתי כדבריך וישלם מה שאכל בחנם כדי שיגבה בו החוב אבל אי הוי טעין לקוח לא הי' יכול להוציא השטר לעולם לגבות בו שהרי כבר טען לקוח הלכך אין זה מגו כלל ופריך אלא מעתה משכנתא דסורא דכתבי במשלם שניא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף ה"נ דמהימן כו' כלו' כיון דאמרת כיון דלגוביינא קאי אינו נאמן משמע דהיכ' דלא לגוביינא קאי נאמן לטעון שטר ה"ל וכ"ש דנאמן לטעון לקוח א"כ משכנתא דסורא דלאו לגוביינא קאי דהא במשלם שנין תיפוק בלא כסף ה"כ דנאמן לומר לקוח בשלמא בלאו הכי י"ל דכל היכא דטען שטר היה לי ואבד אף אם טוען אח"כ לקוח אינו נאמן משום דאמרי' ליה זיל אייתי שטרך ואע"ג דיש חזקה בג"ש היינו כשטוען לקחתי מתחלה אבל כשטוען משכון היה בידי מתחלה בשטר ולקחתי אח"כ אינו נאמן אלא צריך להביא שטר המשכונא וכל זמן השטר אין לו חזקה אבל השתא דאמרת דדוקא בשטר דלגוביינא קאי לא מצי למימר אירכס לי אלמא דהיכא דלאו דלגוביינא קאי מ"ל אירכס לי קשיא והא דלא פריך בלאו הכי דיטעון לקוח היא בידי מתחלה י"ל דלהא לא חשו רבנן דכל משכנתא דסורא קלא אית להו זהו נ"ל ברור בפי' הסוגיא ובזה ניחא הא דכאן הביא הטור דעת ר' יונה ובס"ס שי"ז גבי שכירות סתם וכ' דנאמן במגו וצריך לדחוק ולומר דשם נמשך אחר סברת הרי"ף והרא"ש דכאן וכמ"ש

בסמ"ע שם ס"ק י"ד ובב"ח שם ולדידי א"ש דהתם בשכירות דשטר דשכירות לא לגובינא קאי אף רבי יונה מודה ודו"ק.

שוב מצאתי כדברי להדיא בבעל העיטור בסוף דיני אפותיקי דף מ"ב ע"ב שחלק על הרי"ף ופסק כרב זביד ורב עוירא ועוד כתב שם אח"כ שכן פסק ר' משה בר חנוך כרב עוירא ופי' דשטר לאו לגוביינא קיימא כגון משכנתא דסורא דכתבי בהו במשלם שניא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף ואע"ג דבמשכנתא אתא בארעא דלית בה עסקא וכר"י [טסקא וכריא] נאמן לומר לקוחה היא בידי דקיימא לן איבעיא ליה למחויי ואי אמר שטרא הוי לי ואירכס נאמן משום מגו אבל משכנתא בנכייתא לגוביינא קאי ומזהר זהיר ביה ומכבש הוא דכבשיה ולא אמרינן מגו ובעי לשטרא עכ"ל אך לא הבנתי מה שכ' שם מתחילה דרבינא קאי כותיה דרב יודא דהא לפ"ז שפיר קאי כרב זביד ורב עוירא ואפשר דזהו באמת מ"ש אח"כ בשם רבי משה בר חנוך ור"ל דלפ"ז רבינא סבר כרב זביד ורב עוירא:

ואף שכל זה נ"ל ברור מ"מ לא מלאני לבי לחלוק על הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והנמשכי' אחריהם אך כיון דרבי משה בר חנוך והבעל העיטור והלכות גדולות וראב"ן ורבי יונה חולקין עליהם ואשלי רברבי נינהו וגם נראה עיקר בש"ס כדבר הם וכמ"ש ע"כ נ"ל ע"כ פנים להורות דהוי ספיקא דדינא והלכך במשכנתא בנכייתא היכא דלא אכל המלוה עדיין הפירות של השתי שנים רק רוצה לאכול מפקינן מיניה הקרקע ונותנים אות' ללוה דקרקע בחזקת בעליה עומדת והמע"ה אבל במשכנתא דסורא או בשכירות נאמן במגו להחזיק הקרקע עוד ב"ש אבל אם לאחר שאכל ה' שנים טוען הלוה שלא ה"ל לאכול רק ג' שנים דה"ל המלוה מוחזק בפירות שאכל אע"ג דלית ליה מגו כגון שאכל בעדים ואע"ג דמתו עדי השטר ויראה לב"ד שלא יוכל המלוה לברר דבריו דבכה"ג ליכא למיחש לאטרוחי לבי דינא ומפקי' מיניה היכא דלית ליה מגו וכדלקמן סי' שי"ז ס"ג מ"מ הכא כיון דלהרי"ף והרמב"ם והרא"ש וסייעתם אית ליה מגו דלקוח לא מפקי' מיניה הפירות שאכל אף במשכנתא דנכייתא ודו"ק:

סימן קנא

סעיף א

אבל בנכסי מלוג יש לו ראי' כו' כן עיקר ודלא כמ"ש בב"ח ולא ידעתי היאך שבק דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וסמך עצמו אדעת הרמ"ה לחוד ע"ש:

סימן קנב

סעיף א
חוץ מבן הגזלן עיין בתשובת רמ"א סימן י"ב דף ל"ו ע"ב:

סימן קנג

סעיף א
המבקש להוציא זיז כו' עיין בתשובות מהרי"ט ס"ס ק"ח ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סצ"ח:

סעיף ב
ואם לא מיחה כו' נראה בפחות מטפח שהוציא בעל הזיז א"י להסירו בעל הזיז כ"ז שירצה בעל החצר משא"כ בזיז טפח שמיח' בו בעל החצר אזי גם בעל הזיז יכול להסירו כשרוצה וכך מורה ל' הטור בב' מקומות דסעיף ו' וי"א וגם ל' הרא"ש מור' כן ודלא כפי' הב"ח ודוק גם דברי הב"ח כהוגן לפ"ק של התו':

סעיף ג
בעל הכותל יכול למחות כו' והב"ח פסק דא"י למחות וכתב דגם דעת הרשב"ם הוא כן ואין דבריו נראין דאין כוונ' רשב"ם לומר רק שיוציא זיז מרשותו עד סמוך לכותלו ולא בכותל של חברו גם מה שהביא מסולם לא דמי כלל:

סעיף ד
יש מי שכתב כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סתס"ב:

סעיף ה
הרוצ' להוציא צנור כו'. עיין בתשובת ר"ש כהן סי' צ"ח ספר ב' ובתשובת מבי"ט ח"א סצ"ו:

סעיף ו
כך החזיק בעל החצר כו'. היינו בעוד הגג קיים אבל אם רצה לשנות מגג עליה אין בעל החצר יכול לעכב כ"כ נ"י בשם הרא"ה והר"ן לאפוקי ריטב"א דחולק ע"ז עכ"ל סמ"ע ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ב ובתשובת מהרא"ן ששון סס"ח:

סעיף ז
לעקור הצנור מצד זה כו'. עד אין בעל החצר כו'. עד"ר שם הארכתי בביאור דברי הרמב"ם בזה אם כ' דין זה מכח פי' המשנ' והאוקימתו' שבש"ס דפי' המרזב אין לו חזק' לענין שבעל החצר אין לו בה חזקה למחות בבעל הגג מלקצר' או לעקור מצד לצד או

שכתב כן מסברא כו' עכ"ל הסמ"ע ופי' זה אין לו שחר דא"כ מאי קמ"ל רב יודא אמר שמואל ניהבי' [כי היכי] כו' הלא לפ"ז באר היטב הוא במתני' דיש לו חזק' לבעל החצר ותו איכא למידק דא"כ צ"ל דמזחיל' יגרע כח המחזיק מבמרזב ובמזחיל' יכול בעל החצר לקצר ובמרזב א"י לקצר זה אינו עולה על הדעת כלל ותו דתי' רב ירמי' לענין בנין לא יהי' שוה לפ"ז עם שאר תי' ויהי' סברות הפוכות לכן ודאי שמסברא למד זה ודו"ק:

סעיף ח

אין בעל החצר יכול לעכב כו'. בדריש' ופריש' כתבתי והוכחתי דוקא שאין בעל החצר טוען שמגיע לו היזק בתשמישו שמשתמש שם במקום שירדו שם המים אלא שבא למחות משום דניחא לי' לקבל המים במקום הזה בזה קאמר דאין שומעין לבעל החצר עכ"ל סמ"ע נרא' דכ"כ כדי ליישב דברי הרמב"ם כדי שלא יסתרו דברי נמוקי יוסף בשם הריטב"א שהביא ב"י ס"ס י"ב ע"ש:

סעיף ט

מי שהוריד מי גגו כו'. עיין בתשו' ן' לב כפר א' כלל י"ד ספ"ד:

סעיף י

אינו יכול למנעו כו'. ואינו דומה לזיז כל שהוא כו' דשם מזיקו בראי' כו' משא"כ כאן עכ"ל הסמ"ע הב"ח כתב דאיירי כאן בחצר שאין בו בית דומיא דשדה ע' בתשובת ר"ש כהן סצ"ח:

סעיף יא

ובחזקת סולם כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ל"א עד לכן נסתפק מור"ם ולא הכריע באלו כו' וא"כ הוי דינא כל דאלים גבר לפי מ"ש בס"ס קל"ט ע"ש וק"ל וע' ע"ש עד שיש להקשות מסברא זו אהרשב"ם הנ"ל דבהעמדת סולם ונעיצת קורות אינו מצריך ג"ש כו' אינו מוכרח שיסבור רשב"ם כן בנעיצת קורות ועיין בב"ח מ"ש ע"כ צ"ל דבחלון ויש [דיש] בו היזק ראיי' כו' ר"ל וא"כ הסברא נותנת יותר להכריע דחלון מיקרי רשות אחרת וק"ל וע' בתשו' מהרשד"ם סימן רס"א ורס"ז:

סעיף יב

הואיל ונשתמש בקורה אחת נאמן כו' ע' בב"ח שישב ל' זה כו' וכ"כ הכ"מ בשם הריב"ש ע"ש וק"ל ודלא כמשמעות הסמ"ע ע"ש:

סעיף יג

ראובן שבנה יסוד כו' ע' בתשו' מהרשד"ם סי' רפ"ד:

סימן קנד

סעיף א
אחד מהשותפין כו'. ע' בתשו' ר"ש כהן ספר ב' סי' ח' ובתשוב' ר' לוי ן' חביב סי' מ"ד מדינים שבסי' זה ובסי' ק"י:

סעיף ב
והוא שיסתום הפתח כו' כ"כ בכ"מ ודלא כמ"ש ב"י ודוק וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ח:

סעיף ג
לא יפתח אדם חלון כו'. ע' בתשו' מהרי"ט ספ"ז ופ"ח וסי' ק"ז:

סעיף ד
אם אינם גבוהים ארבע אמות כו'. ע' מ"ש בסמ"ע ס"ק י"ב ואין דבריו נכונים:

סעיף ה
ע"ל סי' זה סעיף י"ד כו' כאן שייך הג"ה דלקמן המתחלת פתח לר"ה:

סעיף ו
יש מי שאומר כו'. ע' בתשו' רמ"א סל"ב:

סעיף ז
פתח לרשות הרבים כו'. ר"ל שמזיקו בענין שאין בני ר"ה מזיקין אותו כגון שהוא גבוה יותר מד' וכה"ג וכן מוכח בד"מ להדיא ע"ש ובזה תירץ מה שהקשה הב"י על הנ"י בשם בעל העיטור וכן תירץ הב"ח ע"ש וכן מבואר להדיא בעיטור דף צ' ע"ד כדבריהם ע"ש:

סעיף ח
הי' פתח כו' וה"ה חלון יש לו כל דין פתח בזה וכ"כ הטו' סע"ד וכמו שמוכח מדברי הסמ"ע ג"כ ופשוט:

סעיף ט
אבל הי' לו ב' פתחים כו' אין זה בש"ס שלנו וגם ב"י ז"ל טעה בזה וע' בתשו' מהר"ן ששון שהאריך בזה:

סעיף י
הרי שפתח חלון כו'. ע' בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סכ"ג וח"ב סצ"ו ובתשו' רשד"ם סי' רנ"ד ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ז וסי' קי"ד ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סצ"ח וסר"ח ובתשו' מהר"י לבית לוי סי' ב' ד"ט וי"ג:

סעיף יא
במה דברים אמורים כו' ע' בתשובת ן' לב ספר א' כלל י"ד סי' ס"ב וסי' פ"ג.

סעיף יב
י"א דהא דיש חזקה כו'. ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קפ"ג:

סעיף יג
וכן מי שהי' לו חלון מוחזקת כו'. ע' בתשו' מבי"ט חלק א' בשאלות שניות סי' קכ"ה דקכ"ו ובתשובת מהרא"ן ששון סי' ס"ח:

סעיף יד
בעל החלון נקרא מוחזק כו' לשון הריטב"א בעל החלון הוא הי' מוחזק ואינו יוצא מחזקתו אע"פ שנסתר כו' ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קע"א ובתשו' ר"י לבית לוי ס"ב ד"י:

סעיף טו
מי שהיו לו חלונות כו'. ע' בתשו' מהרי"ט סי' ק"ז:

סעיף טז
וה"מ במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין כו' ע' בב"ח שהשיג ע"ז וכ' דגם דעת הא' מודה בזה וע"ש שהאריך ליישב דברי הרא"ש בע"א ע"ש:

סעיף יז
דעת הרא"ש שהפותח חלון כו'. ע' בתשו' מהרי"ט ס"ס קל"ב ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ס"ב וסצ"ח דס"ו ע"ב וסי' קל"ב ובתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ב ורנ"ז:

סעיף יח
ומיהו כתב הרמב"ן כו'. עיין בתשו' רא"ן ששון שהקשה מזה אתשובת ריב"ש שלא כ"כ בשם הרמב"ן וע"ש סי' פ"ז ופ"ח וע"ש עוד בסי' קצ"ב:

סעיף יט
ראובן שיש לו בית אצל עכו"ם כו'. ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג ספ"ה ובתשובת ר"ל בן חביב סי' מ"ד ובתשו' ח"א בשאלות השניות סנ"ג דקכ"ג ע"ד וסי' צ"ג וח"ב סצ"ו ובתשו' ן' לב ספר א' כלל י"ד ספ"ד וריש כלל ט"ו ספ"ה:

סעיף כ
דהואיל והעכו"ם כו'. ע' בספר אגודת אזוב וע' בבעל העיטור דפ"ה ע"א:

סעיף כא
סתום חלונותיך כו'. עיין בסמ"ע ס"ק מ"ה גם כאן איירי אפי' כבר החזיק בה בחלונו כמה שנים וכן כתב הרשב"א כו' עד ותימה הלא כבר כתב ופסק המחבר לפני זה בסעיף

י"ח דאסור להלוקח אפי' לבנו' בחצירו לפני חלון ראובן כיון דהחזיק בחלונו כו' וע' בספר א"א מ"ש בזה ור"ל דבסי"ח מיירי שישראל האחד פתח כדין על גגו וק"ל ע"ש והב"ח הכריע דהרשב"א חולק בזה אמ"ש בסי"ח ע"ש:

סעיף כב

וכבר נתבאר כו' דברים אלו צ"ע ודוק:

סעיף כג

והחלון באמצע הארבע ל"ד באמצע קאמר אלא ר"ל שיהא בין שני הכתלים ד"א עם רוחב החלון שהוא בכלל המרחק דד' אמות ומ"ש באמצע כאלו אמר בכלל הד' אמות עכ"ל סמ"ע וכ"כ הריב"ש סרכ"ה בשמו ובשם הריטב"א ורמ"ה ע"ש וכן עיקר:

סעיף כד

ושמו הבנין והעצים כו' משא"כ אם שמו סתם עילוי הבית מחצר אזי העילוי ג"כ בשביל האויר ודלא כיש חולקין בטור עיין בב"י ועיין לקמן סי' קע"ב ס"ב וקע"ג ס"ג דה"ה אם בעל החצר נתן דמים בשביל איזה עילוי לבעה"ב אז ג"כ יש לו חלונות וכ"כ ב"י שם וכמ"ש שם ודו"ק:

סעיף כה

והגיע לאחד מהן תרבץ כו'. עי' בתשובת ן' ל"ב ס"ג סי' ס"ב ובתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' ס"ב ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' שכ"ג ובתשובו' מהרשד"ם סי' רנ"א ורע"ב ורע"ט ובתשובו' ר"ש כהן ס"ג סי' צ':

סעיף כו

וי"א דיכול לומר סתום כו' וכ"פ הב"ח ודוקא דהיזק הוא היזק קבוע כו' ע"ש עיין בתשו' רא"ן ששון סי"ק צ"ב ד' ר"א ע"ג:

סעיף כז

א"י לבנות כנגדן היינו דוקא בעלו אהדדי דעלה קאי בש"ס וכך הוא ל' הטור וכך מוכח בהרא"ש וכ"כ הסמ"ע לקמן סי' קע"ג סק"ז ע"ש דלא כמשמעו' הב"ח לקמן ודוק:

סעיף כח

דבית בלא אור אינו שוה כלום כו'. ואם א"ל ההוא דמטי אספלידא בתחלה אני אטול אספלידא ואתה תרביצא ועלו להדדי אז יש לו חלונות והגמ' מיירי כאן שאומרים שניהם זה לזה או שא"ל בעל תרביצא לבעל אספלידא כ"כ נ"י בשם הר"ן והביאו ב"י ולטעמייהו אזלו וכמ"ש לקמן סי' שכ"א ס"ס בהג"ה אבל לדעת הרא"ש ותוס' אינו כן ע"ש ב"י ודוק עיין בתשו' ר"ש כהן ספר ב' סי' רכ"ב ובתשו' רשד"ם סי' רע"ט:

סימן קנה

סעיף א
הבית והעליה כו'. עיין בתשוב' בן לב ס"ג סימן ל"ג:

סעיף ב
והזיקה משלם מה שהזיקה כו'. ע"ל סי' תי"ח ס"ב וצ"ע ברי"ף פרק הכונס ובישׁ"ש שם ויש ליישב ודו"ק (הגה ר"ל שלקמן סי' תי"ח ס"ב פסק שאם הרחיק גבי נזקי האש כשיעור פטור והרי"ף פרק הכונס הרגיש בזה ותירץ וז"ל ואי קשיא לך מ"ש התם גבי תנור דקיהבו רבנן שיעורא ואפי' הכי אם הזיק משלם מה שהזיק ומ"ש הכא דפטור לא תקשי לן הכי [הכא] דלפי צורך שעה קמדליק וקמרחיב בשיעורא וקעברה הדליקה יתיר משיעורא וקא מזקה אנוס הוא דמאי ה"ל למיעבד הילכך מכה בידי שמים הוא ולפיכך פטור דלא יכול לאהדורי והתם גבי תנור כיון דתדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני אי איכא הזיקא לחבירו וכיון דלא עביד הכי פושע הוא ולפיכך חייב תדע דהא רבנן פליגי עליה דר' שמעון בתנור דקא יהיב שעורא לפטור והכי [והכא] אינהו גופייהו קא יהבי שעורא לפטור עכ"ל וע' בישׁ"ש סימן כ"ח):

סעיף ג
אבל אם ירדו גשמים כו' על הניזק לתקן. צ"ע דלקמן סימן קס"ד כתב מור"ם בהג"ה בס"א ז"ל וכל צרכי הגג על בעל העליה לתקן עכ"ל סמ"ע סקט"ו ועמש"ל בשם הב"ח:

סעיף ד
וחול הלח כו'. תמיה לי לפי דעת המחבר כהרמב"ם דבהזיקא דמתונתא פסק האבעיא לחומרא דבעי שניהם הרחקה וסד בסיד וכמ"ש בסעיף י' וא"כ חול הלח היא היזק דמתונתא ודמי לאמת המים וכדאיתא בש"ס דלהכי לא תני תנא דידן במתני' ואם כן למה כלל אותו שא"צ שתיהן וגם על הטור יש לתמוה קצת ודוק וצ"ע וברמב"ם לא נזכר חול לח כלל וסמך אאמת המים וכתנא דמתני' ודוק נ"ל:

סעיף ה
מרחיקין את התנור כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סימן רס"ז:

סעיף ו
וזה דעת הרמב"ם כו' כ"כ ה"ה פ"ח משכנים וכ"פ הב"ח ובתשו' דברי ריבות סימן רע"ז:

סעיף ז
לא יחפור אדם בור כו' עיין בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' קנ"ה:

סעיף ח

ויסוד בסיד לכותל הבור הרמב"ם ס"ל דכן הדין אפי' בכותל בנין דחבירו והרא"ש והטור ס"ל דבכותל בנין א"צ בהכי אלא מרחיק ג' טפחים אבל א"צ ג"כ לסוד עכ"ל סמ"ע ואינו מובן לי דלהרא"ש וטור שפסקו לקולא האבעיא ס"ל אפי' בכותל בור דא"צ לסוד בסיד ואין חילוק וק"ל:

סעיף ט

ועד חמשים שנה מיקרי העיר חדש וכ"כ בד"מ והוא במרדכי אבל פשוט דטעות הוא במרדכי וצ"ל ס' שנה שהרי למד שם מפ"ב דכתובות דאיתא התם ס' שנה ומה שתמה בס' תי"ט פ' לא יחפור על המרדכי נלפע"ד דלק"מ דמדקאמר בש"ס פ"ב דכתובות אמר רב חסדא ש"מ מדר' מאיר כו' משמע דס"ל כר' מאיר ולא כר' יודא אבל הדין שכ' הרב צ"ע כיון דהרמב"ם והברטנורה פסקו פ' י"ז מה' אהלות כרבי יודא א"כ הוא הדין הכא וצריך להיו' לדבריהם דרב חסדא ה"ק לרבי יודא פשיטא כיון דתלי בזכיר' א"כ כשאינם זוכרים א"י להעיד אבל לר' מאיר דלא תלי בזכירה ה"א דוקא לענין טומאה תלי בס' שנה אבל לענין עדות תלי בזכירה ותלמודא דחיא דגבי עדות אף ר"מ מודה ומ"מ הדין שכ' הר"ב צ"ע וגם בתי"ט נראה דס"ל דישנה מיקרי כאן כל שאין אדם זוכרה ע"ש:

סעיף י

גורן קבוע עיין בב"י בשם נ"י:

סעיף יא

ואם הגורן קודם לעיר כו' עיין בא"א דף פ"ז ע"ד מ"ש בזה מור"ם ואין דבריו נראין למעיין ועיקר כדעת מור"ם ז"ל:

סעיף יב

מסלקו ובני העיר נותנים כו'. כ' הסמ"ע סקמ"ח ובש"ס ובטור כתוב האי דינא גבי הרחקת אילן מהעיר והמחבר השמיט אותו הדין מפני שאינו נוהג בח"ל וכמ"ש הטור ע"ש עכ"ל אמת שכ"כ הטור והרב המגיד גם הנ"י והרמב"ן בחדושיו דמתני' מיירי דוקא בא"י בזמן שהיתה בישובה אבל קשה לי ע"ז דא"כ היאך משני בש"ס ר' אליעזר היא דהא א"ר אליעזר בהדי' בסוף ערכין עושים שדה מגרש ולא מגרש שדה משום ישוב א"י עיין שם א"ו מתניתין מיירי בח"ל ורבנן דסוף ערכין ס"ל דאין עושין מגרש שדה לעולם ור"א ס"ל דאין עושין מגרש שדה בא"י דוקא אבל בח"ל עושין ודוק ודוחק לומר שטעות הוא במשנה בערכין וצ"ל ר' אליעזר אומר עושין שדה מגרש ומגרש שדה כו' דקשה מאד לשבש כל ספרי המשניות וכל הש"ס וצ"ע: שוב ראיתי בילקוט פרשת בהר מביא

שתי הלשונות במשנה דסוף ערכין ל' ראשון ר"א אומר עושין שדה מגרש ומגרש שדה ואית דתני ר' אליעזר אומר עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה ע"כ ואין ספק דהאמת הוא כלשון הראשון וכדמוכח בש"ס פ' לא יחפור וכן הוא להדיא בתוספתא דסוף ערכין ואתו כל דברי הפוסקים כפשוטו וטעות הוא בכל הש"ס ומשניות שלפנינו ובעל הילקוט שכ' ואית דתני כו' היו לפניו ג"כ נוסחאות הש"ס ומשניות שלנו ואשתמיטתיה הש"ס ס"פ לא יחפור וגם תימה על שאר מפרשי המשנה שלא השגיחו להגיה כן בכל הש"ס ומשניות וק"ל:

סעיף יג

מי שבא לעשות משרה כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רל"ח:

סעיף יד

שפוטר מלשלם כו'. דין זה נלמד מהכלל דקי"ל גרמא בניזקין פטור עכ"ל סמ"ע הא ליתא לדעת הרמב"ם שהעתיק המחבר וכמ"ש לקמן סי' תי"ח סעיף ט':

סעיף טו

הוא שסייעו אותו כו'. ואין נזק בא מכחו עכ"ל רמב"ם ועמ"ש לקמן סי' תי"ח ס"ט:

סעיף טז

די"א דבעינן חזק' ג' שנים כו'. עיין בתשוב' ן' לב ספר ג' סי' מ"ו ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן ר"ח:

סעיף יז

בד"א בשאר ניזקין כו'. עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' מ' דף ע' ובתשו' מהר"י לבית לוי סי' ב' דף י' וי"א ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן קפ"ג:

סעיף יח

עשן שאמרו כו'. עיין בתשו' ן' לב סי' מ"ו ובתשו' מהרי"ט סי' פ"ח וסי' קי"ד דף קמ"ו:

סעיף יט

ויש אומרים דבעשן כו'. וכן נ"ל להורות ולי נרא' כמ"ש המחבר דז"ל הר"ב בד"מ ודקדק מהרא"י כן מדברי המרדכי והגהת מיימוני והגה' אשר"י ונרא' דהכי נקטינן דמהרא"י בתרא הוא וחכם ראוי לסמוך עליו ודלא כמ"ש ב"י דיש לדחות דבריהם מקמי הרמ"ה שהי' רב מפורס עכ"ל ואלו עיין הרב בפסקי מהרא"י גופי' לא הוה כ' כן דגם מהרא"י גופי' לא בריר' לי' האי פיסקא והאי דקדוק שדקדק מדברי המרדכי והגהת מיימוני והגהת אשר"י שכ' בסוף דבריו וז"ל מ"מ אינני קורא עליכם טועים בפסק שלכם הואיל ומצאתם כדבריכם בהדיא בפסקי הגאונים וכבר ידעתם כי אינני רגיל לדקדק

בטוב כאשר ימצאו לי הדיני' מפורשי' בפסקי הגאוני' המצויין יותר עכ"ל ונרא' שזאת היתה כוונת הב"י שפסק כהרמ"ה. גם באמת דקדוקו של מהרא"י מדברי המרדכי והגה' מיימוני והגה' אשר"י שם לפענ"ד אינו דקדוק כלל דמה שדקדק מדכתבו המרדכי והגה' מיימוני בשם רב מתתי' בא' שבקש לעשר פורני חביריו מעכבין עליו משום דהיזקו רב ומצוי כו' משמע הא לאו הכי לא מצי מעכב כו' קושטא דמילתא נקט דמעש' שהי' כך היה וגם משום דקאמר התם אח"כ ופורני זה הזיקו מרובה ומצוי ואין לו חזקה כו' להכי נקט הכי משום דאל"כ הוי חזקה גם מה שדקדק מהרא"י שם מהגהת אשר"י וז"ל עוד דקדקתי עכשיו מהגה' אשר"י בשם מהרי"ח דע"כ עשן שאינו תדיר אפי' לכתחלה לא מצי לעכב דכ' אהא דתנן חנות שבחצר יכול לעכב כו' עד אבל עושה כלי ומוכרן בשוק ואין יכול לומר כו' וכתב עלה נראה דאפי' אם רצה להחזיק באומנות אלו מחדש לא מצו לעכב דהא דאמר רב אין מחזיקין לניזקין מוקי לה רב זביד בקוטרא ובית הכסא אבל שאר נזקין לא ע"כ הא קמן דמייתי ראיה אמלתא דלכתחלה מההוא דקוטרא וב"ה וא"כ מוכח בהדיא לכל מילי דלאו כקוטרא וב"ה אינון אפי' לכתחלה לא מצי מעכב ועשן שאינו תדיר כתבו אשר"י ותוס' ומרדכי דאינן בכלל קוטרא דקאמר ש"ס עכ"ל נלפע"ד דלא כוון יפה דז"ל הגה' אשר"י שם נראה בכל אלו שאמרו יכול לעכב אם רוצה להחזיק באותו אומנות מחדש דהא דאמר רב לקמן דאין חזקה לניזקין מוקי לה רב זביד בקוטרא וב"ה אבל לשאר ניזקין יש חזקה עכ"ל ולפי שהלשון מגומגם קצת הבין מהרא"י דקאי אסיפא דמתני' אבל עושה כלים ומוכרן בשוק כו' אבל ודאי הא ליתא דא"כ צריך להגיה הרבה בלשון הגה' אשר"י ועוד דא"כ מאי ראיה מייתי מרב זביד דלמא התם דיעבד דוקא דהא קאמרי' התם אין חזקה לניזקין דהיינו דיעבד אלא פשיטא דקאי אירשא דמתני' דחנות שבחצר יכול למחות ולומר איני יכול לישן מקול הנכנסים ומקול היוצאים ומקול התינוקות ועלה קאמר נראה בכל אלו שאמרו יכול לעכב היינו אם עתה רוצה להחזיק באותו אומנות מחדש דהא דאמר רבא אין חזקה לנזקין מוקי לה רב זביד בקוטר' וב"ה דוקא אבל לשאר נזקין יש חזקה א"כ ה"ה הכא דאפי' מזיקו אם כבר החזיק יש חזקה וא"כ לפי דברי מהרא"י מוכח אדרבה מהגה' אשר"י להפך דלכתחלה מצי לעכב בכל ענין אלא די"ל בזה דחנות שבחצר השותפים שאני. וגם מ"ש מהרא"י שם ואף כי בפלוגת' דרבוותא על הניזק להביא ראיה לא נהירא לי דהיינו דוקא כשהחזיק כבר אבל זה שרוצה להחזיק פשיטא דעל המזיק להביא ראיה כיון שרוצה להחזיק וכל שאינו מביא ראיה הרי הוא בחזקתו דמעיקרא וגם מסתבר כהרמ"ה דהיאך יוכל זה לעשות לו לכתחלה דבר נזק אפי' כל שהוא בעל כרחו ומכ"ש לפי מ"ש ליכא

מאן דפליג על הרמ"ה והלכך כיון דהרמ"ה והטור והנמוקי יוסף פרק לא יחפור ס"ל דאף בעשן שאינו תדיר יכול למחות לכתחלה אין חולק עליהם ודאי דהכי נקטינן:

סעיף כ

בית הכסא שאמרו כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון ס"ס ס"ח וסימן קל"ט ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קפ"ג.

סעיף כא

מי שהחזיק כו'. עיין בתשובת ן' לב ס"ג סי' מ"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' רנ"ו ובתשוב' ר"מ אלשיך סי' נ"ד ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ח וסי' קע"א ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ד וקל"ג:

סעיף כב

י"א דהדין עמו כו'. וכ"פ הב"ח סי' קנ"ז ס"ה ודימה אותו למחיצ' הכרם שנפרצה בפרק השותפין ובעיני ראייתו כעוכלא לדנא דשאני התם דהיזק כלאים ברי כשנפרצה אבל גנבים מאן לימא לן דאתי ויותר ברי הוא הזיקא דפורץ גדר בפני בהמת חברו וק"ל:

סימן קנו

סעיף א

אחד מבני מבוי כו' עיין בתשו' מהרשד"ם סי' תכ"א ותמ"א וסי' רס"ז ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קע"ב:

סעיף ב

חנות שבחצר יכולי' השכנים למחות כו' בהגהות אשר"י כתב דהיינו לכתחלה אבל מהני חזקה ע"ש ועי' בתשובת ר"ל חביב סי' צ"ז:

סעיף ג

כופין בני מבוי. עיין בסמ"ע ס"ק ט"ז שהאריך ועיין בב"ח שהאריך ג"כ בזה לבאר דעת הרמב"ם והשיג על הסמ"ע ואין דבריו נראין להמעיין שחילק בין רחיים לרחיים ומנ"ל סברא זו ועיין עוד שם בסמ"ע עד דס"ל כיון שנותן מס עמהן ה"ל כאלו דר עמהן ובהדר עמהן בעיר כבר נתבאר דנקרא שכינו כו' היינו אחר מסקנת האבעי' לקול' ולא ידעתי ליישב מאי קמבעיא ליה לר"ה בר' יהושע מי גרע מבר מתא דשייך בכרגא דפשיטא דא"י לעכב כשיש אומן אחר כ"ש בר מבואה דעיר זו ודוק וצל"ע אבל לשטת ב"י להרמב"ם ופירש"י וטור ותוס' מיושב זה עיין בב"י בס"ו עד ובדקתי בהשגות ולא מצאתי דבר זה כו' וטעה דהי' כתוב וא"א והיה סבור שהוא ר"ת ובהשגות א"א ליתא אלא הוא ר"ת ובאביאסף וכן הוא להדיא במרדכי והגמ' מיימוני בשם אביאסף ומביאם ב"י גופיה

לקמן וכן הוא בדפוס הגהו' מיימוני החדשי' ועיין בס' א"א דף פ"ח ע"ש שנראה שלא כוון יפה ע"ש:

סעיף ד

ורבים האומרים דבני חצר כו' נמשך אחר מ"ש ב"י סוף ס"א שכתב ודין זה ליתא לדעת שאר הפוסקי' ר"ל במבוי שאינו מפולש אע"פ שלא מיחו בראשון יכולים למחות בשני אבל לפע"ד צ"ע די"ל דהפוסקי' מודו בהא להרמב"ם ולא דברו מזה גם צ"ע על מה שמדמה מור"ם חצר למבוי בזה עיין בתשו' רמ"א סי' ט' יסוד א' וסי' ע"ג וע"ה בתשו' מהר"ס פאדוה סימן מ"א:

סעיף ה

ורבי' האומרי' כו'. עיין בתשו' מבי"ט בח"א בשאלות השניות סי' י"ז דף ק"ח רע"ג וסי' ל"א דף קי"ג ובתשוב' רמ"א סי' ט' יסוד ב' ובתשו' מהרשד"ם סי' שס"ג ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן נ"ה:

סעיף ו

מוכרים כדי פרנסתם כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"א עד אבל מור"ם אא"כ בסמוך סתם כדברי הטור כו' ולפע"ד נראה דמור"ם ס"ל כמ"ש ב"י דגם ל' הרמב"ם יש לפרש כלשון הש"ס ע"ש:

סעיף ז

בפרט בזמן הזה. כו' ע' בתשו' רמ"א סי' נ"ב ובתשובת מהר"ן ששון סי' קנ"ה:

סימן קנז

סעיף א

ואפי' יש מנהג בעיר כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' תכ"ה ובסי' באר שבע דף צ"ו:

סעיף ב

מקום שאין בו דין חלוקה כו' עיין בתשובת ן' לב ספר ד' דף ס':

סעיף ג

שזה קנין דברים הוא כו' עמש"ל סי' כ"ב ס"א:

סעיף ד

וכן אם הלך זה בעצמו כו' [] והגה' מיימוני כתבו דהכא סגי בהילוך לבד ע"ש:

סעיף ה

הי' א' מהן עשיר כו' עיין בספר א"א דף פ"ח ע"ב:

סעיף ו

ומ"מ כ"א ירחיק כו' הטור סיים בזה וכתב ואם יכולין ליקח מן הצדקה לעשות כותל מהוצא ודפנא הרי הם עושים עכ"ל ולא ידעתי למה השמיטו מור"ם מלהעתיקו כאן עכ"ל סמ"ע:

סעיף ז

יש אומרים דאין הולכים אחר המנהג. פי' אם אין השני מרוצה לזה דיכול לומר אין רצוני בגדר כל דהו דיפול ואצטרך לחזור ולטרוח בבנינו והתוס' והמרדכי כתבו בריש בבא בתרא ובפ' השוכר את הפועלים דאין הולכין אחר מנהג גרוע שנהגו עכ"ל סמ"ע ועיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' כ"ט ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' מ"ז מ"ח ובתשובת ר"מ אלשיך סי' נ"ז ובתשובת ר"ש כהן סי' פ"ד:

סעיף ח

ויש מי שאומר כו' דברי המחבר צל"ע דפשיטא דליכא מאן דפליג בהא דהיכא דאינן ניכרין דיכול לטעון לקוח במיגו דהחזרתי וכדלקמן סי' קע"ט והטור לא הוצרך להביא בשם ר' יונה אלא אפי' אני בניתיו לבדי יכול לטעון (דבהא פליגי התוס' והג"א והרב המגיד בשם יש מפרשים מטעם דהוי כמגו במקום עדים דמסתמא בנוהו ביחד) ומ"ש הרב המגיד ששיטה אחרת יש היינו משום שהרי"ף ורמב"ם מפרשים שטוען לקוח או נתת לי ושטה אחרת יש דמפרשים שטוען אני בניתי אבל לדינא לא פליגי ודלא כב"י ועכ"פ כ"ע מודו דהיכא דאינן מכירין יכול לטעון לקוח או נתת לי במגו דהחזרתי ע"ש בהרב המגיד דוק ותשכח כדברי מדכ' ונראה שדעת ההלכות בשאנו רואים האבנים תחת ידו ויש עדים שמכירים כו' ומנ"ל שדעת ההלכות כן א"ו מדפירש הרי"ף לענין לקוח ומתנה ע"כ היינו כשרואין האבנים ומכירין אותן ודוק (ובסמ"ע ס"ק י"ז משוי ללקוח נמי מגו במקום עדים ולא נהירא כלל ע"ש) ועוד מוכח בתוס' ריש ב"ב והגהת אשר"י דהיכא דשהו האבנים הרבה ברשותו יכול לטעון אפי' רואין אות' ומכירי' אותם ע"ש ואע"ג דהטור לקמן סי' קע"ט לא כתבו כן נראה דהתוס' והגהות אשר"י מיירי ששהו הרבה יותר מהרגילות בענין שהשותפים מקפידים והט"ו מיירי בזמן רב דלא קפדי כן נלפע"ד ודוק עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קע"א:

סעיף ט

שהם מזה הכותל כו' ואז אפי' פינה שלא בעדים אינו נאמן וכן מוכח בטור וא"כ מוכח דמיירי שרואים עתה האבנים תחת ידו דאל"כ לא שייך לומר שמכירים ולא הבנתי מ"ש הב"ח בסוף דבריו ונראה דה"ה כשאין רואין האבנים תחת ידו כו' ודו"ק:

סעיף י
דמהני בה חזית כו' וכן מוכח דעת התוס' ריש ב"ב ד"ה לפיכך ודלא כב"י:

סעיף יא
ואפי' טוען שפרעו קודם בנין הכותל כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"א עד והמחבר קצר כאן כו' ואיירי כאן דלאחר יום כלות הזמן כו' זה אינו נראה לפע"ד אלא נראה דכמו דמיירי במשנה וש"ס כן מיירי המחבר והתם ע"כ מיירי אף דלית ליה מגו ולכך סתם המחבר וכתב בסתם ואפי' טוען שפרעו קודם בנין הכותל כו' לומר דבכל ענין נאמן ודוק:

סעיף יב
מלעשות ציווי ב"ד כו' אבל אי סרב בעדים ולא עמד בדין יכול לומר שוב נמלכתי ופרעתי עכ"ל הרא"ש ור' ירוחם וע"ל סי' ע"ט סי"ג וי"ד:

סעיף יג
אם רצה א' כו' ע' בתשובת ר"מ אלשיך סי' כ"ט:

סעיף יד
כותל חצר המבדיל כו'. עיין בתשוב' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ל"ח דף ק"י:

סעיף טו
ואם זה שבנה הכותל כו' עיין סי' ק"ה דף קכ"ה ע"א וס"ס קי"ב:

סעיף טז
נשבע בנק"ח כו'. הטור כתב על דברי הרמב"ם שהרמ"ה חולק וס"ל שנוטל בלא שבועה וכו' ואפשר דכיון שזה בא להוציא מחבירו מש"ה פסק בעל הש"ע כדברי הרמב"ם עכ"ל סמ"ע ולא ידענא מאי קאמר דהא גם באומר פרעתי בא להוציא מחבירו ונוטל בלא שבועה וכמו שפסק הרב לעיל סע"ח ס"ב וכ"פ בב"י שם והכי משמע בש"ס ב"ב (דף ה' ע"ב) דטפי הוי כאן בחזקת שלא נתן מקובע זמן דלעיל ס"ס ע"ח ע"כ צ"ע על המחבר והר"ב שהשמיט כאן דעת הרמ"ה והרמב"ן וגם הנ"י מביא דברי הרמב"ן במסקנתו:

סימן קנח

סעיף א
המוכר גינה כו' עיין בסמ"ע ס"ק ד' עד ולפ"ז נ"ל דה"פ אם גינה זו כו' כצ"ל ודוק:

סעיף ב
יש מי שאומר כו' כ"כ רש"י להדיא אהא דפריך רבא לר"א לא יעשה לא זה ולא זה כו' ע"ש וק' האיך מיישב הסברא הב' שהוא הר"י האי סוגיא דא"כ מאי פריך לא יעשה

כו' הלא אם לא יעשה אם יפול יטעון שהוא שלו אם יפול ברשותו ועיין בספר א"א שכ' דלהר"י ע"כ צ"ל דס"ל דגם בכותל חצר אם נפל ברשותו הרי אלו שלו ויכול לטעון וא"כ ה"ל למיתני גם ברישא דמתני' גבי חצר שיעשה חזית בשביל זה וכ"כ הטור להדיא סי' קנ"ז בשם הר"י ע"ש וכל זה הוא דלא כב"י עיין עוד בס' א"א דף פ"ח ע"ג:

סעיף ג

וכן אם הניקף עצמו כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' שע"ו:

סעיף ד

כפי מה שגרם לו היקף יתירה כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ט עד יתן ג"כ שליש או רביעי כו' ודברי הב"ח בזה הם ברורים יותר ע"ש ודוק ודברי הסמ"ע הם תמוהין בזה וק"ל:

סימן קנט

סעיף א

שני בתים וכו' עיין בסמ"ע ס"ק ח' עד ומזה שכתבתי נלמד כו' והב"ח לא כ"כ ע"ש ואין דבריו נראין ודו"ק:

סעיף ב

ל"ש אויר רה"י כו' עיין בספר א"א דף פ"ט מ"ש בזה על מור"ם ולא הבינותי דבריו ודברי הסמ"ע הם ברורים למבין וע"ש:

סימן קס

סעיף א

ואין בעל החצר מסייעו כו' עיין בסמ"ע ס"ק ג' עד דמסיק הש"ס וקאמר דצריך כו' ואין הסוגיא מורה כדבריו דהא אברייתא קאי מאי אין נזקקין כו' ואמר אגג קאי וק"ל ועיין בב"י:

סימן קסא

סעיף א

בני חצר כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון ס"ס קכ"ט דף קמ"ח וע"ש סי' קצ"א ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' צ"א:

סעיף ב
לפי שאין דרך בנות ישראל כו' ואפי' שהמנהג בעיר שבנותיהן מכבסין על הנהר מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתי תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה עכ"ל סמ"ע.

סימן קסב

סעיף א
בני מבוי כופין כו' עיין בתשו' משאת בנימין סי' ד':

סעיף ב
וכן מעכבין זה א"ז כו' עיין בתשו' ן' לב ספר ג' סי' ל"ד:

סעיף ג
הי' לו פתח סתום כו' ע' בתשו' ר"ש כהן ספר ב' סי' קצ"ה ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' רל"ג:

סעיף ד
א' מבני מבוי כו' ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' מ"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' רע"ט:

סעיף ה
ובלבד שיפרוץ כו' ע' בא"א דף פ"ט ע"ג ואין אנו צריכין לאריכות דבריו שם וק"ל:

סעיף ו
חמש חצרות כו' עיין בתשו' ר"ש כהן סי' רל"א ובתשו' ר"מ אלשיך סי' פ"ה ובתשו' מהרשד"ם סי' תי"ב ובתשו' מבי"ט ח"א סי' ל"ט ובתשובת מ"ב סי' ד':

סעיף ז
ולכן יכול למחות כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ' ובב"ח:

סימן קסג

סעיף א
כופין בני העיר כו' עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' צ"ו וצ"ט מדיני מסים ועיין ע"ש סי' ס"ד ובתשו' מהר"י מינץ סי' ז' ובתשו' מהר"מ פדאוה סי' מ"ב ובתשובת מהרי"ט ר"ס ס"ט ובתשו' ר"א ן' חיים סי' צ"א ובתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ה ובתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ג:

סעיף ב

מי שיש לו חצר בעיר אחרת כו' עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' ס"ה ובתשו' רשד"ם סי' שצ"ט ות' ותמ"ב ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' ע"ז וסי' פ"א:

סעיף ג

שרוצה לקבוע בעיר כו' (הג"ה וכ' הר"ן בתשו' סי' י"א מי שנשא אשה במקום א' ואינו הוכח' שרוצה לדור שם אינו כבני העיר לכופו לדון שם לפני ב"ד שבעיר עד שיעשה הוכחה שירצה לדור שם עכ"ל סמ"ע) עיין בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' ר':

סעיף ד

כגון שחלה כו' (הגה וכ' מהר"ם מריזבורק בליקוטיו וז"ל וטענ' אונס העיבור לאשה אינו אונס דלפעמים נשים שהם בחדש ז' או ח' רוכבות והולכות בדרך ואם אמר שהקהל הרשוהו לדור שם עד שתלד אשתו א"צ לישבע ע"ז אך יתנו חרם כו' וכ' עוד אם הקהל טוענים על א' שדר אצלן שהן צריכין לישבע ע"ז או להביא ראי' ואם אינן מביאין ראיה ואינם רוצים לישבע ישבע הנתבע וע"ש ד"מ ד' הביאו עכ"ל סמ"ע):

סעיף ה

בצאתו מן העיר (הגה וכ' שם במרדכי דאף שיצא לא"י צריך לתת חלקו וכ' בת"ה סי' שמ"ב דאם יתחדש מס תוך ל' אחר צאתו מן העיר צריך לתת לזה עכ"ל סמ"ע) עיין בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' קפ"ח וסי' שי"ו ובתשובת מהרשד"ם סי' שס"ט וש"ע:

סעיף ו

וכן אם טעו חבורה ע"ל סי' רע"ב סט"ו:

סעיף ז

וכן צריכין לתת כו' ובתשו' ן' לב ספר ג' סי' ק' פסק דאין ליתן מנכסי מלוג סכומות ע"ש ונראה דלא פליג אמור"ם ומור"ם איירי במעות שאין לבעל פירות מהם כגון שנתנו להע"מ שאין לבעלה רשות בהן וכיוצא בזה וק"ל נ"ל עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' ע"א ובתשו' מהרשד"ם סי' ת"א:

סעיף ח

או בנותיו הקטנים (הגה וכתב מהר"מ מריזבורק מי שהניח מעות ביד שליש לנדן בתו אם יגמרו השידוכין ינתנו לחתן צריך לתת מהן ד"מ שם עכ"ל סמ"ע) ע' בס' א"א ריש דף צ' ובתשוב' ר"א ן' חיים סי' מ' ובתשו' מנחם עזריה סי' מ"ג ובתשוב' מהר"מ מלובלין סי' מ"א:

סעיף ט

אע"פ שהוא מנהג גרוע כו'. עיין בס' באר שבע דף צ"ו ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קס"ב:

סעיף י

אם ראוין ליפרע נותן מהם. (הגה) אבל אם יש בידו שטר שהוא פרוע או שקר ומחזיקו בידו עד עת שיוכל לתובעו וכן מי שיכול להוציא מהעכו"ם ממון ע"י תביעו' וערעורי' א"צ לתת מזה כלום כ"כ בת"ה סי' שמ"ב ד"מ שם וכ' מהרי"ו סי' קכ"ד דהשמאי' נאמנים על א' כמה הודה לפניהם אע"פ שכבר נסתלקו מן השמאו' וע"ש אבל במרדכי דף רמ"ב ע"ב משמע דאין בני העיר נאמנים על א' כמה הודה לו כ"ז שנוגעין בדבר עכ"ל ד"מ שם וכיון דהקהל הם מוחזקין כמ"ש לעיל סי' ד' הדין עם הקהל דבספיקא דדינא הדין עם המוחזק כמ"ש לעיל סי' כ"ה בהגה ס"ב עכ"ל) ע"ל סי' ד' בסמ"ע ס"ק ו':

סעיף יא

אין צריכין ליתן מריבית כו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' רל"ו וע"ל סי' ק"ד בסמ"ע ס"ק ל"ד:

סעיף יב

מי שיש לו פקדון כו' י"א דחייב ליתן מהם כו' וי"ח. שם בת"ה הביא שני הדעות וכתב דלהחולקים אם סגר ממונו ונתנו ביד נאמן א"צ ליתן ממנו מס אם לא שהוא עשיר מופלג שאז עין השלטון עליו בכל ענין ומסיק שם בת"ה לנהוג כסברא הראשונה עכ"ל סמ"ע ועיין בתשובת הר"ן סי' י' משמע שנוהגים איפכא ע"ש עיין בתשו' מהרשד"ם סי' שס"ב ושס"ד ות"ג ות"ד ות"ה:

סעיף יג

במקום שנותנין ע"פ הערכה ע' בסמ"ע ס"ק כ"ט עד משא"כ אם גביות המס הוא ע"פ מה שישבע כ"א מה שיש לו בזה ודאי י"ל מאחר שהדברים תלוי בנישום לו' האמת ע"פ שבועתו אף אם כבר נשבע אם יוכל לברר טעותו שומעין לו ומנכין לו מן השומא ואף דכ' הטור סי' פ"א סל"א כו' עכ"ל והמעיין במהרי"ו שם יראה להדיא דלא מיירי כלל כשאומר הנשבע שטע' אלא קאי שם אשמאים ומ"מ לענין דינא נרא' דאם יכול לברר טעותו שומעין לו ובלא"ה ל"ד כלל לסי' פ"א דהכא אינו נשבע שיש לו אלא נשבע שאין לו יותר מסך פלוני ואפי' הביא רשימה ונשבע מסתמא לא נשבע שהרשימה אמת אלא נשבע שאין לו יותר מהרשימה כן נ"ל:

סעיף יד

ת"ח פטורים ממסים לשון ספר חסידים סי' תתרי"ג דוקא אותם שלומדים יום ולילה ואין להן ענין אחר אבל אם לומד ועוסק בדרך ארץ הרי הוא כאחרים ויסייע לכל עלים שמטילים הקהל עכ"ל ודעת הפוסקים אינו כן כמו שנתבאר בי"ד סי' רמ"ג ע"ש ע' בתשו' מבי"ט ח"א סי' כ"ה ובתשובת מהרשד"ם סי' ש"ס ובתשו' ן' לב סי' מ"ג ומ"ז ובתשו' ר"ל ן' חביב סי' ק"ל ובתשו' ר"מ אלשיך סי' נ"ב:

סעיף טו

אדם שהוא בטל עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קמ"ה וס"ג סי' קמ"ג וקמ"ז ובמהרשד"ם סי' שמ"ד ושע"א ועיין בשלטי גבורי' סוף בבא מציעא באריכות מדיני מסים:

סעיף טז

אין כח ביד השר כו' דהיינו שהשר יעשה כן ע"פ בקשת א' מהן אבל אם השר עושה כן מעצמו פטור כן הוא במרדכי שם בשם מהר"מ ומביאו ב"י לקמן סי' קע"ח וע"ש:

סעיף יז

ומחל אח"כ לאחד חלקו כו' ואינו מכביד בשביל זה יותר על הקהל כן מוכח שם עיין בס' א"א דף צ' ע"א ובתשו' מהרא"ן ששון סי' ע"ו דף צ"ח ע"ש וסי' פ"ד ופ"ה:

סעיף יח

או להפרידן כו' המלך או שר שמטיל איזה דבר על עשיר א' או ב' ויש ליהודי א' כח בהיכל המלך והשר להשתדל לפוטרם אם הדבר ברור ודאי שאם יפטרם לאלו יטיל על אחרים אי רשאי להצילם לאלו או לא פסק בתשו' מהריב"ל ח"ב סי' מ' דאם כבר הטיל המלך על אנשים ידועים ופרט אותם ונלכדו ברשתו אזי אין יהודי רשאי להשתדל לפוטרן בשום ענין שיזיק לאחרים בודאי אבל אם יצא גזרה להטיל על ב' אנשים בסתם יכול יהודי להשתדל על איזה אנשים שרוצה שלא יהיו בכלל הגזירה אף שבודאי יכנסו אחרים והביא ראיה ברור' ממפיבש' בפרק הערל שהתפלל דוד עליו שלא יקלטנו הארון (אבל בעכו"ם) אמרי' דמשוא פנים יש בדבר עיין בש"ס ולענין ממון אצל העכו"ם הוי כמו נפשות כתוא מכמר והאריך ע"ש ודוק כי נכון הוא עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' מ"ט ובתשובת מהרשד"ם סי' ש"ד ובתשו' מהרא"ן ששון סי' מ"ח דף ע' ע"ג ובתשו' ן' לב דף ע"א וע"ב ובספר א' ריש כלל י"ב:

סימן קסד

סעיף א
הבית והעליה כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' צ"א ובתשו' רמ"א סי' ע"ז ובתשובת ר"ל ן' חביב סי' קכ"ח באריכות ובתשובה מהרשד"ם סי' רס"ח ועיין בסמ"ע ס"ק א' עד דדוקא בסמוך ס"ה כו' וי"ל לפי מ"ש נ"י בשם הרמב"ם איירי בס" ה כגון שהלך למדה"י עיין בב"י ובמ"מ וכ"מ:

סעיף ב
וכל צרכי הגג כו' ע"ל סי' קנ"ה ס"ד בהג"ה מ"ש בשם הריב"ש ובסמ"ע ס"ק י"ב ועיין בב"ח:

סעיף ג
לא נדלדלו הקורות כו'. עיין בס' א"א דף צ' ע"ב עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רס"ח:

סעיף ד
ועל קצתם אמר לו כו' דה"ל כמ"מ דאי"ל על השאר ונוטל הלה שכנגדו בלא שבועה כדין המחוייב שבועה ואי"ל בדבר דה"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ה וגם בכאן רגיל האדם ליתן דעתו על אבניו במה הוא בונה וה"ל למידע תו' עכ"ל סמ"ע ס"ק י"א והיינו תוס' ריש פ' שור שנגח הפרה ופ' השואל דף צ"ז ע"ב אכן הנ"י פ' הבית והעלי' כתב שר"ן כתב דמהא שמעינ' דאפילו בדבר דלא ה"ל למידע ה"ל משוי"מ וכן העליתי לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א ע"ש:

סעיף ה
אמר בעל העלייה כו' עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ק"פ:

סעיף ו
אם היה המנהג לשנות כו' והב"י והב"ח פסקו דהיינו דוקא במקום שאין נוהגים השותפין להקפיד בכך ע"ש:

סימן קסו

סעיף א
ופינה אותם כו'. פי' אפי' פינם שלא בפניו ועד"ר שם כתבתי טעם הדברים שכן הוא דעת כל הפוסקים וכו' עכ"ל סמ"ג והנ"י פ' הבית והעליה כ' בשם כל המפרשים דבעינן דוקא פינם בפנים ע"ש וכן נ"ל עיקר והב"ח כ' כסמ"ע ולא כהנ"י וצ"ע:

סימן קסז

סעיף א
לא יטול העליון כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ג' עד והטור מיירי דבתלישת הנוף כו' (ולהב"ח דרך אחרת בזה והוא דוחק ע"ש) וכתבתי בדרישה טעם למה השמיטה כו' עיין בא"א דף צ' ע"ד מ"ש בזה:

סימן קסח

סעיף א
הכל לבעל הקרקע. עיין סמ"ע ס"ק ד' עד ור"ל כל שבח האילן הן בתוך ג' שנים והיינו אם נתעבה האילן כו' וכ"כ הב"ח ודלא כב"י ומ"מ ע"ש:

סעיף ב
שומעין לו. עיין בא"א דף צ"א ע"א הביא ראיה נכונה לזה ע"ש:

סימן קסט

סעיף א
ודוקא בור כו' ומ"מ כל א' צריך מפתח לחדר כ"כ הב"ח וע"ש:

סימן קע

סעיף א
משקין על הסדר כו' ע' בסמ"ע ס"ק ב' עד והא דמ"ש המחבר בני נהר משקין על הסדר ר"ל כשאמת המים מושכת על פני השדות ומשקין ממנה דרך הליכתה כו' וכך פי' רש"י ותוס' וכ"כ ברמזים ובר' ירוחם נל"א ודלא כב"ח בפי' דברי הטור ורמב"ם ודוק וגם קושית הש"ס מדלא מוקי בדמיזל מוכח כן ומ"ש הב"ח ע"ז הוא תמוה דא"כ גם לתי' קשה דיותר יש סברא במהלכת ע"פ בורו שישתה עילאי ברישא מבדמיזל ודוק:

סימן קעא

סעיף א
או שנים שקנו מא' כו' ודעת הר"י הלוי והראב"ד ונ"י בשם רבינו יונה והרא"ה דאין דינא דגוד איגוד בשותפין שקנו עיין בטור וב"י לקמן סעיף ל"ג עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' פ"א:

סעיף ב
אינן יכולין לחזור בהן ואפי' בחלוקת חצר דמדמ' הטור בסימן קנ"ז הזיקו להיזק קוטרא דלא מהני ביה חזקה ע"ש ס"ט מ"מ קנין מהני ליה וכמ"ש הטור בסי' קצ"ה בס"א [ס"א קנ"ה] וגם המחבר שם עכ"ל סמ"ע ואפי' מחילה בלא קנין מהני וכמ"ש מור"ם בסי' קנ"ז ס"א בהג"א והוא מדברי הרא"ש:

סעיף ג
יגיע לפחות שבהם כו' עיין מ"ש לעיל סי' קט"ו ס"ב ס"ק ך':

סעיף ד
וכן אם רוצים לחלוק כו' ע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ג סי' קכ"ב באריכות שהשיג על הת"ה ע' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ער"ב:

סעיף ה
א' מהשותפין כו' ע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ג סי' ס"ח מדיני גוד או איגוד:

סעיף ו
והרי עשיר אומר לעני כו' ועשיר יכול לומר לעני גוד או איגוד אבל עני לעשיר דכיון דאיגוד ליכא לא יכול לומר ואם ירצ' למכור זה תלוי בפלוגתא דבסמוך דברמב"ם והרא"ש עיין בטור סכ"ט עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' ט"ז:

סעיף ז
כשאין לו מעות עיין בסמ"ע ס"ק ט"ו עד וכן כוונת מור"ם כאן במ"ש דלא אמרי' גוד או איגוד כשאין לו מעות להחזיקו לנפשו רק כשבא לומר גוד או איגוד כולו כאשר אמכרנו ואתן לך חלקך וכו' עכ"ל וכן עיקר ודלא כמו שהבין בא"א דצ"א ע"ב והניחו בתימה ע"ש כי לא דק כלל ועיין בב"ח מ"ש על דעת הרא"ש בתשוב' שיש לחלק בין אם יגיע הפסד גדול אזי יכול לקנו' לאחרי' ע"ש ודברי הסמ"ע נראין יותר והארכתי בספרי בזה ע' בתשר מהרשד"ם סי' קנ"ח:

סעיף ח
דלא שייך חלוקה כו' ע' בסמ"ע ס"ק כ"ב מה שהקשה מלקמן סי' שי"ו ס"ב על המחבר ומה שתירץ שם אינו נוח לי וע"כ אני אומר אם רוצה לחלוק משום היזק ראיה פשיטא דכופין ולקמן סי' שי"ו גלי אדעתי' דלא קפיד אהיזק ראי' רק לא ניחא ליה באיניש אחרינא א"י לחלוק באינו שלהם וק"ל ועיין בב"ח מ"ש לישב דברי המחבר בזה ואין דבריו נראין עיין בתשות מהרשד"ם סי' קנ"ח:

סעיף ט

וי"ח בזה כו' הרא"ש כ' על הרי"ף דלית לן לאכרועיה טעמי' דיחידאה מסברא דנפשין ולי נרא' דעת הרי"ף דקי"ל כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו וכתב הרי"ף בפ' ג"פ דהך כללא ליתא אלא עד דאיכא טעמא וכמ"ש לקמן סי' שפ"ו ס"ק י"ב ולכך כ' הרי"ף כאן דמסתבר טעמיה דרשב"ג וליכא למימר דוקא במשנתינו דבתוספות פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ט) ד"ה אלא שטה אתמר מוכח להדיא דה"ה בברייתא ע"ש:

סעיף י

ושמעון אין לו אלא שלש כו' עיין מ"ש לעיל סי' קט"ו ס"ק כ"ג:

סעיף יא

יכול ראובן לו' כו' כ' הב"ח וז"ל ומ"ש שיכול ראובן לו' לו אחלוק עמך כו' נר' דה"ק דהשתא דיש לו לא' ד' אמות לא מצי לו' לחבירו גוד או איגוד דדוקא כשאין לכל א' וא' ד' אמות איכא טענת גוד או איגוד משא"כ כשיש ד' אמות לא' ואין בו ד' אמות לשני דגוד איכא איגוד ליכא בצד אחד דאין בעל ג' אמות יכול לומר לבעל ד' אמות גוד או איגוד דאיגוד ליכא מיהו מצי למימר בעל ד' אמות לא אייחד לעצמי אלא ג' אמות שאפסיק במחיצה ואשתמש בו לעצמי ואמה אחת אניח אצל ג' אמות שלך כדי שיהא לך חצר של ד' אמות ונמצא שאשתתף עמך ברביע חלקך דלך יהי' ג' אמות ולי אמה אחת ושוב יאמר לו גוד או איגוד ולפע"ד דט"ס הוא בדברי רבינו וצריך להגיה הר"מ במקום הרמ"ה דבמרדכי ספ"ק דב"ב כ' דברים אלו בשם הר"מ עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני דלמה לא יוכל בעל ג' אמות לומר לבעל ד' אמות גוד ג' אמות שלי או איגוד ואי משום שיאמר אמכור לך עד כשיעור א"כ גם בשיש לכל א' רק ג' אמות יאמר לו כך אלא דמסתמא אינו אומר כך דא"כ ישאר לו פחות משיעור ובאמת דגם בז' אמות ק"ק על הט"ו שהרי ישאר לבעל ד' אמות פחות משיעור אבל במרדכי בשם מהר"מ ספ"ק דב"ב ניחא דאיתא שם שיש לראובן הרבה יותר משיעור א"כ כשעושה כן עדיין נשאר לו כשיעור וקרוב אצלי להגיה בטור כגון חצר של ח' אמות ויש לראובן ה' חלקי' כו' ואם לא נגיה צריך לו' דל"ד נקט אלא דאשמעי' דלא תימא כשיש לאחד כשיעור יטול את שלו בע"כ של חבירו קמ"ל דאפי' הכי לא אלא יכול לו' לו לבדו חלוק עמי ותן לי שלי ואם לאו אשתתף עמך ברביע אבל באמת אין חילוק בזה בין יש לא' ד' אמות ובין יש לכל א' רק ג' אמות ודלא כהב"ח דוק ותשכח:

סעיף יב

וכ"ש אם אין בכל בית כ"ח כו' בספרי כתבתי דנראה דמ"ה כתב הטור דאין בכל בית כ"ח דאי יש בא' מהם אזי יקיימו החלוקה בא' מהם והשאר ישאר בשותפות וא"י לכופו לחלוק כל בתים בית נגד בית משא"כ אם אין בשום א' מהן כדי חלוק' אזי חולקים בתים נגד בתים וצ"ע לדינא ודוק ודלא כב"ח עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סימן קכ"ב:

סעיף יג

אבל מדברי הרא"ש בתשו' כו' עיין בסמ"ע ס"ק ל"ח שכתב עיין פרישה שם כתבתי דלא נ"ל כן מדבריו שם כו' עד אבל אם רוצה להשאר עם האלמנה כו' אך ממה שסיים הרא"ש וכ"ש בנדון זה שהעלייה כו' משמע קצת כדעת מור"ם וק"ל:

סעיף יד

הוי כמו שכירות כו' עיין בהגהה ד"מ שם כתבתי דמדברי המ"מ מוכח דיש חילוק ביניהן להרמב"ם ודשאני שכירו' שהן שכרו ומשלמין ואין הן גובין מעות לבסוף מ"ה לא שייך חלוק' (במעות) ואמרי' ביה גיד או אגוד עכ"ל סמ"ע ובזה מיושב קושית ב"ה וב"ח ע"ש ודוק:

סעיף טו

אין שומעין כו' הטור מסיק וכתב בשם הרמ"ה ע"ז ז"ל דאם הנתבע מבקשזמן נותנים לו אע"פ שהתובע רוצה ליתן מעות מיד אבל אם התובע מבקש זמן אין נותנים לו כו' והעתיקו גם בסמ"ע ומיירי שנשבע שלא לחזור בו דאל"כ מאי נ"מ הלא התובע יכול לחזור בו וכמ"ש לקמן בשם הרמ"ה ועיין עוד בסמ"ע ס"ק מ"א עד ע"ש בטור ובפרישה מ"ש בפירושו כו' ועיין בב"ח ופי' קמא שכתב נראה יותר ע"ש וכתב הטור עוד בשם הרמ"ה דאי יאמר הנתבע לוגידו מעכשיו ולאחר שלשים כדי שלא יחזור התובע מזה ואני אמכור בשביל זה נכסי בזול שומעין לו וכתבו בסמ"ע שם בסמוך:

סימן קעב

סעיף א

חצר המתחלקת כו' עיין בתשו' ן' לב כלל ט"ו סי' פ"ח:

סעיף ב

ויש אומרים דה"ה אם חלק נכסיו על פיו כו' והב"ח הוכיח דגם ר"י הלוי מודה בזה והאריך להוכיח כן מסוגיא פ"ק דסוכה ע"ש:

סעיף ג

אבל שנים שקנו או שירשו כו' עיין בסמ"ע ס"ק ד' עד והרא"ש מוקי לה דההוא דאחין כו' מיירי דחלקו בשומא והעלה אחד לחבירו כו' ונ"ל להגיה שלא בשום' ולא העלה נ"ל ודוק וע"ל סי' קע"ג ס"ג ועיין בהרא"ש ויש לדחוק בלא שום הג"ה דה"ק דההיא דאחי' כו' מיירי בהעל' ומ"מ אין להם חלונות זע"ז [כי א"צ] כ"כ חלונות כמו שצריך לד"א א"צ שיש לו חלונו' ממקום אחר ע"ש אבל בר"ה של פתחים ושל כרם צריך יותר ולכך בהעלה יש לו ודוק:

סעיף ד

הזבל של חצר כו' עיין בסמ"ע ס"ק ך' עד ולא כע"ש שפי' הריש' בזבל שמזבל בו שדותיהן ואכסניא דסיפא פי' מהשהמלך מטיל על בני החצר כו' ואני אומר דיפה כוון הע"ש בזה דפי' ודבריו הם ממש דברי רש"י בש"ס דפי' זבל שבחצר אחלוקת זבל ואפ"ה פי' באכסני' שהוא להוצאות בני מלך ולהכי השמיט בע"ש תיבת אבל בכוון ויותר י"ל דאף הרמב"ם ותוס' שמפרשים דפי' אכסניא היא אהוצאת בני המלך מ"מ ס"ל דרישא דברייתא בזבל שבחצר פירושו הוא מחלוק' זבלים לזבל שדותיהן ולשון אבל שכתב הרמב"ם וטור אינו דקדוק כלל שיהיו מפרשים לדבר והפוכו וראיה לזה שכל הפוסקים המפורסמים לא הביאו פי' אחר נגד פי' רש"י בזבל שבחצר כ"א בפי' אכסניא הביאו ב' פירושים גם התוס' שמפרשים פי' אחר על אכסניא ולא כתבו פי' אחר על זבל מוכח דס"ל כפי' רש"י בזה ודוק וצ"ע לדינא בהוצאות זבלים ועיין באגודה ובחדושי אגודה:

סימן קעג

סעיף א

השותפין שרצו לחלוק כו'. ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קע"ה:

סעיף ב

ואין להם זע"ז דרך כו' אע"פ שאין דרך אחר אלא זה רשב"ם בש"ס עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' צ' וק"ט ובתשו' מהרשד"מ סי' רצ"ח וע' בסמ"ע ס"ק ז' שכתב ובדרישה הוכחתי דכאן איירי בדלא חלקו בשומא ועלוי כו' וע"ל מ"ש בשם הרא"ש בסי' קע"א וצ"ל דסמ"ע לא קאי אלשון דש"ס דאחין שחלקו אלא אלשון הטור והמחבר ודוק נ"ל ועיין מ"ש ונתן בעל הכרם לבעל השדה כו' וה"ה איפכא וכמש"ל סי' קע"ב ס"ק ה' וק"ל:

סעיף ג
יש לבעל הכרם ד"א פי' מירי בדעלו אהדדי וכמ"ש לפני זה עכ"ל סמ"ע והיינו מעות או שטח קרקע וכ"כ הרא"ש וב"י ופשוט:

סימן קעד

סעיף א
וכופה אותו על זה שעיכוב כו' עיין בס' א"א דף צ"ב ע"ב:

סעיף ב
וי"א דהוי ספק וכל דחלים גבר כו' ובתחלה יטילו גורל ואם נפל בצד המיצר שלו לחלקו הרי טוב ואם לאו אכתי לא זכה השני בחלק שאצל מצר חבירו אלא פסקינן כל דאלים גבר דשמא קי"ל כרש"י עכ"ל המרדכי שם ומור"ם קיצר עיין בתשובת מהרשד"ם סי' תס"ג:

סעיף ג
חולקין כל שדה כו' לדעת הרמב"ם הנ"ל צריכים ליתן לו כל השדה שאצל מצר שלו והטור קאי לדעת ר"ת וק"ל:

סעיף ד
ארץ מרובעת כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן קכ"ט:

סימן קעה

סעיף א
שומעין לו לבטל החלוק' כו' וזה אתי כדעת הא' שבסי' קע"ד ס"ה ויש לתמוה למה לא הביא דעת היש חולקין ועיין בב"י בל' הרא"ש וצ"ע ודו"ק:

סעיף ב
שני אחים שחלקו כו' כ' בהגהת אשר"י ס"פ הכונס אריסיה דבר זיזא אפקיד גבי חד ברנש ליטרא דדהבא מת בר זיזא ומת אריסיה והיו לבר זיזא בנים גדולים וקטנים והור' ר' ישמעאל בר' יוסי ליתן חצי זהב לבני בר זיזא הגדולים והחצי יהא מונח עד שיגדילו הקטנים וכשמת רבי ישמעאל בר' יוסי בא המעשה לפני רבי חייא והורה ליתן חצי הנשאר לבני האריס והחצי שזכו בו בני בר זיזא הגדולים לא יחזירו לבני האריס שע"פ ב"ד זכו וגם לקטנים לא יתנו כלום מא"ז עכ"ל והמעשה הזה הוא בירושל' הובא ברי"ף סוף פ' הכונס וז"ל שם מהו דיימרון דקיקי' לרברבי' נחלוק עמכון יכולין למימר

להו מציא' מצאנו אמר ר' יצחק לית בין דקיקיא לרברביא אלא שניתן לו מתנה עכ"ל ומשמע לי דר' יצחק פליג וכה"ג אשכחן בכמה דוכתי בירושלמי לשון א"ר פלוני דהוא פלוגתא וקאמר דאין חילוק בין דקיקיא לרברביא אלא כמי שניתן לו לבר זיוא מתנה וא"כ צריכים הגדולים לחלוק עם הקטנים ואפשר גם הגה' אשרי הבינו כן רק שפסקו דהגדולים לא יתנו כלום כיון דהוי פלוגתא בירושלמי א"כ ה"ל הגדולים מוחזקים וא"צ ליתן כלום לקטנים ולפי זה היכא דתפסי הקטני' בגוונ' דמהני תפיס' בפלוגתא דרבוות' אין מוציאין מידם החצי ומהרש"ל כתב בפרק הכונס סי' ל"ב וז"ל ובנים קטנים של בר זיוא אין להם דין עם הגדולים בעבור החצי' שהרי הוא כאילו ניתן להם מתנה או כמו שמצאו מציאה עכ"ל נראה שהבין דלר' יצחק נמי לא זכו הקטני' ומפרש לית בין דקיקיא לרברביא אין להם דין עם הגדולים או שהגיה לית דין במקום לית בין וכן הוגה באלפסו' החדשי' שנדפסו מקרוב אבל בכל ספרי האלפסו' הישנים איתא לית בין גם בהגהת מיימוני פי"ד מהל' נזקי ממון וכן בבעל העיט' בדיני פקדון דף מ"ח ע"א הובא הירושלמי הזה כן לית "בין כו' בבי"ת וכן הוא בירושלמי עצמו בפ' הכונס לית בין כו' וכן בירושלמי פרק כל הנשבעין אין בין כו' בבי"ת ומשמע כדפי' ועוד דאי כוונת ר' יצחק ג"כ לומ' דלא זכו הקטנים מאי חידש בזה ועוד דהל"ל בקצור הרי כמי שניתן להם מתנה ולאיזה צורך אמר לית בין דקיקיא לרברביא הלא מעיקרא נמי קאמר הירושלמי דלית לקטנים זכיה בממון של הגדולים ועוד דלשון כמי שניתן לו מתנה שבכל ספרי הרי"ף משמע כדפי' היינו שניתן לו לבר זיוא מתנה והיורשין חולקין בשוה דאל"כ הל"ל כמי שניתן להם מתנה ואע"ג דבאמת בירו' עצמו איתא להן ודאי דלשון להן יש לפרשו על היורשים ור"ל שאין זה כמו מציאה רק כמו שניתן להם להגדולים מתנה שיש גם לשאר האחין חלק בה אבל לשון לו אי אפשר לפרשו על הגדולים לבד רק על אביהן של היורשים שכוונת ר' יצחק לומר שמאחר שממון זה בא להגדולים מכח ירוש' אביהן הרי הוא כאלו ניתן לו לאביהן מתנה וא"כ גם הקטנים זכו בחציה ואם כן כל היכא דאירע עובדא כה"ג שדיין א' פסק כך ונתן החציה ליורשי' גדולים ואח"כ פסק דיין אחר להפך הוי ספיק' דדינא אי הגדולים צריכים ליתן לקטנים וכדפי' ואי תפסי קטנים מן הגדולים לא מפקינן מנייהו (ועיין מ"ש לעיל סוף סי' ס"ב) וכן בכל דוכתא היכא דאירע כה"ג כן נ"ל:

סעיף ג

יכול לבטל כל החלוק וע"ל סי' רפ"ח ס"ב ובהג"ה: $דין מצרנות

סעיף ד

אחד מן האחין כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' פ"ט ועיין מדיני מצרנות בתשובת ן' לב ספר ב' סי' מ"א וסי' ד' דף ס"ג ועיין מדיני מצרנות בתשובת ר"א ן' חיים סי' פ"ב וק"ו וקי"ד וקי"ט וקכ"ה ובתשו' ר"מ אלשיך סי' קמ"ח:

סעיף ה

אם הוא מצרן מסלקו השותף כו'. אף אם כבר קנאה המצרן השותף מסלקו ולאפוקי מפירש"י שכתב הרא"ש משמו דדוקא אם באו כאן לקנות אז השותף קודם אבל אח"כ לא יכול לסלקו והרא"ש לא כ"כ ע"ש ובזה יתיישב תמיהת הסמ"ע ודוק נ"ל: מעש' בא לפנינו בא' שנשבע לחבירו למכור לו קרקעו ובא המצרן לסלקו וטען המוכר מאחר שאתה רוצה בה לא אמכרנ' כלל שהרי לא נשבעתי רק לחבירי ופסקנו כיון שעדיין לא היה קנין בדבר יכול המוכר לחזור בו ויחזיק הקרקע לעצמו (ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' רצ"ט):

סעיף ו

על המצרן להביא ראיה עיין בסמ"ע ס"ק י"ב והיינו דלא כב"ח:

סעיף ז

נשבע הלוקח בנק"ח כו'. והא דכתב לקמן סעיף נ"ד אבל אם אמר על שוה מנה ברי' אינו נאמן עיין בב"י שכתב דיש לחלק וסבר' נכונ' הוא ובא"א ד' צ"ב ע"א כתב דכאן איירי דקבל עליו אחריות מפורש בק"ק והוא טוען שעשו קנוניא:

סעיף ח

והוא יודע בודאי כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט"ו עד אין זה מוכרע והב"י והרב המגיד הסכימו דדוקא בטענ' ברי משביעו וכ"נ:

סעיף ט

גבאה בחובו כו' כפי שומת ב"ד הקרקע כו' דברי הר"ב והסמ"ע בכאן אינם נכונים לפע"ד דמה ענין שומת הקרקע לכאן וכשתעיין בריב"ש שם תראה שפסק אפי' בלוקח שקנה כבר קרקע והיא תחת ידו ובא בעל חוב לטורפה והקרקע אינו שוה כדי כל החוב א"י לסלקו הלוקח בכדי שומת מה ששווה הקרקע כי יכול הב"ח לומר או תן לי כל חובי או תן לי הקרקע שהיא שוה בעיני כדי כל חובי וכל זמן שאינך משלם לי כל חובי היא שלי ואע"פ שאין בזה תועלת ללוה כגון שהלוה כבר מת ולא הניח נכסים מ"מ יוכל הב"ח לומר כן. כן מבואר שם בריב"ש בתשוב' להדיא וא"כ א"א לומר כאן שיתן לו כפי שומת הקרקע משום דהוא מצרן דודאי מצרן לא עדיף מלוקח שכבר קנה קרקע והיא

תחת ידו שיכול הב"ח לטרוף הקרקע ממנו א"ל שישלם לו כל חובו ונהי שיסלקו משום דינא דב"מ ויחזיק הקרקע תתת ידו יטרוף הב"ח אח"כ הקרקע ממנו אם לא ישלם לו כל חובו ועוד דבריב"ש היה שם מעשה שהלוקח היה מצרן ואפ"ה פסק שם שהב"ח יכול לטרוף ממנו הקרקע ואין הלוקח יכול לומר לו אתן לך כפי שומת ב"ד הקרקע כי הב"ח יכול לו' או תן לי שיעור כל חובי או אקח הקרקע ע"ש מבואר כן להדיא אך מ"ש הריב"ש בסוף התשובה ומביאו ב"י אין הפי' כמו שהבינו הר"ב והסמ"ע דבריו דא"כ קשיא כל הא דאמרן ועוד שהרי כ' הריב"ש וז"ל ובענין זה נראה שהלוקח יכול לסלקם בדינא דב"מ בכדי שישומו ב"ד שהיה שוה החוב ואף ע"ג דקי"ל דשויה מנה וזבין בר' דצריך ליתן לו ק' [ר'] דאין אונאה לקרקעות זהו אם קנאה במעות בעין אבל אלו שקנאו בדמי חובם הרי הוא כמי שהחליף קרקע במטלטלין שכ' הרמב"ם ששמין המטלטלין כו' א"ו בסוף התשובה מיירי מענין אחר דהיינו אם אירע שכבר קנה הב"ח מן הלוה הקרקע בדמי חובו יכול המצרן לסלקו ונותן לו מה שהיה שוה החוב ואין רואין מה שהיה שוה קרקע דמה ענין שומת קרקע לכאן הלא כל מצרן צריך ליתן מה שנתן הקונה בעד הקרקע וכאן שנתן הב"ח בעד הקרקע ש"ח צריך המצרן לחזור וליתן לו מה שנתן הוא ולכך שמין מה שהי' שוה או [אז] שטר חוב שלו בין פחות מהקרקע או יותר וכך צריך ליתן לו מהשתא ולא שייך כלל לו' שהב"ח יאמר לו או תן לי שיעור חובי או הקרקע שהרי עתה אין הלוה חייב לו כלום שכבר נפרע ש"ח שלו שהרי קנה הקרקע בדמי חובו ואלו היה הקרקע עתה ביד הלוקח לא היה יכול לטורפה שהרי אין לו שום חוב על הלוה והמצרן הוא כלוקח רק שצריך לחזור וליתן לו מה שנתן הוא והיינו הש"ח שלו וע"כ שמין החוב מהשהיה שוה החוב והיינו דכ' הריב"ש ואע"ג דקי"ל דשויא מאה כו' כלומר וה"נ הרי הש"ח היה חוב של ר' ויאמר אע"פ שהקרקע אינה שוה רק ק' אני קניתי כפי סך הש"ח שלי שהוא ר' ואין אונאה לקרקעות זהו אם קנא' במעות בעין דהיינו אם היה נותן בעדה ר' מזומנים שהוא ברור שנתן בעדה ר' אבל אלו שקנאוה בדמי חובם הרי הוא כמו שהחליף קרקע במטלטלים ששמין המטלטלים ה"נ שמין הש"ח מה שהיה שוה כל זה נ"ל ברור כוונת הריב"ש והוא ברור ונכון לדינא ודלא כהר"ב והסמ"ע ואילולי דברי הר"ב בד"מ והסמ"ע היה אפשר לדחוק ולומר דהרב לא כתב דבריו ע"פ דעת הריב"ש אלא ע"פ דעת הרא"ש והטו"ו לעיל ר"ס ק"ט סוף סעיף א' דאין הב"ח יכול לו' תן לי כל חובי או הקרקע רק יכול לסלקו היורש או הלוקח בכדי מה ששוה הקרקע וא"כ הרב כאן בהגהה מיירי שהשט"ח עדיין קיים אך מדברי הסמ"ע ס"ק ט"ז לא משמע כן דמשמע בסמ"ע שהרב הוציא כן מהריב"ש שם וכ"כ בד"מ להדיא

וז"ל כתב בתשובת בר ששת סי' תפ"ג שאף בטורף בשומת ב"ד אית ביה משום דינא דב"מ ובעל המיצר אין חייב ליתן לטורף אלא כפי מה ששמו ב"ד הקרקע אע"פ שהחוב הוא יותר מזה ואע"ג דקיימא לן דשויה מאה כו' דשאני התם כו' משא"כ כאן דאע"פ שחייב לו יותר מדמי הקרקע לא טריף רק בעד שומת ב"ד הקרקע עכ"ל ד"מ והא ליתא דאין כוונת הריב"ש כן אלא כמ"ש ולפמ"ש לעיל ר"ס ק"ט סעיף א' דהעיקר כהראב"ד והרמב"ן ובעה"ת ודלא כהרא"ש והט"ו א"כ גם כאן אם בא הב"ח לטרוף והש"ח שלו קיים אין המצרן יכול לסלקו עד שיתן לו שיעור כל חובו וכמ"ש הריב"ש וכן עיקר:

סעיף י

וי"ח כו'. פי' דאפי' לכתחלה יכול הכל למכור לאחד:

סעיף יא

היו הרבה שותפין כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קכ"ה וקכ"ו ובס' א"א דף צ"ב ע"א:

סעיף יב

ודוקא בשדה אחת כו'. נ"ל פשוט דתלוי הכל בשני שדות ואפי' לקחן מאחד יכול לסלקו מאחד ומ"ש המחבר אחד שלקח משנים לרבותא כתב משנים דאפ"ה א"י לסלקו מחציו ומ"ש בסל"ז שהרי היא והאחרת קנה כאחד ר"ל כל האחרו' והראיה שהרי התחיל מכר כל נכסיו וסיים שהרי היא והאחר' (מס"ק י"א ע"כ מצאתי בכתביו שכתב בימי חורפו)

סעיף יג

אבל המוכר קרקע כו'. לרבותא כתב המוכר קרקע דל"מ אם שנים מכרו קרקע לשנים יכול לסלק לאחד מהן אלא אפי' א' מכר קרקע לשנים יכול לסלק אחד מהן וק"ל:

סעיף יד

בעל בנכסי אשתו כו'. עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' פ"ב דף קכ"ו ע"ר:

סעיף טו

וסילק את הלוקח כו' וכתב הב"ח ונראה דמתחלה כשבאו האשה והעבד להסתלק מלוקח יכול הלוקח לו' להם לא תסתלקו דשמא לא יתרצה בעל ואדון עיין בתשו' ן' לב ספר ד' דף ע"ז:

סעיף טז

אינו רשאי לקנות כו' ע"ל סי' קפ"ה ס"ג [ס"ב]:

סעיף יז
וכן נ"ל עיקר כו' והב"ח פסק דא"י לסלק להיורשים דממילא וע"ש ואין אלו אלא דברי תימא ופשט דברי הטור הן כפי פי' מור"ם ודלא כב"ח:

סעיף יח
וי"ח כו' ועיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קצ"ג:

סעיף יט
יש מי שאומר דמצרן כו' כ"כ הטור בשם הרמ"ה ונר' כוונת הרמ"ה דא"י המצרן להרשות לאחר אפי' שיהיה להמצרן וכמ"ש הסמ"ע וכן משמע ממ"ש בסיפא אבל למיהוי בדוכתא לאזמוני זוזי כו' משמע דוקא לאזמוני זוזי הא לאו הכי לא ולא כהב"ח שפי' דדוקא שיהיה של המורשה הא להמצרן יכול להרשות וכתב דלישנא דאורכת' הכי משמע ונקיט לישנא דתלמודא ע"ש ואדרבא לישנא דאורכתא בש"ס שם משמע שיהיה של המרשה ע"ש ואין להקשות דהא כתב הטור לעיל סי' קכ"ב בשם הרמ"ה דאפי' אינו מקנה לו גוף הדבר יכול להרשות עליו י"ל דס"ל להרמ"ה דכיון דהרשאה היא תקנת חכמים דשליח שוייה וכדאי' בפוסקים ובר מצרן נמי תקנת' היא הוי כתקנתא לתקנתא דלא עבדינן וע"ש בסמ"ע עד דהא כבר כתב הטור כו' והב"ח תירץ דשאני הכא דלא מכר לו כל השדה אלא חלק ששית וכיוצא בו ע"ש:

סעיף כ
ואי"ל תן לי כמו שלקחתי כו' המחבר לטעמיה שכ' בב"י סל"ט שהרמב"ם אינו חולק אהרמ"ה ולכן כ' לעיל סכ"ג וה"ה אם קדם הלוקח ופרע אין המצרן יכול לסלקו אלא בכעין מעותיו (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף כא
הי' רוצה הלוקח כו' עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' פ"ב מדף קכ"ה ואילך והי' קכ"ה:

סעיף כב
מכר לו קרקע מעט כו'. ע' בס' א"א דף צ"ב ע"ב:

סעיף כג
רואין אם מכר לו אח"כ ביוקר כו' פי' דאם לא הבליעו אף שהמתנ' היא כמו זאת שמכר לו הרי הוא מצרן אבל אם הבליע אז דוקא אם היא שוה יוכל המצרן לסלקו אבל אם אינו שוה אף שהבליע לא יהא אלא מכר ואינו יכול לסלקו ודוק (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף כד
בא הלוקח כו' עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' קכ"ה:

סעיף כה

דאינו נעשה שלוחו בע"כ עיין בסמ"ע ס"ק נ"ג עד ודע שכתב המרדכי לפני זה דלא מהני קנין בסילוק המצרן משום דהוי קנין דברים וכו' עכ"ל והא דאמרי' בש"ס צריך למיקניה מיניה היינו בשכבר קנה הלוקח ויש עכשיו זכות למצרן בקרקע לכך מהני קנין דעכשיו ולאו קנין דברי' הוי ולכך כשעדיין לא קנה וא"ל זיל זבין לנפשך כי לא בעינ' יוכל להסתלק אף בלא קנין כיון שאמר כן לא נעשה הלוקח שלוחו בע"כ ומ"ש בש"ס זיל זבין לא אבד זכותו היינו כשלא אמר לא בעינא ליה ואין במשמעות הל' ביטול שליחות וכך פי' דברי המרדכי בתשו' ר"א ן' חיים סי' קכ"ה ועפ"ז הוכיח דליתא לדברי המרדכי לדע' הפוסקים בסל"ב דס"ל דאחר שקנ' ושתק המצרן איבד זכותו א"כ ל"ל קנין דהא בשתק ומחל סגי אלא מוכח דלא ס"ל הא דהמרדכי ובודאי דברי מור"ם בז' תמוהין דחש ליחידאי:

סעיף כו

שיעו' שילך ויביא מעות כו'. ואם נודע לו בחול המועד והביא מעות מיד אחר המועד אינו מפסיד שאף על פי שדנין בח"ה מ"מ אין ב"ד קבוע בח"ה כשאר ימים כן כתוב בתשו' מבי"ט סי' ס"ו עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' פ"ד ובתשוב' ר"מ אלשקר סי' קי"ח ובתשו' ן' לב ס"ג סס"ג:

סעיף כז

היה בן המצר כו'. עיין בתשו' מהר"מ אלשקר סי' קי"ח ובתשו' ר"ל ן' חביב סי' ס' וס"א באריכות ובתשו' מבי"ט סי' כ"ו מדינים אלו וח"ב סי' קס"ח גם בתשובת רא"ן ששון סי' ר"ה ובתשובת רשד"ם סי' רצ"ז:

סעיף כח

שיודיע לאוהבי כו' אם רוצה לקנות פי' דשמא יודעים הקרובים בודאי שהמצרן רוצה לקנות לכך יודיע לאוהבים קרובים דמצרן לשאול את פיהם אם רוצה המצרן לקנות וע"כ כתב רוצה ל' יחיד וכן כוונת הע"ש דמ"ש והם יודיעו לו ר"ל המוכר ובסמ"ע לא הבין דברי מהרא"י והע"ש כן ודחק עצמו בפי' רוצה ל' יחיד (גם זה כתב בימי חורפו):

סעיף כט

מכרה למי שקנה הוא ממנו עיין בטור ובתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"ו:

סעיף ל

וה"ה אם מכרו לבן כו' צ"ע לדינא באח' שמכר קרקע שלו לבנו ובא בעל המצר לסלקו אי יכול לסלקו דהבן יכול לו' דזהו יותר ישר וטוב שאני מחזיק אחוזת אבותי ולזה הדעת נוטה לכאורה וצ"ע:

סעיף לא

ואם בא אדם אחר ליקח כו' נ"ל שהוא כמו ואם בא אפי' אדם אחר ליקח לכתחלה אין הבעלים הראשוני' יכולים לעכב ודוק (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף לב

המצרן יכול לסלקו הטע' דלא מיקרי בעלי' ראשוני' אלא כשמכר המוכ' לאות' שקנו ממנו דאל"כ אין לדבר סוף וק"ל:

סעיף לג

אין המצרן יכול לסלקו כו' אע"ג דחוזר ומשכיר' אפי' לאותו עכו"ם דמ"מ יכול לו' ארי' אברחא מהגוף כ"כ הב"י בסנ"ז ע"ש המרדכי בשם תשובו' מהר"ם ואם קנה מצדוקי שקורין קראים האריך בתשוב' ר"א ן' חיים סי' קכ"ה צדד ג"כ דאין המצרן יכול לסלקו ע"ש:

סעיף לד

אא"כ יש צד א' כו' בת"ה צירף לזה הטעם שהקונה היה שותף להמוכר בחובות ומור"ם כ' סתם שיש צד אחר בדבר שאין לסלקו משום דס"ל כהב"י בסע"ב דמטעם שהיה שותף עמו לבד לית משום דינא דב"מ וכמ"ש בסמ"ע וכן עיקר ודוק (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף לה

המוכר לעכו"ם כו' עיין בתוספות פ' לא יחפור (בבא בתרא דף כ"א ע"א) ד"ה ולא לסופר ארמאי ובהרא"ש שם ובמע"מ פ' הגוזל בתרא:

סעיף לו

כל אונס שיבא כו' ואם קנה מהעכו"ם בית שאצל ישראל יוכל להשכיר לעכו"ם אבל לא למכור. מהרש"ל בישו"ש פ"י דב"ק סי' ק"ד וע"ש דאזיל לטעמי' ועיין בתשו' ן' לב ס"ג סי' קי"ח ובתשו' רמ"א סי' פ"ו ד' קס"ט ע"ד ובתשובת מהרשד"ם סי' רל"ג ורפ"א:

סעיף לז

כדי להשחית נחלתו פי' ומתוך כך שכרה ומעלה רי"ו הביאו ב"י בס"ס:

סעיף לח

המוכר שדה רע כו'. מכאן נרא' בא' שעקר דירתו לעיר אחרת ומכר ביתו שהיה לו בעיר שהי' דר בו כבר לא' מבני אותו עיר דאין בן המצר של אותו בית יכול לסלקו ללוקח דהא בסי' ק"ץ סי"ב כ' הט"ו דבזה מיקרי מוכר שדהו מפני רעת' ודוק:

סעיף לט

טען הלוקח כו' עיין בתשוב' מהרשד"ם סי' רכ"ח:

סעיף מ

לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה כו' פי' וכגון זה מיקרי ספק שהרי טוען הלוקח שמא גזלן אתה או אריס אתה או ממושכן שדה זו בידך צריך המצרן להביא ראיה ופשוט הוא רק שבסמ"ע ס"ק פ"א לא הבין כן (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף מא

אריס אתה לשדה זו כתב הב"י במחודש ל"ג שנראה מהעיטור וכ"פ התו' והנ"י דמי שהוא אריס בשדה וקנה שדה הסמוכה לה אין בעל השדה שהוא אריס בו מסלקו ואע"פ שהגוף שלו ול"ד למ"ש בסעיף נ"ח דלוה מעכב על המלוה דבאריס בתי אבו' מיירי דכיון דא"י לסלקו הוה ליה כשותף:

סעיף מב

צריך בעל המצר להביא ראיה פי' ואי לא מייתי ראי' נשאר הלוקח בהשדה ואפי' שבועת היסת אינו צריך לישבע שהרי מספק יכול לטעון כן עכ"ל סמ"ע משמע מדבריו דאף אם טוען ברי א"צ לישבע כיון דהיה יכול לטעון כן מספק וגם מדכ' שם גם בטור לא נזכ' שום שבועה בזה משמע דס"ל דאפי' בברי אצ"ל והוא תמוה דמאי איכפת לן במאי שהיה יכול לטעון ספק מ"מ עתה שטוען ברי ישבע היסת וזה א"צ לפנים ועוד דהא כי טוען מפני המס מכר לו דהי' יכול לטעון שמא מפני המס מכר לי וכמ"ש הוא בעצמו ס"ק ע"ט ואפ"ה כשטוען ברי צריך לישבע כמו שמבואר בטור ורמב"ם ומחבר אבל האמת יורה דרכו דהט"ו והרמב"ם סמכו אמ"ש בסמוך דאם לאהביא ראיה ישבע הלוקח דה"נ אם טוען ברי צ"ל ולית דין צריך בשש דאין חילוק בין דין זה לדין דטוען מפני המס מכר לי דברי הכא והכא נשבע ובשמא אצ"ל ויותר מזה צל"ע אם טוען שמא מפני המס מכר לי אם צריך ג"כ המצרן להביא ראיה דנרא' כיון שהמצרן מברר שהוא מצרן והוא טוען שמא מפני המס מכר אין ספק מוציא מידי ודאי ומ"ש אפי' היה בדבר ספק היינו כדמפ' ואזיל שטוען שמא אריס אתה שזכות המצרן בעצמו הוא בספק שהרי הוא בא להוציא מכח השדה שעל המצר ושדה זו בעצמה בספק אם היא שלו משא"כ

בטוען שמא מפני המס מכר שהמצרן הוא ודאי רק שבא עליו מצד אחר אפש' לומ' דאין המצרן צריך להביא ראי' וכן משמע מהרמב"ם שכתב אפילו היה בדבר ספק כו' לפיכך כו' וע"כ האי לפיכך קאי אאפי' היה בדבר ספק וכדפי' דאי כהסמ"ע האי אפי' בדבר ספק קאי אמס ולא היה להמחבר לעשות סעיף בפני עצמו וא"כ אי אמרת דבטוען שמא מפני המס מכר לי צריך המצרן להביא ראיה ל"ל להרמב"ם לאשכח גוונא אחרינא הל"ל הך גוונא דטוען שמא מפני המס מכר לי א"ו הכא א"צ המצרן להביא ראיה והגע עצמך דאם תאמר כן בטלת דין מצרנות שיטעון שמא מכר לגאול בקרוב או לקנות שדה יפה או ליתן מנות המלך או למזונות וכה"ג דברים הרבה ויצטרך להביא המצרן ראיה על כל אלא דוקא כשטוען ברי ודוק ויש ליישב ולדחוק שכוונת הסמ"ע ס"ק ע"ט ג"כ כמ"ש (ע"כ כתב בימי חורפו) שוב מצאתי כ' במקום אחר וז"ל סמ"ע ס"ק פ"א ואפילו שבועת היסת א"צ כו' אע"ג דבטענ' מס כ' בס"ק ע"ט דנשבע היסת הלוקח אע"ג דהוי נפטר בספקו וכמ"ש שם יש לחלק בין היכא דבא לטעון עליו על שדה שלו שאינו מצרן שלו או בין היכא דידוע שהוא מצרן ודאי וטוען שלקחה מפני מס כו' כן נ"ל לפ' דעת הסמ"ע בזה אמנם צ"ע לדינא כי מנ"ל לחלק בזה ומה שלא כתבו הרמב"ם וטור שבוע' בזה י"ל דסמכו אתחילת דבריהם בטענת מס ודוק עכ"ל:

סעיף מג

לאשה או ליתומים אפי' יש להם אפוטרופסים ר"א ן' חיים סי' קי"ד ופשוט וע"ש:

סעיף מד

אין בו משום דינא דב"מ אפי' המצרן ג"כ אשה או יתום מרדכי בשם מהר"ם ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' פ"ד:

סעיף מה

הקונה מן האשה כו הקונה מן היתומים ע' בתשו' ר"א ן' חיים סי' קי"ב שכ' דדינו כקונה מן האשה ודלא כריב"ש ע"ש ועיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' צ"ה וסי' ק"ו וסי' קי"ד וקי"ט וקכ"ה:

סעיף מו

ודוקא מצרן א"י לסלקו לאש' ואפי' יש למצרן היזק ראיה מבית זה כ"כ בתשו' רא"ן חיים סי' י"ט ע"ש שהאריך:

סעיף מז

דשותף עדיף ממצרן וה"ה שוכר לדעת הרא"ש ומור"ם שם ועיין בתשובת ר"א ן' חיים שם שכ' שהריב"ש סי' ס"ט חולק ע"ז ומסיים כיון דהפוסקים חולקין ע"ז המע"ה ולוקח

חשיב מוחזק ע"ש עיין בתשובות ר"ש כהן השייכי' לספר ב' סי' כ"ז ובתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"ו דף קל"ח ע"ב:

סעיף מח

ויש מי שחולק צ"ע דלא ראיתי מי שחולק ומה שנרשם בצדו רש"י פ' המקבל ליתא (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף מט

והיה הקרקע של א' כו' ע' בתשו' סי' קכ"ז וקכ"ח ובתשו' ר"א ן' חיים סי' פ"ז מדף קכ"ה ואילך:

סעיף נ

או לבעל הבנין זכות בקרקע כו' עיין בתשו' רא"ן ששון סי' קכ"ח בדינים אלו ובישוב דברי הרא"ש בזה והביא שם דברי מהר"י ן' לב מ"ש בזה ועיין בתשו' ן' לב ח"ב סי' י' וי"א האריך מאד בדינים אלו ובישוב דברי הפוסקים:

סעיף נא

הבית והעליי' של שניהם כו' עיין בסמ"ע ס"ק צ"ה וגם בתשו' רא"ן ששון סי' קכ"ח הקשה אדברי ב"י כהסמ"ע ודברי הסמ"ע ז"ל נכונים:

סעיף נב

בכל הקרקעו' כו' עיין בתשו' מהרי"ט סי' ט"ו ובתשו' ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' כ"ו:

סעיף נג

וה"ה במקומות ב"ה ע' בסמ"ע ס"ק צ"ט שכ' ז' להטור ובמקומו' שבב"ה כ' הראב"ד מן הדין יש בהן מצרנות אע"פ שאין מתקבל על הדעת כו' עד והעתקתי ל' ר"ת והראב"ד הנ"ל כדי ללמד ממנו במקום אחר שאם עין הדיין רואה שיש צד ישר וטוב שלא לסלק הלוקח שיכול לצרף סברות הנ"ל עכ"ל היינו ע"פ מ"ש הרשב"א שצדד לצרף דעת ר"ת ומביאו ב"י וד"מ אבל אין נ"ל מדברי הרשב"א ראי' דהרי לא כ' שפשט המנהג שלא כר"ת גם לא היה בזמנו הרבה החולקים על ר"ת לכך נראה עיקר כמ"ש הת"ה סי' של"ח דהוא בתראה ומביאו ב"י וד"מ שאין לצרף דעת ר"ת דכיון דכולהו רבוותא דחו דברי ר"ת לגמרי דלא נהגינן כותיה וגם שכן מנהג פשוט ע"ש וגם משמע מדברי רשב"א שלא צירף דעת ר"ת להלכ' למעשה רק לפלפול בעלמ' ע"ש:

סעיף נד

המלוים ביחד כו' עמ"ש לקמן שנ"ט:

סעיף נה
מיהו אם נרא' לב"ד כו' היינו ע"פ מ"ש בד"מ שאין הכרח בדברי ב"י לדחות דברי מהרי"ק ולפע"ד דברי הב"י נכונים דכיון דמהרי"ק לא כ"כ אלא ממשמעות דברי הרמב"ם ובאמת לא משמע ברמב"ם מידי א"כ נקטי' דאין דינא דב"מ במטלטלי כלל בתשו' מבי"ט ח"א סי' קמ"ד כ' שמי שרוצה למכור ש"ח שלו לא' בפחו' קודם הזמן יכול הלוה לכופו למכרו לו בזה הסך והביא ראיו' מכאן ואינה ראיה כלל עוד הביא שם ראיות אחרות שאינן ראיות כלל וכמ"ש בספרי ומן הסברא נראה שא"י לכופו שיוכל המלו' לו' לפלוני אני רוצה להנות ולא לך ודוק ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קצ"ג ובתשו' ן' לב ספר ד' ד' ס"ג:

סעיף נו
הממשכן שדה וכו' עיין בתשו' רא"ן ששון סי' קכ"ח ובתשו' ן' לב ספר ד' דף ס"ג ודף ע"ג:

סעיף נז
ולא הלו' לו על המרתף כו' וע"ל ר"ס רצ"א בהג"ה וצריך לחלק בין משכנתא לאם היה שלו לגמרי וצ"ע:

סעיף נח
אם בתחלת המשכונתא כו' עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' פ"ב ותמצא נחת מדף קכ"ה ואילך וסי' ק"ו וקי"ד וקי"ט וקכ"ה ובמהרשד"ם סי' רכ"ח:

סעיף נט
אין המלוה יכול להוציאו מידו כו' הב"י לטעמיה שכ' דהרמב"ם חולק במ"ש או ממושכן כו' וליתא דאפשר דה"ק שמא ממושכן שדה זו בידך והלוה יחפוץ לקנו' השדה שעל מצר שלו וזה דעת מור"ם שכ' לעיקר דלמלוה דין מצרן ולעיל בסמ"ה הסכים לדברי המחבר ודוק (גם זה כ' בימי חורפו:

סעיף ס
השוכר בית מחבירו כו' עיין בס' א"א דצ"ב ובתשו' מבי"ט ח"א סי' קע"ט ובתשו' רשד"ם סי' רצ"ז:

סעיף סא
אין שומעין לו והעלה בתשו' ן' לב ח"ב סי' מ"א דבחזק' חנות או בתים לכל הדעות אין בו משום דינא דב"מ כשרוצה למכור החזקה לאחר ע"ש באורך וכ"כ בתשובות דברי ריבות סי' נ"ט שפסקו כל גדולי הקדמונים החכמים השלמים קדושים אשר בארץ המה

וגם אחרונים כולם הסכימו דבשום חזקה לית בה משום דינא דב"מ וכן הוא בתשובת מהרא"ן ששון ר"ס פ"א וסי' קכ"ו וקכ"ז ובתשו' מהרשד"ם סי' רכ"ח וע' ע"ש בסי' רע"ז ורצ"ו ורצ"ט וע' בתשו' מהרש"ל סי' מ"ג ובספרו יש"ש פ' השוכר את הפרה סי' ל"ג ופ' הגוזל בתרא סי' כ"ד שפסק ג"כ דאין בשכירות דינא דב"מ דלא אמרי' בכה"ג שכירות ליומא ממכר הוא ועיין בב"ח ועמ"ש סי' שי"ג ס"ג וסי' ש"י וסי' של"ד:

סעיף סב

ויש מי שחולק וס"ל דיש בשכירות דין מצרנות ומ"ש בסמ"ה או שוכר אתה מיושב ע"פ מ"ש בסנ"ח ואין אנו צריכין לדוחק של הסמ"ע (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף סג

כיון שהוא שותף בו כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' קצ"ז וקע"ח וקע"ט:

סעיף סד

השכיר ביתו כו' עיין בתשובות ן' לב ס"ד דף ע"ג:

סעיף סה

שהוא דר בו ואפי' קנה חברו את חלקו מסלקו אידך מחלקו כן כתב ב"י ולדעת מור"ם א"ש אבל דברי ב"י סתרי אהדדי דהא פסק בתשו' מחו' כ"ח והוא מ"ש בסעיף ס"ג דאין השוכר מסלק לאחר ובתשו' זו כתב דאחד מסלק לחברו אף אם קנה כבר את חלקו ויש ליישב בדוחק ודוק:

סימן קעו

סעיף א

ויש מי שאומר שה"ה אם משך כו'. עיין בב"ח ועיין בתשובות רשד"ם סי' ק"ע וקע"ח ורע"ד:

סעיף ב

אלא נשתתפו כו'. פי' ואפילו לא קבל בקנין סודר מהני וכן אם נשתתפו שערבו המעות ולא התחילו לישא וליתן אפילו קבל קנין לא מהני דהקנין במטבע לא מעלה ולא מוריד דאין מטבע נקנה בחליפין ומ"ש בסמ"ע ס"ק ח' ול"ד לערבו מעותיהן יחד כו' אין ר"ל דהתם צריך קנין ומהני אלא דהתם ערבו לחוד לא מהני בלא התחילו לישא וליתן וה"נ קנין פירות כהתחילו לישא וליתן במעות דמיא ולהכי רצה להקשות כי היכא דבמטבע עירבו לחוד לא מהני בלא התחילו הכי נמי בפירות עירבו לחוד לא מהני בלא קנין ומחלק דבמטבע לא שייך עירוב כו' ודו"ק:

סעיף ג

דלא נסתלק משמירתן כו' עיין לעיל סי' ע"ב ועיין במרדכי ודו"ק:

סעיף ד

נשתתפו במטלטלין כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רע"ט:

סעיף ה

שאין אדם מקנה דשלב"ל. מטעם זה משמע דס"ל דאפי' במה שהרויחו כבר יכולין לחזור כמו גבי דשלב"ל דק"ל כר"נ דאף משבאו לעולם יכול לחזור בו:

סעיף ו

וי"א דאפי' קנין אין צריכין כו'. פשוט הוא דקאי נמי אריש הסי' אשאר שותפין וכתב כאן באומנות דהוא דשלב"ל וכ"ש שאר שותפין שמטילין לכיס וכן הוא בהדיא בב"י בשם הפוסקים בעלי סברא זו העיטור והמרדכי והגהות מיימוני וסייעתם כן מצאתי כתוב עיין בתשוב' רשד"ם סי' ק"ו וקי"ד וקנ"ג וקנ"ד וקע"ז ושצ"ה ותי"ג:

סעיף ז

ואינן יכולין לחזור בהן כ"ז השותפות שהתנו. פי' ואפי' במה שירויח להבא:

סעיף ח

לענין מה שירויחו אח"כ פי' אפי' בקנין אבל לא לענין מה שהרויחו כבר דוקא בקנין כן משמע מכל הפוסקים שממנם מוצא מקור דינים אלו ונראה מכל אלו הפוסקים שלא חלקו בין אומנין לשותפין כמו שמחלק הרמב"ן בפ"ק דב"ב ועיין בספרי:

סעיף ט

וכל מה שירויחו כו' הרי אלו לאמצע. קמ"ל רבותא דאפי' להבא א"י לחזור בהן מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק י"ט [סק"ט] אבל לשעבר מודה דא"צ קנין כ"כ מהרי"ק שורש ק"כ:

סעיף י

שאלו לא מכרוהו כו' זו היא דעת הרמב"ם ורי"ף ור"ת אבל בספרי כתבתי דהרמ"ה והרשב"ץ מסכימים לתוס' והרא"ש:

סעיף יא

וכ"ש אם נשתתפו בפירות ועדיין הן בעין כו'. הא דכתב וכ"ש תפס ל' הטור בסעיף ט' לקח כל אחד פירות במעותיו כו' ואפי' אם נשתתפו במעות כו' ומה שנרשם בצדו טור בשם ר"ח והרי"ף ס"ח ט"ס היא כי הכא שנשתתפו בפירות ולא במעות כ"ע מודו דנוטלין לפי מעותיהן ולא פליגי ר"ח ורי"ף עם ר"י והרא"ש אלא כשלקחו במעות שנשתתפו

בפירות [פירות] ובש"ע שנדפסו שנת שס"ז לא נרשם אלא טור עיין בתשובת מ"ע סי' קכ"ט ובתשו' מהרשד"ם סי' שע"ה ותמ"ב:

סעיף יב

יש מי שאומר דה"מ. פי' דאם מכרוהו חי הפחת לאמצע עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח ובתשו' ר"ש כהן ספר ב' סי' פ"ז ובתשו' מהרשד"ם סי' קע"ג ובתשו' מהרא"ן ששון סי' קי"ב:

סעיף יג

ונפסד הכל כו'. עיין בתשוב' מבי"ט ח"א סי' י"ב מ"ש בזה שיהא הפסד למחצ' וצריך לשלם לשותף מביתו נראה מדבריו שם שהרמ"ה חולק על הרמב"ם בסי' צ"ג ובב"ח חילק דכאן איירי דהפסד בא שלא מכח משא ומתן ובסימן צ"ג מיירי שהפסד בא מכח משא ומתן ואם ידע השותף מזה ההפסד צריך לשלם אף מביתו וע"ש:

סעיף יד

נוטלין לפי המעות. פי' אף כשמכרוהו חי עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' קל"ו:

סעיף טו

ויש מי שאומר שאם נגנבו. תימה למה כתב את זה בלשון יש מי שאומר והלא תוספתא שלימה היא והביאה הר"ן בגיטין ואין חולק עלה וכמ"ש בספרי וכן קשה על הרמ"ה שהביא הטור שכתב ומסתברא כו' כאלו היא מסברא ותוספתא ערוכה היא (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף טז

ולא הוי רק שומר חנם כו' דין זה ליתא ואשתמיטתיה למור"ם התוס' והרא"ש ריש פ' שור שנגח ד' וה' וה"ר אפרים ובעל המאור ונ"י בשם הרמ"ה וברטנור' שם דכתבו גבי תפסו ניזק לר"ע דאמר שותפי הוי אינו חייב כשהזיק אלא כפי חלקו שיש לו בו וכ"כ האגודה שם והטור לקמן ס"ה ת"א בשם ר"י והרא"ש וכ"פ מהרש"ל שם וגם הרב גופיה מביא סברת ר"י והרא"ש לק' ס"ס ת"א ואפילו החולקין שם י"ל דמודו הכא דדוקא שתפסו בע"כ של מזיק א"כ מסתמא קבל שמירת כולו עליו משא"כ הכא ואף שבסמ"ע לקמן ס"ס ת"א חילק בין נזקין לאבידה דבריו לא נהירין כלל וכמ"ש שם אלא דהעיקר אפי' ש"ח לא הוי וכ"כ בעל המאור שם והמרדכי פ' חזקת הבתים להדיא דדוקא כשאמר שמור לי ואשמור לך אבל כששמר א' בסתם אפילו ש"ח לא הוי ומביאים ראי' משור שהזיק לר"ע דאע"ג דהוי שותפי אינו חייב רק על חלקו וגם באשר"י ר"פ ש"ש ד' וה' כתב גבי שור שתפסו ניזק לר"ע לא נעשה שומר רק מחלקו דהוי כמו חפץ ששוה ר'

שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם עכ"ל וגם מה שהוציא הרב כן מהגהות אלפסי אינו מוכרח כ"כ ע"ש ואפילו ס"ל הכי יחיד הוא נגד כל הנך רבוותא שהבאתי ודוק ושוב ראיתי בתשו' מהר"ם אלשקר סי' ד' כ"כ בשם מהר"ם דשותף הוי שמירה בבעלים ופטור אפילו מפשיעה ולעולם לא הוה כש"ש אלא כשא"ל בפירוש שמור לי היום ואשמור לך למחר כו' וכן מצאתי בתשובת שאלה כמדומה לי שהיא להר"י אף כו' אלא שכתב אח"כ ע"ז וז"ל ואין נראה כן מדברי שאר המפרשים ז"ל והמחברים כו' עד נקטינן דלדברי כולם כו' עד וכ"ש בפשיעה עכ"ל ואין דבריו נ"ל דודאי דברי מהר"מ ברורים ועיקר בש"ס מדפריך ואמאי שמירה בבעלים הוא ומשני דא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר דמסתמא ה"ל שמירה בבעלים עד דא"ל בפירוש שמור לי היום ואשמור לך למחר (וכן מצאתי בבעל העיטור באות שותף דף כ"ו ע"ד וז"ל ונעשים ש"ש זה לזה ודוקא שא"ל שמור לי היים ואשמור לך למחר הא לא"ה מסתמא שמירה בבעלים היא עכ"ל) ומ"ש מהר"ם אלשקר ואין נראה כן מדברי שאר מפרשים ז"ל והמחבר כו' ליתא וכמו שאבאר (ולפע"ד אישתמיטתיה כל הנך פוסקים שהבאתי שסוברים כמהר"מ) והמחברים שכתבו סתם דשותף כש"ש הוא לא ידעתי מאן נינהו וכל המחברים שכתבו סתם דשותף כש"ש כתבו בצדו דהיינו כשא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר ואפילו ימצא שום מחבר שלא כ"כ בצדו אין ראיה דלא עדיף דברי אותו מחבר מדברי שמואל בש"ס דקאמר בסתמא השותפים נעשו ש"ש זה לזה ואפ"ה מפרשים להש"ס דהיינו דוקא בדא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר וכן כתב ר"י נ"ל ח"ב שותפים שאמרו שמור לי היום ואשמור לך למחר נעשו ש"ש זה לזה ואינה שמירה בבעלים עכ"ל וגם דעת הטור וש"ע כן וכמו שפי' הר"ב בהג"ה ומה שכתב וכ"כ הר"מ מקוצי ז"ל ואם יטעון השותף כו' אינו ראייה דז"ל הר"מ מקוצי בסמ"ג עשין פ"ב ריש דף קכ"ח ואם יטעון השותף מאורע שאירע בממון השתוף הרי דינו כש"ש להתחייב בגניבה ואבדה ולהפטר מן האונסין דאמר שמואל בפ' חז"ה השותפין נעשו ש"ש זה לזה ודין ש"ש וחיובן ופטורן ביארנו בה' שכירות עכ"ל ובהל' שכירות בסוף עשין פ"ט כתב האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך ה"ז שמירה בבעלים אמר שמור לי היום ואשמור לך למחר כו' נעשים ש"ש זה לזה עכ"ל וא"כ ממילא נשמע דמ"ש בעשין פ"ב היינו דומיא דמ"ש בה' שכירות וכן מ"ש הרא"ש בתשובה יש לפרש כן דלא עדיפי דברי הרא"ש בתשובה מדברי שמואל וכמ"ש לעיל וכן ממ"ש הגאונים גבי שותף שמכר באשראי כו' אין ראיה דמיירי נמי בענין שהי' השותף מחויב להתעסק זמן ידוע ואח"כ יתעסק חבירו זמן ידוע או אפשר דמכר באשראי הוא כמזיק בידים ולישנא דפשיעה הוא דנקטו

ר"ל פושע ומזיק וכה"ג אשכחן טובי בדברי הפוסקים דפושע ר"ל מזיק ומ"ש וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' שלוחים כו' עיינתי שם ולא מצאתי שום משמעות ואדרבה נראה לי להוכיח שדעת הרמב"ם כמהר"מ שהרי לא הזכיר כלל בחבורו הך דשמואל דהשותפים נעשו ש"ש זה לזה אלא ודאי משום דקשיא ליה קושית התוס' שהקשו פ' חז"ה מאי קמ"ל שמואל הא מתני' היא בפרק האומנים שמור לי ואשמור לך ש"ש ואע"ג דהתוס' תירצו דשותף גרע טפי ל"נ להרמב"ם לתרץ כן אלא ס"ל דאה"נ דשותף דינו כשאר אדם ומשום אידך נקט לה השותפין מחזיקין זה ע"ז ומעידים זה ע"ז ונעשים ש"ש זה לזה ולכך לא הזכיר הרמב"ם דין דשותפים נעשו ש"ש זה לזה בחבורו לפי שסמך עצמו אמ"ש ר"פ י' מהלכות שכירות כל האומר לחברו שמור לי ואשמור לך ה"ז שמירה בבעלים א"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר כו' כולן נעשו ש"ש זה לזה עכ"ל וא"כ ה"ה בשותפין דאין נראה לחלק כלל בין שותף לשאר אדם כנ"ל ברור דעת הרמב"ם ומ"ש דכ"ש דכפי מה שנראה מתשובותיו כו' חוץ מכבודו לא דק דמעולם לא עלה על דעת הרמב"ם בתשו' לפרש פי' זר שאין לו מקום בתלמוד כלל גם הוא נגד כל המפרשים ונגד דברי עצמו וכמ"ש מהר"מ אלשקר גופיה אלא דברור דחסר תיבה אח' בתשובתו וכך צ"ל אין דנין בהם דין שמור לי ואשמור לך ואין זו אלא שמירה בבעלים עד שיאמר כו' וא"כ אדרבא דברי הרמב"ם בתשובה ממש כמהר"מ וכמו שהוכחתי ג"כ מדעתו בחבורו גם מ"ש מהר"מ אלשקר שם ראיה מתשוב' ה"ר שמעון דיראן ז"ל אינו ראי' למעיין שם מכל הנך טעמי שכתבתי ואפי' תמצא שום פוסק דס"ל כן בטל הוא נגד כל הנך פוסקים שהבאתי לעיל דבר הם ועיקר בש"ס וכמ"ש וגם ממה שהקשו התוס' פ' ח"ה מאי קמ"ל שמואל מוכח כן דאל"כ לק"מ דהרי שמואל אשמועינן דשותפים הוי ש"ש אפי' בסתם א"ו כדאמרן שוב ראיתי בדברי ר"י טראני סי' קכ"ג מביא דברי מהר"ם אלשקר ופסק כמותו ולא הרגיש בכל מ"ש גם ראיתי שם שמקש' דברי מהר"מ אהדדי ומביא תשובת מהר"מ (דפוס קרימונ' סי' י"ב וט"ז) דמשמע כמ"ש מהר"מ אלשקר בשם מהר"מ ואעפ"כ פקפק על מהר"מ אלשקר מ"ש בשם מהר"מ שהן הן דברי המרדכי שחלק על מהר"מ ומתוך כך נכנס בחלוקים דחוקים ליישב דברי מהר"מ דלא ליסתרו אהדדי ולפע"ד כל מה שטרח בחנם טרח דהדבר פשוט מ"ש מהר"מ אלשקר בשם מהר"ם הוא במרדכי בשם מהר"ם ומ"ש במרדכי שם ולא נראה דמאחר שלא א"ל בפירוש כו' הוא ל' מהר"ם עצמו ולא ל' המרדכי ומ"ש בתחלה במרדכי או' רבינו מאיר דל"ד דא"ל שמור לי וכו' יש ט"ס וכך צ"ל או' ר"מ די"א דל"ד כו' וכן הביא בתשובת מהר"ם אלשקר בשם י"מ גם במרדכי א' מצאתי מוגה או' רבינו מאיר מורי אמר דל"ד כו' או צ"ל או' ר' משה וכן הביא

במהרי"ק שורש קנ"ה ל' המרדכי רבינו משה ע"ש וראיה שזה שכתוב במרדכי שם ולא נראה מאחר כו' הוא ל' מהר"ם עצמו שהרי כ' ושוב בלמדי בק"ק בפני ה"ר יצחק מווינא וזה פשוט שהמרדכי לא היה תלמיד ר"י מורנא רק מהר"ם היה תלמידו של הר"י מווינא כידוע למישבקי קצת בשלשלת יחוס שלהם הלכך אין לנו אלא דברי מהר"ם כפי מה שהביאם מהר"ם אלשקר וכמ"ש וכן עיקר עיין בתשובת מהר"ם מינץ סי' נ"ט ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ק"ח ובתשובת מהרשד"ם סי' קכ"ז:

סעיף יז

ואם מתחלה נתעסק בו א' לבדו. גירסא זו עיקר ולא כמו שאיתא בטור כל אחד לבדו כו' כ"כ הסמ"ע ס"ק כ"ה ובתשובת מהרא"ן ששון סי' מ"ז מיישב גירסא זו בדוחק ע"פ התוס':

סעיף יח

הראשון חייב. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ו ודבריו צ"ע ועיין לקמן ס"ס ת"י:

סעיף יט

חלקו השותפות כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון בזו:

סעיף כ

וגדול האחין אף במה שקנה לעצמו אין שמין. נראה דבגדול האחין אף בגדי שבת אין שמין דבשלמא גבי בניהם ובנותיהם הטעם דאין שמין כתב הרא"ש שמתביישין להביאן לב"ד ומה"ט בגדי שבת שיכולין להביאן לב"ד שמין אבל גדול האחין דטעם דניחא להו דלישתמי מילי וזה שייך נמי בבגדי שבת שילבוש בגדי שבת נאים כדי דלישתמעי מילי' כשיעסוק עם הסוחרים אבל מדברי הרמב"ם פ"א ממלו' נראה שהטעם שבגדי שבת שמין מפני שאין עולים על דעת הבעלי' להקנות בגדים מכובדי' כאלו וכמ"ש ה"ה (וכ"פ בש"ע סי' צ"ז סכ"ו אפי' להיש חולקי' שמביא הר"ב שם והוא הטור והמחבר בשם י"א דאף בגדי שבת אין שמין היינו דוק' התם כדמפרש טעמו שכיון שזכתה בהן משעה שלקחן אין לב"ח שעבוד עליהן וזה לא שייך גבי גדול אחין) וא"כ אף בגדול אחין שמין וצ"ע עיין בתשובת ר' בצלאל סי' ל"ח:

סעיף כא

והוא הדין שותפין שאינן אחים כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קל"ד וקל"ה האריך בזה:

סעיף כב

ולא יתעסק בסחורה אחרת כו' עיין בסמ"ע ס"ק ל"ב דמדכתב אחר זה אבל אם נשתתף עם אחר הא הוא עצמו אפילו בממון דעצמו אסור כו' ולעד"נ דכיון דאמר נשתתף מסתמא עסק גם הוא דכל שותף עוסק א' כמו שני ובודאי לכתחיל' אסור לו להתעסק בסחורה אחרת אבל לקמן לא איירי מזה אלא מיירי שאם עבר ונשתתף דלא תימא דכיון דאין לו להתעסק בסחורה אחרת מפני שמתרשל בעסק כי נתעסק בסחורה אחרת יהא הריוח לאמצע קמ"ל וכן פי' הב"י ודברי הסמ"ע אינם נראין חדא דנשתתפו משמע כדפי' ועוד דאם איתא שהוא אינו עוסק כלום תקשי קושיות הבית יוסף פשיטא דמה שהרויח בשאר הממון שלו הוא א"ו כדפי' שגם הוא עוסק וקמ"ל דל"ת כיון שעבר ועסק יהא הריוח לאמצע קמ"ל ואפשר לדחוק ולומר דדעת הסמ"ע ג"כ שהוא עוסק עמו וקאמר דדוקא כשהוא שותף עמו מותר אבל כשאין לו שותף אסור אבל אין נ"ל כן דכשהוא עוסק ג"כ אפילו אם יש לו שותף אסור לכתחלה אלא כדפרי' ודוק (מס"ק י"ט ע"כ מצאתי בתוך כתביו שכתב בימי חורפו) עיין בתשובת רשד"ם סימן קס"א וק"ע וק"ץ ובתשובת מהרא"ן ששון סימן ק"ץ ובתשובת רבי שלמה כהן ס"ב סימן פ"ו ופ"ח ובתשובת רא"ן חיים סימן מ"ד ובתשובת מהרא"ן ששון סימן קל"ו ובתשובת מבי"ט ח"ב סי' שכ"ד:

סעיף כג

או שמכר בהקפה כו'. או שנשתתף עם אחר ע"ל בסמ"ע ס"ק ס"ט ובתשובת ר"א ן' חיים סימן ס"ה ובתשובת רשד"ם סימן ק"ל וקמ"ח וקס"ג וקס"ד וקס"ח וקס"ב ושס"ח ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' של"ט:

סעיף כד

אם פתחו פחתו לזה כו'. עיין בתשובות דברי ריבות סי' קל"ד באם שהשותף הסכים עמו ע"י כתב אחר הקנייה צריך לשלם ג"כ חצי הפחת והוא פשוט ע"ש עיין בתשובת ר"ש כהן סי' קי"ו ובתשובת ר"א ן' חיים סי' מ"ד וסי' ס"ד:

סעיף כה

ראובן שהלך ופטר חובות של שמעון כו' וכן כתב הר"ב בד"מ בשם מרדכי פ' החובל בשם מהר"מ ואין דבריו מכוונים במ"ש ויש לו עדות שהחובות היו שלו וראובן פטרן כו' וכן מסיים בסוף דבריו נאמן ראובן במגו כו' או שהוא לא פטרן דמשמע דאע"ג דאיכא עדות על החובות כיון דליכא עדות שפטרן נאמן במגו וכן משמע יותר בע"ש ע"ש וזה אינו וכמו שאבאר גם מ"ש ויש לו עדות שהחובות היו שלו אינו מדוקדק דמה בכך שיש עדות שהחובות היו שלו דילמא נתפרע והעולה מהמרדכי שם כך הוא דהיכא דיש

לשמעון עדות שעדיין חייבים לו חובות אלו אע"ג דל"ל עדות שראובן פטרן אין ראובן נאמן לומר ברשותך פטרתי במגו דאי בעי אמר לא פטרתי דהוי מגו במקום חזקה דאנן סהדי דאין אדם מפסיד את שלו בידים אבל אם אין עדות שעדיין חייבי' לו נאמן לומר ברשותך פטרתי במגו דלא פטרתי דהשתא לא הוי מגו במקום עדים דיכול להיות שהם פרועין ולכך הרשוהו לפטרן וכן הוא באגודה שם בשם מהר"מ וכן הוא בתשובת מיי' לספר נזיקין סי' י"ב ושם מבואר יותר עיין שם וכ"פ מהרש"ל פ"ח דב"ק סי' ס"א (וגם בתשובת הרא"ש כלל חמשים סי' ז' משמע כן עיין שם) וגם הרב גופיה כ' לקמן סי' שפ"ב דהיכא דהזיקו בודאי אינו נאמן לומר שברשות עשה אע"פ שיש לו מגו ע"ש וא"כ דברי הרב כאן צריך עיון אחר כתבי זה מצאתי בא"א פ' החובל שפי' דברי הר"ב באופן שמסכים לדברי מהר"מ והוא דוחק גם ל' הע"ש לא משמע כן ע"ש ונראה דאע"ג דאין ראובן יודע אם החובות פרועים או לא מ"מ כיון דליכא עדים שאינן פרועים נאמן לומר ברשותו פטרתי במגו דלא פטרתי היכא דליכא עדים שפטרן אבל אם ראובן מודה שאינן פרועים נראה דחייב דהשתא הוי כמגו במקום חזקה דאנן סהדי כו' וכ' עוד מהרש"ל שם וז"ל ומ"מ יכול ראובן לומר אשתבע לי שלא צוויתני לפטרו דלא גרע מיש לו ש"ח על חבירו דיכול לומר אשתבע לי שלא פרעתי ק"ו בנדון זה וכ"ש היכא דליכא עדים שלא פרע לו עכו"ם חוב זה ואפי' איכא עדים שפטרו דיכול לומר אשתבע לי דלא פרעך העכו"ם עכ"ל ולכאורה נראה דמיירי מהרש"ל ברישא אפילו היכא דלית ליה מגו וכגון שיש עדים שפטרו ושהחובות אינם פרועים אבל כי דייקת שפיר תראה שזה אינו דא"כ כיון דחייב לשלם מכח חזקה ואנן סהדי דאין אדם פוטר חובותיו בחנם א"כ נוטל בלא שבועה וכדקי"ל לעיל סי' ע"ח בקובע זמן לחבירו וטוען תוך זמנו פרעתיך חייב לשלם וחבירו א"צ לישבע ואפשר ס"ל למהרש"ל כהי"א בהג"ה שם ס"ב דהיכא דהלוה מכחישו צריך לישבע וליטול א"כ לפי מה שהעליתי שם דהעיקר שאצ"ל קודם הפרעון ושכולי עלמא מודים בזה א"כ הכא אין צריך לישבע קודם הפרעון כמו בשטר היכא דא"ל אשתבע לי וכמו שכתבו התו' ריש ב"ב דחזקה עדיפא משטר דמשום חזקה גובה בל"ש ובשטר צריך לישבע עיין שם וא"א לומר דחזק' דהכא גריע מחזקה דהתם דאדרבה חזקה דהכא עדיפא דהא בחזקה דהתם מבעיא לש"ס אי מהני במקום מגו ולא איפשט' ועל כן פסקו כל הפוסקים לקולא דנאמן לומ' לאח"ז פרעתיך תוך זמנו במגו דפרעיך השתא וכמ"ש הט"ו לעיל סי' ע"ח ס"ד ובחזקה דהכא לא מהני מגו ויותר נראה דגם מהרש"ל לא קאי אהיכא דלית ליה מגו אלא בריש דבריו מיירי דאיכא עדים שהחובות עדיין לא נתפרעו וליכא עדים שפטרן דאע"ג דאית לי' מגו חייב לשלם מכח חזקה דאנן

סהדי דלא הרשה לפטור בכה"ג קאמר דיכול לו' אשתבע לי קודם הפרעון כמו בשטר היכא דא"ל אשתבע לי וגם בזה דבריו צ"ע די"ל דכיון דחייב לשלם מכח החזק' דאנן סהדי והמגו לאו כלום הוא א"כ גובה שלא בשבועה והכי מוכח להדיא ממ"ש הב"י והסמ"ע לעיל סי' ע' ס"ק י"ג גבי א"ל אל תפרעני אלא בעדים ואמר פרעתיך שלא בפני עדים דחייב לשלם שכתבו אע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני עדים דמכח החזק' דאנן סהדי ריע טענתו והא התם גובה שלא בשבועה וכמו שכ' הטור והמחבר גופיה שם סעיף ג' להדיא מיהו היכא דליכא עדים שלא פרע לו עכו"ם חוב זה ואיכא עדים שפטרו נראין דברי מהרש"ל דיכול לומ' אישתבע לי כיון דאין ההיזק ברי א"כ כ"ז שאינו נשבע אפשר שלא הזיקו כלל לכך צריך לישבע שעדיין החובות לא נתפרעו ושלא הרשהו לפוטרן ואח"כ משלם כן נרא' לפי עניות דעתי ודוק:

סעיף כו

חייב לשלמן כפי מה שהיו שוים למכור כן הוא בתשובת מהר"ם שבמרדכי ואגודה ותשובת מיימוני שם וכן פסק מהרש"ל שם ולא הוצרך הרב לבאר זה לפי שסמך אמ"ש לעיל סי' ס"ו סל"ב וכן צריך לו' לקמן סי' שפ"ו ס"ב ע"ש (עיין בתשובת מהר"מ מינ"ץ סי' מ"ד):

סעיף כז

וכן אם גנב או גזל השותף וכו' דין זה אינו נראה בעיני וז"ל הרב בד"מ בהגה"מ פ' חז"ה על ב' אנשים שיצאו לשוק וגנב א' ארנקי חולקין וע"ש דמשמע דיש חולקין ודהגה"מ פ"ה מהלכות שלוחין דחולקין במה שגנב או גזל עכ"ל ד"מ וכשתעיין בהג"מ ובהגמ"ר שם תראה דתחלת דברי המרדכי הם ממש הלשון שמביא בהגהות מיימוני שם ואח"כ כתב שם בהגהות מרדכי ובעיטור כתב כו' מבואר שם להדיא שמסקנתו כהעיטור שחולק וס"ל דהירושלמי בלשון בתמיה קאמר וכן שותף שמצא מציאה או גנב או גזל חולקין וכן נרא' עיקר בירושל' ב"ב פרק מ"ש למעיין שם וכן נראה דעת ב"י מחודש ל"ה וכ"כ בפשיטות בתשובות הרמב"ן סי' כ"א ומביאו ב"י לקמן סי' קע"ז סעיף ב' דהירושלמי בל' תמיה היא ועוד קשיא לי על הרב דהא בירושלמי מדמי להדיא מציאה וגנב או גזל להדדי וא"כ מאחר דבמציאה קי"ל דהרי הוא לעצמו וכמו שכתבתי לעיל סי' ס"ב ס"ק י"ב א"כ הוא הדין הכא וצ"ע (ועיין מ"ש עוד לעיל סי' ס"ב) ושמעתי מגדול אחד שבלאו הכי אין מורין למעש' כדברי מור"ם בזה בהג"ה משום שהדין לא מסתבר כלל ששותף שגנב או גזל יחלוק חבירו עמו ושאף הי"א בהגהות מרדכי והגה"מ

לא מיירי אלא כשהגנבה היתה באופן שהיה חשש סכנה ודו"ק עיין בתשובות מהרא"ן ששון סי' קע"ב ובתשובו' רשד"ם סי' קס"ח:

סעיף כח

השותפין שהתנו כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קי"ג ובתשו' מהרי"ט סי' ק"מ ובתשו' מהרשד"ם סי' קנ"ח:

סעיף כט

האי אלו מוכרים אותו פי' כשאין אחד מהם אומר גוד או איגוד אבל פשיטא די"ל גוד או איגוד עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ק"ג:

סעיף ל

היה זמן ידוע כו'. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' ק"ס ותי"א:

סעיף לא

חולק בפני ג' וכו'. ואם יש שטרות חולקים הב"ד השטרות בשומא כן מוכח ממ"ש הב"י מחו' י"ז אחר תשובות הרשב"א שהרא"ש חולק ושהרשב"א מודה למעשה ע"ש עיין בתשובת רשד"ם סי' קס"ה:

סעיף לב

וי"ח עיין בא"א דף ל"ג ע"ג:

סעיף לג

בד"א שחלקו פירות כו' ואם תפס ראובן משותפות שמעון ולוי באמרו ששמעון חייב לו ע"ל סל"ו מ"ש:

סעיף לד

אחד מהשותפים כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"מ דף קצ"ב ובתשוב' ר"ש כהן ס"ב ס"י וסי' ס"ו וסי' ק"מ וסי' קפ"ד ובתשובות רשד"ם סי' קנ"ג וקנ"ז ורט"ו ושל"ג ושס"ד:

סעיף לה

אע"פ שהתנו כו'. אבל באורנדי ורחיים ששכרו מהשר לא יוכל לדחות להיתומים והוא פשוט ועיין בב"ח:

סעיף לו

וכן עיקר כו'. עיין בס' באר שבע דף ק"ו ע"ג ובתשובת מבי"ט ח"א סי' קס"ב וסי' ר"י וח"ב סי' קפ"ה:

סעיף לז

ונתעכב באונס. פי' דוקא שהאונס בא מחמת שהלך בשותפות כגון שהלך מדעת השותף לעיר אחרת מחמת השותפו' ועכבו נהר וכה"ג אבל אם לא היה האונס מחמת השליחו' כגון שחלה שם אין לו חלק דאם היה כאן היה ג"כ חולה וע"ל סי' קע"ז ס"ג:

סעיף לח

עם אשה כו'. לפי שאין דרך אשה לצאת ולבא ומ"ה מסיק הריוח לאשה לפי ערך כו':

סעיף לט

או יכולין לחלוק השטרות. עיין בסמ"ע ס"ק נ"ב שכתב בטור משמע שיש פלוגתא בין הרמב"ם והרא"ש כו' ובבד"ה כתב דגם הרמב"ם מודה ע"ש וכ"כ הב"ח ע"ש:

סעיף מ

או בגוד או איגוד כו'. עמ"ש ר"ס קע"א דיש חולקין דאין אומרים בשותפים גוד או איגוד:

סעיף מא

מה שא"כ בשותפים כו' אירשא קאי וכדפי' הסמ"ע וכתב זה לאפוקי מהב"י שדימ' ב' דינים הללו קמ"ל דהב"י בש"ע חזר בו וק"ל עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קי"ג:

סעיף מב

וי"א דה"ה אשה כו'. הריטב"א כלל קטן ואשה והר"ב כ' באשה וי"א לפי דלא מסתבר ליה כ"כ באש' כמו בקטן כמו שהוכחתי בספרי " (וכן עיקר דאשה כאיש דמיא (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף מג

בד"א כו' מי שיש לו שותף במה"י וא"ל ראובן כתוב לשותפך שיזבין לי דבר אח' וישלח לי עם סחורתיך וכן עשה ושלח לו וטבעה ספינתו עיין בב"ח מ"ש בשם תשובת רב האי והביאה ג"כ בתשו' רשד"ם סי' ק"ו דאחריות על ראובן באם שאמר ליה כן בפי' שאחריות עלי אבל אם לא הזכיר לו אזי פטור מלשלם ע"ש עיין בתשו' רשד"ם סי' קנ"ג וקס"ב:

סעיף מד

שלא נתחייב השותף והא דכתב בס"ה [בסכ"ה] בהג"ה דבנתבען אין מזיק לחבירו כלל נ"ל דשאני התם שהיו נתבעין מתחלה משא"כ הכא שהשותף היה תובע מתחלה והנתבע חזר ותבע אותו באותו מעמד. וצ"ע לחלק כך כי נ"ל לכאור' שהמרדכי פליג אהרא"ש ודוק (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף מה

אם אמר זה לעצמי אני מציל כו'. נרא' דגם בכל הני צריך שיאמר בפני ג' כו' עכ"ל סמ"ע ואין זה נראה וכן משמעות הפוסקים דאף בינו לבין עצמו סגי. וכן מבואר להדיא מתשוב' רשב"א שהביא בב"י מחודש י"ט וז"ל אם קבל הפרעון בפני עדים ואמר בפניהם לעצמי אני מציל זכה לו ואם קבלו בינו לבין עצמו נאמן לומר לעצמי הצלתי מגו דאי בעי אמר לא קבלתי ממנו כלום עכ"ל וממ"ש הט"ו בסי"ח בחלוקת השותף כו' אין ראיה דהתם מיירי שידוע שהמעות אינן שוים משא"כ הכא:

סעיף מו

או פטר שמעון את לוי. פי' דוקא או שמעון את לוי קאמר ולא גם שמעון את לוי דאלו פטר ראובן את שמעון ושמעון ללוי אין ראובן יכול להשביע ללוי וכן מוכח מגוף דברי העיטור שהביא ב"י בסי' זה סכ"ד וכו' עכ"ל סמ"ע וזה לא נהירא דמה לו לראובן בפטור שמעון הלא יכול ראובן לומר ללוי אני לא פטרתיך ובאמת אף שלשון העיטור שבב"י משמע כהסמ"ע מ"מ נרא' שט"ס היא וכן הוא להדי' בעיטור עצמו אות ש' שתוף דף כ"ו סוף ע"ג וז"ל ומסתבר' דאפי' פטר ראובן לשמעון משבוע' ואי נמי פטר שמעון את לוי עדיין ראובן משביע ללוי אא"כ פטר הוא והבאים מכחו כו' עכ"ל הרי להדיא כדברי ע"ש בסמ"ע עוד מה שהקש' מסעיף י' ועיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' ס"ה תמצא ישוב לקושיא זו וחילק אם נתן השותף הג' מעות או לא:

סעיף מז

א' שלוה כו'. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' כ"ה:

סעיף מח

ונ"ל ה"ה כו' דברי הרב תמוהין לפע"ד דלא מסתבר כלל בישראל שיוכל הישראל לתפוס בעד חברו כי מאח' שהפסד יהיה גם על השותף הב' היאך יוכל זה לתפוס ולגרום לחברו שאינו חייב לו כלום הפסד בתפיסתו ודמי ממש למ"ש הריב"ש סי' שצ"ג וז"ל וא"כ תאמר לאה לרחל כיון שאני חייבת בנזק זה לראובן הרי את גורמת לי הפסד זה והרי כאלו את תופס משלי ולא משל ראובן כו' ועוד כ' שם וז"ל אע"פ שיש לרחל מגו חייבת להחזירם ללאה שהרי לאה חייבת להחזירם לראובן וא"כ רחל עתה גוזלת ללאה ומשל' תופסתן כו' וע"ש והביא הר"ב דעתו לעיל סי' נ"ח בהג"ה ואפי' הי"ח שם שהביא הר"ב שם נראה דמודו כאן דדוקא התם כיון שידוע לו שהו' מעות של המשלח לבדו יכול לתפוס והשליח פשע הואיל ולא לקח השטר לכן מחוייב לשלם משא"כ הכא (ומכ"ש לפי מ"ש לעיל סי' נ"ח דהעיקר כהריב"ש ודעמיה ע"ש) והיה נראה לכאורה לישב דברי

הרב ולפרש דהרב מיירי שהישראל התופס ברח או הלך לו למ"ה או אין לו לשלם אך מדבריו בד"מ לא משמע כן שכ' שם וז"ל ונ"ל דאפי' בישראל כה"ג אינו חייב ראובן אלא שבועה שאינו חייב לו כלום והלוה ישבע שחייב לו ואינו משלם והשותפים מפסידים עכ"ל וכן משמע בע"ש שכ' וז"ל אבל אם היה החייב ישראל הרי אותו ישראל צריך לישבע שבועת היסת במגו דפרע או להד"ם ומביא את זה ג"כ לידי שבועה כנגד שותפו עכ"ל וא"כ דבריהם צל"ע שוב מצאתי בתשוב' דברי ריבו' סי' רע"ו שפסק דמטלטלי אינו יכול לתפוס מהשותפו' כ"א החצי השני הרי הוא בחזק' חברו בכל מקום שהוא כיון דצריכה שומא אבל אם הוא מעות יכול לתפוס דהרי הם כחלוקים ומשוינן ליה לחלק של מי שתפס ומהני תפיסתו לכולו וחבירו לוקח כנגדו עכ"ד הרי להדי' דעכ"פ אין חברו מפסיד דכל שיש לחברו הפסד א"י לתפוס וכמ"ש ומיהו גם במעות דבריו צ"ע לדינא דאע"ג דזוזי כמאן דפליגי דמי היינו כשהשותף חולק אבל זה שתופס ורוצה לחלוק בע"כ מי שמעת ליה וצ"ע לדינא וע"כ נלפע"ד לפרש דברי הר"ב בד"מ והע"ש דמיירי שהתופס תופס מדבר שאינו ידוע שהוא מהשותפים וטוען איני מאמינך שהיא מהשותפות והשותפים מודים זה לזה שהיא מהשותפות וטוען שאינו חייב לו כלום ובזה הדין כמ"ש הר"ב וע"ש כן נלפע"ד (עיין בתשו' רשד"ם סי' קס"ז וצ"ע):

סעיף מט

דאפי' שבועה א"צ. עיין בסמ"ע ס"ק ע"ו ועמ"ש לעיל סי' ע"ה סעיף כ"ה וסי' קמ"ט על הסמ"ע ס"ק כ"א:

סעיף נ

ואח"כ הפסידו כו'. פי' שקנו בי"ב מאות והוזלה ועמדה על ת"ת ועדיין לא מכרוהו ומפני כך מתיראים שמעון ולוי שמא יפסידו יותר ויעמוד על ת' או פחות לכך נתרצו ליתן לראובן ק' יותר וחזרו בהן מן השותפות להמתין עד המכירה ומ"ש אם יודא רוצה לחזור אע"פ שגם בלא חזרתו מן השותפות צריך ליתן ק' מטעם שכתבתי מ"מ אם יודא יתרצה להמתין ג"כ עד המכירה שמא יחזור ויתייקר ולא יצטרך ליתן ק' או אפי' לא כלום לכך כ' אם גם הוא רוצה לחזור מן השותפות קודם המכירה ומיהו גם אם מכרוה בת"ת הוי כאלו מכרוהו בתת"ק עם הק' שנטל מהם משמעון ולוי ואעפ"כ יהודה צריך ליתן ק' וכן הוא בהדיא בתשו' הרא"ש שהביא ב"י בסי' זה ומבואר התם יותר. כן מצאתי כתוב:

סעיף נא

שותפין הרבה ביחד אין אחד יכול להסתלק כו'. מלישנא דלהסתלק משמע שקנו שום סחורה יחד וא' מהן רוצה להסתלק ואפילו חלקו אינו רוצה ליטול וכן משמע מל' סיפא

דתשוב' זו וע"ש אז א"י כי אם יהי' הפסד בסחורה יפסידו אז יותר גם מה שמגיע על חלקו אבל אם רוצה ליטול את חלקו יכול לחלק שלא מדעתם וכמ"ש לעיל סי"ח והאי דנקט הרבה שותפים אתי לאשמועינן אע"פ שאחד מהן נתרצה לסלקו א"י אלא מדעת כולן וכ"ש כשהם רק ב' אבל אין נראה לפרש דנקט הרבה לאשמועינן הא דאמרינן בסי"ח דאחד יכול לחלוק בלא דעת חברו הוא דוקא בשנים דשקולים הם משא"כ כשהם הרבה והוא יחיד נגדם בטלה דעתו אצלם דא"כ אמאי כתב דוקא אלא מדעת כולן הא מדעת חצים נמי יכול ועוד לישנא דלהסתלק אינו מיושב לחלוק מבעיא ליה כמ"ש לעיל סי"ח אלא מחוורתא כדאמרן עכ"ל ג"ז מ"כ:

סעיף נב

מחשב הסחורה כו'. צ"ל דנוסחת מור"ם בר"י היתה דלא כב"י בר"י ועיין בב"י ולכן הניחו בצ"ע ועיקר כנוסחת מור"ם ודוק:

סעיף נג

אחד מהאחים כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קל"ד קל"ה קל"ו:

סעיף נד

כיון שאינו חלוק כו'. כ"כ בבדק הבית:

סעיף נה

על האחרים להביא ראיה במקצת ספרי המחבר איתא כאן על האחים להביא ראיה וכן גורס בע"ש שכ' ואם מת ויש להם דין עם בניו על האחים להביא ראיה וגירס' מוטעת היא וצ"ל אחרים כמו שהיא בכאן גם דינו ליתא כמו שהוכחתי לעיל סי' ס"ב ס"ק י"ז דדוקא בשטרות כיון שכתובים על שמו מוכח' מילתא דדידיה נינהו אבל בממון לא טענינן ליתמי מה דלא מצי אבוהון למטען וכן משמע בסמ"ע שם ס"ק ח' ע"ש:

סעיף נו

כי אין שותף חייב כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ע"ו פ"ד פ"ה ובתשובת ר"ש כהן השייכים לס"ב סי"ח ובתשו' רשד"ם סי' קפ"א ובתשובת רמ"א סי' מ"ו:

סעיף נז

אבל מי ששולח כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קנ"ו דף קע"ב וצ"ע ועיין ע"ש סי' קפ"ח ובח"ב סימן קכ"ג:

סעיף נח

ונתחייב לו שבועה. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סימן צ"ה:

סימן קעז

סעיף א
אחד מהאחין כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סימן קל"ה:

סעיף ב
חלה אחד מהן כו' עיין בספר באר שבע דף ק"ד ע"ג:

סעיף ג
וי"א בהפך כו'. ולפע"ד דעיקר כהמחבר ומה שהאריכו הסמ"ע והב"ח בכאן אין דבריהם נ"ל ובפרט מ"ש בפי' דברי התוס' ובאונס דהכא כו' וגם מהרא"ש בחדושיו משמע לפרש כן והמפרש כן לדעתי מהפך דברי אלהים חיים דהדבר פשוט דכוונת התוס' לומר דהתם גבי אלמנה מחלקינן בין רפואה שיש לה קצבה ובין אין לה קצבה ובין בפשיעה ובין באונס הוא דמחלקינן בהא אבל באונס דהכא אין חילוק בין יש לה קצבה לאין לה קצבה ואין להאריך ומ"ש בפסקי תוס' ט"ס הוא ע"ש גם כוונת הרא"ש בלי ספק הוא כן וכן הוא ברמזים (הוא קצור פסקי הרא"ש שחבר הטור) להדיא ולבי אומר לי שט"ס הוא בטור וכן הוא ברבינו ירוחם ונימוקי יוסף להדיא כהמחבר אך לכאורה היה צ"ע קצת לדינא כיון דהרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים לא הביאו התוספתא אבל באמת לק"מ דסמכו עצמם אמה שכתבו גבי אלמנה לחלק בין רפואה שיש לה קצבה א"כ ה"ה הכא וכן משמע בירושלמי פ' מ"ש דדמיין להדדי דמייתי התם אשותפין הך דרשב"ג רפואת אשה ע"ש:

סעיף ד
אבל שני שותפים כו' עיין בתשו' מבי"ט ח"א ס"ס קכ"ה ובתשו' רשד"ם סימן קס"א וצ"ע:

סימן קעח

סעיף א
שותפים שבקש כו' ע"ל סימן ע"ג ס"ו ובמהרש"ל ביש"ש סימן מ"ה פ"י דב"ק ובתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ס' דף ק"ו וסי' קל"ח ובתשו' מהרא"ן ששון ר"א ובתשו' רשד"ם סי' י"א שס"ד ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' נ' וצ"ג:

סעיף ב
ואם מעצמו כו'. כן הוא דעת הרא"ש ועיין במהרש"ל שם ובס' א"א דף צ"ג ע"ד:

סעיף ג
שותף שירד כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סי' ק"ו ובתשובת רמ"א סי' פ"ו דף קע"ה:

סימן קעט

סעיף א
דבר הידוע כו'. עיין בתשובת רשד"ם סימן י"א וסי' קס"ד ובתשובת מהרי"ט סי' ע"א ובתשובת ר"ש כהן סי' קפ"ה:

סעיף ב
ואפי' נשתהא בידו כו'. ואע"ג דכתבתי בסימן קל"ז דשותפי' רגילין להקפיד מ"מ כיון דניכר וידוע הוא דדבר זה בשותפות היה עדיין הוא בחזק' של שניהן כו' עכ"ל סמ"ע ולא כ' שם כלום ונראה שכוון למ"ש הטור שם סי"ג ושהה ברשותו זמן רב כו' והיינו כמ"ש התוס' ריש ב"ב דבשה' זמן רב רגילין להקפי' ויכול לטעון לקוח ואיני מבין מ"ש מ"מ כיון דניכר כו' דמה בכך שהיה של שותפות כיון שרגילין להקפיד והגע עצמך היכא שהי' ידוע שהוא של חבירו לבדו נאמן לטעון לקוח כ"ש של שניהם ומה בכך שהוא שותף הרי הוא מקפיד ועוד דהא בכותל נמי הוי של שניהם אלא נלפע"ד דהטור מיירי בזמן רב שאין רגילים להקפיד והתוס' מיירי בזמן רב יותר שרגילים להקפיד וכמ"ש לעיל סי' קנ"ז ודוק ועיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' קכ"ב ובתשו' מבי"ט ח"א סימן ע"ג ובשאלות השניות סי' צ' דף קמ"ג וח"ב סי' קמ"ט ובתשובת ר"י לבית לוי ס"ס כ"ג:

סעיף ג
פלגי' ליה בשוה. עיין מ"ש לעיל סי' ס"ב ס"ק ו' וס"ק י"ד:

סימן קפא

סעיף א
שיירא שהיתה הולכת במדבר עיין בתשו' ן' לב ספר ג' סימן מ"ב ובתשו' מהרא"ן ששון סי' ק"מ ובתשוב' מהר"מ מלובלין סימן ס"ב ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ריב"ב:

סעיף ב
אא"כ אמר לעצמי אני מציל כו' עיין בתשו' רשד"ם סי' קנ"ו וקנ"ז וש"ל שע"א שצ"ה:

סעיף ג
והציל א' מהם כו'. אפי' שא"י להציל כך פי' מהרש"ל פ"י דב"ק סי' מ"ד ור"ל שחולקי' שוה בשוה:

סעיף ד
אינם יכולים להציל כו' ואמר לעצמי אני מציל:

סעיף ה
נשבע על כך כו'. שאמר לפניהם מהרש"ל שם וב"י בספר ב"ה וכ"ש לפי מ"ש בסמ"ע סי' קע"ו ס"ק ס"ז והב"ח כתב דאם ליתא לשותף בפניו א"צ אמירה כלל וסגי בלב ע"ש:

סימן קפב

סעיף א
ודוקא שהשליח בר חיובא כו'. בש"ע ובסמ"ע נרשם הגהות מיי' פ"ה משלוחין וטעות הוא כי לא נמצא שם דבר אלא צ"ל פ"ב משלוחין וכן הוא בד"מ וכן הוא בהגהות מיימוני שם ריש הפ' ומ"מ לפע"ד דברי הר"ב צ"ע כי המעיין שם בהגהות מיימוני שם יראה דס"ל דאפשר דקי"ל כרב סמא דהכל תלוי בין אם עושה השליח מדעתו או בע"כ דהא מסיי' שם דכיון שהשליח לא ידע שהוא גנוב חשוב כמו חצר דבע"כ מותיב בה אע"ג דאי בעי עביד אי בעי לא עביד כר"י עכ"ל ומ"ש שם בריש דבריו פ"ק דב"מ היכא דהשליח בר חיובא הוא לא מחייב שולחו וכו' אינו אלא פיסק' מילתא דגמרא בלישנא דרבינא וכן לקמן ס"ס שס"ח [שמ"ח] כת' הר"ב בהג"ה דאם שליח אינו בר חיובא י"א דהמשלח חייב והיינו ע"פ מ"ש כן בד"מ וז"ל פסק המרדכי פ"ק דמציעא בשם מוהר"מ דהיכא דהשליח לאו בר חיובא מחייב שולחו ואם אמר א' לחברו קח לי שור מבית פ' שהוא שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו אלא לגנוב נתכוין נתחייב שולחו באחריות של שור במשיכ' השליח דהא השליח לא ידע שהוא גנוב כו' עכ"ל ולא הביא שם מי שחולק ע"ז ולפע"נ אדרבה דעת המרדכי שפסק כרב סמא דהא מסיים שם דכיון שהשליח לא ידע שהוא גנוב חשוב כמו חצר דבע"כ מותיב בה דאע"ג דאי בעי עביד אי בעי לא עביד עכ"ל ומ"ש בריש דבריו אבל היכא דהשליח לאו בר חיובא הוא מחייב שולחו אינו אלא פיסקא מילתא דגמרא בלישנא דרבינא וכן מוכח יותר למעיין במרדכי שם שהוא מציין לישנא דש"ס ובאמת הרב הבין שהוא ל' המרדכי בשם מהר"מ ובמרדכי שם לא הזכיר בדין זה את מהר"מ כלל רק שבדין שבסמוך לפני זה כתב ומכאן דן רבינו מאיר כו' והבין הרב שכל זה היא מרבינו מאיר ובאמת ליתא אלא מן אבל היכא דהשליח לאו בר חיובא כו' הוא ל' המרדכי שמציין כן בש"ס ופשוט לפע"ד שהגהות מיימוני לקוחים מהמרדכי ושניהם לדבר א' נתכוונו וראיה לדברי ממ"ש האגודה פ"ק דב"מ וז"ל אי בעי עביד אי בעי לא עביד וא"ת כו' והא אי בעי לא עביד פירש ר"י כיון שאין השומר יודע שהוא

גנוב ה"ל כחצר דבע"כ מותיב בה ומחייב שולחו וידוע שהאגודה דבריו רוב' וכמעט כולם לקוחים מהמרדכי (גם בתשובת רשב"א סוף סי' תקע"א כתב וכן לטעמיה דרב (סמא) דהיכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אין שלד"ע כו' משמע דס"ל דהלכה כרב סמא) שוב ראיתי באשרי פ' קמא דמציעא כתב בשם הרמ"ה דקיי"ל כרב סמא דרבינא גופא קבלה דאין חילוק בין אם השליח בר חיובא או לא ולא משכחת שליח לד"ע אלא בחצר דבע"כ מותיב בה עכ"ל ומשמע שם להדיא שגם דעת הרא"ש כן וכ"כ מהרי"ו בתשובה סי' כ"ח בפשיטות והא פסק הר"מ הלוי באשר"י פ"ק דב"מ כרב סמא דלא אשכחן שליח לד"ע אלא בחצר כו' וכן פסק הר"ן והנ"י שם וכן נראה לפע"ד דעת הרי"ף בר"פ האיש מקדש שכתב ולדבר עברה אין אומרים שלוחו של אדם כמותו דקיימא לן אין שליח לר"ע ואם איתא שפסק כרבינא ה"ל לאתויי דהיכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לד"ע אלא פסק כרב סמא ולא אשכחן אלא בחצר ולא הוצרך להביא חצר דלא נ"מ אלא לענין כפל וכפל אינו נוהג ועוד דחצר פשיטא כיון דבע"כ מותיב בגוה מחייב שולחו לא הוצרך לכותבו וכן נראה דעת הטור וכן עיקר ואעפ"י שראיתי בר"י סוף נתיב כ"ח שכ' וז"ל אין שלד"ע להתחייב שולחו אלא חצר כגון לגבי גנב כי דוקא כשהשליח בר חיובא פטור שולח אבל חצר שאינו בר חיובא חייב שולחו עכ"ל נראה לי דט"ס יש בדבריו שהרי ר"י דרכו לימשך אחר דברי הרא"ש ואיך יהי' כאן נגד הרא"ש ולא יזכיר כלל דעתו אלא צ"ל ודוקא כשהשליח אי בעי עביד אי בעי לא עביד פטור אבל חצר שאינו בר הכי חייב שולחו וכן מוכח ממ"ש בריש דבריו אין שליח לד"ע אלא חצר ואם איתא שפסק כרבינא הא משכחת לה טובא דחייב וכדאיתא בש"ס מאי בינייהו א"ב כהן דא"ל לישראל קדש לי גרושה א"נ איש דאמר לאשה אקפי לי' לקטן לרבינא חייב לרב סמא פטור א"ו פסק כרב סמא והלכך לא משכחת שלד"ע אלא חצר וכמ"ש ואפילו את"ל שדברי ר"י הם כפשטן מכל מקום נראה לי לענין דינא כמו שכתבתי ואע"ג שטעם הרמ"ה והרא"ש וסייעתם שפסקו כרב סמא הוא מדאמרי' בש"ס רב סמא אמר קמיה דרבינא משמע דרבינא קבלה ובש"ס שלפנינו ליתא הכי פשוט שקצור לשון הוא בש"ס שלפנינו וכן מצאתי בש"ס של קלף ישן נושן כגיר' הרא"ש והר"ן וכן עיקר ועיין בנ"י שכתב דבקטן שאין לו יד כלל חייב לא נהירא לי כלל דנהי דאינו בר דעת מכל מקום הא קי"ל דאין שליחות לקטן ול"ד לחצר דהוא רשותו והוי שלוחו משא"כ קטן ותדע דהא פשיטא דקטן שאין לו יד כלל לא גרע משוטה ותנן בפ' הכונס השולח את הבערה ביד חש"ו פטור שלח ביד פקח הפקח חייב ומפרש בש"ס דקידושין פ"ב הטעם דהפקח חייב משום דאשל"ע וא"כ אמאי ברישא גבי שוטה פטור א"ו משום דלית ליה שליחות א"כ

הוא הדין בקטן שאין לו יד כלל וכן כתבו התוס' והאגודה בפ"ק דמציעא להדיא חש"ו פטור משום דלאו בני שליחות נינהו ולא אשכחן דרב סמא פליג עליה דרבינא בהא ועוד דקטן דתני במתני' משמע כל קטן בין יש לו יד בין אין לו יד ואפי' הכי פטור וכן עיקר (הג"ה וע"ל סי' ל"ב מ"ש בס"ב אי אמרי' דחייב לצי"ש אע"ג דאין שליח לדבר עבירה או לא וע' בסי' כ"ח סעיף א' מ"ש בשם מהרש"ל דאפילו מי שחייב לצי"ש אי תפס מפקינן מיניה ועיין בהריב"ש סי' שצ"ב כתב ג"כ שאין תפיסה מועלת במה שאין לו בו זכות אלא לצי"ש) עיין בתשוב' מבי"ט ח"א סי' נ"ו ובתשובת רשד"ם סי' קמ"ו וק"ע:

סעיף ב

עבר השליח כו'. עיין בתשובת רשד"ם סי' קט"ו וקכ"ז ובתשו' ר"ש כהן סי' קנ"ט וס"ג סי' ס"ה ובתשובת רא"ן ששון סי' קל"א:

סעיף ג

ליתן כפי התנאי. צ"ע למה יגרע מהוא עצמו דאפילו אמר ע"מ שאין (בו) אונאה אינו מועיל וצ"ל דמיירי כגון שהוא אחר זמנו או בדברים שאין בו אונאה ודוק היטב:

סעיף ד

יכול המוכר לומר כו' נראה ליד הרמ"ה מיירי דוקא שאינהו בענין דלא הוי ביטול מקח דאמרינן מסתמא התנה עמו שיהא שלוחו בין לתקן בין לעוות דמסתמא עשאו שיהא כאלו הוא עצמו אבל לא קאי אשוה מנה בדינר דמסתמא אינו שופטני שיתנה אפילו יעוות הרבה יהי' קיים ודוק וע"ל סי' קפ"ה ס"ה ודו"ק:

סעיף ה

את הלוקח. הוא הדין למוכר אלא חדא מנייהו נקט ופשוט:

סעיף ו

ודוקא שהמשלח מספיק עצמו כו' מפני שראיתי כאן דברים מעורבבים הוצרכתי להאריך קצת גרסי' בש"ס ההיא איתתא דיהבא למזבן לה ארעא אזל זבן לה שלא באחריות ופסק רב נחמן זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבנה ניהלה באחריות וכ' הרא"ש לכאורה משמע שאמר למוכר שהי' קונה לאשה כו' עד א"ו מיירי שפירש שקנה לאשה וכיון ששינה בשליחתו כו' ואין כאן מקח כלל כו' ומיהו אם ירצה השליח יחזיר לה המעות אלא מיירי שאין בידו להחזיר לכך צריך לקבל עליו אחריות עכ"ל והר"ן כ' בפ' האיש מקדש ואיכא למידק מעובדא דג"פ דא"ל זיל זבנה שלא באחריות ואמאי לא הוי ביטול מקח וי"ל דהתם השליח קנה סתם ואין למוכר דין ודברים אלא עמו ואע"פ שהוא אומר עכשיו שלאשה קנה אין למוכר בכך כלום ולפיכך צריך לפרוע למוכר דמים

והאשה ג"כ יכולה לומר תן לי מעות ור"נ ה"ק אם חפצה היא בקרקע קבל עליך באחריות כו' ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו המקח בטל עכ"ל ונ"ל דהרא"ש והר"ן לענין דינא לא פליגי רק לענין פירוש' דשמעתתא לפי שהרא"ש ודאי אלו הוי מתוקם ליה תלמודא בסתם הי' מפרש כהר"ן ולא הוי קשה מהך דקידושין דהכא בסתם שאני וכדפירש הר"ן אם היא חפצה בקרקע צריך לקנות לה באחריות אף שיש לשליח מעות כיון דקנה סתם והמקח קיים לגבי מוכר הוא הדין נמי אם היא חפצה בקרקע צריך לקנות לה באחריות רק דלא הוי מתוקם להרא"ש תלמודא בסתם כמו שהוכיח לכך מוקי לה בדפירש והוי קשה ליה דלהוי בטול מקח כהך דקידושין כקושיות הר"ן ולכך קאמר דמיירי שאין לשליח מעות הא אם יש לשליח מעות צריך לחזור למשלח מעותיו והר"ן לא משמע לי' דמיירי תלמוד' בשאין לשליח מעות לכך מוקי תלמודא בסתם והיא חפצה בקרקע דאלו בדפירש אע"ג דהיא חפצה בקרקע אם ירצה יחזיר לה מעותיה זהו הנראה לפע"ד להשוות דברי הר"ן והרא"ש יחד ולפ"ז דברי מור"ם אינם מכוונים שבתחלה כתב ודוקא שהמשלח מספיק עצמו כו' וזה מיירי דוקא בסתם דאלו בדפירש אף כי מספיק עצמו יכול השליח לבטלו ולהחזיר לו מעותיו וכן מוכיח בודאי הר"ן אלא ודאי מיירי בסתם ואח"כ כתב וי"א דוקא שאין לשליח כו' אבל אם רוצה להחזיר מעותיו הרשות בידו והם דברי הרא"ש. והרא"ש לא כ' כן אלא בדפירש אבל בסתם כיון דהמקח קיים לגבי מוכר הוא הדין דקיימא לגבי משלח ואם היה רוצה צריך לקנותו לו באחריותו כמו שכתבתי ודוק היטב (ג"ז כ' בימי חורפו):

סעיף ז

ומכרה לשנים כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ז ועיין בב"ח שכ' ג"כ שהעיק' בהרי"ף כהטור ע"ש:

סימן קפג

סעיף א

הנותן מעות לשלוחו כו' עיין בתשובת ן' לב ס"ג סימן קי"ב ועיין מדיני שליחות באריכות בתשובת ר"ש כהן ספר שלישי סי' ס"ס ס"ו ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' פ"ג:

סעיף ב

הנותן מעות לחבירו כו' כתב ר"י בנכ"ח ח"א ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אפי' אם אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותי אא"כ הודיעו למוכר בפ"ט דקמא עכ"ל וב"י הביאו במחו' ג' והקשה עליו מדברי הרא"ש בפ"ט דקמא ולא ירדתי לס"ד דבהרא"ש שם משמע להדיא כר' ירוחם ע"ש גבי מ"ש דלא תיקשי

מר' אבא גבי צבע שצבע לשמן ולכך כ' ר' ירוחם בפ"ט דקמא ואע"פ שאין בש"ס מפורש כן מ"מ דרך ר"י לכתוב כשמפורש בהרא"ש כן וכן הוא בכמה מקומות בר' ירוחם למי שמעיין בספרו גם בד"מ כ' וז"ל ומ"ש הטור כמאן דאוזפינהו דמי הוא שלא כדברי ר"י נתיב כ"ח ח"א דאפי' אם קנה במעותיו ומתכוין לחבירו לא קנה חבירו אפי' אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי אח"כ הודיעו למוכר ע"כ וב"י כ' דגם דעת הרא"ש אינו כדעת ר"י עכ"ל ד"מ וזה אינו וכמ"ש גם ממ"ש הטור כמאן דאוזפינהו דמי אין ראיה דשאני התם דא"ל זיל זבין לי כן נ"ל ודו"ק. אך קשה לי על הרא"ש גופיה דא"כ היכי קאמר בש"ס התם גבי לוקח שדה בשם ריש גלותא נימא פליגי אבני מערבא דהא אפי' למאן דפליג אבני מערבא בעי' שיהא בעל המעות והא התם הריש גלותא לא נתן מעות וא"כ דמי לצבע שצבע לשמן דאין אדם זוכה בשלו לאחר ונ"ל דהתם כיון שאמר הלוקח לעדים לכתוב השטר בשם ריש גלותא א"כ העדים עומדים בשם ריש גלותא ודוק וצ"ע עיין בתשוב' מהרשד"ם סי' קכ"ה וקנ"ה:

סעיף ג

ואינו מוכר למשלחו כו' הוא ל' הרמב"ם וכ"כ הטור אבל אם המוכר אינו מתרצה למכרה למשלח כו' וכן משמע מפירש"י אבל ר"י כ' ודוקא שראוי לשליח יותר ממשלח כגון שהיתה בקע' אלמי' ומתייראי' משליח ולא ממשלח ונ"ל דגם דינו אמת וק"ל עיין בתשוב' ר"א ן' חיים סי' מ"ד:

סעיף ד

שזקפן עליו במלוה כו'. ויש עדים כן משמע דעת הרמב"ם והמחבר וכן משמע בה' המ' שזהו דעת הרמב"ם ולשון הרב מגומגם עיין בתשובת רשד"ם סי' קע"ה וקע"ז ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ק"ג וסי' קע"ד:

סעיף ה

י"א דקנה לעצמו וכ"פ מהרש"ל בב"ק פ"ט סי' ל"א בשינוי ואפשר דגם דעת הי"א מודים בזה וכמ"ש הסמ"ע וע"ש כי אין דבריו מוכרחים שם עיין בתשובת ר"מ אלשיך סס"י ובתשובת מבי"ט ח"א סי' ק"ח:

סעיף ו

ראובן שאמר לשמעון עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' ל"ג ובמהרשד"ם סי' קנ"ה:

סעיף ז

ואפי' אם נתרצה כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג שכ' קשה דלקמן ס"ס רס"ט שם מסיק דלכולי עלמא אם נתרצה מתחלה לקנות לשניהם זכה לשניהן וא"י לחזור בו ועוד דמפיק מור"ם

כו' עכ"ל והב"ח תירץ דכאן מיירי שלא עשו ביניהם מעמד גמור אלא דברים בעלמא שיקנו ביחד ולא אמר היאך יקנו ובכמה יקנו אבל לקמן איירי דעשו ביניהם מעמד גמור איך ומה אז אם נתרצו כו' או אם היה לראובן מעות כו' ע"ש עוד:

סעיף ח

נתן מעות לשלוחו כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קל"א דף קמ"ג ע"ג ובתשובת מהרי"ט ר"ס קי"ו ובתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' קי"ו קי"ז דף פ"ג וס"ג סי' ס"ד ס"ה ס"ו ובתשו' ן' לב ס"א דף ק"מ:

סעיף ט

הפסד הוא לשליח דוקא פחת יוקרא וזול' אבל אם אירע לו אונס והאונס לא בא מחמת השינוי שנגנב ונאבד ואין לו שום שכר להשליח מהמשלח פטור השליח תשובת מבי"ט סי' קע"ט וע"ש ופשוט הוא:

סעיף י

ואם הי' בהם ריוח כו'. ודעת בעל מתיבות ובעל העיטור דחולקים אפילו בדבר שאין לו קצבה כיון ששינה וכ"כ הנ"י פ' הגוזל בשם הרא"ה וכן נ"ל עיקר בש"ס ואע"ג דקי"ל כר' יודא דשנוי אינו קונה מ"מ כיון שבגרמת השליח ששינה הריוח חולקים אף שרבו הפוסקים הלא המה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורש"י ותוס' ושאר פוסקים שפסקו כהטור והמחבר אך מ"מ נ"ל דיכול המוחזק לומר קי"ל כבעל מתיבות ובה"ע והרא"ה וכ"כ מהר"ר יוסף ן' עזרא בתשו' ר"ש כהן ספר שני סי' קי"ו דף פ' ריש ע"ג דיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא וע"ש. עיין בתשו' מבי"ט בשאלות השניות סימן רכ"ו וח"ב סי' צ' וק"ג וקע"ט:

סעיף יא

הריוח לשניהם כו' כששלחו למחצית שכר דאל"כ הריוח של משלח לבדו לדעת הטור וסייעתו:

סעיף יב

מיהו אם אומר כו'. תימה שפסק כן בפשיטות דהא לדעת הרי"ף והרא"ש ובעל העיטור חולקים וכן נראה דעת הר"ן וגם בירושלמי אית' כסברת הרי"ף דהואיל ובא לשליח הנאה ע"י בע"ה חולקים עיין בתשובת רשד"ם סי' תנ"ח:

סעיף יג

הכל לשליח. דין זה אתיא אפילו להרי"ף וסייעתו שהבאתי לעיל אם גנב או גזל או הטעה מה טיבו של בעל הבית בזה וכ"כ ב"י וכן מוכרח דהרא"ש כתב כהרי"ף וסייעתו

וס"ל הכא דהכל לשליח ודלא כמ"ש בכ"מ ע' בתשוב' ר"מ אלשיך סי' א' ובתשו' מהרשד"ם סי' כ"ו וכ"ז:

סעיף יד

הכל של המשלח כו' מור"ם הלך בדרך המרדכי שכתב דין זה כאן. מיהו נ"ל דגם בס"ו בדבר שיש לו קצבה חולקים אם לא ידע בטעות קודם שנתנו למשלח הכל למשלח דלא זכה השליח שלא מדעת ואם המשלח טוען שמא לא ידע והשליח טוען ברי שידע אוקי ממונ' בחזקת משלח כנ"ל (ג"ז כתב בימי חורפו):

סעיף טו

ומי שהי' עושה סחורה כו'. עיין בד"מ שכ' דגם ר"י והרא"ש מודים כאן כיון דעסקי תרוייהו ודבריו צ"ע וע' במרדכי ובתשו' מיי' מי ששולח סחורה לחבירו ממקום אחר והיו מחוייבים במכס והשליח בערמותו ובחכמתו הבריח מהמכס אין זה מבריח ארי כו' כיון דהפסד המכס הי' ברור וצריך לשלם להשליח שכר ההנאה שההנהו וכמה חלוקים וספיקות בדין זה תמצא בתשובת רא"ן ששון סי' ר"א ע"ש:

סעיף טז

ראובן שלח כו'. עיין בתשובת רשד"ם סי' קפ"ד:

סעיף יז

דהוי של משלח כו'. וה"ה בראובן ששלח עם משכנות שלו להלוות לו עליהם ברבית מעכו"ם כפי שיוכל להמציא מהם והשליח אומר שהמציא בסך כך וכך וראובן נודע לו אח"כ שלוה בפחות מסך שאמר אין לראובן ליתן כ"א מה שנותן השליח לעכו"ם כ"כ בתשובת דברי ריבות סי' של"א והאריך בזה ע"ש והוא פשוט בעיני ונכון:

סימן קפד

סעיף א

אם פירש בהדיא שקנה כו'. עיין בב"ח שכ' באם שהיו מעות של כ"א צרורים לבדם אף שפי' שקונה לכולם לא קנה אף לדע' זו עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב ס"ז:

סעיף ב

ואמר לשמעון לעצמי קניתיה כו' ע"ל סי' ס"ט ועיין בש"ג פ' הגוזל קמא ובבה"ת שער צ"א:

סעיף ג
לא יוכל לחזור בו. והב"ח הגיה ל' מור"ם וכלל כוונת מור"ם כמ"ש בסמ"ע בשם הגהמ"ר:

סימן קפה

סעיף א
הסרסור שליח כו'. אמרינן בפ' המקבל דף ס"ג ע"ב מי שאמר הולך גט זה לאשתי ואשתו אומרת תהא שלוחי לקבלה הוי ספיקא אי יכול להיות שליח כיון שלא חזר והודיע למשלח הראשון כך פסקו כל הפוסקים וכמו שנתבאר בא"ע סי' קמ"א ואע"ג דלענין ממונא לא נ"מ בהא גבי הולך לפלוני דבמלוה ופקדון הוי כזכי אפי' בלא קבלת הלוה או שלוחו ובמתנה לא הוי כזכי אפי' עשאו המקבל שליח לקבל וכמו שנתבאר סי' קכ"ה מ"מ נ"מ במי שנתן לפלוני דבר למוכרו וא"ל אדם א' תהי' שלוחי לקנותו ממנו אי מהני קנין השליח וא"כ הוי ספיקא דדינא והמע"ה ועיין ר"ס קפ"ה בטור תשובת הרא"ש ובב"י שם (עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ו וצ"ע ובתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ט דף ע"ב):

סעיף ב
מי ששלח שליח כו' הב"י כ' לקמן סי' ש"ג ע"ז דיש להתיישב בדבר וגם מור"ם כ' שם בהג"ה בל' י"א ע"ש:

סעיף ג
אין שליח יכול לקנות כו' עיין בתשובות מהרי"ט סי' צ"ג ובתשובת ן' לב ספר א' דף ק"ס (הג"ה וע' בתשובת הגאונים סי' שפ"ד דמשמע שם שפסק דיכול להחזיק לעצמו):

סעיף ד
נתן חפץ כו' עיין בתשו' מהרשד"ם סי' שכ"ה:

סעיף ה
זכה במותר והוי נמי שומר שכר:

סעיף ו
נשבע הסרסור ש"ד הראב"ד השיג ע"ז וכ' שאין כאן ש"ד שהמשלח אינו תובעו אלא דמי חפצו וא"י שנמכר אלא מפי הסרסור ואינו טוען לא במדה ולא בשום דבר מסוים והב"י כ' ע"ז ונ"ל טעם הרמב"ם כיון שאינו מכחיש את הסרסור לו' שאינו נמכר אלא שאומר שא"ל בק' ה"ל סרסור מ"מ ואין דבריו מוכרעין דעכ"פ עיקר תביעתו על חפצו

ולעד"נ שאין דברי הרמב"ם אמורי' אלא כשראובן טוען במאה אמרתי לך למכרו וכן מכרת נמצא שיש לו בידו מאה והסרסור או' בחמשים אמרת לי וכן מכרתי אז נשבע הסרסור ש"ד אבל אם טוען במאה אמרתי למכרו ואתה מכרת בחמשים נמצא שעיקר תביעתו על חפצו בהא ודאי שפיר קאמר הראב"ד:

סעיף ז

ואם ידע הלוקח כ' הב"י למה צריך שידע שחפץ זה של ראובן כשיודע שאינו של סרסור סגי וי"ל דאי לא"ה לא יחזור שיאמר שמא אין בעל החפץ לפני כדי שאחרים עליו ולפי דרכו לא הוצרך לזה דאם לא ידע שהוא שלו יאמר לו לאו בע"ד דידי את ולא יחזור החפץ כלל אבל ק' אכתי ל"ל שידע בשעת מכיר' שהחפץ זה של ראובן כשיודע בשעת המכיר' שאינו של הסרסור ולאח"כ יודע שהוא של ראובן סגי והל' ואם ידע הלוקח כו' משמע דבשעת מכירה ידע לכך נ"ל דס"ל להרמב"ם דצריך דוקא לידע בשעת המכירה שהחפץ של ראובן וכן משמע מל' הרמב"ם פ"ב משלוחין והביאו הטור סי' קפ"ב ס"ו ובש"ע ס"ב ודוקא שהודיעו שהוא של פלוני כו' אבל אם לא הודיעו שהוא שליח של פלוני כו' וטעמא דמילתא כיון שהוא מכיר המשלח צריך להחזי' דהי' לו לחוש שהמשלח יקפיד אבל אם אינו מכיר המשלח אע"פ שהוא מודיע שהוא שליח י"ל סבור הייתי כיון שאתה אינך מפרש מי הוא המשלח בודאי אין קפידא בכך שלא יקפיד המשלח ויקיים מעשיך וכן משמע ל' הרא"ש פ' ג"פ דהעיקר הוא שצריך להודיעו שהוא שלוחו של פלוני דוקא וכן משמע ל' הר"ן פ' האיש מקדש ול' המרדכי שם ול' תשובת הרשב"א סי' קפ"ב ודוק:

סעיף ח

יחזיר החפץ כו' והא דפסק בסי' קפ"ב ס"ד דהמע"ה לק"מ דהכא שהחפץ מבורר בעין שהוא של משלח והלוקח ידע צריך להחזיר משא"כ לעיל דהמשלח הוא לוקח והוא רוצה להוציא מעות מיד המוכר אמרינן המע"ה ודלא כמו שדחק עצמו בסמ"ע ס"ק י"ב (הגה וע"ל סי' קפ"ב ס"ד מ"ש מח"ז ס"ק ד' לישב בע"א ודוק) (מס"ק ו' ע"כ מצאתי בתוך כתביו שכ' בימי חורפו) ועיין בב"ח שחולק בע"א ומחמת זה פסק כהרמב"ם ע"ש ואין הכרעתו נ"ל ע"ש שדבריו דחוקים עיין בתשובת רשד"ם סי' ע"ז וק"י ור"ד ובתשובת ן' לב ספר א' כלל י"ג סי' ע"ט וס"ב סי' ע':

סעיף ט

אפי' מודה כו'. עיין לעיל סי' צ"ט סס"א בהג"ה:

סעיף י
אבל אם אמר כו'. וכ"כ הב"ח ע"ש שכ' אפשר דגם הרמב"ם מודה בזה ע' בתשו' רשד"ם ס"ס תכ"ט:

סעיף יא
ויפרע שוויה כו'. ע"ל סי' ע"ב ס"ל מ"ש בשם הב"ח ויש נ"מ לסרסור ע"ש:

סעיף יב
פשיעותא הוא כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"א עד ונראה דהשמטת הסופר הוא כו' ולפעד"נ בכוון השמיטו המחבר דהר"ן בנ"י מגמגם בזה וגם לדידן נראה דליתא להאי דינא וכמ"ש לעיל סי' קכ"א ס"ק ס"א ע"ש:

סעיף יג
על מנת שיתפייס. מהרש"ל ביש"ש סי' ל"ט כ' דכל שדכנות סתמא כאלו התנה ע"מ שיתפייס לקנין שעושין הקנס ומ"מ אם עבר א' מהצדדים והשני א"י להוציא הקנס וההזיקות שלו חייב השדכן להחזיר לו חלקו משדכנו' ע"ש עוד:

סימן קפו

סעיף א
הלוקח כלים מבית האומן כו' ע' בתשו' ן' לב ס"ג סי' פ"א:

סעיף ב
ואם קצב לו דמים כו'. עיין בתשו' רשד"ם סי' רי"ט:

סימן קפז

סעיף א
הרי זה נשבע שבועת השומרין. ע"ל סי' רל"ד וש"ה:

סעיף ב
וכן הדין בטענת שומרין. ע"ל סימן רצ"ד ובתשובת מבי"ט ח"ב סי' קמ"ז וקנ"ד:

סעיף ג
ונרקבו מחמת גשמים. עיין בספר אגודת אזוב ד' צ"ג ע"ד:

סימן קפח

סעיף א

אין העכו"ם כו' עיין בתשוב' מבי"ט ח"ב סימן קמ"ה:

סעיף ב

בטל השליחות מכל וכל. פי' אפילו אם הצליח רוצה להשלים חסרונו:

סימן קצ

סעיף א

בכסף כיצד כו' בש"ס פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ו ע"א) מבואר דכי היכי דאמרינן (בא"ע סי' כ"ח) דהמקדש במלוה אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה ה"ה הקונה במלוה אינו קנין מהאי טעמא וכ"כ הבעל העיטור באות אגב דף ז' ע"ד וכ"כ הריטב"א בקידושין וכתב שכן אמרו בירושלמי ר' חייא בשם ר' יוחנן קדושי מלוה בקרקעות לא קנה ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע וע"ש וכ"כ הרא"ש פ"ק דקידושין ועיין בפרק שנים אוחזין בתוס' דף ט"ז ע"א ד"ה האי שטרא ובחדושי מהר"ש אידלש שם ודו"ק. מעשה בא לפני בראובן שקנה קרקע משמעון ולא החזיק בה רק שנתן לו ממרנ"י שיש לו על לוי בדמי הקרקע ויש שהיו רוצים לומר כיון דשטרות אין גופן ממון ואין בהם דין אונאה ושומרין ושאר דברים אין המקח נקנה בהם ופסקתי דנקנה המקח בנתינת ממרנ"י זו ואינו יכול לחזור בו וראיה ממאי דגרסינן בפ' האיש מקדש (סוף קידושין דף מ"ז) התקדשי לי בשט"ח ר' מאיר אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת וקאמר התם דפליגי בדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול ואי בעית אימא דכ"ע אית להו דשמואל והכא באשה קמפלגי מר סבר אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שביק ליה לדידי ומחל ליה לאחריני ומר סבר אשה לא סמכה דעתה ע"כ הרי דאפי' אשה מתקדשת בממרנ"י כזו דע"כ לא פליגי אלא דלא סמכה דעתה וסברה דלמא מחיל וע"כ נהי דקי"ל דבקדשה בשט"ח דאחרים הוי ספק קידושין וכמו שנתב' אבל היכא דלא שייך האי טעמא מקודשת בודאי וא"כ בממרנו' שאינו יכול למחול דנכת' לכתחלה לשם מוציא זה וכמו שנתבאר לעיל סי' ס"ו סעיף א' א"כ מקודשת בודאי וא"כ פשיטא דה"ה במכר קנה וכדאיתא פ"ק דקדושין דהיכא דבמכר לא קנה באשה אינה מקודשת ואע"ג דשטרות אמעטי מקראי משבוע' ואונאה ושאר דברים מטעם דאין גופן ממון והאי טעמא שייך נמי בממרנו' מ"מ לענין קדושין ומקח וממכר לא שייך ה"ט אלא תליא בכיון דאית לי' הנא' גמרו ומשעבדי נפשייהו מיהו אם היה נותן לו שט"ח

על לוי בדמי הקרקע באופן שיכול לחזור ולמחלו לא היה נקנה לו הקרקע כלל ואע"ג דבקידושין הוי קידושי ספק בכה"ג במקח לא נקנה וליכא ספיקא וכדמשמע לישנא דש"ס והכא באשה קמפלגי וכן פרש"י התם להדיא וז"ל והכא באשה קמפלגי כלו' אם היה מקנהו קרקע בדמי שטר זה ודאי לא קנה המלוה את הקרקע דלא סמכה דעתיה דבעל הקרקע אבל באשה סבר ר"מ דסמכה דעתה דכיון דאיתתיה אנא לא שביק דידי ומחיל לאחריני ע"כ וליכא למימר דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי אבל לדידן סמכא דעתיה דאמר מסתמא לא מחיל דאי מחיל יתחייב לשלם מדינא דגרמי דהא קאי התם אליבא דר"מ ור"מ הוא דדאין דינא דגרמי בהגוזל קמא (ד' ק') ועוד דהא הר"ן נמי כ' בפ' האיש מקדש ובמלוה בשטר אע"פ שהקנהו לו בכתיבה ומסירה אינה מקודשת דכיון דיכול למחול לא סמכא דעתה ובמכר לא קנה עכ"ל והא דבקידושין הוי קידושי ספק היינו משום שמא קי"ל כאידך אב"א בש"ס התם דפליגי בדרבי ורבנן או בדרב פפא וכ"ע אית להו דשמואל ואשה סמכה דעתא אבל באינש אחרינא כ"ע מודו וכדמשמע בש"ס ורש"י דאשה שאני מיהו כ"ז בקרקע אבל במטלטלי לא שייך האי דינא דסמכא דעתי' מ"מ לא עדיף השט"ח ממעות עצמו דאין מטלטלין נקנין במעות אלא במשיכה ולכך כ' רש"י קרקע דוקא וכל זה ברור:

סעיף ב

והוא שאותו פלוני כו' ע"ל סי' קפ"ב ס"ב בהג"ה:

סעיף ג

ראובן שהיה חייב כו'. עיין בתשובת ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' כ"ד וס"ג סי' כ':

סעיף ד

בד"א עיין בתשו' מהר' בצלאל סי' י"ח ובתשו' ן' לב ספר א' כלל י"ג סי' פ' ובתשובת מהרא"ן ששון סימן ר"ו ובתשובות רשד"ם סי' רמ"ז:

סעיף ה

וכל הרוצה משניהם לחזור כו' עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' קי"ז:

סעיף ו

לא קנה הלוקח עיין בסמ"ע סקי"א שהאריך והניח בצ"ע גם הב"ח הניחו בצ"ע ועיין בספרי הארכתי בזה:

סעיף ז

וחזר בו הלוקח כו' ע' לקמן סי' רכ"ז ס"ד בהגה ובטור שם (וע' בס' ח"א דף צ"ד ע"ד):

סעיף ח
מכר שדהו כו' עיין ר"א ן' חיים סי' קט"ז:

סעיף ט
יש מי שאומר דעייל כו' עיין בתשוב' ר"מ אלשיך סי' ט':

סעיף י
נקנה המקח ומחזיר לו העשרה כו' אע"פ שהקנין ההוא לא היה אלא בכסף כן מוכח ממקור דין זה בפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ז א"א) גבי ושוין במכר שזה קנה ע"ש בש"ס:

סימן קצא

סעיף א
או על החרס כו' עיין בתשובות רשד"ם סי' רס"ה:

סעיף ב
שטרי קנין הם עיין בתשובות ר"ש כהן ששייכים לס"ב סי' כ"ד:

סעיף ג
קנה קרקע כו' עיין בתשובת מהרי"ט סי' קנ"ב ובתשוב' ר"א ן' חיים סי' ס"א:

סעיף ד
או במעות אחר ל' יום כו' עיין בסמ"ע סק"ט עד ואדרבא משמע כו' בשם התו' כו' וכן הוא בתו' יבמות דף צ"ג וכתובות דף פ"ב וקדושין דף ס"ג דבמעות קונה אפי' לא אמר מעכשיו ע"ש ויש ליישב בדוחק ולו' דמ"ש נאבדו המעות ר"ל שנאבדו בענין שא"י לחזור ולהתפרע כו' וכן הוא בר"ן בקידושין פ' האומר ובהג"א ס"פ האשה שנפלו וכן במרדכי פרק האומר וכן מחלק רמ"א גופא בא"ע ר"ס מ' והוא מה' בשם הרמב"ן והרשב"א ומהר"ן ומביאם ב"י שם:

סעיף ה
וה"ה לקנין חזקה כו' וה"ה לקנין חליפין כן הוא בתוס' פרק האשה רבה וקדושין פ' האומר ור"ן ואשר"י ספ"ה דנדרים וטור ומחבר לקמן סי' קצ"ה ודלא כמרדכי פ' האומר שכתב דחליפין הוי כקנין כסף וא"צ מעכשיו וע"ל ס"ס קצ"ז:

סימן קצב

סעיף א
בחזקה כיצד כו' דיני קניות החזקות עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קל"ז וקמ"ז וקמ"ח:

סעיף ב
נעל כיצד כו' עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' מ"ז:

סעיף ג
המוכר שדה לחבירו. עיין בתשו' רשד"ם סי' שע"ו:

סעיף ד
וי"ח ע"ל סימן ער"ה ס"ב:

סעיף ה
חזקה לחודה כו' ע"ל סימן ער"ה הוא עיין תשו' ן' לב ס' א' כלל י"ג סימן פ':

סעיף ו
הכל לפי תנאו כו' ע"ל סימן קצ"ד ס"א בהג"ה:

סימן קצג

סעיף א
כגון ענבים כו' וי"ח כו' בסמ"ע האריך בכאן והקשה דלקמן סי' ש"א ס"ה סתם המחבר וכתב המוסר לחבירו לשמור דבר המחובר לקרקע דינו כקרקע אפי' העומדת ליבצר ע"כ ולא חילק בין צריכין לקרקע או לא כמו שחילק וכתב בסי' צ"ה וכאן וצ"ל דסתם ענבים העומדת ליבצר הנזכרת בלשון הרמב"ם והמחבר מיירי שצריכין עדיין קצת לקרקע והויין כקרקע לענין שומרין ובסי' צ"ה מיירי נמי לענין שומרין ומה שסיים שם דהרי הן כקרקע לכל דבר האי לכל דבר ל"ד קאמר דהא לענין קניי' ואונא' כתב כאן דה"ל כמטלטלין אלא ר"ל לכל ענין שמירה כגון לענין שבועות השומרין ולענין מודה מקצת עכ"ל ואין דבריו נכונים במ"ש דהרמב"ם והמחבר מיירי שצריכין לקרקע קצת וגם מ"ש האי לכל דבר ל"ד ליתא דאדרבא דוקא וכאן באין צריך לקרקע הם כמטלטלין ושם מיירי בצריך לקרקע וקאמר דהרי הן כקרקע לכל דבר אף לענין קנין ואונא' גם מ"ש דבסי' צ"ה מיירי ג"כ בשומרין ליתא דהתם מיירי מכפירה והודאה אלא הדבר פשוט דמעיקרא לא קשה מידי דברי הרמב"ם והמחבר אהדדי דקאי בשיט' ר"י הלוי וכמ"ש לקמן סי' צ"ה הלכך בסי' ש"א כיון דלשמירה יהיב ניהלייהו אף באין צריכין לקרקע הרי הן כקרקע

ולכך כאן ובסי' צ"ה דלאו לשמירה יהבי ניהלייהו הרי הן כמטלטלין כשאין צריכין לקרקע וזה נראה ברור בדעת הרמב"ם והמחבר ודלא כהסמ"ע ועוד יש להשיב על שאר דברי הסמ"ע ואין להאריך כיון דכבר העליתי לעיל סי' צ"ה ס"ב דהעיקר כהטור והוא דעת הר"ב שהביא היש חולקין ומה שלא הגיה הר"ב לעיל סי' צ"ה כן נראה דהתם דס"ס צריך לישבע מדרבנן לא ירד הר"ב לחלק בכך משא"כ הכא שאין לקנות במטלטלים כלל. גם מ"ש הב"ח ס"ס זה וז"ל קשה דמל' רבינו בכאן משמע דאין לחלק כלל אלא בכל דוכתא דיינינ' להו כקרקע ולעיל בסי' קט"ו ולקמן סי' שצ"ד וסי' רנ"ז פסק דבפירות גמורים דאין צריכין לקרקע אין דינן כקרקע ובסי' ש"א גבי שבועת שומרין פסק איפכא דדינן כקרקע וצ"ע עכ"ל ולק"מ בזה דהא לא כ' הטור רק דנראה דכמחובר לענין קנייה ואונאה דהא לענין השבועה חשבי לה רבנן כמחובר כו' ולעיל סימן קט"ו לענין ב"ח שאני דלא סמיך דעתיה עליה כיון דיכול הלוקח לתולשן וכמ"ש בסי' קט"ו ס"ק י"ח ובסי' צ"ה וכן בסי' קצ"ד גבי אכל' פירות גמורים שאני אי מטעם דהשתא תלושים נינהו אי מטעם דלענין שומא אגב ארעא שאני וכמ"ש שם בסי' צ"ה וכן בסימן רנ"ז שאני דלא היה דעת הנותן ע"ז אבל בסי' ש"א לענין שבועה הוא וא"כ קנין ואונאה דמי לשבועה וכמ"ש לעיל סי' צ"ה וכן עיקר (עיין בתשובת רשד"ם סימן שע"ו):

סימן קצד

סעיף א

העכו"ם אינו קונה בחזקה. עיין בסמ"ע ס"ק א' ונראה מדבריו דישראל מעכו"ם לכ"ע קונה מטלטלים בדמים וכ"נ להדיא מדבריו בס"ס זה ע"ש וזה אינו כדמוכח להדיא ברפ"ב דבכורות דבין ישראל מהעכו"ם ובין עכו"ם מישראל חד דינא אית להו וכן משמע בהמ"מ שם דגם להרמב"ן ושאר גאונים חד דינא אית להו וכ"פ הרא"ש להדי' בבכורו' שם דבין ישראל מעכו"ם ובין עכו"ם מישראל אינו קונ' רק במשיכה וכן משמע בדברי שאר כל הפוסקים וכן מבואר בדברי האחרונים וכמ"ש בספרי שפתי כהן בי"ד סי' ש"ך ס"ק ח' ע"ש ע' בתשוב' מהרשד"ם סי' קע"א:

סעיף ב

בכסף לחוד קנה וכו' והב"ח פסק דלא מהני ע"ש:

סעיף ג

מאחר שעכו"ם אינו קונה כו' ע"ל סי' ער"ד וער"ה סי"ב וע' בתשוב' מהרי"ט סי' צ"ה ובתשובת רשד"ם סי' רכ"ה באריכות וסי' רל"ב:

סעיף ד

אבל במטלטלין כו' ע' בסמ"ע ס"ק ט"ז עד ועכו"ם אי קונה מישראל כו' נר' מדבריו דכאן מיירי שנתן המעות לבד ולא משך ומחלק בין ישראל שקונה מעכו"ם ובין עכו"ם שקונה מישראל והא ודאי ליתא כמ"ש בס"ק א' גם א"א לפ' כאן בנתינ' מעות לבד דהא הרא"ש פסק בר"פ ב' דבכורו' דמשיכה בעכו"ם קונה ולא מעות ואע"ג דבפ"ק דבכורות כ' הרא"ש דטוב לחוש ג"כ לדברי רש"י מ"מ ודאי מידי ספיקא לא נפקא וכ"פ הטו' והר"ב גופייהו בי"ד סי' ש"ך דיעש' משיכ' עם המעו' משום דדילמא מעות אינן קונו' והיאך כתבו כאן בפשיטו' דקונ' עם נתינת המעות והא נ"מ שאם קודם שמשך החזיק אחר במטלטלי זכה אלא כאן ר"ל לאפוקי מ"ש בתחל' דבקרקע צריך שטר ולא מהני כסף קמ"ל דמטלטלי א"צ שטר וסגי בנתינת כסף בקנייני מטלטלי ע"פ הדין ואה"נ דלמ"ד דצריך משיכה לא מהני נתינת המעות בלא משיכה ודו"ק:

סימן קצה

סעיף א

בקנין כיצד כו' ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' ר"ו:

סעיף ב

וכן אם קבלו קנין כו' ע"ל סי' רמ"א ס"ב בהג"ה:

סעיף ג

בהמה מקרי כלי ע' בי"ד סי' קע"ז סל"ה:

סעיף ד

אבל שאר מטלטלים כו' וכתב הגמ"ר דב"מ (דף ק"ן ע"ד) דכל דבר הנעשה בידי אדם בכלל כלי והנעשה בידי שמים הוא פירי וכ"כ העיטור כו' עכ"ל סמ"ע (הג"ה צ"ע דנראה שזה דעת רש"י וא"כ ז"א לפמ"ש הרב בהג"ה בהמה מיקרי כלי ודוק):

סעיף ה

מטבע שנפסל ע"ל סי' ר"ג ס"ח בהג"ה:

סעיף ו

בענין שיהא יכול לנתק כל הכלי כן כתב הב"ח ודוקא לענין קנין סודר ע"מ להקנות מהני כשיכול לנתקו אצלו אבל לענין שיקנה כל הכלי לא מהני מה שיכול לנתקו אצלו ודלקמן סי' רס"ט ס"ה או אפשר דדוקא במציא' אבל במכירה דדעת אחרת מקנ' אותו מהני כשיוכל לנתקו אותו לקנות כל הכלי כשאחז במקצתו והראשון נ"ל עיקר:

סעיף ז
י"א שאין הקנין מועיל כו' ע' בתשו' רשד"ם סי' רע"ז ורפ"ח:

סעיף ח
אבל אם א"ל קנה ע"מ כו' בפרישה כתבתי הטעם דמעכשיו הוא שיור בקנין כו' עד ומן הדין ע"מ בלא תנאי מעכשיו נמי מהני אלא שתקנו לומר ג"כ מעכשיו לפרסם הדבר שמקנהי לו מיד וכ"כ ב"י עכ"ל סמ"ע ודבריהם תמוהים דהא האי ע"מ הקונה קאמר ליה וכן הוא בפוסקים ומוכח ל' ס"ס קצ"א דמעכשיו לחוד סגי וכן מוכח בטור כאן ודוק וע"מ דנקט הטור סירכא דלישנא הוא דכל סודר קני ע"מ להקנות הוא וגם דעת התוס' בקידושין כן לשמואל דקי"ל כותיה ע"ש ודוק וע' לקמן ס"ס קצ"ז ובתשובות הארכתי עיין בהרא"ש פ' מי שמת ובטור לקמן סי' ר"י (ע' בתשו' מהרי"ט סי' מ"ו):

סעיף ט
בשאר דרכי הקנייה כו'. ע' בסמ"ע סקי"ז עד ועיין בע"ש שכ' טעם אחר מלבו כו' ושלא כדת השיג עליו כי יפה כוון הע"ש והטעם שכתב הוא מדברי הרא"ש הביאו הב"י והן הן הדברים שכ' הטור והע"ש בר"ס קכ"ו דדוקא בדבר שאין הקנין נעשה בגוף הדבר יכול לחזור בו כ"ז שעסוקים באותו ענין לפי שדרך בני אדם לעשות כן פתאום אבל בדבר שנקנה בגוף הדבר כבר נתישבה דעתן דאל"כ לא הי' מניח לעשות הקנין בגוף הדבר וכן משמע ל' הגהות מיי' בשם ה"ר יונה שהביא ב"י ובלא זה אין טעם לחלק בין קנין סודר לשאר קנינים ודו"ק:

סעיף י
וי"א שאינם נקנים כו' וכן משמע בתוס' פ"ק דמציעא:

סעיף יא
ואם קנו כו' הוא פשוט בכל הפוסקים בכמה דוכתי:

סימן קצז

סעיף א
משכוכית היא הבהמה כו' פסק כרבי יעקב ולאפוקי מאן דמפרש אזוג ומהרש"ל ביש"ש פסק דהכל תלי במנהג:

סעיף ב
וה"ה לאומר לו כו' ע"ל סי' רס"ו:

סעיף ג
ומשך לא קנה ה"ט דבעת שיחול הקנין כבר הדר' סודריה למאריה עכ"ל סמ"ע כלו' כלתה המשיכה:

סעיף ד
ואפי' היתה עומדת באגם פי' וכ"ש כשעומדת ברשות הלוקח או ברשות שניהם ומ"מ בעינן שיעמוד באגם ולא בר"ה כו' עכ"ל סמ"ע וזה אינו כדאיתא בפוסקים ולעיל ס"ס קצ"א וסי' קצ"ה סס"ה א"ו כמ"ש ה"ה דאגם ל"ד וה"ה לר"ה אלא אורחא דמלתא נקט ומה שתמה הב"י עליו לק"מ כדאי' בר"ן פ' הכותב ע"ש ודוק וכן הוא בר' ירוחם כמ"ש ה' המגיד ומה שתמה הב"י על ר"י לא דק ע"ש בר"י ודוק וע"ל סי' ר"י בסמ"ע ס"ק ב' ראיה לדברי:

סימן קצח

סעיף א
אלא בהגבהה ע"ל סי' קע"ו ס"א:

סעיף ב
וי"ח עיין בס' א"א דף צ"ד ע"ב שתמה הבל דכן דרכו של הר"ב לכתוב ויש חולקין אע"פ שהחולק הוא רק א':

סעיף ג
י"א שצריך להגביה כו' בתוס' פ"ק דב"מ דף ט' סוף ע"ב ובהגהות מרד' שם משמע דחשיב הגבהה כשהוגבה מחמתו דרך עליה אפי' לא תפסו בידו וכן דעת הרא"ש שם וכ"כ ר"י נ"י ח"א אבל בתוס' פ' הגוזל עצים (בבא קמא דף צ"ח ע"א) משמע דיש להסתפק בדבר וכ"כ בהגהות אשר"י שם וז"ל ר"י מסתפק אם דוקא אדייה אדוייה כשהשפיל אבל אם הוגבה קצת קנייה דה"ל כמו שקליה בידי' או דלמא אין חילוק מהר"י עכ"ל ומיהו בבעלי חיים כתבו גם התוס' בהגוזל דחשיב הגבה' כגון שהוגבהו העופות ע"י שטרף בקן ומיהו אם יורדים ע"י טריפת הקן לא חשיב הגבהה אלא ענייתם דוקא וע"ש ובמע"מ בב"ק כתב דלהרא"ש פשיטא ליה דלא קנייה כשהוגבה בפ"ק דב"מ וכן מסקי התוס' דב"ק ודב"מ עכ"ל המעיין בתו' והרא"ש שם יראה שאינו כן אלא כמ"ש עיין בישו"ש סוף חולין ודבריו צ"ע ועמש"ל סי' רס"ט ס"ה:

סעיף ד

יתמהמה המוכר כו' עיין בסמ"ע ס"ק ז' עד וא"ת השתא ר"ל כשחוזר הלוקח יאמר המוכר כן דמסתמא ל"ח שיעשה המוכר תרתי לריעותא לחזור מהמקח ולאבד מעותיו ע"כ צ"ל דמיירי כשחוזר הלוקח דאז פטור המוכר מאונסי' אף דלא א"ל טול מעותיך דאם א"ל טול אף מגנבה ואבידה פטור וכמ"ש בס"ס זה ודוקא כשחזר המוכר כ' שם דחייב באונסים ודוק עכ"ל הסמ"ע הישני' בסוף הספר בלוח הטעיות:

סעיף ה

לפיכך אם הי' ביתו של לוקח כו' עיין בסמ"ע סק"ט עד ולפ"ז ק' על המחבר דלא ה"ל לכתוב האי דינא דסיפא בל' וכן השוכר המקום כו' כיון דלאו חד טעמא לרישא וסיפא וכו' עכ"ל אין זה קושיא דה"ק וכן בכה"ג מצינו שאע"פ שלא משך קנה וגם ברמב"ם מוכרח לומר כן דודאי אין כוונתו ברישא כמו שרצה המ"מ לפ' משום חצרו דא"כ ל"ל בש"ס לטעמא דאי נפלה דליקה איהו טרח ומציל תיפוק ליה דחצרו קונה ליה ועוד דא"כ ל"ל נתן מעות אפי' בלא דמים נמי וגם הרמב"ם גופיה כתב ברישא שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן הדמים נקנה המקח ועוד דכיון שהמוכר שכר המקום הרי הוא כחצרו של מוכר דהא חצרו של שוכר זוכה לשוכר אע"פ שעיק' המקום של משכיר וכן משמע מסמ"ג עשין פ"ב דף קנ"ז ע"א וז"ל לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש שם החפץ הנמכר מושכר למוכר לא תקנו חכמים משיכה שהרי ברשות הלוקח הוא ואם תפול דליקה טורח ומציל ומשנתן הדמים נקנה המקח וכן השוכר את המקום שאותן המטלטלין הנמכרים מונחים בו קנה כמו ששנינו בפ' הספינה עכ"ל הרי דברישא כתב הטעם משום טרח ומציל ובסיפא כתב הטעם משום שכר המקו' כמו ששנינו בפ' הספינה ובפ' הספינה שנינו להדיא דקנה ומטעם ששכר את מקומו דהוי כרשותו ע"ש וגם המ"מ גופיה חזר בו אח"כ וכ' שלא נתבאר ברמב"ם בפירוש כן ע"ש. עוד שם עד אבל להרא"ש והטור א"צ שיהא משומר אלא לדעת המוכר כו' לא ידענא מאי קשיא ליה בזה דהמחבר ס"ל בהא כהרמב"ם וכדלקמן ר"ס ר' וטפי ה"ל להקשות דלטעם כיון שהוא דר בבית ודאי יציל הפירות אין צריך שיהא משומר כלל אפילו לדעת המוכר לכ"ע כיון דלאו מטעם חצרו אתינן עלה אלא מטעם דטרח ומציל ואולי כוונתו כן ומ"ש אבל להרא"ש והטור כו' מילתא באפי נפשיה היא ודוק עיין בתיו"ט פ' הזהב:

סעיף ו

וכן השוכר המקום כו' וכן השואל את המקום קנה המטלטלים שבו עמש"ל ר"ס ר"ב וכ' הריטב"א רפ"ק דמציעא גבי כי זכה רחמנא להלוכי בה ולנקוטי פאה למהוי חצרו

לא זכה לו דמכאן נראה דחצר דאין לאדם בו רק דריסת הרגל ללכת בו לבית שיש לו במקום אחר שאינה בחצרו לקנות לו ומי שהשאיל לחבירו חצרו לכך דלאו כחצר שאול' היא לקנות לו דאין חצר שאולה קונה לו אלא כשהיא שאולה לו להשתמש בו ובללכת בה לחוד אין לו בה אלא הליכה לבד עכ"ל ונרא' דהוא הדין בשכירו' דינא הכי (עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' י'):

סעיף ז

קנה המטלטלים שבו והיינו דוקא כשהשכיר לו החצר מתחלה ואח"כ הקנה לו המטלטלים אבל שניהם כא' לא וכמש"ל ר"ס ר"ב ע"ש:

סעיף ח

חצר המשתמר לדעת השוכר כו' ולדעת הי"ח לקמן ר"ס ר' ה"נ אם שמור לדעת המוכר סגי וכן משמע להדיא בב"י כאן והוא פשוט ועל כן ק' על הרב שסתם כאן כהמחבר ולקמן סי' ר' הכריע כהיש חולקין וצ"ע:

סעיף ט

המטלטלים במקום כו'. והב"י כ' ריש סי' זה שאין נראה כן מדברי הפוסקים וכן בדין דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים ועוד הוסיף בב"ח לכתוב כן וכן נ"ל עיקר וכן משמע מדברי הרמב"ם שהעתיק המחבר:

סעיף י

וכן אם התנו בהדיא כו'. דין זה לא נהירא לי דמה שלמד הב"י כן מלעיל סי' ק"ץ סעיף ח' ל"ד כלל דהתם מדינא כסף או שטר קונה אלא שבמקום שכותבים שטר לאסמכה דעתיה והיכח דסמיך סמיך משא"כ הכא כיון דתיקנו חכמים דמעות אינם קונות לא פלוג וראיה ממאי דק"ל כר' יודא בכתובות פ' אע"פ (כתובות דף נ"ו) דאף בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתקנו חכמים תנאו בטל דחכמי' עשו חיזוק לדבריה' יותר משל תורה וגם מוכח דאפי' ר"מ מודה כאן דע"כ לא יכול להתנות בדבר של ממון אלא היכא דשייך ענין מחילה וכה"ג דהוי כמוחל לו אבל פשיטא שא"י להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין וכה"ג כתבו התו' שם וז"ל והא דתנן ביש נוחלין האומר פלוני יירש במקו' שיש בת בתו תירש במקו' שיש בן לא אמר כלום שהתנ' ע"מ שכתוב בתורה התם ה"ט דאינו יכול לומר פלוני יירש והוא אינו יורש כו' וע"ש ודוק ותשכח דבנדון זה לכ"ע לא מהני תנא' והיינו שכתבו כל הפוסקי' סתמא דמעות אינן קונות ולא חלקו בכך שוב מצאתי בהריטב"א להדיא כדברי בפ"ק דקידושין שכ' שם אמתניתין דבהמה גסה ניקנית במסירה וז"ל דף ל"ב ע"ב והוי יודע שכל מקום שאמרו חכמים שאין קונין מן הקניני'

אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאלו אמר שיקנה באמירה בעלמא ולא אמרו בש"ס ואיפריש פריש אלא בכסף בקרקעו' שדינו לקנות אלא דבמקו' שכותבין את השטר לא סמכא דעתיה ולפיכך אם פי' שיקנה בכסף וסמכה דעתיה בהכי קונ' כדינו אבל כשאמר כו' וע"ש:

סעיף יא

אפי' מאונסין. ע"ל סי' ק"ך ס"ב ובהגה"ה (ובתשובת ר"מ אלשיך סי' י'):

סימן קצט

סעיף א

אם נתן אחד דמים להקדש כו'. וה"ה איפכא באם נתן גבאי דמים לאחר לצורך הקדש אין הגבאי יכול לחזור דהא בהדיוט קאי במי שפרע ולא תיקשי מהא דהזהב לספק סלתות כו' כמו שתירץ הר"ן פ"ק דקידושין ע"ש ודלא כהרמב"ם והראב"ד ודוק ע"ש:

סעיף ב

יכול לחזור בו אבל מי שמשך חפץ של הקדש והוזל א"י לחזור דלא יהא כח הדיוט כו' ואי הוקר אינו קונה במשיכה אלא בכסף דרשות הגבוה אינו נקנה אלא בכסף ש"ס דקידושין:

סימן ר

סעיף א

וכן נראה להורות כו'. ונראה שטעם הרב שנמשך אחר מ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא וז"ל ורב אלפס ז"ל לא הביא דברי רב פפא ומתוך דבריו משמע שאין מחלק בין מציאה למתנה וסבר כשנוי קמא דמטלטלים אג"ק הקנה להם ויותר נראה כאשר כתבתי דרב פפא בתרא' הוא וגם רב אשי מתקן דבריו מה שהקשה לו רב שימי מגט למתנה עכ"ל אבל לפע"ד נראה עיקר כהרי"ף ורמב"ם דהכי מוכח כול' סוגיא דסתם ש"ס פ"ק דקידושין (דף כ"ז) דבעי למפשט התם מעובדא דר"ג דבעי' צבורי' במטלטלי אג"ק ודחי דילמא התם כי היכא דלא ליטרחינהו ובתר ה"ק נמי אבעיא להו שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו ת"ש עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ש"מ והובא כל זה בהרי"ף והרא"ש פ"ק דקידושין ובשאר הפוסקים אלמא דלא ס"ל לסתם ש"ס כשנויא דרב פפא דאל"כ היכא פשוט מהתם דילמא התם לאומדין אג"ק הוי אלא מטעם חצירו וכשנוי' דרב פפא (הגה ועוד קשה לפע"ד דאם איתא לדרב פפא ל"ל לר"ג לאגב

תיפוק ליה דבלא"ה קנה מטעם חצרו) הגם שאפשר לדחוק ולייישב מ"מ נלפע"ד עיקר מכח הסוגיא זו דליתי' לשנויי דרב פפא ואין להאריך (ומ"ש הרא"ש וגם ר"א מתרץ דבריו יתבאר לקמן) כ"כ ה"ה פ"ד מה' זכיה וז"ל ויש פוסקים כרב פפא והרמב"ן ז"ל כתב מתוך דברי הרי"ף ז"ל נראה שהוא משוה מתנה למציאה וכן מוכחת הסוגיא שבספ"ק דקידושין וזהו דעת המחבר ז"ל עכ"ל ומביאו ב"י לקמן סי' רמ"ג סעיף כ"ה וכ"כ הריטב"א פ"ק דמציעא וז"ל ואיכא מאן דפסק כרב פפא דבתרא הוא וסוגיין הכא כוותיה וכן דעת הרב ר"י בר ראובן ברצלוני ומיהו מדברי הרי"ף נראה דלא ס"ל הכי אלא אף במתנה בעי עומד בצד שדהו כמו במציאה והפקר דאע"ג דשני לן משום דעת אחרת מקנה לענין רץ אחריהם לא שני לן בהא והכי ודאי מסתברא דהא בקידושין בפ"ק נקיט כתירוצא קמא דהכא דהתם בעי לענין אגב מטלטלין במתנה ושדה במכר ופשיט ליה ממעשה דר' גמליאל וזקנים ומדפשיט ליה ש"ס מיניה אלמא דס"ל דמדין אגב ולא משום חצר דרב פפא וכיון דהכי הוא מסתברא דליתיה לדרב פפא עכ"ל וכן משמע עוד להדיא בדברי הריטב"א להדיא פ"ק דקידושין ע"ש בריטב"א סביב הש"ס בסוף דף ל"ד וכ"כ התוס' רי"ד פ"ק דקידושין דף כ"ז ע"א דכל זו השיטה אתיא דלא כרב פפא וכן דעת הסמ"ג דף קס"א ע"ד וכן נראה דעת ר"י נט"ו ח"ב וכן נראה דעת הר"ן שהביא ב"י לקמן ס"ס רמ"ג ומ"ש הרא"ש דרב אשי מתרץ דברי רב פפא אינה ראיה לפע"ד דאפי' יהיה כן דרב אשי ס"ל כרב פפא מ"מ כיון דמסתמא דש"ס פ"ק דקידושין לא ס"ל הכי לא קי"ל הכי ועוד שכבר כתב הב"י ס"ס רמ"ג בשם הר"ן דרב אשי לאו לפרוקי אליבא דרב פפא לחוד אתא אלא כי היכא דלא תיקשי לדידן גט דאפי' משתמרת בעינן עומדת בצד ביתה כו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א פ"ק דמציעא וברור הוא אך כיון שראיתי שגם בעל העיטור בריש אות קנין ס"ל כהר"י ברצולני וכהרא"ש ומביאו ב"י לעיל סי' קצ"ו מחו' ח' וכן דעת ראב"ן ריש מציעא ריש דף צ"ד וכ"כ בהגהות מרדכי פ"ק דמציעא ובהגהת מיי' פ"ג ופ"ה דה' מכירה איני כדאי להכריע והוי ספיקא דדינא אבל להורות לכתחלה וכמ"ש הרב ודאי לא נהירא שכבר בררתי שדעת רוב הפוסקים כהרי"ף והרמב"ם ושכן עיקר:

סעיף ב

מיהו אם המוכר כו' דברי הר"ב בזה תמוהין דהוציא כן ממ"ש הב"י בשם הגהות מרדכי פ"ק דמציעא ובהגה"מ שם עצמו מבואר בשם ר"י דלא כתב כן אלא לתירוצא קמא בש"ס דצריך חצר המשתמרת אף במכר ומתנה והלכך כיון שאין הפסק בין הפירות והן מעורבין ה"ל חצר שאינו משתמרת והוא דעת המחבר וסייעתו וא"כ להרב שפסק כר' פפא קנה אף במעורבין וכן מבואר להדיא בהגהות מרדכי שם וז"ל אם מקנה אדם

לחבירו פירות שהם בביתו ומשכיר לו מקומן ואין הפסק בין אותן פירות לפירות של בע"ה לא קנה ומיקרי חצר שאינו משתמרת ובמציא' לא קניא להחצר מיהו במתנה מסיק רב פפא דקני משום דדעת אחרת מקנה אותו שאני פי' ר"י עכ"ל וכ"כ בהגהות מיי' פ' ד' דה' מכירה וכן מוכח בתוס' פ"ק דמציעא סוף דף י"א ושלא כדברי הר"ב:

סעיף ג

דוקא בתוכו כו' ל' המ"מ עומד בצדו ובתוכו:

סעיף ד

ויש אומרים דארבע אמות כו' הרא"ש ורי"ו בב"י וד"מ ס"ס זה תמהו על הטור שלא כ' דרך קנין זה מאחר שהרא"ש כתב דקונה ואשתמטינהו שכתבו הטור ל' ס"ס רמ"ג ע"ש וגם על הר"ב קשה שכאן כ' דין זה בלי י"א ולקמן סימן רמ"ג סכ"ב כתב המחבר כך בפשיטות:

סעיף ה

דד' אמות של אדם קונין כו' וכתב ב"י שכ' הר"ן ותלמידי רשב"א וא"ת א"כ למה הוצרכו חכמים לתקן משיכה ומסירה בסימט' יקנה בד' אמות י"ל דלא אמרו ד"א אלא כשעומד ונתנו לו בתוך ד' אמותיו הא אם קדם כלי לא לפי שמקומו של כלי קנוי הוא לבעל הכלי ע"כ ונ"ל דוקא במתנה ומכר מחלק הר"ן ות"ר בכך אבל במציאה אין חילוק כדמוכח בש"ס פ"ק דמציעא דף י' סוף ע"א ומ"מ כ"ש הוא מתנה ממציאה גבי נתנו לו בתוך ד' אמותיו ודוק וכתב עוד ב"י שמדברי הרא"ש נראה שאין חילוק בין קדם הוא לכלי ולעולם קנה ומביאו הד"מ וכ' שגם מדברי ר' ירוחם נראה כן ומביאו הסמ"ע ס"ק ג' וכ' מדסתם הרב בהג"ה משמע דלא חילק ודוק עכ"ל ונראה לתרץ לדעתם הא דהוצרכו למשיכה בסימטא היינו חוץ לד' אמות כגון שמושכו בחבל א"נ דע"י משיכה הוי קנין דאורייתא וקנין ד' אמות אינו אלא מדרבנן:

סעיף ו

או אפילו בדיבור בעלמא קנאו. דאם היה בידו וא"ל זכה לפלוני זכה לו לפי שזכין לאדם וחצרו נמי זוכה לו עכ"ל רמב"ן בחדושיו וכ' ב"י נ"ל דלאו למימרא שצריך שיאמר לו זכה לפלוני אלא כיון שא"ל פירו' שברשותך תנם לפלוני וקבל עליו לתתם לו קנה הלוקח דה"ל כאו' זכה בהם לפלוני עכ"ל ולי נראה דוקא שיאמר זכה לפלוני דאל"כ לא הוי תן כזכי כיון שאינו מוסרם עתה לידו אלא היו מופקדים אצלו כבר כדלעיל סי' קכ"ה סעי' ו' וע"ש מ"ש בס"ק כ"ז ול"א וכן מוכח להדיא בחדושי הרמב"ן שם ובהרא"ש ספ"ק דגיטין ריש סי' י"ז ע"ש ודוק:

סעיף ז
אם הוא ברשות המוכר וה"ה אם נתן לו רשות להניחו שם הכלי קנה וכ"כ הטור בשם ר"י מג"ש ודלא כהרמ"ה כ"כ הב"ח ודבריו נכונים ודלא כמ"ש בב"ה ודוק ועיין בס' א"א דף צ"ד ע"ב:

סעיף ח
משיכה מהני ע"ל סי' ר"ב סט"ו:

סעיף ט
מה שבתוכו כו' ע"ל סי' קצ"ז ס"ו:

סעיף י
כפי מה שישמוהו כו' וקנה בא' מדרכי הקנאה:

סעיף יא
אא"כ מדדו וכ' הב"ח וכיון דפלוגתא דרבוותא היא היכא דקיימו זוזא תיקום:

סימן רא

סעיף א
רושם על המקח בב"ח פסק דדוקא בקנין מטלטלין איכ' קנין סיטומתא ותקיעת כף אבל לא בקרקעות ודקדק כן מל' הטור ע"ש וצ"ע לדינא גם לפי מ"ש הסמ"ע ס"ק ו' א"נ דכאן איירי מהמנהג לכאורה נראה דלא כהב"ח ודוק וז"ל מהרש"ל פ"ה דב"ק סי' ל"ו ומסתמא ה"ה לענין שכירות הבית וקנין הבית באתרא דנהגו לקנות במפתח קנה דאזלינן בתר מנהגא עכ"ל וע"ש ונראה דהיכא דנהגו גם בקרקעות להדיא אפשר דגם הב"ח מודה בזה והב"ח גילה לנו מנהגנו עכשיו וע' בתשו' רמ"א נראה כמ"ש ודוק וע' בס' בא"ש דף צ"ו ע"ב ע' בתשוב' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קנ"ג דף קע"א ובח"ב סי' ש"י:

סעיף ב
שנותן הלוקח. עיין בתשוב' מהר"מ מינץ סי' ה' דף י"ב ע"א ובתשו' מהרי"ט סי' קכ"ה וקכ"ו ובתשובת רשד"ם סי' ש"פ:

סעיף ג
שמוסרים לקונה כו' ע' בתשובת רמ"א סי' י"ט:

סימן רב

סעיף א

המקנה קרקע ומטלטלין כו'. ע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ג סי' ה' וע' בתשו' מהר"י לבית לוי סי' ל"ו תמה על ר"ש כהן ע"ש:

סעיף ב

וי"א דאפי' הקרקע בשכירות כו' וכן מוכח בש"ס פ"ק דמציע' (דף י"א ע"ב) ופ"ק דקדושין (דף כ"ז ע"א) ומוכח התם דקרקעות במכר ומטלטלי במתנה נלמד מקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה וא"כ דברי הר"ב שכ' דין זה בלשון ויש אומרים צ"ע דהא אדרבה דין זה פשוט יותר וכתב עוד ר' ירוחם שם וקרקע מושאל ומטלטלי' במתנה יש מי שכ' דלא קנה ומדברי התוס' נראה דקנה עכ"ל ומביאו ב"י וד"מ ולא ידעתי למה יגרע שאל' משכירות וכן מוכח להדיא מדברי התוס' פ"ק דמציעא דף י"א ע"ב ומדברי הרא"ש שם גבי עובדא דר"ג וזקני' דקרקע מושאל ומטלטלי' במתנה קנה כמו בשכירות ומביאם ב"י לעיל סי' קצ"ה ס"ס י"ב ע"ש:

סעיף ג

ויש אומרים דאפי' הן צבורין כו'. והיינו דוקא כשאין הקרקע משומר לדעתו דאל"כ הוי קונה בתורת חצר עכ"ל סמ"ע וזה אינו אלא מהר"ן והרב המגיד מוכח דאפי' בחצר המשתמר לא מהני צבורין וכן מוכח להדיא בהשגות הראב"ד ע"ש וכן משמע מסתימת דברי הטור ומור"ם והטעם נלפע"ד דאין חצרו קונה אלא כשהוא כבר חצרו משא"כ הכא דחצירו ומתנתו באים כא' ודוק וכן נ"ל עיקר:

סעיף ד

ואין צריך לסיים הקרקע כו' וכ"כ הרמב"ן פ' חז"ה דבני העיר שיש להם בי"ה או בית הקברות בשותפות יכול הוא להגבות אגבן מטלטלי' הא למה זה דומה לחצר שאין בה דין חלוק' כו' ולא בעינן מסוים כו' ע"ש:

סעיף ה

המקנה עבדי' ע' בסמ"ע ס"ק ט"ו וכל דבריו הם מדברי הרא"ש ריש ב"ק ונרא' שגם הרמב"ם מודה לו בזה ודו"ק:

סעיף ו
אפי' שיאמר לו קנה. ר"ל משא"כ בעומרי' בתוכו דקנה אפי' לא א"ל קנה אג"ק לדעת הרמב"ם ואפי' להחולקי' עליו מודים כשהחזיק בקרקע וגם נתן דמי העבד ומדין קנין קרקעות וכנ"ל עכ"ל סמ"ע ס"ק ט"ז וכ"כ בב"ח:

סעיף ז
הקנה בעל זרעים כו' ע' בתשובת ר"מ אלשיך סי' י':

סעיף ח
החזיק בעציץ כו' והב"ח כתב דאם משך בעציץ קנה אף הזרעים וע"ש טעמו וחלק על הר"ן ותוס' ודבריו תמוהין ואין בהם טעם וריח דמ"ש שהי' העציץ כבר שלו או שעכשיו קנהו כו' ע"ש:

סעיף ט
לא קנה הכלים אע"פ שהוא מוחזק בכלים לא מהני תפיסתו מספק כן כ' הרא"ש וכמ"ש בטור וב"י כ' בשם הר"ן דמהני הכא תפיסה כיון דתפס ברשות כלו' ול"ד לדלעיל סי' ג' בהג"ה:

סעיף י
כחצר המהלכת ע"ל סי' רע"ג סט"ו ע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ס קי"א:

סעיף יא
משוך בהמה זו ע"ל סי' ר' ס"ח:

סעיף יב
א"ל משוך קופה זו. ע"ש סעיף ו':

סימן רג

סעיף א
וטובת הנאה לאו ממון כן כתב בהג"ה מיי' פ"ה דהלכות מכיר' (ומביאו ב"י לעיל סי' קצ"ו ס"ח) והבעה"ע דטובת הנאה אינה ממון ואינה ניקנית בחליפין ואג"ק דשנוייא דמטלטלי' אג"ק ליתיה אלא קי"ל כרב פפא ותמוה לי דהא בש"ס פ"ק דקידושין (דף כ"ז ע"א) ס"ל לסתם הש"ס להדיא כהאי שנויא גבי קרקע במכר ומטלטלים במתנה דלעיל ר"ס ר"ב ונראה דגם רב פפא ס"ל דטובת הנאה מיקני אג"ק ואפשר עוד דס"ל דעובדא דר"ג מטלטלי אג"ק הוי אלא דס"ל דבלא"ה נמי לק"מ דדעת אחרת מקנ' שאני ונראה עוד דאפי' טובת הנאה אינה ממון וכמו שכתבתי לקמן סי' ש"ן מ"מ לענין חליפין

ואגב קרקע הוי ממון רק גבי מתנו' כהונ' דכתיב נתינה לא מהני חליפין דהוי דרך מקח וממכר וכל זה נ"ל ברור ודלא כהר"ב והגהות מיי' ובעל העיטור ריש מאמר שני קנין ד"ה ע"א גם תמי' ליה על בעל העיטור שהרי הוא עצמו כתב באות שכירות דף ל"א ריש ע"ג דבשכירות לחודיה לא קנה בלא אגב דאי ס"ד בשכירות לחודיה קנה וכחצרו משוינן ליה כי קמבעיא לן שדה במכר ומטלטלים במתנה מהו ואמר ת"ש עישור שאני עתיד למוד נתון לר' יהושע ומקומו מושכר לו תיפוק ליה דקנה משום שכירות אלא ש"מ דלא קנה אלא באגב עכ"ל הרי להדיא דמפרש דעובדא דר"ג מטלטלי אג"ק הוי הגם דבלא"ה דבריו דבה' שכירות צ"ע כי נראה דשוכר מקומו מהני לכ"ע בלא אגב וכדלעיל סימן קצ"ח ס"ה והא דקאמר ת"ש עישור שאני עתיד למוד כו' היינו משום דס"ל לש"ס דלא כר"פ דדעת אחרת מקנה אותה שאני או דס"ל כר"פ לדינ' וכפירושא דר"ג דמטלטלי אג"ק הוי (גם מ"ש בעל העיטור שם דהא דאמרי' גבי בהמה שוכר את מקומו היינו דוקא באגב לא נהירא דמתני' דפרק הספינה דף פ"ד ע"א ואם היה פקח שוכר את מקומו משמע אפי' בלא אגב וכן משמע מדברי הפוסקים בכמה דוכתי) ומ"מ בהך דמוכח מבעל העיטור באות שכירות דטובת הנאה מקני אג"ק נראה כן ברור וכמ"ש ודלא כהבעל העיטור באות קנין והגהות מיימוני והר"ב אלא כמ"ש ע"ל סי' ס"ז סל"ה בהג"ה ובי"ד סי' ק"ס ס"ד בהג"ה:

סעיף ב

הרי הם כפירות לכל דבר. והטור כתב דהם ככלי לכל דבר וקונין בהם וכ"כ ב"י לעיל סי' קצ"ה בשם כמה פוסקים וכ"כ מור"ם בהג"ה שם ס"ב יע"ש וע' בב"ח:

סעיף ג

כגון שהיו מופקדים כו'. עיין בתשובת ר"ל ן' חביב סי' צ"ד ובתשובת ר"א ן' חיים סי' ע"ז ובתשובת ר"מ אלשיך סי' פ"ז ובתשו' רמ"א סי' צ"ב דף קצ"ה ע"א:

סעיף ד

אבל ראובן שהיה לו כו' ולא קנה החוב כו'. עיין במרדכי פרק הגוזל קמא הרבה פוסקי' דיכול להקנות חוב בקנין אג"ק וכן הוא במרדכי פ' הכותב בשם ר' אלעזר בר' שמשון ומביא דעה זו בהג"ה סי' ס"ו סכ"ו וצ"ע:

סעיף ה

החליף מעות כו'. ע' בתשובת רשד"ם סי' רנ"א ובספר א"א דף צ"ה ע"א:

סעיף ו

וי"א דמהני כו'. ולי נר' דגם הת"ה מודה לריב"ש דהוי אסמכת' ולא קמיירי בסי' שי"א אלא היכא דמועיל הקנין דאזלא מהני מחילה לגבי עצמו וכ"ש גבי לוי ע"ש אבל מאסמכתא לא מיירי ומיירי באופן המועיל כגון בקנו בב"ד חשוב וכה"ג ע"ש ודוק ועמ"ש בסי' ר"ט:

סימן רד

סעיף א

אע"פ שלא נקנו לו המטלטלים כו'. כ' בשלטי גבורי' דפ' שנים אוחזין דמדברי הגהו' אשרי שם מוכח דאע"ג דקי"ל בדברים בעלמא אינו נגמר המקח מ"מ לאחר שנתקנה שבועת היסת אם ראובן טוען לשמעון אתה עשית המסחר עמי על כלי פלוני ומכרתו לי והלה כופר אעפ"י שהכלי ביד שמעון ואם היה שמעון אומר אני חוזר בי הי' פטור מכלו' עכשיו שכופר מצי להשביעו היסת עכ"ל ואין דבריו נראין כיון דיכול לחזור א"כ למה ישבע ודברי הג"ה אשרי שם יש לפ' שקנה בקנין המועיל וכמ"ש לקמן ר"ס רכ"ב ע"ש ודוק:

סעיף ב

וחייב לקבל מי שפרע מי שאינה לחברו בשיעור שתות והלוקח נתן לו דמים ולא משך עדיין והמתאנה רצה לחזור אין צריך לקבל עליו מי שפרע אף דהלה רוצה להחזיר לו האונאה אבל המאנ' צריך לקבל מי שפרע באם רוצה לחזור כ"פ הב"ח בסי' רכ"ז ע"ש שרוצה להוכיח כן מדברי הגאון שהביא הרי"ף פ' המוכר הספינ' ע"ש ולא ירד לעומק דעת הרי"ף גם הדין ליתא אלא דשניה' צריכי' לקבל מ"ש דכללא הוא דמעו' לענין מ"ש הוא כמשיכ' לענין דקנה ומחזיר אונאה וכ"כ בפשיטות הרמב"ן בחדושיו פרק הספינה עיין שם באורך שהוכיח כן ובאורי ירושלמי והגאון נדחים כמבואר ברמב"ן מכמה הוכחות וראיות וזהו כוונת הרי"ף ודו"ק כן נ"ל:

סעיף ג

וי"א דה"ג כו' וכ"פ הב"ח ע' בתשובת רשד"ם סימן ר"צ:

סעיף ד

להפסיד כל המקח ע"ל בי"ד סי' קע"ה:

סעיף ה

ממי שאינו עומד בדבורו כו' וכ"פ הב"ח ודלא כהרא"ש:

סעיף ו
שהם נקנים בהם ע"ל סי' רמ"א סעיף א':

סעיף ז
מי שהי' לו חוב אצל חבירו עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' קי"ו דף קע"ג ובתשובת רשד"ם סי' שנ"ב:

סעיף ח
וכן נראה עיקר ובב"ח נסתפק בזה לדינא מאחר דבירושלמי מפורש כהרז"ה והרא"ש ועיין בספר המאור והמלחמות האריכו בטענותיהם:

סימן רה

סעיף א
מי שאנסוהו כו'. עיין בתשובת ן' לב ס"א דף ק"נ ובתשובת מהרא"ן ששון סי' קי"ז ורכ"ד ובתשו' רשד"ם סי' מ"ד וס"ג סימן כ"ח וע' מדינים שבסי' זה בתשובת ר"ש כהן ס"ג סימן כ"ד וסימן ר"ז ובתשובת מהרי"ט סי' ל"א:

סעיף ב
אם נתן לו שטר עליו כו'. ר"ל שטר מקח לחוד ולא נתן לו מעות כלל לא גמר ומקני וע"ז מסיק דיש חולקין ול"ד לסקריקון דלא יהיב זוזי כלל לעולם משא"כ גזלן דהכא רוצ' ליתן והוא רוצה לקבל אמרי' דגמר ומקני בשטר מקח לחוד אף שלא זקף עליו במלוה כלל בש"ח וכן מבואר בב"י ודלא כמ"ש בסמ"ע ס"ק ה' ודוק כן נ"ל:

סעיף ג
ואפי' החזיק כמה שנים כו' ואם בנה בו הלוקח והשביח ע' בתשובת מהרא"ן ששון סי' קי"ז ורכ"ד וצ"ע:

סעיף ד
וצריכים העדים כו'. בש"ס פ' שני דייני גזירות (כתובות דף ק"י ע"א) ומביאה ב"י לעיל ר"ס פ"ה מוכח לכאורה דמי שחייב לחבירו והמלוה מוכר לו שדה וקודם המכירה מוסר מודעא ואומר אני מוכר השדה מפני שזה רוצה להבריח נכסיו ולא ישלם לי ואוכל למשכן ממנו השדה הוי מסירת מודעא והמכר בטל מיהו י"ל דהתם לא מהני רק לענין שלא הפסיד חובו ומ"מ המכר קיים וע"ש ודוק עיין בתשובת דברי ריבות סי' ש"א פסק תמוה בעכו"ם שנתן רבית שחייב לו יהודי דלא הוי מתנה באונס ע"ש ודבריו צ"ע עיין

בתשובת ר"מ אלשיך סימן ע"א ובתשובת ר"י לבית לוי סימן כ"ד דף קכ"ט ובתשובת ן' לב ס"ב סי' מ"ז ובתשובת מ"ע ס"ס מ"ב ובתשובת רמ"א סי' כ"ב ונ"ב:

סעיף ה

פשרה דינה כמכר כו' ע"ל סימן י"ב סי"א מ"ש ובב"ח סט"ו מ"ש בזה ובתשובת רשד"ם סימן מ"ד נסתפק באם מסר מודעא על המחילה שלא יצטרך האידך להחזיר לו משכון שלו שפרע לו החוב שעליו אי הוי כתלוהו ויהיב או כתלוהו וזבין ע"ש בתשובת רשד"ם סימן ר' ורפ"ה. כתב בספר ב"ה באחד שנשבע לתת מתנה לאחד ובשעת המתנה מסר מודעא שמפני חיוב השבועה הוא שעושה קרוב הדבר לו' שאין מתנתו כלום עכ"ל ור"ל דבשעת שבועה אמר כי אינני נותן לו ברצון נפשי אלא מה שאתן לו אהיה מוכרח ליתן לו מחמת השבועה וק"ל נ"ל וצ"ע לדינא:

סעיף ו

שצריך כו' עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סי' כ"ב ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' שי"ד ובתשובת רמ"א סי' כ"ב:

סעיף ז

גילוי דעת הנותן עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ו ובתשובת ר"א ן' חיים סי' פ' ובתשובת רמ"א סימן פ"ו דף קס"ו ע"ג:

סעיף ח

שטר מודעא עיין בס' א"א דף נ"ה ע"ג ובתשוב' ר"א ן' חיים סימן ס"ג דף ק':

סעיף ט

וכן אם הודה ע"ל סי' רל"ו ס"ד:

סעיף י

הרי המודעא כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן ק"כ ובשאלות שניות סי' קפ"א ורכ"ז ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ל"ה וברשד"ם סי' תי"ט ותל"ז ובתשו' ר"ל ן' חביב סי' ל"ד:

סעיף יא

לא הוי אונסא עיין בספרי שכתבתי דנ"ל דוקא כשמכרו לאחרים אבל לגזלן עצמו לא מהני כשמסר מודעא דע"כ האונס בא מחמתו ועיין בב"י ודו"ק:

סימן רו

סעיף א
האומר לחבירו כו' עיין בתשו' ראי"ן ששון סי' קל"ג שהאריך בדינים אלו ובישוב דברי העיטור שהביא ב"י ע"ש ותמצא נחת ובתשובת רשד"ם סי' ר"ס ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ד:

סעיף ב
א"ל כשאמכרנה כו' עיין בתשובות מבי"ט ח"א ס"ו וסי' כ"ו וקפ"ה ובשאלות השניות סי' קט"ו דף קצ"ב ובתשובת רשד"ם סי' קפ"ג:

סעיף ג
שלשה אחרים עיין בב"י אפי' ג' אחרים הם בקיאים יותר וצ"ע לדינא:

סימן רז

סעיף א
המקנה לחבירו עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן ל"ז ועיין מדיני אסמכתא בתשובת רשד"ם סימן נ"ח וסימן ק"ח וקכ"ח:

סעיף ב
י"א דה"מ כו' עיין בסמ"ע ס"ק ו' ודבריו שם צ"ע ועיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב ס"ס קס"ג:

סעיף ג
מי שמכר חצרו עיין בתשובת מהרא"ן סי' ע"ז סוף דף צ"ט וסי' ע"ח ועיין בתשובת ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' א' ובתשוב' ר"מ אלשיך סי' ל' וסי' ע"ח וע' בתשובת מהר"מ מלובלין מדינים אלו בגט דוינ"א:

סעיף ד
או נמנע הדרך כו' עיין בטור מ"ש דאם התנה עמו ע"מ לדור שם ועלה שם המקח קיים וכ"כ מהרש"ל בתשו' סי' ל"ח בשמו וכתב שכן משמע בהרא"ש ולא ירדתי לס"ד ולסוף דעת הטור דלא משמע בהש"ס וברא"ש מידי דהתם מיירי אדעתא למיסק ולא אדעת לדור וצ"ע עיין בתשו' רשד"ם סי' ק"ץ ורל"ב ורמ"ז ור"ס ורפ"ט ושצ"ז:

סעיף ה
ודווקא במוכר קרקעותיו כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' ובהג"ה בסמ"ע ס"ס קפ"ה:

סעיף ו
מי שהקנה כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן קי"ח:

סעיף ז
וכן המוכר או הלוקח. עיין בסמ"ע ס"ק י"א פי' סעיף זה והב"ח מפרשו דהיה בקנין תחלה בסתם ואח"כ קנו מלוקח שיחזיר לו וכמ"ש בסעיף זה (בסי' ז') ע"ש וכ"כ הכ"מ:

סעיף ח
ואי נתן לו בע"כ עיין בד"מ וצריך עיון ועיין בהרב המגיד פ"ח מגירושין:

סעיף ט
מכר קרקע ע' בתשובת רשד"ם סי' רס"ב ורס"ד ע' בי"ד סי' קע"ד ס"א וג' ובתשובת מהרא"ן ששון ועיין בס' א"א דף צ"ה ע"ג סי' מ"ט:

סעיף י
מכר לו סתם כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ל"ב ובתשו' ן' ל"ב ס"ב סי' ע"ד וס"ד דף ע"ח ובתשו' מבי"ט ח"א סי' קצ"ה וסי' רי"ח בסופו ובמהרי"ט סי' ק"ב:

סעיף יא
ונמצא שלא גמר והקנה כו' עיין בתשו' רא"ן ששון סימן מ"ט האריך בדין זה לבאר דעת הפוסקים בזה ושטת הש"ס ודברי הרא"ש בזה:

סעיף יב
הלוהו על שדה כו'. ע"ל סי' ע"ג סעי"ז ובתשו' ר"ש כהן סי' קע"ז:

סעיף יג
תהא שלי מעכשיו קנה עיין בב"י סי' ע"ב מחו' ל"ט:

סעיף יד
כל היכא דלא קנה כו' עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן כ"ג ובתשובת רשד"ם סי' רס"ב ובתשובת ן' ל"ב ורא"ן ששון:

סעיף טו
הנותן ערבון כו'. ' בתשובת מהרשד"ם סי' ר"מ ומבי"ט ח"א סי' ס' וע' לעיל סי' כ"א:

סעיף טז
שזו אסמכתא היא. משמע הא לאו הכי כגון שסילק האסמכתא יתן והיינו כשהתנה שיהיה המעות מתנה דאל"כ ה"ל שטר שנמחל שעבידו וכמש"ל ס"ס נ"ה בשם הרמב"ן והרשב"א ור"ן ושא' פוסקי' ואע"ג דהרמב"ם ס"ל לעיל סי"א דבדבר שהוא בידו לא שייך אסמכתא שאני הכא כיון שהוא ביד שליש ותלה הדבר בחזרת השט' ואה"נ אם נתן ביד

השטר המלו' וא"ל כן שיהי' המעות מתנה זכה במה שבידו ואין כאן אסמכתא כ"כ הרב המגיד לדעת הרמב"ם ומביאו ב"י דף רצ"א ריש ע"ג וכן הוא בתשוב' הרמב"ן ס' א' לדעת הרמב"ם וכן נלפע"ד עיקר בדעת הרמב"ם אבל מה שתירץ הב"י דף רצ"א ע"ב לדעת הרמב"ם דיתן היינו בעדי מסיר' ולטעמי' אזל דש"ח המוקדמים כשרים לגבות מב"ח ול"נ לפע"ד דהיאך יתן דהא אפשר שיגבה בו ממשעבדי מזמן הראשון שלא כדין ושטרי חוב המוקדמי' דגובי' מבני חרי היינו מיד אבל לא שיתן ביד המלוה וכדמוכח בפרק שנים אוחזין (בבא מציעא דף י"ז ע"א) ואפשר דה"ק יתן שילך עם המלוה לב"ד לגבות לו מיד מב"ח ודוחק וגם מ"ש הב"י דהרמב"ם ס"ל כפירושא קמא דהרא"ש לא נהירא לפע"ד דהא הרא"ש במסקנא טעמא מעליא קאמר דאותיות אין ניקנות אלא בכתיבה ומסירה (וכדלעיל סי' ס"ו) וגם לא היה צריך הב"י לזה לפי דרכו דהרא"ש לא קאמר אלא במסירה לחוד בינו לבינו לא מהני אבל בעידי מסירה לא מיירי ודוק:

סעיף יז

אם התפיסו ביד שליש. לדעת ה"ה גם הרמב"ם והמחבר מודים בזה:

סעיף יח

לא גמר והקנה. ועיין בב"ח מ"ש ליישב הא דמהני תנאי בני גד ובני ראובן אף שהיה תולה בדעת אחרים ודבריו תמוהים דמ"ש דמדאורייתא אסמכתא קניא והביא ראיה מערב דלמא שאני ערב בההוא הנאה כו' וכמ"ש להדיא בש"ס וע' מ"ש בשם רמב"ן בזה וגם דבריו בזה הם דברי נביאות ע' בתשובות רשד"ם סימן רס"ה:

סעיף יט

כל האומר קנה מעכשיו כו'. עיין בתשובת מ"ע ובתשובת ר"ש כהן ס"ג ס"ז:

סעיף כ

קנה בית זה מעכשיו כו' ע"ל סי' כ"א וסי' י"ב סי"ט וע' בתשו' ר"מ מינץ סי' י"א:

סעיף כא

אסמכתא שקנו עליה כו'. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קע"ז ובתשו' ר"מ מינץ סי' י"א ובתשובת ר"א ן' חיים סי' ס"ו:

סעיף כב

כשהיו חכמי ספרד כו'. עיין בתשובות מהרי"ט סי' קל"ט ור"ש כהן ס"ג סי' ז' ול"ד:

סעיף כג

ויש מקומות כו' עיין בא"ע סי' נ' ס"ו בהג"ה ובתשוב' מבי"ט ח"ב סי' ע"ח ור"ש כהן ס"ב סי' ס"ג וס"ג סי' נ"ד:

סעיף כד
מיהו קנין צריך כו'. היינו ע"פ מ"ש בד"מ ובב"י סכ"א אבל בפרק איזהו נשך כשכתב המרדכי דברי ר"ת כ' וההי"נ בשדוכין אע"ג דלא הוי ב"ד חשוב ולא אמר מעכשיו שקנו כו' ולפע"ד דבשדוכין כ"א מודו דלא בעי קנין וכן משמע להדיא ממ"ש התוס' והפוסקים שהוא כדי שיתחייב החוזר בו קנס לדמי הבושת כו' והוי כמו אם אוביר אשלם במיטב' ודוק וכן הוא להדיא בהגהות מרדכי דמציעא בשם סמ"ג גבי מלמד דאף ע"פ שלא הקנה חייב בקנס ואפילו מאן דס"ל במשחק בקוביא דבעי קנין מודה הכא וק"ל ומתשובת הרא"ש נמי אין ראיה ודו"ק:

סעיף כה
ולא נמצא מלמד כו'. אחר שחזר עיין בתשובת ר"מ אלשיך ס"ס ל"ט:

סעיף כו
כן נראה לדון ע"ל סי' י"ב סי"ט וסי' ס"א ס"ה:

סעיף כז
נדר ושבוע' כו'. ע' בסמ"ע ס"ק נ"ג עד הרי לפנינו דמ"ש דאין עליו לקיים מכח הקנין כו' אבל לדידן דקי"ל כו' מהני נמי השבועה כו' והב"ח חולק על הסמ"ע שהריב"ש לא השיב כן אלא לדעת השואל אבל ליה לא ס"ל הכי וכן נר' עיקר וכן משמע להדיא בתשו' הריב"ש סי' שמ"א ע"ש אם נשבע לקיי' המקח ובקנס ונותן הקנס א"צ לקיים השבועה כ"כ הב"ח ובתשובת מהר"מ מינץ סי' ט"ז ע"ש ובתשו' מהרא"ן ששון ס"ס ד' כ' דחייב ובתשו' ר"א ן' חיים סי' ס"ו דף ק"ס ע"ד כ' שהדבר מגומגם. כתב מהרי"ו סימן קל"ז ואי לא דמסתפינא מחבירי אמינא דלא החמירו בת"כ אלא כשנותן ת"כ לאדם לעשות לו דבר לאותו אדם עצמו כגון צדקיה לנבוכדנצר וכן ברית בין הבתרים אבל בנ"ד כיון שלא נתנה ת"כ אל המשודך בעצמו אין להחמיר כולי האי וסבר' גדול' היא כיון דטעמא שהחמירו משום דהוי כמו כריתת ברית ע"כ עיין בתשובת רמ"א סי' מ"ט וק"ח דף ר"ך ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ס"ג וסי' קמ"ד בסופו וס"ג סימן ל"ד וק"ה ובתשובת ר"א ן' חיים סימן ל':

סימן רח

סעיף א
מקח שנעשה באיסור. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ע"ה:

סעיף ב

וכן אם נשבע כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ג' עד משא"כ נשבע או נדר שא"א בקיום המכר כו' ובהכי ניחא נמי דלא תיקשי מהא דאיתא בפ' מרובה במשנה וש"ס בכולה סוגיא גבי טבח ומכר בשבת דהוי מכירה אפי' נעשה המכירה באיסור דאורייתא כגון בהוציא מרשות לרשות וכן בעקוץ לי תאנתך ותקנה לי גניבתך דאמר רב גופא התם דהוי מכירה וכ"פ כל הפוסקים והטור לקמן סי' ש"ן וכן בפרק משילין כתבו הרי"ף והרא"ש וכ"כ הרב המגיד סוף הל' מכירה דמוכח מהירושלמי דמאן דעבר ואקני בשבת מקרקעי או מטלטלי הקנאתו הקנא' וכ"פ הרמב"ם פכ"ח מה' שבת וס"ה מכירה והטור והמחבר ס"ס קצ"ה ורל"ה וכן בהלוואת י"ט ס"ל לרבא דניתנ' ליתבע וכמ"ש הפוסקי' בא"ח סי' תקכ"ה א"ו שאני בכל הני כיון דאפשר לעשות בהיתר משא"כ בכל הני דתמורה או בנשבע שא"א לעשות אם לא שיעבור ודלא כבעל שלטי גבורים פ' משילין שהניח כל זה בקושיא שהקשה דברי רבא והפוסקי' אהדדי גם מהלוואת י"ט שניתנה ליתבע בלא"ה לק"מ דאדרבא כיון דאמרי' דאי עביד לא מהני ה"ל כאלו לא הלוה ובגזילה בא לידו וצריך להחזיר גם מה שהקשה בעל שלטי גבורים שם ל"ל להרי"ף והרא"ש פ' משילין (והר' המגיד שם) להוציא כן מהירושלמי הא כן מוכח בש"ס דמרובה נמי לק"מ דדילמא אה"נ מדאורייתא הוי מכירה ומדרבנן לא הוי מכיר' ולהכי חייב בתשלומי ד' וה' מדאורייתא דפשיטא דמשום תקנתא דרבנן לא פטרי' ליה מד' וה' כדמוכח בכול' סוגיא דמרובה דלמאן דפוטר מד' וה' בשחיטה שאינה ראויה היינו דוקא בשחיטה שא"ר מדאורייתא אבל באינה ראוייה מדרבנן כגון מעשה שבת מדרבנן או בשוחט חולין בעזרה חייב בד' וה' אבל מירושלמי מוכח דאפי' מדרבנן הוי מכירה דהא קאי אמתני' דקתני אלו הן משום שבות דרבנן כו' כן נ"ל ודוק ועיין בתשובת מהרי"ט סי' ס"ט. ע' בתשובת מהרשד"ם בחלק השייך לח"מ סי' ש"פ. ע"ש כלל העולה דברי המרדכי שרירין וקיימין לדינא כו' והב"ח פסק דהוי ספיקא דדינא והמע"ה וכך פסקתי בש"ך בי"ד סי' ר"ל ס"ק ד' ע"ש וכן נראה בתשובת ר"א ן' חיים סי' כ"ה ד' מ"ז ע"ג ועיין בש"ג פ' משילין דף רצ"ט ע"א כ' ג"כ כיון דאיהו שבדה האיסור והביאו עליו מחמת שבועתו ליכא למ"ד דלא מהני אלא מה שעשה עשוי והוא הדין לנשבע שלא לשחוק ואח"כ שחק לא אמרינן דלא מהני בשביל שבועתו ומטעם זה אינו מחזיר המעות שהרויח גם אין מחזירין לו אם הפסיד אלא מה שנעשה עשוי דאיהו הוא שבדה האיסור וזה פשוט לכ"ע לפי מ"ש התוס' פ"ק דתמורה ובהגהות מרדכי דשבועות כתב ר' פרץ וכו':

סימן רט

סעיף א

ויש להם אונאה ואפי' היה אותו דבר אין שער שלו ידוע ודלא כב"י וכ"כ הב"ח עיין בתשובות ר"ש כהן ס"ב סי' ס"ב:

סעיף ב

ואין זה אלא כמשחק בקוביא ע' בסמ"ע ס"ק ב' וז"ל כן הוא ל' הרמב"ם וכן כתב הטור בשמו והרמב"ם לטעמיה דפסק המשחק בקוביא הוי אסמכתא וכו' ודבריו שבכאן סותרים למ"ש בסי' ל"ד ס"ק מ' וסי' ש"ע ס"ק ג' והעיקר כדבריו של שם ומה שכתב הרמב"ם ואין זה אלא כמשחק בקוביא אין ר"ל דמדמינן לה לדין משחק בקוביא דהא משחק בקוביא גופא לא ביאר הרמב"ם בשום מקו' דהוי אסמכת' ואמאי נימא דפשוט טפי דין משחק בקוביא מהאי דינא אלא ר"ל דאין זה מכר אלא כמי שמשחק בשחוק קוביא הוא ולא סמכא דעת הלוקח בזה והיינו דנקט אין זה אלא כמשחק כו' לשון שלילה ולא נקט והרי זה כמשחק כו' ומיהו ל"ק מדין משחק בקוביא דלא הוי אסמכת' דהתם טעמא אחרינא כמ"ש הטור סי' ר"ז סי"ז משא"כ הכא די"ל שהי' סבור שיהיה כך וכך כפי אומד דעתו ואין אנו צריכין לחילוק הסמ"ע וע"ש ודוק עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ע"ח:

סעיף ג

דה"ה שנים שהחליפו כו' וכה"ג פסק בתשובת מהרשד"ם סי' קכ"ג באחד שמכר ספינתו שנטבע ע"ש וצ"ע ועיין בסמ"ע ס"ק ג' עד ובד"מ כתב שדברים ההם חולקים אמ"ש כאן בשם הריב"ש וכו' משום הא לא אריא דבת"כ וצדקה לא שייך אסמכתא כדלעיל סי' ר"ז סי"ט ואי משום קנין שהזכיר בת"ה בסי' שי"א נמי לא אריא וכמ"ש לעיל ס"ס ר"ג והעיקר כדברי הריב"ש דלא אשכחן מאן דפליג עליה ואין סברא לחלק בין ידע המוכר או לא ידעו שניהן ודוק:

סעיף ד

אפי' אחר שתלד הפרה והיינו דלמ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל ואפילו אחר שבא לעולם יכול לחזור בו כמ"ש בסמ"ע ס"ק י' והוא פשוט דכך מבואר בש"ס דהא לא מודה רב אלא בשמיט ואכל ומטעם מחילה:

סעיף ה

ואם קדם הלוקח ותפס כו'. כ' הרא"ש פ' איזהו נשך דדוקא כשידע המוכר שתפס הלוקח ומטעם מחילה והבאתי דבריו לעיל סי' ס"ו סי"ז והכי משמע מפירש"י והנ"י שם וכן מוכח בתוספות ובהגהות מרדכי שם ובתוספות פ' חז"ה דף מ"א בשם רבינו תם וכן מוכח בהגהות אשרי שם ופ' חז"ה:

סעיף ו

ואם קדם הלוקח ותפס פי' קודם שחזר בו וכמ"ש בדרישה ראיות לזה עכ"ל סמ"ע וג"ז פשוט כיון דלא מחל כשחזר:

סעיף ז

אין מוציאין אין זה מספק אלא שכן הדין נותן ועד"ר שם כתבתי ל' הש"ס שמוכח כן עכ"ל סמ"ע וג"ז פשוט מטעם מחילה ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ק"ה ומבי"ט ח"א סי' קל"ז וקל"ב ובתשו' ר"מ אלשיך סי' קל"ו ובמהרי"ט סי' קכ"ח ובתשו' מהר"מ מלובלין סי' ה':

סעיף ח

מ"מ יכול לשעבדו וי"ח בעיר שושן כ' דמסתבר כהיש חולקין שהרי גם השעבוד אין לו מקום עתה בשעת שעבוד שיחול עליו עכ"ל ול"נ דהא בהדיא איתא בש"ס בב"ב פ' מ"ש (דף קנ"ז) בעי שמואל דאקני וקנה מהו תיבעי אפי' אליבא דרבנן דאמרי אין אדם מקנה דשלב"ל ופי' רשב"ם מי שאני שעבוד מקנין ומסיק התם בש"ס דשאני שעבוד מקנין וכ"פ כל הפוסקים כדלעיל ר"ס קי"ב אלמא דעדיף שעבוד מקנין וע"כ גם הי"ח מודים לזה אלא דס"ל דכל שלא בא עדיין לעולם יכול לחזור בו אבל כ"ז שלא חזר בו מודי' הי"ח דמשתעבד בדבר שלבל"ע וכדאיתא להדי' בש"ס הנ"ל וכן פי' בסמ"ע ס"ק י"ז ונ"מ לענין לקוחות ולעיל סי' קי"ב העליתי דהעיקר כסברא הראשונה ודלא כהיש חולקין ע"ש ע' בתשו' ן' לב ס"ב סי' כ"ג ול"ז וע' בי"ד סי' רכ"ח ס"ד:

סעיף ט

אלא שאינו ברשותו כו'. כתב ב"י בשם העיטור וז"ל הא למה הדבר דומה למוכר חפץ לחברו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו חייב להעמיד לו מקחו עכ"ל וכ' ע"ז בתשו' רשד"ם סי' קכ"ג דאפשר דוקא כשהמוכר היה יודע והקונה לא היה יודע וחשב דודאי המקח היה נמצא ברשותו אבל בנ"ד ששניהם כאחד אפשר לא היו יודעי' נמצא דלאו אדעתיה דהכי יהיב זוזי כו' ע"ש עוד:

סעיף י
שאינו ברשותו נראה שאינו ברשותו כלל כגון דמוכר דבר שאינו שלו אף ע"פ שישנו בעולם כיון שאינו ברשותו אבל אם יש לו פקדון ביד אחר ומכרו לזה קנה וראיה דהא הרמב"ם ס"ל פ"ג מה' שלוחי' דאין יכול להרשות רק מה שיכול להקנות וכדלעיל סי' קכ"ב וקכ"ג ואפ"ה כ' שם דעל פקדון שיש לו ביד חבירו יכול להרשותו ולהקנותו וכן כתב המחבר ר"ס קכ"ג וכן משמע להדיא בתוס' פ' מרובה (בבא קמא דף ע' ע"א) ע"ש בד"ה לא כתבי' כו' ובד"ה אמטלטלי כו' ועוד ראיה דהא דין קנין והקדש אחד הוא וכדלקמן סי' רי"ב ופקדון דלא כפריה יכול להקדיש וכמ"ש הפוסקים והרמב"ם והמחבר בי"ד סי' רנ"ח סעיף ז' ע"ש ודוק שוב ראיתי כ"כ הטור והרמב"ם והמחבר להדיא לקמן סי' רי"א ס"ו:

סעיף יא
ויכול כל א' מהם כו' עיין לקמן סי' רי"ו ס"ה:

סעיף יב
מ"מ אם טרח כו' כן הוא לקמן סי' רי"ו ס"ה:

סעיף יג
חייב לקנות כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"ג עד ובסעיף שלפני זה פסק דבדבר שאינו ברשותו ל"ק משום דשם איירי דלא יצא השער כשער הפסיקה וכ"כ מ"מ עכ"ל ול"נ דבסעיף שלפני זה לא בא אלא לו' דלא קנה אלא לענין שיכול לחזור בו וכאן מיירי דמ"מ מקבל מי שפרע ואפילו באינו מצוי י"ל דמקבל מ"ש ויצא השער דנקט הכא היינו משום דאל"כ הוי באיסור ופשיטא דאינו מקבל מי שפרע וכמ"ש רמ"א מיד אח"ז ומ"ש וכן כ' המ"מ עיינתי שם ולא מצאתי שום משמעות שוב ראיתי בבדק הבית משמע כדברי שכ' על מה שהביא בב"י דברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל ודע דהא דאמרי' דדבר שאינו ברשותו הוי כדשלב"ל היינו לענין שלא קנה אבל מקבל מי שפרע וכמבוא' בדברי הרמב"ם ז"ל פ' כ"ב ממכירה עכ"ל משמע דבכל ענין מקבל מי שפרע ודוק:

סעיף יד
ושייר מפירותיו לשמעון כו' פי' באופן המועיל כלומר שאמ' שדה לראובן ופירותיו לשמעון אבל אם אמר בפירוש אני משייר לשמעון בלא"ה אינו כלום אפי' אמר בפירוש אני משייר גוף השדה לפירות לשמעון אינו כלום דשיור יש כאן מתנה אין כאן וכמ"ש לקמן סי' רי"ב ס"ג:

סעיף טו
הן מתנת ש"מ כו' דשייר לעצמו וגם ליורשיו:

סעיף טז
וי"ח במתנת ש"מ כו' דלא שייר לעצמו ע' בתשו' מבי"ט ח"א סי' רי"ח:

סעיף יז
אא"כ פירש כו' ע"ל סי' רי"ב ס"ב בהג"ה וס"ו:

סעיף יח
רק **כתנאי בעלמא**. ע"ל סי' רמ"א ס"ז בהג"ה:

סימן רי

סעיף א
ואם היה בנו קנה כו' ע' בהרא"ש פ' אלמנה לכ"ג שהביא דברי הראב"ד שהשיג על הרי"ף שפסק שם כחכמי' דירושה הבא' מאלי' לא קני כיון דקי"ל בפ' מ"ש דהמזכה לעובר בנו קנה כ"ש ירושה הבאה מאליה וכדמוכח בש"ס פ' מי שמת שם דירושה הבאה מאליה עדיפא ממזכה לעובר והביא שם דברי הרמב"ן שיש בדברי הרי"ף דהא דאמרי' בפרק מי שמת המזכה לעובר בנו קנה היינו בש"מ דוקא והרא"ש שם השיג עליו דלא מצינו דשכיב מרע יהא עדיף מבריא לענין זה והסכים לדברי הראב"ד דירושה הבאה מאליה קני ע"ש שהאריך והנה חתני הנבון הר"ר מאנש יישב דברי הרי"ף כהוגן דנהי דמשמע התם בש"ס פרק מי שמת דירושה הבאה מאליה עדיפא ממזכה לעובר היינו מעיקרא דסוגיא דהוי בעי למימר דעובר קני מטעם זכיה אמרי' מזכה לעובר לא קנה דעובר לית ליה זכיה וירושה הבאה מאליה קנה מצד זכיה אבל למאי דמסקי' בסוגיא דהמזכה לעובר לא קנה ומשנתינו משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו א"כ עובר לית ליה זכיה וא"כ ירושה הבאה מאליה נמי ל"ק וכרבא התם דפליג אאביי ומשנתינו משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואנן סהדי דגמר ונתן לבנו באופן המועיל והוי כאילו אמר אני הקניתי לו באופן המועיל דהא ודאי אפילו למ"ד מזכה לעובר ל"ק ודאי יש דרך להקנות לעובר קני ע"מ להקנותו וכדאיתא בנדרים ס"פ השותפין (נדרים דף מ"ח ע"ב) וכמ"ש הנ"י פ' אלמנה לכ"ג בשם הריטב"א וכ"כ הרא"ש בנדרים שם בשם הרמב"ן ואפי' למאי דפסק הרא"ש כרב אשי הא כתב הר"ן בנדרים שם דאם אמר קני מעכשיו ע"מ להקנות אפי' רב אשי מודה ע"ש וא"כ כיון דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הוי כאילו אמר אני מודה שהקניתי לבני בקני מעכשיו ע"מ להקנות בשאר אופן המועיל וגם אפילו

לא יהיה אופן המועיל מ"מ הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו עשאו שאינו זוכה כזוכה אבל בעלמא מזכה לעובר וירושה הבאה מאליה ל"ק וכן נ"ל ברור דעת הרי"ף והעיקר כדבריו ולחנם הרעישו הגדולי' בזה כי מ"ש הוא ברור וגם מ"ש הרמב"ן שם וז"ל ובהלכות הרי"ף נמי כתב שם בפ' מ"ש מתני' בש"מ ולפיכך סמך לו שדעתו של אדם קרובה אצל בנו שאינו אלא בס"מ כו' לא נהירא לפע"ד דאם איתא דכוונת הרי"ף כך הוא הי"ל לכתוב הך דמתני' בש"מ בתר הך דדעתו של אדם קרובה אצל בנו אלא נ"ל שכוונתו לפרש לישנא דמתני' דקתני האומר כו' באמירה בעלמא סגי ואהא קאמר מתני' בש"מ אבל בברי' לא סגי באמיר' בעלמא אלא בעי קנין חליפין או שאר קניינים המועילי' ולפ"ז גם מ"ש הטור לקמן סי' רנ"ג סעיף מ"ב בשם הרי"ף ליתא דמ"ש הרי"ף מתני' בש"מ לא בא לאפוקי בריא בקנין אלא אתא למימר מתני' דקתני האומר היינו בש"מ וכ"ז נ"ל ברור לדעת הרי"ף וע' לקמן סי' רנ"ג סעיף כ"ז מ"ש שם וגם דעת הרמב"ם מוכח כן שכתב בפ' כ"ב מה' מכירה וז"ל המזכה לעובר לא קנה ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה עכ"ל ולא כתב דהיינו דוקא בש"מ א"ו אפי' בברי קנה ובפ"ח מה' תרומה משמע שפסק כת"ק דירושה הבאה מאליה ל"ק וכדאיתא בב"י ובב"ח סי' זה והן אמת שהראב"ד שם בהשגות השיג עליו בפ"ח מה' תרומות שכתב שם דקי"ל דעובר אית ליה זכיה ואפילו במתנת אביו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו וכ"ש בירושה הבאה מאליה עכ"ל ואזיל לשטתיה שהשיג על הרי"ף בפ' אלמנה לכ"ג אבל לפע"ד לק"מ לא על הרי"ף ולא על הרמב"ם וכמ"ש דהא דמשנתינו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו לאו משום זכיה הוא אבל מה שתי' הרמב"ן בדעת הרי"ף דהא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ליתא אלא בש"מ ליתא לפע"ד וכמ"ש גם א"א לומר כן בדעת הרמב"ם דהא כתב בפרק כ"ב מה' מכירה בסתמא דקנה וגם הר' המ' כתב להדיא על דברי הרמב"ם וז"ל ואם היה בנו כו' פסק כר' יוחנן דאמר הכין וכ"כ ז"ל וי"א דוקא בש"מ אבל בבריא לא ויש שאין מחלקין וזה דעת המחבר והסברא הראשונה כתבה בעל העיטור בשם רבינו האי ודעת רבינו עיקר בסתם אמרו עכ"ל הרי להדיא כמ"ש ואע"פ שבירושלמי פ' החולץ איתא שמואל אמר זכין בעוברין ר"א אומר אין זכין בעוברין תמן תנינן האומר אם ילדה אשתי זכר כו' ר' אלעזר אומר לא אמרו אלא בנו הא אחר לא על דעתיה דרבי אלעזר ובלבד ש"מ הא בריא לא בלבד מטלטלים הא קרקעות לא עכ"ל לא קי"ל כהאי ירושלמי כיון דבש"ס דילן פ' מ"ש לא אמרו דהיינו דוקא בש"מ אלמא דאין חילוק תדע דהא קאמר נמי בירושלמי בלבד מטלטלים הא קרקעות לא ולא מצינו בש"ס ופוסקים שחילקו בכך א"ו לא קי"ל כהאי ירושלמי ועוד דהא בכול' סוגיא דש"ס

מעיקרא הוי ס"ד דטעמא דמתני' הוא משום מזכה לעובר קנה ואפי' בבריא וא"כ נהי דמסיק בתר הכי דטעמא הוא משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו לא חזינן דהדר ביה ש"ס מהא דמיירי מתני' אפילו בבריא א"ו כמ"ש וגם הסמ"ג עשין פ"ב דף ק"ס ע"ג כתב בסתם ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה וכן כל שאר הפוסקים לא חילקו משמע דאף בבריא אמרו וכן עיקר (עיין בא"ע סי' מ"א ס"א) וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' צ"ד:

סעיף ב

כבר מעוברת הנ"י כתב דוקא לאחר ארבעים יום דקודם לכן מיא בעלמא הוא והטור ומחבר שסתמו משמע שלא חלקו וכ"כ ב"י עכ"ל סמ"ע ולי נראה כהריטב"א ונ"י דכיון דאמרי' בש"ס ס"פ אלמנה לכ"ג גבי תרומה לענין ירושה הבאה מאליה דתוך מ' יום מיא בעלמא הוא וכ"כ הרמב"ם רפ"א מה' תרומה א"כ ה"ה הכא ועיין בראש פ' אלמנה לכ"ג ודוק ומהטור אין ראיה דתוך מ' יום לא מיקרי עובר כלל:

סעיף ג

קנה הוא מחצה עיין בא"ח סי' מ"א ס"ג:

סימן ריא

סעיף א

דבר שאינו ברשותו כו' ע"ל סי' ר"ט ס"ה ומ"ש שם בשם תשובת רשד"ם ובתשובת ר"א ן' חיים סי' ס"ו ובתשובת רמ"א סי' ע"ח דף ק"מ וקמ"ז וברשד"ם סימן רס"ה ורפ"ג ורפ"ח ושע"ג ובתשובת ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' י"א:

סעיף ב

ואמר שדה זו כו' דכיון דפירש ובירר מקחו וירוש' ממילא קאתי לא חשבינן לי' כולי האי דבר שלבל"ע עכ"ל סמ"ע וכן הוא ל' הרא"ש פ' מי שהיה נשוי ור"ל אבל אם אמר שדה זו שאני לוקח הוי דשלב"ל אע"ג דאמר זו כדמוכח בש"ס פ"ק דמציעא (דף ט"ז) ובכמה דוכתי ודלא כע"ש שכתב וי"א דאם פירש ואמר שדה זו לכשאקחנה וכן אם אמר שדה זו לכשאורישנה כו' עיין בתשו' ן' לב ס"א סי' ס"ג דף פ"ז פ"ח:

סעיף ג

ואינו צריך להחזיר דמים כו' ע' בתשוב' מהרש"ל ומור"ם ומה"ר יוסף כהן ומהר"מ מלובלין בזה באורך ועיין בב"ח:

סעיף ד

הכותב נכסיו עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' י"ח וברשד"ם סי' ש"ט:

סעיף ה

מי שהיה לו פקדון כו'. ומי שיש לו משכון ביד אחרים כתבו התוס' פרק איזהו נשך (בבא מציעא ד' ע"ג ע"ב) גבי עובדא דרב מרי בר רחל דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולמכור אבל גובה תחלה חובו כו' (ועיין בהגהות אש"רי שם) ובאמת כן דעת יש פוסקים אבל י"ח דאפי' המותר א"י להקדיש ולמכור ועיין בספרי ש"ך בי"ד סי' רכ"א ס"ק מ"ב ומ"ד ובספרי נקודת הכסף שם שהארכתי בזה וראיות התוס' מפ' א"נ יש לדחות ע"ש ודוק ויש לחלק ולומר דדוקא בהקדש אבל במכירה כ"ע מודו דיכול למכור וצ"ע עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ב ובמבי"ט ח"א סי' ק"ז:

סימן ריב

סעיף א

אין אדם מקנה עיין בתשובות רשד"ם סי' רע"א ושכ"ב ובתשובת ר"מ אלשיך סי' פ"ז ומבי"ט ח"ב סי' שכ"ט ובתשובת ן' ל"ב ס"א סי' נ"ט דף פ"ב וס"ד דף ע' ע"ב:

סעיף ב

האומר ידור כו' שעה אחת כו'. (הג"ה משמע שר"ל דאפי' הקנה לו גוף הבית לדירה רק שעה אחת במשמע וכן פירשו בע"ש וסמ"ע ס"ק ג' אבל באמת בהגהת מרדכי שם משמע להדיא דבהקנה לו גוף הבית לדירה קנהו לדור בו לעולם לכ"ע דהא רב נחשון שם בהגהות מרדכי פי' כן הרישא דידור פלוני בבית זה דלא אמר כלום משום דשעה אחת במשמע משמע דבסיפא באומר תנו בית זה וידור בו קנהו לעולם כן משמע בבעל העיטור מאמר שני קנין ד' ה' סוף ע"א וטעמא דמסתבר הוא דכיון שקנה גוף הבית לדירה א"כ הבית לעולם שלו לדירה א"כ דברי הר"ב והנמשכי' אחריו צ"ע והצעתי הדבר לפני מורי חמי הגאון ז"ל והוטב בעיניו:

סעיף ג

ואם שייר כו' נ"ל שהרב לא כוון יפה בדין זה כי זה ל' תשובת הרמב"ן שאלת אם אמר שיירתי לי ולפלוני דירה מי אמרי' כיון דלגבי השייר גוף ודירה אף לאותו פלוני נמי מהני או לא תשו' נ"ל דמאחר שכלל אחר עמו לכולם שייר בענין א' לפי שמן הסתם אדם רוצה לקיים מתנותיו וכל שאפשר לדון כן נדון אלא שבזה יש צד א' שדעתי נוטה שלא יצטרף עמו אותו האחר בזכות הדירה והוא שאפילו אמר ואני משייר גוף הבתי' לדירה

לפלוני לא אמר כלום כי במה זכה אותו האיש שהרי שיור יש כאן מתנה אין כאן עכ"ל והבין הרב שהשיב שזכה אותו האחר ומ"ש אח"כ אלא שבזה יש צד אחד כו' מדבר בצד אח' שאין בענין דין זה אבל אי אפשר להלום כן כלל דברי תשו' רמב"ן זו אלא פשיטא דכך כוונתו מצד שאלתך נ"ל שלכולם שייר בענין אחד וכוון לחבירו ג"כ ששייר לו גוף הבתים לדירה אלא שבזה יש צד א' (תיבת א' צ"ל אחר וכן בתשובת רמב"ן עצמו סי' י"ח ליתא א') שדעתי נוטה שלא יצטרף דאפי' תאמר שכוון לשייר לחבירו גוף הבתים לדירה כמו שכוון לעצמו מ"מ לא זכה אותו האחר כי אפילו אמר בפירוש ואני משייר גוף הבתים לדירה כמו שכוון לעצמו מ"מ לא זכה אותו האחר כי אפילו אמר בפירוש ואני משייר גוף הבתים לדירה לפלוני לא אמר כלום כי במה זכה אותו האיש שהרי רק ל' שיור יש כאן ומתנה אין כאן וא"כ השיב שלא זכה אותו האחר כן נ"ל ברור ואולי לזה השמיט בע"ש הג"ה זו של הר"ב ואין להקשו' על תשו' הרמב"ן הנ"ל מדאמרי' בש"ס פ' מ"ש אבעיא להו דקל לאחד ופירותיו לאחר מהו מי שייר מקום פרי או לא את"ל לאחר לא הוי שיור לעצמו חוץ מפירותיו מהו כו' דמשמע דאלו שייר מקום פירי לאחר הוי שיור דהתם לא קאמר ל' שיור אלא אמר סתם דקל לא' ופירותיו לאחר דאי אמרי' דשייר מקום פירי לאחר הוי אמרי' דנתכוין באופן המועיל והוי כאילו אמר אני נותן במתנה דקל זה לפלוני ואני נותן מקום בדקל זה לפלוני לפירות דהיינו שייר לו מקום משא"כ אם או' רק ל' שיור לחוד לא זכה אותו האחר דבמה יזכה וק"ל ועמ"ש לעיל סי' ר"ט סעיף ז':

סעיף ד

ומה הפרש יש כו' עיין בתשו' מהרשד"ם סי' רפ"ב ורצ"ד:

סעיף ה

ובין המוכר פירות שדה פי' אחר שבא לעולם דאז הקנין חל וכ"כ הטור עכ"ל סמ"ע ודלא כהבנת הכ"מ פכ"ג מהלכות מלוה דין ז' עיין שם:

סעיף ו

דין ההקדש כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן קצ"ב ובמבי"ט ח"ב סי' קס"ט ורע"ד ובתשו' ר"ש כהן השייכים לס"ב סימן קס"ט ובתשו' מהרי"ט סי' כ"ב וסימן ל"ט:

סעיף ז

או אתננו לצדקה. בטור כתב בשם הרמב"ם או תתננו לצדקה ובזה דוקא פליגי עליה וכדמסיק מור"ם אבל באתננו כ"ע מודו דמחיוב לקיים מכח נדר עכ"ל סמ"ע וכ"כ

בתשובת ריב"ל סי' נ"ט ח"א עיין בתשובת ר"א ן' חיים סימן ל' וק"ג וק"ח ובתשו' ן' לב ס"ג סי' מ"ג:

סעיף ח

וי"א דלא קנו ההקדש וכ"פ מהרש"ל פ"ד דבב"ק סי' ב':

סעיף ט

כשתלד בהמתי ע"ל סי' ר"ט דאם אומר שיקנה כשיהיה בעולם דיש חולקים דלא קנה ודוק:

סעיף י

או יוציא אילן כו' או חוב שיש לי על אחר לכשאפרע ממנו אתננו להקדש כ"כ הרא"ש ועיין בתשובת רא"ן ששון סימן קנ"ב באורך בזה עיין בתשובות רמ"א סי' מ"ח שאלה ג':

סעיף יא

קנה קרקע אדעתא כו' עיין בתשובת ן' לב ס"ג סימן ל"ו:

סעיף יב

שאם אומר לכשאקננו יהיה הקדש כו' ז"א דהא להדיא אמרינן בפ' אע"פ דנ"ט שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תיקדש דלא קדש' וע"כ צריך לומר כמו שכתב בסמ"ע ס"ק כ"ב (הג"ה ולפי עניות דעתי דברי הר"ב נכונים ומה שחילק בסמ"ע בין דבר שלא בא לעולם ובין דבר שאינו ברשותו א"א לומר כן שבהדי' משמע ברמב"ם פ"ו מהלכות ערכין שאין לחלק ומה שהקש' מן הש"ס דפרק אע"פ לק"מ דהתם מיירי מטעם הקדש לא הוי הקדש אבל מכל מקום ס"ל לרמב"ם דצריך לקיים מדין נדר ונ"מ שאם נשאל על נדרו וכן מבואר להדיא ברמב"ם פ"ו מה' ערכין ע"ש וק"ל וע' במ"מ פכ"ב מה' מכירה ועיין בי"ד סי' רנ"ז):

סימן ריג

סעיף א

כ"ז שלא פרחו כו' ע' בסמ"ע ס"ק ב' עד פ"ג מהל' שכני' צ"ל מהלכות שחיטה ודבריו שם דלא כב"י:

סעיף ב

מטפח על השובך. כתב בד"מ ומשמע מפירש"י דאף אם עמדה מעליהם פעם א' קנאה ודלא משמע כן במ"מ בפכ"ג ממכירה והביאו ג"כ בסמ"ע ועיין במ"מ שז"א ועיין בב"ח:

סימן ריד

סעיף א
המוכר את הבית כו' עיין בתשובת רשד"ם סימן רע"ו ובתשובת מבי"ט ח"א סי' מ"ו וסי' קנ"ג וח"ב סי' ע"ד ובתשובת ר"א ן' חיים סי' פ"ח ובתשו' ר"ל ן' חביב סי' קכ"ז:

סעיף ב
שמצר לו המצרים כו' כתב בסמ"ע ס"ק ט' נרא' כולה הג"ה אחת היא ומקומ' במקום הג"ה השני' כו' לא ידענא מי דחקו לזה שהרי כמו שהיא הג"ה זו בש"ע דפוס שס"ז כן הוא בטור:

סעיף ג
ראובן שמכר בית לשמעון כו' עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' מ' דף ע"א:

סעיף ד
ואם הכל קורין לבירה כו' עיין בספר א"א דף צ"ה ע"ד ובתשובת רמ"א סי' ק"ו סוף דף רכ"ג ובתשובת ר"א בן חיים סי' פ"ח:

סעיף ה
שני בתים כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' ס"ה:

סימן רטו

סעיף א
המוכר את העיר כו' ואיתא פלוגתא במשנה פ' המוכר את הבית אי מכר את הסנטר ועיין בש"ס מאי סנטר ופסק הרי"ף דליתא לדרשב"ג וכ"פ הרמב"ם וברטנורא בפי' המשנה והרא"ש פ' המוכר את הבית תמה על הרי"ף ולק"מ ותמי' לי על הרא"ש דהא אוקמינ' בש"ס פ' הספינה בשטה וכל כה"ג לית הלכתא כחד מנייהו וכמ"ש הרי"ף והרא"ש בפרק הספינה שם וכן כתב עוד הרי"ף והרא"ש בכה"ג בס"פ הבית והעלי' וכ"כ עוד הרי"ף והרא"ש בכה"ג בר"פ גבי רשב"ג סבר מראה מקום הוא לו וכ"פ ברמזים שם סי' ו' בפשוט ומקושר ששינה פסול ע"ש נ"ל:

סעיף ב
וצריך המוכר ליקח כו' עיין בתשובות רשד"ם סי' רצ"ח. ע' בסמ"ע ס"ק ל"א ומהתימ' על מור"ם שלא הביאו לפחות לי"א כו' ואין כאן תימה כלל שמור"ם פסק כגי' הרי"ף

ורמב"ם ורא"ש וכן משמע מנ"י ואדרבא איכא לתמוה על הטור וביותר שברמזים כתב כהרמב"ם:

סעיף ג

במה דברים אמורים כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' י"ז ומ"ו:

סימן רטז

סעיף א

קרקע ודקלים כו' עיין בסמ"ע סקי"ד נראה כו' ודלא כע"ש כו' נראה כוונת הסמ"ע דאם לא כן תקשי למה השמיט הרמב"ם האי דינא דאי איתא ליה יהיב ליה וע"כ הוכרח לפרש פירושו ואני אומר איך אפשר לפרש שקנה כל הדקלים והלא בש"ס איתא אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דיקלי ובין להרשב"ם ובין להתוס' לא יהיב ליה אלא ב' דיקלי כדאיתא בש"ס רק דלהרשב"ם יהיב ליה ב' דקלי ממקום אחר ולהתוס' יהיב ליה רק מהאי ארעא אע"ג דבעלמא מכר כל הדקלים הכא גרע כיון שהזכיר דקלים ודברי הע"ש נכונים דגם הרמב"ם ס"ל כהרשב"ם דאי אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דיקלי ממקום אחר ובמה שכתב אפי' לא היו לו דקלים אם רצה לקנות כו' וממילא נשמע שאם יש לי אף במקום אחר צריך ליתן לו ועוד דדין זה פשוט להרמב"ם וס"ל דעיקר חדושו דאי לית ליה זבין ליה והלוקח צריך לקיים המקח אבל הא מילתא דפשיטא היא דאי אית ליה במקום אחר דיהיב לי' ב' דיקלי אבל עכ"פ לא ס"ל לרמב"ם פי' התוס' דהכא גרע טפי דא"כ אין לך בו אלא חדושו וקשה למה השמיטו (ע"כ מצאתי תוך כתביו שכ' בימי חורפו) ע' בתשו' ן' לב ס"ב סי' ל"ז ובס' א"א דף צ"ו ע"א:

סימן ריח

סעיף א

וי"א דוקא שאין בהם ד' קבין. הקשה בסמ"ע הא כ' רשב"ם בעל סברא זו דוקא ביותר מד' קבין אבל ד' קבין נמדדים ולכך הגיה כך ול"נ דמהרמ"א איירי כאן בכל ענין אפילו אינו מובלע בתוך ה' קבין ובתוך רובה של שדה אבל ד' קבין צריך שיהא דוקא בכל התנאים הנזכרים לעיל כי להרשב"ם דינא דבית [דכבית] כור לא עדיף אלא לענין שנמדדים אפילו גבוהין אבל בכל דבר הוא דומה לנדון דלעיל וע' בטור ויבורר נ"ל ודוק:

סעיף ב

או שאמר כו'. עיין מ"ש בסמ"ע ס"ק מ"א ומ"ב ומ"ג ואינו נלפע"ד אלא נראה עיקר כהמ"מ וב"י ועיר שושן שביארו לדברי הרמב"ם והמחבר דגם הוא ס"ל כרשב"ם ושלא כדת השיג עליהם וכ"כ הב"ח דה"ק הרמב"ם ואין לו אלא כדין הפחות בין אם חסר בין אם יתר והשיג על הטור וסמ"ע ע"ש ועוד מצאתי סתירה לדברי הסמ"ע ממ"ש הרמב"ם בפי' המשנה פ' בית כור וז"ל יקח הלוקח בכגון זה הפחו' שבשעורין וזה שאמרו הלך אחר הפחות שבלשונות עכ"ל הרי שהפחות שבלשונות לעולם רעות' ללוקח ופירשו הפחות שבשעורים ולא כמו שפי' הסמ"ע אחר הל' שמפחית הדבור שאמר בתחלה כו' וגם קשה לי על מ"ש הסמ"ע שמפחית הדבור שא"ל בתחילה בית כור כו' שהרי במשנה שמשם מקור דין זה לא הוזכר בית כור אלא פשיטא דל' בית כור דנקטו הרמב"ם והמחבר כאן הוא ל"ד ואינו אלא פירוש של מדה בחבל וכוונתם כדברי הראב"ד שאביא בסמוך ונראה דגם הר"י מגא"ש ורש"י ורשב"ם ס"ל כהראב"ד ודבריו נכונים לדינא וז"ל הפחות שבלשונות קולא הוא לנתבע ואם נתן מעות הלוקח הוא התובע ואם לא נתן והלוקח מחזיק והמוכר תובע מעות יתרים הוא התובע ופעמי' שחסר הוא קולא או חומרא לנתבע וכן היתר עכ"ל ומ"ש הרב המגיד דאפי' בא המוכר ליקח מעות כופין את הלוקח ליתן כשהותיר לפי שקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן אמרו בענין שכירות בב' לשונות סותרי' כמו שיתבאר פ"ז מה' שכירות עכ"ל פשיטא דאין ר"ל דכופין את הלוקח ליתן אם אינו חפץ בקרקע דודאי בכה"ג לא שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת וגם גבי שכירות פ"ז לא אמרינן אלא שצריך לשלם לו בעד החדש הי"ג כשכבר דר בו (ונתבאר לקמן סי' שי"ב סט"ו) אלא ר"ל דאם הלוקח חפץ בקרקע ואינו רוצה במותר שהותיר ואינו רוצה ליתן המעות בעד המותר כופין את הלוקח ליתן וכ"ז שאינו נותן הקרקע כולו של מוכר מטעם קרקע בחזקת בעלי' קיימת וכת' כן לפי שמפשטא ל' הראב"ד שכתב והמוכר תובע המעות יתירים כו' לא משמע כן ולענ"ד גם הראב"ד מודה ליה אלא שמיירי שחפץ שהקרקע יהיה של הלוקח רק שתבע מעות היתירים ובזה הדין עם הלוקח ואפשר דגם הרב המגיד הבין כוונת הראב"ד כן ולא בא אלא לפרש ודוק:

סעיף ג

אלא הפחות שבהם כן הוא בש"ס סוף ב"ב (סוף) [דף] קע"ג ע"ש וכפירשב"ם ריש פ' המוכר את הבית סוף (בבא בתרא ד' ס"א) ע"ש:

סעיף ד

אפילו בתים. כ"כ ג"כ הטור ויש לספק אם העבדים בכלל סתם קרקעות עכ"ל סמ"ע ולא ידענא מאי מספקא ליה הא פשיטא דאינם בכלל מקרקעי אלא בכלל מטלטלי וכדלקמן סי' רמ"ח ס"י:

סעיף ה

וכל המטלטלים כו'. אע"ג דלקמן סי' רמ"ח סעיף י"א כל המטלטלים בכלל נכסי אע"פ שלא אמר כל שאני התם דמתנה בעין יפה נותן וחילוק זה מוזכר בתוס' והרא"ש והר"ן וכן נ"ל לדעת הרמב"ם והמחבר (וכ"כ הב"ח אבל שאר תירוצי' שהוזכרו בתו' ושאר פוסקים קשה להו לומ' בדעת הרמב"ם והמחבר) ומ"ש הרב המגיד על דברי הרמב"ם דכאן באומר כל נכסי המטלטלים בכלל כמ"ש המחבר והכי מוכח בפרק מ"ש ואמרינן התם דאפילו תפילין איקרי נכסי כו' אע"ג דבפרק מ"ש במתנה איירי ה"ק דבפ' מ"ש מוכח דכל המטלטלי' איקרי ניכסי ואפילו תפילין וכה"ג וא"כ נהי דהתם במתנה מ"מ כיון דהכל בכלל נכסי כאן שאמר כל נכסי כל המטלטלים בכלל דנהי דמוכר בעין רעה מוכר היינו היכא שלא אמר כל ואי לאו הך דפרק מ"ש אפי' אמר כל לא הוי כל המטלטלים בכלל דמאן לימא לן דאיקרי נכסי כלל כן נ"ל ודוק:

סעיף ו

אבל אמר נכסי דבי פלניא כו'. אפילו אמר כל כן כתב הטור בשם הר"ר יונה ונראה שטעמו מדכתב ה"ר יונה בסוף דבריו אבל האומר כל נכסי אני מוכר גם המטלטלים בכלל דלאיזה צורך הזכיר כל אלא לדיוקא אצטריך דבנכסי דבי חייא אפילו כל לא מהני אבל לפע"ד זה דוחק ויותר נראה דתיבת כל ט"ס הוא או י"ל דה"ק אבל האו' כל נכסי דבי חייא אני מוכר לך גם המטלטלים בכלל וא"כ י"ל דה"ר יונה מתרץ דברי רשב"ם ודוק:

סימן ריט

סעיף א

מצר לו מצר כו'. עמ"ש הרמב"ן בחדושיו בזה:

סעיף ב

מה שיראו הדיינים. ז"ל הרב המגיד כולן בעיו' בש"ס עלו בתיקו ופסק רבי' שודא דדייני עכ"ל ובבדק הבית תמה על זה ויפה תמה דלא כהב"ח שטעה והבין שתמה אהך דינא דלעיל סעיף ב' וליתא דדינא דלעיל אתמר להדיא שודא בש"ס משא"כ הכא מיהו

נ"ל דגם הרמב"ן [הרמב"ם] אין כוונתו כאן לשודא רק כפי מה שיראו הדיינים שיעור שמכר לו משא"כ לעיל ס"ב שכ' כפי מה שיראו לאיזה דרך שדעתו נוטה יעשו כן נ"ל:

סימן רכ

סעיף א

מכר את הצמד עיין בתשובות ר"א ן' חיים סי' קכ"ה:

סעיף ב

ודוקא במקים כו' עי' בס' א"א ד' צ"ו ע"ב:

סימן רכא

סעיף א

המבקש כו'. עיין בתשובות מהרשד"ם סי' קע"ג וקע"ד ובתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ק"י דף ק"ן:

סימן רכב

סעיף א

נאמן בעל המקח לומר כו'. יש כמה פירושים בש"ס בענין זה והעיקר נ"ל דבריש פ"ק דמציעא ובס"פ י' יוחסין בחדא גווני פריך וה"פ וניחזי זוזי ממאן נקיט בין מקחו בידו או אין מקחו בידו מאי צריכים לנאמנותו של מוכר הא מסתמא ידיע מילתא זוזי ממאן נקט ומסתמא לאותו נתרצה ואפילו אומר המוכר בזמן שמקחו בידו שמכר למי שלא נתן המעות אינו נאמן דהוי כמגו במקום עדי' כמו שפירש ר"ח וכ"ש כשאין מקחו בידו אע"פ ששניהם מוחזקים במקח אם ידוע ממי קבל המעות אמרינן מסתמא לו מכר והרי הוא שלו לבדו וע"כ הוצרך בש"ס פ עשרה יוחסין לתרץ דנקט מתרוייהו ואמר מחד מדעתאי ומחד בע"כ כו' וה"ה דה"מ לתרוצי דנקט מחד ולא ידיע ממאן אלא שדרכן של עדים לידע וכמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ עשרה יוחסין וכן הריטב"א שם אבל אי אין ידוע לעדי' מאיזה מהן קבל אף ע"פ שהמוכר אומר שנתרצ' למי שלא נתן המעות נאמן במגו כשמקחו בידו דאע"פ שמודה ממי קבל המעות מ"מ אי בעי לא הודה כלל שקבל ממנו המעות וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות פ"ק דמציעא (והריטב"א פרק י' יוחסין) ודלא כהרא"ש שם אבל מ"ש הרמב"ן שם דאפי' ידוע בעדי' ממי קבל המעות נאמן להאחר אינו נ"ל ע"פ סוגית הש"ס אלא נלפע"ד עיקר ב"ה כהרא"ש דאם ידוע

בעדים או ע"פ הלוקחי' ממי קבל המעות אמרי' דמסתמא לו מכר (וכ"פ הריטב"א פ' י' יוחסין) ונרא' שכן דעת ר"ח בכל זה וגם נ"ל שכן דעת הרי"ף ודלא כהרא"ש לדעת ר"ח והרי"ף והא דהוצרך בש"ס רפ"ק דמציעא לשנויי ולא ידע לגי' הרי"ף היינו משום דבכלל ונחזי זוזי ממאן נקט הוא נמי דאפשר להתברר ע"פ המוכר וע"כ הוכרח לתרץ דנקט מתרווייהו דאל"כ היה אפשר להתברר בעדי' או ע"פ הלוקחי' ממאן קבל דמסתמא ידיע מילתא מי נתן המעות וגם הוכרח לתרץ ולא ידע דאל"כ היה אפש' להתברר ע"י המוכ' כשמקחו בידו לגי' הרי"ף ומה שהקש' הרא"ש על הרי"ף מאי דוחקא דתלמודא לתרץ ולא ידע כו' לפע"ד לק"מ דאדרבה מאי דוחקא לאוקמא מתני' במקח וממכר באין מקחו בידו דוקא הא איכא לאוקמי בכל גווני בין אין מקחו בידו בין מקחו בידו ובאין מקחו בידו אתיא כפשטא ובמקחו בידו איירי דלא ידע ונרא' שכן דעת הרמב"ם והמחבר בכל זה וע"כ כתבו בסיפא ולפיכך אם נטל הדמים משנים כו' ולא ידע ממי נטל מדעתו כו' כלומר דאלו ידע ממי נטל מדעתו אז היה נאמן כשמקחו בידו כשנים וכן כשאין מקחו בידו אלא שניה' תופסים בו היה כע"א והיה אותו שמסייעו נוטל החצי שתופס בלא שבוע' כדין ע"א שמסייע שפוטר משבועה ושכנגדו היה צריך לישבע ש"ד משא"כ עכשיו נשבעים שניה' כתקנת חכמי' ונ"מ טובי בין ש"ד לשבועה דרבנן כמו שנתבאר לעיל סי' פ"ז להכי כ' נטל משנים כו' דאלו נטל מא' מהן מסתמא ידיע ממאן נטל ואז אין צריך לעדותו של מוכר ואפי' ידע לא מהימן דכיון שידוע בעדי' או ע"פ הלוקחים ממי נטל אמרינן מסתמא לו מכר וגם הרב בהג"ה והעיר שושן מודים לזה ומ"ש ל"ש נקט זוזי מאחד ל"ש נקט זוזי מב' כו' היינו דלענין נאמנות ממוכר אין לחלק בזה ולאפוקי פירש"י וכן הרי"ף לדעת הרא"ש והטור דבנקט זוזי מחד נאמן כב' אפי' אין מקחו בידו מטעם דעליה רמיא ומדכר דכיר קמ"ל דלענין נאמנות אין חילוק אבל מ"מ יש חילוק בין נקיט זוזי מחד כשידוע בעדי' או ע"פ הלוקחי' לענין דאמרינן מסתמא לו נתרצה וזה נרמז בסוף דברי הרמב"ם והמחבר כמ"ש ובזה נסתלקה תמיהת הסמ"ע על הר"ב והע"ש ועיין בכ"מ ובב"ה אף שדבריו שם מגומגמים מ"מ תמצא שם סיוע לדברי ודוק בכל זה כי הוא עיקר לפע"ד לדינא:

סעיף ב

הרי הוא עד אחד כו'. וכתב בהגהת אשר"י ר"פ שנים אוחזין דהאידנא דאיכא שבועת היסת לא הוה עד כיון שיכול שכנגדו להשביע ולומר תן לי מקחי שקניתי ממך ועד שצריך שבועה לא חשיב עד (כדלעיל סי' קכ"א סעיף ט') עכ"ל וכתב בס' מעד"מ דמדברי הרא"ש (וכן שאר פוסקי') שסת' הדברי' ולא כ' דהאידנא לא הוי דינא הכי משמע ודאי

דס"ל דאף האידנא הכי לפי דאף האידנא אין כאן שום חיוב שבוע' על זה העד דהא שני' אוחזין מוקמינן אף במקח וממכר ואם כל א' יטעון שהמוכר התפיס לו לברו א"כ אין להם על המוכר כלום שהרי הוא אומר שהמוכר נתן לו והיאך ישביעהו שמודה הוא שנתן לו ואם שכל א' יטעון על המוכר שלא נתן לו ושנתן לחבירו א"כ הודה שעדיין לא משך ויכול המוכר לחזור ואינו עומד אלא במי שפרע וכמ"ש רש"י בקדושין באם מקחו בידו שכתב וז"ל עליה למידק שלא לחזור לו מזה ולהחזיר לו דמיו ויתן המקח למי שלא נמכר לו דקם ליה במי שפרע הלכך מידק דייק עכ"ל ומכיון שאין עליו אלא מי שפרע בזה לא שמענו דלא ליחשב עד ועוד על כרחנו לא מיירי שמשך דא"כ קמה לה ברשותיה ומה לו על המוכר כלל אבל גדולה מזה דהכא הא מיירי בשאין מקחו בידו וכתב רש"י בקדושין כשאין מקחו בידו מי שפרע ליכא ולא רמי אנפשיה ע"כ והיינו מטעמא דמיירי ששניהם לקחוהו מעצמם ולפ"ז אפשר דמי שיש עליו מי שפרע לא חשיב עד כיון שלא יוכל להעיד העדות בדבור בלבד שייך נמי טעמא כמו בעד שצריך שבועה כדלקמן ומ"מ הכא ודאי דלא קשיא כלל דאין כאן אפי' מי שפרע כל זה נ"ל פשוט עכ"ל המע"מ ואין דבריו נכונים לפע"ד דהא שפיר מיירי שיטעון שמשך והניחו אצל המוכר והמוכר נתנו אח"כ לחבירו וגם מה שהביא מפירש"י אין ראיה כלל דרש"י לפירושו אזיל דמפרש לה לענין דרמי אנפשיה ומדכר וגם לא כתב רש"י באין מקחו בידו דליכא מי שפרע כמו שהעתיק הוא אלא דלא רמי אנפשיה למדכר כיון דנסתלק המקח ממנו ע"ש ברש"י אבל ודאי דשייך נמי מי שפרע אפי' אין מקחו בידו אבל להרא"ש והפוסקים דמפרשי לה לענין שיהא נאמן כעד א' ודאי משמע דמיירי שכל א' טוען שקנהו במשיכה או בקנין סודר אג"ק או שאר קנינים דאל"כ מה תלי זה בהעדאת עדות כיון שלא קנוהו באיזו קנין וליכא אלא מי שפרע א"כ פשיטא שהרשות בידו למכרו למי שירצה בדבורו לבד אלא נראה לי דהרא"ש והפוסקי' לא מיירי מדין שבועה ולא באו אלא לומר שאין נוגע בעדות מצד הענין בעצמו והוי עד א' אבל מדין שבועה לא מיירי ומיירי היכא שא"צ לישבע כגון שפטרוהו משבועה ואף למאן דאמר לעיל סי' קכ"א ס"ק נ"ב דלא מהני פטור משבוע' היינו דוקא התם שהלוה לבדו פטרו ומטעם דחיישינן דבשביל שפטרו יעיד לו אבל הכא שפטרוהו שניהם פשיטא דמהני אבל היכא דלא פטרוהו משבוע' אין הכי נמי דמודי' הרא"ש והפוסקים להגהת אשר"י דלא חשיב עד כן נראה לי ולענין דינא בעלמא היכא שצריך לקבל מי שפרע נלפע"ד דשפיר חשיב עד ועיין לעיל סי' קכ"א ס"ק נ"א ודו"ק:

שוב מצאתי בש"ג פ"ג דמציעא סוף דף ס"ה שכ' וז"ל ומדברי הגהת הרא"ש כאן מוכח דאע"ג דקי"ל בדברים בעלמא אינו נגמר המקח מ"מ לאחר שנתקנה שבועת היסת אם

ראובן טוען לשמעון אתה עשית המסחר עמי על כלי פלוני ומכרתו לי והלה כופר אף ע"פ שהכלי ביד שמעון ואם היה שמעון אומר אני חוזר בי היה פטור מכלום עכשיו שכופר מצי להשביעו היסת עכ"ל ודבריו תמוהים דהיאך ישבע היסת בדבר שאף אם היה מודה היה פטור אלא ודאי כוונת הגהת אשר"י כמ"ש לעיל:

סעיף ג

וכל א' מהם תובע אותו כו' ע"ל ר"ס ע"ו כתבתי דאין חילוק בין תובעים אותו תחלה או לא רק בשכל א' תובעו בברי מיקרי תובע ואם אינו תובע בברי אפי' תובעו מתחלה בשמא דינו כאינו תובעו ותובעים אותו כו' לרבותא נקט תובעים אותו וכ"ש כשאין תובעי' אותו דמניח דמי המקח ביניהם ומסתלק א"נ משום סיפא דאלו אינם תובעים אותו אפי' לצאת י"ש א"צ כדלקמן סי' ש"ג ע"ש:

סעיף ד

מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק כו' הקשה בב"ח דישלם לכל א' וא' מדינא דהא ה"ל פושע דה"ל למידק וכדאמרינן לגבי פקדון ותירץ דבפקדון נמי אינו חייב מדינא אלא דוקא בשני כריכות כגון שהפקיד זה שלא בפני זה וכמ"ש לקמן סימן ש' אבל כאן קאמרינן לקח מא' מחמשה כו' משמע הלשון דמיירי שכל החמשה היו ביחד כשקנה מא' מהם דנעשה כאלו הפקידו בכרך א' דמימר אמר להו אתון גופייכו לא קפדיתו אהדדי כו' ואין נלפע"ד דמ"מ תיקשי להרי"ף והרמב"ם והמחבר וסייעתו דס"ל לקמן סי' ש' דוקא כרך א' ממש פטור אבל הפקידו זה בפני זה חייבו ה"נ כהפקידו זה בפני זה דמי ועוד נראה דדוקא בפיקדון שהפקידו שניהן זה ק' וזה ר' שייך למימר אתון גופייכו לא קפידתו אהדדי כיון שהפקידו שניהם יש לחוש לחלוף אבל הכא שלא מכר רק א' לא שייך לומר כן דמהיכי תיתי יאמר אחר שהוא מכר דבר שלא הי' מעולם אבל באמת מעיקרא לק"מ ואשתמיטתיה להב"ח דברי הנ"י פרק המפקיד שכתב להדיא דדוקא בפקדון חייב מטעמא דה"ל למידק שמפקידין אותו בידו לזמן רב אבל במקח דלפי שעה רוצים הדמים נמצא דלא ה"ל למידק דסבר מיד יבוא המוכר אחר מעותיו וכ"כ בס' מע"מ ובסמ"ע לקמן סי' ש' ס"ק י"א ולפ"ז אפילו לקח מה' בני אדם שלא היו ביחד דינא הכי ודוק:

סעיף ה

מונחים בב"ד כו' הטור כתב בסתם יהיה הדמים מונחים וכן הרמב"ם פ"כ מה' מכירה כתב ה' המגיד שפירשו ז"ל שמניחין ביד ב"ד וזה שכתב הרמב"ם ויהיו הדמים מונחים הכוונה בב"ד עכ"ל ואחריו נמשך המחבר ותימא שהרי בפ"ה מהלכות שאלה כתב

הרמב"ם להדיא יהיה מונח אצלו כו' וכ"כ המחבר לקמן ר"ס ש' לכך נראה דהדברים כפשטן שיהיו הדמים מונחים בידו וכן פירש"י פ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ז ע"ב) וז"ל ולא שיוציאנו מידו אלא תהא מונח ביד כו' ומסתלק מן הדין והגזילה יניח בידו עד שיבא אליהו עכ"ל וכ"כ בעל המאור פרק המפקיד וז"ל אלמא בבא לצאת ידי שמים הוא דחייב אבל בדתבעי ליה לא אלא מניח גזלה ביניהם בלבד לברר הדבר אם יוכל ואם לאו יניחו ברשותו עד שיבא אליהו ולא יוציא מידו כלום עכ"ל וגם הרמב"ן בספר המלחמות שם הסכים עמו בזה (ופשוט הוא דדין מכירה לר' עקיבא לא גרע מדין גזלה לר' טרפון) וכן משמע לכאורה בש"ס פרק המפקיד ומ"מ נראה דהלוקח צריך לישבע היסת שאינו יודע ועמ"ש לקמן סי' ש' עוד בזה:

סעיף ו

נותן דמים לכל אחד ואחד כו' ק"ל על המחבר דכאן כתב דברי הרמב"ם בסתם ולקמן סי' ש' סס"א פסק בסתם דפטור אפי' לצאת י"ש והיינו כמ"ש ה"ה שם ונראה לי ברור דהרב המגיד לטעמיה אזיל דס"ל דכל היכא דלא פשע כגון בכרך א' במפקיד או במקח דלא שייך פשיעה פטור אף לצאת י"ש והיינו שכתב ה' המגיד כאן פ"כ מה' מכירה אדברי הרמב"ם אלו וז"ל בזה חלוקים עליו הרמב"ן והרשב"א ואומרים דבמקח אפי' לצאת י"ש מניח ביניהם ומסתלק וכ"כ בפ' המפקיד עכ"ל כלומר דבמקח כיון דלא עביד איסורא ולא פשע פטור אף לצאת י"ש אפי' כל א' תובעו בברי היינו שכתב וכ"כ בפ' המפקיד כלומר שבפרק המפקיד דימו דין מקח לדין מפקיד בכרך א' ואפשר המחבר מחלק בין מקח למפקיד אבל דוחק לחלק בכך כיון דבתרווייהו לא פשע וכמו שכתב לעיל דהמחבר ס"ל דזה לא הוי פשיעה וגם בנ"י פ' המפקיד למד בהדיא דמפקיד בכרך א' פטור לצאת י"ש אפי' כל א' תובעו ברי מהך דמקח משמע דפטור החסיד אפי' לצאת י"ש אפי' תובעו ברי כיון דלא פשע וה"ה מפקיד בכרך א' דלא פשע ע"ש וא"כ דברי המחבר צ"ע:

סעיף ז

חייב לשלם לכל א' וא' מפני שעבר עבירה פי' ואינו יוצא ידי תשובה עד שיחזור הגזילה ליד הנגזל כו' עכ"ל סמ"ע וכ"כ בע"ש ואין לשון זה מדוקדק דה"ה אפי' עומד במרדו ואינו רוצה לעשות תשובה ונודע לב"ד שנשבע לשקר כגון שהודה בפני אחרים וכה"ג קנסי' ליה וחייב לשלם לכל א' וא' כדמוכח בש"ס ופוסקים ועיין בא"ע סי' מ' ס"א ומ"ש הרמב"ם והמחבר בריש דבריהם ועשה תשוב' היינו אורחא דמילתא נקטו משום דאל"כ לא שכיח שיתברר שנשבע לשקר והיינו דלא כתבו כן בסוף דבריהם ודו"ק:

סעיף ח
אני הלוקח נאמן עיין בה' המ' פ"א מה' אישות שנראה שחולק בשם הרשב"א על דין זה וקצת משמע כן לעיל סי' קמ"ו ס"ט ע"ש ודו"ק ועיין בירושלמי בקידושין פרק האומר ודו"ק ובהג"א פרק המפקיד גבי מרי בר איסק בשם הא"ז חולק בהדיא על דין זה ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק י' מ"ש בשם הע"ש שיכול להשביעו וע"ל בסמ"ע סי' קמ"ו ס"ק י"ח ומ"ש שם:

סימן רכג

סעיף א
המחליף פרה כו' עיין בתשו' מהרשד"ם סי' ש"ט:

סעיף ב
אפי' אם הלוקח עיין בספרי שהארכתי בפי' דברי הרמב"ם בשם הגאון אמ"ו ז"ל:

סעיף ג
אלא עומדת באגם כו' וה"ה ברשות הרבים וכן הוא בתוס' פרק השואל דף ק' ע"א סוף ד"ה ולחזי כו':

סעיף ד
או ישבע המוכר כו' עמ"ש לעיל סי' פ"ח סי"ב ודו"ק:

סעיף ה
ואין לזה אלא קטן כו' עמ"ש לעיל סי' פ"ח סעיף י"ז ודו"ק ועיין בטור ובתי"ט פ' השואל:

סימן רכה

סעיף א
אפי' מכר הקרקע בשטר כו' משמע מדברי הרמב"ם והמחבר דבמוכר שדהו בעדים בלא שטר מכ"ש דאחריות עליו אע"פ שלא פי' וכן משמע יותר בסמ"ג לאוין ק"ע דף ס"א ריש ע"ב וב"כ הרשב"א והר"ן והנ"י פ"ק דמציעא וכ"פ הב"ח וכ' שכן משמע מהטור כאן ובאמת לא משמע מהטור כאן כל כך ע"ש ויותר היה לו להביא דברי הטור דלעיל סי' קי"ו שכ' כן להדיא וכ"כ המחבר שם וכ"כ הרא"ש פ' חז"ה בשם הר"ר יונה דאפי' מאן דאמר אחריות לאו ט"ס הוא ה"מ כשנזקק לשטר ולא פירש בו אחריות אימר כך היה התנאי בעדים אבל במוכר בעדים בלא שטר אפי' לא פי' לו האחריות חייב באחריותו עכ"ל ובס' גדולי תרומה שער מ"ז כ' דמדכ' הרמב"ם פ"א מה' מלוה סתם דהמוכר שדהו

בעדים גובה מנכסי' משועבדי' משמע דס"ל נמי הכי ואין זה הכרע כ"כ דלשון רמב"ם כלשון הש"ס וטפי ה"ל להוכיח מהרמב"ם פי"ט מה' מכירה שהעתיק המחבר כאן. עוד כת' הג"ת שם שגם מדברי הרמב"ן שהביא הבעה"ת מדכתב דכותבין שטר למוכר בלא לוקח דאי משום אחריות הא המוכר שדהו בעדי' גוב' ממשועבדים (וכ"כ הרמב"ן בקצרה בחדושיו פ' ג"פ ומביאו הטור סי' רל"ח) עכ"ד ויפה כוון בזה דאל"כ הא יש לחוש שמא לא התנה באחריות מיהו מ"ש הגדולי תרומה שם שיגע ולא מצא חבר לבעל התרומות שיאמר המוחזק קים לי כותייהו כבר כתבתי לעיל סי' קי"ו שלפע"ד גם דעת רשב"ם כהבעל התרומות דבמוכר בעדים בלא שטר אינו חייב באחריות עד שיתנה ע"ש עיין בתשובת רשד"ם סי' רע"ד וסי' תי"ג:

סעיף ב

שאלו וכיוצא בהן כו' עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ס' ועיין ברמב"ם פי"א מה' מכירה ולעיל סימן נ"ה ודו"ק:

סעיף ג

אם התנה המוכר כו' עיין בנ"י פ"ק דמציעא בשם רב האי גאון דג' מיני אחריות הן:

סימן רכו

סעיף א

שהיה לשמעון כו' ע' בסמ"ע ס"ק ב' עד הי' גובה ממנו גם השבח כו' וכבר כתבתי בסי' קט"ו ס"ק כ"ו די"ח וס"ל דלעולם אינו נוטל יותר מחובו:

סעיף ב

המוכר שדה כו' עיין בנ"י פ"ק דמציעא דג' מיני אחריות הן:

סעיף ג

(**אפוטרופסים שמכרו כו'**) [**המוכר קרקע לחבירו כו'**] כן הוא ל' הרמב"ם פי"ט דמכיר' אבל הרא"ש והטור לא ס"ל הכי אלא פירשו לדין זה האמור בש"ס דאיירי דעדיין לא נתן להמוכר דמי השדה אלא שקנאו בא' מדרכי הקנאה ומביאם ג"כ בסמ"ע ס"ק ט' וז"ל [ול'] אחוי טרפך ואשלם לך משמע כהרמב"ם ועיין מ"ש בסמ"ע בשם הרא"ש והטור דס"ל פירו' דש אמיצר הנאמר בש"ס כעין זה שהולך אמיצר השדה לראות אם היא כאשר א"ל המוכר וגם לראות מה היא צריכה וכ"פ מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"ט ע"ש והוכיח כן מהש"ס:

סעיף ד
המוכר קרקע לחבירו כו' עיין בישׁ"ש סי' הנ"ל:

סימן רכז

סעיף א
כמה תהיה האונאה כו'. עיין תשו' ר"י לבית לוי סי' ו' וכ"ז וכ"ח:

סעיף ב
היתה האונאה כו'. עיין בתשובת רשד"ם סי' ר"ס:

סעיף ג
שמכר לו שוה ס' כו' עיין בתשו' מ"ע ובס' מגדל דוד:

סעיף ד
ולא לתבוע אונאתו. משמע שכבר נתן המעות וכ"כ בהגהות אשר"י דאם לא נתן המעות מגו דיכול למימר לו נתתי יכול גם כן לומר לא נתרצתי וצ"ע עיין בס' א"א דף צ"ו ע"ד:

סעיף ה
שאינו ידוע כו'. וכן בקרקע ובחזקות דקרקע אינו יכול לחזור אחר שיעור דכדי שיראה לתגר וקרובו כן הוא בתשובת ן' לב ספר א' כלל נ' סי' ק"ח ע"ש ובתשובת מהרי"ט ס"ס צ"ג ובתשובת רשד"ם סי' קע"ה:

סעיף ו
בד"א וכו' ע' בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' צ"ז:

סעיף ז
יש אונאה כו' עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קס"ז:

סעיף ח
עד מתי כו' עיין בתשובת ר"ש כהן שם:

סעיף ט
הלוקח בדמים כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' ס"ב:

סעיף י
המחליף כלים. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' רי"ח וברשד"ם סי' שפ"ג:

סעיף יא
האומר לחבירו. עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' קכ"ו:

סעיף יב
יש לו עליו כו' עיין בתשובת מ"ע סי' מ"ב:

סעיף יג
המוכר חפץ כו' ע"ל סי' ר"ך ס"ח ודוק:

סעיף יד
חמור מישראל כו' פסק מהרש"ל ס"פ דב"ק סי' מ"א דישראל ועכו"ם שאינו לישראל אחר ובדין עכו"ם א"י להשתלם מהעכו"ם החצי אונאה שאומרים ע"ד המליצה פתח עיניך וראה א"כ ליכא לאישתלומי כלל מעכו"ם צריך הישראל להחזיר לו הכל דקי"ל כר"נ כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי כו' ועוד דמסתמא עיקר סמיכת הישראל היה על ישראל ולא על עכו"ם ומ"מ היכא שנתאנה במקח טעות כגון שחמתית ונמצא לבנה או כסף ונמצא בדיל וכה"ג שכתוב בסי' רל"ג דאפי' בדיניהם איכא לאשתלומי מעכו"ם א"כ ודאי הישראל אינו משלם אלא חלקו אע"ג שהעכו"ם הוא אלם ודמי למ"ש בסי' ת"י סל"ז בשם י"ח ושכן עיקר:

סעיף טו
ואין לו עליו אונאה כו'. וה"ה אם נתאנה מוכר כגון ששוה יותר עיין בקיצור פסקי הרא"ש דהזהב ועיין בספרי ונ"ל לדקדק מהש"ס דפ' הזהב דבנושא ונותן באמונה כשם שאין לו דין אונאה כך דין ביטול מקח אין להם מטעם זה דהא בברייתא בש"ס בחד מחת' כלל האי דנושא ונותן באמונ' עם האותן ע"מ שאין לך עלי אונאה ועל שניהם תני אין להם אונאה ובע"מ שאין כו' למאי דמסיק רבא במפרש אפי' גבי [ביטול] מקח אין ל' אונאה כמבואר בש"ס ובש"ע סכ"א א"כ גם בנושא ונותן באמונה כן הוא דעל שניהם יחד אמר בש"ס אין לו דין אונאה כן נ"ל ודו"ק ומ"מ צריך להתיישב למעשה עיין בתשובת רשד"ם סימן תל"ג:

סעיף טז
העבדים והשטרות. עיין בתשובת ר"א ן' חיים סימן ל' וסי' ק"ג ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רל"ט דאין אונאה לחזקות וע"ש:

סעיף יז
אבל יותר מפלגא עיין בסמ"ע ס"ק נ' עד צ"ל דל"ד קאמרי כו' ולפע"ד דדוקא קאמרי וכן משמע להדיא מלשון התוספת בב"ק שם וכן באגודה פרק הזהב ומהירושלמי אין ראיה כלל דאדרבה בירושלמי י"ל ל"ד עיין שם וכן הוא להדיא בתוספות בקידושין פרק האיש מקדש (קידושין דף מ"ב ע"ב) וז"ל והכי נמי איתא בירושלמי עד פלג שלהם

אונאה וההיא דזבן מאה במאתן (דפרק המקבל) אי פלג דוקא לא הוי זבין מאה במאתן דוקא אלא פחות ממאתן פורתא ואי מאתן דוקא הא דקתני עד פלג ל"ד אלא ר"ל יותר מפלג פירתא אבל בפלג המקח קיים עכ"ל ואע"ג דהתוס' מסתפקי' בזה מ"מ נשמע מדבריה' דשפיר י"ל דההיא דירושלמי ל"ד וא"כ פשיטא דהתו' בב"ק ובפרק הזהב דוקא קאמרי וכדמשמע מדבריהם להדיא וגם המעיין בש"ס פרק המקבל יראה דדוחק הוא שם לומר דזבן מאה במאתן הוא ל"ד וכמ"ש לעיל סי' ס"ו סל"ח ואפשר דגם הרא"ש דכתב דהך דהמקבל ל"ד הוא לאו בדוק' קאמר הכי דה"ה (#) דה"מ למימר דהך דירושלמי ל"ד הוא וזה נרא' דעת הר"ב בהג"ה ומ"מ לענין דינא העליתי לעיל ס"ס ס"ו דהעיקר כהרי"ף וסייעתו ועיין בתשובת רשד"ם סי' נ"ח דף נ"ג ע"ד כתב דהוי ספיקא דדינא וע"ש ובתשובת ן' לב כלל כ' סי' ק"ח ובתשובת מהרי"ט ס"ס צ"ג ובתשובת ר"א ן' חיים סימן ס"ט:

סעיף יח

שדינו כשאר כל אדם כו' ע"ל סימן ק"ט ס"ה ודו"ק:

סעיף יט

ועבדים אין בהן אונאה. אע"ג דוהתנחלתם הנ"ל בעבדים כנעניים הוא דכתיב מ"מ זה שהשכיר נפשו כפועל שם עבד עליו עכ"ל סמ"ע וכ"כ בתשובת ר"י לבית לוי דף כ"ו והביא דברי ת"ה סי' שי"ח שכתב ג"כ כן ע"ש:

סימן רכט

סעיף א

רובע קטנית כו' עיין בסמ"ע ס"ק א' עד איכא מ"ד דבחטין ושעורים אינו מקבל עפרורית אפי' פחות מרובע כו' ואיני מבין דבריו דהא פחות מרובע מקבלין עכ"פ כדאמרי' בהבורר צרור מתוך גורנו כו' עיין בש"ס וכן כתב בית יוסף להדיא ודו"ק:

סעיף ב

אין כל הדברים כו' ע' בס' א"א דף צ"ז ע"א:

סימן רל

סעיף א

עד העצר' כו' ומור"ם חילק דוקא אם הוא בקנקן דמוכר ולפע"ד כר"י שהביא הב"י ס"ב דאפי' בקנקנים דלוקח חייב להעמיד לו עד עצרת כו' וכן דעת הר"ן שהביא ב"י ס"א

וז"ל אבל היכא שא"ל יין מבושם אני מוכר לך זו היא ששנינו חייב להעמיד עד העצרת כלומר ואף ע"פ שעירו אותו לקנקנים דלוקח דדומיא דרישא תניא סיפא כו' (זה מצאתי בכתביו שכת' בימי חורפו):

סימן רלא

סעיף א

רשאים בני העיר. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' מ"ה ובתשו' מ"ע סי' ע"ג:

סעיף ב

רשאים בעלי אומנות כו' עיין בתשובת ן' חביב ס"ס מ' וצ"ט ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ק"ט ובתשוב' ר"א ן' חיים סי' צ"ח וסי' קכ"ד ובתשובת רשד"ם סי' רצ"ט ושצ"ח ות"ו ות"ז ותמ"ז ובספר א"א דף צ"ז ע"א:

סעיף ג

כולם ביחד עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' פ"ד וסי' רל"ז וסי' ר"פ וש"ץ ושל"ז:

סעיף ד

או של כל בני העיר מועיל כו' כן כתב הרא"ש פרק השותפין וכתב שבעלי אומניות הם הנקראין בני העיר בענין מלאכה כו' ע"ש ונראה דהוצרך לכתוב כן וגם דינו אמת ומוכרח דהא פריך בש"ס לרבא מדלעיל ורשאין בני העיר להכריע על קצותן ומשני ה"מ דליכא אדם חשוב ש"מ אפילו בני העיר אינן רשאין לתקן זולתו ועוד דאם איתא דבני העיר עדיפא אם כן מאי פריך מבני העיר וכן נ"ל להורות כמ"ש מור"ם (אבל בסמ"ע לא כתב כן ע"ש תשו' אלשקר וכן בכ"מ ע"ש הריב"ש ולפע"ד מ"ש הוא מוכרח ע"כ מצאתי בכתביו שכ' בימי חורפו) ע' בתשו' ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' ט' ובתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ט ובתשו' ר"א מזרחי ובתשו' ן' לב ס"א דף קמ"ד ודף קצ"ב וע"ש עוד בסוף הספר ובס"ד ן' לב דס"א וס"ב:

סימן רלב

סעיף א

המוכר לחבירו כו' עיין בתשובת רשד"ם סימן שפ"ה:

סעיף ב

ובלבד שהמעות יתרים כו' בד"מ כת' בזה ז"ל ואם בא אח"כ הנותן ואמר טעיתי במנין המעות שנתתי לך בזה כ' ריו"ו נ"ט ח"ג דחייב להחזיר (וכ"כ הרא"ש פ' א"נ) לו ובהגמ"ר

פ' איזהו נשך כתבו דא"צ להחזיר ומביאו ג"כ בסמ"ע ובש"ג ס"פ הגוזל בתרא פסק דצריך להחזיר וכתב עוד שהמלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאיליו הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו ע"כ וצ"ע בזה:

סעיף ג

המוכר לחבירו עיין ובתשובת ר"א ן' חיים סימן מ' דף ע':

סעיף ד

ויפרש אותה ע' בסמ"ע ס"ק י"ז עד וכמ"ש המ"מ הנ"ל כן עיקר כו' וכמבואר במ"מ ועליו סמך הב"י וב"ח סס"ז בדה דברי נבואות מלבו וחילק בע"א ע"ש גם בכ"מ כתב שדברי המ"מ נכונים ע"ש:

סעיף ה

שלא הזכי' לו כו' ע' בסמ"ע בס"ק י"ט עד מכ"ש כשאין בה כולן כו' ודאי כ"ש הוא דמחל כיון דלא מצא אלא קצתם אלא אפי' מצא כולן סד"א דכולי האי לא מחיל קמ"ל ודלא כהמחבר וברור:

סעיף ו

המוכר עבד או שפחה כו' עיין בתשובת רשד"ם סימן רל"א ועיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן קכ"ז:

סעיף ז

המוכר בהמה כו' עיין בתשובת רשד"ם סי' ש"ט ותמ"ט:

סעיף ח

המוציא מחבירו עליו הראיה עיין בסמ"ע סקל"ה עד מה שא"כ גבינות כו' ועיין בכ"מ מ"ש בזה וצ"ל גם לדבריו דבהמה שאני דאזלי' בתר רובא והחזקה ודוק ע"ל ס"ס ר"ל:

סעיף ט

ישבע המוכר עיין בסמ"ע ס"ק ל"ו עד מיהו אינו דומה להתם דהתם ברשותו נולד הספק כו' וזה פשוט ולית בה ספיקא דדינא וכנ"ל עיקר ודוק עיין בתשו' רשד"ם סימן פ' מדינים אלו ועיין עוד שם סי' שע"ט עיין בסמ"ע ס"ק ל"ז עד כשבא הלוקח לישבע כו' ובתשובת רשד"ם סי' פ"ה דחק עצמו בישוב ל' זה:

סעיף י

ואם ירצה כו' עיין בסמ"ע ס"ק נ"ח וכ"כ המחבר להדיא בספר ב"ה ע"ש עוד:

סעיף יא

המוכר דבר שיש בו מום כו' עיין בספר א"א דף צ"ז ע"ב ובתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' קע"ג ד' קע"ד ובתשובת ר"י לבית לוי סי' ל"ג:

סעיף יב

ויש חולקין. עיין בב"ח מ"ש בזה ונ"ל עיקר כדבריו וכן יש ללמוד מדברי הנ"י לשם וראייתו ברורה מהמרדכי ודו"ק עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן קס"ז:

סעיף יג

נשבע שאינו יודע כו' עיין בסמ"ע ס"ק מ"ג שכ' וק"ק והא אין משביעין על טענת ספ' וכו' ולפע"ד איירי כפשוטו ולק"מ דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהי' בו בדיל א"כ ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו א"י אם אני חייב לך דנשבע שא"י כדלעיל סי' ע"ה ס"י ודו"ק:

סעיף יד

ואם קנה הסרסור כו' וה"ה אם קנה מתחלה לעצמו וכן הוא בפוסקים שמהם מקור דין זה להדיא:

סעיף טו

הוי מקח טעות. פסק בתשו' רשד"ם ח"ג סי' פ' באם שחייב לו בעד קנין חפץ או שאר דברים ונתן לו המעו' ואחר כמה ימים רוצה להחזיר לו מחמת שמצא מקצתם לא טובים והלה טוען למה לא בררת אותם בשעת פרעון ופסק דאם הלה טוען שיודע בבירור שממנו לקח הרעים והלה טוען ברי לי שנתתי לו טובי' נשבע הלה ונפט' אבל אם טוען א"י אם הם שלי א"ל צריך לשלם ואין לו עליו אלא חרם סתם כדין א"י אם פרעתיך ואם הוא טוען שמא והב' טוען שודאי נתן לו פטור בחרם סתם וע"ש ופשוט:

סעיף טז

מכר לו כו' עיין בתשו' רשד"ם סימן שפ"ה:

סעיף יז

ואפי' אבד כו' עיין בסמ"ע ס"ק נ"א עד והי' הפסד גנבה ואבדה על הלוקח כו' והב"ח פסק אף שלא היה שהות להודיע הוא באחריות הלוקח עד שיודיעו דוקא ע"ש:

סעיף יח

כגון שנתייקר עיין במהרש"ל פ"ה סימן ג' ופרק המניח סי' א':

סימן רלג

סעיף א

דהכל מין כסף צ"ע דמ"ש מיפות ונמצא רעות וז"ל המרדכי שם מכר כסף סיגים בחזקת צרוף אין יכולים לחזור בו אבל זהב ונמצא כסף או להפך שניהם יכולים לחזור בו ע"כ וי"ל דה"ק אין שניהם י"ל אלא לוקח וקרוב להגיה אין המוכר יכול לחזור בו ולישנא דב"י הכי דייק וכן הוא בראב"ן סוף ק"ה המוכר כסף בחזקת סיגים ונמצא צרוף מוכר יכול לחזור בו צרוף ונמצא סיגים לוקח יכול לחזור בו דתנן התם יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו כו' ע"כ שוב מצאתי במרדכי ס"פ המפקיד תשובת מהר"מ במכר לו טבעת של זהב ונמצא עופרת בתוכ' הוי מקח טעות כמו שחמתי' ונמצאת לבנ' יין ונמצ' חומץ וכ"כ מור"ם בקצרה בסי' רל"ב סי"ח וע' בתשובת רשד"ם ס"ס קל"א כ' ג"כ דסברת אביאסף סברת יחיד הוא והקשה עליו מיפות ונמצאו רעות ע"ש:

סימן רלד

סעיף א

כל אסורי הנאה כו' עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד ה"מ לאחרים אבל המוכר בעצמו שהוא בעל דבר אסור למוכרו כו' כ"כ רש"י פ' ר' ישמעאל וכ"כ התוס' ר"פ בתרא דע"ז וכ"כ רש"י ותוס' בחולין גבי חמצן של עוברי עבירה וכן עיקר ודלא כמ"ש בס' מע"מ בבכורות ע"ש ועיין בא"ח סי' ת"ק [ת"נ] ובב"ח שם ומ"ש שם:

סימן רלה

סעיף א

קטן כו' עיין מדינים אלו בתשובת ר"מ אלשיך סי' ק"א ובתשו' מבי"ט ח"א סי' קצ"א וקצ"ב וח"ב סי' קכ"ב ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סימן ע"א ועיין בספר באר שבע דף ק"ו ע"א:

סעיף ב

שטר חוב כו'. וחזקת חנות דינו כקרקע כ"כ בספר באר שבע דף ק"ו ע"א עיין בתשו' ר"מ אלשיך ס"ס ל"ח:

סעיף ג

אבל הקטנה שנתרבתה חצרה מידה כו' באמת כ"כ הרמב"ם ומביאו הטור וגם הסמ"ג דף ק"ס ע"ד ורבי ירוחם ני"ט מביאים דבריו אבל תמיה לי מה שייך לחלק בין קטן

לקטנה בזה דדוקא לענין חצר מחלקינן בש"ס פ"ק דמציעא (ריש דף י"ג) בין קטן לקטנה משום דחצר דאשה משום ידה איתרבאי דקרא ונתן בידה באשה כתיב אבל לענין קנין חליפין אין טעם כלל לחלק ביניהן ואפשר דבקטן מועיל קנין חליפין כמו שאר קנייני' ואינו דומ' לחצר כלל ואם בקטן אינו מועיל וכמו שנראה ג"כ מדברי התוס' פרק התקבל (גיטין דף ס"ה ע"א) והר"ן שם וכמ"ש המחבר גם כן לקמן סי' רמ"ג סי"ט א"כ גם בקטנה אינו מועיל כן נראה לי:

סעיף ד

ונתן דמים עיין בב"ח שדבריו נכונים בפי' דברי הטור ויראה מדברי א"א כו' ע"ש עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן רי"א:

סעיף ה

בד"א כו' עיין בתשובת ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' כ"ז ובתשובת רשד"ם סימן רל"ו וסימן רמ"ג וסימן שמ"א:

סעיף ו

פחות מבן ך' כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ב:

סעיף ז

יש מי שאומר שחייב לשלם ע"ל סימן שמ"ט ס"ג ועיין בסמ"ע ס"ק מ"ג ובב"ח ועיין בסמ"ע שם שדבריו דחוקים גם רחוק מהשכל שיהיה הלואות קטן בפחות מג' [מו'] שנים:

סימן רלו

סעיף א

העכו"ם עיין בתשובת מהרי"ט סי' נ"ט ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ר"ז ובתשובת ר"ל ן' חביב ס"ס ס' וברשד"ם סי' ער"ה ור"פ:

סעיף ב

עכו"ם בעל זרוע כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' כ' ובתשובת רשד"ם סי' שמ"א:

סעיף ג

אינם יכולין להוציא. כן הוא דעת הרמב"ם אבל הרא"ש בשם ר"ג והטור כתבו דיכול להוציא מיד הלוקח אפי' שהתה בידו יותר מיב"ח ועיין עוד בסמ"ע ס"ק ט"ו וכ"פ מהרש"ל פ"ו סי"ד ע' בתשובת מבי"ט ח"א סי' מ"ד ובשאלות השניות סי' קכ"ח דף קנ"ח:

סעיף ד
אלא שמין כו' בסמ"ע ס"ק י"ט כ' שהוכיח בפרישה שא"צ ליתן להלוקח כל הדמים שנתן לעכו"ם אלא מה שהיה צריך הבעל ליתן לעכו"ם והוא פשוט בל' הרא"ש אמנם אם כונת הלוקח היה להציל מיד העכו"ם ולהחזיר לנגזל צריך ליתן לו כל מה שהוציא עד כדי דמיו מהרש"ל ביש"ש פ"ו מב"ק סי' י"ד ע"ש:

סעיף ה
אבל במטלטלי כו' ע"ל סי' שנ"ו ושס"ח:

סעיף ו
א"צ להחזיר לבעלים כו' אם קנאם וה"ה אם גזלם ממנו כ"כ בספר בא"ש דף ע' ע"א ע' בתשובת רמ"א סי' קי"ג:

סעיף ז
ודאי נתייאש כו' ע"ל סי' שע"א ודוק ועיין בתו' והרא"ש פ' ח"ה מזה ריש דף מ"ד:

סעיף ח
וכל זה באנס. עיין בש"ש מדינים אלו:

סימן רלז

סעיף א
המחזיר כו' עיין בתשו' מוהרש"ל ובתשובת מ"ב באריכות מדינים אלו ובתשובת רשד"ם סי' רנ"ט ושנ"ב ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ס"ז:

סעיף ב
ובא אחר וקנאו כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן קצ"ד בא' ששכר שום דבר מהמלך כגון העפר לעשות ממנו עופרת כו' ע"ש:

סעיף ג
ויוכל לקנותו בזול כו' אבל הרמב"ן בחידושיו פ' חזקת גבי נכסי עכו"ם ה"ה כמדבר כתב ואפי' לקח בפחות מכדי דמיו הואיל ומכר הוא אין לחלק:

סימן רלח

סעיף א
והוא שמיד הקנה כו' ודלא כהרמב"ם פכ"ד מה' מלו' דמחלק בין שטר מלוה למכירה אלא כמ"ש הטור דאף בשטר מכר אין כותבין רק בשטר קנין לרב אסי וכ"כ ה' המ' שם

בשם רש"י והרמב"ן והרשב"א ומפרשים אחרים ושאין טעם ברור לחלק בין מכר להלוא' בדין זה ומביאו בדק הבית ע"ש:

סעיף ב

אין שומעין כו' ונ"י פ' ג"פ כ' שהרשב"א והרא"ה חולקי' ומביאו ב"י לעיל סי' ל"ט סעיף ו' וכן הרב הביא שם ס"ד שיש חולקין:

סעיף ג

צריך להביא ראיה ע"ל סי' ל"ט:

סעיף ד

שקיבל המעות כו' ע"ל ס"ס ל"ט סי"ו:

סימן רלט

סעיף א

לכתוב אחר כו' ואפי' העדים עצמן יכולין לכתוב לו ואין צריך ב"ד וכמש"ל סי' מ"א ס"ג:

סעיף ב

וג' שטרות כו' ומ"מ אין לאפושי שטרי בחנם דזילי נכסיה כמ"ש הרא"ש בתשובה מביאו ב"י לעיל סי' מ"א ע"ש וכתבו הרב בהג"ה לעיל סי' מ"א ס"ג ע"ש:

סעיף ג

ולא מזמן שני כו'. ה"ה מזמן שני כשכותבין בו אחרנוהו:

סעיף ד

שטרי מכר כו'. ומתנה כ' הטור וז"ל שאם מכר בניסן וכ' לו מתשרי יש לחוש שקודם זמן תשרי יהיה מעות להמוכר ויחזור ויקנה קרקע מהלוקח ויעשה לו שטר מאותו הזמן כו' ולא יטול ממנו השטר שכ' לו שהוא ללא צורך דאע"פ שחזר השטר לא חזרה המכירה או המתנה כחכמים דפליגי ארשב"ג בב"ב דף קס"ט ע"א וכדלקמן סי' רמ"ג ס"ט (אבל בש"ח המאוחרין יטול ממנו השטר עצמו ובטל החוב בזה וכשלא יתן לו השטר עצמו כד אירכס ליה יכתוב השובר סתם) כנ"ל ולא כמו שדחק רשב"ם דף קע"א ע"ב גבי שטר מכר דאירכס ליה ליכתוב שובר כו' ע"ש דהא גבי ש"ח הוא דקאמר בש"ס בתר הכי דאירכס ליה וכותב לו שובר ולא גבי שטר מכר ע"ש:

סימן רמ

סעיף א
שני שטרות כו'. עיין בבעל העיטור דף ך' ע"ב וג' ובתשובת רא"ן ששון סי' ק"ה בדין זה ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' קי"א:

סעיף ב
לפיכך כל הפירות שאכל כו' כן הוא ג"כ לשון הרמב"ם אבל הטור כ' וז"ל והמוכר או הנותן נוטל הפירות עד זמן השטר השני ובדרישה כתבתי דיש נ"מ בינייהו דהטור ס"ל דדוקא הפירות שהם בעין נוטלם המוכר או הנותן אבל מה שכבר אכל הלוקח או המקבל א"צ לשלם והרמב"ם ס"ל דצ"ל עכ"ל סמ"ע והב"ח לא כ"כ ודבריו תמוהין דהא מבואר בהרא"ש וברמזים להדיא דדעת הרא"ש היא כמ"ש בטור (הג"ה וע' בספרו) ועיין בב"ח מ"ש בשם התוס':

סעיף ג
מסור לדייני' כו' הפוסקים פסקו כשמואל דס"ל בזה שודא דדייני ומה שקשה בזה על הרי"ף שפסק כאן כשמואל ובעלמא פסק כר"מ בשטרות דאמר דס"ל עידי חתימה כרתי וזה סותר זה לזה כמבואר בש"ס פ' מ"ש נשוי עיין בבעה"ת שער י"ג שהאריך בזה וכן בהר"ן ס"פ המגרש וכן בחדושי רשב"א ע"ש:

סעיף ד
כל שדעתם כו' והוא פירש"י בענין שודא דדייני וכ"כ הטור וצ"ע על הטור שלא פי' כר"ת דתלוי ברצון הדיין דהרי משמע מהרא"ש פח"ה כר"ת וכ"מ מדבריו פ' הכותב ועיין בד"מ שכ' דהר"ן ונ"י ס"ל דמותר ליקח שוחד בשודא דדייני ושס"ל כפיר"ת לפעד"נ שהוא שגגה שהרי מבואר להדיא בתוס' דאף לפירוש ר"ת אסור ליקח שוחד א"ו הר"ן ונ"י ס"ל דהוי כמו שוחד וגוזמא קאמרי וכן הוא להדיא בחידושי הרמב"ן ע"ש:

סעיף ה
בדיין מומחה כו' וכ"כ ראב"ן וצ"ע בזמן הזה ע"ל סי' ג' וכ"ג ודוק:

סימן רמא

סעיף א
הנותן מתנה עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב ש"ס י"ג:

סעיף ב
ר"ד ס"ה כו' משמע כמו דלעיל סי' ר"ד ס"ה לא נקנה המקח מחמת המשכון ה"ה בנותן מתנה והניחו למשכון עליו ל"ק ואע"ג דהעיטור כ' בדין קנין מאמר שני דף ה' סוף ע"ג דקנה מ"מ התוספות והריטב"א פ"ק דקידושין ושאר כל הפוסקים כתבו דלא קנה (ועיין בר"ן פ' שבועות הדיינים ובנ"י פ"ק דמציעא) וכן עיקר:

סעיף ג
מחל לחברו כו'. עיין בתשובת ר"א ן' חיים ס"ס ע"ז ובתשו' מבי"ט ח"א סימן קי"ג וח"ב סימן כ"ה וסי' צ"ו ושי"ד ועיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' קכ"ב וע"ל סי' ר"ב:

סעיף ד
אפילו היה לו שטר כו' וכ"כ בעל העיטור ד' צ"ג ע"ב ע"ש ודוק דל"ת ממוחל לעיל סי' ס"ו ומביא הירושלמי דפליגי בזה ופסק לקולא ולפ"ז הוי ספיק' דדינא ודוק והירושלמי הזה הוא ספ"ק דגיטין דין ד' מחל שטר ר' חנניה ורבי מנא חד אמר מחל וחרנא אמר לא מחל עד דמכר ליה שטרו ע"כ עי' ברשד"ם סי' רל"ה ורע"ח ובתשו' ר"א ן' חיים סי' ע"ז:

סעיף ה
המוחל לחבירו כו' נ"ל דהכא שייך ל' מחילה לפי שכשיטול מה שירצה בלא רשות יהיה לו תביע' עליו ושפיר מחל ליה התביעה משא"כ כשיש לו חפץ ביד חברו וחברו אינו רוצה ליטלו שלא מדעתו א"כ איך שייך לומר מחול לך ומה תביעה יש לו עליו שימחול לו ועוד אפשר לומר דכאן מיירי שיטול נכסים והנותן עצמו לא ידע מה שיטול הן הממון הן כמה מטלטלים וכל זה דלא כהסמ"ע (זה מצאתי בכתביו שכתב בימי חורפו):

סעיף ו
י"א כו' עיין בתשו' ר"י לבית לוי סי' נ"ב:

סעיף ז
הנותן מתנה כו' ע' בתשובת ר"מ אלשיך סי' ל"ג:

סעיף ח
אבל אם אינה מחזירה כו' עיין בא"ע סי' ל"ח ובהגר"ש פרק י"נ ובא"ע סימן ק"מ בתשובת הרא"ש ובספר ש"י וב"ח בטא"ע וצ"ע ודוק עיין בריב"ש סי' שמ"א:

סעיף ט
לא קצב לו זמן ע"ל סימן קי"א סי"ז [סי"ט] ועיין בא"א דף צ"ז צ"ח:

סעיף י

בתנאי בגיטין כו'. ונ"ל דהאומר ע"מ להחזיר יכול לתת אף דמיה וכ"כ בתשובת הרא"ש הביאו טא"ע סי' כ"ח ועיין בתשו' רא"ן ששון סימן ס"ג שכ' שהריב"ש חולק בזה ועיין בהרא"ש פ' לולב הגזול:

סעיף יא

כל הנותן מתנה כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סימן קי"ח:

סעיף יב

האומר לחבירו עיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן מ"ב:

סימן רמב

סעיף א

הנותן מתנה כו' עיין בתשוב' ר"מ אלשיך סי' ס"ד מדינים אלו:

סעיף ב

ואפי' קבל עיין בסמ"ע ס"ק ב' עד דבזה גילה דעתו דניחא ליה כו' והב"ח כתב דמיירי דידעינן באונסיה כו' ע"ש ודבריו צ"ע לדינא:

סעיף ג

כל מתנה כו' עיין בתשובת רשד"ם סי' ת"ק ובתשובת ר' משה אלשיך סי' צ"ט ובתשו' ן' לב ס"א סי' נ"ט דף פ"ג:

סעיף ד

מעשה בא' כו' עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' ס"ג דף קל"ג:

סימן רמג

סעיף א

ואם המקבל עני כו' ע' במהרי"ק שורש קל"ג שכ' דאפשר דהיכ' דאיכ' טרחא דגופא לא אמרי' דנעש' נדר בעני ע' בתשוב' ר"מ אלשיך סי' קכ"א:

סעיף ב

ואפי' בעשיר כו' זה הוספה מדברי המחב' שהמחבר עצמו כוונתו כן וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ה' וכן מורה ל' שכ' המחבר כמו שנתבאר ופשיטא דר"ל כמו שנתבאר לעיל סי' ר"ד ס"ח והת' לאו בעני מיירי אלא בשאר אדם לענין מחוסרי אמנה ע' בתשוב' ר"א ן'

חיים סי' ל' וק"ג וק"ח ובתשוב' מ"ע סי' ק"ד ובתשוב' רמ"א סי' מ"ז ומ"ח שחלה ג' ע' בהג"ה בסמ"ע ס"ק ז' ובהרי"ף ר"פ שור שנגח ד' וה' ובי"ד סי' רנ"ח:

סעיף ג

ברשותו כו' כתב הב"ח דהיינו דוקא לדעת ר"ת אבל לדעת הרמ"ה שהביא הטור לעיל סי' קכ"ה בעינן דוק' ידו ממש ולא רשותו ועיין בסי' קכ"ה ס"ק ל"א דהרמ"ה ור"ת לא פליגי ע"ש:

סעיף ד

יחזירו ליורשי הנותן כו' מיירי בשטר מתנה דלית ביה קנין דלא זכה בה המקבל עד שיגיע השטר לידו אלא שיש לספק שמא כבר בא ליד המקבל והמקבל מפקידו ביד זה ע"ז קאמר דמכח ספק אין מוציאין ומחזירין השטר כו' עכ"ל סמ"ע והא ליתא דבהדיא מוכח בש"ס ופוסקים דבכה"ג אף באין בו קנין אין מחזירין לא לזה ולא לזה וכמ"ש לעיל סימן ס"ה ס"ק ו' אלא הדבר פשוט דדין זה לקח המחבר מתשוב' הרא"ש שבטור דמיירי התם להדיא שהי' ידוע שהנותן הפקידו אצלו כגון שהיה קשור אצל שטר של הנותן וכה"ג ולזה כ' המחב' נמצא אצלו מופקד כו' גם מ"ש בשט' של קנין דאם היו קשורים מחזירין לנותן ליתא דהא טעמא דהרא"ש איתא דמשעת קנין שעבד נפשיה והשטר אינו אלא לראיה וכמו שכ' להדיא בכלל ס"ו ס"ג וא"כ מה בכך שהנותן נתנו לידו וכ"מ להדיא בס"ס ר"ן דאע"ג שידוע שבא מהנותן זכה המקבל ע"ש ואפי' אם ת"ל דהא דמחלק בין קשורין לאינן קשורין מיירי כשאין ידוע שהקנה לפני העדים בסתם מ"מ הא בכה"ג כ' הטור סי' נ"ה דאפי' ידוע שהנותן הפקידו אצלו אין מחזירין לו (ועיין בב"ח שם בסי' נ"ה ובס"ס ר"ן) א"ו תשובת הרא"ש שהביא הטור כאן סי"ח והמחבר לעיל סי' ס"ה מיירי דוקא בלא קנין גם מ"ש ושם נתבאר ג"כ שבשטר הלואה אף שיש בו קנין כו' דשמא כ' ללות ולא לוה כו' אבל זה אינו דמשעת קנין שעבד נפשי' וכדלעיל סי' ל"ט סי"ג ועמ"ש לקמן ס"ס ר"ן פי' דברי הטור והרב מיהו טעמא אחרינא איכא דאין מחזירין בש"ח דחיישי' לפרעון וכמ"ש:

סעיף ה

נעשה שליח לעכו"ם כו' אבל עכו"ם לעכו"ם נעשה ונ"מ לענין מכירו' חמץ כ"כ בתשו' משאת בנימין בפשיטות:

סעיף ו

ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו אבל במציאה לא דליכא אלא משום דרכי שלום כדלקמן ר"ס ע"ר באמת כן כתבו הר"ן בפ' המקבל וה' המגיד פ"ד מה' זכיה וכן נראה

מדברי שאר הפוסקים שסתמו וכתבו לקמן סי' ע"ר דמציאת קטן ליכא אלא משום ד"ש אבל לפע"ד צ"ע בזה דהפוסקי' הכריחו כן מהא דאמרי' פ' התקבל קטן שנותנין לו צרור וזרקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואלו בפ' הניזקין אמרינן דמציאת חש"ו אינו רק משום דרך שלום ותירצו דדוקא לענין מתנה זוכה לעצמו דדעת אחרת מקנה אותו משא"כ במציא' ולפע"ד דוחק להמציא חילוק שלא נזכר בש"ס דאע"ג דמצינו לקמן ס"ס רס"ח דדעת אחרת מקנה עדיף מ"מ בזה דקטן דזוכה לעצמו לא מצינו בש"ס לחלק בכך וגם אין סברא לחלק בכך דאם זוכה לעצמו במתנה הרי שיש בכחו לזכות למה לא יזכה ג"כ במציאה אלא נ"ל דהא דאמרי' בפ' הניזקין מציאת חש"ו אין בו רק מפני ד"ש היינו בקטן שהוא פחות מזה ואין זה דוחק לפרושי סתם קטן דמתני' בהכי דהא בפ' מ"ש נמי תנן זכין סתמא ופי' התוס' והר"ן פ' התקבל דהיינו בקטן שהוא פחות מזה כ"ש הכא דתנן קטן דומיא דשוטה דאין לו דעת כלל וכן הוא בירושלמי להדיא פ"ד דמעשר שני הלכה ד' ובערובין פרק חלון ובגטין פ' הניזקין בין בדעת אחרת מקנה אותה בין במציאה שלש מדות בקטן ומפרש התם להדיא מתני' דפ' הניזקין דמציאת חש"ו מפני ד"ש היינו בשלא הגיע למדה שזוכה לעצמו ע"ש וגם הר"ש מקוצי מביא הירוש' הזה פ"ד דמעשר שני בקצרה אמנם בירושלמי עצמו מבואר בביאור יותר וגם התוס' ריש פ' בן סורר ומורה רמזו הירושלמי הזה וגם בעל העיטור באות זיכוי שהביא הירושלמי הזה ומשמע דס"ל הכי להלכה ועוד נלע"ד ראיה גם מן הש"ס דילן דגם במציאה קטן זוכה לעצמו מן התורה דגרסי' בפ"ק דמציעא סוף (דף י') ומי איכא למאן דאמר חצר לאו משום יד אתרבאי והתניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצרה קרפיפה מניין ת"ל ונתן מ"מ לענין גט כ"ע ל"פ דחצר משום ידה אתרבאי כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ומר סבר לא ילפינן מציאה מגט ואב"א בקטנה כ"ע ל"פ כי פליגי בקטן כו' מ"ס ילפינן קטן מקטנה ומ"ס לא ילפי' אלמא דלכ"ע יש יד לקטן וקטנה מדאורייתא אלא דפליגי גבי חצר אי הוי כיד או כשליח ואע"ג דהתוס' כתבו שם בריש דף י"א וז"ל ילפינן מציאה מגט האי ילפינן הוא מדרבנן דמציאת קטן לא הוי אלא מדרבנן אפי' לר' יוסי דאמר גזל גמור מדבריהם ולענין יד ל"פ דילפינן אלא לענין חצר עכ"ל מ"מ נראה לפי עניות דעתי דבריהם דחוקים חדא דדוחק לפרשו ילפינן מדרבנן דפשטא דש"ס משמע ילפינן מקרא ועוד מ"ט דמ"ד דלא יליף הא כיון דלענין יד יליף ה"ל למילף ג"כ לענין חצר וגם מלשון הרי"ף והרא"ש שם שכתבו ותניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצרה קרפיפ' מנין ת"ל ונתן מ"מ וילפינן מציאה מגט כשם שחצרה כידה לענין גט כך חצרה כידה לענין מציאה אבל חצר דגברא משום שליחות איתרבאי והואיל ואין לו שליחות

אין לו חצר דלא ילפינן קטן מקטנה עכ"ל משמע להדיא האי ילפינן מדאורייתא לכך נ"ל הדברים כפשטן ולענין יד ל"ש כלל למילף קטן מקטנה דהא יד לאו בקטנה כתי' אלא קטנה וקטן שוים בזה וישלהם יד מדאוריית' אלא דפליגי לענין חצר אי ילפינן קטן מקטנה דחצר גבי אשה כתיב בקרא דונתן בידה כתיב כן נ"ל ברור סוגית הש"ס וא"כ מוכח להדיא דאיכא יד לקטן מדאורייתא אף לענין מציאה וא"כ בע"כ הא דתנן דמציאת חש"ו יש בו משום ד"ש היינו בקטן שהוא פחות מצרור וזרקו אגוז ונוטלו דאינו זוכה לעצמו משום שאין לו יד וכדמפרש בירושלמי שהבאתי הך מתני' בקטן כזה שאינו זוכה ואין להקשות א"כ מאי פריך בפ"ק דמציעא (דף י"ב ע"א) וסבר ר' יוסי קטן אית ליה זכייה והא תנן מציאת כו' לישני דקטן דאמר ר"י דאית ליה זכייה היינו שהגיע לצרור וזרקו אגוז ונוטלו לק"מ דא"כ היאך פליגי רבנן עליה דר' יוסי דהא קאמר בירושלמי דקטן שהגיע לזכיה זוכה במציאה אף לרבנן ודוק:

סעיף ז

ואינו זוכה לאחרים היינו במילי דאורייתא משא"כ בשיתופי מבואות דרבנן כן היא בש"ס בגיטין פ' התקבל (סוף גיטין דף ס"ד) וכ"כ הר"ן שם וכן נתבאר בא"ח סי' שס"ו ס"י ע"ש:

סעיף ח

וי"ח עמש"ל סי' ר' בזה:

סעיף ט

וכן ד' אמות כו' והריטב"א כ' בפ"ק דמציעא בשם יש מהראשונים דד' אמות אינם קונות רק במציעא ולא במתנה וכ"כ ה' המ' פי"ז מה' גזלה בשם יש מהראשונים וכן נראה לכאורה מדברי התוס' פ"ק דמציעא דף י' ע"א ד"ה ד' אמות ואע"פ שהרא"ש והריטב"א שם כתבו דבירושלמי בגיטין פ' הזורק מוכח דה"ה במתנה מ"מ י"ל כיון דבש"ס דילן קאמר טעמא משו' דלא ליתי לאנצויי משמע דוקא במציאה ולא במתנה וגם הרב גופיה כ' לעיל ר"ס ר' הך דינא בשם י"א וע' מ"ש שם: מיהו כתבו התוס' שם וכן בפ' אלו נערות (כתובות דף ל"א ע"ב) דבגנבה לא תיקנו רבנן ד' אמות אלא במציא' דלא ליתי לאנצויי ובגט משום עגונה וכן כתב הרא"ש שם ואף על גב שמה שהכריחם שם לזה מהך דפ' אלו נערות אינו הכרח לפע"ד די"ל דלמ"ד דתיקנו אף בגנבה תקינו אלא דפריך אהא דתני' היה מגרר לרב ששת דאמר בר"ה לא תקינו ד' אמות דודאי הא דתניא היה מגרר ויוצא כו' צריך לפרש אליבא דכולהו אמוראי ולמאן דפליג ארב ששת באמת לק"מ ולדידיה גם בגנבה תיקון ד' אמות מ"מ תירוצם אמת מסברא אפילו למ"ד דתקנו ד' אמות במתנה

מ"מ בגנבה לא יצא מדעת בעלים ל"ש כלל לומר דיתקנו ד' אמות של אחרים להוציא מרשות בעלים דהא כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ובעלים לא מסלקי נפשייהו מניה ובמה יצאו מרשות בעלים כן נ"ל ברור ובס' מע"מ פ"ק דמציעא הקשה על הרא"ש כיון דפסק דלית הילכת' כמ"ד ד' אמות קונות ברשות הרבים משכוני נפשיה אדידיה ל"ל עכ"ל ונ"ל דלא דק דהרא"ש בא להוכיח דבגנבה לא תיקנו רבנן ד"א ונפקא מיניה לסימטא ולצידי ר"ה וכן הוא בהג"מ ובאגודה פ"ק דמציעא סי' י"ט בשם ר"י ובגנבה לא תקינו רבנן ד"א אף בסימטא וק"ל:

סעיף י

קטנה זכתה לה חצרה כו' הטעם אמרי' בש"ס פ"ק דמציעא [ריש דף י"א] דחצר דאש' משום ידה אתרבאי וכי היכא דאית יד לקטנה אית לה חצר אבל חצר דגברא משום שליחות איתרבאי כי היכי דאין שליחות לקטן אין חצר לקטן ומשמע דבכל ענין דזכה חצירו לגדולה זכתה חצרה לקטנה אכן מסוגיא דשמעתא רפ"ק דמציעא (ריש דף י"ב) גבי אלא אמר רב אשי חצר איתרבאי משום די ולא גרע משליחות גבי גט דחוב הוא לה ואין חבין לאדם שלא בפניו ופירש"י הילכך כי ליתי בצד חצירו דליכא לדמויי לידה דאינה סמוכה לה תיפוק לה זכייתה משליחותה מוכח להדיא דדוקא בעומדת בצד חצרה הוא דאתרבאי חצרה משום ידה אבל באינה עומדת בצדה אפי' חצר המשתמרת אינו אלא משום שליחות וא"כ בכה"ג אין חצר לקטנה וכן מוכח להדיא מדברי התוס' שם ריש דף י"ב שכתבו וז"ל חצר משום ידה אתרבאי ולכך כי הוי דומי' דיד דהיינו כשהוא בצד חצרו קונה אפילו בע"כ ואפי' קטנה כידה וכשאינו סמוכה לחצרה דלא הוי דומיא דידה לא גרע משליחות כו' עכ"ל וכן מבואר מדברי הרא"ש והריטב"א שם להדיא וכן מבואר להדיא בדברי הר"ן שהביא הב"י סי' זה סוף סכ"ה אכן לפעד"נ לפרש הא דאמרי' לעיל בדף י' קטנה יש לה חצר דהיינו דוקא בעומדת בצד חצרה דסתמא קאמרי' קטנה יש לה חצר ועוד משמע דדומיא דגדולה דהיינו בחצר המשתמרת או בעומדת בצד חצרה והכי מוכח נמי מדברי הרמב"ם והסמ"ג דף קס"א ע"ד והמחבר שכתבו בד"א בחצר המשתמרת כו' ועלה קאי וכתבו מיד קטנה זכתה לה חצרה כו' וכן משמע יותר בטור ובדברי הר"ב בהג"ה שהרי הם סוברים דבמתנה קונה אפי' בחצר שאינה משתמרת אפי' אינה עומדת בצדה וע"ז כתבו מיד קטנה זכתה לה חצרה כו' (ולפ"ז בע"כ יהיה הטור נגד הרא"ש) לכן נ"ל לפרש הסוגיא שלא כפירש"י ותו' וסייעתם דבלא"ה קשה נמי לפירוש' לישנא דקאמר הש"ס ולא גרעה משליחות דמאי ולא גרע' משליחות כי לא הוה יד שליח ממש הוא מאי ולא גרע' משליחות אלא נראה דה"פ חצר משום ידה אתרבאי

ולעולם דין יד יש לה מיהו האי ידה לא גרע משליחות וכי היכא דבשליחות דעלמא אין חבין לאדם שלא בפניו ה"נ גבי גט דחוב הוא לה אין חבין שלא בפניו דאע"ג דידה הוא מ"מ כיון דחוב הוא לה לא גרע משליחות ואנן סהדי שאין רצונה שיהיה חצרה ידה לקבל גטה אבל כי עומדת בצד ביתה חבין לה בפני' וכדברי מצאתי להדיא בנ"י פ"ק דמציעא שכתב בפיסקא ראה אותם רצים כו' כי עומד בצד שדהו אין דעכשיו היא משתמרת על ידו דחצר המשתמרת דלא בעינן עומד בצד שדהו צריכה טעמא כו' וכ' הרנב"ר ז"ל דאיכא למימר דכל שהיא משתמרת למי שהוא זכות לו כידו הוא שאף מה שבא לידו ניחא ליה דליקני בחצר המשתמרת הוא נתנו ויד אריכתא היא משא"כ לענין גטין כיון דלא ניחא ליה דתקנה חצר המשתמרת אינה כידה שמה שהיא חובה לאדם כשהיא בידו אינו נותנו בחצר המשתמרת אדרבה מוציאה ממנו עכ"ל ואע"פ שזה סותר דברי הר"ן עצמו שהביא ב"י סי' זה בסכ"ה נראה שאח"כ חזר בו הרנב"ר וכן עיקר ודוק:

סעיף יא

דוקא קטנה שאין לה אב כו' דין זה צל"ע דהנ"י כ"כ דקטנה שיש לה אב אין לה יד כדאמרי' פ' התקבל ושכ"כ הרי"ף וכבר נודע המחלוקת בין הפוסקים שרש"י והתוס' ובעל המאור ובעל העיטור והרא"ש חולקים על הרי"ף שם פ' התקבל וס"ל דאף קטנה שיש לה אב יש לה יד והמחבר בעצמו הביא סברת החולקים אלו בא"ע סי' קמ"א ס"ד ועוד נ"ל דאף הנ"י לא קאי אלא אגט אבל לא לענין מציאה ומתנה ואף דילפינן מציאה מגט היינו לענין חצר דהוי כידה אבל להך מילתא לא שייכא למילף דהא קטנה אינה מקבל גטה כשיש לה אב לאו משום גריעותא דקטנה עצמה אלא כיון דאיתקש יציאה להויה וזכה רחמנא לאב לקדש את בתו קטנה מדכתיב את בתי נתתי לאיש הזה אלמא יד שלה לא חשיבא כלום לענין קידושין וגט במקום יד דאביה ועקרה רחמנא ליד דילה ויהבה לאביה אבל אה"נ דאית יד לקטנה דהא באין לה אב יש לה יד ומקבלת את גטה וא"כ דוקא בגיטין שייך לומר הכי דכשיש לה אב אין לה יד אבל אם נתן לה שום אדם איזה דבר במתנה אין סברא לומר דלא זכתה במתנה כיון שיש לה אב וא"כ כיון דאית לה יד אית לה נמי חצר ודוק עיין בתו' רי"ד דקדושין דף מ"ד ע"א ובריטב"א שם ודוק:

סעיף יב

אבל הקטן כו' עיין בסמ"ע ס"ק ל"ז שכתב ולגדולה לא איצטריך דכבר ילפינן לה מדכתיב ואם המצא תמצא כו' ואינו נכון גם מ"ש אח"כ ושלח כו' לרבות קטנה אתי ודוקא קטנה דהאי קרא בקטנה כתיב כו' אין נכון אלא הטעם פשוט והך דקרא בגדולה מיירי מ"מ כיון דחצר דידה אתרבאי משום ידה וכיון דאית יד לקטנה ה"ה חצר דהיאך

אפשר לחלק בין גדולה לקטנה כיון דתרוייהו אית להו יד אבל בקטן דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי וכיון דאין שליחות לקטן אין חצר לקטן כן הוא בש"ס והרי"ף והרא"ש ועיין בתו' ורש"י שם גם מה שהשיג על הע"ש המעיין בע"ש יראה שיש לישב דבריו ע"פ מ"ש וע"ש דוק:

סעיף יג

וחזר בו בעודו באויר. עיין בסמ"ע ס"ק מ"א וכ"כ בספר ב"ה דה"ה אף אחר שיצא מביתו וכ"כ הב"ח דאה"נ אפי' אחר שיצא מביתו אלא דהטור אשמועי' רבותא דבהפקר מוציאין מידו אפילו חזר בו בעודו באויר הבית ונותנין לבעה"ב ע"ש:

סעיף יד

ולא זכה בעה"ב כו' תימא דהיינו דוק' לדעת הרא"ש וטור דל"מ תפיסה בבעיא דלא איפשטא אבל המחבר שפסק כהרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה וכדלעיל סי' ר"ב ס"ג ולקמן סי' רמ"ח סי"א וסי' שע"ו ושפ"ח וש"צ וכמה דוכתי א"כ ה"ה הכא זכה בעה"ב ודוחק לומר דהכא מיירי שהבעה"ב לא תפס דמלישנא דמוקמי' בחזקת מרא קמא כו' לא משמע כן גם בב"ה כתב להדיא בסתמא דאפילו הוא ביד בעה"ב מוציאין מידו ונותנים לנותן דקא מוקמינא לה בחזקת מרא קמא עכ"ל ולא הזכיר שום חולק בדבר ועוד כיון דבב"ה כתב דלשון הטור שכתב אין בעה"ב יכול להוציי' מידו אינו מדוקדק והשמיט כאן בש"ע לשון הטור משמע להדיא דס"ל כמ"ש בב"ה דאפילו תפס בעה"ב מוציאין מידו וצ"ע ועיין בסמ"ע ס"ק מ"א שכתב דאף שכתב הטור אין מוציאין מידו ס"ל דאפי' חזר ותפס בעה"ב מוציאין מידו וכן עיקר לדעת הרא"ש וטור וכמ"ש ועיין לעיל סי' רי"ב סי"ג ודוק וכ"כ בב"ה ובב"ח כדבריו:

סימן רמד

סעיף א

וכ"ש אם חתמו כו' עיין בסמ"ע סק"ד וע' בב"ח וצ"ע:

סעיף ב

ויש מכשירין עבסמ"ע ס"ק ו' עד שם ישבתי דלק"מ ממ"ש הטור והמחבר כאן כו' ובאמת לא קשה כלל דבמתנה דקדק הטור וכ' דכשר לכ"ע משא"כ בגט יש כאן ב' דעות וק"ל:

סימן רמה

סעיף א
הכותב בשטר כו'. ע' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ן:

סעיף ב
ואפי' קנו מידו כו' ובא"ע ס"ס נ"א נעלם מהב"י דין ודעה זו ובחנם השיג שם בתשו' רשב"ץ ע"ש ובב"י כאן וק"ל ועיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קל"ג דף קמ"ה ע"ד:

סעיף ג
וי"א כו' עיין בתשו' ן' לב ס"ד דף ס':

סעיף ד
מקבל מתנה כו' ע' תשובת רשד"ם סי' ס"ד ורע"ח ובתשובת מבי"ט ח"ב סי' שי"ד:

סעיף ה
המקבל את המתנה כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קכ"ב ובתשובת מ"ע סי' ע"ב ובתשובת ר"י לבית לוי סי' נ"ד ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ו שכתב בשם הטור והרי"ף והרא"ש דבש"מ אם שתק המקבל מתחלה בשעה שאמר ליתנו לו ה"ל כאלו שתק בשעה שבאה לידו והמחבר העתיק דברי הרמב"ם והרמב"ם לא כתב זה ובפ"ט מה' זכיה דין י"ג וי"ד כתב כן להדיא (הג"ה ועיין לקמן ס"ק ז'):

סעיף ו
אמר אי אפשי בה משמע דמור"ם פי' דאיני רוצה בה אינו כאומר אי אפשי בה שכתב המחבר לפני זה עכ"ל סמ"ע ואינו מוכרח ובודאי דס"ל דשוין הן ולישנא דהרא"ש נקט וק"ל:

סעיף ז
ויש אומרים שאם היתה מתנת שכיב מרע כו' נמשך על פי מה שכתב בספר בדק הבית אבל נעלם ממנו מה שכתב רמב"ם פ"ט מהלכות זכייה דין י"ג וי"ד ממש כל' הרי"ף והרא"ש ואין כאן שום מחלוקת אלא באם הלכה כרשב"ג או כת"ק ומ"ש בסמ"ע בישובו אינו נכון ועיין ברי"ו ח"א נכ"ד ודוק ובספר א"א דף צ"ח ע"ב (הג"ה ר"ל דכוונת המחבר בי"א שאם היתה מתנת ש"מ היינו דעת הרי"ף והרא"ש שמביא בטור והעתיקו בסמ"ע ס"ק ט"ו וקאי אלעיל ס"י דאם הנותן ש"מ א"צ באה לידו והא דכתב בלשון י"א לפי שהרמב"ם לא חילק וכ"כ בהדיא בס' בדק הבית הטעם שכתב בל' י"א ובאמת נעלם ממנו דברי הרמב"ם פ"ט מה' זכיה והר"ב בהג"ה לא ירד לסוף דעת המחבר בזה וגם

הסמ"ע וב"ח ודו"ק) ועיין ב"י שכתב שיש לדקדק מהרי"ף ומהרשב"ם שפסקו כרבנן (הג"ה וברי"ו הנ"ל כתב ע"ש הריי"ף שדעתו כהרמב"ם ע"ש) דזכה המקבל בכל ענין וכן פסק ראב"ן דף ק"ח ע"ב וכ"פ מהרש"ל פרק השוחט סי' ך' (הג"ה וע' בסמ"ע ס"ק ך' שכ' דלא אמרו הלכה כר' שמעון בן גמליאל אלא במקום שנשנו דבריו במשנה ולא בברייתא ומח"ז כתב לעיל סי' קע"א ס"י בשם התוספת דאינו כן שהלכה כמותו אפי' בברייתא וע' בסמ"ע ס"ק כ"א במ"ש ול"ד לשאר ספיקא כו' ע' בספר תקפו כהן של מח"ז שהשיג שם עליו בזה):

סימן רמו

סעיף א

לעולם אומדין כו'. ואם א' כתב כל נכסיו לא' לאחר מית' מפני שלא הי' לו זרע ואחר כך זכה לזרע עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סי' ק"ח ועיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קכ"ד ובתשובת רשד"ם סימן רנ"ג ורצ"ט ובתשובת ר"א ן' חיים סי' ל"ח:

סעיף ב

אבל לא בבריא עיין בסמ"ע סק"ג עד והר"ן נסתפק בבריא כ"כ ב"י משמו אבל באמת בר"ן ליתא לספק אלא כ"כ בפשיטות כיון דלא שביק נפשיה ולא שביק לבריה וזכה בנו ועיין בתשובת מהר"מ מלובלין שם:

סעיף ג

דאפי' בבריא. עיין בסמ"ע ס"ק ד' עד דזה אינו מוכרח כו' וכ"כ הב"ח:

סעיף ד

הכותב כל נכסיו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ה' שכתב על הע"ש דלא דק כו' ולפע"ד דק היטב ולשונו היא לשון רשב"ם דף ק"ל ע"א ע"ש עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ד:

סעיף ה

בד"א כו'. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' י"ב י"ג:

סעיף ו

וי"א כו' ע"ל סי' רנ"ג ס"ז:

סעיף ז

יש מי שאומ' כו'. עיין בתשו' רשד"ם סי' שע"ה:

סעיף ח

אם נתן לו בקנין כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ד ובב"ח ודבריו נכונים ודלא כב"י ומחבר:

סעיף ט
אכול עמי כו' ע"ל סי' שס"ג ס"י בהג"ה ב' וצ"ע ועיין במהרש"ל פ"ח דב"ק סי' ס"ח ועי' בת"ה בשם מהרי"ח ומייתי שם ראיה מקרע כסותי שלא א"ל ע"מ לפטור ע"ש וצ"ע דהתם גופא אי לא אייתי לידי בתורת שמירה פטור אע"ג דלא אמר על מנת לפטור וכדאית' בש"ס ופוסקים לקמן ס"ס ס"א ע"ש וצ"ע:

סעיף י
ולכן מי שמאכיל כו'. עיין בב"י סימן קכ"ח מחודש ב' מדינים אלו במי שפרנס ליתום על שלחנו ועיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ע' וכתשובת מ"ע סימן פ"ט ובתשוב' ן' ל"ב ס"א כלל י"ב ס"י ע"ה דף צ"ו צ"ז וע"ש עוד ד' קמ"ה:

סעיף יא
פטור כו' ואם קרא לאורח הסועד אצל בעה"ב אחר בחנם פטור האורח בשבועת היסת שדעתו היה לאכול בחנם מהרש"ל שם:

סימן רמז

סעיף א
ינתנו לבנים כו'. עיין בסמ"ע ס"ק א' ובב"ח השיג עליו כיון דמפרש שינתנו לבניו ודאי דאין בנותיו בכלל כיון דמיעט אותן ולקמן ס"ב שאני דקאמר לבני ביתי כו' וק"ל:

סעיף ב
יטלו אותן הזכרים כו' עיין בסמ"ע סעיף קטן ג' וכן כ' הבית חדש:

סעיף ג
לדידה כו'. היינו בסתם אבל במפרש לבניו שבסעיף א' אע"ג דאית ליה איתתא חולקים בנים ובנות ב"ח וע"ש:

סעיף ד
ואף אם יגיע כו'. הלשון מגומגם וצ"ל דה"ק נוטלים הנפרטים מחצה אף שיגיע לו כו' ופירושא קמפרש וכן צריך להיות בטור ובראש ודו"ק:

סימן רמח

סעיף א
שכ"מ. ע' בתשובת מבי"ט ח"א סי' ו' וסי' קמ"ז וסי' ק"ן וקס"א וקס"ה וקפ"ב ובשאלות השניות סי' רכ"ג רכ"ד וח"ב סי' קצ"ו ורס"ד וש"ט ושכ"ב וע' בתשובת ר"מ אלשיך סי' י"ח וסי' נ"ח:

סעיף ב
שכל ל' מתנ' כו' ע' בתשובת מ"ע סי' נ':

סעיף ג
הבריא שנתן כו'. ה"ה בש"מ אם אמר מהיום וכ"כ מור"ם ס"ז בהג"ה שכן עיקר וע' בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ט:

סעיף ד
ש"מ כו'. ע' בתשוב' ן' לב ס"א דף מ"ד וס"ב סי' ל"ה ע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ג סימן י"ב י"ג ובתשובת רמ"א סי' צ"ב דף קצ"ה קצ"ו ובתשוב' רשד"ם סי' שכ"ה ורל"ב:

סעיף ה
ואמר כו'. או שאמר כצ"ל וכך הוא מבואר בב"י וק"ל:

סעיף ו
נכסי לפ' כו' ע' בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' שי"ט ובתשוב' ר"מ אלשיך ספ"ט וצ' וסי' קי"ד:

סעיף ז
וכן אם נתנם מתנת ש"מ כו'. ואם הוציא הש"מ הדבר מתחת ידו כגון שנתנו לשליש מתנתו קיימת דקונה מיד כן מוכח מדברי הב"י בס"ס קכ"ה עיין שם:

סעיף ח
אחריך ליורשי כו'. ג"כ בעל יורש אותה נ"ל ודלא כסמ"ע וע"ל ס"ט מ"ש שם:

סעיף ט
ש"מ כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קל"ה:

סעיף י
ליורשיה כו'. כן הוא ברמב"ם ועיין במ"מ שם וכך במחבר דאל"כ תקשי אמ"ש מור"ם בהג"ה וכמ"ש בסמ"ע ס"ק כ"ד ולפ"ז לשון בחיי אם אביה אינו מובן לי וצ"ל בחיי אמה ואין בידי להגי' כל הספרים ודו"ק:

סעיף יא
שלי נוטל כו'. חוץ מס"ת וכמ"ש בסי"ב ובתשו' מבי"ט פסק דאף שאר ספרים לא הוי בכלל ל' מטלטלים והוכיח מל' הטור ע"ש וק"ל:

סעיף יב
אמר נכסי כו'. עיין בתשו' מהרי"ט סי' ל"ג ומבי"ט ח"א סי' צ"א וח"ב סי' ק"ה וסימן רמ"ח ובתשו' מ"ע ס"ס קי"ג:

סעיף יג
ספרים כו'. עיין בתשובת רמ"א סי' ג' ד' ו' ע"ד וברשד"ם סי' ר"ג:

סעיף יד
אם תפס וכו'. ע"ל סי' ר"ן ס"ג בהג"ה וסי' ש"ן [ש"ץ] ס"ב וז' בהג"ה ועמש"ל סי' כ"ה:

סעיף טו
מתנת ש"מ כו'. דברי המחבר תמוהין דכיון דשייר ליורשיו ה' זהובים לא הוי מש"מ כדלקמן סי' ר"ן ס"ד וא"כ ל"ק דבעי כתיבה ומסירה וכן הביא בב"י ס"ס ס"ו מחוד' מ"ט תשובת רשב"א וז"ל הקנאת שטר איתא במתנת ש"מ באמיר' בעלמא והוא דהוי מתנה בכולהו נכסי עכ"ל ותשובת הרשב"א בטור קאי אלעלמא היכא דלא שייר ע"ש והיה אפשר ליישב לפי מ"ש הסמ"ע סי' ר"ן סי"ב ס"ק ל"ה וצ"ע וע' לקמן סי' ר"ן סי"ז בהג"ה:

סעיף טז
אבל אם היה מתנת בריא כו'. עיין מ"ש לעיל סי' ס"ו ס"ג חולקים ע"ז:

סעיף יז
דלא כתב ליה כו' כלומר כיון דלא כתב ליה ולא אמר ליה דבאמירה לחוד מהני באג"ק וכדלעיל סי' ס"ו ס"י וכן צריך לפ' ל' תשובת הרא"ש שבטור אבל לדינא העליתי לשם דבעי' כתיבה ומסירה וע"ש:

סימן רמט

סעיף א
האומר כו' עיין בתשוב' רשד"ם סימן צ"ד ובתשובת מבי"ט ח"א סי' קכ"ב:

סימן רנ

סעיף א
המתנה בטלה כו' אפי' הגיע המתנה לידו קודם שעמד כן משמע לקמן ס"ד בהג"ה וכן מוכח בטור ומחבר לעיל ס"ס קכ"ה וכן מוכח בטור ורמב"ם פ"ט מה' זכייה שהבאתי לקמן ס"ס רנ"א ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרשב"א בתשו' רבי בצלאל סי' ט"ו דף נ' ע"ד דהך דרב הונא ס"פ ג"פ (דף קע"ד ע"ב) דש"מ שהקדיש מירי שמסר המתנ' ליד ההקדש כו' ר"ל שמסרה להקדש שתהיה המתנה מתנה מהיום או כיון דבעיא ולא איפשטא היא בש"מ שהקדיש בפ' מי שמת לא היה יכול לחזור ולהוציא מספק וע"ש ודו"ק עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניו' סי' פ"ג דף קל"ט:

סעיף ב
בד"א כו' ע' בסמ"ע ס"ק ח' עד ולא כע"ש כו' שלא כדת השיג עליו דמדין השבע' לא מיירי דאפשר שהוד' בפני התובע וכן צריך לפ' דברי ה' המ' בשם ן' מגש ובשם הראב"ד שהביא ב"י סי' זה ס"ג ע"ש וע"ל סי' רנ"ה ס"ב:

סעיף ג
אמר רוצה אני כו' ע"ל סי' רנ"ג ס"ב וע"ש בהג"ה עיין בתשוב' ר"מ אלשיך ס"ס ק"מ:

סעיף ד
ודלא כדברי החולקין והן הרא"ש והטור והמרדכי הסכים עמהן ומביאם בסמ"ע וכן בריב"ש סי' מ"ח שאלה ג' ע"ש סעיף קטן י' וכ"פ הר"י הלוי והעתיק המגדל עוז סוף פ"ז מה' ערכין דבריו הבאתי לקמן סי' רנ"ה ועיין מ"ש בשפתי כהן בי"ד סי' רנ"ט ס"ה ס"ק י"ד וצ"ע בתשו' רמ"א עיין בתשו' מהרי"ט סי' ל"ט וס"ז:

סעיף ה
וכן דין הקדש עיין בתשו' רשד"ם סי' רע"ג ושנ"ז ותל"א ועיין בס' א"א דף צ"ט ע"א:

סעיף ו
אלא בקנין כו' ע"ל סי' רנ"ג סעיף י"ח וך':

סעיף ז
אם נשתתק כו' ע' בתשו' ן' לב ס"ג סי' ל"ו ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קי"ח:

סעיף ח
גוסס כו' ע' בתשובת מהרא"ן ששון סי' קמ"ו דף קנ"ט ע"א ובתשובת ן' לב ס"ב סי' פ"א וס"ג סי' י"ט:

סעיף ט
המפרש בים. עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קכ"ה:

סעיף י
בד"א כו' עיין בתשובת רשד"ם סי' רס"ה ושי"ג ובתשובת רמ"א ר"ס מ"ח:

סעיף יא
ה"ה כמתנת בריא כו' ע' בתשובת דברי ריבות סי' ת"ד מ"ש בזה ובתשו' הר"ב:

סעיף יב
אפי' בלא קנין כו' פי' כ"ש ובקנין במיפה את כוחו ואפי' הכי אם עמד חוזר:

סעיף יג
ראשון קונה כו' עיין בסמ"ע ס"ק ל"ח עד הפסיק כו' נ"ל להגיה לא הפסיק ועיין בב"ח שחולק עליו והדין עמו אמנם נ"ל להגיה כמ"ש וק"ל:

סעיף יד
אפי' בלא קנין כו' ור"ל וכ"ש בקנין במיפה כחו דאי בקנין גרידא מגרע גרע ואין קנין לאחר מיתה וזה מבואר במ"מ הביאו ב"י וק"ל:

סעיף טו
ש"מ כו' עיין בס' א"א דף צ"ט ע"ב ומבי"ט ח"א סי' ו':

סעיף טז
בין שנתן מקצת אם פירש כו' ודוק היטב:

סעיף יז
מצוה מחמת מיתה כו' עיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' ק"מ ובתשובת ר"י לביתלוי סי' כ"ד:

סעיף יח
מתנת ש"מ עיין בתשובת רמ"א סימן מ"ח וברשד"ם סימן שי"ז:

סעיף יט
דה"ל כאלו הקנה לו כו' מ"ע ס"ק נ"ד ועיין בב"ח שהשיג על הסמ"ע ויישב דברי הרב:

סעיף כ
הא דאמרי' כו' עיין בסמ"ע ס"ק נ"ז עד ובפרישה כתבתי כו' ומדברי הב"ח מוכח כדעת המחבר לדינא ע"ש וכך פירש הריב"ש בתשובה סי' קס"ח ומביאו ב"י סל"א וכן עיקר וק"ל:

סעיף כא

שהשני קונה כו' והב"ח כ' דאין לסמוך על סברא זו להוציא ממון שהוא דברי יחיד וע"ש וצ"ל לדינא ומ"מ אף לפי סברא זו כת' דאם חלק נכסיו לשנים ולראשון הקנה בקנין ולשני בלא קנין דדינ' כמתנת ש"מ בכולה וכמ"ש בסל"א ע"ש דראשון ל"ק אף אם מת ושני קנה אם מת והוא פשוט ע"ש. וע' בסמ"ע ס"ק נ"ט והב"ח לא ישר בעיניו לחלק ופסק דלא כמור"ם ע"ש:

סעיף כב

וכן מי שכתב ש"ח כו' ובמתנת בריי' כו' כ' הסמ"ע פי' דבש"ח חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה ומ"ה לא יתנהו למלוה הנזכר בש"ח וה"ה לשטר מכירה שמא כתבו למכור ולא מכר עכ"ל נראה מדבריו דאף בש"ח ושטר מכר של קנין חיישינן להכי מדמחלק בין ש"ח ומכר לשטר מתנה וכ"כ להדיא בסמ"ע סי' רמ"ג ס"ק כ"ג דכאן נתבאר דאף בשטר הלואה שבקנין חיישינן לשמא כתב ללות ולא לוה כו' ע"ש וכ"כ ג"כ הב"ח כאן דהרא"ש מיירי בידוע שהקנה בסתם ולכך בש"ח מן הסתם נמי חיישי' שמא לא לוה אבל במתנה מן הסתם קנה המקבל כו' עכ"ל אבל באמת ז"א דבהדיא מוכח בש"ס וכל הפוסקים דבין שטר הלואה או שטר מכר שיש בו קנין לא חיישי' לשמא כ' ללות ולא לוה או כ' למכור ולא מכר משום דמשעת קנין שעבד נפשי' וכדלעיל ס"ס ל"ט ור"ס ל"ח ואין חילוק בזה בין שט"ח ומכר לשטר מתנ' וכדמוכח להדיא פ"ק דמציעא ובכל הפוסקי' אלא פשיטא דאף שטר מכר מחזירין להמקבל כמו שטר מתנה והרא"ש בתשובת כלל ס"ו ס"ג נקט שטר מתנה משום מעשה שהיה כך הי' במתנ' וכדאיתא שם להדיא ומה שמפרש דברי הרמב"ם דהיינו דוקא בש"ח ר"ל בלא קנין והיינו לשטת הרא"ש דס"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ויש לחוש לשמא כתב ללות ולא לוה בשטר שאין קנין בו. אה"נ להרמב"ם דפסק דלא כאביי י"ל דוקא ש"ח משום דחיישינן לפרעון וכדאיתא להדיא פ"ק דמציעא (ד' י"ג) ע"ש והרא"ש קיצר בדבר בפי' דברי הרמב"ם אבל לענין דינא הדבר ברור כמ"ש כן נלפע"ד גם דברי הע"ש נראים כדברי הסמ"ע שכ' בד"א בש"ח לפי שכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ושמא כ' ללות ולא לוה אבל אם הוא מתנת בריא בקנין כו' משמע מדבריו דבש"ח מיירי אף בקנין ועוד דבלא קנין הא כתב הע"ש גופי' ס"ס ל"ט דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה כו' וא"כ לא ה"ל לכתוב ושמא כ' ללות ולא לוה דהא בש"ח שבקנין ליכא למיחש להכי וכמ"ש איהו גופיה ס"ס ל"ט אלא הכא טעמ' אחרינא איכא לדעת הרמב"ם והמחבר וסייעתם שפסקו דלא כאביי והיינו דחיישינן לפרעון וכמ"ש ודוק:

סעיף כג

ובמתנת ברי' כו' ע"ל סי' נ"ו וס"ה וצ"ע דמשמע להדיא כאן דאע"ג שידוע שהנותן מסרו להשליש קנה המקבל וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש כלל ס"ו סי' ג' והיינו מטעם דמשעת קנין שעבד נפשיה והשטר אינו אלא לראיה בעלמא ועמ"ש לעיל סי' מ"ה ס"ק ט"ו וסי' רמ"ג על הסמ"ע ס"ק כ"ג:

סעיף כד

אין בדבריהם כלום כו' ע' בסמ"ע ס"ק ע"ד עד והיותר נראה דל"ש כאן נמצאו כאן הי' כו' וע"ל סי' ס"ד. כתב לחלק בין כשהיורש טוען ודאי או שמא אלא דבקרקעות אף שהיורש טוען שמא על המקבל להביא ראיה וע"ש בב"ח וע' בתשובות מהרי"ט סי' ל"ט וקכ"ח סוף דף ק"ע:

סימן רנא

סעיף א

בחיים ובמות כו' ואם אמר במות ואח"כ בחיים ס"ל למהריב"ל בתשובה סי' ס"ד ח"א דהוי כמו בחיים ובמות ובתשובת רא"ן ששון חוכך בזה ע"ש סי' מ"ב ודוק עיין בתשובת ן' לב ס"ב סי' ל"ו וס"ד דף ע"א ובתשובת מ"ע סי' ק"ה ובמהרשד"ם סי' שי"ו ושל"ז:

סעיף ב

בין בכל כו'. ע' בסמ"ע ס"ק א' עד דיש לו דין מצוה מחמת מיתה הואיל והזכיר מיתה כו' והרב המגיד לא פירש כן ע"ש ובתשובת מהריב"ל בן ששון ספר מ"ב האריכו לפלפל בזה ודעת מהריב"ל דהוי כמצוה מחמת מיתה וע"ש:

סעיף ג

אבל בריא כו' וכתוב בשטר מחיים ובמות ונ"ל דה"ה אי כתב בחיים ובמות בבי"ת עכ"ל סמ"ע וזה פשוט דהא ע"כ לא פליג רב אשמואל אלא בש"מ אבל בבריא מודה לשמואל דאפי' בחיים מהני כמו לשמואל בש"מ וק"ל:

סעיף ד

הרי זה מתנה כו' ע' בתשובת רמ"א סי' צ"ה שאלה ה':

סעיף ה

מתנת ש"מ כו' עיין בתשובת רא"ן ששון סי' קס"ה:

סעיף ו

ואם תפס המקבל כו' וה"ה כשעמד הש"מ והש"מ אומר נתתי לך כשהייתי ש"מ והריני חוזר בי ומקבל מתנה אומר בריא על המקבל להביא ראיה ואם היו המטלטלים ביד המקבל מתוך שיכול לומר שלי הן ישבע היסת שברי' הי' עכ"ל רמב"ם בפ"ט מהל' זכיה והה"מ כתב וז"ל ונראה דאפי' ליכא מגו כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו באו לידו חזר הנותן להיות מוציא מחבירו עליו הראיה אחר שהמטלטלים ביד מקבל זה החלק צ"ע עכ"ל ולפע"ד אין כאן צ"ע וכן כ' בכ"מ שם שהדבר פשוט כהרמב"ם וכן דעת הטור והר"ב כאן דהא כי היכא דבעלמא אם יש עדים וראה א"י לומר נתת לי במתנה ה"ה הכא כיון דאין עדים יודעין אם קנה במתנה וקי"ל דמתנת ש"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה וכדלקמן בר"ס שאחר זה א"כ אם הי' מתנת ש"מ הרי היא מעולם לא יצאת מרשות הנותן וא"כ זה המקבל צריך לברר שיצאת מרשותו דאל"כ בעלמא נמי נימא יהא נאמן שלקח או נתן לו במתנה א"ו כיון דאיכא עדים וראה ברשותא דקמא קאי וה"ה הכא וזה ברור ול"ד למ"ש לעיל סי' ע"ב סכ"ג ס"ק ק"ט באם יש עדים שבמשכון בא לידו ואינו יודעים בכמה שהמלוה נאמן דהתם ניתן לידו בתורת משכון והלכך כל מה שאומר שהוא ממושכן הוא נאמן משא"כ הכא ודוק:

סימן רנב

סעיף א

מתנת ש"מ ע' בתשו' רשד"ם סי' מ"ח:

סעיף ב

בכתובה כו' וכ' ריב"ש סי' רמ"ז אלמנ' שקבלה קנין לשכיב מרע לקיי' צוואתו בנכסיו מ"מ גובאת כתובתה תחלה ואח"כ תשלם משאר נכסיו עכ"ל ד"מ והביאו בסמ"ע ס"ק ג' וע"ש בריב"ש טעמו ונימוקו ודברי מור"ם בא"ע סי' ק"ו סס"ב בהג"ה מעותקי' בקוצר ועיין בריב"ש:

סעיף ג

מצוה לקיים דברי המת. ע' בתשו' ן' לב ס"ג סי' מ"ג וס"ב סי' ל"ט ובתשו' רמ"א סי' מ"ח סוף שאלה ג':

סעיף ד

והוא שנותנו עכשיו או שצווה ליורשיו ליתן ריטב"א וכמ"ש סמ"ע לקמן ע' בתשו' מהרי"ט ס"ס פ"ד וסי' ס"ג:

סעיף ה

אבל היו בידו כו'. ע' בתשו' מ"ע סי' נ':

סעיף ו

המקבל יכול להוציאו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ו' וכל מ"ש בס"ק זה אינו נכון מ"ש נראה דבנותן קרקעות מיירי כו' אינו נראה דפשט לשון משמע דאפי' מטלטלים יכול להוציא מידן וכן מבואר להדיא בהגהות מרדכי דב"ב תשוב' ארוכ' בשם ריצב"א שממנו מקור דין זה וכדאיתא בד"מ וז"ל דחילוק גדול יש בין דברי ש"מ ככתובים ומסורים כו' ובין מצוה לקיים דברי המת כו' אבל מטעם דברי ש"מ ככתובי' ומסורים זכה באותו חפץ לגמרי ואם מכר או נתן מוציאין מן הלוקח או המקבל מתנה שהחפץ נקנה לו ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה כו' גם מ"ש הסמ"ע דטעמו של המישרים משום תקנת השוק ליתא ולא הוזכר דבר במישרים משום תקנת השוק רק שבמישרים כ' דכתובה ומזונות אין נגבים ממטלטלי הן שנתן אביהם הן שנתנו יורשים אחר מות אביהם ואדרבה מ"ש ב"י וד"מ בסימן ס' הוא תמוה דהדבר ברור דבמתנה ל"ש תקנת השוק ומ"ש הרא"ש וטור סי' ס' אין ענינו לזה וכמ"ש לקמן סי' שנ"ו ע"ש והאמת דאם נקנה לא' מטלטלים במתנת ש"מ מוציא מהמקבל מתנה וכמ"ש בהגה"ת מרדכי בשם ריצב"א וליכא מאן דפליג בהא ובהך דהמשרים שאני דאין לאשה עליהם רק שעבוד אפי' לבתר תקנת הגאונים ופשיטא דאין דין קדימה במטלטלים כדלעיל סי' ק"ד ולפ"ז גם מה שתמהו ב"י וד"מ על ר"י במישרים וז"ל וזה דבר תימא דכיון שמת אביהן נפלו מטלטלים לפני האלמנה מתקנת הגאונים דמה תועיל מתנת היתומים לא קשה מידי ודברי רי"ו ברורים וכדבריו מבואר להדיא בהרא"ש בקידושין פרק האומר דאפי' לבתר תקנת הגאונים (גם ברי"ו שם איתא להדיא דדין זה הוא לאחר תקנת הגאונים ודלא כמו שרצה ב"י לפרש דברי רבי' ירוחם קודם תקנת הגאונים ע"ש ברי"ו) אין כתובה נגבית ממטלטלי שנתנו היורשים ואע"פ שבדרישה בא"ע ריש סי' ק' ובב"ח שם כתבו דהרא"ש מיירי במזונות דוקא מ"מ כל מעיין ישפוט בצדק דליתנהו לדבריהם אלו אלא הרא"ש מיירי להדיא בכתובה א"ו מטעם שכתבתי דכיון דאפי' לבתר תקנת הגאונים אין לאשה אלא שעבוד ופשיטא דתקנת הגאונים לא היתה אלא במטלטלי דיתמי שהם בעין ולא במטלטלים שנמכרו משום פסידא דלקוחות א"כ ה"ה בנתנו במתנה דמתנה כלקוחות דמי לענין זה וכדמוכח בש"ס פ' הניזקין (גיטין דף נ' ע"ב) ופוסקים שם וכן נתבאר לעיל ר"ס קי"ג א"כ כיון דכתובה ובעל חוב אינם ניגבית ממטלטלי דלקוחות שלקחו מהן דאין דין קדימה במטלטלים ה"ה דאין נגבין ממקבלי מתנה מהן וכ"כ נ"י להדיא פ' מ"ש וז"ל והוי יודע דהא דתקון

רבנן למגבי בע"ח וכתובת אשה ממטלטלי דיתמי ה"מ כשהן בעין ברשות היתומים אבל אם מכרום או נתנום אינם טורפים משום דלא עדיפא תקנתא דרבוותא מהיכא דשעבד לה בפי' מטלטלי דכל היכא דלא כתיב בה אגב אינם גובים מהמשועבדים עכ"ל ומביאו ב"י גופיה לעיל סיק"ז סי"ו ואין ספק שהב"י וד"מ והנמשכים אחריהם לא כוונו יפה בדברי ריו"ו בכאן כי דבריו פשוטים וברורים ומפורש בהרא"ש ונ"י כדבריו וכמו שכתבתי אבל כאן שניקנו לזה גוף המטלטלים במתנת ש"מ מדין גמור והרי הן שלו בכל מקום שהן פשיטא דלכ"ע מוציא מיד הלוקח או המקבל מתנה דהא מכרו או נתנו דבר שאינו שלהם ואם מכרו והוא בענין שהלוקח לא ידע שניתנו לזה במתנת ש"מ דשייך תקנת השוק צריך להחזיר לו הדמים שנתן כדלקמן סימן שנ"ז וכל זה ברור ועיין מ"ש לעיל ר"ס ק"ז:

סעיף ז

יורשיו פטורים כו' שם סיים בטעמו וכ' כיון שלא נתן גם לא ציוה להיורשים ליתן עכ"ל סמ"ע משמע דאף דלא השליש לשם כך כיון דציוה ליורשיו ליתן אמרינן ביה מצוה לקיים דברי המת וכן כ' ריטב"א ובב"י הביאו:

סימן רנג

סעיף א

שנים שנכנסו לבקר את החולה כו'. עיין בספר א"א דף צ"ט ע"ג ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' צ':

סעיף ב

או יזכה וה"ה אם אמר יהא דבר זה לפלוני ה"ל מתנה מבי"ט ח"א סי' קצ"ג וע' בסי' קצ"ז וריי"ב ובתשובת מהרא"ן ששון סי' פ"ג ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ז':

סעיף ג

או ישען כו' בעיות דסלקא בתיקו:

סעיף ד

ואם אמר אני מניח כו' כ' בסמ"ע דהיינו דוקא בשכ"מ אבל בבריא בכה"ג לא מהני וע' במהרי"ק שורש צ"ד שהאריך בזה וע' מ"ש לעיל סי' ס"ח בהג"ה וע' בדברי ריב"ש סי' רכ"ט ובתשובת ן' לב ס"ג סי' י"ט ובתשובת ר"ש כהן ס"ס קע"ג ובתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ד ובתשות רשד"ם סי' שי"ג ושנ"ז ותל"א ותל"ב:

סעיף ה

לשונות אלו כו' עיין בתשובת רמ"א סי"כ:

סעיף ו

מה שכותבין כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קפ"ח:

סעיף ז

שכיב מרע שאמרו כו'. ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' י"ב וי"ג:

סעיף ח

סי' רמ"ו כו' ולפי מ"ש שם מור"ם בהג"ה דבל' ירושה לא הוי אפוטרופס א"כ ג"כ מפרשי' דבריו בלשון ירושה אפי' בן בין הבנים כ"כ מהרש"ל בתשו' ולא כהטור ע"ש:

סעיף ט

ש"מ כו' ועיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ב ובמהרא"ן ששון סי' קמ"ו ובתשו' ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' כ"ג:

סעיף י

אין לו אלא חובו הטעם דמחזי כריבית אם נוטל יותר מחובו עכ"ל סמ"ע ואפי' תפס הבע"ח מוציאין מידו ע' בתשו' ר"מ אלשיך:

סעיף יא

לבני פלוני אפי' בפשוט וק"ל: (נרשם בטעות שלא במקומו כי דברי הש"ך שייכים על דברי המחבר ס"ס ח' שאם אמר סתם לבני פלו' או לאשתי):

סעיף יב

או לפלוני. עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן י"ב האריך בדינים אלו קצת ותמצא נחת עיין שם ועיין בתשובת מהרי"ט סימן קי"ב דף קמ"א ע"ב וג' ועיין בסמ"ע ס"ק כ"ב שכתב דלא ס"ל להרא"ש דהוי מתנה אלא באומר לב"ח ולא באומר פלוני ב"ח כו' ובתו' פ' אלמנה ניזונית כ' דפלו' עדיף טפי מלבע"ח לענין ריבית ע"ש:

סעיף יג

ש"מ כו' ע' בתשו' ר"א ן' חיים סי' ל"א ובמבי"ט ח"ב סי' קס"ב:

סעיף יד

תנו כו' ע' בתשו' ן' לב ס"ב סי' ל"ו:

סעיף טו

גובה השאר כו' דמתנת ש"מ דינה כירושה ואם הוציא עליו כת"י גובה ממנו לסברא זו כ"כ ב"י ר"ס ס"ט בשם הריטב"א עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' כ"ד ובתשו' רשד"ם סי' ר"ג ושכ"ח:

סעיף טז

ה"ז כמי שנותן כו' מוכח מזה דאם אמר בפי' תנו ר' זוז לפלוני אם ישא בתי דהוי מתנה א' ולא ינתן לו אם לא ישא ואע"ג דמעשה קודם לתנאי וקי"ל דתנאי בטל ומעש' קיים וכמ"ש סי' רמ"א סי"ב ובטא"ע סימן ל"ח ע"ש חדא דבש"מ קי"ל דדבריו ככתובים וכמסורים דמי וא"צ לכל דיני תנאי ועוד דשאני הכא כיון דאין המעשה נעשה כגון זה שאמר תנו כו' אם ישא מבטל התנאי למעש' ולא אמרו בעינן תנאי קודם למעשה היינו כשהמעשה נעשה מיד בנתים כגט וכיוצא בו כך דקדק הרמב"ן בס' המלחמות באריכות ע"ש והשיג על הרז"ה ותו' ע"ש וכותיה קי"ל להלכה וכך כ' הב"ח וק"ל:

סעיף יז

בין החבית כו' ודלא כהרא"ש שכתב שג"ז הוי דבר שאינו מסוים כיון שלא נתברר חלקו מעולם עיין בב"ח:

סעיף יח

שמחזיק ק"ך כו'. וכתב ב"ח אבל אם מחזיק טפי מהכי לא דלא טעו אינשי בכך וכ"כ הנ"י בשם הריטב"א אמנם הנ"י השיג עליו וכ' דלעולם נותנים לו אף במחזיק יותר ע"ש עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ע"ה:

סעיף יט

ש"מ כו'. ע' בתשובת רשד"ם סי' תל"א:

סעיף כ

אין להם לתת כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ל"ה עד ודוחק לחלק כו' ובעיני דהדבר פשוט הוא דכוונת הטור הוא כן והחילוק שכ' הריטב"א הוא בין אמר תנו או לא אמר תנו ולא אמר הטור מדין הנתינה מיד וק"ל עיין בתשוב' ר"א ן' חיים סי' כ"ח ועיין בתשובת משאת בנימין:

סעיף כא

וכן נ"ל עיקר כו' וכ"פ ר"ד ן' לב ס"ב סימן ס"ז ע"ש וכתב מהרש"ל פ"ט דב"ק סימן ס"ו בשם הגהות מיי' וז"ל מכאן נראה שאדם שנתנו לו אחרים לסיועת בתו ע"מ להשיאה ונמנע ולא השיאה וק"ו אם מתה שחייב להחזיר המעות לנותנים שלא נתנו לו אלא ע"ד

להשיא' עכ"ל ונרא' דבע"מ כ"ע מודו ואם לא אמר ע"מ תלוי בפלוגתא זו מיהו זה אינו כשתעיין בד"מ ובתשובת ר"ד ן' לב ס"ב סי' ס"ז סי' י"ב י"ג וס"ג סי' נ"ח ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ג:

סעיף כב

ש"מ כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קפ"ח ובתשובת ר"ש כהן שם ועיין בתשובת רמ"א סימן צ"ב דף קצ"ו:

סעיף כג

אחרים תחתיהם כו'. אע"ג דאות' אחרים חינם ראויים לירש מ"מ מהני בהו לשון ירוש' מכח לשון מתנ' שאומר תנו שקל לבני לל' ירוש' דאחרים שהוא תוך כ"ד וכמ"ש סי' רפ"א ס"ז ע"ש והכי מוקמינא לה פ' י"נ ודלא כב"י ובלא"ה צ"ע מה שכתב לחלק בשם רש"י בין היו לבנים בנים א"ל דבש"ס מוכח דליתא וכבר הרגישו בכל זה בתשו' רא"ן ששון סי' קס"ו וקפ"ח ובתשוב' מבי"ט ח"ב סימן י"ז ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק ל"ז עד א"נ דמתו בניו בלא בנים והיינו כמ"ש ב"י בשם רש"י והמדקדק בש"ס פ' י"נ יראה דליתא דאל"כ מה מסיק שם בתיובתא ולא משני דאין לשני בנים ודו"ק כן נ"ל:

סעיף כד

אבל היכא דלא אקני כו' וכגון שפי' שיהא במתנת ש"מ דאז לא קני בקנין אלא במיפה כח כמ"ש סי' ר"ן ס"ט ע"ש ודברי הסמ"ע אינם מובנים לי:

סעיף כה

אלא בקנין כו' ע' בסמ"ע ס"ק מ"א עד דלא כתב הרמב"ם כן אלא במפרש כו' לשונו תמוה דשם כ' דפירש לשם מתנת שכ"מ וא"ש וא"כ לק"מ מה שהניח בסמ"ע בצ"ע:

סעיף כו

שלא זכה מקבל כו'. ואף שיש לו מנה בהלואה בשטר על אחרים. תשו' מבי"ט ח"א סי' י"ח ע"ש:

סעיף כז

דמנה ממש כו' ע"ל סי' קכ"ו ס"ג ופ"ח סי' י' ע' בתשו' מהרי"ט סי' ע"ה:

סעיף כח

ש"מ כו'. ע' בתשו' ר"א ן' חיים סי' ע"ז:

סעיף כט

תנו לפלוני כו'. נראה דוקא שאמר תנו לפלוני וכל שעבודא דאית ביה ואז אמרי' דהוי כאילו כתב בשטר כן וכמסר לידו דמי אבל אי לא אמר אלא תנו שטר לפלוני ולא אמר

וכל שעבודיה לא זכה כ"כ בתשו' מבי"ט ח"א סי' י"ח בשם מהר"י בר רב ע"ש וצ"ע לדינא דאזיל לשטת הרשב"א ליישב גם ל' הרמב"ם עד"ז ולפעד"נ עיקר דברי הר"ן והרב המגיד וכן נראה מסתימת לשון המחבר כהרמב"ם ע"ש וק"ל וכן נ"ל לדינא וקצת משמע כן מדברי הסמ"ע וכן משמע לעיל ס"ס ס"ו סמ"ב בטור והמחבר ע"ש וכן דעת בעה"ת שער נ"א ס"ד וע' בב"י ס"ס ס"ו ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קס"ה:

סעיף ל

ואין היורש יכול למחול כו'. ע' בסמ"ע ס"ק מ"ד עד והע"ש כתב הטעם משום דמקבל מתנה כיורש שוויה רבנן כו' ולא נהירא לי כו'. דברי הע"ש נכונים ע"פ התוס' פרק המוכר הספינה ריש דף ע"ז ופ' הזהב וכן הוא בהר"ן פרק הכותב ע"ש ודו"ק ובתוס' פ' הכותב סוף (כתובות דף פ"ה) ונ"י פ' מי שמת ושאר פוסקים:

סעיף לא

אבל לא בהלואה כו' ע' בסמ"ע ס"ק מ"ה עד והביאו בד"מ וכתב עליו דמ"ש המרדכי דלא סמכה דעתו אינו ר"ל דשל המקבל כו' ובב"ח פי' בע"א ע"ש. ובמשכון פסק דאם נקנה לו גוף המשכון במתנת ש"מ קנה כמו בבריא בקנין ופשוט:

סעיף לב

שלזה נתכוון כו'. ע' בסמ"ע ס"ק מ"ח עד וכמו שמסיק צ"ל שכ' כן נ"ל להגיה:

סעיף לג

יתנו לכל א'. ע' בסמ"ע ס"ק נ' שכ' שיתנו ר' זוז לשניהן יחד עיין שם וכן נראה מתשובת רמב"ן שמביא ב"י סי' רנ"ח בקיתון של מים אמנם באם רגיל בשתי עיירות בב"ה ואמר תנו ס"ת לב"ה משמע לכאורה דינתן לשניהם דקאמר היינו ס"ת לכל א' וצ"ע:

סעיף לד

ש"מ כו'. בתשו' ן' לב ס"ג סימן י"ז וסימן ס"ח ובתשו' מהרא"ן ששון ובתשו' ר"א ן' חיים סי' צ"ז ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ק"י וסי' קע"ג וס"ג סי' ח' ובתשו' מהרי"ט סי' כ"ז וסי צ"ג ובתשו' מבי"ט ח"א סי' קי"ח וח"ב סי' קצ"ח:

סעיף לה

אמר אם ילדה אשתי כו'. כ' הב"ח וז"ל הרמב"ם כ' פ"ח מה' זכיה וז"ל ש"מ שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אמו זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שבארנו משמע דוקא ש"מ וכדעת רבותיו הרי"ף והר"י הלוי וכן פירש הרב המגיד והא דכתב הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה דין זה בסתם אין זה אלא לפי שלא כתב שם דין זה אלא אגב אחריני דמקנ' לדשלב"ל נקט בקצרה אבל כאן בהל' זכייה הוא עיקר דין זה

ביאר דעתו דדוקא בש"מ ואיכא לתמוה דהרב המגיד בה' מכירה כתב דדעת הרמב"ם דאין לחלק בדין זה בין בריא לש"מ דסתם אמרו דלא כי"ח דדוקא בש"מ דהיינו דלא כהרי"ף והר"י הלוי ובה' זכייה כתב דדעת הרמב"ם דדוקא בש"מ וכדעת רבותיו ז"ל ודבריו סותרים את דבריו ודבריו האחרונים מיקר וכדפרישית עכ"ל ולפענ"ד לא יפה כוון ודברי הר' המ"מ ברורים ואין סותרי' זא"ז כלל דבפ' כ"ב מהל' מכירה כתב דהא דמזכה לעובר בבנו קנה היינו אפי' בבריא ודלא כי"א בש"מ דוקא אבל בבריא עובר בנו הוא כמו עובר אחר והי"א אנו הם בעל העיטור שהביא הרב המגיד שם בשם רבינו האי והיא דעת הרמב"ן שהבאתי לעיל סי' ר"י דס"ל דבבריא דין עובר בנו כמו עובר אחר ולא קנה בשום דבר וא"כ אפי' במטלטלים ומקנה מיד ולא בלשון אם נמי לא קנה דכיון דלית ליה לעובר זכיה כלל וע"ז כתב הרב המגיד שם דברי רבינו הרמב"ם עיקר דבעובר דידיה קנה ובפ"ח מה' זכייה לא כ' על מ"ש הרמב"ם ש"מ שצוה לתת מתנה לעובר זכה העובר כו' כמו שבארנו ע"כ דהיינו דוקא בש"מ ואדרבה כ' ה"ה שם כמו שבארנו פכ"ב מה' מכירה ע"כ אלא אמ"ש הרמב"ם שם אח"כ אמר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה אהא כ' הרב המגיד שם וז"נ אמר ילדה כו' משנה פרק מי שמת ופירשה המחבר ז"ל דוקא בש"מ וכדברי רבו ז"ל שכ' דבבריא לא משכחת לה דאי נמי קנו מידו הא קי"ל דאין מטבע נקנ' בחליפין ועוד דאסמכתא היא אם ילדה קאמר כו' עכ"ל ור"ל מדקבע הרמב"ם הך מתני' הכא בפ"ח מה' זכיה גבי דיני ש"מ ולא כתבה לעיל גבי דיני בריא אלמא דס"ל כרבו דבבריא לא משכחת לה משום שאמר אם ילדה אשתי זכר יטול כו' אין מטבע נקנה בחליפין וגם כיון שאמר אם ילדה כו' הוי אסמכת' אבל הך דצוה לתת מתנה מיירי אפי' בבריא דהיינו שצוה במטלטלים שניקנין בחליפין ולא אמר בלשון אם אלא צוה לתת מטלטלים אלו מיד לבנו העובר ובהכי מיירי בפ' כ"ב מהלכות מכירה זהו ברור דעת הרב המגיד והרמב"ם לפי עניות דעתי ולא כהבית חדש כן נ"ל ברור וכן מוכרח דעת הטור שכאן הביא דעת הר"י הלוי והרי"ף ולעיל בסי' ר"י כתב בסתם במזכה לעובר בנו קנה א"ו התם מיירי במזכה מיד במטלטלים וכי האי גוונא ולא במטבע בלשון אם כן"ל. מיהו מ"ש הטור בדעת הרי"ף כבר כתבתי לעיל דל"נ לי אלא גם הרי"ף מודה דאף בבריא משכחת להאי דינא ואפשר גם דעת הרמב"ם כן והא דכ' הך דינא גבי דיני ש"מ היינו נמי משום דנקט אמר אם ילדה אשתי זכר כו' דמשמעו באמירה לחוד סגי וה"ה בבריא בקנין או שאר קנינים המועילים ועמ"ש שם וכן נראה עיקר לדינא עיין בתשו' מהרי"ט סי' כ"ד:

סעיף לו

אמר אם ילדה כו'. ע' בתשוב' מהרשד"ם סי' רל"א:

סעיף לז

נתבטלה המתנה כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ס"ב עד היינו דוקא בשניהן בניו הבן והבת וכו' וע' בב"ח כ' ג"כ קצת בע"א ול"נ לא כדברי זה ולא כדברי זה אלא הרא"ש שם ר"ל דהתם לא עשה הנותן הלידה תנאי לדבר אחר שהתנאי הי' בלידה עצמה משא"כ הכא עשה את הלידה תנאי לאדם אחר ותלה המתנה בתנאי וכיון שנתבטל התנאי נתבטלה המתנה ולפ"ז אפי' הי' המקבל מתנה בנו או בתו דיניהם הכי כיון שהתנאי הוא בדבר אחר וכן כל כיוצא בזה ע"ש ודוק כי זה ברור:

סעיף לח

שכן או קרוב. וכ' הטור בשם י"א דמיירי דהאי קרוב אינו ראוי ליורשו דאם ראוי ליורשו הוא קודם ע"ש וכ"פ בש"ג ע"ש ריא"ז:

סעיף לט

אבל אם אמר שחייב לטוביה כו' דין זה נל"ע שהוא מהר"ן פ' הכותב והרב המגיד פי"א מה' זכייה שכתבו כן מדתניא בתוספתא ס"פ ג"פ האומר תנו מאתים זוז ליוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לומר לזה הי' אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהן חולקין בשוה ותירצו דהתוספתא מיירי בחוב או פקדון אבל באמת אין דבריהם נ"ל חדא דלישנא דתנו לא משמע הכי ועוד דהא סתמא קתני ועוד דאי בחוב או פקדון היאך שייך לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב ועוד דלפי מ"ש הפוסקי' בשם ר"ת דשוד' דדייני היינו למי שרוצה הדיין ליתן אפי' ליכא אומדן דעת הנותן וכמו שנתבאר לעיל סי' ר"מ א"כ לא מסתבר לחלק בין מתנה לחוב או פקדון אלא נרא' דהתוספתא מיירי במתנה וכ"כ הנ"י ס"פ ג"פ בשם הנ"י ונ"ל דלא ק"מ מתוספתא דהא בפרק מי שהי' נשוי דף צ"ד ע"ב פרכינן בש"ס למ"ד שודא דדייני מדתניא יחלוקו ומשני תנאי היא כו' א"כ התוספתא אתיא כמ"ד יחלוקו ואנן קי"ל שודא וא"כ בחוב נמי היכח דשייך שודא אמרי' שודא מיהו יש לדקדק דהא אמרי' בש"ס ס"פ ג"פ גבי שני יוסף בן שמעון שהלוו לאחד המע"ה ויוכל הלה כשיש שובר בידו לדחות לכל אחד ואחד וכדלעיל סי' מ"ט ס"ז וא"כ ה"נ ידחו היורשין לכל אחד ואחד ולא יתנו כלום ובס' לח"מ פי"א מהל' זכיה תי' דשאני התם כיון דיש ללוה שובר מאחד מהם ואחד מהם ודאי רמאי ולא שייך לומר יחלוקו משא"כ הכא דא"א להתברר על מי אמר וליכא שום אחד רמאי אמרי' שודא דדייני עכ"ד ולא נהירא לי דלא שייך לחלק בזה אלא לענין הבעלי דינין בין יחלוקו לשודא דדייני אבל

לגבי יורשים גופייהו מה בכך הא מ"מ יכולים לדחותו וכ"כ נ"י ס"פ ג"פ להדיא בשם הריטב"א דבמודה שהוא חייב לאחד מהן אין לאחד מהם כלום עד שיביא ראיה ויכולי' היורשים לדחות לכל א' כו' ומביאו ב"י לעיל ס"ס ס"ה אך שהריטב"א כ' שם דדוקא בחוב אבל בנותן מתנה לא מפני שהמקבל מתנה כעין שותף בנכסים עכ"ל וחילוק זה ל"נ לי דהא בכל דוכתא אמרי' גם לגבי מקבל מתנה כל היכא דאיכא ספיקא אינו מוציא מהיורשין אלא בראיה אלא נ"ל דהא דאמרינן בש"ס ופוסקים כאן שודא וכן בתוספתא יחלוקו הכל מיירי כשאין כאן יורשים או כשהיורשים רוצים לקיים וליתן או כשהב' טוביה כותבים הרשאה זה לזה הא לאו הכי יכולים באמת לדחות לכל אחד ואחד כנ"ל:

סעיף מ

שטרי צואה כו' ע"ל סי' ס"ח ס"א בהג"ה ובמהרשד"ם סימן ד"ש:

סעיף מא

יכולים לעשות. ע' בסמ"ע סקע"ז עד כשהודה הש"מ שחייב לפלוני כו' ובב"ח דחה זה ע"ש ותי' דרמב"ן ורשב"א מיירי כשהעדים מעצמן כתבו מחיים למזכרת או לאחר מיתה משא"כ הרא"ש מיירי באם ש"מ הנותן בעצמו צוה לכתוב להקנות לו בשטר וכתבו בל' צואה ע"ש באורך והדין עמו דוק בל' הרמב"ן שכ' אם רצו העדים כו' וק"ל:

סימן רנד

סעיף א

אפי' בשבת ואסור לעשות בעלמא ק"סבשבת משום מקח וממכר וכמ"ש הטור לעיל ס"ס קצ"ה וס"ס רל"ה ובטור א"ח סי' של"ח כאן התירו כיון דהקנין סידר הוא שלא לצורך דדברי ש"מ ככתובים וכמסורי' דמי ועבדינן הכי כדי לפייס דעתו דש"מ עכ"ל סמ"ע:

סימן רנה

סעיף א

אם אמר תנו נותנין ומיירי בדליכא חששא דפרעיה אחר שאמר תנו וכמ"ש לקמן ס"ה וכן משמע בהגהת אשר"י סוף בבא בתרא מא"ז ועיין בתשוב' מהר"ם אלשיך סי' ו':

סעיף ב

לפיכך אם אמר כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ח ושכ"ב:

סעיף ג

דרך הודאה. כן דעת הרמב"ם דמהני דרך הודאה ואפי' בלא אמירת אתם עידי כשאו' כן בפני המקבל וכדמוכח בסימן פ"א סעיף י"ד דבעי גם להרמב"ם שיודה בפני התובע כו' עכ"ל סמ"ע ס"ק ג' וכן כתב עוד בס"ק ט"ו ודבריו לא נהירין וסותר דברי עצמו שכ' לעיל סי' פ"א ס"ק ל"ג וס"ק מ"א דבהודה לפני התובע א"צ דרך הודאה להרמב"ם וכן מוכח בטור סי' פ"א סעיף י"ח להרמב"ם גם דברי הב"ח סוף סימן זה אינם מחוורים וכבר הארכתי בזה לעיל סימן פ"א סי"ד ס"ק ל"ד ע"ש:

סעיף ד

ולא אמרי' בכי הכא כו' עיין בתשוב' ן' לב ספר ב' סי' ס"ד ועמש"ל סי' פ"א סי"ז ס"ק מ"ה בזה:

סעיף ה

המקדיש כל נכסיו כו' כל הסעיף הוא לשון הרמב"ם פ"ז מהלכו' ערכין ולשון העיר שושן המקדיש כל נכסיו דהו' דינו דאפי' תוך כדי דבור אינו יכול לחזור בו כו' והשיג עליו בסמ"ע ס"ק י"ד דהא קי"ל בכל התורה תוך כדי דבור כדבור דמי בר מעכו"ם ומגדף ומקדש ומגרש ובאמת בבעה"ת שער מ"ב ח"ד ומביאו ב"י משמע כהע"ש שכ' ויש מתרצים דהא דאמר וחזר ואמר שיש לפלוני מנה בידי בשע' שהקדיש תוך כדי דבור הודה כו' וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהל' ערכין אין אדם כו' ע"כ וכן מצאתי ברמב"ם גופי' שכ' להדיא כדברי העיר שושן וזה לשונו בריש פ' ט"ו מה' מעשה הקרבנו' אף ע"פ שחזר בו הרי ולדה שלמים שאין חזרה בהקדש ואפי' תוך כדי דבור עכ"ל וכתב הכסף משנה שם וז"ל ואע"פ שחזר בו תוך כדי דבור כו' מימרא דרב פפא פ' כיצד מערימין ע"כ וכ"כ עוד הרמב"ם סוף פ"ב מהל' תמורה וז"ל אע"פ שחזר בתוך כדי דבור אין תופסין אלא לשון ראשון והרי הוא תמורת עולה בלבד עכ"ל וכתב הכ"מ שם ג"כ סוף הפ' כיצד מערימין משנה וש"ס שם. וכ"כ עוד הרמב"ם בפי' המשנה בתמורה פ' כיצד מערימין וז"ל ואמר רבי יוסי הרי זו שלמים ואח"כ נמלך וחזר ואמר ולדה עולה ואע"פ שהוא תוך כדי דבור אין סומכין אלא על דבור הראשון לפי שהעיקר בידינו תוך כדי דבור כדבור דמי זולתי במקדיש ומימר ומגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש ואלו ששה דברים הוציא אותן בגוף הש"ס מקדיש ומימר הרי נתבאר במקום הזה ובסוף נדרים הוציאו מגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש כו' והלכה כרבי יוסי עכ"ל וכ"כ הברטנורה שם וז"ל נמלך כו' הרי זו ולד שלמים אע"פ שחזר בו תוך כדי דבור ואמר ולדה עולה משום דקי"ל תוך כדי דבור כדבור דמי חוץ ממקדיש ומימר ומגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש דבהנך ששה אין החזרה

מועלת בהן אע"פ שחזר בו תוך כדי דבור והלכה כרבי יוסי עכ"ל ונראה שכתבו כן משום דאמרי' בש"ס בתמורה פ' כיצד מערימין סוף (תמורה דף כ"ה) נמלך פשיטא ולדה שלמים אלא כל אימת דבעי מימלך אמר רב פפא לא נצרכה אלא שאמר בתוך כדי דבור מהו דתימא תוך כדי דבור כדבור דמי קמ"ל ע"כ ובתמורה נמי קתני התם במתני' נמלך א"כ גם בתמורה אמרי' הכי וחשבו הם שרב פפא מתרץ דקדשים ותמורה שאני משאר דברים. וכן כתבו התוס' במנחות פ' התודה דף פ"א ריש ע"ב דבהקדש אפילו תוך כ"ד א"י לחזור דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואמרי' בפ' בתרא דנדרים והלכתא תוך כ"ד כדבור דמי חוץ דמגדף ועכו"ם והקדש ומגרש וגבי תמורה אמרינן בפ' כיצד מערימין דבנמלך אפי' ר' יוסי מודה דתוך כ"ד ה"ז תמורת עולה ושלמים ע"כ והביאם הבעל תוס' י"ט במנחות שם. אכן תמהני מאוד על הרמב"ם והברטנורה והכסף משנה והתוס' דאישתמיטתהו ש"ס ערוך פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ג ע"ב) דפליגי התם רבנן ורבי יוסי גבי עדות וקאמר התם בש"ס אלא בתוך כדי דבור כדבור דמי קמפלגי רבנן סברי תוך כדי דבור לאו כדבור דמי ור"י סבר תוך כדי דבור כדבור דמי וסבר רבי יוסי תוך כדי דבור כדבור דמי והתנן הרי זו תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה והוינן בה נמלך פשיטא ואמר רב פפא נמלך בתוך כ"ד קאמרינן אמרי תרי תוך כדי דבור הוי חד כדי שאילת תלמיד לרב וחד כדי שאילת הרב לתלמיד כי לית ליה לרבי יוסי כדי שאילת תלמיד לרב שלום עליך רבי דנפיש כדי שאילת רב לתלמיד שלום עליך אית ליה ע"כ (ועיין בתוס' שם ד"ה כי לית ליה שכתבו דאנן קי"ל כברייתא דנזיר דתוך כ"ד הוי שלש תיבות ע"ש) הרי להדי' דהקדש ומימר דינו כשאר דברים דהא פריך מהתם לעדות ומשני דתרי תוך כ"ד הוו והיינו דאמרינן בסוף נדרים דף פ"ז ע"א תוך כדי דבור כדבור דמי חוץ ממגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש משמע הא בעלמא לא והכי מוכח להדי' בתוס' פרק מרובה שם וכן מוכח נמי להדי' בתוס' פרק י"נ סוף דף קכ"ט ובנמוקי יוסף שם ובהר"ן סוף נדרים שהקשו אמאי לא חשיב בפרק י"נ רק עכו"ם וקדושין ותי' דמגדף בכלל עכו"ם ומגרש בכלל מקדש דאתקש יציאה להויה אלמא דבשאר מילי לא והוא פשוט. ומלבד מה שאני תמה על הרמב"ם וברטנורה וכסף משנה והתוס' דמנחות והתוס' י"ט שם אני תמה על הראב"ד שלא השיג על הרמב"ם בשני מקומות בהלכות מעשה הקרבנות ובהל' תמורה בזה וכן על התוס' י"ט ושאר מפרשי הרמב"ם שלא הרגישו בזה כלל ונמשכו אחריהם ואין ספק דאשתמיט לכולם הש"ס דמרובה הנ"ל שהבאתי ונ"ל לענין דינא הקדש כשאר דברי' כן נ"ל ברור:

סעיף ו

שמא יעשו קנוני' על ההקדש כו'. לפי שראיתי כמה מבוכות בפוסקים בענין זה וגם יתבארו מכלל דברי כמה חידושי דינים על כן צריך לבאר הדברי' על נכון.

מקור דין זה הוא ממאי דגרס' בש"ס סוף פ' ג"פ (דף קע"ד ע"ב) א"ר הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש. ומשמע דוקא שכ"מ אבל בבריא חיישינן והכי אמרינן בערכין פ' שום היתומים (ערכין דף כ"ג ע"א) דוק' בש"מ דאין אדם חוטא ולא לו (פירש"י דלמית' קאי ולהרויח בשביל אחר לא יחטא) אבל בבריא אדם עושה קנוני' על ההקדש והכי אמרי' נמי להדיא בשבועת הדיינים (דף מ"ב ע"ב) ומוכח התם להדיא דהכי קי"ל דבבריא חיישינן דהא מוקמינן סתם מתני' דבא ליפרע מהקדש צריך שבועה בהכי דסד"א אין אדם עושה קנוניא על ההקדש קמ"ל דה"מ ש"מ דאין אדם חוטא ולא לו אבל גבי בריא חיישינן ע"כ. וכתב הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ גט פשוט דהא דרב הונא מיירי שהקדישן על דעת רבים שאם הקדיש סתם אפי' אדם עושה קנוני' על ההקדש ואפי' בריא נאמן מגו דאי בעי מיתשל אכוליה הקדש דקי"ל יש שאלה בהקדש בין בפתח בין בחרטה דאסיקנא לשמעתין במסכת ערכין פ' שום היתומים בבריא כ"ע לא פליגי דאדם עושה קנוני' על ההקדש וביש שאלה להקדש קמפלגי דמאן דלא חייש לקנוני' קסבר כבית הלל דיש שאלה בהקדש וליכא למיחש לקנוני' דאי בעי מיתשל עליה וקי"ל כמאן דלא חייש דקאי כבית הלל וליכא למינדע מינה עכ"ל וכן ראיתי בתשו' רבי בצלאל סי' ט"ו דף נ' ע"ד שכתב בשם הרשב"א שכתב בתשובה ובחדושיו פרק גט פשוט דלדידן דקי"ל כב"ה דיש שאלה בהקדש אלו לא נדר ע"ד רבים אי נמי שמסר ליד גזבר דמעתה אי אפשר לישאל על הקדשו הי' נאמן ואפי' הי' בריא כשהקדיש דכל שיש מגו אין חוששין לקנוני' עכ"ל וכ"כ בנימוקי יוסף ס"פ גט פשוט. ולכאורה קשה הא אפי' נדר ע"ד רבים יש לו הפרה לדבר מצוה ופריעת בעל חוב מצוה הוא וא"כ מה תירצו הרמב"ן והרשב"א והנ"י בזה שנדר ע"ד רבים ונראה דלק"מ דאי לאו דנאמן לא הי' לו הפרה דכיון שכבר הקדיש והנכסים הם בחזק' הקדש אינו נאמן לומר שחייב לאחרים ויש מצוה בהתרתו דדלמא אינו חייב לאחרים וא"כ אין מצוה בהתרתו ואין לו הפרה והוא עושה קנוני' על ההקדש ואומר שחייב לאחרים כדי שיהי' לו הפרה והלכך צריך לטעמא דנאמן דחזקה אין אדם עושה קנוני' על ההקדש. ולפי זה אין הכי נמי אם הוא אומר שחייב לאחרים מלוה על פה ואין לו לשלם ורוצה להתיר משום פריעת בע"ח מצוה נאמן אע"פ שהקדיש ע"ד רבים ומתירין לו משום שחזקה אין ש"מ עושה קנוניא על ההקדש ואין להקשות לפי

זה למה הוצרך הרמב"ן בחדושיו ובס' המלחמות לומר דרב הונא מיירי במנה פקדון או קרקע משום דאל"כ הא מלוה ע"פ אינו טורף מן ההקדש והבאתי דבריו לקמן. היה לו לפרש דרב הונא מיירי שרוצה לישאל על ההקדש ואומר שחייב לאחרים דנאמן הוא בכך לענין שיש מצוה בהתרתו מטעם חזקה אין אדם עושה קנוני' על ההקדש. לק"מ דפשט דברי רב הונא לא משמע הכי אלא משמע דקאמר דנאמן בדבורו לבד בלא התרה אלא בדבורו לחוד שאמר מנה לפלוני בידי נותנין לו והכי משמע נמי מדפריך בש"ס דניחוש שמא אמר שלא להשביע כדקאמרי רב ושמואל גבי יורשים ואם איתא מאי פריך הא י"ל דשאני התם בדרב הונא דמיירי בהקדש והוא נשאל על הקדשו. ודאי כולי האי לא עביד כדי שלא להשביע דהא כל היכא דהודה דרך הודאה לא עביד כדי שלא להשביע וכמ"ש הרי"ף ושאר פוסקים ואין לך הודה דרך הודאה יותר מזה ממה שנשאל על הקדשו לפרוע חובו. ועוד דבשמעת' דפ' שום היתומי' מוכח דרב הונא לא מיירי בהכי ע"ש ועוד דהא דפריעת בע"ח מצוה פליגי בה אמוראי בפ' הכותב (כתובות דף פ"ו ע"א) אלא ודאי דברי רב הונא הם כפשוטו שנאמן בדבורו לבד וכמ"ש. ואי לאו דמסתפינ' הוה אמינא דבהקדש אפי' בנדר ע"ד רבים יש לו הפרה דלא אשכחן בשום דוכתא דבנדר עד"ר לא הוי הפרה אלא בנדר יחיד אבל בהקדש דמיתסר אכולי עלמא לא אשכחן והלכך נראה לומר דמידי היא טעמא דנדר עד"ר אין לו התרה אלא לדבר מצוה משום דדלמא אין מסכימים אותן הרבים בהתרתו אבל בדבר מצוה מסתמא ניחא להו וכמ"ש בי"ד סי' רכ"ח סעיף כ"ח וזה לא שייך אלא בנדר יחיד אבל בהקדש כיון דלכ"ע מיתסר כמו לדידיה א"כ כי היכא דהמקדיש מתיר משום דניחא ליה דלתהני מהקדש מסתמא לכ"ע ניחא להו דלא ליהוי איסורי דהקדש רביע עלייהו בהני נכסי ויהיו מותרים בהנאה בנכסים אלו והלכך יש לו התרה ונ"ל ראיה לזה דהא בפ' שום היתומים (ערכין דף כ"ג ע"א) קאמר בש"ס מעיקרא דפליגי בנדר שע"ד רבים אם יש לו התרה וקאמר בתר הכי אלא הא דאמר אמימר נדר שעד"ר יש לו הפרה לימא כתנאי אמרה לשמעתיה ומסיק דבשאלה דהקדש פליגי ורבי יושיע דקאמר אינו צריך סבר כבית הלל דיש שאלה בהקדש וא"כ תקשי דלא הו"ל לר' יושיע למיתני בסתמא א"צ דהא בהקדיש על דעת רבים צריך ולפי דעת הרמב"ן והרשב"א והנימוקי יוסף צ"ל דמסתמא אינו מקדיש על דעת רבים ודוחק ועוד דהא הם מפרשים הך דרב הונא בהקדיש על דעת רבים וכן צריך לפרש לפי דבריהם הך סוגיא דפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) והא התם נמי סתמא קאמרינן אבל לפי מה שכתבתי ניחא אלא שלא מלאני לבי לחלוק על הרמב"ן והרשב"א והנימוקי יוסף:

ולפי מ"ש דהקדש עד"ר נמי יש לו הפרה י"ל דהך דרב הונא דש"מ נאמן ובריא אינו נאמן כמ"ש בתשובת ר' בצלאל סי' ט"ו דף נ' ע"ד בשם חדושי רשב"א פ' גט פשוט דמיירי שמסרם ליד הגזבר וכמו שהביא בתשובת הרשב"א שהביא ר' בצלאל בתשובה שם ראיה מפ' הנודר מן הירק דכשמסרם ליד הגזבר שוב א"י לישאל על הקדשו וכ"כ בנ"י ס"פ ג"פ ועיינתי שם בפ' הנודר מן הירק (נדרים דף נ"ט ע"א) וראיתי שהי' ראיה ברורה דקאמר התם והרי תרומה דאי בעי מיתשל עלה ובטלה ברובה ומשני אמרי בתרומה ביד כהן עסקינן דלא מצי מיתשל עלה. ולא מסתבר לומר דשאני תרומה דהא הקדש חמור מתרומה. תדע דהא אמרי' בפ' שום היתומי' דר' אליעזר ס"ל כב"ש דאין שאלה להקדש והרי בפסחי' פ' אלו עוברין (פסחים דף מ"ו ע"ב) אמרי' דר' אליעזר סבר גבי חלה ותרומה הואיל ואי בעי מיתשל עלה אלמא דהקדש חמיר מתרומ' לענין שאלה וא"כ כיון דבתרומה ביד כהן לא מצי מיתשל עלה כ"ש בהקדש ביד גזבר וכ"כ הטור והמחבר בי"ד סי' רנ"ח סעיף ו' הנודר צדקה א"י לחזור בו אא"כ נשאל לחכם והתיר לו ואם הגיע ליד הגבאי א"י להשאיל עליו. ואין להקשות אמאי כשמסר ליד גזבר אינו יכול להשאיל עליו הא אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט דמי ומשמע דכמסירה ממש דמי וכדגרסי' בפ"ק דקדושין (סוף דף כ"ח) כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה בית זה הקדש אפי' בסוף העולם קנה ובהדיוט לא קנה עד שימשוך ויחזיק וא"כ כיון דקנה ליה קנין גמור והוי כמסירה ואפ"ה יכול להשאל עליו א"כ כשמסרו נמי הא לאו מלתא היא דבהדיא מביא בתשובת ר' בצלאל סי' ט"ו דף נ' ע"ב דברי הרשב"א שכתב וז"ל ותדע לך עוד דאמירה לגבוה אינה כמסירה ממש ליד גזבר דהא קי"ל כב"ה דאמרי יש שאלה בהקדש ואלו המקדיש ומסר ליד גזבר שוב א"י לישאל עליה וטעמא רבה יש אלא שאין זה מקומו אלא ודאי מדיש שאלה להקדש ש"מ שלא אמרו כמסירה ממש אלא לענין קנין בלבד להיות האמירה גומרת בהקדש כמו שגומרת המסירה או המשיכה בהדיוט כו' דדוקא כי נימא דה"ל כמסור ממש ליד גזבר הוא דאמרי' דאין שאלה אבל אי לא אמרינן אלא כמסירה להדיוט דהיינו כקניה של הדיוט שפיר איכא למימר דיש שאלה עכ"ל נ"ל הטעם דדוקא באמירה לגבוה נהי דהוי כקנין גמור מכל מקום כיון דלא קנה אלא מצד האמירה אתי דבור ומבטל דבור דגלי לן קרא דיש שאלה בנדרים דלא יחל דברו הוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו אבל כשמסרו לגזבר אמרי' דל אמירה מהכא דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש דהא בהדיוט גופא כשהקנהו במשיכה תו לא מהני שאלה וא"כ בהקדש נמי כיון שמסרו ליד הגזבר הרי קנהו ההקדש במשיכה ופשיטא דלא אתי דבור ומבטל משיכה דהא בהדיוט נמי אין לאחר משיכה כלום ולפ"ז

ה"ה היכא דקנהו ההקדש בקנין חליפין או שאר קנינים תו לא מהני שאלה דלא גרע כח הקדש מכח הדיוט כנ"ל ברור. ונראה שלזה כוון הרמב"ן בספר המלחמות שכתב וז"ל לפי דעתי אינה אלא בש"מ שהקדיש מעכשיו או שהקדיש ונעשה ש"מ והוא שהקדישן נמי ע"ד רבים כו' ר"ל במה שכתב שהקדיש מעכשיו כדין מתנת בריא בקנין ודו"ק: ועוד נלפע"ד וכ"כ הרמב"ן גופיה בס' המלחמות שם ובקדושין ס"פ ג"פ דמיירי באומר מנה זה של פלוני הוא בפקדון דאל"כ האיך נפרע מן ההקדש בעל פה בלא שטר ע"ש כלומר דאפי' יהיו דבריו אמת מ"מ הא אין מלוה על פה גובה רק מן היורשים ולא מן לקוחות או מקבלי מתנה והקדש וע' לקמן מ"ש לדעת הרי"ף וא"כ אפי' אית ליה מגו דאי בעי מתשיל אם היה בריא אינו נאמן דחזקה כל מה שהוא תחת יד האדם הוא שלו מגו במקום חזקה כי האי לא אמרי' וכן הבאתי לעיל סי' צ"ט ס"א סק"ו בשם הרמב"ם והרב המגיד והרמב"ן גופיה דהאומר מטלטלים אלו שבידי של פלוני הם אינו נאמן אפילו יש לו מגו שהיה יכול ליתנם לו דכל מה שתחת יד האדם בחזקת שהוא שלו ואין אומרי' מגו במקום חזקה ע"ש והיינו ממש כמו הך דהכא ונ"ל שהרשב"א והרמב"ן והנ"י כאן מודים לזה לדינא אלא שכתבו כן לפי מה שרצונם לפרש דרב הונא מיירי נמי בהלואה ודו"ק: ובהכי ניחא נמי מה שהקשו התוס' והרמב"ן ושאר פוסקים דתפשוט מדרב הונא דש"מ שהקדיש נכסיו אינו יכול לחזור דאי יכול לחזור בו ל"ל למימר דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש הא בלא"ה נאמן שהרי היה יכול לחזור בו ותרצו דמיירי שהקדיש כשהוא בריא ובאמת תי' זה דוחק כמ"ש בתשו' ר' בצלאל סי' ט"ו בשם תשובת הרשב"א דלית' להאי פירושא מדקאמר ש"מ שהקדיש כל נכסיו משמע שהקדיש כשהוא ש"מ וגם מה שתירץ הרשב"א שם דמיירי שמסרם ליד הגזבר הוא דוחק קצת וגם הקשיתי עליו לקמן מסוגית הש"ס דערכין פ' שום היתומים דמאי אולמא לישנא דרב הונא מלישנא דמתני' פ' שום היתומים ע"ש אבל לפי מ"ש ניחא דכיון דמנה לפלו' בידו של פקדון קאמר אע"ג דיכול לחזור מ"מ השתא מיהו אינו חוזר אלא דאית ליה מגו שיכול לחזור ומגו במקום חזקה לא אמרי' וכמ"ש כן נלפע"ד ברור. ועוד כתבתי לקמן שתירוץ זה דרב הונא מיירי בפקדון נראה יותר נכון ע"ש: וראיתי ברמב"ם פ"ז מה' ערכין דין י"ז שכתב וז"ל המקדיש כל נכסיו ואח"כ גרש את אשתו וגבתה כתובתה מן הפודה מיד ההקדש אינה גובה עד שידירנ' הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו וכן אין נאמן לומר אחר שהקדיש מנה לפלו' בעל חוב עלי או כלי זה של פלו' הוא שמא יעשו קנוניא על ההקדש כו' עכ"ל והנה לפי דבריו אתי דברי רב הונא כפשוטו דש"מ נאמן מטעם דחזקה דאין אדם עושה

קנוניא על ההקדש בשעת מיתה אבל בריא עושה אע"פ שיכול לשאול על הקדשו משום דס"ל דאפי' בהך דהמקדיש וגרש את אשתו חיישי' לקנוניא אע"פ שיכול לשאול על הקדשו והיינו שפסק כר' אליעזר במתני' בפ' שום היתומים אבל כבר תמה הר"ן עליו פ' אלמנה ניזונית היאך פסק כר' אליעזר ואע"פ שגם הרא"ש כתב בפ' אלמנה ניזונית דהלכה כרבי אליעזר גם עליו יש לתמוה והנה ראיתי בכסף משנה וכן בספר לחם משנה שם (כתב דסתם מתני' פ' שבועת הדיינים לפי הש"ס שם מוכח דבבריא חיישי' לקנוניא) וכן בתוי"ט דפ' שום היתומים שהאריכו לתת טעם לו' שפסק כלישנ' קמא דהתם) ואני אומר שכל זה הוא לפי תמיהת הר"ן ולפי מ"ש הר"ן ואפשר שפסק כלישנא קמא כו' אבל לדידי קשיא דהא בש"ס גופא הדר לגמרי במסקנא מלישנא קמא דקאמר התם (פרק שום היתומים דף כ"ג ע"א) אלא הכא בשאלה דהקדש קמפלגי והתניא (בניחותא דבשאלה פליגי וכן פרש"י שם) המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה רבי אליעזר אומר כשהוא מגרש ידור הנאה ר' יהושע אומר אינו צריך וא"ר אליעזר ב"ר שמעון הן הן דברי ב"ש הן הן דברי ב"ה שב"ש אומרים הקדש טעות הקדש וב"ה אומרים הקדש טעות אינו הקדש ע"כ וא"כ תימא רבה כיון דבש"ס גופא מסיק דבשאלה דהקדש פליגי ורבי אליעזר כב"ש ורבי יושיע כב"ה ומייתי בש"ס ברייתא אהא דקתני בהדיא הכי היאך אפשר לפסוק נגד מסקנת הש"ס ונגד ברייתא מפורשת (דפשיטא דכל שקלא וטריא דלישנא קמא התם היינו מקמי דמייתי הש"ס הברייתא אבל לבתר דמייתי הברייתא היאך אפשר להיות נגד ברייתי' מפורשת והיינו דקאמר בש"ס התם אלא הכא בשאלה דהקדש קמפלגינן והתניא כו' כלומר אלא הדרינן לגמרי ממאי דבעינן למימר מעיקרא אלא בשאלה דהקדש קמפלגי וכדתני' המקדיש כו' גם הדקדוקים שדקדקו הכ"מ שם מדקאמר רשב"ג אף הערב וכן הבעל תוי"ט שם מדקאמר בש"ס הקדש תנן ערב תנן כו' הכל דקדוקים של הבל הם ע"ש וק"ל) ואפשר שגם כוונת הר"ן כן בתמיהתו על הרמב"ם רק שא"כ לא ה"ל להר"ן לכתוב ואפשר דסמך לו אדרב הונא דאמר התם ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלו' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ומשמע התם דדוקא בש"מ הא בבריא חיישי' לקנוניא כו' עכ"ל והיה לו להקשות דהאיך אפשר שיהיה רב הונא נגד הברייתא ובפרט שהש"ס מביא מיד הברייתא בתר דברי רב הונא:

שוב מצאתי בספר גי' תרומה שער מ"ב ח"ד דף קפ"א ע"ג שכתב וז"ל הרב בכ"מ האריך והביא דברי הר"ן פ' אלמנה ניזונית שתמה על הרמב"ם שפסק כר' אליעזר דאדם עושה קנוניא על ההקדש כו' ואני תמהתי דהא בהדיא מסיק בש"ס פ' שבועת הדיינים דקמ"ל סתם מתני' דחיישינן לקנוניא ואם כן בהדיא סתם לן תנא דמתני' כר' אליעזר ואם כן מוכרח הוא לפסוק כן וחוששני מטענה הואיל ולא עלה

ענין זה על שלחן הטהור דהר"ן והרב ז"ל עכ"ל. ושאר' ליה מארי' כי לא הבין ולא הבחין וטח עיניו מראות דבהדיא כתב הר"ן על הא דרב הונא ואי משום הא לא אריא דבורא בעלמא קיל טפי משאלה ומש"ה חיישי' אבל מעשה קשה דגירושין לא עביד כו' והבאתיו לקמן והביאו הכ"מ גופיה שם ודרב הונ' היינו מתני' דשבועת הדייני' ממש דהתם נמי דבורא הוא ולא דמי לגירושין. ועוד הקשיתי לקמן על הרמב"ם והעליתי שלא כדבריו ובכל זה לא הרגיש ולא הבחין הגי' תרומה ולא דק כלל.

ובריייתא זו מצאתיה להדיא בתוספת' דערכין פ"ד וכן מצאתי להדיא בירושלמי פ"ה דנזיר תמן תנינן שום היתומים כו' א"ר יוסי בר בון אתיא דר' אליעזר כבית שמאי ודר' יושיע כבית הלל דר' אליעזר כב"ש דבש"א אדם נשאל על הקדשו והוא דהוה אמר א"צ להדיר הנייה ודרבי יושיע כב"ה דב"ה אומרים אין אדם נשאל על הקדשו והוא דהוה אמר צריך להדיר הנייה ממה נפשך תהא בו האיש הזה שישאל על הנייתו מודה ר' יושיע בערב שהוא צריך להדיר הנייה מה א"ר יושיע במתנה כו' ע"כ ונרא' פשוט לעין שיש כאן ט"ס ונתהפך הלשון וכך צ"ל דר"א כב"ש דב"ש אומרים אין אדם נשאל על הקדישו והוא דהוה אמר צריך להדיר הנייה ודר' יושיע כב"ה דב"ה אומרים אדם נשאל על הקדשו והוא דהוה אמר א"צ להדיר הנייה ממה נפשך תהא בו האיש הזה שישאל על הקדשו מודה ר' יושיע בערב דלא שייך שאלה שהוא צריך להדיר הניי' וא"כ כיון דבתוספת' וירושלמי ובריייתא וש"ס מפורש כן נראה דליתנהו לדברי הרמב"ם והרא"ש דלעיל שפסקו כר"א אלא הדבר ברור כדעת הר"ן וכן הוא להדיא דעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י ס"פ ג"פ שהבאתי לעיל שכתבו בהך דרב הונא דאם לא הקדיש ע"ד רבים לא חיישי' לקנוניא כיון דיכול לישאל על הקדשו וכן מוכח להדיא בדברי התוס' שם פ' שום היתומי' דף כ"ב וגם בדף כ"ג שהקשו ארב הונא ממאי דאמרי' התם דבשאלה דהקדש קמפלגי ותרצו בדוחק ואם איתי' מאי קשיא דלמא רב הונא ס"ל כלישנא קמא אלא ודאי כמ"ש משום דש"ס גופא הדרי מלישנ' קמא מפני הברייתא וכ"מ ג"כ להדיא ממה שתירצו התוס' שם והבאתי דבריהם לקמן ע"ש: ויותר אני תמוה שבפ' י"ז מהל' אישות כתב הרמב"ם המגרש את אשתו ידירנה הנאה ואח"כ תגבה כתובתה מן הערב שמא יחזירנה ונמצאו עושין קנוני' על נכסיו של זה וכן המקדיש נכסיו וגרש את אשתו ידירנ' הנאה ואח"כ תפרע מן הפודה מיד ההקדש שמא יעשו קנוניא על ההקדש עכ"ל וכתב הרב המגיד שם וכן המקדיש כו' מחלוקת תנאים במשנ' פרק שום היתומים ונראה מן הש"ס שאפי' במקדיש צריך הדרת הנאה ע"כ והרי זה אינו ואדרבה נראה מהש"ס איפכא. וכן תמו' לי שגם בטור אבן עזר ס"ס ק"ב כתב כדברי הרמב"ם הנ"ל דפי"ז מהל' אישות וכתב בב"י שם וז"ל פלוגתא דתנאי במשנה ר"פ שום היתומי' ומשמע דהלכה

כמ"ד ידירנה וכ"פ הרמב"ם פ' י"ז מה' אישות עכ"ל והוא ליתא וכמ"ש וגם נראה דלא ראה הב"י אז דברי הר"ן הנ"ל שהבאתי דאל"כ היה לו לכל הפחות להביא שהר"ן חולק וגם תימה על מפרשי הטור א"ע שלא התעוררו בזה כלל. ועכ"פ נראה דמה שנמשך בש"ע בא"ע שם ס"ס ח"ב אחר דברי הטור והרמב"ם ליתא וכמו שהוכחתי לעיל מן התוספתא והירושלמי ומן הש"ס דקי"ל כמ"ד דא"צ שידירנ' והוכחתי שכן דעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י והתוס' והר"ן והכי נקטינן: שוב מצאתי בתשו' ר' בצלאל סי' ט"ו דף נ"א ע"ג וז"ל ועוד כיון שהיתה יכולה לחזור ע"י שאלה נאמנת נמי לומר במגו כו' ואע"ג דהרמב"ם פ"ז מהל' ערכין כ' המקדיש נכסיו ואח"כ גרש את אשתו ידירנה הנאה ואין אומרים אלו רצה כו' מ"מ הרשב"א ז"ל חולק עליו והר"ן ז"ל תמה עליו ולא תירץ כהוגן ע' בפ' אלמנה ניזונית ורבים אחרים ז"ל חולקים עליו ע"כ: אך מ"ש הר"ן וז"ל ואפשר דסמך לו אדרב הונא דאמר ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלו' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ומשמע התם דדוקא בשכיב מרע הא בבריא חיישי' לקנוניא ואי מהא לא אריא דבורא בעלמא קיל ליה טפי משאלה ומ"ה חיישי' אבל מעשה קשה דגירושין לא עביד כיון דאפשר בשאלה ומ"ה לא חייש ר' יהושע עכ"ל אף שגם התו' פ' שום היתומים סוף (ערכין דף כ"ב) וגם בדף כ"ג כתבו סברא זו דלקנוניא דגירושין לא חיישי' כשיש היתר בשאלה אבל לקנוניא זוטרתי חיישינן מ"מ לא נהירא ליה ולא מטעם שהקשה בכסף משנה פ"ז מהל' ערכין על הר"ן וז"ל ואני או' שאם סמך אדרב הונא סמך טוב הוא ואינו נדחה בדחייתו של הר"ן שהרי בש"ס אמרו ע"כ לא פליגי אלא בבריא אבל בש"מ דברי הכל אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ולא חששו לחילוקו של הר"ן עכ"ל דמהא לא קשיא מידי דהתם קאמר הכי מכח כ"ש וכמ"ש בס' לחם משנה שם וכ"כ התו' שם להדיא סוף דף כ"ב וז"ל ומ"מ מייתי שפיר ממילתיה דרב הונא על מתני' מכ"ש דאפי' קנוניא בשבועה אמר רב הונא דאין עושה להקדש כ"ש קנוניא דמתני' לגרש את אשתו עכ"ל. ועוד נ"ל דנ"ק מהא מידי דודאי מתחלה דלא אסיק אדעתי' דבשאלה דהקדש פליגי אין חילוק כלל אבל בתר דמסיק דבשאלה בהקדש פליגי שפיר יש לחלק בהכי וזה ברור ודוק. אך מטעם אחר לא נ"ל לחלק בזה דכיון דחזינן דהואיל דיכול לישאל על הקדשו לא עביד דמגרש אשתו אף ע"ג דלא עביד איסורא מ"מ אמרי' דלא עביד מילתא יתירתא דלא צריך ליה מכ"ש כשיאמר מנה לפלו' בידי דאם נאמר שמשקר קעביד איסורא וחוטא הוא שגוזל ההקדש מכ"ש דנימא למה לו להיות חוטא הא מצי למיעבד בהיתרא ולשאול על הקדשו והבא מוכח נמי להדיא דעת הרמב"ן והרשב"א ונ"י שהבאתי לעיל דלא כהתוס' והר"ן בזה דהא כתבו דרב הונא

מיירי דוקא שהקדיש ע"ד רבים אלמא דאי לאו הכי אפי' לקנוניא זוטרתי לא חיישי' כיון דאפשר בשאלה אלא נראה דלמאי דמסיק דבשאלה דהקדש קמפלגי צ"ל דמתני' דפליגי ר' אליעזר ור' יהושיע מיירי בסתם הקדש ורב הונא מיירי בהקדיש עד"ר וכמ"ש לעיל בשם הרמב"ן והרשב"א והנ"י או רב הונא מיירי שמסר נכסיו ליד הגזבר או כמו שתרצתי לעיל וכן לקמן דבדרב הונא מנה של פקדון קאמר וא"כ הוי מגו במקום חזקה וכמ"ש לעיל:

ותירוץ זה נוח לי מן הכל חדא דלישנא דמנה לפלוני בידי כפשטיה הוא ועוד דבזה דבדרב הונא במנה בפקדון קאמר מתיישבים גם שאר קושיות וכמ"ש לעיל וכמו שאכתוב עוד לקמן ועוד דלפי תירוצם של הרמב"ן והרשב"א והנימוקי יוסף תיקשי דבערכין פ' שום היתומים מייתי הך דרב הונא אמתני' דהתם וא"כ לא מיירי רב הונא דומיא דמתני' ואמאי קאמר ר' יושיע במתני' סתמא אינו צריך וא"ת דסתם מקדיש אינו מקדיש ע"ד רבים וגם מסתמא לא מסר ליד הגזבר א"כ גם רב הונא מסתמא מיירי הכי ומאי אולמיה לישנא דמתני' מלישנא דרב הונא וא"כ הדרא קושיא לדוכתא אבל למאי דפרישית ניחא דבמתני' קתני כתוב' ורב הונא נקט אמר מנה לפלוני בידי דודאי מנה של פקדון קאמר וכמ"ש לקמן ודוק כי כל זה נ"ל ברור:

סעיף ז

קנוניא על ההקדש כו' עיין בתשובת מהרי"ט סי' כ"ב:

סעיף ח

אבל חולה שהקדיש כו' בשעה שהקדיש כו' הנה דברי הרמב"ם והמחבר בכאן אינם מחוורים והראב"ד כ' בהשגות וז"ל בשעה שהקדיש א"א ואפילו אחר שהקדיש שבשעה שהקדיש כל אדם נאמן ומ"ש בסוף אחר שהקדיש אמר תנו לא נתברר אצלי עכ"ל ובכסף משנה האריך בזה וכתב שמפני שתמה על הרי"ף ס"פ גט פשוט כתב הרמב"ם כן והסכים עמו בספר לח"מ שם ולא אאריך בזה כיון שבלאו הכי אוכיח לקמן שדברי הרי"ף ברורים ובספר מגדל עוז העתיק דברי ה"ר יוסף הלוי שפירש דבשעה שהקדיש אמר כן דאל"כ הא איבעי' דלא איפשטא אם ש"מ שהקדיש נכסיו יוכל לחזור וקי"ל תיקו חומרא לתובע ולא מצי למהדר ביה והלכך כי אמר תנו אין נותנין ע"כ דבריו ע"ש שהאריך ואני קצרתי וכן הביא הבעל העיטור בסוף אות מ' מתנת ש"מ דף צ"ח סוף ע"ג דברי רבינו אבן מג"ש ונראה לכאורה שע"פ זה הם דברי הרמב"ם תלמידו וכ"כ בספר מ"ע שם אך ק' לי שהרי הרמב"ם גופיה פסק בס"פ ט' מהלכות זכיה בהך בעיא דש"מ שהקדיש דיכול לחזור וכן פסקו שאר הפוסקים וכדלעיל סי' ר"ן סעיף ג' ע"ש ועוד ק' לי על דברי הר"י הלוי דאפי'

את"ל דאינו חוזר אתי שפיר דברי רב הונא דודאי אם בא לחזור אינו יכול אבל הוא אינו חוזר אלא שאומר מנה לפלוני בידי וזה לא הקדשתי מתחלה ואדרבה התוספות ושאר פוסקים שהבאת לקמן הקשו דמאי מבעי' ליה לעיל תפשוט ליה מהכא דאינו חוזר דאם יכול לחזור מאי אריא דנאמן משום שאינו עושה קנוני' על ההקדש תיפוק ליה דבלאו הכי נאמן שהרי יכול לחזור בו: וראיתי בבעל המאור ס"פ גט פשוט שכתבו כל מ"ש הר"ר יוסף הלוי בענין זה אין לסמוך עליו עכ"ל ולא כתב טעם וראיה והרמב"ן בס' המלחמות שם כתב שאפשר כדברי ה"ר יוסף הלוי ואין משגיחין על דברי בעל המאור שדחאו בשתי ידיו עכ"ל ולי נראה עיקר כדברי בעל המאור וכמו שהוכחתי:

והנה מתחלה אברר דרב הונא מיירי אפי' אחר שהקדיש ואח"כ אברר דעת הרי"ף. חדא מטעם שהשיג הראב"ד דאי בשעה שהקדיש אפי' אחר נמי ומ"ש הכ"מ והלח"מ דמיירי אחר כדי דבור ועוסקין עדיין באותו ענין לא נהירא דכיון שכבר הקדיש ושוב אינו יכול לחזור בו מה לי עסוק באותו ענין או לא. והכי מוכח נמי בש"ס בערכין פ' שום יתומים (דף כ"ג ע"א) ובשבועות פ' שבועות הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) אפי' אחר שהקדיש אף שבס' ל"מ שם כתב לישב סוגית הש"ס אלו לדעת הרמב"ם מ"מ כל מעיין ישפוט בצדק שאין דבריו מחוורין (ועוד כיון דאמרינן בפ' שבועת הדיינים ובערכין דטעמא דש"מ נאמן דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו היינו דלמיתה קאי ואינו חוטא להקדש בשביל יורשיו א"כ ה"ט שייך נמי באמר כן לאחר שהקדיש ויש בידי ליישב דברי הרמב"ם בדרך אחר והוא דאין ה"נ דחזקה דש"מ אין עושה קנוניא שייכא אפי' לאחר שהקדיש רק דמ"מ תיקשי דהלא הש"מ אינו אלא אדם א' ולמה יהא נאמן יותר מעד א' לכך צריך שיאמר כן בשעה שהקדיש דאז הוי עדיין קצת בעליו עליו ודו"ק היטב אך כיון שפשטא דש"ס לא משמע הכי ונלפע"ד עיקר כדעת שאר הפוסקים וכמ"ש לקמן על כן אין רצוני להאריך בזה הגם שראית בר' ירוחם סוף נתיב כ"ד שנמשך אחר דברי הרמב"ם מ"מ אין נ"ל כן אלא כמ"ש) וכן משמע להדיא ממ"ש התו' ס"פ ג' בשם ר"י וכ"כ המרדכי שם וכן הרמב"ן בחידושיו והנ"י שם וכן הביא בתשו' ר' בצלאל סי' ט"ו דף צ' ע"ד בשם תוס' והרא"ש שהקשו אהא דאמר רב הונא ש"מ שהקדיש כל נכסיו אמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש תיפשוט מיניה דאינו יכול לחזור דאי יכול לחזור פשיטא דבלא"ה נאמן משום שהיה יכול לחזור ותירצו דרב הונא מיירי שהקדיש כשהוא בריא ואמר מנה לפלוני בידי כשהוא ש"מ ע"כ דבריהם הרי להדיא דאפי' אחר שהקדיש נאמן הש"מ משום חזקה דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש וכן נראה דעת הטור ושאר כל הפוסקים והכי נקטינן:

מיהו הוא הדין דבהקדיש מעכשיו כדין מתנת בריא מיתרצא קושית ר"י וכ"כ הב"ח סוף סעיף ג' ופשוט הוא אבל מ"ש הב"ח אח"כ וז"ל אבל מדברי הרי"ף והרא"ש והרמב"ם פ"ז מה' ערכין משמע דמיירי בש"מ שהקדיש נכסיו בסתם בלא מעכשיו וקושית ר"י יש לתרץ דאפי' אם ת"ל עמד חוזר איצטרך ליה למימר דנאמן מטעם חזקה דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש וה"ט דהכא אינה חזרה ודאי דדלמא לא אמר כך אלא שלא להשביע את בניו ואפי' נקט שטר מקוים בידי' א"נ אמר תנו איכא למימר דאינו גובה מן ההקדש אלא בשבועה אבל מטעם חזקה ניחא דגובה אפי' בלא שבועה עכ"ל דבריו תמוהין דהא קושיית ר"י היא ל"ל לטעם דחזקה הא אפי' בלאו הכי נמי כיון דאמר תנו או שהשטר מקוים דליכא משום שלא להשביע יהא נאמן אפי' בלא טעם דחזקה מטעם שהיה יכול לחזור בו גם מ"ש אבל מדברי הרי"ף והרא"ש והרמב"ם כו' ליתא דאין בדבריהם הכרע כלל שהרי לא כתבו אלא כלל הש"ס ואדרבה בהרמב"ם מוכרח לפרש דמיירי שהקדיש מעכשיו דהרי כתב דאם אמר כן אחר שהקדיש אין שומעין לו ואי בלא מעכשיו אמאי אין שומעין לו הא איהו פסק בס"פ ט' מהלכות זכייה דש"מ שהקדיש יכול לחזור בו:

ועתה אבאר שדברי הרי"ף ברורים וז"ל הרי"ף ס"פ ג"פ אמר רב הונא ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ודוקא דאיכא בידיה שטרא דמקוים אבל איכא בידיה שטרא דלא מקוים אמר תנו קיימי' לשטריה ונותנין לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו וה"ה היכא דליכא שטרא בידי' אי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין דרב ושמואל דאמרי תרוייהו ש"מ שאמר מנה לפ' בידי אי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את בניו אמר רבא כו' ושמעי' מהא דרבא דהיכא דאמר בתורת הודאה אע"ג דלא אמר תנו ואי קשיא לך הא דרב ושמואל התם דלא אמר בתורת הודאה עכ"ל וכתב עליו הבעל המאור שם וז"ל ומאי דכתב הרי"ף ז"ל על האי מימרא דרב הונא דאי איכא בידיה שטרא דליתיה מקוים אי אמר תנו קיימי' לשטריה ונותנין לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ונראה מדבריו שאם אמר בתורת הודאה גמורה אע"ג דלא אמר תנו נותנין גם זו טעות הוא ואין לסמוך עליה ואפי' אמר בתורת הודאה גמורה כל היכא דלא אמר תנו ולא קיימיה לשטרי' אין נותנין וזה דבר ברור דה"ל כמלוה על פה ואינו גובה מן המשועבדין ותמה על עצמך אף כשאמר תנו היאך נותנין לגבות מן המשועבדין בלא שטר מקוים אם אמרו רב ושמואל ביורשים שהרשות בידו לצוות עליהם ולומר תנו דהא אילו בעי יהיב ליה במתנה יאמרו בנכסים משועבדים בין להדיוט בין לגבוה דלאו כל כמיניה הלכך אף באומר תנו אין הדבר נראה לנו לגבות

מן ההקדש בשטר שאינו מקוים ומה שאמרו חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש לא אמרו אלא בשטר מקוים ולגבות בלא שבועה אבל לגבות מן המשועבדים בשטר שאינו מקוים אין לנו עכ"ל ומביאו הבעה"ת שער מ"ב חלק ד' ומביאו ב"י וכתב עוד הבעה"ת שם שהראב"ד יישב מתחלה דברי הרי"ף דזיוף לא שכיח וקיום שטרות דרבנן ואח"כ כתב כל זה אנו יכולים לומר אם אמר הרב כן אבל בלשון ההלכות אני רואה אבל איכא בידיה שטרא דלא מקוים אמר תנו קיימיה לשטריה ונותנין כו' מדקאמר נותנין ואין נותנין ולא קאמר גובה ואין גובה משמע דליורשים קאמר אבל להקדש ולקוחות אפשר כי ליכא שטרא מקוים אפילו אמר תנו לא מהימני למיגבי מנייהו עכ"ל ומביאו בית יוסף והנה מ"ש הראב"ד מתחלה שטעם הרי"ף דזיוף לא שכיח וקיום שטרות דרבנן תמוה לי דהא הרי"ף כ' וה"ה היכא דליכא שטרא בידיה אי אמר תנו נותנין גם מ"ש הראב"ד אח"כ דליורשים קאמר לא נהירא דהא אש"מ שהקדים קאי ולישנא דנותנים דנקט הרי"ף היינו משום דנקט בתר הכי האי לישנא בדרב ושמואל: והרמב"ן כתב בספר המלחמות שם וז"ל כתב בעל המאור גם זו טעות כו' ותמה על עצמך אף כשאומר תנו היאך נותנין לגבות מן המשועבדים בלא שטר מקוים כו' אמר הכותב ותמה על עצמך אף בשטר מקוים היאך גובה בלא שבועה שמא פרוע הוא ומה ראית לחוש לזיוף ולא לחוש לפרעון ואדרבה איפכא מסתברא וכשם שאמרו אין נפרעין בלא קיום שטר כך אמרו אין נפרעין מן המשעובדים בלא שבועה ואפי' התנה עליו מקודם כדאבא שאול בן אימא מרים (בפ' הכותב) אלא בואו ונסמך על דברי רבינו הגדול ז"ל שכל מודה הודאה גמורה בחוב קיים השטר וכיון שאין לחוש לקנוניא על נכסי הקדש נאמן הוא לגמרי ומקיימים השטר מפיו ולא עוד אלא נאמן לומר מלוה בשטר יש לו לפלוני עלי מזמן פלוני וגובה וא"צ להביא ראיה וכן אם הודה בפקדון ואמר תנו נותנין עכ"ל וכ"כ בחידושיו ס"פ ג"פ וז"ל ומ"ש הרב ז"ל בהלכות דבהא דרב הונא שהקדיש כל נכסיו אי הוה בידיה שטר' דלא מקוים ואמר תנו נותנין יפה כתב דהא כי איכ' בידיה שטר מקוים נמי לא גבי מהקדש אלא בשבועה והשתא דאמר תנו קיימי' לגמרי ושקיל בלא שבועה משא"כ גבי שאר לקוחות משום שאין אדם עושה קנוניא על נכסי הקדש כלל וחד טעמא הוא אבל תמהני שאמר וה"ה היכא דליכא שטרא בידיה ואמר תנו נותנין והא מלוה ע"פ אינה גובה מן המשועבדין ונראה שכך הוא אומר דאע"ג דלא נקט שטרא בידיה אלא ש"מ הוא שצוה ואמר יש לפלוני עלי מנה בשטר תנו אותו לו נותנין דאיהו ודאי קושט' קאמר ולא משקר והרי הוא כמי שהוצי' מלוה לפניו שטר מקוי' דהא אמרת ש"מ לא משקר א"נ במוד' במנה פקדון או בקרקע והמקו' ידין אותנו לזכות עכ"ל ומביאו בכסף

משנה פ' ז' מה' ערכין בקצרה. ואני תמה על כל הגדולי' הנ"ל מה ראו על ככה לתמו' על דברי הרי"ף הנ"ל ואיך עולה על דעתם לומר דתנו לא מהני להקדש רק ליורשי' הלא דברי הרי"ף כפשטן ברורי' ומוכרחים בש"ס התם בס"פ ג"פ דגרסי' התם אמר רב הונא ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואומר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוני' על ההקדש מתקיף לה רב נחמן הא רב ושמואל דאמרי תרוייהו ש"מ שאמר מנה לפלוני בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין אלמא אדם עשוי שלא להשביע את בניו הכא נמי אדם עשוי שלא להשביע את עצמו כי קאמר רב הונא התם דנקט שטרא מכלל דרב ושמואל דלא נקיט שטר' אמר תנו נותנין מלוה ע"פ היא ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה על פה אינה גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחו' אלא אמר רב נחמן אידי ואידי דנקט שטרא ול"ק הא דמקוים והא דלא מקוים אמר תנו קיימיה לשטרי' לא אמר תנו לא קיימי' לשטרי' ע"כ הרי דמעיקרא הבין רב נחמן דברי רב הונא כפשוטו דמיירי בלא שטר כלל דהא התרצן הוא דמתרץ כי קאמר רב הונא התם דנקיט שטרא מכלל דמעיקר' הוה סבר דרב הונא מיירי בדלא נקיט שטרא כלל ורב ושמואל מיירי בדנקיט שטרא ואפ"ה לא הוה קשיא ליה רק מדרב ושמואל דנימא אדם עשוי שלא להשביע אבל אי לא שייך שלא להשביע כגון באומר תנו לא הוה קשיא ליה מידי ואם איתא טפי ה"ל לרב נחמן לאתמוהי היאך נפרעין מן ההקדש בלא שטר מקוים ולמה ליה לאקשויי מדרב ושמואל אלא ודאי דהוה ניחא ליה דהיכ' דליכא משום שלא להשביע דגובין מן ההקדש אף בלא שטר כלל וכ"ש בשטר שאינו מקוים וכל שקלא וטריא דש"ס אינו אלא משום שלא להשביע ואהא מסיק אלא אמר רב נחמן אידי ואידי דנקיט שטרא ולא קשיא הא דמקוים לא אמרי' שלא להשביע אמר הא דלא מקוים אמר תנו קיימיה לשטריה לא אמר תנו לא קיימיה לשטריה ואמרי' שלא להשביע אמר אבל אי לאו משום שלא להשביע מעיקרא לא הוה קשיא מידי על דברי רב הונא ושפיר גובה מן ההקדש בלא שטר כלל אלא ודאי אע"ג דבעלמא אין גובין מן ההקדש אלא בשטר מקוים ובשבועה אשמועי' רב הונא דשכ"מ שאני וטעמא רבה איכא במילת' כדפריש בש"ס להדי' בפרק שבועת הדיינים ובערכין פרק שום היתומים דכיון דש"מ הוא חזקה דאינו חוטא ולא לו דהייינו כיון דלמיתה קאי ודאי אינו משקר בשביל יורשיו וכמו שפירש"י וא"כ כל מה שהוא אומר קושטא קאמר והאי טעמא שייך בין בשטר מקוים בין באינו מקוים ואפי' בלא שטר כלל דהא כיון דאין לחוש בש"מ לקנוני' גבי הקדש א"כ מה לי איכא שטר או ליכא שטר (ולענין דאין גובים מן ההקדש מלוה על פה עיין מה שכתבתי לקמן):

ואמת שמדברי הרמב"ן לעיל מינה בספר המלחמות בפיסק' אחרת גבי מה שהשיג על בעל המאור שם שאינו מפרש המסקנ' לענין שלא להשביע והקשה עליו הרמב"ן וכ' שכל המפרשי' וגם רבינו חננאל פירשו' לענין שלא להשביע וכן פירשב"ם ודלא כהבעל המאור ולא ערער אדם בפירוש זה מעולם וכ' שהרי רב נחמן מיפשט פשיט' ליה מעיקרא דרב הונא בדנקיט שטרא ומפרש לא אמר תנו אין נותנין משום דאדם עשוי שלא להשביע ול"ק ליה נמי אדרב הונא אלא דלימא אדם עשוי שלא להשביע את עצמו משום דפשיט' לן דבנקיט שטרא הוא אלא דקס"ד דסבר רב הונא דבכל הודא' מקיימינן שטרא ואע"ג דלא אמר תנו ומש"ה קשי' לן עלה הא דרב ושמואל ומפרקינן בש"ס עלה דרב הונא שאני משום דנקיט שטרא כדקס"ד נמי מעיקרא והוינן בה מכלל דרב ושמואל כו' דאלמ' מפשט פשיטא לן דתרוייהו בדנקט שטרא כו' ע"כ לשון הרמב"ן אבל לפע"ד לא משמע הכי מן הש"ס כלל אלא משמע להדיא כדפרישי' דרב נחמן מעיקרא מיפשט פשיטא ליה דרב הונא מיירי בלא שטר כלל דהא מדקדקי ליה הש"ס וקאמר כי קאמר רב הונא בדנקיט שטר' מכלל דמעיקר' הוה סבר דרב הונא איירי בלא נקיט שטרא. וע"ק לפי דברי הרמב"ן וסייעתו דהאיך אפשר דרב הונא לא קאמר דנאמן אלא בדנקיט שטרא והלא רב הונא קאמר סתמ' ואמר מנה לפלוני בידי נאמן ולא הזכיר כלל בדבריו דנקיט שטרא משמע להדיא דנאמן רק בדבורו לבד אלא ודאי פשיטא דמשום נאמנות נאמן אפי' בלא נקיט שטרא כלל אלא דהש"ס פריך משום שלא להשביע ומשני כי קאמר רב הונא דנקיט שטרא כלומר שמשום נאמנות ודאי נאמן אפי' ליכא שטרא אבל מענין שלא להשביע לא מיירי אלא מיירי בענין דליכא משום שלא להשביע כגון דנקיט שטרא אלא דמעיקרא הוה ס"ל דרב ושמואל מיירי בדנקיט שטרא דאל"כ הא ס"ל לרב ושמואל דמלוה ע"פ אינה גובה מן היורשים והא דלא פירשו רב ושמואל דמיירי בדנקיט שטרא היינו משום דלא מיירי אלא משום שלא להשביע ומשום גבייה לא מיירי ומיירי בדרך שגובין מן היורשים דהיינו בשטר והשתא דמשני כי קאמר רב הונא בדנקיט שטרא פריך מכלל דרב ושמואל בדלא נקיט שטרא דאי בדנקיט שטרא הא קאמר דאפי' לא אמר תנו ל"ש שלא להשביע וא"כ קשה דהא רב ושמואל ס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים כן נ"ל ברור כשמש סוגית הש"ס:

וכ"כ הטור ברמזי הרא"ש ס"פ גט פשוט סי' מ"ז ובטור להדיא בסי' זה בהקדש כמו ביורשים דאם אמר תנו נותנים אפי' בלא שטר כלל וכן משמע בנימוקי יוסף ס"פ גט פשוט. וכן נראה להדיא מדברי ר"א בן נתן דף קי"א ע"א וכך כתב האגודה ס"פ גט פשוט ש"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על

ההקדש ודוקא דאית ליה שטר מקויים אבל אי ליכא בידו שטר מקוים אי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין עכ"ל וכל זה דלא כבעל המאור והראב"ד וסייעתם אלא כפשט דברי הרי"ף שכתבתי שמוכרח מן הש"ס ושארי להו מאורייהו לבעל המאור והראב"ד ובעה"ת שתמהו על הרי"ף בזה ופסקו דבהקדש לא גבו אלא בשטר מקויים והא ודאי ליתא וכמו שכתבתי וגם תימ' גדולה על הרמב"ן שפקפק על הרי"ף בזה כי דברי הרי"ף הם דברי אלהים חיים והפורש ממנו כפורש מן החיים. וגם מה שדחק הרמב"ן לדעת הרי"ף דמיירי כשהודה הש"מ במנה של פקדון או שאומר מלוה בשטר היה לו עלי לא נהירא לפע"ד וגם לחנם דחק כן בדעת הרי"ף דהא דברי הרי"ף הם הכל מדברי הש"ס וכמו שהוכחתי ולדבריו ק' היכי הוזכר בהרי"ף או בש"ס שאומר הש"מ מנה פקדון או כשאומר הש"מ מלוה בשטר הי' לו עלי (ועוד דבע"כ בש"ס לא מיירי שאומר מנה פקדון וכמ"ש לקמן וא"כ היכא נימא דהרי"ף מיירי במה דלא מיירי הש"ס וכמ"ש לקמן בסמוך) וגם על התירוץ של מלוה בשטר הי' לו עלי ק' דהא מלישנא דקאמר בש"ס כי קאמר רב הונא בדנקיט שטרא משמע דמעיקרא קס"ד דרב הונא מיירי בלא שטר כלל ואף שי"ל דקס"ד דרב הונא מיירי בדלא נקיט שטרא אבל אמר שטר הי' לו עלי ואבד מ"מ פשטא דש"ס לא משמע הכי ועוד דא"כ מאי פריך מכלל דרב ושמואל דלא נקיט שטרא הא מלוה על פה הוא כו' מאי קושי' לישני דרב ושמואל מיירי כדקס"ד מעיקרא דמיירי ר' הונא דהיינו באומר שטר היה לו עלי ואבד ועוד ק' לפי דברי הרמב"ן מאי פריך רב נחמן מעיקרא ארב הונא ורב ושמואל לימא דרב הונא מיירי כשאומר תנו אלא ודאי לא מצינו למימר הכי משום דלישנא דש"מ שאמר מנה לפלוני בידי משמע דאינו אומר רק אלו הדברים מנה לפלוני בידי ותו לא קאמר מידי ואם כן כיון דבע"כ משמע בש"ס דלישנא דאמר מנה לפלוני בידי משמע דאינו אומר רק לשון זה מנה לפלוני בידי ותו לא מידי דאל"כ לא הוי פריך מידי על רב ושמואל דהא הי' לו לתרץ דרב ושמואל מיירי שאמר מנה לפלוני בידי של פקדון או מנה לפלוני בידי ששטר היה לו עלי דאז אם אמר תנו נותנין ועוד דמאי פריך רב נחמן מעיקר' לימא דרב הונא מיירי כשאמר תנו אלא ודאי דהאי לישנא משמע דתו לא קאמר מיד וא"כ היאך יישב הרמב"ן כוונת הרי"ף שאומר מנה לפלו' בידי פקדון או מלוה בשטר הי' לו עלי הרי מוכח בהדיא מן הש"ס דלא קאמר אלא האי לישנא מנה לפלוני בידי ותו לא קאמר מידי:

אלא נלפע"ד דקושית הרמב"ן וסייעתו מעיקר' לק"מ והוא דכיון דאחר שהקדיש כל נכסיו אמר מנה לפלוני בידי אף דסתמא קאמר מנה לפלוני בידי ודאי מנה של פקדון קאמר שהרי הוא אמר כדי שיגבה זה המנה מן ההקדש ואם איתא שכוונתו למנה של

הלואה היאך יאמר לגזול ההקדש דהא מלוה על פה אינו גובה מן ההקדש כיון שהקדיש כל נכסיו ושוב אין הנכסים שלו אפי' יהא אמת שפלו' הלוה לו מנה היאך הוא אומר מנה לפלוני בידי כדי לגבות מן ההקדש אלא ודאי כוונתו מנה של פקדון יש לפלוני בידי אבל בדבר ושמואל פריך הש"ס שפיר הא מלוה על פה היא דמסתמא אמרי' דמאי דקאמר מנה לפלו' בידי מנה של הלואה קאמר שהרי רוצה שיגבה זה ממנו שהרי הנכסים עתה הם שלו וא"כ כי אמר תנו ומת אמאי נותנים היורשים הא מלוה על פה אינו גובה מן היורשים. כן נ"ל ברור כשמש. ונפלאתי על הרמב"ן שמסר נפשו תמיד על הרי"ף ליישב דבריו וכאן יישב דבריו בדוחק והדבר ברור ואמת כמ"ש ומקום הניחו לי מן השמים. ובזה ניחא נמי ליישב קושיית הרמב"ם והרשב"א והנ"י שהבאתי לעיל שהקשו דבלא"ה יהא נאמן במגו דאי בעי מיתשל וגם קושית התוס' והרמב"ן ושאר פוסקי' שהבאתי לעיל שהקשו שיהא נאמן במיגו שיהיה יכול לחזור ומה שתירצו בזה כבר כתבתי לעיל מה שקשה עליהם ולפי מה שכתבתי ניחא הכל דהוי מגו במקום חזקה דכיון דאין יכול זה לזכות אלא מטעם פקדון א"כ הוי מגו במקום חזקה דכל מה שהוא תחת יד האדם הוא בחזקת שלו וכמ"ש לעיל ואין להקשות מ"מ יהא נאמן במיגו ונימא דכוונתו היה במה שאמר מנה לפלוני בידי שטר היה לו עלי קודם שהקדשתי דאינו נגד החזקה לק"מ דפשיט' דכיון דקאמר סתם מנה לפלוני בידי ולא הזכיר משום שטר לא כוון על שום שטר כלל שאין אנו מפרשים דבריו במה שאין במשמע בלשונו כלל וזה נכון. ובזה ניחא נמי מה שהקשו התוס' בד"ה הא דמקוים כו' דמאי צריכים לנאמנותו דש"מ הא בלאו הכי גובה בשטר מקוים ותירצו דנאמן שגובה בלא שבועה וכ"כ בחידושי הרמב"ן ולפע"ד זה דוחק דפשט דברי רב הונא משמע דאי לאו דהיה נאמן לא היה גובה מן ההקדש כלל ובדבורו הוא דנאמן לגבות מן ההקדש ולפי מ"ש ניחא דמיירי שאמר סתם מנה לפלוני בידי והוה אמרי' ודאי מנה פקדון קאמר אלא דאיכא למיחש שלא להשביע קאמר ולכך אי נקט האי שטרא מקוים בידיה דאפקיד גביה מנה תו ליכא משום שלא להשביע ואי לאו דהיה נאמן הש"מ לא היה זה גובה מן ההקדש דהא אף במפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו ואינו גובה מן היורשים דטענינן להו שמא החזיר אביהן וכדאיתא בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע') ונתבאר לעיל סי' ק"ח סעיף ד' וא"כ הוה טענינן להקדש החזרתי כמו שטענינן ליורשים וללקוחות והשתא כיון דנאמן ואיכא בידא דהאי שטר מקוים לא עביד שלא להשביע שלא יסברו העולם שלא החזיר כמ"ש התוס' בסוף ד"ה הא דלא מקוים כו' דכיון דמקוים אין הלוה רגיל

לעולם לומ' שלא להשביע היכא דפרעיה שלא יסברו העולם שלא פרע וה"ה בפקדון אם איתא דהחזיר לא היה אומר שלא להשביע שלא יסברו שלא החזיר וזה נ"ל ברור:

והשתא לפי מה שכתבתי דברי הרי"ף המה הכל כפשוטו דאפי' לא נקיט שטרא כלל כשאמר תנו או דרך הודאה בענין שאין לחוש משום שלא להשביע נותנין אפי' לא אמר רק מנה לפלוני בידי דודאי מנה של פקדון קאמר כדי לגבות מן ההקדש ונאמן הוא בכך דש"מ אינו עושה קנוניא על ההקדש דכיון דלמיתה קאי אינו חוטא ולא לו וכדקאמר בש"ס בערכין ובשבועות וכמ"ש וכל זה ברור ונכון וכן מוכח דעת הטור והראב"ן והאגודה והני"י ס"פ ג"פ שהבאתי לעיל שכולם כתבו סתמא מנה לפלוני בידי נותנים מן ההקדש וכן עיקר:

ומתוך כל מה שכתבתי נתבאר שדברי הרמב"ם והמחבר בכל הסעיף זה ס"ג ליתנהו לדינא ולכן אכתוב הדינים העולים מכל מה שכתוב בס"ז והוא.

המקדיש נכסיו תוך כדי דיבור יכול לחזור בו ואחר כדי דבור אינו יכול לחזור בו שדין הקדש בזה כשאר דברים לפיכך מי שהקדיש נכסיו ואח"כ אמר מנה של פקדון יש לפלוני בידי אינו נאמן שמא קנוניא הוא עושה על ההקדש ואע"פ שעדיין לא מסר נכסיו ליד הגזבר והיה יכול לישאל על הקדשו אינו נאמן במגו לפי שחזקה כל מה שהוא תחת יד האדם הוא שלו ואין אומרים מגו במקום חזקה זו אבל אם אמר מנה של הלואה יש לפלוני בידי אם לא אמר שהיה לו שטר אינו גובה כלום שאפי' הוא אמת מלוה על פה אינו גובה מן המשועבדין ואם אמר שטר היה לו עלי קודם שהקדשתי ונאבד נאמן שהרי אלו רצה היה יכול לישאל על הקדשו (וכן מי שהקדיש נכסיו וגרש אח"כ את אשתו א"צ להדירה הנאה אא"כ הקדישו ע"ד רבים שאין חוששים לקנוניא שהרי יכול לישאל על הקדשו) ואם הקדיש על דעת רבים או מסר נכסיו ליד הגזבר או הקנה להקדש בחליפין או שאר קנינים בענין שאינו יכול לישאל על הקדשו אינו נאמן ואפי' יש לזה שטר מקוים אינו נאמן בהודאתו וצריך זה לישבע על שטרו לטרוף מן ההקדש במה דברים אמורים בבריא אבל שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי ואפי' הקדיש כשהוא בריא ואפי' מסר נכסיו ליד הגזבר נאמן שחזקה אין ש"מ עושה קנוני' על ההקדש שאין אדם חוטא ולא לו שהרי נוטה למות ובין שיש לזה שטר ואינו מקוים או שאין לזה שטר כלל נאמן בכל מה שיאמר נגד ההקדש ואינו נאמן נגד לקוחות או בעלי חובות אחרים ואפי' אמר סתם מנה לפלוני בידי ודאי כוונתו מנה פקדון באופן שיגבה מן ההקדש כיון שאמר כן אחר שהקדיש כל נכסיו וכל זה דוקא כשהוא בענין שאין יכולין לו' שאמר כן שלא להשביע א"ע או בניו כגון שאמר תנו או שאמר דרך הודאה גמורה וכן כשיש שטר מקוים בין

שטר הלואה או שטר פקדון אף שלא אמר תנו גובה בלא שבועה מפני צוואתו דכיון שיש שטר מקוים ודאי לא אמר שלא להשביע וכן אם אומר אני חייב לזה מנה על פה ואני רוצה לישאל על ההקדש כדי לפרוע לזה מתירין לו נדרו אפי' הקדיש ע"ד רבים שפריעת בעל חוב מצוה היא ונאמן השכיב מרע לומר שעושה כן משום מצוה שחזקה אין ש"מ עושה קנוניא על ההקדש וכשיתיר נותנין לזה חובו ואין אומרי' שמא עשה שלא להשביע שכיון שהתיר נדרו על מנת לפרוע לזה הרי הודה הודאה גמורה. וכל זה כשידוע דוקא שלא נפרע זה אחר צוואתו של השכיב מרע שאם לא כן טוענין להקדש שמא פרע אח"כ:

סעיף ט

שאין אדם עושה ערמה כו'. עיין בתשו' מה"ר יוסף טראני סי' קי"ו:

סעיף י

אמר מנה כו'. כן הוא דעת הרמב"ם והרמ"ה בטור וכ"פ בהגהות אשר"י סוף ב"ב ממהרי"ח אבל הטור כ' דמסתברא כהראב"ד והר' ישעיה דבכל ענין נאמנין וכן דעת הרשב"א ומביאו הרב המגיד פ"י מה' זכיה ע"ש ומ"ש הרב המגיד שם שדעת הרב ן' מגש כהרשב"ם נראה לפי עניות דעתי דאין הוכחה מדברי הרב ן' מיגא"ש שהביא די"ל דלא כתב כן אלא בפירוש' דש"ס לפ"מ דבעי למימר איפכא מסתברא וכן משמע ממ"ש הרב ן' מגש ודמיא להההיא דאמרינן צא תן לו ואמר פרעתי נאמן חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן כו' והא התם מסקינן בש"ס פ"ק דמציעא (ריש די"ז) דאפילו חייב אתה ליתן לו נאמן אלא ודאי לא בא אלא לומר אמאי דקאמר הש"ס איפכא מסתברא דהכי נמי אמרינן גבי צא תן לו דטפי מסתבר לומר שפרע ודוק אבל לקושטא דמלתא בכל ענין נאמנין וכן נלפע"ד דעת הרי"ף והרא"ש מדהשמיטו האי איפכא מסתברא ודוק וכ"ד בעל המאור סוף ב"ב וכן דעת התוס' שם דף קע"ה ע"א ד"ה חזר ואמר כו' אלא קשה לי מה שכתבו התוס' שם קודם לכן בד"ה אלא אי אתמר כו' לא בעי למימר אלא איפכא אתמר דידע הש"ס שאמר על מנה לפלוני בידי נאמנים עכ"ל דהא לפי מה שכתבו התוס' מיד אח"כ לא מצי למימר אלא איפכא אתמר דהא לפי האמת גם בזה נאמנים ונראה לי למחוק כל הדבור תוספות שלפני זה כי הוא בשטת מהרי"ח בהגהות אשר"י שם ומה שכתבו התוספות אא"כ הוא עיקר:

סעיף יא

וי"א כו' כבר כתבתי שכן נראה עיקר:

סעיף יב

וחזר ואמר לנו כו' נחמנים משמע דבכל ענין נאמנים וכדעת ר"י בטור ולא כהרמ"ה וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ט ועיקר וע' מ"ש לעיל סי' פ"א סעיף כ"ג ס"ק ס':

סעיף יג

ונשבעין ע"ז היסת בב"י כ' ע"ז ופשוט הוא וכן כתב הרב המגיד ולי צ"ע דהא אינו יודע שלא אמר להן אביהן כן ואין נשבעין היסת על טענת שמא ואפשר לומר דמיירי שלא זזה ידו וטען אני ידעתי בבירור שלא אמר לכם כן אא"כ וח"כ פשוט הוא אבל פשט דברי הרמב"ם והמחבר לא משמע כן ואפשר דכיון דלדברי התובע ודאי חייב לו א"כ מסתמא לא אמר להן כן והוי כברי לו או כיון דמ"מ לפי דבריו ברי לו שחייב לו ולפי דברי היורשים ברי שאינו חייב לו צריכים לישבע היסת אבל אין זה פשוט וצ"ע:

סעיף יד

אבל אם אמר תנו כו' אין נאמנים. כ' הסמ"ע ס"ק כ' צ"ע דבזה כ' הטור בשם ר"י דהיינו דוקא בדאמר שפרעו קודם שהודה אבל אם אמר שפרעו אחר שהודה נאמן אף שאמר מתחלה תנו והמחבר סתם גם כאן ומסתימת דבריו משמע דברישא בלא אמר תנו ס"ל כר"י ובסיפ' דאמר תנו ס"ל כהרמ"ה עכ"ל ולפע"ד אין מדברי המחבר ראיה דלא העתיק אלא דברי הרמב"ם והם דברי הש"ס ומה שיש לפרש בדברי הש"ס יש לפרש בדבריהם וגדולה מזה משמע בהגהת אשר"י דאפי' לא טענו היורשים שאמר אביהן שפרע טענינן להו שמא פרע אח"כ שכתבו בסוף בבא בתרא וז"ל ובדליכא חשש' דלמ' פרעיה כגון דהוו קיימו יורשים משעה דאודי עד שמת מאור זרוע עכ"ל והכי משמע סוגיא דעלמא לעיל ריש סימן ק"ח ושאר דוכתי דאין גובים מהיורשים אלא כשהודה בחליו סמוך למותו בענין דליכא חשש פרעון אח"כ וכן נראה עיקר:

סימן רנו

סעיף א

שלשון ירושה כו' ובתוס' כתבו דאם היו לגר בנים שהורתן בקדוש' ונתן לגר אחר במתנת שכיב מרע קנה כיון דהנותן בירושה לא קפדינן אמקבל וע"ש:

סעיף ב

כי אם דרך הודאה כו' וע' בסמ"ע שכ' והוא שיהיה הודאה גמורה שאין לומר שלא להשביע אמר כן עכ"ל והיינו כגון באיסור גיורא כמ"ש התוס' והגהת אשר"י ע"ש:

סעיף ג

ואם שנים מוחזקים חולקים כו' לפי' הסמ"ע שם (דקאי אפלוגת' דלעיל אי שייך מתנת שכ"מ במי שאינו ראוי ליורשו) קשה דאין זה דרך מור"ם כיון דכבר כתב דנראה עיקר כסברת הרא"ש והיאך חזר וכתב והואיל כו' לכך נרא' דיפה כוון הע"ש בזה ומור"ם המציא נ"מ מדברי ת"ה לדין גר ושתוקי במצוה לקד"ה דיש בו דעות בלא שום הכרעה אי אמרי' בהו מלקד"ה כן נ"ל:

סעיף ד

ש"מ כו' ע' בתשובת רשד"ם סימן ס"ד:

סימן רנז

סעיף א

הכותב כו' ע' בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"א ובן לב ס"ב סי' ל"ו ובמבי"ט ח"א סי' ק"ס ובמהרי"ט סי' קט"ז):

סעיף ב

או שהגיעו ליבצר. כן דעת הרמב"ם והרא"ש וטור אבל רשב"ם פי' תלושים דוקא אבל מחוברי' אפי' הגיעו ליבצר הרי הם של בן. ובתו' י"ט פי"נ תמה עליו דהאיך יפרש הא דהכונס והא דפ' נערה ולא ירד לדקדק לעומק דברי הפוסקים שהבאתי לעיל סי' צ"ה כי לפי מ"ש שם לא קשה מידי ואדרב' פשט דמתני' משמע כרשב"ם וגם ק' להרמב"ם וסייעתו הא דקאמר בש"ס טעמא משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואי במחוברי' שהן צריכים לקרקע הא לכ"ד דינן כקרקע אלא שי"ל בזה שאל"כ הוה אמרי' מסתמא לא היה דעתו ליתן רק הנכסים שהיו אז וה"ל כאלו התנה בפי' חוץ מפירו' שעתיד להיות לכך צריך לטעמא דדעתו של אדם קרוב' אצל בנו אבל לפי' רשב"ם אתי כפשוטו ודו"ק ומ"ש הב"ח בזה בדעת הרמב"ם והרא"ש אינו נכון וקושייתו מעיקר' ליתא ואולי ט"ס יש בדבריו ע"ש:

סעיף ג

אבל אם כתב לבן בנו. צ"ע על מ"ש בסמ"ע לעיל סי' ר"י ס"ק ה' ע"ש ויש ליישב בדוחק (וע' מ"ש שם) ע' בס' א"א דף ק' ע"ב ע' בתשו' ר"א ן' חיים סוף דף קי"א ע"ש ובתשו' מבי"ט ח"א סי' כ"א נסתפק אי דור רביעי הוי בכלל לשון בני בניו ע"ש:

סימן רנח

סעיף א
שטר מתנה כו' ע' בתשו' רשד"ם סי' ת"כ:

סעיף ב
לאחר ל' יום. אמנם הש"ס פ' מי שאחזו סותר דין זה ומוכח שם דגם בנותן מכאן ועד י"ב חדש מהני הזמן כשמת תוך י"ב חדש והב"ח יישב דעת הרמ"ה אכן בדברי המ"מ לא נוכל לומר תירוצו של הב"ח ודו"ק וצ"ע וע' בא"ע סי' קמ"ד ס"ב מוכח להדיא דלא כהרמ"ה (הג"ה וע' בספרו ביישוב דברי הרמ"ה):

סעיף ג
וה"ה דנותן כו' ע' בב"ח וע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' ז':

סעיף ד
אלא בע"פ. פי' דכתב המתנה בסתם וכתב בה זמן הכתיבה וכשנותן לו השטר מתנ' התנה בע"פ שנותן לו לאח"מ אפ"ה אמרי' דזמן הכתוב בשטר מהני לתנאי שבע"פ והוי כמו שמפרש בהדי' בשטר שמקנ' מהיום ולאח"מ כך מוכח בש"ס פ' מ"ש (דף ע"ב ע"ב) ע"ש בפירש"י ופי' תנאי בגט הוא בע"פ ע"ש וכן הוא דעת הר"ן ע"ש והסמ"ע לא נחית לעומקא בזה ופי' פי' זר גם דבריו צ"ע לדינא וע' בא"ע סי' קמ"ד תמצא מפורש כן להדיא ע"ש:

סימן רנט

סעיף א
כבר עבר על לא תוכל להתעלם כו' והרמב"ם פי"א מה' מלוה דין ו' והסמ"ג לאוין קנ"ט כתבו ואע"פ שהחזיר' לאחר יאוש מתנה היא זו וכבר עבר על האיסורי' וכן העלה הרמב"ן בס' המלחמות פ' אלו מציאות דאע"פ שהחזירה עובר בכולן וכן משמע פשט לשון הלכות גדולות והרי"ף ונוסח' ש"ס דילן ע"ש:

סעיף ב
רוב העיר עכו"ם כו' עמש"ל סי' ר"ס ס"ג:

סעיף ג
אינו חייב להחזיר כו' מרדכי פ' אלו מציאות בשם ראבי' וז"ל אגודה פ' אלו מציאות וכן אנו נוהגים להחזיר וכ"פ ראבי"ה וראב"ן דכייפינן להחזיר היכא דהמוצא עשיר עכ"ל וכ"מ בראב"ן דצ"ג ע"ג ע"ש:

סעיף ד
ואם הוא דבר שאין בו סימן כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' רכ"א:

סימן רס

סעיף א
והוא שהעלה חלודה כו' דאל"כ לא יגע בהן כן מוכח ברש"י ותוס' וכגון שחור זה הוא מקום המשתמר דאל"כ אפי' לא העלה חלודה נמי אבידה מדעת היא עכ"ל הג"א מא"ז ור"ל באינו משתמר לגמרי נמי אבידה מדעת היא והרי היא שלו ובמשתמר קצת ע"ל ס"י בהג"ה:

סעיף ב
והוא שימצאנו מטה מטה כו' דברי המחבר צל"ע דזה לשון הטור והוא שהעל' חלודה כו' וכ' הרמב"ם ז"ל והוא שימצאנו מטה מטה כו' ונראה שהרמב"ם מפרש דשתיך טפי דבש"ס שימצאנו מטה מטה וכן נרא' להדיא מה' המ' דאל"כ קשה מנ"ל להרמב"ם זה וגם למה השמיט דשתיך טפי וע"כ כ' הטור וכ' הרמב"ם כו' משום דאפשר דפירש"י והרמב"ם תרווייהו אמת לדינא דבין שהעל' חלודה ובין שנמצ' מטה מטה שהוא בענין שנראה מזמן רב הרי הוא של מוצאו אבל המחבר שמצריך שניהם קשה תרווייהו ל"ל ואפשר דספוקי מספקא ליה בפי' הש"ס לכך פסק דבעי' דתרווייהו לחומרא:

סעיף ג
כדרך כל המטמוניות כו' ע' בסמ"ע סק"ג משמע מדבריו דס"ל דר"ל דעת' מונח בכותל שבקרקע וכן משמע להדיא לשון הרמב"ם בפי' המשנה וז"ל ואמרו מצא בגל ובכותל ישן ובלבד שיהא אותו דבר בתוך הקרקע לענין שיכול לומר שטמנו מזמן מרובה אבל אם מצאו קרוב מן הקרקע או מפני הכותל דינו כדין הנמצא באשפה עכ"ל ועיין בסמ"ע ס"ק ד':

סעיף ד
נסתפק לו הדבר כו' אם הוא מטמון חדש:

סעיף ה

לא יגע בהן. אם הוא במקום שרוב ישראל מצוים שם:

סעיף ו

מחציו ולחוץ כו' ירושלמי תני מצא בין פסים מן האגף ולפנים כלפנים מן האגף ולחוץ כלחוץ אם היה מפולש לפנים אפי' מחציו ולחוץ הרי הוא של בעה"ב אם היה מפולש לחוץ אפי' מחציו ולפנים הרי אלו של מוצאיהן עכ"ל וכן הוא בתוספת' רק שבמקום פסים איתא שם פצים ובמפולש איתא בזה הל' אם היה מפולש כולו לפני' אף מה שמחציו ולחוץ של בעה"ב כו' ונראה פי' מפולש שהחור מפולש לפנים דהיינו שהחור נראה מבפנים והוא כולו מפולש לפנים ובחוץ הוא סתום אפי' מה שחציו ולחוץ הוא של בעה"ב דודאי מבפני' בא וכן איפכא כן נ"ל ולכך לא הביא והפוסקי' התוספת' והירושלמי מפני שהוא פשוט כתב הסמ"ע מחציו ולחוץ כו' נראה דאע"פ אם נמצ' מטה מטה כדרך המטמוניו' וצ"ל נראה דאע"פ שאינו נמצא מטה מטה כו' ומ"מ ק' לי מנ"ל הא ואדרב' נראה להיפך דהא התוס' והרא"ש והטור שכתבו כאן והוא שהעלה חלודה הוציאו כן ממאי דקשי' להו הא ודאי הניח ואפי' ספק הניח לא יגע בהן ועוד דביש בו סי' נוטל ומכריז וע"כ תירצו דגם כאן מיירי דשתיך טפי דהיינו שהעל' חלודה כמו ברישא דכותל ישן וא"כ הרמב"ם דמפרש דשתיך טפי שנמצא מטה מטה ע"כ מפרש גם בסיפא כן דאל"כ קשה קושיות התוס' והרא"ש ואם נאמר דיש לו תירוץ אחר על קושיית' וכמ"ש ה' המ' שיש מי שתירץ דמיירי שנראים הדברים שזה ימים מרובים שדברים אלו כאן ומפני יאוש בעלים נגעו בה ותירוץ אחר דכיון שהחור פתוח לר"ה ה"ל כנמצא אבידה בעיר שרובה עכו"ם וה"נ ברוב עכו"ם הוא והרמב"ם ז"ל כתב סתם כפשט השמועות עכ"ל א"כ גם א"צ שהעלה חלודה ע"כ מיירי ברוב ישראל וא"כ צריך להרמב"ם והמחבר שימצאנו מטה מטה ונראה דמשמע ליה לסמ"ע דל"ש בכותל חדש שימצאנו מטה מטה ועוד דא"כ היאך שייך לומר מחציו ולחוץ כיון שהוא בקרקע ואע"ג דהמחבר ס"ל בכותל ישן שימצאנו מטה מטה ושיעל' חלודה היינו לענין שגם מה שמחציה ולפנים יהא שלו דבכה"ג מספקא ליה להמחבר אבל מה שחציו ולחוץ פשיטא ליה דבהעל' חלוד' לחוד סגי וכן נראה עיקר בדעת המחבר ודוק:

סעיף ז

שהעל' חלוד' כו' דאל"כ לא יגע בהן כמ"ש לעיל:

סעיף ח

אפי' אם העלה חלוד' כו' שאין בעה"ב שוכח חפצו ימים רבים תוס' ע"ל סימן רס"ב ס"ה:

סעיף ט

אם כיס הוא מוכיח כו'. משמע אפי' בממלא כל הכותל אזלינן בתר מוכיח וכן משמע בטור והב"ח לא פסק כן אלא כהרמב"ם ודבריו מרפסין איגרא ובלי ספק גם דעת הרמב"ם וסמ"ג כן וכמו שכתוב הכ"מ ומהר"א שטיין והכי מוכח בש"ס דאל"כ מאי פריך פשיטא ע"ש ודוק וגם מהרש"ל בבאורו לסמ"ג פי' כן ע"ש ואיזה תלמיד טועה הוסיף שם פירוש לדבריו פי' שהכותל ממולא מן הכיס והסכין כו' כי דעתו כדעת מהרא"ש ואפשר שטעות המדפיס יש וההוספה שהוסיף התלמיד צריך להיות קודם לכן ע"ש:

סעיף י

הרי אם כו' מיירי שהבע"ה אינו דר עמהן דאם לא כן הרי הוא של בעל הבית שהוא אחרון כמ"ש התוס' ונרא' דלענין דינא לא פליגי הגהת אשר"י והפוסקים עם התוס' דלא כנרא' מדברי הבית חדש דפליגי ע"ש:

סעיף יא

של שוכר אחרון כו' ודוקא דבר שאין בו סי' אבל בדבר שיש בו סי' נוטל ומכריז אם לא העל' חלוד' כן הוא בהגה' אשר"י מא"ז ומיירי שאין בעה"ב דר שם ונרא' דאם השכירו לאחרים והבעה"ב דר שם עמהם נוטל ומכריז בדבר שיש בו סי' אפי' העל' חלוד' כמ"ש התוס' דאין בעה"ב שוכח חפצו ימים רבים אבל כשאין בו סימן מתייאש הבע"ה ג"כ כשאחרים דרים עמו וכל זה מוכח בתוס' (דף כ"ו ע"א) ד"ה וניזל בתר בתרא כו' שכתבו ואפילו אין בו סימן דאין בעל הבית מתיאש מה שמפסיד בביתו כסבור שימצאנו היום או למחר כיון שאין נכרים עמו דרים בביתו וכי משני שעשאו פונדק לג' בני אדם אפי' כי יש סי' מתייאש עכ"ל וא"כ לדידן דלא קי"ל כאוקמתא דעשאו פונדק לג' בני אדם ישראל אלא עכו"ם ומטעמא דיתבאר לקמן סי' רס"ב ס"ב דבג' ישראל לא מתייאש בדבר שיש בו סי' אא"כ עכו"ם דרים עמו דבכה"ג אפי' בעל הבית דר עמהם ויש בו סי' ולא העל' חלוד' הרי הוא של מוצאו דבעל הבית מתייאש כיון שעשאו פונדק לג' עכו"ם כדמוכח בש"ס לשטת התוס' ודו"ק:

כתב הסמ"ע סעיף קטן י' של שוכר האחרון פי' אם הוא ישראל עכ"ל ואם שוכר אחרון הוא עכו"ם הוא של מוצאו. טור. וכן מוכח בש"ס לפי' רש"י והרא"ש עוד כתב שם דישראלים הראשונים שיצאו משם ודאי כבר (כבדו) וחפשו ובדקו והוציאו מהבית כל מה שהיה להן כשיצאו מהבית עכ"ל וכן מוכח הטעם בש"ס וכן הוא ברש"י ומוכח בתוס' דאם נמצא בבית בסדק עמוק או בגומא עמוקא בענין שאפשר שלא נמצא ע"י כבוד לא

תלינן בשוכר אחרון או בבע"ה ואפשר דמן הראשונים הוא ונתייאשו כיון שחפשו ולא מצאו והרי הוא של מוצאו ע"ש ודו"ק:

סעיף יב

לג' עכו"ם כו'. ומיירי שעדיין ישנם בבית דאל"כ הרי הוא של בעה"ב שהיא בתרא תוס'. ולפי שטת הפוסקים והמחבר שהבעה"ב אינו דר עמהן אפי' אינם עכשיו בבית הדין כן ודו"ק. וע' בסמ"ע ס"ק י"א עד ר"ל ג' עם בעה"ב כו' והא ודאי ליתא דהא איתא בש"ס דג' עכו"ם ועוד דהתוס' הקשו שם מיד בדבור שאח"ז ל"ל ג' ישראל בתרי ובעה"ב סגי אלמא דבג' ישראל היינו בלא בעה"ב כ"ש דג' עכו"ם הוא בלא בעל הבית אלא כוונת התוס' כפשוטו דפחות מג' לא מקרי רוב לענין מציאה דכיון דמסתמא בעה"ב דר שם לפי שטת תוס' לא סגי בב' עכו"ם ליהוי רובא בהכי אלא בעינן רובא דמינכר וזה נראה דעת הרמב"ם והמחבר דצריך ג' עכו"ם לענין שאין אחר או אפילו הבעל הבית א"י לטעון שהוא שלו אע"פ שהוא דר ג"כ שם והטור מפרש הש"ס כפרש"י והרא"ש דג' עכו"ם ל"ד אלא איידי דנקט ג' גבי ישראל נקט נמי גבי עכו"ם וה"ה חד ובלבד שיהא אחרון ולפ"ז משמע ליה להטור דאם הישראל דר שם סגי בב' עכו"ם דלא אידכר בש"ס בכה"ג שלשה עכו"ם כן נ"ל ברור ואם באנו להשוות דברי הטור עם הרמב"ם והמחבר לענין דינא נוכל לומר כמו שכ' מהר"ש אידלש בחידושיו על דברי התוס' וז"ל אפשר לפרש אע"ג דב' עכו"ם נמי הוי רוב לגבי בעל הבית מ"מ כיון דעיקר דירתם אינו כאן אלא שהוא פונדק לא סגי אלא בג' עכו"ם וליכא לאקשויי לא תוקמא בפונדק אלא במשכירו ודר עם ב' עכו"ם דהא פשיטא דתלינן ברוב עכו"ם ועוד דמילתא דלא שכיח הוא שיהא ישראל דר עם ב' עכו"ם עכ"ל א"כ התוס' והרמב"ם והמחבר מיירי להדיא בפונדק והטור מיירי בדרים בו אבל אין דברי מהרש"א מוכרחים ונראה עיקר בדברי כוונת התוס' כדפירשתי ודו"ק:

סעיף יג

אפי' בתוך הבית כו' כתבו התוס' דמיירי שנמצא בזה הענין שנראה שהוא אבדה. נראה דלשיטתם אזלי דמפרשים דמיירי דבע"ה דר עמהם אבל לפי שטת פוסקים ומחבר שאין בעה"ב דר עמהם אפי' אינו נרא' שהוא אבדה הרי הוא של מוצאו כיון דתלינן ברוב עכו"ם ודו"ק:

סעיף יד

זכו בהם שניהם כו' ומדברי התו' פ"ק דמציעא דף י"א סוף ע"א נראה להדיא שהוא כולו של שמעון המשכיר ע"ש וכן מדברי האגודה פ' השואל:

סעיף טו

דהוו כשנים השותפין כו' וכ"פ הב"ח ולפענד"נ עיקר דהוא כולו של משכיר אף ע"פ שהשוכר דר בו לבדו וכדלקמן סי' שי"ג ס"ג וכמ"ש שם ע"ש:

סעיף טז

מציא' מגנב כו'. כתב הרמב"ן פ' אלו מציאות ריש דף צ"ד גנב שנכנס לבית ראובן להקנות לו מציאה והי' שמעון שם יושב והיה סבר הגנב שהוא ראובן הבע"ה ומכר לו המציאה בין ישנו ראובן בבית בין שאינו בבית יזכה לו ביתו אע"פ שהוא בית דדרסי ביה רבים ואינה משתמרת דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן חצר המשתמרת וה"נ נכנס הגנב להקנותו וחייב שמעון להחזירו לו ע"כ וע"ש וע"ל סי' רס"ח ס"ג בהג"ה:

סעיף יז

ואם מצאם על התיבה כו' בב"ח יישב דברי הרמב"ם בדוחק וע"כ פסק דלא כותיה ולפע"ד נראה עיקר כדברי הרמב"ם (וכן נראה דעת הסמ"ג גם בספר ת"ח נראה דס"ל עיקר כהרמב"ם ע"ש) דכן הוא להדיא בירושלמי א"ר אליעזר כיני מתני' ע"ג תיבה שלו הרי להדיא דר"א גופ' דבש"ס דילן אמר למילתיה נמי אתיבה והא דקאמר בש"ס אפי' מונחת על השלחן היינו משום דדייק מילתא מסיפא וס"ל דתני סיפא לגלוי רישא דחד טעמא אית להו ולהכי גם בירוש' נקט ר' אליעזר כסא ברישא והדר תיבה ובזה נתיישבו דברי הרמב"ם ע"פ הש"ס כן נ"ל ודוק ע' בספר א"א דף ק' ודו"ק:

סעיף יח

הרי הם של מוצאם. וחצרו לא קנה משום דלא סמכה דעתיה כיון דרבים נכנסים ויוצאים ואפילו איתא בחנות לא מהני עומד בצד חצרו אלא היכא דמצי לשומרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים אבל הכא כיון דלא ידע דאיתי' שם ורבים מצוים שם לא קניא ליה חצרו כ"כ הרא"ש ור"י וכ"כ נ"י בשם הרשב"א והר"ן וכ"כ ראב"ן סוף דף צ"ג וכ' ונ"ל דבתים שלנו שהרבים דורסי' בהן ומוצאו שם הרי הוא שלו דדומה לחנות הוא ותנן מצא בחנות הרי הוא שלו משום דרבים מצוים שם ולא קניא ליה חנותו עכ"ל וע"ל סי' רס"ח ס"ג בהג"ה:

סעיף יט

ואפי' יש בהן סי' כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ז עד וצ"ע ולפע"ד לק"מ דמור"ם לא ס"ל כהרא"ש אלא כהרמב"ם (וכן דעת הסמ"ג) דדוקא ברוב עכו"ם הרי הוא שלו ולכך הגיה מתחלה ואפי' יש בו סי' להורות דחנות נמי ביש בו סי' מיירי וברוב עכו"ם כמו שולחני דסיפא וכן נ"ל עיקר לדינא ודכן מוכח להדיא דעת רש"י (וכן נראה להדיא דעת

הברטנורה) ותוס' סוף דף כ"ז (ומ"ש הטור שר"י חולק על רש"י לא ידעתי מנ"ל הא דאדרבא מדברי התו' שהם סתם ר"י משמע שאין חולק אלא בגירסא אבל לדינא מודה לרש"י שהרי כתבו דשפיר גרסי' צרורים מיירי ברוב עכו"ם) וכן דעת נ"י וסברו' הרא"ש יש לדחות דכיון דאיכא אינשי דעיילי ונפקי התם לא מייאש ברובה ישראל משום דאמר הא דלא מהדר חנוני משום דאפשר דאינש אחרינא אשכח ויחזיר לי בסי' וק"ל. שוב ראיתי שהרב המגיד פ"ט מה' גזלה כתב בשם התוספות והראב"ד כהרמב"ם וסברת הרא"ש הביא בשם הרשב"א וכתב עליו ודוחק הוא ע"ש:

סעיף כ

מצא פירות מפוזרות. ע"ל סי' רס"ב ס"ז:

סעיף כא

כמו חצי קב כו'. פי' בתוס' לחד תירוצא דהיינו בב' אמות על ב' אמות דאי בב' על ד' הרי אלו שלו ע"ש ודו"ק:

סעיף כב

הרי הוא של מוצאו וכו'. ע' בסמ"ע סעיף קטן ל"ב שכתב דכיון דליכא למתלי משובך נדדה ובאת שם אמרי' עוברי דרכים עברו שם ונופלי' מהם ורובא דעלמא העוברים ושבים עכו"ם נינהו עכ"ל ובתוי"ט פ' לא יחפור תמה על זה דהא במשנ' פרק אלו מציאות (ולקמן סעיף י') מוכח דאין בגוזלות סי' וא"כ אפילו רובם עוברי דרכים ישראל שרי עכ"ל ולפע"ד אין זה קושיא דמ"מ מאן לימא דמצאן לאחר יאוש דלמא אכתי לא ידע דנפל מיניה וה"ל יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש וכדלקמן סי' רס"ב. וכן בתו' פ' לא יחפור דף צ"ג ע"ב משמע לכאורה כהסמ"ע מיהו הרמב"ן בחדושיו פ' לא יחפור בשם ר"ח והנ"י כתבו כהתוס' י"ט וכ"כ הע"ש וא"כ צ"ל דגוזלות מידע ידע בנפילתן והוי כמו הנך דלקמן סימן רס"ב ס"ו ז' ח' ט' ודו"ק:

סעיף כג

בד"א כשהיו יוני כו' עיין בב"ח דרוצ' ליישב בזה קושית התוס' בד"ה מוצאו כו' ב' שובכים ולא ירדתי לס"ד כי קושית התוס' היא אף באם היה קי"ל דלא כר"ח דאין הולכים אחר הרוב היכא דאיכא קורבה מ"מ היכא דבקורב' שוים ובא' הוי רובא לכל הדעו' אזלינן בתר רובא דהוי דאוריית' דכתיב אחרי רבים וגו' וא"כ לא נוכל לאוקמי מתני' בדפישי וק"ל ע"ש ואפשר לומר דכוונתו הוא דלס"ד דהמקשן יהיה פי' של מחצה על מחצה שולל ב' דיוקים אחד במנין וא' בקורבה וזה אינו סובלות לשון של מחצה כי לא קאי אלא אהרחק מקום וק"ל:

סעיף כד

שיש בהסי' כו'. וכל הפוסקים חולקים ע"ז דביש בה סי' נוטל ומכריו א"ל שהוא במקום המשתמר לגמרי וכמ"ש הרב לקמן ס"י וכדבריהם מוכח בש"ס ואע"פ שבב"י וכ"מ כתב ליישב דברי הרמב"ם ע"פ הש"ס מ"מ כל מעיין ישפוט בצדק שדבריו דחוקים מאוד ע"ש:

סעיף כה

ואם היה דבר שאין כו'. ע"ל סי' רס"ב ס"ד:

סעיף כו

זכה בו ואינו חייב להחזירו כו' והראב"ד והטור השיגו ע"ז דיהא מונח עד שיבא אליהו וכמ"ש הרב לקמן ס"י גם הרב המגיד כתב שהרמב"ן והרשב"א ס"ל דיהא מונח עד שיבח אליהו וטעם הפוסקים הנ"ל הוא דהוה ליה יאוש של"מ כמבואר בהרב המגיד ולפע"ד אין כאן שום השגה על הרמב"ם אדרבה פשט לישנא דש"ס דלא יחזור משמע שהוא שלו דאל"כ ה"ל לפרושי דיהא מונח עד שיבא אליהו אע"ג דה"ל יאוש של"מ מ"מ א"צ להניחו עד שיבא אליהו אלא כיון שא"י נמי יחזור יכול לעשות בו מה שירצה והא דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש וכדלקמן סי' רס"ב ס"ג היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו ולא אמרינן כיון דנתייאש זכה זה בו אבל כ"ז שלא נתברר של מי הוא יוכל זה לעשות בו מה שירצה ואפשר גם כוונת הב"י והכ"מ כן בישוב דעת הרמב"ם אלא דלשונו קצת מגומגם אבל מ"ש בסמ"ע ס"ק מ"ב דס"ל להרמב"ם כיון דבשעה שנטלו אדעתא להחזירו לבעליו אלא שטעה בזה שלא ידע שלא יהיה בידו להחזירו כיון דאין בו סימן ס"ל דבזה כ"ע מודים דיחזקנו המוצאו לעצמו עכ"ל אינו נראה כלל דהיכא רמיזא דמיירי דוקא שנטלו אדעתא להחזירו לבעליו ועוד דמה חילוק יש ס"ס בחיסורא אתי לידיה וטעמא דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא כיון דבאיסורא אתי לידיה גם מ"ש הב"ח לדעת הרמב"ם דאף על גב דבאיסורא אתי לידיה מ"מ כיון דאין ממון זה יש לו בעלים בודאי אינו בדין שיהא מונח עד שיבא אליהו דלא אמרו כך אלא היכא שיש לו בעלים ולא נודע מי הוא עכ"ל אינו מובן לי דגם הכא יש לו בעלים אלא דלא נודע מי הוח ואם ר"ל דהכא אפשר דשל הפקר הוא א"כ גם בפלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ אפשר כן הוא ואפ"ה אמרינן דלא הוי יאוש אלא הדבר ברור כדפי' (והמגדול עוז בלבל דבריו שלא במשפט כדרכו ואין צורך להשיב על דבריו כלל):

סעיף כז

חייב להכריז ע"ל סי' רס"א ס"ג:

סעיף כח

מקושרים בכנפיהן. ע' בסמ"ע ס"ק מ"ה עד דמיירי שאין שובך סמוך לה בתוך חמישים אמה נראה דקשיא ליה דא"כ הרי הוא של בעל השובך וכדלעיל סעיף ח' וכ"כ בתי"ט פ' אלו מציאות ובחנם דחק ואדרב' נראה להיפך דאי ס"ד שאין שובך תוך נ' אמה ומשום דהוי ספק הניח או נפיל' שלא בכונה א"כ ל"ל מדדין א"ו מיירי שיש שובך קרוב תוך נ' אמה והלכך לא חיישי' לנפילה וכמ"ש התוס' פרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"ג ע"ב) ד"ה ודאי בההוא נפל כו' דהיכא דמצי' למימר דמשובך בא לית לן למיתלי בנפיל' כו' והכי משמע ממאי דאמרינן בש"ס אמר רב עוקבא בר חמא במדדין ובפרק לא יחפו' איתא אמר רב עוקבא בר חמא כל המדדה אין מדדה יותר מנ' אמה. דמיירי שיש שובך תוך נ' וחיישינן דמה שובך אתי והוי נמי ספק הינוח הואיל ומקושרין ונמצאו אחר הגדר או אחר הגפה וכן פירש"י בש"ס ואיכא למימר אינש אצנועינהו הואיל ומקושרים עכ"ל אבל לעיל ס"ח מיירי שאין מקושרין ואין להקשות אמאי לא משני בש"ס (פרק אנו מציאות דמיירי שאין שובך קרוב תוך נ' אמה ומטעמא דחיישינן לנפילה דלא הוי מקום סימן י"ל דא"כ ממ"נ יטול ויכריז דאי אינש אצנעינהו יתן סי' במקום ואי נפל' ממנו ודאי נתיאש דמסתמא בעליו הרגישו כשנפל כדלקמן סי' רס"ב ס"ג וכן כתב הרמב"ן בחידושיו פרק לא יחפור בשם ר"ח ונ"י פ' לא יחפור דטעמא דחוץ לנ' אמה ה"ה של מוצאו דההוא דנפל מיניה מייאש כיון דלית ביה סי' ואפי' תימא דלא הרגיש בנפילתו מ"מ יטלנו שהרי מי שנפלה ממנו לא יבקש עוד וא"כ יהא בידו עד שיתברר של מי הוא ואמאי קתני לא יגע בהן לכך צריך לאוקמא במדדין ודוק היטב:

סעיף כט

דאם הדבר משתמר כו'. כלו' שהוא במקום המשתמר וכן הוא בטור ותוס' והרא"ש דכיון שהוא במקום המשתמר לגמרי אפי' יש בו סי' אינו חייב בהשבה הלכך לא ייגע בהן:

סעיף ל

הוא ספק אם הניחו כו'. הל' מגומגם דהא כיון דיש בו סימן טעמא דלא יגע בהן הוא משום שלדעת הונח במקום המשתמר וא"כ הוי ודאי הניח וכן הוא לשון הרא"ש כללא דמילתא דהניח במקום המשתמר כגון ודאי הניח אפי' יש בו סי' כגון טלית וקורדם בצד גדר כו' וגם לשון הטור משמע כן ע"ש:

סעיף לא

ובמקום שאינו משתמר כלל כו' גם בכאן קיצר הרב בלשונו דפשיטא דבודאי הניח ואין בו סי' אפילו במקום שאינו משתמר כלל לא הוי של מוצאו אלא יהא מונח עד שיבא אליהו מטעם דהוי יאוש שלא מדעת וע"כ הוכרחו הטור והרא"ש לפרש כמו כריכות קטנות בר"ה שאין בהם סי' לפי שמתגלגלים ברגלי בני אדם ומתחלה הניחום בעליהן שם להקל ממשאן ושכחום ונתייאשו כיון שאין בהם סימן לא בחפץ ולא במקום עכ"ל רוצה לומר דדוקא בכה"ג שמסתמא מיד נתייאשו הבעלים קודם שמצאו זה והילכך בהיתרא אתי לידי' אבל בעלמא היכא דהוי יאוש שלא מדעת יהא מונח עד שיבא אליהו לדעת הפוסקים והר"ב ע"ל סי' רס"ב ס"ס י"ב:

סעיף לב

ואם נטלו כו' ומדברי הנ"י והר"ן פרק אלו מציאות והרמב"ן והרשב"א והרב המגיד פט"ו מהל' גזילה נראה להדיא דבכה"ג יחזיר כיון שלא הוליכו לביתו דממ"נ אם הבעלים הניחום שם לדעתם כיון שמקום זה משתמר הוא לדעת בעלים יכול להחזירו ואי מעלמא אתי כיון שאין בו סימן הרי הוא שלו וכיון שיכול להניחו בביתו למה לא יהא רשאי להניח במקום שנטל וכן נ"ל עיקר דמשמע דהך דרבי אבא בר זבדא דבש"ס דילן היינו הך דירושלמי ודוק:

סעיף לג

בד"א שמצאו באשפה כו'. עיין בסמ"ע ס"ק נ"ד שכ' עד אבידה מדעת הוא והרי היא של המוצאו וכן הוא לשון הטו' והמחבר שהעתיק ל' הרמב"ם שלא כתב זה ונראה דהרמב"ם לטעמיה אזיל כו' ואין זה מוכרח וגם קשה לפ"ז מאי פריך בש"ס אבידה מדעת הוא דלמא ברייתא אשמועינן דיכול ליטלו ולהכריז משא"כ במכוסה דאסור ליגע בו ודוחק לומר דלישנא דנוטל ומכריז משמע ליה שהוא מחוייב ליטלו אלא ודאי פריך אמאי מכריז הרי הוא שלו ויותר נראה שהרמב"ם קיצר בדבר ולא כתב רק מה שנאמר בש"ס לפי האמת ואשפה שאינו עשוי לפנות כלל שהוא מוזכר בדברי המקשה לא הוכרח להביא ואפשר דלדינא מודה להטור וזה נראה טעמו של מור"ם ואף על גב דלקמן סי' רס"א ס"ד לא ס"ל להרמב"ם הכי מ"מ כיון שבלשונו כאן אין הכרח העתיק הר"ב דברי הטור כפשטן וכן דרכו בכמה מקומות או יש לחלק בין אבידה מדעת דהכא להתם כמו שמוכרח לומר לדעת הרמב"ם שם וכמ"ש שם ולענין דינא פשיטא עיקר כהטור ומור"ם:

סימן רסא

סעיף א

ביום אין זה אבידה כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ב' ולא כרשב"א שכ' המ"מ בשמו שגם באלו בג' ימים זה אחר זה הוי אבידה עכ"ל לפום ריהטא שגג בזה דרשב"א כ"כ אטלית בצד גדר דברייתא כשמצאו ג' ימים זה אח"ז הרי זה אביד' כמו בחמור ובחמור באמצע יום לא הוי אבידה אפילו אחר כמה ימים והרמב"ם לא חילק בטלית בצד גדר וס"ל דלעולם לא הוי אבידה אפי' אחר כמה ימים וזה מבואר בה' המגיד שם וק"ל:

סעיף ב

בין הכרמים חייב כו' ע"ל סי' רס"ג ס"ב:

סעיף ג

וי"א דאבידה מדעת הוי כו'. והב"י כתב על זה דלאו מילתא היא שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם גם הב"ח כ' דהעיקר כהרמב"ם ולפענ"ד לא ירדו לס"ד הטור דאין כוונת הטור להשיג בסברא דמסתמא כיון שאינו מפקח על נכסיו מפקירם () אלא כוונתו להשיג דאבדה מדעת דאמרי' בש"ס בכל דוכתא פירושו דהוי הפקר וכמו שמוכח גבי אשפה (שאינה) עשויה לפנות דקאמר בש"ס אביד' מדעת היא והיינו ע"כ דהפקר הוי והוא שלו וכמש"ל סי' רס"א [ר"ס] סי"א וה"נ מוכח בש"ס ר"פ אלו מציאות דקאמר ר"ש פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיני' אמר מר עוקבא הכא במכנשתא דבי דרי עסקי' דאביד' מדעת היא (פרש"י דאבדה מדעת היא שלא נפלו ממנו ומדע' הניחום הוי הפקר) אלא דאבד' מדעת בכל דוכתא פירושו שהוא הפקר ולהרמב"ם צריך לומר דאבדה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבדה מדעת דהתם והוא דוחק גדול ומה שהכריע הב"ח מלקמן סי' רע"ג ס"ג ומהו ההפקר שיאמר אדם נכסים אלו הפקר כו' לאו מלתא היא דודאי ה"ה בדבר שניכר מחשבתו שמפקירן הוי הפקר כדאמרי' לקמן סי' רס"ד ס"ה גבי דבש ושרפה [ושפכ'] וכן בס"ס תי"א גבי סתם גללי' אפקורי מפקר להו וכה"ג () בכמה דוכתי הלכך עיקר כהטור וכן משמע מדברי הגהת אשר"י שהבאתי לעיל ר"ס ר"ס ע"ש שוב מצאתי להדיא בתו' פ"ק דשבת דף י"ח ע"ב ובאלו מציאות דף ל' ע"ב שכתבו והא דקאמר גבי גיגית נר וקדרה אפקורי מפקר להו אע"ג דליכא ג' התם אנן סהדי דמפקר להו בלבו ע"כ:

סימן רסב

סעיף א

כיון שבא לידו כו' וחצרו כידו בזה דקניא ליה אם בא שם קודם יאוש ודלא כמהרש"ל כן העליתי לקמן סי' רס"ח ס"ג ע"ש:

סעיף ב

שנפלה משנים כו'. כתב הסמ"ע ס"ק י' דבשלשה דוקא כשהן שותפין ולכתחלה צריך להכריז שמא שותפין הן בו עד כאן אבל כשנודע שאין שותפין בו [או] שהם מודים שאינם שותפין וכל א' אומר שלי הוא הרי הוא של מוצאו עד כאן לשון ר' ירוחם או שאין בו אלא פרוטה ומחצה כיון שאינו ב' פרוטות שלמים:

סעיף ג

עד שיבא אליהו. אע"ג דלעיל סי' ר"ס ס"ט כתבתי דס"ל להמחבר ביאוש של"מ זכה בו ואינו חייב להחזירו כ"ז שלא נתברר של מי הוא ולא אמרי' יהא מונח שאני הכא כיון שנפל מב' או מג' יש לומר דאינו מתייאש לעולם וחושב לעולם שהוא אצלם ויחזירו לו ודוק:

סעיף ד

ודוקא ששוה שני פרוטות כו'. ושראה אותם מבקשים אבל אם אין בו ב' פרוטות או שראה שלא בקשו אחריה ונטלה אחר ששהא אחר שיוכל למשמש בכיסו ה"ז שלו עד כאן לשון ר"י נ"ד ח"ב והטור ושאר אחרונים שלא חלקו בכך נרא' דלא ס"ל הכי וכנ"ל עיקר ונראה שיצא לו לר"י כן מרש"י ותוס' דף כ"ו ע"ב ונרא' דרש"י לא כ' שם כן אלא לרב נחמן דלא ס"ל אימר שותפי נינהו וכן התוס' לא כתבו שם דבעינן ראה מבקשים אלא לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש אבל לדידן דקיימא לן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אע"פ שלא ראה אותם מבקשים ונטלה אחר ששהתה כדי שיכול למשמש בכיסו לא מייאש ואימור שותפין נינהו ומחל חלקו ולכך לא ביקש מיד ודו"ק:

סעיף ה

או יותר חייב להכריז. ע' בב"ח שדבריו דחוקים גם מ"ש ול"ד לב' מטבעות כו' כיון דמכריז כו' לא יצא עדיין הב"ח י"ח דהא מ"מ הוי מקום סימן וכמ"ש הרא"ש גבי מטבעות אלא ע"כ צ"ל דמתרמי אף דרך נפילה א"כ גם בב' בדים י"ל כן וק"ל וצ"ל דה"פ כיון דנפלו כמה זוגות יחד לא מתרמי דרך נפילה בכך וכך מבואר בל' הב"ח וכ"כ בסמ"ע וק"ל ע' בספר א"א דף ק"א ע"א:

סעיף ו
שהקשר סימן. וה"ה מנין המעות הוא סימן אפי' אינו קשור בקשר משונ' עכ"ל סמ"ע וכן משמע ברש"י ודלא כמסקנת ב"י:

סעיף ז
וה"ה אם התגר כו'. אע"פ שהתגר קנה מבעה"ב ע' בסמ"ע ס"ק ל"ד. ובחנם דחק שם דנקט ברישא קנאו מהתגר לישנא דש"ס וש"ס נקט מלתא פסיקא דקנאו מהתגר לעולם שלו כמ"ש תוס' ע"ש:

סעיף ח
אם שהו בידו כו'. וה"ה אם התגר עצמו מצאם אחר ששהה כדי למכור לאחרים ומתייאש בעה"ב שסבר שכבר מכר התגר ואין הקונה יודע למי יחזור כ"כ התוס' ריש דף כ"ז וכן נראה מדברי הרב המגיד פט"ו מהלכות גזלה דין ז' בשם הרמב"ן והרשב"א וכן נראה מדברי נ"י ע"ש:

סעיף ט
בידו כו'. כתב הסמ"ע ס"ק ל"ז דאי מצאן קודם ששהה בידו כ"כ כו' אז הוי יאוש שלא מדעת וצריך להחזיר כשיבא בעל המעות ויתן סימן אפי' אחר זמן מרובה ומ"ה צריך להכריז עליהן או להחזירו מעצמו אם יודע של מי הוא עכ"ל לא דק בלשון דיאוש של"מ לא שייך אלא בדבר שאין בו סי' דביש בו סימן לא מייאש כלל ועוד דהכא ע"כ מיירי בפירות מפוזרים וכה"ג שאין בו סימן אלא ה"ל למימר דהוי יאוש של"מ וצריך להחזיר אם יודע של מי הוא וק"ל:

סעיף י
וכשהוא מקפיד על חלוק וכו'. ע' בסמ"ע ס"ק מ"ה שכ' אריכות דברים מגומגמים שלא בדקדוק כלל וק"ל:

סימן רסג

סעיף א
התחיל במצוה כו' ע"ל סי' רס"א ס"ב:

סימן רסד

סעיף א
וע' בי"ד סימן רמ"ב. שם כתב די"א דהיינו דוקא ברבו שלמד עמו בחנם אבל אם אביו שוכר לו רב שמלמדו אביו קודם לכל דבר ושכן נ"ל עיקר מור"ם שם והוא מס' חסידים סי' תקפ"ה ומביאו ג"כ בסמ"ע וכ' עוד בספ' חסידים שם דה"ה אדם אחר שאינו אביו כשמשכיר לו מלמד אביד' הנותן שכר קודם לאבידת רבו וע"ש:

סעיף ב
אלא שכר הראוי לו. ע' בתוס' פא"מ דף ל"א ובב"ח:

סעיף ג
מיהו הוי הפקר עיין בס' א"א דף ק"א ע"ב:

סעיף ד
וכן אם עלה חמורו מאליו כו'. ע' בסמ"ע ס"ק י"ב שכתב ומיהו נראה דגם בדינים הללו דירד להציל ולא הציל או שעלה מאליו אם לא היו הבעלים שם אף דלא התנה כאלו התנה עמהם דמי עכ"ל ובהתנה פסק מהרש"ל אף דעלה מאיליו צריך לשלם לו שכרו משלם כל מה שהתנה ע"ש סי' מ' והוא כדעת הסמ"ע:

סעיף ה
אם השני יצא כו' ואם א' נתפס ופדאו אח' בממון צריך חברו לשלם לו והיינו כדי דמיו אבל יותר לא ואם נתפס על עסקי נפשות צריך לשלם לו אף ביותר מדמיו וכן אם ברח ותפס השר ספריו ופדאו א' צריך לשלם לו כל מה שנתן עבורם משום בזיון הספרים כל זה מבואר בראיות בישׁ"ש בב"ק פ"ו סי' ט"ו וע"ש:

סעיף ו
וכן שנים כו' ע' בתשובת רשד"ם סי' שע"א ושפ"ט:

סעיף ז
וי"ח ע"ל ס"י רס"ה בהג"ה ב':

סעיף ח
דהוי' כזוכה מן הפקר כו'. ואם יכול להציל ע"י הדחק אין לו אלא שכרו וה"ה בכל הדברים הנ"ל:

סעיף ט
שכרו הראוי כו'. ע"ל סי' רס"ה הג"ה ב':

סעיף י
וכן מי שברח. עיין בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' פ':

סעיף יא
י"א כו'. ע' בתשוב' ן' לב ס"א כלל י"ז סימן צ"ט ובתשו' רמ"א סי' פ"ו דף קע"ו ובתשו' מבי"ט ח"א סי' נ"ו ובשאלות השניות סי' ס"א ובספר א"א דק' אע"ג:

סעיף יב
השבע' שדים כו'. ע"ל בי"ד סי' של"ו ס"ג:

סעיף יג
ובשדכנות. ע"ל סי' קפ"ה ס"י בהג"ה:

סעיף יד
אלא שכרו. וכן הדין בסרסור ודלא כמ"ש בתשו' דברי ריבות סי' שצ"ו ובתשובת ן' לב כתב ג"כ דדוקא שדכן ולא סרסור ע"ש דליתא וק"ל:

סעיף טו
לתת לו הרבה מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ל"ח פסק דנותן לו כל מה שהתנה וע"ש ונ"ל דלא פליגי ומהרש"ל איירי במקום דאין לשדכנות קצבה וכן נראה מדבריו שם ע"ש:

סימן רסה

סעיף א
וי"מ כו' פירוש זה אינו עיקר בעיני בש"ס דא"כ יהיה פי' כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל מיני' דפרק אלו מציאות אינו כפירוש פועל בטל של אותה מלאכה דבטל מיניה דפרק איזהו נשך והלא אביי אמרה להו בחד לישנא ומה שדחקו התוס' בפ' א"נ והסמ"ג עשין פ"ב דף ס"ח בשם ר' שמשון לזה אמאי דפריך בפ' אלו מציאות והא לאו בטל הוא נלפע"ד דאדרבא לפירושם לא אתי שפיר דהיכא פריך הכי בפשיטות כיון דקי"ל דאסור ליתן שכר על השבת אבדה אלא נלפע"ד דבפ' א"מ פריך נמי אמלאכה ראשונה ואמתני' קאי דקתני היה בטל מן הסלע דמשלם לו שכרו כפועל בטל וקס"ד כאלו בטל היה ממלאכה ראשונה ולכך פריך והא לאו בטל הוא ממלאכה ראשונה ומשני דמשלם לו מה שבטל ממלאכ' ראשונ' כיושב ובטל עתה לגמרי (תדע דבע"כ צ"ל כן בש"ס לפי גירסת הרא"ש ס"פ עד כמה כ"ש הכא דתני במתני' היה בטל מן הסלע ודוק) והשתא ניחא דאינו מקבל שכר על השבת אבידה כדמוכח בש"ס פרק הכונס ובס"פ אלו מציאות גבי פריקה דהשבת אבידה בחנם נמצא דבפ' אלו מציאות ובפ' א"נ ובבכורות פרק עד כמה

פי' כפועל בטל פירושו שוה וכן מפרשים התוס' פ' עד כמה הך דפ' א"מ ודבכורות ודפ' א"נ וכן הסכים בס' ת"ח פ' א"נ אלא שקצת דבריו דחוקים שם ולפי מ"ש אתי הכל שפיר וכן מפרש הרמב"ם בפי' המשנה דבכורות רק שבב"י בטי"ד ר"ס קע"ז לא כ"כ בשם הרמב"ם בפי' המשנה ולא ירדתי לסוף דעתו גם הרא"ש גופא בבכורות ס"פ עד כמה מפרש כן וכבר הניח בס' מעדני מלך פר' א"מ דבריו בצ"ע וע' מ"ש בזה בספרי נקודות הכסף סי' שי"ב. עוד כתב ה' המ' פרק י"ב מהל' גזלה וז"ל פירוש כפ"ב מאותה מלאכה פירוש פעמים (שהמלאכה מרובה והוא ביוקר ופעמים) שהמלאכ' מועטת והפועלים בטלים ואותן שעה משתכרים בזול כדי שלא ישבו בטלים ואם החזיר זה את האבידה בשעה שהמלאכה מרובה ונשתהה בחזרתה כדי שיהא מרויח סלע לא יאמר תן לי סלע שהפסדתי בחזרתה אלא נותן כשעה שהמלאכ' מועטת והוא יושב ובטל שהי' משתכר חצי סלע כדי שלא יהא יושב ובטל כך פי' ר"ח והר"א והרב אלפס ז"ל עכ"ל הרשב"א ולזה הסכים הרמב"ן עכ"ל הרב המגיד וגם פי' זה נכון דהשתא לפי זה פירוש כפ"ב בכ"מ הוא שוה ואע"פ שהתוס' פרק עד כמה תמהו על פירוש זה דר"ח לפע"ד נכון הוא ודוק גם בב"י בי"ר ר"ס קע"ז כתב בשם תלמידי רשב"א כר"ח וכן פירש הערוך ערך פועל ולפי פירוש זה ג"כ אינו משלם לו בעד המלאכה השנייה ואתא נמי שפיר צריכתא דש"ס דפרק א"נ וע' בספרי נקודת הכסף ריש סי' קע"ז:

סעיף ב

היינו שאין הבעלים כו'. ע"ל סי' רס"ד ס"ג בהג"ה:

סעיף ג

וגם הם מחוייבים כו'. ע"ל סי' רס"ז ס"ה בהג"ה א':

סעיף ד

יותר מהראוי כו'. ע"ש ס"ו ז':

סעיף ה

ואם אין שם בעלים עיין בסמ"ע ס"ק ח' ועיין בב"ח ודבריו דחוקים וצ"ע לדינא:

סימן רסו

סעיף א

כל המוצאו הורגו בש"ס איתא נמי אסור לקיימו והב"י כתב דהטור לא כתבוהו משום דאין כאן מקומו ואני אומר דנכלל במ"ש הטור כל המוצאו הורגו עכ"ל סמ"ע ובש"ס מצריך להו לאיסורא כיון דאמר מותר וע' בב"ח מ"ש בזה:

סימן רסז

סעיף א

אבל בבעלי חיים כו'. עיין בתוס' דבגנבה פטור לרבא אפילו באנקטי ניגרי ברייתא וע' ביש"ש פ"ו דב"ק סי' י' מ"ש עוד בזה:

סעיף ב

עד שיתן סימנים מובהקים כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ז' עד וסי' ארוך וגוץ ומשקל כו' וכ"כ בס"ק ט' וטעות הוא דארוך וגוץ לא הוי סי' כלל וכן הוא להדיא בהרב המגיד ובהרא"ש וכן מוכח בש"ס וע"ש עד באומר נקב יש בצד אות פלוני כו' ולי נראה דזה תלוי בפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש שהביא הטור והן הי"א שהביא הרב ס"ו ולענין דינא נ"ל כיון שאין בדברי הרא"ש הכרח כ"כ וי"ל דהרא"ש מיירי בסתם בני אדם האידנא ואפי' את"ל דפשט לשון הרא"ש משמע דמיירי אף בידוע שהוא רמאי מ"מ פשט ל' הרמב"ם משמע דלרמאי אין מחזירין בשום סי' רק בעדים וכ"כ ה"ה שזהו דעת הרמב"ם והראב"ד וכ"כ הב"ח לדעת הרמב"ם וכן משמע בהגה' אשר"י מא"ז פ' א"מ דאפי' האידנא בסתם אין מחזירין בשום סי' אלא בעדים שהא שלו ואפשר לומר דגם דעת הראב"ד דאף לרמאי מחזירין כשנותן סימן מובהק לגמרי וע"כ כ' הראב"ד דבריו אמ"ש הרמב"ם עד שיביא עדים שהיא שלו א"א סי' מובהק לגמרי ר"ל הוי כעדים וכ"כ הב"ח לדעת הראב"ד ואפשר דס"ל להראב"ד דגם דעת הרמב"ם יכול להיות כן וכ"כ בעל מגדול עוז וז"ל כ' הראב"ד ז"ל סי' מובהק לגמרי ואני אומר אין לשון מפורסם אם קורא לסימן מובהק לגמרי עדים או אם ר"ל אע"פ שיתן סימן מובהק לא יועיל ע"כ נ"ל להכריע דבסי' מובהק לגמרי כגון נקב יש בצד אות פלו' וכה"ג מחזירין האידנא לסתם בני אדם אפי' אינו מביא עדים שאינו רמאי או שהיה שלו אבל בסי' מובהק דמדה ומשקל אין מחזירין אלא כשמביא עדים שאינו רמאי או שהוא צורבא מרבנן אבל בידוע שהוא רמאי אין מחזירין אפילו בסימן מובהק לגמרי וצריך דוקא להביא עדים שהיא שלו ונראה דאף האידנא יש דין ת"ח לענין זה אף למאי דנסתפק בסמ"ע לעיל סי' רס"ב אם יש דין ת"ח האידנא לענין אבדה היינו דוקא התם דמדינא אין מחזירין לכל אדם אבל הכא דמדינא מחזירין לכל אדם אלא דמשרבו הרמאי' התקינו כך כיון שהוא ת"ח סגי בהכי אף האידנא לאפוקי מחזקת רמאי כן נ"ל עיין בב"ח מה שפלפל בדברי התוס' ומה שחלק עליהם אינו נכון כלל בראש מ"ש ותימ' היאך קס"ד דלרמאי לא יחזיר אלא בסימנים מכלל כו' דא"כ למ"ד גלימא מכריז כו' לק"מ דאפי' למ"ד גלימ' מכריז הוה ס"ד דה"פ מאי לאו בסימנים כלומר דבזה דורשים אותו

אם הוא רמאי או לאו דלעולם אין מחזירין אלא בסימנים ואפי' לאינו רמאי אין מחזירין אלא בסימני' ממילא אם הוא נותן סימנים ניכר שאינו רמאי ועוד דהשתא דבעי למפשט דסי' דאורייתא ס"ל דאבידה מכריז ומ"ד גלימ' מכריז ס"ל כמ"ד דדרשהו היינו בעדים ומ"ש אכן קושייתם מעיקרא אין להם התחלה כו' תמיהני עליו דזהו ממש תירוצם השני ואדרב' תירוצם יותר נכון דלפי דבריו לא אתי שפיר מה דקאמר דרשהו בסימנים דמשמע אם נותן סימנים נותנים לו ואין חוששין שהוא רמאי אבל לתירוץ התוס' א"ש דה"ק דדרשהו אם הוא רמאי דכשנותן סי' אז אינו רמאי ונותנים לו אבל אם ידוע שהוא רמאי לא מועיל סימנים וכדקתני מתני' גם מה שחלק על דברי התוס' ור"ל דאף לאינו רמאי אין נותנין אלא בסי' מובהק לגמרי כיון דסימנים לאו דאורייתא אין נכון כלל ולפע"ד אישתמיטתי' ש"ס דפר' שנים אוחזין (בבא מציעא סוף דף י"ח) ופ' כל הגט (גיטין דף כ"ז ע"ב) גבי הא דקאמר התם רב אשי אמר כגון דקאמר נקב יש בצד אות פלוני ודוקא בצד אות פלוני אבל נקב בעלמא לא רב אשי מספקא לי"ה אי סימנים דאורייתא או דרבנן מוכח להדיא דבאבידה לכ"ע לא בעינן סי' מובהק לגמרי והכי מוכח נמי פ' א"מ גבי הא דאמרי' איבעית אימא סימנים דרבנן והכא בשומא סי' מובהק קמפלגי כו' משמע להדיא באבדה א"צ סי' מובהק לגמרי לכ"ע וזאת היתה בלי ספק כוונת התוס' שכתבו דלקמן לאו סי' מובהק לגמרי קאמר (ואף שכתבתי דנראה דהרמב"ם סובר דסי' מובהק לגמרי קאמר אין זה עיקר ע"ש) עיין בראש"ש פ' א"מ שפלפל אי ס"ל לרבא סי' דאורייתא או דרבנן ולא ידעתי ל"ל כל הפלפול הזה דאפי' אם ת"ל דס"ל סימנים דאורייתא הא אמרי' בפ' שנים אוחזין ופ' כל הגט דרב אשי מספקא לי' אי סמני' דאורייי' או דרבנן ופשיטא דקי"ל כרב אשי נגד רבא וכ"כ הסמ"ג עשין ע"ד דף קנ"ג ע"א:

סעיף ג

וי"א דבסי' מובהק כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' עד אלא דס"ל דאפי' לרמאי גמור מחזירין בסי' מובהק כו' וכל מה שכ' בס"ק זה אינו ואדרב' מוכח להדיא בהרא"ש דאף בראשונה לא היו מחזירין לסתם בני אדם בסי' דחיוור וסומק וארוך וגוץ אלא בסי' דמדה ומשקל כה"ג ולרמאי וכן האידנא אף בסימנים אלו אין מחזירין אלא בסי' מובהק שמועיל גם בעלמא דהיינו כגון נקב יש בצד אות פלוני דבכה"ג מחזירין לרמאי כ"ז מוכח בהרא"ש להדיא ע"ש בהרא"ש ובש"ס פרק א"מ (דף כ"ז וכ"ח) (ופרק שנים אוחזין (בבא מציעא דף י"ח)) ודוק וכ"כ הב"ח לדע' הרא"ש ונראה שהסמ"ע נמשך אחר דברי הטו' והר"ב שאחר שהביאו דברי הרא"ש כתבו המדה והמשקל כו' סימנים מובהקים הן ומשמע מדבריהם לכאורה דהיינו להחזיר בהן אף לרמאי אבל כי דייקת שפיר תרא' שאין כוונתם אלא

לומר שהסימנים מובהקים הם לענין אבדה להחזיר כשידוע שאינו רמאי לאפוקי חיוור וסומק וארוך וגוץ דאף שמביא עדים שאינו רמאי לא מהני כדמוכח באשר"י וה' המ' שם וא"א לומר דשום פוסק יסבור להחזיר לרמאי במדה ומשקל דהא קי"ל כרב נחמן בדיני דגלימא מכריז וכמ"ש כל הפוסקי' וכמו שנתבאר בס"ד ולרב נחמן צריך לאוקמי מתני' דאמר האבדה ולא נתן סימניה דהיינו שאמר סימנים שאינם מובהקים ולא נתן סי' מובהקים והרמאי אע"פ שאמר סי' מובהקי' אין מחזירין לו וכדאיתא בש"ס שם להדיא וכמו שנתבאר ס"ה וסי' מובהקי' לכל הפירושי' עכ"פ הוא מידה ומשקל וכה"ג דחיור וסומק וארוך וגוץ לא הוי סי' כלל ואין מחזירין בהן אפילו לידוע שאינו רמאי אם כן מוכח להדיא דלרמאי אין מחזירין בסי' דמדה ומשקל לכל הפוסקי' ודברי הסמ"ע צל"ע:

סעיף ד

סי' מובהקים כו' עיין בסמ"ע ס"ק י' שכתב שסומכי' עליהם אפי' לדעת הרמב"ם והמחבר למי שהביא עדים שהוא אינו רמאי או שהוא צורבא מרבנן וכ"כ ר"י עכ"ל לא מצאתי דבר מזה בר"י וגם לא מצאתי בשום מקום שצורבא מדרבנן א"צ להביא עדים שהוא אינו רמאי ומ"מ הוא מוכרח בעצמו:

סעיף ה

באו שנים כו' כתב בשלטי גבורי' נראה בעיני שאם אמר א' לחברו או תשבע אתה שהיא שלך או אשבע אני שהיא שלי שומעין לו וכן אם באו לחלקה ביניהם שומעים להם וכן אם הודה א' מהם שומעין לו עכ"ל ונראה שאם אחד אומר אשבע ולא אתה והב' אומר להפך יניח:

סעיף ו

הביאו זה עדים וזה עדים וסמנים כו' כ"כ בד"מ בשם הגה' מרדכי ריש שנים אוחזין ולפע"ד הגה"מ שם לא מיירי אלא מדין שמיירי בש"ס וכתבוהו הטור בסעיף שאח"ז אבל דין זה לא נזכר כלל שם ואפשר דכיון דהאי לא ידע סימניה מוכחא מילתא דסהדי שיקרא נינהו א"ל שהוא בענין דלא ה"ל לידע וצ"ע:

סעיף ז

נתן הא' סימנים כו' אפילו סימנים מובהקי' הרא"ש. ומשמע שם דר"ל אפילו מובהקי' ביותר וכן משמע מדברי מהרש"ל בח"ש רק מה שכתב מהרש"ל שם דדעת רש"י לא נראה כן לא נהירא לי אלא נ"ל דמ"ש רש"י את"ל סי' דאורייתא רבותא נקט דאפילו אמרינן דאורייתא אפילו הכא עדים עדיפי עכ"ל ר"ל דפשיטא אי סימני' לאו דאורייתא ואם כן אפילו סי' מובהק ביותר שמועיל היינו מצד הסברא דהא לא נזכר בתורה כלום

אם כן פשיטא דעדים שהוזכר להדיא בתורה והוא ג"כ סברא דעדיפי אלא אפילו סימני' דאורייתא ואם כן אפילו סי' מובהק קצת שהוא מן התורה ג"כ ה"א דחשיב כעדים קמ"ל דעדים עדיפי וכיון דעדיפי מסימני' מובהקי' קצת א"כ עדיפי ג"כ מסי' מובהק ביותר דהא כיון דסימני' דאורייתא אין חילוק ודו"ק:

סעיף ח

שהוא שלו כו'. מחזקינן ליה בחזקתו ולא אמרינן שמכרה:

סעיף ט

ויניח כו'. ואפילו העד מעיד שראה שנפל הרא"ש וטור ע' בתשובת מיי' בספר משפטים סי' ו' וע' בסמ"ע ס"ק י"ב שכתב הרי ע"א כמי שאינו ר"ל דאצ"ל לישבע נגד העד כיון דאפילו לאחר שנשבע אין נותנין לזה שנשבע עכ"ל וכן דעת הנ"י וכ"פ הב"ח וכן משמע בהגהת מרדכי ריש שנים אוחזין גם מהר"מ מטיקטין כתב בגליון האלפסי ודלא כפי' הרא"ש כו' וכן עיקר:

סעיף י

שמדת רחבה אפשר לשערו כו'. בס' ת"ח כתב דהיינו דוקא בזמן התלמוד אבל עכשיו הוא להפך שמדת אורכו אפשר לשערו וכן משמע לכאו' בסמ"ע ס"ק י"ג ומדברי כל הפוסקי' והאחרוני' ל"נ כן ונראה שזה תלוי בראיות עיני הדיין ולפי המלבוש ודרך הלבישה:

סעיף יא

יתן למי שכיוון משקלה. עיין בסמ"ע ס"ק י"ד עד וכמ"ש נ"י כו' וכ"כ ר"י והוא מדברי התוס' דף כ"ג ע"ב:

סעיף יב

זה אומר כך ארכה כו'. ל' רמב"ם פ' י"ג דין ז' זה נתן מדת ארכה ורחבה וזה נתן האמריות שבה ינתן למי שנתן מדת ארכה ורחבה עכ"ל וזה פי' הרמב"ם גמיו בש"ס וכ"כ ה' המ' וכ"כ הכ"מ ז"ל קשה שמדת האמריות היינו מדת ארכה וכבר כתב דין זה בסמוך ושמא יש לומר דנותן מדת האמריות שבה היינו לומר שנותן מדת אורך ורוחב האמריות שבה עכ"ל ואין זה מוכרח די"ל דאמריות אינו בכלל אורך הטלית ואפשר דאם נותן אורך ורוחב האמריות שבה לא ינתן לזה שאומר מדת ארכה ורחבה וצ"ע ונראה דהכל לפי ראות עיני הדיין ולפי הדרך שעושין הטלית:

סעיף יג

עד שיבא אליהו. וכן כ' הרמב"ם ואף ע"ג דלעיל סי' ר"ס ס"ט ס"ל להרמב"ם ומחבר דזכה בו היינו בדבר שאין בו סי' אבל הכא מיירי בדבר שיש בו סי' דאיכא למיחש כל שעה שמא יבא בעליו לכך יהא מונח עד שיבא אליהו ודו"ק:

סעיף יד

והוא הדין כאן כלומר כמו דנקטינן התם דהוי ספיקא דדינא ה"ה כאן וכ"כ הסמ"ע וא"כ השומר אבידה פטור ואם תפס בעל האבדה לא מפקינן מיניה ומהרש"ל פ' הכונס סי' ט' הכניס ראשו בין ההרים הגדולי' להכריע דהוי ש"ח לגמרי ממאי דקי"ל דשרי למודר להחזיר האביד' וממאי דאמרינן מכסי' בעפר של עיר הנדח' משום דמצות לאו ליהנות נתנו וכן בשופר כו' ע"ש שהאריך ודקדקתי אחר דבריו ומצאתי שאין בהם ממש דשאני במודר וכדאמרי' בש"ס פרק אין בין המודר (נדרים דף ל"ג) פרוטה דרב יוסף לא שכיח ופירש הרא"ש שם לא שכיח שיזדמן לו עני באותו שעה וכן כ' הר"ן שם לא שכיח שיבא עני לישאל ממנו באותו שעה דנימא לא יחזיר משום דמתהני ביה דכה"ג כיון דלא שכיח לא הוי בכלל איסור הנאה ומיהו כיון דאפשר דאתי ומתהני מיניה ש"ש הוא עליה וחייב בגנב' ואבדה עכ"ל גם מה שהביא מעיר הנדחת ושופר אשתמיטתי' דברי התוספ' דס"פ שבועת הדיינים וז"ל וא"ת הא דאמרינן בראש השנה המודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו תקיעת מצוה והמודר ממעין מותר לטבול בו טבילה של מצוה ואמאי הא מתהני ליה לרב יוסף דחשיב ליה בהכי ש"ש וי"ל דשאני שומר אבדה ומשכון דכמה פעמים שיתעסק בה לשוטחה לצרכה ולהצניעה יפטר מליתן לו אבל התם יכול לכוין לתקוע ולטבול במקום שלא יבא שם עני באותו שעה עכ"ל הלכך נקטינן דהוי ספיקא דדינא אי הוי ש"ש או ש"ח וכמו שכתבו כל האחרוני':

סעיף טו

חייב ליטפל בה עיין בסמ"ע ס"ק י"ח ולא ירדתי לס"ד בכל מ"ש בס"ק זה ובפרט מ"ש שם והקשה שם פשיטא אדבר שתוס' שם ל"ס להו לדינא הכי כו' דנראה ברור דדברי הע"ש נכונים והרמב"ם והתוס' וטור שווין בכל דבר דז"ל התוס' לגיזת זנבו וא"ת אם יש בו ש"פ פשיטא ואם אין בו ש"פ הא ממעטינן מהשבה וי"ל דאצטריך שחייב לגוזזה בעתה אע"פ שאין בו ש"פ בשעה שגוזזה עכ"ל וכך כתב הרא"ש וטור שור לגיזת זנבו שחייב להתעסק בשבח אבידה לגזוז הזנב כשיגיע זמנו כדי שיחזיר ויגדל וכ"ש לגיזת הצאן עכ"ל וע"פ הדברי' אלה הם דברי ע"ש ע"ש אלא שדבריו הם ביאור לדברי תוספות והרא"ש ודבריו מוכרחי' למדקדק היטב בדבריהם והרמב"ם דכתב דלמדו זה מדכתיב

והשבות לו ראה האיך תשיבנו לו לא כ"כ בר"פ י"ד גבי גיזת זנב שור רק בפי"ג דין י"א כתב וצריך לבקר האבדה ולבדקה כדי שלא תפסד ותאבד מאליה שנ' והשיבות לו ראה האיך תשיבנו לו ק"ל [ר"ל] דמקרא זה נלמד שלא יהא הפסד באבדה וזהו משנה ובריית ערוכה פ' א"מ סוף דף כ"ח והשבות לו ראה האיך תשיבנו לו שלא יאכיל עגל לעגלים כו' אבל שחייב להתעסק כדי להשביח האבד' מזה לא הזכיר הרמב"ם דבר רק כ' בר"פ י"ד ולמה פרט שור ושה להחזיר אפי' גיזת השה או גז זנב שור אע"פ שהוא דבר מועט עכ"ל ויש לפרש דבריו ג"כ כמו שפי' הע"ש דברי תוס' ורא"ש דהיינו שחייב לגוזזה אע"פ שאין בו שוה פרוטה כדי שישביח אח"כ הוי אמינא דזה הגיזה שאינו שוה פרוטה לא יצטרך להחזיר אע"פ שבאה מדבר שש"פ כיון שבדין גזז קמ"ל דצריך להחזיר כיון שבאה מדבר שהיה ש"פ וכדברי הע"ש משמע להדיא בנ"י וז"ל לגיזת זנבו שאע"פ שאין בו ש"פ וממעטינן לקמן מהשבה היינו כשאין ש"פ בכול' אבל יש ש"פ בעיקרא מחייב לאהדורה כ"כ הרנב"ר ז"ל ובתוס' דייקא מהכא דמדאיצטריך קרא לגיזת זנבו אף על פי שאין בו ש"פ שמעי' שחייב להתעסק בשבח אבדה ולגוז זנבו לכשיגיע לידי גיזה כדי שיגדיל ויחזור ויגוז דאל"כ פחות מש"פ לאו בר השבה הוא ולש"פ נמי לא צריך דהא פשיטא א"כ צ"ל דלהכי הוא דאתי וכ"כ הרשב"א ז"ל עכ"ל וכך הם דברי הע"ש רק מ"ש הע"ש בסעיף שאח"ז וכיון דילפי' מקרא שצריך המוצא ליטפל באבדה אחז"ל שצריך לבקרה ולבודקו כדי שלא תפסד כיצד מצא כסות כו' צ"ל דכוונתו דילפי' מקרא דוהשבות לו ולא הוצרך להזכירו דכיון דכבר נלמד מיתורא דשור דמחויב אפילו להשביחה כ"ש שלא תפסד ומ"ש אח"ז שצריך לבקרה כו' ר"ל שאמרו חז"ל כיצד יהא הביקור וכדמפרש ואזל כיצד מצא כסות כו' ע"ש ודוק:

סעיף טז

שם דמיהן כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ל' משמע מל' זה כו' לפעד"נ דה"פ הואיל ואינה עשויה אלא למצותן בלבד ולא לשום תשמיש אחר א"כ ניחא ליה לאינש שימכרו ויעשו בהן מצוה משא"כ בשאר דברים ע"ש ומהתימא למה השמיטוהו בעלי הש"ע לפעד"נ דלא קשה מידי דטעמא דפירו' שהתחילו לירקב הוא משום שטיפולו מרובה משכרו וכ"ש הוא מהתם וכן משמע להדיא ברמב"ם פי"ג מהל' גזלה וסמ"ג עשין ע"ד דף קנ"ג ע"ד שכתבו וז"ל כל דבר שטיפולו מרובה מטפל בהן ג' ימים מכאן ואילך מוכרן בב"ד וכן פירות שהתחילו להרקיב וכיוצא בהן מוכרן בב"ד עכ"ל וא"כ כיון שכ' המחבר בסכ"ד כל דבר שטפולו מרובה משכרו מוכרו כו' לא הוצרך לכתוב דין פירות שהתחילו לירקב דפשוט הוא וכ"ש הוא מהתם כן נלפע"ד:

סעיף יז

לפיכך אם נאנסו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ל"ח עד מעלינן ליה חד דרגא כו' וסברא זו דמעלינן חד דרגא כבר דחוהו התוספות פרק הכונס (בבא קמא דף נ"ו ע"ב) ופ' א"מ דף כ"ט ע"א ופ' שבועות הדיינים דף מ"ד ע"א והרא"ש שם ובס"פ המפקיד מיהו גם הסמ"ג ורי"ו פסקו כאן בדמי אבידה דלא הוי רק ש"ש (וכ"פ מהרש"ל פרק הכונס סי' ט') והיינו מטעם כיון דשומר אבידה כש"ח א"כ אין אנו מוכרחי' לומר דמיירי במתני' לענין אונסים אלא מתני' אשמועי' בדמי אבידה דהוי ש"ש ולמה נוציא המשנה מפשטה וגם כוונת הטור ע"כ כן הוא ואולי גם כוונת הסמ"ע הוא כן אלא שלשונו לא משמע הכי ודו"ק:

סימן רסח

סעיף א

ודלא כי"ח. הוא הר"ן וגם ה' המגיד כתב שכן דעת הרמב"ם וכבר השיג עליו הכ"מ ר"פ י"ז מהל' גזלה ע"ש ויפה כוון דאם כדברי הרב המגיד ה"ל להרמב"ם לחלק לקמן גבי ד"א בין נפל ועוד דמדברי הרי"ף משמע דס"ל כאוקימתא שניה וכן עיקר:

סעיף ב

חצרו של אדם כו'. ואם בא לחצרו קודם יאוש כתב מהרש"ל בספר ח"ש פרק א"מ דמוכח מהתוספות דלא שייך לומר גבי חצר יאוש שלא מדעת ובאיסורא אתי לידיה אלא גבי אדם דאל"כ מאי ראייה מייתי מחנות ושלחנות ולאפוקי מדע' נ"י והרא"ש דס"ל דחצר כאדם עכ"ד ומהר"ש אידלש שם השיג עליו דהתוס' ס"ל דחנות מיירי ברוב עכו"ם וכמ"ש התוספת לקמן גבי חנות די"ל דגרסי' צרורים ומיירי ברוב עכו"ם ואני משיג על מהרש"ל ולא מטעמי' דמהרש"א דאי כמהרש"א הלא התוספות גופייהו לא כתבו לקמן אלא די"ל דשפיר גרסי' צרורים ומיירי ברוב עכו"ם אם כן מאי מוכיחים מחנות דלמא גירסת רש"י אמת דלא גרסי' צרורים ומיירי ברוב ישראל אלא דמעיקרא לק"מ דפשיטא דטעמא דחנות לא הוי משום יאוש של"מ דא"כ קשיא מתני' דחנו' לרבא דס"ל יאוש של"מ הוי יאוש ואיך יהיה רבא נגד המשנה וכן בש"ס (דף כ"ב ע"ב) דאיתותב רבא ממימרא דר' יוחנן משום ר' ישמעאל בן יהוצדק והוי נמי תיובתא קלישא כמבואר למעיין שם אמאי לא איתותיב ממתניתין דחנות דהוי תיובתא רבה א"ו פשיטא דמתני' אתיא ככ"ע וע"כ הוכיחו התו' דטעמא דמתני' שאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם (ובע"כ צ"ל דגם הרא"ש ונ"י לא באו לומר שאין תירוץ אחר זולת זה

והם עצמם כתבו דברי התוספות תחלת דבריהם ע"ש וכן משמע להדיא בנ"י במתני' דמצא בחנות דמתחלה מתרץ מתני' כאביי ואח"כ כתב לתרץ גם לרבא דהוי חצר שאינו משתמרת ע"ש) הלכך נראה עיקר כהרא"ש והנ"י דגבי חצרו נמי שייך יאוש של"מ וכן כתב הר"ן גבי ההוא גברא דאשכח כופרא במעצרתא וז"ל וא"ת ותקני ליה גתו לבעל הגת י"ל דקודם יאוש היה שם ולא עדיפא חצירו מידו וכל היכא דבאיסורא אתי לידיה לא זכה ביה לעולם עכ"ל ומביאו הנ"י שם וכן כתב הראב"ד בהשגות על מ"ש הרמב"ם פ' ט' מה' גזילה דין ד' כו' ולמה לא תקנה לו חצרו לפי שאינו חצר המשתמרת ולא אמר תקנה לי חנותי כו' וכ"כ המ"מ וז"ל יש מי שאומר אפילו תקנה לי חנותי לא קנה לפי שבאה לו שם המציאה קודם יאוש וחצירו כידו וכ"כ הרשב"א ז"ל עכ"ל ומ"מ במה שנראה מדברי המ"מ שהבין שכוונת הראב"ד להשיג על הרמב"ם בזה והודה לו בהשגה זו אין נ"ל כן אלא נ"ל דאין כאן השגה כלל וגם הראב"ד אין כוונתו להשיג כלל דפשיטא די"ל דגם הרמב"ם ס"ל לדינא דחצרו כידו אלא שא"י לפרש המשנה דחנות כן דע"כ המשנה אתיא נמי כרבא וכמ"ש למעלה ועוד דהא הרמב"ם מיירי להדיא ברוב עכו"ם וגורס גבי חנות צרורים ומונחים כגי' התוספות ומפרש דמיירי ברוב עכו"ם וכמו שמפרשים התו' וכמבואר שם להדיא ברמב"ם א"כ לא היה יכול לפרש הטעם דהוי יאוש של"מ והראב"ד ג"כ ע"כ אין כוונתו להשיג מטעמא דאמרן אלא בא לומר דלפי האמת לדידן דקי"ל כאביי אין חצר קונה לו ברוב ישראל כיון שבא לשם קודם יאוש נמצא לענין דינא אין חולק בזה דחצרו כידו וכן עיקר ודלא כמהרש"ל ודו"ק:

סעיף ג

קונה לו כו' פי' אפילו אינו עומד בצדו עכ"ל סמ"ע ואפילו אינו בעיר כלל כן מוכח ברש"י ותו' פרק שור שנגח הפרה דף מ"ט ע"ב וכן משמעות הפוסקים:

סעיף ד

בד"א בחצר המשתמרת כו' משמע דבחצר המשתמרת לכ"ע א"צ שיאמר זכתה לי שדי דהא קונה שלא מדעתו ומ"ש הטור ס"ס זה בשם הרמב"ם דאפילו משתמר בתוכו בעי שיאמר זכתה לי שדי בע"כ ט"ס הוא דהא בש"ס מוכח בכמה דוכתי דא"צ שיאמר כלום וגם הרמב"ם לא קאי רק באינו משתמר ועומד בצדו וגם הב"ח כתב דטעות סופר הוא:

סעיף ה

אלא ביודע כו' עיין בראב"ן סוף פרק שנים אוחזין דף צ"ג ע"ד:

סעיף ו
אין חצרו קונה כו' והוא הדין ידו אינו קונה לו של"מ בכה"ג כן מוכח בפוסקים שמהם מקור דין זה וכן משמע לעיל סי' רל"ב סי"ח בהג"ה (ועיין בתשובות מהרשד"ם סי' קמ"ח ובס' א"א דף ק"ב ע"א):

סעיף ז
אם כבר נפסק וכו' זהו מתרה"ד סי' ש"י שהביא ראיה מפ' החולץ (יבמות דף ל"ו) ועיין בספרי תקפו כהן בסופו שהשגתי על ת"ה בזה מן הסברא מן הגמ' והוכחתי אדרבא מן הש"ס שם דאע"פ שנפסק הדין צריך ליתן לו סחורה א' ממ"נ ודוקא כשאירעו שני המעשים באיש א' (אבל מי) שבא מכח איש אחר כיון דב' גברי נינהו אין אומרים ממ"נ על הנכסים ואין חילוק בין נפסק הדין או לא וע"ש שהארכתי בזה:

סעיף ח
וי"א דבעומד ומ"ש הרב המגיד דבירושלמי איתא שצריך שיאמר זכתה לי שדי ליתא לפע"ד דבירו' איתא הך דבפ' השואל דף ק"ב ע"א ע"ש:

סעיף ט
הואיל כו'. ואם אחד הפקיר דבר וזרקו לתוך חצר חבירו דינו כמתנה וזכתה לו חצרו אע"פ שרץ אחריו ואינו מגיע עכ"ל ד"מ בשם נ"י ומביאו בהגהת סמ"ע וכ"כ הרא"ש וגרס בהאיבעיא ואפקריה ודלא כמ"ש התו' שם וע' בטור ס"ס רמ"ג ע' בא"א דף ק"אע"ד:

סעיף י
קטנה כו'. עמ"ש לעיל סימן רמ"ג סכ"ב וכ"ג מדינים אלו:

סימן רסט

סעיף א
המגביה מציאה כו'. פי' ראובן שאמר בשעה שמגביה המציאה כו' עכ"ל סמ"ע ול"נ דאפילו לא אמר כלום אם מודה שהיתה כוונתו לכך וכן משמע מדברי הפוסקים ועמ"ש ס"ס זה בשם הפוסקים:

סעיף ב
ועלו מכחו ע' בב"ח ועיין בישו"ש סוף חולין שהקשה על דין זה על הרא"ש ע"ש ודבריו תמוהין דודאי הרא"ש הוכיח זה מדברי המקשה אי למקני כו' ע"ש בלשון רש"י וא"כ הקשה הרא"ש היאך יכול להקנות בהגבהה דטרוף הקן כיון דלא תפיס בהו ודוק כי זה ברור:

סעיף ג

כיון שהגביהו לו. ע' בסמ"ע ס"ק ח' עד ובמגביה מעצמו צ"ל אני מגביה לחבירי כו' ול"נ דאצ"ל ולא ידעתי מי הזקיקו לכך ואפשר דקשיא ליה דאל"כ פשיטא דנאמן ומאי קאמר הטור דנאמן ואי משום הא לא אריא דמשום זכה לי קאמר דאינו נאמן וגם בתוס' י"ט פ"ק דמציעא השיג עליו ע"ש ולומר משטה כו' הוצרך לטעם משטה לפי שטתו דמיירי כשאמר א"כ כשחוזר צ"ל טעם למה אמר כן אבל לפמ"ש א"צ למשטה וגם ל"נ כלל כאן לומר טעם משטה וגם בטור ליתא כלל משטה:

סעיף ד

ואין המגביה כו' ואע"ג דבש"ס מעיקרא הוה ס"ל דתנה כזכה והוי ס"ל דבתנה נאמן מ"מ לענין נאמנות אף מעיקרא ס"ל לש"ס דזכה לי עדיף דאינו נאמן לומר לי כוונתי דמסתמא עשה כדעת חברו רק היכא שכוון באמת לצורך חברו הם שוים ודוק:

סעיף ה

ואם אמר ליה תנה לי כו' ל' הטור ואם אמר תנה לי ונטלה ואמר אני זכיתי בה תחלה קנה בין אם אמר זכיתי בה תחלה לצרכי בין אם אמר הגבהתי תחלה לצרכך אבל עתה אני רוצה לזכות בה כו' ובתי"ט פרק קמא דמציעא האריך להקשות על הטור בזה ואין דבריו נכונים כי דברי הטו' ברורים ע"פ פירש"י ומה שהקשה התי"ט דלישני בש"ס הכי לק"מ דודאי מעיקרא ס"ל לש"ס דבתנ' לי א"צ המגביה לומר דהוה כזכה לי לענין זה אבל רבי חייא בר אבא משמיה דרבי יוחנן פליג וס"ל דתנה גרע מזכה וקי"ל הכי:

סימן רע

סעיף א

מציאת חש"ו כו' עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' קכ"ב כתב דאם גזל מקטן דבר שנקנה לו מדרבנן [כגון] (כאן) ע"י מתנת ש"מ אינה יוצאה בדייניים ודבריו צ"ע וע' בספרי תקפו כהן סי' ל' וע' בהגהות מרדכי דסוף סנהדרין וע' בתשו' מה"ר בצלאל סי' כ"ו כ"ז ל"ח:

סעיף ב

מפני דרכי שלום כו' ע' מ"ש לעיל סי' רמ"ג סט"ו:

סעיף ג

הסמוכים על שלחנו כו'. ע' בא"ח סי' שס"ו ס"ט:

סעיף ד
וה"ה אם הרויחו כו' וכן משמע בתוס' פרק הפועלים בשמעת' דקוצץ אדם ע"י עצמו כו' ע"ש עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' רי"א:

סעיף ה
ואם נתנו במתנ' כו'. וכן הוא בחדושי הריטב"א רפ"ק דמציע' בשם הרמב"ן:

סימן רעא

סעיף א
בהמת מציאה כו'. עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' מ"ט וסי' ס':

סעיף ב
אבל קנה המוסירה לבדה הא דקנה כולה משום דבידו למושכה כולה אליו מראש הבהמה משא"כ בסעיף שאח"ז בא' רוכב כו' עכ"ל הסמ"ע ותימא שהוא נגד הש"ס פ"ק דמציעא דף ט' ע"א מוכח שם דלא קנה מטעם דיכול לנתקו אצלו וכדלעיל סי' רס"ט ס"ה וא"כ צ"ל דכאן קנה המוסיר' מה שתפוס בידו וכן הוא בסמ"ג עשין דף קנ"ד ריש ע"ג ובהגהות מיי' פי"ז מה' גזילה להדיא ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קצ"ה ס"ד:

סימן רעב

סעיף א
עד פרסה. כן איתא בש"ס ופוסקים ובטור כ' עד מיל ועפ"ר שם כתבתי שנראה דהטור גריס בש"ס מיל עכ"ל סמ"ע וברמזים כ' הטור פרסה וכ"כ בב"ח דט"ס הוא בטור:

סעיף ב
אבל אי עביד איסורא כו'. והב"ח פסק אף בשונא דעביד איסורא וע"ש:

סעיף ג
מעכו"ם כו'. ע' בב"ח שכ' דקי"ל צער ב"ח דאורייתא היינו כשאין שם עכו"ם ולפי דבריו ה"מ בש"ס לתרץ הא דקאמ' אבל לא שונא עכו"ם היינו כשיש שם עכו"ם וע"ש בתוספות ודוק:

סעיף ד
שיירא שחנתה כו'. עיין בישו"ש פ"י דב"ק סי' מ"ב:

סעיף ה
ועמד עליה גייס לטרפה. ע' בב"ח בשם המרדכי ועיין בישו"ש:

סעיף ו
להתנות ביניהם בלא קנין כמו שותפין מהרש"ל פ"י סי' מ"ג ע' בס' א"א דף ק"ב ע"א:

סעיף ז
חמור אחרת. ולפ"ז ה"ה אם אמר תנו לי ואני אקח חמור נותנים לו ולא חיישינן שמא לא יקח ולא כפירש"י וגירסתו עיין בישׁ"ש ובב"ח:

סעיף ח
ואל ישנו ממנהג הספנים. כלומר אם נהגו איפכא אזלי' בתרייהו כ"כ הנ"י:

סימן רעג

סעיף א
הצד דגים. עיין בתשובת רשד"ם סי' קנ"ז:

סימן רעד

סעיף א
וי"ח וכ"פ מהרש"ל פ"י סי' כ"ט ועיין עוד שם:

סימן רעה

סעיף א
יותר משאר כל ישראל. ובב"ח לא פסק כן ואין דבריו מוכרחים:

סעיף ב
שתי שדות כו' ע' בתשובת ר"י לבית לוי סימן נ"ט:

סעיף ג
המחזיק כו'. סעיף זה הוא ל' הרמב"ם פ"א מהל' זכיה דין ט' מקורו מן הש"ס פ' שור שנגח הפרה (דף מ"ט ע"ב) (ומהרש"ל שם סי' י"ח אשתמיטתיה דברי הרמב"ם אלו) ולכאורה דבריו צ"ע דבש"ס שם איתא בעי רב ייבא סבא מרב נחמן המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא או דילמא דעתיה נמי אשטרא א"ל אני מורי וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך א"ל לצור ולצור ע"כ משמע דהוי בעיא דלא איפשטא ולמה כתב הרמב"ם בפשיטות דקנה הנייר וכן הקש' בספר ל"מ פ"א מה' זכיה והניח בקושיא ומ"ש בספר ג"ת סוף שטר מ"ט בזה דמלישנא דרב נחמן משמע דפשיטא דאי

לצור ע"פ צלוחיתו צריך דעתיה נמי אנייר אף שמצאתי כיוצא בדבריו בש"ג פרק ח"ה דף קפ"ט ע"א מ"מ ל"נ לי ועוד דמ"מ קשה דהא משמע דדוקא במחזיק בסתם אבל במחזיק כדי לקנות הקרקע כו' פשיטא דלא קנה הנייר ואיך כ' הרמב"ם המחזיק בשטר כדי לקנות הקרקע כו' ובספר לח"מ שם כתב דמ"ש הרמב"ם כדי לקנות הקרקע ר"ל עיקריה כדי לקנות הקרקע אבל מ"מ דעתיה אשטרא ודוחק ועוד דלמה שינה הרמב"ם ל' הש"ס ולכאורה נראה לתרץ שהיה לרמב"ם גירסא אחרת בש"ס וכן משמע להדיא בהרב המגיד ומגדל עוז שם שכתבו דהך דינא בעי רב ייבא סבא מרב נחמן ופשיט ליה הכי וא"כ אפשר שהיה גורס א"ל לצור ולצור א"ל א"כ אפי' דעתיה אארעא נמי ואין לתמוה שהיו הגירסאות מתחלפות כ"כ שכיוצא בזה הבאתי בספרי תקפו כהן סימן ט' גירסאות בש"ס סוף פרק הפועלים סוף דף צ"ג שהנ"י פרק קמא דמציעא והרב המגיד פרק ג' מהלכות שכירות כתבו שהוא בעיא דלא איפשטא וכן מצאתי בש"ס כת"י על קלף ישן נושן בהך בעיא דפרק הפועלים תיקו ובגירסאות שלנו נפשטא האבעיא להדיא וכן הוא בב"י ובב"ח לקמן ר"ס ש"ג בעיא ואיפשטא בפרק הפועלים כו' ע"ש וכן נראה מדברי הרי"ף והרמב"ם דהוי בעי' דאיפשטא וכמ"ש בסי' ת"כ שם ע"ש אבל יותר נ"ל דהרמב"ם קשיא ליה מאי קמבעיא ליה לרב ייבא ורב נחמן אי דעתיה אשטרא או לא הא אפי' לא הוי דעתיה אשטרא קני דלא גרע מחצרו של אדם דקי"ל כר' יוסי ב"ח דקונה לו ש"מ ועוד קשיא ליה למה השמיטה הרי"ף האיבעיא זו וניחא ליה דרב ייבא ור"נ לא ס"ל כר' יוסי ב"ח אבל אין קי"ל כר"י ב"ח א"כ לא שייך כלל בעיא זו דאפי' לא הוה דעתיה אשטרא ידו של אדם קונה לו ש"מ אע"פ דלא הוי דעתיה עלויה והא דפריך התם אמילתא דרבא ואמאי תיקנה ליה חצרו דהא אמר ר"י ב"ח כו' ולא פריך הכי ארב ייבא ור"נ היינו משום די"ל דאינהו פליגי אר"י ב"ח אבל רבא משמע בפ' השואל (דף ק"ב ע"א) דס"ל כר"י ב"ח ולכך השמיט הרי"ף בעיא זו דכיון דקיימא לן כר"י ב"ח וכדאיתא בב"מ ושאר דוכתי א"כ לא שייכא כלל בעיא זו ולכך שינה הרמב"ם בכוונה ל' הש"ס וכ' כדי לקנות הקרקע כו' דאעפ"י דלא הוי דעתיה אשטרא קנה ואפשר גם דעת הרא"ש כן שהשמיט בעיא זו ולא כמ"ש מהרש"ל שם שהרי"ף ורא"ש לא הביאו דין זה וכן הרמב"ם לא הזכירו הואיל ואינו שכיח ע"ש מיהו בהגהות אשרי מא"ז פרק הפרה וכן בבעה"ת שער מ"ט כתבו דהוי בעיא דלא איפשטא וכן נראה מדברי רבי ירוחם סוף נכ"א וצ"ע (וע' עוד במהרש"ל שם סי' י"ח מדיני תפיסה בדין זה):

סעיף ד

הקרקע הכתובה באותו שטר כו' משמע דמיירי בשטר מכר או מתנה וכן הוא בהרב המגיד וברי"ו ושם וכ"כ הבעה"ת סוף שטר מ"ט וז"ל ומסתברא דה"נ פקע שעבודיה דההיא דמחזיק בשטרותיו של גר מבעיא ולא איפשטא לאו במחזיק בשטרי חובותיו קא שאיל דהתם פשיטא דפריעי (נ"ל שצ"ל דפקיעי ולא כספר ג"ת ע"ש) אלא במחזיק בשטרי מתנות או קניית קרקעות שזנה בהם הגר מאחרים קא בעי עכ"ל ונראה שהזקיקם לזה ממאי דקאמר בש"ס ובארעא הא לא אחזיק כו' דאי בש"ח אפי' אחזיק בארעי נמי לא קנה דלא גרע ממשכון דמטלטלי' דלקמן סכ"ז וכ"כ בספר ל"מ ובס' ג"ת שם עוד נ"ל דפשיטא דלא מבעיא ליה דילמא הוא עם הארץ וטועה בדין דלהא לא חיישינן אלא מבעיא ליה בשטר מכר דדעתיה אארעי ורוצה להחזיק אח"כ בארעא הלכך אי בש"ח היאך אפשר שיהא דעתו אארעא הא מיד שמת הגר פקע שעבודיה וזנה בעל הקרקע בקרקע שלו וכמ"ש הבעה"ת שזה פירש למיתה וזה פי' לחיים ונראה שלז' כוון הבעה"ת במ"ש לאו במחזיק בש"ח קא שאיל דהתם פשיטא דפקיעי כו' כלומר דא"כ פשיטא דלא הוי דעתיה אארעא רק אשטרא וזכה בשטרא ודלא כספר ג"ת שם שדחק עצמו בדברי בעה"ת בזה ולפ"ז בשטר מכר אם החזיק אח"כ בארעא קודם שהחזיק בה אחר זכה גם בשטר דע"כ לא קא מבעי' ליה אלא ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה הא אחזיק בארעא קני שטרא וכ"ז נ"ל ברור ואע"פ שרש"י והגהות אשרי שם פירשוהו בש"ח מ"מ נראה עיקר בזה כהרמב"ם וסייעתו ומ"מ לענין דינא בקרקע עצמה פשיטא דלא פליגי ובין בשטר מכר ובין בשטר שעבוד לא קנה הקרקע לרש"י ולהרמב"ם וכ"כ בש"ג שם וכ"כ מהרש"ל שם דרש"י מפרשו גם כן בשטר מכר ולרבותא נקט ש"ח ע"ש (ועיין מה שכ' לעיל סימן ס"ו סכ"ג):

סעיף ה

יש דברים כו'. עיין בסוף ספר משאת בנימין ובתשובות ר"י לבית לוי סי' נ"ג):

סעיף ו

וי"א דהוא הדין עשה הראשון כו'. ע' בתשובות מהרי"ק ס"ס ק"ן:

סעיף ז

ביד הגר כו'. בנ"י פ' הפרה כ' בשם הרא"ש דאפי' במשכונא שלא בשעת הלוואתו כו' וכן הוא בתוס' פרק הפרה וכ"כ ה"ה פ"ב מהלכות זכייה ולפמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ב אינו כן ע"ש ודוק:

סעיף ח
אם יש לגר כו' לשון הטור אם יש לו משכנות קרקע מוחזקת ביד ישראל ומת חוזר הקרקע לבעליו והגיה הב"ח אם יש לו שטר על משכונת קרקע מוחזק כו' ופי' דהשטר מוחזק ביד אחר אבל במשכון המופקד ביד אחר זכה בו האחר ע"ש ואין נ"ל דכיון שפקע שעבודו במיתת הגר מה זכות יהי' לאחר במשכון ויותר נראה דצ"ל אם יש לו משכונא קרקע מוחזקת בידו מישראל וכמ"ש הטור לעיל סי' ע"ב ס"ל ע"ש וכ"מ בבעה"ת סוף שער מ"ט שממנו מקור דין זה ע"ש:

סעיף ט
על משכנות קרקע כו'. ע"ל סי' ע"ב מסעיף ל"ו ע"ד סוף סעיף מ' דינים השייכים לכאן:

סעיף י
או בעדים. וה"ה בכת"י באופן שגובה מיורשי' וכן משמע מל' בעה"ת הביאו ב"י וזה פשוט שכל מלוה שנגבית מן היורשי' או משועבדים נגבית כמו כן מזה שהחזיק בהם כו':

סעיף יא
ובראשונה לא קנה. עיין בהרב המגיד ספ"ב מהלכות זכייה ובש"ס ב"ב (דף קמ"ב) ובהרא"ש פרק אלמנה לכ"ג ודוק וצ"ע:

סימן רעו

סעיף א
תחזור הירושה כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ב' דבריו מגומגמין:

סעיף ב
שאנו רואים כו'. ע"ל סי' רע"ח ס"ג:

סעיף ג
אין הבן כו'. ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן קצ"ו:

סעיף ד
אין היורשי' יורשין כו'. וכן אפי' הוא עצמו אינו יכול להוציא מיד אחרי' אם הוא תחת ידם כדאית' בתשובת מהר"ם פ' שבועות הדיינים ומהרי"ק שורש קס"א שם וכן ביורש מיירי בכה"ג דאם הוא ביד היורש פשיטא דטובת הנא' הוא שלו וכ' מוהר"מ דכמו שאינו יכול להוריש כך אינו יכול ליתנם עכ"ל ד"מ דהיינו אם הוא תחת יד אחרי'

א"י להוציאה מידם וליתנו לאחרי' אבל אם הוא תחת ידו יכול ליתנו לאחרי' לחלקן למי שירצו ודו"ק:

סימן רעז

סעיף א

אע"פ שיצא ראש הנפל. כתב הסמ"ע ס"ק י"ג אפי' נולד הנפל כולו נ"ל דהבן הנולד אח"כ באותו הפעם או לאחר זמן הוא בכור לנחל' ודלא כתשובת שארית יוסף וכ"כ הב"ח וכ"כ רש"י להדיא פרק המקשה דף ס"ח ע"ש:

סימן רעח

סעיף א

אין הבכור. עיין בתשו' ן' לב ס"א סי' ס"ב דף פ"ו ובתשוב' מהרא"ן ששון סי' קמ"ט:

סעיף ב

וכן אם היתה לאביו מלוה כו'. או היתה לו ספינה וע' בתשוב' רשד"ם סי' ש"א באורך וע' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ד ורפ"ה:

סעיף ג

אלא מעלה אותו השבח כו'. עיין בתשובת דברי ריבות ודוק ואין הפשוט יכול לומר תן לי חלק קרקע בעד השבח אפי' יש בו שיעור חלוקה כן מוכח בש"ס פ' הגוזל קמא ופרק המקבל ופוסקים וכן פירש"י להדיא פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ה ע"ב) ד"ה בכור ופשוט ע"ש וכן כוונת הרמב"ם והמחבר להדיא וכן מבואר יותר בע"ש ודלא כסמ"ע ס"ק י' ואולי כונת הסמ"ע כשהבכור מתרצה בכך אבל פשט לשונו לא משמע כן כיון דאדרב' הרמב"ם והמחבר נתכוונו לכך דא"צ ליתן להם קרקע עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ד:

סעיף ד

הרי זה ספק. עיין בתשו' רשד"ם סי' שע"ה ועיין בתשו' מהר"ם מינץ סי' ס"ו:

סעיף ה

בד"א במלוה. בין של ישראל או של עכו"ם כ"כ רשב"ם:

סעיף ו

אבל במשכון. אפי' יש עליו שטר:

סעיף ז

אפי' משכנו בשעת הלואתו. אע"פ שבשעת הלואתו אינו קונה משכון מ"מ כיון דקונה משכון שלא בשעת הלואתו גם בשעת הלואתו ה"ל כגבוי בידו ולא כע"ש שפי' הא דכתב דכמוחזק דמי הואיל דקנה משכון דז"א דהרי אינו קונה משכון בשע' הלואתו עכ"ל סמ"ע ואין זה השג' דלשון הע"ש כל' רשב"ם ומרדכי ומביאם ב"י וגם ל' הש"ס פ' כ"ש הוא כן וכבר פירשו התוספות שם דהיינו לומר כיון דקנה משכון שלא בשעת הלואתו א"כ ה"ל מוחזק אף בשעת הלואתו וע"ש ונראה דאף למה שהעליתי לעיל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' דאין ב"ח קונה משכון רק שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו לא קנה ליה כלל לשום דבר ולא שייך לומר כיון דקונהו שלא בשע' הלואתו יקנה ג"כ למקצת דברים בשעת הלואתו וכמ"ש ע"ש מ"מ דין דהכ' אמת דכיון דעכ"פ אף בשעת הלואתו קונה משכון לענין שיש לו שעבוד עליו נמצא ששעבודו בידו הוא ומיקרי מוחזק ולא ראוי דלענין בכור כל ששעבודו בידו אע"ג דאינו קונה אותו לגמרי מיקרי מוחזק ולא ראוי תדע דהא כתב הטור בשם הראב"ד דאפי' משכנתא באתרא דמסלקא מיקרי מוחזק ולא ראוי כשגובה מגופא דארעא והא פשיטא דמשכנתא דקרקע אין ב"ח קונה משכון אלא שעבודא הוא דאית ליה עלה כדמוכח בפרק השולח (גיטין דף ל"ז סוף ע"א) ופרק כל שעה וכן בכמה דוכתי א"ו לענין בכור כל ששעבודיה בידו לא מיקרי ראוי ובהכי א"ש מ"ש רשב"ם והמרדכי והגהות מיימוני והרב המגיד והע"ש ושאר פוסקים טעמא דב"ח קונה משכון דהא לא אמרינן דקונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו אלא ר"ל דקונ' אותו לשעבודו ולא קנין גמור ודוק (ועיין בתשוב' מהרי"ו סי' ק"ט) וע"ל סי' רפ"א ס"ז סוף הג"ה:

סעיף ח

וי"א דוקא כו'. דין זה צ"ע דבמהרי"ק הוציא כן מהמרדכי פרק מ"ש גבי מתנת ש"מ דב"ח מעכו"ם ל"ק משכון ואין מזה ראיה דנהי דמעכו"ם ל"ק משכון (וכדאיתא להדיא בש"ס פרק כ"ש ונתבאר ג"כ בא"ע סי' כ"ח סי"ב בהג"ה עמ"ש שם) היינו לענין שיהא קנוי לו וא"כ לא הוי אלא הלואה ולענין מתנת ש"מ לא סמכא דעתיה משא"כ לענין בכור דאפי' אינו קנוי לו רק שעבודו בידו מיקרי מוחזק וכמ"ש בסמוך וא"כ אף משכון של עכו"ם שעבודו בידו מיקרי ואע"פ שמצאתי בהגהת אשר"י פ' איזהו נשך שכתב גבי משכנתא באתרא דמסלקי אין בכור נוטל ממנה פי שנים וז"ל מכאן יש ראיה דאין הבכור נוטל פי שנים במשכנות דעכו"ם כיון דלא קני להו אפי' שלא בשעת הלואתו גריעה ממשכון בשעת הלואתו כדמוכח פ' כ"ש מפיר"י ואע"ג דאיכא למימר דגבי בכור

לא בעינן רק שהוא מוחזק בדבר והרי הוא מוחזק במשכנות דעכו"ם הוי כמשכנתא באתרי דמסלקי דאין הבכו' נוטל אע"ג דמוחזק בה טפי מ"מ כיון דלא קני ליה אינו נוטל משכנתא דעכו"ם נמי הא מסלק לי' כשירצ' לפדות לשון מהרי"ח עכ"ל הרי כדברי מהרי"ק בע"כ צ"ל דהגהות אשרי לא ס"ל כהראב"ד וטור שהבאתי בסמוך אבל לפמ"ש בסמוך בשמם דאפי' במשכנתא באתרי דמסלקי היכא דקשקיל מגופא דארעא בכור נוטל ממנה פ"ש ה"ה ממשכון של עכו"ם (גם גבי מתנ' ש"מ גופא יש מקום לחלוק על דברי המרדכי וכמ"ש ב"י סי' רנ"ג ועמ"ש שם ס"כ) וצ"ע מיהו אם קבל עליו הישראל האחריות דכתב הרא"ש פ' כ"ש דהישראל עובר עליו נראה דגם מהרי"ק מודה דמיקרי מוחזק וצ"ע האידנא בסתם משכנות של עכו"ם דאפילו נאנס או נשרף פטור הלוה בדיניהם רק שאין המלוה חייב לשלם לו מה שהמשכון שוה יותר מהחוב אי קיבל עליו אחריות או לא עיין בתשובת דברי ריבות סי' ע"ח וקע"ח:

סימן רעט

סעיף א

האומר זה בני כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ב' דף ק"ד ע"ג וח"ב סי' פ"ז וע' בתשו' רשד"ם סי' ד"ש ש"ה ש"ו:

סעיף ב

ואע"פ שהוא משמשו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ז' עד ונראה שגם הרמב"ם והמחבר מודי' בזה והא שסיימו וכתבו בטעמו שהוא לו כעבד כששומע לו כעבד וקרוב לו לכל צרכיו ובקשתו שבקש ממנו עכ"ל והב"ח לא דק בזה ע"ש:

סעיף ג

מי שהי' לו שפחה כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ב ובתשו' ר"מ אלשיך סי' ג' דף ה' ע"א ודף ח' ע"ב:

סעיף ד

וכן נ"ל עיין בתשו' ן' לב מה שהקש' על סברת הגאון בדין ירושה מדין ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנ' ותירוצו הוא נכון ודברי הב"ח בטא"ע סי' קנ"ו אינם נכונים בזה וכמ"ש שם ודוק ולפמ"ש בתשובת ן' לב דהיכא דלא הניח בן אלא א' דחולצת אבל בירוש' ס"ל לגאון דחולקין ומ"ש גאון דאזלינן לקולא כו' ולא ירית היינו כשהניח בן אחר מאשתו כשרה והוי כספק ובני יבם בנכסי יבם א"כ יש לישב דעת מור"ם דבתחל' הביא סברת הגאון דחולצת כו' ולענין ירוש' פעמים יורש ופעמי' אינו יורש וכמ"ש וע"ז

כתב דלענין ממון יש לסמוך אנאון והמע"ה אפי' באח ובן שפחה אינו יורש (ולא קאי מור"ם אייבום כלל ודלא כסמ"ע) כלומר ואפי' מוחזק בכשרו' שהי"א שהביא הרמב"ם חולקין אירושלמי וס"ל דלעולם אינו יורש משא"כ לסברת הגאון יורש לפעמי' וכמ"ש א"נ י"ל דה"ק דלסברת הגאון משמע לכאור' דלא ירית לעולם ואפי' עם אחי המת שהוא ספק וספק ולכן כתב מור"ם די"א דלענין ממון הו' המע"ה וא"כ בספק וספק קירית כגון באחי המת ובן שפחה דליכא שום מוציא מחברו ובבן שפחה עם בנו מאשה אחרת ולא [לא] ירית כלל דהמע"ה ואיהו יורש ברי ואידך ספק וספק ודוק כן נ"ל לישב דברי מור"ם ודלא כסמ"ע ס"ק י"ז עד דאין מוכרין אותו כו' כשאביו הוא כשר ע"ש ואשת אביו מתייבמת ופליג ארמב"ם בירוש' ומכירה עיין עוד בסמ"ע ס"ק י"ח עד לא ס"ל כאותו מ"ד כו' היינו בירוש' אף שאינו כשר ואף ביבום אינה מתייבמת אבל להרמב"ם בדין יבום לא נחלק עם סברא זו וכמ"ש ה"ה להדיא ודוק היטב:

סימן רפ

סעיף א

ולא הבא מחמתו כו'. בטור כתב ז"ל ולא ממונא דידיעה דאתי מחמתי' דאין ידוע לנו בודאי שזה הממון בא מחמת נכסים של ראובן משא"כ ברישא מיירי בידוע בודאי וכ"כ ג"כ הב"ח והסמ"ע לא כתב כן:

סעיף ב

והבת רביעית. עיין בסמ"ע ס"ק י"ג עד ומ"ה כתב שהבן נוטל ג' חלקים ר"ל דמ"ה כ' ג' חלקים ולא אמרי' שהיא תיטול תחלה מזונות עד שתבגר ואח"כ יטול ג' חלקים אלא כיון שמ"מ מצד ירושה יש לו ג' חלקים וס"ס יהיה לה מזונות א"כ נוטל הוא ג' חלקים לעולם וזה נכון ודוק:

סעיף ג

ואין ידוע כו'. ויורשי האב אומרים הבן מת תחלה ולא ירש כלום ולא יגבו מאלו נכסי' שכיון שמת בנו בחייו אינן משתלמין אלא מהמוחזק ולא מהראוי עכ"ל סמ"ע וכן הוא בטור ואזדא לטעמיה דלעיל ס"ס ק"ד אבל לפי מ"ש שם דיש פוסקי' דב"ח נוטל בראוי א"כ הכא היינו טעמא משום דהיורשים אומרים מאבוהא דאבא קאתינא וכמ"ש שם א"נ יורשים היינו אחיו מורישיו אחי דאבו' וכן הוא בש"ס פ' מ"ש מפי' רשב"ם שאומרים ראובן מת ראשון ואחריו מת יעקב אביו וירשנו כל נכסיו של אבינו ואין לראובן אחיו [אחינו] חלק בהן שהרי הוא מת תחלה ובן אין לו דהכא ודאי לאו מכח ראובן באין לירש

שהרי גם הם ראויים לירש יעקב כמוהו מורישיו אחי דאבוה אחי יעקב עשו דוד ראובן ובנפל הבית עליו ועל מורישיו דהיינו עשו אחי יעקב אביו יורשי מורישיו כגון אחי עשו אומרים ראובן מת תחלה ועשו מת אחרון ואנו יורשי' כל נכסיו כי לא יירש ראובן בן יעקב בנכסי עשו דודו תחת יעקב אבינו [אביו] שמת כבר שהרי ראובן מת תחלה ואח"כ מת עשו אבל אי ליכא לא הא ולא הא כגון שנפלו לו נכסים לאח"מ מאבי אמו שאחיו מן האב אינן יכולים לירש אם לא מכחו ב"ח גובה מהן למ"ד ב"ח גובה בראוי וכמ"ש שם אבל כתובות אשה בכל ענין אינה גובה דהא קי"ל דאינה ניגבת מן הראוי וכמו שנתבא' בא"ע סי' ק' ס"ב ועמ"ש שם:

סימן רפא

סעיף א

אין אדם כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קמ"ו וע' בתשו' ר"י לבית לוי סימן כ"ד ומהרשד"ם סימן ד"ש ובתשובות מבי"ט ח"א סי"ז וח"ב סי' י"ח וקמ"ב ובתשובות ר"י לבית לוי סימן כ"ז:

סעיף ב

אבל אם כתב כל נכסיו כו' עיין בתשו' מ"ע סימן נ"ח ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן קס"א וקס"ד וס"ג סי' י"ב:

סעיף ג

אמר פלוני בני כו'. ע' בתשוב' ן' לב ס"ב סי' מ"ח:

סעיף ד

אם היה בריא אינו יכול להוסיף. פי' בלשון ירושה א"י דעדיין לא הגיע זמן ירוש' אבל בל' מתנה ובקנין דבריו קיימין וכ"כ הטור עכ"ל סמ"ע פי' ובמקצת דאי בכל הנכסים אף בקנין לא עשאו אלא אפוטרופוס וכמבואר סי' רמ"ו לחד דעה ע"ש ודוק:

סעיף ה

אבל אם אמר לשון מתנה כו'. גם כאן הוא כמש"ל ודוק עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' קצ"ג באם אמר בית זה יהיה לפלוני בני בכורי בחיי יהיה לו בחלק הבכורה דמהני וע"ש עיין בתשו' ן' לב ס"ב סי' פ"ב:

סעיף ו

וריבה לאחד ומיעט כו' בסמ"ע פי' אפי' אמר בלשון לא יירש כגון דאמר בני לא יירש כו' דאלת"ה הא כבר נתבאר אפי' בלשון ירושה ולא בלשון מתנה דבריו קיימין ע"ש

תמיה' לי מלתא הא כתב לעיל סי' רנ"ג ס"ב דיטול לשון מתנה הוא א"כ אמאי כתב כאן ס"א האומר איש פלוני בכורי לא יטול פי שנים לא אמר כלום הא בל' מתנה מהני בכל ענין ואפשר לומר דבכור שאני דלא מהני ביה אלא באומר בלשון מתנה ובאומר בכורי יטול כפשוט אבל אם אמר בלשון לא יטול לא מהני כ"א בפשוט דע"כ בכור עדיף מפשוט כמבוא' בס"ד ומכל מקום צ"ע לדינא ודוק עיין בתשובת מבי"ט ח"א סי' קי"ח:

סעיף ז

אין ב"ח קונה משכון כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ט"ו עד וזה ברור ודבריו נכונים אך לענין דינא נלפע"ד דמשכנו שלא בשעת הלואתו דקני לי' לגמרי וכמו שהעליתי לעיל סי' ע"ב ס"ג ס"ק ט' ואף שבמהרי"ו משמע בפשיטות דאפי' שלא בשעת הלואתו יש לבת חלק בהם וכמ"ש הסמ"ע היינו משום שנמשך אחר דברי הרא"ש וסייעתו דאף שלא בשעת הלואתו לא קני ליה לגמרי רק לענין לקדש בו האשה וכה"ג אבל לפי מה שהעליתי בסי' ע"ב דהעיקר כרש"י וסייעתו דקני ליה לגמרי ואפי' תימא דהוי ספיקא דדינא אי קני ליה לגמרי ה"ל היורשים מוחזקים והבנות המע"ה ע' בספר מגדל דוד וע' בתשו' רמ"א סי' ע"ז דף קמ"ח:

סעיף ח

הוי לשון מתנה כו'. אבל אני מניח הוי לשון ירושה תשו' דברי ריבות סי' רכ"ט וע"ל סי' רנ"ג רס"ב:

סעיף ט

מי שהיו לו כו'. ע' בתשובת רשד"ם סי' שי"ח ושמ"ז:

סימן רפב

סעיף א

כל הנותן כו'. עיין בתשו' ר"א ן' חיים סימן קי"ח ובתשובת רשד"ם סי' שי"א:

סימן רפג

סעיף א

ותנאי מועיל בירושה ע' בסמ"ע סעיף קטן ד' עד מהתימה שהשמיטו המחבר עכ"ל וכבר כתבו בטי"ד סי' קמ"ו ס"ד ע"ש:

סעיף ב
זכו במה שבידן כו'. הקשה חתני הנבון הר"ר מאנש דרש"י פסק כן משום דס"ל דגבי מסור לא איתמר הילכתא לא כמר ולא כמר ומשמע מדבריו להדיא דאי הוי קי"ל גבי ממון מסור אסור לאבדו ביד לא היה זוכה כאן וא"כ הרי אנן קי"ל דממון מסור אסור לאבד ביד וכמ"ש הרי"ף והרא"ש והרמב"ם וכל הפוסקי' והטור לקמן ס"ס שפ"ח סי"ג ואף להי"א בהג"ה שם דמותר ליטלו לעצמו היה זוכה כאן אבל מ"מ לא ה"ל להרב לכתוב כאן הדין בפשיטות כיון דאיכא דפליגי על הי"א שם וגם כבר כתבתי שם שמהרש"ל חולק שם על הי"א ושכן עיקר וגם מדברי רש"י גופא כאן משמע להדיא דחולק בזה:

סימן רפד

סעיף א
מי שהוא מוחזק כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' נ"ג מ"ש בזה וחולק ג"כ אסברת ריב"ש וע"ש עוד סי' צ"ב ובתשו' ר"ש כהן ח"ב סי' נ"ד וצ"ד:

סעיף ב
על פי ע"א. הכי איתא להדיא בש"ס כתובות (דף ק"ז ע"ב) ע"ש עיין בתשובת רשד"ם סימן שי"ט ותמ"ח:

סעיף ג
ותנשא ותטול. עיין בתשובת ר"י לבית לוי ס"ס י"א ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן ס"ה וס"ג סימן קי"ז:

סימן רפה

סעיף א
שבוי שנשבה כו'. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן צ"ג ובתשובת ר"א ן' חיים סי' ט"ו:

סעיף ב
אין מוציאין עיין בסמ"ע ס"ק א' עד ל"ד אין מוציאין כו' ובב"ח דחק ליישב לשון הרמב"ם בזה ודברי הסמ"ע מרווחים ודלא כהרב המגיד וכ"כ הב"ח:

סעיף ג
שבוי כו'. עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' ע"א וברשד"ם סימן רכ"ז:

סעיף ד
נשבה השבוי כו' עיין בירושלמי פרק נערה שנתפתתה הל' ח' מדינים אלו:

סעיף ה
מי שיצא כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ס"ה ובתשובת מהר"מ מלובלין סי' י"ב ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ל"ח:

סעיף ו
לא יורידו קטן כו'. אבל גדול מורידין אע"פ שיש ע"ז קטן ולא חיישינן שמא מת השבוי כמו שחיישי' לקמן ס"ט ואין מורידין קרוב לנכסי קטן דבנקבה שבויה חיישינן אבל בזכר שבוי לא חיישינן כ"כ הב"ח ואין אלו אלא דברי תימה ודברי נביאות כי מנ"ל לחלק וב"י בשם ריי"ו ס"ס י"ג כתב בהדיא דאין חילוק ולעולם בשיש גדול וקטן איכא למיחש שמא מת השבוי ואין מורידין כו' וכן נ"ל עיקר ודוק:

סעיף ז
הא דאין מורידין. עיין בתשובת רשד"ם סי' ש"ח ושי"ב ותנ"ו ובתשובת מהר"מ מלובלין סימן י"ב:

סעיף ח
מעשה באשה אחת כו'. עיין בספר אגודת אזוב דף ק"ב ע"ב:

סעיף ט
מתוך שצריך להעמיד אפוטרופוס לחצי של קטן. האי דכת' חצי והא דמתחיל וכתב דאינו של קטן כ"א שליש נכסים נראה דלישנא וסדרא דש"ס קא נקיט ובש"ס גופא הטעם הוא במ"ש ברישא שליש הוא כמ"ש הנ"י משום דבהכי סגי למימר דאין מורידין הבת לנכסים לא חש למימר דילמא מתו שתי השבויות עכ"ל ובסיפא מבואר הוא דהוכרח אביי לומר פלגא יהבינן לאחתי' ואידך פלגא מוקמינן ליה אפוטרופס לינוקא ומשום הכי נקט רבא נמי וגומר מגו דמוקמינן אפוטרופוס לפלגא אע"פ דהוא יכול למימר מגו דמוקמי' אפוטרופוס לשליש כו' מ"מ נקיט הכי משום דעליה דאביי קאי ובר מאחתיה הוא והרמב"ם לישנא דש"ס קא תפס וכדאמרן וק"ל:

סימן רפו

סעיף א
מי שמת כו'. עיין בתשוב' רשד"ם סי' שכ"ה ושל"ג ושמ"ב ושמ"ז:

סעיף ב
השיא האב. ע' בתשובת ר"ש ס"ג סי' פ' מדין המשיא את בנו הגדול בבית ובתשוב' מבי"ט ח"א סי' קכ"ה:

סימן רפז

סעיף א
מי שמת כו' ע' בתשובת מהר"ס מלובלין סי' ק"ט:

סעיף ב
וכן אח שירד. ע' בספר א"א דף ק"ב ע"ב:

סימן רפט

סעיף א
מי שהניח יתומים. עיין בתשובת רשד"ם סי' רט"ו:

סעיף ב
ובורר להם חלק יפה. עיין בר"ן ובריטב"א דגרסי' ובוררים וע"ש:

סעיף ג
אינם יכולי' למחות כו'. ודלא כהריטב"א פ' האיש מקדש דפסק כשמואל:

סעיף ד
בדבר דשייך ביה גוד או איגוד כו'. עיין בריטב"א פרק האיש מקדש ודוק:

סימן רצ

סעיף א
מי שמת והניח יורשים כו'. ע' בתשו' מהרי"ט סי' כ"ו וקכ"ז ועיין מדיני אפוטרופוס בתשו' ר"מ אלשיך סימן ק"ל קל"א קל"ב:

סעיף ב
אחד שאמר כו' ע' בתשובת מהר"ם מלובלין סי' י"ב ובתשו' רשד"ם סי' של"ט ותמ"ג:

סעיף ג
לא אשה ולא עבד כו'. ע' בתשו' ן' לב ס"ב סי' כ"ח וס"ד דף ע"ז:

סעיף ד
כשימנו. עיין בתשובת מהרשד"ם סי' מ"ט ותמ"ה:

סעיף ה
רשאי האפוטרופוס (הג"ה נראה דמ"מ אם רוצים למחות בו הרשות בידן עכ"ל סמ"ע):

סעיף ו

אפוטרופוס שהלוה כו'. עד מוציאין מיד הלוה (הג"ה ואם אינם יכולין להוציי הרי פשע האפוטרופוס אף על פי שאיש נכבד והגון הוא כן כתב מהרי"ק שורש כ"ג ד"מ כ"ז הביאו ע"ש שהאריך עכ"ל סמ"ע):

סעיף ז

וה"ה לאפוטרופוס כו'. עיין בתשובת רשד"ם סי' ש"ג ושע"ז:

סעיף ח

מעות של יתומים כו'. עיין בתשובת ן' לב ס"א סי' ס' דף פ"ג פ"ד:

סעיף ט

ודוקא שלא נתמנה. ע' בתשו' רשד"ם סי' מ"ו ופ"א ורט"ו וש"ג ושמ"ט ותל"ד ותנ"ג ועיין בס' באר שבע דף ק"ו ע"ב:

סעיף י

דאם יוליכנו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ו ולי נראה דהרא"ש חולק אהרמב"ם וס"ל דגם בכאן שהוא הפסד משני צדדים צריך רשות ביד וטעמו שגם רבינא נטל רשות מרב אשי וטעם הרמב"ם כיון דרב אשי התירו ש"מ דשפיר עבד ותו א"צ לשום אדם ליטול רשות וכן מצאתי להדיא בתשו' רשד"ם סי' מ"ו ע"ש ודוק:

סעיף יא

שמא יחמיץ כו'. דאל"ה אסור לו להכניס בספק סכנה אף שהוא עושה ג"כ בשלו הרב המגיד:

סעיף יב

יש לאפוטרופוס כו'. עיין בתשובת ן' לב ס"א כלל י"ח סימן ק"ד וס"ד דף ע"ד וע"ה ובתשובת רשד"ם סימן תל"ד וס"ח:

סעיף יג

היה לאדם תביעה כו'. עיין בתשובת ר"ל ן' חביב סימן צ"ה:

סעיף יד

הדין קיים כו' ע' בתו' וריטב"א פרק האיש מקדש:

סעיף טו

והאפוטרופוס נאמן ז"ל המרדכי אם הלוה מעות לאחר אם הלוה או' פרעתי והאפוטרופוס אומר שלא פרעו אם הלוה מודה שהמעות של יתומים נאמן האפוטרופוס בלא שבועה וכו' עכ"ל נ"ל פשוט שזה איירי שהי' אפוטרופוס במשכון או בשום ד"א

של הלוה וכן נראה מל' המרדכי דמדמה לשליש ע"ש ודוק ולפ"ז כשאין לו משכון צריך הלוה ש"ד להכחישו וכמו מורש' בסי' קכ"ג ע"ש ב"י וק"ל ועיין בספר א"א סל"ז בזה וע"ל סי' ק"ח ס"ו ודוק:

סעיף טז

אם ידוע כו'. ל' המרדכי אם הלו' מודה שמעות של יתומים הלוהו וכו' ומשמע לי דר"ל שהאפוטרופס הלוהו מעות יתומים נמצא שהלוה עצמו עשאו שליש הא לאו הכי אפי' ידוע שהוא מעות של יתומים מאן לימא לן שהאמין לו הלוה את האפוטרופוס וכמ"ש לעיל סימן נ"ה [נ"ו] בשם מהר"ם דהיכא דאינו מודה שעשהו שליש אינו נאמן ולפ"ז לשון הרב שכת' אם ידוע שהמעו' של יתומים הוא מגומגם ואולי כונתו כמ"ש וצ"ע ועיין בספר א"א דף ע"ז ע"ג:

סעיף יז

האפוטרופסין כו'. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן ע"ז ובתשובת מהרי"ט סי' קכ"ז:

סעיף יח

כדי להניח פירו' ע' בתשו' מהר"י מינ"ץ סי' א' ועיין בתשובת ן' לב ס"א ריש כלל י"ג בסי' ע"ז ובסי' ס"ח וס"ב סי' כ"ז ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' קכ"ב:

סעיף יט

האפוטרופסין כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סי' קכ"ז:

סעיף כ

כשיגדלו היתומים נו' ע' בתשובת ר"י לבית לוי ס"ג דף י"ד ע' בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' שמ"ז:

סעיף כא

וי"א דהואיל ואינו נשבע כו'. ע' בס' באר שבע דף ק"ה ע"ד וע' בתשו' ן' לב ס"א כלל י"ז סי' צ"ה ודף מ"ו וע' בתשו' מהר"מ פדואה סי' ל"ח:

סעיף כב

רוצה ליתן לקצתן. ובמרדכי איתא ליתן לאחר כו' ע' בתשובות מהרי"ט סי' ל"ג דמגו דהחזרתי לאפוטרופוס לא אמרינן:

סעיף כג

שתי כסף כו'. עיין בסמ"ע ס"ק נ"ב עד צ"ל דכוונתו הוא שהחשד והכפירה יהי' שתי מעין כסף כו' ובב"י לעיל סי' צ"ג לא משמע כן וגם בכ"מ פ"ט מה' שלוחין לא משמע כן וא"כ צ"ע ועמש"ל סי' צ"ג על הסמ"ע ס"ק ז':

סעיף כד

פטור מגנבה ואבדה כו' תמיה לי על המחבר שפסק שפטור מגנבה ואבד' דנהי דהרא"ש והטור הסכי' כן היינו משום דאזלי לטעמיהו לעיל סי' ע"ב וסי' רס"ז דלא ס"ל כרב יוסף אבל המחבר שפסק שם כרב יוסף א"כ כאן מצו' קעביד והוי ש"ש ונהי דהרשב"א ורב האי הסכימו להרא"ש בזה דכל אפוטרופוס חייב בפשיעה היינו לאפוקי דעת הרמב"ן דמינהו אבי יתומים אינו חייב אפי' בפשיע' אבל מ"מ ודאי דלדידהו שפסקו כרב יוסף ש"ש נמי הוי וחייב בגנבה ואבדה וכ"כ הרשב"א בחדושיו פרק הניזקין להדיא וז"ל ואפוטרופס הרי הוא כנושא שכר משום דמצוה קעביד ומשתכר הוא בפרוט' דרב יוסף דהא קי"ל כותיה כו' ואי קשיא אי משוית ליה ש"ש משום פרוטה דרב יוסף היכא א"ל ר' אבהו לרב תחליפא אייתית קבא וכיילת ליה אין ודאי כיילינן ליה פרוט' דרב יוסף איכא למימ' דאי משום פרוטה דרב יוסף קאמר אפי' מינהו אבי יתומים נמי כו' ורבינו האי גאון ז"ל כתב בספר המקח דאפוטרופס שפשע נתחייב באותה פשיעה והביא ראיה מהא דאמרי' בפ' המפקיד כו' דאלמא משום דאית ליה בקרא ועליה דידיה רמיא ההוא נטירתא הוא דמיפטר אפטרופס האלאו הכי איהו משלם דכשומר שכר הוא והרמב"ן נ"ר כתב דההוא דינא לא קאי במסקנא כו' וליתא דהא דלא קאי ההוא דינא לא מהאי טעמא הוא וכדאיתא התם עכ"ל וכ"כ הר"ן פ' הניזקין וז"ל וכתב הרמב"ן דאף לענין תשלומין כן דאם פשע ומניהו אבי יתומים פטור דילמא מימנע ור"ת ז"ל סובר דכל אפטרופס שפשע חייב אף ע"פ שמינהו אבי יתומים והכי מוכח בפ' המפקיד כו' אלמא הא לאו הכי חייב וטעמא משום דה"ל נושא שכר משום פרוטה דרב יוסף עכ"ל וכ"כ הרב המגיד והטור בשם הרמב"ן דבמינהו ב"ד חייב בגנבה ואבדה והיינו ע"כ משום פרוטה דרב יוסף וכמ"ש הרשב"א בחדושיו שם להדיא בשמו. וא"כ במינהו ב"ד פשיט' דהוי ש"ש לרב יוסף ודלא כהמחבר. אלא אפי' במינהו אבי יתומים נמי לרוב הפוסקים דמשוו ליה למינהו ב"ד לענין תשלומין א"כ לרב יוסף הוי ש"ש וכמו שהבאתי דברי הרשב"א והר"ן דכתבו להדיא כן וע"כ דברי המחבר בין במינהו ב"ד בין במינהו אבי יתומים צל"ע. (ונלפע"ד דהוי ספיקא דדינא ואי תפסי יתמי לא מפקינן מינייהו):

סעיף כה

וחייב בפשיעה כו'. ובתשו' מהר"י לביית לויסוף סי' ג' מסיק בשם מהרשד"ם סי' שי"ד דאין להוציא ממון נגד סברת הרמב"ן וה"ר חיים ור' ירוחם וע"ש (ובתשוב' ן' לב ס"ד דף י"ח כתב דלא מצי מוחזק לומר קים לי כרמב"ן ור"ח דיחידי נינהו ע"ש) ולפע"ד לא עיינו יפה בר' ירוחם דז"ל ר"י בנתיב כ"ו ח"א אפוטרופס שפשע חייב לשלם בין מינהו

ב"ד בין מינוהו אבי יתומי' ולא מימנע להיות אפוטרופס בשביל זה אלא בשביל שבועה כמו שכתוב בירוש' כי נשמט אדם מן השבועה ולא מן התשלומים כך דקדקו התוס' בש"ס מציעא פרק המפקיד על ההוא אפטרופוס דזבן תורא ליתמי וכתבו דהתם מימנע ולא ירצה להיות אפטרופוס והכא לא מימנע וכ"כ רב האי והרמב"ן כתב ואם מינהו ב"ד חייבים בגנבה ואבדה וכ"ש בפשיעה ומינהו אבי יתומים פטור אפי' מפשיעה קמה ומציעאה וכן נראה דעת רב האי גאון וראשון נראה עיקר דאינו חייב אלא בפשיעה ופטור מגנבה ואבדה ומינהו אבי יתומים פטור אפי' מפשיעה עכ"ל אינהו עיינו בסוף דבריו אבל לפע"ד סוף דבריו הם ט"ס והוא אך למותר (גם בלאו הכי נראה לעיין שדבריו מוטעי' באמצעית דבריו) שהרי כ' וראשון נראה עיקר ובראשונה כ' להדיא דבין מינהו ב"ד בין מינהו אבי יתומין חייב בפשיעה ועוד דא"כ לא די דלא אתי ר' ירוחם כדעת הרא"ש רבו אלא דלא אתי כדעת שום פוסק דהמעיין בתוס' ופוסקים יראה דאין שום פוסק דסובר דמינהו ב"ד חייב בפשיעה ומינהו אבי יתומים פטור לגמרי אלא ודאי כמ"ש וא"כ דעת רבי ירוחם ממש כדעת הרא"ש והט"ו כנלפע"ד באמת. ומ"מ צל"ע דהא דדחה הרשב"א בחדושיו דעת הרמב"ן היינו משום דכ' שם וז"ל והרמב"ן נ"ר כ' דההיא דינא לא קאי במסקנא כו' ור' יצחק בעל התו' מן המחייבים כדעת הגאון רבינו האי כו' ונראין דבריהן דההיא אפטרופא דבפרק המפקיד ראיה גדולה היא דהא דלא קאי האי לאו מה"ט הוא וכדאיתא התם עכ"ל וגם בר"ן משמע כן והבאתי דבריו לעיל. ולפע"ד אין מפ' המפקיד קושיא די"ל דהתם אפוטרופוס שמינהו ב"ד הוה. וגם על הרמב"ן גופא קשיא לי אמאי דחיק דלא קאי במסקנא ה"ל לשנויי דהתם מינהו ב"ד ואפשר משמע להו להפוסקים דכיון דבש"ס קאמר סתמא משמע דאין חילוק ומ"מ לפע"ד אין זו ראיה ברור' לדחו' דברי הרמב"ן וה"ר חיים דפטרי במינהו אבי יתומי' אפי' מפשיעה וגם בב"י כ' שמצא תשובו' הרשב"א להפך שכ' אנו אין לנו אלא כדברי האחרוני' שפטרוהו אפי' מן הפשיעה וצל"ע לדינא עיין בתשובת רא"ן ששון ס"ס נ"ב ובתשוב' ר"ש כהן סי' ק"ח ובספ' ב' סי' י"ב:

סעיף כו

אפטרופוס כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סי' ק"ה דף קכ"ה ע"ג ובמבי"ט ח"ב סי' קכ"ח ח"א סי' קי"ב:

סעיף כז

יתומים קטנים. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ע"ז ובתשו' ר"י לבית לוי ס"ג דף י"ד ובתשו' ן' לב ס"ד דף ע"ז ובתשובות ר"מ אלשיך סי' ק"ל ובמבי"ט ח"א סי' ל' וברשד"ם סי' מ"ו ורס"ג:

סעיף כח

יתומים שסמכו ע"ל סי' קכ"ח בב"י ובבעה"ת שער ס"ה ח"ב ובס' ג"ת שם ודוק ועיין בא"ע סי' ע' ובהרשד"ם סי' שי"ב ושמ"ה ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ע':

סעיף כט

קטן שהגדיל עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' של"ה:

סעיף ל

אין מוציאין מהיתומים כו' בתשו' מהרשד"ם סי' קע"ב כתב וז"ל משמע מלשונו בהדיא דדוק' להוצי' מן היתומי' אינו נאמן אחי שהם מוחזקי' בנכסיה' ובן האפוטרופוס בא להוציא אבל אם היו הנכסים ביד בן האפוטרופוס היה נאמן להחזיק מה שבידו כפי מה שכתוב בפנקס אע"פ שבן האפוטרופוס לא יוכל לישבע שלא נפרע אביו מזה החוב כו' עכ"ל ואין דבריו נלפע"ד לפי מה שכתבתי לעיל סי' ע"ה ס"ק ס"ד דלא מהני תפיסה באמר לי אבא וה"ה במצאתי בפנקסו של אבא דה"ל כאמר לי אבא וכמ"ש שם ס"ק ס"ו והא דנקט כאן אין מוציאין ר"ל דנכסי' בחזקת יתמי קיימי ואע"פ שהם תחת יד בן אפטרופוס אין מוציאין מן היתומי' נכסים שהן בחזקתן תדע דאי מיירי שהם ביד היתומי' א"כ אפילו היה חי פשיטא שלא היה נאמן להוציא מן היתומי' על פי פנקסו ודוק (ע"ל סי' צ' [צ"א] ס"ה):

סימן רצא

סעיף א

ש"ח כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' רמ"א ובתשובת מהר"ן ששון סי' ע"ז ע"ח ע"ט ובמהרי"ט סימן ק"ה דף קכ"ה ע"ב וד':

סעיף ב

ואינו חייב לשלם כו'. בש"ס ריש ב"ק משמע להדיא דארבע שומרין חייבין לשל' מעידיו' כמזיקין וכ"פ הרי"ף והרא"ש והנ"י שם וכ"פ מהרש"ל שם סי' ו' וע"ש וכן הוא הדין לקמן סי' שפ"ה ושפ"ח ס"ב ועמ"ש לקמן סי' ת"ך ס"ג (הג"ה ובעיסקא שהיא פלגא

מלוה ופלגא פקדון במקום שהוצרך לגבות ממנו גובה החצי מעידיות וחצי מבינונית כ"כ בש"ג בשם ריא"ז פ"ק דב"ק:

סעיף ג

כ"א בפשיעהכו'. ואם נגנבה או נאבדה מחמת שפשע בשמירתו ג"כ חייב עכ"ל סמ"ע ואפי' נאנס כדלקמן ס"ו:

סעיף ד

אלא שאמר הנח לפני הוא ש"ח ואם קבל שכר הוי ש"ש בלשון זה שאמר הנח לפני כן משמע בש"ס פ' האומנין (בבא מציעא דף פ"א ע"ב) וכן הוא בתוס' פ' השואל דף צ"ט סוף ע"א ובהרא"ש שם ולדברי הסברא האחרונה דלקמן ס"ה כתב המ"מ בשם הרשב"א וראב"ד דכאן הניח לפניו בסמטא ובתוך ד' אמותיו וכ"כ הנ"י בשמם והא דלא פירשו כפשוטו דאיירי כאן בחצרו של שומר משום דבש"ס פרק האומנין משמע דאיירי בשוק ע"כ פירשו דשוק ר"ל סימטא עוד כתבו המ"מ ונ"י שם דמיירי בבהמה וא"ל הכישה במקל והיא תבוא כו' ותירוץ זה אינו אליבא דהילכתא כדלקמן סי' ש"ם ס"ז ועמ"ש שם ע' בתשו' ן' לב ס"א כלל י"ז ר"ס צ"ו:

סעיף ה

הנח לפניך או הנח סתם הנח סתם בעי' דלא איפשטא כ' הסמ"ע עפ"ר שם הוכחתי הא דהשווה יחד היינו דוק' בהיזק דאתי להו מעלמא כו' עכ"ל ר"ל הא דהשווה יחד אף בחצר היינו דוקא בהיזק דעלמא אבל בשוק י"ל דאין חילוק ולרבנן אפי בהיזק דמיני פטור ולר' אפי' בהיזק דמעלמא חייב וכן הוא בש"ס פרק האומנין (בבא מציעא דף פ"א ע"ב) ע"ש:

סעיף ו

הרי הבית לפניך ואע"פ שקבל ממנו שכירות מ"מ הא ביתא קמך אמר ליה. בדק הבית בשם הריטב"א ור"ל אף על גב שקבל שכר שמירה כשישמור מכל מקום כיון דא"ל הא ביתא קמך לא קיבל השמירה ולא הוי אפילו ש"ח והכי מוכח בש"ס ע"ש עיין בתשובת מהרא"ן ששון סימן קמ"ד ובתשובת ר"ל ן' חביב סימן צ"ד:

סעיף ז

אבל בדרך כו'. כ"כ בד"מ בשם רי"ו ונ"י וש"ס פ' האומנין וע' בסמ"ע ס"ק ה' ומש"ש עפ"ר ודרישה הוכחתי דאפי' בשוק כו' וכן הוא בש"ס פרק האומנין:

סעיף ח
לחצרו כו'. דוקא בחצר אבל אם הכניס ענינו לבית בעל הבית ברשות סתמא דמילתא קביל עליה בעה"ב נטירותא אפי' לרבי כן הוא בהגה"א פר' הפרה מא"ז וכן עיקר ומ"ש בתשוב' הרא"ש שבטור זהו בבית הנפקד כו' אין חולק ע"ז אלא פירושו כמ"ש הב"ח ע"ש וגם דברי הסמ"ע ס"ק ה' יש לפרש כן ודוק ע' בתשו' מ"ע סי' צ"ב:

סעיף ט
אינו חייב בשמירתן כלל כו' וי"ח דחייב בהיזק דאתי ליה מיניה כמבואר בטור ושאר פוסקים וגם הר"ב מביא סברתם לקמן ס"ס שצ"ח וצ"ע על הר"ב ויותר על הע"ש למה סתם כאן וכ"פ מהרש"ל פ"ה דב"ק סי' ו' דחייב וגם בהיזק דמעלמא בעיא היא ולא איפשטא ואי תפס לא מפקינן מיניה ע"ש:

סעיף י
אלא בשל כסף כו'. וה"ה בשואל דינא הכי וכדמוכח בהגהות מרדכי ס"פ הכונס ועמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ח:

סעיף יא
אבל אם הפסידו בידים כו' כ' הסמ"ע ודוקא כשבירר המפקיד שדינר זהב הפקידו אבל א"י לברר א"צ לשלם לו של זהב אפי' הפסידו בידים וכן מוכח ממ"ש הטור סי' צ' עכ"ל לא ידענא שום הוכחה ואדרבה מדכתב הטור שם דעשו תקנת נגזל במזיק משמע דה"ה הכא נשבע הניזק ונוטל וכ"כ מהרש"ל פ' הכונס סי' ל"ב י"ל מיהו דשאני הכא דכיון דאמר מתחלה של כסף הוא אינו נאמן אח"כ בשבועתו ולפ"ז היכא דהפקידו סתם והנפקד אומר שמא מוזהב הוא והמפקיר אומר ודאי זהב הוא נשבע ונוטל לכ"ע:

סעיף יב
ונסתלקו הבעלים כו' עיין בסמ"ע ס"ק ח' עד וכמ"ש הטור ומחבר ס"ס זה כו' לא ידענא מנ"ל הא ול"ד לס"ס זה ודוק וצ"ע גם לקמן סי' שמ"ו ס"ד לא משמע כן ע"ש:

סעיף יג
ויש מי שאומר כו'. וכ"כ רש"י פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ט ע"א) ורמב"ם בפי' המשנה שם ומ"מ פ"ב מהל' שכירות ונ"י פרק האומנין וכן נראה עיקר בש"ס פרק מרוב' ע"ש ודו"ק ע' בתשו' מבי"ט ח"ב סי' שמ"א:

סעיף יד
וסופו באונס כו'. ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג ס"ס ק"י כתב דאפשר דבאונס דלא שכיח כלל לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כו' ואינו נ"ל כלל ודו"ק:

סעיף טו

המתן לי כו'. וכ' בת"ה סי' של"ג שומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה משאי"ל משלם ע"ש והביאו בהגהות סמ"ע ס"ק י"ב וכ"כ בתשו' ן' לב ח"א דף קכ"ב וכתב שם דה"ה בטוען שהבין מלשון השטר שנתן לו רשות לעשות כן באופן שלא פשע במה ששינה וע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ז ובתשו' רשד"ם סי' מ"ח ותכ"ט ובעל ת"ה הביא ראיה מלקמן סי' ש"ם סס"ג בהג"ה ע"ש וכתב ע"ז בהגהות סמ"ע ודוקא בזה כיון שמוד' שנגנב משא"כ לקמן ס"ס רצ"ח דכתב (והוא דעת הרשב"א) דנשבע שא"י שנגנב פטור וע' בתשו' ן' לב ח"ג סי' קט"ו:

סעיף טז

לשלם מיד כו' וא"צ להמתין עד שיבקש:

סעיף יז

אם נכנס בשעה כו' וש"ש חייב בכל ענין כדלקמן סי' ש"ג ס"י ע' בתשו' ר"ש כהן סי' ק"י ובתשובות ר"י לבית לוי סי' כ"ח דף קמ"ט:

סעיף יח

ואם לאו פטור. ע' בסמ"ע ס"ק כ' עד ואף שהראב"ד כ' (ומביאו הנ"י במסקנת') דמחשב אונס מחמת פשיעה דאמרי' אלו הי' שם הי' מקויים בו ומוראכם וחתכם כו' וכן מוכח דעת התוס' פ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ב) סע"א וכן דעת התוס' להדיא בפ' האומנין דף ע"ח ע"א ואף שפסק הנ"י והמחבר כהרי"ף והרמב"ם המע"מ והב"ח הסכימו להטור (וכן נלפע"ד לפסוק המע"ה) וכן נראה מדברי הרב לקמן סי' ש"ג ס"י שהביא דברי הראב"ד וצ"ע למה סתם כאן ואפשר ס"ל לחלק בין ש"ח לש"ש אבל באמ' אין לחלק בזה ויותר נראה שמ"ש שם וע"ל סי' רצ"א סי"ב ר"ל די"א פליגי נמי הכא ודו"ק:

סעיף יט

דסתם תיבות חתורות כו' היינו כשיש בהם מאכל ואם יש שם בסמוך מים בענין שיכולי' העכברי' לשתות פטור לפי שאין דרך עכברי' לקלקל בגדי' רק מחמת צמאון כל זה במהרש"ל פ"ק דב"ק ס"ס כ"ג וע"ש ע' בתשו' מהר"א ן' ששון סי' ע"ז דף ק' ע"ח וסי' ע"ח וע"ט:

סעיף כ

השומר שהניח כו' ע' בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' ע' וסי' קל"ג:

סעיף כא
יטמינם בכותל בטפח כו' הב"י תמה על הרמב"ם שהשמיט גשושאי והב"ח הקשה עוד למה השמיט פרומאי שבש"ס ונכנס בדוחקי' ולפע"ד דס"ל להרי"ף והרמב"ם דה"פ האידנא דשכיח טפוחאי ולא גשושאי ולא פרומאי כו' ולכך לא הביאו הרי"ף והרמב"ם רק טפוחאי ודוק כי זה ברור וע' בס' א"א דף ק"ב ע"ד:

סעיף כב
סמוך לבין השמשות כו' ובמרדכי כתב דל"ד אלא אפי' מחצי היום ואילך ע' בתשובת מהרי"ט סי' מ"ד ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' ע"ט:

סעיף כג
בד"א כו' ע' בתשו' רשד"ם סי' מ"ז וצ"ע ובתשו' ן' לב סוף ספר ד' די"ח וע' ברשד"ם סי' מ"ט וע"ו וקי"ז וקכ"ה וקל"ד וקמ"ח ושי"ד ותמ"ד ובתשו' מהר"ן ששון סי' ק"ן ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' קס"ט:

סעיף כד
ובמקום המשתמר ע' בתשו' מהר"מ מינ"ץ סי' נ"ט ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ה דף קכ"ז ור"ס קכ"ג:

סעיף כה
אפי' בשעה שהגנבי' כו' ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' ק"ן:

סעיף כו
ומונחי' בידו או קשורי' כו' מדברי הטור והמחבר נראה לכאורה אף לדברי ר"י ברצלוני דבסעיף י"ח מ"מ כאן אין לכספי' שמירה עד שיהיו מונחי' בידו וע' בתשו' ר"ש סי' מ"ז שכ' דגם בזה אם הניח במקו' שמניח מעותיו דפטור וכך נראה קצת מדברי הסמ"ע ס"ק ל' ע' בתשו' מהרא"ן ששון שם ובתשו' מבי"ט ח"ב סי' שמ"ב:

סעיף כז
על דעת אשתו ובניו כו' בתשו' ר"י לבית לוי סי' ל"ה תמה על ר"ש כהן ס"ב סי' פ"ה שכתב בפשיטות דהיינו דוקא בש"ח שהרי כ' הב"י בשם רי"ו שתמהו רוב הפוסקי' על הרמב"ם דאחר שרגילי' הבעלי' להפקיד אפי' ממעט בשמירתו פטור כו' ע"ש ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' ל"ט:

סעיף כח
פטור כו' וי"ח וכמש"ל סי' ס"ב ס"ק צ"ד:

סעיף כט

בין גדולי' בין קטני' כו' ע' בתשו' ר"ש כהן ח"ב סי' פ"ה ובתשו' רשד"ם סי' רכ"ב:

סעיף ל

ראייה שלא פשע כו'. ע"ל מ"ש בסעיף כ"ו:

סעיף לא

מי שהוא ידוע כו' כ"כ הגהות אשר"י (ומרדכי) מא"ז ובתשו' רשד"ם ס"ס מ"ח וסי' ק"ך:

סעיף לב

כמוסר לבני ביתו ובזה אם פשע האחרון ואין לו לשלם פטור הנפקד אפילו לסברא הראשונה דלקמן סכ"ד בהג"ה כן הוא במרדכי ובהגהת אשר"י ובב"ח:

סעיף לג

יש לו לטעון כ"ש שהית' נזהרת כו' ודוקא ש"ח אבל ש"ש חייב דה"ל לפרש שהוא פקדון כ"כ נ"י בשם הר"ן ומביאו ב"ח ס"ל ע"ש כ' הסמ"ע והא דלא טמנה בקרקע משום דסברה דשל בנה הן והוא יעסוק בהן ולא ניחא ליה בהטמנתן בקרקע עכ"ל כלו' שלא הית' רוצה לטרוח כיון שלא ניתן לה בתורת שמיר' של אחרי' דדוקא שומ' מחויב לטרוח והיתה סבורה שהבן לא יקפיד ודי לו בשמירה זו עיין בתשובת מהרי"ט סי' מ"ד וק"ה ריש דף קכ"ו:

סעיף לד

שהרי לא אמר לה שהם פקדון כו'. ואין המפקיד יכול להשביע ע"ז שלא אמר לה בנה שהן של פקדון דאין נשבעין על טענת ספק דהרי המפקיד לא יכול לטעון ברי שאמר לה שהן של פקדון עכ"ל סמ"ע והוא מדברי הרא"ש וטור הלכך כיון שהבן או' שנתנם סתם פטור משבועה זו אבל אם הבן אומר שא"ל שהוא פקדון צריכין לישבע היסת נגד הבן אף שהוא קרוב כדלעיל סי' ע"ה סכ"א בהג"ה ע"ש ולא מסתבר לומר דהבן חשיב נוגע בעדות שהרי אף אם יאמר שלא אמר לה פטור וק"ל והא דפטור' משבוע' היינו כשיש עדים שנאנסה או שמאמינ' דאל"כ פשיטא דיכול להשביע ע"ז ע"י גלגול שהחביאה וק"ל:

סעיף לה

שהחביא' כו' וכן הוא בטור ובש"ס שתשבע שהחביא' בארגז ונרא' הטע' שאינ' נשבעת בקצרה שנגנב משום דדילמא לא החביאה אותם כלל ובכה"ג ודאי אפי' היה המעות של בן היה הבן מקפיד וא"כ הוי פשיעה לגבי בן וחייבת לשלם להמפקיד לכך צריכה לישבע ג"כ שהחביאה אותם ודוק:

סעיף לו
דבעל הבית כו' אע"פ שלא הודיעם כן משמע בתוס' ורא"ש וסייעתם וכ"מ לעיל סי' ע"ב ס"ל ושם סתם הרב דחייב ודלא כסמ"ע שם ועמ"ש שם:

סעיף לז
חייב לשלם כו' ואם ידוע שאינו משמרו בעצמו רק מסרו לאשתו ובניו פטור מרדכי ואגודה וב"ח ע"ש וע' בס' א"א דף ק"ג ע"ב:

סעיף לח
וי"א דפטור כו'. ואם היה ש"ש ומסר לש"ח עיין בתשוב' דברי ריבות סי' רי"ז ורי"ח באורך ובתשו' רשד"ם בסי' מ' באריכות וסי' נ' עיין בתשו' רמ"א ס"ס כ"ז:

סעיף לט
השמש פטור כו'. עיין בב"י בשם התוספות שכתבו דהיינו דוקא בבית א' וכן הוא בהגהות אשר"י ולפע"ד אין נראה לחלק גם דוחק לפ"ז לחלק בין שהה השליח או לא ומה שדחקו התו' והג"א לזה ממעל השליח י"ל דלענין מעילה שאני דאפי' יאמר השליח ששגג שייך מעיל' ודו"ק ועי"ל דהתם שאני כיון שהזכי' לו חלון ותירוץ זה איתא בתו' בגיטין פ' התקבל (גיטין ד' ס"ה) ועיין בר"ן ורשב"א שם עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ר' ובתשו' ר"מ אלשיך סי' כ"ג:

סעיף מ
ואם היה כשות הפקדון רחוק. וכ"ש אם הוא קרוב והוא מיהר לבא דהיה לו להרגיש שמהפקדון לקח עכ"ל סמ"ע וכ"כ הב"ח ואינו מוכרח די"ל כשהוא קרוב וא"ל הטל מזה שהוא רחוק ה"ל כא"ל הטל מזה ולא מזה דאל"כ למה הטריח להביא ממרחק:

סעיף מא
אם הוא ש"ח. ומ"מ אם פשע השני רצה גובה מהשני ואי"ל לאו בעל דד"א דומיא דגזל ונתייאשו כו' ואף אם שומר הראשון שאל בבעלים מ"מ הב' חייב ולא מיקרי שאלה בבעלי' דכיון דאין הממון של שומר הא' כ"כ רש"ל ביש"ש פ"י דב"ק סי' א' והביא ראיה לזה ע"ש ובסי' שמ"ו סי"ז בהג"ה עיין בתשו' ר"מ אלשקר סי' ל"ט:

סעיף מב
לפיכך אם דרך כו'. וה"ה אם ידוע שהנפקד זה אינו רגיל לשמור בעצמו אלא מוסר פקדונותיו ביד אחר ודינו עם הב' רש"ל פ"ק דב"ק סי' ל"ב וע"ש:

סעיף מג

להפקיד תמיד כו' ואם פשע זה שדרך הבעלים להפקיד אצלו ואין לו לשלם ע"ל סי' ע"ב ס"ל בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף מד

כגון שהראשון היה ש"ש והשני ש"ח כו'. כתב ב"י בשם תלמידי רשב"א שומר שמסר לאשתו ובניו או למי שרגילי' הבעלי' להפקיד אצלו דעת הרמב"ן שאלו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שנאבדה אע"פ שאין אנו יודעים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני שעליו לברר וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני שמתה כדרכה או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני כ"כ מורי ר"ש אבל דעת רבינו דש"ש שמסר לש"ח ואין השני רוצה לישבע (או) שהלך לו שהראשון פטור ואפי' הנה תובעו בברי שנגנבה מפני שזה טוען שא"י אם נגנבה הוא חייב או אם נאנסה או אם מתה בפשיעה והוא פטור וה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור ולא נהירא לי דעת רבינו דהא אמרי' בש"ס דאפי' ש"ח שמסר לש"ש חייב מטעם דא"ל את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה אלמא דאפי' רוצה השני לישבע חייב הראשון כיון שאין הראשון יכול לישבע כ"ש כשאין הב' רוצה לישבע או שאינו כאן לישבע דחייב ואפשר הוא מפרש הא דקאמר היאך לא מהימן לי בשבועה היינו שאפשר שהוא עדיין ברשותו אבל כי ידעינן שאינו בעולם פטור הראשון אבל אין זה עיקר גם מדברי רש"י ומדברי כל הפוסקי' לא משמע כן אלא כיון שאי"ל בבירור שנאבד באונס חייב וגדולה מזו כתב בתרומת הדשן סי' של"ג דאפילו לא מסר לשומר רק נאבד אצלו ואין יודע אם בפשיעה אם באונס חייב דכל שומר צריך לישבע בבירור אבל לא שא"י וכן עיקר ודלא כמ"ש הנ"י ר"פ הגוזל ומאכיל בשם הרא"ה דהשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכ' כיון דקי"ל דאינו חייב עליה עד שעת אונסי' פטור שהרי זה כאומר א"י אם הלויתני אבל השואל חמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי הוא פושע כו' עכ"ל. ומביאו ב"י והד"מ ריש סי' ש"ם ונרא' שמפני כך השמיט הרב בהג"ה לשם דברי הנ"י ואדרבה משמע מדברי הרא"ש וטור שם דחולקין וע"כ הביא הר"ב שם סוף ס"ג בהג"ה דברי הרא"ש וטור בסתם והע"ש שהעתיק שם בסעיף א' דברי הנ"י בסתם ובס"ג דברי הרא"ש וטור בסתם לא כוון יפה ודבריו סותרי' זה א"ז (שוב ראיתי במהרש"ל פ' הגוזל ומאכיל סי' ג' הביא דברי הנ"י בסתם ולא הביא שום חולק רק הוא עצמו חולק עליו מסברתו

בענין אחר וז"ל תמיה לי אי איירי שטען המשאיל ברי לי שפשעת' אפי' גבי דידיה נמי מחייב דהוי כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ואי איירי שג"כ המשאיל בא בטענת שמא נ"ל דאפי' לגבי שליח פטור דהא אין כאן טענת ודאי לחייבו ושמא ושמא הוא והמע"ה ודומה לאחד שאמר הלויתני וא"י אם פרעתיך וזהו אמר ג"כ א"י דפטור עכ"ל ונראה שלא הרגיש מהרש"ל בדברי הרא"ש וטור ות"ה שחולקין ע"ז ע"כ נראה לדינא דאפי' בטוען המשאיל שמא חייב ול"ד לאומר א"י אם פרעתני וכמו שכתבתי בסמוך. ואפשר ס"ל למהרש"ל והע"ש לחלק בין הך דהרא"ש וטור להך דנ"י בשם הרא"ה אבל אין נ"ל לחלק אך נ"ל דהרא"ה ס"ל כמ"ש הת"ר בשם רבינו והרא"ש והטור ס"ל כרמב"ן ור"ש וכן עיקר ודו"ק) אלא דלענין דינא דכיון שאי"ל בבירור חייב והכי משמע מדברי הפוסקי' בכמה דוכתי ומה שדימה רבינו והנ"י זה לאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י ל"ד כלל דהתם כיון שנעשה שומר דמי לאומר א"י אם החזרתי לך (ואע"ג דלא נשתעבדו נכסי השומר אלא משעת אונסים ולא משעת שאלה וכדאית' בש"ס ופוסקים ונתבאר לקמן סי' שמ"א ס"ד היינו לענין דאין היורשי' חייבים לשלם ומטעם דלא אישתעבדו נכסים דשואל משעת שאלה ונ"ל הטעם דל"ד להלואה דלהוצאה ניתנה א"כ חיובא רמי מיד אנכסים אבל שאלה כיון דהדר' בעינה א"כ לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כ"ז שהיא בעין חייב להחזיר' וא"כ כשא"י אם מתה כדרכה או לא ה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך וחילוק זה נ"ל נכון וברור ודלא כמ"ש נ"י ר"פ הגוזל ומאכיל שם ובפ' השואל דכיון דקי"ל דלא נשתעבדו נכסים עד שעת אונסי' ה"ל כאו' א"י אם אני חייב לך ע"ש אלא כמ"ש ודוק. והכי מוכח ממ"ש התוספו' בפ' השואל דף נ"ו ע"ב אהא דאמרינן התם אמתני' דשאל פרה ושכר פרה ומתה א' מהן המשאיל אומר שאולה מתה והלה אומר א"י חייב שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לימא תהוי תיובתא דרב נחמן כו' וכתבו תוספות דוקא אומר א"י אם הלויתני אבל אומר א"י אם החזרתי לך מתני' הוא בהגוזל בתרא דחייב ומ"מ פריך שפיר לר"נ ממתניתין דאע"ג דמודה שמסר לו ב' פרות כיון שמחזיר א' ה"ל כאלו אומר א"י אם השאלתני עכ"ל משמע דוקא כשמחזיר אח' אבל אם היה אומר א"י ולא היה מחזיר אח' ה"ל כאומר א"י אם החזרתי לך ודוק:

סעיף מה

אע"פ ששאל או שכר כו'. עיין בסמ"ע ס"ח מ"ח וע"ל סי' שמ"ו ס"ז בהגה"ה עיין בתשו' רשד"ם סי' קמ"ד ורכ"א ועיין באשרי פרק קמא דמציעא גבי יש מקשין הבל מוכח דה"ה כשיש ע"א מצטרף השומר הב' עם העד וה"ל ב' עדים אבל לפוסקי' אחרים

שתירצו דהשומר הוי נוגע א"כ צריך הכא ב' עדים אחרי' דוקא וכן נראה עיקר ודו"ק (ועיין בסמ"ע שם):

סעיף מו

ואם יש עדי'. משמע אפילו מיעט בשמירתו פטור ביש עדים וכ"כ הב"ח סכ"ה בפשיטות וכן משמע להדיא ברמב"ם וסמ"ג ע"ש ורש"ל פרק קמא דב"ק סי' ל"ב חולק דהיכא דגרעיה לשמירתו אפילו יש עדים חייב מאחר שפשע ע"ש ואני אומר דאפילו בשבועה היה בדין שיפטר אפילו היכא דגרעיה לשמירתו אם דרכו להפקיד אצלו כמו שכתב רי"ו שתמהו רוב הפוסקי' על הרמב"ם בזה ומביאו ב"י ונ"ל דגם הרמב"ם והסמ"ג מודים דשבועה מועיל ומ"ש והוא שלא ימעט בשמירתו כו' ר"ל דאם הש"ח ישבע שנגנבה הרי השומר ראשון פשע דהוא חייב בגניבה ואבידה ומ"ש ואם יש עדים כו' ה"ה דשבועה מועיל בענין שהיה הראשון פטור אלא משום דארישא נמי קאי באין דרך להפקיד הצריך לומר ואם יש עדים דוקא ובזה מיושב מה שכתב מהרש"ל שם שדברי הרמב"ם והסמ"ג יש לשדות בהן נרגא מאחר שכותבים בעצמם שנקרא פושע א"כ חייב כו' ולפי מה שכתבתי ניחא ומיהו ברמב"ם וסמ"ג בלא"ה לק"מ דאיתא שם וז"ל ואם הביא השומר השני ראייה כו' כיצד שומר שכר שנתן הבהמה לש"ח אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה הרי השומר הראשון פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל והיינו כמו שפירש מהרא"ש בבאורי סמ"ג דדוקא כיון שמתה א"כ לא שייך תחלתו בפשיעה וסופו באונס כדלעיל ס"ט וכן פי' מהרש"ל בעצמו בבאורי סמ"ג דהיינו טעמא כיון שאין האונס בא מצד הפשיעה וכ"כ הע"ש וא"כ בכה"ג אפי' אין דרכו להפקיד אצל השומר השני פטור וכ"ז אמת לדינא מיהו הפי' הראשון שכתבתי ברמב"ם הוא דוחק שהרי כתב ה"ז פשע ולכך העיקר ברמב"ם כפי' מהרא"ש ומהרש"ל בביאורי סמ"ג אבל לדינא אין זה עיקר וכ"כ הרא"ש פ' המפקיד להדיא דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לשומר חנם כיון שמסרו לבן דעת ע"כ נראה עיקר לדינא כרי"ו וכן נראה דעת הטור דלקמן סי' ש"ה ס"ה כ' כדברי הרמב"ם ולא הזכיר הרי זה פשע וגם כתב שמתה או נאנסה ע"ש ודו"ק ועיין בדברי ריבות סי' רי"ז ורי"ח ומהרשד"ם סי' מ' באריכות ועיין סי' רס"ג:

סעיף מז

ששמר השני כראוי. ונגנב או נאנס בענין שהיה השומר הראשון פטור אע"פ שאינו ברור שהיה נארע האונס כזה בבית השומר הא' פטור ולא אמרינן מה שמסרו לשומר שני ה"ל פשיעה וה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דלא מיקרי פשיעה ש"ש שמסר לש"ח כיון שמסרו לבן דעת כן מתבאר מדברי הרא"ש פ' המפקיד ותוס' שם:

סעיף מח

ויכול הוא לישבע על זה. ואפילו מסרו לחש"ו ומתה ברשותם פטור כן הוא בתו' פ' המפקיד ומרדכי ואגודה שם והיינו דוקא מתה ברשותם שאין האונס בא מצד הפשיעה וכן משמע בתוס' ואגודה שם להדיא דטעמא הוא כיון שאף בבית השומר הראשון היתה מתה דמה"מ מה לי הכא מה לי התם ואע"פ דבפסקי תוס' פרק המפקיד כתב וז"ל שומר שמסר לשומר והראשון רוצה לישבע או שיש עדים בדבר פטור ואפי' לחש"ו עכ"ל אין ר"ל דמה שמסרו לחש"ו לא מיקרי פשיעה אלא בא לומר דאפילו בחש"ו מהני שבועה או עדים אבל אה"נ דמיקרי פשיעה וכן משמע מדברי הרא"ש שהבאתי בסמוך והלכך אם אירע אונס אחר אצל חש"ו שיש לתלותו שבא מצד הפשיעה כגון לסטים וגנבי' וכה"ג חייב דה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס ודו"ק עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קצ"ו וד"ש כתב הסמ"ע ויכול הוא לישבע פי' שיכול הוא לישבע שלא פשע השני ולא שלח בה יד עכ"ל לא פי' יפה דברי הרמב"ם והמחבר דס"ל לקמן סימן רנ"ד ס"ב דהעיקר שבועה היא שנגנבה ושבועה שלא פשע ושלא שלח יד היא רק מצד גלגול ואם יש לו עדים שנגנב' פטור א"כ ה"ה הכא אם יש לו רק עדים שנגנבה פטור או שיכול רק לישבע שנגנב אצל השומר השני פטור וכן הוא בהרא"ש פ' המפקיד להדיא דדין זה תלוי בהך דינא דלקמן סי' רצ"ד וכן הוא ברי"ו נ"ל ריש ח"ב בהדיא וגם הטור שכתב לא נשאר שום שבועה ר"ל שלא פשע אבל שלא שלח יד א"צ כמ"ש לקמן סימן רצ"ד בשם הירושלמי והרא"ש ומביאם הרב בהג"ה שם ולא כב"ח שפי' דבריו שצריך עדים על כל הג' שבועות ע"ש ש"ש שחזר והפקיד דבר השמור ביד הבעל דבר עצמו ונגנב או נאבד אצל הבע"ד חייב הש"ש לשלם וכן נלמד מדברי הר"י שבמרדכי פ' האומנין ואף הר' ברוך שחולק בהגהת מרדכי דסוף בבא מציעא מודה כאן וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק כ"ד ע"ש:

סעיף מט

חייב אף בדברים בלא קנין. עיין בתשובת ר"א ן' ששון סי' ע"ג שנסתפק באם התנ' ש"ח להיות חייב כש"ש וטוען שנאנס ואומר שלא נתחייב אלא לשלם כשיהיו עדים שנגנב או נאבד אבל לא נתחייב על שבועת ש"ש שהיא על טענת ספק אלא רוצה לפטור עצמו בשבועת ש"ח שלא פשע וע"ש שנסתפק בהש"ס דפ' הזהב:

סעיף נ

אם בעליו עמו לא ישלם מקרא זה או כי ישאל קאי דמשמע בשעת שאלה צריכין שיהא עמו וכו' עכ"ל סמ"ע ע"ל סי' שמ"ו השיג בעצמו על הע"ש שכ"כ ע' בש"ס פ' השואל וכתוב במשרים נ"ל ח"א שאם נאנס שום דבר שחייב לשלם לא נשתעבדו נכסי' שלו

משעת שאלה או נפקדה בידו אלא משעה שנאנסה עכ"ל ד"מ כ"ח הביאו בהגהת סמ"ע וע"ל סי' שמ"א ס"ד ובסמ"ע שם ס"ק י"ג ע' בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ח דף קנ"א:

סימן רצב

סעיף א

ואם החזירה כו'. דין זה הוא תמוה דבש"ס פ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"א) איתא להדיא באוקימתא דרב ששת שטלטלה להביא עליה גוזלות והלכך אפי' החזירה למקומה חייב באונסי' כיון דשואל ש"מ דגזלן הוי וצריך דעת בעלי' לר' עקיבא ור"י מוקי התם מתני' כר' עקיבא וכ"פ הרי"ף והרא"ש שם להדיא וכ"פ הרמב"ם והטור והמחבר לקמן ס"ו וגם מה שהוציא הר"ב כן מהמרדכי נלפע"ד שאינו וז"ל המרדכי אדם הנפקד אם שאל חפץ א' מפקדון שבידו ולאח"ז החזירו למקום שהי' מונח מתחל' אין עליו דין שואל אלא שומר בעלמא ודעת שומר כדעת בעלי' ואפי' ר"ע דאמר כלתה שמירתו ה"מ גונב דמעת' לא מהימן ליה אבל שואל מהימן ליה ולא כלת' שמירתו עכ"ל ומביאו בב"י וד"מ והבין הר"ב דר"ל ששאל החפץ שלא מדעת הבעלי' וזה אינו דא"כ לר"ע ודאי דינו כגונב וכדאיתא בפ' המפקיד שם ועוד דלא שייך לישנא דשאל חפץ דהל"ל שנטל חפץ אלא במשמע ששאל מדע' הבעלי' וכדי שלא תאמר שדין שואל עליו וצריך להחזירו לבעלי' דוקא וכדלקמן סי' שמ"א לכך כ' שאין עליו אלא דין שומר דכיון דשואל ממנו מדעתו לא כלתה ליה שמירתו גם הסמ"ע ס"ק ד' והב"ח כתבו דאין המרדכי מיירי ששאל שלא מדעת אלא מיירי בדברי' שדרך להשאיל ואין חברו מקפיד עליו ואף לפ"ז דברי הר"ב תמוהין דהא הר"ב משמע דלא מיירי בהכי מדקראו גזלן וכ"כ בסמ"ע ס"ק ד' לדעת הר"ב וגם לחנם דחקו הב"ח והסמ"ע בדברי המרדכי דנראה ברור שהמרדכי מיירי ששאל מדעת וכמ"ש וגם דינם בדבר שדרך להשאיל אינו מוכרח דמ"מ ה"ל שואל שלא מדעת וגם אינו יכול ליהנות ממנו כשירצה ואפשר לדמותו למעות לקמן בסמ"ע ס"ק י"ד שוב ראיתי בש"ג פ' המפקיד כ' ג"כ על דברי המרדכי הנ"ל וז"ל תיקשי הכא על המרדכי היכא קפסיק ותני דשומר ששאל החפץ שבידו בפקדון דחשיב בההיא שעתא שואל ולא גוזל והא קי"ל דשואל ש"מ גזלן הוי אלא ע"כ צ"ל דאין זה חשוב שואל ש"מ כיון דאיהו גופא במקום בעלי' קאי קחשב שואל לדעת ה"נ תפס דברי ר"ע לדעת הרי"ף כו' עכ"ל ודבריו תמוהי' דבהדיא קאמר התם רב ששת בש"ס דשומר ששאל ש"מ גזלן הוי ואפי' החזירה למקו' שיחדה חייב באונסי' דצריך דעת בעלי' ע"ש ומייתי לה הרי"ף והרא"ש התם ואפשר דבא לומר דהמרדכי ס"ל דר"י פליג עליה דרב ששת בהא אבל

באמת ז"א דמוכח התם בש"ס להדיא דגם ר"י מודה לרב ששת לדינא דהא קאמר התם דלהכי לא מוקי ר"י מתני' כרב ששת משום דהניחה במקומה משמע והובא ג"כ ברי"ף ורא"ש וגם לדעת הרב א"א לומר כן שהרי סתם לקמן ס"ו כדברי המחבר והפוסקי' ונראה שזאת כוונת הע"ש שדחק עצמו לקמן ס"ו ופי' דמיירי כשהי' דעתו לחסרה משום דלא ליסתור הך דינא דלקמן להך דינא דהכא אבל לא כוון יפה דודאי לקמן מיירי אפי' לא הי' דעתו לחסרה וכדאיתא בש"ס ופוסקי' להדיא ויפה כוון בסמ"ע ס"ק י"א שהשיג עליו אך תימה למה כ' כאן בס"ד בפשיטות בדברי הר"ב ולא השיג עליו ואף שכ' וז"ל ומיהו צ"ע דשם במרדכי משמע משמע דלא איירי אלא בדבר שאין הבעלי' מקפידין על תשמישן בלי רשות וכאן לא מיירי בכה"ג מדקראו גזלן וע' בגי' ח"ש פ' המפקיד כתבתי ישוב לזה עכ"ל מ"מ טפי ה"ל לאקשויי מהש"ס וכל הפוסקי' וגם הישוב שכתב בגי' ח"ש לא זכינו לראותו וגם אפשר שלא כתב אלא ישוב שלא יחלוק המרדכי על דברי הרב אבל לא הרגיש במה שהקשינו שדברי הרב הם נגד הש"ס וכל הפוסקי' והא ראיה דבס"ק י"ז חזר וכתב בפשיטות כדברי הר"ב הלכך כל זמן שאין לנו יישוב ברור אין בנו כח לפסוק כדברי הר"ב בזה שהוא נגד הש"ס וכל הפוסקי' ודוק:

סעיף ב

החזירה כו'. ע"ל ס"ס שנ"ה ובסמ"ע שם וע' בספר א"א דף ק"ג ע"א:

סעיף ג

הטה את החבית כו'. ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' ק"ב:

סעיף ד

שרוצה לשלוח יד בפקדון. ע' בסמ"ע ס"ק י' דנראה דהיינו דוקא כו' בכאן הראה הגאון אמ"ו ז"ל את ידו גדולה וגודל חריפתו לפי שהכל תפסו על הסמ"ע בזה ולא ירדו לס"ד גם הבעל תי"ט ס"פ המפקיד והב"ח השיגו עליו ואמרו דאשתמיטתיה ש"ס ערוכה דר"פ האיש מקדש מבואר שם להדיא דאדרבה משליחות יד ילפינן דבעלמא אין שליח לד"ע משום דהוי שליחות יד וטביחה דלקמן סי' ש"צ [ש"ן] או מעילה ב' כתובי' הבאים כא' דיש בהו שליחות לד"ע ואין מלמדין ועוד כתב בתי"ט שם דאישתמיטתיה ש"ס דפ"ק דמציעא [דף י'] האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי אע"ג דהשתא לית להו לשלומי כיון דבני חיובא נינהו לכשיהא להם כשתגרש אשה וישחרר העבד לא נתחייב שולחן דשמעינן בהדיא דאע"ג דאין לשליח לשלם פטור המשלח וא"ל דדברי הסמ"ע כשאין לו לשלם לעולם דהיכי ידעינן השתא שלא יהי' לו והא נשתחרר העבד כיון שיכול להיות שיקנה נכסים פטור משלחו עכ"ל ועוד יש להוסיף דפשיטא דאע"ג דאין לו לשלם פטור

המשלח אפי' הוי ידעינן בבירור גמור שלא יהא לו לשלם דאל"כ אדפריך בש"ס אלא מעתה האומר לאשה ועבד כו' ה"ל לאקשויי אלא מעתה אין לו לשלם כו' (וע"ל סי' של"א ס"ז ודוק) א"ו דבכה"ג אפי' להמקשן דפטור דכיון דאילו ה"ל השתא הי' חייב לשלם אלא דפריך מאשה ועבד דהוי ס"ד כיון דאלו ה"ל השתא היו פטורי' לאו בני חיובא נינהו והכי מוכח נמי ממאי דלא קאמר איכא בינייהו אם אין לו לשלם (וכן מבואר בתשובת אמ"ו הגאון ז"ל) והגאון אמ"ו ז"ל יישב דברי הסמ"ע בטוב טעם ודעת ככהנא מסייע כהנא ואמר דודאי לא נעלם מהסמ"ע דגבי שליחות יד שאני שהרי הוא עצמו כתב דנפקא לן מקרא דעל כל דבר פשע דחייב המשלח ואי ס"ד דשליחות יד דינו כשאר שליחות קרא ל"ל וגם אין כוונתו לומר דאע"ג דאין שליח לד"ע אם אין לו לשלם חייב דהוי כמו שאינו בר חיובא אלא דקשיא למה יתחייב המשלח ישלם השליח אם יש לו לשלם ואין לו אלא טענה שהשולח שלחו הרי קי"ל דאין שליח לד"ע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וא"כ כיון דעכ"פ חייב השליח לשלם וא"כ למאי נ"מ אתי קרא לחייב גבי שליחות יד המשלח ומתרץ הסמ"ע משום דבעלמא יש מחלוקת בין הפוסקי' די"א כשלא ידע השליח אמרי' יש שלד"ע וי"ח דאפ"ה אין של"ע וכמו שהביא הד"מ והסמ"ע מחלוקת זה לקמן ס"ס שמ"ח ועוד יש מחלוקת די"א דהיכא שהשליח אינו בר חיובא יש שלד"ע וכמ"ש הרב לעיל ר"ס קפ"ב וי"ח וכמ"ש שם וכן היכא שאין לו לשלם לכ"ע אמרי' אין שלד"ע וכמ"ש שם א"כ קאמר דלהפוסקי' בעלמא היכא שלא ידע השליח אין שלד"ע א"כ הכא גבי שליחות יד קרא אתי היכא שלא ידע השליח דחייב המשלח דלהפוסקי' דבעלמא נמי יש שלד"ע היכא [שלא ידע א"כ קרא אתי היכא דאינו בר חיובא ולהפוסקי' דבעלמא נמי יש שלד"ע היכא נ' דכצ"ל] דאינו בר חיובא א"כ קרא אתי היכא שאין לו לשלם דפשיטא דלכ"ע בעלמא פטור המשלח הכא חייב אבל אם יש לו לשלם וידע והוא בר חיובא דבכה"ג פשיטא דחייב השליח לכ"ע משום דאין שלד"ע וז"ש הסמ"ע וכמ"ש בר"ס קפ"ב דאל"כ הא קי"ל דאין שלד"ע ר"ל דשם נתבאר דקי"ל אין שלד"ע וא"כ פשיטא דהשליח חייב וא"כ פשיטא דלא גלי לן קרא בכה"ג דחייב המשלח כיון דהשליח ישלם דהא על כל דבר פשע רבויא הוא ולא אתי אלא לחייב המשלח דהכי תניא אין לי אלא הוא פי' אם שלח יד שהוא חייב אמר לשלוחו מניין ת"ל על כל דבר פשע א"כ אתי הרבוי לחייב המשלח ולא לפטור את השליח הגע עצמך אם לא יהא למשלח לשלם ויהא לשליח לשלם יגרע כח המפקיד משאר בני אדם (וכן משמע בתוס' רי"ד בקידושין נ"ל ע"ש) ועוד אי לאו קרא ה"א אף אם אין לשליח לשלם פטור שולחו א"כ השתא דאתי קרא לרבות אין לנו לרבות אלא היכא שמפסיד המפקיד

כגון חד מהנך תלתא אנפי אבל אם לא יפסיד המפקיד למה ישלם המשלח ע"כ דברי הגאון אמ"ו ז"ל ואף שרחוק שכוונת הסמ"ע כן עם כ"ז דבריו נכוני' מאד לזכות את בעל הסמ"ע וכמ"ש שדברו נכוני' לדינא ובפרט לפי מה שהעליתי לעיל ר"ס קפ"ב דאפילו היכא דהשליח לאו בר חיובא אין שלד"ע וכן למה שהעליתי לקמן ס"ס שמ"ח דאפי' לא ידע השליח אין שלד"ע א"כ משכחת כאן כמ"ש הסמ"ע דהיינו כשלא ידע השליח או שאינו בר חיובא או שאין לו לשלם אבל אי ליכא חד מהנך אנפי דהיינו שידע והוא בר חיובא ויש לו לשלם באופן דמשלם השליח פשיטא דפטור המשלח וזה ברור:

סעיף ה

בפני עדים כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' צ"ו דף קי"ו ריש ע"ב נסתפק במי שהי' רוצה לעכב פקדון מחמת חוב אי מקרי שולח יד בפקדון:

סעיף ו

הרי זה גזלן כו'. ז"ל הטור דין השולח יד בפקדון הוי כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהוא בשעת תשלומין שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה ואפי' היתה טעונה או מעוברת בשעת גזלה וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהיא עתה עכ"ל ודבריו תמוהין שהם להדיא נגד הש"ס והרא"ש ר"פ הגוזל קמא וס"פ המפקיד והעולה מהש"ס והרא"ש שם הוא דכל הגזלני' משלמי' כשעת הגזלה (ובשארית יוסף כתב וז"ל וקשה דבריש סי' שנ"ד כ' דמשלם כשעת הגנבה עכ"ל וטפי ה"ל להקשות מהש"ס והרא"ש גם הוה ליה להקשות על מה שכתב הטור וגזזה או ילדה דהא טעינה ועיבור לחוד הוי שנוי וכמ"ש לקמן) ולא כשעת תשלומין ולא כשעת התביע' ולכן השולח יד בפקדון משלם כפי מה שהיתה שוה בשעת שליחות יד שאם שלח יד ברחל ריקני' וטענ' או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה או אפי' לא גזזה ולא ילדה למאי דפסקו הפוסקי' והרא"ש ר"פ הגוזל קמא כרב פפא דטעינה ועיבור לחוד הוי שינוי ע"ש אינו משלם אלא כמו שהיתה שוה בשעת שליחות יד וא"כ ק' על הטור תרתי חדא מ"ש דמשלם כשעת תשלומין כפי מה שהיא עתה והא ליתא דאינו משלם אלא כפי מה שהיתה שוה בשעת שליחות יד ועוד קשה מ"ש שאם שלח יד ברחל ריקנית כו' וגזזה או ילדה כו' דהא לפי מ"ש הרא"ש ר"פ הגוזל קמא אפי' לא גזזה וילדה נמי דטעינ' ועיבור לחוד נמי הוי שינוי וזה קשה ג"כ על ר' ירוחם שבנתיב ל' ח"ב כ' וז"ל מפקיד בהמה אצל חבירו ושלח בה יד שנעשה עליה גזלן וגזזה שנטענ' אצלו או נתעברה אצלו וילדה אינו נותן כי אם כשעת גזלה כי גזלה חוזרת בעינה עכ"ל ז"א לפי מ"ש בנתיב ל"א ריש ח"ד במסקנתו וז"ל אפי' לדע' התו' והרא"ש נראה כי לא

בעינן שינוי אחר כו' אפי' לא ילדה ולא גזזה כו' נותן דמי' כשעת גזלה כו' ע"ש וצל"ע ותימה שלא התעוררו שום אחד מהפרשי' האחרוני' בזה מיהו לענין דינא פסק מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' ד' דבריקנית ונתעברה או נטענה אצלו הבהמה לא קנה גוף הבהמ' רק שבח' והשיג על הרא"ש ע"ש:

סעיף ז

לצורך מקומה נ"ל שט"ס הוא וצ"ל לצורכה וכן פירש"י:

סעיף ח

מותר לו להשתמש בהם כו' מוכח בתו' פ' אלו מציאות ריש (בבא מציעא דף כ"ח) דאפי' תובע אותם המפקיד קודם שהוציא' הנפקד א"צ להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו ממעות אחרי' וע"ש וע"ל סי' ל"ט ס"ק מ"ו:

סעיף ט

חייב גם באונסין ל' הרי"ף ה"ל הלואה גביה וקמו ליה ברשותיה ואי איתנסו ליה חייב וכ"כ רב האי גאון ז"ל עכ"ל ונראה דר"ל דה"ל אפי' לוה עלייהו ונ"מ דאם נפסל המטבע צריך לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה אפי' הוא בעין וכמ"ש הגה' מיי' פ"ד ממלוה והתו' פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ז) ריש ע"ב ולאפוקי אי הוי אמרי' דה"ל שואל אפי' הי' שואל ש"מ דה"ל גזלן הי' יכול לומר לו הרי שלך לפניך וכמבואר בהגה' מיי' ובתו' שם וכדלקמן ריש סי' שס"ג קמ"ל דלא ה"ל שואל עלייהו וגם כיון דמותר לו להשתמש לא ה"ל שואל ש"מ אלא ה"ל לוה עלייהו עוד יש חילוק בין לוה לגזלן לקמן סי' שס"ה בסמ"ע ס"ק ג' עוד יש חלוקי' וק"ל ואפשר שלזה הוצרך הרי"ף להביא ראיה מן הגאון ואע"פ שהרא"ש כ' טעם אחר מה שהוצרך להביא ראיה מן הגאון דהיינו שחייב אפי' אחר שהחזיר למקומם מ"מ גם זה יכול להיות אמת ודו"ק:

סעיף י

אפי' אחר שהחזיר כו' כבר כתבתי לעיל דשואל ש"מ בפקדון חייב באונסי' אע"פ שהחזירם למקומם ואע"פ כן הוצרך הרא"ש לחלק דשאני מעות דהכא שלח יד ברשות כיון שמותר לו להשתמש בהם ע"ש בהרא"ש מבואר כך להדיא:

סעיף יא

ואם הופקדו אצל בעל הבית כו'. הבית יוסף הביא דברי ר' ירוחם דאינו נעשה ש"ש בתנאי כו' ותמה עליהם ונ"ל דה"פ מי שהפקיד לחברו מעות בתנאי שאם יעמיד לו אותה סחורה יקח המעות לעצמו ואח"כ אינו רוצה להעמיד לו הסחורה ורוצה להחזיר לו המעות וא"כ עכשיו אסור לו להשתמש במעות ואע"פ שהיה בענין שיוכל להשתמש

במעות עד עכשיו שאינו רוצה להעמיד לו הסחורה ודבריו לקוחי' מהרא"ש פ' הזהב גבי ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי כתב הרא"ש שם דאין לפרש ש"ש לא הוי כיון שא"ל שקול זוזך הא אי לא א"ל שקול זוזך הוי ש"ש בשביל שהמעות הם ברשותו להוציאם אע"ג שלא נגמר המקח דליכא למימר הכי שיהא לו רשות להשתמש בדמים בעוד שלא נגמר המקח כו' אלא ה"פ ל"מ ש"ש דלא הוי דלא שקיל אגרא עכ"ל ואף למאי דמסיק הרא"ש בשם הרי"ף דמעשה קמא ליתיה וחייב עליה באונסי היינו כשנתן לו המעות לכתחלה בתורת מקח להנפוקינן וכדאיתא התם אבל כשנתן לו בתורת פקדון רק שהתנה עמו שאם יעמיד לו הסחורה יקח הפקדון לעצמו אע"פ שהיה יכול להשתמש במעות הפקדון עד עכשיו מ"מ מיד שאמר ליה שאינו רוצה להעמיד לו הסחורה אע"ג שאינו אומר לו שקול מעותיך הרי אין לו רשות להשתמש במעות ואינו ש"ש עד שיתן לו שכר ואפי' נאבד המעות קודם שא"ל שאינו רוצה להעמיד לו הסחורה פטור דיכול לומר מעולם לא רציתי להעמיד לך הסחורה וא"כ לא הי' לי רשות להשתמש במעות מעולם וזה מוכרח מדברי הרא"ש שם והוא אמת לדינא ומדוקדק בדברי ר"י שכתב ואפי' הי' בענין שיכול להשתמש במעות כו' ולא כ' ואפילו הוא בענין כו' רק הי' בענין ל' עבר משמע שהי' כך ע"פ התנאי אבל עכשיו אין לו רשות להשתמש במעות וסד"א כיון שהי' בענין שיכול להשתמש במעות אם הי' מעמיד לו הסחורה והי' מקיים התנאי הוי ש"ש קמ"ל דלא ואע"ג דכ' הרא"ש שם דלמאי דפסק ר"ת דאנן מותרי' להשתמש בכל מעות כיון דעיקר עסקינו ברבית אין נפקותא בפסק זה היינו בהאי עובדא דהתם אבל מ"מ נ"מ אם הפקיד אצלו מעות צרורי' וחתומי' והתנה עמו כן ודוק ע' בתשו' רמ"א ס"ס פ':

סעיף יב

ובעה"ב שרוב עסקיו ברבית כו'. (הג"ה במרדכי שם סי' רצ"ה כתב דבזמנינו שאין לנו שדות וכרמי' כל עסקינו בריבית וקניית סחורה וכ"ע דינם כשולחני והעתיקו בסמ"ע):

סעיף יג

לפי שצריך תמיד למעות: (הגה וכתב מהרי"ק שורש קנ"א דאין חילוק בין מקום שהתגרי' מצויים או אינן מצוים וכן אין חילוק בין עשיר שא"צ לאלו המעות לעני עכ"ל ד"מ י"א הביאו בסמ"ע):

סעיף יד

ואם הרויח במעות ע' בתשו' רשד"ם סי' קנ"ה ובתשו' ן' לב ס"א סי' נ"א דף ע"ז וס"ב סי' כ"ו ובתשו' מהר"מ סי' ג' ובתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ז דף קמ"א ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קי"א:

סעיף טו

חייב ליתן הריוח כו'. ורש"ל ביש"ש פרק קמא סי' ל' פסק דאפי' תבעו לדין ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו פטור דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא ע"ש עוד בדין זה וע' בנ"י פרק המקבל גבי דורשים ל' הדיוט הביא הירושלמי דמבטל כיסו של חבירו פטור ע"ש בירושלמי ג"כ:

סעיף טז

הוצאתים בעסק כו'. ע' בספר א"א דף ק"ג ע"ד:

סעיף יז

ואם גילה דעתו כו'. ע' בתשוב' ן' לב ס"ג סי' קי"ב:

סעיף יח

המפקיד כו' חזקתו שלא באו כו'. כתב הרב המגיד שהרשב"א כ' דהא דפטור היינו דוקא כשהיו יד הגנבי' שולטות בו שאם יחפשו ימצאו דאל"כ ודאי חייב דלא גרע מאנסי' שאנסו להביא ממון והביא שהוא חייב כ"ז שאין יד האנס שולטת בו וכדלקמן סי' שפ"ח ס"ד וכן הוא דעת בעל המאור ס"פ הגוזל בתרא וה"ה כ' שנרא' לומר לדעת הרמב"ם דשאני הכא כיון שהממון הוא ברשות הנפקד וכ"כ התוס' פרק הגוזל בתרא סוף (בבא קמא דף קי"ז) והרא"ש דשאני שומר דאדעתיה דהכי קבל שמירה וכ"כ המרדכי פרק הגוזל בתרא תשובת מהר"מ וכ"פ מהרש"ל שם סמ"ז וסי"נ וכן כ' הרמב"ן בספר המלחמות שם דף מ"ה וז"ל אבל השמועה מוכחת והדברי' עצמן נראין שיש הפרש בין נפקד לאדם אחר שהאחר שאנסוהו להביא ממונו של פלוני מן שמיא הוא דקנסוהו בהך אונסא דנפל עליו ואסור להציל עצמו באותו ממון של חבירו שאין הממון גורם עליו כלום הלכך מכיון ששלח בו יד נעשה עליו כגזלן להתחייב באונסיו אבל הנפקד שהוא כבעלי' ידו כידם ורשותו כרשותם ועשייתו כעשייתם ורואין אותו כאלו הבעלי' היו שם ובאו עליו הגנבי' שבודאי היו נותנין אותו להם שע"מ כן הפקיד וע"מ כן קבל שיהא שומר כבעלי' ולא שיהי' בידו עושר שמור לבעליו לרעתו שהוא נהרג עליו וממונם פלט והיינו כסא דכספא דבש"ס דילן כו' והיינו נמי מימרא דירושלמי כו' עכ"ל וכן מסיק בנ"י בשם הרא"ה מיהו לקמן סי' שפ"ח ס"ד העליתי דבאנס שאנסוהו להביא ממון פלוני פטור וא"כ בלא"ה ניחא הכא וק"ל:

סעיף יט

ונתן להם הפקדון להציל כו'. אם לא היו הגנבי' יכולים לשלוט בו אבל אם היו מוצאי' אותו אף בלא"ה פטור כן מוכח בהרב המגיד שמודה בזה להרשב"א ועמ"ש לקמן סי' שפ"ח ס"ד:

סעיף כ

שלא באו אלא לשמע כו'. ל' הסמ"ע ס"ק פ"ה ודוקא פקדון דינא הכי ולא באנס שאנסוהו להביא לו ממון חבירו וכמ"ש הטור לקמן סי' שפ"ח ס"ד וכ"כ הב"י ומטעם דשאני פקדון דמשום פקדון שבידו יצא לו שם עושר ומחמתו בא עליו האנס ע"ש ובסמ"ע כתבתי שם ל' הר"ן ליישב זה קצת בע"א עכ"ל וע' בב"י שזה הל' יצא לו שם עושר כו' לא קאי אזה אלא אלמטה וע' בתשובת מיימוני סי' י"ג אבל התירוץ הוא כאן דאדעתא דהכי קבל שמירה והיינו כדברי הר"ן והספר מאירת עינים נראה דאגב שטפא לא דק ע"ש:

סעיף כא

אם לא הי' מצוי אצלו כו'. ע' בספר מאירת עינים ס"ק כ"ו עד מטעם הילך ולא ידענא מה ענין הילך לכאן:

סעיף כב

ויתן לו אחר שישבע כו'. היינו בשחסרו יותר מהשיעור וכמ"ש בסמ"ע ס"ק כ"ח ובב"ח ע"כ צריך לישבע ואין להקשות דהא כאן וכן במעות אח"כ בסמוך הו"ל משואי"ל דהא מחויב לישבע דשל חבירו נאבד וא"י בבירור י"ל דנשבע שנאבד כך וכך ואח"כ אנו מחשבי' לפי ערך ואומרי' מסתמא נאבד לפי הערך:

סעיף כג

ונתנן עם מעותיו כו'. היינו בשק א' אבל בכיסים חלוקי' דינו כטבעיות:

סעיף כד

לפי ערך המעות כו'. ואף שאחד מוחזק א"י לומר דילמא שלך נאבד וכן נמי לא אזלינן בתר רובא לומר כל דפריש מרובא פריש אלא חושבי' לפי ערך כגון ששלו היו י' ושל חבירו כ' ונאבדו או נגנבו ג' הוא מפסיד א' וחבירו מפסיד ב' וכן אם הי' להיפך שלו כ' ושל חבירו י' הוא מפסיד ב' וחבירו א':

סעיף כה

דלמא שלך נאבד כו' ואע"פ שהוא שומר וצריך לישבע ששל חבירו נאבד וא"י בבירור לא אמרי' דהוי בשביל כן משואי"מ אלא כיון שנשבע או שיש עדים או שמודה לו

שנאבדו טבעיות סגי בהכי ומצי למימר דילמא שלך נאבד וכן מוכח להדיא ממ"ש הב"ח סי' רצ"ד סוף ס"ב ע"ש ודוק:

סעיף כו

שלך נאבד כו'. ואין המוחזק מפסיד כלום ואע"פ ששלו היה הרוב אין הולכים בממון אחר הרוב נגד חזקה ת"ה שם:

סעיף כז

ואם שנים הפקידו כו'. דהשתא ליכא חזקה לשום חד מנייהו אזלינן בתר הרוב ובת"ה שם כ' עוד רבותא דהיכא שהפקידו אצל אחד ושל הנפקד היו רוב כגון שהפקיד ראובן לשמעון עשרה ולוי מסר לו ה' ושלו היו כ' אע"ג דהנפקד אינו מפסיד כלום ומטעם שהוא מוחזק אפי' הכי לגבי ראובן אזלינן בתר הרוב וע"ש כ' הסמ"ע ואם שנים הפקידו כו' זה קאי דוקא במה שסיים דהיינו שהפקידו טבעיות דאלו הפקידו מעות (לא אזלינן בתר רובא או חזקה אלא) החסרון לכולם לפי ערך וע"ש בת"ה (מבואר כן בת"ה) היינו מעות מעורבים דאלו נתן לו כל אחד מעות בכיס אחד דינו כטבעיות וכן הוא להדיא בתשו' מיימוני וכ"כ בת"ה:

סעיף כח

אזלי' בתר רובא בדבר הנייה כגון בהמות " עיר שושן ויפה כוון הא אם לא כן בנגנב ה"ל לקח מן הקבוע ודוק:

סעיף כט

וכל דפריש מרובא פריש. וכן הוא בתשו' מוהרי"ל סי' קצ"ט תשו' מהר"ח אור זרוע במעשה שהביאו אתרוגים בסל אחד ד' שותפים לא' כ' ולאחד ח' ולאחד ג' ולאחד ב' וסמנו בקשרים של כל א' וא' ובא אנס והריק כולם מן הסל והתיר הקשרים ולקח י' מהם והשאר החזיר להם ועתה אבדו הסימנים ואינן נודעין של מי נלקחו כל דפריש מרובה פריש והעכו"ם מן הרוב לקח דהיינו מאותן שהיו לו כ' כו' עכ"ל ומהרא"י שם הקשה על דבריו ומהרי"ל מיישב דבריו אך מה שהקש' שם מהרי"ל אמאי לא נימא דהוי קבוע נ"ל לתרץ דמיירי שלקח העכו"ם העשרה שלא בפנינו ועיין בי"ד סימן ק"י ודוק:

סעיף ל

הפקיד אצלו פירות כו'. הוא לשון הרמב"ם פ"ה מה' שאלה והרא"ש פ' שבועת הדיינים מביא דבריו אלו ומסיק דאף בפחות משוה פרוטה קרוים פירות ומשמע שם להדיא מדבריו דמפרש דהרמב"ם מיירי שאומר בהדיא יודע אני שהיו הפירות שוים פרוטה יותר ואיני יודע כמה ומביאו הטור סס"ז ולפע"ד אין כן דעת הרמב"ם אלא דאף בהודה

בסתם בפירות אין הודאתו בפחות משוה פרוטה וכבר הארכתי לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ' להשיג על דברי הרא"ש בזה ע"ש ודוק עיין בתשובת ר"ש כהן סעיף ס"ב י"ז עיין בתשובת רשד"ם סי' ס"ט:

סעיף לא

ה"ז פושע כו' ע' בסמ"ע ס"ק ל"ו עד וה"ט דכאן ערבו בידי' וכן מחלק ה"ה ומביאו ב"י עוד נ"ל לחלק והוא העיקר בדעת הרא"ש דאינו חולק התם אלא בהפקיד אצלו בשק מטעם דמעשים בכל יום שאין הנפקד מדקדק מה שיש בשקים ומרצופים ע"ש משא"כ הכא ועמש"ל סי' ע"ב סי"ב מיהו לענין הלכה כבר העליתי לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"א כרמב"ם:

סעיף לב

ישלם בלא שבועה כו'. בב"ח מביא כאן דברי הסמ"ג שהשיג על הרמב"ם ותימה שלא השגיח לראות שאר מקומות של הסמ"ג שכ' הוא עצמו כדברי הרמב"ם וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב סוף סק"נ וע"ש שהוכחתי שעיקר כדברי הרמב"ם ודלא קשה מידי מה שהשיגו עליו הראב"ד וסמ"ג ושאר אחרונים ע"ש שהארכתי בזה:

סעיף לג

כל המוכר פקדון כו' עיין בספר א"א דף ק"ג והמבשר ע"ש:

סעיף לד

גוללו פעם אחת לי"ב חדש. כ"פ הרמב"ם והסמ"ג ורי"ו ואע"ג דגבי מציאה פסקו ל' יום וכ"פ המחבר לעיל סי' רס"ז סעיף ד' י"ל דמפקיד שאני כיון שמפקידו מדעת ולא אמר שצריך לגוללו כל ל' יום סגי בהכי מיהו דעת הטור דגם כאן צריך לגוללו כל שלשים יום והמחבר אזיל לטעמיה שכ' בב"י שגם דעת רי"ף והרא"ש כהרמב"ם אבל באמת לא מוכח מידי מדבריהם כמ"ש הב"ח וכן דעת רש"י דמפקיד דמי למציאה ומתני' ר"א ב"י היא וכן נראה עיקר דהשתא קי"ל כסתם מתניתין וכראב"י דמשנתו קב ונקי וכן פסק הב"ח וכן נראה דעת בעל מע"מ ועיין בסמ"ע ס"ק מ"ג עד ואם גוללו תוך ל' יום כו' סירכא דלישנא דהטור נקט ולהמחבר הל"ל ואם גוללו תוך י"ב חדש כו':

סעיף לה

כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו עיין בסמ"ע ס"ק מ"ה מיהו מור"ם ז"ל כו' ובע"ש ערבב הדברים כו' לפע"ד יפה כוון הע"ש וכוון לדעת מור"ם רבו דודאי זה דוחק שיסבור מור"ם דלא כהמרדכי בלא טעם ובפרט שהביאו בד"מ בסתם אבל כשתדקדק במרדכי תרא' שכולם לדבר אחד נתכוונו וז"ל שם המפקיד ס"ת אצל חבירו גולל כל י"ב חדש ולא

יקרא בו לכתחלה פירש רב יודא גאון כשם שאסור לקרות בו כך אסור להעתיק ממנו אפילו אות אחת שלא ברשות דמרע לי' לפקדון וה"מ בבור וע"ה אבל חבר ות"ח מותר לקרות בו ומותר להעתיק ממנו ואפילו לכתחלה שלא ברשות והוא שאין לו כיוצא בו לפי שכשהפקידו אצלו יודע היה שהנפקד חבר וילמוד בו ואדעתא דהכין הפקיד אצלו כמו מפקיד מעות אצל שולחני דכשהן מותרין משתמש בהן ושמא הטעם משום דאיתא במדרש משלי על הדין קרא לא יבוזו לגנב כי יגנוב למלא נפשו כי ירעב שאין לבזות מי שגונב ד"ת והעתיקן עכ"ל (וכה"ג מצאתי בתוספתא פ"ז דב"ק המתגנב מאח' חבר והולך ושונה פרקו ואע"פ שנקרא גנב זוכה לעצמו שנאמר לא יבוזו לגנב כי יגנוב וגו' סוף שמתמנה פרנס על הצבור ומזכה הרבים וזוכה לעצמו ומשלם על כל מה שבידו שנא' ונמצא ישלם וגו' ואין שבעתים אלא ד"ת שנאמר אמרות י"י אמרות טהורות וגו' עכ"ל התוספתא) ולדעת הסמ"ע צריך לומר האי ושמא הטעם כו' טעמא אחרינא הוא וזה דוחק דהל"ל או שמא הטעם כו' ועוד דאם כן לטעם הראשון אמאי יהא מותר להעתיק ממנו וכי עולה על הדעת דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שיעתיק ממנו ועוד דאם כן הוה ליה למימר נמי בטעם הראשון דאדעתא דהכי הפקידו אצלו שילמוד בו ושיעתיקו ולמה לא כתב רק שילמוד בו ועוד דכיון דכבר כתב טעם לדבר לאיזה צורך כתב טעם אחר בל' ושמא כו' אלא ודאי כך הוא המשך דברי המרדכי המפקיד ספר תורה כו' ולא יקרא בו לכתחילה והטעם שמקלקלו בקריאתו ואם הוא חבר ותלמיד חכם מותר לקרות ולהעתיק ממנו שלא ברשות ואע"ג שמקלקלו לפי שכשהפקידו אצלו היה יודע שהוא חבר וילמוד בו והשתא קשיא ליה נהי דטעמא דאדעתא דהכי הפקידו אצלו מהני דמותר ללמוד ממנו אע"פ שמקלקלו מכ"מ אמאי מותר להעתיק ממנו הא ודאי אדעתא דהכי לא הפקידו אצלו שיעתיק ממנו לכך קאמר ושמא הטעם משום דאי' במדרש כו' אלמא שמותר לגנוב ד"ת ולהעתיקן א"כ אפילו קפיד בודאי מותר להעתיקן ואע"ג שמקלקלן במה שמעתיק מכ"מ אדעתא דהכי הפקיד אצלו שילמוד בו ואינו מקפיד על הקלקול א"כ תרווייהו צריכי טעם דאדעתא דהכי הפקידו אצלו צריך דמותר להשתמש בו אע"פ שמקלקלו קצת וטעם דלא יבוזו לגנב צריך דאף ע"ג דמסתמא מקפיד בהכי מותר וזה דעת מור"ם שמתחלה כתב שמותר לקרות ממנו כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו כלומר שמטעם זה מותר לקרות ולהעתיק אע"פ שמקלקלו ואח"כ כתב שיכולים ב"ד לכוף להשאיל ספריו ובכלל זה ג"כ שמותר להעתיק אפילו חבירו מקפיד על ההעתקה מטעם דלא יבוזו לגנב וכמ"ש העיר שושן וכן נ"ל עיקר ודוק:

סימן רצג

סעיף א

אלא במקום שהפקידו כו' הכי מוקים אביי בס"פ הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ח ע"א) לברייתא דהכי קאמר מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום אבדה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומן ופירושה דבמלוה יכול לכופו לשלם בכל מקום אם יש לו מעות או מטלטלים אבל באבדה ופקדון אע"ג דאית ליה זוזי לא מחייב כיון דגופא דאבדה ופקדון אין כאן וכן פי' הב"ח ובס' גדולי תרומה ריש דף קל"ח הקשה ע"ז דדבר פשוט הוא דמלוה להוצאה נתנה ואבדה ופקדון בעינייהו הדרי ולא הבנתי קושייתו דאם בא להקשות מאי אצטריך תנא לאשמועינן הא שפיר אשמעינן רבותא דיד המלוה על העליונה דאע"פ שאין יכול הלוה לכופו לקבל הפרעון במדבר מ"מ המלוה יכול לכופו לשלם במדבר אי אית ליה זוזי וגם באבדה ופקדון יש קצת חידוש דאע"ג דיש כאן דבר שהוא שוה ממש כמו אותו דבר שהפקיד אצלו כגון מעות מזומנים או כלי ממש כיוצא בו א"י לכופו לשלם לו כאן ונראה דאם יש להנפקד אותן מעות עצמו שהפקיד אצלו כאן יכול לכופו לשלם לו כאן וכן נראה להדיא מדברי ספר ג"ת שם ואע"ג דכתבתי לעיל סי' רצ"ב ס"ז דמוכח מדברי התוס' דהמפקיד אצל חברו מעות אפי' תובע אותם קודם שהוציאם הנפקד א"צ להחזיר להם אותן המעות כו' היינו משום דהתם יש לו מעות אחרים אבל הכא שאם לא נחייבנו לשלם כאן לא ישלם לו כלל נראה דחייב כן נלפע"ד עוד כ' הב"ח וז"ל אבל בעל התרומות בשער ל' תירץ דבמלוה יכול להשביעו שאין ספק בידו לפרוע חובו אבל על אבדה ופקדון אפילו יאמר לו אולי בידך הוא אין לו להשביעו דמסתמא לא הביא עמו וצ"ע לפ"ז אם יכול להחרים סתם עכ"ל ולפע"ד הבעה"ת שם לא כ"כ אלא לדינא לדידן אבל לא לתרוצי ברייתא דאפילו בטוען ברי לי שישנו לפקדון בידך לא מחייב אלא היסת ובשמא אפילו טוען אין לי לגמרי לא כאן ולא במקום אחר לא מחייב שבועת אין לי אלא מתקנת הגאונים כדלעיל ריש סימן צ"ט ובברייתא עדיין לא נתקנה שבועת היסת וגם נראה דהבעה"ת מיירי בטוען ברי אבל בשמא א"צ לישבע אף במלוה דתקנת הגאונים לא שייכא אלא בטוען אין לי כלל משא"כ הכא שרוצה לשלם לו במקום שהלוה לו ואומר שאין לו כאן מעות וכן משמע להדיא בבעה"ת שם וכתב וז"ל אם המלוה אומר ללוה במדבר פרע לי כאן מה שהלויתיך כי יודע אני שיש בידך ממון כו' וכן כתב הטור להדיא לעיל ר"ס ע"ד בשם הרמב"ן וז"ל המלוה אומר פרע לי כאן כי יודע אני שיש לך כו' ה"ז נשבע היסת שאין בידו ספק לפרעון חובו עכ"ל והיא מדברי בעה"ת שם וכדאיתא בב"י שם ולפ"ז מה שמסיים בבעה"ת אבל על אבדה ופקדון אפילו יאמר לו

אולי בידך הוא אין לו להשביעו דמסתמא לא הביאו עמו ע"כ וכן הוא בב"י לעיל ר"ס ע"ד בשמו הוא מגומגם דל' אולי משמע דהיינו שמא והא בברי מיירי הכא וכמ"ש ובס' ג"ת שם נסתפק אם מלת אולי ט"ס הוא ולא ידעתי מה ספק יש כאן פשיטא ט"ס יש כאן דאל"כ מאי בין הלואה לפקדון ועוד מאי אפילו יאמר אולי כו' מאי רבותא היא זו ועוד דל"ל לטעמא דמסתמא לא הביא עמו תיפוק ליה דבלא"ה אין נשבעין על טענת שמא ולכאורה היה נראה למחוק תיבת אולי לגמרי אך קשה לפ"ז היאך פשיטא דבאבדה ופקדון א"צ לישבע אפילו טוען ברי שהוא אצלו וגם קשה היאך נפל הטעות תיבת אולי כאן לכך נלפע"ד דתיבת אולי מהופך הוא וכך צ"ל אבל על אבדה ופקדון אפילו יאמר ברי הוא אולי אין לו להשביעו כו' כלומר דבמלוה פשיטא דבטוענו ברי בידך הוא ממון יש לו להשביעו היסת אבל באבדה ופקדון אפילו יאמר לו בידך הוא איכא ספיקא בדבר ואולי אין להשביעו מטעמא דמסתמא לא הביא עמו אבל מ"מ נראה דיכול להחרים סתם אפילו בשמא ודלא כב"ח שכ' דצ"ע כן נלפע"ד:

סעיף ב

א"י לתובעו כו' שיוליכנו לצפורי או יתן לו דמי שויו אלא צריך ללכת אחריו לטברי' כ"כ הש"ג פ' הגוזל ע"ש:

סעיף ג

אפילו נתנו לו בע"כ עיין בסמ"ע ס"ק ב' ואין דבריו מוכרחים ע"ש ודוק:

סעיף ד

אבל אם אמר להביא לו כו' עיין מ"ש לעיל סי' ע"ד וס"ס ק"כ:

סעיף ה

תוך הזמן כו' אפילו בישוב כ"כ בש"ג פ' הגוזל בתרא ופשוט הוא וכן משמע בסמ"ע:

סעיף ו

אינו מקבלו ממנו כו' איתא בתוספתא פ"י דב"ק לא יחזיר לו במדבר כו' והאבדה חוזרת לבעלים בכל מקום ונ"ל הטעם שהרי לא הפקידו אצלו מדעתו מיהו היינו דוקא כשמחזירו ליד הבעלים הא לאו הכי בעי' מקום המשתמר ברשות הבעלים כדלעיל ר"ס רס"ז:

סעיף ז

גם אני כו'. ורש"ל פ"י סי' נ"ד פסק דבעי ג"כ שיאמר אי בעינא אהדר לך ע"ש:

סעיף ח
המפקיד אצל חברו כו' עיין בתשו' רשד"ם סי' מ"ו ותכ"ד ובתשו' מהרא"ן ששון סי' תכ"ד:

סעיף ט
דפטור הנפקד. כתב רש"ל סי' נ"ג שם דאם הוליכו הנפקד דרך יער שאין בו סכנה גדולה ונגזל שם פטור אבל אם היה ישן וחבלוהו וגזלו חייב ואם העכו"ם מודה שחבלו אין דין עכו"ם שהנחבל נשבע ונוטל וחייב הנפקד להוציא ממונו ואם הלסטים מגזם לו אינו חייב להוציא וע"ש:

סעיף י
ויש מי שאומר כו' ולעיל סי' קכ"ה סס"ב כ"כ בפשיטות וע"ש:

סעיף יא
אלא שהיה רגיל כו' דכיון שהיה רגיל להפקיד אצלו ודאי ניחא ליה למפקיד שגם עתה ישאר בידו ולכאורה נראה דהיינו דוקא כשאצל זה הנפקד שהיה הפקדון בידו לא הי' המפקיד רגיל להפקיד דאל"כ מאי אולמא האי מהאי עכ"ל סמ"ע אבל באמת ז"א אלא אפילו רגיל להפקיד אצלו ג"כ מ"מ כיון שעתה אין המשלח יכול לומר אין רצונו של המפקיד שיהא פקדונו ביד אחר א"י לחזור בו וכן משמע בש"ס ופוסקים ועוד ראיה דהא גבי הלואה בכל ענין א"י לחזור בו אע"ג דלא אולמא האי מהאי:

סימן רצד

סעיף א
מיד נעשה עליו גזלן עיין בסמ"ע עד ואין נ"מ בזה דהרי נעשה עכ"פ חייב באונסי' כו' מ"מ נ"מ לענין שנעשה חשוד כדלעיל סי' צ"ב ס"ד:

סעיף ב
ישבע שהוא כדבריו שאינו ברשותו שנגנב או שנאבד ואינו ברשותו ושבועה זו דאינה ברשותו דאורייתא הוא כיון דבשבועה זו פוטר עצמו מתשלומים והכי מוכח בש"ס פרק הגוזל סוף (בבא קמא דף ק"ז) וריש פ' שנים אוחזין דשבועה זו שאינה ברשותו דאורייתא היא ע"ש אבל שבועה דאינו ברשותו דלקמן סי' רצ"ה היא מדרבנן כיון שמשלם ומשביעין אותו שאינו ברשותו מחשש דשמא עיניו נתן בה:

סעיף ג

שלא פשע בשמירתו. כתב רבינו ירוחם והביאוהו האחרוני' דמשביעינן ליה שלא פשע אבל לא סגי שנשבע שנעשה שלא בכוונה והטעם דלשון זה משמע דמודה דפשע ולא נזהר לשומרו כראוי אלא שלא עשה כן בכוונה והכי איתא להדיא בש"ס ס"פ האומנין ובהרא"ש שם וכ"כ הב"ח:

סעיף ד

שאם שלח בו יד קודם לכן כו' משמע כפי רש"י בפי' לא שלחתי בה יד דהיינו לעשות בה מלאכ' או שאר הנאה ולא כפי' ר"ת שמפרש שלא אכלה וכן משמע דעת הפוסקים וכן נ"ל עיקר מדאמרי' בס"פ המפקיד בהא קמפלגי מר סבר שליחות יד צריכה חסרון ומ"ס אין צריכה חסרון והכי קי"ל דא"צ חסרון משמע דלכ"ע ל' שליחות יד היינו לעשות בה מלאכה או שאר הנאה ובהכי ניחא דלא תקשי מה שהקשה הב"ח סעיף ה' למה השמיט הטור פי' ר"ת גם מה שכ' הב"ח שם וז"ל מיהו נראה דהכל מודים לר"ת דשבועה שלא אכלה אינה בכלל שבועה שלא פשעתי בה ושאינה ברשותו ולכך צריך ליזהר דכשמשביעין אותו שלא שלח בה יד צריך לפרש בשבועתו תרווייהו שלא שלח בה יד לעשות מלאכתו וגם לא שלח בה יד לאכלה עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהא כיון דקי"ל צריך לישבע שלא שלח בה יד משמע היינו לעשות בה מלאכתו או שאר שום הנאה בעולם ואם כן פשיטא דאם אכלה נהנה ממנה ושלח בה יד ואם כן כשנשבע שלא שלח בה יד דסגי בין למר בין למר ודוק (עיין בתשובת מהרי"ט סוף סימן ע"א):

סעיף ה

זה שאמרנו כו' עיין בתשו' מבי"ט חלק ב' סימן רפ"ט וסי' רצ"ב ובתשו' רשד"ם סימן תל"ח:

סעיף ו

והביא עדים שנאנס כו'. נ"ל דהיינו דוקא שהעדים אומרים גלימא כזו ממש ששואל המפקיד ראינו שנאנסה אבל לא ידענו שהיה של מפקיד וכן מדוקדק יותר מל' הרמ"ה בטור שכתב ומביא עדים שנאנס בידו החפץ ששאל המפקיד כו' אבל אם אומרין ידענו שנאנס לו גלימא אבל לא ידענו אם היה ממש כזו ששואל המפקיד צריך לישבע ובזה ניחא דל"ק מה שהקשה הב"ח על הרמ"ה מפ' המפקיד גבי שיש עדים שנשרפה כו' דלא מצי לאוקמא בהכי דא"כ הרי הם מעידים שהיה שוה כמו ששואל המפקיד וא"כ שבועה זו דכמה היה שוה למה ובלא"ה לק"מ ע"ש ודו"ק:

סעיף ז

נגנב הפקדון כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד עפ"ר כו' וכתבתי דמ"ה נקט באונס גם בש"ח משום דבאונס ליכא כפל להוציא מיד הלסטים מזויין וכו' אישתמיטתיה הש"ס דפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ז) דאמרינן התם דלסטים מזויין גנב הוא וחייב כפל וכן הוא באשר"י שם וכ"פ הרמב"ם פ"ד מה' גניבה דין ד' וגם הטור בס"ס ש"ן משמע דס"ל הכי ע"ש גם מ"ש בגניבה בלא אונס שהכפל לשומר בשביל טרחתו לא נהירא כלל והכי מוכח בש"ס פרק הכונס שם דמוקי למתניתין דאמר הריני משלם ואיני נשבע ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר דשוכר כש"ש ומיירי בלסטי' מזויין דגנב הוא אלמא דאם לא אמר הריני משלם הכפל לבעלי' אע"ג דש"ש אפי' לאביי מחויב לעשות דין ודוחק לומר דאשמועי' כשאמר הריני משלם הכפל מיד לשוכר ודוק אבל העיקר דמשום ש"ש נקט הטור לסטים מזויין שוב מצאתי בהשגת הראב"ד ריש הלכות גניבה כתב ג"כ דלסטים מזויין גנב הוא וגם ההמ' שם כתב כן אלא שדחק עצמו ליישב גם דברי הרמב"ם כן והדבר פשוט שנוסחא מוטעת נזדמנה להם בדברי הרמב"ם דריש ה' גנבה שהיה כתוב לפניהם לסטים מזויין שגנב אינו גנב אלא גזלן כו' והגירסא נכונה כמו שהיא ברמב"ם שנדפסו שנת ש"י וכן בהנדפסים עם כסף משנה וכן בשאר דפוסים אינו גזלן אלא גנב וכ"כ המגדל עוז שם ויפה כוון בזה ודברי הרמב"ם שבפ"ד מהל' גנבה יוכיחו ג"כ ע"ז ע"ש ודו"ק ובב"י לקמן סי' שמ"ח הועתק ל' רמב"ם גזלן ולא גנב כו' וראב"ד השיגו וטעות הוא (ועיין בתשוב' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ב וצ"ע וע"ל סי' ש"ה ס"ב):

סעיף ח

עושה דין עם הגנב עיין בסמ"ע ס"ק ז' מ"ש דלרש"י כיון שנמצא הגנב הרי השומרים מחוייבים לשלם להמפקיד עכ"פ והן יחזירו להוציא הגניב' מתחת יד הגנב וכ"כ הטור בהדיא ע"ש עכ"ל מיהו אף לרש"י והטור היינו כשידוע שיחזור ויוציא את שלו מהגנב הלכך צריך לשלם כיון שאינו מפסיד כלום אלא שטורח להוציא מידו כן הוא ברש"י וטור להדיא ופשוט הוא:

סעיף ט

י"א דהדין עם שמעון כו'. ואני מצאתי בב"י לקמן ס"ס של"ה שכתב שדברי ת"ה מגומגמין בעיניו ודקדקתי וראיתי לפע"ד שהדין עמו דל"ד להיכר הגנב שהיה שומר עליו וננגב ממנו בביתו ורשותו ודאי מחויב לעשו' כל מה דאפשר להחזירו לבעליו כיון שהיה ש"ש משא"כ הכא ועוד שאני התם כיון דלא נפטר אלא בשבועה ואפשר דאם הביא עדים שננגב באונס והוכר הגנב פטור וה"ה הכא בחוב של שמעון וגם בת"ה גופא

שם כתב דלפי סברת הלב יראה דלא יתחייב ראובן כלל לטרוח אלא שכתב אח"כ אמנם אשכחן בש"ס ממש כה"ג גבי הוכר הגנב כו' וכיון שנתבאר שאין מן הש"ס ראיה לכאן א"כ מסתברא דאין ראובן חייב לטרוח:

סימן רצה

סעיף א

הריני משלם כו'. וכתב הרא"ש אע"פ ששילם צריך לישבע שאינו ברשותו ולא אמרינן שמחל לו השבועה במה שקבל התשלומים דמסתבר טפי למימר שקבל התשלומים שלא יחזור בו ומה שהקשה הב"ח עליו דהא א"י לחזור בו כיון שקיבל עליו בב"ד לשלם לק"מ דה"ק שהמפקיד סובר שיחזור בו ויצטרך אח"כ לאוקמיה בדינא ודייני לכך קבל המעות וכ"כ בס' מע"מ וכן עיקר ואף הרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים לא נחלקו אהרא"ש בזה ומה שכתבו הריני משלם כו' אורחא דמילתא נקטו דמשבעינן אותו תחלה ואח"כ משלם דשמא ע"י השבוע' יפרוש ויתן גוף החפץ ולא יצטרך לשלם אבל אה"נ דאם שלם מתחילה דמשבעי' אותו שאינו ברשותו ודלא כהב"ח ודו"ק:

סעיף ב

נמצא כל שומר כו'. עיין בספר לחם משנה פ"ד מהלכות שאלה ופ"ה מהלכות טוען ודו"ק:

סעיף ג

שילם כו'. ל"ד אלא מיד כשאמר הריני משלם דינו כשילם ואע"ג שדעת הרא"ש דבעינן דוקא שנשבע שבועה שאינה ברשותו דאל"כ לא סגי באמירה לחוד עד שישלם ונמשכו אחריו תלמידיו הטור ור' ירוחם מ"מ דעת כל הפוסקים אינו נראה כן וכ"פ הב"י והב"ח ועיקר ודלא כסמ"ע ס"ק ו' ואמרינן בש"ס שואל עד שישלם מ"ט כיון דכל הנאה שלו בדבור' לא מקני ליה כפיל' וכ"כ הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים וכתב נ"י בשם הר"ן דלפ"ז אפילו היכא שהתנה השואל להיות כש"ח דמצי פטר נפשיה במידי דשכיח לא מקני לי' כפיל' בדבור ומביאו ב"י וכ"כ התוס'. ומשמע דשואל שאמר הריני משלם אע"פ שנשבע שאינו ברשותו לא מקני לי' כפיל' עד שישלם ממש והכי מוכח להדיא בהרא"ש שפי' דשאר שומרי' לא קני כפיל' בדבור בעלמא עד שישבעו ג"כ שבוע' שאינה ברשותו א"כ הא דאמרי' שואל עד שישלם ע"כ דאפילו אמר ונשבע לא מהני דאל"כ אין חילוק בין שואל לשאר שומרין וכן מוכח בטור (ואע"ג דכתבתי בסמוך דשאר פוסקי' לא ס"ל כהרא"ש היינו לענין דשאר שומרין קונין הכפל אף שלא נשבע אבל לענין שואל משמע

דס"ל כהרא"ש) והב"ח כתב לקמן סי' שד"ם על מ"ש הטור בשואל ומיהו אם שלם ואחר כך נמצא הגנב קנה הכפל נראה דה"ה אם נשבע ולא שילם קנה הכפל כדלעיל סי' רצ"ה ס"ג ורבי' כאן חדא מניהו נקט עכ"ל ושגגה היא בידו אלא דוקא נקט הטור שילם וכדפי':

סעיף ד

ולא רצה כו' דוקא ששילם מרצונו אבל היכא דהכריחו הדיין עד שהוכרח לשלם כגון שאמר פשעתי ולא רצה לשלם או שאומר איני יודע היכן הנחתיו דהוי פשיעה ולא רצה לשלם והכריחו הדיין וגבה ממנו בע"כ ל"ק השבח כן הוא בש"ס פ' המפקיד ובפוסקים וכתב בהגהות מרדכי דריב"א דקדק מדברי רב אלפס וראב"ן דהיכא דלא הוצרך לגבות ממנו בע"כ לא מיקרי אטרחיה עכ"ל ור"ל מדסיים רב אלפס דהא אגביה לאפדני מיניה ותיפוק ליה דלא שילם ברצונו אלא משמע דוקא היכא דגבה ממנו בעל כרחו וכן משמע בהתו' והרא"ש שם ע"ש וב"י כתב דהכי דייק ל' הטור ואין להקשות דהא כתבו התוס' והרא"ש גבי הא דבעי בש"ס אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מהו דאע"ג דלא מצי הדר ביה מ"מ לא מקני ליה כפיל' משום דאטרחי' לב"ד כו' דהתם שאני שאמר הריני משלם ולא שילם עדיין הלכך כשאמר אח"כ איני משלם אטרחי' לב"ד וכיון שלא שילם לא מקני ליה משא"כ הכא ששילם ודוק עיין בהרא"ש סוף שבועות מי שאמר אני נשבע ורוצה לגלגל עליו טענות אחרות ואמר הריני משלם אעפ"כ מקני ליה כפילא וע"ש:

סעיף ה

רצה לישבע. כלומר לא רצה לעמוד בשבועתו וה"ה כשנשבע שבועת השומרין ושילם אח"כ קנה כל שבח דמעלמא הכי אמר רבא בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ח) וכ"פ כל הפוסקים מיהו כשנשבע תחלה לא סגי אח"כ באמיר' לחוד עד שישלם כ"כ התו' פ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ד ע"א) ד"ה אלא ע"ש:

סעיף ו

ואח"כ הוכר הגנב ה"ה אפילו נמצא אח"כ ולא הוכר הגנב זכה בשבח דממילא כגון ביוקרא כדמוכח בש"ס גבי עובדא דכיפי וכן מוכח בפוסקים אלא נקט הוכר הגנב משום כפל ועוד מוכח בש"ס שם דאפילו נמצא אח"כ בבית השומר כל שלא ידע השומר בשעה ששילם או שאמר הריני משלם זכה אח"כ ביוקרא ע"ש ודוק:

סעיף ז

כל שבח דאתי מעלמא. היינו אחר ששילם וכן כתב הראב"ד פ"ח מהל' שאלה ובסמ"ע ס"ק ו' כתב בסתם דאם הוקרה הבהמה אחר שהופקד' בידו דא"צ הנפקד ליתן אלא דמי שווי' בשעת הפקדון והיינו שנמשך אחר הרב המגיד שהשיג על הראב"ד והקשה עליו

דהא ללישנא בתרא דרבא עכ"פ מקני ליה משעת גניבה וללישנא קמא מקני ליה למפרע משעת פקדון ולפעד"נ עיקר כהראב"ד ולק"מ דנהי דקנה למפרע משעת פקדון מ"מ הא קאמר דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה לשלמני תהא קנוי' לך מעכשיו ופשיטא אילו הוי תבע ליה לנפקד לקמן לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביע' אם לא היה רוצה לישבע דדילמא השתא פשע וכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה א"כ ה"ק כשתגנב ותרצה לשלמני מה שיגיע לי ע"פ הדין אז תהא קנוי' לך מעכשיו וליכא לאקשויי א"כ מאי פריך בש"ס אי הכי אפי' גיזותי' וולדותי' נמי דהכי פריך דגוף הגיזות והוולדות יהיה לנפקד כשירצה לשלם דמיהן יהיה הכל שלו למפרע ובריית משמע דחוץ מגיזותי' וולדותי' דל"ק אותם כלל אפילו ישלם כפי שעת התביע' ועוד הארכתי בזה בספרי ע"ש ודו"ק מיהו היכא דאיכא עדים מתי נאבד אך אינם יודעים אם בפשיעה או לא אז אינו חייב לשלם אלא כשעת האבידה וכל שבח דיוקרא שבא אחר הגניבה הוא של נפקד אבל שבח דיוקרא שבא אחר הפקדון עד שעת הגניבה לא משכחת לה שיהיו של נפקד אפילו ללישנא קמא אלא כדאמרן כן נ"ל ברור ודלא כהרב המגיד וסמ"ע שנמשך אחריו ונ"ל שגם הרמב"ם מודה להראב"ד ע"ש וכן משמע לכאורה בנ"י ר"פ המפקיד ע"ש:

סעיף ח

דאתי מעלמא. היינו כפל או שנתייקרה ובמרדכי ס"פ המפקיד איתא דה"ה במפקיד ששילם לנפקד בעד משכון של עכו"ם שזכה בריבית של העכו"ם ע"ש. וכתב הרב המגיד והנ"י בשם הרשב"א דאם היה לש"ש עדים שנאנסה או לש"ח עדים שנגנבה מידו ואפילו הכי רוצה לשלם לא מקני ליה כפילא דמתחלה לא אסיק המפקיד אדעתי' שישלם לו השומר כשיהיה לו עדים בכה"ג דפטור בו ולא מקני הכפל מתחלה אדעתי' דהכי וה"ל כמוכר לו הכפל השתא דלא מהני מטעם שאין אדם יכול למכור קנסיו כן מבוא' בנמוקי יוסף בשם הירושלמי וכן הוא באמ' בירושלמי ולפ"ז אם נתייקר' זוכה במה שנתייקר' דזה יכול למכור מיהו דוקא כשעשה איזה קנין כגון משיכה וכה"ג דאל"כ הא אין מעו' קונות ועיין בתוס' ר"פ המפקיד ד"ה כגון פירות דקל ודוק ואין להקשות אם כן מאי דבעי בש"ס שלמו בנים מהו ופירש"י והרי"ף והרא"ש והרמב"ם וטור כגון שלא הספיק לתבוע את השומר עד שמת ותבע לבניו ושלמו הרי הבנים היו פטורין אפילו משבועה י"ל דמ"מ אי הוי ידעי' שאביהן פשע היו חייבין לשלם מנכסי אביהן ודילמא ידעי ואינם רוצים לעשות עולה ומשלמין ולפ"ז מיירי שהניח להם אביהן נכסים דאל"כ פשיטא דלא זכו בכפל כיון דאפילו ידעי שאביהן פשע פטורים ודו"ק. עוד כ' הנ"י והרב המגיד

בשם הרשב"א דאם יש בש"ח עדים שפשע או בש"ש שנגנבה אם אמרו אנו משלמים או ששלמו בלא כפיית ב"ד זכה בכפל וה"ה כתב שם שהרמב"ן והרמב"ם חולקין ע"ז ע"ש וכן נ"ל עיקר דכן מוכח בש"ס דלא קנה כפל אלא במגו דאי בעי פטר נפשיה ש"ח בגניבה ואבידה או ש"ש בנאנס ומ"ש הרשב"א שכן משמע בירושלמי ליתא כן בירושלמי שלנו ואפילו יסבור הירושלמי כן אנן נקטי' כש"ס דילן ובפרט שהרי"ף והרא"ש לא הביאו הירושלמי:

סעיף ט

אבל לא שבח דמגופא. משמע אפילו השבח שבא אחר הגנבה לא קני כיון שבא מגופא וכ"כ הרב המגיד לדעת הרמב"ם וכן נ"ל שהיא דעת הרא"ש וטור ור' ירוחם שפסק כלישנא קמא דרבא וללישנא קמא צריך לומר דנעשה באומר לו חוץ משבחא דגופא וכדאיתא בש"ס וקרוב אצלי שכל הפוסקים מודים לזה כיון דר' זירא משמע בש"ס דס"ל כלישנא קמא והמפרשים שהביא ה"ה וכ' שנראה מדבריהם שחולקים נלפע"ד דהיינו בקושיא דר' זירא אבל לפי מסקנא דר' זירא דנעשה כאומר חוץ מודים המפרשים דשבחא דמגופא לא קני אפילו בא אחר הגנבה דהא דומיא דכפל אמרינן דשבחא דגופא ל"ק והיינו שבא אחר הגנבה ואע"פ שה' המ' הבין מדברי המפרשים שחולקים לפע"ד אינו מוכרח ודוק:

סעיף י

שבח דמגופא היינו גיזות וולדות ועיין עוד בטור ורמב"ם הרבה דינים מכפל ונ"מ גם בזמן הזה אי תפס או נתייקרה:

סעיף יא

דמגופא. ל' רמב"ם פ"ח מהלכות שאלה אמר הריני משלם כו' טבח ומכר כו' חזרה הבהמה עצמה חוזרת היא וגיזותיה וולדותיה כו' ובב"י הביא דברי תלמידי רשב"א שהביאו ראיה לזה מפ' הגוזל גבי תבעי' בעלים לגנב כו' שהבהמה עצמה חוזרת ואין ראיית' מוכרח ע"ש ודוק ומדברי התוס' ר"פ המפקיד סוף ד"ה כגון פירות דקל כו' משמע שגוף הפרה מכור לו רק דשבח דמגופא לא הקנה דה"ל כאומר לו חוץ משבח דמגופ' ע"ש ודוק וקרוב לומר שגם הרמב"ם לא בא לומר שאף שהשומר רוצה דוקא הבהמה חוזרת לבעליה אלא משום דמיירי התם באמר הריני משלם ולא שילם קאמר חזרה הבהמה עצמה ולא טבח ומכר חוזרת עם גיזותי' וולדותי' שהרי לא שילם עדיין ומסתמא אינו מקפיד על גוף הבהמה (אלא) רק על הדמים לכך נקט סירכא דלישנא חוזרת היא וגיזותי' כו' ודו"ק עוד פסקו הרא"ש והטור ור' ירוחם כלישנא קמא דרבא

דאפילו היתה עומדת באגם סמוך לגניבתה קנה השומר שבחא דמעלמא ואע"ג שנלע"ד שהכרעת הרא"ש אינה מכרעת מ"מ נלפע"ד מטעם אחר לפסוק כן כיון דרבי זירא משמע דס"ל הכי וכ"כ הרב המגיד לדעת הרמב"ם והיינו שלא חילק הרמב"ם בין עומדת באגם או לא:

סעיף יב

שתי כסף. ובכלים סגי בשומרי' בש"פ להרא"ש וסייעתו ולהרמב"ם וסייעתו אפילו בפחות מש"פ וכמ"ש לעיל סי' פ"ז סעיף ד':

סימן רצו

סעיף א

שאין אומרים מגו לפטרו משבועה כו'. עיין בסמ"ע ס"ק א' שדחה דברי הע"ש ולפע"ד דברי הע"ש נכונים ומוכרח לומר כדבריו דאל"כ אין טעם לחלק בין ממון לשבוע' גם הל' שכתב הסמ"ע משום דקשה על חז"ל להוציא הממון מיד בעליו כו' אינו נכון דהא מגו דאורייתא הוא וכל היכא דאיכא מגו פטור מדאורייתא מממון וא"כ תצטרך לומר שהתורה הקילה בממון ולא בשבוע' וזה דוחק ועוד דמה טעם יש בדבר הא שבועה אתיא לכלל ממון וכמ"ש הרא"ש אלא בע"כ צ"ל כמ"ש הע"ש וז"ל כשאדם טוען לפטור עצמו מממון בטענותיו הוא במחשבתו מקבל עליו כו' עד הוא עצמו לא חשב להפטר משא"כ במגו דממון מפטור לפטור נ"ל עכ"ל והשתא יש טעם לחלק בין ממון לשבוע' ודוק עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רצ"ב:

סעיף ב

אלא שאין זה מגו טוב כו'. דהיה מעיז מיהו דוקא הכא כיון שהפקיד אצלו וכן במ"מ לא אמרינן דיה' נאמן במגו דאי בעי כופר הכל משום דהיה מעיז כיון שהלוה לו והי' כפיר' אבל בעלמא אמרי' שפיר מגו בכה"ג כמ"ש לעיל סי' צ"ג בשם התוס' ועוד הוכחתי שם כן ממקומו' אחרים וכבר הארכתי בזה לעיל ס"ס פ"ב בדיני מגו אות ו' ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק ב' עד מ"מ כיון דעיקר השבועה אינה אלא תקנת חז"ל הקילו בה כו' ולפמ"ש לעיל דבעלמא אמרינן שפיר מגו בכה"ג אין צורך לזה אלא בשותפים כיון דלא היה כפיר' אמרינן מגו ודו"ק:

סעיף ג

אבל אם טוען כו'. עיין בסמ"ק ס"ק ג' עד אבל אם יש בידו שטר על זה אינו נפטר אלא בש"ד במגו כו' וכ"כ הטור והע"ש דצריך לישבע על טענה דהחזרתי ש"ד בנקיטת חפץ

משמע לכאורה דהיינו ש"ד ממש וכן כתב הב"ח להדיא דדעת הרי"ף והטור דהיינו ש"ד דלא כהתו' בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע' ריש ע"ב) שכתבו דהיינו שבועה דרבנן דהתו' לא כ"כ אלא לפי' ר"ת דס"ל דאי טען נאנסו ליכא ש"ד כיון דלא הודה במקצת אבל למאי דקי"ל אנן דלא בעינן הודאה במקצת בטענת נאנסו א"כ גם שבועה זו ש"ד היא עכ"ל ולפע"ד דגם הטור והע"ש שכתבו שבוע' דאורייתא לאו ש"ד ממש קאמרי אלא שבועה כעין דאורייתא קאמרי ולא באו אלא לומר דצריך לישבע בנקיטת חפץ דודאי לא אשכחן ש"ד אלא בטענת נאנסו דרמא רחמנא שבועה עליה דאל"כ כל א' יטעון נאנסו ואין הלה מכיר בשקרו משא"כ בטוען החזרתי שהלה מכחישו ליכא כאן ש"ד וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ע"ח וכן מ"ש הרי"ף בפרק המפקיד אידי ואידי שבועה חמורה באנקוט' חפצ' לא בא אלא לומר דגם בחזרתי בעי ש"ח באנקוטי חפצ' כמו אילו טען נאנסו אבל מ"מ היינו מדרבנן והשתא הרי"ף והטור לא פליגי אהתו' ודלא כהב"ח דמ"ש התו' שם דהיינו מדרבנן מ"מ מודים דבעי אנקוטי חפצא דהא כתבו דהך שבועה מדרבנן ונתקנה קודם שבועת היסת כמו ההוא דהכותב דפוגמת כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה דקאמר התם דהוי מדרבנן עכ"ל ופוגמת ועד אחד פשיטא דבעי נק"ח וכמו שנתבאר לעיל סי' פ"ד ובא"ע סי' צ"ו וכמ"ש התוס' גופייהו בפרק הכותב וכ"כ רבינו שמשון מקינון בפשיטות בסוף ספר הכריתות וז"ל מגו אמרי' אף היכא שצריך שבועה דרבנן מגו דאי בעי אמר טענה מעליותא אע"פ שבאותה טענה איכא ש"ד כיון שבטענה שטוען ליכא אלא שבועה דרבנן מהא דאמרי' המפקיד אצל חברו בשטר נאמן לומר החזרתי לך בשבועה מגו דאי בעי טעין נאנסו והך שבועה דנאנסו הוי מדאורייתא פי' שבועות שומרין ואפילו הכי מהימן בהאי מגו כיון שבטענה שטוען החזרתי לא שייכא שבועה אלא דרבנן עכ"ל וכ"כ בעל המאור בפ' המוכר את הבית דף קצ"ד ע"א וז"ל דהא שבועת נאנסו שבועת התורה עצמה היא דהיינו שבועת השומרים מה שאין כן בשבועת החזרתי לך דבתורת מגו היא דאתי' ומדרבנן כעין דאורייתא הוא כעין נאנסו אבל היא עצמה אינה שבועת התורה עכ"ל "ולא אמרי' משואיל"מ וכן מוכח להדיא בתו' פ' חז"ה דף ל"ג ע"ב ד"ה ה"ל מחוייב שבועה כו' ע"ש בתחלת הדבור ודוק וכה"ג ממש כתב הרב המגיד פי"א מהלכות שכירות גבי אם יש ע"א ששכרו והוא אומר שפרעו ומביאו ב"י לעיל סי' פ"ט ס"ו והיינו שכתבו הרמב"ם והמחבר וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לישבע מן התורה בנק"ח כך כשטוען החזרתי צריך לישבע כעין של תורה הרי דבטוען נאנסו כתבו שצריך לישבע מן התורה אלמא דס"ל דבשבועות שומרין לא בעי הודאה במקצת וכ"כ הרמב"ם להדיא שם דין ח' ואין א' מן השומרים צריך להודות במקצת

עכ"ל וכ"כ המחבר בכמה דוכתי ואפ"ה בטוען החזרתי כתבו כעין של תורה (וכ"כ הטור לעיל סי' קכ"א סעיף ח' ואע"ג דהסמ"ע שם כתב בס"ק י"ד דהיינו שבוע' דאורייתא ממש כבר השגתי שם עליו ע"ש) משמע דהיינו מדרבנן אלא דצריך נק"ח כעין של תורה וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ט ממש כהרמב"ם וכל זה ברור ונ"מ בין שבועה דאורייתא ממש ובין שבועה כעין דאורייתא לענין נחתי' לנכסיה וכן לענין היפוך וכן לענין חשוד כדאיתא בסי' פ"ז ס"ט וי' וי"ג ועוד יש שאר נפקותו' ודוק:

סעיף ד

נאמן בשבועה עיין בהרא"ש ר"פ קמא דמציעא שכתב דאם יש לו ע"א מסייעו לפטרו מן השבועה והוא סותר למ"ש לעיל סי' פ"ז ס"ו בהג"ה ועמ"ש שם:

סעיף ה

בד"א כו'. ע' בתשו' מהרי"ט סי' ק"ה סוף דף קכ"ז:

סעיף ו

הרי השומר נשבע היסת. עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד דכיון שהשומר משיבו אלו הפקדת בידי ולא יותר ומה שנתת אתה נוטל ה"ל הילך במה שמודה כו' וכ"כ בע"ש ולפענ"ד דלא מטעם הילך פטר ליה אלא משום דכיון דאומר מה שהנח' אתה נוטל לא הודה בדבר שבמדה ומנין כדלעיל סי' פ"ח סכ"ג וכן כתב בב"י להדיא ולפ"ז י"ל דכאן לא הוי הילך וכגון שנרקבו בפשיעתו וכ"כ המחבר גופי' לעיל סי' פ"ח סכ"ד ע"ש ע' בתשו' רשד"ם סי' מ"ח:

סעיף ז

אלא הנח לפניך כו'. ע"ל סימן רצ"ד [רצ"א] ס"ב:

סעיף ח

אבל לא ידענו אם היה בתנאי אם לאו כו' כתב הכ"מ והב"ח דהיינו דאע"ג דהעדים מעידים שהפקיד בסתם כבר אפשר שמתחלה התנו ביניהם בכך וכך ואח"כ מסר לו הפקדון בפני עדים סתם על סמך התנאי שהיה ביניהם מתחלה ונאמן השומר בטענ' זו מטעם מגו לאפוקי אם טוען תנאי היה בינינו אחר מסירת הפקדון כשיצאו העדים דא"נ במגו וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א ע"ש:

סעיף ט

לפיכך ישבע כו'. כתב ה' המ' יש קצת תימ' בעיני שהרי כבר כתבו כשהפקיד אצלו וז"א לא אמרתי אלא הנח לפניך נשבע היסת כו' וכאן הדברים מראים שהוא ש"ד שהרי כתב שמדין מגו היא ובודאי אם היה טוען נאנסו היה צריך לישבע שבועת התורה ואפשר

שיהי' הדין כאן מפני שיש שם עדים ואי"ל להד"ם ומכל מקום הרי יכול לומר החזרתי אע"פ שיש שם עדים ואם ר"ל כגון שלא זזה ידו מיד העדים ה"ל לבאר עכ"ל והבית חדש תמה על תמיהתו דשאני הכא כיון שנעשה שומר וחייב לישבע ש"ד שלא שלח בה יד חייב לישבע ג"כ ש"ד שהיה תנאי בינינו מצד גלגול והוא דבר פשוט ול"ק ולא מידי עכ"ל (וכה"ג כתב הכ"מ) ולפענ"ד לא ירד לס"ד הרב המגיד דודאי אין כוונת ה' המגיד להקשות ממה שנשבע ש"ד דפשיטא די"ל דהיינו מצד גלגול אלא כוונת ה' המ' דמוכח מהרמב"ם דשבועה זו שהיה תנאי היא ש"ד אפילו בלא גלגול כגון שהיו עדים שלא שלח יד ושאינו ברשותו מדכתב מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי כו' הרי כיון שאינו נאמן אלא מכח מגו דנאנסתי ובנאנסתי היה צריך לישבע שבועה חמורה גם עתה צריך לישבע ש"ח דאי ר"ל דבלא גלגולים אינו נשבע רק היסת אפילו בלא מיגו דטענת נאנסו ה"ל להאמינו במגו דלהד"ם או החזרתי ותו מדסיים ואם יש עדים שפשע חייב כו' משמע דביש עדים שפשע לחוד סגי אע"פ שאין עדים שלא החזיר ומשכחת לה כגון שיש עדים שיצאתה לאגם א"כ מעידים שהיתה תחלתו בפשיע' וזה אינו דבעינן דוקא שיעידו שפשע ונאבד בפשיע' דאל"כ אע"פ שמעידים שפשע מ"מ אפשר שהחזיר אח"כ וא"כ אפי' לית ליה מגו דנאנסתי פטור במגו דהחזרתי ועוד נ"מ היכא שהיה חייב להביא ראיה על טענתו דנאנסתי כגון שהיה במקום שעדים מצוים דאז אינו נאמן במגו דנאנסתי כדלעיל ס"ג וא"כ משמע דאינו נאמן לומר תנאי היה וזהו אינו דהרי מ"מ יש לו מגו דלהד"ם או החזרתי וע"כ מוכרח לומר כמ"ש ה' המגיד דמיירי שיש עדים שהפקידו ושלא החזיר ולפ"ז גם בטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך אם הפקידו בעדים וגם לא זזה ידו מידם בענין שא"י לטעון להד"ם או החזרתי צריך לישבע ש"ח בנק"ח כאלו טען נאנסו וכן מוכרח לפרש דברי הסמ"ג עשין פ"ח דף קע"א ע"א שכ' וז"ל אמר השומר הא ביתא קמך אינו כש"ש ולא כש"ח טען השומר שכך אמר והמפקיד אומר שלא אמר כך מתוך שיכול לו' שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי נאמן לו' בשבועה שכך אמר עכ"ל ובע"כ צ"ל דמיירי שיש עדים שמסרו לו ושלא זזה ידו מידן בענין שא"י לטעון להד"ם או החזרתי רק שאין יודעים אם כך אמר דאל"כ בלא מגו דנאנסתי נאמן בהיסת במגו דלהד"ם או החזרתי וכמ"ש הסמ"ג גופא עשין פ"ט דף קע"ב ריש ע"ב טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הא ביתא קמך ולא נעשיתי לו שומר ישבע היסת כו' ודוק מיהו שבועה זו היא מדרבנן ובנק"ח כעין דאורייתא וכמש"ל תו כתב הב"ח אלא אי קשיא לי הא קשיא לי בדברי הרמב"ם שהרי כ' באותו פרק דשבועה שלא שלחתי בה יד אינו נשבע אלא א"כ נתחייב לשמור שצריך לישבע ששמר כדרך השומרים ולא פשע בשמירתו

ואז כולל בשבועה שלא שלח בה יד ושאינו ברשותו ולפיכך ש"ח שהביא ראיה שלא פשע פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שנאבד וא"כ כאן שטוען תנאי היה בינינו כו' דלא משתבע שבועה שלא פשעתי א"צ לישבע שלא שלח בה יד ושאינו ברשותו ואין כאן גלגול לש"ד שיהא נשבע שלא היה תנאי ביניהם אלא היסת בלבד ואפשר לישב כו' עד שלא פשעתי בה עכ"ל וגם דבריו אלו תמוהי' והקושי' והתירוץ שכתב הכל תמוה דהא פשיטא דמ"מ צריך לישבע שאינו ברשותו שהוא העיקר שבועה של תורה וכמ"ש הרמב"ם רפ"ד מה' שאלה וז"ל המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או נאבד ה"ז נשבע ונפטר שנ' וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ומגלגלים עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרי' ולא שלח בו יד ואח"כ נגנב שאם נגנב אחר ששלח יד בפקדון חייב באחריותו עכ"ל וכ"כ הטור והמחבר לעיל סי' ר"ד ס"ב והוא פשוט מאד ומ"ש הרמב"ם באותו פ' ששי שומר חנם שהביא ראיה שלא פשע בה פטור משבוע' ואין אומרי' שמא שלח בו יד קודם שנאבד עכ"ל ר"ל שהביא ראיה שנאבד ושלא פשע בה משא"כ הכא דאין לו ראיה שנאבד ואפשר הוא בידו פשיטא דצריך לישבע מן התורה שאינו ברשותו אפי' אמת כדבריו שהי' תנאי וזה פשוט ומה שתירץ הוא דלא פטרינן ליה אלא מטעם מגו כו' אינו תירוץ כלל לפי דבריו הדרא קושית ה"ה לדוכתא ודוק:

סימן רצז

סעיף א

והמפקיד נותן בו סי'. פי' סימן מובהק ולפי שראיתי למקצת פוסקים בדינים אלו כמה דברים שאינם מחוורים בעיני וכמה דברים הצריכי' ביאור וגם להאחרוני' קצת דברים שאינם נכונים ע"כ מוכרח אני להאריך ולאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא. ל' הטור המפקיד אצל חברו שלא בעדים נאמן לומר להד"ם וכן אם הפקידו בעדים ולא ראו אותו עתה בידו נאמן לומר החזרתיו לך או נתנו לי במתנה (או לקוח) ואפילו לא אמוד הנפקד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נתן בו סימן נאמן לומר להד"ם ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים כו' עד אפילו בלא שבועה עכ"ל. ונראה דלהכי כתב בסופה והמפקיד נתן בו סימן נאמן לומר להד"ם ולא קאמר סתמא נאמן משום דכיון דנותן סי' מובהק אינו נאמן לומר החזרתי לך וזה אחר הוא והלכך כשיש עדים שראו עתה חפץ זה בידו אפילו אינן יודעים אם הוא של התובע אינו יכול לטעון החזרתי לך חפץ זה שאתה נותן בו סי' אפי' לא ראו אותו העדים עתה בידו אינו נאמן במיגו דהוי כמגו במקום עדים אבל אם

טוען לא הפקדת אותו אצלי רק לקחתיו ממך או מאחר נאמן אפי' ראו אותו עתה בידו ולהכי קאמר אח"כ ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים כו' אפ"ה נאמן הנפקד לומר החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הן אפילו הפקידם בעדים וראו עתה עדים אצלו כך וכך חטים בחבית פלוני כיון שאינו סימן מובהק ולא קאמר בקצור ואפי' טוען הפקדתי אצלך דבר זה בסי' כזה נאמן הנפקד לו' החזרתי לך את שלך וזה אחר הוא כו' משום דא"כ הוה משמע דאפי' נותן התובע סי' מובהק דינא הכי וזה אינו וכ"כ התו' פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע' ע"א) וז"ל ואפי' לא היו עדים בדבר היה נאמן אי הוה סימנא מעלי' כיון שהנפקד אינו טוען לקוחים הן בידי או שלי הן מעולם ובני ביתי הגידו לך הסי' אלא מודה שהפקיד לו אלא שאו' כמו שאירע הסי' בשלך כן אירע בשלי ואף ע"ג דאית ליה מגו לא היה נאמן דהוי מגו במקום עדים עכ"ל ר"ל דאנן סהדי שזהו הכלי כיון שנותן סי' מובהק וכן פי' מהר"מ מלובלין ומהרש"א בחדושיהם והוא פשוט. ונ"ל שגם דעת הרא"ש כן דבפ' איזהו נשך הביא כל שקלא וטריא דהתו' דאמאי מפקינן מיתמי נטעון להו לקוח או שאר טענות וכן בפ' הכותב הביא דבריהם ולא הביא בשום מקום הך שקלא וטריא שהקשו מההוא שומשמי דפ' האשה שלום רק בפ' האשה שלום הביא סתמא עובדא דשומשמי אלא נראה דס"ל דשאני התם כיון שטוען החזרתי לך וזהו אחר הוא אינו ענין כלל לנמצא ביד יתומים שהרי התם אינו טוען להד"ם או לקוח רק החזרתי וזהו אחר הוא הלכך פשיטא דאי הוי יהיב סי' מובהק לא היה נאמן אפי' ליכא עדים כלל דהוי כמגו במקום עדים. וכ"כ הנ"י פ' האשה שלום גבי עובדא דשומשמי וז"ל וכ' הריטב"א ז"ל שאפי' בלא עדי פקדון אם הוא מודה בפקדון וזה נותן בו סי' מובהק ויש עדים שכן הוא ברשות נפקד בסי' זה שאר מפקיד תו לא מהימן נפקד בשום מגו וכ"נ דעת הרשב"א דכל היכא דאיכא עדי פקדון לא בעי סי' מובהק עכ"ל ור"ל דלהכי אינו נאמן במגו דלקוח דהוי כמגו במקום עדים וה"ה דאפי' ליכא עדים שכך הוא ברשות הנפקד בסי' זה שאר מפקיד לא מהימן הנפקד לו' החזרתי לך את שלך וזה אחר הוא מה"ט דהוי כמגו במקו' עדים. ומ"ש ויש עדים שכך הוא ברשות נפקד כו' בא לו' דבכה"ג אפי' טוען החזרתי לך ואין שום חפץ כזה בידי כלל אינו נאמן דבכה"ג אי ליכא עדים נאמן הנתבע. וכן מ"ש הגהות אשר"י ממהרי"ח פ' איזהו נשך וז"ל מיהו אם יש עדים לזה שהפקיד לזה כלים שיש בו סי' פלוני מובהק וראו אותו עתה בידו כלי פלוני וסי' פלוני לאו כל כמיניה לו' דידך שקלתיה והאי אחרינא הוא כיון דהוי סי' מובהק אע"ג דאין מכירים בטביעת עין עכ"ל ה"ה דבלא עדי' נמי אין נאמן לו' דידך שקלתא כו' אלא דבלא עדים היה נאמן לו' להד"ם או החזרתי ולא היה טוען דידך שקלתיה כו' והשתא דיש עדים ורוצה לטעון דידך

שקלתיה והאי אחרינ' הוא קמ"ל דאינו נאמן א"נ והוא העיקר דהגהות אשר"י מיירי בסי' מובהק שאפשר שיזדמן וכמ"ש לקמן הלכך בלא עדי' היה נאמן במגו דלקוח או החזרתי אבל בעדים אינו נאמן והטעם דהיכ' דאיכא סי' מובהק ריע טענתי' שטוען זהו אחר ונזדמן בו ג"כ סי' מובהק ושלך החזרתי וכיון דריע טענתי' לא מהימנינן ליה אלא במגו דלקוח או החזרתי הלכך היכא דאיכא עדים שמכירים הכלי בסי' מובהק אע"פ שאין מכירי' בט"ע תו לית ליה האי מגו ואינו נאמן ודוק: וכן מ"ש ה"ה גבי מעשה דשומשמי פי' הרמב"ן והרשב"א ז"ל שאע"פ שהי' לתובע עדים שיש עתה לזה שומשמים כך וכך (ואפי' יש ג"כ עדים שהפקיד בידו כך וכך בחביות נ"ל ודו"ק) בחביות אין מוציאין מידו הטעם לפי שאין מנין סי' מובהק לגמרי שאם היה סי' מובהק אע"פ שאין העדים מעידי' שהם הם היה נוטל כמ"ש למעלה בשמם ז"ל עכ"ל ה"ה אפי' לא היו עדים כלל הי' נוטל בסי' מובהק כשטוען זה אחר הוא אלא דאשמועי' דבכה"ג אינו יכול לטעון החזרתי לך ואינו בידי כלל א"נ הרב המגיד מיירי כשזה הסימן מובהק אפשר להזדמן וכמ"ש ועדים מעידים שהפקיד בידו דבר בסי' כזה וראו עתה בידו דבר בסי' כזה והתובע נותן סי' ואינו רגיל הלכך צריך עדים אבל הנמוקי יוסף ע"כ איירי כדפיר' ודו"ק: וכן מה שכתב ר' ירוחם נתיב ל' ח"א בשם הרמ"ה דבסימן מובהק אינו נאמן נתבע אפילו לומר חזרתי ולקחתי ממך כי אין אנחנו מאמינים אותו עתה החזרתיו מטעם מגו אלא משום דחיישינן שמא כוון החשבון עכ"ל ר"ל כשיש עדים שהפקידו בידו ושראו אותו עתה בידו דבכי האי גוונא לא יכול לטעון להד"ם או החזרתי ואינו בידי כלל לכך אינו נאמן ג"כ לו' לקחתי דהרי לית ליה מגו שהרי בלא סי' מובהק אין אנו מאמינים הנתבע מטעם מגו אלא מטעם שמא כוון החשבון והלכך ע"כ מיירי שיש עידי פקדון וראה אלא שאין יודעים אם זהו הדבר בעצמו שראו הוא של התובע והלכך נאמן התובע כשאינו נותן סימן מובהק אבל כשנותן סי' מובהק ויש עדי פקדון וראה אינו נאמן בשום טענה וכן מ"ש הרב המגיד שהרמב"ן והרשב"א מפרשי' הך דהכותב כשעידי פקדון היו שם אבל לא היו מכירים אם היו אותם בעצמם וסימנים מובהקים שנתן הם כראוי ואפילו אמיד כיון שיש כאן עידי פקדון וסימנים מובהקים נותנים לו עכ"ל וכן כתב הר"ן פ' הכותב לדעת הרי"ף ע"ש ר"ל עדי פקדון ועדי ראה שראו אותו עתה בידו קודם שבא לדין רק שעדי פקדון ועדי ראה אין מכירין אם היו אותם בעצמם כו' דאם לא כן פשיטא שיכול לטעון החזרתי ונאמן ג"כ לקוח במגו דהחזרתי ומה בכך שנותן סימן מובהק לא יהא הסימן מובהק אלא כמו שהעדים מעידים שזהו בעצמו הפקידו בידו נאמן לומר החזרתי היכא דליכא עדי ראה או לקוח במגו דהחזרתי וכן משמע יותר בר"ן שכתב ואיכא סהדי

אחריני דמסהדי דאית בהו האי סימנא כו' דל"ל למימר דאיכא סהדי אחריני הא אנן ב"ד רואים הסימנים אלא ודאי בא לומר דאיכא סהדי אחריני שראוהו קודם לדין. וכן מ"ש התוס' בפ' הכותב (כתובות דף פ"ה ע"ב) ובהאשה שלום דף קט"ו ע"ב דהיכא דיש עדים שהפקיד אצלו תו לא מהימן נפקד אפילו לטעון לקוח היכא דיהיב מפקיד סי' מובהק מיירי ג"כ בכה"ג דיש עדי פקדון וראה. ומה שלא ביארו התוספות והפוסקים הנ"ל זה היינו משום דנקטו ל' הש"ס דס"פ המקבל דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי וכן אמרי' בש"ס פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ז ע"א) ושאר דוכתי דהיכ' דהפקידו בעדים אינו נאמן לטעון לקוח וכמ"ש ג"כ הרי"ף בס"פ המקבל ופירושו ג"כ ע"כ כשיש עדי ראה גם כן וכמ"ש התוס' והרא"ש ושאר כל הפוסקים ונתבאר לעיל סי' ע"ב וקל"ג וקל"ד אלמא דהיכא דאמרי' סתמא דאיכא עדי פקדון ר"ל עידי פקדון וראה הלכך לא עדיפא לישנא דהתוס' והפוסקים הנ"ל מלישנא דש"ס והרי"ף. וכ"כ המרדכי פ' האשה שלום להדיא כדברי וז"ל וע"ק דמשמע דאלו אמר סימנים מהדרינן ליה ואמאי לא מהימן לומר לקוחות הן בידי וי"ל דהכא מיירי שהפקידם בעדים וראו עדים בתוך ידו עכ"ל וכ"כ להדיא באגודה שם בשם ר"י ע"ש וכן משמע להדיא מדברי הגה' אשר"י דפ' א"נ שהבאתי לעיל (ושוב מצאתי כן להדיא בס' המלחמות להרמב"ן ריש פ' הגוזל בתרא ע"ש שכתב הפירוש לדעת הרי"ף כמ"ש הרב המגיד בשמו ומבואר שם דמיירי דאיכא עדים וראה ובאופן שכתבתי וכ"כ גם כן הנ"י שם בהדיא ע"ש): ומ"מ צ"ע לפי מ"ש לעיל דדעת התוס' באיזהו נשך והרא"ש וטור ושאר מחברים דבסי' מובהק אפילו ליכא עדים כלל אינו נאמן לומר החזרתי וזהו אחוי הוא ומדברי התוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום והמרדכי והאגודה שם והגה' מיי' פ"ו מהל' שאלה לא משמע כן שכתבו דהך דשומשמי מיירי שהפקידו בעדים דאל"כ אפילו בסי' מובהק לא היה נוטל דהיה נאמן במגו דלקוח ונראה דלענין דינא לא פליגי רק דמשמע להו דהא דממעטינן דוקא סי' דחביות דאינו מובהק כלל הא סימן מובהק אפילו שאפשר שיזדמן היה נוטל וע"כ הוצרכו לומר דיש עדים דאל"כ היה נאמן במגו ולא הוי מגו במקום עדים דהא אפשר להזדמן אבל כשיש עדי פקדון אמרי' דלא ניחא ליה למטען לקוח כיון שיש עדי פקדון ממש ולכך אינו נאמן במגו והתוס' דפרק א"נ ופוסקים הנ"ל משמע להו דבפר' האשה שלום לא אתא אלא למעוטי סי' מובהק שאינו בנמצא כלל כגון שכתוב שמו עליו שאין כיוצא בו בעולם כלל דבכי האי גוונא אפילו בלא עדים אינו נאמן לומר אחר הוא רק להד"ם או החזרתי או לקוח ודוק ומ"ש ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן פ' הכותב לדעת הרי"ף דהיכא שיש עדי פקדון וראה אלא שאין מכירין

אם זהו הדבר בעצמו וסי' מובהקים שנתן מוציאין מידו אף שאיני כדאי לחלוק עליהם מ"מ חדוש גדול הוא ולא נמצא בשום פוסק יותר ולא נהירא דהא אפילו ראוהו עתה בידו אי ליכא עדים שהפקידו בידו נאמן לומר לקוח כדאיתא בפ' חזקת ומוסכם מכל הפוסקים ואם כן מה בכך שנותן סי' הא יכול לטעון זהו שהעדים מעידים שהפקדת בידי החזרתי לך וזהו שראו עתה בידי לקחתי ממך ומתחלה בתורת לקוח בא לידי ועל כן אתה יודע הסי' דהא אפילו היכא דאיכא עדי ראה ומכירי' החפץ זה ממש שהוא שלו נאמן לטעון לקוח אע"ג דהשתא ליכא מגו אלא משום כיון דליכא עדים שבא לידו בתורת פקדון טענת לקוח טענה מעליותא היא ומהימנינן ליה שבא לידו בתורת מכירה אם כן הוא הדין הכא מה בכך שנותן סימן דילמא לקחו ממנו ומעולם לא בא חפץ זה לידו בתורת פקדון ואותו חפץ שבא לידו בתורת פקדון החזיר לו והכי מוכח בתוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום שכתבו דהך דהכותב משמע דבלא הפקידו בעדים מיירי ועל כרחך כוונתם כמו שכתב המרדכי פרק האשה שלום דאי בהפקידו בעדים אפילו רגיל נמי ואם איתא לוקמה בהפקידו בעדים אלא שאין מכירי' כו' וזה נותן סי' אלא ודאי סבירא להו דבכי האי גוונא כמאן דליכא עדים דמי ודוחק לומר דמשמע להו דאי הפקידו בעדי' מסתמא העדים מכירי' ג"כ אבל לענין דינא לא פליגי אלא העיקר דפליגי וכן בהגהת אשר"י דא"נ שהבאתי לעיל משמע דוקא שהעדי' יכירו בטביעות עין או בסי' מובהק שזהו שהפקידו וזהו שראו עתה בידו. ולבי אומר לי שגם הרמב"ן והרשב"א לא כתבו כן אלא ליישב דברי הרי"ף שידוע שדרכם בכ"מ ליישב דברי הרי"ף בכל מה דאפשר והוה קשיא להו מ"ש הרי"ף בס"פ המפקיד אעובדא דהכותב דמהא שמעינן דמאן דמפקיד גבי חברי' ואית ליה סהדי דהאי מידי בעיני' אפקדי' כו' כמ"ש הר"ן בפ' הכותב וז"ל ולאו למימרא דהכא בדאיכא עדים וראה הוא דא"כ מאי קאמר הא קיהיב סימנא הל"ל ועוד ראה תניא ועוד אפילו כי עייל ונפיק בביתי' אמאי לא יהבי' ליה כל היכא דאיכא עדים וראה אלא שהרי"ף ז"ל מפרשה לנו בדאפקיד גביה בסהדי והני סהדי לא בקיאי בהו אי הני אינהי או לא אלא הוא דיהיב בהו סימנא ואיכא סהדי אחריני דמסהדי דאית בהו האי סימנא ומ"ה מהני כאלו עדי פקדון מסהדי דהני נינהו דאפקיד גבייהו עכ"ל דאל"כ מנין להם להרמב"ן והרשב"א להמציא סברא זו (שוב מצאתי כן להדיא בספר המלחמות להרמב"ן ר"פ הגוזל בתרא שכ' כן לדעת הרי"ף ע"ש) אבל לפענ"ד אין זה מוכח בדברי הרי"ף גם לשונו של הרי"ף שכ' דהאי מידי בעיני' אפקדי' גביה כו' משמע שהעדים מכירי' אותו ממש ועוד דאם הי' דעת הרי"ף כן ודאי לא היה משמיט הרמב"ם דין זה שהוא חדוש גדול וכבר ידוע שהרמב"ם תלמידו דרכו לימשך אחריו אלא נראה שהרי"ף

מפרשו כפשוטו רק בא לאשמועינן דלא תימא הא דאמרי' בעלמא דבעדי פקדון וראה אינו יכול לטעון לקוח היינו דוקא גבי דידיה אבל גבי יתמי לא אלא אפילו איכא עדי פקדון וראה לא מפקינן מינייהו דדילמא אי הוי אביהן קיים הוה מייתי ראיה שלקחו לכך קאמר הרי"ף דהא חזינן בהני עובדי דהכותב שהוציאו מהיתומי' ונהי דהני עובדי בלא עדים מיירי מ"מ יהי' איך שיהיה האיך הוציאו מהיתומי' דילמא אי הוי אביהן קיים הוי מייתי ראיה שלקחו אלא ודאי כל היכא דאיהו לא הוי נאמן בלא ראי' לא טעני' ליתומי' דלמא הוי אביהן מייתי ראי' ושמעינן מיניה דהיכא דאית ליה סהדי דהאי מידי בעינ' מפקיד גבי' שקיל ליה אפי' מיתמי כו' וק"ו היא ומה התם שהוציאו באומדן דעת' מן היתומי' כ"ש היכא דאיכא עדים וראה שמוציאין מן היתומי' וכן נלפע"ד דעת הרמב"ם שכתב פ"ו מה' שאלה דין ד' וז"ל הפקיד אצל חברו בעדי' ובאו עדים שזהו החפץ בפנינו הפקידו אצלו אין השומר יכול לטעון חזרתי ולקחתיו ממנו או נתנו לי במתנה לפיכך אם מת השומר מוציאין הפקדון עצמו מן היתומים בלא שבועה (עיין בתשובת מהר"א ן' ששון סימן ק"ט) ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימני' מובהקי' ונמצא הפקדון כמו שאמר והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה עכ"ל ופשיטא דמ"ש שבאו עדים שזהו החפץ בפנינו הפקידו אצלו כו' ר"ל כגון שיש ג"כ עדי ראה וכמ"ש ה"ה שם שזאת היא כונת הרמב"ם ואשמעי' דבכה"ג מוציאין אפי' מן היתומי' ומייתי ראיה שאפילו מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימני כו' מוציאי' מן היתומי' כו' כ"ש כאן והשתא א"ש מה שהקשה הב"י לעיל סי' ט"ו ובכסף משנה פכ"ד מה' סנהדרין דהא בה' סנהדרין כ' הרמב"ם שאין מוציאים עכשיו בזמן הזה מהיתומי' אלא בראיה ברורה ולא בנותן סי' כו' ולמה כ' הרמב"ם דין זה בפ"ו מה' שאלה ותירץ ששם כ' דין הש"ס וסמך אמ"ש בהלכות סנהדרין ויש להקשות לאיזה צורך כתבו בהל' שאלה שהרי כבר כתבו בהל' סנהדרין אבל למאי דפרי' ניחא שכתבו ללמוד ממנו דהיכא דאיכא עדי פקדון וראה מוציאי' אפי' מהיתומי' והא דלא הביאו ראיה מס"פ המקבל דאפיק רבא זוג' דסרבל' וספר' דאגדת' מיתמי בדברי' העשוי' להשאיל ולהשכיר משום שי"ל דכיון דעשוים להשאיל ולהשכיר אנן סהדי שלא מכרו שאין דרך למכור כלי העשוי להשאיל ולהשכיר ודברי הרא"ש בדינים אלו רחוקי' ממני שכ' בפ' א"נ וז"ל בדקינן גבר' דאית ליה דהבא פריכ' ונקטינן ליה מיניה ויהבינ' ניהליה קרוב לשכר ורחוק להפסד ודוקא דהבא פריכ' אבל דבר מסוים לא דילמא פקדון נינהו גביה ואתא מאריה ויהיב סימנ' ושקיל ליה תימ' היכי

שקיל ליה בסימנ' הא מצי למימר לקוח הוא בידי כו' ונראה לפרש דחיישינן דילמא אחר מיתה יביא המפקיד עדים שהפקיד ביד אביהם כלי שיש בו סי' זה ומאחר שמביא עדים על כך אין להם לבית דין להעלי' שלא להראות אותו חפץ לעדי' ויכירו אם זה הוא דכיון דעידי הפקדון נותני' סי' מובהק והרי אנו רואין אותו סי' תחת ידינו ה"ל כעדים וראה לגבי יתמי דלגבי דידיה כ"ז שלא ראוהו בידו מצי למימר לקוח הוא בידי במגו דההחזרתיה לך אבל ליתמי לא טענינן מילתא דלא שכיח' וצריכי' אנו להראותן לעדים ואם יכירוהו ה"ל עדים וראה עכ"ל ולא ידעתי מנ"ל לפרש כן ונראה שהוציא כן מדברי התוס' פ' א"נ וכן פי' מהר"ם מלובלין בחדושיו שם דברי התוס' דחיישינן שמא יבי' עדים אפי' לאחר מיתת המקבל אבל לפעד"נ דלא כוון יפה דא"כ היאך מתורץ קושית התוס' שהקשו שם מקודם לכן שיאמר בפני הב"ד שהוא שלו ועוד שהרי לא הזכירו בדבריה' כלל השתא שמת המקבל רק בתר הכי כתבו דבהכותב עיקר טעמא הוא דאין לנו לטעון ליתמי לקוח כיון דלא אמיד הוי מילת' דלא שכיח' ע"ש וכן משמע להדי' בתוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום דהך דא"נ מיירי אפי' בחיי המקבל ולדעת הרא"ש צ"ל שהוא סובר דל"מ כשאומר בפני ב"ד שהוא שלו אלא דוקא בפני התובע אבל בתוס' א"א לו' כן. ונראה עיקר כהתוס' בזה וכן הוא בהגה"מ פ' א"נ וכן משמע במרדכי פ' האשה שלום ומפרשי' הך דא"נ אפי' בחיי המקבל ומטעם דחיישינן שמא יביא עדים שהפקיד בידו בסי' זה וכ"מ להדי' בסמ"ג סוף ה"נ דף קפ"ו ע"א ובהלכות ש"ח דף ק"ע סוף ע"א ממש כדפי' דבא"נ מיירי אפי' בחיי המקבל ובהכותב מיירי לאחר מיתת המקבל משום דלא אמיד והא דלא מצי טעין בא"נ לקוח במגו דההחזרתי היינו משום דכיון שהוא כבר ביד ב"ד אין לך ראה גדולה מזה שהרי אנו ב"ד הם עדי ראה וכן הוא בנ"י פ' איזהו נשך להדיא וכן משמע במרדכי פרק האשה שלום דכתב דהך דשומשמי מיירי שיש עדי פקדון ועידי ראה ובא"נ כתב דמיירי שיש עדי פקדון ולא הזכיר ראה משמע דבאיזה נשך לא בעי ראה דהב"ד הם עדי ראה ותמיה לי על הרא"ש למה לא יחשב הב"ד כמו עדי ראה והלא לא היה יכול לטעון החזרתי שהרי הוא ביד ב"ד וצ"ל דהרא"ש לא גריס ונקטינן דהבא מיניה וכ"כ מהרש"ל בספרו חכמת שלמה דרש"י לא גריס ליה ואף ע"פ שבספרי הרא"ש כתוב ונקטינן ליה מיני' אפשר שהוא טעות סופרי' שהועתק כן מל' הרי"ף וכן משמע בטור ורבי ירוחם נכ"ו ח"ג שכתבו חילוק זה בין הוא חי או מת ולא הזכירו שמונח כבר ביד ב"ד ומשמע להדיא מדבריה' דמיירי שהוא ביד היתומי' או אביהן נמצא לענין הדין היכ' שהוא מונח כבר ביד ב"ד מודה הרא"ש דהב"ד הוי עידי ראה אך מ"מ מ"ש הרא"ש דליתומים לא טענינן לקוח במגו דההחזרתי

ונמשכו אחריו הטור ור' ירוחם והרב בהג"ה לא ידעתי מנ"ל הא ונרא' שכל זה ע"פ שטתו שהבין דברי התוס' שמתרצי' דהך דא"נ מיירי דוקא אחר מיתת המקבל אבל לפענ"ד זה אינו אלא כדפי' דהתוספת מפרשי' הך דא"נ אפי' בחיי המקבל רק דבהך דהכותב כיון דלא אמוד לא טענינן ליתמי לקוח דכיון דלא אמוד מילת' דלא שכיח הוא שיה' שלו אבל באמוד משמע בתוס' ופוסקי' דאע"ג שיש עדים שהפקידו ביד אביהם טענינן להו לקוח במגו דהחזרתי וכן מוכח להדיא בתשו' מיי' דספר משפטי' סי' ל"ב ובהג"א ס"פ המקבל דבדברי' העשוי' להשאיל ולהשכיר או שיש עדים שהפקידו בידו טענינן ליתומי' לקוח במגו דהחזרתי וכן משמע בתשו' מהר"ם אלשקר סי' מ' ע"ש ואין לו' דהרא"ש מיירי שראו אותו העולם מתחל' ביד היתומי' בסי' כזה אך שאין יודעי' אם הוא של התובע ע"כ כיון שראו אותו מתחלה בסי' מובהק צריכין להראותו לעדים ואם יכירו אותו העדי' בט"ע שהוא יותר טוב מסי' מובהק שזהו שהפקידו אצלו חשוב כעדים וראה מאחר שיש עדים שזהו ממש הפקיד ביד אביהן וגם יש עדים שראוהו מתחל' בידו בסי' מובהק כזה וכן מדוקדק לכאור' ל' הטור ע"ש ודוק (אבל א"א לו' כן כמו שהוכחתי לקמן מסי' קל"ד) וכן משמע לכאורה שפי' בסמ"ע סק"י דהשתא אם היינו טוענים ליתומים לקוח במגו דהחזרתי היינו צריכים לטעון להם שזהו כלי אחר שנזדמן לאביהם בסי' כזה וטענה כזו שהוא מילתא דלא שכיחי לא טענינן ליתמי אבל אם לא ראו אותו מתחלה קודם לדין כלל היו טוענים לקוח אף ליתומים במגו דהחזרתי אבל ל' הרא"ש לא משמע כן. ועוד דא"כ משמע דהיכא דהי' אביהן חי היה יכול לטעון לקוח או החזרתי אע"ג שיש עדים שהפקידו בידו וראו אותה עתה בידו בסי' מובהק כיון דהעדים אין מכירים אותו ממש בט"ע וזה הפך דברי התו' פרק הכותב ופרק האשה שלום והמרדכי והאגודה שם והגהות מרדכי דפרק איזהו נשך דמוכח שם להדיא מדבריהם דהיכא דמביא עדים שהפקידו וראו עתה בידו אפי' אין העדים מכירים רק ע"י סימנים מובהקים ה"ל שפיר עדים וראה וכן הוא בהגהות אשר"י פ' איזהו נשך שהבאתי לעיל וכן בדין דהא קיי"ל בכל דוכתא דסימנים מובהקים דאורייתא נינהו וכדמוכח בפ' שנים אוחזין ובפרק כל הגט ופרק האשה שלום ופרק אלו מציאות וכמ"ש התוס' והרא"ש גופא בפ' אלו מציאות ע"ש: שוב ראיתי בבית חדש שכ' על דברי הטור וז"ל החילוק שכ' כאן בין כשאביהן מת לא מצאתיו מפורש כו' והבין שיצא לו להטור כן מרמאי דפומבדיתא ונכנס בכמה דוחקים ואישתמיטתיה דברי הרא"ש דפ' א"נ משם הוציא הטור דבריו גם מה שמפרש הב"ח וז"ל וס"ל לרבינו דכיון דמצי טעין להד"ם דהיינו על חפץ זה שראו העדי' בסימניו לא הכירוהו יפה טוען להד"ם דלא נתת לי חפץ זה מעולם וחפץ שנתנו לו בפני עדים

החזרתיו לך ונאמן כיון דליכא ראה ממש שלא הכירוהו יפה ה"נ נאמן לו' על חפץ זה לקוח הוא בידי במגו דהחזרתיו לך כו' ליתא דודאי כי איכא עדים שראו עכשיו בידו רק שאין מכירים אותו יפה אינו נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתיו דאע"ג דאי הוה טעין החזרתי היה נאמן מ"מ במגו דהחזרתי אינו נאמן ואין זה מיגו טוב שירא לומר כן מאחר שראו עדים כיוצא בזה בידו וכמ"ש התוספות והגהת אשר"י פרק חזקת הבתים וכ"כ הטור והמחבר לעיל סי' קל"ד ס"ו וגם בסמ"ע סק"ו כתב כה"ג דה"ה דנאמן לטעון גבי שומשמי אלו היו שלך ולקחתיהן מידך או נתתי' לי במתנה במגו דהיה אומר אלו אחרים הם עכ"ל ולפענ"ד דבכה"ג אינו נאמן שאין זה מיגו טוב כיון שראו כיוצא בזה בידו כדלעיל סי' קל"ד ואין לומר דהתם מיירי שראו כיוצא בזה בסימן מובהק דא"כ גם החזרתי לא יכול לטעון וכמ"ש התוספות והפוסקים בהאשה שלום וכמ"ש באריכות ואפשר ס"ל להסמ"ע דכה"ג דשומשמי שכיח טובא להזדמן מדה כזה וחבית כזו ואינו ירא לטעון כן כלל והוי מיגו טוב אבל אינו מוכרח ואע"ג שהב"ח הרגיש בזה וכתב דלא דמי לאומן דהתם לא הוי מגו טוב שירא לו' כן דכיון שעדים ראו חפץ כיוצא בזה בידו מסתמא של בעה"ב הוא שנתן בידו לתקן אותו אבל באחר שאינו אומן הוי מגו טוב עכ"ל מ"מ אין דבריו נכונים בזה דהא גם באומן אי ליכא עדי ראה כלל נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתיו ואפ"ה כי איכ' עדי' שראו כיוצא בזה בידו תו לית ליה מגו א"כ ה"ה הכא. ועוד דהא ע"כ הטור מיירי כשיש כאן עדים שהפקידו זה החפץ דאל"כ פשיטא דאף ליתומים טענינן להו לקוח דהא השתא ליכא למימר אפי' להרא"ש דלקוח לא טענ' להו דהוי מילתא דלא שכיח' דדוקא כשידוע שמתחל' בא לידו בתורת פקדון אמרינן דלקוח הוא מלתא דל"ש וכמ"ש הרא"ש ר"פ הגוזל בתרא גבי גזלה דסתם גזלה עומדת לחזרה ולא למכירה ומשמע לכאורה מדבריו שם דה"ה פקדון אבל כשאין עדים שהפחידו בידו דאיכא למימר מתחלה בא לידו במכיר' פשיטא דטענינן ליתמי שמא לקחה אביהן וא"כ כיון דמיירי שיש כאן עדים שהפקידו בידו א"כ פשיטא דהיכא דאיכ' עדים שראו עתה בידו כיוצא בזה דתו לא מהימן לקוח במגו דודאי הך טעמא דאומן מסתמא בא לידו לתקן לא עדיף מהיכא דאיכא עדים להדיא שבא לידו בתורת פקדון וז"ב אלא ודאי מפני שהב"ח לא ידע מהיכן הוציא הטור דבריו ע"כ גרם לו ג"כ שיצא חוץ לשטה והדבר ברור דהרא"ש והטור מיירי דליכא עדי ראה כלל ואפ"ה ס"ל דלא טענינן ליתמי לקוח והם נגד התו' והפוסקים הנ"ל בזה ואם באנו לישב דברי הרא"ש דס"ל לדינא בזה כהתו' ופוסקים הנ"ל ע"כ צ"ל דגם הרא"ש מפ' להך דא"נ בלא אמיד ולהכי הוי מלתא דל"ש כיון דלא אמיד ואע"ג דמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל דס"ל דהך דא"נ מיירי באמיד

מ"מ הרא"ש ס"ל דמיירי באינו אמיד ואע"ג דאנן השתא בדקינן גברא דאמיד היינו דחזינן דאית לי' דהבא פריכא ובזה הוא אמיד וא"כ בדבר המסוים איכא למיחש דילמא יהיב סי' ויראה לדיין שבלא הדבר מסוים אינו אמיד וכן מפרש הרמב"ם פי"א מה"נ הך דא"נ באינו אמיד וצ"ל שדעתו כדפי' ולא כמ"ש הר"ן לדעתו דהך דא"נ באמיד מיירי ובדאיכא עדי פקדון וראה אלא דהרמב"ם יליף מיני' לה"ה באינו אמיד אלא כוונתו דמיירי באינו אמיד אם לא ע"י דבר מסוים זה וא"כ כשיתן אחר בו סימנים אם יראה לדיין שאינו אמיד בלא זה יוציאו ממנו זה נ"ל ברור בדעת הרמב"ם לפע"ד. א"כ גם הרא"ש מפרש הך דא"נ באינו אמיד ולהכי קאמר דלא טענינן ליתמי לקוח במגו דהחזרתי כיון דלא אמיד וכמ"ש התוספות והפוסקים בפ' הכותב דכיון דיהיב סי' וגם לא אמיד לא טענינן להו לקוח אע"ג שאביהן היה יכול לטעון דמלתא דלא שכיח' לא טענינן להו ליתמי ע"ש ואין להקשות א"כ דהרא"ש מפרש להך דא"נ באינו אמיד וכמו שמפרש הרמב"ם למה לו לתרץ דחיישי' שמא יביא המפקיד עדים יפרש כפשוטו דחיישינן שמא יתן סימנים ולא יהא רגיל י"ל דהיינו באמת מ"ש הרא"ש אח"כ וכן ההיא דאמר בפ' הכותב ההוא גבר' דאפקיד כו' עד והאי סימנים נמי סי' מובהק קאמר וכגון שהביא עדים שהפקיד בידו כוס בסי' זה הלכך צריך להראות לעדים עכ"ל וקשה לכאור' למה לי להביא הך שקל' וטרי' דהכותב ואם בא לאשמעינן דהתם צריך שני הטעמים יחד הלא כבר כתב זה מבואר בפ' הכותב אלא ה"ק כמו שמפרשים הך דהכותב בנותן סי' מובהק אע"ג דליכא עדים כלומר כיון שאינו רגיל דעייל להתם מה שנותן בסי' מובהק הוי סי' א"כ ה"נ האי סימנים דהכא בפרק א"נ סי' מובהק קאמר דהיינו שאינו רגיל דעייל להתם ולפיכך מהני סי' מובהק כיון דלא אמיד ומ"ש וכגון כו' ר"ל א"נ כגון שהביא המפקיד עדים כו' כלומר הכא אין צ"ל הכי אלא י"ל כמש"ל כגון שהביא המפקיד עדים שהפקידו בידו כוס בסי' זה הלכך אפי' רגיל דעייל להתם דבכה"ג לא הוי סי' מובהק לדידיה מ"מ מועיל לו הסי' מובהק כשיכירו העדים ויצטרכו להחזירו כיון דלא אמיד: וכן ראיתי בספר מעדני מלך שכ' דה"ג בהרא"ש א"נ כגון שהביא עדים כו' ובודאי מצא כן גירס' זו בשאר ספרי הרא"ש. אבל לא כמ"ש בס' מע"מ דכונת הרא"ש לו' בהאי א"נ כמ"ש ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א דבהכותב מיירי דה"ל עדים כו' דהא גם להרמב"ן והרשב"א בע"כ צ"ל דיהיב סימנים מובהקים ולא רגיל דעייל להתם וכדאי' בש"ס להדי' וא"כ היכ' קאמר הרא"ש א"נ כו' דמשמע דאינו נותן סימנים מובהקים ועוד דהא בהכותב לא הזכיר הרא"ש האי פירוש' כלל. ועוד דמה ענין לפ' בא"נ הך דהכותב אלא ודאי כדפי' דאדלעיל קאי הרא"ש דהכ' בא"נ מיירי באינו רגיל ויהיב סי' מובהק א"נ אפי'

לא יהיב סימן מובהק או שהוא רגיל דעייל להתם דלא הוי סי' לגבי דידי' מ"מ מיירי שמבי' עדים שהפקידו בידו כוס בסי' כזה דבכה"ג כיון דלא אמיד מוציאין מן היתומים. ומ"ש הרא"ש בר"פ הגוזל בתרא דלא טענינן ליתמי לקוח יש לומר דדוקא בגזלה כתב כן משום דגזל' עומדת להשבה ולא למכיר' מה שא"כ בפקדון. ואם תרצה לומר שזה דוחק בדברי הרא"ש אלא הגירסא שנמצא בספרי הרא"ש וכגון הוא אמת וקאי אדלעיל וס"ל להרא"ש דאפי' באמיד מוציאין מן היתומי' מכל מקום לענין דינא לא נ"ל כן אלא היכא דהוא אמיד טענינן ליתמי לקוח וכדמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל וכמ"ש לעיל. גם בלאו הכי אפילו במילתא דלא שכיח יש פוסקים דטענינן להו ליתמי וכמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות פרק המוכר את הבית וכן דעת הרי"ף בפרק המקבל והנ"י פרק המוכר את הבית דטענינן ליתמי נאנסו דלעולם כל מה דמצי אבוהון למטען טענינן להו וכ"כ הריטב"א פרק הכותב וכן דעת בעל העיטור דף פ"א ע"ב דטענינן להו מילתא דלא שכיח' ע"ש. גם המחבר בסי' ק"ח סעיף ד' הבי' ב' הסברות ולא הכריע וגלל כן גם על מהר"ם איסרלש קשי' לי דבסימן זה כתב בסתם דלא טענינן ליתמי לקוח והרי בסימן ק"ח יש דעות שאפי' נאנסו טענינן להו שוב מצאתי כן בספר המלחמות להרמב"ן ר"פ הגוזל בתרא להדיא דטענינן ליתמי לקוח במגו דהחזרתי כגון שיש עדים שהפקידו בידו ויהיב סימנים ג"כ אי ליכא עדי ראה טענינן להו לקוח במגו דהחזרתי ע"ש וכ"כ הנ"י שם בשמו ובשם הרא"ה ע"ש וכ"כ הריטב"א פרק הכותב וכתב על דברי התוס' ולא נהירא ע"ש וכ"כ עוד הרמב"ן בחדושיו פרק חזקת גבי האי עובדא דאיתא התם בדף ל' וז"ל ומה דומה לזה המפקיד אצל חבירו בעדים ומת ותבע מפקיד את היורשים והודו שהוא בידם מאביהם דאיכא עדים ולא ראה מי לא טענינן להו אנן מאי דמצי טעין אבוהון חזרתי ולקחתי ממך דהו' נאמן במגו דהחזרתי לך ואף ע"פ שהם מודים בפקדון עכ"ל ומביאו הנ"י שם בפ' חזקת. ואע"ג דכתב עלה הנ"י ז"ל ומיהו מגדולי האחרוני' מספקין גם בדין זה של יורשי נפקד עכ"ל לא ידעתי היכן נסתפקו גדולי האחרוני' בזה ואדרבה הבאתי לעיל דהפוסקי' מסכימין לזה וגם אפילו הוה מספקי להו להאחרוני' לא שבקינן מאי דפשיטא להפוסקי' מקמי ספיקא דאחרוני' וגם הא הנ"י עצמו מסיק בפשיטות בפרק הגוזל בתרא בשם הרמב"ן והרא"ה דאפילו בגזלן טענינן להו לקוח כ"ש בפקדון. נמצא לפי זה מה שהשיג הסמ"ע סקי"א על הע"ש במ"ש דאף גבי עדים מיירי באינו אמיד כו' שלא כדת השיג עליו בזה דלענין דינא יפה כוון בזה דבעינן לא אמיד ומ"ש הסמ"ע שכן מוכח באשר"י כו' לפי מ"ש לא מוכח מידי ואפילו תאמר שכן דעת הרא"ש הא כבר כתבתי שאין דבריו עיקר בזה אלא העיקר כהחולקים עליו (וגם בסמ"ע גופיה בסי' קל"ד

סקי"ג גבי לוקח מאומן כתב דבעינן עדי ראה וע"כ היינו מטעמא דאל"כ הוי טענינן ליה לקוח במגו דהחזרתי וא"כ כיון דטענינן ללוקח כה"ג כ"ש ליתמי) וגם מ"ש הסמ"ע שכ"כ הר"ן בהדיא אין ראיה מדברי הר"ן כלל דאדרבה בר"ן משמע להדיא דמשוה יתומים לאביהם ומ"ש הר"ן דהא דבעינן שלא יהא אמיד ורגיל מיירי בדליכא עדים ר"ל עדים וראה דבכה"ג ודאי מוציאין בין מהיורשים בין מאביהן אפילו היה אמיד ולא היה התובע רגיל ליכנס כיון דלית ליה מגו כלל דהא איכא עדי פקדון וראה הלכך מוציאין ממנו אפילו אינו נותן סי' כלל או שנותן סימן ואינו רגיל אבל שיהא חילוק בזה בין אביהן חי למת זה לא נזכר בר"ן כלל ואדרבה משמע שם דאין חילוק ע"ש. מיהו בזה ה"ל להשיג על הע"ש במ"ש אף כשיש לו עדים שלא יהא רגיל דכיון שיש לו עדים שהפקידו בידו אפילו רגיל ליכנס לשם נמי וכדמוכח מכל הפוסקים והוא פשוט ואפשר שזהו בכלל מה שהשיג עליו וכ' וערבב שני הבבות יחד כו' ע"ש. מיהו היכי דראוהו עדים אחר מותו אף שהיה זמן רב אח"כ עד לדין תו לא טענינן ליתמי לקוח במגו דהחזרתי אבל אם יתומים טוענים ברי שלקח' אבינו נאמנים במגו דאנו החזרנוהו כיון שלא ראוהו עתה קודם לדין כן מבוא' מדברי הרמב"ן בס' המלחמות ר"פ הגוזל בתרא ונלפע"ד דאף הפוסקים דס"ל בפ' המוכר את הבית גבי נאנסו דלא טענינן ליתומים מילתא דלא שכיחא מודו ליה כאן בפקדון ואף בגזיל' נ"ל דהוי ספיקא דדינא וכמ"ש לקמן סי' שס"א סקי"ב. מיהו אם היתומים טוענים ברי צריכים לישבע היסת וכמ"ש הרא"ש בפ' הכותב והטור והר"ב (גבי אם נותן סימני' והוא בענין שהיו מוציאין מן היתומים אם טענו שמא כשטוענים ברי צריכים לישבע) . וכ' הסמ"ע סקי"ב אף דקי"ל לעיל ס"ס ס"ט וס"ס ע"א דאין היורשים נשבעים אלא ליטול ולא ליפטר שאני הכא דבע"ה נותן סימנים ואו' שיש לו עדים שיכירוהו בט"ע שהו' שלו מ"ה ה"ל כאלו הן באין ליטול מיד הבע"ה עכ"ל ואין דבריו נכונים דס"ס הן מוחזקים והקושיא מעיקרא ליתא דהיכא דהיורשים טוענים ברי צריכים לישבע כמ"ש הפוסקים והט"ו לעיל סי' ע"ה והסמ"ע גופיה שם סקמ"ג וס"ק נ"ג והכא ע"כ טוענים ברי דאל"כ חייבים להחזיר וזה ברור: ונראה דהיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראוהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהו' פקדון רק שאין העדים או היתומים יודעים מי הפקידו אצלו נאמן התובע כשנותן סימן מובהק אפילו הנפקד אמיד וכן נראה מדברי מהרש"ל פרק הכותב סימן י"ג אבל אם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהן אף על גב שיודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה נראה דטענינן להו שלקוח במגו שהיה אביהן חי לא הי' מודה שהוא פקדון רק היה יכול לטעון במכירה בא לידו כי היכא דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי היכא דאיכא עדי פקדון וליכא עדי ראה

אע"פ שהיתומי' יודעים האמת שלא החזיר וה"ה הכא: ולענין דינא באינו אמיד ויהיב סימנא ואינו רגיל דאיכא תלת' לטיבות' דהתובע וליכא עדי פקדון וראה אע"ג דדעת התו' והרא"ש וסייעת' דמוציאים מיתומים היינו מטעמא שכתבו דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי כדאמרי' בפ' המוכר את הבית דלא טענינן להו נאנסו ואזלי לטעמייהו שכן כתבו בפ' המוכר את הבית דלא טענינן ליתמי נאנסו אבל להפוסקים דטענינן להו נאנסו וה"ה כל מידי דלא שכיחא וכמ"ש לעיל א"כ גם כאן אין מוציאין מהיתומים וע"כ יש לפרש הך דהכותב בענין אחר ופי' הרמב"ן והרשב"א כבר דחיתי לעיל ונראה לפרש דהתם היה דעת החכמים נוטה שהוא של התובע ולכך מייתי בגמ' תלתא עובדא לומר דלאו דדינא הכי הוא אלא דאשכחן דרבי אמי ורב נחמן ורבי אבא היו דנים כן ע"פ אומדן דעתם א"כ ש"מ דהרשות ביד דיין לדון כן ע"פ אומדן דעתו ולפ"ז א"צ לומר כמ"ש הרי"ף דלהכי מייתי הני תלתא למימרא דהלכה רווחת בישראל היא אלא כדפי' וכן נראה שפירש הרמב"ם וע"כ כ' דיש לדיין לתת הפקדון כו' מה שלא כתב כן בשאר הדינים אלא אשמעי' דדין זה תלוי באומדן דעת הדיין ובפכ"ג מהל' סנהדרין מדוקדק כן יותר מדבריו שכתב אם ידע זה הדיין דזה המת אינו אמיד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשי' עכ"ל ופירוש זה נ"ל עיקר בגמ' נמצא לפמ"ש הרמב"ם דבזמן הזה אין מוציאין מהיתומי' באומד הדעת וכ"פ המחבר היינו אפילו ידוע להדיינים שאינו אמיד אין מוציאין מהם ה"ה היכא דאיכא עדים שהפקידו בידו אך דליכא עדי ראה אין מוציאין מידו אפילו אין אביהן אמיד וגם בלא"ה יש פוסקים דטענינן להו נאנסו א"כ הוי ספיקא דדינא ואין מוציאין מספק ולפ"ז אם תפס התובע אפי' תפס בעדים לא מפקינן מיניה אפילו ליכא עדים וראה רק שנותן סי' ולא רגיל דעייל להתם ולא היה אביהן אמיד או שרגיל דעייל להתם והביא עדי פקדון אע"ג דלא יהיב סימן כלל ולא היה אביהן אמיד כיון דבהנך תרתי היה ביד ב"ד להוציא מהיתומים רק שאין דנין עכשיו כן הלכך אי תפס התובע אין מוציאין מידו ודוק: העול' מכל זה המפקיד אצל חבירו שלא בעדים אפי' ראוהו עדים עתה בידו והכירוהו בטביעת עין שהוא של המפקיד נאמן לומר לקחתיו ממך או מאחר שלקחו ממך או מתנה הוא בידי אע"פ שאין הנפקד אמיד שיהי' לו חפץ כזה והמפקיד נתן בו סימן מובהק ואפי' אינו רגיל אצל הנפקד ואפי' הפקיד אצלו בעדים והעדים מכירים שזהו החפץ שהפקיד בידו אם לא ראו עתה בידו קודם שירד לדין והיה נאמן לטעון החזרתי לך נאמן ג"כ לטעון לקוח או מתנה במגו דהחזרתי ואפי' אם טוען הפקדתי בידך כך וכך חטים או שומשמין בחבית פלוני ויש עדיה שהפקיד בידו כך וכך בחבית פ' וראו עתה קודם לדין כדבריו אפ"ה נאמן הנפקד

לו' החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם שאין זה סי' מובהק ואין זה מכחיש העדים אבל אם טוען אלו היו שלך ולקחתיו ממך או נתתי' לי במתנ' אינו נאמן במגו דהחזרתי שאין זה מגו טוב שירא לו' החזרתי כיון שראו כיוצא בזה בידו וה"ה בכל דבר אם העדים ראו כיוצא בזה בידו ואין בו סי' מובהק נאמן לו' החזרתיו ואינו נאמן לקוח במגו דהחזרתי שאין זה מגו טוב אבל אם אין ג"כ עדי פקדון יכול לטעון מתחלה במכירה בא לידי. ואם יש סי' מובהק דינו כט"ע לפיכך אם העדים שמעידי' שהפקיד החפץ זה בידו אינן מכירים אותו רק בסי' מובהק וכן העדים שראו עתה אומרים ידענו בסי' מובהק זה שכלי זה הי' של פלו' מוציאין אותו ממנו ואינו נאמן בשום טענה אפילו הוא אמיד ואם אין עדים שראוהו בידו בסי' מובהק יכול לטעון החזרתי לך ואין בידי כלל ולכך נאמן ג"כ לקוח במגו דהחזרתי וכן יכול לטעון שלך החזרתי וזה אחר הוא במגו דלקוח או החזרתי מיהו היינו דוקא בסימן מובהק שאפשר להזדמן אבל סי' מובהק שאינו בנמצא כלל כגון שכתוב שמו עליו שאין כיוצא בו בעולם כלל פשיטא דאפי' בלא עדי פקדון ורא' אינו נאמן לטעון החזרתי דהוי מגו במקום עדים שהרי עינינו רואות שלא החזיר אבל לקוח נאמן אם אין עדי פקדון או עדי ראה וכ"ש שנאמן לומר החזרתי כשאינו מראה אותו בפני ב"ד ואם אם העדים מכירים אותו בטביעת עין או בסימן מובהק אפילו יש כאן עדי פקדון ועדי ראה ואפילו התובע נותן סימנים מובהקים כיון שאין העדים מכירים אותו נאמן לומר זהו לקחתי ואותו שהפקדת ביד. החזרתי לך ובכל מקום שאינו נאמן לטעון לקוח ה"ה אפילו מת מוציאין מהיתומי' אבל אם היה נאמן כגון שעדים לא ראוהו אחר מותו טענינן ליתומי' לקוח במגו דהחזרתי אע"פ שבא לב"ד ואמר הפקדתי אצל אביהם של זה כלי פלוני שסימנו כך וכך סי' מובהק ומביא עדים כדבריו והיתומי' מראים אותו לב"ד ועדי הפקדון מכירים אותו שזהו שהפקיד ביד אביהן מ"מ כיון שאין כאן עדי ראה והיה אביהן יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי טענינן להו ג"כ לקוח אבל אם ראוהו עדים אחר מותו אפילו לא ראוהו אח"כ עד לדין לא טענינן להו לקוח במגו שהיו היתומים רוצים לטעון אנו החזרנו שהרי הם אינם יודעים דבר אבל אם טוענין הם ברי שלקחה אביהן נאמני' במגו דאנו החזרנו וצריכי' לישבע היסת כיון שטוענין ברי ובכל מקום שאמרנו כשיש עדי ראה אינו יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי כ"ש אם הוא כבר מונח ביד ב"ד שהב"ד הוא עדי ראה ואינו יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי וכ"ש שאין טוענין ליתומים בכה"ג והיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראוהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהוא עדיין פקדון רק שאין העדים או היתומי' יודעים מי הפקידו נאמן התובע כשנותן סי' מובהק ואינו רגיל ליכנס בבית

הנפקד אע"ג שהנפקד אמיד אבל אם אין היתומי' יודעים אם לקחה אביהם אח"כ אע"פ שיודעי' שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה אם אין עדי פקדון טעני' להו לקוח וכל זה כשהנפקד אמיד או כשהוא חי שאז אין חילוק בין הוא אמיד או לא אבל אם מת ואינו אמיד וזה מביא עדים שהפקיד ביד אביהן כלי זה אע"ג דליכא עדי ראה או שאינו מביא עדים כלל רק שנותן סימן מובהק ואינו רגיל ליכנס לבית הנפקד כיון שאין הנפקד אמיד הרשות ביד הדיין להוציאו מן היתומים רק שאין מוציאין עכשיו באומד דעת הדיין אך אם תפס התובע אפי' תפס בעדים לא מפקינן מיניה בהנך תרתי שאינו אמיד מיהו אם היה חי ואמר בפני בית דין שלקחו אף ע"פ שלא הי' תובעו אז שום אדם טענינן ליתמי לקוח ע' בתשו' מהרי"ט סי' ט' וסי' ל"ט וסימן ע"ג וסימן קי"ב דף ק"מ ע"ג וקכ"ד:

סימן רצח

סעיף א

כל שומר כו'. המחבר סתם כדעת הרמב"ם וכ"פ הב"י ועד"ר שם כתבתי שיש לתמוה על פסקא זה מאחר שהראב"ד והרא"ש והטור והמ"מ בשם הרשב"א כולם הסכימו לדחות דברי הרמב"ם בזה וכו' עכ"ל סמ"ע ולעיל סי' ע"ב העליתי כדעת הרמב"ם ורבותיו והבאתי עוד שכן דעת הרמב"ן והר"ן והנ"י ע"ש ומה שהקשה בסמ"ע מדברי הב"י סי' צ' סי"ט בלא"ה דברי ב"י מגומגמים דהרב המגיד שכתב דעיקר הדברים כהראב"ד לא קאי אהיה לו לידע ע"ש ודוק:

סעיף ב

כגון שהפקיד אצלו כיס כו' וא"י לישבע ומשלם. ובסמ"ג עשין פ"ח דף קע"א ע"א כתב ע"ז וז"ל אמנם בדין זה אני אומר שאין כאן אלא שבועה דרבנן מאחר שאינו מודה בדבר שבמנין כך וכך דינרים היו בו והשאר א"י ובשבועה דרבנן אין אומרים משואיל"מ עכ"ל ומביאו הב"ח לעיל סי' רצ"ב סט"ו והיינו כהשגת הראב"ד פ"ה מהל' שאלה אמנם כבר הביא הר"ן פ' שבועת הדיינים דברי הרמב"ם שדחה השגה זו וגם ה"ה שם כתב וכבר דחה הרמב"ן טענה זו בטעם נכון בחדושיו בשבועות גם קשה לי על הסמ"ג שהרי הוא בעצמו כ' בעשין ע' דף קמ"ח ריש ע"ב כדברי הרמב"ם והמחבר לקמן סי' שפ"ח סוף סעיף א' וכן בעשין צ"ד דף קע"ו ע"ד כתב כדברי הרמב"ם והמחבר דלעיל סי' ע"ב סי"ב וע"ש. שוב מצאתי בש"ג סוף פ' הכונס ופ' ח"ה דף קע"ז שהקשה זה על הסמ"ג והניח בצ"ע אך שכתב שם על ההמ' במ"ש שכבר דחה הרמב"ן טענה זו בטעם נכון בחדושיו

בשבועות שאינו יודע הטעם ואילו ראה דברי הרמב"ן שהביא הר"ן פ' שבועות הדיינים לא היה כתב כן:

סעיף ג

אבל איני יודע כמה היה בו. ודוקא שהיה בו דברים שדרכו להניח בכיס דאל"כ פטור כדלקמן ר"ס שפ"ח ע"ש:

סעיף ד

שהוא מחויב שבועה. צ"ע דלקמן סי' שפ"ח סעיף א' פסק בהג"ה דנשבע ונוטל ואפשר שמחלק בין מזיק לפקדון אבל בדברי כל הפוסקים אין נראה לחלק ועמש"ל סי' צ' ס"י ולענין הלכה העליתי לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א כהרמב"ם והמחבר ע"ש עיין בא"א דף ק"ד ע"ב:

סעיף ה

וכן השומר אומר א"י כו'. עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סימן קל"ג שפסק דאם אבד לו אבן טוב וא"י כמה היה שוה לא ה"ל משואיל"מ. דלא ה"ל לידע שאינו ידוע אלא לבקיאין ע"ש ולעיל סימן ע"ב ס"ק נ"א העליתי דה"ל משואיל"מ ע"ש:

סעיף ו

שאינו יודע כו'. קשה דלעיל סימן צ"ד ס"ב וסוף הסימן פסק דבכהה"ג א"צ גילגול ע"ש וצ"ע:

סעיף ז

מפקיד כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ה' וע' בסמ"ע לעיל סי' רצ"א ס"ק י"ב:

סימן רצט

סעיף א

שנים שהפקידו כו'. עיין לעיל סי' ע"ז ומה שכתבתי שם:

סימן ש

סעיף א

שנים שהפקידו כו'. ע' לעיל סי' ע"ו וסי' רכ"ב ס"ב ובא"ע סי' מ"ט ס"א:

סעיף ב

ישבע כל א' כו'. לשון רמב"ם כדין כל נשבע ונוטל ומזה משמע בנק"ח וכמ"ש לקמן בסמ"ע סי' שס"ה:

סעיף ג
ואי אינהו לא תבעי ליה. כ"כ ה"ה וטור והרא"ש ונ"י ועיין בסמ"ע ס"ק א' וכדבריו הוא בה"ה ונ"י ושאר פוסקים:

סעיף ד
חייב כו' ליתן לכל אחד ר':

סעיף ה
אבל בדיני אדם פטור כו' אלא נותן לזה ק' ולזה ק' וק' יהא מונח עד שיבא אליהו כיון דחד תבע ליה במקצת ואי לא תבעי ליה כלל אמרי' דהמאה חולקים ולא אמרינן יהא מונח כיון דלא תבעי ליה א"כ ליכח רמאי וכדלקמן סי' שס"ה ס"כ ע"ש ודו"ק:

סעיף ו
בכרך אחד. כן הוא גירסת הרי"ף והרמב"ם ולדידהו כל שלא הפקידו בכרך אחד אע"פ שהפקידו זה בפני זה ה"ל כאלו הפקידו זה שלא בפני זה וה"ל למידק אבל גירסת רש"י ותוס' והרא"ש והטור הוא אם הפקידו זה בפני זה כו' עכ"ל סמ"ע וכן הוא בב"י ונ"י פרק המפקיד לדעת הגאונים והרי"ף והרמב"ם ע"ש וכ"כ ר"י נ"ל ח"א שרי"ף ורש"י מחולקים בזה וכ"כ בהגהות מיימוני פ"ה מהלכות שאלה שהרמב"ם ור"ש מחולקים בזה ודלא כמ"ש בסמ"ע לעיל סימן ע"ו ס"ק א' לדעת המחבר ע"ש:

סעיף ז
ובאו ותבעו כו'. אפי' תבעו וכ"ש לא תבעו ליה אם הי' בכרך א' נותן לזה ק' ולזה ק' ומנה שלישית חולקים ודו"ק:

סעיף ח
דיהא מונח כו'. ולא אמרינן חולקין כיון דתבע ליה ואיכא ודאי רמאי:

סעיף ט
ביד ב"ד. וכ"כ התו' פרק הגוזל (בבא קמא דף ק"ג ע"א):

סעיף י
ב"ד כו'. עמש"ל ס"ב דעת הרבה גדולי הפוסקים שיהא מונח אצלו ולשון המרדכי שם כתב בספר א"ז בשם המיימוני דהא דתנן במתני' יהא מונח עד שיבא אליהו פי' לא לידו אלא ליד ב"ד דא"כ לעולם יערים אדם בפקדון ויאמר איני יודע עכ"ל ותימא שהרי המיימוני לא כ"כ ולענין מ"ש לעולם יערים כו' י"ל דאינהו דאפסידו אנפשייהו דהפקידו אצלו בכרך אחד מתחלה ואדרבה הם מערימים שכל א' תובע ר' וכיון שממ"נ חד מנייהו רמאי לא חיישי' תו להערמת הנפקד וממ"נ צריך לישבע היסת שא"י שהרי

כל אחד תבעו ברי בר' ומ"מ מודה מקצת לא הוי דנימא מתוך שאיל"מ מטעם שכתבו הפוסקי' הובא בסמ"ע ס"ק א' ואפי' רוצה להניח המעות השלישית בב"ד צריך לישבע שא"י ודו"ק:

סעיף יא

ואפי' בבא לצי"ש כו'. ה' המ' (וכ"כ נ"י) וכ"כ הסמ"י עשין פ"ח דף קע"א ע"א וכ"כ התוס' פ' המפקיד דל"ז ע"א ועמש"ל סי' רנ"ב ס"ב שגם דעת הרמב"ם והרשב"א כן ודברי המחבר שם צ"ע:

סעיף יב

וי"א כו'. כ"כ הטור והרא"ש לדעת התוס' וסמ"ג ורוב הפוסקים אינו כן:

סעיף יג

דאם תבעו ליה חייב כו'. אבל לא תבעו ליה פטור אף לצי"ש:

סעיף יד

והשאר יהא מונח כו' ברמב"ם איתא גם כאן אצלו:

סעיף טו

וכן מי שתבעוהו כו'. ישלם לשניהן פי' אחר שישבעו שניהן עכ"ל סמ"ע וכן הוא בטור ר"ס זה ובאשר"י:

סעיף טז

פטור אפי' בבא לצי"ש וכ"כ הרא"ש וע"ל סי' ע"ו ס"ג דכתב המחבר ב' דעות בזה ועמ"ש שם:

סעיף יז

חייב בבא לצי"ש. ליתן לכל אחד:

סעיף יח

וכן שנים שהפקידו כו' עיין בספר א"א דף ק"ד ע"ג:

סימן שא

סעיף א

ולא בהקדשות הן של מזבח עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' ל' ובסי' ק"ג וק"ח:

סעיף ב

ומ"מ ש"ש כו'. עיין בתשו' רא"ן ששון סי' ע"ג:

סעיף ג
והכי קי"ל. ואני הוכחתי לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ב דהעיקר כהרמב"ם דבפשיע' חייב:

סעיף ד
שומר שמסר לשומר בדברים אלו חייב כו'. וכ"כ בד"מ וז"ל כ' הרא"ש בתשו' כלל ל"ט סי' ב' אע"ג דדברים אלו פטורים אפי' מפשיעה אפ"ה בשומר שמסר לשומר חייב דהוי כאלו השליכו לנהר וזה דלא כתשוב' מהרי"ק שורש ו' שפטר בהקדשות שומר שמסר לשומר וע"ש עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דהרא"ש בתשובה שם מיירי להדיא שנתנו לשני לגמרי ולא בתורת שמירה ע"ש אבל בשומר שמסר לשומר לא פליג אמהרי"ק ולא מסתבר כלל לומר דגרע מפשיעה וכ"כ הרא"ש גופיה בפרק המפקיד דשומר שמסר לשומר אפילו פשיעה לא הוי וכן מוכח לעיל סי' רצ"א סכ"ו דפסקו כל הפוסקים והט"ו דאם מביא השומר הראשון עדים שנאנס אצל השומר השני או שראה שנאנס אצלו ויכול לישבע על זה פטור וכן מוכח בש"ס פרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ו ע"ב) גבי הא דמשני רבא התם לדידי דאמינא אנת מהימנת לי בשבועה ליכא לאותב' כלל ופסקו כל הפוסקים כרבא ואי הוי פשיעה הא ה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב וגם מהרי"ק שם לא כ' דהוי פשיעה אלא למ"ד דיכול לו' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר (ואפ"ה פטר מהרי"ק התם מטעם דכאן פטור אפי' פשע ע"ש) אבל למאי דקי"ל דטעמא הוא משום דא"ל האיך לא מהימן לי בשבועה משמע שם במהרי"ק דאפי' פשיעה לא הוי וכ"כ הרא"ש פ' המפקיד שם דלמ"ד אין רצוני כר הוי פשיעה ולדידן אפי' פשיעה לא הוי ע"ש והוא ברור:

סעיף ה
שאין נשבעין על אלו. ע' בטור [סי' צ"ה סי"ד] בשם רב האי דאין נשבעין על הקדשות ע"ש:

סעיף ו
טענת ודאי כו'. ע' בב"ח סי' צ"ה וצ"ע:

סעיף ז
אם קנו מידם כו' הר"ן כ' בכתובות ר"פ הנושא דלדעת הרמב"ם דלעיל ריש סי' מ' ה"ה באומר אתם עדי או חייב עצמו בשטר ע"ש ולפע"ד דדוקא התם שמתחייב עצמו מיד בלי ספק מה שא"כ הכא שאינו מתחייב מיד רק אם יאבד דמי לערב שכתב הר"ן גופא שם דדמי לאסמכתא ול"מ אתם עדי רק קנין וכן מדוקדק בלשון הרמב"ם שם שכ' המתחייב עצמו בממון ולא בתנאי כו' כן נ"ל ודוק כ' הסמ"ע אבל בלא קנין אינו מחייב

בדבורו אע"פ דמתנה ש"ח להיות כשואל ומתחייב בדבור בעלמא כו' דשאני התם שהוא בכלל השומרים כו' כן כתב המ"מ כו' ליתא כן במ"מ רק בנ"י ע' ב"י וכן כתוב בתוס' פרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) ד"ה אמר ר' יוחנן כו' ול"נ הטעם דמתנה להיות כשואל והוי כאלו אמר הריני שואל דומה להריני כאלו התקבלתי משא"כ הכא דשואל גופא פטור דאין כאן דין שומרים כלל ודוק:

סעיף ח

מעות עניים כו'. ע' בתשובת מהרא"ן ששון סי' ע"ג וע"ז:

סעיף ט

ופשע בהם עיין רש"ל פ"ח דב"ק סי' ע"א וע' בתשוב' מהר"מ אלשקר סי' ע' ע"א ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ו ובתשובת רמ"א סי' ל"א ובמהרשד"ם סי' רס"ו:

סעיף י

וכן אם הגבאי אמר כו'. ואם לא אמר שניהם פטורים בחלק הצדקה אבל ביתר המשכון על החוב חייב הגבאי לשלם ללוה וע"ל סי' ע"ב ס"ה מ"ש בשם רש"ל:

סימן שב

סעיף א

א' האיש וא' האשה (הג"ה אשה ששברה כלים של בעל בפשיעה פטורה מלשלם משום שלום בית אשר"י ותוס' פרק הכותב מהירושלמי וכ"כ הטור א"ע בשם הרמב"ם והמחבר סי' פ' וע' בנימוקי יוסף פ' השואל מביאו ב"י לקמן סי' שמ"ו ס"י אבל שברתו במזיד או נתנתו לאחר חייבת וע"ש):

סימן שג

סעיף א

ש"ש כו'. נראה דלא הוי ש"ש אא"כ שכרו ש"פ וכ"מ להדיא באשר"י ר"פ השואל ובטור לקמן סי' שמ"ו סי"ב בשם הר"מ ע"ש. גרסי' בפרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח) ובפ' אין בין המודר (נדרים דף ל"ז) השוכר את הפועל לשמור פירש"י השוכר את הפועל שנותן לו שכרו של כל יום אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אם אבדו בשבת א"ח באחריותו ואם היה שכיר שבת שכיר חדש שכיר שנה שכיר שבוע נותן לו שכר שבת לפיכך אחריות שבת עליו ונתבא' (בא"ח סי' ש"ו ס"ד):

סעיף ב
עד שימשוך. ע' בסמ"ע עד בסי' רצ"א כתב דעת שניהן ולא הכריע עכ"ל וכן לקמן סי' ש"ז:

סעיף ג
והמותר יהא שלך כו' עיי"ל סי' קפ"ו ס"ב:

סעיף ד
וכל כיוצא בזה חייב. והעיקר כהפוסקים דגניבה באונס גמו' פטור ש"ש וכ"פ רש"ל פרק הכונס סימן י"א וע"ש וע' בספרי באורך ע' בת' מבי"ט ח"ב ס"ס שמ"א ובתשו' רשד"ם סי' תנ"ט:

סעיף ה
פטו' מאונסים. כתב הרב המגיד רפ"ב מה' שכירות מהשמועה האמורה בש"ס גבי הקדש יש ללמוד שש"ש פטור באונסים בכ"מ אם נאנס ה"ז לא הפסיד שכרו אלא נשבע שנאנס ונוטל שכרו עכ"ל ודבריו נכונים שכן מוכח בש"ס פרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) וכן מוכח לעיל סי' ס"ו ס"א ור"ס ש"א ע"ש:

סעיף ו
ליסטים מזויין כו'. אף ע"פ דמיטמר מאינשי ע' בת' רשד"ם סי' ת"ל:

סעיף ז
אם לא היה יכול להציל בעצמו כו'. אף שהוא מציל את שלו ומתוך כך נשרף החפץ שהיה שומר עליו (ל"א) כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא הוי אונס מטעם שהיה נשרף חפצים שלו כ"כ הר"ב בת' סי' ק"ו ע"ש שהאריך בראיות נכונות ויש לדקדק מדבריו דאף אם היה ש"ח חייב דמחשב ליה כפשיעה ע"ש ומ"מ צ"ע לדינא ודוק שם:

סעיף ח
אלא ששומר חנם קורא רועים כו'. ומיהו אף ש"ח אם קדם להציל בשכר צריך להחזי' לו מה שהוצי' כן הוא בתוספו' פר' הכונס ד' נ"א ובהרא"ש ומרדכי שם ושאר פוסקי' גבי מבריח ארי וכן הוא בהגה"א פ' הפועלים ובתוס' והרא"ש שם איתא דה"ה באינש דעלמא שאינו שומר והציל בשכר חוזר וגובה מבע"ה ע"ש ע' בתשו' רשד"ם סי' ר"ך:

סעיף ט
רועה שטען כו'. עיין בתשובת רשד"ם סי' שפ"ח:

סעיף י

ואם אין הדבר ידוע כו'. דמן הסתם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות שהיה שוכרן להצילו באמת כ"כ הבית יוסף ואחריו נמשך הע"ש וכתב דבש"ח פטור ואחריו נמשך הסמ"ע אבל תימא האיך אנו יכולים לו' דמן הסתם היה יכול להציל וגם מי הגיד לו להרמב"ם זה אלא נ"ל דהטעם כיון דאין הדבר ידוע א"כ הרי השוכר מחויב לישבע ואינו יכול לישבע שהרי אינו יודע וכל שומר מחויב לישבע שיודע בבירור שנאנס' אבל אם ישבע שספק לו ה"ל מחויב שואיל"מ וכדלעיל סי' רצ"א בסמ"ע ס"ק י"ב והבאתיו שם והוא פשוט בכמה דוכתי וא"כ גם בש"ח הדין כן ועל כן לא חלק הרמב"ם בדבר זה נ"ל ברור:

סימן שד

סעיף א

בשכר ונשברה. עיין בסמ"ע סק"א עד וכן משמעות הש"ס ס"פ האומנין לחלק בין מקום מדרון למקום שאינו מדרון אבל מדברי הרי"ף כו' לא משמע בש"ס מידי אלא משמעות הש"ס אדרבא כהרמב"ם והמחב' וסייעת' דר' אליעזר מתמה הכי על רבותיו ומיהו רבותיו ות"ק דמתני' סתמא קאמרי דאל"כ מאי קמתמה ר' אלעזר דלמא לא קאמרי אלא במקו' מדרון א"ו כיון דמסתמא קאמרי אלמא דלעולם ישבע ומתמה דמסתבר לי' דבמקום שאינו מדרון דפושע הוי ומיהו רבותיו ות"ק ע"כ ס"ל דלאו פושע הוא וכ"כ בתי"ט סוף פרק האומנין וז"ל ונראה לרי"ף והרא"ש דכל נתקל לאו פושע הוא ואפי' שלא במקום מדרון וזה שתמה ר' אלעזר משלא במקום מדרון לסברא דנפשי' תמה כן ולר"י ליתא ההוא סברא וזה דלא כמ"ש הטור ריש סי' ד"ש דשלא במקום מדרון שלומי בעי עכ"ל אלא שלא כתב הוכחה לזה דר' אליעזר לסברא דנפשיה קאמר ולפי מ"ש מוכח כן דלר"י בכל ענין פטור וכן עיקר:

סעיף ב

הסבל ששבר חבית של יין כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' עד אבל בחזרת חביות יין נפטר בכה"ג כו' ז"א ומ"ש בל' הרא"ש סכום המעות ל"ד הוא אלא ה"ה חבית יין שאינו שוה עתה רק כמו המעות והכי מוכח בהרא"ש להדיא דאל"כ היה יכול לומר שהגירסא איבעי לך לזבוני אמת הוא ופי' דיכול להחזיר לו החבית יין א"ו ס"ל להרא"ש דיכול לומר ס"ס החבית יין אינו שוה השתא רק ג' ואם היה בידי ביום השוק הייתי מטריח עצמי

למוכרו ומה שנשאר בידי עכשיו ידעתי שאמכרנו ביום השוק הב' אבל יותר לא אוכל למכור ודו"ק:

סעיף ג

אבל רוב המפרשים חולקין כו'. ולפי ע"ד הרי"ף והרמב"ם וה' המ' והמחבר מירי ששברוה דוקא בשאר יומי וא"כ לענין הדין לא פליגי המפרשים ואפי' אם ת"ל דהרא"ש חולק ע"ז מדלא פי' גי' הרי"ף הכי מ"מ ה"ל הרא"ש יחידא' ולא אשכחן תו מאן דפליג לענין דינא ועוד די"ל דגם הרא"ש מודה לדינא אלא דלא ידע לפרש כן משום דהוי משמע ליה לישנא דאהדר ליה חביתא דחמרא שרשות בידו להחזיר לו אם ירצה ואולי גם מור"ם לא בא אלא לו' מה דמשמע מהרמב"ם והמחב' שאין חילוק בין שבר ביום השוק או בשאר ימים שהרי לא חילקו בכך וכן משמע בטור שדעת הרמב"ם דאין חילוק ע"ז חולקים רוב המפרשים דבשבר ביום השוק אין הדין כן אבל אם שבר בשאר הימים הדין כמ"ש המחבר וכן עיקר לדינא כי כבר אפשר לפרש דברי הרי"ף והרמב"ם והמחב' בשכר בשאר ימים כי היכא דלא לפלוג לדינא ואין זה דוחק שהרי הרא"ש ושאר פוסקים מפרשים הש"ס בשבר ביום השוק דוקא א"כ ע"כ דלאו בכל גונא מירי בש"ס א"כ י"ל שהרמב"ם מפרש להפך ודו"ק:

סימן שה

סעיף א

קיבל עליו שומר שכר כו'. ע"ל סי' ס"ו ס"מ וצ"ה ס"א בהג"ה ורצ"א סכ"ז וש"א ס"ד ודו"ק ורצ"ה ס"ה ורצ"ו ס"ה עיין בתשו' ר"י לבית לוי סימן ס"ח סוף ד' קמ"ט ובתשוב' ן' לב ס"א דף קנ"ה:

סעיף ב

ומשבוע' כו'. ומ"מ מפסיד שכרו המגיע לו כ"כ בתשו' ר"א ן' ששון והביא ראיה ממאי דאמרי' לעיל סימן ס"ו ס"מ ור"ס ש"א והאריך עיין שם:

סעיף ג

אמר סתם כו'. כ"כ בתשובת מהר"ם ובתשובת מיימוני לספר משפטים סי' י"א ואגודה ס"פ האומנים כת' הסמ"ע ס"ק ו' וז"ל תשובת מיימוני ש"ש או שואל שאמרו מעיקרא איני מקבל אחריות עלי פטור מכולם אפילו ש"ח לא הוי עכ"ל צ"ל דוקא בדאמר מעיקרא כן מהני בלא על מנת משא"כ אם קיבל השמירה מעיקרא צ"ל אח"כ ע"מ עכ"ל ואיני מבין דבריו דאי אתא לאפוקי בשעת קבלת השמירה הא ליתא דהא בהדיא איתא במרדכי

והגהת מיימוני שם דאם אומר בשעת הקבלה איני מקבל אחריותו לא הוי אפי' ש"ח וכ"כ המחבר לעיל סי' ע"ב ס"ז ואי אתא לאפוקי כשנסתלקו זה מזה אחר שכבר קבל השמירה פשיטא דע"מ נמי לא מהני וכן משמע במרדכי והגהת מיי' שם דאין חלוק בין אמר לשון ע"מ או סתם איני מקבל עלי אחריות וגם הר"ב סירכא דלישנא דהמרדכי והגה' מיי' נקט ע"ש ומאי דאמרי' בעלמא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אין ענינו לכאן וק"ל ע"כ עיין בתשו' רשד"ם סי' קמ"א:

סעיף ד

וי"א דהוא הדין השאילני כו'. כ"כ גם כן המרדכי ר"פ השואל ותשובת הרא"ש בטור בשם ראב"ן והוא בראב"ן ד' צ"ח ע"ד וכ"פ הב"ח וקשה למה כתב בשם י"א שהרי גם המחבר סובר כן ממ"ש אח"כ השאילני היום ואני אשאילך למחר נעשה ש"ש אלמא דבבת אחת הוי שמירה בבעלים. וכן מוכח ממ"ש המחבר בסעיף ז' וצ"ע:

סעיף ה

ואשמור לך למחר כו'. וה"ה ביום א' ושעות מחולקות וק"ל:

סעיף ו

שמור לי היום כו'. הטור ושאר אחרונים נבוכו בדברי הרמב"ם והרמ"ה ולפע"ד נראה עיקר כדבריהם בש"ס (דף פ"א ע"א) דאל"כ ל"ל לתלמודא למימר הכי אבריית' הא כבר קאמר הכי אמתני' ותרתי זימני ל"ל ע"ש ולענין קושית הטור וסייעתו נ"ל דהשאילני ואשאילך ודאי אתי כפשוטו בבת אחת דומיא דשמור לי ואשמור לך וא"כ בשעה שזה מחויב לשמור לו כלי השואל גם חברו מחויב לשמור כלי משאיל והוה שאלה בבעלים ושמור לי ואשאילך נמי א"ש שהרי מיד שזה מקבל הכלי לשמור זה מחוייב להשאיל לו הכלי נמצא שזה הכלי של משאיל הרי הוא כאלו הוא של השומר וכל היכא דאיתיה ברשותא דהשומר איתיה ובעל הכלי צריך לשומרו לו כדי להשאילו נמצא נעש' בעל הכלי שהוא המשאיל שומר וכן בהשאילני ואשמור לך ומיירי שמשאילו אח"כ דאלו היה מוסר לו כלי השואל מיד א"כ אינו שוב עמו במלאכתו וזה בכלל היום ולמחר מיהו בשמור לי היום ואשאילך למחר כיון דאינו חייב להעמיד לו כלי השואל עד למחר לא חל על המשאיל תורת שמירה עד למחר שהרי הכלי הוא שלו ולא הוי שמירה בבעלים ואפשר שגם רש"י ושאר מפרשים שפירשו דלא קאי בש"ס רק אשמור לי ואשמור לך מודים בזה לדינא רק שלא רצו לפרש הש"ס כן משום דס"ל דא"כ לא היה צריך לשנויי דמיירי בהיום ולמחר רק שא"ל שמור לי ואשאילך מיד וכן עשה באופן שלא היה מחויב

המשאיל לשמור הכלי שלו בשעה שהשומר משמר (ועיין בסמ"ע ובב"ח מ"ש בזה ואין דבריהם נכונים ודוק) ודוק היטב:

סעיף ז

השאילני היום כו'. ואם א"ל השאילני ואניח לך משכון הוי שואל וחייב באונסים ר"ן בתשובה סי' י"ט:

סעיף ח

ויש אומרים דשמור לי כו'. עיין בספר א"א דף ק"ד ועיין בתשוב' רשד"ם סי' ל"ד:

סעיף ט

כגון שראובן הניח משכון. עיין בתשו' הר"ן סי' י"ט וע"ל סי' ע"ב ודוק כתב הסמ"ע אם עשה כן מעצמו כו' ופשט לשון מור"ם לא משמע כן וכן במהרי"ק שם משמע דאין חילוק בכך אלא אפי' תלה זה בזה כיון דאין המשכון בידו א"כ אינו שומר עליו גם הרמ"ה מודה וק"ל:

סימן שו

סעיף א

כל האומנין שומרי שכר הן. כתב הסמ"ע ובדרישה הוכחתי דדוקא באומן דקבלנות קאמר דהוה ש"ש משא"כ פועל שכיר יום עכ"ל לא ידעתי מנ"ל הא וגם לא מצאתי לשום פוסק שחילק בכך וגם לפי מסקנת הש"ס פרק האומנין (בבא מציעא דף פ' ע"ב) משמע דאין חילוק ומ"ש הטור בקבלנות הוא ל"ד א"נ משום סיפא נקט ליה דאומן קונה בשבח כלי וכמ"ש הב"ח וכתב ג"כ דאפי' היה שכיר יום נמי הוי ש"ש רק שנראה מדבריו דדוקא בשכיר יום שנותנים לו המלאכה בביתו ולפע"ד אפי' עושה המלאכ' אצל הבעל הבית הוי ש"ש מטעם שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכ' ליטול שכרו אע"ג דבתוס' איתא פ' האומנין סוף דף פ' דהאומן עושה המלאכ' בביתו כו' היינו למ"ד שוכר כש"ח אבל למאי דקי"ל שוכר כש"ש משמע להדיא מדבריהם שם דאפי' עושה מלאכ' בבית בעה"ב הוי ש"ש מטעם שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכה ליטול שכרו ודוק:

סעיף ב

טול את שלך והבא מעות כו' ע' בתוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ט ע"א) ד"ה אלא אפילו ש"ח לא הוי מה שהקשו שם מהכא דהוי ש"ח ותירוצם דחוק ולפע"ד לק"מ דהכא א"ל טול את שלך והבא מעות א"כ כיון שעדיין חייב לו מעות הוי ש"ח משא"כ

התם שאינו חייב לו כלום. שוב מצאתי בר' ירוחם נ"ל ח"א שכתב בשם הרמ"ה כדפי' ע"ש ודוק:

סעיף ג

שאין אומן קונה בשבח כלי. ולי נראה לפסוק דהוי ספיקא דדינא כי ראיתי בה"ג דף צ' שפסק כרב אסי דאומן קונה בשבח כלי ואינו חייב לשלם אלא דמי עצים וכן דעת ר"י ור"ת כמבואר בהרא"ש פ"ב דקידושין ובסמ"ג סוף עשין פ"ט ונראה מדברי הסמ"ג שם שגם הוא מסכים לדעת ר"י וסייעתו וכן כתב בש"ג שכן דעת הסמ"ג וכן כתב בת"ה סי' ש"ט וז"ל צריך להתיישב בדבר דפלוגתא דרבוות' היא אלפסי פ' הגוזל קאמר דלא קי"ל כרב אסי דאומן קונה בשבח כלי ואשר"י פ"ב דקידושין כתב בשם ר"י ור"ת דקי"ל כרב אסי וכן כתב פ' בתרא דעכו"ם בשם ה"ג וכן במרדכי בשם ר"י פ' הגוזל וא"כ שמעון דמוחזק הוא בחגור מצי למימר קים לי כר"ת וחביריו דאומן קונה בשבח כלי עכ"ל ועיין עוד שם (ועיין לקמן סי' שנ"ו) ס"ז ונלפע"ד דגם הרא"ש ספוקי מספקא ליה שהרי בכל המקומו' הביא דעת הרי"ף ודעת ר"י ולא הכריע ואע"ג דהש"ג שם כתב דדעת הרא"ש כהרי"ף לפע"ד אינו מוכרח ומ"ש מהרש"ל פ' הגוזל שם סי' כ"א דבהמקבל פסק הרא"ש סתמא דאין אומן קונה בשבח כלי לאו מילתא היא דבהמקבל לא העתיק אלא לשון הרי"ף וסמך עצמו אמ"ש בפ' ב' דקידושין מחלוקת הרי"ף ורבינו תם בזה וכה"ג אשכחן בדברי הרא"ש בכמה דוכתי גם ר' ירוחם בס' חוה נתיב ח"א הביא מחלוקת רי"ף ובעל התוס' ולא הכריע ואדרבה הביא דברי התוס' למסקנתו מיהו בס' מישרים נל"א ח"ב כתב בסתם דמשלם דמי תיבה לא דמי עצים שאין אומן קונה בשבח כלי עכ"ל. גם בנכ"ט שם גבי קבלנות עובר בבל תלין כתב שכן עיקר ונראה מדברי ר"י ומדברי הטור כאן וברמזים דדעת הרא"ש דאין אומן קונה בשבח כלי ולפע"ד דאין זה מוכרח וכמ"ש ויותר נראה דספוקי מספקא ליה להרא"ש וכ"כ בס' מעדני מלך פ' הגוזל בפ"ג לקצור פסקי הרא"ש דלא מוכח מהרא"ש מידי ע"ש וגם בש"ג שם משמע דספיקא דדינא הוי (ועיין בא"ע סי' כ"ח ס"ט כ' המחבר גם כן ב' דעות בזה) . ומה שהכריע מהרש"ל שם כיון דחכמים ס"ל דאינו קונה אם כן קי"ל כחכמים ליתא דהא לאוקימתא דרבא דפליגי במקדש במלוה ופרוטה נמי קי"ל כר' מאיר וכן משמע להדי' בראש"ש פ"ב דקידושין דאין להכריע מזה דאין אומן קונה בשבח כלי ואולי גם כוונת הרא"ש בפ' הגוזל כן ויש איזה חסרון בדבריו דאל"כ א"א ליישב מה שכ' בסוף דבריו ומיהו לאו ראיה היא דאיכא למימר דפליגי בישנה לשכירות מתחל' ועד סוף ומש"כ בס' מע"מ דר"ל דמיירי בשכיר יום הוא לא נהירא כלל ועוד דא"כ הדרא לדוכתא הוכחת הרי"ף דמדקאמר רבא דכ"ע

אין אומן קונה ולא אמר דכ"ע אומן קונ' ושאני התם דמירי בשכיר יום ש"מ דס"ל לרבא להלכתא הכי אלא נרא' דיש איזה חסרון בהרא"ש דבעי לאסוקי דאע"ג דחכמים פליגי הלכה כרבי מאיר וכמ"ש בפ"ב דקידושין ואולי יש ליישבו בלא טעות דה"ק ומיהו לאו ראיה היא דע"כ מוכח דהלכה כר' מאיר דאל"כ ל"ל לרבא לאוקימת' דמלוה ופרוטה נהי דבעי לאוקמא דלא פליגי תנאי באומן קונה בשבח כלי מ"מ הא איכ' למימר דפליגי בישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וא"כ הו"ל לרבא לאוקמ' בפשיטות כדקאמר תלמודא מעיקרא בישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ומאי דוחקא לאוקמא בענין אחר א"ו משום דס"ל דקי"ל הלכה כרבי מאיר בהא ואי הוי מוקי לה דפליגי בישנה לשכירות מתחלה ועד סוף לא הוי הילכת' כר' מאיר דהא קי"ל ישנה לשכירות מתחל' ועד סוף לכך מוקי לה דפליגי במלו' ופרוט' והלכתא כר' מאיר והשתא ניחא דלא דחינן מימרא מפורשת דרב אסי וגם פשטא דסוגי' דפ' הגוזל משמע דקי"ל כר' אסי וגם מפירש"י שם משמע דקי"ל כר' אסי וכמ"ש מהרש"ל גופי' שם גם יתר הראיות שהביא מהרש"ל שם אינן מוכרחות וגם מדברי כל הפוסקים גבי טבילה בנותן כלי לעכו"ם לתקן משמע דס"ל להילכתא אומן קונה בשבח כלי (ע' בב"י בי"ד סי' קכ"א) הילכך נרא' דלענין ממון על כל פנים ספיקא דדינא הוי ואינו משלם אלא דמי עצים בלבד דהממע"ה מיהו מ"ש הטור לקמן סי' של"ט ס"ו דבקבלנות עובר משום בל תלין אמת הוא דהוא ש"ס ערוכה ומירי בשכרו לביטשי ביטשי במעתא וכמו שפירש בשלטי הגיבורים דברי סמ"ג כן ודלא כמ"ש רש"ל ובסמ"ע כאן סק"ו דהטור לקמן סי' של"ט משום דאין אומן קונה בשבח כלי וגם לקמן סי' של"ט כת' הסמ"ע הטעם משום דאין אומן קונה בשבח כלי ואין זה מוכרח וכת' עוד בש"ג והוא הדין אם נגנב או אבד הכלי ממנו לאחר שעשאו והשביחו דלהרמב"ם וסייעתו יתחייב בדמי הכלי ושבחו דלא קנאו בשבח ולדברי ר"י וסייעתו לא יתחייב רק בדמי עצים וכי היכא דפליגי בהני מלאכו' ה"ה לכל שאר מיני מלאכות ונרא' דפלוגתייהו הוי כשלא קבל עדיין האומן דמי שכירתו דאלו קבל דמי שכירתו ליכא למ"ד שלא יתחייב להחזיר דמי השכירו' כשקלקל עכ"ל ודבריו נכונים רק במ"ש בסוף דמי השכירות נ"ל שהוא ט"ס וצריך לו' דמי השידה וק"ל:

סעיף ד

נתן צמר כו' נותן לו דמי צמרו דוקא שהקדיחתו יורה קודם שנפל בו הצבע אבל לאחר נפיל' שהשביח נותן לו דמי צמרו ושבחו כן פי' בש"ס ב"ק ריש (ד' צ"ט) לשון המשנה למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי ובספר תי"ט ובלח"מ פ"י מהלכות שכירות תמהו אמה

שלא פירשו הפוסקים כן דהא ס"ל אין אומן קונה בשבח כלי ואין זה קושיא דל' הפוסקים לשון המשנה:

סעיף ה

אם השבח יתר על הוצא עיין בסמ"ע ס"ק ט' עד דאל"כ לא היה קשה מידי מהיורד שלא ברשות כו' ואין זה הוכחה דהתם אם הוא עצמו פועל צריך ג"כ ליתן לו שכירות (הג"ה עיין מ"ש בסמ"ע במ"ש ובדרישׁ' כתבתי ישוב לזה דגם בצבעו כעור מצינו לפעמים שהשבח יתר ממה שאמדו להיו' בתחל' כו' וקשה להבין דא"כ אם לא הי' צבעו כ"ש שהי' יותר כיון שנתייקר הצבע) ע"ש בסמ"ע ומ"מ ק' דהל"ל בל' וי"א כו' אין זה קושיא מכיון דאין בדברי הרמב"ם והמחבר הכרח כ"כ לכך כת' מור"ם בסתם וכן דרכו בכמה מקומות מיהו לענין דינא נראה עיקר כמו שפסק הב"י כפירש"י והרמב"ם בפי' המשנ' ומ"ש הד"מ על הב"י וז"ל ואין דבריו נראין דמאחר דהרא"ש והתוספות דחו דברי רש"י מכח הירושלמי אין בנו כח לחלוק על הירושלמי ויש לנו לפ' דברי הש"ס שלנו כדברי הירוש' ולא לעשות מחלוקת במקום שאינו צריך כן נ"ל עכ"ל ולפעד"נ דברי הב"י דהרי אף מהירושלמי לא נדחה פירש"י אלא לפי מה שפי' ר"י דברי הירושלמי והתוס' עצמם הקשו על ר"י שאין ל' הירולשמי משמע כפירושו וכתבו שר' אלחנן פירש בע"א ולא מצאתי כתוב עכ"ל בהגהות אשרי ממהרי"ח מביא פי' הר' אלחנן א"כ העיקר כפירש"י שהוא כפשוטו ונרא' שלזה כוון הב"י במ"ש ועוד שדברי הירושלמי כו' והרב אלחנן פירשו בע"א כו' והתוס' עצמו גמגמו על פי' הירוש' כו' וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל עצים וז"ל ואני מצאתי בפסקי מהרי"ח והעיקר מדבריו שדחק לפרש הירושלמי בע"א שיהא דין זה כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ולפי פי' יהי' פי' פשט המשנ' שלנו כפשוטו וכן נר' ותימה על הרא"ש כו' דלא כר"י אלא כמו שפי' רש"י וכן הרי"ף סתמא כתב וכן דעת הרמב"ם כפשוטו וכ"כ נ"י בשם הרא"ה וכן עיקר עכ"ל וכן פירש הברטנורה:

ועוד נלפע"ד לפרש את הירושלמי באופן שמסכים לפירש"י ולדעת הרמב"ם והמחבר דהא לפי מה שפי' התוספות והרא"ש הירושל' ק' טובא וכמו שהקשו התו' עצמם ע"ש לכך נ"ל דה"פ מהו אם השבח יתר על ההוצא' נותן לו את ההוצא' אם שכירות האומן דינו כהוצאה או לא ומפ' בר נש כו' כלומר דלא קאי לפרש המתני' אלא ה"ק דדוקא הוצא' קאמר מתני' אבל שכירות לא והלכך בר נש דיהיב לחברי' חמש מנוי צמר וחמש מנוי סממנין ועשר' מנוי אגרא וא"ל זיל צבעי' סומק ואזיל וצבעיה אוכם א"ל אלו צבעתי' סומק הי' שוה עשרים וחמש השתא דצבעת אוכם לית הוא שוה אלא עשרים מנוי את אבדת דידך ואנא לא אבדנא דידי ע"כ והיינו דנקט הירושלמי דבע"ה נתן חמש מנוי

סממנין דלפי' התוספו' והרא"ש קשה למה ליה למימר הכי אבל לפי מ"ש א"ש והיינו דקאמר עלה בירוש' אמר ר' יונה ותשמע מיניה בר נש דיהיב לחבריה שמנ' דינרין דלזבין ליה חטין מטבריא וזבין ליה מצפורי אמר ליה אלו זבנת לי מטבריא היה עשרים וחמשה מודיי כדין דזבנת מצפורי ליתנון אלא עשרין מודיי את אבדית דידך אנא לא אובד דידי ע"כ ר"ל כי היכא דהתם מנכה לו מה שהי' ראוי להשביח משכירתו ה"נ מנכה לו הי' מדות משכר טרחתו אבל שינכה לו מה שהי' ראוי להשביח ממה שהוציא האומן יציאו' על הצמר זה לא נזכר בירושלמי כלל וא"כ דעת רש"י והרמב"ם אדרב' ממש כהירושלמי שהרי רש"י כתב בפי' דמתני' פרק הגוזל (בבא קמא דף ק' ע"ב) וז"ל ר' יודא אומר כו' דקניס להאי דשינה להיות ידו על התחתונ' ולא ניתהני משבח' ואגרא נמי כול' לא לשקול אלא יציאה כו' וכ"כ הבטנור' שם וכ"כ עוד רש"י בפרק הבית והעלי' דף קי"ז ע"ב ובפ"ק דע"ז דף ו' ע"א ונרא' שמה שהזקיקו לרש"י לפרש כן דאינו משלם לו שכרו משלם היינו משום דמגופא דמתני' מוכח הכא דהא מסתמ' אומן עם הבע"ה על שכירו' דילי' קטעין וא"כ אמאי שבק מתני' דינא דשכירות וקפריש דינא דיציא' והכי הל"ל אם השבח יותר מהשכירות נותן לו השכירו' ואם השכירו' יותר מהשבח נותן לו השבח אלא ודאי שכירתו לעול' לא קשקיל לכך כת' רש"י דקניס לי' ואגר' נמי כולא לא לשקול כו' ולכך גם הרמב"ם והמחבר שלא כתבו אלא כל' המשנ' משמע ג"כ מדבריה' דלעול' אינו משל' לו אלא יציאה אבל לא שכירתו אף שהשבח יותר מן השכירו' ואדרב' משמע לכאור' מלשון רש"י דשכירו' לעול' לא שקיל אפי' השביח הרבה ובירושלמי משמע דאינו מנכ' לו אלא ה' מה שהי' ראוי להשביח והי' נותן לו שכירו' וכן אלו השביח עכשיו מה שהי' ראוי להשביח צריך לשלם לו שכירותו שפסק לו אף שהוא יותר מן ההוצא' ואפשר לומר דרש"י מיירי כשאין ידוע מה שהי' ראוי להשביח ומודה להירושלמי וכן ראיתי בהגהת אשר"י פ' הגוזל מא"ז כמ"ש וז"ל נתן לו צמר בה' מנין וסממנים בה' מנין ועשרה מנין נדר לו בשכרו וא"ל צבעי' סומק ואזל צבעי' אוכם אם שוה יותר מכ"ה אין נותן לו אלא שכרו ואם פחות מנכ' הפחת לצבע בשכרו משום דאי הוה צבעי' סומק הי' שוה כ"ה מנה נתן לו דינר לקנות חטין בטבריא שהי' מדה גדול' וקנא' בצפורי שהי' מדה קטנ' הפסיד השליח מא"ז ע"כ ונרא' דגם הב"י ומהרש"ל מודים לזה לדינא דלא דחו הירושלמי אלא לפי הבנתם שהבינו דהירושלמי מיירי דמנכ' לו מיציאותיו אבל לפי מ"ש דלא מיירי אלא משכירותו פשיטא דקושטא היא וכדמוכח להדיא מפירש"י ומפשט' דמתני' ושאר פוסקים וכמ"ש ועוד משמע מפירש"י וברטנורא להדיא דשכר טרחו של כל יום צריך ליתן דזהו בכלל ההוצא' מדכתבו נותן לו היציא' ולא שכר שלם

כו' וכן מוכח מל' רש"י דלעיל ואגרא נמי כו' לא לשקול משמע דכולו הוא דלא שקיל הא שכר טרחו כשאר שכיר. יום שקיל וכ"כ עוד רש"י להדיא בפ' הבית והעלי' ומביאו ב"י ונרא' שמה שהזקיקו לרש"י לפרש כן היינו משום דקשי' ליה דאף על גב דידו על התחתונ' מ"מ לא יהא אלא לא פסק לו שכר כלל מי לא בעי למיתב ליה מה שנהנ' דהא הי' מוכרח על כל פנים ליתן לפועל כשכיר יום (ולא גרע מיורד שלא ברשות) לכך פירש"י דמתני' לא אתא אלא למימר דאינו נותן לו שכירתו שהתנה עמו אבל מה שהי' מגיע לו אפי' לא הי' מתנה לתת לו פשיטא דבעי למיתב לי' וכך כתב עוד רש"י בפ"ק דף ז' ע"א להדי' וז"ל אם השבח שהשביח הצמר יותר על היציא' נותן לו בעל הצמר את היציא' סמנין ועצים ושכר פעול' כשכיר יום ולא שכר שלם כמו שהתנ' עמו עכ"ל. ובזה נלפע"ד דאין צריך למ"ש התוס' והרא"ש ליישב הירושלמי דאמאי לא יהי' כאן הדין כמו יורד שלא ברשות וכתבו דהכא גרע טפי דה"ל כאלו התנה עמו שיפסיד שכרו אי נמי קנסא הוא כיון ששינ' ולפי מה שכתבתי לק"מ דהירושלמי לא בא אלא לומר דמנכ' לו משכירותו שפסק לו וא"צ ליתן לו כל הי' מנין שהתנ' לתת לו אבל מ"מ שכר טרחו של כל יום הוי בכלל יציא' וא"כ דמי ממש ליורד שלא ברשות דיהיב לי' יציאותיו ושכר טרחו של כל יום כפחות שבשכירים ונרא' דגם הרמב"ם מודה בזה לרש"י והיינו שכתב הרב המגיד פ"י מה' שכירו' על דברי הרמב"ם וז"ל ופי' הוצאה פי' רש"י ז"ל דמי עצים וסמנין ושכר טרחו כשאר שכיר יום ולא מה שפסק לו בקבלנו' דהוי טפי עכ"ל פרק הבית והעלי' עכ"ל הרב המגיד וגם בנ"י פרק הגוזל כתב נותן לצבע את ההוצא' ולא שכר שלם כן פירש"י ז"ל והרא"ה ז"ל כתב נותן לו שכרו כפועל בטל עכ"ל ונרא' דהרא"ה אינו חולק על רש"י אלא מפרש דבריו כאן כמו שפירש בפ' הבית והעלי' ובפ"ק דע"ז וכן עיקר: העול' מזה נתן לאומן לצבוע אדום וצבעו שחור אם השבח יותר מן ההוצא' נותן לו ההוצא' דהיינו דמי עצים וסמנין ושכר טרחו כשאר שכיר יום ולא שכרו משלם שפסק עמו בקבלנות ואין מנכה לו מן ההוצא' השבח שהי' ראוי להשביח יותר אך משכירותו שפסק עמו מנכה לו ואם השביח עכשיו כפי מה שהי' ראוי להשביח צריך לשל' לו כל שכירותו שפסק לו אף שהוא יותר מן ההוצא' ואם ההוצא' יתיר' על השבח אינו משלם לו אלא שעור שבח וכן מי ששלח את חבירו ליקח חטין מטברי' ולקח מצפורי מנכ' לו מה שהיו נותני' יותר בטברי' משכירותו שפסק עמו אבל אינו מנכ' לו משכירו' שהי' מגיע לו כשכיר יום אם יש לו ריוח כל כך:

סעיף ו

אמר בעל הכלי כו' אין שומעין לו כתב מהרש"ל פרק הגוזל קמא סי' כ"ז על זה וז"ל בע"כ איירי היכא דליכא שבחא כלל ואינו שוה דמים הראשונים דאי איירי בדאיכא שבחא אין שייך לומר אין שומעין ימכור והבגד ויקח המותר לעצמו או מאי דעתו של זה אלא מיירי דליכא ריוח כלל ואף [לא] הגיע לדמיו עכ"ל ולא נהירא לי דהא אדלעיל אם השבח יותר על הוצא' או הוצא' יתיר' על השבח קאי אלמא דאיכא שבחא ועוד דהא מסיק עלה שאין האומן קונה בשבח כלי ומשמע דאכול' מלתא דלעיל קאי אלמא דמיירי דאיכא שבחא ועוד דאי אינו שוה דמים הראשונים מאי טעמא אין שומעין לו הרי זה פחתו בידים אלא ודאי מיירי כפשוטו דאיכא שבחא רק שהבע"ה אינו רוצה להטריח ולמכור וחפץ דמי צמרו במעות מזומנים אין שומעין לו גם מ"ש מהרש"ל שם שהעיקר כהשג' הראב"ד ששומעין לו לא נ"ל אלא נ"ל דברי הרמב"ם עיקר דהא אמרי' בש"ס (דף ק"ב ע"ב) דטעמ' דר' יודא דס"ל שינוי אינו קונה וא"כ למה יתחייב לתת לו דמי צמרו הא הצמר של בעה"ב היא בשלמא הא דאם השבח יתר על ההוצא' כו' תקנו רבנן לתועלתו של הבעה"ב דכיון שהצמר הוא של בעל הבית והאומן רוצ' להוציא ממנו תקנו שידו על התחתונ' והבע"ה משל' לו הפחו' שביניהם הואיל ושינה אבל שיוצי' הבהע"ב מעות מן האומן אין לזה טעם כלל שהרי הצמר היא של הבע"ה דשינוי אינו קונ' ואיך יעלה על הדעת שהאומן יתחייב ליתן לו מעות בעד הצמר. ואמת שהמהרש"ל כתב שם אף לר' יודא שמן הדין הי' אומן קונ' מאחר שיש כאן שינוי כמו גבי גזלן דקני בשינוי אלא משום תקנה לא קני אבל פשטא דש"ס (דף ק"ב ע"ב) לא משמע הכי וכ"כ התוספות פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ה ע"ב) ופ' הבית והעלי' דף קי"ז ע"ב ודוקא בגזלן שמתכוין לקנות קני בשינוי ולא אומן וכ"כ עוד להדיא בפ"ק דע"ז דף ז' ע"א וז"ל וא"ת קשיא דר"י אדר' יודא התם אמר רבי יהודה גזלה חוזרת בעינ' אלמא שינוי קונ' והכא קתני ידו על התחתונ' אלמא שינוי לא קני ואומר ר"י דהתם נתכוין הוא לקנות אבל הכא שוגג היה ולא נתכוין לקנות עכ"ל. וא"כ לפי זה פשיטא דדברי הרמב"ם מוכרחי' ודוק. גם מ"ש מהרש"ל שם והמגדל עוז רצה ליישב הרמב"ם בדברי' שאין בהם טעם וריח ראה מה שכתב בסוף דבריו שאם היינו שומעין שיתן לו דמי צמרו א"כ היה הדין כרבי מאיר ואנו קי"ל כרבי יודא כו' ע"כ ראה איך הבין ועיין ר"מ פליג היכא דאיכא שבחא ובהא קי"ל כר' יהודא אבל היכא דאיכ' פחת דלמא אף רבי יודא מודה וכבר כתבתי בפ' החובל סי' י' שכך דרכו ברוב המקומות ואין לסמוך עליו עכ"ל ואני אומר שאף שכך דרכו של המ"ע ברוב המקומות מ"מ בזה אף שקרוב הדבר שלא כוון האמת מ"מ אין השגה עליו כי אולי כוון

למה שכתבתי דבע"כ הרמב"ם מיירי היכא דאיכא שבחא וכמ"ש א"כ אם היינו שומעין לו היינו עושין כרבי מאיר דשינוי קונה גבי אומן ואנן קי"ל כר' יודא דשינוי אינו קונה עיין בתשו' מהר"י לבית לוי סי' נ':

סעיף ז

בחנם אם היה טבח מומחה פטור מיקרי מומחה כששוחט ג' פעמים עופות קטנים רש"ל שם:

ראיתי באלפסות גדולים עם הש"ג נדפס בגליון המרדכי בריש פ' המוכר פירות וז"ל מצאתי נ"ל דאם שולח איש איזה דבר לשחוט ונתנבל' בידו אין השוחט חייב בהא ואע"ג דריש פ' המוכר פירות תניא המולך בהמ' לטבח חייב לשלם מפני שהוא ש"ש כו' היינו דוקא אומן שאינו עוש' שאר מלאכה שאומנתו בכך ונוטל שכר בכך והוי כש"ש אבל אם אינו עושה אלא בשביל טובות הנאה הוי ש"ח ופטור דפושע לא הוי דאי הוי פושע אמאי קאמר התם בב"ב מפני שהוא כש"ש ליחייב משום פשיעה אכן מספק' ליה אי חשבינן ליה ש"ש משום הברכות שמברך בשעת השחיט' ואותן ברכו' מרויח עכ"ל ונ"ל דאיז' תלמיד טוע' כתב את זה ואשתמיטי' ש"ס ערוכ' דפרק הגוזל עצי' דאוקמינא התם להך ברייתא דפ' המוכר פירו' דהיינו כשנוש' שכר אבל בחנ' פטור אומן והדיוט אפילו בחנם חייב דפושע הוא כדאיתא התם ע"ש:

סעיף ח

שלוקחין הכרכשאות כו' ואע"פ שאין לוקחין כלו' מהטרפ' מ"מ כיון שאם לא הי' נטרפ' הי' נוטל נמצא זה שכרו ועוד הכרכשאו' שנותני' לו מן הכשירו' הן הן שכרו גם על הטרפו' עד כאן לשון הטור הביאו בסמ"ע ומטעם השני כתב רש"ל דהוי ש"ש גם על התרנגולים וק"ל:

סעיף ט

לענין ממון לא מפקינן מספק. ובזה גם רש"ל שהבאתי לקמן מודה וע"ש ובתשו' רמב"ן בסופו איתא דחייב לשלם והוא תמוה ואולי ט"ס הוא שם וצ"ל פטור מלשלם ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ז מה שדחק ליישב דברי מור"ם לעיל ס"ס רל"ב סי"ב בהג"ה דשאני התם כו' ותירוצו דחוק דס"ס מפקינן מיני' ממון אבל באמת מעיקרא אין התחל' לקושיא זו דהת' כיון דאפי' מספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה ויכול לומר אילו הייתי יודע שהוא ספק טרפ' לא הייתי לוקח ונמצ' המקח בטל והדמי' חוזרים וכן מבואר להדי' בדברי הרמב"ן והרשב"א בחדושיו ובהר"ן פ' א"ט גבי מחט שנמצא בעובי בית הכוסות

ובהריב"ש סי' תצ"ט ומביאו ב"י בי"ד סי' קי"ט בקצרה דל"ד לכאן ואשיתמיטתא לסמ"ע דברי פוסקי' אלו:

סעיף י

ואע"פ שיש מי שחולק כו' ר"ל הת"ה סי' קפ"ו ולפע"ד דינו של הת"ה אמת ואין חולק עליו דודאי כל היכא דנהגינן לאוסרו אע"ג דאינו אלא מכח חומר' כיון שהוא מפורש בהדיא בהלכו' שחיט' שביד השוחטי' שלומדי' מהן הלכו' שחיט' השוחטי' שבגבולין חייב לשל' ואין טעם לפוטרו שהרי ידע שאם נעש' קלקול זה תיאסר השחיט' וה"ל ליזהר בכה"ג וכמ"ש בת"ה שם וממ"ש הטור אלא דמחמרינן באיסור וחיישי' שמא בעור נפגמ' לא מפקינן ממון מספק אין ראי' דפטו' דשאני התם דאין שייך לומר כלל דה"ל לאסוקי אדעתי' וכן ממ"ש הגהת אשר"י דהיכא דנעש' ספק נבל' אע"ג דאסו' באכיל' לא מחייבינן לטבח לשל' אין ראי' וכמ"ש בת"ה שם דבהג"א מיירי בספיקו' שאינן מבוארי' בהלכו' שחיט' שביד הטבחי' ולפ"ז גם ממ"ש ה"ה והמחבר בשהה במיעוט סימנים פטור נמי אין ראי' דאפשר דמיירי היכא דאין מבואר בהל' שחיט' דשה' במיעוט סימנים פסול' וכן משמע מדברי המחבר בי"ד סי' כ"ג דאין דין זה דשה' במיעוט סימני' פסולי' פשוט אצל כל השוחטי' שהרי המחבר פסק שם שהה במיעוט קמא או במיעוט בתרא כשר' ואינו מטריף אלא בשהה בשחיט' מיעוט אחרון של סי' ראשון ודבר זה אינו מצוי וי"ל השוחט לא ידע מזה דה"ל לאסוקי אדעתי' ליזהר משא"כ לדידן דמטרפינן שהיי' בכל שהוא בין במיעוט קמא בין במיעוט בתרא בין בקנ' ובין בושט והוא דבר פשוט ומבואר אצל כל השוחטי' הלומדי' הלכות שחיט' כמבואר בכל הלכות שחיט' פשיט' דהשוחט חייב וכמ"ש הת"ה שם מטעם דה"ל לאסוקי אדעתי' שיאסר השחיט' וה"ל להזהר בכה"ג ודוחק לו' דהרב רמ"א משיג על הת"ה מסברתו בלי טעם וראי' ועוד דהרי דברי הת"ה נכוני' בטעמן וכמו שכתבתי ועוד שבסמ"ע ס"ק י"ז כתב שנרא' גם דעת המחב' כהרב וגם הטור כתב כן בהדי' כו' והא דכתב מור"ם כן נ"ל ר"ל שכן נרא' לו להכריע להלכ' ולאפוקי מדע' החולק כו' ולפע"ד אין מדברי המחבר והטור ראי' דס"ל לאפוקי מדע' החולק וכמ"ש וכן פסק מהרש"ל פ' הגוזל עצים סי' כ"ג בשה' במיעוט סימני' כיון דאנו נוהגים לאוסרו וה"ה כל מ"ש בשחיטו' שלנו ה"ל ליזהר:

סעיף יא

אם בשכר ראהו חייב לשלם. ומהרש"ל פ' הגוזל עצים סי' כ"ד פסק כהרשב"א דאומן גמור כדנכו ואיסור אפי' בשכר פטור (וכן כתב מהרי"ן לב בתשוב' ס"ג סי' ל' כיון דאיכא פלוגת' דרבוותא מספיקא לא מפקינן ממונא) ועיקר ראייתו דאם לא כן ה"ל לר"פ לשנויי

הכי ולע"ד אין בזה כדאי להכריע דאה"נ דר"פ משני הכי כי תניא אומן פטור ע"כ בדנכו ואיסור והא דתניא אומן חייב מצי מיירי בכל ענין בין בסתם אומן ואפילו בחנם ובין בדנכו ואיסו' ובשכר והא דלא מפרש רב פפא הכי להדי' משום דע"כ המקש' סליק אדעתי' דיש לחלק בין בחנ' לבשכר וכמ"ש התוספו' והרא"ש שם אלא דהוי ס"ל דתרתי ברייתות מיירי בסתם אומן ובסתם אומן אין חילוק בין בחנם לבשכר וכמ"ש התוס' והרא"ש שם דאפי' בחנם חייב וא"כ לא היה צריך ר"פ לומר אלא כי תניא אומן (פטור) מיירי בדנכו ואיסור דוקא ודו"ק:

סעיף יב

ומ"מ הסבר' הראשונ' עיקר ומהרש"ל פסק שם כהרא"ש וסייעתו ולפענ"ד עיקר כהרי"ף וסייעתו וכמ"ש הר"ב דלא לחנ' נקט בש"ס א"ל חזי דעלך קסמכינא וגם לא לחנם אמר ר"ל כן לר' אליעזר ומה שהוכיח הרא"ש דהא גבי ר' חיי' לא הוי אמר חזי דעלך קסמכינ' נ"ל דלק"מ דלא לחנם נקטו הרי"ף והרמב"ם ואי מוכח' מלתא דעלי' קסמיך לא צריך לאודועי' דל"ל להרי"ף זה א"ו בא לאשמועינן דלא תיקשי מהא דר' חייא שהבי' בסמוך לכן קאמר ואי מוכחא מילתא כו' כלו' והך עובדא דר' חייא מוכחא מילתא הוי שוב ראיתי בספר המאור ובמלחמו' ה' משמע להדיא מדבריה' שדעת הרי"ף כמ"ש ומשמע שם מדבריה' שגם הם סוברים כהרי"ף וסייעתו ע"ש ומ"ש הרא"ש דמסתבר כדברי התוס' דמסתמ' המראה דינר מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטר אותו שנותן לו ואם כבר קבלו ופטרו ל"ל להראותו הלא כשיוציאנו ידע אם יקבלוהו ממנו עכ"ל אין זה הוכחה לפי מ"ש הגהות אשרי בשם ר' אפרים דהך דמראה דינר מיירי דוקא בכה"ג שאם האומן אומר שהוא טוב אז צריך לקבלו ע"כ וא"י לישמט ולכך חייב אפי' לא אמר חזי דעלך קסמכינא אבל במשכון או מקח אין לו בע"כ ליקח ולקנות עכ"ל וכן כ' במרדכי שם וז"ל הא דמחייב ר' מאיר במראה דינר כו' דוקא בכה"ג דא"א לאישתמוטי ובע"כ יש לו ליקח ע"פ השולחני אבל מראה מקח לתגר ולקרובו כו' פטור והביא שם ראיה נכונה מפ' ח"ה גבי לוקח מגזלן ונתבאר לעיל סי' קמ"ו סי"ז ע"ש וכן פסק מהרש"ל גופא שם כהמרדכי א"כ פשיט' דבסתם יכול לו' השולחני מנין הייתי יודע שאינך יכול להישמט אני הייתי סבור שאתה שואל אם הוא טוב משום איזה מקח או משכון שתוכל להשתמט ואדרבה יש ראיה מזה דצ"ל חזי דעלך קסמכינא או שהוא פרעון או שהוא מקח שצריך לקבלו בע"כ והשולחני יודע מזה שכשיאמ' שהוא טוב שלא יוכל להשמט דבכה"ג אין לך מוכחא מילתא גדול מזה דאל"כ קשה למה יתחייב השולחני מ"ש מהך דפ' ח"ה א"ו העיקר כדעת הרי"ף והרמב"ם והרשב"א וה"ה דצ"ל חזי דעלך קסמכינא וכ"פ ר'

ירוחם נל"א ח"ב בפשיטות וז"ל ועוד פשוט ודוקא שא"ל להדיוט חזי דעלך קסמכינא או דברים שיראה שסומך עליי אבל לא א"ל כן פטור עכ"ל ולא הביא דעת הרא"ש כלל וגם בתשובות הרא"ש כלל ק"ב סי' ג' הובא בקצרה בטור סי' רכ"ז ס"ל כ' דברי הרי"ף בסתם וגם בפסקי תוס' פ' הגוזל עצים כתבו בסתם דצ"ל חזי דעלך קסמכינא (ועוד נ"ל ראי' לדברי הרי"ף מהירושלמי דכלאים פ"ז דגרסי' התם חד בר נש חזי סלעים לר"א א"ל טבא הוא ונפסל' אתא עובדא קמיה דר"ל וקנסי' מן הדא המראה דינר לשולחני ונמצא רע חייב לשלם מפני שהוא נושא שכר ור"א נושא שכר ומשני ר' יעקב המחזיק בו כנושא שכר ונ"ל דה"פ דפריך וכי ר' אלעזר היה נושא שכר ומשני ר' יעקב המחזיק בו כלו' שסומך עליו דינו כנושא שכר) ומיהו היכא דא"ל חזי דעלך קסמכינא (או דמוכחי מילת' דעליה קסמיך אפי' ביכול להשמט חייב אף לר' אפרים וכ"כ בש"ג פ' הגוזל עצים וה"ה דהמרדכי מודה בזה וכן כ' מהרש"ל שם וכ' עוד בש"ג שם דה"ה בשואל את חברו אם פלוני אמוד ובטוח כדי להלות לו וחברו אומר לו שהוא אמוד ונמצא אח"כ שאינו כן דפטו' לר' אפרים א"ל שא"ל חזי דעלך קסמכינא (ועיין עוד בש"ג פ' ג"פ דף רמ"ד ע"ב) וכ"כ מהרש"ל שם ומ"ה נ"ל היכא שאדם א' מכר בהקפה על חוב כדרך הסוחרי' ובא ראובן ג"כ להקיף ממנו ובא זה ושואל לסוחר אחר אם ראוי זה להקיפו אם עשיר הוא וא"ל זה שהוא עשיר ואח"כ נמצא שזה עני פטור מה"ט ומ"מ היכא שא"ל חזי דעלך קסמכינא חייב בכולהו (ונ"ל ה"ה היכא דמוכחא מילתא דעליה קסמיך וע"ל סי' קכ"ט ס"ב בהג"ה ומ"ש שם) ואף התם גבי לוקח מגזלן דלא שייך לומר דבדבור בעלמ' הוא דאיקרי ואמר דהא אומר לו שהוא סומך עליו וזה הבטיחו וה"ה כשמחליף מטבעות דינו כמקח וע"ש במהרש"ל שהאריך בזה וכ' עוד בש"ג שם דהיכ' דהראהו לשולחני וקבל המטבע על פיו משום הלואה או מקח כיון שמראהו כדי לפטו' את הנותנו לו על פי דברי השולחני וכיון שפוטרו תו לא מצי למיהדר עליה ונסתלק הדין שהיה לו עם הנותנו והוי דינו דוקא עם השולחני וכן מוכרחים עד קצת דברי הרא"ש ז"ל שכ' דאפי' אמר להדיוט חזי דעלך קסמכינא חייב דמסתבר כן משום דסתם מראה דינר מראהו לידע אם הוא טוב כדי שיפטור מי שנותנו לו כו' וה"נ אמרי' גבי מקח וממכר דכל ששהה כדי שיראה לתגר ולקרובו תו לא מצי למטען אונאה משום דכשראו ל"ש אם נפסל הצורה ל"ש אם הוא רע שבמקום כסף הוא נחשת וכיוצא בזה לעולם הוא פטור הנותן כשזה הראהו לשולחני עכ"ל ואין דבריו נראין דלמה יפטר הנותן כיון דלא מחל לו בהדיא ואפי' מוחל לו אין לך מחילה בטעות גדול מזו ודמי לדלעיל סי' קכ"ו ס"ט וי' ומדברי הרא"ש לא מוכח מידי דלא קאמר אלא דמסתמא פוטרו כשיהיה טוב או מניחו עתה

לפי שעה לילך למדינת הים וכה"ג ול"ד לשהה כדי שיראה לתגר ולקרובו דהתם אמרי' כיון דשהה ולא אמר ליה כלום מחל אבל הכא הא חזינן דהראהו לשולחני ואמר ליה שהוא טוב ולכך לא אמר כלום להנותן וכשנודע לו שהוא רע חזר על הנותן ועוד דהתם מיירי מדין אונאה משא"כ הכא דנמצא הדינר רע כגון כסף ונמצא נחושת וכה"ג דהוי מום פשיטא דחוזר לעולם וכמו שמוסכם מכל הפוסקים וטור ומחבר לעיל סי' רל"ב וכן מוכח להדיא בתוס' פ' הגוזל עצים (בבא קמא דף ק' ע"א) ובפ' א' ד"מ ובמרדכי שם שכתבנו בפשיטות במראה דינר לשולחני דמחייב ר' מאיר את השולחני אע"ג דאלו בעי הדר ומשלם ע"ש וכן מבואר להדיא מדברי מהרש"ל שם שכ' דהך דמראה דינר לשולחני שהשולחני חייב איירי כשזה הלך למדה"י או הוא עכו"ם אלם ואינו רוצה להחליפו עכ"ל משמע להדיא דישראל הנותנו חייב להחליפו וכן משמע לעיל סי' רכ"ז סכ"ח ע"ש בתשו' הרא"ש עצמה שהובאה בטור שמשמע יותר כן ומיהו בנמצא הסלע חסירה ושהה כדי שיראה לשולחני נתבאר דינו בסי' רכ"ז סי"ז ע"ש וכ' עוד בש"ג שם דאם אמר הרואה בפי' אל תסמוך עלי בזה ודאי פטור הרואה דלא ה"ל למסמך על דבורו כיון שאמר בפי' אל תסמוך עלי ופשוט הוא אחר כתבי זה מצאתי בתשובת מהר"מ בר' ברוך (דפוס קרימנה) סי' נ"ו שהבין דדעת הרי"ף דדוקא הדיוט לא מחייב עד דא"ל חזי דעלך קסמכינא אבל אומן חייב בכל ענין שכ' וז"ל ומ"ש דמראה דינר לשולחני חייב אע"ג דלא א"ל חזי דעלך קסמכינא יפה כתבת דגבי אומן חייב אע"ג דלא א"ל חזי דעלך קסמכינא וכן דעת רב אלפס עכ"ל ותמוה הוא בעיני דכולא סוגיא מוכחא דאומן פטור טפי מהדיוט מטעם דגבי אומן הוי אונס ומ"ש הרי"ף דהדיוט לא מחייב עד דא"ל עלך קסמיכנא ר"ל דאומן פטור אפילו א"ל וכמ"ש למעלה וכן עיקר:

סימן שז

סעיף א

פושע הוא וחייב לשלם כל ההיזק. ל"ד אלא גרע מפשיעה דגירי דיליה הוא והוי כמזיק בידים דאל"כ הא בקרקעות ובית אפי' פושע פטור כדלעיל סי' ש"א ולפ"ז הא דקאמר שכר בית משמעון ל"ד אלא ה"ה אחר שאינו שוכר אלא דאשמועינן אפי' שכר דמסתמא שכרו לעשות בו מה שירצה חייב והשתא א"ש מ"ש בסמ"ע ס"ק ג' דל"ד לפורץ גדר. ע' בתשובות רשד"ם סי' רס"ו ושע"א ושע"ב ודוק:

סעיף ב

והשאיל' לאחר. פי' אם עבר על ציווי חכמים והשאילה לאחר עכ"ל סמ"ע ולחנם דחק אלא מיירי בשנתן לו רשות להשאיל כשירצה והכי איתא בש"ס עיין בירושל' פ"ק דקידושין מדינים אלו:

סעיף ג

תחזור לבעלי' הראשונים. ובטור מסיים וכתב ז"ל ואפי' אם המשכיר יודע שמתה כדרכ' ומביאו בסמ"ע ס"ק ו' וכ"פ הנ"י ות"ר והמ"מ ספ"א מהלכו' שכירות והכי מוכח דעת הרי"ף ורמב"ם שהשמיטו הך דפעמים שבעלי' משלמין כמה פרות לשוכר ומסתמ' כי מתה ברשותו יודע שמתה כדרכו וגם הרא"ש לא כתב דנ"מ אלא כשאמר יהא דינך עם השואל כו' ע"ש וכ"כ ר"י נ"ל ח"ג וכן עיקר ודלא כהתוס' וכ"פ הב"ח:

סעיף ד

ישלם השואל לשוכר כו'. והשוכר פטור לשלם למשכיר כיון שמתה כדרכו כשידוע בעדים או ישבע שמתה כדרכה והוא הדין אם השאילו השוכר להמשכיר עצמו ומתה כדרכה אצל המשכיר חייב המשכיר לשלם לו ולהעמיד לו אחרת כל ימי השכירו' כשא"ל יהא דינך עם השואל כו' ובין ששאל ממנו כמה פעמים ושכר ממנו כמה פעמים הדין כן כגון שהשכיר' לו לק' יום וחזר ושאלה ממנו לצ' יום וחזר והשכירה לו לפ' יום וחזר ושאלה ממנו לע' יום ומתה כדרכה משלם פרה א' לשוכר ומחויב להעמיד לו א' לעשות בה ך' יום הכי אמרינן בש"ס ופירש"י סוף דף ל"ה וכתב הרא"ש דנ"מ לרבי יוסי היכא דא"ל יהא דינך עם השואל כו' וכ"כ ר"י נ"ל ח"ג:

סעיף ה

והסברא הראשונה נראה עיקר. עיין בסמ"ע ס"ק י' עד וחלקתי בדרישה דבסי' ש"ם דאיירי בנכחש הבשר מאיליו שאני וכו' ע"ש ואינו נכון דמה בכך ס"ס הכא והכא שבת הוא והכי מוכח באשר"י פ' השואל ומרדכי פ' החובל דכתבו דלדברי הפוטרים צריך לו' הא דאמרינן בהשואל כחש בשר מחמת מלאכה פטור היינו בהכחשה דלא הדרא דאל"כ אפי' שלא מחמת מלאכה נמי עכ"ד ואם איתא הלא לדברי המחייבים נמי צ"ל כן ודוק (וכן מצאתי בר' ירוחם נ"ג ח"ג להדיא דכי היכי דפליגי בנולד בה מכה פליגי בכחש א"ו יפה כוון מור"מ בד"מ בזה דדעת הטור סי' ש"ם להכריע כסברא הראשונה וכן משמע להדיא ברמזים שחבר הטור פ' השואל וכ"כ מהרש"ל פ' החובל סי' י"ד והב"י והב"ח לקמן סי' ש"ם שכן דעת הטור אך מ"ש בד"מ שבמרדכי פ' החובל כת' שכן הסכים מהר"מ הוא תמוה דאדרב' דעת מהר"מ שם כדעת מה"ר חיים דחייב וצ"ע

לדינא דכבר ידוע שקש' לחלוק על דברי מהר"מ וכן הכריע מהרש"ל שם סי' כ"ב הלכה למעשה דחייב וכן כ' בפסקי תוספות פ' השולח סי' קע"ג סתמא דחייב ע"כ נראה דהוי ספיקא דדינא והממע"ה ובפרט שהתוספות והרא"ש ור"י לא הכריעו ולא כהרב והע"ש שכתבו שהסברא הראשונה נראה עיקר וכתב עוד מהרש"ל סי' כ"ב מיהו שבת בלא נזק כגון שסגרה בחדר שאינה יכולה לעשות מלאכה פטור וכמ"ש המרדכי ריש הגוזל קמא וע"ש:

סימן שח

סעיף א

ויש חולקין. כ' בד"מ דהיינו תשוב' הרא"ש דלקמן סי' ש"ט סעיף ג' וריב"א במרדכי ולפ"ז ק"ק אמאי סתם הרב לקמן כהמחבר אבל נראה לחלק דשאני התם כיון שהזכיר המשכיר שיחזיר למחר אם כן ה"ל למידק דיודע בבהמתו וכן י"ל דמיירי ריב"א במרדכי שאמר המשכיר אני משכירה לך שירכוב עליה ישראל משא"כ הכא ששכרה איש סתם ואה"נ אלו שכרה סתם והמשכיר א"ל בפי' אני משכירה לרכוב עליה איש חייב וחילוק זה הוא בתלמידי רשב"א מביאם ב"י בס"ס זה והסכים עמהם ומביאו בד"מ ובסמ"ע לקמן ס"ק י"א בסתם וגם בלא"ה ל"ד לריב"א דכיון דסתם עכו"ם אינו חס על ממונו של ישראל הוי פשיעה גמורה ודוק:

סעיף ב

מרכיב עליה כל אשה כו'. כ' הטור בשם הרמ"ה דוקא שכרה לאשה סתמא אבל לאשה זו א"י לשנות לאשה אחרת וכן למשא זה א"י לשנות למשא אחרת אפי' אינו כבד ממנו וי"א שיכול לשנותו אם אינו כבד ממנו וכן דעת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל וכ"כ ר"י פרק האומנין בשם מפרשים וכן כ' הרב המגיד בשם רמב"ן ורשב"א גבי יין זה כהי"א ומביאם ב"י לקמן סי' שי"א ס"ד וכ"כ הע"ש והסמ"ע שם סתם וכן עיקר:

סעיף ג

כל אשה כו'. ודוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עמם דאם לא כן אפילו מכבד לקל לא ישנ' שאין השוכר רשאי להשכיר כן כ' הטור בשם הרמ"ה ונראה דאם הוא אחד מבני ביתו יכול לשנות אפילו אינו הולך עמה דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ודוק:

סימן שט

סעיף א

השוכר את החמור כו'. כ' המרדכי פרק א"נ וז"ל מצאתי ראובן טען את שמעון השכרתיך פרה בששה פשיטים לשבת ואם תמות אצלך נתחייבת לי זקוק ועשית בה מלאכה ו' שבועות ומתה והשיב שמעון הזקוק אתן לך כדין שוייו אבל שכירות לא אתן לך לפי שהוא רבית דין זה פסוק מהא דתניא השם פרה מחברו כו' הילכך חייב ראובן לשלם גם שכר גם קרן ומורי אמר דלא דמי דהתם לא משמע אלא דאין בו משום ריבית דהתנה עמו בהדיא אבל מצי למימר לא קצבתי לך שכירות אלא בחזרת הסוס אבל בפריעתו לא אתן לך עכ"ל ומביאו בית יוסף בטו' יורה דעה סי' קע"ז וכן הוא בתשובת מהר"מ בר ברוך סי' תשפ"ט דפוס פראג ע"ש ודברי הראשוני' ככתבם וכלשונם הן דברי ראב"ן בספרו ריש ד' צ"ז ולא ידעתי מה חולק מורו עליו דהא י"ל גם כוונת ראב"ן אינו אלא דאין בו משום רבית ולכך כ' דין זה בפרק א"נ ולא בפ' האומנין ויותר קשה על דברי קצור מרדכי של מה"ר יוסף איטלינג שלא הזכיר רק דברי ראב"ן דחייב לשלם השכר והקרן ולפע"ד הדין עם מורו שאף ראב"ן לא נחלק עליו דמיירי כשהתנ' בהדיא שאף אם תמות ואשלם לך הפרה אשלם לך השכירות ודוק (עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ד"ש:

סעיף ב

חייב השוכר כו'. עיין לעיל סי' ש"ח ס"א בהג"ה:

סימן שי

סעיף א

השוכר את הבהמה כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' מ':

סעיף ב

חייב להעמיד לו בהמה אחרת עיין בסמ"ע ס"ק ו' ובתשובת ר"א ן' חיים ר"ס ס"ו:

סימן שיא

סעיף א

שהקפד' גדול' יש בספינ' כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ב' ובחנם האריך בס"ק זה והשיג על הע"ש שלא כדת כי אין כוונת הע"ש רק לו' זה שמעכב יכול לו' איזו טעם על ההקפד' דאם לא כן למה בספינ' זו יכול לעכב ובספינ' סתם לא יכול לעכב וכן ביין זה וספינה סתם והדבר ברור שגם כוונת הרמב"ם כהע"ש ומ"ש בב"י וז"ל להרמב"ם ט"ס הוא

וצ"ל הרמב"ן וק"ל וכן הוא בב"י של (דפוס סביונטה וקראקא) וגם הר' המגיד לא הזכי' דבר שהרמב"ם סוב' כן רק כ"כ בשם הרמב"ן והרשב"א אבל ברמב"ם לא מוכח מידי גם מ"ש הסמ"ע דעיקר הטעם הוא כיון שאין הדבר לפנינו שאמר עליו זה אינו מוכח והראי' שהבי' מפרק' בחצי דרך אינ' ראי' כלל מכמ' טעמי' וק"ל. ונרא' דדוק' תרתי בעינן כיון שנטבע ספינתו ואין היין זה לפנינו יכול להקפיד כי יכול לו' הואיל ונזקתי ונטבע ספינתי ל"ל להשתדל ספינ' אחרת כיון שאין לך יין זה וכן משמע בע"ש סס"ה דתרווייהו בעינן ולפ"ז אם לא נטבע ספינתו רק היין לבדו נטבע יכול לטעון עליו יין אחר אע"פ שאמר ספינה סתם ויין זה כי אין סברא כיון שיינו נטבע יקפיד זה יותר משאם לא הי' יכול להניח עליו יין אחר מיהו כשאמ' יין סתם וספינה זו אפשר דאפי' היין לא נטבע יכול לעכב ולו' איני רוצה ספינה אחרת וכן נראה לדינ' ע"ש בסמ"ע עד אבל ביין שטבע צ"ל כיון שתובע כן הוא בב"י. עיין ע"ש בסמ"ע עד ר"ל הספינ' כו' הל' מגומגם שם וצריך תקון:

סעיף ב

וי"א דאינו נותן לו אלא שכירו' מחצי הדרך. הוא דעת הרא"ש שהשיג כן על הרי"ף מהא דאמרי' לקמן ר"ס של"ד דכל אונס שאירע לב"ה שלא ה"ל לידע יותר מן הפועל פסיד' דפועל אבל כבר הרגישו בזה התו' פ' האומני' דף ע"ט סוף ע"א ותירצו בשם ריב"ן דשאני התם דלא אבד הפועל כלום רק שנתבטל ממלאכתו משא"כ הכא שהמשכיר הפסיד ספינתו וכ"כ בהגהו מרדכי והגהו' מיימוני בשמו וכ"כ בת"ה הילכך העיקר כהרי"ף והרמב"ם והמחבר וסייעת' דכן משמע פשט דש"ס וכ"ד מהר"מ בתשו' במרדכי שם וכ"כ האגודה שם וכן נראה דעת נ"י והרב המגיד ושאר אחרונים:

סעיף ג

הרי אלו חולקין עיין בסמ"ע ס"ק ז' עד מיהו אינו מוכרע כו' ולפע"ד הוא מוכרע ודוק:

סעיף ד

נותן לו שכר כל הדרך. אבל עכ"פ מנכה לו וכמ"ש הטור והמחב' לפני זה ס"ג עכ"ל סמ"ע ס"ק י' ול"נ כיון דהמחב' כ' כאן סתם נותן לו שכר כל הדרך משמע דס"ל דכאן אינו מנכ' לו וכמ"ש בב"י בשם ה"ה וז"ל פירשו ז"ל שאינו מנכ' לו כלום שכיון שספינ' קיימת יכול לו' אנא הא קאמינא אינו דומה לספינ' סתם ויין זה וטבעה ספינ' שמנכה לו לפי שלשם אין הספינ' קיימת עכ"ל מיהו גם התוס' פרק האומנין דף ע"ט ע"ב כתבו בפשיטות כהטו' וכ"כ הע"ש וכן נראה עיקר לדינא ממאי דאמרי' בש"ס פרק האומנין (בבא מציעא דף ע"ז ע"א) ובפוסקים וטור לקמן ריש סי' של"ה ע"ש ודוק:

סימן שיב

סעיף א

המשכיר לחבירו בית כו'. עיין בתשובות רמ"א סי' י"ט ובתשו' רשד"ם סי' רפ"ב ורפ"ח ורצ"ב ורצ"ה וש':

סעיף ב

מקום לדור כו'. וה"ה אם חלה השוכר או אשתו אחרי גמר השכירו' אף דלא נכנס עדיין השוכר א"י המשכיר לעכב עליו שלא יכנוס כ"כ הר"ב מהרמא"י בתשובה סי' י"ט והאריך ע"ש:

סעיף ג

עד שישלים זמנו כו'. אבל יכול להשכירו לאחר תוך זמנו לכשיגיע הזמן תשובות מבי"ט ח"ב סי' שמ"ו וע"ש:

סעיף ד

ואפי' לא קצב לו זמן. עיין בסמ"ע ס"ק ב' עד ובדרישה כתבתי על ב"י דאי משום הא אין הוכחה כלל די"ל דזה נמי אשכרו לזמן קבוע קאי דומיא דרישא כו' והב"ח נמשך ג"כ אחר הב"י ונ"ל עיקר כהסמ"ע דאם לא כן מאי ראי' מייתי מהר"מ מהירושלמי (ועיין בהרא"ש בנדרים פ' השותפין ובספרי ש"ך סי' רכ"א ס"ק מ"ד) וכ"כ בס' מע"מ פ' השואל ומ"ש הסמ"ע שם ומיהו הדין י"ל נכון מצד עצמו ולפע"ד אינו נכון דהא אמרי' בריש פ"ק דר"ה (דף ז' ע"ב) המשכי' בית לחברו לשנ' מונה י"ב חדשים מיום ליום ואם אמר לשנה זו אפי' לא עמד אלא בא' באדר כיון שהגיע יום אחד בניסן עלתה לו שנה וכתבו התוספו' שם וז"ל ולא אמרינן הדמים מודיעים והרי הוא המעות מתנ' עכ"ל ואע"פ שיש לחלק דשאני התם כיון שא"ל לשנה זו שלשונו משמע שסותר ערך הדמים משא"כ הכא דאפשר כוונת לשונו היה כמו ערך הדמים מ"מ אין נ"ל לחלק דהא גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר קי"ל כחכמים דפ' המוכר את הספינה (בבא בתרא ד' ע"ז ע"ב) דאין הדמים ראי' אפי' פלגא קורין לבקר צמד וכמו שנתבא' לעיל סי' ר"ך ס"ט בהג"ה והוא מדברי הרמ"ה בטור שם אלא אע"ג דאפש' כוונת לשונו הי' על הבקר אין הדמים ראי' ומכ"ש למ"ש ב"י בשם רשב"ם דאפי' רוב קורין לבקר צמד אין הדמים ראי' ע"ש ודוק:

סעיף ה

אפי' בית יפה ממנו היינו בבית זה אבל בבית סתם משמע לקמן בהג"ה ס"ז דיכול להוציאו לבית כמוהו:

סעיף ו
או אנס שהפקיע שכירות. עיין בתשובת רשד"ם סי' ש':

סעיף ז
המשכי' בית לחברו סתם א"י להוציאו בו'. כ' הסמ"ע נראה דהאי סתם ל"ד דא"כ אחר יום א' או פחות יכול להוציאו כו' וראי' לזה ממ"ש מור"ם בהג"ה לעיל סי' רי"ב דהאומ' ידור פלוני בבית זה ולא קצב לו זמן אפי' שעה א' במשמע כו' עכ"ל אין משם ראי' דהתם נתן לו מעצמו אבל בשוכ' מחברו סתם לדירה מסתמא אינו שוכר פחות מל' יום ואין לדמות הענינים זה לזה דהא קי"ל סתם הלוא' ל' יום וסתם שאלה מיד כדלקמן ר"ס שמ"א והכי אמרי' ברפ"ק דר"ה (דף ז' ע"ב) המשכי' בית לחברו ואמר לשנה זו אינו פחות מל' יום ואפי' למ"ד יום א' בשנה חשוב שנה שאני הכא דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין וכן משמע מפירש"י בפ' השואל דף ק"א ע"ב וז"ל ובשוכר סתם קאמר ואשמועינן דהשוכר סתם ולא פי' זמן הוי שכירות ל' יום כו' ואע"ג דרש"י פי' כך בס"ד דש"ס מ"מ משמע בש"ס דלא הדר בה מהך דסתם שכירות ל' יום וכן משמע מדברי הרמב"ם פ' שביעי מה' שכירות והמחב' לקמן ר"ס שי"ז וכמ"ש ע"ש (הג"ה וע"ל סי' רי"ב שהניח מחז"ל דברי הר"ב מור"ם בצ"ע וכ' שמדברי המרדכי מוכח שקנהו לגמרי לעולם לדירה) וממ"ש המ"מ בביאור דברי הרמב"ם הללו פ"ח דשכירות וז"ל ופי' סתם כגון ששכרו בכך וכך לחדש ולא פי' לו כמה חדשים כו' ג"כ אין ראיה דלא אתא אלא לאפוקי אם פי' לו לכמה חדשים דאז מוציאו מיד בלא הודעת ל' וכמ"ש הרמב"ם והמ"מ אח"כ וכדלקמן ס"ח ועכ"פ הוכרח להזכי' זמן דהיינו בכך וכך לחדש דאל"כ אין שייך שכירות דא"א להזכי' שכירות בלא זמן אבל אה"נ אלו שכרו בכך וכך לשבוע אע"פ שהודיעו ל' יום מקודם שנכנס לדור בו צריך לדור בו ל' יום ודוק ועיין בתשובת ר"מ אלשיך סי' קי"ז ובתשובו' רשד"ם סי' רפ"ו:

סעיף ח
אם שכרו לזמן קצוב כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' כ"ח:

סעיף ט
מה שאמרנו כו'. עיין בתשו' ן' לב ס"ד דף ע"ד:

סעיף י
וכן אם שכרו לזמן קצוב כו'. גם המחב' בעצמו כ' דין זה מיד אח"ז בס"י ע"ש ואגב שיטפא לא ראהו מור"ם ז"ל עכ"ל סמ"ע ולפע"ד ראהו וחדש כאן דקאי אדברי המחבר שכתב ואע"פ שעבר זמן כו' ר"ל שאע"פ ששכרו לזמן ודר בו אחר הזמן בסתם אע"פ

שנתייקר או הוזל א"י לשנות ליתן בעד מה שדר יותר מהזמן כפי היוקר וכ"כ הריב"ש סי' תע"ה בשם תשובת רשב"א ודוק:

סעיף יא

ולא לגרוע. ואם מת השוכ' ורוצים היורשים לחזור ע"ל סי' של"ד:

סעיף יב

מקום שנוהגין כו' עיין בתשובת רשד"ם סי' רצ"ו:

סעיף יג

המשכי' בית לשנה בסכום ידוע כו'. והתחלת השנה לענין שכירות הבתים משמע מל' רשב"א שהביא הטו' והרב המגיד ור"ן וסמ"ע ס"ק כ"ב שהוא מר"ה דהיינו בא' בתשרי ואע"ג דאמרי בר"ה (ד' ז' ע"א) באחד בניסן ר"ה לחדשי' ולעבורי' ולתרומת שקלי' וי"א אף לשכירות בתים הא משמע התם דת"ק ס"ל דא' בתשרי הוא ר"ה לשכירו' בתים ואמרי' נמי התם (בעמוד ב') ות"ק דבריי' ות"ק דידן בניסן נמי מישכח שכיחי קיטרי אלמ' דלת"ק דבריי' ולתנ' דמתני' הוי א' בתשרי ר"ה לשכירות בתים כדמשמע בש"ס התם ופשיטא דקי"ל כת"ק וכתנא דמתני' ואין הלכה כי"א וכן מוכח דעת הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים שלא הביאו רק המשנה כצורתה ולא הזכירו שאחד בניסן הוא ר"ה לשכירו' בתים וכן משמע דעת כל הפוסקי' וא"כ המשכי' בית לחברו לשנ' מונה י"ב חודש מיום ליום ואם אמר לשנה זו אפי' לא עמד אלא בא' באלול עלתה לו שנה אבל אם עמד בב' באלול או יותר לא עלתה לו שנה ודר בו שנה שלימה דליכא למימר אדעת' דההי' שתא אגרי' דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין כן מוכח בש"ס ופירש"י שם ע"ש ועיין בתשובת ר"ד ן' לב ס"ב דף נ"א ובתשובת מהר"י ן' ל"ב ס"ב סי' כ"א דף ל"ג ועיין עוד בסמ"ע ס"ק כ"ב ועיין מ"ש בספרי ש"ך בי"ד סי' ר"ך ס"ק ט"ו:

סעיף יד

הרי חדש העיבור של משכיר כו' בהרא"ש פ"ק דמציעא גבי תקפו כהן כו' ופ"ב דכתובות גבי תרי ותרי כו' משמע להדיא דדוקא משום דאין לשוכר טענת ברי אבל אי היה טוען ברי לי שאמרת לי בפי' בי"ב דינרים לשנה אע"פ שהשנה יהא מעוברת לא מפקינן מהשוכר ע"ש ואע"ג דמוכח בש"ס פ' המקבל ונתבאר לקמן סי' שי"ז ס"ג דאע"ג דהמלו' טוען ברי מפקינן מיני' מטעם קרקע בחזקת בעלי' קיימת שאני התם שידוע הפירות שאכל המלו' כמה הם רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכינו לג' שנים א"כ אמרי' קרקע בחזקת בעליה קיימת וה"ל כאילו הפירו' עדיין ברשו' הלוה כיון שהפירו' באים מגוף הקרקע וידוע כמה היו ולא מהני טענת ברי של המלוה משא"כ

הכא דכשטוען השוכר ברי א"כ מעולם לא הי' בקרקע זו פירות י"ג דינרי' ול"ש כאן כלל לו' קרקע בחזקת בעליה קיימת דנהי דקרקע הוא של המשכי' מ"מ אפש' דמתחל' לא הי' בה פירו' רק י"ב דינרין וא"כ השוכר שטוען ברי הוא מוחזק וא"כ שפיר מוכיח הרא"ש פ"ק דמציעא מהך דרב נחמן דל"מ תפיס' מספיק' אלא דפריך בש"ס פ' המקבל מרב נחמן דאמר בספיק' קרקע בחזקת בעליה קיימת א"כ ה"ל הפירו' כאלו הן ברשות המשכי' וא"כ ה"ה במלו' אף דטוען ברי כיון שהפירות ידועי' ה"ל הפירות כאלו הן ברשות הלוה כן נ"ל ברור ודוק היטיב (הג"ה וכ"כ בספרו תקפו כהן ע"ש) ועיין בסמ"ע ס"ק כ"ה וכ' רש"י כו' וכ"כ הרא"ש שם והיינו דוק' במקרקעי אבל במטלטלי כו' וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפ' השואל ואע"ג דכ' הרא"ש בפ"ק דמציע' ובפ"ב דכתובו' דאף במטלטלי ל"מ תפיס' בספיק' רק כשטוען ברי נ"ל דהיינו דוק' שלא ברשו' אבל תפס ברשות מהני תפיסה אף בספיק' וכמ"ש הרא"ש ספ"ק דבכורות בשם הרמב"ן וכ"כ בעה"ת שער ס"ח בשם הרמב"ן שפי' דברי הרי"ף דלעיל פ' השואל דמהני תפיס' במטלטלי' בתפס ברשו' ע"ש ובהכי ניחא הא דכ' הרא"ש בס"פ השואל גבי אושלן מרא למרפק פרדיסי דמהני תפיס' למרפק כל פרדיסי דאית ליה כיון שהשואל מוחזק דהא התם אינו טוען ברי א"ו שאני התם כיון שתפס ברשות כן נ"ל ודוק:

סעיף טו

שהקרקע בחזקת בעליה. כ' בהגהות אשרי ס"פ השואל המשכי' בית לחברו עד אדר זה אומר עד אדר ראשון וזה אומר עד אדר שני או השכי' עד סוף אדר זה אומר עד סוף אדר ראשון וזה אומר עד סוף אדר שני חולקי' ביניה' מא"ז עכ"ל ונ"ל שיצא לו להא"ז כן מהתוספת' אבל לפע"ד לא קי"ל כתוספתא וז"ל התוספתא פ"ח דבבא מציעא המשכי' בית לחברו לשנה בי"ב זהובים ה"ז מחלקן כל ימות השנה עד אדר נתעבר' שנה זה אומר עד אדר ראשון וזה אומר עד אדר שני חולקין ביניהם עד סוף אדר זה אומר עד סוף אדר ראשון וזה אומר עד סוף אדר שני חולקים ביניהם עכ"ל התוספתא ונראה דהך תוספתא אתיא כרשב"ג ור' יוסי דס"ל בי"ב זהובים לשנה מדינר זהב לחדש יחלקו חדש העיבור ולא ס"ל קרקע בחזקת בעליה קיימת ולכך קתני בתוספת' גם בריש' די"ב זהובים לשנה חולקים אבל למאי דקי"ל כר"נ די"ב זהובים לשנה כולו למשכיר אלמא דהיכא דאיכא ספיקא כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה קיימת וכדאי' בש"ס פ' המקבל להדיא דהלכה כר"נ וכ"פ כל הפוסקים א"כ בזה אומר עד אדר ראשון וזה אומר עד אדר שני כולו למשכיר ויש לתמוה על הא"ז היאך פסק דלא כר"נ ונראה דא"ז לטעמי' אזיל דכתבו בהגהות אשר"י פרק אלו מציאות משמו דדוקא היכא דאין הדבר ידוע כו' אבל

היכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה ההלכה בתיקו פי' ר"ח דהוי ספק וחולקין כו' עכ"ל א"כ דוקא בי"ב דינרים לשנה דינר לחדש דה"ל בעצמו מסופק ואין שום אדם יכול לידע כוונתו הוא דאמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת אבל בהשכירו עד אדר דאין הלשון מסופק אלא דאנן לא ידעינן אי אדר ראשון עיקר או אדר שני וכן פליגי באמת ר' מאיר ור' יהודה בנדרי' ס"פ קונם יין בנדר עד אדר אי אסו' עד אדר ראשון או אדר שני אי אדר א' עיקר אי אדר ב' ויש פוסקים כר"מ ויש פוסקים כר' יהודה וכמו שנתבא' בי"ד סי' ר"ך (ועיין מש"ש ס"ק י"ז) הילכך כיון דהוי פלוגת' דרבוותא חולקין ולפ"ז לדידן דקי"ל בפלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה וכדלעיל סי' כ"ה וקל"ט ודלא כר"ח א"כ הכא המשכיר הוא מוחזק דקרקע בחזקת בעליה קיימת והשוכ' ה"ל המע"ה ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכי':

סעיף טז

בעה"ב נשבע היסת ואע"פ שהוא מודה מקצת מ"מ כיון דחולקים על הדיר' דינו כקרקע דאין נשבעין רק היסת דשכירות קרקע כקרקע לענין אונא' כדלעיל סי' רכ"ז סל"ב וכן לענין קניה לעיל ר"ס ק"ן בהג"ה וסי' קצ"ה ס"ט וכן לענין שאר דברים וכן מוכח בה' המגיד פ"ה מה' טוען דין ה' שטעם דברי הרמב"ם אלו הוא שאינו נשבע [אלא] היסת אע"ג שמ"מ מפני שדינו כקרקע שכ' שם על דברי הרמב"ם והמחב' דלעיל סי' צ"ה ס"ג וז"ל זה נראה פשוט דשכירות קרקע אחר הזמן חוב גמור הוא כיון שמחלוקתן בדמים הוא שאם הי' מחלוקתן שזה אומר יש לדור בו עדיין והלה כופר ה"ז תביעת קרקע ואין כאן אלא היסת וכן מבואר פ' שביעי מה' שכירות לפי ששכירו' קרקע ה"ה כקרקע כו' עכ"ל ולא תמצא בפ' שביעי מה' שכירות שיהא מוכח ממנו ששכירות קרקע ה"ה כקרקע לענין מ"מ רק דברי הרמב"ם אלו שהעתיק המחב' כאן ודוק:

סעיף יז

ומוציאו מן הבית ל' ה"ה ג"ז מהטעם האמו' למעלה קרקע בחזקת בעלי' קיימ' וכן הדין בכל מלת' דלא עביד' לאגלויי כמו שיתבא' בפ' זה עכ"ל (ור"ל שם בפ' הזכי' הך דלקמן סי' שי"ז ס"ג) ולכאור' נרא' מדבריו דאם הי' כאן מלתא דעבידא לאגלויי כגון שהיו עדים יודעים לאיזה זמן השכירו לא הי' מוציאו מן הבית אבל באמת ז"א דלא אמרי' לקמן דבעי מילתא דלא עבידא לאגלויי אלא לענין להוציא ממנו מה שכבר אכל אבל לענין להניחו מכאן ולהבא אפי' במילתא דעבידא לאגלויי לא שבקינן ליה מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכדמוכח לקמן סי' שי"ז ס"ב ג' ד' וכמ"ש בסמ"ע ס"ק י"ב

שם להדיא וכן משמע להדיא מדברי חדושי הריטב"א פ"ק דמציע' והילכך אפי' יש כאן עדים מוציאו מן הבית וצ"ל דגם הרב המגיד אלעלמא קאי היכא שכבר דר בו כה"ג ודוק:

סעיף יח

ואם אמר ליה בית סתם ע' בתשובת ר"א ן' חיים סי' מ' דף ע':

סעיף יט

וליתן לו בית קטן כו' ובבית זה א"י להוציאו ואפי' ליפה ממנו כדלעיל סעיף א' בהג"ה ע' בתשו' רשד"ם סי' רצ"ב:

סעיף כ

אין צריך לבנות לו כו' ע' בתשו' רמ"א סי' ע"ז ובתשו' רשד"ם סי' רס"ח:

סעיף כא

ודוקא בכה"ג שהאפרסק כו' עיין בתשובות ר"א ן' חיים סי' ל"ח:

סימן שיג

סעיף א

אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים וכן נראה להדיא דעת התוס' פ"ק דמציעא דף י"א סוף ע"ב וז"ל וא"ת שלהי השואל גבי הזבל של בעה"ב מוקי לה בש"ס בתורי דאתא מעלמא ובחצר דמשכיר וכר"י ב"ח והשתא הלא השוכר משתמש בחצר וא"כ הזבל משתמ' לדעת' שוכר בחצר ואיך יזכ' המשכיר בזבל תורי דאתי מעלמ' וי"ל שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומיקרי עומד בצד שדהו עכ"ל וכ"כ האגוד' פ' השואל ומיהו מדברי הרמב"ם והסמ"ג והמחבר ושאר פוסקי' לא משמע דמיירי שגם משכי' ביתו פתוח לאותו חצר ונרא' דמ"מ מיקרי חצר המשתמרת לדעת המשכיר כיון שהוא משומר והוא חצרו ודוק ועיין בסמ"ע עד ויש לתמוה על המחב' שסתם שם בס"ד כדעת הרא"ש וכאן סתם כרמב"ם עכ"ל ולפי מ"ש בספר ת"ח ס"פ השואל לישב קושית ב"י שתמה על הרמב"ם דהא שכירו' ליומי' ממכר הוא דשאני הכא כיון דחצר לא קיימא לאוקמי תורא לעשו' שם זבל ולאו להכי אנריה כו' יש לישב דברי המחבר דלא סתרי אהדדי אבל אין דברי הת"ח נראין ומ"מ לענין דינ' נראה עיקר כהרמב"ם וכמו שפסק בת"ח שם וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ט דף קע"ג ע"א וכ"נ דעת הר' המגיד ודקדק כן מל' הש"ס ע"ש וכן נרא' מדברי נ"י ס"פ השואל וכן דעת בעל תי"ט והכי מוכח להדיא מדברי התוס' דלעיל ועוד נ"ל ראי' ממאי דאמרי' בש"ס פ"ק דע"א (דף ט"ו ע"א) דשכירות לא קניא ומה שתמה הב"י דהא שכירו' ליומ' ממכר הוא לק"מ ואשתמיטתי' תוס' דפ' הזהב (בבא מציעא ד' נ"ו

ע"ב) ותוס' דע"ז שם ות"ה ר"ס שי"ח שכתבו להדי' דלא אמרי' שכירו' ליומא ממכר רק באונא' ולא בשאר דוכתי ע"ש ומדברי הב"ח ס"ס שי"ב וסי' זה משמע דמ"מ שכירו' קניא מדרבנן בשאר דוכתי ולא ידעתי מנ"ל הא גם בתוס' שם לא משמע כן וגם להנ"י והריב"ש סי' שנ"ה שכתבו שכירות ממכר הוא לענין ההנאה של השכירות ולא לענין גוף הדבר ה"נ כיון שאין גוף החצר קנוי לשוכר אין החצר זוכה לו (שוב מצאתי בס' ל"ח ריש פ' זו מה' שכירות שתירץ דעת הרמב"ם כמ"ש ע"ש) ומה שמקשה הראב"ד משוכר את מקומו (דלעיל סי' קצ"ח ס"ה וסי' ר' ס"ב) י"ל דדעת אחרת מקנה אותו שאני משא"כ במציא' והפקר א"נ שאני התם שהונח בו הדבר לדעת השוכר וכיון ששכר המקום מסתמא לכך שכרו שכל מה שיונח בו לדעתו יהא כאלו מונח ברשותו הקנוי לו משא"כ במציאה והפקר ודוק מיהו לעיל סי' קצ"ח ס"ה כתבתי בשם הריטב"א דהיכא דאין החצר רק לדריסת הרגל אין החצר קונה לשואל או לשוכר ומ"מ אין לתרץ דברי הרמב"ם בכך דמשמע דהרמב"ם מיירי שהיא שכורה לכל דבר ודוק:

סימן שטו

סעיף א

ראובן שכר כו'. טור ס"ה בשם תשובת הרא"ש וע' בתשובות ר"ש כהן השייכים לס"ב סי' ט':

סימן שטז

סעיף א

המשכיר בית לחבירו. עיין בתשו' רשד"ם סי' תט"ו:

סעיף ב

והוא שלא יהיו מנין בני בית כו' עיין בס' החנוך להרא"ה מצוה נ"ה:

סעיף ג

ואם אמר לו המשכי' כו'. ע"ל סי' ס"ו סכ"ג מ"ש שם בשם תשוב' המבי"ט ומ"ש עליו:

סעיף ד

מי שנותן לאחר דירה בביתו כו'. עיין בתשובת מהרש"ל סי' י"ז שחולק וכ"פ בסוף ספר משאת בנימן ועיין ע"ש מ"ש בשם מהרש"ל כת"י וע' בסמ"ע ס"ק ה':

סעיף ה

ואינו יכול לכופו לחלוק החצר כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ו' עד ומ"ה כת' לשון בה ולא לשון בו כי בה לשון נקבה נופל שפיר על השדה ובו לשון זכר שייך בחצר כו' משום הא לא איריא דהא מקרא מלא הוא השדה והמערה אשר בו ובחצר איתא במשנה וש"ס אין מחלקין את החצר עד שיהי' בה דין חלוק' כו' חצר שרבים נכנסים לה בזו כו' ובתוס' פ' הכונס דל"ח ע"ב כתבו דאי אבית סאה קאי הל"ל ל' זכר ופירשו דקאי אשדה וכוונתם דשדה אשכחן נמי לשון נקבה וכדכתיב זרע רב תוציא השדה וכן חצר נמי אשכחן ביחזקאל כמה פעמים ל' זכר וכמה פעמים בל' נקבה ונראה דשדה וחצר הוי כמו מחנה והדומה שמשמשים זכר ונקבה וק"ל:

סימן שיז

סעיף א

בין שהיתה בשטר כו'. עיין בסמ"ע ס"ק א' עד משא"כ שטר שכירות דניתן ליכתוב מתחלה כדי שלא יחזיק בו כו' כן הוא בש"ס פ' השואל לפי פי' ב' שהביאו התוס' שם בשם ר"ת וכן הסכימו ר"ח והתוס' שם וכן פי' בעל המאו' שם והנ"י בשם הראב"ד וכ"כ בעל העיטו' דף ל"ב ריש ע"ב וכן הוא להדיא בבה"ג דף צ"ח ע"א ועיקר וכן פי' הגהת אשר"י מא"ז והטו' ואף להפוסקי' שפירשו בע"א מ"מ הדין אמת וכ"כ הריב"ש סי' שי"ג ושמ"ה והב"ח וכן משמע בהגהת אשרי שם ומ"ש שם ואף דכ' וקנינא כו' כ"כ ריב"ש סי' שי"ג ומ"ש אם לא דכתב ליה שטר בפני עצמו על דמי השכירות וכ' ביה נאמנות אזי לא יכול לו' פרעתי עכ"ל תמיה לי תרתי ל"ל וכן בנ"י שם משמע להדיא דבחד מנייהו סגי וז"ל ומסתבר' דכל היכ' דכ' לי' שוכר ראיה דנחת בתורה שכירות והדר כ' ליה שטר על השכירות ה"ל כש"ח דעלמא ולא מהימן לו' פרעתי וכל היכא נמי דכתב ליה נאמנות תנאי ממון הוא וקיים עכ"ל ונר' של' ד"מ אטעי' למעתיק זה וז"ל ד"מ ובנ"י פ' השואל או כ' לי' שטר בפני עצמו על דמי השכירות אי כ' בשטר השכירות נאמנות אין השוכ' יכול לו' פרעתי עכ"ל ונראה דהאי אי הב' צריך להיות או ואפשר שט"ס יש בסמ"ע וצ"ל או כתוב בשטר נאמנות כו' או וי"ו דוכתוב וי"ו מחלקת היא או ר"ל דאם כ' בו נאמנות אין השוכר יכול להשביעו למשכי' כלל וכדלעיל סי' פ"ב ס"ב גבי ש"ח ודוק עיין בתשו' מהר"מ פדאו' סי' ל"ט:

סעיף ב

בתוך זמן השכירות כו'. נראה שהרב חשש שיש כאן חסרון בדברי המחבר דאל"כ מה ענין שלשים יום לכאן וע"כ הגיה ששכרו לל' אבל באמת פשט דברי המחב' לא משמע כן דמיירי ששכרו בפי' לל' דא"כ מ"ש זמן ל' דנקט ועוד דא"כ מ"ש בסוף הסעיף וכן אם שכר ממנו שיתן השכר שנה בשנה כו' ה"ל לכתו' כאן וה"ל לערבינהו וליתנינהו אלא הדבר פשוט שדברי המחבר הם ממש דברי הרמב"ם ומ"ש שם אם תבעו תוך ל' היינו כמ"ש ה"ה וז"ל ומ"ש ל' יום הכונ' בשוכר סתם באותן ל' יום של הודע' (וכדלעיל סי' שי"ב ס"ה) עכ"ל (עי"ל דמיירי במשכי' סתם דזמנו ל' יום וכמש"ל סי' שי"ב ס"ה ואפש' גם כוונת ה"ה כן ועמ"ש באותן ל' של הודע' בא לאשמועי' דאפי' אח"כ יש לו זמן של הודע' וק"ל) ומ"מ קשה על המחב' דבשלמא ברמב"ם וה"ה י"ל דס"ל כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובו' דאף בסתם הלוא' אמרי' אין אדם פורע תוך ל' יום אבל המחב' דס"ל לעיל ס"ס ע"ח בפשיטות דדוקא בקובע זמן אמרינן הכי אבל לא בסתם (ולא הביא שם בש"ע ולא בב"י מי שחולק ע"ז) א"כ ה"ה הכא דנאמן בסתם שכירו' לו' פרעתי תוך ל' ואפש' לחלק בין סתם הלואה לסתם שכירות דלעיל סי' שי"ב ע"ש וצ"ע:

סעיף ג

או יטעון עליו בדמי' שנתן תחל' כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ג' עד דשאני שכירות דאין דרך העולם כלל לפרוע תוך הזמן כו' סברא זו רחוקה ולא נמצא בשום פוסק ואף שהתוס' ונ"י ריש ב"ב כתבו לחלק בין שכירות להלואה היינו לרבא אבל לא לר"ל וקי"ל כוותיה ואף לרבא היינו לענין אי נאמן או לא אבל לענין שבועה דקודם או אח"כ אין סברא לחלק בכך וקושייתו מעיקר' לאו קושי' היא דמ"ש הטור בסי' ע"ח נמי ר"ל אחר פרעון שהרי כ"כ בשם הרא"ש והרא"ש כ' להדיא דישבע היסת ואין היסת קודם פרעון וכ"כ בב"ח שם דדעת הרא"ש דישבע לאחר פרעון ועיין מש"ש:

סעיף ד

או ישבע השוכ' וכ' הסמ"ע ול"ד למ"ש הטו' והמחב' בסי' שי"ב בהזכי' לו בשכירתו חדש ושנה וכו' בלא"ה ל"ד דהתם אינו טוען ברי משא"כ הכא טוען ברי וכמ"ש הרא"ש להדי' פ"ק דמציעא ובפ"ב דכתובו' ע"ש:

סעיף ה

מיהו י"א כו'. הר"ב כ"כ בל' י"א דמשום דאזיל לטעמיה שכ' בד"מ וז"ל ישבע המשכיר היסת כו' וכ' המרדכי ס"פ השואל הוא הדין אם המשכיר אמר בי' שכרת והוא אומ' בה' או שבעה"ב אומר לא השכרתי והוא אומר השכרתי קרקע בחזקת בעליה קיימא והיה

נראה מלשון המרדכי והטור דבאלו הטענות אפי' לאחר זמן השכירות המשכי' נאמן בשבועה אבל נ"י כ' שם פ' השואל דף קי"ט ע"ב דבמקום דאית ליה מגו לומר לא שכרתי השוכר נאמן וכ"כ פרק המקבל דף קנ"ז ע"ב וא"כ ה"ה אם יכול לומר פרעתי עכ"ל ד"מ וז"ש כאן הרב מתחלה וה"ה בשאר טענות שביניהן רוצה לומר דה"ה אם המשכי' אומר בי' קצבת עמי והשוכ' אומר בה' המשכיר נאמן אע"ג דאית ליה לשוכר מיגו וכן נרשם בש"ע ובסמ"ע מ"ש הרב וה"ה בשאר טענות מרדכי ס"פ השואל ועל מ"ש מיהו י"א כו' נ"י פרק השואל ופ' המקבל ולפע"ד ליכא מאן דפליג בהא דדבר פשוט הוא דהיכא דאית לי' מגו דנאמן השוכ' וכדאית' בש"ס פ' המקבל וכתבו הטור (גופיה) והמחבר והרי גם הנ"י פ' המקבל שם לא כתב רק כמ"ש הטור ס"ס זה ומ"ש הטור כאן בסתם דהמשכי' נאמן מיירי בענין דלית לשוכר מגו ולא הוצרך לפרשו לפי שסמך אמ"ש בס"ס זה (שוב ראיתי שכן פי' הב"ח דברי הטור) וגם מה שהבין הר"ב מדברי המרדכי אף שגם מקצרי המרדכי הבינו כן מדבריו מ"מ אין נ"ל כן וכמו שאבאר וז"ל המרדכי שם משכיר אומר בי' דינר השכרתי לך ושוכר אומר בחמשה דינר יד המשכיר על העליונה דקי"ל כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה קיימא ואפי' אם בא בסוף החודש כולו למשכיר והוא הדין אם השוכ' אומר שכרתי והמשכי' אומר לא השכרתי דנאמן המשכיר מה"ט דקרקע בחזקת בעליה קיימא אבל אם הן שוים על הקציצ' ועבר זמן פריעת השכירות ואומר שוכר נתתי והמשכי' אומר לא נתת שוכר נאמן ובשבועה אבל תוך הזמן אינו נאמן עכ"ל (ודע דדברי מרדכי אלו לקוחים מראב"ן דף צ"ח ריש ע"ג) ונראה שהבין הרב דמ"ש ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכי' הוא ל' המרדכי וקאי אמ"ש משכיר אומר בי' והשוכר אומר בה' וכן נראה שהבין מוהר"ר יושיע בועז ע"כ כ' בקצור מרדכי שלו וז"ל משכיר אומר בי' דינרים השכרתי לך ושוכר אומר בה' דינרין יד המשכיר העליונ' ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר והוא הדין אם השוכר אומר שכרתי והמשכיר אומר לא שכרת דנאמן השוכר עכ"ל או אפשר דמשמע להו מדכתב בסוף אבל אם שוין הן על הקציצה ועבר זמן פרעון השכירות כו' משמע דאם אינם חלוקין בפרעון השכירו' אפי' עבר הזמן וחולקים בקציצה המשכיר נאמן וכ"כ בקיצור מרדכי של מהר"ר יוסף אוטלינג ז"ל משכיר אומר בי' דינרים השכרתי לך ושוכר אומר בה' דינרים יד המשכיר על העליונה אבל אם חלוקי' בפרעון שוכר נאמן ובשבועה אבל תוך הזמן אינו נאמן עכ"ל ולע"ד זה אינו דאינו טעם כלל לומר דאם חלוקים בסוף הזמן בקציצ' שלא יהא השוכר נאמן במגו דפרעתי וגם לא שייך כאן לומר קרקע בחזקת בעליה קיימא דהא אינן חלוקי' על הקרקע שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכ' (א"כ אין ידוע כמה מגיע שכירות

ומה בכך שנאמ' קרקע בחזקת בעליה עומדת הא השוכ' אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר מזה ודו"ק) (הג"ה וע' מ"ש מ"ח ז"ל לעיל סי' שי"ב ס"ק י"ד ליישב דברי הרא"ש בזה) ומ"ש ואפי' אם בא בסוף חדש כולו למשכיר לא קאי אמשכי' אומר בי' דא"כ חדש מאן דכר שמיה וגם לא יתכן לישנא דכולו למשכיר והכי ה"ל ואפי' בא בסוף הזמן המשכי' נאמן אלא הוא מציין לישנא דרב נחמן בש"ס וברי"ף דאמ' גבי דינר לחדש בי"ב דינרין לשנה דקרקע בחזקת בעליה קיימא ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר והוא הדין היכא דמחולקי' על הקציצה יד המשכי' על העליונה שיוכל להוציאו מן הקרקע או יתן לו כמו שאומ' דקרקע בחזקת בעליה קיימא והוא הדין אם המשכי' אומר לא השכרתי לך כלל נאמן להוציאו מן הקרקע מה"ט ומ"ש אבל אם שוין הן על הקציצה כו' ה"ה אם מחולקין על הקציצ' והוא בסוף הזמן והמשכי' בא להוצי' מעות מן השוכר אלא דאורחא דמילתא נקט דלעולם בתחלת הזמן מחולקי' על הקציצה ובסוף הזמן מחולקין על הפרעון תדע דע"כ טעמא דקרקע בחזקת בעליה קיימא לא מהני אלא לענין להוציאו מן הבית היכא דלית לי' מגו דאל"כ אמאי נאמן אחר זמן לומ' פרעתי נימא קרקע בחזקת בעליה קיימא ואפי' תוך זמנו לא הוי המשכי' נאמן אלא משום חזקה אין אדם פורע תוך זמנו הא לא"ה לא אלא ודאי לא שייך הכא לומ' קרקע בחזקת בעליה קיימ' כיון שהוא בא להוציא מן השוכר וא"כ ה"ה כשהן מחולקין על הקציצה והוא בא להוציא מן השוכר והא דאמ' ר"נ אפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר אע"ג שבא להוציא מן השוכ' היינו כיון דהתם אין השוכ' טוען ברי אלא שהלשון מסופק והלכך מיד בתחלת החדש נולד הספק והשוכר דר בקרקע של המשכי' בחנם וכ"כ הרא"ש להדיא פ"ק דמציעא גבי תקפו כהן ופ"ב דכתובות גבי תרי ותרי דהך דרב נחמן טעמא הוא כיון דאין השוכר טוען ברי ע"ש ודוק והכי מוכח להדיא ממ"ש רש"י וז"ל ור"נ אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר דהספק לא נולד עכשיו אלא מתחלת החודש נולד הספק והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר עכ"ל אלמא דדוקא בהך דדינר לחדש בי"ב דינרין לשנה שהספק נולד מתחלה הוא דאמרי' קרקע בחזקת בעלי' קיימא אבל אם מחולקין בסוף הזמן בקציצה דלא שייך לומר כן פשיטא דהשוכר נאמן וכך כ' הרשב"א בתשובה דהיכא דאית ליה לשוכר מגו נאמן וכתב הרב לעיל סי' שי"ב סעיף ט"ז וכך נראה להדיא מדברי הריב"ש סי' של"ו דכל היכא דאית ליה מגו נאמן בכל הטענות ע"ש וכן כ' בעל העיטו' דף ל"ב סוף ע"א אהך דינא דהכא דאי אית ליה לשוכר מגו נאמן והבאתיו לקמן וכה"ג אמרי' לעיל ס"ס ק"ן. ואף לר' יונה

דפליג התם היינו דוקא בהלואה מטעמא דאי בעי כביש לשטריה לאו מגו מעליא הוא כיון דלגוביינא קאי משא"כ בשכירות וכמו שכתבתי שם וכן בשאר מגו וכן עיקר:

סעיף ו

לאחר זמן כו'. או לא שכרתי מעולם כו' ולא נתחייבתי לך שכירות וה"ה תוך זמן אם יש לו מגו כגון שהשוכ' אומר עדיין לא עבר מזמן השטר רק ג' שנים דנאמן במגו דלקוח הוא בידי וכ"כ הנ"י פ' המקבל בשם הר"ן בהדיא וכן כ' הבעל העיטור דף ל"ב סוף ע"א דהך דינא דהכא מפרשים לה רבוותא שאכלה ג' שנים וכגון שמיחה דליכא למימ' דמהימן שוכר משום מגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי ואיכא למימ' שאכלה ב' שנים עכ"ל (ואע"ג דבעל העיטו' כ' שם עוד וא"נ לאחר ג' שנים דכיון דאפיק שטר שכירות לא אמרי' מגו עכ"ל היינו לפי מ"ש לקמן בסוף דיני אפותיקי דף מ"ב ע"ג בתחלת דבריו כרב זביד ורב עוירא וכפי פירש"י אבל למסקנת הבעל העיטו' שם בשם ר"מ בר חנוך דבמשכנת' דסורא אית ליה מגו א"כ ה"ה בשכירות וכמ"ש לעיל ס"ס ק"ן ע"ש ודוק) ומ"ש הר"ב לאחר זמן היינו משום דמיירי שהמשכי' בא להוציא מעות מן השוכר והשוכ' מחזיר לו קרקעו וזה לא שייך רק לאחר הזמן ודו"ק:

סעיף ז

וקדם השוכר כו'. משמע שקדם בעדים שאכילתו ידוע דאל"כ אפי' היכא דלא אפשר לברורי אין מוציאין מידו מטעם דאית ליה מגו דלא אכלתי וכן מיירי בענין דלית ליה מגו דלקוח דאל"כ נאמן במגו כדלקמן ס"ס זה ואף שהראה השטר בב"ד מ"מ אי בעי כביש לשטריה וכ"כ הריב"ש ס"ס של"ו ושמ"ג ע"ש וגם לא שייך לו' דכיון שכ' בשטר שנין סתמא לסייע ליה ללוה דמשמע שתים כדאמרי' לעיל סי' מ"ג ס"ב גבי סלעין דינרין כמ"ש בספרי תקפו כהן בשם נ"י פ' המקבל וחדושי ריטב"א דפ"ק דמציעא דכיון דהניחו לוה למלו' לאכול פירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדות' דשטרא ע"ש ועוד דבסי' מ"ג נמי אי אית ליה מגו נאמן וכמ"ש בסמ"ע שם ס"ק ל"ב ועמ"ש:

סעיף ח

הפירות בחזקת אוכליהן. הטעם דבמילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינן ב' דינא תרי זימנא וכ' בחדושי הריטב"א פ"ק דמציעא דהיינו דוקא דוקא כגון היכא שתפס קצת ברשות ואף כשאכל יותר מב' שנין לא עיכב עליו הלוה וכיון שלא עיכב עליו הלוה ה"ל כמאן דתפוס ברשו' לענין שאין מוציאין ממנו ואפ"ה אם חזר והוציא ממנו ג"כ אין מוציאין ממנו ואפי' תקפו בעדים וכל דאלם גבר אבל היכא דתפס לגמרי שלא ברשות אפי' במילתא דעבידא לגלויי מפקינין מיניה וע"ש. עיין בסמ"ע ס"ק י"א שכ' דכשכתב

בשטר לג' שנין ואין בו זמן דאין מוטל על העדים לאדכורי מתי יתחיל זמן השכירות בכה"ג ליכא לברורי מיקרי וכן נרא' עיקר עכ"ל והב"ח כ' בס"ג דבהך דינא דכ' בשטר לג' שנין אפילו ליכא לברורי כגון שמתו עדים ויראה לב"ד שלא יכול לברר אין מוציאין מידו דהשוכ' נאמן אצל שטרו ול"ד לכאן שכ' בו שנין סתמא מסייע לו למשכיר שלא השכי' לו אלא לב' שנין עכ"ד ואני אכריע דדינו שוה לכאן דהיכא דאיכא לברורי אין מוציאין מידו ואם לאו מוציאין מידו והכל תלוי בראיות עיני הב"ד אם אפשר להתברר או לא וכן יראה לכאורה מהרי"ף והרא"ש ונ"י בפ' השואל שכתבו על דר"נ ודוקא במילתא דלא עבידי לגלויי כדאיתא לקמן בפ' המקבל עכ"ל דלאיזה צורך כתבו כן והלא כבר מבואר זה בפרק המקבל אלא ר"ל דה"ה בכל דוכתי דאיכא לברורי לא מטרחינא בית דינא ודו"ק:

סעיף ט

ויש מי שאומר שאם יראה ב"ד כו'. לשון הרא"ש וטור אם מתו העדים ויראה לבית דין שלא יוכל השוכר לברר עוד דבריו עכ"ל ומשמע אע"פ שמתו העדים צריך שיראה לב"ד שלא יוכל לברר וכ"כ בהגהות אלפסי פ' המקבל וז"ל כ' רא"ז אע"פ שמתו העדים אפשר שיתברר הדבר כי שמא העדים או בעלי דינים גילו הדבר ברבים ועשוי הדבר להתגלות:

סעיף י

או הממשכן. בטו' זה ליתא ואפש' דס"ל להמחב' דכל היכא דיכול להתברר הדבר או ע"י שוכר או ע"י משכי' צריכין דוקא לברר עכ"ל סמ"ע וטעות נזדק' לפניו דממשכן היינו במקום שוכר וכמ"ש בסעיף שאח"ז אכלה השוכ' או הממשכן כו' רק דשוכ' הוא בשכירות וממשכן הוא בהלואה ואית' בטו' שוכר ובהרא"ש ממשכן ודא ודא אחת היא ופשיטא דהכל תלוי בבירו' השוכר או הממשכן וק"ל:

סעיף יא

מוציאין מידו. נראה דהכא מוציאין מידו אפי' אכל ג"ש קודם שתבעו לדין דאין טעם לחלק בכך ועוד דדמי לדלעיל סי' שי"ב סט"ו דאפי' בא בסוף חדש כול' להמשכי' מטעם שפירשו רש"י והרש"א שם דהספק נולד בתחלת חדש וה"ה הכא ואע"ג דהתם טוען שמא והכא ברי כבר כתבתי שם דברי דהכא כשמא דהתם וכן משמע לכאור' מל' חי' ריטב"א שהבאתי והא דנקט הטו' והמחב' ברישׁ' קדם ואכל אחר בעל הפירו' אומר ג' כו' משום דלישנא דש"ס נקטו ובש"ס מעשה שהיה כך היה א"נ לרבותא דרישׁא נקטו הכי דאפי' קדם ואכל אחר שתבעו לדין לא מפקי' מיניה במילתא דעבידי לאגלויי ודו"ק והא

דמוציאין בענין דלית ליה לשוכר מיגו כגון שלא יוכל לטעון פרעתי או להד"ם מוציאין מידו כו' כ"כ הע"ש וכבר כתבתי כן בסמוך:

סעיף יב

שאילו רצה אמר לקוח'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ד וכ' הב"ח דהטו' נמשך כאן לשיטת הרי"ף והרא"ש ודלא כרבינו יונה ואני כתבתי לעיל ס"ס ק"ן דגם רבי' יונה מודה כאן ע"ש:

סעיף יג

ודוקא שאין עדים כו'. קשה דכאן סתם הדברים ולעיל סי' ק"ן סעיף ג' הביא די"א דאם אצלה ג' שנים אח"כ נאמן והיה אפש' לו' דמיירי כאן שיש עדים שמשכונא היא אצלו ואינם יודעים לכמה שנים דבכה"ג לכ"ע אינו נאמן וכמ"ש שם אך דין זה הוא מה' המגיד ובב"י סי' ק"ן כ' שהרשב"א חולק על ה' המ' ולפ"ז לא היה הרשב"א חולק ודוק וצ"ע:

סימן שיט

סעיף א

מי שהכניס פירותיו. עיין בתשו' רשד"ם סי' רצ"ו:

סימן שכא

סעיף א

וכ"מ שמנכה לו כו'. בסמ"ע האריך בכאן לסתו' דברי הר"ב וכל דבריו שם אינם מוכרחים ובפרט מ"ש דהר"מ במלמד ר"ל שההפסד על שניהם ובז' יישב דברי מהר"מ פדווא' וז"א כנרא' לכל מעיין גם אישתמיטתי' דברי הגה' אשרי פ' האומנים מא"ז ודברי מהר"מ פדו' גופא בתשו' סי' פ"ו שכתבו להדיא שהבעל הבית נותן לו כל שכרו והבאתיו דבריו לקמן סי' של"ד סעיף א' מיהו מטעם אחר נ"ל דאין דברי מהר"מ במלמד סתירה לדברי מהר"מ פדאוו' דהתם לא למד מכאן ואילך ולא היה אפש' לו ללמוד עוד א"כ כשהגיע סוף הזמן הוי כמו לעבר משא"כ בחנות וכה"ג דהחזיק החנות עדיין תחת ידו י"ל דה"ל לחזו' ולא חזר מחל וזה לא שייך במלמד ולא בבית שנשרף והשתא א"ש דהלא מהר"מ פ' גופה בתשו' ספ"ו כתב במלמד כמהר"מ ודוק עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' ל"ח ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ח:

סעיף ב

אע"פ שאינו עומד בתוכה כו' ע"ל סי' קנ"ד ס"ס כ"ז בהג"ה מ"ש שם בשם הב"י והוא תלוי בפלוגתא זו וק"ל:

סימן שכו

סעיף א

אין לו עליו אלא תרעומות עיין בסמ"ע ס"ק ב' עד אבל יותר נ"ל דהמקבל יש לו תרעומות על הנותן מה שטרח עד שהצליחו כו' וכן פי' הב"ח וכן מבואר מדברי הרב המגיד ומביאו

סימן של

סעיף א

מיהו לא יכול להסתלק כו'. לא ירדתי לס"ד הרב דמשמע דר"ל דאף ע"פ שהשתל אינו נוטל רק השתות לא יוכל להסתלק בלא רשות בעל השדה ובנ"י שם לא קאמר אלא דכשרוצה ליטול החצי או רביעית ולו' אכניס אריס אחר במקומי אבל כשאינו רוצה ליטול רק השתות משמע בנ"י (וברמב"ן בספר המלחמות) שם להדיא דיכול להסתלק בלא רשות בעל השד' וכן משמע בש"ס ובפוסקים וצ"ע וכמ"ש בסמ"ע ס"ק ו' בשם הנ"י דלא יכול להכניס אריס במקומו ולא לו' אטול הרביעית מהגן או מן השדה כו' וכ"כ הרמב"ן בספר המלחמות והוא מוכח בש"ס לכל הפוסקים שפסקו כרב אשי ע"ש:

סימן שלא

סעיף א

לא היה מנהג בעיר כו' עיין בס' באר שבע דף צ"ו:

סעיף ב

ואינו קרוי מנהג כו' וכ"כ הרמב"ם בהלכות מאכלות אסורות:

סימן שלב

סעיף א

ומפסיד א' מכיסו אם יש פועלים נשכרים בג' וכמ"ש לקמן בסמוך עיין בתשובת מהר"ם מינץ ס"ס כ"ח:

סעיף ב

וי"א כו' באמת כל הפוסקים וגם הרמב"ם מודים לזה דאם כל הפועלים אינן נשכרים רק בארבע הבע"ה צריך ליתן לשליח ד' וכדלקמן ר"ס של"ו וגם הר"ב שכתב בל' וי"א

אין כוונתו לפלוגתא אלא לפי דמשמע מדברי הב"י דהרמב"ם לא ס"ל כן כ' בל' וי"א אבל באמת דעת הרב דכ"ע מודי' בזה וכמ"ש בדרכי משה וכן הסכימו הסמ"ע והב"ח ועיקר:

סעיף ג

כפי מה שההנהו. וכתב הרמ"ה אבל יותר מד' אינו נוטל מבע"ה ואפי' שהמלאכה שוה יותר שלא יהא עושה סחורה בפרתו של זה עכ"ל טור ור"ל דלעולם אין השליח נוטל יותר ממה שקצב לפועלי' אף שההנהו יותר ממה שקצב להם שאינו יכול לעשות סחורה בפרתו של בע"ה רק נוטל מה שההנהו עד שיעור שקצב להם אבל פשיטא דאין חילוק בין הוסיף להם השליח רביעית או יותר ודלא כבית יוסף גם הע"ש פירש בדוחק והדבר פשוט כמ"ש וכן פירש הסמ"ע והב"ח:

סעיף ד

ואם אמר להם שכרכם על ב"ה כו' ואם שכרם סתם ואין הפועלים יודעים שאין המלאכ' שלו דינו כאומר שכרכם עלי כדלקמן סי' של"ט סעיף ז' וע"ש:

סעיף ה

אינו נותן להם אלא ג' דדעתו דאינש אתרעא זילא ועלייהו רמיא לגלויי לבע"ה דלא מתגרי אלא בד' (ע' בתשו' מהרשד"ם סי' של"ה ושע"ב) ואיתא בש"ס שאפי' הפועל הוא בע"ה אינו נוטל אלא ג' ובטור משמע דאפי' יש פועלים שאינם נשכרים רק בד' אינו נוטל אלא ג' אף שהוא בע"ה ומשמע בש"ס דפועל בע"ה יש לו תרעומות על השליח אפי' כל הפועלי' נשכרים בג' משום דא"ל דאי לאו דאמרת לי בד' הוה זילא בי מילת' לאתגורי':

סעיף ו

ויש להם תרעומת. משום דכיון שיש מי שנשכרי' בד' היו יכולי' לטרוח ולמצוא מי ששכרן בד' כן הוא בש"ס ופוסקי' ולפ"ז משמע דאם כל הפועלי' נשכרים בג' אין להם עליו אפי' תרעומות:

סעיף ז

כשאין מלאכתן ניכרת כמה היא שוה כגון ששכרן לחפור חפירה ונתמלאת מים וא"א לידע מלאכת החפיר' מחמת המים. ש"ס. וכן כל כיוצא בזה:

סעיף ח

והרי שוה ארבע נותן להם כו' משמע אפי' כל הפועלים נשכרי' בג' כיון ששוה מלאכתן ד' נותן ד' וכן משמע בטור להדיא וכן מוכח בש"ס אבל בהרא"ש משמע דהיינו דוקא כשיש נשכרים בד' וכן פי' רבינו ירוחם נכ"ט ח"א להדיא. ונלפע"ד דלא באו אלא לומר שיש נשכרי' לעשו' בד' מלאכ' יפה זו שעשו עכשיו לאפוקי אם אין מי שנשכר בד'

אפי' מלאכה יפה זו פשיטא דאין נוטלים ד' ובש"ס ובטור מיירי אפי' כולם נשכרים בג' לעשות המלאכה הפשוטה ולפ"ז לא פליגי הטור והרא"ש ור' ירוחם לדינא ודבריהם שניהם לענין הדין אמת ואפשר שלזה נתכוין הרב בבדק הבית שכ' שאפשר לדחוק וליישב דברי הרא"ש ודוק:

סעיף ט

אע"פ שמלאכתן כו' כלומר אע"פ שלפנינו ניכר שמלאכתן שוה ד':

סעיף י

אין להם אלא שלש' מבע"ה. ונראה שהבע"ה אין צריך ליתן הדינר הד' אף להשליח:

סעיף יא

תרעומת על השליח משום אל תמנע הטוב מבעליו שכיון שהבע"ה אמר לו לשכור בד' לא ה"ל למנוע אותו טובה מהם:

כתב ב"י בשם תלמידי רשב"א שאם שכר' בג' אי נמי בסתמא ועבדי עבידת' שפירת' דשוי' ד' אינו נותן אלא ג' וכן משמע מדברי הרי"ף ע"כ ונרא' דהא דבשכרם בסתמ' אינו נותן אלא ג' היינו כשאמר בע"ה ג' ובזה משמע כך מדברי הרי"ף ע"ש אבל היכא דא"ל בע"ה ד' או שלא א"ל בע"ה כלום אלא א"ל סתם שכור לי פועלים והוא שכרם סתם ועביד עבידתא שפירתא שוה ד' נותן להם ד'. מיהו באם שכרם בפי' בג' אע"ג שא"ל ב"ה בד' אינו נותן אלא ג' אע"ג דעבדי עבידתא שפירתא וכמ"ש הרמב"ם והמחבר:

סעיף יב

לפיכך שמין כו' כלומר הרי הדין הזה כאלו לא אמרו הריני כמו שאמר בע"ה וה"ז כדין שנתבאר לעיל סעי' א' דאם אמר השליח שכרכם עלי נותן להם ד' ונוטל מבע"ה מה שההנהו ואם אמר שכרכם על בע"ה שמין מה שעשו אם שוה ד' נוטלים ד' מבע"ה (אע"פ שכולם נשכרי' רק בג' רק שפועל שעוש' מלאכ' יפה כזו אינו נשכר רק בד' וכמ"ש בס"ק ח' ודו"ק) ואם אינו שוה ד' אע"פ שיש נשכרי' בד' אינו נותן הבע"ה רק ג' כיון שמקצתן נשכרי' בג' ואם כולם נשכרי' דוקא בד' נותן להם ד' וכ"כ ה"ה וכן משמע בנ"י ושאר פוסקי' וכ"כ רבי' ירוחם להדיא וכן משמע בהרא"ש וכ"כ הסמ"ע והרב בבדק הבית וכתבו שט"ס הוא בטור ודבריהם נכונים וברורים ודלא כמו שהאריך בב"ח להשיג עליהם בדברים שאין הדעת סובלתן ופי' דברי הרא"ש בדרך זר ורחוק כנרא' לכל מעיין בצדק. וגם הטור גופיה כתב בקצור פסקי הרא"ש שחבר וז"ל ואם אמר בע"ה לשליח בג' ואמר להם בד' ושכרכם על הבע"ה ואמרו כמו שאמר בע"ה ויש נשכרים בג' ויש בד' נותן להם ד' אם מלאכתם שוה ד' עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דיש נשכרי' בד' אינו נותן להם

ד' אלא כשמלאכתן שוה ד' ודלא כהב"ח שר"ל שדעת הרא"ש והטור דאפי' אין מלאכתן שוה ד' מאחר שיש נשכרי' בד' ואמרו כמו שאמר בע"ה נותן להם ד'. וגם הדבר תמוה דהא כיון ששינה השליח ואמר להם בד' בטל שליחותו והרי כאלו לא שכרם בע"ה כלל ומה לו לבע"ה בכך שאמרו הפועלי' כמו שאמר בע"ה והלא הבע"ה לא אמר רק ג' אלא ודאי כדפי' וכ"פ הע"ש וכן הוא בחדושי מהר"מ מלובלין ר"פ האומנין. והוא פשוט רק מפני שהב"ח שם לגדולי' טועים הוכרחתי לברר שנהפוך הוא:

סעיף יג

אין להם אלא שלשה. בסמ"ע נדפס כאן הוא בעיא דלא איפשט' והוא טעות שה"ל לציין כן בסעי' ד' ולא כאן (ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' רמ"ה ורפ"ז):

סעיף יד

אין להם אלא שלשה כו' הוא בעיא דלא איפשטא ופסקו הפוסקים לקולא וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ט דף קע"ג ע"ב וז"ל ולא איפשטא הלכך המוחזק בממון עיקר עכ"ל ולפ"ז אם תפסו פועלים ד' לא מפקינן מינייהו למאי דס"ל להרמב"ם וסמ"ג וסייעתם בעלמא דתפיס' מהני בבעיא דלא איפשט' ואפי' אין מלאכתן שוה ד' מהני תפיסתן לפי מה שכתבו הרי"ף והרא"ש ונמוקי יוסף דמבעי' לש"ס נמי אפי' באין מלאכתן שוה ד' מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה ואפשר דאפי' כולם נשכרי' רק בג' מבעי' לש"ס מאחר שאמר בע"ה ד' ואמרו כמו שאמר בע"ה וכן משמע מל' הרי"ף והרא"ש ונמוקי יוסף שכתבו וז"ל ואע"ג דלא עבדי מאי דשוה ד' שקלי ד' דהא סבר בע"ה וקיבל ויהיב להו ד' ולא איפשטא כו' עכ"ל ודו"ק:

סעיף טו

בע"ה כו' צריך ליתן לאלו כמו לחבריהם כו' דין זה צל"ע דנהי דהם אמרו כמו שעשו חבירינו ואשתכח דיהיב להו יותר מ"מ הרי הבע"ה אמר בפי' עשו עמי מלאכ' בד' א"כ לא נתרצ' להם ביותר מד' ונהי דהיתה כוונתו להטעותם ובטל' מחשבתו בזה מ"מ יכול לו' לא נתרציתי ליתן כמו לחבריהם שהרי לא אמרתי רק ד' וא"כ נרא' דה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל ונותן להם כפחות שבפועלי' ומ"ש בב"י בשם תלמידי רשב"א וז"ל היכ' דא"ל בע"ה בואו עמי כדרך שבאו חבירכם ואמרו לו כמו שבאו הם ואשתכח דבי' יהיב להו י' דדעתיהו אעלוייא וזה ברור עכ"ל לפענ"ד דט"ס הוא ונתחלף י' בה' וכך צ"ל בואו עמי בי' כדרך שבאו חבירכם ואשתכח דבה' יהיב להו י' כו' וראי' לזה דהא כתבו הטעם דדעתייהו אעלוייא וה"ט לא שייך אלא בכה"ג והכי איתא בש"ס ופוסקים גבי א"ל בע"ה בג' ואמר שליח לפועלים בד' ואמרו כמו שאמר בע"ה דעתייהו אעלוייא אבל

באמר להם השליח והבע"ה בפחות לא שייך ה"ט ודו"ק ועוד שכ' וזה ברור ואם איתא הלא הדין תמוה מאד ואינו ברור אלא ודאי כמ"ש וא"כ הדין ברור דנהי דשאמרו כמו שבאו חבירנו דעתייהו אעלוייא אם היו נוטלין חביריהם יותר אבל עכ"פ לא לגרוע ממה שאומר להם הבעל הבית בי' והוי ממש כמו הך דדעתייהו אעלויי' דבש"ס ועוד ראיה מא"ל בע"ה לשליח בד' ואמר להם שליח בג' ואמרו לו כמו שאמר בע"ה דלא שקלי אלא ג' ואע"פ שהסמ"ע ס"ק י' כ' דל"ד דשאני הכא דהטעה אותם וא"ל שגם לאחרים השכיר בד' משא"כ התם דלא תלה השליח שכירותו בשכירות פועלים אחרים אלא א"ל סתם בשלשה עכ"ל לפע"ד לא מסתבר לחלק בכך דהתם נמי הטעה את הפועלים שהרי אמרו כמו שאמר בע"ה וע"כ היינו דמהימנת לן דהכי אמר בע"ה ג' וכדאיתא בש"ס להדיא וא"כ הרי הטעה את הפועלי' שהם תלו השכירות במה שאמר בע"ה והוא הטע' ואמר שהבע"ה אמר שלש' אדבורי' דידי' קסמכי דהכי אמר בע"ה ואפ"ה כי אשתכח בתר הכי דבע"ה אמר ד' לא שקלי אלא ג' כיון ששכרם בג' וה"ה הכא ואין לחלק דהתם השליח לא אמר מתחלה בפי' כמו שאמר בע"ה דמה בכך ס"ס כיון שהם אמרו כמו שאמר בע"ה ונתרצה השליח להם הרי כאלו אמר ג"כ בפי' כמו שאמר בע"ה. ועוד ראיה ממאי דאיתא בירושלמי ר"פ האומנין בבע"ה ששכר פועלים ואמר להם שרובן נשכרים בה' וע"פ זה השכירו עצמן ונמצא שרובן נשכרים בי' אין להם אלא ה' אעפ"י שהטעה אותן ואע"פ שהרשב"א כ' דליתא להירושלמי מ"מ בזה משמע דמודה הרשב"א וכמ"ש לקמן ואפי' למאי דס"ל להר"ב לקמן דה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל מ"מ ה"נ הל"ל דה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל ויתן להם כפחות שבפועלים אבל באמת נלפע"ד דאינו נותן להם אלא כפי מה ששכרן וכמ"ש ודוק:

סעיף טז

בע"ה שהטעה פועלים כו' ה"ל כאלו לא שכרו כו' ולפעד"נ דהרשב"א אינו חולק על הירושלמי אלא משום דלא מוקי בש"ס דילן הכי והיינו מטעמ' דס"ל לש"ס דילן דכיון דהפועלי' הטעו לבע"ה איך יוציאו ממנו והלא לא שכרן אלא לפי מה שהפועלים נשכרים בפחות וכן משמע להדיא בנמוקי יוסף ר"פ האומנין אבל בהא דס"ל להירושלמי בהטעה בעל הבית לפועלים דנותן להם כפי מה ששכרן לא אשכחן לרשב"א דפליג על הירושלמי וגם לא חזינן לש"ס דילן דפליג על הירושלמי דהא שפיר י"ל דלהכי לא מוקי בש"ס הכי משום דהטעו זה את זה לא אתי שפיר דאי כשהפועלים הטעו לבע"ה אמאי אין לו עליהן אלא תרעומות אבל בשהבע"ה הטעה את הפועלים כיון ששמעו וקבלו הפחות ועשו מלאכה יוכל הבע"ה לו' אלו לא נתרציתי לשכירותי לא הייתי שוכר אתכם

(וגם נלפע"ד דאף בהטעו פועלים את הבע"ה אם כבר נתן להם הבע"ה השכירות ואח"כ נודע לו שנשכרים בפחות א"י להוציא מידן ודוק) ועוד דהא בש"ס דילן לא איפשטא כשאמר הבע"ה לשליח שכור בד' ואמר להם השליח בג' ואמרו הם כמו שאמר בע"ה משום די"ל דעליה קסמכי דמהימנת לן דה"ק בע"ה אלמא אע"פ שאח"כ נודע שאמר בע"הב בד' לא אמרי' דטעות כזה חוזר אלא אמרי' כיון ששמעו ג' וקבלו הפחות ועשו מלאכה דעתם היה שאף שיתברר אח"כ שהבע"ה אמר ד' לא יקחו אלא ג' ומחלו הד' וה"ה הכא כיון ששמעו שהבע"ה אמר הפחות ועשו מלאכה דעתם הי' שאף שיתברר אחר כך שנשכרים ביותר לא יטלו רק הפחות. וגם נלפע"ד דט"ס הוא בר' ירוחם בשם הרשב"א ועיין בנ"י שם ותראה דלא כתב דה"ל כפועלים בלא קציצה אלא גבי הטעו הפועלים זא"ז וכה"ג נלפע"ד להגיה בר' ירוחם כי הלא נודע שספר ר' ירוחם יש בו הרבה טעיות ואפי' תאמר דדעת ר' ירוחם אינו כן מ"מ לדינא נלפע"ד כמו שכתבתי גם הא בלאו הרי כתב הנ"י שהראב"ד מסופק שיש לדון כהירושלמי בכל דבריו אבל בהך דינא דהטעה בע"ה הפועלי' לא מסתבר לפע"ד כלל לדחות דברי הירושלמי כיון דלא אשכחן בש"ס דלא כותיה ואדרבה משמע בש"ס כותיה וכמ"ש נ"ל ודו"ק:

סעיף יז

ונותן להם כפחות שבפועלים ובר' ירוחם כ' ונותן להם ה' משמע כוונתו שנותן להם כפי מה שנשכרים רוב הפועלים בה' והיינו כשעשו מתחלה ליתן כפי מה שנשכרי' רוב הפועלים ואז לא אזלינן בתר הפחות שבפועלי' אבל פשיטא כיון דכ' ר' ירוחם דשכירות בטעות היתה א"כ כשאמרו מתחלה בסתם כפי מה שהפועלי' נשכרים דאזלינן בתר הפחות שבפועלי' ולא הוצרך הר"ב לבאר כשפירשו ליתן כפי מה שנשכרי' הרוב דאזלינן בתר הרוב שפשוט הוא. עיין בסמ"ע ס"ק י"א מה שהשיג על הע"ש ולפע"ד אינו השגה דגם הע"ש מודה לדינא דבע"ה יכול להתנות על המיעוט או שיוכל לומר כוונתי להתנות על המיעוט אלא דפשט דברי הרשב"א מיירי שהתנה כפי מה שנשכרים הרוב וכן הוא בנ"י ר"פ האומנין ובירושלמי שם להדי' שהבע"ה מתנה כפי מה שנשכרי' הרוב א"כ אדרבה נ"ל שדרך הבע"ה להתנות ג"כ כפי מה שנשכרים הרוב ע"ש:

סעיף יח

וא"ל ליתן לו חפץ או כור חטים זה בשכרו ואפשר נמי דאפי' פסק עמו חטים סתם אינו חייב לתת לו חטים אלא נותן לו שכרו במעות ואע"ג דאמרי' (לקמן סי' של"ו ס"ב) דא"י לומר טול מה שעשית בשכרך דאלמא חייב ליתן לו מעות כמו שהתנה עמו ולא שויו התם הוא דסתם שכירות במעות הוא שכל השוכרים ע"ד כן שוכרים פועליהן ובמעות הן

מתחייבים ואין צריך לזה התנאי אבל כשפסק עמו חטים כיון שאין סתם שכירות בחטי' אלא שבא לדון עליו מפני שהתנה עמו בכך לא קנה שהרי לא משך אבל מ"מ נראה שחייב ליתן לו דמיו שאע"פ שגוף הדבר לא נקנה מ"מ הרי מתחייב השוכר בשיוויו ששיוויו בכל עצמו הוא והרי הוא לענין זה כשאר כל השוכרי' שפסקו דמים וזה נרא' עיקר אע"פ שהרשב"א ז"ל מסופק בדבר עכ"ל הר"ן:

סעיף יט

חפץ כו' דוקא בחפץ דינא הכי ולא בשט"ח וכמ"ש בפסקי מהרא"י סי' ר"ל ומביאו בד"מ בקצרה עכ"ל סמ"ע ור"ל דבשט"ח אם לא יתן לו השט"ח א"כ לא נתקיים התנאי ולא יתן לו כלום והשוכר שעבד את עצמו לתת לו שכרו כן הוא בפסקי מהרא"י שם ולפי זה אם ירצה יתן לו מה ששוה השט"ח כפי מה שהוא שוה למכור כמו גבי מוחל שט"ח לעיל סימן ס"ו סל"ב נ"ל ודו"ק:

סעיף כ

ויש מחלקים כו' בע"ש השמיט הג"ה זו ולא ידעתי למה ואולי לא ידע מקורה שהוא מהנ"י פ' האומנין בשם האחרוני' בשם הרמב"ן ודבריהם נכונים וברורים:

סעיף כא

אלא כך. כלומר סך פלוני לאפוקי חזר בו בסתם:

סעיף כב

והיה יכול לחזור בלא תרעומות כגון שחזרו בהן הפועלים תחלה ובטלה שכירותם אלא שמנכה להם וכדלקמן סימן של"ג ס"ד ואח"כ נמלכו ורוצים לגמור המלאכה וחזר בו בע"ה יאמר בפי' איני נותן לכם אלא סך פלוני ופייסוהו מצי למימר אדעת תנאי זה עבדיתן. כן הוא בנ"י שם וע"ש ועיין מ"ש לקמן סי' של"ג סעיף א' וסעיף ה' ס"ק ל':

סעיף כג

אלא ע"ד להוסיף לכם אכילה ושתי' ל' הש"ס דאדעתא דטרחנא לכו באכילה ושתיה:

סימן שלג

סעיף א

אלא תרעומות שיכול בע"ה לומר לפועל השכר עצמך במקום אחר וגם הפועל אומר לבע"ה צא ושכור לך פועל אחר אלא שיש על החוזר תרעומות בשביל הטורח עכ"ל טור והוא מדברי הרא"ש ומשמע מלשונם שכתבו בשביל הטורח דמשום שינוי דעתם ליכא דאע"ג דלעיל סימן שי"א סעיף ו' גבי ספינה כתב הרא"ש והטור והמחבר ריש עליו

תרעומו' משום שינוי דעתם דאיש אחר שאני התם כיון שפרק' בחצי הדרך וכבר הרגיל עמו חצי הדרך משא"כ הכא שחוזר מיד ולפ"ז היכא דאין כאן טרחא כגון שמוצאין בע"ה אחר להשכיר את עצמן אין להן עליו אפי' תרעומו' וכן כ' הנ"י פ' האומנין גבי דזל עבידתא וחוזר בע"ה בשם האחרוני' בשם הרמב"ן וז"ל אי נמי מצינן לאוקמא כשחזר בו בע"ה אפי' לאחר שהתחילו במלאכה בלא חזרת הקבלנים וכגון שמוצאים הקבלנים מלאכה אחרת שיכולים להשתכ' בה כדאמרי' לקמן גבי השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך דאי משכח לאגורה אין לו עליו אפי' תרעומות כו' ואח"כ פייסוהו כיון דאין עליו אפי' תרעומות כו' עכ"ל ונראה שהוא מפרש שינוי דעתם גבי ספינה כפירש"י דלא שייך רק גבי ספינה ע"ש א"נ בנ"י מיירי בשלא הורגל עמהם עדיין ולפ"ז צ"ל הא דאיתא בש"ס פ' האומנין דף ע"ו ע"ב אבל אם יש פועלי' לשכור ואמר צא ושכור מאלו אין לו עליהן אלא תרעומות היינו דוקא בע"ה על הפועלי' משום שאין דרך בע"ה לטרוח ולהשכיר פועלים אחרים אף שמוצא לשכור אבל אם פועלי' מוצאין בע"ה אחר להשתכר אין להן עליו אפי' תרעומו' אבל ממ"ש ה"ה פ"ט משכירו' בשם הרמב"ן והרשב"א דאם היו מוציאין להשתכר אין להן עליו אלא תרעומו' שהרי הוא אומר לאו והשכירו עצמיכם כו' וכ"כ המחבר בס"ב משמע דתרעומו' מיהא איכא לפועלים על הבע"ה ולא כהנ"י וכן משמע ממ"ש הרא"ש וטור ור' ירוחם ותוס' ומרדכי ואגוד' דהלכו אורחא דמלתא קתני דה"ה אם הלכו ומוצאין עוד להשתכר אין להן אלא תרעומות כו' ולפ"ז ל"ל דאע"ג דמוצאין להשתכר מ"מ טורח מיהא איכא וכן כתבו התוס' וז"ל ומ"מ יש עליו תרעומות שעתה לא ימצאו אלא ע"י טורח כו' אך ק"ל ע"ז דא"כ מאי פריך בש"ס (פ' האומנין דף ע"ט ע"ב) גבי ספינה אי דקא משכח לאגורא אמאי אית ליה תרעומות ואי דלא קא משכח לאגורא כולא אגרא בעי שלומי ה"ל לשנויי דלא משכח אלא ע"י טורח. ויש ליישב בדוחק וצל"ע ומ"מ נראה דהיכא דמוצאין להשתכר בלא טורח מודים הפוסקי' הנזכרי' להנ"י דאין להן אפי' תרעומו' ונ"מ במה שיש תרעומות לענין אם קצץ פעם שניה וכדלעיל סי' של"ב ס"ק כ"ב ע"ש:

סעיף ב

וי"א דאם משך כו' וכן עיקר בש"ס פ' הזהב וכמ"ש בספרי והבאתי שם הרבה פוסקים דס"ל הכי ע"ש:

סעיף ג

דאם משך כו' ואפי' החזירם לפועל אחר המשיכ' דמחשב המשיכה לקנין וכ"כ הסמ"ע:

סעיף ד

ולא הפועל כו' כ' בהג"א ממהרי"ח פ' האומנים דבדברי ר"ת משמע דלגמרי לא יוכל לחזור בו משום ממון ואומר שעשה בו מעשה ושמא אע"פ שהתחיל במלאכ' לא חשיב קנין אלא במשיכה או קנין סודר עכ"ל ר"ל דאע"ג דאם התחיל במלאכה יכול לחזור בו ויהיה ידו על התחתונה כדאית' בש"ס ולקמן סעיף ד' הכא לא מהני אפי' אם ירצה להיות ידו על התחתונה דהתם לא חשיב קנין אבל הכא כיון שמשך הכלי או הקנה בק"ס לא מהני שום ממון וצריך לעשות המלאכה אם ירצה הבע"ה וכן משמע להדיא בדברי רבינו ברוך בספר החכמה שהביא המרדכי פ' האומנין גבי שבאת חבילתו לידו דבמשיכת כלי האומנות אין הפועל יכול לחזור בו אפי' רוצה להיות ידו על התחתונה ע"ש ודו"ק:

סעיף ה

מיהו יוכל לעכב כלי אומנתו כו' צל"ע דהנ"י פ' הזהב לא כ"כ אלא לדעת הרשב"א והר"ן וכן המרדכי פ' האומנין לדעת ר"י דכת' דאפשר דמשיכת כלי האומנין לא מהני לענין דיהא הקנין נגמר ושיש לפרש הך דפ' הזהב דמהני משיכת כלי האומנות לענין דיוכל לעכב כלי האומנות אבל להפוסקי' דס"ל דמהני משיכת כלי האומנות לקנין ומפרשים הך דהזהב בקבלן דוקא והם הי"א שכת' הר"ב וא"כ לדידהו י"ל דבשכיר יום א"י לעכב הכלי אומנות כלל. ואף שי"ל שמודים בזה מבחוץ לאינך פוסקים מ"מ מנ"ל הא וגם מן הסברא נראה שכיון שיכול לחזור בו ואין כאן קנין למה יעכב כלי אומנתו הא מנה אין כאן משכון אין כאן וכן משמע בתוס' פ"ק דקידושין דף ח' ריש ע"ב ע"ש ודו"ק והכי משמע נמי ממ"ש התו' והרא"ש ואגודה פ' הזהב בסתם גבי משך כלי האומנות דשכיר יום יכול לחזור בו ולא כתבו דמ"מ יכול הבע"ה לעכב כלי האומנות אלא משמע דס"ל דיכול לחזור לגמרי ואע"ג שכתב ה"ה בפ"ט משכירות בשם הרמב"ן ורשב"א דכשבא' חבילתו לידו אפי' בדבר שאינו אבד שוכר עליהן או מטען עד כדי החביל' ומביאו ב"י לקמן ס"ס ב' י"ל דמיירי דוקא בקבלן כיון שא"י לחזור בו א"נ הרשב"א לטעמיה אזיל כמ"ש הנ"י פ' הזהב בשמו וכן י"ל שהוא דעת הרמב"ן משא"כ לשאר פוסקים וכמ"ש. וכן משמע לכאורה בר' ירוחם נכ"ט ריש ח"ג שבתחלה כתב סתם כדברי הרא"ש ואח"כ כתב ויש מהגדולים שכתבו שאע"פ שהפועל יכול לחזור אם משך כלי אומנתו קנה אותו כו' משמע לכאורה דלדברי הרא"ש וסייעתו שהביא מתחלה ליתא להאי דינא ואע"פ שאינני כדאי לחלוק על דברי הר"ב מ"מ נלפע"ד שירא שמים יחמיר בדבר ויחזיר להפועל את שלו:

סעיף ו
אם ביקר בע"ה מלאכתו כו' ע"ל סי' של"ד סעיף ב' ומ"ש שם:

סעיף ז
נותן להם שכרן כיון דבע"ה פושע וההליכה היא כהתחלה במלאכ' מ"ה אין הבע"ה יכול לחזור בו ואם חוזר בו צריך לשלם להם כפיעל בטל ואף שאין לפועל פסידא דממון מכח חזרה זו דאף שלא היה שכרן לא היה להם אצל מי להשתכר כו' וכ"כ בטור בהדיא בשם הרא"ש ולא בע"ש שכתב דחייב משום דגרם לו היזק שאם לא היה שכרן היו נשכרין לאחרי' וחייב מדינא דגרמי עכ"ל וז"א וגם דבריו סותרי' זא"ז שבסעיף שאח"ז כתב בהדיא שבהלכו חייב להן הבע"ה גם בכה"ג ע"ש ודו"ק עכ"ל סמ"ע. ודבריו נכונים לדינא אך אין כאן השגה על הע"ש שהרי כתבו התוס' והרא"ש וטור ושאר פוסקים דהלכו אורחא דמילת' נקט דמסתמ' כשלא הלכו מוצאין להשתכר ומשהלכו אין מוצאין כו' ע"ש א"כ גם הע"ש כאן אורחא דמילתא נקט וק"ל (עיין בתשובת מהר"מ מינץ סי' כ"ח):

סעיף ח
כפועל בטל ששמין מי שהשכיר עצמו למלאכה זו כמה היה רוצה לפחות משכרו לישב בטל וכן ינכ' לו:

סעיף ט
ואם נשכרים בפחות כו' משמע דאם מוצאין להשתכר א"צ הבע"ה לשלם להם כפועל בטל אלא משלם להם הפחת וכן משמע ממ"ש אח"כ אבל אם מוצאין מי שישכור כו' וכן משמע בטור שכת' נותן להן שכרן כפועל בטל כו' ואם אמר לו לך והשכר עצמך במה שתוכל ואני אשלים על שכרך השיעור שפסקתי עמך צריך לעשותו עכ"ל משמע דר"ל דהפועל מחויב לעשות המלאכה וא"י לומר אשב בטל ותשלים לי כפועל בטל אלא הברירה ביד הבע"ה והב"ח סעיף ב' כתב שהבריר' ביד הפועלי' שאם לא ירצו להשכיר עצמם מחויב הבע"ה לשלם להם כפועל בטל ואם אינם רוצים להפסיד דבר ישכירו עצמם והוא ישלים להם כו' ולפעד"נ כמ"ש:

סעיף י
משל' הפחת מה שנשכרים היום פחות מאמש לפי ערך כפועל בטל ע"פ שכירות של אמש עכ"ל סמ"ע ולא הבנתי דבריו דמה ענין כפועל בטל לכאן דהא כיון שנשכרים בפחות ועושים מלאכה צריך להשלים להם כל הפחת ואולי ס"ל דמ"ש המחבר ואם

נשכרים בפחות כו' ר"ל שאם היה מי ששכרן היו נשכרים בפחות ובאמת אינן נשכרים אבל באמת זה אינו גם לישנא דמשלם הפחת לא משמע הכי אלא כדפירש':

סעיף יא

ודוקא שהלכו הם עצמם שאז נתקיים ביניהם השכירו' ששכירו' פועלים נגמר בהתחל' המעשה (אבל) הלך שם שליח אין להם אלא תרעומות עכ"ל הרב המגיד:

סעיף יב

נותן להם שכרם. וה"ה אם שאר פועלים נשכרים בג' והוא שכרן בד' כיון שהלכו ה"ל כאלו התחילו ואינו יכול לחזור בו ואינו יכול לומר השכירו עצמיכם כשאר פועלים אלא צריך ליתן להם כפ"ב לפי התנאי הגדול שפסק עמהם או ישכירו עצמם כשאר פועלים והוא ישלים להם כתנאי שפסק עמהם כ"כ הרא"ש וטור ור"י:

סעיף יג

וי"ח ולעפ"ד אפשר דאין מי שחולק דז"ל הת"ר אם אינו מוצא להשתכר אלא במלאכה כבידה מזו אם רצה לא יתעסק ונותן שכרו כפועל בטל עכ"ל וי"ל דאין מוסיפין שכר על המלאכה כבידה ול"ל דמ"מ יעשה המלאכ' כבידה ונחזי אנן ע"פ השומא מה שראוי להוסיף וכך יתן לו די"ל דמיירי שע"פ השומא היה מגיע לו יותר ממה שמגיע לו עתה כפועל בטל ולכך הבע"ה אינו רוצה להוסיף לו הלכך אם ירצה הפועל יתעסק במלאכה הכבדה כפי מה שנותנין והבע"ה פטור ממנו ואם ירצה לא יתעסק כלל ונותן לו שכרו כפועל בטל ודוק:

סעיף יד

חוזר כו' כ' ב"י וז"ל כ' הריטב"א בשם רבותיו שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמיר' אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי מילתא אתא שלא יוכל לחזור בו עכ"ל וכ"כ בד"מ בסתם ולפע"ד נראה ששאר כל הפוסקים שלא חילקו בכך לא ס"ל הכי וכן נלפע"ד עיקר וגם מטעמא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדי' לעבדים משמע דבכל ענין יכול לחזו' בו וכן משמע לפע"ד ממ"ש הרא"ש פרק הזהב וטור ורבי' ירוחם ושאר פוסקי' גבי משיכת כלי האומנות דאע"ג דמהני לענין קבלן שנגמ' קנין השכירות בכך מ"מ פועל יוכל לחזור ודוחק לחלק בין משיכ' לקנין דבכל דוכתא כי הדדי נינהו וגם בהגהת אשר"י ממהרי"ח פ' האומנין מדמי להו להדדי לענין זה ע"ש והבאתיו לעיל ס"ק ד' וגם נראה דהוי קנין דברים כמ"ש הרמב"ם ספ"ה מה' מכירה וסמ"ג דף קנ"ח ע"ב הרי שכ' בשטר וקנינו מפ' שילך בסחור' עם פלוני כו' ה"ז קנין דברים כו' ואף הראב"ד בהשגות שם נראה שמוד' לו בזה ודוקא בשותפים פליג עליה בפ"ד מה' שלוחין

לענין הריוח שהרויחו כבר או מטעם דכיון דמשתעבדי אהדדי לא שייך לו' עבדים ועיין במהרי"ק שורש קפ"ב ודו"ק ואולי גם המחבר חזר בו ולכך לא חילק כאן בש"ע בין נשתעבד בקנין או לא כן נלפע"ד. שוב מצאתי כדברי להדיא בריב"ש ריש סי' תע"ו ונתתי שמחה בלבי ת"ל וז"ל שאין חילוק בין שכירות פועל ליום א' או שכיר שבת או שכיר חודש או שכיר שנה או שהוא קבלן שקבל קמה לקצור או כרם לבצור שבכל אלה א"צ קנין אלא התחלת המלאכ' היא הקנין אלא שהפועל יכול לחזור בו לעולם אפי' התחיל המלאכ' ואפי' בקנין משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עכ"ל ונרא' דגם הריטב"א לא קאמר אלא בקבלן ולענין שאינו יכול לחזור בו בשום ממון וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ד' בשם הגהות אשר"י אע"פ שפשט ל' הריטב"א לא משמע כן (שוב מצאתי בתשובת מבי"ט ח"א סי' קל"ב שכתב דאלו ראה הריב"ש דברי הריטב"א בשם רבותיו אולי לא הי' חולק עליה' ולפעד"נ עיקר כהריב"ש וכמ"ש):

סעיף טו

ואין בידו לשלם כו' ל' מהרי"ק ואין המעות בידו לשלם ואפש' לו' דדוקא נקט שאין המעו' מזומן בידו לשלם אבל מ"מ יש לו לשלם אבל אם אין לו לשלם כלל א"י לחזו' בו דהוי כדבר האבוד לקמן ס"ה אבל מדברי המחב' נראה דאפי' אין לו לשלם כלל יכול לחזור ול"ד לדבר האבד ששוכר עליו או מטעו אבל מ"מ א"י לכופו להשתעבד בו בשביל כך א"נ אע"ג שאין לו לשלם לא מיקרי בשביל כך דבר האבד ואע"ג דאיתא לעיל סי' ל"ז סעיף י' דלא אמרי' שמא יתעשר היינו לענין עדות אבל מ"מ לא מקרי הכא דבר האבוד בשביל כך כיון דאפשר שיהא לו:

סעיף טז

ומה"ט אסור כו' נ"ל דהיינו דוקא כשיש לו פרנסה וכסות דבכה"ג אסור למכור עצמו לעבד עברי וכדאיתא בתורת כהנים וברמב"ם וסמ"ג ריש ה' עבדים אבל אם הוא עני ביותר כשאין לו אפי' כסות דכתבו הרמב"ם וסמ"ג שם דמותר למכור את עצמו ופשיטא דהיכא דמותר למכור את עצמו מותר אפי' לשני' הרבה וכדאיתא בש"ס פ"ק דקידושין דף י"ד ע"ב והרמב"ם (וסמ"ג) פ"ב מה' עבדים וא"כ בכה"ג פשיטא נמי דמותר להשכיר עצמו בקבע ליותר משלש שנים דלא גרע ממוכר עצמו כך נלפע"ד:

סעיף יז

בקבע שלש שנים כו' וכן הוא בד"מ ר"ס של"א ובספר באר שבע דף קי"ב ע"ב ובספר אגודת אזוב דף ק"ז ע"ד כתבו דט"ס הוא וצ"ל יותר מג' שנים שכן הוא בהגה"מ ודבריהם נכונים שכן מבואר בהגה"מ שם להדיא וז"ל כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים

תימה אם כן כשם שאסור למכור בע"ע כך יהא אסור להשכיר עצמו מדקרי הכא פועל עבד וי"ל דפועל לא מיקרי עבד אלא שכיר והא דילפינן ליה מעבד היינו לענין קולא והיינו דכתי' כי משנה שכר שכיר עבדך דהיינו שש כדכתי' בישעי' שלש שנים כימי שכיר א"כ ע"ע ו' שנים היינו משנה שכר שכיר ונ"ל דמה"ט יש ליזהר למלמד או לסופר או שאר מלאכו' שלא להשכיר עצמן להיות בבי' ב"ה בקבע עמו ולהיו' סמוך על שלחנו בלי הפסק יותר מג' שנים דכל טפי מג' שנים נפקא לי' מתורת שכיר ועבד (נ"ל שצ"ל אע"ג דעבד כו') גמור לא הוי לכל הלכותיו מ"מ כיון דנפקא מתורת שכיר קא עבר על כי לי בני ישראל עבדים וקצת ראי' מפ' מפנין מעשה באדם א' שירד מגליל העליון והשכיר עצמו אצל בע"ה ג' שנים כו' ומדנקט ג' שנים משמע דטפי לא מצי לאשתעבודי תשו' הר"מ עכ"ל (וכן הוא באבן עזרא פ' ראה ע"ש) והע"ש והסמ"ע לא הרגישו בזה והבינו דג' שנים אסור וכתבו הטעם דג' שנים שם שכיר עליו ואסור להיות שכיר ואישתמיטתהו הגהת מרדכי הנ"ל דאדרבה שכיר מותר אלא דטפי מג' שנים אסור דנפקא ליה מתורת שכיר:

עוד כ' בס' באר שבע שם דמדברי התוספות פ"ק דב"מ דף י' משמע שמותר אפי' יותר מג' שנים שכתבו וז"ל כי לי בני ישראל עבדים נ"ל דמ"מ מותר להשכיר עצמו דדוקא ע"ע שא"י לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם עכ"ל וגם במרדכי פ' האומנין כ' כדברי התוס':

סעיף יח

בין הוקר. כגון ששכרו בח' דינרים ליום ועשה עמו חצי היום ואפי' נתייקרו שצריך ליתן לאחר מחצי יום הנשאר ו' דינרים אפ"ה צריך ליתן לראשון ד' דינרים מחצי יום שעשה ולא אמר לא יתן לו אלא ב' דינרים כדי שתגמור לו מלאכת היום בח' דינרים כפי מה שהתנה עכ"ל טור:

סעיף יט

או הוזלה וכתב הטור דאם שכרו בח' דינרים והוזלה שיכול לגמור חצי יום הנשאר בב' דינרים צריך ליתן לו ו' דינרים ואין מעכב בידו אלא ב' דינרים (העתיקו הע"ש והסמ"ע דבריו) ולא מצאתי כן בשום פוסק יותר וגם באמת לא נהירא לפע"ד דלמה יתן לו ו' דינרים נהי שיוכל לחזור בו ואין ידו על התחתונה וצריך ליתן לו כפי מה ששכר עמו ולא ב' דינרים כפי מה שהוזל אלא ח' דינרים ליום (וכן לענין הוקר) למה יהיה יד הפועל על העליונ' לענין שיתן לו יותר ממה ששכר עמו ח' דינרים ליום דהיינו ד' דינרים לחצי יום כיון שהפועל (מודה) [חוזר] ולא ידעתי מנ"ל להטו' הא וב"י כ' ומ"ש רבינו וה"ה

נמי אם הוזל כו' פשוט הוא דמהוקר נלמד להוזל עכ"ל ולפע"ד לא דמי דכשהוקר נותן לו חצי השכירות כפי מה ששכר עמו ודמי כאלו שכרו לחצי יום בד' דינרים משא"כ הכא גם מ"ש הב"ח דכ"כ הרא"ש דה"ה הוזלה המלאכה ליתא דלא כ"כ הרא"ש שם רק דה"ה אם הוזלה וחזר בו בע"ה כו' ע"ש משא"כ הכא וכן מוכח להדיא כדברי התו' פ' האומנין דף ע"ז סוף ע"א ד"ה יד הפועל כו' ע"ש וברש"י ובתוס' פ"ק דמציעא דף י' ע"א ד"ה יכול לחזור כו' ודוק (שוב מצאתי בטור כ' על קלף ישן נושן דליתא שם להאי דינא:

סעיף כ

או שקבל על עצמו לעשות לו כך וכך חבית של יין אע"ג דימי הבציר קצבתן ידוע ואינו משועבד רק זמן הזה מ"מ הואיל ואינו קוצב לו שכר לפי הימים או לפי השבועות או החדשים דאיקלעי המלאכ' חשוב קבלנו' כמו קמה לקצור דימי הקציר נמי ידועי' הם עכ"ל ת"ה:

סעיף כא

נותן לו שקל שהוא ב' דינרים או יגמרו את מלאכתן ואם אינו יכול לגומרה בפחו' מח' דינרים אינו נותן לו כלום ומיהו אם נתייקר' הרבה שצריך ליתן עליה יותר ממה שפסק עמו א"צ לשלם לו מכיסו כלום לפיכך אם לא התחיל במלאכ' וחוזר בו אע"פ שהלך דהוי כמו התחילו במלאכ' ונתייקר' אין מפסיד אלא טורח הליכתו כיון שאינו תופס משלו והוא א"צ ליתן לו מכיסו כלום עכ"ל הטור ופי' הב"י והסמ"ע ס"ק ט"ו דר"ל דאם היה הבע"ה תופס משל הפועל הי' צריך לשלם לבע"ה כל מה שמפסיד כמ"ש הרב המגיד פ"ט מה' שכירות בשם הרמב"ן והרשב"א דבכלי אומנות בידו אפי' בדבר שאינו אבד שוכר עליהם עד כדי שכר המלאכה כו' והקשה הב"ח על דבריה' דע"כ הטור לא ס"ל הכי מדכ' לקמן גבי דבר האבד דאם היה בידו משלהם יכול לתפסו משמע הא דבר שאינו אבוד לא. ועוד קשיא לי דע"כ לא שמעינן להרמב"ן והרשב"א אלא דבשבאת כלי אומנתו ליד הבע"ה אבל שאר דבר מי שמעת להו וכן משמע בנ"י דדוקא כלי אומנת' ע"ש וכן מוכח להדיא בדברי התלמידי רשב"א שהבי' ב"י ריש סי' זה וז"ל וליכא בין דבר האבוד לשאינו אבוד למי שפי' חביל' כלי אומנות וכו' ע"ש והרי הטור כ' כיון שאינו תופס משלו משמע שתופס ממון או שאר דבר וע"ק לי דאם איתא דלזה נתכוין הטור לא ה"ל למימר "כיון שאינו תופס משלו כו' שהרי לא הזכיר מקודם דמיירי שאין הבע"ה תופס משלו והכי הל"ל "ודוקא כשאינו תופס משלו כו' לכך נראה כמו שפי' הב"ח דר"ל כיון שאין הפועל תופס בידו משל בע"ה דאם היה הפועל תופס דבר משל בע"ה כגון שקבל שכירותו מידו הי' חייב הפועל להחזיר הכל ע"כ וכן משמע מדברי הרא"ש

ונמוקי יוסף שכתבו דאם מה שעתיד לעשות שוה יותר ממה שקצץ להם אין צריכים לשלם מכיסם כלום ע"כ משמע דוקא לשלם יותר ממה שקצץ אין צריכים לשלם מכיסם אבל עד הסך שקצץ צריכים להחזיר אף שקבלו כבר ודוק:

סעיף כב

ואם היה הנשאר יפה ב' דינרים כו' אינו נותן אלא סלע כו' והראב"ד בהשגות כ' ע"ז (ולא הובאה בב"י) וז"ל א"א אלא סלע יפה שני דינרים ע"כ וה' המ' והכ"מ לא ביארו כוונתו וגם המ"ע מבלבל דבריו כדרכו וכ' שלשון הש"ס כהרמב"ם וכן הביאו הרי"ף בהלכותיו עכ"ל ולפע"ד כוונת הראב"ד שדין זה לא הוזכר בש"ס כלל ולא ברי"ף ובשום פוסק ונראה דכיון דשמין לקבלן מה שעתיד להיות והנשאר אינו שוה רק ב' דנרים אם כן נותן לו רק סלע יפה ב' דינרים ולא ד' דינרים ומפרש דברי הרמב"ם ג"כ הכי וכן מצאתי להדיא בתוספתא ובירושלמי פ' האומנין כדברי הראב"ד וז"ל ר' דוסא אומר שמין על מה שעתיד להעשות אם היה מה שעתיד לעשות יפה ו' דינרים נותנים לו שקל או יגמור מלאכתו ואם היה יפה שקל נותנין לו שקל ע"כ (ופסק בש"ס ירושלמי הלכ' כר' דוסא וכ"פ הפוסקים) ואף שלשון הרמב"ם ק' לפרש כן מ"מ קשה היאך יהי' נגד התוספתא והירושלמי. וגם על הטור קשה שכ' בסוף סעיף ב' הוזלה שיכול לגומר' בב' דינרים אפ"ה אינו נותן לו אלא ארבע דינרים עכ"ל (ומביאו הסמ"ע ס"ק ט"ז) דהל"ל דאינו נותן לו רק ב' דינרים וצ"ל דהטור ס"ל דבתוספתא וירושלמי מיירי שמתחלה לא היה שוה רק ב' דינרים אלא ששכרו ביותר לכך אינו נותן לו אלא שקל משא"כ בהוזל' אחר שעשה המלאכ' שאינו בדין שישלם לו כפי מה שעתיד ליעשות כיון שעשה המלאכה בשעת היוקר ודוחק דפשט התוספתא לא משמע הכי אלא משמע כיון שהוא חוזר וידו על התחתונה א"כ בכל ענין איני נותן לו רק ב' דינרים ואפשר ס"ל להרמב"ם והטור כיון דהובאה ברייתא זו בש"ס דילן וליתא בש"ס דילן ואם שקל נותן לו שקל ש"מ דלא ס"ל לש"ס דילן הכי וצ"ע:

סעיף כג

משרתת כו' ובת"ה מסיים בזה ומ"מ דבר זה צ"ע ולא ידענא למה כ' הב"י והרב בד"מ בשם ת"ה בפשיטות דהוי דבר האבוד גם בתשו' מהרשד"ם סי' קי"ט כ' כיון שהת"ה כ' בסוף צ"ע א"כ הדין עם השכיר דהמע"ה ע"ש ונראה דהכל הוא לפי הענין לפי ראות עיני הדיין:

סעיף כד

וידם על העליונ'. כלו' שאינה על התחתונה וכן פי' התוס' ל' ידו על העליונה דבש"ס ונראה שדינו בכל דבר כדין פועל החוזר ודוק:

סעיף כה

ואם חזר בע"ה וקבלן כו' החילוקים שכ' הר"ב בין חזר הבע"ה וקבלן כו' ובין הקדים לו שכרו או לא הוא מדברי הרא"ש שכ' כן לתרץ הא דמוכח בש"ס פ' האומנים דא"צ לשלם להם כל שכרם ובפ"ק דקדושין (דף י"ז ע"א) אמרי' גבי עבד עברי חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים וגם הביא שם בשם מהר"מ לתרץ בין הקדים לו שכרו או לא וכן הוא בתשו' מיי' בשם מהר"ם שהגיד לו כן בעל החלום ולפע"ד דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין בזה וגדולה מזה אמרי' בפ' זה בורר (סנהדרין דף ל' ע"א) הרי שהי' מצטער על מעות שהניח לו אביו ובא בעל החלום ואמר לו כך וכך הם במקום פלוני הם של מעשר שני הן זה הי' מעשה ואמרו דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין. כ"ש כאן דלא מסתבר כלל לחלק בין הקדים לו שכרו או לא דמה בכך שהקדים לו שכרו הרי לא נתנו לו אלא על דעת שיעשה לו מלאכ' כפי הזמן ששכר עמו ולא דמי כלל לספינה זו ויין זה דלעיל סי' שי"א וכן למת שוכר הבית תוך ימי השכירות דלקמן ר"ס של"ד. וגם החילוק שכ' הרא"ש אינו ברור דכי בשביל שקבלו בסתם יהא נמחל לו מה שלא עבד גם קשה לפ"ז הא דקאמ' בש"ס פ"ק דקידושין חלה כל שש חייב להשלים ואם איתא ה"ל לפלוגי בחלה ג' גופי' בין תחלת שש או סוף שש ואע"ג דהרא"ש הרגיש בזה וכ' דבלא"ה משני לה התם נלפע"ד דוחק ע"ש וגם מדברי הרמב"ם פ"ב מה' עבדים וסמ"ג עשין פ"ג שכתבו חלה בין שחלה שנה אחר שנה או שחלה מקוטעים אם הכל פחות מארבע שנים (משמע מדברי הרמב"ם וסמ"ג דארבע דוקא אבל מפירש"י ותוס' פ"ק דקדושין שם נראה שכל יותר משלש' שנים חייב להשלים וצ"ע) עולין למנין שש כו' ומדלא כתבו כל' הברייי' חלה שלש ועבד שלש משמע דס"ל דאין חילוק בין חלה בתחלה או בסוף אבל באמת נלפע"ד דגבי פועל בכל ענין מנכה לו וכן משמע בתוספתא דתני' השוכ' את הפועל ומת לו מת או שאחזתו חמה הרי אלו שמין לו כיצד שמין לו אם הי' שכיר חדש נותנים לו לפי שכירתו קבלן נותן לו לפי קבלנותו ע"כ ולא קתני ולחצי היום מת לו מת כו' אלמא דלא תלי בהכי מידי אלא בכל ענין שמין לו ולא דמי לעבד עברי דהתם כיון דעבד עברי גופו קנוי לו בכסף או שטר וחזקה א"כ כל היכא דחלה ברשותא דמרה חלה משא"כ הכא וכן ראיתי אח"כ בתוס' פ"ק דקידושין שכתבו להדיא כדברי וז"ל יש שהיו רוצים לו' שאותן שכירי' מלמדי תינוקות אם חלו חצי זמן

כמו כן לא ישלימו כמו ע"ע כו' וקשה כו' וא"כ מלמדי תינוקת נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו דאין לדמותם כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו הלכך חלה שלש אינו חייב להשלים דא"י לעשות מלאכ' יותר מיכלתו אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויח עכ"ל וכן עיקר שוב ראיתי במרדכי פ' האומנין ונלפע"ד דגם המרדכי בשם התו' סובר כן שהרי כ' שם בהג"ה על דברי מהר"ם וז"ל התוס' מחלקין בין עבד עברי שכבר פרוע הוא ומפרשים דכי אנוס נוטל מה שעשה לבד כו' וא"כ גבי מלמד נמי לא יטול רק כפי מה שלמד כו' עכ"ל ועיין בתשב"ץ שמאריך בדבר זה ומסכים לדעת התוס' עכ"ל הג"ה במרדכי ומדלא מחלק בין קבל השכר או לא משמע דבכל ענין אינו נוטל אלא כפי מה שלמד ומ"ש עבד עברי שכבר פרוע ר"ל כיון שכבר פרוע קנוי לו קנין גמור אף גופו משא"כ הכא ולישנא דהתשב"ץ נקט דמשמע שם להדיא כן וז"ל התשב"ץ בסי' תק"ל מיהו מנכין לו משכרו לפי הזמן שלמד אפי' למד חצי ואע"ג דאמרי' התם חלה שלש ועבד שלש אינו לחייב להשלים הני מילי גבי עבד עברי שפרעו כל שכרו מתחל' בשעה שקנה אותו ואין שום חוב ממון עליו כדאמרי' ע"ע גופו קנוי אך שגזירת הכ' הוא שיוציא בגרעון כסף אבל מלמד שהוא כשכיר יום לעולם אין נותנין לו שכר מאשר לא עשה אע"ג דנאנס עכ"ל וכן דעת הריטב"א פ"ק דקידושין שכ' שם וז"ל חלה שלש אינו חייב להשלים ואף ע"ג דאמרינן בפרק האומנין דפועל או קבלן שחלה אין לו אלא שכרו במה שעשה ובטלת חוליו לעצמו לא דמי פועל לע"ע דאלו פועל או קבלן השכירו בעה"ב למלאכ' זו על דבר ידוע נוטל שכרו וכיון שלא עשאו אע"פ שחלה או נאנס אין לו אלא שכר מה שעשה לפי חשבון אבל עבד עברי לא נשתעבד לו לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכופהו למלאכתו לו' שכל מלאכתו תהא לרבו ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפה שדהו של אדון וזה נכון וברור עכ"ל ונראה דבפועל אפי' השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה לו בכסף ושטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון אלא אורחא דמילתא נקט הריטב"א דמסתמ' כשמשכיר עצמו לכל המלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה:

סעיף כו

ומלמד החוזר בו כו' פי' מלמד נקרא דבר האבוד מטעם שכל עת ורגע שהתינוק הולך ובטל הוא פסידא דלא הדר וסופר המקבל ספר נקרא דבר האבוד מטעם דספר בכ"י שני סופרים הוא מקולקל ולפ"ז במלמד אם מעמיד לו מיד מלמד אחר יכול לחזור בו וכן אם התינוק הולך בטל בזמן שרגילי' התינוקת לילך בטלים ובין כך יכול למצוא מלמד אחר

ובשכרו לכתוב ספר נמי אם ידוע דלית קפידא בכתיבת ידי ב' סופרים כגון שמתחל' שכר ב' סופרים לכתוב הספר וכה"ג יכול לחזור בו ולז' כ' הרב לקמן בסמוך במלמד ששכר עצמו לזמן יש לו דין פועל ובשכר עצמו ללמוד ספר יש לו דין קבלן ונ"מ אם מעמיד לו מלמד אחר וכדלקמן סעיף ז' ובסמ"ע סקכ"ח א"נ נ"מ אם כששכר את המלמד לא הי' מוצא מלמד אחר לשכור דבכה"ג לא מיקרי דבר האבד דאז יש חילוק בין שכר עצמו לזמן דיכול לחזור בו ושמין לו מה שעשה ואם ללמוד עמו ספר אז יש לו דין קבלן וידו על התחתונ' ששמין לו מה שעתיד לעשות ודלא כספר אגוד' אזוב דף ק"ז שכ' שהרב מזכה שטרא אליבא דבי תרי והניח דברי הרב בצ"ע ולק"מ מב' טעמים וכמ"ש וכן הוא בהגה"א פ' האומנין וז"ל מלמד שנשכר בעת שהיו מלמדין מצויין יותר מעכשיו מ"מ לא יצטרך התינוק להתבטל בכך רק דבר מועט כגון שידוע שימצא מלמד בקרוב לא הוי דבר האבוד כ"א לפי אותו זמן ואם התינוק יכול לקרות בתורה ונביאים וכתובים בלא מלמד באותו זמן מועט וגם בלא למוד פעמים שהוא בריאות לתינוק שנותנים לו מעט ריוח מן הלימוד ואין כופין אותו אלא לרצונו ואם אין האב רגיל לדחוק עצמו על שכירות מלמד בזמן מועט כזה עד שיזדמן לו לא הוי דבר האבוד אבל אם דרך האב לדחוק עצמו על שכירות בנו מחמת פסידא דלא הדר הוי דבר האבוד ומלמד הוי פועל ולא קבלן ואם שכיר הוא ללמוד כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ויכול להבטל כשהוא רוצה אז חשוב קבלן עד כאן והיא תשובת ר"י בתשובת מהר"מ דפוס פראג סי' תע"ז:

סעיף כז

יש לו דין פועל כו' עמ"ש בס"ק שלפני זה:

סעיף כח

אם היה מוצא פועלים אחרים לשכור כששכר את אלו כו' טור בשם הרשב"א מיהו בב"י הובא דברי תלמידי רשב"א בשם הרמב"ן דאפי' לא היה ב"ה מוצא פועלים אחרים שוכר עליהם או מטען ולא ידעתי למה השמיטוהו בעלי הש"ע (גם ק' שה"ל בב"י להביא דברי ת"ר בשם הרמב"ן על דברי הרשב"א ע"ש) ואפשר הוא מאחר שהטור וה' המ' הביאו דברי הרשב"א בסתם וגם הנ"י מביאו בסתם) אבל לפע"ד צ"ע לדינא לפי שגם בהג"א נראה להדיא כהת"ר וז"ל וי"ל דהתם מיירי באותו ענין שלא גרמו לו שום הפסד כגון שהפשתן היה שרוי כבר ובשעה שהשכיר אלו לא היו אחרים מצויין ומ"מ כיון שנשכרו לו כבר צריכים לעשות או שוכר עליהן או מטען ע"כ:

סעיף כט

שוכר עליהן או מטען אפי' אם עדיין לא התחילו במלאכה כיון שהוא דבר האבוד שוכר עליהן או מטען כ"כ הטור והרא"ש ושאר פוסקים בקבלן אפי' אינו דבר האבוד יכול להטעותו אע"פ שלא התחיל עדיין במלאכה וכמ"ש בס"ק שאח"ז:

סעיף ל

ואם מצא פועלים אחרים והטעה את אלו כו' בש"ס איתא ואומר לו צא ושכור מאלו כו' וכן איתא בהרא"ש וז"ל ונ"ל דקאי אמטען דאם מצא אחרים לשכור אומר לו צא ושכור ואם הטען צריך ליתן להם התוס' עכ"ל וי"ל דוקא כשהפועל יודע שיש כאן אחרים וא"ל לבע"ה הרי לפניך אחרים לשכור דה"ל כמעמיד לו אחר במקומו ולפ"ז ניחא הא דכ' הרא"ש בתשו' כלל ק"ד סי' ב' דקבלן שחוזר יכול להטעותו אף אם היה מוצא פועל אחר דהתם מיירי שאין הפועל אומר לו שכור מאלו ולפ"ז ניחא נמי דאין הרא"ש חולק על מ"ש הנ"י פרק האומנין בשם האחרוני' דהיכא דלא היה יכול לחזור אלא בתרעומות אינו נותן אלא כפי פסיקה ראשונה והביא הרב דבריו לעיל סי' של"ב סעיף ה' והכא נמי תרעומת מיהא איכא כדלקמן סעיף ז' ולא מסתבר לחלק בין בעה"ב החוזר לקבלן החוזר אלא שאני הכא כיון דאמר ליה שכור מאלו אבל מדברי הטור והר"ב שלא כתבו דא"ל שכור מאלו משמע דס"ל דאין חילוק בזה ועל כן כ' הטור בסעיף ד' בתשו' הרא"ש הנ"ל דיכול להטעות הקבלן אם אינו מוצא פועל אחר לשכור וס"ל דהרא"ש בתשו' לא ס"ל כמ"ש בפסקיו ואזלינן בתר פסקיו וכ"כ בס' בד"ה דהטור בס"ה כ' בתשו' הרא"ש ע"פ דבריו בפסקיו ע"ש ולפ"ז אי נימא דהרא"ש אינו חולק על מ"ש הנ"י בשם האחרונים י"ל דשאני הכא דהטעה אותן דהיינו שהוא התחיל לו' טלו ב' אבל אם התחילו הם ואמרו שרוצים יותר א"צ ליתן להם אלא כפי פסיקה ראשונה כיון שלא היו יכולים לחזור אלא בתרעומות וע"כ כ' הר"ב לעיל סי' של"ב ס"ה דעת היש מחלקין וכאן דברי הרא"ש בסתם ודו"ק:

סעיף לא

פועל שעושה בחנם כו' יכול לחזור כו' נלפע"ד דהיינו שיכול לחזור ולו' איני עושה בחנם אלא בשכר ואפי' הוא דבר האבוד יכול לו' כן וכה"ג מיירי במהרי"ק להדיא ע"ש אבל פשיטא דאם זה רוצה ליתן לו שכר ואינו רוצה לעשות עוד אפי' בשכר והוא דבר האבוד כגון שהיו מתחלה פועלים אחרים ועתה אין כאן פועלים צריך לשלם לו כל הזיקו מדינא דגרמי ודו"ק:

סעיף לב

וכל שיוסיף כו' כלו' כפי מה ששכר את הראשונים יכול להוסיף לאחרונים ונוטל מהראשונים אפי' לא נתן להם עדיין כלום כגון ששכרן בב' סלעים וחוזרים ועדיין לא נתן להם כלום שוכר אחרים בד' סלעים ונוטל מהראשונים ב' סלעים זהו ברור דעת הרמב"ם (וסמ"ג) וכן דעת הרא"ש וטור (ורש"י פי' בע"א דלא כנראה מה' המ' וב"י שרש"י ס"ל כרמב"ם ע"ש) ור' ירוחם כ' בנכ"ט ח"ג וז"ל עד כדי שכרן י"א עד מה שבע"ה תפוס משכרן (הוא פרש"י) וי"א בכפל משכרן וראשון עיקר עכ"ל ותמיה לי שהכריע נגד דעת הרא"ש רבו ובפרט שהעיקר כהרא"ש והכי מוכח בירושלמי ע"ש:

סעיף לג

ואם היה להם ממון כו' הוא ל' הרמב"ם וסמ"ג ומשמע מל' זה ואפי' לא נתנו לו הממון בתורת משכון לא הקנו לו הממון בקנין וכן משמע מדברי הטור והפוסקים וכן נראה להדיא מדברי התוס' פ"ק דקידושין דף ח' ע"ב וכן הוא בפסקי תוס' שם עיין שם דלא כמ"ש הסמ"ג בה' קידושין עשין מ"ח דף קכ"ד ע"ג דהיינו כשהתנו עמו בקנין חשוב שישכור פועלים על החבילה שלהם אם יחזרו בהם ע"ש גם המרדכי פ"ק דקידושין הביא דברי הסמ"ג ודברי רבי יודא בר' יצחק שהם כדברי הסמ"ג וכ' אח"כ וז"ל מיהו מה שפי' ר' יודא בר' יצחק שבאת חבילה דמיירי שקנה חבילתו לא משמע מפירש"י ז"ל א"ז עכ"ל וכן עיקר:

סעיף לד

להם ממון כו' הוא ל' הרמב"ם וסמ"ג ומשמע אפי' ממון אחר שאינו כלי אומנתן וכן משמע בטור שכ' ואם היה בידו משלהם יכול לתפסו כו' וכן משמע מדברי ר' ברוך בס' החכמה שבמרדכי ונלפע"ד שגם דעת רש"י כן ואף ע"פ שבמרדכי בשם תשובת מהר"ם כ' שחבילתו דוקא וכן פרש"י מ"מ נלפע"ד מדפרש"י שבאת חבילתו לידו אם יש בידו משלהן הרבה כדרך האומנים המקבלים עליהם מלאכה מביאים כלי אומנות לבית בע"ה עכ"ל אלמא כוונתו דחבילתו ל"ד אלא מפני שדרך האומנים להביא כלי אומנתן נקט חבילתן והיינו דפרש"י אם יש בידו משלהן כו' ולפע"ד דגם ר' ברוך בספר החכמה שם הבין פרש"י כן אלא דחולק אמה דפרש"י כלי אומנתן דא"כ לא יוכלו לחזור כיון שמשך כלי אומנתן וכדלעיל ס"א לכך פי' שהפקידו בידו דבר אחר ונלפענ"ד דגם רש"י מודה דהיכא דמשך מהקבלן כל האומנות א"י לחזור כלל בשום ממון וכמש"ל ס"ק ד' ומיירי הכא כשהם חוזרים בע"כ של הבע"ה ואין ביד הב"ה לכופן כגון שאין כאן ב"ד

או שאינם צייתים דין וכה"ג א"נ דמיירי אפי' בפועל ודו"ק. מיהו מהד"מ במרדכי שם חולק וס"ל דחבילתן דוקא והוא הי"א שכ' הר"ב ולפע"ד יחיד הוא נגד כל הני רבוותא:

סעיף לה

עד מ' ונ' זוז. כשיעור שדרך בעלי בתים לשכור לעת הצריך למלאכתן שלא תאבד וממילא שיעור מ' ונ' ל"ד הוא אלא הכל לפי הענין להוסיף או לגרוע כ"כ הפוסקים ובסמ"ע ס"ק כ"ו:

סעיף לו

ואם לא שכר עליהם אחרים. והפסיד עי"ז:

סעיף לז

וי"א כו' כלומר דהי"א חולקין וכמ"ש בסמוך ודלא כמ"ש בע"ש י"א בלא וי"ו ואולי ט"ס הוא מיהו לענין דינא אין הלכה כי"א וכמ"ש בסמוך:

סעיף לח

היינו דוקא שתפס כלי אומנתן וסמכה דעת' טפי ולכך יכול לתפוס אפי' יותר מכדי שכרן מה שחייבים לפי הדין אבל שאר דברים אינו שוכר עליהם עד מ' ונ' אלא עד כדי שכרן ואפי' דבר אחר יכול לתפוס עד כדי שכרן וכדלעיל סי' ע"ב וע"ה וכמה דוכתי דמהני תפיסה בכל דבר והוא דעת מהר"ם במרדכי פ' האומנים וכדאיתא בד"מ (ובפרק המקבל כ' המרדכי ג"כ תשובת מהר"מ דמהני תפיסה בעלמא בכל דבר ע"ש) ובס' א"א דף ק"ח ע"א הבין דלמהר"ם יכול לתפוס בפועל כל דבר והי"א הם היש מדקדקין שבמרדכי וע"כ הניח דברי הרב בצ"ע מלעיל סי' ע"ב וע"ה ולא דק כלל ע"ש:

סעיף לט

ודוק' בדבר האבוד שאינו ממון כו' נראה שהר"ב מחלק שהנ"י מיירי בדבר האבוד שאינו ממון וכן משמע בדרכי משה אבל באמת בנ"י משמע דאפי' הפסיד לו ממון אינו חייב לשלם לו היזקו וכן משמע בהרמב"ן שהבי' ב"י ומ"מ נראה דלא פליגי דהרמב"ן ונ"י מיירי שהי' מוצא לשכו' אלא שהמתין ולכך לא ישלמו מה שהפסיד בהמתנתו והגי"א ות"ה מיירי שלא היה מוצא לשכור או שנפסד מיד ודו"ק:

סעיף מ

בדבר האבוד שאינו ממון כלו' שהענין אבוד אבל מ"מ אין לו הפסד ממון כגון השוכר את הפועל להביא לו חלילין ופרפרין לכלה ולא הביא לו ועכשיו אין צריך לחלילין ולפרפרין וכן מלמד שהענין אבוד ואין הפסד ממון וכן הוא בהגהת ת"ה שם:

סעיף מא

חייב כ' בסמ"ע דמל' תשו' הרא"ש מדוקדק דהטפול מוטל על האומן למכור הכלי רק ההפסד צריך הב"ה להוסיף לו ע"כ ונראה דהיינו דוקא בשעשה האומן משלו אבל עשה משל ב"ה אם כן כיון דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי וכדלעיל סי' ש"ו ס"ב הרי הכלי של ב"ה ואין הטירחא מוטל על האומן למכרו כנלפע"ד:

סעיף מב

ואח"כ השכיר עצמו בסתם. פי' שהשכיר עצמו בסתם להיות אצלם עוד שנה הלכך אמרי' כיון שלא התנ' ודאי על תנאי הראשון הזכיר וע"ז מייתי הריב"ש סימן תע"ה שפיר ראיות אבל אם השכיר עצמו וקצב סך השכירות ולא הזכיר התנאי ודאי אמרי' שפיר דמדקצבו השכירות ולא התנאי אם כן לא על התנאי שכרוהו דה"ל כקציבה חדשה וכל הראיות שהביא הריב"ש שם לא דמיין לזה ודלא כהע"ש שכ' ודוקא שחזר והשכיר עמהם בשנה השנייה בין גרעו או הוסיפו בשכירו' בין לא גרעו ולא הוסיפו לו כו' ולא ידעתי מנ"ל הא:

סעיף מג

עם מנהיגים שניים כו' כתב הסמ"ע כ"ש עם מנהיגים הראשונים שיודעים מהתנאי הראשון כו' וכן הוא בריב"ש סימן תק"ו וע' עוד שם:

סעיף מד

אבל אם עמד עמהן בשתיקה כו' דברי הרב צל"ע דמה שכ"כ בד"מ בשם הריב"ש סי' תע"ה ומהרי"ק שורש קי"ח אינו מוכרח דלא כ' הריב"ש התם אלא ז"ל ואע"ג דאמרינן בסוף פ' הכותב דקטן שהשיאו בתוס' כתובה אין לאשתו תוס' כתובה אא"כ חדשו זהו בשתיקה לבד שהדבר שהיה בטל מתחלה כשנעשה אינו מתקיים עתה בשתיקה אבל השכירות הקיום שהאריכוהו כשעבר זמנו ע"ד התנאים הראשונים האריכוהו כו' ר"ל דוקא התם משום שהמעשה בטל מתחלה דמקטן לית לה תוספת כתובה משא"כ הכא שהשכירות הראשון היה קיים ומ"ש שהאריכוהו כו' קושטא דמילתא נקט דמעשה שהי' כך היה תדע שכ' הריב"ש שם ראי' לדבריו וז"ל בנדון זה שכבר הסכימו שניהם שנה ראשונ' א"כ בשנייה היה דעתם על דעת תנאי הראשון מן הסתם וכמו שכ' רב האי גאון וז"ל בתשובה שהמשכיר בית לחבירו לשנה לסך ידוע ועמד שם ביותר שאינו חייב לפרוע ממה שעמד אלא כמו סך השנה ראשונה כיון ששתקו ואע"פ שהוקר השכירות עכ"ל (ונתבאר לעיל סימן שי"ב ס"ט) וכ' כך עוד ראי' זו בסי' תע"ו. וממהרי"ק שורש קי"ח ג"כ אין ראי' דמהרי"ק שם מיירי שנפלו טענות ותביעות בין ראובן ושמעון מחמת

חנות וראובן לא רצה ליתן לשמעון כלום ופשרו פשרנים שיעמדו בשותפות שנה וירויחו לאמצע וראובן יתן ק' דוקטי לשמעון ולאחר השנה חזרו ועמדו שנה (בחנות) בתוס' בסתם ותבע שמעון מראובן ק' דוקטי וראובן טען כי מעולם לא עלה בדעתו ליתנם לו ועל הראשונים הוא מצטער שהוצרך לעשותו מצד הפשרנים ופסק מהרי"ק דראובן פטור מהק' דוקטי והביא ראי' מקטן שהשיאו אביו דלית לה תוספת כתובה ע"ש והתם נמי לפי דברי ראובן המעשה בטל מתחלה שהרי הוא אומר שהוא מצטער על ראשונים לפי שהחנות היה שלו אלא שהוצרך לעשותו מצד הפשרנים משא"כ הכא שהשכירות הראשון היה כדין ואלו לא מלאו את תנאו שיהא פטור ממסים לא היה נתרצה להם לש"ץ מנ"ל דבשתיקה לא יהא נשאר על תנאי הראשון ואם באנו ליישב דברי הר"ב דלא תיקשי עליה האי דמייתי הריב"ש ראי' מרב האי גאון ז"ל צריכים אנו לומר דהתם כיון שהוא דר בביתו הוי כהשכירו בפי' דאל"כ לא ה"ל להניחו לדור בביתו אלא ה"ל להשכירו לאחר משא"כ הכא שיכולי' לומר מה היה לנו היזק שהיית ש"ץ שלנו לכך אינו פטור ממסים (ומ"מ יצא לנו דין אף לפ"ז דאם הי' התנאי בשנה ראשונ' שידור הש"ץ בדירת הקהל ודר בשנה שניה ג"כ שם וכה"ג א"צ לשלם שכר דירה אפי' עמד עמהן רק בשתיקה) ומ"מ אין דברי הרב מוכרחים. ואם נא' מבחוץ הסברא דכיון שלא שכרוהו הקהל מחדש הו"ל כש"ץ בלא קציצה א"כ גם השכירות לא ישלמו לו כבראשונה רק יהא כש"ץ בלא קציצה וכדין פועלים בלא קציצה שמשלם כפחות שבפועלי' ואולי באמת דעת הרב כך וצ"ע:

סעיף מה

ודאי ניחא ליה כו' ל' תשובת רמב"ן דמסתמא כיון שידע בתנאי האב בקציצתו ונכנס במלאכה מסתמא ניחא ליה במה שעשה האב כיון שלא מיחה כו' ונראה דגם הר"ב מיירי בהכי שידע בתנאי האב בקציצתו ולפ"ז אב ל"ד אלא ה"ה אחר שהשכירו וידע בקציצתו של האחר. וגם נראה שא"צ לידע סך הקציצ' רק שידע שהב"ה או אחר קצץ עמו ונכנס במלאכ' א"כ מסתמא ניחא ליה בכל מה שקצץ עמו האב או האחר כן נלפע"ד ודו"ק:

סעיף מו

יוכל הב"ה לחזור בו כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קי"ט שמחלק בין אמירה לכתיבה דכתיבה מהני ונמחל שעבודו ואין דבריו נכונים בעיני גם בש"ס ר"פ הכותב ובפוסקי' שם משמע דאין לחלק בכך ע"ש:

סעיף מז

מיהו בשאר פועל כו' ואע"ג דבדברי מהר"מ שבתשו' מהר"מ דפוס פראג סי' ע"ז ובתשו' רשב"א סי' תתע"ג ובמרדכי משמע דאפי' בשאר פועל לא מהני אם אומר לו לך משום

דגופו קנו לו כמו עבד עברי דמדמי פועל לע"ע בפ"ק דמציעא מ"מ נראה דלא קי"ל כמהר"מ בהא דפשיטא דנהי דפועל יש לו דין ע"ע היינו לקולא שיכול לחזור בו אבל לא שיהא גופו קנוי לו וכן משמע בתוס' פ"ק דקידושין דף י"ז ע"א שהבאתי לעיל ס"ק כ"ה דפועל אין גופו קנוי לו וגם נרא' דמהר"מ גופא לא סמך אהך טעמ' אלא עשה אותו סניף לטעם האחר ועיקר טעמו משום דאינו יכול למחול שעבודו של נער (ודלא כנראה מתשובת מהרשד"ם סי' קי"ט ע"ש) וכן ר' ירוחם נכ"ט ח"ג והאגודה פ' האומנין הביאו דברי מהר"מ שלא כ' אלא הך טעמא שאינו יכול למחול שעבודו של נער ובסוף נכ"ט כ' רבי' ירוחם בסתם אמר לפועל או לשכיר בפני ב' לך פטור בלא מחילה ע"כ וכן עיקר:

סעיף מח

בפני שנים כו' נלפע"ד בפני שנים לאו דוקא אלא לישנא דש"ס פ"ק דקידושין (דף ט"ז ע"א) נקט ושם נקט בפני ב' לו' דא"צ שטר אלא אותו הל' שכתבו העדים בשטר אומר לו בע"פ בפניהם סגי וכדכתבו התוס' שם וה"ה אם א"ל כך בינו לבינו ומודה בכך הוי מחילה דלא איברי סהדי אלא לשיקרא כן נלפע"ד (שוב מצאתי כן בריב"ש סי' תע"ו בשם המפרשים ע"ש):

סעיף מט

פטור בלא מחילה כלו' ואע"ג שכבר קבל כל השכירות א"צ להחזיר כלום. כ' ב"י ס"ס של"ד וז"ל כ' בהג"מ דמציעא בשם סמ"ג מי ששכר מלמד ע"י קנס חייב לשלם הקנס אע"פ שלא הקנה דדמי לאם אוביר ולא אעביד וצ"ע עכ"ל ולא ידעתי למה הניח בצ"ע שהרי כן מבואר להדיא בסמ"ג עשין פ"ב דף קנ"ט סוף ע"ג והוא מדברי התוס' פ' א"נ דף ס"ו סוף ע"א וכ"כ הגה"א ואגוד' שם וכ"כ המרדכי ריש פ' המקבל ופ' זה בורר וכ"כ הגה"מ ר"פ י"א מה' מכירות ופ"ח מה' שכירות ור"י נט"ז ומביא ב"י עצמו פוסקים אלו לעיל סי' ר"ז סכ"א וכ"כ בש"ע סי' ר"ז סט"ז. ונראה דמ"ש וצ"ע קאי אאע"פ שלא הקנה ואזיל לטעמיה שכ' בב"י לעיל סי' ר"ז סוף סכ"א דיש מחלוקת הפוסקים אפי' במקום דקניא אסמכתא אי בעי קנין. לפעד"נ דבמלמד ושדוכין כ"ע מודו דלא בעי קנין וכדמוכח דברי כל הפוסקים הנ"ל דמדמי לה לאוביר ולא אעביד אשלם במיטב ע"ש ודו"ק וכבר כתבתי בזה לעיל סי' ר"ז סט"ז ע"ש:

סימן שלד

סעיף א

וכן בכל אונס שאירע כו' עיין בתשובת רמ"א סי' י"ט ובתשו' רשד"ם סי' רצ"ה ותט"ו ובמבי"ט ח"א סי' ר"ה:

סעיף ב

מיהו יש חולקין כו' בד"מ הביא תשו' מהר"מ שבמרדכי פרק האומנין ותשו' הרשב"א סי' אלף ק"ח בשם הראב"ד החולקות וכ' אח"כ ובת"ה סי' שכ"ט פסק כדברי מהר"מ אלא שמשמע שם שאם הקדים לו השכר אין צריך להחזיר לו וע"ש עכ"ל ד"מ ולא ירדתי לס"ד שהרי גם מהר"מ ס"ל התם להדיא דאם כבר קיבל השכירות כולו א"צ להחזיר רק שצריך להחזיר לו כפועל בטל מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה וכדברים האלו כתב ג"כ בת"ה שם דא"צ להחזיר לו מן השכר רק כפועל בטל מחזיר לו ע"ש מיהו כאן בהג"ה י"ל דא"צ להחזיר אפי' כפועל בטל כיון דהרשב"א חולק והמע"ה אבל בד"מ וכן בסמ"ע סק"ד משמע להדיא שפסק כן מכח דברי ת"ה והוא תמוה ואם בא לו' דאין צריך להחזיר מה שקבל מהשכירות כפי הזמן שאינו רוצה לדור עוד אבל כפועל בטל מחזיר לא הי' צריך לפסוק כן מכח היש חולקין דהא מהר"מ גופיה פסק להדיא שם דא"צ להחזיר אם כבר קבל השכירות ע"ש וצ"ע. ולענין דינא נ"ל עיקר כמהר"מ ואע"ג שבב"י ס"ס שי"ב פסק כהרשב"א ולא כמהר"מ כבר סתר הב"ח שם דבריו והוא דעיקר ראיית הרשב"א הוא מכח דשכירות ליומא ממכר הוא והתוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ו ע"ב) ופ"ק דע"ז דף ט"ו ע"א כתבו דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא באונא' דרבי קרא ולא בשאר דוכתי וכ"ה בת"ה סימן שי"ח ומהרש"ל בתשו' סי' מ"ג דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר רק גבי אונאה ולא בשאר מילי ע"ש (גם מ"ש הב"י שדעת התוס' פרק חז"ה דף כ"א ע"ב כהרשב"א סתר הב"ח שם) ועוד נ"ל דאפי' אי אמרי' שכירות ליומא ממכר הוא אין היורשים צריכין לשלם די"ל דלכל יומא ויומא ממכר הוא עוד י"ל דאטו במכירה גופא כשיש אונס בדבר והוא בענין שה"ל להמוכר להתנות מי לא נתבטל המכר וה"נ כיון דטעמא הוא דב"ה הוי כמו פועל וה"ל להתנות בטל השכירות מיהו אם כבר קבל השכירות א"צ להחזיר מטעם דכיון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפי' יארע אונס וכמ"ש התוס' פ' האומנין דף ע"ט ריש ע"ב והפוסקים ות"ה סי' שכ"ט אלא דנ"מ שצריך להחזי' לו כפועל בטל מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה ודוק:

סעיף ג

מחמת שינוי כו' בתשובת מהרי"ל שם ואם נפשך לו' שלא יחשב אונס כיון שלא הי' בורח מעצמו אם לא שיברחו אביו נרא' דהא ליתא כו' ע"ש ובתשובת מהר"מ פדאוה סי' כ"ו משמע דדוקא כשהמועט ברחו אבל אם הדבר חזק ב"מ שכולם ברחו הוי מכת מדינה וכמ"ש בהגהות אשר"י (פ' האומנין מא"ז) דאם הביטול מחמת גזירות המושל בעיר וא"א למלמדים ללמוד ה"ל מכת מדינה ונותן לו כל שכרו ומשמע עוד שם דאף שהרוב ברחו לא הוי מכת מדינה שכ' שם וז"ל למה הניח ההג"ה ענין חולי הנער אשר נתעסקה בו ובאה לדבר בגזירה המושל שהוא מכת מדינה הי' לה לומר אם החולי מכת מדינה שרבים הם החלו כמו בדבר או שאר חלאים המתרגשים בהשתנות העתים א"ו אין כוונת ההג"ה על הרוב רק על הכלל כולה שכל המלמדים בטילים ובחולי לא ימצאו דבר זה כו' עכ"ל ואין דבריו נ"ל בזה לפע"ד דהא אמרינן בש"ס פ' המקבל דהיכא דאשתדוף רובא דבאגי הוי מכת מדינה והוא מוסכם מכל הפוסקים וכ"כ הטור לעיל ריש סי' שכ"ב אלא נראה דנקט ש"ס המושל דהוי מילתא פסיקא משא"כ בחולי שהיו צריכין לראות אם הרוב חולים אבל אה"נ אם ידוע שהרוב חולים או שהרוב ברחו מהעיר הוי מכת מדינה כן נלפע"ד (עיין בפסקי מהר"מ מטיקטין במרדכי דפוס קראקא בתחלת נזיקין במי שהשכיר בית לחבירו ונכנס בו ואחר כך נתהוה שינוי אויר ודבר ב"מ והוכרחו לברוח ופסק דצריך השוכר לשלם לו ודבריו צ"ע לדינא ועיין מ"ש בתשו' מהר"מ ד"פ סי' תל"ד עיין בתשובת ראב"ח):

סעיף ד

שכרו להשקות עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' נ"ג:

סעיף ה

דינין הרבה מדיני מלמד כו' עיין בתשו' רמ"א סי' נ':

סימן שלה

סעיף א

השוכר את הפועל כו' בתשו' רא"ן חיים סי' נ"ג:

סעיף ב

ויש אומרים דיכול ליתן לו נער כו' עיין במהרי"ק סימן קי"ב:

סעיף ג
המלמד עם בן חבירו שלא מדעת י"א דחייב כו' ולפע"ד ליכא למ"ד הכי דלא קאמר מהר"מ במרדכי ובהגמ"ר שם ע"ז דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות היינו לומר דכמו דהתם משלם לו כיון שנהנה ה"נ הכא כיון דא"ל למוד עם בני וגלי דעתי' דניחא ליה משלם מה שנהנה ואפי' תימא דדעת מהר"מ כמ"ש הרב מ"מ לפענ"ד עיקר כהרשב"א דראייתו ברורה מש"ס פ' אין בין המודר (נדרים דף ל"ז ע"א) וכן משמע בהרא"ש ור"ן שם וכן בתוספות שם וכן כתבו כל הפוסקים בסתמא דהמודר הנאה מחבירו אף ע"פ שאסור ללמוד עמו במקום שנוטלים שכר מ"מ מותר ללמוד עם בנו וכמו שנתבאר בי"ד סי' רכ"א ס"ב ע"ש ודוק:

סעיף ד
הדין עם המלמד כו' וצריך לשלם למלמד:

סעיף ה
ונשבע נגד העד כו' ואם לא היה העד היה נוטל בלא שבוע' וכן מוכח במרדכי שם:

סעיף ו
להביא לו שליחות כו' (הג"ה בב"י ס"ג כתב בשם רשב"א בתשו' ראובן ששכר לשמעון שישמשו בדרך בנסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך נותנים לו כל שכרו וע"ש שהאריך בזה ד"מ ג' עכ"ל סמ"ע):

סימן שלו

סעיף א
נותן לו שכרו משלם. עיין בסמ"ע סק"א עד ונ"ל שט"ס הוא (שם בטור סימן ל"ז סס"ד) מ"ש המערער צריך לשלם וצ"ל שמתערער דעל השוכר לשלם לפועל כו' בכל ל' הש"ס והפוסקי' אין תיבה זו נמצא ואין לו שום דקדוק בלשון אבל ל"נ שכוונת הרמ"ה על סוף הברייתא והוא דחוזר ונוטל מהמערער מה שההנהו דהיינו מה ששוה המלאכה לאריס וא"כ אין לו נגיעה לאריס כלל אם המחזיק לא שכר לו יותר משאר אריסי העיר וע"ל סי' שי"ב (של"ב) בסמ"ע בפי' דברי הרמ"ה שם וא"כ אין צורך להגיה כלל ודו"ק:

סעיף ב
אבל אם שכרו בשל חברו כו' כתב המרדכי ריש ב"ק בשם מוהר"ם דדוקא בתבן וקש לא יכול לומר טול מה שעשית בשכרך אבל במידי דאכילה כגון חיטין ושעורין שומעין לו (נ"ל דהיינו כששוה כשיעור השכירות) עכ"ל וכן כתב הגה"מ פ"ט משכירות והביאו

ג"כ בהגהת סמ"ע ועיין בספר ב"ה ודו"ק ועיין במרדכי שכן נראה לו בחלום וי"ל דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין:

סעיף ג

שכרו בפני חבירו כו' ועיין ברש"ל פרק בתרא דב"ק סי' נ"ט:

סעיף ד

מה שעשית בשכרך כו' אפי' אין לו לב"ה רק זה צריך לטרוח ולמכור ולהשתדל לו מעות מזומנים כ"כ התוס' והרמב"ן והנ"י ר"פ המוכר פירות בשם ר"ת וכ"כ הרא"ש פ"ק דב"ק והביאו ראי' מפ' הבית והעלייה ע"ש וכ"כ העיטור דף ע"א וכ"כ בעל התרומות שער ד' ריש ח' ב' וכן משמע להדיא מדברי הריטב"א שהביא ב"י לעיל סי' ק"א מחו' ג' ע"ש:

סעיף ה

או שהוא ברשותו ודעת הר"ן ונ"י סוף ב"מ דיכול לחזור בו כל זמן שלא פנה אותם כדלעיל סי' קס"ו גבי כותל גינה וכתבו דלפ"ז במשכן לא קנה וצ"ע שהמחבר גופי' כתב בסי' ע"ב סכ"ו כן במשכון וכן רמ"א סי' ע"ג סי"ז ע"ש ועיין בסמ"ע ס"ק ט' במ"ש י"ל דשאני הכא דחייב לו שכירות פעולתו כו' ועיין בנ"י סוף ב"מ כתב תירץ קצת בסגנון אחר וע"ל סי' ע"ב סכ"ו:

סעיף ו

שכרו לשמור לו כו' עיין בהרמ"ה שהביא הטור ודו"ק:

סימן שלז

סעיף א

פועל העושה מלאכה כו' איתא בש"ס בכרם רעיך ולא של הקדש וה"ה של עכו"ם לא למאי דקי"ל גזל העכו"ם אסור כן הוא בש"ס ועיין בסמ"ע א':

סעיף ב

השומר במחובר כו' עיין בתשובת מנחם עזריה סי' מ"ז:

סעיף ג

וי"א דוקא כו' הא דכ' מור"ם וי"א אדברי המחבר ושניהן הן דברי הטור ר"ל לאפוקי ב"י דכתב דהרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כן עכ"ל סמ"ע ולא דק קצת דב"י כתב דגם הם ס"ל כאיסי מדהשמיטו ע"ש:

סעיף ד

לא יאכל בגפן אחר כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"ד עד ולא כמ"ש בע"ש דגפן המודלה ע"ג תאנה כו' עיין בע"ש וע' בש"ס ותראה שדברי הע"ש נכוני' ושלא כדת השיג עליו הסמ"ע ודוק:

סעיף ה

אפי' נזיר שהיה עושה. ופי' דל"ת כיון דידע הב"ה שהוא נזיר ולא יאכל ה"ל כאלו התנה עמו שיתן (ממה שיש לו לאכול) לאשתו ובניו קמ"ל עכ"ל סמ"ע ובש"ס מבואר דנזיר הוא פשוט יותר דא"י לומר משום לך לך כו' וק"ל:

סעיף ו

אבל אם הם הקטני' יאכלו כו' ע' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קצ"ט:

סימן שלח

סעיף א

דאמירה לעכו"ם אסור כו' עמ"ש בא"ע ס"ס ה':

סעיף ב

ואינו לוקה כ' ב"י ואע"ג דמלקות אינו נוהג האידנא מ"מ נמשך הטור אחר ל' הרמב"ם ועיין בי"ד סי' כ"ז בהשמטו' ספרי שפתי כהן דגם יש נפקותא בזמן הזה היכא דאיכ' מלקות והב"ח כ' דהטור נתכוין לומר דמשלם ד' קבין לפרה וג' לחמור אבל אי הוי לוקה לא הוי לוקה ומשלם דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום ב' רשעות ודבריו תמוהין דהא בחסימה אע"ג דלוקה משלם וכדאיתא בש"ס ובכל הפוסקי' וכמ"ש המחבר ס"ד והטור גופי' וטעמא דמשעת משיכה חייב במזונותיה כו' ועוד נ"ל דבזמן הזה אפי' היא מלקות ותשלומין כאחד חייב ממון דהא קי"ל דאם לא התרו בו או ששגג חייב בתשלומים וכדלקמן סי' ש"ן אלמא דגבי חייבי מלקות בעי' דוקא היכא דלוקה ממש א"כ בזמן הזה הוי כלא התרה בו וכ"מ מדברי מהרש"ל פרק הכונס סי' ו':

סימן שלט

סעיף א

שקבלנות היא כו' בסמ"ע כ' הטעם דאין אומן קונה בשבח כלי עיין בא"ע סי' כ"ח סט"ו שם כתוב ב' דעות בזה ור"י ס"ל דקונה היינו משום חשש קדושין חוששין גם לדעת ר"י ומקודשת מספק אבל לענין ממונא הכריע דלא כר"י וכן פסק ב"י שם ס"ב אמנם דברי

הטור בשם הרא"ש צ"ע וסתרי אהדדי ודו"ק ועיין במפרשים האחרוני' ולעיל סי' ש"ו ס"ב כתבתי דהך דהכא מיירי אפי' למ"ד אומן קונה בשבח כלי ע"ש:

סעיף ב

או שהמחהו אצל שולחני כו' ל' ספר חסידים סימן תתרע"א אם תשכיר סופר לכתוב לך תתנה עמו שלא תהיה בבל תלין פעולת שכיר שמא כשיתבע לא יהי' לך ליתן לו ואע"פ שתעשה תנאי עמו תתן לו כשיתבע אם תוכל ואין בזה מתנה על מ"ש בתורה שהרי אמרו חכמים אדם מתנה עם פועל להאכילו לחם צר ומים לחץ אע"פ שחייב להאכילו כסעודת שלמה עכ"ל (עיין לעיל סי' קכ"ו ס"ב) ומ"ש שם:

סימן שמ

סעיף א

ודוקא שאירע אונס מחמת השואל ע' בסמ"ע סק"א במה שהשיג על הע"ש שכ' לאפוקי השואל בית מחבירו ונשרף כו' משום דבכה"ג בלא"ה פטור דאין דין שומרין בקרקעות יפה השיג עליו ועוד יש להשיג עליו דשאל בית האונס הוי מכח השואל כיון דברשותו הוא ודוק:

סעיף ב

ולכן מי שיש לו כו' ועוד איתא מרדכי שם טעם אחר דלא נקנה לו המשכון כיון שלא משכנו ומביאו הסמ"ע לעיל סוף סי' ע"ב סעיף קטן קכ"ז וע"ש:

סעיף ג

דהא בלא"ה נשרף מכח המשאיל כו' כדלעיל סימן ע"ב סעיף מ"ד:

סעיף ד

וסופו לחזור פטור עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד ולא כב"י כו' דברי הב"י וסייעתו נכונים והעיקר דגם כאן יש חולקין דחייב והוי ספיקא דדינא וכמש"ל סי' ש"ז ס"ו ע"ש:

סעיף ה

ויש חולקין כו' וכן נרא' לי עיקר וכמ"ש הרמב"ן ומביאו ב"י וז"ל והא דאמרי' מתה מחמת מלאכ' דפטור קשי' לי מיגרע גרע כיון דכי מתה מחמ' מיתת עצמ' חייב אע"ג דמלאך המות הוא דקטל' ומה לי הכא ומ"ל התם כי מתה מחמת מלאכ' דשואל דמ"מ איהו גרם לה היכא מיפטר וי"ל דשואל ודאי חייב באונסי' אבל לא בפשיע' דמשאיל וכאן משאיל פשע בה שהשאילו למלאכ' והיא אינה יכול' לסבול אות' וכן כתב הרשב"א

והריב"ש סי' תכ"ג א"כ כאן שלא פשע המשאיל חייב השואל ול"ד לשונרא דקטלוה עכברים דהשאיל' לצורך עכברים ודוק עיין בתשו' רשד"ם סי' תל"ה:

סעיף ו

ואכלוה העכברי' כו' וה"ה אם שלח כלים להלחם עם השונאים ונפלו בני העיר ביד השונאים ולקחו הכלי זיין הוי מחמת מלאכה ופטור כן כתב בת"ה סי' שכ"ח ומביאו ד"מ ר"ס זה והביאו ג"כ בסמ"ע והבי' ראיה מהך דינא דחברו עליה עכברים וקטלוה ואינו נראה בעיני דהכא מיקרי שפיר מתה מחמת מלאכ' שמחמת שתרצה לעשות מלאכת' בעצמה להרוג העכברים חברו עליה וקטלוה וא"כ פשע המשאיל אבל בכלי המלחמ' ודאי אין הכלים עצמם עושים המלאכ' רק הבעל מלחמ' וקרי מתה מחמת מלאכ' הבעל מלחמ' שלא נצח מלחמה ומחמת כן נלקחו מהם הכלי זיין ולא פשע המשאיל והלכך על הכלים ה"ל אונסים וחייב כן נ"ל ונ"ל דהת"ה סובר כהמחבר בס"ג אבל להיש חולקין חייב ודוק וכן עיקר:

סעיף ז

לא יוכל לישבע כו' ולכך חייב והמחבר השמיט זה משום שתמה בספרו ב"ה על הרא"ש וטור וז"ל יש לתמוה דאטו משום שמא מחייבי' ליה אדרבה זה ראי' לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה ואינו צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור עכ"ל ולק"מ דכל שומר צריך לישבע שיודע בבירור אבל כשא"י א"כ חייב ש"ד ואין נשבעין ש"ד באינו יודע וכמ"ש לעיל סי' רצ"א סכ"ו וכן בכמה דוכתי ואפשר עיקר סברתו דמסתמא מחמת מלאכה מתה אבל ג"ז אינו כיון דלא הרגיש בה עיפא וטורח הדרך גם ר"י נ"ל ח"ג כ' כהרא"ש גם בת"ה סי' של"ג הביא דברי הרא"ש וטור בסתם וכן עיקר ובב"י וד"מ הביאו דברי הנ"י פ' הגוזל ומאכיל והר"ב השמיטו ונראה דלא ס"ל כוותיה משום דהרא"ש וטור שהעתיק כאן דבריהם פליגי עליה וכמ"ש לעיל סי' רצ"א ע"ש ודוק:

סעיף ח

משעה שמשכ' וכן כיון שמשך הבהמ' או הכלי חייב באונסים אע"ג שלא נשתמש בהן וכ"ש הוא מחזרה דלקמן סי' שמ"א ס"ה כדמוכח בש"ס פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ז ע"ב) וכן הוא בתוס' שם להדיא ע"ש והכי מוכח מהרא"ש ושאר פוסקים ועוד העליתי לעיל סי' ע"ב ס"ד ס"ק ל' דמי שהפקיד כלי אצל חבירו בין שהוא ש"ח או ש"ש ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו הוי שואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו ע"ש עיין בתשו' הרא"ן ששון סי' קמ"ד:

סעיף ט
וי"א דלא בעינן משיכה כו' ועיין בתשובת ן' לב ס"א כלל י"ז סימן צ"ו דיכול המוחזק לו' קים לי כהרמב"ם עיין בתשובת ר"ל ן' חביב סימן צ"ד:

סעיף י
הכיש' במקל כו' כן הוא דעת הרמב"ם ובטור כתב שהרא"ש חולק על זה והמחבר סתם כדעת הרמב"ם וכן פסק בבית יוסף וכן כתב בסמ"ע וכן עיקר דכן הוא דעת ר"ח והתוספו' וה"ה והר"ן ונ"י ונרא' דאף הרא"ש לא פסק כן אלא משום דאזל לשטתו דסביר' ליה דמיד שנסתלקו הבעלי' חייב השומר בשמירתו וכן משמע להדיא מדבריו פ' השואל שהביא בית יוסף לעיל ר"ס ש"ז אבל למאן דפסק התם דאינו חייב עד שימשוך א"כ ה"ה הכא אם כן קשה על הרב רמ"א דכאן סתם כהרמב"ם ומחבר ולעיל הביא דעת הרא"ש וכן מוכח להדיא מדברי ה' המגיד והנ"י שהבאתי לעיל סי' רצ"א סעיף א' [ב] דלמ"ד הכישה במקל חייב [פטור] כ"ש דבעלמא בעיא משיכה ע"ש וצ"ע. וכ' עוד בנ"י בשם הר"ן שאפי' אמר בפי' הכישה במקל ואתחייב אני לך פטור ומביאו ב"י וד"מ:

סעיף יא
אבל אם החזירה אחר כו' עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ק"ך:

סימן שמא

סעיף א
השואל מחבירו כו' וכן דעת הרא"ש פ"ק דמכות וכן כתב הרב המגיד שם שכן הכריחו הרמב"ן והרשב"א כפירוש רש"י בשבת פ' שואל ושכן עיקר וכ"פ הר"ן שם:

סעיף ב
כש"ש כו' ובתשובת רשד"ם סי' ע"ו כ' שנראה דעת הרא"ש דוקא שנשתמשו בה ע"ש ואינו נלפע"ד ע"ש:

סעיף ג
אפי' לא נשתמשו בה כו' ודוקא שואל אבל שוכר אפי' נגנב פטור פי' ר"י מהרי"ח הג"א פ' השואל:

סעיף ד
שומעין לו. וכ"פ מהרש"ל פ"י דב"ק סי' ג':

סעיף ה

ואם הניח להם כו' כתב הסמ"ע המחבר סתם וכ' נכסים ובכלל נכסים אפי' מטלטלים כו' לשון המחבר הוא ממש ל' הרמב"ם לפי הדפוס שעם הכסף משנה ושאר דפוסים ואף על פי שהועתק בב"י לשון רמב"ם אחריות נכסים. היינו כפי מקצת דפוסים אבל מדברי הרב המגיד שם ומביאו ב"י מבואר דהית' גירסתו ברמב"ם רק נכסים וע"כ כ' דאף על גב דבש"ס משמע בהניח קרקע דוקא מ"מ כיון דהאידנא איכא תקנת הגאונים כתב הרמב"ם סתם נכסים כו' ע"ש:

סעיף ו

וטבחוה כו' עיין בסמ"ע ס"ק י"ג אבל הרא"ש ס"ל כלישנא בתרא כו' וכן דעת הרמב"ן והרשב"א והמרדכי והנ"י ור' ירוחם נ"ל ח"א וכ"פ מהרש"ל פ' הגוזל סימן ג' מיהו דעת הסמ"ג עשין צ"ב כהרמב"ם וכן נלפע"ד דעת הרי"ף פ' השואל ע"ש ודוק ונ"ל שטעמם משום דללישנא בתרא צ"ל דזה הוי פשיעה מה שלא צוה ובפ' המוכר את הבית קי"ל דאמרינן אימר מלאך המות הוא דאנסיה ע"ש ורבא גופיה ס"ל הכי התם ע"ש ודוק היטב ומ"ש הש"ג פ' השואל לדעת הרמב"ם דגם הוא ס"ל כשאר פוסקים לא נהירא כלל ע"ש ומה שתמה הרב המגיד על הרמב"ם דבפ"ג מהל' גניבה פסק הרמב"ם בעצמו כרב פפא דפטור ונדחקו האחרונים מאוד ליישב זה ובפרט מ"ש בכ"מ דהרמב"ם לא גריס ופליגא דר"פ וכן היינו דר"פ וזהו דבר שאין לו שחר ועוד דא"כ היאך שייך הך מימרא דרבא בפ' אלו נערות והלא כבר סדרו חכמי התלמוד מימרא זו בפ' הגוזל א"ו משום דבפ' אלו נערות איתא גופא מימרא דר"פ סדרו חכמי התלמוד מימרא דרבא למימר דללישנא קמא פליג אר"פ וללישנא בתרא היינו דרב פפא גם מהרש"ל כתב שם שהיא שגגה אצל הרמב"ם ולפע"ד לק"מ דס"ל להרמב"ם דע"כ לא קאמרי בש"ס ודלא כר"פ אלא במאי דס"ל לר"פ דפטור אף מקרן וכדאיתא בש"ס פ' אלו נערות ור"פ פרה אתי לאשמועי' כו' ומשני ר"פ אתי לאשמועינן דאפי' בקרן לא מחייב אלא משעת אונסים ע"ש אבל בהא דס"ל לר"פ דפטור מכפל פשיטא דליכא מאן דפליג עליה דאפי' תימא דחייב משעת שאלה היינו בקרן אבל בכפל פשיט' דאינו חייב אלא משעת גניבה וע"כ דקדק הרמב"ם בהלכות גניבה וכ' פטור מכפל ודוק כי זה ברור (ואע"פ שרש"י פי' באלו נערות דכפל לא שייך בשואל כיון דשואל חייב בגניב' ואבידה מ"מ הרמב"ם לא ס"ל הכי אלא ס"ל כיון שטבחו דרך גניבה ה"ל גנב וכן מדוקדק ל' הרמב"ם ע"ש ודוק):

סימן שמב

סעיף א

ואם השאיל לאחרים כו' ואם המשאיל רגיל להשאיל לאותו אחר פטור כשישבע האחר מיהו היכא דרגיל להפקיד אצל אותו אחר צ"ע אי נימא כיון דרגיל להפקיד אצלו תו ליכא למימ' את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי או דלמא מצי למימר דוקא להפקיד מהימן לי אבל בהא דשמא שינה ונאנס' לא מהימן לי ומסתבר' דפטור ודוק:

סעיף ב

חייב כו' לפרוע משעת שאלה לאחרים ונ"מ הדין שכתבתי לקמן סי' שד"מ ס"ד ודוק היטב נראה לי:

סעיף ג

אא"כ יש לו וכ' הריטב"א ומיהו ש"ח או שומר שכר שאין לו רשות להשתמש בפקדון אם השכירו או השאילו לכ"ע חייב באונסי' כדין שולח יד בפקדון והיינו דנקט שוכר ושואל עכ"ל ב"י:

סימן שמד

סעיף א

ואינו נקרא משואי"ל שמשלם בסמ"ע סק"ח עד ויותר מזה איני יודע אם הפסדתי כו' והמשאיל אינו טוען ברי כו' לא הוי בכלל משואי"ל כו' לא ידענא למה כתב דהמשאיל אינו טוען ברי דהא אפי' טוען ברי כיון דאומר לו הילך א"כ אינו חייב על השאר רק היסת שא"י ולא ה"ל משואי"מ כדאיתא לעיל סי' ע"ב טובא זימני וכן בכמה דוכתי ויכול להפך על שכנגדו וע"ק דע"כ מיירי שטיען המשאיל ברי דאל"כ אין השואל חייב שבוע' כלל כיון שטוענו שמא כדלעיל סי' ע"ה סי"ז וי"ח וגם קשה כשהמשאיל אינו טוען ברי היאך ישבע ליטול והב"ח כתב דטעמי' דהרא"ש הכא דלא אמרינן בנפקד משואי"מ דלא ה"ל לידע כדלעיל סי' רצ"ח בטור וה"נ בשואל לא ה"ל לידע כיון דה"ל להחזיר לאחר ימי השאלה עכ"ל וק' דהא לא כתב הרא"ש שם ולא ה"ל לידע אלא בהפקיד אצלו בשק וכמ"ש הרא"ש שם דמעשים בכל יום שמפקיד אצל חבירו בשקים ומרצופים ואינו יודע מה בתוכו אבל בשאר מפקיד כתב הרא"ש להדיא בפרק שבועות הדיינים כשאומר איני יודע ה"ל משואי"ל משלם והבאתיו לעיל סי' ע"ב ע"ש ואפש' דדוקא במפקיד שאומר א"י כמה היה ס"ל להרא"ש הכי דה"ל לידע כמה היה א"נ באומ' א"י כמה הי' שוה

ובמלוה על המשכון דה"ל לדקדק בשביל הלואתו כמה הי' שוה משא"כ הכא דלא ה"ל לדקדק כמה הי' שוה או אפשר דסבירא לי' להב"ח דהרא"ש בפ' שבועת הדיינים מיירי דוקא כשערבן עם פירותיו ס"ל דה"ל לידע וכמש"ל בסמ"ע סי' רצ"ב ס"ק ל"ו ע"ש ומיהו המחבר ודאי לא ס"ל כהב"ח דהא איהו פסק לעיל סי' צ' ס"י וסי' רצ"ח דאפי' בשק ה"ל משואיל"מ וכן העליתי לעיל בחבורי סי' ע"ב סי"ב סקנ"א דבכל ענין ה"ל משואיל"מ ולי נרא' דכאן מיירי ששמעון אומר שלא הפסידו כלל וכך היה מתחלה ומ"ש והפסידו שראובן אומר כן:

סעיף ב

השואל פרה כו' עיין בנ"י בשם הרא"ה ועיין במהרש"ל פ"י דב"ק סי' ג' ועיין מש"ל סי' רצ"א סעיף ט' באריכות עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סימן י"ז:

סעיף ג

ואם לא היתי' שם ראיה כו' בעיר שושן כתב דדברי המחבר מגומגמין גם הסמ"ע האריך לישב דבריו והניחם בגמגום וגרם להם זה מפני שחשבו דבאומר המשאיל איני יודע איזהו מתה צריך לישבע היסת וחשבו שגם דעת המחבר כן וכ"כ בע"ש להדיא ותימא דהא דין פשוט הוא ומוסכם מכל הפוסקים דאין משביעין אפי' היסת על טענת שמא ואפי' בטוען א"י אם פרעת לי אפי' הנתבע משיב ג"כ שמא וכמו שנתבאר לעיל סי' ע"ה סי"ז וי"ח וכ"ש היכא דהוי כאומר א"י אם אתה חייב וכדמוכח בש"ס פ' השואל וכמ"ש התו' שם דף צ"ז ע"ב ד"ה והלה אומר כו' ואף שבע"ש דחק ליישב אינו נראה כלל ע"ש וכך הוא דעת המחבר דבטוען המשאיל א"י אצ"ל אפי' היסת וכמו שאבאר אבל באמת נעלם מהן דברי המחבר שבספרו בדק הבית וז"ל הרמב"ם השואל פרה והשומרין כו' והשומר אמר איני יודע או שאמר השואל שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע או שאמר זה א"י וזה איני יודע המע"ה ואם לא היה שם ראי' ישבע השומר ששכורה מתה או שא"י ויפטר זה אומר שאולה וזה אומר שכור' ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה ויגלגל שהשכורה מתה עכ"ל וכתב בב"ה ע"ז וז"ל על מ"ש ואם אין לו ראי' ישבע השוכר ששכור' מתה וכשטוען א"י ישבע שהוא כדבריו ויש לתמוה היכן מצינו שבוע' על טענת שמא וי"ל כיון שהא צריך לישבע שבועת השומרים נשבע ע"י גלגול ששכור' מתה או שאינו יודע ואע"פ שיש לטעון ע"ז ממה שסיים בה הרמב"ם זה אומר שאול' וזה אומר שכורה ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה ויגלגל עליו שהשכורה היא שמתה ואם איתא היינו דינא קמא וא"כ אמאי לא ערבינהו י"ל משום דבדינא קמא איכא תרי גווני א' שהשומר טוען ודאי והמשאיל ספק אי בהפך ובהאי בבא כל א' טוען ודאי מש"ה

לא ערבינהו עכ"ל הרי להדיא דבטוען המשאיל שמא אינו נשבע אפי' היסת וע"ש בכ"מ שהשבוע' זו שכתב הרמב"ם בג' חלוקות אלו היינו היסת היינו בטוען המשאיל ברי וג' חלוקות אלו דקאמר ר"ל שאל' חצי היום ושכרה חצי היום או שאלה למחר ושכרה היום או שאל אחת ושכר אחת (שוב ראיתי בספר גדולי תרומ' דף קס"ח ע"ג שלא הבין כן הג' חלוקות לכן תמה על הכ"מ אמאי ישבע היסת בחלוק' כשטוען שמא והניח בתימא ולע"ד כמ"ש) ומעתה כך הם המשך דברי המחבר בש"ע כאן בזמן שהמשאיל טוענו ודאי ישבע השומר היסת אפי' בלא גלגול ונ"מ כגון שמאמינו או שיש עדים שמתה כדרכה צריך לישבע היסת ששכור' מתה או שאינו יודע כיון שהמשאיל טוענו ברי ובזמן שהמשאיל אומר איני יודע אז א"י להשביעו היסת בלא גלגול אם מאמינו או יש עדים שמתה כדרכה דאין נשבעין על טענת שמא רק כשצריך השומר לישבע שמתה כדרכ' אז ישבע ג"כ ששכור' מתה או שאינו יוד' וה"ה אם זה אומ' ברי ששאול' מתה וזה אומ' שכורה מתה אע"ג דבלא גלגול חייב היסת מ"מ ודאי דיכול לגלגל עליו ש"ד או זה אומר איני יודע ט"ס הוא וצ"ל או זה אומר שאול' מתה וזה אומר איני יודע כך הם המשך דברי המחבר בלי ספק ומעת' נתיישב כל מה שהקש' בסמ"ע ודו"ק. ומעתה גם מ"ש הע"ש דגם דעת המחבר כאן כשטוען המשאיל אינו יודע א"י לגלגל עליו נמי ליתא וכמבואר ג"כ להדיא מדבריו בבדק הבית שהבאתי ודוק. ונמצא לענין דינא בדעת הרמב"ם יפה כוון המחבר דהרמב"ם כתב להדיא בפי' המשניות אפי' בזה אומר איני יודע מגלגלין עליו וכן מוכח להדיא בה"ה שהבאתי לקמן לעיל סי' ע"ב ס"ק ל"ט דלהרמב"ם אף בטוען השואל א"י מגלגלין (וכן היא דעת הריטב"א בפ"ק דקידושין ושאר פוסקי ע"ש) אבל בטור שכתב כל' הרמב"ם אי אפשר לומר כן שהרי הרא"ש כתב בפ' השואל דבין טוען המשאיל א"י ובין טוען השומר א"י אין מגלגלין וכ"פ הטור לעיל סי' צד וכמ"ש שם ובע"כ צ"ל דמ"ש הטור כאן ישבע שהוא כדבריו קאי אהיכא דטוען המשאיל ברי ולפי שהדינים אלו אין מקומם כאן ועיקרם לעיל סי' ע"ה סתם כאן הדברי' וכן ברמב"ם י"ל כן ודוק:

סעיף ד

בזמן שהמשאיל טוענו ודאי כו' בע"ש בסי' זה ובסי' שמ"ה כתב דהיינו שטוענו ודאי פשעת ולא מתה כדרכה והלכך אם השואל טוען איני יודע אם שאול' או שכור' מתה כיון שיש עליו דין גלגול ה"ל משואיל"מ ודוקא היכא שעיקר התביע' היא שמא נשבע על הגלגול וכמ"ש לקמן בשם הרב המגיד ופי' גם דברי המחבר כן ולא נהירא דהדבר ברור דפי' דברי המחבר הן כמ"ש גם דינו ליתא כיון שטוען ברי שפשעת א"כ אינו חייב ש"ד

כלל וכמ"ש למעלה סי' ע"ב ס"ק ע"ח דאינו חייב שבועת השומרים רק בטוען התובע ספק דרמי רחמנא שבועה עליה דשמא מעיז הוא כיון דהלה א"י אם טוען אמת או לא וכן מוכח בדברי הרב המגיד גופי' מדכתב בפשיטות כיון שעל עיקר התביע' אינו טוען המשאיל ברי כו' משמע דפשיטא דמיירי שעל עיקר התביע' אינו טוען ברי דאל"כ אינו חייב ש"ד כלל דאלת"ה אכתי לא תירץ הרב המגיד קושייתו בברי ודוק אלא הדבר פשוט דכל היכא דאמרינן הכי ישבע שבועת השומרים שמתה כדרכה היינו כשהמשאיל א"י אם מתה כדרכה או בפשיעה וכדין שאר שבועת השומרין דעלמא שאינו בטוען התובע ברי ודוק:

סעיף ה

וע"י גלגול כו' או שא"י כו' אין להקשות דלעיל סי' ע"ה סט"ו כתב המחבר די"א אם טוען בגלגול אינו יודע ה"ל משואיל"מ די"ל כמ"ש ה"ה ומביאו ב"י סי' שמ"ה דכאן כיון שעיקר התביעה שמשביע עליו הוא א"י שהרי אינו טוען ברי שלא מתה כדרכה אע"פ שבגלגול טוען ברי שהשאולה מתה לא אמרי' בכה"ג משואיל"מ אלא א"י ופטור עכ"ל וכך היא דעת המחבר ועמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק ל"ט ונראה שגם דעת הרמב"ן בס' המלחמות כן שעל מ"ש בס' המאור דהא דזכה בגדול לא קאי רק אכסות ולא אעבד כדמוכח ממתני' דהשואל ב' פרות דלא אמרינן משואיל"מ בגלגול כתב עליו הרמב"ן מידי כסות קתני ודעתו דאף על העבד חייב מכח משוא ל"מ ולא דחה דברי בעל המאור גבי ב' פרות משמע דגבי פרות מודה ליה כיון שעיקר התביע' היא שמא ובעבד פליג עליה כיון שעיקר התביעה היא ברי ע"ש ודוק אבל דעת הרא"ש דאין מגלגלין א"י כלל וכ"פ המחבר גופיה לעיל סי' צ"ד ס"ב וס"ט וכבר כתבתי שם שדבריו שם סותרים לדבריו שבכאן וצ"ע:

סימן שמו

סעיף א

באמירה כו' כ"כ הטור ולפע"ד אינו מוכרח בהרא"ש דמ"ש הרא"ש והיינו אמירה דלעיל ר"ל דמוכח התם דלא בעינן עידן עבידתייהו ממש והוא הדין דלא בעינן הכנה אלא דבש"ס קאמר בעידן עבידתייהו פי' הרא"ש כן וכן משמע בתוס' ר"פ השואל וכן משמע ל' ר"י נ"ל ח"ג וז"ל שאלה בבעלים מיקרי מזמן שמכיני' עצמן ללכת כו' כי בעלים באמירה עכ"ל ובתו' פ' חז"ה דף מ"ג ע"ב ובמרדכי שם גבי מה שהקשו דא"ל שמור לי היום כו' וא"ת אכתי שמירה בבעלים היא דאמרי' בריש השואל דבעלים באמיר' ותירצו

דשאני התם דבאמיר' משעבד עצמו ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משתעבד עד למחר עכ"ל מוכח דבאמירה אף בלא הכנה הוי שמירה בבעלים ודוק:

סעיף ב

א"ל שמור לי היום כו'. עיין בתשו' הר"ן סי' כ':

סעיף ג

וי"ח כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' שכתב שבדרישה כתב טעם החולקין והטעם ברור שכבר השיג הרא"ש על הרי"ף בדברים נכונים וכן שאר אחרונים השיגו על הרי"ף והרמב"ם בזה כדאית' בנ"י ע"ש:

סעיף ד

דשלוחו של אדם כמותו כלו' דמספיקא לא מפקינן ממונא ואמרי' שלוחו של אדם כמותו וכן מוכח בש"ס ופוסקים וכ"כ הנ"י בשם הר"ן להדי' ולפ"ז אם תפס המשאיל לא מפקינן מיניה אפי' להיש חולקין וכן עיקר:

סעיף ה

לרבעה כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ט"ז שמביא אבעיות דש"ס ומסיים בתיקו כו' וזה אינו אלא בש"ס ובפוסקים הוא בעיא דלא איפשטא אבל לא סלקא בתיקו ונ"מ דאם תפס המשאיל אין מוציאין מידו אבל אי הוי סלקו בתיקו מוציאין מידו וכמש"ל סי' כ"ה ס"ב לדעת הרא"ש וטור וכן כתבתי שם בשם רש"ל (וכן כתבתי לקמן ס"ס שצ"א לדעת הטור ע"ש) וכ"כ הטור כאן להדיא ואף לענין אונסין אי תפס לא מפקינן מיניה שוב הארכתי בזה בספרי תקפו כהן:

סעיף ו

הרי זה ספק כו'. אם חייב באונסי' אבל חייב בגנבה ואבדה כיון דאיכא ש"פ לשואל כדין ש"ש כ"כ הרא"ש וכ"כ הרא"ש בשם הרמ"ה ומשמע מכאן דאין ש"ש חייב בגנבה ואבדה אא"כ שכרו ש"פ:

סעיף ז

ואם תפסו הבעלים כו' תימא על הר"ב שסתם כאן כמחבר ולעיל סימן ר"ב ס"ג וכן סי' תי"ג ס"א הביא דעת היש חולקין דבבעי' דלא נפשט' לא מהני תפיסה וכן קשה על הע"ש:

סעיף ח

ואם פשע כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"ח וכן הוא בה' המגיד דזה תלוי בפלוגתתן דלעיל (הג"ה ס"ס ס"ו) עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' נ"א:

סעיף ט

ויש פוטרים וכן עיקר וכדלעיל סי' ס"ו ס"מ ור"ס ש"א:

סעיף י

כל אלו ספק שמירה בבעלים הוא. וכ' הטור ואי תפס מפקינן מיניה וכ' ב"י וב"ח שיש ט"ס בדבריו וצ"ל לא מפקינן מיניה כדלעיל סי"א ואחריו הגיהו כן בטור ולפע"ד י"ל כי אדרבה בכונה כ' הטור כאן מפקינן מיניה דהנך בעיות סלקא בש"ס בתיקו וכבר כ' הרא"ש בפרק כיצד הרגל דהיכ' דסלק' בתיקו [לא] מהני תפיס' וכמ"ש הטו' גופו בשמו לקמן סי' שפ"ח ס"א וס"ד וכ"כ סי' ש"ץ סס"א בשם ר"י ול"ד לדלעיל סי"א דלא סלק' בתיקו וכמ"ש שוב מצאתי בטור קלף ישן נושן לא מפקינן מיני' וכן העליתי בספרי תקפו כהן דאין לחלק בין תיקו לבעי' דלא איפשט' לדע' הרא"ש וע"ש שהארכתי בזה:

סעיף יא

שהוא עמו במלאכתו כו'. עיין בתשובת מהרי"ט סי' ש"ל:

סעיף יב

אבל לא מפטר מטעם שמירה בבעלי' כו' כ' בסמ"ע ס"ק כ"ח שהוא תמוה דנרא' מוכח מל' הטור דגם בכה"ג פטור מכח שמיר' בבעלי' דאי מה"ט דלוקח הוי לחוד הוי מחייב אפשיע' כדין לוקח בהמ' לל' יום ואי משום שמיר' בבעלי' לחוד בכה"ג דאין לו עסק עם האשה אלא עם המשכיר היה חייב מ"ה צריך הטעם דלוקח הוה כו' ולא ידענ' מאי קשיא ליה דגם כוונת מור"ם כן הוא דמשו' שמיר' בבעלי' לחוד לא מפט' אי לא הוי כלוקח ונ"מ בגזלן שהפקיד כו' ודוק: גם מה שתירץ הסמ"ע דבשכרה או שאלה לזמן כגון לשלשים יום דבכה"ג אף שהוא לוקח חייב בפשיעה דלא עדיף מלוקח לזמן כו' וכ' שכתב כן לדברי הטור והמחבר דאזלי בשטת הרא"ש ע"ש לא ידעתי מי הזקיקו לזה וגם לא נהירא כלל דכיון שהוא לוקח אינו שומר של המשאיל רק שומר של אשתו ופטו' מפשיע' לדעת הרא"ש וטור דהוי שמירה בבעלים ואין טעם כלל לחלק בין שאל' הפרה כל ימיה ובין שאלה לזמן ול"ד ללוקח בהמה לל' יום דהוה שומר של משאיל ואין המשאיל עמו. והכי מוכח להדיא ממ"ש הרא"ש וטור דלענין בעל בנכסי אשתו לא נ"מ מידי והוצרכו לדחוק דיש נ"מ בדברי ר"י בלוקח בהמה לל' יום ואם איתא ה"ל לפרש כפשוטו דנ"מ בשאל' לל' יום ונשאת אלא ודאי פשיטא דהבעל פטור בכל ענין לסברתם ודוק כך נ"ל לדעת הרא"ש וטור וכן דעת מור"ם בהג"ה אם נא' דס"ל כוותייהו:

אבל באמת דברי הרא"ש והטו' תמוהין לי דהיכא קאמרי דמשום שמירה בבעלים פטור דהא אמרי' בש"ס (פ' השואל דף צ"ו ע"ב) בשאלה ונישאת דלר' יוסי דקי"ל כוותיה

דאמר תחזו' פרה לבעילים הראשוני' לא שייך כאן שמיר' בבעלים דה"ל כמאן דשאיל מבעלי' הראשוני' ומייתי לה הרי"ף והרא"ש התם וא"כ נהי דמסקינן דבעל לוקח הוה מ"מ לפי מה שפי' ר"י דמ"מ ש"ח הוי א"כ בפשיע' חייב דכשומ' של בעלים הראשוני' הוא להתחייב בפשיע' (ודוחק גדול לו' דדוקא בשוכר שהשאיל אמרי' כן לר' יוסי משא"כ הכא ודוק) ונרא' דס"ל להרא"ש וטו' דהא דקאמרי' בש"ס דלר' יוסי לא הוי שמיר' בבעלים היינו מקמי דקאמרי' בעל לוקח הוי אבל לבתר דמסיק דלוקח הוי א"כ אפי' לר' יוסי אין לבעל דין עם בעלים הראשוני' כלל רק עם האשה והוי שמיר' בבעלי' אבל אין זה עיקר אלא נראה כמ"ש דלפי' ר"י אף למאי דמסקי' דלוקח הוי לא הוי שמיר' בבעלי' וחייב בפשיעה (שוב ראיתי במע"מ פ' השואל בזה באריכות ע"ש) וכן משמע פשט דברי התוספו' דר"י אסוגיא דשמעת' קאי דהבעל חייב בפשיע' ע"ש בתוס' וכן משמע להדיא בנ"י שאביא לקמן דלהתוס' חייב כאן בפשיע' וכן משמע להדי' באגודה וז"ל בעל בנכסי אשתו לא שואל ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי מתקנת אוש' פר"י שומר חנם הוא חייב בפשיע' וכן הלוקח בהמ' לל' דלא שואל ולא שוכר הוי ואפ"ה חייב בפשיע' עכ"ל משמע להדי' דגם הבעל בנכסי אשתו ששאל' פרה חייב בפשיע' אלמא דלא הוי שמיר' בבעלים והיינו מטעמא דפרישית וכן כ' בהגהות מיימוני פ"ב מהלכות שאלה אמ"ש הרמב"ם אשה ששאלה ואח"כ נישאת כו' אפי' פשע מפני שהוא כלוקח וז"ל אבל ר"י אומר דחייב בפשיעה כש"ח ומשלם למשכיר לרבי יוסי דאמר תחזו' פרה לבעלים הראשוני' עכ"ל ונרא' דגם הרמב"ם סובר כן דלא הוי שמיר' בבעלי' אלא דס"ל דאפי' ש"ח לא הוי אלא לוקח ממש והיינו שכ' ואפי' פשע מפני שהוא כלוקח משמע משום דהוא כלוקח פטור אפי' פשע וכ"כ הנ"י וז"ל דאגרה פרה כו' והדר נסבה כו' לוקח הוי ואין עליו חיוב כדין שומר כלל כו' וכן דעת הרמב"ן דפטור לגמרי ואפי' מפשיע' וכן הראב"ד כ' דלא מחייב ולא מידי לבעלים וכן דעת הרשב"א והר"ן שפטור אפי' מפשיעה אע"פ שלא אמרו כן בתוס' עכ"ל. וא"כ דברי מור"ם בהג"ה ברורים בזה כמ"ש אבל לא מפטר מטעם דהוי שמירה בבעלים כו' רק שלפ"ז צ"ל דס"ל להרמב"ם וסייעתו דכיון דהוי לוקח א"כ אפי' ש"ח לא הוי והיאך סתם לקמן סי"ח כהמחבר דלוקח בהמ' לל' יום הוי ש"ח והלא בתוס' מבואר דלמדו כן מדברי ר"י דס"ל בשאל' ונישאת הוי ש"ח וצ"ל דס"ל למור"ם דגם הרמב"ם מודה בזה ולא קאמר הרמב"ם אלא בבעל בנכסי אשתו דהוי לוקח גמור כל ימיה דאשה וגם דהא כשתמו' הרי הם שלו לגמרי למפרע א"כ הוי כלוקח גמור משא"כ בלוקח לל' יום ודוק:

סעיף יג
בבעל החפץ עצמו כו' ע"ל סי' רצ"א בסמ"ע ס"ק מ"ח וע' בישו"ש פ"י דב"ק סי' מ':

סעיף יד
ואם הודיע כו' ואם שאל אבן טוב לרפואה ונגנב פטור הבעל אך אם שאל לה בגד על החתונה לפי כבוד' ועשרה מסתמא ניחא לבעל וחייב אפי' באונסי' אבל לא בגד חשוב מערכה אם לא שנושאת ונותנת בתוך הבית מהרש"ל ב"ק פ"ח סי' ל"א וע"ש:

סימן שמח

סעיף א
אסור לגנוב כו'. בש"ס ריש ב"ק משמע דגנב חייב לשלם מעידית כמזיק וכ"כ הרי"ף והרא"ש והנמוקי יוסף וכן מהרש"ל שם סי' ו' וע"ש וכן הוא לקמן סי' שפ"ה ושפ"ח סעיף ב' ועמ"ש לקמן סי' ת"ך ס"ג:

סעיף ב
או הגונב ממון של עכו"ם. משמע מכאן דאסור דאורייתא וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל דס"ל להרמב"ם וטור וסמ"ג שכתבו בל' הזה דאסור מדאורייתא ע"ש וקשה מכאן על מ"ש הרב בהג"ה בא"ע ריש סי' כ"ח קדש' בגזל או בגניבת עכו"ם הוי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק משו' קידוש השם עכ"ל ומה שהוציא הרב שם כן מתשובת מהרי"ו סי' קל"ח כשתעיין בתשוב' רי"ו שם תראה שאינו כן וצ"ע ועמש"ל ר"ס שנ"ט:

סעיף ג
וי"א דאסור להטעותו וכו' ע' בישו"ש פ"י דב"ק סי' ך' (הג"ה שפסק שם סי"א וכ' שם דמ"מ יאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך וגם הפקע' הלוא' אינו מותר אלא כשחייב לשלם לו דרך מכס או דרך חוב אבל מה שהוא דרך מקח אסור עכ"ל וע"ש):

סעיף ד
מיהו יש נפקותא כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"א וע"ל סי' א' ס"ק י"ח:

סעיף ה
המרא' לחבירו לגנוב או שלחו כו'. בכל הפוסקים ליתא אלא השולח את חברו לגנוב אבל לא הזכירו מהמראה לחברו לגנוב רק הרב ערבב שניהם יחד ואזל לטעמי' שכתב בד"מ וז"ל ובת"ה סי' שט"ו כתב ראובן הראה לגנב מפורסם מחתרת של לוי לגנוב מתוכו ראובן פטור דהוי גרמא בניזקין כו' וצ"ע דהא בלא"ה פטור משום דאין שלד"ע עכ"ל ולמ"ש הרב לעיל ר"ס קפ"ה דהיכא דאין השליח בר חיובא יש שלד"ע וכ"כ כאן בשם י"א

פשיטא דלק"מ דאשמועי' הת"ה הכא דאפי' היכא דאין השליח בר חיובא פטור המראה משום גרמא ואפי' למה שהעליתי שם דאפי' היכא שאין השליח ב"ח אין שלד"ע נמי לק"מ דאשמועינן דסד"א דאע"ג דאין שלד"ע חייב וכדאמרי' במאן דמראה ממון חברו לעכו"ם חייב כדלקמן סי' שפ"ח דלאו משום שליחות מחייבינן ליה דהא אינו שלוחו אלא אע"ג דלאו שלוחו הוא חייב מדיני דגרמי קמ"ל דהכא לא הוי גרמי אלא גרמא וכן הוא להדיא הפלפול בכל התשובה בת"ה לחלק דל"ד לדלקמן סימן שפ"ח ע"ש וז"ב עיין בתשובת מהר"ם מלובלין סי' פ"א דף נ' ע"ג:

סעיף ו

י"א דהמשלח כו' לא ידענא למה כ' בל' י"א דהא לא הביא בד"מ מי שחולק ע"ז גם לעיל ר"ס קפ"ב כ' הרב"י כן בפשיטות מיהו כבר כתבתי שם דמה שהוציא הר"ב כן מהגהת מיי' ומרדכי אינו מוכרח והעלתי שם לדינא דאין חילוק בין השליח בר חיובא או לא ולעולם אין שלד"ע רק גבי חצר ע"ש: כתב בד"מ וסמ"ע שהמרדכי פ"ק דמציעא כ' בשם מהר"מ ז"ל (עמש"ל דלא כתב כן בשם מוהר"מ ז"ל והד"מ סימן ע"ה טעה במרדכי ע"ש) אם אמר קח לי שור בבית פלוני שהוא שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו אלא לגנבו נתכוין חייב המשלח באחריות השור במשיכ' השליח דהא השליח לא ידע שהוא גנבה והנ"י כתב בפ' מרובה דהשליח חייב דאין שלד"ע אפי' במקום שאין השליח יודע אם עשה איסור עכ"ל ומ"ש בשם הנ"י דהשליח חייב ליתא דלא כתב הנ"י שם רק דמ"מ המשלח פטור אבל שיהא השליח חייב אין לזה טעם כלל וכן מבואר להדיא בישו"ש פרק מרובה סי' ל"ג דלכ"ע השליח פטור בשלא ידע ע"ש:

ומהרש"ל שם השיג על הנ"י והטיח דברים כנגדו ופסק כהמרדכי ולפע"ד שלא כדת השיג עליו ונר' עיקר כדעת נ"י דמ"ש התוס' פרק מרובה ואחריהם נמשך מהרש"ל שם דכיון דלא ידע הוי כמו חצר דבין למ"ד דהיכא דלאו בר חיובא הוא חייב ובין למ"ד דבע"כ מותיב לה חייב אינו נראה חדא דלישנא דלאו בר חיובא משמע דגבר' לאו בר חיובא הוא והכא הא גברא בר חיובא הוא וכן לישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד משמע שהשליח בידו לעשות או לא וה"נ ביד השליח לעשות או לא דאל"כ הכי הל"ל כי אמרי' אין שלד"ע במזיד אבל שוגג לא ועוד דע"כ מה שהוציאו כן מהמשנה דפ' מרובה כפי פי' רש"י לפע"ד אין פי' המשנ' כן דא"כ ל"ל לתלמוד' להקשו' בפ"ק דמציעא אריש לקיש דאמר חצר משום שליחות אתרבאי משמע דלר' יוחנן לק"מ והא בלא"ה תיקשי כן אמתני' דמרובה אפי' בלא ברייתא דהמצא תמצא בידו תקשי בפשיטות הא אין שלד"ע וא"כ כמו שמוכרח לתרץ המשנה כן יתורץ דברי ריש לקיש א"ו אין הפי' במשנה דמרוב'

דהמשלח חייב במשיכת השליח אלא כמו שפירשו שאר רוב המפרשים או כמ"ש הנ"י וא"כ כיון שלא נזכר דין בזה במשנה ובשום מקום בש"ס מנ"ל לחייב המשלח וגם מה שמשמע מדברי מהרש"ל שם שהראב"ד מפרש המשנה כרש"י ליתא דנהי דהראב"ד לא מפרש כהרמב"ם מ"מ גם כרש"י לא מפרש ע"ש מבואר כך בדבריו להדי' במ"ש ואף לאו בגנב אלא מילתא באפי' נפשי' קאמר ע"ש ונראה דלהכי אינו מפרש המשנה בגנב משום דאין שלד"ע וכמ"ש הנ"י גם מ"ש מהרש"ל דיואב מזיד הוי לא משמע כן מפשטא דקרא ומפשטא דש"ס ומכ"ש לפי מה דאמרי' בפ' האיש מקדש דמורד במלכות הוי א"כ מה היה לו ליואב לעשות כיון שכ' לו דוד כן היה מוכרח לעשות כן לפי שהיה סבור שדוד הרגו כדין כי אולי היה מורד במלכות ומה שהמציא לו התחבולה להורגו ולא הרגו כפשוטו ע"פ סנהדרין אולי היה לו לדוד איזה טעם כאשר באמת היה לו טעם שלא יחשדהו שהרגו בשביל אשתו גם מ"ש מהרש"ל שם דהלא למסקנא לפי שמאי הזקן באמת נענש דוד והוה כאלו הרגו בחרבו ולת"ק דסבר דלא נענש היינו מטעם דמורד במלכות הוה כו' ונראה מדברי מהרש"ל שם שזה עיקר סמיכתו שסמוך להשיג על הנ"י והאריך שם לתמוה על הנ"י ע"ש ולפע"ד אין זה כלום דהא אמרי' בהדי' התם בש"ס טעמא דשמאי הזקן משום דס"ל דבכל דוכתי יש שלד"ע וא"נ שאני התם דגלי רחמנא אותו הרגת בחרב בני עמון ואם איתא הא אפי' ס"ל בכל דוכתי אין שלד"ע ולא גלי לן הכא קרא מידי ניחא כיון דיואב היה שוגג ה"ל כמו חצר ומכאן הוא עיקר הוכחת הנ"י דאפי' שוגג אין שלד"ע דכן מוכח להדי' בפשיטות וכמ"ש והא דאיצטריך בש"ס התם לת"ק לטעמ' דמורד במלכות הוה לאו למימר' דאי לאו הוה מורד במלכות הוי חייב לת"ק דהא משמע התם בש"ס להדיא דס"ל לת"ק בכל דוכתא אין שלד"ע אלא משום דאל"כ הוי חייב בדיני שמים וכדקאמר בש"ס התם מכלל שת"ק סבר אפי' בדיני שמים נמי פטור בתמיה אלא דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו והשתא א"ש לישנא דאי אתה נענש עליו ומשמע בדיני שמים דאל"כ הל"ל אי אתה חייב עליו א"ו פשיטא דלא בא הנביא לו' לדוד אי אתה חייב כו' מיתה על אוריה החתי דפשיט' דאינו חייב מיתה בלא"ה שהרי לא היו עדים והתראה על הריגת אוריה ועוד אפי' חייב מיתה מי ידין את דוד המלך במיתה אלא נתן הנביא בא לו' שאין אתה נענש עליו אף בידי שמים ולהכי הוצרך לישנ' דמורד במלכות דאל"ה אף דאין שלד"ע הי' נענש בי"ש והשת' עלו דברי נ"י כהוגן דמוכח להדי' בפ' האיש מקדש דאפי' השליח שוגג אין שלד"ע ובר מן דין יש כמה ראיות להנ"י חדא שהרי התו' עצמם שם הקשו ע"ז וז"ל אבל ק"ק היכ' יליף מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר דילמ' דוק' כסבור שהוא שלו כיון דליכ' יתיר עכ"ל ומה שתירץ מהרש"ל שם

דמאח' דמדמי טביח' למכיר' א"כ נימא מה מכיר' ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר אף שידוע שגנוב לאו מילת' היא דהא גם התו' הרגישו בזה וע"כ כתבו כיון דליכ' יתור כלו' דאי הוי שום יתור הוי אמרי' דאתי להיקש ואין היקש למחצה אבל השת' דליכ' יתור אלא דאמרי' דומי' דמכיר' וכמ"ש רש"י אין מכיר' אלא בשנים מוכר ולוקח א"כ ה"נ נימא דבטביח' מיירי בשנים ומ"מ מיירי בגוני דמחייב בעלמ' דהיינו כשלא ידע ובר מן דין ג"כ ק' דמאי פריך וכי זה חוטא וזה מתחייב ומ"ש התו' ומהרש"ל דהאמת משני הוא דוחק דמ"מ קשה על המקש' מאי פריך דגם בש"ס פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ב ע"ב) במאי דפריך התם ממעיל' נימא אין שלד"ע נראה כן עיקר דהא אין מעילה אלא בשוגג וכמ"ש התוס' שם ומ"ש התוס' שם דהתם מיירי אפי' בנזכר השליח קשה מ"מ מנ"ל למקשה להוכיח דילמ' בנזכרו שניהם לא חייב שום אחד מהן השליח פטור משום דה"ל מזיד והבע"ה פטור משום אין שלד"ע ומ"ש התוס' דמוכח מבריית' אחרת קשה דה"ל להמקש' להבי' לאות' בריית' ואמאי הביא המתני' דמעילה הא ממתני' לא מוכח מידי רק מבריית' ואותה בריית' לא הביא כלל וגם מ"ש מהרש"ל שם דהאמת משני הוא דוחק דמ"מ קשה מאי פריך המקשה ועוד לפי' התוס' שם רישא דלא עשה שליח שליחותו שליח מעל מוכרח דמיירי בלא נזכר שליח וסיפ' דעשה שליחותו בע"הב מעל מיירי לפי' התוס' אף בנזכר שליח וא"כ לא הוי רישׁ' דומי' דסיפ' וא"כ מנ"ל למקשה להוכיח הא טפי מסתבר לו' דסיפא מיירי דומי' דרישׁ' בלא נזכר השליח דוק' ואם קושייתו מכח הבריית' ה"ל להבי' הבריית' ועוד נלפע"ד דהאי דיוק' דדייק' התוס' מהבריית' מדקתני נזכרו שניהם משמע הא נזכר שליח לבד בעה"ב מעל איכ' למידחי דאה"נ דבעה"ב לא מעל והא דלא תנא נזכר שליח לבד חנוני מעל היינו משום דעיקר דינ' אתא לאשמועינן דאותו שנזכר לא מעל משום דאין מעילה במזיד ושאע"פ שאותו שנזכר לא מעל חברו שלא נזכר מעל ולהכי לא תני לה משום דאם נזכר השליח לבד הא דלא מעל בעה"ב הוא משום דאין שלד"ע ולא משום דאין מעילה במזיד ובהא לא מיירי התנא וא"כ קשה מנ"ל להמקשה ולתוספת להוכיח מהך בריית' דילמ' אין ה"נ דאין שלד"ע ובריית' דין מעיל' אתי לאשמועינן ובפרט דהך בריית' שנוייה בתוספת' דמשמע התם כמו שפירשתי דהכי איתא התם בתוספת' דמעילה פ' שני נזכר בעה"ב שהוא של הקדש ולא נזכר השליח שליח מעל נזכרו שניהן שניהם לא מעלו וחנוני מעל כשיוציא נזכרו שלשתן שלשתן לא מעלו והמקח תפוס להקדש כו' ע"כ אלמא דבריית' לא אתי לאשמועינן אלא דין דנזכר דאין מעילה במזיד וא"ל דה"ט דאין שלד"ע הוא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכדאית' בקידושין שם וכשהשליח שוגג לא שייך ה"ט מ"מ שייך האי טעמא

כיון דלא היה השליח מחויב בדבר לעשות היה לו לחוש שמא יש עבירה בדבר ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ועי"ל דהא דאמרי' בש"ס טעמ' דאין שלד"ע משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין היינו מעיקר' דס"ד דמסברא קי"ל אין שלד"ע אבל לבתר דמסיק משום דהוי מעיל' ושליחות יד או טביחה ב' כתובים הבאים כא' ואין מלמדין וא"כ אפי' בלא טעמא דדברי הרב כו' שפיר ילפי' מדאיצטריך רחמנא למיכתב ב' כתובים דיש שלד"ע ש"מ דבעלמ' אין שלד"ע וגזירת הכתו' הוא וכה"ג איתא טובא בתלמוד דב' כתובי' הבאים כא' אין מלמדין אפי' ליכא טעמ' בהכי בעלמ' ודוק (הג"ה ובריטב"א בקידושין כ' נמי דהאי טעמ' דדברי הרב כו' ל"ד רק שעל הרוב הוא שייך כו' וע"ש) הלכך עיקר כהנ"י וגם כי הנ"י לא מעצמו אמר כן שהרי כ' שכ"כ האחרוני' ונאמן הוא בכך שכן דעת האחרונים שוב מצאתי בחידושי הריטב"א פ"ק דמציעא כ' ג"כ וז"ל וקי"ל דאין שלד"ע וקשה מכאן למה שפירש"י בפ' מרובה דהגנב חייב במשיכתו ואמאי והא אין שלד"ע ואפי' כשהשליח שוגג כדמשמע הכא ובמסכ' קידושין בפ' הא"מ להדיא ואנו אין לנו כפירש"י אלא שם בפ' מרוב' פירשתי בע"א עכ"ל הרי להדיא כדעת הנ"י ואע"פ שהאגודה פ"ק דמציעא והגהות מיימוני רפ"ב דשלוחין כתבו דברי ר"י מ"מ העיקר כהנ"י וריטב"א וכן משמע דעת בעל תי"ט פרק מרובה ע"ש ועיין בתשוב' ן' לב ס"ג סוף סי' ל"ח דף ל"ז ע"ד ומה שהקשה שם לק"מ ע"ש מיהו לענין דינא גם מהר"י ן' לב שם גופא כתב וז"ל הא קמן בהדיא דאיכא דס"ל דאפי' ידעי' בודאי שהשליח לא ידע שהוא שלד"ע אפ"ה פטור המשלח כיון דאי בעי עביד אי בעי לא עביד וכמו שנראה ממ"ש הנ"י בשם האחרונים שנחלקו על פי' רש"י והתוס' כו' עכ"ל שוב מצאתי בתשו' ר"י טראני בסי' קי"ו האריך ג"כ להקשות על דברי הנ"י בשם האחרונים ולפע"ד לק"מ וכמ"ש גם לענין דינא מסיק שם סוף סוף האחרונים אמרו וידעו מאיזה טעם אמרו ע"ש אחר שכתבתי כל זה הקר' יי' לפני חדושי ריטב"א ממסכת קידושין וראיתי שם שכ' ג"כ כדברי הנ"י להדיא באריכות ע"ש וכ"כ התוס' רי"ד בקידושין דאפי' בשוגג אין שליח לדבר עבירה ודלא כהתוספת שם ע"ש בריב"ש סי' ר"ס:

סימן שמט

סעיף א

וגם האשה תשבע כו'. ע"ל ס"ס צ"ו בזה:

סעיף ב

לאחר שיגדיל. ע"ל סימן צ"ו ס"ג:

סימן שנ

סעיף א

גנב חלבו כו'. עיין בסמ"ע סק"א עד דלא דמי דהכא חיוב ממון בא מיד שהגביה כו' וכן כתב הע"ש ולא הוצרכו לזה דבש"ס לא אמרינן הכי אלא לרבי נחוניא בן הקנה דס"ל דחייבי כריתות פטור מתשלומין אבל לדידן דלא קי"ל כרבי נחוניא הכא בלא"ה חייב ומ"מ נ"מ מטעם זה אלו התרו בו דקי"ל דאין לוקה ומשלם ואפי' הכי כאן משלם ולוקה דמשעת הגבהה חייב בכפל ומלקי לא לקי עד שעת אכילה וכה"ג אמרינן לעיל סי' של"ח ס"ד ופשוט הוא ומ"ש ע"ש בסמ"ע דקי"ל כר"י הסנדלר כו' מ"מ בשחטה ונמצאת טרפה כו' באמת כן הוא בטור דכ' בתחלה סתם השוחט ונמצאת טרפה חייב ואח"כ כתב בשוחט ע"י אחר בשבת דלדעת הרא"ש פטור משום שחיטה שאינה ראויה כר' יוחנן הסנדלר עכ"ל ואחריו נמשך הע"ש אבל תמוה הוא בעיני דהא אמרי' בש"ס במרובה (דף ע"א ע"א וע"ב) ופ' אלו נערות (כתובות דף ל"ו) דמאן דפטר בטובח ע"י אחר בשבת סבר לה כר' שמעון דאמר השוחט את הטרפה פטור ולא כרבנן דמתני' א"כ אנן דקי"ל כרבנן חייב והא דפסק הרא"ש כר' יוחנן הסנדלר היינו לענין מבשל בשבת דאסור וה"ה דהשוחט בשבת אסורה אבל מ"מ לענין גניבה דלא מיירי רבי יוחנן הסנדלר קי"ל כרבנן דמתני' ובאמת נראה שהטור לא עיין בש"ס ול' הרא"ש אטעייה שכ' הרא"ש וז"ל גנב ומכר בשבת דליכ' חיוב מיתה במכיר' פטור גנב וטבח ביה"כ חייב בש"ס פריך והקי"ל דאינו לוקה ומשלם ומוקי לה בטובח ע"י אחר וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא אמר קרא וטבחו או מכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר ואפ"ה בשבת פטור דשחיטה שאינה ראויה היא כר"י הסנדלר עכ"ל והבין הטור דכוונת הרא"ש לו' דמתני' מיירי בטובח ע"י אחר וחייב ביה"כ ופטור בשבת מטעם שחיטה שאינה ראויה וכ"כ הטור בקצור פסקי הרא"ש להדיא וז"ל גנב וטבח ומכר בשבת היכא דליכ' חיוב מית' גנב וטבח ומכר ביה"כ ע"י אחר חייב עכ"ל והא ודאי ליתא מכמה טעמים אלא הרא"ש נקט ל' הש"ס בקצרה וכן דרכו של הרא"ש במס' ב"ק לקצר ל' הש"ס למי שבקי קצת בל' הרא"ש דב"ק ומ"ש בטובח ע"י אחר קאי אברייתא דמייתי בש"ס התם ומ"ש ואפ"ה בשבת פטור ר"ל דאע"ג דבטובח ע"י אחר חייב דיש שלד"ע גבי טביח' מ"מ בשבת פטור לחכמים דברייתא מטעם שחיטה שאינה ראויה כר' יוחנן הסנדלר ולא הוצרך הרא"ש להביא כל זה אלא לאשמועי' דבטביחה יש שלד"ע ולהביא אח"כ שקלא וטרי' אי הלכ' כר"י הסנדלר או לא שוב ראיתי במהרש"ל פ' מרוב' סי' ך' הבין דברי הרא"ש כפשוטו והאריך לתמו' עליו ובחנ' טרח דהדבר פשוט דכוונת הרא"ש כמו שכתבתי וכמו שפי'

מהרש"ל שם דברי הרי"ף כן יש לפ' דברי הרא"ש וכה"ג אשכחן טובא בהרא"ש שמקצר ל' הש"ס וראי' לדברי שהרי ריו"ו תלמיד הרא"ש שנמשך תמיד אחר דברי הרא"ש כ' בנתיב ל"א ח"ג וז"ל גנב וטבח בשבת פטור ואם טבח ע"י שליח חייב אבל גנב ביה"כ וטבח ע"י אחר או הוא בעצמו בלא התראה חייב דאין כאן מלקות דאם הי' שם מלקות אין לוקה ומשלם ולעולם במיתת ב"ד אפי' הוא שוגג אינו משלם וכן גנב וטבח הוא בעצמו ביה"כ והתרו בו פטור עכ"ל וכן עיקר וכ"פ מהרש"ל:

כתב הרמב"ם פ"ג מהלכות גניבה וז"ל גנב תרומה מבעלי' הישראלי' שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין להם בה אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינו ממון עכ"ל והיינו כדאית' בסוגי' דס"פ האיש מקדש דטובת הנאה אינה ממון דהכי סלקא שמעתת' התם וכ"כ הרב המגיד שם וכ"כ עוד הרמב"ם פ"ה מהלכות אישות דטובת הנאה אינה ממון וכתב ה"ה שם דהיינו כיון דהכי סלקא שמעתתא דסוף פרק האיש מקדש וי"ח ודעת רבינו נראה עיקר עכ"ל והי"ח הוא ר"ח והביאוהו הרא"ש והר"ן ס"פ האיש מקדש ומשמע שם ג"כ שמסכימין לזה גם הרא"ש מסיים על דברי ר"ח וכן הלכה וכ"כ הריטב"א שם בשם ר"ח והרמב"ן ומשמע שם שגם הוא מסכים לזה וכן הביא הב"י לעיל סי' ל"ז מחו' י"ד תשובת הריטב"א ופסקו ר"ח והרמב"ן דטובת הנאה ממון כו' וטעם ר"ח והרמב"ן שם משום דרבא דהוא בתרא ס"ל בס"פ בתרא נדרים (דף פ"ה ע"א) דטובת הנאה ממון וכדקתני במתני' התם קונם כהנים ולוים אלו נהנים לי יטלו אחרים אבל הני לא ולפ"ז היה קשה על הרמב"ם שהרי גם הוא פסק בפ"ז מהלכות נדרים דין י"א כמתני' דנדרים אבל אחרי העיון נראה דעת הרמב"ם עיקר חדא דאפי' תימא דרבא ס"ל הכי מ"מ כיון דסתמא דש"ס סלקא בהכי בס"פ האיש מקדש דכ"ע טובת הנאה אינה ממון א"כ נקטינן כסתמא דש"ס דאינהו בתראי טפי מרבא ובע"כ צ"ל דס"ל לש"ס דס"פ האיש מקדש דש"ה בנדרים וכמ"ש לקמן דאל"כ תיקשי על סתמא דש"ס דס"פ האיש מקדש דמתני' דנדרים אתיא דלא כמאן ועוד נראה דגם רבא ס"ל טובת הנאה אינו ממון אלא דלא ניחא ליה לאוקמ' מתני' דנדרים כרב יהושיע דהתם דרישא ר' יוסי בר יהודה וסיפא רבי אלא ס"ל דבמתני' כ"ע מודה מטעם דבנדרים שאני כיון דאפי' ויתור אסור במודר הנאה וכן מחמירים בנדרים בעלמא טובא א"כ אפי' תימא אינה ממון מ"מ הנאה מיה' איתא כמו בויתור וכה"ג וכ"כ הכ"מ פ"ז מה' נדרים בשם רבי מאיר בר שמעון המעילי שהביא ג"כ שמפרק אלו עוברין מוכח דטובת הנאה אינה ממון ע"ש וכ"פ מהרש"ל פ"ט דב"ק סי' ס"א כהרמב"ם דטובת הנאה אינה ממון ודשאני בהך דנדרים אלא שחילוקו שם אינו ברור כ"כ ע"ש תדע דאל"כ הא בע"כ רבא גופיה מודה דר' ור' יוסי תרוייהו

ס"ל דטובת הנאה אינו ממון וכדמשמע בש"ס בנדרים התם א"כ היאך מוקי רבא מתני' דלא כמאן א"י כדפי' וגם הטור י"ד סי' של"א כתב דטובת הנאה אינה ממון וכ"כ הטור ברמזי פסקי הרא"ש ס"פ האיש מקדש וז"ל הילכתא טובת הנאה אינה ממון והמקדש בה אינה מקודשת עכ"ל ואע"פ שיש לתמוה ע"ז דהא הרא"ש כ' שם בשם ר"ח דהוי ממון והי' נראה למחוק תיבת אינה שני פעמים אך כיון שבדקתי בכמה דפוסין ונמצא כן אינה ממון וגם הטור כ' בעצמו בי"ד סי' של"א אינה ממון נראה יותר שזהו אינו מדברי הרא"ש רק שאיזה תלמיד הוסיפו בסוף הפרק אחר דברי הרא"ש או הטור הבין דמ"ש הרא"ש בשם ר"ח ר"ל דאע"ג דקי"ל בעלמא דטובת הנאה אינה ממון קי"ל בנדרים דממון הוא ואע"ג דל' ר"ח לא משמע כן מ"מ אפשר דהטור הבין כן שוב ראיתי במרדכי פרק שבועות הדיינים הביא תשובת מהר"מ ב"ב שכ' דנראה דטובת הנאה אינה ממון כעולא ורב אסי דפ"ב דקידושין ואע"ג דרבא בתרא הוא ומוקי מתני' בפ' בתרא דנדרי' דטובת הנא' ממון היינו דלא בעי לאוקמי כחד תנא משום דקשיא לי' רישא לסיפא ומיהו רבא גופא איהו סבר דטובת הנאה אינה ממון עכ"ל (והוא בתשובת מהר"מ ד"פ סי' רפ"א ולכאורה אין הבנה לדבריו ועוד דהיכן מצינו לרבא דטובת הנאה אינה ממון אבל למאי דפירשתי ניחא דיש קצת ט"ס בדבריו וצ"ל היינו דבעי לאוקמא כחד תנא ור"ל דרבא לא ס"ל כרבי הושעי' דרישא רבי יוסי וסיפא רבי אלא בעי לאוקמי כולא מתני' כחד תנא ומיהו רבא גופא סבר טובת הנאה אינה ממון בעלמא דהא משמע התם דרבא גופא ס"ל דרבי ורבי יוסי תרוייהו ס"ל טובת הנאה אינה ממון אלא דס"ל דבנדרים שאני וכמ"ש וגם בתשו' מהרי"ק סוף שורש קס"א הביא תשובת מהר"מ הנ"ל בקצרה ומביאו מהר"ם פדאוה בתשובת סי' ס"ה (וכן הוא בתשו' מהר"ם פ"ק דמציעא המתחלת אשר שאלת בראובן שיש לו חצי מעשר כו') וכן נראה דעת הרב לעיל סי' ס"ז ס"ט וסי' פ"ז סל"ז וסי' רע"ז ס"ו וכן עיקר ומהר"ם מטיקטין כתב בגליון המרדכי פ' שבועות הדיינים וז"ל האשר"י שלהי פרק האיש מקדש פוסק בשם ר"ח הלכה טובת הנאה ממון וכן בשאלתות פרשת קרח ע"כ (הג"ה ועיין לעיל סי' ר"ד ומ"ש מחז"ל שם):

סימן שנא

סעיף א

אבל אם אבדו אח"כ כו' צ"ע מנ"ל הא ובטור ליתא כן אלא גבי מחתרת משום דמיד שיוצא ממחתרת תו לא מחייב מיתה אבל הכא י"ל כיון דעדיין עומד בחיוב המיתה דשבת פטור כשאבדו ודוק:

סימן שנג

סעיף א

כגון שגנב טלה ונעשה איל כו'. מהרש"ל פרק מרובה תמה ע"ז דבש"ס פ' מרובה מסיק להדיא דאע"ג דשנוי השם חשוב קונה מ"מ טלה ונעשה איל לא הוי שינוי שם דאיל בן יומו קרוי איל כדכתיב את אילי צאנך לא אכלתי וכן עגל ונעשה שור לא הוי שינוי שם דשור בן יומו קרוי שור כדכתיב שור או כשב כו' כי יולד אלא דטלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קונה משום שינוי מעשה ע"כ דבריו ע"ש שהאריך ולפע"ד דברי הרא"ש והטור (וכ"פ רבי ירוחם נל"א ח"ג וח"ד) והמחבר נכונים דודאי בכ"מ הולכים אחר ל' בני אדם אפי' לקולא והכא הרי עינינו רואות שאין קורין לבן יומו איל או שור ובש"ס שם נמי משמע הכי דאל"כ לא הוי מתקיף ר' זירא כולי האי וליקנינהו בשינוי השם משמע דפשיט' ליה דאין קורין שור ואיל רק לגדולים ורבא הכי קמשני שור בן יומו אשכחן דקרי שור כדכתיב שור או כשב כו' ואיל בן יומו אשכחן דקרי איל כדכתי' אילי צאנך גו' וכיון דאשכחן בקרא הכי א"כ י"ל דבזמן ר' אילעאי נמי הוי קורין כן אבל ודאי השתא אין קורין כן וא"כ הוי שינוי שם וכה"ג ממש איתא בנדרים פ' הנודר מן המבושל גבי הנודר מן המבושל אם אסור בצלי דמעיקר' הוי בעי למימר כיון דאשכחן בתורה דצלי קרוי מבושל ותנא לישנ' דאוריית' נקט ובתר הכי מסקי' וכן מוסכם מכל הפוסקים דאע"ג דבל' תורה נקרא כן מ"מ הולכים אחר לשון בני אדם לפי המקום הזמן ע"ש ופשיט' דל"ד בנדרים הוא כן אלא ה"ה בכל שאר מילי וכדאמרינן גבי אדר ראשון ושני לענין נדרים ושטרות וכתובות ושאר דברים עיין בי"ד בספרי שפתי כהן סי' ר"ך ס"ק י"ז וזה ברור:

סעיף ב

אינו קונה כו' (עיין בסמ"ע ס"ק ג' ועיין במהרש"ל מה שנתעורר בזה על הרא"ש ועיין מ"ש מ"ח ז"ל בא"ע סי' כ"ח):

סעיף ג

שינוי רשות כו'. עיין בתשו' רשד"ם סי' ע':

סעיף ד

וי"ח. דבעינן היאוש קודם שינוי רשות והם הרא"ש פ' הגוזל בתרא והטור וכ"כ ב"י בשם הרשב"א וכן הוא בתשובת רשב"א סי' תתקס"ח וכן נ"ל שהוא דעת רש"י פרק הגוזל בתרא (בבא קמא דף קט"ו ע"א) ע"ש וכן משמע לי מפירש"י פרק הנזקין דף נ"ה ע"א

שכ' יאוש כדי לא קנה יאוש לבדו בלא שינוי רשות אחר היאוש עכ"ל וכן דעת המרדכי והאגודה ר"פ הגוזל בתרא וכן נראה דעת התוס' פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ב) סוף ד"ה אמר עולא כו' וכ"כ בהגהות אשר"י בשם ר"י וכן דעת הרז"ה בס' המאור והרמב"ן בס' המלחמות פ' הגוזל בתרא וכן עיקר וכ"פ הרב לקמן סימן שנ"ז ס"ג ומהרש"ל פ' מרובה סי' ז' והגוזל בתרא סי' כ"ז ול"א ועוד נראה ראי' דהא קי"ל (לעיל סי' רס"ב ס"ד) כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ובש"ס פרק אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב ריש ע"א) מוכח להדי' דלפ"ז לא מהני יאוש אא"כ ידוע שנתייאש קודם לכן דפריך התם לאביי ת"ש הגנב וגזלן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן בשלמ' גזלן דקחזי ליה ומייאש אלא גנב מי קחזי ליה דמייאש תרגמ' ר"פ בלסטים מזוין ע"כ ואפשר הרמב"ם מחלק בין מכר למתנה אבל אין נ"ל לחלק דהא קי"ל רשות מקבל מתנה כרשות לוקח דמי וכדלקמן סי' שס"א ס"ה ולפ"ז נ"ל דגם דעת הרי"ף דבעי' היאוש קודם שינוי רשות ודלא כמהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' ל"א לדעת הרי"ף שסמך עצמו אמה שהביאו בפ' א"מ הלכה רווחת כאביי דיאוש של"מ לא הוי יאוש הואיל ובאיסור' אתי לידיה א"כ פשיט' דלפ"ז ל"מ שינוי רשות קודם יאוש ולפ"ז הא דק"ל לקמן סי' שס"א ושס"ח סתם גניבה הוי יאוש בעלים היינו כשידוע שהבעלים ידעו מהגניבה דאז אמרינן מסתמא נתייאשו הבעלים אבל אי לא ידעינן שידעו מהגניבה לא הוי יאוש וכדמוכח מההיא דגנב שנטל מזה כו' וכ"כ האגודה פרק א"מ גנב דלא ידעו בעלים שנגנב להן ונתן לזה חייב להחזיר לבעלים הראשונים דהוי ליה יאוש ש"מ אבל אם כבר ידעו הבעלים קנה ע"כ וכ"כ בהגה"א שם:

סעיף ה

אם לקח מגנב מפורסם כו'. ע' בסמ"ע ס"ק ז' עד דשם כתבתי דאפי' לסברת הרמב"ם הנ"ל שייך חזרת דמים מהלוקח לנגזול כו'. וכ"כ הד"מ והסמ"ע והב"ח לקמן סי' שכ"ו ס"ג דלהרמב"ם אף בגנב שאינו מפורסם צריך הלוקח להחזיר לבעלים היתרון בדמי שוויו על דמי לקיחתו אף שקנהו ביאוש ושינוי רשות והשיגו כולם על המחבר שכתב דלהרמב"ם אין הלוקח מחזיר כלום בגנב שאינו מפורסם ואני אומר כולם שלא כדת השיגו עליו כי הדין עם המחבר והגירס' שנמצ' בספרי הרמב"ם ואם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים כו' הוא אמת (וכ"כ ה' המ' שזאת הגירס' בהרמב"ם היא בדוקה) דאמרינן בש"ס פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ד ע"א) וכן כתבו כל הפוסקים (וכמו שנתבאר לעיל סי' ל"ז סעיף י"ז) והרמב"ם גופיה ריש פרק ט"ז מהלכות עדות דאם מכר הגזלן שדה ללוי אין הנגזל יכול להעיד עליה שנוגע בעדות שיוציאנה

מיד הלוקח אבל אם מכר הגזלן טלית מעיד עליה שהרי אין טלית זו חוזרת לנגזל לעולם שכבר קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואם איתא שעכ"פ צריך להחזיר לו המותר אין לך נוגע בעדות גדולה מזו ודוחק לו' דהתם מיירי שידוע שלא קנה רק כפי מה ששוה עכשיו (ודין גנב וגזלן אחד הוא כדלקמן ר"ס שס"ח ע"ש) א"ו אין צריך כלום ומיירי התם בגזלן שאינו מפורסם כן נ"ל בדעת הרמב"ם ברור:

סעיף ו

וי"א דאין צריך כו' דברי הר"ב והסמ"ע כאן וסי' שנ"ו ס"ק י"ג ושאר דוכתי' צל"ע דלפי מה שס"ל להמחבר ולפי מה שהוכחתי דדוק' בגנב מפורסם ס"ל להרמב"ם דצריך להחזיר הדמים א"כ ליכא מאן דפליג עליה ומ"ש הטור שר"י חולק היינו לפי הבנתו בהרמב"ם דגם בגנב שאינו מפורסם צריך להחזיר דמים ועיין בתוס' פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ז ע"ב) משמע להדי' דס"ל לר"י דהיכ' דבאיסור' אתי לידיה ל"מ יאוש ושינוי רשות וצריך להחזיר הדמים א"כ בגנב מפורסם נמי באיסור' אתי לידיה (וא"כ גם מ"ש בב"י כאן על מ"ש הטור בשם ר"י וז"ל כן נראה שהיא דעת רש"י ממ"ש בפרק הגוזל בתרא על משנת המכיר כליו כו' היינו ג"כ לפי הבנת הטור דהרמב"ם מיירי אף בגנב שאינו מפורסם אבל לפי מ"ש המחבר ולפי מה שהוכחתי לא מוכח מרש"י מידי שיחלוק על הרמב"ם דבמשנה המכיר כליו כו' איירי בגנב שאינו מפורסם כדמשמע בש"ס ע"ש שוב ראיתי בב"ח שכתב שכוונת הב"י ממ"ש רש"י באוקימת' דרב זביד כו' ואע"פ שלשון ב"י לא משמע כן שהרי כתב שכן משמע ממ"ש רש"י על משנת דהמכיר כו' וגם לא ידעתי מי הזקיקו להבין כך כוונת הב"י שהרי כוונת הב"י כפשוטו מדכתב רש"י במשנה ולפני יאוש מיירי משמע דס"ל דא"צ להחזיר הדמים דאל"כ הלא מצי מיירי לאחר יאוש ומ"מ צריך להחזיר הדמים מ"מ אפילו יהיה כדברי הב"ח גם שם לא משמע מידי דמיירי התם ג"כ בסתם גנב שאינו מפורסם ע"ש סוף דבר בדינו של הרמב"ם והמחבר בגנב מפורסם לא ראיתי מי שחולק עליו) וצ"ע עוד נ"ל דמ"ש הרמב"ם ומחזיר הדמים היינו המותר ששוה ממה שנתן דאל"כ מ"ש דמים או חפץ והשת' א"ש מ"ש הרב המגיד וז"ל ואפשר שגם ע"ז תמה הר"א ז"ל שכיון שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות למה יתן דמים אפילו היה גנב מפורסם וצ"ע עכ"ל ולפע"ד העיקר כמ"ש הרב המגיד בתחלה דהר"א לא תמה רק על הגירס' שהיה לפניו (והיא גירסת הטור) וע"ז כ' שהוא שבוש המעתיק אבל לפי גירסא זו לק"מ וטעם הרמב"ם נכון (ובב"י סי' שנ"ו כ' טעם אחר לדעת הרמב"ם וכבר האריך הב"ח שם להקשות עליו אבל לפי הטעם שכתבתי לק"מ והוא נכון ודוק) דכיון דקנה מגנב מפורסם א"כ באיסור' אתי לידיה ולא הוי ש"ר גמור ומחזיר מותר הדמים

ששוה וכעין זה ממש כ' בעל המאור פ' הגוזל בתרא גבי נטלו מוכסים חמורו ונתנו לו אחרת הרי הוא שלו ומחזיר המותר לבעלים הראשונים דכיון דבטעות אתי לידיה לא הוי שינוי רשות גמור והיינו דאמרינן מ"ט יאוש כדי לא קנה ובאיסור' אתי לידיה עכ"ל ואע"ג דהתם קי"ל דאינו מחזיר כלום וכדלקמן סי' שס"ט ס"ח היינו מטעם דקי"ל דהתם הוי שינוי רשות גמור וכמה שכתב בעל המאור שם משא"כ הכא וא"כ דינו של הרמב"ם והמחבר אמת ואין חולק עליו ודוק:

סימן שנד

סעיף א

היתה הגניבה ביד הגנב כו'. עיין בישו"ש פ' הגוזל קמא סי' ד':

סעיף ב

כגון כבשה שהיתה מעוברת כו'. לא ידענא מה חילוק יש בזה ס"ס ילדה וגם על הרב המגיד קשה כן והראב"ד לא כ' אלא דהי' אפשר לו' כן דמשלם וולדה וגיזותיה היינו כמו פרה העומדת לילד אע"פ שקנה ומ"מ אח"כ חזר בו ממ"ש הרמב"ם גופיה לקמן בהלכות גזלה וא"כ קשה ג"כ על הרב המגיד שכ' שפשט הוא שכוונת הרמב"ם בשהיתה מעוברת בשעת גניבה ואין כאן מקום להשגה עכ"ל דהרי הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות גזלה ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזלה היא ברשות בעליה עדיין עכ"ל וכן קשה על המחבר שכתב ג"כ בסי' שס"ב ס"ח כדברי הרמב"ם אלא נראה דגם בה' גנבה כוונת הרמב"ם אפי' נתעברה או נטענה וכן משמע מפשט ל' הרמב"ם דה' גנבה ע"ש וכ"כ הטור כאן בשמו ודברי הרב המגיד והמחבר צ"ע:

סעיף ג

משלם כשעת הגנב' כו' מיהו מ"ש הטור בשם הרמב"ם דהפר' והולד לגנב תמיה לי מנ"ל הא וברמב"ם לא משמע כן דהא כתב דגוף הבהמה לא קנה אלא בשינוי וכיון דהרמב"ם לא חשיב ליה האי שנוי א"כ פשיטא דצריך להחזיר גוף הפרה ודו"ק:

סעיף ד

וי"א דאפי' שבח הבאה מאליה כו'. ל' הר"ב מגומגם דפשיטא דאף הרב המגיד וסייעתו לא פליגי אהרמב"ם אלא דהרמב"ם ס"ל דלידה וגזיזה לא הוי שינוי ולהכי צריך ג"כ יאוש בעלים ואינהו ס"ל דהוי שינוי אבל פשיטא בשבח דעלמא הבא מאלי' ולא נשתנית פשיטא דאינו של גנב קודם יאוש דבמאי לקני וגם הראיה שהביא הרב המגיד

מפרק המפקיד שם מיירי בהדיא בשבח שנותנין [שנשתנה] כגון לידה וגזיזה ע"ש בפרק המפקיד וצ"ל דגם הר"ב ה"ק אפי' שבח הבא מאלי' כגון לידה וגזיזה חשיב שינוי והוא של הגנב אפילו קודם יאוש וכ"כ הע"ש וז"ל וי"א דאפי' שבח הבא מאליו כגון מעוברת וילדה טעונה וגזזה הוא של הגנב ואפילו קודם יאוש שקנאן בשינוי שאין לך שינוי גדול מזה מעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא עכ"ל ולפ"ז מ"ש הטור דהראב"ד והרא"ש פליגי ארמב"ם אינו אלא במה דס"ל דלידה וגזיזה לא הוי שינוי וכן נראה להדיא בר' ירוחם נל"א ריש ח"ד אבל במה דס"ל דביאוש אפי' בלא שינוי קונה השבח דממילא ובלא יאוש לא קנה (ומיהו עדיין צ"ע בזה בה' המ' ובש"ס) לא אשכחן דפליגי עליה ואדרבה בהשגת הראב"ד פ"א דגנב' ופ"ג דגזלה מבואר דמודים ליה בזה (עיין לקמן בטור סי' שס"ב) דלא כהב"ח שכתב דבתרתי פליג הרא"ש גם דלא כסמ"ע לקמן סי' שס"ב ס"ק ג' ע"ש ודוק עיין בישו"ש פ' הגוזל קמא ס"ס ד' וסי' ו':

סעיף ה

וכ"ש אם גנב כבשה ונתעברה כו' צ"ע דהמחבר כתב (צ"ל דמור"ם כתב זה כו') בלשון כ"ש והטור כתב בלשון "ולא עוד לרבותא ע"ש בסעיף א' עכ"ל סמ"ע לא דק דגם בטור מבואר דכ"ש הוא כשנתעברה ביד הגנב רק שכתב שם ולא עוד אפי' תבעוה הבעלים קודם שילדה כו' ור"ל פשיטא תבעו אחר לידה אלא אפי' תבעו קודם לידה ומ"מ כ"ש היא אם נתעברה ביד גנב מגנבה מעוברת ודוק:

סעיף ו

הוי כאלו הוקר' עיין בסמ"ע ס"ק ט' שהאריך להשיג על הע"ש עד וזה אינו דהא מבוא' בדברי הרא"ש כו' ע"ש אמנם גם מהרש"ל בישו"ש פ"ז דב"ק סי' ג' פסק דלא כהרא"ש ולעולם אפי' ד' וה' אינו משלם אלא כשעת העמדה בדין ע"ש ועיין ע"ש עד וכפל ד' וה' כשע' הגניב' כו' זו היא שיט' הרמב"ם וטור בתשלומי כפל אמנם מהרש"ל שם פסק כשיטת ר"י בתוס' דכפל משלם כשעת בדין אפי' איתבר ממילא ע"ש וק"ל:

סעיף ז

ודוקא דאית ליה מעות כו' (הג"ה) לכאורה דברי הרב ק' להולמן דזו הוא שיטת הרמ"ה שמביא בנ"י ומביאו ג"כ בסמ"ע ס"ס שס"ב דס"ל הא דאמרי' בש"ס אין שמין לא לגנב ולא לגזלן היינו דאינו נותן לו השברים בשומא כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה אבל אם רוצה ליתן לו השברים כמו שהם שוים עכשיו יכול ליתן לו וכן דעת התוס' בשם ה"ר שמואל בפ' השואל סוף דף צ"ו ד"ה זיל שלים ליה כו' ע"ש אבל לדעת רש"י ותוס' ואשר"י והטור קאי אשברים שאין יכול ליתן לו השברים רק הכלי שלם או דמיו לא

קי"ל כהרמ"ה וכמבואר בנ"י וכן משמע להדי' מדברי מהרש"ל פ"א דב"ק סי' פ"ט ועוד דלו יהא שפסק כהרמ"ה הי' לו לפסוק שאפי' יש לו מעות יכול ליתן השברים והרמ"ה שחילק בכך לטעמי' אזיל דס"ל דבכל מזיקין אם יש לו מעות צריך ליתן לו מעות אבל אנן דלא קי"ל כוותי' לקמן סי' תי"ט דאפי' יש לו מעות נותן לו אפי' סובין וכמ"ש מ"ח ז"ל לקמן סי' תי"ט לאפוקי מדברי הרמ"ה א"כ ה"ה הכא וכן משמע מדברי תוס' הנ"ל וכמבואר להדיא בב"י בשם הרמ"ה דס"ל דאין חילוק בין גנב וגזלן לשאר ניזקין רק לענין שומא ע"ש וצ"ל דהרב בא להוציא מדברי הרמ"ה דהיכא דאין לו מעות וגם אין יכול ליתן לו הכלי שלם וזה רוצ' ליקח מטלטלין שבזה גם רש"י וסייעתו מודי' שיכול ליתן לו השברים בתוך שאר מטלטלים כמבוא' בהרמ"ה דלא גרע שברים אלו משאר מטלטלין וזה פשוט ודוק:

סעיף ח

שומעין להן עיין בסמ"ע מ"ש בשם המ"מ ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' כ"ט שדחה זה ע"ש וצ"ע:

סימן שנה

סעיף א

ויש עדים שגנבו כו'. בפרישׁ כתבתי דמ"ה דקדקו הרמב"ם והטור וכתבו שיש עדים כו' דאל"ה כיון שהחזיר הגניבה מעצמו הרי ראינו שעשה תשוב' ולא היינו אומרים שלא ניחא ליה לבעלים להיו' שומר עלי' וכו' עכ"ל סמ"ע וכ"כ הב"ח ולפע"ד הא דנקטו עדים היינו לאפוקי שאלו כופר שלא גנב או משום סיפא לאשמועי' רבותא דאע"ג דאיכא עדים שהחזירו חייב וברמב"ם פשיט' דלא נקט עדים אלא לו' דחייב בכפל ע"ש מוכח כן להדיא אבל באמת ה"ה במודה שגנבו דדינו כיש עדים לענין דחייב באחריותו עד שיודיע לבעלים ויש להוכיח קצת כן מדהוצרך בפרק המפקיד (בבא מציעא דף מ"א) לאוקמי מתני' רישא ר"י וסיפא ר"ע ולא אוקמא כולה כר"ע ורישא דליכא עדים וסיפא דאיכא עדים ע"ש ודוק. וגם שאר כל הפוסקים כתבו בסתמא דצריך דעת בעלים ולא הזכירו עדים וקושית הש"ג מעיקר' לאו קושיא היא דכיון דמיד שגנב כלתה ליה שמירתו ואינו עוד שומר עליו א"כ מה בכך שיעשה אח"כ תשובה מ"מ צריך להחזירו ליד הבעלים עצמו כיון דכלתה שמירתו ודוק שוב ראיתי במע"מ כ' כה"ג ע"ש:

סימן שנו

סעיף א

אסור לקנות מהגנב כו' עיין בבעל התרומות שער מ"ט חלק י"ג מדינים אלו ובתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ז':

סעיף ב

ולא נתייאשו הבעלים אבל סתם גניבה הוי יאוש בעלים אם נודע שהבעלים ידעו מהגניבה וכמ"ש לעיל סי' שנ"ג סעיף ג' מיהו היינו בגנב ישראל אבל בגנב עכו"ם אפי' סתמא לא הוי יאוש וכמש"ל סי' שס"ח ע"ש:

סעיף ג

הוא גנבו בפנינו כו' לפמ"ש לקמן ס"ס שס"א דטענינן ליורשי גזלן לקוח במגו דהחזרתי כל היכא דליכא עדי ראה א"כ צ"ל דכאן בכל הסי' מיירי דאיכא עדים שראוהו ביד הלוקח דאל"כ הוי טענינן ללוקח כי היכא דטענינן ליורש אף בדמים ודוק:

סעיף ד

מפני תקנת השוק עיין מש"ל סי' קכ"ו בשם תשובת ר"מ אלשיך ותלמוד לכאן שאם בא הדבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים ואף ששם חלקתי עליו מ"מ כאן מודינ' עיין בתשובת רשד"ם סי' רי"ב ותי"ד שפסק דבעבדים ובהמה לא עשו תקנת השוק ואין דבריו מוכרחים ובתשובת מהרא"ן ששון סי' רי"ח כ' דעבדי כמטלטלי בענין תקנת השוק צ"ע:

כתב ב"י וז"ל כ' הרשב"א דבמתנה לא שייך תקנת השוק ובסי' ס' כתבתי שדעת הרא"ש דבמתנה נמי עשו תקנת השוק ומביאו ד"מ גם בר"ס ס' כ' וממ"ש הרא"ש בתשובה שכבר נהגו בכל הארץ הזאת שאין מגבין לב"ח ממטלטלין שמכר או שנתן הלוה מפני תקנת השוק משמע דס"ל דבמתנה נמי איכא משום תקנת השוק ואין כן דעת הרשב"א כמ"ש בסי' שנ"ו ומ"מ סוגיין דעלמ' בהא כהרא"ש ואע"פ שאפשר שטעמם מפני שלא ראו חולק עליו מ"מ כדאי הוא הרא"ש לסמוך עליו כו' עכ"ל ומביאו ד"מ שם ואין דבריו נכונים דודאי הרא"ש מודה כאן דבמתנה לא שייך תקנת השוק דהיאך יעלה על הדעת שעשו תקנת השוק דהא אפי' במכר צריך להחזיר מדינ' בלא כלום אלא שעשו תקנת השוק דאל"כ לא יקנה אדם מחבירו מחשש גנבה וזה לא שייך במתנ' וגם תימה דודאי מתנ' גרע מגנב ופרע בחובו או בהיקפו דלא עשו תקנת השוק (וכ"כ הבית חדש בי"ד

בקונטרס אחרון סי' קע"ז סעיף כ"א דנתנו במתנ' גרע מגנב ופרע בהיקפו וכן מוכח להדיא בתשו' רש"י שבמרדכי פ' שבועות הדייני' ובתשובי' מיימוני לס' משפטים סי' ב' ומביאו ב"י לעיל סי' ע"ב מחו' ב' דבמתנה לא עשו תקנת השוק ע"ש וכן ראיתי בס' ראבי"ה סי' אלף י"ח שכתב וז"ל ומיהו אם הקדישו או נתנו במתנה לא עשו ולא כלום דבהקדש ומתנ' לא שייך תקנת השוק דהוי כגנב ופרע בחובו או בהיקפו דלא עשו בו תקנת השוק עכ"ל ופשוט הוא) ולא קאמר הרא"ש התם אלא בשעבד לו מטלטלי אג"ק דנהגו עכשיו דאין מגבין לב"ח ממטלטלי שמכר או נתן דאל"כ לא יקנה אדם שום מטלטלים מחבירו לכך אמרי' דמ"ש בשטר חוב דשעבד לו מטלטלי אג"ק לא מהני לענין זה שיטרוף מהלקוחות וכמאן דלא כתיב דמי והלכך כיון דכמאן דלא כתיב דמי פשיטא נמי שאין טורפין ממה שנתן הלוה במתנ' משא"כ הכא בכליו שהם ידועים שהיו שלו וזה גנבם ונתנם במתנה פשיטא שמוציאין מידו בחנם תדע שהרי מדינא פשיטא דלא שייך תקנ' השוק במטלטלים שמכר הלוה וכדאיתא בש"ס וכל הפוסקים וכמ"ש הרא"ש גופיה שם דהיכא דאין מנהג ידוע יש להגבות לב"ח מטלטלים שמכר הלוה ועוד דהא הרא"ש כ' דאין מגבין מהן לב"ח כלל ואלו הכא מגבין לו ומחזיר הדמים א"ו דהרא"ש כ' מסברא דנפשיה שנהגו לעשות תקנת השוק בזה שלא לגבות מטלטלים שמכר או שנתן משא"כ הכא א"כ הרא"ש והרשב"א לא פליגי כלל ודלא כב"י וד"מ וכן עיקר וכ"כ בתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ז דבמתנה לא שייך תקנ' השוק ע"ש ועיין לעיל סי' רנ"ב שגם הסמ"ע שם ס"ק ו' כ' בפשיטו דבמתנה שייך תקנ' השוק והשגתי שם עליו באריכות ע"ש (שוב מצאתי בתשובת מבי"ט ח"א בשאלו' השניות סי' ג' ריש דף ק"ח שכ' דהרא"ש מודה לדינו של הרשב"א והרשב"א אינו מודה לדברי הרא"ש ע"ש ולא הבנתי דבריו):

סעיף ה

ואם גנב מפורס' כו' אבל אם אינו גנב מפורסם רק שמפרסים לרשע בדברים אחרים צריך ליתן דמים הכי מוכח בש"ס גבי הא דמשני בחנן בישא נהי דאיפרסם לבישותא לגניבותא לא איפרסם וכ"כ רב האי גאון במשפטי שבועו' שער י"ט:

סעיף ו

וי"א דאף בגנב כו' וכ"פ מהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' ל"ב ול"נ עיקר להמחבר לפי שכ"נ להדיא דעת הרי"ף שהביא מימרא דרבא ולא כב"י שכ' דלא מוכח מהרי"ף מידי וכ"כ הסמ"ג והגה"מ והמרדכי ושאר פוסקים לדע' הרי"ף וכן הנ"י הבין כן דעת הרי"ף רק מה שתמה שם על הרא"ש לק"מ ע"ש וא"כ כיון דהרי"ף והרמב"ם מסכימים לדעת א' וגם בש"ס משמע כדבריה' וכ"פ בשערי הרי"ף שער כ' דין ט"ז וכ"פ בס' משפטי

שבועות לרבינו האי גאון שער י"ט וכ"כ בבה"ע דף ס"ט ע"ד וכ"פ בתשובת הגאונים סי' מ"ב וכ"פ ראב"ן ומביאו המרדכי שם וכ"כ בעה"ת שער מ"ט חי"ג וכן נראה מתשו' מהרש"ל אע"ג שמהרש"ל שם כ' דלא מוכח מדבריו מידי מ"מ דבריו דחוקים ע"ש וגם אישתמיטתיה למהרש"ל תשובת מהר"מ אחרת במרדכי בפ' הספינה דכתב להדיא וז"ל ושכתבת לפטור לאה משום תקנ' השוק הא ליתא דלא עשו תקנת השוק אגנב וגזלן מפורסם כו' וגם דעת הרשב"א כן וכמו שמבוא' מדבריו שמביא ב"י גבי גזלן אם דינו כגנב מפורסם ע"ש וכן בריב"ש ס"ס שצ"ג ע"ש וכ"נ דעת הראב"ד והרב המגיד וכן הוא בתו' שלפנינו וכן נראה דעת נ"י שם וגם ר' ירוחם שהוא תלמיד הרא"ש כ' בסתם (בנל"א ח"ג) דגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק ולא הזכיר דעת הרא"ש כלל וגם הטור נראה אע"פ שהביא כאן סברת ר' ירוחם [ר"י] דעשו תקנת השוק בגנב מפורסם מ"מ לענין דינא ס"ל דלא עשו תקנת השוק שהרי לקמן סי' שס"ט כ' בסתם שהלוקח מגזלן דינו כלוקח מגנב שאם הוא גזלן מפורס' צריך להחזירו לבעליו והוא יתבע מגזלן ואם אינו מפורסם שעשו בו תקנת השוק כו' ודוחק לו' דדוקא בגזלן ס"ל הכי ועוד דלא מצינו חילוק בזה בשום פוסק ועוד דהל' שכ' דינו כלוקח מהגנב משמע שגם בגנב הדין כן הילכך נראה כיון דתקנת השוק היא תקנה ומדינא צריך להחזיר בחנם אין לך אלא מה שתיקנו והבו דלא לוסיף עלה ונקטינן דבגנב מפורסים לא עשו בו תקנת השוק עיין בבעל המאור פ' הגוזל בתרא דבלוקח מעכו"ם לא עשו תקנת השוק (וכן הוא בתשובת הגאונים סי' רצ"ו ע"ש) והרמב"ן בס' המלחמות חולק עליו וכ' וכך מצינו בתשובה לרבינו שרירא גאון ז"ל שדין תקנת השוק כלוקח מעכו"ם וא"צ לפנים עכ"ל וכן הוא בהגהות מיימוני רפ"ה מהל' גניבה וכן משמע לכאורה מדברי התוס' פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד ע"ב) וכן משמע מדברי ראב"ן שבמרדכי פ' הגוזל בתרא ומביאו ב"י ס"ס זה וכן נראה להדיא מדברי תשובת רבינו גרשום שבמרדכי ר"פ אלו מציאות וכן משמע להדיא בתרומות הדשן סי' ש"ט וכן נראה משאר פוסקים שלא חילקו וכן עיקר ועיין בתשובת רא"ן ששון בלוקח מאומן אי עשו תקנת השוק:

סעיף ז

ואפי' הגנב א"צ להחזיר מעותיו כו' נ"ל שזהו שגג' דהמרדכי כ' להדיא דהיינו דוקא למ"ד הכיר בה שאינו שלו ולקחה כו' הוי מעות מתנה וכן הוא בהגהת מיימוני מהל' גניבה דהיינו דוקא למ"ד הכיר בה שאינו שלו ולקחה כו' והיינו כשמואל פ"ק דמציעא דף ט"ו ע"ב ולא כתבו שם כן אלא להחזיק דבריהם שכתבו שם לפני זה ע"ש ואנן קי"ל כרב דמעות יש לו וכדפסק רבא התם הלכתא וכ"פ כל הפוסקים וכדלקמן סי' שע"ג

א"כ הכא צריך הגנב להחזיר לו מעותיו ותמהני מאד על הסמ"ע שכ' על דברי מהרמ"א וכיוצא בזה איתא בש"ס וטור ומחבר לקמן סי' שע"ג בקנה שדה מגזלן עכ"ל דאדרבה נהפוך הוא שם וכ"פ מהרש"ל פרק הגוזל בתרא ס"ס ל"ב להדיא כדפי' ע"ש ואלמלא שאיני כדאי לחלוק על המרדכי והגהת מיימוני ומהרש"ל הייתי אומר דאפילו שמואל מודה כאן דדוקא בקרקע שאינה נגזלת אמרי' אדם יודע שקרקע אין לו ונתן לו לשם מתנה משא"כ הכא י"ל דהלוקח סובר שיקנה המטלטלים ביאוש ושינוי רשות ואע"ג דע"כ מיירי הכא דלא נתייאש דאל"כ סתם גניבה הוי יאוש מ"מ הלוקח סבר דנתייאש ודוחק לו' כיון דהלוקח יודע שהוא גנב אינו קונה ביאוש ושינוי רשות דאין טעם לחלק בכך וכן מבואר להדיא מדברי הב"ח בא"ע ר"ס כ"ח דאפי' ידע שגנוב הוא או גזול הוא בידו קונה ביאוש ושינוי רשות. ואפשר דהמרדכי והגהת מיימוני ומהרש"ל מיירי כשהלוקח ידע שלא נתייאשו הבעלי' ואף בזה צ"ע די"ל דהלוקח סבר שמא נתייאש אח"כ ואף למ"ד דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני מ"מ אין זה פשוט דהא הרמב"ם והרבה פוסקים סוברים דקני וכ"כ התוס' כה"ג ממש פ"ק דמציעא וז"ל ושמואל סבר כו' ונתן לשם מתנה אבל בערכין גבי המוכר שדהו בשנת היובל עצמו דאמר שמואל מעות חוזרים ליכא למימר אדם יודע שאין מכר ביובל דאין זה פשוט דהא אמר רב מכירה ויצאה עכ"ל וכ"כ התו' בפ' השולח דמ"ה ע"א ובפ"ט דערכין דף ל' ע"א ומוכח כן בש"ס שם (וכה"ג כתבו התוס' פ' שור שנגח ד' וה' ריש (בבא קמא דף מ"ה) גבי שור הנסקל דלא הוי המעות מתנה דאין הכל בקיאים בדין שור הנסקל כו' ע"ש) ועוד יש לחלק דשאני מטלטלים דהלוקח חושב שמא לא ימצא הגנב ולא יודע המטלטלים היכן הם משא"כ בקרקע דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמרא איתא. ואף דק"ל כרב מ"מ כתבתי זה משום דלגבי מקדש אחותו קי"ל כשמואל דהמעות מתנה [וכמ"ש] הרמב"ם והמחבר בא"ע סי' נ' ס"ב והיינו מטעמא דמחלקים בין אינש נוכרא' לאחותו וכמ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא וז"ל מהא דפסק רבא דמעות יש לו אין לדקדק דהלכה כרב במקדש אחותו דדילמא שאני בין אחותו לנוכראה עכ"ל וא"כ להמרדכי וסייעתו אם היה הגנב אחיו או אחותו היה נראה שהמעות מתנה ולדידי אין המעות מתנה וכן נ"ל עיקר ודוק. וגם בלא"ה במקדש את אחותו גופיה כ' ראב"ן דף קל"ה ע"א וז"ל וכיון דרב אסי סבר כרב אע"ג דהלכתא כשמואל בדיני נ"ל דבהא הלכתא כרב עכ"ל וכך נראה דעת הרי"ף שלא הביא פלוגתא דרב ושמואל במקדש את אחותו בשום מקום אלא ודאי ס"ל דקי"ל כרב והלכך כיון שהביא פלוגתייהו גבי הכיר בה שאינו שלו ה"ה בעלמא ואף ע"ג דבש"ס עביד צריכותא מ"מ כיון דלפי האמת פליגי בתרווייהו לא הוצרך להביאו כן נראה דעת

הרי"ף. מיהו מה שהביא ראב"ן ראי' דרב אסי סבר כוותיה אינו ראי' דנראה דהוי גריס בש"ס בקידושין דאתמר בדלי"ת וכבר דחו שם התוס' גירסא זו והוכיחו דגרסי' איתמר ע"ש. מיהו בלא"ה י"ל דהלכה כרב מטעם דכיון דרב ושמואל גופייהו ס"ל דאין חילוק בין אינש דעלמא לאחותו מנ"ל לפלוגי בהכי א"כ כיון דגבי הכיר בה שאינו שלו פסק רבא כרב ה"ה במקדש את אחותו ודוק. שוב מצאתי בב"ח סי' שע"ג האריך לפרש דברי המרדכי ומ"ש שם בישוב הראשון אינו נכון אלא הדבר פשוט כמו שמסיק הב"ח שם ודלא כהרמ"ה ע"ש:

סעיף ח

ואם אמר הלוקח כו' וכ"כ התוספות פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד ע"ב) וז"ל וא"ת בלא תקנת השוק יטול מה שנתן דמצי אמר להציל נתכוונתי להשיב אבידה וי"ל דמיירי שהיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אפילו לא היה זה קונה אותם עכ"ל אלמא דאם לא היה יכול לתבעו נאמן הלוקח והבאתי דברי התוס' ללמוד מדבריהם דהיכא דהיה יכול להוציא מהגנב אף אם לא היה זה קונה א"צ להחזיר מעותיו:

סעיף ט

לבעל המשכון מעותיו כו' משמע דצריך ליתן לו אף היותר (וי"ל להפך) וכ"פ מהרש"ל סי' ל"ב דא"צ ליתן אלא כדי שווים ופי כך ל' הרמב"ם והביא ראיות ועיקר:

סעיף י

דהכי נהיגי עכשיו כו' מכח דינא דמלכותא כו' ואף ע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג סי"ד באריכות דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתינו מ"מ דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו כלו' דגם בישראל נהיגי כן ובת"ה א"ש טפי דכתב דהכי דייני עתה כו' ואע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ל"ה וכמה דוכתי י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן ודוק:

סעיף יא

ויחרימו סתם שכך היה כו' צ"ע מנ"ל הא דסגי בחרם סתם ואדרבה מסתבר דצריך לישבע כדין כל הנשבעין ונוטלים וכ"כ המ"מ להדיא ומביאו ב"י. שוב ראיתי בס' ב"ה שכ' על דברי הרב המגיד וז"ל ואיני יודע שבועה זו למה כיון שאין הלה טוען ברי אין כאן אלא חרם סתם עכ"ל ואיני יודע למה אינו יודע דהא כשבא ליטול צריך לישבע אפילו בשמא כדלעיל ס"ד וכ"כ לעיל סי' ע"ב ס"ק ס"ז בשם ר' ירוחם ובשם הרבה פוסקים דכל היכא דטוען על הכלי כדי דמיו צריך לישבע אפילו התובע טוען שמא ע"ש:

סעיף יב

נוטל המא' ועשרים עיין בסמ"ע ס"ק כ"ב דעת הטור בזה ור' ירוחם פסק בנל"א ח"ד כהרמב"ם והמחבר וכ"פ מהרש"ל שם סימן ל"ה ועיקר ועיין בש"ג פרק כל הנשבעין דף ש"ל ע"א מדיני' אלו שבסי' זה:

סימן שנז

סעיף א

בעל הבית כו' ע' בש"ג פ' כל הנשבעין דף שס"ט ע"ב מדיני' אלו שבסי' זה:

סעיף ב

אם באו עדים כו' ע' מ"ש בסמ"ע ס"ק ב' דברי רמב"ם דלא קאי איצא לו שם גניב' בעיר כו' וכן פי' הב"ח ותימא דא"כ דעת הרמב"ם דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אפי' לא יצא לו שם גנבה ואפי' הבעל הבית עשוי ג"כ למכור כליו מוציאין מידו וא"כ בע"כ שצ"ל דהיינו משום מגו דאל"כ למה יהיה עשוי להשאיל ולהשכיר עדיף מאינו עשוי למכור או לא יצא לו שם גנבה דלא סגי אלא בדאיכא תרתי לטיבות' וכ"כ הב"ח להדיא להרמב"ם דהיינו משום מגו וקשה דהרי הרמב"ם לא הזכיר מגו כלל. דהרי נפקא מינה לדינא היכא דליכא עדי ראה וכמו שאכתוב לקמן ועוד דא"כ ודאי טעו הטור והנ"י בדעת הרמב"ם שהרי כ' הרמב"ם להדיא בפ"ח מטוען דין ה' על כלים העשוי' להשאיל ולהשכיר וראו עתה בידו וז"ל אין כל הדברים האלו אמורים אלא שהי' בעל הכלי טוען אני הפקדתיו אצלך או השאלתיהו אצלך אבל אם טען שכלי זה הי' שלי ונגנב או אבד או נגזל והביא עדים שהי' ידוע לו וזה שתחת ידו אומר איני יודע אבל אחרים מכרוהו לי או נתנוהו לי במתנ' אע"פ שהוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מעמידי' אותו בידו יצא לבעלים הראשונים שם מכליהן שנגנבו ישבע זה בנק"ח כמה הוציא ויטול ויחזור הכלי לבעלים הראשונים כמו שבארנו בה' גנבה עכ"ל הרי להדיא דבלא יצא לו שם גנבה ס"ל להרמב"ם אף בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאין מוציאין מידו. ועוד תימא דאי כהבנת הסמ"ע והב"ח בטור לדעת הרמב"ם דאפי' בלא יצא לו שם גנבה ועשוי למכור כליו מוציאין מידו מטעם מגו א"כ היאך כ' הטור ע"ז ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל דכיון שהוא אומר גנובים אתרע לה חזקה דעשוי' להשאיל ולהשכיר כו' דא"כ לדעת הרא"ש אפי' דאית ליה מגו דשאלה ושכירות לא מהימן לומר גנובים והא ודאי ליתא דמ"ש הרא"ש בפרק כל הנשבעין דכיון דאומר גנובים אתרע לה חזקה דשאלה ושכירות מיירי התם להדיא בטוען שהוא עצמו גנבן כהך דינא דלעיל סי' צ'

סוף סעיף י"א ועלה מסיק ובמגו דשאלה ושכירות לא מחזיקינן אינשי בגנבי משא"כ הכא איפכא מסתברא דאדם אחר שהוא גנב גנבם ומכרם וכ"כ הרא"ש גופיה ובפ' כל הנשבעים גבי ספרא דאגדתא וז"ל במכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר כו' ואמאי בעי כולי האי להימניה במגו דאי בעי אמר שאולים הן בידך ואין האחר נאמן לומר לקוחים הן בידי דעשוים להשאיל ולהשכיר ולא שייך לומר אחזוקי' אינשי בגנבי לא מחזקינן שהרי אינו אומר שהוא גנבם אלא נגנבו ממני וכמה גנבי איכא בעלמא לכך נדחק רש"י לפרש דספרים אין עשוים להשאיל ולהשכיר ור"ת תירץ דיש ספרים עשויים להשאיל ולהשכיר ויש שאינן עשוים והדבר תלוי בראות עיני הדיינים עכ"ל הרא"ש הרי להדיא דעת הרא"ש להפך וגם הנ"י בפ' הגוזל בתרא מביא דברי הרא"ש אלו ע"ש וכן כתבתי לעיל ס"ס קל"ג בשם התוס' והרבה פוסקים ע"ש:

אלא הדבר ברור דס"ל להטור ונ"י (וכן משמע בנ"י דכתב אחר דברי הרמב"ם כתב הרא"ש וא"ת כו' וליהמני' במגו כו' משמע דהרמב"ם לא מיירי ממגו ואע"ג דבנ"י דפוס וינציא' איתא וכ"כ הרא"ש כו' פשוט הוא דט"ס הוא כדמשמע מפשט לשונו אלא צ"ל כמו שהוא בדפוס קראקא ושאר דפוסים ע"ש) דהרמב"ם לא מיירי כלל ממגו דהרי לא הזכיר כלל מגו. ומ"ש הרמב"ם או שהיה עשוי למכור כליו והיה מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר כו' קאי אויצא שם גניב' וכדמשמע מפשט דבריו וכמו שפי' ה' המ' דבריו דאל"כ הל"ל רבותא או שהי' עשוי למכור ולא יצא לו שם גניבה והי' מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר כו' ועוד דהרי בפ"ח מטוען כ' להדיא דבלא יצא לו שם גנבה אע"פ שהוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אין מוציאין מידו וכמו שהבאתי לשונו לעיל (או) א"ו איצא לו שם גנבה דכ' ברישא קאי ודלא כהסמ"ע והב"ח וס"ל להרמב"ם דלעולם אין מוציאין מידו אלא בדאיכא תרתי לטיבותא דהיינו שהבע"ה אינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה או שהי' עשוי למכור והיו כלים אלו מדברים העשוים להשאיל ויצא לו שם גנבה ואז נאמן אפילו היכא דלית מגו כגון דליכא עדי ראה דאז אי הוה טען המחזיק לקוחין הן בידי הי' נאמן במגו דהחזרתי אפ"ה כיון דאיכא תרתי לטיבותא מוציאים מידו ומחזיר לו הדמים דכי היכא דביצא לו שם גנבה ואינו עשוי למכור דמוציאין מידו דפשיטא דהיינו אפי' בדליכא עדי ראה והי' יכול לטעון החזרתי ה"ה בעשוי למכור והי' הכלים מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאיכא נמי תרתי לטיבותא והשתא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואינו עשוי למכור אע"פ שלא יצא לו שם גנבה נמי מוציאין מידו כיון דאיכא תרתי לטיבותא ומ"ש הרמב"ם בפ"ח מטוען דבלא יצא לו שם גנבה אין מוציאין מידו אפילו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר

מיירי בעשוי למכור ומ"ש הטור בדעת הרמב"ם אפילו לא יצא לו שם גנבה חד מתרי נקט ולא בא אלא לומר דלהרמב"ם איכא מעליותא בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אפילו ליכא מגי וה"ה דה"מ למימר אפילו עשוי למכור ויצא שם גנבה וכדאיתא ברמב"ם אלא דרבותא נקט ודוק (ומעתה ה' המ' והנ"י והטור כולם שוים בדעת הרמב"ם דמ"ש ה' המ' דקאי אויצא לו שם גנבה היינו משום דמיירי בעשוי למכור כליו אבל באינו עשוי למכור י"ל דס"ל דלא בעי' יצא לו שם גנבה לדעת הרמב"ם כיון דאיכא נמי תרתי לטיבותא):

והשתא קאמר הטור שפיר ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל כו' דבהרא"ש מוכח להדיא דהיכא דלית ליה מגו לא נ"מ בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובים אתרע לה חזקה דשאל' ושכירות (ואין להקשות דא"כ מאי מקשה הרא"ש בהנשבעין במכיר כליו וספריו ולהימני' במגו הא התם מיירי אפי' היכא דלית לי' מגו כיון דליכא עדי ראה דקושיא זו קשה בלאו הכי על הרא"ש ותוס' ופוסקי' דהרי הרא"ש כ' להדיא בס"פ המקבל דהיכא דליכא עדי ראה נאמן אף בדברים העשוי' להשאיל ולהשכיר לו' לקוח במגו דהחזרתי והוא פשוט ומוסכם מכל הפוס' ומוכח בש"ס פ' חז"ה א"ו צ"ל דהכי מקשים דה"ל לאשמועינן בפ' הגוזל דהיכא דאיכא עדי ראה לא בעי כולי האי כיון דמיירי בדברי' העשויים להשאיל ולהשכי' ודוק) ולא הוצרך הטור לבאר כאן דבאית ליה מגו כגון דאיכ' עדי ראה נאמן לטעון גנובים במגו דשאל' ושכירו' גם להרא"ש משום דבכל הסי' כאן לא מיירי מזה רק מיירי אפי' בדליכא עדי ראה ובמ"ש מיד אח"כ ולמעל' בסי' צ' כתבתי גנב שנכנס לבית חבירו והוציא כלים תחת בגדיו עכ"ל בזה כלל היכא דאית ליה מגו נאמן לו' גנובים במגו דשאל' ושכירות וכמ"ש לעיל סי' צ' ס"ק י"ט דהטור ס"ל שם הכי ע"ש ודוק:

והשתא ברור כשמש בצהרים דהרמב"ם והרא"ש פליגי לענין דינא דלא כמ"ש ב"י דל"פ דאפי' תימא דלהרמב"ם בעינן יצא לו שם גנבה אפי' באינו עשוי למכור מ"מ במ"ש דבדברים שעשוים להשאיל ולהשכיר מוציאין מידו אפי' עשוי למכור והיינו אפי' היכ' דל"ל מגו וכמו שהוכחתי למעל' וכדמוכח נמי להדי' מדבריו בפ"ח מטוען שהבאתי לעיל דחילק בין טוען שאולים לטוען גנובים בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואיכא עדי ראה אלמא דבטוען גנובים אינו נאמן אף ע"ג דאית ליה מגו דהי' יכול לטעון שאולים אלמא דלהרמב"ם ס"ל דמגו כי האי לא אמרי' וכמ"ש הרב המ' לדעתו א"כ ע"כ הא דכתב דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מוציאין מידו ע"כ לאו מטע' מגו אתי עלה ולהרא"ש היכא דליכ' מגו לא נ"מ בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובי' אתרע לה חזקה דשאלה ושכירות וזה ברור:

והשתא א"ש מ"ש מור"ם בהג"ה וי"א דכיון שהוא טוען גנובים כו' דאף ע"פ שהמחבר לא הזכיר דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מוציאין מידו אפי' לא יצא לו שם גנבה ואדרבא משמע מפשט דבריו דבעי' יצא לו שם גנבה וכמ"ש בב"י להדיא מ"מ גם בעשוי למכור כליו פליג הרא"ש דעשוי להשאיל ולהשכיר לא מעלה ולא מוריד כשטוען גנובים במקום דלית ליה מגו לטעון שאולים כגון דליכא עדי ראה דהדבר פשוט דבכל הסי' כאן מיירי בדליכא עדי ראה ואפ"ה ביצא לו שם גנב' בעיר ואינו עשוי למכור כליו מוציאים מידו וכן דעת הר"ן בפ' כל הנשבעין דהיכא דלית ליה להטוען מגו אינו נאמן לומר גנובים בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובים אתרע לה חזקה דשאלה ושכירות וכן היכא דאית ליה מגו וטוען שהוא גנבן מטע' דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן אא"כ הוא מוחזק כבר בגנב ע"ש בר"ן וכן עיקר ודלא כהעיר שושן שכתב רק כדברי המחבר דיש חילוק בין כלים העשוים להשאיל ולהשכיר וכתב וז"ל וכן אפי' אם הוא עשוי למכור כליו הואיל ודרך אלו הכלים להשאילן ולהשכירן והי' יכול לטעון ללוקח זה השאלתים או השכרתי' לך והוא אינו טוען כן אלא נגנבו ממנו וגם יצא לו שם גנבה בעיר כו' עכ"ל והא ליתא דודאי בכל הסי' כאן מיירי דהלוקח הי' יכול לטעון לקחתי ממך במגו דהחזרתי כגון דליכא עדי ראה ואפ"ה ביצא לו שם גניבה מוציאין ממנו ואם כדבריו דהטעם הוא משום מגו א"כ בלא יצא לו שם גנבה נמי וכמ"ש בס"ס קנ"ג בשם התוס' והגהות מיימוני והסמ"ג א"ו כדאמ' ועיין עוד בס"ס קל"ג מ"ש מדינים אלו ושם כתבתי כללי הדיני' בקצרה השייכים לכאן ע"ש. שוב ראיתי במהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' ל' האריך להשיג על הטור וכתב שהטור טעה בדברי הרמב"ם וכמ"ש הב"י גם כתב שטע' טעות גדול בדברי הרא"ש כי הרא"ש לא פליג על הרמב"ם ע"ש שהאריך ולפע"ד דברי הטור נכונים ואין כאן טעות כלל והדבר ברור דהרא"ש פליג על הרמב"ם וכמ"ש מיהו לענין דינא גם מהרש"ל שם מסכים לכל מ"ש וכתב ג"כ דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר נאמן במגו אפילו לא יצא לו שם גנב' ועשוי למכור כליו רק דבלא יצא שם גנבה אינו נאמן אלא בשבועה שלא מכרן וביצא לו שם גנבה אפי' בשבוע' אין נאמן והיינו כדברי הראב"ד בהשגות עיין שם: (שוב מצאתי בשלטי גבורים פ' כל הנשבעי' (דף שכ"ט ע"ב) שתמה ג"כ על הטור בזה וכתב כמה דברי' שאינם נראים לפע"ד והנלע"ד כתבתי):

סימן שנח

סעיף א

מותר ליקח מן האריס כו' מדברי התוס' פרק אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב) סוף ע"א והגהת אשר"י והגהת מרדכי שם מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אע"פ שיודע שחברו יתרצה אסור לאכלו דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ואע"ג דהשתא ניח' ליה מעיקרא לא הוי ניח' ליה ואי לאו דמסתפינ' הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ אמרי' מעיקרא באיסורא אתי לידי' דבמה יקנה אי ביאוש הא השת' אינו מתייאש ואלו הי' יודע שהוא אצלו לא מתייאש משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצ' א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמ' אינו מקפיד על זה ואע"ג דבש"ס שם מדמה תרומה וטומא' ליאוש שלא מדעת טעמ' אחרינ' איכא התם דלענין תרומה וטומא' ידיעה ממש בעינן ע"ש ודוק ועיין בס' אגודת אזוב דף ק"י ועיין בתשובת מהרי"ט סי' ק"ן:

סעיף ב

וי"א דדוק' לאחר שחלקו עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד ומדברי מור"ם משמע דמסתם אסור כו' ולי נראה דגם כוונת מור"ם כהטור וכ"כ הב"ח ופסק כן ע"ש:

סעיף ג

אין לוקחין מהנשים כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קצ"ח:

סעיף ד

כגון נשים שמכרו כו' עיין בתשו' מהרי"ט סי' קל"ט דף קפ"ה ע"ב ובתשובות מבי"ט ח"ב סי' רמ"ב:

סעיף ה

ואע"ג דשנוי החוזר כו' עיין בב"ח ס"ס ש"ס דפסק דלא כהרב המגיד וריב"ש ול"נ דאין הכרעתו מוכרחת בזה גם בישש"ש פסק כהרב המגיד:

סימן שנט

סעיף א

אסור לגזול או לעשוק בש"ס ריש ב"ק משמע דבגזלן חייב לשלם מעידיות כמזיק וכ"פ הרי"ף והרא"ש והנ"י שם וכן מהרש"ל שם סי' ו' וכן ה"ה לקמן סי' שפ"ה וסי' שפ"ח ס"ב ועמ"ש לקמן סי' ת"ך ס"ג:

סעיף ב

בין מעכו"ם. כ' הכ"מ דדייק הרמב"ם לכתו' אסור לגזלו או לעשקו גבי עכו"ם ולא כ' שעובר עליו לומר שאין איסור זה מן התורה ומדברי הרמב"ם ריש הל' גנבה שהעתיק המחבר לעיל ר"ס שמ"ח לא משמע כן וכן כ' מהרש"ל פרק הגוזל שמדברי הרמב"ם אלו וסמ"ג משמע שאסור מן התורה מיהו לענין דינא הכריע מהרש"ל שם כפירש"י בסנהדרין דאינו אלא מדרבנן ע"ש ועמ"ש לעיל ר"ס שמ"ח עיין בתשו' רמ"א ר"ס ט':

סעיף ג

ויש מי שאומר כו' ואע"ג דאמרינן לעיל ר"ס שמ"ח דאסור לגנוב ע"מ לשלם כפל התם מיירי בשאינו מזכה לו ע"י אחר דאם מזכה לו ע"י אחר לאו גנבה מיקרי כיון שהאחר יודע מזה כן נ"ל והב"ח תירץ בדוחק:

סעיף ד

ויזכה אותם לבעלים כו' ודוקא שידוע שזכות הוא לו כגון בדבר העומד לימכר אבל בחפצי ביתו לא כן כ' הטור ומשמע מדבריו דהרא"ש מיירי בכה"ג ובהכי ניחא דל"ק כל מה שהקשה מהרש"ל פרק הכונס סי' כ"ז על הרא"ש ובהכי ניחא נמי דהתוספות פרק הכונס ריש (בבא קמא דף ס"א) לא פליגי לענין דינא אהרא"ש ע"ש ודוק ונראה דמ"ש הטור בדבר העומד לימכר ר"ל שידוע בבירור שהבעל לא יחזיקנו בעצמו רק ימכרנו ודו"ק:

סעיף ה

הרי זה גזלן כו' הרב בס' בדק הבית לעיל סי' ל"ד כ' על דברי הרמב"ם אלו וז"ל ומשמע לי שאינו נפסל לעדות בכך משום דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי עכ"ל ולא ידעתי אמאי כ' כן בפשיטות דהא מדברי הראב"ד והרב המגיד והטור משמע דלהרמב"ם שם נפסל לעדות ומסכים הרב המגיד שם לדברי הרמב"ם וגם קשה בנכנס לבית חברו דהא הטור כ' לעיל ר"ס צ' בשם הר' ישעיה דמיפסל בהכי והביאו המחבר גופיה שם סעיף א' מיהו בחוטף משכון נראה דיפה כ' לדינא וכן מוכח מדברי רשב"ם פ' חזקת

הבתים (בבא בתרא דף ל"ד) וכ"כ ראב"ן להדיא בסי' כ"ו ד' י"ד ע"ג וע"ד ע"ש מיהו מדברי הראב"ד בהשגות ספ"ג מהלכות גזילה ומדברי הרב המגיד שם משמע דלהרמב"ם בהנך תרתי מיפסל לעדות אך שהראב"ד משיג שם עליו דלא הוי גזלן אלא בדאשתכח שאינו חייב לו ומביא הטור דברי הרמב"ם והשגת הראב"ד בקצרה ע"ש מיהו המגדול עוז שם מיישב דברי הרמב"ם דלא קראו גזלן אלא לקנותו להעמיד באחריותו ולא שיפסל לעדות ושבוע' ע"ש שהאריך וכן נראה עיקר לדינא עכ"פ בחוטף משכון ודלא כהסמ"ע ס"ק י"ב שנמשך אחר הבנת הראב"ד בהרמב"ם לענין דינא ודוק ומוכח בדברי רשב"ם וראב"ן שם אפי' בסתם חוטף משכון ואינו מברר שחייב לו לא מיפסל ע"ש ודו"ק:

סימן שס

סעיף א

ועשאו מטבע כו' ובאם עשו ממנו כלי כסף יש בו פלוגתא התוס' ס"ל דקנה והרשב"א חולק עכ"ל סמ"ע ולחנם הביא דברי התוספות דהתוס' עצמם מדמי לה לנסרים ועשאו תיבה למ"ד דשינוי החוזר הוי שינוי וא"כ אנן דקי"ל דשינוי החוזר לא הוי שינוי וכמ"ש הפוסקים והטור בנסרים וכה"ג א"כ ה"ה בעשה ממנו כלי לא הוי שינוי וכן הוא בראב"ן דף ך' ע"ב וכ"פ מהרש"ל ריש הגוזל וכן עיקר:

סעיף ב

צמר וצבעו. היינו בצבע שא"י להעביר וכמ"ש בס"ס שצ"ח עכ"ל סמ"ע וכוון למ"ש בהג"ה שם דשינוי החוזר אינו קונה וטפי ה"ל ללמוד ממ"ש הרמב"ם והט"ו בכאן סעיף ה' וגם בסעיף ז' בצבעו כתבו כן להדיא ומלעיל ס"ס שנ"ח אין ראי' כ"כ דהא ר' ירוחם ס"ל דשינוי החוזר (אינו) קונה ואפ"ה פסק דאע"ג דיכול להעבירו הוי שינוי מיהו לענין דינא לא נראה כר' ירוחם ולא מטעמא שהקשה בב"ח מנ"ל לחלק בין צביעה ללבון דזה ל"ק כלל דהא רבנן דפליגי עליה דר"ש ס"ל הכי דלבון לא הוי שינוי וצביע' הוי שינוי אפילו יכול להעבירו וכדאיתא בש"ס ריש הגוזל קמא ונראה שזהו טעמו של ר' ירוחם שפסק כרבנן אבל באמת נראה דהיינו דוקא למ"ד שינוי החוזר קונה אבל למאי דקי"ל דאינו קונה א"כ כשיכול להעבירו לא הוי שינוי וכן מוכח להדיא בתוס' פ' מרובה סוף (בבא קמא דף ס"ה) וכן הוא בראב"ן דף פ"ט ע"ב:

סעיף ג

או לבנו כו' תימה דבש"ס ריש הגוזל אמרי' דלבנו לא הוי שינוי כמו בראשית הגז וכ"פ המחבר עצמו בי"ד סי' של"ג ס"ג מיהו ברמב"ם לק"מ דכ' ונפצו ולבנו ובהלכות בכורים

פ"י גבי ראשית הגז לא כ' רק לבנו לחוד ונראה דס"ל דלר' חייא דקאמר דכבריה כברויה בגפרית היינו דבתר הנפוץ מלבנו וכ"פ הרא"ש וטור ומהרש"ל דדוקא בלבנו ע"י גפרית הוי שינוי אבל על המחבר שכ' או לבנו קשה וצריך לומר דט"ס הוא בספרי המחבר וכן בע"ש:

סעיף ד

אלא א"כ נשתנה שם הגזילה כו' טור. ובספר ת"ח חולק בלא טענה מוכרח' גם מה שהביא ראיה מהרמב"ם והמחבר שכתבו סתמא דשפוי מועיל דהוי שינוי ולא חילקו אינו ראיה דהא כתבו אח"כ בס"ט עד שנשתנה שמם כו' א"כ גם מ"ש ושיפן ר"ל שנשתנה שמם מחמת השפוי וכ"כ בע"ש הילכך אין לנו אלא דברי התוס' והרא"ש והטור והרב וכ"פ מהרש"ל:

סעיף ה

גזל אבנים וסתתן כו' דברי הר"ב נתבארו בדברי המחבר בסמוך סעיף ו' ולכאורה הם אך למותר וגם הם מגומגמין במ"ש או ליבנו בענין שאינו חוזר לברייתו וגם בב"ח כ"כ דהיכא שייך בליבון חוזר לברייתו ובטור איתא צמר ולבנו בגפרית או צבעו בענין שאינו חוזר לברייתו קנה עכ"ל וקאי רק אצבעו לחוד דאתי לאפוקי היכא דיכול להעביר הצבע ע"י צפון כדאיתא בש"ס ומ"ש ולבנו בגפרית היינו כברי' כברוי' דבש"ס דאל"כ לא הוי ליבון מעליא ולא הוי שינוי אפי' אינו חוזר ועיין בש"ס פ' הגוזל מוכח להדיא כדברי:

סימן שסא

סעיף א

אלא א"כ מכרו כו' עיין בסמ"ע ס"ק ה' ועמ"ש לעיל סי' שנ"ג ס"ג לדעת הרמב"ם ומ"ש בשם בעל המאור ע"ש:

סעיף ב

י"א דאם מכרו באחריות כו' אף שהנ"י כ"כ לא נהירא וכבר השגתי עליו לעיל סי' ל"ז סעיף י"ז ס"ק כ"ט ע"ש:

סעיף ג

או נתנו בטעות כו' וכ"ה בחדושי הרשב"א פ' הניזקין דף פ"א ע"ב מיהו איתא שם דאם נתנו לו על דעת חליפי שלו הוי שינוי רשות וכן משמע מדברי הרמב"ם והמחבר לקמן סי' שס"ט סעיף ה' ועיין בב"י שם מיהו מדברי בעל המאור פ' הגוזל בתרא דף מ"ג ע"א מוכח להדיא דאפילו בטעות הוי שינוי רשות ע"ש וגם הרמב"ם שם משמע דמודי ליה

בזה ע"ש ומיהו בתשובת רשב"א סימן תתקס"ח איתא לחד שנוי' דאפילו בחליפות לא הוי שינוי כיון שנתנו לו בע"כ ע"ש ומדברי הרמב"ם והמחבר דלעיל לא משמע כן וכל זה צ"ע:

סעיף ד

ואם אמרו הגדולים כו' ע' בסמ"ע ס"ק י"ב עד ואנן לא טענינן להו בדבר שאינו מצוי כ"כ רי"ו נכ"ו ח"ג עכ"ל והוא כדעת הרא"ש פ' הגוזל בתרא ע"ש אבל הרמב"ן בס' המלחמו' שם כ' דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי אלא מיירי שראוהו עתה לאחר מיתה ביד היתומים הילכך בשמא לא טענינן להו לקוח דאב גופיה כה"ג לא הוי מהימן אבל כשטוענין ברי נאמנים כיון שלא ראוהו ביד היתומים קודם שירדו לדין דהיו נאמנים לטעון אנו החזרנוהו נאמנים גם עכשיו במגו עכ"ד בקצר' וכ"כ הנ"י בשמו ובשם הרא"ה וכ"פ הריטב"א בפ' הכותב ומשמע שם בהרא"ש והרמב"ן דלטעמייהו אזלי במ"ש בפ' המוכר את הבית דס"ל שם להרא"ש דלא טענינן ליתמי נאנסו כיון דהיא טענה דלא שכיח ולהרמב"ן ס"ל התם דטענינן להו נאנסו דגם מידי דלא שכיח טעני' להו (מיהו כשטוענים ברי נראה דהרא"ש מודה להרמב"ן דנאמנים כל זמן שלא ראו עתה בידו קודם שירדו לדין או שראו לאחר מיתה) ע"ש משמע כן מדבריהם להדיא וא"כ למאי דקי"ל גבי נאנסו דהוי ספיקא דדינא כדלעיל סי' ק"ח ס"ד ה"ה הכא א"כ הד"מ והסמ"ע שכתבו כאן דברי ר' ירוחם לא כוונו יפה דודאי איכא דפליגי עליה והילכך מספיקא לא מפקינן מנייהו ודו"ק (וכ"ש לפמ"ש לעיל סימן ק"ח דנלפע"ד עיקר כהרמב"ן וסייעתו ע"ש):

סעיף ה

שעשה אבינו חשבון כו' ואפילו אמרו אבינו אמר לנו שעשה עמך חשבון נאמנים כדלעיל סי' רצ"ז בהג"ה:

סעיף ו

נאמנים כו' מיהו צריכים לישבע היסת לפי הטעם שכתבתי בסי' רצ"ז כיון שטוענים ברי ודלא כסמ"ע שם ס"ק י"ב ע"ש:

סעיף ז

אבל אם היו עדים שגזלו כו' טעמו משום דמגו דאנו החזרנו לך ה"ל מגו דהעז' טפי ממה שאמרו ידענו שעשה אבינו עמך חשבון ולא פש לך גביה עכ"ל סמ"ע והוא מדברי עיר שושן ולפע"ד לא כוונו יפה דהא ודאי אמרי' מגו בכה"ג כמש"ל סימן פ"א סכ"ג ובס"ס פ"ב בדיני מגו אות ו' ובסימן צ"ג ס"ב ע"ש וגרם להם זה מפני שחשבו שלדעת הי"א אפילו יכולים לטעון החזרנו לך אין נאמנים דאל"כ במאי פליגי וזה אינו דהא הי"א

הוא הטור ודבריו לקוחים מהרא"ש ר"פ הגוזל ומאכיל (ובב"י לא הביא דברי הרא"ש) ובדברי הרא"ש משמע להדיא שיש להם כל כח אביהן וז"ל ומיירי בלא ידעינן שבאתה הגזילה ליד אביהן אלא על פיהם דאלו הוי ידעי' בעדים שבאתה הגזילה ליד אביהן לא היו נאמנים לומר שאביהם שילם הגזילה כיון שידוע שבתורת גזילה באתה לידו ועודה בידו דאב גופא לא הוי מהימן למימר החזרתי' לך ולקחתי' ממך וכן בפקדון אם יש עדים שהופקד לידו וראו עדיין בידו לא מהימן לומר לקחתי ממך אלא באין עדים אלא על פיהם מיירי עכ"ל ומ"ש כיון שידוע שבתורת גזילה באה לידו ועודה בידו כו' ר"ל וידוע שעודה בידו וכדכתב אח"כ וראו עדיין בידו וכ"כ בס' מע"מ וז"ל ועודה בידו כלומר ביד יורשיו דמיירי דעדים ראוהו דלא יכול למימר החזרתי וכה"ג נמי בדידיה וכדמסיים דאב גופיה כו' עכ"ל וכן מוכח להדיא מדברי מהרש"ל שם סי' ו' שדעת הרא"ש כן שכתב דלא הוי צריך הרא"ש לאוקמי בהכי אלא לאוקמי באין גזל הקיימת ואפ"ה נאמנים שפיר במגו דהחזירה לך אבא או אנו החזרנו לך אף שיש עדים שבאתה הגזלה ליד אביהם עכ"ל וגם דעת התוס' דנאמנים במגו דהחזרנו ומביאם ב"י וכ"כ הבעל המאור והרמב"ן בס' המלחמות ר"פ הגוזל בתרא להדיא (וכ"פ מהרש"ל) ולמה נימא דהרא"ש פליג עלייהו בזה ומ"ש המחבר וי"א דה"מ כו' היינו משום דבש"ס איתא סתם נאמנים ואפשר לו' דאפי' ידוע שבאתה הגזלה לידי אביהן וידוע דעודה בידן אע"ג דלית להו מגו משום דטענ' עשה אבינו חשבון טענה מעליותא הוא ובאו הי"א לפרש דלא מהימני אלא במגו ודו"ק ע' בתשובת מהרי"ט סי' ט"ו ע"ב וקי"ב דף ק"מ קמ"א וברשד"ם סי' קצ"ח ור':

סעיף ח

וי"א שצריך. כ"כ הרב המגיד פ"ד מהל' גזיל' והריב"ש סי' שצ"ב בשם הרמב"ם ולפע"ד לא מוכח מהרמב"ם מידי ע"ש שוב מצאתי בכ"מ ג"כ דלא מוכח מהרמב"ם מידי ולענין דינא פשיטא דקי"ל דא"צ שכן דעת הר"ן פ' הנשבעין והנ"י פח"ה וכ"כ הריב"ש שם שרבו כמו רבו החולקים על הרמב"ם ושכן דעת הרמ"ה וכ"כ הריטב"א ר"פ האשה שנתארמלה שאע"פ שיש לדחות ראיית הרמ"ה מ"מ דינו אמת וכן דעת הראב"ד והרמב"ן וכ"כ בס' התרומות שער מ"ט וכ"כ ר' ירוחם נ"ג ח"ב בשם הפוסקים הנ"ל ובשם רשב"א וכ"כ הרב המגיד שכן דעת חכמי הדורו' שוב מצאתי בבדק הבית סי' צ' כ' ג"כ כיון דרבוותא סוברים דא"צ ואין הוכח' מהרמב"ם הכי נקטינן וכן עיקר לדינא וכ"כ בפשיטות בסמ"ע לעיל סי' ק"ז ס"ק ט"ו וכ"כ בתשובת דברי ריבות סי' רע"ו ודלא כב"ח שם שפסק דהוי ספיקא דדינא ע"ש:

סימן שסב

סעיף א
וי"ח דבעינן דוקא היאוש קודם שינוי רשות וכן עיקר וכמש"ל סי' שנ"ג ס"ג:

סעיף ב
הגוזל והשביח כו' ע' בס' החנוך מצו' קכ"ה:

סעיף ג
ואם תפס הנגזל כו' וכ"כ הרא"ש והטור עכ"ל סמ"ע טעות הוא דלא כ' הרא"ש כן גם מ"ש דבספיקא דתלמודא מודי' ליתא ואדרבה בספיקא דתלמודא ס"ל להרא"ש וטור דאפי' תפס מפקינן מיניה וכמש"ל סי' שמ"ו אמ"ש בס"ק ט"ו ולקמן סי' שפ"ח והאמת היא דהטור העתיק כאן ל' הרמב"ם וסמך עצמו אמ"ש לקמן סי' שפ"ח וש"צ וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' ו' וז"ל כ' הטור ואי תפס נגזל לא מפקינן מיניה וזו היא סברת רמב"ם אבל ר"י והרא"ש לא ס"ל הכי אלא אי תפס מפקינינן מיניה כאשר כתבתי בפ' כיצד סי' ה' והטור גופא כ' בסי' שפ"ח גבי מסור שכן דעת א"א הרא"ש ז"ל והכא לפום ריהטא כ' דעת הרמב"ם עכ"ל וכן מוכרח לומר לעיל בטור סי' ש"ב ס"ח שהעתיק דברי הרמב"ם וסמך עצמו אלקמן סי' שפ"ח וש"ץ ע"ש:

סעיף ד
והוציא עליה ופטמה כו'. אבל נתפטמה מאליה דינה כהוקרה וכדלעיל סי' שנ"ד ס"ד בהג"ה וא"כ אפי' אחר יאוש הוא של נגזל:

סעיף ה
אע"פ שנתייאשו כו' ומהרש"ל פ' מרובה סי' ז' (וכ"פ פ' הגוזל קמא סי' ד' וסי' ו') פסק דהיכא דנתייקר' אחר שנתייאש הוי של גזלן לפי שהי' גורס בטור אבל נתייאשו הבעלים קוד' שנתייקר' או נתפטמה מאליה הוי של גזלן וכ' שטעם הטור דס"ל דיאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים ושייך תקנת השבים בכה"ג ולפע"ד גירסא זו אינה נכונה אלא הגירסא היא בטור אפי' נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או נתפטמ' מאליה הוי של נגזל וכ"כ הב"ח דמ"ש בטור אבל נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או נתפטמה מאליה הוי של גזלן ט"ס הוא וצ"ל של נגזל עכ"ל וע"ש בטור מוכח כן מדבריו דאל"כ ברישא ה"ל לערבינהו וליתנינהו והכי ה"ל למיכתב אבל אם נתייקר' או נתפטמה מאליה כל זמן שלא נשתנית או שלא נתייאש השבח של נגזל כו' ומדכתב כ"ז שלא נשתנית השבח של נגזל אפי' נתייאשו הבעלים כו' משמע דלעולם היא של נגזל אא"כ נשתנית

וממ"ש הטור לעיל סי' שנ"ג דיאוש קונה מדרבנן אין ראיה דהא מהרש"ל גופא שם ובפ' הגוזל בתרא סי' כ"ז כ' דהרמב"ם סבר דיאוש לחידיה קנה מדרבנן ואפ"ה כ' הרמב"ם דנתייקר' אחר שנתייאש הוי של נגזל ש"מ דס"ל דנתייקרה שאני וכן משמע להדיא ממ"ש הטור לעיל סי' שנ"ד ס"ד גבי גנב דאם נתייקרה או נתפטמה משלם כדהשתא ולא חילק בין לפני יאוש או לאחר יאוש ובפרט דסתם גנבה יאוש בעלים הוא וכמ"ש סי' שנ"ג ועוד דאמאי נימא דהטור פליג על הרמב"ם בנתייקר' אחר יאוש וגם הסמ"ג עשין ע"ג ד' ק"ן ע"ב כ' כהרמב"ם וכ"כ ר"י נל"א ריש ח"ד וכן עיקר:

סעיף ו

אין אומרים יתן השברים כו' ע' בסמ"ע ס"ק כ"ג במ"ש ליישב קושיות המ"מ ואין לשון הרמב"ם והמחבר מורין כן ודו"ק:

סימן שסג

סעיף א

או שגזל מטבע ונסדק כו' ע' בתשו' רשד"ם סי' צ"ג:

סעיף ב

או שגזל עבדים כו' דעבדא כקרקע דמי והרי"ף הגיה בסוף ימיו דבעבדים והזקינו א"י לומר הרי שלך לפניך מדקי"ל כר' נחמן דאמר בפ"ק דב"ק דאין גובים מן העבדים וכבר חלקו כל הפוסקים עליו ובאמת בלאו הכי בע"כ צריך לחלק דכי יחלוק רב נחמן אכל הני דקי"ל דעבדא כמקרקע דמי לענין שבועה ואונאה וקנין ופדיון בכור וכמה דוכתי והנה התוס' פ"ק דב"ק דף י"ב ע"א כתבו דבכל מילי דאורייתא קי"ל דכקרקע דמי אבל במילי דרבנן כמטלטלי דמי לכך אין גובים מן העבדים דשעבוד' דרבנן ופרוזבל נמי דרבנן וקנין דאגב נמי דרבנן דקרא דערים בצורות אסמכתא היא וכ"כ הרא"ש פ' הגוזל קמא בשם רשב"ם ומביאו ב"י ס"א ואחריו נמשך מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ל"ג ופ' הגוזל קמא סי' ח' וכ"כ ה"ה פ' ג' מה"ג וז"ל טעם העבדים מפני שדינן כקרקע שאינו נגזלת והכי פסק רב בש"ס וכן עיקר וכבר כתבו המפרשים דבכל דין תורה דינם כקרקע עכ"ל ואין נ"ל כן דדוחק לחלק בין מילי דאורייתא למילי דרבנן דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ועוד דדוחק הוא לומר דקרא דערים בצורות אסמכתא הוא. ועוד דא"כ היכא קאמר התם בש"ס פ"ק דב"ק להך לישנא דאמר עבדא כמקרקעי דמי ל"ל עומדים בתוכה הא להך לישנא דעבדא כמטלטלי דמי תיקשי הכי דהא התם מילי דאורייתא הוא ואמת שהתוס' שם הרגישו בזה וכתבו דבלאו הכי פריך שפיר אבל לפענד"נ דלא

יתכן כלל לומר בכאן בלא"ה פריך שפיר דהא קאמר בהדיא דלהך לישנא דכמטלטלי דמי ניחא ולא פריך ליה אלא ממאי דקי"ל דלא בעינן צבורים ע"ש וגם בדעת הרמב"ם נלפע"ד דא"א לומר כמ"ש ה' המ' דא"כ יהי' טעמו דר' נחמן משום דשעבודא דרבנן והרי הרמב"ם פסק דשעבודא דאורייתא. וכן מוכח מכל הפוס' שהבאתי לעיל סי' ל"ט ס"ק ב' שפסקו שעבודא דאורייתא דלא כהתו' והרא"ש בזה שהרי כולם פסקו הך דר' נחמן ובאמת מוכרח לפסוק כר' נחמן דהא קי"ל הלכה כרב נחמן בדיני ועוד דהכי הוא מסקנא דשמעתא פ"ק דב"ק ועוד דהכי מסקי' להדיא בפ' יש נוחלין (בבא בתרא סוף דף קכ"ח) א"ל רבינא לרב אשי דרב נחמן מאי א"ל אין גובין מתנינן לה וכן אמר רב נחמן כו' וא"כ לפי דברי התוס' והרא"ש וה' המ' יהי' מוכרח לומר דקי"ל שעבודא לאו דאורייתא ותקשי לכל הפוסקים שהבאתי לעיל סי' ל"ט שפסקו שעבודא דאורייתא וגם הרא"ש גופיה כתב בכמה דוכתי דשעבודא דאורייתא וכן פסק מהרש"ל גופיה וכמ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ב' בשמו אלא נ"ל דאשכחן בכמה דוכתי דלענין ב"ח שאני דלא סמיך דעתיה עליה וא"כ הכא נמי נהי דעבדא כמקרקעי דמי היינו לענין דינין הכתובים בתורה אבל לענין סמיכת הב"ח כיון דיכול לברוח לא סמכ' דעתי' עליה וכמטלטלי דמי וכן לענין פרוזבל לא סמיך עליה וכן לענין קנין אגב לא סמיך דעתיה דלוקח לקנות בו המטלטלים כיון שלא עשה שום קנין במטלטלי' עצמן רק שיזכה בהן אגב העבד והעבד גופיה יכול לברוח ושוב עיינתי בפירשב"ם פ' יש נוחלין ונלפע"ד דגם כוונת רשב"ם כן ודלא כמ"ש הרא"ש בשמו וז"ל שם בדף קכ"ח ע"א ורב נחמן אמר אין גובין דנהי דאיתקיש לקרקעות כדכתי' והתנחלתם הני מילי לדברים הכתובים בתורה כגון לקנותן בכסף ובשטר ובחזקה ושלא לישבע עליהן ושאין בהן אונאה אבל לענין ב"ח כמטלטלי דמי דאין ב"ח סומך אלא על קרקעות שאין יכולים ליאבד ולא לזוז ממקומן אבל עבדים לא סמכה דעתיה הלכך לא משתעבדי ליה עכ"ל. וכ"כ הבעל המאור פ' י"נ דף רי"ח סוף ע"א ע"ש שהביא שם דברי רשב"ם הנ"ל אות באות וכ' שנראין דבריו ומ"ש הבעל המאור שם וההיא דאמר רב הלכה כרבי מאיר אף היא מדברים הכתובים בתורה ר"ל לאפוקי דלא שייך התם לו' דלא סמיך דעתיה וכן מ"ש הבעל המאור ודינא דעבדים בדבר שאינו מן התורה כמטלטלי דניידי כו' נ"ל דר"ל בדבר שאינו תלוי בדין תורה רק באומדן דעתי' אי סמיך עליה או לא וכ"כ הנ"י פי"נ וז"ל ב"ח גם לא יגבה מן העבדים אע"ג דאתקיש לקרקעו' כדנפק' לן מוהתנחלתם אותם וטעמ' משום דדוק' בקרקעו' שהוא דבר קיים הוא דב"ח סמיך עלייהו אבל לא במטלטלי' ועבדי עכ"ל וכ"מ להדי' מדברי הרמב"ן שכ' בספר המלחמו' פ' הגוזל קמא דף ל"ח ע"ב וז"ל אבל יותר נראין דברי הרי"ף הראשונים

שפסק הרב והרוצה לסמוך על העיקר יסמוך על דברי ר"ש הצרפתי הכתובי' בס' המאור הזה בפי"נ עכ"ל והרי הרמב"ן פסק דשעבוד' דאוריית' אלא וודאי כוונתו כמ"ש דשאני ב"ח ודכותי' דלא סמכי דעתייהו עליה ושוב מצאתי בנ"י פ' הגוזל קמא להדיא כדברי ע"ש במ"ש וכ' הרא"ה ז"ל כו':

סעיף ג

והזקינו נ"ל הא דנקט הזקינו ל"ד אלא ה"ה נשרפו ואינן בעולם כלל לדידן דקי"ל עבדי כמקרקעי דמי וכמו שהוכחתי לק' סי' שפ"ו ס"ק י"ג מן הש"ס והרמב"ם וה' המ' וסמ"ג ע"ש והראב"ד כ' בהשגות רפ"ט מה' גזיל' וז"ל ה"מ לענין כחיש' אע"ג דלא הדר גזילה מיה' בעינא איתא ואומר לו הרי שלך לפניך אבל מ"מ נגזלים הם ונקנים ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי ואמרי העבד שנשבה ופדאוהו לשם ב"ח ואחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל ונראה דאף דבמה דס"ל להראב"ד דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע והא בהא תליא נראין דבריו והיינו כדעת רש"י והתו' ר"פ לולב הגזול ושאר הרבה פוסקים לקמן ר"ס שע"א ולעיל סי' ל"ז סעיף י"ז (ועיין בב"ח שם סי' ל"ז ודלא כתוספות והרא"ש פח"ה מ"מ בהא דס"ל להראב"ד דכשנשרף העבד חייב אין דבריו נלפע"ד דהא עבד איתקש לקרקע והיאך נימ' דהוקש לחצאין לענין כחש דלא הדר' ולא לענין נשרף אלא ודאי משמע דאיתקש לגמרי לקרקע דברשותא דמארי' קמא קאי וה"ל כאלו לא גזלה הכי משמע פשט' דש"ס פ' הגוזל בתר' (בבא קמא סוף דף קי"ז) ופ' שבועות הפקדון (שבועות סוף דף ל"ז) והכי משמע נמי בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ז ע"א) גבי הא דקאמר בעשה בו מלאכ' פטור ואי ס"ד עבדא כמקרקעי דמי אמאי פטור ברשותי' דמארי' קאי ע"ש והא דאמרי' בהשולח (דף ל"ז ע"א) דעבד שנשבה כו' אחר יאוש לא ישתעבד וילפי' לה מדכתיב וישב ממנו שבי נראה דש"ה דגלי לן קרא דמהני בה יאוש אבל מ"מ ל"ש בתורת גזל' ועוד י"ל דגם בעבד גופי' לא מהני יאוש והתם דמהני יאוש היינו בעבד שנשבה במלחמ' שאני דגלי לן קרא דחזקת מלחמ' מהני ואפי' בקרקע גופ' מהני חזקת מלחמ' וכדילפי' התם מעמון ומואב טהרו בסיחון וכבר האריך הרשב"א בפ' השולח בחדושיו דף נ"ט סוף ע"א להוכיח כל זה ומשמע להדי' מדברי הרשב"א שם דאין יאוש לעבד כמו שאין יאוש לקרקע ושאני התם דגלי לן קרא דחזקת מלחמ' מהני וא"כ לפי זה ודאי אף נשרף העבד פטור הגזלן כמו בקרקע דעבד אינו נגזל כמו קרקע וכ"מ מדברי ראב"ן בפ'

הגוזל דף פ"ט ריש ע"ג וז"ל עבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך דעבדא כמקרקעי דמי אינו נגזל כמו קרקע דאינה נגזלת כו' וכן הלכה עכ"ל וכן נ"ל עיקר:

סעיף ד

מטבע ונפסל כו' והוא בעין דאל"כ משלם כשעת הגזלה דהיינו מטבע החדש' תו' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ז) ריש ע"ב ור' ירוחם נל"א ח"ד וכ"כ מהרש"ל סי' י"ב והוא פשוט:

סעיף ה

במדינ' זו כו' והתו' והרא"ש והטור ורבי' ירוחם שם פסקו דאפי' פסלתו מלכות א"ל הרי שלך לפניך וכ"פ בש"ג וכ"פ מהרש"ל שם (והיינו כהי"א שבהג"ה) וכ' שאפי' פסלו בכל המלכות שבעולם שאינו יוצאות כלל ע"ש:

סעיף ו

והרקיבו מקצתם כו' אבל הרקיבו כולם משלם כשעת הגזילה ש"ס וכתב בהג"א פי' שהרקיבו עם הכנימה אבל אם הרקיבו מחמת התולעת הרי הן כבריאי' והכי איתא בירושלמי מא"ז עכ"ל ר"ל דאל"כ אין טעם לחלק בין כולן למקצתן וק"ל ולפ"ז מ"ש בסמ"ע ס"ק א' אינו מכוון ודוק:

סעיף ז

הרי שלך לפניך. מה שפסק מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' ך' דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך רק גבי גזלן ולא גבי שומר אינו נראה לפע"ד וכל דבריו אינם מחווירין לפע"ד בראש מ"ש תימא בעיני שרישא דברי הכל וסיפא דמתני' הוי ר' יעקב כו' לא קשה מידי דהא לא אמרינן דרישא רבנן לחוד דנימא דמתני' אתיא כתרי תנאי אלא כולה מתני' אתיא כר' יעקב ורישא אתיא אפי' כרבנן וכן הוא סוגית התלמוד בכמה מקומות עצמו מספר וגם מדברי התוס' פ' שש"נ דף מ"ה מוכח להדיא דס"ל דסיפא ר' יעקב ורישא דברי הכל ע"ש והכי משמע לישנא דגמ' חמץ ועבר עליו הפסח כו' ולא קאמר מני מתני' ר' יעקב היא כו' אלא ודאי משום דהאי מתני' בלאו הכי ר' יעקב היא אלא דבחמץ ועבר עליו הפסח כו' בעי תלמודא לאשכוחי תנא דאמרי' באיסורי הנאה הרי שלך לפניך ומסיק דכ"ע מודו בהכי. עוד כ' מהרש"ל שם אלא נראה בעיני כו' אבל גבי גזלן לא שייך ה"ט כו' ע"ש שמחלק בין גזלן לשומר ומזיק ומלבד מה שאין השכל נותן דשומר ומזיק יגרע מגזלן לענין זה דבריו תמוהין שהרי להדיא מסיק בגמ' והשיב את הגזילה אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו כו' מאן שמעת ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן וקתני דחמץ ועבר הפסח כו' וכמדומה לי שמהרש"ל אגב

חורפיה לא ראה סוף הסוגיא וכן מוכח מסוגיא דפ' הנזקין וכל שאר דבריו אינן מחוזרין וכמו שהשגתי עליו בספרי:

סעיף ח

התוקף עבדו של חבירו כו' מוכח מסעיף זה וסעיף שאח"כ דמטלטלין דנגזלין אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן אפי' קיימא לאגרא פטור כיון דגזלן ברשות הגזלן הוי ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה ודוק וכן משמע לקמן סי' שע"א ס"ב:

סעיף ט

ואם בטלו ממלאכה אחרת כו'. עיין בסמ"ע ס"ק י"א עד ובדרישה כתבתי דאפי' הרי"ף דחולק בגוזל עבדים וס"ל דינו כמטלטלי וכמ"ש הטור בשמו בכאן דלא נטלו לשם גזל אלא לעשות מלאכתו מודה דצריך לשלם דמי בטילתו עכ"ל וצ"ע דבש"ס לא משמע הכי אלא נראה דכשחזר בו הרי"ף ופסק עבדי כמטלטלי חזר בו גם מהך דמייתי בתר הכי בתוקף עבדו וכ"כ בש"ג פ' הגוזל סוף דף ל"ה להדיא ובס' מע"מ פ' הגוזל קמא האריך בזה וכן בס' לח"מ פ"ג מה' גזלה האריך קצת בזה ואין להאריך בזה כיון דלענין דינא כל הפוסקים חולקים על הרי"ף וס"ל עבדי כמקרקעי וגם הרמב"ן בס' המלחמות נושא כליו של הרי"ף כ' בפרק הגוזל קמא שיותר נראין דברי הרי"ף הראשונים וכן עיקר:

סעיף י

ואם ירד לה בתורת גזל כו' עיין בס' מגדל דוד:

סעיף יא

הדר בחצר חבירו כו' עיין בתשוב' סי' תמ"ו ותס"ד ובתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"ט:

סעיף יב

צריך ליתן לשמעון שכרו כו' ואע"פ ששלמו ימי שכירתו כ"כ הרמב"ן בחדושיו פ' חזקת הבתים דף כ"ה ע"ד בחדושיו:

סעיף יג

האומר לחבירו דור בחצירי כו' והב"ח פסק דהמע"ה דבת"ה סי' שי"ז בשם מהרי"ח חולק ע"ז הביאו מור"ם ס"ס רמ"ו ע"ש בסמ"ע והיינו דוקא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר משא"כ בגברא דלא עביד למיגר גם הב"ח מודה דפטור מאחר דזה אינו חסרו מדעתו כן נ"ל ודוק בת"ה ובב"ח וע"ל סימן רמ"ו כתבתי דדברי ת"ה בשם מהרי"ח צ"ע עיין בי"ד סי' קס"ו:

סעיף יד

מי שהיה לו כו' כ' בס' ת"ח פ' הגוזל עצים וז"ל והא דלא מוקי לה כגון דגזל הצמר וצבעו בצבע שלו דמבעיא ליה אי אמרי' יש שבח סמנין ע"ג צמר וצריך הנגזל לשלם לגזלן דמי הצבע כשמחזיר לו הגזלה דגזלן שהשביח קנה השבח כדאמרינן לעיל או אין שבח סמנין ע"ג צמר מצי אמר ליה לית לך גבאי ולא מידי משום דבעי לאוקמי אליבא דכ"ע אפי' למ"ד שינוי החוזר לברייתו כגון גזל צמר וצבעו אע"ג דאפשר להעבירו ע"י צפון קני' וכיון דקני גזלן את הצמר א"צ להחזירו אלא משלם דמי הצמר כשעת הגזלה עכ"ל ולפי דבריו לדידן דקי"ל לעיל סי' ש"ס דלא הוי שינוי וכמ"ש בסעיף ו' ה"מ למבעי הכי וה"ל ספיקא דדינא אבל אין דבריו נ"ל אלא נ"ל דאפי' למ"ד לא הוי שינוי ולא קני' ליה גזלן מ"מ פשיטא דבכה"ג צריך לשלם לגזלן כדין יורד שלא ברשות השבח או ההוצאה ואין נ"מ בין יש שבח סמנים או אין שבח סמנים בזה ועיין בתוס' שם סוף דף ק' גבי מה שהקשו שם על הירושלמי מ"ש מיורד ברשות ובהרא"ש שם וע"ל ס"ס שע"ב ודוק:

סעיף טו

והוזל הצמר פי' שהוזל אח"כ דאם הוזל בשעת הצביעה חייב וכמ"ש לקמן:

סעיף טז

פטור ובנ"י פ' הגוזל כ' דהא לא אתיא אלא אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי אבל למאן דדאין דינא דגרמי דקי"ל כותיה חייב דהא אותבינהו בדוכתא דלא מצי למישקלינהו עכ"ל ואין כן דעת כל הפוסקים אלא נראה דכיון דבשעה שצבע הצמר היתה שוה כפי הצמר והסמנין אלא שאח"כ הוזל א"כ בשעת צביעה לא הזיקו כלל וליכא כאן גרמי דממילא הוזל אח"כ ואומר לו הש"ל וכן יראה להדיא מדברי בעל המאור שכ' דאוקימתא דצבע בהו קופא ליתא לדידן דדיינינן דינא דגרמי אלמא דאוקימתא דזל צבעא איתא אפי' לדידן וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות שם וז"ל אמר הכותב הבו ליה אפריון לבעל המאור ז"ל דהיינו דכ' רבינו הגדול ז"ל בעיא דזל צבעא פי' דזל לאחר שצבעו ולא כ' דצבע בהו קופ' עכ"ל ואולי הנ"י הבין דזל צבעא היינו בשעה שצבעו ודוק עיין בסמ"ע ס"ק כ"ז ומ"ש לעיל סי' שס"ב ס"ו:

סעיף יז

ואם תפס הנגזל כו' הטור מסיק בזה וכתב ז"ל אבל אם גזל סמנים שרוים וצבע בהן צמרו של הגזלן חייב לשלם דמי הסמנים ואפי' לא השביח עכ"ל והביאו בסמ"ע ס"ק כ"ז והוא מהש"ס פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"א ע"א) נימא לי' הב לי סמנאי דאפסדתינהו כו' ובב"י ובב"ח לא נרשם מאין הוציא הטור דין זה:

סימן שסד

סעיף א
מי שהעידו עליו כו' עמ"ש באורך לעיל סימן צ':

סעיף ב
ועל השאר נשבע היסת כו' ע"ל סי' פ"ז ס"ה:

סימן שסה

סעיף א
הגוזל כו' עיין בתשו' מהר"ש כהן ספר ג' סימן נ"ז:

סעיף ב
ומשלם גזלה לכל אחד ואו' והבעל המאור פרק הגוזל עצים ופ' המפקיד פסק כר"ט דמניח גזילה ביניהם ומסתלק ואע"פ שהרמב"ן בס' המלחמות השיב שם עליו מ"מ המעיין היטב יראה שאין הוכחה ברורה לסתור דבריו ונ"ל כונת בעל המאור שבכל הספרים לא גרסי' אלא אמר רבא שאני מתני' כו' ומאן דגרס אלא הוא משום דסבר דכר"ע נמי אתי מתני' וליתא אלא ס"ל לש"ס דלא מיתוק' מתני' כר' עקיבא דאפי' לא נשבע ובאו עדים נמי כך נ"ל כוונתו שרצונו להקשות כן לר' עקיבא ודוק. ומ"ש הרמב"ן שם וז"ל ומקצת הנוסחאות שאין בהם אלא אין להקפיד עליהם ויש לנו כיוצא בהם הרבה בש"ס במסכת פסחים פ' אלו דברים אמר רב הונא ברי' דרב יושיע הב"ע כגון שהפרישו קודם חצות ודחייה והדר גרסי' א"ר פפא הא מני ר' אליעזר היא ושם בפסחים בפ' ואלו עוברין הב"ע שבשלו בעצי מוקצה ובפ' שנים אוחזין ואי בעית אימא בשבח המגיע לכתפים כו' וראוי הי' לומר אלא עכ"ל אין מכל זה ראיה דבהך דסוף פ' אלו דברים (דף ס"ג ע"ב) איתא בהדיא אלא אמר רב פפא וכן בפירוש רש"י שם בפשיטות וכן בפרק אלו עוברין שם (פסחים דף מ"ז ע"ב) איתא אלא וגם מה שהביא מפרק שנים אוחזין אינו ראיה כ"כ ע"ש. וגם בתוס' פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ד ע"א) כתבו להדיא דלהספרים דלא גרסי' אלא לא אתי מתני' כר' עקיבא וע"ש. גם מ"ש הרמב"ן שם שהבעל המאור טעה במה שהביא ראיה מדברי רבינו האי גאון לפע"ד ליתא אלא המעיין הטוב בדברי רבינו האי גאון שם ספר מקח וממכר שער ל"ט יראה דס"ל כבעל המאור דאל"כ לאיזה צורך הביא כל הך סוגיא דועוד מותיב רבא מעשה בחסיד אחד כו' אלא לעולם מתני' ר"ט כו' וגם למה לא הביא שנויא דרבא דשאני מתני' כיון דידע למאן גזליה כו'

וגם ל"ל למימר דהיכא דנשבע בין לר' טרפון בין לר"ע חייב להחזיר לכל א' וא' אלא משמע דס"ל דמסקנת הש"ס דמתני' כר"ט וע"כ הוצרך להביא ראיה דאף לר"ט חייב בנשבע וכן משמע להדיא בבעל הלכות גדולות דף צ' ריש ע"ד דמסקנת הש"ס דמתני' כר"ט וע"ש ועוד נ"ל דאפי' לגירסת הספרים דגרסי אלא אמר רבא י"ל דלא הדר אלא אמאי דקאמ' דר"ט מיירי דוקא בלא נשבע ומוד' בנשבע מטעמא דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו אלא ר"ט מיירי אפי' בנשבע וכמו שפי' רש"י ושאני מתני' כיון דידע למאן גזליה ואודי ליה מיפטר והא דמחייב במתני' בנשבע היינו משום דבעי כפרה ולא מיכפר ליה עד דמטי לידי' אבל לא הדר ממאי דקאמר דמתני' אתא כר"ט ולא כר"ע ועוד דאפי' אתי מתני' כר"ט וכר"ע דלמא הלכה כר"ט ומ"ש הרמב"ן דקי"ל הלכ' כר"ע מחבירו נגד ר"ט אף שכ"כ ג"כ הרי"ף והרא"ש בכמה דוכתי מ"מ אינו מוכרח כ"כ דהא בש"ס פ' הכותב (כתובות דף פ"ד) ע"ב אמרי' לחד אי בעית אימא דס"ל לרבי יוחנן דר' טרפון רבו הוה והלכה כר"ע נגד ר"ע ואף דקאמ' התם בש"ס דקאמר ר' יוחנן על ריש לקיש מה אעשה שכנגדי חלוק עלי היינו שלא יכול לבטל דבריו אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ומכ"ש הכא דאיתא להדיא בש"ס פ"ה האשה שלום דטעמא דר"ע הוא משום דקניס כיון דעביד איסורא א"כ כיון דר"ע לאו דינא קאמר אלא קנסא דלמא בהא לא קי"ל הלכה כר"ע מחבירו ואפשר שזהו כוונת הנ"י פ' המפקיד שכ' בשם הראב"ד והר"ז ז"ל דכיון דר"ע לא מחייב אלא משום קנס א"כ האידנ' דלא דייני דיני קנסות קי"ל כר"ט דלכאור' קשה דהא ודאי קנס כזה שייך גם האידנ' אלא י"ל שכוונתם כמ"ש וא"כ נראה נהי דרוב הפוסקים פסקו כר"ט מ"מ מצי הגזלן המוחזק לו' קים לי כהבעל המאור ורב האי גאון והלכות גדולות והראב"ד ז"ל כן נ"ל:

סעיף ג

והם חולקים ביניהם כו' כ"כ הרמב"ם ור' ירוחם ומשמע דמדינא חולקים ולא אמרי' יהא מונח עד שיבא אליהו דליכא למימר דחולקי' כשיסכימו שניהם דא"כ מאי קמ"ל פשיטא ועוד דא"כ גם בפקדון לעיל סי' ש' וכן במקח לעיל סי' רכ"ב ס"ב אמאי לא אשמועינן הרמב"ם והמחבר דחולקין כשירצו ועוד דהא הרמב"ם ס"ל דכל היכא דתנן יהא מונח עד שיבא אליהו היינו שיהא מונח בידו וכ"כ ר"י וכמ"ש בסי' רכ"ב שם וא"כ אמאי כתבו כאן נותן מנה א"ו הכא דינא הוא דנותן מנה וחולקי' ולא אמרי' יהא מונח עד שיבא אליהו דדוק' לעיל סי' ש' וסי' רכ"ב דתבעי לי' ודאי חד מנייהו רמאי אמרי' הכי משא"כ הכא כיון שהם עצמם אינם יודעים שנגזלו א"כ ליכא רמאי לכך חולקים וע' בש"ס ובאשר"י ריש פ' שנים אוחזין ודוק:

סעיף ד
אלא על פיו כלו' וגם עכשיו אינם יודעים בברי:

סעיף ה
אם בא לצאת ידי שמים כו' ובפקדון כה"ג אף לצאת י"ש פטור כדלעיל סי' ש' סעיף י' בהג"ה מטעם דהמפקיד עצמו ה"ל למידק כמ"ש הרא"ש פ' המפקיד וכ' בספר מעדני מלך שם הטעם לחלק בין פקדון לגזל הייגו שסובר גברא אלמא הוא דגזליה ולא שכיח דהדר ולכך לא תבע ליה עכ"ל וקשה לי על דבריו דע"כ ה"ה כשלא תבעו מתחלה רק אחר שאומר שגזל לאחד מהם אומר כל אחד אותי גזל נמי דין תבעי ליה יש לו דלא תלי בתבעי ליה תחלה כלום רק כשטוען הנגזל או המפקיד ברי כדמוכח בש"ס פרק המפקיד ובפוסקים שם וא"כ בגזל נמי ע"כ מיירי שגם עכשיו אינו טוען ברי וא"כ לא שייך לו' שסובר גברא אלמא הוא כו' שהרי הוא רואה שרוצה להחזיר אלא נ"ל דגזלתי דומיא דאביו של אחד מכם הפקיד אצלי קתני דהיינו גזלתי לאחד מכם ואיני יודע להכי לא קתני אחד מכם הפקיד אצלי מנה משום דכשהפקיד ודאי יודע וה"ל כתובעו עכשיו ולפ"ז כשידוע לו שגזלו בפניו וידע מזה ואינו יודע לאיזה מהן גזל ולא תבעי ליה עכשיו מניח גזלה ביניהם ומסתלק ופטור אף לצאת י"ש ודוק:

סעיף ו
חייב לשלם לכל אחד מהם מנה אחר שישבע כל אחד:

סעיף ז
נותן לכל אחד מאתים אחר שישבע כל אחד וכ"כ רבי' ירוחם נל"א ריש ח"ד והוא פשוט ואם גם הם אינם יודעים יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו כ"כ ר' ירוחם ונ"ל הא דלא אמרי' בכאן חולקים ביניהם כמו דבסמוך משום דכיון דכל חד תובע במנה א"כ יש לחוש לרמאי דאמאי ידע ממנה ולא ידע מאידך מנה ולפ"ז אם כל אחד אומר איני יודע מהגזלה כלל דינא ג"כ דחולקין כאן כמו בסמוך ודוק:

סעיף ח
גזל לאחד ואינו יודע אם החזיר כו' ע"ל סימן ע"ה סעיף י' שם כתבו הטור והמחבר דינים אלו:

סימן שסו

סעיף א

אין מקבלין ממנו כו' וכתב בספר חסידים סימן תתרפ"ז דוקא כשהנגזל אין חייב לאחרים אבל אם הנגזל חייב לאחרים ואין לו מה לפרוע יש לקבל כדי שיפרע לבעלים חובות שלו ע"כ:

סימן שסז

סעיף א

אם חזר והודה אע"פ שבא לצאת ידי שמים אינו חייב לרדוף אחריו כן איתא להדיא בש"ס פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ד) כ"ש כשלא הודה רק שבאו עדים שגזל לו אינו חייב לרדוף אחריו רק שיודיענו:

סעיף ב

אינו חייב לרדוף כו' כ' הסמ"ע דהיינו מפני תקנת השבים ולא נהירא דבש"ס משמע דמדינא אינו חייב לרדוף אחריו אלא דבנשבע כיון דצריך להביא קרבן להתכפר לא סגי עד דמטא לידי' וה"ה האידנא אע"ג דאין קרבן מ"מ אינו יוצא ידי כפרתו עד דמטא לידי' וכ"כ הרא"ש:

סעיף ג

עד שיבואו ויודיע אותם משמע מדברי הטור והרא"ש דצריך לשלוח להודיעו במקום שהוא שם וכ"כ הב"ח לדעת הטור וגם הסמ"ע כתב שלכאורה משמע כן מל' הטור רק שכתב דמל' הרמב"ם והמחבר משמע דלא ס"ל הכי אלא שיהא בידו עד שיבואו מעצמן ומור"ם שהוסיף לכתוב ויודיע אותם כונתו שבבואם לעיר הגזלן אזי הגזלן מודיע אותם שכך וכך גזלם ושיטלם מידו כי הוא יתן להם עכ"ל וכ"כ בב"ח לדעת הרמב"ם וכן נראה מדברי מהרש"ל ותוספות י"ט שהבאתי לקמן לדעת הרמב"ם נלפע"ד דגם הרמב"ם והמחבר מודים דצריך לשלוח להודיע לו ולא באו אלא לו' דאינו חייב לרדוף אחריו וזה שהגיה הרב ויודיע אותם וכן משמע בע"ש ע"ש וכן משמע לפע"ד בש"ס ריש דף ק"ד גבי האי דקאמר כיון דידע למאן גזלה ואודי ליה כמאן דאמר ליה יהיו לי בידך דמי כו' משמע דוקא דאודי ליה שהודיעו ואז כמאן דא"ל יהיו לי בידך דמי דאל"כ חייב לצאת ידי שמים לכ"ע ולפ"ז צריך לעשות כל מה דאפשר שיודיע לו דכל זמן שאינו מודיע לו אינו יוצא ידי שמים לרבי טרפון ולר"ע אף מדינא חייב ודוק:

סעיף ד

ויודיע אותם כתב הב"ח דהטור מפרש הא דמסיק רבא בש"ס (ריש דף ק"ד) כיון דידע למאן גזלי' ואודי ליה כו' הלכך נשבע כו' דדוקא בהודה לו קודם שהלך למדי אבל בכפר בו ולא הודה בפניו אלא לאחר שהלך למדי הודה בפני ב"ד אע"ג דאינו חייב להוליכם אחריו למדי מ"מ צריך שיודיענו לומר כך וכך גזלתיך כו' ע"כ ולחנם דחק די"ל דהטור מפרש בלא הודה לו בפניו אלא דס"ל דנהי דא"צ להוליך אחריו למדי מ"מ צריך שיודה לו ויודיענו וכמש"ל. גם מה שנראה מדבריו דאף בהוד' לו בפניו כשנשבע צריך להלוך אחריו למדי ליתא ואישתמיטתי' דברי התוספות דף ק"ד ע"א שכתבו וז"ל ומיהו אין נראה דמיירי הכא כשהודה בפניו דא"כ אפי' נשבע נמי א"צ להוליך אחריו למדי ויכול להביא כפרה דכיון דהוד' לו בפניו והניחו בידו והלך הרי הוא כהפקידו בידו ואמאי יהא צריך להוליכו אחריו אלא ודאי מיירי כשהודה שלא בפניו אלא בפני עדים עכ"ל עמ"ש לקמן:

סעיף ה

אבל אם נשבע כו' כת' הסמ"ע ס"ק ד' דכתיב לאשר הוא לו יתננו כו' ובנשבע לשקר מיירי כו' וכ"כ בע"ש וליתא דבש"ס מסיק טעמא דנשבע כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה ואולי מפרשים דש"ס מפרש טעמא דקרא אבל לא היו צריכים לזה ודוק:

סעיף ו

מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתובעו. הוא ל' הרמב"ם וכ"כ הסמ"ג דף קל"א ע"ד וכ' התוס' י"ט דלפ"ז באינו נשבע אפי' להודיעו א"צ משמע דסובר דלהרמב"ם בנשבע סגי כשיודיענו וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל סי' ל"ה לדעת הרמב"ם ולא נ"ל דהא כ' חייב לרדוף אחריו כו' אלא נ"ל שר"ל דאף שמודיעו אינו בא זה לתובעו שחושב מאחר שכבר נשבע ונתייאשתי לא יחזיר לי אע"פ שמודיע לי. מיהו תימה למה המציא טעם חדש מלבו דהא בש"ס משמע להדיא דטעמא הוא כיון דנשבע ובעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה וכ"כ הרא"ש ומהרש"ל שם ולפ"ז אפי' יודע הגזלן בבירור שלא נתייאש צריך להוליך אחריו ולא סגי כשמודיע לו ודברי הרמב"ם והסמ"ג והמחבר צ"ע:

וכותב מהרש"ל שם דאפי' הודיעו לו וזהו שלח לו יהיו לי בידך אפ"ה כיון דנשבע לא סגי עד דעביד השבה מעליא ע"כ. וכן משמע בש"ס גבי הא דקאמר התם הלכך נשבע אע"ג דקאמר ליה יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה. מיהו היינו דקאמר ליה הכי ע"י שלוחו אבל בפניו לא דכיון שהניחו בידו והלך לו הרי הוא כהפקידו בידו וכמ"ש לעיל בשם התוס':

סעיף ז
השליח בעדים כדלעיל סי' קכ"א ס"ב:

סעיף ח
וא"צ לומר אם נתן לב"ד שיצא והיינו דוקא כשנותן לב"ד שישלחוהו לידו מתי שירצו ולא שהשליח או הב"ד ישמרו בידם עד שיבוא דוקא בעצמו ובזה ניחא הא דכתבו התוס' דף ק"ד ע"א דבנתן ביד ב"ד מהני וכ"כ מהרש"ל שם סי' ל"ה לדעת התוס' ובדף ק"ג ע"א הקשו על פירש"י אלא ודאי לא הקשו אלא על מה דמשמע מפירש"י דהשליח ב"ד שומר' בידו עד שיבוא הנגזל. ובזה מיושב מה שהקשה מהרש"א בדברי התוס' דף ק"ד בד"ה אמר כו' וע"ש ודוק ועיין בסמ"ע ס"ק ו':

סעיף ט
לפיכך נותן הגזילה ע' בסמ"ע ס"ק י"ב עד ולא כהב"י כו' ולא ידעתי מי הגיד לו זה דגם בב"י אינו מפרש דברי התוספות כהרמב"ם אלא בפי' לבניו או לאחיו אבל במה שהרמב"ם מפרש ואם אינו רוצה בו אין לו כו' אין לו חבר להתוס' עמו וכמבואר בתוס' שכתבו להדיא לוה ואח"כ נותן לבניו כו' וזהו דלא כהרמב"ם ואין לזה גילוי דעת בב"י וכ"מ גם מ"ש לו שבב"ה כ' שתוס' לא ס"ל כהרמב"ם כו' עיינתי שם ולא כתב מזה כלום באשר שפשוט הוא רק ששם כתב שקושיות הטור אינה קושיא על הרמב"ם וכ"כ בכ"מ בפי' לבניו או לאחיו שלא כסדר הוא דגם התוס' מפרשים כרמב"ם ושקר אמרו לו וברור ודוק ואפשר דכוונת הסמ"ע בזה שלא כב"י שמשוה פי' רמב"ם ותוס' אהדדי ואינו נכון:

סימן שסח

סעיף א
המציל מיד לסטים עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קנ"ז:

סעיף ב
וסתם גנבה הוי יאוש אפי' בעכו"ם באמת הרב נמשך אחרי הטור דלסטים היינו גזלן ובזה יש חילוק בין עכו"ם לישראל אבל בגנב סתמא הוי יאוש אפי' בעכו"ם כן כתב הטור לדעת הרא"ש אבל באמת דברי הטור תמוהים שהרי הרא"ש לא העתיק אלא הש"ס ובע"כ מוכרח לו' כמ"ש הטור בשם י"א דבגנב יש חילוק בין עכו"ם לישראל דבעכו"ם לא הוי סתמיה יאוש ובגזלן אפי' ישראל סתמא לא הוי יאוש ע"ש. ולסטים דבש"ס והרמב"ם (וסמ"ג) ושאר פוסקים היינו גנב וכן מוכח בש"ס פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד ע"א) להדיא דלסטים דהתם היינו גנב דקאמר אי ר' שמעון קשיא גנב וכן פי' רש"י שם

אלא דרבה בעי למימר דלסטים היינו גזלן ולא קי"ל הכי (והכי אשכחן נמי בש"ס ספ"ק דביצה דלסטים סתמא היינו גנב דקאמר התם לא קשיא הא דמנטרי מחמת גנבי והא דלא מנטרי מחמת גנבי מהו דתימא רוב גנבי ישראל נינהו ולא מזלזלי בהו קמ"ל ע"כ) וכן מוכח בכמה הוכחו' מדברי הרמב"ם אלו שהעתיק המחבר כאן דלסטים היינו גנב ומוכסין היינו גזלן וכדאי' בש"ס שם ודוק. ועוד תימה לפי הבנת הטור הא דפליגי ר"ש ורבנן וקי"ל כרבנן (דסתם גניבה הוי יאוש בעלים וסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ולא כר"ש דס"ל להפך) היינו בעכו"ם וכמ"ש הב"י והב"ח והא ודאי ליתא דהא לענין טומאה פליגי והיינו בישראל ועוד דא"כ היכא בעי למיפשט התם דרבי דקאמר גנב כגזלן היינו כגזלן דר' שמעון אכל הנך דמייתי התם הא כולהו מיירי בגזלן ישראל ובהא אפי' רבנן מודו לדעת הטור דסתמא הוי יאוש. וכן מסיק התם ממאי דתני ר' חייבים להחזיר מפני כבוד אביהן הא לאו כבוד אביהן לא ש"מ רבי גזלן דר"ש קאמר ש"מ ואם איתא הא התם בגזלן ישראל שאני אלא ודאי פלוגתא דר"ש ורבנן נמי בישראל מיירי ועלה קאי ר' וקאמר אומר אני גנב כגזלן וא"כ אנן דקי"ל כרבנן דר"ש סתם גזלן דישראל לא הוי יאוש וסתם גנבה הוי יאוש ואם כן הא דקאמר בש"ס לעיל אמתני' דהמציל מן הלסטים ל"ש אלא עכו"ם אבל לסטים ישראל בסתמא נמי מייאש לסטים דהתם היינו גנב וכדמוכח התם בש"ס להדיא וכ"כ בעל המאור פ' הגוזל בתרא וז"ל ומאי דאמרי' דקי"ל כרבנן דאמרי סתם גנבה הוי יאוש ה"מ בגנב ישראל אבל בגנב עכו"ם דדייני בגיאות' בסתמ' לא הוי יאוש עד דשמעינן דמייאש כדתנן המציל מן הלסטים אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ואוקימנא בלסטים עכו"ם אבל בלסטים ישראל סתמא הוי יאוש וסוגיא דשמעתין מוכס היינו גזלן לסטים היינו גנב עכ"ל (וכן הוא בתשו' הרשב"א סי' תתקס"ח ע"ש) ואף הרמב"ן בספר המלחמות שם לא נחלק עליו בזה וברור הוא דגם דעת הרא"ש כן וכ"כ התוס' פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד ע"ב) להדיא דגנבים עכו"ם מסתמ' לא מייאש כיון דדייני בגיאות' כדאמ' לעיל עכ"ל ומביאם ב"י לעיל סי' שנ"ז וכן מוכח להדיא מדברי ר' ירוחם שכ' נל"א ח"ג סתם גנבה יאוש בעלים הוא אבל לא סתם גזלה עד דשמעינן דמייאש קמא פרק י' עד כאן לשונו ואחר כך כ' בחלק ד' נטלו מוכסים חמורו או לסטים כסותו ונתנו לו אחר גזול הרי אלו שלו דמסתמא מייאש בלסטים ישראל אבל בלסטים עכו"ם מסתמא לא מייאש כו' סתם גזלן לא הוי יאוש בעלים עד דשמעינ' דמייאש עד כאן לשונו וכן מוכח דעת הרי"ף שלא הביא פלוגתא דר"ש ורבנן רק הביא הא דאמרינן בש"ס לא שנו אלא בלסטים עכו"ם אבל ישראל במסתמא הוי יאוש. אלא ודאי ס"ל כדפי' ולכך לא הוצרך להביא פלוגתא דר"ש ורבנן דאי לאשמועינן דסתם גנבה בישראל הוי

יאוש הוא מבואר בש"ס הנ"ל ואי לאשמועינן דסתם גזלה לא הוי יאוש כבר כתב זה בפ' האיש מקדש דלית דחש לדר"ש דאמר סתם גזלה הוי יאוש בעלים. וע"ק על הטור אמאי דאמרי' בר"פ לולב הגזול ל"מ קאמר ל"מ שאול דלאו דידיה היא אבל גזול אימא סתם גזילה יאוש בעלים הוא וכדידיה דמי יקמ"ל ומייתי לה הרא"ש בפ' הגוזל בתרא שם ומייתי מינה ראיה דק"ל כעולא דר"ש ורבנן בשתמא הוא דפליגי ולא כרבא דאמר בידוע פליגי אלמא דסתם גזילה אפי' בישראל לא הוי יאוש בעלים. ועוד ראייה מדאמרי' פ' האיש מקדש (קידושין דף נ"ב ע"א) ההיא איתתא דהוי קא משיא כרעא במשיכלא דמיא אתא ההוא גברא חטיף זוזי מחבריה ושדא לה אמר לה מיקדשת לי אתא לקמיא דרבא אמר לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים הוי: ומייתי לה הרי"ף והרא"ש התם. ואע"פ שהב"ח הרגיש בזה וכתב דהך דפ' האיש מקדש לא מיירי אלא לענין קידושין דאורייתא. מ"מ לא נהירא כלל דהרי כל הפוסקים כתבו סתמא דאינה מקודשת כלל משמע אפילו מדרבנן וכן משמע לישנא דלית דחש לדר"ש דאפי' מדרבנן אינה מקודשת. ועוד דאין טעם לדבר כלל לומר דמדרבנן סתמא הוי יאוש דבשלמא לעיל בסי' שנ"ג שפיר אמרי' דאף על גב דמדאורייתא יאוש כדי לא קני מדרבנן קני דהפקר ב"ד הפקר אבל לענין סתמא כיון דאמרי' דסתם בני אדם דעת' שאין מתייאשים מן הגזיל' היאך יאמרו חכמים דסתמ' הוי יאוש וכי ישנו חכמי' דעת בני אדם וגם לא מצינו בשום פוסק סבר' דמדרבנן סתמ' הוי יאוש. ועוד דמ"מ ק' כל שאר הקושיות שהקשתי לעיל על הטור אלא העיקר כדפי' וגם הטור גופיה כתב בסי' ל"ז סי"א גבי עדות ושמעי' לנגזל דאייאש קודם שנמכר כו' משמע להדי' דוק' שמעי' דאייאש הא בסתמ' לא הוי יאוש אע"ג דמיירי בגזלן ישראל וכ"כ בסי' שס"א ס"ד אבל סתמ' קי"ל סתם גזיל' לא הוי יאוש בעלים כו' ומשמע התם להדי' דמיירי בגזלן ישראל. וגם בתשו' רבינו מאיר במרדכי פ' הגוזל בתרא משמע להדי' דבגנב עכו"ם מסתמא לא הוי יאוש ומפרש לסטים היינו גנב וכמ"ש אך מ"ש שם דהתוספת' מיירי באנס ישראל לכאורה צ"ע דמה בכך הא גזלן אפי' ישראל בסתמ' לא הוי יאוש וצ"ל דה"ק מיירי באנס ישראל ואתיא התוספת' כר"ש אבל אי הוה מיירי באנס עכו"ם הוה אתי' דלא כמאן דמשמ' ליה דאפי' ר"ש מוד' דבעכו"ם לא הוי בסתמ' יאוש כי היכא דלרבנן בגנב ישראל דהוי סתמ' יאוש וגנב עכו"ם לא הוי בסתמ' יאוש ה"ה גזלן לר"ש דגזלן לר"ש הוי כמו גנב לרבנן ודוק. וכל מה שכתבתי נ"ל ברור ולא הוצרכתי להאריך רק מפני שהטור כאן אגב ריהטיה לא דק ונמשך אחרי הרב מהרמא"י והסמ"ע לא הרגיש כלל בדבר ואדרבה כתב לעיל סי' שס"א ס"ק ד' כדברי הטור וגם הב"ח לא כוון יפה. וגם בשלטי גבורים פרק הגוזל בתר' דף מ"ד ע"א כתב וז"ל

מיימ' פרק ו' מה"ג וסמ"ג עשין ע"ג והרא"ש וטור ח"מ סי' שס"ח כתבו דגנב בין יהיה הגנב ישראל בין יהיה הגנב עכו"ם בכל ענין הוי בסתם יאוש בעלים וגזלן ולסטים אם הם ישראלי' הוי נמי בסתם יאוש בעלים אבל גזלן ולסטי' עכו"ם לא הוי בסתם יאוש בעלים כו' והטור כתב בשם י"מ כו' עכ"ל וכ"כ הש"ג פרק אלו מציאות ד' ע"א ע"ב וז"ל מיהו הא דאמרי' דסתם גזלה לא הוי יאוש איכ' פלוגתי' אי הוי אפי' בגזלן ישראל או דוק' בלסטים עכו"ם דרוב הפוסקים הסכימו דלסטים ישראל הוי כגנב דסתמ' הוי יאוש בעלים וגנב נמי פליגי אי דוק' בגנבי ישראל הוי בסתמ' יאוש בעלים או אפי' בגנב עכו"ם כדלעיל עכ"ל וגם בב"ח כ' כן בשם הרמב"ם והרא"ש: ולפע"ד כולם שגו וטעו דודאי דעת הרמב"ם והסמ"ג והרא"ש כדעת הי"מ שהביא הטור ואי אפשר לחלוק על הי"מ ודבריהם נכונים וברורי'. שוב ראיתי במהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' כ"ז כתב להדי' כדברי ע"ש שהאריך בדברי' נכוני' רק מ"ש שם להוכיח דפלוגת' דר"ש ורבנן איירי בישראל דאל"כ מאי פריך תלמודא לרבה ממתני' דנטלו את חמורו נימא דמתני' איירי בישראל דהא רב אשי דקאמר ל"ש אלא לסטים עכו"ם כו' דוק' אסיפ' ולא ארישא עכ"ל נלפע"ד דאינה הוכחה די"ל דלענין ידוע שנתייאש אין לחלק בין עכו"ם לישראל ועוד די"ל דבלא"ה משני שפיר אבל מה שכתבתי למעלה היא הוכחה גמורה ודוק ועיין בתשו' ר' משה אלשיך סי' קי"ב:

סימן שסט

סעיף א

דינו כלוקח מן הגנב כו' שאם הוא גזלן מפורסם צריך להחזירו לבעלים והוא יתבע לגזלן ואם אינו מפורסם עשו בו תקנת השוק שנוטל דמיו מן הנגזל ומחזיר לו הגזלה והנגזל חוזר ותובע מן הגזלן עכ"ל טור וכ"כ הרמב"ם ספ"ח מהלכות גזלה שם וכ"כ הרב המגיד שם וכ"פ ר"י נל"א ח"ד וכ"כ הרא"ה בס' החנוך מצוה רל"ו וכן נראה להדיא מדברי תשו' מהר"מ שבמרדכי ס"פ הספינ' ע"ש וכ"פ בעה"ת שער מ"ט חלק י"ג וכתב ג"כ שכ"כ הראב"ד ע"ש ועיקר דלא כמ"ש ב"י סי' שנ"ו בשם הרשב"א וכ"כ הריב"ש ס"ס שצ"ג בשם קצת מפרשים דבגזלן אע"פ שאינו מפורסם לא עשו בו תקנת השוק דקול יוצא לגזלה וה"ל כגנב מפורסם ע"ש:

סעיף ב

ואינו יודע בודאי שזו גזולה כו' עיין בסמ"ע ס"ק ח' עד כי כן ס"ל להרי"ף כו' נ"ל שצ"ל להראב"ד או להרמב"ן עיין בטור סי' שנ"ג וב"י שם:

סעיף ג
וי"א דאפי' המוכס ישראל כו' עיין בתשובת רשד"ם סי' קצ"א:

סעיף ד
וכן מלך ששם מס כו' עיין בב"י במה שחולק על הנ"י ומדברי מהרש"ל פ"י דב"ק סי' כ"א מבואר שפוסק כנ"י ועיין בתשובת רמ"א סי' פ"ו דף קע"ג ע"ג ודוק מיהו אישתמיטתי' למהרש"ל שם דברי הטור שבסי' זה (ס"י) וגם הרמב"ם רמזו במ"ש בכל שנה כו' ע"ש:

סעיף ה
וכן מלך שכעס כו' עיין בתשו' ן' לב ס"ד דף ס"ד וברשד"ם סי' נ"ה ובתשו' רמ"א סי' ק"ט:

סעיף ו
וכל שיקח מאיש זה כו' עיין בתשו' ר"מ אלשיך ר"ס ס"ה וסי' ס"ז דף קכ"ב ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן פ"א:

סעיף ז
ואם חקק כו' עיין בתשוב' מהרא"ן ששון סימן קצ"ג ובתשו' ן' לב ס"ג סי' ק"י:

סעיף ח
אלא במסים כו' עיין בתשו' רשד"ם סי' רכ"ד:

סעיף ט
והעכו"ם מכר השטר כו' ה"ה אם נתן במתנה לישראל ויש לו עדים וראי' שנתנו לו כ"כ בתשו' מהר"מ מלובלין סי' כ"ב באריכות ע"ש:

סעיף י
דלא אמרי' דינא דמלכותא כו' ע"ל ס"ס ע"ד:

סימן שע

סעיף א
הגוזל נחיל דבורים כו' עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' רכ"א:

סימן שעא

סעיף א
קרקע כו' וה"ה עבדים שהוקשו לקרקעות וכמ"ש לעיל סי' שס"ג וה"ה שטרות וכמ"ש לקמן סי' שפ"ו ס"ק י"ג ע"ש:

סעיף ב

אפי' נמכרה כו' ונתייאשו כו' ואע"ג דדעת התו' והרא"ש פרק ח"ה גבי ולוקמה בגזלן ריש דף מ"ד דיאוש מהני לקרקע כדאי' בירושלמי מ"מ נמשך הטור אחר דברי הרמב"ם משום דכן דעת רשב"ם פ' ח"ה שם וכ"ד רש"י ותו' והגה' אשר"י ר"פ לולב וכ"פ הסמ"ג דף קנ"ב ע"א ובהגהת מיימוני ספ"ח מה' גזלה וז"ל גרסי' בירושלמי וכי קרקע נגזלת א"ר אילא אעפ"כ יש יאוש לקרקע ואין הש"ס שלנו סובר כן ע"כ והיינו הנך רבנן דהגוזל בתרא (סוף דף קי"ז) דסתם מתני' כוותייהו כל זה הוא מדברי הב"ח לעיל סי' ל"ז סעיף י' וכאן בסי' זה ודבריו נכונים אך מ"ש והיינו הנך רבנן דברייתא כו' לא נהירא דהא קאמר בירושלמי אע"פ שקרקע אין נגזלת יש יאוש לקרקע ורבנן לא קאמרי אלא דאין נגזלת אם כן אף לרבנן קאמר הכי בירושל' אלא מ"ש ש"ס שלנו ר"ל סוגי' דר"פ לולב הגזול וסוגי' דפ' ח"ה שם גבי ולוקמה בגזלן מוכח התם כפי' רשב"ם כי פי' תוס' שם דחוק וכן הוא בתוס' ר"פ לולב הגזול ע"ש:

סעיף ג

כגון ששטפ' נהר. אפי' עקרה לגמרי או שירד עליה אש ושרפה לגמרי דכיון דבא ההפסד מאליו ברשות הנגזל הוא וכמ"ש לקמן סי' שפ"ו ס"ק י"ג:

סעיף ד

אינו משלם אלא כשעת הגזילה. ואם עשה מלאכה בכלי ונהנה אפי' קיימא לאגרא פטור וכדלעיל סי' שס"ג ס"ג:

סעיף ה

ואכל פירותיה או דר בבית או השכירה ולקח השכר וכה"ג צריך לשלם מה שנהנה ממנה וע"ל סי' שס"ג סעי' ו':

סעיף ו

חייב להעמיד לו שדה אחרת כמות' ע"ל סי' שפ"ז ס"ק א' שהעליתי דדין זה קנס הוא מדרבנן ונ"מ לענין שאם מתלא קנסו בנו אחריו ועוד נ"מ בזה ע"ש:

סימן שעב

סעיף א

ואם עמד הגזלן בדין ונתחייב לשלם כו' והוא בענין שאין הגזלן יכול לומר פרעתי דאל"כ אינו גובה מנכסים משועבדים כמו שהוכחתי לעיל סי' ע"ט ס"ק ל' ואפי' גזל בעדים הא קיי"ל דא"צ להחזיר לו בעדים וכמ"ש לעיל ס"ס שס"א:

סימן שעג

סעיף א
גזל שדה כו' עיין בתשו' מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' כ"ז דף קי"א:

סעיף ב
עם שאר השבח אפי' לא פירש לו השבח דאחריות ט"ס הוא בין בקרן בין בשבח:

סעיף ג
ושאר השבח מנכסים בני חורין עיין מזה לעיל סי' קט"ו ס"א:
כתב בכלבו סי' קכ"ג אות י"ב וז"ל ראובן קנה משמעון חומש בזקוק והוסיף והוציא בנקודה ובמסורה והשביחו ועמד על ג' זקוקי שנתייקר ואח"כ נמצא גזול ביד המוכר וטרפו הנגזל מיד ראובן הלוקח וחזר ראובן על שמעון לתבוע הכל דין הוא שישלם שמעון ג' זקוקים כרב דאמר המוכר שדה שאינו שלו אפי' שבח יש לו כן פסק רבא עכ"ל והוא מדברי ראב"ן פ"ק דמציעא ד' צ"ג ע"א ואין דבריו נראין לי דהך דפסק רבא פ"ק דמציעא דוקא בקרקע הוא אבל לא במטלטלים וכדאית' פרק הגוזל קמא ובתוס' שם ובהרא"ש פרק קמא דמציע' עיש ודו"ק וכן לעיל שנ"ד ובסי' שס"ב ס"ח בהג"ה ע"ש:

סעיף ד
אלא הקרן בלבד וקרן מיהא שקול אף שידע שגזלה וכן במטלטלים הדין כן וכמ"ש הב"ח והאריך בזה וכבר כתבתי בזה לעיל סי' שנ"ו:

סעיף ה
ומפסיד שאר השבח כו' כתב הסמ"ע ס"ק ה' דבשבח דממילא כ"ע ס"ל דאינו נוטל אבל בשבח שע"י הוצאה פליגי דהרי"ף ס"ל דנוטל דמי ההוצאה וידו על התחתונה וכדמסיק המחבר והי"א והרא"ש ס"ל דגם בזה אינו נוטל כמ"ש מור"ם בהג"ה עכ"ל וכבר השגתי על זה לקמן ס"ק ז':

סעיף ו
אין לו מההוצאה כו' ע' בתשו' מהר"ש כהן ס' ב' סי' פ"א ובתשו' מהרשד"ם סי' רס"ד:

סעיף ז
וי"א דהואיל וידוע שאינו שלו הפסיד אפי' ההוצא': אף שהטור כתב כן הוא תמוה לפע"ד דהלא אפי' הגזלן עצמו נוטל ההוצאה וכמ"ש הטור גופיה בס"ס הקודם והוא פשוט כמ"ש ה' המ' וב"י בס"ס הקודם גם מ"ש הטור כן בשם התוס' והרא"ש הוא תמוה לפע"ד דלא אמרו התו' והרא"ש אלא דאין לו שבח היתר על ההוצא' ופליגי על הרי"ף

במה דמשמע לי' להרא"ש מדבריו דאפי' השבח היתר על ההוצאה נוטל כיון דבא השבח מחמת הוצאה ולא השבח ממילא (ודלא כמו שהבין הטור מדבריו) והיינו דכתב הרא"ש דלא נטל שבחא מטעם דכיון דקרקע אינה נגזלת לא עביד רבנן תקנתא דליקנינהו ואי בשבח שכנגד הוצאה לא צריך לתקנתא דרבנן דליקנינהו אלא שלו הוא נוטל כדין יורד שלא ברשות דנוטל ההוצאה לכ"ע אע"ג דלא קני לארעא והיינו נמי דמסיים הרא"ש וכן כתב הרז"ה והנה ז"ל הרז"ה בס' המאור וכל דברי הרי"ף ז"ל בזו השמועה אינם נכונים כו' דאפי' שבח דמחמת הוצאה לית ליה מהנגזל לעולם אלא הוצאה שיש שבח כנגדה וההוא דאמר רבא מה שהשביח מכר מה שהשביח הוריש לענין גזילת מטלטלים אתמר דגזלן קונה בשינוי ואין זו ראיה לגזלת קרקע דקרקע אינה נגזלת וכ"כ ה"ר אפרים עכ"ל וכן משמע להדיא בתוס' פ' הגוזל קמא ע"ש בדף צ"ה ע"א ד"ה דאתא בעל ארעא כו' ובדף צ"ו ד"ה כל זכות כו' ועור דהא כתב הרא"ש שם לעיל מיניה כשני עמודים לפני זה וז"ל והדין דינא דלוקח בהדי נגזל וגזלן היכא דזבין לוקח ארעא מגזלן ולא ידע שהיתה גזולה ואשבח ואתא נגזל ואפקן מידא דלוקח שקול נגזל לכולא שבחא ושיימינן לשבחא אי הוה יותר על ההוצאה שקול ההוצאה מנגזל כדין יורד שלא ברשות ומותר השבח שקול מגזלן ואם ידע שהיתה גזולה אין לו אלא הוצאה בלבד מנגזל ואעפ"י שידע שהיא גזולה יהיב ליה נגזל הוצאה כמו יורד שלא ברשות ומותר השבח לא שקיל מגזלן כדפסק רבא בהכיר בה שאינו שלו דאין לו שבח עכ"ל הרי להדיא דההוצאה נוטל עכ"פ ולדעת הטור נצטרך לומר דלעיל כתב כן לשטת הרי"ף וזה דוחק גדול אלא הדבר פשוט דההוצאה נוטל עכ"פ לכ"ע וכן משמע להדיא בבעל העיטור במאמר אחריות דף י' ע"ב שהביא שם דברי הרי"ף והשיג עליו ככל השגות הרז"ה והרא"ש באריכות וכתב שכ"כ ה"ר אפרים ע"ש ואח"כ כתב בריש עמוד ג' הכיר בה שאינו שלו ולקחה אפי' יש לו לגזלן קרקע או קנו מידו אין לו אלא הוצאה מנגזל בלבד ושאר שבחא פסיד ליה כדרבא דאמר הכיר בה שאינו שלו ולקח' מעות יש לו שבח אין לו אלא הוצאת שבח מנגזל הדין הוא דינא דלוקח מגזלן עכ"ל הרי להדיא דהוצאה שקיל מנגזל עכ"פ לכ"ע: וגם מ"ש בב"י אחר דברי הרא"ש דהרמב"ם בפ"ט מה' גזילה (הם דבריו שהעתיק המחבר כאן) הם כדברי הרי"ף וכן הלכה עכ"ל אינו נכון דאדרבה דעת הרמב"ם כהרא"ש אלא שי"ל שהרמב"ם סובר דהרי"ף מיירי בשבח שכנגד הוצאה וכמו שמפרש הרמב"ן בספר המלחמות דברי הרי"ף כן ומ"מ זכינו לדין דשבח שכנגד הוצאה נוטל עכ"פ מהנגזל ודלא כהטור והר"ב וכ"כ ר' ירוחם נל"א ח"ד בפשיטות דההוצא' נוטל מהנגזל ע"ש (וכ"כ המרדכי ר"פ הגוזל קמא) וכן עיקר:

סעיף ח
אינו גובה מהם כלום עיין בתשו' ר"מ אלשיך סימן כ"ג:

סימן שעה

סעיף א
היורד לתוך שדה חבירו כו' עיין בתשוב' מהרא"ן ששון סימן רכ"ד:

סעיף ב
א"ל בעה"ב עקור אילנך כו' עיין בתשו' מהרי"ט סי' ק"ל דף קכ"ט:

סעיף ג
וידו על העליונה כו' והרא"ש והטור חולקין ע"ז:

סעיף ד
מיהו אם א"ל תחלה עקור אילנך כו' הג"ה זו שייך אחר סעיף ב' וכן משמע בסמ"ע:

סעיף ה
בעל בנכסי כו' עיין בתשו' רמ"א סימן פ"ו דף קע"ה:

סעיף ו
ודוקא אם החורבה כו' עיין בתשו' רשד"ם סימן רכ"ז ורמ"א וסי' ש"ל:

סעיף ז
כל מי ששמין לו כו' עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' רל"א:

סימן שעז

סעיף א
מי שהיתה דרך הרבים כו' עיין בתשו' מהרא"ן סי' כ"ט דף קמ"א ע"א ובתשובות מהרשד"ם סי' תס"ג:

סימן שעח

סעיף א
ודוקא שאינו אנוס כו'. הל' מגומגם וכך הל"ל וי"א דוקא שאינו אנוס גמור דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע דאין חילוק וכ"כ הרב המגיד דלהרמב"ם אין חילוק:

סעיף ב

שאינו אנוס גמור כו' עיין מ"ש לקמן ריש סי' שפ"ו דנראה דוקא כשהזיק בלא מתכוין אבל מי שמזיק במתכוין אפי' אונס גמור חייב כמו נרדף ששבר את הכלים לקמן סי' ש"פ סעיף ב' וע"ש:

סעיף ג

אע"פ שלא כוונו כו'. ע"ל סימן תכ"א ס"ה בהג"ה:

סימן שעט

סעיף א

ואם עמד לתקן משאו כו'. וביש"ש פ"ג סימן כ"ב פסק דפטור אא"כ ידע דעמד לכתף ע"ש ולא נהירא דמ"ש ממ"ש בסעיף ב' דאם בעל הקורה ראשון ועמד לכתף פטור דאף דגם שם לא ה"ל למידע לבעל חביות שיעמוד הראשון ודו"ק:

סימן שפ

סעיף א

האומר לחבירו קרע כסותי כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ש"ו ובתשו' רשד"ם סי' נ' ושמ"ה ותל"ה ועיין בש"ג פרק המפקיד דף ע"ט סוף ע"א:

סעיף ב

או אחר א' מהעריות כו'. ל' הטור בין חייבי כריתות בין חייבי מיתות ב"ד או אחר זכר לרבעו כו' ור"ל ואע"ג דבחיוב כריתות אין על הרודף חיוב מיתת ב"ד מ"מ פטור על שבירת כלים דקלב"מ שמתחייב בנפשו בידי שמים עכ"ל סמ"ע וכל זה תמוה דסוגיי' דעלמא לאפוקי מדר' נחוני' בן הקנה ולא אמרי' קלב"מ אלא בחייבי מיתות ב"ד כדאית' בכתובות ד' ל' ובשבועות דף ל"ג ובכמה דוכתי וכ"פ כל הפוסקים בהרבה מקומות ועוד דאפי' ר' נחוניא מודה הכא דמעידנא דרדף חייב בתשלומין כדאיתא בכתובות שם מעידנא דאגבי' קני' כדלעיל סי' ש"ן ולקמן סי' שפ"ה אלא הדבר פשוט דהכ' ה"ט דמתחייב הריג' שהרשות להנרדפים להרגו להציל עצמן בנפשו וכן מוכח להדיא בש"ס פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ז) ובסנהדרין דף ע"ד ע"א וכן פירש"י שם להדיא וזה שכ' שכיון שרדף התיר עצמו למיתה ולדבריו קשה ל"ל רודף וזה ברור וכ"כ הגאון אמ"ו בגליון סמ"ע שלו:

סעיף ג
ומצוה רבה עשה כו' עיין בתשו' רשד"ם סי' שד"מ ושפ"ט:

סעיף ד
וי"א דוקא שטוענין כו' עיין בסמ"ע ס"ק ט' עד כשאחד או שנים מבני הספינה שהטעינו בספינה באחרונה הן הן שהכבידו בטעינתן כו' היינו כששכרו לספן באחרונה אבל אם שכרוהו בשוה ביחד לא הפסיד זה האחרון כן נ"ל וכל הישובים שם בסמ"ע דחוקים ויפה כוון הנ"י שמהרמב"ם משמע דבכל ענין פטור ולכך השיגו ראב"ד וכ"כ רש"ל פ"י דב"ק סי' נ"ב ע"ש:

סעיף ה
אבל אם אינה טעונה כו'. אין לשון זה מדוקדק דלדין זה כ"ע מודים:

סעיף ו
להכניס חמורים כו' דהיינו שאין דרכן לקפוץ:

סעיף ז
חייב. וכ"פ מהרש"ל פ"י דב"ק סי' נ"ב וע"ש וכן עיקר ודלא כהעיר שושן שכתב וי"ח:

סעיף ח
דאז החמור כו' אין ל' זה מדוקדק אלא בעל החמור מקרי רודף:

סימן שפב

סעיף א
שור כו' ואילן כו'. חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים כו' משמע מדברי הרמב"ם והמחבר אלו שקנס הוא זה ולא דינא דאי ס"ל דינא הוא פשיטא שחייב ליתן לו י' זהובים כמו שחייב ר' גמליאל גבי כיסוי וכדמשמע בפוסקים שהבאתי לקמן דחד דינא אית להו אלא ס"ל דקנס הוא שקנס ר"ג לפי ראות עיניו וא"כ הכל הוא כפי מה שיראו הדיינים וכ"כ הסמ"ג ד' קמ"ח סוף ע"א חייב לשלם כמו שיראו הדיינים וכן משמע עוד ממ"ש הרמב"ם והמחבר אח"כ גבי כיסוי ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב כו' וכן ממ"ש וכן הורו שכל כו' ובשלטי גבורים פרק החובל דף ל"ד ע"א כ' דנראה מסוף דברי הרמב"ם דדינא הוא מאחר שכ' שהורו כן בכל המצות אלמא גמרינן מיניה ולפע"ד לא משמע כן מדברי הרמב"ם ומה שהקש' הרי"ף ס"פ החובל על האיכא מ"ד דקנסא הוא א"כ היכי יליף רב מיניה לשור ואילן. חתני הנבון ה"ר מאנש השיב ע"ז דהא שפיר י"ל רב לטעמיה דס"ל בפ' הניזקין (ריש גיטין דף נ"ב) גבי מטמא ומדמע ומנסך דמקנסא

ילפי' (הג"ה ולשמואל בש"ס שם לא ילפי' וס"ל לאיכא מ"ד דקי"ל כשמואל בדיני ולא ילפי' מקנסא וכמ"ש הרמב"ן בדיני גרמי שלו) ועיין מה שכתבתי בזה לקמן סימן שפ"ה ס"ק א'. והבאתי שם עוד ראיות דמקנסא ילפינן:

מיהו י"ל דכוונת הרמב"ם דלכ"ע דינא הוא אלא דבברכה נהי דחייבו ר"ג ליתן י' זהובים מ"מ במצוה אפשר שאינו נותן י' זהובים רק כפי מה שיראה לדיינים ואח"כ כתב יש מי שהורה כן בכל המצות ומ"ש הרמב"ם ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב כו' ר"ל אע"ג דדינא הוא מ"מ קנס הוא כמו שאר קנסות הכתובים בתורה שקצובים הן והם דין תורה ולא קנסא דרבנן שאינן קצובים וכן נראה מהרב המגיד שזה היא דעת הרמב"ם וע"ש וכן משמע בר' ירוחם שכתב בספר אדם נתיב ט"ו ח"ד גבי כיסוי וז"ל ומתוך דברי הרמב"ן נראה שאינו שוה י' זהובים אלא הברכה אבל מצוה בלא ברכה לא וכן נראה דעת קצת זולתו ואחרים כתבו שכל מצוה שוה י' זהובים והביאו ראיה מפרק החובל גבי שור ואילן וכן פסק שם הרי"ף כו' ע"כ ונראה שמ"ש הרמב"ן ט"ס הוא וצ"ל הרמב"ם ומ"מ אין זה מוכרח וי"ל שדעת הרמב"ם כמו שכתבתי:

ועכ"פ נראה ברור דמ"ש הרמב"ם והמחב' ויש מי שהורה כו' וכן הורו שכל כו' קאי אכל מה שהזכירו מקודם דהיינו בשור ואילן ג"כ וכן משמע בהרי"ף והרא"ש ס"פ החובל דחד דינא אית להו ובכולהו משלם י' זהובים וכ"פ מהרש"ל פ' החובל סי' ס' ע"ש וכ"פ הרשב"א בחדושיו ס"פ כיסוי הדם וז"ל ואסיקנא דשכר ברכה י' זהובים וה"ה למצוה בלא ברכה כדאמ' בפרק החובל בשור העומד להריגה ואילן העומד לקציצה וכלן שכרן שוה עשרה זהובים שאין שמין את המצות להקל ולהחמי' אלא כך כולן שכרן עכ"ל וכ"כ הר"ן שם וקשה לי על הטור שכ' חייב לשלם כפי מה שיראו הדיינים שהרי הרא"ש פסק דדינא הוא ועוד שהרי הוא עצמו כ' אח"כ גבי כיסוי חייב ליתן לו י' זהובים וכן הדין בכל מצות עשה שהוא עליו לעשות וקדם אחר ועשא' ומנע את זה מלעשות חייב ליתן לזה י' זהובים וא"כ אמאי כ' כאן כפי מה שיראו הדיינים הלא גם זה מצות עשה הוא כדלקמן סי' תכ"ז סעיף ח' וצל"ע:

סעיף ב

אבל נאמן לו' לא הזקתי כו'. כלו' לא עשיתי לך היזק בזה כגון שפטר החובות שלו ואומר שבלאו הכי נמי לא היו משלמים וכה"ג ועיין מ"ש לעיל סי' קע"ו סי"א בהג"ה ומ"ש שם:

סעיף ג

והוא י' זהובים בש"ס פרק כיסוי הדם (דף פ"ז ע"א) מסקינן דהוא שכר ברכת הכיסוי ובברכת המזון חייב מ' זהובים בעד ד' ברכות. ובספר לחם חמודות פרק כ"ה ריש ד' קצ"ב הביא דברי הר"ן דבשכר מצוה נמי משלם והקשה עליו כיון דשכר מצוה בכיסוי איכא ישלם המצוה והברכה וצ"ע עכ"ל ולק"מ דכדברי הר"ן מוכח בש"ס ס"פ החובל ובתוס' שם ושאר הרבה פסקו שכולם כתבו להדיא דבשכר מצוה נמי משלם י' ובכיסוי לא משלם אלא י' ע"ש בדבריהם וכ"כ מהרש"ל פ' החובל סי' ס' אלא ודאי ה"ט דכיסוי דכיון דאי אפשר לברכה בלא מצוה אין משלם על המצוה:

וכתבו התוס' פרק כ"ה וא"ת דהל"ל נ' זהו' דהא איכא ברכת פרי הגפן וי"ל דסבר כמ"ד דא"צ לברך אכסא דברכתא אלא אכסא קמא ותו לא עכ"ל וקשה לי דהא איתא התם א"ל רבי כוס של ברכה אתה שותה או ארבעים זהובים אתה נוטל משמע שהיה מברך על הכוס מדקרי ליה כוס של ברכה ודוחק לו' דקרי ליה הכי משום דמברכין עליו ברכת המזון ועוד קשה דהא בפרק ערבי פסחים (פסחים דף ק"ג) אמוראי הוא דפליגי התם בהכי ותיקשי מרבי לאותו אמורא דסבר צריך לברך ודוחק לו' דהתם תלמידי דרב סבאי צריך ורב תנא ופליג אלא נלפע"ד לתרץ דכיון דהא דחייב י' זהו' אינו אלא במצוה דאורייתא ולא במצוה דרבנן וכמ"ש מהרש"ל בפ' החובל סי' ס' דנראה שבמצוה דרבנן פטור וא"כ הטוב והמטיב ביבנה תקנוה ואינו אלא מדרבנן וא"כ עם ברכת פרי הגפן ליכא אלא ד' וכן מוכרח לומר לדעת הרי"ף והרא"ש שהרי פסקו בפ' ערבי פסחי' דצריך לברך אכוס של בה"מ ובס"פ כיסוי הדם כתבו וחייבו ר"ג ליתן לו י' זהובי' שכר ברכה ותו ההוא דסעד אצל רבי א"ל כוס של ברכה אתה שותה או מ' זהו' אתה נוטל כו' משמע דאינו חייב אלא מ' זהובים וא"כ א"א לתרץ כמ"ש התוס' אלא כמ"ש כן נ"ל:

שוב מצאתי בר' ירוחם בס' אדם נתיב ט"ו ח"ד גבי כיסוי כדברי ושמחתי וז"ל שם כ' ה"ר צמח ולדידי קשיא הא דאמרי' ששוה מ' זהובים כנגד ד' ברכות והא ה' הן ד' של ברכת המזון וא' של יין ויש לי לתרץ שלא מנו אלא הג' ברכות שבברכת המזון שהן מן התורה ולא מנו הרביעית מפני שהיא מדבריהם עכ"ל. אבל בס' מישרים גבי דיני נזיקין נל"א סוף ח"ד כ' רבי' ירוחם וז"ל כוס של ברכה מ' זהו' וברכת פרי הגפן אינה מן המנין כי היא ברכת הנהנין עכ"ל ולפ"ז ברכת הטוב היא מן המנין ואפשר גם דעת הרי"ף והרא"ש כן:

סעיף ד

היה לו בן למול כו' פטור כ' הסמ"ע וז"ל עיין בי"ד ס"ס כ"ח כ' וז"ל והכא אפי' תפס מפקינן מיניה כיון דענה אמן דהוא גדול יותר מן המברך ואם שמע ולא ענה איהו דאפסיד אנפשיה כו' ע"כ אבל באב לא מהני עניית אמן כו' ובע"ש כ' טעמים אחרים לפטור זה שקדם ומל ולא שם לבו למ"ש בי"ד ס"ס כ"ח וכנ"ל עכ"ל ואין דבריו נכונים דלא מסתבר כלל לחלק בעניית אמן בין אב לאחר וכן מוכח להדיא בר' ירוחם שממנו מקור דין זה דכשיכול לענות אמן אפי' באב דרמיא מצוה עליה פטור שכ' שם בנתיב ל"א סוף ח"ד וז"ל ומי שאמר למוהל למול וקדם אחר ומהל פטור אבל אם גזלה מאביו חייב וכן המונע בעלים מלעשית מצוה וקדם ועשאה משלם י' זהובים ואי תפס לא מפקינן מיניה זולתי בשיכול לענות אמן עכ"ל וכן מוכח להדיא מדברי מהרש"ל פ' החובל סי' ס' דאין חילוק בין אב לאחר בזה. ועוד מוכח כן מדברי המעד"מ והפרישׁ' עצמו שהבאתי לקמן שפירשו דבהך דר"ג הי' מברך בנחת אלמא דאי היה מברך בקול רם היה פטור משום שה"ל לענות אמן והא התם מצות כיסוי עליה רמיא כמו מצות מילת הבן על האב דכתי' וש"ך וכיס' וילפינן מיניה מי ששפך יכס' אלא ודאי כדברי הע"ש ושלא כדת השיג הסמ"ע על הע"ש כי דברי הע"ש נכונים וז"ל ודוקא שהי' האב בעצמו רוצה לימול שהוא חייב בה מן התורה אבל נתנו האב לאחר לימול ובא אחר ומלו פטור מן האב פטור שהרי לא מנע ממנו המצוה ומן המוהל פטור דבמה זכה במצוה זו דבמה הקנה אותה לו האב ואפי' הקנה לו בקנין אינו כלום שאינו אלא קנין דברים כו' עכ"ל וכדבריו מבואר בהרא"ש ס"פ כיסוי הדם שכתב מתחלה שר"ת פטר בא' שנתנו לו בן למולו וקדם אחר ומלו מטעם דאין גובין קנס בזמן הזה ועוד דה"ל לענות אמן וכתב הרא"ש אח"כ וז"ל ובלא הנך טעמי דר"ת נ"ל לפטור המוהל דאע"פ שאמר האב למוהל אחר למול את בנו לא זכה באותה המצוה לחייב אחר אם קדם ועשאה ולא דמיא לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכיסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו וקדם אחר חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייב למולו ובדבור שאמר האב למוהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו עכ"ל וזה מבואר כדברי הע"ש וכן מוכח ודאי מדברי ר' ירוחם הנ"ל ודבריו לקוחים מדברי הרא"ש הנ"ל וכ"כ עוד הרא"ש בתשו' כלל י"ב סי' ג' דאפי' הקנה לו בקנין למול אינו כלום דקנין דברים הוא ונתבאר בי"ד ריש סי' רס"ד בהג"ה ע"ש ומ"ש הסמ"ע על הע"ש שלא שם לבו למ"ש בי"ד ס"ס כ"ח כו' (ר"ל שכ' שם דפטור מטעם שה"ל לענות אמן משמע הא לאו הכי חייב) אין ראיה משם שכבר כ' הב"י והפרישׁ' עצמו שם שאינו מדברי הטור רק שאחד הוסיף כן בטור ע"ש ופשוט

הוא שהטור בע"כ ס"ל דבלא"ה פטור משום דלא זכה בו האחר וכמ"ש הרא"ש ואין ספק דאשתמיטתי' להסמ"ע דברי הרא"ש הנ"ל בהבאתי ואלו היה ראה לא כ' כן וכן פסק מהרש"ל פ' החובל סי' ס' כדברי הרא"ש אלו דפטור מטעם דלא זכה בו האחר וע"ש:

והרב והע"ש כאן מיירי בענין שלא היה יכול לענות אמן כגון שדחפו או שבירך בנחת וכה"ג וק"ל. ומדברי הרא"ש שהבאתי מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למוהלו וחייב הוא בעצמו למוהלו דומיא דכיסוי דמי ששפך הוא יכסה וכן משמע מדברי הרמב"ם ריש הל' מילה דמצות עשה זו מוטל על האב תחלה והכי משמע פשטא דש"ס פ"ק דקדושין (דף כט ע"א) דאמרי' התם האב חייב בבנו למולו מנלן דכתיב וימל אברהם את יצחק בנו והיכא דלא מהליה אבוהא מחייבי בי דינא לממהלי' כו' וכתבתי זה לפי שראיתי כמה אנשים מכבדים לאחרים למול את בניהם אף שהם בעצמם יכולים למול ולדעתי הם מבטלים מצוה עשה ומצוה גדולה של מילה ויש לב"ד לבטל הדבר הזה:

כתב מהרש"ל פ' החובל סי' ס' וז"ל ולפי הטעם שפטר ר"ת אותו המוהל ואפי' תפס מפקינן מיני' כיון שזה ענה אמן וגדול העונה אמן יותר מן המברך ואם לא ענה אמן איהו דאפסיד אנפשי' ע"כ מיירי אליבא הא דר"ג כיסהו בלי דעת חברו ואמר הברכה בנחת כדי שלא ישמע חברו או שדחפו ממנו שלא היה יכול לשמוע ולא מיחוור בעיני כלל דסתמא איירי ש"ס בלא פלוג ומסתמא הי' מברך כדרך המברכין ופשיטא דלא איירי ברשיעי שהי' מונע את חברו לענות אמן ע"כ נראה דאפי' ענה אמן נמי חייב אע"פ שהעונה גדול היינו בלא עשיית מצוה כגון לענין ברכת ס"ת ותפלה שהוא מניעת ברכה לבד אבל לענין כיסוי הדם ומילה שהיא מצות עשה לבד והברכה אינה מעכבת א"כ מנע אותו מן המצוה ומצוה לבד ג"כ חשוב י' זהובים אע"פ דלא אמרי' מצוה לחוד וברכה לחוד לענין י' זהובים מ"מ על מצוה לבד ג"כ דנין עליה י' זהובים כמו שור ואילן דלעיל הלכך נראה דאם תפס אפי' בזמן הזה י' זהובים לא מפקי' מיניה ואף שכך פסק אילן גדול ונתלו בו עמודי עולם התוס' והרא"ש והמרדכי והר"ן ומתיירא אני שלא ירוצו גולגלתי אבל תורה היא וללמוד אני צריך והנרא' בעיני כתבתי עכ"ל ואין דבריו נכונים ודברי התוס' והרא"ש ומרדכי (ס"פ כיסוי הדם וכן הוא בטור י"ד ס"ס כ"ח בשם פסקי מה"ר חזקי') וסייעתם הם דברי אלהים חיים דהא מיבעיא בש"ס ס"פ כיסוי הדם אהך דר"ג אי שכר מצוה או שכר ברכ' ופשיט דהוא שכר ברכה מברכת המזון בעובדא דרבי דהי' מ' זהובים אלמא דאע"ג דבכיסוי ומילה איכא ברכה ומצוה מ"מ עיקר החיוב הוא על הברכה ועוד דמה בכך ס"ס כיון דהעונה אמן גדול מהמברך ונוטל שכר י' זהובים

א"כ ה"ז שקדם ומל לא הפסידו כלום שהרי מ"מ יש לו הי' זהובים ולמה יחייב אלא בע"כ צ"ל דבהך עובדא דר"ג לא הי' חברו יכול לענות אמן ואין זה דוחק כלל דלא איירי ברשיעי כמ"ש מהרש"ל שאמר בכוון הברכה בנחת שלא ישמע חברו או שדחפו אלא מיירי שעשה הברכ' לפי תומו בנחת וכ"כ בס' מעד"מ ס"פ כיסוי הדם דהא דפטר ר"ת במוהל משום דבמילה מברך בקול רם וכדשדר רב צמח גאון דהיכא דאפשר עבדינן ליה בעשר' אבל בכיסוי הדם דרכן לברך בנחת וכ"כ בפריש' בי"ד ס"ס כ"ח.

בספר מעד"מ ס"פ כ"ה הקשה אהא דפטר ר"ת משום דה"ל לענות אמן דהא אמרי' בס"פ אלו דברים (וכן בסוף מסכת סוטה) דרב דא"ל לחייא ברי' חטוף ובריך לית לי' הכי ודחק שם וכ' דרש"י שפי' ס"פ כ"ה שכר ארבע ברכות שעונה אחריהם אמן לית לי' הא דר"ת דגדול העונה כו' ואין דבריו נכונים דאדרבא אפי' לרב דא"ל לחייא בריה מוכח הכי דהא אמרי' התם דרב ס"ל כהאי תנא דאמר אחד המברך ואח' העונה במשמע אלא שממהרין למברך יותר מן העונה אלמא דאפי' לרב יש לעונ' שכר כמברך אלא דפליגי אי ממהרין למברך תחל' וא"כ פשיטא דדינו של ר"ת אמת ומוכרח לכ"ע דפטור דהא יש לעונה שכר כמו המברך וא"כ איך אפשר שיחלוק רש"י אהא וגם פירושו בדברי רש"י שם אינו נכון כלל ע"ש אלא נ"ל כוונת רש"י משום דל' רבי שאמר להההוא מינא כוס של ברכה אתה שותה לא משמע שהמין יברך דא"כ הל"ל ברכת המזון אתה מברך וכן משמע להדיא בתוס' שם שכתבו בשתיה לחוד לא הי' לו שכר אלא רצה לדחות המין ע"ש וכן מסתמא רבי לא הי' נותן למין לברך על סעודתו אלא ודאי הכי א"ל כוס של ברכה אתה שותה עמנו וא"כ כי א"ל מ' זהובים היינו שכר ברכות שעונה המין אמן וא"כ אדרבה רש"י ס"ל כר"ת כן נ"ל: מרגלא בפומא דאינשי מי שמכבד לחברו לברך ברכת המזון שמכבדו במ' זהובים וכן שמעתי בשם כמה גדולים וכ"כ בשלטי גבורים פ' החובל דף ל"ד ע"א מי שהזמינוהו לברך ברכת המזון ובא אחר וחטף ובירך חייב ליתן לו מ' זהובים וכן מבואר בש"ס פ' כיסוי הדם כו' ע"כ וכ"כ רבי' ירוחם במישרים ונל"א סוף ח"ד גזל מצוה מחבירו חייב ליתן לו י' זהובים וכן בכוס של ברכה מ' זהובים ע"כ וכן משמע בש"ס פ' כ"ה (דף פ"ז ע"א) גבי הא דבעי התם אעובדא דר"ג שכר מצוה או שכר ברכה מאי נ"מ לברכת המזון (ודוחק לו' דקאמ' מאי נ"מ למי שמברך ברכת המזון אם יש לו שכר מ' זהובים ולא קאי אחטיפה דל' מאי נפקא מיני' לא משמע הכי) וקשה דהא כבר נתבא' דגדול העונ' אמן יותר מן המברך ומה"ט פטרו ר"ת והרא"ש ומרדכי ושאר פוסקים כשקדם ומל דה"ל לענות אמן וכמ"ש לעיל ובהך עובדא דר"ג כבר כתבתי לעיל שצ"ל שהי' מברך בנחת אבל בברכת המזון אם לא הי' זה מכבדו והי' עונה אמן הי' ג"כ

מ' זהובים וא"כ היכא משכחת לה דכשחטף חברו יחייב במ' זהובים וגם ר' ירוחם גופי' כ' שם זולתי בשיכול לענות אמן אלמא דפטור כשיכול לענות אמן וא"כ היאך חייב מ' זהובים בברכת המזון שמברכין בזמון בקול רם ואפי' תימא שזה שחטף עשה שלא כדין וברך בנחת ובכה"ג מ"מ הרי הנחטף חייב לברך ג"כ בפני עצמו ברכת המזון כיון שאינו חברו מוציאו וא"כ הרי יש לו המ' זהובים שלו ונראה דאין לאדם שכר ברכה י' זהובים אלא על ברכה שמברך בפני אחרים אבל בינו לבינו לא וא"כ בש"ס וש"ג ור' ירוחם מיירי בענין שלא יוכל לענות אמן כגון שחטף מחברו כוס של ברכת המזון ודחפו חוץ לבית וסגר בפניו עד שברכו והלכו להם וכה"ג וא"כ נהי שזה יברך אח"כ לעצמו מ"מ כיון שיברך בינו לבינו לא יהי' לו שכר ר' זהובים על הברכה וא"כ בהך עובדא דר"ג צ"ל שחייבו על הברכ' לפי שזה ששחט הי' רצונו לברך בקול רם בפני אחרים וזה קדם וברך בנחת וכה"ג ולפ"ז מה דמרגלא בפומא דאינשי ליתא שאין מכבדו בכלום כיון שבלאו הכי יכול לענות אמן ואפשר שר"ל שמכבדין מה שממהרין לשלם למברך תחלה וכמ"ש לעיל ועדיין צ"ע:

ולענין ברכת ספר תורה עיין בהרא"ש ומרדכי שם שכתבו בשם ר"ת דפטו' ומהרש"ל פ' החובל סי' ס' כ' דהאידנא שקונין המצות בדמים אם קנה א' שלישי או ששי או שביעי וקדמו אחר חייב ליתן לו י' זהובים אי תפס ואין דבריו מוכרחים. וע"ש עוד במהרש"ל כמה חילוקי דינים בענינים אלו:

סימן שפג

סעיף א

כשהוא כפות. ע"ל סימן תי"ח:

סעיף ב

הרי זה חייב כו'. ומתוך כך פסק המרדכי ב' אנשים שמכין זא"ז ובא אחד ודחף אחד מן חבירו חייב לעשות לו דין דהיה לו לשומטו בנחת (הגה וכ"פ בפסקי מהרא"י סי' ר"ח):

סימן שפד

סעיף א

הבנאי כו'. עיין בתשו' רשד"ם סי' רצ"ב:

סימן שפה

סעיף א

המזיק כו'. ל' הרמב"ם ר"פ ז' מהלכות חובל המזיק ממון חברו היזק שאינו ניכר הרי זה חייב כיצד הרי שטמא אוכלין טהורים של חברו או שדמע לו פירות או ערב לו טפת יין נסך בתוך יינו שהרי אסר עליו הכל וכן כל כיוצא בזה שמין מה שהפסיד ומשלם נזק שלם כו' עכ"ל ומדכתב כללא המזיק ממון חברו כו' וגם מדכתב וכן כל כיוצא בזה מוכח דפסק כרב דפרק הניזקין (ריש גיטין דף נ"ב) דאי כשמואל הא משמע להדיא בש"ס דדוקא הני תלתא ותו לא דמקנסא לא גמרינן וכ"כ ה"ה שם אמ"ש הרמב"ם שם אח"כ המנסך חייב לשלם כרב דאמר הכי בהניזקין וממ"ש כאן וכן כל כיוצא בזה כו' מוכח יותר דפסק כרב ודוק. אבל בדיני דגרמי להרמב"ן ראיתי שכ' דקי"ל הלכה כשמואל בדיני ומקנס' לא גמרינן ולפי דבריו אינו חייב אלא במטמא ומדמע ומנסך ולא בדברם אחרים. וכן ראיתי במשפטי שבועות לרב האי גאון דף י"ט ע"ב שסובר דמקנסא לא גמרינן וכן הוא דעת הרי"ף ס"פ החובל גבי מעשה באחד שקדם וכיסה וחייבו ר' גמליאל ליתן י' זהובים וכן דעת הרא"ש שם. ונרא' טעם לדברי הרמב"ם דפסק כרב משום דבש"ס בחולין ס"פ השוחט (חולין דף מ' ע"א) מוכח דקיימא לן הכי דפריך התם מהמנסך והיינו ע"כ כרב וכדאיתא בתוס' שם ומאי פריך דילמא ס"ל כשמואל אלא ודאי קי"ל כרב ע"ש. ועוד נ"ל טעם לדבריו משום דודאי נראה דהא דחייבו ר' גמליאל להאי ליתן י' זהו' קנסא הוא וכהאיכא מ"ד שהביא הרי"ף סוף פרק החובל וכ"כ בש"ג פ' החובל דף ל"ד ע"א בשם ריא"ז שנרא' שקנס היא (וע"ש) דלא מסתבר לי' כהרי"ף דדינא הוא דא"כ אמאי לא תני בשום מקום שהחוטף ברכה או מצוה מחבירו שחייב לשלם לו י' זהובים ועוד אי דינא הוא י' זהובים מנא לן אלא משמע דקנסא הוא ומה שהקשה הרי"ף שם דא"כ היכא יליף רב התם מניה שור ואילן הא מקנסא לא ילפינן לפע"ד ל"ק מידי דרב לטעמי' דס"ל בפ' הניזקין מקנס' ילפינן וא"כ האיכא מ"ד התם ס"ל דקנס' הוא וס"ל דלענין הלכה קי"ל כשמואל בדיני דמקנס' לא ילפי' כך נ"ל לישב דעת האיכ' מ"ד שהביא הרי"ף. ולכאור' תמיה על הרי"ף בזה ולדעת הרמב"ם נר' לומר דבהא ס"ל כהאיכא מ"ד דר"ג קנסא הוא דקניס לי' מטעם שכתבתי וא"כ מוכח דקי"ל דמקנסא ילפינן דהא בפרק כיסוי הדם (דף פ"ז ע"א) גרסי' בש"ס אהא דחייבו ר"ג ליתן לו י' זהובים אבעיא להו שכר מצוה או שכר ברכה למאי נפקא מיניה לברכת המזון כו' ומאי קמבעיא לי' הא אפי' הוי שכר ברכה מקנסא לא ילפי' אלא ודאי ס"ל לסתמא דש"ס דמקנסא ילפינן. עיין מ"ש עוד בדעת הרמב"ם והמחבר לעיל סי' שפ"ב גבי מי שקדם וכיסה דס"ל דהך דר"ג קנסא הוא

ומקנסא ילפינן וכמ"ש שם. וכן מוכח דעת הפוסקים שהבאתי לקמן סי' שפ"ו ס"ק א' דסברו דדינא דגרמי קנסא הוא ומקנסא ילפינן וע"ש:

סעיף ב

מהיפה שבנכסיו כלומר מהעידית כדין מזיק לקמן סי' תי"ט. ואע"ג דאינו אלא מדרבנן דרבנן כעין דאורייתא תקון לשלם ממיטב כ"כ הרא"ש ריש ב"ק:

סעיף ג

אין קונסים בנו אחריו. כתב הסמ"ע פי' אפי' עמד אביהן בדין וכ"כ המחבר לעיל סי' ק"ח ס"ב משא"כ במסור שמת וכמ"ש בסי' שפ"ח ס"ב עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני דהרמב"ם והמחבר לקמן סי' שפ"ח שפסקו דמסור שמת גובים מיורשיו אפי' לא עמד בדין היינו מטעם שכתבתי שם דסבירא להו דדינא דגרמי דינא הוא ולא קנסא והי"א שם דס"ל דדוקא שעמד בדין היינו משום דס"ל דדינא דגרמי קנסא דרבנן ולא קנסו בנו אחריו ואינו חייב אא"כ עמד בדין ואם כן הוא הדין הכא בעמד בדין חייב וכן מוכח להדיא במרדכי פרק החובל בשם מהר"מ שהן הי"א שהביא הרב לקמן סי' שפ"ח ס"ב שכ' וז"ל ואין לדקדק כיון דתשלומי מסור קנסא הוא נימא דלדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו כדאמר בפרק מי שהפך וכן שמעתי שפסק ריב"א במסור ה"מ מסור שמסר ולא הספיק הנמסר להעמידו בדין עד שמת המסור אבל אם קם המסור בדין ונתחייב נתחייבו הנכסים ותו לא ירתי להו הנכסים ושלום מאיר ב"ב עכ"ל וכן הוא בתשובת מהר"ם ב"ב ד"פ סי' תקצ"ט הרי שכ' דבריה לא קנסו כדאמר בפ' מי שהפך (והתם בפ' מי שהפך) במועד קטן (דף י"ג ע"א) במטמא ומדמע ומנסך מיירי ומ"ש המחבר לעיל סי' ק"ח ס"ב אבל אם חייבוהו קנס לא קנסו בנו אחריו היינו כשחייבוהו יתר על מה שהפסיד ואדרב' הא כתב שם המחבר ברישא מי שנתחייב ממון בבית דין בעבור מלשינות ומת גובה מהיורשים אלא ודאי כמ"ש. כן נ"ל ועיין מ"ש שם בסי' ק"ח ס"ב:

סעיף ד

ואם היה לו בו שותפות ע' בסמ"ע ס"ק ד' ובבית חדש מה שהקשו מי"ד סי' ד' לכאן ועיין מה שכתבתי בש"ך בי"ד סי' ד' ס"ק ה' על זה:

סימן שפו

סעיף א

קיימא לן כר' מאיר דדאין דינא דגרמי כו'. הנה ראיתי הרמב"ן האריך מאד בדיני דגרמי בסוף חדושי בבא בתרא שלו והתחלתי לעשות חיבור וביאור ופלפול על דבריו אך

באשר כי ראיתי עיקר יסודו שסובר דדינא דגרמי דאורייתא הוא ומחמת זה הי' מוכרח לחלק בחילוקים איזו נקרא דינא דגרמי ואיזו נקרא גרמא כדי שלא יסתרו זא"ז ועל כן הוכרח להאריך בזה אמנם לפי מה שנ"ל עיקר דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן אין צורך לחלק בשום חלוקים רק כמ"ש שאר פוסקים שחכמים קנסו בדבר שהי' נראה להם שהוא שכיח ורגיל וכי האי גוונא ואין לדמות גזרות חכמים זו לזו על כן חזרתי לאחורי מלעשות החבור הנ"ל ועם כל זה אמרתי להביא דברי הרמב"ן בדינין השייכים לסי' זה:

והנה מתחלה אבאר שדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן. הנה באמת הטור והמחבר כתבו לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ב כשמוחל שטרות ישלמו יורשיו והיינו משום דדינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא וכ"כ הטור שם להדיא והוא מדברי בעל התרומות שער נ"א חלק ו' וכתב שכן דעת הראב"י והראב"ד ע"ש ומביאם ב"י שם ולא הביאו בב"י ובד"מ שם שום חולק וע"כ פסקו שם בפשיטות כהטור דישלמו יורשיו ובאמת התוס' פ' לא יחפור סוף (בבא בתרא דף כ"ב) מסקי בשם הריצב"א דדיני דגרמי הוי משום קנסא כדמוכח בירושלמי כו' (והוא הי"א שהביא הרב לקמן ס"ס זה בהג"ה ס"ק כ"ד ובד"מ שם ע"ש) וכן הוא במרדכי פ' הגוזל קמא וכן דעת הסמ"ג דף קמ"ח ע"א (וצל"ע ששם בעמוד ב' כ' הסמ"ג גבי מסור כהרמב"ם דישלמו יורשיו ואין לו' דסבירא ל ה דמסור גרע טפי ודינא הוא דהא אמרי' בש"ס פ' הכונס אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי לא תיבעי לך דמסורות נמי לא דיינינן ועמ"ש לקמן ודוק) והאגוד' פ' לא יחפור ותשו' מיי' לספר נזיקין סי' ד' וכן הוא תשו' ה"ר יקר בן ה"ר שמואל הלוי ז"ל בתשו' הרא"ש ריש כלל ק"א דמסו' קנסא הוא וכדמשמע בירושלמי דכלאי' ולא קנסו בנו אחריו ע"ש וכן כ' בשלטי גבורים פ' הפרה סוף דף כ"ג ופ' הכונס דף כ"ו ע"ב ופ' הגוזל קמא סוף דף ל"ה בשם ריא"ז וכן כתבו התוס' פ' הפרה דף כ"ד ע"א בשם ר"י ובפרק מרובה סוף (בבא קמא דף ס"ב) וכן בסוף דף ע"א בשם ריצב"א וכן בפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ד) סוף ע"א דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן וכן הוא בפסקי תוס' פרק אלו נערו' דדיני דגרמי אפי' לר"מ אינו אלא מדרבנן יע"ש וכן כ' עוד במרדכי פ' הגוזל בתרא תשובות ה"ר אביגדור באריכות ע"ש שכ' בפשיטות דדינא דגרמי אף לר"מ אינו אלא קנס מדרבנן ע"ש וכן מוכח בנימוקי יוסף ריש ב"ק שכ' וז"ל ומסור ומפגל נמי מאבות נזיקין נינהו לשלם ממיטב ודוקא במזיד אבל בשוגג פטורין כדאי' בפ' הניזקין עכ"ל. וגם בתרומת הדשן סי' ש"ז ושט"ז מספקא ליה בהא ע"ש וגם בתשובות מהרי"ן לב ספר א' סוף סי' קכ"ג דף קנ"ח ע"ג מצאתי שכ' דאע"ג דהרמב"ן כ' דדיני דגרמי אמרו ולא קנסא מ"מ יכול המוחזק לומר קים לי כהני דסבירא להו דדינא דגרמי הוי קנסא וע"ש משמע מדבריו דהסוברים קנסא הם מיעוטא

ונראה מדבריו שם שלא ראה כל הנך פוסקים שהבאתי דרבים נינהו ודבריהם נראה לי עיקר וכמו שאבאר (ע' בתשו' משאת בנימין סי' כ"ח) וכן הוא דעת הי"א שהביא הרב בהג"ה לקמן סי' שפ"ח סעיף ב' דדוקא שעמד בדין כו' והוא דעת מוהר"מ שכ' ששמע שכן פסק ריצב"א הנ"ל וכדאי' במרדכי פ' החובל ובתשובת מהר"מ מרוטנבור"ק דפוס פראג סי' תקצ"ט ע"ש עוד אי' בתשו' מהר"מ ד"פ סי' ת"ס שפסק מוהר"ר הר"ב דכל דיני דגרמי משום קנס ולא קנסו לבנו ע"ש וגם מהרי"ל בתשובה סי' צ' גבי מסירת רבי דוד ורבי ישי כ' בפשיטות אבל מסור מדינא דגרמי הוא ומשום קנסא כדמסיק ריצב"א ע"פ הירושלמי כו' וכן מהרי"ו בתשובות סי' כ"ח כתב בפשיטות וכיון דהא דמחייבינן מסור לשלם לא הוי אלא מטעם קנסא ולא מדינא כמ"ש מהר"מ בתשובה כו' וא"כ קשה על הרב דלקמן סי' שפ"ח ס"ב הביא דעת הי"א דוקא שעמד בדין ולעיל בסי' ס"ו סעיף ל"ב סתם כהטו' והמחב' וכן ק' על הע"ש:

והנה הרמב"ן בדיני דגרמי שלו כ' דדינא דגרמי חיוב מדינא ולא משום קנסא ובמוחל ושורף שטר וכן בכל דיני דגרמי ומת חייב בנו לשלם וכן אפי' בשוגג חייב וכתב דהירושלמי אפשר דלא דאין דינא דגרמי ע"ש באריכות ואחריו נמשך מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' כ"ו. ונ"ל לדחות כל ראיות הרמב"ן ומהרש"ל שם ממחיצת הכרם שנפרצ' שאין כוונתו להזיק כו' לפע"ד אינה ראיה דכבר כ' הרמב"ן שם דקשיא ממרא' דינר ואיכא מאן דדחי דהואיל וצריך למגמ' וקא חזי פושע ומזיק הוא כו' וא"כ ה"ה הכא כיון שלא גדרה פושע ומזיק הוא ונ"ל כמ"ש הרמב"ן שם בדיני דגרמי שלו בדף קי"ב ע"א דהך מילתא מיתאמרא בש"ס פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ז) גבי א"ל רב הונא בר חייא דינא או קנסא א"ל מתני' היא אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר. ונרא' דלדעת הפוסקים דסברי דדינא דגרמי דינא הוא י"ל דהא דא"ל מתני' היא כו' פשיט ליה דדינא הוא וכן נראה מדברי הרמב"ם ר"פ ח' מה' חובל גבי מסור וכ"כ הרב המגיד שם שבש"ס פ' הגוזל בתרא משמע דדינא הוא מסור ולא קנסא וכ"כ רבינו האי (וכן ראיתי בדברי רב האי בשערי שבועות דף י"ט ע"ב) והרמב"ן והרשב"א עכ"ל וכ"כ ר"א בר נתן בפ' הגוזל דאיפשטא דדינא הוא ע"ש ברמב"ן ד' צ' ע"א והפוסקים דסברי דקנסא הוא ס"ל כמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי שלו דף ק"ב ע"א וז"ל ואפש' דממתני' לא פשיט ליה כלום דאמר עובדין מתני' היא עכ"ל וכן נראה דהיכא פשיט ליה ממתני' דלמא מתניתין גופא קנסא הוא ועוד דבירושלמי פרק הגוזל בתרא קאמר להדיא אהא מתני' א"ר יוחנן והלא אמרו אין הקרקע נגזלת ולמה אמרו חייב להעמיד לו שדה קנס קנסוהו ע"כ וכן משמע נמי מדאמרינן התם לבתר דנפיק א"ל מאי נפקא לך מינה אי דינא או קנסא ואם איתא

דפשיט ליה הל"ל מאי נפקא לך מינה אי דינא ותו לא ודו"ק ומ"ש הרמב"ן שם בדיני דגרמי שלו דאנן קי"ל דמקנסא לא ילפינן הלכך ע"כ דינא הוא כו' אינו מוכרח לפע"ד ובפרט הראיה העיקרית שלו שכתב שם דקי"ל כשמואל בדיני ושמואל ס"ל בפ' הניזקין דמקנסא לא ילפינן גבי מנסך היינו מערב כו' ע"ש ולפע"ד לא מוכח מהתם מידי דהא משמע מדברי הרמב"ם רפ"ז מה' חובל דפסק כרב וכמ"ש ה"ה שם להדיא בפשיטות כרב וכבר כתבתי לעיל סי' שפ"ה טעמים נכונים לזה ע"ש. גם מ"ש הרמב"ן שם וסוגיין נמי בפרק הניזקין כוותיה דשמואל דמקשינן התם העושה מלאכה במי חטאת פטור ואי ס"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק אמאי פטור ואי אמרת בשלמא לא שמיה היזק ניחא דאפי' במזיד פטור דמקנסא לא גמרינן וכ"כ ר"ח ז"ל עכ"ל לפע"ד אין זו הוכחה מכמה טעמים חדא דהמקשה לא רצה להקשות כן משום דאיכא לדחויי הכי אבל אפשר דלקושטא ס"ל דמקנסא גמרינן. ועוד דהא ר"א הוא דפריך התם הכי ודלמא ר"א כשמואל ס"ל ואנן קי"ל כרב מכח דמסתמא דש"ס משמע דס"ל כוותיה וכמ"ש לעיל סי' שפ"ה ועוד דה"מ למימר ולטעמיך וכ"כ ה"ה להדיא ברפ"ז מהלכות חובל בלאו הכי לדעת הרמב"ם שם דס"ל דהמ"ל ולטעמיך אמאי לא קנסו ביה רבנן כי היכא דקנסו מטמא וחביריו אלא דלא אמר והרבה כמוהו בש"ס עכ"ל ועוד נראה דאפי' לדעת הראב"ד בהשגות שם דס"ל דדוקא למ"ד שמיה היזק פריך ולא המ"ל ולטעמיך ע"כ לאו משום דמקנסא לא ילפינן כלל דא"כ ל"ל להראב"ד התם למימר וז"ל למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק פטור אפי' במזיד וטעמא דמלתא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין ומש"ה לא קנסו בו מזיד עכ"ל ל"ל האי טעמא הא אפי' הוי מתכוין להזיק פטור דומיא דמטמא ומדמע ומנסך דמתכוין דהא ממטמא וחביריו לא גמרינן דקנסא הוא אלא ודאי ס"ל להראב"ד דהך סוגיא אתיא אפילו כמ"ד דמקנסא גמרינן אלא דהיכא דאין מתכוין להזיק לא גמרינן מקנסא (ואולי אי הוה ראה מהרש"ל כל הנך פוסקים הנ"ל שהבאתי לא הוה פסק כן) גם מ"ש הרמב"ן דהירושלמי לא דאין דינא דגרמי הוא דוחק דהא בירושלמי פ"ז דכלאים קאמר ריש לקיש גופיה קנסא דר"מ ומייתי לי' הרמב"ן התם וריש לקיש בש"ס דילן קאמר דקיימא לן כר"מ דדאין דינא דגרמי:)

ועוד נ"ל ראיה דדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן מדגרסינן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל באשו בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור או לא אליבא דמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי לא תיבעי לך דמסורות נמי לא דיינינן כי תבעו לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי כו' ואם איתא דגרמי דאורייתא מאי מבעי' ליה טפי מאשו ונ"ל שלזה כיוונו התוס' פרק לא יחפור סוף (בבא בתרא דף כ"ב) שכתבו במסקנת' וריצב"א אומר דדינא דגרמי מדרבנן

כדמוכח בפ' הכונס ור"ל כמ"ש וכ"כ התוס' פרק הפרה דף נ"ד ע"א בהדיא בשם ר"י דדיני דגרמי דרבנן כדמוכח בפרק הכונס דמדבעי ליה אי עשו תקנת נגזל במסור או לא ואי דינא דגרמי דאורייתא למה לא עשו תקנת נגזל במסור כמו בנגזל עכ"ל וראיתי במהרש"ל פרק הגוזל קמא סי' פ"ו שכתב לדחות את זה דאפי' את"ל דאורייתא מבעי' ליה דדילמא לא עבדי רבנן תקנתא רק במזיק גוף הממון ולא בדינא דגרמי עכ"ל. ופשיטא דגם התוס' הרגישו בזה אבל אין נראה כן דאי אורייתא מה לי גוף הדבר מה לי גרמי:

ומ"ש הרמב"ן ובעה"ת דדינא דגרמי מיקרי ולא קנסא דגרמי אין זה דקדוק ואדרבה מדאמרינן בכל דוכתי ר"מ דאין דינא דגרמי או מאן דדאין דינא דגרמי ולא אמרי' ר"מ סבר גורם להיזק חייב או כהאי לישנא דכותיה אלמא דלא מיחייב ממש אלא דדאין דינא דגרמי לחייבו מדרבנן גם מה שכתב הרמב"ן שם דאי ס"ד קנס' הוא מסר ומת או שרף שטרות ומת לא נקנוס בנו אחריו כדאמרינן במטמא ומדמע ומנסך כו' לא ירדתי לסוף דעתו אה"נ אי קנסא הוא לא קנסו בנו אחריו וכמו שהבאתי לעיל בשם הרבה פוסקים:

ועוד נ"ל ראיה ממאי דפטרינן למוסר כשהוא אנוס ואי דיני דגרמי דאורייתא הא בכל מילי דאורייתא מיחייב באונס כרצון ואף שנראה שהרמב"ן הרגיש קצת בזה וכתב דאקילו רבנן בדבורא ולא עשו כרצון והבאתי דבריו לקמן ס"ק ו' מ"מ דוחק הוא דלמה עקרו רבנן דין תורה אלא ודאי דינא דגרמי אינו אלא מדרבנן ולכך במסור שהראה דאינו אלא גרמי מדרבנן פטור באונס וכשנשא ונתן ביד דעשה מעשה וחייב מדאורייתא חייב אף באונס. כן נ"ל עיקר הדברים שוב מצאתי בהגהת מיימון רפ"ח מהלכות חובל כתב שם אהא דמסור שאנסוהו להראות והראה פטור וז"ל משום דדינא דגרמי לא הוי אלא מדרבנן הלכך כי אניס לא מחייב ר"י מפסקי ה"ר חזקיה ע"כ וכ"כ עוד בתשובת מיימון שם לספר נזיקין סי' כ' וכן הוא במרדכי ס"פ הגוזל בתרא וז"ל ונראה דישראל שאנסוהו והראה ממון חברו דפטור זהו משום דדינא דגרמי לא הוי אלא מדרבנן לכך כי אניס לא מיחייב כלל אלא כשנשא ונתן ביד ע"כ (וע' במהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' מ"ז וסי' נ"ב ואין דבריו מוכרחים ע"ש ודוק) ואין להקשות א"כ אמאי לא פשיט ליה רב נחמן לרב הונא בר חייא דקנסא הוא מדתניא ישראל שאנסוהו עכו"ם להראות ממון חברו פטור י"ל דאפשר ברייתא לא הוה שמיע ליה או אפשר משום דאיכא למידחי דאתיא כמ"ד דלא דאין דינא דגרמי וה"ה דאם הראה מעצמו בלא אונס פטור אלא דקתני אנסוה משום סיפא דבנשא ונתן ביד חייב אפי' אנסוהו תדע דקאמר בש"ס אהך ברייתא) אמר רבא אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי ומאי קמ"ל רבא הא היינו ברייתא אלא ודאי כדאמרן:

ועוד נ"ל ראיה נכונה מדאמרינן בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח ע"ב) בתר הך שקל' וטריא דשורף שטר מחלוקת ר' שמעון ורבנן אמר אמימ' מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעלי' ואם איתא דדינא דגרמי מדאוריית' הא מעיקר' מפליג הש"ס דאף ר"ש דסבר דבר הגורם לממון כממון דמי מדאוריית' מודה בשט' שאין עיקרו ממון דפטור א"כ מנא לי' לאמימ' דמאן דדאין דינא דגרמי מיחייב בשטר דלמא ס"ל כר"ש ודוחק לו' דאמימר פליג אשקל' וטרי' דלעיל ועוד דא"כ לא הל"ל אמר אמימר אלא הל"ל אמימר אמר ועוד דא"כ לל"ל למאן דדאין דינא דגרמי הל"ל בקצור אמר אמימר מאן דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי מגבי ביה דמי שטרא מעלי' אלא ודאי דכל שקלא וטרי' דמעיקרא הוי מדינא דאורייתא וקאמר אמימר מילתא אחריתי דלמאן דדאין דינא דגרמי מקנסא דרבנן מגבי ביה דמי שטרא מעליא דפשיט' דיש לקנוס טפי בשורף שטר ממוסר ומחיצת הכרם שנפרצ':

ועוד נ"ל ראיה מהא דאמרי' במרוב' (סוף דף ע"א) ובפ' אלו נערות (כתובות דף ל"ד סוף ע"א) גבי הא דמחייב ר' מאיר ד' וה' בטבח שור הנסקל אמאי איסורי הנאה ניהו אמר רבא ר' מאיר סבר לה כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי כו' וכתבו התוס' שם תימה דילמא ר' מאיר לטעמיה דדאין דינא דגרמי דכ"ש דמחייב בדבר הגורם לממון דהא אמר בהגוזל קמא דאפי' ר"ש מודה בשטר שאין עיקרו ממון וי"ל דאיכא נמי סברא איפכא דע"כ לא מחייב ר"מ אלא בשורף שטר וכה"ג שראוי לכל העולם אבל שור הנסקל וקדשים אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו ויש מפרשים דר"מ לא מחייב אלא קרן אבל לא שמעינן ליה דמחייב כפל וריב"א מפרש דבדינא דגרמי לא מחייב ר' מאיר אלא מדרבנן כדמוכח בסוף הכונס עכ"ל וקשה לי על שני התירוצים הראשוני' דא"כ היאך קאמר בפ' הגוזל קמא באנו למחלוקת ר' שמעון ורבנן הל"ל נמי איפכא דע"כ לא פליגי רבנן התם אלא בקדשים או לענין תשלומי כפל אבל בשטר שראוי לגבות לכל העולם מודו רבנן דחייב לשלם הקרן מיהת ודוחק לו' דרבא פליג אכל הך שקלא וטרי' דרב דימי בר חיננא ורב הונא בר' יושיע דבפ' הגוזל ועוד קשה לי על תירוץ הראשון דמה בכך שאינו ראוי אלא לזה סוף סוף גרם לו היזק ומה לו לזה שלא הי' ראוי לשאר העולם. ועוד קשה לי טובא על תירוץ השני דהא רבה קאמר בפרק הגוזל קמא השורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן כו' אלמא דאין חילוק בין כפל לקרן והאיך נאמר דרבא פליג ארבה שהי' רבו ואם איתא דפליג עליה ה"ל לאפלוגי עליה בדוכתא דאמר רבה למילתיה וה"ל לאתקופי ולמימר ע"כ לא פליגי רבנן התם אלא בכפל אבל לאפטורי מקרן מי שמעת להו אבל לפי תירוץ הריצב"א דדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן אתי הכל שפיר דכל שקלא וטרי'

דעיקרא בפרק הגוזל קמא לא הוי אלא אי חייב מדאורייתא ובתר הכי מסיק אמימר דלר"מ דדאין דינא דגרמי מדרבנן מגבי ביה דמי שטרא מעליא מדרבנן כן נ"ל:

ובהכי ניחא מה שהקשו התו' בכמה מקומות דינא דגרמי אהדדי והוצרכו ליכנוס בכמה דחוקים ובחילוקים ודקדוקים שאינם נזכרים בש"ס אבל למאי דמפרש ריצב"א דדינא דגרמי דרבנן שקנסו במקום שהי' נראה להם לקנוס כגון בדבר דשכיח וכה"ג אתי הכל שפיר וא"צ ליכנס בחילוקים אחרים וכן הוא במרדכי פ' הגוזל שר"י גמגם ברוב החילוקים וכ"כ בסמ"ג דף קמ"ח ע"א שלפי' ריצב"א מתיישבו' כל ההלכו' וכ"כ בתשו' מיימוני לס' נזיקין סי' ד' שר"י גמגם ברוב החילוקים וגם כמה מקומות אינם מתיישבות לפי דבריו לכן נראה לריצב"א דדינא דגרמי הוא משום קנס וכן מוכח בירושלמי לכן י"ל שכל היזק המצוי ורגיל קנסו חכמים ובכך מתיישבו' כל ההלכות כו' עכ"ל וע"ש:

ונ"ל עוד ראייה לזה מהא דקאמ' בפ' הגוזל קמא בתר כל הני שמעתתא דרבה ובתר מאי דקאמר התם דאמר רבה השורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן כו' אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא כו ואמאי שביק אמימר חמץ ונקט שטרא לחוד הל"ל נמי מגבי ביה דמי חמץ מעלי' או הל"ל מגבי ביה דמי מעליא ולמה נקט שטרא דוקא אלא נראה דוקא אשטר קאמר משום דשכיח אבל גזל חמץ ועבר עליה הפסח לא שכיחא וגם אין ראוי לקונסו שהרי אדרב' בשריפתו גרם תשלומין לנגזל והפסד לגזלן וניחא טפי להפוסקים דס"ל דמדלא קאמר אמימר אלא בשורף שטר משמע דלא פליג ארבה בזרק מטבע ובשף מטבע ובצורם אוזן פרתו והסכים מהרש"ל לדבריהם בזה כמ"ש לקמן ס"ק ז' רק שהוצרכו לדחוק מ"ט לא פליג אמימר בהא ודבריהם מגומגמים בזה כאשר יראה המעיין ועוד קשה דה"ל לאמימר לאפרושי החילוקים ההם אמאי לא דייניגן בהנך דלעיל דינא דגרמי אבל למה שכתבתי אתי שפיר דאמימר קאמר דמאן דדאין דינא דגרמי וקניס בדבר הרגיל מגבי ביה דמי שטר' מעלי' דשכיח הוא וא"כ ממילא בהנך תלת' דלעיל דלא שכיח' דהא בזורק מטבע לים הגדול וצלולים דוקא ודוק' דאדיי אדויי ושף מטבע של חבירו דוקא בקורנס' וטרסיה ולא חסריה וצורם אוזן פרתו דכולהו שוורים לאו למזבח קיימי וכדאי' התם בסוגי' א"כ כולהו מלתא דלא שכיח נינהו ולא שייך למקנסיה כל זה נ"ל ברור ואפשר דלאמימר לא ברירא ליה דקנסא הוא אלא ספוקי מספק' ליה דדוחק לומר דבריר' ליה כיון דבפ' הגוזל בתרא בעי רב הונא בר חייא מרב נחמן לא איפשט' אלא נראה לומר דגם לאמימר מספקא ליה וקאמר בפ' הגוזל קמא דלמאן דדאין דינא דגרמי משום קנסא מגבי ביה בהאי שטרא דמי מעליא ובס"פ הכונס קאמר דלמאן דדאין דינא דגרמי משום קנסא מבעי' אי עשו תקנ' נגזל במסור ודוק:

סעיף ב

דדאין דינא דגרמי. ע' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קל"ד באריכו' ע' בתשו' מהרשד"ם סי' קע"ט ושל"ב ות"ס וע' בתשו' מהרי"ט סי' צ"ה וצ"ח ובתשובות הר"ב סי"ז דף מ"ו מ"ז:

סעיף ג

דינא דגרמי כ' בעה"ת שער נ"א ח"ו גורם דגורם פטור וכדאמרי' בשבועות הכל מודים בעידי סוטה כו' הלכך השולח הבערה ביד חש"ו (היינו כשמסר להם שלהבת דוקא כדלקמן סי' תי"ח ס"ז ע"ש) ושרפו שטרות פטור עכ"ל. והרמב"ן בדיני דגרמי שלו דף קי"ב ע"ב ע"ד חולק ע"ז וכתב וז"ל וכן אני אומר בגורם לשרוף שטרות חבירו חייב וליכא לדמוייה כלל להההיא דאמרי' בשבועות הכל מודים בעידי סוטה כו' דהתם לא חייבה התורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת אבל גורם דגורם כפירת דברים הוא וממונא ליכא אפי' בכובש עדות גמור ומי שדמה שתי עניינים אלו וערבן חייב משום כלאים עכ"ל ונראה דלפי מה שהעליתי לעיל דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן יש לפטור גורם דגורם ודוק:

סעיף ד

דגרמי עיין בסמ"ע שהאריך בזה וכ' ודלא כמ"ש שבריש דבריו שהן אליבא דהרמב"ם כ' דהרמב"ם מחייב בהנהו משום דדינ' דגרמי נינהו ובגרמ' בניזקין כ"ע מודו דפטור וזה אינו כו' ושלא כדת השיג על הע"ש כי הע"ש לא הזכיר את הרמב"ם רק כ' דגרמי חייב וגרמא בניזקין פטור וס"ל דיש חילוק בין דינא דגרמי לגרמא וכ"ע מודו דגרמא בנזיקין פטור וכן הוא להדיא כת' הרשב"א שהביא ב"י מחודש א' וכן כ' הרמב"ן בדיני דגרמי שלו ומשמע שם להדיא שגם דעת הרי"ף כן וכן מוכח באמת דעת הרי"ף ס"ס הכונס גבי ליבה ולבתה הרוח וכן בפ' לא יחפור גבי ההוא דהוה נפצי כיתנא וגם בחדושיו פ' לא יחפור השיג הרמב"ן אפירש"י דס"ל דגרמי וגרמא הכל אחד ע"ש וא"כ דברי הע"ש נכונים שהם אליבא דהרי"ף והרמב"ן והרשב"א והמחבר דמחלקין בין דיני דגרמי לגרמא וכן משמע בתוס' מכמה דוכתי וכן הרא"ש וטור ושאר פוסקים וס"ל להע"ש דכל הנך שהזכיר המחבר דחייב גרמי נינהו ובשאר גרמא בניזקין פטו' וכן הם דברי ר"י נל"א ח"ב להדי' וגם מל' המחבר מה שרשם בתחלת הסי' ממה שמדבר הסי' נ' כן שכתב ורשם שפ"ו חילוק שבין גרמא לניזקין לדינא דגרמי כו' וכן כ' מהרש"ל פ"ב דב"ק סל"ו ופרק ט' סי"ט ע"ש:

אך מה שרוצה מהרש"ל שם לומר שגם רש"י מחלק בין דינא דגרמי לגרמ' וכ' בפ' הגוזל קמא סי"ט וז"ל ואף שכתב הרמב"ן בנימוקיו וז"ל ואף רש"י כך דעתו דרבא לית ליה

דר"מ בכול' עכ"ל והנה הרמב"ן לטעמו שסבר שלרש"י אין חילוק בין דינא דגרמי לגרמא בניזקין ולא דק כפי מ"ש בפ' כיצד סל"ו עכ"ל מהרש"ל וכ"כ עוד בפ' כיצד הרגל סל"ו וז"ל וכן נראה דעת רש"י שכתב וזה שנטל פטור דגרמא בניזקין פטור ואף שכ' עליו הרמב"ן בנימוקיו וז"ל פירושו לדעתו דרבה אבל לדידן חייב דדיינינן דינא דגרמי ודינא דגרמי וגרמא בניזקין חדא מלתא היא לדעת רש"י דוק ותשכח ותמצא זה רמוז בכמה מקומות בפירושיו עכ"ל רמב"ן ושרי ליה מריה שיאמר על פה קדוש שיטעה בצורה דשמעתא דהגוזל קמא דמוכח להדיא דגרמי חייב וכבר ידוע שגרמא בגרמא פטור לכ"ע עכ"ל מהרש"ל.

ואני אומר במחילה מכבוד תורתו לא ירד לסוף דעת הרמב"ן כי ודאי לא עלה על דעת הרמב"ן שרש"י טעה בשמעתא דהגוזל קמא רק שכונות הרמב"ן לומר שרש"י ס"ל דדיני דגרמי וגרמא הכל אחד הוא ומ"ש רש"י על דברי רבה דזרק כלי כו' פטור דגרמא בניזקין פטור לא פי' כן אלא לדעתיה דרבה דהוא מרא דשמעתא דלקמן בהגוזל קמא דס"ל השורף שטרו של חבירו פטור משום דגרמא בניזקין פטור ולא דאין דינא דגרמי אבל אנן קי"ל כדמסיק בש"ס התם דשורף חייב משום דדיינין דינא דגרמי וא"כ לדידן בזרק כלי נמי חייב ורש"י לא פי' כן אלא לדברי רבה (וזה ודאי אמת בדעת רש"י ודלא כמהרש"ל בדעתו) דליכא למימר דרש"י מחלק בין גרמי נגרמא דהא משמע מדברי רש"י דגרמי וגרמא כולהו חדא מילתא היא דהא רש"י כ' על הנך מימרא דרבה פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח ע"א) טעמא דרבה בכולהו משום גרמא בניזקין הוא פטור עכ"ל אלמא דס"ל לרש"י דשורף שטרו וזורק מטבע לים הגדול והשף מטבע כולהו חדא דינא אית להו דאל"כ ה"ל לרש"י לחלק בין שורף לאינך אלא ודאי משמע דס"ל לרש"י דגרמי וגרמא חדא מלתא הוא לכ"כ טעמא דרבה בכולהו משום גרמא בניזקין ופטור כלו' דלא דאין דינא דגרמי ולמאי דמסקינן דדיינין דינא דגרמי חייב בכולהו. ועוד מוכח כן להדיא מדברי רש"י ס"פ לא יחפור (סוף בבא בתרא דף כ"ב) דגרסי' התם בש"ס והא גרמא הוא אמר רב טובי בר מתנה זאת אומרת גרמא בנזקין אסור ופרש"י גרמא בנזקין אסור אפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי ופטור מלשלם אסור לגרום וכשבא להעמיד גרמא להזיק חבירו מעכב עכ"ל הרי מבואר להדיא מדברי רש"י דגרמי וגרמא הכל אחד הוא ועוד מוכח מדברי רש"י ר"פ הכונס דגרסינן התם תניא אמר ר' יושיע ד' דברים העוש' אותן פטור מדיני אדם כו' ופרש"י פטור מדיני אדם קסבר גרמא בניזקין פטור עכ"ל ואם איתא דרש"י מחלק בין גרמי נגרמא וגרמא לכ"ע פטור לא הל"ל קסבר גרמא בנזקין פטור דלישנא דקסבר לא שייך אלא היכא דאיכא פלוגתא בדבר והכי הל"ל פטור מדיני אדם

דגרמ' בניזקין פטור אלא ודאי ס"ל לרש"י דגרמי וגרמא הכל אחד היא וכיון דאיכא פלוגתא בדיני דגרמי לכך כ' קסבר גרמא בניזקין פטור (ולקמן סי' תי"ח ס"ט הוכחתי דגם דעת הרמב"ם וראב"ן הוא כן דדיני דגרמי וגרמא הכל אחד הוא ע"ש) ולדעתי פשוט שלזה כוון הרמב"ן בנימוקיו שם שכ' וז"ל ודיני דגרמי וגרמא בניזקין חדא מילתא הוא לדעת רש"י דוק ותשכח ותמצא זה רמוז בכמה מקומות בפירושיו עכ"ל ומביאו מהרש"ל גופיה פ' כיצד הרגל שם וכונת הרמב"ן כמ"ש בכמה מקומות בפירושיו לפי' רש"י ר"פ הכונס ופ' הגוזל דף צ"א ע"א ופרק לא יחפור שהבאתי. שוב ראיתי בחדושי הרמב"ן פרק לא יחפור הבין שם ג"כ מדברי רש"י כמ"ש ע"ש:

סעיף ה

אבל בבהמה לכ"ע פטור כ"כ בנ"י פרק הפרה שכתב הרא"ה בשם רבו וצ"ע דרבו של הרא"ה הוא הרמב"ן והרמב"ן מפלפל בזה בדיני דגרמי שלו ומסיק דחייב וז"ל שם בדף קי"ד ריש ע"ג ולפום הך סברא שורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו או אפי' קרען או מחקן פטור דגרמת שורו הוא ומסבר' דחייב ושאני גרמא דריחא דממילא אתיא מהך דהכא מעשה שורו הוא עכ"ל ומ"מ לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק א' דדיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן ובדבר דלא שכיח לא קנסו א"כ בבהמה פטור ועיין בשלטי גבורים פ' הפרה סוף דף כ"ג ל' ריא"ז:

סעיף ו

לפיכך כו'. כ' מהרש"ל פ' הגוזל בתרא ס"ס מ"ז דכל דיני דגרמי פטרינן באונס ומשמע התם דה"ה שורף שטרות באונס פטור אבל הרמב"ן בדיני דגרמי שלו לא כ' כן אלא כ' דמוסר ומוחל שטר וכה"ג דדבורא בעלמא הוא ואקילו רבנן בדבורא ולא עשו בו אונס כרצון ומיהו ליתא להאי דינא אלא בהאי גרמא אבל השורף שטרות באונס חייב דהא לאו מחיל' היא עכ"ל בריש דף קי"ג. מיהו לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק א' דכל דיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן פשיטא דפטו' באונס וכדאיתא בפ' הנזקין ונתבאר לעיל סי' שפ"ה גבי מטמא ומדמע ומנסך דכיון דקנסא הוא פטור באונס וכן אם היה שוגג נמי פטור כמו מטמא ומדמע ומנסך והרמב"ן שמחייב בדיני דגרמי שלו אף שוגג היינו משום דס"ל דדינא דגרמי הוא דאורייתא:

סעיף ז

הדוחף כו'. ודעת ר"י והרא"ש ושאר הרבה פוסקים דבדוחף מטבע לים ופוחת מטבע פטור והביא הר"ב דעתם לקמן סעיף ג' וכ"כ בהגהת אשרי פ' הגוזל שכ"כ בא"ז ובפסקי מהרי"ח דבכולהו הלכה כרבה בר משורף שטרותיו של חבירו וכן פסק מהרש"ל שם

סי' ט"ז וי"ז ר"ט וכן נר' עיקר וכמ"ש לעיל סוף ס"ק א' מיהו היינו דוקא שלא הגביהו ודחפה לים הגדול ודוקא במים צלולים דחזי ליה וכן בפוחת מטבע דוקא שלא חסרו וכן שלא הגביהו וע"ש חלוקי דינים בזה. וכ' עוד מהרש"ל שם בסי' י"ז בשם ספר צפנת פענח דאפי' אם הכה על בתי נפש או שאר כלי כסף וזהב או על טבעת ופחת' נמי הוי כמטבע ממש ופטור ע"כ והוא בראב"ן סוף דף פ"ט ואפשר לחלק דדוקא במטבע דליכא אלא צורתא אבל בכלי מעיקרא כלי הוי והשתא לאו כלי הוא והיינו שלא הוזכר דין זה בש"ס ופוסקים רק גבי מטבע וצ"ע:

סעיף ח

אע"פ שלא הגביהו כו'. דאלו הגביהו מיגזל גזליה השבה בעי מיעבד ש"ס וכ' מהרש"ל פ"ט דב"ק סי' ט"ז וז"ל ונ"ל אף היכא דשקליה דצריך למעבד השבה מ"מ יצא במה שמשלם לו שכר בר אמוראי ואינו צריך להטפל בה יותר וכן משמע מדברי התוס' לקמן גבי יש שבח סימנים ע"ג צמר עכ"ל ואין דבריו נראין לי דכיון דבעי למעבד השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה ומ"ש וכן משמע מדברי התוס' כו' ר"ל בתוס' שם ריש דף ק"א ולפע"ד לא משמע משם מידי דהתוס' לא מיירי התם מזה אי קפיד בהכי משום דהתם מנח' הצמר קמיה אבל אי קפיד קפיד כן נ"ל:

סעיף ט

וחזר ומחלו כו' בסי' ס"ו. ועיין מ"ש שם בסעיף ל"ב:

סעיף י

וכן השורף שט"ח של חבירו כו'. כתב בעה"ת שער כ"ט אם בעל השטר אומר מנה היה בו והשורף אומר לא כי אלא נ' ישבע כדין מודה מקצת ואי אודי במקצת ועל השאר טען איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ"ל (וע' בספ' גידולי תרומה שם שהקשה שני קושיות על הבעל התרומות ושניהן אינם כלום ע"ש ואין להאריך) ומביאו ב"י ס"ב וגם הד"מ והב"ח הביאוהו בסתם וכ"כ העיר שושן. ודין זה צל"ע דהא דקי"ל סי' ס"ו סעיף ל"ט וריש סי' צ"ה דאין נשבעין על השטרות לא שבועת השומרין ולא שביעת מודה מקצת והוא מן המשנה פ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) ובמשנה היה אפשר לדחוק דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי או שאינו גורם היזק במה שאינו מחזיר השטרות רק שתובע גוף השטרות לאיזו טעם שיש לו אבל מסתימת כל הפוסקים שכתבו סתמא אין נשבעין שבועת מודה מקצת על השטרות משמע אף שמכח כפירתו לא יוכל התובע להוציא חובו אין נשבעין והכי מוכח להדיא בתוספות פ' שבועת הפקדון סוף (שבועות דף ל"ז) שכתבו דהא דמיעט שטרות משבועה אתי

שפיר טפי לר' מאיר דמחייב בשורף משום דינא דגרמי כו' וע"ש: והנה היו לפני כמה דרכים ליישב דעת בעה"ת ולא עלו כהוגן והעיקר נ"ל דהבעה"ת ס"ל דדינא דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי הכל אחד הוא וס"ל הלכה כר' שמעון וא"כ לדידן דלא קי"ל כר' שמעון ליתנהו לדברי הבע"ת וכמו שיתבאר וז"ל הבעה"ת שם בשע' כ"ט חלק ב' ואי לא מודה כי' בעיקר השליחות ואמר חמשים צויתי לתתו ועל השאר איני יודע מתוך שאי"ל משלם דקי"ל כר' מאיר דאין דינא דגרמי ודבר הגורם לממון בממון דמי וכי היכי דאי טעין בעל השטר מנה היה בשטר זה ששרפת והוא אודי ליה במקצת ועל השאר אמר איני יודע מתוך שאיל"מ הכי נמי גבי חנוני כיון דחזקה שליח עושה שליחותו ודבר הגורם לממון היא הכי דיינינן דכמאן דטעין עליה בגוף הממון דמי עכ"ל וכ"כ עוד הבעה"ת בשער נ"א חלק ו' וז"ל שהרי שורף שטרות חבירו פסקנו שאע"פ שאין גוף השטר ממון כיון שהו' גרם לאבד ממון חברו חייב וכדאסיקנ' התם אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא דקי"ל כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ואפי' בדבר שאין עיקרו ממון דכיון דשורף ועביד בידים או קורע שטרות של חבירו דינא דגרמי הוא כו' עכ"ל וכתב עוד בבעה"ת שם וז"ל גם הראב"ד כתב בתשובתו הריני מוסר לך מה שנראה לי לענין פסק דינן והלכ' למעשה פלוגתא דר' שמעון ורבנן הוי יודע שדעתי נוטה לקבוע מסמרות כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ודינא דדבר הגורם שייך בדינא דגרמי כו' עכ"ל ופלוגתא דר' שמעון ורבנן הוא במתני' פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ד ע"ב) וגבי כפל וד' וה' ופ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ו ע"ב) גבי אונאה ופ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) גבי שבועה דרבנן ס"ל דהקדשות אין נשבעין עליהן ור' שמעון אומר קדשים שחייב באחריותן נשבעין עליהן ושאינו חייב באחריותן אין נשבעין עליהן ופירש"י קדשים שחייב באחריותן נשבע דדבר הגורם לממון לר' שמעון כממון דמי והכי איתא בש"ס פ' מרובה (בבא קמא דף ע"א ע"ב) ופ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח ע"ב) דטעמי' דר' שמעון הוא דדבר הגורם לממון כממון דמי וא"כ הרי משמע להדיא מדברי הבעה"ת גופיה דאי הוי קי"ל כרבנן לא היה נשבע זה השורף וא"כ הרי רוב הפוסקים פסקו כרבנן הלא המה הרמב"ם והברטנורה בפי' המשניות פ' מרובה ופ' הזהב ובפ' שבועת הדיינים וכן משמע דעת הרי"ף והרא"ש פ' שבועת הדיינים שהשמיטו שם מילתיה דר' שמעון מן המשנה וכ"פ עוד הרמב"ם והרב המגיד ריש פ"ב מהלכות גניבה ופ' י"ג מהלכות מכירה דין ח' ורפ"ב מהלכות שכירות וכ"כ עוד הרב המ' להדיא ריש פ"ה מה' טוען שאפי' קדשים שחייב באחריותן אין נשבעין עליהן שאין הלכה כר' שמעון וכן מוכח עוד דעת הרבה פוסקים וכן עיקר

וגם מה דס"ל להבע"ת דאמימר דדאין דינא דגרמי היינו משום דקי"ל כרבי שמעון לא נהירא לי אלא משמע בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח ע"ב) דאף אמימר סבר כרבנן וכמו שכתבתי לעיל ס"ק הראשון בסופו ע"ש:

ושוב ראיתי בדיני דגרמי להרמב"ן שכתב להדיא כדברי וז"ל שם בדף קי"א סוף ע"ב בשורף שטרות ודכותיה קי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי ואע"ג דלא קי"ל כר' שמעון דאמר קדשים שחייב באחריותן חייב ואין משלמין עליהן תשלומי ד' וה' ואף אין נשבעין עליהן שהרי אין גופו ממון אע"פ שגורמין לממון ואע"פ שאם הזיק חייב לשלם אם פשע בשמירתה פטור שלא מצינו דינא דגרמי אלא במזיק ויש מי שאומר שהפושע מזיק הוא ומשלם אבל שבועת התורה לעולם אין נשבעין אלא על דבר שגופו ממון ולא על הגורם שהרי אין נשבעין על השטרות וכן נמי אין בהם אונאה דליתיה לדר' שמעון וכן הסכימו הגאונים ז"ל דליתא לדר' שמעון עכ"ל הרי להדיא דאין נשבעין שבועת התורה בשורף שטרות. ויותר מזה נראה מהרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועת התורה ויש לי לדקדק בזה על דבריו מדברי תשובות הרשב"א ותשו' מיי' שהבאתי לקמן סי' שפ"ח סעיף ז' ס"ק ל"ד וכן מדברי הרמב"ם וכפי מה שפירשתי שם בס"ק ל"א מוכח שם מדבריהם דבמסור שייך ש"ד אף דאינו חייב רק מדיני דגרמי ע"ש ונראה לו' דאף מאן דס"ל דבדיני דגרמי מחייבים ש"ד מודים בשטרות וס"ל דדוקא בהקדשו' ושטרות דממעטינן להו מקרא דאין נשבעין עליהם היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי לא גלי:

ושוב ראיתי בדברי מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' י"ט כ' ג"כ בפשיטות אי טעין השורף יודע אני שהי' כתוב בו חוב אבל איני יודע כמה ה"ל משואיל"מ ולא כ' לא טעם ולא ראי' וגם ק' עליו כל מ"ש למעל' וצ"ל דלשטתו אזיל דס"ל שם כמ"ש התוס' במרובה סוף ד' ע"א דיש סברא איפכא דאפי' רבנן דפליגי אר"ש מודו לר' מאיר דלא פטרי אלא בחמץ או בקדשים שאינו ראוי אלא לזה אבל שטר שראוי לכל העולם למכור ולגבות בו חייב וא"כ חייב נמי שבועה אבל לפמ"ש לעיל ס"ק א' ולקמן ס"ק י"א (למ"ד דינא דגרמי דאורייתא) דהעיקר כשינוייא בתרא שכתבו התוס' במרובה שם ובפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ד) סוף ע"א בשם יש מפרשים דאין רבנן מודים לר"מ אלא בקרן ולא בכפל א"כ מוכח דה"ה באונאה ושבועה פטרי רבנן ע"ש ודוק לכן נ"ל דברי הרמב"ן בזה עיקר לדינא דכששורף שטרות אין נשבעין ש"ד עליו דכיון דמעטינהו קרא משבועה משום שאין גופן ממון מסתמא מעטינהו אף שגורם לו היזק בזה ממה שאינו מחזיר לו השטרות כגון שאומר לא הפקדת אצלי אלא א' ומחמת זה לא יוכל המלוה להוציא חובו פטור משבועה דכיון

שאין גופן ממון אין נשבעין עליהן וכדמוכח בשינוייא בתרא דתוס' והוא עיקר אם נאמר דדינא דגרמי דאוריית':

ונראה דאף לפי מה שהעליתי לעיל ס"ס צ"ה כהראב"ד דהיכא דנפסדה הקרקע וא"א למלאות החפירות והתביע' היא על הממון חייב ש"ד היינו דוקא התם דקרקע אימעטיה מכח שישנה קרקע ואינה מטלטלים א"כ מה שהיא בעינה גרע כחה וכיון דאשתני ואינה בעין אישתני דינה אבל הכא דשטרו' אימעטו כיון דמתחלתן אין עיקרן ממון ובזה לא אישתני ודו"ק היטב. ומכ"ש לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק א' דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן דאין לחייב ש"ד בהא (וכ"כ מהרש"ל פ' הכונס סי' ל' סעיף י"א דלמאן דאמר דהוי דרבנן לא שייך שבוע' דאוריית' כלל) . ודלא כהבעה"ת והנמשכים אחריו. כן נ"ל:

סעיף יא

השורף כו'. כתב הרמב"ן בדינא דגרמי שלו דף קי"א ע"ב דה"ה במי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח שהיה יכול להחזירו להנגזל ולומר לו הרי שלך לפניך ובא אחר ושרפו חייב לשלם לגזלן מדינא דגרמי שהרי גרם להפסיד ממון מכיסו. ומהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' י"ט כ' עליו ולא ידעתי על מי סמך שחולק על הסוגיא (פ' הגוזל קמא דף צ"ח ע"ב) שאמר השורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן כו' ומאחר דהלכה כרבנן א"כ משמע להדיא דפטור כו' עכ"ל ולא קשה מידי דהרמב"ן ס"ל כתירוץ היש מפרשים שהביאו התוס' פ' מרובה (בבא קמא דף ע"א) סוף ע"ב ופ' אלו נערות (כתובות דף ל"ד) סוף ע"א ד"ה סבר לה כר"ש כו' דתרוצא קמא של התוס' ודאי לא מסתבר כלל וכמ"ש לעיל ס"ק א' דמה לי ששוה לכל העולם או ששוה לו ס"ס גרם לו היזק וכן מצאתי בריטב"א פ' אלו נערות שהכריע כתירוץ היש מפרשים הנ"ל וכ' שהוא הנכון ע"ש. וא"כ הרמב"ן פסק כסוגיא דמרובה ודפ' אלו נערות דהוא סוגיא דסתם ש"ס ולא כדברי רבה שאמר השורף כו' באנו למחלוקת כו' ודוק בדברי הרמב"ן בדינא דגרמי שלו דף קי"א סוף ע"ב ותמצא כדברי שהביא שם הש"ס דפ' מרובה ודפ' אלו נערות הנ"ל ולמד ממנה דלא מיתליא חדא בחברתה ע"ש כי מהרש"ל שם לא הביא דברי הרמב"ן אלו רק קצר דבריו ונראה שלא דקדק בדבריו ע"ש ודו"ק:

ומ"מ לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק א' דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הכא פטור דלא שכיח כמ"ש בס"ק א' ע"ש:

סעיף יב

שטר חוב כו'. וכן העושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר לבעל החוב שהרי הפקיע שיעבודו וגרם לאבד ממונו עכ"ל רמב"ם פ"ז מחובל והראב"ד השיג עליו וכ' הרב המגיד שם וז"ל כ' עליו הר"א אמר אברהם הרב אינו פוסק כן דרשב"ג הוא דאית לי' הכי ורבנן פליגי עליה וקי"ל כרבנן ולא דמי לשורף שטר חבירו דהתם בדחבריה קא עביד מעשה אבל הכא אמר בדנפשי קא עבידנא ואיני יודע אם נתכוין הר"א ז"ל באמרו הרב לרב אלפס ז"ל כדרכו בשאר המקומות ואם לא לפי שלא נמצא דבר בהלכות הרב ז"ל ובקצתן נמצא כרשב"ג וכיון שכן הדרינן לכללין כ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו וזו משנה פ' השולח וכ"ש שהדבר הכרחי כאן לפסוק הלכה כמותו דהא טעמא דידיה משום דס"ל דמזיק שעבודו של חבירו חייב ואנן דקי"ל כדינ' דגרמי כ"ש במזיק זה שהוא חייב דהוא אלים כדמוכח בהדי' בפ' המניח את הכד גבי שחטו בשרו מותר עכ"ל. ואני אומר שאין דבריו מוכרחים וכוונת הראב"ד הוא שהי' לפניו אותן נוסחאות הרי"ף שלא הי' כתוב בהן הלכה כרשב"ג וא"כ ממילא הלכה כרבנן וכמ"ש הרי"ף התם להדיא לעיל מיניה במתני' דעבד שנשבה ופדאו כו' דפליגי רשב"ג ורבנן וכ' הרי"ף שם וחזינן לגאון דקא פסק הלכתא כרבנן דקי"ל יחיד ורבים הלכה כרבים וא"כ משמע דה"ה הכא (ואע"ג דכ' הרשב"א והרא"ש פ' השולח בשם הראב"ד מדכתב הרי"ף וחזינן לגאון כו' משמע דלא ס"ל כהגאון מ"מ הא מסיק הרשב"א התם דס"ל כהגאון וא"כ דעת הראב"ד בהשגות כאן כן ועוד דבשלמא לעיל י"ל מדכתב וחזינן לגאון לא סבר הכי משא"כ גבי מזיק שעבודו ודוק) ועוד דהא כ' הרי"ף פ' גט פשוט דהך כללא דאמר רבה בר חנה משמיה דר' יוחנן כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו ליתא עד דאיכא טעמא וכ"כ הרשב"א בחדושיו פ' מי שאחזו והר"ן שם בשם הרי"ף פ' ג"פ ונראה שטעמו משום דאמרי' בס"פ המדיר (כתובות דף ע"ז) דאמוראי נינהו בהא אליבא דר' יוחנן. ומ"ש הרב המגיד וכ"ש שהדבר הכרחי כאן לפסוק הלכה כמותו כו' כדמוכח בהדיא פרק המניח כו' לפע"ד לא מוכח מהתם מידי לפי מ"ש הראב"ד דלא דמי לשורף שטר חברו דהתם בדחבריה קעבד כו'. הרי נראה שהראב"ד עצמו הרגיש בהך דהמניח את הכד וכתב דשורף שטר שאני והא דפריך התם הא נמי רבה אמרה דאמר רבה השורף שטר של חבירו פטור פריך מכח כל שכן כיון דאפי' בדחבריה פטור כל שכן בדידי' ומשני מהו דתימא התם ניירא בעלמא קלאי מיניה כו' א"כ נהי דמזיק שעבודו אלים טפי לפי המסקנא היינו כמו דדיינין דינא דגרמי בשורף שטר של חבירו שחייב ה"ה באחר שהזיק שעבודו של חברו אבל בלוה עצמו שהזיק שעבודו לא שמענו

וא"כ יש לו' דהלכה כרבנן דפליגי ארשב"ג גבי לוה עצמו שהזיק דבדידיה קא עביד: ובהכי ניחא הא דקאמר רב הונא בר' יושיע סתמא זאת אומרת המזיק שעבודו של חברו פטור ופריך עליה הא רבה אמרה כו' ואם איתא אמאי פריך מרבה דהוא אמורא הל"ל לימא כתנאי כרבנן ולא כר' מאיר דדאין דינא דגרמי אלא משמע דאף מאן דדאין דינא דגרמי פטר התם כיון דבדידיה קעביד כן נ"ל:

מיהו דדעת הרא"ש פ' המניח ופ' השולח כהרמב"ם וכן דעת הרמב"ן והר"ן פ' השולח ושאר פוסקים וכ"פ מהרש"ל פ' המניח סי' כ"ח וכ"כ הט"ו לעיל סימן קי"ז ס"ו וכ"כ ריי"ו ומביאו ב"י וד"מ סי' זה וכתבו עוד בב"י וד"מ לשון ר"י שכ' וז"ל וכתב הר"מ שאם היתה אפותיקי ומחל לו המלוה בעל הקרקע תובעו. ולשון זה מגומגם אבל כשתעיין בר' ירוחם עצמו תראה שלשונו נכון שמתחלה כתב בשם הר"מ שבעל הקרקע תובעו ואח"כ כ' בשם הרא"ש ואפילו מחל לו המלוה בעל הקרקע תובעו ור"ל אפילו מחל המלוה למזיק בעל הקרקע תובעו למזיק וע"ש עוד כתבו ב"י וד"מ שם בשם ר' ירוחם ואם הי' אפותיקי מפורש אין הב"ח גובה מהמזיק כמו שאינו גובה משאר נכסי הלוה עכ"ל ותימא אך העתיקו דברים אלו בסתם והלא דברים אלו תמוהים אדרבא כשהוא אפותיקי מפורש הוא דגובה הב"ח מהמזיק אבל באפותיקי סתם מצי המזיק לומר לב"ח מה עשיתי לך הלא תגבה משאר נכסים ומאי דמיון הוא זה שכ' כמו שאינו גובה משאר נכסי הלוה אדרבה כיון שאינו גובה משאר נכסי הלוה הב"ח גובה מהמזיק כיון שהזיק שעבודו וכדקי"ל המזיק שעבודו של חבירו חייב וכן התוס' פ' השולח (גיטין דף מ"א ע"א) וכן הר"ן שם והרמב"ם פי"ח מהל' מלוה והרב המגיד שם ופ"ז מה' חובל והטור סי' קי"ז ושאר פוסקים פירשו להדיא הך דרשב"ג דמזיק שעבודו של חבירו חייב והיינו באפותיקי מפו' ואע"ג דהתוס' והפוסקים מיירי כשהזיקם הלוה עצמו מ"מ פשיטא דחד דינא אית להו לענין שיהא חייב משום מזיק וכן משמע להדיא בחדושי הרשב"א פ' השולח ואדרבה כשהזיקם אחר גרע טפי וכמ"ש לעיל לדעת הראב"ד בהשגות וגם מדברי ר' ירוחם עצמו שם בנל"א סוף ח"ב נראה להדיא כמ"ש דבאפותיקי מפורש חייב המזיק וז"ל שם המזיק שעבודו של חברו כגון שחפר בשדה המשועבדת לחברו בורות חייב דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי וכ' רבינו מאיר דאם עשה שדהו אפותיקי מפורש ובא אחר וחפר בה בורות לא מצי למימר לבעל הקרקע לאו בעל דברים דידי את כי לא נתחייבתי אלא למלו' כי גם נתחייב לבעל הקרקע ומשתעי דינא בהדיה בעל הקרקע וכ' הרא"ש ואפילו מחל לו המלוה בעל הקרקע תובעו כ' מורי הרב ר' אברהם שאם אמר ליה בפי' לא יהא לך פרעון אצא מזה ובא אחר וחפר בה בורות דאין בעל חוב גובה מן

המזיק כי כמו שאינו גובה משאר נכסי דליה כך לא יגבה ממזיק עכ"ל הרי שמתחלה כתב להדיא דבאפותיקי מפורש חייב לשלם למלוה לכך נ"ל שסוף דבריו מ"ש בשם מורו ה"ר אברהם הם מוטעים קצת וצריך להגיה בזה"ל כתב מורי ה"ר אברהם שאם א"ל בפירוש לא יהא לך פרעון אלא מזה ובא וחפר בשדה אחר בורות דאין ב"ח גובה מן המזיק כו' וזה דין אמת ופשוט. אבל מדברי ב"י וד"מ נראה שלא השגיחו בזה ומשמע להדיא מדבריהם שהדברים הם כהווייתן והוא תמוה: ודע דאחר שהזיק שעבודו לאו משום מזיק שעבודו לחוד חייב אלא חייב נמי מדרב נתן וכ"כ המרדכי פרק המניח שאמר רבינו מאיר למורו הר"י מוינא דהתם מיירי שהבעלים בעצמם עשו לו ההיזק דאל"כ בלא"ה חייב מדרב נתן שהרי החופ' בקרקע בורות מן הדין חייב לפרוע לבעל הקרקע דהפסידו וכיון דחייב לו יתחייב לבעל חובו מדר' נתן וע"ל סי' פ"ו:

סעיף יג

חייב לשלם כו'. משום דינא דגרמי ורבה דפטר בש"ס פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח) לא דאין דינא דגרמי וכ' מהרש"ל פ' הגוזל קמא סימן י"ט וז"ל ונראה דאיירי דוקא דלא שקליה בידי' דלא הוי גזלן או שהיה בידו כבר בפקדון אבל שקליה בידיה ואגביה הוי גזלן לכ"ע והשבה בעי למעבד וחייב לכ"ע אפילו לרבה דלא גרע דיני דגרמי מגרמא בניזקינן דמסקינן לעיל דאי שקליה בידיה גזלן הוא וחייב כ"ש הכא וא"כ ישבע הנגזל כמה היה כתוב ביה דהא עשו תקנת נגזל בגזלן ודוקא בשטר ששוה הנייר פרוטה לצור ע"פ הצלוחית דהוי בודאי גזלן אבל אי לא [לא] הוי ודאי גזלן ודלמא ליכא כאן דיני גזלה ואין כאן תקנה לנגזל עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני דרבה סתמא קאמר ומשמע אפילו שקליה בידים ואגביה ושרפיה פטור ועוד דהא מעיקרא קאמר רבה זורק מטבע לים הגדול וה"מ דאדיי אדויי אבל שקלי' בידים מגזל גזליה ובעינן השבה מעליא ובתר הכי קאמר בסתמא השורף שטר של חברו פטור מ"ט דא"ל ניירא בעלמא קלאי מינך משמע דבשורף שטרו של חברו אפילו שקליה בידי' פטור וגם נראה דאשתמיטתי' למהרש"ל כולא סוגיא דפרק הגוזל בתרא (סוף בבא קמא דף קי"ז) דממעטי' התם קרקעות ועבדים ושטרות מקרא דאין נגזלין וע"כ בגזל קרקע ושטפה הנהר או נשרפה פטור ואיתא התם דאפילו ר' אליעזר דפליג בקרקעות מודה בשטרות והכי איתא נמי להדיא בש"ס פרק שבועת הפיקדון (סוף דף ל"ז) ומוכח התם להדיא דכיון דאימעטו מגזלה א"כ אפילו שטפה נהר או נשרפה אחר שגזלן פטור מטעם דברשותא דמרא קמא קיימי ואף דאיתא התם לישנא דהרי שלך לפניך פירושו ברשותך הוא וכ"כ הרא"ש פ' הגוזל בתרא וז"ל שטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך כלומר תקחנה במקום שהיא כאלו לא גזלה דקרקע

אינה נגזלת וברשות בעליה נשטפה עכ"ל וכ"כ הרמב"ם ריש פ"ט מה' גזלה הגוזל קרקע ונשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסד עליו כו' משא"כ במטלטלים כמו שביארנו עכ"ל וא"כ ה"ה שטרות דמחד קרא אמעטי ואדרבה כ"ש שטרות דהא אפי' ר' אליעזר דדריש רבוי ומיעוטי ולא ממעט קרקע ממעט שטרות (וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם ספ"ח מהל' גזל' דקרקעות ועבדים ושטרות חד דינא אית להו מהא וכמ"ש לקמן) והכי מוכח ודאי דקרא ממעט אפי' נשרפו דאי כשהן בעין לא צריך קרא למעוטי שטרות דהא אפי' מטלטלים כגון בחמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך וכדאיתא בהגוזל קמא (דף צ"ח ע"ב) אמר רבה דכ"ע אמרי' באיסורי הנאה הרי שלך לפניך דאל"כ נפלגו בחמץ בפסח כו' אלא ודאי הא דממעט קרקעות ועבדים ושטרות היינו דמתחלה אין נגזלין כלל והרי הן כאלו לא גזלן כלל וכל היכא דאיתנהו ברשותא דמרא קמא איתנהו והכי איתא להדיא בש"ס פ' הגוזל קמא (בבא קמא ריש דף צ"ו) דטעמא דבקרקעות ועבדים אומר לו הרי שלך לפניך משום דברשותי' דמאריה קאי דפריך התם אהא דאמר רב התוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור ואי עבדא כמקרקעי דמי אמאי פטור ברשותיה דמרי' קאי ומשני הב"ע שלא בשעת מלאכה כדאמר רב הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר:

ואף הראב"ד בהשגות רפ"ט מה' גזלה דפליג בעבדים משמע להדיא מדבריו דמודה בשטרות דהא משמע מדבריו דלא פליג בעבדים אלא משום דמצינן בקרא דנקנין ביאוש דכתיב וישב ממני שבי אלמא לאו כקרקע דמי הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו דכשמת לגזלן מת עכ"ל משמע להדיא הא בשטרות דליכא קרא דנקנין ביאוש דמי לקרקע וגם בעבדים גופי' נ"לעיקר דדינן כקרקע כמ"ש לעיל סי' שס"ג:

והכי מוכח נמי להדיא מדברי התוס' פ' שבועת הפקדון סוף (שבועות דף ל"ז) שכתבו דלמאי דמסיק דלא פליגי לענין שבוע' רק לענין השבה כשנשתנו קשיא מה שייך למעוטי שטרות הא אפי' שרפן פטור לרבה דלא דאין דינא דגרמי וצ"ל דסבר כר"מ דדאין דיני דגרמי אי נמי כי פטרינן היינו כי קלנהו באתרייהו אבל נטלו ושרפו חייב עכ"ל כוונתם לומר אבל נטלו ושרפו חייב אי לאו קרא להכי אתי קרא למעוטינהו מגזלה וא"כ אפי' נטלו ושרפו פטור למאן דלא דאין דינא דגרמי. ובפסקי תוס' שם איתא נטל שטרות של חברו בידו ושרפן לכ"ע חייב. ונ"ל שטעה בפשט דברי התוס':

ועוד נ"ל להוכיח כן מדברי הרמב"ם ספ"ח מה' גזלה שכ' וז"ל העבדי' ושטרות וקרקעות אין בהם תוס' חומש שנא' וכחש בעמיתו בפקדון כל האמור בענין מטלטלין הוא וגופן

ממון יצאו קרקעות ועבדים שהקשו לקרקעו' ויצאו שטרו' שאין גופן ממון וכן אם היו גזל גר שאין לו יורשים אין חוזרים לכהנים וכן הקרקע אינה נקנית לעולם לגזלן אלא ברשות בעליהם עומדת כו' ואל תדקדק מדבריו שכ' בסוף קרקע לבד דהא וכן קאמר אמ"ש דעבדי' ושטרות דינן כקרקע ותדע שהרי כ' ר"פ ט' מיד אח"כ משא"כ במטלטלי' כמו שאמרנו. ואפי' למאי דגריס הראב"ד בדברי הרמב"ם משא"כ בעבדים מוכח מהראב"ד שם דשטרות דינן כקרקע אף להרמב"ם ועוד שכבר הוכיח הרב המגיד שם שעיקר הגירסא משא"כ במטלטלין ועוד דמנין לו לחלק בין קרקע לשטרות וכן משמע עוד מדברי ה"ה ס"פ ח' שכ' וכן הקרקע אינה נקנית לעולם לגזלן כו' כרבנן דהגוזל עצים (ט"ס הוא וצ"ל הגוזל בתרא וכ"כ הב"ח בר"ס שע"א) והא התם בפלוגתא דרבנן אימעטו נמי שטרות לכ"ע ועוד דאל"כ תיקשי מנ"ל להרמב"ם הא שכתב וכן אם הי' גזל גר שאין לו יורשים אינן חוזרים לכהנים וגם הרב המגיד ציין שם וכן אם הי' גזל הגר כו' ושקיל וטרי בה ולא כ' מאין הוציא הרמב"ם כן וכן הסמ"ג דף קל"ב ע"א כתב כדברי הרמב"ם וכן אם היו אלה שלשה גזל הגר שאין לו יורשים אין חוזרים לכהנים ולא כ' מקור לזה וליכא למימר דבגזל הגר נמי ממעטינן להו מכלל ופרט דהא האי קרא דוכחש בעמיתו בפקדון כתיב בסוף פ' ויקרא והתם איתא כלל ופרט וכלל וממעטינן להו וגזל הגר איתא בפ' נשא ושם ליכא כלל ופרט וכלל בקרא כלל דלימעטינהו א"ו פשיטא להו להרמב"ם והרב המגיד וסמ"ג דכיון דאיתמעטי קרקעות ועבדים ושטרות בפרשת ויקרא דאינן נגזלין כלל וכי נשרפו ברשותיה דמרא קמא נשרפו א"כ לא שייך כאן לומר שיהא בהן משום גזל הגר לכהנים דהא אין כאן גזלה כלל ובכ"מ שהן ברשות הגר הן. כנ"ל ברור וא"כ מוכח להדיא דעת הרמב"ם והרב המגיד והסמ"ג דשטרות אין נגזלין כלל הארכתי בזה כי דין זה הוא חדוש גדול וברור הוא:

העולה מזה קרקעות ועבדים ושטרות אין נגזלין והרי כאלו הן ברשות הבעלים לפיכך אם אחר שגזלן נשרפו מעצמן בבית הגזלן פטור ואם שרפן הגזלן אינו חייב אלא משום דינא דגרמי משום קנס חכמים:

סעיף יד

כל החוב כו'. היינו ששמין כמה היה שוה למכור כדלעיל סי' ס"ו סעיף ל"ב ואין סברא לחלק בין מוחל לשורף וגם בתשובת הרא"ש כלל ס"ט סי"א משמע להדיא דגם בשורף דינא הכי ע"ש וכ"כ בתשו' מהרשד"ם סי' ל"ב וע"ש ע' בתשו' מהרשד"ם סי' ת"ח ובתשו' מהר"ם אלשיך סי' נ"ד ובתשו' מ"ע סי' נ"ב ופ"ט ובתשו' מהר"א ן' ששון ס"ס ק"מ:

ועיין בתשובת מהר"י ן' לב ספר א' ס"ס קס"ג דף קנ"ח ע"ג שא"נ השורף לומר פרעתי לו ההיזק למ"ד דינא דגרמי דאורייתא אלא דמצי למימר קים לי כמ"ד דרבנן ולי נראה שנאמן לכ"ע ודוק:

סעיף טו

ובלבד שיודה לו המזיק כו'. ואם המזיק אינו יודע כתב מהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' י"ט דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל דגבי שורף שטרות של חבירו גרע ממסור ולכ"ע לא עשו תקנת נגזל בשורף כיון דניירא בעלמא קלא מיניה ומשמע שם מדבריו שהוציא כן מן הרא"ש והנ"י ובאמת משמע לכאורה כן בהרא"ש פ' הגוזל קמא אבל לפע"ד לא נהירא לחלק בדיני דגרמי בין זה לזה דנראה דכונה דינא דגרמי חד דינא אית להו וכי קמבעיא לן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל במסור או לא בכולהו דינא דגרמי מבעי לן והכי משמע מלישנא דש"ס שם דקאמר אליבא דמאן דלא דאין דגרמי לא תבעי לך דמסורות נמי לא דייניגן כי קמבעי לן אליבא מאן דדאין דינא דגרמי כו' והא דקאמר בש"ס פרק הגוזל קמא אי דליכא עדים מנא ידעינן ולא קאמר דמשתבע ושקיל היינו משום דודאי רבה לא מיירי במלתא דמבעי' לש"ס וגם מ"ש מהרש"ל שכ"כ הר"ן ור"ל הנ"י לפע"ד לא מוכח מהנ"י מידי דלא קאמר הנ"י אלא דלא אמרי' בפשיטות דמשתבע ושקיל אלא כמו דמבעיא לש"ס במסור ה"נ מבעיא גבי שורף אבל מידי ספקא לא נפקא ע"ש בנמוקי יוסף וגם בהרא"ש יש לדחות דלא כ' כן אלא לס"ד דש"ס דלא דייניגן דינא דגרמי ע"ש ואף אם ת"ל דכוונת הרא"ש כפשוטו וכדעת מהרש"ל מ"מ לענין דינא י"ל כמו שכתבתי וכן מצאתי להדיא בתשו' מיימוני לספר נזיקין סי' ד' הביא תשובת רב האי גאון משמע שם להדיא דשורף שטרו של חברו ומסור חד דינא אית להו לענין תקנת נגזל וכמו דמבעיא לש"ס גבי מסור ה"נ בשורף וכבר נודע שאין לחלוק על הגאון אם לא בראיה ברורה ומכ"ש כאן דפשטא דש"ס משמע כהגאון וכמו שכתבתי:

שוב מצאתי במרדכי פ' הכונס וז"ל תקנת נגזל במסור דסלקא בתיקו פי' ר"י לקולא ורב האי גאון פסק בשער העשרים יחלוקו אבל בתשובתו פסק כיון דאשו ומסור סלקא בתיקו המע"ה עכ"ל ובספר גדולת מרדכי מחק תיבת דאשו וגם מהר"מ מטיקטין בגליון המרדכי דחק מאד בזה משום דקשיא להו דהא באשו פשוט בש"ס דעשו תקנת נגזל אבל לפע"ד ר"ל אשו בשורף שטר והיא כך תשובת של רב האי גאון שהובא בתשו' מיי' הנ"ל וכ"כ להדיא ג"כ בתשו' מיי' הנ"ל דבשער העשרים פסק רב הגאון דיחלוקו ובתשוב' הנ"ל חזר בו ע"ש. ויצא לי מזה דגם במרדכי רמוזה תשו' רב האי גאון הנזכרת:

סעיף טז

שהם יעשו כו'. כתב הסמ"ע ס"ק ד' דל"ד קאמר דהרי העדים כבר עשו שליחותן ואין יכולים לכתוב לו תו שטר אחר אלא ר"ל שהעדים יאמרו הדבר לפני הב"ד והב"ד יכתבו לו שטר אחר כדלעיל ריש סי' מ"א עכ"ל וכן פי' הנ"י פ' ג"פ ל' הש"ס וכ"כ הבעה"ת סוף שער נ"ז בשם הראב"ד ע"ש:

סעיף יז

וכן כל כיוצא בזה. עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קפ"ט:

סעיף יח

וי"א כו'. וכן דעת הרבה פוסקים וכ"פ מהרש"ל פ"ב דב"ק סל"ו ופ"ט דב"ק וכן נראה עיקר וכמ"ש לעיל ס"ק א':

סעיף יט

בדוחף כו' או פיחת כו' עמש"ל ס"ק ז' בזה:

סעיף כ

ולכן אפילו זרק כלי כו'. כלומר כלי של חבירו ונראה לי דזה מיירי שלא הגביה הכלי רק דחפו מן הגג לארץ אבל הגביהו מיגזל גזלי' השבה בעי מיעבד כדלעיל ס"ק ח' וחייב ודוק:

סעיף כא

או שליש שהחזיר שטר וכו' וכן אם החזיר שטר פרוע לעכו"ם על א' והעכו"ם הוציא ממנו פטור דהוי גרמא כ"כ הב"י מחו' א' והד"מ בשם תשו' הרשב"א. ובתשו' מהרש"ך ס"א סי' כ"ז הקשה על הרשב"א דמ"ש משורף שטרות של חבירו ובתשו' מהר"י לבית לוי סי' ל"ד יישב דברי הרשב"א ודבריו פשוטים וע"ש גם בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קי"ב וכן בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ס"א מביאים דברי הרשב"א לפסק הלכה וע"ש וגם מדברי תשו' משאת בנימין סי' פ"ה מתיישב קושית מהרש"ך וק"ל:

סעיף כב

שליש שהחזיר כו' בתשו' משאת בנימין סי' פ"ה פסק דדוקא החזיר למלוה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזיר ללוה מיקרי גרמי וחייב והוכיח כן מתשו' הרא"ש כלל ל"ט סי' ב' (שהביא ב"י לעיל סוף סי' ס"ז מחו' מ"ו) ופשוט הוא דהא הוי כשורף עיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' כ"ג וס"ס נ"ד:

סעיף כג

כולם פטורים דלא הוי אלא גרמא בניזקין. וכן משסה כלב בחבירו סי' שצ"ה ופורץ גדר לפני בהמתו סי' שצ"ו ס"ד והשולח את הבער' ביד חש"ו סי' תי"ח ס"ז וליבה וליבתו הרוח שם סעיף ט' וכופף קומתו של חבירו לפני הדליקה שם סעיף י"א ותקע באזנו סי' ת"ך סכ"ח וכה"ג כולם גרמא נינהו ופטורין:

עוד איתא בטור ופוסקים הנותן סם המות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם דלא הוי אלא גרמא וכ"כ הרמב"ם רפ"ד מהל' נזקי ממון ותימה שלא כתבו המחבר בשום מקום. ובש"ס פרק הפרה (דף מ"ט ע"ב) איתא דל"מ אכלה סם המות אלא אפילו אכלה עשב מאכל בהמה שהיא סם המות לה פטור ונראה דה"ה כשעירב סם המות במאכל הראוי לה פטור:

סעיף כד

י"א דבכל גרמא בניזקין אם הוא שכיח כו'. ל' הרב אינו נכון בעיני שלא מצאתי מי שאומר בכל גרמא בניזקין אם הוא שכיח שחייב לשלם משום קנס ומי מפיס איזו שכיח ואיזהו לא שכיח אבל בעל סברא זו הוא ריצב"א בתו' ס"פ לא יחפור ושאר פוסקים שכתבו לתרץ דהא דבכמה עניינים איתא בש"ס דחייב משום דינא דגרמי ובכמה ענינים פטור ותירץ דדינא דגרמי אינו אלא משום קנס ואותן שהיו נראה להם לחכמי הש"ס שהוא שכיח ורגיל לבוא קנסו וע"ש. וגם בסמ"ע ס"ק ז' כתב דלפי מ"ש הרב דבדבר השכיח ורגיל קנסו א"כ גם בשליש שהחזיר השטר קנסו כו' ולא נהירא לי דדוק' מילת' דמצינן בש"ס דקנסו אמרי' משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו אבל בהא מאן לימא לן דשכיח הוא וכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הבו דלא לוסיף עלה ואין לך אלא מה שאמרו הם כן נ"ל:

סעיף כה

ולכן יש מי שכתב כו'. הוא מהר"מ מריזבורג שכתב כן בנימוקיו ואיתא שם ששמעון היה שם ואמר כן אחר שנגמר המקח וקבל העכו"ם המקח והרב בד"מ כתב עליו וז"ל ואינו נראה לי דהא אין ההיזק בא מיד וגם הוא אינו עושה ההיזק גופי' ואפשר דהיה מילתא דשכיחא בימי מהר"ם ולכן פסק כן וכדעת הריצב"א דכתב דבמקום דשכיח קנסו כן נ"ל ע"כ ובאמת צ"ע בדין זה ומ"ש הר"ב ואפשר דכה"ג הוי כמסור איני נ"ל דמסור מזיקו ומחסרו ממון אבל הכא אינו מחסרו ממון שהרי העכו"ם מחזיר לו את שלו. וראיתי בנמוקי מהר"מ מריזבורג ולא כ' בפירוש שחייב רק דאיתא שם שמעון היה לו עור ולקחו ראובן ממנו והביאו להגמון ואמר ליה ההגמון אמור בגימור דבר כמה

סוף דמיו א"ל לא פחות מליטרא כסף וקבלו מיד בכך והיה שם לוי ואמר עור זה רע הוא ודמיו יתרים ועתה טוען ראובן שהפסיד ה' דינרים ע"י לוי אם יש עדים שכך הי' כיון שקבל ההגמון העור אע"פ שלא פי' בכך אני נוטלו נתקיימה המכירה בקבול העור מיד ראובן עכ"ל ונראה דמיירי שהעור לא הי' דמיו ידועים שאפשר שהי' שוה ליטרא כסף ואי לאו דנתקיימה המכירה מתחלה לא הפסידו לוי כלום שהרי מעולם לא קנהו ההגמון בליטרא כסף אבל עכשיו שנתקיימה המכירה א"כ הרי העור נמכר בליטרא כסף ונמצא שראובן מוכרח לשלם לשמעון ליטרא כסף וע"י דבורו של לוי פחת ההגמון ה' דינרים והחזיק בעור לעצמו ונמצא שהפסיד לוי לראובן ה' דינרים מכיסו שחייב לשלם לשמעון. אבל הר"ב לא מיירי בהכי שהרי לא כתב בד"מ ולא כאן בהג"ה שראובן לקח דבר זה משמעון והביאו להגמון ומ"מ נראה דאף הרב לא מיירי אלא כשהעכו"ם מחזיק המקח לעצמו ומחסר לראובן בשביל דבורו של לוי שלא כדין בכח כי המקח שוה באמת כ"כ כמו שמכרו ראובן אבל היכא שהעכו"ם מחזיר לראובן את שלו אע"פ שמתוך כך מוכרח למכרו לאחר בפחות אין שמעון חייב לשלם לו מה שהפסיד שהרי אינו מחסרו כלום כן נ"ל ודו"ק:

סעיף כו

המבטל כיסו כו'. עיין בתשובת ן' לב ספר ב' סי' כ"ו:

סעיף כז

הזורק חייב. והנ"י ר"פ כיצד הרגל כתב בשם הריטב"א בשם רבו שפסק כיון דמספקא ליה לרבא שניהם פטורים דהמע"ה ומביאו הב"ח ס"ס זה וגם בשלטי גבורים פ' כ"ה דף י"ג וי"ד מביאו ומפלפל בדבריו וכ"כ בעל המאור פ' כ"ה דאע"ג דלרבה פשיטא לי' כיון דלרבא מספקא ליה חיישינן לה אלא דפסק שם דה"ל ממון המוטל בספק וחולקין וא"כ לדידן דקי"ל בכל ספק המע"ה ה"ה הכא שניהם פטורים משום המע"ה והרמב"ן בספר המלחמות השיב שם על דברי בעל המאור ואין דבריו מוכרחים וע"ש:

סעיף כח

והמשבר פטור. אבל אם זרק חץ או אבן על הכלי וקדם אחר ושבר הכלי קודם שנפל החץ עליו פטור הזורק והמשבר חייב כ"כ התוס' ר"פ כ"ה והנ"י בשם הר"א ומביאם הב"ח ופסק כן וכ"כ בהגהת מיימוני פ"ז מהל' חובל וכ"כ מהרש"ל פ"ב דב"ק סי' ד' וסי' ל"ו וע"ש ועיין בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קל"ד:

סימן שפז

סעיף א

שמין למזיק כו' כלומר אע"ג דאין שמין לגנב וגזלן לעיל סי' שנ"ה ס"ה למזיק שמין וע"ל ס"ס צ"ה כתבתי דנראה דהיינו כשאין אפשר לתקן הכלי אבל אם אפשר לתקנו מחויב המזיק לתקנו ע"ש:

סימן שפח

סעיף א

ואינו יודע מה הזיק כו' משמע הא אם המזיק יודע מה היזק ומכחישו אין הניזק נשבע ונוטל ועיין מ"ש לקמן סימן תי"ח סי"ג עיין בתשו' מהרש"ך ס"ג סי' פ"א:

סעיף ב

והשליכו למים כו'. ל' המרדכי פ' הכונס ההוא גברא דבטש בכספתא כו' כ' רבינו אבי העזרי וז"ל ש"מ דכל מי שמפסיד לחברו בפשיעתו ויש לו עדים שאבד על ידו ממונו או בידו או ע"י פשיעתו שישבע כמה הפסידו ויטול כו' ומהרש"ל כ' שם בפ' הכונס סי' ל"ב וז"ל וראבי"ה כ' אפי' מי שמפסיד ממון לחברו בפשיעתו כו' ולא נ"ל דלא עשו תקנת נגזל אלא כעין נגזל במזיק בידים אבל בפשיעה דאינו מזיק בידים לא ולא עוד אלא אפי' במזיק בידים נ"ל דלא עשו תקנת נגזל אלא דומיא דנגזל במזיד ובכונה אבל המזיק בידים בשוגג לא עשו תקנה גביה וכן יראה לי מדברי הרמב"ם שכ' המזיק ממון כו' כיצד לקח כיס חבירו והשליכו למים כו' עכ"ל ולי נראה כדברי ראבי"ה ומזיק בפשיעתו דקאמר היינו מזיק במזיד בפשיעתו דהיינו דלא תימא דוקא משליכו בידים למים אלא אפילו זרקו לארץ ומכח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהי' ביד חברו ודחפו מיד חברו וממילא נפל למים וכה"ג חייב והיינו דאמרינן בש"ס ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהר' כו' ומדלא קאמרי' בקצור ההוא גברא דשדייה כספתא דחבריה בנהרא משמע שהמעש' הי' שלא השליכו בידים לנהר רק דבטש ביה ומכח דחיפתו שדייה בנהר' ומ"ש הרמב"ם והשליכו למים נמי יש לפרש דבריו כן גם בהג"ה מיי' סוף פ"ז מה' חובל הבי' דברי ראבי"ה הנ"ל על דברי הרמב"ם וע"ש מיהו בהזיק בשוגג נראה כדברי מהרש"ל ונראה דאף ראבי"ה מודה בזה:

סעיף ג

או אמוד להפקידם. וצריך לברר טענתו מי הפקידו אצלו כ"כ מהרש"ל שם:

סעיף ד

הוא פשע בעצמו כו'. משמע לכאורה מלשון זה דהטעם הוא משום דלא ה"ל למזיק לאסוקי אדעתי' שיש שם דברים אלו וכ"כ בעיר שושן להדיא א"כ קשה מ"ש אח"כ אינו נאמן וגם בס' לחם משנה הניח בצ"ע וצ"ל דה"ק אינו נאמן וגם אינו מועיל שבועתו וכן משמע ברמב"ם שמסיים ואין משביעין אותו על כך שאין דרך בני אדם כו' דאל"כ הוא כפל ל' ומ"ש אח"כ ואם תפס כו' היינו משום שגם זה בכלל הבעי' דדלמא לא מיקרי פשיעה ומהני שבועתו אך מדברי הרב המ' שם נרא' שהבין שהרמב"ם מודה דכשיש עדים חייב וכ"כ מהרש"ל פ' הכונס סי' ל"ב להדיא לדעת הרמב"ם וכן נראה מדברי הרב ממ"ש וי"א כו' וקשה לדבריהם דהא כ' הוא פשע בעצמו וצ"ל לדבריהם דה"ק פשע בעצמו שהרי העולם לא יאמינו לו שעשה כן:

סעיף ה

הרי שחטף חמת כו'. ומהרש"ל שם כ' דבכה"ג פשיטא דאינו נאמן ולא מבעיא אלא בארגז שמניחי' בו כספים וטען שהי' בו מרגליות כמו שפירש"י ע"ש:

סעיף ו

אינו נאמן משמע לכאורה הא אם יש עדים מה הי' בתוכו חייב וע"כ כ' הרב וי"א דאפי' היו עדים פטור:

מיהו הרב המגיד מסיק וז"ל ומ"מ אם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען שהי' שם אע"פ שאין דרך להניחה גובין מן המזיק ונותני' לנזקין [לניזק] בלא שבועה כך העלה הרשב"א בזה שלא כדברי בעלה הלכות עכ"ל ומביאו ב"י (וביש ספרים איתא בה' המגיד שלא כדברי התוס' ונוסח' זו עיקר כי כן הוא באמת דעת התוס' ס"פ הכונס וכן הגה' אשר"י שם) ונראה מהרב המ' שגם דעת הרמב"ם כן וכ"כ מהרש"ל פ' הכונס סי' ל"ב שדעת הרמב"ם כהרשב"א וכ"נ דעת הרא"ש ס"פ הכונס וכ"נ דעת הטור וכן דעת ראבי"ה בהג"ה מיי' פ"ז מה' חובל ובמרדכי פ' הכונס וכן נראה בשלט"ג ס"פ המפקיד דף פ"ו ע"ב וכ"פ מהרש"ל פ' הכונס סי' ל"ב וכן נר' עיקר (וכן מוכח בירושלמי שהבאתי לקמן):

אלא שלא מצאתי בדבריהם ישוב ברור למה שהקשו התו' דא"כ מה הוא אומר לאו היינו מתני' כו' וגם מהרש"ל שם כתב אבל ר"י פי' אפי' יש עדים שהי' בו מרגניתא כו' ולכאורה נראה כפי' ר"י כי לפי פירוש הרשב"א והרמב"ם פשיט ליה רב אחא מתקנת נגזל באשו וזה לא הוזכר במשנה כו' מ"מ נ"ל כפירוש' דלפי' התוס' ה"ל לסדר בעי' זו אחר מלתא דרבא הנותן דינר זהב לאשה כו' ולא כ' ישוב ע"ז דפשיט ממתני' ונלפע"ד דס"ל להפשטן כהירוש' שהביא הרא"ש ס"פ הכונס דביש עדים לא פליגי ר' יודא ורבנן

במתני' אלא פליגי באין עדים אי עשו תקנת נגזל ע"ש א"כ ע"כ ומודים חכמים דקתני היינו כשהוא דרך להניח שם מודים דעשו תקנת נגזל ואפשר שזהו דאי' בש"ס התם לר' יודא דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באשו שכתבו התוס' דלאו דוקא לר' יודא דלרבנן נמי הוי מצי למימר כן בדבר שדרכו ע"ש וזה דוחק ולפמ"ש נראה דדוקא נקט לר' יודא לאשמועי' דלר' יודא אף בטמון עשו תקנת נגזל אבל במבעיר בשל חבירו בדבר שדרכו לא אצטריך לאשמועי' דהיינו מתני' דמודים חכמים לר' יודא דעשו תקנת נגזל ודוק כי כל זה נ"ל ברור (אחר זמן מצאתי כדברי בס' המלחמות להרמב"ם ס"פ הכונס ונהניתי):

סעיף ז

ואם תפס אפי' בעדים:

סעיף ח

ויש חולקין דתפיסה בעדים ל"מ בספיקא דדינא אבל בלא עדים פשיטא דנאמן ודוק וכבר הארכתי בזה בספרי תקפו כהן ע"ש:

סעיף ט

ואם ידע המזיק כו'. עיין בספר א"א דף ק"ד וע"ל סי' צ' ס"י מ"ש בזה עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קמג:

סעיף י

ויש אומרים דנשבע הניזק ונוטל כו' דבדבר דלא ה"ל לידע לא אמרינן דה"ל מ"ש ואי"ל משלם וכבר הארכתי בזה לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א והעליתי דבכל גווני הוי משואיל"מ וא"כ כאן העיקר כדברי הרמב"ם והמחב' וגם ר' ירוחם נל"א ח"ב כ' כדברי הרמב"ם כאן בסתם וכן הסמ"ג עשין ע' דף קמ"ח ע"ב אף שכ' הסמ"ג בעשין קצ"ה דף קפ"ה ע"ד דלא אמרינן משואיל"מ אלא בדבר דה"ל לידע וע"ש:

סעיף יא

המוסר ממון כו' וה"ה בקרקע שייך דין מוסר וכדלעיל ס"ס שע"א וע"ש:

סעיף יב

מהיפה שבנכסיו כלו' מן העידית כשאר מזיק ואף דדיני דגרמי רבנן כעין דאורייתא תקון והכי אמרי' לעיל סי' שפה ס"ק ב' גבי מטמא ומדמע ומנסך מיהו היינו דוקא כשאין לו מטלטלין אבל כשמשלם לו מטלטלין יכול לסלקו אפי' בסובין דכל מילי מיטב נינהו כדלקמן סי' תי"ט וכ"כ הרב המגיד ופשוט הוא:

סעיף יג

אלא הרגיל בלבד כלו' הראה או דיבר לאנס וגרם שנמסר ממונו של זה ביד האנס:

סעיף יד

ואם מת גובים מיורשיו היינו משום דס"ל דמוסר דינא הוא ולא קנס' דרבנן וכ"כ ה"ה והבאתיו לעיל ריש סי' שפ"ו וא"כ אפי' לא עמד בדין גובה מיורשיו והי"א דס"ל דדוקא כשעמד בדין ס"ל דמוסר דמחייב משום דינא דגרמי דרבנן הוא וכמ"ש בר"ס שפ"ו ולפ"ז במוסר שנשא ונתן ביד גם להי"א גובים מהיורשים אף שלא עמד בדין ופשוט הוא ועמ"ש לעיל סי' שפ"ה ס"ק ג' עיין בתשו' מהר"ם אלשיך סי' קל"ד:

סעיף טו

וי"א דדוקא כשעמד בדין כו'. לשון הד"מ וכתב הרמב"ם ואם מת גובה מיורשיו וכתב המ"מ שכן כתב רב האי והרמב"ם והרשב"א כו' וכן הוא תשובת מהר"מ במרדכי פ' החובל דצריכי' היורשים לשלם אבל אם לא הספיק לעמוד בדין עד שמת אין היורשים צריכין לשלם כו' עכ"ל ואין דבריו נכונים דודאי תשובת מהר"מ חולק דלהמ"מ מוסר הוא דינא ולא קנסא כדאיתא בדבריו להדיא וכן הוא בדינא דגרמי להרמב"ן וגובה מיורשי' אף שלא עמד בדין ולתשובת מהר"מ לדעת ריצב"א הוא קנסא ע"ש ודוק כי זה ברור:

סעיף טז

הבעל אוכל פירות כו'. כ' הסמ"ע צ"ע מ"ש מחבלה באחרים דכ' הטור והר"ב לקמן ס"ס תפ"ד וכתבו ג"כ המחבר בחבלה בבעלה דצריכה למוכרן בטובת הנאה ולשלם ממנו דמי החבלה ואפשר דבמסירה דלא הזיק' בידים הקילו דשם קנס עליו כו' עכ"ל ולא ידענ' מה קשיא ליה דודאי הכא אם הוא רוצה שתמכור נ"מ שלה בטובת הנא' מחויבת לעשו' כן וכמ"ש הוא עצמו בסי' תכ"ד סס"ק ט"ז דגם בהלואה ובהשאלה ובכל דבר הדין כן אע"פ שלא הוזכר שם כן וא"כ ה"ה הכא ואדרבה הכא אשמועי' גדולה מזה דהנכסים מיד בחזק' הנמסר רק שהבעל אוכל פירות כל ימי חייה וחייב לשלם אחר מיתתה ואדרבה איפכא קשיא דהכא חייב לשלם לאחר מיתתה ובסי' תכ"ד לא מחייבים לה אלא למכור נ"מ בטובת הנאה פי' דאם תמות ירשנה הבעל כמ"ש הטור שם הרי דאין הבעל חייב לשלם לאחר מיתתה ונ"ל לתרץ משום דהתוס' ס"ס י"נ הקשו הא אפי' לאחר תקנת אושא אמרי' דבמקום פסידא לאחריני הוי בעל יורש וא"כ תיזבין נ"מ שלה ותיתב ליה ותרצו בשם רשב"א דכיון שתקנו דלוקח הוא לא פלוג אפי' איכא פסידא כיון דלא שכיח שיהא פסידא לאחריני וכן תירץ הרמב"ן שם בחדושיו וז"ל א"נ משום חבלות דמלתא דלא שכיחא הוא לא פלוג רבנן בתקנתא דבעל עכ"ל י"ל דבמסירה דשכיח דהא

דיני דחבלות לא דייניגן בזמן הזה משום דלא שכיחי ודיני מסור' דייניגן וכמו שנתבאר בסי' א' מיהו ודאי אם היא רוצה למכור נ"מ שלה בטובת הנאה לשלם להנמסר דסגי בהכי אלא דאדרב' אפי' אין כאן מי שרוצ' לקנות או שלא יעלה כ"כ מחויב הבעל לשלם אפי' מתה ואם אינו רוצה לשלם אז גוף הקרקע וגם הפירות לנמסר וכדאי' במרדכי ודלא כסמ"ע שכ' לתרץ דבמסורו' הקילו דאדרב' החמירו וכמ"ש ועוד דהא כ' הר"ב וכן לשאר ניזק מיהו צ"ל דשאר ניזק דכ' הר"ב היינו דומיא דמסורת דשכיח מיהו לתרוצ' קמא שכ' הרמב"ן שם דאיכא למימר לפסיד' דידיה חשו רבנן ותקנו הכי לפסידא דלכל מאן דאתי בתר בעל לא חששו עכ"ל משמע דאפי' בפסידא דשכיח הוי כלוקח וכן יש לכוין דברי התוס' שם ע"ש ודוק וא"כ במסור אין הבעל חייב לשלם כי יש לו דין לוקח רק תמכור נ"מ שלה בטובת הנאה ותשלם ואפי' לתירוצא בתרא דהרמב"ן י"ל דמסירה כחבלות דייניגן לה לענין זה ומהר"מ במרדכי שם דפסק דהבעל חייב לשלם י"ל דס"ל כשנויא קמא דהתוס' שם דהמ"ל ולטעמיך ע"ש ודוק:

שוב ראיתי במהרש"ל פ' החובל סי' ל' פסק כהרשב"א בתוס' די"נ והעלה דבין חבלה ובין מסירה בעל לוקח הוי ולא יורש ואינו חייב לשלם לאחר מותה רק שכייפינן למכור כתובתה בטובת הנאה אם יש מי שיקנה ע"ש:

סעיף יז

ואין הבעל לענין זה רק כיורש כו'. כבר כתבתי דיש חולקין בזה וס"ל דבעל לוקח הוי לענין זה ופטור לשלם וכ"פ מהרש"ל פ' החובל סי' ל' ע"ש:

סעיף יח

והראה שלו ושל חבירו. אע"פ שהראה זה בכלל שלו חייב כדלעיל ס"ס שע"א:

סעיף יט

כיצד כו' אלעיל קאי במוסר בלא אונס דחייב כיצד הרי שגזר המלך כו' ולא אנס כו' ועמד מוסר ואמר כו' עיין בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סי' נ"ז דקכ"ו ועיין בתשובת ן' לב סי' ב' סי' נ"ד ובתשובת מהר"ם אלשיך סי' ס"ו ובתשובות מהרשד"ם סי' שד"מ ושנ"ח:

סעיף כ

הרי שגזר המלך להביא לו כו'. היינו בענין שאין בו דינא דמלכותא כגון שגזר על איש ידוע וכה"ג וכדלעיל סי' שס"ט ס"ח וע"ש:

סעיף כא

ואפי' יסרוהו ולא א"ל על מה והראה ממון חבירו חייב. באמת כ"כ הטור אבל לא ידעתי מנ"ל הא ומן הסברא נראה דפטו' שיכול לו' הייתי סבור שמוסרין אותו להראות להם ממון ואולי האמת כך היה ולא יהא אלא ספק אמאי יתחייב מספק וכן בש"ש איתא ישראל שאנסוהו עכו"ם והראה ממון חברו פטור ולא הוזכר שאנסוהו להראות ממון ומ"ש הב"י שהטור הוציא כן מעובדא דכסא דכספא לא נהירא דהתם נטל ונתן ביד הוי וכן השיג עליו הב"ח גם מ"ש הב"ח דהטור הוציא כן מהא דקאמר בש"ס דאחויי אחויי אין ראיה משם דמאן לימא לן דהתם אנסוהו ונראה דהטור מיירי כשנכרין הדברים שלא יסרוהו מתחלה בשביל ממון ודוק:

סעיף כב

אבל לא אונס ממון כ"כ הב"י בשם תשובת מיי' וכתב דפשוט הוא אמנם בתשובת רשב"א סי' תתק"פ לא משמע כן שכתב דהסוגיא מיירי באונס ממון ואף שכתבו לקמן ס"ד ס"ק כ"ד דאין נ"ל כתשובת רשב"א בזה היינו במה שמפרש הסוגיא באונס ממון דוקא אלא הסוגיא מיירי אף באונס נפשות אבל מ"מ במה דס"ל להרשב"א דבהראה פטור אף באונס ממון אין הכרח בש"ס ופוסקים נגדו וגם מצאתי בס' החנוך להרא"ה פרשת קדושים מצוה רמ"ג וז"ל וכדתניא ישראל שאנסוהו והראה ממון פטור דכל מראה ע"י אונס פטור ופי' מורינו דלא סוף דבר אנסוהו בגופו אלא אפי' אנסוהו בממון שיקחו לו ממון אם לא יראה ממון חברו והראוהו פטור ואינו חייב אלא במראה מעצמו וכן כ' הרמב"ם ז"ל עכ"ל ואף שמ"ש וכן כ' הרמב"ם ז"ל צ"ע דאף שהרמב"ם כ' בתחלת דבריו בד"א כשהראם המוסר מעצמו כו' מ"מ ממ"ש בסוף דבריו ה"ז פטור שאם לא יראה יכהו או ימיתהו משמע דדוקא באונס הגוף פטור ואולי גירסא אחרת היה לו בדברי הרמב"ם מ"מ כיון דידוע דמורו של הרא"ה היה הרמב"ן וא"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ה סוברים דאף באונס ממון פטור כשהראה נראה לי דיכול לו' קיים לי כותייהו:

סעיף כג

אנסו המלך כו' עיין בתשובת מהרשד"ם סי' נ"ה וסי' קל"ה וסי' ר"ז:

סעיף כד

נשא כו'. חייב לשלם מ"מ כו' והראב"ד השיג על זה וז"ל ע"ד הרב הוא הולך ואין הגאון מודה לו וכן הדין שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש ומאין מתחייב לו שימות בשביל ממון חברו הואיל ויחדו לו בפי' וכבר הרחבנו בדברים אלו בפי' ב"ק עכ"ל והרב המגיד כ' שראיות הרי"ף נכונות ביותר ושכן העלה הרשב"א ז"ל ובאמת הרי"ף האריך בראיות

וגם הבעל המאור הודה לו וגם הרמב"ן בס' המלחמות האריך עוד בראיות להרי"ף וכן דעת הרא"ה והרא"ש והסמ"ג והמרדכי והטור והמחבר ושאר פוסקים וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' מ"ז וכ"כ הב"ח אבל בספרי הארכתי בזה ודחיתי כל ראיות הרי"ף ובעל המאור והרמב"ן והעליתי דדוקא אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כשנשא ונתן ביד דזה מיקרי מציל עצמו בממון חברו ודמי לנרדף ששבר הכלים לעיל סי' ש"פ ס"ג משא"כ הכא שאנסוהו להביא ממון פלוני א"כ האונס הוא מתחלה על אותו הפלוני ואין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו אלא שמוכרח לעשות כמו שאומר לו האנס ואם לא יעשה כן נמצא יציל הוא ממון חברו בנפשו ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש ובההוא עובדא דאמטי ודרי בהדן לא אנסוהו אחר כך רק מתחלה אנסוהו להראות ואח"כ אמרו לו כן ודוק ותשכח שבזה נדחין כל דברי הרי"ף והרמב"ן ועיין בבעל העיטור דף מ"ח ע"ב וב"י ודוק והך דפקיע זה או עמיר זה מה שתי' הבעל לחם משנה בו אינו נכון כלל וגם נראה דאשתמיטתיה דברי בעל העיטו' והנ"י ע"ש וגם מה שתי' הבעל העיטור בזה דהתם ליכא אונס' כיון דקאי בתרי עברי דנהרי ומצי לאשתמוטי מיני' ואחריו נמשכו הב"י והש"ג והמעד"מ בתירץ זה ואינו מחוור בעיני דא"כ המקש' הי' סבור דאיכא אונסא ועיקר התירוץ דמשני דליכא אונסא הוא חסר מן הספ' וגם קמשני לישנא אריכא דלא צריך והל"ל בקצור הב"ע דליכא אונסא ועוד דאם איתא דהמקשן היה סבור דפקיע או עמיר מיירי בדאונסיה א"כ אמאי פריך אטעמא דקלייה בלאו הכי ה"ל לאקשויי לגופא דברייתא אמאי חייב הלא אנסוהו על ממון פלוני פטור דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אבל באמת נלפע"ד שלחנם דחקו בעל העיטו' והנמשכים אחריו בזה אלא נרא' דבין להמקשן ובין להתרצן מיירי בשאין האנס מאנסו אלא שא"ל האנס והיינו דקתני אמר לו אנס הושיט לי פקיע זה ולא קתני אנסו להושיט לו פקיע זה ופריך דלדידך דאמרת קלייה ולאו כלום עבד א"כ ה"נ באמר לו הושיט לי ואע"ג דאינו מאנסו כלל נימא כיון דקלייה לאו כלום עבד ומשני דקאי בתרי עברא דנהרא רלא מצי אנס למשקליה וכמו שפירש"י ומיירי כפשוטו דאף דקאי בתרי עברי דנהרי מצי למאנס ליה אלא דאינו מאנסו ואשמועי' ברייתא בין להמקשן בין להתרצן דאע"ג דאנס הוא לא אמרינן דאמירת אנס אונס הוא אלא כל כמה דלא מאנס ליה בהדיא דהיינו שאומר לו אם לא תושיט לי אהרגך רק א"ל הושיט לי חייב כן נ"ל ברור:

מ"מ אם אנסוהו בפי' להביא לו ממון פלו' והביא לו ביד פטור וכן דעת רב האי גאון ור"ח גאון ופשיטא דאין לחלוק על דברי הגאונים אם לא בראייה ברורה מן הש"ס וכ"ש כאן שנראה כדבריהם וכן דעת ה"ר אפרים ובע"ה וגם הנ"י כת' שדברי הראב"ד נ"ל נכון

מאד וכ"כ בתשו' הרשב"א סי' תתק"פ (ואף שבמ"ש בתשו' רשב"א שם שהסוגיא מיירי באונס ממון אין נ"ל כן מ"מ במה דס"ל כהראב"ד לדינא נראה כן וע"ש) וגם הירושלמי ס"פ החובל אע"פ שדחקו הרמב"ן בספר המלחמות והרא"ש מפרשו בדרכים אחרים מ"מ נ"ל עיקר דירוש' מיירי כפשוטו דאם אנסוהו להביא ממון פלו' פטור וכר"ח גאון וגם מצאתי בביאורי מהר"א שטיין על הסמ"ג דף קמ"ח ע"ב וז"ל ובאבי"ה סי' אלף ומ' הביא דברי האלפס עם כל ראיות שלו ושם מביא דברי רבי שב"ט שסותר ראיות של הרב אלפס וגם מביא שם הירושלמי ופי' ר"ח שהכל חולקין על האלפסי והאריך מאד וקצרתי עכ"ל וכן ראיתי בפסקי מהר"מ רקנטי סי' תע"ג שכ"כ בשם ראבי"ה ובשם רשב"ט וגם בתשובת מהרשד"ם סנ"ה כ' כיון דדבר זה פלוגתא דרבוותא היא קמאי ובתראי לא מפקינן ממונא ע"ש וגם בש"ג פ' הגוזל בתרא משמע דספיקא דרבוותא הוי ע"ש ולדידי לאו ספיקא הוא אלא העיקר כהפוטרין וכמ"ש בספרי (עיין בתשובת הר"ב סי"א דף כ"ג ע"ב):

סעיף כה

דזה לא מיקרי נשא ונתן ביד. ונראה דאם הי' להם משכון בשותפות על החוב ונתנו להשר דזה מיקרי נשא ונתן ביד וכן מוכח בתשו' מהר"מ שבמרדכי שם שכ' וז"ל ואי עביד הכי מדעתיה בלא אונס חייב כמו שורף שטרותיו של חברו אבל באונס פטור ואע"ג דאמרי' פ' א' דיני ממונות כיון דא"ל פטור אתה כמי שנשא ונתן ביד דמי הא אתותב עכ"ל בפ' א' דיני ממונות שם (בדף ל"ג ע"ג) בתר דאתותב קמתרץ רבי' דמיירי בשנשא ונתן ביד והא דזיכה את החייב מיירי כגון שהיה לו בידו משכון ונטלו ממנו דה"ל נשא ונתן ביד ע"ש:

סעיף כו

אין לו דין מוסר כו'. בתשו' מהר"מ מלובלין סכ"ו כתב ואף שיש חולקים בזה נראה שכך הלכה עכ"ל ולא נהירא להכריע נגד מהר"מ ב"ב דלא היה בדורו כמותו כדאיתא בפסקי מהרא"י סי' קמ"ב ועוד דהא הסברא ראשונה היא רק סברת יחיד רבי אליעזר מטול' במרדכי ס"פ הגוזל בתרא ובתשו' מיימוני סוף ספר נזיקין והרי במרדכי פ' המניח משמע דרבוותא פליגי עלה דכתב שם ומעשה הי' בקולניא"ה בא' שהפקיד אצל חבירו פקדון לימים כפר לו ולקח המפקיד את שלו בידי עכו"ם ומתוך כך העלילו על הנפקד והפסיד הרבה ופסק הרב דאם אפשר למפקיד להציל את שלו בענין אחר חייב כמו הי' לו לשמטו ולא שמטו וכ"פ רבינו יקר עכ"ל וכ"כ באגודה שם שכן פסקו הגדולים וכן בד"מ מסיק כפוסקי' אלו וגם מהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' מ"ט כתב שאין נראה

דברי ר"א מטול' לענין פטור ממון וחלילה להורות כן שיבא כמה חילול השם מזה ע"ש וקרוב אצלי דאף ר"א מטול' לא קאמר אלא כשלא הי' אפשר לו להציל בענין אחר ואפ"ה כתב שם דכשאין לו מגו לאו כל כמיניה והיינו מטעמא דכיון שהוא מחוייב להחזיר א"כ שלא כדין עבד מה שתפס ולא יוכל לומר להציל שלי נתכוונתי והיינו דהמרדכי והאגודה אע"פ שבפ' המניח כתבו כפסק הגדולים כתבו בס"פ הגוזל בתרא בסתם דברי ר"א מטול' ע"ש ודו"ק. וע' בתשובות מהר"ם מלובלין ס" ק"ך ובתשו' הר"ב סי' פ"ו דף קע"ב ובתשו' מהרי"ט ס"ס מ"ה:

סעיף כז

מי שנתפס כו'. זה נתבאר לעיל סי' קכ"ב ס"ב ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' רי"ד:

סעיף כח

מי שיש עליו עדים כו'. עיין בתשו' מהרש"ך ספר ג' סי' פ"ו ופ"ח באריכות מדיני מוסר:

סעיף כט

או שנאנס ונש' ונתן ביד כו'. באמת כ"כ הרמב"ם וכן הוא בע"ש דמבעיא ולא איפשטא אבל קשה לי בנאנס ונשא ונתן ביד היכא נימא דהוא בעיא דלא איפשטא הא לא מבעיא בש"ס אלא במוסר למאן דדאין דינא דגרמי אבל בנאנס ונשא ונתן ביד מזיק בידים ולאו גרמי הוא ופשיטא דלא שייך תקנת נגזל דהא אנוס הוא וא"כ כיון שהוא מכחישו בברי נשבע זה שנאנס ופטור דהא אינו נפסל כיון שנאנס ויכול הוא לישבע כן נ"ל ברור ודברי הרמב"ם והמחבר והע"ש צלע"ג:

סעיף ל

ונשא ונתן כו'. ואם נשא ונתן ביד בלא אונס פשיטא דעשו תקנת נגזל דהוי גזלן ממש וכ"כ מהרש"ל פ' הכונס סימן ל' בשם תשובת מהרי"ל (והוא בתשו' מהרי"ל שהבאתי לקמן ס"ק ל"ו) ושאר פוסקים והסכים כן ופשוט הוא:

סעיף לא

והמוסר כופר כו'. כ' הרב המגיד ומביאו ב"י שמדברי הרמב"ם אלו משמע שסובר כר"ת דאם אין המוסר כופר אלא שאינו יודע כמה הפסידו נשבע הנמסר ונוטל והוא היש מי שאומר שהביא המחבר לקמן) ואחריו נמשך מהרש"ל פרק הבונה סי' צ' וכ' שכוונת הרמב"ם כר"ת ואין נ"ל כן דדין זה של ר"ת דין מחודש הוא וה"ל להרמב"ם לכתוב ההפוך דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל אלא נראה דהרמב"ם לטעמיה אזיל דס"ל דכל מודה מקצת ועל השאר אומר איני יודע ה"ל משואיל"מ אף בדבר דלא ה"ל לידע וכמו שנתבאר לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"א באריכות לכך הוכרח לכתו' כאן שהמוסר

כופר דאלו אומר איני יודע כמה הוה ליה משואיל"מ וכשנגדו נוטל בלא שבועה לכך לא הוצרך לכתוב ההפוך דין זה פשוט בלאו הכי ואינו תלוי בכאן כלל. כן נ"ל ברור לדעת הרמב"ם ודו"ק:

סעיף לב

אם תפס אפי' בעדים. ל' מהרש"ל פרק הכונס סי' ל' ואם העמיד העכו"ם על ממון של חבירו דהוה כמוסר בידים וכל כה"ג או שמוסר לאדם בגופו נשבע הנמס' ונוטל עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו אמאי בהעמיד לעכו"ם על ממון חבירו הוי כמוסר בידים ס"ס לא הוי אלא גרמי כיון שלא נשא ונתן ביד כדמוכח בסוף הגוזל בתרא ע"ש:

סעיף לג

וי"א דבספיקא כו'. בב"י כתב שכ"כ התוס' והרא"ש ס"פ הכונס ולא דק אלא כוונת הטור למ"ש הרא"ש פרק כיצד הרגל דתפיס' לא מהני בספיקא דדינ' ועיין בספרי תקפו כהן:

סעיף לד

בראייה ברורה. ולא באומדנא ועיין ב"ח:

סעיף לה

רק שהוצרך להתפשר עם השר בכך וכך ואולי הערים או היה אפשר להתפשר בפחות ועיין בתשו' מהר"מ מינץ סי' מ"ד:

סעיף לו

ויש מי שאומר בטור ובתו' והרא"ש ומרדכי וסמ"ג ושאר פוסקים הביאו מחלוקת ר"ת ור"י בזה שר"ת הוא היש מי שאומר ור"י חולק והרא"ש והטור הסכימו לר"י ויש לי לדקדק דתיפוק להו בלאו הכי הא כיון שהמוסר מודה שהפסידו ואינו יודע כמה הוה ליה מודה מקצת ועל השאר אינו יודע דקי"ל דה"ל משואיל"מ ושכנגדו אפי' שבועה לא בעי. ואמת שמצאתי בתשובת מיי' לספר משפטים סי' ס"א כ' וז"למנה לי בידך והלה אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא דאמרי' משואיל"מ שכנגדו צריך לכל הפחות לישבע אבל לא יטול בלא שבועה וכן משמע מתוך דברי ר"ת בס"פ הכונס דפי' דאם המוסר אומר איני יודע כמה הפסדת ע"י שכנגדו נשבע ונוטל אלמא בכל כהאי גוונא שכנגדו נשבע ונוטל כו' עכ"ל אבל אין נ"ל כן דפשיטא דבנ' ידענא ונ' לא ידענא שכנגדו נוטל בלא שבועה והוא מוסכם מכל הפוסקים בדוכתי טובי וכן הפוסקים הנ"ל שהביאו מחלוקת ר"ת ור"י במוסר כתבו בדוכתי טובי בנ' ידענא ונ' לא ידענא שכנגדו נוטל בלא שבועה ועוד דא"כ מאי טעמיה דר"י דחולק אר"ת גם יתר דברי תשובות מיימוני ההיא שם גבי עד מסייע ע"ש מגומגמים ואין כאן מקום להאריך בזה ונ"ל לתרץ דאפשר דר"ת ור"י סוברים כמ"ש

לעיל סי' שפ"ו ס"ק י' בשם הרמב"ן דבכל דיני דגרמי אין נשבעין שבועות התורה. א"נ כמ"ש לעיל סי' שפ"ו ס"ק א' דס"ל לר"י ישאר בעלי התוס' דדינא דגרמי דרבנן א"כ לא שייך לומר משואיל"מ וכמ"ש מהרש"ל פ' הכונס סי' ל' ול"א דלמ"ד דהוי דרבנן לא שייך ש"ד כלל והבאתיו לעיל סי' שפ"ו סס"ק י' אך תירוץ זה א"א לומר בהרא"ש וסמ"ג שהם פסקו דינא דגרמי דאורייתא עי"ל דמיירי דאומר המוסר הילך על מה שהפסידו או שיש לו כנגדו ביד הנמסר אכן מתוך דברי הרשב"א בתשו' והרא"ש ס"פ הכונס למדתי תירוץ אחר דכיון דלא ה"ל למוסר לידע כמה הפסידו לא שייך לומר דהוי מחוייב שבועה דז"ל הרשב"א בתשובה סי' תתקע"א ואפילו היא מודה בקצת הפסד ע"י מסירתה על שאר טענות שאינה יודעת עליו להביא ראיה ואינו דומה לנ' לא ידענא ונ' לא ידענא דהתם הו"ל למידע וכיון שאינו יודע ה"ל משואיל"מ ובא חברו ונוטל בלא שבועה כו' אבל כאן אינה מחויבת לדעת והו"ל כאותו של שק צרור דירושלמי גם מה שראיתי למקצת רבנים שאמרו ישבע ויטול אינו נראה לי כלל כו' ועוד דבפ' הכונס איבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במוסר ולא איפשיטא מספיקא לא מפקינן ממונא עכ"ל ונ"ל כוונתו דאע"ג דבההיא דשק צרור של ירושל' שכנגדו נוטל בשבועה וכדאיתא בירושל' וכ"כ ה"ה להדיא בשם הרשב"א בס"פ ה' מה' שאלה וכבר נתבאר זה על נכון בסי' ע"ב מ"מ הכא אף בשבועה אינו נוטל משום דדוקא התם עשו תקנת נגזל אבל במוסר דדינא דגרמי הוא מבעיא ליה אי עשו תקנת נגזל מספיק' לא מפקינן ממוצא וכן מצאתי בהרא"ש ס"פ הכונס שמתחלה הביא דברי ר"ת ור"י והכריע כר"י דבעיא דמוסר היינו אפילו המוסר אינו יודע ואח"כ הביא הירושלמי הנ"ל דשק צרור והקשה עליו אמאי לא הוי משואיל"מ ויטול בלא שבועה ותירץ דכיון דלא הוה ליה לידע מה הפקיד אצלו לא הוה ליה מחיוב שבועה ואיל"מ אלא שעשו תקנת נגזל בפקדון כיון שהנפקד אינו יודע שישבע המפקיד ואהא מייתי לה בירושלמי והא דסלקא בתיקו אם עשו תקנת נגזל במוסר ולא פשיט ליה מפקדון משום דמוסר דינא דגרמי הוא ובדבור' בעלמא הוא דאפסדיה עכ"ל הרי משמע להדי' כמ"ש עוד נ"ל לתרץ אפי' למה שהעליתי לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"א כהרמב"ם וסייעתו דאף בדבר שלא ה"ל לידע אמרי' משואיל"מ י"ל דר"ת ור"י בתוס' ופוסקי' מיירי כאן שהנמסר מודה שהמוסר אינו יודע דבכה"ג כתבתי שם דלכ"ע לא אמרינן משוא"י ל"מ:

וראיתי בב"ח סי' נ' סי"ד שכתב וז"ל ול"נ דאע"ג דר"י והרא"ש חלקו על ר"ת דמדמה מוסר לנגזל דטפי מסתברא לדמותו למבעיר כמ"ש הרא"ש בס"פ הכונס מ"מ מטעם אחר נ"ל דדברי ר"ת עיקר דכיון דהמוסר מוד' שהפסיד על ידו אלא שאינו יודע כמה הפסיד ה"ל כנ' ידענא ונ' לא ידענא דמתוך שאיל"מ וכיון דלשם אין התובע צריך לישבע הכי נמי

במוסר ודאי גם הנמסר מדינא א"צ לישבע אלא דר"ת הוא דכתב ונראה דמשביעין אותו מטעם חומרא ולא מדינא וכל זה דלא כתשובת רשב"א בסי' תקע"א עכ"ל ונ"ל שלא ירד לעומקו ולא ראה רק תחלת דברי הרא"ש דס"פ הכונס שהרי בסוף דברי הרא"ש מוכח דלא הוי משואיל"מ מטעם דלא הוי לו לידע וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תקע"א גם בד"מ ובסמ"ע ס"ק כ"ד הביאו דברי תשובת הרשב"א סי' תקע"א הנ"ל בסתם וכבר מבואר מחלוקת הפוסקים בזה ומביאם הב"ח עצמו לעיל סימן צ' סי"ט וס"ס רצ"ח במסקנתו דבדבר דלא ה"ל לידע לא הוי משואיל"מ. וגם מ"ש הב"ח דר"ת הוא דכ' דישבע מטעם חומרא כו' לא נהירא דאם איתא דהוי משואיל"מ אפי' בלא מוסר א"כ כ"ש דבמוסר א"צ לישבע. והיאך שייך כלל להחמירעל הנמסר במוסר יותר מבעלמא ולענין הלכה היה נראה לכאור' לפסוק כאן דה"ל משואיל"מ כיון דכבר העליתי לעיל סע"ב ס"ק נ"א כהרמב"ם וסייעתו דאף בדבר דלא ה"ל לידע הוי משואיל"מ אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע אך שצ"ע בכאן מטעם אחר דהרמב"ם ס"ל דאין נשבעין ש"ד אכל דיני דגרמי והבאתיו לעיל סי' שפ"ו ס"ק י' וגם יש פוסקים דדינא דגרמי הוא דרבנן ולדידהו לא שייכא ש"ד כלל וכמ"ש שם:

סעיף לז

מי שאומר כו' לכאורה קשה על המחבר מאחר שכבר העתיק ל' הרמב"ם והמוסר כופר כו' דמשמע מיניה דאם אינו כופר נשבע הנמסר ונוטל וכמ"ש הב"י שכן דקדק הרב המגיד מדבריו שסובר כר"ת א"כ היאך חזר לכתוב כאן דין זה בשם יש מי שאומר. ונראה דמתחלה כתב והמוסר כופר ולפי שההפוך לא נזכר בפירוש ואפשר לדחוק ולומר דלאו דוקא כופר אלא ה"ה אומר איני יודע לכך כתב כן כאן בפירוש דיש מי שאומר דבאומר איני יודע נשבע ונוטל. וכן יש לפרש דברי הסמ"ג דף קמ"ח ריש ע"ג דבתחלה כתב כדברי הרמב"ם ואח"כ מחלוקת ר"ת ור"י ודלא כמהרש"ל פרק הכונס סי' ל' שתמה על הסמ"ג בזה: עוד י"ל בדעת המחבר והסמ"ג דמתחלה כתבו והמוסר כופר לאפוקי אם אומר איני יודע בענין שאפשר שידע דאז ה"ל משואיל"מ וכמ"ש לעיל ס"ק ל"ג וכאן מיירי כשהנמסר בעצמו מודה שהמוסר אינו יודע דבהא לא שייך מחויב שבועה כלל וכמ"ש בס"ק שלפני זה ופשיטא דמחלוקת ר"ת ור"י מיירי אף בכה"ג דהא מיירי דומי' דעשו תקנת נגזל באשו ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה מהרש"ל על הסמ"ג גם מה שפסק מהרש"ל שם כר"ת אין נ"ל דפשט' דסוגיא משמע כר"י וכמ"ש הרא"ש שם דמיירי דומי' דתקנת נגזל באשו וכן נראה מסקנת הסמ"ג שם וכן מסיק הנ"י וכן נראה מתשובת הרשב"א סתקע"א שהבאתי בס"ק שלפני זה וכן נראה מתשובת מהר"מ

במרדכי בכמה תשובות וכדלקמן ס"ק ל"ט. ועוד דנראה ממהרש"ל שם שפסק כן כיון שנראה דעת הרמב"ם כן וכבר כתבתי לעיל ס"ק ל"ג דאין נ"ל כן דעת הרמב"ם הלכך נראין דברי ר"י עיקר. ואף שבס"ק שלפני זה כתבתי שצ"ע לדינא היינו היכא שאפשר לר שהמוסר יודע אבל היכא שידוע בודאי שהמוסר אינו יודע או שהנמסר בעצמו מודה שאין המוסר יודע דבכה"ג לא שייכא שבועה על המוסר כלל רק דשייכא פלוגתא דר"ת ור"י אי עשו תקנת נגזל בהא נראה עיקר כר"י דגם בזה מבעי' לש"ס אי עשו תקנת נגזל או לא ומספיקא לא מפקי' ממונא כן נ"ל:

סעיף לח

איני יודע כמה הפסדת כו' וכתב הרשב"א בתשובה סי' תקע"א גבי אחד שמסר את חברו ואינו יודע כמה הפסידו דאם תפס מטלטלים שלא בעדים אין לו עליו כי אם חרם סתם כל מה שנטל ממנו שלא כדין עכ"ל ונראה דדין זה אמת אפי' למ"ד בספיקא דדינא לא מהני תפיסה דאע"ג דלמ"ד דלא מהני תפיסה אפילו תפס שלא בעדים לא מהני וכמ"ש בספרי תקפו כהן היינו בשאר ספיקא דדינא אבל הכא דמטעם נאמנות אתינן עלה דמספקינן אם יהא נאמן בשבוע' ליטול והלכך כיון דתפס שלא בעדים ודאי נאמן מכח מגו והא דאינו נשבע וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ז ס"ק ס"ז דאפי' בטוען שכנגדו שמא צריך לישבע כדי ליטול צ"ל דהרשב"א מיירי שהנמסר רוצה להחזיק במטלטלים ואינו חפץ שיפדם המוסר ושיגבה מהם חובו ובכה"ג כתבתי שם בס"ק ע"א דא"צ לישבע ולכך כ' הרשב"א דאין עליו רק חרם סתם. כן נ"ל:

סעיף לט

וכל זה במוכר ממון אבל מסר גופו של חבירו כו'. דין זה אף שפסקו מהרי"ל לא נהירא לי ולפי שראיתי גם מהרש"ל פ' הכונס סי' ל' ומהר"מ מלובלין בתשובה סי' ס"א נמשכו אחרי תשו' מהרי"ל ופסקו כדבריו לכן צריך אני להאריך קצת וז"ל מהרי"ל בתשו' סי' פ"ו ובדפוס האנווא סי' צ' והשתא כיון דר' דוד מוסר גמור דנתיהו בתפיסה אחרונה ישבע ר' ישי ויטול מר' דוד כל מה שברור לו שהזיקתו תפיס' אחרונה אע"ג דרוב רבותינו פסקו דתיקו לקולא ולא עשו תקנת נגזל במוכר ה"מ במוכר דהוי דינא דגרמי כגון אחוי אחויי שהראה ממון חבירו אבל המזיק ממון חבירו בידים עשו תקנת נגזל כאשו וכאן מזיק בידים כמו שכתבו רבותינו בפי' במיימוני פ"ז במי שמוסר בידי' דעשו תקנת נגזל בההוא מוסר וכן באור זרוע וכן נ"ל שצריך ליישב שכ' המרדכי בשם מהר"מ בפ' הכונס דפסק כרבינו תם כשאין המוסר מכחישו דנשבע ונוטל דבאינך פירקי מייתי כמה תשובו' שפסק בהדי' דתיקו לקול' ואפי' אין מכחישו אלא היכא דמסר בידים כי האי דמכר גופו

דחשיב מזיק בידים כדפסק ר' אפרים שלהי הגוזל קמא דכשמוסר גופו הוי מזיק ממש דאפי' רבנן מודו דהוי כחובל ובההי' תשוב' דאלכסנרי נמי קרי ליה מזיק ופשיטא דמזיק עשו תקנת נגזל כדפי' ור' ישי ישבע בנק"ח ויטול והני תשובות מן הגוזל בתרא מן הערב ומן בעל הסעודה כל הני הוה מסירת ממון ואין שם מסירת הגוף עכ"ל ולפע"ד דלא נהיר' כלל לחלק בין מוסר ממונו או גופו או כגון שגרם לו תפיסה דס"ס לא עביד מעשה אלא דיבורא הוא ולא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוי בכלל מה דקאמר בש"ס כי תבעי לך אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי כו' ומ"ש וכן נראה לי שצריך ליישב שכתב המרדכי בשם מהר"מ פ' הכונס דפסק כרבינו תם כו' בדקתי בכל ספרי המרדכי ולית' שם דפסק מהר"מ כר"ת רק איתא שם דפסק מהר"מ בתיקו לקולא ע"ש ואם איתא בשום מרדכי בע"כ ט"ס הוא או צריך ליישב בענין אחר דמ"ש מהרי"ל דהך פ' הכונס מיירי במסירת הגוף הוא תמוה דהא ס"ל דמסירת הגוף הוי כמזיק בידים דפשיטא דעשו תקנת נגזל כאשו א"כ בהא פשיטא דלא פליגי ר"ת ור"י וקאי התם אמאי דמבעי' ליה לש"ס דהיינו בדינא דגרמי אבל במזיק בידים לאו גרמי הוא ולא מבעי' ליה לש"ס כלל וגם מ"ש מהרי"ל כדפסקי ר' אפרים שלהי הגוזל קמא דכשמוכר גופו הוי מזיק ממש דאפי' רבנן מודו דהוי כחובל כו' ר"ל כמ"ש המרדכי פרק הגוזל קמא וז"ל ודוקא פטרי רבנן מראה ממון ישראל משום גרמא אבל אם היה מוכר גוף חבירו בידי עכו"ם עד שיפדה עצמו מן העכו"ם אפי' רבנן מודו ודמי לחובל בחבירו שמשלם ריפוי דחשיב ליה כאלו הפסיד ממונו ממש כשגרם לו ריפוי ה"נ הואיל ומסר גופו בידי עכו"ם כאלו מסר ממונו בידים ותדע שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו בכה"ג ומשום ה"ט דפריך שהרי שבת דאדם אם סגרו בחדר ובטלו ממלאכתו חייב שהרי ד' דברים שייכי באדם ושבת אחד מהם ואם סגר בהמה בבית ובטלה ממלאכת' פטור לד"ה עכ"ל וכן מהרש"ל פ' הכונס סי' ל' הביא דברי מהרי"ל הנ"ל ודברי המרדכי אלו וכ' שכן יראה מדברי המרדכי אלו ולע"ד אין נראה מהמרדכי כלום דבמרדכי מיירי כשמוסר גופו של חבירו בידים דהיינו שנוטל גופו בידו ומוליכו בחזקה לתפיסה לעכו"ם ולאפוקי דלא תימא כיון דס"ס אינו נוטל ממונו בידו ונותנו לעכו"ם לא תהוי אלא גרמי אלא כיון דמוסר גופו בידים ומרמת זה נפסד לו ממון כל הזיק דממונו ה"ל כאלו הזיקו בעצמו ובזה יש חילוק בין נזקי ממונו לנזקי גופו וקאי אמרדכי שם אמ"ש שם בתחילה וז"ל ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממונו שכשמזיק לגופו יש לו ליתן לרופא כו' אבל כשהזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה ומחמת הבהמה נפסד ממון שיש לו ליתן לרופא זהו גרמא דלאו בגופו הוא אלא בממונו מ"ה פטור והיינו טעמא דמודה ר' מאיר

בזורק מטבע כו' דמחמת הממון נפסד ממון אחר בכה"ג מודה ר' מאיר ודוקא פטרי רבנן מראה ממון ישראל משום גרמא אבל אם היה מוסר גוף חבירו כו' עכ"ל המרדכי אלמא דכוונתו כדפי' והיינו שכ' שהרי שבת דאדם אם סגרו בחדר ובטלו ממלאכתו חייב כו' אלמא דמיירי במסרו בידו והוליכו לתפיס' לעכו"ם דומי' דסגרו בחדר ובדברי מהרש"ל פ' הכונס סי' ל' היה אפשר לדחוק ולו' דמיירי ג"כ במוסר גופו בידים אבל בתשו' מהרי"ל שם שממנו הוציא מהרש"ל שם דבריו לא משמע כן וגם משמע שם להדיא דלא היה ר' דוד מוסרו רק בדבורו וכן משמע מדברי הר"ב ועוד מבואר כן יותר מדבריו שכ' וכן אם גרם לו תפיסה כו' וכן משמע להדיא בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ס"א דהתם בעובדא דיליה לא עביד מידי רק בדבוריה ופסק שם כיון דע"פ דבורו היו תופסים אותו המושל והוא הציל עצמו מהתפיסה והוצרך להוציא הוצאות ע"ז חייב לשלם לו כל הוצאתיו ע"פ שבועתו דהנמסר והביא כל תשו' מהרש"ל הנ"ל ולמד ממנה כן. וכבר כתבתי דאין זה נראה לפע"ד (ועוד מטעמים אחרים יש לי לדון על פסק מהר"מ מלובלין שם וע"ש ואין להאריך) גם מ"ש מהרי"ל ובההיא תשו' דאלכסנדרי נמי קרי ליה מזיק כו' ההיא תשו' דאלכסנדרי היא בתשו' מיי' לספר נזיקין סי' י"ד תשו' מהר"מ לענין שאלכסנדרי צריך כפרה במה שעל ידו נהרג ישראל שמסרו אלכסנדרי ורצו עכו"ם לתפסו ולא הניח עצמו לתפוס מתוך כך נהרג וכ' מהר"מ שם פושע הוא ומזיק הוא וגירי דיליה נינהו ובלא שום עדות כי אם על פיו נ"ל דצריך כפרה כו' אבל לענין שיקרא מזיק בידים לענין היזק ממון שיגיע ע"י זה ולא גרמי לא שמענו כלל הלכך נראה ברור כמ"ש דבין מסר ממונו או גופו אם לא עשה מעשה בידיו כגון שהוליכו בעצמו לתפיס' ולא עביד אלא דבורו לא מיחייב אלא משום דינא דגרמי והוא בכלל מה דבעי' לש"ס אי עשו תקנת נגזל במסור למאן דדאין דינא דגרמי כנ"ל ברור ולא הוצרכתי להאריך רק מפני שגדול הדור מהרי"ל לא פסק כן ונמשכו אחריו מהרש"ל והר"ב ומהר"ם מלובלין ושאר אחרונים ולע"ד הוא כשגגה היוצא מלפני השליטים האלו:

סעיף מ

שאומר לחבירו מסרתני כו' וכ' הרשב"א בתשו' סי' תקע"א מוסר שהודה במקצת ישלם מה שהודה ואינו משלם השאר ואפי' או' נ' ידענא ונ' לא ידענא לא אמרינן מתוך שאיל"מ מאחר שלא ה"ל לידע כמה הזיקו עכ"ל ד"מ ג' עכ"ל סמ"ע ס"ק כ"ד ותשו' רשב"א שם כ' ע"ז והוה ליה כאותו של שק צרור דירושלמי עכ"ל וסבירא ליה להרשב"א בההיא דירושלמי כהרא"ש וסייעתו שהביא הטור סי' רצ"ח וכן כ' הרב המגיד ספ"ה מהלכות שאלה בשם הרשב"א ולפ"ז למ"ש הרמב"ם והמחבר לעיל סי' צ' ס"י וסי' רצ"ח

ס"א באותו של שק צרור דירושלמי דה"ל משואיל"מ אע"ג דלא ה"ל לידע א"כ ה"ה הכא ודו"ק וגם בב"ח סי' צ' ס"ס י"ד כתב דלא כתשו' רשב"א סי' תקע"א ע"ש וכן העליתי לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב ס"ק נ"א דבכל ענין ה"ל משאיל"מ אם לא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע וע"ש ודו"ק:

סעיף מא

ואין צריך לעשות נקיות זו אלא ע"פ עד א' כו'. כ"כ בד"מ דכן משמע בתשו' מהר"מ במרדכי פ' החובל ופ' שור שנגח הפרה וכן משמע בפסקי מהרא"י סי' פ"ג דא"צ לעשות נקיות זו ע"פ עכו"ם עכ"ל ובאמת המעיין שם יראה דלא משמע מידי ואני ראיתי בהג"ה אשר"י ס"פ הכונס ומרדכי (ואגודה) פ' הגוזל בתרא כתבו וז"ל והיכא ששני ישראלים דרים יחד בישוב ואין להם עדים ואתי חד וקצווח על חבריה דמסרו לעכו"ם או לשלטון והלה אומר להד"ם זה היה מעשה והורה ה"ר אליעזר ממיץ בשם ר"ת שיש לו לישבע לפני השלטון שלא דבר לשלטון על שכנגדו שום דבר רע המביאו לידי הפסד עכ"ל ומביאו בד"מ גופיה לעיל מיניה מיד הרי משמע להדיא דאף שלא היה עד אחד צריך לישבע לפני השלטון ונרא' דאף הר"ב לא קאמר אלא לאפוקי שאין העכו"ם נאמנים בכך לענין שיעשה נקיות זו בפניהם וזה באמת משמע לכאור' בתשו' מהר"מ ופסקי מהרא"י שם אבל אה"נ אם הנמסר טוען ברי שמסרו צריך לעשות נקיות זו בפני השלטון אף שאין שם עד כלל והך עובדא דרבינו תם הי' הנמסר טוען ברי ומה שכתב הר"ב ואין צריך לעשות נקיות זו אלא ע"פ עד אחד כו' היינו כשאין הנמסר טוען ברי. שוב ראיתי בתשוב' מהרי"ל סי' צ' משמע כדברי דאפי' בלא עד יש להשביעו בפני השר וכמ"ש וע"ש:

סעיף מב

שנים שמסרו ביחד כל א' משלם החצי אפי' אין לחבירו לשלם א"צ לשלם רק החצי כן הוא בהגהות מיימוני פי"ב מהל' נזקי ממון ובמרדכי פרק הפרה בשם תשו' מהר"ם ואזדא לטעמי' דלקמן ס"ס ת"י ועיין מ"ש שם ובסוף ס' שארית יוסף כ' בכאן דברים שאינן מבוררין וע"ש ומסיים בתשו' מהר"מ במרדכי שם אמנם אם אתם רגילים לפטור המוסר לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפס על צערו אז ירא' לי ששמעון המוסר השני חייב כל ההיזק אם יש עדים שמסרו שניהם ביחד כר' נתן דכל היכא דליכא לאשלומי מהאי משתלם מהאי ע"כ:

סעיף מג

דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונ' כו'. ואם יש ספק בדבר אם נפטר ממסירה הראשונה מספיק' לא מפקינן ממונא והאחרון פטור כן הוא בתשובת מהר"מ שם. ולפ"ז

לעולם אין חייב האחרון אלא כשידוע בבירור שכבר נפטר ממסירה הראשונה ואע"ג דכתב בתשובת מהרי"ל ר"ס צ' וז"ל כדפסיק מהר"מ במרדכי אע"ג דהתם כבר הי' פטור מן השופט וחזר עליו ע"י מסירת שמעון כ"ש הכא דלא נפטר ר' דוד כלל עדיין כו' עכ"ל אין ר"ל דהיה פטור לגמרי בבירור מן השופט רק שיצא מלפני השופט וכדאיתא בתשו' מהר"מ שם ולפי הנראה היה פטור ממנו אבל אם נפטר ממנו בבירור האחרון חייב דמסירה חדשה היא וכמו שנראה מדברי הר"ב:

סעיף מד

ואפי' לא מסרו כו' כלו' אפי' לא מסר הראשון רק ראה השר או עכו"ם שיגידו לשר פטור המוסר דהא בלא"ה יודע לשר וכן כתב בדרכי משה בשם מהר"מ מריזבורק וז"ל ועוד כתב על שהכה חבירו ועכו"ם ראוהו והלך אחד והגיד פטור דהא בלאו הכי ראוהו עכו"ם ובודאי יגידו עד כאן:

סעיף מה

י"א דאדם המוכה כו' כתב בד"מ וז"ל וכ"כ מהר"מ מריזבורק וכתב דאם רגיל להכות הבריות מותר לקצץ ידו ע"י עכו"ם או להפסיד ממונו או להציל בא' מאבריו עכ"ל וע"ש שהאריך בדינים אלו ואין דבריו נראין דהא אפי' מוסר גמור אסור לאבד ממונו וכ"ש זה כנ"ל עכ"ל ד"מ ולא ירדתי לסוף דעת הר"ב דז"ל מהר"מ מריזבורק מצוה לכל אדם להגיד לשופט פלוני הכה פלו'. ועוד הולכים בכעסם תעשה כך שלא יוסיף עוד ואם יעליל השופט עליו ויקח כל אשר לו פטור המגיד דאל"כ אין לך אדם מציל את חברו מיד מכהו ודאי אם יכול להצילו בא' מאבריו יעשה כרב הונא דקץ ידא או שמא יותר טוב שיגיד לשופט ויפסיד ממון מלחסרו אחד מאבריו והא רפיא עכ"ל וא"כ ל"ק ממוסר דהכא להציל הוא בא וא"א להצילו אם לא שיגיד לשופט וע"י כך הוא מפסיד ממון ופשיטא דאם יכולים להציל הנמסר ע"י שיפסיד המוסר ממון דשרי ומצוה הוא ועוד דממון מוסר דוקא לאבדו ביד אסור אבל להפסיד ע"י גרמי מותר:

סעיף מו

ואפי' לא מסרו כו' עיין בס' א"א דף ע"ז ע"א:

סעיף מז

רק שאומר אלך כו' ע"ל סי' ל"ד סעיף כ':

סעיף מח

נפסל לעדות כו' עיין בתשובת הר"ב סי' י"ב דף כ"ח ע"ב ועיין בתשובת ן' לב ס' א' כלל י"ז סי' כ"ז וריש כלל כ' סי' ק"ו ובתשוב' מבי"ט ח"א סי' ל"ח:

סעיף מט
אם רגיל בכך כו'. עיין בס' גדולת מרדכי פ' הגוזל בתרא:

סעיף נ
שאנסוהו להראות כו'. פירוש אף שנשא ונתן אח"כ ביד וכדמסיק וכן פירש בסמ"ע ס"ק כ"ו מתחלה ועיקר:

סעיף נא
מ"מ חייב לשלם. ל' מהרש"ל פ' הגוזל בתרא ס"ס נ' ואם הודה המוסר מעצמו כ"כ בהגוזל קמא גבי דינא דגרמי שאינו קנס וא"כ ממילא חייב לשלם בהודאתו וכן נמצא בשם הר"י מקורבי"ל בעל הסמ"ק להדיא עכ"ל ולא נהירא דאף דהוי קנס מ"מ לא אמרינן מודה בקנס פטור רק גבי קנס דאורייתא ולא בקנס דרבנן וכן משמע בפוסקים וכן בתשו' מהרי"ל סי' צ' גבי מסירת ר' דוד ור' ישי כ' דהוי מדרבנן ואפ"ה כתב בסוף התשובה דאם מודה ר' דוד ישלם וכן הוא להדיא במרדכי פרק הגוזל בתרא וז"ל ואם הודו כמה גרמו להם להפסיד חייבים לפרוע כל מה שהודו דאף על גב דמודה בקנס פטור ודינא דגרמי הוי קנסא דרבנן ה"מ בקנס דאורייתא משום דכתיב אשר ירשיעון אלקי' פרט למרשיע עצמו אבל קנסא דרבנן מחייב בהודאת עצמו ושלו' אביגדור ברבי אליה הכהן עכ"ל והוא פשוט:

סעיף נב
במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו אם א"א להציל עצמו בדרך אחר כו'. כן צ"ל:

סעיף נג
לכל המוסר כו' אין לו חל"ה. ואמרינן נמי בפ"ק דר"ה (דף י"ז ע"א) דהמסורות יורדים לגיהנם ונידונין לדורי דורות וגופן כלה ונשמתן כלה כו' ע"ש ועוד הבאתי לקמן ס"ק ס' בשם התוס' והגהת אשרי שהוכיחו דגריע מהשומדים. וביי"ד סי' ב' סעיף ט' בהג"ה נתבאר דיש פוסלין שחיטת מוסר כמו שחיטת מומר וביי"ד סי' רפ"א ס"ג נתבאר דס"ת שכתבו מוסר או עכו"ם או ישראל מומר פסולה:

סעיף נד
ומותר להורגו כו'. כשאומר הריני מוסר כו' היינו כשניכר שיעשה כן וע' בתשו' רשב"א סי' קפ"א:

סעיף נה
עשה המוסר אשר זמם כו'. ובמרדכי ס"פ הגוזל בתרא הביא תשו' מהר"מ בר ברוך שכ' וז"ל שוב מצאתי שהוכיח רבינו שמחה שהרי"ף חולק על הרמב"ם שהרי"ף הביא

ראיה דממון מוסר אסור לאבדו ביד מדמבעי' בפ' הכונס אם עשו תקנת נגזל במוסר או לא וסלקא בתיקו ואי ס"ל להרי"ף סברת הרמב"ם מאחר שעשה המוס' כאשר זמם דאסור להורגו וא"כ ה"ה לאבד ממונו דאסו' דהא מיניה יליף ומה מביא ראיה דלמא הא דבפרק הכונס איירי כגון שעשה המוסר אשר זמם ומ"ה אסור לאבדו אלא ש"מ דלית ליה האי סברא עכ"ד ועיין במהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' נ' שהשיב ע"ז ובספרי השגתי עליו והוכחתי שהעיקר מהש"ס דפ' הגוזל בתרא כר' שמח' שאפילו בפעם אח' נקרא מוסר ומותר להורגו וכן משמע מהתוס' ופסקי תוס' פרק הגוזל בתרא אך הרבה פוסקים נמשכו לדעת הרמב"ם בזה:

סעיף נו

אא"כ הוחזק למוסר שהרי זה יהרג שמא ימסור אחרים ומעשים בכל יום בערי המערב להרוג המוסרי' שהוחזקו למסור ממון של ישראל ולמסור המוסרים ביד העכו"ם להרגם ולהכותם כפי רשעיהם עכ"ל רמב"ם פ"ח מה' חובל דין י"א והביאו בתשו' מהר"מ בר ברוך שהביא המרדכי ס"פ הגוזל בתרא ע"ש וכ"כ הסמ"ג דף קמ"ח ע"ג בשם הרמב"ם בקצרה משמע דהורגים אותו בידים וכן משמע מל' פסקי תוס' פ"ב דעכו"ם סי' מ"א שכתבו מוסר מותר להרגו אפי' מסר כבר עכ"ל וכן מוכח להדיא מתשובות מהר"מ ב"ב שהשיב להרשב"א שהביא הב"י ס"ס זה וכן פסק הרשב"א להדיא בתשו' ששלח לחכמי צרפת ולמלך וכתב וז"ל המינים והמסורות מורידין ולא מעלין ואפי' להורגן בידים וכן עושים מעשה במוסר מוחזק להורגן בידים ברוב מקומות ישראל וכן העיד הרמב"ם ז"ל בחבורו כו' עכ"ל והא דמורידים ולא מעלין (ברייתא בפ"ב דעכו"ם דף כ"ז ע"ב) אין מפרשים הרמב"ם וסייעתו כמ"ש הרא"ש בתשו' בטור בשם ר"ח דדוקא מורידין ולא הורגים בידים אלא ה"ה להורגו בידים אלא דקא' מורידי' היכא דא"א להורגו ויש לסבב הריגתו ע"י הורד' וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ד מה' רוצח ועיין בי"ד סי' קנ"ח ס"ב וכן נ"ל עיקר בש"ס מדקאמ' סוף פרק הגוזל בתרא ממון מוסר חד אמר מותר לאבדו ביד לא יהא ממונו חמור עליו מגופו משמע דגופו מותר לאבדו ביד:

ושוב ראיתי במהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' נ' כתב בזה דנוכל לפרש דה"ק מאחר שמותר להרוג המוסר ע"י הורדה א"כ כ"ש שהממון מותר לאבדו בידים ע"כ ולא נהירא לי דמ"מ מאי ק"ו הוא זה ועוד דלישנא דש"ס לא משמע הכי וגם מ"ש מהרש"ל שם דמהרי"ף נראה קצת דאוסר להרוג המוסר בידים כיון דהשמיט עובדא דרב כהנא דשמטיה לקועי' כו' אלמא שסובר רב כהנא עשה שלא כדין שהרגו כו' לא נהירא לי שחלילה שהרי"ף יחשוב על רב כהנא שעש' שלא כדין וגם פשט' דש"ס לא משמע הכי

אלא נראה דמאחר שהביא הרי"ף בסוף הפרק לא יהא ממונו חמור מגופו לא הוצרך להאריך ולהביא עובדא דרב כהנא וגם יתר דברי מהרש"ל שם אינם מוכרחים לפע"ד והנלפע"ד כתבתי ועיין מ"ש לקמן סעיף ט"ו ס"ק ס"ו:

סעיף נז

הוחזק למסו' כו' כ' בתשובת רשב"א שהביא ב"י מחודש ח' שהשיב לחכמי צרפת ולמלך ואיזו מוחזק כל שנודע לרבים שהוא כן לא שהוחזק בב"ד של כ"ג ושקבלו עדיו בפניו שא"כ אין לך מוחזק עכשיו שאין לנו מומחים והרי החכמים מחברי הספרים שהעידו וכתבו שהמוסר המוחזק הורגים אותו בכ"ז וכל הנעשה ענוותן ומרחם על אלו נעשה אכזר על דורו ע"כ ובתשו' מהר"מ ב"ב שהשיב להרשב"א שהביא בב"י ס"ס זה כ' הוחזק היינו ג' פעמים דאתחזק בין לר' בין לרשב"ג ולא הרגשנו בו צד תשובה כל הקודם להורגו זכה דגדולה חזקה דהא סוקלין ושורפים על החזקות ע"כ וכן הוא בתשו' הרא"ש בטור ס"ס זה והמחבר לקמן סעיף ט"ו מי שמוחזק ששלשה פעמים מסר כו' וע' בש"ס פרק הבא על יבמתו (סוף יבמות דף ס"ד) ובסנהדרין פרק הנשרפים (סנהדרין דף פ"א ע"ב) במי שלקה ושינה שלישית מכניסים אותו לכיפה כו' ובהרמב"ם פי"ח מהלכות סנהדרין דין ד':

סעיף נח

שהרי זה יהרג וכו'. וכ' הריב"ש סי' רצ"ו דמי שנתפס מפני שחייב מיתה אין מקבלין ממנו ערבית דמה נעשה לערבים אם יברח והביאוהו האחרונים:

סעיף נט

כל המוסר כו'. כן הוא בכל ספרי המחבר ובעיר שושן וטעות הוא וצ"ל כל המיצר וכן הוא בטור ורמב"ם:

סעיף ס

מפני צער יחיד כו' דווקא צער יחיד (וע"ל ס"ק מ"ג דמי שרגיל להכות מותר למוסרו להציל שלא יכה עוד) אבל במוסר ליחיד דינו כמוסר לצבור מיהו אפשר דלהרמב"ם דס"ל דאם כבר מסר אין הורגין אותו אא"כ הוחזק במוסר ס"ל דבמוסר לצבור אפי' לא הוחזק מותר למוסרו ביד עכו"ם:

סעיף סא

ואם גרם לו היזק. יותר ממה שחייב להעכו"ם:

סעיף סב

אסור לאבד ממונו של מוסר ביד. אבל ע"י גרמא או גרמי מותר טור בשם בעל העיטור ומהרי"ו סי' ק"ס ולמסור ממונו לעכו"ם אסור כ"כ מהרש"ל פ' הגוזל בתרא ס"ס נ' וע"ש שהביא ראי' מעובדא דמסירות ר' יואל ור' אפרים במרדכי ולפ"ז משמע דאם חזר ומסר ממונו חייב לשלם לו מה שהפסידו כדאי' במרדכי שם בההיא עובדא וכדלעיל סעיף ט' בהג"ה ע"ש ודוק:

ונראה דמי שמוחזק למסור ונראה שאין דבריו נשמעין רק מחמת עשרו וכשיעני לא יהיו דבריו נשמעים מותר לאבד ממונו או למוסרו לעכו"ם שהרי במה שמאבדין ממונו מצילים אחרים. בתוס' פ"ב דעכו"ם דף כ"ו ע"ב נסתפקו אי משיבין אבדתו וכתבו דמוסר גרע ממומר ובכ"מ שונה מוסר אצל מין ולא אתרבי אצל אבדה ושמא מאן דאית ליה ממון מוסר אסור לאבדו ביד אית להו נמי דמשיבין אבדתו ומטעמא דיכין רשע וצדיק ילבש עכ"ל ובהגהת אשר"י ס"פ אלו מציאות כתבו דמוסר הוי כמו מומר להכעיס דאסור להחזיר אבדתו וע"ש:

סעיף סג

וי"א דמותר כו'. והרי"ף וסייעתו בע"כ לא ס"ל הכי וכן משמע במרדכי שם שבעל סברא זו חולק על הרי"ף ומהרש"ל שם סי' ן' פסק דאסור ליטול ממונו לעצמו וכן עיקר וכן משמע להדיא מתשו' רש"י שבמרדכי פ"ק דקידושין והביא' ב"י לעיל ר"ס רפ"ג מחודש ב' ע"ש:

סעיף סד

ואין צריכין לכוין העדות כל כך. כלומר דאע"ג דדיני נפשות צריך דרישה וחקירה כדלעיל סי' ל' במוסר אין מדקדקים כל כך כן הוא בטור סי"ג בשם תשו' הרא"ש וז"ל ואלו רצו לקבל העדות לפניו ולדרוש ולחקור בדינו לעולם לא יעשה לו דין כי יציל ע"י עכו"ם כו' ויסכן כל ישראל כו':

סעיף סה

ע"י גרמא. כגון ע"י הורדה לבור או ע"י עכו"ם כן הוא בטור בתשו' הרא"ש והובא בסמ"ע ס"ק ל"ה ומהרש"ל פ' הגוזל בתרא סי' ן' חולק ופסק דע"י עכו"ם הוי כאלו הורגו בעצמו דהעכו"ם יש שליח לד"ע לחומרא ודוקא הורדה לבור שרי אבל ע"י עכו"ם אסור ואין דבריו מוכרחים גם שאר דברים שכ' שם אינם מוכרחים וע' מ"ש בס"ק שאח"ז:

סעיף סו

אע"פ שאסור להורגו. באמת כ"כ הטור תשו' הרא"ש בשם ר"ח אבל תימה על הר"ב שכתב כן בפשיטות שהרי מדברי המחבר לעיל סעיף י"א מבואר שיש להורגו וכן הבאתי לעיל ס"ק נ"ו שהוא דעת הרמב"ם והרשב"א ושאר הרבה פוסקים והבאתי ראיות לדבריהם ע"ש ובסמ"ע ס"ק ל"ה כ' שמדברי בעל העיטור מוכח דס"ל כר"ח ולפעד"נ דבע"ה לא קאי רק אממון ע"ש:

סעיף סז

אם השליח הוחזק לעשות חייב המשלח כו'. דין זה שכתבו הר"ב והר"ש בן צמח לא נהירא לי וז"ל הרשב"ץ ולא תימא אין שליח לד"ע דלא מיפטר בה"ט אלא בישראל אבל אם הוחזק במוסר ובאנס לאו ישראל הוא וכמו שכתב הרמב"ם הל' עדות המוסרים הם פחותים מן העכו"ם וכיון שכן אין למשלח טענה לפטור משום דברי הרב וכו' שזה מפורסם שאינו שומע דברי הרב עכ"ל הביאו ב"י ס"ס זה ואין דבריו נכונים בעיני ולא מבעי' למה שפסקו הרמ"ה והרא"ש והנימוקי יוסף ושאר הרבה פוסקים כרב סמא בפ"ק דמציעא לעולם אין שליח לד"ע אפי' השליח לאו בר חיובא הוא כיון דאי בעי עביד ואי לא בעי לא עביד א"כ פשיטא הכא פטור המשלח דהא הכא נמי אי בעי המוסר עביד אי בעי לא עביד תדע דהא כתבו הפוסקים הנ"ל דלעולם לא משכחת שליח לד"ע אלא חצר ואם איתא הא משכחת נמי מוחזק בכך אלא ודאי כמ"ש אלא אפי' לרבינא דס"ל דהיכא דהשליח לאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו פטור הכא דס"ס זה ישראל הוא ובר חיובא הוא ולא כתב הרמב"ם דהם פחותים מן העכו"ם אלא לענין דפסולים לעדות אבל מ"מ ישראל הוא ובר חיובא הוא ומה בכך שהוחזק במוסר ס"ס בר חיובא הוא והכי מוכח מדברי כל הפוסקים בכמה דוכתי שכתבו וסתמו אין שליח לד"ע ולא חלקו בין שהשליח מוחזק בכך או לא. ועוד נראה דהרב לטעמיה אזיל דס"ל לעיל ר"ס קפ"ב דהכל תלוי כשהשליח בר חיובא אבל כבר חלקתי שם עליו ע"ש ונראה דגם הרשב"ץ לא פסק כן בתשובה אלא משום שצירף עוד טעמים שם לזה וז"ל ועוד שזה דומה לשליחות יד דחייבה רחמנא ע"י שליח ועוד יש לחייבו כאילו מסרו אל האנס עצמו ואין אנו צריכין לבא עליו מדין שליח שכיון שהוחזק הזקן מוסר המוסר בידו כמוסר ביד האנס כו' עכ"ל לפי עניות דעתי גם זה אינו נכון דנהי דשליחות יד חייב אף ע"י שליח היינו בשולח יד בממון אבל כאן מה שליחות יד שייך ועוד דשולח יד הוי גזלן וכבר כתבתי לעיל סי' שפ"ו ס"ק י"ג דשטרות אימעטי מגזלה ועוד דכיון דכתבתי לקמן בס"ק שאח"ז דאפילו

מסר הוא עצמו השטרות להעכו"ם פטור דלאו מידי עבד א"כ כ"ש כשמסרם למסור שימסרם לעכו"ם. כן נראה לי ברור:

סעיף סח

וכן אם מסר שטר פרוע כו'. ג"ז מהרשב"ץ ולא נהירא לי כלל ואפילו מסרו לשר גופיה פטור דליכא כאן גרמ' גם מ"ש הרשב"ץ בסוף דבריו וגדולה מזאת שאפילו היה ראובן המלוה ושמעון מסר שטרו ביד מוסר והפסיד חובו מיחייב שמעון מדין מוסר כו' עכ"ל לא נהירא לי דאדרבא איפכא מסתברא בהך דראובן הוא המלוה דוקא חייב ולא מטעם מוסר אלא מטעם דכיון שהוא הפקידו אצלו והוא מוסרו למוסר קלייה לשטריה והוי כשורף שטורותיו של חברו דחייב מדינא דגרמי וכדאיתא בתשובת הרא"ש כלל ל"ט סי' ב' ונתבא' לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ז וסי' שפ"ו ס"ק כ"ב אבל כשמס' שטרות פרועי' שלו לעכו"ם ליכא כאן גרמי וכמ"ש הרשב"א להדיא בתשובה והביאו הב"י לעיל סי' שפ"ו מחו' א' והרב בד"מ שם וז"ל רואה אני לפטו' את שמעון אם עבר והחזיר השטר לעכו"ם וכל שאינו זוכה מיד אינו קרוי דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין ופטו' עכ"ל וכ"כ בתשובות מהר"י לבית לוי סי' ל"ד ובתשובת מהר"ם אלשיך סי' קי"ב דברי תשו' רשב"א זו לפסק הלכה וכן בתשו' מהר"מ מלובלין סי' ס"א וכן בתשובת משאת בנימן סי' פ"ה. שוב ראיתי בד"מ שכתב ע"ז וז"ל וע"ל סימן שפ"ו דיש חולקין בזו ונראה דר"ל תשו' הרשב"א דלעיל שהביא בד"מ שם. וא"כ כ"ש שיש לתמוה על הר"ב שכתב כאן בסתם כדברי הרשב"ץ וגם לענין דינא נ"ל דברי הרשב"א עיקר וכמ"ש:

סימן שצ

סעיף א

וי"א דבכל ספיקא דדינא כו'. וכ"פ מהרש"ל פ' כיצד הרגל סי' ה' וז' ועמ"ש לעיל סי' שפ"ח סעיף א' ועיין בסמ"ע ס"ק ז' עד דהוא ענין דקנסא דהא גופו לא הזיק וכו' אין לזה טעם כלל וכבר השיג עליו הב"ח גם מ"ש הב"ח דמיירי בב' בהמות שהזיקו לא נהירא אלא נראה אף בבהמה אחת כיון דמבעיא אי אורחא היא ואין כוונתה להזיק או כוונתה להזיק והוי קרן א"כ יכול לו' דלמא טבע הבהמה לפעמי' הוא כך ולפעמים כך ודלמא בר"ה הזיקה דרך הלוכה כי אורחא ולא הי' כוונתה להזיק וברשות הניזק היתה כוונת' להזיק וקרן הוא ודוק כן נ"ל ברור:

סימן שצא

סעיף א

שאין לו לשלם כו'. אין לפרש הטעם דכיון דאין לו לשלם חייב מטעם דראובן ה"ל שלוחו של לוי דהא לוי לא צוה לראובן לעשות כן ועוד דאפי' אין לו לשלם אמרינן אין שליח לדבר עבירה וכמ"ש לעיל ר"ס קפ"ב ורצ"ב ובמע"מ פ' כיצד הרגל כ' הטעם וז"ל וטעמא אע"ג דפקח בר תשלומין הוא מ"מ כיון דליכא לאשתלומי מיניה חייב אידך לשלם כר' נתן דכל דין שותפים יש לשנים שהזיקו ביחד עכ"ל וקשה דהרי הטו' לקמן ס"ס ת"י השיג על הרמ"ה בעל סברא זו וכ' ואין נראה דלא מחייב ר' נתן היכא דליכ' לאשתלומי מאידך כו' והוא דעת הי"ח שהביא המחב' שם א"כ יהיו דברי הטו' סותרים זא"ז גם סותרים לדברי הרא"ש פ' כיצד הרגל שהוציאו הט"ו דבריהם שבכאן ממנו אלא נ"ל דשאני הכא כיון שהמושיט לא הזיק כלום רק שהושיט לפי פרה ואז היה עדיין בעין בשלימותו וא"כ הפרה עשתה כל ההיזק והמושיט לא ה"ל רק כגזלן דמעידנא דאגבי' ה"ל שולח יד בדבר שאינו שלו דה"ל גזלן א"כ ה"ל כגוזל ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה דלעיל סי' שס"א ס"ה אלא דאם יש לו לשלם כיון דעכ"פ חייב המושיט מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידים שהרי אלו לא הושיט לא אכל' לכך גוב' מהמושיט ודוק:

סעיף ב

משלם כל מה שנהנית. בהרא"ש פ' הגוזל קמא כתב גבי אוקימת' דרבינא בצבע הקוף צמר בסמנין וז"ל דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או ממונו נהנה מחבירו ע"י מעשה של ממונו כמו אכלה מצדי רחבה ונפלה לגנ' אז משלם מה שנהנית אבל כשממונו נהנה ע"י אחר פטו' עכ"ל והוא כתירוץ הראשון של התוס' שם ד"ק ע"א מוכח דאם תחב לה אחר אוכלין לתוך פיה פטו' לשלם מה שנהנית (ודל"ד לעיל ס"ז דהתם משלם מה שהזיקה דהוי פשיעה וכ"כ בספר מע"מ פ' הגוזל שם) וכ"כ מהרש"ל פ' הגוזל סי' כ"ח דהתוחב אוכלין לתוך פיו של בהמתו אינו משלם כלום מה"ט ומ"מ נ"ל דמיירי שתחב אוכלין של אחרים ופטור מן בעל האוכלין אבל אם תחב אוכלין שלו חייב לשלם לו דלא גרע מיורד שלא ברשות וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו ודוק ומיהו כ"ז לשנויא קמא דתוס' אבל תמיהני על הרא"ש ומהרש"ל דהא התוס' מסקי שם וז"ל א"נ הנאה דהכא לא חשיבה הנאה שאינו אלא נוי בעלמא יותר עכ"ל כלו' משום דחזיתא לאו מילתא היא וכדקאמרינן בש"ס התם ותירוץ זה נ"ל לכאורה עיקר דמניין לנו לחלק בחלוקים שלא נזכרו בש"ס (הג"ה וגם הא דבעי בש"ס התם למיפשט

דחזיתא מילתא היא מערלה ושביעית לא יתיישב שפיר לתירוץ קמא דתוספות ודו"ק ע"ש) ועכ"פ נ"ל דדין זה כשממונו נהנה ממונו של אחר שלא ע"י מעשה ממונו ה"ל ספיקא דדינא אי פטור או לא ודו"ק:

סעיף ג

דיש חולקין כו' עיין בסמ"ע ס"ק כ"ד עד דכיון דעכ"פ תפס ברשות נגד מה שנהנית מהני תפיסה גם לשאר עכ"ל וזהו דוחק ול"נ דשאני הכא דהוי בעי' ולא איפשטא ולא סלקא בתיקו ובזה גם להרא"ש וטור מהני תפיסה וכמש"ל סי' שמ"ו סי"ד (הג"ה וע"ש שחזר בו אח"כ וגם בספרו תקפו כהן וס"ל דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא):

סימן שצג

סעיף א

בעל הבית חייב כו'. נ"ל דכאן שייך הי"ח וק"ל:

סימן שצד

סעיף א

ולא נתרסק וכו'. מלשון זה משמע דאם לא נתרסקו אבריה אלא הי' לה צער בעלמא לא הי' צריך לשלם כלל אבל אי יש לספק בזה צריך לשלם לו מה שהי' נותן שיצילו בהמתו מספק אמנם משמעות לשון התוספות והרא"ש אינם מורין כן ע' בישׁ"ש פ"ו דב"ק סי' י"ג:

סעיף ב

שהי' לו לשומר. פי' שמירה מעולה ופי' שמירה מעולה או פחותה תמצא בר"ס שצ"ו וכו' עכ"ל סמ"ע ודלא כהבנת מהרש"ל דלהרמב"ם סגי בשמיר' פחותה ואינו כן אלא עכ"פ צריך שמירה מעולה ולאפוקי הרא"ש דס"ל דלא סגי בשמירה מעולה ג"כ ודוק:

סעיף ג

מיהו אם שמרה כו'. וכ"פ מהרש"ל סי' י"ז:

סימן שצו

סעיף א

כדי לאבדה. פטורים על הנזק אבל [לא] על הבהמה עצמה אע"פ שלא הי' דעתם אלא לאבדה וכדלעיל סי' שפ"ו גבי זורק מטבע לים הגדול ואפשר דבהכיש' אפילו לאבדה ונאבד' פטור וצ"ע:

סעיף ב

הפורץ גדר לפני בהמתו כו' ע' בתשובת רשד"ם סי' שס"ה:

סימן שצז

סעיף א

חייב לשלם הזיקו ואינו יכול כו'. ב"י כתב שכך הם דברי הרמב"ם פ"ה מהל' נזקי ממון ועיינתי שם בכל דברי הרמב"ם בהלכות נזקי ממון חפשתי ולא מצאתי דבר מזה ואי משום שכ' הרמב"ם שם שחייב לשלם כשהזיקה הבהמה בשדות אחרות אין ראיה דהא בקרא נמי כתיב ובער בשדה אחר ומוקמינן לה בש"ס כשגדר וחתרה או נפל בלילה וגם מ"ש ב"י שאין בדברי הרא"ש הכרע דבריו תמוהין שהרי הרא"ש מביא במסקנתו דברי רבינו חננאל ודוחה דברי התוס' ע"ש ושפיר כ' הטור שמסקנת הרא"ש כר"ח: ומהרש"ל כתב בפ"ק דב"ק סי' כ"ה דלא נהירא כלל דברי ר"ח דא"כ למה סתם רועים גזלנים ופסולי' לעדות לפי שאינם נזהרים משדות אחרות ואי היה צריך לגדור כל אדם שדהו מסתמא כל השדות גדורים הם וא"כ איך נכנס' בשדות אחרים כי מה שהבהמה חתר' הגדר לא שכיח כו' לכן נ"ל כרב יוסף דהוא רבו של אביי ואין הלכה כתלמיד במקום הרב כו' עכ"ל ודבריו לא נהירין לי דנהי דפטו' כשהזיק מ"מ מסתמא כל השדות אינם גדורים ופוק חזי דאין דרך בני אדם לגדור שדותיהם דא"כ צריך לגדור כל העולם אלא אין חוששין להיזק בהמות דלא שכיח שיזיקו בהמות בשדות אחרות והגע עצמך אף לדברי מהרש"ל דחייב וכי בכל פעם יהיו לו עדות שהזיק' או פעמים שהוא עצמו לא ידע מהיזק הבהמות אלא ודאי אין חוששין לכך וכמ"ש וסתם רועה פסול לעדות משום שרועה במזיד בשדות אחרות. גם בלאו הכי תימה על מהרש"ל איך רוצה להכריע נגד אביי והלא אין בידינו להכריע מה שנחלקו בו חכמי הש"ס והלא בע"כ גם אביי מודה להא דסתם רועים פסולי' אלא ודאי כמ"ש וגם על התוס' קשה כן שכתבו דאין הלכה כאביי משום דתניא אכלה מתוך החנות כו' ומ"ש התוס' דאביי אשתמוטי קמשתמיט דוחק גדול הוא. גם מ"ש מהרש"ל דאין הלכ' כתלמיד במקו' הרב לא נ"ל ואדרבא הא קי"ל דהלכ' כבתראי מאביי

ורבא ואילך ואולי כוון למ"ש הנ"י דאביי נגד רב יוסף תלמיד היושב לפני רבו היה באותו מעש' אבל גם זה לא נ"ל ואדרבא משמע מדשתיק ליה רב יוסף אודי ליה ועוד דמשמע דהא דגרסי' בש"ס ואי גדר שן דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו' משמע דסתמא דש"ס הוא דקפריך הכי דאי רב יוסף קא' לה הל"ל אמ"ר לי"ה ואי שן כו' וא"כ כיון דסתמא דש"ס קאמר משמע דסתמא דש"ס ס"ל כאביי מדמשני אליבא דאביי כשחתר' או דנפל בלילה ואפי' תימא דרב יוסף קאמר לה מ"מ משמע דקבל שינוי דאביי שחתר' כו' וכן מצאתי בהלכות גדולות דף פ"ז סוף ע"ג שכ' כדברי אביי וכ"כ ראב"ן בב"ק דף פ"ו ריש ע"ב וז"ל מהכא שמעינן דשן דחייב רחמנא בשד' אחר לא מיחייב אלא כשחתר' או דנפל גודא בלילה אבל אי לא גדר ארעי' ונכנסה בהמה ואכל' פטור עכ"ל כיון דהלכות גדולות ורבינו חננאל וראב"ן והרא"ש וטור סוברים דפטור הכי נקטינן דכבר נודע שדברי ה"ג ור"ח דברי קבלה הם מהש"ס ובפרט שהוכחתי שדבריהם עיקר:

סימן שצח

סעיף א

אם הכניסו כו'. ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ו':

סעיף ב

ואם הזיק שור כו' צ"ל שיש ט"ס בדברי הראב"ד וכמ"ש הרב המגיד ודלא כדאיתא בטור וב"ח וכדמוכח בהשגות הראב"ד ספ"ג מה' נזקי ממון וע' בש"ס ובתו' ובלח"מ פ' ז' מהל' נזקי ממון ודו"ק וצ"ע:

סעיף ג

דאתי ליה מעלמא אינו חייב כו'. פי' מהרש"ל כגון שנכנסו שוורים לחצרו והזיקו לזה אבל אם יצא לחוץ והוזק חייב בעל החצר וה"ה אם חנק עצמו בחצר דחייב ואף אם יצא והזיק לאחרים חייב בעל החצר ע"ש באריכות ואין משמעו' לשון מוהר"ם כן ומכ"מ דברי מהרש"ל עיקר ודוק בהרא"ש:

סימן שצט

סעיף א

פטור כו'. כיון דהוי קנס כ"כ הטור והיינו כשאומר לו הניזק אתה יודע דאל"כ אפי' במועד פטור מטעם דלא ה"ל לידע וכדלקמן רס"ח וכ"כ הסמ"ע ס"ק ה':

סעיף ב

ואפי' משבוע'. ואף שידוע ונתחייב במקצת ע"פ עדים שראו הנגיח' לא הוי על השאר מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בקנס כ"כ התוס' ר"פ שור שנגח הפרה ועוד כתבו שם ובנ"י ובהגה' אשר"י תירוץ אחר דלא ה"ל לידע ע"ש ומטעם הילך לא מיפטר דאף ע"ג דכתבתי לעיל סי' פ"ז ס"א וסי' פ"ח סעיף כ"ד דהילך הוי בדבר שהוא בעין אפי' הוא בביתו של נפקד וכ"כ הנ"י גופי' בפ"ק דמציעא היינו דוקא בדבר שהוא של התובע מיד לגמרי והלכך כל היכא דאיתי' ברשותא דמארי' איתי' משא"כ בשור תם דצריך שומא א"כ לאו הילך הוא וע' מ"ש לקמן סי' ת' ס"ג:

סעיף ג

מיהו אם תפס כו'. כ"כ הטור בשם הרא"ש ולא כדעת הרמ"ה דכתב דלא מהני תפיס' אפי' בלא עדים בקנס וכ"כ הנ"י ס"פ המניח כהרמ"ה ומשמע שם שהם דברי הרמ"ה. והב"ח הקשה דמדברי הרמ"ה שהביא הרא"ש ספ"ק דב"ק והטור לעיל ס"ס שמ"ט מבואר דבפלגא נזקא קנסא מהני תפיסה וצ"ע עכ"ל ולא דק דהתם מיירי כשיש לו עדים על הנזק דלא הי' פטור משום מודה בקנס וק"ל: לשון הטור ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל כו' ולא מצאתי בהרא"ש מבואר שחולק על הרמ"ה בזה. מיהו בס"פ המניח משמע שם מדבריו דלא כהרמ"ה שכתב שם גבי שני תמין אם תפס משתלם כדקאמר מזיק אבל כדקאמר ניזק לא כיון שתפס בפני עדים עכ"ל משמע אי תפס שלא בעדים משתלם כדקאמר ניזק משום מגו והרי הרא"ש ס"ל התם להדיא דסוגיא אזלא למ"ד פלגא נזקא קנסא ע"ש ואע"ג דמודה בקנס פטור נרא' דכיון דהיכא דאית ליה מגו נאמן בכל דוכתי אלמ' דתפיסתו בלא עדים חשיב ליה כאלו הביא עדים שכדבריו כן הוא דאל"כ איך יהא נאמן וא"כ זה שמוד' ה"ל כמוד' אחר שבאו עדים ולפ"ז גם להרא"ש וטור לא מהני כשתפס ויש לו מגו אלא כשתפס קודם שהוד' וה"ה בזמן הזה דליכא מומחין ולא חשוב' הודאה וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש ספ"ק דב"ק והטור לעיל ס"ס א' א"כ בכל ענין מהני תפיסה בקנס אם יש מגו כן נ"ל ודו"ק:

סימן ת

סעיף א

אפי' ניזק טוען ברי ומזיק שמא משמע מדברי הרמב"ם והט"ו דאפי' במועד דינ' הכי ומהרש"ל פרק המניח סי' ל"ג כתב דבמועד שרדף חייב כשניזק טוען ברי ומזיק שמא

מאחר דרב הונא ורב יודא מחייבים בברי ושמא ואין דבריו נכונים אלא כיון דקי"ל דלא כרב הונא ורב יודא אלא מוקמינן ממונא בחזקת מאריה א"כ בכל ענין המע"ה:

סעיף ב

ואם טען הניזק אתה יודע כו'. אבל כשאינו טוען כן א"צ לישבע היסת שהרי הניזק עצמו מודה שלא היה שם וא"כ ודאי אין הניזק [המזיק] יודע ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ב ס"ק נ"א יסי' צ"ג סעיף י"ג:

סעיף ג

נשבע היסת שאינו כו'. כתב מהרש"ל שם והא דאינו פטור מהיסת במגו דיכול לטעון להד"ם דמאחר שטען זה ברי כנגדו הוי כמגו במקו' עדים דהא רב הונא ורב יהודא מחייבי' בברי ושמא כמו בעדים אף דלית הלכתא כותייהו מ"מ לענין מגו הוי כעדים עכ"ל ודבריו תמוהים ולחנם דחק דמאי מגו איכא הא אי טען להד"מ נמי היה צריך לישבע היסת:

סעיף ד

ואם טען הניזק אתה יודע ודאי כו'. ואע"ג דבעלמא ס"ל להרמב"ם והמחבר דאע"ג שאינו טוען אתה יודע הוי מחויב שבוע' וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סעיף י"ב ס"ק נ"א שאני התם דיכול להיות שיודע אבל הכא אם אינו טוען אתה יודע ודאי אינו יודע שהרי המזיק לא היה שם וכיון שהניזק בעצמו מודה שהמזיק לא היה שם לא שייך שבוע' כלל וכמ"ש בסי' ע"ב ס"ק נ"א שם ע"ש ודו"ק:

סעיף ה

משלם מהשהודה ונשבע שבועת התורה על השאר כ"כ הרמב"ם וצ"ע דהא טוענו מועד ונתחייב בתם ומין אחר הוא ובמ"ש ה"ה והטור דכשתובעו על המועד גם שור תם בכלל נכסיו עדיין לא נתקררה דעתי דאטו מי שיתבע את אחד שהלוה לו מנה ויודה לו בכלי שוה נ' או יתחייב לו כלי שוה נ' ע"פ עדים יתחייב ש"ד על השאר הא ודאי פטור כיון דמין אחר הוא וכן מוכח להדיא מדברי הנ"י ס"פ המניח והמחבר גופיה לעיל סי' פ"ח סעיף י"ג וא"כ הוא הדין הכא וכן מוכח בש"ס ס"פ המניח מדפריך מיניה לרבה בר נתן אלמא דמין אחר הוא כמו חטים ושעורים ונראה דאין ה"נ בתובעו ממון ק' ומודה לו בכלי שוה נ' דהוי מודה מקצת דומי' דתובעו דינר זהו' דשוה קאמר ובכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענ' וכדלעיל סי' פ"ח סעיף ט' והא דפריך בש"ס לרבה בר נתן היינו כיון דלא הודה לו ממש מה שתבעו מצי למימר משטה ודחויי הוי קמדחינא לך תדע דהא בהיו הנזקין שנים והמזיקין שנים תמין דודאי חשיב הודאה ממין הטענ' דהא תובע

שניהם ואפ"ה פריך מיניה לרבה בר נתן אלא ודאי כמ"ש. ולפי זה מה שכ' הנ"י ס"פ המניח והמחבר לעיל סי' פ"ח סי"ג מיירי כשטוען משטה הייתי דאלו עומד בהודאתו הוי מודה מקצת ממש וחייב שבועה דאורייתא. ומ"מ מה דאיתא בש"ס ופוסקים והט"ו לעיל סי' פ"ח סעיף ט' בתובעו בדינר זהו' בכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענ' ומשמע דהוי הודא' גמור' ואינו יכול לחזור בו לא דמי לכאן דהתם כיון שזה שוה קאמר וזה כל מה שיודה לו בכלל הוא ובכל ענין חייב לשלם לו כל מה שיודה אפי' נאבד זה שמוד' א"כ הוי ממש ממין הטענ' ולאו דחויי הוא ואינו יכול לחזור אבל כאן שמוד' לו בתם נהי דהתם הוא בכלל נכסיו מ"מ כיון שמוד' לו דבר שאינו משתלם אלא מגופו ואילו נאבד אינו חייב לו ש"מ דמשטה הוא בו ויכול לחזור בו והיינו הך שכתב הנ"י והמחבר לעיל סי' פ"ח סי"ג דהיכא דהוד' לו כלי שאינו משתלם אלא מגופו פטור אלא דהיכא דהוא עומד בהודאתו או איכא עדים חייב ש"ד וכדכתבו הרמב"ם והראב"ד וה"ה והט"ו כאן כן נ"ל ודוק: שוב ראיתי בספר לחם משנה ספ"ט מה' נזקי ממון כ' וז"ל ואיכא לאתמוהי על הראב"ד אם כן כיון דחשיב ממין הטענ' מה שמודה בתם א"כ מה הקשו בסוף המניח תנן היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומ' מועד הזיק את הגדול כו' הא לא מייתי ראיה שקיל כדקאמר מזיק הא חטים ושעורים נינהו והא לא דמי לחטים ושעורים דהודא' בתם הוי ממין הטענ' לדעת הראב"ד ז"ל ובשלמא לדברי רבינו ז"ל איכא למימר דלא קאמר רבינו ז"ל דהוי מחויב שבועת התורה אלא משום דאיכא עדים שנגח א' מהם ומתניתין איירי דליכא עדים ומשום הכי דמי לחטין ושעורים ואע"ג דגם עליו קשה אמאי לא מוקי הש"ס מתניתין בדאיכא עדים דומיא דרישא כדכתיבנא לעיל מ"מ להראב"ד ז"ל קשה יותר שהוא מפרש דבמתני' אע"ג דליכא עדים חשיב תם ממין הטענ' דמועד ואלו היה טוען מזיק ברי היה נשבע א"כ לדידי' לא פריך הש"ס כלל כדכתיבנא וצ"ע עכ"ל ואין דבריו נכונים בעיני דאם איתא דמוכח בש"ס דתם לא חשיב ממין הטענה דמועד אם כן גם על הרמב"ם תקשי אמאי חייב שבועת התורה אטו מי שיתבע את חברו במאה חביות חטין וחברו כופר ומביא התובע עדים שחייב לו נ' חביות שעורים היתחייב שבועת התורה על השאר הא פשיטא כיון דאין החיוב ממין הטענה מה לי שנתחייב במקצת על פי הודאתו או על פי עדים (וגם על דברי הרב המגיד הקשתי לקמן בזה ע"ש) ועוד דאף אם תאמר דתם לא חשיב ממין הטענה דמועד מ"מ תיקשי מאי פריך בתר הכי מהיו הניקין שנים והמזיקין ב' לרבה בר נתן דהא התם ודאי מין הטענה ממש הוא שהתובע רוצה כל השני תמים שהזיקו והנתבע מודה לו הקטן שהזיק ובמקצת גדול שהזיק אלא ודאי כמ"ש דאף דהוי הודאה ממין הטענה פריך שפיר כיון דטעמא דרבה בר נתן הוא משום

דכיון דלא הודה לו ממש כמו שתבעו יכול לטעון משטה הייתי בך א"כ ה"ה במתניתין כיון דלא הודה לו ממש אמאי שקיל כדקאמ' מזיק הא יכול לומר משטה הייתי בך ויש ראיה לזה ממ"ש התוס' ס"פ המניח ד"ה לימא תיהוי תיובתא כו' והגהת מיי' פ"ג מה' טוען דרבה בר נתן קאמ' מילתיה אפי' לרבן גמליאל דחייב שבועה בטענו חטים והודה לו בשעורים מ"מ פטור לשלם השעורים ע"ש. ודוק ותראה שכל זה ברור וע' מ"ש לעיל סי' פ"ח סי"ב עוד מזה באריכות:

סעיף ו

ונשבע שבועת התורה כו' כ' הטו' בשם הראב"ד דלא כ' הרמב"ם כן אלא כשא' מהן תם וא' מהן מועד דכיון דא' מהן מועד תביעת הניזק הוא על נכסי המזיק נמצא דגם שור תם בכלל נכסיו הן מ"ה מחשב כמודה מקצת אבד בא' גדול וא' קטן ושניהן תמין שהחיוב הוא על גוף השוורים כל א' מחשב תביעה בפ"ע ואין כאן מודה מקצת עכ"ל סמ"ע ס"ק ז' ובאמת כן פי' הטור דברי הראב"ד וכ"כ ה"ה בדעת הראב"ד (וכ"כ מהרש"ל ס"פ המניח בפי' דברי הראב"ד דר"ל דאי בשניהם תמים כיון דשני מינים הם ה"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים וא"צ לישבע רק היסת וכ"כ הב"ח) אבל לפע"ד דברי הטור והרב המגיד והנמשכים אחריהם תמוהים דנ"ל שלא נתכוין הראב"ד לזה אלא מ"ש הראב"ד אתם ומועד קאי ר"ל דאי בשני תמין לא שייכא שבועה כלל משום מודה בקנס פטור ויותר תמיה לי על מה שמסיים הרב המגיד וז"ל ויש לחלק שאפי' כששניהם תמים כיון שיש שם עדים חייב שבועת התורה וצ"ע עכ"ל ומביאו ב"י דהאיך אפשר לחייב שום שבועה כלל דהא קנס הוא וכמ"ש הרמב"ם והטו"ו לעיל ר"ס זה וליכא למימר דשאני הכא כיון דאיכא עדים דהא העדים אין מעידים רק על א' מהן והשאר אינם יודעים והכי מוכח נמי להדיא בתוס' ר"פ שור שנגח הפרה דאפי' איכא עדים כיון שאין יודעים מהשאר ליכא שבועה כיון דאם היה מודה בקנס הי' פטור והוא פשוט וא"כ דברי הרב המגיד וכן דברי הטור והנמשכים אחריו צ"ע:

ועוד קשה לי על הרב המגיד כיון דבשני תמין לא חשיב ממין הטענה א"כ מה בכך שיש עדים לענין שבועה דאוריית' וכי מי שתובע את חברו בק' חביות חטים וחבירו כופר והתובע מביא עדים שחייב לו נ' שעורים וכי יוכלו עדים לחייב ש"ד בזה על השאר אלא ודאי מ"ש הרמב"ם עדים היינו משום דאל"כ הי' יכול לחזור מהודאתו כמו בטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף משעורים דהודאתו לאו הודאה היא וכמ"ש לעיל ואפשר שלכך כתב הרב המגיד בסוף דבריו וצ"ע כלומר דצ"ע אם יש לחלק בין הודה לעדים בזה אבל לפע"ד אין כאן צ"ע והדבר ברור כמ"ש ודוק:

סעיף ז

שבועת התורה על השאר. ואע"ג דהתם הוא בעין והעליתי לעיל סי' פ"ז ס"א וסי' פ"ח סכ"ד דדבר שהוא בעין ה"ל הילך אפי' הוא בביתו של הנתבע היינו היכא שהוא של התובע מיד כגון בפקדון וכה"ג דכל היכא דאיתא ברשותי' דמארי איתי' משא"כ הכא כיון דצריך שומא לא ה"ל הילך והכי מוכח בתוס' ונ"י ר"פ שור שנגח הפרה וכמ"ש לעיל סימן שצ"ט ס"ג וע"ש:

סעיף ח

וי"א כו'. ולעיל סי' פ"ח סעיף י"ב הוכחתי דלא כהי"א בזה אלא דהיכא דאיכא עדים משלם הפחות שבשניהם וכן תפיסה מהני ליטול כדקאמר מזיק אפי' ליכא עדים וע"ש:

סעיף ט

דאין כאן שבועה כלל כו'. כלומר אין כאן תשלומין ושבועה כלל דהוה ליה כו' וכ' הסמ"ע ס"ק ז' דלדעת הרא"ש אין כאן שבועה כלל אפי' כשא' הוא תם ואחד הוא מועד והב"ח השיג עליו וכתב דדוקא בשני תמין ס"ל להרא"ש דאפי' היסת א"צ אבל בתם ומועד מודה דנשבע ש"ד עד כאן ולא דק דהא כיון דס"ל להרא"ש דאפי' יש לו עדים על הנגיחה פטור כיון דהוי כהודה והודאת בע"ד כק' עדים א"כ אפי' בתם ומועד פטור מש"ד ומתשלומין וגם מה שכ' הב"ח דלהרא"ש אפי' היסת אין צריך הוא תמוה דלמה לא ישבע היסת לפטור עצמו מתביעת הניזק שאומר גדול הזיק לסברתם שלא הרגישו במודה בקנס פטור ודו"ק:

סעיף י

פטור המזיק שהרי כו' ומשמע מדברי הרמב"ם והמחבר דאפי' בבבא דמועד הזיק את הקטן אם אין עדים על הנגיח' פטור לגמרי (וכן משמע בטור) אבל הנ"י ס"פ המניח כ' וז"ל ובבא דאמר מועד היזק את הקטן אפי' בדליכא סהדי משלם דמועד משלם נזק שלם מן העליה וממונא הוא הילכך משלם ע"פ עצמו ואי תימא ואפי' כי מודה הודאה גמור' אמאי חייב והלא טענו חטים והוד' לו בשעורים היא שהניזק טוען נזקי גדול ומזיק מודה לו בנזקי קטן וי"ל דליתא דכיון דניזק טוענו נזקי גדול מן העלי' ומזיק מודה לו בנזקי קטן מן העלי' ה"ל כטוענו כסות (נ"ל שצ"ל דמי) דעבד גדול והלה מודה לו בכסות (בדמי) עבד קטן כדאיתא פרק השואל וכ"כ הרמ"ה עכ"ל ובאמת משמע כן בש"ס פ' השואל (דף ק' ע"א) ועמ"ש לעיל סימן ה' [צ"ה] סעיף ג' ודוחק לומר דהתם מיירי כשאינו טוען משטה רק עומד בהודאתו דהא כי היכא דפריך הש"ס בסוף פרק המניח ממתני' אמאי שקיל כדקאמר מזיק הא יכול לחזור בו ה"ל לאקשויי התם אמאי חייב הא יכול לחזור

בו ועוד דהא מוכח התם בפרק השואל דבכה"ג הוי הודא' ממין הטענ' אבל נראה לי דגם הרמב"ם והמחבר מודים בטוענו דמי עבד גדול ומודה לו בדמי עבד קטן דחייב ואינו יכול לטעון משטה אלא דס"ל להרמב"ם והמחבר דפריך דכיון דטעמא דרבה בר נתן משום דדחויי קמדחי ליה א"כ הכא במועד נמי כיון דמסתמא לא הי' המזיק שם ואינו יודע מההיזק כלל והי' לו לטעון איני יודע כלל משום הזיק א"כ נימא דמאי דקאמר מועד היזק את הקטן דחוי קמדחי לי' ויטעון משטה הייתי בך כי היכא דלרבה בר נתן כל מה דלא הי' מחויב לטעון כגון בשעורים שלא תבעו בשעורים כי מודי ליה בשעורים יכול לטעון משטה הייתי בך א"כ הכא נמי נימא כיון שלא הי' מחויב להודות כלל שהזיק את הקטן ושפיר הי' יכול לו' איני יודע כלל משום היזק א"כ נימא דדחוי קמדחי ליה ויוכל לטעון אח"כ משטה הייתי בך והכי משמע פשטא דש"ס דממועד הזיק את הקטן נמי פריך אלא ודאי כמ"ש. כן נ"ל):

סעיף יא

שהרי זה כטוענו לו חטים כו' הוצרך לזה במועד אבל בתמין בלאו הכי פטור משום מודה בקנס וכ"כ הרב המגיד שם:

סעיף יב

זו היא סברת יש אומרים כו' באמת זה אינו אלא כל סעיף זה וכל סעיף ג' דלעיל הכל הוא לשון הרמב"ם ומיירי כאן כשאין עדים כלל על הנגיחה וכן פי' ה' המגיד ומביאו ב"י: וראיתי בספר גידולי תרומה שער ז' חלק ב' דף כ"ו ע"ד האריך להקשות דהאיך אפשר דהרמב"ם מחייב בעדים דאם כן תיקשי קושיית הבעה"ת שם והרא"ש ס"פ המניח הא מתני' בעדים מיירי דאל"כ פטור משום מודה בקנס ועוד דהא מדברי הרמב"ם פ"ג מה' טוען משמע דס"ל דטעמא דרבה בר נתן הוא משום דהוה כאלו הודה התובע שאין בידו שעורים וכיון דמדין הודא' אתינן עלה פשיטא דאפי' יביא מאה עדים לסתור הודאתו לא משגיחינן בהו אלא ודאי מ"ש הרמב"ם לעיל בס"ג משלם המזיק כמו שאומר היינו כשהניזק טוען שמא דאם הניזק טוען ברי פטור לגמרי אפי' יש עדים דה"ל כטוענו בחטים והודה לו בשעורים ע"כ דבריו ואין דבריו נכונים כלל מכמה טעמים חדא דפשט דברי הרמב"ם דלעיל משמע דהניזק טוען ברי ועוד דהא כ' שם מיד אח"כ ואם טען הניזק אתה יודע שזה היזק בפניך הרי המזיק משלם מה שהוד' ונשבע שבועת התורה על השאר. והרי כשטען הניזק אתה יודע ודאי כו' אין לך ברי גדול מזה דהאיך יודע הניזק שהוא יודע ודאי שזה היזק בפניך אלא ודאי אומר אני ואתה היינו שם באותו מעמד ואני ואתה ראינו שזה היזק הרי שטוען ברי ואפ"ה קאמר משלם מה שהודה

ונשבע כו' ועוד דאי הוי טעין הניזק שמא לא הוה שייך לומר ונשבע שבועת התורה דהא אין נשבעין על טענת שמא אלא ודאי ברי קטעין שאומר ברי לי שאתה יודע שזה הזיק בפניך ואפ"ה משלם מה שהודה ונשבע כו'. ול"ד לחטים ושעורים כיון שיש כאן עדים וכמו שכתב הרב המגיד וכמו שהבין הטור בדעת הרמב"ם וכ"כ הסמ"ע והב"ח לדעת הרמב"ם והוא ברור ודלא כבעל ספר גי' תרומה:

ולענין מה שהקשה הסי' גי' תרומה דתקש' קושיית הבעה"ת והרא"ש סוף פ' המניח כו' נראה דאישתמיטתי' או לא עיין שפיר בהרב המ' שהרי הרב המ' כ' דמתני' מיירי בלא עדים וסוגין כמ"ד פלגא נזקא ממונא כו' וכבר הארכתי לעיל סי' פ"ח סעיף י"ב הוכיח כן ע"ש:

גם מה שהקשה דהא מדברי הרמב"ם פ"ג מהל' טוען משמע דמדין הודאה אתינן עלה כו' לק"מ דאפי' תימא דטעמא הוא משום הודא' מ"מ כשיש לו עדים לא חשבינן ליה כאלו הודה די"ל הא דלא תבעתי השעורים משום שיש לי עדים כי על מה שיש לי עדים ואינו יכול לכפור למה לי לתובעו רק רציתי לתובעו במה שאין לי עדים וכמ"ש לעיל סי' פ"ח סי"ב ועוד די"ל דטעמא דהרמב"ם פ"ג מה' טוען נמי דמשום דכיון שזה לא תבע ממנו מה שהודה הרי הודה שאינו תובע זה ויכול הנתבע לטעון משטה הייתי בך ואין הב"ד מחייבין את הנתבע ליתן מפני הודאתו הראשונה וכמ"ש לעיל סי' פ"ח סי"ב ועכ"פ דעת הרמב"ם ברור דהיכא דאיכא עדים חייב ול"ד לטענו חטים והודה לו בשעורים דהתם מיירי בלא עדים וכן עיקר וכמו שהארכתי לעיל ספ"ח סי"ב והוכחתי כן בראיות מן הש"ס והרבה פוסקים ע"ש:

סעיף יג

ואם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן כו'. ואע"פ שהמוד' בקנס פטור כבר תירץ הר"א ז"ל בפירושיו דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שאם תפס אין מוציאין מידו והוא דעת רבינו ז"ל עכ"ל הר' המ' ס"פ ט' מהל' נזקי ממון אבל הנ"י ס"פ המניח כתב דלמ"ד פלגא נזקא קנסא דקי"ל כותי' לא מהני עד דאיכא סהדי אבל אי ליכא סהדי אפי' כדקאמר ניזק [מזיק] לא שקיל דלא מהניא תפיס' אלא בממונא דאי הוה מוד' ביה נתבע הוי מחוייב אבל בקנסא דרחמנא פטריה אפי' תפסי' בלא עדים ליכא מגו עכ"ל (ומשמע שם שהן דברי הרמ"ה ועמ"ש לעיל סי' שצ"ט ס"ג דבתפס בלא עדים נ"ל עיקר דמהני) ובאמת כיון דמוכח בש"ס בכמה דוכתי וכן בפ' מרובה (ריש בבא קמא דף ע"ה) גבי ר"ג שסימא את עין טבי עבדו דתפיס' לא מהני במודה בקנס דאין לך תפיסה גדולה מעבד וכדאיתא בהראב"ד עצמו ובהרא"ש ספ"ק דבב"ק ובכסף משנה ס"פ ה' מהל' עבדים ושאר פוסקים

וכן מוכח מדברי הרב המגיד גופיה דתפיסה לא מהני במודה בקנס א"כ מנלן לחלק בין פלגא נזקא לשאר קנסות וכ"כ מהרש"ל פ' המניח סי' ל"ה דלא מסתבר לחלק בכך ע"ש:
שוב ראיתי בתוס' י"ט ס"פ המניח שכ' על דברי הברטנורא דברי הר"ב המגיד בשם הר"מ דלעיל ועל הראשונים אני מצטער והוא בא להוסיף וכל המוסיף גורע ובחנם דחק די"ל דהברטנורא מיירי כשיש עדים על הנגיחה וק"ל:

סעיף יד

אבל אינו נוטל כפי דבריו. כיון שתפס בעדים ואם תפס שלא בעדים נוטל כפי דבריו כ"כ הטור ומשמע דהיינו משום דמהימן במגו אף בקנס וכן משמע בהרא"ש ס"פ המניח וכמ"ש לעיל סי' שצ"ט ס"ג ועמ"ש שם:

סימן תא

סעיף א

הרי הניזק הראשון. כתבו התוס' ר"פ שור שנגח ארבעה וחמשה דהיינו כשיש בידו להביא עדים לאלתר ולזכות בו אבל כשאין בידו להביא עדים לאלתר לא הוי שותף וראשון ראשון נשכר ע"ש. ע' בתשו' הר"ב סי' כ"ז ומ"ש לעיל ר"ס ע"ז:

סעיף ב

כשותפין כו'. ולפ"ז אם הקדישו ניזק עד שלא עמד בדין מוקדש הכי אמרי' בש"ס פ' המניח (בבא קמא דף ל"ג ע"א) וכ"כ הנ"י ר"פ שור שנגח ד' וה' בשם הרמ"ה וכן אם מכרו הניזק וכדלקמן ריש סי' ת"ז ועמ"ש שם. וכן אין המזיק יכול לסלק את הניזק במעות אלא נוטל את השור עצמו כדאיתא בש"ס שם בפ' המניח ובתוס' שם ד"ה והקדישו ניזק כו' ע"ש עוד בתוס' [דבור בפ"ע] וכן על דרך זה הולכים וחולקים לפי מה שהקדים המחבר וכתב כיצד כו' לפרש בו שחזר ונגח וחזר ונגח הרי מיירי שנגח ג' פעמים ובג"פ נעשה שור המועד וגבהו הניזק האחרון כו' ולא הל"ל וכן עד"ז חולקים והולכים ואפשר של"ד קאמר או מיירי כשלא התרה בו דלא נעשה מועד עכ"ל סמ"ע ס"ק א' ומה שכ' ולא הל"ל וכן עד"ז חולקין כו' לא קשה מידי דהרמב"ם והמחבר כתבו כל' המשנה שור שנגח ארבע וחמשה ומ"ש או מיירי כשלא התר' בו דלא נעשה מועד כ"כ ג"כ ר' ירוחם נ"א ח"ג. ועי"ל כמו שפירש"י ר"פ שור שנגח ד' וה' ז"ל ובכלן הי' תם דמשתלם מגופו והיכי דמי כגון ראה שור ונגח שור ולא נגח וראה שור ונגח ואחר נגיחה הב' ראה ב' פעמים ולא נגח דאפילו מועד לסירוגין ליכא דשור אינו נעשה מועד אלא א"כ נגח השלשה

נגיחות בשלשה שראה כסדרן או שלא כסדרן ונעשה מועד לסירוגין עכ"ל וכ"כ הנימוקי יוסף שם:

סעיף ג

הניזק הראשון חייב כו'. וכן אם תפסו ניזק שני נעשה ש"ש לראשון ולבעלים וכן ג' וד' כדמוכח בש"ס וכתבו התוס' דפעמים שהרביעי אין לו כלום ושלישי יש לו כגון שנזקי ד' וה' שוים ונזקי ג' יתרים ואפי' חמישי נמי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקיו יתרים על של ד' שאינו נוטל אלא חלקו של ד'. ומהר"ש אידלש תמה על דבריהם דלמה לא יטול החמישי מגוף המזיק מהבעלים ומהג' ומהב' וכדפריך לקמן ולימא ליה אי תם הוה משתלם מגופו משום דא"ל ס"ס תורי בעי שלומי וגם בשלטי גבורים הניח דבריהם בצ"ע עכ"ד מהרש"א ול"ק מידי דהתם נתנו לשומר משא"כ הכא שתפסו בע"כ יכול המזיק לומר אנוס הייתי ולא הייתי יכול לשומרו וה"ל כהוציאו' לסטים דהבעלים פטורים וגם מה שהקש' הש"ג דלמה לא ישלם הב' והג' מה שהזיק יותר מחלקו פשיטא נמי דל"ק מידי דכיון דתם אינו משלם רק מגופו היאך יעלה על הדעת שישלם יותר ממה שיש לו בו ואפילו הי' החלק שיש לו בו שלו לגמרי לא הי' משלם יותר. ונראה דאף למ"ש לקמן דהעיקר כהי"א דאף בתופסו לא הוי רק ש"ש על חלקו מ"מ נ"מ לענין מועד שהזיק דבכה"ג לכ"ע נעשה שומר שכר לנזקיו כשתפסו וכמ"ש לקמן וא"כ לפי מה שכתבתי אינו נוטל יותר ממה שמגיע למי שלפניו ודוק:

סעיף ד

וי"א כו' טור בשם ר"י והרא"ש. וכן דעת ה"ר אפרים תלמיד הרי"ף ובעל המאור והרמ"ה והתוס' ר"פ ד' וה' וכן נראה דעת הברטנורא שם וכ"כ האגוד' בשם ר"י וכן נראה עיקר בש"ס שם וכ"פ מהרש"ל שם ודלא כעיר שושן שהשמיט דעת הי"א ועשה מן הטפל עיקר (גם תמיהא לי על ר' ירוחם שכתב בנל"א ח"א בסתם כדברי הרמב"ם ולא הזכיר דעת הרא"ש רבו וכל הני רבוותא כלל) מיהו במועד לכ"ע נעשה שומר דהא מוכח בש"ס דע"כ לא פליג ר"ע עליה דר' ישמעאל אלא משום דס"ל כיון דמשתלם מגופו שותפי נינהו וכן כתב הבעל המאור והנ"י ומהרש"ל שם וגדולה מזו נ"ל דבמועד שתפסו חייב אפי' באונסין וכמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' ואע"ג דבש"ס אמרי' נעשה כש"ש לנזקיו היינו בתם דמשתלם מגופו ואע"ג דלר' ישמעאל אין לו בו חלק מבורר מ"מ דכיון דמשתלם מגופו לא הוי רק ש"ש אבל במועד שמשלם מן העלי' א"כ ה"ל התפיס' ממש כתופס משכון שלא ברשות ב"ד דכתבתי לעיל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' דחייב לכ"ע אף באונסים וע"כ קשה לי על בעל המאור והנמ"י שכתבו דבמועד נעשה שומר שכר ומהא שמעינן

דמאן דתפיס מחבריה מידי למגבי מיני' חובו נעשה עליו שומר שכר כו' דעדיפא מיניה ה"ל לאשמועינן דחייב עלי' באונסים ומכ"ש לפי מש"ל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' דדעת בעל המאור דר' יצחק דאמר ב"ח קונה משכון במשכנו שלא בשעת הלואתו היינו אפי' לאונסים וגם קשה דמאי אצטריך בעל המאור לאתויי ראי' מהכא הא היינו מימרא דרבי יצחק ודוחק לומר דס"ל לבעל המאור דמשכנו שלא ברשות ב"ד עדיף טפי דאדרבא איפכא מסתברא וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ט' וגם בש"ס ורמב"ם והרב המגיד מוכח דברשות בית דין עדיף טפי כמ"ש שם וצ"ע:

שוב נרא' דלפי מה שהעליתי לעיל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' באריכות דטעמא דשלא בשעת הלואתו קני ליה אף לאונסים דכיון דאין לו לשלם אם כן שעבודי' רמיא עליה דההוא משכון ונקנ' לו גוף המשכון א"כ לא קשה מידי דשאני הכא דמיירי דיש לו לשלם ממקום אחר א"כ שעבודי' לא רמי' על שור זה ולא דמי לדר' יצחק ומשום תופס שלא ברשות נמי ליכא דכיון דשור זה הזיקו יש לו רשות לתפסו דמי שתופס דבר המזיק לא חשיב גזלן בהכי (ועיין בספרי תקפו בהן סי' ק"ח וק"י) ובעל המאור ונ"י שלמדו מכאן דמאן דתפיס מחברי' מידי למגבי מיני' חובו נעשה עליו ש"ש כו' כוונתם אפילו תפס ברשות דומיא דשור המועד כגון שנתן לו חבירו רשות שאם לא ישלם לו לזמן פלוני יהא לו רשות לתפוס ממנו מטלטלים בעצמו שלא ע"פ ב"ד וכה"ג הוי ש"ש ומיהו לאונסים לא קני כיון יש לו לשלם ממקום אחר ועוד נ"ל די"ל דאה"נ דס"ל לבעל המאור ונ"י דחייב באונסים מטעם דר' יצחק אלא מדר' יצחק לא נשמע אלא בב"ח קונ' משכון כלומר מה שכנגד הלואתו הוי כאלו מכור לו אבל לא שמעינן מיני' דהוי עליה ש"ש כלל להמותר שעל חובו והלכך למדו מהך דשור דאפילו ש"ש הוי להמותר בההיא הנאה דתפיס ליה אחובי' מיהו לענין דינא האמת דלא קנה לאונסים אלא כשאין לו לשלם ממקום אחר וכמו שהארכתי בזה לעיל סי' ע"ב ס"ב ס"ק ט' ע"ש:

סעיף ה

דאין חילוק כו' וע"ל סי' קע"ו שכתב הטור בסי"א ז"ל השותפין שומרי שכר הן שאם נגנב או נאבד מהשותפין ברשות א' מהן חייב באחריות בד"א בזמן שכל א' וא' מתעסק בשותפות בזמן ידוע ונגנב לו בזמן שמתעסק בו אבל כו' ויש לחלק ביניהן ולומר דלא נעש' שומר עליו אלא שלא יתאבד חלק הבעלים שהן שותפין ולא לענין שמיר' דניזקין דעלמא עכ"ל סמ"ע ס"ק ג' ודבריו אינם נכונים ונ"מ טובי לדינא דלדבריו כי היכי בשור של שותפים שהי' ברשות א' מהן והזיק אין השותף חייב על חלק חבירו וגם בזה שתפסו אם נאבד אצלו חייב לשלם חלק הבעלים לפי סברתו דמחלק בין ניזקין לאביד' ואין

טעם כלל לחלק בכך וגם בש"ס ופוסקים לא משמע כן גם מל' הרא"ש שכתב דהוי כמו חפץ ששו' ר' שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם הוי אחריותו על שניהם עכ"ל לא משמע כן אבל האמת יורה דרכו דשאני הכא כיון שאינו מחויב לשמור א"כ אינו נעש' שומר רק על חלקו אבל על חלק חבירו אפי' ש"ח לא הוי וכ"כ בעל המאור ר"פ שור שנגח ד' וה' להדיא לחלק בכך וכ"כ המרדכי פ' ח"ה ובלי ספק דאשתמיטתי' להסמ"ע דברי בעל המאור והמרדכי. ולפ"ז ה"ה אם נאבד אצלו פטור על חלק חבירו אבל בשור של ב' שותפין שחל א' מחויב לשמור אפי' הזיק חייב גם על חלק חבירו. ועיין מ"ש לעיל סי' קע"ז ס"ח:

סימן תב

סעיף א

והמחבר שפסק כאן כמי שחולק כו'. ונוסחת הטור שלפנינו גרם למור"ם לכתוב כן והנוסחא הנכונה עיין בישׁ"ש פ"ג סי' כ"ו והב"ח לא הרגיש בזה ולכן הגיה נוסחא המוטעת וגם הסמ"ע לא הזכירה ומ"מ כוון כהלכה בדעת הרא"ש וכן הוא ברמזים והוא ע"פ נוסחת מהרש"ל וק"ל:

סימן תז

סעיף א

אע"פ שהוא מכור לרדיא ומהרש"ל פ"ג דב"ק סימן כ"ח תמה ע"ז וכתב דלרבי עקיבא אפילו לרדיא אינו מכור וע"ש וכן דעת הטור וכ"כ התוספות דף ל"ג ע"א ד"ה והקדישו וכן נרא' עיקר בש"ס למאי דקי"ל כר' עקיבא דשותפין נינהו ודו"ק היינו שכתב הרב שס"ב וכן אם נשתמש בו חייב ליתן לו שכירות ועיין מ"ש שם:

סעיף ב

וי"א כו' וכן עיקר לפי מאי דקי"ל כרשב"ג דמזיק שעבודו של חבירו חייב וכמו שכ' הרמב"ם פ"ז מה' חובל ופ"ח מה' מלוה וכ"כ המחבר לעיל סימן קי"ז (סעיף ו') וכ"פ בהגהות אשרי פ' המניח וכ"פ מהרש"ל שם סי' כ"ח ומ"ש הרמב"ם והמחבר אח"כ נתנו במתנה מה שעש' עשוי אין לדקדק מזה דפטור מפח' שחיט' וכדדייקינן בש"ס מהאי לישנא דבש"ס מדייק שפיר דקתני שחטו ונותנו במתנה מה שעש' עשוי אבל הרמב"ם והמחבר שכתבו מתחלה שחטו גובה מבשרו אם כן מה שכתב אחר כך נתנו במתנ' מה

שעשה עשוי ומתנתו מתנה לרדיא ודו"ק וכ"כ בע"ש נתנו במתנה מה שעש' עשוי לענין לחרוש בו ועיין מ"ש לעיל סי' שפ"ו:

סעיף ג

וכן אם כו' סדר הר"ב אינו נכון בעיני דהא זה חולק אדברי הרמב"ם והמחבר לעיל סעיף א' שכתבו אע"פ שמכר והל"ל זה בלשון י"א בסעיף א' ודו"ק:

סעיף ד

נשתמש בו כו'. כתב ב"י שהרשב"א חולק על זה ומפרש לרדיא היינו לענין לחרוש בו לכתחל' אבל אם כבר נשתמש בו פטור ליתן שכירות דהא כשמכרו גזלן הוא וגזלן אינו מעלה שכר לבעלים ע"כ ויש לו ראיה מש"ס פרק הגוזל קמא גבי תוקף עבדו וספינתו של חברו ועש' בהם מלאכה ונתבאר לעיל סי' שי"ג [שס"ג] ס"ד וה' ועמ"ש שם ס"ד:

סימן תי

סעיף א

ואם הוזקו בו פטור. וביש"ש כתב שהוא טעות וחייב לשלם והש"ס איירי כשכנס החומה לתוך שלו והחפירה הוא בחלק הכניסה ע"ש שהוכיח כן ודלא כמ"ש בסמ"ע ס"ק י"ד וכ"כ הב"ח:

סעיף ב

ואפילו בתל גבוה מלשון זה נראה אפילו התל והחפירה הוא פחות מג' טפחים ומהרש"ל סימן כ"ד כתב דכל פחות מג' טפחים הוא כארעא סמיכתא ופטור דלא מיקרי בור ולדבריו צ"ל דל"ד קאמר המחבר והרמב"ם כל שהוא וכה"ג אשכחן פ' ראשית הגז ומסכת נדה ופרק העור והרוטב וכמה כל שהוא כו' אמנם מדברי המרדכי סוף הבית והעלי' ומדברי הרב לקמן סימן תי"ד ס"ב בהג"ה מוכח לכאורה דאף פחות מג"ט אף דאינם יכולים לעכב מ"מ אם הזיק חייב לשלם ודמי למוציא זבלים שלא בשע' הוצאת זבלים כדי לפנותו לאלתר ודו"ק במרדכי ואם כן צ"ע לדינא:

סעיף ג

חייב בשאר ד' דברים והא דחייב בבושת אף דע"כ איירי שדחפו שלא בכוונה כמ"ש סל"ד צ"ל כמ"ש התוספת כגון שידע אדם בשעת נפילת חבירו והשיב בכונה ומהרש"ל סימן מ"ב פסק דפטור מבשת אא"כ שבתחלה דחפו השור ואח"כ בא האדם להוסיף עליו וע"ש שהאריך ודבריו דחוקים ע"ש:

סעיף ד

וי"ח וכ"כ הג"ה מיי' ומרדכי בשם מהר"ם וכ"פ מהרש"ל פ"ה דב"ק סי' מ' ע"ש במהרש"ל ובתוספת פ' כיצד הרגל ועיין בהגהות מיי' דיש ליישב דגם דברי מהר"ם הראשונים אינם סותרים זה (והב"י וב"ח ומהרש"ל לא הבינו כן) ועיין בסוף ספר שארית יוסף שכתב בכאן דברים שאינם מוכרחים:

סימן תיא

סעיף א

אם גלגלם רגלי בהמה כו'. וצ"ל דגילגלו ברשות הניזק דאי בר"ה פטורה דהא הוי תולד' דרגל וכן מצאתי בישו"ש פ"ק סי' ח' ודוק וא"ל דהוי משונה והוי תולדה דקרן א"כ לא ישלם אלא רביע כמו בהתיז' בסעיף ה' ודוחק לומר דבמועד איירי כאן וק"ל:

סימן תיז

סעיף א

אין מוציאין זיזין כו'. עיין בתשובות מהרי"ט סימן ק"ח:

סימן תיח

סעיף א

ויצא והזיק כו'. ע"ל סימן קנ"א [קנ"ה] ס"א:

סעיף ב

ואם לא הרחיק כו'. עיין בישו"ש סי' צ"ח [כ"ח] מה שהקשה ע"ז מ"ש בס"ד ויש ליישבו ודוק וע"ש:

סעיף ג

רחב ח' אמות כו' וכ"פ מהרש"ל סי' כ"ח ועיין שם טעמו ואין כדאי בטעמו לדחות דברי הרא"ש וטור:

סעיף ד

ליבה וליבתו הרוח חייב. הוא לשון הרמב"ם והראב"ד השיג עליו וז"ל איך לא חלק כמו שחלק בברייתא אם יש בלבויו כדי ללבות חייב ואם לאו פטור והרב המגיד כתב שאפשר לתרץ שפסק דלא כרב אשי אלא כאידך שנויי דאמוראי אלא שקשה שבפי"א מה' שכנים פסק כרב אשי (כדלעיל סימן קנ"ה סל"ד ע"ש) והב"י כתב שדברי הרב המגיד

נכונים ול"ק מפי"א מה' שכני' דשאני התם שאין נזק זה בא מכח מזיק עצמו משא"כ הכא שבא מכח מזיק עצמו נקטינן כאינך אמוראי דחייב עכ"ל ואחריו נמשך הסמ"ע ושאר אחרונים וכה"ג כתב מהרש"ל פ' הכונס סימן כ"ד. ואני אומר אם כדבריהם ודאי פה השיגו הראב"ד דהאיך יתכן שיפסוק כאינך אמוראי והא קיימא לן בכל דוכתא הלכתא כרב אשי נגד הנך אמוראי ועוד דמ"מ תיקשי דהל"ל כדברי הברייתא ואם לאו פטור ולפרושי בהנך גווני דמפרשי לה אינך אמוראי לאביי כגון שלבתו הרוח מצד אחר ולרבא ברוח שאינו מצויה ולר' זירא כגון דצמרא צמורי אכן לפע"ד נ' שלא ירדו כולם לסוף דעת הרמב"ם וטעמו ונמוקו עמו מה שלא חלק כמו שחילק בבריית' והוא בשום לב עוד שהרמב"ם כתב וז"ל לבה ולבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין עכ"ל דלאיזה צורך האריך הרמב"ם בטעם זה וגם היאך כתב טעם שלא נזכר בש"ס כלל אלא ודאי כוונת הרמב"ם לפסוק כרב אשי דבתראי הוא וס"ל דפירושא דברייתא ודאי כרב אשי הוא ולא כאידך אמוראי ואין חילוק בין לבתו מצד אחר או בין רוח שאינה מצויה או בין צמרה צמורי אלא ברייתא כפשטא היא כדאוקמה רב אשי דטעמא הוא משום גרמא בנזקין פטור אלא דס"ל להרמב"ם דנהי דאוקימתא דברייתא הכי היא מ"מ לא קי"ל כוותה משום דאתיא כמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי ואנן דיינינן דינא דגרמי וכדאיתא להדיא בש"ס פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ח ע"ב) ונתבאר לעיל סי' שפ"ו (וס"ל להרמב"ם דגרמי וגרמא הכל א' הוא וכדעת רש"י שהביא הרמב"ן בדיני דגרמי שלו וכן הוכחתי מדברי רש"י ר"פ הכונס ופ' הגוזל שם ע"א ופרק לא יחפור סוף (בבא בתרא דף כ"ב) ודלא כמהרש"ל פרק כיצד הרגל סי' ל"ו ופרק הגוזל קמא סי' י"ט לדעתו עיין שם) וזה לשון הש"ס פרק הגוזל גבי שורף שטר של חברו אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי דמי שטרא מעליא ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי דמי ניירא בעלמא הוה עובד' וכפייה רפרם לרב אשי ואגביה כי כשורא לצלמא עכ"ל ופירש רש"י כי כשורא לצלמא פרעון גמור מן העידית וכן כ' הרמב"ם פ"ז מה' חובל וז"ל כל הגורם להזיק ממון חברו חייב לשלם נ"ש מן היפה שבנכסיו כו' וכן השורף שטר של חברו וכן אם מחלה משלם המוחל מן היפה שבנכסיו עכ"ל הרי שזה ה"ל [הל'] ממש שכתב הרמב"ם בפי"ד מה' נזקי ממון הוא שאול מדבריו פ"ז מהלכו' חובל והוא ע"פ מאי דקי"ל דדיינינן דינא דגרמי. כן נראה לי ברור בדעת הרמב"ם ז"ל אך יש לדקדק אמאי פסק בפי"א מהלכות שכנים דפטור ומה שתירץ הב"י בזה שאין הנזק בא מכחו הוא דוחק דהא כיון שבהכאתו הולך העפר דומה לליבה שבלבתו הולך האש ויש לתרץ בזה כמו שחילקו הרמב"ם בדיני דגרמי שלו ומהרש"ל שם דל"ד לעפר

שבפי"א שהולך הפך מכחו שכונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכוונתו שילך האש ע"ש ואולי גם הב"י כוון לזה ואין להקשות מנ"ל להרמב"ם לחלק בכך י"ל דמשמע לי' דמסתמא לא פליגי [מר בר] רב אשי ואמימר בס"פ לא יחפור ארבינ' פלוגתא רחוק' דרבינא שרי אפי' לכתחלה כדמוכח התם אלא ודאי אינהו לא קאמרו אלא לכתחל' אבל בדיעבד אם הזיק פטור לכ"ע והיינו משום דהתם ליכא גרמא כלל משום דלא ניחא ליה במה שהעפר הולך למרחוק והיינו בכלל מה דמשני התם בגמרא הכא לא ניחא ליה דליזל אבל בליבה ולבתו הרוח ניחא ליה דליזל. כל זה נ"ל לדעת הרמב"ם והיה לבי נוקפי קצת על מה שפרשתי בדעת הרמב"ם שטה אחרת בש"ס ס"פ הכונס עד שמצאתי ת"ל ראיה ברור' לדברי בראב"ן פרק הגוזל קמא בספרו ד' צ' ע"א וז"ל הוה עובדא דאדם אחד שרף שטר של חבירו ובאו לדין לפני רב אשי והי' פוטרו כדברי רבה ולפי שמועתו שאמר בפרק הכונס גבי לבה וליבתו הרוח דאמר רב אשי גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזיקין פטור ואכפייה רפרם לרב אשי בדברים ובדין ואגביה ביה כשורא מן המובחר וכיון דרב אשי ורפרם עבדו עובדא ודנו דיני דגרמי כותייהו קי"ל דאינון בתראי עכ"ל הרי להדיא כדברי. ובריש הספר הסוגיא דס"פ לא יחפור כתב ראב"ן וז"ל ולרבינא מאי שנא מגץ היוצא כו' כלומר מאי שנא מזור' וגץ דבתרוייהו הרוח מסייעו ומשני התם ניחא ליה דליזל כלומר בין זורה בין גץ ניחא ליה דליזלו מרחוק ולא יפלו תחתם אבל רקתא לא ניחא ליה דליזל אלא שיפול תחתיו וכי אזיל לאו גירי' הוא דמדעתו ורצונו לא אזיל עכ"ל והלכך הרמב"ם אע"ג דפסק כמר בר רב אשי ואמימר דפליגי אדרבינא היינו לענין להרחיק לכתחלה אבל אם הזיק משמע ליה דל"ד לזורה ורוח מסייעתו מהאי טעמא וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ה

ואפי' הוא נר חנוכה (הגה"ה ועיין ברי"ף פרק במה מדליקין דאיתא שם שפטור ועיין בש"ג שם שכתב שהוא הג"ה ואינו מלשון הרי"ף ע"ש טעמו וק"ל וכן משמעות הלשון שם שהוא אינו מדברי הרי"ף):

סעיף ו

על כל דבר שדרך בני אדם להניח כו' משמע אם אין דרך להניחו אפי' ידוע שהי' שם פטור ויש להקשות דהא לעיל ר"ס שפ"ח משמע להדיא מדברי הרמב"ם והמחבר דבידוע שהי' שם אפי' אין דרכו להניח שם חייב וצ"ל דהתם מיירי המזיק בידים אבל הכא אע"פ דמיירי שהדליק בתוך של חבירו היינו בפשיעה ולא בידים וכן נ"ל מתוך דברי מהרש"ל פרק הכונס סי' ל"ב שכתב שם וז"ל אבל אי הוי עדים פשיטא דמשלם מאחר

דמזיק בידים הוא אבל מזיק בפשיעה לא משלם אפי' בעדים דבר שאין דרך להניח בו ומדליק בתוך של חבירו נמי דפטרי רבנן כל מה שאין דרכו להניח היינו דמדליק בידים פשיטא שחייב על הכל עכ"ל ונ"ל שיש חסרון בדבריו וכך צ"ל היינו מדליק בפשיע' דאלו מדליק בידים פשיטא שחייב על הכל ודו"ק:

סעיף ז

הרי זה נשבע בנקיטת חפץ. ועיין בד"מ ובב"י שכתבו בשם המ"מ אם היה מחולקין בדבר הנשרף לו בגלוי שהניזק אומר כך וכך היה והמזיק אומר ברי לי שלא היה אלא כך אפ"ה הניזק נשבע ונוטל דעשו תקנת נגזל ג"כ בנשרף ע"ש ומביאו ג"כ בסמ"ע ומיירי שיש עדים על הדליק' וכן הוא במ"מ להדיא ובזה ניחא דלא תקשי ממ"ש הרמב"ם והמחבר לעיל ר"ס שפ"ח המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק כו' או לאש כו' והמזיק אומר אינו יודע כו' הניזק נשבע בנק"ח ונוטל כו' דמשמע הא אם טוען המזיק ברי אין הניזק נשבע ונוטל דהתם מיירי שאין עדים שהזיקו אם כן נאמן במגו ודו"ק כל זה צ"ל לדעת הרב והמגיד והסמ"ע אבל באמת נ"ל עיקר דהרמב"ם והמחבר ס"ל כהי"א שהביא הרב המגיד דבאש אם טוען המבעיר ברי נשבע ונפטר והדעת נותנת כן וכן משמע להדיא מדברי מהרש"ל פרקי הכונס ס"ס ל"ג שכתב שם וז"ל דוקא שטען המזיק שמא אבל אי טען ברי לא א"ל גבי גזלן כו' וכ"כ עוד מהרש"ל להדיא שם סי' ל' דמסור מיירי כשטוען המוסר ברי ואף דהא דאמרי' עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר המבעיר מכל מקום לא הוי רשע כגזלן ודוק' מוסר ראוי לדמותו לגזלן אבל לא מזיק אפי' להכעיס כו' עכ"ל וכן מוכח להדיא בהרא"ש פרק הכונס וז"ל ואין נראה לר"י דמשמע בבעיא דומיא דטמון באש שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק והכי מסתבר טפי לדמות בעיא זו לטמון באש מלדמותו לנגזל דהא טמון לא מדמינן לנגזל אף ע"ג דקאמר עשו תקנת נגזל באשו עכ"ל ובספר מע"מ שם כתב על דברי הרא"ש אלו וז"ל דהא טמון לא מדמינן לנגזל כו' לא ידענא מאי קאמר לענין מה דלא מדמינן שלא מצינו בתלמוד שום דבר עכ"ל ולא דק דה"ק דהא טמון לא אשכחן דמדמינן לנגזל היכא דהמבעיר טוען ברי וק"ל וכן כתב עוד הרא"ש בס"פ הכונס וז"ל ותימא למה יעשו תקנת נגזל במפקיד בשלמא בנגזל עשו תקנה שלא ישבע הגזלן וכן באש שפשע בשמירת אשו וגם אין המבעיר יכול לידע מה היה לניזק בבית וכן במוסר שבועה על הנמסר שישבע ויטול שעשה המוסר עבירה אבל במפקיד למה הטילו כו' עכ"ל וכן עיקר:

סעיף ח

או שרגילים כו' עמ"ש לעיל סימן צ' סעיף ז':

סעיף ט

שאינו חושש לסלקו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ז וה"ה דאמר לשליח שאינו בר חיובא כגון חש"ו כו' דבריו תמוהין דהא תנן השולח את הבערה ביד חש"ו פטור ועיין בפ"ק דמציעא (דף י') ובתוס' שם (הג"ה ר"ל שהרגישו בקושיא זו דהא לאו בר חיובא הוא ותירצו ע"ש) ובנ"י שם ועמש"ל ר"ס קפ"ב ורצ"ב (הג"ה ושמ"ח):

סימן תיט

סעיף א

כשב"ד נזקקין כו'. עיין בישו"ש פ"ק דב"ק סימן ט"ז פסק דניזקין גובין ממשועבדים אף שלא עמד בדין דיש קול לניזקין וכן משמע בתוס' פ"ק דב"ק דף י"ד ע"ב לפי' ר"ת כפי מאי דס"ל שעבודא דאורייתא וכ"כ ר' ירוחם נתיב ל"א ח"א בסופו וכ"כ הרב המגיד פי"ט מה' מלוה בשם יש מפרשים וכ"כ הסמ"ע לעיל סי' קי"ט ס"ק י"ד מיהו יש חולקין ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ס"ו סעיף ל"ה [ע"ד הסמ"ע] ס"ק פ"ג:

סעיף ב

גובין מהמטלטלים תחלה כו'. כ' הסמ"ע דהיינו משום דמסתמא ניחא למזיק לשלם במטלטלין מבקרקעות ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו גובין לו ממטלטלין אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלין ורוצה לשלם לו בקרקעות והניזק רוצה דוקא מטלטלין יד המזיק על העליונה ולא דמי למלוה ולוה ולא כב"י והעיר שושן נמשך אחריו שכתב ז"ל דאי בעי הניזק מטלטלין צריך המזיק ליתן לו כו' ע"ש עכ"ל ואין דבריו נכונים דפשיטא דדעת הרמב"ם והמחבר כהעיר שושן וכן דעת הטור ושאר הרבה פוסקים וכן עיקר וכמו שאבאר וכן מצאתי בנ"י ריש פרק המוכר פירות שכ' להדיא שמדברי הרמב"ם נראה בניזקין אי אית לי' קרקע ומטלטלים כפינן ליה ליתן לו מטלטלים וע"ש והכי משמע ודאי פשט דברי הרמב"ם שכתב כשב"ד נזקקין כו' גובין מהמטלטלים תחלה כו' משמע דעליה דבי דינא רמיא לגבות תחלה מהמטלטלים והדין כך הוא ואינו תלוי ברצון המזיק או הניזק ועוד שכתב שם הרמב"ם מיד אח"כ דמדין הש"ס אם מת והניח מטלטלים וקרקעות גובין מהיתומים מקרקעות וכן הוא בטור ואם איתא דמסתמא ניחא ליה למזיק טפי ליתן מטלטלים נטעון להו ליתמי לטעון מטלטלים והיאך יגרע כח היתומים מן המזיק עצמו ואמת שבהרא"ש פ"ק דב"ק ומרדכי ושאר פוסקים משמע שדעת ר"ת דאין צריך ליתן לו מטלטלים אלא נותן לו מה שירצה או מקרקעי או מטלטלי וכ"כ הנ"י ריש פרק המוכר פירות בשם המפרשים וכן כתבו

התוספות ר"פ המוכר פירות וריש ב"ק ופ' הפר' דף מ"ו ריש ע"ב בשם ר"ת ומשמע שם שר"ת מפרש דהא דקאמרינן בש"ס בב"ק (דף ט' ע"א) רב הונא אמר או כסף או מיטב דהיינו שהרשות בידו ליתן לו איזו שירצה אבל לדעת הרמב"ם נ"ל לפרש או כסף או מיטב או דינו על כסף היכא דאית לי' מטלטלים או דינו במיטב גבי קרקע היכא דלית לי' מטלטלי ובהא דכסף לא קי"ל כרב הונא אלא אפי' סובין מיטב נינהו וכן מוכח להדיא מדברי בעל התרומות ריש שער ד' ומבואר שם להדיא ג"כ דעת רבינו חננאל שהביא שם הך דרב הונא ומאי דשקיל וטרי התם בש"ס עלי' וכתב ע"ז וז"ל וכ' על זה ר"ח ז"ל מהכא שמעינן דלא מסלקינן לב"ח בארעא אלא היכא דקים לן דלית ליה זוזי למפרע מיניה כו' עכ"ל ודלא כס' גידולי תרומה שם דף כ"ז ע"א שתמה הרבה על דברי ר"ח והניחם בצ"ע והדבר ברור דר"ח מפרש כדפי' וכן נראה להדיא מדברי ראב"ן ריש ב"ק ע"ש בדף פ"ה ע"א וכן מוכח מדברי הרמ"ה שהביא הנ"י ריש ב"ק גבי מ"ש שכל הפוסקים פסקו הלכה כרב פפא ורב הונא ברי' דרב יושיע וכ' הרמ"ה כו' ע"ש דמוכח דס"ל לרמ"ה גם כן דהיכא דאית ליה למזיק מטלטלים וקרקעות כפינן ליה למיתב מטלטלים כמו גבי ב"ח:

וכן משמע פשט דברי הטור דדין הוא לגבות מהמטלטלים אפי' בע"כ של מזיק ובמ"ש ב"י והיינו שכתב גם כן מיד אח"כ דאם מת המזיק מגבינן מן הקרקעות של היתומים ולא מן המטלטלים מדינא דש"ס ואי הברירה ביד המזיק אמאי כשמת יגרע כח היתומים וכמ"ש לעיל. והב"ח כ' דע"כ לא קאמר הרא"ש הכי אלא בבעל חוב אבל בניזקין אין הניזק יכול לכופו לגבות מהמטלטלים אם רוצה ליתן לו קרקע וכן דעת הטור ודלא כב"י אלא יד המזיק על העליונה וכן מפורש בדברי הרב המגיד רפ"א דחובל ובפ"ח דהלכות נזקי ממון עכ"ל ולפעד"נ כמ"ש הב"י ואף שלכאורה משמע בהרא"ש דכתב כן דוקא בב"ח מ"מ נראה דהא דכתב כן בב"ח היינו אפי' לר"ת אבל למה שכתב הרא"ש שם דדברי רב אלפס עיקר הרי אלפס לא כתב שהבריר' ביד המזיק וגם נראה כיון דלרב אלפס אפי' יש לו מעות יכול לסלקו בסובין א"כ הא דכתב קרא ישיב לרבות שוה כסף היינו דגלי לן קרא דעיקר גביה על המטלטלים הוא א"כ לא מסתברא שיהא הברירה ביד המזיק כיון דגלי לן קרא דעיקר גביה במטלטלים היא אפי' אית ליה כסף גם מ"ש הב"ח בדעת הרב המגיד ליתא וכמ"ש לקמן:

ועוד נ"ל כן עיקר ממאי דגרסינן בש"ס פ"ב דב"ק (דף י"ד ע"ב) על פסקא דשוה כסף רמי ליה רב יודא בר חנניא לרב הונא בריה דרב יושיע תנא שוה כסף ככסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסי' שיש להן אחריות והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין הכא במאי עסקינן ביתמי ע"כ ומייתי לה הרי"ף אלמא דמעיקרא ס"ד דב"ד נזקקין לקרקע

ומסיק דנזקקין לגבות ממטלטלי ואין ספק שמכאן הוציא הרמב"ם את דבריו והיינו שכ' כשב"ד נזקקין כו' כ' לשון נזקקין כל' הש"ס שהוציא משם דבריו וכן כ' הרב המגיד להדיא בפ"ח מה' נזקי ממון וז"ל כשב"ד נזקקין כו' מבואר פ"ק בסוגיא על פיסקא דשוה כסף וכן למעל' באותו פרק מחלוקת אמוראין ופסק רבינו כר"פ ורב הונא בריה דרב יושיע וכ"ד ההלכות עכ"ל ודבריו ברורים וליכא למימר דמעיקרא ס"ד דנזקקין לקרקע ואין נזקקין למטלטלין כלל אפי' אין לו קרקע וכ"מ לכאורה מפרש"י שכ' אין ב"ד נזקקין ליפרע מן המזיק אא"כ יש לו קרקע כו' וא"כ כי משני הכא ביתמי י"ל דבדידי' כשיש לו מטלטלי לבד חייב ליתן לו אבל אה"נ אם יש לו מטלטלי וקרקע הבריר' ביד המזיק דהיאך נא' דקס"ד מעיקרא אפי' יהיה לו מטלטלים לא יצטרך לשלם לו כלום אם אין לו קרקע וכי בשביל שלא יהיה לו קרקע יפטר מלשלם ועוד דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל מי שלא יהיה לו קרקע יזיק לבריות מה שירצה ויפטר מלשלם ועוד דהא לעיל (בדף ט' ע"א) אהא דקאמר רב הונא ישיב אפי' סובין מיירי בדלית ליה אלא סובין פריך אי דלית ליה פשיטא ומשני מהו דתימא אמרינן ליה זיל טרח וזבן קמ"ל אלמא דאינו עולה על הדעת כלל דכשאין לו רק סובין שלא יצטרך לשלם לו סובין אלא ודאי דמעיקרא סבר דב"ד נזקקין לגבות מן הקרקע בע"כ של מזיק דשוה כסף היינו קרקע ומסיק דב"ד נזקקין לגבות מהמטלטלים בע"כ של מזיק דשוה כסף היינו מטלטלים. ודקדקתי היטב בסוגיא זו לפרשה בדרכים אחרים והתבוננתי שא"א לפרשה כי אם כמו שכתבתי אם לא ע"פ דוחק גדול לכן העיקר כמ"ש ודוק היטב. ומעתה גם מ"ש הב"ח שכך מפורש בדברי הרב המגיד רפ"א מה' חובל ופ"ח מה' נזקי ממון שיד המזיק על העליונה ליתא דהמעיין שם בדברי הרב המגיד יראה דאדרבא יותר נראה מדברי הרב המגיד כמ"ש וגם בר"פ א' מהל' מלוה נראה מהרב המגיד כמ"ש ע"ש: ועוד נראה כיון דבבעל חוב קי"ל לעיל סי' ק"א דמחויב ליתן לו מטלטלים כשיש לו ואין צריך המלוה ליקח קרקע א"כ למה נימא דניזקין שאני דהא אדרבא ניזקין עדיפי דגובה מהעידית ואף שיש לחלק כמו היכי דיש לו מעות דאין צריך המזיק ליתן לו מעות ונמצא המזיק עדיף בזה מלוה היינו משום דגלי לן קרא גבי מזיק ישיב אפי' סובין ולא גלי לן הכי גבי ב"ח א"כ מסתבר דב"ח דיהיב ליה זוזי צריך למפרע ליה בזוזי אבל בהא שיגבה תחלה מן מטלטלים בע"כ של החייב אין סברא לחלק בין ב"ח למזיק ודוק:

סעיף ג

ואפי' שיש לו כסף יכול לסלקו בסובין. כלומר אפי' יש לו מעות א"צ ליתן לו מעות ונותן לו מהפחות שבמטלטלים משא"כ בב"ח לעיל סימן ק"א והיינו כהרי"ף והרא"ש

והרמב"ם שפסקו כרב פפא ורב הונא בריה דר' יושיע ולא כר"ת (וכ"כ בעל הטור ברמזי הרא"ש שם דלית הלכתא כר"ת וקאי אניזקין ודלא כב"י לעיל ר"ס ק"א שכ' שמ"ש ברמזי הרא"ש הוא כשגגה דליתא דהמעיין שם יראה להדיא דקאי אניזקין רק שיש שם קצת ט"ס ברמזים שלפנינו כנראה לכל מעיין בנקל והדבר ברור כמו שהוא בנוסחות הרמזים הישנים וכמו שהביא בספר מעד"מ ברמזים שם ע"ש): אך מ"ש הרא"ש שם ונראה דברי רב אלפס עקר דרב כהנא תלמידו דרבא דבתרא' הוא סבר כרב פפא ור' הונא בריה דרב יהושע דאמר לקמן א"ל רב כהנא לרבא טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו הא לאו הכי ה"א נבלה דמזיק הוי השתא אי אית ליה לדידיה יהיב לי' דאמר מר ישיב לרבות שוה כסף אפי' סובין נבלה דידיה מבעיא ואם איתא לדרב הונא לימא ליה דאצטריך קרא היכא דאית ליה כסף או מיטב עכ"ל לא ירדתי לסוף דעתו דלא מצינו בשום מקום דרב כהנא היה תלמידו דרבא אלא משמע בכמה דוכתי דרב כהנא היה תלמידו דרב וכדאיתא נמי בפרק אחד דיני ממונות (סנהדרין דף ל"ו ריש ע"ב) כי קאמר רב כגון [רב] כהנא ורב אסי דלגמריה דרב הוי צריכי כו' וכן בכמה דוכתי וכן הוא לקמן בכל ספרי הש"ס (סוף ד"י) א"ל רב כהנא לרב טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו כו' ואין ספק שנוסחא מוטעת מזדמנא להרא"ש בכאן בש"ס ועוד קשה לי על הרא"ש הא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע הוו בתראי טפי מרבא. וזהו עיקר הטעם שפסק הרי"ף כרב פפא ורב הונא ברי' דרב יושיע דבתראי נינהו ואין צריך טעם יותר דמ"ש הרא"ש מתחל' בדעת ר"ת דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לא פליגי ארב הונא ודאי נדח' מהא דקאמר רב כהנא לרב טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו כו' דא"כ לא הוי פריך מידי דקרא מיירי היכ' דאית ליה כסף וגם בתוספות פרק הפרה דף מ"ו ריש ע"ב ושאר פוסקים מבואר דאף ר"ת ס"ל דפליגי. וגם מ"ש הרא"ש דהטעם ר"ת היא כיון דהש"ס קאי לדרב הונא באחרונה חשיב ליה עיקר אף שיכול להיות שדעת ר"ת כן מ"מ אין ראיה כ"כ מזה וק"ל וכבר האריך מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' כ"א בזה להוכיח דקי"ל כרב פפא ורב הונא בריה דרב יושיע וכ"כ בנ"י שכ"פ כל המפרשים ז"ל וכן עיקר. אך כתב הנ"י שם שכתב הרמ"ה ז"ל דהא דמצי יהיב ליה אפי' סובין ה"מ היכא דלית ליה למזיק זוזי כו' וע"ש בגליון האלפסי של מהר"ם מטיקאטין שתמה על זה דהא לרב פפא ורב הונא בריה דר"י אפי' אית ליה כסף יכול לסלקו בסובין ול"נ שדעת הרמ"ה דכסף שאני וכן מדוקדק בלשונו שם ע"ש אך דעת כל הפוסקי' מבואר דכסף היינו זוזי ואפי' אית ליה זוזי יכול לסלקו בסובין והכי מוכח נמי מהך דא"ל רב כהנא לרב טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו כו'

ואי איתא דהיכא דאית ליה זוזי צריך לסלקו בזוזי לא הוה פריך מידי דדלמא קרא איירי בדאית לי' זוזי א"ו כסף היינו זוזי כמו אם כסף תלוה וכן עיקר:
מיהו היכא דהמזיק רוצה לסלקו במעות ודאי אין צריך ליתן לו מטלטלי או קרקעות שלו ופשוט הוא:

סעיף ד

צריך ליתנה לו כפי מה כו'. והעיר שושן חולק על זה ועיין בספר מגדל דוד ובסמ"ע ס"ק ד' מה שהשיגו עליו ואין דבריהם מוכרחים ודברי הע"ש יותר נכונים. ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"א חולק בכל הסעיף וכתב דהניזק לעולם גובה מעידית המזיק אפי' עידי עידית שהוא רוצה מאחר שדינו ממיטב ומ"מ לפי ראות עיני הדייני' שאם יראו שזאת טובה לניזק וזאת טובה למזיק זהו בכלל ועשית הישר והטוב כו' וע"ש:

סעיף ה

מגבין לניזק מהמטלטלים של יתומים רבינו אפרים השיב על הרי"ף בזה דניזקין מלתא דלא שכיחא היא וכי תקנו הגאונים לב"ח משום נעילת דלת בפני לווין אי נמי לאשה משום פריה ורביה אבל לניזקין לא תקון והרא"ש כ' וז"ל ונ"ל דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינ' דש"ס אף בלא תקנה דהוי כגמלי דערביא ואשלי דקמחוניא דקאמר בכתובות אשה גובה פורנא מהם עכ"ל וכן מסקנת הטור ולפי עניות דעתי אין דברי הרא"ש מוכרחים בזה דהא דאמרי' בכתובות בפרק מציאת אשה (כתובות דף ס"ז ע"א) אשה גובה פורנא מהם היינו דוקא בכתובה דאש' סמכ' דעתה עלייהו ומתחלה כשנשאת לזה אדעתא דהכי נשאת שתגבה ממטלטלי כיון שעיקר משא ומתן שלהם היה במטלטלים וזה לא שייך בניזקין. ומ"מ דעת רוב הפוסקים כהרי"ף והרמב"ם והמחב' דהאידנא אף נזקין גובין ממטלטלי' דיתמי וכ"כ מהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ל"ט וע"ש:

סעיף ו

מהמטלטלי' של יתומים. משמע דהיינו אפילו יש להן קרקע מיהו היינו מן הסת' אבל אם היתומי' רוצים לסלקו בקרקע הרשות בידם דבכה"ג לא תקנו הגאונים וכדלעיל סי' ק"ז סעיף א' גבי ב"ח וכ"ש הכא ועמ"ש שם וכן כ' בשלטי גבורים פ' חזקת הבתים דף קפ"ד ע"א ע"ש:

סעיף ז

שכל הבא ליפרע מיתומים כו'. משמע אפילו גדולים וכן נראה דעת הרמב"ם ודלא כהסמ"ע לדעתו ועמש"ל סוף סי' ק"ח מזה:

סימן תכ

סעיף א

עבד כנעני של חברו כו'. עיין בסמ"ע ס"ק ו' עד ומ"ה גם בהכא' כו' והב"ח השיג ע"ז ואין דבריו מוכרחים:

סעיף ב

חייב בחמש' דברים וה' דברים אלו משתלמין מן היפה שבנכסיו כדין כל המזיקין עכ"ל רמב"ם ריש הל' חובל וכן כ' הסמ"ג דף קמ"ה ע"ג וכ' הרב המגיד שם שהדין מבואר ריש ב"ק דאמר כלם כאבות הן לשלם ממיטב ע"כ וכן פסקו הרי"ף והרא"ש והנ"י ריש ב"ק וכ"פ רש"ל שם סי' ו' וכן הוא הדין לעיל סי' שפ"ה ושפ"ח ס"ב:

סעיף ג

ואם הי' בעל אומנות כו'. ומהרש"ל פסק דלענין נזק אין חילוק בשום בני אדם בעולה אלא שמין אותו כעבד שא"י שום מלאכה וע"ש סי' י"א ומכל מקום אין טעם לדבריו דהא מכל מקום היזקו הוא רב יותר מעבד שאינו יודע שום מלאכה ודו"ק נ"ל:

סעיף ד

אין נותנין לחובל שום זמן כו' משמע אפילו זיל נכסי דנתבע ודוקא כשנתחייב בדין אבל אם מבקש זמן להביא עדים לפטור נותנים זמן אף לחבלות אם זיל נכסיה כדמוכח בתוספות והרא"ש פרק הפרה וכ"כ נ"י שם ודלא כב"ח סי' כ"ד וכבר השגתי עליו שם ע"ש:

סעיף ה

רקק בחבירו עיין בתשו' ר"י לבית לוי סי' כ"ט מדינים אלו:

סעיף ו

המדבר רע על שוכני עפר כו' עיין בתשו' ר"א ן' חיים סי' נ' וסי' צ"ג וסי' קי"א:

סעיף ז

אבל לא על ביושים אחרים כו' ע"ל סי' פ"ז (בסמ"ע) ס"ק ע"ה וע"ו כ' הסמ"ע ר"ל דשם נותנין חרם אחר עדות אבל גם בביוש של שוכני עפר א"צ לישבע ע"ז כן הוא שם עכ"ל ובאגוד' פ' הזהב ז"ל אם אדם טוען ביישתני בדברים או בשוכני עפר והלה כופר נרא' דא"נ לישבע דלא נתקנ' שבועת היסת ע"ז מיהו בס' מיימוני ובס' המצות לא משמע הכי עכ"ל ולא ידעתי למה לא משמע הכי בס' מיימוני ובס' המצות ואי משום שכ' בריש הלכות טוען ונטען שהטוען לחבירו אתה ביישתני וזה אומר להד"ם אם הוא במקום

שגובין קנס נשבע היסת כו' וה"נ אלו הוה אמת היו קונסין אותו י"ל דשאני התם דאלו היה האמת קונסין אותו ממון הקצוב בתורה משא"כ הכא תדע שהרי גם הטור ס"ס פ"ז כתב כהרמב"ם וסמ"ג ואפ"ה כתב שם לעיל מיניה דאם טוען אתה קללת אותי או הוצאת עלי ש"ר אין משביעים אותו רק מחרימים ע"ז שהרי אם יתברר שהוא אמת קונסין אותו כו' (הג"ה עיין במהרש"ל פ' החובל באריכות מדינים אלו ועיין בתשובת ר"י מטראני מי"ד סי' ט"ז שכ' שכל מה שמדבר לחבירו בלשון צחות כגון שקורא לרבים בני יונים או אמר על אחד שבא לדור ממקום אחר ונעשה דיין הגר אשר בקרבך יעלה עליך וגו' אע"ג דקרא קאי אעכו"ם לא מיקרי בושת וההיא איתתא דאמרה ורב כריסא וכו' אשה זו. פושעת היתה דה"ל ליתן בו סי' אחר וע"ש ראיה שלו:

סעיף ח

הקור' לחבירו עבד עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' ע"ג ובתשובת מבי"ט ח"ח בשאלות השניות סי' ע"ז דף ק"ח אם קראו בן השפח' ונידהו ועיין עוד שם סי' קכ"ה דף קע"ד:

סעיף ט

דין המבייש ת"ח כו'. וראשים וממונים הקהל כת"ח כ"כ בתשובת מהר"י לבית לוי סי' כ"ט ועיין שם באריכות:

סימן תכא

סעיף א

שנים שחבלו זה בזה כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סימן שי"א:

סעיף ב

וכן הוא הדין לענין גדופים וביושים כו'. עיין בתשובת ר"א ן' חיים סי' נ' וסי' צ"ג וסי' קי"א:

סעיף ג

אתה מכזב כממזר כו'. עיין בנימוקי מהר"מ מריזבורק וביש"ש פ"ח דב"ק סימן מ"ב:

סימן תכג

סעיף א

דאם בעל הקיים כו' ומהרש"ל פ"ה דב"ק סי' י"ז כתב דלהרא"ש לעולם אין לו לבעל דהא לא מיקרי בעל כיון דלא תפס בה קידושין ע"ש דהטור ומור"ם לא דקדקו בהרא"ש:

סימן תכד

סעיף א
אם נתגרשה האשה כו' ע' בתשו' רשד"ם ס"ס רי"ז:

סימן תכה

סעיף א
מצוה להצילו כו'. ומ"מ אין מחויב לפדותו אם נשבע אלא דאם רוצה לפדותו אין איסור בדבר ב"י ומור"ם בי"ד סי' רנ"א ס"ב ובסי' רנ"ב שם סעיף ו' וב"ח שם:

סימן תכו

סעיף א
או שישכור אחרים כו' עיין בסמ"ע ס"ק א' עד ומהתימה שהשמיטו המחבר ומור"ם ז"ל כו' כבר כתבו מור"ם בי"ד סי' רנ"ג [רנ"ב] ס"ס י"ב בהגהה בשם מרדכי ע"ש וע"ש בב"י סכ"ב בשם מהרי"ו:

סימן תכז

סעיף א
אינו זקוק לו כו'. עיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ק"י:

סעיף ב
של שני שותפים כו'. ובשותף עכו"ם פסק בישו"ש פי"א דחולין דחייב ע"ש אמנ' לפי מה שפסק מור"ם בי"ד סי' רפ"ו ס"א בהגה במזוזה דפטור' אפשר דהוא הדין במעקה ולפי המרדכי דע"ז יש להסתפק:

דיני מיגו

א **יען כי ראיתי בדרכי משה ובסמ"ע כתבו קצת דיני מגו בסימן זה על כן גם אני אכתוב דיני מגו כאן**:

כבר נתבאר לעיל סימן זה ס"ק ל' די"א דאין אומרים מגו להוצי' וכתב בד"מ וסמ"ע ס"ק מ"ג בשם הריב"ש סי' של"ו דאף למ"ד דלא אמרי' מגו להוציא מ"מ נגד קרקע אמרי' ולא אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת וע"ל סי' ק"י מדין זה עכ"ל ר"ל אם אכל פירות הקרקע וכן הוא בריב"ש שם וה"ה בקרקע עצמה היכ' שהוא מוחזק בה ומ"ש וע"ל סי'

ק"ו צ"ל ק"ן וכן הוא בד"מ וע"ש בסי' ק"ן ס"ד: **וכתב** הבית חדש סעיף י"ט וז"ל וקשי' לי מדקי"ל כר' גמליאל פ"ק דכתובו' דבאומרת משארסתני נאנסתי יש לה מאתים במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני אלמא דאית לן מגו להוציא וי"ל דהתם כיון דהיא טוענת ברי והוא טוען שמא טענתה עדיפא כדאית' התם ולכך נאמנת במגו אע"ג דהוי להוצי' אך קשה דבר"פ ב' דכתובות קאמר מ"ש האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט לפניך ואמאי לא משני הכא לא הוי מגו להוציא שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה והוחזק וכדכתב ה"ר יונה לקמן בסי' ק"ן ומיהו איכ' למימר דה"מ לשנויי הכי עכ"ל ומ"ש וקשי' לי כו' וי"ל כו' קושי' זו ותירוץ זה אית' בהגה' מרדכי ריש בבא מציע' וכן בספר הכריתות לרבינו שמשון מקונן שהבאתי לקמן אות ט"ו ומ"ש אך קשה כו' לפע"ד לק"מ דמה בכך שזכה בקרקע לפי טענתו סבר' זו לא מהני רק לענין דלא הוי מגו להוצי' וא"כ כיון דבהך דמשארסתני נאנסתי אמרינן מגו אף להוציא מטעמ' שהיא טוענ' ברי והוא שמא דבברי ושמא אין חילוק בין להוצי' או לא א"כ מה בכך שזה ירד בקרקע ואולי כוונת הב"ח דמ"מ הוה לש"ס לשנויי דס"ל לר' יהושע דזה הוי מגו להוצי' אבל לפעד"נ דס"ל לש"ס דמטעם ברי ושמא אמרי' מגו להוצי' אף לר' יהושע אי לאו משום דשור שחוט לפניך. כן נ"ל. כבר נתבאר לעיל ס"ק כ"ט דהיכ' שטרא מעלי' אמרי' מגו אף להוצי' והוא פשוט ומוכרח בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי ועיין לקמן ס"ס פ"ג וע"ל סי' קל"ח ס"ב וסי' ק"ן ס"ה ממגו להוצי' עיין בים של שלמה פ' הגוזל בתרא סי' ל' דינים במגו להוצי'. גם עיין מ"ש לקמן סי' צ' סי"א וס"ס קל"ג מ"ש עוד מדיני מגו להוצי' ועיין לקמן באות ט"ו:

ב **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע ס"ק מ"ד וז"ל כ' נ"י ס"פ המקבל דלא אמרי' מגו לבטל מנהג המדינה ע"כ והוא מהדין שבש"ס שם דף ק"י ע"א לרב נחמן דקי"ל כותיה בדיני ונתבאר לקמן ס"ס ש"ל גבי אריס אוער למחצה ירדתי דהכל כמנהג המדינה וכתב הנ"י שם ע"ז וז"ל ומהא שמעינן דלא אמרי' מגו לבטל מנהג המדינה משום דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים וכן כתבו הגאונים ז"ל וכל המפרשים ז"ל עכ"ל וכ"כ בהגה' אשר"י פ' הפועלים וז"ל כתב הרב רבינו ברוך בשם רבינו חננאל ושערים דרב האי גאון לשנות המנהג אפי' במגו אינו נאמן ואפי' תפיס לא מהני לשנות המנהג אם טוען שעשו מעשה ושינו המנהג אבל אם טוען שנאנסו ולא עשו המנהג לזה תפיסה מהני מא"ז ע"כ ובמרדכי פרק המקבל כתב וז"ל רב נחמן אמר הכל כמנהג המדינה כתב רב האי גאון בשערי שבועות כל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה ואם אין ראיה והוא טוען כמנהג המקום עליו שבועת היסת שלא שינה ממנהג המקום וזה עיקר גדול בדין ובפ"ח דמסכת

פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן וא"כ מנהג עדיף מחזקה דהא מגו במקום חזקה בעיא בפ"ק דב"ב ולא איפשטא כו' וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן במגו עכ"ל וכתב בספר גדולות מרדכי וז"ל ויש לתמוה דהא אדרב' בשמעתין משמע דמגו במקום מנהג אינו כלום לרב נחמן ונ"ל דט"ס יש כאן וצ"ל לא מהימן במגו וקאי המרדכי אהא דכתב רבינו האי ובפ"ח דמסכ' פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן ע"ז כתב המרדכי וצ"ע כלומר הא בשמעתין הכי משמע ולמה לו להבי' ראיה מפאה ודוק עכ"ל ולפע"ד לא דק דהא אך ראיה מפאה הוא מלשון המרדכי עצמו ואינה מדברי רב האי כמבואר להדי' למעיין בס' שערי שבועות לרב האי גאון בשער ה' דף ה' ע"ב. ועוד דא"כ נצטרך עוד להגי' במרדכי מ"ש דאפי' במקום מנהג ולהפך הגירס' דאפ" במגו לא מהימן במקום מנהג ולשבש כל הספרים אלא דברי המרדכי ברורים בלי שום הג"ה וה"ק ובפ"ח דמסכת פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן (והתם בפאה מתני' היא) וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן לרב יודא וא"כ לרב יודא קשי' הך דפאה וזה ברור: **ומתני'** דפאה כך היא אין נאמנים אלא על דבר שבני אדם נוהגים כן נאמנים על החטים ואין נאמנים על הקמח ולא על הפת וכ' רבינו שמשון ז"ל וז"ל שם נאמנים על החטים לומר חטים הללו מעשר עני הן שניתן לי אבל אין נאמנים לומר קמח ופת זה מעשר עני שניתן לי קמח ופת ואין להאמינו במגו דאי בעי אמר חטים ניתן ני ועשיתיו קמ"ח ופת דמשמע בירושלמי כי הוא נאמן דמאחר שאין דרך לחלוק כלל קמח ופת הוי כמו עדים עכ"ל וגם באגודה פ' המקבל כתב כדברי המרדכי שם. מיהו נראה ליישב קושיית המרדכי דרב יודא ס"ל דדוקא התם למה לו לבעל הבית ליתן קמח ופת הפך המנהג אבל הכא יכול לומר לאריס אלו לא נתרצית ליקח השליש הייתי מוריד אריס אחר יותר טוב ממך לכן נתרצית על השליש כדי שאוריד אותך מיהו אנן קיימא לן כרב נחמן וא"כ בכל ענין לא מהני מגו במקום מנהג וכן כתב מהרי"ק שורש י"ט ומהרשד"ם סימן קמ"ח וע"ש. וכה"ג כתבו התוס' והגה' אשר"י ריש בבא בתרא דאע"ג דשהו האבנים ברשותו ואית ליה מגו דלקוח לא מהימן שעשה הכותל לבדו כיון שהמנהג על שניהם לבנותו וחייבים שניהם לבנות הוי כמגו במקום עדים ונתבאר לקמן סי' קנ"ז סעיף ה' ע"ש:

ג **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל ובר"ן פ' כל הנשבעין הארוך בדין מגו וכתב דלא אמרי' מגו שהיה יכול לומר איני יודע עד כאן. וכן כתבו התוס' פ' השואל דף צ"ז סוף ע"א ובעמוד ב' שם בסוף ד"ה רב הונא:

ד **עוד** כ' בד"מ וסמ"ע וז"ל ובנ"י פ' ח"ה דלא אמרינן מגו בשני' וכן כתבו התו' שם ע"כ והוא בתוס' שם דף ל"א ריש ע"ב וכן כתבו עוד התוס' פ"ב דכתובות והבאתי דבריהם לעיל ס"ס מ"ו ס"ק ק"א ע"ש וכן כתב רבינו שמשון בסוף ספר הכריתות והבאתיו לקמן אות כ' ועיין מה שכתבתי שם באות כ' ועיין בתשו' מהר"י מינץ סי' ג':

ה **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וכן מגו במקום עדים לא אמרינן עד כאן וזה פשוט בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ועיקר מקורו פ' האומנין גבי מיא דנהר פקוד והבאתיו לעיל סי' נ"ח ס"ק כ"ט והיינו כשיש עדים על גוף הטענה מיהו ה"ה אם יש עדים על הטענה שהי' יכול לטעון וכ"ש הוא. ובזה כתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ו סימן ח' שאפילו הם פסולים לא מהני מגו ועיין בתשו' ן' לב ח"ג בכללי המגו ובתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס ק"א ובתשו' מהרשד"ם ס' נ"א שפקפקו בזה על תשובת הרא"ש וע' בתשו' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ח:

ו **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל ובר"ן פ' ח"ה דלא אמרינן מגו מטענה שאינו מעיז לטענה שיש בו העזה ע"כ ואמת שכ"כ הנ"י פרק ח"ה גבי עיזי דאכלי חושלי וז"ל נאמן בשבועה בנקיטת חפץ אע"ג דאיכא מגו דמצי אמר לקוחים הם בידי מ"מ לאו מגו גמור הוא שהרי השתא כשאמר דאכלי חושלי אינו מעיז ואלו אמר לקוחים הם בידי היה מעיז וממעיז לשאינו מעיז לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה עכ"ל (")אבל דבריו תמוהין (") דהא מוכח בכמה דוכתי דאמרינן מגו ממעיז לשאינו מעיז וכמו שכתבתי לקמן גבי עיזי דאכלי חישלי היינו טעמא או משום מגו לאפטורי משבועה לא אמרי' או משום דכיון דבא ליטול הוי כמו נשבעין ונוטלים דצריך לישבע וכמו שנתבאר בסימן ע"ב סעיף י"ז ע"ש בס"ק ס"ח וס"ט ובאמת ה"ל להנ"י לתרץ בקיצור דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' אפי' ממעיז למעיז דמה"ט כתבו הרמב"ם ושאר פוסקים דבטוען על המשכון כך וכך יש לי עליו צריך לישבע בנק"ח משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וכמ"ש בסי' ע"ב סעיף י"ז ס"ק ס"ח והא התם הוי ממעיז למעיז: גם בפ' הגוזל בתרא אחר שהביא הנמוקי יוסף דברי הרא"ש דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן לומר נגנבו ממנו במגו דהשאלתים לך כתב וז"ל תמהני מגו דמעיז הוא שהרי זה יודע שלא השאילו לו ונראה לי שמסכימים מפרשים אלו עם מה שפירש"י ז"ל לעיל גבי פקדון מעיז ומעיז ע"כ לשונו וגם דבריו אלו תמוהין חדא דהרי הרא"ש בהדיא בפ' הגוזל עצים חולק על רש"י ועוד דאפי' לרש"י היינו היכא שמעיז באמת כגון בפקדון שלא עשה לו טובה משא"כ הכא שעכשיו אינו מעיז שנאמינהו בטענה שהיה מעיז בה אבל הקושי' מעיקרא ליתי' דבתוס' פ' חזקת הבתים דף כ"ב ע"א ובהגה' אשר"י שם כתבו להדיא דנאמן במגו דהשאלתים

לך אע"ג דהי' מעיז והביאו התוס' שם ראיה מהא דאמרינן שם (וכן נתברר לקמן סי' קמ"ו סכ"ד) דנאמן לומר של אבותי היא שלקחוה מאבותיך במגו דאי בעי אמר מינך וזבינתה אע"פ שהוא יודע דלאו מיניה זבנה וכן בפרק ב' דכתובות תנן דנאמן לומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' הימנו במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם אע"פ שהבן יודע שהיתה של אביו עכ"ל וכן כתב הרא"ש בר"פ ב' דכתובות דנאמן גבי שדה בכך מגו וכן נתבאר לקמן סי' קמ"ט סעיף כ' וכן כתב הרא"ש עוד בתשובה ריש כלל ק"ו וז"ל וכן בנדון זה אי טעין שמעון החזרתי לפקוד הממון נאמן כי טעין נמי היה ראובן חייב לי כך וכך מהימן ואין לומר דהוי מגו דהעזה דאי טעין החזרתי לפקיד ידע הפקיד דקמשקר וכה"ג לא איקרי מגו דהא גבי עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דיכול לטעון עד כדי דמיהן דמגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי דאע"ג דבטענת לקוחים ידע דמשקר ובטענת כדי דמיהן לא ידע וכהנה מגו הרבה יש בש"ס עכ"ל וכ"כ המרדכי ריש פ' חזקת הבתים ע"ש. ואע"ג דבשבועת שומרים כתב הרא"ש ר"פ כל הנשבעים דאינו נאמן ליפטר משבועה במגו דלהד"ם מטעם דהיה מעיז נראה דדוקא בשומרים ומודה מקצת הוי העזה דהוי מידי דכפירה והתם ודאי אינו מעיז וחילוק זה מצאתי מבואר להדי' בתוס' פרק הגוזל עצים דף ק"ז סוף ע"א דעל מ"ש שם דלא אמרי' דנאמן לומר נאנסו במגו דלהד"ם דהיה מעיז או מודה מקצת במגו דכופר הכל כתבו וז"ל וההיא דחזקת הבתים גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דיכול לטעון עד כדי דמיהן במגו שיכול לומר לקוחים הם בידי ובפ' ב' דכתובות גבי שדה זו של אביך היה ולקחתי' ממנו דאפי' טענו הבן שהיה של אביו אלא שאין לו עדים מהימן לומר לקחתיו במגו שיכול לומר לא היה של אביך מעולם אע"ג דבהאי ידע ובהאי לא דמי למידי דכפיר' דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חברי' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו עד כאן לשונם רצונם לומר דדוקא כשחברו מפקיד אצלו או מלוה לו שהאמינו מתחלה ושוב אין לו עסק עמו אלו הי' טוען בפקדון לא היו דברים מעולם או החזרתי או לקחתי או בהלואה פרעתי כולו הוי העזה דכופר נגדו בזה שהאמינו מתחלה ולא היה לו אח"כ שום עסק עמו מה שאין כן כשלא הפקיד אצלו או הלוה לו אפי' היה טוען לקחתי כמו גבי עיזי וכן גבי שדה לא הוה העזה ודוק והוא הדין היכא שהפקיד אצלו ואח"כ מעכב הפקדון ואומר ליורש אביך חייב לי כך וכך נאמן במגו מהאי טעמא שהיורש לא האמינו מתחלה או אפי' לגבי עצמו כגון שעזיו אכלי חושלי יכול לעכב הפקדון שהפקיד אצלו כבר עד כדי דמיו במגו שאע"פ שזה האמינו והפקיד אצלו מתחלה מ"מ הרי נעשה לו אח"כ עסק עמו ועוד נראה לי דדוקא לענין פטור שבועה שייך האי טעמא דלכפור אינו מעיז לפטור משבועה ואפשר שלזה

כוונו התוס' במה שכתבו והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו רוצה לומר שהרי אינו בא לפטור משבועה רק בא לזכות ממון ולא לכפור אבל כשבא לפטור משבועה אמרינן דאינו נאמן במגו דלא הי' מעיז דלכפור אינו מעיז וכן מבואר להדיא בריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ואף אם הי' משה חי והיה תובעו הכוס הי' נאמן לומר מנה לי ביד אביך ועל כן אני תופסו כיון דליכא עדי פקדון וראה ואע"פ שאין להאמינו כאן במגו משום דהוי ליה מגו דמעיז לשאינו מעיז אפי' הכי בשבועה מיהא מהימן כמו שכתבו המפרשים ז"ל דבשבועה אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז כדמשמע מההוא עובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחי' הם בידי ואע"ג דאי אמר לקוחים הן בידי איכא העזה והשתא ליכא העזה אפ"ה מהימן בשבועה דכי לא אמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז היינו למפטרי' משבועה כי ההיא דרבה מפני מה אמרה תורה מוד' מקצת טענה ישבע כו' ובההיא דריש פ' כל הנשבעין שבועת השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה נהימני' במגו דאי בעי אמר החזרתיו אבל בשבועה מהימן וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחדושי שבועות שלו בסוף המסכת' וכן הסכמת האחרונים ז"ל עכ"ל וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין בהך סוגי דשבועות השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו' וז"ל דהא אשכחן דמגו גרוע כי האי מהני לאוקמי ממונא ולא מהני ליה לאפטורי משבועה דהא בפ' חזקת הבתים מסקינן בהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן אע"ג דהאי מגו גרוע הוא ממעיז לאינו מעיז דכי אמר דאכלי חושלי דידי' אפי' לא אכל' מידי לא מעיז כלל דאמרי' לא ידע ואי אמר לקוחים הם בידי מעיז ואפ"ה מהני לאוקמי ממונא ואלו לאפטורי משבועה נא מהני כדרבה דאמר מש"ה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע ולא פטרה אותו מגו דאי בעי כפר בכולי' משום דאין אדם מעיז פניו עד כאן לשונו וכן כתב עוד הר"ן להדי' בפ' שבועת הדיינים גבי חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח ע"ש ונראה שגם דעת הרא"ש כן שאע"פ שהרא"ש פ' כל הנשבעין השיג על הרב ר' יוסף הלוי במה שכתב דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' היינו במגו מעליא אבל במגו גרוע דהעזה ס"ל לחלק בין ממון לשבועה תדע דהא גם הר"ן פ' כל הנשבעי' השיג על הרב ר' יוסף הלוי וכתב דאמרינן מגו לאפטורי משבוע' במגו מעליא אלא דיש חילוק במגו גרוע דהעזה בין ממון לשבועה עיין שם וכן נראה לי עיקר ועיין מ"ש מזה עוד לקמן סי' צ"ג סעיף ב' ס"ק ד'. מ"מ נתבאר מן הש"ס והפוסקים דאמרינן מגו ממעיז לאינו מעיז ודלא כהנ"י וכן הוא עוד דעת הרבה פוסקים דאמרינן מגו ממעיז לשאינו מעיז וכמו שכתבתי לעיל סי' ע"ה סעיף ז' ס"ק כ"א וסי' פ"א סעיף כ"א ס"ק נ"ח וכמה דוכתי ועל כן תמהני על הר"ב בד"מ והסמ"ע בכאן שהביאו דברי

הנמוקי יוסף בסתם שהרי דבריו תמוהים וכל הפוסקים חולקים עליו. ונראה שמכאן יצא לו להסמ"ע שכתב בכמה מקומות דלא אמרינן מגו דהעזה וכמ"ש בסמ"ע לעיל סי' ס"ד ס"ק ו' וסי' פ"א ס"ק ס"א וסי' שמ"א ס"ק י"ג ושאר דוכתי וליתא וכבר השגתי עליו בכל המקומות ההם ע"ש:

ז **עוד** כ' בד"מ וסמ"ע וז"ל ובמרדכי פרק האשה בכתובות דלא אמרי' מגו אלא בטענה שהיא גלוי' ע"כ ודבר זה סתים ועיין במרדכי עצמו פרק האשה שנפלו שם בשם ראבי"ה וצ"ע ללמוד משם למקום אחר ע"ש:

ח **ועוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל ואין אומרי' מגו למפרע ע"כ וכ"כ התוס' פ' הכותב דף פ"ה ע"א ודין זה הוא מוכרח בכמה מקומות וכ"כ בזה לעיל סוף סי' נ"ו וס"ק ל"ב וסי' ע"ב סי' י"ח ס"ק פ"ט ולקמן סי' קכ"ו ס"ו ס"ק כ"ז וסי' קמ"ו סי"ג וסי"ד ושאר דוכתי טובי ע"ש והכי מוכח בפ"ב דכתובות (דף כ"ב ע"א) אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני דאינה נאמנת רק תוך כד' דבור וכמ"ש לקמן אות י"ז וע"ש:

ט **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע ז"ל במרדכי פרק הכותב שאין אומרים מגו היכא שסובר שטוען אמת במגו שהיה יכול לשקר וכ"כ התוס' בפ' ח"ה ע"כ ודבר זה צריך ביאור וז"ל המרדכי פרק הכותב על הא דפוגמת כתובתה צריכה לישבע תימה דאמאי אינה נאמנת בלא שבועה במגו דלא היתה פוגמת וי"ל דלא אמרי' מגו היכא שאומר אמת במגו דאי בעיא משקרא (") דכי האי גונא אמרינן ביבמות מת בעלי במלחמה אינה נאמנת מת על מטתו נאמנת ואינה נאמנת לומר מת במלחמה במגו דמת על מטתו עכ"ל ולכאורה דברים אלו אינם מובנים דהלא כל מגו כך הוא ונראה דה"ק דלא אמרי' מגו היכא שהוא סובר שהוא אומר אמת ואנן אמרינן דלא דייק וסובר כך ואינו כן במגו דאי בעיא משקרא והשתא מייתי שפיר מהך דמת בעלי במלחמה וכן הוא בתוס' פ' הכותב דף פ"ז ע"ב וז"ל ולא שייך כאן מגו הואיל וטעמא משום. דלא דייק הוא דהוא סבור שדקדק ולא דקדק כמו שמצינו בהאשה שהלכה מת בעלי במלחמה אינה נאמנת אע"ג דאיכא מגו דאי בעי' אמרה מת על מטתו והיינו משום דאמרה בדדמי דזמנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברה דמת עכ"ל והיינו שכתבו הד"מ והסמ"ע שא"א מגו היכא שסובר שטוען אמת כו' כלומר שהוא סובר כן ואכן אמרינן דלא דייק אז לא שייך מגו שהיה יכול לשקר אך קשה לי מ"ש ע"ז וכ"כ התוס' בפ' ח"ה והם דברי התוס' שהבאתי לקמן ס"ס פ"ג ס"ק ז' ואין ענינם לדין זה כלל: גם קשה דהרי התוס' שם לא כתבו כן אלא לרב יוסף אבל לפי המסקנא לא קי"ל הכי אלא דאע"ג שהיה מוכרח לשקר תחלה הוי מגו וכמ"ש שם ע"ש:

י **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וע"ל סי' ע"ט ולקמן סי' צ"ג שא"א מגו במקום חזקה ע"כ וכן לקמן סי' צ"ט סעיף א' בהגה"ה א"א מגו במקום חזקה דכל מה שהוא ביד האדם בחזקת שהוא שלו ע"ש ולעיל ריש סי' זה בהגה"ה גבי קטן הייתי אמרינן מגו במקום חזקה וכן לעיל ס"ס ע"ח ס"ד אמרינן מגו במקום חזקה והוא בעיא בש"ס ריש בבא בתרא ולא איפשטא וצ"ל שאין החזקות דומות זו לזו וכמ"ש לעיל סי' זה סעיף א' ס"ק ג' בשם הנ"י ובזה נ"ל ליישב מה שהניחו התו' ריש ב"ב סוף דף ה' בקושי' אמאי דבעי התם אי אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע. תוך זמנו וז"ל ומיהו קשה מדתנן ביבמות בפרק בית שמאי (דף קי"א) יבמה שאמר' תוך שלשים לא נבעלתי כופין אותו אחר שלשים מבקשין הימנו ומפרש התם דעד שלשים יום מוקי אינש אנפשיה טפי לא מוקי ולכך לאחר שלשים אין כופין דלא מהימנא אע"ג דאית לה מגו דאי בעיא אמרה אינו יכול לבוא עלי דנאמנת כדמוכח בסוף נדרים עכ"ל ולפי מ"ש שאין לדמות החזקות זו לזו לק"מ (וכן מיושב ג"כ מ"ש התוס' פ"ב דכתובות ריש דף י"ט שצ"ע ע"ש): **ועוד** נ"ל דבלאו הכי לק"מ דהא אמרינן בסוף נדרים דאי אמרה אינו יכול נאמנת היינו מכח חזקה דאין האשה מעיזה פניה נגד בעלה וכדאי' התם להדיא בש"ס א"כ דוקא התם דליכא חזקה אחרינא כנגדה משא"כ ביבמה שאמרה לא נבעלתי דאיכא חזקה אחרינא כנגד' דלא מוקי אינש אנפשיה ולא דמי לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דאלו אמר פרעתי אחר זמנו היה נאמן באותו טענה עצמה מצד עצמה ולא היינו צריכים לטעם חזקה משא"כ ביבמה כנ"ל ברור. ואין לעקש ולומר דסוף סוף אית לה מגו דאינו יכול ואי טענה אינו יכול היתה נאמנת דלא היתה כנגדה חזקה דלא מוקי אינש אנפשי' הא ליתא דלא עדיפא טענה שנאמנת מכח מגו מטענת מגו עצמה תדע דאל"כ תיקשי אהא דאמרינן בש"ס גופא בסוף נדרים דנאמנת לומר אינו יכול מטעם דחזקה אין האשה מעיזה פניה דא"כ אמאי אינה נאמנת היבמה כשאמרה לא נבעלתי נימ' דחזקה דאינה מעיזה אלא ודאי משום דאיכא נמי כנגדה חזקה דלא מוקי אינש אנפשיה ולהכי נמי תוך שלשים כופין דאל"כ תיקשי אמאי תוך שלשים תהיה היא נאמנת יותר מן היבם (') אלא ודאי נמי משום חזקה דאין האשה מעיזה וא"כ לאחר שלשים כי אמרה לא נבעלתי הוי ממש כמו שטענה אינו יכול דכי היכא דהתם לא היתה נאמנת אלא משום חזקה דאין האשה מעיזה ה"נ אינה נאמנת אלא מכח חזקה דאין האשה מעיזה והלכך לאחר נ' דאיכא נמי חזקה דלא מוקי אנפשי' אמרי' אוקי חזקה להדי' חזקה ואוקי מילתא בחזקתי' ואין בידינו לכופו. כן נ"ל ברור ודו"ק ועיין מ"ש לקמן סי' ק"ח סעיף ד' עוד מדיני מגו במקום חזקה:

יא **עוד** כתב בד"מ וסמ"ע וז"ל וע"ל סי' רצ"ו אי אמרינן מגו במקום שטר כו' וע"ש שנתבאר דאמרינן מגו במקום שטר ונאמן לומר בשטר פקדון החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרי' שטרח בידך מאי בעי: ועתה אעתיק מה שכתב רבינו שמשון מקנון בעל התוספות בסוף ספר הכריתות שלו ואכתוב עליו מה שנראה לפי עניות דעתי. **וז"ל** יען כי משפטי מגו מפוזרים בש"ס והם צריכים מאד בהרבה מקומות אמרתי לכתוב אשר השיגה ידי למען יהיו סדורים בפי:

יב **מגו** במקום עדים לא אמרי' כדאמרי' בב"מ (דף פ"א) זיל באורחא דנרש דליכא מיא ולא תיזל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא כו' עד אין באורחא דנהר פקוד חזני ולא הוה ביה מיא דלא מהימן במגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי דהוי מגו במקום עדים וכבר כתבתי בזה לעיל אות ה'. ומוכח מכאן דאע"ג דליכא עדים שחייב רק בצירוף טענתו והעדאת עדים מתחייב ולא אמרינן מגו דהא הכא ליכא עדים דאזיל בארחא דנהר פקוד רק דאיכא מיא וכבר כתבתי זה לעיל סי נ"ח סעיף ג' ס"ק כ"ז ע"ש:

יג **מגו** מממון לממון אחר לא אמרינן מהא דחמרינן (ב"מ דף ב') זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דמ"ד חציה שלי לא מהימן במגו דכולה שלי דהוי מממון זה לממון אחר דכל מגו שבש"ס הוי באותו ממון אלא שיש לו טענה טובה יותר ופעמים אמרינן מגו מממון לממון כי הא דאמרי' (ב"מ דף ג) מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע פי' להימני במגו דכופר הכל דהוי מממון לממון והטעם מפני שאינו תובע ממון רק להציל אותו מלפרוע כל תביעת חבירו. ומ"ש מגו מממון לממון אחר לא אמרי כו' כן הוא במרדכי רפ"ק דב"מ ובהגהת מרדכי שם בשם ר"ת דהיינו טעמא דחצי' שלי משום דא"א מגו מממון לממון מיהו איתא שם בהגהת מרדכי שריצב"א תירץ דלא אמרי' מגו להוציא דבחציה השני מוחזק זה כזה וכן הוא בתוס' רפ"ק דב"מ בשם ריב"ם ומשמע בהגהת מרדכי שם דלהאי תירוצא דלא אמרי' מגו מממון לממון אין אדם יוכל לעכב חפץ של חבירו נגד מה שחבירו חייב לו מיהו אנן לא קי"ל הכי אלא יכול לעכב חפץ זה תחת ממון אחר שחייב לו חברו במגו דאין ממון זה תחת ידי וכדאית בדוכתי טובי וכבר הארכתי בזה לקמן סי' ק"ן סעיף ד' ע"ש וא"כ לא קי"ל דאין אומרים מגו מממון לממון דאם הוא תחת ידו אמרי' מגו ואם הוא ביד חבירו אפי' באותו ממון יש פוסקים דלא אמרי' מגו להוציא ודו"ק:

יד **מגו** לא אמרינן להוציא רק להחזיק מהא דמקשה בב"מ במאי גבי בהאי שטרא חספא בעלמא הוא ולהימני' במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא אלא טעמא דלא אמרי' מגו להוציא אלא להחזיק ומ"ש מהא דמקשה בב"מ כו' לא ידעתי מזה דבר בב"מ ואי ר"ל

הא דקאמר התם בדף ז' ע"ב בשטר שאינו מקוים והלוה אומר פרוע שנאמן מאי טעמא חספא בעלמא הוא הא מאן קא משוי להאי שטרא לוה הא קאמר דפריעה א"כ קשה מ"ש ולהימניה במגו דאי בעי אמר שטרא מעלי' כו' וע"כ נראה לי דטעות סופר הוא וצריך להיות מהא דמקשה בפרק הכותב במאי גבי כו' ורצה לומר דקאמר התם בד' פ"ז ע"ב היתה כתובתה אלף ואמר לה התקבלת כתובתך והיא אומרת לא התקבלתי ואינה אלא מנה נפרעת שלא בשבועה ופריך במאי גביא בהאי שטרא האי שטר' חספ' בעלמ' הוא אמר רבא באומרת אמנ' היתי' ביני לבינך וכן כתבו התוס' והרא"ש שם ובמגו לא מהימנא דהוי מגו להוציא. וכבר כתבתי בס"ס פ"ג ס"ק ז' וט' ובסי' פ"ד סעיף ד' ס"ק ה' דהרמב"ם והרשב"א ושאר אחרונים חולקין על זה ע"ש:

טו **ומצינו** מגו להוציא בברי ושמא גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה בכתובות (דף י"ב). כלומר אע"ג דלא אמרינן מגו להוציא כשזה שבא להוצי' טוען ברי וחבירו שמא אמרינן מגו אף להוצי' כדאמרינן גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה כו' וכן כתב בהגהת מרדכי ריש בבא מציעא וז"ל ובמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרי' מגו להוציא כדאית' בכתובות גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת במגו אפילו להוציא מהאי טעמא עכ"ל ויש לדקדק אמאי לא תירצו דהתם כיון דשטר כתובה בידה אמרי' מגו להוציא ואין לומר דסבירא להו דאף בשטרא מעלי' לא אמרינן מגו להוציא דהא מוכח בהכותב (דף פ"ה ע"א) בבי סטראי דבשטרא מעלי' אמרינן מגו להוציא וכמו שכתבו התוס' והרא"ש ושאר פוסקים בכמה דוכתי וגם אין לומר דהתם מסתמא מיירי שאין כתובה בידה ונביא בתנאי ב"ד דהא מעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידה דמיא ואע"פ שאין לה כתוב' וכדאמרינן בספ"ק דמציעא (דף י"ז ע"ב) ונראה דהא דאמרינן דבשטרא מעליא אמרינן מגו להוציא היינו כשהמלוה יודע בודאי שחייב לו והשטר מעליא הוא מצד שממון שלו בידו הוא משא"כ הכא שהאשה לא הלותה לבעלה כלום ואי לאו שחייב לה משום כתובתה שחייב כל בעל לתת כתובה לאשתו לא היה חייב לה כלום והלכך אי הוה הבעל נמי טוען ברי לא היה אמרינן שגובה מתנאי ב"ד ואפי' היה הבעל כותב לה כתובה והיה אח"כ טוען ברי והיה אומר בשעה שכתבתי לה כתיבה טעיתי כי סברתי שהיא בתולה ועכשיו ברי לי שהיתה בעולה לא הי' מועיל לה מה ששטר כתובה בידה כיון שאין הבעל חייב לה כלום אלא מצד כתיבת הכתובה לכך הוצרכו לטעם שהיא טוענת ברי והוא שמא. כן נ"ל ברור ודוק. וכן מוכרח לומר בבית חדש בסי' זה סעיף י"ט שמתחלה הקשה אהך דמגו להוציא לא אמרי' מהך דפרק קמא דכתובות גבי משארסתני נאנסתי ותירץ דשאני התם שהיא טוענת ברי והוא שמא ואח"כ כתב

דלא אמרינן מגו להוצי' אלא א"כ דאיכ' שטרא כו' וא"כ אמאי לא תירץ מתחלה בהך דפ"ק דכתובות דאיכא שטר או תנאי ב"ד דכמאן דנקטא שטר' בידה דמיא אלא ודאי כמ"ש כן נ"ל:

טז **מגו** במקום חזקה מבעי' לן גבי לא עביד אינש דפרע בגו זמניה ומבעי' לן בתר זמניה אי מהימן לומר פרעתי בגו זמניה מגו דאי בעי אמר פרעתי אחר זימני'. וכבר כתבתי בזה לעיל אות י' ע"ש:

יז **מגו** לא מהני רק תוך כדי דבור כמו נשביתי וטהורה אני (") וכן אשת איש הייתי וגרושה אני וכן כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו אבל לאחר כדי דבור לא מהימני וכן פירש"י ויש להביא ראיה מהא דקאמר (כתובו' דף כ"ב ע"א) אשת איש הייתי וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת ופריך הא שוויה לנפשה חתיכא דאיסורא ופריך מדקאמר וחזרה משמע לאחר זמן רבא אמר וחזרה משמע לאלתר. ומ"ש מגו לא מהני רק תוך כדי דבור כו' הוא פשוט ומוכח בהרב' מקומות בש"ס ופוסקים וגם מוכרח מהך דכתובות גבי אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני כי אף מ"ש בסוף רבא אמר וחזרה משמע לאלתר ליתא בש"ס שלנו מ"מ מוכרח כן בש"ס מדקאמר והא שוויה לנפשה חתיכא דאיסורא אמר רבא בר רב הונא כגון שנתנה אמתלא לדבריה תניא נמי הכי אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת עד כאן והוא פשוט ועיין לעיל באות ח':

יח **מגו** היכא דלא הוי אלא פירוש דבריו כמו את בתי נתתי לאיש הזה וקאמר סברא הוא אסר לה והוא שרי לה משמע אפי' לאחר כמה ימים וכן הוא בתוס' פ"ב דכתובות דף כ"ב סוף ע"א וע"ש:

יט **מגו** דאי בעי שתק מהימן אפי' גבי עדים אע"ג דקשה לומר דשני בני אדם יסכימו לדבר אחד אפי' הכי גבי שתיקה איכ' למימר יסכימו לדבר אחר כדמשמע (כתובות דף י"ח) גבי כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו מגו דאי בעי שתקי. זה נתבאר לעיל סימן מ"ו סעיף ל"ז ס"ק צ"ו וע"ש ולשון ר"ש מגומגם במ"ש אפ"ה גבי שתיקה איכ' למימר יסכימו לדבר א' ומה שייך הסכמת חבירו בזה אלא אפי' לא יסכים חבירו מ"מ אם ישתוק הוא ולא יגיד אין כאן עדות:

כ **מגו** דאי בעי אמר טענה אחרת גבי עדים לא אמרי' דאין לנו לומר שיסכימו שניהם לטענה אחת מהא דאמרי' (כתובות דף י"ח) לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינן נאמנים ולא אמרינן דמהימני לומר מחמת ממון מגו דאי בעי אמרי מחמת נפשות. כבר כתבתי זה לעיל אות ד'. וז"ל התוס'

פ' האיש מקדש דף מ"ג ע"ב ויש מקשין היאך אמרי' מגו דיכלי למימר אהדרי' ללוה כיון דשנים הם הא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה לא שנו אלא דאמרי אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים ומקשה התם ר"י אמאי לא יהיו נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון מגו דאי בעי אמרי אנוסים היינו מחמת נפשות ומתרץ ר"י דבשני עדים לא שייך לומר מגו שיהיו נאמנים במגו לפי שאין האחד יודע מה בדעת חבירו לטעון א"כ הכא אמאי נאמנים במגו ואומר הר"ר יעקב מקוצי דבטענות שנפטרים בה מממון כי הכא בטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר אחד ולכך אמרינן הכא דנאמנים במגו (מיהו לאחר דתקן רב נחמן שבועת היסת ליכא מגו כדאי' בש"ס שם) אבל בההיא דפרק האשה שנתארמלה דליכא דררא דממונא לגבי העדים התם ודאי אין נאמנים במגו כי אין עד יודע מה בדעת חבירו לטעון עכ"ל. ועיין לעיל סי ע"ב סעיף ל"ט ס"ק קנ"ח.

כא **מגו** דאי בעי שתקי לא אמרי' היכא דיש לנו לומר שרצה לומר הך טענה מהא דאמרינן (כתובות דף כ"ג) ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה ועל כרחך מיירי דהיא בחזקת פנויה דאי בחזקת אשת איש למה לי הך דאמר לא נתגרשה בלאו איהו נמי לא מהימן לומר נתגרשה אלא ודאי מיירי דהיא בחזקת פנויה (ואפ"ה מאן דאמר נתגרשה לא מהימן למיעבדה א"א אי לאו משום דתרוייהו בא"א קמסהדי הלכך לא מהימן) ל"ל הילכך לא מהימן מאן דאמר לא נתגרשה למיעבדה אשת איש אי לאו משום דתרווייהו באשת איש קמסהדי ואפי' הכא לא מהימן מאן דאמר נתגרשה] בהאי מגו דאי בעי שתיק דשמא היה רוצה לפסלה מן הכהונה. וכן כתב הר"ן פ"ב דכתובות גבי הך דעד א' אומר נתגרשה דאע"ג דלא קיימא בחזקת אשת איש אלא אפומייהו דהני סהדי מ"מ לא מהימן לומר נתגרשה במגו דאי בעי שתיק דדילמא למיפסלה לכהונה קא אתי:

כב **מגו** היכא דהטענה לא שכיחא לא אמרי' מגו דיכול לומר אותה טענה דהא גבי משארסתני נאנסתי בפרק קמא דכתובות דלרבן גמליאל לא מהימנא אע"ג דלכולי עלמא אית להו מגו והכא איכא מגו דמוכת עץ אני תחתיך ורבן גמליאל לית ליה האי מגו דלא שכיח וכן לכולי עלמא היכא דלא שכיח כלל. דברי רבינו שמשון צל"ע בזה וכמו שאבחר וגם לפי מה שכתבו התוס' בפ' המוכר את הבית דף ע' ע"ב וכן שאר פוסקים והטור והמחבר לקמן סי' ק"ח סעיף ד' דלא טענינן ליתמי החזרתי במגו דנאנסו משום דנאנסו לא שכיח מוכח דאף בטענה דלא שכיחא אמרינן מגו דהא איהו גופא אי טעין החזרתי נאמן במגו דנאנסו. מיהו לפי שטת הרמב"ן שהבאתי לקמן סי' ק"ח סעיף ד' דטענינן ליתמי החזרתיו במגו דנאנסו וכתבתי שם שכן עיקר יש לומר דאין הכי נמי דבדבר

דלא שכיח לא אמרינן מגו ונאנסו שכיח וכן משמע לי מפשטא דש"ס ר"פ המפקיד דאמרינן התם ש"ש שאמר נגנבה מקני ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה שואל שאמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא במאי הוה ליה למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיחא ע"כ משמע דנאנסו שכיחא ואע"פ שצריך לדחוק לדעת התוס' והטור והמחבר וסייעתם להכי קאמר מתה מחמת מלאכה לא שכיח' כלל מ"מ פשטא דמילת' לא משמע הכי. אך עדיין נ"ל להוכיח דאמרינן מגו אף בדבר דלא שכיחא ממה שכ' הרמב"ם פ"ב מהלכו' שכירו' דין י"ב והטור והמחבר לקמן סי' רצ"ו סעיף ב' דבשואל בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכה והרי מתה מחמת מלאכה לא שכיח' וכמו שהבאתי לשון הש"ס דריש פרק המפקיד ומכ"ש לפי מה דסבירא ליה להטור דנאנסו לא שכיחא א"כ לדבריהם צריך לומר דהא דאמרי' בריש פרק המפקיד מתה מחמת מלאכה לא שכיחא היינו דלא שכיח' כלל ואפ"ה סבירא להו לקמן סי' רצ"ו דהשואל נאמן במגו דמתה מחמת מלאכה הרי דאמרינן מגו אף בדבר דלא שכיחא: וגם קשה לי על מ"ש רבינו שמשון דלרבן גמליאל לא מהימנ' כו דאדרב' הא אמרי' התם בפ' קמא דכתובות דלרבן גמליאל מהימנא ואף אם נגיה ר' יהושע במקום רבן גמליאל דרבי יהושע אית ליה התם דאינה נאמנת מ"מ לא משמע התם דטעמא דרבי יהושע הוי משום דמוכת עץ לא שכיחא (") ואדרבה אמרינן בריש פרק האשה שנתארמל' דהא דתנן ומודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי' הימנו שהוא נאמן קאי אהא דפרקין דלעיל הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' רבן גמליאל אומר נאמנת במגו דמוכת עץ אני תחתיך ר' יהושע אומר אינה נאמנת כו' ופלגינא עלך בההוא מגו דהתם ובההוא מגו דהכא מודינא לך מכדי האי מגו והאי מגו כו' הכא אין שור שחוט לפניך כו' ע"כ ובין לפירש"י שפי' שור שחוט לפניך שתובעו ובין לפי' התוס' שפי' שור שחוט לפניך דהרי אין לה בתולים מ"מ מוכח דטעמא דר' יהושע לאו משום דמוכת עץ לא שכיחא ואין להביא ראייה לדברי ר' שמשון מהא דר"פ המפקיד שהבאתי דשואל לא מקני ליה כפינא במגו דאי בעי אמר מתה מחמת מלאכה כיון דמתה מחמת מלאכה לא שכיח דשאני התם שהוא אומר אמת להכי לא אמרינן שיזכה בכפל בשביל שאם רוצה הי' משקר דלא רצה לשקר ולומר מלתא דלא שכיחא לכך אמר יותר ברצון האמת ולכך לא תקנו חכמים בזה שיהי' הכפל שלו אבל לעולם מי שטוען דבר ואין אנו יודעים אם אומר אמת אמרינן מה לו לשקר שאם כוונתו לשקר היה לו לשקר ולומר אותה טענה אף דלא שכיחא ודו"ק. וא"כ מ"מ דברי רבינו שמשון בזה צ"ע. ומצאתי בתוס' פ"ב דכתובות דף

י"ח ע"ב שכתבו וז"ל וא"ת ולהימני' במגו דאי בעי אמרי אנוסים היינו מחמת נפשות ויש לומר דאונס מחמת נפשות לא שכיח ועוד דבשני עדים לא אמרי' מגו כדפרישית עכ"ל ומ"מ נראה כוונתם לתירוצא בתרא וכן הריטב"א שם לא כתב אלא תירוצא בתרא לחוד וכן בתוס' פרק האיש מקדש (דף מ"ג ע"ב) לא כתבו אלא תירוצא בתרא וע"ש:

כג **מגו** דהעזה לא אמרינן כי הא (ב"מ דף ד) דסלעין דינרין מלוה אומר ה' ולוה אומר שלש דלא מהימנינן ליה במגו במאי דאמר שלש במגו משום דהוי מגו דהעזה דפחות משתים לא מצי אמר דמיעוט סלעין דינרין שתים. והוא הדין במודה מקצת גופי' הוה ליה לאכוחי הכי דלא מהימן במודה מקצת במגו דאי בעי כפר הכל מה"ט דלא מעיז וכדאי' בש"ס ובתוס' פ"ק דבבא מציע' (דף ג' ע"א) ובכמה דוכתי מיהו דוק' הכא במודה מקצת וכי האי גונא משום דהוי מידי דכפירה אבל בעלמ' אמרינן מגו דהעזה וכמו שכתבתי לעיל אות ו' וכמו שכ' רבי שמשון גופיה לקמן אות כ"ט גבי שדה זו של אביך כו' ע"ש:

כד **מגו** לא אמרינן היכ' דמשים עצמו רשע דאינו נאמן לומר לא אכלתי מגו דיכול לומר מזיד הייתי גבי אמרו לו שנים אכלת חלב (כריתות דף י"ח) וגבי פלוני רבעני לרצוני (סנהדרין דף ט) ולא מהימן במגו דאי בעי אמר לאונסי משמע מתוך אלה הדברים שאינו נאמן לומר דבר אחד אע"ג דלא משווי נפשיה רשיע' מגו דמצי למימר דבר דמשוי נפשיה רשיע' וכן להפך לא מהימן למשוי נפשיה רשיע' מגו דאי בעי אמר טענה דלא משווי נפשיה רשיע'. מ"ש גבי שנים אמרו לו אכלת חלב כו' אע"ג דחכמים פליגי התם בכריתות ואמרי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא כתבו התוס' שם דף י"א ובריש בבא מציע' דף ג' ע"ב וזה לשונו ואם תאמר והאיך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כדאמרינן בפרק קמא דסנהדרין גבי פלוני רבעני לרצוני וי"ל דאין נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להבי' חולין לעזרה ע"כ:

כה **מגו** לא אמרי' היכא דבעי לאשבועי בהאי טענה דאמר מהא דאמר ואי א"ל פרעתיך ה"נ שאני הכא ע"י פלוני ופלוני דמהימני מגו דיכול לומר החזרתי ללוה יכול לומר למלוה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהבי ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ופרע ליה למלוה (") לשון זה מוטעה אבל הענין נכון והוא מהש"ס פ' האיש מקדש (דף מ"ג ע"ב) דאמרינן התם בשלוחין מגו דיכלי למימר אהדריני' ללוה יכולים למימר פרעין למלוה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהבי ליה כו' ונתבאר לקמן סי' קכ"א סעיף ט' ס"ק מ"ח ע"ש:

כו **מגו** היכא שיודע שהוא אומר אמת שאם היה רוצה לשקר היה אומר טענה טובה מזה אבל היכא שנוכל לומר שאינו מתכוין לשקר ואולי אינו אומר אמת לא אמרינן מגו שאם היה רוצה היה משקר כיון שנוכל לומר שאין דעתו לשקר ואולי אינו אומר אמת כי הא דאמרינן אמרה מת במטתו נאמנת במלחמה אינה נאמנת דאמרה בדדמי ולא מהימנא לומר במלחמה מת מגו דמת במטה והטעם כדפרישית זה נתבאר לעיל אות ט':

כז **מגו** לא אמרינן היכ' דאיכא עד אחד שמכחיש דברי המגו אע"פ שאדם נאמן בשבועה להכחיש העד כיון שבדבריו מודה קצת לדברי העד וצריך שבועה בהאי מגו לא אמרי' מגו כגון ההוא דחטף נסכא ואיכא עד א' דחטף וקאמר אין חטפי ודידי חטפי דאילו אמר לא חטפתי נאמן להכחישו בשבועה אבל הכא דמודה דחטף תו ליכא למימר לא חטפתי דאי הוה אמר לא חטפתי היה צריך שבועה להכחיש העד מדאוריית' וכיון דלא מצי נפיק מידי שבועה דאוריית' לא אמרינן מגו ודין זה הוי בנסכא דר' אבא וטעמא דלא מהימן במגו דהא צריך שבועה אף למגו. וכן כתבו התוס' פ' חזקת הבתים דף ל"ד ע"א בשם ר"י וע"ש באריכות ונתבאר זה לעיל סי' ע"ה סעיף י"ג ס"ק מ"ב ע"ש

כח **מגו** אמרינן אף היכא דצריך שבועה דרבנן מגו דאי בעי אמר טענה מעליות' אעפ"י שבאותה טענות איכ' ש"ד כיון שבטענה שטוען ליכא אלא שבועה דרבנן מהא דאמרינן (בפרק המוכר את הבית ד' ע') המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי לך בשבועה מגו דמצי טען נאנסו והך שבועה דנאנסו הוי מדאוריית' פי' שבועת שומרים ואפ"ה מהימן בהאי מגו כיון שבטענה שטוען החזרתי לך לא שייכא שבועה אלא דרבנן אע"ג שבשבועת המגו אינו יכול לישבע נאנסו דהא אמר החזרתיו מכ"מ כיון דבאותו שבועה של החזרתיו מצי משתבע וקודם שאמר החזרתיו הוי מצי למימר נאנסו אמרי' מגו משבועה לשבועה משבועה דרבנן לש"ד ולא דמי להך דאמרינן והשתא דתקון רבנן שבועת היסת כ' דמשמע דאף בשבועה דרבנן לא אמרינן מגו לא דמי האי דלא הוי משבועה לשבועה דלא הוי מגו חשוב כיון שהוא טוען טענה שאינו צריך שבועה והמגו צריך שבועה לכך בהך לא אמרינן מגו אבל הכא דהטענה שטוען צריך שבועה וגם בטענת המגו צריך שבועה וטענת מגו מעליא טפי שאינו יכול להכריע אמרינן מגו: מה שכתב מגו אמרינן אף היכא דצריך שבועה דרבנן כו' זה נתבאר לקמן סי' קכ"א סעיף ה' ועיין מה שכתבתי שם בסעיף קטן נ"ב ומה שהשגתי על מה"ר שלמה לוריא וסמ"ע בזה: וגם בסי' רל"ו סעיף ב' כתבתי בזה והוכחתי כדברי רבינו שמשון והשגתי על הסמ"ע וב"ח שם והבאתי עוד ראיות לזה מדברי הרמב"ם והסמ"ג והמחבר שם סעיף ב' ושכן

כתב הבעל המאור להדיא בפרק המוכר את הבית ד' קצ"ה ע"א ועוד משאר פוסקים וכן עיקר וע"ש:

כט **מנינו** מגו אף בדבר שטענתו יותר טובה מטענת המגו פ"ב דכתיבות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו דנאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם ופיר"י ע"כ דמיירי בשתבעו וא"כ טענתו של מגו לא חשיבא כמו טענה של ולקחתיה ממנו דהא בטענה של ולקחתיה ממנו לא מצי הבן לישבע דלא ידע אם אומר אמת אבל בטענה שלא היתה של אביך מעולם ידע הבן באמת דהא מיירי בשתבעו. זה נתבאר לעיל אות ו' ע"ש:

ל **מגו** לא אמרינן היכא דטענתיה לא ברירא למימר לפי שאינן רגילות כמו בטענה דטעיתי מהא דסוף פ"ק דגטין (ד' י"ג) הכהו גינאי דעברי חושבנא בהדי הדדי כו' עד לא פש לי גבאי ולא מידי פי' רבינו תם דבעי עדות ברורה אבל בלא עדות לא מהימן לומר טעיתי במגו והבי' ראייה מפרק שבועת הדיינים (דף מ"א) דתנן מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אלמא לא מהימן לו' אין לך בידי כי טעיתי במגו דנתתיו לך אחרי ההודאה. אמת שכ"כ התוס' אבל כבר שדיתי נרגא בזה לעיל סי' פ"א סכ"ג ס"ק ס' עיין שם הארכתי בזה:

עד כאן לשון רבינו שמשון עם מה שכתבתי עליו

לא **עיין** בתשובת מהר"א ן' ששון ס"ס צ"ו וסי' ק"א דלא אמרי' מגו היכא שיש מחלוקת והיה צריך לומר קים לי כו' וכן הוא בתשו' מבי"ט ח"ב סי' רפ"ט דף ק"מ סוף ע"א וע"ש:

לב **גם** תדע דמצינו בכמה מקומות שדוחין המגו בסברא מועטת לכן צ"ע לדון דין מגו וכ"ש שאין להוציא ממון משום מגו אם לא בדבר שהוא דומה ממש כי בקל יש לחלק ביניהם דוק ותשכח. ושוב ראיתי בתשו' ן' לב כתב ג"כ מדיני מגו. וע"ש בספר הראשון אחר כלל כ' ואילך וספר שני בסופו וספר שלישי מדף פ"א ואילך דיני מגו: