הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · תפארת יעקב

תפארת יעקב חושן משפט
חלק א

רבי יעקב גזונדהייט

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

תפארת יעקב חושן משפט חלק א

רבי יעקב גזונדהייט

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/תפארת-יעקב-חושן-משפט-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

על חו"מ סימן א 4
על חו"מ סימן ג 18
על חו"מ סימן ד 28
על חו"מ סימן ה 40
על חו"מ סימן ו 50
על חו"מ סימן ז 52
על חו"מ סימן ח 74
על חו"מ סימן ט 78
על חו"מ סימן י 80
על חו"מ סימן יא 82
על חו"מ סימן יב 84
על חו"מ סימן יג 97
על חו"מ סימן יד 102
על חו"מ סימן יז 121
על חו"מ סימן יח 129
על חו"מ סימן יט 136
על חו"מ סימן כ 137
על חו"מ סימן כא 143
על חו"מ סימן כב 148
על חו"מ סימן כג 167
על חו"מ סימן כד 172
על חו"מ סימן כה 176
על חו"מ סימן כו 187
על חו"מ סימן כח 297
על חו"מ סימן כט 321
על חו"מ סימן ל 327
על חו"מ סימן מ 531
על חו"מ סימן מא 542
על חו"מ סימן מב 556
על חו"מ סימן מג 580
על חו"מ סימן מד 628
על חו"מ סימן מה 644
על חו"מ סימן מו 677
על חו"מ סימן מז 768
על חו"מ סימן מח 774
על חו"מ סימן מט 780
על חו"מ סימן נ 801
על חו"מ סימן נא 805
על חו"מ סימן נב 815
על חו"מ סימן נג 819
על חו"מ סימן נד 820
על חו"מ סימן נה 828
על חו"מ סימן נו 831
על חו"מ סימן נז 859
על חו"מ סימן נח 861
על חו"מ סימן נט 883
על חו"מ סימן ס 884
על חו"מ סימן סא 898
על חו"מ סימן סב 902
על חו"מ סימן סג 911
על חו"מ סימן סד 913
על חו"מ סימן סה 918
על חו"מ סימן סו 955
על חו"מ סימן סז 1001
על חו"מ סימן סח 1027
על חו"מ סימן סט 1043
על חו"מ סימן ע 1054
על חו"מ סימן עא 1063
על חו"מ סימן עב 1082
על חו"מ סימן עג 1165
על חו"מ סימן עד 1182

על חו"מ סימן א

הלכות דיינים:

א) (הערה ממילא יובן, שהלכות דיינים חלים אך במדינות ומקומות אשר ברצון הממשלה יש כח לדייני ישראל לדון ולשפוט בעסקי ממון כפי חוקי דתם אולם במדינות ומקומות שלא ניתן הם רשות זה, חלילה לנו להתנגד אל שופטי וחוקי ארץ הנתונים מאת המלך ודינא דמלכותא דינא):

בזמן הזה כו' לשון הטור כדכתיב ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם לפני אלהים הכתובין בפרשה דהיינו סמוכין ולא הדיוטות ואנן הדיוטות והוא מדברי התוס' פ"ק דסנהדרין דהקשו דבפרק המגרש ממעט מדכתיב לפניהם ופרק קמא דסנהדרין ממעט מאלהים לזה כתבו דלפניהם לפני אלהי' הכתובין בפרשה קאי והוי שפיר חדא דרשה. וכתב הב"ח וז"ל ומ"ש כדכתיב לפניהם לפני אלהים הכתובין בפרשה כן פי' התוס' בשם ר"י סוף גיטין ורפ"ק דסנהדרין וכדמשמ' פרק החובל דמאלהים נפקא לן מומחין דהיינו סמוכין והא דאיצטריך לפניה' נ"ל דאי מאלהים גרידא לא הוי ממעטינן אלא מה שכתוב בפרשה כגון עבד עברי וד' שומרין וגזילות וחבלות אבל לא הודאות והלואות השתא דכתיב לפניהם דקאי אאלהי שמעי' דבכל המשפטי' בעינן סמוכין ודבריו תמוהין בזה דהא פשיטא דלמ"ד עירוב פרשיות ודרשינן מאלהים וא"כ לא איצטריך לפניהם כלל לאורוי' בהודאות והלואות דבלא"ה אהודאות והלואות נמי קאי ואדרבא אי נימא דלפניהם אתי לאורוי' דכולל כל המשפטים אפילו הודאות והלואות א"כ אפילו אי אין עירוב פרשיות נמי נימא הכי וליכא למימר דמ"ד עירוב פרשיות מהאי טעמא גופא הכי סבירא ליה כיון דכתיב לפניהם הא וודאי ליתא דהא הך עירוב פרשיות לא נאמר דוקא לדבר זה בלבד אלא לשאר מילי נמי דלא מוכח מלפניהם מידי ע"ש פירש"י ודבריו צ"ע בזה) ומיהו כתבו התוס' שם דבמילי דכפי' דוקא בעינן מומחין אפילו בשאר כל המשפטים וכדמשמע לפניהם אלו כלי הדיינים אבל בדין בעלמא דלאו מילי דכפי' לא בעינן סמוכין בשאר כל המשפטים אלא במה שכתיב בפרשה עכ"ל מבואר מדבריו שהבין כוונת התוס' דדוקא בכפי' בעינן מומחין ולא בדין דעלמא ובתומים תמה עליו דכוונת התוס' דודאי בדין דעלמא בעינן סמוכין רק דס"ד היכי שהדין חרוץ מפי סמוכים כגון במורד לכוף על הגט לא בעינן סמוכין קמ"ל לפניהם דאפילו בהא בעינן סמוכין ובין בדין דעלמא בין בכפי' בעינן סמוכין דבר תורה ובקצה"ח תמה עליו דכדברי הב"ח מבואר להדיא בתוס' דכוונת התוס' דלמ"ד עירוב פרשיות אכל מה דכתיב אלהים בעינן סמוכי' ולמ"ד אין עירוב פרשיות בהודאות והלואות לא ודוקא בדין אבל בכפי' אפילו

למ"ד אין עירוב פרשיות בעינן סמוכין מלפניהם וכתיב אשר תשים וזהו בכפיה וקאי על ע' זקנים וסיים שדברי הב"ח בסופו מגומגמין שכתב דלרש"י אין חילוק דאדרבא חילוק זה הוא דוקא לרש"י דקאי על ע' זקנים דאי על אלהים ליכא לאפלוגי בין מילי דכפיה לדין דעלמא ע"ש סי' ג' ס"ק א' ודבריו תמוהין מאד מכמה טעמים חדא דהתוס' גופא פרק המגרש דף פ"ח ע"ב כתבו בהדיא חילוק זה לפיר"י שם דקאי אאלהים ע"ש ועוד דא"כ תיקשי באמת לפי' התוס' למה לי לפניהם הא מאלהים ממעטינן וכן הקשו באמת בהמגרש וכתבו לחלק לענין כפיה ועוד אי ס"ד דכוונת התוס' דאפילו למ"ד אין עירוב פרשיות לענין כפיה בעינן סמוכין דדריש על ע' זקנים א"כ מה זה שהקשו התוס' בסנהדרין דף ה' ע"א בד"ה ואם על מה שפירש"י הברייתא כמ"ד אין עירוב פרשיות דהא התם דייק מר"י דיחיד מומחה דן א"כ סובר אין עירוב פרשיות ושמעינן ליה לרב יוסף פרק המגרש דעירוב פרשיות והשתא דברי התוס' סותרין זה את זה דהא הך דדריש מלפניהם פרק המגרש הוא לענין כפיה ולית ליה עירוב פרשיות ולק"מ וברור דמעולם לא עלה זה על דעת התוס' לפרש מילי דכפיה למ"ד אין עירוב פרשיות דלא קאי כלל לפירש"י על ע' זקנים וביאור דבריהם הוא כך דמתחילה הקשו דהסוגיות מתחלפות דכאן למדו מאלהים ובהמגרש מלפניהם ותרצו דלפניהם אאלהים קאי אח"כ כתבו דרש"י בגיטין לא פי' כן א"כ לדידיה קשה אח"כ כתבו ונראה לפרש הוא משום דקשיא להו למה לי לפניהם ונהי דקאי על אלהים והוי חדא דרשה מ"מ הא בקרא דאלהים סגי ועל זה כתבו דלענין כפיה מיירי וכן כתבו להדיא פרק המגרש וז"ל שם פי' בקונטרס דקאי על ע' זקנים ור"י אומר דאהאלהים טובא דכתיב בפרשה קאי וכן משמע בהחובל דמאלהים נפקא לן מומחין דקאמר אלהים בעינן וליכא ואיצטריך קרא דלפניהם דלענין עישוי בעינן מומחין עכ"ל הרי להדיא דעל פיר"י קשיא להו למה לי לפניהם ועל זה תרצו בכפיה כדבריהם בסנהדרין ודבר ברור הוא דכוונת הב"ח בפי' דברי התוס' היינו דאפילו למ"ד עירוב פרשיות דוקא לענין כפיה בעינן מומחין ולא בדין דעלמא ועל זה השיג בתומים דהא ליתא רק כוונת התוס' בין בדין בין בכפיה בעינן סמוכים ותימ' על הרב בעל קצה"ח שנעלם ממנו דברי התוס' פרק המגרש הנ"ל ובזה נדחו. כל דבריו שם: אך אמנם מה שתמה התומים על הב"ח לק"מ בלא"ה כי מה שהקשה לפי' הב"ח למה לי אלהי' לק"מ דכיון דלא סבירא להו לתוס' דקאי על ט' זקנים פשיטא דאיצטריך למכתב אלהים דעלה קאי לפניהם אבל בלי אלהים פשיטא דליכא למידרש מלפניהם דהא לא ידעינן אהי קאי תדע דרש"י פי' דקאי על ע' זקנים והתוס' פרשו דקאי על האלהים וקשה למה לי תיפוק ליה דמיתורא דלפניהם גופא קא דריש וע"כ דמלפניהם גופא ליכא

למידרש מידי דיש לומר ולא לפני עכומ"ז כדמוכח התם רק כיון דכתיב סמוכין בפרשה דרשינן לפניהם לפני הכתובין בפרשה וכן הוא בהדיא בתוס' וטור גם עיקר פירושו בכוונת התוס' תמוה מאוד ועם כי דברי התוס' בסנהדרין יש לפרש כן אבל בדברי התוס' בהמגרש פשיטא שאי אפשר לפרש כן דהם כתבו לדחות פירש"י מפרק החובל ודייקי דאאלהים קאי וכתבו ואיצטריך דבעישוי בעינן מומחין והשתא אי ס"ד דכוונת התוס' דבין בדין בין בכפיה בעינן מומחין היכי שהדין חרוץ מפי סמוכים א"כ מה זה שדחו פירש"י מפרק החובל הא כיון דלפירושם ג"כ ע"כ צריך לומר דאלהים מורה על דין דעלמא ולפניהם אעישוי היכא שהדין חרוץ מפי סמוכים וא"כ לפירש"י ג"כ נאמר כן דשפיר קאי לפניהם על ע' זקנים והא דדרשינן מאלהים בפרק החובל היינו בדין דעלמא ומלפניהם קא דרשינן בכפיה ואדרבא יותר יש לומר דקאי על ע' זקנים כמו שפירש"י שם דזה היה קודם מתן תורה אבל הך אלהים עדיין לא נאמר כלל שהרי עכשיו התחיל לומר לו כל המשפטים והשתא התם בהמגרש דמיירי בעישוי דריש מלפניהם ובהחובל ובסנהדרין דמיירי בדין דעלמא דריש מאלהי' והוא תמוה לכאורה ובט"כ צריך לומר דכוונת התו' דדוקא בכפיה בעינן סמוכין ואי מאלהים הוי אמינא אפילו בדין דעלמא והשתא בעינן תרווייהו אלהים להורות בגוף הדבר דבעינן סמוכין ומלפניהם דרשינן דוקא בכפיה אבל לפירש"י דקאי על ע' זקנים אי אפשר לומר כן דא"כ למה לי אלהים הא לפניהם קאי על ע' זקנים ושפיר ידעינן סמוכין ובמילי דכפיה דוקא דכתיב אשר תשים ואלהים למה לי ולפי זה גם כוונת התוס' בסנהדרין ע"כ כמו שכתבתי דמה שכתבו ונראה לפרש קאי סיום לתירוץ ראשון לפי פי' התוס' אבל לא לפירש"י רק כיון דמעיקרא לא הקשו רק דהסוגיות מתחלפות וכתבו לתרץ זה הפסיקו בענין והביאו פירש"י דלדבריו קשה אח"כ כתבו ונראה לפרש ליישב הקושיא לפי פרושם למה לי לפניהם כקושיתם פרק המגרש ועל זה תרצו לענין כפיה דאי מאלהים הוי משמע. אפילו בדין דעלמא גם בשאר כל המשפטים קמ"ל לפניהם דדוקא בשומרין אפי' בדין דעלמא בעינן מומחין אבל בכל המשפטים דוקא בכפיה וזהו אפילו למ"ד עירוב פרשיות דהסוגי' התם אליביה אייריי וזה ברור גם גוף דברי התומים מה שכתב היכא שהדין חרוץ מפי סמוכים רק לכופו לא נהירא כלל דמ"מ פשיטא דזה הוי כדין דעלמא מה שהוא דן אותו כדין מורד לכופו ואי משום שהדין פשוט הוא הא בדיני ממונות ג"כ כמה דינים פשוטים ידונו אותו בלתי סמוכים אלא וודאי דהא ליתא:

אך באמת תמהני על הב"ח ועל האחרונים הנ"ל האיך נעלם מהם דברי התוס' ב"ק דף ט"ו ע"א וז"ל וא"ת בלא לפניהם תיפוק ליה דבעינן מומחין מאלהים ויש לומר דלפניהם

איצטריך לכל דבר עישוי וכפיה אעפ"י שאינו דין דבעי מומחין וכן מוכח בפ"ק דסנהדרין דדריש מאשר תשים אלו כלי הדיינים עכ"ל הרי להדיא שלא עלה על דעת התוס' לומר דדוקא בכפיה בעינן מומחין כמו שהבין הב"ח רק דאפילו בכפיה בעינן מומחין ומעתה דון מינה דמה שכתבו בסנהדרין ובהמגרש ג"כ כוונתם כך וכן מורה הלשון בפרק המגרש בעינן מומחין משמע דס"ד דבזה לא בעינן ונראה כוונתם דוודאי לדין בעינן מומחין רק דס"ד אם הוא אינו רוצה לדונו כלל רק לכופו שילך לדון לפני מומחה בזה לא בעינן מומחה קמ"ל דגם לענין עישוי אף שאינו דין בעינן סמוכים אבל לפירש"י דקאי על ע' זקנים ליכא למימר הכי דכיון דכתיב לפניהם דקאי על ע' זקנים שפיר לא איצטריך אלהים. כלל דמלפניהם מוכח אפילו בכפיה וכ"ש בדין דעלמא והוצרכו לפרש דקאי על אלהים ושפיר איצטריך תרווייהו וזה ברור:

ובגוף הקושיא שהקשו התוס' על פירש"י נלפע"ד

ליישב בפשיטות והוא דבסנהדרין ד"ה פירש"י הברייתא דיחיד מומחה דן בע"כ כמ"ד אין עירוב פרשיות והקשו התוס' שם דהא ר"י סובר בפרק המגרש דעבדינן שליחותייהו אלמא סובר עירוב פרשיות והכא סובר דיחיד מומחה דן ע"ש ולפי זה רש"י לשיטתו יפה פירש דוודאי סביר' ליה לרש"י דלמ"ד עירוב פרשיות לא שייך תקנתא דרבנן ביחיד מומחה דהא מצי למידן לפני ג' ולמה נעקור דבר תורה בחנם דהדיוטות שכיחי ועוד דהא כל הטעם דעבדינן שליחותייהו וזה לא שייך רק בג' אבל ביחיד האיך נאמר מה דקמאי גופא לא מצי עבדי אנן דשליחותייהו עבדינן נדון ביחידי לזה פי' דאתיא כמ"ד אין עירוב פרשיות ושפיר בעי בגמרא כגון אנא דר' נחמן דסובר ג"כ אין עירוב פרשיו' כשמואל ופשיט שפיר מר"י דסובר דיני' דינא ומה שהקשו התוס' דהא ר"י סובר פרק המגרש עירובי פרשיות לק"מ ואדרבא מהתם הוי סייעתא לפירש"י דקשיא ליה באמת קושית התוס' דכאן ממעט מלפניהם והתם מאלהים גם למה לי לפניהם ומה שתרצו התוס' לענין עישוי לא ניחא ליה גם לא ניחא ליה גוף דבריהם דקאי אאלהים דעדיין לא נזכר אלהים רק אח"כ אבל ע' זקנים היו קודם לזה סבירא ליה דוודאי הך סוגיא דפרק החובל ופ"ק דסנהדרין דהוא לר' אבוהו שפיר ממעטינן מאלהים דעירוב פרשיות אבל ר' יוסף לית לי' עירוב פרשיות וא"כ ליכא למידק מאלהים דקאי על שומרין דוקא לזה דריש קרא דלפניהם דקאי על ע' זקנים וממעט משום דבעינן סמוכין אבל ג' לא בעינן דהא לא מוכח מלפניהם ועירוב פרשיות לית ליה הילכך ר"י שפיר דן אף שאינו סמוך דשליחותייהו דקמאי עביד אבל מה שהתיר לדון ביחידי זהו לאו מהאי טעמא דבהא ליכא תקנתא ולא שייך שליחותייהו דקמאי כנ"ל רק כיון דלית ליה עירוב פרשיות ממילא מדאורייתא

מותר לדון ביחידי רק בסמוך ובזה אנן שליחותייהו דקמאי עבדינן ואפילו אינו סמוך דן ביחידי ולק"מ והנה הב"ח סיים דלפירש"י אין חילוק ודבריו צ"ע דהא לרש"י ג"כ קשה קושית התוס' למה לי לפניהם רק דאפילו בתירוץ התוס' לא יתיישב דאלהים למה לי. אבל מ"מ הוא מוכרח לחלק בכפיה משום הך קושיא דלמה לי לפניהם אבל לפי מה שכתבתי לק"מ לרש"י ולפי זה לפי מה שבארנו לעיל כוונה התוס' יכול להיות דלרש"י כפיה לדין יכול להיות בלתי סמוכין:

ב ויש בהם חסרון כיס עיין תומים מה שתמה על המרדכי סוף המניח שכתב דהא דחייב ר"י למאן דתקע לחברי' הוא משום דשומתו ידוע והא בגמרא מבואר להדיא מילתא דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו וכן אמרו קנסא קא מגבית בבבל והתם ידוע שומתו ודבריו תמוהין וכמדומה לי שלא עיין במרדכי שם דמעיקרא הביא המרדכי מעשה באחד שהיה לפני ריב"א שחבל בחבירו ותפס ממנו כוס של זהב וקאמר שם כיון שאין ידוע שומתו לא מגבי' בבבל וכתב ואף דר"י חייבי' למאן דתקע לחבריה התם שומתו ידוע וכוונתו כמו שפירש"י להדיא בהך עובדא דר"י שהיה תפוס משלו דאל"כ לא מגבינן בבבל וזהו ג"כ כוונת המרדכי להקשות דחזינן דאם תפיס גובין ועל זה מחלק בין שומא ידוע או לא אבל בלא תפס פשיטא דלעולם אין גובין כיון דליכא חסרון כיס וכמו שאמרו קנסא קא מגבית בבבל ותימ' על התומים שנעלם ממנו פירש"י במקומו דהך עובדא דר"י בתפס מירי אך הא קשיא לכאורה דהא ההוא תורא דאלש ידא דינוקא ג"כ אמרינן דתפס אף שאין שומתו ידוע דקאמר התם שיימי' כעבדא ובאמת הא נמי לא קשיא דהמרדכי אזיל שם בשיטת ר"ת דבעינן שיתפוס דבר המזיק בעצמו ואז בוודאי מהכי אפי' אינו ידוע שומתו וכתב שם המרדכי דהיכא דגובין מגופו הלכ' כר"ת והיכ' דמשלם מעלי' הלכה כרב אלפס ועל זה הביא הך מעשה של ריב"א דהת"לא לא תפס דבר המזיק בעצמו ובאמ' לא בעינן בזה שיתפו' דבר המזיק וכתב שהיה לב הרב מהסס [משום דאיפשר דגם במעליה הלכה כר"ת] והשיב לו אם אתה רוצה לפטרו תוכל לפטרו לפי שאין שומתו ידוע ואפילו תפס לא מגבינן בבבל רק בנזק כשתפס דבר המזיק בעצמו כההוא תורא וההוא דר"י שומתו ידוע וזה ברור ולק"מ ע"ש:

ועיין סמ"ע שהעתיק לשון הטו' אשר תשים אשר תלמד מיבעי' ליה אלא זה מקל ורצועה שהם כלי הדיינים וכתב דהמחבר השמיטו דאינו נוהג רק בסמוכי' רק לשון הטור לא משמע הכי ולא ידעתי למה לא משמע הכי ואדרבא כיון שהביא דין זה קודם ואח"כ כתב ודוקא בזמן שיש סמיכה משמע דאהא נמי קאי דאל"כ היה לו להביא דין זה אח"כ ועוד דהא מאשר תשים דרשינן לה וכתיב לפניהם ודרשינן לפניהם ולא לפני הדיוטות

וא"כ ע"כ דדוקא אסמוכין קאי הרי דמהא דייקינן לפניהם אכפיה כמבואר בתוס' משום דאשר תשים דרשינן אלו כלי הדיינים הרי בהדיא דהא בהא שייכי והא נמי ע"כ בסמוכין רק הא קשיא דהא רב הונא לא היה סמוך כמו שכתב הר"ן פ"ק דנדרים ומ"מ אמר אפיקו לי מאני חנותאי גם קשה על הרמב"ם שהשמיטו כיון שנוהג בסמוכין ועיין אורים משום דרב הונא לזרוזי קאמר הכי דאל"כ מאי הביא מר"ה הא כל הדיינים בעו למיעבד הכי וכתב דלכך השמיטו הרמב"ם ואין זה נכון דוודאי כל הדיינים צריכין להיות להם אלו הכלים רק הא וודאי אין צורך שיהיו מזומנים אצלו בשעת הדין ולזה הביא מר"ה דהוי זריז טפי דכי יתיב לדינא אמר אפיקו לי מאני מכותאי שיביאו אותם לפניו בשעת הדין והעיקר בזה מה שראיתי בשם חכם אחד דר"ה קץ ידא דהאי גברא אף שלא היה סמוך אלמא דהיה סובר דלא בעינן סמוכין לכך היה לו ג"כ אלו הכלים אבל לדידן דדרשינן קרא דלפניהם ולא לפני הדיוטו' אין צורך לזה רק בסמוכים אמנם מה שלא הזכירו הרמב"ם בזה אמת כמו שכתב באורים ע"ש:

ג ופגם עסמ"ע ס"ק וא"ו דאף דבפרק החובל אמרינן עלה דשכיח הוא וגם יש בו חסרון כיס [זה לא נזכר שם רק הסמ"ע מסברא קאמר לה היינו דשכיח השומא מה יש בין בתולה לבעולה אבל המעשה מצד עצמה לא שכיח לאנס נשים ולפתות בתולות לכך לא עבדינן שליחותייהו ע"כ ואין זה נכון חדא דהא בגמרא פריך והא בושת ופגם דשכיחי א"כ אי הא דמשני מעיקרא שכיח היינו דהשומא שכיח מאי קושיא מבושת כיון דהכל לפי המבייש והמתבייש פשיטא דלא שכיח השומא גם אם הכוונ' מעיקר' בשומ' ואח"כ במעש' עצמה א"כ עיקר התירוץ חסר בגמר' דהא מעיקרא נמי אמר האי לישנא מילתא דלא שכיח אף גם דעדיין לא הועיל דמעיקרא פריך מבושת ופגם ובתירוץ לא נקט רק בושת בלבד ולא נזכר פגם כלל לכן נראה דהתם כדפריך מבושת ופגם רצה לומר אמרי הכי נמי דהא ר"פ אגבי בושת ד' מאה דינרי ופריך על זה מר"נ דקאמ' קנסא קא מגבית בבבל וליתא לדרב פפא והנה בע"כ צריך לומר דמה שהביא התרצן ראי' מר"פ לאו למימרא דבלי הראיה היה מקום להקשות וליכא למימר הכי נמי כיון דלא חזינן דגבי דא"כ תיקשי הא ליכא ראיה רק לבושת ואפגם לא מייתי ראיה כלל ואכתי תקשי מפגם וע"כ דכל שלא מצינו ראיה להיפך דלא גבי ליכא לאקשוי' דאיכא למימר אין הכי נמי דגובין רק דעדיפא משני ליה דאיכא נמי ראיה דגובין בושת ועל זה הקשה לו מר"ח דמבואר בהדיא דאין גובין בושת וע"כ דליתא לדר"פ ולפי זה מבושת קשה דמצינו דאין גובין אבל מפגם לק"מ דליכא ראיה דאין גובין שפיר י"ל דגובין לזה בתירוץ לא הזכיר פגם כלל דבאמת בזה שוב לא קשיא ליה כלל רק מ"מ כיון דמשני

אח"כ אבושת דבזה הוצרך לתרץ בחסרון כיס והטעם דבמקום דאיכא פסידא דבעל דין חששו ועבדינן שליחותייהו משא"כ במקום דליכא פסידא דבעל דין כגון בושת וכהאי גוונא הילכך ממילא פגם נמי לא גבי מהאי טעמא דאף שפירש"י התם דאפחתא מכספא היינו מעיקרא דס"ד הכל תלוי בקנסא ולא שכיח א"כ זה שמשלם מה דאפחתא פשיטא דממונא הוא אבל מ"מ פשיטא דבהא ליכא למיחש לחסרון דהא לא ברי היזקא כלל והיזק שאינו ניכר הוא כמו שפירש"י שם דרואין כמה אדם רוצה ליתן בין שפחה בתולה לבעולה למסרה לעבדו שיש לו קורת רוח ממנו ופשיטא דלחסרון כיס כי האי ליכא למיחש ולא עבדינן שליחותייהו אבל הגמרא לא הוצרך לתרץ אפגם דבלא"ה לק"מ רק בושת איצטריך ליה וממילא פגם נמי ובתומים ס"ק א' כתב כעין זה רק בסגנון אחר ודבריו תמוהין כמו שיתבאר בס"ק שאחר זה: (ד) אבל שבת וריפוי דנין. זהו דעת הרמב"ם והגאונים ותמהו המפרשים דהא אמרינן בגמרא להדיא אדם באדם לא שכיח אף דאית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו והנה הל"ח והע"ש וכן הסמ"ע רוצים לומר דריפוי ושבת שכיחי ג"כ כיון דהוי בלי מום משא"כ נזק דהוא לא שכיח כשעושה בו מום והרב בעל פ"י כתב זה ונעלם ממנו דברי הפוסקים הנ"ל ולפי דבריהם עדיין לא נתיישב לשון כל הנישום כעבד דהא לא תליא בהא כלל רק בשכיח וחסרון כיס גם ברמב"ם פשיטא שאי אפשר לומר כן שהרי הביא על זה שגם הגאונים אמרו כן דגובין ריפוי ושבת והנה מבואר דלא פסיקא ליה דין זה מסוגית הש"ס גופא רק דמסברא קאמר לה וגם הגאונים פסקו כן וקשה הא פשיטא דאית ביה חסרון כיס וא"כ אי ס"ל לרמב"ם הא נמי דבר פשוט דהוי מילתא דשכיח מה צורך לגאונים הלא פשוט בש"ס מילתא דשכיח ואית ביה חסרון כיס עבדינן שליחותייהו ואי משום דזה לא פסיקא ליה כ"כ דהוי שכיח ועל זה הביא סיוע מהגאונים א"כ האיך כתב הטעם משום דאית ביה חסרון כיס והשמיט העיקר מה שבא לחדש דהוי מילתא דשכיח כי על זה סובב כל דבריו ובאמת זה לא נזכר בדבריו כלל אלא וודאי דסבירא ליה דהא לא שכיח כלל או בריפוי ושבת שעל ידי מום ומ"מ דעתו דגובין לפי שיש בהן חסרון כיס והקושיא במקומה ועוד דהאיך סתם באמת דריפוי ושבת דנין הא ריפוי ושבת שעל ידי מום לא שכיח ואין דנין ואי משום דלא פלוג עבדי וא"כ גזילות ע"י חבלות למה אין דנין הא גזילות לבד שכיח והוי כמו ריפוי ושבת ובתומים כתב ליישב ושורש דבריו דוודאי נזק אדם באדם המעשה שכיח רק החסרון כיס לא שכיח ואינו ניכר לרבים מה הזיקו כי השומא בע"ע ואין עבד עברי נוהג כלל וזהו הכוונה מילתא דלא שכיח היינו החסרון לא שכיח הילכך ריפוי ושבת דהחסרון כיס שכיח שפיר דנין ובזה מיושב דמעיקרא מקשה מפגם דס"ד המעשה

לא שכיח א"כ פגם שכיח אבל אח"כ דמשני דחסרון כיס לא שכיח ואינו ניכר א"כ פגם נמי זהו תורף דבריו ודבריו תמוהין דהא בש"ס קאמר מלתא דלא שכיח ואית ביה חסרון אין דנין וכן מלתא דשכיח ולית ביה חסרון כיס ומפרש אדם באדם דלא שכיח אף דאית ביה חסרון כיס ולפי פי' התומים הכוונה דאף דאית ביה חסרון כיס כיון דהחסרון לא שכיח אין דנין בושת אע"ג דשכיח כיון דלית ביה חסרון כיס וקשה הא גם נזק שכיח המעשה רק דהחסרון כיס לא שכיח א"כ בושת דליכא חסרון כיס כלל פשיטא ומה זה דקאמר בושת אף דשכיח והיינו לא הרי זה כהרי זה דזה שכיח ולית ביה חסרון כיס וזה לא שכיח ואית ביה חסרון כיס ולדבריו אינו כן רק נזק שכיח המעשה וחסרון כיס יש רק לא שכיח ובושת גם כן שכיח המעשה ואין בו חסרון כלל אם כן הרי זה גרע מנזק מכל צד ודוק כי זה ברור ועוד קשה דפריך אח"כ והא אין מועד בבבל ומשני כגון דאייעד התם ובא לכאן ופריך סוף סוף מלת' דלא שכיח הוא ואת אמר' מלת' דלא שכיח לא דייניגן בבבל וקשה דהא אנן לא אמרינן רק מלתא דלא שכיח דהחסרון כיס לא שכיח וכאן הוי החסרון כיס שכיח וניכר לרבים דזה נגח שורו והפסיד ממונו רק המעש' לא שכיח וזה לא אמרינן כלל למסקנא ואי דמשמע ליה מצד עצמו דהיכי דהמעשה לא שכיח ג"כ אין דנין מ"מ לא היה לו לומר הא אמרת הא לא אמרי' כלל ואדרבא יש מקום לומר דוקא היכא דהחסרון לא שכיח ואינו ניכר זהו לא חשו ואין דנין אבל כשניכר ההיזק והפסיד ממונו שפיר חשו רבנן ועבדינן שליחותייהו וברור דכוונת הש"ס מלתא דלא שכיח דהמעשה לא שכיח דלא כהתומים ומה שכתב בפגם עדיין לא הועיל דמ"מ כמו דאמר אבושת בושת כיון דלית ביה חס"כ אף שזה פשוט דלית ביה חס"כ כ"ש דהוי ליה לאדכורי פגם נמי להשמיענו סברתו והעיקר בפגם כמש"כ בס"ק לפני זה]:

אבל לפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם בפשיטות והוא דוודאי יש להבין דרבא קאמר כל הנישום בעבד אין גובין בבבל ואמרינן עלה רבא לטעמיה דאמר רבא נזקי אדם באדם ונזקי אדם בשור אין גובין בבבל שור בשור ושור באדם גובין ופריך מ"ש ומסיק מלתא דשכיח ואית ביה חסרון כיס ע"ש וקשה לפי זה מהו הכלל שנתן רבא כל הנישום בעבד הא לא תליא בהא כלל רק במידי דשכיח ואית ביה חסרון כיס גם קשה דבהמגרש אמרו מלתא דשכיח ולא נזכר חסרון כיס כלל לכן סבירא ליה לרמב"ם דוודאי הך פי' כל הנישו' בעבד כך הכוונה והוא דאמרינן התם נזק כיצד רואין אותו כמה הוא יפה עכשיו במום זה וכמה היה יפה קודם והנה פשוט ששומא זו אי אפשר שישומו באחד ולראות כמה שוה עבד בשוק דהא לאו כל אדם שזה בזה וכן אמרו רואין כמה הוא יפה הרי שאנו צריכין לידע שומתו של איש זה כמה הוא יפה קודם ובהא וודאי לא קים לן בגוויה

ולא ידוע שומתו כלל וזה מאמר רבא כל הנישום בעבד שאנו צריכין לשום אותו האיש בעצמו שאי אפשר לידע שומתו מצד אחר בהא וודאי לא קים לן בגוויה וכן בצער פירש"י דרואין כמה אדם כיוצא בזה לפי מה שהוא מעונג רב צערו וכאבו הרי שהשומא באותו איש וכן בושת רואין לפי המבייש והמתבייש הרי שאין שומתו ידוע רק שאנו צריכין לשום אותו לפי מה שהוא חשוב ועל זה פריך בש"ס מ"ש אדם באדם דלא קים לן בגוויה שור בשור נמי לא קים לן בגוויה שהרי אנו צריכין לשום באותו שור ואי משום דכמה תורא מזדבני בשוקא כמה עבדי נמי וע"כ משום דהשומא באותו איש ולא כל אדם שוה וא"כ ה"ה בשור ועל זה שקיל וטרי דהחילוק הוא מלתא דשכיח ואית ביה חסרון כיס והכוונה דהא דאמר רבא כל הנישום בעבד אין גובין בבבל הכוונה דוודאי הכל תלוי בשכיח וחסרון כיס וחד מהני לא מהני רק ה"מ בדבר הנישום בעבד דלא קים לן בגוויה אז בעינן תרוויהו לכך בשור ושור דאיכא תרוויהו אף דלא קים לן בשומתו דנין אבל אדם באדם כיון דלא קים לן בגוויה ולית ליה תרוויהו דלא שכיח לא עבדינן שליחותייהו ולפי זה דוקא נזק צער ובושת בעינן תרוויהו כיון דלא, קים לן בגוויה דבושת הידוע שומתו בלא"ה קנס הוא משא"כ שבת וריפוי דשבת רואין כאלו שומר קשואין הילכך בהא לא בעינן תרוויהו רק כיון דאית בהו חסרון כיס לבד דנין אף דלא שכיח וזה שלא הביא הרמב"ם רק חסרון כיס לבד וכוונתו אף דלא שכיח ובהכי ניחא הא דבפרק המגרש לא נזכר דלא שכיח והיינו משום דדוקא בכל הנישום כעבד בעינן תרוויהו משא"כ התם ובהכי ניחא נמי הא דלא הזכיר הרמב"ם גזילות ע"י חבלות וכתב בפשיטות דגובין הקרן בגזילות היינו משום דמה בכך דלא שכיח סוף סוף כיון דאית ביה חסרון כיס דנין כיון דקים לן בגוויה ואינו בכלל כל הנישום בעבד ובזה יתיישבו היטב ג"כ דברי הרמב"ם בס"ק שאח"ז:

ה מי שגנב או גזל מגבין ממנו הקרן בלבד עסמ"ע דדעת המחבר והרמב"ם כדעת התוס' דדוקא גזילות ע"י חבלות אין דנין והש"ך השיג עליו חדא דלמה לא הביא המחבר והרמב"ם גזילות ע"י חבלות אין דנין ועוד שלא נזכר בב"י דעת התוס' ובאמת לא ראה בכ"מ שכתב להדיא דדעת הרמב"ם כדעת התוס' אך הא וודאי קשיא מה שלא זכר הרמב"ם גזילות ע"י חבלות אין דנין ועיין תומים מה שכתב ליישב והנה תורף דבריו לחלק בזמן שהיה סמוכין לזמן דליכא סמוכין או בבבל רק הוא כתב דבמלתא דלא שכיח ג"כ עבדינן בבבל רק דלא שכיח כלל כמו נזק ובזה הוקשה לו על קושית התוס' מפרק המגרש ועיין מה שדחק לפרש גם דחק לחלק בין נזק דלא שכיח כלל לגזילות ובאמת ברא"ש מבואר דכוונתו דבפרק החובל משמע דגזילות שכיחי ולא ידעתי למה

לו כל זה הא יש לומר בפשיטות דוודאי מלתא דלא שכיחא אפילו בבבל דליכא סמוכין לא עבדינן שליחותייהו רק גזילות שכיחא כדמשמע פשטא דלישנא דהרא"ש ומ"מ אף דשכיחי לא עבדינן שליחותייהו רק בבבל דליכא סמוכין אז חיישינן לנ"ד בפני הגזלנין משא"כ בהודאו' והלואו' אף שאין מצויין כ"כ בדבר קל לא ירצה להלו' אבל הגזלן יודע שהנגזל יטריח אחר מומחין ויוציא גזילה מתחת ידו כמו שכתבו התוס' פ"ק דסנהדרין וסברא זו סבירא להו לתוס' ומהרש"א ג"כ ואהא קשיא להו לתוס' מפרק המגרש דקאמר גזילות וחבלות נמי וקשה במה נפשך אי קאי לדידן בבבל הא באמת דנין גזילות ואי קאי בימי המשנה מאי משני לחלק בין שכיחי ולא שכיחי הא באמת גזילות שכיחי רק בימי המשנה דאיכא סמוכין אין דנין ולכך הוצרכו התוס' לחדש דהתם לדידן מקשה רק בגזילות ע"י חבלות ועל זה משני דגזילות ע"י חבלות לא שכיחי ואפילו בבבל לא דנין. והנה בתומים הביא דברי הב"ח והשיג עליו אבל המעיין בב"ח יראה שכתב ממש כדברי התומים אח"כ וכמו שכתבתי לחלק בזמן שהיה סמוכין רק דלפי זה קשיא ליה מפרק המגרש ע"ש בב"ח. אך אמנם בדעת הרא"ש יש לומר דסובר כהנ"ל ולא קשיא ליה מפרק המגרש כלל דהתם מקשה במה נפשך כיון דקאמרת דעבדינן שליחותייהו אי הטעם משום דבימי המשנה לא היה תיקון העולם כיון שהיה סמוכין רק בבבל דאיכא תיקון עולם עבדינן שליחותייהו א"כ למה אין דנין עכשיו חבלות דהא שייך תק"ה ג"כ דליכא סמוכין וע"כ דאין הטעם משום תק"ה רק דבמה דעשאו אותנו שלוחים אנן דנין אבל דבר אחר לא א"כ גזילות דדיינינן עכשיו למה לא דנו גם בימי המשנה ואהא משני דלעולם מפני תק"ה ומ"מ חבלות אין דנין דכיון דלא שכיח אפי' בבבל ליכא תק"ה גם מה שפירש בתומים כוונת מהרש"א דראייתו הוא דע"כ דמוכרח דמיירי בגזילות ע"י חבלות ודבריו דחוקין ובאמת נראה דכוונת מהרש"א פשוט דע"כ צ"ל דלפי האמת מיירי מתניתן בגזילות לחוד וחבלות לחוד דאל"כ הא לעיל מקשה למה לי תרתי ד"מ בשלשה גזילות וחבלות בשלשה כיון דמה הן קתני ומשני אי תנא גזילות וחבלות ה"א ה"ה הו"ה והא דקתני גזילות דעיקר מומחין בהו כתיב וקשה כיון דבאמת הפי' במשנה גזילות ע"י חבלות א"כ למה לי דקתני תנא גזילות וחבלות ומתוך כך הוצרך לשנו' בבא ד"מ בשלשה כדי דלא נטעה הא אי הוי נקט בפי' גזילות ע"י חבלות כמו שהוא באמת שוב ליכא למיטעי כלל ולמה סתם התנא שע"י כך הוצרך לשנות יתורא ד"מ בשלשה ומזה דייק מהרש"א דע"כ במתניתן באמת הפי' גזילות לחוד וחבלות לחוד רק דבמשנה לא קשיא דהיה סמוכין רק מפרק המגרש [ובחידושי הארכתי בכוונת מהרש"א בזה] אך אמנם בגוף דברי הב"ח והתומים אפילו אי נימא דכוונת התוס' כן אבל פשיטא שאי

אפשר לומר כן בכוונת הרא"ש פ"ק דסנהדרין שהעיקר הסברא כתבו התוס' ליישב מה שהקשו דבפרק אחד ד"מ משמע דבגזילות לא בעי דרישה וחקירה וכאן משמע דמומחין בעי וכתבו לחלק לענין מומחין ליכא חששא דמ"מ הגזלן לא יסמוך על זה דוודאי הנגזל יטריח עצמו אחר מומחין משא"כ הודאות והלואות בדבר קל לא ילוה א"כ האיך כתב דבאמת גם דו"ח בעינן והא בזה לא שייך האי טעמא א"כ אף בימי המשנה לא נבעי דו"ח והרא"ש כתב בהדיא מומחין ודו"ח ש"מ דעיקר טעמו משום דלא שכיח לכך כלל תרוויהו ואף אי נימא דכוונת הרא"ש לחלוק בזה על התוס' דגם בדו"ח אמרינן דמ"מ הגזלן לא יסמוך ע"ז לגזול בשביל כך משו' ספק שמא יכחישו העדים עצמן בחקירות שהרי יפסל לעדות ולשבועה וגם הנגזל יוציאנו מתחת ידו לכך כלל תרווייהו דבימי המשנה בעינן תרווייהו אבל מ"מ קשה לי טובא לפירוש הב"ח אי ס"ד דכוונת התוס' והרא"ש לחלק בזמן שהיו סמוכים לבבל דליכא סמוכין א"כ האיך כתב דבפרק החובל מסיק דגזילות שכיחי הילכך כל מידי דנין לבר מחבלות בבבל ולא בעינן דו"ח והשתא תקשי הא בימי המשנה דאיכא מומחין כתב הרא"ש מקודם דבעינן מומחין ורו"ח א"כ מאי עדיפותא דבבל לענין דו"ח דלא נבעי בבבל ודוקא לענין מומחין שייך שפיר לחלק דבבבל ליכא מומחין עבדינן שליחותייהו אבל למה נעביד שליחותייהו בלי דו"ח כיון דאפילו מומחין הוי בעי דו"ח וקל וחומר הוא ומה בימי המשנה דהיה נ"ד קצת דבעי מומחין דוקא הרי דמהאי טעמא בהו"ה לא בעי מומחין רק משום דבגזלן אפילו בטירחא לא חששו שלא יסמוך על זה דוודאי יטריח הנגזל ומ"מ בעי דו"ח ג"כ כ"ש בבבל דאפילו הדיוטות דנין א"כ ליכא נ"ד טפי מא"י א"כ למה יגרע דלא נבעי דו"ח וזה היא קושיא עצומה לפי' הב"ח בכוונת הרא"ש ומזה מבואר להדיא דסובר הרא"ש דסוגיא דסנהדרין פליגי על הסוגיא דהחובל וסוגיא זו ס"ל דגזילות לא שכיחי לכך בעינן דוקא מומחין ובעי דו"ח וסוגיא דהחובל סוברת דגזילות שכיחי לכך דנין הדיוטות ולא בעי דו"ח ודלא כהב"ח:

והנה הש"ך פי' דברי הרמב"ם והמחבר דכוונתם גזילו' דהיינו תשלומי כפל ודו"ה מגזילות וכן הפי' בסוגיא בהמגרש ובאמת כבר תמה על פי' זה הכ"מ והלח"מ שם דפשיטא דהרמב"ם לא מיירי בכפל גם בגזילות לא שייך כלל כפל ודו"ה ע"ש [ומה שדחה דברי מהרש"א כבר כתבתי מעיקרא לישבו] אבל לפע"ד נראה לפרש דברי הרמב"ם בפשיטות והוא דהא וודאי לא סבירא ליה לרמב"ם כפי' התוס' לחלק בין גזילות לגזילות ע"י חבלות דהא כבר הוכחתי בס"ק לפני זה דדעת הרמב"ם דוקא בכל הנישום בעבד דלא קים לן בגוויה בעינן תרתי חסרון כיס ושכיח אבל היכי דקים לן בגוויה בחד

סגי ומהאי טעמא פסק הרמב"ם בריפוי ושבת דגובין כיון דאית בהו חסרון כיס אף דלא שכיח א"כ ה"ה גזילות ע"י חבלות אף דלא שכיח כיון דיש חסרון כיס גובין ומהאי טעמא לא סבירא ליה ג"כ מה שכתב הנ"י והרב בהג"ה לחלק בין גזילה ממש לשליחו' יד דמ"מ גובין כיון שיש חסרון כיס אבל דברי הרמב"ם מבוארין כמו שכתב להדיא פ"ד מהלכו' גזילה ואבידה הגוזל אחד מחמשה ואינו יודע מי הוא הנגזל משלם גזילה לכל אחד ואחד ואף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים גם בראש הפרק שם כתב קנס קנסו חכמים לגזלנין שיהא הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן הגזלן הרי דמשכחת לה גזילות שדנין על הקרן גופא ומ"מ הוי ליה קנס כי מדינא לא היינו פוסקין כן והן הן דברי הרמב"ם כאן דקשיא ליה ג"כ קושית התוס' דהא גזילות דנין לזה סובר לחלק דבמשנה מיירי בגזילות כגון גזל אחד מחמשה ושאר הקנסות המוזכרין שם פ"ד הנ"ל שהן קנס ואח"כ נקט כפל דו"ה מגניבה וכן הרמב"ם כתב דיני קנסות כגון גזילות והיינו באופן הנ"ל שהוא קנס כמו שכתב פ"ד מהלכות גזילה ואבידה ואח"כ הזכיר כפל דו"ה מגניבה לזה כתב אח"כ מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני חוצה לארץ והיינו דבגזילה סתם פשיטא דדנין רק דיני קנסות כגון גזילות אין דנין והיינו כנ"ל ומהאי טעמא בפרק ד' מגזילה לא הזכיר שדנין אותם דאלו באמת אין דנין כמו שזכר כאן הרי דפ"ג מהלכות גזילה כתב וז"ל ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשוק או לעשות כמעשה הזה פעם אחר פעם קונסין אותו ואפי' בח"ל והיינו לפי שהוא למיגדר מלתא כמבואר בגמרא גזלנא עתיקא הוא ובעינא למיקנסא משמע בהדיא דבעלמא אין דנין קנס מגזילה רק קנס זה ולכך לא הזכיר בפ"ד דדנין וזה ברור ונכון וכן בהמגרש כך הפי' גזילות גזל אחד מחמשה או נגזל הנשבע ונוטל והא דמשני מלתא דלא שכיח היינו משום חבלות כמו שכתב הש"ך ולפי זה יש לומר דגם כוונת הרא"ש פ"ק דסנהדרין כן ולכך הביא הך דפרק החובל דגזילות שכיח ודנין אותם ומ"מ כאן אמרו שפיר גזילות אין דנין היינו הך גזילות דאמרן כגון גזל אחד מחמשה ולזה לא הזכיר הרא"ש הך סוגיא דהמגרש דמהתם נמי פשיטא דלק"מ דגזילות דהתם ג"כ כהך דהכא דהא אמתניתין קאי וכן נראה עיקר לדינא דכל גזילות דנין אפילו גזילות ע"י חבלות חוץ מהנך גזילות שכתבתי חוץ מהדין המוזכר פרק ג' מהלכות גזילה ואבידה שהוא למיגדר מלתא דנין אפילו בח"ל כנ"ל:

ו וכן אם תפס בזו נחלקו ר"ת והרא"ש דעת הרא"ש דאפילו לא תפס דבר המזיק מהני תפיסה ודעת ר"ת דלא מהני תפיסה רק שיתפוס דבר המזיק וכתב המרדכי סוף המניח דבנזק קרן עבדינן כר"ת ובשאר קנסות כהרי"ף ועיין תומים שתמה על הד"מ והסמ"ע שהוציאו כן מהמרדכי הנ"ל והא ליתא דהעיקר מחלוקת ר"ת והרא"ש הוא רק בקרן

דבזה שייך לתפוס דבר המזיק א"כ האיך שייך הכרעה מה דלא נחלקו רק בזה. ודבריו תמוהין דהא ר"ת נתן טעם דלכך לא מהני לתפוס דבר אחר משום דא"כ למחר יגזול כל אשר לו ולא מצינן לאפוקי מיניה שאין דנין דיני קנסות והנה קשה תינח בקרן אדם באדם ואדם בשור וכן שאר הקנסות דבזה לא שייך לתפוס דבר המזיק א"כ למה מהני תפיסה הא היום או למחר יגזול כל אשר לו ולא מצינן לאפוקי מיניה ודבר ברור הוא דדעת ר"ת באמת דלא נזכר תפס רק בקרן ובזה באמת מהני תפיסה שהוא תופס דבר המזיק אבל בעלמא לא מהני תפיסה כלל כיון דלא מצי תפיס דבר המזיק ולפי זה להרא"ש דחולק על ר"ת דלא בעינן שיתפו' דבר המזי' ממילא בעלמא נמי מהני תפיסה וזהו כוונת המרדכי דבקרן העיקר כר"ת משום דמשתלם מגופו ולאו מטעמיה שהיום או למחר יגזול דבזה העיקר כרא"ש דלא חיישינן לזה דהמותר מגבין ממנו א"כ ממילא בעלמא דמשלם מעליה כגון אדם באדם ואדם בשור מהני תפיסה וזה ברור גם מה שכתב בכוונת המרדכי דלא קאי כלל אפלוגתא זו רק במה שהביא שם קודם בטענו חיטין אי מהני תפיסה דר"ת סובר דוקא ביש לו תביעה על שניה' והרי"ף חולק דבטענו חיטין נמי מהני תפיסה ועל זה הכריע רבינו ברוך דבניזקין כשאין לו תביעה רק על אחד לא מהני תפיסה דמגופו משתלם משא"כ בטענו חיטין ובאמת חילוק זה הבי' הרא"ש סוף המניח בשם יש מפרשים ע"ש שהקשה על זה אבל באמת הא ליתא דהא בהדיא כתב המרדכי לאחר שהביא פלוגת' זו בתביעה על שניה' וז"ל ור"ת לטעמי' אזיל דסבירא לי' דבעינן שיתפוס דבר המזיק בעצמו ורבינו ברוך וכו' הרי להדיא דהמרדכי משוה שני התפיסות ועל זה הביא דברי רבינו ברוך להכריע וראיה לזה שהרי אח"כ כתב ומעשה בא לפני ריב"א באחד שחבל ותפס לשון כסף וקאמר דצריך שומא וכל דבר הצריך שומא אין מגבין בבבל והשתא קשה מאי ענין זה לכאן בדין טענו חיטין לענין תפיסה מה שאין גובין בבבל ודבר ברור משום שהמרדכי השוה אותם קודם דקאמר ור"ת לטעמי' והביא דברי רבינו ברוך להכריע ועל זה הביא מעשה דריב"א היה מהסס בזה משום שלא תפס דבר המזיק לדעת ר"ת והשיב שיש לפטרו מכח השומא וזה ברור:

ז אין מוציאין עיין תומים ס"ק ד' מה שהשיג על הד"מ וסמ"ע דמשמע מדבריהם דאם אין בקיאין בשומא ג"כ אין מוציאין אם לא שבקיאין מוציאין ממנו המותר דהם פרשו כוונת המרדכי סוף המניח שרוצה לפטור אותו שתפס הכוס שלא יצטרך להחזירו ובאמת במרדכי הפי' להיפך שרצה ליפטור המובל ולא מהני תפיסה לפי שאין בקיאין בשומא והנה בפי' דברי המרדכי יפה כתב אך מה שפירש טעם המרדכי לפי שאין בקיאין בשומא והוי הדבר ספק ובאמת הא ליתא שאם כך כוונת המרדכי לא היה לו לומר

משום שאין גובין בבבל דבר הצריך שומא הא בלאו הכי באמת לא ידעינן השומא ועוד דקאמר לפטרו לנחבל ויצטרך להחזיר הכוס דהא מ"מ לכל הפחות מה ששוה חבלתו לא יצטרך להחזיר והאיך שייך רצונך שאפטרנו וברור דכך כוונתו אף דבאמת ידעינן השומא מ"מ כל דבר הצריך שומא לא נמסר לנו לדון בבבל ועשו אותנו כאין בקיאין א"כ בזה אפילו תפס לא מהני ולפי זה לפי מה דקיימא לן באמת דלא כר"ת אלא בעלמא מהני תפיסה כמו שנתבאר בס"ק לפני זה א"כ ע"כ דלא סבירא לן כהמרדכי הנ"ל אלא אפילו בדבר שאינו קצוב דוקא בלי תפיסה אין דנין אבל לאחר תפיסה שפיר שמין לפי ראות עיניהם א"כ ממילא שפיר יש לומר דאם אין אנו בקיאין באמת יכול לתפוס מספק ואין אנו יכולין להוציא דאין דנין דיני קנסות דדוקא במותר כתב הרא"ש דגובין משא"כ אי לא ידעינן כמה הוא המותר ואפשר שמגיע לו כל תפיסתו אין מוציאין וכן יש להוכיח מתוך דברי ר"ת שנתן טעם דלכך לא מהני רק שיתפוס דבר המזיק דאל"כ למחר יגזול כל אשר לו ולא נוציא ממנו כיון שאין דנין דיני קנסות וקשה כיון דדעתו שאין אנו דנין לומר כך וכך תחזיק וכך וכך תחזיר על פי השומא א"כ בלאו הכי מוציאין מידו דאי אפשר לו לתפוס מספק כיון שלא נתברר לו אם מגיע לו סך זה פחות או יותר והרא"ש לא השיג עליו אלא משום דזה לא מיקרי דיני קנסות שכבר נפרע בתפיסתו רק על היותר דנין משמע הא אם היה גם זה בכלל דיני קנסות העיקר כר"ת וקשה דהא כיון דאין אנו שמין הרי בלאו הכי אין לו לתפוס מספק וע"כ דכל שיש בגדר האפשר שמגיע לו יכול לתפוס ואין אנו יכולין להוציא ממנו כיון דהכל בגדר קנס כיון שהוא בגדר האיפשר שמגיע לו ודו"ק:

ח וכך וכך תחזיר. היינו דוקא אם הביא עדים כדבריו שהזיקו אבל אם לא הביא עדים צריך להחזיר מה שתפס וכתב בד"מ דוקא אם תפס בעדים אבל אם תפס בלא עדים נאמן במיגו וכתב הש"ך דהרמ"ה שהביא הטור סימן שצ"ט חולק בזה דבקנס לא מהני מיגו ומה שהביא מהמרדכי אין ראיה דאזיל למ"ד פלגא נזקא ממונא ע"כ והנה מהמרדכי פשיטא דאין ראיה בלא"ה דקושיתו הוא אסיפא אחד תם ואחד מועד דמשני דתפס לכך משתלם לגדול מן התם ולקטן מן המועד ועל זה הקשה המרדכי למה לא משתלם למועד לגדול ולקטן מן התם במיגו דלא תפסתי ועל זה מתרץ דמיירי דתפס בעדים אך מה שהביא הש"ך מן הרמ"ה סימן שצ"ט אינו נראה כלל ונראה לפע"ד ברור דגם הרמ"ה שם מודה כאן והוא דשם כתב הרמ"ה דאם תפס אפילו בלא עדים אינו נאמן במיגו כיון דמודה בקנס פטור לא מהני מיגו והנה יש להבין הא עיקר דקנס פטור משום אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו וא"כ כאן שהוא כופר באמת ואנו מאמינים

לשכנגדו מטעם מיגו האיך שייך בזה למרשיע את עצמו הא אינו מרשיע את עצמו כלל רק אנן הוא דמחייבינן ליה מכח המיגו של חבירו וצריך לומר דטעמו של הרמ"ה כך דוודאי תפיסה לאחר שהודה אפילו להרא"ש שם לא מהני דאפי' אי מיגו הוי כעדים הא מודה בקנס ואמ"כ באו עדי' פטור רק בתפס והוא כופר א"כ סברת הרמ"ה דמעיקרא כשהוא כופר קודם תפיסה נאמן גם לענין זה שחבירו לא יוכל לתפוס אחר כך אפילו בלי עדים דהא יש לו מיגו דאי בעי הי' מודה ואז לא הוי מהני תפיסה א"כ כשהוא כופר מיגו שלו קדם ומיד אנו מאמינים אותו גם לענין זה שלא יוכל לתפוס ממנו שלא בעדים כמו שהיה מודה ולפי זה היינו דוקא בזמן שהיה מומחין אבל בזמן הזה דליכא מומחין וליכא מיגו דהא ליכא מודה בקנס כלל כמו שכתב הטור בשם הרמב"ן א"כ אף הרמ"ה מודה דנאמן חבירו במיגו אפילו בקנס:

על חו"מ סימן ג

א אין ב"ד פחות מג'. עסמ"ע וש"ך דמדאורייתא בחד סגי דכתיב בצדק תשפוט ורבנן אצרכו שלשה וכן דעת הרא"ש ע"כ. והנה מה שכתב שכן דעת הרא"ש אינו נכון אף דמה שהביא הש"ך ראיה ממה שכתב הרא"ש דלא קיימא לן כשמואל דרבא הוא בתרא אין ראיה כ"כ דיש לומר דסובר הרא"ש ג"כ כתירוץ הכ"מ א"כ אף דקיימא לן כרב אחא ברי' דרב איק' דמדאורייתא' חד כשר היינו לפי שהסוגי' דפרק ראוהו ב"ד מוכחת כדבריו אבל בהא דלית הלכתא כשמואל כיון דלר"א אינו מוכרח דאיתא לדשמואל דיש לומר דאלים תקנתא דרבנן משום יושבי קרנות דאפילו בדיעבד אין דינם דין כמו שכתב הכ"מ שם ורבא דהוא בתרא בע"כ חולק עליו קיימא לן בהא כרבא דלא כשמואל אך הא קשיא דהא בהדי' כתב הרא"ש על הך ברייתא דדיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו ביחידי וז"ל ומאן דאית ליה עירוב פרשיות מדאורייתא בעינן שלשה מומחין וחכמים תקנו דסגי בג' הדיוטות אי ביחיד מומחה עכ"ל והשתא הא הרא"ש פי' במילתא דר"א בריה דר"א דלא כפירש"י דסובר אין עירוב פרשיות אלא דסובר עירוב פרשיות רק לענין הדין נפקעו מהך קרא דבצדק תשפוט א"כ אי ס"ד דהוא פוסק כר"א היה לו לומר דלמ"ד עירוב פרשיות נמי מדאורייתא יחיד מומחה דן ואפילו ג' הדיוטות לא אצרכו רבנן רק משום יושבי קרנות אבל מדאורייתא בחד הדיוט סגי כמו שכתב הרא"ש בהדיא אליבא דר' אחא ומזה מבואר להדיא דהרא"ש פוסק כרבא ולא הביא דברי ר"א רק להורות בחד גמיר סגי וזה ברור:

אמנם בדעת הרמב"ם נלפענ"ד ברור כמו שכתב בכ"מ דוודאי רבא בע"כ חולק אדשמואל אבל ר"א ברי' דר"א יכול לסבור דינא דשמואל אבל מ"מ אנן לא קיימא לן כשמואל כיון דהסוגיא דפרק ב' דכתובות מוכח דלא כשמואל א"כ אף דקיימא לן כר"א בדר"א מוכח הסוגי' דפרק ראוהו ב"ד מ"מ בהא לא ס"ל כשמואל אלא דאלים תקנתא דרבנן משום יושבי קרנות דאפי' בדיעבד לא מהני פחות מג' וכן מבואר להדיא בלשון הרמב"ם פ"ב מהלכות סנהדרין הלכה י' כמו שיתבאר בסמוך ודלא כהתומים בזה כמו שאבאר:

אמנם תירוץ זה אינו מספיק רק להך קושיא דבגמרא משמע דתירוץ ר"א בדר"א תליא בדשמואל אך הא וודאי קשיא מה שהקש' הש"ך דהא בהדיא כתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות סנהדרין דבהודאות והלואות עבדינן שליחותייהו ואי סובר כר"א לא בעינן לשליחות כלל דהא בלאו הכי יכול הדיוט לדון מדאורייתא והנה הש"ך כתב שנעלם מהב"י קושיא זו ובאמת נעלם ממנו דברי הכ"מ פרק ה' מהלכות סנהדרין שהביא קושיא זו בשם הרמ"ך וציין לעיין בתשובת הרשב"א שהביא פ"ב שם ובאמת בתירוץ הרשב"א שם לא נתיישב קושיא זו כלל כמבואר. גם יש לתמוה על הרשב"א שכתב דהרמב"ם סובר אין עירוב פרשיות אליבא דר"א כמו שפירש"י ובאמת מבואר להדיא ברמב"ם פ"ב מהלכו' שכירות דעירוב פרשיות ולא ידעתי מי הכריחו לזה דפשיטא דאפילו אי מפרש כפי' התוס' והרא"ש אליבא דר"א אתי שפיר דאפילו למ"ד עירוב פרשיו' גלי קרא בצדק תשפוט דלענין זה לא נתערבו ומ"מ אף לפי פי' זה קשה קושיא הנ"ל. אבל באמת נלפע"ד דלק"מ ואדרבא בזה יתיישבו ג"כ דברי הרמב"ם סוף פ"ה מה"ס שכתב דיחיד מומחה לרבים אף שדן דיני ממונות אפי' ביחידי אין ההודאה בפניו חשוב הודאה אבל ג' הדיוטות הוי כב"ד סמוך לכל הדברים וכן הכופר בפניהם אינו יכול לחזור בו אם באו עדים והוחזק כפרן משא"כ לפני יחיד מומחה לרבים. וכתב הטור דהרא"ש חולק דאין חילוק בין יחיד מומחה לג' לכל דבר ובאמת יש להבין דברי הרמב"ם כיון דג' הדיוטות אף שאינן סמוכין עבדינן שליחותייהו והוי כב"ד סמוך לכל דבר והיינו משום נעילת דלת א"כ אי ביחיד מומחה שייך ג"כ נעילת דלת למה לא יהא גם הוא כב"ד סמוך ואי משום דביחיד מומחה לא שייך נעילת דלת א"כ למה יוכל לדון ביחידי ובאמת מהאי טעמא דעת הרא"ש דאין חילוק כלל לכן נראה פשוט דוודאי סובר כמו שכתבתי לעיל סימן א' ס"ק א' דדוקא בג' הדיוטות שייך נעילת דלת שלא ימצא מומחין לכופו לדין משא"כ יחיד מומחה גם לא שייך ביה שליחותייהו עביד ע"ש רק הטעם דיחיד מומחה דן דיני ממונות דכתיב בצדק תשפוט דאפילו יחיד דן ואפילו הדיוט כיון דאפקי קרא מב"ד רק מדרבנן בעינן ג' הדיוטות משום יושבי קרנות אמנם היינו בגוף הדין דאין צריך

ב"ד דאפקי קרא אבל לענין שיהא המודה בפניו הודאה גמורה שלא יוכל לחזור וכן הכופר בפניו ובאו עדים שיהא מוחזק כפרן בהא לא אפקי קרא רק לגוף הדין דבעלמא לא הוי הודאה והוחזק כפרן רק בב"ד וב"ד לא מיקרי רק סמוכין וג' אמנם בג' הדיוטות משום תקנתא דרבנן הוא דהוי ב"ד דשליחותייהו דקמאי עבדינן אבל ביחיד דלית ביה תקנתא א"כ בדין דעלמא יכול לדון בעצמו בדין תורה דלא שייך בי' משום יושבי קרנות אבל במה שמן התורה צריך ב"ד דוקא ביחיד מומחה דליכא נעילת דלת לא תקנו ואין הודאה לפניו חשוב הודאה ולא הוחזק כפרן וזה ברור ומעתה נימא מה שכתב הרמב"ם פ"ה מהלכות סנהדרין דבהודאות והלואות עבדינן שליחותייהו היינו לענין זה שיהא המודה בפניהם כמודה בב"ד סמוכין ולא יוכל לחזור וכן אם כפר ובאו עדים הוחזק כפרן וכן מבואר להדי' בדבריו דמעיקרא כתב דיני גזילות וחבלות אין דנין אותן אלא שלשה מומחין הסמוכין בארץ ישראל אבל שאר דיני ממונות כגון הודאות והלואות אינן צריכין מומחה אלא אפי' שלשה הדיוטות ואפילו אחד מומחה דן אותם ומה שכתב הודאות והלואות כוונתו או שיש עדים שהודה בפניה' באתם עדי שחייב לו או שראו שלוה ממנו מעו' לפיכך דנין בהודאו' והלואות וכיוצא בהן בחוץ לארץ אף שאין ב"ד של חוץ לארץ אלהים שליחות ב"ד של ארץ ישראל עושין וכוונתו מבואר דמעיקרא כתב סתם דבשאר דיני ממונות דנין שלשה הדיוטות ואפי' יחיד מומחה והיינו דבזה לא בעינן סמוכין מקרא דבצדק תשפוט אח"כ הקשה למה דנין בהודאות והלואות ב"ד של חוץ לארץ והיינו בדבר הצריך ב"ד שיהא מוחזק כפרן והודאתו הודאה שלא יוכל לחזור אף שאין סמוכין דשליחות ב"ד של א"י עושין ובזה לא הזכיר יחיד מומחה דבזה אינו דן כיון דמדאורייתא בעי ב"ד לא שייך בי' תקנתא דרבנן ולא מצי עביד שליחותייהו דקמאי כמו שכתב להדיא סוף פרק ה' מה"ס הנ"ל ועיין תומים מה שכתב בישוב דברי הרמב"ם ותורף דבריו דאפילו לר"א ברי' דר"א ורבא מן התורה חד סגי משום קרא דבצדק תשפוט רק דעכ"פ סמוך בעינן כיון דעירוב פרשיות ור"א ברי' דר"א מתרץ למ"ד אין עירוב פרשיות ואפילו סמוך לא בעינן לכך ר"א אית ליה דשמואל ורבא לית ליה דשמואל כיון דבעינן סמוך ובטל שליחות כיון דליכא ג' לכך פסק הרמב"ם כרבא דלא. כשמואל עכ"ד ואין דבריו נכונים כלל חדא כיון שכתב דביחיד מומחה לא שייך תקלתא דרבנן להרמב"ם א"כ למה יוכל לדון אם אינו סמוך כיון דסמוך בעינן לרבא ובאמת מבואר ברמב"ם דיחיד מומח' גמיר וסביר אפי' אינו סמוך יכול לדון ועוד קשה כיון דמדאורייתא בעי סמוך א"כ לא מהני ג' הדיוטות מדאורייתא רק מדרבנן א"כ האיך כתב הרמב"ם אף שאין ב"ד פחות מג' מ"מ מן התורה יכול לדון אפי' אחד ומדברי סופרים עד

שיהיו שלשה והנה מה שכתב עד שיהיו שלשה היינו הדיוטות והאיך שייך עד שיהיו שלשה הא מדאורייתא אף בשלשה לא מהני רק בסמוך גם קשה למה כתב דיחיד מומחה שאין הודאה לפניו חשיב הודאה ובג' הדיוטות חשיב הודאה א"כ במה נפשך אי ביחיד מומחה בלתי סמוך למה יוכל לדון כלל הא לא שייך ביה תקנתא דרבנן ועוד הא כתב בהדיא אפילו סמוך א"כ בסמוך מותר לדון דבר תורה וג' הדיוטות אינו מדאורייתא רק משליחות והך עדיפי הם מיחיד מומחה סמוך לכן אין לדבריו קיום כלל והעיקר בכוונת הרמב"ם כמו שכתבתי מקודם ועיין מה שאכתוב עוד לקמן בס"ד בזה:

ב חד דיודע סברות בדינים. בזו נחלקו הרמ"ה והרא"ש דלהרמ"ה לא מהני רק ג' דגמירי ולהרא"ש בחד דגמיר ויודע סברות בדינים וטעמו של הרא"ש דהא בגמרא אמרינן אי איפשר דלית בהו חד דגמיר והרמ"ה סובר דזהו לר"א אבל לרבא דמן התורה ג' בעינן בעינן ג' דגמירי ודברי הב"ח מעורבבין בזה דמעיקרא כתב דגם הרא"ש סובר דתליא בזה רק דפוסק כר"א והרמ"ה כרבא והקש' דהוי לי' למימר הך איכא בינייהו ומתוך זה וחזר בו דלהרא"ש לא תליא בהא כלל ופוסק כרבא כרבא וכ' דלהרמ"ה לא קשיא האי איכא בינייהו משום דה"ה דהוי מצ"ל כן ועדיפא מינה קאמר ע"כ ולפי זה גם להרא"ש מעיקרא לא קשיא מהאי טעמא וצריך לומר דוודאי מעיקר' להרא"ש קשיא לי' שפיר דליכא למימר דהך איכא בינייהו עדיפא לי' דהא הרא"ש פוסק דלא כשמואל א"כ בע"כ דהך איכא בינייהו אינו עכשיו לאחר תקנה רק לעיקר הדין תורה כמו שכת' הרשב"א הובא בכ"מ א"כ קשיא לי' שפיר למה לי' לומר איכא בינייהו מה שאין נ"מ השתא הוי לי' לומר הך נפקותא דאף עכשיו יש נ"מ לזה חזר הב"מ ופירש דלהרא"ש לא תליא בהא כלל רק להרמ"ה ולהרמ"ה לא קשיא כיון דהוא לא פסק כר"א שפיר הנפקותא עכשיו לאחר תקנה א"כ לא עדיף הך נ"מ מהך ואדרבא הא עדיפא ליה כמו שכתב הב"מ ועיין היטב בלשון הב"ח ובתומים הביא ראיה להרמ"ה מהא דפריך אלא מעתה ש"מ דבלא זה יש לומר משום יושבי קרנות אבל עכשיו מדינא צריך ג' מן התורה א"כ צריך שלשה דגמירי ולא שייך משום דנפישי יושבי קרנות ומוכח כהרמ"ה דשלשה דגמירי לרבא בעינן ואין כאן ראיה כלל ופי' דברי הגמרא כך בשלמא אי הפי' במשנה דיני ממונות בעינן ג"כ ג' ומומחין ולא מה הן קתני משום נ"ד א"כ ג' הדיוטות בלי קבלה אינן יכולין לדון כלל ואפילו בקבלה מ"מ לא קשיא טעו לא ישלמו דהוי כמו אינו מומחה בקבלה דיכלי למימר קבלנו אדעתא דלידון דין תורה וה"ה בג' כיון דאינן יכולין לדון בלי קבלה אבל עכשיו דרבנן אמרו שידונו ג' משום נעילת דלת א"כ אפילו בלי קבלה יפטרו דהוי כנקיטי רשותא ובקבלה באמת פטירי כמו יחיד מומחה כמבואר בסימן כ"ה וזה ברור.

ולענין הדין כיון דסברת הרמ"ה הוא רק לרבא ובאמת כבר כתבתי מקודם דהרמב"ם פוסק באמת כר"א א"כ ממילא חד גמיר סגי והרא"ש דפוסק כרבא ג"כ סובר כן אפילו לרבא הכי נקטינן. אמנם נראה דהיינו דוקא בדין גופא אבל בהודאה שמודה לפניהם שלא יוכל לחזור או שיהא מוחזק כפרן דבזה צריך ב"ד ולא מהני יחיד מומחה רק ג' הדיוטות א"כ אלו ג' צריך שיהיו גמירי כיון דמדאוריית' בעי ב"ד אפילו להרמב"ם וצ"ע שהשמיטו המחבר ואולי סובר דזה לא שייך רק בעיקר הדין צריך שיהיו ג' דגמירי אבל לענין הודאה או הוחזק כפרן אין נ"מ בזה ולא שייך בזה סברת הרמ"ה כיון שאין זה דין וצ"ע בזה (ג) אין דיניהם דין. הב"ח כתב דבקידושין יש להחמיר כשמואל והש"ך חולק עליו וצריך לומר דהיינו דוקא אם טעו אז יש להחמיר בקידושין באופן שאם הי' יכולין לדון היה הדין מה שעשו עשוי כדלקמן סי' כ"ה א"כ אף דהם אינן יכולין לדון יש להחמיר כשמואל בקידושין אבל אם לא טעו אין נ"מ בקידושין דסוף סוף הדין כן והקידושין מועילין וכן משמע ממה שטרחו האחרונים להמציא נפקותא בזה לענין זמן ב"ד עש"ך וט"ו לקמן סי' כ"ה משמע דלענין קידושין אין חילוק והנה לפי מה שכתבתי בס"ק א' דהעיקר כתירוץ הכ"מ דהרמב"ם פוסק כר"א א"כ לכאורה יש לחוש לקידושין כיון דמדאורייתא מהני וכן הוא בתומים אבל באמת נראה דהא ליתא ולא דמי להא דבאבן העזר סי' כ"ח בקידשה בגזל דרבנן דהתם שאני דהוא באמת קידשה בגזל זה בתורת גזל א"כ אף דמן התורה אינה מקודשת מדרבנן מהני אבל הכא שהוא לא קידשה רק על פי פסק הדיינין שפסקו שהוא שלו וקידשה בתורת שהוא שלו אבל אם מדרבנן אין דינם דין ונתברר שטעו א"כ אינו רוצה לקדש כלל בדבר שאינו שלו אפי' מדרבנן ומעיקרא הוי הקידושין בטעות ועוד דמ"מ כיון דחוזר הדין ומוציאין ממנו א"כ במה קידשה הא לאו מידי יהיב לה ועיין באה"ע סי' כ"ח בב"ש שם:

ד או שהוא מומחה לרבים. זהו ממה דגרסינן פ"ק דסנהדרין דף ה' ע"א דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי. והנה רש"י פי' התם וז"ל דכתיב בצדק תשפוט וקסבר אין עירוב פרשיות משמע מדבריו דאי עירוב פרשיות אסור לו לדון ביחידי וטעמו כיון דעיקר התקנה הוא שלא תנעול דלת בפני לווין שלא ימצא מומחין לכופו לדין וזה לא שייך רק בג' הדיוטות אבל יחיד מומחה הרי יכול לצרף עמו שני הדיוטות ולמה לן לעקור דבר תורה בחנם ולפי זה לדידן דקיימא לן עירוב פרשיות אין מומחה לרבים דן ביחידי אמנם המחבר נמשך אחר דעת התוס' שכתבו דיחיד מומחה ג"כ תקנתא דרבנן הוא שידון ביחידי כמו ג' הדיוטות וכן כתב הרא"ש והם הכריחו פי' זה דקשיא להו לפירש"י חדא דהא ר"י אית לי' עירוב פרשיות פרק המגרש והכא

סובר דדן ביחידי [ועיין לעיל סי' א' ס"ק א' כתבתי ישוב נכון לקושי' זו] ועוד דהכא קאמר דיני' לאו דינא אפי' בדיעבד ש"מ כר"א דיחיד מומחה דן ואין דיניהם דין [והרב מהרש"א נתקשה בביאור דברי התוס' ודבריו תמוהין כמו שכתבתי לקמן סוף סי' כ"ה ע"ש] ומזה הכריחו אפילו למ"ד עירוב פרשיות יחיד מומחה דן ולפענ"ד נראה דלק"מ לרש"י ואדרבא לפירוש התוספת קשה דהם דייקי דלשון דיניה לאו דינא משמע דיעבד א"כ תיקשי לדידהו לשון או דילמא אפילו לא נקיט רשותא דיניה דינא דמשמע דיעבד הא אפילו לכתחלה יכול לדון ודוחק לומר משום דקאמר מעיקרא דיני' לאו דינא קאמר אח"כ דיני' דינא לכן נראה דוודאי מודה רש"י דיחיד מומחה לרבים בדיעבד דינו דין כדמוכח ממר זוטרא דמייתי התם רק סובר רש"י דלכתחלה אין לו לדון מטעם הנ"ל דלא תקנו בו שידון לכתחלה אבל בדיעבד לא גרע מג' הדיוטות [או כמו שכתבו התוספת שם משום אל תהא דן יחידי) והשתא כיון דקתני בברייתא דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה דן אפילו לכתחלה ש"מ דסובר אין עירוב פרשיות ובגמרא בעי כגון אנא דר"ח דסובר עירוב פרשיות אי דוקא נקיט רשותא אבל לא נקיט רשותא אפילו בדיעבד אין דינו דין או דילמא אפילו לא נקיט רשותא עכ"פ בדיעבד דינו דין ועל זה פשיט מר"י דלא הדר דיני' דמר זוטרא ש"מ בדיעבד דינו דין אפילו לא נקיט רשותא כנ"ל ליישב פירש"י ועיין לקמן סוף סימן כ"ה שם. הארכתי דבזה מיושבין עוד שם מה שהקשו התוספת על פירש"י בד"ה ואי לא ושם יתבאר ג"כ האיך באמת דן מר זוטרא לכתחלה ביחידי ע"ש. ולפי זה לענין דינא נראה לפע"ד דוודאי לענין דין דעלמא אין להכריע כפירש"י כיון דדעת התוספ' והרא"ש והרמב"ם דיכול לדון לכתחלה אפי' לדידן דעירוב פרשיות אבל לענין הודאה שיהא המודה בפניו כמודה בב"ד או שיהא מוחזק כפרן א"כ אף אם בדיעבד אין להכריע כהרמב"ם כיון דדעת התוספת והרא"ש דאין חילוק וכן רש"י מודה בדיעבד דינו דין כנ"ל אבל לכתחלה כיון דבזה שוין רש"י ורמב"ם דלא מהני וכבר בארנו דלק"מ קושית התוס' ורא"ש על רש"י א"כ נראה דלכתחלה אין לו לפסוק על פי מה שהודה בפניו וחזר בו או שהוחזק כפרן ועיין בסמוך. ומה שכתב ובזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים עיין מה שכתבתי לקמן סי' כ"ה בזה:

ה ואינן מומחין לרבים. עסמ"ע וש"ך ובתומים הכריע לדינא לחלק בין יחיד מומחה לב' ולא נחלק הרא"ש רק ביחיד דטעמו של הרמב"ם דלא מהני כיון שיכול להכחישו הוי פטומי מילי אף שאינו מכחיש והרא"ש חולק כל שאינו מכחיש אבל בב' כיון שאינו יכול להכחיש הוי כב"ד גמור כיון שיכולין לדון הוי הודאה עכ"ד ואין דבריו נכונים חדא דלדבריו יחיד מומחה וחד הדיוט סגי אף לענין הודאה דהא יכול לדון וגם אינו יכול

להכחיש דהא כל הכשר לעדות אפי' הדיוט מהני ומדברי הרב משמע דעכ"פ ב' מומחין בעינן ועוד דהא כתב המחבר אפי' הם סמוכין ש"מ דאפילו בב' סובר דלא הוי הודאה ועוד דהא דעת המחבר ברמב"ם דפוסק כר"א דמדאורייתא חד כשר ואפילו הדיוט דכתיב בצדק תשפוט א"כ ע"כ דמה שכתב הרמב"ם פ"ה שם דבג' הדיוטות בהודאות והלואו' עבדינן שליחותייהו ע"כ כוונתו שיהי' כב"ד גמור שהמודה בפניהם לא יוכל לחזור ויהא מוחזק כפרן דאי לדין גרידא הא מדאורייתא דנין ואפילו אחד רק משום יושבי קרנות תקנו רבנן שלשה והשתא לסברת התומים תקשי הא בג' ליכא הכחשה א"כ מהני מדאורייתא אפי' לענין הודאה ולמה כ' דעבדינן שליחותייהו אלא ברור דסובר הרמב"ם דוודאי ב"ד לא מיקרי רק שלשה וסמוכין כדכתיב גבי שומרין רק לענין דין גלי קרא בצדק תשפוט דלא בעינן ב"ד אבל לענין הודאה והוחזק כפרן דבעינן ב"ד לא שייך רק בשלשה ואז אף שאינן סמוכין עבדינן שליחותייהו אבל ביחיד וב' אפילו סמוכין כיון דלא עבדינן שליחותייהו בהא רק שיכולין לדון מדין תורה אבל הודאה לא הוי ולענין דינא נראה דאפילו שני מומחין לכתחלה אין לדון על פי מה שהוחזק כפרן בפניהם בצירוף דעת רש"י דאין יחיד מומחה דן לכתחלה כמו שכתבתי בס"ק קודם:

ו אעפ"י שיחיד מומחה וכו' מצות חכמי'. עש"ך בשם מהרש"ל דאפילו יחיד מומחה וקבלי' לא ידון יחידי משום אל תהי דן יחידי והוא השיג עליו, מהירושלמי והנה לכאורה מדברי התוס' סנהדרין דף ה' בד"ה דן ומהרא"ש שם משמע כדעת המהרש"ל שכתבו וז"ל ויכול לכוף את האדם בע"כ דאי קבליה אפילו אינו מומחה נמי ומכאן דג' הדיוטות יכולין לדון בע"כ דבמקום יחיד מומחה קיימי עד כאן. ונתקשה הרב מהרש"א דהא ברישא גופא דקתני דיני ממונות בשלשה מוכח דיכולין לדון בע"כ מהאי טעמא גופא דאי קבלי' אפילו בחד ותירץ דמרישא הוי מצי למימר דמיירי בקבלי' והיינו דאמרי דון לנו כמו שרגילין לעשות דין ע"כ ודבריו תמוהין לכאורה דא"כ בסיפא ג"כ יש לומר בקבלי' דוקא ואי קשיא הא אינו מומחה נמי דלא קיבל ממש רק אמרו דון לנו כמו שאתה רגיל לעשות דין ואז באינו מומחה לא מהני רק במומחה לכן נראה דכוונת התוס' כך דהם כתבו אר"נ דקאמר כגון אנא דן הא אמרינן אל תהי דן יחידי ותירצו דיכול לדון ולא שהיה דן אי נמי רגיל היה בדינים וכו' [והא שלא הקשו מעיקרא בגוף הברייתא דקתני ואם היה מומחה דן היינו משום דבברייתא פשיטא להו דמצי לפרש שיכול לדון משא"כ בר"נ דקאמר כגון אנא דיינא ועל זה כתבו כלומר יכול אני לדון ומשום. דדחיקא להו לפרש כן תירצו עוד דרגיל היה בדינים] וזהו כוונתם דבגוף הרישא ליכא הוכחה דמצי למימר בקבלי' ואי קשיא הא יחיד דן לק"מ דיש לומר דקא משמע לן דבהא מותר

לגמרי משא"כ יחיד אסור משום אל תהי דן יחידי דההדיוט וודאי אינו רגיל בדינים] אבל מסיפא הוכיחו שפיר דליכא למימר דתנא מיירי שיהא מותר שלא יהא בגדר אל תהי דן יחידי דאז באמת אפי' קבלי' לא מהני כדעת מהרש"ל וע"כ כוונת התנא מצד הדין א"כ מבואר דמיירי בלי קבלה כלל דאי בקבלה אפילו יחיד שאינו מומחה דן מצד הדין ואתי שפיר ומוכח כמהרש"ל דאין חילוק מצד אל תהי דן יחידי בין מומחה לאינו מומחה בין קבלי' ללא קבלי' דאי יש חילוק אכתי אף מסיפא לא מוכח דמיירי שפיר בקבלי' ואינו מומחה אינו דן מצד אל תהי דן אפילו בקבלי' כמו שכתב הש"ך הרי דההתוספת גופא כתבו אח"כ והקשו באמת ממשנה אל תהי דן א"כ אי נימא דלא כמהרש"ל לא הוי מוכחי מעיקרא מידי דמיירי בקבלה ומותר אף שלא יהא בגדר אל תהי דן: ובזה יש ליישב דברי מהרש"א הנ"ל והוא דודאי יש להבין בגוף דברי מהרש"א דדוקא לעיל כתבו התוספת שפיר דאמרו דון לנו כמו שאתם רגילין לעשות דין דשם אמרינן דין בג' א"כ שפיר אמרי' דשנים לא מהני כיון שאינן רגילין לעשות דין אבל בשלשה מהני משא"כ הכא אי ס"ד דאף שלשה אינן יכולין לדון אם כן האיך שייך דון לנו כמו שרגילין לעשות דין הא באמת אין רגילין לעשות דין רק בקבלה ובזה אפילו יחיד דן א"כ מה הפרש יש בין יחיד לג'. לכן נראה דכוונת מהרש"א כך דוודאי כוונתם דון לנו כמו שאתם רגילין לעשות דין בקבלה ואי משום דיחיד נמי דן בקבלה הא ליתא דיחיד אפילו בקבלה אינו רגיל לעשות דין משום אל תהי דן יחידי וא"כ כוונתם רק לשלשה והם רגילין לעשות דין בקבלה ושפיר יש לומר דבלי קבלה אפילו שלשה אין דנין בע"כ אבל מסיפא שפיר מוכח דליכא למימר דקאמר דון לנו כמו שאתה רגיל הא ביחיד אפילו מומחה אפילו בקבלה אינו רגיל לעשות דין כדעת מהרש"ל הנ"ל דאפי' מומחה בקבלה אינו דן משום אל תהי דן יחידי וזה ברור אך לכאו' קשה כיון דאתית להכי למה לו להרב מהרש"א כל הטורח הזה למה לא פי' בפשיטות דמרישא יש לומר דקמש"ל שידונו אפילו לבתר עצה טובה משא"כ בסיפא ליכא למימר הכי דיחיד לעולם אינו דן לשיטת מהרש"ל ובאמת לק"מ והוא דודאי בפשיטות כנ"ל אי אפשר לומר דתקשי מה בא התנא לאשמעינן אי להשמיענו דבג' וקבלי' ליכא משום אל תהי דן יחידי פשיטא ומה צורך לזה ואי להשמיענו דבציר מהכי אפי' בקבלה אית בהו משום אל תהי דן יחידי דכיון דסבירי לן דאפילו מומחה בקבלה אית ביה משום אל תהי דן כ"ש אינו מומחה והאיך שייך לאשמעינן רבותא באינו מומחה מה שאפילו במומחה כך הדין ואי לאשמעינן דבלי קבלה אין דנין הא זה לא מוכח כלל דהא לא נזכר קבלה בברייתא וע"כ דמיירי בלי קבלה וקמש"ל דאפילו בלי קבלה יכולין לדון ובציר מהכי לא מהני מדינא לזה פי' מהרש"א דבריית' מיירי

דקאמר דון לנו כמו שרגילין לעשות דין קמ"ל דבהכי מהני דלא נימא כיון דאינן יכולין לדון בלי קבלה כך קבלה לא מהני קמ"ל דמהני גם קמ"ל אף כי יחיד ג"כ דן בקבל' מ"מ יש חילוק בין יחיד לג' מצד אל תהי דן יחידי ובזה אתי שפיר הכל ודוק היטב.

איברא מפירש"י שם דף ה' שפירש ואי לא קיבלוך דון לנו דין תורה משמע דלא כמהרש"ל הנ"ל דוודאי יש להבין למה פירש"י כך ולמה לא פירש כפשוטו דלא קבלי' כלל ועל פירושו הקשו שם התוס' והרא"ש וצריך לומר דקשיא לי' האיך קאמר ואי לא זיל שלים האיך ס"ד דמר זוטרא עבר על דברי חכמים לדון ביחידי כמו שהקשו התוס' על ר"נ ושני התירוצים לא שייכי במר זוטרא דתירוץ ראשון וודאי לא שייך דהא היה באמת דן ותירוץ שני דהיה רגיל בדינים ואין לחוש שמא יטעה דהא חזינן דטעה לכך פירש"י לא דלא קבלי' כלל דאז אסור לו לדון מצד אל תהי דן יחידי רק דקיבלי' לדון וסבירא לי' דלא כמהרש"ל הנ"ל רק בקבלי' יחיד דן וליכא בי' משום אל תהי דן יחידי והתוס' לשיטתם כמו שכתבו מקודם לפי מה שפרשתי דאפילו בקבלה אינו דן ועכצ"ל או דהוא היה נמי רגיל והיה סובר שלא יטעה או דבאמת היה דן בקבלה ור"נ דרך שאלה שאל כי אפשר שטעה גם בזה ודן ביחידי א"כ יש לפרש דלא קבלי' כלל ודוק וראיתי בט"ז שהביא תירוץ מהרש"א הנ"ל והשיג עליו ותירץ הוא דרישא יש לומר בקבלי' ועצה טובה קאמר בג' ודבריו תמוהין הא פסק להדיא דלא כמהרש"ל הנ"ל רק בקבלי' יחיד מומחה דן א"כ גם בסיפא יש לומר עצה טובה ועוד כיון דבסיפא אפי' במומחה וקבלי' אינו דן א"כ האיך שייך לומר ברישא עצה טובה כיון דמיירי באינן מומחין א"כ מאי קמ"ל עצה טובה דלא ידון יחידי הא אפילו מומחה אינו דן משום אל תהי דן יחידי אפילו בקבלה לכן דבריו צ"ע והעיקר כתירוץ מהרש"א ומה שהקשה לק"מ כנ"ל:

ולענין הדין נראה לפע"ד דוודאי מן הירושלמי שהביא הש"ך מבואר לכאורה להדיא דלא כמהרש"ל דהא הביא התם ברייתא מפורשת בד"א כשלא קבלי' עליהם אבל אם קבלי' מותר לו לדון ביחידי ומ"מ נראה לפע"ד לפי מה שכתבו התוס' אהא דקאמר ר"נ כגון אנא דיינא ד"נ ביחידי וז"ל והא דתנן אל תהי דן עצה טובה קאמר ור"נ יכול לדון ולא שהיה דן אי אי נמי רגיל היה בדין ואין לחוש שמא יטעה עכ"ל. והנה לכאורה יש להקשות על דבריהם ממה שאמרו בירושלמי דתלמידי ר' אבוה אמרו לר' אבוה דהוי יתיב דיין לגרמי' לא כן אולפן אל תהי דן יחידי וקשה הא וודאי ר' אבוה ודאי רגיל היה בדינים ואין לחוש לטעות והאיך שאלו אותו שאלה שנרא' מזה שהם חושבין אותו שאינו רגיל בדין וצריך לומ' כך דוודאי אין כוונת התוס' כיון שהוא רגיל בדינים שוב אין לחוש לטעות כלל אלא שאין לחוש שיטעה בדין פשוט ויהא נעלם ממנו ויחשוב באמת שכן

הדין מה שהוא בהיפך ולא יתברר לו האמת לא חיישינן כיון שהוא הדין משא"כ טעות בשיקול הדעת ולפי שעה ואח"כ באמת יתברר לו טעותו רק כיון דמומחה שדן אינו חוזר בטעותו על פי מה שנתבאר סי' כ"ה א"כ כשיטעה בשק"ה ולפי שעה קם דינא מ"מ ר"נ שפיר קאמר כגון אנא דיינא משום דעכ"פ יכול לדון כשיקבל עליו באמת חיוב תשלומין כשיטעה ולשיטעה בטעו' בדבר פשוט או בשק"ה ולא יתברר טעו' זה לא חשש כיון שהי' רגיל כנ"ל ולזה שאלו תלמידי ר' אבוה שישב לדון ביחידי א"כ לא נראה להם שהי' מקבל עליו באמת חייוב תשלומין דהא יכול לישב עם עוד שנים ומה לו כל זה וע"כ משום שהי' בטוח שלא יטעה וע"ז שאלו הא אולפן אל תהי דן יחידי משמע שאפי' רגיל בדיני' אין לו לדון שמא יטעה עכ"פ בשיקול הדעת לפי שעה וכן משמע מדקאמר שאין דן יחידי אלא אחד ש"מ דאפילו רגיל אין לא לדון אם לא כשיקבל עליו חייב תשלומין ועל זה השיב ר' אבוה כיון שהם רואין אותו דיין לגרמי' כמו שקיבלו עליהם טעותו דמי א"כ כיון שכך קבלי' עליהם שוב אין לחוש כלל אמנם היינו דוקא כר' אבוה ור"נ שהם היו רגילין בדינים ואין לחוש שיטעה בדבר פשוט ובשק"ה כבר קבלי' בעלי דינים אבל במומחה סתם פשיטא דאפילו בקבלי' אין לו לדון שמא יטעה בדבר פשוט ולא יתברר טעותו ועל זה לא שייך קבלת בעלים שהרי אם נודע שטעה חוזר אפי' בקבלה ויש לו לחוש מצד תקנת חכמים שמא יטעה בדבר פשוט ולא יתברר טעותו ולפ"ז יש לומר דגם מהרש"ל ש"ל כיון לזה ודוקא במומח' סתם וקבלי' כתב דלא מהני קבלתו אבל מומחה ורגיל בדינים כר"נ ור"א מודה כמו שכתבו התוספת להדיא ולפ"ז כיון דבזמן הזה מי הוא דגמיר וסביר כר"נ ור"ת כמו שכתב הרא"ש להדיא פ"ד דנדרים א"כ אין לו לדון ביחידי אפי' בקבלה ומכ"ש אינו מומחה כנ"ל ברור ודע דמה שאמרו אל תהי דן יחידי אין חילוק בין יחיד לב' וכן משמע להדיא מלשון המחבר שכתב עד שיושיב עמו אחרי' וכן מבואר ממה שכתב הט"ז דלכך לא דייקי התוס' מרישא דיני ממונות בשלשה דיש לומר עצה טובה קמש"ל וקשה משום עצה טובה בב' סגי ולמה לי' דנקט ג' אלא וודאי כדאמרן (ז) מותר לו לדון יחידי כבר כתבתי שזו היא דעת התוספ' והרא"ש אבל רש"י חולק בזה דאין לו לדון מדינא לכתחילה וכבר כתבתי בס"ק ד' ליישב הקושיות שהקשו התוס' על רש"י ונראה לי להביא ראי' לדעת רש"י מהא דפריך בריש סנהדרין לר' אבוה למאי אי דלא בעינן שלשה הא אמר ר' אבוה שנים שדנו אין דיניהם דין ושקיל וטרי ומסיק דלא בעינן מומחין וקשה למה נאדי מהך תירוץ דמתניתין למעוטי שלשה אתי דשלשה איתא בהדיא במתניתין ושייך לומר דאתי למעוטי דבעלמא לא בעינן שלשה אבל מומחין לא נזכר במשנה כלל והאיך שייך לומר דבא למעט מומחין כיון דשלשה

המוזכר במשנה הוא אפילו בהודאות והלואות וטפי הוי לי' למימר דלעולם דלא בעינן שלשה ואי קשיא מר' אבוה הא ר' אבוה לא אמר רק בשלשה הדיוטות ואז שנים לא מהני אבל יחיד מומחה מהני אפילו לר' אבוה לשיטת התוספ' וזהו כוונת התנא דבאמת מיירי בשלשה מומחין ועל זה קאמר דוקא גזילות וחבלות בעינן שלשה אבל בהודאות והלואות לא וביחיד מומחה סגי אלא וודאי כדעת רש"י דאליבא דר' אבוה אין יחיד מומחה דן לכך הוצרך לומר למעוטי מומחין וזה ברור וכן מוכח ממה שהקשו טעו לא ישלמו ופירש"י כיון דברשות נחתי ומשני כ"ש שאתה נועל ופירש"י דירא דלמא טעו והשתא אי מומחה דן תיקשי לא ישלם בטעות כיון דנחת ברשות ובי' לא שייך דירא דילמא טעה דאינו עלול לטעות אלא וודאי דלא נחת ברשות שאין לו לדון לכתחילה כנ"ל ומכ"ש כיון דעכ"פ משום אל תהי דן יחידי אסור לו לדון כמו שכתב המחבר על פי מה שאמרו אל תהי דן יחידי א"כ האיך מצי למעביד תקנתא בזה שידון ביחידי מה שאינו רשאי באמת ע"פ מצות חכמים וא"כ בוודאי שום מומחה לא ידון וליכא תקנתא א"כ כיון דלא הועילו בתקנתן א"כ ממיל' אין לו לדון מן הדין ואילו הי' התקנה נחוץ כמו בג' היו מתירין באמת גם משום אל תהי דן וכיון דחזינן שהניחו איסור זה במקומו שלא ידון א"כ האיך שייך שיתקנו שידון ויניחו איסור בצידו שלא ידון היפך התקנה ואמת כי מתירוץ ראשון של התוספ' בד"ה כגון אנא משמע שאינו רק עצה טובה ולא איסור כלל אבל בתירוץ שני משמע דבאמת איסור הוא למי שאינו רגיל וכן משמע בירושלמי שקנסוהו לפי שהגיס דעתו לדון ביחידי שישלם בלי קבלה ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק ד':

על חו"מ סימן ד

א להכותו זהו דעת הרא"ש והטור אבל ברמב"ם פ"ב מהלכות סנהדרין לא נזכר זה ולפע"ד דין זה צ"ע ונלפע"ד פשוט ומוכרת בש"ס דדוקא היכא דאית ליה פסידא יכול להכותו אבל בלא"ה משום טירחא דיליה לא מצי רק לאפוקי מיני' ולא להכותו כמו שאבאר מכמה טעמים ובזה יתיישבו ג"כ דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות עבדים כמו שיתבאר והנה הצעת הסוגי' פרק המניח דף כ"ז ע"ב הוא כך דר"ח שלח לר"נ לפנדא דמרא מאי והשיב אפילו לא עביד אינש דינא לנפשי' במקום פסידא עביד דינא לנפשי' ומייתי עלה דר"נ ור' יהודא ובאיכא פסידא לא פליגי רק בליכא פסידא ופריך עלה מברייתא שור שעלה על גבי חבירו להרגו ובא בעל התחתון ושמט את שלו ונפל עליון ומת פטור מאי לאו במועד דליכא פסידא לא בתם דאיכא פסידא אי הכי אימא סיפא

דחפו לעליון ומת וכו' אמאי חייב שהי' לו לשמטו ולא שמטו והנה לכאורה יש לתמוה חדא מה שהקשו התוספ' דמאי פריך אי הכי הא אפילו מוקמת לה במועד וכר"נ דעביד אינש דינא לנפשי' ג"כ קשה סיפא אמאי חייב הא עביד דינא לנפשי' וכמו לר' יהודא בדאיכא פסידא כן לר"נ בדליכא פסיד' והנה התוס' תרצו דהמקשה ידע מסברא שהי' לו לשמטו רק דס"ד דוקא מועד שאינו בהול על ממונו אבל בתם מתוך שהוא בהול על ההיזק לא מחייבינן לי' בשביל שהיה לו לשמטו ולפע"ד תירוץ זה צ"ע דמלבד מה דבסוגי' משמע דלא אסיק אדעתיה כלל שהיה לו לשמטו אבל בלא"ה קשה מאי פריך מהך ברייתא הא פשיטא דאפילו למ"ד לא עביד אינש דינא לנפשי' מ"מ אי (הגה אמר המחבר ראיתי לרבינו אפרים ז"ל הובא בתמים דעים סימן ס"ח דכתב דהלכתא כר"י דר"נ ור"י לאו בדינא פליגי רק ביאסור והיתר כיון דאי עבד לא מהדרינן וזו היא סיוע גדולה למה שכתבתי אבל מ"מ אני תמה דהא כלהו מתנייתא דקא מקשה מנייהו מיירי בפטור וחיוב ותליא בהאי פלוגתא אם כן ע"כ דבדינא פליגי ויש לתמוה על הפוסקים שלא זכרו דעתו) עבר ועבד אם יכולין להוציא מידו מוציאין ממנו עד שיעמוד בדין אבל אם אינו בגדר להוציא ממנו ובאמת הב"ד רואין שעשה, כדין מה לנו לעשות וכי בשביל זה יפסיד שלא כדין רק כל המחלוק' אם הזיקו מכח זה דאי עביד אינש דינא לנפשי' פטור ואי לא חייב אם כן הכא דעבר ועשה ניחזי אם השור המועד עולה יותר משור התחתון אז שפיר הזיקו וחייב כיון דלא עביד אינש דינא לנפשי' אבל אם התחתון שוה יותר או שניהם שויין מה בכך דלכתחילה לא עביד אינש דינא הא כאן עבר ועשה ובמה יתחיוב כיוון דסוף סוף לא הזיקו כלום שהרי הי' מתחייב על פי ב"ד גם כן בסך הזה וליכא למימר דסבירא לי' למקשה דע"כ דהמועד שוה יותר דאל"כ מאי קמש"ל פשיטא דפטור הא ליתא דטובא קמש"ל דכיון דלית לי' פסידא חייב לשלם משום שאפשר שלא היה הרגו לתחתון אפילו לא היה שומטו וכיון דשלא כדין עביד חייב קמש"ל כיון שעלה על חבירו להרגו לא מחייבינן לי' בשביל חשש מועט כזה דשמא לא הי' הרגו כיון דמועד הוא וצ"ע לכאור' וצריך לומר משום דבכהאי גוונא תיקשי סיפא דחפו לעליון ומת אמאי חייב הא אכתי לא הזיקו כלום דאי משום שהיה לו לשומטו ואז היה מציל שניהם הא בס"ד לא אסיק אדעתי' שהיה לו לשומטו והשתא לפי תירוץ התוספ' דכל היכא דלא בהול על ממונו אף בס"ד ידע שהיה לו לשומטו רק בתם דבהול לא ס"ד א"כ הוי מצי לאוקמא כנ"ל ודחפו לעליון חייב שהיה לו לשמטו וע"כ דלא ידע בס"ד כלל מסברא שהיה לו לשמטו ולפי האמת בלאו הכי אתי שפיר א"כ קושית התוספ' במקומו דמאי אי הכי הא אפילו מוקמת לה במועד וכר"נ ג"כ קשה סיפא ודוק:

לכן נראה דוודאי יש להבין במה שהשיב ר"נ, אפילו למ"ד לא עביד אינש דינא לנפשי' היכא דאיכא פסידא וכו' דבשלמא אי הי' נחלקו שאר אמוראים בדין זה שפיר קאמר לי' דאפילו למ"ד וכו' אבל השתא דר"נ גופא הוא החולק וסובר דאפילו היכא דליכא פסידא עביד אניש דינא לנפשי' מה לו להשיב שיהא הדין אפילו לאותו מ"ד מה דלדעתו ברור שאין הדין כן ובוודאי לא היה הדין רפיא בידו עד שהיה חושש לדעת החולק עליו דהא אנן קיימא לן באמת כר"נ משום דהלכה כר"נ בדינא אלמא דפשיטא ליה לר"נ הא מילתא ומה צורך לו להשיב דאפילו לר"י כן הדין לכן נראה דוודאי אף דסובר ר"נ עביד אינש דינא אפילו בלי פסידא היינו דוקא דינא אבל להכותו אינו יכול משום טירחא שלו וכן להזיק של חבירו [וכ"ש בההוא דשור שעלה שחבירו אינו חב בדבר זה כלל למה לו להזיקו בחנם משום טירחא שלו ואין לו היזק) לכך השיב ר"נ דאפילו למ"ד לא עביד אינש דינא במקום פסידא מודה אלמא דבמקום פסידא עדיף טפי א"כ לדידי נמי אף דהיכי דליכא פסידא מודינא דלא מצי להכותו הכא דאיכא פסידא דעדיף טפי שפיר יכול להכותו ועל זה מקשה משור שעלה ושמט את שלו בשלמא לר"נ כיון שלא היזיק בשל חבירו רק שהציל את שלו וחבירו ממילא נפל ומת פטור כיון דעביד אינש דינא לנפשי' אבל לר"י אמאי פטור ומשני בתם והשתא פריך אי הכי דחפו אמאי חייב בשלמא במועד לר"נ לא קשיא כיון דליכא פסידא אף דמצי עביד דינא מ"מ אין לו רשות להזיק בשל חבירו הילכך כיון דדחפו לעליון בידים ומת חייב כנ"ל אבל לר"י בתם אמאי חייב כיון דאית לי' פסידא עביד דינא לנפשי' ומשני שהי' לו לשומטו ולק"מ קושית התוספ' ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בספ"י דאמאי לא משני כגון דליכא עדים בשעת מעשה ואיכא פסידא דשמא יכפור והביא ראיה מסי' ד' [והנה עיקר ראייתו אינו כמו שאבאר לקמן] והנה לכאורה אין כאן התחלת קושיא דוודאי יש להבין מאי ס"ד דמקשה במועד ובע"כ משום דקשיא לי' סיפא ולא אסיק אדעתי' שהיה לו לשומטו וא"כ מהאי טעמא גופא משמע לי' דאיכא עדים דאל"כ תיקשי סיפא דחפו לעליון וצריך לומר דכוונתו להקשות על פי דברי התוספ' דע"כ ידע שהיה לו לשמטו רק בתם לפי שהוא בהול קשיא לי' וא"כ אכתי הוי מצי לאוקמא במועד ואיכא פסידא דשמא יכפור ומ"מ אינו בהול כמו בתם והיה לו לשמטו ולפי הנ"ל ניחא דוודאי בס"ד לא ידע שהיה לו לשמטו א"כ ממילא לא מצי לאוקמא כהאי גוונא דתיקשי סיפא ובהכי ניחא מה שכתב הרמב"ם פ"ו מהלכות חובל ומזיק הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכניסם ברשות הואיל ולא קיבל עליו בעל החצר לשמור הרי זה נכנס ויוצא כדרכו וכל שישתבר מן הכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהם ואם שברם בכוונה אפילו הכניסם בעל הכדים

שלא ברשו' הרי זה חייב לשלם ומעתה קשה במה נפשך אי סובר דהך קושיא דפריך הכא מהך ברייתא הוא בין לר"נ בין לר"י [כמו שחשבו האחרונים ויתבאר סתירתם לקמן] א"כ היה לו להביא אוקימתא דר"נ בר יצחק משבר ונכנס להביא זכיותיו ואי סובר דהקושיא לרב יהודא ולא לר"נ משום דעביד דינא לנפשי' א"כ בכוונה ליפטר אפילו היכי דליכא פסידא ולפי הנ"ל ניחא דוודאי לר"נ נמי כל היכא דליכא פסידא אסור לו להזיקו ומ"מ הקושיא הוא דוקא לר"י דלר"נ הפירוש כמו שכתב הרמב"ם משבר ויוצא שלא בכוונה וכיון שלא קיבל עליו לשמור פטור אבל לר' יהודא דלא מצי עביד דינא לנפשי' כלל אם כן אסור לו לילך מחשש שמא ישבר, רק על פי ב"ד ועל זה משני ר"נ ב"י להביא זכיותיו ואנן דקיימא לן כר"נ אין צורך לזה רק הפי' שלא בכוונה כדברי הרמב"ם:

ומעתה אבוא ליישב דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות עבדים שכתב נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית והגיע זמנו ורוצה להוציאו מביתו והוא אינו רוצה וחבל בו פטור שהרי נאסר בשפחה ותמהו כל האחרונים הא בגמרא לא נזכר הך דשפחה כנענית רק אליבא דר"י אבל לר"נ בלא"ה לא קשיא דעביד אינש דינא לנפשי' א"כ הרמב"ם דפוסק כר"נ למה הביא בשפחה דוקא והנה הרב בעל לח"מ ביקש לומר ג"כ דלהרמב"ם כל היכא דליכא פסידא אסור לו להכותו והקושיא בגמרא לתרווייהו ע"ש והנה מלבד מה דמבואר התם בתוספ' בד"ה טעמא דלא ניחא להו לפרש דיהא הקושיא לתרווייהו כמו שפירש הרב בעל פ"י שם:

הן אמת כי נראה לפע"ד ברור שלא היה זאת כוונת התוספ' כמו שפי' הרב הנ"ל דהא אח"כ פריך בברייתא דוקצותה את כפה והתם וודאי קשיא לתרווייהו והא וודאי ליכא למימר כיון דליכא פסידא דידה גופא רק דבעל לא מיקרי פסידא וכן מוכח להדיא מדברי התוספ' שם בד"ה לא שכתבו וכיון דיכולה להציל ע"י דבר אחר אפילו דין אינו והשתא אי ס"ד דהקושיא רק לר"נ משום דליכא פסידא אם כן הא דמשני לא בשיכולה להציל הכוונה דאז אפילו דין אינו א"כ מה חדשו התוס' הוא הוא עיקר התירוץ דס"ד דהוי דין בשאינה יכולה ואהא משני דיכולה ודבר ברור דכוונת התוספ' דהא וודאי מיקרי פסידא והקושיא לתרווייהו ואהא משני בשיכולה ואהא כתבו התוספות דתירוץ זה אפילו לר"נ דאפילו דין לא הוי וזה ברור אבל כוונת התוספות בד"ה טעמא נראה לפע"ד פשוט דלא כהרב הנ"ל והוא דבלא"ה יש להבין מה פריך מהך משנה הא פשיטא דלא קשיא רק לאוקימתא דרב בממלא רשות הרבים כולה חבית אבל לאוקימתא דשאר אמוראי לק"מ כמו שפירש"י א"כ מאי קושיא לר"נ ור"י וכי הם אחראין לפרש כרב וליכא למימר כמו שפירש"י פ"ק דכתובות והרשב"א התם דמאדם חשוב כרב או כשמואל פרכינן

לכלהו אמוראי והכי נמי פריך מהאי טעמא הא ליתא דהיינו דוקא היכא דאמר מימרא בלי חולק אבל הכא כיון דשמואל ושאר אמוראי פליגי עלי' פשיטא דהם יכולין לפרש כשמואל או כעולא דהכי קיימא לן אך יש לומר דהקושיא הוא דמ"מ כיון דרב' ע"כ סובר ג"כ דלא עביד אינש דינא לנפשי' א"כ אכתי יש להקשות מרב דלא מצינו בזה שמואל שיחלוק עליו רק בפירושא דמתניתין אבל לא שיחלוק בדין זה היוצא מכלל דברי רב אך זהו דוקא אי נימא דהך לא מיקרי פסידא והקושיא רק לר"נ אבל אי נימא דהא מיקרי פסידא והקושיא לתרווייהו א"כ הך ברייתא שור שעלה בע"כ פליגי אדרב א"כ אכתי לא קשה מידי ובע"כ דלר"נ גופא פריך דליכא פסידא והשתא ברייתא ושאר אמוראי לא נחלקו אדרב ושפיר פריך דניהו דלא סבירא לך אוקימתא דרב בפירושא דמתניתין דשמואל פליג עלי' אבל בדין היוצא ממנו דלא עביד דינא במקום דליכא פסידא בהא לא פליגי עלי' כלל וזו היא כוונת התוספ' שטרחו לפרש דלא פריך לתרווייהו ולפי זה דוקא הך קושיא דפריך מרב אבל אח"כ דפריך מוקצותה את כפה פשיטא דיש לומר דפריך לתרווייהו ולפי זה שפיר יש לומר דהא דפריך מנרצע ג"כ לתרווייהו פריך כמו שכתב הלח"מ:

אך אמנם בלא"ה אין תירוץ הלח"מ נכון כמו שיתבאר בסמוך והנה המשנה למלך ביקש לומר ג"כ כנ"ל רק דכתב דמ"מ הקושיא רק לר"י דלר"נ שפיר יש לומר אפילו בדליכא פסידא יכול להכותו מ"מ פסק הרמב"ם בנרצע כר"נ ב"י משום מימרא דר"פ פרק שור שנגח ניהו דאית לך רשות לאפוקי לאזוקי לית לך רשות ודייק הרב הנ"ל דע"כ התם בשאינו יכול להוציאו בענין אחר דאי בשיכול להוציאו פשיטא דמה במקום דאיכא פסידא כל שיכול להציל בענין אחר חייב כדמוכח מברייתי' דוקצותה את כפה א"כ כ"ש בלית ליה פסידא וע"כ בשאינו יכול להוציאו בענין אחר וקתש"ל כיון דלית ליה פסידא אסור לו להזיקו וכיון דהכי סובר ר"פ א"כ תיקשי ליה ברייתא דנרצע וע"כ כר"נ ב"י א"כ ממילא יש לנו לומר דר"נ נמי הכי סבירא ליה כיון דלא מצינו דפליג דיכול להכותו ע"כ תורף דבריו ואין דבריו נכונים כלל דוודאי גבי אשה שאין לה רק להציל בעלה מן המכה אם כן כל שיכולה להציל בענין אחר חייבת חשא"כ התם שזה נכנס לחצירו שלא ברשות ס"ד כיון שאינו רוצה בו שיבוא לחצירו א"כ רוצה להכותו כדי שלא יבוא עוד פעם שנית לרשותו בלי רשות ועל זה אמר ניהו דאית לך רשות לאפוקי לאזוקי לית לך רשות ושפיר מיירי בשיכול להציל ולאפוקי בלי הכאה ועוד נראה דהתם לא מיירי כלל שזה אמ' לו מתחיל' לצאת וסירב והכהו רק שנכנס לרשותו והכהו הילכך חייב לשלם ואפילו אית ליה פסידא וכן משמע מל' המחבר סי' תכ"א ע"ש

אך בלא"ה אני תמה על האחרונים ז"ל. הלא המה הרב מוהרש"ך והלח"מ ומשנה למלך דהאיך יעלה על הדעת דלכך לא פרי' לר"נ משום דיש לומר דלדידיה יכול להכותו אפילו היכא דליכא פסידא וכן לפי דבריהם דלתרווייהו פריך דוודאי יש לתמוה מאי פריך כלל מנרצע דהא התם פשיטא דלא משו' עביד אינש לנפשיה נגעו ביה דהא אמרינן דוקא בדיעבד חבל בו ועשה בו חבורה פטור ואי משום דיכול לעשות דין ולהכותו הא מותר אפילו לכתחילה לחבול בו גם קרא למה לי לא תקחו כופר לשב הא בלא"ה אפילו בעלמא עביד אינש דינא לנפשיה ואפילו לכתחילה מותר לחבול גם האיך דייק מינה שאני התם דקרא כתיב לא תקחו כופר לשב ולישנא דברייתא וחבל בו פטור משמע בהדי' דלכתחילה אסור וע"כ דלאו משום עביד דינא לנפשיה נגעו ביה ועוד דמשום עביד אינש דינא לנפשי' יש חילוק בין שהיה יכול להציל ע"י דבר אחר או לא ואלו קרא דלא תקחו כופר לשב משמע שאין חילוק כלל דבשב ליכא כופר כלל לכן נרא' ברור דפשיטא דאליבא דר"נ כל היכא דליכ' פסיד' אינו יכול להכותו ושאני נרצע דקרא כתיב לא תקחו כופר לשב ופירש"י למי שדינו להיו' שב אל משפחתו רק דקושית הגמר' בשלמא לר"נ דבעלמ' עביד אינש דינא לנפשי' א"כ ה"נ מצי לאפוקי מרשותי' א"כ אף דאינו יכול להכותו גלי קרא דאם הכהו בדיעבד וחבל בו פטור משום לא תקחו כופר לשב אבל לר"י דבעלמא אינו יכול להוציאו מרשותו כלל בעצמו דלא עביד אינש דינא לנפשיה א"כ האיך גלי קרא לא תקחו כופר כיון דלא מצי עביד דינא כלל להוציאו ולא שייך לשב למי שדינו להיות שב אל משפחתו דמ"מ לא מצי עביד דינא לנפשיה והא וודאי לא שייך לומר דכ"כ הוי גזירת הכתוב אף דבעלמא לא מצי עביד דינא כלל ופשיטא דאם הכהו חייב הכא מצי עביד דינא ואם הכהו פטור ואדרבא כיון דחזינן דלא גלי קרא רק לענין כופר משמע דעד השתא שוה לשאר דינים ולר"י צריך לומר דגם בלאו הכי אינו שוה דמצי עביד דינא משא"כ בעלמא ואדרבא עכ"פ יש לנו ללמוד מכאן לעלמא וניהו דכאן גלי קרא אבל לענין עביד דינא בלבד למה לא נלמד בכל מקום דעכ"פ מצי עביד דינא ולמה נאמר דכאן היה הגזירה כ"כ בתרתי חדא בגוף הדין וגם בהנאה וזה ברור ועל זה משני ר"נ ב"י בשפחה כנענית ולפי זה לס"ד דלא ידע משפחה כנענית הוצרך לומר אליבא דר"נ דקרא גזירת הכתוב הוא משא"כ בעלמא אבל השתא דחידש ר"ג ב"י שפחה כנענית ממילא גם לר"נ נאמר כן אבל כל דלא לאפרושי מאיסורא שוה דינו לדעלמא דאם הכהו חייב וזה שהביא הרמב"ם מימרא דר"ג ב"י אפילו לדידן לר"נ וזה ברור ולק"מ:

אך עדיין אני חוכך קצת במה שכתב הרמב"ם פ"י מהלכות חובל ומזיק שור שעלה על חבירו להורגו ושמט את שלו ונפל עליון ומת בין תם בין מועד פטור דחפו לעליון ומת

אם היה יכול לשומטו ולא שמטו חייב אבל אם לא היה יכול לשומטו פטור והנה כיון דכתב בין תם בין מועד ולא כתב אח"כ שום חילוק משמע דבתר הכי נמי הדין בין תם בין מועד והשתא מקשי לפי הנ"ל הא הך תירוץ דהיה לו לשומטו לא נזכר רק לר"י אבל לר"נ במועד דליכא פסיד' בלא"ה חייב משום דלית ליה רשות לאזוקי בידים כיון דלית ליה פסידא כנ"ל וא"כ היה לו לרבינו לחלק דבמועד אפילו לא היה יכול לשומטו חייב כיון דלית ליה פסידא לא היה לו להזיק של חבירו וקושיא זו קשה ביותר לפי פי' המשנה למלך מהך דרבא ניהו דאית לך רשות לאפוקי לאזוקי לא ש"מ דאפילו להזיק ממון חבירו אינו יכול כל היכא דלית ליה פסידא והכא כתב בלא היה לו לשומטו פטור אפילו במועד לכן נראה לפע"ד לחלק דוודאי כל היכ' דליכא פסידא אינו יכול להכותו לתפוס משל חבירו את שלו אבל מ"מ כשחברו רוצה לגזול ממנו מה שתחת ידו פשיטא שיכול להכותו ולהשחט ממנו א"כ הכא נמי בשור שעלה עליו להרגו יכול להציל את שלו אפילו ע"י הכאה ונזק בממון חבירו רק בס"ד לא קשיא לר"נ דיש לומר אפילו בלא היה לו לשומטו חייב שאינו יכול להכותו אפילו בכהאי גוונא והוכרח לומר כן כיון דלא ידע שהיה לו לשומטו אבל לפי מה דמסיק אף במועד דוקא בכהאי גוונא חייב ועיין תומים מה שהאריך בזה וכל דבריו דחוקין מאד וכל יסודו מדברי המרדכי שכתב דכ"ש אדם דעלמ' שיצא עליו שם שהו' גנב ולדידי לק"מ דהמרדכי בא לו' כ"ש שיהא הדין ובלא זה אין כאן כ"ש וגרע מינה ודוק הילכך לענין הדין נראה לפע"ד ברור שאין יכול להציל את שלו מיד חבירו ע"י הכאה היכ' דלית ליה פסידא אבל כשחבירו רוצה לגזול מידו יכול להשמט ממנו אפילו ע"י הכאה כמו שור שעלה על חבירו כנ"ל בפרט שהרב מוהרש"ך והלח"מ והמ"ל כתבו כן כמו שבארנו (ב) בחפץ המבורר לו וכו' עד י"א דלא מקרי וכו' יוכל לעשות בכל ענין וכו' דין זה הוא מהמרדכי פרק המניח והרב מהרי"ק שורש קס"א האריך בביאור דברי המרדכי ומתוך דבריו העלה שלא אמרו המרדכי רק דוקא בדב' אחר אבל באותו דבר עצמו יכול לתפוס אפי' אינו מבורר ועל זה הקשה מדברי המרדכי פרק הגוזל והעלה דלהכות או להפסיד אסור אפי' באותו דב' עצמו אבל לתפוס סתם יכול באותו דבר עצמו ע"ש שהאריך. ולפע"ד כל דבריו צ"ע ומתחילה אבאר דברי המרדכי [עיין תומי' ס"ק ב' שהעתיק לשונו]. ראשונה מה שכתב בשם מהר"ם דוק' בחפץ המבור' שהוא שלו והנה לכאור' משמע דכוונתו שאינו יכול לברך כלל שהוא שלו אפילו אח"כ ע"י ב"ד ובאמת הוא תמוה דכהאי גוונא האיך יעלה על הדעת שיכול לתפוס בעדים הא הוי גזלן גמור דחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו ואינו נאמן לומר דידי חטפתי כל זמן שאינו מברר שהוא שלו ואי נימא דכוונת המרדכי שאינו יכול לברר

שהוא שלו ממש אבל עכ"פ יהא הדבר בספק ויוכל לטעון קים ליה אם תפס כההיא עובדא שהביא מהרי"ק שם ועל זה כתב המרדכי דבכהאי גוונא אינו יכול לתפוס ולעביד דינא לנפשיה כיון שלא נתברר לו באמת שהוא שלו ממש הא ליתא דא"כ תקשי' מה שכתב המרדכי ראיה דאל"כ לא שבקת חיי' לכל בריה שכל אחד יתפוס מחבירו ויכנו ויאמר שלי אני נוטל ולפי הנ"ל לאו מילתא הוא דהתם כיון שאינו שלו כלל לא מהני תפיסתו כלל משא"כ כשהוא שלו רק שאינו מבורר הרי דאם תפס לאחר שנפסק בב"ד ונשאר הדבר בספק בוודאי מהני א"כ מצי עביד דינא לנפשיה ולתפוס וע"כ דכוונת המרדכי דכיון שיהא הדין דאפילו בחפץ שאינו מבורר וידוע בשעת תפיסה שהוא שלו יכול לתפוס על סמך זה שיברר בב"ד אח"כ ששלו נטל א"כ כל אחד יגזול מחבירו על פי עדים ויאמר שלי אני נוטל ואח"כ לא יברר כלום רק בשעת תפיסה יאמר שיברר ולא נוכל להוציא מידו אמ"כ לכך אף מי שיודע באמת שיוכל לברר כל כמה שאין הדבר ידוע ומבורר שהחפץ שלו שגזל ממנו לא מצי עביד דינא לנפשיה עד שיהא מפורסם בשעת תפיסה. ועדיין יש לתמוה במה שהביא המרדכי ראיה מפרק המקבל דהמלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד דמה ענין זה לזה התם שאני דהא קרא כתיב לא תבא אל ביתו וזה לא שייך רק בהלואה ולא בגזל וגניבה וכן הרא"ש שהעתיק דין זה לא חילק רק בין הלואה לדבר אחר והוא מה שכתב המחבר ומ"מ אינו יכול למשכנו בחובו אבל חילוק זה בין מבורר לאינו מבורר לא שמענו גם קשה מה שכתב אח"כ וראיה מפ"ק דברכות בתר גנבא גניב וטעמא טעים ואי ס"ד דכוונת המרדכי מעיקרא להביא ראי' לחילוק הנ"ל הוי ליה למימר ועוד ראיה מפ"ק דברכות גם האיך שייך להביא ראיה ממימרא דגמרא אחר שהביא משנה וקרא דפרק המקבל ודבר ברור הוא דאין כוונת המרדכי להביא ראיה על דינו אלא להורות דר"נ לאו בכל גוונא קאמר עביד אינש דינא לנפשיה דהא, חזינן גבי הלואה אינו כן ואח"כ הביא ראיה מפ"ק דברכות ועיקר החילוק בחפץ המבורר ולפי זה מבואר דמה שחלק המרדכי בין מבורר לאינו מבורר אין חילוק בין אותו דבר עצמו לדבר אחר וזיל בתר טעמא דלא שבקת חיי' שכל אחד יגזול מחבירו וזה הטעם שייך טפי באותו דבר עצמו ואם אתה אומר שיכול לתפוס אפילו שאינו מבורר אותו דבר עצמו א"כ עדיין כל אחד יתפוס מחבירו ויכנו ויאמר שלי אני נוטל שלקחתי ממנו או שגזל ממני וע"כ דכוונת המרדכי דאפילו אותו דבר עצמו שהוא טוען עליו אינו יכול לתפוס באינו מבורר וידוע שהוא שלו וזה ברור:

ומעתה אבוא להשיג על כל דברי מהרי"ק שורש קס"א והנה ראשית דבריו כתב דהא לא מיקרי דינא לנפשיה אלא שעשה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר

או להכו' את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון בכהאי גוונא שייך למימר דינא לנפשיה אבל בכהאי גוונא לא מיקרי אלא תופס בכול' תלמודא משמע מדבריו דבהא אין חילוק בין אותו דבר לדבר אחר שהרי אח"כ כתב ולפי דבריך שאתה מחשבו כעביד דינא לנפשיה נבהלתי שהרי רצית לומר אפילו בממון שהוא בעין וכו' משמע דמעיקרא לא נחית לחילוק זה אלא בתופס בכל גוונא לא מיקרי דינא לנפשיה ולכאורה יש לתמוה דאח"כ כשהקשה מדברי המרדכי פרק הגוזל דהאי שותא כתב להדיא דתרתי בעינן שיתפוס אותן דבר וגם בתפיסה בלי הכאה כמבואר במרדכי שם גבי שותא דאפילו באותו דבר לא מהני רק בתפיסא בעלמא ולא בהכאה כעין דיין וכן בדבר אמר לא מהני אפילו בתפיסה וכמו כן קשה לרמ"א כאן שהעתיק דברי מהרי"ק אפילו בדבר אחר אפילו אינו מבורר יכול לתפוס וזהו היפך דברי מהרי"ק גם קשה דבד"מ העתיק דינו של מהרי"ק דוקא באותו דבר עצמו ועיין סמ"ע מה שדחק בזה אבל באחת דברי מהרי"ק והרב נכונים בזה כי המדקדק במהרי"ק יראה שחילק בין היכ' שהוא לוקח ממנו בתורת גובייגא כעין דיין שכתב שם וז"ל וכן אי הוי מצינא למימר דאפילו בחפץ שאינו מבורר כלומר שאין לו תביעה על אותו ממון אפ"ה מצי שקיל לנפשיה בתורת גובייגא אז הוי שייך עביד או לא עביד וכו' הרי להדיא דעיקר החילוק אם הוא עושה כעין דיין שהוא תופס בתורת גובייגא אז הוי דינא לנפשיה אבל אם תופס למשכון ורוצה לירד עמו מיד לדין בהא לא מיקרי עביד דינא לנפשיה כלל אפי' בדבר אחר והן הן דברי מהרי"ק מתחילה שהבאתי מקודם וזה שכתב רמ"א כאן בשם מהרי"ק ומה שכתב בד"מ הם דברי מהרי"ק אח"כ דאותו דבר עצמו יכול לתפוס בלי הכאה אפילו בתורת גובייגא כי זה לא מיקרי דינא כלל במה שלוקח את שלו וזה ברור ובהכי ניחא מה שיש לתמוה על מהרי"ק כי לפי מה שכתבתי מקודם ס"ק א' לדעת הרמב"ם דאפילו לר"נ היכא דלית ליה פסידא לא מצי רק לתפוס ולא להכות ולהפסיד לחבירו א"כ מבואר דאפילו בלי הכאה והיזק מיקרי עביד דינא לנפשיה ולפי הנ"ל ניחא דוודאי בלי גובייגא רק שתופס לירד עמו לדין אין זה בכלל דינא לנפשיה לשיטת מהרי"ק אבל כשתופס לגובייגא הא וודאי מיקרי דינא לנפשיה וזה שדיקדק הרב בהגה' שתופסו למשכון ויורד אח"כ עמו לדין וזה ברור ולחנם נדחק הסמ"ע בזה ומה שכתב בד"מ במקום דמהני תפיסתו כוונתו אף שאין עכשיו מבורר שהוא שלו מ"מ אח"כ יהיו שלו מכח מוחזק וכדומה ואין כוונתו כלל למיגו כמו שחשב הסמ"ע ודו"ק:

אך מה שכתב מהרי"ק לחלק בין אותו דבר לדבר אחר לא נהירא כלל דמה שכתב וז"ל שהרי כל ראיותיו שהביא ממתניתין דפרק המקבל לא מיירי בכהאי גוונא וכו' עד היכא

שיש לו תביעה על גוף הממון בעצמו לא דיבר רבינו מאיר כלל עכ"ל. והא ליתא שהרי כבר בארנו דפשיטא שלא היה כוונת רבינו מאיר להביא ראיה מפרק המקבל לעיקר החילוק בחפץ המבורר שעל זה התחיל להביא ראיה אח"כ שכתב וראיה מפרק קמא דברכות רק כוונתו להביא ראיה דר"נ לאו בכל גוונא מיירי א"כ אין כאן ראיה לדינו של מהרי"ק ודו"ק גם בלאו הכי כבר הוכחתו דמדנתן המרדכי טעם דלא שבקת חיים וזה שייך באותו דבר עצמו ומהא גופא מוכח ג"כ שלא הביא המרדכי מפרק המקבל לחפץ המבורר שהרי בזה הטעם משום לא שבקת חיי' ובהך דפרק המקבל אין הטעם כלל משום לא שבקת חיי' כמבואר וזה ברור:

גם מה שכתב מהרי"ק וז"ל וכן מוכח גם מתוך דברי סה"ת וכו' עד הא למדת שלא בא רבינו מאיר אלא לאפוקי היכא שאין לו תביעה על אותו ממון עצמו עכ"ל והנה הרב בעל משנה למלך פ"ב מה"ס תמה עליו דהא פשיטא שיש לומר דספר התרומות איירי בידוע ומבורר שהוא שלו ומ"מ חילק בין זוקפן במלוה דבנזקף למלוה אפילו במבורר אסור אבל באינו מבורר אפילו לא נזקף לא מצי תפיס לנפשיה ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דמ"מ מוכח דינו של מהרי"ק דאי ס"ד דכוונת רבינו מאיר במה שחילק בחפץ המבורר היינו באותו דבר עצמו ומ"מ בעינן מפץ מבורר א"כ האיך מייתי ראיה מתוך דברי ספר התרומות כיון דספר התרומות לא מחלק רק בין נזקף למלוה או לא נזקף א"כ שפיר יש לומר דבלא נזקף לא בעינן חפץ מבורר וכי בשביל שנוכל לומר דסה"ת סובר באינו מבורר אפילו לא נזקף לא עביד דינא לנפשיה אבל פשיטא שאין להביא ראיה כלל דוודאי יש לומר דסה"ת לא מחלק כלל בין מבורר לאינו מבורר רק הכל תלוי בין נזקף ללא נזקף ומדהביא רבינו מאיר ראיה מסה"ת ש"מ דגם כוונת רבינו מאיר רק לחלק בין אותו דבר לד"א ועל זה מביא ראיה מסה"ת דמחלק כן וזה שסיים מהרי"ק הא למדת שלא בא רבינו מאיר אלא לאפוקי היכי שאין לו תביעה על אותו ממון עצמו אך באמת בלא"ה אין כאן ראיה כלל לפי מה שבארנו דפשיטא שלא היה כוונת רבינו מאיר להביא ראיה מסה"ת לחילוקו בחפץ מבורר דזה לא נזכר בסה"ת כלל רק כוונתו להביא שגם בסה"ת כתב דכל שנזקף למלוה לא עביד דינא לנפשיה ש"מ דמלתא דר"נ לא נאמרה בכל גוונא כמו שבארנו לעיל ואם באנו ללמוד דבר זה מתוך דברי סה"ת גופא מדלא חילק בין חפץ מבורר ש"מ שאין לחלק בזה הא ליתא דבזה שפיר יש לומר דסה"ת בא לומר דאפילו במבורר ונזקף למלוה לא מהני:

גם מה שכתב מהרי"ק וז"ל ותדע שכן הוא דלפי דעתך קשה שסיים שם המרדכי וז"ל וראיה מפ"ק דברכות בתר גנבא גניב וטעמא טעים וכו' ומדהביא רבינו מאיר ראיה

מדברי רבינו קלונימוס משמע בהדיא שרבינו מאיר ורבינו קלונימוס סבירי להו היכא שיש לו תביעה על גוף הממון עצמו שפיר מצי עביד דינא לנפשיה דאי לא תימא הכי למה הוצרך רבינו קלונימוס לומר שלקח זמורות אחרות לא נוציא לעז על אותו צדיק ונאמר דלא לקח אלא הזמורות בעצמן שגנב האריס ומ"מ אמרינן ליה בתר גנבא וכו' משום דלא הוי ידוע להם וכו' עכ"ל והנה האחרונים תפסו על מהרי"ק בזה דהא בגמרא משמע להדיא שלקח זמורות אחרות ובתומים כתב ליישב דמ"מ דייק מהרי"ק שפיר מדחילק בין זמורות לזמורות ולא חילק כפשוטו כיון שלא היה מבורר ש"מ דאפילו באינו מבורר יכול לתפוס אותו דבר עצמו ע"כ ואין זה נכון דהמעיין בלשון מהרי"ק יראה שעיקר הוכחה שלו דוודאי יש לומר דרבינו קלונימוס בא לומר דאפילו ידוע שגנב מ"מ לא מהני בזמורות אחרות רק דקשיא ליה למה לו לרבינו קלונימוס תירוץ זה דנצטרך לומ' שלקח זמורות אחרות לא נוציא לעז על אותו צדיק ונתרץ דהת' לא ידוע כדמשמע פשטא דמלתא התם אלא וודאי דמתוך כך הוצרך רבינו קלונימוס לתרץ ולומר דר"ה לקח זמורו' אחרו' משום דאותן זמורות שגנב אפילו אינו ידוע לא שייך בתר גנבא גניב ולפי זה שפיר תפסו עליו דהא בגמרא משמע להדיא שלקח זמורות אחרות א"כ שפיר מחלק ר"ק בין זמורות לזמורות שלא היה יכול לחלק בין ידוע לאינו ידוע דבזמורות אחרות אפילו מבורר לא מהני וע"כ הוצרך ר"ק לומר האמת משום שלקח זמורות אחרות וזה ברור: אך לכאורה יש לדון מטעם אחר דמ"מ מוכח כדברי מהרי"ק דאי ס"ד דכוונת רבינו מאיר לחלק באותו דבר עצמו בין מבורר לאינו מבורר א"כ האיך מייתי ראיה מדברי ר"ק כיון דהוא לא מחלק רק בין אותו דבר לדבר אחר א"כ יש לומר דבאותו דבר אפילו אינו ידוע לא מהני ומנין לנו מדברי ר"ק חילוק זה בין מבורר לאינו מבורר אלא וודאי דגם רבינו מאיר לא נחית כלל לחילוק זה רק בין אותו דבר לדבר אחר ושפיר מייתי ראיה מדברי ר"ק וזה נכון לכאורה ונראה שזה נרמז בכלל דברי מהרי"ק שכתב ומדהביא רבינו מאיר ראיה מדברי רבינו קלונימוס משמע בהדיא שרבינו מאיר ור"ק סבירי להו וכו' והיינו כמו שכתבתי ודו"ק:

אבל באמת נראה לפע"ד דאין כאן ראיה כלל דוודאי אין כוונת רבינו קלונימוס לחלק בין זמורות לזמורות דהתם לא שייך חילוק זה דעיקר החילוק בזה הוא במלוה ונזקף למלוה משום לא תבוא אל ביתו וכן כשתופס דבר אחר דמאן שם לי' משא"כ התם כיון דר"ה ידוע לו דלא שביק לי' מידי ויותר גנב זמורות מהעולה על חלקו א"כ מה הפרש יש בין זמורות לזמורות ומה נ"מ אם היה לוקח זמורות אלו או אלו וזה פשוט ומזה דייק רבינו מאיר דעיקר כוונת רבינו קלונימוס דוודאי כל מה שאמרו לר"ה בתר גנבא גניב הוא רק

מפני שהיה לוקח זמורות אחרות והי' ידוע להם שלא נתן חלקו בזמורות והגניבה לא היה ידוע להם א"כ כיון שאינו מבורר לא עביד דינא לנפשי' אבל אם היה נותן חלקו בזמורות שלו רק שהיה תופס ממנו זמורות שגנב בזה פשיטא שכדין עביד כיון שיודע שגנב והוא תפסם ממנו והפה שאס' הוא הפה שהתיר ודוק היטב ולפי זה ממילא נדחו דברי מהרי"ק ג"כ מה שהקשה מדברי המרדכי פרק הגוזל ומתוך כך הוצרך לחילוקו בין אותו דבר לדבר אחר ובין ע"י הכאה לשלא בהכאה אלא דברי המרדכי כפשוטו דאפילו אותו דבר שייך שפיר עביד אינש דינא לנפשי' כל שאינו מבורר ואינו יכול לעשות דין לנפשי' כמו שבארנו אמנם בענין החילוק הראשון שהביא מהרי"ק מסברא דנפשי' דבתופס שלא בתורת גובייא לא מיקרי דינא כלל רק תופס בזו יש לקיים דבריו כי מדברי המרדכי אין להוכיח להיפך אמנם הר' מהרש"ל ביש"ש תמה גם בזה דלא שבקת חיי' דכל אחד יתפוס מחבירו בעדים ויאמ' שלו הוא ובאמת נלפע"ד דלק"מ דוודאי יש להבין במרדכי דפשיטא דלא מיירי המרדכי בחפץ שאינו מבורר שאינו יכול לברר לעולם דא"כ פשיטא דמה לו לתפוס הלא יוציא ממנו בב"ד כדין כל תופס בעדים שאינו יכול לברר בעדים שהוא שלו שמוציאין ואפילו בעד אחד אם אמר שלי הוא חייב להחזיר כדין נסכא דר"א וע"כ דכוונת המרדכי שבאמת אח"כ יוכל לברר או שיהא שלו על פי קיים לי' מ"מ כיון שאינו מבורר וידוע בשעת תפיסה לא מהני ולפי זה יש להבין מה זה שנתן טעם משום לא שבקת חיי' במה נפשך אם הם יתפסו ג"כ באופן הזה שיבררו אח"כ ויזכו בדין אם כן אין לחוש כלום ואם באנו לחוש שיתפסו בלי שום בירור אז באמת נוציא מידם ואין כאן חשש כלל ובע"כ צריך לומר דכוונת המרדכי שיש לחוש שמא כל אדם יתפוס מחבירו בחזקה ע"י הכאה וכהאי גוונא ואם יאמרו לו מה תעשה אז ישוב למחר אני עומד עמו לדין ואברר ששלי הוא ואחר כך ישמט עצמו או שיוציא גזילה מתחת ידו עד שלא נוכל להוציא מידו לכך כתב דלא מצי תפס רק בידוע ומבורר וזהו כוונת מהרי"ק דזהו דוקא ע"י הכאה שהוא תופסו בחזקה אבל בלי הכאה בזה לא שייך לחוש דכל אדם יתפוס דבמה נפשך אם ע"י הכאה הרי אינו יכול ובלי הכאה לא ירצה ליתן ואם באנו לחוש שיתפוס בפתע פתאום ואח"כ ישמט עצמו עד שלא יוכל להוציא ממנו א"כ זה יוכל לעשות לעולם ואפילו אי לא עביד דינא לנפשי' וזה ברור ולפ"ז גם עובדא דר"ה בזמורו' הי' המעש' דר"ה הי' יכול לברר אח"כ שגנב רק כיון דבשעת מעשה לא הי' ידוע הגניב' ומפורס' אמרו לי' בתר גנבא גניב וטעמא טעי' תדע האיך חשדו באח' לר"ה למה לא חשבו דבאמ' יכול לברר שגנב ואי משום שנחמץ לו היין הא כתבו התוס' שם דמזה אין ראי' דהרבה צדיקים מגיע להם כמעשה הרשעים רק לפי שהיה קשה באמת להם שהיו

יודעין שאינו נותן לאריס ועושה דין לעצמו אם כן אי ס"ד דכשמברר שפיר עביד שמא היה יכול לברר וע"כ דאפילו כשיכול לברר לא מהני כיון שאינו ידוע בשעה שעושה דין וכמו שכתב המרדכי וזו היא ג"כ ראיית המרדכי [ובזה נדחו דברי התומים בזה במה שהשיג על הש"ך] נמצא לפי זה דבזה יש לקיים דברי מהרי"ק שכל זמן שאינו תופס לגובייא רק שרוצה לירד לדין אפילו תופס דבר אחר ואפילו אינו ידוע יכול לתפוס כמו שכתב הרב בהגה' אבל בחילוק הנ"ל בין אותו דבר לדבר אחר לא נהירא וכמו שבארנו ונרא' שגם הרב בהגה' כיון לזה ולכן לא העתיק דברי מהרי"ק בזה אף שהביאו בד"מ רק בחילוק הראשון כמו שבארנו:

עיין בספר פ"י בב"ק שם שהקשה אהא דפריך משור שעלה מאי לאו במועד דליכא פסידא דלוקמא שאין עדים ואית לי' פסידא מחשש שמא יכפור והביא ראיה דהא מיקרי פסידא ממה דאמרינן הכא שיכול לתפוס שלא בעדים שיהא נאמן במיגו והיינו מחשש שמא יכפור והנה מלבד מה דבלא"ה כבר כתבתי לעיל ס"ק א' דלק"מ עיקר דבריו אינם נכונים כלל דע"כ לא אמרו רק בתפיסה בעלמא אבל פשיטא שאינו יכול להזיק ממון חבירו מחשש שמא יכפור וכי בשביל שאתה מחזיקו לשקרן תזיק את שלו וכ"ש התם בשור שעלה שאין חבירו חייב לו כלום רק עכשיו אירע המעשה ששורו רוצ' להזיק שורך א"כ פשיטא דמחשש זה אינו יכול להזיקו וזה ברו' ובגוף הדין אי יכול לתפוס לכתחילה עיין תומים שהביא מחלוקת בזה:

על חו"מ סימן ה

א אסור לדון בשב' ויו"ט המחבר סתם ולא ביאר החילוק בין היכי דאיכא דעדיף מיני' בין היכי דליכא דעדי' מיני' והוא מדגרסינן פרק משילין כל שהוא משום שבות משום רשות משום מצוה וכו' משום רשות לא דנין ולא מקדשין ופריך בש"ס לא דנין והא מצוה הוא ומשני דאיכא דעדיף מיני' ופירש"י והא מצוה הוא ואמאי קרי לי' רשות וכוונתו דלא נימא דהקושיא היא למה אסור לדון דהא בסיפא קתני דאף משום מצוה אסור רק הקושיא הוא דאמאי קרי לי' רשות ולפי זה אפי' היכי דליכא דעדיף מיני' דהוי מצוה אסור ואחריו נמשך המחבר והנה התוספ' שם הקשו לפירש"י מהא דאמרינן בסנהדרין אין דנין בערב שבת משום דאין רציחה דוחה שבת תיפוק לי' דאין דנין בשבת ולפעד"נ דלק"מ דהא בהדיא גרסינן בירושלמי שם פרק משילין ר' אבהו אמר אסור לדון בערב שבת ויו"ט דיני ממונות ופריך ממשנה סנהדרין הנ"ל דקאמר לפיכך אין דנין דיני נפשות בערב שבת ויו"ט משום שגומרין ביום שלאחריו מבואר דדיני ממונות דנין ומשני כאן

להלכה כאן לדברי תורה והנה המפרש שם פירש כאן להלכה שהדין כן כאן לדבר תורה שאם בא לשאול אין מורין כן ודבריו תמוהין ונעלם ממנו דברי הסמ"ג הביאו הב"י בהדיא סימן זה כאן להלכה כאן לדבר תורה פי' הא דרבנן הא דאורייתא וכן פי' הנ"י וכל הפוסקים [שוב ראיתי בסנהדרין נזכר ג"כ מימרא זו בירושלמי ושם חזר בו המפרש ופי' כמו שכתבתי] דמדאורייתא מותר לדון בערב שבת ומדרבנן הוא דאסר ר' אבהו והשתא ממילא לק"מ קושית התוספ' על רש"י דע"כ הוצרך לומר הטעם משום דאין רציחה דוחה שבת דאז הוי דאורייתא וממילא הדיוק דדיני ממונות דנין מדאורייתא אבל מדרבנן גם ד"מ אסור אבל אי הוי הטעם משום דאין דנין בשבת משום שבות א"כ מדאורייתא גם דיני נפשות דנין רק מדרבנן הוא דאסור א"כ מבואר דדיני ממונות מותר אפילו מדרבנן ואכתי קשה קושית הירושלמי לר' אבהו דאמר אפילו דיני ממונות אין דנין מדרבנן והכי קיימא לן וזה ברור ואדרבא מהך סוגיא דהתם יש להביא ראיה לפירש"י דאמרינן התם לדייני' בערב שבת וליקטלי' בשבת אין רציחה דוחה שבת ויש להבין מה זה שסיים בקושיא וליקטליה בשבת לאיזה צורך הזכיר הרציחה יהא אימת שיהיה וע"כ משום דתקשי שאם נהרגנו בלילה נגד השמש בעינן או למחר אתה מענה את דינו א"כ מאי מקשה אח"כ כיון דכבר ידע לה מעיקרא לכן נראה דהמקשה רמז בקושייתו דלא נימא אין דנין בשבת והוא על פי מה שכתבו התוספ' שם ליישב דבדיני נפשות לא חיישינן שמא יכתוב כיון שכבר כתבו מאתמול דברי המחייבין ודברי המזכין וקשה מ"מ כיון שלא גמרו אתמול א"כ עדיין צריכין לכתוב מה שנתחדש למחרת חיוב וזכות ובע"כ צריך לומר דלא חיישינן רק מאתמול שמא ישכחו למחרתו אבל למחרת שגומרין הדין לא חיישינן שישכחו בו ביום וזהו כוונת המקשן דליגמר בשבת ואי משום אין דנין בשבת נקטלי' בשבת ואז לא חיישינן שמא יכתוב ומזה מבואר כפירש"י דלפי' ר"ת בלא"ה דנין כיון דליכא דעדיף מינייהו כמו שכתבו התוספ' והא דפריך בתר הכי נקטלי' לאחר שבת היינו שבא להקשות שיהא איסור דאורייתא כמו שכתבתי:

אך אמנם פירש"י תמוה מאוד מטעם אחר דהא פשיטא דהך מצוה דנין ומקדשין היכא דליכא דעדיף מיניה וכשאין לו אשה ובנים עדיף טפי מהך מצוה דסיפא מקדישין ומעריכין דאילו התם אין המצוה להקדיש ולהעריך רק אם הקדיש והעריך עשה מצוה משא"כ דין היכא דליכא דעדיף מיני' וכן בקידושין כשאין לו אשה ובנים דהמצוה חל עליו לקדש ולדון וכן מוכרח מפי' ר"ת דא"כ תקשי לפירושו הא בסיפא מבואר דמצוה אסור וע"כ דהך מצו' עדיף א"כ אי ס"ד דקושית הש"ס היא הא מצוה הוא ואמאי קרי לה רשות והוי ליה למחשבינהו בהדי הנך דסיפא א"כ מאי משני על זה לא צריכא דאיכא

דעדיף מיניה ויש לו אשה ובני' וקש' מה בכך מ"מ אדתני סיפא מעריכין ומקדישין לתני רבותא טפי דלא דנין היכי דליכא דעדיף מיני' ולא מקדשין כשאין לו אשה ובנים דזהו ההיפוך מרישא דרשות ועכ"פ הוי להו למחשבינהו בהדי הנך דסיפא והאיך שביק הנך גופא דמיירי ברישא דאיכא בהו גוונא דמצוה דהוי רבותא טפי ומפרש מילתא אחריתי מה דלא הוי מצוה כ"כ אלא ברור כדעת ר"ת דהקושיא משום מצוה יהא מותר לדון ולא דמי להנך דסיפא כמו שכתבתי ולפ"מ שכתבתי יש לומר דגם רש"י מודה לשיטת ר"ת ומ"מ בקושיא לא היה יכול לפרש דיהא מותר לדון דהא בסיפא מבואר דאסור אפילו מצוה ואי משום דיש לחלק בין הך מצוה להך דבסיפא מ"מ מנא ליה למקשה להקשות כיון דחזינן דאפילו מצוה אסור ומנין לנו לחלק בין מצוה למצוה אבל לפי מה דמשני לא צריכא דאיכא דעדיף מיניה אבל בדליכא דעדיף מיניה הוי שפיר מצוה אם כן תקשי באמת קושיא הנ"ל דהוי ליה למחשבינהו בסיפא דהוי רבות' טפי וע"כ דבאמת בזה מותר כדעת ר"ת ודו"ק ומה שהקשו התוספ' לפי' ר"ח מהא דגרסינן בירושלמי דיומא פרק ראשון גבי כהן גדול מתקינין לו אשה אחרת ופריך והא אין קונין קנין בשבת ומשני אין שבות במקדש ואמאי לא משני כיון שמתה אשתו מצוה לישא אשה אחרת ועוד קא עביד מצוה דכתיב וכפר בעדו ובעד ביתו ע"כ: (הגה ולכאורה יש גימגום בתוס' דמעיקרא הקש' לרש"י ותרצו דניחא לי' שאסור מדאורייתא א"כ מה זה דאחר כך כשהקשו לר"ת כתבו ולא קשיא לרש"י הא בלא"ה לא קשיא וצריך לומר דוודאי לר"ת יש ליישב כמו לרש"י דניח' לשנוי' משום דבמקדש ליכא שבות ועל, זה כתבו דלרש"י בלא"ה אתי שפיר ודו"ק):

והנה קושיא ראשונה נראה לפע"ד ליישב בפשיטות דוודאי כל המצוה לישא אשה כשיש לו אשה ובנים הוא משום בבקר זרע זרעך כמו שפירש"י וכמו שכתבו התוס' רפ"ק דכתובות א"כ משום האי מצוה אמרינן הכא דאסור ורשו' קרי לה כמו שפירש"י א"כ האיך אפשר לתרץ גבי כהן גדול משום מצוה לישא אשה דא"כ כהן גדול שיש לו בנים לא משכחת לה שיעבוד עבוד' ביום הכיפורים גם קושיא השניה דקא עביד מצוה וכפר בעדו ובעד ביתו נלפע"ד ג"כ דהך מצוה לא הוי רק כמו מצוה דסיפא מקדישין ומעריכין שאם הקדיש והעריך מצוה אבל אינו מוכרח להקדיש ולהעריך וה"ה כהן גדול כיון שמתקינין לו כהן אחר שמא יארע בו פסול א"כ אין צורך להקנות לו בשבת שאם תמות אשתו יעבוד כהן אחר שהתקינו לו וזה לא חיישינן שמא תמות גם אשתו השני' דהא אין לדבר סוף הלכך לא הוי מצוה שיהא מותר בשבת וי"כ והמעיין בתוס' יראה שהכירו חולשת דבריהם ולא הקשו בשני קושיות רק כתבו ועוד קאי עביד מצוה משמע

דכוונתם לכלול תרווייהו ובצירוף הוי עכ"פ מצוה אבל מ"מ מבואר דאין מזה קושיא לפיר"ת כנ"ל ולפי זה דינו של המחבר צ"ע בפרט שכבר הוכחתי דיש לומר דגם רש"י מודה לפיר"ת ופיר"ת עיקר בש"ס כנ"ל:

ב אין דנין בערב שבת ובעיו"ט עש"ך בשם הר"ן דוקא לדון אסור אבל לקבל הטענות מותר מצד הדיינים אלא שאין יכול לכפות בעל דין שיבוא ובתומים תמה על זה כיון שאינו יכול לכפות בעל דין א"כ לא הועיל הר"ן בתירוץ שלו דמותר לישא ביום ה' שיכול לבוא לב"ד ביום ו' לקבל הטענות א"כ היא לא תרצה לבוא ושמוע בין אחיכם כתיב ויתקרר דעתו ולפעד"נ דלק"מ לא מבעי' לפי' התוס' ריש כתובות דמשום אשת כהן ופחותה מג' תקנו בכל הנשים שינשאו ביום ד' א"כ כל האיסור מטענות בתולים הוא משום ספק שאסרה על עצמו א"כ בכהאי גוונא לא שייך שמוע בין אחיכם דהא אינו בא לב"ד רק לומר שמצא פתחה פתוח ובין אם תכחיש או שלא יבואו עדים כלל תהא אסורה לו מצד דשוויה אנפשי' חתיכה דאיסור' א"כ פשיטא דיכולין לקבל טענותיו ואף לפירש"י התם משום שמא יתברר ע"י עדים א"כ לא שייך ג"כ שמוע בין אחיכם כיון שהעיקר הוא להוציא קול כדי שיבואו עדים ואין זה דין כלל וכל שיבוא לב"ד אפילו יבואו עדים לאחר שבת שוב לא איכפת לן:

ג בניסן ותשרי למי שאינו בעיר זהו דעת הרמ"ה ולפע"ד דין זה צ"ע דבגמרא משמע דהני דמי להדדי לא קבעינן זימנא במעלי שבתא ולא ביומי ניסן ותשרי ולא מפליג ביניהו רק בענין אם הזמינו לאחר כן ולא בא דבזה קונסין ולא בזה משמע דבשאר מילי שווין וכמו דבערב שבת אין חילוק בין עיר לעיר כן ביומי ניסן ותשרי ומה שהביא הב"י ראיה מהא דאמרינן במועד קטן דדנין בחול המועד אין כאן ראיה כלל דפשיטא דלא נחית התם רק לאשמעינן דאין בזה איסור לדון מצד אין דנין בחול המועד אבל מצד טירדא לא מיירי התם כלל ומשכחת לה כשהבעלי הדינים רוצין שניהם לדון כמו שכתב הסמ"ע להדיא ס"ק ו' דבכהאי גוונא אפי' מעיר לעיר דנין ובהא קמש"ל במ"ק דדנין ולית בזה משום אין דנין ביו"ט דלא חיישינן שמא יכתוב וצ"ע. ועש"ך דלאחר הרגל מותר ובפרישה חולק דאפילו לאחר הרגל יש טירדת המועדות ונראה לי עיקר כדבריו דהא בלא"ה פירש"י הטעם משום זמן קציר ובציר ולדבריו פשיטא שאין חילוק ונראה דרש"י דייק ליה מהאי טעמא דמשום טירדת יו"ט האיך פסיק וקאמר יומי ניסן ותשרי הא לאחר הרגל ליכא טירדא והרמב"ם והרי"ף שפרשו כן סבירא להו דלאחר הרגל ג"כ יש טירדא אבל עכ"פ כיון דלרש"י בוודאי אסור לאחר הרגל וברמב"ם לא מצינו שיחלוק בזה ראוי לחוש לדבריו:

ד אין דנין בלילה עסמ"ע הטעם דכתיב והיה ביום הנחילו את בניו וכתיב ושפטו את העם בכל עת הא כיצד יום לתחילת דין ולילה לגמר דין והוא בש"ס פרק ד' מסנהדרין אבל הרמב"ם כתב הטעם וז"ל אין מתחילין הדינין בלילה מפי השמועה למדו כל ריב וכל נגע מה נגעים ביום אף ריבים ביום והקשו עליו דהא בגמרא מוכח להדיא דהאי קא יליף ר"מ מהיקשא ואפילו גמר דין ולרבנן מביום הנחילו נפקא להו כמו שכתב הסמ"ע והנה בכ"מ תירץ דלפי מה דמסיק דביום הנחילו איצטרך לשלשה שנכנסו לבקר את החולה א"כ לרבנן נמי להכי איצטרך וע"כ דמהיקשא ילפי דאין דנין בלילה ודבריו אינם מובנים כלל דמ"מ תקשי למה ליה לשנויי' לרבנן מביום הנחילו לישני מהיקשא דכל ריב וכל נגע ותו קשה תנא להו לגמרא דר"מ פליג אמתניתין כיון דרבנן נמי היקשא דרשי וסבירי להו מושפטו דגמ' דין לא א"כ ר"מ נמי לא דריש רק לתחילת דין בתומי' כתב ליישב קושיא ב' דהרמב"ם לטעמיה דדנים בקרובים בתחילת דין ומהאי טעמא סבירא ליה דנגעים נמי בקרובים דלא דרשינן היקשא לגמר דין כיון דבתחילת דין מיירי ור"מ דדריש היקשא דנגעים בקרובים לא ע"כ דדריש היקשא אגמר דין ולכך קאמר מתניתין דלא כר"מ ע"כ ואין זה נכון דפשיטא דהיקשא לכל מילי איתקש ומה בכך דמעיקרא דייק לתחילת דין ואח"כ לגמר דין הא כיון דאקשינהו רחמנא כל מה שיש בנגעים יש בריבים ומה שיש בריבים יש בנגעים ומעיקרא קאמר דמקשינן ריבים לנגעים לענין דין ביום וגלי קרא ושפטו דגמר דין בלילה נמי ואח"כ מקשינן נגע לריב מה ריב גמר דין אינו בקרובים כן נגעים קרובים לא ומה נפק' מינה אלו היה דין אחר בריבים הוי מקשינן נגעים לאותו דין ולמה יגרע דין זה ששמענו בריבים שאסור לגמור הדין בקרובים ופשיטא דבכל כי האי אין היקש למחצה גם מה שהקשה דמאי פריך לר"מ ביום הנחילו למה לי הא איצטרך חד לגמר דין וחד לתחילת דין ותירץ דא"כ מנא ליה לר"מ נגעים בקרובים לא דילמא היקשא לתחילת דין ויום הנחילו לגמר דין וממילא לא ילפינן נגעים בקרובים לא דהוא גמר דין ע"כ. והנה מלבד לפי מה שכתבתי דזה אין ענין לזה ובהיקש לא שייך לומר כן אבל בלא"ה אין דבריו נכונים בזה דהא חזינן לרבנן דבלי הך קרא דושפטו הוי דרשי מהיקשא בין תחילת דין בין גמר דין רק מכח קרא דושפטו ממעטינן גמר דין מהיקשא דלא אזיל רק אתחילת דין והשתא בשלמא לרבנן שפיר איצטרך ביום הנחילו כיון דקא דרשי קרא דושפטו אבל לר"מ דע"כ דלדידיה קרא דושפטו את העם בכל עת קאי לאתויי יום המעונן א"כ אכתי לא איצטרך ביום הנחילו דבלא"ה ממילא היקשא בין אתחילת דין בין אגמר דין כמו לרבנן ואי נימא דקושיתו כך דבלי קרא דביום הנחילו ס"ד דושפטו קאי למעוטי גמר דין מהיקשא כמו לרבנן קמש"ל קרא דביום הנחילו דהך

ושפטו קאי לאתויי יום המעונן אבל לפי זה לא תירץ כלום דאכתי תקשי כיון דכתיב ביום הנחילו א"כ ע"כ דושפטו לא קאי אהיקשא א"כ ממילא היקשא גופא לגמר דין נמי אתי כמו לרבנן כיון דליכא קרא דושפטו רק לולא יום הנחילו ס"ד דושפטו אהיקש קאי והיקשא לא קאי אגמר דין קמש"ל יום הנחילו דאגמר דין נמי קאי ושפיר יליף נגעים בקרובים לא בגמר דין וע"כ דלר"מ לא ס"ד כלל דושפטו אהיקש קאי רק איום המעונן א"כ קושיתו מעיקרא ליתא גם מה שכתב ליישב קושיא א' הנ"ל דזה תלוי אי דבר תורה בג' או בחד ולר"מ בג' שפיר איכא למילף מועמדו דאין עד נעשה דיין ויום הנחילו לתחילת דין והיקשא לגמר דין אבל לרבנן ליכא למילף מומעדו דאין עד נעשה דיין דא"כ תקשי ביום הנחילו למה לי דתחילת דין לא איצטרך דהא נמי מועמדו מוכח דאל"כ לא משכחת לה אין עד נעשה דיין דלא תהא שמיעה גדולה מראיה אבל לר"מ משכחת בשנים משא"כ לרבנן דבר תורה בחד כשר ע"כ ת"ד. אין דבריו נכוני' דפשיט' דאפי' לרבנן משכחת לה בגזילו' וחבלו' דלכ"ע בעינן שלשה ובהא קמש"ל קרא אין עד נעשה דיין [גם מה שכתב עוד דלר"מ ע"כ היקשא לגמר דין וכו' ע"ש וזה ג"כ אינו נכון דמ"מ כיון דלר"מ ע"כ אין עד נעשה דיין לאו מביום הנחילו נפקא לן רק מועמדו א"כ לרבנן נמי ניהו דאיכא למילף מביום הנחילו מ"מ מועמדו ג"כ מוכח וע"כ דביום הנחילו לת"ד והיקשא לגמר דין ואי נימא דיש שום סברא שיחלקו ר"מ ורבנן בזה אי מוכח מועמדו או לא א"כ אין צורך לכל דבריו דלר"מ כיון דמצי יליף מועמדו לא איצטרך ביום הנחילו רק לת"ד ולרבנן לא ודו"ק

אבל לפעד"נ דלק"מ על הרמב"ם ודבריו מוכרחין בש"ס כמו שיתבאר דוודאי יש להבין שם מעיקרא פריך מנא ה"מ ומשני דכתיב ושפטו את העם בכל עת ופריך אי הכי תחילת דין נמי ומשני כדרבא וקשה אי דמעיקרא לא ידע מהך קרא דביום הנחילו א"כ אדפריך מה"מ דגמר דין מותר בלילה ליפרוך בהיפך מה"מ דתחילת דין בלילה לא גם מאי פריך אי הכי משמע דמעיקרא לא קשיא הא כיון דלא ידע מקרא דביום הנחילו מעיקרא נמי קשה תחילת דין נמי גם קשה דקאמר מתניתין דלא כר"מ דתנא ר"מ אומר ואח"כ הביא ההוא עובד' דסמו' דהוי בשיבבות' דר"י דהוי דאין ושקיל וטרי ואח"כ פריך ור"מ האי ושפטו מאי עביד לי' וקשה למה הפסיק באמצע בעובדא דההוא סמי' מיד שהבי' דברי ר"מ דחולק הוי ליה להקשו' האי ושפטו מאי עביד לי' וכן ביום הנחילו גם עיקר ההוא עובדא איתא בש"ס נידה פרק בא סימן כי שם נאמר במשנה ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון ופריך לאתויי מאי ומשני לאתויי סומא באחד מעיניו ור"מ והביא הך היקשיא דר"מ ועלה מביא עובדא דהאי סמי' דר"י גופא קא שביק ליה למידן ושקיל וטרי כל מה

שהביא הכא ולאיזה צורך חזר ושנאה כאן מה שאינו ענין לכאן כלל דלא מיירי רק מאין דנין בלילה ולא מסומא ולא מביא היקשא דסומא רק אגב גררא ועכ"פ לא הוי לאתויי רק אח"כ ולא להביאה באמצע דבריו עד שלא פי' דברי ר"מ דמאי עביד בקרא דושפטו וביום הנחילו וכל רואה יראה דהך קושיא ור"מ והאי ושפטו מאי עביד ליה נולד לו מהך עובדא דההיא סמי' שהביא קודם גם קשה האיך ס"ד דר"מ דוקא דריש היקשא ורבנן לא דרשי היקשא דהא הך היקשא ילפינן משום דמה ענין ריבים אצל נגעים א"כ לרבנן תקשי באמת מה ענין ריבים לנגעים וליכא למימר דאתי לשאר מילי דהא סומא באחד מעיניו כשר ובשתי עיניו ידעינן מכ"ש מלילה וסבירי להו ג"כ כל הנגעים אדם רוא' אפילו מקרוביו א"כ מה ענין ריבים לנגעים: לכן נראה לפע"ד ברור דוודאי פשיטא דרבנן נמי אית להו היקש' דכל ריב וכל נגע ועל זה מקשה בפשיטות מה"מ דגומרין בלילה אבל הא דאין דנין בלילה לא קשיא ליה דמהיקשא ילפינן כנ"ל ועל זה אתי ר"פ ומשני דושפטו את העם בכל עת מורה דגומרין בלילה ואהא פריך אי הכי ת"ד נמי דהא וודאי אי הוי ילפינן דאין דנין בלילה מייתורא א"כ ע"כ הוי צריכין לומר דושפטו רק אגמר דין אבל השתא כיון דכל הילפותא הוא מהיקשא א"כ שפיר יש לומר דאפילו תחילת דין בלילה מקרא דושפטו דמשמע בין בתחילת דין בין בגמר דין ואי קשיא היקשא למה לי דהא רבנן באמת לא קאמרי היקשא אהא ואתי היקשא לשאר מילי דהיינו אסותא בשתי עיניו ובשלמא אי אין דנין בלילה שוב לא איצטרך אסומא בשתי עיניו דלא עדיף מלילה אבל אי נימא דקרא דושפטו מורה דדנין בלילה שפיר איצטרך היקשא אסומא בשתי עיניו דמ"מ פסול ואהא דמשני דמקרא ביום הנחילו מוכח דאין דנין בלילה הא כיצד יום לתחילת דין ולילה לגמר דין והשתא אתי שפיר דפריך אי הכי דמעיקרא לא מצי להקשות דכיון דאקשינהו רחמנא להא נמי אקשינהו אבל השתא דכתב קרא ושפטו אין צורך לן לאפוקי קרא דושפטו מפשטי' ולאוקמא אגמר דין כיון דמצי לאוקמא היקשא אסומא בשתי עיניו הרי דמשום קרא דאחד מבניו הכהנים נפיק מהיקשא דנגעים אפילו אחד דלא כריבים ולפי זה שפיר יש לומר דאפילו לפי מה דמשני ביום הנחילו ידע רבא דרבנן נמי דרשי היקשא ואי קשיא מה צורך היקש הא מביום הנחילו נפקא דידע רבא דאיצטרך ביום הנחילו לשלשה שנכנסו כמו שכתב הכ"מ הנ"ל וממילא מוכח דאין דנין בלילה רק דאי לאו היקשא הוי שמעינן מביום הנחילו דאין דנין בלילה ולשלשה שנכנסו לא ידעינן השתא דכתיב היקשא שפיר שמעינן מביום הנחילו לשלשה שנכנסו ומ"מ לא מצי רבא לשנויי' מכח היקשא גופא דמהא גופא הוי מוקמינן היקשא לסומא בשתי עיניו מכח קרא דושפטו דמשמע בין גמר דין בין תחלת דין לזה הוצרך לשנוי' מכח

דביום הנחילו דבין אי נימא דקרא אשלשה שנכנסו בין אאין דנין בלילה גרידא סוף סוף מוכח דושפטו רק אגמר דין רק כיון דאתית לקרא דביום הנחילו ממילא ליכא לאוקמא היקשא לסומא בשתי עיניו דלא איצטרך כיון דאין דנין בלילה וע"כ דהיקשא איצטרך לומר דביום הנחילו לשלשה שנכנסו ולק"מ [והמקשה לא ידע באמת מהך דשלשה שנכנסו ומ"מ אתיא ליה שפיר לרבנן דבלא"ה איצטרך ביום הנחילו דבלא זו לא שמעינן מהיקשא מכח קרא דושפטו רק לר"מ דקרא ושפטו מורה איום המעונן קשיא ליה ביום הנחילו למה לי ומשני לשלשה שנכנסו ורבא לעיל באמת יש לומר דידע אפילו לרבנן כן ודו"ק] ועל דרך זה צריך לומר בפירש"י שפירש לילה לגמר דין דעיקר משפט היינו גמר דין וצריך לומר כוונתו דקשיא ליה קושית התוס' שם דילמא איפכא לילה לתחילת דין על זה קאמר דכן מורה לשון ושפטו דעיקר משפט גמר דין והנה לכאורה קשה לפי זה מאי פריך אי הכי תחילת דין נמי הא ושפטו אינו רק גמר דין דהוא עיקר משפט וצריך לומר דדוקא מעיקרא עד דידע דיש קרא מפורש דאין דנין בלילה א"כ פשיטא דטפי יש לומר דושפטו קאי בין אגמר דין בין מתחילת דין משנאמר אגמר דין גרידא אבל השתא דכתיב ביום הנחילו ח"כ הא פשיטא דליכא למימ' דושפטו קאי בין על גמר דין בין את"ד מכח קרא דביום הנחילו רק דיש לומר אחד מהם א"כ פשיטא דטפי יש לומר אגמר דין גרידא משנאמר מתחיל דין גרידא דעיקר משפט הוא גמר דין ובהכי וודאי מיירי טפי קרא דושפטו משנא' דקאי אתחילת דין וזה ברור:

וזהו דקאמר לימא מתניתין דלא כר"מ ומייתי הך דר"מ דדריש היקשא דדין וסומא ומייתי עלה עובדא דר"י שפירש המשנה דכל הכשר לדון בסומא באחת מעיניו וכר"מ דבשתי עיניו וכרבנן גם לעדות פסול א"כ לפי זה ממילא ע"כ דלא דריש קרא דושפטו דגמר דין מותר כמו שכתב הרי"ף ורש"י וכל הפוסקים שם דאי גמר דין כשר בלילה אף סומא באחת מעיניו כשר וכיון דר"מ פוסל סומא באחת מעיניו ע"כ דלא דריש ושפטו וליכא למימ' דר"מ באמ' בשתי עיניו מיירי דכיון דאין דנין בלילה סומ' בשתי עיניו פשיטא ולא צריך היקשא גם ממשנה גופא דכל הכשר לדון מבואר דר"מ פוסל באחת מעיניו ומהאי טעמא מביא באמת הך אוקימתא דמזה מבואר דר' מאיר פוסל באחת מעיניו א"כ על כרחך דלא דריש ושפטו והיינו דפריך אחר כך ור' מאיר האי ושפטו מאי עביד ליה כיון דפוסל סומא באחת מעיניו ע"כ דלא דריש ושפטו אגמר דין כנ"ל ומשני ליום המעונן והדר פריך האי יום הנחילו מאי עביד דוקא לרבנן בעינן יום הנחילו דאי לאו הכי קרא דושפטו עקר ליה להיקש' כנ"ל אבל לר"ח דושפטו ליום המעונן לא צריך קרא ביום הנחילו דמוכח מהיקשא, ומשני לשלשה שנכנסו ולפי זה יש לומר דגם לרבנן

איצטרך ביום הנחילו להכי וממילא מוכח דושפטו רק אגמר דין ומביום הנחילו גרידא לא שמענו לשלשה שנכנסו לכך איצטרך היקשא ומוכח הכל וזה שהביא הרמב"ם לדידן נמי היקשא דכל ריב וכל נגע דביום הנחילו לשלשה שנכנסו אבל אח"כ גבי סומא בשתי עיניו לא זכר ההיקש כיון דאין דנין בלילה פשיטא דסומא בשתי עיניו פסול בלי היקשא ולכך ר"מ דדריש ליה היקשא לא דריש רק על אחת מעיניו דלית ליה ושפטו וזה ברור ולק"מ ומעתה לפי זה ליתא למה שכתב בסמ"ע להכשיר על ידי נרות דולקות בלילה כיון דילפינן מהיקשא דנגעים אם כן בנגעים פשיטא דאפילו נרות דולקות אסור דהא סומא באמת מעיניו גם כן פסול והא עדיף טפי מנרות דולקות אם כן כ"ש בלילה בנרות דולקות אסור א"כ כיון דמקשינן ריבים לנגעים בריבים נמי אסור בלילה אפילו בנרות דולקות ועל דרך זה ג"כ י"ל ביישוב דברי הרמב"ם הנ"ל ע"ד הנ"ל והוא דוודאי רבא לא ידע משלשה שנכנסו וסבירא ליה ביום הנחילו לרבנן לאין דנין בלילה גרידא ומ"מ איצטרך היקשא דבלי היקשא כיון דמקרא ושפטו מוכח דסומא באמת מעיניו כשר א"כ יש לומר דבלילה ג"כ ע"י נרות דולקות מותר כמו שכתב הסמ"ע לזה איצטרך היקשא דמקשינן לנגעים דאסור באחת מעיניו דכתיב לכל מראה עיני הכהן א"כ כ"פ דאסור בלילה ע"י נרות דולקות א"כ ה"ה ריבים אסור בלילה אפי' ע"י נרות ומ"מ לא מצי רבא ליישב מהיקשא גופא דלולי קרא דביום הנחילו קרא דושפטו עקר לי' להיקשא לגמרי מהא על דרך הנ"ל ודוק היטב:

אך אמנם עדיין צריך יישוב מה שהקשו עליו דבפרק מצות מליצה אמרינן לימא בהא קא מיפלגי מר סבר מקשינן ריבים לנגעים ומר סבר לא מקשינן וקאמר לא דכ"ע לא מקשינן דאי מקשינן אפילו גמר דין נמי משמע בהדיא דהא בהא תליא ולהרמב"ם אפילו אי מקשינן גמר דין לא לרבנן לכן נראה דוודאי סובר הרמב"ם דרבנן נמי דרשי אין דנין בלילה מכל ריב וכל נגע ועל דרך הנ"ל דאל"כ לפי המסקנא דביום הנחילו לר"מ לשלשה שנכנסו לרבנן שלשה שנכנסו מנא להו וע"כ דדרשי ג"כ מכל ריב וכל נגע ומ"מ מחולקין שפיר אי לגמר דין אי לתחילת דין כמו שבארנו קודם רק דעדיין קשה אי ס"ד דסבירי להו ג"כ היקשא כר"מ א"כ קיימא לן אין היקש למחצה ובאמת הם לא דרשי היקשא כלל דסומא באחת מעיניו כשר לדידהו גם בנגעים רואה אפי' נגעי קרוביו א"כ מתניתן דלא כמאן לכן סבירא ליה לרמב"ם דבהא פליגי ר"מ דריש היקשא וממילא אין היקש למחצה ודרשינן נמי על סומא באחת מעיניו ושפטו ליום המעונן וכן מקשינן להיפך נגעים לריבים אבל רבנן לא דרשי היקשא כלל רק מיתורא דקרא דהתם קאמר ונגשו בני לוי כי בם בחר ה' לשרתו ולברך בשמו ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע הרי דחשיב כל

הנהוג בבני לוי הכהנים ומאי ענין ריבים לכאן דקא נהוג בכל ישראל ומזה מוכח דלכך נקט כאן ריב להורות דין מחודש בריב כמו בנגעים וכיון דלאו מתורת היקשא אתינן עלה רק מיתורא לא מוכח רק דאין דנין בלילה ולא לשארא ור"מ סבירא ליה היקשא והשתא אתי שפיר דלר"מ ע"כ גמר דין נמי כיון דדריש סומא באחת מעיניו ולרבנן אתחילת דין כיון דלא דרשי סומא בא' מעיניו ומכח קרא דושפטו:

הכל כנ"ל ודו"ק. והשתא ניחא הא דקאמר התם פ' מצות חליצ' מר סבר מקשינן ומר סבר לא מקשינן דאי מקשינן אפילו ג"ד נמי והיינו דאין היקש למחצה כנ"ל וא"ש. ועיין עוד בתומים מה שהאריך בדברי רשב"ם ואין דבריו נכוני' בעיני ואין להאריך כאן ולקמן ס"ז יתבארו דברי רשב"ם שם ע"ש:

ה דאם עברו ודנו דיניהם דין. זהו דעת הרשב"ם מירושלמי והתוס' פרק מצות חליצה כתבו דא"א לכוון הפי' בירושלמי אם לא שנהפוך הגירס' [ובאמת לפי מה שהוא בירושלמי שלפנינו מנ"ל ושפטו וכו' א"א להפך הגירסא ודו"ק] ועיין תומים מה שכתב לפרש הירושלמי ולשון ואית קרא לשעבר לא משמע כן. ולפעד"נ לפרש הירושלמי דוודאי ס"ל לירושלמי דהא דמחלק במשנה בין תחילת דין לגמר דין אין הטעם משום דעיקר משמע הוא תחילת דין דהא כתב רש"י להדיא דעיקר משפט הוא גמר דין וע"כ דהכוונה לחלק דלכתחילה אין לו לדון בלילה אבל אם התחיל ביום גומר הדין אפי' בלילה דזה הוי כמו דיעב' כיון שכבר התחיל לדון ביום ועל זה פריך ואית קרא לשעבר פי' וכי מצינו קרא שיאמר דין מה שלכתחיל' אינו כן רק דיעבד ועל זה קאמר ר' שב"י כיני מתניתין פי' דכן הוא במתניתא מנין שאם טעו ודנו בלילה דיניהם דין שנא' ושפטו את העם בכל עת אלמא דיש קרא לשעבר וממילא אם התחילו ביום מותר לגמור לכתחילה בלילה דזה הוי כמו דיעבד כיון שכבר התחילו ביום ומה שהקשו על רשב"ם מפרק מצות חליצה ומקידוש החודש נראה לפע"ד דלק"מ דדוקא גבי דין שייך לחלק בין לכתחילה לדיעבד דסברא הוא שלא יחזור כיון שהדין כן באמת משא"כ חליצה ודו"ק אמנם צ"ע במה שהחליט הרב לדעה זו דאם עברו ודנו ובאמת מירושלמי והפוסקים משמע דוקא אם טעו ודנו בלילה ולא בעברו ודנו:

ו עד סוף שעה חמישית. והרמב"ם כתב עד שעה ששית. ועסמ"ע מה שכתב ליישב דבריו ובאמת לשון דלא טעים מידי בצפרא לא משמע כן אלא כל שלא טעם בבוקר ממש הוי לאמר שעה ששית כזורק אבן לחמת. ולפע"ד נראה דהרמב"ם הוכיח דינו דהתם קאמר עד זמן סעודה ואמרינן עלה מאי קרא דכתיב אשריך ארץ שמלכך בן חורין ושריך בעת יאכלו בגבורה ולא בשתי בגבורה של תורה ולא בשתי' של יין והשתא אי כוונת

המקרא למאכל כל אדם שאז יעסקו הם בגבורה של תורה א"כ מנא לן עד זמן סעודה והיינו עד זמן סעודת ת"ח כל שהוא לאחר זמן שהוא סעודת כל אדם סגי ועד שעה חמישית סגי וע"כ דכוונת המקרא בזמן סעודת ת"ח יעסקו הם בגבור' של תורה דהיינו בדין ואי משום דהוי כזורק אבן לחמת מביא עלה עובדא דאביי דאי טעים מידי בצפרא ולשיטת הרמב"ם אתי שפיר פי' הפסוק ושריך בעת יאכלו פי' הדיינים בעת שהם ראויין לאכול שהוא זמן סעודת ת"ח אעפ"י כן בגבורה של תורה ולא בשתי של יין:

על חו"מ סימן ו

א ואם הוזקקו לשוה פרוטה גומרין דינם. עסמ"ע שפסק כהרא"ש בזה דלית הילכתא כרב קטינא וכן נראה דעת הש"ך ולפעד"נ עיקר כהרמב"ם דוודאי יש להבין לשיטת הרא"ש דמעיקרא כדפריך אמתניתין אמאי לא תני ישיבת הדיינין קאמר הא תני ליה גזל והדר פריך ללוי הא תני ליה גזל ומשני ישיבת הדיינין איצטרך לאפוקי מדרב קטינא והשתא תקשי כיון דללוי ע"כ צריך לומר דמהך דגזל לא נשמע לדין דאל"כ אכתי תקשי הא לא איצטרך לדרב קטינא דמגזל שמעינן לה א"כ לתנא דידן נמי למה לא קתני ישיבת הדיינים ואי משום גזל מ"מ איצטרך לאפוקי מדרב קטינא דלא נשמע מגזל ובאיזו סברא פליגי לוי ומתניתין דללוי לא נשמע מגזל ולדידן נשמע מגזל ומזה דייק הרמב"ם דוודאי הא דקאמר לוי לאפוק' מדרב קטינא היינו בגמר דין דזה לא נשמע באמת מגזל ומתניתין סבירא ליה דגמר דין גומרין כרב קטינא רק דהקושיא דהוי ליה למותני ישיבת הדיינים בתחילת דין וזה באמת נשמע מגזל נמצא דתנא דמתניתן ולוי פליגי בדרב קטינא בגמר דין דלוי נקט ישיבת הדיינין בגמר דין דלא כרב קטינא ולא נשמע מגזל ותנא דמתניתין סובר באמת בר"ק בזה ובת"ד נשמע מגזל וכן צריך לומר בתוס' שם שהקשו לישני דתנא דמתניתן אית ליה דרב קטינא ויש להבין מאי קושיא הא נימא ליה טפי לשנויי דלא נצטרך לומר דתנא דמתניתן פליג על תנא דברייתא וצריך לומר דכוונו התוס' להקשות כיון דקאמר ללוי לאפוקי מדרב קטינא ש"מ דמגזל לא מוכח לאפוקי א"כ מאי קאמר הכא הא תני ליה גזל הא אכתי לא מוכח דלא כרב קטינא וע"כ דבאמת סובר במקצת כרב קטינא א"כ למה ליה לשנויי כלל הא תני ליה גזל ועל זה תירצו התוס' דאית להו כרב קטינא רק רב קטינא גופא לא קאמר רק בגמר דין [ובקושיא ג"כ ידעו החילוק בין גמר לתחילה מכח הכרח הנ"ל רק דס"ד דרב קטינא גופא לעולם קאמר ועל זה תרצו דמעיקרא נמי ידע דרב קטינא גופא דוקא בגמר דין קאמר] לכך לוי תני שפיר לאפוקי בגמר דין אבל אנן בגמר דין כרב קטינא סבירא לן ובתחלת דין הא תני לי' גזל גם מה

שכתב הרא"ש דמדקאמר הא תני ליה גזל א"כ כמו דגזל ליתא כלל בפחות משוה פרוטה ה"ה נמי דין נראה שמפרש דעיקר כוונת התנא דמתניתין דקא חשיב חמש פרוטות לאשמעינן דבציר מהכי לא א"כ כיון דתני ליה גזל דבציר מפרוטה כלל כלל לא ה"ה נמי דין אבל רש"י ז"ל פירש בהדיא להיפך דעיקר כוונת התנא דמתניתין לאשמעינן דבפרוטה סגי ולא בעינן טפי ועל זה קאמר הא תני ליה גזל פירש"י ומוכח דהוי ממון וב"ד נזקקין א"כ מה בכך דגזל בכל גוונא ליתא בבציר מפרוטה סוף סוף טפי לא בעינן לעולם והכא נמי לא בעינן טפי ובאמת פירש"י מוכרח מלבד דלפי הנ"ל יש ראיה לפירושו אבל בלא"ה מדפריך פרק שבועת הדיינין לשמואל דקאמר אפילו לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה רק בפרוטה חייב דאמאי לא חשיב הכא כפירה בפרוטה והשתא לשיטת הרא"ש מאי קושיא הא כאן עיקר כוונת התנא להשמיענו דבציר מהכי לא מהני וכפירה בפרוטה לא שייך זה דהא בציר מהכא כבר שמעינן לה דאין ישיבת הדיינין בפרוטה א"כ פשיטא דאין כאן שבועה וישיבת הדיינין ילפינן מגזל א"כ תו לא איצטרך כפירה בפרוטה ואי לאשמועינן דלא בעינן טפי זה אין ענין להך משנה וכל אחד נשמע במקומו והך דפרק שבועת הדיינין לרב כדאית ליה ולשמואל כדאית לי' ומזה למד רש"י דע"כ דכוונת התנא כאן לאשמעינן דטפי מפרוטה לא בעינן ובפרוטה סגי א"כ ליתני נמי כפירה בפרוטה דלא בעינן שתי כסף ולפי זה פשיטא דלא מוכח מגזל לגמר דין והיינו כמו שכתבתי דבגמר דין סבירא לן כרב קטינא ובהא פליגי מתניתין ובריית דלוי:

ולענין מה שנחלקו בפירוש גמר דין משמע בהדיא בגמ' דעיקר הפי' הוא כשרואין בתחלת דין שאין סיכסוך ביניהם רק בפחות משו"פ שאין תובע יותר אין צריכין ליישב אבל אם התביעה בפרוטה רק שלא זכה בדין רק מפחות משוה פרוטה ס"ד שאין צריכין לגמור הדין ולומר איש פלוני אתה זכאי כיון שאין כאן רק פחות מפרוטה קמ"ל דנזקקין וגומרין כיון שמתחילה ישבו לדון בפרוטה אף שהם רואין בבירור שלא יגיע לו פרוטה מ"מ צריכין לעיין היטב בנשאר ולגמור הדין כמו בפרוט' ולא ידעתי למה פירשו דברי הרמב"ם לכוונה אחרת הלא הדבר פשוט בכוונת הרמב"ם כמש"כ ואפשר שגם כוונת רש"י כך ובא לפרש המציאו' בזה כגון שחזר השני ותבע אותו פחות משו"פ א"כ לא נשאר לראשון לתביעת ופרוטה מ"מ נזקקין לו כיון שהתחילו לישב על תביע' פרוטה ומ"מ לענין הדין הכל בכלל וגומרין כמו שכתב בכ"מ ולענין כלים עיין מש"כ לקמן סימן פ"ח ס"ק ב' ושם הבאתי ראיה מהך דהכא דלא קא חשיב כפירת כלים בפרוטה אלא וודאי דאפי' פחות מפרוטה סגי בכלים וה"ה הכא לענין דין כמו שכתב הש"ך ע"ש:

על חו"מ סימן ז

א שהיה אחד מהן גר זהו ממה דגרסינן ביבמות אמר רבא גר דן את חבירו הגר וכו' ופירש"י בדיני נפשות אבל בדיני ממונות דן ואפי' אין אמו מישראל והביא ראיה מהא דאמרינן בסנהדרין פ"ד הכל כשרין לדיני ממונות ואמרינן לאתויי גר והכי איתא בנדה פרק בא סימן והנה כל הפוסקים הרבו להשיב על פירש"י והוא מבואר בתוס' והרא"ש ופסקו דאפילו לדיני ממונות בעינן שתהא אמו מישראל וכן דעת הרי"ף והרמב"ם ואחריהם נמשכו הטור ומחבר להלכה אבל לפעד"נ ליישב פירש"י ואדרבא לפי' התוס' והרא"ש קשה טובא כמו שאבאר חדא דהאיך אפשר דהא דקאמר לאתויי גר היינו באמו מישראל דאיזה צד גירות יש לו לזה דהא אביו עדיין עכום"ז הוא ואמו ישראלית גמורה היא והוא עצמו א"צ גירות כמו שהסכימו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים ושפיר דייק רש"י כיון דקאמר לאתויי גר דבאין אמו מישראל מיירי ועוד לדבריהם תקשי אמאי לא מוקי משנה דיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון בגר שאין אמו מישראל ולא נצטרך לומר ר"מ ולחלוק עלינו את הסתמות. ולכאורה היה נראה ליישב לפי מה שכתבו התוס' שם דלכך לא קאמר אוהב ושונא משום דלכל העולם כשרים א"כ גבי גר נמי כיון שיכול לדון גר חבירו ולא פסיק ליה כמו אוהב ושונא אבל באמת הא ליתא ודוקא אוהב ושונא כיון דלכל העולם כשרים רק לזה לא שייך לומר ואינו כשר לדון כיון דבאמת כשר הוא רק לזה וכל העולם בגדר פסול זה שכל אחד פסול לאוהבו או לשונאו משא"כ גר שהוא פסול באמת מצד עצמו רק שהוא כשר לגר חבירו מצד גריעותא דחבירו מכח קרא דעליך א"כ כיון דפסול מצד עצמו לכל העולם פשיטא שי"ל לאתוי גר הרי דהכל כשרין לדון לשיטת התוס' הוא רק לדון חבירו הגר וכ"ש הכא שיש לפרש ואינו כשר לדון לבר מגר) וכן מבואר בל' התוס' שכתבו דלא פסיקא ליה כיון שכשר לכל העולם והיינו כמו שכתבתי ואין לו' הא גם לשיטת רש"י קשה לימא בד"נ ולאתויי גר הא ליתא דא"כ תקשי השתא דקאמר לאתויי סומא ור"מ למה לא קא' לאתויי סומא בדיני נפשות ואפי' לרבנן וע"כ או בדבדיני נפשות לא מיירי או דרוצה לומ' מילתא דשייך בתרווייהו א"כ לשיטת רש"י פשיטא דלק"מ אבל לשיטת התוס' והרא"ש קשה [שוב מצאתי לרמב"ן ז"ל בחידושי יבמות שלו שהקשה קושיא זו וכתב ליישב וז"ל ויש לומר אין הכי נמי והא דלא אמרי בגמרא לאתויי גר שאין אמו מישראל משום דשם גר בעולם כשר לדון כגון שאמו מישראל או לדון חבירו הגר עכ"ל ולא הבנתי דבריו דכיון שאמו מישראל איזה שם גר יש לו לזה כנ"ל. ועוד דלדבריו תקשי הא דמוקמינן הך משנה מקודם לאתויי גר א"כ תקשי הא שם גר אשכחן דכשר אפי' לנפשו' כגון באביו מישראל והוא וודאי יש לו שם

גר טפי דלולא דאמו נתגיירה הוי עכומ"ז גמור גם כיון דחזינן דמעיקרא קאמר לאתויי גר אף דמצינו גר דפסול אפי' לד"מ א"כ מ"ש דכאן לא קאמ' לאתויי גר בפרט שלא יצטרך לחלוק את הסתמות] ויותר היה נראה לפי מה שכתבו התוס' שם בד"ה לאתויי ממזר וא"ת לימא לאתויי בעל מום דפסול לדיני נפשות דכתיב ומום אין בך ותרצו דמשמע לי' דמתניתין בפסול יוחסין קא מיירי והביאו ראיה ע"ש. והנה לכאורה קשה הא בהך משנה גופא אח"כ קאמר ר"י לאתויי סומא אלמא דנקט לאתויי בעל מום ומ"ש מעיקרא דמשמע לי' בפסול יוחסין וצריך לומר דמשמע ליה דברישא קתני כל הראוי לדון מיירי בפסול יוחסין ובסיפא דקתני כל הכשר לדון מיירי שפיר בשאר פסולים והשתא מהאי טעמא גופא לא קאמר לאתויי גר כיון דקתני בסיפא לישנא אחרינא מרישא ש"מ דבסיפא לא מיירי בפסול יוחסין דאל"כ הוי לי' למיתני כל הראוי לדון כמו ברישא ותירוץ זה היה נכון לכאורה אבל אכתי קשה על זה הא בסנהדרין קאמר הכל כשרין לדון ומ"מ קאמר לאתויי ממזר ש"מ דבלא"ה משמע ליה דבפסול יוחסין קא מיירי ואפשר דהתם דייק פסול יוחסין ממאי דמסיק כהנים ולוים וישראלים והכא דייק מדקתני כל הראוי לדון וצ"ע. והנה התוספת שם כתבו ליישב על הקושיא מאוהב ושונא דבלא"ה ע"כ מתניתין לא אתיא כרבנן דקתני כל הכשר לדון כשר להעיד ולרבנן סומא בשתי עיניו כשר לדון דלא דרשי היקשא דריבים לנגעים ולעדות פסול ולפי זה יש ליישב ג"כ קושיא הנ"ל כיון דבלא"ה ע"כ רישא ר"מ ולא רבנן מוקי נמי סיפא דיש כשר להעיד ואינו כשר לדון ג"כ כר"מ:

אך באמת דברי התוס' גופא נפלאו ממנו דהא התם קאמר ר' יוחנן סתמא אחרינא אשכח דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה ומוכיח מיני' דסומא באחת מעיניו כשר הרי דדייק כיון דגמר דין בלילה כשר דין הוא דסומא באחת מעיניו דעדיף טפי מלילה דכשר וכן כתבו הפוסקים להדיא והרי"ף פ"א ד"מ ורש"י שם והשתא מה בכך דרבנן לא דרשי היקשא דריבים לנגעים מ"מ כיון דסבירי להו תחילת דין בלילה לא א"כ אי ס"ד דסומא בשתי עיניו כשר לדון א"כ כ"ש דבלילה דיכול לדון דזה עדיף טפי מסומא בשתי עיניו ביום יותר ממה דעדיף סומא באחת מעיניו מלילה וע"כ דלרבנן באמת סומא בשתי עיניו פסול אפי' בלי היקשא וכן פסק הרמב"ם להדיא והטור ומחבר סי' זה א"כ הדרא קושיא לדוכתא כנ"ל. ואמת כי התוס' לשיטתם פרק א' ד"מ משמע דלא סבירי להו הך סברא לדמות סומא ללילה אבל לשיטת הרמב"ם והרי"ף וכל הפוסקים דמדמי סומא ללילה ופסקו באמת סומא בשתי עיניו פסול קשה כנ"ל ועיין מה שכתבתי סי' ה ס"ק ד' שם הארכתי ומבואר בהדיא דלרבנן סומא בשתי עיניו פסול וצע"ג ליישב קושיא הנ"ל על

נכון ועוד קשה מה שהקשו התוס' והרא"ש גופא אהא דקאמר רשב" אנא גר אנא ותנינא בישראל ולא בב"ד של גרים ולמה לו מהברייתא תיפוק ליה דאפילו דיני ממונות גר פסול כשאין אמו מישראל. והנה התוס' והרא"ש תירצו דאיצטרך הברייתא לחליצת בני גרים ובאמת הוא תמוה דמנא ליה באמת מהברייתא לחליצת בני גרים דהא איצטרך בישראל דאפי' אמו מישראל פסול כדאמר בתר הכי הרי דמהאי טעמא לא הקשו התוס' אברייתא למה לי בישראל רק קשיא להו על רשב"י שהביא הברייתא והטעם דהברייתא שפיר קא אמרה בישראל דאפי' אמו מישראל פסול אבל לר' שמואל בר יהודה שהיה גר בעצמו לא הוצרך להביא הברייתא א"כ תקשי באמת מנא ליה חליצת בני גרי' מהך בישראל גם מה שתרצו התוס' פרק בא סימן והרא"ש פרק מצות חליצה כיון דלדיני ממונות כשר גר בקבלה א"כ בחליצה נמי ס"ד בקבלה כשר קמ"ל בישראל דלא והנה מלבד מה דגם בזה קשה כנ"ל אבל בלא"ה אני תמה הא התם ממעטינן חליצה בלילה משום היקשא דריבים לנגעים לר"מ או לרבנן מביום הנחילו א"כ תקשי הא בד"מ בקבליה עליה לדון בלילה כשר כמו שכתבו הסמ"ע והב"ח להדיא לעיל סי' ה' א"כ בחליצה נמי בקבליה לחלוץ בלילה תכשר וע"כ צריך לומר דהא ליתא דמ"מ כיון דחליצה הוי כמו דין פסולה בלילה ממילא אפילו בקבלה פסולה ודוקא, בד"מ שייך קבלה כמו מחילה אבל בחליצה לא שייך קבלה ומחילה א"כ ממילא אפי' בקבלה פסולה א"כ הכא נמי כיון דבלי קבלה גר פסול בד"מ ה"ה בחליצה אפילו בקבלה. גם מה שתרצו התוס' פרק מצות חליצה והרא"ש שם דבלי כפיה יכול לדון דיני ממונות משא"כ בחליצה גם כן קשה דהא בירושלמי מבואר להדיא בעובדא דהוי יתיב דיין לגרמיה דכל שבאו לפניו כקבלוהו הוי וכן פסק הב"ח להדיא א"כ בלי כפיה הוי כקבלה וקשה ג"כ קושיא הנ"ל ואמת כי בתוס' יש לומר דכוונתם כיון דכתיב שום תשים משמע דוקא במילתא דשייך בהו שימה דהיינו דיני ממונות בעינן מקרב אחיך אבל בחליצה לא שייך שימה לא בעינן מקרב אחיך קמ"ל בישראל דאפילו בחליצה גר פסול אבל ברא"ש אי אפשר לומר כן שהוא תירץ מקודם בקבליה ואח"כ תירץ בלי כפיה משמע דכוונתו דבלי כפיה לא הוי כקבליה וקשה עליו מהירושלמי הנ"ל ובאמת צריך לומר דסובר הרא"ש דבירושלמי כיון דר' אבהו מדינא היה יכול לדון רק משום אל תהי דן יחידי הילכך בקבליה כל דהוא סגי אבל בעלמא בעינן קבלי' בפי' אבל לדידן דקיימא לן בקבליה באתו לגביה סגי א"כ בלי כפיה הוי כקבליה ואם כן ליתא להאי תירוצא מכח קושיא הנ"ל אבל לשיטת רש"י אתי שפיר ולק"מ דאיצטרך להביא הברייתא דבד"מ גר כשר אפי' אין אמו מישראל גם על עיקר מה שתרצו התוס' הרא"ש דהא דקאמר לאתויי גר היינו לדון גר חבירו וממזר

אפילו לאחר יכול לדון א"כ האיך קאמר וצריכא כיון דלא דמי כלל גר וממזר ומה שכתבו התוס' משום דסתמא קתני במתניתין לא הבנתי דמכל מקום כיון דקא עביד צריכותא ובחד צד עדיף גר מממזר משמע וודאי דלפי האמת עכ"פ לא עדיף חד מחבריה ודו"ק וכן הרמב"ן אף שנראין לו דברי התוס' לדינא הודה שאין דבריהם מחוורין בזה רק שכתב דלאתויי גר היינו כשאמו מישראל והא נמי צ"ע דאיזה שם גר יש לו לזה כנ"ל:

ומעתה אבוא ליישב מה שהקשו על פירש"י חדא מהא דר' מרי בר רחל דהוי ממונה על פירסי דבבל וקאמר התם כל שימות שאתה משים לא יהיה אלא מקרב אחיך ולפעד"נ דלק"מ דפשיטא דכל ענין שצריך התמנות ושררה שייך למעט משום תשים כל שימות שאתה משים אבל דיני ממונות כיון דקיימא לן אפילו חד הדיוט דן מן התורה וכ"ש ג' א"כ כיון שהם יכולין לדון בע"כ אפילו דיינים שאינן קבועין בעיר אם כן האיך שייך בזה כל שימות שאתה משים דאיזה התמנות יש להם בזה הא כל שלשה יכולין לדון בע"כ ומי עשאם שר ושופט עד שנאמר עליהם כל שימות שאתה משים ובאמת הרב הנ"י שהקשה קושיא זו דקדק כיון דמדאורייתא בעינן סמוכים אבל באמת אפילו לדעה זו לק"מ דמה בכך דבעינן סמוכין וכי ענין הסמיכה הוא שררה והתמנות דפשיטא דאפי' אין לו שום התמנות יכול להיות סמוך וממילא כל שהוא סמוך יכול לדון בע"כ ואם יש מאה סמוכה בעיר נאמר עליהם שהם כולם ממונים ויש להם שררה הא וודאי ליתא ופשיטא דלא שייך בכלל שימה בד"מ וכ"ש לפי מה שפסק הרמב"ם כר' אחא דדבר תורה בחד הדיוט סגי א"כ פשיטא דאין זה בכלל שימה ומעתה ממילא לא קשיא מה שהקשה הרא"ש דדיני נפשות מאתך בדומין לך נפקא דפשיטא דאיצטרך שום תשים לכל דבר שיש בו שררה והתמנות כעובדא דר' מרי בר רחל גם בלא"ה לק"מ קושית הרא"ש דוודאי עיקר דרשה מאתך בדומין לך נפקא והכא לא יליף רק דגלי קרא עליך הוא דבעינן מקרב אחיך אבל גר דן את חבירו הגר ואם באנו להקשות כיון דכתיב קרא בקרב אחיך אתך בדומין לך למה לי הא ליתא הא איצטרך באמת לשאר מילי לבר מגר וממיל' גר נמי נפקא וקרא דמקרב אחיך להורו' דגר דן חבירו הגר ועוד דהא כתבו התוס' פרק אחד ד"מ דמאתך בדומין לך לא הוי ממעטינן בעלי מום רק כיון דגלי קרא ומום אין בך והכא נמי אי לאו קרא דמקרב אחיך לא מסתברא למעט מאתך גר ואדרבא לשיטת התוס' והרא"ש קשה דלדעתם אפי' אמו מישראל פסול לדון דיני נפשות והא פשיטא דאינו בכלל המיעוט מקרב אחיך דהא כשר לד"מ וע"כ דנפקא ליה מאתך בדומין לך וקשה הא שם ממעטינן ממזר מהך קרא והוא מה שאמרו הכל כשרין וכו' אלא כהנים לויים וישראלים המשיאין לכהונה א"כ גר שאמו מישראל דמשיא לכהונה הרי הוא בכלל אחך בדומין לך ואפילו

גר שאין אמו מישראל משיא לכהונה רק כהנים נהגו סלסול בעצמן ועיין בכ"מ פ"ב מה"ס הלכה ט' ולפירש"י ניחא דגר מקרב אחיך נפקא ומהאי טעמא פירש"י סנהדרין ד' ל"ו דהכל כשרין ועשרים ושלשה חדא מילתא הוא היינו לאפוקי ממזר דנפיק מונשאו אתך ולא גר דהוי בכלל ונשאו אתך ודוק ולא ירדתי לסוף דעת הנ"י שכתב דמודה רש"י דגר אינו דן שור הנסקל ובאמת רש"י פי' בהדיא ממזר דנפיק ונשאו אתך ולא גר דמקרב אחיך נפקא לשיטתו דסובר דגר הוי בכלל ונשאו אתך כדברי הכ"מ כנ"ל ואינו נפסל כלל משום דבעי כ"ג דהא מקרב אחיך אפילו בד"מ כתיב והא דלא חשיב י"א משום דבדיני נפשות גופא גר כשר לדון הגר לא שייך לומר בזה דשור הנסקל כד"מ ודו"ק וצ"ע לדינא:

ב או אביו וכו' וגר דן את חבירו הגר אעפ"י שאין אמו מישראל כתב הכנה"ג דדוקא לגר גמור יכול לדון אבל לגר שאמו מישראל אינו יכול לדון וכתב עוד דלגר שאביו מישראל יכול לדון. והוא תמוה דהא כתב הרב דאביו מישראל עדיף טפי מאמו מישראל א"כ פשיטא דאין גר גמור דן אותו ובאמת לק"מ דכוונתו על פי מה שכתב שם לחלק דבאמו מישראל אפילו בא עליה בגיותו הוי מקרב אחיך דולדה כמותה [מ"מ צ"ע למאן דאמר דצריך גירות אי חשיב מקרב אחיך] אבל באביו מישראל דוקא כשבא עליה כשנתגיירה אבל בגיותה אין זרעו מתייחס אחריו דולדה כמותה ועל זה קאמר דלגר חבירו כשאמו מישראל אסור לדונו אפילו בא עליה בגיותו אבל כשאביו מישראל אם בא עליה בגיות' יכול גר גמור לדונו ופשוט אמנם בגוף הדין שכתב הרב בשם התוספת דאביו מישראל מהני ג"כ ואדרבא עדיף טפי צ"ע כי מדברי הרמב"ם והטור משמע דבעינן דוקא אמו מישראל שכתב עד שתהא אמו מישראל ואי איתא האיך לא אשתמיט לכתוב עד שיהא אביו או אמו מישראל ובשלמא בגמרא דקאמר ואם היתה אמו יש לומר דרבותא קאמר אבל הרמב"ם והטור שכתבו עד שתהא אמו משמע דאביו לא מהני. גם בגוף דברי התוספת שהביאו ראיה לזה מפרק עשרה יוחסין נראה לפענ"ד שיש לדחות דהתם הכל תלוי ביחס שתהא לה אב דהוא עיקר זרע מבית ישראל אז כשרה אבל בלא זה אף שהיא ישראלית גמורה לא מהני ולרבנן אפילו מקצת זרע אבל לענין דין תליא אם יש בו צד גירות או לא ובהא פשיטא דאביו מישראל יש בו צד גירות טפי מאמו ישראלית כנ"ל ס"ק א' ודוק וכן מדברי הכ"מ פ"ב מה"ס משמע דגבי נפשות צריך שיהא ישראל מכל צדדיו ע"ש אמנם הרמב"ן בחידושי יבמות הביא ראיה מרחבעם שנעשה מלך א"כ כ"ש דכשר לד"מ:

ג וגר דן וכו'. כתב בד"מ בשם המרדכי דוקא בלי כפיה אבל בכפיה אין יכול לדון גר חבירו ועסמ"ע שכ' שלא מצא במרדכי משמעו' זה ובקצה"ח תמה עליו דבהגהו' מרדכי מבואר כן להדיא וסיים ומשה אמת ודבריו תמוהין ולא דק במרדכי וז"ל הגהת מרדכי פרק מצות חליצת אנא גר אנא גר פסול אפי' לחליצת גרים ולממון יכול לדון בלי כפיה עיין בתוס' פרק מצות חליצה עכ"ל וכוונתו פשוט ומבואר דשם בתוס' בד"ה אנא גר אנא הקשו למה לו להביא ברייתא תיפוק ליה דאפילו לדיני ממונות גר פסול כשאין אמו מישראל ותרצו חדא דאיצטרך לפסול לחליצת בני גרים ועוד דבממון יכול לדון בלי כפיה דלא שייך שום תשים רק בכפיה וזהו כוונת הגהת מרדכי דגר פסול בחליצה אפילו לחליצת גרים והוא תירוץ ראשון בתוס' ולממון יכול לדון בלי כפיה זהו תירוץ שני אפילו לישראל וזה שסיים עיין בתוס' פרק מצות חליצה ובקצה"ח הביא לשון אחר קצת ולית' וגרם לו זה שלא העתיק דברי המרדכי כצורתו גם הסמ"ע ראה הגהת מרדכי שהרי כתב ומשמעות לשון זה לא מצאתי ובאמת במרדכי לא נזכר מידי רק שראה דברי הג"מ הנ"ל ועל זה כתב דלא משמע מיניה דינו של הרב: (ד) בשתי עיניו הב"ח פסק להכשיר בדיעבד והיינו על פי דעת התוספת פרק בא סימן ובאמת כבר הוכחתי לעיל ס"ק א' דסומא בשתי עיניו אפי' לרבנן פסול וכן הוכחתי לעיל סי' ה' ס"ק ד' באריכות א"כ אפילו בדיעבד פסול אך יש לדון מטעם אחר להכשיר בדיעבד לדעת רשב"ם דאם דנו בלילה דינם דין מן הירושלמי אם כן ה"ה בסומא משתי עיניו כיון דלרבנן נלמד סומא בשתי עיניו מלילה:

ה מבן י"ח ומעלה והביא שתי שערות עיין תומים שהקשה הא דאמרינן פרק בא סימן כל הכשר להעיד כשר לדון ואמר ר"י לאתויי סומא באחת מעיניו ור"מ לימא לאתויי פחות מבן י"ח והביא שתי שערות דכשר להעיד ופסול לדון ומתוך כך ביקש לומר דכוונת הטור ומחבר דוקא לכתחלה אבל בדיעבד לכ"ע דינו דין ואין דבריו נכוני' דהא הטור הביא ראיה מהא דאמרי' כל דין שהיה דן עד י"ח החזיר וכתב אח"כ אבל בירושלמי מכשיר לדון בן י"ג אפילו לא הביא שתי שערות וכתב על זה ויאשי' חומרא יתירה קא עביד שהחזיר משמע דלדעה קמייתא מה שהחזיר יאשי' היה מן הדין ולא משום חומרא ולדעתו דבדיעבד דינו דין אפילו לדעה קמייתא צריך לומר שלא החזיר רק משום חומרא והאיך לא זכר הטור קודם משום חומרא כלל. אבל לפע"ד נראה דלק"מ דוודאי פשיטא דלענין עדות אין זה בגדר שום גריעותא מה שאינו בן י"ח כיון שהביא שתי שערות דהא כל הסברא פחות מבן י"ח שאינו גבר בגוברין להציל עשוק מיד עושקו כמו שכתב הסמ"ע וזה אינו ענין כלל לעדות כיון שהביא ב' שערות ומתניתין דקתני ויש שכשר

להעיד ואינו כשר לדון משמע שיש קצת גריעות' לענין עדות ומ"מ כשר ולענין דין פסול ועל זה קאמר סומא באחת מעיניו דבשתי עיניו לעדות ג"כ פסול ס"ד באחת מעיניו ג"כ יפסול קמ"ל דלענין עדות מ"מ כשר ולדין פסול מהיקשא דריבים לנגעים אבל לא שייך לומר ויש שכשר להעיד שאינו גבר בגוברין דמאי ענין זה לעדות ואם אתה פוסל זה כ"ע פסולים דאין הפרש לענין עדות שיש בו כח להציל או לא ולא שייך לומר ויש שכשר רק אם יש בו חשש פסול וזה ברור:

אך אמנם לענין הדין תמהני מאוד על כל הפוסקים שהביאו ראי' מהא דיאשי' שהחזיר כל דין עד י"ח והאיך נעלם מהם מה שפירש"י שם במקומו עד י"ח שמצא חלקיהו הכהן ספר בבית ה' והבין בתורה שבכתב והיה חושב שטעה קודם בדין ולכך החזיר ואמת שכן נאמר במלכים ויהי בשמונה עשרה שנה למלך יאשי' וגו' ספר התורה מצאתי בבית ה' הרי שהרניש הרב מה ענין בן י"ח דוקא לכאן ועל זה כתב שאז מצא חלקיהו הכהן הספר וקודם שהיה הספר חשב שמא טעה ולכך החזיר אבל עכשיו פשיטא דהכל תלוי בגדלות וקטנות וכל שהוא גדול יכול לדון כמבואר בירושלמי לכן נר' להכשיר בדיעבד מטעם הנ"ל. וכן נראה דעת הרמב"ם שלא הזכיר דין זה ממימרא דשמואל והיינו שמפרש כפירש"י וזה ברור (ו) דמבן י"ג ומעלה כו' שתי שערות עיין תומים שהקשה דהא מלך ישראל לא היה דן מטעם שאין דנין אותו א"כ קטן שאין דנין אותו האיך יוכל לדון הא בעינן התקוששו וקושו ומתוך כך ביקש לחל' בין קרקע למטלטלין דבקרקע אינו דן כיון שאין דנין אותו ובאמת הא ליתא דהאיך לא אשתמיט הטור ומחבר להזכיר זה החילוק ובקצה"ח כתב דלא בעינן התקוששו רק שיהא בגדר שדנין אותו ולא דוקא באותו דבר שהוא דן וגם זה אינו הא כל הטעם קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים וזה שייך כל שאין דנין אותו בדבר שהוא רוצה לדון ולפעד"נ דלק"מ דדוקא גבי מלך ישראל שייך קשוט עצמך שבאמת הוא עושה מעשה רע רק שאי אפשר לדונו להוציא גזילה מתחת ידו לכך שייך שפיר קשוט עצמך אבל בקטן לא שייך זה כלל דהא במטלטלין באמת דנין ובמקום שאין דנין אותו כך הדין באמת לא מיקרי הקטן גזלן כי בקרקע אין מקחו מקח באמת וכיון שאין נקרא גזלן לא שייך התקוששו וקושו וזה ברור ולק"מ הילכך לענין הדין לדעה זו בכל מקום דינו דין והנה הטור מסיק בשם הר"ר יהודה ברצלוני שנסתפק בזה אי הלכה כשמואל אי כירושלמי בשם ר' אבהו והנה יש לתמוה מה זו ספק פשיטא דהלכה כבבלי נגד הירושלמי והנה נדחקו בכוונת הטור דכוונתו אי מימרא דשמואל הוא הלכה או משום חומר' ובאמת הא ליתא שלא היה לו לומר אי הלכה כר' אבהו. ולפע"ד דכוונת הטור דבאמת אמרו בגמרא דידן נמי דרב פליג וסובר שמה שנאמר

וכמוהו לא היה לפניו מלך אשר שב היינו שבאמת חטא ואח"כ שב וזה שנסתפק או הלכה כשמואל שלא חטא יאשי' רק שהחזיר אם כן דינא הוא שאין לדון רק עד י"מ או שאין הלכה כשמואל ויאשי' באמת חטא א"כ ממילא הלכה כר' אבהו בירושלמי דיכול לדון פחות מי"ח ומה שהקשה דלמה לא נסתפק הר"ר יהודה ברצולני במילתא דשמואל גופא אי משום חומרא קאמר או מדינא כמו שכתב הטור קודם בהדיא דלהירושלמי משום חומרא החזיר ולפע"ד נראה דוודאי אין כוונת הטור דלדעת שמואל משום חומרא החזיר דוודאי שמואל ור' אבהו פליגי בדין זה כמו שכתב אמ"כ רק דקשיא לי' הא ע"כ שהיה מקובל אצלם דבר זה שהחזיר עד י"ח דאל"כ האיך דייק שמואל דין זה מכאן הא יש לומר שעד י"ג החזיר ומנא ליה עד י"ח וע"כ שהיה מקובל אצלם שהחזיר עד י"ח ודעת שמואל דכוונת הכתוב אשר שב לזה ולא חטא ורב סובר דחטא אבל זה שהחזיר כ"ע מודים מצד הקבלה ועל זה כתב הטור דלר' אבהו זה שהחזיר משום חומרא אבל לשמואל מדינא החזיר ודו"ק. ולענין הדין כיון שהטור מסיק בספק גם המחבר מביא שני הדיעות הילכך אם לא הביא שתי שערות נראה דאפי' בדיעבד לא מהני דמתניתין דכל הכשר לדון כשר להעיד מורה דקטן פסול לדון כיון שפסול לעדות אבל אם הביא שתי שערות רק פחות מבן י"מ כיון שכבר הוכחתי בס"ק לפני זה דמהך דשמואל אין כאן ראיה כלל דכל שדן קודם שמצא חלקיהו הכהן הספר החזיר הילכך אף דלכתחילה אין להכריע נגד דעה ראשונה שהביא הטור ומחבר מ"מ בדיעבד פשיטא דדינו דין מטעם הנ"ל ואני תמה בזה הירושלמי שהביא הטור דאפילו לא הביא שתי שערות כשר ולפי זה צריך לומר דמתניתין דכל הכשר לדון כשר להעיד הכוונה כל גדול הכשר לדון כמו שכתבו התוס' פרק בא סימן גבי אשה וכמו שכתב הב"ח ובתומים לא ראה דברי הב"ח) א"כ תקשי הא בירושלמי דיומא דייק פסול אשה לדון כיון דלעדות פסולה מעתה אין אשה דנה דכל הכשר לדון כשר להעיד א"כ קטן נמי למה יוכשר כיון דפסול להעיד הילכך כיון דקיימא לן כירושלמי דאשה פסולה לדון פשיטא דכל שלא הביא ב' שערות פסול לדון אפילו בדיעבד:

1 אשה פסולה לדון הטור ומחבר כתבו זה בסתם בלי חולק ואני תמה דפשיטא דדבר זה במחלוקת שנויה ג"כ כמו קטן בסעיף הקודם דהירושלמי שהביא הטור דקטן כשר לדון מן התורה א"כ ע"כ דמפרש כל הכשר לדון כל גדול כמו שכתב הב"ח א"כ פשיטא דגם אשה לא מוכח שתהא פסולה לדון ואדרבא בזה עיקר תירוץ התוס' דכל איש הכשר לדון קאמר ובירושלמי דיומא קאמר ג"כ להדיא למדנו שאין אשה מעידה מעתה אין אשה דנה ופי' מהרש"א ומפרש שם דמכח משנה דנדה קאמר דכל הכשר לדון כשר להעיד

וכיון דמכשרינן קטן ממילא אשה כשירה. ובאמת יש לתמוה על הירושלמי גופא כמו שכתבתי בס"ק לפני זה דהוא סותר עצמו להירושלמי שהביא הטור ואמת כי בירושלמי פרק זה בורר הלכה ז' ופרק שבועת העדות נזכר אותה סוגיא גופא דיומא בשם אותו מ"ד ר' חגי בשם ר' יוסי ושם מבואר הגירסא דדין גופא מועמדו שני אנשים ולא מכח כל הכשר לדון וכן כתבו התוס' פרק בא סימן ואפשר דמהאי טעמא כתב הע"ש טעם אחר דלא כפרישה שנתן טעם משום משנה דכל הכשר לדון מטעם הנ"ל אלא שגם בזה אני תמה דשם מבואר להדיא דגם קטנים ממעט מועמדו שני האנשים וא"כ הא לדעת הירושלמי קטן כשר כמו שכתב הטור להדיא וצע"ג:

ח דשתויי יין זהו ממה דגרסינן בש"ס סנהדרין לא היו. שותין יין כל כל היום ופריך בגמרא יין מ"ט לא ומשני דכתיב) ולרוזנים אי שכר לעוסקים ברזו של עולם אל ישתכרו. וכתבו התוספ' בד"ה ברזו של עול' היינו דוקא לדיני נפשות. אבל דיני ממונות לא והא דאמרינן בעירובין שתה רביעית אל יורה היינו בהוראת איסור והיתר והן הן דברי המחבר והנה לכאורה יראה מפשט לשון התוספות שהם הוכיחו מדקתני דין זה גבי נפשות ש"מ בדיני ממונות לא ועל זה קשיא להו מסוגיא דעירובין ועל זה פרשו בהוראות איסור והיתר וכן. הבין בתומים כוונת התוספת ועל זה כתב ליישב דאין מזה ראי' וע"ש דמסיק להחמיר והשיג על הרב בעל כנה"ג שמפרש שהתוספות הוכיחו, מדנקט אל יורה דלדון מותר דלא כן משמע בתוס' רק דקשיא להו משם ותרצו דמירי באו"ה אבל לולא הראיה מסנהדרין פשיטא דמודים שיש לפרש אל יורה אפי' בדיני ממונות ע"כ ואין דבריו נכונים כלל דפשיט' דהתוס' הוכיחו דלשון אל יורה משמע להו דוקא איסור והיתר ולא דין והיינו דבמדרש נקט בפי' אל יורה אל ידון דאל"כ אלא מכח המשנה דנקט גבי דיני נפשות משמע להו דיני ממונות לא ואהא הוכרחו לפרש אל יורה דוקא איסור והיתר קשה חדא דהא פשיטא דדיני נפשות לא היו שותין יין כלל אפילו פחות מרביעית וכן מבואר בלשון המשנה לא היו שותין יין כל היום וכן פסק הרמב"ם פרק י"ב מהלכות סנהדרין: ולא הוזכר רביעית כמו שהוזכר גבי הוראה באו"ה ועוד דאי ס"ד דוקא רביעית לא הוי מקשה מ"ט לא הא לא גרע מאו"ה אלא ברור דקושית הגמרא דמשמע להו שלא היו שותין יין כלל ואהא מביא הפסוק ולרוזנים אי שכר והשתא תקשי מאי קשיא להו לתוס' מהך סוגיא דעירובין הא וודאי הא דנקט הכא בדיני נפשות היינו מפני שלא היו, שותין אפילו פחות מרביעית אבל בדיני ממונות פחות מרביעית מותר לשתות והתם דקתני שתה רביעית אל יורה אפי' בד"מ ולק"מ. ועוד אי ס"ד דכוונת התוספת להוכיח ההכרח מסוגיא דהכא דנקיט גבי נפשות כמו שכתב בתומים הוי להו להעמיד

עצמם במשנה גופא דקתני ולא היו שותין יין משמע בד"ח היו שותין ולמה נטרו עד הכא שהביא הפסוק ולרוזנים אי שכר וברור דכוונת התוס' כך דוודאי משמע להו דאל יורה היינו דוקא הוראת איסור והיתר ולא ד"מ לכך לא הוצרכו לפרש במשנה כלום כיון דבדיני נפשות קמיירי רק דאח"כ דמייתי הפסוק ולרוזנים אי שכר והי' ס"ד לפרש גם אדיני ממונות שהם ג"כ רזו של עולם ובזה נצטרך לאפוקי לישנא דאל יורה מפשטיה דגם דיני ממונות אסור על זה כתבו דרזו של עולם הוא ג"כ דיני נפשות ולא ד"מ ואל יורה הוי שפיר או"ה דוקא ולא ד"מ וזה ברור ולפי זה נהי שיש לדחות הראיה מסוגי' דידן מ"מ מהך דאל יורה מוכח דד"מ לא כדברי הכנה"ג דמהאי טעמא הוצרכו התוספת לפרש רזו של עולם דיני נפשות דוקא ולפי זה בע"כ שהמדרש חולק על ש"ס דילן וכן הלשון שבמדרש מורה כן ששם נאמר שתה רביעית אל יורה שתה רביעית אל ידון הרי דדין אינו בכלל יורה וכיון דבש"ס דילן לא נזכר רק אל יורה ש"מ דין לא כנ"ל ומ"מ כיון דבמדרש מבואר להדיא שלא ידון ובש"ס דילן לא נזכר בפי' להיפך יש להחמיר לכתחילה כדברי המדרש:

ט אפילו כיונו ראייתן בתורת עדות. זהו ממה דגרסינן פרק יש נוחלין שלשה שנכנסו לבקר החולה רצו כותבין רצו עושין דין ופי' רשב"ם דבדיוק נקט לבקר החולה אבל אם כיונו להעיד אפילו ראו ביום אין עד נעשה דין והביא ראיה מהא דנמצא אחר מן העדים קרוב ופסול עדותן בטלה ומבואר שם דכל שנתכוונו להעיד בטל כל העדות א"כ הכא נמי כשנתכוין להעיד הוי לי' עד ואינו נעשה דיין [ועוד הביא ראיה מתשובת רש"י ומבואר לקמן] והנה התוספת שם הרבו להשיב על פירושו חדא דהתם שאני דגזירת הכתוב הוא דנמצא אחד קרוב ופסול עדותן בטלה אבל הכא כיון שהטעם או דבעינן עדים שאי אתה יכול להזימם והם לא יקבלו הזמה על עצמן או משום ועמדו שני האנשים לפני ה' וזה לא שייך בנתכוין להעיד לבד והביאו ראיה על זה דאל"כ תקשי לר' יוסי דאפי' בראיה בעלמא נמצא קרוב ופסול עדותן בטלה א"כ לא משכחת לה לא תהא שמיעה גדולה מראי' ובראש השנה פריך בפשיטות לכ"ע ועוד הא הא ר"י סובר כר' יוסי וסבירא ליה הכא רצו עושין דין ע"כ ולפעד"נ דלק"מ על רשב"ם דוודאי אילו היה הדין כר' יוסי דבנמצא אחד קרוב ופסול אפי' בראיה בעלמא בטל כל העדות שפיר שייך לומר גזירת הכתוב הוא ואין ללמוד לעד נעשה דיין אבל לדידן באמת דקיימא לן כרבי ומחלקין בין נתכוין להעיד או לא אלמא דלא סבירא לן מצד הגזירה רק הא מילתא גופא שאם הנמצא אחד מן העדים אבל הא בעינן שיהא גם הוא עד ולא רואה בעלמא א"כ כיון דבנתכוין להעיד לבד חשבינן לי' בגדר עד ופוסל השאר אלמא דנתכוין להעיד מיקרי עד אם כן

ממילא נתכוין להעיד אינו נעשה דיין דאל"כ אלא שאינו בגדר עד למה יהא בגדר עד לפסול השאר דמ"ש. נמצא קושית התוס' מיושב חדא בחברתה דלר' יוסי באמת אין ללמוד משם לעד נעשה דיין דגזירת הכתוב הוא ואם באנו להקשות מ"מ האיך דיקדק הרשב"ם בדברי ר' יהודא דהכא שלשה שנכנסו לבקר הא לר' יהודא דפסק כר' יוסי אין צורך לזה הא וודאי לא קשיא דר' יהודא בא לומר דאפי' לרבי עושין דין והתוס' לא הקשו בזה על רשב"ם רק לפי דלדעתם לר' יוסי אין עושין דין כלל והאיך נקט מלתא מה דאיהו לא שמיעא ליה אבל השתא כיון דלדידי' פשיטא דמהני ונקט לבקר אפי' לרבי ועוד דאפי' לר' יוסי מ"מ בעלמא מודה דתלוי בנתכון להעיד ושאני קרוב ופסול דגזירת הכתוב הוא כנ"ל] ומה שהקשו התוס' הא כל הטעם דבעינן עדות שאתה יכול להזימם וזה לא שייך רק בבא להעיד בב"ד לא ידענא מאי קאמרי דמ"מ כיון ששמענו מהך דקרוב ופסול שכל שנתכוין להעיד כחד עדות שווינן להו ופוסל השאר א"כ בראוהו שלשה דהם ב"ד רק בלילה דאמרינן יעמדו שנים ויושיבו מחבריהם אצל היחיד פשיטא דהדין עם הרשב"ם דבעינן שלא נתכוין להעיד דאי נתכוין להעיד הרי גם הוא עד וקיימא לן אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו כולם א"כ זה היחיד אי אפשר שיזומו אותו שלא יקבל הזמה על עצמו א"כ ממילא אף הם לא נעשו זוממין והוי לי' עדות שאי אתה יכול להזימם וכמו כן בשלשה שנכנסו ביום רק נתכוונו להעיד הרי הם עדים וכיון שהם עדים בעינן שיכול להזימם וכן לטעם דועמדו שני האנשים כיון שהוכחנו בנתכוין להעיד הרי הוא פוסל השאר אלמא דאין חילוק בין העיד בב"ד או לא דסוף סוף עד גמור מיקרי לפסול השאר א"כ ממילא אינו נעשה דיין כיון דשמעינן מועמדו שאין עד נעשה דיין ולא נשאר לדחות דברי רשב"ם רק בתירוץ אחרון שכתבו התוס' דהתם נמי בעינן שיעידו בב"ד א"כ לפי מה שהכריע הש"ך לקמן סי' ל"ו דבנתכוונו להעיד לבד פוסל השאר וא"כ ראיית הרשב"ם בתוקפה ולקמן סי' ל"ו אבאר בס"ד בזה ע"ש:

אך באמת נראה לפע"ד דבלא"ה אין דברי הרשב"ם נכונים כלל ולא ידעתי מנין לו לרשב"ם שזה שאמרו עד אינו נעשה דיין הכוונה שכל שהוא עד אינו נעשה דיין אלא כך הכוונה כל שע"י עדותו נגמר הדין ובלי עדותו לא היה הדין כך והוא העד הוא הדיין בזו אמרו אין עד נעשה דיין אבל כל שאפי' בלי עדותו היה נאמן בדבר זה רק שהוא עד ג"כ למה יגרע שלפי שהוא עד ג"כ לא יוכל להיות דיין ובין לטעם הזמה ובין לטעם ועמדו מ"מ דל ממנו תורת עדות הרי בלא"ה נאמן פשיטא שיכול להיות דיין הילכך התם דאמרינן נמצא קרוב עדותן בטלה שפיר קאמרינן לפי שנתכוונו להעיד הרי הוא עד ופוסל השאר ובטל כל העדות ואף כאן נאמר כיון שנעשו דיינים בטל כל העדות

ומ"מ נשאר מה שאפי' בלי תורת עדות היו נאמנין משא"כ התם כל שבטל העדות אין כאן עדות כלל הילכך הכא בשלשה שראו ביום דע"כ הא דמכשרינן להו לדיינים היינו משום שהם אין צורך להאמינם בתורת עדות דאל"כ תקשי גם בהו הא לא שייך בהו הזמה ומה בכך דלא תהא שמיעה גדולה כיון דאתה צריך להאמינם בתורת עדות ואי אפשר להזימם וע"כ דבראו ביום אין צורך להאמינם בתורת עדות א"כ מה בכך דנתכוונו להעיד דהם עדים גם כן מ"מ נעשו דיינים וממילא כל העדות בטל שאין עד דיין ונשאר מה שהם נאמנים בלי תורת עדות ובזה יכולין להיות דיינים אמנם לפי זה היינו דוקא לטעם ועמדו אבל לטעם הזמה נהי דבשלשה שראו ביום לא איכפת לן כיון דבלי עדותן נאמנים ג"כ לא מגרע להו מה שהם עדים ג"כ אבל בראוהו בלילה ואחד מהן נעשה דיין לטעם הזמה ונתכוין להעיד נראה עיקר כרשב"ם מטעם הנ"ל דבעינן בעדים שיזומו כולן וכיון שגם הוא עד וא"א להזימו הם ג"כ אינן בכלל הזמה והם אי איפשר להאמינם רק בתורת עדות ועדות שאי אתה יכול להזימם לאו עדות הוא. וכן נראה לפע"ד עיקר לדינא דלמ"ד בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימם א"כ פשיטא דאותו יחיד שנעשה דיין אי אפשר להזימו א"כ אף השנים המעידין לא נעשו זוממין כיון שנתכוונו להעיד ונכלל עמהם בעדות וכמו שפוסל את השאר כן לענין זה וזה ברור ולא אוכל לידע מה היה כוונת התוס' בתירוצם על זה אם לא שנאמר שגם התוס' לא הקשו רק על ג' שראו ביום ולא משמע כן בתוס' א"כ לפי מה שהכריע הש"ך בנתכוונו להעיד הוי עד לענין קרוב ופסול ה"ה לענין זה ודוקא ביחיד אבל בג' שראו ביום אף שנתכוונו להעיד אין דברי רשב"ם נכונים מטעם הנ"ל. ומה שהביא רשב"ם ראי' מתשובת רש"י שכתב דלא בעינן אתם עידי דאל"כ דין זה של ר"י אמר רב היכי משכחת לה דאי באמר אתם עידי הא בהדיא סהדי שווינהו והאיך קאמר רצו עושין דין ע"כ ולפע"ד נראה דלק"מ מתרי טעמא חדא דהכי כוונת רש"י דאי ס"ד דבעינן דוקא אתם עידי א"כ כל הטעם דעד נעשה דיין בראו ביום משום לא תהא שמיעה גדולה מראי' וזהו דוקא אי ראי' בלבד מהני אבל אי בעינן שיאמר אתם עידי א"כ במה נפשך אי משום עדות הרי אינו נעשה דיין ואי בלי עדות רק מכח ראי' הרי לא מהני כיון שאמר אתם עידי דהם אינם עדים כלל וע"כ דהם עדים א"כ אינם נעשים דיינים אבל לפי האמת דלא בעינן אתם עידי ממילא אף בנתכוונו להעיד נעשו דיינים משום דדל עדו' מכאן נאמנים על פי ראי' שלא בתור' עדות כנ"ל ועוד בלא"ה נראה דלאו ראיה היא כלל דכוונת רש"י כיון דבהדיא סהדי שווינהו אמרינן לקפידא קאמר הכי שהם יהיו עדים ולא דיינים וכהאי גונא אמרי' בגיטין סוף פרק האומר אמר לעשרה כתבו ותנו גט לאשתי שנים חותמין כולכם כתובו כולם חותמין

ומבעי' לן בגמרא מנה אותן מהו ופירש"י מספקא לן אי לקפידא קאמר דכלהו סהדי שווינהו או לא ואמרינן עלה שאם מת אחד הגט בטל אלמא דאמרינן דלקפידא קאמר שהם יהיו עדים א"כ הני נמי כיון דבהדיא סהדי שווינהו לא מהני רק בתורת עדות א"כ אין עד נעשה דיין ודו"ק:

י אם ראוהו ביום. הב"ח כתב דאפילו בשבת ויו"ט הוי כמו ראוהו בלילה והש"ך כתב דצ"ע לדינא ולפעד"נ דזה תלוי בפי' רשב"ם בשמעתין הנ"ל ובפי' התוס' שם כי לפי' התוס' דלכך בראו בלילה לא נעשו דיינים משום שאין קבלת עדות בלילה דהוי כתחילת דין א"כ לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' שהרי גם על שמיעה בלילה לא היו יכולין לדון ביום רק אם נתקבל עדות מחדש א"כ ה"ה בראו בלילה שאין יכולין לדון על פי ראייתם ביום א"כ פשיטא שאם ראו בשבת וי"ט דיכולין להיות דיינים מטעם דלא תהא שמיעה גדולה מראי' דהא אם היו שומעין עדות בשבת וי"ט היו יכולין לדון על פי אותה עדות א"כ כ"ש שיכולין לדון על פי ראייתם ואף דקבלת עדות כתחלת דין ואין דנין בשבת מ"מ היינו משום שבות אבל אם עבר וקיבל פשיטא שיכול לדון למחר ואין צורך לקבל עדות מחדש אלמא דאותה הקבלה מצד הדין הוי קבלה מעלי' א"כ פשיטא דראי' מהני דלא תהא שמיעה וכו' ואף דאיכא מ"ד בלילה דיעבד דינו דין היינו אם כבר דן בלילה הכל אבל אם קיבל עדות בלילה אף דהוי כתחלת דין קיימא לן לקמן סי' כ"ח דאין דנין על פי אותה קבלה אלמא דלאו קבלה מעלי' היא א"כ לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' א"כ ממילא ע"פ ראי' ג"כ אין יכולין לדון ביום אבל בשבת וי"ט דאם קיבל עדות יכול לדון ממחרת שאינו אלא מקח שנעשה באיסור דהמקח קיים אלמא דקבלה מעלי' היא א"כ כ"ש בראוהו בשבת דיכול לדון ממחרת על פי אותה ראיה וזה ברור אבל לדעת רשב"ם שפי' שם דיכולין לקבל עדות בלילה ג"כ ומ"מ אם ראו בלילה לא אף דשייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' שהרי על פי שמיעה בלילה היו יכולין לדון לדעתו ועל פי ראי' לא וצריך לומר דסבירא לי' דע"כ לא מחשבינן לראיה כשמיעה רק כשיכולין לדון מיד אבל כשאינן יכולין לדון מיד אז ראי' גרע משמיעה וכן כתב שם להדיא וא"כ ה"ה בשבת ויו"ט כיון שאינן יכולין לדון מיד לא הוי ראי' דידהו כשמיעה ולפי זה לדידן דקיימא לן דלא כרשב"ם לקמן סי' כ"ח רק אם קבלו בלילה אינו דן ע"פ הקבלה ביום רק צריך לקבל מחדש א"כ ממילא הכי נמי בראו בשבת וי"ט יכולין להיות דיינין כמו שבארנו:

ודע דלכאורה יש לומר דלמ"ד לעיל בדנין בלילה בדיעבד דיניהם דין וא"כ יש לחקור הכא דאף דאין עד נעשה דיין בלילה מ"מ אם עבר ונעשה דיין בלילה יהא דינו דין מטעם

דלא תהא שמיעה גדולה מראי' דאלו בשמיעה וגמרו ביום או בלילה על פי אותה שמיעה דיניהם דין וכ"ש בראו בלילה וגמרו בלילה או ביום דדינם דין אמנם זהו דוקא לשיטת התוס' הנ"ל שהבאתי אבל לשיטת הרשב"ם שהבאתי מקודם דכל שאינן יכולין לדון על פי ראי' מיד לא מיחשב ראי' דידהו כשמיעה א"כ הכא נמי כיון שלא היו יכולין לגמור בלילה לכתחילה עדיף שמיעה מראי' ואף דבשמיעה אם גמרו ביום מהני אבל בראי' לא ודעה הנ"ל דבדיעבד מהני בלילה הוא ג"כ דעת רשב"ם א"כ לרשב"ם לשיטתו לא מהני ולשיטת התוס' הלא הם סוברים באמת דבלילה לא מהני בדיעבד ואפי' לפי מה שכתבתי לעיל ליישב הירושלמי על פי שיטת רשב"ם מ"מ הכא נראה דלא מהני כיון דלדעת רשב"ם גופא לא מהני הכא כנ"ל הגם שנראה מהירושלמי דוקא טעו ודנו בלילה אבל אם לא טעו לא מהני ע"ש וצ"ע בזה. והנה התוס' הקשו על רשב"ם דקבלה בלילה מהני מהא דאמרינן קבלת עדות כתחילת דין ואין דנין תחילת דין בלילה מביום הנחילו ולדעתי נראה דרשב"ם לשיטתו מהירושלמי דזהו הכל לכתחילה אבל אם דנו בדיעבד מהני אך לשון רשב"ם לא משמע קצת כן ע"ש ויתר דיני עד נעשה דיין בדבר דרבנן כגון בקיום שטרות הכל יתבאר לקמן סי' מ"ו בס"ד כי שם מקומם:

ועיין תומים ס"ק ז' מה שהאריך בזה. והנה מה שהשיג על הט"ז מהא דמהני בדיעבד בליל' לק"מ דדוק' לילה הא דלא מהני לכתחל' הוא גריעותא בדין גופא הילכך לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' כיון דבשמיעה גופא אינו יכול לדון לכתחלה ה"ה בראי' אבל בשבת ויו"ט דמה שאסור לדון לכתחילה אינו משום גריעותא בדין גופא רק משום איסורא דשבת א"כ אכתי כ"ש בראי' דדין הוא דמהני כיון דלית בה משום איסור שבת והוי כמו שמיעה בחול וכמו דבשמיעה אי לאו משום איסור שבת הוי מהני אפי' לכתחילה והיה מותר לקבל עדות ולדון כ"ש בראי' דדין הוא דידון לכתחילה כיון דלית בזה איסור שבת ועוד דאם קיבל עדות בשבת וודאי מהני ויכול לדון למחרתו כ"ש בראי' בשבת דיכול לדון למחרתו משא"כ בלילה אם קיבל בלילה אינו יכול לדון למחרתו על פי אותה קבלה כמבואר לקמן סוף סי' כ"ח אפי' לדעת רמ"א דבדיעבד מהני דין בלילה ע"ש בסמ"ע והעיקר בזה כמו שכתבתי מקודם. ומה שהביא ראי' מדברי התוס' פ"ק דמכות מלבד מה שהוא עצמו דחה פי' זה בלא"ה אינו נראה כלל כיון דהתם אולי התוס' בשיטת ר"ת כמו שכתב מהרש"א שם ולר"ת היה יכול לדון בד"נ אפי' בשבת וי"ט כמבואר בתוס' פרק בתרא דביצה וכמו שכתבתי לעיל סי' ה' ס"ק א' גם מה שכ' הוא לפרש בתוס' אין דבריו נכונים כלל דפשיטא כיון ששמענו בתורה דלא חיישינן למיעוט שמא הוא טריפה דאל"כ לא משכחת לה מיתה א"כ ממילא אפילו במקום דשייך מיתה

לא חיישי' לטריפה היכי דליכא למבדקה כיון ששמענו בהכרח דלא חיישינן למיעוט זה והאיך יעלה על הדעת דנקבה שחיללה שבת' אין ממיתין אותה וחיישינן שמא היא טריפה משום דמשכחת מיתה כשנתעברה וזכר שחילל שבת היו ממיתין אותו דחיישינן שמא הוא טריפה הא ודאי ליתא ופשיטא כיון דבהכרח לא חיישינן לטריפה ממילא אפי' בגוונא דשייך מיתה כגון שקרום של מוח מגולה מ"מ ממילא אפי' כי אינו מגולה ל"ח לטריפה ואמת כי מדברי תוספות ומהרש"א שם יש להוכיח כסברתו דמהרש"א כתב דמה שתירצו התוס' דיש לחוש דהמחלל טריפה הוא לשיטת ר"ת [ודבריו צריכין ביאור כי לכאורה נראה כי קושיתו על תירוץ אמצעי של התוס' דהי' מרבה בבדיקות כדי שיכחישו עצמן ועל זה כתב דליכא למיקם עלה דמלתא ובאמת מבואר בדברי התוספות דמעיקרא הוי ס"ד דגם בהרוג ליכא למיקם עלה דמלתא ומ"מ תירצו שהי' מרבה כדי שיכחישו זה לזה וצריך לומר דכוונתו להקשות על ב' התירוצים חוץ פי' ר"ת ועל תירוץ ראשון מקשה דהא המחלל חי לפנינו ולא שיכחישו עצמן ועל תירוץ ב' מקשה דהא הכא ליכ' למיקם עלה דמילתא) אבל לתירוץ דאיכא למיקם עלה דמילתא הכא ליכא למיקם שהמחלל חי. והנה יש לתמוה מ"מ תקשי לתירוץ התוס' דאיכא למיקם עלה דמילתא הא מחלל שבת ע"כ דלא חיישי' לטריפה דהא לא היה משכחת לה שיהרג וע"כ דלא חיישינן וכיון דבהכרח דלא חיישינן לטריפה ממילא אפי' ברוצח דין הוא שלא נחוש ועוד בהרוג גופא תקשי כיון דאם אין ראשו מגולה לא נהרג דחיישינן לטריפה א"כ אפי' בראשו מגולה הא אינן ראויין להזימם שאם יזומו בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה וכיון שהוא חי אי אפשר להרגם שמא טריפה הוא ואי נימא כיון דלא אפשר שהרי בפי' נכתב בתורה דין עדים זוממין א"כ ממילא אפי' בהרוג שאין ראשו מגולה יהרג הרוצח כיון דבהכרח ידעינן דלא חיישינן לטריפה מעדים זוממין והאיך יעלה על הדעת שיגרע דין העדים שבקשו להרגו מדין הרוצח גופא כשאין ראשו מגולה לא נהרג מחשש טריפה והעדים נהרגים והוא תמוה מאוד. לכן נראה דודאי בלא"ה יש להבין מה שכתבו התוס' מעיקרא לתרץ דלא שכיח ואח"כ כתבו ועוד יש לומר דיש לחוש דהמחלל טריפה וקשה הא ודאי כ"ע מודים דמחלל טריפה פטור דהוי עדות שאי אתה יכול להזימם א"כ כמו דחיישי שמא הרוג טריפה כן יש לחוש דמחלל טריפה וכן העובד ולמה להו הך תירוץ דלא שכיח וצריך לומר דודאי להך תירוץ ב' שכתבו מקודם ע"כ צריך לומר דסברי ר"ע ור"ט דטריפה שהרג חייב דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימם דאל"כ מוכח דלא חיישינן לטריפה דאי חיישינן מחלל שבת ועדים זוממין היכי משכחת לה ועל זה כתבו תירוץ א' דלא שכיח ואח"כ כתבו לפי' ר"ת שפיר יש לומר דחיישינן למחלל

שמא הוא טריפה וכיון שאינן יודעין פטור כמו שכתב מהרש"א. עכ"פ הא ודאי פשיטא שכל ששמענו דאין לחוש לטריפה שוב לא חיישינן לטריפה כלל אפי' היכי דאפשר וזה ברור גם בעיקר דברי התומים מה שכ' בכוונת התוס' דלכך נקטו מחלל ולא עובד ורוצח משום דמחלל איפשר באשה כשנתעברה וילדה משא"כ עובד ורוצח דכתיב איש בהדיא ודבריו תמוהין ונעלם ממנו מקרא מלא במחלל שבת סוף פרשת שלמדנו מקושש במיתה והוא צלפחד בן חפר לדעת ר"ע גופא ונאמר כי לא פורש מה יעשה לו ופירש"י יודעין היו שהוא במיתה רק שלא ידעו באיזה מיתה ולפי דבריו אין זכר במיתה בחילול שבת שמא הוא טריפה. ומה שהשיג על הב"ח דבריו נכונים אך לכאורה יש להבין בדברי רבא שאמר טריפה שהרג בפני ב"ד חייב דכתיב ובערת הרע מקרבך שלא בפני ב"ד פטור דבעינן עדות שאתה יכול להזימם ויש להבין כיון דכל הטעם דטריפה שהרג בפני עדים פטור משום דאין יכול להזימם א"כ בב"ד שראו כיון דקיימא לן דלא כר"ע ואפי' בד"נ עד נעשה דיין בראו ביום א"כ כל היכי דעד נעשה דיין ביום פשיטא דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימם שהרי לא יקבלו הזמה על עצמן וע"כ דלא בעינן בזה יכול להזימם א"כ קרא דבערת למה לי ומזה היה מוכח לכאורה כהב"ח דבא לומר אפי' לר"ע דאינו נעשה דיין מ"מ לא נפטר משום שהוא טריפה כיון שסנהדרין בעצמם ראו שייך ובערת הרע מקרבך וצריך לומר דודאי השתא דכתיב ובערת לא פטרינן לטריפה רק לפי שאי אפשר להזימם אבל לולא קרא דבערת היה ס"ד לפטרו בלא"ה משום דטריפה אינו בכלל חיוב מיתה וגברא קטילא הוא וצ"ע בזה:

יא מי שתובעים אותו לדון לפני דיין קטן ממנו וכו' ומעיינים ביניהו דין זה כתבו הטור בשם רב האי גאון והב"י ג"כ לא ציין מקומו בש"ס רק מדברי הגאון ויש לתמוה הא גמרא מפורשת הוא פרק עשרה יוחסין דקאמר מיזל לא צריכת דגברא רבה את מיהו משום יקרא דבי נשיאה ופירש"י גברא רבה את גדול מר"ג דהוא ראש בפומבדיתא ור"נ בנהרדעי ע"ש הרי בהדיא שאינו צריך לילך לפני דיין קטן ממנו. והנה ראיתי שהפרישה והב"ח הביאו סוגיא הנ"ל אבל לא כתבו ליישב מה שלא זכרה הטור רק בשם הגאון וצריך לומר דסובר הטור דמהתם אין ראי' דיש לומר דאין כוונתו שהיה גדול מר"נ ואדרבא אילו היה כן לא היה לו לומר בפשיטות דגברא רבה את וכי ר"נ לא היה גברא רבה והיה לו לומר טפי מר"נ גם היה לו לומר לא צריכת למיזל לגבי' מדקאמר בסתם לא צריכת למיזל משום דגברא רבה את ש"מ דכוונתו מצד שהוא תלמיד חכם א"צ לילך לב"ד לומר בין יהא גדול או קטן כל שאין בעל דינו ת"ח אלא ב"ד שולחין לו סופרי הדיינים לביתו כמבואר בסי' קכ"ד והתם בעל דינו פשיטא שלא היה ת"ח כיון שכ"כ

זילזל בשלוחא דרבנן וכן משמע התם ע"ש תדע דאל"כ למה היה לו באמת לומר הטעם דר"נ קטן ממנו כיון שיש לו טעם נכון שלא לילך מצד שבעל דינו אינו ת"ח וזילא בי' מילתא לדון עמו לפני ב"ד ועוד נראה דבלא"ה אין מהתם ראיה דאפילו אי נימא דהתם היה כוונתו דהיה גדול מר"נ מ"מ לא מוכח רק שיהא דינו כמו ת"ח וע"ה שאינו צריך לילך עמו לב"ד לדון רק ב"ד שולחין לו סופרי הדיינין אבל מנא לן שיהא כ"כ אלים עד שיוכל לומר שאינו רוצה לדון כלל בחיתוך הפסק שלו וזה שהביא הטור בשם הגאון דיכול לומר שאינו רוצה כלל בפסק שלו בין ילך בין לא ילך וזה באמת לא נשמע מסוגיא הנ"ל ומ"מ צריך לומר בכוונת רש"י הנ"ל דכיון דקאמר משום יקרא דבי נשיאה משמע דמניעת הליכה היה לפי שהוא גדול מר"נ דאל"כ מאי חשש יקרא דבי נשיאה יש כאן הא בעל דינו באמת לא הי' ת"ח ויחשוב כי מכח זה אינו רוצה לילך וע"כ שהוא לא היה רוצה כלל הפסק שלו ועל זה היה חושש משום יקרא דבי נשיאה דמשום בעל דינו עכ"פ היה צריך לשמוע הפסק בביתו ובזה מיושב ג"כ קושי' השנית דמנא לן דיכול למנוע עצמו מדינא מכל וכל דאי ס"ד דצריך לשמוע הפסק שלו רק לא לילך לפניו א"כ אכתי מאי חשש יקרא דבי נשיאה יש כאן אך אכתי קשה דמ"מ למה הטריחו לילך היה לו לומר שיצוה לשלוח לו סופרי הדיינים מצד שבעל דינו אינו ת"ח ובזה אין לחוש ליקרא דבי נשיאה וע"כ דבכל גוונא יש חשש יקרא דבי נשיאה שיחשוב על היותו גדול ממנו בעיניו אינו רוצה לבא לפניו א"כ ממילא לא מוכח מידי ופירש"י צ"ע:

ופי' מעיינין ביניהו נראה פשוט דהכוונה דאין דבר זה תלוי בבעל דין גופא שיוכל לומר אני גדול מן הדיין אלא מכנפי חכמי העיר ומעיינין ביניהו אם הוא באמת גדול אין כופין אבל אם לא נראה להם שהוא גדול כופין אותו ואיפשר דמהאי טעמא הלך ר' יהודא ג"כ לשאול לר"ה אם הוא ראוי לילך ולא סמך על עצמו ועוד נראה דפי' מעיינין ביניהו הכוונה שמעיינים בדינם ואם רואין כפי הנראה שהדין עם הת"ח אז אין כופין אותו אבל אם נראה להם שהדין עם שכנגדו רק שאין יכולין לחתוך הדין שלא בפניו בלי טענותיו אז כופין ופי' הב"ח אינו נראה כלל כי לפירושו למה ליה כנופי' חכמים הגם שהוא עצמו צריך לילך ולהתייעץ אם לילך כעובדא דהנ"ל גם לשון ביניהו לא שייך והעיקר כנ"ל:

יב אסור לאדם לדון וכו' שאינו שושבינו וכו' דין זה צריך בירור כי דעת הטור הוא דבשושבינו אפילו בדיעבד אין דינו דין ואוהב סתם לכתחילה לא ובדיעבד מהני וכתב הב"י שהרמב"ם חולק עליו בתרתי חדא דאין חילוק בין אוהב סתם לשושבינו ובתרווייהו מדינא אסור ובדיעבד מהני ובזה תמה על הטור שהעתיק דברי הרמב"ם משמע דלא פליג ובאמת פליג כנ"ל והנה בספר לח"מ תמה על הב"י שבכ"מ כתב להדיא

על דברי הרמב"ם והקשה עליו שלא הזכיר גבי אוהב ושונא איזהו אוהב שושבינו וכו' ולפי מה שכתב בב"י דהרמב"ם לא מחלק כלל בזה וחילוק זה דוקא לר"י ע"כ. ובאמת לק"מ דעיקר כוונת הכ"מ שם שהיה לו להזכיר מה דמסיק שם דמיום א' ואילך בטל שושבינות והתם ליכא אהבה בפני עצמה רק שושבינות וכיון דבטל שושבינות שוב ליכא אהבה ואינו בגדר אוהב כלל וכן מבואר בלשונו שכתב במה ששנינו ואם כוונתו כמה שהבין הלח"מ היה לו לומר מה ששנינו אלא ודאי דכוונתו על מה דמסיק וזה ברור: אך אמנם בגוף הקושיא נראה דסובר הרמב"ם אף שאמרו מיום א' ואילך בטל שושבינות מ"מ אכתי מאן דרחים לי' מיקרי ואסור לכתחילה כמו מי שאינו שושבינו כלל):

אבל לפע"ד דברי הב"י תמוהין ופשיטא דדעת הרמב"ם דשושבינו אפילו בדיעבד פסול כדעת הטור כמו שאבאר חדא דהא בהדיא כתב הרמב"ם ז"ל פרק ט"ז מהלכו' עדות וז"ל כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון האוהב והשונא והגר והמשוחרר וכן הזקן והסריס והממזר וסומא באחת מעיניו כשרין להעיד ואינן כשרין לדון דיני נפשות כמו שבארנו עכ"ל ומעתה יש לתמוה בדברי הרמב"ם דהא גר וכל הני דקא חשיב פשיטא דאפי' בדיעבד פסול והאיך קא חשיב אוהב ושונא בהדי הנך דאינו רק לכתחילה וליכא למימר דהכא דוקא בדיני נפשות קא פסיל בדיעבד אבל בד"מ בדיעבד כשר הא ודאי ליתא חדא דהא עיקר הלימוד דאוהב ושונא גבי דין הוא מקרא ולא אויב לו ולא מבקש רעתו והאי קרא בדיני נפשות כתיב וסובר הרמב"ם דזה הלימוד אינו אלא בדיעבד כמו שכתב הכ"מ לדעתו ואפי' אי נימא דסובר הרמב"ם באמת דמאי דילפינן מהאי קרא הוא אפי' בדיעבד כמו שכתבתי לעיל סי' ה' בשם הירושלמי דלא מוקמינן קרא בלכתחילה דוקא רק הוא דוקא בדיני נפשות דאיירי בי' קרא אבל דיני ממונות מדאורייתא אפילו לכתחילה מותר רק מכח מימרא דר"פ כתובות דף ק"ה הוציא הרמב"ם פרק כ"ג חה"ס דאפי' בדיני ממונות יש איסור עכ"פ מדרבנן לדון וזהו רק לכתחילה ובזה באמת אין חילוק בין שושבין או לא אבל בדיני נפשות דאורייתא שפיר יש חילוק בין שושבין או לא כמו לר"י ואז בשושבין אפי' בדיעבד פסול ופי' זה היה נכון לכאורה ואין צורך למה שכתב ב"י דסובר הרמב"ם לרבנן אין חילוק בין שושבין או לא מכח מימרא דרבא הנ"ל ואדרבא מהתם מוכח דרבנן מקילי טפי מר"י ע"ש ולפי הנ"ל אתי שפיר דהתם בדיני נפשות ואפילו בדיעבד יש חילוק אבל בדיני ממונות לענין לכתחילה אין חילוק אלא כל שהוא אוהבו אין לדונו ולפ"ז מיושב ג"כ מה שהקשה הלח"מ דבפרק י"ג מהלכות עדות פסק האוהב והשונא כשר לעדות אעפ"י שפסול לדיינות ולשון פסול משמע דיעבד ולפי הנ"ל ניחא דלדיני נפשות ודאי פסול

בדיעבד מכח קרא דלא אויב לו כנ"ל ותימא על הב"י שנטה מפי' זה ודחק עצמו כי לפי דעתו הי' לו לפרש בפשיטות כהנ"ל:

אך באמת כל זה ליתא ופשיטא דדעת הרמב"ם דאפי' בדיני ממונות פסול בדיעבד והוא כאשר נדקדק עוד בדברי הרמב"ם שכתב האוהב והשונא והגר ומשוחרר וכן הזקן והסריס וכו' ויש להבין למה כתב מילת וכן היה לו לומר והמשוחרר והזקן והסריס ולמה הפסיק גבי זקן בתיבת וכן. ודבר ברור הוא דכוונת הרמב"ם כך שהוא העתיק המשנה דכל הכשר לדון כשר להעיד ומפרשינן לה לאתויי סומא באחת מעיניו ור"מ והיינו בדיני ממונות דבדיני נפשות אפי' לרבנן פסול דכתיב ומום אין בך ולפי זה לדידן דקיימא לן כר"מ רק סומא כשר בדיני ממונות אי אפשר לחשוב סומא וכן כל הני דפסולין לדיני נפשות דוקא בהך כללא דיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון וזהו כוונת הרמב"ם דמעיקרא קאמר כללא דכל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון והוא בין בד"מ בין בדיני נפשות ועל זה חשב האוהב והשונא והגר ומשוחרר ואח"כ כתב דכמו דבהנך יש חילוק בין עדות לדין בין בממון בין בנפשו' כן יש חילוק בזקן וסריס וממזר וסומא באחת מעיניו בין עדות לדין בדיני נפשות אבל בד"מ אין חילוק בהו רק בהני דחשב מעיקרא דהיינו גר ומשוחרר וזה ברור בכוונת הרמב"ם ומיושב ג"כ מה שהקשה בכ"מ דהא הך לאתויי סומא אתיא כר"מ ונדחה הך סתמא מפני סתמא דסנהדרין ולמה פסקה רבינו ולפי הנ"ל לק"מ ואדרבא חזינן דמהאי טעמא לא קא חשיב סומא בהאי כללא כיון שאינו פסול לרבנן רק לנפשות ולא קא חשיב בהאי כללא רק הנך דפסולין אפילו לד"מ וזהו ברור. ומעתה דברי רבינו מבוארין דמה שכתב פרק כ"ג מהלכות סנהדרין אוהב אף שאינו שושבינו הוא ממימרא דר"פ כתובות ק"ה מה אסור לכתחילה דוקא אבל דין האוהב הגמור שהוא שושבינו זה ביאר בפי' פרק ט"ז מהלכות עדות דזהו בכלל פסול לדון אפילו בד"מ מקרא דלא אויב לו והיינו דחשיב להו בהדי גר דפסול בדיעבד ומה שלא הזכיר בפי' שושבינו וכן בשונא שלא דיבר עמו ג' ימים באיבה הוא משום שכבר הזכיר פי' שונא בהלכות רוצח פרק ו' הלכה י' וז"ל ואיזהו שונא כל שלא דיבר עמו ג' ימים באיבה וכן ממה שכתב פרק כ"ג מהלכות סנהדרין אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו אף. שאינו שושבינו וכו' הרי דסתם אוהב ושונא הוא שושבינו ולא דיבר ג' ימים באיבה הילכך התם פרק ט"ז מהלכות עדות שכתב אוהב ושונא סתם פשיטא דכוונתו אוהב ושונא שושבינו ולא דיבר עמו ג' ימים באיבה נמצא ברור דדעת הרמב"ם כדעת הטור דשושבינו סתם אפילו בדיעבד פסול ואוהב שאינו שושבינו אסור לכתחילה וכל זה ברור וכן עיקר לדינא כדעת הטור והרמב"ם (יג) ויש

אומרים דכל שאינו אוהבו ממש וכו' וזה בורר לו אחד ופי' הסמ"ע דדעה זו חולקות על דעה א' דגם בזה יש איסור וקמש"ל דאינו אלא מידת חסידות ולפענד"נ דליכא מאן דפליג בהא שהרי גם הטור כ' אח"כ דמי שאומר על דיין שהוא שונא בעל דין צריך להבי' ראיה וכ' עוד שצריך להביא ראי' שלא דיבר עמו ג' ימים באיבה והנה לכאור' קשה למה לי שיביא ראי' כולי האי תיפוק לי' דכל שמביא ראי' שהוא שונאו אסור לדון לכתחילה אלא ברור דדוקא באיבה גמורה דאסור מדינא יכול לפסלו כשמביא ראיה אבל באיבה שאינה גמורה אף דדיין גופא אסור לדונו אבל הוא אינו יכול לפסלו ולא ידעתי למה הביא הרב דבר זה בשם מהרי"ק כיון שהטור גופא כתב כן וכ"ע מודו וזה ברור. ודע דהסמ"ע ס"ק י"ח פי' שושבינו בז' ימי חופתו נקראים המטפלים עמו שושבינו ואז דוקא הוא דאסור לדונו נראה מדבריו דפוסק דכל ז' ימי חופתו נקרא שושבינו ולא ידעתי למה פסק כן הא בש"ס פרק זה בורר מסיק משמי' דרבה דמיום א' ואילך בטלה שושבינות ופירש"י וכשר להעיד וא"כ ה"ה לענין דין פשיטא דבטל מיום א' ואילך גם עיקר דבריו מגומגמין שכתב ואז דוקא הוא דאסור לדונו דמשמע דוקא שושבין ובאמת הכא באין שושבינו עסקינן ומ"מ אסור ואולי כוונתו דלאחר ז' אפילו מאן דרחים לי' לא מיקרי ומותר לכתחילה ולענין הדין בודאי מיום א' ואילך בטלה שושבינות ובדיעבד מותר אבל מ"מ לכתחילה אסור כיון דאיכא מ"ד דכל ז' נקרא שושבינו א"כ אפילו למאן דפליג לא גרע ממאן דרחים לי' שאינו שושבינו כלל דאסור לכתחילה וכן משמע מדברי הרמב"ם שלא הזכיר דיני' דרבה דיום א' דוקא משום שכבר כתב פרק כ"ג מהלכות סנהדרין דאפילו מאן דרחים לי' אסור לכתחיל' לא גרע יום א' ואילך ממאן דרחים לי': (יד) משום אהבה ושנאה יכול להושיב דיינים אחרים. כתב הסמ"ע דבדוקא נקט אהבה ושנאה אבל משום קורבה לא ובתומים פיקפק עליו דהא כל ראיית מהרי"ק שורש כ"א מהא דפרק קמא דסנהדרין דאישפזוכני' דרב שלא רצה לדון בעצמו ומ"מ שלחו לפני רב כהנא א"כ כמו כן יש ראי' מהא דפרק שני דייני גזירות בעובדא דר' ענן דשלח לר"נ וחשב ר"נ שהי' קרובו ש"מ דאף בקרוב יכול להושיב ב"ד ע"כ ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דהדין עם הסמ"ע דדוקא פסול משום חומרא או מידת חסידות יכול להושיב ב"ד אחר אבל לפסול גמור לא וכן מבואר בהדיא במהרי"ק שם שכתב וז"ל דאפילו נאמר שלא יהא מן הראוי שהאלוף מוהר"ר שמעון כהן יצ"ו ידון משום חומרא או מידת חסידות מ"מ לא יפסול מלברר דיינים כדמוכח בהדיא פרק קמא דסנהדרין וכו' הרי לך בהדיא דאע"ג דרב היה מחמיר על עצמו שלא לדונו משום שעשה עמו האישפזוכני' חסד כמו שפירש"י אפ"ה לא נמנע מלמנות ר' כהנא לדיין וכו' משמע בהדיא דדוקא בדבר שהוא משום חומרא

או מידת חסידות אבל בפסול גמור לא. ומה שהקשה בתומים מהך דסוף פרק בתרא דכתובות לק"מ דודאי בלא"ה יש להבין במהרי"ק אי נימא דראיית מהרי"ק דבעל דין אינו יכול למחות ביד הדיין לברר דיינים א"כ תקשי מאי ראיה מהך דרב כהנא מאן לימא לן דהתם היה שכנגדו מוחה שלא ישב רב כהנא אדרבא אפילו ברב עצמו היה רוצה רק רב מחמיר על עצמו שהיה ירא שמא יתקרב דעתו אל אישפזוכני' טפי אבל בעל דין לא הי' מוחה כלל בין ברב בין ברב כהנא ועובדא דהתם דמהרי"ק דאיירי בי' לא רצה בעל דין שר' שמעון כהן יצ"ו ידון ולא שיברר דיינים כדאיתא התם במהרי"ק להדיא ובע"כ צריך לומר דעיקר כוונת מהרי"ק להביא ראיה דהך חומרא או מדת חסידות לא שייך רק לדון בעצמו אבל לא שיברר דיינים אפילו חומרא אין כאן ועל זה הביא ראיה מהך דרב שהיה מחמיר על עצמו ובזה לא החמיר שלא לברר דיינים וא"כ במה נפשך אי בעל דין לא היה רוצה פשיטא דמוכח דאין בזה חומרא ואי לא היה בעל דינו מקפיד מ"מ כמו שהיה מחמיר שלא לדון בעצמו כן היה לו להחמיר שלא למנות דיין ובע"כ דלא שייך להחמיר רק לדון לפי שדעתו נוטה מצד הטבע להפך בזכותו כמו שכתב ב"י בשם הרא"ש באוהב ושונא אפילו אינו שושבינו אבל למנות דיין כיון שהוא אינו דן לא שייך זה וזה מוכח מרב כהנא הנ"ל וה"ה בעובדא דהתם דהיה ר' שמעון כהן מחותנו שאינו פסול רק משום חומרא כמו שביאר שם מהרי"ק מקודם זה א"כ נהי דגבי הוא עצמו שייך חומרא אבל למנות דיין אפילו חומרא אין כאן א"כ פשיטא דאפילו בעל דין לא משגיחין בי' כיון דאין כאן חומרא וזה ברור למעיין שם והשתא פשיטא דהיינו דוקא בחומרא או מדת חסידות אבל בדבר שהוא פסול מצד הדין ובעל דין יכול למחות בידו א"כ פשיטא דאם מוחה שלא יוכל לברר דיינים הרשות בידו ומהא דר' ענן דכתובות אין כאן ראיה כלל דמנין לנו דאותו שכנגדו הי' מוחה אדרבא התם ר' ענן גופא היה כשר באמת ולא היה יכול למחות ולא מיחה רק שהוא הרחיק עצמו ממידת חסידות א"כ ר"נ דחשב שהיה קרובו ג"כ שפיר חשב כיון שלא ראה בעל דין מוחה שלא ידון הוא א"כ אז פשיטא דאינו אלא חומרא שלא ידון הוא בעצמו ולברר דיינים אפילו חומרא אין כאן כו' אבל היכי שהוא פסול גמור ובעל דין מוחה שלא יברר דיינים פשיטא דלכ"ע אינו יכול לברר דיינים בע"כ והרב מהרי"ק הביא התם ראיה דבעל דין אינו יכול למחות במקום שהוא רק חומרא אפילו שידון הוא בעצמו רק הוא מצד עצמו ג"כ אין לו להחמיר רק לדון בעצמו אבל לא שימנה דיין ועל זה הביא מעובדא דרב ורב כהנא אבל היכי שהוא יכול למחות ביד הדיין ה"ה שיכול למחות שלא יוכל לברר דיינים וזה ברור לפע"ד וכמו שכתב הסמ"ע ועיין היטב מהרי"ק שם (טו) (המנד' חבירו משום שזילזל בכבודו

יכול לדונו מאחר שאינו שונאו דין זה כתבו בד"מ ודייק לה מההיא עובדא דפרק עשרה יוחסין דר' יהודא שקראו בר שוויסקיל ואח"כ אכריז עלי' דעבדא הוא. ובתומים פיקפק על ראייתו דהתם לא הי' הנידוי בשביל זה רק שציער שלוחא דרבנן והשיג על מהרש"א בחידושי אגדות שכתב דמשום ענותנותא קאמר הכי. ולפע"ד ראיית הרב נכונה חדא כיון דמעיקרא לא אכריז עלי' ולא ידע דעבדא הוא והנידוי היה קודם א"כ פשיטא כיון דביזה אותו וביזה שלוחא דרבנן א"כ טפי חייב הנידוי משום שזילזל בי משלוחא דרבנן ומנין ידע ר' יהודא שיצטרך לדונו עד שימחול כבודו ועוד דהא פשיטא דהרב מיירי כאן שהוא יודע בעצמו שאינו שונאו א"כ מאי הפרש יש בין אם נדהו על כבודו או על שלוחא דרבנן סוף סוף הרי אינו שונאו בעצמו רק נדהו מצד האיסור שעשה ובע"כ דכוונת הרב להביא ראיה שיש לו לדיין לסמוך בדבר זה על דעתו והי' ס"ד כיון שכ"כ ביזהו עד שהיה חייב נידוי מסתמא יש לו שנאה כבושה ולא יוכל להפך בזכותו על זה מביא ראיה מעובדא דהתם כיון שהיה חייב נידוי על שציער שלוחא דרבנן א"כ פשיטא שהיה חייב נידוי על ביזיון ר' יהודא בעצמו ומ"מ דנהו אח"כ ש"מ דיש בידו לעמוד בזה על דעתו ואם יודע בעצמו שאינו שונאו ומחל לו רק הנידוי לא היה רק מצד הדין והוא כשאר בני אדם אצלו יכול לדונו וא"כ נסתלקה השגת התומים דר' יהודא מחל הא זה עיקר ראיית הרב שהדיין יכול לעמוד על דעתו בזה ולסמוך עליו לדין וזה ברור:

אך אמנם יש לדון מטעם אחר כיון דכל הטעם באוהב ושונא משום חומרא בעלמא א"כ יש לומר דזה לא שייך רק גבי ד"מ משא"כ התם שהיה עבד ואסור לבוא בקהל ישראל לא שייך להחמיר שלא לדונו כי כל שעתא ושעתא עובר איסורא וראוי להכריז עליו כדי שיבדל מקהל ישראל ואין ללמוד למקום אחר:

טז שני ת"ח השונאים זה את זה. הב"ח פסק להכשיר בדיעבד וקרא אסמכתא בעלמא ולא נהירא כלל דהתם קאמר מעיקרא חד לעדות וחד לדיין ופריך לרבנן ומשני חד לדין ואידך לשני ת"ח וכו' והשתא אי כוונת הכתוב באמת לא היה לזה רק אסמכתא בעלמא א"כ מאי קושיא לרבנן כיון דהשתא נמי קרא לאו להכי אתי דאי אתי להכי פשיטא שאפי' בדיעבד אין דינם דין ודבר ברור הוא שזה תלוי במחלוקת שכתבתי לעיל ס"ק י"ב דלדעת הרמב"ם לפי הבנת ב"י דאוהב ושונא גמור בדיעבד כשר וקרא לא אתי רק לכתחילה א"כ הכא נמי רק לכתחילה אבל לפי דעת הטור דאוהב ושונא גמור בדיעבד פסול פשיטא דהכא נמי דמ"ש ולפי זה לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק י"ב דאפי' להרמב"ם אוהב ושונא גמור בדיעבד פסול פשיטא דהכא נמי הדין כן שאם הם שונאים גמורים

אפילו בדיעבד אין דיניהם דין ואי לא אסור לכתחילה וזה ברור ומ"ש הרב שדיינים לא יהיו קרובים לעדים עיין מה שכתבתי לקמן סימן מ"ו בזה ושם הארכתי:

יז אלא א"כ יש להם ס"ת אחרת משמע אפילו בלי סילוק אבל בטור לא משמע כן דמעיקרא כתב בסתמא דאם נגנב ס"ת אין דנין בדייני אותה העיר ואח"כ גבי סילוק כתב וגבי ס"ת אין מועיל סילוק כי א"א להם להסתלק שלא ישמעו קריאת הספר אלא א"כ יש להם ספר אחר משמע דבלא סילוק אפי' יש להם ס"ת אחר לא מהני דאל"כ היה לו להזכיר חילוק זה של ספר אחר מקודם כשהזכיר גוף הדין דבני העיר אין דנין. והנה יש להבין באמת מה מהני ספר אחר הא כתב הרמב"ם ומחבר לקמן סי' ל"ז סכ"א דאפילו יש נגיעה בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד וכן לא יהא דיין א"כ הכא נמי פשיטא דיש נגיעה בדרך רחוקה כגון שיפסל זה הספר וכדומה או שיגנב שלא יהא להם במה לקרות וצריך לומר דעד כאן לא חיישינן לדרך רחוקה אלא אם הוא לפנינו ואנו רואין הנגיעה אף שהוא רחוק אבל לא חיישינן למה שיארע נגיעה לאחר זמן כל שאין עכשיו נגיעה אפילו בדרך רחוקה ולפי זה לק"מ ג"כ מה שהקשה בתומים ולקמן סי' ל"ז יתבאר עוד בזה:

על חו"מ סימן ח

א עובר בלא תעשה. לשון הרמב"ם פ"ג מהלכות סנהדרין שנאמר לא תקים לך מצבה אשר שנא ה' אלהיך וכו'. והקשה מהרי"ק שורש קי"ז והכ"מ דהא בגמרא פ"ק דסנהדרין מפיק לה מקרא דלא תטע לך אשרה אצל מזבח ה' אלהיך ועיין תומים ס"ק א' מה שכתב ליישב דבגמרא בע"ז פליגי בה ר' ישמעאל ור' עקיבא ור' ישמעאל יליף לה מהך ור"ע סבר דאתיא מה מזבח טעון גניזה אף ע"ז טעון גניזה אבל אינה אסורה עד שתעבד לכך הרמב"ם דפסק כר"ע הוצרך לומר מלא תקים לך מצבה ע"כ ואין דבריו נכונים כלל דודאי אילו לא הזכיר הרמב"ם כלל הך דרשה היה מקום לומר כן אבל עכשיו דהרמב"ם ז"ל כתב מעיקרא כל המעמיד דיין שאינו הגון וכו' לא תקים לך מצבה ובמקום ת"ח כאילו נטע אשרה שנאמר לא תטע לך אשרה כל עץ אצל מזבח ה' אלהיך ואם כדברי התומים אף במקום ת"ח לא מוכח כיון דאתי' דטעון גניזה כמו מזבח ודבר ברור הוא דסבירא לי' לרמב"ם דודאי אילו הי' דעת ר"ע דלא מוכח מהתם מידי לדיין הוי לי' לש"ס למימר ואידך כדאמר מעיקרא אלא ודאי דבהא פליגי ר' ישמעאל סובר כיון דאתי' לדיין שוב לא מוכח דטעון גניזה ור' עקיבא סובר דודאי פשטא דקרא בע"ז קא משתעי ואתיא דטעון גניזה ומ"מ לדיין ילפינן ג"כ מסמיכות דאסמכינהו קרא דמעיקרא כתיב שופטים

ושוטרים והדר כתיב הך ואח"כ מיירי ג"כ בדיינים ומזה מבואר דהך אתיא נמי לדיין וכן כתב מהרי"ק להדיא שורש הנ"ל דבמשנה תורה לכ"ע דרשינן סמוכין לכך ילפינן לדיין אבל עיקר קרא בע"ז משתעי ולפי זה אכתי קשה קושיא הנ"ל למה לי' מלא תקים לך מצבה: אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ על הרמב"ם והוא דקשיא לי' לרמב"ם אהא דאמר התם אמר ר"ל כל המעמיד דיין שאינו הגון עובר בלא תעשה שנאמר לא תטע לך אשרה אמר רב אשי ובמקום תלמידי חכמים כאלו נטעו אצל מזבח שנאמר אצל מזבח ה' אלהיך. והנה יש להבין שמשמע לכאורה שיש כאן שני לימודים האחד דאם העמיד דיין שאינו הגון במקום דליכ' ת"מ עובר משום לא תטע לך אשרה ובמקום ת"ח משום כאלו נטעו אצל מזבח ובאמת לא מוכח רק במקום ת"ח דהוי כאילו נטעו אצל מזבח אבל במקום דליכא ת"ח שיהא עובר בלאו דלא תטע גרידא לא שמענו דשמא ליכא איסורא רק אצל מזבח דהיינו במקום דאיכא ת"ח כדכתיב קרא לא תטע לך אשרה אצל מזבח אבל בדליכא ת"ח לא שמענו מקרא זה כלום לכן סבירא לי' לרמב"ם דודאי אין כוונת רב אשי להוסיף לימוד אחר לבר מר"ל וס"ל נמי הא דר"ל מהאי קרא דזה ודאי אינו כנ"ל גם פשיטא דלא פליג בגוף מילתא דר"ל דעובר בל"ת רק דלדידי' לאו מהאי קרא נפקא רק מקרא דלא תקים דפשיטא דכלהו קראי דהתם בדיינים קא משתעי כמבואר ברבה פרשת שופטים ע"ש והמדרש הזה נעלם מעיני מהרי"ק שם ע"ש] ולכך לא קאמר דרך פלוגתא על ר"ל רק מחדש דבמקום ת"ח הוי כאילו נטעו אצל מזבח או דבאמת לפרושי מילת' דר"ל קאתי דמה שאמר כל המעמיד וכו' היינו במקום ת"ח ומה שאמר כאילו נוטע אשרה היינו כאילו נטעו אצל מזבח דהכי משמע קרא ועכ"פ ברור דלר"א א"א לומר דהמעמיד דיין שאינו הגון גרידא נשמע מקרא דלא תטע ולכך לא הזכיר הרמב"ם מהאי קרא דלא תטע לך אשרה רק דברי רב אשי בלבד וזה ברור:

ב

דין אמת לאמיתו כתבו התוס' לאפוקי דין מרומה והב"י ריש סי' א' דחה זה דבתבת אמת לבד נכלל זה לכן פי' הוא שלא יצטרף אהבת בעל דין או שנאתו רק מצד שהוא אמת ע"ש ולא נהירא כלל דהא בגמרא אמרו זה דכל דיין שדן דין אמת לאמיתו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית ופי' הטור סי' א' שעל שלשה דברים העולם עומד ואחד מהם על הדין והיינו דבלא דין היה נתרבה החמס בעולם והיה נחרב כדור המבול דכתיב כי מלאה הארץ חמס ועל ידי הדין מתקיים העולם לכך הדיין שדן דין אמת נעשה שותף במעשה בראשית והשתא לפי' ב"י אפילו אינו דן לאמתו רק דין אמת לבד מ"מ כיון שהדין כך הרי על ידו מתקיים ומאי נפקא מינה בקיום העולם אם יצטרף בלבו אהבה

ושנאה סוף סוף דין אמת דן והציל עשוק מיד עושקו ואי דמחמת אהבה ושנאה יפסוק שלא כדין אין זה דין אמת כלל רק שקר וכן אמרו שם משוד עניים מאנקת אביונים עתה אקום וזה אין ענין למה שכתב ב"י ומה שנראה לי פשיט בפי' דבר זה לפמ"ש הרא"ש פרק אד"מ והטור סי' כ"ה וז"ל והיכי שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כאיזה מהם שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו דאפילו אם פסק גדול אחד יכול החכם לסתור דבריו בראיות ברורות ולחלוק עליו וכו' ואם לאו בר הכי לא יוציא ממון מספק דכל היכי דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין מיד המוחזק וכו' עכ"ל. ומעתה ניחזי זה שפסק ואינו יודע להכריע להוציא ממון והוציא מיד המוחזק דין שקר דן ואם החזיק הממון כמות שהוא זה דין אמת אבל אי אפשר שיקרא דין זה לאמתו שהרי אינו אמת לאמתו רק מצד חסרון ידיעה של זה שאינו יודע להכריע והוא אינו סיבה וקיום לעמידת העולם כלל כיון שלא הוציא ממון מיד המוחזק אבל אם היה כאן חכם אחר ויודע להכריע היה פוסק בהיפוך והיה מוציא ממון ולזה הראשון אי אפשר שנאמר נעשה שותף במעשה בראשית שהרי אין דין זה סיבה וקיום לעמידת העולם כיון שאין בכחו להוציא ממון להציל עשוק מיד עושקו אמנם זה השני שהוא דן מכח מה שהוא מכריע בדעתו בראיות ברורו' ונכוחות זה דין אמת לאמיתו שכ"ה באמת כמו שדן לא כזה שדן דין אמת ומ"מ הדין בהיפך וזהו מאמרם כל הדן דין אמת לאמיתו נעשה שותף שהוא באמת סיבה וקיום לעמידת העולם להציל עשוק מיד עושקו ולהוציא ממנו כנ"ל ברור:

ג אסור לו לעשות מלאכה בפני שלשה. משמע דפחות משלשה מותר ונראה הטעם משום דבשלשה שוב ליכא משום לישנא בישא ויתפרסם הדבר ויהא גנאי אבל פחות משלשה לא יתפרסם הדבר משום לשון הרע כמו שאמרו נורא בי' פלוני' וכו' א"כ לא יוכלו השנים לפרסם הדבר לכך מותר. ונראה דהיינו דוקא מלאכה של רשות אבל מלאכה של מצוה מותר אפי' אפשר ע"י אחר וכן מוכח בש"ס גופא שם בעובדא דר"י בר יחזקאל דקאמר אשכחי' דעביד מעקה ואמר ליה לא סבר מר הא דאמר שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הצבור אסור לו לעשות מלאכה בפני שלשה א"ל פורתא דגינדרותא קא עבידנא פירש"י שם מעקה אמר לי' מפני לי' למר מעקה דכתיב באורייתא וכו' והנה יש להבין מה השיב לו ד"נ וצריך לומר דודאי מעיקרא לא ידע דקא עביד מעקה רק הגמרא קאמר האמת דמעקה הוי עביד אבל הוא היה סובר דעושה מלאכה סתם וע"ז השיבו ר"נ דקא עביד מעקה של מצוה ומותר ואף שיש לומר דהתם שאני דמיירי שלא

הי' אחר שיעשה בשבילו וא"כ לא הי' יכול לעבור על לא תשים דמים בביתך אבל מצוה שיכול לעשות ע"י אחר לא אבל מ"מ נראה פשוט דמותר שהרי עיקר הטעם פירש"י שגנאי הוא לצבור שאין לדיין מי שישמשנו וזה שייך במלאכת הרשות אבל במלאכה של מצוה לא שייך זה דהא מצוה בו יותר מבשלוחו ואינו נראה בשביל שעושה בעצמו שאין לו מי שישמשנו וכן משמע ריש פרק האיש מקדש דמלאכה של מצוה) לא שייך בזיון כנ"ל (ד) להכותו וכו' כדי לנדותו זה מעובדא דר"י בר יחזקאל פרק עשרה יוחסין דקאמר לי' מ"ט שמתי' מר כו' אמר ציער שלוחא דרבנן לנגדי' מר דרב מינגד למאן דמצער שלוחא דרבנן דעדיפא מיני' עבדי לי'. ויש להבין הא זו השאלה ששאל ר"נ מדרב מינגד למאן דמצער שלוח' דרבנן אלמ' דחייב נגידא ולא שמתא א"כ מה זה שהשיב דעדיפא מיני' עבדי לי' הא מדרב משמע שאינו יכול לשמתו דאל"כ מאי רבותא דרב הא אפי' אפי' לשמתו מותר וכן הקשה בכ"מ על הרמב"ם ז"ל תו קשה דמשמע מדברי הרמב"ם דהשליח נאמן כדי לנדותו א"כ כ"ש כדי להכותו דשמתא עדיף מהכאה ובאמת בטור ומחבר לא נזכר רק לנדותו משמע דלהכא אין השליח נאמן [ועסמ"ע מה שכתב לחלק בדוחק ובכ"מ משמע להדי' להיפוך דאפי' להכאה נאמן]:

לכן נראה לפע"ד כך דודאי הך עובדא דר"י הי' בפני עדים בפרהסיא כמבואר שם שהמעשה היה במקולין שרצה לקנות בשר מן הטבח (ועוד האיך קאמר לנגדי' מר ולהכאה אינו נאמן לשיטת הסמ"ע וע"כ שהיה בפני עדים) וזהו דקאמר ר' יהודא ציער שלוחא דרבנן וקאמר לי' לנגדי' מר דרב מינגד על זה השיב דעדיפא מיני' עבדי לי' פי' שהוא באמת באותו דבר שציער השליח ביזה לר"י בעצמו רק ר"י משום ענותנותו קאמר על השליח כמו שכתב מהרש"א בחידושי אגדות והמבזה ת"ח הרי זה בנידוי הילכך כיון שהיה חייב הכאה ושמתא דעדיפא מיני' עביד לי' וינדהו ואם לא ציער רק השליח ולא ביזה לדיין בעצמו אז באמת אינו חייב נידוי רק הכאה דקיל מנידוי אבל היכי שאין הדבר ידוע בפני עדים רק בנאמנות השליח אז פשיטא דנידוי קיל טפי מהכאה דבנידוי עיקר מה שהוא חמור הוא מצד ענשו מן השמים ואם היה הנידוי בטעות שהשליח שקר ענה בו באמת אין עליו עונש מן השמים כלל רק למטה ובזה הכאה באמת חמיר טפי לכך השליח נאמן לנדותו ולא להכותו אמנם אפילו על צער שלוחא דרבנן כשאין הדבר ידוע רק על פי השליח שאז אי אפשר להכותו דלענין זה אינו נאמן לכך מנדין אותו דלענין נידוי השליח נאמן ואף דאם המעשה אמת נידוי חמיר מ"מ לא עבדינן לי' קיל דהיינו הכאה רק במקום דאפשר להכותו משא"כ כשאי אפשר להכותו א"כ במה נפשך אי שקר הרי קיל מהכאה ואי אמת א"כ הכי יפטר' בלא כלום כיון שציער שלוחא דרבנן

ואיהו דאפסיד אנפשי' במה שמכחיש השליח ואי אפשר להכותו לכך נאמן לנדותו וזה שמעיקרא הזכיר הרמב"ם שהשליח נאמן לנדותו כגון שאומר פלוני הקלני או הקלה לדיין דכיון דאי אפשר בהכאה מנדין אותו אבל להכותו אינו נאמן כנ"ל דעל פי השליח נידוי קיל מהכאה ואחר כך כתב דהמצער שלוחא דרבנן מכין אותו והיינו אם הדבר ידוע בפני עדים דאז נידוי חמור מהכאה לא עבדינן לי' רק הכאה כדאמרינן רב מנגיד למאן דמצער ולא שהיה משמתו וזה ברור:

על חו"מ סימן ט

א צריך להחזירו כשיתבענו הנותן משמע דבלי תביעה אינו צריך להחזירו וכתב הסמ"ע ס"ק ג' דלא דמי לריבית דכתיב בי' וחי אחיך עמך עליך להחזיר לו כדי לחיות בו משא"כ בשוחד ע"כ והט"ז תמה עליו דאישתמיטתי' להסמ"ע דברי רש"י פרק איזהו נשך דף ס"א וז"ל ריבית קצוצה כופין אותו ב"ד להחזיר אם תבעו בחייו הרי גם בריבית בעינן תביעה דוקא ומכח זה פסק באחד שלא היה לו לשלם רק מה שמגיע לו מאחד מה שנתן לו ריבית קצוצה והיה המלוה רוצה להוציא מדר"נ ופסק דאינו צריך ליתן כיון שאין כאן תביעה מהמלוה כמו שהוכיח מדברי רש"י הנ"ל דבעינן תביעה ע"כ ולפע"ד העיקר כהסמ"ע ודברי הט"ז תמוהין דהא בהדיא מבואר התם בגמ' דמוקי בשעשה תשובה ופריך אי עשה תשובה מאי בעי גבי' וכתבו התו' דאפילו למאן דסובר אינה יוצאה פריך שפיר דמ"מ כשעשה תשובה יש לו להחזיר משום לעג ובושת ולמ"ד יוצאה בדיינים פשיטא דפריך שפיר דהיה צריך להחזיר מדינא וקשה הא בלא תביעה אין צריך להחזיר לכ"ע לדעת הט"ז ומאי קושיא לכ"ע לק"מ ואפילו אי נימא כסברת הט"ז שהי' לו עכ"פ להחזיר משו' לעג ובושת א"כ מ"מ מוכח מדברי תוס' דבלא תביעה ג"כ מחוייב להחזיר דאל"כ אפי' למ"ד יוצאה בדיינים ג"כ צריך לומר דהקושיא משום לעג ובושת דמדינא יש לומר דלא תבעו ולמה לן לדחוק כשלא הספיק להחזיר עד שמת ובע"כ דלמ"ד יוצאה בדיינים פשיטא:

דאפי' בלא תבעו מחוייב להחזיר להוציא גזילה מתחת ידו ומה שהביא מפירש"י ז"ל פשיטא דלא מוכח מידי דמשמע לי' לרש"י מדפליגי אי יוצאה בדיינים או לא ולא פליגי בפשיטות אי מחוייב להחזיר או לא וע"כ משום דודאי אפי' באבק ריבית צריך להחזיר בעצמו כשרוצה לעשות תשובה. ובזה מיושב קושית התוס' דלכך פריך מאי בעי גבי' דאפי' למ"ד אינה יוצאה היינו דוקא שאין ב"ד נזקקין אבל פשיטא שהוא מחוייב להחזיר כשעושה תשובה תדע שהרי הלימוד הוא דכ' חי' לא למיתה בידי שמים ניתן

ולא להשבון וזהו אם אינו רוצה להחזיר ועומד במרדו שאז ניתן למיתה לא ניתן להשבון אבל כשעשה תשובה דלא ניתן למיתה פשיטא דחייב להחזיר וא"צ משום לעג ובושת רק כל המחלוקת הוא שאין ב"ד נזקקין להוציא ממנו כשאינו רוצה להחזיר ולמ"ד נזקקין להוציא פשיטא דע"כ דוקא כשתבעו דאי לא תבעו האיך ס"ד דב"ד נזקקין כשאין בעל דינו בא לב"ד וצווח להוציא את שלו ומעולם לא מצינו ב"ד נזקקין בלי תביעה אבל פשיטא שעליו החיוב להחזיר אפי' לא תבעו וזהו דלקמן דמוקי לה בעשה תשובה פריך בפשיטות מאי בעי גבי' דפשיטא דלכ"ע מחוייב להחזיר אפי' בלא תבעו כשעשה תשובה וזה ברור. ומעתה ממילא נסתר דינו של הט"ז שפסק שאינו צריך ליתן מאחר שלא תבעו דליתא כיון שמחוייב ליתן בלי תביעה רק כל כמה שאינו תובע אין ב"ד נזקקין וכיון שהוא חייב לאחרים ובעל דינו תובע בב"ד נזקקין מדר"נ גם מה שכתב עוד טעם לפטרו דכיון שאין המעות מגיע לו לא שייך לומר וחי אחיך עמך לא נהירא כלל דסוף סוף הוי שפיר וחי אחיך שכל מה שיהי' לו יצטרך ליתן לבעל חוב שלו ואין לך חיות גדול מזה מה שפטרו מבעל חוב שלו אך אמנם בגוף הדין נראה דודאי אם הלוה מוחל לו ואינו רוצ' ליקח וזה תובע משדר"כ אף דשדר"נ בעלמא לא מצי מחיל כדלקמן סי' פ"ו מ"מ הכא שאני כיון שעיקר החיוב הוא בשביל טובתו של לוה כדי שיחי' א"כ אם הלוה בעצמו אומר שאינו רוצה בטובה זו ומוחל לו אין כאן חיוב כלל ולא נשתעבד מדר"נ אמנם בש"ס משמע דדוקא בתקנת חכמים מהני זה לומר אי אפשי ולא כאן שהוא דאורייתא וצ"ע בזה עכ"פ ליתא לדעת הט"ז ובריבית לא בעינן תביעה אפילו בלא תביעה מחוייב להחזיר אלא שאין ב"ד נזקקין:

ב שוחד דברים הב"ח הביא מחלוק' אם הוא דאוריי' דאוריי' מדינ' אי מיד' חסידות ולפע"ד נראה פשוט דכמו בשוחד ממון אם מקבלו אסור אם לאו מותר כן הדין בשוחד דברים שאם קבלם שעשו רושם בו ורואה שדעתו נוטה להפך בזכותו בשביל זה פשיטא דאסור כמו שוחד ממון דהא מקרא ילפינן לה משא"כ אם הוא לא קיבלם ומה בכך דבעל דין דיבר כיון שהוא יודע שלא עשאו דבריו רושם ולא נתקרב דעתו כלל א"כ מדינא דפשיטא דמותר רק מצד מידת חסידות יש לו להרחיק עצמו כי שמא אינו מרגיש ובאמת נתקרב דעתו לכך בשאלה שקיבל טובה ממנו אז ודאי אסור מדינא כמו שוחד ממון כיון שקיבל ממנו טובה משא"כ שוחד דברים ולא קיבל אין כאן שוחד כלל וכן מבואר בטור שמעיקרא כתב ולא שוחד ממון אלא אפי' שוחד דברים וכו' ע"כ צריך כל דיין להרחיק מזה. והנה מעיקר' משמע דהוא מדינ' כמו כמו שוחד ממון ובתר הכי משמע דאינו רק חומרא וראיתי במקצת ספרים שמחקו מן הטור כל זה ולפי הנ"ל ניחא דודאי

אם הדיין קיבל שוחד דברים ונכנסו בלבו הוי כקבלת ממון אבל בלא"ה אין כאן איסור ועל זה סיים ע"כ צריך כל דיין להרחיק מזה אפילו הוא חושב שלא קיבל ולא נתקרב דעתו כנ"ל. ומה שכתב הטור אח"כ, בשם גאון וז"ל מדת חסידות הוא דאי חזי בי' דיינא דאיקרב דעתי' וכו' משמע דאפי' אם נתקרב דעתו אין זה אלא מידת חסידות שאני התם שלא היה המתנה בשביל הדין רק קודם הדין כמו שכתב הב"ח תדע דהא התם היה שוחד ממון וע"כ כנ"ל וזה ברור:

ג כל דיניו שדן בטילין הכנה"ג הביא בשם מהרי"ט דהיינו דוקא במלתא דתליא בשודא דדייני אבל בדין בעלמא לא בטלו דיניו כיון שפסק כדין ובכנה"ג השיג עליו דמה פריך בגמרא לקרנא ממשנה דכל הנוטל שכר לדון שאני התם דמיירי בשודא וקרנא בדין דעלמא ובזה יפה השיג עליו בתומים דמ"מ פשיטא דמודה מהרי"ט דאסור ליקח שכר רק דינו קיים ואכתי קשה לקרנא האיך שקיל לכתחילה:

אך על כולם אני תמה הא בגמרא מתמה עלה שאני התם אגר דינא הכא אגר בטילה ופריך ואגר בטילה מי שרי הא תניא מכוער הדיין שנוטל שכר לדון אלא שדינו דין היכי דמי אי אגר דינא דיני דין והא תנן דיניו בטילין אלא אגר בטילה מ"מ מכוער הדבר [ומזה השגה גדולה על הכנה"ג דהא חזינן דאף דדינו דין פריך לקרנא דמ"מ מכוער הדבר] והשתא לדעת מהרי"ט מאי קושיא התם באגר דינא ומ"מ דינו דין בדין בעלמא ומתניתין דבכורות בשודא ודיניו בטילין ואמת דמ"מ יש להקשות לקרנא על דרך זה אי באגר דינא מאי מכוער הדבר הא מדינא אסור כמתניתין דבכורות וע"כ אגר בטילה וקשיא לקרנא אך מ"מ קשה על המהרי"ט כיון דבגמרא מקשה להדיא ומכריח דבאגר בטילה קא משתעי מדנקט דינו דין ש"מ דאפילו בדין דעלמא דיניו בטילין וזה ברור לכן נראה ברור לדינא דלא כמהרי"ט וכן משמע מסתימת כל הפוסקים.

על חו"מ סימן י

א והוא שיהי' הדור צריך לו וכו' וכל המונע עצמו וכו'. עסמ"ע שכ' וז"ל וכל ר"ל אפי' אם הדור צריך לו יראה שימנע עצמו מן הדין ייפשר הבעלי דינים בהדדי אם אפשר לו עכ"ל ואין דבריו נכונים הא הב"י כתב דהטור דייק לחלק בין הדור צריך לו או לא מהא דאיתא באבות וכל המונע עצמו פורק ממנו וכו' וקשה במה נפשך אי בלא הגיע' להוראה הא בלא"ה אסור לו להורות כי רבים חללים הפילה ואי בהגיע להוראה הא: מחוייב להורות ועצומים כל הרוגיה ומזה דייקי הטור ומחבר דיש חילוק בין הדור צריך לו או לא שאז אם אין הדור צריך לו יש לו למנוע עצמו ועל זה אמרו וכל המונע והרי זה

מבואר שלא כדברי הסמ"ע רק התם באין הדור צריך לו מיירי ולשיטת הסמ"ע אין כאן ראיה לחלק בין הדור צריך לו או לא אמנם בגוף הראיה שהביא ב"י יש לפקפק לפי מה שכתב הנ"י פרק אד"מ הביאו הרב בהגה' לקמן סי' כ"ה והב"י שם לחלק בין ד"מ לאו"ה דבאו"ה גמיר וסביר לחוד אפי' לא קבלי' ולא נקיט רשותא פטור כיון שהגיע להוראה מחוייב להורות כדאמרינן ועצומים כל הרוגיה והנה יש להבין הא זה הפסוק קאי גם על דיני ממונות כמו שכ' הטור ומחבר כאן להדיא וצריך לומר דדוקא גבי או"ה גמיר וסביר חשיב הגיע להוראה אבל בד"מ כל שלא קבלי' ולא נקיט רשותא:

אין בכלל שהוא מחוייב להורות לפי זה ממילא אין מהתם ראי' דמיירי בגמיר וסביר פשיטא שאינו בכלל כי רבים חללים הפילה דהא גמיר וסביר יכול לדון אפילו ביחידי בע"כ כדלעיל סימן ג' ומ"מ אינו מחוייב לדון כיון שלא לקח רשות ועל זה אמרו שיש לו למנוע עצמו:

אבל בנקיט רשות כי אז מחוייב:

להורות אין לו למנוע אפי' אין הדור צריך לו ועיין היטב בנ"י שם כי יש לומר כוונה אחרת ולא' יקשה הנ"ל ודו"ק:

ב ' יהיה בעיני הדיין דין של פרוטה כדין של מאה מנה. בע"ש נתן טעם דכתיב כקטן כגדול תשמעון והסמ"ע ס"ק י' תמה עליו דבגמרא קאמר מעיקרא לזה ופריך עלה פשיטא ומשני לאקדומי א"כ זה לא נשמע מפסוק:

זה רק מסברא ולפע"ד עיקר כע"ש דלשיטת הסמ"ע תקשי מדא כמו דפריך בגמרא פשיטא מה צורך להשמיענו א"כ כ"ש המחבר:

והטור שכתבו בסי' ט"ו דין דלאקדומי א"כ פשיטא שלא היה להם: לכתוב זהותו קשה כיון דכאן כוונת המחבר לעיוני א"כ ע"כ התם בסי' ט"ו לאקדומי דין של פרוטה לדין של מאה מנה והאיך לא זכר המחבר בסי' ט"ו עיקר החידוש דין שצריך להקדים דין של פרוטה כשבא קודם אפי' לשל מאה מנה ולא נזכר במחבר רק שצריך להקדים דין הבא לפניו תחילה והאיך השמיט העיקר להקדים אפי' דין של פרוטה לכן נראה ברור דודאי כקטן כגדול כולל תרתי חדא בעצם סכום הממון וכן בבעלי דינים ושם בסי' ט"ו לא מיירי המחבר רק בענין הבעלי דינים ששם כתב דת"ח צריך להקדימו ועוד כמה דינים בזה וכאן כוונתו כוונתו בענין חילוק חילוק הממון ובאמת לעיוני אין צורך לאשמועינן רק כוונת המחבר לאקדומי אף שהוא קטן כ"כ והשני גדול' מאה מנה ושפיר כתב הע"ש דמקטן כגדול ילפינן לה גם לשון דין של פרוטה לדין של מאה מנה משמע בהדיא

שכוונתו אף שזה קטן הערך וזה גדול כ"כ מ"מ לא יקדמנו וזה ברור ועיין לקמן סי' כ"ד מה שכתבתי עוד בזה:

על חו"מ סימן יא

א כיצד מזמינים. כתב הרא"ש בתשובה הביאו ב"י סוף סי' זה בראובן שתבע לשמעון שתבעו לדין ולא רצה לבוא שישנם קנס ההזמנה ושמעון אומר לה"דם שמעולם לא הזמינו לדין ואמר ראובן שיביא עדים שהזמינו חזר שמעון ואמר אמת:
שהזמין אותי אבל עמדתי עמו בדין ויש לי עדים על זה והשיב הרא"ש שאין שמעון:
נאמן אפילו כשיביא עדים דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דכיון שאמר מתחילה שלא הזמינו הודה שלא עמד עמו לדין ולא מהני עדים. ולפע"ד דין זה צ"ע:
מכמה טעמים חדא דודאי יש להבין דהאיך יעלה על הדעת דעדים משקרי ואי משקרי האיך אתה מאמינם באותו דבר על הלואה וע"כ דודאי עדים אומרים אמת רק הוא מחל הפרעון וכן הוא בתומים להדיא סי' ע"ט ע"ש והשתא הכא האיך שייך לומר שמחל מה שעמד עמו לדין סוף סוף כיון שעמד לדין לא נתחייב קנס ומאיזה צד אתה מחייבו עכשיו גם קשה לי על הרא"ש הנ"ל דמשמע אפי' חזר שמעון קודם שהביא ראובן העדים מ"מ אינו נאמן ובאמת מבואר לקמן סי' ע"ט בשם ב"י ומרדכי פרק כל הנשבעין וז"ל רמ"א שם בהגהה אפי' במקום דאיכא למימר דמה שהודה משום שראה עדים שבאו מ"מ הואיל והודה קודם שבאו העדים לא הוחזק כפרן אלמ' אף דיש מקו' לומר שמחמ' העדים הודה כמו הכא שראובן אמר לו שיביא עדים מ"מ יכול לחזור קודם שבאו העדים כיון שאז שתי הטענות באות לפוטרו יכול לחזור מפטור לפטור א"כ ה"ה הכא [דשוב ראיתי בש"ך סוף סי'י"ד שהקשה קושי' זו על הרא"ש] גם בלא"ה איני מבין דברי הרא"ש דלא אשכחן שיתחייב אדם קנס על פי עצמו כיון דעל ידי העדים פטור וכל החיוב על פי עצמו שהודה שלא עמד לדין ואף דמודינא דבהאי דכל האומר לא לויתי אף בקנס אמרינן הכי היינו דהתם אין ההודאה בחיוב הקנס רק בפרעון אבל הכא דהודה בגוף החיוב הקנס מהיכי תיתי לחייבו ואולי הך קנס שאני וצ"ע בזה: (ב) פתיחא של שמת' הטעם כיון דקא בעי למיתב זוזי לספרא כשיתירו לו הנידוי ואי אפשר להוציא ממון בלי עדים וכתב הרא"ש בשם הרמ"ה דמהכא משמע אף דמוכח פרק זה בורר שהלוה אינו צריך להחזיר למלוה הוצאות שהרי אמרו שם שלא יצטרך להוציא מנה על מנה מ"מ אם לא רצה לבוא וצריך להוציא לכופו לבוא לב"ד צריך הלוה להחזיר לו הוצאות ולפע"ד אין דבריו מוכרחין דהכא שאני שאין המלוה נוטל מהלוה יציאותיו רק הלוה

צריך מיד ליתן שזהו להתיר עצמו מהנידוי ואם לאו יהא בנידוי ואין ענין זה למלוה והלא אין המלוה נותנו מתחלה רק הסופר ממתין עד שיבקש להתיר לו הנידוי ואז אין מתירין עד שישל' אבל מה שהמלו' צריך להוציא אפשר דאפי' מה שצריך לכופו אינו צריך ליתן. ונראה לפע"ד דדבר התלוי בהכחשה הדין עם הרמ"ה כיון שיתברר אח"כ ע"י עדיו וכה"ג צריך הלוה להחזיר לו הוצאו' שע"י הכחשתו נפסד אבל בדין דלא תלי' בהכחש' נראה שא"צ להחזיר לו ועיין תומים מה שכתב בכוונת התו' והנה בתו' לפנינו נכתב כשקורין אותו ולפ"ז כוונת' כשקורין אותו לעמוד בדין אחר ל' להתיר לו אז אין מתירין לו עד שישל' וכן נראה מלשון הרמב"ם אבל מלשון המחבר משמע. דמעיקרא קורעין כתב הנידוי ואח"כ נותנין שכר הסופר ולא ידעתי למה שינה מלשון הרמב"ם (ג) ואם יש בהם מומחה עסמ"ע מה שנסתפק בדעת רמ"א ולפעד"נ דכוונת רמ"א כיון דקיימא לן יחיד מומחה יכול לדון את האדם בע"כ א"כ אף דממידות חסידות אין לו לדון בע"כ מ"מ כל שמתרה בו בשם המומחה א"כ מה בכך דלא ידע שהוא מפי כל הב"ד סוף סוף הוא היה לו לבוא כיון שהמומחה מתרה בו ובזה חייב נידוי ומ"מ לא זכרו רמ"א בפי' כיון דקיימא לן לעיל ס"ג דבזמן הזה אין מומחה לרבים שידון ביחידי, ומ"מ כתבו רמ"א קודם להורות דמדינא דגמר' אף אם אינו ידוע שהב"ד יושבין באותו יום כל שאומר בשם המומחה סגי ומ"מ לענין זה אף בזמן הזה חולקין כבוד למומחה:

ד וכן אם היה בעיר. דברי הרב תמוהין כמו שתמה בסמ"ע ועיין מה שדחק מאוד ליישב לאיזה צורך הוצרך הרב להשמיענו דגם בזה הטעם כן הגם שהוא מפורש בגמרא להדיא גם בש"ע מציין כאן טור ולא ידעתי הא גמרא מפורשת הוא ולפעד"נ כאשר נדקדק בלשון הרמ"א שכתב וכן אם היה בעיר ולפי הענין היה לו לומר וכן אם הוא בעיר כדאיתא בגמרא כמו שכתב הרמב"ם מי שהוא במדינה ובכפר שייך לומר היה בכפר שעכשיו בביתו אבל בעיר הרי הוא עכשיו ותמיד בעיר ולא שייך לומר היה בעיר ודבר ברור הוא דכוונת הרב להשמיענו דין מחודש דבגמר' ס"ד דדוקא אם הוא בעיר ולא נסע לכפר שייך לומר דהם לא יגידו לו שיחשבו השליח הגיד לו אבל נסע לכפר רק שהיה מקודם בעיר אז יש לומר דודאי יגידו לי כשיבוא ולא יחשבו שקודם שנסע לכפר הגיד לו השליח בזמן מועט כזה קמש"ל דמ"מ כל שהיה בעיר אחר שהגיד להם השליח אף שאח"כ נסע מהעיר לא יגידו הם כי יחשבו שאחר שהלך השליח מן הבית מצאו בעיר והגיד לו וכן משמע מלשון הטור שכתב ג"כ במה דברים אמורים כשלא היה בעיר והיינו דכל שהיה בעיר לא מהני. ואפשר שלזה נתכוון המציין טור כן נ"ל:

על חו"מ סימן יב

א ואם היה ממונה לרבים וכו' אם היו שניהם חזקים דין זה צריך עיין לפע"ד כמו שאבאר. והנה מקור הדין הוא דאיתא התם אמר רש"ל שנים שבאו לדין אחד רך ואחד קשה וכו' שמא יתחייב החזק ונמצ' רודפו אבל אם אתה יודע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם שנאמר לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים וכתבו התוס' ונמצא רודפו פי' לדיין הא דנקט אחד רך שאם שניהם חזקים חבירו יסייעו ע"כ והנה נראה מבואר כוונתם שבאו לשלול שלא נפרש נמצא רודפו לבעל דין ואז הוי שפיר אחד רך שאם היה קשה אין לחוש שמא ירדפנו ואתא כתבו דהפי' רודפו הוא לדיין כדמוכח בתר הכי דקאמר לא תגורו ואהא קשיא להו מאי אוירי' אחד רך ותירצו דבשניהם קשין אין לחוש שירדוף לדיין אף שהדיין אינו קשה דחבירו יסייע לדיין והנה עדיין לא נתברר כוונת התוס' אי נימא דכוונתם דדוקא באחד רך קתני רישא דמותר למנוע עצמו אבל בשניהם חזקין אפי' ברישא אסור למנוע או נימא דכוונתם דלכך נקט. אחד רך משום סיפא דקמ"ל אף שחבירו לא יוכל לסייעו מ"מ אינו רשאי למנוע עצמו שנאמר לא תגורו מפני איש אבל ברישא כיון דלא שייך לא תגורו קודם גמר דין א"כ מהיכי תיתי יהא אסור בשניהם חזקים איברא דבהגהת אשרי כתב להדיא בשם ריב"א ורשב"א דבשניהם חזקים אפי' ברישא אסור וכתב הב"י סימן זה שכן דעת התוס' והיינו דמפרש כוונת התוס' כפי' א' הנ"ל. אך אמנם בהגהת הרא"ש הרגיש במה שכ' דכיון דלא תגורו לא שייך רק ביודע להיכן הדין נוטה וא"כ למה יהא אסור ברישא בשניהם חזקים ועל זה פי' הטעם דאסור משום דמצוה לדון דכתיב בצדק תשפוט עמיתך וכלל כמה שאין לו הפסד אסור לו למנוע עצמו והן הן דברי הרב בהגה' כאן ולפע"ד דבריהם תמוהין מתרי טעמא חדא דלפי מה שכתב הרמב"ם ז"ל טעם הרדיפה שמא יהרוג בנו או ישרוף תבואתו וכדומה ופשיטא דדבר זה לא נעשה בפרהסיא רק בפתע פתאום ובהחבא דאל"כ מי יניח לו לעשות מעשים כאילו ואם אין בעל דינו קשה כמה קשים אחרים יש בעולם שלא יניחו לו ע"כ שירא מצד שהוא רשע יעשה בערמה שלא ירגישו ויזיק ממונו ויהרוג בנו א"כ פשיטא דאפי' בשניהם קשים יש לחוש להיזק זה רק באחד רך איכא רבותא יתירה דאפי' להדיין בעצמו יוכל לרדוף להפוך הדין כמו שפירש"י אבל מ"מ פשיטא דגם בשניהם קשין יש חשש הפסד וכיון דאינו בכלל לא תגורו למה לא יוכל למנוע עצמו ועוד קשה לי הא בהדי' כתבו הטור ומחבר לעיל סי י' והרמב"ם פ"ב בהלכות סנהדרין כי רבים חללים הפילה זה ת"ח שלא הגיע להוראה ומורה ועצומים כל הרוגיה זה ת"ח שהגיע להוראה ואינו מורה והוא שיהא הדור צריך לו אבל ידע שיש

שם אחר ראוי להוראה ומונע עצמו מהוראה פורק ממנו וכו' ופי' ב"י שם דהא קשיא להו בהא דקאמר במשנה וכל המונע במאי עסקינן אי בהגיע להוראה הא מוכרח לדון דעצומים כל הרוגיה ואי בלא הגיע הא אסור להורות דרבים חללים הפיל' ומזה דייקי לחלק בין יש אחר ראוי להוראה או אין אחר ראוי להוראה דאז אסור למנוע עצמו כל שהגיע להוראה אבל בלא"ה מצוה למנוע כמתניתין דאבות והשתא תקשי הכא היכי דמי אי בהגיע להוראה ואין אחר במקומו להורות א"כ תקשי מאי אירי' שניהם קשים אפי' אחד רך ואחד קשה אסור למנוע עצמו אפי' קודם שיודע היכן הדין נוטה כמו שכ' הרמב"ם ואם הי' ממונה לרבים חייב להזקק להם ופי' הב"ח סי' זה משום דאל"כ יהא העולם חרב כיון שהוא המומחה אם לא ידונו לפניו לפני מי ידונו והשת' כ"ש כ"ש בהגיע להוראה ואין אחר ראוי' להוראה פשיט' דעדיף טפי ממונה לרבי' דהא אחר אינו רשאי משום כי רבים חללים הפיל' א"כ אם הוא לא ידון לפני מי ידונו הרי דעליו אמר קרא ועצומים כל הרוגיה וזה ברור וע"כ דמיירי בהגיע להוראה ויש אחר ראוי להוראה א"כ תקשי מאי מצוה יש משום בצדק תשפוט עמיתך הא אדרבא מבואר באבות דכל המונע עצמו מהוראה הרי זה משובח ומוקמינן לה בראוי להוראה ויש אחר ראוי להוראה ואין לומר דכוונת הרמב"ם ז"ל בממונה לרבים משום דאין לחוש להפסד בעל דין קשה דרבים יסייעו לו כיון שהם המחוהו עליהם הא ודאי ליתא שהרי כתב הרשב"א בתשובה הביאו הב"י סי' זה באחד שאיים על הב"ד שלא יטפלו בדינו וכתב דאין להם למנוע משום זה דכתיב לא תגורו מפני איש והשתא תיקשי הא האי טעמא לא מתוקמי בגמרא רק ביודע להיכן הדין נוטה והתם לא היה כן וע"כ משום דהיו ממונים לרבים כמו שפי' ב"י דבריו אלמא דאף בממונים לרבים נתן הרשב"א טעם דלא תגורו ש"מ דהטעם הוא משום שהוא ממונה ואין אחר לדון הרי הוא בכלל לא תגורו ודוקא אם אינו דיין אז תלוי לא תגורו בגמר דין משא"כ אם הוא דיין אפי' קודם שייך בי' לא תגורו והשתא בהגיע להוראה ואין אחר ראוי להוראה שזה צריך להיות דיין משום ועצומים כל הרוגיה א"כ פשיטא דהוי בכלל לא תגורו אפי' קודם גמר דין כמו ממונה לרבים ומדברי התוס' כבר הוכחתי שאין ראי' כלל ובפרט לסברת הרמב"ם דגם בשניהם חזקים יש לחוש להפסד כנ"ל הילכך נראה ברור דבהגיע להוראה אפי' אחד רך ואחד קשה חייב להורות כיון שהוא כמו ממונה לרבים אבל בהגיע להוראה ויש אחר בעיר ראוי להוראה אז לאחר גמר דין דהיינו כשיודע להיכן הדין נוטה אסור למנוע דאז גם הוא בכלל לא תגורו אבל קודם שיודע בין שניהם קשים בין אחד כל המונע עצמו הרי זה משובח כמו שבארנו:

ב שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר. האחרונים טרחו ליישב דברי מהרי"ו דהא בהדיא איתא בספרי דאפי' בחשש נפשות לא ימנע עצמו משום לא תגורו מפני איש וכן הרמב"ם כתב בהדיא שמא יהרוג בנו וכו'. ולפע"ד נראה דלק"מ דודאי יש לתמוה לכאורה לפי מה שכתב הרמב"ם פרק ט"ז מהלכות עדות והמחבר לקמן סי' ל"ז סכ"א וז"ל דברים אלו תלויין בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו ואפי' בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בה וכן לא יהא דיין בדבר עכ"ל והשתא תקשי והכא שיש חשש ספק נפשות לדיין או ספק ממון דחושש דהוא אדם קשה ויגיע לו היזק מזה א"כ אין לך נגיעה גדולה מזו והאיך יוכל להיות דיין בדבר זה מה שהוא נוגע וגבי עד אמרו השני נוח לי והראשון קשה הימנו מיקרי נוגע כ"ש הכא שירא מבעל דין קשה ממסירה וכדומה שהוא ספק נפשות וספק ממון הרי הוא נוגע גמור ולשון הרמב"ם ז"ל וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות משמע דכל שיש שום צד הנאה אפי' בדרך רחוק לא יהא דיין א"כ כ"ש הכא וצ"ע לכאורה ואמת דיש לומר דלאחר שיודע להיכן הדין נוטה שוב אין לחוש כיון שכבר גמר הדין וקודם שיודע באמת מותר למנוע עצמו אך אכתי קשה הא קרא דלא תגורו על הדיינים הממונים קאי כדכתיב ואצוה את שופטיכם והם אסורין למנוע אפי' בתחילת דין כמבואר ברמב"ם ומחבר א"כ תקשי הא הוי להו נוגעין כנ"ל לכן נראה ברור דמהאי טעמא דקדקו הרמב"ם ובספרי שמא יהרוג בנו והיינו כמו שאמר תורה לא תגורו וזה המאמ' לא שייך רק בדבר שיש ספק וחשש שמא יגיע לו היזק וע"ז אמר' תור' שלא יגור ממנו ולא יחוש לזה וממילא אינו נוגע משא"כ אם הוא דבר הקרוב להיזק וראוי לחוש עליו כי מוחזק האיש לעשות כמעשים אלו ממסירה וכיוצא בזה א"כ הרי זה הפסד גמור והוא נוגע גמור ואסור לו לדון דין זה כנ"ל ולפי זה כיון דע"כ קרא דלא תגורו אינו מדבר בהיזק היותר קרוב שיבוא א"כ ממילא בעוברי עבירה ג"כ כיון דכל האיסור משום לא תגורו וכהאי גוונא דברי הזיקא ושכיח לבא אינו בכלל לא תגורו כלל ולפי זה ה"ה אפילו לאמר שיודע הדין ונתברר לו שהוא קשה ויגיע לו הפסד קרוב לודאי שמותר לו למנוע עצמו אף שאינו נוגע מ"מ קרא דלא תגורו לא אתי להכי רק בחששא בעלמא וכדומה משא"כ בזמן הזה דיש חשש דמסירה פשיטא שאסור לדונו מצד נגיעה דקרוב שיבוא הפסד וזה ברור והנה סברא הנ"ל דיש לפסלו מצד נגיעה הוא דבר חדש לא נמצא לאחרונים ז"ל שהעירו בזה ויש להתיישב הרבה בדבר זה כי הוא נוגע בהרבה מקומות וביותר לקמן סי' כ"ה ואין כאן מקומו להאריך בזה:

ג הדין אתם רוצים או הפשרה עסמ"ע ס"ק י' שהעתיק מה שכתב בדרישה שמצוה להסביר לבעלי דינים ולדבר על לבם שיסכימו לפשרה. ולא נהירא כלל דהא בגמרא פריך עלי' דרב דקאמר דינא בעיתו או פשרה בעיתו מהא דאמר ריב"ק מצוה לבצוע ומשני מאי מצוה מצוה לאמר דינא בעיתו או פשרה בעיתו משמע להדיא דמעיקרא קס"ד דמצוה לבצוע הפי' שמצוה לדבר על לבם שיסכימו לפשרה ומסיק דכך הפי' מצוה להזכיר גם פשרה וזה ברור והיינו דמעיקרא לא פריך היינו ת"ק דפשיטא דאיכא בינייהו דלת"ק מצוה לבצוע ואח"כ דמסיק דאין המצוה לבצוע רק שיאמר דינא בעיתו או פשרה בעיתו בזה משמע לי' דגם ת"ק לא פליג דיש לומר כן להזכיר פשרה ועל זה קאמר דלת"ק גם בזה אין מצוה וכן משמע מפירש"י להדיא דאין מצוה רק להזכיר פשרה בלבד וכן משמע מלשון הטור ומחבר שוב ראיתי בט"ז בשם מהר"ל מפראג שכתב דמדרב הונא מוכח שאין לרדוף כ"כ אחר הפשרה רק דאמרינן להו דינא בעיתו והיינו כמו שכתבתי:

ד בד"א קודם גמר דין וכו' איש פלוני אתה זכאי. לפי שנראה לפע"ד שהאחרונים לא כיוונו יפה בכאן מוכרח אני להאריך קצת דשם בסנהדרין דף ו' ע"ב אמרינן נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע ופירש"י שאמרו איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב וכן אמרו בגמרא שם היכי דמי גמר דין איש פלוני אתה זכאי וכתבו התוס' בד"ה נגמר וז"ל כגון שדקדקו בדין כבר היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב דכיון דנתברר כ"כ אין להטותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין ופי' בקונטרס שכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב ולשון הש"ס מוכח כן בוודאי אבל קשה מה ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי ובדוחק יש לומר שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין ומיהו כשמחייבין שבועה וכו' כדי ליפטר מעונש שבועה עכ"ל התוספות. והנה האחרונים הבינו מדברי התוספות דהם מחולקים עם פירש"י דלרש"י מותר לבצוע עד אחר גמר דין גמור דהיינו איש פלוני אתה זכאי ולשיטת התוספות אף מקודם גמר דין גמור כל שנתברר לדיינים הדין על בוריו אסור לבצוע. אבל לפע"ד נראה ברור דהא ליתא דאי סלקא דעתך דכוונת התוספות במה שהביאו פירש"י הוא להורות שהוא חולק על אותו הדין שהזכירו קודם אלא אף שגמרו בדעתם מותר לבצוע עד שיאמרו איש פלוני אם כך לא הוי להו לומר ופירש בקונטרס רק ובקונטרס פי' כדרכם בכל מקום שמביאין פירש"י היפך דעתם ומדכתבו ופי' בקונטרס מבואר דבדין שזכרו קודם לא חולק רש"י כלל רק שזכרו ענין מחודש מפירש"י דאף לאחר גמר דין גמור אסור לבצוע ואהא קשיא בשלמא קודם גמר דין גמור שייך לומר שיטעוהו אבל כשאומרים להם הדין מאי הטעאה

שייך בזה כיון שמודיעים להם הדין והם רוצים בפשרה ועל זה דחקו ליישב דעתו דאף לאחר גמר דין גמור שייך הטעאה שיאמרו שמא טעינו בדין אבל בדין הראשון פשיטא דמודה רש"י דבהא שייך טפי הטעאה שאם היו יודעין הדין לא היה מתרצין בפשרה רק דקשיא לי' לרש"י לישנא נגמר הדין כמו שכתבו התוס' בעצמם דהלשון משמע כן וכן מדקאמר לקמן היכי דמי' גמר דין איש פלוני וכו' לזה פי' כוונת השואל אי הפי' גמר דין שגמרו בדעתם דבזה שייך הטעאה ואסור לבצוע אבל לאחר שאמרו להם הדין והם מתרצין בפשרה מותר או הפי' נגמר הדין כמשמעו ועל זה קאמר דפי' נגמר הוא איש פלוני דגם בזה שייך הטעאה ולכך מעיקרא כתבו התוס' הפירוש באמת כמות שהוא שגם רש"י יודה בזה ואחר כך כתבו פי' הקונטרס דלאחר גמר דין אסור ופירשו דבריו משום דגם בזה שייך הטעאה וזה ברור ונכון נמצינו למדין דקודם גמר דין כל שנתברר הדין עם מי על נכון אסור לעשות פשרה אפי' לדעת רש"י שהרי לאחר גמר דין גמור הטעם משום שהוא הטעאה א"כ כשאין מודיעים להם הדין כלל אין לך הטעאה גדולה מזו רק לאחר גמר דין גמור בזו נחלקו רש"י ותוספות דלשיטת התוספות אז לא שייך שיטעוהו כיון שיודעין גוף הדין והוא מתרצה ולדעת רש"י אף בזה אסור משום שמטעין לבעלי דינים שהם חוששין שמא טעו והמדקדק בטור יראה ג"כ שלא זכר רק אף שיודע שהדין נוטה לזה דהיינו שעדיין לא נתברר על נכון דאז מותר דלא קיימא לן כרבי שמעון בן מנסי' רק כל כמה שלא נתברר על נכון מותר לבצוע ומכל מקום הזכיר גם לאחר גמר דין גמור אסור שהוא סובר כדעת רש"י כנ"ל נמצא דמה שכתב הש"ך ס"ק ד' להשיג על הב"ח ליתא רק העיקר כהב"ח ולא מטעמי' רק משום דבזה אף לרש"י אסור לבצוע כמו שבארנו ועוד יש להעיר בדברי התוס' הללו ויתבאר בסמוך: (ה) אינו רשאי לעשות פשרה. עש"ך ס"ק ו' בשם הש"ג והב"ח ובתומים השיגו דהא בתר הכי קאמר המחבר בשם אגודה והרשב"א בתשובה דאחר שאינו דיין רשאי לעשות פשרה שלא במקום המשפט והשתא אותו אחר פשיטא דעל ידי ריצוי מיירי דמי שמהו לשר ושופט ומ"מ דוקא אחר אבל דיין לא ש"מ דדיין אפי' בכהאי גוונא אסור ע"כ. ודבריו תמוהין כי לפי דעתו היה לו להקשות מדיין גופא דהא פשיטא דבע"כ של בעלי דינים אסור לעשות פשרה אפילו במקום דמצוה לבצוע זולת במקום שאין הדבר יכול להתברר על ידי דין כמו שכתב המחבר סעיף ה' בשם תשובת הרא"ש וכתב הסמ"ע שם וז"ל ור"ל וכל אלו הדברים יכול לעשות הדיין בע"כ של בעלי דינים הרי להדיא דבעלמא אסור לעשות פשרה בע"כ א"כ ע"כ דפשרה דהכא היינו ברצון בעלי דינים ומ"מ קאמר דאחר גמר דין אסור וזו היא להדיא דלא כש"ג אך באמת הא ליתא ופשיטא דלק"מ דהא העיקר הוא

דאסור לאחר גמר דין כבר פירשו התוספות שהבאתי בס"ק לפני זה דהיינו שלא יטעו את בעלי דינים לומר שמא טעינו והיינו דבלאו הכי כיון שיודעין הדין ומתרצין בפשרה האיך יעלה על הדעת דאסור וע"כ דהכל שאסור להטעותם וזו הוא כוונת הש"ג דדוקא על ידי הטעאה אסור אבל כשאומרים להם הדין ואומרי' שכן הדין באמת רק מפייסין אותן בדבר שאין בו שום הטעאה רק רדיפת שלום שלא יהא חבירו שונאו ומבקש רעתו וזהו דבר הגלוי לפני בעלי דינים הא וודאי מותר ומצוה לעשות כן ומה שכתב המחבר דאחר יכול לעשות פשרה שלא במקום המשפט היינו דאחר אפילו בהטעאה כנ"ל מותר לעשות פשרה משא"כ דיין אבל בלי הטעאה פשיטא דאף דיין מצוה לעשות פשרה ואדרבה לא הי' לו להש"ך להביא מש"ג שכן מבואר בדברי התוס' הנ"ל וזה ברור:

ו כדי ליפטר מעונש שבועה. עמ"ש הב"ח בזה [ודברי הש"ך ס"ק ז' מגומגמין בזה שהעתיק דעת הב"ח מה שבב"ח נזכר להדיא להיפוך וצריך לדחוק ולהסב דבריו לדעת הב"ח ודו"ק] דמדברי הגהת אשרי מבואר דדוקא לשיטת התוספות יש לעשות פשרה בשבועה אבל לפירש"י לא וכתב שיש להחמיר כהג"א וגם בזה אין דבריו נכונים כמו שאבאר והנה התוס' אחר שזכרו פירש"י ופירשו דבריו דלאחר גמר דין שייך לומר ג"כ שיטעו אותו שמא טעינו כתבו וז"ל ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה. ויש לתמוה דמאי ענין זה למחלוקת רש"י ותוס' בפי' גמר דין דהא זהו ענין אחר דמחמת עונש שבועה שרי לעשות ביצוע בשלמא בדברי הג"א יש מקום לפרש כמו שכתב הב"ח דדוקא לפי' התוס' קאמר דמיהו בשבועה שרי משא"כ לרש"י אבל התוספות שזכרו זה אחר פירש"י וכתבו ומיהו קשה כנ"ל. לכן נראה ברור דכוונת התוספות כך דכבר כתבתי לעיל ס"ק ד' דכוונת התוס' דלדעתם לא שייך הטעאה רק קודם גמר דין הגמור שאילו היה יודעין שנתברר הדין שהוא זכאי לא היה מתפשר בשום אופן אבל כשהם מודיעים להם הדין ומתרצין שפיר דמי רק שכתבו ליישב פירש"י דהוא דעתו אף לאחר גמר דין גמור שייך להטעות דהיינו שיטעו אותם שטעו בדין ועל זה כתבו דהיינו דוקא בדליכא עסק שבועה בהא סובר רש"י דאף לאחר גמר דין שייך להטעות אבל בשיש עסק שבועה בהא גם רש"י מודה דלאחר גמר דין שוב ליכא שום חשש כיון שהם מודיעין אותם הדין שנתחייב שבועה מותרין לומר לו שיתפשרו מחמת עונש שבועה דהא גם דיין בעצמו אינו יודע עם מי האמת רק שחייב שבועה וכיון שהם מתרצין בוודאי באמת יראים מעונש שבועה זה שהשבועה חל עליו ירא שלא ישבע לשקר וחבירו ירא שמא ישבע לשקר ויפסיד וזה ודאי מותר אפילו לרש"י וזה שכתבו ומיהו פי' דבשבועה מודה רש"י כנ"ל ולפי זה היינו

דוקא בשבועה לאחר גמר דין גמור אבל קודם גמר דין גמור שעדיין לא הודיעו הדין פשיטא דאסור להתפשר דמ"מ שייך שמטעין אותם שאלו היה יודע שנפטר בשבועה לא היה מתפשר כלל א"כ כיון שכבר ביארנו דהעיקר בזה דקודם גמר דין פשיטא דאסור לעשות פשרה דבזה וודאי שייך שמטעין אותו א"כ ממילא בכהאי גוונא אפילו בעסק שבועה אסור להתפשר כנ"ל ברור בזה

ומה שכתבו המחבר בענין מחלוקת המרדכי פ"ב דב"מ והרא"ש עיין תומים מה שכתב לפרש דברי המרדכי ודקדק במה שכתב המרדכי אם היכולת וכו' ע"ש ודבריו תמוהין. דהמעיין יראה מבואר דכוונת המרדכי דאין היכולת ביד בעל דין שכתב וז"ל גם אנן כייפין למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות הרי מבואר דאבעל דין קאי גם אפילו אם נפרש דבריו על כפיית מילי ג"כ לא מוכח מפרק הגוזל דהתם באמת בדיני שמים באמת חייב אבל הכא אין כאן חיוב כלל ואין כופין ודו"ק:

ז אסור לבקש צדדין וכו' אינו יוצא ידי שמים. דין זה כתב הרב בעל תרומת הדשן מסברא דנפשי' והקשו עליו מהא דפרק שור שנגח דו"ה דף מ' ונימא לי' אי אהדרתי' ניהלי' הוי מעריקנא לי' לאגמא והקשו בתוס' מאי טענה היא זו שהי' גוזל שורו לניזק ותירצו דלכל הדברים שהיה עושה היה הניזק מתפשר עמו משמע דכהאי גוונא שרי לעשות וזהו דלא כת"ה הנ"ל והרב בעל ת"ה בעצמו כתב ליישב זה בתרתי חדא דמ"מ הבעלים יכולין לטעון כן על השומר דמ"מ אתה גרמת לי היזק דנגד הניזק הייתי עושה תחבולה להבריחו לשור עד שיתפשר עמי ואי דאין אני רשאי לעשות כן מאי איכפת לך אם אתחייב בדיני שמים ותירוץ ב' דיכול לומר אני לא הייתי עושה כן רק הניזק מחמת פחד הי' מתפשר עמי שמא אעשה כן והי' ברצונו והרב מהרש"ל תמה על דבריו דהאיך יכול המשאיל להוציא ממון מיד השואל בטענה כזו שהיה עושה שלא כדין והיה מתחייב בדיני שמים וכ"ש בתירוץ הב' הוא רק ספק ואינו יכול להוציא ממון בספק ועיין תומים מה שדחק בזה ואין צורך להשיב על דבריו כי הדוחק מבואר דוודאי לא משמע ליה בלית ליה נכסי דוקא מיירי בגברא ערטלאי אבל בכהאי גוונא דמלוה ישנה דהוא מילתא דלא שכיח כלל פשיטא דברייתא לא מיירי בכהאי גוונא אבל לפענ"ד נראה פשוט דוודאי קושית מהרש"ל הנ"ל בלא"ה לק"מ ודברי הת"ה נכונים בזה וכוונתו כך דהא זה השואל ששאל מהמשאיל הרי נתחייב להחזיר לו שורו ועכשיו הוא רוצה לסלקו במה שטוען שנתנו לב"ד בעד הנגיחה א"כ אינו בדין שיהא חזרתו חזרה רק אם הדבר ידוע בוודאי שהמשאיל היה מתחייב אבל עכשיו שהדבר בספק ואולי לא היה המשאיל מחוייב כלל א"כ הוי ליה החיוב וודאי ופרעון ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכמו כן אם יש ביד

המשאיל לפשר עצמו בדיני אדם אינו בדין שיפטר השואל ממה שנתחייב הוא בדיני אדם במה ששילם שלא ברצון המשאיל במה שנתחייב בדיני שמים ואפילו למ"ד הפורע חובו של חבירו חייב היינו דוקא בחוב מדיני אדם דלא סבירא לי' מפייסינא הוינא ומחיל לי' אבל בחוב בדיני שמים פשיטא דלכ"ע פטור א"כ הכא שהשואל מחוייב להחזיר לו שורו ששאל האיך יפטור במה שבלא"ה היה המשאיל מחוייב לצאת ידי שמים וכ"ש תירוץ שני של הת"ה שאפילו בדיני שמים אפשר שהיה פטור וכיון שהחיוב וודאי אינו יכול לפטור עצמו בספק רק בודאי כנ"ל ברור בזה:

אף אי קשיא הא קשיא ויש לתמוה על הרב בעל תרומת הדשן והתומים כי נראה מדבריהם שהם הבינו קושית התוספ' לגבי משאיל ובאמת מבואר דקושית התוספות על הא דקאמר מעיקרא גבי שואל ולימא ליה אי תם הוי מעריקנא ליה לאגמא ועל זה הקשו התוס' הא גוזל שורו לניזק ותירצו דלכל הדברים שהיה עושה היה הניזק מתפשר והשתא גבי שואל תקשי כיון שהוא חייב לצאת ידי שמים ואסור לעשות כן א"כ מה טענה היא זו לפטור עצמו ממה שנתחייב בוודאי להחזיר שורו ששאל או שווי' בטענות כאלה מצד ספק או שהיה עושה שלא כדין בשלמא המשאיל יכול לומר סוף סוף היה לך להחזיר השור לידי ששאלת ממני ומה לך לפרוע בשבילי להניזק משא"כ גבי שואל לא שייך זה וכן התוס' הקשו קושיא זו גבי שואל ע"ש:

אבל באמת נראה לפע"ד ברור דלק"מ ואדרבא מסוגי' דהתם יש להכריח דינו של הרב בעל תרומת הדשן כמו שאבאר דיש להבין דפריך התם ונימא ליה אי תם הוי מעריקנא לי' לאגמא וכתבו התוספות דלא הבריחו עכשיו דהוגד לו מיד אחר נגיחה שהוא מועד וצריך לומר הא עכשיו דהוא מועד ג"כ היה לך להעריקו וע"כ דמועד דמשלם מעלי' לא היה מועיל הערקתו ולפי זה עיקר ההכרח שהוכרח לאוקמא בתפסו ב"ד הוא משום דאינו מועיל הערקתו א"כ קשה מאי פריך אח"כ מיד בתר הכי אי הכי נימא לי' משאיל אתפסתי' לתוראי וכו' והשתא תקשי הא כל זה שהוכרחנו לאוקמא בתפסו ב"ד הוא משום דבמועד אינו מועיל שום הערקה א"כ מה זה שחזר והקשה גבי מועד שהיה מעריקו וצ"ע לכאורה לכן נראה ברור דודאי לא היה קושיות המקשן מעיקרא משום דבמועד אינו מועיל שום הערקה דסוף סוף מעלי' משלם כדמסיק בגמ' ואפילו לית לי' נכסי מדר"נ דהא אכתי לא אסיק אדעתי' כנ"ל רק דכוונת המקשן בפשיטות דוודאי עכשיו שהוא מועד לא יכולתי להבריחו שלא רציתי לעשות שלא כדין כמו שכתבו התוס' ואפילו לעשות טצדקי ולהתפשר אסור כדעת תרומת הדשן הנ"ל משא"כ אילו הי' תם הייתי יכול להעריקו כי אז מותר לעשות טצדקי ולהתפשר והטעם דמועד אפילו הוא

משתלם מגופו מ"מ ממון גמור הוא בחיוב גמור ואסור לעשות צדדים להכריח הפשר משא"כ תם למ"ד קנסא כיון דמדינא פטור רק רחמנא קנסיה כי היכי דלינטרי' לתורא הילכך כל כמה דעביד טצדקי ונתפשר שפיר דמי וכ"ש למ"ד ממונא כיון דחזינן דהתורה חסה עליו לשלם פלגא אף דהיה בדין לשלם הכל א"כ אף אותו פלגא אינו רק לפי שבעל דינו עומד וצווח ואי אפשר לפוטרו בלא כלום אבל כל כמה דעביד טצדקי ונתפשר עם בעל דינו שפיר דמי כיון דאכתי לא אייעד תורא משא"כ כשהוא מועד שהוא חיוב גמור והתורה לא חסה עליו כלום פשיטא דאפילו אי היה עביד טצדקי היה מועיל מ"מ אסור לעשות כן כנ"ל וזו טענתו של שואל ואמנם כל זה גבי שואל שהוא חייב חיוב גמור אינו יכול לפטור עצמו אם לא בטענה ברורה משא"כ להיפוך גבי משאיל שהשואל חייב לו בוודאי ורוצה ליפטר עצמו בחזרה זו כל שאין כאן פירעון גמור לא נפטר מחיובי שנתחייב בוודאי כנ"ל כסברת הת"ה ועל זה מקשה בגמרא אי הכי נימא ליה משאיל לשואל אי הדרתי' ניהליה הוי מעריקנא לי' ואף שאינו ברור מ"מ כיון שהחיוב וודאי ופרעון ספק אינו מוציא מידי וודאי חיוב ואהא משני דבמועד אינו מועיל שום הערקה אפילו בלית לי' נכסי מדר"נ וזו היא כוונת התוס' ג"כ שהקשו גבי שואל מה טענה היא זו וכתבו דלר' ישמעאל ניחא וקשה הא מ"מ עושה שלא כדין שהרי אסור לעשות כן כיון שהוא חייב לצאת ידי שמים ולפי הנ"ל ניחא דגבי תם שאני כיון דהתורה חסה עליו כיון דלא אייעד תורא א"כ אף אותו חצי כל כמה שיפטר בדיני אדם יצא ידי חובתו ועל זה תירצו דאפילו לר"ע יכול לעשות טצדקי ולהתפשר ודו"ק ואפילו אי נימא דלמ"ד קנסא אסור לשואל לעשות טצדקי לפטור מן הקנס מ"מ למ"ד ממונא בוודאי יכול לעשות כן כיון שגם התורה חסה עליו שלא כדין רק מפני שבעל דין עומד וצווח חייב פלגא וכיון שנתפשר לא איכפת לן וא"כ יש לומר דכוונת הש"ס כך דלמ"ד קנסא קשה דהי' מודה ואפילו אי נימא כמ"ד ממונא קשה דהי' מעריקו כנ"ל:

ח דפשרה צריכה קנין. כתב נ"י ריש סנהדרין אהא דאמרינן והאי דקאמר תרי כי היכי דליהוי עלי' סהדי וז"ל וכתבו המפרשים ז"ל עלה מהא שמעינן דפשרנים יכולין להיות עדים וה"ה לדייני' והנה אם נפרש דבריו דכוונתו אף דבדין אין [עד נעשה דיין בפשרה עד נעשה פשרן והוא תמוה דהכא שאני דהכוונה אחר שנעשה פשרן ועשה פשרה נאמן לומר כך וכך היתה פשרה ובכהאי גוונא אף בדין נאמן הדיין לאמר לזה זכיתי וכו' וצריך לומר דכוונת הנ"י כך מהא שמעי' דהפשרנים יכולין להיות עדים אח"כ והיינו כדאמרינן בגמרא דלאחר הפשרה נאמן לומר כיצד היתה וכמו שכתב הש"ך דהפשרנים נאמנין שהיה קנין ועל זה קאמר וה"ה לדיינים שאף דיינים לא פשרנים יכולין להיות עדים

בכהאי גוונא ולא אמרינן בזה אין עד נעשה דיין ולפי זה מוכח מהנ"י דלא כמו שכתב מהר"א ששון בתשובה סי' ע"א דאם הבעלי דינים מכחישין לדיינים בעלי דינים נאמנין כי מהנ"י הנ"ל מוכח להיפך ודו"ק:

ט דדוקא בשנים דין זה צריך בירור ודקדוק היטב כי נראה לפע"ד שהאחרונים ז"ל לא כיוונו יפה בכאן בפירוש דברי הרמב"ם כמו שאבאר והנה זה לשון הרמב"ם פכ"ב מהלכות סנהדרין יפה כח פשרה מכח דין ששני הדיוטות שדנו אין דיניהם דין ואם עשו פשרה וקנו מידו אינו יכול לחזור ופי' בכ"מ וב"י דסובר הרמב"ם כרשב"ג בברייתא דפשרה בשנים ובגמרא לא קאמר ה"ה חד אלא לדחויי' בעלמא אבל פשטות דברי רשב"ג אינו כן רק שנים דוקא ועל זה תמה למה פסק כרשב"ג ולא כחכמים והאחרונים ז"ל טענו עליו דוודאי הרמב"ם ז"ל פוסק כחכמים רק משום דין דאפילו בשנים לא מהני ולפע"ד דבריהם תמוהים דמלבד מה שנראה להדיא מדברי הרמב"ם שהזכיר מימרא דרשב"ג כצורתה ואם כחכמים היה לו להזכיר מילתא דחכמים בפשיטות דדין בשלשה ופשרה ביחיד אבל בלא"ה כיון דבגמרא ס"ד דתלתא תנאי בפשרה עד דאתי ר' שלמי' ופי' דלאו דוקא שנים אלא חד א"כ האיך השמיט הרמב"ם אוקימתא זו מה שנתחדש בש"ס לרשב"ג אפילו חד נמי וליכא למימר משום דבלא"ה הקשה בכ"מ למה לא פסק כחכמים לזה סבירא להו כיון דהך לא נזכר בגמרא רק לרשב"ג א"כ כיון דחכמים קאמרי בהדיא ביחיד ובוודאי קיימא לן כוותייהו לא חש הרמב"ם להזכיר מה שנתחדש לרשב"ג כיון שאין נ"מ בדינו הא וודאי ליתא כמו שאבאר לקמן בס"ד דלולי מה שתירץ רב שלמי' דגם רשב"ג מודה ביחיד היה בדין לפסוק כרשב"ג ולא כחכמים כמו שאבאר שכן מוכח להדיא ברא"ש ובע"כ דהרמב"ם בכוונה לא הזכיר תירוץ ר' שלמי' להורות דרשב"ג בדוקא נקט שנים והלכה כוותיה ולפי זה מה שתמה הב"י אינו תמוה דהוצרך לפסוק כרשב"ג כל שאין הלכה כר' שלמי' אך הא קשיא לפירוש ב"י כיון דר' שלמי' קאמר דרשב"ג מודה ביחיד ובגמרא לא נדחו דבריו מנין נדע אשר לא ידעו ולאמר דתלתא תנאי בפשרה:

אבל לפענ"ד נרא' בכוונת הרמב"ם בפשיטות ולק"מ כמו שאבאר דיש להבין לרב אשי דקאמר התם ש"מ פשרה אינה צריכה קנין דאל"כ למ"ד תלתא בתרי ובקנין סגי והלכתא פשרה צריכה קנין ע"כ. ואשתומם על המראה דנראה דההכרח שהכריח רב אשי באמת מוכח ולא נדחו דבריו א"כ האיך קאמר מיד תוך כדי דיבור דהלכה צריכה קנין ובאמת קשה קושית רב אשי והנה התוספות שם נראה שהרגישו בזה דכתבו משום דהוי כמו קנין בטעות אבל אכתי קשה אם היה דעת בעלי הש"ס לומר דלא כרב אשי היה מהראוי

לדחות בפירוש ההכרח שלו ואח"כ להפך ההלכה כמו בכל הש"ס דקאמר ולא היא וכהאי גוונא הקשו התוספות גופא שם כדקאמר לימא כתנאי וז"ל תימה דהוי להו למימר לשמואל וודאי תנאי לר' אבהו מי לימא תנאי כדרך כל הש"ס ובאמת התם אינו קושיא דלשמואל יש מקום לומר דהכל לכתחילה דאז בעי ג' אבל לר' אבהו דמיירי בדיעבד ע"כ תנאי הוא) וא"כ הכא נמי יש לתמוה האיך שביק מילתא דרב אשי שהכריח בהכרח וקאמר הלכתא להיפך ולא דחה ההכרח של רב אשי:

ועוד קשה לי קושיא עצומה ותמהני שלא הרגישו בה האחרונים ז"ל דהא התוספות שם בד"ה יפה הקשו וא"ת במה יפה הא כח דין נמי דומיא דפשרה שהיה מדעת שניהם נמי מהני ותירצו דמיירי כגון דאמרי דון לנו כמו שרגילין לעשות דין וכן בפשרה עשו לנו פשרה כמו שרגילין לעשות פשרה ע"כ ולפי זה ממילא אי פשרה צריכה קנין ע"כ שהיה הקנין שיעשה פשרה כמו שרגילין לעשות פשרה והשתא תקשי מה זה הכרח שהכריח רב אשי דפשרה אינה צריכה קנין דאי צריכה בתלתא בתרי ובקנין סגי ע"ש פירש"י וקשה מנא לן לעולם פשרה צריכה קנין ומ"מ שפיר נחלקו אי עיקר הפשרה בשנים או בשלשה כגון שקבלו עליהם בקנין שיעשו פשרה כמו שרגילין לעשות פשרה דלמ"ד בשנים סגי בב' ולמ"ד בג' לא מהני רק בג' דעת רשב"ג דהא' בהכי אייריי פלוגתא דרשב"ג ורבנן דלעיל והכי נמי פליג בהא ולא מוכח מידי והוא תמוה לכאורה תו קשה הא דקאמר תלתא תנאי בפשרה מאי נפקא מינה כיון דחכמים סברי פשרה ביחיד והלכה כחכמים מה בכך אי תלתא תנאי בפשרה או לא גם קשה במה שכתבו התוס' לשמואל דאמר שנים משום ב"ד חצוף ולא קאמר כדמסיק כי היכי דלהוי עליה סהדי ועיין מהרש"א שם ודברי הרשב"א שהבי' ב"י סי' זה צ"ע שהקש' כיון דפשרה צריכה קנין במה יפה כחה הא דין נמי וע"ש מה שתי' קשה במה נפשך אי לא סבירא ליה תירוץ התוס' אדמקשה בקנין הא בלי קנין ג"כ קשה דסוף סוף בעינן דעת בעלי דינים ואי סובר כתירוץ התוס' גם בקנין לק"מ וצ"ע]:

ועל כל אלה נראה לפע"ד דכך הפי' בסוגי' והוא דהמקשה פריך לימא תלתא תנאי בפשרה כוונתו כך והוא דבריש פרק קמא דסנהדרין נחלקו ת"ק ור"א ור"ע בהא דזאב וארי ודוב והנחש מיתתן בעשרים ושלשה ר"א אומר כל הקודם להורגן זכה ר"ע אומר מיתתן בכ"ג ופריך בגמרא ר"ע היינו ת"ק ומשני איכא בינייהו נחש דלר"ע נחש אינו בכ"ג ופסק הרמב"ם בזאב וארי ודוב כת"ק ובנחש כר"א וכתב בכ"מ הטעם משום דבנחש הוי להו ר"ע ור"א תרי לגבי ת"ק ובשאר הוי להו ת"ק ור"ע תרי לגבי ר"א והשתא הכא נמי מבעי ליה אי תלתא תנאי בפשרה הוי להו רשב"ג וחכמים תרי לגבי ר"מ ור"מ ורשב"ג

תרי לגבי חכמים א"כ לא נשאר רק בשנים דבזה גם לחכמים מהני והוי להו תרי לגבי ר"מ או נימא דגם לרשב"ג ביחיד א"כ כן הלכה דהוי להו תרי לגבי ר"מ ואמנם דבר זה תלוי אי נימא שיש הפרש בפשרה ג"כ כמו בדין בין רב למעט דברב יוצא הפשרה לאמיתה א"כ פשיטא שאין להוציא דברי רשב"ג מפשטן דב' בעינן משא"כ אם נאמר דלמ"ד בג' עיקר הטעם דאז אינן יכולין לחזור מאחר שהם ב"ד וכן כתב במרדכי בשם הרמב"ן הביאו ב"י וחלק בזה דכל שראויין לדון והם ב"ד אף שעשו פשרה אינן יכולין לחזור משא"כ פחות מג' יכולין לחזור בהם כיון שאינם ב"ד ולפי זה ממילא כל דלא בעינן ג' ממילא אפילו בחד סגי דמ"ש הא תרי אינם ב"ד כמו ג' לזה דחק לאוקמא מילתא דרשב"ג דאפילו בחד סגי ועל זה בא רב אשי ואמר כי לפי דעתו דליכא תלתא תנאי בפשרה והיינו דעיקר המחלוקת דבעינן שיהא ב"ד אבל בלא"ה יכולין לחזור א"כ יהא מוכח דפשרה אינה צריכה קנין דאי' צריכה למה לי תלתא הא בתרי בקנין ג"כ אינו יכול לחזור והשתא לא שייך לומר בקנין כמו שרגילין לעשות פשרה דזה לא שייך רק אם יש הפרש בעצם הפשרה בין רב למעט משא"כ כיון דכל הטעם כיון דהם ב"ד שלא יוכלו לחזור א"כ בקנין דלא שייך זה ממילא אף שנים רגילין לעשות פשרה שהרי יודעין לפשר כמו בג' והם קבלו בקנין שלא יוכלו לחזור ולפי זה מוכח דאינה צריכה קנין ועל זה מסיק רב אשי גופא דהלכה אינה כן רק צריכה קנין א"כ ע"כ באמת דיש הפרש בפשרה בין רב למעט דהם בקיאין טפי וטובים השנים מן האחד ולפי זה ממילא תלתא תנאי בפשרה ולא מוכח דפשרה אינה צריכה קנין דמיירי בקנין כמו שרגילין ועל זה פליגי דשנים בקנין וזה סובר דאף יחיד בקי בפשרה והשתא אתי שפיר פסק הרמב"ם שכתב ג"כ יפה כח פשרה מכח דין ולפי זה ע"כ דמיירי ג"כ בקנין כמו שרגילין דאל"כ יקשה עליו קושית התוס' הנ"ל לזה שפיר פסק הרמב"ם דבעינן ב' כיון דלפי המסקנא הלכה תלתא תנאי בפשרה וממילא הלכה כרשב"ג כמו שהוכחתי מפ"ק דסנהדרין ותרי בקיאי ולא חד הילכך לא מהני הקנין ולפי זה דוקא בקנין כי האי גוונא לא מהני ביחיד אבל בקנין סתם שקיבל בפי' יחיד לפשרה פשיטא דאינו יכול לחזור אפילו להרמב"ם וע"כ לא מיירי רק בקנין כמו שרגילין ומשום דהלכה כרשב"ג וזה ברור. והמעיין ברא"ש פ"ק דסנהדרין יראה שכתב דהלכה כחכמים וכרשב"ג דקאמר בגמרא תרי אפילו חד נמי הרי להדיא דלולי מה שאמרו בגמרא לרשב"ג אפילו חד נמי היה בדין לפסוק בתרי והיינו כמו שכתבתי מההיא דנחש ולפי זה כיון דלהרמב"ם נדחה באמת הך אוקימתא ותלתא תנאי בפשרה פסק כרשב"ג וכל זה ברור ולק"מ מכל הקושיות ועיין תומים מה שביקש ליישב דברי הרמב"ם ותורף דבריו דר"א ברי' דרבא בא לפרש לשיטתו דשנים שדנו

דיניהם דין לכך בא לפרש דברי רשב"ג כשיטתו דלא ניהוי רשב"ג ור"מ בחדא שיטה דאין דיניהם דין משא"כ לדידן אתי שפיר דברי רשב"ג כפשטיה ע"ש ודבריו תמוהין ונעלם ממנו הברייתא במקומו דבהדיא קאמר רשב"ג שנים שדנו אין דיניהם דין ובגמרא פריך מיניה לשמואל ומתרץ דרבנן פליגי ופליגי דר' אבהו ולפי זה ליתא לדבריו ותימה על הרב הנ"ל שלא השגיח בדברי רשב"ג ונעלם ממנו גוף הסוגיא והעיקר בכוונת הרמב"ם כמו שכתבתי ולפי זה קנין סתם שקיבל יחיד לכ"ע בחד סגי אבל בקנין כמו שרגילין לעשות פשרה לא מהני רק בב' וכן עיקר לדינא ומה שכתב הרב בהג"ה עיקר כוונתו לאחד משאר דרכי הקניות דבשטר כתב המחבר גופא סעיף ט"ו דלא כסמ"ע:

י מחילה אינה צריכה קנין. אם יש ביד המוחל שטר יש מחלוקת בין הפוסקים ועיין תומים דהקשה ממוחל שטר חוב כשמכרו דמהני מחילה בלי קנין ומה שנראה בזה דזה תלוי במחלוקת דאי מכירת שטרות דאורייתא רק שיכול למחול לפי ששני שיעבודים יש ושיעבוד גוף לא נמכר וכשהוא מוחל הגוף הערב נפקע א"כ ע"כ שאותו שיעבוד הגוף אינו בשטר כלל שהרי השטר מכר רק שיעבוד הגוף הוא בעל פה דאפילו בלי שטר כלל נשתעבד שיעבוד הגוף א"כ ממילא בעלמא נמי אפילו יש בידו שטר כשהוא מוחל שיעבוד הגוף ועל זה אין בידו שטר ממילא שיעבוד נכסים שבשטר ע"כ נפקע אבל למ"ד מכירת שטרות דרבנן ומה שיכול למחול הוא שנשאר לו זכות מחמת קלישת המכירה למחול אבל מ"מ לא נשאר לו שום זכות בשטר שלא הועיל המחילה דמ"מ הכל נמכר לכך יכול למחול לפי שאין בידו שטר משא"כ בעלמא כשיש בידו שטר לדעה זו אינו יכול למחול בלי קנין כן נלפע"ד:

יא בקנין וקנס. דין זה צ"ע דכיון שקיבל עליו בקנין וקנס א"כ פשיטא דהי' כוונתו דהקנס יפטר הקנין דאל"כ לאיזה צורך התחייב בקנס כיון שבהכרח יצטרך לקיים מחמת הקנין וכמו שנכריח אותו לקיים הקנס כן נוכל להכריחו לקיים הקנין וע"כ דהי' כוונתו דהקנס יפטר הקנין ונראה דהרשב"א מיירי שחילל עליו בקנין וקנס השליש ביד שליש דאז אמרינן דלכך התחייב הקנס שאם לא ירצה לקיים הקנין ולא נוכל להכריחו יצטרך השליש ליתן הקנס לזה שכנגדו משא"כ הוא לא נפטר באמת מן הקנין אבל בלא"ה כשקיבל קנין וקנס כל שמשלם הקנס נפטר מן הקנין ודוקא בתנאים בחרם וקנס שפיר אין הקנס פוטר החרם דתרי חיובי נינהו לקיים התנאים משא"כ קנין וקנס וזה ברור לפע"ד:

יב שנים חלוקים בבנין שבקרקע וכו' עסמ"ע ועיין בספר נ"מ מה שהקשה בזה ומה אעשה שלא ראה מה שכתב הרשב"א גופא בתשובה שהמעשה היה בשנים שהיה להם

דין ודברים בבית ועלי' ונתפשרו בלי קנין שיקח ראובן הבית ושמעון עלי' ובאופן שיבנה ראובן בעליתו של שמעון ושמעון יבנה בביתו של ראובן ועל זה בנאו שניהם והמזיקו כל אחד זה בבית וזה בעליה ובתוך הבנין חזר אחד מהם והשיב כיון שכבר החזיקו בבית ועליה שוב אין לאחר חזקה כלום והטעם כיון שזה החזיק ברשות על פי הפשרנים ושניהם בנאו א"כ אח"כ כשחזר שוב החזיק זה קודם שחזר משא"כ כשבנה אחד והשני לא בנה יכול השני לחזור בו שזה החזיק שלא כדין שהוא חזר בו מיד שהרי לא בנה כלום וחזקתו של זה לאמר חזרה ולא מהני. ובזה תבין דברי הסמ"ע על נכון ולק"מ:

על חו"מ סימן יג

א אחד מבעלי דינים זהו מה דגרסינן ריש פרק זה בורר מאי זה בורר בתלתא סגי ומסיק מתוך שזה בורר לו אחד וכו' יוצא הדין לאמיתו והפי' דמעיקרא קס"ד דע"כ דהא דשניהם בוררין להם אחד היינו ב"ד שלם דאי יחיד קשה מאי דפריך בתר הכי מ"ש דעבדי הכי פו' למה לא יבררו כל הב"ד כמו שבוררין שניהם זה השליש דכמו שאותו השלישי צריך שיהא ברצון שניהם כן השנים וע"כ שהם בוררין ב"ד שלם ואהא מקשה הא בתלתא סגי ולמה יבררו כל אחד בפני עצמו הא באותו ב"ד שבררו מדעת שניהם סגי ואהא משני כשזה בורר וכו' ודו"ק והנה הכ"מ פי' דברי הרמב"ם דמסקנת הגמרא הוא דהמשנה לא קתני בחיוב שיצטרכו לברר דיינים רק אם אירע הדבר כן אזי שניהם בוררין להם עוד אחד והביאו הסמ"ע ס"ק א' ולפע"ד דבריהם תמוהין דהא בגמרא מקשה התם ועוד הא זה בורר קתני ופירש"י דמשמע דהכי דינא והשתא ע"כ דלפי מאי דמשני באמת הפי' שכן יש להם לעשות מתחילה ועל זה פריך באמת מ"ש דעבדי הכי ולא יבררו כולם מדעת שניהם ומנ"מ בזה ואהא משני מתוך שזה בורר לכך יוצא הדין לאמיתו ומהאי טעמא יש להם לעשות כן וכן הרב מהרש"א הגיה שם ומחק מלת כשזה בורר במסקנא וכיוון למה שכתבתי ועיין לקמן ס"ק ג':

ב אפילו היה האחד שבירר. עסמ"ע ס"ק ג' וז"ל והיינו כשדיבר עמו ופייסו להיות בורר שלו אבל אם בא ואמר לחבירו בוא ונדון לפני החכם שבעירנו אין לו שם בורר והוא דיין של שניהם עכ"ל. ודבריו לקומין מדברי הטור ולפי שנראה לפע"ד שלא היה זאת כוונת הטור מוכרח אני לברר דברי הטור על נכון. והנה ז"ל הטור וכתב הרמב"ם אפילו היה אחד שבירר הבעל דין חכם וסמוך אינו יכול לכוף את בעל דינו שידון אצל זה אלא גם הוא בורר את מי שירצה ואני כתבתי למעלה שהמומח' דן את האדם בע"כ ואפשר לומר שדעת הרמב"ם אינו אלא דוקא כשבירר כבר האחד דאז אינו יכול לכוף חבירו דאל"כ

לא יהא הדין שוה דכמו שבירר האחד כן יש לו לחבירו לברור אחד אם ירצה אבל כל זמן שלא נברר המומחה יכול לכוף שניהם לדון לפניו עכ"ל ועיין פרישה מה שהאריך בביאור דבריו ותורף פירושו דלדעת הטור מומחה יכול לדון בע"כ אפי' בזה בורר ודוקא שלשה אין יכולין לדון כשרוצה לדון בזה בורר משא"כ מומחה הלכך ממילא כשהוא מוממ' יכול לכוף לדון לפניו לבדו ועל זה כתב לחלק בין כשבירר בתורת בורר גמור דאז מודה להרמב"ם משא"כ כשלא בירר רק אמר רצוני לדון לפניו לא נעשה בורר שלו ויכול לכוף השני לדון לפניו בע"כ והן הן דברי הסמ"ע כאן ואין דבריו נכונים כלל ודבר ברור הוא דהטור מודה דבמקום זה בורר אין יחיד מומח' יכול לכוף לדון לפניו לבדו וכן מבואר להדיא בראש פ"ק דסנהדרין שכתב שם דן אפילו יחידי ויכול לכוף את האדם בע"כ ומכאן יש ללמוד דשלשה הדיוטות יכולין לכוף את האדם לדון בע"כ כשאינו רוצה לבוא לב"ד דהא ג' במקום יחיד מומחה קיימי הרי דעיקר ג' הדיוטות למד הרא"ש מיחיד מומחה וכיון שכתב דוקא כשאינו רוצה לבוא לב"ד ש"מ דגם יחיד מומחה דוקא בכהאי גוונא יכול לדון בע"כ וגדולה מזו דעת הרמב"ם דג' הדיוטות עדיפי טפי מיחיד מומחה דהם ב"ד גמור לענין הודאה כדלעיל סי' ג' משא"כ יחיד מומחה וכיון דג' אינן יכולין לכוף בזה בורר כ"ש יחיד מומחה וכן הטור סי' ג' כתב בהדיא על דברי הרמב"ם דמדברי א"א ז"ל נראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' לכל דבר הרי דדעתו לדעת הרא"ש דאין חילוק כלל והאיך יסתור הטור עצמו ויסבור בכאן חילוק גדול בין יחיד מומחה לג' הדיוטות ועוד דהא דעת רש"י פ"ק דסנהדרין ד"ה דיחיד מומחה אינו דן רק למ"ד אין עירוב פרשיות והטעם דבי' לא שייך תקנתא דרבנן כיון דג' הדיוטות שכיחי יכול לדון לפני ג' והשתא אפילו לדעת התוס' והרא"ש דגם בי' שייך שייך תקנתא דרבנן מ"מ פשיטא דהיינו דוקא כשאינו רוצה לבא לדין אבל אם רוצה לדון לפניו רק לברור עוד אחד לישב עמו והשנים יבררו עוד אחד מה תקנתא דרבנן שייך בזה שיוכל לכופו לדון בדוקא ביחידי ואדרבא כבר אמרו אל תהי דן יחידי ופסקו הרמב"ם והמחבר דהוא בעצמו לא ידון רק יושיב עמו אחרים א"כ פשיטא כיון שבעל דין עומד וצווח שרוצה שידונו עמו עוד ב' דאינו יכול לכופו לדונו ביחידי וכן מבואר בתוס' שם ובהג"א בשם א"ז וז"ל ריש פרק זה בורר הכא מיירי ששניהם מתרצין ואז אין לנו לכופו לדון רק לפני מי שמתרצין אבל מסרב ואינו רוצה לדון כלל ג' הדיוטות או יחיד מומחה יכול לדונו בע"כ הרי להדיא דגם יחיד מומחה אינו דן רק כשמסרב ואינו רוצה לדון כלל ולא כשרוצה להצטרף עמו עוד ב' וזה ברור. ועיין בפסקי הרא"ש ריש סנהדרין מבואר ג"כ דיחיד מומחה דוקא כשאינו רוצה ע"ש:

לכן נראה לפע"ד בכוונת הטור כך שהוא הבין דעת הרמב"ם מדקאמר ויכול לברור מי שירצה דמשמע אף שזה חכם גדול וסמוך יכול הוא לברר דיין שירצה אפילו הדיוט שאינו ראוי לישב עם זה וממילא לא יוכל המומחה לדונו כמבואר בגמרא דדעת הדיינים בעינן שאסור לישב רק בהגון לישב עמו ולזה דעת הרמב"ם דוקא באותו השלישי דעת בעלי דינים לא בעינן אבל בשנים שהם בעצמן בוררין הכל תלוי בדעת בעלי דינים וכל אחד יכול לברר מי שירצה ואם חבירו בורר חכם גדול שלא ירצה לישב עמו יוכל לומר מה לי ולך בחר לך דיין אחר שירצה ואני בררתי דיין כשר בשבילי איני רוצה רק בו וגם אתה בחר לך אשר תרצה וגם הוא ירצה אבל הטור סובר מדלא הזכיר הרא"ש חילוק זה בין רוצה לאינו רוצה בפי' ביחיד מומחה כמו שהזכיר בג' הדיוטות וע"כ דהיינו טעמא דמה נפשך אם חבירו רוצה ובורר לו דיין הראוי לישב עמו האיך יעלה על הדעת שיוכל לכופו שידון לפניו ביחידי דוקא כנ"ל ואם אינו רוצה לדון לפניו כלל רק לפני ב"ד אחר אם מומחין הן פשיטא שיכול כדאמרינן כגון בי דינא דבי רב הונא ור"ח דקאמר מי קא מטרחנא לך ואם אינן מומחין אינו יכול אפילו כשרוצה שידון הוא ובורר שלו דכיון שהוא מומחה ואינו ראוי לישב עמו יכול לכופו שיברר דיין הראוי לישב עמו ולכך לא הזכיר הרא"ש דבזה בורר אינו יכול לכוף לדון דבאמת אפילו בזה בורר כיון שהוא נברר מן התובע יכול לכופו שיברר גם הוא דיין הראוי לישב עמו וידון אותו בצירוף שנים ובזה וודאי יכול לכופו דהא עדיף בית דין מומחין מב"ד הדיוטות ואפילו הסמ"ק לא נחלק רק בשניהם אחד גדול ואחד קטן אבל לא במומחה והדיוט שאינו ראוי לישב עמו וכן דקדק הסמ"ק שני ת"ח ע"ש בטור סי' י"ד וזה שכתב הטור ואני כתבתי למעלה דהמומחה יכול לכוף בע"כ ואפילו בזה בורר ואין כוונתו ביחידי דפשיטא והאיך יעלה על הדעת שיוכל לכוף לדון ביחידי כשרוצה לצרף עמו דיינים הראויין לישב עמו אלא כוונתו דסוף סוף הוא יכול לכופו שידון הוא ובע"כ יצטרך לברור דיין הגון וראוי לישב עמו ולא מי שירצה כמו שכתב הרמב"ם [אבל לקמן סי' י"ד חלק על הסמ"ק טפי אפילו בשניהם ת"ח רק זה קטן מזה יכול הגדול לכופו לדון לפניו ואינו יכול לומר אדון לפני הקטן אפי' הוא ת"ח ג"כ ושם לא מיירי שנבררו לישב ביחד רק כל אחד בפני עצמו ודו"ק] ועל זה כתב הטור דאפשר דדעת הרמב"ם כאן דוקא בזה נברר כבר לדיין א"כ שוב אי אפשר להכריח חבירו שיברר גם הוא דיין הגון מאחר שנתנה הברירה לבעל דין זה ממילא גם חבירו יכול לברור מי שירצה שלא יהא כחו של זה גדול מזה אבל כשלא נברר לדיין רק הוא אומר אני דן לפני זה והוא אינו רוצה רק לצרף עמו שאינו הגון כדי שלא יוכל המומחה לדונו אז גם הרמב"ם מודה שיכול לכופו לדון לפניו ואם אומר אני רוצה

לברור עוד צריך לברור דיין הגון וראוי לישב עמו ואז פשיטא דאין המומחה יכול לכופו לדון לפניו לבדו והשתא לק"מ והי' אפשר לכוון דבר זה בסמ"ע אלא שבפרישה מבואר להדיא כמו שכתבתי כוונתו לעיל לכן דבריו צ"ע והעולה מזה שאם כבר נברר לדיין והיינו שבא אצלו וביקש ממנו שיהא בורר שלו שכבר קבלו עליהם מעיקרא לדון בזה בורר אז אי אפשר לכוף חבירו ויכול גם הוא לברור מי שירצה אבל אם לא קבלו עליהם בזה בורר רק הוא רוצה לדון עמו לפני מומחה והוא יכול לכוף לדון לפניו ביחידי וחבירו אומר בזה בורר ורוצה לברור דיין שאינו הגון וראוי לישב עם המומחה אז יכול המומחה לכופו לדון לפניו ביחידי או לברור דיין הגון וראוי לישב עמו ודו"ק היטב והש"ך ס"ק ב' כתב על הסמ"ע וז"ל ודבריו לא נהירין ונראה שכיון למה שכתבתי וכן עיקר:

ג יכולין להשוות עצמן כו' יש אומרים דאין צריכין לברור שלישי עיין תומים ס"ק א' שפיקפק על דין זה ואין בכל דבריו דבר ברור לדחות דברי הרב בשם מהרי"ו כי מה שהקשה הא במשנה קתני דיני ממונות בשלשה ופשיטא דמיירי במומחין בדעה דאל"כ פשיטא ואפילו למ"ד ב' דנין אם אין מסכימין לדעת אחת פשיטא דצריך הכרעה וע"כ בשווין וקתני שניהם בוררין שלישי באמת לק"מ דפשיטא דאם ישבו ונשאו ונתנו ביחד ונגמרה דעתם לדעת אחת והם חזקין בדעתם שאינן רוצין שלישי הרשות בידם אבל במשנה שלא נשאו ונתנו כלל ביחד ורוצין מיד לישב מתחילת הדין עם עוד שלישי ועל זה נאמר ושניהם בוררין עוד אחד ועוד דעיקר כוונת המשנה להשמיענו מחלוקת ר"מ ורבנן דדעת בעלי דינים לא בעינן רק דעת הדיינים ומיירי באין שווין או אחד אינו יודע. גם מה שהקשה דמאי פריך בש"ס מ"ש דעבדי הכי הא שפיר עבדי הכי כדי שלא להרבות בדיינים ובשנים סגי לק"מ דעיקר קושית הגמרא כמו שפירש"י התם דהלשון משמע דדינא הכי וראוי לעשות כן טפי ממה שיברורו מדעת שניהם כל הב"ד כמו שבוררין השלישי לר"מ רק ראוי שכל אחד יברור אחד ואהא מקשה מ"ש דעבדי הכי ומה תועלת יש בזה ועל זה קאמר דהדין יוצא בזה לאמיתו לכך דינא הכי לעשות כן ועוד דמשום הא יכולין שניהם לברור שניהם שידונו בלבדם ולא יצטרכו להוסיף דיינים [ובאמת הא לא קשיא רק לשיטתו כמו שיבוא בסמוך]. גם מה שהקשה לטעמו של הסמ"ע דא"כ כששני בעלי דינים קבלו שנים שידונו דין תורה כפי הראוי אף הם לא יהיו צריכין עוד שלישי וההיפוך מבואר בתוס' דאם קבלו דון לנו כמו שרגילים צריך שלשה בדוקא ע"כ. ואין דבריו נכונים כלל וכוונת הסמ"ע כך דדוקא אם זה בורר אחד וזה בורר אחד וכל נברר מעיין יפה בדין זה שבררו ואפי' כשרואה שהוא מתחייב בדין אינו ממהר לפסוק הדין כנגדו אלא ממתין שיתברר הדבר יותר ויוכל לזכותו וכן עושה השני ומתוך

שהם מתונים בדין יוצא הדין לאמיתו וכן כתב הנ"י להדיא הילכך כששניהם שווין בדין פשיטא דוודאי יוצא הדין לאמיתו שכל אחד אם היה שום צד ספק לזכותו לא היה מודה והיה מחזיק בצד שבירור והיה מוסיף דיין וכיון שהודה לו בודאי יפה דנו בלי שום ספק משא"כ כששניהם בררו שנים אין כל אחד מחזיק בשום צד יותר ואז אין הדין יוצא לאמיתו כמו בזה בורר ולק"מ. ומה שכתב בט"ז ותומים דמהרי"ו מיירי בקבלו מתחילה שנים ולא ג' הא ליתא דא"כ למה לו למהרי"ו לחלק בין דיינים לבוררים הא גם בדיינים כהאי גוונא אין צריכין שלישי וע"כ דכוונתו אפילו לא נחתי בפי' לשנים דוקא רק סתמא בבוררים לא בעינן שלישי לכן אין לזוז מדברי הרב בהגה' הנ"ל:

ד וי"א דמשטענו בפניהם אינן יכולין לחזור וכו' נראה דלאו דוקא משטענו אלא אפילו התחילו לטעון וכן מבואר ברשב"א ור"ן ורא"ש. והנה הטור לא הזכיר דין זה ותמה הב"ח על מה שהשמיטו כיון שהרא"ש הזכירו ולפעד"נ דלק"מ דהמעיין ברא"ש שם יראה שגם הוא לא הזכיר גוף דין זה אלא שזכרו בלשון שלילה כי נתן טעם למה כותבין פלוני בירר פלוני לפי שאם לא היו כותבין היו יכולין לחזור קודם שטענו א"כ אם לא היו כותבין היה נ"מ בין קודם שטענו לאחר שטענו אבל עכשיו דהדין כותבין שטרי ברורין א"כ אין לחילוק זה שורש דהא קודם הטענות כותבין וממילא אפילו לא התחילו לטעון אינן יכולין לחזור והרא"ש לא כתב רק שאם לא היה כותבין היה יכולין לחזור קודם שטענו ומשום זה כותבין והא ודאי אין להקשות על הטור שלא זכר דין זה במציאות כגון שלא כתבו ועשו שלא כדין. אמנם בגוף דברי הרא"ש נראה לי שאין להכריח מדבריו כלל דסבירא ליה כדעת הרשב"א והר"ן דכל שהתחילו לטעון אינו יכול לחזור דיש לומר דכוונתו דשם ביקש ליתן טעם למה כותבין ואי משום שלא יוכל לחזור מה בכך שיחזור יקח בורר אחר ועל זה כתב שם הרא"ש דבלי כתיבה כיון שיכול לחזור יש לחוש שמא אינו עושה רק לדחות הדין מעליו ואישתמוטי הוא דעביד הכי וכן מבואר שם ברא"ש והשתא חשש זה לא שייך רק במה שיש לחוש שיחזור קודם טענות ואינו רק לאישתמוטי משא"כ כשיחזור לאחר הטענות אז פשיטא דלאו לדחוי' קאמר שאינו רוצה בו דא"כ לא היה עומד עמו לדין כלל שהרי היה יכול לחזור קודם ומדלא חזר ש"מ דבאמת:

נפל לו עכשיו ריעותא בדיין זה שאינו רוצה בו ועיקר הכתיבה הוא מחשש שיחזור קודם שיתחיל לטעון ואין זה רק לדחוי' שלא יכופו אותו לדון גם הראיה שהביא הנ"י מירושלמי פרק זה בורר לאו ראי' הוא כלל לפע"ד דשם לא מיירי בענין החזרה אימת הוא רק שמחלק בין קיבל עליו קרוב חוץ לב"ד או בב"ד ובלא"ה היה נראה לי פי' אחר

בירושלמי דהפי' קיבל עליו בפני שנים היינו שידון לפני אביו ועוד אחר עמו שיהא אביו כב' יכול לחזור אפילו לרבנן קיבל עליו בפני ג' דהיינו שידונו ג' ואביו לא יהא רק במקום אחד דהוי חדא לריעותא אז אינו יכול לחזור לרבנן והיינו ממש מילתא דר' דימי בש"ס דילן שם דקאמר כגון דקיבליה עליו בחד ולקמן סי' כ"ב יתבאר בזה בס"ד. והנה מה שחילק הרב בין מקום שנוהגין לכתוב או לא לא משמע כן מנ"י דלפי זה לא היה לו להנ"י להביא ראיה מירושלמי דשם לא מיירי מכתיבה כלל בקיבל קרוב ודו"ק ומה שכתב הרב שאינו יכול להוסיף היינו דוקא בזבל"א אבל בכפי' יכול להוסיף כדאיתא בספרי וכן הוא בתומים:

ה בפסול משפחה אין שומעין לו. עיין תומים מה שהקשה על זה דהא קיימא לן כר"י בערכאות שבסורי' ולא כדמוקי ר"א בבא הוא ואחר לפוסלן ש"מ דבדיינים לא שייך נגיעה דאיכא בי דינא אחריתי ובפיסול משפח' וודאי מהימן בצירוף אח' ע"כ ולפעד"נ דלק"מ דהא דלא משני כן אדיין משום דמעיקרא התם הביא ברייתא תניא נמי הכי לעולם פוסל והולך עד שקיבל עליו ב"ד המומחה לרבים ש"מ דפלוגתייהו בערכאות שבסורי' ואין לזוז ממנה רק דבגמרא מקשה באמת על הברייתא גופא דהא עדים כמומחין ור"מ פליג ואהא מסיק בבא הוא ואחר לפוסלן וה"ה לדייחנים רק דיינים לא מיירי בהכי כיון דמכשיר מומחה לרבים ובזה אין חילוק ומהאי טעמא נמי אף דמסקנת הגמרא דרבנן דפליגי בפסול עדים ודיינים מ"מ פסק הרמב"ם כר"י משום ברייתא הנ"ל (ו) דהא בעינן. עיין תומים שהקשה מסי' קכ"ד בנשים יקרות ות"ח דשולחין סופרי הדיינים ומ"ש ב"ד דלא ובזה לא שייך תירוץ הסמ"ע ע"ש ולפענ"ד דלק"מ דהתם היינו שאם הנתבע אינו רוצה לילך לב"ד רק שולח טענותיו בכתב אין כופין אותו לילך דוקא לב"ד כשהוא ת"ח או נשים יקרות אבל הוא ברצונו דאל"כ יכופו אותו לבוא לב"ד והוא ביקש זאת מידם שידונו אותו שלא בפניו אבל כשאינו רוצה פשיטא שאין לדונו שלא בפניו ולק"מ מהתם רק מדברי המחבר סי' י"ח ושפיר כתב הסמ"ע לחלק דהתם כבר טענו בפני ב"ד וזה ברור ולק"מ ומה שכתב הסמ"ע בשם מהרי"ק דבריו מגומגמין וקיצר בדברי מהרי"ק וצריך לעיין שם במהרי"ק בעצמו שורש ע"ט ושם מבואר על נכון:

על חו"מ סימן יד

א נעלה לב"ד הגדול וכו' עד אבל טענה ריקנית אין מחייבין את הנטען וכו'. דין זה צריך ביורר כי נראה לפע"ד שהרא"ש והרמב"ם נחלקו בדינים אלו מה שלא נתעוררו האחרונים ז"ל כמו שאבאר וכך הם דברי הרא"ש פרק זה בורר שהקשה אהא דאמרינן

התם דהלוה אינו יכול לומר נלך לבית הוועד ועל זה תירץ וז"ל דהתם בששניהם תובעין זה את זה אי נמי הא דאמר אבל לוה כופין אותו ודן בעירו היינו דוקא בידוע שזה לוה וזה מלוה כגון שהודה במקצת אי נמי טוען פרעתי אבל אם אמר להד"ם לא שייך עבד לוה לאיש מלוה ועוד נראה דב"ד הגדול ומקום הוועד תרי מילי נינהו עכ"ל. נמצינו למידין מדברי הרא"ש הללו דהיכי דלא שייך עבד לוה לאיש מלוה אף הלוה יכול לכוף למלוה כי מה שאין הלוה יכול לכוף הוא רק משום עבד לוה אבל בלא"ה לא וכן מסיק הרא"ש ז"ל וז"ל הילכך למקום הוועד וכו' נתבע לא מצי כייף והוא דידוע דאית ליה תביעה גבי' אבל לב"ד הגדול אפילו נתבע מצי טעין ע"כ ומה שהרכיב שני התרוצים ביחד צריך לומר דמה שתירץ לחלק בין פרעתי ללהד"ם לא שנתחדש לו סברא זו עכשיו אלא דתירוץ דהתם מיירי בכהאי גוונא והתירוץ השלישי הוא דאין צורך לאוקמא בהא דוקא רק ב"ד הגדול שאני הילכך לדינא שפיר הביא גם תירוץ ראשון דבעינן דוקא ידוע דאז שייך עבד לוה אבל מדברי הרמב"ם ז"ל מוכח להדיא להיפוך שהרי כתב בפי' כמו שזכר המחבר דהיכי דשייך עבד לוה אז יכול המלוה לכוף ללוה אבל בשאר הטענות שזה טוען וזה טוען דלא שייך עבד לוה אין שום אחד מהן יכול לומר לב"ד הגדול קא אזלינא וכן לבית הוועד נמצאו דבריו היפוך ממש דברי הרא"ש ז"ל ואמת דבהא מה שאמר מעיקרא דהתם בששניהם תובעין זה את זה היה מקום ליישב דבריו דשאני הכא דכוונתו שזה תובע את זה וזה לזה א"כ כל אחד יכול לכוף דלגבי תביעתו חבירו עבד לוה ובזה אפשר דגם הרמב"ם מודה אבל בתירוץ השני שכתב בלהד"ם הא וודאי היפוך דעת הרמב"ם דכיון דהיכי דלא שייך עבד לוה אין שום אחד יכול לומר נלך לבית הוועד א"כ מה הועיל במה דמתוקמא הך דהגוזל בלהד"ם דמ"מ האיך יוכל הלוה לומר נלך לבית הוועד נהי דהמלוה אינו יכול אבל פשיטא דלא עדיף לוה ממלוה ושאר בעלי דינים:

וביותר אני תמה על הטור שכתב להדיא וז"ל בד"א כשידוע שיש לו תביעה על הנתבע כגון שמודה במקצת או שטוען פרעתי אבל אם אין ידוע כגון כופר הכל אין שום אחד מהם יכול לכוף את חבירו הרי דעתו כדעת הרמב"ם ז"ל והאיך יפסוק הטור דלא כהרא"ש אביו מבלי זכר דעתו ז"ל והנה בוודאי נראין הדברים שהבין הטור כוונת אביו הרא"ש שכתב במסקנתו והוא דידוע דאית ליה תביעה גביה כגון מודה במקצת או שטען פרעתי אעיקרא דמילתא דכופין לילך לבית הוועד כתב כן דדוקא בכהאי גוונא כופין ולאו אדסמיך ליה קאי לגבי נתבע ולפי זה דבריו הם כדברי הרמב"ם אך קשה לי טובא לפי' זה דהא מעיקרא כתב הרא"ש בתירוץ ב' חילוק זה לתרץ הקושי' מפרק הגוזל דמוכח התם דאף לוה מצי אמר לב"ד הגדול אלף ועל זה חילק דוקא בידוע אז אין הלוה

יכול לכוף משא"כ בלהד"ם אף הלוה יכול לכוף והאיך יעלה על הדעת דמיד בדסמוך ליה יחזור. הרא"ש ז"ל מסברתו ויסבור להיפך דבלהד"ם אין שום אחד מהם יכול לכוף לילך לבית הוועד הגם שכתב וז"ל הילכך למקום הוועד שאינו אלא מקום קיבוץ חכמים עבד לוה לאיש מלוה וכופין אותו לילך למקום הוועד אבל נתבע לא מצי כייף לתובע לילך למקום הוועד והוא דידוע דאית ליה תביעה גביה וכו' עכ"ל. הרי להדיא דהם ממש דבריו קודם דגבי נתבע דלא מצי כייף מחלק בין ידוע לאינו ידוע שאילו היה כאן דעתו לחזור בו דבאינו ידוע אף מלוה לא מצי כייף וכ"ש לוה היה לו להזכיר חילוק זה קודם גבי תובע ולא אחר שכתב דין הנתבע וברור דדעת הרא"ש כמו שכתבתי ודלא כמו שהבין הטור ז"ל דעתו וצע"ג ועוד יש ללמוד מדברי הרא"ש ז"ל דהכל תלוי בין איכא דררא דממונא או לא דכל היכי דאיכא דררא דממונא כגון שמודה במקצת או שטוען פרעתי אז שייך עבד לוה אבל בלהד"ם אפילו יש לו עדים וראיה לא מקרי עבד לוה שהרי התם אמרינן אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ועלה אמרו שיכול לומר נלך לב"ד הגדול וחילק הרא"ש דהתם לא הוי עבד לוה דמיירי בלהד"ם אבל הרמב"ם חילק בזה להדיא רק שחילק בין טענה ריקנית לטענה שיש בה עדים וראיה דטענה שיש בה עדים וראיה אף שלא נתקבלו בפני ב"ד הוי עבד לוה אבל טענה שאין בה עדים וראיה יהא טענתו להד"ם או פרעתי אינו בגדר עבד לוה כיון שלא נתברר שום ראיה שהוא חייב לו בטענה זו וזה ברור וכן מה שחילק הרא"ש בין ב"ד הגדול לבית הוועד חולק הרמב"ם דאין חילוק [וחליקה זו נזכר בש"ך וסמ"ע]:

ולענין הדין נראה עיקר כדעת הרמב"ם ז"ל בדינים אלו דלא כהרא"ש דבדין הראשון שחידש הרא"ש דבלהד"ם וכן במקום שזה טוען וזה טוען אף הלוה יכול לכוף לילך לב"ד הגדול. בש"ס פרק זה בורר מוכח להיפך דהכי איתא התם אחר אמימר הלכתא כופין אותו לילך למקום הוועד אמר ליה רב אשי לאמימר והא אמר ר"א כופין אותו ודן בעירו ה"מ היכי דקאמר ליה לוה למלוה אבל מלוה עבד לוה לאיש מלוה ע"כ הרי להדיא דעל מה שאין הוה יכול לכוף למלוה לא נתנו שהטעם משום עבד לוה רק על מה שהמלוה יכול לכוף ללוה ולדעת הרא"ש הדבר בהיפוך דעל מה שהמלוה יכול לכוף אין צורך לטעם זה רק כל כמה שאין הוא עבד לוה יכול לכוף רק על מה שאין הלוה יכול לכוף היה להם לתת טעם זה והרי זה מבואר כדעת הרמב"ם ז"ל וזה ברור ובענין הדין השני ג"כ העיקר כהרמב"ם דהאיך יעלה על הדעת דפרעתי יהא עדיף מלהד"ם ויש לו ראיה שהרי כל הסברא שיש קצת רגלים לדבר שהוא חייב לו א"כ בלהד"ם ויש למלוה עדים

אין לך רגלים לדבר יותר מזה ולפי זה נדחה תירוץ ב' של הרא"ש דהא התם בעדים מיירי דקאמר אין מקבלין עדים בלא בעלי דינים:

אמנם בענין החילוק השלישי שחילק הרא"ש בין ב"ד הגדול לבית וועד לכאורה הוא מוכרח דהא כבר בארנו שאי אפשר לומר כב' תירוצים של הרא"ש גם הרמב"ם חולק עליהם בהדיא וע"כ כתירוץ השלישי ובתומי' כתב ליישב דהרמב"ם סובר בנקט דיסקי מב"ד הגדול אז יכול לומר נלך לב"ד הגדול כשלא פתחו בדינא ואין זה נכון דהאיך השמיט הרמב"ם הך דינא לחלק בב"ד הגדול בנקט דיסקי ללא נקט ולפעד"נ בכוונת הרמב"ם כך דוודאי כיון דעבד לוה לאיש מלוה לא מצי אמר נלך לב"ד הגדול שאילו היה מקום לחלק בזה הוי להו לפרושי ועוד דהא התם סתמא קתני ומשמע אפילו בשאר הטענות ובאמת בשאר הטענות אין שום אחד מהן יכול לכוף ובע"כ דהך דהתם או שאין למלוה טירחא לילך לב"ד הגדול כגון בי דינא דר"ה ור"ח דקאמר מי קא מטרחנא לך וכן כתב בהדיא בעל התרומות או דהתם מיירי כשהמלוה יש לו דרך לשם בלא"ה וכבר כתב הרמב"ן בתשובה סי' מ"ז דבכהאי גוונא יכול הלוה לומר לב"ד הגדול אני הולך ובהכי מיירי סוגיא דהתם ולק"מ ודוק היטב בכל הנ"ל. ומ"ש המחבר כתבו ותלו לו מאיזה טעם דנתוני יתבאר בסמוך בס"ד (ב) בד"א בשאר הדינים שזה טוען וזה טוען. עסמ"ע מה שתמה בזה והאריך לדחוק בפי' דברי הרמב"ם ומחבר ודבריו תמוהין כי דברי הרמב"ם פשוטין ומבוארין דודאי בדין מלוה ולוה לא ימלט שלא יהא אחד תובע ואחד נתבע והיינו טוען ונטען אבל בשאר הטענות יש במציאות ששניהם טוענין ואין שום אחד מהן נטען כגון בירושות שיש דין בין היורשין וכל אחד מהן טוען ולא נטען ובזה אין שום אחד יכול לכוף לילך לבית הוועד וכן בשאר טענות כגון שנים אוחזין בטלית שכל אחד טוען ואין לשום אחד גריעותא יותר מחבירו שיקרא נטען משא"כ במלוה ולוה וכן בהיזקות וגזילות שיש כאן טוען ונטען אנו מחייבין את הנטען ללך לב"ד הגדול ולא הטוען וזה פשוט:

ג כופין את הלוה עסמ"ע דוקא כשאין המלוה הולך בלא"ה ש מהרי"ק שורש צ'. והש"ך השיג עליו כי עיקר ראית מהרי"ק מתשובת הרשב"א ומהרי"ק טעה בהבנת דברי הרשב"א כי כוונתו בהיפוך דאם המלוה הולך בלא"ה לשם אף הלוה יכול לכופו כמו שכתב הרמב"ן סי' מ"ז ע"כ. ולפע"ד נראה עיקר כמהרי"ק אמנם הסמ"ע לא כיוון יפה במהרי"ק שהוא הבין דגם במלוה ולוה דעת מהרי"ק כן ולא כן הוא רק דוקא בפקדון ושכירות ולא בהלואה כמו שאבאר ובפקדון ושכירות בוודאי העיקר כמהרי"ק שהרי בהדיא כתב המרדכי. סוף פרק זה בורר וז"ל יש שרוצים לומר דוקא לוה אבל מקח

וממכר ופקדון אין אחד מהם רשאי לכוף את חבירו וריב"א כתב וכן ר"י דה"ה ירושות ופקדון גזילות וחבלות [ומ"ש ירושות היינו בגוונא דאחד טוען ואחד נטען] דמסתמא לא על חנם מוציא מעותיו אבל הנתבע מערים ואומר נלך לבית הוועד כדי שלא יתבענו עוד והנה יש להבין הא בגמרא נתנו טעם משום עבד לוה והאיך נתנו הריב"א ור"י טעם אחר שלא נזכר בגמרא וצריך לומר דבגמרא נתנו טעם זה אפילו בגוונא. שאין ראיה מהמלוה שלא לחנם הוציא מעותיו כגון בגוונא שהולך בלא"ה לשם מ"מ יכול לכוף הלוה משום עבד לוה אמנם בשכירות ופקדון דבזה לא שייך עבד לוה בזה חילקו הריב"א ור"י בין היכי שנראה שהמלוה לא הוציא מעותיו בחנם או לא ולפי זה בשכירות כשהטוען הולך בלא"ה לשם דאז פשיטא שאינו נרא' שלא לחנם הוציא מעותיו אף הם מודים שאין הטוען יכול לכוף לנטען לילך לבית הוועד וכן מבואר להדיא במהרי"ק שורש צ' שכתב שם וז"ל הלא אפילו לדברי ריב"א ור"י שכתבו דה"ה ירושות ופקדון וגזילות וחבלות מ"מ בנידון הזה מודו דלא מצי' כייף ליה שהרי תלו טעם הדבר משום דלא על חנם מוציא מעותיו הא לאו הכי מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה והכא לא שייך האי טעמא דלא על חנם מוציא מעותיו מאחר שאותו יעקב גראטא דר בטרעוויז וכו' עכ"ל. הרי להדי' דסבר אז דלא על חנם מוציא מעותיו לא נזכרה רק בשכירות ולא בהלואה כמבואר בש"ס הטעם משום עבד לוה ועובדא דמהרי"ק היה בשכירות כמו שכתב להדיא מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה הרי דמודה בהלואה בלאו האי טעמא יכול לכופו ולפי זה הדין ברור כדעת מהרי"ק בשכירות והטוען הולך בלא"ה לשם אינו יכול לכוף לנטען מאחר שגם הריב"א ור"י סוברים כן וכן המרדכי אבל בהלואה פשיטא דלעולם יכול לכופו משום עבד לוה ודלא כהסמ"ע שהעתיק דעת מהרי"ק במלוה ולוה והא ודאי ליתא כמו שבארנו:

אמנם בתשובת הרשב"א גופא שהביא מהרי"ק יש לתמוה שאילו היה דעת הרשב"א כמו שהבין מהרי"ק א"כ מבואר כרשב"א אפילו במלוה ולוה לא מצי מלוה לכוף ללוה כשיש לו דרך לשם בלא"ה וזה היפוך דעת מהרי"ק בעצמו דמודה בהלואה שיכול לכופו כנ"ל ואולי סובר מהרי"ק דודאי אף שהריב"א לא סבר חילוק זה בהלואה אבל הרשב"א סובר כן גם בהלואה ומה שנתנו בש"ס טעמא משום עבד לוה משום דבלא"ה היה הנתבע ג"כ מצי אמר לב"ד הגדול אלך וסבירא ליה כדעת הרא"ש שהבאתי בס"ק א' וכן מבואר שם ברשב"א שכתב וז"ל ואין הלוה כופה למלוה משום דעבד לוה (ובאמת יקשה עליו מה שהקשיתי לעיל על הרא"ש) ולפי זה שפיר יש לומר דאפילו בהלואה אין התובע יכול לכוף ללוה רק:

אם נראה שלא על דרך הערמה עושה כן דלא על חנם מוציא. מעותיו אבל כשיש לו דרך בלא"ה לשם אינו יכול לכופו:

ומה שהשיגו על מהרי"ק בגוף הראיה מהרשב"א בלבד מה דלפי הנ"ל אין צורך לראיה דבלא"ה עיקר כמהרי"ק בשכירות כמו שבארנו אבל באמת גם הראיה שהביא מהרי"ק נכונה היא שהרי הרשב"א דייק וכתב הלוה יכול לעכב ולומר הרי אתה הולך מעצמך למקום ב"ד היפה ואינך צריך על דיני לא הוצאה ולא טורח ושומעין לו עכ"ל. והשתא אי ס"ד דכוונת הרשב"א להורות דאז גם הלוה מצי כייף ליה לאיזה צורך כתב ואינך צריך על דיני לא הוצאה דהא הך מילתא לא תליא בהוצאה כלל שהרי אפילו הלוה נותן למלוה כל ויציאותיו אינו יכול להכריתו לילך לבית הוועד:

וכמו שכתב הרמב"ן להדיא בתשובה סי' מ"ז הביאו הסמ"ע ס"ק א' א"כ מאי ענין הוצאה לכאן ומזה דייק מהרי"ק דכוונת הרשב"א בהיפך דאז אין המלוה יכול לכופו כיון שאינו צריך הוצאה על הדין אינו נראה שלא על חנם מוציא מעותיו ולא שייך סברת ריב"א:

ור"י הנ"ל. אמנם לענין דינא אף אם דעת הרשב"א כן מ"מ בהלואה כיון שכבר ביארנו לעיל ס"ק א' דלא כהרא"ש רק בהלואה מה שהמלוה יכול לכוף הוא מטעם עבד לוה א"כ פשיטא שאין חילוק בזה בין אם המלוה הולך בלא"ה לשם או לא וכמו שכתב מהרי"ק גופא וכמו שהוכחתי אבל בשכירות ופקדון וכדומה דלא שייך עבד לוה כלל כל שהמלוה הולך לשם שאינו נראה שלא על חנם מוציא מעותיו אינו יכול לכוף לנטען לילך לבית הוועד ותמה אני על והאחרונים שלא הרגישו בחילוק זה וזה ברור לדינא:

(ד יש אומרים כו' ואעפ"י שהוא קטן ממנו זהו מה שכתב הטור בשם ספר המצות והוא כתב עליו וז"ל ולא נהירא ונראה שאינו יכול להסתלק מאחד לחבירו אפילו בשווין אלא מהקטן להגדול ממנו עכ"ל. והב"י הקשה על הטור שהרי הסמ"ק הביא ראיה לדבריו מש"ס ריש פרק זה בורר דקאמר כגון בי דינא דר"ה ור"ת משמע דבין מר"ה לר"ת בין מר"ח לר"ה יכול להסתלק ע"כ ולפע"ד נראה עיקר כדעת הטור בזה דלשיטת הסמ"ק יש לתמוה שם דפריך ואפילו לוה מצי מעכב והא אמר ר"א כופין אותו ודן בעירו והשתא קשה מאי קושיא מאן לימא לן דמתניתין דהכא מיירי שהלוה רוצה ב"ד מעיר אחרת עד שהוצרך לישני מעיקרא בערכאות שבסוריא ואח"כ כגון בי דינא דר"ה ור"ח ומאי מקום קושיא יש כאן מאחר שלא נזכר שום רמז רמיזא במתניתין שהלוה רוצה לילך למקום אחר ובוודאי מיירי באותו עיר ולשיטת הסמ"ק כל שהוא באותו עיר יכול הלוה לעכב ולומר לפני זה אני דן אפי' בקטן מב"ד של מלוה והוא תמוה מאד ועוד קשה דקאמר כגון בי דינא, דר"ה ור"ח והשתא לשיטת הסמ"ק עיקר התירוץ הוא שהוא באותו עיר

א"כ מה מאוד קשה זה הציור עד שהוצרך להמשיל משלים כגון בי דינא דר"ה ור"ח הלא פשוט הוא כשהוא באותו העיר יכול לעכב ולק"מ ודוחק גדול לומר דר"פ לא בא רק לאשמועינן הך דינא דהסמ"ק אף שאין נ"מ בזה בקושית המקשן:

לכן נראה ברור דודאי אין כוונת המקשן משום דס"ד דמתניתין מיירי שהלוה רוצה ב"ד ממקום אחר דמנין לו דבר זה דבמתניתן לא נזכר מזה שום רמז רק דס"ד דאין הטעם במילתא דר"א דמחלק בין לוה למלוה משום טירחא דמטריח ליה מלוה דהא המלוה יכול להטריח ללוה רק הטעם משום דעבד, לוה לאיש מלוה לכך המלוה יכול להטריח ללוה ולא לוה למלוה ולפי זה ה"ה בשניהם שווין או אחד גדול בב"ד בעיר אחת גם כן יד המלוה על העליונה כיון דעבד לוה לאיש מלוה וכמו שיש חילוק ביניהם בעיר אחרת בב"ד הגדול שזה יכול לכוף ולא זה ה"ה כששניהם שווין ובעיר אחת יד המלוה על העליונה ויכול לכוף ללוה לדון לפני ב"ד שהוא רוצה ועל זה אתי ר"י ופריך בערכאות שבסוריא ואז אין המלוה יכול לכופו לדון לפני ב"ד גרוע כאלו אבל כל שהם ב"ד מומחין יד המלוה על העליונה משום עבד לוה ועל זה אתי ר"פ ומשני אפילו תימא מומחין כגון ר"ה ור"ח דקאמר ליה מי קא מטרחנא לך והכוונה דודאי בב"ד שווין יד המלוה על העליונה דעבד לוה רק בב"ד שאינן שווין כב"ד של ר"ה ור"ח דר"ה גדול אז אין המלוה יכול לכופו שידון דוקא לפני ר"מ מאחר שר"ה גדול ממנו וזה שדייק כגון וצייר ב"ד ר"ה ור"ח שאילו היה אומר סתם ב"ד הגדול ממנו היה משמע אף שהוא לגדול לערך ב"ד הגדול או בית הוועד לב"ד סתם ובזה אי אפשר אוקמא המשנה דהא קתני ושניהם בוררין להם עוד אחד והכוונה מפורש התם שכל אחד מעכב על חבירו ובוררין ב"ד המתרצה לשניהם ואם היה כן היה הלוה יכול לעכב ולומר איני רוצה לדון רק בפני זה ולא בפני ב"ד אחר שהו' ב"ד הגדול לזה מצייר ר"ה ור"ח שלא היה זה גדול מזה כ"כ עד שיהא בגדר שיוכל הלוה לומר איני דן רק לפני זה כיון שהוא בעיר הזה רק כיון שהוא משוב קצת אין המלוה יכול לכוף ללוה אף דעבד לוה ושניהם בוררין להם ב"ד אחר המרוצה לשניהם. נמצא לפי זה מבואר כדעת הטור אפי' בשניהם שווין אין הלוה יכול לעכב רק המלוה כופו לדון לפני מי שירצה רק אם ב"ד של הלוה גדול כנ"ל וזה ברור גם עיקר דברי הסמ"ק תמוה מאד דכיון שהמלוה יכול לכופו לב"ד הגדול הרחוק ק"ו לב"ד הגדול שבאותו עיר ומה שכתב התומים הטעם משום שהם יכולים לשאול לב"ד הגדול לא נהירא כלל דא"כ אם הלוה יאמר אני רוצה לשלם הוצאות שישלחו לב"ד הגדול לשאול שומעין והא וודאי ליתא א"כ כ"ש בב"ד הגדול בעיר והעיקר אפילו בשניהם שווין כדעת הטור כמו שבארנו. גם מה שכתב שם בתומים בכוונת הסמ"ק וכל יסודו

על פי דברי התוס' שם דהיה חוץ לג' פרסאות עיקר קושית התוס' נראה לפע"ד דלק"מ והעיקר כפירש"י שפירש שהיו שניהם במקום אחד ומה שהקשו התוס' דהא ר"ח לא היה דן במקום ר"ה נלפע"ד דלק"מ ואדרבא לפי' התוס' קשה מלבד מה דלדבריהם צריך לומר דאחר כך היה ב"ד של ר"ח חוץ לג' פרסאות ומעיקרא לא ובלא"ה קשה מה לו לצייר בב"ד ר"ח ור"ה כיון שהם היו רחוקים באמת ומי הכריחו לזה הלא היה יכול לאוקמא בב"ד במקום אחד לכן נראה עיקר כפירש"י ומה שהקשו דהא לא היה מורה לפני ר"ה לק"מ דדוקא באו"ה שייך זה שיכול השואל לבוא לפני הרב לשאול ומיקרי מורה הלכה בפני רבו אבל בדין שיקבלו בעלי דינים לא שייך זה כיון שהם אינם רוצים לדון לפני הרב רק לפני התלמיד ובדין נתנה הברירה ביד בעלי דינים וה"ה כשהמלוה או הלוה בורר אותו ואינו רוצה באחר פשיטא דלא שייך בזה מורה הלכה בפני רבו ועוד שהרי יכול לשאול לפני ר"ה ולהציע הדין לפניו כמו ששולחין לב"ד הגדול ועיין לעיל סי' י' ס"ב הרי דעיקר טעמו של הסמ"ק משום שיכול לשאול לב"ד הגדול בקרוב א"כ פשיטא דלא שייך בזה מורה הלכה בפני רבו הילכך העיקר כפירש"י נמצא שאין לדינו של הסמ"ק קיום בש"ס. והנה בעל התרומות דעתו בשווים יכול הלוה לעכב ולא בקטן ממנו וזהו דלא הסמ"ק וטור וצריך לומר דהוא מפרש כמו שכתבתי מקודם דמעיקרא קס"ד דלא תלוי בטירחא רק כיון דעבד לוה יד המלוה לעליונה ואח"כ משני דקאמר מי קא מטרחנא לך אמנם בזה צריך לומר דסובר דר"ה לא היה גדול כללן מר"מ עד שיהא בגדר דבדינו של ר"ה הדין יוצא יותר לאמיתו רק הוא חשוב יותר שהיה רבו אבל אח"כ היו שניהם שווין וכיון דלא קא מטרח ליה יכול לומר אני דן לפני זה ומ"מ פשיטא דבשווין אינו יכול לעכב ולומר רק לפני זה אני דן ולא לפני אחר דהא התם קתני ושניהם בוררין להם עוד אחד ולפי זה אתי שפיר מה שהקשו על בעה"ת דהא פרק הגוזל אמרינן לב"ד הגדול משמע. דבשווין לא ולפי הנ"ל ניחא דהתם הכוונה שלא ירצה לדון לפני אחר כלל אז בעינן ב"ד הגדול דוקא אמנם יקשה על בעה"ת קושיא ב' שהקשיתי על הסמ"ק לכן נראה עיקר כדעת הטור:

ה אבל בלא"ה אין כותבין. עסמ"ע ס"ק כ"ה דאם מבקש טעם הדין וודאי יאמרו לו שהרי אפי' לא ביקש טעם רק ב"ד רואין שחושדין אותו צריכין להודיעו הטעם עכ"ל. ודבריו צ"ע ועירבב הדברים שהרי הרא"ש והמרדכי הביאו דעת ר"ת דמדקדק מסוגיא דפרק איזהו נשך דדוקא נתעצמו בדין אבל בלא כפיה לא דהא התם קאמר כי האי וודאי צריך להודיעו משמע דבעלמא לא ועל זה כתבו הרא"ש ומרדכי לדחות ראיית ר"ת חדא דהתם הפי' דהיה צריך להודיעו כשחלק ועוד דהתם הכי קאמר כי האי צריך להודיעו אפי' לא

ביקש שיודיעו אבל בעלמא אם שאל כותבין ע"כ הרי להדיא שאם נחלק בין שאל טעם ללא שאל ממילא נדחה דעת ר"ת לחלק בין נתעצמו או לא ולעולם כותבין כמו שכתב הרא"ש להדיא והשתא כיון שהרמ"א פוסק כדעת ר"ת ממילא הפי' התם כפי ראיית ר"ת דכהאי גוונא שנראה ששני הדינים שווין ומ"מ פסק כל אחד להיפוך ועל, זה קאמר כי האי צריך להודיעו דיש מקום גדול לחשוד הדיין אבל בעלמא אפילו ביקש טעם אין צריך להודיעו ולפי זה מוכח ראיית ר"ת דהתם דוקא בנתעצמו וזה ברור וכן מבואר להדיא במרדכי סוף פרק זה בורר נמצאו דברי הסמ"ע הנ"ל מורכבין אתרי ריכשא: אמנם בגוף דברי הרא"ש אני תמה כי נראה מדבריו דעיקר ראיית ר"ת מהך סוגיא דפרק איזהו נשך, ועל זה כתב לדחות בשנים אבל באמת עדיין לא הועיל כלום דמ"מ ראית ר"ת מוכרח מהך סוגיא גופא דפרק זה בורר דאי ס"ד דבעלמא נמי כותבין ונותנין מאי ענין דין זה לשנים שנתעצמו בדין ב"ד הגדול הא בכל הדינים שייך דין זה ומדקאמר דין זה כאן מבואר דבעלמא לא וכן מבואר בתוס' פרק זה בורר דמתחילה העתיקו דעת ר"ת דדוקא נתעצמו וכתבו על זה וכן משמע פרק איזהו נשך ואם כוונתם דעיקר דיוקא של ר"ת הוא מהתם לא הוי להו למימר וכן משמע דמורה בלא"ה נמי מוכח ויש עוד משמעות שם והוי להו למימר וראיה מפרק א"נ או כדמשמע אלא וודאי דר"ת דייק מהתם גופא דוקא נתעצמו וכתב שכן משמע התם וא"כ אף דנדתה הראיה מהתם ראיה ראשונה בתוקפה. שוב מצאתי להדיא במרדכי פרק זה בורר שכתב דעת ר"ת וז"ל ופר"ת וכו' וראיה מדלא קבעינן האי מילתא רק בנתעצמו ועוד ראיה מפרק הריבית וכו' הרי להדיא כמו שכתבתי ולפי זה יש לקיים דברי הסמ"ע דוודאי אף אם הפי' התם כי האי ודאי צריך לאודועי היינו אפילו לא שאל אבל בשאל אפילו בעלמא צריך לאודועי מ"מ עדיין דברי ר"ת מוכרחין וצריך לחלק בין כפיה ללא כפיה עכ"פ בכתיבה דבלי כפיה אין כותבין דאל"כ למה נקט הך דינא בנתעצמו ושני הדינים אמת אך מ"מ כיון דקיימא לן כר"ת והוא באמת מביא ראיה משם ג"כ מ"כ סובר דאין חילוק בעלמא בין שאל או לא א"כ ממילא מנין לנו לחלק בזה כיון שאותן הפוסקים שכתבו לחלק לא כתבו כן רק לדחות דברי ר"ת לכן דברי הסמ"ע צ"ע לדינא:

ו חייב לפרוע. עסמ"ע ס"ק כ"ח דהיינו דוקא אם יצא הנתבע מחוייב בדין. ובתומים הקשה על זה דהא עיקר ראיית מהר"ם מהא דצריך לשלם שכר פתיחא והא התם פשיטא דאפילו יצא זכאי בדין חייב לשלם ואין כאן קושיא כלל דהתם צריך לשלם מיד שכר פתיחא להתירו מן הנידוי והוא גרם לעצמו שלא עמד לדין לפני הב"ד ואפילו יצא זכאי חייב לשלם קודם שנפסק הדין להתיר עצמו מן הנידוי משא"כ הכא שהוא עושה הוצאות

כדי לכופו א"כ יכול לומר את הוא דאפסדת אנפשך שלא ידעת שאיבדת זכותך בדין ואני לא רציתי לילך בשביל זה שידעתי שאני איני חייב כלום וכיון דהוא עצמו אפסיד אנפשיה פטור אבל כשנתחייב בדין הוא עשה כהוגן שכפהו והוא שסירב גרם לו כל הוצאות לכך חייב וזה. ברור ועיין לעיל סימן י"א ס"ק ב' שם הקשיתי על עיקר ראיית מהר"ם וכעת מצאתי הקושיא בספר גי"ת ועיין שם מה שכתבתי להכריע בין אם נתחייב מכח הכחשה או בדין דעלמא וצריך עיון שלא נזכר חילוק זה בפוסקים ועיין סמ"ע ס"ק כ"ט מ"ש בשם הרא"ש ועיין לעיל סי' י"א ס"ק א' מ"ש שם שיש להתעורר בדברי הרא"ש הללו ומ"ש עוד המחבר הוא דעת הריב"ש סי' תע"ה וכ' שם הטעם דגרמא בניזקין פטור וע"ז הקשה על עצמו דהא מסרב ועמד אחר כך בוודאי חייב וכתב דזה מחייבין אותו ב"ד על שסירב ולא רצה ויש לתמוה דהא בהך דינא דיש מי שאומר שזכר המחבר כיון שלא היה יכול לכופו לדון בפני ב"ד אם כן הא נמי מחייבין אותו ב"ד הוצאות דמ"ש לכן נראה דהריב"ש מיירי שלא עשה ברשות ב"ד אף שהיה באופן שהיה מותר מכל מקום כיון שלא עשה ברשות ב"ד פטור משום גרמא בניזקין אבל בציווי ב"ד מודה דחייב ולפי זה אין כאן מחלוקת כיון דהכריע רמ"א ובלבד שעשאו ברשות ב"ד:

ז אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול עסמ"ע ס"ק כ"ט ובתומים כתב דאם אינו יכול לברר נשבע ונוטל. ונעלם ממנו מה שכתב בד"מ להדיא דאפילו אינו יכול לברר אינו נוטל בשבועה כי אם ב"ד ישומו כמה ראוי להוציא בזה. אמנם נראה לפע"ד דמה שלא האמינו כאן היינו לפי שאי אפשר שיוכל לישבע על זה בצימצום שכך היה ראוי להוציא ולא היה באפשרי בפחות ושישבע סתם כמה הוציא לאו כל כמיניה שיוציא מאי דבעי הילכך אם מברר כמה הוציא ממילא אנו רואין בכל דבר אם היה ראוי להוציא כך ואם לאו נוטל על כל פנים כפי שומת ב"ד כמה ראוי להוציא וזה חידש רמ"א מדעתו ומה שכתב קודם בבירור הוא מדברי הרא"ש דבזה ממילא רואין אם היה ראוי להוציא כך ולפי זה לא קשיא מידי קושית הש"ך:

טו (א)

צריך הדיין וכו' זהו ממה דאמרינן בש"ס סנהדרין פרק א' כקטן כגדול תשמעון שיהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה מנה ופריך אילימא לעיוני ולמי פסקא פשיטא אלא לאקדומי והיינו להקדים דין הבא לפניו תחילה אפילו דין קטן לדין גדול. ויש לתמוה על הרמב"ם ז"ל בתרתי חדא דבפרק כ' מהלכות סנהדרין הלכה י' כתב אל תאמר שכל אלו הדברים בדין שיש בו הוצאת ממון הרבה מזה ונתינתו לזה לעולם יהא דין אלף מנה ודין פרוטה שווין בעיניך לכל דבר והשתא תקשי למה הזכיר הך דינא דהא

בש"ס פשיטא להו ואין צורך לאמרו גם קשה למה לא הזכיר מסקנת הש"ס להקדים דין הבא תחילה ואפי' של פרוטה למאה מנה דעלה הוצרכו בש"ס פסוק כקטן כגדול ואולם בפרק כ"א מהלכות סנהדרין הזכיר דין הקדימה אשה לאיש יתום לאלמנה ולא הזכיר דין הנ"ל [ועיין מה שכתבתי לעיל סימן י' אבל על הרמב"ם קשה שלא הזכיר להקדים כלל) ודוחק לומר דסובר דקושית הש"ס ללוי פרק הזהב דגמר דין צריך פרוטה אבל לדידן אין כאן פשיטות דקמש"ל אף דהגמר הוא פחות מפרוט' וצ"ע ותמהני על האחרונים שלא נתעוררו על הרמב"ם בזה:

ב שבא לפניו תחלה. עסמ"ע סק"א דלאו בביאה תליא מילתא אלא משעה שהעמיד עצמו לפני הדיין והדיין הכין את עצמו לשמוע טענתו זהו נקרא בא לפניו תחילה והוא קודם להבא מאוחר ממנו לפני הדיין ודבר זה הוכיח בדרישה מדברי הריטב"א כתובות דף ק"י עד כאן. ובאמת מדברי הריטב"א מבואר להיפוך דבבא לפני הדיין תליא מילתא וכל שבא תחילה צריך להקדימו כמו שאבאר וזה לשון הריטב"א שם ודעת מורנו נרו דהכא עדיין לא פתחו בדינא דיתמי וכו' דבשלמא בחבר עצמו שרינן ברישא ואף על גב דפתחו בדינא דאחרים כדי שלא יתבטל מתלמודו ומשום כבוד דידיה אבל כבוד קרובו של חכם אינו אלא דרבנן ולא דחי עשה דאורייתא אבל הכא מדין לא פתחו באידך דינא ובכל חד איכא מצות עשה לדון וכיון דכן הוא עשה דקרובו של חבר עדיף דאיכא בהדי' עשה דרבנן דכבוד של חכם עד כאן לשונו. הרי להדיא דמוקי התם עובדא דר' ענן בלא פתחו ליה בדינא רק שבא לפניו תחילה ומכל מקום לא הקדים דין קרובו של תלמיד חכם רק משום עשה דרבנן כבוד קרובו של תלמיד חכם אבל בלאו הכי לא היה רשאי להקדימו כיון שהדין דיתמי בא לפניו תחלה אם כן בב' בעלי דינים שווין אסור להקדים הבא מאוחר אפילו עדיין לא פתחו להבא קודם בדינו. ועיין בדרישה ודבריו מגומגמין והעיקר כמו שכתבתי אמנם מה שכתב אחר כך שצריך להקדים דין תלמיד חכם זה וודאי לדעת ריטב"א לאו בבא לפניו תחילה רק אפילו פתחו ליה בדינא צריך להקדים תלמיד חכם. ואולי כוונת הסמ"ע דאפילו באו שניהם בשוה צריך להקדים אותו שעמד לפני הדיין תחילה אבל אין זה מוכח כלל מדברי הריטב"א:

ג אבל אם קרובו וכו' אם פתחו אין צריכין לפסוק. עיין ב"ח שהשיג על דברי רמ"א הללו כי דבריו הם מדברי הריטב"א והוא לא כתב זה רק לסלקא דעתך דשם אבל לפי האמת בקרובו של חלמיד חכם אפילו לא פתחו אין צריך להקדימו עד כאן. ואין דבריו נכונים כלל והעיקר כדעת רמ"א וצריך אני להעתיק דברי הריטב"א בקיצור ואז יתבארו דברי רמ"א על נכון דהקשה שם האיך אמרו ריש שבועות העדות דר' יוסף שלח לר' נחמן

דעולא הוא תלמיד חכם למישרא בתיגרי' וקשה הא יש לחוש לאיסתם טענתיה דבעל דין ותירץ דאם ידוע שהוא חבר או קרובו של חבר אין לחוש לאיסתם טענתיה אבל התם איסתם שלא היה באמת חבר ולא קרובו של חבר רק ר' נחמן הוא דהיה חושב כן שהוא קרובו וכתב אחר כך ודעת מורנו נרו כמו שהעתקתי לשונו בס"ק לפני זה:

והנה מבואר דכוונת הריטב"א שהביא דעת מורו הוא ענין בפני עצמו להורות דין מחודש דקרוב אין להקדימו רק בלא פתחו ואפילו אי לא נימא כדעת מורו אתי שפיר תירוץ הריטב"א לפי דרכו רק שהביא דעת מורו להורות דין זה בקרוב בלא פתחו דינא. והכה לכאורה יש להבין אי נימא בכוונת הריטב"א כמו שהבין הב"ח דלפי האמת אפילו בלא פתחו אין להקדים קרוב של תלמיד חכם רק דר' נחמן טעה בזה ולפי זה קשה מה זה שהקשה הריטב"א מהך דשבועות העדות נימא דבאמת קרוב תלמיד חכם אינו בדין להקדימו כלל לכך איסתם טענתו ור' נחמן טעה במה שהקדימו אבל תלמיד חכם דמדינא להקדימו אין לחוש לאיסתם טענתיה ולק"מ. תו קשה דהא נראה מבואר דמעיקרא כתב הריטב"א דבריו אפילו בלי דעת מורו שהרי אח"כ כתב דעת מורו נרו א"כ קשה הא בלי דעת מורו אין כאן התחלת קושיא דהתם בלא פתחו ליה בדינא לכך אין לחוש לאיסתם טענתיה אבל עובדא דר"נ בפתחו ליה לכך איסתם טענתיה ור"נ באמת טעה דחשב אפי' בפתחו ליה צריך להקדימו כמו שאתה אומר עכשיו דטעה בלא פתחו ליה לפי הבנת הב"ח ובעל כרחך צריך לומר דכוונת הריטב"א בקושיתו דוודאי מדקאמר התם דר' ענן לאו. שפיר עביד ואיסתלק אליהו מגביה אבל בר' נחמן לא נזכר שעשה שלא כדין רק במה שחשב שהיה קרובו משמע שאילו היה באמת קרובו שפיר עביד שהקדימו ולזה הוצרך הריטב"א לתרץ דלכך איסתם לפי שלא היה באמת קרובו אבל ר' נחמן לפי הבנתו שהיה קרובו שפיר עביד שהקדימו ולפי זה ממילא מוכח דגם לדעת מורו ע"כ באמת בלא פתחו ליה צריך להקדים אפילו קרובו של תלמיד מכם ור' נחמן לא טעה בכלום רק במה שלא היה באמת קרובו ותימה הוא האיך ס"ד לומר דר' נחמן טעה בדין במה שאין צורך לזה כלום ופשיטא דיש לומר דודאי כך הדין בלא פתחו ליה אפילו קרוב צריך להקדים ובפתחו ליה לא רק תלמיד חכם בעצמו [ואין להקשות לדברי הריטב"א מכל מקום הא בלאו הך סוגיא דשבועת העדות נצטרך לומר דר"נ טעה בדין דהא באמת איסתם טענתיה ור"ע נענש על זה ואי נימא דאיסתם לפי שלא היה באמת קרובו א"כ הרי זה תירוץ הריטב"א ואף מהתם לא קשיא הא ליתא דלולי הך סוגיא דשבועות נאמר דבאמת עכשיו דחזינן דאיסתם כך הדין שלא להקדימו אף דראוי להקדימו מכל מקום אין להקדים כדי שלא יסתתמו טענותיו אבל ר' נחמן קודם הך עובדא כדין עביד שהקדימו שהוא ראוי

להקדימו משום כבוד חכם וכן כתב בספר לחם משנה אמנם קושית הריטב"א דהתם קאמר בפשיטות למישרי בתיגרא ולא קאמר דבאמת אסור משום איסתם טענתיה ואף אי נימא דהך עובדא דר' נחמן דשבועות היה קודם מכל מקום בש"ס גופא הוי להו לאסוקי דאסור למישרי בתיגרא לזה תירץ דהתם שאני דהיה באמת תלמיד חכם וידוע אבל הכא לא היה חכם ולא קרובו) על כל פנים מבואר מדברי הריטב"א דפשיטא דר' נחמן לא טעה בשום דין רק במה שחשב שהיה קרובו אם כן מבואר כדעת רמ"א וזה ברור דלא כהב"ח וכן כתב הש"ך ס"ק ב' וז"ל ודלא כב"ח שמשיג על מור"ם בזה עד כאן לשונו. וכן הוא בסמ"ע ס"ק ה' והנה בסמ"ע משמע דסובר דאפילו לא פתחו רק באו לפניו תחילה צריך להקדים הבא לפניו תחילה כשאינו תלמיד חכם ולא קרובו ואולם בס"ק א' מבואר דעתו דלאו בבאו לפניו תליא מילתא רק אם העמיד עצמו לפני הדיין וכן מבואר יותר בדרישה שכתב וזה לשונו ומדכתב דצריך לומר דעדיין לא פתחו בדינא ולא כתב דצריך לומר שבאו לפניו יחד דאילו בא היתום קודם היה חייב להקדימו ש"מ דסבירא ליה דאין דין קדימה תלוי מן התורה בביאה לפניו רק כי אם בפתיחה בדין עד כאן לשונו. משמע דאם בא קודם אין לו דין קדימה רק אם העמיד עצמו וזהו היפך דעתו כאן בסמ"ע ס"ק ה' ובסמ"ע ס"ק א' יש לומר דכוונתו להיפך דאם באו בשוה גם כן צריך להקדים אותו שהעמיד עצמו לפני הדיין אבל בדרישה קשה לכוון דבריו כן ולענין דינא כבר הוכחתי לעיל ס"ק א' העיקר דבאו מתחילה קודם אף שלא העמיד שום אחד מהם לדיין צריך להקדים אותו שבא לב"ד תחילה וכמו שכתב הסמ"ע כאן ועיין תומים מה שהאריך בזה ודבריו מגומגמין דעיקר תירוץ הריטב"א הוא דר' נחמן טעה וחשב שהיה קרובו ובאמת לא היה אבל קרוב באמת או תלמיד חכם באמת צריך להקדימו ואין לחוש לאיסתם טענתיה והוא הקשה תירוץ זה בקושיא על הריטב"א ולא דק דהריטב"א באמת מתרץ זה ע"ש ובענין מה שהאריך בדברי הב"ח כבר הוכחתי העיקר דלא כהב"ח רק הריטב"א ומורו לדינא אמרו כן ועיין היטב בריטב"א ותראה שהתומים לא כוון יפה בזה שהבין דהריטב"א ומורו הם שני דיעות ולהריטב"א אפילו בלא פתחו אין להקדימו וזה אינו ואדרבא לדעת הריטב"א גופא אין חילוק כלל בין ת"ח לקרובו ואפילו בפתחו יש להקדימו ועל זה הביא דעת מורו דיש חילוק עכ"פ בין תלמיד חכם לקרובו בפתחו ליה בדינא ולפי זה בטלו כל דבריו שם בס"ק ב'. ולפי מה שכתבתי מקודם יש ליישב גם כן מה שיש להבין מה הקשה הריטב"א הא יש לומר דהתם היו שני ת"מ לכך אין לחוש לאיסתם טענתו מה שאין כן התם דשכנגדו לא היה ת"ח ובלא"ה כתבו התוס' בד"ה שודא דהיה שכנגדו תלמיד חכם ולפי הנ"ל ניחא דא"כ צריך לומר דר"נ דהיה מקדימו

טעה בדין לבד מה שטעה שהיה קרובו שהרי היה מקדימו אף שלא היה שכנגדו ת"ח וזה לא ניחא ליה לריטב"א רק דר' נחמן וודאי כדין עביד לפי טעותו שהיה קרובו לכך הוצרך הריטב"א לתרץ דהתם לפי שלא היה באמת קרובו איסתם טענתיה ודוק היטב בכל זה:

ד היו לפניו דינים הרבה מקדימין

דין היתום וכו'. רבים תמהו בזה דהא בגמרא פרק שני דייני גזירות מבואר דאפילו קרובו של ת"ח קודם לדין היתום וכ"ש ת"ח בעצמו. ואולם לדעת הרמב"ם דין היתום קודם לת"ח מאחר שהוא קודם לדין האלמנה שהיא קודמת לת"ח והנה כולם כתבו ליישב דסובר הרמב"ם דר"נ טעה באמת דהא איסתם טענתיה והנה מלבד מה דהתם מבוא' דר"ע נענש שעל ידו טעה ר"נ שהי' קרובו ולפי הנ"ל ר"ע לא עביד מידי דכי היה צריך שיעלה על דעתו שר"נ יטעה בדין וע"כ דאם היה קרובו שפיר עביד שהקדימו וכמו שכתבתי בס"ק לפני זה בשם הריטב"א אבל בלא"ה אני תמה נהי דהתם איסתם טענתיה היינו שלא היה ראוי להקדימו לדין היתום שבא לפניו תחילה אבל כששניהם באו בשוה מאן לימא לן דמקדימין ליתום ואדרבא האיך יעלה על הדע' דכ"כ טעה ר"נ שהקדים ת"ח כשבא יתום תחילה מה שאפי' בשוה יש להקדי' היתום ומי הכריחו להרמב"ם לומר שר"נ טעה בזה ובתומים כ' גם כן ליישב והוא ע"פ דבריו בפי' דברי הריטב"א וכבר בארנו בס"ק לפני זה שלא כיון יפה בכוונת הריטב"א לכן אין לדבריו קיום:

לכן נראה לפי עניות דעתי דעיקר מה שהוכיחו מדברי הרמב"ם דיתום קודם לת"ח נראה לפי עניות דעתי ברור דליתא דוודאי כיון שהיתום בעצמו מחוייב בכבוד החכם כמו ב"ד שוב אין אנו משגיחין בצערו מה שהוא מחוייב בצער הזה אמנם האלמנה דבלא"ה אשה קודמת לאיש דבושת האשה מרובה כמש"כ שם הרמב"ם וכיון דבושתה מרובה אינה מחוייבת בהאי גוונא בכבוד החכם דלאו אורחא דאשה בהכי [ומשמע לי דאשה ות"ח שניהם שווין להרמב"ם ע"ש ודו"ק] וא"כ כיון שהיא אינה מחוייבת ממילא באלמנה מקדימין אותה לת"ח דעדיף לן צער האלמנה מה שאינה מחוייבת מכבוד החכם אמנם צערו של יתום עדיף לן מצער האלמנה מקרא שפטו יתום ריבו אלמנה אמנם היינו דוקא נגד אלמנה אבל נגד החכם שהוא מחוייב בכבוד החכם לא איכפת לן בצערו של יתום מה שהוא מחוייב בו מן הדין ואפילו אי נימא דמשמע מדברי הרמב"ם שכתב היו לפניו בעלי דינים הרבה דהם כולם לפני ב"ד ומ"מ מקדימין היתום מכל מקום לא קשיא מידי ואדרבא בזה מדוקדק לשון הרמב"ם דגבי יתום כתב מקדימין וגבי אלמנה כתב קודם והיינו דאלמנה קודמת מצד עצמה אמנם היתום לא היה מהראוי להקדימו מחמת

הת"ח רק לפי שנדחה הת"ח מפני האלמנה מקדימין היתום דעדיף מאלמנה ודו"ק ונראה דאפילו לדעת הכ"מ לדעת הרמב"ם דיתום קודם לתלמיד חכם מכל מקום היינו דווקא אם באו בשוה אבל אין לו דין קדימה שאפילו פתחו ליה בדינא של תלמיד חכם או שבא תחלה לבית דין יהא הוא קודם וכן מורה לשון הרמב"ם היו לפניו בעלי דינים הרבה משמע שהיו לפני הדיין בשוה אבל הא וודאי שאם בא התלמיד חכם קודם וכל שכן אם פתחו ליה בדינא ליכא למאן דאמר שיסלקו דין התלמיד חכם ויקדימו דין היתום דהא ר' נחמן הקדים דין קרובו של מכם אף שבא היתום תחילה אם כן נהי דלפי דעתם ר' נחמן טעה אבל לא שייך לומר דכל כך טעה עד שיהא הדין בהיפוך ממש דאפילו בא התלמיד חכם קודם מסלקינן ליה ובפרט דלפי מה שכתבתי אין ליתום דין קדימה כלל ור' נחמן לא טעה רק שהיה קרובו לכן הבו דלא לוסיף דדוקא אם באו שניהם בשוה מקדימין היתום וזה ברור:

ה ודין ת"ח קודם לדין ע"ה זהו אף דכבר פתחו ליה בדינא של ע"ה משא"כ בכלהו דוקא בלא פתחו כמו שכתבתי בס"ק לפני זה ונראה לי שאם יש דין אחד של שני ת"ח ובדין השני יש ת"ח אחד יש לב' ת"ח דין קדימה נגד האחד כמו ת"ח וע"ה כמו שאבאר. והנה התוס' כתבו שם בד"ה שודא דע"כ שהיה גם השני ת"ח דאל"כ אין זה שודא רק ת"ח קודם מדינא והנה יש להבין כיון דע"כ היה באמת ב' ת"ח א"כ האיך קאמר מעיקרא למישרי בתיגרא דהא בלא"ה היה מקדימו מכח הת"ח השני והנה בתומים ביקש לומר דבנתבע לא שייך דין קדימה ואינו נכון דהא הטעם שלא יתבטל מלימודו וזה שייך גם בנתבע והנה לכאורה היה נראה דכמו דר"נ נסתפק בכוונת ר"י אי למישרי בתיגרא או לשודא כמו כן לא ידע ר"י שזה תלמיד חכם או לא ועל זה קאמר דאי לא ידע שהוא ת"ח אם כן כוונתו למישרי בתיגרא ואי ידע א"כ כוונתו לשודא דדייני או דלא ידע רק היה חושב שמא הוא ת"ח ויש נ"מ לשודא אך קשה על זה למה ליה לר"נ למימר לשודא הא על זה הדרך הראשון דר"י לא ידע שהוא ת"ח היה יכול לומר שני ענינים או למישרי בתיגרא או לשודא כההוא עובדא דנכסיה לטובי' דת"ח קודם לפי שמצוה להנות ת"ח מנכסיו ולמה לו לתפוס לשודא וע"כ דידע ר"נ דגם ר"י מכיר שזה שכנגדו ת"ח שהיה מפורסם לכך הוצרך לומר לשודא אם כן קשה קושיא הנ"ל ובע"כ צריך לומר כך דוודאי אף שהיה שכנגדו ת"ח יש נ"מ למישרי בתיגרא אם יהא עוד דין לפניו וגם שם ת"ח א"כ כיון דבכל אחד ת"ח אין כאן דין קדימה ומקדימין הבא לפניו תחלה לכך שלח ליה דעולא ת"ח ואז יש כאן שני ת"ח ויהא לעולא דין קדימה. אמנם זהו לפיר"ת בתוס' שם אבל לפירש"י דאין צורך לומר דהיה הב' ת"ח לא מוכח דין הנ"ל:

ואמת כי הרב מהרש"א שם נתקשה בכוונת התוספות ומתוך כך הכריח דגם לרש"י צריך לו' דהיה השני ת"ח וע"ש מה שדחק בכוונת התוספות אבל באמת נראה לפע"ד העיקר כפי' מהרש"ל והוא כי נלפע"ד פשוט דאפילו בת"ח וע"ה שנותנין לת"ח לפי שבוודאי היה כוונתו לזה שהמהנה ת"ח מנכסיו וכו' מ"מ אם נראה לב"ד בבירור שלא היה דעת זה האיש מתקרבת אצל החכם כלל רק לאותו השני היה מתקרב הרבה פשיטא דנותנין לשני ועכ"פ אין לת"ח דין קדימה והא דקאמר בפשיטות ת"ח קודם היינו דקמש"ל דהך אומדנא הוא אומדנא נכונה דוודאי לתלמיד חכם כיוון אבל היינו דוקא בששניהם שווין אבל אם יש אומדנא אחרת כנגדו דלשני כיוון מאי אולמי' האי מהאי ואם זו חזקה כפי הנראה לדיין נותנין לשני והשתא לפירש"י דשודא הוא גם כן שהדיין רואה באומדנא א"כ פשיטא דגם דין ת"ח וע"ה נקרא שודא דהוא גם כן על פי אומדנא ומה שלא נזכר מקודם שודא לפי שהיא סברא פסיקא לכל הדינים ואומדנא ידוע הוא אבל פשיטא דכל הנידון על פי אומדנא נקרא שודא לפירש"י וכמו שפירש"י ריש פרק שבועת עדות להדיא הרי שאילו היה כאן אומדנא להיפך לא היו נותנין לת"ח הילכך לפירש"י שפיר יש לומר שלא היה השני ת"ח משא"כ לפיר"ת דהנידון על פי אומדנא לא נקרא שודא כלל ע"כ שהיו כ' ת"ח. אמנם כיון דלפיר"ת מוכח דין הנ"ל ולא מצינו לרש"י שיחלוק בזה בוודאי כן עיקר ונראה דאפילו פתחו ליה בדינא מסלקינן ליה מפני כבודו של ב' כמו בת"ח וע"ה:

טז (א)

אמר אחד מבעלי הדין. דין זה הוא ממה דגרסינן בב"ק דף קי"ב מקיימין השטר שלא בפני בעל דין ואפילו עומד וצווח ואי אמר נקיטי לי זימנא עד דאייתינא ראיה ומרענא לשטרא נקטינן וכתב הרא"ש דמדלא פי' כמה הזמן מסתמא הוא שלשים יום. והנה לכאורה היה נראה כמו דהתם נקטינן ליה זימנא אף דעדים מעידין שזה כתב ידם כמו שפירשו שם ומ"מ נקטינן ליה זימנא דילמא אייתי סהדי ומרעי ליה א"כ ה"ה בעלמא נמי אפילו בגוונא דהמלוה יש לו עדים שהלוה חייב לו יכול הלוה לומר קבעו לי זימנא שאני אביא עדים להיפך. אבל באמת קשה לומר כן דהאיך יעלה על הדעת שיהא הוא נאמן לומר אייתינא סהדי במקום שעדים מחייבין אותו והרי זה כאילו עדים מעידין שאין לו שום עדות ולמה נאמינוהו ללוה הרי שאינו נאמן לומר בטל כל עדים קודם שישבע משום דכיון שהוא אומר אמת פשיטא שאין לו עדים דוודאי עדים לא משקרי וצריך לומר דדוקא התם הוא דקאמרינן הכי דודאי כל שלא נתקבל העדות עדיין אין כאן עדים על הקיום רק דבקיום הקילו לקיים שלא בפני בעל דין ועל זה קאמר דאם

אחר נקיטי לי זימנא נקטינן ליה ואין מקבלין העדים עד שיושלם הזמן וכל כמה שלא נתקבל העדות נאמן הלוה בזה וכן נראה התם דאל"כ מאי ענין דין זה להך דמקיימין שלא בפני בעל דין דהא בכל הטענו' שייך האי דינא אלא וודאי דהכוונה דקיימא לן אם אמר לעדים זייפי לי שטר שוב לא מהני שום קיום אפילו עידי השטר בעצמן רק בזוכרין גוף הלואה א"כ אף כאן אם אומר שיביא עדים שבזה יבוא ריעותא לשטר עד שלא יהא מועיל קיום אבל מ"מ לא יכחיש העדים הילכך שומעין לו ולפי זה בעלמא אינו נאמן לומר נקיטי לי זימנא במקום שהעדים מכחישין אותו דאנן אמרינן בבירור דודאי אין לו עדים ולאישתמוטי הוא דעביד הכי ולפי זה צ"ע על הפוסקים שהוציאו דין הנ"ל מסוגיא הנ"ל מאחר שאין ענין זה להנ"ל כמו שכתבתי. ובתשובת הרשב"א מצינו שלמד דין זה ממשנה סנהדרין אמרו ליה הבא ראיה בתוך ל' משמע דיהבינן ליה זימנא שלשים:

ב פוסקין הדין נראה לפי מה דקיימא לן דנותנין לו אחר זמן תשעים יום כדמסיק בב"ק דף קי"ב היינו דוקא אם הנתבע ביקש זמן להביא ראיה אז שפיר אמרינן בתוך זמן זה שטרח בתר ראיה לא היה יכול לטרוח אחר זוזי ונותנין לו תשעים יום חוץ אותן הל' אבל אם התובע ביקש זמן ב"ד שיביא ראיה כגון שהלוה אומר להד"ם והתובע מביא עדים שלוה אז נראה פשוט דמנכין מן התשעים יום אותן השלשים דכיון שהביא עדים איגלאי מילתא למפרע שבאמת היה חייב לו א"כ היה לו לטרוח בזמן הזה אחר מעות ואם היה מודה או שהמלוה היה מביא אז עדים היו מחשבין מאז תשעים יום ועכשיו שכפר יתחילו התשעים יום לאחר זמן ב"ד וכי בשביל שהוא חוטא נשכר. ופשיטא דבשעה שהב"ד נותנין למלוה זמן ב"ד אומרים לו ללוה אם אתה יודע באמת שאתה חייב תטרח אחר מעות באלו השלשים יום ואם לא תטרח אין לנו ליתן לך זמן ב"ד שנית ואם יביא המלוה עדים הרי כאילו הביא אותם עכשיו. אמנם היינו דוקא אם הלוה כופר אבל בגוונא דטוען איני יודע אם נתחייבתי אז אין אנו מחשבין רק מיום שהביא העדים דכל כמה שלא הביא ראיה היה חושב באמת שאינו חייב לו ולא טרח בתר זוזי כנ"ל ברור. ועוד יתבאר ראיה לזה מדברי הר"ר ישעיה שבטור ועיין בסמוך: (ג) ואיני רוצה לקבל שבועתו עיין ב"ח מה שכתב נ"מ למלוה בזה שיוכל להתפשר עמו בזמן הזה ובתומים כתב דאין צורך לזה דהא קיימא לן בשעת שבועה קוראין סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה לכך אומר לא ישבע ואני אביא ראיה. ואין דבריו נכונים כי לפי דעתו באומר איני יודע אם הלויתני וצריך לישבע שאינו יודע אינו יכול לומר אביא ראיה דהא בזה לא שייך סורו נא דהא אינו משביעו בשקר כלל ואף המלוה חושב דבאמת נשבע

ובטור ומחבר סתמא קתני אך באמת דברי הב"ח דחוקין מאוד דמ"מ גם לאחר השבועה ירצה להתפשר כיון שיחשוב שמא יביא ראיה. לכן נראה פשוט לפי מה דקיימא לן לקמן סוף סי' ע"ה דאם הלוה אינה רוצה לישבע עד שיבטל כל ראיותיו שיש לו שומעין לו ובעדים לא דכיון דהאמת אתו פשיטא שאין לו עדים אבל בטוען איני יודע שיכול להיות שיביא עדים והוא פרט העדים צריך לבטלם ג"כ עיין שם בש"ך א"כ לפי זה לפי מה שכתב ב"י בשם תשובת הריטב"א דהכא נמי אינו נאמן לומר אביא ראיה עד שמסיים המקום והעדים א"כ בכהאי גוונא אם ירצה אח"כ להשביעו צריך לבטלם קודם שישבע הילכך על זה הוא רוצה זמן ב"ד שאם ישבע יצטרך לבטל כל ראיה וכן עדים באופן הנ"ל לזה הוא מבקש זמן ב"ד ואז יהיו ראיותיו קיימין. גם יש לומר דבאמת גבי תובע מיירי שיביא ראיה רק הטור הזכיר עדים כיון דגם בעדים שייך באופן הנ"ל:

ד מה צורך ליתן לו זמן ב"ד. הנה דברי הר"ר ישעיה צריכין ביאור דמשמע מדבריו שהוא נותן חומרא למלוה שאינו יכול ליקח זמן ב"ד רק דוקא כשחייבוהו לישבע ואדרבא הוא קולא למלוה דהא עכשיו כל אימת דבעי יביא ראיה ואפילו יותר משלשים משא"כ אילו היה נותנים לו זמן ב"ד היה צריך להביאם לאחר שלשים דוקא ולא יותר הרי שכתבו כל הפוסקים דאין נותנין לתובע יותר משלשים שיכול הנתבע לומר אני לא בעינא שיהא עלי קול שאני חייב אלמא דזה קיל יותר לתובע מה שיש לו יותר מזמן ב"ד והאיך כתב הר"ר ישעיה דבזה אין נותנין לו זמן ב"ד רק כשיביא ישיב לו הנתבע ומה נ"מ לתובע אם ישיב לו מיד או לכשיביא ראיה כיון שאין נשבע עכשיו ומזה נראה ראיה ברורה למה שכתבתי בס"ק ב' דאם התובע מבקש זמן ב"ד להביא ראיה והביא ראיה מנכין אותן השלשים] ללוה מן התשעים יום וזהו דברי הר"ר ישעי' דדוקא כשכבר טענו ונפסק הדין אז נותנין זמן ב"ד ונחשב הפסק מיום תחילת שלשים כנ"ל אבל כשעדיין לא טענו אינו צריך הנתבע להשיב כלל על טענתו ואז פשיטא שמחשבין התשעים יום כשיביא ראיה כיון שלא טענו כלל מעיקרא וזה ברור:

ה יש מי שאומר כו' ואינו נאמן להביא עוד ראיה. זהו מה שכתב הטור בשם הר"ר ישעיה וכתב ב"י שלמד כן מסוגיא דפרק זה בורר שאם אמר אין לי ראיה שוב אינו נאמן לומר יש לי ראיה ועל זה דחה הוא ראיה דהתם שאני דאמר אין ראיה אבל הכא שאמר מעיקרא שיש לו רק שאינם מצויים עכשיו אם כן אמר כך גם כן לא היה כוונתו שאין לו ראיה כלל רק שאינו יכול להביאם עכשיו והב"ח חשב דהב"י כ"כ לפי שהיה לו נוסחא אחרת בטור ולא כן הוא דהא הב"י ציין על מה שכתב הר"י ואינו נאמן ולא על מה שכתב קודם יש לו להשיב כמו שכתב הב"ח] ונראה דעיקר מחלקותן דוקא שאם

רוצה להביא ראיה קודם השבועה אבל לאחר השבועה פשיטא שגם הב"י מודה דכיון דקיימא לן שצריך לבטל כל שטר וכל ראיה קודם שישבע וכן עדים כשפרט אותם וכאן צריך לפרט העדים כנ"ל בשם הריטב"א א"כ כשבא ואמר אין לי ראיה והשביעו פשיטא שאינו יכול אח"כ להביא ראיה כיון שנשבע ביטל כל ראיותיו ופשיטא שאם היה כוונתו אין לי ראיה פי' שאינם מצויים עכשיו לא היה צריך לישבע אמנם באומר יש לי ראיה קודם שנשבע סובר הב"י דע"כ לא ביטל הראיה רק כשישבע עכ"פ אבל כל כמה שלא נשבע לא ביטל שום ראיה והר"י סובר דמיד שאומר אין לי ראיה הכוונה שאין לו ראיה כלל כמו במתניתין ועל זה השיג עליו דממשנה אין ראיה אמנם לפי זה לא ידעתי מאין יצא לו להרב ב"י שיפרש דברי הר"י דאפילו קודם שבועה לא יוכל להביא ראיה אדרבא משמע מלשונו דלאחר שבועה אינו נאמן להביא ראיה והיינו כנ"ל כיון שנשבע ביטל בהכרח כל ראיותיו ולענין הדין ברור כשאמר סתם אין לי ראיה יוכל לחזור בו קודם השבועה ולהביא ראיה שיכול לתרץ דבריו שלא אמר כן רק כדי שישבע אבל לאחר השבועה לא וגם הר"י מודה בזה כנ"ל:

ו שיפרע לו בלי דחייה כל תנאי שבממון קיים. עיין ש"ך דבתשובת ריטב"א איתא בלי השמטה ובלי תביעת שום זמן ב"ד תנאי קיים והרב קיצר נראה בכוונתו דלפי לשון הרב אינו במשמע שלא יוכל ליקח זמן ב"ד דיש לומר בכוונתו ליקח זמן ב"ד לתשלומין ועל זה כתב בלי דחיה אבל עכשיו דכתב בפי' בלי שום תביעת זמן ב"ד משמע אפילו להביא ראיה אבל מ"מ אפילו לדברי הש"ך צריך עיון דלא מבעיא כשטוען שיביא ראיה שיש בו שום זיוף פשיטא דלא מהני מה שכתוב בו כן דהא אפילו אם כתב בשטר בלא טפיסת טופס מזה השטר מ"מ נותנין לו טופס כשטוען שיש בו זיוף דמה בכך שכתוב בו כן כיון שיש חשש שהכל מזויף א"כ ה"ה הכא אלא אפילו כשיביא ראיה שהוא פרוע או שנמחל פשיטא דלא מהני ג"כ מה שכתוב בו כן דכל זה לא נכתב רק בעיקר הפרעון אבל פשיטא שלא היה כוונתו על שאם יש לו עדים שפרעו וכדומה מן הפסול שלא יוכל להביא' זה אינו במשמע כלל בלשון זה אם לא שנתן לו נאמנות כבי תרי שלא יועיל לו שום טענה אז אינו יכול לומר רק מזוייף אבל בלא"ה נראה פשוט דיכול לטעון יש לי עדים או ראיה שהשטר פרוע שהרי אם היה מביא עדים מיד היה נאמן אם כן יוכל ג"כ ליקח זמן ב"ד דכל מה שיש ריעותא וחשש בעיקר החייוב אינו נכלל בלשון זה כלל וצ"ע:

ז זיוף. עסמ"ע שכתב דמתשובת הרא"ש מוכח אפילו על טענה אחרת נותנין לו הטפסת השטר ובאמת על המחבר כאן פשיטא דלא קשיא מידי שהרי סיים אף על פי שכתוב

בו בלא טפיסת טופס מזה השטר ובהא פשיטא דלא מהני רק טענת מזוייף דהא כל תנאי שבממון קיים כמו שכתב הרב בהגה' לעיל בשם הריטב"א רק טענת מזוייף יכול לטעון כיון שהוא מזוייף גם תנאי זה מזוייף רק קושית הסמ"ע על דברי הב"י בסימן ס' דשם כתב דהרא"ש לא כתב רק בטענת מזוייף ועל זה השיג הסמ"ע דאיפכא מוכח מהרא"ש ובזה נסתלקה השגת התומים על הסמ"ע ולענין הדין אם לא נכתב בשטר בלי הטפסת טופס יכול לטעון מזוייף ובשאר הטענות הוי ספיקא דדינא כי נראה ברור בכוונת הרא"ש כדברי הסמ"ע אבל אם כתוב בו בלי הטפסת טופס מזה השטר בהא לכ"ע לא מהני רק טענות מזוייף כנ"ל:

על חו"מ סימן יז

א בעמידה לכתחילה וכו' והעדים לעולם בעמידה דין זה צ"ע כי נראה לפע"ד דכל זה מעכב אפילו בדיעבד כמו שאבאר. והנה ז"ל הר"ן [הביאו הב"י סימן זה) כדמוכח פרק שבועות העדות דת"ח מעיד מיושב ובשלמא אי אמרינן דכלהו אנשי בדיעבד עדותן עדות אלא דלכתחילה מצוה בעמידה בת"ח אפילו לכתחילה מיושב דכבוד תורה עדיף אבל אי בעלמא אפילו בדיעבד עדותן בטילה ת"ח האיך מושיבין אותו וכי מכשירין עדות פסול (מפני כבוד תורה הוי למימר דלא לסהיד כלל כדאמרינן גבי מלך אלא לאו ש"מ בדיעבד כשר והרשב"א הביא ראיה לדין זה ממאי דאמרינן פרק מי שאחזו בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדיות דגרסינן בירושלמי אמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב אלמא בדיעבד כשר וכיון שכן בעלי דינין יושבין בשעת גמר דין כשר דהא עדים כגמר דין וכן נמי דיינים שקבלו עדותן כשהן עומדין והכי איתא בירושלמי פרק ד' מיתות וכו' מכאן לדיינים שקבלו עדותן כשהן עומדין דיניהם דין וכיון שכן ה"ה לדיינים שגמרו דינם כשהן עומדין וכו' עכ"ל וכן כתב הרא"ש ואחריהם נמשכו הטור ומחבר. אבל לפע"ד נראה דלאו ראיה הוא כלל ואדרבא נראה ראיה להיפך חדא מה שהביאו ראיה מירושלמי פרק מי שאחזו תמהני מאוד דאדרבא מזה להיפך מוכח דהא בגמרא דידן פריך עלי' דאביי דקאמר מפיהם ולא מפי כתבם מהך ברייתא דקתני דבודקין אותו לעדות ומשני בעדות אשה דאקילי בה רבנן ופירש"י דהא אפילו עבד ואפילו שפחה כשר והשתא פשיטא דלגמרא דידן אין ראיה להכשיר עדות מיושב דהא בעדות אשה פשיטא דמהני עדות מיושב דאפילו עבד ושפחה כשר ומפי כתבם אבל בעלמא כל היכי דבעינן עדות שלם לא מהני עדות מיושב כלל ולפי זה מירושלמי מוכח להיפך דוודאי יש לתמוה על הירושלמי דהאיך קאמר זאת אומרת דהא הכא ע"כ בעדות אשה דמפי כתבם

פשיטא דלא מהני בעלמא וע"כ דבאמת כך כוונת הירושלמי דמכאן מוכח דיש עדות מיושב והיינו בעדות אשה דבהכי אירי ברייתא הרי דקאמר מעידין מיושב ולכתחילה פשיטא דלא מהני בעלמא וע"כ דבעדות אשה מירי דאפילו לכתחילה מקבלין ואפילו אי נימא דר"ל חולק באמת על ש"ס דילן ויש לו איזה תירוץ אחר ולא מוקי הברייתא בעדות אשה מ"מ פשיטא דלש"ס דילן אין כאן ראיה מירושלמי להכשיר עדות מיושב בעלמא לבר מעדות אשה והוא תימה על הרשב"א והר"ן לפע"ד. ומה שהביא הר"ן ראיה מדמכשרינן ת"ח בישיבה תמהני מאוד דהא בפ"ב דזבחים פריך מה ליושב שכן פסול לעדות ומשני ביושב ת"ח א"כ מבואר להדיא דהא דת"ח כשר לעדות בישיבה הוא מדאורייתא דאל"כ האיך פריך מינה א"כ מאי קושיא כיון דמן התורה מותר וכל הפסול בישיבה הוא רק גזירת הכתוב ואינו נוגע לעיקר העדות א"כ מה מקום יש להקשות אם התורה לא גזרה בת"ח [תדע דהא הך דינא דאין מקבלין עדות שלא בפני ב"ד לכ"ע מעכב אפילו דיעבד ומ"מ בעדים רדופין או מולי' מותר לקבל א"כ וכי גרע עשה דכבוד תורה מעדים רדופין] ודוקא מלך שחכמים גזרו עליו מכח מעשה שהיה עם ינאי מלך ישראל שפיר אמרינן שלא יעיד כלל משא"כ ת"ח דמותר מדאורייתא דעשה דכבוד תורה עדיף מה מקום קושיא יש כאן מה שלא רצתה התורה שהת"ח יכבוש עדותו רק בטלה עשה דעמידה מפני עשה דכבוד תורה וזה ברור ולק"מ והדבר מבואר שהבין הר"ן דהכשר ת"ח מדרבנן הוא וזה אינו כמו שהוכחתי: ומה שהביא ראיה מירושלמי פרק ד' מיתות נראה לפע"ד דלאו ראיה כלל דהא פשיטא דבהא כ"ע מודו דמה דאסור [עכ"פ לכתחילה] הוא מדאורייתא ולא מדרבנן דהא פ"ב דזבחים רוצה ללמוד לפסול זר לעבודה מדאורייתא מק"ו מיושב ודחי מה ליושב שכן פסול לעדות א"כ מבואר דמדאורייתא פסול והשתא תקשי הא בגמרא דילן דייק רבא ש"מ אף אני כמוהו כשר וכו' ורבנן מעלה עשו והיכי דאי אפשר אוקמוה אדאורייתא דאי ס"ד דבעלמא פסול וכי משום דלא אפשר קטלינן גברא והשתא תקשי הא עומד פסול לכתחילה מדאוריי' בדיינים כמו עדים בישיבה דתרווייהו שווין כמבואר בגמרא והשתא וכי משום דלא אפשר עבדינן לכתחילה לקטול גברא וליכא למימר דדוקא בפסול דיעבד תמה רבא וכי משום דלא אפשר משא"כ בפסול לכתחילה מלבד מה שאין טעם לזה כלל דמ"מ אסור מן התורה לכתחילה ובדיני ממונות פשיטא דאין מקבלין לכתחילה כלל אפילו אין כאן עדים אחרים א"כ דיני נפשות נמי לקטול גברא נקבל לכתחילה מה שאסור מדאורייתא אבל בלא"ה אי אפשר לומר כן דא"כ תקשי האיך דייק רבא דאף אני כמוהו מדאורייתא שרי רק רבנן הוא דאסרו דהא יש לומר דאסור מדאורייתא רק בדיעבד מותר לכך היכי דלא אפשר אף לכתחילה מותר

וע"כ דהא ליתא דכיון דאסור מדאורייתא לא משגיחין במה דלא אפשר למיקטל גברא א"כ ה"ה בקבלת עדות מיושב ובע"כ צ"ל דגמרא דילן ס"ל כיון דעיקר הלימוד מעגלון מלך מואב שעמד כשאמר לו אהוד דבר סתר אליך מאלהים וכתיב ויקם מעל הכסא ובאמת התם משמע שאחר שהזכיר לו שם אלהים עמד ואף כאן בשעה שהוא אומר אינן צריכין לעמוד שהרי עדיין לא אמר ואפשר שלא יאמר שהרי אז עיקר העדות א"כ עיקר העמידה כשגמר השם א"כ הרי הקבלה מיושב ולא מוכח מידי וכ"ש לפי מה שכתבו התוס' פ"ב דזבחים דבדיני נפשות אפילו בדיעבד לא מהני א"כ קשה הא התם דיני נפשות וע"כ כנ"ל ולפי זה כיון דלגמרא דילן לא מוכח מידי אין לסמוך על הירושלמי בזה בפרט לפי מה שאבאר בסמוך דבש"ס דילן משמע להיפך:

ומעתה אביא ראיה דאפילו בדיעבד פסול בישיבה בע"ה דהא בפ"ב דזבחים פריך מה ליושב שכן פסול לעדות ומשני בתלמידי חכמים ופריך מה לשם יושב דפסול לעדות ומשני שם יושב לא פריך ואת"ל דפריך וכו' והנה מלבד מה דדוחק גדול לומר דלשון פסול יהא לכתחילה [והם דחקו מכח ראיות הנ"ל אבל כבר בארנו דלא מוכח מידי] אבל בלא"ה קשה דוודאי יש להבין מאי משני בת"ח הא עיקר הדחיה הוא דפסול זה אינו פסול כמו יושב דהא חזינן דיושב פסול לעדות וזה כשר וא"כ מה בכך דת"ח מותר בישיבה וכי בשביל זה לא עדיף זה מיושב כיון דע"ה עכ"פ פסול בישיבה ובאמת בגמרא אמרו שם יושב לא פריך ויש להבין מ"ש וצריך לומר דהכוונה דאין ללמוד מקבלת עדות דהא חזינן ת"ח כשר בישיבה ואולם בעבודה אפי' ת"ח מיושב פסול א"כ מבואר דאי ענין עדות לעבודה א"כ ממילא אין ללמוד משם כלל והיינו דקאמר שם יושב לא פריך כיון דחזינן דאין ענין עדות לעבודה שוב ליכא למיפרך מינה מידי והדר קאמר את"ל וכו' והשתא אי ס"ד דיושב דוקא לכתחילה פסול א"כ למה לו למימר ביושב ת"ח דבאמת מזה אין כ"כ ראיה דלא דמה עבודה לדין דיש לומר דת"ח כשר בישיבה משום עשה דכבוד תורה שהדיינים מצווים בכבודו משא"כ במזבח הוא מחוייב לעמוד ואין המזבח מצווה בכבודו ומהאי טעמא באמת קאמר את"ל ולמה לא משני בפשיטות דהא יושב כשר בדיעבד בדין ואולם בעבודה אפילו בדיעבד פסול כמבואר במשנה כל הזבחים שקיבלו דמן יושב פסול וא"כ מבואר דאין ענין דין לעבודה כלל וליכא למשמע מינה מידי ולמה לו בת"ח מה שהיה יכול למצוא אפילו בע"ה ואתי שפיר טפי אלא ברור דיושב פסול מדאורייתא אפילו בדיעבד ולזה הוצרך להמציא אפילו בת"ח והתוס' פ"ב דזבחים ג"כ נסתפקו אם יש לפסול בדיעבד וע"ש שהביאו ראיה מן הירושלמי ולפי מה שכתבתי דאין מהירושלמי ראיה ממילא העיקר דפסול בדיעבד:

והנה מדברי התוס' פ' שבועות העדות וביבמות פ' מצות מליצה מבואר להדיא דעדים בישיבה אפי' בדיעבד פסול שכתבו שם דאפי' לר"י מודה בגמר דין ובעדים והקשו על זה דהא במועד קטן מוכיח קריעה מעומד מדכתיב גבי איוב ויקם ויקרע ופריך אלא מעתה ועמד ואמר אלמא תניא בין עומד בין יושב ומשני מי כתיב ויעמוד ויאמר כדכתיב ויקם ויקרע והשתא היכי יליף הכא מועמדו דבעינן מעומד [וכוונתם דבלא זה הוי מצינו למימר דהך דהתם כר"י לכך קדמו לומר דר"י מודה] ותירצו דדוקא התם דכתיב עמידה ומעשה אחריו לא משמע עמידה רק כמו עמדה ונשאת משא"כ הכא דכתיב ועמדו ואין מעשה אחריו בוודאי משמע עמידה דוקא וכתבו דהא דקאמר פרק מצות חליצה בתי עמודי לאו משום דכתיב ועמד ואמר דהא הא לא משמע עמידה דוקא ועוד דכתיב ככה לעיכובא והתם בדיעבד מותר וע"כ משום דהוי כגמר דין ע"כ. והנה יש להבין מאי ענין זה דבתי עמודי לכאן דהא בלא"ה קשה מסוגיא דמועד קטן דמבואר להדיא דלא דרשינן מועמד ואמר א"כ בע"כ דלאו משום ואמר ועמד נגעו בה גם קשה מברייתא דקתני בין עומד בין יושב עיין מהרש"א שהרגיש בזה וע"כ צריך לומר דבלא זה יש לומר דהתם פריך דקריעה אפילו בדיעבד צריך לחזור ולקרוע כדמוכח מעובדא דאמימר דהתם דקרע ונזכר שקרע מיושב וקרע פעם שנית והיינו משום דכתיב ויקם ויקרע ועל זה פריך אלא מעתה ועמד ואמר נמי יהא צריך לחזור ולחלוץ כשחלץ מיושב ותנן בין עומד בין יושב מבואר דעכ"פ בדיעבד מותר ועל זה מחלק דבכהאי גוונא דויקם ויקרע משמע לעיכובא אפילו בדיעבד אבל כל היכי דלא כתיב כי האי לישנא לא משמע לעיכובא אבל מ"מ לאו בכדי נכתב ועכ"פ לכתחילה אסור והיינו דקאמר בתי עמודי ועל זה כתבו התוס' כיון שתירצו דכל היכי דכתיב ועמד במעשה אחריו לא משמע כלל רק כמו עמדה ונשאת א"כ אפילו לכתחילה אינו במשמע ועל זה כתבו דבתי עמודי לאו משום ועמד ואמר רק דהוי כגמר דין ודוק היטב. ולפי זה יש לתמוה בדברי התוס' מאי התחלת קושיא יש כאן עד שהוצרכו לחלק בין עמידה למעשה שאחריו לעמידה סתם הא כאן נמי אין איסור לכ"ע רק לכתחילה וא"כ התם שפיר קאמר דועמד ואמר לא משמע דיעבד רק לכתחילה כמו דבאמת הדין דבדיעבד כשר רק לכתחלה אסור והתם פריך מויקם ויקרע דלא מהני אפילו בדיעבד וליכא למימר דהתוס' דייקי דועמד ואמר לא דרשינן כלל אפילו לכתחילה דאל"כ הא כתיב ככה דמעכב דהא לא כן מבואר בתוס' דמעיקרא לא אסיק אדעתייהו כלל מככה ע"ש היטב וביותר יש לתמוה בדברי התוס' פרק מצות חליצה דף ק"ג בד"ה בין עומד בין יושב שכתבו שם דמ"מ בעינן עמידה לכתחילה דכתיב ועמד ואמר מיהו עכובא ליכא דכתיב ויעמוד ויאמר והכי נמי מפרש במסכת מועד קטן גבי מנין לקריעה

מעומד אבל ועמדו שני אנשים אע"ג דלא כתיב ויעמדו היינו לפי שאין כתוב שם מעשה אח"כ אבל הכא אחר ועמד כתיב מעשה כמו עמדו וקידשו עמדה ונשאת והא דדרשינן בספרי ועמד אין דברים הללו אלא בעמידה אומר רבינו יהודא דשמא לכתחילה בעי הכי כדפרישית ע"כ והשתא יש לתמוה הא דברי התוס' סותרין זה את זה מניה וביה דכיון שכתבו באמת דועמד ואמר הוא לכתחילה ויעמוד ויאמר דיעבד א"כ לאיזה צורך כתבו לחלק בין עמידה שיש עמה מעשה לעמידה שאין עמה מעשה מכח קרא דועמדו דהאי ועמדו ג"כ אינו רק לכתחילה ולכתחילה שפיר דרשינן עמידה אפילו מועמד ואמר ולק"מ וכן מוכח מתירוץ ראשון בתוס' שם דהוי כגמר דין מבואר דבגמר דין פסול דיעבד ואי קשיא באמת לתירוץ ראשון למה בחליצה כשר לק"מ דוודאי לא דמי עמידה ללילה ואפילו לענין לכתחילה נסתפקו התוס' פרק שבועות העדות אם יש לדמותה לגמר דין כמו לילה וע"ש היטב בתוס' שם בסופו ותראה שאי אפשר לפרש כוונת התוס' ביבמות באופן שלא יקשה קושיא הנ"ל ודוק היטב] אלא ברור דדעת התוס' פרק שבועות העדות והתוס' פרק מצות חליצה דהך ועמדו אפילו בדיעבד מעכב כמו שכתבתי. והנה לכאורה יש לתמוה על הרא"ש פרק מצות חליצה שכתב ג"כ כדברי התוס' וחילק בין עמידה שיש בה מעשה ואולם בפרק שבועות העדות דעתו דעדות מיושב כשר בדיעבד והוא תמוה לכאורה כנ"ל. אך אמנם המעיין בראש' יראה שדיקדק דהך ועמד ואמר אסמכתא בעלמא הוא הא דדרשינן בספרי ולא דרשה גמורה הרי שלא רצה הרא"ש לומר שיהא במשמע ועמד ואמר לדרשה אפי' לכתחילה א"כ היכי דלכתחילה אסור מדאורייתא הוצרך לחלק בין אמירה שיש בו מעש' אבל בתוס' א"א לומר כן שהם כתבו שני טעמים חדא דדמי לגמר דין ועוד דכתיב ועמד ואמר מבוא' דלכתחילה דרשי' מועמד ואמר א"כ לאיזה צורך כתבו לחלק בין עמידה למעשה שלאחריו וע"כ דעדות מיושב פסול דיעבד אך מ"מ תסתיים קושיא גדולה על הרא"ש דהא בש"ס במועד קטן דייק קריעה מעומד ואפילו דיעבד מעכב מדכתיב ויקם ויקרע א"כ כמו דפריך מועמד ואמר כן הוי ליה להקשות מועמדו דאינו רק לכתחילה ומ"ש הכא דבדיעבד הרי דלשיטת התוספות באמת הכי מקשה מהך דועמד ואמר אף דלכתחילה אסור מ"מ בדיעבד מותר א"כ כן היה לו להקשות לשיטת הרא"ש מועמדו דאינו רק לכתחילה ואי נימא דסובר הרא"ש דיש הפרש אף באמירה שאין בה מעשה בין ויקם ויקרע דזה רק לכתחילה א"כ מה צורך לו להרא"ש לחלק בין אמירה שיש עמה מעשה הא בלא"ה אתי שפיר דלכתחילה שפיר דרשינן מועמד ואמר (וכ"כ הרא"ש בשם הרמב"ן פרק אלו מגלחין ומבואר דסובר דמככה לא דייקינן רק מה שיש במשמע לכאן ולכאן אבל ועמד דלא משמע רק לכתחילה

לא חיישינן לככה ועכ"פ היה לו להרא"ש להזכיר מככה כאן] וע"כ דמשמע ליה דאי דרשינן דרשינן הכל ואי לא לא א"כ קשה כנ"ל ודברי הרא"ש צ"ע ועכ"פ כיון שביארנו דמירושלמי אין ראיה כלל ואדרבא הבאתי ראיות להיפך גם מדברי התוס' מבואר דאפילו דיעבד פסול א"כ נראה ברור דיש להחמיר אפילו דיעבד גם בפ"ב דזבחים גופא נסתפקו התוס' בזה ע"ש ומה שכתב ב"י דמדברי הרמב"ם משמע דדיעבד כשר לפענ"ד לא מוכח מידי דאכתי תקשי כיון דוודאי לכתחילה אסור מדאורייתא האיך נהגו להיפך מאיסור תורה כדי לסלק המחלוקת וברור דסובר הרמב"ם כדעת הר"ר אליעזר בר' שמשון שהביא המרדכי דלא שייך הך דינא רק בסמוכים דכתיב לפני ה' אמנם אף עכשיו היה נכון לעשות כמו שהיה עושין בזמן שהיו סמוכין רק מפני המחלוקת נהגו להושיב נמצא בזמן הזה דליכא סמוכין אין להחמיר בדיעבד כדברי הר"ר אליעזר הנ"ל אבל בזמן שיש סמיכה או בסמיכה מכל ישראל דמהני אפילו בזה"ז להרמב"ם נראה פשוט שאין להקל בדיעבד בישיבה כמו שבארנו (ב) והעדים לכתחילה לעולם בעמידה נראה לי דכל דינים אלו דוקא בדאוריי' אבל בדבר דרבנן כגון בקיום שטרות וכהאי גוונא אפילו לכתחילה נראה דלא בעינן עמידה בעדים וראיה לזה מהא דפרק האשה שנתארמלה והובא בטור ומחבר לקמן סי' מ"ו שלשה שישבו לקיים השטר שנים מהן מכירין חתימות העדים ואחד אינו מכיר עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותם וכתב הסמ"ע שם ס"ק נ"ד דאע"ג דקבלת עדות דעלמא בשלשה וכאן מקבל האחד מפי השנים הקילו בקיום שטרות ואמרו דנעשה אלו העדים דיינים בשעת הגדה וכאילו ישבו לקבל עדות מפי אחרים עד כאן והנה יש לתמוה דהא עדים בעמידה ודיינים בישיבה א"כ האיך יכולין להיות דיינים לקבל עדות עצמן דמה נפשך אי בעמידה אין דיינים ואי בישיבה אין כאן עדים וע"כ כיון דקיום שטרות דרבנן אפי' לכתחילה יכולין להעיד בישיבה ומשמע עוד אפילו ליכא עיכובא דהא התם יכולין להעיד לפני ב"ד שלם וע"כ כיון דהוא דרבנן אין לחוש אפילו במקום דאפשר [ואמת דלשיטת הש"ך סמיכה מותר בעד ודיין יש לדחות ראיה הנ"ל אך ראייתו מהא דיתי' כמאן דשרי מסאני יש לדחות] אמנם זהו לפי הבנת הסמ"ע הנ"ל אבל כבר בארתי לקמן סי' מ"ו שם דלא כהסמ"ע והקשיתי שם קושיא חזקה על הסמ"ע עד שנדחה פירושו ואי אפשר לאומרו והעיקר הפי' על פי דעת הרא"ש שם דקבלת עדות זה שלא בפני זה מהני ואותן השנים כבר קבלו עדות עצמן מקודם דידיעתן הוי כקבלה לפניהם דלא תהא שמיעה גדולה מראיה ולפי זה אין כאן ראיה לדין הנ"ל אבל מ"מ נרא' כן כמו שאמרו בעדות אשה הקילו גבי נשתתק והא התם הוי בישיבה ש"מ כיון דרבנן

הוא הקילו גם בזה א"כ ה"ה בקייום שטרות דאינו רק דרבנן ורבנן הקילו בכמה דברים נראה שאין להקפיד לקבל עדות בישיבה וכ"ש בדיעבד ודו"ק:

ג מותר לעמוד לפניו. דוקא ת"ח אבל אשת חבר לאחר מיתה אף שצריך לעמוד לפניה מ"מ יש לחוש לאיסתם טענתיה כן איתא בש"ס פרק שבועות העדות ויש לתמוה על הרב שהשמיטו והעתיק דין שזכר הר"ן דבת"ח גופא לא שייך איסתם טענתיה. ואיתא התם דבגמר דין יתי' כמאן דשרי מסאני לפירש"י לא עומד ולא יושב והקשו בתוס' שם דאמאי לא הושיבה דהא עשה דכבוד תורה עדיף ותירצו משום איסתם טענתיה עוד תירצו דבאשת חבר ליכא עשה דכבוד תורה דעדיף. ויש לתמוה לס"ד דגם באשת חבר יש עשה דכבוד תורה למה הקשו על הישיבה הוי להו להקשות על עמידת הדיין דמאי קשיא ליה לר"נ היכי קאים הא עשה דכבוד תורה עדיף ותירץ מהרש"א לגבי אחרים לא אמרינן כן ולפי זה יצא לנו הדין דבת"ח דמותר לעמוד מפניו דיש עשה דכבוד תורה וגם לאיסתם טענתיה אין לחוש מ"מ בגמר דין אין לעמוד מפניו רק להושיבו לת"ח דעשה דכבוד תורה אינו מדחה רק עשה דבעלי דינים בעמידה ולא עשה דדייני' בישיבה. ולפעד"נ דבלא"ה לק"מ דוודאי ר"נ ג"כ היה ת"ח ואיכא נמי עשה דכבוד תורה שישב ולא יעמוד ואף שהוא היה רוצה לכבדה מ"מ לא דחי עשה דידה עשה דכבוד תורה וגם עשה דדיינין בישיבה רק דקשיא להו שהיה לו להושיבה ועל זה שפיר תירצו ודו"ק עוד הקשה מהרש"א שם שהיה לו להושיב גם בעל דין ותירץ דאסור להושיב בגמר דין רק הת"ח לבד וגם בזה יש לתמוה דהא שייך בזה התירוץ א' דלא נדחה העשה דאחרים אך אמנם לפי מה שכתבתי מקודם צריך לומר כתירוץ מהרש"א ועיין היטב במהרש"א שם:

ד ותלמיד שיש לו דין לפני רבו. זהו מה שכתב ב"י דהרמב"ם והטור בדוקא נקטי רבו אבל איניש אחרינא לא והסמ"ע כתב דאינו מוכרח דיש לומר לרבותא נקטי רבו ונראה עיקר כהסמ"ע. וכן מבואר להדיא ברש"י שפי' אהא דקאמר ואי קבעי' ליה זימנא בעידנא טריד ופירש"י שהיה רבו משמע להדיא דמעיקרא לאו ברבו משתעי וכיון דמרש"י מוכח להדיא אפילו אינו רבו א"כ מה שכתבו הרמב"ם והטור רבו ממילא ג"כ הוא לרבותא דאם אין לו זמן קבוע ללמוד באותה שעה אף שלומד שם באקראי לא מהני וכן נראה מבואר מלשון שסיים ובא בזמנו דמשמע דאף שלומד שם כל שלא בא בזמן הקבוע לא מהני וכן עיקר:

ה אין לדיין לפסוק יותר ממה שתבע זהו מה שכתב בד"מ ודייק לה מעובדא דרוני' ב"ב ד"ה ובאמת המעיין שם יראה דלאו ראי' הוא כלל דהתם רבינא לא היה רוצה לבוא לב"ד לדון עמו לכך היה רוצה להתפשר עמו בכל מה דאפשר ומבואר שם דידע רבינא דחייב

ליתן לו לפי מה שגדר ורוני' אתא לרבא לשאול והשיבו שיתפשר עמו כמו שהוא רוצה דאל"כ כשיבוא עמו לדון ואז בוודאי יטעון רבינא לשלם לו לפי מה שגדר וידון לו כר"ה אליבא דר"י כי רבינא לא היה רוצה להתפשר רק להנצל מזילותא דבי דינא אבל אם יהא מוכרח לבוא לב"ד פשיטא:

שיטעון כפי הדין כיון שהיה יודע הדין:

אמנם בתוס' שם משמע שהיו מפרשים כפי' הרב אך לא כדברי הרב ממש כמו שאבאר שכתבו שם דהכא שלא להפחידו אמר כן רק מדינא דאל"כ היה לו לומר מחינא לך בסילא דלא מבע דמא או מגבינא לאפדנא ועוד דהא קאמר זיל פייסי' במה דאיפייס משמע שהיה לו יותר מזה רק מחמת שנתפייס יתן לו כך ויש לתמוה דהא התם סובר ר"ה לפי מה שגדר ורחב"ר דמי קנים בזול ורבנן פליגי אליבא דרחב"ר דמי אגר נטירא ורבינא הי' תובע אותו מתחילה לפי מה שגדר ואח"כ דמי קנים בזול ואח"כ אגר נטירא א"כ מנין להו לתוס' דסובר דהדין לפי מה שגדר דילמא דמי קנים בזול ושפיר קאמר זיל פייסי' במה שלא היה נותן לו כי אם אגר נטירא והא דקאמר דיינין לך כר"ה אליבא דר"י הוא להפחידו. והוא תמוה לכאורה ותמהני על המפרשים שלא הרגישו בזה ועוד כיון דמה שאמר דיינין לך כר"ה אליבא דר"י משמע להו שפיר בתירוץ ב' דלהפחידו קאמר א"כ מאי קשיא להו במה דקאמר זיל פייסי' הא נמי להפחידו קאמר שיהא סובר דזהו רק מחמת הפיוס אבל מדינא יש לפסוק כר"ה אליבא דר"י. לכן נראה ברור דוודאי מה שנסתפקו התוס' אי להפחידו קאמר או מדינא לא נסתפקו רק במה דסובר ר"ה אליבא דר"י לפי מה שגדר או דסובר באמת כרחב"ד דמי קנים בזול ולהפחידו קאמר אבל בהא לא נסתפקו במה דקאמר ר"י אמר שמואל הלכה כר"י דוודאי סובר כן דאין חילוק כלל בזה רק במה דפליגי אליבא דר"י נסתפקו ואהא קשיא להו אהא דקאמר זיל פייסי' מה שהוקשה לו להרב בהגה' דלמה לא פסק כדין בין אי הדין באמת דמי' קנים או לפי מה שגדר סוף סוף היה לו לפסוק כן ולא אגר נטירא ומזה הוכיחו דבאמת הלכה כר"ה אליבא דר"י והשתא שפיר פסק דוודאי רבינא דלא תבע רק אגר נטירא לאו משום שהיה טועה בדין עשה כן דהאיך ס"ד דרבינא דהוא גברא רבה יטעה כ"כ בתרתי חדא דהלכה כת"ק ועוד דלר"י דמי קנים בזול דאי לפי מה שגדר ממילא לרבנן דמי קנים בזול והאיך טעה רבינא כ"כ אלא וודאי דלאו משום טעות עשה כן רק ידע ומחל משא"כ אי באמת הדין דמי קנים בזול ורבינא לא טעה רק אגר נטירא כרבנן בזו יש מקום לומר דטעה דהלכה כרבנן א"כ האיך קאמר זיל פייסי' באגר נטירא היה לו לפסוק הדין האמת דמי קנים בזול אלא וודאי דהלכה לפי מה שגדר ושפיר קאמר זיל פייסי' דוודאי ידע

ומחל כן נראה ברור כוונת התוס' ולפי זה מבואר מדברי התוס' דכל היכי שיש לתלות בטעות וחסרון ידיעה שפיר יש לו לדיין לפסוק כדין האמת דלאו כ"ע דיני גמירי משא"כ בת"ח והטעות רב עד שרחוק שנאמר שטעה כ"כ אז אין לו לפסוק רק כמו שתבע דוודאי ידע ומחל ואתי שפיר מה שכתבו התוס' פרק לולב הגזול דרבינא ידע ומחל והיינו כמו שכתבתי דוודאי לא טעה וזה ברור ודלא כהרב שפסק בפשיטות אף לפי פי' הש"ך דכל דתבע כך אמרינן דמחל ומספיקא לא מפקינא ממונא ולא כן דעת התוס' כמו שבארנו: אך אמנם יהא הפי' איך שיהיה קשה מה שהקשה הסמ"ע דהאיך קאמר ואי לא דיינין לך כר"ה אליבא דר"י דהאיך יכול לפסוק כן כיון דרבינא ידע ומחל כנ"ל וביקש הסמ"ע לומר דמ"מ מטעם קנס ביקש לחייבו כפי הדין או מדינא דלא נתרצה רק אם יהא ציית דינא וישלם מעצמו אבל ע"י כפיה שפיר רוצה בכל והש"ך דחה דבריו דכוונת התוס' דהדין באמת כר"ה אליבא דר"י אבל מ"מ עכשיו להפחידו אמר מאחר שידע ומחל. ואין דבריו נכונים כלל דהא התוס' הביאו ראיה דלא להפחידו קאמר מדלא קאמר מחינא לך בסילא דלא מבע דמא או מגבינא אפדנא. ופי' מהרש"א דכוונתם דלמה לו להפחידו בדבר שלא יוכל לעשות באמת היה לו להפחידו בדבר שיוכל לעשות. וא"כ לפי' הש"ך מה זו ראיה הא עכשיו נמי להפחידו קאמר ולמה לו להפחידו במה שאינו מן הדין דהא ידע ומחל ובע"כ דכוונת התוס' באמת דהכל מדינא קאמר ולא להפחידו וקשה כנ"ל. לכן נראה עיקר בזה כהסמ"ע דדוקא כשציית דינא אמרינן דמחל אבל לא כשיסרב על פסק דין לא היה בדעתו למחול כלל ואומדין דעתו בכך לכך היה אומר לו זיל פייסי' ואז יהא הדין אגר נטירא דידע ומחל משא"כ כשתסרב אין כאן מחילה וכל זה דוקא במקום דלא שייך לומר דטעה כעובדא דר"ה אבל במקום דיש לומר דטעה וכ"ש בע"ה דלא ידע דינא כלל נראה פשוט דיש לדיין לפסוק כפי הדין בפרט לפי הנראה אין ראיה מהתם כלל כמו שכתבתי דרבינא לא היה לפני רבא כלל א"כ ממילא הבו דלא לוסיף יותר מהנראה מתוס' הנ"ל:

על חו"מ סימן יח

א דטוב להתחיל מן הקטן. דין זה לא נהירא כלל מכמה טעמים כמו שאבאר חדא דכל זה לפי מה שהבין הנ"י דאין איסור אפילו בדיני נפשות (הערה היינו בימים הקדמונים בעת שהיו דנים דיני נפשות) לענות על רב רק דהכתוב מזהיר שיעשו באופן שלא יצטרכו לענות על רב ולא משום כבודו אלא שמא לא ירצה התלמיד לחלוק שיתבייש ממנו וחששו החשש' דוקא בדיני נפשות דחמירי ולא בדיני ממונות הילכך טוב להתחיל מן

הקטן. דמ"מ טוב לחוש גם בדיני ממונות אבל לפי מה דמוכח בתוס' דיש איסור לענות על רב א"כ צריך לומר דבדיני ממונות אין איסור כלל וכ"כ התוס' להדיא א"כ אין מקום לחוש להתחיל מן הקטן. ואמת כי דברי התוס' תמוהין לפע"ד דהא בגמרא פריך אהא דכהן גדול מעיד בפני מלך והא אין מושיבין מלך בסנהדרין וקשה הא בדיני ממונות לא שייך לענות על רב ושפיר מושיבין מלך בצירוף אחרים כיון שהאחרים יכולין לענות ולחלוק עליו ע"ש. אך מ"מ אפילו אי נימא כפי' ראשון בתוס' מ"מ עכ"פ מבואר מסוגיא הנ"ל דבדיני ממונות אסור להתחיל מן הצד דאי ס"ד דמותר ואדרבא טוב יותר אם כן קשה קושיא הנ"ל למה לא יעיד לפני מלך בדיני ממונות דאי משום לא תענה על רב הא יכול להתחיל מן הצד אלא ברור דמשמע ליה למקשה מדקתני בכולה מתניתין דיני ממונות בין כך ובין כך ודיני נפשות דוקא בכך ואולם בהך נקט דיני ממונות מתחילין מן הגדול ודיני נפשות מן הצד משמע דלעיכובא נקט כן כאן מן הצד כאן מן הגדול דאל"כ הוי ליה למימר דיני ממונות מתחילין בין מן הצד בין מן הגדול דיני נפשות מן הצד והטעם הוא דוודאי היה ראוי להתחיל לעולם מן הגדול דוקא כדי שישמעו הקטנים ממנו סברתו ויודו לדבריו משא"כ הקטן שאינו בקי כ"כ ויאמר סברא מה שאין הגדול יודה בה ועביד אינשי לאחזוקי דיבורייהו לכך יותר טוב להתחיל מן הגדול ואם יהא נראה סברתו יודה לו. אמנם בדיני נפשות יש לחוש אבל בדיני ממונות אין לחוש ולפי זה ממילא אפילו לפי' הנ"י מ"מ כיון דבמתניתין לא חששו להך חששא האיך ניקום אנן וניחוש ונעביד היפך הדין ומה נדע אשר לא ידעו גם מדפריך עלי' דרב דקאמר דבמנינא דרבי הוי מתחילין מיני' מהא דקתני מתחילין מן הגדול מבואר כהנ"ל דאסור להתחיל בדיני ממונות מן הצד. ומה שכתב בתומים לא נהירא כלל דהא רש"י פי' בהדיא דכל מנינייהו מן הצד הוי לפי שהי' עניו מאוד מבואר דאין כאן מקום להתחיל מן הצד רק לפי שהיה עניו ולסברת הנ"י בלא"ה טוב להתחיל מן הצד אלא וודאי דהא ליתא גם מה שכתב הסמ"ע דדעת רש"י דאין איסור לענות על רב ודיקדק כן מלשון רש"י אומר אני דכד מעיינת ההיפך מבואר מלשון רש"י שם בגמרא שכתב וז"ל לא תענה על רב כתיב בלא יו"ד ומשמע לא תחלוק על מופלא של ב"ד הילכך לא מתחילין מיניה דילמא חזי עלי' חובה ולא פלגינן עלי' עכ"ל. מבואר מדבריו דיש איסור לענות על רב. ולפי זה ממילא מה שכתב במשנה ולא ירצה לחלוק עליו משום לא תענה על רב כוונתו משום איסורא דאית ביה משום לא תענה על רב ועוד נראה דכוונת רש"י דסובר דדרך שאלה מותר כמו שכתבו התוס' אבל עכ"פ ברור דיש איסור לענות על רב דלא כנ"י הנ"ל

וכן בזה להתחיל מן הקטן נראה דלא טוב לעשות כן מאחר שאין בזה חומרא רק קולא כנ"ל וצ"ע:

ב ונמצאו חמשה נושאין ונותנין בדבר. כל זה הוא לשון הרמב"ם פ"ח מהלכות דיינים ולפי שראיתי שערורי' בזה בדברי הפוסקים ובהבנת דברי הרמב"ם הנ"ל גם הראב"ד והרשב"א השיגו על הרמב"ם מן הירושלמי וש"ס דילן גם דברי הרמב"ם גופא סותרין עצמן למה שכתב בפי' המשנה לכן אבאר דברי הרמב"ם על נכון והנה לשון הרמב"ם הוא מה שכתב המחבר שנים אומרים זכאי כו' עד הולכין אחר הרוב ותמה הראב"ד ז"ל דהא בגמרא אמרינן דאותו שאומר איני יודע כמאן דליתא והאיך קאמר הוא נמצאו חמשה נושאין ונותנין גם מדהוצרך לומר שלשה זכאי מבואר דאותו שאומר איני יודע כמאן דאיתא דלכך הוצרך שלשה שיהא רוב כנגדו ג"כ ועל זה השיג הרשב"א והביא הירושלמי ופי' בו מה שפירש וכלל דבריו דאותו שאומר איני יודע כמאן דליתא הילכך כל ששנים מזכין ואחד מחייב שיש כאן שלשה שאומרין דעתם בבירור הולכין ביניהם אחר הרוב ולא משגחינן באותן השנים האומרים איני יודע אמנם בשלשה מזכין ושנים אומרים איני יודע נראה דסובר הרשב"א דגם להרמב"ם זכאי ולא מוסיפין דכיון דאותו שאומר איני יודע כמאן דאיתא הרי בטל במועט נגד ג' המזכין אמנם בדברי הרמב"ם לא נזכר רק שלשה מזכין ואחד מחייב ואחד איני יודע מבואר לכאורה דמצריך ארבעה דיעות מבוררות וביניהם הולכין אחר הרוב דאל"כ הוי ליה למימר רבותא טפי אפילו אין כאן רק ג' דיעות מבוררות דהיינו שלשה מזכין ושנים איני יודע. גם הקשו עליו דבפי' המשנה מבואר דאפילו ארבעה מזכין או מחייבין כל שאחד אומר איני יודע מוסיפין וזה בהדיא היפך דעתו בהלכות והנה הרב בעל כ"מ ולח"מ פירשו דברי הרמב"ם דסובר דלא אמרינן כמאן דליתא רק בדיני נפשות ולא בדיני ממונות ע"ש. ובאמת שכן מוכח מדברי התוס' שהקשו הא באמר אחד מן התלמידים זכות מעלין אותו וכו' והאיך יגרע אותו שאומר איני יודע מאחד מן התלמידים ותירצו דהתם לחובה ואחד מן התלמידים לזכות ולפי זה בדיני ממונות שיכול לומר לזכות ולחובה ממילא גם באינו וידע יכול לומר לזכות ולחובה וזה ברור: אך גוף דברי התוס' נפלאו ממני חדא דמאי קושיא הא אחד מן התלמידים אינו רק מזכיר דברים ואם יש ממש בדבריו מעלין אותו והוא אומר דבריו לפניהם והם נושאין ונותנין ומי שמקבל דבריו נחשב לדעה אחת ואם רוב מקבלין יוצא זכאי אבל אין הוא נחשב לדעה בפני עצמו שיצטרף לרוב לבטל למי שלא יקבל דבריו הא וודאי ליתא כיון שאינו מן המנויים בכלל הסנהדרין הרי דהרוצח בעצמו היה יכול ללמוד על עצמו זכות והיינו כהנ"ל אבל פשיטא שאינו נחשב לדעה ואף זה שאומר

איני יודע דאמרינן כמאן דליתא היינו שאינו נחשב בכלל המנויים להטות אל הרוב רק איש בפני עצמו ככל המלמד זכות וכאחד מן התלמידים ואי נימא דכוונת התוס' כיון דאותו שאומר איני יודע יכול לחזור וללמד זכות כאחד מן התלמידים א"כ ממילא ראוי שיהא נחשב לדעה ג"כ שהרי הוא מן המנויים א"כ מה זה שתירצו התוס' כאן לזכות כאן לחובה מה בנך דהוא לחובה מ"מ האיך אתה אומר שהוא כמאן דליתא כיון שיכול ללמד זכות ויהא נחשב אז בכלל המנויים ודעתו דעה כשאר המנויים א"כ האיך הוא כמאן דליתא ותו קשה הא קיימא לן דאפי' המלמד זכות יכול לחזור וללמד חובה בשעת גמר דין א"כ הרי הוא ג"כ כמאן דאיתא ללמד חובה בשעת גמר דין דלא גרע ממלמד זכות גמור גם לשון הרמב"ם בפרק תשיעי ואותו שאומר איני יודע הרי הוא כמו שאינו שהרי אינו חוזר ומלמד חובה ופי' הכ"מ ולח"מ דבריו דהיינו על פי' התוס' הנ"ל דלזכות יכול ללמד:

והדבר תמוה דא"כ האיך הוא כמו שאינו כיון שיכול ללמד זכות והלח"מ כתב שם כיון דאפילו אחר יכול ללמד זכות שפיר מחשב כמאן דליתא אבל הוא תמוה דהא הוא בכלל המנויים משא"כ אחר וליכא למימר דבאמת אפילו לזכות אינו בכלל המנויים ושפיר הוי כמו שאינו הא ליתא דא"כ למה כתב לפי שאינו מוזר ומלמד חובה במאי איירי אי שיהא כאחד מן המנויים אף לזכות אינו יכול ואי כאחד מן התלמידים אף אם היה יכול לחזור וללמד חובה הרי הוא כמו שאינו וע"כ דכל שיכול לחזור וללמד חובה הרי הוא כמו שישנו אם כן תקשי הא לזכות יכול גם הלח"מ העתיק דברי הרמב"ם שהרי אינו יכול לחזור וללמד חובה לכך פי' מה שפירש ולא כן לשון הרמב"ם רק שהרי אינו חוזר ומלמד חובה:

ומה שנראה לי בכוונת הרמב"ם פשוט הוא כך דרש"י פי' שם גבי הא דאמר ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה וז"ל ואי אמר טעמא מראה פנים לחובה ומראה פנים לזכות ומשום הכי מספקא ליה עכ"ל. וכוונתו פשוט ומבואר דוודאי כל כוונת הסוגיא הוא אם נחשוב אותו שאומר איני יודע לדעה בפני עצמה שהרי הוא אומר טעמא למה הוא מסופק ומאיזה צד בא לו הספק א"כ הרי לפי ספיקו יצא זכאי א"כ צריך שיהא ברוב המחייבין רוב כנגדו ג"כ מאחר שנותן טעם לדבריו למה הוא מסופק דבשלמא בלי טעם אין להחשיבו כדעה כלל משא"כ כשאומר טעמו ועל זה קאמר דמ"מ כיון שאומר איני יודע לא נחשב כדעה ולא נצטרף לא למחייבין ולא למזכין וצריך שיהא מועט ורוב בלי אותו המסופק ודין זה הוא נוהג בין בד"מ בין בד"נ ואין חילוק כלל וזהו דקאמר התם דבמוסיפין עושין ב"ד שקול דכיון שאין דעת האומר איני יודע נחשבת לכלום ואינה

מצטרפת הרי יש כאן ב"ד שקול אמנם אם יחזור בו אותו שאומר איני יודע ויאמר דעתו לזכות או לחובה בהא לא איירי התם כלל וכבר נתבאר הדין שבין דיני ממונות לנפשות לדיני ממונות בענין החזרה ריש פרק אחד ד"מ ואדרבא נראה לפע"ד שיכול לחזור בו דמה בכך שאמר איני יודע הלא כולם מתחילה אינן יודעין רק אחר העיון והשתכלות אומרין דעתם וזה נתברר לו אח"כ ובשלמא כשכבר אמר דעתו לזכות בבירור אינו יכול לחזור מאחר שכך נגמר בדעתו משא"כ כשלא אמר כלום רק איני יודע וזהו בכולם בתחילת העיון. ומה שכתב פרק תשיעי שהרי אינו חוזר ומלמד חובה כוונתו לפי שאינו חוזר רק עומד בדיבורו איני יודע לכך הרי הוא כמו שאינו שאינו מצטרף לא למזכין ולא למחייבין ומה ומה שכתב לחובה הוא משום דלזכותו לא איירי התם כלל דאי היה חוזר לזכות לא היה מוסיפין כלל רק לפי שאומר איני יודע אבל לחובה עדיין היו מוסיפין כגון אחד עשר מזכין ואחד עשר מחייבין ואחד איני יודע א"כ אפילו חוזר בו אותו המסופק כל שחוזר לחובה עדיין מוסיפין רק אם חוזר נחשב לדעה משא"כ אם עומד בספיקו אינו נחשב לכלום משא"כ בחוזר לזכות אין מוסיפין כלל ודוק היטב] וזהו שכתב הרמב"ם נמצאו חמשה נושאין ונותנין בדבר והיינו שיכול להיות שאותו שאומר איני יודע יחזור בו לזכות או לחובה ואז שומעין לו ודוקא כשאומר איני יודע אינו מצטרף ולא נחשב לדעה משא"כ כשחוזר לברי אמנם בהא סובר הרמב"ם דכיון דאותו שאומר איני יודע כמאן דליתא א"כ כל היכי שהראשון אומר איני יודע ומוסיפין שנים ואותן השנים מחולקים שפיר אזלינן בהארבעה אחר הרוב ואותו איני יודע הראשון כמאן דליתא אבל אם גם בשנים הנוספין אחד אומר דעתו ואחד איני יודע כיון שאותו שאומר איני יודע לא נחשב כדעה הרי אין כאן הוספה ואנן מוסיפין שנים בעינן שיהא כאן ארבעה ואותו שאומר איני יודע לאו כלום הוא ואין כאן רק ג' לכך כתב דבעינן ג' מזכין ואחד מחייב או ארבעה מזכין או מחייבין דבעינן ארבעה דיעות ואיני יודע לאו דעה היא כלל וזה הוא ששנינו בתוספתא על השנים הנוספים אחד אומר חייב ואחד איני יודע מכיון שאמר איני יודע אין כאן רק אחד פי' דאותו שאומר איני יודע אינו כלום ואין כאן נוסף רק אחד ואנן בעינן ארבעה שנים הנשארים ושנים נוספין ובירושלמי נמי בהכי אמרי' דת"ק סובר דכל שאחד מן האחרונים מגלה דעתו בבירור לא איכפת לן במה שהשני אומר איני יודע ועל זה פליג ר' אילא דמכיון שנראה דינו בארבעה אין גומרין בשלשה והיינו כהך דתוספתא לכך פוסק הרמב"ם כר' אילא כיון שהתוספתא כוותיה וכן הוא דעת הרמב"ם בפי' המשנה להדיא שכתב וז"ל ויוסיפו הדיינים שיוסיפו שנים ויהיו חמשה ואם אירע עוד כגון זה המאורע בעצמו ואמרו שנים זכאי ושנים חייב

ואחד איני יודע או שאמר הארבע זכאי או חייב ואחד איני יודע יוסיפו שנים וכו' עכ"ל. והנה הרב בעל לח"מ הבין דעתו דאפילו (כן הוא בש"ס בדפוסים הישנים ועכשיו הוגה שאמרו והוא משובש לפע"ד כמו שכתבתי) ארבעה אמרו זכאי ואחד איני יודע יוסיפו דלא כמו שכתב בהלכות וכן הבין בתומים ואני תמה שהרי הרמב"ם כתב או שאמר הארבע ואי כוונתו כדבריהם היה לו לומר או שאמר ארבעה זכאי כמו שכתב בהלכות ומה זה שכתב אמר לשון יחיד וכתב הארבע דאין לו שחר כלל היה לו לומר שאמרו ארבעה הזכיר ועוד אי כוונת הרמב"ם כמו שהבינו הם לאיזה צורך דין מחצה על מחצה מאחר שדעתו כל שאחד אומר איני יודע מוסיפין והוא תמוה לפע"ד. אבל באמת כוונתו פשוט ומבואר כהך דתוספתא וירושלמי הנ"ל דוודאי מיירי בשנים אומרים זכאי ואחד איני יודע דעלה אמרינן יוסיפו ועל זה קאמר שאם אח"כ עדיין הם מחצה על מחצה ואחד איני יודע או שאמר הארבע זכאי או חייב וכוונתו בתיבת הארבע היינו הרביעי הנוסף ואחד אומר איני יודע וכן הוא בתוספתא להדיא ועל זה פסק דמוסיפין דאף שיש כאן רוב ומועט בין אלו הג' היינו שנים הראשונים עם הרביעי מ"מ כיון שהשני הנוסף אומר איני יודע אין כאן נוסף רק אחד ועדיין מוסיפין והטעם שכיון שנראה דינו ליגמר בארבעה אין גומרין אותו בשלשה ודבריו בפי' המשנה ובהלכות עולין כאחד וזה ברור. ולפי זה נסתלקו כל הקושיות על הרמב"ם גם קושית הרשב"א והראב"ד דאדרבא דעת הרמב"ם דאותו שאומר איני יודע כמאן דליתא ואין חילוק בין ד"נ לד"מ כלל ובזה תבין מה שכתב הרמב"ם שם הביאו המחבר כאן דאותו שאומר איני יודע אין צריך ליתן לו טעם לדבריו מאיזה צד בא לו הספק ויש לתמוה מאין הוציא הרמב"ם דין זה והרב בכ"מ לא כתב שורש ומקור דין זה כלל ולפי הנ"ל ניחא דכיון דהוא מפרש כמאן דליתא היינו כל שאומר איני יודע ואי אמר טעמא הכוונה שמפרש מאיזה צד בא לו הספק א"כ מבואר דלעול' אינו צריך לגלות דעתו רק סתם דאל"כ האיך קאמר ואי אמר טעמא הא לעולם צריך לומר דעתו קודם הוספה וע"כ דאינו צריך וזה ברור והטעם כיון שאף אם יאמר דעתו לא נחשב לדעה לאיזה צורך יאמר כיון שאינו נחשב לכלום. ודוק היטב בכל הנ"ל ובס"ק שאחר זה יתבאר עוד בזה:

ג ואפשר דעתו לחלק. עיין תומים שתמה על הרב הא כפי הנראה מלשון הרמב"ם ומחבר אינו רק באחד אומר איני יודע א"כ הא גם מעיקרא לא נחתי רק מארבעה לכך סגי בארבעה אבל התם דבררו להם עשרה צריך עשרה ומה קושיא גם על הרמ"ך שהביא ב"י תמה שכתב דרבותיו לא פירשו כן והביא ראיה מש"ס דקאמר שאני הכא דמעיקרא אדעתיה דג' נחתי א"כ הכי נמי אדעתא דחמשה נחתי והוא תמוה הא האחד אומר איני

יודע א"כ לא נחתי רק אדעתא דארבעה והרי הרמב"ם נקט ארבע דיעות ברורות ע"כ ועיין מה שהאריך ובאמת לק"מ דכוונת הרב ורמ"ך בפשיטות דהא הרמב"ם נקט הרי חמשה נושאין ונותנין ש"מ שאף אותו שאומר איני יודע הוא בכלל לענין אם יחזור לברי א"כ שפיר הקשו דבשלמא אם אותו שאומר איני יודע מקודם אומר עכשיו ג"כ שפיר מהני דהא אדעתא דהכי נחתי או שיחזור בו או שיעמוד בספיקו אבל אם הוא באמת חזר לברי רק אחד מן הארבעה נסתפק שפיר יש לומר דהא אדעתא דחמשה נחתי אותו שאומר איני יודע שמא יחזור וארבעה דיעות ברורות ועכשיו זה שחזר הרי אדעתא דהכא נחתי וזה מן הארבעה שנסתפק אינו מן המנין ולא מהני דהא אדעתא דד' דיעות ברורות נחתי ולא לספק שאינו בכלל כלל והרמב"ם ומחבר כתבו להדיא בין שהוא אותו שאמר תחילה איני יודע בין שהוא אחר הולכין אחר הרוב ועל זה הגיה הרמ"א וכן נראה לי עיקר דלא כמו שכתב לעיל סי' י"ג לפי זה היה הדין כשאחר מחדש מן הארבעה אומר איני יודע לא מהני דהא נחית לד' וע"ז כ' לחלק בין אם מתחילה נחית יותר מג' בין אם מתחילה נחית לג' רק אח"כ נעשה ד' וע"ז כתב דאינו נראה וזה ברור בכוונת הרב ורמ"ך ולפי זה נדחו דברי התומים בזה גם מה שכתב שם עוד בכוונת הרמב"ם הכל ליתא ועיקר כמו שכתבתי בס"ק לפני זה:

ד עד ע"א. עיין תומים מה שהקשה הא דאמרינן בהוריות מאה שישבו להורות הא אין סנהדרין יותר מע"א ותירץ דמשכחת לה באמר אחד מן התלמידים ע"ש. ואין דבריו נכונים דברור דלא אחרינן באחד מן התלמידים רק דשומעין דעתו ומה שהוא מצדד לזכו' ומי שמקבל דבריו הוא יהא דעה ומי שלא יקבל לא יקבל ורואין אם נתקבל בין הרוב שומעין לו אבל פשיטא דהוא אינו בכלל המנויים להיות הוא נחשב לדעה הרי. הרוצח בעצמו היה יכול ללמד עליו זכות ומ"מ פשיטא דאינו מן המנויים וכן משמע להדיא בגמרא דאפילו אין ממש בדבריו מעלין אותו ויושב שם כל היום והיינו שכל היום הוא מצדד בזכותו ואם רואין שיש בדבריו ממש שומעין לו ואם לאו אין שומעין לו אבל פשיטא שהוא אין לו דעה בפני עצמו כשאר המנויי' וזה ברור ובעיקר הקושיא נראה דדוקא לענין דינים אמרינן שאין סנהדרין יותר מע"א אבל באו"ה פשיטא שאין מקפידין על המנין ואפילו מאה יושבין ומורין וז"ב ומה שכתב המחבר ס"ד בשם הגהת הרא"ש עש"ך ס"ק ה' ועיין תומים בזה והנכון אתו ומ"ש המחבר ס"ו עיין מה שכתבתי לעיל סי' י"ג בזה:

על חו"מ סימן יט

א' מכניסים. משנה סנהדרין דף כ"ט ופירש"י דבגמרא פריך הא לא אפקינהו ובגמרא משני כר' נחמיה דמוציאין בעלי דינים ופי' הרמב"ם בפי' המשנה ובהלכות דהטעם הוא שלא ידעו בעלי דינים מי הוא המזכה ומי הוא המחייב והטור כתב ג"כ טעם זה אך אחר שכתב דין דהגדול שבהן אומר ופי' ב"י דאמכניסין קאי דהיינו כמו שכתבתי והב"ח והסמ"ע פירשו דאגדול קאי ולא נהירא כלל דהא בסי' י"ח הביא הדין דמוציאין והאיך לא נתן שם טעם זה דהא זה הטעם עיקרו נזכר בגמרא על זה ולא על מה שהגדול אומר ומה צורך ליתן טעם על זה פשיטא דכך ראוי לעשות משום כבודו של גדול ומנין לו להטור טעם זה ולמה נטה מדברי הרמב"ם שפי' טעם זה על מכניסין אלא ברור דודאי בסי' הקודם הביא העיקר הדין דמוציאין רק לפי שבמשנה רמזו דין זה וטעם הנ"ל באמרם מכניסין כמו שפירש"י ועלה דייקינן הא לא אפקינהו לכך גם הטור כתבו כאן אבל על הגדול אין מהצורך ליתן טעם ואולי גם כוונת הטור להשמיענו דאפילו הגדול היה דעתו בהיפך יאמר הוא הפסק כדי שלא יבינו ומחמת כבודו של גדול אומר הוא תמיד:

ב מכלל הולך רכיל. כתב מהר"א שטיין דבכלל לאו זה שלא יאמר אחד לנידון הדיין עשה לך שלא כדין במה שחייב אותך כדאמרינן בהגוזל גבי מגרמותא ע"כ והביאו הב"ח ולפעד"נ דאין כאן ראי' דהתם היה המעשה דרב פסק במוגרמת שנחלקו ריב"י ורבנן דטרפה כרבנן ופגעו רב כהנא ור"א באותו השואל ואמרו לו תרתי עביד לך רב ולא נתברר הפי' מה היה כוונתם אי תרתי לגריעותא שטעה כרבנן גם מה שפטרו לטבח וקאמר דתרתי למעליותא דלגריעותא האיך עביד הכי והא תנן מנין לדיין שיצא לא יאמר אני מזכה וחברי מחייבין ומה אעשה שחברי רבו עלי שנאמר לא תלך רכיל ע"כ. ויש להבין באמת מאי ראיה הא התם בדיין היוצא מב"ד והכא באיש אחר ובע"כ דבאמת כלל הוא כל שאי אפשר להפוך הענין ואין נ"מ לבעל דין בדיבורו אין לגלות מי המזכה ומי המחייב דהרי זה בכלל הולך רכיל אבל אם יש נפקותא בזה שעדיין יכול להפוך הדברים או שהבעל דין ילך שנית לפני הדיין שיחקור עוד אם לא טעה אז פשיטא דאין כאן איסור וכן מבואר בלשון אבל מה אעשה שחברי רבו עלי הרי דמירי בדבר שאין לו תקנה א"כ הרי אין זה רק לשון הרע והולך רכיל וכן התם דאמרו לו תרתי עביד לך בלי שום פי' ואי כוונתם תרתי לגריעותא כיון שלא אמרו שום טעם רק הולכין ממנו והבהמה נשארת בטרפותה א"כ הרי אין כאן רק הולך רכיל ולפי זה דינו של מהר"א שטיין הוא דוק' ג"כ בכהאי גוונא שאין שום נפקותא אבל כל היכי שעדיין יש נפקותא

בזה שיכול לילך אל הדיין או לגלות טעותו לתבוע מן הדיין אם יודה לדבריו פשיטא דמותר וכן הש"ך כתב דאין דברי מהר"א הנ"ל מוכרחין שם ע"ש:

ג שאל אחד מבעלי הדין וכו' כדרך שנתבאר לעיל סי' י"ד וכו'. עסמ"ע ס"ק ב' מה שכתב בזה והניח דברי הרב בצ"ע דבגמרא משמע דבכל הדינים ובכל פסק דין צריך שיכתבו כך. ולפעד"נ דאדרבא בש"ס מוכח להדיא כדברי הרב דהא בגמרא פליגי בה ר"י ור"ל דר"י סבר דכותבין פלוני זכאי ור"ל סובר דכותבין פלוני ופלוני מזכאין ופלוני מחייב ומפרש טעמא דר"י משום לא תלך רכיל וטעמא דר"ל משום דמיחזי כשיקרא והשתא תקשי לר"ל הא בהדיא קתני במשנה מנין לדיין שיצא שלא יאמר אני מזכה וחברי מחייבין ומה אעשה שחברי רבו עלי שנאמר לא תלך רכיל והשתא תקשי הא אין כאן רכילות כלל דבלא"ה בפסק דין כותבין מי הוא המזכה ומי הוא המחייב ומזה דייקי הטור ומחבר דדוקא כששאל אחד פסק דין לילך לב"ד הגדול צריך לכתוב מי הוא המזכה לר"ל ולר"א שאחד מזכה ושנים מחייבין או להיפך כדי שידעו ב"ד הגדול שלא בדעת כולם נפסק כך אבל בפסק דין שנותנין לתובע להוציא ממונו אין צורך לכתוב כלום ומה חשש מיחזי כשיקרא יש כאן ובכהאי גונא הדיין היוצא ומגלה הרי זה בכלל הולך רכיל אבל אי נימא דאפילו בסתם פסק דין נחלקו קשה כנ"ל וזה ברור. וכן כתבו התוספות בהדיא דלר"ל כיון דמוכרחין לכתוב אין בזה משום לא תלך רכיל כיון שיש תועלת בזה דלא מיחזי כשיקרא [וזו היא ראיה למה שכתבתי בסמוך ס"ק ב'] וכיון דבמשנה אמרו להדיא דדיין המגיד עובר על לא תלך רכיל ש"מ דלאו בכל פסק דין כותבין כך ומה שכתב הסמ"ע ס"ק ג' אין דבריו מוכרחין דוודאי אם כתב סתם מיחזי בוודאי שכולם פסקו בשוה משא"כ אי כתב מדבריהם משמע הכי והכא ואין כאן מיחזי כשיקרא ולפי זה אפי' בכולם שווין יש לכתוב כן ואדרבא אם כותבין תמיד כן אפי' אם יחלקו לא ידע המתחייב אם היו צדדים לזכותו ויחשוב בוודאי שכן הדין האמת מאחר שהסכימו כולם משא"כ לדעת הסמ"ע עכ"פ ידע שהיה צד לזכותו ולבו נוקפו שפסקו לו שלא כדין וזה ברור:

על חו"מ סימן כ

א ואפילו אם פרע כבר וכו'. משמע דהיינו קודם שהביא עדים וקמ"ל אף שכבר פרע סותר הדין ומקבלין העדים ותמהני שלא זכרו הטור ומחבר הא דאיתא בגמ' הלכה כרשב"ג ואין הלכה כחכמים וקמ"ל דס"ד דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אי עביד מהני ופירש"י כרבנן קמ"ל דאפילו בדיעבד מהדרינן עובדא ולפי זה אפילו לאחר שהביא

עדים טעה הדיין ועבד כרבנן וזיכה או חייב מהדרינן עובדא ולא ידעתי מאיזה טעם השמיטוהו הטור ומחבר כיון דבגמרא אשמעינן לה ויש מקום לטעות בזה וצ"ע:

ב ואמר אין לי כו' אינו כלום דין זה צריך ביורר היטב כמו שאבאר והנה רש"י פי' וז"ל שהרי אמר אין לי וחיישינן שמא זייף או שכר עדים וכן פי' אח"כ בד"ה קרבו שכיון שהיה יודע בהם ואמר אין לי וודאי שקרנים הם ויש לתמוה האיך ס"ד לחוש לעדים כשרים ולא נפסלו על פי עדים ולומר עליהם שהם עידי שקר והא תרי כמאה כל כמה שלא הוכחשו על פי עדים או הוזמו וכי בשביל דבריו של זה שאמר אין לי נאמר עליהם שהם פסולים ועידי שקר הגע עצמך אותן העדים פשיטא דנאמנין להעיד לעדות אחרת וא"כ מ"ש עדות זו לעדות אחרת בשלמא בעדים המכחישין זו את ושפיר יש לומר דלאותו עדות אין מוציאין ממון בספק אבל לעדות אחרת נאמנין לר"ה אבל כאן דמה שהם אינם נאמנים הוא משום דיש הוכחה שהם שקרנים א"כ לעדות אחרת נמי וא"ת הכי נמי שהם פסולים לכל עדות האיך יעלה על הדעת שעל ידי דיבורו של זה יפסלו עדים לעולם. והסמ"ע ס"ק ג' כתב דאפילו ידוע שלא שכרן וכן הוכיח בפרישה ועיינתי בפרישה וראיתי דכוונתו דמ"מ חיישינן שמא שקרנים הן מחמת רחמנות ע"ש שהביא ראיה לזה ועכ"פ יש לתמוה כנ"ל דהאיך יש לפסול עדים כשרים על ידי זה וגדולה מזו אפי' בשנים שהוציאו שטר חוב קיימא לן דמזוייף אינו נאמן ואין לך הוכחה גדולה מזו ומ"מ לא פסלינן קיום וכ"ש עדים כשרים והיה אפשר לומר דהכא שאני דכיון שאמר אין לי עדים הרי ביטל בעצמו כל עדים והודה שלא היו עדים והודאת בעל דין כמאה עדים וכדלקמן סימן ע"ט אבל לפי זה אפילו באופן דאין לחוש כלל לעדים שקרנים כגון שהב"ד בעצמן מכירין הקיום וזוכרין מ"מ כיון שהודה לא מהני עדים וראיה וזהו דלא כפירש"י שפירש הטעם דחיישינן שמא זייף ושכר עדים דלפירוש הנ"ל העדים באמת כשרים. ועוד קשה לי דהא פשיטא שאין אנו אומרים שהם בוודאי שקרנים כמו שפירש"י להדיא שמא זייף ושכר עדים אם כן תינח לכתחלה אבל בדיעבד אם קיבלו עדות ופסקו על פיהם האיך נחזור הדין ונוציא ממון מספק נאמר להיפך שמא הם כשרים כיון דאינו רק ספק ואמת דבגמ' היה מקום באמת לומר כן ואדרבא יש סעד גדול לזה דהתם קאמר ברישא הלכה כרשב"ג ואין הלכה כחכמים ופריך פשיטא ומשני ס"ד דוקא לכתחלה אבל בדיעבד אי עביד כרבנן מהני קמ"ל דמהדרינן עובדא ואח"כ בסיפא קאמר ג"כ הלכה כחכמים ואין הלכה כרשב"ג ופריך פשיטא ומשני לאפוקי דאיכא מ"ד דאין הלכה כרשב"ג בערב וצידן קמ"ל בראיה אחרונה אין הלכה כמותו אבל בערב וצידן הלכה כרשב"ג והקשה רש"י אמאי לא קאמר בהא נמי כדמשני מעיקרא

דס"ד לכתחלה הלכה כחכמים אבל בדיעבד אי עביד כרשב"ג מהני קמ"ל דמהדרינן עובדא ותירץ רש"י דדוקא ברישא היה מקום לטעות דבדיעבד מהני משום דחכמים רבים ורשב"ג יחיד משא"כ בסיפא כיון דקאמר הלכתא כחכמים ליכא למיטעי דבדיעבד מהני כרשב"ג דהוא יחיד אלו דבריו ז"ל ואומר אני דוודאי אילו לא היה שונה לנו התנא רק הסיפא בלבד והוא יאמר הלכה כחכמים בוודאי יש מקום לדברי הרב ז"ל דליכא למיטעי לפסוק בדיעבד כיחיד נגד רבים אבל עכשיו שכבר שנה לנו ברישא הלכה כרשב"ג דהוא יחיד נגד החכמים ואפילו בדיעבד אי עביד כחכמים אע"ג דהם רבים לא מהני ומהדרינן עובדא א"כ פשיטא דיש מקום לטעות בסיפא כיון דכל כך מסתבר טעמא דרשב"ג ברישא א"כ נהי דבסיפא לא מסתבר כ"כ מ"מ בדיעבד לא מהדרינן עובדא קמש"ל דכ"כ יש חילוק בין רישא לסיפא מקצה אל הקצה דברישא אי עביד כרבנן מהדרינן ובסיפא אי עביד כרשב"ג מהדרינן ודו"ק אבל לפי הנ"ל ניחא דדוקא ברישא דהכוונה דיעבד שלא קיבלו עדותן ואנן קיימא לן כרשב"ג דלא חיישינן אמרינן דלא חיישינן כלל ואפילו בדיעבד אבל בסיפא דהלכה דאין מקבלין וזה אי אפשר שנאמר דוודאי פסולין רק דחיישינן א"כ בדיעבד אי אפשר לחזור מספק ושפיר פריך דהי' די לומר הלכה כחכמים ודו"ק. ולפי זה יצא לנו הדין דבדיעבד אי עביד כרשב"ג בסיפא לא מהדרינן עובדא ויש לתמוה על הפוסקים האיך לא זכרו מזה כלום וסתמו דאינו סותר כלל:

לכן נראה בישוב קושיא הנ"ל והוא דכבר ביארנו בכמה מקומות שזה שהעד המעיד בשקר פסול לעדות הוא אם נתברר שקרו אחר שהעיד וקודם שנתברר היה בעדותו תועלת זה הוא הנקרא מעיד בשקר ופסול אבל כל שנשלל אמונת העדים קודם שהעידו אין זה בגדר עדות כלל רק מדבר שקר תרחק בלבד וזה לא נפסל לעדות כלל ומן הטעם הזה אמרו לקמן סימן ע"ט דאע"ג דהמלוה אמר לא נפרעתי יכול לסייע עצמו בעדות העדים המעידין לוה שלא נפסלו במאמרם פרע שאין על זה תורת עדות כלל מאחר שנשלל אמונת דבר זה קודם שהעידו כשהודה הלוה שלא פרע אמנם כל זה אם אין תועלת בעדותם כלל אבל אם יש תועלת קצת בעדותם אף שלא נאמין אותם כשאר עדות מ"מ זהו הנקרא מעיד בשקר ופסול ודבר זה למדנו מדברי התוספות כתובות דף י"ח ע"ב בד"ה הרי אלו נאמנים שהקשו למה נאמנים הא הוי מיגו במקום עדי' דלקמן אמרינן תרי ותרי ועיין מהרש"א מה שנתקשה שם בהבנת דבריהם גם הקשו המפרשים דהוי להו להקשות שם בברייתא גופא רישא לסיפא ע"ש שנדחקו אבל כוונת התוספות פשוט דשם ליכא לאקשויי מידי שבהכרח אתה צריך לומר שעדותן אנוסים אמת דאל"כ

הרי העידו שקר ואין כאן עדות על הקיום וליכא למימר דעדות אנוסים אין כאן עדות המועלת שהרי הועילה עדותן עכ"פ ליהוי תרי ותרי כיון שמעידין על אחרים אבל במשנה הקשו התוס' שפיר כיון שהם בעצמן אומרים אנוסים אם כן אם אתה אומר דעדים החתומים נחשבין כתרי שלא היו אנוסים כמו שם בברייתא א"כ ממילא אין עדות אחרונה כלום ואפילו תרי ותרי לא הוו א"כ שפיר נאמנים כתב ידינו ואנוסים אין נאמנים כלל ומה שכתבו דלקמן אמרינן תרי ותרי הכוונה דכיון דהתם בעדים אחרי' נחשבין הראשונים תרי ואחרונים תרי כמו כן הכא ראשונים תרי ואחרונים ולא כלום דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועל זה תרצו מה שתרצו ע"ש ומיושב קושית מהרש"א ע"ש היטב ודו"ק: ועל דרך זה יש לומר כאן דכיון שאמר אין לי ראיה ואין אנו מקבלין עדותן שהעידו אם כן ממילא אין אלו עדות שקר ונאמנין לכל עדות שבעולם שהרי לא העידו עדות המועלת וכיון שאין אנו פוסלין אותן לעדות רק שהם שקרנים בלבד שפיר יש לחוש כיון שיש כאן הוכחה גדולה שהם שקר משא"כ התם בסימן פ"ה שאם אתה אומר שהוא מזייף הרי העדים העידו בשקר וחתמו בשקר ושפיר אמרינן דבשביל סברא לא נפסול עדים ושטר מקויים בב"ד משא"כ הכא דלא פסלינן העדים רק דאמרינן ששקר אמרו מחמת ההוכחה. ולפי זה מיושב קושית רש"י הנ"ל ודוקא מעיקרא יש מקום לטעות דמהני בדיעבד מה שלא קבלו אותם משא"כ בסיפא אם אתה אומר דבדיעבד אם קבלו עדותן ופסקו על ידי עדותן מהני א"כ הרי יש תועלת בעדותן דבדיעבד מהני א"כ כשאין אתה מאמינים לכתחלה ע"כ צריך אתה לפוסלם בפסול גמור שאם אומרים שקר הרי העידו בשקר כיון שהיה תועלת בעדותן לענין דיעבד וזה אי אפשר כנ"ל הילכך ממילא אין כאן עדות כלל ואפילו בדיעבד לא מהני ואין כאן רק שקרנים בלבד ושפיר פריך מאי קמ"ל והוצרך לשנויי לאפוקי מדר"י ודו"ק היטב. ולפי זה הדין דבהא ג"כ אפילו בדיעבד לא מהני ודוקא היכי שיש לחוש לזייף ושכר עדים אבל בלאו הכי לא אם לא כמו שכתב בפרישה שיש לחוש שאמרו שקר בלי שכירות ע"ש אבל אם הב"ד זוכרין הקיום מכבר באופן שאין לחוש לשקר סותר הדין ולא אמרינן דבאמרו אין לי עדים הודה דבזה לא שייך הודאה כיון שלא הודה בעיקר הדבר כדמוכח מפירש"י הנ"ל

(ג) בד"א וכו' עד סוף הסי' לפי שדברי הרב בהגה' והסמ"ע אינם נכונים לפענ"ד ברוב המקומות בסימן זה אאריך קצת והנה בגמרא שם מביא מקודם עובדא דההוא ינוקא ומחלק שם בין יורש גדול דהוי ליה למידע במילי דאבוהו בין יורש קטן דלא הוי לי' לידע ואח"כ מייתי מימרא דר"י דאם באו עדים ממדינת הים או שהיתה דיסקי של אביו מופקדת ביד אחרים משמע בהדיא דדוקא דיסקי של אביו אבל של עצמו לא ויש להבין

כיון דבשל עצמו לא אם כן בשל אביו נמי אם הוא גדול כיון דהוי ליה לידע במילי דאבוהו היה לו לידע כמו בשל עצמו וצריך לומר דוודאי גדול יש לו לידע בשל אביו היינו לאחר מותו שהוא נכנס לירש את אביו אז הוא מעיין בירושתו ובעניני אביו לידע כמה נשאר מאביו ומי חייב לו ולמי הוא חייב וכל זה אם כל הזכותים והראיות מצויין אצל אביו אבל אם אביו הפקידם בחייו אצל אחר אין לו לידע בעניני אביו כלל ואע"ג דעדים אפילו בשל אביו לא מהני רק במדינות הים היינו לפי שיש לו לחקור אחר עדים כיון שנתברר לו בעניני אביו שפלוני חייב לו או שהוא אינו חייב לפי החשבון ממילא יש לו לחקור אחר עדים משא"כ בשטרות מופקדין בחייו אין לו למקור שיעלה על דעתו שהיה לו ראיה וזכות והפקידם א"כ אח"כ שהוציאם הנפקד סותר הדין ולפי זה מבואר דדוקא בשטרות של אביו אבל בשטרות של עצמו פשיטא דכמו דגדול במילי דאבוהו אמרינן דידע כ"ש במילי דנפשי' דמ"מ היה לו לידע שהיה לו זכות רק שהפקידו ואפילו הלך הנפקד למדינות הים לא היה לו לומר אין לי ראיה רק יש לי ומופקדין הם אצל פלוני כיון שידוע לו ובמרדכי כתב בזה הלשון ואם באו לו עדים ממדה"י או שהיתה דיסקי של אביו מופקדת ביד אחר וכשהחזיר לו מצא שטר או ראי' מביא וסותר ובלבד שיעידו עדים שמצא זה בדיסקי עכ"ל. נראה מדבריו שמפרש דבדוקא דיסקי שאז יש לומר שאף שחקר אם יש לו אצל אחד ראיה לא מצא כלום כי לא ידע הנפקד בעצמו אם היה בדיסקי ראיה או שום שטר רק אח"כ כשהחזיר הנפקד הדיסקי מצא שטר או ראיה בתוכו ומהאי טעמא מצריך המרדכי עדים שמצא בדיסקי ויש להבין למה צריך עדים הא יש כאן ראיה וריעותא אין כאן כיון שנודע שהפקיד אביו שטרות למה לא נימא שגם שטר זה היה בתוכו אבל לפי הנ"ל ניחא דוודאי מיירי שלא היה בתוכו שטרות כלל והנפקד בעצמו לא ידע רק כשהחזי' לו הדיסקי מצא בתוכו שטר וראיה לכך צריך שיעידו על זה עדים שהיה כן ודו"ק ועכ"פ מבואר מדברי המרדכי דכל זה דוקא בשל אביו אבל בשל עצמו לא שייך כל זה דסוף סוף האיך אמר אין לי עדים וראיה הרי הוא יודע במילי דנפשיה והיה לו לומר שיש שלו רק בפקדון ביד אחר וכל זה ברור ותמהני על הרב בהגה' והסמ"ע שהביאו דעת המרדכי אפי' בשטרות שלו ולא כן הוא במרדכי כנ"ל. גם מה שחידש הסמ"ע דאפילו בשטרות אביו בעינן שיהא הנפקד במדינות הים והביא ראי' לזה מדברי הרמב"ם שכתב ביורש קטן או שאמר לו אחר מורישך הפקיד ראיה זו משמע דבגדול לא ולפע"ד לק"מ דוודאי בגדול כהאי גוונא שאחר שאמר לו שמורישו הפקיד בידו ראיה מיוחד לא מהני לפי דעת המרדכי דדוקא כשמצ' הראיה הראיה אח"כ או כפי מה שהבין הסמ"ע דעת המרדכי בסק"ט שצריך שתהא הראיה בין שאר שטרות א"כ אם אמר לו

שהפקיד ראיה זו בלבד והכיר בה לא מהני משא"כ ביורש קטן שאין לו לחקור במילי דאבוהו: ומעתה אבא להשיג על הרב והסמ"ע מה שכתב הסמ"ע בס"ק ו' ליתא כנ"ל ומה שכתב בס"ק ז' והשיג על הרב דליכא מאן דפליג בהא ליתא ואדרבא נראה דליכא מאן דפליג דדוקא אביו ומ"ש בשם המרדכי ליתא רק של אביו כמו שהעתקתי לשונו לעיל ונוסחא מוטעת נזדמנה להם במרדכי ומ"ש בשם הטור הנה אף דבטור שלפנינו איתא באמת כן אבל כפי הנראה מדברי הב"י שפירש מאין הוציא הטור דין זה והיא מהסוגיא הנ"ל ואי ס"ד שהיה גירסתו בטור שטרותיו בלבד האיך לא הרגיש דהא זה לא מוכח מהתם ואדרבא ברא"ש והרי"ף ורמב"ם מבואר של אביו דוקא וכן מבואר בתשובת הרא"ש גם המעיין בטור יראה שדבריו לקוחין מדברי הרמב"ם והאיך הזכיר זה להיפך ממה שכתב הרמב"ם של אביו ותו קשה יהיה איך שיהיה כוונת הטור האיך השמיט העיקר מה שאמרו בגמרא של אביו והזכיר דין שטרותיו שלו מה שלא נזכר בגמרא. גם מה שכתב הסמ"ע דאורחי' דמילתא נקט אביו בגמרא ואני תמה מאי אורחיה דאביו טפי מעצמו להפקיד וביותר ביאר בפרישה דאין דרך אדם להפקיד שטרותיו משא"כ אביו יש לומר לאיזה סיבה ודבריו אין להם שחר דמאי שנא הוא עצמו באיזה סיבה או אביו וברור דיש כאן חסרון תיבת של אביו בטור וכן היה גירסת ב"י והחילוק מבואר בין אביו לשל עצמו דבשל עצמו אפילו היה במדה"י מ"מ ידע במילי דנפשיה שיש לו ראיה מופקדת והיה לו לומר כן ולא לומר אין לי ראיה כדי שלא יאבד זכותו וזה ברור ומה שכתב הרב ודוקא שבאו עדים הוא ג"כ על פי מה שפירשתי מקודם דברי המרדכי אבל אם נפרש בפשיטות שהיתה דיסקי עם שטרות נראה ברור שאין צורך שיעידו העדים שהיתה ראיה זו בין השטרות דכיון שאין כאן ריעותא אין לפסול שטר וראיה ויש כאן ממש בדבריו כיון שנודע שהיה שטרות מופקדין ביד אחר ודו"ק. ומ"ש הסמ"ע סק"ח דבשטרות בעינן שיהיו מופקדין ביד אחר והנפקד במדה"י ליתא אלא אפילו הוא בביתו הדין כן ובשטרותיו אפילו הוא במדה"י לא מהני כמו שבארנו:

ד אחר שהגדיל הרא"ש חולק בזה דדוקא שהוא קטן בשעת תביעה והמחבר נראה שהכריע כהרמב"ם אבל במרדכי בשם רב האי כתב וז"ל ודעת רב האי בשערי שבועות שאין חילוק בין גדול לקטן ויש לתמוה האיך יחלוק רב האי על גמרא מפורשת דר"נ אמר ה"מ בגדול מבואר דיש חילוק בין גדול לקטן וצריך לומר דכוונת רב האי דאם מת אביו ונשאר יורש אין חילוק בין היה בשעת מיתתו קטן או גדול והכל תלוי כשעת תביעה והיינו כדעת הרא"ש ולפי זה כיון שגם דעת רב האי כהרא"ש הוי ספיקא דדינא:

על חו"מ סימן כא

א ואם הביא ראיה:

משמע דצריך להביא ראיה דוקא אבל אינו נאמן לומר שהיה אנוס ויש להבין תינח בנשבע ונוטל צריך להביא ראי' דאם לא כן אינו נאמן להוציא משא"כ בנשבע ונפטר מה צורך לראיה בלי ראיה יהא נאמן להחזיק במה שבידו וראיתי בתומים סוף ס"ק א' שהאריך דהרמב"ם מפרש הירושלמי דגיטין וקדושין דר"י ור"ל פליגי בטוען שהיה אנוס ואין לו ראיה דר"י סובר דקידושין בטילין שאינו נאמן ור"ל סובר דהקידושין קיימין והלכתא כר"י לגבי ר"ל ע"ש שהאריך ומלבד מה שאבאר בסמוך דאין זאת כוונת הירושלמי אבל בלא"ה אני תמה האיך אפשר לפרש כן דהא התם קאמר על דעתיה דרשב"ל האיך צריך למיעבד וקאמר אין אתא יום פלן ולא כנסה לי לא יהא לי עליך כלום ולפי פירושו מאי ענין זה לזה סוף סוף נאמן לומר שהיה אנוס וכי בשביל זה יצטרך לראיה ובלא"ה לא נזכר בירושלמי שום רמז מראיה לכן אין לדבריו קיום אבל כוונת הרמב"ם ז"ל נראה דסובר דוודאי הא דאמרינן והוא דלא אנוס הכוונה אונס דלא שכיח דלא עלה על דעתו להתנות אבל אונס דשכיח לא כדמחלק בנדרים דף כ"ז שאני מעברא דמגלי אונסיה וכן נראה להדיא מפירש"י בנדרים בד"ה והוא דלא אנוס ויש שם ט"ס ברש"י וצריך להיות דלא מוכח ע"ש] ובר"ן שם וכן מצאתי בש"ך לקמן סי' נ"ה ע"ש ולפי זה פשיטא דכמו דקיימא לן דאפילו בתובע את חבירו על פה אם טוען להד"מ או החזרתי נאמן מצד אותה טענה עצמה אבל בטוען טענה דלא שכיח כגון מחלת לי וכהאי גוונא אינו נאמן רק במיגו דלהד"מ או פרעתי ומהאי טעמא אם יש עדים והוא תוך זמנו אינו נאמן מחלת לי אף דבהא ליכא חזקה דאין אדם מוחל ת"ז כמבואר כל זה סי' ע"ח מהמרדכי ריש ב"ב ע"ש והכא נמי כיון שהוא טוען שהיה אנוס באונס דלא שכיח עד שלא עלה על דעתו הילכך כל שאין לו ראיה אינו נאמן בטענה גרועה כזו כנ"ל ולפי זה יש להסתפק דדוקא לפטור עצמו ממון בעינן טענה נכונה אבל לחייב את חבירו שבועה אפילו בטענה גרועה יכול כמבואר להדיא סי' פ"ב דיכול לטעון מחלת לי להשביע אף שיש נאמנות על הפרעון אלמא דלהשביע מהני טענה גרועה והכא נמי אף שהתנה שחבירו יטול בלא שבועה כשטוען אנוס הייתי אף שאין לו ראיה ואינו נאמן לפטור עצמו נאמן להשביע וצריך עיון בזה ואפשר מדכתבו הרמב"ם והמחבר ויטול כל מה שטען בלי שבועה ויש להבין לאיזה צורך כתבו כן הא נ"מ בלא"ה אף כשיצטרך לישבע ומאי רבותא יש בזה ולפי הנ"ל ניחא דקמש"ל רבותא דאפילו להשביע אינו יכול כל כמה דלא הביא ראיה והוא בעצמו אינו נאמן כנ"ל ועיין ס"ק ג':

ב שהיה אנוס כו' הרי זה פטור מקנין דין זה צריך בירור כי לכאורה יש לתמוה הרבה חדא דהא כבר כתבו הרמב"ם פי"א מהלכות מכירה והמחבר סי' נ"ה ולאיזה צורך כתבוהו כאן פעם שנית ועוד קשה דהמחבר למד דין זה מירושלמי קידושין ובאמת שם מבואר להיפך דהא הלכתא כר"י לגבי ר"ל ועוד למה שביק ש"ס דנדרים דף כ"ז דמבואר כן להדיא וקושיא זו קשה גם על הסמ"ק תו קשה דהא קיימא לן הלכתא כר"י לגבי ר"ל לבר מתלת א"כ פשיטא דכללא הוא כל היכן דנחלקו ר"י ור"ל הלכה כר"ל וא"כ קשה הא בזו נמי נחלקו ומאי נ"מ אם המחלוקת נזכר בירושלמי או בש"ס דילן סוף סוף וודאי אמת הוא שנחלקו א"כ נסתר הכלל הנ"ל ויש לתמוה על הש"ך שכתב דמה בכך דבירושלמי מבואר להיפך כיון דבש"ס דילן קיימא לן יש אונס דהא הא נמי בש"ס דילן דכללא הוא הלכה כר"י כנ"ל:

וכדי לברר דברי הרמב"ם והסמ"ק והמחבר צריך אני להעתיק לשון הירושלמי בגיטין פרק ז' ואח"כ יתבאר הכל על נכון ולק"מ. והנה זה לשון הירושלמי שם אמר ר' אבהו בשם ר"י סדר סמפון כך הוא אנא פלן בר פלן מקדש ליך אנת פלונית בת פלן ע"מ ליתן לך מיקמת פלן [פי' מתנה פלונית ומנכסיך ליום פלן דאין אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עליך כלום אירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד ר"ל אמר אונסא כמאן דעבד על דעתיה דר"ל אין הוי צריך למיעבד [פי' האיך הוי צריך למיעבד] ואין אתא יום פלוני ולא כנסתיה לי לא יהיו לי עליך כלום ר' יוחנן כי דמיך פקיד לבנתיה די יהווין עבדין כריש לקיש אמר שמא יעמוד ב"ד ויסבור דכוותיה ונמצאו בניו באין לידי ממזרות עכ"ל הירושלמי שם ונאמרה ונשנה בקידושין פרק האומר הלכה ב' ע"ש בקצת שינוי לשון מסוגי' דגיטין ויען כי המפרש פי' שם בסוגיא דגיטין מה שאינו נראה לפע"ד לכן העתקתי הלשון מסוגיא דשם:

והנה הרב הש"ך האריך ודעתו לפרש הירושלמי בפשיטות דדעת ר"י דקידושין בטילין ודעת ר"ל דקידושין קיימין השיג על הב"ח דגורס כמאן דלא עבר ובזה באמת דבריו נכונים ובכל הפוסקים וכן בהגהת מיימוני מבואר דלא עבד בדל"ת וכן בכ"מ שם אבל מה שהשיג הוא דלא אתי שפיר בירושלמי אין דבריו נכונים כלל ואדרבא אי אפשר לפרש שיטת הירושלמי לפי פירושו כמו שאבאר. והנה הש"ך כתב וז"ל וכן מוכח עוד בירושלמי דקאמר דר"י מפקיד לבנתי' דליהווין עבדין כר"ל דילמא איכא דסבר כר"ל ובאין לידי ממזרו' אלמא דלר"י אינה מקודשת עכ"ל הש"ך ותמהני מאוד כי נראה מדבריו שפירש דברי הירושלמי דר"ז הוי פקיד שיפסקו כר"ל והיינו שלא ינשאו לאמ' דהקידושין קיימין ואם לא יפסקו כוותיה וינשאו לאחר ואיכא דסבר כר"ל ויבואו לידי

ממזרות והיינו אליבא דר"ל יהיה ממזרות ומזה הוכיח דלר"י אינה מקודשת וכן הבין בתומים כוונת הירושלמי ומכח זה כתב דמהרי"ו חשש לדעת ר"ל מאחר דר"י חשש לדעתו רק שהשיג על ראיית הש"ך דיש נ"מ אם יקבלו קידושין מאחר ע"ש ותמהני דהא דבר ברור הוא שלא היה זאת כוונת הירושלמי דכיון דלדעת ר"י אינם ממזרים מאי חשש יש לו במה שהם ממזרים לר"ל גם קשה אם הם יתקדשו לאחר על פי ב"ד דעבדו כר"י פשיטא שאין כח ביד ב"ד הבא אחריהם לעשות אותם ממזרים כר"ל ואם קודם שינשאו לאחר יפסקו ב"ד כר"ל ממילא לא ינשאו הם לאחרים ולא יעברו על ציווי ב"ד ופשוט הוא כוונת הירושלמי דעל מה דאמר התם על דעתי' דר"ל ואין אתא יום פלן ולא כנסה לי לא יהא לי עליך כלום ואז גם ר"ל מודה לר"י ועל זה קאמר דבנותיו יעשו בסמפון כר"ל והטעם משום דאם לא יעשו כן שמא יעמוד ב"ד ויסבור כר"ל דאינה מקודשת וינשאו לאחרים ונמצאו בניו באין לידי ממזרות דלפי דעתו הם ממזרים דלא סבירא לי' כר"ל לכך פקיד להם שיעשו בסמפון כר"ל ואז אפילו לשיטת ר"ל מקודשת וא"כ אפילו יעמוד ב"ד כר"ל לא ינשאו לאחרים דאפילו לר"ל מקודשת וזה ברור. א"כ מבואר להיפך דלר"ל אינה מקודשת ולר"י מקודשת ועוד דלפי פירושו למה לו לומר משום דאיכא דסבר כד"ל כיון שהוא בעצמו הי' חושש לדעת ר"ל ממילא יש חשש ממזרות אלא ברור דפשיטא דר"י לא חשש כלל לדעת ר"ל רק היה חושש שיפסקו כר"ל ויהיו ממזרים לשיטתו וכן פי' המפרש שם לפי דרכו אף שבעיקר הפי' פירש כהש"ך אבל בהא פי' כמו שכתבתי וז"ל בשעת פטירתו צוה לבנותיו אם יארע להם כך שינהגו לכתוב כהדא דר"ל ולהתנות בעצמן הרי להדיא כמו שכתבתי אבל בעיקר הפירוש פירש כהש"ך לזה דחק לפרש חששא דר"י דהיינו אם יקדשנה אחר לא הוי קידושין לר"ל ונמצאו בניו באין לידי ממזרות לר"י דקידושין הראשונים בטילין וקידושין שני' חלין. אבל באמת אין דבריו נכונים כלל דהאיך יעלה על הדעת דר"י יחשוש על בנותיו שיתקדשו לאחר בלתי רשות ב"ד וכיון שהב"ד יפסקו כר"ל ממילא יאמרו להם שלא יתקדשו לאחר דהקידושין קיימין וממילא לא יהא חשש ממזרות והיה לו להזהירם שלא יתקדשו בלתי רשות מב"ד ואם יפסקו כר"י יתקדשו ואם לאו יהיו הקידושין הראשונים קיימין ודוחק לומר דהיה חושש דלאחר הקידושין השניים יבואו ב"ד ויפסקו כר"ל ותצא בלא גט משני הא וודאי ליתא כיון שנשאת על פי ב"ד שפסקו כר"י אין כח ביד ב"ד השני להוציאה בלא גט וכן מוכח להדיא מדברי הש"ך גופא דהא לפי פירושו דר"י היה חושש לדעת ר"ל רוצה להכריח דר"י סובר אינה מקודשת ואם יש נ"מ בכהאי גוונא שקיבלה קידושין מאמר אין כאן ראיה כלל וע"כ דהא ליתא א"כ ממילא לפי מה שביארנו דהי' כוונת ר"י דלפי

שיטתו יהיו ממזרים א"כ מוכח דלר"י הקידושין הראשונים קיימין כנ"ל ודוק היטב ועוד קשה לי אי ס"ד דכוונת הירושלמי לר"י הקידושין בטילין ולר"ל קיימין א"כ מאי קאמר האיך הוי ליה למיעבד אין אתא יום פלן ולא כנסה לי לא יהוי לי עלך כלום ויש לתמוה מה בכך ומה נ"מ בזה שבשביל כך יודה ר"ל דהקידושין בטילין. ובאמת המפרש שם פי' מה שפירש אבל גורס לא יהא לך עלי כלום א"כ כיון שהוא התנה התנאי שאם לא יבוא תיפטר ואין לו עליה כלום א"כ מה בכך דהוא היה אונס מ"מ לא נתחייבה שתהיה אשתו רק שיכניסנה ליום פלוני ואם לאו פטורה כמו שחילק הש"ך בשם הר"ן ונראה שדברי המפרש הללו לקוחין מדברי הר"ן והש"ך אבל יש לתמוה דבירושלמי מבואר לא יהא לי עליך כלום וא"כ מה נ"מ ללשון ראשון או ללשון שני וכן מבואר בירושלמי קידושין ע"ש ועוד דקאמר על דעתי' דר"ל האיך צריך למיעבד והשתא בשלמא אי נימא דלר"ל אינה מקודשת שפיר קאמר ושואל עצה שתהיה מקודשת שהרי בשעה שהוא מתנה התנאי הוא רוצה שתתקדש אם לא יבוא באונס רק ממתנה אינה מקודשת לפי שיטת הש"ך א"כ שפיר שואל עצה האיך יתנה בתנאי שיהיו הקידושין קיימין ולא יתבטלו ע"י אונס משא"כ לפי שיטת הש"ך דלר"ל קיימין הקידושין א"כ מה זו עצה ששואל שיתבטלו אף באונס הא הוא אינו רוצה באמת בזה ורוצה שיתקיימו ולדעת ר"ל אמרינן דאף האשה רוצה בכך אם כן מה בכך שתהיה באמת מקודשת ודו"ק הרי בארנו שאי אפשר לפרש הירושלמי כפירוש הש"ך. גם מה שכתב הש"ך דאף אם בירושלמי פליג ר"י קיימא לן כבבלי דהיינו סוגי' דנדרים דף כ"ז כבר השגתי עליו מקודם דוודאי אף דבעלמא כל היכי דבבלי וירושלמי חולקין הלכה כבבלי הכא שאני דהא כללא הוא בבבלי דכל היכי דנחלקו ר"י ור"ל הלכה כר"י וא"כ האיך יעלה על הדעת דנחלקו במציאות דלבבלי אינן מחולקין כלל ואם כן תקשי האי סוגיא דנדרים מהך כללא דפרק החולץ דהלכתא כר"י לגבי ר"ל לבר מתלת. ודוחק לומר דהיינו דוקא באותן המחלוקת הנזכרים בבבלי ולא בירושלמי דמ"מ האיך שייך לבר מחל' דהא סוף סוף נחלקו:

אבל לפע"ד נראה בכוונת הרמב"ם והסמ"ק דוודאי גרסינן כמאן דלא עבד בדל"ת כמבואר להדיא בכל הפוסקים דלא כב"ח אבל מ"מ תמהני מאוד מאי קשיא להו לאחרונים ז"ל דהא פשיטא דאף לפי הגירסא דהשתא מבואר שיטת הרמב"ם כר"י והוא דהכי פירושה אירע לו אונס פי' דבעל הש"ס שואל אירע לו אונס מהו הדין וקאמר דר"י ור"ל נחלקו בזה דר"י אמר אונסא פי' אירע לו אונס כמאן דלא עבד פי' כמו שלא היה עושה תנאי כלל דלגבי אונס הוי כמו שלא עשה תנאי כלל ור"ל סובר דאף לגבי אונס חל התנאי הרי דקאמר על דעתי' דר"ל האיך צריך למיעבד ופשוט דתיבת למיעבד קאי על

עשיית התנאי כיצד יעשה התנאי והכא נמי כמאן דלא עבד הכוונה על התנאי כמו שלא עשה תנאי א"כ לדעת ר"י הקידושין קיימין כמו בלא תנאי שלא היה התנאי לגבי אונס שלא עלה על דעתו כלל כמו שכתבתי בס"ק לפני זה וזה הפי' היה פשוט בעיני הסמ"ק והכ"מ עד שלא הוצרכו לפרש כלל מאחר שסוגי' הירושלמי אינה סובלת פירושה רק על דרך זה א"כ פשיטא דכך הפי' כמאן דלא עבד ואדרבא לפי' זה אתי שפיר הלשון משא"כ לפירושם דהפירוש כמאן דלא עבד שלא קיים התנאי אינו מובן כלל דהאיך שייך לומר כמאן דלא עבד דהא פשיטא דלא עבד שהרי לא בא והיה לו לומר כמאן דלא קיים וזה ברור והשתא אתי שפיר דקאמר על דעתיה דר"ל האיך יעשה שיתקיימו הקידושין אם לא יוכל לבוא ועל זה קאמר דעד כאן לא פליג ר"ל רק אם הוא פוטר אותה בתנאי א"כ היא לא נתחייבה רק שיבוא ומה לה אצל אונסו שהרי נפטרה כל כמה שלא בא משא"כ אם היא פוטרת אותו לא שייך לומר כן כיון שהיא לא היה בדעתו על אונס ועל זה קאמר דר"י פקיד לבנותיו שיעשו כר"ל שתפטור היא אותו דאל"כ שמא יעמוד ב"ד כר"ל ויתבטלו הקידושין ותנשא לאחר ובאמת לשיטת ר"י הם ממזרים לכך יעשו כר"ל שתפטור היא אותו ואז אפי' לר"ל יתקיימו הקידושין ולא ינשאו לאחר ולא יבוא שום צד ממזרות וכל זה ברור ונכון. אך אמנם אף דפי' הנ"ל בוודאי נכון אבל אכתי יש לדקדק וצריך עוד להוסיף קצת בזה והוא דיש להבין במה שכתב הרמב"ם הרי זה פטור מקנין זה וישבע כמו שהיה קודם מבואר דכוונתו דנעקר התנאי לגמרי אף אם אח"כ נסתלק האונס כמו שכתב כמו שהיה קודם ודו"ק וכן כתב בסמ"ע ס"ק ד' ויש להבין מנין לו להרמב"ם דבר זה גם מה ביקש הרמב"ם כאן בדין זה שכבר ביאר דבריו פרק י"א מהלכות מכירה לכן נראה דהרמב"ם היה מפרש תיבת כמאן דלא עבד היינו דדעת ר"י כמו שלא עשה התנאי כלל וא"כ ממילא אפילו אחר האונס כבר בטל התנאי כיון שהוא אנוס באותו יום ובזה אתי שפיר טפי תיבת כמאן דלא עבד משא"כ בפשיטות לא היה לו לומר דלא עבד כיון שעדיין חל התנאי לאחר האונס כן נראה לי ברור בכוונת הרמב"ם והסמ"ק והכ"מ: (ג) וישבע כשיתבענו חבירו. עסמ"ע ס"ק ה' דדוקא בנשבע ונפטר ולא בנשבע ונוטל והש"ך השיג עליו בס"ק ד' אמנם נראה מדבריו שהבין דעת הסמ"ע דבהא לא מהני טענת אונס כלל וליתא רק כוונת הסמ"ע על פי מה שכתב בס"ק ד' דאפילו עבר האונס בטל התנאי לגמרי ויכול לבוא אימת שירצה ועל זה כתב דכל זה דוקא בנשבע ונפטר אבל בנשבע ונוטל לא בפרט לפי מה שכתבתי בס"ק לפני זה דדין זה הוציאו מן הירושלמי והתם לא מוכח כלל בכהאי גוונא אבל אם בא מיד לאחר שעבר האונס פשיטא דמודה הסמ"ע דאין חילוק רק לפי שכתב פטור מקנין כמו שהיה

קודם כתב כשיתבענו חבירו דבנשבע ונוטל לא מהני רק אם בא מיד אחר האונס אמנם בגוף הראיה שהביא הסמ"ע אינו מוכרח לפי מה שכתבתי בס"ק א' דדוקא צריך להביא ראיה שהיה אנוס אב בלי ראיה לא א"כ לא מבעי בנשבע ונוטל דפשיטא דלא מהני רק בראיה אלא אפילו בנשבע ונפטר לא מהני רק בראיה כמו שכתבתי שם ומהאי טעמא נקט כשיתבענו חבירו לרבותא דאפילו בהא לא מהני רק בראיה וצ"ע בזה אמנם אם בא מיד אחר האונס כשנסתלק מודה הסמ"ע כנ"ל ואפשר דאם בא אח"כ גם הש"ך מודה ולא פליג רק לפי שהוא הבין דעת הסמ"ע בבא מיד:

על חו"מ סימן כב

א מי שקיבל עליו. עש"ך בשם הגהת הרא"ש דדוקא בקיבל בב"ד אבל חוץ לב"ד לא והש"ך הביא סייעתא לדבריו מהירושלמי פרק זה בורר דאיתא התם קיבל עליו בפני שנים יכול לחזור קיבל עליו בפני שלשה אינו יכול לחזור ולפע"ד דאין כאן ראיה מירושלמי כלל דאין כוונת הירושלמי דקיבל אותו קרוב בפני שנים או שלשה אלא כך הפי' דהא בש"ס דילן קאמר ר' דימי על הך משנה כגון דקיבלו עלי' בחד פי' דכל המחלוקת רק בקיבל הקרוב לאחד ושנים אחרים עמו אבל אם קיבל הקרוב כמו שנים ואין כאן רק שנים יכול לחזור דהוי תרתי לריעותא כפי' התוספות וסייעתם ולפי זה בירושלמי נמי הכוונה כך קיבל עליו אותו הקרוב שידון בפני שנים והיינו שיהא הוא כשנים ועוד אחר עמו יכול לחזור קיבל עליו בפני ג' פי' שקיבל הקרוב לדון בפני ג' אינו יכול לחזור דהוי חדא לריעותא ולפי זה הוא ממש מימרא דר' דימי בש"ס דילן ולפי זה ניחא מה שיש לתמוה הא לשמואל שנים שדנו דיניהם דין א"כ מאי הפרש בין ב' לג' ואי בחוץ לב"ד גם בג' כן לפי שיטת הש"ך אבל לפי הנ"ל ניחא דלא מיירי התם כלל מזה ולקמן יתבאר עוד בפי' הירושלמי הזה ובמילתא דשמואל ור"י אח"כ ובתומים הביא ראיה מן תשובת הרא"ש כלל נ"ו דין א' ובס"ק שאחר זה, יתבאר דלאו ראיה הוא ולענין הדין העיקר בוודאי כדעת הרא"ש אף דמירושלמי הנ"ל אין ראיה [וכן צריך לומר לפי גירסת רש"י ריש פרק זה בורר לעולם פוסל והולך עד שיקבל עליו בפני ב"ד שמומחה לרבים וע"כ דהפי' שיקבל עליו לדון בפני ב"ד מומחה א"כ בירושלמי נמי הפי' קיבל עליו בפני ב' הכוונה קיבל עליו לדון בפני ב' כנ"ל וזה פשוט) מ"מ כיון דרוב הפוסקים מסכימים לדעת הגהת הרא"ש הכי נקטינן:

ב דאיכא תרתי לריעותא. עסמ"ע ס"ק ו' דאם קיבל עליו כשר במקום ג' לא הוי רק חד לריעותא דאין כאן רק שם ריעותא חד והביא ראיה מתשובת הרא"ש והש"ך השיג עליו

ודחה ראייתו ובתומים הביא ראיה מתשובת הרא"ש כלל נ"ו דין א' ושם אי אפשר לדחות כמו שדחה הש"ך ובאמת לק"מ דשפיר יש לומר דתשובה הנ"ל מיירי שהיה אחר עמו ואי קשיא הא יש כאן, שנים והאיך יוכל הוא להכחישם דהא הם נאמנים יותר מעדים לק"מ דיש לומר דמיירי בגוונא דכשר לדון ופסול לעדות כגון פחות מבן י"ח ולא הביא שתי שערות כדעת הטור לעיל סימן ז' בשם הירושלמי דכשרים לדין ולעדות פסולין לכך אין נאמנין לומר שקיבל את מהו' יעקב דזהו בתורת עדות אבל הקבלה היה שפיר חדא לריעותא שהיו עוד אחרים עמו ודו"ק ומה שהביא עוד בתומים ראיה מדברי התוספות ריש פ"ק דסנהדרין לאו ראיה היא כלל דפשיטא דאי יחיד מומחה אינו יכול לדון רק בקבלה אם כן לשיטת הש"ך הוי תרתי לריעותא דאין לך ריעותא גדול מזה דהא שלשה בוודאי יכולין לדון בע"כ א"כ זה שאינו יכול הוא מצד שיש בו ריעותא ואינו ב"ד וצריך קבלה א"כ כיון דצריך ג' מומחין ויחיד במקום ג' הוי תרתי לריעותא לשיטת הש"ך ועוד לפי דעתו כיון דראוי לדין לא הוי בכלל ריעותא א"כ אכתי תיקשי על התוספות הא יש לומר דאינו יכול לכוף לדין רק בקבלה ומ"מ אין כאן ריעותא א"כ אם הוא קרוב הוי חדא לריעותא ומהני קבלה מה שאין כן אינו מומחה קרוב הוי תרתי לריעותא וע"כ צריך לומר דאם אין מומחה יכול לדון בע"כ ע"כ משום דאינו ב"ד גמור דהא ב"ד גמור פשיטא דיכולין לכוף לדין א"כ אין לך ריעותא גדול מזה א"כ בקרוב אפילו מומחה הוי תרתי לריעותא ולפי זה ממילא נהפוך הוא דמדברי התוס' הללו יש ראיה לשיטת הש"ך דע"כ דהוי תרתי לריעותא דאי חדא לריעותא אכתי לא מוכח דיש לומר בקבלה ונ"מ דלא הוי רק חד לריעותא דשם ריעותא חד משא"כ אינו מומחה הוי תרתי לריעותא דיש כאן שני שמות אינו מומחה וחד אלא וודאי דאף בשם חד הוי תרתי לריעותא א"כ ממילא אפילו מומתה הוי תרתי לריעותא ושפיר דייקי התוספות דדן בעל כרחו והא ליכא למימר דמומתה אינו בכלל ריעותא כלל אף אי אינו דן בע"כ א"כ תקשי קושיא הנ"ל דהא נ"מ בקרוב דמומתה הוי חד לריעותא ובאינו מומחה הוי תרתי לריעותא וזה ברור ויש לתמוה על התומים שהכריע נגד דעת הש"ך מה שהוא מוכרח להיפך כדעתו ממש:

ועוד נראה לפענ"ד ראיה ברורה מדברי התוספות והרא"ש כדעת הש"ך והוא דיש להבין בתוס' והרא"ש שם שכתבו ומכאן דשלשה הדיוטות יכולין לדון בע"כ דהא ג' במקום יחיד מומחה קיימי ויש לתמוה הא מרישא גופא דקתני דיני ממונות בשלשה ש"מ דיכולין לדון בע"כ דאי קבלי' אפי' בחד ומהרש"א כתב שם ליישב בדון לנו כמו שרגילים לעשות דין ודבריו תמוהין דא"כ גבי מומחה ג"כ יש לומר כן ועיין לעיל סימן ג' מה שהארכתי ליישב דבריו אבל כל זה לדעת מהרש"ל שם אבל לדעת רוב הפוסקים

כדמוכח בירושלמי ליכא למימר הכי ע"ש באריכות. ומה שנראה ברור בכוונת התוספות הוא כך דוודאי יש להבין לשיטת הש"ך מ"ש מג' רועי בקר דלא הוי רק חדא לריעותא לדעת הפוסקים דבתרתי לריעותא גם רבנן מודו וכן הקשה בתומים אבל באמת לק"מ דשאני התם דלא מיקרי רק חד לריעותא כיון דבכל אחד אין כאן רק חדא לריעותא מהני קבלתו להכשירו משא"כ באחד שיש בו שני ריעותות אין כח בקבלתו להכשירו שלא יוכל לחזור וזה ברור. וכן מבואר להדיא בר"ן פרק זה בורר שכתב וז"ל וא"ת הא שלשה רועי בקר שהוא מאמין שלשה פסולין כשלשה כשרים ולא העלה אותם אלא מחדא מעלה ואפ"ה יכול לחזור וא"כ מאי חזית לך ר' דימי ע"ש בחידושי הר"ן הרי להדיא דשלשה רועי בקר כיון שאינו מעלה כל אחד רק בחד דרגא חשוב חדא מעלתא לשיטת התוספות ודו"ק [ובסמוך יתבארו עוד דברי הר"ן הללו] ומדברי הר"ן הללו יש ראיה לשיטת הש"ך דאל"כ מאי צורך לו להר"ן לומר משום דלא העלה כל אחד רק חדא מעלתא הא בלא"ה שם ריעותא חד הוא וע"כ דבאיש אחד כהאי גוונא הוי תרתי רק משום דג' הם לכל אחד הוי חדא לריעותא: ומעתה לפי זה באו דברי התוספות והרא"ש הנ"ל על נכון והוא דוודאי מג' הדיוטות גופא ליכא להוכיח כלל דיכולין לדון בע"כ דיש לומר לעולם דאין דנין רק בקבלה ואי קשיא מ"ש ג' הא יחיד ג"כ דן בקבלה לק"מ דיחיד וקבלו הוי תרתי לריעותא כשיטת הש"ך משא"כ ג' לא הוי רק חדא לריעותא וליכא למימר הא ג' נמי תרתי לריעותא הוא דהא אפילו היה כאן יחיד מומחה או ב' אינן דנין בע"כ הא ליתא דמ"מ לא חשיב רק חד ריעותא כמו ג' רועי בקר הנ"ל דלכל אחד נחסר מעלת המומחה ואז היו ג' מומחין יכולין לדון בע"כ לכ"ע משא"כ יחיד שיש לו שני ריעותות אפילו בשם אחד הוי תרתי לריעותא ועוד דהא יש לו שני שמות חד ואינו מומחה [רצוני לומר בזה דאפילו אי נימא דמ"מ מוכח מג' הדיוטות גופא לפי מה שאמרה הברייתא דיחיד מומחה יכול לדון ובזה שפיר מוכח דדן בע"כ א"כ גם באינו מומחה לא הוי רק חד ריעותא ועל זה אמרתי דמ"מ הוי תרתי לריעותא לשיטת הש"ך ולפי זה פשיטא דג' אינו רק חד ריעותא דהא יחיד מומחה דן בע"כ ועכ"פ בין אם יחיד דן בע"כ או אינו דן מרישא ליכא הוכחה דג' דנין בכפי'] משא"כ מיחיד מומחה שפיר הוכיחו התוספות דדן בע"כ דאי אינו דן רק בקבלה א"כ אינו מומחה נמי וליכא למימר דנ"מ לענין חזרה לאחר גמר דין דביחיד מומחה אי אינו דן בע"כ רק בג' דוקא א"כ הוי יחיד מומחה נמי תרתי לריעותא ואין חילוק בין יחיד מומחה לאינו מומחה וכדעת הש"ך הנ"ל באחד שיש לו שני ריעותות אף משם אחד כגון אחד במקום ג' הוי תרתי לריעותא ועל זה הוצרכו התוס' והרא"ש להוכיח ג' הדיוטות בע"כ דבמקום יחיד מומחה

קיימי אבל ג' הדיוטות מצד עצמן לא מוכח מידי וזו היא ראיה ברורה לשיטת הש"ך אם לא שנדחוק ליישב דברי התוספות כמו שכתב מהרש"א וכבר בארנו דהא ליתא. ולפי זה כיון שבארנו שדעת התוספות והרא"ש כהש"ך גם לפירש"י לפי מה שאבאר בסמוך בס"ד דג' רועי בקר הוי תרתי לריעותא א"כ כ"ש כאן. ולפי זה יצא לנו דין מחודש דג' שיש ביניהם פסולים שונים לכל א' פסול אחר לא הוי ג"כ רק חדא לריעותא כיון שבארנו העיקר כדעת הש"ך דלא תליא בשם אחד ושני שמות א"כ ע"כ דהטעם בג' רועי בקר כמו שכתבתי לעיל בשם הר"ן כיון שהם אנשים נפרדים ולכל אחד יכול להעלותו חד דרגא א"כ ממילא אפילו בפסולים שונים אמנם לדעת רש"י דג' רועי בקר הוי תרתי לריעותא כ"ש בזה ויתבאר בסמוך:

ג וכן הסכמת רוב הפוסקים. עש"ך ס"ק ג' דין זה צריך בירור ודיקדוק היטב על פי סוגית הש"ס פרק זה בורר ומתוך הביאור יתבארו קצת דינים מחודשים לכן מוכרח אני להאריך קצת והנה שורש המחלוקת דרש"י פירש מילתא דר' דימי לר"מ אבל לרבנן אפילו בתרתי לריעותא פליגי והתוספות פירשו דמילתא דר"ד לרבנן דבתרתי לריעותא מודו רבנן דאינו יכול לחזור והנה לכאורה יש להכריח מסוגית הש"ס כפירש"י והוא דאמר התם שמואל אמר מחלוקת במחול לך אבל באתן לך ד"ה יכול לחזור בו ור"י אמר באתן לך מחלוקת ומבעי לן אי דוקא באתן לך או בין בזו בין בזו ופשיט מרבא וקאמר דרבא טעמא דנפשיה קאמר ופריך עליה דרבא מהא דקאמר היה חייב לחבירו שבועה ואמר דור לי בחיי ראשך דפליגי ש"מ במחול לך פליגי ומשני לא באתן לך ובנשבעין ונוטלין ופריך והא קתני ליה רישא ומשני לחלק בין תולה בדעת:

עצמו לתולה בדעת אחרים ע"כ סוגית הגמרא. והנה יש לתמוה מאי קושיא לרבא ממתניתין הא' בתר הכי קאמר רבא גופא מחלוקת לאחר גמר דין אבל קודם גמר דין ד"ה יכול לחזור בו הילכך רישא שפיר לא מוקמת לה רק באתן לך כיון דמיירי לאחר גמר דין אבל סיפא מיירי לפני לפני גמר דין כדמשמע פשטא דלישנא דעדיין לא נשבע הרי שהוצרכו התוס' לפרש וכן מהרש"א שם דהך דור לי מיירי לאחר שבועה ולמה לא נימא באמת דמיירי קודם שבועה והוי קודם גמר דין לכך פליגי אפילו במחול לך כיון דסובר רבא במחול לך כ"ע מודו דאינו יכול לחזור הרי שיש כאן מקום: לומר דאפילו אליבא דר"מ אינו יכול לחזור רק לפני גמר דין דבזה אפילו רבנן מודו באתן לך א"כ במחול לך ולפני גמר דין פליגי וכן כתב הרא"ש להדיא דראוי היה שיהא מחול לך לפני גמר דין כמו אתן לך לאחר גמר דין ומה שכתב הרא"ש לדחות זה מדקאמר רבא באתן לך מחלוקת אבל במחול לך כ"ע מודו משמע באותו ענין דהיינו לאחר ג"ד אבל לפני

ג"ד יכול לחזור ואפי' במחול לך ואני תמה הא אין כאן ראי' כלל אדרבא מדקאמר אבל במחול לך כ"ע מודו הכוונה דוקא באותו ענין כ"ע מודו אפי' לר"מ דאינו יכול לחזור אבל לפני ג"ד פליג ר"ח אפי' במחול לך אבל מנין לנו דאפילו רבנן יודו במחול לך לפני גמר דין ודי בזה שנאמר דר"מ פליג במה שמודה לאחר גמר דין והוא תמוה מאוד. וליכא למימר דמדקאמר רבא באתן לך מחלוקת ש"מ במחול לך ליכא פלוגתא כלל דאל"כ הוי לי למימר דבמחול לך נמי פליגי ואפשר שזאת היתה כוונת הרא"ש דפלוגתא וודאי ליכא למימר במחול לך רק שנאמר דאפי' לפני גמר דין יודו כ"ע דאינו יכול לחזור ע"ז כתב דמיירי באותו ענין א"כ דוקא לאחר גמר דין וכיון דר"מ פליג ש"מ דגם רבנן מודו דאל"כ איכא פלוגתא גם במחול לך אבל באמת הא ליתא דהא בתר הכי פריך הא תנא ליה רישא ויש להבין הא בלא"ה תקשי לי' לשמואל דקאמר במחול לך פליגי א"כ ע"כ סיפא נמי במחול לך א"כ תיקשי הא תנא ליה רישא וצריך לומר דלשמואל לא קשיא דסובר דסיפא לא מתוקמא רק במחול לך דכיון דקתני היה חייב לחבירו שבועה מבואר דבנשבעין ונפטרין מיירי דבנשבע ונוטל האיך שייך חייב שבועה שהרי בידו לישבע אימת שירצה או שלא ישבע כלל וע"כ דבנשבעין ונפטרין מיירי והיינו מחול לך ולפי זה שפיר תנא סיפא לגלויי ארישא דבמחול לך פליגי דאי ברישא לבד ס"ד באתן לך פליגי משא"כ לרבא דמוקי סיפא באתן לך א"כ האיך אפשר דתנא סיפא לגלויי ארישא אדרבא מסיפא מחול לך מוכח ולא אתן לך וכי משום דמוקמינן לה באוקימתא דחיקא נאמר דהא קמ"ל המשנה מה שמבואר להיפך ושפיר פריך הא תנא ליה רישא וזה ברור. ולפי זה ממילא שפיר יש לומר לרבא נמי דסובר דסיפא רק במחול לך מתוקמא כמו לשמואל ולפי זה כיון דסיפא מתוקמא במחול לך ולפני גמר דין א"כ ע"כ דרישא לאחר גמר דין ובאתן לך דאי רישא במחול לך ולפני גמר דין תיקשי הא תנא ליה רישא לכך מוקי רישא באתן לך דוקא וסיפא במחול לך דוקא ורישא לאחר גמר דין וסיפא לפני גמר דין:

ומצאתי ראיה ברורה לזה דבמחול לך ולפני גמר דין פליגי ג"כ מהא דגרסינן בתוספתא דסנהדרין פ"ה וז"ל אמר לו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עלי ג' רועי בקר יכול לחזור בו עד שישמע מפי הדיין וחכמים אומרים אינו יכול לחזור בו והנה יש לתמוה לר' יוחנן ורבא דהכי קיימא לן דבלאחר גמר דין פליגי אבל לפני גמר דין מודו רבנן לר"מ הא בהדיא מבואר בברייתא הנ"ל דבלפני גמר דין פליגי והאיך פליגי ר"י ורבא אברייתא דקתני בהדי' עד שישמע מפי הדיין ובש"ס פרק זה בורר מייתי נמי להך ברייתא בהא דקאמר לא כל המיני' לפסול דיין שמומחה לרבים וכן בירושלמי פרק זה בורר מייתי לה וצריך לומר דבאמת בהא פליגי ר"י וריש לקיש דריש לקיש סובר דהך ברייתא כפשטא

דבלפני גמר דין פליגי ור' יוחנן סובר דברייתא במחול לך מיירי אבל באתן לך לא פליגי רק לאחר גמר דין אם כן מבואר דעכ"פ במחול לך לפני גמר דין פליגי אפילו לר' יוחנן ורבא א"כ קשה קושיא הנ"ל ובאמת ראיתי במרדכי פרק זה בורר דמייתי הך תוספתא ונראה שמפרש לה בענין אחר וז"ל עד שישמע מפי הדיינים וחכמים אומרים עד שהועד העדות וכן פסק רבינו מאיר דאחר שהעידו העדים הוי כגמר דין עכ"ל מבואר שפירש הך דתוספתא בעדים וסובר ר"מ דלא מהני רק אחר פסק הדיינים והיינו דסובר אפילו לאחר גמר דין יכול לחזור בו ורבנן סברי דלאחר גמר דין אינו חוזר הילכך משהעידו העדים אינו יכול לחזור דהוי כגמר דין אבל באמת מעולם לא נזכר בתוספתא הך משהועד העדות אלא וחכמים אומרים אינו יכול לחזור תדע דהא קתני ג' רועי בקר והא וודאי לאו בעדים משתעי רק בדיינים ומ"מ קתני עד שישמע מפי הדיין ש"מ דאפילו בדיינים מודה ר"מ לאחר גמר דין וע"כ דבמחול לך מיירי וש"מ דבלפני גמר דין פליגי ובאמת היה קשה בעיני דבר זה לפי שלא מצאתי לי עזר לשום אחד מהפוסקים ואדרבא הסכימו כולם דאפילו במחול לך יכול לחזור לפני גמר דין ואף שדחיתי ראיותיהם עד שמצאתי להגהת אשר"י פרק זה בורר בשם הא"ז וז"ל ובאור זרוע כתב לפני גמר דין ומחול לך לא ידענא מה אידון בי' הרי שהרגיש במה שכתבתי וכיון שיש מקום לומר כן קשה מאי פריך לרבא נימא דבאמת רבא סובר הכי ולמה לו, לדחוק בנשבעין ונוטלין דלישנא דהיה חייב לחבירו שבועה אינו סובל זה כלל וראיתי להר"ן ז"ל בחידושיו שהביא ראיות דבמחול לך לפני גמר דין אפילו לרבנן יכול לחזור חדא מהא דאמר רבא קיבל עליו קרוב או פסול לפני גמר דין יכול לחזור בו משמע בין תובע בין נתבע וכו' ע"ש ולא נהירא כלל דהא התם אמילתא דר"י ר"ל קאי דמהאי טעמא לא קאמר רבא טעמא דנפשיה קאמר כמו שכתבו התוס' ורש"י שם אם כן ר"י ור"ל וודאי באתן לך קאמרי לאחר גמר דין מחלוקת וע"כ באתן לך דוקא א"כ רבא נמי באתן לך דעלייהו קאי גם מה שהביא ראיה מהא דקאמר לפני גמר דין וקנו מידו מהו ואי ס"ד במחול לך לפני גמר דין פשיטא דלא בעי קנין וכו' ע"ש ולק"מ דהא כבר כתב הנ"י פרק זה בורר דהכא לאו במחול לך בפי' עסקינן דבהא לא הוי פליג ר"מ דמחילה אינה צריכה קנין רק הכא באומר הריני מקבל עלי לכך פליג ר"מ א"כ שפיר מיבעי ליה לפני גמר דין וקנו מיניה דבמחול לך לפני גמר דין נמי בעי קנין תדע דהא לשמואל במחול לך ופשיטא דמיירי בלא קנין דבקנין האיך פליג ר"מ באופן שדברי הר"ן הללו תמוהין לפענ"ד ועכ"פ הדרן להנ"ל כיון דבא"ז נמי מספקא לי' ומתוספתא הנ"ל מוכח כן בוודאי יש להבין למה לא תירצו כן מילתא דרבא

ועוד תיקשי ליה לאור זרוע מאי מספקא ליה הא כיון דלא תירצו כן לרבא אם כן ניפשוט ספיקו של הא"ז ודו"ק]:

לכן נראה ביישוב קושיא הנ"ל דבלא"ה הקשו התוספות בהא דאמר לאחר גמר דין מחלוקת דהא בפרק יש נוחלין קאמר עבדי גנבת רצונך השבע וטול נשבע ואינו יכול לחזור בו ש"מ דאפי' קודם שבועה דהוא לפני גמר דין אינו יכול לחזור בו ור"ת הגיה ונשבע אינו יכול לחזור בו דהיינו לאחר שבועה ומן הטעם הזה פי' הר"ן גם דור לי בחיי ראשך דמתניתין בשנשבע אבל באמת התם נאמר בלא וא"ו. לכן נראה ביישוב קושיא זו לשיטת רש"י בפשיטות והוא דע"כ לא נחלקו ר"י ור"ל אי פליגי לפני גמר דין או לא משום דחכמים פליגי אפילו בתרתי לריעותא דאינו יכול לחזור לדעת רש"י והיינו משום שלשה רועי בקר דלדעתו הוי תרתי לריעותא כמו שיתבאר) וזה פליג ר"י על ר"ל דבלפני גמר דין וודאי לא הוי פליגי רבנן בתרתי לריעותא דאינו יכול לחזור אבל בחדא לריעותא מודה ר"י לר"ל דאפי' לפני גמר דין פליגי רבנן כיון דליכא רק חד ריעותא אינו יכול לחזור מקבלתו ולפי זה לא קשיא מהך נשבע ואינו יכול לחזור בו דהתם לא הוי תרתי לריעותא כיון דצריך לישבע ולא חשבו כב' עדים כמו שכתב הנ"י גם בלא"ה נראה לי דהתם לא הוי תרתי לריעותא שלא אמרו תרתי לריעותא רק במקבל אחד לעד או לדיין וקבלתו הוא שיהא כמו שאר עדים ודיינים ואפשר שיעידו כך או כך או ידון כך או כך ולעד גמור קיבל וכל דיני עדות ודיינים נוהגין בו הילכך כשיש בו תרתי לריעותא גריע קבלתו שהוא מקבל לעד ודיין מי שאינו ראוי ויש בו תרתי לגריעותא משא"כ התם שקיבל לבעל דבר והאמינו בשבועה אין עליו תורת עד כלל שהרי צריך לישבע ועד הצריך לישבע אינו עד כלל ועוד שהרי הוא אינו אומר רק שלא גנב כמו שהוא טוען ולא שייך עד כלל בזה רק בתורת בעל דבר הימני' ומהאי טעמא נמי דהימני' כבי תרי מהני אפילו בלא קנין לפירש"י גופא פרק שבועת הדיינין דכיון שקיבל בעל דבר בעצמו כל אימת שיאמר לא פרענא אין זה בתורת עדות כלל עד שנאמר שיש בו ריעותא שאינו ראוי לעדות לכך מהני משא"כ הכא שקיבל אותו לכל עדות שיהיה עד או דיין לא מהני כיון שאינו ראוי ויש בו תרתי לגריעותא וזה ברור ונכון ונסתלקה קושית הראשונים ולפי זה התם אפילו לפני גמר דין מודה ר"י לר"ל דאינו יכול לחזור לרבנן והשתא אתי שפיר קושיא הנ"ל ושפיר פרכינן דוודאי היה מהראוי לומר במחול לך לפני גמר דין פליגי כיון דלאחר גמר דין לכ"ע אינו יכול לחזור בו א"כ קודם גמר דין אינו מהראוי שיוכל לחזור בו לכ"ע רק דפליגי משא"כ השתא דשמעינן בחדא לריעותא אפילו באתן לך פליגי קודם גמר דין דהתם בעבדי גנבת מיירי בהדיא באתן לך א"כ כל היכי דבאתן

לך פליגי במחול לך מודו א"כ דור לי בחיי ראשך דלא הוי רק חדא ריעותא א"כ באתן לך לפני גמר דין פליגי א"כ במחול לך כ"ע מודו דאינו יכול לחזור אפילו לפני גמר דין והאיך קתני במתניתין דפליגי במחול לך ועל זה הוצרך לישנוי' דדור לי באתן לך לכך פליגי בלפני גמר דין דהוי חדא לריעותא ודו"ק היטב בכל הנ"ל. ולפי זה יצא לנו הדין לדעת רש"י במחול לך לפני גמר דין אינו יכול לחזור אפי' בתרתי לריעותא ובחדא לריעותא לכ"ע אינו יכול לחזור אפילו לר"מ ובאתן לך לפני גמר דין בתרתי לריעותא יכול לחזור ובחדא לריעותא אינו יכול לחזור דבהא מודה ר"י לר"ל כהך ברייתא דעבדי גנבת אבל הרמב"ם ז"ל כתב בהדיא בכל הנ"ל להיפך דבמחול לך לפני גמר דין יכול לחזור בו ובאמת בזה היה מקום לומר דסובר דוודאי אילו היה מצינו ליישב דברי רבא שלא נצטרך לומר בנשבעין ונוטלין הוה משנינן כן אבל השתא דאפילו לפי זה לא אתי שפיר כנ"ל א"כ ממילא הדבר בספק כדמספקא ליה לא"ז הנ"ל א"כ כיון דשמעינן ליה לר"מ בודאי בהא דיכול לחזור ולרבנן לא שמעינן שיחלקו בזה לכך פסק דיכול לחזור [אבל מתוספתא הנ"ל קשה לדעתו] אבל הא קשיא שפסק אפילו בחדא לריעותא לפני גמר דין חוזר בין במחול לך בין באתן לך ש"מ דלא סבירא ליה לכל הנ"ל אם כן לדעת הרמב"ם אין ראיה מהנ"ל לשיטתו דבתרתי לריעותא פליגי רבנן ג"כ אבל לשאר פוסקים שפסקו ג"כ כרש"י פשיטא דיש לומר דסבירא להו כהנ"ל ויש להם ראיה ברורה:

ומעתה אבא לברר דעת התוס' והרי"ף וסייעתם והוא דבש"ס ריש פרק זה בורר מוכח להדיא כדעתם כמו שיתבאר דפריך אהא דקתני זה פוסל עדיו של זה ומשני תני עדו ופריך מאי קמש"ל דיכול לחזור הא תנינא חדא זימנא אמר לו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עלי שלשה רועי בקר וכו' ואמר ר' דימי בריה דר' יוסף כגון דקבלי' עלי' בחד ומשני דאי קתני אבא ואביך דחזי לעלמא וכו' והקשו התוס' והר"ן בחידושיו דהא בלאו מילתא דר' דימי נמי קשה ותרצו דבלי מילתא דר' דימי ס"ד דוקא התם דהוי תרתי לריעותא פליג ר"מ אבל בחדא לריעותא מודה קמש"ל דאפילו בחדא לריעותא פליג אבל לר' דימי דמוקי אבא ואביך בחדא לריעותא קשה וכן כתב הר"ן והנה לכאורה יש לתמוה דא"כ לר' דימי נמי מאי קשיא לן דהא ר' דימי נמי אמורא הוא וממשנה גופא דריש פרק זה בורר באמת קא דייק לה דר"מ אפילו בחדא לריעותא פליג אבל אי לאו הך משנה באמת ס"ד דבתרתי לריעותא דוקא פליג וצריך לומר דוודאי ר' דימי אכולה מתניתן קאי וסובר דפלוגתייהו דוקא בחדא לריעותא כפי' התוס' הנ"ל א"כ ע"כ צריך לומר דר' דימי דייק' ממשנה גופא דקתני ג' רועי בקר ואבא ואביך וסבירא ליה דג' רועי בקר לא הוי תרתי לריעותא דאי הוי תרתי לריעותא לא הוי ליה למיתני בהך גוונא דהא אפי' בתרתי

לריעותא באיש אחד פליגי וליכא למימר דנקט לרבותא לר' מאיר דהא' אפילו בחדא לריעותא פליג דהא קתני אבא ואביך וכל שכן ברועי בקר דהוי טפי מחדא לריעותא ועל כרחך צריך לומר דר' מאיר פליג בחדא לריעותא ורבנן נמי בחדו' דוקא ולכך נקט אבא ואביך לרבותא לר' מאיר ורועי בקר לרבותא לרבנן אף דהוי טפי מחדא לריעותא דכלהו פסולים לא מצי הדר ביה אבל מ"מ מוכח דבקיבל חד כבי תרי או כתלתא מודו רבנן דאל"כ הוי ליה למיתני רבותא לרבנן אפילו בכהאי גוונא ולא בג' רועי בקר ולפי זה אתי שפיר דבלי ר' דימי ס"ד דשלשה רועי בקר הוי תרתי לריעותא ואין חילוק בין שני ריעותות בשני אנשים או באיש אחד א"כ בלי הך משנה דריש פרק זה בורר ס"ד דבתרתי לריעותא פליגי קמ"ל דאפילו בחדא לריעותא פליג ר"מ ואי קתני הך משנה דריש פרק זה בורר ס"ד דדוקא בחדא לריעותא פליגי רבנן אבל בתרתי לריעותא מודו קמ"ל הך משנה דנאמנין עלי שלשה רועי בקר דאפילו בתרתי לריעותא פליגי רבנן אבל השתא דחדית לן ר' דימי דבאמת לא פליגי ר"מ ורבנן רק בחדא לריעותא והיינו כמו שכתבתי דסובר ג' רועי בקר חדא לריעותא ולא דמי לקיבל חד כבי תרי א"כ לא איצטרך רק חדא משנה או הך דריש הפרק או הך משנה דנאמן עלי אבא דבכל חדא מוכח דבחדא לריעותא פליגי ולא בתרתי. ובהכי ניחא נמי מה שיש לתמוה דהא מ"מ בלי ר' דימי נמי הוי מצי להקשות דהוי ליה למיתני הך משנה דריש פרק זה בורר ושפיר שמעינן דבחדא לריעותא פליג ג"כ ר"מ ולפי הנ"ל ניחא דבלי ר' דימי הוי ס"ד דרבנן באמת אפי' בתרתי לריעות' הילכך אי הוי קתני הך משנה דריש הפרק ס"ד דבהא פליגי רבנן אבל בתרתי לריעותא מודו ואי קתני אבא ואביך ס"ד דוקא בתרתי לריעותא פליג ר"ח אבל בחדא מודה לכך איצטרך תרווייהו אבל לר' דימי קשה כנ"ל. ובזה מיושב מה שהקשה מהרש"א לתירוץ התוס' הא שלשה רועי בקר הוי חדא לריעותא כדמוכח מדברי התוס' שם דבתרתי לריעותא מודו רבנן ותירץ דניחא ליה להקשות מאבא ואביך ואין זה נכון כלל דא"כ השתא נמי לר' דימי מאי קושיא דילמא באמת לולא הך משנה דריש פרקן הוי מוקים לה בתרתי לריעותא וליכא למימר דהקושיא לר' דימי ליתני הך משנה דריש פרקן לחוד א"כ קשה חדא מה משני דאי קתני אבא ואביך הא לא קשיא דאי הוי קתני אבא ואביך הוי מוקמינן בתרתי לריעותא ועוד קשה דא"כ בלי ר' דימי נמי הוי מצי להקשות דהוי ליה למיתני הך משנה דריש פרקן ושפיר שמעינן בתרתי לריעותא ובע"כ צריך לומר דבלי ר' דימי ס"ד דפליגי בין בחדא בין בתרתי לכך איצטרך תרווייהו דאי הך משנה דריש פרקן ס"ד בחדא דוקא פליגי ומתניתין דנאמן עלי אבא ס"ד דבתרתי דוקא פליג ר"מ אבל השתא דחדית לן ר' דימי דדוקא בחדא פליגי שפיר קשה דלא איצטרך

תרווייהו ולפי זה ממילא לא קשיא קושית מהרש"א דבלי ר' דימי כיון דהוי סבירא לן דבתרתי לריעותא נמי פליגי רבנן פשיטא דהוי סבירא לן דשלשה רועי בקר הוי תרתי לריעותא וע"כ לא כתבו התוספות דהוי חדא רק לפי האמת לר' דימי דלא פליגי רק בחדא ולק"מ ודו"ק היטב ותמהני על מהרש"א שלא שם לבו להעמיק בכוונת התוס' כנ"ל. ולפי הנ"ל מוכרח לומר ג"כ דסבירא להו לתוס' דר' דימי דייק לה למילתא מהך משנה גופא דנאמן עלי אבא מדיוקא דממניתין כמו שכתבתי מקודם דאל"כ תקשי מאי קושיא לר' דימי דילמא הא דמוקי ר' דימי פלוגתייהו בחדא היינו מכח המשנה דריש פרקן דמיירי בחדא דליכא למימר דכוונת התוס' דלר' דימי הקושיא דלימני משנה דריש פרקן דליכא למימר דס"ד דרבנן מודו בתרתי דהא לר' דימי באמת מודי בתרתי ומאי איכפת לן הא ליתא דא"כ קשה קושיא הנ"ל מאי משני דאי קתני אבא ואביך הא מאבא ואביך לא קשיא כנ"ל רק ממשנה דהתם ובע"כ דבאמת ר' דימי ממשנה קא דייק לה כנ"ל והקושיא דבין הך משנה בין הך משנה הוי שמעינן שפיר וליכא למיטעי ושפיר משני דאיצטרך תרווייהו ודו"ק היטב בכל זה כי הוא ברור ונכון:

ומעתה לפי זה מבואר להדיא כדעת התוס' דלפירש"י קשה כל הנ"ל כיון דבאמת ר' דימי לא בא לחדש רק דלר"מ בחדא לריעותא חוזר אבל רבנן באמת פליגי אפילו בתרתי לריעותא א"כ מאי נ"מ בקושיא במילתא דר' דימי כמו דבלי ר' דימי הוי מצי למימר דלא קתני אבא ואביך משום דהוי תרתי אבל בחדא מודה השתא נמי יש לומר כן ור' דימי גופא מהך משנה יליף לה דבחדא נמי פליג ר"ח אבל לולי הך משנה מנא ידעינן ואדרבא כיון דרבנן וודאי פליגי אפילו בתרתי מנין לנו לעשות פלוגתא רחוקה דר"מ פליג אפי' בחדא דחוזר ולרבנן אפילו בתרתי אינו חוזר רק משום הך משנה ידעינן לה ולק"מ ועוד דאפילו אי נימא דסובר הרב ז"ל דמשמע ליה למקשה דר' דימי קא דייק לה מהך משנה גופא דנאמן עלי אבא [והיינו מדקאמר כגון ולא קאמר לא צריכא משמע דקשיא ליה מידי במשנה עד שהוצרך לאוקמא דקבלו בחד ואפשר דדור ליה בחיי ראשך קשיא ליה דלא הוי רק חדא כמו שכתבתי לעיל ודו"ק] מ"מ תקשי אכתי איצטרך תרווייהו דאי הך משנה גופא דריש פרקן קס"ד דוקא בחדא פליגי רבנן ולא בתרתי ואי הך משנה ס"ד נמי דוקא בחדא כיון דבחדא מיירי לר' דימי לכך איצטרך תרווייהו חדא בחדא דפליג ר"מ וחדא דבתרתי פליגי רבנן ובע"כ צריך לומר דסובר רש"י דבתרתי לא איצטרך ג"כ דכולהו מהך משנה נאמן עלי אבא מוכח דשלשה רועי בקר הוי תרתי לשיטת רש"י כמו שכתב הר"ן ופליגי רבנן ור' דימי דייק דבחדא פליג ר"מ א"כ תו לא איצטרך הך משנה דזה פוסל עדיו של זה ולפי זה קשה מאי משני דאי הוי תני אבא ואביך משום דחזי

לעלמא וקשה קושית מהרש"א דהא שלשה רועי בקר לא חזי לעלמא דליכא למימר כמו שתירץ מהרש"א דבשלשה רועי בקר לא פליגי רבנן דהא לשיטת רש"י עיקר הקושיא משום דבשלשה רועי בקר פליגי ובלא"ה אין כאן התחלת קושיא א"כ לא תירץ כלום וזו היא קושיא גדולה לתירוץ מהרש"א:

הן אמת דבזה נראה לפע"ד ליישב פירש"י והוא דבלא"ה תירוץ מהרש"א לא נהירא כלל אפילו לשיטת התוס' דהאיך ס"ד דבשלשה רועי בקר לא פליגי רבנן א"כ לאיזה צורך קתני לה וליכא למימר לרבותא לר"מ דהא אפילו בחדא לריעותא ממש וחזי לעלמא סובר דיכול לחזור כ"ש בשלשה רועי בקר דלא חזי והוא תמוה לכאורה לכן נראה ליישב קושית מהרש"א והוא דיש להבין הא דקאמר התם דר' יוחנן סובר באתן לך מחלוקת וקאמר דרבא טעמא דנפשי' ור"י סובר דבין בזו בין בזו מחלוקת והיינו בין במחול לך בין באתן לך ולפי זה יש להבין מאי פריך כאן הא תנינא חדא זימנא דהא איצטרך חדא במחול לך וחדא באתן לך וקמש"ל במחול לך רבותא לר"מ ובאתן לך רבותא לרבנן וכהאי גוונא משני בכמה מקומות וצריך לומר דהתם פריך לרבא דמוקי סיפא בדור לי בחיי ראשך בנשבעין ונוטלין הא תניא ליה ברישא וצריך לומר דלשמואל ור"י לא קשיא לשמואל כמו שכתבתי לעיל ולר"י חדא במחול לך וחדא באתן לך ולפי זה ממילא שפיר מקשה דהא מהך נאמן עלי אבא שמעינן תרווייהו מחול לך ואתן לך ואהא משני דע"כ שמעינן פלוגתייהו אפילו באתן לך רק באבא ואביך דחזי לעלמא לכך אפילו באתן לך אינו יכול לחזור אבל היכי דלא חזי לעלמא לא מהני רק במחול לך אפילו לרבנן ולפי זה לא קשה משלשה רועי בקר דבזה באמת מיירי במחול לך ולא באתן לך כיון דלא חזי לעלמא ולפי זה לק"מ קושית מהרש"א ואתי שפיר גם לפירש"י. ועוד נראה דבלא"ה לק"מ קושית מהרש"א דשלשה רועי בקר חזי לעלמא מיקרי כיון דיכול להיות שילמדו ויוכלו לדון משא"כ חד כבי תרי לא משכחת כלל דמהני אך מ"מ קשה מאוד בעיני לומר דפשיטא ליה להמקשה דר' דימי דייק דר"מ פליג אפילו בחד ממשנה גופא דבשלמא לפירוש התוס' שפיר יש לומר דדייק כמו שכתבתי לעיל אבל לפירש"י כיון דרבנן פליגי בתרתי לריעותא אדרבא כל היכי דמצי להשוות המחלוקת ו יש לומר כן ולא שנאמר דפליגי בסברות הפוכות אם לא שיצא לו כן ממשנה דריש פרקן א"כ אין כאן קושיא ואיצטרך תרווייהו נמצא לפי הנ"ל כיון שביארנו דמסוגיא הנ"ל מוכח פירוש התוס' וכבר כתבתי לדחות ראיית הפוסקים מהך דשורי גנבת ומהך דמהימנת עלי כבי תרי א"כ אין כאן מקום לשיטת רש"י אם לא שנכריח מסוגית הש"ס הנ"ל א"כ נצטרך לומר כל הדינים הנ"ל ובאמת כל הפוסקים פסקו בהיפך וכן הרמב"ם והר"ן גופייהו ובע"כ

צריך לומר דסבירא להו דפשיטא ליה למקשה דלרבא במחול לך לפני גמר דין לא פליגי דלא כספיקו של א"ז א"כ ממילא אינו לדינו של רש"י ורמב"ם שורש וקיום בהלכה אלא דהתוספתא קשיא ליה כמו שכתבתי קודם הילכך נראה עיקר דבמחול לך לפני גמר דין הוי ספיקא דדינא כספיקו של ר"י א"ז ובפרט שכבר דחיתי ראיית הרא"ש. והר"ן בטוב טעם אבל מ"מ במחלוקת תרתי לריעותא אין בידי כח להכריע מאחר דסוגיא הנ"ל אינה מתיישבת רק לשיטת התוס' וסוגיא בכאן לפירש"י הילכך גם בזה הוי ספיקא דדינא אבל בהך דינא בחדא לריעותא לפני גמר דין אף דלפי הנ"ל היה מהראוי לפסוק דאינו יכול לחזור אבל כיון דלדעת הפוסקי' דוקא בחדא לריעותא פליגי בוודאי אינו יכול לחזור ולהפוסקים דאפי' בתרתי לריעותא ג"כ מבואר בהו להדיא דאפילו בחדא לריעותא לפני גמר דין כמו שכתב הרמב"ם להדיא א"כ הכי נקטינן:

וראיתי להמרדכי ריש פרק זה בורר שהביא ראיה לשיטת התוס' דבתרתי לריעותא מודו רבנן דהא בריש פרקן מוקמינן לה במקבל חד כבי תרי וקאמרו רבנן אימת בזמן שמביא ראיה שהם קרובים או פסולין מבואר דאם קיבל קרוב או פסול כבי תרי יכול לחזור אפילו לרבנן וזו כמעט ראיה מוכרחת אף שהמרדכי קיצר בלשונו זו היא כוונתו והיינו דדוחק לומר דהביא ראיה אחר הקבלה שלא ידע בשעת קבלה פשיטא ומה צורך להשמיענו והא הוי קבלה בטעות אבל באמת הדבר מוכרח אפילו לשיטת התוספות ע"כ צריך לומר דאין מהתם ראיה כלל דאל"כ תקשי קושית התוספות והר"ן שם דבלי ר' דימי הוי ליה לאקשויי תרתי למה לי וליכא למימר דמשום דס"ד דוקא בתרתי לריעותא דמ"מ ליתני הך משנה דריש פרקן ומשנה דנאמן עלי אבא למה לי וע"כ צריך לומר משום דבלי ר' דימי ס"ד דרבנן גם בתרתי פליגי א"כ לולא הך משנה דנאמן עלי אבא ס"ד בחדא פליגי קמ"ל הך משנה דבתרתי פליגי ואי הך משנה ס"ד דוקא בתרתי קמ"ל בחדא פליג ר"מ ולפי זה להמרדכי הנ"ל אכתי תקשי דהא התם מבואר דרבנן בתרתי לא פליגי א"כ אכתי ליתני רק הך משנה ולא משנה דנאמן עלי אבא וע"כ דלאו ראיה הוא דמיירי שהביא אחר קבלה וקמ"ל דנאמן לומר שלא ידע בשעת קבלה אבל בידע לא מצי הדר ביה ואדרבא מדקתני בזמן שמביא עליהן ראיה דמשמע לאחר קבלה הא אפילו ידע מעיקרא מצי הדר ביה וזה ברור:

ד איזה מקרי גמר דין ולאפוקי ממה שכתב הרמב"ם נגמר הדין והוציא ממון והיינו כמו שכתבו האחרונים דהרמב"ם לאו דוקא נקט הוציא והב"י דייק לה מהא דדור לי בחיי ראשך דמודה הרמב"ם כל שנשבע הוי גמר דין ובאמת לאו ראיה הוא כלל דוודאי סבירא לי' כשקיבל עליו בוודאי הוי כוונתו שיעשה כל מה שהדיין צריך לעשות והיינו להוציא

ממון אם יצטרך וסבירא לן שכל כמה שלא גמר הדיין קבלתו יכול לחזור א"כ כל כמה שלא הוציא ממון עדיין לא נגמר קבלתו ויכול לחזור משא"כ כשאמר דור לי בחיי ראשך גמר קבלתו של זה הוא שישבע וכל שנשבע הוא צריך לשלם ותשלומין הללו אין להם שייכות אצל הקבלה שהוא בידו לשלם והקבלה הוא שישבע חבירו ומשגמר שבועתו נגמר קבלתו ואינו יכול לחזור אבל כשקיבל לדיין קבלה זו היא שיהא דיין ויעשה כל מה שהדיין עושה א"כ הוצאת הממון ג"כ בכלל הקבלה וכל שלא הוציא לא נגמר הקבלה ויכול לחזור. אך לפי זה יש להבין בעדות דכל הקבלה רק להעיד א"כ לאחר שהעיד נגמר הקבלה ומ"ש מדור לי בחיי ראשך דלא מהני להרמב"ם רק לאחר שהוציא וצריך לומר דסבירא ליה להרמב"ם דבקיבל לעדות הוי ג"כ כמו קיבל לדיין שהרי מקבל על עצמו שהדיינים ידונו על פי אותו עדות הפסול א"כ בעינן לאחר גמר דין דהיינו הוצאת הממון: והנה האחרונים ז"ל נתחבטו מאין הוציא הרמב"ם דין זה דהא בעלמא אמרינן גמר דין איש פלוני אתה זכאי או צא תן לו והנה הלח"מ והש"ך כתבו שיצא לו להרמב"ם מן הירושלמי פרק זה בורר דאיתא התם שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה אינו יכול לחזור כן הגיה המפרש תיבת אינו לפי הענין ור"י ור"ל אמרי אפילו נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור מבואר דגמר דין הוא הוצאת הממון. אך יש לתמוה על זה דהא בש"ס מבואר דלר"י ור"ל לאחר גמר דין אינו חוזר וכתב הלח"מ דבאמת פליגי והש"ך כתב דלא פליגי רק התם בקיבל בפני שנים וש"ס דילן בקיבל בפני ג' ובאמת לא הועיל כלום דאכתי תקשי הא בגמרא דילן מבואר לשמואל דבמחול לך פליגי ובאתן לך כ"ע מודו ולירושלמי מילתא דשמואל באתן לך וכבר האריך מפרש הירושלמי לתמוה בזה על הש"ך וע"ש דמסיק דע"כ דש"ס דילן פליג על הירושלמי:

אבל לפענ"ד נראה לפרש הירושלמי בדרך אחר ולק"מ ושפיר מוכח דינו של הרמב"ם ז"ל כמו שיתבאר והוא דשם בירושלמי נאמר שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו ר"י ור"ל אמרו אפילו נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו. והנה מבואר שיש כאן ט"ס וצריך להיות באיזה משניהם אינו יכול במקום יכול ולזה המפרש שם לפי פשיטת הענין הגיה במילתא דשמואל אינו יכול אבל באמת נראה לפע"ד להיפך דבמילת' דשמואל הגירסא יכול ובר"י ור"ל אינו יכול כמו שאבאר והוא דבש"ס פרק זה בורר קאמר על הך משנה אמר ר' דימי כגון דקבלי עליה בחד פירוש דהוא חדא לריעותא אבל תרתי לריעותא מודו רבנן [או כפירש"י] ואח"כ מייתי פלוגתא שמואל ור"י שמואל אמר מחלוקת במחול לך אבל באתן לך ד"ה יכול לחזור בו ופירש"י דאין כח ביד דיין זה להוציא ממון ור"י אמר באתן לך מחלוקת פי' אפילו

להוציא ממון. והנה לשיטת הרמב"ם דגמר דין הוצאת הממון צריך לומר דהמחלוקת באתן לך שכבר הוציא דאי לא הוציא אפילו לר"י חוזר דהוא לפני גמר דין והנה בענין המחלוקת במחול לך ואתן לך יש להבין הא תמיד צריך שיקבלו שניהם ויש כאן תובע ונתבע אם כן הרי יש כאן מחול לך ואתן לך וצריך לומר דוודאי בקבלי' הוי מחול לך ואתן לך לעולם רק לגבי חזרה מיירי איזה משניהם חוזר והיינו אם פסק הדיין והוציא ממון והיינו שחייב את הנתבע א"כ אותו שקיבל באתן לך חוזר ורוצה שיחזירו לו מה שהוציא ממנו דלאחר שהוציא מיירי דהוא גמר דין ואם פטרו לנתבע ולא הוציא מ"מ הוי גמר דין דבפטור זה גמר דין ואז התובע רוצה לחזור והוא אותו שקיבל במחול לך וזה פשוט. ובזה נחלקו שמואל ור"י דלשמואל דוקא כשלא הוציא ממון דהיינו שפטרו לנתבע פליגי אבל כשהוציא ממון חוזר שאין כח ביד דיין פסול להוציא רק לפטור ור"י סובר דאף להוציא יש כח בידו ודוקא כשכבר הוציא דזהו גמר דין דאל"כ חוזר ומעתה אתי שפיר הירושלמי והוא ממש כש"ס דילן דמעיקרא קאמר קיבל בפני שנים פי' קיבל קרוב ופסול לדון בפני ב' יכול לחזור דהוי תרתי לריעותא קיבל עליו בפני ג' פי' לדון בפני ג' ואין כאן רק חדא לריעותא אינו יכול לחזור [ומזה ראיה לשיטת התוס' והרמב"ם מפרש לה בענין אחר] וכבר הבאתי לעיל ראיה מפירש"י ריש פרק זה בורר שפירש עד שיקבל עליו בפני ב"ד פי' שיקבל עליו לדון בפני ב"ד והיינו כנ"ל והוא מימרא דר' דימי בש"ס דילן ואח"כ מייתי מחלוקת שמואל ור"י שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה דהיינו שלא הוציא ממון אבל נטל מזה ונתן לזה דהיינו שהוציא ממון חוזר דאין כח ביד דיין פסול להוציא ממון כמימרא דשמואל בש"ס דילן ור"י ור"ל קאמרי דאפילו נטל מזה ונתן לזה אינו יכול לחזור דאפי' באתן לך פליגי ויכול להוציא ממון ודוקא כשכבר הוציא אבל אם לא הוציא חוזר דהוי לפני גמר דין כן נראה לי פי' הירושלמי על נכון ולק"מ ודברי הרמב"ם מוכרחין ובגמרא דילן מבואר אח"כ פלוגתא דר"י ור"ל משמע דמעיקרא גם ר"ל מודה לר"י ולזה נקט בירושלמי ר"י ור"ל דבהך תרווייהו מודו ודו"ק כי זה ברור לפע"ד (ה) ולענין עדות מיד שהעידו וכו' זהו מה שכתב המרדכי בשם ר"מ ודייק לה מהא דתוספתא והוא גורס עד שהועד העדות אבל כבר הוכחתי לעיל דהעיקר כמו שהוא בתוספתא שלפנינו דאל"כ שלשה רועי בקר מאי איכא למימר וע"כ או דתוספתא במחול לך או דאתיא באמת אליבא דר"ל דלפני גמר דין פליגי א"כ אנן דקיימא לן כר"י ליתא להך דינא ובאמת נראה דר"מ הוציא ג"כ דין זה מהא דאמרינן פרק שבועת העדות דעדים לעולם בעמידה והיינו דהוא גמר דין דידהו אבל באמת אין זו ראיה כלל דהתם לענין שיצטרכו:

(שוב ראיתי בתוס' שבועות דף ל' בד"ה שאם להדי' כמו שכתבתי אמנם בסנהדרין פ' כהן גדול כתבו בחד תירוץ כדעת מהר"ם ע"ש) הדיינים ליישב והם לעמוד פשיטא דלדידהו הוי גמר הענין שהרי אין להם עוד מה לעשות בב"ד רק להעיד ובשעת עדותן הוא גמר שלהם משא"כ הכא שיהא נקרא גמר אבל בעל דין לא שמענו דאצל בעל דין לענין חזרה לא הוי רק אחר פסק ב"ד ויש לומר דסובר רבינו מאיר כמו שכתבתי לעיל דכמו בדור לי בחיי ראשך הוי הגמר כל שגמר זה קבלתו א"כ כל שגמרו העדים קבלתם מיקרי גמר דין הרי דאפי' הרמב"ם דמצריך הוציא מודה בשבועה א"כ ה"ה בעדות ומה שכתבתי לעיל לחלק לדעת הרמב"ם לא סבירא ליה לר"מ ובאמת בלא"ה יש לתמוה על מהר"ם ומרדכי דמיד בדסמוך ליה הביא המרדכי בשם הר"מ גופא גבי מי שאמר אשתך נאמנת עלי דלאחר שהעידה יכול לחזור כיון שלא נגמר הדין א"כ מבואר דהר"מ גופא חזר בו והנה המרדכי שם מסיים ונראה לי שפסק זה חולק על פסק מהר"ם דריש פרקן וכוונתו לאותו שקיבל עליו כותי דאי כוונתו לדברי מהר"ם הנ"ל זה מיד קודם מעשה זו ולא בריש פרקן וכן הבין בהגהת מהר"ם שם אבל באמת הא לא קשיא מידי דשם מבואר דהי' בקנין וכן כתב בהגה' שם אבל הא קשיא שהוא סותר עצמו לחיד בדסמיך ליה ואיפשר לומר דהתם קאמר מהר"ם אח"כ דבלא"ה חוזר דהוי תרתי לריעותא כשיטת התוספות ולפי זה יש לומר דאפילו לשיטת רש"י מ"מ כיון דהוא תרתי לריעותא מודה מהר"ם דבעינן גמר דין דוקא או אפשר דהתם שאני שאינו בגדר עדות כלל רק בעל דבר הילכך לא מהני עד שנגמר הדין משא"כ כשקיבל אחר לעד ממש וצ"ע. ולענין דינא תמהני על רמ"א שסתם כדעת מהר"ם ובאמת הרב הנ"י חולק בזה בהדיא דכתב פרק זה בורר וז"ל וכן גבי עדות בעלמא הוי גמר דין כשפסקו] הדבר על פיהם וכוונתו דהא אין העדים נעשים זוממין עד שיוגמר הדין א"כ כל כמה שלא נגמר הדין אין כאן עדות דהא אינו יכול להזימם א"כ זה שקיבל עליו לעד עדיין לא נגמרה קבלתו עד שנגמר הדין כי אז עיקר העדות [ובזה יש מקום לומר בכוונת הרמב"ם דבשבועה פסק לאחר שבועה ובעדות הוצאת ממון והיינו משום דבעדים לא מיקרי עדות עד שיהיו ראויין להזימם אך עדיין צ"ע דהא דאין העדים נעשים זוממין עד שיוגמר הדין נראה דהוא בפלוני אתה זכאי משום כאשר זמם לא כאשר עשה לכן עיקר ברמב"ם כמו בס"ק לפני זה] ובלא"ה כבר דחיתי ראיות מהר"ם ואדרבא מוכח להיפך ומדברי מהר"ם גופא מוכח להיפך לכן נראה עיקר דלא כמהר"מ בזה:

[1] נגמר הדין. עסמ"ע בשם תשובת הרא"ש דבנגמר הדין אפילו שניהם רוצים אינן יכולין לחזור ותמהו האחרונים דכיון ששניהם רוצים מי ימחה בידם. ובתומים כתב דכוונת

הרא"ש שהם רוצים לדון לפני אחר אבל העדות והודאה שהי' לפניו קיים כמו בפני ב"ד ואינן יכולין לחזור בהם אע"פ ששניהם מתרצין בכך ע"ש. והנה לפי פירושו אין יכולין לחזור הכוונה מהודאה ועדות ומתרצין הכוונה על גמר דין ובאמת ברא"ש נאמר ששניהם מתרצין בכך הרי דהריצוי קאי על החזרה ולפי פירושו אין ענין זה לזה גם עיקר דבריו אינם נכונים כיון דבלתי רצונו אינו יכול לחזור כלל אם כן אם רוצה גם בעדות והודאה מי ימחה בידו ואי אינו רוצה פשיטא מי יכריחנו הא בידו שלא יחזור כלל לכן עיקר כתירוץ הש"ך אך מה שחילק הש"ך דבלפני גמר דין וקנין לא שייך חב לאחרים לא נהירא כלל ואפילו לפני גמר דין בקנין אינו חוזר כשחב לאחרים ותשובת הרא"ש מיירי שקיבל אחר עמו כמו שכתב הש"ך ס"ק ב':

ז אבל אם כבר דן. עש"ך ס"ק ט"ו מה שהשיג על הרב דהא במרדכי מביא זה לראיה דעת רב אלפס דקנין מהני בתרתי לריעותא א"כ ע"כ דהך עובדא הוי קודם גמר דין ועיין תומים מה שרצה ליישב דברי הרב ואין דבריו נכונים דהא דעת הרי"ף דהביא מילתא דר' דימי ש"מ דבתרתי לריעותא לא פליגי רבנן והביא מילתא דגאון דאפילו קנין לא מהני וכתב הוא דקנין מהני מהא דנאמנות א"כ מבואר דלפני גמר דין מיירי כמו שהביא מנאמנות א"כ מאי ראיה מהתם דמיירי לאחר גמר דין דאיכא מ"ד דאפילו בתרתי לריעותא בלא קנין מהני וברור דהמרדכי לפני גמר דין מיירי גם גוף דברי המרדכי מורין בלפני גמר דין כמו שכתב הש"ך אבל באמת נראה לפע"ד ליישב דברי הרב בפשיטות וגם הב"י מודה לזה והוא דאין כוונת הרב במה שאמר וכבר דן היינו דוקא לאחר גמר דין דא"כ היה לו לומר בפשיטות אבל לאחר גמר דין. אבל כוונת הרב פשוט ומבואר דוודאי אין הקנין יכול להכריח לעבור באיסור אבל כל שעבר האיסור ובא לדון לפניו שוב חל הקנין לקיים כל מה שפסק וכן מורה לשון המחבר לקמן סי' כ"ו דעיקר האיסור במה שבא לדון לפניו א"כ כל שעבר חל הקנין ודו"ק. ונראה ברור שגם הב"י מודה לזה שכתב בב"ה דמיירי בעדות דאם לא כן אסור לדון לפניו והיינו דלכתחילה אסור לדון ולא משמע ליה דהמעשה מיירי שעברו וטענו לפניו באיסור ועוד דלשון שהיה מטה דבריו משמע לו כן דבדין היה לו לומר מטה דין גם מנין ידע כיון שהיה קודם הפסק ועוד דהא אם טעה חוזר בלא"ה וע"כ שפסק כדין א"כ פשיטא שלא הטה המשפט ולזה פי' דמיירי בעדות והרב סובר דמיירי שטעה בשק"ה וכהאי גוונא שאינו חוזר כדלקמן סי' כ"ה או בעובדא דריב"י ור"ח אבל לדינא מודה הב"י להרב וזה שלא העתיק הרב בלשון פלוגתא על המחבר דבאמת גם המחבר מודה לכן נראה עיקר דאפילו לא נגמר הדין רק שכבר טענו לפניו אינו יכול לחזור וכל זה שפסק כדין אבל. אם טעה חוזר כנ"ל בשלשה רועי

בקר ונפקא מיניה שלא יוכל לחזור לטעון לענין פירי דעל זה מהני הקנין כל שכבר טען: (ח) אם קנו מידו וכו'. עש"ך ס"ק ז' שהשיג על הב"ת ומהר"ם לובלין שהבין כוונת הב"י דהרא"ש סובר כהרמב"ם אלא כוונת הב"י דבהא סובר כהרמב"ם דקבלה בב"ד לא מהני לכך קתני ונשבע אבל בהא פליג עליה דכשיצא מב"ד אינו חוזר ואין דבריו נכונים כלל דא"כ מי הכריחו לגרוס ונשבע כיון דבכל הספרים כתוב נשבע רק ר"ת מכריח הגירסא מכח קושיא א"כ לשיטתו לק"מ דהתם מיירי שכבר יצא מב"ד וכיון דהרא"ש דחק עצמו וגריס ונשבע ש"מ דאפילו יצא חוזר כל שלא נשבע וכן מבואר להדיא בפיסקי הרא"ש פרק זה בורר גם בטור אי אפשר לומר כהבנת הב"ח וכבר האריך בתומים והכריע דדעת הרא"ש לחלק בין מחוסר מעש' לאינו מחוסר כלום וכמו שכתב הש"ך ס"ק י"ח לדעת הרב אך מה שנתן טעם משום מחוסר מעשה לא נהירא לדעת הרא"ש וטור דהא הטור כתב ואפילו לפי זה מי שנתחייב היסת ושתק אף שכבר יצא מב"ד חוזר ולפי דעתו דבמחוסר מעשה בעינן ונשבע דוקא א"כ מ"ש הכא הא אפילו פי' בהדיא חוזר וכן לפי דעת הש"ך ס"ק י"ז דהכא לא הוי כמו שקיבל עליו מ"מ קשה למה לי תיפוק ליה דמחוסר שבועה ונראה שזה הכריחו להב"ח והש"ך לפרש כוונת הטור דאכלהו פליג אך באמת אי אפשר לומר כן שהרי מיד אח"כ כתב דהכל תלוי בשבועה [עיין היטב בטור. לכן נראה בכוונת הרא"ש וטור כך דוודאי בקיבל עליו בדבר התלוי בשכנגדו שישבע ויטול או ישבע ויפטר א"כ כל כמה שלא נשבע שכנגדו אין כאן גמר דין שהרי לא נתחייב בכלום עכשיו רק לאחר שישבע וכיון שכל החייוב לאחר שישבע אז הוי גמר דין כי עיקר החייוב הוא גמר דין משא"כ כשקיבל על עצמו שבועה הרי זה גופא עיקר החייוב שהוא חייב לישבע ועל זה אנו דנין ולא על תשלומין רק תשלומין ממילא באין כשלא ירצה [ומ"מ לא נחתינן לנכסי' בהיסת] א"כ כיון שזה עיקר החייוב ס"ד דדמי להא דקאמר הריני משלם דכיון שמיד נתחייב לשלם הרי כבר נגמר הדין שהרי הוא חייב לשלם וה"ה בשבועה ועל זה כתב הטור דמ"מ כיון ששתק יכול לחזור אף שכבר יצא ודוקא התם שאמר הריני משלם משא"כ כששתק או לפי דעת הש"ך ס"ק י"ז דאין זה קבלה שלא יוכל להפך רק כאילו אומר אני עומד בטענתי ולדידי בלא"ה דברי הטור נכונים דעיקר כוונת הטור דדוקא התם שהוא מקבל על עצמו דבר שאינו מן הדין הרי קיבל לשכנגדו להיות נאמן עליו אבל כל שקיבל עליו מה שפסקו לו הב"ד שהיה השבועה מל עליו והוא קיבלה פשיטא שיכול לומר שהיה כוונתו שלא יסרב על הפסק אבל מ"מ יכול לומר מעיקרא לא עלה על דעתי להפוך ועכשיו יש לי איזה טעם שאני רוצה להפוך וכי בשביל שקבלתי עלי פסק ב"ד לא אוכל להפוך מה שהוא מצד הדין וגם זה בכלל הפסק

שאוכל להפוך] ועכ"פ ברור דדעת הרא"ש וטור דברור לי וכהאי גוונא מודה הרא"ש דדוקא כשנשבע וזה ברור: ולענין הלכה הכריע בתומים כהש"ך ואין דעתי נוחה בזה דכיון דדעת הרא"ש וטור ורמב"ם וראב"ן ור"מ רקנטי בשם ר"י א"ז דבעינן ונשבע דוקא גם מרש"י לא מוכח רק שם שהחייוב הוא מיד והרב ב"י והרב בהג"ה הסכימו ג"כ לזה א"כ פשיטא דהכי נקטינן. ומה שהביא הש"ך ראיה מהתוספתא דקתני וכן היה ר' יהודא אומר היה חייב לחבירו שבועה ואמר לו דור לי בחיי ראשך וקיבל עליו אינו יכול לחזור בו תמהני מאוד דאדרבא מהתם מבואר להדיא להיפך דהא התם קתני מקודם ג"כ נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך ר"מ אומר יכול לחזור בו עד שישמע מפי הדיין וח"א אינו יכול לחזור בו משמע בהדיא דפלוגתייהו דר"מ ורבנן בלפני גמר דין וע"כ דהתוספתא הוא אליבא דר"ל דבלפני גמר דין פליגי ועלה קתני הך דור לי בחיי ראשך א"כ בהא נמי בלפני גמר דין פליגי א"כ מבואר דהך לפני גמר דין מיקרי א"כ לדידן דקיימא לן כר"מ דבלאחר גמר דין פליגי מבואר דבהא לא מהני אפילו לרבנן רק כשנשבע וזה תמוה מאוד ובאמת כאשר עיינתי בתוספתא מצאתי לכאורה ראיה אחרת לדעת הש"ך והוא דשם נאמר היה חייב לחבירו שבועה ואמר דור לי בחיי ראשך בקיטא במקטורין דנקיט ר"ח אומר יכול לחזור בו עד שיקבל עליו שבועה לפני הדיין וחכמים אומרים אינו יכול לחזור בו ולפי זה מבואר לכאורה דאחר קבלה לפני הדיין הוי גמר דין דאל"כ הוי פליג ר"מ אפילו בהא רק חכמים סברי לפי דעת התוספתא אליבא דר"ל דאפילו קודם גמר דין אינו מוזר ולפי זה מה שאמר ר"י אח"כ אינו יכול לחזור בקיבל עליו הוא כר"מ דבעי דוקא קבלה וזהו הכל לפי התוספתא דלפני גמר דין פליגי אבל לדידן דלאחר גמר דין פליגי גם לרבנן בעינן קבלה בב"ד ועכ"פ מבואר מן התוספתא דקבלה בב"ד הוי גמר דין לשבועה ואולי גם הרב הש"ך נתכוון לזה אבל קשה עליו שהיה לו להביא מהך שהבאתי שזו הוא ממש פלוגתייהו דר"מ ורבנן ומבואר מינה דזהו גמר דין אבל באמת המעיין היטב בתוספתא יראה מבואר שאי אפשר לומר כן דהא מבואר דבהך פלוגתייהו סובר ר"י התם כרבנן ורבנן דר"מ ר"י הוא דאיתא התם אמר להן אין אדם דן יחידי אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקבלו אינו יכול לחזור והיינו כרבנן וא"כ איך קאמר אח"כ כר"מ והוא סותר עצמו ודבר ברור הוא שאין כוונת התוספתא עד שיקבל שבועה לפני הדיין הכוונה שהוא יקבל עליו שיפטר חבירו בשבועה הא ליתא דא"כ לא היה לו לומר שבועה דהא בדור לי קא משתעי ובשבועה בלא"ה נפטר גם לשון עד שיקבל עליו שבועה הלא הוא אינו נשבע רק חבירו לכן נראה ברור דכוונת התוספתא שזה שאמר דור לי יכול לחזור שלא ישלם עד שיקבל עליו חבירו שבועה גמורה בפני הדיין ואם לאו אינו חייב לשלם או להיפך

וכן, מבואר מתוך דברי הש"ך גופא דר"י כרבנן סובר א"כ פשיטא דהפי' בתוספתא כנ"ל ולפי זה מבואר בתוספתא להיפוך דזהו לא מקרי גמר דין רק תחילת דין והתוספתא סובר כר"ל דרבנן בלפני גמר דין נמי פליגי אבל לדידן דפליגי בגמר דין פשיטא דלא מהני לרבנן ג"כ עד שישבע ועכ"פ ברור דהוי ספיקא דדינא כיון שדעת הרבה פוסקים כן ומן התוספתא יש להם ראיה ברורה כמו שבארנו:

ט אלא הריני משלם. עסמ"ע דאם אמר לא אשבע אינו במשמע שלא יוכל להפוך והב"ח השיגו דהא בגמרא קאמר בפשיטות אם אמר איני נשבע פוטרין אותו ולכאורה הוא השגה גדולה על הסמ"ע והש"ך כתב דהתם שאני דלא שייך היפוך ודבריו תמוהין דמ"מ תקשי למ"ד מהפכינן וכן התוס' הביאו דעת הרבה פוסקים חולקין בדין היפך בשבועה דאורייתא והאיך אישתמיט להו ברייתא הנ"ל ובתומים כתב דמ"מ העיקר כהסמ"ע והוא תמוה דכיון דלמר בר רב אשי ע"כ דלא כהסמ"ע א"כ כיון דלא מצינו חולקין עליו בזה האיך נחלוק אנחנו ואפילו אם נאמר דאנו חולקין הא קיימא לן הלכתא כמר בר רב אשי בר ממיפך שבועה א"כ מבואר דבהא הלכתא כמר בר רב אשי ודברי הסמ"ע צ"ע לכאורה:

אך באמת תמהני על האחרונים ז"ל דהא פשיטא דבלא"ה אין כאן מקום קושיא על הסמ"ע והוא דהא התם מיירי שנתחייב שבועה דאורייתא ורוצה לישבע וקתני בברייתא כשמשביעין אותו מאיימין עליו ומודיעין אותו עונש השבועה שהוא מכלה ביתו ועציו ואבניו ושאר האיומים הנזכרים שם ועל זה קאמר דאם אמר איני נשבע פוטרין אותו מיד והיינו דהא סילק עצמו מן השבועה מחמת האיום שהרי רצה לישבע עד שאיימו עליו א"כ פשיטא שאנו דנין כוונתו בוודאי שיטול חבירו בלא שבועה כלל או שאינו רוצה לישבע לשקר מחמת שבועת שקר או שאינו רוצה לישבע אפילו באמת מחמת גודל עונש השבועה דליכא למימר שבאמת נשבע ואינו רוצה לישבע מחמת עונש השבועה ורוצה שישבע חבירו הא כיון שהוא שקר א"כ ישבע חבירו בשקר א"כ השבועה חלה על שניהם כדאיתא התם א"כ נוח לו יותר שישבע הוא באמת משישבע חבירו בשקר וע"כ דרוצה שיטול חבירו בלא שבועה כלל לכך פוטרין אותו מיד משא"כ הכא לא מיירי שאמר מחמת האיום רק מיד אחר הפסק בלי איום אמר לא אשבע ובזה פשיטא שיש לומר דהיה כוונתו לא אשבע רק אהפוך. וכן עיקר לדינא דכל שאמר לא אשבע מחמת האיום בוודאי היה כוונתו שלא יוכל להפוך ושוב לא מהני היפוך אבל אם בלי איום אמר כן יכול לומר שהיה כוונתו שיהפוך וזה ברור ומ"ש הש"ך בס"ק י"ז במה שכתב הטור ושתק הנכון אתו דפשיטא דבזה לא שייך לחלק בין שתק לקיבל דבזה לא שייך

קיבל כלל כיון שכך הדין והוא מקבל על עצמו הדין מה יאמר הריני מקבל עלי פשיטא כיון שפסקו לו הב"ד כן בוודאי יקבל ודו"ק ועיין בס"ק ז'. ומ"ש עוד הש"ך ס"ק י"ח כבר הכרעתי לעיל ס"ק ז' העיקר דבאמר הריני משלם הכל תלוי אם יצא מב"ד ובדור לי וכהאי גוונא הכל תלוי בשבועה ע"ש שהכרעתי בראיות ועכ"פ ספיקא דדינא וודאי הוי:

על חו"מ סימן כג

א נסתלקו מלפניו אינו נאמן אם אין בידו פסק דין משמע דמפרש קושית הש"ס וניחזי זכותא אסיפא אבל הריטב"א פי' להדיא דארישא פריך ועש"ך סק"א דהריטב"א והטור ומחבר לא פליגי רק הטור ומחבר מיירי שהיה בידו הפסק שניתן לו קודם שנסתלקו והריטב"א מיירי לאחר שנסתלקו והא דלא פי' קודם שנסתלקו משום דקשיא ליה מאי פריך לישני שניתן לו אח"כ אבל הרב מהרש"ק בהגהת הט"ז כתב וז"ל ודלא כהריטב"א בקידושין דכתב גם בפסק דין יכול להכחיש מבואר מדבריו שהבין דהטור ומחבר פליגי על הריטב"א ולפעד"נ דיש להוכיח מדברי הריטב"א גופא דלא פליגי כדעת הש"ך שפי' הקושיא אריש למה לן לנאמנותו של דיין ניחזי זכותא מאן נקיט ונסמוך עלה ויש לתמוה מאי קושיא הא אי נימא דאין לדיין נאמנות אף קודם שנסתלקו א"כ פשיטא דזכותא לא מעלה ולא מוריד כיון שקודם הזכות לא היה נאמן והא גופא קמש"ל דנאמן קודם שנסתלקו וזכות שלו מועיל אבל בלא"ה אינו מועיל הזכות תדע שהרי יש בידו ליתן עכשיו זכות ותו קשה מאי קושי' מאן לימא לן שכבר נתן זכות הא מיירי בעומדין לפניו א"כ מיירי מיד אחר הפסק קודם שניתן זכות והוא רוצה ליתן זכות לזה וחבירו מכחישו וקמש"ל דנאמן והוא תמוה לכאורה וצריך לומר דכוונת הריטב"א כך דוודאי קודם שניתן פסק דין והם עומדין לפניו אין צריך להשמיענו דפשיטא דנאמן דבזה לא שייך לומר כלל לא רמי' אדעתיה כיון שעדיין לא ניתן הפסק פשיטא דרמי אדעתיה לזכור למי חייב ולמי זיכה ואי נימא שאינו נאמן כלל דשמא משקר הא לא אפשר כיון שקבלוהו עליו לדיין א"כ פשיטא דנתנו לו נאמנות ג"כ למי שיאמר שחייב או זיכה וע"כ דמיירי שכבר נתן פסק דין והא קמש"ל דס"ד כיון שכבר ניתן הפסק שוב לא רמי' אנפשיה לזכור למי חייב או זכאי קמש"ל דמ"מ כיון שעומדין לפניו נאמן ועל זה פריך מה צורך לנאמנותו כיון שיש כאן הפסק ניחזי ביה ואהא משני שנקרע הפסק א"כ שפיר סלקא דעתך כיון שכבר נתנו לו שוב לא רמי' אנפשיה משום שמא יקרע קמש"ל כיון שעדיין עומדין לפניו נאמן ולפי זה מבואר להדיא מדברי הריטב"א דאפילו לאחר שנסתלקו מודה הריטב"א דסומכין על הפסק דין דאל"כ תקשי מאי פריך אריש הא

שפיר קמש"ל דאפילו לאחר פסק דין נאמן כשעומדין ולולי זה ס"ד דכל שיצא ממנו הפסק שוב אינו זוכר ומאי קושיא ליחזי זכותא מ"מ הא אח"כ אפי' יש כאן זכות שנכתב קודם לא מהני א"כ הוצרך לאשמועינן דקודם שנסתלקו אינו כן וע"כ דמודה הריטב"א דאפי' לאחר שנסתלקו מהני הפסק דין שנכתב קודם משום דכיון דנכתב קודם מאי איכפת לן שנסתלקו אח"כ ושפיר קשיא ליה דקוד' שנסתלקו אין צורך לנאמנותו כיון שנכתב קודם וזה ברור ודו"ק: אך אמנם יש לדון דכוונת הרב מהרש"ק להיפך דסבירא להו להטור ומחבר דאפילו נכתב הפסק אחר שנסתלקו מהני דלא כהש"ך ודייק לה מדכתבו בפשיטות אם אין בידו פ"ד משמע דכל שיש בידו פ"ד מהני אפילו נכתב אח"כ ועל זה כתב דהריטב"א חולק והיה נראה לכאורה ראי' לדבריו דאל"כ תקשי לדידהו קושית הריטב"א דאמאי לא. מקרי כשנכתב אחר שנסתלקו דמהאי טעמא הכריח הריטב"א דארישא פריך וכיון דהם מפרשים אסיפא קשה אמאי לא משני כן דבהא גם הש"ך מודה דבפי' הסוגיא פליגי רק לא בדינא] ומזה דייק מהרש"ק דהם סוברים באמת דאפילו לאחר שנסתלקו מהני זכותא ושפיר פריך אך לפי זה צריך לומר דהטעם בזה דאף אחר שנסתלקו כל שלא נכתב פסק דין רמי אנפשיה לזכור כדי שידע האיך לכתוב אבל כשכתב ונקרע לא סליק אדעתא שיקרע עד שישים על לבו אבל באמת זה אינו דא"כ האיך כתבו הטור ומחבר דאם אין בידו פסק דין הא בגמרא לפי הנ"ל דוקא כשנקרע מחלקינן בהא אבל בלא כתב כלל פסק' דין נאמן והקושיא בגמרא במה נפשך אי אין כאן פסק דין פשיטא דנאמן הא רמי אנפשיה ואי יש כאן ניחזי מה כתיב ביה ואהא משני שנקרע א"כ הוי להו לכתוב גם כן שנקרע כיון דבש"ס בדין נקרע אמרינן והאיך כתבו בפשיטות אם אין בידו משמע דכל שאין בידו אינו נאמן ולפי הנ"ל זה אינו [דכשאין בידו אז נאמן רק כשהיה בידו ונקרע וע"כ דכוונת הטור ומחבר דדוקא קודם שנסתלקו בעינן והיינו כדעת הש"ך דלא כמהרש"ק:

ב ודוקא בשודא דדייני'. עש"ך ס"ק ג' בשם הש"ג דלאו דוקא אלא ה"ה נמי שקיבלוהו עליהם לדון אותם כפי אומד דעתו אינו יכול לחזור ולדון אותם פעם שנית שמא יהפך לבבו באומד דעתו והרי כבר זכה הזוכה בדינו והש"ך השיג עליו דלדעת התוספות שם דדבר התלוי באומד דעת לא חיישינן שיהפך סברתו ובאמת בטור מבואר להדיא כדעת רש"י שכתב וז"ל ודוקא בשודא דדייני שאינו תלוי בטענות אלא בראות הדיין ליתנו למי שיראה לו שדעת הנותן היתה קרובה אליו הרי להדיא כדעת רש"י ובתומים הביא מדברי הטור לקמן סי' רמ"ב ונעלם ממנו דברי הטור כאן. אך מ"מ נראה לפענ"ד דאפילו לדעת התוס' יש מקום לדינו של הב"ח והוא דדוקא בדבר שאינו תלוי רק בשודא ואין כאן

הכחשה וחילוף טענות בהא וודאי כיון שכבר נטה דעתו פעם אחת שהיתה דעתו קרובה לזה מאיזה צד יהפך סברתו משא"כ שהיה הדין באמת בהכחשות ובחילוף טענות רק שבחרו אותו שלא ידון על פי הדין רק לפי אומד הדעת לפי מה שיראה לו עם מי האמת ופשיטא דבזה לאו כל אפין שווין פעמים שנראה לו לפי הענין שהאמת עם זה ואח"כ נראה לו להיפך כיון שאינו פוסק רק מלבו משא"כ כשהכל תלוי לפי ראות הענין למי היתה דעתו קרובה לא יהפוך דבריו משא"כ בסברא מלבו פשיטא דמצינו כמה פעמים אדם אומר סברא וחוזר בה וזה פשוט וכן עיקר (ג) לא שייך. עש"ך ס"ק ד' וז"ל ואפי' בעודן לפניו וכ"כ הסמ"ע וכן משמע בפוסקים וכן הוא בריטב"א שם ובתשובת בן לב סי' קי' ס"ג להדיא והוא פשוט עכ"ל ומאי דפשיטא לי' להרב הש"ך ולהפוסק הנ"ל לדידי מבעי לי טובא ונראה לפע"ד ברור דרש"י חולק בזה וכן הר"ן כמו שאבאר והנה ז"ל רש"י והר"ן ניהדר ונידייניה למ להו כ"ה למימר אינו נאמן ניהד הוא עצמו או אחר וידונום לפי טענותם ויש לתמוה מי הכריח לפרש דהקושיא אאינו נאמן דניהדר ונידייניהו הא אכל הברייתא קאי למה לן לנאמנותו ניהדר ונידוינוה וטפי הוי הקושיא אירשא דקתני נאמן למה נאמנוהו שמא יהא הדין בהיפך משא"כ בסיפא יש מקום לומר דבאמת הפי' אינו נאמן רק חוזרין ודנין והדבר מבואר שהכריחו להרב ז"ל לפרש הקושיא אסיפא ויש להבין מה ההכרח שלו. והנה לכאורה היה נראה בפשיטות דסובר הרב דברישא כיון שנאמן אין צורך לחזור ולדון כיון דאמרינן דוודאי רמי אנפשיה לזה הוכרח לפרש דהקושיא אסיפא אך יש להבין רש"י גופא מנ"ל ולמה לא פי' בפשיטות דאכולא ברייתא פריך. לכן נרא' בוודאי יש להבין מאי קושיא ניהדר ונידייניה הא איכא נ"מ טובא כגון טעות כעובדא דריב"י ור"ח דלכ"ע לא הדרדינא ואו טעות בשק"ה דקם דינא לשיטת הפוסקים לקמן סימן כ"ה [ועיין מה שכתבתי שם ס"ק י' ואמת דבזה יש מקום ליישב והוא דקתני נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי משמע דבין שחייב את הנתבע לשלם בין שפטרו לנתבע [גם לשון חייבתי משמע כן] א"כ קשה תינח כשפטרו לנתבע א"כ אם טעה בשק"ה וכהאי גוונא אין הדין חוזר ושפיר יש נ"מ בין אם נאמן הדיין או לא משא"כ כשחייב את הנתבע לשלם א"כ קשה במה נפשך אם כבר שילם פשיטא דאינו נאמן דוודאי הדיין חייב אותו שהרי שילם על פיו ואם עדיין לא הוציא הא כתב הטור בשם הרמ"ה לקמן סימן כ"ה דכל שלא הוציא מיד המתחייב אפילו בטעות בשק"ה אינו מחוייב לשלם [וכ"ש בטעות דליכא לברורי טעותא ע"ש בש"ך לקמן סימן כ"ה שהכריח כן לדינא דלא כהרא"ש שחולק שם] ושפיר פריך וניהדר ונידייניה דבטעות אין נ"מ דבלא"ה אינו חייב אך מ"מ אכתי קשה לי הא נ"מ לענין טוען וחוזר וטוען ונתחייב

מתוך טענתו דכיון דהדיין לא רמי אנפשיה יש לחוש שמא יחליפו טענותיהם ויצא הדין בהיפך ואף דפעמים כותבין הטענות מ"מ פשיטא דמצי לאוקמא כגון שלא כתבו דכמה פעמים אין כותבין וזה נוח יותר לאוקמא ברייתא משנאמר בשודא דברייתא סתמא קתני נאמן הדיין משמע בכל הדינים [ונראה שמטעם זה הוכיח בש"ג דלאו דוקא שודא רק כל כעין שודא]:

לכן נראה ברור דפשיטא דאין הקושיא דמאי נפקא מינה בנאמנותו של דיין דהא בלא"ה יכולין לחזור ולדון ונראה הדין עם מי דטובא נ"מ איכא בזה כמו שכתבתי רק דעיקר הקושיא דבברייתא לא קתני רק אינו נאמן דמשמע דהדין עם המוחזק ואהא קשיא לן מה בכך דאין הדיין נאמן מ"מ למה לא יחזרו וידונו ואמת דיש נ"מ בזה מ"מ שמא יזכה חבירו באמת ואילו היה כוונת הברייתא דחוזרין ודנין לא היה לו לומר רק חוזר הדין ומדקאמר אינו נאמן משמע דהדין עם המוחזק בלי חזרה כלל ואהא משני בשודא א"כ יכול לומר אני כבר זכיתי על פי הדיין ואפשר בחזרה יפסוק להיפוך כיון שהדבר תלוי ברצונו וזו היא דוקא בשודא מה שאין כן בטעות בשקול הדעת אם עכשיו אינו נאמן א"כ ממילא אם יחזרו וידונו יהא הדין עמך והא ליכא למימר שפסק וזיכה אותו וטעה ועכשיו לפי מה שהדיין אומר הוא הדין האמת ולזה חושש שאם יחזרו וידונו ויפסקו כמו שהדיין אומר עכשיו הא וודאי ליתא דפשיטא דבזה היה הדיין נאמן שלא טעה ופסק כדין וע"כ שנאמר להיפך דהדיין אומר שטעה בשק"ה והוא מכחישו א"כ מה יש לו לירא מחזרת הדין משא"כ ברישא פשיטא דלא קשיא כיון דנאמן אין לחזור ולדונו וטובא קמ"ל דאין צריך לחזור ולדון רק הדיין נאמן וזה הכריחו לפרש כן נמצא דעת רש"י והר"ן דברישא דהדיין נאמן אפילו בלי שודא דדייני אין הדין חוזר דלא כהש"ך הנ"ל אך יש לומר דוודאי כל היכי דיש נפקא מינה בחזרה כנ"ל נאמן הדיין ואין חוזרין אבל בלי נפקותא חוזר הדין ולא ניחא לי' לרש"י לפרש הקושיא ארישא דהוי מצי לאוקמא בגוונא דיש נ"מ כנ"ל ולכך מוקי הקושיא אסיפא אבל לדינא היכי דליכא נפקא מינה מודה וצ"ע דברש"י לא משמע כן ולפי זה נראה פשוט דכ"ש בשני דיינים ונסתלקו פשיטא דאין חוזרין ודנין דלא כהש"ך לקמן ס"ק ח' וצ"ע לדינא אבל היכי דיש נ"מ פשוט הוא דגם הש"ך מודה דאינו חוזר כמו שכתבו הטור ומחבר ובלבד שלא יסתרו טענות הראשונות ועיין ש"ך ס"ק ה' שהביא דעת מהר"ם דאם כופר שלא קיבל אותו נאמן הדיין דאל"כ מאי פריך וניהדר ונידייניה הא יכול לומר לא קבלתיו עלי מקודם ואין כאן ראיה כלל והמעיין ברש"י יראה דאין הקושיא דהוא ידון אותו רק אפילו אחר וכן כתב הר"ן והיינו

כמו שכתבתי מקודם דעיקר הקושיא דמשמע שאין חוזרין ודנין כלל ולפי זה אין כאן ראיה כלל:

ד אבל שנים נאמנים לעולם ואפילו ב' עדים מכחישין וכו' דין זה תמוה מאוד ותמהני על האחרונים ז"ל שלא נתעוררו בזה כלל. והנה זה לשון הרא"ש בתשובה כלל נ"ו דין ו' דבר פשוט ששני דיינים נאמנים לומר לעולם כך פסקנו את הדין דדוקא גבי דיין אחד אמרינן פרק בתרא דקידושין דנאמן דוקא בזמן שבעלי דינים עומדין לפניו אבל שני דיינים נאמנים לומר לעולם לזה זכינו ולזה חייבנו ונאמני' הם יותר מן העדים המכחישים אותם דרמי אנפשיה ומדכרי טפי מן העדים ששמעו מפיהם ואין זה כב' כתות עדים המכחישין זה את זה דהתם ב' הכתות שמעו הענין זאת אומר' כך שמענו או ראינו וזאת אומרת כך שמענו או כך ראינו אבל כאן שהדיינים שמעו דברי בעלי דינים ודקדקו בדבריהם לידע להיכן הדין נוטה יותר הם זכורים או יודעים אמיתת פסק הדין מן העדים שבשמיעה אחת שמעו ותלינן בהו טעותא וכ"ש שסופר אחד שמע מפי אחת הביתות [פי' בעלי דינין ע"ש] וכתב דטפי עדיף כתב יד הסופר ששמע מפי הברורים עכ"ל הרא"ש שם והמעיין היטב יראה שדבריו תמוהין מאוד והוא דהא וודאי מודה הרא"ש שאין מעלת הדיינים יותר מן העדים שהם אינם נחשדין לשקר כמו העדים הא וודאי ליתא דהא לענין שקר תרי כמאה ופשיטא דכל העולם אינן נחשדין לשקר ומ"מ לא עדיפי מתרי רק הטעם כמו שכתב הרא"ש להדיא דאמרינן שהם טעו כיון שהדיינים שמעו טפי מהם ומעתה ניחזי אילו היה כאן שני כיתות עדים מכחישין אלו לאלו היה הרא"ש מודה דדינם כתרי ותרי דהא שני הכתות שמעו בשוה וא"כ פשיטא דאליבא דר"ה היו שני הכתות פסולים לעדות אחרת ובהדי סהדי שקרא למה לי ולר"מ היה אחד מכת זו ואחד מכת זו פסולין לעדות אחרת דחד מניהו משקר בוודאי ומעתה קשה כיון שאם היו כת אחרת אומרים להיפך היו כת אחת פסולין א"כ במה יפה כחם במה שהדיינים אומרים להיפך וכי בשביל שהם שמעו ויודעין טפי מהם מכל מקום מה יתן ומה יוסיף עד שבשביל זה נאמר שהעדים טעו מה שלא היינו אומרים כן אם היו עדים אחרים מעידין להיפך והיה הדין דאחד מכת זו ואחד מזו אינן יכולין להצטרף לעדות אחרת ולר"ה אפילו כת אחת ועכשיו שהדיינים שיודעין אומרים להיפך נאמר עליהם שטעו ואם יש מקום לומר שטעו ולא שמעו יפה אף בשני כתות יהיו שני הכתות כשרים לעדות אחרת ונאמר שאמת טעו ודו"ק היטב ותראה שאין מקום לחלק בזה בשום פנים וליכא למימר דסובר הרא"ש דוודאי בעלמא בשני כתות לא אמרינן שטעו רק הכא אפילו היה כאן שני כתות היה מקום לומר שטעו רק לפי שלא היינו יודעין איזהו היה דינם

כתרי ותרי משא"כ בדיינים הדיינים נאמנים שלא שייך בהם שטעו ולפי זה בשני כתות היה מודה הרא"ש דכל אחת כשרה אפילו אחד מזו ואחד מזו הא וודאי ליתא דא"כ היה לו להרא"ש לחלק בפשיטות דבכאן עדות העדים שאני מעדות במקום אחר ומבואר להדיא דכונת הרא"ש לחלק דבעלמא שני הכתות ראו בשוה משא"כ כאן ולפי זה קשה כנ"ל והא ליכא למימר שנאמר עליהם שהם משקרין כמו שהוכחתי לכן דין זה של הטור ומחבר צ"ע לדינא גם הרא"ש שם נראה שבגוף הסברא האחרונה האמין הדיינים כמו שכתבתי לשונו לעיל והנה הסמ"ע ס"ק ח' כתב דלאו דוקא שנים אלא ה"ה טפי דתרי כמאה ויש לדחות דדוקא אם אנו מאמינים תרי אמרינן שהם נאמנים כמאה שלא ישקרו משא"כ הכא שאין נאמנים מחשש שטעו א"כ הוא דבר הנראה לעינים דכל שיש יותר אין לחוש לטעות דהאיך יעלה על הדעת דהרבה בני אדם יטעו כולם לשמוע בהיפך ובפרט לפי מה שכתבתי דגוף דינו של הרא"ש צ"ע א"כ הבו דלא לוסיף עלה דיותר מתרי לא והיינו כל שהם יותר מן הדיינים:

על חו"מ סימן כד

א אין נזקקין אלא לתובע תחילה. כבר האריכו כל הפוסקים בביאור דבר זה ולא העלו דבר מחוור וכבר העיד הש"ך שכל דבריהם אינם נכונים גם מה שפירש הוא כבר השיגו בתומים שאין מקום לדבריו גם בלא"ה אם יש לו קרקע הוי הילך ואי אין לו קרקע רק מטלטלין יכול ליתן לו משכון למ"ד משכון הוי הילך אבל לפעד"נ פי' פשוט ונכון ותמהני על כל הפוסקים שדחקו עצמן ולא פרשו כן והוא דבסנהדרין ילפינן הך דינא מפסוק בישעיה אשרו חמוץ ושם כתוב אשרו חמוץ שפטו יתום ריבו אלמנה והנה ידוע דפסוק זו מיירי מדין קדימה להקדים יתום לאלמנה כמו שכתב זה הרמב"ם להדיא פרק כ"א מה"ס הלכה ו' וזו היא הכוונה נזקקין לתובע תחילה הוא ג"כ לדין קדימה פי' שבא התובע וקיבל לפני ב"ד שיזדקקו בדינו להוציא מחבירו מה שחייב לו ושוב בא דין אחר בנתבע אחד שיודע שחבירו יש לו תביעה עליו ורוצה שיזדקקו לו בדינו שישבע לו ויפטר ויסתלקו ממנו על זה כתוב קרא אשרו חמוץ דנזקקין לתובע תחילה שהוא חמוץ פי' עשוק משא"כ נתבע אינו חמוץ ועל זה קאמרי נהרדעי דאם זיילי נכסי דנתבע מתחת שחבירו מוציא עליו קול שחייב לו ויש לו היזק מחמת זה נזקקין לו תחילה והוא חמוץ טפי כיון שיש לו הפסד מחמת זה וזה הפירוש הוא פשוט ונכון ולק"מ מכל הקושיות וקרא גם כן בהכי איירי וכן נראה עיקר לדינא [ועיין בב"י שהביא תשובת הרשב"א באחד

שקיבל בפני בית דין שחבירו תבעו ועל ידי זה נכסיו נפסדין וכתב דבית דין כופין את התובע שידון עמו מה שאין כן בלא זילי נכסי אין כופין אותו ע"ש]:

והנה הרמב"ם ז"ל השמיט הך דינא דאין נזקקין אלא לתובע תחילה ותמהו המחברים למה השמיטו ונרא' לפע"ד ליישב דמקודם קאמר דקרא אתיא להמע"ה ופריך רב אשי פשיטא מאן דכאיב ליה כאבי אזיל לגבי אסיא ומשני דאתיא לנזקקין לתובע תחילה ויש לתמוה מאי קושיא תינח בתובע לחבירו מנה בלא עדים וכופר להד"ם או פרעתי שפיר יש להקשות דפשיטא שהוא פטור ומי שמכחישו ובא להוציא ממנו צריך להביא ראיה משא"כ אם הלוהו בעדים ותבעו וטוען פרעתי וא"כ מאי קושיא פשיטא הא איכא למ"ד המלוה את חבירו כעדים צריך לפרעו בעדים וא"כ להך מ"ד המוחזק צריך להביא ראיה שפרעו ולא המוציא וא"כ למ"ד דאין צריך לפרעו בעדים וגם בזה גדול כת המוחזק א"כ פשיטא דאיצטרך קרא להכי וליכא למימר דאפילו למ"ד צריך עיקר הטעם כיון שהלוהו בעדים לא הימניה והוי כאילו התנה אל תפרעני אלא בעדים ולא משום דאיתרע חזקת ממון דיליה רק משום תנאי וכל תנאי שבממון קיים א"כ למ"ד אין צריך לית ליה הך סברא דהוי תנאי אבל בהא כ"ע מודו דחזקת ממון לא איתרע ולכך אי אפשר לאוקמא קרא להכי אבל באמת הא וודאי ליתא דהא התם ר"י סובר צריך לפרעו בעדים ור"י גופא קאמר סוף פרק איזהו נשך דאסור להלוות בלא עדים וכל המלוה את חבירו בלא עדים עובר על לפני עור לא תתן מכשול אפילו לת"ח ע"ש א"כ פשיטא דאינו מוכרח שהיה תנאי דהא איצטרך להלוות בעדים שלא יעבור בלאו וע"כ צריך לומר דטעמא דהך מ"ד משום דכיון דהחייוב נודע על פי עדים שלקח ממון מזה אי אפשר להוציא עצמו מידי חיובו רק שיפרע בעדים כיון שהחיוב וודאי לפנינו והפרעון ספק והא דמשני התם שאני התם דהא הימניה הכוונה דאז מבואר דהימניה משא"כ אי לאו הכי כל שאינו ידוע דהימני' חייב לשלם ואף דהוא מוחזק לא מהני חזקתו כיון שידוע על פי עדים שנתחייב ומ"ד פטור סובר דאכתי אלים חזקת ממון דילי' ולא איתרע א"כ פשיטא דקשה קושיא הנ"ל דיש לומר קרא להכי אתיא וצריך לומר דוודאי הך מ"ד מעיקרא דקאמר דקרא אתי להמע"ה באמת כך כוונתו רק רב אשי פריך למ"ד צריך לפרעו בעדים קרא למאי אתי ועל זה משני דאתי לכדרב נחמן ולפי זה לדידן דקיימא לן אין צריך לא מוכח הך דינא דנזקקין לתובע תחלה ובהכי ניחא ג"כ מה שהקשו התוס' על רש"י במה נפשך אם מביא עדים תוך ל' מדוע אין שומעין לו ואם מביא עדים לאחר ל' פשיטא דלא משגחינן בי' ולפי הנ"ל ניחא דיש להבין דקודם קושיא זו הקדימו התוספות דרש"י מיירי בשטר דבעדים המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים אח"כ הקשו קושיא הנ"ל והנה

נראה בעליל דבלא"ה לא היה מקום להקשות לרש"י ויש להבין מ"ש וצריך לומר כך דוודאי אילו היה הדין המלוה בעדים צריך לפרעו בעדים ואינו נאמן לומר פרעתי א"כ תינח פרעתי אינו נאמן כיון שהלוהו בעדים אבל תפסת משלי דזו אינו בידו רק מעצמו תפס א"כ לא שייך לומר דהיה לו לפרוע בעדים וא"כ למה לא יוכל לפטור עצמו בטענה זו וצריך לומר משום דבאמת כך הדין דלעולם מוציאין ממנו תביעה זו שהוא מודה ומה שיש לו לתבוע תביעה אחרת יתבע הוא אח"כ וא"כ אח"כ הוי הוא כופר הכל וכמו כן אם מביא עדים ואינם כאן לא משגחינן בו כיון שהיא תביעה אחרת ובוודאי אלו היה טוען על תביעה של זה בעצמו היה נאמן לולי משום דהיה לו לפרוע בעדים וטענה אחרת הי' נאמן ג"כ לולי משום דהיא תביעה אחרת ואין מערבין תביעה בתביעה רק זה תובע תחלה ומוציא ואח"כ יתבע הוא וממילא יפטר משא"כ אי זיילי נכסי אז מערבין תביעה בתביעה ושפיר נזקקין לנתבע ויצא זה כנגד זה רק דהתוס' הכריחו דמיירי בשטר ושפיר הקשו דפשיטא דאין אנו משגיחין בו ואם יש לו עדים בפנינו פשיטא דנזקקין ודו"ק ולפי הנ"ל ניחא כיון דהוכחתי דעיקר הקושיא הוא רק למ"ד צריך לפרעו בעדים ולק"מ לרש"י כנ"ל ולפי זה אף אם יפרש הרמב"ם כרש"י אתי שפיר כיון דכל הסוגי' למ"ד צריך לפרעו הוא כנ"ל ואנן קיימא לן אין צריך לפרעו בעדים ולכך השמיטו:

אמנם אף שכל דברינו הנ"ל לכאורה נכונים ומוכרחים מכח קושיא הנ"ל מ"מ קשה עלי לחדש דין נגד הפוסקים שכולם הסכימו הך דנזקקין לתובע תחלה להלכה נאמר זולת הרמב"ם שלא הביאו לכן נראה לפענ"ד ליישב דעת הרמב"ם בדרך אחר והוא דוודאי קשיא לי' להרמב"ם לכל הני פירושים כמו שהקשו הם בעצמם כמו שכתב הש"ך לזה פי' הוא דהך קרא אתיא להכי דבפרק שני דייני גזירות דף ק"י נחלקו ר"נ ור"ש בשנים שהוציאו שני שטר חוב זה על זה דר"נ סבר זה גובה וזה גובה ור"ש סובר הפוכי מטרתא למה לי ומפרש בגמרא דר"ש מודה שאלו היה נפקותא בזה היה הדין דזה גובה וזה גובה אפילו לר"ש רק דסובר בשל אדם הן שמין ואין כאן נפקותא ע"ש. אבל בירושלמי התם מבואר להדיא דר"ש סובר דכך הוא עיקר הדין דכל שזה חייב לזה וזה לזה אינו מהראוי שיגבה שום אחד מהם שכל שטרו של כל אחד ואחד נידון כשובר לשטר השני ואין בית דין נזקקין לזה [ועיין מ"ש לקמן סי' פ"ה בזה] ולפי זה מבואר דיש מקום לומר דכל שני תביעות זה על זה אין ב"ד נזקקין דנידון כשובר לזה סובר הרמב"ם דהך קרא להכי אתא דלא כהירושלמי רק כגמרא דילן דלאותו שתובע ורוצה לגבות ב"ד נזקקין להגבותו. ולפי זה יש כאן שני ענינים האחד שיש לו לזה עידית ובינוניות ולזה זיבוריות ואז כל אחד מהם שיגבה תחלה ירויח אותו שיש לו זיבוריות דבשלו הן שמין רק שזה שיש לו עידית

ובינונית אינו רוצה לגבות כלל לכך ב"ד נזקקין ומוציאין ממנו ובזה פשיטא דהדין דאפי' זיילי נכסי נזקקין דזה דזיילי ניכסי אינו מעלה רק להגבות לנתבע תחלה אבל כאן אף אם יגבה הוא תחלה יהא כן דזה לא אמרינן דלא יגבה כלל משום דזיילי נכסי ויש עוד נ"מ כגון שיש לו לזה עידית ולזה זיבוריות ובעל הזיבוריות קדם תבעו ואז אם יגבה בעל הזיבוריות קודם ירויח משא"כ אם יגבה בעל העידית קודם ועל זה אמרינן דאי לא זיילי נכסי דנתבע אז הדין דנזקקין להגבותו ואין מגבין לנתבע תחלה כדי שלא ירויח משא"כ אי לא זיילי נזקקין לתובע תחלה וגובה עידית ואין להקשות כיון דאי זיילי נכסי נזקקין לנתבע תחלה א"כ אין לך זיילי גדול מזה שיחליף עידית בזיבוריות הא ליתא דוודאי אם אותה הגבייה הראשונה הוא בדין לא משגחינן במה שיבוא אח"כ הפסד בגביותו דהא כך יהא הדין ולא מיקרי פסידא משא"כ אם מיד בגבייה ראשונה יש לו פסידא בגבייה זו אז אין נזקקין לו תחלה רק לנתבע [וכן מוכרח לומר לפי' המרדכי לשיטת רש"י ודו"ק ולפי זה לדידן דקיימא לן בכתובות שם ולקמן סימן פ"ה דאפילו קדם תבעו לבעל העידית מ"מ כיון דבהדי הדדי אתו למיגבי יהבינן זיבוריות לבעל העידית ברישא אף דלא זיילי נכסי א"כ נשאר הך דינא דנזקקין לתובע תחלה באופן הראשון הנ"ל ובזה אין מקום לחילוק זיילי נכסי כיון דאפילו יגבה הנתבע תחלה ירויח כנ"ל וכן פסק הרמב"ם בהדיא סוף פרק י"ד מהלכות מלוה ולפי הנ"ל היינו הך דינא דנזקקין לתובע תחלה ודלא כנהרדעי רק כפי סוגית הש"ס דפרק שני דייני גזירות וע"ש בתוספות פרק שני דייני גזירות שהקשו באמת הא אין נזקקין רק לתובע תחלה וע"ש שתרצו דשאני התם דאית ליה פסידא וזה לא סבירא ליה לרמב"ם דאם כן למה להו לנהרדעי למימר דזיילי נכסי הוי להו למימר בפשיטות דיש לזה עידית ולזה זיבוריות אלא ברור דלנהרדעי באמת נזקקין והסוגי' הנ"ל חולקת ופסק הרמב"ם כסתמא דש"ס התם ובזה מיושב דשם לא הזכיר הרמב"ם בפי' הך דינא דמאי חזית ואדרבא בראש דבריו משמע דדוקא ביש לו נכסים בשוה אין נזקקין רק לבסוף כתב דוקא בעידית ובינונית. ולזה זיבוריות נזקקין ולפי הנ"ל ניחא משום דמספקא ליה מכח הך מילתא דנהרדעי כאן לכך השמיטו ודוק היטב אבל מ"מ לענין הדין ברור דהפי' כמ"ש בתחלה דתובע בדין זה ונתבע בדין אחר מקדימין לתובע אם לא דזיילי נכסי דנתבע כנ"ל:

ב בענין שלא יוכל לומר פרעתי. והמרדכי חולק דאפי' היכי דיש לו מיגו אינו נאמן לפטור עצמו בטענה אחרת, ואני תמה דאי ס"ד דכוונת רש"י כן תקשי ליה ממשנה ערוכה פרק שבועת הדיינין דמחולקין זה תובע סלע הלויתיך וזה השיב אמת כן אבל המשכון היה שוה יותר והדין דישבע הלוה שבועה דאורייתא וקשה הא זה הדין הוא

ממש דינו של רש"י ונזקקין לתובע תחלה וגובה שקל והוא יתבע ממנו זהב ופטור דהוי כופר הכל והוא תמוה מאוד ועיין תומים ס"ק ב' מה שהקשה על הסמ"ע ודבריו תמוהין ואין להאריך כי כבר קדמני הרב בעל קצה"ח והשיג עליו בזה והעיקר כהסמ"ע בזה דאפי' נפחת ומודה שהם מחולקין בפחת דינא הכי:

אמר המחבר למען היות הסימן הזה רב הכמות ורב האיכות ועל הרוב דעתי היפך דעת הפוסקים האחרונים ז"ל שקדמוני לזאת מודיע אני לכל מעיין כי אין אני גוזר אומר קבלו דעתי כי מי אני לבוא אחרי רבותינו הגדולים נוחי נפש ז"ל וגם ח"ו לא לקנטר בהלכה באתי רק הנלפע"ד אחר העיון הדק היטב בש"ס ופוסקים כתבתי דברי דרך מו"מ בלבד. והמעיין אל יהי אץ להשיב על דברי כי אם אחר העיון והשקידה רבה בסוגית הש"ס ובלשונות הפוסקים הראשונים אז לו משפט הבחירה:

על חו"מ סימן כה

א כל דיין. עש"ך והנה לכאורה יש לתמוה מה זה שהכריח הש"ך בראיות דבעל המאור חולק מטעם דאלו הואי הוי הדר גם ביקש לומר דהבעל המאור מודה בדיינא דליתא מומחה דהוי כמזיק ממש דהא בהדיא כתב בעל המאור בבא רביעאי שלו דהיכי דליתא דיינא ולא קיבלוהו דאפילו בשקול הדעת פטור מטעם דלא הוי לי' למיסמך עליה ע"ש ובוודאי נראין הדברים לכאורה שלא נאמרו דברי הש"ך הללו אלא כשדנו בכפיה וכפהו גם על התשלומין דאז לא שייך טעמו דלא הוי ליה למיסמך עלי' ובשק"ה חייב מ"מ בדבר משנה פטור משום דאלו הואי הוי הדר או משום דהוי לי' לשייולי ונראה שמזה יצא לו להרב רח"י ז"ל להקשות על הש"ך דע"כ לא קא פטר בעה"מ והרשב"א אפילו בדבר משנה אלא בלי כפיה אבל בכפיה מודה דחייב אבל באמת לק"מ חדא אפילו לפי סברתו דהש"ך מיירי בכפיה ג"כ לק"מ דוודאי מה שכתב בעה"מ והרשב"א טעמא דהוי ליה לשייולי לאו למימרא שישאול:

לאחרים אם הורה כדין אבל הוא עצמו אינו יודע כלום שהרי [הקשה הרמב"ן על זה אטו כ"ע דינא גמירי ואשה מאי איכא למימר ואם כוונת בעה"מ כנ"ל לק"מ דמ"מ הוי ליה לשויולי לאחרים וע"כ צריך לומר דהא וודאי ליתא כיון דטעות בדבר משנה דבר ברור הוא וזה הדיין גמיר וסביר או גמיר וקבלי' [דבהכי מיירי התם בעה"מ גבי דבר משנה] ובעל דין לא גמיר הילכך לא פשע מידי שסמך עליו ולא שאל לאחרים שלא עלה על דעתו שהדיין טעה בדבר פשוט כזה ומטעם זה הבין הרמב"ן כוונת בעה"מ דהוי ליה לשייולי לדיין ולגלות טעותו ועל זה הקשה אטו כ"ע דיני גמירי ואשה מאי איכא

למימר ולפי זה וודאי אף אם כפהו על התשלומין פשע בעל דין לפי סברת בעה"מ דהוי לי' לשיוולי לדיין ולגלויי טעותא ופשיטא שלא הכריחו לשלם אלא לפי שטעה וסבר שהדין כן אבל אם יגלה טעותו לא יכריחנו לשלם והוא עצמו פשע ואה"נ דאפילו כפיה ונו"ב פשע בעל דין מהאי טעמא ומשום הכי דיקדק בעל המאור וכתב הרי זה משלם כדין כל הגזלנין ולכאורה הא אף מצד דין גרמי היה חייב כיון דליכא פשיעותא אלא וודאי שיש בזה ג"כ פשיעותא אלא שאין אנו פוטרין מטעם זה אלא המתחייב מדיני דגרמי וכיון דאיכא פשיעותא לאו איהו גרם אבל לא גזלן ממש דכי נאמר נגזל שהיה יכול להציל עצמו מן הגזלן ולא הציל יפטר הגזלן הילכך בנו"ב אף דאיכא פשיעותא חייב כיון שכפהו. והרב הש"ך עצמו כתב לקמן ס"ד ס"ק מ"ה דמה שכתב בעה"מ גבי אינו מומחה ולא קיבלי' ואם כפאו ונו"ב לאו דוקא דבכפיה לחוד חייב אלא וודאי כמו שכתבתי דדוקא בשק"ה דטעמא משום דלא הוי ליה למיסמך עליה אבל בדבר משנה דהטעם משום דהוי ליה לשייולי אפילו בכפיה פטור כל שלא נו"ב: ב

אמנם הא קשיא לכאורה דאי ס"ד דכוונת בעה"מ ואם כפאו ונו"ב בדוקא קאמר אבל בלי נו"ב אף בכפיה פטור בדבר משנה א"כ האיך קאמר מחזירין את הדין ואי ליתא דתיהדר חייב הא כתב הרי"ף דאי אניס ליה ונו"ב משלם איהו מדיליה והדר הוא שקיל מהאיך דהוי כגזלן גמור א"כ בעה"מ דקאמר הרי זה משלם כדין כל הגזלנין האיך יאמר דמחזירין הדין ומזה מבואר לכאורה דנו"ב לאו דוקא כמו שכתב בתומים דעל בעל דין קאי א"כ מוכח דכפיה בלי נו"ב חייב. אבל באמת אין זה מוכרח דע"כ לא כתב הרי"ף אלא היכי דליתא דיינא אז בכפיה ונו"ב חוזר מיד על הדיין אבל בעה"מ אח"כ בדבר משנה דמיירי בדיינא אף בכפיה ונו"ב אינו חוזר מעיקרא אלא על בעל דין ואי ליתא דתיהדר יחזור על הדיין ואדרבא על הרב רח"י ז"ל יש לתמוה שהוא פי' דברי בעה"מ גבי היכי דליתא דיינא ולא קיבלוהו דמה שכתב ואם כפאו ונו"ב הוא לאשמעינן דהוי כגזלן גמור מן התורה משא"כ בכפיה לחוד לא הוי רק גורם והוא תמוה דהיכי דליתא דיינא פשיטא דהבעל דין חוזר על הדיין מיד כמו שכתב הרי"ף להדיא והאיך כתב בעה"מ דמחזירין קודם ואי נימא שסובר דבאמת בעה"מ חולק על הרי"ף גם בזה מה דלא מצינו כלל בבעל המאור שהשיג על הרי"ף בזה אבל בלא"ה אם היה דעתו כן א"כ טובא קמ"ל בעה"מ דמחזירין קודם אפילו בכפיה ונו"ב דלא כהרי"ף ומה צורך לו לומר דאשמעינן דהוי כגזלן גמור מה דאין נ"מ כלל לכן דבריו תמוהין בזה ופשיטא דבעל המאור מודה בזה להרי"ף וכוונתו נו"ב היינו בעל דין שהרי כך כתב שם ואם כפאו לבעל דין ובע"כ נו"נ בשלו והיינו בע"כ הוצרך לישא וליתן בממונו לשלם לחבירו אבל מה שכתב אח"כ

בדבר משנה ואם כפאו ונו"ב שפיר יש לומר דבדוקא קאמר דאל"כ פטור כנ"ל מטעמא דהוי ליה לשיולי:

ג:

אך באמת כל זה לפי שיטת רח"י ז"ל שהבין כוונת הש"ך דבכפי' איירי אבל מעולם לא עלה זה על דעת הש"ך ולא נאמרו דבריו כלל כשדנו בכפיה חדא דהא בהדיא כתב הש"ך ואפשר דמי שאינו מומחה ולא קבלי' חשוב כמזיק ממש ודוחק וכן הוא האמת דלא חשיב כמזיק ממש עכ"ל והשתא אם איתא דעל ידי כפי' מיירי הא בהדיא כתב לקמן ס"ק מ"ה דעל ידי כפי' חשוב כמזיק ממש וגרע מיניה ע"ש וליכא למימר דשם כתב לפי מה שהשיג על בעל המאור דבדבר משנה אין הטעם דהוי ליה לשייולי אלא משום דאלו הואי הוי הדר אבל כאן דאזיל בשיטת בעל המאור אפשר דלא חשיב כמזיק מלבד דמדברי הש"ך מבואר דלפי האמת כ"כ הגם שכתב אחר כך וז"ל ועוד דמטעם שכתב בעה"מ דהוי ליה לשייולי וכו' הרי להדיא דמעיקרא לא אזיל בטעם זה ואע"פ כן כתב דלא הוי כמזיק והאיך יהי' דברי הש"ך סותרין זה את זה ועוד קשה דהא באות ג' דחה סברת בעה"מ והרשב"א בתשובה דסבירי להו דאפילו נו"ב פטור אלא דחייב דהטעם משום דאלו הואי הוי הדר ולא משום דהוי ליה לשוויילי וא"כ קשה כיון שדחה טעם זה גם בדין הקודם בלא נו"ב אם איתא דבכפי' מיירי יחלוק על בעל המאור והרשב"א כמו שכתב לקמן פ"ד ס"ק מ"ה דמהאי טעמא דאלו הואי הוי הדר אף בכפיה בלא נו"ב חייב וגרע מנו"ב שלא בכפיה וברור דהרב הש"ך הכל בלי כפיה מיירי דלא כמהרח"י הנ"ל וזה ברור ואי קשיא מה שהקשינו לעיל דמה צורך לו להרב הש"ך לכל דבריו הא בהדיא מבואר בבעל המאור בבא רביעאי דבלי כפי' אפי' בשק"ה פטור מטעם דלא הוי ליה למסמך עליה אבל באמת לק"מ דכבר ביאר הש"ך לקמן ס"ד ס"ק מ"ה דהאי טעמא דלא הוי ליה למיסמך עליה ליתא כי לפי זה אפילו בנו"ב פטור בלי כפי' אלא עיקר הטעם דאלו הואי הוי הדר ולאו כלום עביד ובנו"ב בלי כפיה טובא עביד. עוד כתב שם דהרי"ף ורמב"ם לא מחייבי בלא נו"ב אלא בכפיה אבל בלא כפי' אפשר דמודו ע"ש וכאן אזיל הרב בשיטתו כדקס"ד בס"ק מ"ה מקודם דהרי"ף ורמב"ם מחייבי אפילו בלי כפיה דע"כ לא פטרו אלא בדיינא אבל היכי דליתא דיינא דיינינן גרמי כמו להרא"ש ותוספות ובוודאי לא הוצרך הש"ך לבאר זה דבעה"מ חולק בזה דהא פשיטא כנ"ל אלא שהוכרח לבאר דאף דהאי טעמא דלא הוי ליה למיסמך עליה ליתא כמו שנתבאר בס"ק מ"ה מ"מ למאי דמחלקי בעלמא בין דבר משנה לשק"ה דלאו כלום עביד א"כ ה"ה באינו מומחה ולא קיבלו בלאו האי טעמא דלא הוי ליה למיסמך עליה פטור משום דלאו כלום עביד

ועל זה כתב דדוחק לומר דמי שאינו מומחה ולא קיבלו חשיב כמזיק וכן הוא באמת דלא חשיב כמזיק כיון דלא כפהו על התשלומין ועוד דהא בדבר משנה מפרש בעה"מ הטעם משום דהוי ליה לשייולי א"כ ה"ה היכי דליתא דיינא ולא קיבלי' אחר כך ביאר דהאי טעמא דהוי לי' לשייולי ליתא אלא אלו הואי הוי הדר ולפי זה בנו"ב אפילו בדבר משנה חייב ובלא נו"ב בלי כפיה פטור דאלו הואי הוי הדר ואפילו בשקול הדעת כיון דאין דינו דין אבל בכפיה חייב דלא שייך אלו הואי הוי הדר דטובא עביד וסרה תלונת ר"ח יונה ז"ל ודו"ק היטב. ומעתה כיון שנתברר שלא נאמרו דברי הש"ך הללו אלא בלא נו"ב בלי כפיה אבל בכפיה חשוב כמזיק ממש א"כ ממילא אף לדעת בעה"מ והרשב"א דטעמא משום דהוי לי לשייולי מ"מ כמו בנו"ב בכפיה חייב שאין אנו פוטרין מטעם זה רק הגורם א"כ ה"ה בכפי' בלי נו"ב חייב דלא הוי ג"כ גורם רק מזיק ולא נפטר מטעם זה ולפי זה דברי בעה"מ בבא רביעאי ואח"כ גבי טועה בדבר משנה שווין דבתרווייהו מה שכתב ואם כפאו ונו"ב לאו אדיין קאי רק אבעל דין וכן משמע מלשונו שכתב ואם כפאו לבעל דין ובע"כ וכו' כפל דברים ולא הספיק לומר ואם כפאו ונו"ב אלא אבעל דין קאי] דלעיל וודאי דקאי אבעל דין דאל"כ האיך קאמר דמחזירין הא חוזר מיד על הדיין כמו שכתב הרי"ף ובעה"מ לא השיג בזה על הרי"ף כלל ולא שום פוסק א"כ ממילא אח"כ נמי נהי דבהא אין נראה שיחזור מתחילה על הדיין כיון דהוא דיינא ובזה לא דבר הרי"ף כלל אבל מ"מ כל שבכפיה הוי כמזיק ולא נפטר משום דהוי ליה לשייולי כנ"ל:

ד

אך מה דמיפשט פשיטא ליה להרב הש"ך דלדעת התוס' והרא"ש כיון דלא סבירא להו טעמא דלאו כלום עביד א"כ אף באינו מומחה וקבליה חייב אף שאין דינו דין ולפע"ד הא ליתא אלא דבהא לכ"ע פטור בלא נו"ב בלי כפיה ומטעמא שכתב בעה"מ כיון דאינו מומחה הוא לא הוי ליה למיסמך עליה ואפילו גורם לא הוי שהרי בעל המאור ג"כ סובר דאפילו בדיינא איכא גרמי ואפילו היכי דאילו הואי הוי הדר רק בדבר משנה פטור משום דהוי ליה לשייולי ומ"מ בשק"ה דלא שייך טעמא דהוי ליה לשייולי ס"ל ג"כ דאינו מומחה ולא קיבליה פטור דלא הוי ליה למיסמך עליה א"כ יש לומר שגם דעת התוס' והרא"ש כך דהא אפילו גרמי לא הוי כיון שלא כפהו על התשלומין ולא הוי אלא כמי שמשיא עצה שאינה הוגנת לחבירו דפטור ודוקא היכי דהוא דיינא חייב דמסתמא יעשה ציווי הדיין משא"כ בליתא דיינא כלל. ולפי מה שכתב הש"ך ס"ק מ"ה דאפשר דגם הרי"ף מודה דבלא נו"ב בלי כפיה פטור ומ"ש ולא נו"ב היינו בכפיה כמו שהתחיל לומר ואי טעה וקא אניס ליה וקאי אלמטה ג"כ א"כ אין כאן מחלוקת בזה כלל דבלי

כפיה לכ"ע פטור אפילו לדעת התוס' והרא"ש דלא הוי לי למיסמך עליה ובכפיה לכ"ע חייב אפילו לדעת בעה"מ כמו שביארנו [אמנם בנו"ב בלי כפי' יתבאר בסמוך] נמצא לענין דינא איני חולק על הרב רח"י ז"ל כלל אלא בביאור דברי הש"ך לבד שלא דק הרב הנ"ל. רק במה שכתב דבעה"מ קמש"ל דהוי כגזלן גמור וצריך לומר דמ"מ מחזירין תחילה והא בוודאי ליתא כמו שהוכחתי מהרי"ף דבכהאי גוונא חוזר מתחילה על הדיין ופשיטא שלא יחלוק שום פוסק על הרי"ף בזה וכוונת בעה"מ כמו שביארנו קודם:

ה

והנה מה שהאריך הש"ך לדחות דברי בעה"מ והרשב"א בתשובה דאפילו נו"ב פטור וראייתו דר"ח בעי לשנויי דלא תקשי מה דאקשי ר"ה לר"ש מפרה של בית מנחם ולא צריך לידחוקי חדא ועוד קאמר ואם כדברי הרשב"א גם לר"ח תקשי דהא בדבר משנה אפילו נו"ב פטור לדעתו ע"כ. ותמהני דהא בהדיא כתב הרמב"ן ז"ל פ"א ד"מ וז"ל והא דאותביה ר"ה לר"ש פרה איפשר הוי ליפרוקי נו"ב אלא דלאו אורחיה דר"ט בהכי עכ"ל. הרי להדיא דהרמב"ן גופא דחולק על הרשב"א והמאור מודה דר"ח לאו ליפרוקי לדרב המנונא קא בעי וא"כ גם על בעה"מ לק"מ וכן פירש"י וז"ל אדלעיל קא מהדר וכו' ועוד דמצידא תברא דמה לר"ח דמיקל בלא נו"ב מחמיר בדבר משנה דבנו"ב חייב ר"ש שמחמיר בשק"ה אפילו בלא נו"ב פשיטא דבנו"ב בד"מ דחייב לשיטתו א"כ מאי מקשה לר"ש הא איהו נמי מצי לאוקמא בנו"ב כמו שבאמת הקשה הרמב"ן זה וע"כ דלאו אורחיה דר"ט בהכי א"כ מאי בא ר"ח ליישב וע"כ דאדלעיל מהדר ולא אדרב המנונא. ואמת דבזה יש לומר דסובר הש"ך כתירוץ שני של הרמב"ן שכתב וז"ל ועוד דר"ש כולה כשלא נו"ב מוקים לה אך תירוץ זה צ"ע דוודאי ר"ש בלא נו"ב מוקי לה משום זיכה את החייב דלא ניחא ליה לאוקמא במשכון ועוד דאפילו בלא נו"ב סובר דחייב. אבל הך משנה דר"ט פשיטא דהוא נמי בנו"ב מצי לאוקמא לה וע"כ דלאו אורחיה דר"ט בהכי ועוד קשה לי טובא לשיטת הש"ך אם איתא דר"ח ניחא ליה בגוף תירוץ ר"ש רק דבא ליישב קושיא דר"ה ולאוקמא בנו"ב א"כ למה נאדי מאוקימתא דהנך אמוראי ודחיק נפשיה פטור אתה כמי שנו"ב או במשכון ונוטלו בפשיטות הוי ליה לתרוצי דהך עובדא דר"ט בנו"ב ובהכי מיתרצא קושיא דר"ה שפיר ולמה ליה לשנוי' רומיא דמתניתין אהדדי הא לא קשיא אהדדי מידי כדאוקמא ר"ש הרי שהקשו כל הפוסקים על הרי"ף דבמומחה וקבליה פטור וחוזר דלוקמא תרווייהו בנו"ב ומתניתין דסנהדרין במומחה וקבליה א"כ לשיטת הש"ך ג"כ קשה לוקמא תרווייהו בנו"ב [או בלא נו"ב] ועובדא דר"ט בנו"ב ג"כ וע"כ דר"ח לא ניחא ליה בגוף התירוץ של רב ששת א"כ פשיטא שיש לומר דר"ח נמי

סבירא ליה נו"ב בדבר משנה פטור וחדא ועוד קאמר וכן משמע מדברי הרי"ף פרק אחד"מ דר"מ אדלעיל קא מהדר שכתב וז"ל ושמעינן השתא וכו' דר"ח לא פליג בין נו"ב ללא נו"ב רק בשק"ה אבל בדבר משנה לא ואם כדברי הש"ך כל עיקר תירוצו של ר"ח אדבר משנה לאוקמא עובדא דר"ט בנו"ב:

ו

ולענין דינא אין לנו עסק עתה לבאר היכי דהוא דיינא ונו"ב בדבר משנה דבהא אפשר דדברי הש"ך נכונים כיון דבדברי בעה"מ עצמו אין הכרע ואדרבא משמע מדבריו ממה שכתב נקוט האי כללא דכל הני בבא לא פליגי בין נו"ב או לא נו"ב ולמה לא כתב כן לבסוף אחר שכתב דין טועה בדבר משנה ש"מ דוקא בשק"ה לא מחלקי אבל בדבר משנה שפיר מחלק גם הרשב"א נראה שסמך על מה שכתב פרק אלו טריפות דדעת הרי"ף פאד"מ דנו"ב בדבר משנה פטור אבל באמת יתבאר לקמן בס"ד שלא היתה זאת דעת הרי"ף וכן כתב הרמב"ן להדיא פאד"מ ועיקר דין זה יתבאר לקמן ס"ק ג' בס"ד. אמנם באינו מומחה ולא קבליה וטעה בד"מ ונו"ב בלי כפיה נראה ברור דפטור מלשלם והיינו מטעמא שכתב בעה"מ דלא היה לו להניחו לישא וליתן בשלו ולא הוי ליה למיסמך עליה כיון דאינו מומחה הוא וכן מבואר ברי"ף פאד"מ בבא חמישאי וז"ל והיכי דליתא דיינא ולא קבלוהו אי טעי וקא אניס ליה לבעל דין ואפיק מיניה ממונא ונו"ב מחייב לישלומי מדליה והדר הוא שקיל מהאיך ואי לא נו"ב הדר מריה דינא מאי דיהיב ליה ואי ליתא למישקל מיניה משלם ליה מדליה כדין כל גורם להזיק עכ"ל. הרי להדיא דאפילו נו"ב לא מחייב אלא בכפיה וליכא למימר בנו"ב ג"כ חייב רק בכפיה הוי כגזלן גמור וחוזר מיד על הדיין משא"כ בנו"ב בלי כפי' חוזר מתחילה על בעל דין מ"מ קשה אדתני סיפא ואי לא נו"ב וכו' משלם כדין כל גורם להיזק לאשמועינן רבותא טפי בנו"ב בלי כפיה הרי דבלא נו"ב בכפיה חייב אף לבעל המאור כמו שכתב הש"ך ס"ק מ"ה ובנו"ב פטור לשיטתו בלי כפיה ובשלמא אם נאמר דהרי"ף בלא נו"ב מיירי בלי וכפיה אתי שפיר אבל הש"ך עצמו כתב לקמן ס"ק מ"ה דבכפיה מיירי א"כ פשיטא דבנו"ב בלי כפיה הוי רבותא טפי מלא נו"ב בכפיה ועוד קשה שהרי הש"ך עצמו הוכיח לקמן ס"ק מ"ה מדברי הרי"ף דבלא נו"ב בכפיה קאמר מדקאמר וקא אניס ליה א"כ פשיטא דמעיקרא בנו"ב בכפיה קאמר ואם נאמר דקא אניס ליה דקאמר היינו לגבות מיד מן הדיין א"כ פשיטא דלא מוכח דינו של הש"ך בלא נו"ב דמיירי בכפי' לכן נראה ברור דבאינו מומחה ולא קבליה ונו"ב בלי כפיה בין בדבר משנה בין בשיקול הדעת לכ"ע פטור מטעמו של בעל המאור בבא רביעאי דלא הוי ליה למיסמך עלי' כמו שביארנו אמנם היינו דוקא בדיני

ממונות ונו"ב וליתא דתיהדר דכיון דלא נו"ב בע"כ רק שנתן לו מרצונו אין זה גורם להזיק דלא הוי לי למיסמך עליה כיון שלא כפהו אבל באו"ה אין הכרעתי מכרעת דכיון שהזיק בידים והאכיל לכלבים אף שהיה סיפוק בידו למחות מ"מ הרי זה מזיק גמור והוי כמו כפיה בלא נו"ב ובפרט שאין לזה הכרע מדברי בעל המאור והרי"ף דהם לא מיירי כלל באו"ה כהאי גוונא הילכך נראה עיקר בזה כדעת הש"ך דאף בלי כפיה חייב ופשיטא דבאינו מומחה וקבליה או מומחה ולא קבליה דהוא דיינא דלא שייך טעמא דלא הוי, למיסמך עליה דוודאי כי האי גוונא חייב וכן הכרעתי לקמן ס"ק ג' בס"ד:

הכלל העולה לדינא מכל הנ"ל דבאינו מומחה ולא קבליה בין בדבר משנה בין בשיקול הדעת בדיני ממונות בכפיה ולא נו"ב חייב ובנו"ב בלי כפיה פטור ואצ"ל בלא נו"ב בלא כפיה ואפילו בכפיה ולא נו"ב אם אפשר להחזיר מחזירין ואינו חוזר מיד על הדיין אבל בכפיה ונו"ב אין מחזירין אלא חוזר מיד על הדיין והדיין צריך לחזור על בעל דין אבל היכי דהוא דיינא אפילו בכפיה ונו"ב חוזר מתחילה על בעל דין. במה דברים אמורים בדיני ממונות אבל באו"ה בלא נו"ב בלי כפיה פטור אבל בכפיה ולא נו"ב וכן נו"ב בלי כפיה חייב לשלם ודין מומחה ולא קבליה בין בדיני ממונות בין באו"ה וכן דין אינו מומחה וקבליה יתבאר לקמן ס"ק ג' ד' בס"ד ע"ש (ב) חוזר הדין. עש"ך מה שהקשה על הב"י ולא ידעתי מאי קשיא ליה הא הב"י בעצמו העתיק כל דברי הרא"ש פאד"מ גם הך כללא דמילתא וסיים שעל פיו של הרא"ש הם דברי הטור ואמ"כ כשבא לפרש פרטי דברי הטור ובא לכלל זה כתב שגם רבינו ירוחם כתב כן כדעת הרא"ש והטור ולק"מ:

א

כתב נ"י פד"מ שאם טעה בדבר שנשאר בש"ס בספק טועה בדבר משנה הוא שכבר נפסק הדין לפי הכללות המסורות בידינו והש"ך השיג עליו דאפילו טועה בשק"ה לא הוי כיון שלא נתברר שטעה בוודאי אלא מה שעשה עשוי ופטור מלשלם והנ"י לטעמי' שכתב ריש פרק שנים אוחזין דתפיסה לא מהני בתיקו דהוי כהלכה ברורה אבל לדעת הפוסקים דתפיסה מהני בתיקו אפילו טועה בשיקול הדעת לא הוי וראייתו דהא בהך דאמרינן דמה דעביד עביד למדו הפוסקים דמהני ביה תפיסה ה"ה בתיקו דמהני תפיסה דמה דעביד עביד ועיין תומים מה שדחה ראייתו אבל באמת דברי הש"ך נכונים לפי מה דאמרינן פרק המקבל ההוא שטרא דהוי כתיב ביה שנין סתמא קדם מלו' ואכליני' לפירא מלוה או' ה' ולוה אומר שלש מי מהימן ואסיקנא פירות בחזקת אוכליהן קיימי ומקשינן והא קיימא לן כר"נ דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ופרקינן לאו מילתא דעבידא לגלויי הוא הכא מילתא דעבידא לגלויי הוא ואטרוחי בי' דינא בכדי לא מטרחינן

ומזה למד הנ"י שם דאף דבתיקו לא מהני תפיסה במילתא דעבידא לגלויי מהני תפיסה וא"כ לכאורה קשה לדעת הפוסקים דבתיקו מהני תפיסה הא שם מוכח דדוקא במילתא דעבידי לגלויי מהני תפיסה וצריך לומר דסבירי להו לחלק דבשלמא התם שהספק הוא מכח טענותיהם שמכחישין זה את זה א"כ לא שייך לומר עביד אינש דינא לנפשיה דדיין גופא לא מצי עביד דינא דמי יוכל לידע מה בלב חבירו ועם מי האמת לכך בעל דין עצמו נמי לא מצי עביד דינא אי לאו במילתא דעבידא לגלויי משא"כ בתיקו שהספק מכח הדין א"כ דיינא מצי עביד כמאן דבעי א"כ בעל דין נמי מצי עביד דינא דעביד אינש דינא לנפשיה אבל אם נאמר דאף בתיקו לא מצי הדיין למעבד כמאן דבעי א"כ כ"ש דאף בעל דין לא מצי עביד דינא אלא במילתא דעבידא לגלויי כדמוכח סוגיא דהמקבל הנ"ל ולפי זה למ"ד תפיסה מהני בתיקו אף טועה בשק"ה לא הוי דדיינא דעביד עביד ולדעת הנ"י אף טועה בדבר משנה הוי כהלכה ברורה ודו"ק היטב בדברי התומים וכמה שכתבתי:

ב

אמנם נראה ברור דע"כ לא חלק הש"ך על הנ"י אלא כשכבר התפיס ביד בעל דין אבל כשעדיין לא זכה התוב' בממונו וודאי הדר דינא שהרי הוא פוסק כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה דכל כמה שלא זכה תובע בממונו הדר דינא אפילו בשק"ה כעובדא דריב"י ור"מ א"כ אף כאן נהי דאין כאן טעות היינו כשהתפיס כיון דמהני תפיסה אף תפיסת הדיין ביד בעל דין מהני כנ"ל אבל בלא התפיס פשיטא שאין להוציא ממנו ואפילו כבר הוציא רק שעדיין לא זכה חבירו ואין חבירו מוחזק כלל חוזר הדין ולא הבנתי מה שכתב בתומים והשיג על הש"ך דטועה בשק"ה הוי וכתב דוקא בלא התפיס אבל בהתפיס קם דינא וישלם מביתו למ"ד דמהני תפיסה בתיקו וקשה מה נפקא מינה בהך דלא התפיס אי הוי כשק"ה או כד"מ הא סוף סוף חוזר כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה גם מה שכתב בהתפיס קם דינא למ"ד תפיסה מהני בתיקו הא אפילו למ"ד לא מהני קם דינא דבשק"ה קם דינא וצריך לומר דכוונתו למ"ד בשק"ה בלא נו"ב הדר דינא א"כ אף זה כשק"ה והדר דינא ועל זה כתב דוקא בלא התפיס אבל בהתפיס לא הדר דינא אפילו לא נו"ב כיון דמהני תפיסה וישלם מביתו ולפי זה לפי מה שכתבתי דבלא התפיס גם הש"ך מודה דהדר דינא ולא חלק רק בהתפיס וכן משמע עוד יותר בש"ך שכתב אח"כ ונראה דלא ישלם מביתו א"כ ע"כ דבהתפיס מיירי דבלא התפיס פשיטא דאינו משלם דאי משלם בוודאי יחזור ולא יתפיסנו עוד ואם כבר לקח יחזיר לזה ושוב אין מוציאין ממנו וע"כ דבהתפיס מיירי א"כ אין מקום לדברי התומים בזה רק במה שכתב בהתפיס ישלם מביתו וכבר בארנו

דלמ"ד תפיסה מהני בתיקו תליא אי עבד כמר עביד א"כ פשיטא דאינו משלם ג"כ כמו שכתב הש"ך:

ג:

ומה שהשיג בתומים על ראיית הש"ך מדברי התוס' פרק המוכר את הבית וכתב דהתוס' דייקי דס"ל כחד מנייהו אבל בתיקו אינו בגדר הכרעה עכ"ד והוא הבין ראיית הש"ך דבתיקו מאי דעבד עביד וליתא אלא דכוונתו על מה שכתב ונראה דלא ישלם מביתו דהכי משמע דמה דעבד עביד ואין כאן טעות וממילא פטור מלשלם ועל זה כתב וכן מוכח מדברי התוס' שם דהא דאמרינן מה דעבד עביד אין כאן טעות כלל וכן מבואר באמת בתוס' שם דמתחילה כתבו דהיכי דאינו מפורש בש"ס המע"ה אבל היכי דנחלקו וסבירא ליה כחד מאי דעבד עביד כהך דר"א א"כ מבואר דבהא אין כאן טעות כלל דאי הא נמי הוי פסק בטעות הוי ממש כהיכי דלא מפורש כלל דכמו שפסק קם דינא וישלם מביתו וע"כ דהא עדיף דאין כאן טעות כהך דר"א אבל בהא אי נימא דגם בתיקו כן זה תלוי במה שלפניו שהשוה זה לזה וזה שכתב הש"ך וה"ה בתיקו לפי מה שכתבתי הרי שלא רצה להביא ראיה משם בתיקו כלל וזה ברור. גם מה שהביא עוד בתומים ראיה מדברי התוס' שם דסתרי אהדדי אדרבא מזה ראיה לשיטת הש"ך הנ"ל וכוונת התוס' דאי מספקא ליה לכתחילה אין להוציא כלל מדינא ולפיכך אם הוציא חייב לשלם אבל אי סבירא ליה כחד אי הוציא אין כאן טעות ופטור מלשלם כדברי הש"ך וזה ברור בכוונת התוס'. ומה שפירש בתומים בתוס' לא הבנתי אם כוונתו דיעבד כשכבר התפיס בהא וודאי לא מהדרינן עובדא אפילו היכי דאינו בגדר הכרעה שהרי בהך דר"א וודאי אינו בגדר הכרעה ואפילו הכי מהני תפיסה ואי בלא התפיס כבר ביארנו דגם הש"ך מודה דחוזר:

ד

אך מה שכתב הש"ך דאפילו לדעת הנ"י הכא שאני דהוי כתופס ברשות דמודה הנ"י שם ליתא דהתם שאני דבשעה שנתן נתן מרצונו לא מענין הספק והטענות שהיה ביניהם שבשעה שנתן עדיין לא היה סיכסוך ביניהם אבל כאן שנתן לו בטעות הוי כתופס ממנו בע"כ [ועיין הגהת מהר"ם שם בנ"י ותראה שכוון לזה] וראיה לזה ממה שכתב הרב בהג"ה בי"ד סי' שט"ו דתקפו כהן מוציאין אותו מידו וכתב הט"ז הואיל ומתחילה לא בא לידו בהיתר לא מהני תפיסה הואיל והוא עצמו אינו יודע אם הוא שלו [ונראה כוונתו אף דבעלמא מהני תפיסה בתיקו לדעת הפוסקים החולקין על הנ"י אפילו לא בא לידו ברשות הכא שאני שהוא עצמו אינו יודע אם הוא שלו) וכתב שם הרב בהג"ה דאפילו

נתנו לו הישראל בטעות שהיה סבור שהדין הוא ליתנו לו ואח"כ נודע לו שאינו כן צריך להחזיר לו וכן הוא בפסקי מהרא"י סי' קס"ו אלמא דכהאי גוונא לא מיקרי תופס ברשות א"כ לדעת הפוסקים דבעלמא נמי בעינן תופס ברשות כל שנתן לידו מחמת טעות הדין לא מיקרי תופס ברשות ואף שיש לחלק בדוחק נראה ברור כמו שכתבתי ובלא"ה ג"כ לק"מ על הנ"י דסבירא ליה כמו שכתב הטור בשם הרא"ש דאפילו עדיין לא שילם קם דינא' בשק"ה וחייב לשלם דלא כהרמ"ה וכן מבואר להדיא בנ"י שפיר' נו"ב היינו נגמר הדין ולא נו"ב היינו לא נגמר א"כ לר"ש דמוקי בלא נו"ב אף עדיין לא שילם קם דינא בשק"ה ולפי זה שפיר כתב דבתיקו לא הוי כשק"ה ואם עדיין לא שילם אינו חייב לשלם מכח' פסק הדיין והשתא לא קשיא הא תפס ברשות דעדיין לא תפס כלל והוי כטועה בדבר משנה אבל לענין דינא קיימא לן כהרמ"ה ומ"מ לא מיקרי תופס ברשות כמו שכתבתי קודם ולפי זה דין זה אי טעה בתיקו נפל בבירא במחלוקת הפוסקים אי תפיסה מהני בתיקו לא הוי טועה כלל אפילו בשיקול הדעת ולמ"ד דלא מהני' תפיסה חוזר אפילו התפיס דהוי כטועה בדבר משנה ולא מיקרי תופס ברשות כנ"ל: (ג) א אף על פי שגרם להזיק כתב הסמ"ע דאפילו נו"ב פטור ושכן דעת הרי"ף ועיין תומים שכתב דאין הכרעתו מכרעת דמה שהביא ראיה מדברי תוס' ומרדכי אין כאן עזר וסמך דלדידהו פלוגתא דר"מ ורבנן אף היכי דאילו הואי הוי הדר הילכך היכי דעביד מעשה חייב אבל להרי"ף דבדיינא אפילו לר"מ פטור באילו הואי הוי הדר אלמא אף דלר"מ שוה דין גרמי לעביד מעשה מ"מ פטור א"כ ה"ה בעביד מעשה עכ"ד [והנה לכאורה דבריו תמוהין שהרי התוס' פרק אד"מ כתבו זה למאי דס"ד דאפילו לר"מ פטור רק לבסוף מסקי דהך סוגיא רבנן הוא ע"ש וצריך לומר דכוונתו דאפילו לפי מה דס"ד היינו דלר"מ אף בעלמא פטור דאפילו גרמי לא הוי א"כ בעביד מעשה פשיעא דחייב אבל להרי"ף דבעלמא חייב דמיקרי גרמי רק דיין פטור א"כ לר"מ דשוה גרמי לעביד מעשה כמו שיפה כח הדיין בגרמי כמו כן בעביד מעשה ולפי זה לפי מה שאבאר לקמן אות ה' ו' בס"ד דגם להרי"ף היכי דאילו הואי הוי הדר לא מיקרי גרמי כלל אפילו אי לאו דיינא הוא כלל א"כ פשיטא שאין מקום לדברי התומים בזה] ואין דבריו נכונים כלל דפשיטא דדעת הרי"ף דבנו"ב בדבר משנה חייב דהא בשיקול הדעת כתב הרי"ף דבנו"ב חייב ולפי זה צריך לומר דהרי"ף מחלק בין דבר משנה לשיקול הדעת דבהא אין כאן כוונה להזיק טפי משק"ה א"כ מאי מקשה על הגאון טועה בדבר משנה נמי וכי משום שטעה בדבר משנה יהא נשכר שאני דבר משנה משק"ה שאין כאן כוונה להזיק גם אם נאמר דטעמו כדעת בעה"מ והרשב"א דדבר משנה שאני דהוי לי' לשייולי א"כ מהאי

טעמא נמי פשיטא דלא קשיא על הגאון כלל וברור דלא סבירא ליה להרי"ף לחלק בין דבר משנה לשק"ה כלל א"כ כמו דבשק"ה ונו"ב חייב להרי"ף ה"ה בדבר משנה וזהו כוונת הש"ך להביא ראיה מדברי התוס' שם דהיכי דנו"ב לא הוי אילו הואי הוי הדר דטובא עביד א"כ אם נאמר דאף דטובא עביד פוטר הרי"ף בדבר משנה משא"כ בשק"ה א"כ מאי מקשה על הגאון וזהו כוונת הרמב"ן שכתב וכן נראין דברי רבינו הגדול ז"ל וכן מבואר בלשון הש"ך שכתב וכן נראה באמת דעת הרי"ף שהבאתי לעיל דכל היכי דחייב משום דיני דגרמי אף בדבר משנה חייב והיינו כמו שכתבתי מדקא מקשה על הגאון טועה בדבר משנה נמי וכי משום שטעה בדבר משנה יהא נשכר ש"מ שאין לחלק ביניה' וכל היכי דבשק"ה חייב להרי"ף בנו"ב ה"ה בדבר משנה וזה ברור:

ב

אמנם הרשב"א בחידושיו פרק אלו טריפות כתב להדיא דלהרי"ף אפילו נו"ב פטור בדבר משנה ומכח זה כתב דעובדא דרבא התם בטועה בשק"ה הוי והנה לכאורה דברי הרשב"א תמוהין שכתב וז"ל לפי מה שסדר רבינו אלפסי בענין טועה בדבר משנה ושק"ה שלו צריכין אנו לפרש דרבא טועה בשק"ה היה אבל טועה בדבר משנה אפילו נו"ב פטור והשתא אם כוונת הרשב"א שכך הדעת נותנת בעצמו אם בנו"ב חוזר ממילא פטור ולא הביא ראיה רק דחוזר קשה מאי איריא ברי"ף הא לית מאן דפליג בזה דטועה בדבר משנה חוזר לעולם ואי כוונתו להוכיח מהרי"ף דפטור בנו"ב היכן נזכר זה ברי"ף ואדרבא לפי מה שהוכחתי מוכח להיפך. אבל המדקדק בדברי הרשב"א יראה שלמד כן מסידורו של הרי"ף שכתב פאד"מ וז"ל ושמעינן השתא דהיכי דטעה בדבר משנה לעולם חוזר בין נו"ב בין לא נו"ב דר"ח לא פליג בין נו"ב ללא נו"ב אלא בטועה בשק"ה וכו' וזו אינה צריכה לפנים ולא לפני ולפנים אבל היכי דטעה בשק"ה הא מילתא וודאי צריכה עיונא ודיקדוקא וכו' ואשכחנא בה ה' בבי עכ"ל. והשתא אי נימא דבטעה בדבר משנה וליתא דתיהדר יש חילוק בין נו"ב או לא נו"ב א"כ הנך ה' בבי איתניהו נמי בדבר משנה כמו בשק"ה ולמה קאמר הרי"ף דדבר משנה אין חילוק כלל ואינה צריכה לפנים הא הנך ה' בבי מדין תשלומין מיירי ולענין תשלומין גם בדבר משנה איתניהו בליתא דתיהדר אלא פשיטא דלדעת הרי"ף אפילו נו"ב פטור בדבר משנה ולפי זה דברי הרי"ף לכאורה סותרין זה את זה ולפי שנראה לפע"ד שרוב המחברים לא כיוונו יפה בפי' דברי הרי"ף ז"ל פאד"מ צריך אני להאריך ולברר הדברים על נכון ועל פי זה יתבאר על נכון דין דבר משנה ונו"ב לדעת הרי"ף כמו שאבאר הנה הרי"ף פאד"מ העתיק דעת גאון דבלא נו"ב וליתא דתיהדר חייב לשלם והשיג עליו הרי"ף דע"כ לא דן ר"מ גרמי אלא בעלמא

אבל בדיין לא דאל"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ועוד אי משום דינא דגרמי קא מחייבת ליה טועה בדבר משנה נמי וכי בשביל שטעה בדבר משנה יהא נשכר וכו' ע"ש. והנה רוב המחברים ובראשם הרמב"ן ואחריו הש"ך ס"ק א' אות א' ובתומים ס"ק ג' הבינו דעת הרי"ף דהטעם דפטור בדבר משנה הוא משום דלא דיינין דיני דגרמי בדיינא וזה שהשיג על הגאון דלפי דבריו דגם בדיינא איכא גרמי טועה בדבר משנה נמי אלא וודאי משום דלא דיינין דיני גרמי בדיינא הילכך בין בשק"ה ולא נו"ב בין בדבר משנה וליתא דתיהדר פטור אפילו לר"מ אבל היכי דליתא דיינא כגון בעלמא אפילו באילו הואי הוי הדר איכא גרמי ומחייב לר"מ [אבל באינו מומחה ולא קבליה פטור מטעמא אמרינא כיון דלאו דיינא הוא לא הוי למיסמך עליה בדין תורה ואינו חייב אלא בכפיה כמו שביארנו לעיל ס"ק א' אות ו' ונ"מ בעלמא כגון מראה דינר לשולחני דאז חייב לר"מ] זהו מה שהבינו הם לשיטת הרי"ף ז"ל:

על חו"מ סימן כו

אבל לפע"ד נראה ברור שאי אפשר לומר כן לדעת הרי"ף מכמה טעמים כמו שיתבאר. מדא דאי ס"ד דמה שהקשה הרי"ף מטועה בדבר משנה הוא להכריח סברתו דבדיינא ליכא גרמי אבל לדידיה אתי שפיר דלכך פטור משום דליכא גרמי בדיינא והא דקאמר ועוד אי בשק"ה טעותא וכו' היינו משום דלא פטרינן לדיין אלא מדינא דגרמי אבל היכי דקם דינא אפילו לרבנן חייב דהוי כעביד מעשה לא נפטר מטעם זה א"כ קשה הא הרי"ף נתן טעם לר"ח משום הפסד ממונו של בעל דין דאי קם דינא יפסיד בעל דין הילכך בנו"ב דחייב הדיין קם דינא א"כ קשה בלא נו"ב למה יחזור הדין הא אם קם דינא יתחייב הדיין לשלם דהוי כעביד מעשה ובשלמא בחייב את הזכאי אתי שפיר דאפילו אי קם דינא אינו אלא גורם כמו שכתבו התוס' והרא"ש כיון דעדיין לא שילם וכ"ש לדעת הטור בשם הרמ"ה דאם לא שילם לכ"ע חוזר אבל בזיכה את החייב כיון דקם דינא יתחייב הדיין לשלם וליכא פסידא לבעל דין ובשלמא למ"ד דבאילו הואי הוי הדר לכ"ע פטור רק פלוגתייהו בקם דינא אתי שפיר דאף בקם דינא אינו רק גרמי אבל לפי מה שהבינו הם דעת הרי"ף דאילו הואי הוי הדר לר"מ חייב ובקם דינא אפילו לרבנן חייב דהוי כמזיק בידים ולא נפטר מטעם אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם א"כ קשה כנ"ל ועוד קשה כיון דסבירא ליה להרי"ף דהא דמקשה לר"ש מפרה של בית מנחם היינו מכח דלא דיינין גרמי בדיינא א"כ קשה הא ר"ש בלא נו"ב מוקי לה וא"כ חייב את הזכאי נהי דקם דינא מ"מ אינו אלא גורם כיון דעדיין לא שילם כמו שכתבו התוס' והרא"ש להדיא

דאפילו אם נאמר בקם דינא אפילו לרבנן חייב מ"מ בחייב את הזכאי אף דקם דינא אינו אלא גורם וכ"ש לפי מה שכתב הטור בשם הרמ"ה דבהא הדר דינא לכ"ע וכן הכריע הש"ך לקמן א"כ האיך קתני במתניתין דבכורות וישלם מביתו נהי דמה שעשה עשוי אפילו לא נו"ב מ"מ גורם הוא כנ"ל ובדיינא לא דאין ר"מ גרמי לשיטת הרי"ף ואמת דיש לומר דגם ר"ש בנו"ב מוקים לה והא דמחלק בין דבר משנה לשק"ה היינו משום דאי אפשר לאוקמא מתניתן דידן בשק"ה בלא נו"ב דסבירא ליה בלא נו"ב ג"כ מה שעשה עשוי עכ"פ והא דלא פריך עליה דר"ש זיכה את החייב היכי משכחת לה דלדידיה כיון דקם דינא בזיכה את החייב חייב לשלם דלא מיקרי גרמי כלל ומתניתין דסנהדרין בטועה בד"מ רק לר"מ דמחלק בין נו"ב ללא נו"ב לחזרת הדין ומוקי מתניתין דסנהדרין בלא נו"ב פריך שפיר וזה נכון לכאורה. אבל מה אעשה דבהדיא כתב הרמב"ן גופא פאד"מ והא דאותבי' ר"ה לר"ש פרה אפשר הוי ליה ליפרוקי בנו"ב אלא דלאו אורחיה דר"ט בהכי ועוד דר"ש כולה בשלא נו"ב מוקי לה הרי להדיא דסובר דר"ש בלא נו"ב מוקי לה וא"כ קשה כנ"ל:

ד

ועוד קשה לי טובא לפי דבריהם ז"ל האיך אפשר לומר דהא דפריך עליה דר"ש מפרה של בית מנחם היינו משום דלא דיינין דיני דגרמי בדיינא דבשלמא בדיני ממונות ניחא שאין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם אבל באו"ה דאמרינן בהוריות כי רבים חללים הפילה וכו' זה תלמיד שלא הגיע להוראה ומורה והגיע להוראה גמיר וסביר הוא כמו שכתב בעל המאור ז"ל והכי איתא התם להדיא א"כ באינו מומחה פשיטא שיש לחייבו דהלואי שלא יעשה מורה הוראה וגרע טפי מדיני דגרמי בעלמא שלא יהא הדיוט מורה הוראות בישראל ומאיזה צד אתה בא לפטרו טפי מדיני דגרמי דעלמא והוא תמוה לפע"ד ועוד קשה האיך פריך לר"ש משום דאילו הואי הוי הדר ולא דיינין גרמי בדיינא הא לס"ד דבעי לאוקמא פרק עד כמה כר"מ ע"כ דסבירא להו דאף בדיינא איכא גרמי שהרי עדיין לא אוקמה בנו"ב וקשה טיהר את הטמא מאי איכא למימר א"כ האיך אפשר דשם באותה סוגיא גופא מעיקרא קס"ד דלר"מ ניחא ומיד אמ"כ מקשה ותיפוק ליה דהוי טועה בדבר משנה דילמא כר"מ אתיא ונהי דהתם יש לומר דפריך לפי מה דאוקמה ר"א א"ר בנו"ב כרבנן אבל כאן דמקשה לר"ש ולשיטת הרי"ף הך סוגיא ר"מ היא שלא כדברי התוס' והרא"ש דאל"כ לא הוי מקשה מידי על הגאון א"כ קשה מאי קושיא דילמא לר"מ אף בדיינא איכא גרמי כדקס"ד סוגיא דבכורות הנ"ל אליבא דר"מ:

ה

לכן נראה לפע"ד ברור דעת הרי"ף ז"ל דהיכי דאילו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור אפילו בעלמא דהא אפילו גרמי לא הוי ופלוגתייהו היכי דקם דינא דבדיבוריה קא עביד מעשה דלרבנן פטור דלא דייני גרמי ולר"מ חייב רק ה"מ בעלמא אבל בדייני אפילו בקם דינא פטור דלא דיינין בדיינא גרמי אפילו היכי דבדיבור קא עביד מעשה רק היכי דנו"ב דאז עביד מעשה ממש הוא ולא גורם הילכך אפילו דיין חייב ומה שהקשה על הגאון וכי משום שטעה בדבר משנה יהא נשכר אין הכוונה להכריח מכח זה סברתו דבדיינא ליכא גרמי דהא ליתא דהתם באיסור והיתר ואינו מומחה לא שייך האי סברא כלל רק הרי"ף תרתי קא מקשה עליה דגאון חדא דהוא כתב בשק"ה בדיני ממונות בלא נו"ב וליתא דתיהדר חייב משום דאנן קיימא לן כר"מ ע"ז קאמר דר"מ דוקא בעלמ' דן גרמי ולא בדיינא ועוד איס"ד דהא חשיב לגורם אף דאילו הואי הוי הדר שהרי הגאון כתב אם אין הדבר מצוי שיחזור ש"מ דאי איתא דתיהדר חוזר ואפ"ה כתב דאי ליתא דתיהדר חייב ועל זה מקשה אם אתה קורא זה גרמי אפילו טעה בדבר משנה נמי מה בכך דחוזר אי ליתא דתיהדר יתחייב וע"כ דזה אפילו גורם לא הוי א"כ קשה על הגאון בתרתי חדא דהוא מיירי בדיני ממונות ואז אפילו אי הוי גורם פטור אפילו לר"מ ועוד דע"כ דזה אפילו גורם לא הוי דאילו הואי הוי הדר הילכך באיסור והיתר אף דבזה גורם חייב לר"מ באילו הואי הוי הדר פטור. ולפי זה מיושב מה שיש לתמוה לר"ח דמוקי לה בנו"ב אבל בלא נו"ב הדר דינא אפילו בשק"ה א"כ תקשי ליה הך עובדא דר"ט דקאמר ליה מומחה לרבים אתה הא בלא"ה אפילו בשק"ה חוזר ואילו הואי הוי הדר וליכא לישנויי חדא ועוד קאמר ולפי הנ"ל ניחא ולק"מ דע"כ לא קאמר ר"ח בלא נו"ב הדר דינא משום פסידא דבעל דין דאי קם דינא יפטר הדיין דאפילו בקם דינא אינו אלא גרמי ובדיינא ליכא גרמי אבל באו"ה אי לאו דמומחה לרבים היה פשיטא דבשק"ה היה חייב לשלם דאי איתא דתיהדר אינו חוזר דליכא פסידא לבעל דין דבאינו מומחה באו"ה לא פטרינן ליה לר"ח משום אין לך אדם שאינו מומחה וכו' דהלואי שלא יעשה דיין לעולם וקושיא הנ"ל קשה גם לפי' הרמב"ן וסייעתו דהרי"ף נותן טעם באילו הואי הוי הדר משום דלא דיינין גרמי בדיינא ואפילו באו"ה כהך דר"ט א"כ לר"ח תקשי למה לי מומחה לרבים הא אפילו בשק"ה פטור לר"ת דבלא נו"ב חוזר וליכא למימר דר"ח בנו"ב מוקים לה כמו שכתב הרמב"ן בעצמו דלאו אורחיה בהכי ודו"ק היטב כי זה ברור:

ו) איברא דעדיין יש לתמוה בהא דפרק עד כמה פריך לימא תנן סתמא כר"מ ומשני בנו"ב אח"כ מיד פריך אהך מעשה דפרה של בית מנחם ותיפוק ליה דטעה בדבר משנה וחוזר ומשני חדא ועוד קאמר ליה וקשה במה נפשך אי התם בנו"ב מיירי מאי קושיא

ותיפוק ליה הא נו"ב אפילו בדבר משנה חייב אי לאו דמומחה לרבים הוא וע"כ דס"ד דלא נו"ב דלאו אורחי' דר"ט בהכי אם כן מאי משני חדא ועוד קאמר דמ"מ כיון דלא נו"ב נהי דלר"מ חייב אף דאינו אלא גורם כמו שבארנו דבאו"ה לא שייך טעמא דאין לך אדם שאינו מומחה וכו' אבל מ"מ כיון דבאלו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור ופלוגתייהו היכי דקם דינא א"כ אינו אלא גורם בלא נו"ב ולמה יתחייב לרבנן ובע"כ צריך לומר דהך ר"מ הוא א"כ מהך משנה מוכח כר"מ ומאי הועיל ר"א א"ר בתירוץ שלו במאי דאוקמה למתניתין דדן את הדין כרבנן ובנו"ב דמ"מ מהך דהביא עלה מעשה דפרה של בית מנחם מוכח כר"ח והא וודאי ליכא למימר דהך באמת ר"מ הוא אבל אהך משנה הקודמת דהוא סתם משנה לא משמע ליה דלא כרבנן הא וודאי ליתא דקשה חדא דהא הך משנה הביא התנא להורות דמומחה לרבים פטור ואי ס"ד דהך ר"מ ובלא נו"ב א"כ מנא ליה להוכיח דבנו"ב דאפילו לרבנן חייב דמומחה פטור מהך עובדא דלא מחייב אלא לר"ח דוקא כיון דלא נו"ב גם בהגוזל בתרא בההוא דאחוי אכרי' דחיטא סבור לחייובי ממתניתין דדן את הדין וקא דחי בנו"ב הוי ליה לחייובי מהך משנה מיד בתר הכי וע"כ צריך לומר חדא מהני תרתי או דלרבנן אפילו בקם דינא פטור והך עובדא דר"ט בנו"ב ומ"מ פריך ותיפוק ליה א"כ מבואר דנו"ב בדבר משנה פטור או דלרבנן היכי דקם דינא חייב דהוי כעביד מעשה א"כ שפיר אתיא כרבנן וכבר בארנו לעיל דלהרי"ף בדבר משנה ונו"ב חייב וגם היכי דקם דינא אינו אלא גורם אם כן קשה כנ"ל וכמו כן קשה לשיטת הש"ך דסבירא ליה בנו"ב בדבר משנה חייב ופוסק ג"כ כדעת הפוסקים דפלוגתא דר"מ ורבנן בקם דינא אבל בהדר דינא אפילו לר"מ פטור א"כ הוא מזכה שטרא לבי תרי לפי הנ"ל והוא תמוה מאוד לפענ"ד: לכן נראה ברור דוודאי דעת הרי"ף כמו שכתבתי דלר' מאיר באילו הואי הוי הדר פטור והיכי דקם דינא. פליגי אבל בדיין אפי' בקם דינא אינו רק גורם ולא דן ר"מ גרמי בדיינא רק בנשא ונתן ביד דהאי לאו גרמי הוא כלל אמנם היינו דוקא בדיני ממונות אבל באו"ה דאי קם דינא מיד בדיבורו נגמר ההיזק ונשתנה הענין מכמות שהיה שהרי עשה מכשרה טריפה ומאי נפקא מינה או הזיק בידים או שחסרה בדיבורו ומשעה דמסיק עלה שמא דטריפות חסרה הילכך בהא וודאי אפילו לרבנן חייב אבל בדיני ממונות אפילו בקם דינא אינו אלא גורם דבחייב את הזכאי פשיטא דאינו אלא גורם כמו שכתבו התוס' והרא"ש כיון דעדיין לא שילם ואף בזיכה את החייב נהי דמיד נגמר ההיזק מ"מ לא נשתנה הדבר רק הוחזק הממון ברשות שהיה וגרם לזה שלא יוכל להשתלם ממנו אבל לא עשה היזק בגוף ממון חבירו משא"כ באו"ה שעשה היזק בדיבורו בממון חבירו ובאותו דיבור נגמר ההיזק מיד הא וודאי כעביד מעשה ואפילו

לרבנן חייב והשתא לא קשיא מהך סוגיא דבכורות דהתם באו"ה אפילו לרבנן חייב אפילו לא נו"ב כיון דקם דינא וכמו כן פשיטא דלא קשיא לר"ח מהך משנה דנהי דבלא נו"ב חוזר היינו משום פסידא דבעל דין אבל באו"ה דאי קם דינא מזיק גמור הוא ליכא פסידא לבעל דין וקם דינא וחייב לשלם ושפיר קאמר חדא ועוד קאמר ליה ז

ומעתה כיון שבארנו דלהרי"ף היכי דקם דינא בד"מ גורם מיקרי ובאו"ה הוי מזיק דאנן תרתי בעינן דמיד נגמר ההיזק וגם עושה חסרון בממון חבירו א"כ ה"ה בדבר משנה ונו"ב יש חילוק זה דבאו"ה פשיטא דחייב שהרי עושה מעשה וחסרון בממון חבירו ומיד נגמר ההיזק שהרי האכילוהו לכלבים אבל בדיני ממונות נהי דעשה מעשה מ"מ בדבר משנה עדיין לא נגמר ההיזק הילכך אפילו נו"ב נהי דגורם מיקרי ולא הוי בכלל אילו הואי הוי הדר דהא טובא עביד אבל מ"מ מזיק בידים לא מיקרי כיון שלא נגמר ההיזק הילכך בדבר משנה ונו"ב פטור לר"מ דלא דן דיני דגרמי בדיינא לדעת הרי"ף ולפי זה לק"מ מכל הנ"ל והוא דלעיל שסדר הרי"ף הנך ה' בבי בשק"ה ולא בדבר משנה דמיירי בדיני ממונות מדכתב בנו"ב חוזר בדבר משנה ובאו"ה ליכא חזרה וכן מדכתב בלא נו"ב בשק"ה חוזר ובאו"ה ליכא חזרה אפילו לא נו"ב כמו שבארנו לעיל הילכך בדיני ממונות בדבר משנה ליתנוהו להני חילוקים בין נו"ב ללא נו"ב אבל באו"ה ונו"ב פשיטא דחייב דכי משום שטעה בדבר משנה יהא נשכר שהרי עשה מעשה והיזק בממון חבירו ומיד נגמר ההיזק כן נראה לי ברור ולענין דינא מה שיצא לנו מזה בפלוגתא דר"מ ורבנן יתבאר בס"ק שאחר זה גם בנו"ב בדבר משנה בדיני ממונות אין לנו עסק עתה לבאר כיון דעכ"פ גורם מיקרי תליא במחלוקת אי דיינין גרמי בדיינא או לא ויתבאר לקמן בס"ד.

אך הא יצא לנו לדינא דבדבר משנה ונו"ב באו"ה פשיטא דחייב להרי"ף כדעת הרמב"ן ודלא כהרשב"א פרק אלו טריפות כמו שבארנו באות א' אמנם היינו דוקא במומחה או אינו מומחה וקבליה אבל במומחה וקבליה וודאי פטור כמו שאבאר לקמן בס"ד]. והנה לכאורה היה מקום לומר כמו דבאינו מומחה ולא קיבלו בדיני ממונות פטור להרי"ף כמו שבארנו בס"ק א' אות ו' מטעמא דלא הוי ליה למיסמך עלי' כל שלא כפהו לשלם א"כ ה"ה באינו מומחה וקבלי באו"ה דלא הוי ליה למיסמך עליה כיון שאסור לו להורות אבל באמת זה אינו דהתם שאני כיון שלא קבלו לדון וכפהו לדון לא היה לו לסמוך עליו כיון שלא כפהו על התשלומין אבל בקבלו אפילו באו"ה כיון שבא:

לשאול לפניו לא היה לו להאכילה לכלבים דוודאי יסמוך עליו כיון שבא לפניו להורות כדת מה לעשות וכ"ש לפי מה שכתבתי שם דאפי' באינו מומחה ולא קבלו בנו"ב באו"ה חייב א"כ כ"ש בקבלו הילכך בנו"ב באו"ה לעולם חייב כל שאינו מומחה וקבלו או

מומחה ונקיט רשותא. או לדעת הנ"י דבאו"ה אינו סמוך כסמוך א"כ מומחה לבד פטור אפי' נו"ב ודוק היטב בכל הנ"ל:

ח

נשאר לנו עדיין לברר הא דבפרק עד כמה קאמר לימא תנן סתמא כר"מ וכו' ש"מ דס"ד דאפילו היכי דאילו הואי הוי הדר חייב לר"מ וכאן מיפשט פשיטא ליה דאפילו לר"מ פטור וקושיא זו נזכרה בדברי התוס' והרא"ש ומתוך זה כתבו דהך סוגיא רבנן היא אבל לשיטת הרי"ף דסבירא ליה הך סוגיא ר"מ היא דאל"כ לא הוי מקשה מידי על הגאון דפסק כר"מ א"כ קשה קושיא הנ"ל. ונראה לפע"ד ליישב קושיא זו ומתחילה. ניישב מה שהקשו התוס' מהא דתנן מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו הרי זה יקבר וישלם מביתו דהא אילו לא נשחט היה מותר השתא נמי לאו כלום עביד וכתב הש"ך לקמן כיון דנשחט על פיו הוי כסבר וקבל לשלם אך מה שכתב הש"ך דאף רבנן נמי מודו בהא ולא דמי לשולחני דאילו הוי קמן הוי הדר משא"כ בכור אי אפשר ליהדר ולפע"ד זה אינו דמ"מ כיון דסבר וקבל לשלם א"כ על זה סבר וקבל אף אי אפשר למיהדר דאי איתא מאי משלם ובע"כ דאף דקאמר אני שוחט על פיך לרבנן פטור דמ"מ אינו אלא גורם ומהאי טעמא נמי משני ר"א א"ר בנו"ב ולשיטת הש"ך אמאי לא מוקי לה כהך משנה הקודמת שאמר אני עושה על פיך דאפילו לרבנן חייב אלא וודאי דלרבנן פטור והשתא אתי' שפיר דוודאי היכי דאילו הואי הוי הדר אף לר"מ פטור והא דס"ד בבכורות לאוקמא כר"מ משום דלר"מ מצי לאוקמא שאמר אני עושה על פיך ומיירי כהך משנה הקודמת דעלה קאי כמו שכתב הרמב"ן ובעה"מ ולכך חייב אבל לרבנן דלא דייני גרמי אפילו בכהאי גוונא פטור דהא נמי אינו רק גרמי כמו שולחני דאף דאמר עלך קא סמיכנא פטור דמ"מ לא הזיקו בידים בממונו ועל זה משני דנו"ב ומ"מ לפי האמת דמוקי בנו"ב אפילו לר"מ פטור אפילו שילם על פיו דלא דאין ר"מ גרמי בדיינא רק לס"ד סבירא ליה דלר"מ דיינין גרמי אף בדיינא דאל"כ מתניתין אמאן תרמי כמו שכתב הרמב"ן אבל לפי האמת דמסיק בנו"ב אף לר"ח בהכי מתוקמא לדעת הרי"ף וה"מ בדיני ממונות אבל באו"ה אפילו לא נו"ב רק שאמר אני עושה על פיך חייב לר"מ אפילו בטיהר את הטמא דבאו"ה לא שייך אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם כנ"ל והא דמוקי לה שעירבן חכם ולא מוקי לה שעירבן בע"ה רק על פיו ובשלמא בסוגיא דבכורות דמוקי לרבנן ניחא אבל כאן דמוקי לפי האמת לר"מ הוי מצי לאוקמא שאמר אני עושה על פיך חדא דרבינא אסקו הכי כדי לאוקמא נמי ברבנן ובע"כ צריך לומר כן דהא טיהר את הטמא לא קשיא הכא מידי דמה שעשה עשוי בפירות מרובין כמו שכתבו התוס'

ובע"כ דלא אסקי הכא אלא משום סוגיא דבכורות ועוד כיון דזיכה את החייב וטימא את הטהור לא מתוקמא אלא בנו"ב מוקי נמי טיהר את הטמא בהכי וזה ברור ולק"מ. ואין להקשות מאי פריך לר"ש מפרה של בית מנחם לימא כדאמר ליה אני עושה על פיך דחייב לר"מ כמו מראה דינר לשולחני הא ליתא דר"ט באמת מומחה היה ורב גדול ופשיטא שלא יאמר לו אני עושה על פיך דלא יעלה על דעתו שיטעה ועוד נראה דהיינו דוקא בשק"ה דשכיחי למיטעי שייך לומר דסבר וקבל לשלם משא"כ בדבר משנה לא עלה על דעתו שיקבל עליו הפסד ותשלומין לכך אפילו אמר ליה אני עושה על פיך פטור אי טעה בדבר משנה כן נראה לי:

ט

והנה בדעת הרמב"ם כתב הסמ"ע דאפילו נו"ב פטור אפילו באו"ה וכתב שכן הבין הטור מדכתב וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק ש"מ דהרמב"ם לא מחלק והש"ך כתב דכוונת הטור דהרמ"ה חילק וביאר בהדיא וזה דוחק ומה שכתב דלאיזה צורך הוסיף בדברי הרמב"ם והאכילוהו על פיו נראה דכוונת הטור להשמיענו דלא נאמר כיון שהאכילוהו על פיו הוי כסבר וקבל לשלם כמו שולחני קמש"ל דבטועה בדבר משנה לא אמרינן כן כמש"כ למעלה אבל נראה דכוונת הטור מדכתב הרמב"ם כל דיין משמע אפילו מומחה וקבלי' או מומח' וסמוך ומ"מ סיים אף על פי שגרם להזיק לא נתכוין להזיק ש"מ דכל דיינים בדבר משנה דין אחד להם דהיכי דגרם להזיק פטור אבל אי עשה מעשה בידים חייב אפילו מומחה וקבליה וזאת היא דעת הנ"י שכתב וז"ל וכל זה שאמרנו בלא נו"ב אבל נו"ב אפילו ג' סמוכין חייב דמזיק הוא כך מצאתי כתוב וכן פי' הרמב"ן ז"ל ועל זה כתב הטור וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק וביאר בחלוקה דאפילו נו"ב מומחה וקבליה פטור כמו בשק"ה. ומ"מ נראה ברור שאף דברי הנ"י לא נאמרו אלא בסמוכין אבל בנטילת רשות מר"ג מודה דפטור דהא ר"ט נמי פוטרו ר"ע וכתב הרמב"ן דאפשר הוי ליה לפרוקי נו"ב וא"כ קשה הא סבירא ליה לרמב"ן דנו"ב אפילו מומחה חייב כמו שכתב הנ"י בשמו והאיך פטרו ר"ע לר"ט אלא וודאי דבנקיט רשותא מודה דפטור ור"ט נקיט רשותא הוי והש"ך ס"ק כ"ט הקשה על הנ"י בדרך ק"ו מנקיט רשותא ותמה מהר"י דדעת נ"י דאפילו נקיט רשותא חייב ולפי הנ"ל הא ליתא דנקיט רשותא וודאי פטור כמבואר להדיא ברמב"ן עצמו כנ"ל ולענין דינא באינו מומחה וקבלי' ומומחה ולא קבלי' ונו"ב באו"ה פשיטא דחייב לשלם כמו שבארנו למעלה אבל מומחה וקבלי' פטור אפילו לדעת הרא"ש שהביא הטור דלא כמו שהבין הב"ח דהרא"ש אפילו בקבלי' מחייב רק בנקיט רשותא פוטר ור"ט נקיט רשותא הוי לכך פטרו ר"ע והא ליתא

דהא הרא"ש בעצמו הקשה על הרי"ף דסבירא ליה ביש גדול חייב לשלם אפילו מומחה לר"נ דהא ר"ע גדול מר"ט ופוטרו לפי שהוא מומחה וקשה הא ר"ט נקיט רשותא הוי לכך פטרו ואפילו להרי"ף פטור כמו שכתב הרמב"ן להדיא וצריך לומר דהרא"ש דייק מדקתני סתם מומחה לרבים ולא פי' בנקיט רשותא ש"מ דבלא"ה פטרו ואי כדעת הב"ח אף להרא"ש לא נפטר ר"ט רק מכח נקיט רשותא ומאי קושיא על הרי"ף וכן מבואר עוד ברא"ש שכתב גבי טועה בשק"ה ואפילו יש גדול ממנו להחזירו וליתא דתיהדר פטור כההוא עובדא דר"ט דר"ע גדול ממנו ופטרו מטעם מומחה וקשה מאי דייק הא שם נקיט רשותא הוי אבל מומחה וקבליה דמיירי ביה הרא"ש וליתא דתיהדר חייב כשיש גדול] ובע"כ דסובר מדנקט סתם מומחה לרבים ש"מ אפילו בלי נקיט רשותא פטור או דסבירא ליה שאין חילוק כלל בין קבלי' לנקיט רשותא ועוד ראי' דהא הך מתניתין דבכורות דקתני ואם היה מומחה לרבים היינו מומחה וקבליה ועלה קתני ומעשה בפרה של בית מנחם וא"א דשם לא נפטר אלא בנקיט רשותא האיך מייתי ראיה למומחה וקבליה אלא ברור שאין חילוק כלל או מדנקט ר"ע סתם מומחה ש"מ דבלי נקיט רשותא פטרו וזה ברור ודלא כהב"ח וכן כתב הש"ך אלא שלא ביאר הראיות הנ"ל:

ו

ומעתה אבא להשיג על דברי התומים בזה על פי מה שבארנו לעיל מה שהקשה לשיטת הרמב"ן דהא הרמב"ן עצמו כתב דהך תירוץ דר"א א"ר והך דר"ח לא מישך שייכי כלל להדדי מר מתרץ מה שעשה עשוי ומר מתרץ וישלם מביתו וא"כ האיך מייתי הרי"ף ראיה מבכורות כר"ת לענין תשלומין לא משלם אלא בנו"ב אבל קם דינא בלא נו"ב עכ"ד ולפעד"נ דלק"מ ולא ידעתי למה תלה קושיתו על הרמב"ן הא בלא"ה יש לתמוה על הרי"ף שהרי הגאון ושאר פוסקים הביאו ראיה משם דלית הלכתא כר"ח דהא לר"מ בלי נו"ב מתוקמא א"כ אפילו אם נאמר דהתם לס"ד קאמר דאל"כ מתניתין אמאן תרמי כמו שכתב הרמב"ן אבל לפי האמת אפילו לר"מ בנו"ב מתוקמא כר"מ אבל מ"מ פשיטא שאין משם ראיה כלל דיש לומר דהכל לרבנן דוקא והא תמוה מאוד לכאורה אבל באמת לק"מ וראיית הרי"ף נכונה וברורה דהא הכא פריך לר"ח זיכה את החייב היכי משכחת לה ומשני פטור אתה כמו שנו"ב ופריך עלה ממתניתין דמוקי ר"ת בלא נו"ב מחזירין לחובה היכי משכחת לה וסלקא בקושיא עד דאתי רבינא ופריך כגון שהיה בידו משכון ונוטלו ובוודאי שלא הוצרך רבינא לשנויי הכי אלא משום קושיא ממתניתין אבל התם בבכורות אי ס"ד דלענין חזרת הדין אין חולק בנו"ב רק כר"ש דמחלק בין דבר משנה לשיקול הדעת והתם לא מוקי בנו"ב רק משום וישלם מביתו א"כ מאי קושיא זיכה

את החייב היכי משכחת לה פטור אתה כמו שנו"ב דמי וממתניתין לא קשיא התם כלל דמיירי בדבר משנה כתי' ר"ש וע"כ דלענין חזרת הדין ג"כ לא ניחא לי' לר"א א"ר לחלק אלא בנו"ב כר"מ דהכא ולכך לא מצי אמר פטור אתה כמו שנו"ב דתקשי מתניתין דסנהדרין כדמקשה הכא לר"ת ושפיר קאמר כגון שהיה לו משכון א"כ מבואר מהך סתמא דמסקנא דהתם דהלכה כר"מ וכן צריך לומר לר"ש דהכא דאיהו מוקי משנה דסנהדרין בדבר משנה והגאון פסק כר"ש והרי"ף מקשה עלי' דע"כ לא דאין ר"מ גרמי רק בניזקין אבל גבי דיינא לא וצריך לו' דאפי' לר"ש לא דאין ר"מ גבי דיינא דאי לר"מ דוקא האיך מקשה על הגאון דפסק כר"ש כמש"כ הרא"ש ובה"מ להדיא לדעת הגאון וא"כ קש' לר"ש דמוקי בלא נו"ב תקשי האיך קתני בחייב את הזכאי ומשלם מביתו דהא בזה אינו אלא גורם כמו שכתבו התוס' והרא"ש להדיא כיון דעדיין לא שילם ור"מ לא דאין גרמי בדיינא וצריך לו' דסבירא ליה להרי"ף דר"ש נמי לענין תשלומין בנו"ב מוקים לה רק לענין חזרה לא מפלג ולכך מוקי מתניתין דסנהדרין בדבר משנה ולכך לא פריך עלי' בגמרא כדמקשה לר"מ ממתניתין דסנהדרין דלדידי' פטור אתה כמו שנו"ב אבל לר"ת דמחלק לענין חזרת הדין ע"כ כגון שהיה לו משכון ולפי זה סוגי' דבכורות אם איתא דלאו אליבא דר"ח קאי דמחלק גם לענין חזרה בין נו"ב הוי מצי נמי למימר פטור אתה כמו שנו"ב אלא וודאי דאליב' דר"ח קיימינן דלענין חזרת הדין מפלגינן בין נו"ב או לא ולכך מוקי לה במשכון כדאוקמא ר"ת הכא וא"כ מוכח דהלכה כר"ת ודו"ק היטב:

יא

ואמת כי עדיין יש מקום לדמות דבר זה לפי מה שכתב הרמב"ן ז"ל וז"ל וכבוד הגאון יהא מונח במקומן שעדיין דברי רבינו הגדול ז"ל יותר נכונים דר"מ לאו לדחוי' מר"מ אמרה דהא קא' פטור אתה כמו שנו"ב ולרבנן לא גרע ממוחל שטרא ע"כ ולפי זה אין ראיה מסוגי' דבכורות דבעי לאוקמא כרבנן לא מצי למימר פטור אתה כמו שנו"ב אפילו לר"ש דלרבנן לא גרע ממוחל שטרא. אבל באמת דברי הרמב"ן ז"ל תמוהין מאוד כמו שאבאר דהא הרי"ף סובר דע"כ לא דן ר"מ גרמי אלא בנזיקין אבל בדיינא לא א"כ קשה למאי דמשני פטור אתה כמו שנו"ב במה נפשך או עדיין אינו אלא גורם לר"מ ג"כ למה יתחייב גבי דיינא ואי מזיק ממש הוא אם כן אפילו לרבנן חייב וקשה מ"ש ממוחל שטרא ובוודאי ליכא למימר שיחלוקו ר"מ ורבנן בהא גופא דלר"מ מזיק ממש הוא ולא גרמי ואפילו דיין חייב ולרבנן אינו אלא גורם דלא מצינו שיחלקו ר"מ ורבנן אלא בגרמי גופא אי חייב או פטור אבל לא בפלוגתא זו מה הוא גורם ומה הוא מזיק גם במוחל שטרא גופא מבואר דלמאן דדאין דיני דגרמי מחייב וקשה אף אי לא דאין מחייב דהא מזיק הוא

והוי ליה למימר דלמאן דלא מיחשב מוחל למזיק גמור פטור ופשיטא דמעולם לא נחלקו ר"מ ורבנן מה הוא גורם ומה מזיק א"כ מבואר בהכרח דלמאי דס"ד דפטור אתה כמו שנו"ב לא דמי למוחל ואפי' לרבנן חייב והטעם דלמ"ד מכירת שטרות דאורייתא א"כ לא מחל רק שיעבוד גוף ושיעבוד נכסים ממילא מופקע ואפילו לדעת הרי"ף כפי מה שהבין הרמב"ן דעתו דמכירת שטרות דרבנן א"כ מהאי טעמא נמי לא דמי למוחל כיון דמכירת קלוש בשלו מחל משא"כ המזיק בשל חבירו ונהי דלפי האמת וודאי פטור אתה לאו כמו שנו"ב אבל למאי דס"ד פשיטא דאפילו לרבנן ס"ד דחייב ואפשר לומר' דגם הרמב"ן ז"ל לא כתב זה רק לדבריו בגאון דקאמר דהך סוגי' דבכורות לדחויי מר"מ קא בעי אבל לר"מ בלא נו"ב מתוקמא אם כן ע"כ צריך לומר דהא דלא קאמר פטור אתה כמו שנו"ב משום דלרבנן לא גרע ממוחל שטרא א"כ שפיר מקשה עלי' דלפי זה ע"כ סוגי' דהכא לר"מ דוקא דלרבנן פטור אתה לאו כתי שנו"ב כדמוכח סוגי' הנ"ל אבל להרי"ף דסבירא ליה דהך סוגי' דבכורות לפי המסקנא גם לר"מ דוקא בנו"ב מתוקמא כסוגי' דהכא שפיר הוי מצי לשנויי פטור אתה כמו שנו"ב אי לאו דקשיא מתניתין דסנהדרין לחובה היכי משכחת לה כדמקשה הכא ולפי זה ראיית הרי"ף נכונה כנ"ל. וכמו כן צריך לומר לדעת התוספות והרא"ש דהא דפריך פרק עד כמה לימא תנן סתמא כר"מ משום חייב את הזכאי פריך אבל זיכה את החייב אפילו לרבנן חייב בלי נו"ב וקשה מ"ש ממוחל שטרא דפטרי רבנן וע"כ דלא דמי למוחל כמו שכתבתי ואין לדחות ראיית הרי"ף כמו שכתבו התוס' והרא"ש באמת משום חייב את הזכאי פריך הרי' דבטימא את הטהור פשיטא דגם להרי"ף צריך לומר דאגב אחרינא מפרש להו כמו שבארנו לעיל דבאו"ה מודה הרי"ף דאפילו לר"ת בלא נו"ב קם דינא וישלם מביתו א"כ ה"ה זיכה את החייב הא ליתא ויש לתמוה על התוספות והרא"ש בשלמא בטימא את הטהור יש לומר דמפרש להו אגב אחרינא אבל זיכה את החייב דפריך עלה בשלמא חייב את הזכאי משכחת לה כשנו"ב אלא זיכה את החייב היכי משכחת לה דאמר פטור אתה והא פטור אתה לאו כמו שנו"ב וקשה מאי קושיא הא באמת כמו שנו"ב וחייב אפילו לרבנן והאיך נאמר דאגב אחרינא מקשה מאי דלא קשיא מידי וזה תימא גדולה לשיטת הרא"ש ומזה דייק הרי"ף דהלכה כר"מ ואפילו לענין חזרת הדין יש חילוק בין נו"ב ללא נו"ב ולכך פריך שפיר והא לא נו"ב א"כ יחזור הדין דאי נימא דבהא קם דינא קשיא מתניתין דקתני מחזירין לחובה היכי משכחת לה וזה ברור:

יב

אמנם דברי הרמב"ן בתירוץ ראשון בלא"ה אינם מובנים דמה זה שתירץ הך דרבי אילעי ור"ח לא מישך שייכי להדדי דמר מתרץ מה שעשה עשוי ומר מתרץ וישלם מביתו דמ"מ קשה נהי דלפי זה לא מוכח מהתם דבלא נו"ב קם דינא דלאו בהא איירי התם אבל מ"מ הא מוכח דאף בלא נו"ב משלם מביתו ואף בדיינא איכא גרמי וזה סתירה לדעת הרי"ף דסובר דלא דן ר"מ גרמי רק בניזקין ולא בדיינא ובע"כ צריך לומר דהתם לס"ד אמרינן כן דאל"כ מתניתין אמאן תרמי אבל לפי האמת אף לר"מ בלא נו"ב פטור והיינו כתירוץ שני של הרמב"ן אם כן מה צורך לתירוץ ראשון של הרמב"ן הא בלא"ה לק"מ דהתם לס"ד אמרינן כן כמו שבאמת תירץ הרמב"ן כן. ואין ליישב שיטת הרמב"ן בתירוץ ראשון דמכל מקום כיון דבהך דבכורות לא איירי מהך קושיא דמה שעשה עשוי רק לפרוקי וישלם מביתו א"כ נהי דמוכח דלר"מ בלא נו"ב חייב היינו התם דס"ד דמה שעשה עשוי גם כן וכיון דקם דינא דין הוא שישלם אבל כאן דמקשה על זה גופא למה מה שעשה עשוי דבסנהדרין מוכח דחוזר הוצרך לשנויי בנו"ב מכח החזרה. אבל באמת הא ליתא דמה בכך מ"מ פשיטא דאפילו אי קם דינא אינו אלא גורם דהא קאמר לימא תנן סתמא כר"מ א"כ מבואר דלר"מ משלם דיין דינא דגרמי והכא כתב הרי"ף דר"מ לית ליה גרמי בדיינא וע"כ דלס"ד דוקא התם אמרינן דלר"מ משלם בלא נו"ב אבל למסקנא לא והיינו כתירוץ שני של הרמב"ן ומה צורך לתירוץ ראשון. ועוד דהא בחייב את הזכאי פשיטא דאינו אלא גורם לכ"ע ומ"מ לר"מ אתיא ליה שפיר ש"מ דאף בדיין דאין גרמי ועוד דהא להרי"ף בלא נו"ב חוזר משום פסידא דבעל דין מבואר דאפילו אי קם דינא יפטר הדיין והתם בס"ד דבכורות מבואר דלר"ח חייב באופן שדברי הרמב"ן הללו בתירוץ ראשון לא נתבררו לי לפענ"ד. גם מה שכתב וז"ל ולפי זה יקשה לכאורה וכו' עד לכך פריך לר"ש דסבירא ליה הדר דינא וכו' והא ליתא דא"א שסובר דאפילו בלא נו"ב אי קם דינא לר"מ חייב דהא פירש טעמא משום הפסד ממונו של בעל דין ואי קם דינא אין כאן הפסד ומאי פסידא דבעל דין איכא והעיקר כמו שביארנו לעיל אות ז' לחלק בין דיני ממונות לאו"ה דבאו"ה וודאי הוי מזיק גמור אי קם דינא דמשעה דמסיק עלה שמא דטרפות חסרה ועוד דבאו"ה לא שייך לפטרו מטעם אין לך אדם שאינו מומחה כנ"ל. גם מה שכתב וז"ל והא דטרח הרמב"ן ליישב וכו' עד הצריך הרמב"ן להאריך ולייישב עכ"ל. אין צורך לזה דהא הרי"ף הביא ראיה מהך סוגיא דבכורות כר"ח מדמשני התם בנו"ב כר"ת דהכא וקשה הא בס"ד דבעי לאוקמא כר"מ וקשה לר"מ מי ניחא הא ליכא ליפרוקי רומיא דהך מתניתין אלא כדפריך ר"ח לזה הוצרך הרמב"ן לומר דלס"ד הוכרח לומר דלא כר"ח אבל לפי האמת אפילו לר"מ לא מתוקמא רק כרב חסדא דבדיינא ליכא גרמי

גם מה שכתב שזה דוחק גדול דהרי"ף נתן טעם דאין לך שאינו מומחה וכו' א"כ בלא נו"ב אף דקם דינא יפטר מהאי טעמא דבדיינא לא שייך גרמי לק"מ כמו שכתבתי לעיל דבדיני ממונות וודאי הדין כן כדמוכח להדיא ברי"ף שהרי נתן טעם משום הפסד ממונו של בעל דין ש"מ דגם אי קם דינא יפטר הדיין רק באו"ה אי קם דינא הוי מזיק גם לא שייך באו"ה הטעם דבדיינא ליכא גרמי דהלואי שלא יעשה דיין כנ"ל גם מה שהקשה על ראיית הרי"ף מר"ח דלא מוכח אלא דבלא נו"ב הדר דינא אבל לענין תשלומין אי ליתא דתיהדר מי שמעת ליה לק"מ דהא הרי"ף נתן טעם משום פסידא דבעל דין וא"א דלר"מ משלם אפילו בלא נו"ב א"כ כ"ש דאי קם דינא דוודאי משלם א"כ למה יחזור הדין הא ליכא פסידא וגדולה מזו מוכח דאפילו אי קם דינא פטור אפילו לר"מ דאל"כ עדיין ליכא פסידא לבעל דין. גם מה שכתב ולפי זה מוכח כהנ"ל כהרשב"א ולפי מה שכתבתי אה"נ דבדיני ממונות מוכח כהרשב"א אבל באו"ה לא כמו שביארנו לעיל אות א' בראיות ברורות. גם מה שכתב ליישב דברי הרמב"ן דבשק"ה שייך מאניס אניס משא"כ בדבר משנה דהטעות מבורר והוא תמוה דהוא עצמו מפרש הרי"ף דאלו הואי הוי הדר חייב לר"מ רק דיין פטור א"כ הא דפריך לר"ש היינו משום דדיין פטור א"כ מוכח דגם בדבר משנה שייך מאניס אניס אבל באמת העיקר כפי מה שביארנו לעיל דדעת הרי"ף דאלו הואי הוי הדר פטור אפילו לר"מ אפילו בעלמא והיכי דקם דינא בדיין פטור אפילו לר"מ רק ה"מ בדיני ממונות אבל באו"ה אי קם דינא הוי מזיק ממש ולא גורם ואפילו היה גורם היה חייב דלא שייך לפוטרו באו"ה כנ"ל ובדבר משנה בנו"ב בדיני ממונות פטור להרי"ף ובאו"ה חייב ולק"מ מכל הנ"ל כן נראה לפענ"ד ברור:

ד

א ויש חולקין טור בשם הרא"ש. עש"ך שהאריך להשיג על דעה זו ועם כל האריכות שלו לא כתב ליישב קושיא עצומה שהקשו התוס' פרק הגוזל דאי בקם דינא פטרי רבנן בטימא את הטהור למה יתחייב לרבנן במה שנגע אח"כ בשרץ כיון דבלא"ה היו טמאים והוא כבר נפטר ולאו כלום עביד והך סוגי' וודאי ר"ש הוא כמו שכתבו התוספות פרק הגוזל להדיא וראייתם דהא לס"ד בעי לאוקמא כר"מ ובלא נו"ב וקשה לר"ח הא הדר דינא ואיך מה שעשה עשוי וע"כ דאתיא כר"ש דבלא נו"ב קם דינא וא"כ לאו כלום עביד במה שטימאם אח"כ בשרץ ובשלמא אי בקם דינא מחייבי רבנן אתי שפיר דמפרש אגע בהו שרץ אגב אחרינא ובאמת בלא"ה חייב אבל אי בקם דינא פטור פשיטא שאפילו נגע בשרץ אח"כ פטור ותמהני מהש"ך שכפי הנראה היה בהעלם עין בקושיא זו מדברי התוס' הנ"ל ואמת כי לפי מה שכתב הרמב"ן ליישב דברי הרי"ף מהך סוגיא דבכורות

דבס"ד דלא ידע דנו"ב ס"ל באמת כר"ש דבלא נו"ב הדר דינא דאל"כ מתניתין אמאן תרמי אבל למסקנא אפילו לר"מ לא מתוקמא אלא בנו"ב דאל"כ הדר דינא א"כ אתי שפיר דלפי המסקנא אי לאו דאגע בהו שרץ הוי הדר דינא והוא שנטל שרץ וזרק עליהם בידים לכך חייב לשלם ועוד יש לומר לפי מה שכתב הרי"ף טעמא דר"ח משום הפסד ממונו של בעל דין א"כ שפיר יש לומר דסוגיא דהתם כר"ח ובס"ד דסבירא ליה בלא נו"ב משלם מביתו א"כ ממילא קם דינא דליכא פסידא לבעל דין אבל לפי מה דמסיק דאינו חייב אלא בנו"ב א"כ בלא נו"ב הדר דינא משום פסידא דבעל דין א"כ אגע בהו שרץ חייב לשלם

ב

אך לפי זה יהא ראיית הרי"ף מהך דבכורות כראי מוצק דסוגי' דהתם כרב חסדא והש"ך עצמו הסכים לקמן דמהך דבכורות מוכח דאין הלכה כר"ח וכתב שמה שכתב הרמב"ן ליישב הוא דוחק והשתא לפי מה שהכריחו כאן אי אפשר לפרש סוגי' דהתם רק כר"ח מכח קושיא הנ"ל. וביותר יש לתמוה על הרא"ש פאד"מ שכאשר הסכים לשיטת התוס' דהיכי דקם דינא אפילו לרבנן חייב הקשה למה לי לשנויי התם טימא את הטהור בשרץ וזיכה את החייב במשכון הא בלא"ה כיון דקם דינא חייב ותירץ חדא דאגב אחריני מפרש להו אי נמי התם מפרש האמת כר"ח דהכא. ויש לתמוה הא הרא"ש עצמו כתב להדיא שם מקודם וז"ל הילכך נראה כדמפרשי' דאין הלכה כר"ח דהא אוקימתא דר"ח איתא בבכורות אליבא דרבנן ולית הלכתא כוותייהו וכן כתב רבינו האי גאון עכ"ל וא"כ קשה הא לפי דעתו היכי דבדיבור קא עביד מעשה אפילו לרבנן חייב א"כ קשה למה לי לאוקמא במשכון ובנגע בשרץ הא בלא"ה חייב וע"כ משום דליכא לפרוקי רומיא דהנך מתניתא אלא כדפריך ר"ח הכא הילכך מפרש האמת במשכון ובשרץ דבלא"ה הדר דינא וצ"ל דלס"ד בהכרח צריך לומר כתירוץ רש"י אבל למסקנא לא ניחא ליה אלא כר"ת וכמו שכתב הרמב"ן לשיטת הרי"ף וא"כ מוכח כהרי"ף דהלכתא כר"ח דאפילו לענין חזרת הדין ליכא לאפלוגי אלא בנו"ב דאל"כ לא הוי צריך לשנויי במשכון ובשרץ כנ"ל וא"כ האיך הכריע הרא"ש עצמו מכח סוגי' דהתם דלא כר"ח כיון דחזינן דלדחויי' מר"מ אוקמינן לה בנו"ב ולפי הנ"ל הא ליתא דא"כ למה ליה לחדש מחלוקת חדשה בין ר"מ לרבנן לענין חזרת הדין דכמו דסובר ר"מ לענין חזרה כמו כן מצי סברי רבנן ואין צורך למשכון ושרץ דבלא"ה קם דינא וחייב לשלם ודבר זה תמוה מאוד וליכא למימר דע"כ לא חלק הרא"ש על סברת ר"ח היינו משום דאיהו מתרץ אליבא דכ"ע אפילו לר"מ דבלא נו"ב חייב מ"מ חוזר הדין ולזה הביא ראיה מסוגי' דבכורות דלר"מ בלא נו"ב קם דינא

וישלם מביתו אבל לרבנן דפטרי בלא נו"ב מודה הרא"ש דסברת ר"ת אמת דהדר דינא משום פסידא דבעל דין הא ליתא חדא דהא הרא"ש בעצמו השיג על הך סברא דפסידא דבעל דין ועוד הא בטימא את הטהור וזיכה את החייב אי קם דינא אפילו לרבנן חייב לשיטת הרא"ש א"כ אפילו לרבנן ליכא פסידא לבעל דין וקם דינא ודברי הרא"ש צ"ע וכמו כן להיפך לשיטת הש"ך דקם דינא פטור לרבנן א"כ קשה קושיא הנ"ל ומה בכך דאגע בהו שרץ וע"כ כר"ת דבלי נו"ב הדר דינא וא"כ מוכח ג"כ כהנ"ל והאיך כתב הש"ך לקמן דלית הלכתא כר"ח מסוגי' דבכורות הנ"ל:

ג:

וביותר יש לתמוה בדברי התוס' פרק הגוזל דמתחילה כתבו דאלו הואי הוי הדר אפי' לר"מ פטור ובקם דינא לרבנן פטור והקשו על זה דהא סוגי' דבכורות ע"כ דלא כר"ח דהא בס"ד אתיא ליה שפיר לר"מ בלא נו"ב וא"כ כיון דלרבנן בקם דינא פטור למה יתחייב בנגע בשרץ הא לאו כלום עביד דבלא"ה היה טמא ומתוך זה כתבו דלרבנן בקם דינא חייב והקשו על זה למה ליה לשנויי במשכון ושרץ הא בלא"ה חייב ותירצו אגב אחריני מפרש להו אי נמי סוגי' דהתם כר"מ וקשה הא כל קוטב הקושיא היה מקודם בשביל דסוגי' דהתם דלא כר"ח מדס"ד דלר"מ ניחא בלא נו"ב וע"כ כמו שכתב הרמב"ן דמעיקרא דלא ידע בנו"ב לא ס"ל כר"ח ואח"כ דמסיק בגו"ב לענין חזרה נמי בהכי תליא [אבל הא אין לומר דכוונתם דוקא לר"מ דמחייב קם דינא אבל לרבנן דפטרי הדר דינא משום פסידא דבעל דין דהא כיון דחייב בקם דינא לרבנן ליכא פסידא דבעל דין ואי משום דאגב אחריני מפרש זהו תירוץ ראשון ומה צורך לתירוץ שני] אם כן עיקר קושיתם מעיקרא ליתא ושוב אין להכריח עיקר מה שבאו להכריח דלרבנן בקם דינא חייב דשפיר יש לומר דלרבנן בקם דינא פטור והא דמחייב בנגע בשרץ דבלי נגיעותו היה חוזר הדין דמפרש האמת כר"מ כמו שכתבו עכשיו והוא תמוה מאוד: ד

והנה לכאורה היה נ' לפרש כוונת התוספות פרק הגוזל היפוך ממה שהבינו המפרשים ז"ל והוא דבלא"ה יש להבין דלאחר שכתבו אי נמי התם מפרש האמת כר"ח כתבו דהך דמי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו והדבר תמוה דפשיטא דלא קשיא מהתם אלא לפי פי' ראשון שכתבו דלר"מ באילו הואי הוי הדר פטור א"כ התם נמי ליפטר כמו שהקשו התוס' שם להדיא אבל לפי שיטתם עכשיו דלר"מ באילו הואי הוי הדר חייב לא קשיא מהתם מידי והאיך כתבו בכאן דהך דמי שאינו מומחה לאו דוקא אדרבא נהפוך הוא וליכא למימר דהם רוצים בכאן ליישב מה שהוקשה להם בפרק עד כמה מדייק אמתניתין דדן את הדין לימא תנן סתמא כר"מ

ואמאי לא דייק מהך משנה הקודמת וכן בהגוזל בתרא דדחיק לאשכוחי ר"מ דדאין גרמי ואמאי לא מייתי מהך משנה ועל זה כתבו דהך על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו וזה אינו דמה ענין זה להך מחלוקת אדרבא לפי פי' הראשון קשה טפי מהך משנה כמו שהקשו באמת וטפי צריך לומר דלאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו גם לשון התוספות מורה בביאור דבאמת לאו דוקא ולפי הנ"ל באמת דוקא רק דאין להקשות ממשנה זו דיש לומר לאו דוקא וזה אינו במשמע בתוספות כלל לכן נראה דהך אי נמי שכתבו התוספות מוסב אדלעיל דלעולם בקם דינא לרבנן פטור ואי קשיא למה יתחייב לרבנן בנגע בשרץ התם מפרש האחת כר"ח הילכך אי לאו דנגע בשרץ הוי הדר דינא ושפיר הוא הפסיד וחייב לשלם ובס"ד דלא כר"ח כמו שכתב הרמב"ן] ועל זה כתבו והך דמי שאינו מומחה וראה את הבכור לאו דוקא דכיון דבקם דינא פטור א"כ באילו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור וקשה קושיא הנ"ל שהקשו קודם מהך דמי שאינו מומחה ועל זה תרצו דלאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו ועל פי זה יש לתמוה על הש"ך שהשיג על דעת התוס' והרא"ש דלדבריהם צריך לומר דעל פיו לאו דוקא ולפי הנ"ל הא ליתא ואדרבא לפי דעת הש"ך צריך לומר כן שהתוס' בעצמם לא כתבו כן רק לדעה זו כהנ"ל [ובאמת בלא"ה דברי הש"ך תמוהין בזה ויתבאר בסמוך. אך באמת עדיין אין דעת נוחה בזה דמשמע מדברי התוס' שהקשו אח"כ משורף דהך אי נמי אתירוץ שני קאי דאל"כ לא קשיא מידי אם לא שנאמר דהך קושיא משורף קאי לתירוץ ראשון דאגב אחריני מפרש להו ועיקר הפירוש בכוונת התוספות במאמר זה. דעל פיו לאו דוקא יתבאר בסמוך בס"ד ודברי התוספות הנ"ל צע"ג לפענ"ד עכ"פ זכינו לדון דבין לפי התוס' בין לפי' הש"ך מוכח מהך דבכורות דינו של הרי"ף דהלכה כר"ח ויש לתמוה על הפוסקים שהסכימו כולם דלא כהרי"ף אך לפי מה שכתבתי לעיל לדעת הרי"ף דהיכי דאילו הואי הוי הדר לר"מ פטור ובקם דינא פליגי רק ה"מ בזיכה את החייב אבל באו"ה כגון בטימא את הטהור דמיד בדיבורו כגמר ההיזק ועשה מעשה בגופה מכשירה טריפה או מטהר טמא לכ"ע לאו גורם הוא דמה נפקא מינה למזיק בידים או בפיו משא"כ זיכה את החייב שלא עשה מעשה והזיק בממון חבירו ואדרבא הוחזק הממון ברשות שהיה וגורם לזה שלא ישתלם ממנו והא וודאי גורם מיקרי כיון שלא עשה היזק בגוף ממון חבירו ולפי זה לא קשה קושית התוס' מטימא את הטהור דבהא וודאי אפילו לרבנן חייב ואגע בהו שרץ אגב אחריני מפרש להו וכמו כן לא קשיא זיכה את החייב למה ליה לפרושי במשכון דבהא ליכא למימר אגב אחריני מפרש להו כמו שכתבתי לעיל דהאיך מקשה אגב אחריני מה דלא קשיא כלל שהרי אחר שתירץ ר"א א"ר בנו"ב פריך [עלה בשלמא חייב את הזכאי אבל זיכה

את החייב היכי משכחת לה הא לא נו"ב ומאי קושיא הא באמת חייב לשיטת התוס' והרא"ש ויש לתמוה על התוס' והרא"ש שתרצו כן אבל לשיטת הרי"ף ניחא דבזיכה את החייב גורם מיקרי דלא דמי לטימא את הטהור כנ"ל ולכך מוקי לה במשכון והשתא לא קשיא ג"כ הכהנים שפגלו במקדש דהתם נמי דומה לטימא את הטהור דאפילו לרבנן מזיק גמור הוא שהרי על דרך זה הוא ההיזק ואילו היה במציאות היזק בדיבור הכי לא יתחייב לשלם לרבנן וה"ה טימא את הטהור וכהנים שפגלו משא"כ זיכה את החייב גורם הוא כנ"ל וכן נראה עיקר לדינא כשיטת הרי"ף הנ"ל שהבאתי אף דלענין מה שפסק כר"ח צ"ע ויתבאר לקמן בס"ד אבל באותה חלוקה בדיני דגרמי נראה ברור כוותיה דלדידיה נפלו כל קושית התוס' והרא"ש ויתבאר עוד סוף ס"ק זה והרב מהר"י כתב ליישב קושית התוס' דמיירי שנגע בשרץ ואח"כ טימאם בדיבורו והא וודאי ליתא דאטו בשופטני עסקינן שהוא בא לפניו לשאול על הפירות והוא נוטל שרץ ומטמאם ולא ישיב מתחילה על מה שנשאל ופשיטא דמעיקרא אמר טמאים ואח"כ להחזיק דבריו נוטל שרץ ומטמאם נחו שפירש"י שם [וכן משמע בתוס' גיטין גבי מטמא ומדמע ומנסך י"ה שלא יהא ע"ש] גם בעיקר הדין נראה ברור דאפילו בכהאי גוונא אסור לדעה זו דכיון דאפילו לא היה זורק עליהם היה, מטמאם בדיבורו לאו כלום עביד:

ה

והנה הש"ך הרבה להשיב על שיטת התוס' והרא"ש ולא עוד אלא שהביא דברי התוס' פרק אלו טריפות שכתבו וז"ל אע"ג דטעה בדבר משנה חוזר ה"מ בידים האכילה לכלבים והרי זה מבואר אילו הואי הוי הדר אפילו לר"ת פטור דהא רבא דהתם דן דיני גרמי. ובאמת יש לתמוה שיהיה דברי התוס' סותרין זה את זה אבל לפעד"נ דלק"מ ומדברי התוס' דהתם לא מוכח מידי כמו שאבאר והוא לפי מה שכתב הנ"י וז"ל אבל לענין הוראה אם הוא מומחה להוראה פטור מלשלם שהרי הוא חייב להורות מן התורה כדאמרינן במסכת מכות וכו' וכל שחייב להורות פטור מלשלם עכ"ל והש"ך לקמן ס"ק ו' השיג עליו והקשה מהך סוגיא דפרק אלו טריפות דמוכח דאף בהוראה לא נפטר אלא או בנטילת רשות או בקבליה עליה שהרי רבא מומחה לרבים היה ומכח זה כתב דאינו חייב להורות אלא בקבלה כדיני ממונות ע"כ ומעתה דברי התוס' נכונים וקושיותיו של הש"ך מיושבין חדא בחברתה דהא כתב הש"ך ס"ק זה והשיג על הסמ"ע והב"ח דאף דלדברי התוס' והרא"ש דלר"מ באילו הואי הוי הדר חייב מ"מ במומחה או קבלי' ונקיט רשותא פטור דאפילו נו"ב פטור כדמוכח להדיא מכל הפוסקים וכן הכרעתי לעיל ס"ק ג' בראיות ברורות ולפי זה שפיר כתבו התוס' דבלא נו"ב פשיטא דפטור אפילו לר"מ דבאו"ה אינו

סמוך כסמוך כיון שחייב להורות כדברי הנ"י הנ"ל משא"כ אי בידים האכילה לכלבים דפשיטא דחייב דבהא לא הוי כסמוך דמי ציוהו לישא וליתן ביד ואינו מחוייב מן התורה ולענין זה דומה או"ה לדיני ממונות דמומחה בלא קבליה ולא נקיט רשותא חייב ושפיר כתבו התוס' דרבא בידים האכילה לכך חייב ולק"מ וזה ברור [ומה שכתבו התוס' אע"ג דטעה בדבר משנה חוזר הא אפילו אי היה שק"ה היה פטור בלא נו"ב דאינו סמוך כסמוך יתבאר לקמן ס"ק ה' אות ב' בס"ד ע"ש] וכן מבואר לכאורה בדברי התוס' פרק האשה שנפלו כדברי התוס' בב"ק דאמרינן התם בברייתא הרי שהיה נושה באחיו מנה ומת והניח שם שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי אלא מוציאין ממנו וילקח ממנו קרקע והוא אוכל פירות והקשו התוס' דלמחול לנפשיה דאפילו יורש מוחל ותרצו דאתיא כר"מ דדאין דיני דגרמי והא התם פשיטא דאית לה נכסי אחרינא מיירי כדמוכח התם והשתא אם איתא דסבירא להו לתוס' דלר"מ היכי דאילו הואי הוי הדר פטור דלאו כלום עביד א"כ קשה הא התם פשיטא דאין כאן היזק עכשיו כלל רק אח"כ שמא יבוא הפסד לנכסים שישרפו או ישתדפו ואם לא היה מוחל היה לה עדיין לגבות חוב זה ועכשיו הפסידה והרי זה דומה ממש לטועה בדבר משנה והלך זה למדינות הים וה"ה התם ודו"ק וע"ש והרי זה מבואר דאילו הואי הוי הדר חייב לר"מ כדברי התוס' פרק הגוזל ואף שיש לדחוק ולחלק מ"מ נראה עיקר כמו שכתבתי ודו"ק:

ו

גם מה שכתב הש"ך וז"ל ועוד דלדברי התוס' והרא"ש צריך לומר הא דקתני במתניתין ונשחט על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו וכל זה הוא דוחק גדול כמו שכתבו התוס' ומרדכי להדיא עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהא קושיא זו הקשו התוס' פרק הגוזל למ"ד דלר"מ אפילו באילו הואי הוי הדר פטור ומכח זה הכריחו דחייב לר"מ והאיך יאמר הרב הש"ך דלדבריהם צריך לומר על פיו לאו דוקא אדרבא לשיטתו צריך לומר כן ואם כוונת הש"ך מכח קושית התוס' פרק הגוזל דאמאי לא פריך עלה לימא תנן סתמא דלא כר"מ א"כ מה שתירץ הש"ך לשיטתו פשיטא שגם לשיטת התוס' ומרדכי יש לומר כן ועוד דהאיך אפשר לומר על קושיא זו על פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו מ"מ סוף סוף כמו דפריך על הך משנה אח"כ דדן את הדין ומשני בנו"ב ליפרך אהך משנה הקודמת ולישני באמת הכי דהא פשיטא דיותר נוח לאוקמא מתניתין דדן את הדין בנו"ב משנאמר על פיו לאו דוקא אלא בעצמו שחטו וכיון דלא ס"ד דדן את הדין בנו"ב פשיטא דלא ס"ד לאוקמא רישא דבעצמו שחטו ובאמת לא על הש"ך לבד תלונה זו כי גם בדברי התוס' פרק הגוזל כמו שכתבתי למעלה אות ד'. ובאמת בדברי התוס' נראה לפע"ד לפרש

דוודאי יש להבין מה שתרצו דעל פיו לאו דוקא אלא הוא עצמו שחטו והיינו נו"ב דמה צורך לזה הלא הם כתבו מקודם לחלק בין שולחני לדיין דשולחני כיון שהראה לזה שוב לא היה לו להראותו לאחר משא"כ פרה לא היה לו למהר להאכילה לכלבים וצ"ל דכוונתם דשם עיקר השאלה שבא לשאול לשולחני היינו על זה הענין שיקח המטבע א"כ פשיטא שיסמוך עליו ויקח אותו אבל פרה עיקר השאלה אי טריפה או כשירה ועל זה פסק הדיין רק הוא היה רוצה להוסיף להאכילה לכלבים שלא יוכל לחזור ג"כ א"כ לא היה לו לסמוך עליו והיה לו לשאול לאחרים ולפי זה קשה למה להו לתוס' כל הטורח הזה הא התם קתני ונשחט על פיו ומשמע שאמר לו שישחטנו והוא שחטו על פיו א"כ דוחה ממש להך דשולחני. לכן נראה לפע"ד דודאי לעיל אין הקושיא לר"מ יפטר דפשיטא דכיון דקתני על פיו דומה ממש להך דשולחני כמו שכתבתי אלא דכך כוונת התוס' דפשיטא דכיון דלרבנן אפילו בקם דינא פטור א"כ אין לחייבו בהך דבכור על פיו כמו גבי שולחני דליכא למימר דבכור שאני דמיד ששחטו שוב אין לו תקנה וכיון ששחטו על פיו והוא ציוה לו שישחטנו חייב כאילו הוא שחטו הא ליתא דמ"מ לא עדיף מטימא את הטהור דמיד בדיבורו נגמר ההיזק והיה לו להזהר דמיד שיאמר טמא יפסיד לזה ומ"מ פטור לרבנן א"כ שם פשיטא דפטור דאינו אלא וודאי שישחטו ובשלמא אי בדיבורו היה מחוייב לשחטו ולקברו הי' מקום לחלק דדוקא בטימא את הטהור לא עשה בדיבור מעשה בגופו אבל כאן שעל ידי דיבורו שחטו הוי כעושה מעשה ממש דהיינו השחיטה אבל עכשיו דאילו לא נשחט היה מותר א"כ פשיטא דלא עדיף הך דשוחטו על פיו מטימא את הטהור דעשה מעשה מיד בדיבורו וקם דינא ולפי זה דלרבנן וודאי פטור א"כ תקשי הא דפריך על הך משנה לימא תנן סתמא דלא כרבנן והוי ליה לאקשויי אריש דהך משנה דנהי דעל פיו קתני לרבנן וודאי פטור ועל זה תרצו דלרבנן באמת בקם דינא חייב הילכך התם אף דאילו לא נשחוט היה מותר כיון ששחטו. על פיו שהוא אמר לו שישחטנו א"כ בוודאי יסמוך עליו ואם ישחוט שוב לא יחזור חייב לשלם אפילו לרבנן משא"כ מראה דינר לשולחני דאף אם יקח המטבע לא קם דינא ויוכל לחזור לא חשיב כמו קם דינא לרבנן אף דלקח על פיו כיון דעדיין יוכל לחזור ולפי זה לר"מ באילו הואי הוי' הדר אפילו לאו על פיו חייב ולפי זה לפי האמת דקיימא לן כר"מ דדאין דיני דגרמי וקשה באמת על פיו למה לי ועל זה כתבו התוס' דהך דמי שאינו מומחה ונשחט על פיו לאו דוקא אלא בעצמו שחטו שלא על פי הדיין ואפ"ה חייב דקיימא לן כר"מ דדאין דיני דגרמי אפילו באילו הואי הוי הדר ובזה מדוקדק לשון התוס' ונשחט על פיו לאו דוקא דלא דוקא בזה חייב לשל' אלא אף בלא זה חייב משא"כ

אם נפרש דהדיין שחטו א"כ על פיו אינו חייב כלל והאיך שייך לו' דעל פיו לאו דוקא הא על פיו ליתא כלל ופטור ודו"ק. ולפי זה ממילא אין מקום לדברי הש"ך בזה ולפי שיטתו קשה טפי עד שנצטרך לומר דהדיין שחטו אף גם שלא יתיישב קושית התוס' דמאי לא פריך עלה לימא תנן סתמא כר"מ דליכא למימר דהדיין שחטו דכיון דלא אסיק אדעתיה נו"ב פשיטא דלא ידע מהך דהדיין שחטו ומה שתירץ הש"ך דעל פיו אפילו לרבנן חייב לא נהירא כיון דלפי שיטתו בקם דינא פטרי רבנן האיך יהא הך דעל פיו עדיף מהך דקם דינא ואדרבא זו היא באמת קושית התוס' לפי מה דהוי ס"ד דלרבנן בקם דינא פטור כמו שפרשתי למעלה לכן דברי הש"ך אינן מבוררין כלל בזה:

ז

ומה שכתב באות ד' וז"ל אבל לפע"ד יש דרך אחרת בסוגיא זו אשר בזה יסתלקו כל קושי' התוס' והרא"ש ומרדכי הנ"ל וכבר השיגו הרב מהרח"י דכי בשביל שזה יועצהו לרע יתקיים המקח ובספר נ"מ רוצה ליישב דסבירא כדעת ליה הרב בי"ד סי' רמ"ב דחכם שהתיר אין חכם חבירו יכול לאסור ע"ש שהאריך ובאמת הש"ך בעצמו שם ס"ק נ"ט השיג על הרב ופסק כדברי התוס' שם והיש"ש דמפרשים להתיר מה שאסר דוקא וזהו פי' הירושלמי שם ע"ש וכן מבואר בלשון הש"ך שכתב ונודע שטעה ופסק שלא כדין ש"מ דעל פי אחר נודע] אבל לפע"ד נראה ליישב דברי הש"ך דבפ"ק דסנהדרין פריך למ"ד שנים שדנו אין דיניהם דין מהך משנה דדן את הדין ומשני דקבליה עליה ופריך אמאי ישלם ומשני דאמרי ליה דיינית לן דין תורה וקשה במה נפשך אי נימא דהאי דטעה בשק"ה לאו דין תורה דן א"כ יחזור הדין דהא אינו מומחה בלי קבלה אין דינו דין כלל והם לא קיבלוהו אלא לדין תורה ולא לטעות ואי נימא שזה הטעות בשק"ה דין תורה הוא כיון דלא איפסקא הלכתא בהדיא להיפוך א"כ מאי ישלם הא הם קיבלוהו לדין תורה ודין תורה דן ומ"ש דלענין חזרת הדין אמרינן דקם דינא ולענין תשלומין חייב לשלם וצריך לומר דוודאי אינו מומחה עלול לטעות בטעות בשק"ה א"כ כיון שהם באו לפניו וקיבלוהו שיסלק הסיכסוך מביניהם אם איתא דלא קיבלוהו אלא לדין ולא לטעות שיחזור הדין אפילו בשק"ה א"כ ביאתם לפניו לא מעלה ולא מוריד והרי הוא כמו שלא דנו כלל דעדיין הם מסופקים אי כדין תורה דן והם צריכין לבוא לפני מומחה לשאול וא"כ מה צורך היה להם לדון לפניו כלל וע"כ כיון שבאו לפניו לדון וקבלוהו על זה קבלוהו שיסלק הסיכסוך מביניהם ויסתלקו זה מזה ולא יהא להם זה על זה כלום ככל מה שיאמר הדיין רק מפני היראה שמא יטעה והוא עלול לטעות בשק"ה קיבלוהו לדין תורה אבל בטעות יתחייב לשלם אל מי שהפסיד אבל הם אין להם זה על זה כלום ולפי

זה ה"ה בטיהר את הטמא שהם באו לפניו לשאול אי טהור או טמא א"כ אי ביאת' לפניו היה דוקא לדין ולא לטעות דהיינו שלא יהא המקח קיים אפילו יטעה בשק"ה א"כ כיון דאינו מומחה הוא וכ"ש באו"ה פשיטא שאסור לסמוך עליו בהוראה א"כ עדיין אינן יודעין אם לא שישאלו לפני תורה הוראה מומחה א"כ ביאתם לפני זה לא מעלה ולא מוריד כלל ומה טיבה של קבלה זו וע"כ דהוא היה רוצה ליקח ממנו וסמכו על זה שעל פיו יקח אם יאמר טהור או טמא לא יקח ושוב לאחר מאמרו של זה יסתלקו זה מזה ויהא המקח קיים לענין זה שהמוכר בחזקת טהורים מכרם על פיו של הדיין רק הדיין יתחייב לשלם דלא קיבלוהו רק לדין ולא לטעות כיון דהוא עלול לטעות כנ"ל. וכן מבואר בלשון הש"ך וזה ברור:

ה

אמנם בלא"ה דברי הש"ך תמוהין בזה לפענ"ד חדא לפי מה שכתב בסוף אות ב' לחלק בין שולחני לדיין שהוא סובר להורות איסור שלא יבוא מכשול משא"כ שולחני ולפי זה בטיהר את הטמא דלא שייך האי טעמא פשיטא דבלא"ה לא קשה קושיית התוס' דהוי כמו שולחני ומיירי באמת לר"מ שעל פיו עירב בפירותיו ומה צורך להרב הש"ך לכל החרדה הזאת. גם קשה לי על פירושו דהא וודאי ע"כ צ"ל דמיירי שלקח זה על פיו וכן כתב הש"ך דאל"כ עדיין אילו לא לקחם היה חוזר וע"כ דעל פיו לקח ממנו והוי כמו שולחני א"כ האיך כתב הש"ך דלרבנן בנו"ב לא שייך לאוקמא בהכי דהא פשיטא דגם לרבנן מצי לאוקמא בהכי דהא הש"ך עצמו כתב באות ה' דלרבנן גבי בכור חייב כיון דשחטו על פיו ולא דמי לשולחני דהתם אף שקיבל הדינר היה יכול לחזור אבל בכור מיד ששחטו שוב אין לו תקנה וכיון שעל פיו שחטו הוי כאלו הוא עצמו שחטו א"כ הוי מצי לאוקמא כרבנן נמי באופן הנ"ל דהא כגון שלקח ממנו שוב אין לו תקנה דהא מה שעשה עשוי וכיון דעל פיו לקח חייב לשלם אפילו לרבנן לשיטת הש"ך. אך בעיקר סברא זו כבר בארנו לעיל מדברי התוס' דאי לרבנן בקם דינא פטור פשיטא דלא עדיף על פיו מאי קם דינא ואפילו בהך דבכור פטור לרבנן ולפי זה בלא"ה לא קשה קושית התוס' מהך דטיהר את הטמא דלר"מ שפיר מצי לאוקמא דעל פיו עירב בפירותיו משא"כ לרבנן אפילו על פיו פטור כמו מראה דינר לשולחני צריך לאוקמא בנו"ב דוקא וזה פשוט והרב רח"י הקשה דאי סוגיא א דהכא רבנן הוא ולא ר"ח א"כ טיהר הטמא בנו"ב מוקי לה א"כ מאי קא מותיב ליה ר"ה לר"ש לימא דר"ט נו"ב הוי דומיא דטיהר את הטמא ולמה ליה לישנויי חדא ועוד קאמר ע"כ ואם קושייתו קושיא אשאלהו לפי תירוצו דר"ה ור"ש מוקי ליה לכולה מתניתין בלא נו"ב כר"מ א"כ עדיין יקשה מאי קא מותיב ליה

לימא דר"ט נו"ב הוי ואי משום דומיא דטיהר את הטמא קתני הא ליתא דבשלמא אי מתניתין דינא קתני יש לומר כן אבל שם הביא התנא הך עובדא להורות דמומחה לרבים פטור א"כ מאי איכפת לן אי בנו"ב מיירי ומעשה שהיה כך היה וכי בשביל זה לא יוכיח התנא דמומחה לרבים פטור [וגם בנו"ב אתיא כר"מ דבלא נו"ב אפילו לר"מ פטור שם לשיטת מהרא"י ודו"ק] ואדרבא הך סיפא דקתני מומחה פטור וודאי אפילו נו"ב כמו שהסכימו כל הפוסקים ועלה מביא הך עובדא א"כ פשיטא דיש לומר דבנו"ב מיירי וע"כ כמ"ש הרמב"ן דלאו אורחיה דר"ט בהכי א"כ גם לשיטת התוס' והרא"ש לק"מ ועוד דהא בהך סוגיא דבכורות דפריך עלה לימא תנן סתמא כר"מ משני ר"א א"ר בנו"ב אח"כ פריך ותיפוק ליה טעה בדבר משנה חוזר וא"כ אמאי לא מוקי, לה דומיא דאידך מתניתין בנו"ב ונהי דר"ש דמוקי בלא נו"ב לא ניחא ליה לאוקמא בהכי כמו שכתב הרב הנ"ל אבל שם דמוקי רישא בנו"ב הוי ליה לאוקמא סיפא נמי בהכי ומאי קושיא וע"כ דלאו אורחי' דר"ט בהכי וא"כ ממילא אף אי נימא דגם ר"ש בנו"ב מוקים לה אתי שפיר ולק"מ ותימה על הרב הנ"ל שנעלם ממנו סוגיא דבכורות הנ"ל. ובתומים ס"ק ד' הקשה על מה שכתב הרמב"ן דלאו אורחיה דר"ט בהכי דהא לר"ת דבלא נו"ב הדר דינא עכצ"ל כן ותירץ דלר"ח הכי קאמר חדא דלא נו"ב ועוד אפילו נו"ב מומחה לרבים אתה ע"כ ואין תירוץ זה נכון דא"כ תקשי ליה להרי"ף דפסק כר"ח דהא סתמא בגמרא בבכורות דלא כר"ח דלר"ח הכי הוי ליה למימר חדא דלא נו"ב וכו' אבל באמת כבר כתבתי לעיל ס"ק ג' אות ה' יישוב נכון לזה ועוד יתבאר סוף ס"ק זה. גם מה שכתב בתומים ליישב דברי התוס' ב"ק וחולין דלא סתרי אהדדי ותורף דבריו דהתם וודאי בקבליה מיירי רק לפנים משורת הדין חייביה ר"א ולזה הקשו התוס' הא טועה בדבר משנה אף לפנים משורת הדין פטור דאל"כ תנחומין של הבל ניחם ר"ע לר"ט ועל זה תרצו דנו"ב ודבריו תמוהין דא"כ למה להו לתוס' להכריח קושיתם משום טועה בדבר משנה הא ר"ע תרתי קאמר א"נ מוכח דאפילו בשק"ה מומחה פטור לפנים משורת הדין ואי נימא דר"ט לא נפטר רק מן הדין א"כ בדבר משנה נמי לא מוכח מידי ובאמת לא הוזכר חיוב לפנים משורת הדין גבי דיין ועוד קשה מאי פריך לר"ש מהך דר"ט נהי דאילו הואי הוי הדר פטור היינו מדינא אבל אי לאו מומחה היה לפנים משורת הדין הוי חייב לכך פטרו מטעם מומחה אפי' לפנים משורת הדין ואי נימא דפשיטא ליה דבדבר משנה אפילו לאו מומחה פטור אפילו לפנים משורת הדין מלבד דזה דוחק אבל בלא"ה לפי זה פשיטא דבשק"ה עכ"פ מומחה פטור אפילו לפנים משורת הדין דהא קאמר חדא ועוד קאמר ליה והעיקר בכוונת התוס' כמו שכתבתי לעיל ס"ק זה:

ט

אך מה שהקשו הש"ך ומהר"י הנ"ל דמאי פריך לר"ש מפרה של בית מנחם נימא ר"מ הוא בהא וודאי צל"ע ובתומים כתב ליישב דא"כ תקשי לר"א א"ר דמוקי בנו"ב כרבנן ולא ידענא מאי קאמר דכי בשביל זה מקשה לר"ש כאן גם מה שכתב דדוחק שיחלקו ר"מ ורבנן במציאות לא ידענא מאי קאמר דאנן הכי קאמרינן ר"ט ור"ע כר"מ ורבנן פליגי עלייהו. ומה שנראה ביישוב קושיא זו על נכון הוא על שני פנים חדא דוודאי יש להבין דמעיקרא פריך התם פרק אד"מ ולימא ליה טועה בד"מ חוזר ומשני חדא ועוד קאמר ופריך רנב"י מאי קא מותיב ליה הא ליתא דתיהדר ומשני הכי קאמר אי אמרת בשלמא קם דינא היינו דקא מפחיד ר' טרפון וכו' וקשה מה זה שהוסיף אח"כ מאי קא מפחיד ר"ט דמבואר מזה להדיא דהקושיא הוא על פחד ר"ט ומ"ש דקודם קושית ר"נ בר יצחק לא הזכיר בקושיא מפחד ר"ט כלל והיה הקושיא על ר"ע בעצמו שלא השיב לו טועה בדבר משנה אתה. לכן נראה ברור דוודאי עיקר קושית רנב"י היה כך דוודאי אי איתא לפרה שפיר מקשה דבין לר"מ בין לרבנן חוזר בדבר משנה אמנם עכשיו דליתא דתיהדר מאי קושיא הא לר"מ דדאין גרמי חייב כקושית הש"ך ומהרח"י הנ"ל ועל זה השיב לו דעיקר הקושיא כך דוודאי יש להבין וכי לא ידע ר"ט דמומחה לרבים פטור גם ר"ע לא היה לו להשיב דרך תשוב' גילוי דעת לפטרו היה לו להקשות עליו דרך קושיא דכי לא סבירא לך דמומחה לרבים פטור אמנם ר"ש באמת ס"ד דדוקא מדינא דגרמי מומחה פטור אבל כאן ס"ד דקם דינא א"כ הוי מזיק ממש ואז אפילו מומחה לא נפטר ובאמת זו היתה כוונת התנא להביא ראיה מהך עובדא דאפילו בקם דינא מומחה פטור מתשובת ר"ע] ועל זה השיב לו ר"ע דמומחה פטור לעולם ועל זה פריך הש"ס אי אמרת בשלמא דקם דינא אתי שפיר מה שהפחיד ר"ט דסליק אדעתיה דכל היכי דלא הוי גרמי רק מזיק אפילו מומחה חייב ור"ע נמי לא הקשה עליו דרך תימה וקושיא רק גילה לו הדין דאף בזה מומחה פטור אמנם אם טועה בדבר משנה חוזר תקשי על הפחד מה פחד ר"ט ור"ע היה לו להקשות עליו דכי לא ידע דמומחה פטור כיון דאינו רק גרמי אפילו לר"מ ולזה מעיקרא לא זכר מפחד ר"ט כלל רק אחר קושית רנב"י פי' הקושיא מצד פחד ר"ט דוודאי מומחה פטור מדיני דגרמי ועל זה משני דר"ע חדא ועוד קאמר דבאמת זה שאל לו הא חוזר רק אמר לו שאפילו לפי שיטתו דקם דינא מומחה פטור אפילו בזה ובזה מיושב מה דמשני חדא ועוד קאמר ולמה לא נזכר זה בפי' ולפי הנ"ל ניחא דוודאי עיקר הכוונה שהביא התנא הך עובדא להורות דאפילו אי מה שעשה עשוי מומחה לרבים פטור וזה

מוכח מתשובתו של ר"ע השני' לכך לא הזכיר מה שפטרו מצד טועה בדבר משנה כי זה אין ענין לדינו היכי דקם דינא מומחה פטור: י
אמנם בתוס' והרא"ש עצמן תרצו על קושיא זו דרבנן היא ולא ר"מ והוא תמוה לכאורה מ"מ מנא ליה להקשות לר"ש דילמא מוקי לה כר"מ לכן נראה ליישב בדרך אחר ותסתיים מזה ראיה ברורה לשיטת התוס' והרא"ש כמו שאבאר. והוא דלכאורה קשה האיך הביא התנא הך עובדא דר"ט להורות דמומחה לרבים פטור וקשה מאי זו ראיה שאני התם דאילו הואי הוי הדר כיון דטועה בדבר משנה הוא אבל היכי דקם דינא אף מומחה חייב ומאי ענין הך דדן את הדין דקם דינא לעובדא דר"ט דהדר דינא וצריך לומר דדייק מדקאמר מומחה לרבים אתה וקשה למה ליה האי טעמא תיפוק ליה דהדר דינא וע"כ דאפילו אי קם דינא מומחה פטור ולפי זה מוכח דע"כ דכל המשנה הכל אליבא דרבנן דידע התנא דר"ע כרבנן ס"ל] דאי אליבא דר"מ מאיזו זו ראיה שאני התם דהדר דינא ואין לומר דא"כ למה לי מומחה הא ליתא דאליבא דר"מ בלי מומחה חייב וע"כ דהכל כרבנן ושפיר מוכח כנ"ל ועל זה מקשה בש"ס דאי ס"ד דטועה בדבר משנה חוזר תיקשי באמת למה לי' לר"ע טעמא דמומחה הא בלא"ה פטור ואי נימא דאתיא כר"מ ובלי מומחה אילו הואי הוי הדר חייב שוב לא מוכח דינו של התנא לפטור מומחה אפי' היכי דמה שעשה עשוי ועל זה קאמר חדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה בלי מומחה פטור ועוד אי אפי' בש"ה טעית מומחה אתה ופטור ולפי זה יש ראי' מזה לשיטת התוס' והרא"ש דלשיטת הש"ך דבקם דינא פטור לרבנן קשה למאי דמוקי לה ר"א א"ר בנ"וב האיך מביא עלה מעשה דר"ט שאני התם דלא נו"ב אבל נו"ב מומחה חייב אלא וודאי דבקם דינא חייב לרבנן ושפיר מייתי ראיה מדקאמר מומחה לרבים אתה דאפילו בקם דינא דהוי כמזיק לרבנן מ"מ מומחה פטור א"כ ה"ה בנו"ב דמ"ש ועיין מ"ש לקמן ס"ק ה' אות ב' עוד יישוב נכון לקושיא זו. ולענין דינא נראה לפע"ד ברור דליתא להא וליתא להא דדעת התוס' והרא"ש ליתא דלדבריהם צריך לומר זיכה את החייב אגב אחריני מפרש להו והוא תמוה דהאיך מקשה אגב אחריני מאי דלא קשיא כלל כמו שכתבתי לעיל גם תירוץ השני דהתם כר"ח הוא תמוה כמו שבארנו לעיל אות א' ב' גם דעת הש"ך ליתא דתקשי טימא את הטהור בנגע בשרץ למה יתחייב לרבנן והש"ך לא תירץ על זה כלום וכבר בארנו אות ב' שאי אפשר לקיים שיטה זו אלא אי נימא דהלכ' כר"ח והש"ך עצמו הכריע לקמן דלא כר"ח תו קש' קושיא עצומה לשיטת הש"ך מהא דפרק עד כמה כמ"ש לעיל ס"ק ג' אות ו' באריכות הילכך נר' עיקר לדינא כמו שהעליתי לעיל ס"ק ג' שם דהיכי דחוזר אפילו לר"מ פטור והיכי דקם דינא לרבנן פטור רק ה"מ בזיכה את החייב שלא

עשה הזיק בעצ' הממון של חבירו רק גרס לו שלא ישתלם מזה והוחזק הממון ברשות שהיה קודם אבל באו"ה אי קם דינא הוי כמזיק גמור דבדיבורו חסרה ונעשי' טריפה והוי כמו כהנים שפגלו דחייב לרבנן והשתא לק"מ מכל הנ"ל ובתומי' ס"ק ד' כתב דעת הרי"ף דאילו הואי הי' חוזר חייב לר"מ בעלמא והא ליתא כמו שהוכחתי לעיל ס"ק ג' אות ג' ד' בראיות ברורו' דסבירא לי' כמש"כ מקודם ע"ש היטב וכן עיקר לפע"ד.

ה א ולענין הוראות או"ה עסמ"ע ולכאורה דבריו תמוהין שהרי הקשה הנ"י על זה מהך עובדא דרבא פרק אלו טריפות דחייבי ר"א לשלם אף שהיה מומחה לרבים ותירץ דדרך צחות אמר לו כן ולא מן הדין וקשה הא שם טועה בדבר משנה הוא כמו שכתב התוס' ואפילו מומחה וקבליה או נקיט רשותא חייב לדעת הסמ"ע ואפילו הרשב"א שם שכתב דרבא טועה בשק"ה הוי היינו כמו שכתב שם שדעת רב אלפס דנו"ב בדבר משנה פטור אבל לפי מה שכתב הסמ"ע דבדבר משנה אפילו לא נו"ב חייב ואפילו מומחה וקבליה וסמוך פשיטא דהתם בדבר משנה מיירי ועוד קשה הא בהדיא כתב. הנ"י וז"ל הילכך נקטינן משמעתין דטועה לעולם חוזר וכו' ואפילו לית ליה לבעל דין לישלומי כיון דאילו הואי הוי הדר לאו כלום עביד וזה שוה בין בדין בין בהוראה עכ"ל הרי להדיא שסובר כדעת הרמב"ם ולא כדעת היש חולקין שהביא הרב. אבל באמת דברי הסמ"ע נכונים והוא דבלא"ה יש לתמוה מה זה שכתב וז"ל כי אם בטועה בשק"ה דדינו הוא דאינו פטור מתשלומין כי אם כשהוא מומחה וכו' וקשה דמשמע דטועה בשק"ה גרע מטועה בדבר משנה והלא כל עיקר דבריו סובב הולך להך שיטה דבדבר משנה אפילו סמוך חייב כמו שסיים אח"כ וברור דכך כוונת הסמ"ע דפשיטא שדעת הנ"י דטועה בדבר משנה לעולם פטור אפילו אינו מומחה וקבלי' או מומחה ולא קבליה אפילו בדיני ממונות כדעת הרמב"ם וסייעתו שהביא' המחבר וכמו שהבאתי לשון הנ"י להדיא כן ולכך לא כתב הנ"י דבריו רק בטועה בשק"ה דאז מומחה בלי סמוך חייב בשק"ה ובלי סמוך. פטור אבל ד"מ לעול' פטור ולפי זה לא הי' לו לרמ"א לסדר דבריו כאן פי' דבשלמא אי היה דעת הנ"י כדעת היש חולקין רק דבהא פליג עלייהו דמומחה וסמוך פטור שפיר יש לומר דרמ"א הגיה כאן לפי שיטת הי"ח לדעת הנ"י אבל באמת הנ"י לא כתב דבריו אטועה בדבר משנה דלדעתו בלי סמוך פטור אפילו בדיני ממונות כדעה א' שהביא המחבר א"כ אין מקום להגה' זו כאן דלדעת הי"ח אף סמוך חייב ולדעה א' אף בדיני ממונות אין צורך לסמוך ולשיטת הנ"י הוא ג"כ כדעה א' כנ"ל והיה לו לסדר דבריו לקמן גבי שיקול הדעת וזה ברור בכוונת הסמ"ע ולפי זה באמת אפילו אי נימא בהא דלא כהסמ"ע דלדעת הי"ח מומחה וסמוך פטור ולפי זה יש מקום להגה' זו כאן מ"מ יש לתמוה על רמ"א דהא הנ"י

בעצמו לא כתב דבריו אלא בשק"ה דבדבר משנה אין נ"מ לדעתו כנ"ל א"כ למה לו לסדר דבריו כאן מה דלא נ"מ אלא להי"ח בלבד היה לו לסדר דבריו בשק"ה במקום שהנ"י בעצמו דיבר וגם אליבא דכ"ע יש נ"מ ופשיטא דממילא נלמוד לדעת הי"ח בדבר משנה רק דהסמ"ע עדיפא קא קשיא ליה לפי שיטתו דלא מצי קאי איש חולקי' כלל ולפי זה תבין מה שכתב הש"ך והעתיק דברי הסמ"ע וכתב והאמת אתו ותמהו האחרונים דהא הוא עצמו חולק על הסמ"ע לעיל דמומחה וסמוך פטור אפילו להי"ח ולפי הנ"ל לק"מ והמדקדק בש"ך יראה שהשמיט מדברי הסמ"ע מתיבת נמצא עד גם בדרכי משה והיינו לשיטתו דחולק על זה ומ"מ האמת אתו דיש לתמוה על רמ"א מכח מה שכתב קודם שהנ"י לא דיבר זה אלא בשק"ה והיה לו להגיה במקומו ואליבא דכ"ע ולא כאן להיש חולקין דוקא וזה ברור ותימה על האחרונים שלא ירדו לסוף דעת הש"ך בזה. אך באמת לפי מה שאבאר לקמן בסמוך ס"ק זה לא תקשי מידי על הרב ויפה עשה שהגיה כאן דוקא כמו שיתבאר:

ב

והנה הש"ך הרבה להשיב על שיטת הנ"י והנה מה שהביא ראיה מדברי התוס' פרק אלו טריפות שכתבו בידים האכילה לכלבים פשיטא שאין ראיה ואדרבא מדברי התוס' הללו מבואר כדעת הנ"י וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ד' דאל"כ תקשי הא אפילו לא נו"ב חייב לדעת התוס' דלר"מ היכי דאילו הואי הוי הדר חייב וע"כ משום דבלא נו"ב הוי אינו סמוך כסמוך באו"ה אבל בנו"ב דאינו מחוייב לזה מן התורה לא הוי כסמוך אך הא קשיא לכאורה מה זה שכתבו התוס' אע"ג דטעה בדבר משנה חוזר בידים האכילה לכלבים וקשה לס"ד דלאו בידים האכילה מה זה שכתבו אע"ג דטעה בד"מ אפילו אי בשק"ה טעה אינו סמוך כסמוך כיון דלא נו"ב אבל באמת לק"מ דבלא"ה הקשה הש"ך מדברי התוס' פ"ק דסנהדרין דף ה' שכתבו להדיא דבאו"ה בעינן נטילת רשות מוכח להדיא דלא כהנ"י אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ ובזה יתיישבו כל הראיות שהביא הש"ך גם לא תקשי על מה שבדרכי משה הניח בצ"ע וכאן הביאו לדינא גם מה שהעתיק דבריו בטועה בד"מ ולא בשק"ה במקומו ואומר אני דע"כ לא כתבו התוס' פ"ק דסנהדרין דלפטר באו"ה צריך נטילת רשות היינו דווקא היכי דקם דינא דלדידהו הוי כמזיק ממש וחייב לשלם מן התורה א"כ אף באו"ה חייב כל שלא נקיט רשות לפטור הרי שהביאו ראיה מפ' ד"מ ד' ל"ג והתם לא מצינו כלל מדבר זה וצריך לומר דסבירי להו מומחה ב"ד היינו הוא מומח' לבד דלא נקיט רשותא ולכך לעיל דמיירי במומחה וקבליה נקיט מומחה לב"ד ומומחה לרבים היינו סמוך שנתפרסם המחאתו בריבים ולזה דייקי התוס'

דוקא מומחה לרבים פטור אפילו באו"ה ובאמת הך פטור דמומחה לרבים לא נאמר אלא היכי דקם דינא דבדבר משנה דחוזר בלא"ה פטור כדמוכח התם חדא ועוד קאמר ליה הילכך היכי דקם דינא דהוי מזיק לשיטת התוס' מבואר דאפילו באו"ה מומחה דלא נקיט רשותא חייב אבל היכי דהיה חוזר ואינו חייב לר"מ מדינא רק מדיני דגרמי מ"מ אינו רק מדרבנן וקנסא הוא הילכך דוקא דיין בדיני ממונות חייב דקנסוהו שהגיס דעתו לדון ביחידי אבל באו"ה דחייב להורות לא קנסוהו כלל ופטור אפילו לר"מ אבל בקם דינא חייב אפילו מומחה באו"ה דהוי מזיק לשיטת התוס' וכ"ש בנו"ב ולפי זה שפיר כתבו התוס' פרק אלו טרפות אע"ג דטעה בדבר משנה חוזר פי' דבשלמא בשק"ה דקם דינא שפיר חייב אפילו באו"ה דהיכי דקם דינא לא הוי כסמוך דהוי מזיק ממש אבל עכשיו דחוזר ואינו רק גרמי א"כ באו"ה דמחוייב להורות למה יתחייב וכדעת הנ"י ועל זה תירצו דהיה נו"ב ובזה פשיטא דחייב דאינו מחוייב ולכל הפירושים צ"ע בתוס' שלא תרצו שטעה בשק"ה ועוד דהא היכי דהוי מזיק ממש לא פטרינן ליה אפילו באו"ה [הרי דהרי"ף רוצה לומר דאפילו בדיני ממונות לא קנסו לדיין בגרמי א"כ נהי דחלקו עליו בזה אבל באו"ה דמחוייב להורות בוודאי לא קנסו בגרמי] ובזה יש ליישב מה שקשה לשיטת התוס' והרא"ש דלר"מ באילו הואי הוי הדר חייב דמאי פריך לר"ש לוקמא כר"מ וחייב לשלם ולפי הנ"ל ניחא דהתוס' לשיטתם דדייקי מדקאמר מומחה לרבים דהיינו סמוך והשתא אי אמרת בשלמא טועה בדבר משנה אינו חוזר אתי שפיר דדוקא מומחה לרבים פטור אבל בלי סמוך חייב אפילו באו"ה דהוי מזיק ממש אבל אי טועה בדבר משנה חוזר למה לי מומחה לרבים דהיינו סמוך תיפוק לי דבלי סמוך פטור דכיון דחייב להורות לא קניס ר"מ מדיני דגרמי ועל זה משני דחדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה בלי סמוך פטור ואפילו טועה בשק"ה מומחה וסמוך אתה והשתא, ממילא אין כאן ראיה מה שהביא הש"ך מדברי הרשב"א פרק א"ט דרשב"א לשיטתו דהתם טועה בשק"ה הוי הילכך הוי מזיק ואפילו באו"ה חייב בלי קבלה וסמיכה ורשב"א ג"כ סובר דאילו הואי הוי הדר חייב לר"מ רק טועה בדבר משנה פטור דהוי ליה לשייולי הילכך בשק"ה דקם דינא הוי מזיק ובאמת בלא"ה אין מדברי הרשב"א ראיה דלא כתב אלא דבלי קבלה הוי מצי לאוקמא בנו"ב דלזה אינו מחוייב אבל בקבליה אפילו נו"ב פטור ומדברי הרמב"ן ג"כ אין ראיה כלל דלפי מה שכתב הש"ך דדעתו כדעת הרשב"א דהתם טועה בשק"ה היה א"כ פשיטא שאין ראיה אך באמת דברי הש"ך תמוהין מאוד בזה דהרשב"א גופא כתב שם שלא הוצרך לומר דהתם בטועה בשק"ה מיירי אלא לפי דעת הרי"ף דטועה בדבר משנה אפילו נו"ב פטור אבל לפי מה שכתב הרמב"ן בהדיא דטועה

בדבר משנה חייב להרי"ף א"כ פשיטא דהתם בטועה בדבר משנה מיירי כמו שכתבו התוס' שם והנה מה שהכריחו להש"ך לפר' כן הוא מה שכ' הרמב"ן לדברי הרי"ף בנו"ב מתוקמא וקשה אי בטועה בדבר משנה הוי התם לדברי כולם בנו"ב מתוקמא דאל"כ אילו הואי הוי הדר ומזה הכריח הש"ך דהרמב"ן סובר, דהתם טעה בשק"ה הוי ולפי זה למ"ד בלא נו"ב קם דינא וישלם בלא נו"ב מתוקמא ובאמת הא ליתא וכוונת הרמב"ן להוציא מדעת הפוסקים דסבירי להו דאף בדיינא איכא גרמי א"כ אילו הואי הדר חייב לר"מ א"כ התם בלא נו"ב מתוקמא אבל להרי"ף בנו"ב מתוקמא דבלא נו"ב פטור מדיני דגרמי ולפי זה מוכח לכאורה מדברי הרמב"ן דאף בד"מ באו"ה אינו סמוך לאו כסמוך אבל מ"מ אין כאן ראיה דכוונת הרמב"ן במה שכתב לדברי הרי"ף בנו"ב מתוקמא היינו לאפוקי משיטת בעה"מ דאפילו בנו"ב לא אתי שפיר דסבירא ליה מומחה בי תלתא פטור אפילו לא קבליה ואפילו לא נקיט רשותא והתם לגבי ראיית טריפה כתלת הוי כמו שכתב שם הרמב"ן [ומזה משמע כדעת הנ"י ודו"ק] גם מה שהביא הש"ך ראיה ממה שכתב הרמב"ן להרי"ף בנו"ב מתוקמא וקשה מה בכך הא מומחה וסמוך אפילו בנו"ב פטור ולפי הנ"ל אין כאן ראיה דהיכי דהוי מזיק לא הוי כסמוך כנ"ל וקשה בנו"ב דאינו מחוייב מן התורה אך באמת בנ"י מבואר דאפילו בשק"ה הדין כן והיינו דאזיל לשיטתו דאילו הואי הוי הדר פטור אפילו לר' מאיר ובקם דינא אינו ג"כ רק גורם דלא כהתוס' לכך כתב הוא דאפילו בשק"ה מומחה באו"ה פטור ולכך כתבו הב"י וד"מ וצ"ע דתקשי ליה כל מה שהקשה הש"ך לכך כאן לדעת הי"ח דקם דינא הוי מזיק ממש ובהדר דינא חייב משום גורם יפה הגיה רמ"א דע"כ לא מחייבי בדבר משנה מדיני דגרמי אלא בדיני ממונות אבל באו"ה אינו סמוך כסמוך דלא קנסוהו דמחוייב להורות כנ"ל ולכך סדר דבריו כאן אטועה בדבר משנה דוקא וזה ברור לפע"ד. וכן משמע לכאורה בתוס' ע"ז דף נ"ח בד"ה אדמקטורך שכתבו דאין לפרש לפי שטעה בהוראתו צריך לשלם ויפסיד בגדיו דהא ר"ל מומחה לב"ד הוי ופטור מלשלם וקשה אפילו מומחה לא נפטר רק בקבליה כמו שהסכימו כל הפוסקים והתם לא קבליה לר"ל כדמוכח התם ודוחק לומר דר"ל נקיט רשותא הוי דלא הוי להו למימר מומחה סתם אלא וודאי כיון דשם טועה בד"מ הוי ואין כאן רק גרמי מומחה באו"ה כמו מומחה ונקיט רשותא ומדברי המרדכי פ' אד"מ מוכח גם כן כדעת הנ"י שהביא ראיה דמיירי באינו מומחה חדא מדקתני סיפא ואם היה מומחה ועוד מדקתני טיהר את הטמא והוא תמוה לכאורה וצריך לומר דבאו"ה כל שהוא גמיר וסביר אף שאינו סמוך הוי כסמוך ופטור בלי קבלה ובלי רשותא וזהו כוונת המרדכי חדא דהא קתני סיפא מומחה לרבים ועוד דאפילו אי נימא דסיפא בסמוך

ורישא במומחה סתם מ"מ טיהר את הטמא וטימא את הטהור ע"כ באינו מומחה דאי במומחה באו"ה הוי כסמוך וזה ברור לפע"ד ולענין דינא העיקר על פי מה שכתבתי לעיל והוכחתי דהיכי דאילו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור ובקם דינא גורם הוי רק באו"ה בקם דינא הוי כמזיק א"כ בטועה בדבר משנה באו"ה דאינו אלא גורם כשהוא מומחה פטור דהוי כסמוך ואין הכרעתו של הש"ך מכרעת בזה כמו שכתבתי ובטועה בשק"ה אפילו באו"ה לא הוי כסמוך דקם דינא באו"ה הוי כמזיק כנ"ל ברור לדינא:

ו

א

ועשה כאחד מהן. עסמ"ע שהעתיק דברי הגהת מיימוני והמרדכי פרק אחד דיני ממונות והנה מדברי הסמ"ע נראה דמפרש כוונת המרדכי דסוגיא דעלמא לא אזלא כאידך רק הוא מודה עכשיו כדברי השני ומעיקרא לא ידע וס"ד דהוי טועה בשק"ה קמש"ל כיון דסוגיא דעלמא לא אזלא כאידך ויש כאן מחלוקת לא הוי טועה כלל דליכא למימר דהסמ"ע מפרש כדברי הש"ך א"כ לא היה לו להביא דין זה בכאן שהרי כתב בעצמו ס"ק י"ד דדין זה כדעת הרי"ף דכל היכי דפטור מלשלם הדר דינא א"כ לא משכחת ליה האי דינא דמה שעשה עשוי ולא ישלם מביתו אלא וודאי דמפרש כמו שכתבתי לכך מה שעשה עשוי כיון דסוגיא דעלמא לא אזלא כאידך לא הוי טועה כלל וממילא לא ישלם מביתו ואפילו הרי"ף מודה בזה כמו בעובדא דר"י ב"י ור"ח דכיון דליכא ליברורי טעותא מה שעשה עשוי ולא ישלם כמו שכתב הרי"ף פ' אד"מ להדיא ואף כאן כיון דלא אזלא סוגיא דעלמא כאידך ויש כאן מחלוקת ממילא ליכא ליברורי טעותא וליכא כח לאהדורי לעובדא דידיה וזה שהביא המרדכי ראיה בעובדא דריב"י ור"ח ולפי הש"ך אין כאן ראיה דהתם סוגיא דעלמא לא אזלי כאידך כלל אבל לפי' הסמ"ע ניחא וכן מבואר עוד במרדכי דמעיקרא העתיק דעת הרי"ף לדינא דכל היכי דפטור מלשלם הדר דינא ומיד העתיק דין זה של הא"ז ואם כפי' הש"ך פשיטא שהרי"ף חולק בזה דכיון דסוגיא דעלמא אזלא כאידך נהי דפטור דאנוס הוא דלא ידע מ"מ פשיטא דחוזר הדין משום פסידא דבעל דין אלא פשיטא כמו שפרשתי לפי שיטת הסמ"ע. גם מה שהביא הש"ך ראיה מדברי הגהת אשרי בשם ר"י לאו ראיה הוא ואדרבא להיפך משמע דאי כפירוש הש"ך בפשיטות הוי ליה למימר דאינו משלם כשטעה בשק"ה אלא אם ידע דפליגי אהדדי אבל בלא ידע אינו משלם ומדכתב אבל אם יש טעות בש"ס שרש"י פי' בענין אחר ושאר גאונים בענין אחר והלך ודן כאותו פי' שיודע וכו' הרי דכוונתו דליכא ליברורי טעותא כלל דשם שני הפרושים יכולין להיות אמת כל אחד בפני עצמו רק כשאחר כך נתברר לו פי' השני

הודה שאילו היה יודע מקודם מפי' זה לא היה פוסק כפי' זה ועל זה כתב דאינו משלם כיון שפסק כפי' שיודע וסוגיא דעלמא לא אזלא כאידך וזה ברור:

ב

והנה הש"ך הבין דברי המרדכי דסוגיא דעלמא אזלא כאידך רק הוא לא ידע דפליגי פטור כיון דלא ידע אנוס הוא וצריך לומר מ"ש היכי דלא ידע דסוגיא דעלמא אזלא כאידך חייב כמו שכתב המחבר להדיא דהיינו שק"ה דדוקא היכי דידע דפליגי לא היה לו להכריע היפוך סוגיא דעלמא כיון שהדעת מכרעת בהיפך אבל בלא ידע כלל מן המחלוקת מה היה לו לעשות והש"ך השיג על זה דאפי' בלא ידע חייב והביא ראיה מהרי"ף פ' אד"מ דכתב דר"י לא היה טועה בשק"ה דליכא ליברורי טעותא ש"מ דבלא"ה היה משלם. ודבריו תמוהין דהא דעת הרי"ף דכל היכי דפטור מלשלם הדר דינא א"כ שפיר יש לומר דסבירא ליה דהיכי דלא ידע אנוס הוא ופטור אפילו היכי דאיכא ליברורי טעותא רק שהקשה לו כיון דפטור מלשלם אמאי לא היה חוזר משום פסידא דבעל דין ועל זה נתן טעם דליכא ליברורי טעותא אבל מתשלומין בלא"ה פטור כיון דלא ידע כדעת המרדכי אך הא קשיא נהי דאין משם קושיא על המרדכי אבל פשיטא שאין מזה סייעתא ג"כ דא"כ הוי למימר דפטור ג"כ משום דליכא לברורי טעותא אבל בלא ידע חייב והאיך הביא המרדכי ראיה משם וברור דכוונת המרדכי כמו שכתבתי מקודם בהבנ' הסמ"ע ולק"מ והנה הש"ך הקשה לפי שיטתו מ"ש ידע או לא ידע סוף סוף חייב מדיני גרמי ובאמת לאו קושיא הוא שהרי דעת הרי"ף ורמב"ן הביאם המרדכי בעצמו קודם שם דבדיינא ליכא גרמי כלל דמיניס אניס א"כ בידע סבירא ליה להמרדכי דמיקרי פשיעותא שלא היה לו להכריע היפך מסוגיא דעלמא אבל בלא ידע שפיר אניס הוא ובדיינא ליכא גרמי אמנם היינו דוקא בלא נו"ב אבל בנו"ב וודאי אפילו לא ידע חייב לכ"ע דהוי מזיק ממש וכן משמע לכאורה בהרי"ף פרק אחד ד"מ שפירש טעמא דר"ת משום הפסד ממונו של בעל דין ולכאורה קשה לוקמא תרווייהו בנו"ב רק מתניתין דבכורות בידע לכך משלם ומתניתין דסנהדרין דלא ידע אלא וודאי דבנו"ב אין חילוק בזה וכל זה הוא לפי הבנת הש"ך במרדכי אבל לפי מה שבארנו קודם דהעיקר כפי' הסמ"ע א"כ כיון דלא מצינו חילוק בין ידע ללא ידע אין לחלק בכך כמו שהכריע הש"ך אבל היכי דסוגיא דעלמא לא אזלא כאידך רק שנחלקו שני פוסקים והוא לא ידע רק מאחד ואח"כ כשידע משני הודה כמותו לא הוי טועה כלל ומה שעשה עשוי ולא ישלם מביתו כמו שפרשתי לפי שיטת הסמ"ע וכן האמת בכוונת המרדכי כמו שבארנו:

ז שכבר פשט המעשה בכל העולם עש"ך דלא מקרי שיקול הדעת אלא כשיש מחלוקת בדבר אבל בלא מחלוקת אף שאינו מפורש בש"ס אלא שהמנהג אינו כן או שרוב הדיינים נראין להם דברי הרי הוא טועה בדבר משנה והביא ראיה מן הש"ס פ' אד"מ דפריך ולימא ליה טועה בדבר משנה אתה וחוזר וסתר פירש"י דהא ר"ט ור"ע קודם המשנה הוו ובע"כ כיון שטעה בדבר פשוט בלי מחלוקת אף זה טועה בדבר משנה הוא עכ"ד וראיה זו אין לה שורש דהתם כל חיילי' דר"ט כיון שניטל האם שלה אינה יכולה לחיות בלא האם א"כ אח"כ שנתברר שיכולה לחיות אין לך טועה בדבר משנה כזה ומה נפקא מינה אם היה מצינו במשנה דיכולה לחיות או שאנו רואין בעין שיכולה לחיות בלי האם ואדרבא הא עדיף טפי ור"ט בעצמו מודה שאם היה יודע קודם שיכולה לחיות לא היה פוסק כן אבל אם טעה בדבר שאינו נראה לרוב הדיינים כן או שהמנהג אינו כן כיון שלא נדחה סברתו של זה שהוא עצמו יודה בה טועה בשיקול הדעת הוא עד שיבררו לו מפורש היפך דעתו אך מה שפסק הש"ך בעוף שהוא טמא ונתברר שנאכל במסורת האמת אתו דזה דומה ממש להך דר"ט ויש לומר דגם רש"י מודה לזה רק דקשיא ליה תינח למ"ד טריפה אינה חי' אבל למ"ד טריפה חי' אין ראיה מתודוס הרופא א"כ אפשר למ"ד טריפה חי' טריפה וכיון דבמחלוקת שנויה טועה בשק"ה הוי לזה פירש"י ודיקדק סתם משנה באלו טריפות ש"מ דלית מאן דפליג בהא ואפי' למ"ד טריפה חיה ניטל האם כשרה א"כ פשיטא דהוי טועה בדבר משנה:

ח אבל קבלו אותו בעלי דינין עש"ך שהאריך בראיו' דכל קבל' שהוזכ' סי' זה א"צ קנין רק באתו לגבי' סגי וכל ראיותיו אי נ' אלא במומחה וכך הדעת נוטה כי דבלי קבלה יכול לכוף לדון בע"כ אהני מה דאתי לגבי' לפטרו מן התשלומין אבל באינו מומחה דבלי קבלה אפי' לא טעה אין דינו דין אפי' קבלוהו לא מהני רק אם קבלהו בפי' ונ"מ בלא נו"ב לדעת הרי"ף אבל באמת לפי מה שהכרעתי לעיל ס"ק א' דבאינו מומחה ולא קבליה בלי כפיה פטור מלשלם דלא הוי ליה למיסמך עליה א"כ אין נפקותא בזה דבלי כפיה לעולם פטור אפילו בלי קבלה ובכפיה הוי כמו שנו"ב ואפילו קבליה בפי' חייב כדאוקמא ר"ח מתניתין דדן את הדין רק אם קבלוהו בין לדין בין לטעות:

ט הואיל והוא מומחה חוזר הדין עש"ך שכתב דבין להרא"ש בין להרי"ף פטור מומחה וקבליה אפילו נו"ב אלא שלשון הרא"ש מגומגם שכתב דלר"ש אין חילוק דלר"מ פשיטא דאין חילוק דמוקי מתניתין דדן את הדין בנו"ב וקתני סיפא מומחה פטור ודחק ליישב דברי הרא"ש דאפילו לר"ש קאמר ובחנם דחק דכוונת הרא"ש כך דמתחילה כתב ויחיד מומחה או שנים מומחין דקבליה עליה או דנקיטי רשותא מריש גלותא וטעו בשיקול

הדעת אם יש גדול ממנו מחזירין ואם אין גדול ממנו קם דינא ופטור מלשלם וכו' ואי קבליה אפילו נו"ב דלר"ש אין חילוק. וכוונתו מבואר דלר"ש אין חילוק לענין חזרה דבין נו"ב או לא נו"ב אם יש גדול מחזירין ואם אין גדול קם דינא ופטור מלשלם משא"כ לר"מ בנו"ב קם דינא אפי' יש גדול לדעת הרא"ש דלא סבירא ליה פסידא דבעל דין] ומה שכתב ואי קבליה הא אפילו בנקיט רשות כך הדין היינו משום שהביא מיד דעת הראב"ד דחולק בזה דבקבליה קם דינא כההיא עובדא דמר זוטרא [וכמו שאבאר לקמן בס"ד דהראב"ד לא חולק רק בקבליה) ודוקא בקבליה אבל מומחה בלי קבלה לא מחזיר גדול כמו שכתב בעה"מ להדיא וכן דעת הרא"ש כמו שכתב הש"ך בעצמו לקמן ע"ש וזה ברור בכוונת הרא"ש. ומה שגרם לו להש"ך לדחוק בכוונת הרא"ש הוא משום דאגב שיטפי' לא העתיק יפה לשון הרא"ש שכתב בשמו ופטור אי קבליה אפי' נו"ב כו' אבל באמת ברא"ש נאמר ואי קבליה אפילו נו"ב ואחזרת הגדול קאי כנ"ל. ומ"מ לענין הדין ברור דעת הרא"ש דאפילו נו"ב פטור מלשלם אפילו לר"ש דבהא לא פליג ר"ש אר"מ כלל רק דמוקי מתניתין בלא נו"ב:

י חוזר הדין. זהו דעת הרי"ף פרק אחד ד"מ דפסק כד"ת דמחלק בין נו"ב או לא ופי' טעמא דמלתא משום הפסד ממונו של בעל דין דכל היכי דהדיין פטור מלשלם הדין חוזר והנה הרא"ש ובעה"מ הרבו להשיב על שיטת הרי"ף והרב הש"ך מילא את ידם ג"כ בקושיות והנה אף דלענין דינא אין אני כדאי להכריע מ"מ חובה עלינו ליישב שיטת הרי"ף לכן אפרט כל הקושיות ועל כל פרט נאמר מה שנלפע"ד:

א

דע שיש להרי"ף ז"ל גירסא אחרת פרק א' ד"מ דפריך ממתניתין דקתני דיני ממונות מחזירין להך משנה דבכורות דדן את הדין דקתני מה שעשה עשוי ומשני רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה ופי' הרי"ף מתניתין דבכורות במומחה לכך מה שעשה עשוי ומתניתין דסנהדרין באינו מומחה לכך מחזירין ופריך מומחה הא קתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ומשני ר"נ כאן שיש גדול כאן כשאין גדול עכ"ד. והקשה הר"ר חיים יונה תאומים דהא דומיא דדיני נפשות קתני דבמומחה מיירי וקושיא זו אין לה שורש דהא לפי מה דמשני ר"ש כאן שטעה בד"מ ג"כ קשה דהא דומיא דנפשות קתני דאפילו בשק"ה מחזירין ובע"כ שלא בא התנא לבאר ההפרש בענין הדין בין דיני ממונות לנפשות אלא שבא לומר דבדיני ממונות אין הפרש בין חיוב לזכות ובדיני נפשות יש הפרש אבל כל חד וחד כדיניה כאן במומחה שיכול לדון דיני נפשות כאן באינו מומחה שיכול לדון דיני ממונות הרי שע"כ הן חלוקין דדיני נפשות בעשרים

ושלשה ודיני ממונות בשלשה וע"כ דלא מיירי כלל מענין זה אלא מענין הקולא שמקלינן בדיני נפשות משא"כ בדיני ממונות. והנה הרא"ש הקשה ממעשה דפרה של בית מנחם דלהרי"ף אמאי לא היה משלם כיון שיש גדול וקשיא לר"נ ותמהני הא לדידיה קשה טפי כמו שהקשה מהרש"א דר"ע ושאר חכמים גדולים מר"ט ואילו הואי הוי הדר ובהא ליכא לישנויי חדא ועוד קאמר כמו דמשני לר"ש אבל להרי"ף לק"מ דהא כתב הרמב"ן להדיא דמומחה וקבלי' אי נקיט רשותא מודה הרי"ף דאפילו יש גדול פטור ור"ט נקיט רשותא הוי וגם קבלוהו ופשיטא דפטור ובאמת בלא"ה לא ידעתי מאין הוציאו מדברי הרי"ף שיפרש כוונת ר"כ באין גדול חייב וביש גדול פטור ולמה לא נאמר דר"נ לתרץ קושיא קמייתא בא ומוקי תרווייהו באינו מומחה וביש גדול חוזר ובאין גדול קם דינא וישלם מביתו ואף אם נאמר דהם הוכיחו מלשון הרי"ף שכתב אמר ר"נ לא קשיא משמע דאמה שלפניו קאי ורוצה ליישב מה שהקשו מסיפא דבכורות מ"מ לק"מ דוודאי מה שכתב הרי"ף וכי קתני מחזירין לאו לישנא דר"י הוא אלא פרושא קא מפרש לה למילתא דר"י לפי מה דס"ד ואתי ר"נ ופריש דמימרא דר"י לאו אדיין שדן קאי אלא אגדול קאי כאן במומחה שיש גדול ממנו לחזור הדין כאן באינו מומחה שאין גדול ממנו וכן פי' הנ"י להדיא לפי שיטתו ע"ש והא דס"ד מעיקרא לפרש דברי ר"י דמתניתין דבכורות במומחה ולא להיפך כמו שהוא עתה לפי' ר"נ היינו משום דקשיא ליה קושית התוס' דהא ר"י גדול ממר זוטרא ואמאי לא החזירו [ותירוץ תוס' לא שמיע ליה כמו שיתבאר לקמן ומזה יצא לו להרי"ף להפוך הגירסא דבאינו מומחה חוזר ובמומחה אלים דינו דלא מיהדר ועל זה פריך מסיפא ומשני ר"נ דתרווייהו באינו מומחה רק ביש גדול חוזר ובאין גדול קם דינא והשתא לא קשיא ממר זוטרא דלסברת הרי"ף מומחה שדן אלים דיניה דלא מיהדר על פי גדול רק באינו מומחה מהני גדול ולפי זה פשיטא דלק"מ קושית הרא"ש דהרי"ף מודה דמומחה פטור אפילו יש גדול רק לענין חזרה משני ר"נ והשתא נמי לא קשיא קושית מהרש"א דלהרי"ף לא מהני חזרת גדול רק באינו מומחה והוצרך ר"ע לפטרו מטעם האמת שהוא מומחה אבל להרא"ש קשה קושית מהרש"א וזה היה נראה לכאורה בכוונת הרי"ף אבל מה אעשה שהרמב"ן לא פירש כן דברי הרי"ף אבל מכל מקום שמר עצמו מקושית הרא"ש שכתב דבמומחה ונקיט רשותא או קבליה מודה הרי"ף דפטור אפילו יש גדול וכמו שכתבתי מקודם ומעתה אבוא לברר מה שהכריחו להרי"ף לתפוס גירסא זו לעיקר חדא קושית תוס' ממר זוטרא ומה שתרצו במומחה דסמיכה קשיא ליה אמאי לא מוקי סיפא במומחה שלא בסמיכה ואדרבא הך משנה בקבליה מיירי כדאוקמא ר' אבהו בפרקא קמא שם א"כ בוודאי מיירי בלי סמוך ועוד

אבאר לקמן בס"ד דדברי התוס' צ"ע בזה] אבל לשיטת הרי"ף לק"מ ועוד קשה לפירש"י ועיטור ז"ל דטעמא משום מי יימר א"כ קשה תינח זיכה את החייב חייב את הזכאי אבל טימא את הטהור פשיטא דלא שייך האי טעמא דמה נפקא מינה לבעל דין שבא לשאול על הוראתו אם הוא טמא וישלם הדיין או שיחזור לטהרה ועוד שאם יאמר מי יימר א"כ אינו חייב לשלם דיפה דן שהוא טמא ובשלמא למ"ד דהיכי דאילו הואי הוי הדר חייב לר"מ יש לומר דמיירי דליתא דתיהדר שנגעו בו שרץ [רק דלא ס"ד שהדיין נגע בעצמו] ואח"כ הודה שטעה לכך חייב לשלם אבל למ"ד דאילו הואי הוי הדר פטור והכי קיימא לן כמו שבארנו לעיל ס"ק ד' א"כ קשה הא אילו הואי הוי הדר ולאו כלום עביד וליכא למימר דאו"ה שאני דאילו הואי קם דינא אף דלא שייך מי יימר דשוי' חתיכה דאיסורא כדעת הראב"ד פ"ק דע"ז הא ליתא דהא בגמרא מוכח דאין חילוק כלל בין ד"מ לאו"ה דהא פריך עליה דר"ש מפרה של בית מנחם דמיירי באו"ה וגם הראב"ד לא דיבר רק במומחה כמו שיתבאר לקמן בס"ד ס"ק זה. ועוד קשה בטיהר את הטמא לפי מה דס"ד שעירבן בע"ה כמו שכתבו התוס' ומה שעשה עשוי כשעירבן בפירות חרובין וישלם מביתו בפירות מועטין וקשה מאי קמש"ל דאיסור בטל ברוב היתר וצריך לומר דקמש"ל דס"ד דאין מבטלין איסור לכתחילה ואם עבר וביטל אסור קמש"ל כיון דעל פי חכם עביד מותר והשתא אם איתא דבאינו מומחה מיירי האיך שייך לומר דעל פי חכם עביד אדרבא הא פשע טפי שלא היה לו לסמוך עליו כיון דאינו מומחה הוא ואסור לו להורות (הערה לבל ישגה הקורא הן מצד מניעת הלימוד וחסרון ידיעת ש"ס ופוסקים והן מצד סבה אחרת, בראותו בספר הזה במקומות שונים פלפול בעניני דיני ממונות ודיני נפשות, לבל יתעה וידמה שגם בזמנים הללו נוהגים בינינו דיני נפשות, לבעבור זה מן ההכרח להוכיח במישור חסר דעת או נבהל כזה, ולהזכירו כי מעת חורבן בית שני, כלה ונחרצה ע"פ חכמינו ז"ל שאסור לנו לדון דיני נפשות, באשר עינינו רואות בתלמוד וברמב"ם ז"ל הלכות סנהדרין פי"ד הלכה י"א ובשאר מקומות, ואל יאמר קורא נבהל כזה בלבבו למה לנו ללמוד ולפלפל בענין אשר חדל להיות בקרב ישראל? הלא גם עניני קדשים וטהרות וכו' תמחו ואפסו אחר חורבן הבית עד עתה ובכל זאת אלה הלימודים לא ימושו מפינו לקיים והגית בו יומם ולילה.) כמו שכתב בעה"מ ואפילו אם היה סובר שמותר לבטל ודעת הט"ז סי' צ"ח דהאי שוגג עדיף טפי משוגג העלם התערובות מ"מ היינו דוקא בעצמו אבל לא שסמך על מי שאינו מומחה להוראה הוי פשיעותא וכ"ש לפי מה שהוכחתי שם מדברי התוס' בכורות שהביא הט"ז שם להיפך דהא לא חשיב שוגג כלל לחד תירוץ ע"ש אבל לשיטת הרי"ף לק"מ דאף אם נאמר טועה בדין לא מיקרי שוגג

שאני הכא דעל פי חכם מומחה עביד הרי בארנו דלא קשיא מידי על הרי"ף בזה ואדרבא לפי גירסתו נסתלקו כמה קושיות כנ"ל:

ב ולענין הלכה פסק הרי"ף כר"ח דהוא בתרא ורבינא נמי אסקי בשהיה לו משכון ובבכורות נמי אוקי ר"א א"ר בשנו"ב כדאוקמא ר"ח הכא. והנה הש"ך אות ב' כתב דמדרב חסדא אין ראיה דבעי לאוקמא אפילו אליבא דרבנן אבל לר"מ בלא נו"ב מתוקמא עכ"ד ודבריו תמוהין דאי ס"ד דלענין חזרת הדין לא משמע ליה לחלק בין נו"ב או לא רק לענין תשלומין ומהאי טעמא לר"מ בלא נו"ב מה שעשה עשוי וישלם מביתו א"כ למה לו לחדש דבלא נו"ב הדר דינא לימא דאפילו לרבנן קם דינא רק לענין תשלומין לא משלם אלא בנו"ב ועוד קשה למה נאדי מהך אוקימתא דפטור אתה כמו שנו"ב משום דקשיא מתניתין דקתני מחזירין לוקמא מתניתין לרבנן כמו דמתוקמא לר"מ והיינו או כר"ש או כר"נ [ובאמת בלא"ה קשה הא לדעת הש"ך אפילו בקם דינא גורם הוא א"כ מאי משני פטור אתה כמו שנו"ב הא לרבנן גורם הוא ולא דייני גרמי וצריך לומר דזהו לפי האמת אבל לס"ד פטור אתה הוי מזיק ואפילו לרבנן חייב וזה סייוע למה שכתבתי לעיל ס"ק ג' לדחות דברי הרמב"ן שכתב דלרבנן לא גרע ממוחל שטרא ע"ש] וברור דר"ח אפילו לר"מ משני וכמו שכתב הרי"ף דאוקימתא דסמכא מוקים לה ולאו דחוי' הוא והיינו כמו שכתבתי גם מה שהביא ראיה מן הש"ס סנהדרין פ"א דלית הלכתא כר"ח יתבאר לפנינו בס"ד ס"ק זה דאדרבא מהתם מוכח כרב חסדא. והנה הרב בעל העיטור והרא"ש הקשו דהא מהך דבכורות מוכח דלא כר"ח דהא בס"ד בעי לאוקמא כר"מ בלא נו"ב ומ"מ קתני מה שעשה עשוי והרי דלא כר"ח והרמב"ן תירץ דבס"ד דלא ידע דאוקמא בנו"ב הוכרח לומר דלר"מ בלא נו"ב קם דינא וישלם מביתו אבל למסקנא אפילו לר"מ בהכי מתוקמא אבל עדיין לא הועיל דנהי דאין קושיא משם אבל האיך הביא הרי"ף ראיה מהתם כר"ח מדמוקמינן בנו"ב והא זהו לרבנן דוקא ולא לר"מ אבל באמת לק"מ וכבר בארנו לעיל ס"ק ג' דמהתם ראיה ברורה דהלכה כר"ח דאי ס"ד דלא בעי לישנוי' רק לאוקמא כרבנן אבל לענין חזרת הדין לא מחלק בין נו"ב או לא אלא או כר"ש או כר"נ א"כ מאי פריך זיכה את החייב היכי משכחת לה לימא פטור אתה כמו שנו"ב כדמשני הכא בס"ד ולא קשיא מתניתין דקתני מחזירין דהכא בדבר משנה מיירי כר"ש וע"כ דוודאי לס"ד הוכרח לומר דבלא נו"ב קם דינא אבל לפי המסקנא לא ניחא ליה לפרוקי רומיא דהך מתניתין אלא כדפריק ר"ח ומהאי טעמא משני רבינא כגון שהיה בידו משכון ונוטלו דאי פטור אתה כמו שנו"ב קשיא מתניתין דסנהדרין כדפריך הכא. ועיין מה שכתבתי לעיל סק"ג לדחות דברי הרמב"ן שכתב דלרבנן לא גרע ממוחל שטרא. ועוד אי נימא כן א"כ נהי

דמהתם אין ראיה אבל לפי זה פשיטא דמסוגיא דסנהדרין גופא יהא מוכח דר"ח אליבא דר"מ קאמר מדקא משני מעיקרא פטור אתה כמי שנו"ב ולרבנן לא גרע ממוחל שטרא כמו שכתב הרמב"ן באמת ולדעת החולקי' על הרי"ף ע"כ דסבירי להו דלא כרמב"ן בזה א"כ מוכח מהך סוגיא דבכורות כר"ח אליבא דר"מ כמו שהוכחתי ובמה נפשך מוכח כר"ח ודו"ק היטב ועיין לעיל ס"ק ג' באריכות ואדרבא על הרא"ש יש לתמוה שהרי דעתו דהיכי דקם דינא אפילו לרבנן חייב דהוי מזיק א"כ קשה אמאי משני כגון שהיה לו משכון ונטלו וצריך לומר כמו שתירץ הרא"ש או דאגב אחריני מפרש להו או דסוגיא דהתם כר"ח. והנה תירוץ ראשון פשיטא דליתא דהאיך נאמר אגב אחריני מקשה מאי דלא קשיא מידי שהרי בתר דשני ר"א א"ר בנו"ב פריך אבל זיכה את החייב היכי משכחת לה דאמר פטור אתה והא לא נו"ב ומאי קושיא פטור אתה חייב לרבנן וע"כ כתירוץ שני א"כ מבואר כהרי"ף כר"ח ועיין לעיל ס"ק ד'. גם מה שהקשה הרב בעל העיטור מהא דאמרינן פרק שבועות הדייינים האי דיינא דאשבע בלא נק"ח טועה בדבר משנה הוא וחוזר ש"מ דלא כר"ח דאי כר"ח אפילו בשק"ה חוזר כיון דלא נו"ב ואני תמה הא אין כאן התחלת קושיא כדאוקמינן הכא זיכה את החייב כגון שהיה לו משכון בידו ונוטלו א"כ שפיר קמש"ל דאפילו זיכה את החייב והיה לו משכון בידו והשביעו בלא נק"ח הוי כטועה בדבר משנה וחוזר ובגוונא דליכא מיגו דאיכא עדים וראה ועוד מי לא עסקינן ג"כ בנשבעין ונוטלין שצריכין ג"כ נק"ח כמו שהסכימו כל המפרשים א"כ קמש"ל דהוי טועה בדבר משנה ואם השביעו בלא נק"ח ושילם זה על פי שבועתו חוזר הדין ובשק"ה כהאי גוונא אינו חוזר וזה ברור והרי"ף עצמו הביא הך מימרא והוכיח מינה דהלכה ג"כ כר"ש דטועה בדבר משנה חוזר ולא חש לה ש"מ דלאו קושיא היא כלל כמו שכתבתי:

ג וראיתי להרב רא"י ז"ל שכתב ליישב קושית בעל העיטור הנ"ל לפי מה שכתב הרמב"ן וז"ל וכבוד הגאון יהא מונח במקומו שעדיין דברי רבינו הגדול ז"ל יותר נכונים דר"א לאו לדחויי מר"מ קא בעי דהא קאמר פטור אתה כמי שנו"ב ולרבנן לא גרע ממוחל שטרא ואף דרבינא אסיק בשהיה לו משכון לאו לאיפלוגי עלי' בסברא חדתא אלא ליפרוקי לדרב חסדא אתי ע"כ ולפי זה לק"מ קושית העיטור הנ"ל דהתם כמי שנו"ב דמי כיון שפטרו בשבועה אח"כ האריך הרב הנ"ל לדחות דברי הרמב"ן הללו בכמה ראיות ע"ש ודבריו תמוהין ולא ירד לסוף דעת הרמב"ן שהוא הבין דברי הרמב"ן ז"ל ז"ל דלר"ח באמ' פטור אתה כמי שנו"ב והא דפריך ממתניתין דקתני מחזירין לחובה מיירי שהיה לו משכון ועדיין לא נטלו ולא הוי כמו שנו"ב שעדיין לא נפטר והא דאסקי רבינא שהיה לו משכון ה"ק מתניתין דידן במשכון ונטלו ומתניתין דבכורות במשכון ולא נטלו והוא

תמוה דכיון דפטור אתה כמי שנו"ב ומתניתין דידן במשכון ולא נטלו א"כ למה לי תו לאוקמא מתניתין דסנהדרין במשכון ונטלו לוקים לה בלא משכון כלל ופטור אתה כמו שנו"ב וכי רישא וסיפא נינהו שאנו מוכרחין לאוקמא תרווייהו במשכון דוקא. אבל באמת מעולם לא עלה על זה על דעת הרמב"ן וכוונתו פשוטה ומבוארת שדעת הגאון ז"ל דר"ח ליידחויי מר"מ קבעי ועל זה השיג עליו הרמב"ן דהא ס"ד דפטור אתה כמי שנו"ב ולרבנן לא גרע ממוחל שטרא א"כ ע"כ דר"ח לאו לידחוי' מר"מ קא בעי ועל זה קאמר דאף דרבינא אסקי במשכון ונדחה הך סברא דפטור אתה כמי שנו"ב מ"מ לאו לאפלוגי עלי' בסברא חדתא לאוקמא מתניתין כרבנן אבל לר"מ בלא נו"ב מתוקמא אלא כוונת רבינא לפרוקי לדרב חסדא אתי לתרץ מה שהקשו עליו ממתניתין אבל מודה בהא לר"ח דאפי' לר"מ בלא נו"ב הדר דינא וזה ברור ולא ניתלי בי' בוקי סריקא באשלי רברבי וקושית בעל העיטור ז"ל בלא"ה לק"מ כמו שכתבתי מקודם:

ד ובטעמא דהא מילתא דר"ח פי' הרי"ף משום הפסד ממונו של בעל דין דבלא נו"ב דפטור הדיין חוזר הדין ובנו"ב דחייב לשלם קם דינא ולפי זה ה"ה במומחה וקבלי' או נקיט רשותא דפטור מלשלם אפילו נו"ב חוזר הדין והקשה הרא"ש הא לעיל ריש מכילתין פריך אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לווין ולדעת הרי"ף הא אי לא משלמי יחזור הדין וליכא נעילת דלת ותמהני על הרא"ש הא לדידיה נמי תקשי הא בגמרא שם פריך אלא מעתה טעו לא ישלמו ופירשו התוס' שם שלא ירצו להתמצע בדין ואיכא נעילת דלת א"כ מאי משני כל שכן שאתה נועל דלת ולפי זה עדיין איכא נעילת דלת דדייני שלא ירצו להתמצע רק שלא היו' יכולין לתקן זה דכ"ש שתהא נועל דלת א"כ קשה הא מדינא הדיינים מחוייבין לשלם ומ"מ מקשה מכח נעילת דלת שלא ישלמו רק משום כ"ש שאתה נועל א"כ לענין חזרת הדין דמן הדין אין דינם דין כלל אפילו לא טעו רק משום נעילת דלת תקנו שידונו א"כ היה להם לתקן שאם יטעו יחזור הדין כדי שלא ישלמו ולא יהא נעילת דלת שלא ירצו להתמצע וגם לא שייך כ"ש שאתה נועל ובזה אין כאן תקנה מחדש רק בטעות נעמיד על דין תורה שאין דינם דין ולמה היה להם לתקן שיהא קם דינא אפילו בטעות וגרעו בזה שיש כאן נעילת דלת שלא ירצו להתמצע והוא תמוה מאוד ובע"כ צריך לומר דאף אם יחזור הדין איכא נעילת דלת דשמא לא יתברר טעותא והם לא דייקי כיון שלא ישלמו כדאמרינן התם על דרך זה כ"ש דנפישי יושבי קרנות א"כ פשיטא דגם להרי"ף לק"מ [ולקמן ס"ק זה יתבאר עוד בס"ד מה שיש עוד לדקדק על הרא"ש בזה]:

ה והנה הרב הנ"י הקשה דכיון דאינו חייב אלא בנו"ב היכי תקנו שישלמו הדיינים משום נעילת דלת דעדיין לא הועילו בתקנתן דלא ישאו ויתנו בידם ויפטרו. והנה התוס' שם הקשו ג"כ אהא שפירש"י טעו לא ישלמו שלא ירצו להתמצע בדין דהא אינו חייב רק בנו"ב וליכא נעילת דלת ותרצו דפריך למאן דמחייב בלא נו"ב ולפי זה לכאורה גם קושית הנ"י לא קשיא אבל באמת הא ליתא דהתוס' שפיר כתבו לתרץ דהם הקשו לס"ד בקושיא טעו לא ישלמו שלא ירצו להתמצע דלא ישאו ויתנו בידם ועל זה תרצו דאף בלי נו"ב חייבין ולכך פריך לא ישלמו שלא ירצו להתמצע בדין אבל לפי מה דמשני דהך נעילת דלת עדיף טפי דיראים דילמא טעו בי דינא ופטרי להו ומפסידנא אם כן מה בכך דלמאן דמחייב פריך מ"מ תקשי ליה למאן דפוטר בלא נו"ב דמאי הועילו בתקנתן שג' הדיוטות ידונו משום נעילת דלת דהא אם יטעו לא ישלמו שלא ישאו ויתנו בידם וכ"ש שאתה נועל דלת בפני לוים דמתיראין להפסיד ע"י ב"ד טועין שלא ישאו ויתנו בידם ויפטרו בפרט דהחשש הוא דטעו ופטרי ליה כמו שפרש"י ופטור אתה לאו כמו שנו"ב ויפטרו גם עיקר תירוץ התוס' לא הבנתי דהתם אליבא דר' אבהו קאמרי ושמעינן ליה בהגוזל בתרא דלא דאין דיני גרמי גבי ההוא עובדא דמטכסא דר' אבא דקאמר התם יתיב ר' אבהו וכו' סביר לחייבי' ממתניתין דדן את הדין אמר ר' אילעי אמר רב והוא שנו"ב אמרי ליה זיל לגבי ר"ל ור"א בן פדת דדייני דיני גרמי וכו' ע"ש משמע דר' אבהו לא דאין דיני דגרמי א"כ בלא נו"ב פטור ובאמת לא ידעתי מאי קשיא להו לתוס' הא פשיטא דאם לא ירצו לישא וליתן ביד דהיינו שיהא כח בידם לכוף לשלם דכפיה וודאי כמי שנו"ב כמו שכתב הש"ך ס"ק מ"ה א"כ פשיטא דאיכא נעילת דלת שאם יפסקו הדין שישלם לא ירצה והם לא יוכלו לכוף לשלם דילמא טעו ויתחייבו הם ולפי זה שפיר פריך אפי' למאן דפוטר בלא נו"ב ולפי זה פשיטא דקשה קושית הנ"י דמאי משני כ"ש שאתה נועל דהא השתא דמחייבת להו בנו"ב לא נמלטנו מנעילת דלת זה דירא דילמא טעו ופטרו ליה ויפטרו דבלא נו"ב עטירי ואם אתה פוטרם אף בנו"ב יש לו מעלה מצד אחד שיכלו לכוף לשלם כשייחייב לזה אבל אם אתה מחייבם בנו"ב נמצא נעילת דלת מכל צד שאם יחייבו לזה לא ירצו לכופו לשלם שלא יתחייבו ואם יפטרו לזה ג"כ לא ישלמו ואיכא נעיל' דלת טפי וזו קושיא עצומה לכאור' והנה לכאורה יש לתמוה בעיקר קושית הנ"י דה"מ דאיכא נעילת דלת אי קם דינא אבל בנו"ב דהדר דינא ליכא נעילת דלת כלל א"כ לכאורה לק"מ קושית הנ"י על פי מה שכתבו התוס' הנ"ל דהתם למאן דמחייב בלא נו"ב והיינו דמה שעשה עשוי וישלם מביתו א"כ שפיר הקשו טעו בלא ישלמו אבל למאן דפוטר בלא נו"ב וסבירא ליה דחוזר הדין ליכא נ"ד כלל לא דדייני

שירצו שפיר להתמצע בדין ולא דבעל דין כיון דהדין חוזר וכן נראה מדברי התוס' שם דמתחילה כתבו פירש"י משום דברשות קא נחתי ודחו פירושו דלשון כ"ש לא משמע כן ופירשו הם שלא ירצו להתמצע בדין אח"כ הקשו דהא לא מחייבי אלא בנו"ב וליכא נעילת דלת כלל והנה נראה בעליל דלפירש"י לא קשיא להו הך קושיא דכיון דהקושיא הוא דהוי להו כמומחין ומומחה פטור אפילו נו"ב א"כ שפיר מקשה אפי' נו"ב יפטרו אבל לפי' התוס' דמשום נעילת דלת פריך שלא ירצו להתמצע בדין א"כ לא קשיא להו אלא בלא נו"ב אבל בנו"ב לא ישאו ויתנו בידם ויפטרו וע"ז הוצרכו לתרץ דלמאן דמחייב בלא נו"ב פריך והנה לכאורה יש לתמוה דהא לפירש"י קשה טפי דמאי משני על זה כ"ש שאתה נועל דהא השתא דמחייבת להו בנו"ב ג"כ איכא נעילת דלת זה דהא פטור אתה לאו כמי שנו"ב כמבואר להדיא בסוגיא דסנהדרין וכמו שהקשה הנ"י באמת וצריך לומר דלפירש"י לא קשיא להו דבלא נו"ב ליכא נעילת דלת דכיון דלא נו"ב הדין חוזר משא"כ אי אפילו נו"ב דקם דינא פטרת להו איכא נעילת דלת משא"כ לפירוש התוס' שפיר הוצרכו לומר דלמאן דמחייב בלא נו"ב פריך ולפי זה גם קושית הנ"י לא קשיא כפירש"י או כפי' התוס' שם אבל באמת הא ליתא דהנ"י הכריח מן הסוגיא גופא וכמו שכתבתי לעיל ביישוב קושית הרא"ש על הרי"ף דאפילו אי הדר דינא איכא נעילת דלת דאל"כ מי הכריחם לתקן שיוכלו לדון ויהא דינם דין אף בטעות היה להם להעמיד על דין תורה בזה שיחזור הדין וליכא נעילת דלת כלל וע"כ דאף בהדר דינא איכא נעילת דלת דשמא לא יתברר טעותם וקושית הנ"י במקומה ודו"ק:

ו

וראיתי לרב רא"י ז"ל שכתב ליישב קושית הנ"י הנ"ל בתרתי חדא כמו שכתבתי מקודם דכיון דבלא נו"ב חוזר ליכא נעילת דלת והא ליתא כמו שכתבתי דהנ"י הכריח מהש"ס גופא דאף בהדר דינא איכא נעילת דלת גם מה שתירץ וז"ל ועוד אני אומר מנ"ל לומר דמדינא אי לאו חששא וכו' ועל היכן הוא דמשנינן וכו' מהיכי תיתי לחייבינהו וזה פשוט וברור שם בסוגיא עכ"ל ודבריו תמוהין ולא ירד לסוף דעת הנ"י דמ"מ קשה בנו"ב נמי ליפטרי דהא ליכא למימר כ"ש שאתה נועל ופירש"י דירא דילמא טעו וכו' דהא השתא נמי דמחייבת להו בנו"ב אין בזה תועלת כלל דעדיין ירא דילמא טעו דפטור אתה לאו כמי שנו"ב וכפי הנראה שזה הרב היה סובר דקושית הנ"י הוא דבלא נו"ב נמי יתחייבו כדי שלא תנעל דלת ועל זה תירץ מה שתירץ וליתא אלא כדפרישית אך באמת זהו לפירש"י שם א"כ שפיר הקשה הנ"י דאפילו בנו"ב יפטרו דהוי להו כמומחין אבל לפירוש התוס' שם דמשום נעילת דלת פריך ולדעתם אף אם לא ירצו לישא וליתן

ביד ליכא נעילת דלת דאל"כ לא הוי מקשי התוס' מידי ודו"ק] לכאורה לא קשה קושית הנ"י דאף בנו"ב יפטרו דמהיכי תיתי למיפטרינהו אבל באמת גם לפי' התוס' קשה דמ"מ מאי הועילו בתקנתן שידונו ג' הדיוטות משום נ"ד ואף דמדאורייתא מומחין בעינן דהא השתא איכא נעילת דלת טפי דמתיראין להפסיד ע"י ב"ד טועין דהם עלולין לטעות ולא ישאו ויתנו בידם ויפטרו והשתא פשיטא דליתא לדברי מהרח"י הנ"ל. ולפי זה צריך לומר דקושית הנ"י הוא מהך אלא מעתה דריש מכילתין והוא דקושיתו מתחלקת לשנים דלפירש"י ז"ל דהקושיא הוא משום דמומחין הם קשה בתרתי חדא בנו"ב נמי יפטרו ואי משום כ"ש שאתה נועל הא השתא דמחייבת להו לא הועילו בזה דלא ישאו ויתנו בידם כנ"ל ועוד קשה מאי הועילו בתקנתן דג' הדיוטות ידונו משום נ"ד דהא השתא איכא נ"ד טפי דמתיראין להפסיד ע"י ב"ד טועין ולפי' התוס' דמשום נ"ד פריך א"כ פשיטא דלמאן דפוטר בלא נו"ב לק"מ כמו שכתבו התוס' א"כ לא קשה קושיא ראשונה אלא הב' דמאי הועילו דג' הדיוטות ידונו למאן דפוטר בלא נו"ב ולפי זה בהך סוגיא דר' חנינא לא קשיא כלל דבין לפירש"י בין לפי' התוס' שם לק"מ דלפירש"י שם דהקושיא הוא שנפטור אותם משום שיכולין לומר אי היינו חוקרין ודורשין הוי רווחא למילתא ולא טעו א"כ פשיטא דלמאן דפוטר בלא נו"ב לא קשיא כמו התם לפי' התוס' דמ"מ לא היה לך לישא וליתן ביד וקושיא ב' נמי לא קשיא ההא התם פשיטא שמה שתקנו דלא לחקור ולדרוש הוא טובה למלוה דאם יבוא טעות ע"י זה הוא טוב יותר למלוה שבוודאי לא יבוא מזה טעות אלא שחייב לזה שלא כדין אבל לא שיפטר כדמוכח התם ולפי זו לפי התוס' שם דהקושיא הוא משום נ"ד צריך לומר דבהך סוגיא נמי הפי' הוא שלא ירצו להתמצע בדין לפי שיטעו כיון דליכא רווחא א"כ פשיטא דלק"מ קושית הנ"י כמו לפירש"י וכ"ש הוא ודו"ק אבל מהך דפירקא קמא הקשה הנ"י שפיר כנ"ל הארכתי בזה לפי שהרב רח"י ז"ל לא דק בזה כלל וקושית הנ"י הוא קושיא עצומה לכאורה:

ז

אמנם נראה לפע"ד ליישב קושית הנ"י בפשיטות ובזה יתיישבו קושיות הרבה לשיטת הרי"ף וכמו שאבאר והוא דלכאורה קשה לפירוש התוס' טעו לא ישלמו משום נעילת דלת ומשני כ"ש שאתה נועל וקשה מי מדד בשעלו איזה נעילת דלת גדול אי הך נעילת דלת שהדיין לא ירצה לדון שיחייב לשלם או הך נ"ד דחייש מלוה דילמא טעו בי דינא ופטרי להו עד שיאמר כ"ש שאתה נועל גם קשה באמת קושית התוס' דהא לא מחייבי אלא בנו"ב ומה שתרצו למאן דמחייבי בלא נו"ב פריך כבר שדיתי בה נרגא דר' אבהו לא דאין גרמי גם אכתי קשה קושית הנ"י הנ"ל. לכן נראה דהכי פירוש' דוודאי כל כמה

שאין כח ביד הדיינים לכוף ולהוציא ממון בע"כ עדיין איכא נ"ד שהרי משום זה תקנו שידונו ג' הדיוטות שלא ימצא מומחין לכופו לדין כמו שפירש"י שם ואם אין כח בידם להוציא ממון בכפיה לא הועילו בתקנתן כלל וכפי' וודאי כמי שנו"ב דמי ועל זה פריך אלא מעתה טעו לא ישלמו פי' אם טעו וכפהו שישלם ושילם על פיהם יפטרו דאל"כ לא ירצו לכוף לזה לשלם ועדיין איכא נ"ד ועל זה משני כ"ש שאתה נועל פי' דבשלמא אי מחייבת להו בנו"ב יוכל להלוות עכ"פ ע"י משכון והשתא במה נפשך אם יחייבו לזה לשלם הרי משכונו בידו ולא יצטרכו לישא וליתן ביד ואם יחייבו לזה להחזיר משכונו לא ירצה ליתן ואם בכפי' יתחייבו באמת לשל' כדאמרינן זיכה את החייב כגון שהיה לו בידו משכון ונטלו הימנו משא"כ אם אתה פוטר אפי' נו"ב אפילו ע"י משכון לא יוכל להלוות דילמא יטעו ויוציאו ממנו משכונו שלא כדין ויפטרו מלשלם ובלי משכון פשיטא שלא יוכל להלוות דירא דילמא יטעו ופטרי ליה ומפסידנא [ואין להקשות למה תקנו שידונו ג' הדיוטות הא יכול להלוות במשכון הא ליתא דמה יעשה במשכון כיון שאינו יוכל לבוא לידי גוביינא בלי ב"ד אבל עכשיו שיש ג' הדיוטות יוכל להלוות עכ"פ במשכון וליכא נ"ד משא"כ אי אתה פוטר בנו"ב לא יוכל להלוות כלל וכ"ש שאתה נועל] ולפי זה לק"מ מה שהקשה הנ"י וכן לק"מ מה שהקשו התוס' הנ"ל שם והשתא נמי לא קשיא מה שהקשה הש"ך אות ב' להרי"ף שכתב דאפילו לר"מ פטור משום אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם דהא התם קאמרינן כ"ש שאתה נועל ולא חיישינן שמא לא ירצו הדיוטות לדון וכך לי ג' בלא קבלה כמו יחיד וקבלי' ולפי הנ"ל לק"מ ואדרבא משם סייעתא להרי"ף דבלא נו"ב וודאי פטירי דאי ס"ד דבלא נו"ב פריך יפטרו דבאמת חייבין ואהא משני דמשום כ"ש שאתה נועל מחייב בלא נו"ב א"כ תקשי באמת למאן דפוטר בלא נו"ב [ור' אבהו גופא הכי סבירא לי' כמו שהוכחתי] מאי הועילו בתקנתן שידונו ג' הדיוטות משום נ"ד דהא כ"ש שאתה נועל דירא דילמא טעו ופטרי להו ומפסידנא ובע"כ דהא לאו קושיא הוא דמי מדד איזה נ"ד גדול אי הך דאי מחייבת להו לא ירצו לדון אי הך דחייש מלוה דילמא פטרי לי' ואדרבא אי פטרת להו בלא נו"ב ליכא נ"ד כ"כ דיכול ללוות ע"י משכון משא"כ אי מחייבת להו איכא נ"ד טפי שלא ירצו לדון כלל ומה יעשה במשכון שלא יבוא לגוביינא רק דקושיית הגמרא דאפילו בנו"ב יפטרו דכיון שאין כח ביד הדיינים לכוף להוציא ממון עדיין איכא נ"ד שלא ירצה הלוה לשלם והם לא יכפוהו לשלם דיראים דילמא הם טועין ויתחייבו דכפי' כמו שנו"ב וע"ז משני דאי פטרת להו בנו"ב כ"ש שאתה נועל שאפי' ע"י משכון לא יוכל ללוות משא"כ עכשיו יוכל ללוות ע"י משכון ואז לא ירא דילמא טעו ופטרי לי' ויוציאו ממנו משכונו

שלא כדין דאז יתחייבו באמת לשלם כנ"ל ובאמת בלא"ה דברי הש"ך תמוהין בזה שהוא הקשה על הרי"ף משם על פי מה שכתבו התוס' דלמאן דמחייב בלא נו"ב פריך ואהא משני כ"ש שאתה נועל ש"מ דלא חיישינן שלא ירצו להיות דיינים והוא תמוה דהא פשיטא דהרי"ף מודה דמאן דמחייב בלא נו"ב דהיינו הנך דמוקמי למתניתין בלא נו"ב פשיטא דלא סבירא להו הך סברא דמי שאינו מומחה לא יעשה דיין דהא אפילו בלא נו"ב מחייבי רק הוא נתן טעם לר"ח דפוטר בלא נו"ב היינו משום אין לך אדם וכו' וא"כ לפי מה שכתבו התוס' שם דלמאן דמחייב בלא נו"ב פריך התם א"כ פשיטא דהוא לא חיישׁ להך סברא ושפיר משני כ"ש שאתה נועל אך באמת זהו לפי שיטת הש"ך ותוס' שם אבל העיקר כפי מה שכתבתי מקודם דהתם למאן דפוטר בלא נו"ב פריך דאפילו בנו"ב יפטרו והשתא פשיטא דלק"מ. גם מה שכתב הש"ך הרי דג' הדיוטות דכשרים לכ"ע ואם טעו משלמין ולא חיישינן שידונו לעולם ליתא דבלא נו"ב וודאי פטירי רק בנו"ב חייבין כנ"ל גם מה שכתב ומהתם נמי מוכח דלית הלכתא כר"ח ליתא כדפרישית דהתם אליבא דר"ח דוקא הוא כנ"ל:

ח

עוד הקשה הרב הנ"י מהא דאמרינן פ"ק דסנהדרין האי מאן דבעי למידן דינא ואי טעי ליפטר לינקט רשותא מריש גלותא וקשה לא ישא ויתן ביד ויפטר ומכח זה רוצה לומר דפי' נו"ב היינו נגמר הדין על פיו פי' שכבר שילם על פיו. והוא תמוה דא"כ פי' לא נו"ב היינו שעדיין לא שילם והא ליתא דבכהאי גוונא אפילו למאן דסובר בלא נו"ב קם דינא בהא חוזר כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה הרמ"ה ואפילו אי נימא דסבירא ליה כדעת הטור בשם הרא"ש בזה מ"מ לפי זה זיכה את החייב אפילו בלי משכון קם דינא והא ליתא כמבואר בגמרא דאוקמ' במשכון וכן בבכורות אוקמ' במשכון דוקא וליכא למימר דכוונת הנ"י דוקא אם נגמר הדין ונעשה מעשה הוי כאילו הוא עצמו עשה אבל זיכה את החייב דלא נעשה מעשה לאו כלום עביד א"כ אכתי תקשי מאי הועילו חכמים בתקנתן דמתיראין להפסיד ע"י ב"ד טועין שיפטרו לזה שלא כדין ואפשר שלזה נתכוין הנ"י שכתב ודחקו הרבה ליישב הסוגיא אבל באמת לק"מ קושית הנ"י דהא התם הוי מומחה דלא יהבי רשותא למי שאינו מומחה ומומחה בקבלה בלי רשותא פטור וע"כ דהרשות הוא שיוכל לדון בכפי' א"כ אם אין כח בידו לכוף על התשלומין מי ישמע לו לשלם על פיו כיון דבכפיה דן אותו והוא אינו רוצה וע"כ שיכריחנו לשלם א"כ כפי' כמי שנו"ב ויתחייב לכך נותן לו עצה ליקח רשות ויפטר והשתא נמי לא קשיא מה שהקשה הרא"ש לשיטת הרי"ף דהא אמרינן האי מאן דבעי למי למידן דינא ואי טעי

ליפטר לינקט השותא אלמא דקם דינא ומהני רשותא לפטרו וצריך לומר דדייק דקם דינא דאי הדר דינא אין צורך לרשות לא ישא ויתן ביד כקושית הנ"י ולפי מה שכתבתי מקודם לק"מ הרי דהרי"ף בעצמו כשסדר הך בבא דמומחה ונקיט רשותא פטור וחוזר סייע לעצמו מהך מימרא הרי להדיא דסובר דהתם הדר דינא קאמ' ואי קשיא לא ישאו ויתן ביד לק"מ כנ"ל ואמת כי דברי הרא"ש בלא"ה צריכין ביאור ויתבאר לקמן בס"ד אבל יהי' איך שיהיה לק"מ לפי הנ"ל ועיין לקמן ס"ק זה ומה שהקשה הרא"ש דלהרי"ף בקבליה הדר דינא ובלא קבליה קם דינא ואיפכא מסתברא אין כאן קושיא כלל דכי החזרה תלוי בקבלה הרי בנקיט רשותא בלא קבלה חוזר ובאינו מומחה אפילו בקבלה קם דינא בנו"ב רק הכל תלוי בפסידא דבעל דין דאי הדיין פטור הדר דינא ואי חייב קם דינא הרי דלשיטת בעה"מ והרא"ש ג"כ במומחה וקבליה ויש גדול חוזר ובלי קבלה קם דינא ומבואר להדיא בבעה"מ הטעם משום פסידא דבעל דין והיינו כהרי"ף. ומה שהקשה הרא"ש דהא קתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ואירישא קאי דקתני מה שעשה עשוי לאו מילתא היא דהא הך מתניתין דבכורות לא מיירי כלל מעניני חזרת הדין רק בחייוב ופיטור תשלומין רק ברישא הוצרך לומר מה שעשה עשוי דזה גורם החייוב דאי הדר דינא אף דליתא דתיהדר לא היה משלם דאילו הואי הוי הדר לכך קתני מה שעשה עשוי לכך משלם אבל בסיפא דנקט הפטור אין צורך לומר דחוזר הדין דאפילו אי היה מה שעשה עשוי היה פטור רק דחוזר מכח הפטור וזה אינו ענין להך משנה דלא מיירי כלל מחזרת הדין ועוד דברישא גופא תרתי קתני חדא היכי דאיתא דתיהדר וחדא כגון שאי אפשר לחזור כגון טיהר את הטמא שעירבן בפירותיו כמו שכתבו התוס' הילכך פסיק ותני פטור מלשלם וממילא היכי דאיתא דתיהדר חוזר מכח הפטור ואי ליתא דתיהדר מ"מ פטור וזה ברור. וכפי הנראה שהרא"ש הכריח קושיא זו מדקא מקשה עליה דרב יוסף מהך סיפא אבל הרי"ף מהפך הגירסא לעיל וכבר בארנו לעיל שגירס' הרי"ף ז"ל נכונה וגירסת הרא"ש ובעה"מ ועיטור צל"ע ע"ש. גם מה שהקשה הרא"ש דלמה ליה לר"ח לחלק בין נו"ב או לא לישני מתניתין דבכורות באינו מומחה דחייב לשלם לכך קם דינא דליכא פסידא לבעל דין ומתניתין דסנהדרין במומחה וקבליה או נקיט רשותא דפטור מלשלם לכך חוזר ע"כ. ואני בעניי לא ידעתי מה זו קושיא הא כיון דסבירא ליה לר"ח דע"כ לא דן ר"מ גרמי אלא בנזיקין אבל גבי דיינא לא א"כ בלא נו"ב וודאי חוזר כמו מומחה וקבליה א"כ מתניתין דסנהדרין לא ימלט רק בנו"ב והשתא מעיקרא בקושיא ס"ד דתרתי מתניתין בלא נו"ב ואהא קשיא לן מחזירין למה שעשה עשוי והשתא כיון דבהכרח הוצרך ר"ח לאוקמא מתניתין דבכורות

בנו"ב ממילא שוב לק"מ ומתניתין דסנהדרין מתוקמא כדקס"ד מקודם ובין מומחה בין אינו מומחה חוזר משום פסידא דבעל דין ולמה לו לאוקמא ג"כ בנו"ב ובמומחה דוקא במה דאתי שפיר כדקס"ד מעיקרא ואין צורך לחדש בה כלום וזה ברור. אך הא קשיא לכאורה להרי"ף דהא בגמרא פריך לר"ח זיכה את החייב היכי משכחת לה ומשני פטור אתה כמי שנו"ב וסלקא בקושיא עד דאתי רבינא ופריך במשכון ונטלו ולשיטת הרי"ף קשה מאי קושיא לוקמא במומחה וקבליה דחוזר אפילו אי פטור אתה נמי שו"ב משום פסידא דבעל דין ואפשר שגם הרא"ש נתכוון לקושיא זו אלא שקיצר במובן אבל גם הא לא קשיא דוודאי מה דקתני מחזירין לזכות ליכא לאוקמא בנו"ב כלל דבשלמא מתניתין דבכורות דקתני זיכה את החייב חייב את הזכאי שפיר יש לפרש שנו"ב שהרי אומר על לשעבר שמי שהיה זכאי קודם חייבהו לשלם ונו"ב משא"כ במתניתין דקתני מחזירין לזכות על להבא א"כ האיך אפשר לפרש שנו"ב דהא אם הם באים מתחילה לדין ואתה מחייבו לשלם כדין בלי טעות פשיטא שאתה קורא זה לחובה וכ"ש זה שנטל על פי פסק הדיין וזכה בדין שפסק כחד ושורת הדין קם דינא רק משום פסידא דבעל דין אתה מחזירו פשיטא דלחובה הוא ולא לזכות שכבר זכה זה על פי הדיין ועל פי דין תורה והשתא כיון דהא דקתני מחזירין לזכות מיירי בלא נו"ב א"כ ממילא אפילו אינו מומחה חוזר א"כ הא דקתני מחזירין לחובה נמי אפילו אינו מומחה חזור ושפיר קשה הא פטור אתה כמי שנו"ב ולא הדר דינא והוצרך רבינא לאוקמא במשכון ונטל ולפי זה ממילא ג"כ לא קשה מה שהקשה מהרא"י הנ"ל דלוקמא תרווייהו בנו"ב ומתניתין דסנהדרין דלית ליה לדיין לישלומי וחוזר משום פסידא דבעל דין ולפי הנ"ל לק"מ. ובאמת בלא"ה קושיא זו של מהרא"י לאו קושיא הוא כלל דלא מיקרי פסידא אלא אם הדיין פטור אבל לא זה שחייב לשלם רק שאין לו עכשיו ואפשר שיהא לו אח"כ זה לא מיקרי פסידא [גם מדברי הרמב"ם והפוסקים שכתבו דליתא דתיהדר היינו שהלך זה שנטל הממון למדינות הים או שהורה בכשרה שהיא טריפה ולא כתבו בפשיטות שאין לזה לשלם אלא וודאי דבכהאי גוונא עדיין לא הוי הפסד שאפשר שיהא לו אח"כ וה"ה הכא בדיין] ועוד דלמה לו לדחוק במציאות רחוק כזה שאין לו לשלם והוא לפנינו מה שלא נזכר במשנה כלל ולא בלא נו"ב כדקס"ד מעיקרא וזהו מורה לשון המשנה כנ"ל:

ט

ומה שהקשה הש"ך אות ב' להרי"ף שכתב דכי אית ליה לר"מ גרמי בדיני נזיקין אבל גבי דיינא לית ליה האי סברא דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם דהא בפרק עד כמה בעי לאוקמא כר"מ ובלא נו"ב ש"מ דאפילו בדיינא איכא גרמי והנה

הרב מהרא"י תמה עליו האיך נעלם ממנו דברי הרמב"ן שכתב להדיא דוודאי לס"ד בעי לאוקמא כר"מ דאל"כ מתניתין אמאן תרמי אבל לפי האמת דמסיק בנו"ב לר"מ נמי בהכי מתוקמא ואמת שהרב הש"ך הביא בעצמו דברי הרמב"ן הללו באות א' אבל באמת קושית הש"ך ז"ל לכאורה קושיא הוא ולא יועיל תירוץ הרמב"ן והרב רח"י ז"ל לא ירד לסוף דעתו כמו שאבאר והוא דוודאי מה שהקשו על הרי"ף בעיקר מה שפסק כר"ח דבלא נו"ב הדר דינא אפילו לר"מ מהאי דפרק עד כמה דס"ד לר"מ בלא נו"ב קם דינא שפיר כתב הרמב"ן ז"ל ליישב דהתם לס"ד קאמרינן הכי אך על מה שפסק הרי"ף דבדיינא ליכא גרמי אפי' לר"מ וסבירא לי' דהא דפריך הכא לר"ש מהאי טעמא הוא ואין חילוק בין דבר משנה לשק"ה כלל ועל זה הקשה הש"ך דהא בפרק עד כמה ס"ד לאוקמא כר"מ ואפילו בדיינא איכא גרמי דאל"כ מתניתין אמאן תרמי א"כ הכא נמי מאי מקשה לר"ש נימא דלר"מ באמת משום הך קושיא דאפילו בדיינא איכא גרמי כדקס"ד בבכורות משום דקשיא מתניתין ומ"ש התם דמפשט פשיטא ליה דלר"מ ניחא וכאן מקשה אפילו לר"מ ופשיטא ליה דלר"מ בדיינא ליכא גרמי עד דמקשה לר"ש מפרה של של בית מנחם הרי דסבירא ליה להרי"ף דלר"מ בלא נו"ב הדר דינא למסקנא דבכורות ולר"ש אינו כן אלא כדקס"ד בבכורות א"כ בהא נמי ס"ל כדקס"ד בבכורות דאף בדיינא איכא גרמי דליכא למימר דסבירא ליה כיון דמה שעשה עשוי הוי מזיק ולא גורם ואף דיין חייב הא ליתא דא"כ מאי פריך בבכורות לימא תנן סתמא כר"מ שאני הכא דקם דינא הוי מזיק וע"כ כמו שכתבו התוס' והרא"ש דלמ"ד דהוי מזיק מ"מ חייב את הזכאי לכ"ע גורם הוא במה ששילם אח"כ ומשום חייב את הזכאי פריך א"כ לר"ש תקשי נמי חייב את הזכאי וע"כ דמוקי לה כר"מ ואף בדיינא איכא גרמי א"כ מאי מקשה עליה מפרה של בית מנחם וליכא למימר דהא דפריך לר"ש היינו משום דאילו הואי הוי הדר הא וודאי ליתא דא"כ לא הוי מקשה על הגאון מטועה בדבר משנה שאני דבר משנה דאילו הואי הוי הדר וע"כ דלא סבירא ליה להרי"ף חילוק זה ובאמת הקשה הש"ך זה על הרי"ף אח"כ דהא בגמרא מחלק בהדיא: י אבל באמת כל זה לפי הבנת הש"ך בדברי הרי"ף אבל לפי מה שנתבאר לעיל ס"ק ג' באריכות פשיטא דלק"מ דוודאי מודה הרי"ף דהא דפריך לר"ש לאו משום בדיינא ליכא גרמי שהרי הרי"ף נתן טעם דאין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין ובאו"ה פשיטא דלא שייך האי טעמא כמו שבארנו לעיל כדמוכח בהוריות כי רבים חללים הפילה זה תלמיד שלא הגיע להוראה ומורה והגיע להוראה גמיר וסביר הוא כמו שכתב בעה"מ א"כ הלואי שלא יעשה דיין לעולם והוצרך ר"ע לפטרו לפי שהוא מומחה אלא ברור דדעת הרי"ף כדעת הפוסקים דהיכי דאילו הואי הוי

הדר אפילו לר"מ פטור דלאו כלום עביד כמו שכתב הברטנור' והרמב"ם ושאר פוסקים. וביאור דברי הרי"ף הוא כך דהגאון כתב דאם אין הדבר מצוי שיחזור חייב לשלם בלא נו"ב מוכח מדבריו שאילו היה במציאות לחזור חוזר בלא נו"ב ועל זה הקשה הרי"ף בתרתי דכי אית ליה לר"מ גרמי בניזקין אבל גבי דיינא לא דלמסקנא דבכורות דאוקמא בנו"ב דוקא הכי סבירא ליה ועוד אי משום דיני, דגרמי קא מחייבת ליה דהא חשיב גרמי אפילו אי אילו הואי הוי הדר א"כ טועה בדבר משנה נמי וע"כ כיון דאילו הואי הוי הדר לאו כלום עביד א"כ ה"ה טועה בשק"ה כיון דמודה הגאון דחוזר כי ליתא דתיהדר אמאי ישלם מביתו וזה ברור וקושיא זו הקשו הפוסקים על הרמב"ם ולקמן יתבאר עוד בס"ד דברי הגאון] והשתא נמי לא קשיא מה שהקשה הש"ך על הרי"ף דהאיך לא ראה הגמרא דמחלק בהדיא בין טעה לשק"ה לדבר משנה ואזיל לשיטתו דהרי"ף לא מחלק אבל לפי הנ"ל לק"מ דאדרבא הרי"ף מחלק רק ה"מ אי בשק"ה קם דינא לר"ש אבל הגאון דפסק הדר דינא הוי ממש כטועה בדבר משנה ואי ליתא דתיהדר אמאי ישלם מביתו ומה שכתב בסוף אות ב' וכדי דלא נשווי' ליה להרי"ף טועה גדול וכו' דבריו מעורבבין ונראה דכוונתו מדמקשה על הגאון ש"מ דאליבא דר"מ פריך דלא כהתוס' והרא"ש דאל"כ לא הוו מקשה לר"ש דדילמא ר"ט כר"מ סבירא ליה רק בהא סבירא ליה כדברי התוס' והרא"ש דאילו הואי הוי הדר חייב כמו מראה דינר לשולחני ולזה צריך לומר דמקשה לר"ש משום דבדיינא ליכא גרמי לזה מקשה על הגאון דסבירא ליה דאף בדיינא איכא גרמי א"כ מאי מקשה לר"ש הא אילו הואי הוי הדר חייב ובספר נ"מ כתב לפרש בע"א והוא תמוה כמו שהקשה הוא בעצמו ואין להאריך בזה כי העיקר בכוונת הרי"ף כמו שכתבתי מקודם ולק"מ ועיין לעיל ס"ק ג' שם מבואר באריכות דברי הרי"ף בזה ועיין תומים סוף ס"ק ה' שכתב שמצא עזר להרי"ף מהא דפרק עשרה יוחסין נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי ופריך וניהדר ונידייני' ומשני בשודא דדייני וקשה אמאי לא קאמר כשטעה בשק"ה דעכשיו קם דינא אבל אם יחזור וידון יהא הדין בהיפוך וע"כ כהרי"ף והשתא במה נפשך אי הדיין משלם מאי איכפת ליה לבעל דין ואי אינו משלם הדר דינא משום פסידא דבעל דין ואין זה נכון דא"כ תקשי להרי"ף ג"כ הא כתב הרי"ף דבהך טעות כעובדא דר"י בר יוסי ור"ח דינא הוא מה שעשה עשוי ופטור מלשלם א"כ לוקמא בכהאי גוונא וע"כ דהתם כיון שעדיין לא הוציא דאי הוציא האיך יאמר אני זכיתי דמי ציוך לשלם) לכ"ע חוזר כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה) כל זה טרחנו להעמיד דברי הרי"ף ז"ל ולהצילו מכל קושיות האחרונים ז"ל וכל זה נכון אמנם הא קשיא לי לשיטת הרי"ף דאי ס"ד דטעמא דר"ת משום הפסד ממונו של בעל דין דהא בגמרא פריך

אהא דאמרינן פטור אתה כמי שנו"ב ממתניתין דקתני מחזירין לזכות ולחובה וקשה לחובה היכי משכחת לה הא פטור אתה כמי שנו"ב ומשני לזכות שהוא חובה ומקשה דכוותיה גבי נפשות חובה דמאן הא לא קשיא חובתי' דגואל הדם משום חובתיה דגואל הדם קטלינן ליה להאי ועוד מאי בין בין. קשיא ע"כ סוגית הגמרא ויש לתמוה האיך ס"ד דאין מחזירין לחובה בדיני נפשות משום חובתיה דגואל הדם דהא אפילו אי דיני נפשות דמי ממש לדיני ממונות מ"מ הא בלא נו"ב בדיני ממונות חוזר הדין אף שהוא חובה לשכנגדו ולמה יגרע דיני נפשות, שלא יחזור הא פשיטא דאיכא פסידא לבעל דין ולא נו"ב ולמה לא יחזור ועוד דהא במומחה ונקיט רשותא חוזר להרי"ף אפילו בנו"ב ודיני נפשות פשיטא דנקיט רשותא ואפילו נו"ב חוזר והאיך יעלה על הדעת שיהא דיני נפשות קשה יותר לחזור בטעות מדיני ממונות ואדרבא כולה מתניתין להקל בנפשות ולא להחמיר והוא תמוה מאוד [אבל לפי מה שפירש הרמב"ן דנו"ב אלים דיבוריה כיון שעשה מעשה ולפי זה יש לומר דס"ד דדיני נפשות הוי כמו שנו"ב כיון שנשתנה מכח פסק זה לכל הדינים המוזכרין בערכין ונעשה גברא קטילא אבל להרי"ף קשה) אבל לשיטת הרמב"ם בסמוך אתי שפיר כמו שאבאר: יא

והנה הרמב"ם ז"ל פסק בטועה בדבר משנה וליתא דתיהדר פטור ובטועה בשק"ה בנו"ב קם דינא וישלם מביתו ובלא נו"ב חוזר הדין ואי ליתא דתיהדר ישלם מביתו ותמהו עליו כל האחרונים כיון דבלא נו"ב חוזר מ"ש מטועה בדבר משנה דאי ליתא דתיהדר פטור דאילו הואי הוי הדר לאו כלום עביד והש"ך ס"ק ו' כתב ליישב דשאני שיקול הדעת דקם דינא ואינו חוזר אלא א"כ יחזיר הדיין את הדין משא"כ בטועה בדבר משנה דמעצמו הוא חוזר והרב רא"י ז"ל כתב עליו וז"ל ואני תמה אם על הדיין הוא מדבר שיחזיר את הדין יחזיר ביו"ד מבעי' ליה שהוא פועל יוצא מבנין הפעיל ולא יחזור בוא"ו שאינו אלא פועל עומד ואינו נופל אלא על הדין עצמו ולא על הדיין ואינו חילוק בין חוזר ליחזור בדקדוק אלא שמילת חוזר נופלת על ההוה ומילת יחזור נופלת על העתיד ושניהם אינן מתפרשות אלא על הדין ולא על הדיין וקל עכ"ל. ואני אומר אי משום הא לא איריא שמעולם לא עלה על דעת הש"ך לומר שמילת יחזור יתפרש שהדיין יחזיר הדין אלא דכוונתו דמכלל מה שכתב הרמב"ם גבי דבר משנה לשון חוזר שהוא לשון הוה ובשק"ה לשון יחזור שהיא לשון עתיד אתה למד דכוונתו דבדבר משנה הוא חוזר מאליו משא"כ בשק"ה עתיד הוא לחזור והיינו כשיחזירנו הדיין וזה ברור אך עיקר סברת הש"ך הוא מחוסר הבנה דמה נפקא מינה אם הוא חוזר מאליו או ע"י הדיין בין כך ובין כך לאו כלום עביד שהרי היה בידו לחזור גם אם זה היה כוונת הרמב"ם מאי איכפת ליה אם היה

כותב יחזיר ביו"ד שזה היה מורה בביאור על הדיין דוקא ולא יחזור בוא"ו שנלמוד מניה בהוכחה לפי שהוא לשון עתיד שהדיין יחזירנו ונראה שזאת היה ג"כ כוונת מהרא"י:

יב

לכן נראה לפע"ד ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל בדרך אחר נכון וברור והוא הכרית דינו מן הש"ס מדקאמר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה וקשה הא לר"מ אפילו בטעות בשק"ה חוזר ואילו הואי הוי הדר וליכא למימר כמו שכתב הראב"ד ז"ל פ"ק דע"ז דשאני או"ה דשוי' חתיכה דאיסורא כמו שהקשה הר"ן שם דהא הכא משני טימא את הטהור דאגע בהו שרץ [ועוד אכתוב לקמן בס"ד קושיא לדעת הראב"ד ז"ל] לכן סבירא ליה לרמב"ם דוודאי יש להבין מ"ט דר"ח דבלא נו"ב חוזר בשלמא לענין תשלומין יש לחלק משא"כ לענין חזרת הדין ומה שנתן הרי"ף טעם משום פסידא דבעל דין לא סבירא ליה כיון דשורת הדין קם דינא וכשנגדו זכה בממונו בדין תורה האיך שייך לומר פסידא דבעל דין שכך דין תורה פטור או חייב ואין זה הפסד וכן מבואר להדיא מדברי הרמב"ם דלא סבירא ליה טעמא דפסידא דבעל דין דלא כהסמ"ע שהרי פסק בלא נו"ב אי ליתא דתיהדר ישלם מביתו א"כ ק"ו הוא ומה עכשיו דהדר דינא מ"מ אי ליתא דתיהדר ישלם מביתו כ"ש אם יהא הדין קם דינא פשיטא דמשלם מביתו א"כ בלא נו"ב אמאי יחזור הא ליכא פסידא דבעל דין דאי קם דינא יתחייב הדיין לשלם וזה ברור ועוד דהא אף באו"ה פסק דאי לא נו"ב יחזור ובהא ליכא פסידא דבעל דין כלל דאי קם דינא יתחייב הדיין לשלם דלא שייך טעמא דאין לך אדם שאינו מומחה כמו שבארנו לעיל באריכות ואף שפסק במומחה וקבליה חוזר הדין ופטור מלשלם הא ליתא שהרי כתב כלשון הזה הואיל והוא מומחה חוזר הדין ואם אפשר להחזיר פטור מלשלם והשתא אם איתא דטעמו משום פסידא דבעל דין האיך הזכיר דין החזרה קודם שהזכיר דין פטור הדיין ותלה החזרה במומחה והפטור אח"כ והכי הוי לי' למימר הואיל והוא מומחה ופטור מלשלם חוזר הדין והסמ"ע ס"ק י"ג נראה שהרגיש בזה ודחק לפרש דאפטור קאי ובאמת הא ליתא כמו שבארנו דהרמב"ם לא סבירא ליה טעמא דפסידא דבעל דין וברור דכך כוונתו הואיל והוא מומחה והפקר ב"ד הפקר כיון שהוא ב"ד גמור לכך חוזר עיין בסמ"ק והגהת מיימוני מבואר שכוון לזה) אבל טעמא דפסידא דבעל דין לא סבירא ליה לכן סבירא ליה בטעמא דר"ח דוודאי שורת הדין דכל שטעה בדברים של שיקול הדעת אפילו לא נו"ב קם דינא דהא לא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר הרי שאין ענין זה בגדר הכרעה להכריע כחד רק שסוגיא דעלמא כחד הילכך כל שפסק הדיין ולא ידע מסוגיא דעלמא דינו דין אלא שיתר על שורת הדין תקנו חכמים שיחזור הדין כי היכי

שלא יפסיד הדיין דהוא מפסיד ומאבד מעותיו בחנם חששו לפסידא דידיה כיון שאינו אלא גורם להזיק הילכך תקנו שיחזור הדין רק ה"מ דתקנו שיחזור וחששו לפסידא דידיה היכי דאיתא דתיהדר אבל היכי דליתא דתיהדר שמתוך כך שאתה מפקיעו משורת הדין בא פסידא לבעל דין לא תקנו שיחזור וחזר הדבר לשורת הדין דקם דינא וישלם מביתו ואף דהרמב"ם לא סבירא ליה פסידא דבעל דין היינו משום פסידא דבעל דין לא נפקיע משורת הדין כיון שזכה שכנגדו בדין אבל להיפך להפקיע מן שורת הדין במקום דאיכא פסידא דבעל דין זה לא אמרינן וחזר הדבר לשורת הדין והשתא נימא דבטועה בדבר משנה שהדין חוזר לפי שאין דין זה ראוי להתקיים כלל שפיר קאמרינן דאין לחייבו בשביל דליתא דתיהדר דלאו כלום עביד אבל בשיקול הדעת אין החייוב בשביל דליתא דתיהדר שנאמר אילו הואי הוי הדר אלא דאנן הכי קאמרינן כל כמה דליתא דתיהדר לא אמרו שיחזור וחזר הדין לשורת הדין דקם דינא וישלם מביתו וזה שדיקדק הרמב"ם וכתב בדבר משנה לשון חוזר והטעם שהוא חוזר מעצמו מצד שאין כאן פסק כלל אבל בשק"ה הוא אינו חוזר רק חכמים תקנו שיחזור וה"מ היכי דאיתא דתיהדר אבל אי ליתא דתיהדר לא תקנו כלל שיחזור וישלם מביתו וזה ברור. והשתא ניחא דלר"מ נמי חדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה חוזר ואילו הואי הוי הדר ועוד אי אפילו בשק"ה טעה דאז אינו חוזר מעצמו רק חכמים תקנו שיחזור והיכי דליתא דתיהדר לא תקנו מ"מ פטור אתה שמומחה לרבים אתה והשתא נמי ניחא הא דקס"ד בדיני נפשות דקם דינא דוודאי לא חששו לפסידא דבעל דין במקום ששורת הדין שיחזור רק משום פסידא דדיין א"כ גבי נפשות דליכא פסידא דדיין לא אמרינן משום פסידא דבעל דין נפקיע משורת הדין דקם דינא ועל זה פריך משום חובתיה דגואל הדם קטלינן ליה להאי בתמיה ומה שפסק במומחה וקבליה או נקיט רשותא חוזר לאו משום פסידא אלא משום הפקר ב"ד הפקר כנ"ל ונראה שזאת היתה כוונת הע"ש שלא העתיק בסעיף זה דעת הרא"ש דחולק כמו בסעיף שאחר זה. ועיין תומים שכתב דלא תליא זה בזה ואף דלקמן הכריע כהיש חולקין כאן נראה לו לפסוק כרי"ף ורמב"ם משום פסידא דבעל דין ובאמת מבואר הדבר שיותר יש לקיים דברי הרי"ף כר"ח מהך סברא דפסידא דבעל דין כמבואר ברמב"ן וכל הפוסקים ולפי הנ"ל נימא דכאן נראה לו לפסוק כרמב"ם משום דהפקר ב"ד הפקר ונראה שזאת היתה ג"כ כוונת הרב לקמן שכתב דבזמן הזה שמכריחין הדיינים לדון על פי החרם לא ישלמו אם טעו דמה היה להם לעשות ומ"מ יש להם לחזור אם טעו וקשה הא הוא הביא דעת היש החולקין לקמן דבלא נו"ב קם דינא דלא כהרי"ף א"כ ממילא לא קיימא לן הך סברא דפסידא דבעל דין ולמה יש להם לחזור ולפי הנ"ל ניחא דמ"מ

בהא סובר כרמב"ם דמשום הפקר ב"ד חוזר הדין והתם נמי כיון שמינום הקהל לדון הוי כב"ד גמור ויש להם לחזור כמו מומחה וקבליה או נקיט רשותא:

יג

ולפי מה שכתבתי מיושבין היטב דברי הגאון שהביא הרי"ף שכתב דהא דאוקמא בבכורות בנו"ב לידחוי' מר"מ אבל אנן דקיימא לן כר"מ אינו מומחה שטעה בשק"ה אם אין הדבר מצוי שיחזור לחבירו ונתברר כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד חייב לשלם ע"כ ומכלל דבריו אתה למד דאי איתא דתיהדר חוזר. וקשה הא כמו שהוכיח מהך סוגיא דבכורות דבלא נו"ב ישלם מביתו דבס"ד דאתיא כר"מ מוקמינן בלא נו"ב א"כ כמובן מוכח דבלא נו"ב קם דינא דהא בס"ד דאתיא כר"מ מוקמינן בלא נו"ב וקתני מה שעשה עשוי והוא תמוה מאוד ותמהני שלא ראיתי מי שנתעורר על הגאון בזה וצריך לומר דכך כוונת הגאון והוא דהרמב"ן כתב ליישב מה שהקשו על הרי"ף מסוגיא דבכורות בתרתי חדא דר"ח ור"א א"ר לא מישך שייכי להדדי דמר מתרץ מה שעשה עשוי ומר מתרץ וישלם מביאו ושם דקשיא ליה וישלם מביאו לרבנן דוקא מתרץ ר"א א"ר בשנו"ב וכאן דקשיא לי' מה שעשה עשוי אפילו לר"מ מתרץ ר"ח בנו"ב עוד תירץ דהתם לס"ד אמרינן כן אבל למסקנא אפילו לר"מ בנו"ב מתוקמא ע"כ ובזה סבירא ליה לגאון כתירוץ ראשון של הרמב"ן והשתא לא מוכח מהתם דבלא נו"ב קם דינא דהתם בהא לא איירי אלא ליפרוקי וישלם מביתו כמו שכתב הרמב"ן אבל הא וודאי פשיטא דמוכח דאפילו בלא נו"ב משלם מביתו דהא התם בהא איירי ולר"מ אתיא ליה שפיר ש"מ לר"מ בדיינא איכא גרמי [ובאמת דברי הרמב"ן תמוהין בתירוץ זה כמו שהארכתי לעיל ס"ק ג' אות י"ב בזה] לכך פסק הגאון בלא נו"ב חוזר הדין ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו וכן היה ג"כ כוונת הרמב"ם כתירוץ ראשון של הרמב"ן לכך בלא נו"ב הדר דינא ואי ליתא דתיהדר ישלם מביתו ודברי הגאון עולין כאחד עם דברי הרמב"ם והשתא לא קשיא מה שהקשה הרי"ף על הגאון טועה בדבר משנה נמי כמו לדברי הרמב"ם דשאני דבר משנה משק"ה דמעצמו הוא חוזר משא"כ שק"ה שורת הדין קם דינא רק תקנה תקנו שיחזור והיכי דליתא דתיהדר לא תקנו וחזר הדין קם דינא וישלם מביתו כן נראה לי ברור בדעת הגאון ובזה מדוקדק לשון הגאון ונתברר כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד והיינו דבטועה בד"מ לאו איהו גרם שאילו היה כאן היה חוזר מעצמו משא"כ שק"ה דחכמים תקנו שיחזור ואם אין הדבר מצוי שיחזור לא אמרו שיחזור וחזר הדבר דקם דינא א"כ איגלאי מילתא למפרע דהוא גרם לממונו של זה שיאבד שהרי קם דינא וישלם מביתו ונראה

עוד מדברי הגאון דאפילו יכול להחזיר בקושי אלא שאינו מצוי לחזור לא אמרו שיחזור רק הדיין משלם ודו"ק]:

יד

ועיין תומים ס"ק ה' שהאריך ליישב הע"ש ותורף דבריו דקשה על הרא"ש דחלה הך דאין הלכה כר"ח לפי שלא נראה לו הך סברא דפסידא דבעל דין והוא תמוה דהאיך תלוי בזה ועל זה כתב דוודאי מסוגיא דבכורות למאי דס"ד דאתיא כר"מ ואפי' בלא נו"ב מוכח דאין הלכה כר"ח ולהנצל מזה כתב הרי"ף סברתו הילכך לס"ד דלר"מ אפילו בלא נו"ב משלם ליכא למימר סברת ר"ח אבל למסקנא דשני רב בנו"ב ואפילו לר"מ כן כמו שכתב הרמב"ן א"כ שפיר יש לומר כסברת ר"ח והרא"ש שדחה סברא זו של הרי"ף הכריע דלא כר"ח מסוגיא דבכורות עכ"ד וכאשר אבאר לך דברים אלו על נכון תראה שאין ממש בכל דבריו והוא דהרי"ף פסק כר"ח בלא נו"ב הדר דינא ולא עוד אלא בלא נו"ב אינו חייב מדיני דגרמי דבדיינא לא דיינין גרמי אפילו לר"מ ועל זה הקשו על הרי"ף מהך סוגיא דבכורות בתרתי חדא דמוכח מהתם לר"מ בלא נו"ב קם דינא וגם מוכח דאפי' בדיינא איכא גרמי בלא נו"ב ועל זה תירץ הרמב"ן בס"ד הוכרח לומר כן דאל"כ מתניתין אמאן תרמי אבל למסקנא דמוקי לה בנו"ב אפילו לר"מ הוא והשתא ממילא מבואר שאין דבריו נכונים כלל דהא כמו שיש לקיים דברי הרי"ף אם נאמר הך סברא דפסידא דבעל דין ואף דמהתם בס"ד מוכח דאף בדיינא איכא גרמי משום דזהו לס"ד אבל למסקנא לא א"כ כמו כן נאמר בלי הך סברא דפסידא דבעל דין דלס"ד סבירא ליה בלא נו"ב קם דינא דאל"כ מתניתין אמאן תרתי וכמו שכתב הרמב"ן אבל לפי האמת דמסיק בנו"ב בלא נו"ב הדר דינא כר"ח דהכא ולא ידעתי מאי נפקא ליה מינה בהך קושיא דבדיינא ליכא גרמי או באידך קושיא לענין חזרה כמו שנאמר בזה כן נאמר בזה ומהאי טעמא אף דהרמב"ן לא סבירא ליה בעצמו פסידא דבעל דין מ"מ פוסק כר"ח והיינו כמו שכתבתי וזה ברור:

טו

אבל באמת לא אדע היכן נזכר בדברי הרא"ש שתלה זה בזה דאי משום שכתב ומתוך זה הוצרך רב אלפס לומר אין כאן הוכתה כלל דהא מתחילה כתב בשם הרי"ף וז"ל והא דמחזירין אפי' בזיכה את החייב והוא מוחזק היינו משום שהדיין פטור דלא נו"ב לכך חוזר משום פסידא דבעל דין ועל זה כתב שמתוך זה הוצרך רב אלפס לומר דכל היכי דפטור מלשלם הדר דינא ואפילו נו"ב כגון מומחה וקבליה עליה ועל זה מקשה דהא קתני סיפא מומחה וקבליה פטור וארישא קאי דמה שעשה עשוי ועוד וכו' ולא מוכח מידי וזה ברור בכוונת הרא"ש איברא ממה שכתב הרא"ש אח"כ הילכך [נראה

כדמפרשי' דאין הלכה כר"ח משמע שזה תלוי בזה שהרי לכאורה לא הקשה מקודם רק על הך סברא דפסידא דבעל דין. אבל באחת המעיין ברא"ש יראה שדבריו נכונים והוא דהקשה שם מהא דאמרינן פ"ק אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת ואם איתא דכל היכי דפטור מלשלם הדר דינא מאי נעילת דלת יש כאן ע"כ דבריו והנה לכאורה יש לתמוה יהיה הטעם איך שיהיה מ"מ הא שמעינן ליה לרב חסדא בלא נו"ב הדר דינא א"כ קשה מאי נעילת דלת איכא דירא דילמא פטריה ליה ומפסידנא כמו שפירש"י שם מ"ח הא פטור אתה לאו כמי שנו"ב דמי והדין חוזר וליכא נעילת דלת ואף בלי סברת הרי"ף קשה. ובע"כ צריך לומר דכך כוונתו דהא וודאי פשיטא דמסוגיא דהתם מבואר דלא כרב חסדא אלא בלא נו"ב קם דינא רק שרצה להביא ראיה אף אי נימא דלא כר"ת מ"מ נאמר הך סברא דפסידא דבעל דין כדעת הע"ש ועל זה הביא ראיה דהתם רוצה לפוטרם ומ"מ קאמר כ"ש שאתה נועל ש"מ דאף אם הדיין פטור קם דינא ולא חיישינן לפסידא דבעל, דין ש"ח דאף הך סברא ליתא אבל הא פשיטא דכ"ש דמוכח מהתם דלא כרב חסדא וזה ברור ושפיר כתב אח"כ הילכך נראה וכו':

טז

ועוד בה שנית מה שהקשה הרא"ש מהא דאמרינן האי מאן, דבעי למידן דינא ואי טעי ליפטר לינקט רשותא מריש גלותא אלמא קם דינא ומהני רשותא לפטרו. והנה לכאורה קשה הא פשיטא דלא מוכח מידי דאה"נ דבלי רשותא קם דינא ואהני ליה רשות שיפטר ויחזור הדין וליכא למימר דדייק מדקאמר למידן דינא משמע שיהא דינו דין לאו הוכחה הוא דהכי קאמר שיהא דינו דין בלי טעות ואי טעי ליפטר ויחזור הדין [וכן הרי"ף בעצמו העתיק הך מימרא ש"מ דהדר דינא קאמר וליכא למימר דכך כוונת הרא"ש דע"כ דקם דינא דאי הדר דינא למה לי רשותא לא ישא ויתן ביד ויחזור ויפטר מכח חזר' א"כ קשה אפי' אי קם דינא קאמר תקשי למה לי רשות לא ישא ויתן ביד לר"ח דהדר דינא דפשיטא דנוח ליה לדיין שיחזור דינו בטעות ויפטר מכח חזרה משיהא קם דינא ויפסיד בעל דין על פיו. וכן מבואר להדיא בנ"י שכתב וז"ל וקשה לכלהו האי מאן דבעי למידן דינא ואי טעי ליפטר לינקט רשותא מריש גלותא לא ישא ויתן ביד וכו' ולכאורה קשה מה זה שהקשה לכלהו הא לא קשה אלא להך טעמא דפסידא דבעל דין דהשתא דנקט רשותא ג"כ חוזר אבל למ"ד דקם דינא אין כאן קושיא דהוא רוצה שיתקיים דינו ויפטר משא"כ כשלא. ישא ויתן ביד יחזור הדין וע"כ דהא ליתא דאין כוונת הדיין רק ליפטר ויותר נוח לו שלא יגיע שום היזק לבעל דין בפטורו ושפיר הקשה, לכלהו וא"כ מה זה שהקשה הרא"ש על הרי"ף הא לכ"ע קשה והנה לכאורה היה נראה דכוונת הרא"ש דדוקא להרי"ף

דסבירא ליה בדיינא ליכא גרמי א"כ שפיר קשה משם דליכא לאוקמא דרוצה ליפטר אף היכי דליתא דתיהדר דבלי רשותא פטור כשלא ישא ויתן ביד דליכא גרמי בדיינא או משום דאילו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור אבל להרא"ש דסבירא ליה אילו הואי הוי הדר חייב לר"מ ואפילו בדיינא איכא גרמי אין כאן קושיא דיש לומר דרוצה לפטרו אפילו היכי דליתא דתיהדר ולזה הנ"י דסבירא ליה אילו הואי הוי הדר פטור לר"מ בכל מקום שפיר הקשה לכלהו ואין להקשות הא הרא"ש גופא דייק בתר הכי מהא דקאמר האי מאן דבעי למידן דינא ל"ש מומחה ל"ש אינו מומחה ובאינו מומחה גם הרי"ף מודה אף דאילו הואי הוי הדר חייב כמו שכתב הרי"ף להדיא בבא חמישאי א"כ מאי קושיא הא באינו מומחה מהני נטילת רשות אי ליתא דתיהדר גם להרי"ף הא לאו מילתא היא דהרא"ש דייק מדברי הרי"ף שלא העתיק כלל הך בבא אינו מומחה ונקיט רשותא ש"מ דסובר כבעל המאור דלא יהבי רשותא למי שאינו מומחה וזה היה נכון לכאורה. אבל באמת הא נמי ליתא דמ"מ לא היה לו להרא"ש להשיג על הרי"ף על הך סברא דפסידא דבעל דין כיון דלדידיה אתי שפיר באינו מומחה ונקיט רשותא ועוד דעד השתא לא דיבר הרא"ש כלל מהך דינא אילו הואי הוי הדר חייב או פטור ואי יש גרמי בדיינא או לא רק אח"כ הוא דמסיק לה מכח הך קושיא:

יז

לכן נראה ברור דאין כוונת הרא"ש להשיג על הרי"ף על הך סברא דפסידא דבעל דין אלא בפשיטות כדמשמע פשטא דלישנא דהרא"ש דמעיקרא העתיק דברי הרי"ף דפסק כר"ת וטעמא. משום פסידא דבעל דין ועל זה כתב דאין הדעת סובלת דברים הללו והשיג על הך סברא דפסידא דבעל דין דהא בסיפא קתני מומחה פטור ואפילו קאי וכן מהך דטעו לא ישלמו ועכשיו הוא מסיק על הך דפסק כר"ח דבלא נו"ב הדר דינא דהא התם קם דינא ומהני רשותא. לפטרו אבל אי הדר דינא למה לי רשות לא ישא ויתן ביד ויפטר מכח חזרה מזה מבואר דהתם דלא כר"ח אלא בלא נו"ב קם דינא ושפיר הוצרך ליקח רשות ליפטר מלשלם ומבואר משם דבלא נו"ב קם דינא וישלם מביתו והיינו דלא כר"ת וזו היא ממש קושית הנ"י ושפיר הקשה לכלהו אליבא דר"ח ועל זה כתב הילכך נראה כדמפרשי' דאין הלכה כר"ת דהא סתמא דגמרא התם דלא כוותיה וזה ברור ומעתה כיון שבארנו דמעולם לא אלה הרא"ש זה בזה שפיר יש לומר דדעת הע"ש דפסק כר"ש ור"נ ומ"מ הך סברא דפסידא דבעל דין אמת שאין ענין זה לזה כנ"ל. אבל באמת מכל הפוסקים נראה שיותר יש לקיים דברי הרי"ף שפסק כר"ח משנאמר הך סברא דפסידא דבעל דין וכן הרמב"ן הודה שאין דברי הרי"ף ברורים בזה וח"מ פסק כר"ת לכן נראה

ברור דכוונת הע"ש דפוסק כדעת הרמב"ם והטעם הואיל והוא מומחה והפקר ב"ד הפקר כמו שבארנו לעיל. ולענין הלכה אף שכתבתי ליישב דברי הרי"ף ורמב"ם על נכון מ"מ אין בידינו להכריע נגד הפוסקים הראשונים ואחרונים לפסוק כהרי"ף והרמב"ם לגמרי ולקמן ס"ק זה יתבאר בס"ד לענין דינא והנה הש"ך אות ג' הביא קושית מהרש"א לר"נ דגדול מחזיר אפילו בשק"ה תקשי ליה למה לי מומחה לרבים תיפוק ליה דר"ע ושאר חכמים ביבנה גדולים מר"ט ואילו הואי הני הדר [ואפי' אי נימא גם בהא חדא דיש גדול ועוד אפילו אי אין גדול מומחה לרבים אתה מ"מ קושית מהרש"א בס"ד דלא ידע מחדא ועוד דהוי ליה להקשות לתירוץ ר"נ] ותירוץ הש"ך דה"מ דמחזיר גדול במומחה אבל באינו מומחה לא ואמת שכן כתב הרא"ש ובעה"מ להדיא אבל באמת מעולם לא הקשה מהרש"א לדעה זו אלא לפירש"י שפירש הטעם דבאינו מומחה קם דינא משום מי יימר דטעמא קמא עיקר וכשיש גדול וודאי לא שייך האי טעמא וחוזר הדין וכן מבואר להדיא בנ"י שכתב וז"ל ומיהו גם באינו מומחה ויש גדול חוזר הדין עכ"ל ואדרבא אני תמה על מהרש"א מה זה שהכריח קושיתו מצד שר"ע ושאר חכמים גדולים מר"ט הא בלא"ה אי ציית ליה בעל השאלה הרי הדין חוזר ואי לא ציית ליה בעל השאלה לא הפסיד כלום שכדין פסק ובשלמא בדיני ממונות זה ציית ליה וזה לא אבל באו"ה במה נפשך אי באמת טריפה לא הפסיד כלום ואי כשירה למה לא יחזור שהרי כל הטעם שאינו חוזר לפירש"י ונ"י משום דלא ציית ליה בעל דין כנ"ל ואין לומר דסבירא ליה למהרש"א דדוקא בדיני ממונות בעינן להך טעמא דלא ציית ליה אבל באו"ה בלא"ה אי אפשר לחזור דשוי' חתיכה דאיסורא כדעת הראב"ד פ"ק דע"ז הא ליתא דא"כ אפילו ביש גדול דעת הראב"ד שאינו חוזר וע"כ דהמהרש"א דייק מדפריך לר"ש מפרה של בית מנחם ש"מ שאין חילוק ביניהם א"כ בפשיטות קשה כנ"ל ולקמן אכתוב יישוב נכון לקושית מהרש"א הנ"ל ע"ש:

יח

והנה הרא"ש אחר שהכריע דהלכה כר"נ ור"ש כתב בשם הראב"ד דאפי' מומחה וקבליה אינו חוזר על פי גדול וכתב הרא"ש וכן נראה והוא תמוה דהאיך חזר בו מכל דבריו הראשונים ומתוך זה רצה הב"ח לומר דהאי וכן נראה הוא לשון הראב"ד ז"ל בלי הסכמת הרא"ש ז"ל והש"ך כתב דהא ליתא ואמת דיבר שכן משמע בטור שלא העתיק שום חזרה על פי גדול וכן הרב בהגה' שמע מיניה דסבירא להו דהרא"ש הסכים להראב"ד אך יש לתמוה האיך אפשר שהרא"ש חזר בו ממה שכתב קודם שהרי מיד אח"כ כתב וכל היכי דקם דינא וכו' דאי יחיד שאינו מומחה הוא חייבוהו חכמים לשלם כיון שנשתדל

לדון ביחידי ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול הדור דקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו הרי להדיא דדוקא באינו מומחה מחזיר גדול משום דקנסוהו אבל במומחה וקבלי' דלא קנסוהו שהרי פטור מלשלם מחזיר גדול ואי ס"ד דסבירא ליה כהראב"ד הא איהו לא פסק כלל כר"נ בחזרה על פי גדול לפי הבנתם בכוונתו וליכא למימר דעכשיו כוונת הרא"ש דמומחה וקבלי' פשיטא שאין מחזיר גדול אלא אפילו באינו מומחה ס"ד שיחזירנו גדול דלא אלים דינו שיתקיים במקום שיש גדול ועל זה אמר שאינו חוזר מטעם קנס הא וודאי ליתא דהאיך אפשר שיהיה דבריו סברות הפוכות ממה שכתב קודם שהביא דברי הראב"ד ז"ל דמעיקרא כתב באינו מומחה וקבלי' ומומחה בלי קבלה אינו מחזיר גדול ומומחה וקבלי' מחזיר גדול אלמא דמומחה בקבלה מורה יותר שיחזירנו גדול א"כ נהי דכתב אחר כך בשם הראב"ד דמומחה וקבלי' נמי לא מחזיר גדול מ"מ פשיטא דאינו מומחה אינו מחזיר ולמה לו ליתן טעם משום קנס ובפרט דלפי הבנתם הראב"ד לא פסק כר"נ כלל א"כ לית ליה חזרה על פי גדול כלל וא"כ ממילא באינו מומחה ג"כ ליכא חזרה ולמה לי הטעם משום קנס וביותר יש לתמוה על הטור שפסק ג"כ כהראב"ד והעתיק ג"כ באינו מומחה אינו מחזיר גדול משום קנס ובאמת אפילו במומחה וקבלוהו דלא קנסוהו אינו מחזיר גדול כמו שכתב הטור אח"כ והוא תמוה מאוד ועוד יתבאר בסמוך מה שיש לתמוה על הרא"ש וטור לפי הנ"ל. ועוד קשה אי ס"ד דהראב"ד לית ליה חזרה על פי גדול כלל דהא בהדיא כתב הר"ן פ"ק דע"ז בשם הראב"ד וז"ל ודוקא באו"ה אבל בחיוב וזכות חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה לזה עכ"ל הרי להדיא דבדיני ממונות מודה הראב"ד דיש חזרה על פי גדול והרב החי"ן בתשובה שלו ביקש לומר דהראב"ד לא אמר כאן אלא בנו"ב וכן כתב מהרמ"י תאומים ואמת שכן משמע לכאורה ברא"ש שכתב מקודם ואי קבלי' אפי' נו"כ והראב"ד כתב וכו' משמע דאנו"ב קאי אבל באמת הא ליתא דא"כ הך עובדא דמר זוטרא שהביא הראב"ד מינה ראיה בנו"ב מתוקמא להראב"ד והסכמת הרא"ש ז"ל והא ליתא דבהדיא כתב הרא"ש אח"כ ואי לא קבלי' ולא נקיט רשותא מה שעשה עשוי וישלם מביתו כדאמר ליה ר"י למר זוטרא ואי לא זיל שלים וקשה הא שם נו"ב הוי לכן אין לדבריהם קיום. ועוד קשה בעיקר ראיית הראב"ד מר"י שלא החזיר למר זוטרא דמ"מ סוף סוף ר"י גופא משני כאן במומחה כאן באינו מומחה והשתא בין אם נאמר דר"י לית ליה דר"כ כלל או דאית לי' דר"נ ודבר אחד אמרו מ"מ סוף סוף מר זוטרא מומחה הוי ורב יוסף גדול ממנו ומומחה ביש גדול פשיטא דחוזר לר"י גופא ואמאי לא החזיר למר זוטרא והא וודאי ליכא למימר דסבירא ליה לראב"ד ר"י לית ליה דר"נ ובאמת קשה לר"י מסיפא לכך חזר בו ר"י בעצמו

וכר"נ נמי לא מתרץ שהרי גדול ממר זוטרא ולא החזירו ומזה דייק הראב"ד דר"י חזר בו ופסק כר"ש הא ליתא דהאיך נעלם מר"י סיפא דקתני פטור ולא הדר דינא וכמו כן קשה לשיטת הרא"ה ורש"י ונ"י דר"י ור"נ פליגי ולר"נ לא תליא מילתא במומחה ולר"י ביש גדול דהאיך נעלם מר"י סיפא והרב מהר"י עמד על זה וכתב דלר"י מתוקמא דליתא דתיהדר. והנה מלבד דזה לא נתיישב רק לשיטת הרא"ה ורש"י ונ"י אבל להראב"ד הנ"ל ע"ב דר"י חזר בו דאל"כ תקשי דרב יוסף אדרב יוסף אבל בלא"ה אמאי לא משני בש"ס כן וצ"ע לכאורה:

יט

לכן נראה לפענ"ד דרך נכון וברור בכוונת הראב"ד והרא"ש וטור ולק"מ מכל הנ"ל ומתחלה נברר דברי התוס' בד"ה כאן במומחה אשר לכאורה דבריהם תמוהים כמו שיתבאר והוא דהתוספת כתבו כולא סוגי' בטעה בשק"ה דאי בדבר משנה הא ר"י ור"נ גופייהו סבירי להו ב"ד שמכרו בלי הכרזה נעשו כמו שטעו בדבר משנה וחוזרין עכ"ל. והנה מזה יראה בביאור שהם אינם מפרשים כפירש"י משום מי יימר דאם כן למה להו להביא ראיה מכתובות הלא זה פשוט דבדבר משנה לא שייך מי יימר ועוד יתבאר בסמוך בהכרח מדברי תוספות דסבירא להו הטעם כבעה"מ והרא"ש דלא כרש"י] וע"כ שהם מפרשים או כפירוש הרא"ש משום דקנסוהו או כפירוש בעה"מ שלא נאמרה חזרה אלא היכי דדיין פטור משום פסידא דבעל דין והשתא קשה מה זה שתרצו אח"כ דמומחה דהכא מומחה בסמיכה דמאי נפקא מינה סוף סוף כיון דבקבלו לבד בלי סמוך פטור מלשלם שהרי מר זוטרא לא היה סמוך ונפטר בקבליה א"כ מאי נפקא מינה דאינו סמוך מ"מ לא שייך לא טעם הרא"ש ולא טעם בעה"מ בשלמא לפירש"י דהטעם משום מי יימר יש לומר כל שאינו סמוך שייך מי יימר אבל להרא"ש ובעה"מ ולפי מה שביארנו דהתוס' סבירי להו כוותייהו אין טעם כלל לחלק בזה ועוד קשה אי ס"ד דמומחה וקבלי' אף דפטור לא הדר דינא רק בסמוך אם כן מאי קושיא מסיפא דהא רישא בקבלי' א"כ סיפא נמי ובלא סמוך פטור ולכך קם דינא והש"ך הקשה לישני במומחה בלי סמוך ובאמת בלא"ה מיירי במומחה בלי סמוך דהא מיירי בקבלי' ופטור בלי סמיכה. והנה לכאורה היה נראה לפרש כוונת התוספות והוא דמהך דאמר אי קבלו לא תשלם לא קשיא להו לתוספות כלל דמצי לאוקמא דליתא דתיהדר כמו שכתב הש"ך ודוקא הכא דארישא קאי דקתני מה שעשה עשוי משמע ליה למקשה דאיתא דתיהדר כמו שכתב הרא"ש משא"כ התם רק דקושית התוספות מסיפא דקאמר ואי לא קבלו זיל שלים והשתא סבירי להו לתוספות כפשטא דסוגי' דכאן דהיכי דאילו הואי הוי הדר אפילו

לר"מ פטור שהרי הקשו אח"כ באמת מהא דפרק עד כמה ותירצו דסוגי' דהכא רבנן היא אבל בס"ד סבירי להו דסוגי' דהכא ר"מ כדעת רוב הפוסקים א"כ ליכא לאוקמא דליתא דתיהדר דמ"מ למה ישלם הא אילו הואי הוי הדר לאו כלום עביד כדמקשה הכא לר"ש מפרה של בית מנחם ועל זה תרצו דמומחה דהכא דוקא בסמוך דפטור מלשלם חוזר אבל היכי דחייב לשלם כגון מר זוטרא דהתם דלא היה סמוך הילכך אי לא קבלו גם כן חייב לשלם וקם דינא ואי הוי לא הוי הדר והשתא לא קשה מה שהקשינו ומה שהקשה הש"ך דלוקמא סיפא בלי סמוך דאם כן אמאי פטור מלשלם וע"כ דקבלו או סמוך והכא לא מצי לאוקמא דליתא דתיהדר דארישא קאי כמו שכתבו המפרשים וזה היה נכון לכאורה אבל באמת הא נמי ליתא כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין בתוספות שכתבו להוכיח דמיירי בשק"ה דהא ר"י ור"נ אמרו ב"ד שמכרו בלי הכרזה נעשו כמו שטעו בד"מ וחוזרין ולכאורה קשה מאי ראיה היא זו הא במומחה ס"ל דחוזר והתם במומחה מיירי לכך חוזר ואין לומר דדייקי מדקאמרי סתם ולא בארו במומחה דוקא הא ליתא דהא כתבו התוספות פ"ק דסנהדרין דסתם ב"ד היינו ג' ובמקום יחיד מומחה קיימי אם כן התם דאיתא בית דין שמכרו הוי להו כמומחה לכך חוזר ואמת כי לכאורה עלה ברוחו לומר דאין כוונת התוס' להוכיח כאן דבשק"ה ג"כ במומחה חוזר דזה פשיטא להו בלא"ה דאי ס"ד דדוקא בדבר משנה מחלקי בין מומחה לאינו מומחה אבל בשק"ה לעולם קם דינא א"כ למה להו כל הטורח הזה לוקמא מתניתין בטעות בשק"ה וע"כ דסבירי להו מומחה אפילו בשק"ה חוזר לכך הוצרכו לאוקמא באינו מומחה רק דכוונת התוספות להוכיח דלא נימא בין בדבר משנה בין בשק"ה מחלקי וא"כ אפילו בדבר משנה דוקא במומחה חוזר ועל זה הביאו ראיה מב"ד שמכרו בלי הכרזה דקאמר נעשו כמו שטעו בדבר משנה וחוזרין וקשה במה נפשך אי באינו מומחה לא הדר דינא אפילו בדבר משנה ואי במומחה דוקא האיך אמרו נעשו כמו שטעו בדבר משנה הא אפילו אי בשק"ה טעו חוזר במומחה כנ"ל וע"כ דאפילו באינו מומחה וקבלי' חוזר בדבר משנה וזהו דקמ"ל נעשו כמו שטעו בדבר משנה דאפילו אינו מומחה וקבלי' חוזר משא"כ בטעו בשק"ה וזה נראה נכון לכאורה אבל מה אעשה כי נראה בעליל מדברי התוספות כי מה שהקשו אח"כ ממר זוטרא היינו לפי הצעתם מקודם דכול' סוגי' בטעה בשק"ה דאל"כ הוי מצי למימר דשם טועה בשק"ה הוי ואפילו מומחה אינו חוזר והיינו שכתבו בקושיא הא אפילו אי בשק"ה טעה אמאי לא היה חוזר ואי ס"ד דכוונת התוס' דזה ידוע להו בלא"ה דבשק"ה ג"כ ממלקי אין קושיא זו ענין למקודם וברור דכוונת התוספות להביא ראיה דלא נימא דוקא בדבר משנה מחלקי אבל בשק"ה לא ועל זה הקשו הא אף אי בשק"ה

טעה היה חוזר ולפי זה הדרא קושיא לדוכתא דאהא ליכא ראיה מב"ד שמכרו דסתם ב"ד מומחה הוא כנ"ל ומומחה הדר דינא לר"י וצריך לומר דכך כוונתם דהם סבירי להו ג"כ לחלק בין מומחה לאינו מומחה כמו שכתבו בעה"מ והרא"ש משום דמומחה פטור איכא פסידא לבעל דין לכך הדר דינא אבל אינו מומחה חייב ליכא פסידא לבעל דין קם דינא כיון דחייבים לשלם ולזה. הביאו ראיה מר"י ור"נ דקאמרי ב"ד שמכרו בלי הכרזה נעשו כמו שטעו בד"מ וחוזרין והשתא נהי דב"ד ג' הדיוטות ובמקום יחיד מומחה קיימי מ"מ מומשה לבד אינו חוזר בלי קבלה והיה להם לבאר ב"ד שמכרו בלי הכרזה וקבלוה וע"כ דכול' סוגיא דוקא בשק"ה אבל בדבר משנה לעולם חוזר אפילו היכי דליכא פסידא לבעל דין וזה ברור בכוונת התוספות ולפי זה כיון שביארנו דבהכרח בס"ד סבירי להו לתוספות ג"כ דהיכי דחייב לשלם ליכא חזרה בשק"ה אם כן מה שהקשו אח"כ ממר זוטרא אין הקושיא מהא דקאמר אי לא קבלו זיל שלים דהיכי דחייב לשלם ליכא חזרה בשק"ה כמו שכתבו קודם כנ"ל וע"כ דהקושיא מהא דקאמר אי קבלי' לא תשלם ועל זה תרצו מומחה בסמיכה אבל קבלו אף דפטור מלשלם ליכא חזרה א"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתא ודו"ק היטב ועוד אי ס"ד דהתוספות מודים במומחה וקבלו דחוזר רק דכוונתם ליישב הא דקאמר לא קבלו זיל שלים מה זה שתרצו מומחה בסמיכה סמיכה מאן דכר שמיה כך הוי להו לתרץ די"מ מומחה דהכא דוקא מומחה דפטור מלשלם וזה ברור ודברי התוס' צ"ע לכאורה:

כ לכן נראה לפענ"ד ליישב כל זה והוא דהמרדכי הקשה האיך מתרץ ר"נ מימרא דר"י הא הוא קשיש מיניה ותירץ דמילתא דר"י נאמר לפני ר"נ בבית המדרש והקשו התלמידים של ר"ג מסיפא ומתרץ ר"נ והשתא אתי שפיר דר"י לשיטתו ור"נ לשיטתו והיינו לשיטת הרא"ה ורש"י ונ"י דר"י ור"נ פליגי אבל הראב"ד והרא"ש לא סבירי להו כן כמו שיתבאר הכל בסמוך והוא דשמעינן ליה לר"י פרק המגרש דבהודאות והלוואות עבדינן שליחותייהו ש"מ דסבירא ליה עירוב פרשיות כתיב כאן וכיון שכן בע"כ דסבירא ליה כר' אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין וקשיא לדידיה סוגי' דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וע"כ דמיירי בקבלי' עליה כדאוקמא ר' אבהו בפרקא קמא וכיון דרישא בקבלי' סיפא נמי בע"כ בקבליה והשתא אתי שפיר בין לשיטת הרא"ה ורש"י ונ"י בין לשיטת הראב"ד והרא"ש דלשיט' הרא"ה ורש"י דר"י ור"נ פליגי דלר"י לא תליא מילתא ביש גדול ולר"נ לא תליא מילתא במומחה וקשיא לן האיך נעלם מר"י באמת הך סיפא פשיטא דלק"מ דוודאי הוקשה להם קושית התוספות דהא מר זוטרא מומחה הוי ואמאי לא החזירו ר"י גופא וצריך לומר כמו שכתבו התוספות במומחה דסמיכה ולשיטתם

הפי' דכל שאינו סמוך יכול לומר מי יימר רק בסמוך אינו יכול לומר מי יימר ולפי זה לר"י לשיטתו דמיירי סיפא בקבליה וממילא בלי סמוך פטור א"כ ליכא חזרה דר"י דוקא במומחה דסמיכה קאמר רק התלמידים הקשו לשיטת ר"נ דאין עירוב פרשיות כתיב כאן ומיירי רישא בלא קבלה ואם כן סיפא נמי בלי קבלה דאל"כ היה לו לומר ואם היה מומחה וקבלוהו [ועיין ש"ך ס"ק ט"ו] והא דפטור משום דמיירי בסמוך כמו שכתב הרמב"ן דסתם מומחה האמור בבכורות הוא סמוך וא"כ קשה הא בסמוך חוזר ולזה מתרץ ר"נ לשיטתו כאן שיש גדול ובלי גדול אפילו בסמוך יכול לומר מי יימר כיון שהוא בעצמו פסק מקודם בהיפך רק בשיש גדול ממנו אז לא שייך מי יימר וממילא אפי' באינו מומחה לא שייך מי יימר מכח הגדול כמו שכתבו הנ"י והרא"ה להדיא ולדידהו וודאי אין להקשות מהך עובדא דמר זוטרא כלל דוודאי ר"י לשיטתו לא מחזיר אלא במומחה דסמיכה דוקא ור"נ לא מחלק בין סמוך לאינו סמוך אלא כל שיש גדול חוזר ואם אין גדול קם דינא (ומ"מ פסקו כר"נ אף דקיימא לן עירוב פרשיו' משו' דהלכתא כר"נ בדינא ולדידי' אין חילוק בין סמוך לאינו סמוך רק ביש גדול ואפילו באינו מומחה הילכך בהא קיימא לן כוותי' ודו"ק) אמנם כל זה לשיטת הרא"ה ורש"י ונ"י דהטעם משום מי יימר ור"י ור"נ פליגי אבל בתוס' אכתי קשה דהם מפרשי' כמו שכתב בעה"מ והרא"ש דמומחה דפטור מלשלם חוזר א"כ אכתי קשה מאי סברא יש לחלק בין סמוך ללא סמוך סוף סוף פטור מלשלם וליכא חזרה וכמו כן קשה לטעם הרא"ש משום קנס. אבל באמת אתי שפיר דברי התוספות ג"כ על דרך הנ"ל והוא דוודאי היכי דחייב לשלם ליכא חזרה וקושית תוספות מהא דקאמר אי קבלי' לא תשלם אמאי לא הי' חוזר ועל זה תרצו דמומחה דהכא היינו מומחה דסמיכ' פי' אפי' מומחה דפטור מלשלם דוקא מומחה שהוא פטור מצד הסמיכות אבל מומחה שהוא פטור מצד הקבלה אע"ג דפטור מלשלם אינו חוזר דהא כל הטעם דפטור מלשלם משום דקבלתו בסתם בין לדין בין לטעות הוא א"כ מהאי טעמא אין הדין חוזר שהרי כך קבלוהו עליהם כל מה שיאמר אף היפך מן הדין [בטעות בשק"ה] הילכך מה לו לבעל דין מה שהדיין פטור כל שקבלתו אף לטעות אין כאן חזרה וראיה ברורה לזה שהרי באינו מומחה נתנו הטור והרא"ש טעם שאינו חוזר על פי גדול משום דקנסוהו ומיד אח"כ כתבו הטור והרא"ש דאי יחיד שאינו מומחה הוא וקבלוהו בפירוש בין לדין בין לטעות קם דינא ופטור מלשלם וקשה הא זה לא קנסוהו ולמה לא יחזירנו גדול וע"כ כיון דקבלוהו בפירוש בין לדין בין לטעות ממילא ליכא חזרה גם כן אם כן ה"ה מומחה בקבלה סתם דפטור מהאי טעמא משום דקבלתו בין לדין בין לטעות וכאינו מומחה ופירש דמי וזה ברור והשתא לק"מ בתוספות

מכל הנ"ל דוודאי לר"י לא קשיא מסיפא דלשיטתו מיירי בקבלי' ובקבלי' ליכא חזרה כנ"ל רק הקושיא לשיטת ר"נ דאין עירוב פרשיות ומיירי בלי קבלה א"כ ע"כ דפטור משום דהוא סמוך א"כ אמאי לא היה חוזר ולזה הוצרך ר"נ לשיטתו לתרץ כאן שיש גדול כנ"ל ולק"מ:

כא

ומעתה דברי הרא"ש והראב"ד נכונים וברורים מזוקקים שבעתים דהם סבירי להו דטעמא כמו שכתב בעל המאור דכל היכי דחייב לשלם ליכא חזרה ור"י ור"נ לא פליגי כלל כמו שכתב בעה"מ והרא"ש להדיא ודברי הראב"ד והרא"ש הם ממש דברי התוספות הנ"ל שהביאו ראיה דאף במומחה דפטור אינו חוזר רק אם הפטור מצד הסמיכות אבל מצד הקבלה ליכא חזרה כיון דבין לדין בין לטעות הוא והראיה דהא ר"י גדול ממר זוטרא ולא החזירו אלא וודאי משום דלא היה סמוך לכך בלי קבלה דחייב לשלם ליכא חזרה דקנסוהו או כטעם בעה"מ דליכא פסידא ובקבלה דפטור משום דבין לדין בין לטעות הוא א"כ מהאי טעמא גופא ליכא חזרה דהוי כמו אינו מומחה וקבלי' בפירוש בין לדין בין לטעות דקם דינא ופטור ולהרא"ה ורש"י ונ"י דסבירא להו דר"י ור"נ פליגי ממילא אין ראיה מר"י דלא החזיר למר זוטרא דלגרמי' עביד אבל להראב"ד והרא"ש כפי מה שביארנו כוונתם סבירי להו דלא פליגי כלל כמו שכתב בעה"מ לזה הביאו ראיה מר"י דבין לר"י בין לר"נ בקבלי' ליכא חזרה רק בסמוך כנ"ל ודברי הראב"ד הם ממש דברי התוספות [רק דבתוספות יש לומר דפליגי ודו"ק) ונראה ברור שזאת היתה כוונת הרא"ש שהשיג על הרי"ף דיותר ראוי בקבלי' מלא קבלי' שיתקיים הדין והיינו כמו שכתבתי דכיון דקבלה אף לטעות ליכא חזרה ולזה אף כאן הסכים להראב"ד דכן נראה וזה ברור והשתא נמי לא קשיא מה שהקשה החכם צבי בתשובה על הראב"ד ז"ל שהוא סותר עצמו למה שכתב פ"ק דע"ז דהתם קאמר באו"ה במומחה שאעפ"י שאינו סמוך דינו כסמוך לדעת הנ"י או שהוא באמת סמוך מ"מ אינו חוזר דשוי' חתיכה דאיסורא ועל זה קאמר דבדיני ממונות כי האי גוונא חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה לזה והיינו כמו שכתבתי דוודאי בסמוך חוזר על פי גדול וכן לשון הרא"ש מורה שכתב ואי קבלו אפילו נו"ב דלר"ש אין חילוק וכבר בארתי כוונתו לעיל דלר"ש אין חילוק דאפילו נו"ב גדול מחזיר ועל זה כתב דהראב"ד כתב דאפי' גדול אינו מחזיר והיינו בקבליה דבהא מיירי הרא"ש כמו שבארנו אבל בסמוך מודה דחוזר. ומעתה ניחא מה שכתבו הרא"ש וטור דאי יחיד שאינו מומחה הוא חייבוהו חכמים לשלם ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול הדור דקנסוהו שיתקיים דינו כדי שישלם מביתו לפי שנשתדל לדון ביחידי וקשיא

לן הא כבר הסכימו הרא"ש וטור להראב"ד דאפי' מומחה וקבלי' דפטור מלשלם ולא קנסוהו לא מחזיר גדול ולפי הנ"ל ניחא דוודאי בקבלוהו לא מחזיר גדול משום דקבלתו בין לדין בין לטעות משא"כ אינו מומחה וקבליה דחייב לשלם דקבלתו לדין תורה ס"ד שיחזירנו גדול ועל זה אמרו כיון דחייב לשלם קנסוהו שיתקיים דינו כדי שישלם מביתו וזה שכתבו הרא"ש והטור ביחיד שאינו מומחה וקבלוהו בפי' בין לדין בין לטעות קם דינא ופטור מלשלם והטור הביא זה אחר זה ולמה לא ביאר דמחזיר גדול כיון דלא קנסוהו ולפי הנ"ל ניחא כיון דקבלתו בפירוש לדין ולטעות וה"ה במומחה בקבלה סתם דפטור מהאי טעמא דכפירש דמי:

כב

נמצאו כלל הדברים לדעת הראב"ד ותוס' והרא"ש כפי מה שבארנו דהיכי דחייב לשלם ליכא חזרה כלל כיון דקנסוהו ואף שכתב הרא"ש באינו מומחה קנסוהו לאו למימרא דמומחה בלי קבלה חוזר דהא ראיית הראב"ד הוא נמי להך דקאמר אי לא קבלו זיל שלים אלא ברור דוודאי במומחה בלי קבלה ג"כ קנסוהו כמו שכתב הש"ך או דבהא מודה הרא"ש לטעמו של בעה"מ כיון דליכא פסידא לבעל דין רק באינו מומחה דבלי קבלה אין דינו דין כלל וקבלתו אינו אלא לדין ולא לטעות ס"ד שיחזירנו גדול קמש"ל דקנסוהו כיון שנשתדל לדון ביחידי וזה ברור. ואפילו היכי דפטור מלשלם ליכא חזרה אלא במי שהוא פטור מצד הסמיכות דאז יש מקום לחזור הדין אבל אם הוא פטור מצד הקבלה בין מומחה וקבליה סתם בין אינו מומחה וקבליה בפי' בין לדין בין לטעות ליכא חזרה כלל אלא קם דינא ופטור מלשלם ולפי זה בזמן הזה דליכא סמוכים לעולם לא משכחת לה חזרה על פי גדול להנך פוסקים וזה שלא העתיק הרב בהגה' שום חזרה על פי גדול דליכא חזרה אלא בסמוך ובזמן הזה ליכא סמוכים רק הטור לא הזכיר חזרה על פי גדול רק באינו מומתה כיון דלא קבלוהו רק לדין ס"ד דחוזר קמש"ל דקנסוהו ודו"ק היטב כי כל הנ"ל ברור ונכון ולענין דינא יתבאר לקמן בס"ד:

כו

והנה בעיקר ראיית הראב"ד והרא"ש מהך עובדא דמר זוטרא האריך הש"ך ליישב דשם מיירי דליתא דתיהדר ונו"ב ואי קשיא מאי ראיה מייתי דיחיד מומחה דן בע"כ שאני התם דליתא דתיהדר לאו קושיא היא דהראיה היא בשלמא אי יכול לדון בלי קבלה אהני ליה קבלה למיפטריה אבל אי בלי קבלה אינו יכול לדון כלל אמאי לא משלם בקבלה נימא כי קבליניה אדעתיה דלידון דין תורה. ובזה כתב הש"ך ליישב פירש"י ודבריו תמוהין מאוד מכמה טעמים חדא דהוא עצמו כתב לקמן ס"ק ט"ו והשיג על

הרא"ש שפסק בג' הדיוטות וקבלוהו דפטורין מלשלם משום דבלי קבלה יכולין לדון אהני קבלה למיפטרינהו דהא בלא קבלה אם אינו רוצה לדון זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד ואהני קבלה שהם דנים לפני אלו והא דיחיד מומחה וקבליה פטור מלשלם לאו משום דבלי קבלה יכול לדון בע"כ אלא משום דאנוס בטעות ובכפיה אינו אנוס רק בקבליה הוא אנוס וכן פי' הרא"ש עצמו הטעם במומחה וקבליה וא"כ קשה הא ליכא למימר דהראיה הוא דבלי קבלה יכול לדון בע"כ דאל"כ בקבלה למה יפטר דהא השתא נמי שהוא דן בע"כ בקבלה למה יפטר הא אהני הקבלה שהוא דן לפני זה אבל בלי קבלה זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד וע"כ דכל הטעם משום דאנוס בטעותו כשדן בקבלה כמש"כ הש"ך ס"ק ט"ו והרא"ש ובעה"מ א"כ אין ראיה משם דוודאי יש לומר בלי קבלה אינו דן בע"כ ומ"מ בקבלה פטור דכיון דמומחה הוא אנוס בטעותו הוא כשדן שלא בכפיה ומזל דידיה גרם וע"כ דשם מיירי דאיתא דתיהדר והראיה הוא מאי לא קיבלו זיל שלים דאמאי לא היה חוזר וקושית הרא"ש בשם הראב"ד במקומו. ומעתה ממילא נדחו דבריו מה שכתב ליישב פירש"י דאין כוונת רש"י שאמרו בפ' כן אלא מסתמא אמרינן בין לדין בין לטעות קבליה דאל"כ מה טיבו של קבלה הא בלא"ה יכול לדון בע"כ ומזה דייק הגמרא דיחיד מומחה דן בע"כ זה תורף דבריו. והוא תמוה ג"כ מכמה טעמים חדא כפי מה שכתבתי מקודם דהא השתא נמי שהוא דן בע"כ למה יפטר בקבלה הא יש לומר הקבלה הוא במה שדן לפני זה וע"כ משום דאינו עלול לטעות ואנוס הוא כשדן בלי כפיה א"כ גם אי יחיד מומחה אינו יכול לדון בע"כ יש לומר כן ואין ראיה כלל וליכא למימר דהראיה הוא לפירש"י מהא דקאמר ואי לא קבליה זיל שלים דלא מתוקמא לדידיה בליתא דתיהדר ואמאי לא הדר דינא חדא דמ"מ אין כאן הוכחה דלכתחילה יכול לדון בע"כ ועוד דהא רש"י פי' אי לא קבליה דון לנו דין תורה וא"כ מאי, ראיה דבלי קבלה כלל יכול לדון בע"כ:

כד

ועוד תמיה גדולה על הש"ך דהא לעיל סי' ג' כתב הרב בהגה' בשם מהרי"ו דבזמן הזה ליכא יחיד מומחה לרבים לדון לכתחילה בע"כ וכן כ' הרא"ש פ"ד דנדרים דמי הוא בדורות הללו דגמיר וסביר כר"נ וכתב הש"ך סי' זה ושם סי' ג' דדוקא לענין דין אבל ליפטר אם טעה יש מומחה לרבים כגון מומחה וקבליה וקשה במה נפשך אי בקבלה להדיא בין לדין בין לטעות אף אינו מומחה פטור כמבואר בראש וטור והרב בהגה' ואי בקבלה בפי' לדין תורה אף בזמניהם חייב וע"כ בקבלה סתם וקשה הא בלי קבלה אינו יכול לדון בע"כ ומנא לן דקבלה אף לטעות ובע"כ משום דאנוס הוא א"כ אין ראיה ממר

זוטרא דוודאי אילו הואי הוי הדר בלי קבלה וחייב לשלם כיון שנו"ב כמו שכתב הש"ך ומ"מ אי קבלו פטור כמו מומחה בזמן הזה דאינו יכול לדון בע"כ ומ"מ פטור בקבלה סתם דאנוס הוא וע"כ דמיירי דאיתא דמיהדר והראיה הוא בלא קבלו אמאי לא היה חוזר וא"כ קושית תוס' שם על רש"י על נכון דהא רש"י פי' בקבלה לדין תורה ואין ראיה בלי קבלה כלל דיכול לדון בע"כ וכן ראיית הרא"ש והראב"ד על נכון וזה ברור. ועוד קשה הא רש"י עצמו פי' דהא דיחיד מומחה דן. בע"כ היינו למ"ד אין עירוב פרשיות אבל למ"ד עירוב פרשיות אין דן בע"כ א"כ אמאי פטרו רב יוסף למר זוטרא הא לדידי' בלי קבלה אינו דן בע"כ ובע"כ משום דאנוס הוא וא"כ הדרא קושית התוס' לדוכתא [ואמת כי בזה אין תלונה על הש"ך דבלא"ה דברי רש"י תמוהין בזה דסוף סוף יהיה איך שיהיה הא ר"י גופא סובר עירוב פרשיות ולקמן יתבאר בס"ד יישוב נכון לפירש"י בזה) ועוד דהאיך אפשר דכך כוונת רש"י האיך כתב אם קבלוהו לגמרי שמורה בהכרח שכך קבלוהו וכן ממה שכתב ולא יתבעוך מבואר שכך אמרו לו בפי' ודו"ק והיה לו לבאר כיון שזה עיקר הראיה וברור דליתא לדבריו בזה ולקמן בס"ד יתבאר עוד דברי רש"י הנ"ל על נכון:

כה

והנה הש"ך אות ז' האריך להכריע דבאינו מומחה אין הגדול מחזיר ומילתא דר"י ור"נ כחדא נינהו ור"י משני אריש ור"נ משני אסיפא והשיג על הנ"י והרא"ה שכתבו דאף בזה מחזיר גדול והנה מדברי רש"י ז"ל שפירש באינו מומחה הטעם משום מי יימר דטעמא קמא עיקר דילמא טעמא בתרא עיקר מבואר דביש גדול אף בזה חוזר דלא שייך מי יימר וכן ממה שפירש באין גדול לא ציית ליה בעל דין לאהדורי עובדא ואפילו אומר טעיתי לאו כל כמיניה וא"כ באינו מומחה ג"כ כל שיש גדול דלא שייך לומר כן חוזר איברא דלפי שיטתם קשה תינח זיכה את החייב וחייב את הזכאי אבל טימא את הטהור למאי דס"ד דלא נגע בשרץ [בידים]קשה במה נפשך אי ציית ליה בעל השאלה הרי הדין חוזר ואי לא ציית ליה מאי ישלם כיון דכדין הורה וליכא למימר דאו"ה שאני וקושית הגמרא מדיני ממונות הוא דא"כ קשה אמאי משני טימא את הטהור בשרץ ואם נאמר דאילו הואי הוי הדר חייב לר"מ ניחא דיש לומר דלא ס"ד דנגע בשרץ בידים אבל ס"ד דבעל הבית נגע בהו שרץ מכח מה שטימאם הוא לכך חייב לשלם אבל לפי מה דקיימא לן וכמו שכתב הנ"י בשם הרא"ה בעצמו דאפילו לר"מ פטור קשה כנ"ל ומזה היה נראה לכאורה מבואר כדעת הרא"ש והכרעת הש"ך דבאינו מומחה קנסוהו שיתקיים דינו כדי שישלם מביתו וא"כ ממילא אפילו יש גדול ממנו קנסוהו כדי שישלם וארווח לן ג"כ

קושית מהרש"א דלר"נ לא קשיא הא ר"ע ושאר חכמים גדולים מר"ט דמ"מ לולא שהיה מומחה קנסוהו כדי שישלם שלא יחזור על פי גדול:

כו

אבל באמת הא ליתא ונראה עיקר לדינא כדעת הרא"ה ורש"י ונ"י ולק"מ מכל הנ"ל כמו שאבאר והוא דבדיני ממונות ואינו מומחה ויש גדול וודאי הדר דינא דהא לר"מ דפי' בלא נו"ב ובין לפי' הרי"ף ורמב"ן ובין לפי' הרמב"ם כפי מה שבארנו לעיל ס"ק זה מ"מ מבואר דאף ששורת הדין שיתחייב לשלם אמרו שיחזור להרמב"ם משום פסידא דדיין ולהרי"ף משום פסידא דבעל דין והיינו דאי קם דינא יפטר הדיין מכח אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם הרי להדיא דאף דשורת הדין בעלמא חייב פטרו לדיין באינו מומחה וקבליה לר"ח א"כ האיך נאמר דלר"נ באינו מומחה וקבליה ויש גדול דשורת הדין חוזר דקנסוהו שלא יחזור כדי שישלם והאיך יחלקו ר"נ ור"ת בסברות הפוכות ומה שאין אנו מוכרחין לומר כן ואדרבא לא מצינו שום רמז בדברי ר"נ מזה וסתמא קאמר יש גדול ואין גדול ואינו מחלק כלל בין מומחה לאינו מומחה והאיך נחדש מעצמנו סברא אליבא דר"נ מה דמצינו לר"ח היפוך סברא זו מן הקצה אל הקצ' הרי שהקשו על הרי"ף על הך סברא דפסיד דבעל דין ממה שאמרו פ"ק דסנהדרין אלא מעתה טעו לא ישלחו שלא ירצו לדון ומשני כ"ש שאתה נועל ש"מ דלא חיישינן שלא ירצו הדיינים לדון וא"כ מהתם מוכח דבאמת היה לנו לחוש לזה לפטרם אף דשורת הדין שיתחייבו רק שאם אתה אומר כן כ"ש שאתה נועל אבל במקום דשורת הדין דחוזר ולדעת הרא"ש ועיטור הנ"ל היכי דחוזר ליכא נ"ד פשיטא שלא אמרו שיתקיים הדין כדי שישלמו וכך לי ג' הדיוטות בלי קבלה כמו אינו מומחה וקבליה כמו שכתב הש"ך עצמו ריש ס"ק י"ד ואפילו לפי מה שהוכחתי לעיל דאפילו היכי דחוזר הדין איכא נ"ד דלא כהרא"ש מ"מ ע"כ לא קאמר כ"ש שאתה נועל אלא דמשום נ"ד זה אין לנו לחוש לנ"ד שלא ירצו לדון להפקיע משורת הדין דחייבין שיפטרו אבל לא היכי דשורת הדין דפטירי וחוזר כיון שיש גדול פשיטא דלא אמרינן דקנסוהו להיפך להפקיע משורת הדין ונאמר קם דינא כדי שיתחייבו א"כ באינו מומחה וקבליה ויש גדול פשיטא דחוזר הדין ולא קנסינן ליה שיתקיים דינו כדי שישלם מביתו ובפרט דלהפוסקים כר"ח דהיינו הרי"ף ורמב"ם ורמב"ן אפילו אין גדול חוזר הדין בלא נו"ב וכבר בארנו לעיל דלק"מ על הרי"ף בזה א"כ אף שאין להכריע נגד הרא"ש ובעה"מ ובעל העיטור שפסקו כר"נ ור"ש מ"מ ביש גדול דאף להפוסקים כר"נ ור"ש דהיינו הרא"ה ורש"י ונ"י חוזר הדין ובפרט דמסתבר טעמייהו כנ"ל א"כ פשיטא דהכי קיימא לן [ודוקא בנו"ב אבל בלא נו"ב לא כמו שיתבאר]

כז

אמנם היינו דוקא בדיני ממונות דלא שייך לומר דקנסוהו כיון שיכול לדון בקבלה וכמו שהוכחתי אבל באינו מומחה באו"ה דבהא אסור לו להורות דרבים חללים הפיל כל שאינו גמיר וסביר כמו שכתב בעה"מ ונ"י בהא מודים הנ"י והרא"ה ורש"י דקנסוהו כדי שישלם מביתו וע"כ לא פירש"י הטעם משום מי יימר אלא משום דיני ממונות דבהא לא שייך לומר דקנסוהו כנ"ל. וגם פשיטא שלא יחלקו על ר"ח בסברות הפוכות אבל באו"ה מודה רש"י דקנסוהו כנ"ל. והשתא לק"מ מה שהקשינו בטימא את הטהור יפטר דלא שייך מי יימר דבאו"ה קנסוהו כדי שישלם מביתו וכמו כן לק"מ מה שהקשה מהרש"א מעובדא דר"ע ור"ט דהתם מיירי באו"ה א"כ אי לאו דהוי מומחה לרבים לא היה מועיל באו"ה מה שיש גדול [אבל בדבר משנה לא שייך לומר דקנסוהו ויש לתמוה על מהרש"א כי לפי דעתו באו"ה ג"כ חוזר על פי גדול ולא סבירא ליה דקנסוהו הוי ליה להקשות במשנה גופא טימא את הטהור אי טמא מאי ישל' ואי טהור יחזור, לטהרה כיון דלא שייך מי יימר ואפילו אי ליתא דתיהדר מ"מ אילו הואי הוי הדר כיון דלא ס"ד דנגע בשרץ בעצמו עד לבסוף אבל לפי הנ"ל לק"מ דבאו"ה לא צריך לטעם מי יימר רק משום דקנסוהו ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק ג' באריכות דאפילו לר"ח דוקא בדיני ממונות חוזר בלא נו"ב כסברת הרי"ף ולא באו"ה דאסור לו להורות] :

כח

ובזה מיושב על נכון מה שתמה הש"ך על הרב בי"ד סי' רמ"ב שפסק בחכם שטעה בדברים של שיקול הדעת יכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור בו והרב פסק הכא כר"ש ובהדיא אמרינן ועוד אי אפילו בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה ש"מ דאפילו באו"ה שעדיין לא עשה מעשה לא הדרא ומתכשר' ולפי הנ"ל לק"מ דפשיטא דבאו"ה שעדיין לא עשה מעשה חוזר כמו בדיני ממונות ועדיין לא שילם אמנם באינו מומחה באו"ה טעמא אחרינא איכא כמו שכתב הרא"ש דקנסוהו כדי שיתקיים הדין וישלם מביתו ואפילו בדיני ממונות סובר הרב כהרא"ש בזה שהרי לא הזכיר חזרה על פי גדול כלל והיינו משום דקנסוהו א"כ כ"ש באו"ה [ואף דבדיני ממונות ולא עשה מעשה מודה הרא"ש דלא קנסוהו וחוזר באינו מומחה שהרי כתב דבפרק עד כמה משום חייב את הזכאי פריך דאילו לא שילם היה חוזר אלמא דכל שלא נעשה מעשה לא קנסוהו ה"מ בדיני ממונות אבל באו"ה שאסור לו להורות ודיבורו הוא גמר הפסק שנעשה טריפה או כשרה קנסוהו מיד כשפסק שלא יחזור וכ"ש לדעת הטור בשם הרא"ש דאפי' לא שילם קם דינא ודו"ק והשתא הכי קאמר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית דבאינו מומחה

קם דינא כדי שישלם מביתו מ"מ פטור אתה שמומחה לרבים אתה והשתא ניחא הא דלא הזכיר ר"ע קבלה או נקיט רשותא דמומחה לבד לא נפטר אלא בחד מהנך ולפי הנ"ל נימא דמומחה באו"ה פשיטא דלא קנסוהו ועדיף טפי ממומחה בדיני ממונות שהרי מחוייב להורות א"כ כ"ש הוא ומה בדיני ממונות כל שלא נעשה מעשה חוזר אפילו באינו מומחה כ"ש באו"ה דמחייב להורות כמו שכתב הנ"י והרב בהגה' סעיף א' דהוי כמו סמוך א"כ פשיטא דחוזר דהא פטור מלשלם ולכך הרב בי"ד דמיירי התם במומחה שפיר קאמר דחוזר באו"ה דהוי כסמוך כיון שמחוייב להורות אבל באינו מומחה דאסור לו להורות גרע טפי מאינו מומחה בדיני ממונות ואפילו לא נעשה מעשה קנסוהו כדי שישלם מביתו ולכך קאמר חדא ועוד קאמר ליה. ולקמן סוף ס"ק זה יתבאר עוד דברי הרב הנ"ל ודברי הראב"ד פ"ק דע"ז הנ"ל על נכון:

כט

עוד האריך הש"ך לבאר במומחה ולא קבלוהו אי מחזיר גדול ונסתפק בכוונת הרא"ש ובאמת מבואר להדיא מדברי הרא"ש דפסק כהראב"ד משום הך קושיא דאמאי לא החזיר רב יוסף למר זוטרא וא"כ התם קאמר ואי לא קבלו זיל שלים א"כ פשיטא דמוכח מהתם דמומחה ולא קיבלו לא מחזיר גדול לדעת הרא"ש ואין ספק בזה. אמנם לפי מה שביארנו לעיל דאפילו באינו מומחה חוזר על פי גדול ולא אמרינן דקנסוהו א"כ כ"ש במומחה ולא קיבלו דלא קנסוהו וחוזר על פי גדול. ולפי זה צריך ליישב באמת הך קושית הרא"ש בשם הראב"ד דאמאי לא החזיר ר"י למר זוטרא אבל באמת לק"מ כמו שכתבתי לעיל דלדעת הרא"ה ונ"י מילתא דר"י ור"נ לאו כחדא נינהו ור"י מחלק בין מומחה דסמיכה ללא סמוך הילכך שם מר זוטרא לא היה סמוך ולא החזירו ר"י ור"נ לא מחלק כלל בין מומחה או סמוך רק הכל ביש גדול ואין גדול א"כ אין ראי' מר"י שלא החזיר למר זוטרא דהא לר"י לשיטתו אין גדול מחזיר רק במומחה דסמיכה אבל לר"נ גדול מחזיר אפילו באינו מומחה והראב"ד והרא"ש שהביאו ראיה משם דסבירי להו דמימרא דר"י ור"נ כחדא נינהו הילכך שפיר יש ראיה מהתם וזה ברור ולק"מ [ועיין היטב לעיל]. אמנם במומחה וקבלי' בזה נראה עיקר לדינא כדעת הרא"ש והראב"ד ותוספות הנ"ל דמסתבר טעמייהו כיון דקבלתו לדין ולטעות ליכא חזרה כמו שביארנו לעיל ועוד יתבאר לקמן בס"ד ראיה ברורה דבקבלי' ומומחה ליכא חזרה מהאי טעמא דאמרן:

ל

ובג' הדיוטות ולא קבלוהו נמי חוזר הדין כל שיש גדול דדינם כיחיד מומחה בלי קבלה או כאינו מומחה וקבלי' דכבר ביארנו דהעיקר בזה כדעת רש"י והרא"ה ונ"י דחוזר הדין על

פי גדול לר"נ אמנם בג' הדיוטות וקבלוהו דעת הש"ך דלא מחזיר גדול וכתב שכן מוכח לכאורה מדברי בעה"מ בבא תליתאי. ואמת שכן נראה לכאורה מדבריו אבל יש לתמוה הרבה חדא שכתב שם בבא תליתאי דאפי' בגמיר וסביר בי תלתא ולא נקיטי רשות' ולא קיבלו מה שעשה עשוי וישלם מביתו דהא הוא עצמו כתב להדיא בבא תניינא וז"ל ומה הוא המחאתו של ב"ד שלשה דיינים שיש ביניהם חד דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיטי רשותא ולא קביל להו בעל דינא אם יש גדול ממנו מחזירין ואם אין גדול מה שעשה עשוי וזה וזה פטורין מלשלם והאיך יהא הבעל המאור סותר עצמו מבבא תניינא לבבא תליתאי ועוד דא"א דמה שכתב בעה"מ הילכך כמה דלא סביר אבי תלתא קאי וסובר דג' הדיוטות וקבלי' חייבים לשלם דהא בהדיא כתב בעה"מ אח"כ וז"ל ומנא תימרא וכו' אלמא אפילו בתלתא אע"ג דגמיר חייב לשלומי עכ"ל הרי להדיא שמעולם לא עלה על דעת בעה"מ דבקבלי' עליה חייבין לשלומי דהא התם מיירי להדיא בלא קבלי' ואין ראיה כלל וע"כ דמה שכתב בעה"מ כמה דלא סביר הפירוש דהדין בזה כדין דיין דלא סביר וקבלו או גמיר וסביר ולא קבלו ולפי זה לדעת בעה"מ חוזר כשיש גדול ממנו. אך באמת כל זה דוקא אם נאמר דמומחה וקבלי' מחזיר גדול א"כ ה"ה ג' הדיוטות אבל לפי מה שביארנו לעיל דמומחה וקבליה כיון דקבלתו בין לדין בין לטעות לא מחזיר גדול: וכן דעת הראב"ד ורא"ש ותוספות וטור וכן נראה עיקר א"כ אף בזה לא מחזיר גדול אמנם זהו דוקא לשיטת הרא"ש וטור דפטירי מלשלם דהוי כמו מומחה וקבליה אבל לפי מה שכתב הש"ך ס"ק ט"ו דעת בעה"מ דחייבים לשלם אם כן אין קבלתם לדין ולטעות אם כן אף דלדעת הש"ך לא מחזיר גדול היינו לשיטתו דקנסוהו אבל לפי מה שהעליתי דאפילו מומחה ולא קבליה או אינו מומחה וקבלי' דחוזר על פי גדול ולא קנסוהו אם כן פשיטא דאף בזה מחזיר גדול כיון דאין קבלתם לדין ולטעות. אבל באמת יתבאר לקמן ס"ק י"א בס"ד דאין דברי הש"ך ס"ק ט"ו נכונים בזה וכל קושיותיו וראיותיו אינם כלום וגם דעת בעה"מ אינו כן כמו שפירשתי דבריו קודם אלא העיקר כדעת הרא"ש דפטירי מלשלם דקבלתם לדין ולטעות א"כ דינם כמו יחיד מומחה וקבלי' דכבר העליתי דהעיקר בזה כהראב"ד ותוספות והרא"ש וטור דלא מיהדר על פי גדול אלא קם דינא ופטירי מלשלם וכן עיקר ומה שנתן הש"ך טעם בג' הדיוטות וקבלוהו משום שאין בהשגתם להבין דברי הגדול וכתב שכן דעת הרא"ש משום טעם זה והא דנתן טעם באינו מומחה משום קנס היינו כדי ליתן טעם על וישלם מביתו עכ"ד והוא תמוה דהא אפילו במומחה וקבלי' סבירא ליה להרא"ש שם להדיא דלא מחזיר גדול ומומחה יש לו השגה להבין דברי הגדול ובע"כ דעיקר הטעם משום דלדין ולטעות קיבלום ליכא חזרה א"כ ה"ה בג'

הדיוטות וקבלי' דלדעת הרא"ש פטירי מלשלם דלדין ולטעות קיבלום אינו חוזר כדברי הראב"ד וכמו מומחה וקבלי'. וגם לשיטת בעה"מ לפי פירושו דחייבין לשלם לא הוצרך לטעם זה של השגה דלדעת בעה"מ לא נאמרה חזרה אלא היכי דדיין פטור כמבואר להדיא בבעה"מ. גם בעיקר דבריו קשה לי דכי מי שאינו גמיר וסביר אינו יודע להבין דברי הגדול שטעה ואדרבא בהדיא:

כתב הראב"ד בספר תמים דעים שהקשה אמאי ישלם מביתו יאמר הראו לי ששלא כהלכה דנתי כמו שבעל דין אינו משלם מטעם זה ותירץ דסתם בעל דין אינו חכם ואינו יודע להבין שטעה אבל סתם דיין הוא חכם ויודע להבין שטעה ויש בו יראת שמים ומודה לכך משלם מביתו והרי זה מבואר להדיא דאפילו אינו מומחה יודע להבין שטעה וזה סתירה ג"כ למה שכתב בכוונת הרא"ש דלכך נקיט הטעם דקנסוהו דאל"כ אמאי ישלם מביתו דמ"מ תקשי במה נפשך אי בשיש בו יראת שמים ומודה כמו שכתב הראב"ד למה לי טעמא דקנסוהו הא בלא"ה משלם מביתו ואי באינו מודה אמאי ישלם יאמר הראו לי ששלא כהלכה דנתי וכמו שבעל דין אינו משלם כקושית הראב"ד הנ"ל ולענין הדין העיקר דאפילו יש גדול קם דינא ופטורין מלשלם ועיין לקמן ס"ק י"א:

לא

עוד האריך הש"ך באות י"א בג' ואיכא בינייהו חד יחיד מומחה גמיר וסביר אם יש גדול מחזיר ואם אין גדול חייבין לשלם. והנה מה שכתב דאם אין גדול חייבין לשלם נכון הוא אף דקצת יש לדקדק כיון דג' הדיוטות וקבלי' פטורין כמו שביארנו והיינו משום דבני קבלה יכולין לדון אהני קבלה למיפטרינהו א"כ אף כאן נמי כיון דאפילו ג' הדיוטות יכולין לדון בע"כ אהני מה שיש ביניהם חד גמיר וסביר למיפטרינהו. אבל באמת הא ליתא דדוקא קבלה יתירתא מהני למיפטר כיון דבלי קבלה יכולין לדון הקבלה היה בין לדין בין לטעות אבל כל כמה דליכא קבלה אף לטעות לא מיפטר. אך מה שכתב דאם יש גדול חוזר הוא תמוה והוא סותר עצמו דמה שכתב דכאן חוזר לפי שיש בהשגתם להבין דברי הגדול הוא תמוה דע"כ לא הוצרך הש"ך לעיל להאי טעמא אלא בג' הדיוטות וקבלי' שלא דנו בכפיה אבל בלא קבלה הרי כתב להדיא באות ט' בג' הדיוטות אף שיכולין לדון מתקנתא דרבנן חייבין משום שדנו בכפיה ולא היה להם לדון בכפיה א"כ בהא נמי כיון דבלא גדול חייבין לשלם שלא היה להם לדון בכפיה כמו שכתב הש"ך אם כן למה יחזור הדין על פי גדול ובפרט לטעמו של בעל המאור דליכא חזרה אלא היכי דדיין:

פטור א"כ אף דלדעתו בזה מחזיר גדול היינו לפי שסובר דפטורין מלשלם אבל לדעת הש"ך והרא"ש דחייבין לשלם פשיטא שאינו חוזר גם מה שכתב אות י"ב דלכך דעת הרא"ש וטור דאין גדול מחזיר בזה דלשיטתייהו אזלי דאין גדול מחזיר כלל ליתא דדוקא התם קאמר משום דקבלוהו אבל בלא קבלה רק דטעמייהו או כמו שכתב בעל:

המאור דכיון דחייבין לשלם ליכא חזרה ומה שהוצרך הרא"ש ליתן טעם באינו מומחה משום קנס היינו משום דבלי קבלה אין דינו דין כלל וקבלתו לא היה אלא לדין תורה היה בדין שיחזור דינו בטעות דעל זה לא קבלוהו קמ"ל דקנסוהו או דטעמייהו כיון' דחייבין לשלם משום שדנו בכפיה אם כן מהאי טעמא אין הדין חוזר כמו שכתב הש"ך אות ט' אך כל זה לשיטתם אבל לפי מה שהעליתי מקודם דהעיקר כדעת הרא"ה ורש"י ונ"י דאפילו באינו מומחה וקבלי' או מומחה ולא קבלי' חוזר על פי גדול א"כ ה"ה בג' הדיוטות וחד יחיד מומחה ביניהם דביש גדול חוזר ובאין גדול חייבין לשלם ודוקא בלא קבלוהו אבל בקבלוהו בין יש גדול בין אין גדול מה שעשה עשוי ופטורין מלשלם ואפילו ליכא חד מומחה הדין כן כנ"ל: לב

והנה הרמב"ן ז"ל הקשה על הרז"ה מהא דאמרינן דון דייני כר"ט ואהדר ר"ל לעובדא מינייהו וקאמר התם מר סבר טועה בשק"ה הוי ואינו חוזר ולדברי בעה"מ וודאי חוזר. אבל לדברי' הרי"ף בנו"ב מתוקמא עכ"ד. והקשה הש"ך דהא לא אמרינן אלא אי איפשר דליכא בינייהו חד דגמיר אבל לא סביר נמי ע"כ ולק"מ שהרי דיקדק הרמב"ן דהתם דייני קאמרינן משמע בי דינא דקביעי דאינון תלתא ואי אפשר דליכא בינייהו חד דגמיר וסביר נמי עכ"ל. וכוונתו דוודאי הא דאמרינן אי איפשר דליכא בינייהו חד דגמיר לאו בי דינא דקביעי נינהו אלא באקראי בעלמא אבל התם דייני קאמרינן משמע הדיינים שהם קבועים שם א"כ פשיטא דאיכא בינייהו חד דגמיר וסביר וזה ברור וראיתי למהרא"י שהשיג ג"כ כעין זה:

אבל ההכרח שלו הוא משום דבאתרא דר"י ור"ל הוי ולא ידעתי מנא ליה הא ואדרבא באתרייהו לא הוו דייני הנך. גם דברי הרמב"ן לא משמע כן אבל אין צורך לזה כמו שכתבתי וכן מבואר ברמב"ן ובתומים ס"ק ט"ז רוצה ליישב דברי הש"ך במה נפשך ע"ש מה שתירץ וכתב שאף שאיפשר שלא נתכוון הש"ך לזה התירוץ בעצמותו נכון הוא ואין זה נכון שהרי דיקדק הרמב"ן דייני ומשמע נמי בי דינא דקביעי ואי אפשר דליכא בינייהו חד דגמיר וסביר נמי ולדעת בעה"מ ג' וחד גמיר וסביר חוזר על פי גדול אפילו בשק"ה לכן אין לדבריו קיום. והנה הרב מהרא"י רצה ליישב קושית הרמב"ן ז"ל ונחית לחלק בין מטין לשק"ה ע"ש שהאריך ובתומים ס"ק ט"ז כתב שלא דק דהראיה הוא. מדאמרינן

בס"ד מר סבר טועה בדבר משנה וחוזר וקשה הא משנה שלימה שנינו ד"מ ממונות מחזירין ואוקי ר"נ כשיש גדול א"כ גם כאן יחזיר גדול וקושיא עצומה היא מהרא"י לא נחית להעמיק כ"כ. עכ"ל ע"ש ואין דבריו נכונים כלל דפשיטא דלמאי דס"ד דלר"י טועה בדבר משנה אינו חוזר ופליג אר"ש דבאמת קיימא לן כוותיה בלי חולק כלל א"כ כ"ש דפליג אר"נ דאין גדול מחזיר רק ס"ל לחלק כר"ח דכל כמה דלא נו"ב הדר דינא ובנו"ב לא הדר דינא אפילו בדבר משנה ואפילו יש גדול ממנו הרי דהרבה פוסקים לא סבירי להו כר"נ אלא כרב חסדא ומ"מ בהא ליכא מאן דפליג דטועה בדבר משנה חוזר אם כן התם בס"ד דטועה בדבר משנה אינו חוזר כ"ש דאין גדול מחזיר ופשיטא דבשביל זה לא יוכיח הרמב"ן ז"ל דאין גדול מחזיר ואין הלכה כר"נ דא"כ אף כר"ש אין הלכה דאף דבר משנה אינו חוזר ובע"כ דזהו לס"ד אבל למסקנא דסבירא ליה מטין איתמר פשיטא דחוזר א"כ שפיר יש לומר דאף גדול מחזיר רק שאני התם דמטין איתמר ולא שק"ה כמו שכתב מהר"י הנ"ל:

לג

אבל באמת דברי מהרא"י הנ"ל תמוהין מאוד בלא"ה ותמהני על האחרונים ז"ל שלא ירדו לסוף דעת הרמב"ן ז"ל דעיקר כוונת הרמב"ן ז"ל להקשות מהא דאמרינן התם אמר ליה ר' יוחנן עשית כשל תורה [ע"ש פירש"י] הרי שהוכיח ר"י מדהחזיר ר"ל להנך דייני שעשו זה הטעות כטעות בשל תורה וקשה מנא ליה הא אף אם היה מחשיב זה הטעות רק כטעות בשק"ה יפה עשה שהחזיר דהא הוא גדול מהם ולדעת בעה"מ אפילו בשק"ה חוזר וכן מדקאמר התם מר סבר הלכה איתמר [ע"ש פירש"י] ולכך חוזר ולגירסת הרמב"ן מר סבר טועה בדבר משנה הוא וחוזר וקשה הא אף אי בשק"ה טעו חוזר לדברי בעה"מ ז"ל וזה שדיקדק הרמב"ן ואמר לי' ר"י עשיתם כשל תורה ומפרשין בגמרא מר סבר טועה בדבר משנה וחוזר עכ"ל הרי להדיא כמו שכתבתי. גם עיקר דברי מהרא"י הנ"ל מה שכתב ליישב ולחלק בין מטין לשק"ה וראייתו דבמטין לא מפקינן ממונא מיד המוחזק משא"כ בשק"ה מפקינן ממונא מיד המוחזק לכך בשק"ה יותר ראוי שיחזור ולפע"ד הא ליתא דלענין חזרת הדין פשיטא שאין הפרש בין אי טעה בדבר דסוגי' דבעלמא להיפך ומפקינן ממונא להיפך או דסוגי' דעלמא שלא להוציא מיד המוחזק והוא הוציא הרי דבטעה בתיקו פשיטא שאין להוציא מיד המוחזק מ"מ למ"ד תפיסה מהני בתיקו הוי טועה בדבר משנה הרי אף שאין דין זה בגדר הכרעה כלל כל שפסק להיפך ממה שמפורש בתלמוד הוי טועה בדבר משנה וה"ה בפסק להיפך מסוגי' דעלמא כהאי גוונא הוי טועה בשק"ה וא"כ כיון דסוגי' דעלמא מטין כאידך והוא לא פסק כן טועה בשק"ה

הוי ואדרבא מטין דהתם עדיף טפי משק"ה דשק"ה לא איתמר בי' בפירוש כלל ואילו התם מטין איתמר ודומה קצת לתיקו דחשיב כטועה בדבר משנה א"כ נהי דטועה בדבר משנה לא הוי עכ"פ טועה בשק"ה הוי ולפי סברת הרב הנ"ל יקשה בתיקו דאין מוציאין ממון מחזקתו לדעת הנ"י הוי טועה בדבר משנה לדעת הנ"י ובשק"ה דמוציאין ממון בסוגי' דעלמא מאן דטעי ביה לא הוי אלא טועה בשק"ה וע"כ דזה לא תלוי בזה אלא כל כמה שפסק בהיפך ממה שהיה לו לפסוק הוי טועה ואי מפרש בהיפך הוי טועה בדבר משנה ואי סוגי' דעלמא בהיפך הוי טועה בשק"ה ואף כאן כיון דסוגיא דעלמא מטין כאידך והוא לא פסק כן טועה בשק"ה הוי וזה ברור וקושית הרמב"ן קושיא עצומה לכאורה:

לד

ומהאי טעמא נמי נראה ברור כמו שכתבתי לעיל דה"מ דמחזיר גדול בלי קבלה אבל בקבלה דפטור מלשלם משום דבין לדין בין לטעות קבלו ליכא חזרה כדעת הראב"ד ותוס' והרא"ש וטור אם כן לק"מ קושית הרמב"ן דהתם מיירי בקבלי' עלי' אותן הדיינים לכך בשק"ה לא הדר דינא דבין לדין בין לטעות קיבלום כמו שביארנו לעיל וכמו דלהפוסקים כר"ח מתוקמא בנו"ב כמו שכתב הרמב"ן כמו כן להפוסקים כר"נ מתוקמא בקבלי' עלי' ולק"מ וזו היא ראיה להראב"ד הנ"ל. עוד הקשה הרמב"ן מפרק אלו טריפות דקאמר זיל אימא ליה דלישלם דמי תורא למריה וכתב הש"ך ליישב דמאן לימא לן דתלתא הוי דילמא רבא לחודא אורי והרב מהרא"י תמה עליו דכוונת הרמב"ן דלגבי ראיית טריפה חד כשלשה ובאמת לק"מ דכוונת הש"ך נהי דכשלשה הוי היינו כשלשה הדיוטות אבל לא כג' וביניהו יחיד מומחה ואזיל לשיטתו שהשיג על הנ"י דבאו"ה אינו סמוך כסמוך וכיון דהתם מיירי בלא קבליה לא היה לו להורות דסבירא ליה להש"ך לעיל דאפילו באו"ה דוקא כשמקבלים אותו ע"ש אך לפי מה שביארנו לעיל דהעיקר כדעת נ"י דבאו"ה אינו סמוך כסמוך דמחוייב להורות לא תירץ הש"ך כלום. אך הבעל המאור גופא ג"כ חולק בזה שהרי כתב דמעשה דפרה של בית מנחם בקבליה עלי' ש"מ דבלי קבלה חייב ואי כסמוך הוי בלי קבלה פטור אם כן לשיטת בעה"מ גופא יפה תירץ הש"ך [אך יש לדקדק בדברי בעה"מ בזה בלא"ה דהא ר"ס בוודאי סמוך היה א"כ מה צורך לקבלי' וכן משמע להדיא בתוספות פ"ק דסנהדרין שהביא הש"ך ס"ק ו' דר"ט סמוך היה ע"ש ובחידושי הארכתי ליישב דברי בעה"מ בזה ואין להאריך כאן] והרב מהר"י כתב ליישב קושית הרמב"ן דהתם נו"ב הוי לכך חייב אפילו באו"ה ובאמת הרמב"ן גופא כתב לשיטת הרי"ף דהתם בנו"ב הוי אבל לבעל המאור אי אפשר, לומר

כן שכתב נקוט האי כללא דכל הני בבא לא פליגי בין נו"ב או לא שמע מינה דלדידי' אין חילוק בין נשא ונתן בידו או לא ועוד האיך כתב דמעשה דפרה של בית מנחם בקבלי' עלי' ש"מ דבלי קבלה חייב והא לא נו"ב וע"כ דלבעל המאור לעולם חייב ובאמת יש לתמוה על הרמב"ן שהיה לו להקשות על בעל המאור מהך סוגיא גופא שכתב דמעשה דפרה של בית מנחם בקבלי' ש"מ דאפילו באו"ה מצריך קבלה והא לגבי ראיית טריפה כתלת הוי וע"כ דבעל המאור אינו מחלק בין או"ה לדיני ממונות א"כ מהך סוגיא דבפרק אלו טריפות ג"כ לק"מ דרבא לחודא אורי אם לא דמשמע ליה להרמב"ן דהתם תלת הוי ולא גרסינן כתלת רק בתלת וזה מבואר דלא כמהר"י ובחידושי הארכתי בביאור דברי בעה"מ בזה]. עוד כתב הש"ך ליישב קושית הרמב"ן דהתם ליתא דתיהדר ונו"ב ותמה מהר"י דקושית הרמב"ן הוא דלשיטת בעה"מ אמאי ישלם מביתו ונעלם ממנו דברי הש"ך במקומו שכתב בעצמו דעל זה אינו מתרץ כלל לשיטת בעה"מ דוודאי לדעת בעה"מ אפילו נו"ב פטור ויפה הקשה הרמב"ן לשיטתו אלא שכל כוונתו לקיים פסק בעה"מ דמחזירין דבהא פסק כוותיה מקודם:

לח

עוד האריך הש"ך לבאר דבאו"ה נמי קם דינא ולא הדרא ומתכשר' והוכיח כן מן הש"ס דקאמר אי אמרת בשלמא אינו חוזר אלמא קם דינא וראיה זו איני מכיר דפשיטא דאם נאמר טועה בדבר משנה אינו חוזר דאין גדול מחזיר ויותר היה לו להביא ראיה מהא דקאמר ועוד אי בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה ש"מ דבשק"ה לא הדרא ומתכשר' אבל באמת קשה לי טובא על זה דאי ס"ד דאף דבדיני ממונות ועדיין לא נעשה מעשה חוזר מ"מ באו"ה קם דינא והיינו דשווי' חתיכה דאיסורא א"כ קשה מאי קא מותיב ליה רב המנונא לר"ש ורוצה להוכיח מינה דטועה בדבר משנה אינו חוזר דילמא שאני או"ה דשוי' חתיכה דאיסורא ואפילו בדבר משנה לא הדר דינא אבל בדיני ממונות בדבר משנה חוזר שהרי אתה אומר שלענין זה חלוק ענין או"ה מדיני ממונות וע"כ שאין חילוק כלל בין או"ה לדיני ממונות ומה דקאמר הכא ועוד אי בשק"ה טעית היינו דוקא באינו מומחה וכמו שכתבו הרא"ש וטור דאפילו יש גדול בדיני ממונות קנסוהו כדי שישלם מביתו וכ"ש באו"ה שאסור לו להורות אפילו קבלי' דרבים חללים הפיל קנסוהו דאפילו לא נעשה מעשה קם דינא כדי שישלם מביתו ושפיר קאמר ר"ע דאפילו בשק"ה באינו מומחה קם דינא וחייב פטור אתה שמומחה לרבים אתה ולכך לא הזכיר ר"ע קבלה או רשותא דבלא"ה כיון שהוא מומחה באו"ה פשיטא דלא שייך קנס דהא מחוייב להורות א"כ היה חוזר ואילו הואי הוי הדר ועוד דבלא"ה פטור כיון דמומחה הוא ומחוייב

להורות הוי כסמוך לשיטת הרב בשם הנ"י לעיל סעיף א"ן. והשתא נמי לא קשיא על הרב בי"ד סי' רמ"ב דחכם שטעה בשק"ה חבירו יכול לישא וליתן עמו עד שיחזור בו דהא הכא פוסק דכר"ש בשק"ה קם דינא ובגמרא נמי אמרו ועוד אי בשק"ה טעית אלמא בשק"ה אפילו באו"ה דלא נעשה מעשה קם דינא ולפי הנ"ל לק"מ דוודאי מה שלא הזכיר הרב כאן חזרה בשק"ה היינו משום דכל היכי דחייב לשלם ליכא חזרה דקנסוהו שיתקיים דינו כדעת הרא"ש ובעה"מ וכל היכי דפטור מלשלם אם מצד הקבלה ליכא חזרה כדעת הרא"ש וטור בשם הראב"ד ותוס' משום דבין לדין בין לטעות קיבלום ולא תמצא חזרה רק בסמוך ובזמן הזה ליכא סמוכים לכך לא הזכיר הרב שום חזרה כלל משא"כ באו"ה דלא נעשה מעשה דוקא באינו מומחה קנסוהו שאסור לו להורות אבל מומחה אפילו בלי קבלה ובלי רשותא באו"ה לא שייך קנס ואפילו אין גדול חוזר הדין כיון דלא נעשה מעשה והרב גופא כתב לעיל ס"א דהוי כסמוך א"כ נהי דאם היה נעשה מעשה לא היה חוזר בלי גדול מ"מ בלא נעשה מעשה כיון דבדיני ממונות חוזר כהאי גוונא כ"ש באו"ה דהוי כסמוך כל שהוא מומחה ולכך בי"ד דמיירי באו"ה ובמומחה שפיר כתב דחוזר [דכל שיכול לחזור באו"ה וודאי לא נעשה מעשה] כיון דלא שייך קנס וזה ברור ולק"מ ולא אוכל לידע מה מקום קושיא יש כאן על הרב [וכ"ש לשיטת הטור החולק על הרמ"ה דאפילו בדיני ממונות קם דינא אפילו עדיין לא שילם א"כ כ"ש באו"ה באינו מומחה אבל במומחה פשיטא דלא שייך קנס לשיטת הרב לעיל ס"א דהוי כסמוך ומחוייב להורות א"כ ממילא חוזר הדין דלא קנסוהו כדי שיתקיים אך לפי זה לא היה לו לחזור רק כשיש גדול כיון דאין חילוק בין נעשה מעשה או לא אבל באמת מדברי הרא"ש גופא מבואר דאם לא שילם חוזר בלי גדול בדיני ממונות א"כ ה"ה באו"ה במומחה דלא קנסוהו לכך לא הזכיר הרב בי"ד חזרה ע"י גדול דבלא"ה חוזר כמו בדיני ממונות כהאי גוונא]: לו

ומדברי הראב"ד גופא פרק קמא דע"ז נמי מוכח דהא דקאמר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית היינו משום דבאינו מומחה קנסוהו וכמו שכתבתי. שכתב וז"ל וה"מ מטומאה לטהרה ומאיסור להיתר אבל בחיוב וזכות חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה לזה וכתב עוד וה"מ בדבר שאין בו מחלוקת אלא משק"ה אבל בדבר משנה חוזר ומטהר ומתיר והביא ראיה מהא דאמרינן הכא דאי איתא לפרה הוי הדרא ומתכשר' בדבר משנה ואח"כ הביא ראיה דבשק"ה לא מהך דחכם שטימא ובאמת כבר דחה הר"ן ראייתו ולכאורה קשה כמו שהביא מהך דסוגיא דסנהדרין דבדבר משנה חוזר ומתיר כמו כן היה לו להביא ראיה דבשק"ה לא דהא תרתי קאמר חדא דטועה בדבר משנה אתה וחוזר ועוד

אי אפילו בשק"ה טעות וכו' אלמא בשק"ה קם דינא אלא ברור דמהכא אין ראיה כלל דאי לאו מומחה פשיטא דבשק"ה קם דינא דקנסוהו כיון שאסרו לו להורות כנ"ל ואין כאן ראיה דבמומחה שוויה חתיכה דאיסורא ושפיר יש לומר דבמומחה דלא שייך קנס כיון דמחוייב להורות שפיר חוזר כמו שבאמת סובר הרב בי"ד ולכך הוצרך להביא ראיה מהך דחכם שטימא אבל בדבר משנה כ"ש דמוכח דחוזר וזה ברור. אך הא וודאי דמדברי הראב"ד הנ"ל מבואר דאפי' במומח' באו"ה דלא הדר דינא ואפילו ע"י גדול דלא כהרב בי"ד הנ"ל דשוויה חתיכה דאיסורא והנה הר"ן הקשה שם מהא דמשני הכא לר"ח בנגע בשרץ ולהראב"ד בלא"ה קם דינא וכתב הש"ך דלק"מ דהראב"ד לא פסק כר"ח רק כר"ש ולר"ח באמת בלא נו"ב הדר דינא ואפילו באו"ה ואחריו נמשך מהרי"ו ודבריהם תמוהין דכמו לר"ח בלא נו"ב הדר דינא כן לר"ש כל שלא נעשה מעשה ומ"מ באו"ה אפילו לא נעשה מעשה קם דינא א"כ ה"ה לר"ח באו"ה אפילו לא נו"ב שהרי אתה אומר שלענין זה חלוק ואף לר"ח חלוק דמ"ש ובאמת אי משום קושיא זו בלא"ה בע"כ לק"מ דאל"כ תקשי בלא"ה דהא ר"ט מודה היה שטעה ואפילו בשק"ה חוזר להר"ן וע"כ משום דאו"ה שאני אי לאו מומחה קנסוהו כדי שישלם א"כ לר"ח נמי למה לי נגע בשרץ הא מיירי באינו מומחה ובלא"ה קנסוהו באו"ה ואפילו לשיטת הרי"ף דר"ח פוטר בדיני ממונות משום אין לך אדם שאינו מומחה אבל באו"ה דאסור להורות קנסוהו וע"כ דאגב אחריני מפרש להו כמו שכתבו התוס' והרא"ש א"כ גם להראב"ד לק"מ:

אך הא קשיא לכאורה מה שהקשינו דהא בסוגיא דסנהדרין מבואר דאין חילוק בין דיני ממונות לאו"ה דאל"כ לא הוי מקשה עליה דר"ש מפרה של בית מנחם. לכן נראה דהראב"ד ג"כ לא אמר אלא באם אינו מודה שטעה אבל במודה שטעה וודאי חוזר דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ולא שייך שוי' חתיכה דאיסורא והשתא פשיטא דלא קשיא קושית הר"ן וכן הרב בי"ד קאמר יכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור בו והיינו עד שיודה שטעה ואף שהר"ן לא הכריע במודה ג"כ היינו מפני שדעתו שנאמרו דברי הראב"ד אפילו במודה אבל לפי מה שבארנו דבמודה שטעה גם הראב"ד מודה דחוזר הכי נקטינן וכדעת הרב בי"ד גם מתוך דברי רבינו ירוחם שהביא הש"ך מבואר כדברי הרב בי"ד הנ"ל דאי כמו שפירש הש"ך כוונתו למה לי כל האריכות הזה שיאמר לו איני מתיר מה שאסרת מאחר שיצא מפיך ואיני יכול להוכיח מתוך משנה או אמורא וכו' בפשיטות הוי ליה לומר שהדין קיים ואינו יכול להחזירו אלא ברור דכוונת רבינו ירוחם דוקא באינו מודה ועל זה אמר שישא ויתן עמו ויאמר שאינו יכול להוכיח ואינו מתיר רק דמ"מ אומר אני שהוא מותר עד שיחזור בו וזה ברור לפע"ד בכוונת רבינו

ירוחם. גם מה שהקשה הש"ך על הראב"ד והרשב"א דאי נימא דפסקו כר"ח כהרי"ף בלא נו"ב אמאי לא יחזור הא איכא פסידא לבעל דין ובאמת הא לאו קושיא הוא כלל דבאו"ה ליכא פסידא דבעל דין דאי קם דינא לא יפטר הדיין דבאו"ה לא שייך טעמא דאין לך אדם שאינו מומחה כמו שבארנו לעיל ס"ק ג' ועוד דעל כרחך לא פטרינן מהאי טעמא רק הגורם אבל בקם דינא באיסור והיתר דהוי כמזיק כמו שבארנו לעיל ס"ק ג' בראיות ברורות חייב לשלם ואפילו מומחה בלי קבלה לא נפטר משום דהוי כסמוך אפילו לשיטת הרב לעיל ס"א היכי דהוי מזיק כמו שהוכחתי לעיל ס"ק ה' אות ב' ע"ש] וליכא פסידא לבעל דין אך הא קשיא במומחה וקבליה או נקיט רשותא דפטור מלשלם יחזור הדין משום פסידא דבעל דין אבל באמת לק"מ דא"כ אף אי נימא דפסקו כר"ש תקשי הא בלא נעשה מעשה מודה ר"ש דחוזר ובאו"ה לא נעשה מעשה וע"כ דשאני או"ה מדיני ממונות דשוי' חתיכה דאיסורא א"כ אף לענין זה חלוק דע"כ חיישינן לפסידא דבעל דין רק בדיני ממונות אבל באו"ה אי אפשר לחזור ולהתיר דשוי' חתיכה דאיסורא ומשום פסידא דבעל דין נאכילנו איסור וזה ברור. אך לענין דינא כבר בארנו דהיינו דוקא באינו מודה אבל במודה לכ"ע חוזר אפילו באו"ה ואפילו אין גדול כל שהוא מומחה גם מה דמשמע מדברי הש"ך דדין זה תלוי אי הלכה כר"ש או כר"ח ובאמת הרמב"ן פוסק כר"ח ומ"מ פסק כהראב"ד וראיתי למהרא"י שהאריך בענין זה ואין דבריו נכונים כלל כמבואר להדיא בראב"ד דהעיקר הוא שאינו דומה דין הממון לאו"ה כמו שביארנו:

ולפי שנתחדשו בס"ק זה הרבה דינים אכתוב כלל הדינים העולים מס"ק זה בקצרה:

[א] דיין שטעה בשק"ה בדיני ממונות אם היה מומחה גמיר וסביר ולא קבלו עליה בעלי דינים או שלא היה מומחה רק קבליה עליה בעלי דינים או ג' הדיוטות ולא קבליה או ג' הדיוטות וחד בינייהו גמיר וסביר ולא קבליה בכל אילו אם יש גדול ממנו חוזר הדין ואי ליתא דתיהדר פטירי) ואי אין גדול מה שעשה עשוי וישלמו מביתם ודוקא בלא נו"ב אבל בנו"ב אפילו יש גדול מה שעשה עשוי וישלמו מביתם:

[ב] היה הטועה מומחה וקבליה עליה או ג' הדיוטות וקבליה או חד בינייהו מומחה וקבליה או אינו מומחה וקבליה בפני' בין לדין בין לטעות בכל אלו בין יש גדול בין אין גדול מה שעשה עשוי ופטורין מלשלם אבל מומחה דלא קבליה רשותא ואפילו נו"ב אם יש גדול חוזר ואם אין גדול מה שעשה עשוי ופטור מלשלם [ובזמן הזה לא משכחת לה סמיכה]:

[ג] במה דברים אמורים כשטעה בדיני ממונות אבל באו"ה אם טעה בשק"ה אם הוא אינו מומחה וקבליה או אפילו ג' הדיוטות ואפילו קבליה דבאו"ה אין חילוק מה שעשה

עשוי וישלם מביתו ואפילו יש גדול ממנו ואם היה מומחה אף שלא קבליה אם יכול החכם האחר לישא וליתן עמו עד שיחזור בו הרי הדין חוזר ואפילו בקבליה חוזר דבזה לא שייך קבלה בין לדין בין לטעות שלא יחזור רק בדיני ממונות ודו"ק] ואם לאו מה שעשה עשוי וחייב לשלם [דלא הוי גורס רק מזיק ובזה לא הוי אינו סמוך כסמוך כמו שכתבתי לעיל ס"ק ה' ע"ש] ואם קבליה או נקיט רשותא מה שעשה עשוי ופטור. ואם טעה בדבר משנה נתבאר בס"ק א' ב' ג' ע"ש:

יא וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה. עש"ך שהאריך להשיג על זה דג' הדיוטות אפילו בקבלה חייבין לשלם והביא ראיה מדברי רש"י סנהדרין דף ג' ע"א בד"ה אלא מעתה שפירש דהוי להו כמומחין וכל המומחין פטורין כדלקמן פרק אחד ד"מ הא שאינו מומחה חייב והא התם בקבלי' מיירי ש"מ דאף בקבליה ג' הדיוטות חייבין ודבריו תמוהין דמה שכתב שדוחק גדול לומר בלא קבליה הוא תמוה דהא אמרינן התם דלמ"ד עירוב פרשיות מן הדין ג' מומחה בעינן אלא משום נ"ד תקנו דסגי בג' הדיוטות ופירש"י דאיכא נ"ד שלא ימצא מומחין לכופו לדון הרי להדיא דבלא קבליה מיירי ועוד דאי בקבליה אפילו אחד יכול לדון כמו שכתבו התוס' והרא"ש שם ד"ה אלא פשיטא שידונו בכפיה מיירי ועוד קשה אי ס"ד דאפילו בקבליה חייבין קשה באמת קושית המקשן טעו לא ישלמו בקבליה כיון דיהבי להו רשותא כמומחין הן ואי משום כ"ש שאתה נועל בפני לווין ופירש"י דחייש דילמא טעו בי דינא ופטרי ליה ומפסידנא דהא מ"מ ליכא נ"ד שאם לא ירצה לשלם יכול לכופו לדון לפני ג' הדיוטות ואז באמת יתחייבו לשלם וליכא למימר שהדיינים לא ירצו לדון בכפיה שמא יטעו הא ליתא דהא השתא דמחייבת להו אפילו בקבליה פשיטא שלא ירצו לדון כלל אלא וודאי דכל הסוגיא דהתם בלא קבליה אבל בקבליה וודאי פטירי:

א ואדרבא נראה לי ראיה ברורה מפירש"י דהתם דוקא בלא קבליה אבל בקבליה וודאי פטירי כדעת הרא"ש דהא שם דף ה' גרסינן דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי ופירש"י דאתיא כמ"ד אין עירוב פרשיות כתיב כאן עכ"ל ואע"ג דלעיל ריש פרקין מסקינן דאפילו למ"ד עירוב פרשיות מודה דמתקנתא דרבנן יכולין ג' הדיוטות לדון סבירא ליה לרש"י דיחיד מומחה לא והטעם דמן התורה ג' בעינן וגם מומחין א"כ משום נ"ד שלא ימצא מומחין עקרו רבנן דין תורה דאפילו הדיוטות יכולין לדון אבל ג' וודאי בעינן כיון שאין צורך לעקור בזה דין תורה דג' הדיוטות שכיחי הילכך יחיד מומחה לא ועיין בתוס' שם ולפי זה יש לתמוה על פירש"י שם ד"ג דקאמר הא שאינו מומחה חייב וצריך לומר דדייק כמו שכתב הש"ך מדקתני מומחה ש"מ אינו

מומחה לא וקשה מנא ליה הא דילמא הא דקתני מומחה רבותא קמש"ל דאף דבלא קבלה אינו יכול לדון [דלפירש"י הנ"ל] אהני קבלה למיפטרי' כ"ש ג' הדיוטות דבלי קבלה יכולין לדון כ"ש דאהני קבלה למיפטרינהו ואין כאן ראיה כלל ובע"כ צריך לומר דוודאי בקבליה ג' הדיוטות פטירי רק דקושית המקשן דאפילו בלי קבלה יפטרו כיון דיהבי להו רשות ועל זה הביא ראיה משם דקתני מומחה פטור והתם בקבליה מיירי ואם איתא דג' הדיוטות פטירי אפילו בלי קבלה הוי ליה למימר רבותא טפי ואם היו ג' אפילו לא קבלום פטירי וזה ברור בכוונת רש"י [ומהאי טעמא לא הביא רש"י מרישא דקתני דן את הדין חייב ש"מ דאינו מומחה חייב ולמה לו להביא מסיפא מדיוקא ובע"כ דמרישא אין ראיה דאיכא למימר דיחיד הוא אבל ג' אפילו בלי קבלה פטירי לכך הביא מסיפא דלא קאמר רבותא טפי דאפילו בלי קבלה פטירי ש"מ דחייבין. ולפי זה אף שהתוס' שם השיגו על רש"י דיחיד מומחה דן בע"כ לכ"ע מתקנתא דרבנן כמו ג' הדיוטות מ"מ מודו דג' הדיוטות לא גריעי מיחיד מומחה וכיון דיחיד מומחה וקבליה פטור פשיטא דג' הדיוטות פטירי. ומה שהביא מדברי בעה"מ כבר הוכחתי לעיל בראי' ברורה שאין דעת בעה"מ כן ע"ש ס"ק ו' ומה שהביא ראיה מהרי"ף דלא ביאר דין דג' הדיוטות ש"מ דסבירא ליה דאין חילוק כלל אלא אם הם מומחין דינם כמומחין ואם אינן מומחין דינם כיחיד שאינו מומחה ולפע"ד להיפך מוכח מהרי"ף דאי ס"ד דג' אינן מומחין דומין ליחיד שאינו מומחה א"כ קשה הא כתב ביחיד שאינו מומחה ולא קיבלוהו דאפילו לא נו"ב חייב לשלם כדין כל גורם להזיק א"כ בהא פשיטא דלא הוי כיחיד שאינו מומחה דהא בזה שייך טעמא דאין לך אדם שאינו מומחה שהרי על זה הקשו אלא מעתה טעו לא ישלמו ואי משום דמשני כ"ש שאתה נועל להרי"ף ע"כ בנו"ב מתוקמא וכן כתב הש"ך גופא דכך לי הדיוט וקבליה לג' ולא קבליה וא"כ כיון דהדיוט וקבליה פטור להרי"ף בלא נו"ב ה"ה ג' ולא קבלי' והשתא כיון דבהכרח יש הפרש להרי"ף בין יחיד לג' הוי ליה לאתויי בבא ששית ג' ולא קבליה דפטירי אף בלי קבלה בלא נו"ב ומזה דייק הבדק הבית דהרי"ף סבירא ליה ג' דומים ליחיד מומחה וכבר ביאר דין דיחיד מומחה וקבליה ולא קבליה כן הדין בג' הדיוטות משא"כ אי כאינו מומחה משוי להו א"כ אי לא נו"ב פשיטא דלא דמי לאינו מומחה דבאינו מומחה ולא קבליה לא שייך טעמו של הרי"ף שאין לך אדם שנעשה דיין לכך פסק הרי"ף דחייב בלא נו"ב ובג' פשיטא דשייך הך סברא אפילו בלי קבלה. ועוד דאפילו אי נימא דגם בג' לא שייך הך סברא מה שאין הדעת סובלת זה כלל מ"מ הוי ליה להרי"ף לאתויי זה ולאשמועינן לה דאין לך חידוש דין גדול מזה וברור כמו שכתב הב"ה בכוונת הרי"ף דכיחיד מומחה משוי להו והשתא

אתי שפיר ולק"מ ומה שכתב הש"ך לדחות טעמו של הרא"ש דבמומחה הטעם משום דאנוס הוא אין להקשות מומחה ונקיט רשותא ודן בכפיה למה יפטר הא בכפיה אינו אנוס וע"כ משום דבלי רשותא יכול לדון אהני ליה רשותא לפטרו דזה אינו דא"כ תקשי ליה להרא"ש לשיטתו אינו מומחה ונקיט רשותא דפטור להרא"ש מ"ט הא בלי רשותא אינו דן כלל וגם אינו אנוס וע"כ דנקיט רשותא אינו צריך טעם לפטרו דלכך נתנו לו רשות שיפטר אם יטעה]:

ב

ומה שהקשה הש"ך דלהרא"ש הוי ליה למימר ואם היה מומחה לרבים וקבלוהו לא ידענא מאי קאמר שהרי הרא"ש בעצמו נתן טעם במומחה משום דאנוס הוא ומזלי בישא גרים רק דג' הדיוטות דלא שייך האי טעמא הוצרך ליתן טעם משום דבלי קבלה יכולין לדון אהני קבלה למיפטרינהו ולק"מ ועוד הא כתב הרמב"ן דסתם מומחה בבכורות גמיר וסביר ונקיט רשותא א"כ בלי קבלה פטור גם עיקר קושיתו לא ידעתי הא ברישא נמי קתני מה שעשה עשוי והתם פשיטא דעיקר הטעם משום דקבליה דאינו מומחה אינו יכול לדון כלל ואפילו לא טעה חוזר רק העיקר משום דקבלהו וא"כ אמאי לא תנא וקבלוהו ואולי כך כוונתו דבאמת במתניתין דסנהדרין לא מיירי כלל רק מעניני חייוב ופיטור תשלומין ולא מחזרת הדין וקם דינא וברישא לא נקט מה שעשה עשוי אלא משום דבלא זה אין כאן חייוב תשלומין אפילו ליתא דתיהדר הילכך לא חש לומר בקבליה דמסתמא מיירי בענין שיהא קם דינא משא"כ בסיפא דהקבלה עיקר הפטור ולא נפטר רק משום דקבליה א"כ היה לו לומר וקבלוהו וזה ברור וכעין זה כתבתי לעיל ס"ק י' ליישב שיטת הרי"ף ע"ש אבל מ"מ לק"מ כנ"ל אף גם דמהאי טעמא גופא לא חש לפרש בסיפא כיון דרישא ע"כ בקבלוהו כנ"ל ועל זה קתני סיפא ואם היה מומחה ש"מ דבקבלהו ג"כ מיירי אמנם מה שהביא הש"ך ראיה מתשובת מהר"ם במרדכי פרק קמא דסנהדרין והביאו הרב בב"ה והתם באמת מוכח לכאורה להדיא דג' וקבלוהו חייבין לשלם רק שסיים שיש לחלק בזמן הזה שמכריחין אותם לדון על פי החרם דמה להם לעשות אבל אם דנו מעצמן אפילו בקבלי' חייבין אך קשה לי טובא דהרי הרב בהגה' פוסק הכא כהרא"ש דג' וקבליה פטורין ומיד בסעיף שאחר זה העתיק דברי תשובת מהר"ם הנ"ל דבזמן הזה שמכריחין הדיינים לדון על פי החרם לא ישלמו דמה להם לעשות יקשה במה נפשך אי בקבליה הא דעת הרב דפטירי לעולם כדין יחיד מומחה ואי בלא קבליה זה לא נזכר בתשובת מהר"ם ואדרבא מהר"ם מיירי בקבליה לפי הבנת הש"ך:

ג:

אבל באמת המדקדק בתשובת מהר"ם הנ"ל יראה שלא נאמרו דבריו כלל כשדנו בקבלה וז"ל המרדכי פ"ק דסנהדרין נשאל לרבינו מאיר אם יכול לערער על הדיינים ולהזמינם לדין והשיב נראה לי שיכול שהרי לא שמענו שיהא חרם או תקנת הקהילות מלערער על הדיינים ואי משום דאמרינן בסנהדרין הב"ע דקבליה עלייהו אי הכי אמאי ישלם מביתו דאמרי ליה דון לנו דין תורה משמע הא כל היכי דקבליה עליה בסתם לא ישלמו אין להביא ראיה משם חדא דמצינו לפרושי מסתמא על דעת כן קבלוהו שידון דין תורה ועוד דהתם מיירי דליכא אלא חד דיין ושקיל וטרי התם אליבא דמ"ד יחיד אינו כשר לדון והיינו שלא כדין תורה אלא א"כ קבלי' עלייהו קובלוה נמי שאם יטעה לא ישלם אבל היכי דאיכא דינים כמשפט ודין תורה אם טעו ישלמו ואפילו אם באנו לחלוק ולומר וכו' עכ"ל מהר"ם שם במרדכי ודבר ברור הוא שלא נאמרו דברי מהר"ם בשדנו בקבלה שהרי מחלק בין אינו מומחה וקבליה סתם דפטור לג' והאיך יעלה על הדעת דג' וקבליה גריעי מחד וקבליה ומה שכתב מהר"ם דיחיד וקבליה כיון דשלא כדין תורה הוא קבליה גם לטעות משא"כ ג' כדין תורה הוא אדרבא נהפוך הוא דיחיד וקבליה דאסור לו לדון יש לומר דקבליה לדון משא"כ ג' וקבליה אם לדון קבלה זו מה טיבה הא בלא"ה יכולין לדון בע"כ בפרט דהתם מיירי שהם מוכרחין לדון על פי החרם א"כ פשיטא דהקבלה לטעות הוא ובפרט דג' הדיוטות דקביעי יכולין לדון בע"כ ואינו יכול לומר אדון לפני אחר כמבואר בדברי הרב בהגה' סי' ג' ס"א ע"ש א"כ פשיטא דהקבלה אף לטעות הוא דבהא לא שייך קושית הש"ך ודו"ק:

ד

אלא ברור דתשובת מהר"ם מיירי בדיינים שהן יושבין לדון על פי החרם הקהילות ובוודאי הם דנין בע"כ ועל זה, נשאל מהר"ם אם יכול לערער עליהם ולזה השיב דמהך דאמרינן דון לנו דין תורה דמשמע בקבלה סתם פטור א"כ כמו דיחיד מומחה דאסור לדון מ"מ בקבלה שיכול לדון נפטר ג"כ מלשלם בטעות בשק"ה ה"ה בג' בלי קבלה שיכולין לדון דפטירי אף בטעות דמה נפקא מינה בקבלה מכח רשות בעלים או בג' שהם יכולין לדון מתקנתא דרבנן ולזה השיב מהר"ם שאין ראיה משם חדא דיחיד בקבלה סתם באחת חייב ועוד דקבלה ביחיד עדיף מג' אף דיכולין לדון בלי קבלה דהתם כיון שאינו יכול לדון כלל רק בקבלת בעל דין יש לומר דקבלת בעל דין אף לטעות היה אבל הם דברשות רבנן נחתי לא יהבי רשותא רק לדין ולא לטעות וכמו שאמרו שם כ"ש שאתה נועל דלת [משא"כ ג' וקבליה נהי דרבנן לא יהבו רשותא אף לטעות מ"מ קבלת הבעלים פוטרת אותם מכ"ש מקבלת יחיד דקבלת ג' אינו נצרך כלל רק לטעות] ועל זה כתב

עוד מהר"ם שאם אנו באנו לחלק כיון שמכריחין את הדיינים לדון על פי החרם והיינו שידונו בכפיה ועל זה שייך הכרח על פי חרם לדון משא"כ בקבלת בעלים] מה להם לעשות מ"מ יש להם לחזור וזהו כוונת הרב בהגה' שאף שפסק כאן כהרא"ש העתיק דברי מהר"ם הנ"ל דאפילו בלי קבלה כל שהם מוכרחים לדון פטירי וזו הוא ג"כ כוונת הרב ב"י בב"ה שאחר שהביא דעת הרי"ף דג' הדיוטות כיחיד מומחה העתיק תשובת מהר"ם הנ"ל כלשונו וא"א דמהר"ם חולק על הרי"ף לא הוי שתיק הרב מיניה אלא ברור דבלי קבלה מיירי ואין זה ענין לג' וקבלוהו וזה ברור:

ה

אלא דקצת קשה לי על תשובת מהר"ם הנ"ל דמה לו כל הפילפול הזה הלא סוגיא ערוכה הוא אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל הרי להדיא דג' הדיוטות שטעו חייבין לשלם ובשלמא להבנת הש"ך יש לומר דבקבליה רוצה להוכיח וזה לא מוכח משם [ואמת דהש"ך כתב דגם בקבליה מוכח משם והא ליתא כמו שכתבתי מקודם ובאמת יש לתמוה על הש"ך דמדברי המרדכי גופא מוכח דבקבליה לא מוכח מהתם כלל ודו"ק] אבל לפי מה שפירשתי דמיירי בלא קבליה היה לו להביא משם הגם שרצה מהר"ם להביא ראיה מיחיד וקבליה מהא דאמרינן דון לנו דין תורה וקשה לפי זה והא הסוגיא דסנהדרין ד"ה חלוקה עם הסוגיא דהתם ד"ב דמבואר להדיא דחייבין ובע"כ צריך לומר כמו שחילק מהר"ם ונראה דג' שדנו מעצמם פשיטא ליה למהר"ם דחייבין מכח סוגיא הנ"ל רק דס"ד ג' דקביעי כמו התם הוי ממש כמו יחיד וקבליה סתם דמה לי קבלוהו בעלי דינים או קבלוהו הקהל לדון מתחילה כל דין שיבוא לפניהם ועל זה דחה מהר"ם דיחיד וקבליה ג"כ חייב ועוד דלא דמי ליחיד וקבלוהו בעלי דינים בעצמן דכיון שקבלוהו לדון קבלוהו אף לטעות אבל ברשות הקהל לא הוי רק לדון דין תורה משום כ"ש שאתה נועל כדאמרינן התם ומעתה גם מה שדחה הש"ך הראיה מן הירושלמי ליתא דמהר"ם לא חילק בין יחיד לג' רק בלי קבלה אבל בקבלה פשיטא דג' עדיפי וכיון שאמרו בירושלמי ביחיד הטעם משום שהגיס דעתו לדון יחידי משמע וודאי דג' פטירי בקבלה כדעת הרא"ש וכן נראה עיקר ועיין לעיל ס"ק י' העליתי דאפילו יש גדול ממנו אין מחזירין אלא קם דינא ולא משלמין. ובתומים הקשה על הרא"ש שנתן טעם במומחה משום דאנוס הוא ומזליה דההוא גברא גרים ליה דהא בלא"ה פטור כמו ג' הדיוטות כיון דבלי קבלה יכול לדון בע"כ אהני קבלה למיפטרי' וע"ש שהאריך ליישב ובאמת לק"מ מכמה טעמים חדא דהא כתב מהרי"ו בתשובה סי' קמ"ז הביאו הרב בהגה' לעיל סי' ג' דבזמן הזה אין מומחה לרבים דן ביחידי וכן פסק הרא"ש עצמו פ"ד דנדרים דמדאמר

ר"נ כגון אנא דגמירנא וסבירנא ומי הוא בדורות הללו דגמיר וסביר כר"נ ומכח זה פסק דהאידנא ליכא יחיד מומחה גמיר וסביר וכן פסק הטור י"ד סי' רכ"ח והמחבר שם וכתב הש"ך לעיל סי' ג' דדוקא לענין דין אבל לפטור אם טעה יש מומחה לרבים וכן כתב הש"ך סי' זה ס"ק י"ג אות ד' א"כ הוצרך הרא"ש ליתן טעם משום דאנוס הוא דאף בזמן הזה פטור דליכ' למידן בלי קבלה כמו ג' הדיוטות ולחנם האריך בתומים בזה ועוד נראה בכוונת הרא"ש דוודאי יש להבין מה שהקשה הש"ך על טעמו של הרא"ש דהא בלי קבלה זה בורר לו אחד ואהני קבלה שהוא דן לפני זה וצריך לומר דהרא"ש מיירי בג' דקביעי ומבואר לעיל סי' ג' דג' דקביעי יכולין לדון בע"כ ואינו יכול לומר אדון לפני אחר ע"ש א"כ ביחיד מומחה הוצרך הרא"ש ליתן טעם משום דאנוס הוא דאי אף ביחיד מומחה מהני קביעי קמש"ל דאף אינו קביעי פטור ואי לא מהני קביעי פשיטא דקמש"ל דפטור משום דאנוס הוא אף דבלי קבלה זה בורר לו אחד ודו"ק:

ו ועוד נראה דבלא"ה יש להבין כיון דדבר תורה ג' בעינן וגם מומחין ומתקנתא דרבנן שידונו ג' הדיוטות משום נ"ד א"כ למה יחיד מומחה יוכל לדון הא ליכא נ"ד שיוכל לדון לפני ג' דהדיוטות שכיחי ולמה לא יצטרף עוד עמו שני הדיוטות דהם שכיחי כיון שאין צורך לעקור דבר תורה וזהו באמת טעמו של רש"י שפירש הברייתא דיחיד מומחה דן כמ"ד אין עירוב פרשיות והתוס' שם חולקין וצריך לדעת מאי טעמא ונראה דטעמייהו דהא לעיל שם הקשו אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל וע"ש פי' התוס' ולפי זה עדיין איכא נ"ד שלא ירצו להתמצע עמו בדין רק שלא היו יכולין לתקן זה משום כ"ש שאתה נועל ומהאי טעמא תקנו שיחיד מומחה יוכל לדון ביחידי דהוא אינו ירא מן הטעות שאינו עלול לטעות ולפי זה נראה דהא דיחיד מומחה דן ביחידי היינו היכי דליכא ב' הדיוטות שאינן רוצין להתמצע עמו בדין שמא יטעו ויתקיים הדין בהך תרי אבל היכי דאיכא ב' הדיוטות להתמצע עמו בדין למה נעקור דבר תורה דב' בעינן ולפי זה שפיר כתב הרא"ש ביחיד מומחה וקבליה דלעולם פטור אף בגוונא דאיכא הדיוטות להתמצע עמו בדין דבלי קבלה אינו יכול לדון בע"כ ביחידי ומ"מ פטור משום דאנוס הוא ובאמת אין צורך להשיב על קושיא זו דפשיטא דבלא"ה לק"מ כמו שכתבתי בתירוץ א' אלא דאפי' אין זאת כוונת הרא"ש ארווח לן בתירוץ האחרון ליישב שיטת רש"י שפירש הברייתא כמ"ד אין עירוב פרשיות שכיוון למה שכתבתי דמשמע מברייתא דקתני דיני ממונות בג' ואם הוא מומחה לרבים דן ביחידי דאפילו היכי דאיכא ג' יכול הוא לדון ביחידי ודו"ק וזה פי' דאתיא כמ"ד אין עירוב פרשיות ולפי זה לא קשה ג"כ מה שהקשו התוס' שם על רש"י דהא ר"י אית ליה עירוב פרשיות וסובר דדן ביחידי דהתם מיירי

שלא רצו הדיוטות להתמצע עמו בדין ובזה מודה רש"י דיחיד מומחה דן בע"כ משום נ"ד וכן מה שהקשה התוס' שם דמדקאמר דיני' לאו דינא וכו' אפ"ה יחיד מומחה דן ולפי הנ"ל לק"מ ולפי זה ניחא הא דבעי אר"ח ולא אברייתא גופא אי נקט רשותא בעינן וע"כ דמשמע דברייתא אפילו במקום דאיכא ג' יכול לדון ביחידי וא"כ אתיא כמ"ד אין עירוב פרשיות א"כ פשיטא דלא בעינן נקיט רשותא משא"כ לר"ח דסובר עירוב פרשיות שפיר מבעי ליה. ולענין הדין צ"ע כי הפוסקים לא חילקו בזה. ואין להאריך כי לדידן בלא"ה ליכא מומחה לדון ביחידי ודברי הרא"ש בלא"ה נכונים ולק"מ:

יב ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד כתב הרמב"ם פ"ו מהלכות סנהדרין שנים שאמרו טעם אחד אפילו משני מקראות אין נמנין אלא כאחד וכתב הכ"מ לא מבעי דאם הם ממקרא אחד דלא חשיבי אלא כחד אלא אפילו אמרו טעם אחד משני מקראות לא חשיבי אלא כחד ובזה אין מקום להשגת הרמ"ך ותמה הש"ך על זה דהא פשיטא דטעם אחד ממקרא אחד נחשבין כשנים דאטו אם יחייבו רוב ממקרא לא תרצח נאמר דכחד הוי ואמת דיבר בזה אבל לפע"ד נראה שמעולם לא עלה על דעת הכ"מ דטעם אחד ממקרא אחד באופן אחד חשיבי כחד אבל כוונתו הוא כך דהא וודאי מה שאמרו טעם אחד אין הכוונה שהם שווין בטעמים דהא מפרש התם מר מייתי לה מהעולה על מוקדה כל הראוי לאשים ומר מייתי לה מעל המזבח כל הראוי למזבח והרי מבואר שאין טעמם שוה אלא הכוונה שהם שווין בדין אחד אבל אין טעם הדין והראיה שוה וזהו כוונת הרמב"ם וכ"מ דלא מבעי שאמרו שניהם טעם אחד דהיינו דין אחד וראיותיהם ממקרא אחד זה מביא ראיה מאותו מקרא וזה מביא ראיה אחרת מאותו מקרא ומהפך פי' המקרא לכוונה אחרת והדין יוצא בשוה וודאי דכחד חשיבי דמה שאמרו מקרא אחד יוצא לכמה טעמים היינו לכמה דינים אבל לא לדין אחד על שני פנים והמדקדק בכ"מ יראה שכיוון למה שכתבתי: א (יג)

מומחה ב"ד. פי' הסמ"ע גמיר וסביר ומומחה לבד פירושו גמיר ולא סביר ודעתי שמה שכתב המחבר ס"ב מומחה וקבלי' פטור היינו גמיר אף דלא סביר וזהו דלא כהרא"ש וטור ובעה"מ ודבריו תמוהין דהא מוקמינן הך מתניתין דדן את הדין בקבלי' וקתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור ש"מ דגמיר לחוד אף בקבלה חייב ועוד קשה לי טובא מה שכתב בס"ק כ"ב וז"ל בכל הדינים הנ"ל פסק הרמב"ם כהרי"ף רבו זולת בדין זה דלהרי"ף פטור [והיינו כשאי אפשר לחזור דלא דיינין גרמי בדיינא] וקשה הא הרי"ף כתב מומחה סתם ולא קבליה ולא נקיט רשותא וכו' ש"מ דכוונתו מומחה גמיר וסביר דאל"כ אין דינו דין כלל ואפילו לא טעה כר' אבהו דשנים שדנו אין דיניהם הא דנקיט

מומחה וקבליה פטור היינו גמיר וסביר הרי אינו פטור רק גמיר וסביר וקבליה ועוד דהא באינו מומחה וקבליה ומומחה ולא קבליה פסק בנו"ב משלם וכיון דמומחה ולא קבליה פירושו גמיר וסביר דאל"כ אין דינו דין כלל אפילו לא טעה א"כ אינו מומחה פירושו גמיר א"כ הרי חולק הרמב"ן על הרי"ף בכל הדיני' ונראה ליישב דברי הסמ"ע דלעיל ס"ב לא נזכר בדברי הרמב"ם ומחבר דאפילו נו"ב פטור לכן סבירא ליה להסמ"ע בדעת הרמב"ם ומחבר דמומחה גמיר וסביר וקבליה פטור אפילו נו"ב כדמוכח מתניתין דדן את הדין דמוקמינן לה בנו"ב וקתני מומחה לרבים פטור אבל מומחה גמיר ולא סביר וקבליה עליה בלא נו"ב חוזר ואי אפשר לחזור פטור מלשלם כיון שאינו רק גורם והוא גמיר וקבליה פטור [כמו שכתב הרי"ף דבדיינא ליכא גרמי משום אין לך אדם וכו'] אבל בנו"ב מה שעשה עשוי וישלם מביתו וזהו כדעת הרי"ף ואינו חולק עליו רק בגמיר וסביר ולא קבליה דלהרמב"ם חייב בלא נו"ב אם אי אפשר לחזור ולהרי"ף גם בזה פטור ובהכי ניחא מה שיש להקשות להרמב"ם כיון דפסק וישלם מביתו כדעת הגאון שהביא הרי"ף דאף בדיין איכא גרמי ובמומחה וקבליה פסק דחוזר ופטור מלשלם ש"מ דסבירא ליה כהרי"ף משו' פסידא דבעל דין א"כ בלא נו"ב למה יחזור הא ליכא פסיד' לבעל דין דאי קם דינא הדיין יתחייב לשלם דהרי עכשיו דהדר דינא חייב בליתא דתיהדר כ"ש בקם דינא א"כ ליכא פסידא דב"ד. ולפי הנ"ל ניחה דוודאי מודה הרמב"ם בדיין ליכא גרמי רק ה"מ בגמיר וקבלי' כטעמו של הרי"ף דאין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם אבל גמיר וסביר בלא קבלה דאף דיכול לדון בע"כ מ"מ כבר כתבו התוספות והוא מהירושלמי דאפי' על מומחה נאמר אל תהי דן יחידי אם לא בקבלי' הילכך לא שייך לפטרו מכח שלא יעשה דיין לדון בכפיה וכן בלא גמיר כלל וקבלי' פשיטא דלא שייך האי' טעמא ואף דהרמב"ן השיג על בעל המאור דדינו דין בלא טעה אבל אם טעה מודה דחייב מדינא דגרמי דהלואי שלא יעשה דיין דגמיר ולא סביר שכיח. ונראה שגם הרי"ף מודה בזה וכמו שדעתו בגמיר ולא קבלי' דחייב מדיני דגרמי כמו שכתב בבא חמישאי כמו כן בלא גמיר וקבלי' ואדרבא זה גרע דלדעת בעה"מ לא מהני קבלה כלל אפילו לא טעה למאן דלא גמיר. וצ"ע באמת מה שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ב ומשמע מדבריו דבכל הסעיף זה שפסק וישלם מביתו חולק הרי"ף ולפי פי' הסמ"ע דאינו מומחה היינו אף לא גמיר אם כן בזה אינו חולק הרי"ף כלל דלא שייך טעמו של הרי"ף כנ"ל. ואפשר דגם כוונת הסמ"ע רק על החלוקה דגמיר וסביר ולא קבליה ולכך בסעיף זה דמיירי בגמיר וסביר בלי קבלה או דלא גמיר כלל בקבלה פסק דהדין חוזר בלא נו"ב ואי אפשר לחזור ישלם מביתו דבהא לא שייך טעמו של הרי"ף נמצא דלפי זה לא חלק הרמב"ם על הרי"ף

רק בחלוקה זו בגמיר וסביר בלי קבלה דלהרי"ף גם בזה פטור כדי שיעשה לכוף לדון. כן נראה לי ליישב דברי הסמ"ע הנ"ל ובאמת כבר בארנו לעיל ס"ק י' דברי הרמב"ם על נכון]: ב

אלא דאכתי קשה לי על דבריו מה זה שכתב וזהו דלא כדעת הטור דס"ל דלא מיפטר מלשלם כ"א יחיד מומחה גמיר וסביר וקבליה וכמ"ש וצ"ע עכ"ל הסמ"ע והוא תמוה דאם נאמר דפוטר המחבר ואפילו נו"ב א"כ הוא דלא כהטור דהא נו"ב להרמב"ן והרי"ף הוא כמו לא נו"ב להטור והרא"ש וא"כ כמו דלדעת הטור בלא נו"ב לא נפטר אלא בגמיר וסביר וקבליה כן להרי"ף ורמב"ם בנו"ב בדין שלא. יפטר רק בגמיר וסביר וקבלי' ושפיר צ"ע על המחבר שפסק בגמיר וקבלי' פטור אפילו נו"ב להרמב"ם והרי"ף. אבל לפי מה שביארנו כוונת הסמ"ע דהמחבר לא פוטר אלא בלא נו"ב א"כ האיך חולק על הטור דהא לא חולק כלל דלדעת הרי"ף ורמב"ן ורמב"ם דלר"מ בלא נו"ב חוזר ופטור דלא דיינין דיני גרמי בדיינא כיון דקבליה עלי'. ולהרי"ף אפילו גמיר וסביר ולא קבליה אם כן אף בגמיר לחוד פטור אי קבליה. אבל להטור והרא"ש דפסקו דלא כר"ח רק כר"ש דר"ח אליבא דרבנן קאמר אבל לר"מ בלא נו"ב קם דינא וישלם מביתו אם כן פשיטא דלא נפטר רק בגמיר וסביר וקבלי' ואין כאן קושיא על המחבר דקאי בשיטת הרי"ף ומזה מוכח לכאורה דכוונת הסמ"ע דלהרמב"ם ומחבר אפילו נו"ב פטור בגמיר וקבלי' א"כ הדרא קושיא לדוכתא על הסמ"ע ס"ק כ"ב דהאיך כתב דהרי"ף לא חלק רק בדין זה הא חולק בכל הדינים כנ"ל לכן אין דברי הסמ"ע מבוררין כלל ועש"ך שהשיג על הסמ"ע בזה. גם השיג עליו במה שכתב לקמן דנטילת רשות מועיל לאינו מומחה דהיינו גמיר ודבריו מגומגמין דמה שהביא ראיה מראב"ן פשיטא שאין ראיה כלל דהא המרדכי סובר להדיא דמהני נטילת רשות לאינו מומחה ומ"מ פסק אם טעה ישלם א"כ הראב"ן דביקש, לומר דפטור מלשלם הוצרך לומר מומחה דוקא גם מה שכתב ולפע"ד אין מהמרדכי ראיה דוודאי נראה דלא עדיף נטילת רשות וכו' והוא תמוה דהא פשיטא דגם דעת המרדכי דלא עדיף נטילת רשות מקבלת בעל דין עצמו שהרי, כתב דחייב לשלם אם טעה כמו בקבלה אלא דמ"מ דינו דין אם לא טעה ודבריו צ"ע ומ"מ נכון הוא לדינא דלא מהני נטילת רשות בין לדין בין ליפטר אלא בגמיר וסביר וכן מוכח בש"ס דקאמר איבעי להו כגון אנא דגמירנא וסבירנא ונקיטנא רשותא או דגמירנא וסבירנא דלא נקיטנא רשותא והשתא לדעת הרא"ש דיהבי רשות למאן דגמיר לחוד א"כ למאי דס"ד דר"נ נקיט רשותא ג"כ קאמר א"כ למה לי דגמירנא וסבירנא בגמיר לחוד סגי והכי הוי ליה למימר איבעי

להו כגון אנא דגמירנא ונקיטנא רשותא או דגמירנא וסבירנא אף דלא נקיטנא רשותא לכן העיקר בזה ובפי' דברי המחבר כהש"ך דלא כהסמ"ע:

ג:

ועיין תומים שהאריך בביאור דברי הרמב"ם ודעתו דג' בבי יש. א' גמיר ולא סביר אף ברשות אין דינו דין כלל ב' גמיר וסביר ולא נתפרסם המחאתו אינו יכול לדון אלא בנטילת רשות או בקבלה אבל אין הרשות והקבלה מועלת לו לפטרו מן התשלומין ג' גמיר וסביר ונתפרסם המחאתו יכול לדון בעל כרחך בלי רשות ובלי קבלה ובזה הרשות והקבלה מועלת לפטרו מן תשלומין וכן דעת המרדכי עכ"ד בקיצור לשון. ואין דבריו נכונים כלל מכמה טעמים דהא עיקר טעמא דפטור מתשלומין משום שאינו עלול לטעות ומזלי דההוא גרמא ליה למיטעי ואנוס הוא א"כ מה נפקא מינה אם נתפרסם המחאתו כיון שהוא מברר אח"כ שהוא מומחה ודן בקבלה דאנוס הוא ומזליה דבעל דין גרם ולמה יתחייב. וכן מוכח להדיא מדברי התוס' סנהדרין דף ה' בד"ה ואי לא שהקשו לרש"י דפי' אי קבליה היינו לדין ולטעות ואי לא קבליה היינו לדין תורה וכתבו וז"ל דהא אפילו לא גמיר וסביר נמי מה שעשה עשוי וישלם מביתו כדמוכח לקמן דפריך מינה לר' אבהו ומוקי לה בקבליה עליה לדין תורה והתם באינו מומחה מיירי דקתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור עכ"ל התוס' וקשה מנא לן דסיפא מיירי במומחה לרבים והיינו שנתפרסם המחאתו ורישא מיירי בגמיר וסביר שלא נתפרסם המחאתו ולכך אפילו בקבליה חייב לשלם אבל גמיר ולא סביר אפילו בקבלה אין דינו דין כלל וע"כ דכך ראיית התוס' מדקתני סיפא מומחה לרבים פטור והטעם משום דאנוס בטעותו א"כ ע"כ דרישא גמיר ולא סביר דאי בגמיר וסביר כיון דמוקמינן לה בקבליה עליה למה יתחייב לשלם דהא אנוס הוא ומאי נפקא מינה אם נתפרסם או לא סוף סוף כיון שהוא מברר שהוא מומחה מזליה בישא גרים ואנוס הוא וזה ברור גם כל הטעם דפטור נקיט רשותא דהפקר ב"ד הפקר א"כ מאי נפקא מינה אם נתפרסם כיון שיש לו רשות ב"ד גמיר הוא ואפילו באינו מומחה לא נחלקו על הרא"ש רק משום דלא יהבי רשותא לאינו מומחה אבל בלא"ה היו מודים ואינו מומחה וודאו לא נתפרסם המחאתו ועוד כיון שנתנו לו ב"ד רשות אין לך נתפרסם יותר מזה שהרי נתברר בב"ד שהוא מומחה. והדבר מבואר לכל מעיין שעיקר כוונתו בפי' המשנה דכל שלא נתברר בב"ד אינו נפטר דמנא ידעינן שהוא מומחה אבל פשיטא שכל שמברר אח"כ שהוא מומחה פטור מלשלם:

ד

וראיה ברורה לזה שהרי הרמב"ם פוסק במומחה וקבליה ונקיט רשותא דפטור מלשלם הדין חוזר א"כ בהכרח שהוא גורס כמו גירסת הרי"ף דהך דבכורות במומחה דאל"כ פשיטא דלא קשיא מסיפא דהתם באמת חוזר הדין שהרי בהכרח אנו צריכין לומר כן לתירוץ ר"ח לדעת הרמב"ם וע"כ דגריס כהרי"ף והקושיא מדסיפא במומחה ש"מ רישא באינו מומחה וקשה מאי קושיא סיפא במומחה לרבים דהיינו גמיר וסביר ונתפרסם המחאתו זה פטור מלשלם אבל רישא מומחה שלא נתפרסם לכך ישלם וקם דינא אבל מתניתין דסנהדרין באינו מומחה לכך מחזירין ולק"מ הגם שלפי גירסת הרי"ף ופירושו הך סוגיא חלוקה עם סוגיא דסנהדרין דאוקמינן לה בקבליה עליה ובאינו מומחה מרומי' דר' אבהו כמו שכתב הרמב"ן להדיא ולפי הנ"ל אין הסוגיות חלוקות כלל דכול' מתניתין בקבליה רק סיפא מומחה לרבים דהיינו נתפרסם להרמב"ם לפי הבנת התומים רישא במומחה שלא נתפרסם ומתניתין דסנהדרין באינו מומחה לכך מחזירין אם טעה ותירוץ זה פשוט ונכון וע"כ דהא ליתא כנ"ל וזו תשובה נוצחת ועוד קשה גם לפירוש בעל העיטור ובעה"מ והרא"ש ולפי הנוסחא שלפנינו דר"י משני מתניתין דבכורות באינו מומחה ומתניתין דסנהדרין במומחה ופריך מומחה האיך אתה אומר שמחזירין והא קתני סיפא פטור וארישא קאי דמה שעשה עשוי וקשה מאי קושיא הך מיירי במומחה ולא קבליה ולא נתפרסם לכך חוזר אם טעה והך דבכורות מיירי במומחה וקבליה רק רישא בלא נתפרסם סיפא בנתפרסם ובתרווייהו קם דינא כיון דקבליה עליה וכן הא דפריך לר' אבהו מהך מתניתין לוקמא במומחה ולא קבליה רק לא נתפרסם לכך דינו דין וישלם וסיפא בנתפרסם אבל אינו מומחה דהיינו גמיר אין דינו דין כלל ואפילו לא טעה וליכא למימר דסובר הרב הנ"ל דגמיר וסביר ולא קבליה ולא נתפרסם אין דינו דין כלל ואפילו לא טעה לכך ליכא לאוקמא מתניתין בהכי הא וודאי ליתא חדא דמנא לן להקשות ועוד דהא בהדיא כתבו הרי"ף וכל הפוסקים אבל מי שאינו מומחה ולא קבליה הרי הוא בכלל בעלי זרוע ולא אישתמט חד מלכתוב דאפילו מומחה כן הדין כל שלא נתפרסם וברור דלית לדבריו כמו שבארנו גם מה שהשיג על הש"ך דחנא לן להיות דינו קיים ולא יפטר מתשלומין אם יטעה וקשה הא לדבריו כך הדין במומחה כשלא נתפרסם ונקיט רשותא דדינו דין ומ"מ לא אהני ליה רשות לפטור מתשלומין אם טעה. העיקר בכל זה בדעת הש"ך:

יד או שלא היה מומחה משמע אף לא גמיר ודלא כבעל המאור דכתב בלא גמיר וקבליה אין דינו דין אפילו לא טעה וכן כתב הש"ך שכן דעת המחבר וכ"ש לפי מה שכתב הסמ"ע לדעת המחבר בגמיר וקבליה פטור א"כ פשיטא דכאן בלא גמיר כלל מיירי והרמב"ן

בספר המלחמות הקשה על בעה"מ דפסק בגמיר וקבליה דאשירא מיקרי דהא אפילו ג' רועי בקר אינו יכול לחזור לאחר גמר דין. ומהרמ"י תאומים נחית לחלק דשאני הכא דהוי תרתי לריעותא כדלעיל סי' כ"ב ובאמת לא דמי כלל דהתם שאני שאי אפשר שיתכשר זה לדין אלא אם יסתלק ממנו פסול הקורב' וגם שנוסיף עוד דיין לכך לא מהני קבלה אבל כאן אין כאן חסרון אלא מומחה ואם היה מומחה כשר לדון בלי קבלה ואין זה רק חדא לריעותא במה שנחסר לו מעלה זו של מומחה עיין מה שכתבתי לעיל סי' כ"ב ס"ק ב'] ומ"מ נראה לכאורה שאם טעה חוזר אפילו נו"ב דאז וודאי הוי תרתי לריעותא דאין לך ריעותא מזו במה שטעה הילכך כיון דלא גמיר ג"כ הוי תרתי לריעותא ואפשר שזהו כוונת הרמב"ן שפסק בלא טעה דינו דין ובטעה חוזר ומיושב קושית הש"ך מ"ש גמיר מלא גמיר ובאמת לא דמי כהנ"ל אך קשה לי טובא על הרמב"ן ז"ל דהא הוא עצמו מפרש מילתא דר"י כמו שכתב הרי"ף דמתניתין דבכורות במומחה ומתניתין דסנהדרין דקתני מחזירין באינו מומחה א"כ מאי קושיא מסיפא לוקמא באינו מומחה כלל דהיינו אף לא גמיר ואם טעה חוזר ואם לא טעה דינו דין ומתניתין דבכורות בגמיר וקבליה לכך מה שעשה עשוי וישלם מביתו וסיפא בגמיר וסביר וקבליה לכך פטור מלשלם וליכא למימר דדומיא דדיני נפשות מיירי דב"ד נינהו הא ליתא דהשתא נמי דמוקמת לה באינו מומחה לאו דומיא דנפשות הוא דמיירי במומחין א"כ הוי מצי לאוקמא נמי בלא גמיר כלל והוא תמוה לכאורה ועוד לר"מ דמוקי לה בנו"ב ומתניתין בלא נו"ב ומתוך כך הוצרך לומר כגון שהיה לו משכון לוקמא באינו מומחה כלל ואם טעה אפילו נו"ב חוזר לדעת הרמב"ן ולעולם פטור אתה כמי שנו"ב ומזה מוכח לכאורה או כשיטת בעה"מ דבלא גמיר וקבליה אין דינו דין כלל אפילו לא טעה או כהש"ך דאפילו טעה הדין קיים אבל לשיטת הרמב"ן דמחלק בין טעה ללא טעה קשה כנ"ל וצ"ע:

טו אם נו"ב. עיין תומים שכתב דכפיה ע"י שליח ב"ד כמי שנו"ב דמי ובזה כתב ליישב מה שהקשה הנ"י מריש סנהדרין דמאי הועילו בתקנתן לא ישאו ויתנו בידם ויפטרו ולפי הנ"ל ניחא דכפי' כמי שנו"ב דמי והוא יודע שלא ירצה לשלם מעצמו עכ"ד. ובאמת עדיין לא הועיל כלום דהא קושית הנ"י הוא אהא דמשני התם כ"ש שאתה נועל דלת ופירש"י דירא דילמא טעו ופטרי ליה ומפסידנא ועל זה הקשה הנ"י דאכתי כיון דבלא נו"ב באמת פטירי א"כ עדיין לא הועילו במה שחייבו הדיינים בנו"ב דעדיין איכא נ"ד דהא פטור אתה לאו כמי שנו"ב וירא דילמא טעו בי דינא ופטרי להו ומפסידנא וגם מה הועילו שידונו ג' הדיוטות דהא השתא איכא נ"ד טפי דמתיראין להפסיד ע"י ב"ד טועין וא"כ מה הועיל התומים במה שנאמר כפיה כמי שנו"ב דהא פטור אתה וודאי

לאו כמי שנו"ב וצ"ל דכך כוונתו דקשיא ליה בעיקר קושית הנ"י מאי קושיא הא בלא נו"ב הדר דינא וליכא נ"ד כלל ובגמרא לא הקשו אלא בנו"ב דיפטרו ועל זה תרצו כיון דקם דינא איכא נ"ד טפי אבל בלא נו"ב דהדר דינא ליכא נ"ד כלל וצריך לו' דהנ"י דייק מהסוגיא דאף בהדר דינא איכא נ"ד כמו שהוכחתי לעיל סק"י באריכו' ע"ש והטעם דאי רמי עלייהו חיובא דייקי היטב אבל אי לא רמי' עלייהו חיוב' לא דייקי ויפסדו שלא כדין ושמ' לא יתבר' טעות' ולפי זה שפיר מקש' הנ"י דהא בלא נו"ב חוזר ולא הועילו בתקנתן ועדיין לא דייקי ויפסידו שלא כדין ועל זה תירץ בתומים דכפיה ע"י שליח כנו"ב א"כ ע"כ דייקי דשמא יצטרכו לכוף לשל' וכיון דדייקי לא פטרי נמי שלא כדין זהו מה שטרחנו ליישב דבריו ואינו נכון ובעיקר יישוב קושי' הנ"י כבר הארכתי לעיל ס"ק י' וישבתי שם על נכון ע"ש היטב ועיין סמ"ע ס"ק כ"א שכתב הא דלא קאמר או שנטל רשות דלא מהני רשות לאינו מומחה לא גמיר ולא סביר וכו' והש"ך הקשה וז"ל ועוד דהוי ליה למימר או שלא היה מומחה ב"ד אבל לא קבליה ולא נקיט רשותא ע"כ ודבריו תמוהין שהרי דעת הסמ"ע לדעת המחבר ס"ב דמומחה גמיר וקבליה פטור להרמב"ם א"כ כאן דכתב בנו"ב משלם ובלא נו"ב כשאי אפשר לחזור ישלם א"כ ע"כ דמיירי בלא גמיר כלל ויפה כתב הסמ"ע לשיטתו אך באמת לענין הדין העיקר כדעת הש"ך כמו שנתבאר לעיל ס"ק י"ג:

טז וישלם מביתו. רבים תמהו על הרמב"ם בזה חדא דהא גמרא מפורשת היא דהיכי דאילו הואי הוי הדר פטור מלשלם ועוד דהא הרמב"ם עצמו פסק כן כתבו המחבר ריש סי' זה וכבר הארכתי לעיל ס"ק י' אות י"ב ביישוב דברי הרמב"ם הללו על נכון ובכ"מ כתב בשלמא אי אינו מומחה ונו"ב ישלם היינו דטעה ר"ס אבל אל"כ במאי טעה דהא אפילו אינו מומחה פטור ומזה מבואר דלא כהסמ"ע דגמיר וקבליה חייב דאל"כ עדיין קשה במאי טעה ר"ט ודו"ק) ועש"ך שהשיג על הכ"מ בתרתי חדא דלר"מ דמוקי לה בנו"ב פשיטא דגם עובדא דר"ט בהכי מיירי דאל"כ האיך דייק מינה בבכורות דמומחה לרבים פטור ועוד דהא משמע להדיא בש"ס דר"ח בעי לישנויא דלא תקשי מאי דאקשי ליה ר"ה לר"ש וכו' עכ"ד. ואין דבריו נכונים כלל דאי ס"ד דאי מתניתין דבכורות בנו"ב גם עובדא דר"ע ור"ט בנו"ב דאל"כ אין כאן ראיה דמומחה פטור דהא בבכורות פרק עד כמה אמרינן אהך מתניתין דדן את הדין לימא תנן סתמא כר"מ ומשני ר' אילעי אמר רב בנו"ב ולפי זה אף הך עובדא דר"ט בנו"ב לפי דברי הש"ך אם כן קשה מה זה שהקשו מיד אחר כך ותיפוק ליה דטועה בדבר משנה חוזר וקשה מאי קושיא הא כבר אוקמ' בנו"ב ואף טועה בדבר משנה חייב כמו שכתב הש"ך בעצמו לעיל ס"ק א' אלא ברור

דהך עובדא לא מתוקמא בנו"ב דלאו אורחיה דר"ט בהכי כמו שכתב הרמב"ן וז"ל והא דאותבי' ר"ה לר"ש פרה אפשר הוי ליה ליפרוקי נו"ב אלא דלאו אורמי' דר"ט בהכי ואם כן קשה הא לר"ח ע"כ בנו"ב מיירי אלא ברור דהא ליתא דאפילו אי רישא בנו"ב הך עובדא לא מתוקמא בהכי ומה שהקשה הש"ך דאל"כ מאי ראיה מייתי דמומחה לרבים פטור לאו הכרח הוא דא"כ תקשי ליה להרשב"א פרק אלו טריפות דבדבר משנה אפילו נשא ונתן ביד פטור א"כ שמעינן דדבר משנה עדיף טפי לפטר משק"ה א"כ מאי ראיה דבשק"ה מומחה פטור אפילו נו"ב מדבר משנה ונו"ב וליכא למימר דדייק מדקאמר חדא ועוד דהא לר"ח אין צורך לחדא ועוד כמו שכתב הש"ך [ובאמת להרשב"א צריך לומר חדא ועוד אפי' אי מוקמת לה בנו"ב דלשיטתו אפילו אינו מומחה פטור בדבר משנה אפילו נשא ונתן ביד אבל לפי זה פשיטא דלק"מ על הכ"מ ודו"ק] וכמו כן קשה לדעת הנ"י שהביא הרב בהגה' ס"א דבאו"ה מומחה הוי כסמוך דמאי ראיה מייתי מר"ט דמומחה לרבים פטור דדוקא באו"ה דמחוייב להורות פטור אבל בדיני ממונות דאינו מחוייב אפילו מומחה חייב וע"כ דהנך פוסקים סבירי להו דלא מייתי הך עובדא להוכיח הדין אלא דמילתא אגב אורחי' קא מייתי להך עובדא דמומחה לרבים פטור ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק ד' עוד ביישוב ראיה זו וביותר מה שיש לתמוה על הש"ך בזה מבואר לעיל ס"ק א' באריכות ע"ש. אך הא קשיא לכאורה על הרב ב"י דהא בהדיא קאמרינן בגמרא חדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה אתה וחוזר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה א"כ קשה במאי טעה ר"ט הא אפי' אינו מומחה פטור דאלו הואי הוי הדר ואי נימא דהא לאו מילתא הוא דס"ד דר"ט דטועה בשק"ה הוי ולא טעה אלא בחד א"כ אין הכרח לדינו של הרמב"ם דשאני הכא דס"ד דקם דינא לכך חייב אבל בהדר דינא פטור אפילו בשק"ה ויש לומר דכך כוונתו דבאמת לר"ש אין הכרח דס"ד דבשק"ה הוי וקם דינא ולא טעה רק בחד דמומחה חייב אבל לר"ח דסובר בלא נו"ב הדר דינא אפילו בשק"ה במאי טעה וע"כ דבשק"ה אלו הואי הוי הדר חייב ובזה ניחא נמי מה שהביא הב"י עוד ראיה מדלא קאמר כיון דקבלוך פטור אתה ולכאורה הוא תמוה דהא בגמרא אמרינן דר"ע קאמר ליה חדא טועה בדבר משנה אתה וחוזר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית דלא הדרא ומתכפר' מומחה לרבים אתה ואין כאן ראיה מר"ע ולפי הנ"ל ניחא כיון דהרמב"ם פוסק כר"ח ולדידיה בשק"ה בלא נו"ב הדר דינא והתם בעובדא דר"ט וודאי לא נו"ב כמו שכתב הרמב"ן א"כ כך הוי ליה למימר חדא דטועה בדבר משנה אתה ועוד אי אפילו בשק"ה טעית הא קיבלוך ופטור אתה ולפי זה מבואר מדברי הב"י דאפילו באו"ה הדר דינא לר"ח ואין חילוק כלל וכמו שכתבתי לעיל סוף ס"ק י'] אבל

באמת יש לדחות ראיה זו דר"ע ביקש לומר תרתי טעמים דחדא בלי חברתה מהני לכך לא קאמר משום קבלה דהא בדבר משנה ג"כ לא נפטר רק בקבלי' לכך נתן טעם מומחה דבדבר משנה בלי מומחה פטור ובשק"ה משום מומחה ודו"ק. ועוד נראה דלאו ראיה היא כלל דוודאי באו"ה ואינו מומחה אין קבלתו כלום כיון שאסור לו להורות ומאן דקבליה אדעתא דלהורות כדין קבליה וכיון שהוא אינו יודע פשע וחייב לשלם והוי כמו אינו מומחה ולא קבלי' בדיני ממונות דגם דעת הרי"ף דחייב מדיני דגרמי אפילו אילו הואי הוי הדר אבל אינו מומחה וקבליה שמותר לו לדון בלא נו"ב וליתא דתיהדר שיתחייב לשלם מי שמעת ליה ועוד דהא טעמו של הרי"ף דאין לך אדם שאינו מומחה וזה לא שייך באו"ה כל שאינו גמיר וסביר וצ"ע בזה. ועיין תומים מה שהאריך ביישוב דברי הרמב"ם ותורף דבריו לחלק בין דבר משנה לשק"ה משום דבדבר משנה לא שכיח ולא קנסו לדיין אבל שק"ה שכיח וחייב משום דיני דגרמי משום קנסא עכ"ד ועם כל זה לא הועיל כלום דעיקר הקושיא על הרמב"ם במה נפשך אם דעת הרמב"ם בדיין ליכא גרמי כלל א"כ בשק"ה אמאי ישלם ואי דעתי בשק"ה איכא גרמי דקנסו לדיין אם כן קשה הא טעמו של הרי"ף לר"ח משום פסידא דבעל דין ומכח זה פסק במומחה וקבלי' ונקיט רשותא לעולם חוזר אפילו בשק"ה והרמב"ן גופא הודה שאין דבריו ברורים בזה וטעמא דר"ח לאו משום הכין הוא א"כ הרמב"ם דפסק בזה כהרי"ף ש"מ דסבירא ליה הך טעמא אם כן קשה בלא נו"ב בשק"ה למה יחזור הא אי קם דינא לא יתחייב הדיין לשלם וליכא פסידא לבעל דין ועל קושיא זו לא תירץ התומים כלל. ומה שהביא ראיה מדברי התוספות ע"ז דף נ"ח בד"ה אדמקטורך לא ידענא מאי קאמר דהא אפילו לדבריו נצטרך לומר דהתוספות בע"ז חולקין על התוס' בב"ק דהתם מבואר דסבירי להו אפילו בדבר משנה מחייב לר"מ וסוגיא דסנהדרין כרבנן וכן כתבו בסנהדרין במקומו ואם כן ממילא יש לומר ג"כ דסבירי להו אף בשק"ה פטור לר"מ לגמרי כהרי"ף ועוד קשה לפירושו בתוספות דהא מבוא' בלשון התוספות שכתבו וז"ל דאין לפרש לפי שטעה ויפסיד בגדיו כדאמרינן פ"ק דסנהדרין ד"י דהא מוקמינן לה התם בנו"ב והרי זה מבואר דמה שכתבו בנו"ב אהך מתניתין דדן את הדין קאי וא"כ אכתי תקשי הא אף למאן דמוקי לה בלא נו"ב מ"מ בטועה בדבר משנה דחוזר לכ"ע פטור ודברי התוס' תמוהין באמת לכאור' ומה שנראה בכוונתם דבב"ק כתבו סברות לכאן ולכאן ובחד תירוץ סבירי להו התם דפטור ובחד תירוץ דחייב ואף בט"ז כתבו שני תירוצים לשני הדיעות דתירוץ ראשון הוא לדעת הפוסקים דאפילו לר"מ פטור כל כמה דחוזר וזה שהביאו ראיה מסנהדרין מהא דמוקמינן בנו"ב דמבכורות פשיטא שאין ראיה דלדחויי' מר"מ מוקמינן הכי אבל

לר"מ משמע התם דחייב וגם מהך סוגיא דפריך לר"ש מפרה של בית מנחם אין ראיה דכבר כתבו דהך סוגיא יש לומר רבנן היא אבל לר"מ חייב ולזה הביאו מהא דמוקמינן בנו"ב וסבירי להו כהרי"ף דהטעם משום פסידא דבעל דין דאי קם דינא יפטר הדיין בלא נו"ב והך סוגיא ר"מ היא כמו שכתב הרמב"ן דלרבנן לא גרע ממוחל שטרא והאיך קאמר פטור אתה כמי שנו"ב וכתבו עוד דאף אם נאמר כתירוץ שני בב"ק דלר"מ חייב מ"מ ר"ל פטור דמומחה לב"ד היה ולפי זה מבואר מדברי התוס' דלא כרמב"ם אלא או דבשק"ה ג"כ פטור אפילו לר"מ או דבדבר משנה ג"כ חייב ודלא כהתומים גם עיקר הדייוק שלו דהוי להו להביא סוגיא דבכורות אינו הכרח כלל וכן בתוס' סנהדרין דף ג' הקשו אה אדפריך טעו לא ישלמו דהא בלא נו"ב באמת פטירי כדלקמן פ"א ד"מ ואף דשם לענין חזרה נאמר וע"כ כמו שכתבתי דמהתם מוכח טפי מסוגיא דבכורות דשם וודאי לרבנן אבל כאן יש להוכיח דאפילו לר"מ פטור ודו"ק ואין להאריך כי כבר בארנו לעיל ס"ק י' דברי הרמב"ם על נכון ע"ש: (יז) א

ויש אומרים דאפילו לא נו"ב מה שעשה עשוי וישלם מביתו עש"ך שהאריך בביאור דברי רב האי גאון שהביא בעל העיטור והנה כל קושית הש"ך יש ליישב כמו שכתב הש"ך בעצמו דרב האי מודה דמה שעשה עשוי שנסתלקו זה מזה ואין להם זה על זה כלום רק הדיין מהדר אחר בעל דין להוציא ממנו ובעל דין על הדיין ובזה לק"מ ומה שהקשה הש"ך על זה דלא הוי ליה לרב האי לסיים וישלם מביתו דהא כבר שילם לא ידענא מאי קאמר דאנן הכי קאמרינן דוודאי מה שעשה עשוי לענין שנסתלקו זה מזה אבל הדיין מהדר להוציא מיד בעל דין ולהחזיר ואם אינו יכול להוציא משלם מביתו: דפשיטא שיכול הדיין לומר המתן לי עד שאוציא מזה ואם לאו אשלם לך ועוד קשה לפי מה שהבין הש"ך דהדיין משלם מיד ואח"כ מוציא מזה א"כ מה זה שהקשה עוד על הרא"ש דהוי ליה למימר דלישנא דוישלם מביתו לא אתי שפיר דהא ליתא דאדרבא וישלם מביתו אתי שפיר דהדיין משלם מיד מביתו רק דמה שעשה עשוי משמע דאין מוציאין לא אתי שפיר אבל וישלם מביתו אתי שפיר ואפשר דכוונת הש"ך להקשות במה נפשך אי דעת רבינו האי שהדיין משלם מיד תקשי לישנא דרבינו האי דסיים וישלם מביתו כך הוי ליה לומר מפסיד מה שנתן דהרי כבר שילם ועוד דאפילו אי דעת רבינו האי דוישלם היינו לאחר שלא היה יכול להוציא א"כ הוי ליה להרא"ש להקשות אוישלם מביתו אבל גם בזה לא קשיא כלל דאפילו אם משלם אח"כ אתי שפיר מה שעשה עשוי שנסתלקו זה מזה ומשלם מביתו כשאי אפשר לו להוציא. אך מה שהקשה הש"ך על מה שסיים רבינו האי בזמן שנטל ונתן ביד דהא פשיטא דאפילו לא נו"ב ישלם כמבואר

להדיא ברי"ף ובכל הפוסקים ובאמת על הרא"ש וטור לק"מ דהם לא גרסי כך בדברי רבינו האי אבל בלשון רבינו האי שבבעל העיטור וכן בגירסת הנ"י קשה. והנה הש"ך דעתו שלא נאמרו דבריו רק בטועה בדבר משנה ומלבד כי קשה להעמיד הדבר בבעל העיטור בלא"ה קשה בדבר משנה מה צורך לתשובת רב האי הלא זה פשוט ומבואר להדיא בכל הפוסקים וכל הש"ס מלא מזה ודוחק לומר דעיקר מה שהביא דברי רב האי דכשאין לו ישלם מביתו אף בד"מ דעיקר חסר בדברי בעל העיטור. לכן נראה לפע"ד ליישב גירסת העיטור והוא דהמדקדק בתשובת רבינו האי יראה שלא נאמרו דבריו אלא בחייב את הזכאי שנטל מה שלא היה לו לטול והטעם דהא אפילו בתיקו דבגמרא לא הכריעו כחד מנייהו איכא מאן דאמר דמאן דטעי ביה כטועה בדבר משנה הוא כיון שאין להוציא מיד המוחזק ואף דלא קיימא לן הכי משום דתפיסה מהני בתיקו אבל בשק"ה דסוגיא דעלמא כחד ואם תפס פשיטא דמוציאין ממנו א"כ כ"ש אם טעה והוציא ממון להיפך מסוגיא דעלמא להחזיק הממון דהוי טועה בדבר משנה וחוזר ודוקא בזיכה את החייב אין להוציא מחזקתו כיון שהטעות אינו מבורר ודיין טעה והחזיק בידו אבל חייב את הזכאי אין לך טועה בדבר משנה כזה זהו דעתו של רבינו האי אף שאין כן להלכה כנ"ל ועוד יש לומר דוודאי בחייב את הזכאי דסוגיא דעלמא הוא להחזיק הממון בידו של זה מצד מה שהוא מוחזק והוא פסק להיפך והוציא אין מוציאין ממנו כיון דעכשיו זה מוחזק ונעשה מוחזק ברשות על פי פסק הדיין אבל היכי דסוגיא דעלמא זכה השני בדין לא מצד המוחזקות שלו אלא אפילו להיפך היה מוציאין ומחזירין לו א"כ זה שפסק והוציא מזה ונתן לזה א"כ לא עדיף תפיסה על פי הדיין מאילו היה נתפס בידו ברשות גמור היה מוציאין ממנו על פי סוגיא דעלמא א"כ עכשיו נמי מוציאין ובהכי מיירי רבינו האי כנ"ל: ב

ועיין תומים ס"ק י"ב שהאריך לברר מפתח סי' זה בפלפול עצום וכבר בארנו כל הצורך בזה לעיל ס"ק י' וכיון שראיתי בכל דבריו שאינם נכונים לפע"ד על הדרך הנ"ל לכן אשיב ידי על סדר דבריו בקצרה. הנה הגאון מהרח"י תאומים האריך להסכים עם דעת הרא"ה ורש"י ונ"י דלר"נ גדול מחזיר אפילו באינו מומחה ופליג אר"י ודעת ר"י דהא דקתני בסיפא דפטור מלשלם הוא בליתא דתיהדר ותמה בתומים דא"כ אף בלי קבלה יפטר דאילו הואי הוי הדר ודעת מהרח"י הנ"ל דאפי' לר"מ פטור וקושיא זו אין לה שורש חדא דהא הש"ך בעצמו בס"ק ט"ו השיג על הרא"ש דמומחה פטור מטעם דבלי קבלה יכול לדון אהני קבלה למיפטר דהוי ליה למיתני סיפא וקבלוהו ואע"ג דרישא וודאי מיירי בקבליה מ"מ בשלמא אי הוי נקט בפי' קבלה שפיר שמעינן דממילא סיפא

בקבליה אבל עכשיו לא קתני וקבליה והטעם משום דלא מיירי מעניני חזרת הדין רק מחייוב תשלומין ואין הקבלה גורם החייוב רק דבלא"ה אינו יכול לדון ואין ענין זה להך משנה אבל בסיפא דהקבלה מביאה הפטור הוי ליה למימר וקבליה אבל לפי מה שכתב מהרח"י הנ"ל אתי שפיר דבאמת בסיפא מהאי טעמא לא נקיט וקבליה דאין הקבלה מביאה הפטור דבלי קבלה פטור דאילו הואי הוי הדר וכן ברישא לא נקיט קבלה משום דאין הקבלה מביאה התשלומין כלל רק ממילא ע"כ בקבלה דאל"כ אינו יכול לדון ואין ענין זה להך משנה לכך לא נזכר במשנה כלל מקבלה ואדרבא לפי מהרח"י הנ"ל אתי שפיר ועוד דהא דהרז"ה נתן טעם משום פסידא דבעל דין והרב מהרח"י השיגו דא"כ האיך פסיק ותני ברישא מה שעשה עשוי הא בליתא לדיין לשלומי חוזר וזהו לר"נ דמיירי לשיטת הרז"ה ביש גדול ומ"מ אינו חוזר כיון דהדיין מחוייב לשלם יפה הקשה מהרח"י בלית ליה מאי איכא למימר אבל לר"י דמחלק בין מומחה לאינו מומחה והטעם משום מי יימר דטעמא קמא עיקר הילכך פסיק ותני ברישא מה שעשה עשוי וישלם מביתו ובסיפא ג"כ אין הדיין פטור מלשלם בליתא דתיהדר רק בקבליה דבלי קבלה אפילו אילו הואי לא הוי הדר כיון דליכא פסידא לבעל דין ונהי דבלית ליה לדיין לישלומי היה חוזר מ"מ עכשיו דקתני פטור מלשלם ש"מ אפילו יש לו לשלם א"כ לא משכחת לה רק בקבליה ולק"מ קושית התומים אך עיקר דברי מהרח"י הנ"ל אינם נכונים וכבר השגתי על זה לעיל ס"ק י' אות י"ח וישבתי קושית מהרח"י לר"י בפשיטות ע"ש:

ג:

עוד כתב מהרח"י הנ"ל דסברת הרא"ה ז"ל נכונה שאין כחו של גדול נגרע בחסרון חכמתו של טועה ובתומים השיג עליו דהא כבר כתב הרא"ש דקנסוהו לדיין לפי שנשתדל לדון ביחידי והוא מהירושלמי ואין דבריו נכונים כמו שהוכחתי לעיל ס"ק י' אות כ"ו בראיות ברורות דהעיקר בזה כדעת הרא"ה ורש"י ונ"י ע"ש ואין צורך לכפול הדברים גם מה שהקשה לשיטת הרא"ה דהא לא אלמן ישראל מחכמים ובאינו מומחה מסתמא יש גדול בעולם והאיך משכחת לה מתניתין דקתני מה שעשה עשוי ומתוך כך רוצה לומר דהרא"ה לשיטתו בנו"ב אין גדול מחזיר ומוקי למתניתין בנו"ב עכ"ד והוא תמוה דפשיטא דלא כתב הרא"ה אלא דר"נ ור"ח לא פליגי אלא דמר מוקי לה בנו"ב ומר מוקי לה בלא נו"ב ובנו"ב מודה דלא מיהדר על פי גדול אבל הא וודאי פשיטא דלר"נ לא מתוקמא בנו"ב דא"כ למה ליה למימר כאן באין גדול הא אפילו יש גדול אינו חוזר בנו"ב ובע"כ דמעולם לא עלה על דעת ר"נ לאוקמא בנו"ב כר"ח רק דלא פליג עליה לדינא כנ"ל ועיקר קושייתו על הרא"ה לק"מ דא"כ תקשי ליה לדעת בעה"מ ג"כ דלשיטתו

כל היכי דדיין פטור חוזר על פי גדול א"כ היכי קאמרינן לעיל דלכך תקנו שישלמו הדיינים משום נ"ד הא אי לא משלמי יחזור על פי גדול לשיטת בעה"מ וכמו שהקשה הרא"ש לשיטת הרי"ף ובע"כ צריך לומר דפעמים דליכא מומחה גדול שיחזיר הדין רק בטירחא גדול ועדיין איכא נ"ד וכן פי' רש"י שם דלכך תקנו שג' הדיוטות ידונו דשמא לא ימצא מומחין לכופו לדין ואי מומחה אחד בקל ימצא ליתקני שידונו ג' וחד ביניהו מומחה ואז פטירי מלשלם וליכא נ"ד כלל אלא ברור דאף מומחה אחד לא בקל ימצא א"כ הכא נמי שפיר קאמר מה שעשה עשוי שנסתלקו זה מזה והדיין צריך לשלם לזה רק כשהדיין מטריח ומהדר אחר מומחה מוציא מזה את ממונו ומהאי טעמא נמי לא קשיא מה שהקשה מהרח"י לשיטת בעה"מ דבג' ויש גדול אינו חוזר דהא בזה קשה קושית הש"ס טעו לא ישלמו ואי משום כ"ש שאתה נועל הא מיהדר על פי גדול ולפי הנ"ל לק"מ דכל קושית הגמרא הוא משום נ"ד שלא ירצו להתמצע בדין והשתא כיון דבאין גדול משלמין משום כ"ש שאתה נועל א"כ אף ביש גדול ליכא נ"ד דבמה נפשך אם יש גדול בעיר הא יכול לדון לפניו ושני הדיוטות דלדעת בעה"מ פטירי מלשלם ואי אין גדול בלא"ה לא ירצו לדון שלא יתחייב לשלם שלא יחזור הדין הילכך בין יש גדול בין אין גדול אינו חוזר ובאמת בלא"ה לק"מ מה שהקשה מהרח"י דהא דעת בעה"מ דלא מחזיר גדול אלא דפטור מלשלם מן הדין אבל ג' הדיוטות דבלי גדול מה שעשה עשוי וישלמו לא מחזיר גדול ואי משום דאף דשורת הדין קם דינא יתקנו שיחזור משום נ"ד א"כ לכ"ע קשה כיון דדבר תורה אין דינם דין כלל יתקנו שיחזיר דינם בטעות וכמה להם לתקן שיתקיים דינם אף בטעות דזה גורם נעילת דלת וע"כ כמו שכתבתי לעיל ס"ק י' דאף דהדין חוזר איכא נ"ד דשמא לא יתברר טעותם והם לא ידקדקו בדין כיון דפטורין מלשלם משא"כ אי מחייבת להו דייקי היטב ולא יטעו א"כ גם לשיטת בעה"מ לק"מ וזה ברור אמנם לענין הדין כבר בארנו לעיל ס"ק י' אות כ"ו דהעיקר כדעת הרא"ה ונ"י דחוזר ע"פ גדול ומה שהאריך בתומים לדחות דברי מהרח"י שאין דעת רש"י כן וכוונת רש"י זה קבלתי ומה לי באחרים ואם יאמר בעצמו שטעה יאמר מי יאמר ע"כ תורף דבריו ולא נהירא כלל דאטו אנן אמומחה גדול סמכינן ואינו אלא לראיה ששכל השני יותר שלם וראיה שהרי המומחה אומר כן. גם עיקר דבריו אינם נכונים ואין להאריך כי ברור דדעת רש"י כמו שהבין מהרח"י בענינים אלו והרא"ש לא העתיק פירש"י אלא להורות היפוך גירסת הרי"ף ולא לענין הדין:

ד ומה שהאריך עוד בתומים בביאור דברי הרא"ש בשם הראב"ד כבר בארנו לעיל ס"ק י' אות ך' כל הצורך בדברי הראב"ד הללו ע"ש והנה בתומים הביא דברים בשם הרב בעל

פלפלא חריפתא והקשה הוא עליהם. והנה עיינתי בדברי הרב הנ"ל וראיתי שלא דק בתומים בכוונתו והנה הרא"ש שם כתב דמתניתין דסנהדרין במומחה והדין חוזר כשיש גדול להחזירו וציין על זה הרב הנ"ל בדלא קבלוהו להראב"ד לקמן ומסכים עמו רבינו עכ"ל והנה לכאורה יש לתמוה הא בלא קבלוהו חייב לשלם וליכא חזרה כלל כמו שכתב הרא"ש להדיא בכללא דמילתא וכן הש"ך כתב להדיא להרא"ש במומחה דחייב ליכא חזרה והרא"ש כתב להדיא בלשונו ומתניתין דהכא במומחה לכך אינו משלם והדין חוזר כשיש גדול הרי להדיא דבקבלי' מיירי דבלי קבלה חייב,. גם אני תמה על התומים שהוא הבין בכוונת הפלפלא חריפתא דבלי קבלה חוזר להראב"ד דהא בהדיא כתב הראב"ד כדאמר ליה ר"י למר זוטרא ואי לא קבלי' זיל שלים ש"מ דבלי קבלה ג"כ אינו חוזר אבל המעיין היטב בדברי הרב הנ"ל יראה בבירור שהרב הזה כיוון מה שכתבתי לעיל ס"ק י' אות כ' בכוונת הרא"ש והראב"ד והוא כמו שכתבו התוספות בד"ה כאן במומחה דבקבליה ליכא חזרה דבין לדין בין לטעות הוא ובלי קבלה פשיטא דליכא חזרה כיון דחייב לשלם ולא תמצא חזרה רק בדיין שפטור מצד הסמיכות ובלי קבלה אז חוזר דלא שייך קנס כיון דפטור מלשלם וגם לא קבלוהו בין לדין בין לטעות וזהו כוונת הרב הנ"ל והשתא לק"מ מה שהקשה עליו בתומים ועיין היטב לעיל ס"ק בזה:

ה

והנה החכם צבי בתשובה שלו הקשה על הראב"ד ז"ל שהוא סותר עצמו לפ"ק דע"ז ומתוך כך כתב שלא נאמרו דבריו אלא בנו"ב ואחריו נמשך מהר"י ובזה אמת דיבר התומים שלא דקדקו כלל כמבואר ברא"ש כמו שכתבתי לעיל ס"ק י' אות י"ח והנה לעיל כתבתי ליישב קושית הח"ץ ועכשיו דקדקתי ג"כ בדברי הראב"ד ז"ל שם וראיתי שאין מקום לכל החרדה שהחריד הח"ץ. וז"ל הראב"ד שם וה"מ מטומאה לטהרה ומאיסור להיתר אבל בדיני ממונות חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה לזה עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה מה זה שכתב מזכה לזה הוי ליה למימר רבותא טפי דאפילו לחייב יכול גדול ממנו אליבא דר"נ כמבואר ועכ"פ לא היה לו לומר רק מחזיר דינו שלזה ולאיזה צורך הזכיר החזרה בצד הזכות אבל באמת לק"מ כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה דבין בשק"ה בין בדבר משנה כל כמה שלא שילם זה ונתברר שטעה אינו צריך לשלם וזהו כוונה הראב"ד דוודאי אם אחד מומחה פטרו לזה שוב אין כח ביד גדול להחזירו כמו שכתב הרא"ש בשמו פאד"מ אבל שם מיירי דומיא דאיסור והיתר שעדיין לא שילם ועל זה אמר דוקא באיסור והיתר אבל בדיני ממונות כהאי גוונא חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה לזה אבל לחייב אינו במציאות כנ"ל והרמ"ה כתב זה אפילו בלי גדול היינו אם

הוא עצמו מודה שטעה אבל אם הוא אינו חוזר גדול בעינן וזה פשוט וברור בכוונת הראב"ד ז"ל ולפי זה נדחו דברי מהר"י הנ"ל מה שרצה להוכיח מדברי הראב"ד הללו שהוא חולק על הרי"ף דלדידי' מעולם לא הוזכרה חזרה על פי גדול בבית המדרש ולפי הנ"ל אין כאן ראיה דלדין זה כ"ע מודו שאם חכם אחד מחייב חכם חבירו הגדול יכול לזכותו ואינו צריך לשלם אבל אם אינו גדול לא כיון שהראשון עומד והוא נתקבל לדון דין זה גם מה שכתב מהרח"י הנ"ל וז"ל ועוד יש ראיה שהראב"ד ז"ל חולק על פסק הרי"ף שהרי כתב הרא"ש על שמו פאד"מ כלשון הזה דבמומחה דקבלוהו אפילו יש גדול אין מחזירין אלא קם דינא ולא משלם ואילו לדברי הרי"ף ליכא חזרה על פי גדול כלל עכ"ל ובאמת מעולם לא כתב הרא"ש כלשון הזה במומחה דקבלוהו דמשמע דבלי קבלה יש חזרה רק כך לשונו שם והראב"ד כתב דאפילו גדול ממנו אין מחזירין ושפיר יש לומר דלית ליה חזרה על פי גדול כלל וכן הבין הש"ך ויתר האחרונים דהראב"ד והרא"ש בתר חזרה לית ליה חזרה על פי גדול כלל אך באמת כבר כתבתי לעיל ס"ק י' אות י"ח ראיה ברורה מדברי הרא"ש וטור שלא חזר בו מדבריו הראשונים כלל והעיקר כמו שכתבתי בסמוך בשם הרב בעל פלפלא חריפתא וכמו שפירשתי כוונתו והשתא פשיטא דלק"מ קושית הח"ץ הנ"ל כמו שביארנו ס"ק י' אות כ' ומה שהקשה בתומים על הש"ך דלהראב"ד ליכא חזרה על פי גדול והרא"ש חזר בו דאם כן קשה הא ר"י משני כאן במומחה ובע"כ דחולק אר"נ שהרי לא החזיר למר זוטרא וא"כ האיך פסק כר"י דהא בגמרא הקשו עליו מסיפא ואם היה מומחה לרבים והוא תמוה דהאיך אפשר דהראב"ד פוסק כר"י דהא לדידיה כמומחה ויש גדול קם דינא ופטור מלשלם ולדעת ר"י במומחה אפילו בלי גדול מחזירין וברור דדעת הראב"ד לפי הבנת הש"ך כיון דר"י ור"ש חולקין אר"נ לא פסק כר"נ גם אינו פוסק כר"י מכח קושית הש"ס מסיפא לכך פסק הראב"ד כר"ש לחלק בין דבר משנה לשק"ה:

ו

עוד האריך בתומים להקשות על הרא"ש דפסק פ"ק דע"ז דבאו"ה אין כח ביד גדול להחזיר וכאן הביא ראיה דמומחה ויש גדול וליתא דתיהדר פטור מעובדא דר"ע דקאמר מומחה לרבים אתה והיה גדול מר"ט וקשה הא תרתי קאמר ליה ועוד אי אפי' בשק"ה טעית מומחה לרבים ובשק"ה אין כח ביד גדול להחזיר באו"ה עכ"ד והנה מלבד מה שיש לומר דשם כתב הרא"ש לפי מה שהסכים כאן לראב"ד דלית הלכתא כר"נ אלא כר"ש ומתניתין דקתני מה שעשה עשוי ופטור מלשלם אפילו ביש גדול מיירי א"כ כ"ש באו"ה דאין כח ביד גדול להחזירו וכאן הביא ראיה מר"ע הוא סובר עכשיו דגדול

מחזיר כמבואר ברא"ש וא"כ אף באו"ה כן אבל באמת לק"מ ותימה על התומים שלא ירד לסוף דעת הרא"ש כלל והוא דלכאורה יש לתמוה הרבה ברא"ש דכתב מקודם שם דאי אין גדול והוא מומחה מה שעשה עשוי ופטור מלשלם אח"כ כתב אפילו יש גדול להחזיר וליתא דתיהדר פטור מלשלם עכ"ד והדבר תמוה דהא כבר נבוכו המפרשים דהיכי דאילו הואי הוי הדר אפילו לר"מ פטור א"כ. כיון דכתב באין גדול דקם דינא ופטור מלשלם כ"ש ביש גדול דאילו הואי הוי הדר דמומחה פטור. גם מה זה שכתב ואפילו יש גדול הא ק"ו הוא מהנ"ל אבל כוונת הרא"ש ז"ל פשוטה ומבוארת לכל מעיין דמתחילה העתיק דברי הרי"ף מה שפירש דהא דמשני ר"נ כאן שיש גדול הכוונה בשיש גדול או מומחה חייב דהורע כחו כיון שיש גדול ממנו ובאין גדול מומחה פטור והשיג עליו הרא"ש דהא ר"ע גדול מד"ט ופטרו לפי שהוא מומחה ולא הורע כחו והן הן דברי הרא"ש כאן דס"ד דוודאי אי איתא דתיהדר חוזר אבל בליתא דתיהדר חייב שנגרע כמו לפי שיש גדול ממנו ועל זה קאמר דאפילו יש גדול ממנו פטור וראיה מר"ע דהיה גדול מר"ט ולא נגרע כחו ופטרו מטעם מומחה והיינו דסיים הרא"ש ולענין חזרת הדין הוא דמפלגינן בין יש גדול לאין גדול הרי שהיה רצונו לשלול דעת הרי"ף דהחילוק הוא לענין תשלומין דאם יש גדול מומחה חייב והביא ראיה מר"ע ור"ט דלענין חזרה הוא דמפלגינן ולפי זה ניחא מה דקשה הא להרא"ש אילו הואי הוי הדר חייב והאיך מביא ראיה מר"ע דהא מומחה לרבים אשק"ה נאמר ואז קם דינא ואי דכוונת הרא"ש דלשיטתו חדא אמר דהיינו דבר משנה א"כ בלי גדול חוזר וכן הקשה בתומים רק הוא הכריח מזה דכוונת הרא"ש להוכיח לפום הסוגי' דתרתי קאמר ובאמת הא ליתא דוודאי לפי הסוגי' דאילו הואי הוי הדר פטור מומח' פטור פטור אבל לר"מ חייב ולפי הנ"ל ניחא דכל הראיה לפי דידן דחדא אמר קשה הא ר"ע גדול מר"ט ונהי דטועה בדבר משנה הוא מ"מ השתא דליתא דתיהדר לר"מ חייב ואי משום מומחה הא יש גדול ממנו והורע כחו ומזה הוכיח דלא נגרע כמו של מומחה במה שיש גדול ממנו וזה ברור אין בזה ספק. ובתומים תמה על הש"ך שלא הרגיש בקושיתו ובאמת עליו יש לתמוה האיך נעלם ממנו פשט דברי הרא"ש במקומו ודו"ק היטב ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה מהרש"א דלר"נ נמי תקשי כמו לר"ש דר"ע וחכמים גדולים מר"ט ואילו הואי הוי הדר ולפי הנ"ל ניחא דהא אפילו במומחה הוצרך הרא"ש להביא ראיה דלא נגרע בשביל גדול שיתחייב א"כ באינו מומחה כיון דבלי גדול היה מחוייב לשלם אפילו איתא דתיהדר האיך נאמר דאהני ליה גדול לפטרו ואנן בעינן למימר וכן כתב הרי"ף באמת לר"נ דאפי' מומחה דמצד עצמו פטור בשיש גדול מתחייב ובאינו מומחה נאמר דבלי גדול חייב ועל

ידי גדול יפטר ותירוץ זה נראה לפענ"ד יותר נכון מכל מה שכתבו המחברים ביישובו והקושיא מתפרקת בו כראוי והיה נראה לכאורה דלר"מ ג"כ בלא נו"ב אם יש גדול לא נפטר משום אין לך אדם שאינו מומחה דהורע כחו הרי דלהרי"ף לר"ג אפילו מומחה והורע כחו א"כ עכ"פ לר"ח באינו מומחה אך קשה הא הרי"ף נתן טעם דאילו הואי הוי הדר פטור משום דאין לך אדם שאינו מומחה וקשה הא ר"ע גדול מר"ט ולא נפטר מטעם זה. אך באמת כבר כתבתי לעיל דבאו"ה לא נתן הרי"ף טעם זה כלל והתם הטעם משום דלאו כלום עביד ואפילו לר"מ פטור דלא מיקרי גרמי כלל ע"ש:

ז

גם מה שהאריך בביאור דברי התוספות בד"ה כאן במומחה. והנה פירוש ראשון פשיטא דליתא דכבר בארנו לעיל ס"ק י' אות י"ט דהתוספות בקושיא ע"כ סבירי להו היכי דחייב לשלם ליכא חזרה דאל"כ אין כאן ראיה מב"ד שמכרו עוד הבאתי ראיות שם א"כ ע"כ דקושית תוספות מהא דקאמר אי קבליה לא תשלם ע"ש באריכות גם מה שכתב דאין כוונת התוספות על דיין הטועה רק על גדול המחזיר וכל שאינו סמוך אינו מחזיר וכן דעת הראב"ד והרא"ש וטור ודבריו תמוהין שהרי הרא"ש אמר שהסכים להראב"ד וכן הטור כתבו הטעם באינו מומחה שאפילו יש גדול אינו מחזיר דקנסוהו כדי שישלם וקשה הא בלא"ה לא תמצא חזרה רק בסמוך ובזמן הזה ליכא סמוכים ואי כוונת הטור להשמיענו דאפילו בסמוך אינו חוזר א"כ היה לו לומר במומחה וגדול סמוך דחוזר ועוד קשה האיך קאמר ר"נ כאן שאין גדול הא פשיטא שיש גדול רק שאינו סמוך וכי בשביל שאינו סמוך אינו גדול מזה ואמת דיש לומר דכוונתו דבאו"ה אינו סמוך כסמוך לכך מוקי לה באין גדול משום או"ה דקתני במשנה. אבל הא ליתא דהא הוא עצמו כתב ליישב דברי הרא"ש פ"ק דע"ז משום דבזמן הזה ליכא סמוכים וקשה הא באו"ה אינו סמוך כסמוך וע"כ דדוקא לפטור אבל לחזרה סמוך ממש בעינן א"כ קשה כנ"ל (וכן מוכח ברא"ש דהביא ראיה מר"ע דפטרו לר"ע על פי מה שפירשתי דבריו לעיל ולמה לא קאמר רבותא טפי אפילו יש גדול רק אינו סמוך דאפילו איתא דתיהדר לא היה חוזר ודו"ק וכן מבואר ברא"ש שלא הזכיר בכל דבריו דלר"נ סמוך בעינן וסתמא קאמר יש גדול ואין גדול והעיקר בכוונת הראב"ד כמו שכתבתי לעיל סק"י:

ח ומה שכתב דסבירי להו לתוס' פ"ק דע"ז והר"ן שם כדעת נ"י דכל שהגיע להוראה מומחה הוא וחייב להורות מן התורה וטימא את הטהור פשיטא דהגיע להוראה והא דמשלם בלא קבלי' והוא תמוה דהא דעת הנ"י דהוי כמומחה וסמוך דפטור אפי' בלי קבלה ומה שכתב דאי לא הגיע להוראה לאו ממש בהוראה לאו מילתא הוא דקנסוהו

כדי שישלם ומה שכתב דראיית הראב"ד מדלא החזיר ר"ט לר"ט כקושית מהרש"א לאו מילתא הוא דדוקא באינו מומחה קנסוהו כדי שישלם וכבר הוכחתי לעיל ס"ק י' אות ל"ו מדברי הראב"ד גופא פ"ק דע"ז דהכא טעמא משום דקנסוהו ולכך לא הביא ראיה מכאן רק ממכם שטימא ע"ש ומה שהביא ראיה לשיטת הראב"ד מדברי הרשב"א פרק אלו טריפות לאו ראיה הוא כלל דלא כתב כן אלא משום דדעתו נו"ב אפילו בדבר משנה פטור ובאמת כבר הבאתי לעיל ס"ק ג' ראיות ברורות וכן הכריע הש"ך דנו"ב בדבר משנה חייב ועוד דהא גם דעת הרמב"ן כהראב"ד ולדידיה פשיטא דנו"ב חייב בד"מ כמבואר להדיא ברמב"ן ועוד דהרשב"א כתב שם לשיטת הרי"ף דלית ליה חזרה על פי גדול כלל ואין צורך לדמות ראיה זו דלדידן מוקמינן ההוא דרבא בנו"ב כמו שכתבו התוס' שם ואין כאן ראיה כלל ומה שכתב ביישוב דברי הסמ"ק הדוחק מבואר. ובאמת נראה ליישבו כך כי תחילת דבריו הם דברי התוס' בד"ה כאן במומחה דר"י במומחה בסמיכה קאמר ומקשינן מסיפא ומתרץ ר"נ לחלק בין גדול ור"ח בין נו"ב ופסק הסמ"ק כר"מ ומה שהקשה לוקמא סיפא שלא בסמיכה ומאי קושיא על ר"י כבר כתבתי לעיל דהקושיא בגמרא לר"כ דלדידיה משנה מיירי בסמוך ולא בקבליה כמו שבארנו לעיל ס"ק י' באריכות והא דפסק הסמ"ג כר"ת כיון דלר"ח לא קשיא ואנן קיימא לן כר"י דעירוב פרשיות מ"מ כיון דר"מ מחלק בין נו"ב ולא מצינו בדברי ר"י דאפילו נו"ב חוזר במומחה פסק הסמ"ק במומחה חוזר בלי נו"ב דוקא ודוקא בסמוך כעובדא דמר זוטרא ומה שכתב דלדינא בזמן הזה אין גדול מחזיר אמת דיבר ולא מטעמיה רק משום דליכא. חזרה רק אם הדיין הטועה סמוך:

ט

גם מה שהאריך בתומים בענין ראיית הראב"ד והרא"ש מעובדא דמר זוטרא והשיג על תירוץ הש"ך בתרתי חדא דאמאי לא הביא ראיה ממתניתין דקתני פטור מלשלם וע"כ משום דבלי קבלה יכול לדון אהני קבלה למיפטר וליכא למימר דשם נקיט רשותא דלא עדיף נטילת רשות מקבלת בעלים כמאמר הש"ך בכמה דוכתא ודבריו תמוהין חדא דאטו אנן מי מאלמינן להאי מהאי הכי קאמרינן בקבלה לא נפטר כיון דבלי קבלה אינו יכול לדון ברשות לא נפטר כיון דבלי רשות אינו יכול לדון אבל בתרווייהו פשיטא דפטור דהא בלי רשות או בלי קבלה היה יכול לדון א"כ אהני הקבלה או הרשות ליפטר והשתא רישא דמתניתין דבכורות ע"כ בקבלוהו א"כ ממילא סיפא נמי א"כ אין כאן ראיה משם דיש לומר בנקיט רשותא לכך בלי קבלה יכול לדון אהני קבלה לפטרו ועל זה הוצרך להביא ראיה ממר זוטרא דלא היה סמוך ונפטר בקבלה ש"מ דבלי קבלה יכול לדון בע"כ

זהו חדא ועוד דבלא"ה אין דבריו נכונים כלל דא"כ תקשי להרא"ש באינו מומחה ונקיט רשותא פטור ובקבליה חייב הא לא עדיף נטילת רשות מקבלת בעלים הגם דהרא"ש גופא נתן טעם לפטור משום דבלי קבלה יכולים לדון בע"כ והא באינו מומחה בלי רשות אינו יכול לדון בע"כ ובע"כ דנטילת רשות עדיף דהרשות הוא לפטור אם טעה וע"כ לא אמרו דנטילת רשות לא עדיף מקבלת בעלים היינו לפי' האמת דבמומחה הקבלה בין לדין בין לטעות דיכול לדון בע"כ א"כ לא עדיף נטילת רשות מקבלה זו לדין ולטעות אבל למאי דס"ד דגם במומחה הקבלה לדין תורה דאינו יכול לדון בע"כ א"כ נטילת רשות וודאי עדיף מקבלה זו כמו דעדיף נטילת רשות באינו מומחה מקבלת אינו מומחה וע"כ לא נחלקו על הרא"ש אלא משום דלא יהבי רשות לאינו מומחה אבל בלא"ה פשיטא דעדיף מקבלה ופטור לכן אין לכל דבריו שורש וקייום בזה לדחות דברי הש"ך. גם מה שהשיג על תירוץ הש"ך על רש"י דכל קושית התוס' על רש"י במה דפי' אי לא קבליה דון לנו דין תורה בזו הקשו ופירשו הם בסתם דלא קבלוהו כלל אבל בהך דפי' בין לדין בין לטעות לא הקשו התוס' כלום ועל קושית תוס' לא תירץ הש"ך כלל עד כאן דבריו והאריך בזה ותמהני מאוד דהא דברי הש"ך נכונים וברורים בזה דהא התוס' לא הקשו על רש"י על מה שפירש דון לנו דין תורה רק (דלפי פירושו מאי ראי' מייתי דיחיד מומחה דן בע"כ דהא בקבליה למידן דין תורה אפילו אינו מומחה מה שעשה עשוי וישלם מביתו והאיך דייק מינה דמומחה יכול לכוף לדון וליכא למימר דהראיה היא מרישא דקתני אי קבלי' לא תשלם אלא מה שעשה עשוי הא ליתא דהא בקבלה לא מבעי לן כלל רק בלי קבלה ומזה הוכיחו התוס' דהפירוש לא קבלי' לא קבלי' כלל ושפיר מוכח דיחיד מומחה דן בע"כ ועל זה תירץ הש"ך דאין כוונת רש"י דאמרו בפי' בין לדין בין לטעות רק בקבלה סתם אמרינן כן דמסתמא אף לטעות קבליה ושפיר דייק מרישא דקאמר אי קבלי' לא תשלם בשלמא אי יחיד מומחה דן בע"כ בלי קבלה אהני קבלה אף לטעות אבל אי יחיד מומחה בלי קבלה אינו דן מנא לן דקבלה אף לטעות וכיון דהראיה הוא מרישא ממילא יש לפרש או לא קבלי' דון לנו דין תורה ומ"מ לא קשיא מאי ראיה מייתי דאין הראיה כלל מסיפא רק מרישא כנ"ל. אבל אם נפרש פירש"י ברישא דקבלי' בפירוש לדין ולטעות לא היה מקום להנ"ל והוכרח הש"ך לומר דאין כוונתו בפירוש רק מסתמא אמרינן כן וזה ברור ולק"מ. אך באמת גוף תירוץ הש"ך לא נהירא כלל כמו שכתבתי לעיל ס"ק י' ובעיקר דברי רש"י יתבאר סוף סימן זה בס"ד אך מה שהקשה בתומים דרש"י סותר עצמו דכאן פירש"י אי קבליה דבין לדין בין לטעות קבלי' לכך פטור ולקמן פאד"מ דקתני מומחה פטור פירש"י משום דמזל דידיה גרמי ומה צורך לזה הא איירי בקיבלוהו

ופטור משום דבין לדין בין לטעות הוא והא קשיא לכאורה ונראה ליישב דרש"י סובר דהך טעמא דמזלא בישא גרים ליה לא שייך במומחה בקבלה דכמו בלי קבלה לא אמרינן מזלו גרים דהא אינו עלול לטעות כמו כן בקבלה רק בסמוך פטור משום דמזליה גרים ולזה סובר רש"י דהתם בסמוך מיירי כדמוכח ממה שהקשו מסיפא ואי בלא סמוך לא קשיא כלל מסיפא כמו שכתבו התוספות שם דר"י דוקא במומחה בסמיכה קאמר וע"כ משום דסתם מומחה בבכורות סמוך לכך פירש"י משום דמזלו גרים אבל כאן דלא היה סמוך רק קבליה פירש"י משום דבין לדין בין לטעות ודו"ק ואין להאריך בזה כי עיקר דברי רש"י יתבאר על נכון בסוף סימן זה ע"ש. ומה שהאריך בתומים ליישב פירש"י אין דבריו ברורים כלל ואין להאריך. גם מה שהאריך בענין קושית הרמב"ן על הרז"ה כבר השגתי עליו לעיל ס"ק י' אות ל"ב ושם מבואר על נכון ע"ש. ולענין דינא ג"כ מבואר סוף ס"ק י' שם:

יח ואין הדין חוזר ואם הדין כן בדיני ממונות מכ"ש באו"ה שאינו יכול להחזירו אם חכם אחד טימא ואוסר וא"כ קשה על הרב בי"ד סימן רמ"ב שפסק דאם חכם אחד אוסר יכול החכם השני לישא וליתן עמו עד שיחזור בו וזה כהר"ן בע"ז דפסק כר"ח אבל להרב דפסק כר"ש אם כן כ"ש באו"ה והח"ן תירץ דהיכי דלא נעשה מעשה חוזר ותמה בתומים דהא בגמרא תרתי קאמר ועוד אי אפילו בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה ש"מ דבשק"ה קם דינא אפי' באו"ה דלא נעשה מעשה דאל"כ אפילו בשק"ה אילו הואי הוי הדר ותמהני על האחרונים ז"ל דהא פשיטא דלק"מ על הרב דסבירא ליה כמו שכתבו הרא"ש וטור להדיא דכל היכי דחייב לשלם לא מחזיר גדול דקנסוהו שיתקיים דינו וישלם מביתו וכל היכי דפטור מלשלם אם מצד הקבלה שהוא בין לדין בין לטעות ממילא ליכא חזרה ולא תמצא חזרה רק בסמוך ולכך לא הזכיר הרב בדיני ממונות כאן שום חזרה על פי גדול הילכך הכא אמרינן שפיר ועוד אי בשק"ה טעית מומחה לרבים אתה דלולי דהי' מומחה היה חייב לשלם דקנסוהו כדי שיתקיים דינו וישלם ולא מיהדר על פי גדול ובדיני ממונות במומחה דלא קבלוהו ג"כ חייב לשלם ולא מחזיר גדול אבל שם בי"ד דמיירי באו"ה דסבירא ליה להרב להדיא ס"א כדעת הנ"י דכיון דמחוייב להורות הוי כסמוך א"כ פשיטא דמחזיר גדול דהא בזה לא קנסוהו דהא פטור מלשלם וגם אינו פטור מצד הקבלה אם כן למה לא יחזור הדין והתם בי"ד מיירי במומחה דהגיע להוראה לכך פסק דחוזר ועיין לעיל ס"ק י"ז אות ד' שהוכחתי מדברי התוספות י"ט בספרו פלפלא חריפתא דסובר בדעת הרא"ש כמו שכתבתי ונראה שגם הרב הח"ן כיוון למה שכתבתי אלא דקשיא ליה למה לא הזכיר הרב שם דחוזר על ידי גדול לכך כתב כיון דלא נעשה

מעשה חוזר בלי גדול משא"כ בדיני ממונות דנעשה מעשה אפילו בסמוך בעינן גדול דוקא אבל באינו מומחה באו"ה אף דלא נעשה מעשה קנסוהו כיון שאסור לו להורות שיתקיים דינו כדי שישלם לכך קאמר חדא ועוד קאמר דאפילו בשק"ה דאם לא היה מומחה היה קם דינא מ"מ פטור דמומחה הוא כנ"ל ומה שכתב בתומים דהראב"ד מודה דאם מודה שטעה דחוזר אמת דיבר וכן הוכחתי לעיל ס"ק י' אות ל"ו מדברי הראב"ד שם. אך מה שכתב דהר"ן ג"כ סובר דהראב"ד מודה במודה שטעה ומה שסיים אבל אין בי כח לחלוק על אבות העולם הוא באינו מודה הוא תמוה דבהדיא מבואר בר"ן דאחר שהקשה על הראב"ד מהך סוגיא כתב ולפיכך נראה דאפילו טועה בשק"ה מחזירין הוראתו בהסכמתו וכי אמרינן וכו' בלא הסכמתו של ראשון קאמר אבל אי שמע הראשון טענותיו של שני והודה לו שטעה בשק"ה וכו' כך נראה לי להלכה אבל למעשה אין בי כח לחלוק על אבות העולם עכ"ל הרי להדיא דאבות העולם חולקין אפילו במודה שטעה אבל מ"מ בזה הנכון אתי דהראב"ד לא אמר אלא במודה ולאו מטעמיה רק כמו שכתבתי לעיל ס"ק י' ועוד הוכחתי במקום אחר מדברי הראב"ד גופא שם ודו"ק. ועיין עוד בתומים שתמה על הרב בי"ד סימן רמ"ב שפסק בחכם שהתיר אין חכם חבירו יכול לאסור אם הטעות בשק"ה וקשה הא משנה שלמה שנינו טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו וקשה הא הטעות בשק"ה ודינו שהתיר קם ומאי תשלומין שייך פה ולק"מ דהתם מבואר באשר"י להדיא דוקא בחלה הוראתו קודם שנחלק אבל בחלה הוראתו לאחר שנחלק עליו לא מהני ויכול לחלוק עליו וכאן מיירי שעירבן בפירות לאחר שנחלק עליו השני לכך משלם דנעשה הכל טמא ובזה מיושב ג"כ קושית התוספות שם ואין צורך לחלק בין פירות מרובין למועטין דמה צורך לאשמועינן דבטל ברוב רק מה שעשה עשוי אם חלה הוראה קודם שנחלק וישלם מביתו אם חלה לאחר שנחלק. ועוד נראה ברור דהרב התם לא מיירי בטעות בשק"ה דסוגי' דעלמא כאידך דהאיך אפשר דחלה הוראתו של ראשון דכיון דכ"ע פוסקין בהיפך הרי חלה הוראה לאסור מקודם בכל תפוצו' ישראל וברור דמיירי בטעות דליכא לברורי טעותא כעובדא דר"י ב"י ור"ח ואם כן לק"מ מהכא דמיירי בסוגיא דעלמא בהיפך:

יט

א חוזר. כתב הטור בשם הרמ"ה דיינא דטעה ולא הספיק לאפוקי מיניה דנתבע עד דאיתברר דטעה ל"ש טעה בד"מ ל"ש בשק"ה הדר דינא והרא"ש חולק ואין ראיה מריב"י דשם לא היה טועה בשק"ה וכתב ב"י דאין לומר דאיפכא כוונת הרא"ש דאילו היה טועה בשק"ה אף אידך פלגא היה חוזר דהא דעת הרא"ש במומחה וקבליה פטור והתם

בקבליה מיירי והש"ך תמה עליו דהא בלי קבלה פשיטא דדעת הרא"ש דקם דינא ולק"מ כי כוונת הב"י דוודאי אם היינו יכולין לפרש בלי קבלה פשיטא דהוי אתי שפיר דהכי קאמר דאם היה בשק"ה היה ריב"י חייב לשלם משא"כ עכשיו פטור ועל זה כתב הרא"ש דפשטא דמילתא מיירי בקבלה א"כ פטור מלשלם והשתא בשלמא לדעת הרי"ף יש לומר דהיה חוזר אבל לדעת הרא"ש מאי נפקא מינה הא אפילו בשק"ה קם דינא ופטור וע"כ דכוונת הרא"ש כמו שהבין הטור [ודייק דמיירי בקבליה מדקאמר אתי לגבי דר"י ב"י וזהו קבלה במומחה) ומה שהקשה הש"ך יציבא בארעא וכו' נראה לפע"ד דלק"מ להמדקדק בטור דבשלמא היכי דנחלקו תנאים ואמוראים וסוגיא דעלמא כחד והוא פסק כאידך א"כ הוא פסק עכ"פ כחד תנא או אמורא רק סוגיא דעלמא כאידך והיינו דוקא לכתחילה אבל אם פסק כהשני אינו חוזר כיון דעכ"פ פסק כחד תנא או אמורא הילכך אפילו לא שילם עדיין חייב לשלם אבל בטעות דליכא ליברורי טעותא רק בסברא נחלק עליו א"כ לפי זה להשני שפסק בהיפוך אין שום צד סייוע לזה הראשון והוא אומר דלדעתי ליכא למ"ד כהראשון דאין הסברא נותנת כן א"כ מה שכבר שילם אין להוציא מכח הראשון ומה שעדיין לא שילם אינו חייב לשלם מכח השני שאומר שאין שום צד לדעת הראשון ולכ"ע בהיפך רק שאינו יכול לברר לכך יכול לסמוך עליו שלא לשלם משא"כ בטעות בשק"ה דעכ"פ פסק כחד תנא לכ"ע א"כ מכח אותו תנא חייב לשלם כיון שכבר פסק ודוקא לכתחילה פסקינן כאידך ודו"ק:

ב

ולפע"ד להוכיח מסוגית הש"ס מחלוקת הנ"ל והוא דיש להבין דר"ש משני כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשק"ה וקשה הא במשנה קתני הפרש בין דיני נפשות לדיני ממונות דבדיני ממונות מחזירין טפי מדיני נפשות וקשה לר"ש הא בשק"ה בדיני נפשות מחזירין טפי לזכות עכ"פ ובדיני ממונות אין מחזירין כלל בשק"ה והאיך פסיק ותני דדיני ממונות קיל טפי לחזור הא מצד אחד דיני נפשות קיל טפי וצריך לומר דסבירא ליה כל היכי שעדיין לא שילם חוזר אפילו בשק"ה והשתא בשק"ה שניהם שווין דהא דיני נפשות לזכות וודאי עדיין לא נהרג וחוזר ולחובה שכבר נפטר אינו חוזר וה"ה דיני ממונות דאם לזכות בשעדיין לא שילם כמו בנפשות חוזר ולחובה אינו חוזר ובדבר משנה דיני ממונות עדיף טפי לחזרה דדיני נפשות לחוב אינו חוזר אפילו בדבר משנה ובדיני ממונות בדבר משנה חוזר לעולם ושפיר קתני במשנה דדיני ממונות קיל טפי לחזור מדיני נפשות אבל לשיטת הטור קשה כנ"ל. ואין להקשות להיפוך למה ליה לר"ח לאוקמא בדבר משנה לוקמא בשק"ה ומתניתין דסנהדרין כשעדיין לא שילם ואי קשיא

לחובה היינו שיש לו משכון ועדיין לא נטלו והוי כמו לא שילם הא ליתא דא"כ אין זה היפוך מדיני נפשות דאינו חוזר לחוב כשאמרו פטור אתה ואין שם משכון ובדיני ממונות ג"כ כהאי גוונא בלי משכון אינו חוזר והאיך נקיט דיני ממונות קיל לחזרה מדיני נפשות הא אינו חוזר כמו בנפשות וזהו ראיה נכונה לשיטת הרמ"ה אך לכאורה יש להוכיח להיפך דוודאי יש להבין הא דמשני פטור אתה כמי שנו"ב ומקשה לחובה היכי משכחת לה וסלקא בקושיא עד דאתי רבינא ופריק כגון שהיה לו משכון ונטלו ויש להבין למה לי לישני בפשיטות לעולם פטור אתה כמי שנו"ב ומתניתין דסנהדרין לחובה במשכון ולא נטלו לכך לא הוי כמי שנו דמחוס' גובייגא המשכון וצריך לומר דוודאי יש להבין כיון דע"כ גם ר"ח מודה דיש חילוק בחזרה בין דבר משנה לשק"ה א"כ למה נאדי מאוקימתא דר"ש לחלק בכך וע"כ משום דקשיא ליה האיך פסיק ותני דיני ממונות קיל טפי לחזור מדיני נפשות הא בשק"ה בהיפוך דיני נפשות חוזר טפי כנ"ל לכך תירץ בנו"ב ומתניתין דסנהדרין בלא נו"ב ודיני נפשות לא משכחת לה נו"ב כלל א"כ שפיר קתני מה דבדיני נפשות אין מחזירין רק לזכות בדיני ממונות אפי' לחובה והשתא לא מצי לישנוי' לחובה במשכון ולא נטלו דא"כ בלי משכון אינו חוזר א"כ לא עדיף מדיני נפשות דג"כ אינו חוזר דשם לא שייך משכון כלל וכהאי גוונא גם בדיני ממונות אינו חוזר לכך הוצרך לישנוי' דפטור אתה לאו כמי שנו"ב ולפי זה מוכח דבשק"ה ועדיין לא שילם ג"כ קם דינא דאל"כ אכתי למה נאדי משנוי' דר"ש וליכא למימר דהש"ס מסברא לא ניחא להו לישנוי' כך דלא דמי לנפשות כנ"ל דהא לר"ב ור"י ג"כ לא דמי א"כ יש לומר גם לר"ח כן וע"כ כנ"ל אבל עכ"פ מוכח דלר"ש אם עדיין לא שילם חוזר כמו שכתבתי וא"כ צ"ע על הטור דפסק כר"ש ופסק דאינו חוזר אפילו לא שילם ודו"ק והנה בתומים תמה דהא חייב את הזכאי קתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו וקשה אילו לא שילם היה חוזר השתא נמי לאו כלום עביד ולפע"ד לק"מ דע"כ לא אמרינן לאו כלום עביד אלא היכי דהשתא מצד עצמו ליתא דתיהדר כגון דהלך למדינות הים או האכילה לכלבים וכן אמרו בש"ס השתא נמי לאו כלום עביד אבל הכא השתא טובא עביד דהא איתא דתיהדר ומ"מ אינו חוזר מכח פסק הדיין א"כ טובא עביד דאי לא עביד למה לא יחזור ודו"ק ומה שהקשה מהרח"י על הטור והרא"ש כבר תירץ בתומים על נכון:

והנה הש"ך הביא דברי הב"י בשם מהרי"ק שורש י' שכתב דע"כ לא נחלק הרא"ש רק בטעה בשק"ה אבל בדבר משנה מודה דחוזר ואין כאן פסק כלל ותמה הש"ך וכתב שטעו בדבר משנה דבטועה בדבר משנה לעולם חוזר אפילו כבר הוציאו ואפילו נו"ב כדמוכח בש"ס ובכל הפוסקי' ולפי שהיה הדבר תמוה מאוד בעיני שיטעו הב"י ומהרי"ק בדבר

פשוט כזה עיינתי היטב במהרי"ק וראיתי שאין כאן מקום קושיא כלל כמו שאבאר. והוא דהשאלה היתה בבעלי דינים שבררו להם שני דיינים לדון אותם והדיינים בררו להם שהרב מהרי"ק יכריע ביניהם אמנם לא נתנו לו רשות להכריע רק במה שיהיו הם מחולקים אבל במה שיהיו הם שווים אין כח בידו להכריע ועל זה הסכימו שניהם דשבועת היסת בעי נק"ח וישבע בנק"ח ושוב חזר בו אחד מן הדיינים שאין צריך נק"ח ואמר השני שאין כח ביד הרב מהרי"ק להכריע מאחר שכבר היו שווין פעם אחת וזה עומד בדבריו עדיין ואף שהוא חוזר עכשיו לא מהני שכבר נסתלק ההכרעה מן הרב מהרי"ק בזה ושאלו למהרי"ק גם על זה אם יש בידו להכריע ועל זה השיב מהרי"ק דהדין הוא ששבועת היסת לא בעי נק"ח ומה שטען הדיין שאין בידו להכריע מאחר שכבר היו שווין פעם אחת על זה השיב דהא ליתא שהרי כתב הטור בשם הרמ"ה סי' נ"ה והעתיק לשון הטור וכתב על זה וז"ל הרי, לך שכל שלא זכה התובע בממונא הדר דינא וכו' ואם כן הוא שכל שלא זכה התובע בממונא הדר דינא והוי כאילו לא דנו כלל חזר הדין לתחילתו ונמצא חלוקים בדין שהרי עכשיו לאחר חזרה הדיין האחד אומר דלא בעינא נק"ח והאחד עומד בדבריו הראשונים ויש כאן הכרע ביניהם ואף שנחלק רבינו אשר וכו' משמע בהדיא שאין חולק היכי דטעה בשק"ה אבל טועה בדבר משנה מודה להרמ"ה דהדר דינא ואין כאן פסק כלל ומאחר שכן הוא שבידי להכריע בדבר זה הנני מכריע ואומר דדבר פשוט הוא דלא בעינן נק"ח והשתא לק"מ קושית הש"ך דוודאי כהאי גוונא בהוציא מיד המתחייב לא היה חוזר מכח הדיין השני שעומד בדבריו שאינו טועה כלל ומאחר שכבר היו שווין אין כח ביד הרב מהרי"ק להכריע מה שכתב מהרי"ק דכיון דעדיין לא הוציא הוי כאילו לא דנו כלל ועכשיו הם חלוקין בדין ואפילו להרא"ש דוקא בטעות בשק"ה אבל בדבר משנה מודה דאין כאן פסק כלל ויכול מהרי"ק להכריע כיון שעדיין לא היה פסק כלל אבל אם היה כאן פסק וכ"ש כשהוציא לא היה מועיל מה שלדעת מהרי"ק הוי טועה בדבר משנה מאחר שהדיינים פסקו שניהם בהיפך והאחד עומד בדבריו שאינו טועה כלל והשני ג"כ היה מסכים עמו וכבר נפסק אין ביד הרב מהרי"ק להכריע וזה שדקדק מהרי"ק מודה דהדר דינא ואין כאן פסק כלל שאילו היה כאן פסק אף דבעלמא בדבר משנ' חוזר הכא שאני כנ"ל וזה ברור ועיין היטב במהרי"ק שם והב"י קיצר בהעתקת לשון מהרי"ק:

ד

כתב הטור דג' מומחין אפילו לא קבלוהו עליהם מה שעשה עשוי ופטורין מלשלם ותמה הש"ך מאין הוציא כן מדברי הרא"ש ומה שכתב יחיד מומחה לאידך גיסא הוא דאפ"ה

בקבלה פטור ע"כ. ותמהני הלא הדבר מבואר בכל דברי הרא"ש מתחילה ועד סוף דג' מומחין פטורין בלי קבלה חדא ממה שכתב ושלשה הדיוטות ויחיד מומחה ולא קבלוהו עלייהו דינייהו דינא ומשלמי עכ"ל הרי להדיא דוקא ג' הדיוטות אבל מומחין לא וכאן אי אפשר דלאו דוקא קתני דהא קאמר ג' הדיוטות ויחיד מומחה ומה זה שחילק בין יחיד לג' היינו הך ואין חילוק בין מומחין להדיוטות בלי קבלה ולמה חלקם הרא"ש יחיד מומחה וג' הדיוטות זהו חדא ועוד דהא כתב הרא"ש קודם לזה ושלשה הדיוטות דלא נקיטי רשותא ולא קבלי' עלייהו בעלי דין וטעו בשק"ה לא שנא נו"ב ל"ש לא נו"ב מה שעשה עשוי וכו' ומשלמים מביתם דלמיפטר אי טעו לית להו רשותא והכי אמרינן ריש מכילתין גבי שלשה הדיוטות אלא מעתה טעו לא ישלמו כ"ש שאתה נועל וכו' עכ"ל והכא ליכא למימר דקמ"ל לאידך גיסא דהא לא מיירי הכא בקבלה כלל ואח"כ זכר דין שלשה הדיוטות וקבלי' בפני עצמו גם שהביא ראיה מהך דריש מכילתין טעו לא ישלמו ולא מוכח רק בהדיוטות ואדרבא הא דמשני כ"ש שאתה נועל דלת ופירש"י דירא דילמא טעו בי דינא ופטרי להו ומפסידנא וזה לא שייך בג' מומחין דאינן עלולין לטעות ואינו ירא דילמא טעו [ואדרבא חזינן ברא"ש כל שהדין ג"כ בג' מומחין זכר בהדיא כמו מתחילה בדבר משנה וכאן כתב דוקא ג' הדיוטות א"כ פשיטא דג' מומחין פטורין] ואדרבא אני תמה על הטור שהביא דעת הרמ"ה דוקא סמוכין ובאמת ברא"ש משמע להדיא דאפילו בלי סמוכין פטורין. גם ברמזים פ"א ד"מ כתב הטור בסתם לדעת הרא"ש דג' מומחין פטורין ולא זכר סמוכין ואילו מה שהביא דברי הרמ"ה הכוונה דחולק באמת על הרא"ש בזה:

כ אבל אם קיבלום עליהם בין לדין בין לטעות עש"ך מה שהאריך ליישב שיטת רש"י סנהדרין דף ה' מה שהקשו עליו התוס' והרא"ש ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק י' אות כ"ג כ"ד והקשיתי עליו קושיות חזקות עד שנדחה פירושו ואי אפשר לאמרו כלל ובלא"ה האיך אפשר דכוונת רש"י כן כיון דכל עיקר הראיה משום דקבלה סתם הוי בין לדין בין לטעות א"כ האיך כתב רש"י דקבליה בין לדין בין לטעות ולא ביאר דבסתם קבליה כיון דזהו עיקר הראיה ואדרבא לשונו מורה דבפי' קבליה כן וכן ממה שכתב ולא יתבעוך לכן אין לדבריו קיום אבל לפע"ד נראה ליישב פירש"י בפשיטות ויתיישבו ג"כ קושית התוס' שם מה שהקשו על רש"י שפירש הברייתא כמ"ד אין עירוב פרשיות ויתיישב ג"כ מה דלכאורה דברי רש"י סותרין דמעיקרא דפי' בין לדין בין לטעות משמע בקבלה סתם חייב ואח"כ פי' דון לנו דין תורה משמע בקבלה סתם פטור כמו שאבאר והוא דגרסינן פ"ק דסנהדרין דף ה' דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו

יחידי ופירש"י דכתיב בצדק תשפוט וקסבר אין עירוב פרשיות ונראה טעמו אף דג' הדיוטות יכולין לדון לכ"ע אבל יחיד מומחה לא דלא שייך נעילת דלת כמו שכתבתי לעיל סי' ג' ס"ק ד'] והתוס' הקשו על פירש"י חדא דהא ר"י אית ליה עירוב פרשיות פרק המגרש וסובר דיחיד מומחה דן ועוד דהכא קאמר דיניה לאו דינא בדיעבד ש"מ כר' אבהו דיחיד מומחה דן ואין דיניהם דין והנה הרב מהרש"א נתקשה בביאור דברי התוס' הללו והעלה דכוונת התוס' דלרש"י דיחיד מומחה אפילו ברשותא אינו דן ע"ש ודבריו תמוהין וסותר עצמו דכתב להדיא בדף ו' שם בפירש"י דע"כ דמודה רש"י דיחיד מומחה ברשותא דן ור"ח לית ליה דשמואל וקאמר כגון אנא דן ביחידי אבל כוונת התוס' פשוט ומבואר דהא קאמר דר"נ אמר כגון אנא דן ביחידי ור"ת אמר כגון אנא דן ביחידי ועלה בעי בגמרא כגון אנא דנקיטנא רשותא או והשתא אכגון אנא דמאן קא מבעי ליה אי אכגון אנא דר"נ הא סבר לה כשמואל שנים שדנו דיניהם דין וא"כ פשיטא דאפילו אינו מומחה דינו דין והאיך קא. מבעי ליה דאפילו בדיעבד לא יהא דינו דין ואי אכגון אנא דר"ח הא סובר אין דיניהם דין והאיך פושט דיחיד מומחה דן אלא וודאי דאפילו לר"ח יחיד מומחה דן וזה ברור ובחנם נדחק מהרש"א במה שאי אפשר לפרש כן ללא צורך והכרח כלל אבל לפע"ד נראה ליישב קושית התוס' בפשיטות והוא דכבר כתב הש"ך לחלק בין לכתחילה לדיעבד והיינו דלכתחילה וודאי אין לו לדון ביחידי דבי' לא שייך נעילת דלת ומ"מ בדיעבד דינו דין משום כבודו של מומחה דלא יגרע מג' הדיוטות והשתא כיון דקתני בברייתא דיני ממונות בשלשה דהיינו לכתחילה ועלה קתני ואם היה מומחה דן אפילו יחידי מבואר אפילו לכתחילה ועל זה פי' רש"י דסובר מדאורייתא יכול לדון דלית ליה עירוב פרשיות ועלה בעי בגמרא אכגון אנא דר"ח דסובר עירוב פרשיות אי דוקא דגמירנא וסבירנא ונקטינא רשותא אבל לא נקיט רשותא דיניה לאו דינא אפילו בדיעבד כיון דלא שייך ביה נעילת דלת או דילמא בדיעבד דיני' דינא ואדרבא לפי' התוס' קשה האיך יתפרש לשיטת' או דילמ' דיני' דינא הא אפילו לכתחילה יכול לדון אבל לפירש"י ניחא דכל האי בעי' בדיעבד אי כיון דליכא נ"ד לא מהני או משום כבודו שלא יגרע מהדיוטו' ועל זה פשיט מר"י דלא החזיר למר זוטרא וקאמר אי קבלוך לא תשלם ופירש"י דקבליה בין לדין בין לטעות והוא דוודאי לדידן מהני קבלה סתם משום דבלי קבלה יכול לדון לכתחילה אבל רש"י לשיטתו דלכתחילה וודאי אינו יכול לדון למ"ד עירוב פרשיות ורב יוסף נמי הכי ס"ל א"כ אין ראיה בקבלה סתם לדין ולטעות דקבליה שידון לכתחילה ביחידי ולזה פי' דקבלוהו בפי' לדין וגם לטעות ולא יתבעוהו ומה שפירש לקמן פ"א ד"מ משום דמזליה גרים היינו בנקיט רשותא דבהכי איירי התם

לר"י דאל"כ לא הוי פריך התם מסיפא כמו שכתבו התוס' דלר"י אינו חוזר רק בסמוך וע"כ משום דסיפ' מיירי בסמוך לכך פירש"י דפטור משום דמזלי' גרים אבל בלי סמוך רק בקבליה למ"ד עירוב פרשיות בעינן קבלה בין לדין בין לטעות ודו"ק [וכן פירש מהרש"א לקמן דף ו' ברש"י שם דמפרש משנה דדן את הדין בסמוך ורישא בלי סמוך ואמת דיש לפרש כוונת רש"י שם באינו מומחה ממש והיינו מדקתני סיפא מומחה וסמוך פטור א"כ רישא באינו מומחה סתם דאי מומחה טיהר את הטמא דבאו"ה אינו סמוך כסמוך כמו שכתב הנ"י ודו"ק] וזה שפירש אח"כ אי לא קבליה דון לנו דין תורה והיינו דקשיא ליה אי דלא קבליה כלל רק בכפיה דן האיך דן באמת מר זוטרא לכתחילה ביחידי הא לכתחילה אין לו לדון לדעת רש"י וע"ז פי' דהקבלה היה לדון דין תורה לכך היה יכול לדון לכתחילה ומ"מ דייק שפיר דיחיד מומחה בדיעבד דינו דין בלי קבלה כלל דאי אין דינו דין קבלה זו למידן דין תורה האיך מהני ליה שלא יחזור דינו בטעות הא בלי קבלה אינו דין כלל והוא קבליה בפי' לדין תורה ולא לטעות ובשלמא בקבלה סתם היה מקום לומר דהקבלה אף לטעות רק לא לפטרו מה שאין כן בקבלה בפי' לדין תורה וזה דקרי ליה לא קבליה דהכוונה לטעות לא היה קבלה כלל ואם כן חוזר דינו בטעות כמו מומחה בלי קבלה כלל דאין דינו דין כלל וע"כ דבלי קבלה כלל בדיעבד דינו דין וקבלה זו לא מעלה ולא מוריד כלל ומה שעשה עשוי וישלם מביתו והשתא לק"מ מכל קושית התוס' על רש"י דמה שהקשו דר"י סובר עירוב פרשיות והכא סובר דדן לא מוכח מידי דמה שדן מר זוטרא לכתחילה הוא משום דהיה קבלה עכ"פ לדין תורה ומה שקיים דינו בטעות משום דבדיעבד מודה רש"י דיחיד מומחה שדן דינו דין והאבעי' אכגון אנא דר"ח על דיעבד ומה שהקשו על מה שפירש"י דון לנו דין תורה דהאיך מייתי ראיה הא אפילו אינו מומחה מה שעשה עשוי בזה לק"מ דהתם בקבלה סתם לכך חבירו יכול לומר דהיה אף לטעות לכך קם דינא אבל בקבלה בפי' לדין תורה דוקא פשיטא דאי נימא בלי קבלה אינו יכול לדון כלל ואפי' בדיעבד אין דינו דין דלא מהני ליה קבלה זו למידן ד"ת דוקא שיתקיים דינו אף בטעות ושפיר דייק מינה דיחיד מומח' בדיעבד דינו דין ולפי זה מוכח דרש"י מפרש הא דקאמר דאמרו לי' היינו דהשתא אומר כי קבילנא אדעתיה דלידון דין תורה כמ"ש הרי"ף:

כז (א)

לוקה משום לא תקלל חרש ואם היה דיין לוקה עוד אחרת משום אלהים לא תקלל עיין סמ"ע ס"ק ה' דהטור חולק בזה דלא כ"כ דחייב שתים. והנה לכאורה נראה פשוט דאינו חולק כלל דוודאי כל מה שהזכיר הטור חייב מלקות אין בו נ"מ לזמן הזה כלל

רק שהזכירו לידע פסול לעדות שאינו פסול רק בעובר עבירה שחייב מלקות וא"כ כיון דחייב מלקות פעם אחת שוב אינו נפקא מינה בזמן הזה מה שחייב עוד ולכך השמיטו הטור אך יותר נראה דבלא"ה יש לתמוה ברמב"ם שכתב פרק כ"ו מהלכות סנהדרין וז"ל הואיל והמקלל כל אדם מישראל חייב למה ייחד לאו על. דיין ועל נשיא נמצאת למד שהמקלל אחד מישראל וכו' לוקה אחת ואם קילל דיין לוקה שתים ואם קילל נשיא לוקה שלש משמע בהדיא דטעמא דחייב שתים משום דגלי קרא בכל חד לאו בפני עצמו והיה יכול ללמוד דיין מנשיא מבואר דבנשיא חייב שלש ולפי זה יש לתמוה הא דדייק פרק ד' מיתות אזהרה למקלל אב מנשיא ודיין וחרש ופריך מה להנך שכן משונים ומשני אלהים לא תקלל למה לי בנשיא וחרש סגי ואם אינו ענין לגופא תנהו ענין למקלל אביו וקשה הא איצטרך לאו לדיין בפני עצמו שאז אם קילל נשיא חייב שתים משום דיין ומשום נשיא משא"כ אילו לא קאמר רק חד לאו גבי נשיא נהי דנשמע מינה דיין דדמי לנשיא מ"מ פשיטא דלא היה חייב אפילו בנשיא ודיין אלא חדא כיון שאין כאן רק חד לאו והוא תמוה מאוד וצריך לומר דבלא"ה כתב הכ"מ פרק ה' מהלכות ממרים דסוגיא דשבועת עדות חלוקה עם הסוגיא דסנהדרין והיינו דסוגיא דהתם סוברת דהכל מרבינן מלא תקלל חרש ואדרבא כיון דעל חרש שאינו מצטער הקפידה תור' כ"ש על שאר אדם ולא סבירא לן חרשתו גרמה לו ולפי זה שפיר איצטרך הכל לחייב שני לאווין על דיין מנשיא משא"כ סוגיא דסנהדרין באמת סוברת דאינו חיוב שני לאווין על דיין כיון דמחרש לא מרבינן א"כ איצטרך אלהים לאביו ולא מוכח לחייב על דיין בפני עצמו חוץ מחבירו ונשיא ומה שפסק כן הוא משום דהכי איתא להדיא במכילתא הביאה הרב בעל מגדול עוז שם ולפי זה יש לומר דהטור סובר כהך סוגי' דפרק ד' מיתות דבאמת אביו ילפינן מאלהים וחבירו מאביו וחרש כמו שכתבו התוספות א"כ לא מוכח לחייב בדיין בשתים שהרי נכלל בלאו אחד עם נשיא ודו"ק אך הא קשיא לי דהרמב"ם למד אביו ג"כ מלא תקלל חרש והיינו דלא גרע משאר אדם א"כ תקשי למה פסק בבן נשיא שקילל אביו חייב ארבע שמות הא על חבירו ואביו אין כאן רק חד לאו ולא נתייחד לאו בפני עצמו א"כ למה יתחייב שתים ואין כאן רק שלש ולא ארבע. ואפשר דסובר דמעצמו הוי ילפינן אביו דכיון דעל עצמו חייב סברא דחייב הוא על אחרים כמו שכתבו התוס' פרק ד' מיתות רק הא לא סבירא ליה כדברי התוספות דאי לאו חבירו לא הוי מוקמינן קרא על עצמו דהא קרא להכי אתא כדמוכח בשבועות דמעיקרא דייק עצמו מהך קרא ואח"כ חבירו ולפי זה שפיר יש לחייב בתרתי על אביו וחבירו וצ"ע בזה ודע דיש עוד להבין בסוגי' דפרק ד' מיתות דמחרש לא ילפינן דחרשתו גרמה לו דאם כן היכי יליף חבירו

דאי כמו שכתבו התוס' מאביו וחרש דהא איכא למיפרך שכן יש בהן צד חמור כמו שפירש"י שם דלא פריך מעיקרא צד חמור דאביו נמי חמור שהוקש לכבודו א"כ בחבירו שפיר יש ליפרך כך ואפשר דמהאי טעמא נמי פסק הרמב"ם כסוגי' דשבועת העדות:

ב ובלא כינוי זו היא דעת הרמב"ם דקילל בכינוי חייב מלקות אבל הראב"ד חולק בהדיא וז"ל א"א אינו לוקה אלא בשם המיוחד וכן הוא בירושלמי וע"ש בכ"מ מה שפירש הירושלמי לדעת הראב"ד והשיג עליו דהפי' בירושלמי דהם היו רוצים לפוטרו מכח לאו שאין בו מעשה והשיב ר"י דהרי הממיר ונשבע לוקה אף שאין בו מעשה ועיין תומים שכתב דלא להירושלמי הזה נתכוין הראב"ד רק אהא דאמר אל יככה לפי גירסת התוס' שם דכן מוכח בירושלמי. ובאמת המעיין בתוס' יראה להדיא דמעולם לא עלה על דעתם דרבנן פליגי במקלל עצמו דהא התם אירשא דמתניתין קאי בשבועות העדות ולא במקלל עצמו ואדרבא אי כך כוונתם מה זה שכתבו דכבר איפלוגי הא טובא קמ"ל אפי' בהך פליגי בכינוי ע"ש היטב ותראה שאין מקום לדבריו בזה גם דברי מהרש"א דחוקין לכל מעיין ע"ש:

אבל לפענ"ד דעת הראב"ד פשוט ומבואר מהירושלמי שהביא הכ"מ דהא מעיקרא קאמר דטעמא דר"מ ורבנן דפליגי במקלל אביו ומברך השם דכתיב ונוקב שם ד' מות יומת דוקא בשם המיוחד ור"מ יליף מאיש איש כי יקלל אלהיו ורבנן סברי בשם המיוחד למיתה ובכינוי לאזהרה. והנה בתמורה קאמר ר' יוחנן דכל לא תעשה שבתורה אם עשה מעשה לוקה חוץ מממיר ומברך בשם ומקלל חבירו בשם וקאמר דנשבע יליף מלא ינקה ומקלל חבירו בשם והפלא ד' וכו' אם לא תשמור לעשות ליראה את השם הנכבד והנורא הוה והשתא פשיטא דלא מוכח רק בשם המיוחד אבל בכינוי לא שמענו שיהא חייב מלקות דהוי לאו שאין בו מעשה כמו דסבירא להו לרבנן במיתה דוקא בשם המיוחד וה"ה במלקות בלאו שאין בו מעשה ובע"כ צריך לומר דוודאי מה שאמר ר' ינאי מקלל עצמו ואחרים בכולן עובר בלא תעשה לדברי הכל היינו בלאו גרידא ולא למלקות. וכן משמע הלשון עובר בלא תעשה והיה לו לומר חייב כדקתני מקודם אלא וודאי שאין בזה חייוב דלא שמענו מלקות בלאו שאין בו מעשה רק בשם המיוחד בלבד דהא השם הנכבד והנורא כתיב וזו היא כוונת הראב"ד שכתב דכן מוכח בירושלמי דחברייי' פטרו ממלקות משום לאו שאין בו מעשה ונהי דר' יוחנן אהדר להו מממיר ונשבע לשקר מ"מ היינו דוקא בשם המיוחד דילפינן מקרא אבל בכינוי דמהאי טעמא פליגי רבנן במיתה מדלא כתיב רק ונוקב שם ה' וזה ברור לכן דינו של הטור ומחבר צ"ע גם לשון הסוגיא

בתמורה המקלל בשם משמע בכינוי לא כדתנן במשנה קילל בשם קילל בכינוי ש"מ דשם וכינוי תרתי הן:

ג אל יהי פלוני ברוך לה' אינו לוקה היינו משום דלא אמרי' מכלל לאו אתה שומע הן. והקשה בתומים דהא בגמ' ס"פ שבועת העדות מוכח דבאיסורא גרידא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן לכ"ע ופענ"ד דלק"מ דבוודאי בירושלמי מבואר להדיא דלא מהפכינן רק ר"מ מחייב דאזיל לטעמיה דסובר בלקרבן לא אוכל לך דחייב ומפרש ר' יוסי בשם ר"י דאית ליה מכלל לאו אתה שומע הן כיון דהוי איסורא ולפי זה יקשה קושית רבינא בבבלי לר"מ משתויי יין וצריך לומר דסובר הירושלמי בעיקר הקושיא משתויי יין דוודאי פשיטא דאפי' מאן דלית ליה מכלל לאו אתה שומע הן מ"מ פשיטא שלא יכחיש דמכלל לאו נשמע הן רק דסובר דאין זה כאלו פי' הן בהדיא רק מחשבתו לכך ולא מהני דבעינן שיזכיר בפה התנאי וכן הקללה מה שהיה במחשבתו לא מהני אבל פשיטא דמודים כ"ע שהיה מחשבת האיש הזה להן שהרי בהכרח הוא נשמע מלשונו הילכך התם דילפינן מקרא דכתיב ולא תמותו הא אם ישתו ימותו מה שייך להקשות הא מכלל לאו הוא סוף סוף מוכרח שהקפיד הכתוב לחייב מיתה על שתויי יין ומאי נפקא מינה אם הוא מוכח מכלל לאו ובכמה מקומות ילפינן מקרא בדיוקים שונים ומחייבינן עלה וכ"ש בזה וזה נראה לרמב"ם ג"כ לכך פסק בפשיטות כהירושלמי כדרכו בכל מקום כנ"ל: (ד) וה"ה המקלל את המת עסמ"ע ס"ק ח' ותמה בתומים דהא גמרה ערוכה הוא בסנהדרין דף פ"ה ביוצא ליהרג ובא אחר וקיללו פטור משום שאינו עומד להתקיים וכ"ש מת ובאמת יש לתמוה על הרב ב"י אשר עינו כעין הבדולח האיך נעלם ממנו גמרא ערוכה ומה שנראה דוודאי אינו דומה קללת המת לקללת החי כי קללת החי בחיבור הנפש עם הגוף הוא על מצב האנושי כגון יככה ה' וכדומה שהוא נוגע לגופו של אדם לעקור מצבו ממה שהוא אמנם קללת המת פשיטא שאינו שייך לגופו של אדם הקבור ומונח כאבן דומם רק הוא קללת הנפש כמו את נפש אויבך יקלענה בתוך כף הקלע. וזהו שחידש הרמב"ם שאינו חל קללה על הנפש כלל להתחייב רק בחיבורו עם הגוף כנ"ל ולפ"ז לק"מ דוודאי פשיטא אם קלל אדם הנוטה למות ועומד למות בוודאי קללו קללת החי אם כן האיך שייך קללה שהוא מקולל ועומד ויוצא ליהרג ולהתעקר מן העולם אמנם אם מת וקללו קללת המת שהוא על הנפש לבד היה מקום לומר שיהא חייב על זה למדו בספרי מה לחרש שהוא בחיי' אף כל בחיים אבל מסוגי' הנ"ל לא מוכח זה ונראה פשוט קלל החי קללת הנפש שהוא לאחר הפרד נפשו מגופו אינו חייב כיון שהוא עדיין מחובר בגוף לא שייך קללה זו ואפילו אי נימא דחייב בכהאי גוונא מ"מ לא מוכח מהתם דיש לומר

דמיירי בקללה השייך לגוף וביוצא ליהרג הא גופו מקולל ועומד כנ"ל ואין להקשות דמאי משני בש"ס מידי דהוי לאחר מיתה הא לא דמי לפי הנ"ל הא ליתא ואדרבא לפי פשוטו קשה למה קאמר מידי דהוי הא ק"ו הוא למה ס"ד להקשות וע"כ דהכוונה כך דאין להקשות בנו נמי דהא חזינן בלאחר מיתה בקללת הנפש יש חילוק בין בנו לאח' והיינו לפי דבבנו עיקר הקפידה על הבזיון ה"ה מחיים אין לדמות בנו לאחר ואף דאחר פטור בנו חייב וזה ברור ועיין תומים מ"ש בזה והמעיין בזוהר פרשת קדושים יראה שאין דבריו נכונים:

ה אפילו מחל המתחרף. רבים תמהו בזה דדוקא במקום שיש מלקות או איסור דאורייתא שייך זה אבל בחירף שאינו אלא לכבודו אם מחל פשיטא דכבודו מחול אפילו בת"ח וכ"ש בע"ה וכן מבואר להדיא בטור דאפילו הפקיר בב"ד ונתחייב נידוי ומחלו על כבודם הרשות בידם. וראיתי מי שהגיה המתקלל והגה' זו שייך לעיל ואינו נוח לי ומה שנראה פשוט בכוונת הרב דוודאי בחירף ת"ח ונתחייב נידוי מפני כבודו ת"ח שמחל על כבודו כבודו מחול וכן ב"ד אמנם בע"ה שנתחרף פשיטא דאין כאן לא נידוי ולא מלקות כמו שכתב הב"ח רק דהב"ד עונשין כפי מה שהשעה צריכה שרואין שהעם מבעטין זה בזה ומחרפים ויש לחוש שלא יבוא לידי חירוף אנשים מהוגנים וכן משמע בלשון המחבר דגבי ת"ח כתב מנדין אותו ובע"ה כתב לפי מה שהשעה צריכה והיינו דאין לחוש לכבוד ע"ה רק לצורך תיקון השעה ולפי זה כיון שאין העונש לכבוד המתחרף רק לצורך שעה האיך שייך מחילה על זה שהרי אין אנו דנין על כבודו וכן מבואר להדיא בטור ומחבר אם הפקיר בב"ד אף שיכולין למחול אם יש בזה צורך שעה אינן רשאין למחול וה"ה בחורף ע"ה דהכל הוא לצורך שעה ולא לכבודו לא מהני מחילתו וכן הדין בת"ח אם השעה צריכה לכך וזה שציין הרב בהגה' על מה שכתב המחבר ואם חרף ע"ה עונשין אותו כפי שהשעה צריכה ועל זה כתב הרב דאפי' מחל המתחרף לא מהני בזה כנ"ל:

על חו"מ סימן כח

הלכות עדות:

א כל מי שיודע עדות לחבירו עסמ"ע בשם מהרי"ו דאם שום עד יאמר שאין רשאי לגלות הדבר מחמת שקיבל עליו בסוד שלא לגלות אותו בעל דין בעצמו יתיר לו ע"כ ולא נתפרש בסמ"ע אם בעל דין אינו רוצה להתיר לו מה דינו גם לא נתפרש אי מיירי בנדר או בשבועה ונראה פשוט דמהרי"ו מיירי בנדר שהוא חל על דבר מצוה כברשות ואם אינו רוצה להתיר לו נראה דתליא בפלוגתא שהביא הר"ן נדרים דף ס"ה בנדר על דעת

חבירו להנאת חבירו דלמ"ד בדיעבד אם התיר שלא מדעתו מותר וילפי לה מצדקיהו שהתירו לו סנהדרין שלו בלא דעת נבוכדנצר ולפי זה צריך לומר דלדבר מצוה מותר אפילו לכתחילה כמבואר בר"ן שם דאל"כ האיך התירו לכתחילה א"כ הכא נמי אפילו בעד אחד דלא שייך בי' אם לא יגיד מ"מ מצוה להעיד ואם אינו רוצה מתירין לו לכתחילה בלא דעת בעל דין אבל לדעת הראב"ד שם דאפילו אם הותר בדיעבד אינו מותר א"כ אפילו לדבר מצוה אין מתירין כמבואר בר"ן שם ומה שהתירו סנהדרין לצדקיהו לאו שפיר עבדי א"כ הכא אם אינו רוצה להתיר אין מתירין לו אמנם נראה לפע"ד פשוט דהיינו דוקא בנדר אבל בשבועה לפי מה ששנינו פ"ג דשבועות (דכ"ט) דאם אמר לעדים באו והעידוני שבועה שלא נעידך וכו' זו היא שבועת שוא שחייבין על זדונה מכות וכו' א"כ דבר פשוט הוא שהן פסולין להעיד לעדות זו ולכל עדות שבעולם ואפילו לא התרו בהם כלל כמו שכתב הרמב"ם ז"ל להדיא ריש פרק י"ב מהלכות עדות וז"ל כל הנפסל בעבירה וכו' אעפ"י שלא התרו בו וכו' כגון שנשבע לשקר או לשוא וכו' א"כ אם נשבעו שלא להעיד אף דאין השבועה חלה לבטל המצוה מ"מ פסולין להעיד מפני רשעתם שעברו על שבועת שוא ודינם כדין כל פסול לעדות ולפי זה ה"ה בע"א בנסכא דר"א אם נשבע שלא להעיד דהוא בכלל אם לא יגיד דפסול לעדות כנ"ל. ונראה פשוט דאפילו התיר שבועתו לא מהני ועיין בי"ד סי' רט"ו ודו"ק [ובתומים ס"ק א' כתב בפשיטות דבשני עדים אין השבועה חלה ולא הרגיש במה שכתבתי דמ"מ פסולין להעיד כמו כל עובר עבירה שיש בה מלקות כנ"ל] ונראה עוד דאפילו נשבעו בפני עצמן ואין איש יודע מהם אפילו אי נימא דכל אחד בפני עצמו יכול להעיד כיון שיודע שהעדות אמת ולא נתברר רשעתו אבל מ"מ אינו יכול להעיד כיון שיודע בחבירו שהוא רשע אסור לו להעיד עמו אפילו עדות אמת כמו שכתב הרמב"ם פ"י מה"ע והטור ומחבר סי' ל"ד וא"כ הכא נמי פסולין להעיד עד שיודע בבירור שחזרו לכשרותם כמו כל הפסולין וכל זה ברור לפע"ד:

ב וראוי להעידו. עסמ"ע ס"ק ג' דבא לאפוקי קרוב ופסול ואפילו למ"ד החרם חל על הקרובים כל זמן שלא נתנו חרם אינם בכלל נשיאות עון כיון דאף אם יעיד אינו מחייבו ממון עכ"ל ונראה ביאור דבריו דקשיא ליה למ"ד החרם חל על הקרובים ולדידהו יש תועלת בעדים קרובים כמו שכתב המרדכי בשם ריב"א הביאו הב"י א"כ ממילא אפילו בלי חרם כיון שיש תועלת בהם יתחייבו להעיד ועל זה תירץ דדוקא בראוין להעיד סגי בתועלת ואפילו ע"א לשבועה משא"כ באין ראויין להעיד לא מהני כל שיש תועלת כיון שאין מוציאין ממון וכך הם דברי ריב"א שם וז"ל ומיהו ממונא לא מפקינן אלא בכשרים להעיד ולפי זה בראויין להעיד כל שיש תועלת אף שאין מוציאין ממון חייבין להעיד

וזה שחילק המחבר בתרתי ראויין להעיד ויש תועלת בעדותן ונסתלקה קושית התומים ס"ק ב'. והנה הוא רוצה לפרש דברי המחבר בקיבל קרוב כבי תרי דאינו חייב להעיד אף שיש תועלת בו כיון שאינו ראוי מצד עצמותו והביא ראיה מירושלמי ורמב"ן פרק שבועת העדות ולפעד"נ דהא ליתא דמה בכך דאינו חייב קרבן שבועה ואינו בכלל לא יגיד דהא ע"א פשיטא דאינו בכלל לא יגיד כמבואר להדיא בש"ס דפריך אי לימא בתרי דאורייתא הוא ופירש"י דקרא דוקא בתרי מיירי ומשני אלא בחד א"כ מבואר דהברייתא לאו מתורת אם לא יגיד אתינן עלה רק מטעם גורם להזיק א"כ כל שגרם לו היזק כמו ע"א חייב וכן מבואר בסמ"ע שכתב דאף אם יעיד אינו מחייבו ממון ש"מ דבלאו הכי חייבין להעיד ואם לא העידו וגרמו לו היזק חייבין בדיני שמים וזה ברור (ג) ויש לחבירו תועלת בעדותו עסמ"ע ס"ק ד' דבא לאפוקי כשלא ראה הלואה רק הודה ואף שיכול להשביעו היסת מ"מ בלי העדים ג"כ יכול להשביעו ואי יטעון להד"ם אף בעדים יפטר ותמה בתומים ס"ק ב' דהא אפילו בלהד"ם חייב היסת כמו שכתב הב"ח סי' ל"ב א"כ נ"מ באינו טוען ברי דבלי העדים אינו משביעו רק על פי העדים עכ"ד. ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דאי טעין שמא רק שתבעו על פי העדים שהודה בפניהם והוא טוען להד"ם ואנו פוטרים אותו מטעם מילי דכדי לא דכירי אינשי א"כ אם נחייבנו היסת פשיטא שאי אפשר לחייבו על עיקר החייוב דהא אין הוא והעדים יודעין מעיקר החייוב רק מחמת שהודה ואם ישבע שאינו זוכר באמת א"כ מאי נ"מ הוא או העדים ולא אוכל לידע מהו כוונתו בזה:

ד חייב להעיד כשיתבענו להעיד עסמ"ע ס"ק ה' דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו וכו' ואני תמה דזהו בשני עדים הכובשין עדותם אבל כאן דמיירי בע"א כדמוקמינן הך ברייתא בש"ס ועלה הוא דאמרינן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים והיינו משום דגרם להזיק ולא משום לא יגיד ולא ידעתי למה הביא הסמ"ע טעם זה מה שאינו ענין לכאן גם אני תמה על מה שכתב המחבר כשיתבענו להעיד וכתב הסמ"ע משום דאינו חייב קרבן רק בתביעה וה"ה נשיאות עון ובאמת בברייתא לא נזכר זה גם הטור לא הזכירו רק בפשיטות שאם יודע עדות ואינו מעיד לו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים לפי שגרם לו היזק ולפי זה מה בכך דאינו חייב קרבן שבועה רק בתביעה הא בע"א פשיטא דאינו חייב ומ"מ חייב בדיני שמים א"כ ה"ה בלי תביעה כל שהם יודעין עדות וכובשין וגרמו היזק חייבין בדיני שמים ועיין בס"ק שאחר זה:

ה בב"ד דין זה צ"ע לפע"ד כמו שאבאר והנה היסוד הוא מדברי התוס' ב"ק דף נ"ו שכתבו שם ודוקא בב"ד דכשאומרים אין אנו יודעין להעיד שוב אינן יכולין להגיד דכיון שהגיד

שוב אינו חוזר ומגיד והיינו אם לא יגיד דקרא אבל חוץ לב"ד אין לחוש שיכול לחזור ולהעיד עכ"ל ויש להבין בתוס' דמאי ענין זה לשם דמעיקרא הקשו אהא דקאמר תרי דאורייתא הוא אם לא יגיד דהא ושמעה קול אלה כתיב ותרצו דונשא עונו לא קאי אהך כמו שכתב הסמ"ע ס"ק ה' ובתוך כך כתבו ודוקא בב"ד וכו' והיה להם להזכיר דין זה אברייתא גופא דקתני היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו דחייב בדיני שמים דדוקא בב"ד ולמה העמידו עצמם על הך דמיירי בתרי משום אם לא יגיד ודבר ברור הוא דכוונת התוס' כך דדוקא בתרי דחייבי מקרא אם לא יגיד על זה שפיר מחלקי התוס' בין בב"ד בין חוץ לב"ד דאף שלא רצו להעיד ולבוא לב"ד וגרמו היזק על ידי זה מ"מ אינם בכלל אם לא יגיד כל שלא אמרו בב"ד שאינן יודעין להעיד וזהו שדייקי דקרא בב"ד מיירי דאז שייך כיון שהגיד אבל חוץ לב"ד ליכא אם לא יגיד משא"כ הברייתא דלא מחיוב' כלל מכח קרא אם לא יגיד רק מכח גורם להזיק א"כ פשיטא דאפילו לא בא לב"ד כלל רק שיודע עדות ואינו רוצה לבא לב"ד להעיד א"כ חייב להעיד או לשלם בדיני שמים מה שגרם היזק לחבירו על ידי זה ומה נפקא מינה אם בא לב"ד ואמר איני זוכר או שאינו רוצה לבוא לב"ד פשיטא דכל שגרם לו הזיק כגון דבין כך ובין כך נשתתק ואינו יכול שוב להעיד או דאח"כ אינו יכול להוציא מחבירו ומעיקרא היה יכול להוציא ונמצא שגרם היזק במה שלא רצה לבוא לב"ד להעיד בכל זה פשיטא דחייב רק באם לא יגיד אינו חייב אפילו בשני עדים רק באמרו בב"ד אין אנו יודעין דבהכי איירי קרא כמו שכתבו התוס' ולפי זה הברייתא דלא קאי אקרא רק מטעם גורם פשיטא דחייב אפילו לא אמר בב"ד איני יודע וכן מורה לשון הברייתא היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו משמע שיכול להעיד ואינו מעיד חייב לשלם כל היזק שגרם על ידי זה בדיני שמים וכן משמע להדיא בש"ס דקאמר מי יימר דכי הוי אתינא ומסהדי מבואר דחוץ לב"ד מיירי וכן נראה לפע"ד עיקר לדינא דאפילו לא תבעו להעיד והוא יודע עדות לחבירו וגורם לחבירו הזיק במה שאינו בא לב"ד להעיד ואפילו לא אמר בב"ד איני יודע חייב לשלם כל מה שגרם לחבירו הזיק על ידי זה בדיני שמים אבל באם לא יגיד ליכא חיובא רק בתביעת בעלים ואמר בב"ד איני יודע כנ"ל ברור. והנה הסמ"ע ס"ק ח' פי' דברי המחבר שכתב בין שיש ע"א עמו דאפילו אותו עד אינו בכאן ורוצה להמתין עד שיבוא ויעידו יחד ויחייבו ממון בעדותם קמש"ל דלא אלא חייב להעיד מיד עכ"ל ויש לתמוה דהא לפי דעתו דבכל גוונא בעינן בב"ד דוקא משום דחוץ לב"ד כיון [שיכול לחזור ולהעיד או] שאפילו היה מעיד לא היה מחייב ממון אינו חייב א"כ הכא במאי איירי אי באומר בב"ד איני יודע האיך שייך שהוא ממתין על עד השני הא לא יוכל שוב להעיד וע"כ שלא

אמר איני יודע א"כ ממילא אפילו בב"ד הוי כמו חוץ לב"ד שהרי יכול לחזור ולהעיד ולא הפסידו כלום ולפי מה שכתבתי מקודם דאפילו חוץ לב"ד כל שלא רצה לבוא וגרם לו ע"י זה איזה הפסד חייב א"כ יכול להיות דאפילו המתין על חבירו חייב כדברי הסמ"ע:

[1] בין שהוא לבדו. עיין תומים שהביא בשם ראנ"ח דאם בלא"ה חייב שבועה דאורייתא אינו חייב העד להעיד שהרי אין תועלת בעדותו ועל זה הקשה הוא דהא לדידן לעולם חייב היסת ודוחק לחייבו משום דאורייתא חמיר ועל זה ביקש לומר דהחייוב הוא דשמא לא יוכל להעיד להכחיש העד וא"כ אף דינו של ראנ"ח אינו ולפעד"נ דלק"מ דהא קיימא לן בדרבנן אם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסי' ובדאורייתא נחתינן לנכסי' א"כ פשיטא דיש תועלת בעדותו שאם לא ישבע יצטרך בהכרח לשלם משא"כ בלי העד אם לא ישבע לא נחתינן לנכסי' אבל דינו של ראנ"ח אמת דכיון דחייב שבועה דאורייתא בלי העד א"כ אין תועלת בעדותו שאפילו לא יעיד יצטרך לישבע ואם לא ירצה יצטרך בהכרח לשלם וזה ברור (ז) פטור מדיני אדם. עסמ"ע ס"ק י' דאפילו ב' עדים פטורין מדיני אדם ויש להבין דפריך בגמרא אלימא תרי פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגיד ונשא עונו כתיב וקשה מאי קושיא דילמא קמש"ל דפטור מדיני אדם וצריך לומר משום דקא חשיב ד' דברים ובכולן הרבותא דחייב לציי"ש א"כ בהא נמי בא לאשמועינן כך דאל"כ לא הוי ליה למיחשבינהו בהדי הך אך יש להבין דפריך פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגיד וקשה מה בכך דכתיב אם לא יגיד מ"מ מנין שיהא חייב לשלם אח"כ מה שהפסיד באמת איסורא קא עבר על שלא העיד אבל מנא לן שיתחייב לשלם דהא חזינן דפטור מדיני אדם א"כ פשיטא דהיה מקום לטעות דבד"ש נמי פטור קמש"ל דחייב. ואמת דיש לומר דכוונת המקשן דפריך אחר כך ותו ליכא הא איכא טובא ומשני הך איצטרכא ליה דסלקא דעתך שמא היה נשבע אם כן תינח בעד אחד אבל בשני עדים אי בא לאשמועינן דגורם חייב בדיני שמים הוי ליה למיחשב כל הני ואהא מקשי כיון דאורייתא הוא ורמי' עלי' חייובא להעיד א"כ גורם גמור הוא ולא איצטרך ליה למיתני כמו דלא חשיב כל הני דמייתי התם. אמנם פשיטא דמסוגיא משמע דמעיקרא לא ס"ד הך ע"ש וצריך לומר דהקושיא כך דוודאי אם אינו רוצה להעיד ומשלם מרצונו כל מה שהיה יכול לבוא תועלת בעדותו שוב ליכא חייובא דאם לא יגיד כיון שמשלם לו כל תועלת עדותו א"כ כיון דאורייתא היא ממילא ע"כ חייב לשלם בדיני שמים כדי שלא יעבור על האיסור אך לפי זה למה לא יתחייב בד"א ג"כ דהא ב"ד כופין לאפרושי מאיסורא וצריך לומר דוודאי אם ברצונו משלם לו אינו עובר האיסור אבל על ידי כפיה בוודאי לא יועיל לו לאיסור הילכך בד"ש חייב לשלם מרצונו כדי שלא לעבור על אם לא יגיד אבל בדיני אדם

אין כופין ולענין הגרם בעצמו אין לחייבו בדיני אדם כיון שאינו היזק גמור אמנם לפי מה דמסיק בלא"ה חייב בדיני שמים מחמת הגרם אף דליכא לאפרושי מאיסורא דבע"א ליכא אם לא יגיד: (ח) וחייב בדיני שמים. עש"ך בשם מהרש"ל דאפילו תפס מפקינן מיניה כיון דאינו חייב בדיני אדם והנה בתשובת שבות יעקב דעתו דדוקא בע"א אבל בשני עדים דחייב מדאורייתא לצי"ש מהני תפיסה. ולפע"ד זה אינו דהא כל עדיפותא דשני עדים הוא מכח אם לא יגיד וכבר בארנו בס"ק לפני זה דעיקר מה דקאמר בגמרא דאורייתא הוא הכוונה כיון דעביד איסורא פשיטא דחייב לשלם כדי להסתלק מן האיסור אם כן תינח היכי דבתשלומין נסתלק מן האיסור משא"כ אם אינו רוצה לשלם ועומד במרדו רק חבירו תפס ממנו פשיטא דבתשלומין הללו לא נסתלק מן האיסור דהא מ"מ הוא עבר על אם לא יגיד ולענין תפיסה בע"כ לא עדיף משאר לצי"ש מטעם גרמי דלא מהני תפיסה לנזק גרמי וז"ב:

והנה הרב מהרש"ל בנה יסודו על התוספות פרק הכונס דף נ"ו בד"ה כסויי כסיתיה שהקשו וא"ת הא גלוי וידוע מה היה כוונתו אם לטובה אם לרעה ותרצו דבאמת אפילו כיוון לכסות חייב וקשה הא בלא"ה נ"מ לענין תפיסה ומזה דייק מהרש"ל דלצאת ידי שמים לא מהני תפיסה ותמה בתומים על זה דפשיטא דאפילו אי נימא דמהני תפיסה התם לא מהני דהא טען ברי ותופס שמא א"כ האיך יעלה על הדעת דבשמא יוכל לתפוס וחבירו עומד וצווח שאין עליו חייוב כלל לכך הוצרכו התוס' לומר דבאמת אפילו כיוון לכסות חייב ואז שפיר מהני תפיסה ולא על מהרש"ל לבד תלונה זו כי גם חכם קדמון הביאו מהרש"ל שם דדייק דכופין בדברים לצאת ידי שמים דאל"כ קשה הא קמי שמי' גליא כקושית התוס' מבואר דסובר דאם באמת כיון לכסות פטור דלא כתירוץ התוס' א"כ קשה האיך כופין הא הוא טוען ברי לכסות נתכוון ואין עליו חייוב כלל כקושית התומים. אבל באמת דברי מהרש"ל נכונים וברורים ותימה על התומים שלא ירד לסוף דעתו וגרם לו זה שלא עיין שפיר בתוס' שם כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין בתוס' דבס"ד בקושיא דהוי סבירי להו דבכיוון לכסות באמת פטור א"כ קשה מה זה שהכריחו הקושיא משום דקמי שמי' גליא משמע דבלא"ה אתי שפיר ובאמת בלא"ה קשה ומוכרח לומר דאפילו כיוון לכסות חייב דאל"כ תקשי באמת למה יתחייב הא הוא טוען ברי שכיון לכסות ואפי' היה החייוב קמי בני אדם דלא גלי קמייהו מ"מ כיון שהוא טוען ברי למה יתחייב וע"כ צריך לומר דוודאי אי לאו דקמי שמי' גליא הוי אתי שפיר דהכי פרוש' דס"ד שיכול לומר שכיוון לכסות ופטור קמש"ל דהך טענה גרועה היא ואינו נאמן בה אף שאם היינו יודעין שהיה כן היה פטור מ"מ עכשיו אין אנו מאמינים אותו שהיה שוטה

כ"כ שבא להציל את חבירו ובאמת לולא הוא בוודאי היה חבירו מוצל מהיזק שהרי המבעיר את הבעירה חייב לשלם והלך הוא ועשאו טמון דאז המבעיר פטור בוודאי והניזק עומד בספק שמא ישרף או לא וקמש"ל שאין אנו מאמינים אותו שטות כזה ואמרינן שקר דיבר ומצינו כמה פעמים שאף המחזיק אינו נאמן בטענה גרועה ומוציאין ממנו רק דקושית התוס' כיון דהחיוב הוא קמיה שמים מאי שייך נאמנות על זה אם עשה באמת במזיד וכוונתו להזיק חייב ואם לא היה כוונתו להזיק יפטר כיון שאינו רק דין שמים ועל זה תרצו דבאמת אפי' כיון לכסות חייב וס"ד דפטור קא משמע לן דאפילו כיוון באמת לכסות חייב וזו היתה ג"כ כוונת אותו חכם שהביא מהרש"ל ואהא קשיא ליה למהרש"ל מי דחקם לתוס' לזה נימא באמת דכיוון לכסות פטור רק הכא ס"ד דנאמן והוי טענה מעליא קמש"ל דהוי טענה גרועה ואף לפטור עצמו אין אנו מאמינים אותו כנ"ל ואי קשיא קמי שמים גליא מ"מ אם תפס אם היה נאמן אין כאן אפילו דין שמים אבל אי אינו נאמן יש כאן דין שמים ומהני תפיסה אלא וודאי דלא מהני תפיסה לצי"ש וזה ברור: ונראה לי להביא ראיה מפירש"י גופא פרק הפועלים דף צ"א כדעת מהרש"ל דבעלמא לא מהני תפיסה לצי"ש רק בקים ליה בדרבה מיניה והוא דרש"י פי' התם הא דקאמר לוקה ומשלם וקאמר רבא משום דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו פי' אלמא אף דאיכא חיוב מיתה מ"מ רמי עליה חייובא ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם והכא נמי חייב לשלם בידי שמים אי נמי אי תפיס לא מפקינן מיניה וכו' ויש להבין מי הכריחו לפרש הברייתא בתפיסה ואדרבא משלם קתני ויותר נוח לומר דחייב לצי"ש אף אי נימא דרש"י סובר כן מן הדין מ"מ מאי ענין זה לכאן ומאי עדיפותא יש כאן לפי' זה מאם נפרש בפשיטות לצי"ש ואדרבא כך מורה לשון הברייתא משא"כ תפס מאן דכר שמיה וצריך לומר דקשיא ליה לרש"י קושית תוס' שם דהא בחולין דף ק"ל פריך הש"ס תנא תני ישלם ואת אמרת מידת חסידות שנו כאן. והתוספות דחקו שם לחלק בין ישלם למשלם ע"ש לזה פירש"י דהכא מהני תפיסה כסברת מהרש"ל והשתא שפיר שייך משלם אף דלשון זה מורה תשלומין בע"כ מ"מ שפיר יש כאן תשלומין בע"כ כשתפס לכך שייך משלם אבל התם דהחייוב לצאת ידי שמים אינו בקים ליה בדרבה מיניה דאז לא מהני תפיסה כדעת מהרש"ל וא"כ אין כאן תשלומין בע"כ כלל רק מרצונו ועל זה שפיר פריך דלשון ישלם משמע תשלומין בע"כ ולא לצי"ש דהוא רק אם רוצה ואפילו אי נימא דלא היה זאת כוונת רש"י מ"מ יש מזה ראיה נכונה לדעת מהרש"ל מקושית התוס'. ולפי זה מבואר מדברי התוס' חולין דף ק"ל שם דלא כמהרש"ל דנהי דהך קושיא שהקשו מהא דאמר אביי מי קתני ישולם ישלם כתיב מדעתו משמע אין ליישב כהנ"ל

דהא מבואר דלשון ישלם משמע מדעתו [ובאמת קושיא זו לק"מ לפע"ד דוודאי עיקר התשלומין הם בע"כ והתם קאמר דישלם משמע נמי מדעתו באיזה תשלומין שרוצה ומנכסים שירצה אבל לא בעיקר חייוב התשלומין וזה ברור. ועיין רש"י ב"ק דף ז' בד"ה ישולם ולק"מ] אבל הך קושיא שהקשו מפרק הפועלים דהתם חייב לצאת ידי שמים וקתני משלם והתם נמי לחד לישנא חייב לצאת ידי שמים ולא אתיא ליה שפיר ולשיטת מהרש"ל לק"מ דהתם יש תשלומין בע"כ שהרי יכול לתפוס ממנו בע"כ דקים ליה בדרבה מיניה אבל התם בחולין דהחייוב לצי"ש בלתי קים ליה בדרבה מיניה לא מהני תפיסה ולא שייך ישלם כלל והא ליכא למימר דס"ל דבכל גוונא מהני תפיסה מכח דברי התוס' פרק הכונס הנ"ל וצריך לומר דלא מהני תפיסה בשום מקום ומ"מ לדינא כיון שהוכחתי מדברי התוס' פרק הכונס הנ"ל ומדברי התוס' הנ"ל דלא מהני תפיסה ומדברי רש"י ג"כ מוכרח כן א"כ הכי נקטינן אמנם בקים ליה בדרבה מינה דעת מהרש"ל כרש"י וא"ז דמהני תפיסה רק שכתב דדוקא בשוגג או בלא התראה דאף דבהא נמי פטור מהני תפיסה משמע במזיד לא ותמה בתומים דהתם מבואר אפילו במזיד דהא לוקה ומשלם קתני ומוקמינן לה לצאת ידי שמים ופי' רש"י דמהני תפיסה ועל כרחך במזיד דבשוגג ליכא מלקות וכל שכן לפי מה שכתבתי דלכך אתי שפיר לישנא דמשלם משום דמהני תפיסה שמע מיניה דבמזיד מהני תפיסה (ואפשר דמהאי טעמ' לא תרצו התוס' בחולין לחלק בתפיסה דמירי התם במזיד) ובאמת יש לתמוה על מהרש"ל בזה אמנ' נלפע"ד ליישב דברי מהרש"ל גם בזה כמו שאבא' והוא דסביר' לי' למהרש"ל דוודאי מה שאמרו קים ליה בדרבה מיניה הכוונה דכל כמה שיש עליו חייוב חמור פוטר את הקל ומוכרחין ב"ד לפטרו מדין הקל דהיינו ממון וכיון שכבר פטרוהו ממילא אף אחר שלקה פטור שהרי כבר פטרוהו ולפי זה פשיטא דאפילו תפס קודם שנעשה בו דין החמור חייב להחזיר דהא אם לא יחזיר הרי נעשה בו חייוב קל והאיך נעשה בו תרתי חמור וקל וכללא הוא דחייוב חמור פוטר את הקל ואם יפסקו ב"ד מדינא שלא יחזור הרי דנו אותו בדיני אדם ממון ואח"כ מיתה או מלקות לכן לא מהני תפיסה קודם דין החמור משא"כ לאחר שנעשה בו דין החמור נהי דפטור מדיני אדם שהרי כבר פטרוהו אבל בדיני שמים חייב הילכך אם תפס לא מפקינן מיניה שהרי לא נפטר רק בדיני אדם קודם ולפי זה במלקות שפיר משכחת לה תפיסה אף בזמן שיש מלקות לאחר שנלקה משא"כ במיתה לאחר שנהרג לא שייך חייוב לצי"ש שיועיל תפיסה לגבי יורשין וקודם שנהרג אי אפשר לתפוס שאי אפשר לדון בזה שיועיל התפיסה מאחר שיש עליו חייוב מיתה ושפיר כתב מהרש"ל דלא משכחת רק בשוגג או בזמן הזה אבל במלקות מודה מהרש"ל

אפילו במקום שיש מלקות מהני תפיסה לאחר שנלקה כנ"ל נמצא לענין הדין בעלמא לא מהני תפיסה רק בקים ליה בדרבה מיניה במלקות בזה"ז לעולם מהני תפיסה ובזמן שיש מלקות לאחר שנלקה ובמיתה בזמן שיש מיתה ליכא חייוב תשלומין כלל ולא מהני תפיסה אבל בשוגג או או בזה"ז אפילו בחיוב מיתה מהני תפיסה כנ"ל עיקר לדינא:

לט רק שיפחד בעל חובו וכו'. עסמ"ע ס"ק י"ד דהשקר בזה הוא שמא על ידי פחד זה ישווה עמו בעל דין שלא כדין שלא היה חייב לו ובע"ש כתב שגורם להוציא ממון על פי עד אחד ולפעד"נ לא כדברי זה ולא כדברי זה דהא בגמרא קאמר הך דינא על הרב האומר לתלמיד אפילו אם נותנין לי מאה מנה יודע אתה בי שאיני משקר אסור ופריך האי משום מדבר שקר תרחק הוא הא עבר על לא תענה ברעך עד שקר ומשני כגון דאמר ליה וודאי חד סהדא איתי ליה ותא את קים התם ולא תימא ולא מידי דהא לא מפקת מפומך שיקרא אפ"ה אסור משום מדבר שקר תרחק ע"כ מבואר דהך מיירי אפילו אם יודע בבירור שאינו משקר ובוודאי הדין עם הרב וכן מבואר בלשון הרב בהגה' אף שאמר לו אדם שיודע בו שאינו משקר ואפילו וכו' משמע דאהא קאי ואין כאן שום חשש להפקעת ממון שלא כדין רק האיסור בזה הוא שזהו מן השקר שמראה עצמו לעד ואינו עד כלל והיינו דקאמר דלא נפיק מפומך שיקרא פי' אף דאינו אומר השקר מ"מ מה שהוא מראה עצמו כאילו להעיד בא והוא עד הוא בכלל מדבר שקר תרחק וכן מבואר התם בג' נושים אף שבאמת מגיע להם אסורין להעיד משום מדבר שקר תרחק וה"ה בזה וזה ברור:

י אדם רשאי להחרים (הערה כל הנאמר פה ובמקומות אחרים בספר זה בענין חרם או נידוי, שייך למדינות שרשאי להחרים עפ"י חוקי המלכות אבל לא במדינות שנאסר החרם על פי חוקי המלכות) עיין תומים ס"ק ה' דהיינו דוקא שהוא עומד ומדבר בלשונו שהוא מחרים אבל שיצוו ב"ד להחרים בשם ב"ד אפשר דלא כי מה טיבו של ב"ד לכך והרי נראה כעורכי הדיינים ואם יביא ראיה יפסקו והביא ראיה מתשובת הרשב"א אבל בהג"א הביא בשם ראב"ש הביאו הסמ"ע ס"ק י"ז וז"ל ונקרא עבריין דלב ב"ד מתנה עליהן כדי לחקור אחר האמת ע"כ מבואר דיש בזה צורך לב"ד ג"כ דמהאי טעמא חל על הקרובים ואילו מודה ראב"ש בנותן חרם במקום שאין צורך דאז אינו חל על הקרובים כיון דאינו בציווי ב"ד רק הוא מיירי בנותן חרם ברשות ב"ד שיש צורך להם. אך קשה מה שכתב לתרץ הקושיא דתנן שבועת העדות נוהג ברחוקים אבל לא בקרובים דלא פטור רק מקרבן אבל שבועה חייל עלייהו ולפי הנ"ל לק"מ דהתם מיירי בנשבע מדעתו לא ברשות ב"ד ולצרכם אלא וודאי דסובר דכל חרם יש בו צורך ב"ד כדי לחקור האמת א"כ שפיר יש לומר שב"ד יכולין לצוות להחרים בשם ב"ד וצ"ע ויתבאר בס"ק שאחר זה:

יא אף הקרובים צריכין להעיד ויש חולקין וכן עיקר. הסמ"ע פיקפק בזה למה הכריע כדעה אחרונה ובתומים כתב דתליא בפלוגתא דלדעת הרא"ש אם באו קרובים והעידו נתבטלה עדות הכשרים אבל בלא באו אף שכיוונו להעיד העדות כשר א"כ פשיטא שאין הקרובים בכלל דהא על ידי זה בטל עדות כשרים וכו' ע"ש. והנה מלבד מה דעיקר קושית הסמ"ע על הרב דבד"מ הביא דעת המרדכי באחרונה משמע דהכי סבירא לי' וכאן הסכים להיש חולקין ועל זה לא תירץ כלום אבל בלא"ה דבריו תמוהין דהא פשיטא דהכא מיירי שאין כאן עדים כשרים כלל דאל"כ מה צורך לקרובים במקום עדים כשרים ועיקר החרם הוא אם לא יהיו עדים כשרים יצטרכו הקרובים להעיד כי אף שלא יועילו לגמרי יועילו לחקור האמת כמו שכתב המרדכי להדיא א"כ בכהאי גוונא החרם חל ואין לומר דהא אינן יכולין לבוא לב"ד להעיד שמא יבואו עדים כשרים ג"כ ויתבטלו על ידן הא ליתא דמי הכריחם לבוא לב"ד הם מוכרחין על פי החרם לגלות לבעל דין שגזר החרם שהם יודעין להעיד וכל אימת שירצה בעל דין שיראה שאין כאן עדים כשרים יתרצה בעצמו שיגידו הם כדי לחקור עכ"פ האחת. וכן מבואר ברשב"א שנשאל שקרובי שמעון אומרים שגוזר החרם יוציא אותם מן הכלל מאחר שהם קרובים הרי להדיא דבעל דין רוצה שיחול החרם עליהם שיבואו ויגידו א"כ מאי איכפת לן שיש חשש לביטול כשרים אם יבואו כיון דבעל דין בעצמו רוצה כן כיון שרואה שלא באו עדים כשרים בפרט שיכולין לבוא לבעל דין לגלות לו ואימת שירצה יעידו כנ"ל וזה ברור ולענין דינא נראה לפע"ד ברור דע"כ לא כתבו הרשב"א והרא"ש דאין החרם חל על הקרובים היינו דוקא בחרם שנותן בעל דין בעצמו מה שאין צורך לב"ד בזה כלל שהם יכולין לפסוק הדין בלי העדי' כמות שהוא רק בע"ד רוצה שיבואו עדי' ויגידו לזכותו או פשיט' דאינו חל על קרובים משא"כ בדין מרומה וכהאי גוונא שהב"ד מוכרחין לגזור חרם לחקור אחר האמת וקשה להם לפסוק הדין כמות שהוא שנראה להם שהוא מרומה אז פשיטא דמודים הרשב"א והרא"ש דיש כח ביד ב"ד לגזור חרם על קרובים ג"כ לפי הצורך להם כדי לברר האמת ועיין לעיל סי' ט"ו ס"ג ד' ה' הרבה דינים כיוצא בזה ובזה פשיטא דהחרם חל על קרובים ואף שמדברי ר"א ב"ש שהביא המרדכי משמע דבכל חרם יש בו צורך ב"ד כמו שכתבתי בס"ק י' מ"מ בהא וודאי פליגי על הרא"ש והרשב"א דכל שהדין ברור בעיני הדיינים לפסוק אותו שלא בעדים רק שהבעל דין מבקש עדים לתועלתו בזה לא חל החרם אקרובים שזה החרם אינו ברשו' ב"ד כמו שכתבתי בסק"י בשם התומים וכן דעת הרשב"א גופא אבל חרם ב"ד לתועלם שרואין שהוא צורך לדין זה חל על הקרובים לכ"ע וזה ברור ונידון מה שכתב המחבר ס"ג צ"ע כי נראה לי שאם

לא העידו כלל בב"ד מעולם אפילו שני עדים חייבין לשלם דלאו שם עד עליהם כלל ועכשיו הוי להו נוגעין גמורין ודו"ק ובזה יש ליישב מה שהקשו על הרמב"ם וטור י"ד סי' של"ד ומיושב ג"כ מה שלא חילקו שם בין ע"א לב' דממה שכתבו לשון יחיד אין להוכיח שבאו לשלול שנים דבכמה מקומות ברמב"ם מצינו שכתב בעדות לשון יחיד אף במה שאינו רק בשנים ואחד מהם בהלכות שבועות גבי נשבע לבטל את המצוה ע"ש] ודו"ק. אמנם בהא נראה ברור במה דמשמע מדברי הרב בהגה' דבשני עדי' לא שייך תשלומין כלל דאי אפשר לברר ששקר העידו וכן משמע לכאורה מדברי הסמ"ע ס"ק כ"ב ולפע"ד זה אינו והגע עצמך, עדים שהעידו חוץ לב"ד ונעשו קרובים או נוגעין ובאו שנים להכחישם בב"ד פשיטא דאחרונים נאמנין והא נמי דכוות' ודו"ק וזה ברור ונידון מה שכתב בתומים ס"ק ח' מדברי הרא"ש גבי מימרא דרבא ב"ק דף י"ג משמע לכאורה להיפך ע"ש ודו"ק ואין להאריך:

טו אם הוא עדות ממון הטעם בזה כתבו התוס' שבועות דף ו' דאיתיהב למחילה וכוונתם דאין לומר משום דאין לת"ח להקל בכבודו משום הפסד של זה דהא מ"מ לגבי חבירו יש איסור גזל והוי לאפרושי מאיסורא ועל זה כתבו התוס' דהטעם בממון דניתן למחילה והכוונה שאין ההכרח על הח"מ להקל בכבודו בשביל זה מאחר שניתן למחילה וחבירו יכול למחול ואפי' אינו מוחל מ"מ לב ב"ד מתנין על זה דכל מה שהיה מתחייב על פי אותו העד מחול לו וזכה בממון כמו שפסקו לו עכשיו בלא העד ולפי זה נראה ברור דאפילו בממון שמסתעף איסור ממנו לא איכפת לן כיון דניתן למחילה והיינו שאם קידש אשה בממון זה אם בלי העד זכה בממון הקידושין הם קידושין גמורים ולא שייך לומר שהעד יצטרך להעיד שהרי יכול להסתעף מזה איסור דכיון דניתן למחילה הרי הם קידושין גמורים כנ"ל ובהכי ניחא מה שהקשה בתומים לדעת הסמ"ע ס"ק כ"ח דאפילו להתיר אשה לבעלה מאחר שיכול להסתעף מזה איסור חייב להעיד והקשה הוא דהא בממון ג"כ יכול להסתעף איסור אם יקדש בממון זה ולפי הנ"ל לק"מ דכיון דניתן למחילה קידושין מעליא הוי כל שלא העיד משא"כ באיסור דלא שייך מחילה שפיר כתב הסמ"ע דיש לחוש מאיס' המסתעף ונרא' שגם רש"י מודה בזה להסמ"ע ומה שפירש בהיפך שבא לאסור אשה לבעלה לאו למימרא דלהתיר אינו חייב להעיד רק משום דלאסור בעינן עדות גמורה משא"כ להתיר אפילו עבד ואפילו שפחה ואפילו עד מפי עד א"כ אין צורך לו לבוא לב"ד כלל וליכא חילול השם כלל וזה ברור. ובתומים הביא ראיה דבממון שיש בו איסור המסתעף הידוע אסור לו להשמט שלא יעיד והוא ממה שהקשו התוס' דמאי פריך בכה"ג הא מצי לאוקמא באיסור הנה ע"כ כוונת המקשן

הוא לפי מה דאיתא בהוריות דחייב קרבן שבועה דאל"כ מצי לישנויי כגון שרוצה להעיד וע"כ דעיקר הקושיא משום קרבן א"כ באיסור ליכא קרבן אלא ע"כ בממון המסתעף ממנו איסור ואין זה נכון דהא בהדיא איתא פ' שבועת העדות הכל מודים בעד מית' שהוא חייב והיינו כשמעיד שמת בעלה וחייבין היורשין ליתן כתובתה וא"כ הכי נמי כוונת התוס' בעדות שאותו העדות נוגע לממון ולאיסור כגון שמת בעלה דמחוייב להעד מחמת האיסור או להיפוך וחייב קרבן שבועה מחמת הממון שנוגע בעדותו אבל ממון המסתעף האיסור מחמת העדות למי ששייך הממון בהא אינו חייב להעיד כיון דאיקרי ממון איתיהב למחילה ושוב ממילא ליכא איסורא וזה ברור גם מה שדקדק בתירוץ התוס' דלא הוי דומיא דמלך ליתא ופשיטא דכך באמת כוונת התוס' דכיון דהתנא מחלק בין מלך לכהן ש"מ דתרווייהו בחד גוונא איירי דאל"כ תרווייהו שווין וכיוצא בזה מצינו בתוס' בכמה מקומות נמצא לפי הנ"ל בממון אף שנסתעף איסור עכשיו וכ"ש אם יש חשש איסור אינו חייב להעיד כיון דניתן למחילה אבל באיסור אף שעכשיו אינו איסור רק שיסתעף איסור חייב להעיד אבל באשה שמת בעלה אינו חייב דיכול לשלוח עדותו בכתב או על פי עד אחר דבזה מפי הכתב ומפי עד כשר ועיין בסמוך:

טו אלא הם שולחין אליו ומעיד המחבר השמיט דבר זה ונראה שטעמו דכיון שהוא בא לחלק בין ממון לאיסור א"כ אי איכא תקנתא לשלוח אליו ב"ד והוא ימסור עדותו להם והם ימסרו לב"ד דב"ד מוסר לב"ד א"כ מ"ש איסורא הא אין כאן חילול השם דהא יכולין לשלוח לו ב"ד ומ"ש איסור דלא מהני בכהאי גוונא ואפשר לומר בכוונת רבינו ירוח' דוודאי באיסור אם ב"ד שולחין לו שפיר דמי רק אין ב"ד מוכרחין לשלוח לו דבזה יכול לבוא בעצמו ואין כאן זלזול לכבודו דלגבי איסור אין חכמה ואין תבונה והרואים שבא ת"ח לב"ד לא יחשבו זה לפגם ת"ח הילכך אין מוכרחין לשלוח לו ממילא מוכרח הוא לבוא בעצמו להעיד אבל בממון הוא אינו מוכרח לבוא בשביל ממון דהוא הפסד לכבודו וממילא שולחין לו הב"ד לקבל עדות בביתו [ונראה דגם בעל דין צריך לילך לשם דאין מקבלין בלי בעל דין ולפי זה לעולם אין כאן איסור המסתעף דכיון שהם שולחין לו הדין יוצא לאמיתו כמו שהיה מעיד לפני ב"ד ולפי זה פשיטא דלק"מ קושית התומים על הסמ"ע ס"ק כ"ח ובהכי ניחא נמי מה שהקשה בתומים לשיטת ר"ת דמותר לשלוח בכתב ידו לב"ד הכא נמי מאי אין חכמה. שייך הא יכול לשלוח בכתב ידו ולפי הנ"ל ניחא דהא בלא"ה יכולין לשלוח לו ב"ד לקבל העדות וע"כ דבאיסור אפילו הת"ח הולך בעצמו אין כאן זלזול כלל אא"כ אינן רוצין לקבל בכתב מוכרח לבוא כמו אם אינן רוצין לשלוח לו ב"ד ולקמן בסמוך אבאר עוד בזה:

יז אפרושי מאיסורא. עיין תומים שהאריך בחילוקים בין בזיון קטן לבזיון גדול וכל דבריו אינם נכונים דפשיטא דזה החילוק שחילקו התוס' בין בזיון קטן לגדול היינו דוקא בציצית ומת מצוה וכהאי גוונא אבל בעדות זה הענין בעצמותו שיבוא להעיד:
לפני קטן ממנו לעולם בזיון קטן הוא ואפילו גדול ביותר לפני קטן הרבה ממנו תדע דהא התוס' כתבו שם קודם ליישב הקושיא דלא משני פרק מי שמתו מעיקרא שב ואל תעשה שאני משום דבלא"ה הכי משני האמת אח"כ כתבו דהיכי דמסתעף עשיית איסור הוי כמעשה וכתבו והשתא אתי שפיר דמשני התם שאני ממון דלא מיקרי שב ואל תעשה ובראש דבריהם אהא דפריך גבי כה"ג לישני דמעיד באיסור ותרצו משום דומיא אח"כ כתבו ומיהו תימא ותרצו לחלק בין בזיון קטן לגדול והשתא אי ס"ד דבזה יתיישב הקושיא שהקשו מעיקרא בכה"ג משום דבכה"ג קדושתו מרובה הוי בזיון גדול א"כ הוי להו לכתוב ג"כ והשתא אתי שפיר הא דלא משני דמעיד באיסור משום דהוי בזיון גדול אלא ברור דסבירי להו דלהעיד לפני קטן ממנו לעולם בזיון קטן הוא וכן משמע עוד בתוס' לכל מעיין שם דלגבי עדות ליכא בזיון גדול כלל ע"ש. גם מה שהקשה על מה שהקשו התוס' דלישנו התם מעיקרא שב ואל תעשה שאני דהא שב ואל תעשה לא מהני רק בבזיון גדול אבל בזיון קטן לא ושג או קופה בזיון קטן הוא רק בממון אפילו בזיון קטן מהני וא"כ הוצרך לישנויי שאני ממון וכו' ע"כ ולפעד"נ דלק"מ דוודאי לפי האמת בבזיון קטן לא מהני שב ואל תעשה רק בממון משא"כ המקשה התם דפריך לרב יהודא אמר רב ממתניתין דקתני והתעלמת פעמים שאתה מתעלם ורוצה להוכיח מינה היפך דעת רב והיינו אפי' היכי דליכא שב ואל תעשה גדול כבוד הבריות ודוחה האיסור ואהא שפיר מקשי התוס' מ"מ מנא לך מזה להקשות על רב שהרי לא שמענו בזה רק בשב ואל תעשה ואמת דיש לומר דנימא ליה טפי לתרץ מה שבאמת כן הוא והיינו שאני ממון וזהו באמת תרצו התוס' דרוצה לתרץ האמת ולא אוכל לידע מה קשיא ליה בזה ועוד האריך ואיני רוצה לעיין בדבריו מאחר שאין דבריו נוגעין לכאן כלל כמו שכתבתי דלענין עדות ליתניהו להני חילוקים כלל דלעולם הוי בזיון קטן וחייב להעיד באיסור ולא בממון:
יח שבעל דינו אלם וכו' ויש הוכחה לדבריו דין זה צריך בירור ודיקדוק היטב בש"ס פרק המפקיד ונלפע"ד שהפוסקים לא כיוונו יפה בזה לכן. אאריך קצת דגרסינן התם מרי בר איסק אתא לי' אחא מבי' חוזאי אמר ליה לא ידענא לך אתא לקמי דרב חסדא אמר לי זיל אייתי סהדי דאחוה את אמר לי אית ליה סהדי ודחלי מיני' דגברא אלמא הוא אמר ליה לדידיה זיל אנת אייתי, סהדי דלאו אחוך הוא אמר ליה דינא הכי המע"ה אמר ליה הכי דייני' לך ולכל אלימי דחברך אמר ליה סוף אתי סהדי ולא מסהדי אמר ליה תרתי לא

עבדי ע"כ סוגית הש"ס והנה רש"י ותוס' נחלקו בזה שם רש"י פי' דהי' מצריכו שיביא ראיה ממש שיעידו שאינו אחיו אבל אם יביא ראיה שאינן יודעין אפילו אותו הראיה שחבירו אומר שיודעין לא מהני דכיון דגברא
אלמא הוא צריך שיביא ראיה שהאמת כדבריו ונראה שדקדק כן מדקאמר תרתי לא עבדי ואי אם יבואו ויעידו שאינן יודעין לא מיקרי תרתי ודוקא אם מעידין שאינו אחיו הוי תרתי לא דיין שאינן מעידין האמת רק אומרים שקר משא"כ באינן יודעין לא הוי רק חדא שאם היו מעידין האמת לא הוי כלל השתא שאינן רוצין להעיד האמת לא הוי רק חדא לזה הוכרח לפרש דהם מוכרחין לומר דוקא שאינו אחיו והני שפיר תרתי אבל התוס' שם בד"ה זיל כתבו וא"ת וכי כל אדם עשיר אלם יצטרך להביא עדים שאין התובעו אחיו ויש לומר דשאני הכא שאותו אמר שיש לו עדים ויראים להגיד אמר ליה ר"ח שיעשה עמהם שיעידו ומרי בר איסק אמר ליה סוף סוף השתא נמי יעידו שקר מיראתו ויאמרו שאינו אחיו או יאמרו שאינן יודעין אעפ"י שיודעין ומשני תרתי לא עבדי חדא שישתקו מלהעיד וחדא שישקרו ויאמרו אין אנו יודעין או שיאמרו אינו אחיו עכ"ל.
מבואר מדבריהם דמה שהם באו ליישב הקושיא שהקשו עיקר התירוץ הוא דכיון שהוא אומר שיש לי עדים רק שיראים לא איכפת לן אם יצטרך האלם להביאם דמה נפשך אם יעידו שאינו אחיו או שאינן יודעין שוב לא חיישינן דתרתי לא עבדי לכך מוכרח האלם להביאם דבשלמא לפירש"י דהאלם מוכרח להביא עדים כדבריו שפיר יש להקשות וכי כל אדם עשיר יצטרך להביא עדים כדבריו משא"כ אם אינו מוכרח רק להביא אותן עדים שהתובע אומר שהם יודעין ולהראות שאינן יודעין או שאינו אחיו א"כ שוב לק"מ דמאי איכפת ליה להאלם שיביאהם ואי אינו רוצה מורה בבירור שהאמת עם התובע וזה ברור ולפי זה לפירש"י קם קושית התוס' דכי כל אדם עשיר יצטרך להביא עדים וצריך לומר דהכא מיירי שהעדים אמרו שאינן רוצין להעיד בזה א"כ יש הוכחה ורגלים לדבר לכך מכריחין האלם להביא עדים להיפך אבל להביא אותן העדים שאינן יודעין כיון דלפירש"י לא הוי רק חדא לא מהני בזה ועדיין יש לחוש מפחדו אומרים כן אבל לשיטת התוס' אין צורך לזה כיון דבאין אנו יודעין סגי מאי איכפת לו להביאם תדע דאל"כ האיך לא זכרו התוס' עיקר התירוץ דבעינן רגלים לדבר שהעדים אינם רוצים להעיד מחמת האלם וכתבו ענין אחר דברגלים לדבר אפילו לפירש"י מיושב וכן מבואר בלשון התוס' בקושיא שכתבו שאין התובעו אחיו ש"מ דדוקא אם יצטרך להביא עדים שאינו אחיו שייך להקשות כן. אמנם התוס' בכתובות דף כ"ז ע"ב בד"ה אמר כתבו וז"ל נראה לר"י שהביא עדים ואומרים אותו עדות שאתה שואל לא נאמר לך כלום עליו

דרגלים לדבר שהוא אלם אמר ליה וכו' או שאינן יודעין אם הוא אחיו אבל אם אין רגלים לדבר וכו' ע"ש משמע מהתם דאף לפי פירושם לא מהני רק ברגלים לדבר וזה סותר מה שכתבו כאן פרק המפקיד כנ"ל. אבל באמת דברי התוס' נכונים דשם פרק המפקיד היתה הקושיא דאף דידוע דהוא גבר אלם מ"מ וכי כל תובע את האלם יצטרך להביא עדים לזכותו ואם לאו יתחייב ועל זה שפיר תרצו דאין מהצורך רק להביא אותן העדים שחבירו טוען שהם יראין להגיד ואז אם גם בב"ד לא יעידו ויאמרו אין אנו יודעין יצא האלם ידי חובתו ופטור אבל בכתובות הקשו קושיא אחרת דבמקום שאינו ידוע שהוא אלם אף שיצטרך האלם להביא עדים שיעידו שאינן יודעין אינו בדין דמאן יימר שהוא כן וכי מפיו אנו חיין שהוא אומר שהוא אלם הוא כופר ואומר שאינו אלם כלל ושקר דבר והמע"ה לכך תרצו התוס' דמיירי שהעדים אומרין שאינן רוצין להעיד דרגלים לדבר שהוא אלם לכך מכריחין אותו להביאם ואם אומרים אין אנו יודעין סגי דתרתי לא עבדי וזה ברור ולפי זה לשיטת התוס' פשיטא שאין צריך שיהא רגלים לדבר שהעדים יודעין רק שאינן רוצין רק כל שידוע שהוא אלם סגי ושוב אין צריך לשום הוכחה דמאי איכפת ליה לאלם שיביאם כיון שאין צורך שיאמרו לזכותו רק שאינן יודעין ולפי זה דברי הטור צ"ע דמצריך דוקא הוכחה שהעדים יודעין להעיד והוא מפרש כפי' התוס' דבאינן יודעין סגי ובזה אין צריך לשום הוכחה רק כל שידוע שהוא גברא אלמא סגי וכן כתב הרמב"ם ז"ל להדיא דכל שהב"ד יודעין שהוא אלם סגי ושוב אין צריך לשום הוכחה והיינו כדברי התוס' פרק המפקיד אמנם לשיטת רש"י דבאין אנו יודעין לא מהני דאז לא הוי רק חדא בוודאי צריך לומר דיש הוכחה שהעדים יודעין ויראים דאל"כ אינו בדין שנכריח להאלם להביא עדים כדבריו דוקא ואם לאו יתחייב כמו שהקשו התוס' פרק המפקיד ולענין הדין נראה לפע"ד כפי' התוס' חדא דלשון ולא מסהדי משמע שלא יעידו כלל לא לזכותו של האלם ולא להיפך ולשיטת רש"י לא מהני זה ועוד אי ס"ד דהם צריכים דוקא להעיד לזכות האלם א"כ מאי קאמר תרתי לא עבדי תינח אם יודעין באמת הוי תרתי חדא שאינן מגידין האמת וגם מעידין שקר משא"כ אם באמת אינן יודעין אין כאן רק חדא רק שמעידין שקר ואילו היו אומרים אין אנו יודעין לא היה כלום דהא באמת אינן יודעין ועכשיו דמעידין שקר הוי חדא א"כ יש לחוש שיביא עדים אחרים מה שאינן יודעין כלום ומיראתי יעידו שקר לזכותו ואז לא הוי רק חדא אלא וודאי דאם אותן העדים מעידין אין אנו יודעין מהני והוי תרתי והוא מוכרח להביא אותן העדים ושוב אין לחוש ודוק היטב. ובגוף סברת התוס' למה יהא אין אנו יודעין תרתי נלפע"ד משום דאם היו שותקין ולא היו מעידין כלום היו יכולין להעיד אח"כ עוד האמת משא"כ שיאמרו בב"ד

אין אנו יודעין הוי תרתי לא דיו שאינן מעידין לזכותו רק שאמרו אין אנו יודעין ושוב לא יוכלו להעיד לעולם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועל זה אמר תרתי לא עבדי מיראת האלם חדא שלא להעיד לחובתו וגם אף אם ימות האלם או שיסתלק אלמותו שוב לא יוכלו להעיד משום כיון שהגיד עכ"פ ברור לדינא דכל שידוע שהוא אלם סגי וצריך שיביא אותן העדים ואם יעידו אין אנו יודעין סגי ופטור ודו"ק:

יט צריכים העדים לכתחילה להעיד מעומד וכו' צריכים הדיינים לכתחילה להיות יושבים. אבל בדיעבד כשר בין בעדים בישיבה בין בדיינים בעמידה ועיין לעיל סי' י"ד הארכתי בראיות ברורות דעדות פסול אפי' בדיעבד ודחיתי ראיית הרא"ש והר"ן המכשירי' בדיעבד ומ"ש ג"כ תמיה רבה על הרשב"א שהביא ראיה מירושלמי ובש"ס דילן מוקמינן לה בעדות אשה דוקא ולפי זה מוכח להיפך וע"ש שהעליתי דצ"ע לדינא ומכל מקום בזמן הזה אין נ"מ ע"ש:

כ ומודיעין אותם כח עדות שקר ובושת המעיד בה בעה"ז ובעה"ב. עיין סמ"ע ס"ק ל"ה דעל ידי עדות שקר דבר בא לעולם ורעב בא לעולם. ויש להבין דהא בגמרא מקשה עלה שב שני הוי כפנא שב שני הוי מותנא ומסיק אלא אמר וכו' סהדי שיקרי אאגרייהו זילי ומדקאמר אלא משמע דהדר ממה דקאמר מעיקרא ומודיעין אותם כח עדות שקר ולמה זכרו הרמב"ם, והטור גם הך דמעיקרא כיון דבש"ס אדחי לה. והנה ראיתי בב"י שהרגיש בזה וכתב דס"ד שמודיעין אותם עונש כללי על כל העולם ומזה אינן יראין ועל זה מסיק דמודיעין אותם עונש פרטי דבר הנוגע לעדים עצמן ע"ש ולפי זה לא הוי להסמ"ע להזכיר כח עדות שקר רעב ודבר דזה אינן מודיעין כלל לפי המסקנא אך באמת תירוץ זה לא נהירא דא"כ לא הוי ליה לאהדוריה ממה דקאמר מעיקרא רק הוי ליה לומר דמודיעין אותם עונש פרטי לכן נראה בכוונת הרמב"ם והטור דמעיקרא ס"ד דמודיעין אותם העונש כדי ליראם שיראין מרעב שיבוא עליהם או מדבר ועל זה קאמר דהם אינם יראים מזה דשב שני הוי וכו' ואהא משני דאין הכוונה בעונש הזה ליראם שימותו או שיזיק להם הרעב רק דאמרינן להו דאאגרייהו זילי כיון שהם נושאים על נפשם עון חמור כזה מה שהוא מביא רעב ודבר בעולם והם אינן חוששין בזה הם בזויין בעיני שוכרם הרבה כן נראה לי גם לשון המשנה מאיימין על העדי' משמע דבעינן איום ואאגרייהו זילי בלבד לא שייך איום וע"כ כמו שכתבתי):

כא אלא א"כ הלך למדינות הים בגמרא אמר רבא ש"מ אף אני כמוהו כשר בדיני ממונות ובדיני נפשות ומעלה עשו רבנן דאל"כ אלא דמדאורייתא לא מהני האיך הכשירו חכמים לתיקטל גברא ע"כ. מבואר מזה דהיכי דלא אפשר כשר בדיני נפשות וכ"ש בדיני

ממונות דכיון דברוצח דמהדרינן טפי לזכותו אוקמוה אדאורייתא כ"ש בדיני ממונות. והנה המרדכי הביא בשם הראב"ן דאפילו הלכו למדינות הים ויש לתמוה האיך יחלוק הראב"ן אגמרא מפורשת וצריך לומר לדעתו דדוקא התם דמעיקרא לא היה באפשרות שיאמרו כולם מחמת הזכרת קללת השם וא"כ מתחילה הקילו חכמים לקבל באני כמוהו ונתקבל העדות בכשרות על פי חכמים משא"כ בדיני ממונות מעיקרא כשנתקבל העדות באני כמוהו שלא על פי חכמים היו שהרי כשהיו כאן היו יכולין לקבל שיאמר בפי' א"כ אף אם אח"כ אירע שאי אפשר לחזור ולקבל מ"מ מאחר שנתקבל העדות בפסול שלא כדין שוב אינו כשר למפרע וזה ברור ולפי זה ליתא למה שכתב בתומים דעיקר ההוכחה מראב"ן ממה שכתב בשטר שנכתב שנתקבל באני כמוהו פסול ש"מ דאפי' לא אפשר לא מהני דאל"כ חזקה שעשו כהוגן שהיו נחפזים ללכת למדינות הים ולפי זה לדידן באמת כשר ולפי הנ"ל הא ליתא דפשיטא דמודה הראב"ן היכי דלא אפשר כמו שהוכחתי מהש"ס הנ"ל רק בנתקבל מעיקרא בפסול חולק א"כ ע"כ דסובר כיון שהיו לפני ב"ד לא שייך לומר לא אפשר שהרי היו יכולין להכריחו שיאמר בפי' ומה להם מה שהוא נחפז גם ברגע כזו שיעיד בפי' לא שייך נחפז וא"כ ברור שעשו שלא כהוגן לכך חולק ולפי זה אפ"ל לדידן לא סמכינן אחזקה דוודאי עשו שלא כהוגן רק דבהא חולקין על הראב"ן דמ"מ כיון שאח"כ הלך למדה"י כשר למפרע ובזה הראב"ן חולק:

כב ודלא כיש מכשירין. טור בשם ר"ת עסמ"ע דבת"ת נוהגין כר"ת דשולח עדותו בכתב לב"ד ועיין תומים שתמה על זה דהא אין מקבלין עדים בלי בעל דין ור"ת לא מיירי רק במקום דמקבלין בלי בעל דין וליכא למימר דכיון שמעידין מפי הכתב הוי בפני בעל דין א"כ למה כשהעדים רוצין לילך מקבלין בלי בעל דין יכתבו עדותן בכתב ויקראו ב"ד לפני בעל דין עדותן בכתב ע"כ. ואין דבריו נראין ומאן לימא לן דהטעם דאין מקבלין הוא משום העזה עיקר הטעם דבעל דין בעצמו יכול לחפש טפי ולברר שקרם בחקירות ושאלות כיון שהוא עצמו בקי בעדותם ויודע ששקר העידו ולפי זה אם הוא בעיר כל מה שירצו יכול להיות בכתב שישלחו לו והוא יודיעם כל מה שישאלו ב"ד בכתב משא"כ כשהעדים הולכין לא שייך זה דב"ד בעצמן אינן יכולין לברר האמת ולחקור היטב כמו בעל דין בעצמו [ומה שהקשה בת"ח למה אמרינן אין חכמה עיין לעיל ס"ק ט"ז] לכן העיקר כדעת הסמ"ע בזה מאחר שעיקר ראיית הטור מהרמב"ם יש לדחותה גם כן שהרי כתב ואין העדים קיימים דהיינו שאינן יכולין להעיד כמו אילם לשיטת ר"ת גם לפי הגירסא שלפנינו פרק ט' מהלכות עדות שכתב והוא שיהא ראוי להעיד מבואר כשיטת

ר"ת הילכך בת"ח בוודאי שולח כתב ידו לב"ד ואינו חושש ואפי' במקו' שצריך קבלה בפני בע"ד כנ"ל ועיין בסמוך:

כג מותין דיני ממונות בעדות שבשטר עסמ"ע וז"ל ודוקא שהוא שטר גמור התירו משום תיקון כדי שלא תנעול דלת שלא ילוה משום יראה שמא ימותו העדים וכו'. ועש"ך מה שהרבה להשיב על הרמב"ם בזה ורובם הוא מדברי הרמב"ן בספר המצות ולפי שנראה לפע"ד לפרש דברי הרמב"ם באופן שלא יקשה עליו קושיות הרמב"ן מוכרח אני להאריך קצת ולברר הכל על נכון והוא דוודאי יש לתמוה ברמב"ם שכתב ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואין צריך לומר במכות וגלות אלא מפיהן ולא מכתב ידן והשתא האי עדות שבשטר בגלות האיך משכחת לה הא פשיטא דאין הכוונה שטר חייוב שביד בעל דין דמה ענין זה למכות וגלות וע"כ דכוונתו עדות שבשטר היינו שהעדים כתבו עדותן בשטר פלוני הרג פלוני או נתחייב מלקות או גלות והשתא אם בדיני ממונות כהאי גוונא לא מהני כמו שכתב הסמ"ע ס"ק מ"ג א"כ אין חילוק כלל בין מכות וגלות לדיני ממונות דשטר עדות שכותבין עדותן בשטר בתרווייהו לא מהני ושטר חיוב במכות וגלות לא משכחת לה ועוד קשה אי ס"ד דסובר הרמ"בם בשטר גמור לא מהני רק מדברי סופרים ומדאורייתא לא מהני כלל א"כ תקשי חדא הא כתב בהדיא דמקיימין השטר שלא בפני בעל דין והיינו כיון דהקיום מדרבנן קל הקילו בו א"כ תקשי האיך שייך להקל בו בשלמא אי מן התורה אין צריך קיום כלל שפיר שייך להקל הואיל והוא מדרבנן אבל אם מדאורייתא לא מהני קיום האיך שייך להקל בו ועוד דהא כתב להדיא ריש פרק י' מהלכות עדות וז"ל כבר בארנו דקיום שטרות הוא מדבריהם אע"פ כך אין מקיימין שטרות פחות משלשה ומבואר דכוונתו דמדאוריית' א"צ קיום דאי מדאורייתא לא מהני קיום מאי אע"פ כך אדרבא דין הוא דלא מהני פחות משלשה כיון דמדאורייתא לא מהני כלום וברור דכוונתו דמדאורייתא לא בעי קיום. וכן פי' בכ"מ שם וא"כ יש לתמוה הא בעדות שבשטר לא מהני קיום. והנה המשנה למלך הקשה שם על הכ"מ בזה אבל לא על הכ"מ תלונה זו כי דברי הרמב"ם בהכרח לא יתפרשו רק כמו שכתב הכ"מ כמו שהוכחתי רק על הרמב"ם גופא קשה שהוא סותר עצמו [ומ"ש כדי שלא תנעול דלת עמ"ש לקמן סימן מ"ו באור דברי הטור ריש סי' מ"ו ויתיישבו גם דברי הרמב"ם לכן נראה לפענ"ד דפשיטא דמה שכתב עדות שבשטר לא עלה על דעתו בשטר שעדים חתומים בו על עיקר החייוב דהיינו בשטר הבא מיד לוה למלוה שהוא שיעבוד החוב או בגט וכהאי גוונא דפשיטא דעדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד כמו שכתב הרמב"ם גופא פ"ג מהלכות עדות רק כוונת הרמב"ם

דה"מ בשטר חייוב שהמלוה מקבל מן הלוה שטר בזו הוי כמו שנחקרה ולא מיקרי מפי כתבם אבל עדים שהעידו עדותן מה שהיו יודעין להעיד וכתבו בשטר כגון שמצאו כתוב בשטר אנו חתומים יודעין שפלוני לוה מפלוני ביום פלוני כך וכך ושטר זה אינו שטר שיעבוד כלל רק שטר עדות מה שהיו צריכין להעיד על פה כתבוהו בשטר הא פשיטא דלא הוי כמו שנחקרה בב"ד ופסול מדאורייתא משום מפיהם ולא מפי כתבם ועדות זו מיקרי עדות שבשטר כמבואר להדיא בירושלמי סוף יבמות דמייתי התם ברייתא יפה כח השטר מכח העדים וכי מצאו כתוב בשטר פלוני נהרג אין משיאין את אשתו וכו' ע"ש מבואר דזהו מיקרי עדות שבשטר ועל זה כתב הרמב"ם דמדברי סופרים מהני עדות זו בדיני ממונות ויצא לו כן מהא דאמרינן פרק חזקת הבתים מחאה בפני שנים ואין צריך לומר כתובו והקשו התוספות מאי מהני כתובו הא הוי מפי כתבם ותרצו דחזקה נדחית בדבר מועט מתקנת חכמים ותירוץ זה לא סביר' ליה לרמב"ם רק בכל דיני ממונות הקילו לקבל עדות שבשטר כל שאין העדים קיימים משום נעילת דלת שמא ימותו העדים או ילכו אבל עכשיו יכתבו העדות בשטר ואם ימותו או ילכו יקבלו מפי השטר הזה ועל זה כתב דאין דנין בעדות שבשטר בגלות ובמכות והיינו ג"כ בשטר הנ"ל דשטר חיוב בהא לא משכחת לה רק שמצאו כתוב פלוני הרג פלוני בשוגג או נתחייב מלקות אין מקבלין עדות זו ואין דנין על פיהם וכאשר תדקדק בדברי הרי"ף פ' אד"מ מה שכתב ליישב מה שאמרו שם זימנין דחזי בכתב' ואתי מסהדי דהא עדות שבשטר מהני מדאורייתא ותירץ דה"מ בשטר הבא מיד לוה למלוה משא"כ התם דאינו רק שטר עדות ומונח תחת יד העדים והיינו ממש כסברת הרמב"ם והולך בשיטת רבו הרי"ף רק בדיני ממונות קל הקילו בו דאפי' שטר עדות מקבלין כל שמתו או הלכו כנ"ל משא"כ במכות וגלות וקנס נמצא דלפי זה לק"מ ממה שהקשו עליו הרמב"ן וחכמי הדורות דמודה הרמב"ם לכל הפוסקים דשטר דאורייתא רק בעדות שבשטר היוצא מתחת רשות העדים מיירי לא בשטר חייוב היוצא מיד מלוה דומיא דמכות וגלות דאיירי בי' ודלא כהסמ"ע ס"ק מ"ג דכתב דהרמב"ם בשטר גמור מיירי ולפי הנ"ל הא ליתא ולקמן סי' ל"ט ס"ק ד' הוכחתי ג"כ מדברי הרמב"ם דסובר כן דאפילו שטר עדות מקבלין בדיני ממונות מדרבנן כל שאין העדים כאן ועוד אבאר שם ס"ק ז' מתשובת הרא"ש כלל ס"ה דין ג' כמו שכתבתי ויתיישבו שם דברי הרב ע"ש ונראה ברור שזאת היתה כוונת הגהת מרדכי שהביאו הד"מ והסמ"ע שכתב וז"ל בדיני ממונות הלכה מפי הגבורה להכשיר עדות בכתב כמו שאר עדות והסמ"ע פי' דבריו דמיירי בשטר גמור והדבר תמוה דאם כוונתו בשטר גמור ובא להשמיענו דהוי דאורייתא קשה חדא מה בא לאשמועינן דהא

לכ"ע מקבלין עדות שבשטר דאל"כ שטרות היכי משכחת לה וכל הש"ס מלא מזה ואי כוונתו לחלוק על הרמב"ם דהוי דאורייתא א"כ קשה מה זה שכתב בדיני ממונות הא גם בדיני נפשות כן הדין למ"ד דהוי דאורייתא ודוקא להרמב"ם משום תקנה יש חילוק משא"כ אם הוי דאורייתא וכן כתב הרמב"ן להדיא במנין המצות וז"ל ואני מוציא דיני נפשות בעדות שבשטר וכו' עכ"ל ועוד קשה מה זה שכתב להכשיר עדות שבשטר כיון דכשר. מדאורייתא מאי שייך להכשיר הוי ליה למימר לקבל עדות שבשטר כיון שזהו עיקר חידושו לאשמועינן שהוא דאוריית' גם מה זה שכ' בכתב הוי ליה למימר בשטר וברור דכוונת הג"מ עדות שבכתב כהך דהכא ודעתו דכך היה מקובל לחכמים להכשיר עדות שבכתב כדי שלא תנעול דלת כנ"ל. וכל דברי סופרים אף שהוא הלכה מסיני כל שלא נזכר בתורה נקרא דברי סופרים או דכוונתו דכך הלכה זו ברורה כמו מפי הגבורה) ומ"מ כל זה דוקא אם אינם לפנינו שמתו או הלכו אבל אם ישנם בכאן לא מהני שיעיד מפי הכתב כל שאינו זוכר הענין בעצמו דלא עדיף משטר גמור דלא מהני רק בזוכרין ולא שייך בזה נעילת דלת דלא שכיח שישכחו וכמו שכתב הרמב"ם פ"ח מהלכות עדות כמבואר לקמן סי' מ"ו ועש"ך שם דאפי' החולקין על הרמב"ם כאן מודו התם ע"ש:

כד אבל אם בעל דין בעצמו יש לתמוה על הטור סי' זה שכתב ואם התובע חולה ורוצה שיקבלו כדי להזכיר שיכוונו העדות וכו' מבואר דגם בעל דין יכול להזכיר ועיין תומים מה שדחק ליישב זה. ולפע"ד נראה ליישב בפשיטות והוא דבש"ס שם נחלקו ר"ה ור"י דר"ה סובר דלא מהני שיעיד מפי הכתב אף שעל ידי הכתב נזכר רק שיזכור בעצמו במקצת קודם שיראה הכתב ור"י סובר דכל שנזכר על ידי הכתב מהני וקאמר ש"מ מדר"י הני בי תרי דידעי סהדותא ומינשי חד מינייהו מדכר חד לחבריה ועלה קאמר דבעל דין בעצמו לא ולפי זה נראה פשוט דהיינו דוקא אליבא דר"י דאינו זוכר כלל מצד עצמו רק על ידי בעל דין אז אסור משא"כ אם הוא זוכר בעצמו בלי הבעל דין הרבה מן העדות אף שמקצתו שכח שוב לא חיישינן מה שהבעל דין מזכירו כיון שידוע שהוא זוכר המעשה בעצמו בוודאי קרוב הדבר אם מזכירין אותו שהוא זוכר מעצמו גם אותו מקצת ששכח ולפי זה התם דמיירי דהעדים יודעים כל העדות רק שהוא יזכירם שיכוונו עדותם כראוי בזה פשיטא דלא חיישינן אפי' אם בעל דין מזכירם וכן נראה עיקר לדינא כיון דבלא"ה אינו רק חששא וכל כי האי לא חיישינן ובש"ס נמי לא שמעינן רק באינו זוכר כלל ואז יש מקום לחוש וזה ברור:

כה ואם קבלו אין דנין על פיו זהו מה שכתב הרא"ש בשם ריב"א והביא ראיה ממה שאמרו פ"ב דכתובות דף כ' הזמה שלא בפניהם לא הוי הזמה מפני שהוא שלא בפני

בעל דין ש"מ דאפילו בדיעבד לא מהני. והנה המרדכי כתב לדחות ראיה זו דאין למידן מהזמה דחידוש הוא. ולפעד"נ דזה אינו דהא כתב ב"י דהאי תקנתא דרבנן הוא וקרא אסמכתא כעלמא הוא א"כ איך שייך לומר דגבי הזמה בשביל שהוא חידוש הקפידו אפילו בדיעבד ובשאר דינים לכתחילה דכיון שאינו מן התורה מאי נפקא להו לרבנן דחידוש הוא עד ששינו דינו משאר דינים ודו"ק אבל באמת נלפע"ד בלא"ה דאין כאן ראי' כלל ואדרבא משם מוכח להיפך דבדיעבד כשר והוא דהב"י כתב דמהרמב"ם מוכח דפסול בדיעבד והיינו מדכתב גם בדיני ממונות ש"מ שהשוה זה לדיני נפשות מבואר מדבריו בדיני נפשות לכ"ע פסול דיעבד רק כל המחלוקת בדיני ממונות שאפשר שלא הקפידו חכמים דיעבד ולפי זה פשיטא דאין מהתם ראיה כלל דהא הזמה נוגע לפסול העדים בעצמותן ופשיטא דזה אינו דיני ממונות שהרי העדים נעשו פסולים לכל עדות שבעולם וכיון דאי אפשר לפוסלם שלא בפניהם ממילא אף תשלומין אין כאן ולפי זה יש ראיה לכאורה להיפך דוודאי יש להבין הא דקאמר נהי דהזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי ולפי פשוטו הפי' דהכחשה הוא לרעת בעל דין והרי נתקבל בפניו משא"כ הזמה דהוא רעת העדים בעינן בפניהם אבל באמת יש לתמוה על פי' זה דהא כל הטעם דאין מקבלים בלי בעל דין או משום העזה שלא יוכלו להעיז בפני בעל דין כמו שכתב בתומים או כמו שכתבתי לעיל דבע"ד יודע לחקור בשאלת העד שיברר האמת א"כ תקשי מה בכך דלא הוי הזמה מ"מ אם היו מעידין בפני העדים אז היו נוגע לעדים עצמן א"כ עכשיו ג"כ אמאי מהני הקבלה שאם היה מעידין בפני העדים לא היו יכולין להעיז בפניהם דאז היה נוגע לעדים וכן העדים היו יכולין להראות שקרם כיון שמעידין עליהם שהיו במקום פלוני. גם קשה דקאמר הכחשה מיהא הוי משמע דבדיעבד הוי הכחשה הא לכתחילה מותר לקבל שלא בפני עדים כדי שיהא עכ"פ הכחשה. לכן נראה ברור דוודאי לכתחילה אפילו לענין הכחשה אין מקבלין עידי הזמה דמ"מ בפני העדים עצמן אפשר שלא יעידו מטעמים הנ"ל דהא כאן נמי שייך אותן הטעמים דלא מקבלין בכל מקום רק דבדיעבד אם קבלו עדותן הכחשה הוי דלדיני ממונות מהני בדיעבד בכל מקום שלא בפני בע"ד אבל הזמה אפי' בדיעבד לא מהני שאינן יכולין לפסול העדים שלא בפניהם לכ"ע וה"ה ממון העדים דזה תלוי אם נפסלים וזה ברור וכן משמע מפירש"י שם לכן נראה כי יש להקל להכשיר בדיעבד כמו שכתב הרב בהגה'. והנה הריב"ש הביא מן הירושלמי אבל המעיין יראה דר' ירמי' תמה על מה שקבלו לכתחילה ודו"ק: (כו) אע"פ שהגידו בראשונה על פי החרם. עיין סמ"ע דה"ה בשבועה ועיין תומים שתמה דהא עברו על השבועה ופסולין לעדות וע"ש שהאריך והביא בשם כנה"ג דאינו נפסל בשבועה דלהבא ודחה זה ופי' הוא

דמיירי שנשבע שיעיד באמת וכל שלא בפניו אינו עדות ולא עבר על השבועה כלל. ואני תמה על כל האחרונים דהמעיין בב"י שהעתיק דברי הר"ר מנחם הארוך וז"ל שם וכתב עוד דכיון שהיו נוהגים להשביע העדים אם לא כיוונו עדותם עדות הראשונ' ואחרונה בטלה מם"נ עברו על השבועה ואי לא דמיסתפינא בעינן למימר דעדות אחרונה קיימת והביא ראיה מההיא דפרק שבועת העדות דבסמוך מטעמא הואיל והעידו חוץ לב"ד לא דייקי עדותן ודקדקו כן מדברי הרשב"א ז"ל עכ"ל. הרי שהר"ר מנחם גופא הרגיש בקושיא זו ותירץ מההוא דפרק שבועת העדות דכל שלא בב"ד לא דייקי והיינו כמו שכתב הסמ"ע ובאמת תירוץ זה נכון דוודאי כל עד שאומר מוטעה הייתי אינו נאמן מטעם כיון שהגיד אף שנתן טעם לדבריו אבל אם נתן טעם לדבריו במקום דלא שייך כיון שהגיד נאמן כמבואר לקמן סי' כ"ט ואם כן פשיטא דאפי' בשבועה יכולין לומר מוטעים היינו ונותנין טעם לדבריהם ומ"מ אם היו מגידין בב"ד לא הוי מהני משום כיון שהגיד אבל חוץ לב"ד מהני ולא עברו על השבועה כלל כי כמו שהיה ידיעתו אז על זה נשבע שכך יודע ועכשיו שטעה ונזכר להיפך לא עבר על השבועה ועיין מה שכתבתי בסי' פ"ה כמה חילוקים בנשבע אימת יכול לומר נזכרתי שלא היה כך ועש"ך ריש סי' פ"ה] אבל מ"מ אני תמה על הרב שהכריע כן לדינא כיון דהר"ר מנחם גופא לא פסק כן שהרי כתב לולי דמיסתפינא מבואר דסובר דשני, העדות בטלין ואין סומכין עליהם ראשונה שהיתה שלא בפני בעל דין ושניה שהיתה היפך ממה שנשבעו ואפשר דהרב מחלק בין חרם לשבועה דבחרם בוודאי כיון שהחרם היה שיעידו בוודאי אינו חל החרם רק שיעידו כדינא במקום שראוי להעיד משא"כ כשהעידו חוץ לב"ד הוי כאילו לא העידו כלל כיון דלא מהני ואם מעידין אח"כ בב"ד לא עברו על החרם כלל אבל בשבועה כשנשבעו שיאמרו האמת והעידו שקר מודה הרב להר"ר מנחם דשני העדות אינם כלום ובתומים הביא ראי' מתשובת הריב"ש דאם העידו חוץ לב"ד ע"פ חרם אין יכולין לחזור שהרי עברו על החרם והנה לשון הריב"ש הוא כך ולכן צריך שיקובל העדות בפניה' כי מעתה לא יחזרו בהם אחרי שכבר העידו בכח חרם עכ"ל. ונראה לפע"ד ברור שאין כוונת הריב"ש דאם חוזרין עברו על החרם א"כ תקשי מאי מועיל עדות זו דהא עדות שהעידו מקודם לא מהני ועכשיו אין כאן עדות שהרי הם מוכרחין להעיד כן דאל"כ יעברו על החרם והרי הם נוגעין גמורין וכן מבואר להדיא בדברי הר"ר מנחם הארוך הנ"ל בראש דבריו שכ' וז"ל עדים שנתקבל עדותן שלא בפני בעל דין אפילו השביעם ב"ד חוזרין ומקבלין עדותם ואם כיוונו עדותן עם הראשונה עדותן קיימת ולא אמרינן נוגעין בעדותן הם כיון שנשבעו בעדות ראשונה דלא מחזיקי נפשייהו ברשיעי וכו' מדאמרינן

בפרק שבועת העדות הרי להדיא דאם עברו על השבועה לא מהני העדות דהוו רשעים וממילא הוי נוגעין וברור דכוונת הריב"ש דוודאי אם יחזרו ויתנו טעם לדבריהם מהני רק מסתמא לא יחזרו כיון שהגידו ע"פ החר' מסתמא דייקי היטב אב לאם נותנין טעם נכון לדבריהם נאמנין כנ"ל וכן מדוקדק לשון הרב שכתב חרם אף שבדברי הר"ר מנחם נזכר שבועה וע"כ משום דבשבועה לא פסיקא לי' להר"ר מנחם כמו שכתבתי ואדרבא נראה דפוסק דאין עדות ראשונ' ואחרונה כלום אבל בחרם דהוא מב"ד שנתנו חרם כל מי שיודע להעיד יבוא ויעיד מה שהעידו חוץ לב"ד לא מהני ומ"ח לדינא מאחר שהכרעתי בס"ק הקודם דהעיקר כהרב דבלא"ה כשר בדיעבד א"כ ממילא בין בחרם בין בשבועה אין יכולין לחזור: (כז) היה הבעל דין חולה וכו'. כתב רבינו ירוחם דמדברי הרמב"ם משמע דבכלהו בעינן ושלחו לו גם דהתובע הוא חולה ותמה ב"י דהא לא נזכר ברמב"ם שום שינוי מבש"ס וכמו שיש לפרש בש"ס כן יש לפרש ברמב"ם. ולפעד"נ בכוונת רבינו ירוחם דקשיא ליה דהרמב"ם השמיט עדים חולים ולא הזכיר רק עדים הלכו למדה"י ומזה דייק דסובר דבעדים חולים בעינן ג"כ ושלחו וזה נלמד מכ"ש מעדי' שהלכו למדה"י שמקבלין כששלחו כ"ש בחולים דאם לא עכשיו אימתי כמו שפירש"י משא"כ אי נימא דעדים חולים לא בעינן שלחו הוי ליה להזכיר עדים חולים ג"כ לרבותא דבזה לא בעינן שלחו לו והא ליכא למימר דסובר דגם בהלכו לא בעינן שלחו דבהא לא מספקא ליה לרבינו ירוחם כלל כיון דלא קתני או שלחו וכל הספק שלו הוא אי נימא דבעדים שהלכו בעינן שלחו אבל נוטים למות לא כמו שחילק הרא"ש ונ"י ועל זה כתב דמדברי הרמב"ם שהשמיט עדים חולים מבואר דגם בזה בעינן שלחו ולכך לא הזכירם דנלמד מכ"ש מעדים הרוצים לילך למדה"י ולפי זה לפי הגירסא בש"ס דקא חשיב גם כן עדים חולים יש להוכיח דלא בעינן שלחו דאל"כ תקשי הא נלמוד מכ"ש מעדים הרוצים לילך ואפשר דסובר דבש"ס קא חשיב לא זו אף זו אבל הרמב"ם השמיטו דמוכח מכ"ש ודו"ק. אך אמנם יש לדחות ראיה זו מטעם אחר דאף אי סובר דבעדים חולים לא בעינן ושלחו מ"מ לא איצטרך ליה למיתני דכיון שהזכיר הוא חולה וסובר דגם בי' לא בעינן ושלחו א"כ כ"ש עדים. אמנם זהו אם יהא הפי' חולה תובע אבל אם הפי' חולה נתבע אין הכרח לעדים דיש לומר נתבע גרע שלא יהא לו שום מציאות לגבות עד שיגדלו וכהאי גוונא משא"כ בעדים יוכל למצוא עדים אחרים. אמנם בלא"ה נראה ברור דכוונת הרמב"ם לתובע שהרי כתב שהיה הוא חולה או עדיו רוצין לילך והאי לישנא עדיו אי אפשר שתפרש רק על המביא עדים לזכותו וא"כ מבואר דהוא חולה היינו אותו שמביא העדי' ובאמת המחבר שלא חילק בין תובע לנתבע כתב או שהיו עדים חולים

אבל הרמב"ם כתב בהדיא עדיו ובזה פשיטא דהפי' תובע כנ"ל. ועיין תומים שכתב דהך דין דנתבע תליא בהך דין אי בעינן ושלחו לו ובזה תמה על הרב בהגה' ע"ש אבל המעיין בלשון הריב"א יראה דבנתבע טעמא אחרינא איכא דדוקא הפסד המגיע בענין הגדת העדים אז מקילין ומקבלין שלא בפניו אבל הפסד המגיע לעצם החוב לא משגחינן ביה דאל"כ הא גבי יתומים ג"כ הטעם דהוי שלא בפני בע"ד ולא משגחינן לפסידא דיליה שיתעכב פרעונו א"כ מה נ"מ בחייו כל שאינו לפנינו אין מקבלין ואין חוששין שיתעכב פרעון אבל כל שיש חשש בגוף העדות מקבלין למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וזה ברור וכן נראה דעת הרמב"ם כנ"ל:

כח אבל המביא עדים לפטור עצמו מקבלים. דין זה כתבו בי' בשם הר"ן פרק אלמנה אבל לפע"ד צ"ע בזה כי נראה דתליא במחלוקת ר"ת ור"י פרק הגוזל שם גבי הא דמחלק התם שאני תינוק שירד לתוך שדה חבירו דלית ליה חזקת אבהתא אבל אית ליה חזקת אבהתא מהני וכתבו התוספות דמשמע אפילו היה ר' ירמיה מוחזק בבית מהני חזקת אבהתא דאל"כ הוי ליה לתרץ דשאני התם דבעל השדה מוחזק בשדה משא"כ ר' ירמיה ובע"כ דר' ירמיה היה מוחזק ומ"מ מהני חזקת אבהתא אבל ר"ת הובא בהגהת הרא"ש חולק בזה דסובר דאם היה ר"י מוחזק לא הוי מהני חזקת אבהת' ומקבלין שלא בפניו. ונראה ברור דפליגי בהנ"ל דהתוס' סבירא להו דלא כסברת הר"ן רק אפילו תובע מביא לפטור עצמו אין מקבלין הילכך לא מהני מה שהיה ר' ירמיה מוחזק אבל ר"ת סובר דדוקא מי שבא להוציא מחבירו ומביא עליו עדים אין מקבלין שלא בפניו אבל מי שרוצה להוציא מחבירו וחבירו צועק שלי הוא ויש לי עדים לא מפקינן מיניה בשביל שאינן מקבלין שלא בפניו. ולפי זה לפי מה שכתב הלח"מ דגם הרמב"ם סובר כהתוספות א"כ דברי הר"ן הללו במחלוקת שנוים. אך באמת בעיקר הדין נראה לפע"ד כדעת ר"ת וכן מורין דברי הרמב"ם כמו שכתב ה"ה להדיא שהרי כתב אין מוציאין מן היתומים ש"מ דמיירי ברשות יתומים ומה שהקשו התוספות דהוי ליה לחלק דהתם בעל השדה מוחזק ובאמת יש לתמוה על החולקים שלא כתבו ליישב קושיא זו של התוספות וכבר תמה הלח"מ שם אבל לפע"ד נראה דלק"מ דוודאי אי היה ר' ירמיה מוחזק אין מוציאין ממנו כיון שהוא עומד וצווח שיש לו ראיה ורוצה להביאם משא"כ התם גבי בעל השדה אין לו שום ראיה שהיא שלו שלקחה מאבי התינוק רק שאין אצל התינוק חזקת אבהתא לכך לא מפקינן מיניה אבל אם היה לתינוק חזקת אבהתא פשיטא שהיה מוציאין ממנו כיון שאין לו ראיה שלקחה מאביו לכך הוצרך לישנוי האמת דהתם אין לו חזקת אבהתא ועש"ך בשם

מהרי"ט דדינו של הר"ן אינו רק כשבאים להוציא מהלוה אבל כשאין המלוה תובעו אין מקבלין אפילו לפטור וזו היא ראיה למה שכתבתי ותליא במחלוקת הנ"ל:

כט אין מקבלין עדות על קטן. מבואר הוא בעובדא דבר תמוה דר' ירמיה. הנה כבר נתבאר דעת ר"ח דדוקא כשהיורש מוחזק בקרקע אבל אם חבירו מוחזק ויש לו עדים שקנאה מאביו מקבלין אמנם גם בזה כתב ב"י דר"ת וריב"א פליגי דלדעת ר"ת מקבלין העדות עכשיו ולא מפקינן מיניה אבל לדעת ריב"א אין צורך לקבל העדות כלל עד שיגדיל וגם לא מפקינן מיני' אבל לפע"ד דברי הב"י תמוהין דהאיך יעלה על הדעת דבשביל שהוא קטן יהא נשכר דאף שאמרו חכמים אין מקבלין עדות היינו לזכות מי שרוצה שיקבלו העדות אבל פשיטא דאם אי אפשר ואם לא יקבלו יזכה בלי קבלה כלל פשיטא דמקבלין עדותו עכשיו שלא בפניו דשמא אין לו עדות כלל או שמא לא יעידו כלל כהוגן והיורש יש לו חזקת אבהתא בבירור מה שהוא מודה לו וא"כ מה איכפת לן אם יקבלו העדות עכשיו ואם יגדל הקטן אז באמת יצטרכו לקבל שנית אבל עכשיו כיון שאין יכולין להוציא פשיטא דמקבלין ועוד הא כל הטעם דאין מוציאין ממנו לפי שהוא עומד וצווח מה לי ולכם יש לי עדים שהוא שלי וכי בשביל זה אוציא שלי מתחת ידי וא"כ מהאי טעמא פשיטא דעכ"פ מקבלין עדותו ושמא משקר ואין לו עדים כלל אמנם הריב"א מעולם לא עלה על דעתו דאין מקבלין כלל ונראה שהב"י דיקדק כן ממה שכתב וז"ל משום דר' ירמיה עכשיו אינו צריך להביא עדות רק המערער וכו' והבין הב"י כוונתו דסובר באמת דאינו צריך אבל לא כן הוא רק דכוונת הריב"א ליתן טעם למה אין אנו מוציאין מידו ועל זה קאמר דה"מ דאין מקבלין זה שמהדר אחר העדים כגון התובע דהוא מביא העדים כדי להוציא והוא הצריך להם כדי להוציא מחבירו אין מקבלין אלא בפניו אבל ר' ירמיה אינו צריך לעדים והרי הוא לא היה מביאם כלל ואינו רוצה כלום רק חבירו מכריחו להביא עדים ובזה שפיר מקבלין שלא בפניו של זה זה שמכריחו להביא עדים הוא מביא אותם וזה ברור ונכון ומ"ש המחבר עוד ס"כ עיין מה שכתבתי לעיל סי' ג' גם מה שכתב סכ"ב עיין מ"ש בסי' מ"ו גבי קיום בזה וכן מ"ש בסכ"ד בענין קבלת עדות בלילה עיין לעיל סימן ה'. ומ"ש בענין עדות מיושב עיין לעיל שהעליתי דצ"ע בזה:

על חו"מ סימן כט

אחר שהעיד. אבל ברמב"ם וטור נאמר כל עד שנחקרה והמחבר שינה לשונו לפי שהביא בנ"י דברי הר"ן שנחקרה לאו דוקא רק כל שנגמר עדותו וא"כ בדיני ממונות דלא בעינן דרישה וחקירה כל שגמר להעיד לאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור בו, ואפשר דגם

כוונת הרמב"ם וטור למה ששואלין אותו האיך אתה יודע שזה חייב לזה עד שיאמר בפנינו הודה ובד"מ היינו חקירה ודרישה דידהו וכל שלא שאלו יכולין לחזור אפילו לאחר כדי דיבור. ולפי זה נראה דבדין מרומה דצריך חקירה ודרישה בד"מ ממש כמו בדיני נפשות א"כ יכולין לחזור כל כמה שלא נחקרו ונדרשו. אמנם בתומים הביא ראיה מדברי התוספות דאפילו במקום דצריך דרישה וחקירה אין יכולין לחזור אפילו קודם גמר החקירות שכתבו שם דאם מכחישין את עצמן בחודש אי לאו דאזלינן בתר רוב' דאינשי דלא בקיאי בעיבורא דירחא לא הוי מהני מה שמכוונין לימי השבת דכיון שהגיד וכו' ש"מ דאף באמצע החקירות אין יכולין לחזור אפילו בדיני נפשות וא"כ כ"ש בדיני ממונות בדין מרומה. אך באמת דברי התומים תמוהין דמלבד מה שיש לומר דדוקא בעיקר העדות יכולין לחזור בתוך החקירות לפי שהעדות תלוי בחקירות משא"כ בכל חקירה בפני עצמה כל שגמרו אותה חקירה שוב אינו יכולין לחזור מאותו חקירה אבל בעיקר העדות יכולין לחזור לפי שכל החקירות על עיקר העדות באין וזה ברור. אבל בלא"ה אני תמה על מעיין מובהק כמוהו יהא נעלם ממנו חילוק פשוט ונכון והוא דוודאי עדים שהעידו פלוני הרג פלוני כל שלא נחקרו ונדרשו כראוי עדיין לא נגמרה עדותן שהרי עדיין מחוסרין חקירה ודרישׁ' לכך יכולין לחזור שלא הרגו שלא נחייבנו מיתה כיון שהב"ד לא היה מחייבין רק אחר החקירה ודרישה א"כ עדיין לא נגמרה עדותן. אמנם הגע עצמך עד שבא לב"ד ואמר שאינו יודע משום עדות ולא ראה ולא ידע שפלוני הרג פלוני הכי יוכל לחזור בו לאחר כדי דיבור ולומר שהוא עד שפלוני הרג פלוני הא וודאי ליתא ומה בכך דבעינן דרישה וחקירה הלא הדרישה וחקירה הוא לחזק העדות אבל לא אם אומר שאינו עד שוב נגמרו דבריו האיך שייך בו דרישה וחקירה הלא מיד נסתלק והולך והן הן גמר דבריו וא"כ ה"ה כשהוכחשו בחקירות נמצא שאין כאן עדות ושוב בטלו כל החקירות ודרישות מכאן ואילך והן נסתלקו מתורת עדות מכאן והרי זה גמר דבריהם ומיד נפטר הרוצח א"כ לאחר כדי דיבור פשיטא שאין יכולין לחזור בו ולהשוות עצמן במה שהוכחשו שיחזרו להיות עדים אם לא דאזלינן בתר רובא דאין בקיאין וזה פשוט ונכון ולפי זה גם התוספות מודים דבכל מקום דבעינן דרישה וחקירה יכולין לחזור מאותו עדות שעלי' חוקרין ודורשין שכל כמה שלא היה דו"ח לא נגמר העדות ולפי זה בדין מרומה למ"ד דצריך דרישה וחקירה כמו בדיני נפשות יכולין לחזור בו קודם דרישה וחקירה אפילו לאחר כדי דיבור ואפילו בדיני ממונות ודו"ק: (ב) וי"א דיכול להוסיף בתנאי עש"ך ס"ק ב' שתמה על זה כי מאין הוציא הטור כן מדברי הרא"ש דבכמה מקומות סתם הרא"ש וסובר כפירש"י ולקמן סימן מ"ו ס"ק מ"מ הבאתי ראיה

ברורה מדברי הרא"ש דאפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנין חדא דלמה הביא הרא"ש הך בעי' דעד אחד אומר תנאי דהא לא מבעי לן רק אליבא דר"נ כמו דמבעי לן בשנים אומרים תנאי אבל למר בר רב אשי דאפילו עקר ליה לשטרא נאמנין א"כ למה לא יהא עד אחד נאמן בתנאי הלא הלוה בעצמו נאמן במיגו כיון דלא סבירא ליה דלא אתי על פה ומרע ליה לשטרא במיגו. וכן הרא"ש כתב בהדיא משום דתנאי מילתא אחריתי הוא וזה לא נצרך רק לר"נ כמבואר בגמרא אלא ברור דהרא"ש קמ"ל אפי' בכתב ידן יוצא ממקום אחר ועוד גבי שנים אומרים תנאי אחר שהביא דנאמנין הביא לישנא דר"נ דכי אתי קמן לדינא אמרינן להו זיילי קיימו תנאייכו וחותו לדינא וקשה למה הביא זה כיון דכל כוונתו דלא נימא תנאי דמי לאמנה וכיון שהביא דנאמנין סגי בהכי אלא וודאי דהרא"ש דייק מלישנא דלעיל קאמר זיל קיימו שטרייכו וחותי לדינא ולא קאמר קיימו תנאייכו אלא וודאי דהכא לא מהני בקיום השטר דאפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנין ולא מהני רק בקיום התנאי וזו היא באמת ראי' ברורה להפוסקי' דאפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנין גבי תנאי ולראי' זו נתכוין הרא"ש והבי' הך דר"נ ע"ש שהארכתי וגם דחיתי ראיי' הגי"ת שם על נכון:

ג אבל בדבר שמוכיחו שטעה וכו'. זה לשון הטור ואם יאמר טעיתי או שגגתי אין שומעין לו ואפי' נתן טעם לדבריו אבל בדבר שמוכיח שטעה כגון שמביא עד ומעיד חובתו שומעין לו דמסתמא אין אדם מביא עד להעיד חובתו. מבואר מדבריו דאפי' היה שוגג ומוטעה ונותן טעם לדבריו אינו נאמן וכן אם היה דבר שמוכיח שטעה נאמן אפילו בכהאי גוונא ולדעתי צ"ע בזה דבדין הראשון נלמד מהא דפרק נגמר הדין והתם מבואר דמיירי שהעידו שקר ממש מקודם רק שאמרו אח"כ שעשו כן מחמת שנאה וזה אינן נאמנין שהרי אין כאן שום תירוץ לעדותן הראשונה ומשווין נפשייהו רשעים גמורים לכך אינן יכולין לחזור ולהגיד אבל באומר שהיה שוגג ומוטעה ומראה טעם לדבריו ודבריו נראין שפיר יש לומר דנאמנין וכמו כן בדין השני בדבר שמוכיח שטעה. המעיין בסוגיא התם יראה דהיינו דוקא שאומר שאף מקודם היה כוונתו כך ואין סותר עכשיו עדותן הראשונה רק היה חושב ששאלוהו אם יודעין שאינו רמאי ועל זה השיב הן ובאמת, היה מקום לטעות בזה כמו שפירש"י שם להדיא שכך היה להם לשאול שהרי הוא היה מביא אותם שאינו רמאי ומה להם לב"ד לשאול אם יודעין שהוא רמאי ומזה בא להם הטעות שהשאלה היתה בהיפך והשיבו הן אבל אין בזה סתירה לעדותן האחרונה כלל שהרי גם בראשונה היו אומרים הן שאינו רמאי ועל זה קאמר דמסתברא שאין אדם מביא חובתו לנפשיה לכך נאמנין אבל כל שסותר עדותן הראשונה כגון שאומר שוגג ומוטעה

שחשבתי שכך היה ועכשיו אני רואה שלא היה כך אף בכהאי גוונא שהביא אותם בעל דין בעצמו אינן יכולין לחזור ולהגיד. וכן נראה מדברי הרמב"ם שכתב בפשיטות כללו של דבר כל דבר שיאמר ביטול וסתירה לעדות הראשונה אינו נאמן אפי' מראה טעם לדבריו ולא חילק בין הביא אותם בעל דין או שכנגדו ש"מ דלא סבירא ליה לחלק רק דוקא בכהאי גוונא ממש שאומר שבאמת היה כוונתו כן ודמי למה שכתב הב"י בשם הר"ן דאפי' סובל עדותן במאמר רחוק יש לנו לפרש שלא יסתור דבריו וכ"ש בזה אבל אם סותר בוודאי לא מהני טעם כלל ונראה שלזה כוון הב"י שהזכיר בפי' הך עובדא דאבוה דר"פ אף שהטור לא הזכירו והיינו להורות דאין לנו רק בכהאי גוונא שהוא אומר שאינו סותר כלל ויש לנו הוכחה לדבריו כזה אבל אם סותר בוודאי לא מהני כלל:

והנה הב"י בב"ה הביא בשם הריטב"א שהקשה הא בלאו הכי יכולין לחזור תכ"ד ותירץ דס"ד דאין יכולין לחזור שאינן חוזרין רק מאימתו ע"ש ויש לתמוה האיך הביא דברי הריטב"א אלו דהא מדברי הטור ומחבר מבואר אפי' לאחר כדי דיבור מהני זה ולהריטב"א לא מהני רק תכ"ד אבל לאחר כדי דיבור לא שמענו. ובתומים הביא ראיה דע"כ לאחר כ"ד מיירי דאל"כ קודם שהעיד העד השני היה לו לומר אנא רמאי ואי אמר האיך העיד השני וע"כ שהיה שלא בפני בעל דין וא"כ הוי לאחר כדי דיבור כשבא לב"ד ע"כ ובאמת המעיין התם יראה דוודאי היה לפני בעל דין שהוא הביאם לב"ד רק הב"ד שאלו אותם אם יודעין שהוא רמאי והשיב האחד הן ומיד השני הן ושפיר הוי תכ"ד. ואדרבא נראה לפע"ד דגם הרמב"ם מפרש כהריטב"א דכבר תמה הלח"מ שלא הזכיר הרמב"ם ז"ל הך דלא מייתי אדם חובתיה לנפשיה וכפי הנראה הוא הלכה פסוקה מבלי חולק לכן נראה דסובר הרמב"ם דוודאי הך עובדא היה תוך כדי דיבור דלאחר כ"ד לא היה מועיל חדא דהוא היה לו לשאול להם מיד שאמרו הן והם היה להם להשיב ומדנטרו עד לאחר כ"ד חזרה הוי ואין נאמנין גם התם נראה באמת דהוא היה צווח מיד אנא רמאי והם השיבו שהם ג"כ היה כוונתם שאינו רמאי והכל היה תכ"ד ומעתה צריך לומר דעיקר הרבותא כמו שכתב הריטב"א ולפי זה כיון דקיימא לן סוף נדרים ובשאר דוכתא דהלכתא בכל מקום תכ"ד כדיבור דמי חוץ ממגדף ומקדש מבואר דבכל מקום תכ"ד כדיבור וא"א דבעדות ג"כ בכהאי גוונא לאו כדיבור דמי לא הוי למימר חוץ ממגדף ומקדש ש"מ דכלל' הוא רק בזה ולא במקום אחר וכיון שכבר זכר הרמב"ם ז"ל כלל זה דלא אמרינן לאו כדיבור רק במגדף שוב אין צורך לו להזכיר דין זה אף גם לפי מה שנתן הר"ן ז"ל סוף נדרים טעם החילוק בזה לפי שכל שאינו חמור כ"כ לא גמר בדעתו שיהא דיבורו חשוב רק לאחר כדי דיבור א"כ ממילא בהא נמי מה בכך דיש לומר דמחמת

אימה אמרו כן מ"מ הרי לא החזיקו דיבורם עד לאחר כ"ד וממילא אי אפשר לסמוך על עדותם הראשונה שכל שלא חזרו עד לאחר כדי דיבור לא שמענו שגמרו בלבם דיבור ראשון ולכך השמיטו הרמב"ם ולפי זה דין הנ"ל צל"ע. גם בלא"ה יש לומר דדוקא התם דמדאורייתא לא בעי עדות כלל ומחזירין בסימנים ואפי' ידוע שהוא רמאי איכא מ"ד דמדאורייתא מהני סימנים רק רבנן אצרכו העדים לפי שרבו הרמאים א"כ כל שנראה לב"ד באומדנא מוכחת שאינו רמאי סגי בהכי אבל היכי דבעינן עדות מדאורייתא דגזירת הכתוב הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפשר דאפי' בכהאי גוונא לא מהני:

ד ולא אמרו אין אנו יודעים. עסמ"ע ס"ק ח' דאם אמר סתם איני זוכר אינו יכול לחזור משא"כ כשאמר איני זוכר עתה ובתומים השיגו דכוונת הרא"ש לחלק באם אומר לא נתתי אל לבי אז אינו נאמן מה שאין כן כשאומר איני זוכר יכול לחזור ולו' נזכרתי והקשה בתומים על זה מהא דאיתא בשבועות השביע עליהן חמשה פעמים אין חייבין אלא אחת ולפי הנ"ל משכחת לה באומרין אין אנו זוכרין חייבין על כל אחת ואחת ע"ש שהכריח דאי אפשר לומר כן מהא דפריך הש"ס שם היכי משכחת לה ולפע"ד נר' דלק"מ דמה נפשך אם אומרים באמת שלא היו זוכרים אז אין כאן קרבן שבועה דמקודם לא היו זוכרים ועכשיו נזכרו וע"כ דבאמת היו זוכרים גם אז בשעה שאמרו אינן זוכרין א"כ האיך שייך שהיו יכולין לחזור ולהודות שהרי לא היו יכולין רק אם יאמרו שקר שלא היו זוכרין או אבל אם יאמרו האמת שהיו זוכרין רק שהיו משקרין פשיטא דלא הוי מהני הילכך אין כאן קרבן שבועה במה שהיו יכולין לשקר וכן מוכח ממה שכתב הב"י להוכיח מהר"ן דאם אמרו אין אנו יודעין יכולין לחזור אפי' בלי אמתלא ויש להבין מנין לו זה בר"ן ואי משום דסתם הלא גם התוס' סתמו ומ"מ דעתו דמחלקין וע"כ משום דאם לא כן תקשי למה נתן טעם משום דמשוי נפשייהו רשיעי הא בלא"ה כיון דלא מהני בלי אמתלא והם אין להם באמת אמתלא כלל א"כ אין יכולין לחזור ולהודות ואי שיתנו אמתלא בשקר זה אינו בכלל לחייב קרבן שבועה במה שהיו יכולין לשקר כנ"ל וזה ברור ולק"מ ועיין מ"ש בסמוך: (ה) ונתנו אמתלא. זהו מה שכתב הב"י ודיקדק מדברי הרמב"ם דדוקא כשהעיד כך אינו יכול לחזור ולהעיד אפי' נותן טעם לדבריו אבל לא כשאמר איני יודע ולפע"ד דבריו צ"ע וכל ראיותיו יש לדחותם ואדרבא נראה לפע"ד להביא ראיה להיפך כמו שאבאר ראשונה מה שהביא ראיה מפרק המפקיד מעובדא דמרי בר איסק תמהני דאדרבא מהתם יש להוכיח להדיא להיפך דלדבריו למה קאמר חדא עבדי תרתי לא עבדי ופירש"י חדא שלא יאמרו האמת ועוד שיעידו שקר ומה צורך לו לזה הא בפשיטות היה יכול לומר דהא אחיו של מרי היה אומר שהעדים יראים ממרי

להעיד ועל זה הוצרך מרי שיביאם הוא שיעידו שאינו אחיו ועל זה שאל לו הא יעידו שקר ג"כ א"כ היה לו לחלק שלא יעידו יעשו ולא שיעידו שקר ואדרבא בזה הוי אתי שפיר טפי דאילו השתא יש מקום להקשות לפירש"י שהיה מצריכו להביא עדים שאינו אחיו ואם הם אינן יודעין יביא עדים אחרים א"כ קשה נהי דאם היה מביא אותן העדים אם באמת יודעין לא שייך שום חשש דאז הוי תרתי משא"כ אם יביא עדים אחרים דבאמת אין יודעין אין כאן רק חדא מה שיעידו שקר והוי ליה לחלק בפשיטות דלהעיד שקר לא חיישינן לגברא אלמא רק שלא להעיד כלל ומדקאמר תרתי לא עבדי ש"מ דאין חילוק בין עדים שיודעין ואינן רוצין להעיד או שמעידין שקר רק תרתי לא עבדי [ולפי זה צריך לומר דלשאר עדים לא חיישינן לגברא אלמא רק בהו שיש רגלים לדבר ועיין מ"ש לעיל סי' כ"ח בזה]. ועוד קשה הא התוס' פירשו התם בהדיא דהוצרכו להביא אותן עדים שאינן יודעין ואהא קאמר תרתי לא עבדי ש"מ דאפי' באין אנו יודעין לא חיישינן דקא עברו על אם לא יגיד ואנן קיימא לן כדברי התוס' כמבואר לעיל סי' כ"ח א"כ ממילא בהא נמי העיקר דגם באין אנו יודעין אינן יכולין לחזור אפי' באמתלא דהתם נמי איכא אמתלא דגברא אלמא גם מדברי התוס' ב"ק ריש פרק הכונס מבואר להדיא דבב"ד בכל ענין אין יכולין לחזור דעיקר קרא אם לא יגיד להכי אתא א"כ כיון דשמעינן דהך בכלל אם לא יגיד ועיקר בהכי איירי כדפריך התם אילימא בתרי פשיטא אם לא יגיד א"כ כיון דמבואר להדיא פרק נגמר הדין דקאמר לא צריכא אפי' נותנין טעמא למילתייהו ש"מ דהך אם לא יגיד אפי' בנותנין אמתלא א"כ פשיטא דה"ה באין אנו יודעין כיון דעיקר קרא אם לא יגיד בהכי איירי ומה שהביא ראיה מדברי הר"ן המעיין בר"ן יראה שמתחילה רצה לומר דליכא אם לא יגיד רק בשבועה ואח"כ כתב דאין אנו יודעין לא מיקרי הגדה כלל כמו שהודה הב"י בעצמו דהר"ן אין דעתו לחלק באמתלא כלל וא"כ כיון דדברי הר"ן בוודאי ליתא דהא בש"ס ריש פרק הכונס מבואר להדיא דאפי' בלי שבועה ובאין אנו יודעין איכא אם לא יגיד ושמעה קול אלה לא קאי על אם לא יגיד ע"ש בתוס' ולעיל סי' כ"ח בסמ"ע ובב"י ובהא מודה הר"ן דאם שייך באין אנו יודעין אם לא יגיד אין לחלק בין אמתלא לאינו נותן אמתלא כיון דהוא בכלל אם לא יגיד ובהא מבואר פרק נגמר הדין דלא מהני אמתלא כלל ומה שהביא ראיה מהא דקתני השביע עליהן חמשה פעמים בב"ד אינו חייב אלא אחת ולמה לא קאמר בכפר מתחילה ואח"כ השביען דאינן חייבין כלום כי מיד שכפרו אינן יכולין לחזור ולהודות ולפעד"נ דלא מוכח מידי דלפי דבריו נמי תקשי הא בלי אמתלא לא מהני בוודאי א"כ התם ע"כ ליכא אמתלא ובאמת כפרו במה שהיו יכולין אז להעיד שהרי על ידי זה הם חייבין קרבן שבועה א"כ אכתי הוי מצי

למינקט בכהאי גוונא ושפיר מיקרי אינן יכולין לחזור ולהודות כיון שבאמת אין להם שום אמתלא וכי בשביל שיש בידם לומר שקר לפני ב"ד שלא היו יכולין מקודם להעיד שלא היו זוכרין וכהאי גוונא מה שבאמת לא היה כן יתחייבו קרבן שבועה הא וודאי ליתא וכן מוכרח לומר בב"י דאל"כ לא מוכח בהר"ן דלא מחלק בזה כמו שכתבתי בס"ק לפני זה וע"כ צ"ל דאיידי דקתני רישא בהשביעין חוץ לב"ד דחייב על כל אחת ואחת קתני סיפא נמי בכהאי גוונא דאינו חייב רק אחת ולק"מ. עכ"פ נראה לפע"ד דדין זה צל"ע ועיין תומים מה שתמה על הרב דבשבועה וחרם לא דיבר הב"י שיכולין ליתן אמתלא דאל"כ תקשי השתא נמי שהשביעין קודם תהני אמתלא והרי יכולין לחזור ולהודות. אבל באמת לק"מ דוודאי גם בשבועה יכולין לדעתו רק אם באמת נותנין אבל אם אינן נותנין דבאמת לא היה שום אמתלא פשיטא שאין מחייבין קרבן שבועה לפי שהיו יכולין לשקר ולהודות והתם מיירי שאין נותנין אמתלא דאל"כ ליכא קרבן שבועה כלל כמו שכתבתי מקודם ויפה כתב הרב אך מ"מ כבר העליתי דבלא"ה עיקר דין זה של הב"י צ"ע לדינא:

על חו"מ סימן ל

א עידי ד"מ וכו' א"צ דרישה וחקירה וכו' שהדין מרומה פי' שהתובע הוא רמאי אבל אם הנתבע רמאי הדיין מסתלק מן הדין כדלעיל סי' ט"ו אבל התוס' כתבו פ' אד"מ דהתם בשאינו יודע שהוא מרומה אבל בשיודע שהוא מרומה מסתלק ממנו ולא חילקו בין תובע לנתבע וכן הוא בהג"א שם ונלפע"ד עיקר כפי' התוס' והג"א דהאיך ס"ד דהתם כשהנתבע רמאי הא כל מה דצריך חקירה ודרישה הוא כדי שיתברר שהעדים שקרנים שיכחישו עצמן או כדומה וא"כ כשהנתבע רמאי אדרבא היה מהראוי שלא להצריך חקירה ודרישה ומאי עדיפותא דנתבע שהוא רמאי ובשביל שהוא חוטא נשכר והא ליכא למימר דמיירי התם שהנתבע מביא עדים לזכותו ליפטר עצמו וכיון שהוא רמאי אין מקבלין אותם רק בחו"ד דהא התם קאמר דבר תורה צריך חקירה ודרישה רק מדרבנן לא אצרכי כדי שלא תנעול דלת ועלה קאמר ר"פ בדין מרומה לא תקנו רבנן א"כ פשיטא דמיירי בתובע דבנתבע ליכא נעילת דלת ואפי' אי נימא דלענין הדין גם בנתבע כל שאינו רמאי לא בעינן דו"ח דלא פלוג עבדי רבנן בין תובע לנתבע מ"מ הא וודאי דסוגיא דהתם בתובע מיירי שמביא עדים להוציא ומ"מ קאמר בדין מרומה ש"מ דהתם מיירי בשאינו יודע בבירור שהוא דין מרומה רק שנראה לו כן כמו שכתבו התוס' וזה ברור ועיין מה שכתבתי לעיל סי' א' ס"ק ד' בענין חקירה: ודרישה דגזילות והארכתי שם בביאור דברי הרא"ש רפ"ק דסנהדרין ע"ש: (ב) צריך דרישה וחקירה. כתב ב"י בשם הריב"ש דהיינו

דוקא להוציא הדין לאמיתו אבל לא שיצטרך דו"ח כדיני נפשות ממש שאם אחד אומר איני יודע עדותן בטילה אלא דאפי' בדין מרומה עדותן קיימת ע"ש ויש לתמוה דהא ר"פ משני כאן בדין מרומה הרי דמוקי מתניתין דקתני אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדו"ח מיירי בדין מרומה מבואר הוא דהוי ממש כמו דיני נפשות תדע דהא התוס' כתבו שם דדוקא לענין זה אתקשו ממשפט אחד יהיה לכם אבל לענין חייוב וזכות לא דבדיני ממונות לא שייך זה מבואר דממשפ' אחד מקשינן אותם להדדי בכל מה דאפשר ולהריב"ש אפי' בדין מרומה לא שוי להדדי כלל גם דקא חשיב מה בין דיני ממונות ולא קא חשיב אם אמר איני יודע ואי נימא דמתניתין דאורייתא מיירי א"כ היינו הך תירוץ הש"ס מעיקרא דמתניתין דאורייתא ברייתא דרבנן וע"כ דר"פ מחדש דמתניתין לדינא דהשתא מיירי רק בדין מרומה א"כ מבואר דבדין מרומה אפי' בדרבנן דמי ממש לדיני נפשות לכל דבר חוץ מהני דקא חשיב במתניתין אך באמת לק"מ דפשיטא דר"פ נמי לא אתי לישנויי דמתניתין בדרבנן רק בדין מרומה דהא בהדיא קתני במתניתין דכתיב משפט אחד יהא לכם שמע מיניה בדאורייתא מיירי. ועוד דאי דרבנן למה לא חשיב חילוק בין דיני ממונות לנפשות בדין שאין מרומה וע"כ דמתניתין וודאי בדאורייתא מיירי רק דקשיא ליה לר"פ על הך תירוץ דמשני מעיקרא דלא ניחא ליה למימר דעכשיו ליכא שום נפקא מינה בדינא דהך משנה ועל זה אתי ר"פ לישנויי דוודאי מתניתין נמי לאחר תקנה מיירי ומ"מ נקט דינא דאורייתא משום דנ"מ לדין מרומה דבהא בעינן דרישה וחקירה גם עכשיו אבל התנא פשיטא דדינא דאורייתא קתני לכך לא קתני שום נ"מ אחריתי דבהכל שוה לדיני נפשות מקרא דמשפט אחד בר מהני דקא חשיב. אך מ"מ דברי הריב"ש גופא צריכין ביאור ולאו כל אפין שווין בזה כמו שאבאר דוודאי יש להבין תינח בדיני ממונות אף דמדאורייתא בעינן דרישה וחקירה עקרו רבנן דין תורה משום הפקר ב"ד הפקר משא"כ בעידי גיטין דסבירי להו לרוב הפוסקים דלא בעינן דו"ח דקיימא לן כר"ט משום דאיכא כתובה למישקל כמו שכתב הב"י א"כ קשה האיך אפשר דמדאורייתא אשת איש היא ואסורה לאחר ואתי רבנן ומתירין אותה להנשא הא אין כח בחכמים לעקור דבר תורה רק בשב ואל תעשה או בקום ועשה כגון באליהו בהר הכרמל לפי שעה אבל לא לדורות וכהאי גוונא הקשה הר"ן ז"ל סוף נדרים במשנה האומרת טמאה אני לך דלמשנה ראשונה היתה נאמנת ולמשנה אחרונה אינה נאמנת ומותרת לבעלה וע"ש דמסיק מתוך קושיא זו דאפי' למשנה ראשונה לא היתה נאמנת דין תורה דלאו כל כמינה להפקיע עצמה מבעלה אבל הכא דלא שייך זה דהא מדאורייתא בעינן דרישה וחקירה אפי' בדיני ממונות כ"ש באיסור ערוה דהוי כמו דיני נפשות

א"כ האיך עקרו רבנן דין תורה ושווי' כפנוי' וצריך לומר דכהאי גוונא שב ואל תעשה מיקרי שהרי אמרה תורה להרוג הרוצח על פי עדים וכן לקבל עידי גיטין וקדושין רק שמצות עשה של תורה הוא כמו שאר המצות לחקור ולדרוש קודם שיהרגו או בעידי גיטין ולפי זה יש כח בחכמים מכח תקנתן לעקור דבר תורה בשב ואל תעשה שלא לחקור ולדרוש ולפי זה היינו דוקא בלי חו"ד כלל אבל אם חקרו ודרשו ואמר איני יודע וכהאי גוונא באופן דמן התורה עדותן בטילה לגמרי והרי היא אשת איש גמורה א"כ האיך יעלה על הדעת דיבואו חכמים ויתירוה לינשא לאחר מה דמדאורייתא היא אשת איש גמורה וכבר בטל העדות לגמרי ודוקא כשלא. נעשה חו"ד כלל לא בטיל העדות רק דמיחסר חקירה ודרישה ואין זה רק שב ואל תעשה כנ"ל משא"כ בנתבטל העדות לגמרי מדאורייתא דהוי קום ועשה נמצא לפי זה שלא אמר הריב"ש דינו רק בד"מ ואפי' בדין מרומה אבל בעידי גיטין מודה דבדין מרומה או שחקרו ודרשו בלא"ה כל שאמר אחד איני יודע ונתבטל העדות בטל ואפי' אי נימא דסובר הריב"ש כמו שכתב הר"ן שם מעיקרא משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה מלבד מה שאינו נראה לפע"ד כלל גם הר"ן ז"ל גופא דחה שם תירוץ זה אבל בלא"ה אפילו אי נימא כן הדבר פשוט דהיינו דוקא במקום שיש תקנתא דרבנן שהיה מהצורך להם לעשות כן אבל היכי דליכא תקנתא דרבנן כגון בשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה דלכתחילה אסורה להנשא א"כ אף אם בדיעבד לא תצא מ"מ פשיטא דלא שייך בזה תקנתא דרבנן והאיך יעלה על הדעת דמדאורייתא, אותן השנים שאומרים לא נתגרשה נאמנים לגמרי ואילו שלא נעשה בהן דרישה וחקירה או שאמרו איני יודע בטיל עדותן מאי תקנה שייך כאן להפקיע הקידושין והרי נותנין אצבע בין שיניה שתלך ותנשא באיסור ופשיטא דבזה אוקמוה אדאורייתא דבעינן דרישה וחקירה ומאי איכפת להו דכמו שהיא אסורה לכתחילה כמו כן תהא אסורה בדיעבד מדין תורה וגדולה מזו כתב ב"י דארוסה כיון דלית לה כתובה אוקמוה על דין תורה וצריך דו"ח כ"ש הכא דמדינא אסורה באמת להנשא אפי' לאחר התקנה ולא שייך כאן תקנה כלל וזה ברור ולפי הנ"ל ממילא ליתא למה שכתב בתומים והביא ראי' מדברי התוספות ב"ב דף ל"ב בשנים אומרים נתגרשה ולפי הנ"ל לאו ראיה היא כלל דפשיטא דגם הריב"ש מודה בזה וכן מבואר בלשונו שכתב בהודאות והלואות ש"מ דבעידי גיטין לא מכ"ש בב' אומרים נתגרשה ושנים אומרי' לא נתגרשה דאפי' אי לאו דין מרומה בעינן בזה דו"ח דלא שייך בזה תקנתא דרבנן כנ"ל אמנם נראה לפענ"ד דבלא"ה אין מדברי התוספות הללו ראיה כלל והוא דדבר פשוט הוא דלא אמר הריב"ש דבר זה רק אם לא נתברר

לב"ד אם יש בכאן רמאות או לא ובאותו חקירה שאומרין איני יודע לא נראה לב"ד שום רמאות א"כ שפיר כתב הריב"ש דכיון דתקנתא דרבנן הוא דלא בעינן דו"ח רק משום כדי. לברר אם יש כאן רמאות א"כ כל שבירורו שאין כאן רמאות ובאותה חקירה אינו נראה להם שיהא בזה מה שאינן יודעין א"כ חזר הדבר לתקנתא דרבנן דלא בעינן דו"ח כלל משא"כ אם נראה לב"ד שיש בזה גופא רמאות אם כן האיך יעלה על הדעת שהרי העיקר מה שהוצרכו בזה דו"ח כדי לברר הרמאות א"כ אם בזה גופא הם יודעין שהוא רמאות ונראה להם כך א"כ פשיטא דאוקמוה אדאורייתא ועדותן בטילה תדע דאל"כ לעולם יאמרו שאינן יודעין כלל ולא הועילו חכמים בתקנתן כלל וע"כ דאם אומרים בכל החקירות אין אנו יודעין אין לך רמאות גדול מזה ומודה הריב"ש דעדותן בטילה רק אם אמרו בחקירה אחת מן החקירות אינו יודע כדרך בני אדם לשכוח ואין בזה רמאות בהא אמר הריב"ש דשוה בזה לשאר דיני ממונות ולפי זה ממילא אין מדברי התוספות ראיה דלא כהריב"ש דאם יאמרו בכל החקירות שאינן יודעין פשיטא דלא מהני ועדותן בטילה ואין לך רמאות גדולה מזו וכ"ש שעדים אחרים אומרים לא נתגרשה בפי' וע"כ שיאמרו בחקירות שיודעין וא"כ אפילו אם יחסרו אחת מהן ויאמרו אינן יודעין מ"מ איכא הזמה באינך חקירות ודברי התוספות נכונים אפי' להריב"ש וכל הנ"ל נראה לפע"ד ברור לדינא גם העיקר בזה כהריב"ש מאחר שמדברי התוספת אין ראיה כנ"ל ודו"ק היטב:

ג אם הכחישו זא"ז בחקירות זהו מה דאמרינן פרק ג' דסנהדרין עדים שהוכחשו בבדיקות כשרים בד"מ ש"מ דבחקירות לא אבל הרמב"ן בתשובה הובא בבעל התרומות חולק בזה וסובר כיון דרבנן לא' הצרכו חו"ד אפילו הוכחשו כשרין ע"כ. והנה הרב בעל שב יעקב הביא ראיה ברורה לשיטת הרמב"ן דא"כ מאי משני הש"ס מדרבנן לא בעינן דו"ח דהתם הוכחשו ומ"מ בטיל העדות כמו שפירש"י הקושיא וע"כ דלפי האמת אפילו הוכחשו כשרין ובתומים ס"ק ב' דחה ראייתו ותורף דבריו דבס"ד דבעינן דו"ח גם בדיני ממונות וע"כ משום דכל כמה דלא היה דרישה וחקירה אין עדותן קיימת ויש לחוש דמשקרי, א"כ שפיר מקשה כיון דנפל ריעותא בחקירות אינו בדין לתרץ דבריהם ואדרבא כל כמה דלא נתברר דלא משקרי לא מהני עדותן ואהא משני דרבנן אוקמינהו בחזקת כשרות ואין לחוש דמשקרי וא"כ שפיר מתרצו דבריהם אבל בעל פה דוודאי נתכחשו שפיר לא מהני ובטעות דלא עבידי למיטעי לא מתרצין זה תורף דבריו והביא ראיה דאל"ל תקשי להרמב"ן גופא דבהזמה מודה והא התם היה הזמה וע"כ משום דרבנן אוקמינהו בחזקת כשרות מתרצין דבריהם ע"כ. ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דראיית השב יעקב נכונה וברורה כמו שאבאר:

והוא דרש"י פי' שם שמא איחרוהו וכתבוהו היינו שהיה ההלואה מקודם באותו מקום הכתוב בשטר והוטל עליהם לכתוב שטר והם לא כתבו עד אחר זמן והיה אז במקום העדים המזימים אותם ושם כתבו השטר וכתבו מקום הלואה שהיה אז שם ואף דאסור לעשות כן לכתחילה מ"מ בדיעבד כשר ע"כ ויש לתמוה מי הכריחו לזה לפרש כן וכבר תמהו התוס' דהא בפשיטות יש לומר שכתבוהו באמת באותו מקום הכתוב בשטר רק אחרו זמנו עד אותו היום שהיה אז במקום המזימים וזה הפי' בכל מקום שטר מאוחר ומי הכריחו כאן לכל הדוחק והלחץ הזה והוא תמוה מאוד לכאורה ואמת כפי הנראה לישנא דברייתא קשיא ליה להרב ז"ל דקתני שמא איחרוהו וכתבוהו ולפי' התוס' שכתבוהו במקום הכתוב בשטר ואז היה באמת במקום המזימין ואיחרו זמנו להבא כך הוי ליה למימר שמא איחרוהו או שמא כתבוהו ואיחרוהו ואז יהא הפי' דלא משגיחין בעידי הזמה דאכתי יש לומר שכתבוהו במקום הזה רק שאיחרו זמנו כי הכתיבה קודם לאיחור ומדקתני שמא איחרוהו וכתבוהו דייק רש"י דהפי' שאיחרוהו מלכתוב עד זמן הכתוב בשטר ואז כתבוהו וכן מבואר בלשון רש"י. אך עדיין יש להבין בברייתא גופא למה אמרו כך ולא בפשיטות דיש לחוש שהיה מאוחר ככל מאוחר בש"ס לכן נראה ברור בכוונת רש"י כך דקשיא לי' באמת מאי פריך מהך ברייתא כיון דאם באו לפנינו לכתוב שטר ורוצין לאחרו הרשות בידם ושטר גמור הוא א"כ האיך יעלה על הדעת עכשיו לפסול העדים ולמה לא נימא מאוחר הוא משא"כ כשהכחישו בדו"ח שפיר יש לומר דעדותן בטילה והאיך מדמה זה לזה ואם באו להקשות מגוף הדין דמאוחר כשר א"כ משנה מפורשת היא בשביעית) ועוד קשה מאי פריך משטר שאני התם דעדים אחרים מעידין עליהם שהיו עמהם ביום פלוני ורוצים לפסלם ולהזימם ומעתה ניחזי אם היו העדים לפנינו והיו מעידין שהיו מאוחר פשיטא דהוו מהמני ולא הי' כאן הכחשה כלל ועכשיו שמעידין אחרים לפסלם תהא הכחשה הא פשיטא שיש לנו לדון עידי השטר כאילו הם לפנינו ופשיטא דלא משוי נפשייהו רשיעי והיו אומרים האמת שהוא מאוחר א"כ מאי הכחשה יש כאן אבל אם העדים בעצמם מכחישים בדו"ח פשיטא דפסולים אבל התם הם בעצמן לא הוכחשו כלל רק אחרים מכחישים אותם ופשיטא שיש לדון כאילו עידי השטר לפנינו ואומרים מאוחר הוא וכ"ש אם הם באמת לפנינו אז לא היה הכחשה כלל ובשעה שחתמו היה החו"ד על נכון דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד דמי משא"כ כשהם מוכחשים בעצמם בדו"ח ודו"ק היטב ומטעם זה פירש"י דהמקשה דייק מלשון הברייתא כנ"ל דקמש"ל רבותא אפי' היכי דליכא למימר שנתאחר זמן השטר כגון שמודה הלוה שבזמנו נכתב ומ"מ השטר כשר והיינו שאנו אומרים שהשטר

באמת נכתב במקום המזימים והם כתבו בשטר מקום הלואה שהיתה קודם במקום אחר. והשתא הקושיא כך דוודאי מכח אותן העדים אין לפוסלם דיש לומר דהמעשה היה כך מ"מ כיון דבעינן דרישה וחקירה בדיני ממונות ה"ה בשטר בעינן דו"ח בכתיבת השטר שלא יהא בו הכחשה והשתא העדים בעצמן מכחישים עצמם שהרי השטר באמת נכתב במקום המזימין והם כתבו מקום אחר וע"כ שאנו מתרצין דבריהם דמקום הלואה כתבו ואף דבאמת אין לעשות כן ופשיטא דלא עבידי למיטעי בהכי מ"מ אנו מתרצין דטעו בהכי וכתבו ובדיעבד כשר וא"כ בכל העדים למה לא נתרץ דבריהם דטעו אפילו במקום דלא עבידי למיטעי ולא הוי הכחשה ומזה דייק שפיר דלא בעינן דו"ח משום דאפי' מכחישין אמרינן דטעו ואפי' בדבר דלא עבידי למיטעי והשתא ממילא מבואר כדעת הרמב"ן דלפי זה דמשני אפי' בהוכחשו כשר דאל"כ אכתי תקשי הא הוכחשו בדבר דלא עבידי למיטעי כלל ונימ' דהם מוכחשין בעצמן והשטר פסול וע"כ דאפי' מוכחשין לא איכפת לן כיון דלא בעינן דו"ח כלל והשתא פשיטא דלק"מ מה שהקשה בתומים בהזמה דהתם פשיטא דלאו מתורת הזמה אתינן עלה דוודאי יש לומר שהשטר נכתב באמת במקום המזימין ואין כאן הזמה רק מכח הכחשה באנו לפוסלו דמכח זה בא הכחשה שכתבו מקום אחר שלא נכתב באותו מקום כלל ועל זה אנו דנין וכיון דלא בעינן דו"ח לא איכפת לן בזה גם בלא"ה אני תמה על קושיתו מהזמה דהא פשיטא דלק"מ דקיימא לן הזמה שלא בפניהם לא הוי אלא הכחשה והכא פשיטא דמיירי שאין עידי השטר לפנינו [וכ"ש לפי הבנתי] וא"כ חזר הדין להכחשה ולא איכפת לן לשיטת הרמב"ן וזה עכ"פ ברור דלשיטת רש"י יש כאן ראיה ברורה להרמב"ן ומ"מ לפי מה שכתבתי בס"ק לפני זה לדעת הריב"ש א"כ ממילא גם הרמב"ן ז"ל לא אמרה רק בד"מ אבל בעידי גיטין וקידושין פשיטא דאם הוכחשו בחקירות עדותן בטילה דאין כח בחכמים לעקור דבר תורה בקום ועשה כמו שבארנו שם ואף שכפי הנראה בוודאי לא נתכוין הרב בעל שב יעקב להנ"ל מ"מ הדברים בעצמותן נכונים ודברי הרמב"ן מוכרחין. ובפשיטות ג"כ יש להביא ראיה להרמב"ן דיש להבין מאי פריך משטר הא בשטר באמת לא בעינן דו"ח שהרי אנו דנין שלא על פי העדים ואפי' אינם לפנינו דהוי כמו שנחקרה אלמא אף דחשבינן להו בחזקת כשרות מ"מ פריך שאם הוכחשו אינו בדין שיהיו כשירין א"כ לפי מה דמשני ע"כ צ"ל דלא בעינן כלל ואפי' הוכחשו דאל"כ הקושיא במקומה ודוק. אך העיקר הוא כמו שכתבתי מקודם דבשטר עיקר חו"ד דידהו הוא כתיבת השטר וחתימתו וכיון שכתבו מקום אחר מה שלא נכתב באותו מקום היינו הכחשה דידהו והוי ממש הכחשה בדו"ח וזה ברור (ד) עדותן בטילה. הרב ב"י בתשובה נסתפק בג' עדים ואחד מכחיש לשנים אם

העדות בטל בחקירות כמו בד"נ או לא נלפע"ד לפי מה שכתב הש"ך ס"ק ה' ולקמן סי' ל"ג ס"ק ט"ז דלכך אם הוכחשו בחקירות בד"מ פסולין משום דידעינן בבירור שאינו יכול להזימם א"כ ממילא באחד המכחיש לשנים העדות כשר בדיני ממונות כמו שאבאר והוא דוודאי יש לתמוה על הרמב"ם שכתב בדיני נפשות אם מכחיש פסול ואם אמר איני יודע כשר דהא בגמרא אמרינן לה דלא כר"ע דמקיש שלשה לשנים אבל הרמב"ם דמקיש שלשה לשנים ופסק כר"ע אין לדין זה שורש ועיין בלח"מ מה שדחק ליישב גם בתומים ס"ק ג' האריך ליישב דברי הרמב"ם ודבריו דחוקין שיהא הכוונה דלא כר"ע כר"י אליבא דר"ע מה דלא נזכר כלל בפי' דר"י פליג ועכ"פ היה לו לומר וכרבי אליבא דר"ע דכן הלכה באמת ומה לו להזכיר ר"י שאינו להלכה באמת אבל לפעד"נ פשוט דוודאי יש להבין לפירש"י דקאי אמה שנים אין נעשין זוממין עד שיזומו כולם לא היה לו להזכיר ר"ע דהא עיקר בעל מימרא זו הוא ר' שמעון כמו שהקשו התוס' שם ומטעם זה פירשו התוספ' דהנמצא אחד מהן קרוב עדותן בטילה קאי וזה לא סבירא ליה לרמב"ם דבאינו יודע לא מיקרי פסול לבטל העדות כמו שפירש"י שם וא"כ קשה באמת קושית התוספות דלא הוי לי' למימר ר"ע רק ר' שמעון לכן נראה לפע"ד דהתם יליף ר' שמעון מדכתיב על פי שנים או על פי שלשה אם על פי שנים מתקיימת העדות על פי שלשה מבעי ומזה דייק דקרא קמ"ל מה שנים בעינן שיזומו כולם כמו כן שלשה עד שיזומו כולם ור' עקיבא קאמר התם לא בא הכתוב להקל עליו אלא להחמיר ולעשות דינו כיוצא באלו ופירש"י התם וז"ל לא הוצרך ללמדנו זאת דממילא ידעינן ששנים מזימין את השלשה וכו' וממילא ידעינן שאין זוממין עד שיזומו כולם שהרי כולם כאחד נעשו עדים וקרא כתב והנה עד שקר העד ולא בא אלא להחמיר עליו שלא תאמר הואיל ובלאו הוא היתה העדות מתקיימת לא יעשו בו דין הזמה קמ"ל עכ"ל. מבואר מפירש"י דר"ע לא דייק מקרא דבעינן שיזומו כולם רק מסברא ידעינן לה כיון שכולם כאחד העידו רק ר' שמעון דייק לה מקרא דסובר דמסברא לא ידעינן לה רק מיתורא דקרא ומעתה ניחזי הנפקותא שיש בין ר"ע לר' שמעון דלר' שמעון דמסברא אינו בדין דבעינן שיזומו כולם אף שכולם עדים אם כן אם אחד אומר איני יודע בחקירות ושנים מעידין ברי לר"ש העדות כשרה שהרי כל הלימוד הוא משנים וא"כ שנים דבעינן שיזומו כולם הכוונה באפשר להזים כולם דאם אחד אומר איני יודע בלא"ה פסול שאין כאן רק ע"א וע"כ שטענו ברי בחקירות ולא הוזם רק אחד ועל זה קאמר דלא מהני ואף הוא אינו מוזם אבל מ"מ גוף העדות כשר שהרי יש בו דין הזמה כשיזומו שניהם כמו כן גבי שלשה ג"כ בוודאי לא מהני הזמה רק שיזומו כולם אבל דוקא אם יכולין להזים כולם שכולם אמרו ברי אבל אם אחד אומר

איני יודע שאי אפשר להזימו לא איכפת לן והשנים הנשארים נעשו זוממין שהרי לא היה מהראוי להזים רק שנים וזה שאומר איני יודע בחקירות לא מיקרי קרוב ופסול לבטל העדות הנשאר כי איני יודע בחקירות לא מיקרי קרוב ופסול רק שאינו יכול להזימם וכיון שנשארו שנים שיכולין להזימם שוב לא איכפת לן ואי משום שאף אותן השנים לא יוכלו להזימם דבעינן שיזומו כולם על זה אמרינן כמו שכתבתי כיון דלא מוכח רק מקרא וקרא ע"כ מיירי שאותו שאינו ניזם ראוי להזים כמו שנים משא"כ אם אמר איני יודע ודו"ק. וכל זה הוא לר' שמעון דיליף לה מקרא ולא מסברא משא"כ ר"ע דקאמר דלא צריך קרא כלל רק מסברא כיון שכולם העידו שזה הרג את זה ע"כ צריך שתהא הזמה שתברר על ידה שכולם העידו שקר כל מי שהיה עד כמו שפרש"י דכתיב והנה עד שקר העד א"כ ממילא בא' אומר איני יודע כל העדות בטל במה נפשך אם אתה אומר שאיני יודע אינו בעדות כלל א"כ הוי ליה כנמצא אחד פסול וע"כ שהוא ג"כ בכלל עדות ושאינו ראוי להזימו לא אכפת לן כאן כיון שראוי להזים השנים א"כ קשה הא גם השנים אינן ראויין להזימם כיון דסברא הוא שהעדים המזימין צריכים לברר שכל מי שהעיד בכאן העיד בשקר א"כ לזה אינן יכולין לברר וכל העדות פסול מצד הסברא וזהו הפי' בש"ס דקאמר דלא כר"ע דלר"ע דמקיש שלשה לשנים מצד הסברא ראוי הוא דבאחד אומר איני יודע בטיל כל העדות ולזה הרמב"ם פוסק באמת כר"ש דמקרא ילפינן דבעינן שיזומו כולם לכך פסק כאן ג"כ דעדותן כשירה ולכך הזכירו ר"ע דוקא ולא ר"ש דלר"ש אתי שפיר ולק"מ על הרמב"ם. ובהכי ניחא דפסק הרמב"ם דאם מכחיש כל העדות בטל ועיין בכ"מ שדחק מנין לו ולפי הנ"ל ניחא דדוקא איני יודע דהפסול בא מכח הזמה על זה נאמר שהרי נוכל להזים השנים ולא בעינן שיזומו כולם בכהאי גוונא דקרא לא איירי בהכי אבל בהכחשה דאף בבדיקות פסול ואין הטעם משום הזמה א"כ מ"ש שנים או ג' כיון שהכחיש נעשה פסול ומבטל כל העדות ולפי זה ממילא בד"מ דאע"פ בהכחשה לא נפסלו רק בחקירות ולא בבדיקות וכל הטעם בין בהכחשה בין באינו יודע משום הזמה א"כ ממילא בהכחשה דינו כאומר אינו יודע בדיני נפשות דאנן דקיימא לן דהא דבעינן דיזומו כולם מקרא ילפינן כר"ש אם אחד אומר איני יודע העדות מתקיימת בב' הנשארים ודו"ק:

ה עדותן בטילה שהרי הוכחשו בדרישה. עסמ"ע סק"ח דאפילו שבועה נגד העד אינו צריך ואפי' תבעו שניהם. ובתומים תמה זה דמדברי בעה"ת בשם חכמי לוניל מבואר להדיא דשבועה. צריך נגד העד ע"כ ואין דבריו נכונים ואדרבא נראה לפע"ד ברור דמחכמי לוניל מבואר להיפך שכתבו שם וז"ל דאלו שתקו ולא אמרו באח' בתשרי

הלוהו רק הכחישו ואמרו לא בא' בניסן הלוהו אי אתה מודה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא ולא הוי דינו אפי' כע"א אפי' בשבועה לא מחייבו והשתא דאמר בתשרי הלוהו מחשב עד קמא עד [בתמיה] אלא וודאי דעד ראשון לא חשבנא ליה עד והוי דינו כע"א דאתא לשבועה ע"כ והשתא אי ס"ד דכוונת חכמי לוניל שכל א' מכחיש את חבירו ומ"מ מחייבי שבועה דמה נפשך אחד אמת כמו שהבין התומים אם כן מה זה שחילקו בין עד ראשון לשני ומה נפקא מינה בין ראשון לשני הא שניהם שווין והשבועה באה ע"י הראשון כמו ע"י השני ובע"כ דחכמי לוניל מיירי שהעד הראשון פשיטא דמעיקרא לא העיד שלא הלוה בניסן או באייר דהא עדיין לא הועד כלל שלוה אז רק הוא העיד מה שראה הוא ועל זה בא השני והכחישו שלא לוה אז רק בזמן אחר ולא חזר הראשון להכחיש השני ועל זה כתבו דראשון אינו עד שהרי הוכחש ועד אחד בהכחשה אינו כלום אבל השני שלא הוכחש מחייב שבועה:

איברא דלענין דינא נלפע"ד ברור דדין זה תלוי במה שנסתפק הש"ך לקמן ריש סימן ל"א בכת אחת של עדים המכחישין זה את זה אי נימא כמו דבשני כתות אחד מזו ואחד מזו פסולין לשאר עדות הכא נמי בכת אחת אותה הכת פסולה לשאר עדות או נימא דוקא בשני כתות אחד מזו ואחד מזו הרי יש כאן אחד המוכחש משנים בוודאי ופסול אבל כת אחת אותה הכת יכולה להעיד ג"כ שהרי אפילו זה ששיקר לא נפסל על פי שנים וכשר להעיד ע"ש. ולפי זה יש לפשוט זה וגם דין הנ"ל והוא דאי נימא דכת אחת כשירה לכל עדות ולא נפסלה רק לעדות זו והיינו כיון שלא הוכחש על פי שנים א"כ הכא אין כאן במה נפשך לחייבו שבועה דוודאי אחד אומר אמת דליתא דהראשון שאומר בניסן הלוה ובא זה ומכחישו שלא הלוה בניסן הרי אין כאן עד המחייבו שבועה על הלואת ניסן כמו שכתבו חכמי לוניל אמנם אף אם נימא שזה שיקר בהלואת ניסן לא נפסל לשאר עדות שהרי לא נפסל ע"פ שנים א"כ כשהעיד השני על הלואת תשרי יכול הוא להכחישו שהרי הוא עד כשר אף ששיקר קודם א"כ הרי אין כאן שום עד לחייבו שבועה שיש מקום לומר ששניהם משקרין ואין לומר במה נפשך אחד שאומר שקר האיך יכול הוא להכחיש וממילא השני כאלו לא הוכחש כלל ליתא דהא עדיין כשר הוא וכמו שיכול להכחיש אחר אף אם בבירור שקר העיד דהא כת זו אחד בוודאי שקר וכשרין לשאר עדות א"כ ממילא יכול להכחיש השני וזה ברור אבל אי נימא דכת אחת אינו יכולה ג"כ להעיד בעדות אחרת כיון דחד העיד שקר פסול א"כ הכא יש כאן שבועה במה נפשך אם הראשון אמת מתחייב על פי הראשון ואם הראשון משקר הרי פסול לעדות והאיך יכול הוא לחזור ולהכחיש השני א"כ במה נפשך אחד משקר ואותו שמשקר אינו יכול

להכחיש והרי יש כאן אחד כשר בלי שום הכחשה רק בהכחשת עד פסול דלאו כלום הוא נמצא כיון דדעת הרמב"ם ומחבר דאין כאן שבועה ממילא מוכח דכת אחת כשרין לכל עדות כיון שלא נפסלו על פי עדים וכן מורה באמת דעת המחבר לקמן שלא כתב רק בשני כתות אבל בכת אחת לא הילכך העיקר דאפילו תובע שניהם אין כאן שבועה כדעת הסמ"ע ומחבר:

ו) וזה תובעו שניהם כו' דין זה תמוה מאוד דהיכי דמי אי בשאין מכחישין זה את זה ולכך מצריך שיהא תובע שניהם דאל"כ ממילא הוי הכחשה דהא אחד אמר שקר הא ליתא דהא בש"ס מבואר להדיא דהך דינא דנהרדעי מיירי במכחישין דהא אמר כמאן כר' יהושע בן קרחה אימר דאמר היכי דלא מכחשי היכי דמכחשי מי אמר ועלה קאמ' כרשב"א מבואר הוא דמיירי במכחישין וא"כ לאיזה צורך צריך שיהא הוא תובע שניה' ומאי הועיל בזה כיון דמ"מ הם מעידין בהלואה א' ומכחישין עצמן ומ"מ כשרין משום דאמרינן דלא דייקי א"כ ה"ה בתובע אחת והב"י כתב דהוא לפי שיטת הרמ"ה שכתב גבי מילתא דריב"ק דבעינן שיתבע שניהם הא ליתא דהתם מיירי באינן מכחישין עצמן דאי מכחישין התם פשיטא דאין מצטרפין דהוי הכחשה בחקירות ועל זה קאמר דבעינן שיקבע שניהם אבל הכא דאפי' מכחישין לא איכפת לן מה צורך שיתבע שניהם ומ"ש הסמ"ע דאל"כ העד מוכחש מפיו ולא ידענא מאי קאמר דאפי' תובע שניהם הוא מוכחש מעד עצמו וע"כ דלא איכפת לן בהכחשה זו כיון שאינה בחקירות א"כ ה"ה בבעל דין עצמו דמ"ש גם אני תמה דהא בבעל התרומות שער ס"ו מבואר להדיא בשם רבינו אפרים ז"ל הביאו הב"י גופא דאפי' אינו תובע רק אחת הדין כן לנהדרעי גם הרמב"ם לא הזכיר זה כלל מבואר דאינו מחלק כלל ומהאי טעמא השמיטו המחבר ג"כ ובתומים כתב דכוונת הטור דקשיא ליה קושית רבינו אפרים דהא הוי טענו חיטין והודה בשעורין ועל זה תירץ דתבעו שניהם דלא שייך מחילה ע"כ ואין דבריו נכונים כלל דהמעיין בבעה"ת יראה שלא הקשה רבינו אפרים רק לפי מה דסליק אדעתיה דהך עובדא דר' אמי היתה שהיה תובע שמן ממש רק ר' אמי צירף אותן לדמי ואהא קשיא ליה דהוי טענו חיטין ועל זה מסיק דאיכא דמפרש שהיה תובעו דמי והשתא לא קשיא דהאיך שייך מחילה כיון שתובעו דמים והוי ליה כדמי עבד גדול ועבד קטן דלא שייך מחילה כלל וכמו כן במנה שחור ולכן לא קשיא ליה לרבינו אפרים כלל דמה בכך דהמעות היה שחור או לבן הלא עכשיו מעות סתם תובע רק שהוא אומר שהלואה היתה מנה שחור או לבן אבל עכשיו לפרעון מעות תובע והרי זה ממש כטענו דמי רק קושית רבינו אפרים על שמן ויין לפי מה שמפרש דתובעו שמן ממש ואהא קשיא ליה למה צירפן לדמי ואהא קאמר

דבאמת תובעו דמי וא"כ הטור דמפרש להדי' שתובעו דמי שמן או יין פשיטא דאין מקום לטענו חיטין כאן וזה ברור. גם מה שכתב דמה שתירץ ר"א מתחילה דהתם קאמר לא לויתי היינו לשיטת הרמ"ה דהטעם משום משטה ועל זה כתב דהטור לשיטתו משום מחילה והנ"י לשיטתו ע"ש לא דק כלל ופשיטא דלאו לטעמא דמשטה קאי דוודאי יש להבין בעיקר הקושיא שאני הכא שיש עדים וע"כ דקושיתו דבטענו חיטין פטור אפילו יש עדים וזהו אינו לטעמא דמשטה דלא שייך כלל ביש עדים וע"כ דלטעם מחילה והודאה מקשה. אמנם גוף תירוץ ר"א צריך ביאור דמה בכך דאינו אומר לא לויתי סוף סוף מחל או הודה וצריך לומר דסובר כשיטת הרמב"ם דבאומר איני יודע אם חיטין או שעורין חייב אף דסובר ג"כ טעם הודאה א"כ ה"ה בטוען להד"ם ויש עדים ודו"ק היטב. ועיין לקמן סי' פ"ח עכ"פ ברור דליתא לדברי התומים בזה ודינו של הטור צ"ע וכן נראה להלכה כיון דבעל התרומות ורבינו אפרים כתבו להדיא אפי' באינו תובע רק אחת והרמב"ם ג"כ לא הזכיר חילוק זה גם מהש"ס משמע להיפוך א"כ הכי נקטינן דאפי' תובע אחת מצטרפין. אמנם נראה לפע"ד ליישב דעת הטור בדרך אחר דוודאי יש להבין בטור בין לדעת הע"ש שהביא הסמ"ע ס"ק י"א דבמנה ומאתים צריך יותר שיתבענו שניהם בין לדעת הסמ"ע דאין חילוק עכ"פ קשה על הטור דגבי מנה שחור ולבן הזכיר שיתבענו שניהם ואח"כ גבי מנה ומאתים לא הזכיר שיתבענו שניהם וליכא למימר שסמך לו על מה שהביא קודם דהא בתר הכי הביא דין דיין ושמן הזכיר שיתבענו שניהם וזה של מנה ומאתים הזכיר באמצע שני הדינים של מנה שחור ולבן ושל יין ושמן ולא זכר שיתבע שניהם. לכן נראה בכוונת הטור לפי מה שכ' ב"י ובכ"מ דלכך פסקו הפוסקים כנהרדעי משום הך ברייתא דרשב"א דהוא כמותם גם ר' יהודה גופא פסק בב"ב כרשב"א לכך פסקו כנהרדעי ולא כרבא. והנה התוס' שם הקשו באמת לרבא דסובר דרב יהודה לא אמר במנה שחור ולבן הא ר' יהודה אית ליה ברייתא דרשב"א בב"ב וכתבו דליכא למימר דרבא סברא דנפשיה קאמר ולא לר"י דא"כ הוי ליה למימר והאלהים אמר ר"י אפי' במנה שחור ולבן כדרך האמוראים בכל הש"ס ותירצו דרבא סובר דיש חילוק בין מנה שחור ולבן למנה ומאתים ובאמת החילוק מבואר דהתם גבי מנה ומאתים באותו מנה שאנו מוציאין אין כאן שום הכחשה שניהם שווין כמו שפירש"י שם וכ"ש לפי מה שהעליתי בס"ק לפני זה דכת אחת המכחישין זה את זה כשרין לשאר עדות א"כ אותו המנה הנוסף הוא ענין אחר ואפי' מכחישו בהכי כיון דלא מכחישו במנה הראשון מצטרפין דכשרין הן ואפשר דבהא גופא פליגי נהרדעי דהם ס"ל דפסולין לשאר עדות ומזה דייקי דאפי' מכחישו מצטרפין] משא"כ במנה שחור ולבן שהם מכחישין עצמן

באותו מנה שאנו רוצין להוציא שפיר אין מצטרפין וכ"ש אם הוא אינו תובע רק אחת א"כ על המנה הנשאר אין ע"ז תורת עדות כלל ואפי' אי נימא דמפסלי לשאר עדות היינו בעדות המועלת משא"כ כשכבר הודה בעל דין שאין לו רק מנה אין על מנה הנוסף תורת עדות ואפי' מי ששיקר לא נפסל ולפי זה ממילא אין ראיה מהך ברייתא כלל. וכן ממה שפסק ר"י כהך ברייתא דרבא נמי מודה בזה וא"כ עדיין יש מקום לומר דהלכה כרבא ומר' אמי אין ראיה כיון דמברייתא אין ראיה לעולם הלכה כבתראי ורבא הוא בתרא לגבי ר' אמי ומהאי טעמא באמת פסק הטור כרבא הילכך במכחישין זה את זה לא מהני אפילו תובע רק אחת אמנם באינן מכחישין בזה גם רבא מודה דהא קיימא לן כריב"ק דהלואה אחר הלואה מצטרפין רק לפי שדעת הטור כהרמ"ה דגם בהך דריב"ק בעינן שיתבע שניהם דאל"כ בעל דין גופא מכחיש לכך הזכיר הטור שיתבע שניהם אבזהו הכל לרבא אבל לנהרדעי מודה דאפילו מכחישין ותובע אחת מצטרפין הילכך גבי מנה ומאתים לא הזכיר שיתבע שניהם משום הך ברייתא דרשב"א ור"י גופא סובר כן בב"ב וגם רבא מודה כנ"ל בכוונת הטור אבל מ"מ לדינא כיון דרוב הפוסקים פסקו כרבא ממילא אפי' מכחישין ותובע אחת מצטרפין ודו"ק היטב (ז) ראובן תבע משמעון אלף ות"ק זהו' וכו' עד ישלם ת"ש וישבע שבועת התורה על השאר וכו'. דין זה צריך בירור היטב כי לכאורה יש לתמוה הרבה חדא מה שנראה מדברי הטור כמו שכתב הסמ"ע דהעד שכבר נצטרף אינו יכול לחייבו שבועה אף במאה הנשאר שלא נצטרף כיון שנצטרף בשאר והוא תמוה דהא הוא יכול להצטרף לממון שהרי אנו מצטרפין מאה הנשאר מבעל הת"ק א"כ הא כללא הוא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה והכא נמי אם היה לו צירוף לממון היה מחייב ממון ולמה לא יחייב שבועה (ובתומים רוצה לומר משום דאם ישבע זה ע"כ שנאמר שנשבע אמת א"כ האיך אנו מצטרפין אותו להוציא ממון כיון שהעיד שקר והקשה על זה למ"ד שיכול העד לפוסלו אח"כ בצירוף בעל דבר ובאמת הא לא קשיא ולא מידי דהתם בשעה שנשבע הבעל דבר אינו עד כלל ואפשר שאח"כ שיצטרך להעיד בתורת עדות לפוסלו לא ירצה באמת להעיד שקר ואם בא והעיד הרי זה כעדות מחדש משא"כ כאן שהוא סתירה מיד להוציא ממון ולישבע. אך באמת בלא"ה אין זה נכון כמו שיתבאר בסמוך גם לא יתיישבו שאר הקושיות ועוד קשה הא בתשובת הרא"ש שהביא המחבר סעיף ה' מבואר דבכהאי גוונא חייב לישבע מדרח"ק ועש"ך שהאריך בזה ובתומים פי' דמירי שטוען שמא ואינו נכון דהא קתני מגלגל עליו השאר ואין מגלגלין בשמא רק בדבר הדומה כמו שכתב

הטור סימן צ"ד גם הלשון ראובן שתבע מורה שטען ברי באופן שכל דברי הטור ומחבר תמוהין לכאורה גם קשה קושית הב"ח וגי"ת ע"ש:

ומה שנראה ברור ביישוב דברי הטור ולק"מ מכל הנ"ל הוא כך דוודאי יש להבין בגוף הדין דהלואה אחר הלואה מצטרפין דכיון שאין אנו מוציאין רק מנה אחת ע"כ שאין אנו סומכין רק על אחד א"כ קשה האיך מוציאין ממון על פי אחד דליכא למימר שאנו אומרים כיון שיש כאן שנים בוודאי שניהם אומרים אמת א"כ ישלם שניהם כיון שהוא תובע שניהם וע"כ שאנו חוששין שאחד משקר א"כ גם השני יש לחוש דמשקר והאיך מוציאין ממון על פי אחד. גם יש להבין מ"ש דבד"נ פסול עדות מיוחדת ובדיני ממונות כשר לכן נראה דוודאי עד אחד יש לחוש דמשקר לכך לא האמינה תורה אותו להוציא ממון רק לשבועה אמנם אם שנים מעידין אם אחד מעיד על חבירו ג"כ בידוע ששניהם אומרים אמת דאי אחד שקר הרי חבירו משקר ג"כ וזה אי אפשר ששנים משקרין אבל בהלואה אחר הלואה אז פשיטא דאחד יש לומר דמשקר אבל שנים פשיטא שאי אפשר שישקרו (כיון שמעידין בחייוב איש אחד שחייב לזה] אם כן מחייבין אותו מנה במה נפשך אם זה אומר אמת חייב לשלם על פיו ואם זה שקר ע"כ חבירו אומר אמת ושוב אין בחבירו חשש שקר וקם לממון ג"כ כיון דידוע שאינו משקר ואם זה משקר ע"כ חבירו אומר אמת עכ"פ בהלואה אחר הלואה הממון אינו יוצא רק על פי אחד ומכח הוכחה דאינו משקר כיון דחבירו משקר וזהו החילוק בין ד"נ לד"מ דבד"נ אפילו ידוע בבירור שהרג כגון שא' מסנהדרין בעצמו ראה כההיא מעשה דשמעון בן שטח מ"מ גזירת הכתוב הוא שלא יגמר דינו רק על פי שנים עדים א"כ בעדות מיוחדת הרי על אחד יש חשש דמשקר והשני אף שידוע שאינו משקר אין דנין על פי אחד בד"נ אף שידוע שאומר אמת הילכך בעינן שיראו שניהם כאחד ואז ע"כ שניהם אומרים אמת דאל"כ שניהם שקר וזה אי אפשר. ומעתה לפי זה הדבר ברור באם אחד אומר מנה ואחד מאתים א"כ כל עיקר מה שאנו מחייבין אותו מנה היינו לפי' שבעל דין מודה דבעל המאתים משקר ולזה אנו דנין דבעל המנה בהכרח אומר אמת שאי אפשר שגם הוא ישקר א"כ פשיטא שאי אפשר לחייבו שבועה על פי בעל המאתים שאם אתה תופסו בגדר אפשרי אף השני בגדר זה ולא בוודאי והאיך מוציאין ממון ישבע להכחיש זה ג"כ וכיון שאנו תופסין זה בוודאי אמת ע"כ משום דבעל דין מודה שזה בוודאי משקר או במה נפשך אם אומר אמת ושלם מאתים וע"כ שקר א"כ חבירו אמת ולפי זה אין מקום לשבועה כיון דמשלם ממון משום דוודאי משקר ודו"ק היטב ולפי זה דוקא לחייבו שבועה להכחיש העד על זה אמרינן דלא כיון דמשקר אבל לחייבו שבועה מכח דר"ת קמייתא פשיטא

דחייב דזהו מתחייב על פי אותו עד שמחייב ממון שאנו תופסין אותו כמו שנים כיון דוודאי אינו משקר א"כ על ידו מתחייב שבועה על השאר כמו על פי שנים. אמנם זהו דוקא בכת אחת דליכא למימר מ"מ האיך ישבע על השאר דהא כשנשבע אתה אומר שאמת נשבע וא"כ העד המעיד ביותר שקר ואין כאן צירוף הא ליתא ואדרבא אנו תופסין כך שזה שקר ומכח זה אנו דנין דחבירו אמת בוודאי ולא איכפת לן במה שישבע על השאר מכח דר"ח קמייתא והעד ממילא הוא מוכחש אבל להכחיש העד השני שאנו תופסין לשקר זה אי אפשר ואינו צריך אבל ביש כאן ה' עדים א"כ שישבע להכחיש העד זה אי אפשר מטעם הנ"ל שזה שאתה תופסו לאינו אמת בוודאי אי אפשר להוציא ממון על פיו וע"כ שאתה מוציא ממון על פי השני ומכח הוכחה כיון שזה שקר זה אמת א"כ אין כאן שבועה להכחיש עד שקר ואם אתה תופסו בגדר האפשרי א"כ גם חבירו אינו בוודאי והאיך אתה מוציא ממון על פי חבירו וע"כ שזה שקר בוודאי ואין כאן שבועה ולפי זה יפה כתב הטור דדוקא להכחיש בעל המאה יש כאן שבועה אבל לא להכחיש אותו שכבר נצטרף לממון אמנם בכאן אפילו שבועה מדר"ח קמייתא אי אפשר להשביעו דבשלמא בכת אחת כעובדא דהרא"ש שפיר יש לומר כהנ"ל דמה בכך דחבירו שקר כך אנו דנין באמת ומוציאין ממון על פי השני משא"כ כאן שמדברי כולם חייב אלף ות"ק והוא נשבע על ח' מאות א"כ הרי נשבע להכחיש שני עדים כי לפי דבריו אי אפשר שלא יהיה שנים משקרין ואין מוסרין שבועה להכחיש שני עדים דפשיטא דשנים אינן משקרין וזו היתה כוונת הב"ח שהביא הש"ך לחלק בין כת אחת לשנים והרב הש"ך לא הבין יפה כוונתו לכך הקשה מה שהקשה דדל מהכא שאר העדות ולפי הנ"ל דבריו נכונים ולפי זה מיושבין הקושיות הנ"ל וגם קושיות הרב בעל גי"ת יש ליישב לפי הנ"ל ודו"ק היטב. עכ"פ ברור דחייוב שבועה להכחיש העד לעולם אין כאן בצירוף אבל מדרח"ק בכת אחת יש ולא בשני כתות כנ"ל ברור:

ח דנין הדבר כמכחישין להקל והמע"ה. הט"ז תמה דהא כבר כתב המחבר לעיל סימן כ"ט והרב סי' זה סוף סעיף ב' להיפך דכל מקום שיוכל ליישב דברי העדים שלא יהי' מוכחשין מיישבין אותם וזהו היפך דברי המחבר כאן ומתוך זה כתב לחלק דהיכי דהעדים מוכחשין בחקירות דנפסלים יש לדון שאינן מכחישין משא"כ כשמכחישין בבדיקות ובזה תמה על הסמ"ע שכתב לעיל ס"ק ח' ביין ושמן דאפי' בסתם דנין כמכחישין דהתם דהוי חקירות אין דנין כמכחישין ובתומים ס"ק י' האריך להקשות ואין צורך להאריך ולדחות דבריו כי כבר כתבתי לעיל סי' כ"ט דאפי' במקום דצריך דו"ח דיכולין לחזור לאחר כדי דיבור קודם דו"ח מ"מ היינו דוקא לחזור מהעדות שבאו להעיד

אבל לחזור מביטול העדות פשיטא דאין יכולין כיון שנתבטל העדות כבר נגמר ואין צורך עוד דו"ח ע"ש ובזה בטלו כל דבריו שם ורוב דבריו כאן ודו"ק. אמנם בגוף דברי הט"ז מלבד מה דבלא"ה לק"מ על הסמ"ע לפי מה שבארתי לעיל ס"ק ה' לדעת הרמב"ם ומחבר דכת אחת המכחשת זה לזה אינן נפסלין אפי' להעיד ביחד לשאר עדות כיון שלא נפסל על פי שנים א"כ ממילא באחד אומר יין ואחד אומר שמן דנין כמכחישין דהא אינן נפסלין כלל ואפי' בספק משא"כ שני כתות וזה ברור ולפי זה יש לומר דהר"ן באמת לשיטתו אזיל כמו שכתב הש"ך בשמו לקמן ריש סי' ל"א דפוסל כת אמת ג"כ לכך כתב דגם כת אחת מתרצין אבל הסמ"ע קאי בשיטת הרמב"ם לכך כתב דדנין כמכחישין. אך באמת בלא"ה אין כאן מקום לקושית הט"ז גם לכל מה שהאריך התומים בזה כי החילוק בזה הוא דוודאי כל מה שאנו נוכל ליישב דברי העדים שלא יהיה כסותרין עצמן או זה את זה אנו דנין דהם מעידין בשוה אך זהו אם לא נידון כמכחישין יהא עדות שניהם עדות אחת בשוה אז יותר טוב לדון שמעידין עדות אחת משנאמר דהם מוכחשין אבל אם יש לפנינו שני דרכים האחד שהם מוכחשין והשני שאומרים עדות אחרת מחדש בזה פשיטא דבסתם אי אפשר להוציא ממון בזה שנאמר דהם מעידין עדות מחדש כל שלא נתברר אותו עדות בוודאי וזהו ביין ושמן שאם אין אתה דן כמוכחשין נצטרך להמציא עדות מחדש שהלוהו שמן בזמן אחר מה שלא נזכר בדברי העדים ומתוך זה נוציא ממון פשיטא דאין מוציאין ממון בספק משא"כ כל היכי שאנו יכולין להשוות העדים בעדות אחת שלא יהיו מוכחשין אנו עושין וסרו כל הקושיות בזה ודו"ק היטב:

ט ומשלם ק"ק. עסמ"ע ס"ק י"ט דבכאן אי אפשר לומר שכיון שנצטרף לממון לא יחייב שבועה דהכא אין כאן מיוחדת וכו'. אבל לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק ז' אין צורך לזה דדוקא שבועה להכחיש העד לא שייך על ידי צירוף כיון שאנו דנין על הממון שכיון שזה שקר ע"כ חבירו אמת א"כ אין כאן חיוב שבועה להכחיש העד המשקר שאם אתה אומר אמת א"כ גם השני שאנו מוציאין הממון על ידו ג"כ בספק הזה דמ"ש זה מזה וישבע להכחיש השני ג"כ וע"כ משום שאנו אומרים זה אמת וזה שקר א"כ אין מקום לשבועה אבל שישבע מדר"ח קמייתא זה יכול לישבע דמה בכך שיתברר שהעד המעיד על הק"ק שקר מחמת השבועה הא זה אנו דנין שזה שקר וחבירו בוודאי אחת שאי אפשר שישקרו שניהם והשבועה באה מכח אותו עד האומר אמת דחשיב כאילו שנים היו מעידין כן וישבע על השאר וזה שדיקדק הרא"ש מדר"ת קמייתא אבל לא שבועת ע"א והיינו כמו שכתבתי אבל בדין הנזכר לעיל אף שבועה מדר"ח קמייתא אין כאן רק להכחיש בעל המאה שלא נצטרף אבל מ"מ עדיין אני חוכך בעיקר הדין בעדים הרבה כיון דעיקר

טעמא דריב"ק משום דבמה נפשך אחד אומר אמת דאי אפשר ששנים משקרין א"כ היה בדין דה"ה בה' עדים שנאמר דאחד משקר וממילא ע"כ כל הארבעה אומרים אמת דמ"ש כמו דשנים אינן משקרין כ"ש ה' ויהא הדין דישלם אלף דהוא הפחות נגד בעל הת"ק ואז ישבע מדר"ח קמייתא על הת"ק הנשארים וצ"ע בזה:

י והשני אומר אחר זמן הלוהו הוא לשון הרמב"ם פ"ד מהלכות עדות ודייק בכ"מ שם דכוונתו שהוא השני שהעיד אחר הראשון אבל ההלואה היתה קודם דאילו היתה הלואה אחר הודאה לא מהני דתרווייהו לאו בחד מנה קא מסהדי ע"כ. והדברים אלו מרפסין איגרי דהא קיימא לן כנהרדעי דאפי' הלואה אחר הלואה מצטרפין דפשיטא דלאו בחד מנה מסהדי. ומה שנראה ביישוב דברי הרמב"ם והוא דהטור בשם הרמ"ה כתב דלא מהני רק שיתבע שניהם כמו שכתב המחבר ס"ז אבל הרמב"ם וכן הבעה"ת לא הזכירו דין זה של הרמ"ה וברור דאי הוי סבירי להו כן לא הוי שתקי מלכותבו. לכן נראה דהרמב"ם באמת מיירי אפי' תבע אחת ואהא קשיא ליה תינח בהלואה אחר הלואה משא"כ בהלואה אחר הודאה והמלוה לא תבע רק הלואה א"כ אין כאן צירוף שני עדים כלל דאנן אמרינן אמת אומר העד שהודה לפניו אבל באמת לא היה חייב לו שהרי המלוה אומר שהודה בדבר שאינו חייב דלא מהני כדלקמן סי' מ' ע"ש ואין כאן רק ע"א על הלואה ואפי' היו שני עדים מעידין על הודאה זו לא היה ראיה שלוה רק שהודה ומטעם זה פי' הרמב"ם דהפי' הלואה אמר הודאה לא שהיתה מוקדמת בזמן רק בשעת העדות והמדקדק בדברי הרמב"ם יראה דבכלהו נקט האחד ובבבא זו נקט הראשון והיינו דמקודם לא היה הפי' שהיה הראשון באמירה רק המעשה היה הראשון ועכשיו הוא בהיפך שכוונתו שהיה הראשון באמירה שהעיד קודם אך מ"מ עדיין צ"ע בטעם הדבר ויתבאר בסמוך בס"ק שאחר זה אבל מ"מ על המחבר קשה שהזכיר לשון זה כיון דפוסק כהרמ"ה וכנהרדעי וצ"ע:

יא כשתבע ממנו ב' מנין עיין סמ"ע דה"ה בהלואה אחר הודאה אין צריך שיתבע ממני ב' מנין דיש לומר אמאי דרצה להלות לו הודה לו ולא נזדמן שילוה עד זמן השני וכתב שכן משמע מהרא"ש וכוונתו מדלא הזכיר רק הלואה אחר הלואה. ובאמת אין ראיה דלפי דבריהם ג"כ עכ"פ היה לו להזכיר דבזה בעינן שיתבע התובע הלואה שניה דאי בתובע הלואה ראשונה קודם הודאה הרי הוא מכחיש לעד השני אלא וודאי דסמכו על מה שכתבו גבי הלואה אחר הלואה דבעינן שיהא באופן שלא יהא הכחשה גם עיקר דבריהם תמוה מאוד שאם אתה אומר כן איך יצטרף זה העד לחייבו מנה הא יש לומר באמת העיד שאז רצה ללוות ולכך הודה אבל מי יימר שלוה אח"כ ואין כאן רק אחד

על הלואה וכיון שאנו מחייבין מנה ע"כ משום דלכל אחד נתחייב בזה בבירור א"כ הוי ממילא שני הלואות ואי נימא שזה שהודה אף שהיה כוונתו על הלואה שילוה מ"מ נתחייב בה בהודאה זו בדבר שאינו חייב א"כ לעולם אין כאן הכחשה כלל שלאחד נתחייב בדבר שאינו חייב וע"כ דלא מהני כיון שאין המלוה תובע ואין כאן רק ע"א על הלואה אחת ובע"כ דלא חיישינן שהודה בלי חייוב וכיון שהודה בוודאי לוה והדר הוי הכחשה ובתומים הביא ראיה לדינ' מהא דפריך בש"ס לרב מ"ש הודאה אחר הודאה קאי דקא מסהיד האי וכו' וקשה מאי קושיא דילמא רב לא בעי כלל שיעיד זה על מה שמעיד זה רק מיירי בתובע תובע אחת והוי הכחשה לכך לא מהני משא"כ בהודאה אחר הודאה דלא הוי הכחשה ובע"כ משום דהלואה אחר הודאה קשיא ליה דהא נמי לא הוי הכחשה ורב פוסל ע"כ ואין דבריו נכונים כלל ולא עיין שם כראוי כי שם אמרינן משמיה דרב הלכה כריב"ק בקרקעות ולא במטלטלין ופי' דקרקעות הם מעידין על קרקע אחת משא"כ מטלטלין וקאמר עלה דרב לטעמיה דקאמר הודאה אחר הודאה מצטרפין הלואה אחר הלואה אין מצטרפין ועלה פריך מ"ש דהא פשיטא דטעמא דרב משום דאמנה דקא מסהיד האי לא מסהיד האי וזה היה כוונת הש"ס דרב לטעמיה ואהא פריך מ"ש וזה ברור. לכן נראה ברור דהא ליתא ופשיטא דלשיטת הרמ"ה בהא נמי בעינן שיתבענו ב' מנין והיינו כמו דפריך לרב דמספיקא דנין. שכל אחד אומר על מנה אחרת א"כ הכא נמי אם התובע תובע אחת יש לומר מספיקא שהם מעידין כל אחד על מנה אחרת כדי שיהא הכחשה. והנה מלבד דגוף דברי הרמב"ן שפי' הקושיא משום דמספיקא דנין כן הוא תמוה מאוד דהמעיין ברש"י שם יראה שהרגיש בזה ופי' דהקושיא הוא דלרב גזירת הכתוב הוא דבעינן שיראו שניהם כאחד ודרשינן לה והוא עד שיהיה תרווייהו בחד והיינו שכל אחד יודע שחבירו מעיד על אותו שהוא מעיד ובלא"ה לא מהני דרב' פוסק במטלטלין כרבנן. אבל פשיטא דלדידן דמהני אפי' בזה אחר זה לא דנין שמכחישין ומעידין כל אחד על הלואה אחרת ואדרבא כיון שזה תובע אחת מהיכי תיתי נאמר שהם מעידין על שנים גם גוף הדבר לא אוכל להבין כלל האיך שייך לומר שאנו דנין כל אחד על הלואה אחרת הא אפילו שנים מעידין על כל הודאה לא היה יכול לגבות רק מנה אחת אלמא דתרווייהו בחדא חשיבי והאיך נאמר באחד שהם שנים. ועוד שאם באמת הודה לפני זה ולפני זה אפי' אם היה מודה לכל אחד הלואה אחרת פשיטא שהיה מחוייב לשלם עכ"פ מנה אחת שתובע ומה בכך שאחד מוכחש מבעל דין כיון שכך האמת שהודה ובהודאתו נתחייב לשלם וע"כ שנאמר שלא הודה כלל והאיך נאמר כל אחד על הלואה אחרת מעיד הלא אינם מעידין רק שהודה ואם לא הודה מה נאמר

שלכל אחד לא הודה על הלואה אחרת זה לא שייך כלל ואליבא דרב יש לומר דבאמת הודה לכל אחד הלואה אחרת וגזירת הכתוב הוא דלא מהני בראיית שניהם אפי' ידוע שאומרים אמת משא"כ לדידן לא שייך זה כלל. וכן נראה עיקר דבהודאה אחר הודאה לכ"ע לא בעינן שיתבענו שניהם. אמנם בעיקר דינו של הרמ"ה יש לי מקום ספק אף שכל הפוסקים נגררו אחריו דהא כבר בארנו בס"ק לפני זה דהרמב"ם ובעה"ת לא סבירי להו כן מדסתמו ולא חילקו כלל ומה שפירש הלח"מ מה שכתב הרמב"ם אחר זמן היינו להורות אף שבא אח"כ. ולא ידענא מאי קאמר דהרמב"ם הזכיר דין זה אח"כ גם למה נקט זה רק כאן ולא מעיקרא גם למה נקט ראשון ודבר ברור הוא דכוונתו דלא כהרמ"ה לכך פי' כאן דהלואה היתה קודמת לא מטעמו של הרמ"ה דמכחיש לעדים רק דהעדאת העד אפי' אומר אמת אינו עד דמה בכך דהודה מ"מ לא נתחייב כמו שכתב הכ"מ דיש לומר דמחמת שהיה רוצה ללוות הודה כיון שגם בעל דין מודה לו דעד השתא מיירי בתבע אחת ועל זה הוצרך כאן לומר דהלואה היתה קודם רק עד הודאה היה ראשון להעיד ועל זה כתב כאן ראשון אך מ"מ צריך ליישב באמת קושית הרמ"ה דכיון דמלוה מכחיש לעד אחד הוי כמאן דליתא ואין כאן רק אחד. אבל באמת נלפע"ד דלק"מ דוודאי מה שמלוה אינו תובע רק אחת לא מיקרי הכחשה כלל דבאמת הלוה שניהם רק הוא אינו רוצה לתובעו רק אחת ומנה אחת מחל לו וליכא למימר כיון דמנה אחת מחל לו אין כאן רק אחד על מנה הא ליתא דניחזי אם היה תובעו ב' מנים היה בדין שיקח מנה אחת ומנה השנית לא היה יכול לגבות כיון שאין לו עדים. אמנם בוודאי היה לו באמת עליו חייוב א"כ אנן אמרינן שעל דרך זה מחל לו אותו חייוב ואינו רוצה באמת רק המנה היוצא לו על פי העדים ומנה השני מוחל לו א"כ פשיטא שלא מחל הזכות שיש לו בשני העדים בגביית מנה שהוא תובע שלא מחל ואותו המנה שאינו יכול לגבות על פי העדים מחל לו שלא יהא עליו שום חייוב. אמנם זהו בהודאה אחר הודאה והלואה אחר הלואה אבל בהלואה לאחר הודאה כיון שהוא אינו תובע ההודאה לאו כלום ואפי' הודה יותר יש לנו לומר דבאמת לא לוה והודה לפי שהיה רוצה ללוות משנאמר דלוה ומחל כיון שהוא אינו תובע ההודאה ואין כאן רק עד אחד ואין להוציא ממון מספק וכ"ש כאן דאין דנין כמכחישין כלל ואמרינן דאמת אומר רק דהודה ולא לוה לזה כתב הרמב"ם דהלואה היה קודם. ובאחת לאו דוקא דה"ה בתובע שניהם אמרינן הכי דאז ליכא למיחש למידי רק בשביל דמיירי עד השתא בתובע אחת נקיט נמי בתובע אחת רק שהיתה הלואה קודם נמצא שדברי הרמ"ה הללו במחלוקת שנויה וצ"ע לדינא. גם מהא דקאמר הלכה בקרקעות ופירש"י ששניהם מעידין על קרקע אחת מבואר דלא כהרמ"ה דהא וודאי לא

מכר רק פעם אחת וכל אחד מעיד על זמן אחר דליכא למימר שכל אחד אומר בפניו הודה שמכר גם במטלטלין כן הדין וע"כ שכל אחד מעיד שמכר או נתן בזמנים מתחלפין א"כ קשה מה בכך דהם על דבר אחד הא מכחישין עצמן ובעל דין דוודאי אומר דלא לקח רק פעם אחת כדברי האחד והשני מוכחש אלא וודאי דהא לא איכפת לן לכן דין זה צ"ע ועיין בסמוך: (יב) אחד שהלוה לו באחד בשבת. עיין סמ"ע ס"ק י"ב בהגה' והש"ך ס"ק י"ג השיג על פירושו ובאמת גם כוונת הסמ"ע כן דהא מיירי בדבר שיוכל להתברר ועל זה אמר אף שהשני אומר שיברר מ"מ כל שאינו מברר הראשון נאמן כיון שהראשון רוצה לברר מיד ודייק כן דאם אינו רוצה לברר כלל פשיטא דשקורי קא משקר וע"כ שאו' שיברר לאח"ז וע"ז אמרי' כל שאינו מברר הראשון נאמן לפי שהוא רוצה לברר מיד ואינו יכול מחמת השני כההוא עובדא דגמרא קדושין דף ס"ו כנ"ל והנה הש"ך השיג על גוף דין זה דדוקא באיסורין אמרינן כן דכל כמה שאין עד מכחישו נאמן כשנים הילכך כיון שאין השני רוצה לברר הראשון נאמן להחמיר אבל בממון דאינו נאמן רק כע"א אף שיכול להתברר מ"מ לא עדיף נאמנותו שנסמוך עליו להוציא ובתומי' תמה דהא מ"מ לשבוע' נאמן כשנים לממון וכמו ע"א באיסורין וא"כ נ"מ לענין שבועה]. ואין דבריו נכונים דפשיטא דלא משכחת שבועה כהאי גוונא במקום שיכול להתברר שאין מוסרין שבועה לבטלה כמבואר בטור ומחבר סי' ע"ה וע"ב ולענין ממון דברי הש"ך נכונים גם בלא"ה לענין מה שכתב בקנין עבד במומין הא אין נשבעין על העבדים ומה שהקשה בתומים בגוף הדין דהא רבא פליג עלי' דאביי התם וקיימא לן כרבא לבר מיע"ל קג"ם לק"מ דהמעיין התם יראה דטעמא דרבא כיון דמשוה ר"ע בעל מום למקוה שחסר א"כ מיירי שאינו יכול להתברר כמו מקוה דאל"כ האיך מדמה זה לזה שאני בעל מום שיוכל להתברר משא"כ מקוה נהי דחסרונו מבורר מ"מ אינו מבורר אם נחסר עכשיו או קודם. ובאמת רש"י פי' התם במילתא דאביי וכן מקוה חסרונה מבורר וזה לא סבירא ליה לרבא דהא לא נתברר אם נחסר עכשיו או קודם ושפיר מייתי ראיה אבל בגוף הדין דשלח ואחוי פשיטא דמודה וזה ברור:

יג משתבע לי'. כתב הרא"ש אף דלכאורה אין כאן שבועה כיון דלדברי המלוה חד מינייהו מסהיד שיקרא הוי עדות מוכחשת וחשבינן תרווייהו פסולין לאותה עדות ומיהי כי דייקיית בי' שפיר וכו' כמו שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ה. ולכאורה יש לדקדק דמשמע אם היו מכחישין זה את זה אף שבועה אין כאן ובאמת לא דמי לעדים המכחישין זה את זה זה אומר לוה וזה אומר לא לוה דוודאי אין כאן שבועה משא"כ הכא אפילו מכחישין מ"מ כיון שכל אחד מעיד על הלואה אחרת א"כ זה שאתה תופסו לשקר הרי

הוא פסול להכחיש חבירו ובמה נפשך יש כאן אחד שמעיד שלוה בלי הכחשה כלל שחבירו המכחישו פסול ומזה נראה מבואר דסובר הרא"ש דכת אחת המכחשת זה לזה אפי' שניהם אינן פסולין לשאר עדות כמו שכתבתי לעיל כיון שלא נפסל על פי שנים א"כ הכא ממילא כל אחד מוכחש מחבירו ואף אותו שהעיד בשקר כשר להכחיש חבירו כיון שלא נתברר פיסולו על פי שנים ואין כאן עדות כלל לכך צריך דוקא שלא יכחישו זה לזה:

יד החזיק בקרקע. עסמ"ע ס"ק כ"ו בשם רבינו ירוחם באחד אומר בפני ובפני עד שמת נתן בניסן ואחד אומר בפני ובפני אחד שמת נתן בתשרי דהוי כשני מתנות על ענין אחד דבטל שני לראשון כדלקמן סי' ר"מ והטעם כתב בד"מ דהוי כעין מה שכתב הרמ"ה דהיכי דכל אחד מוכחש מחבירו אין מצטרפין וכאן כיון דביטל שני לראשון הוי הכחשה. והנה הרב ב"י העתיק דברי רבינו ירוחם הללו וכתב עליו וז"ל ודבריו תמוהין הם עכ"ל ולא נתברר כוונתו למה דבריו תמוהין וכבר תמה עליו הד"מ ולפעד"נ עיקר כדברי הב"י והוא דגרסינן פרק נערה שנתפתתה שני שטרות היוצאין ביום אחד ביטל שני לראשון וקאמר מאי טעמא ופליגי בה רפרם ור"א רפרם אמר דטעמא דאודויי' אודי ליה ר"א אמר דאחילי אחלי ליה לשיעבודי' מאי בינייהו איכא בינייהו לאורע' סהדי ולפירי וכו' ופירש"י לאורע' סהדי לפסול העדים שקרים שחתמו על שטר מזוייף והתוס' שם הקשו עליו דאי אפשר לפסול עדים בזה יע"ש מה שפירשו ומעתה ניחזי לא מבעי לפי' התוס' דאין העדים שקרים ולגבייהו פשיטא דאמרינן אחולי אחלי אפילו לרפרם א"כ הכא נהי דביטל שני לראשון היינו לענין שאין נקנה לו עד זמן שני אבל פשיטא שאין העדים מוכחשין דתרווייהו אומרים אמת דאחולי אחלי א"כ הכא פשיטא דבכהאי גוונא מצטרפין במה נפשך עכ"פ פעם אחת מכר או נתן דתרווייהו אי אפשר דמשקרי א"כ זוכה בו עכ"פ מזמן שני לכל הפחות דהא אין מכחיש לחבירו וליכא למימר הא לפי דברי השני מתנתו של הראשון בטילה מ"מ אין זה מכח הכחשה רק גם הראשון מודה לזה שאם מכר או נתן אח"כ בטילה ראשונה ואפילו לפירש"י שפירש שהעדים נפסלין מ"מ לר"א בוודאי אינן נפסלין רק לרפרם א"כ אף דקיימא לן כרפרם מ"מ הא כתב ה"ה להדיא פ"ה מהלכות זכיה ומתנה ושאר פוסקים דהטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת אבל העדים פשיטא שאין נפסלין ומהאי טעמא לא זכרו הרמב"ם והפוסקים לאורע' סהדי א"כ כיון דלענין העדים תלינן לכ"ע ששניהם אמת א"כ אין כאן הכחשה ומצטרפין כנ"ל ברור וראיה לזה דאל"כ תקשי הא בש"ס אמרינן הלכה כריב"ק בקרקעות ופירש"י דתרווייהו בחד מנה קא מסהדי דהקרקע מוטל לפנינו והם מעידין עלי' והשתא תקשי

היכי דמי אם שניהם מעידין על יום אחד הרי הוא עדות גמורה וע"כ שאחד מעיד על יום זה וא' על יום אחר ומצטרפין וה"ז מבואר דלא כרבינו ירוחם וליכא למימר דהפי' הוא דמעידין שזה מעיד שאכל שלש שנים וזה מעיד שאכל שלש שנים אחרות דהא הך עדות חזקה היא והתם חשיב עדות קרקע ועדות חזקה ש"מ דעדות קרקע היינו כהנ"ל ודוחק לומר דהתם חד במכר וחד במתנה [ונראה דבכהאי גוונא וודאי אין מצטרפין וכ"ש לס"ד התם]:

טו והשני אומר בתשרי. עסמ"ע דהכא נמי בעינן שיטעון שפרע שני מנים אבל אם מודה שלא פרע רק אחת מכחיש העדים ע"כ. ועיין תומים דמ"מ נאמן במיגו דפרע שנים. וצ"ע אי מהני מיגו כזו לפי מה שכתב הנ"י ריש שנים אוחזין דלכך לא מהימן חציה שלי במיגו דכולה שלי דאדם רוצה לטעון טענה שיהא נאמן בה בכולה משיטעון יותר ולא יהא נאמן רק במחצה א"כ הכא נמי כיון שאם יטעון מאתים לא יהא נאמן רק במנה נוח לו לטעון מנה וא"כ ליכא מיגו ובפרט הכא דהוא במקום שטר ומודה במקצת מיגו דכופר הכל דלדעת ר"י לקמן סימן פ"ט אינו נאמן אף שאפשר דשאני הכא דעדים מסייעין אותו מ"מ חזקה מכחישו טפי כשפר' כולו ועכ"פ לדינא צ"ע לדעת הנ"י (טז) ואם נעשה. עסמ"ע והש"ך כתב דהב"ח השיג עליו וליתא בב"ח השגה על זה רק על מה שכתב ס"ק כ"ט דהכא בהודאה ואח"כ פרעון לא דמי להודאה ואח"כ הלואה. ובאמת לפי מה שכתבתי לעיל והשגתי על הסמ"ע דגם לעיל בעינן שיתבע שניהם בהודאה קודם הלואה להרמב"ם וטור א"כ כ"ש הכא ודלא כב"ח אך לפי מה שכתבתי שם לדעת הרמב"ם דלא בעינן לעולם שיתבענו שניהם משום דיש לומר דמחל ומ"מ הזכות מהעדים על מנה לא מחל א"כ ה"ה הכא:

יז יבא ב"ד אצל ב"ד. עסמ"ע דמקצת מב"ד זה ומקצת מזה לא מהני ונתן שני טעמים חדא שלא העיד רק אחד מהעדים בכל ב"ד גם הוי עד מפי עד וכוונתו דטעם הראשון הוא שאין כאן ב"ד שלם שכל אחד יודע מעדות שני העדים גם כיון שאין כאן ב"ד שלם הוי עד מפי עד. והנה לטעם הראשון היה נראה דמקצת מב"ד זה שיעידו לפני ב"ד השני מצטרפין דהא עכשיו ב"ד השני יודעין מקבלת שני העדים האחד שקיבלו הם והשני מה שב' מב"ד השני מעידין שקיבלו הם. אמנם לטעם השני דהוי עד מפי עד לא מהני שכל שאין ג' מעידין אף שהם בעצמן קיבלו העדות עדים מיקרי ולא דיינין וכמו כן שנים מב"ד זה ושנים מב"ד זה יעידו לפני ב"ד לא מהני דהוי עד מפי עד אף שעכשיו ב"ד השלישי יודעין מקבלת שני העדים לא מהני. אמנם מדברי מרדכי ישן שהביא הב"י משמע דבהכי מהני שכתב בשני עדים שמעידין לפני ב"ד ששמעו אחד שהעיד לפני ב"ד

זה ואחד לפני ב"ד אחר לא מהני דהוי עד מפי עד משמע דאילו שנים מן הב"ד בעצמן היו מעידין על הקבלה הוי מהני דאל"כ הוי ליה למימר רבותא טפי דאפילו הב"ד בעצמן אינן יכולין להעיד על קבלתן רק כל הג' ובזה מיושב ג"כ מה שיש לתמוה על הד"מ שכתב על המרדכי הזה וז"ל ובהג"ה שם כתב דאף בתי דינין אינן מצטרפין אלא כשהעידו ב' עדים בכל ב"ד אבל אם העיד אחד בב"ד זה וא' בב"ד זה אין אחד מב"ד זה ואחד מב"ד זה מצטרפין וכן נראה מדברי הנ"י דסבירא ליה הכי ומדברי הר"ר אברהם דלעיל לא משמע כן עכ"ל וכוונתו לזה המרדכי ישן שהוא בשם הר"ר אברהם ויש לתמוה עליו האיך לא משמע כן אדרבא בהא פשיטא ליה להמרדכי ישן דלא מהני דהא אין כאן שנים על כל עד שנתקבל עדותו משא"כ בדינו של הר"ר אברהם יש כאן שני עדים על כל עד שנתקבל עדותו ואפ"ה לא מהני דהוי עד מפי עד וביותר יש לתמוה דהאיך יעלה על הדעת שיש מי שאומר דבכהאי גוונא מהני דהא כל עד מעיד שבפניו תקבל אחד ואפילו לריב"ק אינו בדין רק שנחשוב כאילו אחד נתקבל בוודאי כמו הלוואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה אבל לא שנאמר ששניהם נתקבלו ואם נאמר כן היה בדין בהלואה אחר הלואה לשלם מאתים ובהא ליכא למ"ד דהא אין כאן שנים על המאתים ודבר ברור הוא דכוונת הד"מ כך דוודאי גם הג"א אין כוונתו אחד מב"ד זה ואחד מב"ד זה דהא לא מהני בוודאי דהא אין כאן רק אחד על כל אחד רק כוונתו מדאמרינן יבוא ב"ד אצל ב"ד מבואר דדוקא כל הב"ד בעינן אבל שנים מב"ד ג"כ לא מהני דאף שהם בעצמן קבלו עדותן מ"מ כל שאינם ג' עדים מיקרי ולא דיינים והוי עד מפי עד. ועל זה כתב דמדברי הר"ר אברהם לא משמע כן מדלא כתב דהוי עד מפי עד רק בעדים אחרים ששמעו קבלת העדות ולא בב"ד בעצמן שקיבלו והיינו כמו שכתבתי ומ"מ כיון דבהגהת אשר"י מבואר כן וגם הנ"י סובר כן [כמו שכתב הד"מ והראי' מנ"י יתבאר בסמוך] א"כ ממילא העיקר כן ואף שכפי הנראה מד"מ וב"י דעיקר ראיית הג"א מהא דמבעי' לי' דוקא בשנים שהעידו בכל בית דין דאז אפילו מקצת מכל ב"ד מצטרף והיינו כיון שכל אחד שמע וקיבל שניהם שוב אינו צריך להעיד כלל והם יושבין לדון על פי קבלתם משא"כ כשלא העיד רק אחד בכל ב"ד בעינן שיבואו כל הב"ד ולא שנים מהן ובאמת אין מזה ראיה דהאבעי' הוא לת"ק דרבי נתן ולדידי' פשיטא דבהא לא מהני כיון שלא העידו כאחד רק בהעידו ביחד רק לפני נ' ב"ד מבעי ליה אי גם הב"ד צריך שישמעו ביחד אבל לדידן דקיימא לן כר"נ בהא נמי מהני ואין ראיה אבל מ"מ לשון האבעי' מקודם יבוא ב"ד אצל ב"ד לא משמע רק שיבואו כל הב"ד ובלא"ה אין תקנה וכן עיקר ולזה כיוון הסמ"ע שנתן ג"כ טעם דהוי

עד מפי עד להורות דאפילו הדיין בעצמו שקיבל העדות כל שאינם ג' הוי להו עדים ועד מפי עד וזה ברור:

יח אבל אחרים ששמעו נחלקו בזה הסמ"ע והט"ז דעת הסמ"ע דאפילו אחרים ששמעו מפי עדים שהעידו לפני ב"ד אחד לא מהני דהוי עד מפי עד ודעת הט"ז דדוקא אם שמעו כל אחד בב"ד אחר אבל שניהם בב"ד אחד מהני ע"כ. ואין דבריו נכונים לפע"ד חדא דהא כתב ב"י בשם הנ"י דשנים שמעידין ששמעו מפי העדים לא מהני אבל ג' מהני ופי' ב"י דג' היינו שהם בעצמן קיבלו העדות דאל"כ אלא ששמעו מפי העדים אין השמיעה כקבלה והוי עד מפי עד א"כ מבורר מדברי הנ"י דב' אפילו קיבלו הם לא מהני דהא ליכא למימר דכוונתו שנים שקיבלו היינו שקיבלו רק הם חדא דהא פשיטא דלא הוי קבלה דאין ב"ד פחות משלשה ועוד דא"כ למה נקט בתר הכי ג' שמעידין כיון שע"כ שקיבלו ג"כ בב' מנייהו סגי ואין כאן חילוק בין ב' לג' רק אם שנים מן השוק מעידין לא מהימני אבל שנים מב"ד מהני וע"כ דסובר דאפילו בהא לא מהני ולזה נתכוון הד"מ שהביא] ראי' מדברי הנ"י הללו להך דין הנ"ל כמו שפירשתי דבריו בס"ק לפני זה דאפילו ב"ד עצמן כל שאינן ג' לא מהני שיעידו דלא כמרדכי ישן וזו היא ראי' לפי' הנ"ל בד"מ וזו היא ראיה ג"כ דהד"מ מפרש דברי הנ"י דסובר דאפילו שנים מב"ד לא מהני והנ"י מיירי להדיא שמעידין על שני עדים שהעידו ביחד וע"כ כדעת הסמ"ע דאפילו בהכי לא מהני וכיון שאין ב"ד יכולין פשיטא דעדים לא מהני כמבואר מדברי הד"מ הנ"ל דב"ד עדיפי מעדים גם בעיקר סברת הט"ז אני תמה דהא חזינן ב"ד שנתקבל ע"א לפניהם וב"ד השני מצטרפין ולא מיקרי עד מפי עד לפי שהם דיינים דנין בעצמן על פי קבלתן ואינן צריכין להעיד לפני ב"ד השני ומ"מ כתב המרדכי דשני עדים אינן מעידין על קבלה זו והשתא אם על שני עדים ביחד יכולין להעיד והיינו משום דלא מיקרי עד מפי עד שהרי ראו עדות שנחקרה בב"ד א"כ אף בע"א הרי ראו עד שנחקר בב"ד דהא ע"א ג"כ תורת קבלה יש לו דהא ב"ד יכולין להצטרף לב"ד ולא מיקרי עדים והיינו משום שנתקבל לפניהם א"כ העדים נמי כיון שהם יכולין להעיד על קבלת שני עדים מ"ש ע"א דלא ומדכתב המרדכי ישן דע"א לא מהני ממילי' מוכח מזה דסובר דאפילו על שנים אינן יכולין דעדים הוי עד מפי עד רק שדעת המרדכי ישן דב"ד יכולין כמו שכתבתי בס"ק לפני זה אבל לית הלכתא כוותיה בהא דגם ב"ד כל שאינם ג' הוי עד מפי עד ונראה דמהאי טעמא נקט המרדכי בשני ב"ד להורות דאפ"ה דוקא עדים לא מהני אבל ב"ד מהני כמו שדיקדק הד"מ מדבריו וזה ברור:

ובתומים הקשה לשיטת הסמ"ע מ"ש בנמחק שט"ח ושורף דמהני עדים והא הוי עד מפי עד. אבל באמת לק"מ דבשלמא עדים שהעידו בעל פה מה שהעידו כבר העידו אבל עכשיו אינן מעידין אבל עדים החתומים בשטר כל כמה שהשטר לא נפרע הרי הם כאילו מעידין לפנינו דהחתימה היא העדתן הילכך כשהם מעידין שראו שטר נחתם בעדים נשרף או נאבד

חשבינן כאילו השטר לפנינו אם כן ממילא העדים בעצמן מעידין לפנינו שהשטר הוא העדים ומעיד אבל כאן אף שראו העדים נחשב כאילו הם לפנינו מ"מ אינן מעידין עכשיו רק מה שכבר העידו הוי עד מפי עד משא"כ בשטר כל

שהם מעידין שראוהו הרי הוא כאילו לפנינו ומעיד עכשיו ודו"ק: ועיין לקמן סימן מ"ו שם הארכתי בדינים אלו גבי קיום שטרות: (יט (יט) וחזרו והעידו בב"ד ג'. עסמ"ע הפי' דמעיקרא העידו בפני ב"ד והלכו שנים ואח"כ לפני ב"ד והלכו שנים וכן הג' מצטרפין השלשה הנשארים מג' ב"ד ודנין וצריך לומר דלכך בעינן ב"ד ג' דאל"כ הם יצטרכו להעיד לפני ב"ד ג' והדר הוי עד מפי עד שכל שהם צריכין להעיד אף שנתקבל בפניהם לא מהני כמו שכתבתי לעיל. אך יש לתמוה דבגמ' מבואר להדיא דבשני ב"ד היתה האבעי' ולא בג' ואם כן משמע לכאורה שהם יכולין להעיד לפני ב"ד כיון שהם בעצמן היו בשעת הקבלה וזהו דלא כמו שכתבתי לעיל רק כדעת המרדכי ישן הנ"ל וצריך לומר דהאבעי' בש"ס מיירי כגון שלא הלכו שנים מב"ד הראשון רק אחד והם העידו לפני ב"ד שני והלכו שנים מצטרפין אלו הב' עם האחד הנשאר ודלא כרשב"ם שפי' שהלכו שנים מכל ב"ד דהא ליתא כיון שלא נזכר בש"ס רק שני ב"ד והטור והמחבר מיירי לפי פי' רשב"ם כמו שכתב ב"י בשמו ולכך הוצרכו לג' ב"ד. אך אני תמה למה שינו מלשון הש"ס בב' ב"ד בפרט דהוי קצת רבותא טפי. ומה שכתב עוד המחבר אבל דיין כבר הארכתי בדינים אלו לקמן סי' מ"ו ע"ש. ודברי הסמ"ע ס"ק ל"ז לא נתברר לי דמשמע מדבריו דהדיין אף שהוא אחד שם דיין עליו ולא עד כיון שנתקבל לפניו וזהו היפך מה שהוכחתי לעיל דכל שאינם ג' הוי עד ולא דיין וכן כתב הסמ"ע ס"ק ל"ד ואין לומר דהתם מיירי בע"א דהא הוא לא מחלק בין קבלת ע"א לשנים דלא כהט"ז וכן הוכחתי מנ"י דכל שאינן ג' אינן יכולין להעיד דהוי עד מפי עד וכן משמע מדברי הסמ"ע ס"ק ל"ה שכתב וכה"ג בב"ד דמשמע דוקא כל הב"ד וכן מבואר בד"מ בשם הנ"י לכן דבריו כאן צ"ע:

כ צריך שיעיד כל אחד על דבר שלם. דין זה אין לו שייכות לכאן דהא פשיטא דאפילו למ"ד דמהני חצי דבר בהא לא מהני דהא אין כאן עדות כלל רק על שער אחד כמו בהלואה אחר הלואה דאינו גובה לכ"ע רק מנה והכא נמי אין כאן רק שער אחד ואין

כאן עדות כלל וצריך לומר דהמחבר לא נקט לה רק משום דבעי' למיתני סיפא אבל אם העיד אחד בשתי שערות דזה לא שייך רק בכת אחת דבשני כתות אין צורך לזה כיון שיש כת אחת על שתי שערות סגי ואף שברמב"ם נזכר על שני כתות כבר כתב הכ"מ שהוא ט"ס ע"ש הילכך נקט רישא נמי בכת אחת דלא מהני וזה שכתב אח"כ אפילו שנים מעידין ובהא עיקר הדין דדבר ולא חצי דבר ולא בכת אחת:

לא (א) שתי כתי עדי'. עש"ך שנסתפק בכת אחת המכחשים זה את זה אם פסולין ביחד לעדות אחרת ובאמת כבר הוכחתי לעיל סימן ל' בכמה מקומות מדברי הרמב"ם והרא"ש והמחבר דאינן נפסלין וכן מבואר להדיא ברמב"ם פרק י"ב מהלכות גירושין. אך על המחבר יש לתמוה דפסק בהלכות גירושין כהר"ן דבעינן שיהיו מחולקין ספק קרוב לו ספק קרוב לה. ואולם לעיל סימן ל' דעתו באחד אומר יין ואחד שמן דלא בעי שבועה וע"כ משום דאף דאחד בוודאי פסול וא"כ יש לסמוך על עדות השני דהא אין לו מי שמכחישו רק עד פסול וא"כ במה נפשך יש שבועה וע"כ דאף אותו שאומר שקר כשר להכחיש חבירו מאחר שלא נפסל על פי שנים וזהו היפך דעתו בא"ה ואפשר לחלק דשאני הכא גבי ממון דכל עד בלי חבירו לא היה נאמן כלל א"כ כשהכחישו זה לזה אין כאן עדות כלל ונעשה כאילו לא העידו כלל משא"כ התם דזה העד שאומר נתגרשה לולא חבירו היה נאמן הכל וגם עכשיו אמרינן דזה שאומר לא נתגרשה הוי כשנים להכחישו וא"כ שפיר כתב הר"ן דהוי כאילו כל אחד מוכחש משנים מאחר שכל אחד היה נאמן כשנים בלי חבירו והוי כשני כתות ודו"ק:

ב שהרי בודאי אחד מהם שקר עיין תומים שתמה על הראב"ן דדייק באחד אומר מנה ואחד מאתים דאמרינן דטעו ולא נפסלו דאל"כ אלא שאחד פסול א"כ ה"ה בשני כתות ולא משכחת לה דינו של ב"ה דיש בכלל מאתים מנה אפילו לר"ה דהא במלוה ולוה אחד ע"כ ותמה בתומים דהא עכ"פ גובה פחות שבשטרות והכא נמי גובה מנה אבל באמת לק"מ דכוונת הראב"ן הוא דפשיטא דהם מעידין ממש על זמן אחד דאל"כ אף ב"ש מודה וע"כ דהם מעידין בזמן אחד שאי אפשר שיהיו שניהם אמיתים וא"כ המלוה פשיטא שהוא אומר כדברי האחד אם כן מודה שהשני שקר א"כ השני אינו יכול לגבות מכח הודאת בעל דין וזה שהוא תובע על פיהם אינו יכול לגבות דאנן אמרינן דמשקרין כיון שהאחרים מכחישין אותן באותה הלואה ומודה ר"ה וכמו דהתם אינו גובה רק הפחות ומ"מ הפחות גובה שאין העדים מכחישין עכשיו זה לזה והתובע תובע שני השטרות בזמנים מתחלפין באופן ששניהם אמת אבל כאן ראוי היה שלא יגבה כלום דעל כת אחת הודה ועל השני' אנו מסופקין וכן נמי מה שהקשה מהך דאבהתא לק"מ דהתם

שאני דאבהתא הוא עדות בפני עצמה משא"כ הכא דהוא אותו עדות ממש ובדיבור א' נכלל ואפשר דלזו הרבות' נתכוון הב"י בשם המשרים דאף אם ההכחשה ומה שאינם מכחישין הוא בדיבור אחד מ"מ מועיל העדות במה שאין מוכחשין ודלא כראב"ן ודו"ק:

ג וישבע על השאר. והקשו על זה הא הוי ש"ק ותירץ הש"ך דלית ליה אבל באמת לפי מה שכתבתי לקמן סוף סימן פ"ח דכהאי גוונא ליכא שבועה דהודאה קודמה לתביעה דכל מה שמוכרח להודות הרי קדמה לתביע' כיון שלא היה יכול לכפור בו והוי כמו שבאו עדים קודם שתבעו ואח"כ תבעו יותר דליכא שבועה וה"ה שטר דהוי כעדים וצריך לומר בזה כסברת הסמ"ע דכיון שזה שהודה בשטר זה לא היה מבורר קודם שאפשר שזה באמת שקר ואפשר היה שורפו כדי לתבוע הגדול לא הוי בכלל הודאה קדמה לתביעה והנה בספר גי"ת שער כ"ט נסתפק בשני שטרות שזמנם וסכום שוה אם צריך לישבע על השאר כיון דאחד בוודאי שקר ע"ש. ותמה בתומים על זה דהא פשיטא דחייב דכי בשביל שיש לחוש שעדים משקרים מ"מ לא גרע ממלוה ע"פ ע"כ. ולא עיין שפיר בגי"ת שם שכתב להדיא דלפי מה שכתב בעה"ת אח"כ לחלק בהך דהכא לשובר היוצא על שני יוסף בן שמעון משום דהכא אף דכת אחת שקרים יש לומר מ"מ דלוה לא ידע שהם משקרים ועל דרך זה שפיר יש לחייבו שבועה ע"כ. הרי להדיא דעיקר ספיקא של גי"ת דדוקא בשטר אחד גדול דגובה הקטן שייך שבועה דשמא הגדול אמת אבל בשניהם שווין בזה וודאי יש לומר דאחד אף הלואה שקר דריע חזקתו דחזינן דחתם עדים שקרים בוודאי ואילו היה אמת לא היה חותם עדים שקרים ומזה ראיה ששקר בפיו ושוב ליכא חזקה אין אדם תובע וכן מבואר בגי"ת להדיא ולק"מ וכ"ש כשנכתבו בזמן אחד בסכום אחד בשעבוד אחד היה לו לחתום כת אחת ולא להעמיד ממונו בספק ומזה ראיה דשקר בפיו וזה ברור גם מה שנסתפק בתומים אם העדים יכולין לפוסלו אח"כ נלפע"ד ברור דוודאי אדם אחר יכולין לפסול דהא שני עדים יכולין לפסול למאה ולא אמרינן כמו דהעדים נאמנים ולא חיישינן דמשקרין דאוקמינן להו בחזקת כשרות אם כן למה לא נעמיד אותן האנשים בחזקת כשרות וע"כ דגזירת הכתוב הוא דבתורת עדות נאמנין יותר ממאה ויכולין ליפסול למאה. אמנם הכא כמו בשני כתות המכחישין באותה עדות אם נשבע הנתבע היסת פשיטא שאינן יכולין לפוסלו אחר כך דלאותה עדות בטילין והכא נמי כשמצטרפין כאן בשני השטרות וזה שילם השני וזה הוחזק בשקר ונשבע דלהד"ם פשיטא שאין יכולין לפסלו דלאותו עדות כבר הוכחשו וזה ברור:

ד ואם הוציא שטר א' בלבד גובה אותו וכו'. בזה כתב הרא"ש שיש להסתפק אם יש בידו להשביעו אם יש לו שטר אחר מאלו הכתות וכן פסק הטור. אבל הב"י כתב דמדברי

הרמב"ם משמע דאינו יכול להשביעו ולכך סתם כאן בש"ע ואני תמה דהא בסימן ע"ה סכ"ד מבואר בדברי הטור ומחבר דבשעת שבועה יכול לומר אני יודע שיש לך שטר פרוע ואתה רוצה לגבות בו מה אתה משביעני בחנם ואח"כ תוציא השטר הפרוע דין הוא שאומרים לו בטל כל שטר ע"ש א"כ הכא נמי מה מקום יש לשבועה הא יכול לבטל קודם הפרעון כל שטר שיש לו חתומים בו משני הכתות והב"ד יכתבו לו פסק דין שפרע וכבר ביטל כל שטר א"כ מה יש לחוש עוד והוי כמו שרפו ואין לומר דאכתי יש לחוש שמא יוציאנו בב"ד אחר והלוה יאבד ממנו הפסק דין וכדומה דא"כ גם בהך דסימן ע"ה ניחוש להכי ויצטרך לישבע שאין לו שטר וע"כ דלכך לא חיישינן [כמו דצריך לשמור שוברו] א"כ הכא נמי דיו בביטול השטר השני קודם שישלם ולפי זה יש להוכיח דלא מהני שריפה בב"ד דכיון שיש לפנינו שניהם אין מגבין הגדול אף אם שורף לפנינו הקטן וכן משמע מדברי הרב בהג"ה שכתב דטוב שישרוף הקטן שלא ישביעהו וקשה הא אם ישביענו אז יכול לקרוע אותו או לשורפו ומה לו לשרוף עכשיו שמא לא ישביעני ולפי זה לא קשה קושיא הנ"ל דכיון שיש לו עכשיו אף אם יבטלנו לא מהני וגובה הקטן ושפיר שייך שבועה שאין לו שטר עוד דלא כהתומים אבל מ"מ לדינא נראה עיקר דוודאי כל ששרפו ואינו ראוי שיבואו שניהם לכלל גביה פשיטא שגובה הגדול וא"כ ממילא אין צריך שבועה אלא בביטול בעלמא סגי כנ"ל בפרט דבלא"ה דעת הרמב"ם ומחבר דלא משבעינן כנ"ל:

ה זה נשבע ונוטל וזה נשבע ונוטל. דין זה צ"ע כי אף שהפוסקים כתבו כן מ"מ קשה לי על דבריהם דהאיך אפשר דמה דקאמר בש"ס היינו מתניתין היינו לומר דנשבעין ונוטלין כמו במתניתין דקשה חדא שבועה זו מה טיבה בשלמא במתניתין דליכא עדים לחנוני ופועלים שפיר שייך שבועה אבל הכא בשלמא כשטוען פרעתי אפשר כיון דבעלמא משביעין כשטוען השבע לי הכא אפילו לא טען כיון שיש חשש דפרע ולא חשש להניח השטר משום דהיה מחזיקו לפסול כר"ח ולאו כ"ע דינא גמירי כמו שכתב בעל גי"ת דמהאי טעמא אינו גובה מלקוחות ע"ש אבל כשטוען לא היה דברים מעולם אם יש מקום לומר שעדים משקרין אף בשבועה לא יטול ואי אינן משקרין דלר"ה מעמידין אותם בחזקת כשרות א"כ מה צורך לשבועה ומי איכא מידי דעדים אינן נאמנין ובשבועה נאמן וכי עדיף שבועה מעדים וכיון שיש עדים מה צורך לשבועה. ועוד קשה אי ס"ד דכך כוונת הש"ס להשוותם לענין שבועה א"כ תקשי הא כבר הקשה בעל התרומות מ"ש משובר ביד לוה על שני יוסף ב"ש דפטור לישבעו אינהו וליטלו ותירץ דהכא שאני דיש לומר אף שהעדים פסולין מ"מ השטר אמת והוא לא ידע בהם וחתמו על השטר ע"ש

והשתא תקשי מאי ראיה ממתניתין בשלמא במתניתין בעל הבית בוודאי נותן מעות בחנם שהרי בידוע שאינו חייב רק או לחנוני או לפועלים אבל לא לשניהם לכך כדי שלא להפסיד בעל הבית צריכין לישבע ושמא על ידי שבועה יפרשו דהא בבירור אחד נוטל שלא כדין משא"כ הכא יכול להיות ששני השטרות אמת וכיון דמחזקינן סהדי בחזקת כשרות ומועילין להוציא ממון מה צורך לשבועה בלי שבועה יטול. אבל באמת המעיין ברש"י יראה שדקדק לפרש דהדמיון הוא כמו במשנה לא חיישינן למה שבעל הבית נותן מעות בוודאי בחנם ומשלם לתרווייהו הכא נמי אין לחוש מה שהלוה נותן בחנם וכ"ש הוא דהכא איכא למימר דתרווייהו אמת אבל בענין השבועה הא כדאיתא והא כדאיתא דהתם כיון דליכא שטר ועדים נשבעין והכא דאיכא שטר ועדים בחזקת כשרות שאילו היה בהם חשש לא היה גובה על פיהם הרי דקיימא לן עד הצריך שבועה אינו עד והיינו דלא מיקרי עד רק מה שהוא נאמן בעדותו לבד א"כ כמו כן אם אינן נאמנים רק בצירוף שבועת בעל דבר על מה שהם מעידין ממש א"כ לא מיקרי עדים כלל וע"כ דמהני ליטול בלי שבועה כמו כל שטר כנ"ל אבל בטוען פרעתי יש מקום לומר שיצטרכו לישבע כיון דבזה אין עדים רק חזקה וצ"ע לדינא:

לב

א)

וחייב בדיני שמים. כתב הש"ך וז"ל ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם לו ודבריו סתומי' ולא ידענא מאי בעי בזה ונראה דכוונתו דס"ד דחייב בדיני שמים כעובר עבירה ויש לו עונש ואם כן אם עשה תשובה מהני כמו כל עובר עבירה קא משמע לן דהחיוב בדיני שמים רק לשלם מה שהזיק ואם לאו לא יצא ידי' חובתו ובזה יתיישבו דברי התוס' כמו שיתבאר בסמוך: (ב) וכן אם לא שכרן. זהו מדברי התוס' שדייקי דוקא שוכר ולא אמר וראייתם מהא דתנן שלח ביד פיקח הפיק' חייב והש"ך השיג על ראי' זו דהתם כיון דפיקח משלם ליכא חייובא בד"ש כלל ובאמת אין זו דחיה דמ"מ כיון דהכא נמי אם בעל דין יש כאן ומודה בעל דין חייב וליכא חיוב בד"ש כלל ומ"מ נקט בגוונא דליתא לבעל דין או שאין לו א"כ התם נמי למה פסק ותני הפיקח חייב הוי ליה לאשמועינן דאי ליתא לפיקח המשלח חייב בד"ש. אך הא קשיא מ"מ תקשי אפי' לדעת התוס' דלדעתם יהא הדין אם שכר התם פיקח לשלוח הבערה חייב בד"ש א"כ הוי ליה למיתני דחייב בשוכר אמנם הראיה השנית שהביאו התוס' מדקתני שוכר ש"מ דאמר לא דאל"כ ליתני אומר רבותא טפי וכן דייק הרשב"א והוא הוסיף בזה דליכא למימר דקמ"ל בטור מד"א דהא פשיטא ותמה בתומים על זה דהא איכא למ"ד בקידושין דחייב משלח אפי' בדיני אדם.

והנה הוא לא ראה כי גם התוס' כתבו כן וכוונתם פשוט דהא בש"ס קאמר על זה ותו ליכא הא טובא איכא ומשני הני אצטרכי ליה דס"ד אפי' בד"ש לא לחייב דדברי הרב וכו' א"כ מבואר דהך ברייתא אתי לאשמועינן דהוי ס"ד דפטור אפילו בד"ש א"כ איך נאמר דקמש"ל דס"ד דאפי' בדיני אדם יתחייב וזה ברור. ומה שהקשה הש"ך מהא דאמרינן בקידושין להדיא דאפי' אי אין שליח לדבר עבירה מ"מ מחוייב לצאת ידי שמים וזהו ממש דלא כתוס' ונלפע"ד דלק"מ דוודאי פשיטא לענין עונש שעבר עבירה אין חילוק בין אמר לשוכר דמ"מ עבד איסורא ואסור לעשות כן אבל אינו בגדר רק כעובר עבירה ויש עליו עונש או ישוב בתשובה וכדומה משא"כ לחייב לשלם שאינו יוצא ידי חובתו עד שישלם זהו לא מחייב רק בשוכר דאהני מעשיו והוי כעין גרמא אבל באמר אפי' גורם דגורם לא הוי רק עושה איסור באמירתו וזהו כמו עבירות ואיסורין דמהני תשובה וזה ברור תדע דאל"כ תקשי לשיטת התוס' בלא"ה הא התם דייק דמשלח חייב מדוד המלך שנתחייב על ידי יואב בן צרויה וקשה מאי ראיה התם הוי שוכר ועדיף מיניה דהוא מחוייב לעשות ציוי המלך ואם לאו יומת בחרב כמורד במלכות ואין לך מוכרח גדול מזה. ובתומים תירץ בזה דיואב לא הוי נוטל שכר בפרט על זה ודבריו תמוהין דהא חייב מיתה אם לא ישמע לו משא"כ במשלח אחר ואי משום דחייב למסור עצמו למיתה א"כ בשוכר במקום אחר פשיטא דאסור לו לעשות ואכתי שייך דברי הרב וברור כמו שכתבתי דלענין עונש דעבד איסורא אין חילוק כלל בזה רק עיקר החילוק בזה הוא לענין שאינו יוצא עד שישלם ובזה כתבו לחלק בין שוכר לאמר ומה שכתב הש"ך דשוכר לאו דוקא דאין אדם חוטא ולא לו ליתא דהא התם גבי בערה קתני השולח ואי משום דהתם אחד והכא שנים וכן מבואר בש"ך דתרי לא עבדי ליתא דהכא נמי משכחת לה בע"א דר"א וכהאי גוונא (ג) וכל זה בשוכר ויש להסתפק אם שכר עדים ואינו יודע אם הם שקרים ואפשר שהעידו באמת אם חייב בדיני שמים אי נימא כיון דמדינא הנוטל שכר להעיד עדותו בטל א"כ הרי גרם להוציא ממון שלא כדין או נימא דמ"מ כיון דאפשר שהעידו אמת ואינו רק קנס שקנסו חכמים שלא יהנו מעשיו וא"כ אינו חייב אפי' בדיני שמים וכן יש להוכיח מדברי התוס' ורשב"א שדיקדקו דוקא שוכר אבל אמר לא דאל"כ ליתני רבותא אפי' אמר וקשה מאי קושיא דילמא רבותא קמש"ל שוכר אפי' אינו יודע אם העידו שקר או באמת משא"כ באמר צריך דוקא שיהא נודע לו שהעידו שקר ואם לאו ליכא חיובא כלל. וע"כ דס"ל דבכהאי גוונא אפי' שוכר פטור כיון דאין פסולין מדאורייתא רק מדרבנן משום קנס. ולכאורה נראה שיש לחייבו לפי שאני מסתפק ג"כ באם נוטל שכר להעיד והעיד בשקר דאף אם גרם היזק חייב בד"ש אבל מ"מ אינו עובר

על לאו לא תענה מאחר שהוא פסול לעדות זה שהרי נוטל שכר ואינו בכלל עדות כמו פסולים לעדות דפשיטא דלא עברו על לאו לא תענה א"כ לפי זה היה בדין דהשוכר חייב דאילו לא היה שוכרן לא היו מעידין כלל דקא עברו על לא תענה משא"כ עכשיו העידו בשקר דהא באמת עדותן בטילה וא"כ הוא גרם היזק ממש ובזה מיושב מה שכתב הנ"י דאם היה חייב לו פטור בדיני שמים אבל עובר על מדבר שקר תרחק. ותמה בתומים ס"ק א' דהא עבר על לאו דאוריית' לפני עור לא תתן מכשול ולפי הנ"ל ניחא דלא עברו כלל על לא תענה דאף שהם אינן יודעין מאחר שנוטלין שכר להעיד פסולין הם ואפי' באמת לא מהני ליכא לא תענה ולפני עור אבל אי נימא בכהאי גוונא עברו על לא תענה א"כ אם אינו יודע אם הם העידו שקר אין כאן גרמא כלל דבאמת העידו ואילו לא שכרן ג"כ היו מעידין ואז היו מוציאין כדין ועכשיו שלא כדין אבל מ"מ כיון דהמעשה אמת והעדות אמת ליכא גרמא וצ"ע בזה:

ד העדים חייבין לשלם היינו שהם נאמנים על עצמן ולא נגד בעל דין משום כיון שהגיד. והב"י כתב על הנ"י הזה דמיירי שבעל דין אינו כאן או שהלך למדינות הים מבואר מדבריו דבעל דין חייב ועל זה תמה בד"מ דהא לגבי בעל דין אין נאמנים ולפע"ד נראה פשוט דוודאי גם הב"י מודה בזה דהעדי' שאמרו שקר העדנו אינן נאמנים נגד בעל דין רק כוונתו כך לפי שהרא"ה כתב שם וז"ל הא דאמרינן פטור מדיני אדם היינו כשאין עדים מודים שהעידו שקר אבל אם היו עדים מודים חייבין אף בדיני אדם ואהא קשיא ליה להב"י דמשמע דכל שהם מודים חייב בד"א הא מ"מ כשהעדים אחרים מעידין עליהם ליכא חייובא בד"א לגבי עדים דהא בעל דין חייב להחזיר ולא משמע ליה דמיירי כשהן מודים בעצמן דוקא דהוי ליה לפרש שהם מודים בעצמן דוקא אלא ודאי מיירי כשאין בעל דין לפנינו דאז הם חייבין לעולם אפי' עדים אחרים מעידין עליהם והיינו דקשיא ליה להב"י כיון דהכא מיירי בעדים אחרים עליהם נמי א"כ הא דכתב מעיקרא כשאין העדים מודים היינו ג"כ אפי' מעידין אחרים והא ליתא דבהא לא מהני מה שהם אינם מודים ועל זה כתב מה שכתב כשאין העדים כלומר וכן אין עדים מעידין עליהם דא"כ אפילו הן מכחישין חייבין לשלם וכוונתו דזה שאמר כשאין העדים מודים הכוונה ממילא שאין עדים מעידין עליהם דאל"כ בוודאי מודים אבל מה שכתב אח"כ עדים מודים בזה כוונתו אפי' עדים מעידין עליהם דמיירי שאין בעל דין לפנינו אבל במודים בעצמן פשיטא דמודה כנ"ל:

כתב הש"ך בשם מהרש"ל שלשה שנושים מנה באחד ושנים מעידין ואח"כ הודו חייבין להחזיר אף שיודעין באמת שחייב אינן נאמנים ע"כ ולפע"ד דין זה תמוה מאוד דהא

פשיטא דהם נאמנים במיגו דאי בעי שתקי. ומ"ש מהרש"ל שם דהוי מיגו במקום עדים לא ידענא מאי קאמר דוודאי התם הודאתם הוא שלא היה עדות אבל אנן השתא לאו מתורת עדות אתינן עלה רק שנהמנינהו דבאמת חייב במיגו דאי בעי שתקי ואז היו נאמנין בתורת עדות א"כ עכשיו נהי דעדות אין כאן אבל מתורת בעל דין מהני משום מיגו ואף דבשלשה שתבעו אין להם מיגו זו משום דלא בעי למיעבד כי האי מילתא מ"מ פשיטא דעכשיו שעשו כן וכבר עברו יש להם מיגו דשתקי. גם נר' מדברי מהרש"ל שם דהם עברו בעדות שקר והא וודאי ליתא דהא התם מעיקרא קאמר מנין לתלמיד שאמר לו לרבי שלא יעיד לו ת"ל מדבר שקר תרחק ופריך עלה הא שיקורי קא משקר ורחמנא אמר לא תענה ברעך עד שקר ומשני דקאמר קום את תא התם דהא לא נפקא מפומך שיקרא קמש"ל והשתא פשיטא דמוכח דהא דקאמר אח"כ שלשה שנושים אין כאן משום עדות שקר כלל רק מדבר שקר תרחק דאי נימא דמה שהעידו שחייב לזה מנה הוי עדות שקר כמו שהבין המהרש"ל תקשי בהא נמי הא שקורי קא משקר ורחמנא אמר לא תענה אלא ברור דאין כאן עדות שקר רק מדבר שקר שהם עושין עצמן כעדים ולא כבעלי דברים והן באמת בעלי דברים וא"כ פשיטא דאם הודו לא הפסידו חובם ונאמנים במיגו והכא נמי גבי שוכר עדי' משמע להדיא דאם יודע שחייב לו אינו חייב להחזיר מד"א אף שמודה שעדים שקרים ואפי' שוכרם לעצמו ודו"ק וא"כ ה"ה התם ואין לומר דא"כ בשלשה שנושים ניהמניה לעולם במיגו דאי ס"ד שאומרים שקר הוי מצי למיעבד הכי כיון שהוכחנו דלית בזה משום עדות שקר רק מדבר שקר תרחק וא"כ השתא נמי אומרים שקר הא ליתא דאנן אמרינן באמת אינו חייב כלל והשתא שהן בעלי דברים אין כאן רק שקר משא"כ אם היו מעידין הוי עדות שקר [ובש"ס קאמר דאפי' יודעין בעצמן שהוא אמת לא יעידו משום מדבר שקר תרחק] אבל הכא שכבר העידו אם מודים ואומרים שבאמת חייב לית דין צריך בשש דפשיטא דאין חייבין להחזיר כנ"ל ברור דלא כמהרש"ל ואין להקשות דהא בש"ס פריך אהא דקאמר השוכר עדות שקר פטור בדיני אדם וחייב בד"ש אילימא לעצמן בדיני אדם נמי ליחייב וקשה מאי קושיא הא קמש"ל אף דיודע באמת שהוא חייב לו דבהא פטור מדיני אדם במיגו דאי בעי לא היה כופר אלא וודאי דלא מהני מיגו הא ליתא דבכהאי גוונא פשיטא דאפילו בד"ש פטור דמאי חייוב יש כאן כיון שבאמת חייב לו גם אין להביא ראיה ממה שכתב הרב וכל זה בשוכרן לאחרים דמשמע דמה שחילק קודם בין היה חייב או לא אינו רק בשוכרן לאחרים הא ליתא דפשיטא דאין כוונת רמ"א רק לחלק דבהא ליכא חייוב בד"ש רק בד"א תדע דהא בהא נמי ע"כ צריך לחלק בין מודה לכופר כמו שכתב הסמ"ע ואדרבא אם היה כוונת

רמ"א כך הוי ליה לאשמועינן הך רבותא דבהא אפי' יודע שחייב לא מהני אלא וודאי דהא ליתא א"כ כמו דהכא אף שעבר על מדבר שקר תרחק מ"מ נאמן בעיקר החיוב במיגו כ"ש התם פשיטא דנאמנין במיגו והמעיין במהרש"ל שם יראה דעיקר ההכרח שלו משום דמשמע ליה דזה היה עדות שקר ובאמת אפי' היה כך יש לפקפק אבל עכשיו שכבר בררנו בראיה ברור' דהת' ליכא עדות שקר כלל פשיטא דדמי ממש לשוכר דהכא דלא אישתמיט שום פוסק לחייבו אפי' ביודע שחייב גם תמוה לי על הש"ך כי לפי דעתו היה לו לכתוב ג"כ כאן על השוכר לעצמו דחייב אפי' יודע שחייב דמ"ש באופן שאין אני רואה בשום פנים להוציא הממון מתחת ידם של אלו השלשה ובאמת אם עדיין לא הוציאו והודו למ"ד דלא אמרינן מיגו להוציא פשיטא דגם אני מודה דלא מהני מיגו להוציא אבל כשכבר שילם ברור שאין חייבין להחזיר אפי' בד"ש ועוד ראיה מהך עובדא דפרק חזקת הבתים גחין לחיש ליה לרבה דמודה דשטרא זייפא הוי א"כ התם נמי פשיטא שעבר על מדבר שקר תרחק ומ"מ כשהודה אח"כ נאמן במיגו דהאי שטר כשר הוא ואפי' מאן דפליג התם משום מיגו להוציא אבל בלא"ה מודה ולא מיקרי מיגו במקום עדים והרי זה מבואר דלא כמהרש"ל:

לג (א)

כל הפסולין לדון פסולין להעיד יש לדקדק לדעת הטור ומחבר דסבירי להו דגר שאין אמו מישראל פסול לדון לישראל כמו שכתבו להדיא לעיל סי' ז' א"כ אמאי לא קא חשיב לה הכא דהא לעדות בוודאי כשר ובשלמא במתניתין דפרק בא סימן יש לומר דכיון דכשר לדון גר חבירו לא שייך למיתני ואינו כשר לדון כמו שכתבו התוס' שם באוהב ושונא אבל הטור דמפיק הכא מהאי כללא אוהב ושונא אף דכשרים לכ"ע כ"ש גר דפסול לכ"ע רק לגר בלבד ואפשר דכל כוונת הטור ומחבר במאי דקא מפקי אוהב ושונא לאשמועינן רבותא דאף שפסולין לדון מחשש שיטה הדין א"כ יש מקום לחוש בעדות ג"כ שיעיד שקר קמש"ל דיש חילוק ביניהם כמו שכתב הסמ"ע אבל בגר אין שום רבותא כיון דעיקר הטעם דפסול לדון דכתיב שום תשים כל שימות שאתה משים לא יהיה אלא מקרב אחיך וזה לא שייך בעדות דלא מיקרי שימה כלל וזה שדקדקו הטור ומחבר אף על פי שפסולין לדון והיינו דקמש"ל רבותא משא"כ גר ועיין מ"ש לעיל סי' ז' בזה:

ב חוץ מאוהב ושונא. עיין תומים בשם הרדב"ז דמשרתי הבית פסולין להעיד דהוי נוגעין והביא ראיה מהא דטרח לאשכוחי עדות חזקה ביממא ובלילא דמשכחת לה במשרתי הבית שהם תדיר בבית וע"כ דהם פסולין משום נגיעה. ובאמת אין זו ראיה דלפי דבריו

תקשי ג"כ הא משכחת לה במשרתי הבית שעכשיו אינם משרתים שלו לדעת המחבר לקמן סי' ל"ז דסילוק מועיל לא גרע מסילוק. ומה שהביא ראיה ג"כ להיפך מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות גזילה שכתב ואין הגזלן נשבע דהוי חשוד ש"מ דחייב שבועה על ידי שכירו ולקיטו ואין דבריו נכונים כלל דאף דדעת הרמב"ם דאין משביעין רק על טענת ברי התם פשיטא דאי לאו דהוי חשוד איכא שבועה דהא עדים מעידין שנטל רק שאין יודעין מה דהא על ידי זה נעשה גזלן וחשוד א"כ פשיטא דיש מקום לחייבו שבועה כיון שהוא כופר שלא נטל כלום דבהכי איירי הרמב"ם התם דהא אח"כ קאמר ואם הודה במקצת ש"מ דמעיקרא בכופר איירי א"כ פשיטא דאיכא שבועה ולא דמי לתיבה פרוצה דהתם אין כאן שום ידיעה שנטל כלום משא"כ הכא שנודע ע"פ עדי' שנטל ושקר בפיו ונר' פשוט דאפי' היה מודה במקצת מ"מ כיון שהנגזל יודע שנחסרו לו כך וכך כלים ונודע בבירור שהוא היה כאן ולקח כלים פשיטא דאיכא שבועה ועוד דבלא"ה נמי כיון דבש"ס ס"ד שיועיל שכירו ולקיטו שיהא כמו בעל הבית לישבע וליטול ואף דבעל הבית שמא טוען ש"מ דיש סברא דזה במקום בעל הבית א"כ נהי דבהא לא איפשטא ואין מוציאין ממנו אבל פשיטא שהיה חייב שבועה עכ"פ ועל זה קאמר שהוא חשוד אך באמת העיקר כמו שכתבתי מקודם דע"י העדים היה מחייב שבועה כיון שאנו רואין שהוא משקר בוודאי וראיה לזה דהא בהלכה ה' כתב להדיא בע"א המעיד שנטל ואינו יודע מה והוא כופר שלא נטל נשבע בנק"ח שלא נטל שאינו מוחזק בגזלנות רק בשנים. וקשה מה שבועה יש כאן הא עד אינו יודע מה נטל וע"כ כיון שהוא כופר שלא נטל כלום ישבע על זה א"כ הכא כ"ש בשני עדים שמעידין שנטל והוא כופר שאילו לא היה. חשוד היה נשבע. ומהאי טעמא העתיק המחבר סי' צ' דין זה בפני עצמו ולא על שכירו ולקיטו משום דבלא"ה איכא שבועה לולא שהיה חשוד לכן דין הנ"ל צ"ע ובתומים סי' צ' שם כתב ג"כ דכוונת הרמב"ם מכח שכירו ולקיטו וליתא רק כמו שכתבתי:

(ג ושונא שכשרים להעיד. כתב מהרש"ל בתשוב' דשונא שחבירו רדף אחריו להרגו פסול לכ"ע דהוי שונא גמור ע"ש וראייתו מהא שכתבו התוס' פ"ק דמכות שפרשו הרוג יציל דהוא שונאו ש"מ דבכהאי גוונ' שונא פסול וצ"ל בכוונתו דבשע' שרדף נעשה שונא ושוב אינו נאמן להעיד שהרגו דאי נימ' בשביל שהרגו נעשה שונא קודם שמת א"כ פשיטא דכשר דאי שקר אינו שונא כלל וע"כ דהוא אמת וליכא למימ' דגזיר' הכתוב הוא כיון שהוא שונאו פסול הא ליתא דהא בש"ס מוקי לרבנן קרא דלא אויב לו לשני ת"ח ש"מ דלאו להא אתי רק מסברא יש לפסלו משום שמא משקר א"כ היכי דליכא למיחש לזה מאי איכפת לן שהוא שונא ושוב דמי לשונא דעלמא דכשר לדיני נפשות משום דלא

נחשדו על כך וכ"ש כאן דליכא למיחש לשקר כלל וע"כ צריך לומר דמיד שרדף אחריו להרגו נעשה שונאו אבל באמת לא הרגו. אך לפי זה יש לתמוה על מהרש"ל האיך שייך כאן נמצא אחד קרוב ופסול דהא עכשיו לא העיד בב"ד עמהם וכן מעיקרא בשעת ראיה לא נצטרכו כיון דהמעשה שקר תדע דהא התוס' כתבו להדיא שם דהא דקאמר רבא והוא שהעידו כולם בתוך כדי דיבור היינו דוקא בהזמה אבל בנמצא אחד קרוב ופסול לא תליא בהא כלל ונתנו טעם לחלק דבהזמה דאמרינן דהמעשה שקר א"כ לא נצטרפו מתחילה כלל רק עיקר הצירוף בשעת העדות בב"ד לכך תלוי בתוך כדי דיבור אבל בנמצא אחד קרוב ופסול דהמעשה אמת רק מגזרת הכתוב דבטיל כל העדות א"כ בשעת ראיה נצטרפו והשתא זהו בנמצא באחד פסול קירבה וכדומה דפסול מגזירת הכתוב משא"כ בפסול שונא דכשר לדיני נפשות רק מחשש שמא משקר א"כ אם שקר הרי אין כאן צירוף כלל לא בשעת ראיה ולא בשעת קבלת עדות וזו היא קושיא עצומה לפי' מהרש"ל. אלא ברור דכוונת התוס' דהקושיא לר' יהודא דדייק מקרא דשונא פסול א"כ גזירת הכתוב הוא ושפיר שייך צירוף בשעת ראיה וכן מבואר בלשון התוס' שכתבו הרוג יציל דהוי שונא ושונא פסול להעיד ש"מ דכללא הוא שונא פסול להעיד וקשה היכן מצינו זה הא רק כאן חידוש הוא שחדשו התוס' דשונא כזה פסול ולא שמעינן בעלמא כלל ואדרבא כללא הוא להיפך דשונא כשר ועכ"פ הוי להו למימר דהוי שונא ושונא כזה פסול ומדכתבו ושונא פסול לעדות נתכוונו לדעת ר"י דפוסל שונא לעדות וזה ברור ומה שהקשה מהרש"ל דמאי פריך לר"י דלמא פליג על ר' יוסי נראה לפע"ד ליישב דמשמע ליה דר' יהוד' לא פליג על ר"י בהא דהא בתוספתא מייתי הך פלוגתא ומיד מייתי פלוגתא דר"י ור"י בעד זומם לממון אי מיפסל לכל עדות משמע דבהך דמעיקרא לא פליגי ר"י ור"י ע"ש בתוספתא דמכו'. ומה שהקשה בתומים דמאי הקשו התוס' אח"כ בנרבע הא לר"י לא פליגינן דיבוריה לק"מ דלא שמענו לר"י רק במילתא דרבנן דנאמנות ע"א אינו רק מדרבנן וכבר כתבו התוס' כתובות דף י"ח ע"ב לחלק דבמילתא דרבנן לא פליגינן דיבוריה ואין להקשות הא לרבנן פליגינן בהא נמי כבר כתבתי לקמן סי' מ"ו לחלק אבל מ"מ ר' יהודא אפי' בהא פליג אבל בדאורייתא מודה ר"י ומנא ליה למקשה להקשות נרבע יציל ופשיטא דשפיר תירצו התוס' טפי דהכא לכ"ע לא שייך פלגינן שהוא נעשה רשע על פי עדים אחרים והקושיא לכ"ע ואין כאן מקום קושיא כלל בפרט שכבר הוכחתי שאי אפשר לפרש דברי התוס' אליבא דרבנן כנ"ל גם מה שהקשה בתומים עלה שהקשו התוס' אח"כ בנרבע דליכא למימר משום דהוא שונאו שרבעו לאונסו דהא אמר ר"י רבעו לאנסו כשר וקשה מאי קושיא לרבנן דשונאו כשר אף זה כשר אבל הקושיא בש"ס לר"י

דשונא פסול כמו דפריך בהרוג יציל לר"י. ולפע"ד נראה דלק"מ דהא ביבמות דף כ"ה ע"ב מבואר בס"ד שם דמימרא דר"י דוקא לר"י דלרבנן אפי' לרצונו פלגינן כמו בהרגתיו א"כ כיון דהך מימרא לר' יהודא קשה הא לר"י לאונסו פטור דהוי שונא גמור ודוחק לומר דמאי דסובר ר"י בשונא סובר כרבנן ובפלגינן דיבורי' כר' יהודא דמ"מ כיון דהך דינא לא קאי רק לר"י לא הוי ליה למיתני מה דלר"י פסול משום שונא גם בלא"ה לפי מה שכתב בכנה"ג לחלק בשושבין דבדב' שהוא בו שושבין אפי' לרבנן פסול א"כ ה"ה בשונא י"ל דבדבר שהוא בו שונא אף לרבנן פסול ובזה יש לדחות ראיית מהרש"ל ג"כ דנהי דכוונת התוס' כמהרש"ל מ"מ לא שמענו רק באותו עדות שהוא שונאו ולא בעדות אחר אך לענין דינא ברור דכוונת התוס' כמש"כ וליתא לדינו של מהרש"ל כנ"ל ברור:

ד ואצ"ל שלישי בשני:

עסמ"ע דאע"ג דאין צריך לומר הוא מ"מ כתבו דלא תימא שאני שלישי בראשון דאיתפליג ג' דרי בינייהו משא"כ שני בשלישי דאיקרבו בחד דרא עכ"ל ולפי זה יש מקום דקדוק בדברי הרמב"ם בפי' המשנה שכתב וז"ל ועדות שלישי בראשון ג"כ עדותם כשירה כגון עדות אחי האב על בן בנו של אחיו וכמו כן עדות בן בן האח על אחי אביו שתהא עדות שני בשלישי כשרה עכ"ל ונראה לי דצריך להיות וכמו כן עדות בן בן האח על בן אחי אביו דעל אחי אביו בלבד הוי ליה ראשון בשלישי) ודבריו צריכין ביאור חדא כיון דכתב מעיקרא דשלישי בראשון כשר למה הזכיר שלישי בשני, ואם כוונתו כמו שכתב הסמ"ע דקמש"ל רבותא שני בשלישי מ"מ היה לו לעשות המשל באותו אופן דקאמר ראשון בשלישי דהיינו בן אחי האב על בן בנו של אחיו ולמה נקט להיפך גם קשה דעכ"פ היה לו לומר וכ"ש שני בשלישי דאף שיש בזה קצת רבותא מ"מ כ"ש הוא כמו שכתב כאן ואצ"ל והיה נראה לכאורה בכוונת הרמב"ם בפי' המשנה דעתו דשלישי בראשון כשר דדוקא בזה אופן שיעיד הראשון על השלישי דכיון שהשלישי אינו משורש רק משורש אחיו והוא שלישי כשר משא"כ להיפך שיעיד השלישי על הראשון לא מהני דבזה השלישי אבי אביו שני לו והוא יוצא משורשו וכיון דהוי שני לאבי אביו לאחי אבי אביו ג"כ איקרבא דעתיה טפי שהרי הוא ראשון בראשון לשורשו שיצא ממנו וזה שכתב מתחילה באופן שיעיד ראשון לשלישי ועל זה כתב אח"כ דאפילו בהיפך שיעיד השלישי מ"מ לשני מותר אבל שלישי לראשון לא ומה שהבאני לזה הוא לשון הירושלמי שהביאו התוס' ראיה דהראשון בשלישי פסול דקאמר התם רב חסדא בעי דור שלישי מהו שיעיד לאשת ראשון משה מהו שיהא מותר באשת פנחס ודייקי התוס' דוקא לאשת פנחס ולא לפנחס עצמו והנה בתומים הביא בשם חכם אחד שכתב

לדחות דירושלמי סובר דאשת פנחס אחות צפורה הוי ומבעי ליה אי אמרינן תרי בעל כאשתו ע"ש והנה מה שדחה הוא מקודם דהירושלמי סובר התם תרי בעל כאשתו אמרינן לאו מילתא הוא דפשיטא דבלא"ה לפיר"ת ע"כ צריך לומר דהתם במסקנא תרי בעל כאשתו לא אמרינן כמו שפי' המפרש שם דאל"כ האיך יתפרשו דברי ר"ל שם ע"ש. אך הא וודאי קשיא דהא מעיקרא קאמר התם בהדיא דור שלישי מהו שיעיד לאשת ראשון ובהא אין לפרש כדברי החכם הנ"ל. אמנם לפי הנ"ל יש לקיים דברי החכם הנ"ל דוודאי יש לתמוה בירושלמי חדא דקאמר נפל דברים דור שלישי וכו' משה מהו וכו' ועוד למה שינה לשונו דמעיקרא קאמר דור שלישי לראשון ואח"כ דור ראשון לשלישי ואי נימא דבאמת כך כוונת השואל שם לשאול הן באופן הזה והן בהיפך מ"מ קשה מ"ש דבאופן הראשון לא נתן משל ובאופן השני נתן משל דהיינו הך ולא הוי ליה רק להפך דור ראשון מהו שיעיד לאשת שלישי כמו ששאל בעי' ראשונה דור שלישי לאשת ראשון בלי משל כלל. לכן נראה דוודאי מעיקרא היתה השאלה שיעיד דור שלישי לאשת ראשון והיינו אף דאיכא מ"ד בעל כאשתו מ"מ כיון דדור ראשון לשלישי מותר להעיד אפי' לו כדעת רב בש"ס דילן א"כ אף להיפך נהי דלו בלבד אין לו להעיד כמו שחלקתי מקודם והיינו דאבי האב קרוב לו טפי שהוא יצא משורשו ובני בנים הרי הן כבנים הילכך גם הראשון של אבי האב קרוב לו טפי משא"כ בהיפך כיון דהאח איתפלג מיניה והוא בן בנו לא איקרבא דעתיה לגבי ומ"מ מבעי ליה לאשת ראשון דלא גרע מראשון לשלישי בעצמו ואח"כ מבעי ליה בתרי בעל כאשתו בשני משום אחות צפורה כנ"ל. ועל זה פשיט דמותר והשתא לא שמענו דמותר רק בדור שלישי לאשת ראשון אבל לראשון לא אבל בהיפך דור ראשון אפי' לשלישי בעצמו מותר דמאי טעמא קאי מבעי' לי' דלא עדיף אשת ראשון לעדות שלישי מעדות ראשון לשלישי בעצמו והשתא לא קשיא מירושלמי דהכא רב קאמר דראשון לשלישי מותר אבל בהיפך מודה וכן לא קשיא קושית התוס' מהא דר"א דקאמר הלכה שלישי בשני כשר דמשמע אבל בראשון לא דוודאי בראשון לא אבל להיפך מודה ר"א שראשון מעיד לשלישי רק שיעיד השלישי אז לא יעיד רק לשני והשתא אין צורך לפרש רבא מוסיף הוא כמו שפירשו הפוסקים דסבירא להו ראשון בשלישי כשר דוודאי קשה הא למר בר רב אשי נמי מוסיף הוא כמו שהקשה רשב"ם שם אבל לפי הנ"ל שפיר הפי' כדברי התוס' שם ומ"מ ראשון בשלישי כשר רק שלישי בראשון פסול כמו שחלקתי מקודם ומירושלמי נמי לא מוכח רק בכהאי גוונא כנ"ל ומ"מ לענין דינא אין אני כדאי להכריע בזה בפרט דמדברי הרמב"ם בהלכות מוכח שאין חילוק כלל. וכן משמע מסתימת כל הפוסקים לכן בכל גוונא הוי ספיקא דדינא ועיין מש"כ לקמן ס"ק

ו' עוד ביאור בירושלמי הנ"ל (ה וי"א דקרובי האם נמי אינן פסולין אלא מדרבנן משמע דנ"מ ג"כ לענין קידושין והש"ך השיג' על זה דמודה הרמב"ם דהוא דין תורה רק כוונתו כמו קידושי כסף שכתב מדברי סופרים ומ"מ דעתו שהוא דין תורה ממש וה"ה הכא. ועיין תומים מה שביאר דעת הרמב"ם דפי' במשנה וכל הראוי ליורשו מוסב למשנת ר"ע ודודו ובן דודו הפי' רק מאב כמו שכתב הנ"י ואהא קשיא ליה למשנה ראשונה אבות למה לי וע"כ דכל הך דרשה רק אסמכתא ולא דרשה גמורה. ומקודם לא היה באמת רק קרובי האב ור"ע הוסיף אף קרובי האם ע"ש ומזה מבואר דאינו רק מדרבנן עכ"ד ואין דבריו נכונים כלל דפשיטא דהרמב"ם לא סבירא ליה כדברי הנ"י דדודו ובן דודו משמע מאב דהא בהדיא כתב התי"ט בפי' המשנה דלכך מפרש הרמב"ם וכל הראוי ליורשו מוסב למשנת ר"ע משום דקשיא ליה למה לי תרתי דודו ובן דודו וכל הראוי ליורשו ומה שכתב הנ"י דדודו לבד משמע מאב לא סבירא ליה דסובר דמשמע תרווייהו בין מאב בין מאם ואי דכל הראוי ליורשו בא לאפוקי קרובי אם ליתני הך לבד ומטעם זה פי' וכל הראוי ליורשו מוסב למשנת ר"ע אבל לדעת הנ"י דדודו ובן דודו משמע מאב לבד לק"מ דכל הראוי ליורשו בא לאתויי קרובי אם ואי תני הך הוי משמע אפי' בכל השבט ע"ש בנ"י. וע"כ דהרמב"ם סובר דדודו משמע אפי' מאם א"כ ליתא לדבריו בזה גם מה שהביא ראיה מדברי בעל העיטור בשם רב האי דבמדרש חכמים צריך גט שיחרור משום דאינו ידוע להמוני עם לק"מ דדוקא כהאי גוונא דעבד דהגט שיחרור אינו מזיק כלום משא"כ גט אשה דפוסלה לכהונה פשיטא שאין לפוסלה לכהונה בשביל זה ואם נכשירה לכהונה איכא ריעותא טפי דגרושה כשרה לכהונה גם אם תקבל קידושין מאחר יחשבו שאין קידושיה קידושין כיון דצריכה גט משא"כ גט שיחרור דאין נפקותא בגט זה כלל וזה ברור. גם מה שהביא ראיה לדברי הרמב"ם דאינו רק דרבנן מהא דיומא דף ס"ו ע"ב האומר לאביו ולאמו לא ראיתיו דמיירי בקרובי האם והם היו העדים דהא יד העדים בראשונה בעינן ע"כ. ובאמת רש"י פי' התם מקודם בהדיא דעדיין לא נתפרש אז דין ארבע מיתות ונידונו כדין בן נח דמיתתן בסייף א"כ פשיטא דמה שאמרו נקטעה יד העדים פטור הוא ג"כ בישראל דוקא אבל בבן נח לא נאמר כלל יד העדים תהיה בו בראשונה דזה ג"כ בכלל דין ד' מיתו' וז"ב. ועוד בלא"ה לא ידענא מאי קשיא ליה ומנין שלא היה יד העדים בראשונה ואח"כ בני לוי ואי משום דכתיב ויאספו אליו כל בני לוי דמשמע שלא היה מישראל כלל לק"מ דפשיטא שיש לומר דהעדים היו מבני לוי גופא שלא היה קרוב כלל והיתה יד העדים בראשונה ולא היה באפשרות להורגם עד שהרג כל אחד קרובו גם לא מצינו שהיתה ההריגה בקרובים דוקא והכתוב לא אמר רק

אף שידעו כל אחד שקרוביו חטאו ונתחייבו מיתה מ"מ נתקבצו כולם להרגם וזה הרג קרובו של זה וזה של זה. אך בלא"ה פשיטא שאין מקום קושיא כמו שבארנו דבבן נח לא שייך זה כלל:

אמנם דברי הש"ך וודאי תמוהין ופשיטא דדעת הרמב"ם דאינו רק מדרבנן ולא דמי כלל לקידושי כסף כמו שאבאר והוא דמה שכתב הש"ך דכוונתו שהוא דין תורה ממש רק פירושו מדברי סופרים ליתא דהמעיין ברמב"ם שם בהלכות אישות יראה מבואר שלא הזכיר דין התורה אינה מקודשת בכסף רק שכתב דביאה ושטר מפורשין בתורה ביאה ובעלה ושטר בנערה המאורסה וכסף לא נזכר בתורה כלל והמפרשים פירשוהו כן וזהו מבואר שפירושו שהוא דין תורה ממש. אמנם בדבר שהוא מדרבנן כתב להדיא אינו אלא מדברי סופרים וזה הלשון מורה בבירור שמן התורה אין דבר זה כלל רק מדברי סופרים וכן הזכיר שם בקידושי חרש שמן התורה אינה מקודשת א"כ כאן דכתב להדיא כלשון הזה אין פסולין מדין תורה אלא משפחת אב בלבד אבל שאר הקרובים וכו' כולן פסולין מדבריהם עכ"ל. והרי זה מבואר שמן התורה אינן פסולין גם בכל הפרק שם פי"ד הזכיר ג"כ פסולין מדבריהם מה שהם מדרבנן ממש כגון משחק בקוביא וכהאי גוונא והאיך לא זכר שום הפרש בין פסול זה לפסול שארי דרבנן וברור דכוונת הרמב"ם בזה שמדין תורה אינן פסולין רק מדרבנן וזהו כוונת ה"ה אף שדעתו דמה שנדרש בי"ג מדות הוא דין תורה ממש מ"מ כאן כתב פ"ד מהלכות אישות דדעת הרמב"ם שהם מדרבנן והיינו כמו שכתבתי. ועיין היטב בפרקי הרמב"ם הראשונות להלכות אישות ותראה מבואר מה שכתבתי רק בשניות כתב לשון הנוטה קצת לאיסור תורה וכבר הרגישו שם נושאי כליו וכתבו שם משום דיש שם אסמכתא מקרא והקבלה הוא משלמה ובית דינו ע"ש בכ"מ ולמ"מ. אבל עכ"פ ברור דבזה שכתב להדיא שאינן פסולין מדין תורה איך נאמר שהוא מדין תורה לדעתו וביותר יש לתמוה על הש"ך כי לפי דעתו דהגירסא הנכונה ברמב"ם גבי קידושי כסף וכן הכסף דין תורה והיינו שאף על פי שהוא מדברי סופרים דין תורה יש לו א"כ כאן שכתב להדיא אין פסולין מדין תורה פשיטא דכוונתו דאין להם דין תורה וכל זה ברור [ומה שיצא להרמב"ם כן הוא כמו שכתב הכ"מ דאבות משמע אמות לא וראיה לזה דאל"כ בנים להדדי בקרובי אם מנא לן אלא וודאי דאינו רק מדרבנן ועיין בכ"מ שם) ועיין תומים מה שהקשה על הרמב"ם בפי' המשנה בכל הראוי ליורשו ולפעד"נ דלוולת הרמב"ם דר"ע בא להוסיף כגון בן הבן אף שהוא כשר מ"מ אם בשעה שראה העדות או שהוא מעיד ראוי ליורשו כגון שמת אביו ואבי אביו והוא נוטל חלקם א"כ אם ימות יירשנו כמו בנו הוי ג"כ בכלל בנו ופסול לעדות ולא הוצרך להביא דין

זה בהלכות מאחר שכבר באר שכל שיש שום צד הנאה אפילו בדרך רחוקה לא יעיד א"כ ה"ה בזה. אמנם נראה דבזה אפילו לחוב אינו יכול להעיד אפי' לממון דכיון שהוא ראוי ליורשו הוי כקרוב כנ"ל ופסול בין לזכות בין לחוב ומ"מ כיון שברמב"ם בהלכות לא נזכר זה אפשר דחזר בו דכל הראוי ליורשו קאי אדלעיל לכן אין לחדש דין שלא נזכר בפוסקים אבל לזכות או לחוב בנפשות שיש שום צד הנאה לו מחמת הירושה פשיטא דפסול:

ו מפני שהוא מופלג. דין זה צ"ע כי נלמד ממה שכתבו התוספ' שם בשם ר"ת דהא דמבעי לן בירושלמי באשת פנחס משום דהוא מופלג לא אמרינן אשה כבעל אבל לפע"ד הוא תמוה מאוד דהא בהדיא איתא בש"ס דילן אליבא דרב גופא דקאמר אני לא מעיד לו ובנו וחתנו א"כ בתו היא שלישי בראשון וחתנו הוא משום דבעל כאשתו הרי להדיא דבדור שלישי ג"כ אמרינן בעל כאשתו וה"ה אשה כבעלה וכ"ש היא דהא קורבה דיליה עדיף טפי ומ"מ לא אמרינן אשה כבעלה כ"ש בקורבה דילה שלא יגרר הוא אחריה בדור שלישי ולא מצינו בפוסקים לחלק בין אשה כבעלה לבעל כאשתו א"כ מהיכי תיתי לפסוק בזה כירושלמי נגד ש"ס דילן בפרט לדעת הפוסקים הללו קיימא לן כרב ועוד דפשיטא דמירושלמי גופא לא מוכח כלל להכשיר באשתו מפני שהוא מופלג כמו שאבאר. וז"ל הירושלמי שם דור שלישי מהו שיעיד לאשת ראשון משה מהו שיעיד לאשת פנחס ריש לקיש אמר דור שני ודור שלישי מקבלין מדוחק ר' יוחנן אמר אפילו מריווח עכ"ל הירושלמי. והנה יש לתמוה במילתא דר"ל מהו כוונתו בזה והנה המפרש פי' דהוא שני ענינים דור שני היינו ראשון בשני ודור שלישי היינו ראשון בשלישי והוא תמוה דהאיך יחלקו הם על המשנה דמפורש להדיא ראשון בשני פסול ואפילו שני בשני ואי נימא דהם לענין בעל כאשתו קאי מ"מ האיך קאמר דור שני ודור שלישי אם לא שנאמר דור שני פירושו בתרי בעל כאשתו ודור שלישי בחד בעל כאשתו והוא תמוה מאוד. אבל באמת תמהני על המפרשים למה נטו מפי' הירושלמי הפשוט דמילתא דר"ל הוא לדעת ר' אליעזר דשני בשלישי פסול דדריש על בנים ובגמרא דילן קאמרינן דרב פליג עלי' בהא ומודה לו בדור ראשון ושלישי והיינו דקאמר דר"ל קאמר דמקבלין דור שני ודור שלישי והיינו שני בשלישי מדוחק משום דאיכא למיחש לדעת ר' אליעזר דפוסל שני בשלישי רק מדוחק מקבלין [והמעיין בירושלמי שם יראה שהזכיר שם דעת ר' אליעזר בתחילה שם כמו שפי' המפרש שם א"כ ר"ל נמי בהכי איירי וזה ברור] ור"י פליג עלי' דאפילו מריווח מקבלין דלית דחש להא דר' אליעזר כרב דהכא והשתא או דנימא דמילתא דר"י ור"ל הוא באפי נפשיה ולא קאי אדלעיל וא"כ

לא נפשטה האבעי' ולחומרא ואפילו אי נימא דקאי אדלעיל מ"מ פשיטא דכך הכוונה כיון דר"י ור"ל מחולקין בדור שני ושלישי א"כ פשיטא דאליבא דכ"ע בדור ראשון אין מקבלין אפילו לאשתו דטפי עדיף אשת ראשון מדור שני דאשה כבעלה ודור שני מופלג טפי וע"כ לא נחלקו רק בדור שני אבל בדור ראשון מודו ואפילו באשתו דאל"כ הוי ליה לר"י לאשמועינן רבותא אפי' באשת ראשון דעדיף טפי [ואפילו אי נימא דר"י מכשיר גם בזה ע"י, הדחק כמו דמכשיר ר"ל בשני ושלישי והוא מכשיר בריווח כמו כן מכשיר ר"י בדוחק באשת ראשון אבל לכתחלה פשיטא דאין מקבלין) ועכ"פ ברור דמן הירושלמי הזה אין שום ראי' להכשיר באשת ראשון לדעת הפוסלים ראשון בשלישי ואדרבא משמע להיפך ובש"ס דילן אליבא דרב מבואר להדיא להיפך א"כ לא ידעתי מקום להקל בזה אם לא שנסמוך על דעת המכשירים ראשון בשלישי לגמרי אבל מ"מ לא ידעתי מקום לחילוק זה כנ"ל וצ"ע. ועוד נראה דהעיקר מה שהוציאו הפוסקים דין זה מתוך דברי התוספות בשם ר"ת נלפע"ד ברור דלא מוכח מידי רק כוונת התוספות להביא ראיה מירושלמי מדנקט אשת פנחס דפנחס בעצמו לא ואהא קשיא להו מ"ש אשת פנחס הא בכל מקום אשה כבעלה ועל זה כתבו דטעם האבעי' בירושלמי הוא משום שהוא מופלג אבל אין כוונתם שיהא הלכה כך דסבירי להו ג"כ הפי' בירושלמי כנ"ל וא"כ לא איפשט אדרבא מיפשט להיפך כנ"ל ואפילו אי איפשט לית הלכתא בהא כיון דבש"ס דילן מבואר להיפך רק ליישב הירושלמי באו כנ"ל ברור לכן דין זה של הטור ומחבר צ"ע: (ז) כך הוא פסול להעיד לבעל בת אחות אשתו וכו'. זהו מה שכתב הרי"ף בשם הגאון דדעתו להכשיר בן אחות אשתו וחתן אחות אשתו ועל זה השיג עליו הרי"ף וחילק בין מאשה אחרת בין מאחות אשתו דבן וחתנו מאחות אשתו פסול אפילו לר"י ובן וחתנו מאשה אחרת לתנא דמתניתין פסול ולר"י כשר וקיימא לן כר"י. ולפי שנראה לפע"ד שרוב הפוסקים לא כיוונו יפה בדעת הרי"ף מוכרח אני להאריך ולברר דברי הרי"ף על נכון. והנה הב"י הביא תשובת הרשב"א שכתב להדיא דע"כ לא נחלק הרי"ף על הגאון אלא לפי שדעתו לדעת הגאון שמכשיר אפי' בבן אחות אשתו אבל בחתנו מודה הרי"ף אפי' מאחות אשתו ותמה הב"י עליו דהא הרי"ף הביא ראיה מירושלמי לדעתו ובירושלמי מחלק בהדיא אפילו בחתנו בין שהוא מאחות אשתו בין שהוא מאשה אחר. והוא תמוה לכאורה אבל באמת נראה לפע"ד עיקר דפשיטא דדעת הרי"ף כמו שכתב הרשב"א כמו שאבאר והוא דוודאי יש לתמוה הרבה ברי"ף חדא מה שהקשה הרמב"ן דבתשובת הרי"ף מבואר להדיא דמתניתין מיירי בניהם וחתניהם מאשתו זאת שהיא קרובת ולא מאשה אחרת וזהו היפך דעתו כאן בהלכות עד שהכריח

הרמב"ן דהרי"ף חזר בו ממה שכתב בתשובה. וביותר אני תמה על דעת הרי"ף ז"ל דע"כ לא פליג ר' יוסי אלא לפי דתנא דמתניתין לא מחלק בין בן גיסו מאחות אשתו או מאשה אחרת ואחי ר' יוסי למימר דמאשה אחרת כשר א"כ תקשי הא בגמרא פריך אלא הא דתני ר' חייא שמונה אבות שהן כ"ד דלא כמאן ואהא משני דדעת ר' יוסי גיסו וכ"ש חורגו והוי שפיר שמונה אבות הן ובניהם וחתניהם לבר מגיסו וחורגו שהם לבדם וקשה הא מאחות אשתו מודה ר"י דבנו וחתנו פסול א"כ אכתי תקשי ברייתא דר' חייא דכי בשביל דמאשה אחרת כשרים לא קא חשיב להו תדע דהא באחי האח מכשיר ר' חייא שמע מיניה דקא חשיב בנו אף דלא דמי להנך אם כן מאי שנא דלא קא חשיב גיסו כיון דפסול בנו וחתנו מאחות אשתו וזו היא קושיא עצומה לכאורה ועוד קשה במאי שכתב הרי"ף ז"ל וז"ל ועוד האי דדייק ואמר אף כמו כן אילו נאמר בגיסו הוא ובנו וחתנו אף בנו מאשה אחרת כשר והא מתניתין דתנן ובעל אחות אמו דהוא בנו מאחות אשתו וקתני סיפא וגיסו הוא ובנו וחתנו ולא קא מכשיר בנו בין מאחות אשתו בין מאשה אחרת ומהיכי נפקא ליה האי דייוקא עכ"ל ודברים אלו אינם מובנים כלל לכאורה הגם שסיים וכתב אלא וודאי דברי שגגה הם. ובאמת דברי הגאון מבוארים לכאורה דדייק דמתניתין מיירי מאותה אשה דוקא ולא מאשה אחרת כדמיירי מעיקרא. תו קשה במה שהביא הרי"ף ראיה מירושלמי דגרסינן התם אית תנא תני יש לו בנים וחתנים אית תנא תני אין לו בנים וחתנים מאן דאמר יש לו בנים וחתנים מאחות אשתו ומאן דאמר אין לו בנים וחתנים מאשה אחרת. ולפי פשוטו נראה דכוונתו להביא ראיה דיש חילוק בין מאחות אשתו לאשה אחרת וקשה מה זו ראיה הא הגאון מודה דיש חילוק בזה ואדרבא מהאי טעמא דעת הגאון דתנא דמתניתין ג"כ אינו פוסל רק באחות אשתו וא"כ פשיטא דיש לומר דירושלמי מיירי אליבא דתנא דמתניתין ואי נימא דהני תנאי בירושלמי היינו ר' יהודה ור"י א"כ פשיטא דש"ס דילן חולק על הירושלמי בזה דאל"כ תקשי מאי קאמר דמתניתין ר' יהודה הא שפיר מצי אתיא בין לר' יהודה בין לר' יוסי רק ר' יהודה בבן וחתנו מאחות אשתו ור"י בבן וחתנו מאשה אחרת ולא פליגי כלל וע"כ דש"ס דילן חולק בזה או דהירושלמי הכל אליבא דר"י מיירי א"כ מבואר כדעת הגאון דלר"י אפי' בבן וחתנו של אחות אשתו כשר:

ועל כל אלה אני אומר דכוונת הרי"ף כך דוודאי פשיטא דמודה הרי"ף דחתנו כשר אפי' חתן אחות אשתו דהא הוי ליה ג' חיתונים כמו שכתב הרא"ש ולא יחלוק תנא דמתניתין אפי' באשה אחרת וע"כ לא נחלק הרי"ף רק בבן אחות אשתו ועל זה השיג על הגאון שהביא ראיה כיון דמעיקרא הכל בזמנים שהם באים מצד האשה הקרובה לא מאשה

אחרת א"כ הכא נמי ועל זה הקשה עליו דהא ליתא ואדרבא כיון דנקט בעל אחות אמו א"כ בבן גיסו ממילא משתמע א"כ ממילא הא דנקט בן גיסו היינו אפילו מאשה אחרת דאי מאחות אשתו היינו בעל אחות אמו וליכא למימר הא איכא טובא דמשתמע מכללא ומ"מ מתנייא בהדיא הא ליתא דהני דמתניא בהדייא אית בהו פסול קורבה. דקא מיירי בה השתא ג"כ הילכך אף דבלאו הכא היה פסול מכח קורבה אחרת שיש באותו דבר עצמו קא חשיב להא נמי או כמו שכתב התוס' שם משא"כ הכא דבן גיסו לא מיפסל בשביל גיסו כלל לדעת הגאון רק משום בן אחות אשתו דהיינו בעל אחות אמו ומזה דייק הרי"ף להיפך דע"כ דפסולא דבן גיסו הוא משום גיסו בעצמו ואפי' בנו מאשה אחרת פסול לכך קא חשיב בן גיסו לבר מבעל אחות אמו. והשתא לק"מ קושית הרמב"ן שהרי"ף סותר עצמו למה שכתב בתשובה דליתא דמודה הרי"ף דמעיקרא הכי איירי אבל בבן גיסו משמע ליה באשה אחרת דבאותה אשה דוקא א"כ כל הפסול משום אחות אשתו ולא משום גיסו א"כ הוי ליה בעל אחות אשתו כנ"ל והשתא ממילא מוכח כדעת הרשב"א בתשובה דהרי"ף מודה בחתן אחות אשתו דאם לא כן תקשי על הרי"ף דהא מוקי ברייתא דר' חייא כר' יוסי וא"כ אכתי איכא גיסו מאחות אשתו וחתנו דמודה ר"י ובע"כ דהיינו טעמא דבן גיסו לא קא חשיב ר' חייא כיון דלר"י מאשה אחרת כשר רק מאחות אשתו א"כ בן גיסו מכח גיסו לית ביה פסול רק מכח אחות אשתו א"כ הרי הוא בעל אחות אשתו ממש ואף דר"ח נמי קא חשיב הני דאית פסול בלא"ה מ"מ זהו דלית ביה פסול גיסו כלל ליכא למיחשבינהו כלל כמו שכתבתי בכוונת הרי"ף אך אכתי תקשי תינח בן אחות אשתו דקאתי מכח אחות אשתו והוי ליה בכלל בעל אחות אמו אבל חתן גיסו מאחות אשתו דליכא בהך כללא דבעל אחות אשתו הוי ליה למיחשבינהו ואכתי הוי להו טפי מכ"ד ומזה דייק הרשב"א דמודה הרי"ף בחתן גיסו כיון דיש כאן שלשה חיתונים דכשר כדעת הרא"ש רק מתניתין בחתן גיסו מאחות אשתו מיירי ואפ"ה פליג ר"י דכשר דאפי' תרי בעל כאשתו לא אמרינן א"כ ממילא לית כאן רק כ"ד כברייתא דר' חייא ודו"ק היטב כי זה ברור. ומה שתמה הב"י דהא מירושלמי מוכח דאפי' בחתנו יש חילוק זה לק"מ דהא פשיטא דלא היה כוונת הרי"ף להביא ראיה מירושלמי לדינו דהא פשיטא דש"ס דילן חולק על הירושלמי בזה וכבר כתבו הרמב"ן והרא"ש ג"כ לדחות הראיה מירושלמי אבל כוונת הרי"ף כך כיון דחזינן בירושלמי דמפליג דתנא תני יש לו בנים וחתנים ותנא תני אין לו דזה מיירי באותה אשה וזה באשה אחרת א"כ הכא נמי מאי מקשה בש"ס הא פשיטא דאיכא למימר דהני תרי תנאי היינו ר"י ור' יוסי ותרווייהו לא פליגי כלל וזה מיירי באותה אשה וזה באשה אחרת ומתניתין מיירי ג"כ באותה אשה

כדעת הגאון ולק"מ ולמה לו לאפקיע מתניתין מהלכ' דהא קיימא לן הלכה כר' יוסי ומזה דייק הרי"ף דלכך הוכרח ש"ס דילן לעשות פלוגתא בין ר' יהודה לר' יוסי ולאוקמא מתניתין כר' יהודה משום דמשמע להו דמתניתין אפי' בבן גיסו מאשה אחרת דאל"כ אינו בכלל בן גיסו כלל דהאי לאו משום גיסו מפסל רק משום אחות אשתו וכבר קתני בעל אחות אשתו וע"כ באשה אחרת מיירי א"כ לא מצי לאוקמא ר"י ור"י כדמוקמינן בירושלמי דא"כ תקשי מתניתין דלא כמאן דלא כר"י ולא כר"י והוצרך לעשות פלוגתא ביניהם ומתניתין כר"י עכ"פ מבואר דמתניתין באשה אחרת מיירי. והשתא כיון שאין כוונת הרי"ף דש"ס דילן סובר כירושלמי ואדרבא פשיטא דפליגי א"כ אין ראיה ממאי דבירושלמי משוה גיסו לחתנו וגמרא דילן לא דלאו להכי הביא הרי"ף הירושלמי ודו"ק היטב כי זה ברור נמצא כלל העולה דבן גיסו פסול להרי"ף מאחות אשתו ולא מאשה אחרת וחתנו אפי' מאחות אשתו כשר להרי"ף ובזה נסתלק כל מה שהקשו על הרי"ף גם באו דברי הרי"ף על נכון ולפי זה ממילא העיקר לדינא כהי"א שהביא המחבר כיון שגם הרי"ף מודה (ח) אסורין לדון דה"ל כמו אוהב ושונא. הד"מ סי' ז' כתב דבדיעבד כשרין כיון דדעת הרמב"ם דאוהב ושונא כשרין בדיעבד א"כ לא גרעו הני מאוהב ושונא ועל פי זה פסק כאן בש"ע דכשרין בדיעבד אבל באמת לפי מה שהעליתי לעיל סי' ז' בראיות ברורות דלהרמב"ם פסולין בדיעבד א"כ נראה לכאורה דהכא נמי פסולין אפי' בדיעבד אבל באמת נראה להכשיר מטעם אחר דהא כבר העליתי שם דהא דאמרינן לא לידון אינש למאן דרחים ליה ולא למאן דסני ליה בזה מותר בדיעבד דלא הוי אוהב ושונא גמור דהיינו שושבינו ולא דיבר עמו ג' ימים באיבה א"כ הכא נמי כיון דבש"ס אמרינן דלא דמי להדדי כי עוכלא לדנא א"כ פשיטא שאינם אוהב ושונא גמור ובמשנה נאמר להדיא איזהו אוהב שושבינו משמע דאוהב סתם לא א"כ ממילא כשר בדיעבד כמו מאן דרחים ליה ומאן דסני ליה כנ"ל:

ט לאביה. עסמ"ע דלכך דייק ראשון בראשון להורות דלאבי אביה הוי ראשון בשלישי וכמו כן לבן בנה או לבן בתה והט"ז תמה דהא לבעל בת אחות אשתו פסול וא"כ לדעתו הוי ליה ראשון בשלישי. ובאמת לק"מ דפשיטא שיש חילוק בין היכי שנתרחק הדור אחר דור או בדור סמוך לו. וכן מבואר ברמב"ם שכתב כל שתי נשים שהם שני בשני בעליהן מעידין זה לזה משמע אבל ראשון בשני לא ואח"כ כתב אבל ראשון בראשון לא משמע אבל ראשון בשני מעידין גם אח"כ כתב בהדיא דלבעל בת אחות אשתו אינו מעיד אף שהוא ראשון בשני וע"כ דמעיקרא קאמר דשני בשני לעולם לא אמרינן אשה כבעלה בין שיהא בדור אחר דור או בדור סמוך אבל ראשון בראשון לעולם אין מעידין

אבל בראשון בשני לא פסיקא ליה כי בדור אחר דור אפי' לה בעצמו מעיד כמו שכתב הסמ"ע ובדור סמוך אפי' לבעלה אינו מעיד. אך הא קשיא לשיטת הסמ"ע אי ס"ד דכהאי גוונא הוי להרמב"ם ראשון בשלישי א"כ האיך כתב הטור לפיכך שנים אחד נשא האם ואחד בת בנה או בת בתה מעידין זה לזה לדעת הרא"ש מבואר להדיא דלהרמב"ם אין מעידין ולהסמ"ע אפי' להרמב"ם מעיד לה לבדה דהוי ראשון בשלישי בדור אחר דור:

ואמת כי דברי הטור בלא"ה תמוהין מאוד דהא קיימא לן חורגו לבדו ולא בנו וחתנו א"כ פשיטא דמותר להעיד לבת בנה או לבת בתה וכ"ש לחתן בנה או חתן בתה ומה שכתבו קצת האחרונים דחורגו לבדו הכוונה ולא חורגו דחורגו אבל בנו וחתנו פסולין לא נהירא כלל גם הטור כתב בהדיא אח"כ חורגו לבדו פסול ולא בנו וחתנו אף שהם פסולין לאשתו מבואר להדיא דבנו וחתנו כשרים לו. וכן מבואר אח"כ דקאמר בעל אם אמו כשר דמבואר הטעם משום דהוי בן חורגתו ולא אישתמט לכתוב דהרי"ף ורמב"ם חולקין אמנם נראה לפע"ד פשוט בכוונת הטור כך דוודאי יש לתמוה מה שאמרו חורגו לבדו ולא בנו וחתנו תינח לשיטת הסמ"ע דבן חורגו ובתו הוי: ראשון בשלישי אבל אי נימא דהוי ראשון בשני א"כ תקשי מ"ש באמת מראשון בשני דעלמא דפשיטא דאמרינן ביה בעל כאשתו ומ"ש הכא גבי חורגו דלא סוף סוף בן חורגו עם זקינתו הוי ראשון בשני ממש א"כ הוא הוי בזה בעל כאשתו וכי בשביל שהראשון בשני נולד מבנה שהוא נקרא חורגו יגרע טפי משאר ראשון שיש לאשתו שהוא פסול להם וכמו כן קשה קושית התוס' שם אהא דקאמר מאי חתנו דקתני מתני חתן בנו והקשו התוס' שם בד"ה מאי חתנו וז"ל תימה א"כ מתניתין דקתני גיסו ובנו וחתנו היינו חתן בנו אלמא חתן בן אחות אשתו פסול הא אפי' חתן בן אשתו כשר דקתני חורגו לבדו עכ"ל. וזו קושיא עצומה לכאורה ועיין מה שתרצו שם דלפום סברא דהשתא אין הכוונה למעט בנו וחתנו. והוא דחוק דחורגו לבדו מבואר דהוא לבדו פסול. לכן נראה ברור דוודאי הפרש גדול יש בין חורגו לשאר קרוב של אשתו דקורבה שיש לאשתו שלא מצד אישות אחרת רק מצדה כגון אח ואחות אב ואם לזה אמרינן אשה כבעלה ובעל כאשתו והוא ג"כ קרוב לו כמו אשתו אמנם בקורבה שיש לה מצד אישות אחרת כגון בנים מבעלה הראשון בזה לא איקרבא דעתיה כלל דמה לו לבעל הראשון דעכשיו הוא בעלה ולא נתקשר הבעל עמה בקשר זה בקורבה שיהיה לה מצד בעלה הראשון ומהאי טעמא אמרו חורגו לבדו כי זה היה לה בשעה שנשאה א"כ מה לו מאיזה צד הוא קרוב שהרי קודם שנשאה היה לה בן זה אמנם בבניו וחתניו שוב לא איקרבא דעתיה לגבייהו כי מה ישמח הוא ביוצאי חלציו של בעל אחר ועכשיו הוא בעלה וזה ברור ונכון בסברא. ומיושב קושית התוס' דוודאי

בן אחות אשתו וחתנו עדיפי מבן חורגו וחתנו דהם קרובים מצד משפחתה והם קרובים מצד אישות אחרת ומה לו לבעל זה באישות אחרת ובזה ס"ל להטור דהיינו דוקא בבן חורגו וחתנו הנולדים לאחר מכן אבל אם נשאה בבן וחתנו שהיה לה בשעת נישואין זהו כמו שאר קרוב שלה דכל ראשון בשני אמרינן בעל כאשתו ומה נפקא מינה לבעל בשעת נישואין איזה קרוב שהוא רק בקרובים הבאים לאחר נישואין אז יש חילוק שעכשיו שהוא בעלה לא יתכן שיתקרב למה שנולד מצד אישות אחרת שהיה לה כבר משא"כ בקרובים של המשפחה שלה לא מצד אישות. והשתא ניחא שכתב הטור לפיכך אם אחד נשוי אם ואחד נשוי בת בנה או בת בתה כשרי' לשיטת הרא"ש והיינו כמש"כ שזה נשא אם וזה נשא בת בנה שהיה לה נכד הזה בשעה שנשאה א"כ להרא"ש כשרים דבראשון בשני' לא אמרינן תרי בעל כאשתו אבל להרמב"ם פסולים דכיון דבראשון בשני אמרינן תרי בעל לא גריעי הני מראשון בשני דעלמא וזה הפי' נראה לפע"ד נכון לדינא בדין חורגו ועכ"פ מבואר מזה דלא כסמ"ע אלא אפי' להרמב"ם כהאי גוונא ראשון בשני מיקרי ולא בשלישי ואדרבא גרע דאפי' בתרי בעל פסול אמנם נראה לפע"ד ברור אף שדעת הטור דבכהאי גוונא להרמב"ם פסול אפי' בתרי בעל והיינו דמשמע ליה כיון דהרמב"ם פוסל בבעל בת אחות אשתו ש"מ דבראשון בשני סובר דאפי' בתרי בעל כאשתו אבל באמת לפי' מה שהוכחתי מלשון הרמב"ם שהוא סותר עצמו דמתחלה משמע דוקא שני בשני' אבל ראשון בשני לא ובסוף דבריו קאמר ראשון בראשון משמע ג"כ ראשון בשני לא. לכן נראה אף דבחד בעל נראה כדעת הטור דפוסל בראשון בשני ואין חילוק בין בדור אחר דור או בדור סמוך אבל לענין תרי בעל נראה פשוט דהרמב"ם מחלק בינייהו דראשון בשני בדור סמוך לדור דהיינו אח ואחות אמרינן אפי' תרי בעל אבל בדור אחר דור חד בעל אמרינן בראשון בשני ולא תרי בעל ואתי שפיר דברישא קמש"ל דוקא שני בשני אפי' בדור סמוך לדור אבל בראשון בשני בדור סמיך לדור אמרי' אפי' תרי בעל כאשתו ובסיפא קמש"ל דוקא בראשון בראשון בדור אחר דור אמרינן אפי' בתרי בעל אבל בראשון בשני בכהאי גוונא לא ומנא תימרא דיש חילוק בזה הלא הדבר פשוט ומבואר דהא חזינן דמר בר רב אשי אכשר באבא דאבא והיינו דקרי ליה ראשון בשלישי ש"מ דדור אחר דור יש סברא לומר דהוי שני בשני א"כ נהי דקיימא לן דהוי ראשון בראשון דלא כמר בר רב אשי אבל עכ"פ בעל כאשתו בתרי בעל לא אמרינן בזה וראיה לזה שהרי ר"ת פוסל ראשון בשלישי ומ"מ כיון דאיכא מ"ד דכשר לא חשיב בעל כאשתו בזה וה"ה הכא להרמב"ם כנ"ל אף על פי שאין זאת דעת הטור ולדינא כבר הוכחתי בלא"ה לעיל ס"ק ז' דאפי' להרי"ף לא אמרינן בראשון בשני בתרי בעל כאשתו וא"כ

פשיטא דכ"ש בזה אבל בחד בעל ליתא לדעת הסמ"ע כמו שהוכחתי ואפי' להרמב"ם פסול וכן מה שכתבתי בענין בן חורגו שהיה לה בשעה שנשאה נלפע"ד עיקר לדינא כי ברור שהיה כן דעת הטור כמו שביארנו:

אמנם הא וודאי קשה ממה שכתב הטור אבל אבי חמיו, כשר דמשמע להדיא כדעת הסמ"ע דלהרמב"ם כהאי גוונא כשר דהוי ראשון בשלישי ואפי' בחד בעל כשר דאל"כ דבריו דלא כמאן ומה שכתב הב"י וד"מ שהוא ט"ס וצריך להיות אחי אבי חמיו או אבי אבי חמיו אבל באמת הוא תמוה דאפי' אם נגיה כן תקשי הא מעיקרא כתב חמיו פסול ובנו ובן בנו וחתנו א"כ אי ס"ד דפוסל אבי חמיו הוי ליה לחשוב אביו ג"כ אלא וודאי דמכשיר באבי חמיו. והנה יש רוצים לומר דאפי' להרא"ש כשר בזה והא ודאי ליתא דהא לדידהו אפי' ראשון בשלישי פסול ואי משום דבזה לא אמרינן בעל כאשתו הא ליתא דאם תסלק בעל הוי ליה ראשון בשני וא"כ ממילא אמרינן בעל כאשתו אבל להרמב"ם בוודאי מוכח מהטור דמהני ולפי זה צ"ע דהטור סותר עצמו כנ"ל גם מדברי הרמב"ם גופא שכתב ולא לאביה משמע בהדיא דלאביו אביה מותר והיינו כהסמ"ע ודוחק לומר דלאו דוקא נקט. ומה שנראה לי בכוונת הטור והרמב"ם דלאו משום דהוי ראשון בשלישי מכשרי לאבי חמיו אלא משום דמשמע במתניתין בהדיא דבהא לא תקנו חכמים בקרובי אישות דאל"כ אמאי לא קא חשיב אבי חמיו ובשלמא מאי דמשתמעי מכללא ניחא דלא תננהו אבל הך דלא משתמעי וקתני חמיו בנו וחתנו ואילו אבי חמיו לא קתני ש"מ דבהא לא תקנו. וכן מבואר בתשובת הרי"ף שהביא הרמב"ן בספר המלחמות דכל מה שלא נזכר בהדיא לא ילפינן לפסול הילכך בדור למטה שנזכר פוסלין אבל בדור למעלה דהיינו אבי חמיו לא פסלינן ולפי זה אפי' לדעת הרא"ש כשר לו כנ"ל בכוונת הטור והרמב"ם ואתי שפיר הכל ומ"מ לדינא מאחר שרוב האחרוני' חולקין בזה אפי' לדעת הרמב"ם וכ"ש לדעת הרא"ש א"כ אין להקל בזה בחד בעל אבל בתרי בעל שפיר יש להקל כמו שביארנו מקודם:

י אבל אם העיד לקרוביה דין זה צ"ע לכאורה דהא בש"ס קאמר מעיקרא בארוסה גופא לחלק בין לעייולי בין לאפוקי ודחי דדוקא לענין טומאה וירושה דתלוי בשאירו ולא לענין קורבה דאיקרבא דעתיה ובע"כ צריך לומר דהכוונה דלענין קורבה אין שום הפרש בין ארוסה לנשואה ופסול מגזירת הכתוב כמו שאר קרובים דאי משום דמיקרבא דעתיה הא פסול בין לזכות בין לחובה ואי משום אהבה הוי כשר לחוב כמו שכתב המחבר בסעיף שאחר זה וע"כ דלאו מסברא הוא רק גזירת הכתוב דלענין קורבה ארוסה נמי קרובה כמו נשואה וא"כ מנין לנו לחלק בין ארוסה לנשואה בקרוביה דהא פשיטא

דלענין קורבה שווין ופסולין מגזירת הכתוב וצריך לומר דהטעם כיון דקרובי אישות אינו אלא מדרבנן א"כ כל מה שמצינו שגזרו גזרינן אבל ארוסה דלא מצינו שגזרו לא גזרינן כמו שכתבתי מקודם באבי חמיו ולפי זה נראה דלהרמב"ם דפוסל לכתחילה א"כ ה"ה אבי חמיו פסול לכתחילה עכ"פ לדעתו אך בלא"ה העליתי מקודם דאפי' בדיעבד אין להקל בזה ע"ש: (יא) אפשר דנוגע בדבר. בהג"א מספקא ליה בדין זה והיינו משום דאיהו אכתי לא זכו בהו ויכולה ליתנה למי [שתרצה משא"כ ארוסה והנה יש להבין דבגמרא בס"ד קאמר דמעיד אדם לאשתו ארוסה ואמר רבינא לא אמרן אלא לאפוקי אבל לעייולי לית לן בה והיינו דמ"ד ארוסה אינה קרובה כלל כמו לענין טומאה רק מטעם נגיעה פסול והיינו לעייולי ולפי זה יש להוכיח דשידוכין לא דאל"כ מאי קמש"ל רב הונא כיון דאפי' שידוכין אסור כ"ש ארוסה אך יש לומר כך דוודאי יש להבין לס"ד מאי קאמר לא אמרן אלא לאפוקי פירש"י דלחוב לה הוא וקשה כיון דכל הטעם משום נגיעה א"כ אם מעיד בדבר שאין לה זכות בה כגון מתנה שאין לו רשות בה וכהאי גוונא אפי' לעייולי מהימן כיון דמשום קורבה ליכא ואוהב גמור נמי כשר לעדות גם קשה מאי קמש"ל ר"ה דפשיטא דנוגע פסול אפילו אינו קרובו לכן סבירא ליה דאין הטעם בגמרא בס"ד משום נגיעה רק דס"ד דאף מדאורייתא ליכא קורבה לפסול בין לזכות בין לחוב אבל מ"מ לזכות פסול מדרבנן כיון דאיקרבא דעתיה כ"כ ולא דמי לאוהב ושונא דעלמא לכך לזכותא לא הימנוהו רבנן משום אהבה ואהא קאמר דהוי קורבה ממש אפי' מדאורייתא ולפי זה בשידוכין בחשש נגיעה שפיר יש לחוש. אמנם מפירש"י שפי' לעייולי דאדעתיה דידיה קא עביד לא משמע כן רק מצד נגיעה א"כ משמע דשידוכין לא ואפשר דהיינו דמספקא ליה להג"א וצ"ע ועיין בסמוך:

יד אם נפסק הדין. עש"ך דדוקא כשהעיד קודם דאז עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכן הוא באמת בבעל העיטור ומה שנראה בכוונת ב"י דסובר דמדחילק בעל העיטור בין נפסק הדין או לא ש"מ דכוונתו כך כיון דקיימא לן דאין אדם מביא חובתיה לנפשיה ומהאי טעמא אף דהעידו לחובתו יכולין לחזור כדלעיל סימן כ"ט א"כ ה"ה הכא כיון שהביא העד לזכותו רק שלא העיד מחמת שנפסל משום קורבה א"כ ידוע לב"ד שבוודאי לזכות בא להעיד א"כ הוי נמי בכלל עביד אינש לאחזוקי דיבורי' ולכך בעינן נפסק הדין דקודם פסק דין פשיטא דלא אמרינן בכהאי גוונא עביד אינש וכו' דאל"כ לא משכחת עדות דהא מיד שהביאו יעיד בוודאי לזכותו ואח"כ כשהעיד הוי לאחזוקי דיבורי' וע"כ בכל קודם פסק דין כחד עדות הוא א"כ ה"ה כשנתרחק ודו"ק. ובתומים תמה על גוף דין זה דהא חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו כשר ולא חיישינן שמא זייף א"כ הכא נמי למה ניחוש

שישקר ובוודאי העיד אמת ע"כ ולק"מ מכמה טעמים חדא דהא פשיטא דאם לא העיד כלל אמ"כ דפסול ולא אמרינן הא מעיקרא אמת העיד רק מחמת גזירה ועכשיו יתכשר וע"כ דלאותה עדות נזירות הכתוב דלא מהני לעולם ובעינן עדות מחדש א"כ האי לאו עדות הוא כלל שאפילו שקר יאמר לאחזוקי דיבוריה והוי כאילו לא העיד אח"כ כלל וגזירת הכתוב דעדות דמעיקרא אינו מועיל ועוד דבלא"ה כיון דקרובים פסולין להעיד אינן בכלל לא יגיד ולא תענה דאינן בכלל שבועת עדות א"כ ממילא חשודין להעיד שקר דאין עדות שקר רק גורם לחבירו היזק משא"כ התם דאף שהוא קרוב עכשיו כשר עדותו על השטר דמקודם וכיון דאין אנו פוסלין משום קורבה ממילא אם הוא שקר הוי עדות שקר ממש ולא חיישינן ועוד דהכא בוודאי אינו חושש להעיד שקר כיון שהוא קרוב ואף שאינו ידוע מ"מ חושש שבוודאי בעל דין יברר שהוא קרוב או הוא עצמו יברר וממילא לא העיד בשקר משא"כ התם דידעינן שהוא קרוב רק שחתם בשקר ועדים שאמרו שקר העדנו אינן נאמנין א"כ הוי עדות שקר ממש ודו"ק:

[טו] אין הצוואה כלום עיין תומים שהעלה דמצווה מחמת מיתה כ"ע מודו דאין כאן עסק ונגיעה לשכיב מרע רק במתנה במקצת בקנין מיירי דאינו חוזר דלא כסמ"ע ואין דבריו נכונים כי המעיין ברא"ש פרק זה בורר יראה להדיא דמיירי במצווה מחמת מיתה ומה שהקשה מקרובי נרצח וכן בנרצח עצמו דיכול להעיד לק"מ דהתם פשיטא כיון דהנרצח אינו קרוב לרוצח רק מחמתו על זה אמרו דכיון דקיימא לן לא נחשדו ישראל להעיד שקר מחמת שנאה אבל כאן דהשכיב מרע שחילק נכסיו לזה כך ולזה כך וציוה לפני מותו פשיטא דכך הוא בעל דבר לענין זה כמו כל בעל דבר ובנרצח עצמו כתבו התוס' בחד תירוץ דהוי בעל דבר ומהאי טעמא כתב הרא"ש דאין הקרובים שלו יכולים להעיד א"כ נהי דבנרצח לא קיימא לן כן דמאי תועלת יש לו בהריגת זה אבל כאן שהוא יפקיע דין ירושה ומחלק כרצונו בשלו פשיטא דמיקרי בעל דבר וא"כ עדים שקרובים לו פסולים אמנם בעיקר טעם מחלוקת הרא"ש והגאון נראה לפע"ד פשוט דטעמו של הגאון הוא כך שלא אמרו תחילתו וסופו בכשרות אלא כגון חרש או שוטה וכהאי גוונא דקא חשיב בברייתא דאית בי' תרתי לגריעותא חדא דהשתא נמי אותו עדות שראה ראוי להעיד מה שראה והוא אינו יכול לכך קרינן בי' והוא עד או ראה שיהא ראוי להעיד בשעת ראיה כמו שכתב הרשב"ם ועוד שעכשיו יש בו פסול שהוא פסול בו לעולם ואפשר שלא יתכשר לעולם וא"כ בשעת ראי' אינו ראוי להעיד כלל אמנם הך עובדא דגאון יש בו תרתי למעליותא חדא שמה שהוא אינו ראוי עכשיו להעיד אינו גריעותא שהרי העדות בעצמו לא נמסר רק להעיד אחר מותו בחלוקה שחילק לבניו או לאחר א"כ הרי

גם עכשיו ראויין הם להעיד לאותה שעה שנמסרה העדות ומה שאין עכשיו ראויין לא איכפת לן שהרי אף עדים כשרים ממש אינן ראויין להעיד עכשיו שכל העדות לא נמסר רק להעיד לאחר מיתה ובאותה שעה יהיו כשרים שכבר מת השכיב מרע נמצא שגם עכשיו הוא בכשרות שידוע שלאחר מיתה יהא כשר והעדות נמסר להעיד אז ולא עכשיו וזה ברור. ועל זה הביא הרא"ש שם המשנה דעדים שאמרו קטנים היינו ואנוסי' ופסולי עדות דעכשיו כשרים א"כ באנוסים או קטנים הרי זה דומה ממש לעובדא דגאון דהא אח"כ כשיגיע זמן השטר יהיו כשרים אלמא דמ"מ בעינן שבשעה שנמסר להם יהיו כשרים דוקא אמנם לפע"ד דברי הרא"ש צ"ע דהא פשיטא דהך דינא דתחילתו בפסלות וסופו בכשרות פסול אי לאו הך ברייתא לא הוי שמעינן ממשנה כלום דשאני התם דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד א"כ אז בשעת חתימה הי' עיקר העדות א"כ העדות פסול שהרי בשעה שהעידו ממש הם פסולים משא"כ בעדות על פה דבשעת עדות הם כשרים אפשר אף דבשעת ראי' פסולין כשרים להעיד והשתא אף דשמעינן מברייתא דאפילו בכהאי גוונא פסול מ"מ לא שמענו רק כשראוי להעיד עליו בשעת ראיה ויש תועלת אז וגם הפסול הוא דבר שאפשר שלא יתכשר לעולם א"כ אינו ראוי להעיד מיקרי משא"כ בעובדא דגאון כיון שאף מעיקרא נודע כשרותו בזמן שיצטרך להעיד תחילתו וסופו בכשרות מיקרי [ואפילו לפי מה שכתבו התוספות שם דאפילו מלוה ע"פ לא הוי מ"מ לא דמי דשאני הכא שנודע כשרותו אף בשעת פיסולו ומיקרי תחילתו בכשרות כנ"ל] גם המעיין ברא"ש יראה דלא ברירא ליה לחלוק על הגאון הילכך נראה עיקר כדעת הגאון. וכן נראה מדברי המחבר שהביא דעת הגאון באחרונה משמע דהכי סבירא לי':

טז עדים הקרובים לערב עש"ך ס"ק י"ד שתמה על הב"י שכתב שהטור פירש כדברי כולם ובאמת לא נזכר בטור פי' רבינו ירוחם בשם הרמב"ן. ולפע"ד דברי הב"י נכונים דפשיטא דמודה הראב"ד לדעת רבינו ירוחם ואדרבא הא פשיטא דלא שייך פלגינן דיבורי' כיון שהם מעידין שפרעו א"כ הלא הערב לא קיבל על עצמו רק כשלא יהא לו ללוה מעות כדאמרינן אי לית ללוה לאו בתר ערבא אזיל או שיהא גברא אלמא וכהאי גוונא אבל כשהלוה יש לו מעות וציית דינא רק שנפטר בדין האיך יוכל לתבוע הערב ומה בכך שאינן נאמנין נגד הערב מ"מ כל כמה שהלוה יש לו מעות וציית דינא אי אפשר לגבות מן הערב תחילה דהא קיימא לן לא יתבע הערב תחילה אמנם הראב"ד רבותא קמש"ל דאפילו בכהאי גוונא דאיכא למימר פלגינן דיבורי' כגון שהם מעידין חובתיה דלגבי ערב אינן נאמנין ונפטר הערב קמש"ל דעדות שבטלה מקצתו בטלה כולו או משום דהוי חד

דיבור ועל זה כתב הב"י כיון דהטור הביא דעת הראב"ד ג"כ ש"מ דסובר כדברי כולם דאפילו בגוונא דשייך פלגינן דיבוריה לא פלגינן וכ"ש בגוונא דלא שייך וזה פשוט: (יז) קרובי נרצח וכו'. עיין ש"ך ס"ק ט"ז מה שהשיג על הב"י דכתב טריפה פסול להעיד מצד פסול שבגופו דהא בש"ס פרק הנשרפין מבואר להדיא דטעמא דטריפה פסול משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה לפי שאינו בזוממי זוממין. ובתומים כתב ליישבו דהתם ע"כ מיירי שנעשה טריפה לאחר שהעיד רק קודם עדות המזימין דאל"כ תקשי מאי פריך הרוג יציל ופירשו משום טריפה דהא רבא סובר עדי טריפה נהרגין והתם הסוגיא אליבא דרבא ע"ש אלא ע"כ דטריפה פסול הגוף והתם כשנעש' טריפה לאחר העדות ובהא פליגי ע"כ ותמהני עליו האיך נעלם ממנו דברי הב"י גופא פרק כ' מהל' עדות שכתב וקשה לי האיך מקבלין עדות זו דהא אינו ראוי להזימם ותירץ דמיירי שלא נודע שהוא טריפה עד אחר שהעיד והשתא תקשי מאי קושיא הא ע"כ מיירי שנעשה אח"כ טריפה ולק"מ ומדברי הכ"מ מבואר שבאמת היה טריפה אז רק שלא נודע ולדעת הב"י כאן אכתי תקשי למה לי האי טעמא לפי שאין בזוממי זוממין תיפוק ליה דאותן עדות לאו כלום מצד פסול שבגופו ואין הורגין על פיו א"כ ממילא גם הוא לא נהרג וע"כ דעיקר הטעם משו' הזמה ולאו משום פסול שבגוף ובאמת שגוף דברי הכ"מ דשם לא נתבררו לי במה נפשך אם כוונת קושיתו דטריפה פסול בלאו טעמא דהזמה רק משום פסול הגוף א"כ לא הועיל בתירוץ שלו דאכתי אין עדותו כלום בלי טעם הזמה כיון שנתברר אח"כ שהוא טריפה ואם כוונתו דלהאי טעמא דזוממי זוממין הא הוא בעצמו פסול ולא משכחת עדי טריפה כלל הא לא קשיא מידי דמ"מ איצטריך להשמיעני דין זה וממילא אין מקבלין טריפה משא"כ לרבא בוודאי מקבלין טריפה להעיד ואי נימא דהקושיא הוא דמ"מ לא הוי ליה לרמב"ם למינקט בעדי טריפה הוי ליה לומר גוף הדין דאין מקבלין עדי טריפה שאינן ראויין להזמה א"כ השתא נמי תקשי למה לי להרמב"ם באופן שקבלו ולא ידעו שהוא טריפה הוי ליה לאשמועינן בפשיטות דאין מקבלין עדי טריפה שאינן ראוין להזמה ומינה שמעינן ממיל' שאם קבלו ולא ידעו ונתברר אח"כ ג"כ לא מהני מטעם הנ"ל. אבל מ"מ הא וודאי מבואר להדיא מדברי הכ"מ גופא דבטריפה ליכא פסול הגוף והתם מיירי שלא נעשה טריפה אח"כ רק שלא נודע מתחילה גם מה שהביא בתומים מדברי המרדכי דקאמר דנרצח מעיד כשאינו טריפה ומשכחת לה שנתן לו סם ועדיין לא נקבו מעיו א"כ מבואר דעדי טריפה פסולין פסול הגוף ולכך אינו פוסל שאר העדים ע"ש שהאריך. ולפע"ד נראה דלק"מ דפשיטא דוודאי מיירי המרדכי כגון שאמדוהו למיתה או סם שבוודאי ימות ומ"מ יש הפרש גדול בין טריפה ובין זה שבוודאי

ימות או יעשה טריפה אבל עכשיו אינו טריפה והוא כי, הטריפה אף בשעה שהוא חי לא מיקרי חי כיון שנחסר ממנו אבר שנעשה טריפה והוי רק הרוג מפרפר אבל זה שלא נעשה טריפה מ"מ אותו זמן שהוא חי ואבריו שלימין הרי הוא כשאר בני אדם וההורגו חייב מיתה ומה נפקא מינה וכי בשביל שחייו קצרים לא יתחייב ההורגו מיתה כיון שאז הוא חי כשאר בני אדם הגע עצמך ההורג זקן גדול שנראה כמעט אפסו כחותיו וימות שנה זו ועכ"פ ישנו בספק שימות ולא רוב שיחי' א"כ לא יתחייב ההורגו מיתה הא וודאי ליתא וע"כ כיון שעכבוהו מלחיות אפי' יום אחד או חודש אחד חייב מיתה כל שהיה חי כשאר בני אדם שלם בגופו א"כ אף זהו כמוהו אף שהוא ימות בוודאי בזמן קצר כל שאינו טריפה חייבין עליו כנ"ל ודו"ק. ולענין דינא העיקר בוודאי כדעת הש"ך. ובאמת יותר טוב לומר דגם כוונת הב"י לא היה משום פסול הגוף כי לא נזכר זה בב"י בפי' רק משמע פסול דטריפה אינו כשר להעיד א"כ יש לומר בפשיטות מטעם הזמה כדעת בכ"מ הנ"ל. וכן משמע מלשון דקאמר אינו כשר להעיד ולא קאמר פסול להעיד דאז הוי במשמע שיש בו פסול הגוף כמו כל הפסולים ומדהאריך בלשונו אינו כשר להעיד משמע דפסול לית בי' בעצמותו ומ"מ אין עדותו כשרה מחמת הזמה דלא משכחת ביה בזוממי זוממין כנ"ל ועיין תומים ס"ק י"א מה שהאריך בביאור תשובת הרא"ש ודבריו נכונים אך מה שהביא ראיה מדברי התוס' דלא כהראב"ד דאם לא כן תקשי מה זה שהקשו אמאי דפריך נרבע יציל דניפלוג דיבוריה הא בס"ד דלא ידע מתירוץ יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר א"כ אף בבעל דבר לא פלגינן דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובאמת לק"מ דאל"כ תקשי באמת להראב"ד גופא הא בס"ד דלא ידע ממקיימי דבר א"כ הך מתניתין דיבמות דקתני הרגתיו תנשא אשתו והיינו דפלגינן דיבוריה א"כ תקשי הא עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה ודוחק לומר דהתם משום עגונא אקולי' בה בה רבנן וכן בכמה מקומות מצינו דפלגינן וע"כ דוודאי בס"ד היה סובר דבלא"ה ניחא והיינו בס"ד דש"ס באילעי וטובי' רק דלפי האמת מחלק הראב"ד כך ושפיר הקשו התוס' מאי קושיא לר"י דילמא סובר כרבנן ביבמות דפלגינן דיבוריה אבל לדינא מודו דלפי האמת שפיר תלוי פלגינן דיבוריה בדין זה אי הוי בעל דבר או לא ולקמן סימן ל"ד אבאר עוד בס"ד באריכות ושם יתבאר כי דעת הרשב"א ג"כ כהראב"ד ע"ש:

לד (א)

אעפ"י שהוא עדות אמת. עש"ך ס"ק ג שתמה בזה שהוא רחוק מסברא שלא יעיד אף שהענין אמת ומסיק דהוי כנמצא אחד קרוב ופסול דעדותן בטילה מגזירת הכתוב ובאמת אין זה נכון דגזירת הכתוב הוא כשנתברר שא' פסול אבל כל שלא נתברר' אף שהוא יודע

מ"מ לא שייך בזה גזירת הכתוב וכיון שהאמת אתו וגם חבירו ראה למה לא יעיד עמו ובתומים תמה על תמיהת הש"ך דהא בשלשה שנושים מנה באחד אמרינן נמי דאסור אף דאמת אומרים בוודאי א"כ הכא נמי. ואין דבריו נכונים כלל דהתם שאני דעכ"פ אומרים שקר בב"ד שהרי מראים עצמם כעדים ובאמת הם בעלי דברים וגדולה מזו דעת מהרש"ל דהוי עדי שקר ממש שהם מעידין שחייב לזה כל המנה וזה שקר משא"כ כאן שאין בזה שום שקר שהרי באמת ראה והוא מעיד וחבירו ראה ג"כ ואינו פסול רק שהוא יודע שהוא גזלן א"כ למה לא יעיד ומנין לנו לאוקמא קרא להכי וביותר יש לתמוה על הטור ומחבר דהא בש"ס יש לומר שלא יצטרף מתחילה עמו לראות העדות ומנין להם דבר זה שלא יעיד עמו כשראה העדות עמו ואמת דיש לומר דמהאי טעמא זכרו הרמב"ם וטור פסוק אל תשת ידך עם רשע ולא פסוק מדבר שקר תרחק הנזכר בש"ס ועיין ב"י שתמה בזה ולפי הנ"ל ניחא דמהך קרא לא מוכח רק שלא יצטרף מתחילה עמו אבל לא שילך ויעיד כשראה עמו ועל זה דרשו מפסוק זה דמשמע אפי' להעיד אסור דכתיב להיות עד. אך עם כל זה לא נתיישב בגוף הדבר למה לא יעיד ומהו האיסור בזה:

אבל באמת אני תמה על הש"ך והתומים כי כבר קדמו בקושיא זו הרב מהרש"א בחידושי אגדות שם שהקשה כיון שאומר אמת וראו שניהם למה לא יעיד ואדרבא גורם חיוב דהא על פיו היה יכול לחייב שבועה ואולי לא ישבע וישלם ע"ש. ותירץ דמשכחת לה שיבוא היזק על ידי עדותו אף שיאמר אמת והיינו שהוא תובע יותר והוא כופר א"כ אם יצטרף עם הפסול ויעיד הרי חייב לישבע מדר"ח קמייתא משא"כ אם יעיד הוא בעצמו. ודבריו המה כעין תירוץ ראשון של הש"ך אך אני תמה על תירוץ זה דהא אפי' בעדותו בלבד היה מחוייב לישבע על המאה להכחיש העד ועל השאר על ידי גלגול וליכא למימר שהיה מודה במה שהעד מעיד א"כ בלא"ה היה חייב לישבע כדין מודה במקצת ובאמת אי נימא דבגלגול לא אמרינן משיל"מ אתי שפיר דנ"מ כגון שיאמר איני יודע על הגלגול אבל לדעת הרמ"ה שהביא המהרש"א גופא שם דאפי' בגלגול אמרינן משיל"מ קשה דהא לא נ"מ כלל בזה. אמנם נלפע"ד בעיקר דין זה של הטור ומחבר דמילתא דפשיטא הוא דמעולם לא עלה על דעתם שהוא לא ילך ויעיד לפני ב"ד כלל בשביל שהפסול יודע ג"כ מעדות זה דהא פשיטא שאם ב"ד שואלין אותו שיעיד מה שיודע שמוכרח להגיד ואם יאמר שאינו יודע פשיטא שאין לך מדב' שקר תרחק גדול מזה כ"ש כשיאמרו להגיד על פי החרם א"כ איך נאמר שלא יעיד ואם יאמר האמת שחבירו רשע הוא לא יאומן בשום פנים ונגודי מנגדינן ליה. אמנם דין זה של הטור ומחבר לא נאמר רק שזה העד אסור לו להצטרף עם העד שיודע שהוא פסול ולילך לב"ד להעיד שניהם על אותו

הענין שזהו בוודאי בגדר מדבר שקר תרחק שהרי מראה עצמו לב"ד שהוא בא להעיד עם זה שאינו יודע בו שום פסול ודעתו שב"ד יוציאו הממון על פי שניהם ובאמת בלבו יודע שזה פסול וכיוצא בזה בתלמיד שאמר לו רבו שיעמוד בב"ד לא שיעיד אסור משום שמראה עצמו כעד ובאמת אינו עד ובפי' אמרו שם אף דלא נפיק מפומיה שיקרא אסור והכא נמי אף שאינו אומר שקר בפי' כלל רק שנראה ממנו ענין מה שהוא להיפך אסור אבל מ"מ פשיטא שאסור לו לכבוש עדותו שלא להעיד כלל דהא גורם היזק לחבירו כמו שכתב מהרש"א רק שילך לב"ד בלא צירוף העד השני רק לבדו ויעיד בב"ד כאילו הוא לבדו עד כמו שהוא במחשבתו שיודע שאין כאן עד רק הוא ואם בעל דין יביא בעצמו זה העד השני ג"כ והוא לא יאומן לפסלו אין בכך כלום ומה הוי ליה למיעבד כיון שהוא לא נצטרף עמו ולא בא להעיד רק בעצמו וכן אם בא עד הפסול קודם והעיד לא יבוא הוא ויעיד עמו אמנם אם שלחו לו ב"ד ושאלו לו בוודאי יעיד מה שיודע כי אין זה בגדר אל תשת ידך עם רשע שהרי לא בא להעיד עמו כלל ולא שם ידו עם רשע רק בפני עצמו ומה לו במה שהרשע ג"כ העיד בפני עצמו והב"ד אינן יודעין ומכריחין אותו להעיד ג"כ. אמנם נראה דדינו של הש"ך אמת ג"כ שאסור להצטרף עמו בשעת ראיית העדות ומ"מ אם נצטרף או שלא ידע בשעת מעשה שחבירו ראה ג"כ הרי זה אסור להצטרף עם זה לבוא שניהם לפני ב"ד להעיד משום אל תשת ידך עם רשע ומדבר שקר תרחק אבל מ"מ יבוא בפני עצמו לב"ד ויעיד מה שיודע כמו שהיה עושה בלי הפסול כמו שבארנו כנ"ל ברור ולק"מ קושית מהרש"א ועיין סמ"ע ס"ק ב' שכתב דמה שכתב המחבר הך ואצ"ל להוכיח מזה אפי' בחבירו יודע מהעדות דאין זה שקר דליכא למימר דקרא באינו יודע הא פשיטא ובאמת זה אינו דהא פשיטא דהא נמי צריך לאשמועינן כיון דהוא יודע בוודאי שאמת אתו ורוצה להציל עשוק ולפי מה שכתב הש"ך יש לומר להיפך דהמחבר קמש"ל דלא תימא כיון שהעד השני משקר לא שייך נמצא אחד קרוב ופסול דהא לא נצטרף עמו בשעת ראיה קמש"ל דפסול ועל דרך שכתב הסמ"ע ריש סימן ל"ג ע"ש: (ב) שחייבין עליה מלקות עיין תומים דלאו הניתק לעשה אף שאין לוקין מ"מ אינו מחמת קלות האיסור לכך פסול מדאורייתא ודלא כמשנה למלך פ"ד מהלכות מלוה ואין דבריו נכונים כלל דהא בהדיא כתב בספר החינוך דהעדים של מלוה בריבית אין לוקין על הלאו של לא תשימון עליו נשך דכיון דהמלוה בעצמו אינו לוקה לא גרעו עדים דאתי מחמתי' והשתא בשלמא אם מה שאינו לוקה הוא לקלות האיסור שפיר יליף בעל החינוך ק"ו לעדים משא"כ לפי דברי התומים שפיר יש לומר דהעדים לוקין וכן מבואר להדיא בטור שכתב גנב וגזלן אף על פי שהם בני תשלומין ואינם בני מלקות פסולים

לעדות והיינו רשע דקרא דכתיב עד חמס מבואר להדיא דע"כ לא פסילי גנב וגזלן רק משום שהוא רשע דחמס ובי' לא בעינן שיהא חייב מלקות הא אי לאו הכי היה בדין דמחמת שאינו חייב מלקות לא יפסל והיינו משום דניתן להישבון לית בהו מלקות וא"כ מבואר דבעדים דלא הוי רשעים דחמס דהא אינם מרוויחים כלל וכיון דאתי מכח לאו דניתן להישבון לית בהו מלקות א"כ פשיטא דאינו בדין דיפסלו לעדות מדאורייתא וזה ברור ועיין בס"ק שאחר זה:

ג היתה עבירה וכו' משום חימוד ממון. זהו מה שכתב הב"י וד"מ בשם רבינו ירוחם ותוס' פרק איזהו נשך ומשמע להדיא מדבריהם דהם פליגי על הטור דפוסל בסתם מדרבנן אפי' בלי חימוד ממון. אבל לפע"ד דבריהם תמוהין ופשיטא דרבינו ירוחם ותוס' וטור דעת אחת להם כמו שאבאר. והנה זה לשון הטור איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות וכו' היתה העבירה שעבר מדרבנן פסול מדרבנן כיצד אכל בשר בהמה בחלב או שחילל יו"ט ראשון פסול מדאורייתא אכל בשר עוף בחלב וחילל יו"ט שני פסול מדרבנן עכ"ל. והנה יש לתמוה כיון דהטור אינו מחלק כלל באיסור מדרבנן ולא בעינן חימוד ממון א"כ מה זה שנתן הטור משל לאיסור דרבנן וכי לא ידענו איסורים דרבנן ומה בא להורות במשל זה הגם שאח"כ כתב בהדיא דגנב וגזלן דרבנן פסולין מדרבנן א"נ קשה הא כבר ביאר דכל איסורים דרבנן פסול אפי' ליכא חימוד ממון כ"ש בגנב וגזלן דאיכא חימוד ממון ודבר ברור הוא דכוונת הטור כך דכלל גדול הוא כל שאילו היה האיסור מדאורייתא היה פסול מדאורייתא אז אם האיסור דרבנן פסול מדרבנן אמנם אם היה האיסור מדאורייתא ג"כ לא היה פסול רק מדרבנן אז אם הוא מדרבנן אינו פסול כלום וזה שכתב הטור מעיקרא בדבר שאין בו חימוד ממון מ"מ אם עבר איסור מדרבנן מה שמדאורייתא היה פסול מן התורה כגון בשר וחלב ויו"ט שני פסול מדרבנן אמנם בשאר פסול דרבנן בדבר שאפי' מדאורייתא לא היה פסול רק מדרבנן כגון שאין בו מלקוח אינו פסול בדרבנן אפי' מדרבנן. אמנם בגנב וגזלן אף דאפי' מדאורייתא ליכא מלקות מ"מ פסול בדרבנן מדרבנן כיון דבזה בלי מלקות היה פסול מדאורייתא בדאורייתא בדרבנן פסול מדרבנן דהוי רשע דחמס והדרן לכללן דכל דבדאורייתא פסול מדאורייתא בדרבנן פסול מדרבנן משא"כ פסול אחר דבדאורייתא ליכא מלקות ולא רשע דחמס אינו פסול מדרבנן אפי' בדרבנן וזה ברור. ומעתה דעת רבינו ירוחם פשיטא דהוא ממש כדעת הטור וע"כ לא כתב רבינו ירוחם דבעינן חימוד ממון רק במה דמדאורייתא ליכא מלקות אבל בדבר דמדאורייתא איכא מלקות ופסול מדאורייתא מודה דלא בעינן חימוד ממון בדרבנן וכן מבואר להדיא בתוספות פ' איזהו נשך ג"כ שהקשו שם האיך גובין בשט'

זה מבנ"ח הא עדי' פסולין דקא עברו על לא תשימון ותרצו דמיירי בריבית דרבנן וכיון שאינן מרוויחין כלום לא מיפסלי באיסור דרבנן ומזה דייקי הב"י והרב בהגה' חילוק זה ואני תמה הא פשיטא דלא מוכח מידי דהא בלאו דלא תשימון אפי' בריבית דאורייתא ליכא מלקו' כש"כ הרב בעל משנה למלך פ"ה מהלכות מלוה ופירש שם להדיא דקושית התוס' הוא דליפסלי מדרבנן והשתא שפיר כתבו התוס' דמיירי בריבית דרבנן וא"כ פשיטא דלא נפסלו כלל כיון דאפילו בדאורייתא אינן פסולין רק מדרבנן דבהו ליכא מלקות ולא חימוד ממון א"כ בדרבנן כשרים לגמרי כדעת הטור הנ"ל וזה ברור אבל כל היכי דפסולין בדאורייתא מדאורייתא מודו התוספות דלא בעינן חימוד ממון כלל ואפילו בדרבנן פסולין מדרבנן כנ"ל ברור בכוונת התוספות ורבינו ירוחם. אמנם כל זה לדעת התוס' ורבינו ירוחם אבל מדברי בעל העיטור שהביא ב"י מבואר להדיא דאפילו חילל י"ט שני שהוא דבר דבדאורייתא פסול מדאורייתא מ"מ כשר לעדות אפילו מדרבנן וזהו להדיא דלא כדעת הטור הילכך לענין דינא בדבר שהוא כשר מדאורייתא בדאורייתא רק מדרבנן פסול אז בדרבנן כשר אפי' מדרבנן אבל בדבר שמדאורייתא פסולן אפילו מדאורייתא אז מדרבנן פסול מדרבנן אפי' בלי חימוד ממון ועיין בסמוך דבזה מיושבין דברי רבינו ירוחם שתמה הב"י שם:

ד קוברי המת בי"ט ראשון הב"י תמה על רבינו ירוחם שכתב שהם פסולים מדרבנן וקשה במה נפשך אם יש לומר מצוה קא עביד למה יפסלו מדרבנן ואם לאו למה יכשרו מדאורייתא ובתומים תמה עליו דהא הרשב"א ורמב"ן סוברים דקבורת מת מצוה הוי מלאכה שאינה צריכה לגופה ואינו אסור רק מדרבנן לכך אינו פסול רק מדרבנן כמו כל עבירה כרבנן וע"ש דמסיק דשגגה יצאתה מלפני השליט הב"י. ואני תמה אל תמיהתו דאי ס"ד דכוונת רבינו ירוחם כך איך כתב דהם פסולים מדרבנן הא הוא דעתו כמו שכתב הרב בהגה' בשמו גם הב"י הביאו מקודם שם דבאיסור דרבנן לא נפסל רק משום חימוד ממון אם כן כיון דאינו מלאכה רק מדרבנן הוי כשר לגמרי אפי' מדרבנן לדעת רבינו ירוחם גופא וזה ברור. אך לפי מה שכתבתי בס"ק לפני זה והשגתי על הב"י והרב דע"כ לא בעי רבינו ירוחם והתוס' חימוד ממון רק בדבר דאפי' מדאורייתא לא הוי פסול רק מדרבנן דבהכי מיירי התם התוספות כמו שהוכחתי שם אבל בדבר שעיקר איסורו בדאורייתא אית ביה מלקות ופסול מדאורייתא אפילו בדרבנן פסול מדרבנן ולא בעינן חימוד ממון א"כ אתי שפיר דברי רבינו ירוחם דשאני קוברי המת דפסולים מדאורייתא בדאורייתא וזה ברור ולק"מ:

ה וביטוי פסול זהו מה שנחלקו הפוסקים במה שאמרו פרק כל הנשבעין כי קתני מילתא דכי קא מישתבע בשיקרא קא משתבע אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר בקושטא קא משתבע לא קתני תינח אוכל ולא אוכל אכלתי ולא אכלתי תני שבועת שוא וכל דדמי ליה וכתבו התוספות דמשמע מכאן שאין אדם נפסל בשבועה דלהבא וכן פירש"י להדיא אבל ר"ת כתב דהוא פסול והכא הכי קאמר דהך לא קא חשיב אבל מדינא פסול והביא הרא"ש ראיה לזה מריש פ"ק דב"ק דר' הושעיא לא קתני רק ממונא ולא קנסא. ובאמת לא דמי להתם דכיון דקא חשיב הכא כל מיני שבועות למה לא חשיב הך אדרבא הוי רבותא טפי והתם שאני דלא קא חשיב קנסא כלל ודו"ק. ור"ת הביא ראיה מפי' בה"ג בההיא איתתא דהוי חשודה אשבועה דפי' בה"ג שהיתה נשבעת ואינה מקיימת הרי שהיתה חשודה על שבועה דלהבא וגם זה אין ראיה דמשמע התם מפי' בה"ג שהיתה רגילה בכך לכך פסלה רבא ע"ש. והנה הטור בסי' צ"ב כתב להדיא שדעת הרמב"ם ורמ"ה כדעת רש"י ותמהו האחרונים דבהדיא מבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות טוען דסובר כדעת ר"ת וכן כתב ה"ה שם להדיא ולפי שנראה לפע"ד שהאחרונים לא כיוונו יפה בדעת הרמב"ם נעתיק לשון הרמב"ם שם וז"ל כל חשוד על השבועה אין משביעין אותו וכו' אחד הנשבע לשקר שבועת ביטוי או שבועת העדו' או שבועת הפקדון או שבועת שוא הרי הוא חשוד על השבועה וכתב ה"ה שדעת הרמב"ם כר"ת. ואני תמה על זה חדא דתקשי מה זה שהתחיל וכתב כל חשוד על השבועה ואח"כ כתב אחד הנשבע לשקר והוי ליה למימר ג"כ אחד החשוד על שבועת ביטוי כנזכר במשנה. ועוד קשה אי ס"ד דכוונת הרמב"ם בשבועת ביטוי דלהבא א"כ איך כתב מעיקרא שבועת ביטוי ואח"כ שבועת עדות ופקדון הא כיון דשבועת ביטוי פסול כ"ש אינך ועכ"פ הוי ליה לומר ואצ"ל שבועת העדות כדרכו בכל מקום גם מה דמשמע מדברי ה"ה דטעמו דלא גרע ממשחק בקוביא דפסול כ"ש זה משמע דאינו פסול רק מדרבנן דהא משחק בקוביא אינו פסול רק מדרבנן והא וודאי ליתא ופשיטא דלא מיירי הרמב"ם השתא מפסול' דרבנן כלל כמבואר שם גם האיך התחיל וכתב בראשונה פסול דרבנן והיה לו להניחו עד אח"כ בתר דקא חשיב פסול דאורייתא אבל דברי הרמב"ם מבוארין דהא כתב להדיא אחד הנשבע לשקר שבועת ביטוי משמע דמיירי שנשבע לשקר ולא כן שבועה דלהבא דבקושטא קא משתבע רק אח"כ עבר על לא יחל דברו ובהא אמרינן בש"ס דלא מיקרי שבועת שקר וברור דכוונתו באכלתי ולא אכלתי דקאמר התם תני שבועת שוא וכל דדמי ליה והיינו דקא חשיב ליה הרמב"ם מעיקרא דבהא אין שום רבותא טפי בשבועת ביטוי משבועת שוא אבל שבועת ביטוי דלהבא לאו משום שקר הוי רק משום בל יחל כנ"ל

וסובר כפירש"י דבהא לא חשוד והן הן דברי הטור סי' צ"ב וכן נראין דברי הרי"ף דהביא בסתמא מימרא דגמרא משמע דסובר בפשיטות כפירש"י דאל"כ הוי לי' לבאר שהוא פסול גם בשבועת ביטוי ובאמת שיש מקום לומר דלענין דינא מודה הרמב"ם לר"ת רק דסובר בפי' דברי הגמרא דלא קא חשיב במתניתין רק מה שהוא פסול מכח שבועת שקר משא"כ שבועת ביטוי דלהבא דליכא משום שבועת שקר רק דלקי משום בל יחל תדע דהא קיימא לן דכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין חוץ מנשבע וממיר ומקלל ומ"מ בשבועה דלהבא ועבר היכי דליכא מעשה אין לוקין ואי ס"ד דלקי משום שבועת שקר לא ליבעי מעשה אלא וודאי דכל שלא יצאת שבועה מפיו לשקר לא לקי רק משום בל יחל וא"כ הוי ליה כמו שאר עבירות שכל היכי שהוא חייב מלקות פסול אבל אינו בכלל חשוד בשבועת שקר לכך לא קתני לה לכך הרמב"ם ג"כ לא קא חשיב בין הנך דפסול משום שבועת שוא ושקר רק שבועת ביטוי שנשבע לשקר דהיינו לשעבר ולא להבא אבל מ"מ מודה דלהבא נמי כל היכי שהוא חייב מלקות פסול ולא גרע מעבירה דעלמא דחייב מלקות דפסול ומ"מ יותר נראה כמו שכתבתי מקודם דמדדיקדק הרמב"ם וכתב אחד הנשבע לשקר שבועת ביטוי משמע דוקא בלשעבר נפסל אמנם בכוונת הטור נראה יותר וכ"כ הרמב"ן שכן כתב ה"ה בשם הרמב"ן וראיה מדהביא דעת הרמב"ם לאחר הרמ"ה ואין דרכו של הטור בזה גם מדכתב וכ"כ הרמב"ן וכן דעת רב אלפס משמע דרב אלפס לא כתב כן בהדיא רק שדעתו כך והיינו כמו שכתבתי אבל הרמב"ם כתב בהדיא כן ובאמת זה אינו לכן נראה עיקר שהוא הרמב"ן כנ"ל). ולענין דינא ברור דהיכי שחייב מלקות אין שום סברא באמת שיהא כשר וארבעין בכתפי' וכשר ומ"ש מכל שאר עבירות שחייבין עליהם מלקות דהא סוף סוף עבר על בל יחל ובשעת אכילה עבר על איסור זה והוי ממש כמו אוכל נבלות אבל היכי דליכא מלקות בהא הוי ספיקא דדינא ונראה דאפי' מדרבנן לא נפסל דכיון דהוי ספק בדרבנן מוקמינן אחזקתיה ולא מיפסל וזהו כוונת הריב"ש שהביא הסמ"ע. ובתומים תמה דהא מ"מ פסול בדרבנן ולפי הנ"ל ניחא דבדאורייתא אזלינן לחומרא ומיפסלי לשבועה וה"ה לעדות אבל בדרבנן כיון דמדאורייתא כשרין לכ"ע ומדרבנן נמי ספיקא הוי לא מיפסלי כלל. ומה שהקשה בתומים על הריב"ש דהא לא תחמוד הוי לאו שאין בו מעשה והוי חשוד ולא ידענא מאי קאמר דהא בהדיא כתב הרמב"ם פ"י מהלכות עדות דיש פסולים אף שאין חייבין מלקות פסולים משום דהוי רשע דחמס וא"כ ה"ה בלא תחמוד והוא הביא ממהרי"ק ובאמת מבואר ברמב"ם וטור כנ"ל. אך מה שכתב הריב"ש דה"ה בנשבע לפרוע ולא פרע לא נהירא כלל דהא הוי כמו חימוד ממון ויש לחלק ג"כ דלא מיקרי חימוד ממון ודו"ק]

ופסול מדאורייתא אפי' ליכא מלקות א"כ הוי ליה ספיקא דאורייתא אמנם יש להכשיר מטעם אחר כמו שיתבאר בס"ק שאחר זה דבכהאי גוונא יכול לומר אנוס הייתי:

1 מי שבאו עדים שעבר על שבועתו. עש"ך ס"ק ז' שכתב וז"ל זה קאי לסברא ראשונה והיינו דאפילו בשבועה דלהבא נפסל ואני תמה על זה דהא דין זה הוא מתשובת הרשב"א וכבר כתב ה"ה בהדיא בפ"ב מהלכות גירושין דדעת הרשב"א כדעת רש"י וסייעתו דאינו נפסל בשבועה דלהבא וא"כ תקשי הא סותר עצמו וברור דהרשב"א מיירי שהעדים העידו שבשעה שנשבע' עבר על השבועה והיתה בשקר וראיה לזה שהרי הרשב"א הביא ראיה לזה משבועת העדות דאל"כ לא משכחת לה שבועת העדות דלעולם יוכל לומר שכחתי. וקשה מה זו ראיה שאני התם שיצטרכו לומר שבשעה שנשבע שכחו העדות זה וודאי לא אמרינן שישכח אדם ויחשוב בברי גמור עד שיוכל לישבע עליו מה שבאמת היה בהיפך ופשיטא דבשעת שבועה רמי' אנפשיה אם נשבע כהוגן משא"כ אחר השבועה כשעושה דבר שהוא ביטול השבועה פשיטא שיש לומר שנשכח הענין בלבו ושכחו מכל וכל ומ"ש מחילול שבת וכדומה דאמרינן שמא שכח שהיום שבת אף שהוא מושבע ועומד עליו וכמה וכמה עבירות אדם עושה מצד שאינו זוכר אם הוא שבת וה"ה בשבועה אבל זה לא אמרינן שישבע אדם על דבר היפך ממה שהוא משום ששכח שהרי בשעת שבועה הוא מדקדק ונותן על לבו האיך היה משא"כ אחר השבועה שאנו אומרין ששכח כל הענין שנשבע לפי שעה וע"כ דהרשב"א נמי מיירי כהאי גוונא שבשעה שנשבע היה לשקר ולכך שפיר מדמה לה לשבועת העדות ולפי זה ניחא מה שהקשה הש"ך ס"ק ח' על מהרש"ל שכתב דיכול לטעון שכחתי בנשבע לפרוע לזמן והא בהך תשובה מבואר דאינו יכול לטעון שכחתי ולפי הנ"ל לק"מ דוודאי אינו יכול לומר שבשעת שבועה שכח דאז מדקדק ונותן על לבו לישבע על נכון משא"כ בנשבע לפרוע לזמן ששכח אח"כ ענין השבועה ומהאי טעמא בנשבע לתת מזכרת נכסיו לגבאי המס ובתוך החשבון לא כתב חוב אחד אין ראיה שהוא פרוע דשמא שכחו כדלקמן סימן פ"ה ועיין מה שכתבתי שם] ונראה ברור דאף הר"ן סובר בשבועת העדות דבדבר שקרוב לומר ששכחו אמרינן ששכח היינו נמי דוקא בשבועת העדות שהן נשבעין שאין יודעין שפיר סובר הר"ן דיש לומר דבשעת שבועת שכחו עדותן ונפל ממחשבתן אבל בשבועה שנשבע על מעשה שהיה כך מה שהיה בהיפך פשיטא דלכ"ע אינו יכול לומר שכחתי דאין זה שכחה והאיך נפל בלבו ברי גמור שהיה כך מה שהיה בהיפך עד שיוכל לישבע על כך וזה ברור. ועיין תומים שהקשה על דינו של הש"ך ומהרש"ל דבנשבע לפרוע לזמן יכול לומר אנוס הייתי דכיון דמחוייב למכור בגדיו לקיים השבועה א"כ

כשלא מכר לא הוי אנוס ע"ש דמסיק בצ"ע. ובאמת לק"מ חדא דהתם היינו כשיכול לפרוע כל החוב במכירת בגדיו משא"כ הכא שאם היה מוכרם לא היה בידו לפרוע כל החוב א"כ אף אם ימכור לא יקיים השבועה לכך אין צריך למכו'. אבל בלא"ה לק"מ דפשיטא כשבא לפנינו לשאול אם ימכור מחייבין ליה למכור משא"כ הכא יכול לומר שבאמת היה סובר שיש לו מעות ולא יצטרך למכור או שבאמת היה לו מעות לפרוע ונאנסו מידו עד שלא היה לו פנאי למכור שהגיע הזמן א"כ שפיר יכול לומר אנוס הייתי משא"כ כשנודע לו שאין לו מעות בוודאי חייב למכור לקיים השבועה וזה ברור: (ז) טבח. בטור הביא בכאן דין הבא על הערוה והמחבר השמיטו שסתם כדעת הרמב"ם דאין מחלק בין עבירה לעבירה רק לכשיש בה מלקות לאין בה מלקות אבל בחשוד על הערוה לעדות אשה יש להסתפק כי לפי גירסת רש"י שם דוקא לאפוקי אינו נאמן אבל לעייולי נאמן דלא אמרינן מים גנובים ימתקו וכו' אבל לגירסת הרי"ף בין לאפוקי בין לעיולי אינו נאמן ע"ש בב"י שהניח בספק וצ"ע שהשמיטו כאן. והנה לכאורה יש להקשות לפי גירסת הרי"ף דנצטרך לומר דבאמת פסול אפילו לעייולי משום מים גנובים ימתקו דליכא למימר דלא פליג עבדי רבנן דהא לשאר עדות הכשירוהו כיון דאינו חשוד ועוד דהא חזינן לפי גירסת רש"י דפריך פשיטא ומשני מים גנובים וקשה מאי קושיא לא פליג עבדי קמ"ל וע"כ דאפילו לס"ד לא ניחא לי' לומר דבר זה דאין כאן הוי אמינא לומר כן וא"כ איך נאמר להרי"ף שיסבור זאת הסברא באמת וע"כ משום מים גנובים דלפי גירסת רש"י דחי לה בש"ס משום כמה דקיימי הכי שכיחא ליה ולהרי"ף באמת קיימינן בהך סברא דמים גנובים ולפי זה יש להקשות דהא בש"ס סוף נדרים משמע להדיא דלא אמרינן הך סברא דמים גנובים דקאמר מהו דתימא מים גנובים וכו' קמ"ל והיינו משום דניחא ליה טפי דתיהוי שכיחא ליה כמו שפירש הרא"ש שם והרי זה מבואר שלא כדברי הרי"ף. אך באמת המעיין היטב שם יראה דאיפכא מוכח כדעת הרי"ף דאיתא התם ההוא נואף דעל לגבי ההיא איתתא אתי מריה דבית סליק נואף יתיב בכלאי בבא פי' שהיה נחבא ממנו הי' שם זרעים לאכול והיה רוצה בעל הבית לאכול והשיבו הנואף שלא יאכל כי נחש אכל מהם וקאמר רבא התם דאיתתא שרי' דא"א דעבד איסורא ניחא ליה דליכול ולימות ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא ניחא דלא לימות בעל דתיהוי אינתתי' עלי' מים גנובים ימתקו ולחם סתרים ינעם קמ"ל ע"כ והנה לכאורה יש לתמוה דהא פשיטא דידוע שזה האיש שהיה ביחוד עם האשה בוודאי לנאוף היתה כוונתו וכן קרי' לי' התם כמה זימניה ההוא נואף ע"ש רק שאנו מספקין אם נאף את האשה הזאת עכשיו או לא א"כ מ"ש דאם עבד איסורא נימא ליה דליכול ולימות הא אף אי לא עבד

עדיין איסורא סוף סוף פשיטא שהוא רוצה לעשות האיסור וא"כ היה לו להניחו שיאכל וימות ואדרבא יש לומר כיון שנאף נתקררה דעתו משא"כ כשעדיין לא עשה האיסור ויצרו בוער בקרבו פשיטא שהיה לו להניחו טפי שימות ומכ"ש שאין להביא ראיה מזה דלא עבד איסורא ובע"כ צריך לומר כך דוודאי אי לא עבד איסורא אין לתמוה במה שלא הניח שיהרג דכיון דעדיין לא עביד האיסור אם ימות תהא מותר' לו לגמרי משא"כ אם לא ימות אסורה וה"ל מים גנובים אבל אם עבד איסורא הרי אפי' ימות אסורה לו שכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל א"כ יש לו מים גנובים א"כ ניחא ליה בוודאי שימות דהא יש לו איסורא עכשיו ג"כ ואהא משני דס"ד מים גנובים ימתקו ולחם סתרים ינעם והיינו כשהיא נאסרת לו מטעם שכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל אין כאן רק מים גנובים אבל לחם סתרים ליכא [כמו שיתבאר פירושו אחר כך) דהא אין העולם יודעין שהיא אסורה לו משא"כ כשתהא אשת איש הוי לחם סתרים קא משמע לן דמשום הא לא ניחא ליה שימות ורוצה יותר במים גנובים שתהא מצוי לו בכל עת עכ"פ מבואר מהתם דדוקא היכי דעכשיו נמי איכא איסורא רק משום לחם סתרים לא חיישינן אבל היכי דעכשיו ליכא איסורא כלל הך סברא דמים גנובים אמת הוא וחיישינן לה דמהאי טעמא דייקינן התם דלא עבד איסור כנ"ל. א"כ הכא דבלא"ה ליכא איסורא כלל שפיר חיישינן שיעיד משום מים גנובים כדעת הרי"ף ומכ"ש כאן דהוי מים גנובים ולחם סתרים והשתא ליכא כלל. ובזה יובן מאמר הכתוב מים גנובים ימתקו ולחם סתרים ינעם שהוא לכאורה כפל דברים במילות שונות גם לזה נתן המתיקה ולזה נתן הנעימה שהיא גדולה בהנאה מן המתיקה ולפי הנ"ל ניחא דמים גנובים הפי' שנגנבו פעם אחת אבל אח"כ כשהוא שותה מהם א"צ לשתותם בסתר כי אין ידוע אם גנבם ואין היכר אם הם אותן המים. אמנם לחם סתרים הפי' שבכל עת שהוא אוכל אותו צריך לאכלו בסתר שהלחם ניכר וידוע שאינו שלו וזהו ניחא לי' יותר ממים גנובים. והנמשל בשניהם הוא על דרך שזכרנו כי האיסור מטעם שכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל מיקרי מים גנובים כי מתחלה נגנבו בביאה ראשונה כשהיה בעלה חי אמנם אח"כ אינו צריך לעשות בסתר שאינו ידוע שגנבם אמנם באשת איש הוי לחם סתרים ובזה ס"ד דניחא ליה טפי לחם סתרים ממים גנובים כנ"ל קא משמע לן דלהא לא חיישינן וניחא ליה טפי שתהא מצוי' לו ואיסור מים גנובים יש אבל אי ליכא השתא כלל ניחא ליה בוודאי במים גנובים כנ"ל ודו"ק אך אמנם יש ליישב הגירסא שלפנינו ג"כ דהא בלא"ה יש להבין דקאמר דניחא ליה דתיהוי מים גנובים ומהא טעמא שיקורי קא משקר וקשה כיון שהוא משקר א"כ לא הוי מים גנובים דהא אינם אסורים לו כלל דהא יודע שאומר שקר ולא נתקדשה כלל וצריך

לומר דכאן הכוונה דתיהוי לחם סתרים בלבד בלי איסורא כלל רק צריך שישמור עצמו שהעולם חושבין שהיא אשת איש ולפי זה יש לדחות ראיה הנ"ל דדוקא התם חיישינן למים גנובים היינו דאיכא איסורא משא"כ הכא דהשתא נמי ליכא איסורא ודוקא לחם סתרים באיסורא עדיף ממים גנובים משא"כ בלי איסורא. אמנם המעיין ברש"י יראה שפירש להדיא דמים גנובים שתהא אסורה לו משמע דמפרש שתהא אסורה לו באמת וצריך לומר דעדותו הוא שנתקדשה בספק קידושין ויקדשנה שנית בוודאי ותהא אסורה לו באמת או שהיא נעשית אשת איש גמורה ע"י נישואין וביאה ולפי זה דברי הרי"ף נראין מוכרחין:

ט החולק עם הגנב. עיין תומים שהשיג על דין זה והנה מה שהקשה דהא עובר על לפני עור ואף דלית ביה מלקות מ"מ משום חימוד ממון לא בעינן מלקות ובאמת כבר הוכחתי בס"ק הקודם דלא מיפסל בלפני עור אפי' בחימוד ממון. אבל בלא"ה יש לתמוה דמשמע דאפי' איסור דרבנן אין כאן וקשה הא בעובר עבירה דלית בה מלקות פסול מדרבנן. אך אמנם לא ידעתי מאי לפני עור יש כאן ודוקא הלוקח מגנב או מגזלן הוי מסייע ידי עוברי עבירה כמו שכתב המחבר לקמן סימן שס"ט אבל החולק עמו באופן שלא סייעו כלל רק שנודע לו שגנב ורוצה חלק ממנו והגנב נותן לו בע"כ ובהא לא שייך סייוע. אך מה שהקשה הא מ"מ רשע הוא במה שמחזיק של חבירו ת"י שהרי הוא יודע שגנב או גזל מחבירו והוי רשע דחמס הא קשיא לכאורה אבל באמת נראה ברור דעיקר טעמו של הריב"ש כמו שכתב הב"י לדעת הרמב"ם דמיקרי גזלן במשכנו שלא ברשות ב"ד דמ"מ לא נפסל דלא משמע לאינשי דמיקרי גזלן בהכי וזהו טעמו של הריב"ש ג"כ דהנוטל חלק מן הגנב לא משמע ליה שהוא רשע דחמס מאחר שהגונב כבר גנב ואם לא יטול הוא חלק יהא הכל אצל הגנב וכשהוא נוטל מן הגנב הוא נוטל הילכך כשר לעדות והרמב"ם פ"ד מהלכות תשובה קא חשיב החולק עם הגנב בין הנהו דאין יכולין לשוב תשובה גמורה מחמת שאין יודעין ממי נגנב [אח"כ קא משיב דברים שאינו עושה תשובה מחמת קלות העבירה ואילו חולק עם הגנב לא קא חשיב משמע דבהא משמע לאינשי איסורא רק שאינו יכול לשוב ומ"מ אין מזה ראיה דטובא איכא דלא משמע לאינשי איסורא לענין פסול עדות ומ"מ לא קא משיב להו הרמב"ם לענין תשובה) ולפי זה הכא נמי יש לומר דמיירי בהכי ולכך לא משמע ליה דהוי רשע דחמס כיון שאינו יודע למי להשיב ודו"ק

(י) אם יש שם עדים שיודעין היום שחתמו עסמ"ע ס"ק נ"ב שכתב וז"ל פי' שראו שחתמו ולא ראו בתוך השטר הזמן והמקום שכתוב בו דא"כ הוי להו הן ג"כ עדי הזמה עכ"ל. וכתב הט"ז שדבריו תמוהין דא"כ למה לי שיאמרו בזמנו כתבנוהו דהא לא שייך כאן

אחרוהו דהא ראוהו לשטר ביום פלוני ובשעה שחתמוהו ופי' הוא בשטר קנין. ובתומים תמה עליהם דבלא"ה לא הוי עדי הזמה כלל כיון דמכחיש גוף העדות ולא הוי רק תרי ותרי ע"כ. ולפע"ד דברי הסמ"ע נכונים והוא שאני תמה עד שהקשו על הסמ"ע כך הא בלא"ה דבריו תמוהין מאוד ואין פי' לדבריו כלל דמה הוא זה שאמר כיון דלא ראו הזמן והמקום הכתוב בשטר לא הוו עדי הזמה כלל דהא מ"מ עכשיו אנו רואין הזמן והמקום ואם הם אומרים זמן אחר הוו להו עדי הזמה תדע דהא אותן העדים המזימים לא ראו השטר מימיהם לא הזמן ולא המקום רק שבאו ואומרים שהיו באותו הזמן במקום פלוני ואנו רואין שהוא היפך מה שכתוב בשטר ומאי ענין הזמה לענין זה אם ראו בשעה שראו שחתמו הזמן והמקום. וברור דכוונת הסמ"ע כך דוודאי יש להבין עדים אלו המעידין באיזה זמן חתמו מה טיבן אם אומרים שבאחד בניסן בירושלים חתמו א"כ הרי מכחישין לעדי הזמה שאומרים בבבל היה אז ואם הם בעצמן אומרים ג"כ שבבבל חתמו באחד בניסן א"כ הרי הם ג"כ עידי הזמה ממש שהרי אומרים באחד בניסן היו בבבל כמו המזימים וע"כ לא תמצא רק שיעידו שחתמו לא באותו הזמן הכתוב בשטר רק על זמן אחר והשתא אם אומרים שאיחרוהו א"כ הרי השטר כשר ואינן נאמנין לומר בזמנו כתבנוהו כיון שהם מזימין אותם שלא היו אז רק בבבל והם מעידין שחתמו קודם רק שאיחרו א"כ השטר כשר שאז היו כשרים רק עכשיו אומרים שקר בזמנו כתבנוהו וע"כ שאומרי' שנכתב בזמן שלפי, דבריהם השטר מוקדם א"כ אם ראו בעת שראו שחתמו זמן ומקום השטר אין כאן עדי הזמה כלל שהרי הם מכחישין אותן ואומרים שהשטר מוקדם ואפילו בלי המזימין היה השטר בטל מחמת הכחשה תרי ותרי א"כ אין מועיל הזמה כלל מאחר שעדותן בטילה ואף אם באו המזימין קודם ואח"כ המכחישין מ"מ כיון שבשעה שחתמו ראו אותן העדים שהוא מוקדם א"כ הרי אינו עומד לגובייא כלל ואין עדותן מועיל כיון שכבר הוכחשו מעדים שראו שהקדימוהו ואף שלא באו עדיין לב"ד מ"מ בשעת עיקר העדות הרי הוכחשו אז ואין כאן הזמה כלל ואף דעדים שהוכחשו ואחר כך הוזמו הוי הזמה הכא שאני דבשעה שחתמו הוא עיקר העדות ובתוך כדי דיבור הוי הכחשה והתם נמי אלו מעידין ביחד תרי ותרי לא מועיל הזמה כלל וע"כ שלא ראו זמן השטר א"כ בשעת ראיה שחתמו היו סבורין ששטר כשר הוא באמת א"כ כשבאו המזימין כדין היתה ההזמ' ואח"כ כשבאו אלו העדים כבר היתה ההזמה נכונה כיון שהם לא ידעו מקודם שהוא מוקדם רק עכשיו באו להעיד אחר שנפסלו אימת חתמו לידע אימת נפסלו והוי שפיר הזמה מעלי' ואפילו באו אלו קודם מ"מ עדים שהוכחשו ואח"כ הוזמו הוי הזמה [ועמ"ש לקמן סימן ל"ח בענין זה] והכא נמי כיון שבשעת חתימה

לא ידעו המכחישין כלום שחתמו בשקר רק אח"כ הכחישום מועיל הזמה ודו"ק היטב. והשתא שיעור דברי [הסמ"ע הוא כך שכתב דעדים לא ראו הזמן והמקום שהוא הענין הזמה שאם ראו ע"כ שהם מעידין בבבל חתמו בזמן הכתוב בשטר דאל"כ קשה כנ"ל ואם מעידין כן הוי להו [עדי הזמה דהא מעידין ממש כמו עדי הזמה וע"כ שמעידין על זמן אחר לא הכתוב בשטר א"כ ע"כ לא ראו אז זמן השטר דאל"כ הוי ליה מוקדם וליכא הזמה כנ"ל. והשתא לא קשיא מה שהקשה הט"ז דלמה לי שיאמרו בזמנו כתבנוהו ולפי הנ"ל ניחא דאם לא יאמרו רק שאנו מכריחין מכח העדים המעידין אימת חתמו א"כ במה נפשך ליכא הזמה כלל דהא בלי העדים יש לומר אחרוהו ואם מכח העדים שוב הוי הכחשה וכשרין לשאר עדות כתרי ותרי ודוקא אם ההזמה אינה צריכה לעדי הכחשה אז הדין עדים שהוכחשו והוזמו הוי הזמה ולא כשהזמה אינה רק ע"י עדי הכחשה ובזה אני חוכך ג"כ במה שכתב באורים דמה שכתב המחבר ס"ח אף שהוזם בעדות ממון ושילם לאו דוקא אלא אפילו לא שילם כגון שהוזם קודם שנגמר הדין מ"מ פסול לעדות ולפע"ד זה אינו רק כל שאי אפשר לעשות בו הזמה מדין תורה שוב בטלה הזמה לגמרי ולא הוי רק הכחשה דהא הזמה חידוש הוא וכל שאינו בר הזמה לא הוי רק כמו הכחשה כמו הזמה שלא בפניהם וכהאי גוונא והכא נמי כל שהכחישו עדים דלא מהני הזמה לא מיפסלו ג"כ ולא הוי רק תרי ותרי] הילכך צריך שיאמרו בזמנו כתבנוהו ואז הם בגדר הזמה ואמ"כ שבאו עדים שחתמו כיון שלא ראו זמן השטר והמקום לא בטלה הזמה למפרע רק הם פסולים משעה שחתמו דהא עדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו הוי הזמה כ"ש שהוכחשו אח"כ משא"כ כשראו בשעה שחתמו שהם חותמין מקודם דמיד לא הוי עדות כלל כנ"ל:

יא נפסלו למפרע. פי' בשטרות שחתמו למפרע דבעדות שראו למפרע לא מצי להעיד עכשיו אפילו במה שראו קודם שנפסלו רק במה שכבר העידו או חתמו בשטר דהוי כמו שנחקרה בב"ד מיירי דבהו נפסל למפרע משעה שנודע שחתמו. ובתומים תמה על המחבר דבי"ד סימן פ"א פסק כהרשב"א בגבינות שנעשו מבהמה שנטרפה והוגלד פי המכה דכל שיצאתה שעה אחת מחזקת' לא מהני חזקת כשרות א"כ הכא נמי למה לא יפסלו מקודם ג"כ דהא לית להו חזקת כשרות דעכ"פ נפסלו משעה שראו החתימה ע"ש שהניח בצ"ע. ובאמת לא קשיא ולא מידי דהתם שאני שאנו דנין על הגבינות לאכלם עכשיו על פי החזקה דכשרות על זה כתב הרשב"א דכיון שיצאת שעה אחת מחזקתה שוב ליכא חזקת כשרות עכשיו משא"כ הכא שאנו דנין להכשיר העדות שכבר העידו קודם שראו העדים שטר זה שחתמו א"כ אז בשעה שהעידו היה חזקות כשרות שלהם

דוודאי הם כשרים ועדיין לא יצאו אז מחזקת כשרות ואילו היו צריכין להעיד עכשיו בוודאי לא הוי מהני כלל משא"כ הגבינות שאנו דנין עליהם עכשיו שכבר יצאת שעה אחת מחזקת כשרות. ועוד התם אין שום סברא שנאמר טפי שהוא טריפה קודם או אח"כ רק שמעמידין אותה בחזקת כשרות וכיון דאיתרע חזקת כשרות עדיין הספק שוה שנאמר שנטרפה קודם או אח"כ לכך טריפה מספק משא"כ בעדים שחזקת כשרות שלהם הוא הענין המונע אותם שלא יהיו פסולין ואף אם נתברר שעבר איסור אם כן הסברא נותנת דהיה אח"כ כי כל כמה שנוכל לומר שהמניעה מנעה מהם הפסול מהיכי תיתי לא נאמר כן וראיה לזה דאל"כ תקשי להרשב"א גופא לאביי דפוסל עד זומם למפרע והיינו משעה שהעיד למה לא יפסל אף במה שהעיד קודם עדות זו דהא לית ליה חזקת כשרות דהא יצא שעה אחת מחזקת כשרות שהרי עכ"פ נפסל למפרע וליכא למימר דדוקא התם שאותו הפסול לא היה בו קודם שהעיד עדות זו שפיר לא אמרינן דגם מעיקרא היה לו פסול אחר והתם נמי בגבינות אלו היה ברור לנו שאותו הטריפות לא היה לו קודם שלשה ימים לא נאמר מאחר דהיא עכשיו טריפה דגם מעיקרא הי' לה טריפות אחרת א"כ הכא נמי לא חיישינן לפסול אחר מה שזה הפסול שנודע עכשיו לא היה בו אז משא"כ הכא שפיר יש לומר דזה הפסול בעצמו היה קודם שחתם קודם והוי דומיא דגבינות דשם אבל באמת הא ליתא דכמו דחזקת כשרות דהתם שאינה טריפה כמו כן הכא שאינו חשוד לשקר וכיון דיצא מחזקת כשרות וחשוד לשקר אף מעיקרא יש לומר דהיה חשוד לשקר והתם בטריפות לא חיישינן לטריפות אחרת שאין טריפות זו תלוי בזו משא"כ הכא שזה תלוי בזה שאם חשוד לשקר כיון שאין חילוק בין קודם או אח"כ א"כ שפיר יש לחוש דגם קודם משקר וע"כ דשאני עדות דטפי יש לומר לעולם דהתחיל להיות רשע עכשיו ולחשבו בכשר כל אימת שנוכל כיון שיש מניעה המונעת הפסול משא"כ בטרפות אין שום הפרש שנאמר דהי' קודם או עכשיו וכמו שביארנו:

אך מה שהקשה בתומים דלמה יפסלו למפרע הא יש לומר דמה שאומרים בזמנו כתבנוהו בלבד שקר ועד עכשיו כשרים היו הא וודאי קושיא היא ובאמת היה לו להקשות דגם גוף השטר יתכשר מהאי טעמא וכן הקשה הט"ז סימן מ"ג בגוף השטר והנה מדברי הרז"ה שהביא הר"ן ספ"ב דכתובות משמע כן שכתב שלא תתכן הזמה בשטר שיש לומר איחרוהו וכתבוהו הרי שטעמו משום שיש לומר שאיחרוהו וא"כ קשה הא תתכן הזמה כשאומרים בזמנו כתבנוהו דלא שייך לומר איחרוהו ולדעת הט"ז ניחא דכיון דיש לומר איחרוהו אף כשאומרים בזמנו כתבנוהו שייך לומר כן ומה שאומרים שכתבוהו בזמנו הוא שקר. אך באמת נראה לפע"ד ליישב קושיא זו והוא דהא וודאי

פשיטא דהזמה לא הוי רק כשמעידין על העדות לא על גוף המעשה שהעדים מעידין עליה שאפשר שזה היה אמת רק העדים לא ראו ואם מכחישין גוף המעשה לא הוי רק הכחשה ולא הזמה וכמו כן לא מיקרי הזמה רק כשמזימין העדים ומחייבין אותם כאשר זמם. אמנם אם אינן מחייבין העדים כלל כגון שעדותן מתקיימת גם עכשיו לפי המזימין ממילא לא מיקרי הזמה כלל ומה שהם אומרים היפוך אלו לא מיקרי רק הכחשה כיון שאינו נוגע לגוף העדות והשתא לק"מ מכל הנ"ל דוודאי אילו היה חל הזמה בפני עצמה על מה שהם אומרים עכשיו שכתבוהו בזמנו דהיינו באחד בניסן בירושלים שפיר היה מקום לומר דעד עכשיו כשרין והשטר כשר רק דבזה הם ניזומין שלא כתבוהו בזמנו משא"כ הכא דבאמת אם נחזיק השטר בכשרות ממילא לא תפול בו הזמה בשום פנים דעל מה שאומרים בזמנו נכתב לא שייך הזמה חדא שאינו נוגע לגוף העדות מאחר שהשטר כשר בלא"ה הגם שהוא הכחשה שאומרים שלא כתבוהו אז במה שהם מעידין שכתבוהו שעל גוף הלואה כבר העידו אז ונאמנין רק על מה שאומרים עכשיו שכתבוהו בניסן בירושלים א"כ הוי הכחשה ובהכחשה לא נפסלו העדים כלל א"כ אי אתה יכול לתפוס שאומרים שקר' ואתה צריך לומר שגם זה אמת שבזמנו כתבוהו א"כ הדר הוי ליה הזמה בגוף העדות כלל הדבר שכל שאי אתה יכול לחשוב אותן בשקרנים במה שאומרים עכשיו רק על ידי הזמה א"כ ממילא הוי הזמה ודו"ק היטב ובתומים כ' ליישב משום דבעלמ' אמרי' מאוחר כדי לאוקמ' עדים בחזקת כשרות אבל הכא דבלא"ה פסולין במה שאומרים בזמנו כתבנוהו לכך לא אמרינן מאוחר הוא ע"כ והנה מלבד מה דמ"מ כיון דלא נפסל למפרע וכל אימת שאנו יכולין מוקמינן בחזקת כשרות א"כ שפיר יש לו' מאוחר כדי לאוקמא בחזקת כשרות עד עכשיו וכ"ש הוא ומה במקום שיצאו שעה אחת מחזקת כשרות לא נפסלו למפרע דמוקמינן אחזקה כ"ש כשלא יצאו אף שעה אחת דיש לומר מאוחר הוא ובזו הרגע משקרין אבל בלא"ה כבר נתבאר דאם נאמר מאוחר הוא אף בזה שאומרים בזמנו כתבנוהו לא הוחזקו משקרין דהוי רק תרי ותרי ואפשר ליישב ג"כ שתי הקושיות של התומים חדא בחברתה והוא דדוקא התם בגבינות שפיר אמרינן דהגבינות טריפות מספק כיון דאיתרע חזקת כשרות השתא הוי ספק אם נטרפה קודם או אח"כ וטריפות מספק משא"כ ליפסל למפרע קודם שראו החתימה הוי ספק ספיקא חדא שמא כתבוהו אח"כ ומעיקרא כשרים ואת"ל שכתבוהו קודם שמא מאוחר הוא ועדיין הם כשרים לכך כיון דהוי ספק ספיקא לא מחזקינן להו בפסלות למפרע אבל משעה שראו שחתמו אין כאן רק ספק אחד שמא מאוחר הוא לכך כיון דהשתא הוזמו אין מוציאין ממון מספק ודו"ק כי גם זה נכון:

יב מיום שנודע שחתמו. הר"ן פ"ב דכתובות כתב בשם הרז"ה דהזמה לא שייך גבי שטר כלל וכתב הב"ח דהיינו דוקא לענוש העדים ממון אבל לפסול הגוף הוי כמו הזמה שלא בפניהם וכתב הש"ך שכן הנכון דאל"כ יהא הרז"ה נגד הש"ס ר"פ אחד ד"מ וכן ביאר הש"ך לקמן סוף סי' ל"ח ע"ש באריכות והנה מה שהביא הש"ך סוף סימן ל"ח ראיה דהרז"ה מודה היכי דבזמנו כתבוהו מדקאמר שמא איחרוהו הוא תמוה דהמעיין בר"ן שם יראה דאדרבא מהכא הוא ראייתו מדקאמר מעיקרא שלא תתכן בעדות שבשטר שיש לומר איחרוהו והיינו אף דמן הדין יש בו הזמה לא יתכן כמו שדקדק הש"ך גופא אבל עכ"פ מבואר מזה דמה שכתב אח"כ ועוד שאין הזמה לעולם אלא בעדות בעל פה ולא בשטר מבואר הוא דמעיקרא היה משכחת הזמה בעדות שבשטר רק שלא יתכן רק בדרך רחוק אבל לפי טעם השני לעולם ליכא הזמה מדינא לא מטעם שמא איחרוהו א"כ מבואר דאפי' בזמנו ליכא הזמה והיינו כדעת הר"ן [אמנם טעמו של הרז"ה יתבאר בסמוך] ובתומים הביא ראיה להרז"ה דהא בש"ס רפ"א ד"מ קאמר התם דאמאי לא מקשה ממתניתין שטרי המאוחרין וקאמר דמברייתא קשה טפי דבאחד בשמיטה לא מושלי אינשי קמש"ל ע"ש. וקשה מה בכך דבמשנה איכא למיתלי טפי במאוחר מ"מ הקושיא חזקה יותר דהוי טפי עדות שאי אתה יכול להזימם וע"כ דעדות שאי אתה יכול להזימם לא קשיא דבשטר בלא"ה ליכא הזמה כהרז"ה רק הקושיא כפירש"י ושפיר מקשה טפי מברייתא וזו קושיא גדולה לפי' הראב"ן וח"א רפ"א ד"מ ע"כ ולפע"ד לק"מ דהא רש"י פי' באחד לא מושלי משום שמיטה. ויש להבין מ"מ הא יש לומר מאוחר שנכתב באמת קודם אחד בניסן אבל בשמיטה א"כ אין ראיה ממה שאיחרוהו דהא אף אם היו כותבין הזמן האמת היה בשמיטה וצריך לומר דמשמע ליה דברייתא מיירי אפי' בגוונא דהמזימין אומרים שהי' עמהם מתחילת שמיטה ועד עכשיו או שהדרך רחוק שאי אפשר שיבואו לכאן מתחילת שמיטה א"כ ע"כ שהיה קודם שמיטה ושפיר לא היה להם לאחרו ולפי זה שפיר לא הוי מצי להקשות כלל ממשנה דאיכא למימר וודאי תנא לא אתי רק לאשמועינן דמאוחר כשר ובוודאי עדות שאי אתה יכול להזימם בעינן ומשכחת לה בשטר שנכתב בשמיטה דאז יכול להזימם באופן שלא נוכל לומר מאוחר רק שנכתב קודם שמיטה ולזה לא חיישינן דלא מושלי אינשי ולא הי' להם לאחר אבל מ"מ כשלא באו זוממין משכחת לה מאוחר כשר שנכתב בשמיטה ונתאחר או שנכתב קודם שמיטה כשעדים אומרים כן בפי' בלי הזמה אבל בברייתא דקתני בהדיא אפילו בשטר בשמיטה ליכא הזמה כיון דסוף שביעית משמטת שפיר פריך דהא עכשיו לא משכחת הזמה כלל והוי עדות שאי אתה יכול להזימה כפי' הראב"ן ולק"מ ועמש"ל סימן

ס"ז. והנה הש"ך סימן ל"ח השיג על הב"ח שהביא ראיה מהזמה שלא בפניהם דמי לא עסקינן שעידי השטר לפנינו ע"ש ודבריו תמוהין שהוא הבין כוונת הב"ח דטעמו של הרז"ה דעדים החתומים בשטר הוי כהזמה שלא בפניהם הואיל ואינם רק בשטר ולא לפנינו והוא תמוה דכוונת הב"ח דוודאי טעמו של הרז"ה דבשטר ליכא הזמה מטעם אחר רק כמו דהזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוי הכחשה הוי ה"ה בכל גוונא שאין הזמה מאיזה טעם שיהא מ"מ הכחשה מיהו הוי כדחזינן בהזמה שלא בפניהם וזה ברור. אך הא וודאי קשיא דהא הזמה שלא בפניהם הוי הכחשה לבטל העדות ולא לפוסלם וכן הקשה בתומים ובאמת דיש לומר דסובר כהריב"ש לקמן סוף סי' ל"ת דהזמה שלא בפניהם הוי הכחשה והעדים פסולים ע"ש] ועוד הקשה דהא טעמו של הרז"ה דדיינים לא יקבלו הזמה על קרוביהם א"כ ה"ה בשטר לא יקבלו הזמה לפוסלם אבל באמת נלפע"ד דכוונת הרז"ה כך דוודאי יש להבין אם בממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימם א"כ הך ירושלמי דנתן טעם דהם לא יקבלו הזמה על קרוביהם קשה הא בדיני ממונות לא בעינן הזמה כלל וצריך לומר דוודאי לא בעינן הזמה שיהא נוהג בעדים הזמה כגון לענוש ממון או לפוסלם לשאר עדות אבל מ"מ הא וודאי בעינן שאם יבואו עדים ויכחישום או יזימום שיתבטל עדותם עכ"פ הילכך בדיינים קרובים אם יבואו עדים להכחישם בוודאי יקבלו אבל אם יבואו עדים בהזמה לא יקבלו שאם יקבלו יענשו ממון ויהיו פסולים וא"כ יהא עדות כשירה שלא כדת הילכך כתב הרז"ה דבשטר דליכא הזמה לענוש ממון ולפסול עדים רק שאם הוזמו בשטר באופן דלא שייך איחרוהו אינו רק שהעדות בטל כמו הכחשה א"כ כמו דלא חיישינן שלא יקבלו עידי הכחשה כמו כן לא חיישינן בעידי הזמה בשטר שבוודאי יקבלו כיון דלא נפסלו ואפשר שזאת היתה כוונת הב"ח ג"כ ומה שכתב שהם פסולים כוונתו אחד מכת זו ואחד מכת זו פסולין לכל עדות כמו כל עידי הכחשה:

אמנם בטעמו של דבר למה בשטר לא שייך הזמה נתן הש"ך טעם משום דחידוש הוא וכן כתב הר"ן. אבל טעם הראשון לא נהירא כלל שיהא כוונתו דבשביל שיש לומר איחרוהו לא הוי הזמה אבל בלא"ה הוי הזמה דא"כ מאי לא יתכן הא פשיטא כשאומרי' בזמנו כתבנוהו יתכן הזמה כדעת המחבר סעיף זה ואינו דרך רחוק כלל. והנה בתומים נתן טעם דהרז"ה לטעמיה שכתב דלכך מהני עדות בשטר ולא הוי מפי כתבם דהם שלוחין של לוה א"כ ממילא לא שייך הזמה דכיון דהוזמו ואינן שלוחין אין כאן עדות רק מפי כתבם ע"כ: ואין זה נכון דלפי זה לפי דעת הפוסקים דעדות שבשטר מהני דאורייתא דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה בב"ד ג"כ לא יפול בו הזמה דע כי לא הוי כמי

שנחקרה רק אם הוא אמת אבל אם הוא מזוייף פשיטא דלא הוי כמו שנחקרה בב"ד והוי מפי כתבם ממש ובע"כ דהא ליתא דכל כמה שלא הוזמו עדות זו הוי עדות גמורה ממילא מועיל בו הזמה שהרי העיד בשקר כי לולא עדי הזמה היה שטר זה לפנינו עדות גמורה ולפי זה ה"ה לטעמו של הרז"ה ג"כ דין הוא דמהני הזמה כיון שאם לא הוזמו מועיל עדותן כשאר עדות א"כ כשהוזמו העידו בשקר [והא ליכא למימר כיון דאינן רק שלוחין אין זה עדות ולא שייך הזמה הא ליתא דא"כ למה ליה לטעמא דאם הוזמו אינן שלוחין]. לכן נראה לפע"ד דטעמו של הרז"ה כך דוודאי הזמה לא מיקרי רק כשמכחיש העדים בעצמן לא גוף העדות שהם מעידין וכתב הרמב"ם להדיא דאפי' נשמע הכחשה לגוף העדות מכלל דבריהם הוי הכחשה ולא הזמה וכמו כן אם מכחישין ומזימין תרווייהו לא הוי הזמה רק הכחשה ומעתה ניחזי בעדות שבשטר האיך שייך הזמה במה נפשך אם לא נזכר בזמנו כתבנוהו א"כ הרי יש לומר מאוחר הוא ואם נזכר בו בזמנו כתבנוהו א"כ בשלמא במלוה ע"פ שגובה מב"ח א"כ שפיר כשמזימין אינו נוגע רק לעדים בעצמן לא לגוף העדות שהרי אפשר שלוה באמת כמו שהעידו אמנם בשטר הרי השטר הוא ענין בפני עצמו מלבד הלואה שהרי ע"י השטר גובה מלקוחות ואינו יכול לומר פרעתי וכדומה והשתא כשהם מכחישין אותם עמנו הייתם ביום פלוני והם כתבו בזמנו כתבנוהו הרי הם מכחישין גוף השטר שלא כתבוהו ונמצא שמכחישין גוף העדות שהרי הם מעידין שלא יוכל לגבות בשטר זה שלא נכתב מעולם בזמן זה ובזמן אחר ליכא למימר שהרי כתבו בו בזמנו כתבנוהו והרי הם מכחישין גוף המעשה ונהי דגם לפי דבריהם אפשר שלוה אבל דין שטר אין לו רק מחמת זה השטר והרי הם מכחישין אותו לגמרי זהו מה שנראה לי בטעמו של הרז"ה וזה שכתב שלא תמצא הזמה בעדות שבשטר שיש לומר איחרוהו ועוד דאפי' בזמנו לא תמצא הזמה בשטר רק בעדות על פה דבשטר הוי הכחשה ואף דהוי הזמה ג"כ מ"מ כבר הבאתי דעת הרמב"ם דכל היכי דהזמה והכחשה באין כאחד לא הוי רק הכחשה ולא הזמה ודו"ק היטב [ואפילו לפי מה שכתבתי לקמן סי' ל"ח בכוונת הרמב"ם מ"מ לא דמי להכא ודו"ק] ובתומים הביא ראיה להרז"ה מהא דס"ד בסוגי' דעדים שאמרו דאנוסים מחמת נפשות נאמנין א"כ לא משכחת הזמה בשטר דהא לעולם יכולין לומר אנוסים היינו ולפעד"נ דאין כאן ראי' כלל דוודאי פשיטא דאנוסים מחמת נפשות טענה גרועה היא ומילתא דלא שכיחא רק דס"ד דנאמנין דמאי איכפת להם לשקר ונאמנין בתורת עדות דהא עדים נאמנים להעיד בכל דבר אף כי פלוני הרג פלוני דלא שכיח וכהאי גוונא א"כ בהא נאמנין בתורת עדות ואהא משני דעדים החתומים כמי שנחקרה שלא היו אנוסים וכיון שהגיד שוב אינו

חוזר ומגיד וליכא עדות כלל והשתא אפילו בס"ד נהי דסובר דנאמנין בתורת עדות אבל פשיטא דאם הוזמו דאינן נאמנין לומר כן דהא אז ליכא עדות רק הם רוצין ליפטר עצמם מהזמה הילכך פשיטא דהוי נוגעין ואינן בתורת עדות לכך אינן נאמנין כלל וזה ברור ולקמן סי' מ"ו בארנו עוד דברי הרז"ה הללו ע"ש:

יג אחד המלוה ואחד הלוה והשמיט עדים משום דלא משמע להו האיסור והקשו הב"ח ובתשובת פ"מ דהא הב"י סובר כדעת הנ"י דלוה ברבית לא מיפסל רק מדרבנן משום דלא משמע להו האיסור א"כ אף העדים יפסלו עכ"פ מדרבנן והב"ח הקשה מדברי התוס' דמלוה ברבית דמתניתין היינו רבית] קצוצה ומ"מ לא מיפסל רק מדרבנן משום דמדעתיה קא יהיב א"כ מ"ש עדים דכשרים אפי' מדרבנן ועיין תומים מה שכתב ליישב בדוחק ולפעד"נ דלק"מ דהא הב"י כתב בהדיא לאחר שהביא דברי הנ"י דמבואר מדבריו דעדים וערב דלא נהנו כלל לא מיפסלו ומבואר הוא דכוונתו כך דוודאי אין כוונת הנ"י דלוה לא משמע ליה איסורא כלל דאם כן למה יפסל מדרבנן וכן הקשה הב"י להריב"ש דסובר בקוברי המת ביו"ט ראשון דהוי דרבנן דמה נפשך אם פסולין פסולין מדאורייתא ואם לאו אפילו מדרבנן לא נפסל א"כ קושיא זו קשה ג"כ להנ"י ובע"כ דשאני התם דסברי מצוה קא עבדי א"כ פשיטא דליכא פסול כלל אבל הכא פשיטא דכ"ע ידעו שיש איסור גם ללוה רק דלא משמע הלאו דלא תשיך רק למלוה ולא ללוה דקא יהיב מדעתיה ומדרבנן הוא דאסור וכללא הוא דעבר עבירה מדרבנן פסול מדרבנן אך היינו בלוה דנהנו אבל עדים וערב דלא נהנו אפי' מדרבנן לא נפסלו כיון דלא משמע להו רק איסור דרבנן ובעינן חימוד ממון וכן מבוא' בלשון ב"י שכתב שלא נהנו כלום ש"מ דבהא תליא מילתא ועוד דבלא"ה נהי דלא קא עבר על איסור כיון דמדעתיה יהיב מ"מ עובר בלפני עור דהא המלוה עובר לשיטת הנ"י ועל כל פנים פסול מדרבנן ולשיטת התוספות דמשמע דאף המלוה אינו פסול רק מדרבנן צריך לומר כנ"ל דעכ"פ איסור דרבנן ידעו דאיכא וזה ברור: (יד) וי"א דבאבק רבית אינו נפסל אלא המלוה ולא הלוה דין זה צ"ע לפע"ד מלבד מה דמדברי התוספות מוכח להדיא להיפך שכתבו דמשנה ברבית דרבנן מיירי ומוקמינן לה במלוה הבאה ברבית ש"מ דאף לוה פסול אבל בלא"ה דבריו צ"ע דלפי דעתו מאי פריך עלי' דרבא ממתניתין דקתני ומלוה ברבית לוקמא ברבית דרבנן ושפיר לא נפסל רק המלוה ולא הלוה כדעת הנ"י אבל רבא ברבית דאורייתא ע"כ מיירי לכך גם הלוה פסול. ועוד קשה דהא פשיטא דבס"ד דהי' סובר דמלוה ברבית היינו מלוה דוקא א"כ ע"כ דברבית דרבנן מיירי דאי ברבית דאורייתא תקשי הא בזה המלוה פסול מדאורייתא כמו שכתב הנ"י להדיא רק הלוה

אינו נפסל רק מדרבנן וא"כ כיון דמיירי במלוה ע"כ ברבית דרבנן א"כ קשה מאי קושיא לרבא הא בדרבנן אפילו מדרבנן לא נפסל הלוה ולמה לי' לישנוי מלוה הבאה ברבית מה דלא קשיא ולא מידי [וראיתי בתומים ס"ק י"ב ודבריו תמוהין מאוד כי דעת הנ"י דברבית דאורייתא המלוה פסול מדאורייתא רק הלוה פסול מדרבנן א"כ נדחו כל דבריו שם ומה שהקשינו קשיא] ועוד קשה דפריך התם אההיא עובדא דבר בניסוס דאסהודי עלי' חד אמר לדידי אוזפן ברבית דהא אמר רבא לוה ברבית נפסל ורשע פסול לעדות וקשה מאי קושיא אנן אמרינן דרבית דרבנן לוה ולא נפסל רק המלוה והוא כשר אלא ברור דאפי' בכהאי גוונא פסול גם הלוה וזהו דלא כנ"י ומה שהביא הנ"י ראיה מהך עובדא דר' עילש דפרק איזהו נשך וכוונתו מדקאמר ר' עילש גברא רבה הוא ולא ספי להו איסורא ש"מ דלעצמו ליכא איסור ובאמת הא וודאי נכון דבאבק רבית ליכא איסורא לגבי עצמו מצידו אבל מ"מ פשיטא דקא עבר על לפני עור דמכשיל חבירו באיסור דרבנן והנה מלבד מה שקרוב הדבר לומר דאפילו איסור דאורייתא יש כאן דמה בכך דהאיסור אינו רק מדרבנן מ"מ כל שאסרוהו חכמים אין לך מכשול גדול מזה שהרי הוא מכשיל באיסור חבירו ונענש עליו וזה שהכשילו עובר באיסור תורה אם כן אף דלית בי' מלקות פסול מדרבנן אמנם אף אי נימא דלפני עור נמי לא עבר רק מדרבנן דלא יהא גרע מהעובר בעצמו מ"מ פשיטא דמיפסל מדרבנן דהא איכא חימוד ממון וכל עבירה דרבנן בחימוד ממון לכ"ע פסול מדרבנן ואדרבא מהתם דקאמר ולא ספי לאינשי משמע דיש בזה איסור לעשות כן גם ללוה וכיון דאיכא חימוד ממון פסול מדרבנן כנ"ל ועכ"פ יש לתמוה על הרב שלא הזכיר דעת החולקין כמו שביארנו: (טו) דקא סבר מצוה קא עביד. עיין תומים שתמה על התוספות שהקשו בחמסנים יפסלו מדאורייתא דהא קא עברו על לא תחמוד דאיכא לאו דאורייתא כדמשמע פ"ק דמציעא דקאמר לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו מבואר דבאמת איסור תורה יש ותמה בתומים דאדרבא מהאי טעמא לא נפסלו דלא משמע להו כמו עדים וערב ומלוה ברבית שכתבו התוספות בהדיא [וע"ש מה שתירץ ולא נהירא כלל דאף דאיתרע חזקתו ונחשד גם לאיסור תורה היינו מדרבנן אבל מדאורייתא לא נחשד ודו"ק] ולפעד"נ דלק"מ דוודאי יש לתמוה בלא"ה בגוף דברי התוספות דהא ממקום שבאת משם מבואר להדיא דלא נפסל דהא פריך התם ונימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא והקשו הא קא עבר על לא תחמוד ומשני דלא תחמוד בלא דמי משמע להו אלמא דלא נחשד לשבועה בשביל לא תחמוד וה"ה לעדות דכללא הוא כל הפסול לעדות פסול לשבועה וע"כ צריך לומר דכוונת התוספות להקשות במה נפשך אי נימא דהכא נמי לא משמע להו האיסור כמו התם א"כ תקשי

מ"ש מהתם דמוסרין לו שבועה לכתחלה והכא נפסל לעדות מדרבנן א"כ לשבועה גם כן נפסל ועוד הא גופא קשיא כיון דלא משמע ליה לא נפסל מדרבנן ג"כ ואפילו אי נימא כמו שכתבתי לעיל ס"ק י"ג דמשמע להו דליכא איסור תורה אבל איסור דרבנן יש לכך פסולין מדרבנן א"כ התם נמי איך מוסרין לו שבועה הא פסול מדרבנן ובע"כ דע"כ לא אמרינן דלא משמע להו האיסור בלא תחמוד רק התם דבהיתרא בא לידו ועכשיו אינו נוטלו בתורת גזילה רק שמכחש ואומר שנגנבה וכדומה ובכהאי גוונא כיון שהוא משלם וחבירו מתרצה לא משמע לי' איסור כיון שלא בא לידו בגזל אבל חמסן דנוטל בע"כ חפץ חבירו פשיטא דכ"ע ידעו דאסור לעשות לגזול מחבירו אף שמשלם כיון שגוזל מיד חבירו בע"כ וחבירו צווח שאינו רוצה ועל זה הקשו התוספות כיון דמבואר מהתם דאיכא איסורא דאורייתא א"כ הכא דע"כ דלא שייך לא משמע להו פסול גמור הוא מדאורייתא ולמה חשיב לי' פסול דרבנן אמנם יש ליישב קושית התוס' לפי מה שכתבתי בס"ק י"ג דהתם כשבא לידו בהיתר לא משמע להו איסורא כלל אבל בחמסן נהי דאיסורא משמע להו אבל איסורא מן התורה לא משמע להו לכך אינו פסול רק מדרבנן אמנם התוספות לא משמע להו לחלק בכך בחמסן כיון דלא מצינו בזה שאסור מדרבנן רק שאסור מדאוריית' או לא ובלא"ה משני התוס' שפיר ועוד יש מקום ליישב קושית התוספות הנ"ל בדרך אחר ואין להאריך כאן. ועיין בסמוך מה שכתבתי בזה בביאור דברי הנ"י (טז) החמסנים. כתב נ"י פרק זה בורר וז"ל ואיכא דמקשי כיון דמדרבנן הוא דמיפסל היכי אותבינן התם במציעא בהא דאמר רב הונא ג' שבועות משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו וכו' ואמאי והלא פסולין דרבנן הכרזה בעי וכל זמן דלא אכרזו עלי' כשר הוא וי"ל דעיקר הקושיא ליתא דהתם כי פרכינן ס"ד דאורייתא פסול דאכתי לא קים לן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו דאי הוי ס"ד דלא מיפסל רק מדרבנן וודאי לא אמרינן מיגו מפסולא דאורייתא לפסולא דרבנן תדע דהא למאי דמשני אכתי תקשי הא איכא פסולא דרבנן דחמסן הוא אע"ג דקא יהיב דמי ואמאי לא אמרינן מיגו אלא מדרבנן לדאורייתא לא אמרינן מיגו עכ"ל שם. ודבריו תמוהין מכמה טעמים חדא מה שהקשה הא בעי הכרזה לא ידענא מאי קושיא דהא התם גופא בהך עובדא דבר בנישות דאסהודי עלי' חד אמר לדידי אוזיף בריביתא הקשה הנ"י שם על מה שהקשו שם הא רשע הוא דהא פסול דרבנן בעי הכרזה וכל כמה דלא אכרזו עלי' כשר הוא [והיינו דהנ"י לטעמיה דאפילו ברבית דאורייתא אין הלוה פסול רק מדרבנן דאל"כ תקשי הא הך דרבא ברבית דאורייתא דבדרבנן לא מיפסל לשיטת הנ"י] ותירץ שם חדא דלא בעי הכרזה רק משום פסידא דלקוחות והתם לא שייך ועוד דלא בעי הכרזה רק לשאר עדות

שהעיד אבל לאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה והשתא מהאי טעמא פשיטא דגם הך קושיא לא קשיא כלל דהתם לא שייך פסידא דלקוחות וגם לאותו דבר שנפסל בשבילו ואדרבא התם עדיף טפי דאילו הכא כבר לוה ברבית ועכשיו בא להעיד שהוא רשע והוא נוגע לשאר עדות משא"כ התם שעל אותו דבר בעצמו אתה מצריכו שבועה ופשיטא דפסול אפי' בלי הכרזה גם מה שתירץ והכריח דהמקשה ס"ד דאיכא איסורא דאורייתא דאל"כ לא אמרינן מיגו מדרבנן לדאורייתא לא ידענא מאי קאמר דהא בהדיא אמרינן הכא דהנך דקא עברי איסורא דרבנן חשודי נמי להעיד שקר שהוא דאורייתא ופסולין מדרבנן וקיימא לן כל הפסול לעדות פסול לשבועה ואפילו פסולין מדבריהם וכן מבואר להדיא בטור ומחבר לקמן סי' צ"ב וברמב"ם שם וכל הפוסקים א"כ פשיטא דאמרינן מיגו דחשוד מדרבנן לדאורייתא ומה שהכריח דאל"כ תקשי למאי דמשני דהא אכתי עבר איסורא דרבנן לק"מ דפשיטא דלפי מה דמשני היינו דמשמע להו דאפילו איסורא דרבנן ליכא לכך אינן חשודין אפילו מדרבנן ואין להקשות הא הכא פסלינן חמסן לעדות מדרבנן לק"מ דהתם שאני דבהיתרא אתי לידי' רק עכשיו הוא מכחיש לפני המפקיד ואומר שנאנסה מחמת שעיניו נתן בה ובהא לא משמע לאינשי איסורא כלל אבל הכא בחמסן הלוקח בע"כ אף דיהיב דמי בהא וודאי משמע להו איסורא ומהאי טעמא הקשו התוס' פרק זה בורר דכיון דאמר משמע להו ש"מ דבאמת איסור תורה הוא א"כ הכא יפסלו מדאורייתא וכוונתם כיון דהכא לא אמרינן דלא משמע להו דא"כ אפילו מדרבנן לא יפסלו כמו התם וע"כ דהכא כיון דלוקח בע"כ משמע לה איסורא א"כ ליפסלו מדאורייתא כמו שפירשתי דבריהם באריכות בס"ק לפני זה ועכ"פ מבואר להדיא מדבריהם דמדרבנן נמי איכא פסולא לשבועה דלא כהנ"י ודו"ק היטב. אמנם נראה לפע"ד ליישב דברי הנ"י בזה והוא דוודאי אין כוונתו דפסול מדרבנן לא מיפסל לשבועה דהא וודאי ליתא כמו שבארנו רק כוונתו כך דוודאי התם הא דפריך ונימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא אין הכוונה שאסור למסור לו' שבועה מחשש שמא ישבע לשקר הא וודאי ליתא דהא לא ידעינן אם הוא חשוד ואפשר שישבע באמת דהא כשר לכל דבר שבעולם ואדרבא אוקי גברא אחזקתיה ובאמת ישבע רק הקושיא לאיזה צורך מוסרין לו שבועה הא אין תועלת בשבועתו כלל שאם האמת אתו למה ישבע ואי בשקר ישבע לשקר ג"כ ואין תועלת בשבועה זו ובוודאי אם היה מקום לו' דאף אם טוען שקר מ"מ יפרוש משבועה בוודאי לא הוי מקשי מידי דליכא למימר שלא נמסור לו שבוע' מחשש שישבע לשקר דהא אינו חשוד כלל ובאמת ישבע רק שאין תועלת א"כ כל שיש מקום לומר שיפרוש הרי יש תועלת דשמא יפרוש הילכך שפיר כתב הנ"י

דדוקא באיסור דאורייתא דפסול מדאוריי' והיינו שבוודאי ישבע לשקר גם כן כמו שהוא עושה איסור זה שפיר מקשינן דהא אין תועלת בשבועתו כלל שאם אומר שקר בוודאי לא יפרוש כלל אבל באיסו' דרבנן דחזינן דמדאורייתא לא נפסל והיינו דעדיין אינו ברור שישבע לשקר רק רבנן פסלוהו והיינו מחשש שמא משקר א"כ היינו דוקא באדם שעבר בוודאי עבירה דרבנן חששו לו שישבע לשקר ולא רצו למסור לו שבועה אבל זה דהוא כשר לגמרי ואין אנו יודעין אם עבר א"כ יכולין למסור לו שבועה דמאיזה צד נאמר שישבע לשקר דהא אינו חשוד רק שאין תועלת בשבועתו שלא יפרוש גם בשקר על זה אמרינן דהא בדרבנן אינו ברור שישבע לשקר ושפיר מוסרין לו דשמא יפרוש זהו כוונת הנ"י שכן דיקדק וכתב דלא אמרינן מיגו והיינו מיגו דחשוד לא אמרינן בהא כנ"ל. ולפי זה לסברת הנ"י מיושב באמת קושית התוס' דהא דמשני התם בלא דמי משמע להו היינו דאיסורא דאורייתא לא משמע להו אבל הא ידעו דעכ"פ איסורא איכא הילכך התם מיגו דחשוד לא אמרינן בשביל זה דמ"מ תועלת יש שמא יפרוש אבל הכא דוודאי עבר איסורא דרבנן ואיסורא דרבנן משמע להו א"כ חששו רבנן שמא לא יפרוש ומדאורייתא לא פסולי כיון דלא משמע להו איסורא דאורייתא ולק"מ ודו"ק. ויש להביא ראיה לסברי הנ"י הנ"ל מהא דהקשו התוס' ריש פרק כל הנשבעין דנמתין לבע"ה למחר או שנשביענו ומספק יפרוש ותרצו כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה פן יהא מוחזק שקרן ע"ש ויש להבין הא בפ"ק דמציעא קאמר אביי חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו וקשה מה בכך מ"מ כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה פן יהא מוחזק שקרן ולפי סברא הנ"ל ניחא דוודאי אי אפשר לומר שבוודאי לא יודה כיון שהתחיל לכפור רק דבשכיר חיישינן שמא מחמת שהתחיל לכפור שוב לא יודה לכך אין מוסרין לו שבועה רק השכיר נשבע אבל אילו היה הדין שיפטר בע"ה פשיטא שלא נפטרנו משבועה מחמת זה ונאמר לאידך גיסא שמא יפרוש א"כ הכא דהקושיא הוא שאין תועלת בשבועה ויפטר בלי שבועה שפיר משני דיש תועלת דיש לו ספק מלוה ושמא יפרוש ואין פוטרין אותו בלא שבועה כל שיש צד תועלת אבל קושיא א' שהקשיתי בגוף הקושיא בוודאי תמוה מאד דלפי דעתו הכא לא בעי הכרזה כלל (יז) בהמה גסה של עצמם. זהו ממה דאמרי' פ"ק דמציעא ותיפוק ליה דה"ל רועה ואמר ר"י סתם רועה פסול ומשני הא דידיה הא דעלמא דאל"כ אנן חיותא לרועה האיך מסרינן וכו' וכתבוהו הרי"ף והרא"ש פרק זה בורר ויש להבין אהא דפריך פרק זה בורר אהא דאמר רבא רועה שאמרו אחד רועה בהמה דקה ואחד רועה בהמה גסה דהא אמר רועה בהמה דקה בא"י פסולין בחוץ לארץ כשרין רועה בהמה גסה בזה ובזה כשרין וקשה מאי קושיא רבא דמחלק בין א"י לחוץ לארץ מיירי

שרועה בהמות אחרים לכך בחוץ לארץ זה וזה כשרים דאין אדם חוטא ולו לא אבל בא"י פסולין בדקה אפילו בשל אחרים משום דמשמטיי' כמו שפירש"י שם וארווח לן בזה מה שהקשו התוס' אהך תירוץ דמשני דמגדלין איתמר דמא קא משמע לן רבא הא מתניתין הוא אין מגדלין בהמה דקה בא"י ודחקו ליישב דס"ד אפי' גסה רק משום סיפא נקט דקה ע"ש ולפי הנ"ל לק"מ ובאמת בגוף קושית התוס' לא ידעתי דהא מהך משנה לא שמענו רק כי חכמים אסרו לגדל בהמה דקה אבל לא שמענו דהעושה כן נפסל לעדות ואפילו רועים גופא הוסיפו עליהם אח"כ כמבואר בסוגיא שם ואתי רבא לאשמועינן דהעושה כן פסול לעדות ואולי סבירי להו לתוספות דלפי מה דמשני מגדלין איתמר הכוונה דלא איתמר מילתא דרבא כלל לענין פסול עדות רק לענין גידול איתמר והיינו דלא משמע להו דמגדלין מפסלי לעדות כיון דליכא רק איסורא דרבנן ודוקא רועים הוסיפו כמבואר התם הטעם אבל במגדלין לא שייך הטעם שהם אינן עושין כן בכוונה משום חימוד ממון ובאיסור דרבנן לבד לא מיפסל לשיטת התוס' רק בחימוד ממון וכבר בארנו לעיל שגם הרמב"ם והטור מודים בזה ודוקא מעיקרא דס"ד דהוי רועה קאמר דפסולין אבל לפי מה דמשני מגדלין איתמר ע"כ הכוונה דלא איתמר רק לענין גידול כמו אלא אי איתמר והשתא שפיר הקשו התוס' דהך דינא דמגדלין נשמע ממתניתין ולפי זה יש מקום ליישב מה שתמה הב"י על הרי"ף ורמב"ם ור"י שהשמיטו הך דינא דרבא ולפי הנ"ל ניחא דלענין גידול כבר זכרוהו במקומו וצריך להתיישב בדבר זה כי מדברי התוס' משמע כן דאל"כ אין מקום לקושיתם וצ"ע: (יח) ה"ז בחזקת שאוכל מהקוביא. עסמ"ע ס"ק מ' שהאריך בביאור דברי הרמב"ם בזה ודבריו נכונים אך מה שתמה על הרב בהג"ה שלא הזכיר דעת החולקים כלל לק"מ לפע"ד דהנ"מ שכתב הסמ"ע הוא לפי פירושו ברמב"ם דאפי' למ"ד שאין עוסקין ביישובו של עולם מ"מ סובר דעכ"פ הוי גזל דרבנן ובצירוף הני תרתי מיפסל דבעינן משום חימוד ממון בדבר דרבנן אבל המחבר בספרו כ"מ וכן בב"י הבין דברי הרמב"ם כדעת הטור דאפי' יש לו ממון אחר שאוכל ממנו מ"מ חזקתו שאוכל מן הקוביא ג"כ ע"ש וכן נראה דעת מור"ם לעיל ס"ג דכתב על דברי המחבר שהם דברי הרמב"ם וי"א דבדבר דרבנן בעינן משום חימוד ממון משמע דהרמב"ם גופא לא מחלק בזה לדעתו לכך לא הגיה כאן. אבל לענין דינא העיקר כהסמ"ע דכבר ביארנו לעיל דגם הרמב"ם מודה בדבר דרבנן היכא דליכא מלקות בדאורייתא דבעינן דוקא חימוד ממון:

יט הרי זה הדיוט ועתיד ליתן את הדין. יש להבין מאי בעי הרמב"ם כאן בדבר זה טפי משאר פסולי דרבנן ומה זה שהזכיר כאן דכל המקבל הרי זה הדיוט ומזה נראה לכאורה דדעת הרמב"ם בכהאי גוונא אף על גב דפסול לכתחלה ואין מקבלין עדותו מ"מ בדיעבד

אם קבלו עדותו אין הדין חוזר כיון דלא נזכר פיסולו במשנה להדיא ולא נתברר בוודאי שהוא רשע לכך כתב הרמב"ם שכל המקבל עדות ע"ה הרי זה מאבד ממונן של ישראל לפי שאין הדין חוזר משא"כ בשאר פסולין שהדין חוזר אין כאן איבוד ממון שהרי בעל דינו מחוייב להחזיר ואם אין לו החייוב על הדיין שהוא גרם לו ההיזק משא"כ בעדות ע"ה דמהני בדיעבד שפיר הוי איבוד ממון ישראל ומ"מ נראה דהיינו דוקא בע"ה סתם שלא נודע שאינו מתנהג בדרך ארץ שאז אינו רשע רק שהוא פסול מטעם שאינו בחזקת. כשר כמו שאר בני אדם ולכך כתב הרמב"ם בזה אין מוסרין עדותו אין מקבלין דהיינו לכתחילה אבל בע"ה שאינו בדרך ארץ ג"כ משמע מדברי הרמב"ם דאפי' בדיעבד פסול כמו שהתחיל וכתב ופסול לעדות:

כ דיין שדן. עסמ"ע דדין זה הוי ליה לאתויי לעיל סי' ט' ולא כאן בהלכות עדות ואולי רוצה הרב להשמיעני דדוקא דיין אסור לקבל מתנ' ממי שהיפך בזכותו דכ' כשוחד מאוחר אבל עד לאחר שהעיד אם, נתן לו בעל דין מתנה אפשר דמותר דגבי עדות לא שייך שוחד רק דנוטל שכר להעיד קנסו חכמים דלא אהני מעשיו אבל לאחר שהעיד לא שייך זה כיון דכל האיסור אף מעיקרא אינו רק דרבנן וזה השמיענו הרב מדנקט כאן דין זה בהלכות עדות בדיין ולא בעד שמעינן מינה דעד מותר כן נראה לי ועיין בקצה"ח: (כא) לסיבת יסורין ויראה עיין תומים שתמה דהא בעדים לא משכחת האי דינא כלל דצריך להיות בפני בע"ד ואם אומר אנוס הייתי אינו נאמן דכיון שהגיד ומהרי"ק שם מיירי בבעל דבר לחייב חבירו שבועה ולא בעדים ומקום דין זה בהלכות טוען ע"כ ואני תמה כי נראה מלשונו שראה במהרי"ק בעצמו שורש ס"ח והאיך כתב דברים אלו דהא בהדיא כתב במהרי"ק שם וז"ל דדבר פשוט הוא יותר מבעיתא בכותחא שאין בדבריו ממש מכמה טעמים דפשיטא שאפי' היה נחשב זה כע"א שאין ע"א נאמן ואינו קם אלא לשבועה כ"ש וכ"ש כאשר גלוי וידוע שאמר זה מחמת יראת יסורים גדולים פשיטא שאין בדבריו ממש ולא בית מיחוש וכו' דבר פשוט הוא שאפילו היו ב' עדים שהעידו בכהאי גוונא שכל זמן שלא נחקרה עדות בב"ד שיכולין לומר אנוסים היינו ואפילו בלא דין מרומה כיון שלא העידו בב"ד וכו' עכ"ל הרי להדיא דמהרי"ק לענין עדות מיירי אמנם קושיתו אינה קושיא כלל דוודאי תוך כדי דיבור יכולין לחזור ורק אנוסים מחמת נפשות ואפילו בזה ס"ד דחייב למסור עצמו ולא יעיד לשקר כמבואר פ"ב דכתובות וס"ד דאפי' לרבנן היינו דוקא מחמת נפשות והיינו שיש חשש סכנת נפשות אבל לסיבת יסורין ויראה דהיינו שהוא חושש מיסורים אינו נאמן לומר שהעיד שקר אפילו תוך כדי דיבור קמש"ל מהרי"ק דנאמן דיסורין ויראה הוי כמו מחמת נפשות וכל שלא נחקרה

עדותן בב"ד והיינו לאחר כדי דיבור עדותן בטל ובפרט ביסורין ויראה דלהבא בוודאי ס"ד שאין נאמנין קמש"ל דנאמנין ומ"מ בעובדא דמהרי"ק גופא שהיה חוץ לב"ד לא היה צריך לכל זה דהיה נאמן לומר שקר דברתי בכל זה בלי שום אמתלא ובאמת זה נזכר שם במהרי"ק אבל הרב השמיעני אפילו בב"ד כמו שבארנו:

כג קודם שהכריזו עליו כשרה. עיין סמ"ע בשם הנ"י דלאותו עדות שנפסל בשבילו אפילו בלי הכרזה פסול עכ"ל וכן כתב הב"י וד"מ בשמו והש"ך ס"ק כ"ג תמה בזה דהנ"י לא כ' רק לס"ד דאדם משים עצמו רשע אבל למסקנא דאין אדם משים עצמו רשע לא משכחת להאי דינא דאי מעידים עליו שלוה ברבית הוי עדות אחרת ולאיזה צורך כתב הב"י וד"מ עכ"ד ובתומים תמה דמשכחת לה בכמה אנפי כגון שחתמו ביו"ט שני או שאומר פלוני שחק עמי בקוביא ועדים מעידין ג"כ שהוא שחק דאז הוא פסול מכח העדים ות"מ לא הוי נמצא אחד קרוב ופסול דהא בעי הכרזה ולדעת הנ"י העדות בטל דלאותו עדות לא בעי הכרזה גם הביא ראיה מדברי התוס' כהנ"י ודבריו תמוהין מאד ולא ירד לסוף דעת הש"ך כמו שאבאר והוא דכוונת הש"ך לדעת הנ"י דאם באותו עדות שהוא מעיד נפסל דהיינו בעדותו זה שהוא מעיד באותו עדות נפסל כמו התם דבזה העדות שהוא מעיד לדידי אוזיף ברבית בזה המאמר בעצמו לפסל הוא הילכך ממילא אינו נאמן על חבירו באותו עדות עצמו שהוא נפסל בה אף בלא הכרזה אבל השתא דקיימא לן אין אדם משים עצמו רשע א"כ ממילא לא משכחת האי דינא הא באותו עדות לעולם לא נפסל ואי נפסל על פי עדים אחרים פשיטא דלאו אותו עדות הוא דאותו עדות אינו מועיל רק לפסל לשכנגדו ולא לעצמו וא"כ אף דהוא נפסל מכח עדות אחר דהיינו של עדים אחרים מ"מ פשיטא דבעי הכרזה וכן מבואר בש"ך דכתב דאי מעידין עליו שלוה ברבית הוי עדות אחרת ולכאורה יש לתמוה דהא מ"מ כשהוא אומר שזה שלוה אז היה מאיש זה והעדים אינן יודעין א"כ לולא דעת הנ"י היה נאמן ולדעת הנ"י לא וע"כ דכוונת הש"ך דכל שעדים אחרים מעידין לפסלו והוא אינו נאמן על עצמו א"כ עדותו על חבירו עדות אחרת הוא ממה שנפסל הוא ובתומים היה חושב דאותו עדות הכוונה אותו מעשה ולא כן הוא רק הכוונה אותה עדות דהיינו עדות זו שהוא נפסל בו וזה לא משכחת השתא כלל ובזה יש ליישב דברי הנ"י שהבאתי לעיל ס"ק ט"ז שהקשה האיך פריך ונימא מיגו דחשוד אממונא בשטעה שאינה ברשותו דהא בעי הכרזה וקשה הא לאותו ענין בעצמו לא בעי הכרזה ולפי הנ"ל ניחא דכוונת הנ"י דבאותו עדות שנפסל הא אינו נאמן בלי הכרזה וזה לא שייך התם דלא נפסל באותה שבועה ודו"ק ומה שהביא ג"כ מדברי התוס' פרק איזהו נשך שכתבו ברבית דרבנן לא נפסלו העדים לפי שאין מרוויחים וקשה הא בלא"ה

בעי הכרזה וזה באמת דומה לדברי הנ"י דהא עדים החתומים על השטר. החתימ' עיקר העדו' הוא א"כ באותה עדות נפסלו ושפיר פסולין בלי הכרז' אמנם מלבד דלא ק"מ על הש"ך מהא מ"מ לא נ"מ לדידן כלל דבלא"ה כשרין משום שאין מרוויחין או משום דלא משמע להו האיסור דהא לכ"ע גובה מבנ"ח אך אמנם באמת אין ראיה לדברי הנ"י כלל דהתם שאני דאסור לחתום על שטר זה והחתימה הוא העדות א"כ פשיטא דאם מעיד עדות שאסור לו להעיד ונפסל לפנינו בשביל האיסור שמעיד מה שאסור להעיד בזה בוודאי אמרינן דאפילו בלי הכרז' אין עדותו כלום דאיך נא' דמהני עדות מה שעצמות העדות איסור ואסור להעיד אמנם בהך עובדא דנ"י ליכא איסורא כלל רק מן העדות נתברר שעשה איסור למפרע אבל עכשיו אין איסור ושפיר יש לומר כיון דלא אכרוזי עליו לאחר שעשה האיסור לא נפסל להעיד עכשיו אף שנפסל באותו עדות כיון דלא מחמת איסור העדות נפסל רק מחמת המעשה דלמפרע וזה ברור וכמו כן מה שהביא ראיה מדברי התוספות פ"א דמציעא שהקשו דמ"מ פסול מדרבנן וקשה הא בעי הכרזה וע"כ כהנ"י מלבד דהכא נמי לא משכחת להכלל לדידן דהא באמת תרצו התוס' שם בענין דלא מיפסל אפי' מדרבנן או כמו שכתבתי לעיל ס"ק ט"ז בשם הנ"י דלא אמרינן מיגו דחשוד מדרבנן לדאורייתא אבל בלא"ה לא דמי כלל להך דנ"י דהתם באותו דבר עצמו שאנו חושדין אותו שאנו מצריכין אותו לישבע על כך בזה הוא פסול לישבע לכך אין תועלת בשבועה ושפיר קשה לאיזה צורך תקנו שבועה כיון שהוא פסול וחשוד אם באמת יש תחת ידו ומה בכך דלא אכרוזי וודאי רבנן לא רצו להפקיע ממון מכח פסולים והוצרכו הכרזה אבל התם לתקן שבועה מה שהוא חשוד באותו דבר שהוא נשבע עליו משא"כ הכא דלאותו ענין שאנו מקבלין עדותו דהיינו ליפסול לשכנגדו לא חשדינן ליה דמשקר כלל ועכ"פ פשיטא דאין מזה שום קושי' על הש"ך דמודה לדעת הנ"י רק דהאידנא לא משכחת להאי דינא וזה' אמת כמו שבארנו:

אמנם בלא"ה אני תמה על הסמ"ע כי נראה לפע"ד דהרב בהגה' בכוונה עשה כן שהשמיט דברי הנ"י בש"ע ולא הזכירו והוא דהא עיקר דינו של הנ"י נולד מהא דפריך והא רשע הוא דאמר רבא לוה ברבית פסול לעדות והקשה הנ"י הא בעי הכרזה ועל זה תירץ דלאותו עדות לא בעי הכרזה ויש לתמוה מאי קושיא הא הכא ע"כ ברבית דאורייתא דברבית דרבנן לא נפסל הלוה לשיטת הנ"י אפילו מדרבנן וברבית דאורייתא הא לא בעי הכרזה וע"כ משום דהנ"י אזיל גם בזה לשיטתו דאפילו ברבית דאורייתא לא נפסל הלוה רק מדרבנן ושפיר פריך דהא בעי הכרזה אבל לפי מה שכתב המחבר לעיל והוא מוסכם מכל הפוסקים דברבית דאורייתא פסולין א' המלוה וא' הלוה מדאוריי' א"כ

אין מקום לקושית הנ"י דהא בדאורייתא לא בעי הכרזה והרב בהגה' גופא העתיק לעיל דעת הנ"י דברבית דרבנן לא נפסל הלוה אפילו מדרבנן אבל בהא לא העתיק דעתו דאף ברבית דאורייתא לא נפסל הלוה רק מדרבנן מבואר דבזה מודה דפסול מדאורייתא א"כ פשיטא דע"כ אין מקום לקושית הנ"י דברבית דרבנן לא מצי מיירי רק ברבית מן התורה א"כ לא בעי הכרזה כלל ומ"מ אפילו לפי מה שהכרעתי לעיל דלא כהנ"י גם בזה אלא אפילו ברבית דרבנן נפסל הלוה מדרבנן מ"מ אין מקום קושיא דמנא לן דמיירי ברבית דרבנן דבעי הכרזה דילמא ברבית דאורייתא ולא בעי הכרזה אך לפי זה יש להכריח דינו של הנ"י מטעם אחר דמה מקשי עליה מעובדא דבר בניסוס דילמא התם ברבית דרבנן ובעי הכרזה וע"כ דלאותו עדות לא בעי הכרזה אך לפי זה תקשי על הנ"י לשיטתו דברבית דרבנן לא מיפסל כלל דמאי קשיא ליה לרבא דילמא ברבית דרבנן ולא נפסל הלוה כלל רק המלוה ואפי' תימא דלא בעי הכרזה וע"כ דסובר דהמקשה ידע דמיירי ברבית דאורייתא א"כ אף הנ"ל לא מוכח מידי סוף דבר דעכ"פ ברור דליתא לדעת הנ"י בזה הגם שאין נפקותא עכשיו כלל כמו שכתב הש"ך כמו שבארנו ודו"ק היטב:

כד אבל לא מספק. יש לי ספק בשטר שאינו מקויים וטען הלוה מזוייף ונשבע היסת ואח"כ נתקיים השטר בקיום על ידי דימוי אי נימא דחשוד על השבועה ופסול לעדות ולשבועה או נימא דמ"מ אינו ברור כ"כ אף דמוציאין ממון בקיום זה ומן התורה לא בעינן קיום כלל מ"מ אינו ברור כמו עדים דהא חזינן דבטענה וחזקה מעליא דחזינן קיים זה ואמרינן שמא זייף כמבוא' לקמן סי' פ"ה לחד דעה וכן בעדים אומרים פלוני אמר לנו לזייף שטר שוב לא מהני קויים דשמא זייף כדלקמן סי' ס"ג א"כ אם נשבע נהי דחייב לשלם אבל חשוד לא מיקרי דמ"מ יכול להיות שזייף אם לא שעדים מעידין שחתמו וכן נראה ראי' מהא דנאמן פרוע במיגו דמזוייף וקשה מאי מיגו איכא הא ירא לומר מזוייף שמא יתקיים ויפסל לאחר השבועה לעדות ולשבועה משא"כ כשיטעון פרוע וישבע אף שיבואו עדים לא יהא מוכחש אלא וודאי דאף במזויף כשיבואו עדי קיים לא נפסל אך לפי זה יהא הדין אם מודה הלוה דעדי השטר הם במדינות הים לא יהא לו מיגו מטעם הנ"ל דהא בזה בוודאי יפסל ועמ"ש לקמן סי' מ"ו בזה אבל מ"מ דין הנ"ל נראה ברור דאין לפסול כיון דקויי' על ידי דימוי דרבנן לענין פסול הגוף חיישין שמא זייף (כה) אין אדם נפסל בעביר' לכאור' משמע דדוקא ליפסל בעביר' אינו נאמן דהיינו שהוא נפסל על ידה לעדות אינו נאמן לו' על עצמו שעשה עבירה זו אבל עבירה שאינו נפסל על ידה לעדות נאמן לומר על עצמו אף שהוא מעיד באותו הדבר בעצמו. אך באמת הא ליתא דכבר הוכחתי לקמן סי' מ"ו בראיות ברורות דאפילו עדים שאמרו שעשו עבירה שאין

נפסלין לעדות אין נאמנין לומר על עצמן שעשו דבר שלא כהוגן ואין' אדם משים עצמו רשע על הכל נאמר אפי' על עשה שאינו נפסל לעדות וכדומה וכן הוכחתי לקמן סי' מ"ג מדברי הר"ן פ"ק דר"ה דאל"כ הוא סותר לדבריו פ"ב דכתובות וכן מבואר בדברי הרשב"א בתשובה סימן אלף רל"ז שהביא הסמ"ע ס"ק ס"ד וכן מבואר בש"ס כתובות י"ט ודלא כהרב בעל נודע ביהודא סימן ע"ב וע"ד דדעתו דבכהאי גוונא נאמן ומתוך זה עשה מחלוקת בין הרשב"א להריב"ש וכן הוא בתומים לקמן סי' זה וסי' מ"ו ולפי הנ"ל הא ליתא אמנם כוונת המחבר כאן דדוקא לעדות אינו נאמן אבל בעל דבר האומר ליפטר עצמו או ליחייב עצמו אף שמשים עצמו רשע נאמן ואף דבליפטר עצמו איכא פלוגתא מ"מ לחייב יכול לכ"ע וזהו כוונת המחבר:

כו שאין אדם משים עצמו רשע כתב הסמ"ע ס"ק ס' וז"ל וכתב המרדכי פרק זה בורר דאפילו אם אמר אעשה תשובה ואוציא הרבית דערומי קא מערים כדי שלא יעיד לחבירו וכן כתב המחבר סימן מ"ו סל"ד באמרו העדים עשינו תשובה עכ"ל. ולפי זה מבואר מדברי המרדכי והסמ"ע דאפילו בפסולי עבירה בעינן תחילתו וסופו בכשרות דאל"כ כיון שעכשיו עושה תשובה הרי הוא כשר להעיד ומאי ערומי יש כאן. ובאמת מדברי המחבר לקמן באמרו העדים עשינו תשובה לא מוכח מידי דהתם עיקר החתימה היא העדות והוי תחילתו וסופו בפסלות דהא אז היו פסולין לכך לולא דאין אדם משים עצמו רשע היה השטר פסול אבל הכא בעדות שרוצה להעיד עכשיו פשיטא דלא משכחת לה רק אם נאמר דגם בפסולי עבירה בעינן תחילתו וסופו בכשרות אך באמת דברי הסמ"ע תמוהין ונעלם ממנו פירוש דברי המרדכי במקומו וז"ל המרדכי שם אמר רבא לוה ברבית פסול לעדות פסק ר' אבי העזרי דוקא כשידוע בעדים אבל על פי עצמו לא דאין אדם משים עצמו רשע כעובדא דבר בניסוס ולא מהימן לומר עבדי תשובה ואני רוצה להוציא מידו וכן אם יאמר אשיב את הרבית אמרינן עירומי קא מערים כעובדא דההוא טבחא דנפיק טריפה מתותי' ידיה עכ"ל והבין הסמ"ע דמה שכתב ולא מיהמן וכו' קאי על זה שכתב דאם אומר על עצמו אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע ועלה כתב דלא מיהמן לומר עבדי תשובה דערומי קא מערים והוא תמוה דהא הביא ראיה מההוא טבחא דנפיק טריפה מתותיה ידיה ואזיל רבי מזיה וטופריה והיה ר"נ רוצה להכשירו ואמרינן דעדיין פסול הוא דהוא מערים ועדיין לא שב מדרכו הרעה עד שילך למקום שאין מכירין וילבש שחורים כדאיתא התם ומאי ענין זה לדינו של המרדכי לפי הבנת הסמ"ע והוא תמוה מאד אבל כוונת המרדכי פשוט ומבואר דקאי על מימרא דרבא דקאמר דמיירי בעדים דעל ידי עצמו לא נפסל ועל זה כתב דלא מצי למימר עבדי תשובה ואוציא הרבית משום

דערומי קא מערים כמו גבי טבח דלא מהני חזרת המעות רק תשובה מעליא וכן כתב הרמב"ם להדיא והמחבר לעיל דמלוה ברבית אפילו החזירו לא מתכשרו עד שיודע בבירור גמר ששב מדרכו הרעה כמו גבי טבח והן הן דברי המרדכי וזה ברור ותמהני מאד על הסמ"ע ששגג בזה למאוד כמו שכתבתי ולפי זה לא מוכח דבעינן תחילתו וסופו בכשרות בפסולי עבירה מ"מ גוף דינו של הסמ"ע אמת בכהאי גוונא דלקמן סי' מ"ו אך אין הטעם משום הערמה [ולא ידעתי האיך יצוייר הערמה זו הא אית ליה מיגו דשתק וגם בזה דברי הסמ"ע מגומגמין וכל זה בא לו מכח דברי המרדכי הנ"ל וכבר בארנו שלא דיבר המרדכי מזה כלל) רק שאין אדם נאמן לומר שהיה רשע פעם אחת [ומזה קצת ראיה למה שכתבתי בס"ק לפני זה] ובגוף הדין אי בעינן תחילתו וסופו בכשרות בעבירה יתבאר לקמן סוף סימן זה בס"ד: (כז) שהלוה לו ברבית עסמ"ע ס"ק ס"ב שהוא דלא כהמרדכי פ' זה ביר' דצריך לומר אוזיף ברבית ולא שקיל מידי והש"ך השיג עליו דמדברי הרמב"ם ומחבר לא מוכח מידי ואין זו קושיא כלל דמדסתם המחבר ולא פי' ש"מ דמפרש כפשיטו דאל"כ פשיטא שהיה לו לבאר שהרי ראה בוודאי דברי המרדכי וכיון שהמרדכי הוצרך לבארו גם הוא הי' לו לבאר גם מה שכתב ועוד תימה על הסמ"ע שהרי כתב הרב בסמוך גבי נגזל והוא שלא יהא לו הנאה ובאמת לק"מ דע"כ לא נחלקו רק גבי רבית דעושה עצמו רשע אם כן פשיטא דאין כוונתו שיעיד כן מחמת נגיעתו שיודע בוודאי שאי אפשר שיאמינהו שהרי בכך הוא נעשה רשע ואי אפשר להאמין העדות על הלוה אם לא שנאמר שזה שקר א"כ האיך יהא כוונתו בשביל עצמו אבל גבי נגזל דאף שאנו מאמינים לפסול שזה הגזלן אין אנו מוכרחין לומר שזה שקר מה שאומר לדידי גזל שהרי אף אם אמת הוא לא נפסל הנגזל בכך ונאמן להעיד רק שאין אנו מחייבין אותו להחזיר הגזילה דלעצמו הוא נוגע ואין אנו מאמינים בלא עדים אחרים הילכך שפיר יש לומר שהוא אומר בשביל עצמו אבל היכי שנעשה רשע על ידי זה בהא פליגי על המרדכי כיון דבהכרח אנו מחליטין שזה שקר שאם אמת רשע הוא ואינו עד לא שייך נגיעה ונאמן ליפסול חבירו וחילוק זה מוכרח מדברי הריב"ש שכאשר השיג על המרדכי בהך דינא דרבית כתב ועוד שאפי' לא היה משים עצמו רשע בעדותו כגון שהיה מעיד לדידיה גנב או גזל משום דאדם קרוב אצל עצמו ולא שייך בעדות כלל הרי להדיא דבהך דמעיקרא איכא למימר טפי דלא כהמרדכי רק הוא השיג אפי' בגזלן א"כ פשיטא שיש לומר דהסמ"ע חולק עליו ברבית ומודה בגזלן. אך גם מה שהשיג הש"ך על הריב"ש נראה לפע"ד דלק"מ דמה שהקשה מאריס היכי דאיכא פירי בארעא לק"מ דכ"ע פשיטא דמודים שאם מגיע לו שום צד הנאה אם יפסל זה דאינו נאמן לפוסלו דמה

בכך דהוי בעל דבר סוף סוף הוי נוגע וא"כ התם אם ישארו הפירות ביד הבעלים פשיטא שיקח הוא חלק א"כ הרי הוא נוגע משא"כ אם באותו עדות שאנו מקבלין אינו נוגע כלל רק במה שהוסיף בעדותו שאין אנו מקבלין הוי נוגע א"כ אינו בדין שעדות זו שהוא נוגע תגרע לאותו עדות שאינו נוגע דכיון דזה אינו בכלל העדות דפלגינן דיבוריה וזה ברור גם מה שהשיג על ראיית הריב"ש מהך דתירצו רבוותא פרק חזקת לק"מ דפשיטא דהתם בלי סילוק לא הוי מיהמני דמה בכך דהם בעלי דברים סוף סוף מאותו עדות שאנו מקבלין יבוא להם בוודאי הנאה והוי נוגעין משא"כ באומר לדידי גזל שאין מאמינים רק שגזל בלבד ומזה לא יבוא הנאה לזה דמה הנאה יש לזה שיפסל הגזלן ומה שאומר שלו גזל אין אנו מאמינים אותו ואין מחייבין להחזיר נמצא שאינו נוגע. אמנם ראיית הריב"ש מהתם אינו רק דמהתם מבואר דנוגע לא שייך בעדות הרי דמהאי טעמא תרצו רבוותא דלא הוי תחילתו בפסלות שגם מעיקרא לא היה עד א"כ הכא נמי בזה שהעיד על עצמו אינו עד כלל ועל חבירו נאמן דפלגינן דיבוריה וכן מבואר להדיא בלשון הריב"ש גופא שהביא הרש"ך שזו היא ראייתו גם מה שהקשה על הך רבוותא דהא מ"מ תחילתו בפסלות כמו ראה לעדות כשהוא אשתו וגירשה נראה לפע"ד דכוונת הרבוותא דדוקא היכי דנקרא בעל דבר מטעם נגיעת ממון אז לא שייך תחילתו בפסלות משא"כ בבעל דבר מחמת קורבה אף שהוא כגופו מ"מ כיון שאינו מחמת נגיעה תחילתו בפסלות קרינן ביה וכמו שחילק הסמ"ע לעיל סי' ל"ג ס"ק כ"ג ע"ש:

כח פלגינן דיבוריה עסמ"ע בשם המרדכי ביבמות דלא אמרינן פלגינן דיבוריה במקום שצריך להוסיף או במקום דלא שכיח וכל זה נובע ממה שהקשו הראשונים בעדים שאמרו אנוסים מחמת ממון ניפלוג דיבוריה והוצרכו לתרץ כל הנ"ל אמנם לפי דעת הרמב"ם סוף פרק בתרא דנדרים בפי' המשנה דפלגינן דיבוריה שאנו מקבלין כל העדות נגד פלוני ולא נגד עצמו א"כ לא הועילו בכל אילו התירוצים דסוף סוף תיקשי ניפלוג דיבוריה וכל המאמר אנוסים מחמת ממון אנו מקבלין נגד השטר ולא נגד עצמו. אמנם לפע"ד נראה בלא"ה דלק"מ והוא כי נראה לפע"ד כלל גדול בדין פלגינן דיבוריה שלא אמרו פלגינן דיבוריה רק במי שבא להעיד באיזה ענין ואין אנו יכולין לקבל עדותו מחמת שהוא עושה עצמו רשע בעדותו על זה אמרינן דפלגינן דיבוריה ומקבלין המינוי נגד חבירו אמנם מי שבא לחזור מהעדות שהעיד ואפילו היכי שיכול לחזור כגון תוך כדי דיבור ומ"מ אין בחזרה זו תורת עדות רק שהוא משתמט עצמו שאינו עד בזה לא אמרינן דפלגינן דיבוריה שיהא חזרתו חזרה שלא יהא עד ודוקא בעדות אמרו פלגינן ולא בזה שהוא ההיפך ולא הוי עדות כלל תדע דבעדות בעינן שיכול להזימם ובחזרת

עדות לא תמצא לעולם שיכול להזימם על החזרה ש"מ דאין על זה תורת עדות רק שהוא מפקיע עצמו שאינו עד כלל ובזה לא אמרינן פלגינן דיבוריה וכמו כן בעדים המעידין אנוסים מחמת ממון שהוא חזרה לעדות שאין עדים כלל ורוצין לעקור עדותן הראשונה לא פלגינן ותירץ זה נלפע"ד נכון וברור ולפ"ז דינו של הסמ"ע בשם המרדכי צ"ע ולקמן סי' מ"ו כתבתי עוד בזה:

כט או שבא על אשתו עסמ"ע ס"ק ס"ד בשם הרשב"א דבאמר אני זניתי עם אשתך לא פלגינן דיבורי' ומבואר שם ברשב"א הטעם דדוקא גבי אשתך זנתה עמי כשאתה לוקח תיבת עמי נשאר עדות שלם אשתך זנתה אבל באני זניתי עם אשתך כשתסלק תיבת אני זניתי לא נשאר שום עדות ולפי זה היינו דוקא אי נימא שאנו מחלקין עצמות הדיבור אבל לדעת הרמב"ם בפירוש המשנה שאנו מקבלין כל המאמר נגד פלוני ולא על עצמו וכן משמע מפירש"י סנהדרין דף ט' ע"ב ע"ש א"כ אין לחלק בהנ"ל כלל דסוף סוף כל המאמר אנו מקבלין נגד אשת חבירו ולא על עצמו אך מ"מ מכל הפוסקים מוכח להדיא דלא כהרמב"ם הנ"ל מדכתבו ליישב הקושיא מאנוסים מחמת ממון בכמה אנפי וכלהו לא סלקי לפי פי' הרמב"ם. אך אמנם אף אם נחלק גוף העדות יש כאן שני פירושים כי אם נאמר שאנו מחלקין הדיבור כמות שיוצא מפיו אתי שפיר דינו של הרשב"א אבל אם נאמר שלעולם אנו מחלקין תמצית היוצא מדבריו דהיינו אני זניתי עם אשתך תמצית היוצא מכלל דבריו שהאשה זינתה והוא זנה ואנו מקבלין שהאשה זנתה ולא שהוא זנה ואין מקום לדינו של הרשב"א רק אם נאמר שאנו מחלקין הדיבור כמות שהוא ודלא כהרמב"ם הנ"ל רק שמחלקין הדיבור ממש כמו שכתבתי:

אך לפי זה יש מקום לתמוה בדברי התוספות כתובות י"ח בד"ה אין אדם שכתבו גבי הרגתיו פלגינן שלא הרגו הוא רק אחר מבואר מזה דלא סבירא להו כהרשב"א דלדעתו לא פלגינן כהאי גוונא ולפי זה נצטרך לומר חדא מתרתי או דסבירא להו כפי' הרמב"ם הנ"ל שאנו מקבלין כל העדות נגד פלוני ולא על עצמו או דסבירא להו שאנו מקבלין תמצית היוצא מדבריו לא דבריו ממש כמות שהוא והנה כהרמב"ם פשיטא דלא סבירא להו לתוספות דא"כ אין מקום לכל התירוצים שלהם אונס נפשות לא שכיח וכן כלהו דהא אנו מקבלין באמת המאמר אנוסים מחמת ממון רק לפסול השטר ולא נגד עצמן והשתא תקשי מה זה שתירצו דמחמת ממון פרושא דאנוסים היינו הוא דמה בכך דהוא פי' בשלמא אם אנו צריכין לקבל מה שאמרו אנוסים אנו צריכין לקבל גם מחמת ממון כיון דהוא פי' לאנוסים לכך לא פלגינן אבל עכשיו שאנו מחלקין תמצית היוצא מדבריו א"כ אף כאן תמצית דבריהם שלא לוה והשטר פסול נקבל וכל הדיבור אנוסים עם הפי'

לא נקבל כמו באני זניתי עם אשתך אי נימא דלא כהרשב"א אנו מקבלין תמצית היוצא מדבריו שהאשה זינתה וכל המאמר אני זניתי אין אנו מקבלין וא"כ אף כאן נימא כן וליכא למימר דהכא שאני דאף בתמצית העדות לבד נעשו רשעים כל כמה שאינו אומר שהיה אנוס מחמת נפשות ומיד שאומר אנוס הוא עושה פי' מחמת ממון והדר הוי רשע ולא פלגינן הא ליתא דזהו התירוץ הד' של התוספות שם דמיד שאומרים שלא הלוה נעשו רשעים אם לא יעשו פי' לדבריהם והשתא ס"ד דתוספות דכל כמה שאינן אומרי' אנוסים מחמת ממון לא נעשו רשעים כלל שאנו מפרשין מעצמנו שהיו אנוסים מחמת נפשות א"כ קשה כנ"ל נסלק כל העדות אנוסים היינו עם הפי' מחמת ממון ונקבל התמצית שלא לוה ואנן ניקום ונפרש באופן שלא יהיו רשעים ומזה מבואר לכאורה כדעת הרשב"א דבכל מקום דפלגינן דיבורי' צריך שישאר דיבור שלם מאותו עדות כמות שהוא והשתא הכא לא שייך להשאיר דיבור אנוסים כיון דמחמת ממון הוא הפי' א"כ צריכין לקבל מחמת ממון ג"כ וזה אי אפשר לכך אין מקבלין כלל ודברי התוספות נראין כסותרין זה את זה אם לא שנאמר דמעיקרא סבירא להו דלא כהרשב"א והשתא כהרשב"א וזה דבר שאינו עולה על הדעת כלל ומה שנראה בכוונת התוספות והוא דוודאי לא סבירא להו כהרשב"א הנ"ל כמו שהוכחתי אמנם אף שאנו מקבלין תמצית היוצא מדבריו לאו כל אפין שווין בזה דבשלמא בהרגתיו או באני רבעתי אותו התמצית שנהרג פלוני או נרבע הוא ממש בעדותו להדיא רק הוא נכלל ומעורב בין העדות שהוא הרג או רבע ובזה אמרינן שאנו מקבלין התמצית שנהרג או נרבע והשאר נופל מאליו כיון שנעשה רשע בכך משא"כ כאן התמצית שלא. הלוה אינו מבואר בפי' בדבריהם רק מכח הוכחה שאומרי' אנוסים היינו ש"מ שלא לוה כלום וכיון שאתה מסלק המאמר אנוסים מחמת ממון האיך אתה יכול לקבל התמצית ומנין אתה מוכיח שלא לוה משא"כ התם בפי' אומר שנהרג או נרבע ולכך מקבלין תמצית זה ולא שהרגו הוא או שרבעו הוא ודו"ק כי זה ברור ויש עוד מקום ליישב דברי התוס' וכתבתי בחידושי וזה נראה עיקר:

ועיין תומים מה שכתב ליישב שלא זכר המחבר דינא דהרשב"א דסובר הרשב"א כדעת הי"מ שהביא הרא"ש גבי אילעי וטובי' קרובים דערבא ע"ש ואין זה נכון דפשיטא דאין ענין דברי הרשב"א להך דאילעי וטובי' דהתם הכוונה שלא אמרו פלגינן דיבורי' רק אם יש במציאות שזה אמת וזה שקר א"כ העדות יכול להיות אמת כמו שנתחלק כגון באני זניתי דבאמת האשה זינתה ולא הוא אבל התם אי אפשר שיהיה כך כמו שנתחלק שהרי אם אמת אמר נגד הלוה אי אפשר שיהא שקר נגד הערב דהא בוודאי נעשה ערב וכן מבואר בתשובת נודע ביהודא סימן ע"ב דהי"מ והרשב"א תרי מילי נינהו והיינו מטעם

הנ"ל. גם מה שכתב דהרשב"א לא כתב זה רק לדינא דש"ס לענין מיתה דאז לא משכחת בשוגג אבל השתא משכחת לומר בשוגג אינו נכון דהא בהדיא מבואר כרשב"א דהשאלה היתה לענין לאסור אשה לבעלה בזמן הזה ע"ש. גם מה שכתב דמשכחת שוגג דלא ידע שהוא אשת איש לא נהירא כלל דא"כ אף היא יכול להיות שהיתה שוגג שאמרה מותר וכהאי גוונא וכיון שהוא יודע שזינתה במזיד א"כ אין לך דבר רחוק כזה שידע שהאשה עשתה במזיד והוא היה שוגג וכבר כתב הרשב"א שם דבדבר רחוק לא אמרינן פלגינן דיבורי' גם מה שכתב דהרשב"א כתב שם לפי שהוא סובר דאם עבר על עשה דונקדשתי מיפסל לעדות אבל לדידן דקיימא לן בעדות אנוסים דכשרים א"כ שפיר יש לומר פלגינן שאנסוהו לזנות וזה אינו דכבר הוכחתי בכמה מקומות דכל עבירה אפילו מה שאינו נפסל בה אינו נאמן לומר על עצמו שעשאה כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"ה ולקמן סימן מ"ג וסימן מ"ו ושם יישבתי קושית התומים מהא דפרק ב' דכתובות עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר דמבואר מזה דאפילו עברו בדבר שאין נפסלין מ"מ אינן נאמנין על עצמן לומר שעשו כן ע"ש:

לפי שראיתי להרב בעל נודע ביהודא לחלק אה"ע סי'

ע"ב שהאריך להשיג על הרשב"א בדין זה ולפע"ד נראה

שכל דבריו נכונים לכן מוכרח אני להאריך קצת:

הנה הרשב"א בתשובה הנ"ל הביא ראיה דאל"כ למה נקט בפלוני רבעני ופלוני בא אל אשתי לימא רבותא טפי אפי' ברבעתי ובאתי ומזה מבואר דבכהאי גוונא לא פלגינן ועל זה השיג הרב הנ"ל על ראיה ראשונה מפלוני רבעני דהא מעיקרא קאמר ר' יוסף לחלק בין לרצונו בין לאונסו א"כ לא מצי למינקט להו ברבעתי את פלוני דלא משכחת לה לאונסו לר"י דאין קושי אלא לדעת כמו שכתב הרשב"א בעצמו ואני תמה על הרב הנ"ל דמי הכריחו לפרש דברי הרשב"א דראייתו הוא להחזיק זאת הסברא דלא פלגינן כהאי גוונא דאדרבא מבואר התם ברשב"א שזה היה לו לרשב"א פשיט ומבואר ולא הי' צריך לראיה דכיון שאם תסלק תיבת אני זניתי לא נשאר שום עדות רק כוונת הרשב"א להביא ראיה על מה שכתב שם ואף שיש לבעל דין לחלוק ולומר דפלגינן שלא רבעו לרצונו אלא לאונסו ליתא דאין קושי אלא לדעת ואי דאמר התקשה רשע הוא וכו' וסיים על זה והיינו דנקט להו כפלוני רבענו וכו' וכוונתו דאי ס"ד דבהא ג"כ משכחת פלגינן והיינו לאונסו א"כ הוי מצי למינקט בכהאי גוונא אלא וודאי משום דבכהאי גוונא לא משכחת לאונסו א"כ לא מצי למינקט הכי דבהא לא פליג רבא וגם לא משכחת לאונסו לר"י וזה שכתב הרב לסתור ראיית הרשב"א הוא גופא ראיית הרשב"א ודו"ק:

אך באמת אף שפשט דברי הרשב"א מורין כן דלא קאי אלמעלה רק להוכיח דלא משכחת לאונסו אך הואיל שאני מוכרח בלא"ה לפרש דברי הרשב"א דקאי אלמעלה כמו שהבין הרב הנ"ל כמו שיבואר לפנינו בס"ד א"כ אף כאן צריך לומר דכוונתו כך אבל באמת אני תמה על הרב הנ"ל דפשיטא דאפילו אי נימא כן לק"מ דהא הרשב"א כתב שם בהדיא וליכא למימר שנתקשה לאשתו והדביקוהו על הערוה דבר רחוק הוא ובכלל כ"ה לא סמכינן למימר פלגינן דיבוריה הרי להדיא דדוקא שאומר לרצונו לא סמכינן למימר שהיה כך כדי שניפלוג דיבוריה כיון שדבר רחוק הוא אבל פשיטא כשאומר לאונסו וכ"ש כשאומר בפי' כן דשפיר נאמן א"כ הרי משכחת לה דינו של ר"י ג"כ כשאומר בפי' כן ואפי' אי אומר סתם לאונסו נראה דמודה הרשב"א דמפרשינן כך רק בלרצונו לא מפלגינן כך ושפיר הוי מצי למיתני רבותא באני רבעתי אלא וודאי דבכלל כ"ה לא פלגינן ולק"מ אך הא קשיא לכאורה על הרשב"א ז"ל והוא מה שלא הרגיש בה הרב הנ"ל דהא הך מימרא הוא מימרא דר"י בעצמו שם כמבואר בש"ס ורבא פליג על דבריו והשתא מאי קושיא דהוי לי' למינקט בכהאי גוונא דהוי ס"ד להיפך דוקא בהא פליג ר"י דלרצונו אינו נאמן דבהא לא פלגינן כסברת הרשב"א אבל להיפך בפלוני רבעני גם ר"י מודה א"כ הוצרך ר"י לאשמועינן רבותא להיפך דאפי' בכהאי גוונא לא פלגינן ואף אי נימא דראיית הרשב"א דמ"מ הש"ס גופא הוי ליה למינקט פלוגתייהו בכה"ג לרבותא מ"מ מאי קושיא דלכך לא שינה מימרא דר"י בעצמו דהוי רבותא אליביה ובאמת הא נמי לא קשיא דמ"מ כיון דנקט ר"י דלאונסו נאמן מבואר מינה ממילא דלרצונו אינו נאמן כלל לדעתו דאל"כ ליתני החילוק בין לרצונו ללרצונו דבפלוני רבעני נאמן לרצונו ובאני רבעתי אינו נאמן וכ"ש דשמעינן דלאונסו נאמן ומדנקט לאונסו ממילא מבואר דלרצונו אפי' בפלוני רבעני פליג ר"י ושפיר הוי רבותא לרבא דאפילו בכהאי גוונא פלגינן:

אך מה דקשיא ליה להרשב"א על פי מה שכתבו התוס' כתובות דף י"ט בד"ה דאמר מר וז"ל למאן דמחמיר קאמר דרבא אית ליה פרק ר' ישמעאל דאפילו על שלש עבירות אינו חייב למסור עצמו בצינעא וא"כ תקשי ליה להרשב"א עצמו דאכתי הוי מצי למינקט ברבעתי ובאתי ובצינעא ושפיר פלגינן דאמר התקשה ואי לא קטילא לך דע"כ לא דחה הרשב"א זה רק דחייב למסור עצמו ולרבא אינו חייב ואדרבא שם היה בוודאי בצינעא דבפרהסיא הרי הרבה עדים יש דאין פרהסיא פחותה מעשרה וע"כ צריך לומר כיון דלרבא אינו חייב למסור עצמו בצינעא א"כ אין כאן חידוש דין ברבעתי יותר מפלוני רבעני דסוף סוף פלגינן לאונסו א"כ ממילא אין כאן ראיה להרשב"א דוודאי לדידן דחייב למסור עצמו אפי' בצינעא מ"מ פלגינן דיבוריה ומ"מ לא קשיא לרבא דלא נקט

רבותא דלדידיה ליכא רבותא דיכול לחלוק דיבוריה שהיה באונס ובצינעא דאינו חייב למסור עצמו והוי ממש כמו פלוני רבעני וצריך לומר דהרשב"א באמת חולק על דברי התוס' הללו וסובר כדברי התוס' פרק ר"י כמו שכתבתי בשם הסמ"ק דרבא לענין אזהרה ומיתה קאמר אבל עשה איכא דחייב למסור עצמו והתוס' באמת פליגי על הרשב"א כמו שהוכחתי לעיל:

אמנם מה שהשיג הרב הנ"ל על ראיה השני' של הרשב"א הוא לכאורה קושיא עצומה דהאיך אפשר למינקט באני באתי דהא בהדיא קאמרינן התם דעיקר קמש"ל דאדם קרוב אצל אשתו ואם יאמר בכהאי גוונא זה לא שמענו עכ"ד ובאמת הוא פלא האיך נעלם מהרשב"א סוגית הש"ס במקומו אבל באמת המעיין היטב יראה שגם בזה דברי הרשב"א נכונים וברורים והוא דכבר נודע מה שהקשה הראב"ד ז"ל וכל הפוסקים שם דמאי קאמר אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן דהא משנה מפורשת הוא דאדם קרוב אצל אשתו ותירץ הראב"ד ז"ל דס"ד דוקא בפלוני רבעני לרצונו פלגינן דכיון דקרוב אצל עצמו אין זה בכלל עדות כלל ולא חיישינן במאי דבטיל מקצת העדות שיהא בטיל כולו דאין זה בגדר עדות כלל משא"כ אשתו אף דקרוב הוא מ"מ גם זה בכלל העדות וכיון דבטיל במקצת בטיל כולו קמש"ל דאשתו כגופו ולא שייך בעדות כלל כמו גופו ע"כ דברי הראב"ד ז"ל. ויש להביא ראיה לפי' הראב"ד מהא דפריך בב"ב דקל"ד גבי בעל שאמר גרשתי את אשתי מהא דאמר פלוני בא על אשתי ויש לתמוה דהא עיקר מילתא דרבא נישנית בהך דינא דפלוני רבעני לרצונו דשם אשמועינן דפלגינן דיבוריה משא"כ הך מימרא נישנית אח"כ לאשמועינן אדם קרוב אצל אשתו ולפי התוס' אשמועינן דלא נימא מתוך שנאמן על חבירו נאמן על אשתו א"כ מהך דמעיקרא הוי ליה להקשות ואי נימא דנאמן על אשתו פשיטא דקשה טפי דאף למפרע יהא נאמן וע"כ כפי' הראב"ד והשתא מהך דמעיקרא לא הוי מצי להקשות דאיכא למימר שאני בעל שאמר גרשתי את אשתי דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ פלוני רבעני דלא שייך בעדות כלל ועל זה הוצרך להקשות מפלוני בא על אשתי דמבואר אפילו באשתי פלגינן וזה ברור. ולפי זה דברי הרשב"א הנ"ל נכונים דוודאי אי נימא דהפי' פלגינן הוא שמחלקין הדיבור לשנים ומקצתו מקבלין ומקצתו לא בוודאי הדין עם הרשב"א ולא היה צריך הרשב"א לראיה דכד גייז לתיבת אני זניתי לא נשאר שום עדות רק ראיית הרשב"א דלא נימא כפי' הרמב"ם במשנה סוף נדרים דפלגינן הוא דמקבלין כל המאמר כמות שהוא נגד פלוני ולא נגד עצמו ולפי זה היה מקום לומר דגם באני זניתי פלגינן ולפי זה שפיר מייתי ראיה דאי הכי פלגינן א"כ שפיר הוי מצי למינקט רבותא טפי באני זניתי ומ"מ

פלגינן משום שאנו מקבלין כל המאמר נגד פלוני ולא נגד עצמו א"כ פשיטא דמוכח גם בפלוני בא על אשתי דפלגינן דמה בכך דאשתו נכלל בעדות הלא אנו מקבלין גם עדות אשתו נגד פלוני רק דלענין אשתו אין מקבלין וכי נאמר עדות שבטלה מקצתה לאיש זה בטיל לאיש אחר זה לא שמענו מעולם ולא אמרינן אלא עדות שבטיל במקצת בגוף זה בטיל כולו וזהו אי פלגינן הדבר נגד פלוני ג"כ א"כ בטיל נגד פלוני במקצת בטיל כולו לשיטת הרמב"ם הנ"ל דלא מפלגינן הדיבור ואנו מקבלין נגד פלוני כל העדות א"כ לא בטיל כלום א"כ אי הוי אמר אני זניתי עם אשתך מבואר דפלגינן כשיטת הרמב"ם וממילא מוכח דגם בפלוני בא על אשתי דפלגינן ומזה דייק הרשב"א דאין הדבר כן רק שאנו מחלקין הדיבו' כמות שהוא ולכך באני זניתי לא פלגינן כלל א"כ אפילו בפלוני בא על אשתי ס"ד דלא פלגינן כיון דאין הפי' כהרמב"ם ונצטרך שלא להאמין נגד פלוני במקצת א"כ ס"ד דבטיל כולו כיון שגם אשתו נכלל בעדות קמש"ל דאשתו כגופו והוי כמו פלוני רבעני דלא נכלל בעדות כלל ולא בטיל כולו ודו"ק היטב ואל תשיבני דהא הראב"ד כתב להדיא כפי מה שכתב הרא"ש בשמו פרק זה בורר גבי אילעי וטובי' דלכך לא פלגינן דיבוריה דכיון דהתם קורבה בעלמא הוא שפיר אמרינן עדות שבטל' מקצתו בטלה כולה והא התם לגבי לוה לא בטיל כלום הא ליתא דהתם המלוה הוא בעל דבר של שניהם וכמו שהם מעידין ללוה ולערב כן הם מעידין למלוה א"כ לגבי מלוה כיון שבטיל במקצת בטיל כולו שהרי בטיל לאותו עדות במקצת. אך הא קשיא לכאורה הא בפלוני רבע שורי ג"כ פי' הראב"ד דמתוך שאינו נאמן על שורו אינו נאמן א"כ תקשי הא לגבי חבירו לא בטיל כלום ובאמת הא נמי לא קשיא דעדות השור שייך נמי לו דהוא חייב לשלם שהיזק שור שלו ואף דקים ליה בדרבה מיניה מ"מ כבר נתבאר לעיל סי' כ"ח דכל היכי דקים ליה בדרבה מיניה אם תפס לא מפקינן מיניה כמו שכתב מהרש"ל שם לדעת רש"י וכן הכרעתי שם ע"ש א"כ שפיר הוי עדות השור ג"כ לו וכיון דלגבי שור אינו נאמן ובטיל במקצת נגד פלוני בטיל כולו ועוד דבלא"ה נמי פשיטא דלא קשיא מהנך תרתי כלל דבאמת הראב"ד סובר כהרשב"א ולא כהרמב"ם הנ"ל א"כ אנו צריכין לחלק הדיבור אף נגד פלוני שאם אתה תופס נגד פלוני עדות השור עדותו בטיל דהא הוי קרוב ואף נגד פלוני מוכרחין לסלק עדות השוה והוי ממש כפלוני בא על אשתי דאף שאנו מקבלין נגד פלוני כיון דנגד פלוני ג"כ צריך לחלוק הדיבור כיון דבטיל במקצת בטיל כולו]. אך קשה דלכאורה מוכח מדברי הרא"ש והראב"ד דלא כהרשב"א דאל"כ למה להו הך תירץ בהך דאילעי וטובי' משום דעדות שבטלה מקצתה הא בלא"ה לא שייך פלגינן דהתם גרע טפי מהך דהרשב"א דליכא למיפלג כלל בשום פנים אפי' תמצית

עדותם אבל באמת לק"מ והוא שדבר ברור דע"כ לא קאמר הרשב"א רק בפסול רשעות דאי אפשר להאמין עדותו על פלוני אם לא שנאמר דמה שמעיד על עצמו שקר הוא דאי אמת הוי ליה רשע ופסול לעדות וע"כ שנאמר שזה שקר א"כ שפיר כתב הרשב"א דלא נשאר שום עדות אבל בכהאי גוונא בפסול קורבה כשאנו מאמינים נגד הלוה אין אנו מוכרחין לומר שזה שקר נגד ערב רק נגד הערב ג"כ אמת ומ"מ גזירת הכתוב שלא להוציא על פי עדות קרובים אבל אין אנו מוכרחין לומר שזה שקר ושפיר שייך לומר פלגינן וגם הרשב"א מודה בזה ולכך הוצרך הראב"ד לומר משום עדות שבטיל מקצתו כיון דמ"מ בטיל במקצת בטיל כולו ובזה נדחו ג"כ דברי הרב הנ"ל שהביא ראיה מדברי הראב"ד דלא כהרשב"א ואפילו גדולה מזו פליג הראב"ד ולפי הנ"ל הא ליתא ואדרבא בהא גם הרשב"א מודה כנ"ל. ועוד אנו עתידין לברר דבר זה בס"ד דבכהאי גוונא מודה הרשב"א כמו שיתבאר מסוגיא דגיטין ד"ח ע"ב בעבד שהביא גיטו ודלא כהרב הנ"ל גם מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם בפי' המשנה סוף נדרים שאנו מקבלין כל העדות נגד פלוני ולא לעצמו תמהני דהרי כל הפוסקים הראשונים ואחרונים וכן התוס' כולם כתבו ליישב הא דאמרינן באנוסים מחמת ממון דאינן נאמנים אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר דאמאי לא פלגינן אנוסים ולא מחמת ממון רק מחמת נפשות ויש מהם שתרצו אונס נפשות לא שכיח וכן שארי התירוצים המוזכרין בתוס' כתובות י"ח בד"ה אין אדם. ועיין באסופת זקנים מה שתירץ בשם הראשונים ולשיטת הרמב"ם כל זה אינו שאנו נאמין כל המאמר אנוסים מחמת ממון לפסול השטר ולא לעשות עצמן רשעים א"כ מוכח מכל הפוסקים רובם ככולם דלא כהרמב"ם בזה א"כ האיך מסייע עצמו מדברי הרמב"ם הללו היפך סברת הרשב"א:

גם מה שהביא הרב הנ"ל ראיה לדחות דעת הרשב"א ז"ל כיון דלפי דבריו ע"כ בהרגתיו פלגינן שלא הרגו לרצונו רק בשוגג א"כ קשה הא מסקינן בבא בתרא דף קל"ד דלא פלגינן דיבוריה בחד גופא א"כ קשה בהרגתיו איך פלגינן דיבוריה ובוודאי לא יחלוק האי אמורא שם על סתמא דגמרא שם דבהרגתיו פלגינן וע"כ כמו שכתבו התוס' ומפרשים דפלגינן שלא הרגו הוא אלא אחר והרי להדיא דלא כהרשב"א ע"כ וראיה זו מוכרחת לכאורה ובאמת גם בתוס' גופא יש להבין דבסנהדרין כתבו ליישב הקושיא באנוסים לא פלגינן דהוי חד גופא כמסקנא דב"ב הנ"ל. ואולם בכתובות לא הזכירו מזה התירץ כלום אף לומר דבכתובות סבירא להו דאנוסים הוי תרי גופא ויש להבין מאי טעמא הא בחד גופא מפליג אנוסים רק לא מחמת ממון ולכאורה תירוץ זה יותר נכון מכולם דהא כך באמת מסקנת הש"ס בב"ב ומ"ש דלא הזכירו מזה התירוץ כלום.

אבל באמת עיינתי היטב בסוגיא דב"ב הנ"ל וראיתי שאין כאן מקום קושיא לשיטת הרשב"א ז"ל והוא דמבעי לן בבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע אם נאמן על להבא אף דאינו נאמן למפרע ופריך מהא דאמר רבא פלוני בא על אשתו דפלגינן דיבוריה ומשני התם תרי גופא הכא חד גופא ובזה מחולקין התוס' בש"ס סנהדרין עם התוס' בכתובות הנ"ל דשיטת התוס' בסנהדרין הוא דמה שאמרו הכא תרי גופא הכא חד גופא הכוונה שכל שנצטרך לחלוק בגוף אחד בין באותו גוף שאנו דנין לקבל עליו העדות בין בגוף העד בעצמו שאין אנו מקבלין עליו שום עדות רק שאנו מחלקין בו, לתועלת גוף השני שאנו מקבלין עליו העדות סוף סוף חד גופא הוא ולא פלגינן ולכך באנוסים היינו מחמת ממון נהי שאנו מקבלין כל העדות מה שבאו לפסול השטר שהרי השטר בטל לגמרי ואין אנו מחלקין בו כלל להאמין במקצת ומקצת לא מ"מ כיון שאנו מחלקין בגוף העדים בחד גופא לא פלגינן אבל התוס' בכתובות סבירי להו להיפך וזו היא ג"כ סברת הרשב"א ז"ל דהא דאמרינן התם לחלק בין חד גופא לתרי גופא היינו שאם אנו צריכין לחלק בגוף זה מה שבא להעיד עליו שנחלק ונקבל עליו חצי וחצי לא נקבל דהיינו בבעל שאמר גרשתי את אשתי להאמין על האשה להבא ולא למפרע זה לא אמרינן אבל כל היכי שאנו מקבלין כל העדות על אותו גוף שבאו להעיד עליו כגון בפלוני בא על אשתו שאנו מקבלין כל מה שרצה להעיד על אותו האיש שבא על אשתו ובגוף אחר פלגינן ובזה שפיר פלגינן דיבוריה. ולפי זה ה"ה באנוסים מחמת ממון הרי עדותם הי' לפסול השטר והרי אין אנו מחלקין כלל בפסול השטר ואנו מקבלין כמו שהעידו שהוא פסול ככל שטר פסול רק שאנו צריכין לחלק בגוף העדים בעצמן א"כ מה בכך דהוא בגוף אחד הרי אין אנו מקבלין שום עדות על אותו גוף וזה שאנו מחלקין הוא לתועלת גוף השני שאין אנו מחלקין בו כלל וא"כ אין זה דומה לבעל שאמר גרשתי את אשתי דהתם באותו גוף שהוא בא להעיד עליו אנו מקבלין קצתו וקצתו לא ולפי זה גם בהרגתיו שאנו מקבלין כל העדות על האשה שתנשא ואין אנו מחלקין בה כלל רק שאנו מחלקין בגוף העד שהרגו בשוגג אבל לא במזיד והרי אין אנו מקבלין שום עדות על העד שנאמר בחד גופא לא פלגינן ולפי זה אין כאן קושיא על הרשב"א דבהרגתיו פלגינן שלא הרגו במזיד רק בשוגג ומ"מ הוי תרי גופא כמו שבארנו:

והנה אף שדברינו הנ"ל נראה נכון וברור בכוונת הרשב"א ז"ל מ"מ לרווחא דמילתא אומר עוד ליישב דבלא"ה יש לדקדק שם בסוגיא דפריך למאן דאמר בעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע מהא דרבא פלוני בא על אשתי נאמן וקשה אמאי לא פריך ממימרא קמייתא דרבא פלוני רבעני לרצונו דהוא עיקר מימרא דפלגינן דבורי' ומימרא

זו דמקשה מינה לא נאמרה רק לאשמועינן אדם קרוב אצל אשתו כדמוכח שם ועיקר הדין הוא מעיקרא בפלוני רבעני גם יש להבין בתוספות שם שכתבו ז"ל מילתא דרבא פ"ק דסנהדרין ואמרינן התם מהו דתימא וכו' והקשה הר"ר חיים וכו' מתוך שנאמן על חבירו נאמן גם עליה עכ"ל. והדבר תמוה מה זה שכתבו כאן מילתא דגמרא דשם ולהביא קושית ר"ח ותירוצו להך דהכא דעיקר כוונת המקשן להביא מילתא דפלגינן דיבוריה ושם בסנהדרין במקומו כבר הקשו זו הקושיא ותירצו כמו כאן ולמה חזרו כתבו זה כאן דלא מיירי מזה כלל ולא נזכר קושיא זו בש"ס כאן כלל:

לכן נראה ברור דוודאי הך דפלוני רבעני לרצונו לא דמי כלל לבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע והיינו דלא פריך מינה וטעמא דמילתא דבשלמא בפלוני רבעני עיקר העדות הוא להעיד להרוג אותו פלוני שרבעו דהא לא בא להעיד על עצמו הילכך מה שאומר על עצמו פטומי מילי בעלמא הוא ולא] שייך בעדות לכך פלגינן שעיקר העדות אנו מקבלין הימנו ומה שאין אנו מקבלין אין על זה תורת עדות כלל משא"כ בבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע שבוודאי הוא בא להעיד שתהא אשתו מגורשת למפרע אם כן כיון שאין אנו מקבלין עדותו על זה כיון שבטל מקצת העדות בטל כולו שהרי גם זה שאין אנו מאמינים הי' בכלל העדות וזה הקשה מפלוני בא על אשתי דהתם עיקר הרבותא דס"ד שנאמן על אשתו אלמא דשייך בעיקר העדות מ"מ פלגינן א"כ התם נמי ניפלוג דיבורי' ועל זה משני שיש חילוק בין חד גופא לתרי גופא וזה שכתבו התוס' סוגי' דהתם גם תירוץ ר"ח דמהא עיקר הקושיא ורמזו גם כן ליישב מה דלא מקשה מהך דמעיקרא כנ"ל והשתא לק"מ על הרשב"א דה"מ דיש חילוק בין חד גופא לתרי גופא היכי שהעדות מה שאין אנו מקבלין הוא ג"כ בכלל העדות הילכך בתרי גופא מקבלין ולא דאמרינן כיון שבטל לגוף זה בטל לגוף השני וזו היא ראיה למה שכתבתי לעיל] אבל בחד גופא לא פלגינן כי האי גוונא אבל בפלוני רבעני דהוא לא שייך בגוף העדות פשיטא דאפילו בחד גופא פלגינן דלא שייך עדות שבטלה מקצתה דהוא לא נכלל בעדות ושפיר כתב הרשב"א דבהרגתיו פלגינן שלא הרגו לרצונו אלא לאונסו דהיכי שהוא מעיד על עצמו אפילו בחד גופא פלגינן אבל באני זניתי עם אשתך דליכא למיפלג דיבוריה כלל דאין קושי אלא לדעת לא פלגינן ודו"ק היטב:

גם מה שהביא ראיה מסוגי' דגיטין ד' ח' ע"ב עבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסי קנוין לך עצמו קנה ונכסים לא קנה כל נכסיי קנויין לך פליגי אביי ורבא וידוע דהלכה כרבא והרי להדיא כהרשב"א ע"כ ודבריו תמוהין דפשיטא שאין הנידון דומה לראי' כלל דשאני התם גבי אני רבעתי את פלוני שאי אתה יכול לקבל עדותו שפלוני נרבע

אם לא שנאמר שמה שאמר שהוא רבע שקר אמר דאל"כ רשע הוא ופסול וכיון שכן שפיר מחלק הרשב"א דכיון שאנו, צריכין בהכרח לסלק דיבורו מכל וכל לא נשאר שום עדות משא"כ בהך דעבד שהביא גיטו אין קנין הנכסים מבטל קנין עצמו ואדרבא אם קנין הנכסים ג"כ אמת פשיטא שיש להאמינו לענין עצמו ואין זה ביטול לזה רק שקנין הנכסים אי אפשר להוציא בלי קיום כי במה יפה כחו של זה שכתב קנין עצמו שיועיל לו לקנין הנכסים וכן במה הורע כחו של זה שכתב בו קנין נכסים שיוגרע קנין עצמו הילכך פלגינן דיבורי' דעל עצמו דלא בעי קיום השתא נמי לא בעי קיום ולנכסים דבעי קיום אינו נאמן אבל מ"מ אם אתה מאמין על עצמו אין אתה צריך לומר דקנין הנכסים שקר ולא שייך בזה סברת הרשב"א משא"כ בפלוני רבעני שמה שאומר על עצמו מבטל שאר העדות ואי אפשר לקבל שאר העדות אם לא שנאמר שמה שאומר על עצמו הוא שקר הילכך דוקא בפלוני רבעני שאם תסלק תיבת לרצונו נשאר עוד דיבור שלם פלגינן אבל באני רבעתי ואני זניתי שאם תסלק תיבת אני רבעתי לא נשאר שום עדות לא פלגינן כלל ודו"ק היטב ותימה על הרב הנ"ל שלא הבדיל בין הנושאים ועוד יתבאר בסמוך דבזה מיושבין שאר הקושיות של הרב הנ"ל:

גם מה שכתב עוד דגבי אילעי וטובי' קרובי דערבא אילו הי' הדבר תלוי בדידי' היה מודה להרשב"א בזה דזה גרע מאני רבעתי ע"ש. והוא תמוה דלפי דעתו דההוא דעבד שהביא גיטו דומה לנידון של הרשב"א א"כ ממילא איך יודה שם להרשב"א דהא גבי עבד ג"כ אי אפשר להיות מציאות לחילוק הדברים כיון דבשטר אחד ובדיבור אחד הם כתובים ואם זה אמת גם זה אמת ומ"מ פלגינן דיבורי' א"כ ה"ה באילעי וטובי' דאפילו לפי' הרא"ש בשם הראב"ד דין הוא דניפלוג דיבורי' אבל באמת כבר נתבאר שאין זה דומה כלל לאני רבעתי ואני זניתי ודלא כסברת הרב ז"ל גם מה שהביא ראיה מהך דלדידי אוזיף בריבתא וכתב הרשב"א דכד שבקת לתיבת לדידי נשאר עדות גמור אוזיף ברבית ועל זה תמה הרב הנ"ל דהא יש לומר לעכומ"ז הלוה. ואין אני רואה שום קושיא דפשיטא שאח"כ אנו שואלין אותו למי הלוה לישראל או לעכומ"ז ואם יאמר לישראל אף שיאמר הוא הוא אין אנו מאמינים אותו רק לישראל אחר וכן בפלוני בא על אשתו אח"כ אנו שואלין אותו עם מי זנה חייבי כריתות או מיתת ב"ד משא"כ באני רבעתי ואני זניתי לא נשאר שום עדות על מה לחקור ולדרוש והרי כאילו לא העיד כלל משא"כ התם הרי שאמר פלוני זנה או אוזיף ברבית ופשיטא שאין כוונתו על צד שיהא מותר אלא על צד איסור הילכך אנו חוקרין אותו ודורשין למי הלוה לישראל או לעכומ"ז ועם מי זנה עם חייבי כריתות או מיתת ב"ד ודו"ק]:

ומעתה לפי זה מיושב היטב מה שיש לתמוה על הרשב"א ז"ל והרגיש בה ג"כ הרב הנ"ל דלשיטת הרשב"א גופא תקשי בפלוני בא על אשתו הא אם תגייז תיבת על אשתו לא נשאר שום עדות ולפי הנ"ל לק"מ ואדרבא הא הוי סייעתא גדולה למה שכתבתי מקודם דע"כ לא קאמר הרשב"א רק בעושה עצמו רשע שכשאתה מאמינו על חבירו ע"כ שתאמר שזה שאומר על עצמו שקר שהרי הוא רשע משא"כ בפסול קורב' כגון בא על אשתו אין אנו מוכרחין לומר שזה שקר שלא בא על אשתו רק חסרון אמונה יש לנו בזה שאין להרוג אשתו על פי עדותו מגזירת הכתוב אבל אמת הוא א"כ שפיר פלגינן. ומעתה ממילא נדחו דבריו ג"כ מה שהקשה מהרגתיו דיבמות ואין צורך למה שכתבתי לעיל דבלא"ה לק"מ דוודאי מודה הרשב"א דבהרגתיו פלגינן שלא הרגו הוא אלא אחר וע"כ לא קאמר הרשב"א דלא פלגינן כהאי גוונא רק כל היכי דפסול מטעם רשעות מגזירת הכתוב א"כ אי אפשר להאמין עדותו על חבירו אם לא שנאמר שזה שקר שהוא רבע או זנה דאי אמת הרי הוא רשע ופסול מגזירת הכתוב אף שהמעשה אמת כמו קרובים משא"כ התם גבי הרגתיו דלעדות אשה כל הפסולין נאמנין להעיד רק שפסולין בעבירה פסולין ולא מטעם גזירת הכתוב רק מחשש דמשקרין השתא בעדותו א"כ לא שייך דינו של הרשב"א דשפיר אנו מקבלין כל העדות נגד פלוני ואי דהוי רשע מ"מ המעשה אמת וכשר לעדות אשה כמו כל הפסולין כיון דאין כאן חשש דמשקר השתא ואדרבא כיון שהוא רשע הרי המעשה אמת וגזירת הכתוב ליכא ובזה מודה הרשב"א להרמב"ם בפי' המשנה סוף נדרים דפלגינן הדיבור שאנו מקבלין כל המאמר נגד פלוני ולא לעצמו שהרי אנו יכולין לעשות כן ואותו דבר שאינו נאמן לעצמו לא מגרע לעדות פלוני משא"כ באני זניתי עם אשתך שעדות אני זניתי מגרע לעדות פלוני שהרי רשע פסול מגזירת הכתוב ובהכרח אי אפשר להאמינו על פלוני רק שנאמר שקר הוא מה שאומר אני זניתי א"כ יפה כתב הרשב"א דלא נשאר שום עדות והשתא ממילא לא קשיא מה שהביא הרב הנ"ל מדברי הרמב"ם דחולק על הרשב"א ולפי הנ"ל לק"מ דע"כ לא כתב הרמב"ם רק באשה שאמרה נטמאתי ברצון דנאמנת על עצמה להפסיד כתובת' וזה אמת דבהא פלגינן דהא אף שהוא רשע מ"מ פשיטא דלא מגרע לה לעדות עצמו שתפסיד ואדרבא בכך היא מפסדת וליכא למימר בהא הא רשע פסול דבהא שמעידה על עצמה להפסיד נאמנת אף שהוא רשע ומה שכתב הרמב"ם שהעיקר אצלנו בכל התורה פלגינן דיבוריה שאנו מקבלין וכו' היינו בהך גוונא גופא שאין הרשעות מבטל העדות על פלוני פלגינן והשתא לא קשיא על הרמב"ם מהך דאנוסים מחמת ממון דלא שייך לשיטתו כל התירוצים של הפוסקים כמו שכתבתי לעיל ולפי הנ"ל ניחא דבאנוסים

פשיטא דלא פלגינן בכהאי גוונא דהתם אם אמת הוא אינן נאמנין לפסול השטר דהוי רשעים ופסולים מגזירת הכתוב:

נמצא דכל מה שהקשה הרב הנ"ל דהיינו מפלוני בא על אשתי ומהרגתיו ומהך דעבד שהביא גיטו ומדברי הרמב"ם ומדברי הרא"ש בשם הראב"ד הכל מיושב בחדא מחתא כמו שבארנו דכל היכי שאנו צריכין לחלק דיבורו מטעם שמעיד על אחר שהוא פסול מטעם קורבה או מטעם קרוב אצל עצמו מודה הרשב"א כהרמב"ם שאנו מקבלין כל המאמר נגד פלוני ולא לעצמו או על קרובו שבשעה שאנו מאמינים על חבירו אין אנו מוכרחין לומר שזהו שהוא מעיד על עצמו שקר משא"כ בעושה עצמו רשע שאנו מוכרחין לומר שהוא שקר דאל"כ פסול מגזירת הכתוב אבל בפסול רשעים במקום דלא שייך גזירת הכתוב כגון בהרגתיו וכדומה אפילו בפסול רשעות פלגינן כנ"ל ודו"ק:

ועל פי זה מיושב קושיא עצומה שהביא הרב החכם צבי בתשובותיו הביאו הרב הנ"ל דהרשב"א כתב בסי' קל"ב גבי סוטה בעדי טומאה דאם אומר שהוא זנה עמה דפלגינן דיבוריה והקשה הח"ץ דהא בעינן שמעיד דוקא שזינתה עם אותו איש שקינא לה והשתא אם קינא לה לאותו עד א"כ אם ניפלוג שלא הוא זנה עמה רק אחר א"כ הרי לא זינתה עם מי שקינא לה ולא מהני וכתב הרב הנ"ל שהוא קושיא עצומה לית נגר דיפרקיני' והנה הח"ץ תירץ כגון שקינא לה מב' בני אדם והשיג עליו הרב הנ"ל דמנין לנו שעם השני זינתה שמא עם אחר. [ובאמת יש לומר שאנו תופסין היוצא מדבריו שעם מי שקינא לה זינתה רק לא עמו אך מ"מ לפי שיטת הרשב"א גופא אי אפשר לומר כן שהרי אי אפשר ליקח מדבריו דבר זה ולסלק השאר) ולפי מה שכתבתי לק"מ דוודאי לשישת הרמב"ם הנ"ל לק"מ דהא מקבלין כל המאמר נגד האשה רק לא לעצמו א"כ נגד האשה שפיר מאמינים שהוא זנה עמה רק דהקושיא לשיטת הרשב"א שאנו מחלקין הדיבור א"כ אם תסלק שהוא לא זנה הרי זינתה עם אחר שלא קינא לה ולפי זה לפי מה שכתבתי דכל היכי דלא נפסל מגזירת הכתוב רק מחשש דמשקר בכי הא מודה הרשב"א שאנו מקבלין כל המאמר נגד האשה ואי משום דהוי רשע הא התם ג"כ אפילו פסולין נאמנין עליה שלא תשתה כמו שכתב הרב הנ"ל גופא שם א"כ אפי' רשע כל שאינו משקר נאמן א"כ כשאתה אומר שהוא רשע הרי עכ"פ המעשה אמת ונאמן כיון דפסולין כשרין א"כ אין צריך לומר כשנאמין אותו על האשה שזה שקר שהוא זנה א"כ מודה הרשב"א דבכהאי גוונא פלגינן כדעת הרמב"ם ולק"מ כמו בהרגתיו ופלוני בא על אשתו ועבד שהביא גיטו כמו שבארנו ודו"ק היטב סיומא דמילתא מה שנוגע לנידון דידן דמה שכתב הסמ"ע

וד"מ הוא רק באופן הנ"ל דעושה עצמו רשע ופסול מגזירת הכתוב דבהא לית מחלוקת ובקושי תמצא מי שיחלוק בזה על הרשב"א כנ"ל ברור בדין זה:

ל מצטרפין להעיד עליו לפסלו צ"ע לפי מה שפירש"י סוף פרק שבועות הדיינין דלכך במלוה על המשכון אין משביעין אותו שמא יוציא הלה את הפקדון נפסלנו לעדות ולשבועה א"כ השתא האיך משכחת לה שבועה להכחיש העד שהרי אח"כ יפסלנו לעדות ולשבועה והכא פשיטא דיש לחוש טפי דהתם לא נודע אם שוה המשכון כך ואולי לא יפסל משא"כ הכא בוודאי יפסל ואמת דיש לומר דבעל דין השתא אומר כן שהוא נוגע ואינו בגדר עד אבל אח"כ באמת לא יעיד דאף דאומר שקר לא נחשד להעיד שקר אבל מ"מ פשיטא דספק יש ולמה לא נחוש כמו במלוה על המשכון ועוד קשה לי לפי מה שכתב המחבר לעיל בשם בעל העיטור סי' ל"ג סי"ב דאם העיד כשהיה קרוב ונפסל ואח"כ נתרחק אינו נאמן ופי' הש"ך משום דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה א"כ הכא נמי תקשי חדא בעד דהא משמע מדברי המחבר דעכ"פ צריך שיעיד העד מחדש וכן כתב הסמ"ע דאותו עדות דמעיקרא לא מהני מאחר שנשבע עליו א"כ למה יאומן אח"כ הא עביד אינש לאחזוקי דיבוריה ונהי דגבי עד יש מקום ליישב קצת אבל גבי בעל דין קשה דהא מעיקרא, הוי נוגע והי' פסול א"כ עכשיו לא יועיל עדותו דעביד לאחזוקיה דיבוריה ובשלמא אם הם בעצמם באים לב"ד לפוסלו אפשר דלא שייך האי טעמא דמי הכריחם לבוא לב"ד להחזיק דבריהם אבל אם בעל דין אחר תבעם לעדות שיעידו על זה א"כ פשיטא שיש לומר דעבידי להחזיק דבריהם שהרי אם יאמרו שאינו חשוד יתברר שאמרו שקר מקודם. לכן נראה לחלק דע"כ לא כתב הש"ך דעביד אינש לאחזוקי דיבוריה רק גבי פסול קורב' דמיחשב עד עכ"פ שהרי לא נחשד לשקר רק מגזירת הכתוב רק דמיקרי עד פסול הילכך שפיר כתב דעביד להחזיק דבריו הראשונים דאל"כ הרי העיד בשקר קודם. משא"כ בפסול נגיעה כי הכא דמעיקרא היה חושדין אותו לשקר ואינו עד כלל לא שייך לומר עביד לאחזוקי דוודאי מעיקרא שלא היה עד היה אומר בדדמי לטובתו משא"כ לעדות לא יאמר רק דבר ברור דכי בשביל שאמר לטובתו כן יהא מוכרח להעיד כן והכל היו יודעין מקדם דהוא בעל דבר ולא עד ולפי זה צ"ע על מה שכתב הרב בעל נודע ביהודא ריש תקנת עגונות סי' כ"ז במעשה שהיה שהאשה פסקה שכר שאם יעיד כך תתן לו כך וכך יפסלו עדותו עד שיסל' עצמו ויעיד מחדש וכתב שם הרב הנ"ל דלדעת הש"ך לא מהימן דעביד אינש לאחזוקי דיבוריה ולפי הנ"ל אינו מוכרח דדוקא בפסול קורבה פסול ולא בפסול נגיעה כדמוכח הכא ואפשר לחלק דדוקא הכא דמעיקרא לא בא להעיד כלל רק לדון בתורת בעל דין לא עביד לאחזוקי

דיבוריה משא"כ התם שגם מעיקרא העיד להתיר האשה שתנשא א"כ שפיר אמרינן דאף אח"כ עביד לאחזוקי דיבוריה שכבר היה עליו שם עד כיון דכוונתו היתה להתיר האשה ובענין הקושיא ראשונה אין להאריך מאחר שכבר הכריעו האחרונים כדעה אחרונה דאינו יכול לפסלו אח"כ ודעה ראשונה אפשר דלא סבירי להו כפירש"י הנ"ל:

לא הרי זה ספק פסול. הב"ח הקשה דמ"ש מתרי ותרי שמכחישין זה את זה דנאמנין להעיד בפני עצמו א"כ אף זה יהא כשר דמוקמינן בחזקת כשרות כמו הכתות בעצמן ולפעד"נ ליישב דדוקא בתרי ותרי כל כת באה להעיד בעדות אחרת מכח עצמם שהם אומרים שהשנים האחרונים שקרים והם אמת ונאמנים בעצמם בזה שהרי הם שנים כמו השנים האחרים. אמנם זה אינו יכול לבוא מכח עצמו להכחיש שנים הפוסלים אותו דאין אחד במקום שנים רק הוא צריך לסייע עצמו בעדים המעידין עליו שהוא כשר א"כ כמו כן מעידין עליו שהוא פסול ומאיזה צד אתה בא להכשיר עצמך ודו"ק. ועוד יש לומר בפשיטות דדוקא בתרי ותרי שאנו מכשירים שניהם להעיד לכל עדות ואין כת אחת נאמנת יותר מהשני' משא"כ באחד האיך אתה יכול להכשירו מטעם חזקת כשרות שהרי כשאתה מכשירו בהכרח אנו רואין שמחזיקין כת אחת לשקר שהרי מקבלין אותו להעיד ולא נפסל כלל ולמה נאמין יותר זו מזו ואין לומר דהא השתא שאין מקבלין נאמין להשנים הא ליתא דזה שב ואל תעשה הוא וידוע דמספק אין מקבלין ואין לעשות מעשה כלל אבל לקבל עדותו שאנו עושין מעשה להכשירו הרי בהכרח שמחזיקין אותו כת הפוסלים אותו לשקר משא"כ בשני כיתות בעצמן דאין הכרח ממה שמקבלין שהרי גם השני מקבלין משא"כ בעד זה אין כאן צד שני המורה אמונת כת השניה רק אמונת כת זו בלבד ואין להאמין לזו יותר מזו ודו"ק. ולפי זה ניחא הא דאמרינן פ"ב דכתובות אנן אחתינן בתרומה דרבנן והיינו כיון דפסול בדאורייתא רק דרבנן הרי נתברר שלא נאמין כת אחת יותר מהשני שהרי בדאורייתא פסול מספק ובדרבנן כשר ולפי זה מה שהוכיח בתומים דאם מעידין עליו על גזילה דרבנן לא מיפסל דהוי תרתי דרבנן ודימה זה לקייום שטרות ותרומה דרבנן ולפי הנ"ל הא ליתא דדוקא התם שייך לומר כן דזיל בתר טעמא שהרי אין מחזיקין כת אחת לאמת יותר מן השני' משא"כ במעידין עליו בגזילה שהוא דרבנן לא שייך זה דמ"מ שייך טעם הנ"ל דהא מכשירין אותו אף דגזלן דרבנן פסול א"כ מבואר שאנו מאמינים לכת זו יותר מכת זו שהרי נאמן לכל עדות ועושין מעשה לקבלו וזה לא אמרינן כנ"ל וכן מבואר התם מסתימ' הפוסקים שלא חלקו בזה בין פסול דאורייתא לפסול דרבנן ומ"מ אפילו בכהאי גוונא דלעיל היינו דוקא לדעת התוס' אבל

להרא"ש שסובר אפי' בקיום הוי ספיקא דרבנן א"כ אפי' להכשירו לעדות דרבנן לא אמרינן דאין לחלק בין עדות לעדות כנ"ל:

לב כיון שלקה בב"ד כתב הש"ך דפסולי עבירה לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ע"כ ובתומים הביא ראיה מדברי התוס' כתובות י"ח ע"ב דכתבו דלרבנן אפילו מלוה ע"פ לא הוי וא"כ קשה לדעת הר"י מיגאש והרא"ה דפירשו משחק בקוביא ועשינו תשובה א"כ בפסולי עבירה לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וע"כ דלא כהש"ך וע"ש שהאריך ולפעד"נ דלק"מ ומתחילה נבוא אל ביאור דברי התוס' שם שכתבו שם בד"ה מלוה גופא מידק דייק וז"ל ולרבנן אפי' מלוה ע"פ לא הוי דבעינן תחילתו וסופו בכשרות ע"כ והנה יש כאן שני פירושים האחד דקשיא להו לתוס' ולרבנן מ"ט ניהמני' במיגו דהא איכא סברא דמידק דייק ועל זה תרצו דאפי' מלוה ע"פ לא הוי א"כ אין כאן סברא דמידק דייק דאנן אמרינן באמת לא הלוה כלום א"כ הוצרך ליקח פסולים דכשרים לא יעשו עוולה להעיד בשקר ולחתום על שטר שקר ואין כאן סברא דמידק דייק כלל זהו חדא ועוד יש לומר בכוונת התוס' דקשיא להו לרבנן מאי מיגו איכא הא השתא הוי מלוה ע"פ עכ"פ משא"כ אם לא יעידו כלום אפילו מלוה ע"פ לא הוי ולזה תרצו דהשתא נמי אפילו מלוה ע"פ לא הוי ושפיר איכא מיגו והנה נראה ברור דכוונת התוס' כפי' האחרון דאי כפי' הראשון קשה חדא דלפי זה נצטרך לומר דלר"מ באמת מלוה ע"פ הוי וקשה הא הי' תחילתו וסופו בלי כשרות ולא מצינו דר"מ יחלוק על הך כללא דתחילתו וסופו בכשרות. ועוד קשה דהא אח"כ מיד בד"ה חזקה כתבו התוס' שם וז"ל הכא משמע דלא אמרינן מיגו במקום חזקה ולרבנן אמרינן וצ"ע דב"ב מבעי לן אי אמרינן מיגו ולא איפשטא עכ"ל וקשה הא כמו במלוה מידק דייק פליגי רבנן משום דאפילו מלוה ע"פ לא הוי וליכא חזקה א"כ הכא נמי אפילו מלוה ע"פ לא הוי דבעינן תחילתו וסופו בכשרות א"כ ליכא חזקה כלל דכשרים לא ירצו לחתום בשקר ולא דמי למיגו דבב"ב דהתם שפיר הוי חזקה מעליא לכן ברור דסבירא להו לתוס' דאף דלא הוי מלוה ע"פ דבעינן תחילתו וסופו בכשרות מ"מ היינו מגזירת הכתוב אבל מ"מ כיון דהשתא כשרים לא חשדינן להו דמשקרי ובאמת היה הלואה א"כ לפי דבריהם איכא חזקה לכך לא מהני מיגו אמנם טעמייהו דרבנן דמהני מיגו הוא אף דאיכא סברא דמידק דייק מ"מ לא עדיף מחזקה דר"ל ואמרינן מיגו במקום חזקה כדבריהם אח"כ ולפי זה צריך לומר דעיקר כוונת התוס' להקשות דמאי מיגו יש לרבנן הא השתא מלוה ע"פ הוי עכ"פ משא"כ כשלא יעידו אפילו מלוה ע"פ לא הוי ואין להקשות דלמה נטרו התוס' עד הכא ולמה לא הקשו מעיקרא בגוף מילתא דרבנן קאמרי נאמנין כי טעמייהו הוי להו להקשות דמאי מיגו איכא כנ"ל הא

ליתא דמעיקרא לא מצי להקשות כלום דאיכא למימר דמיירי באמת שלא ראו הלואה כלל ואז פשיטא דאפילו מלוה ע"פ לא הוי רק כיון דקאמר טעמא דר"מ משום דמלוה גופא מידק דייק א"כ ע"כ שמעידין שראו הלואה או סתם דממילא מוכח שראו הלואה א"כ שפיר מקשי התוס' לרבנן ומעתה לפי זה פשיטא דלק"מ על הרא"ה ור"י מיגא"ש הנ"ל דוודאי יש להבין מאי קושיא הא אי בעי דיהא עכ"פ מלוה ע"פ הא יכולין להעיד על הלואה בפני עצמה והשטר שקר ולא חתמנו מעולם וצריך לומר דהתוס' סבירא להו דלא כמו שכתב הרמב"ם פ"ח מהלכות עדות דעדים המעידין על כתב ידם בעינן שיזכרו הלואה רק אפילו אינן זוכרין הלואה כשר כדעת הראב"ד שם והשתא שפיר לא אמרינן מיגו דהוי מיגו דבי תרי כיון שאינן זוכרין הלואה רק שחתמו השטר ויודעין שלא חתמו בשקר אבל לומר שלא חתמו על השטר רק שלוה הוא זה באמת אינן יודעין ויצטרכו לומר שקר שזוכרין הלואה והוי שפיר מיגו דבי תרי משא"כ הר"י מיגא"ש כהרמב"ם סבירא ליה דבעינן שיזכרו הלואה רק מסתמא אמרינן שזוכרין דאל"כ אנוסים מחמת ממון הלא אין זוכרין וע"כ דדל מהכא מה שעושין עצמן רשעים ואמרינן מסתמא זוכרין הילכך הכא במה נפשך איכא מיגו אם אינן זוכרין הרי בלא"ה השטר פסול וע"כ דזוכרין א"כ שפיר נאמנין במיגו דהיו מעידין בהלואה גופא והוי מלוה ע"פ וליכא למימר דהוי מיגו בי תרי דדוקא לומר שקר אמרינן מיגו בי תרי לא אמרינן אבל לא שיאמרו האמת שראו הלואה ולישתוק מן השטר וא"כ לק"מ קושית התוס' לדעתם ושפיר יש לומר דבפסולי עבירה לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ומ"מ לדינא לא נראה דעת הש"ך כלל וכן מבואר בסמ"ע לעיל ס"ק ס' ואף דכבר הוכחתי שם שלא כיון יפה בכוונת המרדכי מ"מ עכ"פ מבואר דעתו דאפילו בפסולי עבירה בעינן תחילתו וסופו בכשרות ותימה על הש"ך שלא הזכיר דעתו כלל גם מדברי הסמ"ע ס"ק ע"ב שהביא דברי הר"ן דלדעת ר"ח גזלן לא מתכשר רק משעה שהעידו עליו והר"ן תמה דהא אינגלאי מילתא למפרע ותמה הסמ"ע שסתם המחבר ולא ביאר ולשיטת הש"ך לק"מ דהתם לענין שטר שייך האי דינא דעיקר העדות בשעת חתימה והוי תחילתו וסופו בפסלות לדעת ר"ח דלא מתכשר רק משעה שהעידו עליו אבל הכא במלוה ע"פ לא נ"מ בזה דנהי דעכשיו מתכשר מכל מקום כשר להעיד במה שראה קודם דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ועכ"פ מבואר דהסמ"ע חולק וכן מבואר בבעל העיטור להדיא דגזלן פסול להעיד במה שראה קודם שעשה תשובה והרי זה דלא כהש"ך גם מן התוספתא שהביא התומים מבואר כן הילכך הכי נקטינן:

כתב הרמב"ם ספ"ב מה"ע וכן טבח שהיה בודק לעצמו וכו' עד שיראה ממעשיו שניחם על רעתו וכו' עכ"ל ע"ש וכתב הכ"מ שם דסובר הרמב"ם דהך עובדא בשוחט ובודק לעצמו ומוכר לאחרים מיירי מש"ה לא הכשירוהו עד שילבש שחורים כיון דהוא מילתא דממון צריך שיתברר שחזר מחמת ממון אבל השוחט לאחרים וכו' כיון דלאו מידי דממון הוא כיון שעשה תשובה כשר אבל תשובה מיהו בעי וכו' ולא כהטור בח"מ שכתב לדעת הרמב"ם דהבודק לאחר אינו נפסל וע"ש שהשיג עליו זהו תורף דברי הכ"מ בזה ומעתה מבואר מדבריו דאפי' השוחט לאחרים פסול שחזקתו שהוא רשע בעצמו כיון שמאכיל אחרים ותמהני על האורים ס"ק י' שכתב לדעת הנ"מ דשוחט לאחרים לא אמרינן חזקה דאוכל כיון שאינו שלו וזהו היפך דעתו ז"ל כמו שביארנו ודו"ק היטב בכ"מ שם גם גוף דבריו אינם נכונים כמו שיש לחוש בשוחט לעצמו ומוכר לאחרים כן יש לחוש בשוחט לאחרים ואדרבא בשוחט משלו יש לומר טפי דהוא אינו אוכל רק משום חימוד ממון מוכר לאחרים אבל בשוחט לאחרים דפקר כ"כ במה שאין לו הנאה כלל כ"ש שאוכל משום חימוד ממון ולא כתב הכ"מ לחלק רק דבזה צריך שילבש שחורים דעבר בחימוד ממון ובזה אין צריך תשובה זו רק כמו עובר עבירה שיש בה מלקות וזה ברור: אמנם בגוף דברי הכ"מ לכאורה יש לתמוה דוודאי פשיטא דיש לומר דטעמא דהרמב"ם משום דקא עבר על לפני עור ולא חיישינן כלל דאוכל בעצמו ואף דלית ביה מלקות מ"מ כיון שמוכר לאחרים ובודק לעצמו הוי חשוד בממון לא בעינן מלקות כלל וא"כ ממילא דברי הטור נכונים בבודק לאחרים דלית ביה משום חימוד ממון ומלקות נמי ליכא לא מיפסל כלל וכן מבואר בכ"מ גופא שאלו היה מקום לומר ברמב"ם משום לפני עור היה מקום לדברי הטור רק שסתר שם פי' זה משום דליכא מלקות ומזה הכריח דלא כהטור אבל לפי הנ"ל לק"מ. אבל באמת דברי הכ"מ נכונים דהא בהדיא כתב הרמב"ם פ"י מהלכות עדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול שהרי התורה קראה למחוייב מלקות רשע שנאמר והי' אם בין הכות הרשע אח"כ כתב כיצד אכל בשר בהמה בחלב בין לתיאבון בין להכעיס וכו' והיינו דפליגי אביי ורבא במומר אוכל נבלות דרבא סובר דוקא לתיאבון דבעינן רשע דחמס ואביי סובר אפילו להכעיס וקיימא לן כאביי ולפי זה מבואר לכאורה דכל שעושה משום הנאה מיקרי רשע דחמס ופסול אפילו לרבא ולפי זה לדידן דקיימא לן כאביי פסול ברשע דחמס אפילו ליכא מלקות וכ"כ הרמב"ם שם בהדיא דברשע דחמס לא בעינן מלקות ולפי זה משמע לכאורה כדברי הסמ"ע ס"ק ט"ז. אך יש לתמוה במה שכתב הרמב"ם אח"כ הלכה ז' וז"ל ועוד יש שם רשעים שהם פסולין לעדות אף שהם בני תשלומין ואינן בני מלקות הואיל ולוקחים

ממון שאינו שלהם בחמס פסולין שנאמר כי יקום עד חמס באיש ומעתה יש לתמוה אי ס"ד דכל היכי דאיכא הנאת ממון כמו מומר אוכל נבלות לתיאבון מיקרי רשע דחמס אפילו בגוונא דליכא מלקות א"כ למה כתב הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולין הא אפילו אינן לוקחים שום ממון משום איש רק שיש לו הנאה מאיסור אף שאינו גוזל לשום אדם הוי רשע דחמס ופסול אפילו ליכא מלקות כמו מומר לתיאבון דאינו גוזל רק נהנה מן האיסור וזה נקרא ג"כ רשע דחמס דהא רבא מודה בו שהוא פסול והוא תמוה מאוד לכאורה ותמהני על האחרונים שלא נתעוררו בזה. אבל באמת דברי הרמב"ם ברורין וכוונתו כך דוודאי פשיטא שאינו נפסל לעדות עד שיעשה איסור שיהא נקרא רשע ואיסו' זה הוא באחד משני פנים או שיעבור באיסור מלקות שהרי אמרה תורה והיה אם בין הכות הרשע וכמו כן אם גזל ממון חבירו נקרא ג"כ רשע והוא רשע דחמס ופלוגתייהו דאביי ורבא דרבא סובר דבעינן רשע דחמס ואין כוונתו דוקא שיהא עושה חמס שיהא נקרא רשע מחמת החמס רק כל שהוא רשע וחמס ג"כ אף שאינו רשע מחמת החמס כגון אוכל נבלות לתיאבון דרשע הוא מחמת המלקות וחמס יש שהוא עושה להנאת ממון אבל פשיטא שאין נקרא רשע בחמס זה דהא לא גזל לשום אדם רק מחמת המלקות נקרא רשע ואביי פליג עלי' דבמלקות לחוד שהוא נקרא רשע פסול שלא הקפידה תורה רק על רשע בלבד ולפי זה בעבירה שאין בה מלקות ולא גזל לשום אדם בזה לא נפסל לכ"ע דהא לא מיקרי רשע כלל דרשע דחמס לא מיקרי רק בגוזל ממון חבירו או רשע בלבד במלקות וזה שכתב הרמב"ם בהדיא הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס אבל אי עבר עבירה שאין בה מלקות ולא לקח ממון שאינו שלו אף שנהנה לא מיפסל ומעתה דברי רבינו הב"י נכונים וברורים דפשיטא דליכא למימר דכוונת הרמב"ם משום לפני עור דהא לית ביה מלקות וגם לא לקח ממון שאינו שלו ובזה כשר להרמב"ם אף שעושה להנאת ממון כל שלא לקחו מאחרי' בחמס לא מיקרי רשע בלי מלקות ולא נפסל כמו שהוכחתי וע"כ שטעמו שהוא חשוד לאכול כמו שמאכיל לאחרים א"כ ממילא אין חילוק בין בודק לאחרים או לעצמו ובתרווייהו פשיטא שיש לחוש שאוכל בעצמו רק בחזרת התשובה יש חילוק כמו שביארנו וכן עיקר אמנם כל זה לפסול מדאורייתא אבל לפסלו מדרבנן פשיטא דכל שעובר על לפני עור אפילו בלי הנאת ממון פסול מדרבנן דלא גרע מעבירה דרבנן כמו שכתב הרב בהגה' לעיל והב"י סי' זה רק דלא ניחא ליה להכ"מ לפרש דברי הרמב"ם בפסול דרבנן וכן מבואר באמת שם דפסול מדאורייתא גם נראה ברור דאפי' הטור דסובר בדעת הרמב"ם דפסול דוקא בבודק לעצמו והיינו דמפרש משום לפני עור וחימוד ממון אבל בבודק לאחרים דליכא

חימוד ממון כשר מכל מקום פשיטא דדוקא מדאורייתא כשר אבל מדרבנן למה יגרע מכל עבירות דאורייתא אף שאין בהם מלקות שהוא פסול לדעת הטור כמו שכתב הב"י להדיא דכ"ש הוא מעבירה דרבנן ויש לתמוה על הסמ"ע ס"ק ט"ז דמשמע מדבריו דלדעת הטור הוא כשר בבודק לאחרים ולא כן הוא רק פסול מדרבנן עכ"פ ודו"ק היטב כי כל הנ"ל ברור: לה (א)

אחר י"ג שנים גמורות וכו'. פי' הסמ"ע דבא לומר דלא נימא שלשים יום בשנה חשיב שנה קמש"ל דבעי י"ג גמורות וכתב הש"ך דמשמע מדבריו דאין מונין שעות בזה ואם נולד באמצע ליל ר"ה נעשה בן י"ג בתחילת ראש השנה של שנת י"ד ע"כ וכוונתו מדכתב דקמש"ל דלא נימא שלשים יום בשנה ולא כתב דקמש"ל דבעינן גמורות דמונין לשעות ש"מ דלא בעינן שעות לדעתו. והנה יש להבין לשיטת הש"ך דאין מונין שעות והיינו משום דמקצת היום ככולו וחשבינן ליום הלידה כאילו נולד מתחילתו א"כ מה זה שכתב דאם נולד באמצע ליל ראש השנה דנעשה בן י"ג בתחילת ר"ה של שנת י"ד הא בתחילת ערב ר"ה או באמצע נעשה בן י"ג כיון דאין מונין שעות ומקצת היום ככולו והוי ביום אחרון דהיינו ערב ר"ה כבן י"ג גמורות וצריך לומר משום דבעינן י"ג ויום א' לגדלות כמו שכתב הטור כמבואר בש"ס א"כ מה בכך דיום אחרון מקצת ככולו מ"מ הרי אין כאן רק י"ג ואנן י"ג ויום אחד בעינן לכך הוצרך שיהא בתחילת ר"ה דאז מקצת אותו יום הוי ככולו והוי בן י"ג ויום אחד ולפי זה אני תמה על הש"ך עד שהביא מדברי הסמ"ע הא לפי דבריו מבואר כן במחבר להדיא שכתב אחר י"ג שנים גמורות ואי דמונין שעות א"כ הא בעינן ע"כ י"ג שנים ויום אחד גמורות והיינו בתחילת יום ב' או באמצע לפי הלידה ביום ראשון אבל אחר י"ג שנים בלבד בתחילת יום א' לא משכחת לה כלל אי בעינן שעו' ואפשר משום דבדברי המחבר גופא היה מקום לומר דסובר דיום אחר לאו ממנינא הוא רק י"ג הוא דבעינן וכדי שיהיה שלימות בעינן יום אחד א"כ מבואר דבעינן מעת לעת ומדלא פי' הסמ"ע כן דברי המחבר ש"מ דסובר דיום אחד נמי מן המנין דכך השיעור לגדלות י"ג ויום אחד א"כ מבואר דאין מונין שעות וצ"ע גם הסמ"ע לקמן ס"ק ה' כתב להדיא דבן י"ג שנים ויום אחד דקאמר לאו דוקא דבעינן יום אחד שלם רק מיד אחר י"ג מיקרי גדול ולא נקט יום אחד אלא דלא תימא דא"צ י"ג שנים שלימים עכ"ל הרי להדיא דסובר דיום אחד הוא רק להשלים י"ג א"כ מבואר דלא אמרינן מקצת היום ככולו בזה רק מונין מעת לעת דאל"כ הא הא יום אחד בדוקא קתני דכך השיעור יום אחד ואם נאמר דכוונת הסמ"ע דלא בעינן כל יום אחד רק מקצתו סגי לא היה לו לומר דיום אחד משום י"ג קתני להשלימם דהא י"ג לא היה צריך להשלים רק משום דבעינן יום אחד

הוא וע"כ דסובר דיום אחד מצד עצמו לא בעינן כלל רק להשלים י"ג א"כ מבואר דלא אמרינן מקצתו ככולו ומונין מעת לעת דלא כהש"ך אמנם לפי מה שאבאר לקמן אפשר שדינו של הש"ך אמת לדינא אך מה שהשיג על הלחם חמודות והביא מדברי התוס' דפרק יוצא דופן לפע"ד דבריו תמוהין מאד כמו שאבאר:

והנה הל"ח הביא ראיה מדברי התוס' ראש השנה דף י' ע"א שכתבו דבעינן מעל"ע ודחה הש"ך ראייתו דהא בפ' יוצא דופן אמרינן וכן שבבן ושבבת כולן מעל"ע וכתבו התוס' דלא דמי לאחריני דלא בעינן מעל"ע לשעות כדפרי' לעיל גבי ל' יום איכא בינייהו אלמא אף דהוזכר בש"ס מעת לעת היינו בימים פי' דלא אמרינן שלשים יום בשנה חשיב שנה רק בעינן מעת לעת דהיינו כל השנה לפי מספר הימים אבל מקצת היום שנולד ויום אחרון ככולו ולא בעינן מעת לעת עכ"ד ולפעד"נ דדברי הל"ח נכונים וברורים והרב הש"ך לא ירד לסוף דעתו כמו שאבאר גם שאר ראית הש"ך מדברי התוס' פרק יוצא דופן תמוהין מאד כמו שאבאר. וז"ל התוס' שם בד"ה בן כ"ד ולא לכל מילי אמרינן דיום אחד בשנה חשיב שנה דיש דברים דאפילו מעת לעת בעינן כדתנן בפרק יוצא דופן בן שלש עשרה שנה ויום אחד דאותו יום אחד כדי להשלים מעת לעת דבבת שלש שני' ויום אחד פליגי תנאי בגמרא דלר' מאיר אפי' בבת שתי שנים ויום אחד מתקדשת בביאה דכבת שלש שלימות דמי' דיום אחד חשיב שנה וחכמים בעי בת שלש ויום אחד דמעת לעת בעינן עכ"ל התוס' והשתא תקשי לפי הבנת הש"ך אי כוונת התוס' לומר דלא אמרינן יום אחד בשנה חשיב שנה רק בעינן שנה כולה לפי מספר הימים מה זה שכתבו דיש דברים דאפילו מעת לעת בעינן מאי אפי' כך הוי להו למימר דיש דברים דבעינן מעת לעת ומדכתבו אפילו מעת לעת מבואר דכוונתם דיש דברים דלא זו דיום אחד לא חשיב שנה ובעינן שנה כולה אלא אפילו אותה השנה מעת לעת בעינן דהיינו שלימות גם לפי הבנת הש"ך מה זה שכתבו דיום א' כדי להשלים מעת לעת הא אי סבירי להו דלא מנינן שעות א"כ ע"כ דיום אחד מן המנין הוא וכך השיעור לגדלות דאי להשלים למה לן להשלים הא מקצת ככולו כמו יום הלידה. גם בלא"ה דברי התוספות אין להם פי' כלל מה שכתבו דבבת שלש שנים ויום אחד פליגי תנאי ומה בקשו בזה הא בלא"ה כבר הוכיחו די"ג שנים בעינן ולא שלשים יום או יום א' וברור הדבר דכוונת התוס' כך דהם בקשו להוכיח דאיכא גוונא דלא אמרינן יום אחד בשנה חשיב שנה ולא זו זה אלא אפילו שעות מונין ועל זה הביאו ראיה דבן י"ג שנים ויום אחד אותו יום אחד להשלים מעת לעת הוא דאתי דהיינו להשלים י"ג שלימות וא"כ מוכח מזה דמונין שעות ועל זה הביאו ראיה דליכא למימר דאותו יום אחד בפני עצמו הוא שכך השיעור לגדלות י"ג

ויום אחד לכך אי אפשר לומר מקצת ככולו דמ"מ חסר אותו יום וכיון שאנו צריכין אותו יום בדוקא אי אפשר שלא למנות י"ג אבל לא בעינן שלימות ועל זה כתבו דהא בבת שלש ויום אחד פליגי תנאי בגמרא דלר' מאיר אפי' בבת שתי שנים ויום אחד מתקדשת בביאה דכבת שלש שלימות דמי' דיום אחד בשנה חשיב שנה וחכמים בעו בת שלש ויום אחד א"כ מבואר בהכרח דאותו יום לרבנן להשלים הוא דאתי דאי למנין בפני עצמו א"כ תקשי מ"ט דר"מ מה בכך דיום אחד חשיב שנה והוי כבת ג' אנן בג' לא סגי לן רק בג' ויום אחד א"כ אינו מועיל כלום מה שיום א' חשיב שנה וע"כ דהעיקר דלא בעינן רק ג' שנים וסובר ר"מ דיום אחד בשנת ג' חשיב שנה ורבנן סברי דבעינן שנה כולה א"כ אותו יום אחד ע"כ להשלים בא דאפילו מעת לעת בעינן שיהא ג' שנים שלימות לשעות וזה ברור אין בזה ספק ומבואר להדיא כדעת הל"ח ויש לתמוה על הש"ך שהעלים עין מכוונת התוס' דהוא ברור כמו שכתבתי:

ומעתה אומר אני דמלבד זו יש ראי' לדברי הל"ח בש"ס גופא פ' יוצא דופן דקאמר התם בת ג' שנים וחכמים סברי בת ג' שנים ויום אחד וקאמר מאי בינייהו וקאמר רבינא ערב ר"ה איכא בינייהו פי' דלר"מ בג' לבד סגי ולרבנן ג' ויום אחד [ופי' הדבר לא נתברר אי כוונתו דפליגי אי בעינן לשעות ויום אחד משלים ור"מ סובר דלא בעינן שעות ולא בעינן השלמה או כוונתו דפליגי בגוף השיעור דלר"מ השיעור ג' לבד ולרבנן השיעור ג' ויום אחד ומותבינן עלה מהך ברייתא שהביאו התוס' הנ"ל אם כן מבואר מזה כמו שפירשתי דלפי הברייתא לא פליגי ר"מ ורבנן בשיעור רק ביום אחד חשיב שנה וזה ברור ודו"ק ור"י אמר שלשים יום בשנת ג' איכא בינייהו והשתא אי ס"ד דבעינן יום אחד למנינא דכך השיעור א"כ מ"ט דר"מ מה בכך דיום אחד חשיב שלה הא אכתי ליכא רק ג' ואנן בעינן יום אחד וליכא למימר דבאמת ר"מ פליג בהא וסובר דלא בעינן רק ג' ורבנן סברי דיום אחד בעינן א"כ כיון דגם לדידיה ע"כ דפליגי בגוף השיעור אי בעינן ג' אי בעינן ג' ויום אחד א"כ היינו דר' ינאי ושפיר נ"מ בערב ר"ה כיון דפליגי למר השיעור גדול יום אחד ולר"מ ג' לבד. וע"כ דסובר ר"י דבהא לא פליגי כלל אי בעינן ג' או יותר רק לכ"ע ג' בעינן ור"מ סובר מקצת שנה ככולה ורבנן סברי דשלימות בעינן א"כ תקשי אותו יום לרבנן למה לי וע"כ דאותו יום להשלים לשעות והיינו כדעת הלחם חמודות והיא קושיא עצומה לשיטת הש"ך ומעתה ממילא פשיטא דמה שהביא הש"ך ראיה מדברי התוס' פרק יוצא דופן בד"ה שלשים בע"כ לאו ראיה היא כלל דהא פשיטא דמהתם גופא מוכח דמונין שעות והאיך כתבו התוס' דקים להו דלרבנן לא מנינן שעות אך אמנם בלא"ה דברי התוס' תמוהין לכאורה ודבריהם צריכין ביאור וז"ל התוס' שם וא"ת ולימ'

דיום ראשון של שנה רביעית איכא בינייהו דלר' מאיר במקצת היום סגי ולרבנן בעינן מעת לעת עד שעה שנולדה כדאמר פ"ב דזבחים דשעות פוסלות בקדשים וי"ל דקים ליה לרבנן לא בעי מעת לעת ועוד דא"כ אף לר"מ הוי ליה למיתני ג' שנים ויום אחד והוי לי' ליפרושי דלא בעינן מעת לעת עכ"ל התוס' והנה לכאורה דבריהם תמוהין מאד חדא מה זה שתירצו דא"כ אף לר"מ הוי ליה למיתני ג' שנים ויום אחד דהא אנן הכי קאמרינן דלר"מ לא בעינן שעות א"כ ממילא באמצע ערב שנה רביעית או אפילו בתחילתו הוי כמו תשלום ג' ולרבנן בעינן שעות א"כ תשלום ג' לא הוי רק ביום אחד ברביעית אבל לכ"ע לא בעינן רק ג' ויום אחד להשלים לשעות ולר"מ לא בעי השלמה א"כ איך יאמר ר"מ בת ג' ויום אחד דהא לדידיה דלא בעי השלמה ביום אחרון לעולם סגי ועוד שתירצו דקים ליה לרבנן לא בעו מעת לעת לשעות א"כ ע"כ דיום אח' לרבנן לא להשלי' בא רק הוא מן המנין א"כ תקשי לר"מ האיך סגי בשלשים יום בשנה והאיך קאמר השתא נ"מ בשלשים ואי דר"מ באמת פליג א"כ הנפקותא מבוארת דלמר השיעור ג' ולמר יום אחד יותר ואכתי הוי ליה למימר הך נפקותא גם מה זה שכתבו בקושיא דנ"מ יום ראשון של רביעית הא ביום אחרון של ג' סגי לר"מ דלא בעי השלמה ודבר ברור הוא דכוונת התוס' כך דוודאי לא רצו להקשות שיהא נ"מ בין ר"מ לרבנן בערב ר"ה של רביעית והיינו דלר"מ לא בעי אותו יום דלא בעינן השלמה ומקצת יום אחרון ככולו ולרבנן בעינן שלימו' לשעות לכך בעינן ג' ויום א' דהא נפקותא זו כבר נזכר שם בשם ר' ינאי דערב ר"ה איכא בינייהו ובין אי הפי' באמת דפליגי בהשלמה כנ"ל בין אי הפי' דפליגי בגוף השיעור סוף סוף נזכר נפקותא זו רק קושית התוס' דלמה לא קאמר דבהא פליגי דלכ"ע בעינן י"ג ויום א' ואותו יום א' לא להשלמה בא רק לגוף המנין שכך השיעור לגדלות ור"מ נמי מודה בזה ולא בא ר"מ לחלוק רק דבמקצת יום א' משנת רביעית סגי דלא בעינן שלימים ומ"מ מקצת מיום א' בעינן כיון דיום א' מן המנין ורבנן סברי דכל אותן הי"ג עם היום אחד בעינן שלימות מעת לעת א"כ לא סגי במקצת יום א' רק עד שיגיע ג' ויום אחד שלימות מעת לעת ולפי זה פעמים שלא יגיע מספר זה רק עד סוף יום ב' של שנה רביעית ואז היא בת ג' ויום אחד שלימות ובהא פליגי ועל זה תרצו התוס' בתרתי חדא דקים ליה דרבנן לא בעי מעת לעת והיינו דזה המספר ג' ויום אחד קים ליה דאין הפי' מעת לעת דאז לא יגיע רק עד יום ב' של שנה רביעית דקים ליה דביום א' אפילו לרבנן נעשה גדולה [לענין ביאה ועל זה כתבו עוד דאי בזה פליגי הוי ליה לר"מ ג"כ לומר בת י"ג שנים ויום אחד כיון דגם לדידיה בעינן זה וכך הוא השיעור רק הוי ליה לומר דלא בעינן מעת לעת רק במקצת יום א' של רביעית סגי ומעתה לפי זה היינו דוקא שנאמר

דלרבנן לא יגיע הזמן רק ליום ב' אבל לפי מה דקאמר השתא הנפקא מינ' בין לר"י בין לר' ינאי פשיטא דאותו יום א' אינו מן המנין כמו שהוכחתי א"כ מבואר דלרבנן בעי מעת לעת לשעות לכך בעינן יום א' להשלים וכדעת הלחם חמודות וזהו כוונת התוס' ג"כ סוף פרק יוצא דופן שכתבו דלא דמי לאחרינא והיינו דהתם כל המספר הזה נאמר דבעינן שלימות אבל זה שאמרו י"ג ויום אחד לא בעינן שלימות והיינו דלא בעינן רק י"ג שלימות ולא י"ג ויום אחד אפילו במקצת אותו יום סגי כל שנשלמו הי"ג ובזה מיושבין דברי המחבר כאן שעזב לשון הטור שכתב י"ג ויום אחד והוא כתב אחר י"ג גמורות וכוונתו דלא נימא דבעינן שיעור לגדלות י"ג ויום אחד רק אנן י"ג גמורות בעינן וממילא לא משכחת לה י"ג גמורות רק בתחילת יום א' של שנת י"ד וזה שכתב אחר י"ג גמורות והיינו שלימות ואין צורך למה שכתב בסמ"ע ומ"מ לענין דינא אכתי יש מקום לדינו של הש"ך והוא שנפרש דברי התוס' פ"ק דר"ה כך והוא דיש הפרש לומר מקצת היום ככולו בין יום הלידה ליום האחרון דביום הלידה מאחר שגמר כל המעת לעת עד סופו אף שנולד באמצע לא מגרעינן ליה מה שנחסר לו מן המעת לעת קודם שנולד דהכל בתר גמר מעת לעת אזלינן שכל שגמר אותו יום עד סופו כיום גמור חשבינן ליה אמנם ביום האחרון שנאמר מקצת היום ככולו על זה כתבו התוס' דבעינן מעת לעת גמור מאחר שיכול להשלים עד סופו למה נחשב מקצתו ליום ואנן שלימות בעינן והרי יש לפנינו היום עד סופו ולכך צריך לגמור לעולם עד סוף המעת לעת והיינו תחילת יום א' של שנת י"ד ולפי זה אתי שפיר הכל דקושית התוס' פ' יוצא דופן הוא דהוי ליה למימר נפקותא דפליגי ר"מ ורבנן דר"מ סובר דוודאי יום האחרון בעינן מעת לעת עד סופו אבל בתחילת יום א' לעולם מותר דביום הלידה אמרינן מקצת היום ככולו כנ"ל ורבנן פליגי וסבירי להו דאפילו ביום הלידה לא אמרינן מקצת היום ככולו א"כ לא נעשית גדולה רק עד אותה שעה שנולדה ועל זה תירצו התוס' דקים ליה דלרבנן נמי לא בעינן מעת לעת והיינו דביום הלידה אפילו לרבנן מקצת היום ככולו ועוד דהוי ליה לר"מ לומר ג' ויום אחד כיון דעכ"פ יום אחרון בעינן השלמה עד סוף כנ"ל וזהו כוונת התוס' שם בסוף פרק דלא דמי לאחרינא דהתם חשבינן משעה שנולד והכא לא חשבינן משעה שנולד אבל סוף יום אחרון לכ"ע בעינן וזהו כוונת רש"י שהביא התומים דוודאי ביום הלידה אמרינן מקצת ככולו רק ביום האחרון א"כ שפיר משכחת לה איסור נידות ואשת איש בבת אחת נמצא לפי זה דלעולם מה שאמרו יום אחד אין הכוונה דזה בגדר המנין ובזה בא לכלל גדלות רק לפי שצריך יום האחרון של י"ג שלם א"כ ממילא לא משכחת לה רק בתחילת יום א' של שנת י"ד אבל יום הלידה מקצתו ככולו ולפי זה בתחילת שנת

י"ד לעולם נעשה גדול והן הן דברי המחבר שכ' בסתם אחר י"ג גמורות דהיינו בסוף יום אחרון דהוא תחילת יום א' לי"ד ולא הזכיר יום א' כיון דאינו צריך לגופו רק לתשלו' י"ג ומ"מ צ"ע בזה מאחר שאנו צריכין לחלק חילוק הנ"ל בין יום הלידה ליום האחרון:

ב ואם נתמלא זקנו אין צריך בדיקה. המחבר שינה מלשון הטור שכתב ואם צמח זקנו מלמעלה אינו צריך בדיקה ולטעמיה אזיל שכתב בב"י שדברי הטור צ"ע דמדברי התוס' פרק הערל דף פ' מוכח דדוקא נתמלא וכתב שסובר הטור דדוקא לענין חליצה מחמירינן כן אבל לא לעדות וסיים שלא ידע מנין לו להטור זה להקל בעדות לכך כתב בש"ע נתמלא והסמ"ע ס"ק ד כתב דנתמלא היינו צמח ונתמלא הוא לשון התלמוד ודבריו אינן מבוררין כי דין זה לא נזכר בתלמוד כלל רק מדברי התוס' הנ"ל ילפינן לה גם קשה דבא"ה סי' קס"ט גבי חליצה כתב הטור בעצמו נתמלא זקנו ולא הזכיר צמח. ומה שנראה לי בכוונת הטור על שני פנים הוא כך ומתחילה צריך להעתיק דברי התוס' פרק הערל דף פ' הנ"ל דגרסינן התם איתמר סימני סריס רב הונא אמר עד שיהיו כולם ר' יוחנן אמר אפילו באחת מהן היכי דהביא ב' שערות בזקן כ"ע לא פליגי דעד שיהיו כולן וכתבו התוס' בד"ה דהביא וא"ת והא לעיל אמרינן בן עשרים ולא הביא ב' שערות יביאו ראיה וכו' הא הביא ב' שערות קודם עשרים לא חשיב וודאי סריס אע"פ שיש לו סימני סריס וא"כ מאי קאמר עד שיהא בו כולן אפילו כולן אין מועילין דהא הביא ב' שערות ואומר ר"י דשערות דזקן אין מועילין לדין הבאת שתי שערות אף על גב דבכל שאר מקומות בגוף מועילין וא"ת כיון דהביא ב' שערות בזקן מאי קאמר עד שיהא בו כולן והלא אחד מן הסימנים הוא שאין לו זקן והרי יש לו זקן ואומר ר"י דאינו חשיב בהבאת שתי שערות בלבד יש לו זקן אלא אם נתמלא זקנו ע"כ מבואר מדברי התוס' הללו דוודאי אותן שתי שערות בזקן ג"כ ראיה גמורה הוא שאינו סריס לכך אפי' יש בו קצת סימני סריס הרי הוא מחמת אותן השערות כאינו סריס אמנם אם יש בו כל סימני סריס אז אם נתמלא זקנו הרי בוודאי אינו סריס אבל בהבאת ב' שערות חשיב סריס מאחר שיש כאן סתירה גדולה וראיה ברורה שהוא סריס אינו בדין שתדחה הך הבאת ב' שערות כל הסימנים הללו כיון שיש בזה סברא לומר כיון שיש כאן שערות תמיד בכל אדם אפילו בסריס יכול להיות שיהא לו ב' שערות במקום הזה אבל כל שאין לו כל הסימנים רק קצת סימנים או רובם מסתייע הך ב' שערות להחשיבו כאינו סריס. ומעתה אומר אני דסובר הטור דהיינו דוקא לענין סריס לא מהני כיון שכל הסימנים מתנגדים לסי' זה א"כ יש לתלות כנ"ל אבל להחשיבו בגדול על כל פנים זה לא נשמע מדברי התוספות מידי דאדרבא בזה אין שום סתירה המתנגדת שאינו גדול ואדרבא יש לדון בו כשתי שערות במקום

אחר ואין אנו תולין בשתי שערות הללו לפי שרגיל שער במקום הזה רק לענין סריס לפי שיש לו כל סימני סריס משא"כ לענין גדלות כמו דבכל שאר הגוף מחזקינן ליה בגדול ה"ה בזקן ואדרבא אנן חזינן דקטנים אין להם שער בזקן וטפי מקדימים להביא שתי שערות במקום אחר מבזקן א"כ לענין גדלות הוי כגדול וזה שכתב הטור ואם צמח זקנו דהכא לענין גדלות מיירי אמנם בא"ה סי' קס"ט לענין חליצה דשם לאו בקטנות וגדלות לבד תליא מילתא רק סריס נמי לא חולץ ולא מיבם ואפילו הוא גדול א"כ אם הביא ב' שערות נהי דלא צריך בדיקה לגדלות אבל צריך בדיקה דשמא יש לו סימני סריס ולא מהני שתי שערות הללו להחשיבו כאינו סריס ואין להקשות לענין חליצה מאי איכפת לן בסריס מ"מ פשיטא דמיפטר בלי חליצה מ"מ מלבד מה דלענין יבום ג"כ מיירי התם שהרי לא נזכר בטור שם קודם לענין דין הבדיקה אבל בלא"ה לענין חליצה נמי אם יש עוד אח אחר חוץ מזה א"כ לא עלתה חליצתו ועדיין היא זקוקה ליבום אחיו ועוד כיון דלענין יבום בעי בדיקה לחליצה נמי שלא יאמרו סריס חולץ וה"ה מיבם דכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה הילכך שפיר כתב הטור דדוקא נתמלא זקנו אין צריך בדיקה אבל צמח צריך בדיקה אם אין לו כל סימני סריס משא"כ הכא לענין עדות דסריס כשר להעיד לכך אפילו צמח צריך בדיקה ודו"ק אמנם מה שאני חוכך בפי' זה הוא דבלא"ה קשיא לי על דברי הטור שכתב ואם צמח זקנו אינו צריך בדיקה דמשמע בדיקה הוא דלא בעי אבל אם ידוע שאין לו סימני גדלות טפי לא מהני להחשיבו גדול וקשה הא מדברי התוס' משמע דנתמלא הוי סימן גמור ולא צריך שום סימן טפי דאפילו בדקו ולא מצאו חשיב גדול כמו בסריס אף שיש לו כל סימני סריס ולפי זה לשיטת הסמ"ע דנתמלא היינו צמח א"כ קשה דהוי ליה למימר רביתא טפי דאפילו בדקו ולא מצאו חשיב גדול הגם דהביא דין זה אחר שהביא דברי הרא"ש דאם נמצאו לו ב' שערות אח"כ הרי בחזקת גדול משעת י"ג ואח"כ כתב זה משמע דהכא נמי מטעם חזקה אתינן עלה הילכך נראה דסובר הטור דוודאי צמח לא מהני להחשיבו גדול רק נתמלא ומ"מ כיון דחזינן דגם בצמח לחוד כל שלא הביא כל סימני סריס הוי סימן מעלי' דאינו סריס א"כ ממילא לענין גדלות כל שיש לו שערות בזקנו הרי הוא בחזקת גדול דמסתמא הוא גדול ואין צריך בדיקה וע"כ לא בעינן נתמלא רק בידוע שיש לו סימני סריס כולם אבל לא בסתמא ומ"מ גבי חליצה החמיר הטור דדוקא נתמלא אבל צמח צריך בדיקה משום חומרא דחליצה ואף דהב"י הקשה מנין לו להטור כן ליתא דע"כ לא הקשה הב"י רק לפי שמשמע לו דזה דין פשוט לגבי חליצה דלא מהני צמח מדברי התוספת הנ"ל ועל זה תמה מנין לו להטור להקל בממון מה שמצינו בחליצה להיפך אבל לפי מה שכתבתי

נהפוך דאדרבא אף גבי חליצה לא מצינו חומרא בזה כלל ואדרבא דין הוא דיש להקל כמו שכתבתי רק דגבי חליצה לא מלאו לבו להקל משום חומר האיסו':

ג ויש מי שאומר דעל כתב של אלו נחמן. כבר הארכתי בזה לקמן סי' מ"ו ושם הבאתי ראיה מסוגית הש"ס ספ"ב דכתובות דאין חילוק בין אלו לאחרים גם ביארתי שם דהיכי דאינו רגיל עם אחרים גם הריטב"א מודה שאינו נאמן על אחרים וברגיל עם אחרים גם הרא"ש מודה מדינא דש"ס דנאמן רק דאנן לא סמכינן ברגיל רק בהני דמדכרי במתניתין וכן דקדקתי שם מל' המחבר גופא דפתח דוקא באלו שהוא רגיל וסיים אבל אחר ולא קאמר אפי' רגיל והיינו כמו שכתבתי ובזה יש ליישב דברי הסמ"ע מה שהקשו עליו הש"ך והתומים ע"ש:

לז (א)

שנמצא אחד קרוב במשנה למלך פ"ה מהל' עדות נסתפק אם א' פסול מצד נגיעה אם מבטל כל העדות וע"ש שהביא תשובות הריב"ש סימן קצ"ה דמתקיים העדות בשאר אבל בבעל התרומות שער נ"א חלק ד' מבואר שם בצוואה שהעידו עלי' נוגע ועד אחר דשטר הצוואה בטל ואפי' עד אחד ליכא. ובתומים תמה דלשיטת הראב"ד שהביא הרא"ש פ"ק דמכות דבקרוב אצל ממונו לא אמרינן פלגינן דיבוריה ובטל כל העדות א"כ מבואר דלא כהריב"ש ולפעד"נ דהא ליתא וע"כ לא דיבר הראב"ד רק היכי דפסול מגזירת הכתוב בין לזכות בין לחובה כגון ההוא דפלוני רבע שורי או בא על אשתי אבל היכי דפסול מטעם משקר לא שייך כלל נמצא אחד קרוב ופסול כיון דאם אמת דיבר הרי הוא ג"כ כשר רק דפסול מחשש דמשקר א"כ לא שייך לפסול שאר העדים מחמת זה שהם אינם משקרים ולא יהא הם גריעי מאותו הפסול שהם באו מכחו ובו גופא אילו ידעינן שאומר אמת היה כשר רק מחשש דמשקר וכמו שכתבו הסמ"ע והש"ך לקמן ריש סי' ל"ז תדע דאל"כ תקשי באמת קושית הש"ס הורג ורובע יצילו לגבי מלוה ולוה ובהא לא שייך התירוץ יקום דבר דהא לגבי ממונו מיחשב ליה הראב"ד עד פסול ומבטל שאר העדות וכן הוא בתשובת נודע ביהודה סי' נ"ד ע"ש. אמנם אי הטעם משום דמשקר נראה לפי מה שכתבו התוס' במכות שם לחלק בין הזמה ונמצא אחד קרוב ופסול דגבי הזמה אמרינן דהמעשה שקר א"כ אזלינן בתר שעת הגדה בב"ד משא"כ לענין נמצא אחד קרוב ופסול דהמעשה אמת אזלינן בתר שעת ראי' דאז נצטרפו ע"ש ולפי זה דפסול נוגע דהוא ג"כ משום משקר אם כן אזלינן בתר העדאה בב"ד דאם עדיין לא העיד בב"ד ונודע שהוא נוגע אינו מבטל שאר העדות כיון דלא אזלינן רק בתר הגדה דהא המעשה שקר ולא נצטרפו מעולם אבל אם העיד בב"ד שפיר יש לומר דבטל כל

העדות ולא קשיא מלוה ולוה יצילו דהא קודם שהעיד אינו מבטל כנ"ל ולפי זה יש לומר דהריב"ש ובעה"ת לא פליגי דהריב"ש מיירי שעדיין לא העיד כלל בב"ד לכך כתב שאינו עד כלל לבטל השאר אבל הבעל התרומות מיירי שהעיד בב"ד אם כן מבטל השאר דכל היכי דפסול משום משקר תליא בהגדה בב"ד ובזה מיושבין קושיות הרבה בתומים לכן בזה העיקר דקודם שהעיד אינו מבטל אבל אחר שהעיד צ"ע כנ"ל: (ב) וכיצד בודקין הדבר וכו' עד מפרישין אותו. עש"ך מה שפירש דברי הרמב"ם דאף אם נמצא קרוב מהנך דלמיחזי קאתי מ"מ לא מתקיים העדות רק בהנך דלאסהודי קאתי והשיג על הטור והביא ראיה ממה שכתב הרמב"ם אח"כ אבל כולם כשרים בין אותם שכוונו בין אותם שלא כוונו חותכין הדין על פיהם וקשה מאי אירי' כולם כשרים אפילו מקצתן כשרים חותכין הדין בכשרים ע"כ. ולפעד"נ עיקר כדעת הטור והוא דהא וודאי סובר הרמב"ם דאם נמצא אחד מהנך דלאסהודי קאתי קרוב בטל כל העדות אפילו הנך דלמיחזי קאתי וכן דיקדק הרמב"ם עדות כולם בטילה וכן כתב הלח"מ שם אמנם בהנך דלמיחזי קאתי נמצא כולם כשרים חדא מדלא הזכיר הרמב"ם להיפך דאם נמצא אחד מהנך דלמיחזי דעדות כולם בטילה בהנך דלמיחזי או אם כולם למיחזי קאתי דכל העדות בטל אלא ברור דהנך דלמיחזי לא מגרעי כלל שאר העדות וכן הדין נותן דכיון דאמרו למיחזי אתינא א"כ הרי לא נכנסו מעולם לגדר העדות ומה שכתב הש"ך דלא מסתבר לומר דקרובים שבאו לראות לא חשיב עדות וכשרים יחשבו לעדות לאו מילתא הוא דאטו אנן אמרינן דהכשרים יחשבו לעדות משעת ראיה אלא אנן אמרינן דמ"מ עכשיו כשרים להעיד מה שראו קודם ותחילתו בפסלות לא מיקרי דהא מעיקרא נמי היו כשרים להעיד רק שלא נתכוונו ודו"ק. אמנם הקרובים כיון דמעיקרא לא נכנסו בגדר העדות מחמת שהיו באמת קרובים וידעו שאינם עדים כלל ועכשיו שהם רוצין להעיד הרי נודע שהם קרובים ואין מקבלין עדותן א"כ הרי לא היה כאן שעה אחת שנכנסו בגדר העדות שתהא קורא בהן נמצא אחד קרוב ופסול ואין ענין עדות הכשרים שבאו לראות מקודם לעדות הפסולין שבאו לראות ולא להעיד ומעתה מה שכתב הרמב"ם אחר כך אם כולן כשרים כוונתו באותן דמיירי מעיקרא שהקרוב או הפסול מגרע לשאר העדות על זה אמר דזה דוקא אם נמצא אחד קרוב אבל אם לא היה שם שום קרוב אף אותן דלמיחזי כשרים שלא תאמר דעדות דלמיחזי אינו עדות כלל שהרי אינו מבטל עדות הכשרים דהא ליתא דדוקא לענין ביטול אינו מבטל כמו שכתבתי שלא נכנסו מעולם שעה אחת בגדר העדות אבל לענין להעיד הרי עכשיו כשרים להעיד מה שראו קודם משא"כ הקרובים דעכשיו בשעת עדות נודע שהם קרובים ואין עליהם שם עד ומעיקרא נמי לא הוו בכלל העדות לכך מתקיימת

העדות בשאר וזהו דוקא אם כולם כשרים אבל אם נמצא אחד מן הנך דלאסהודי קאתי קרוב או פסול אף הנך דלמיחזי פסולין כנ"ל ולזה נקט הרמב"ם אבל אם היה כולם כשרים פי' אהנך דמיירי בהו מעיקרא קאי דהיינו אהנך דלאסהודי קאתי דעד כאן יש חילוק ביניהם רק אם נמצא אחד קרוב בין הנך דלאסהודי כל העדות בטל ואם נמצא בין הנך דלמיחזי עדותן קיימת והי' ס"ד דהנך דלמיחזי לא הוי עדות כלל ועל זה קאמר שאם לא נמצא שום קרוב בין הנך דלאסהודי אפילו הנך דלמיחזי כשרים וזה ברור ומה שדיקדק הש"ך מדקאמר מפרישין אותו אלא וודאי רצה לומר שמי שאומר שבא לראות לא מיחשב עד לפעד"נ דנהפוך הוא דאדרבא לפי שיטתו למה לי מפרישין דמשמע דעדיין יש בהם תועלת לעדות רק שיעמדו לצד אחד כדי שיהא בהם היכר והיינו שאם יעמדו בערבוביא אם ימצא אחד קרוב לא נדע אח"כ מאיזה כת הוא אם מהנך דלאסהודי או מהנך דלמיחזי אבל אם אח"כ נמצא מהנך דלמיחזי אף הנך דלמיחזי כשרים. ויש להביא ראי' דלא כהש"ך דהא במשנה איתא אימתי בזמן שהתרו אבל אי לא התרו מה יעשו שני אחין שראו בא' שהרג את הנפש פירש"י שני אחין שראו עם אחד מן השוק והשתא תקשי השתא נמי דבעינן כיונו להעיד ג"כ קשה מה יעשו אם יתכוונו להעיד הרי יפסלו ואם לא יתכוונו הרי אם ימצא אחד מהנך דלמיחזי מ"מ הנך דלמיחזי פסולין ובעינן שתתקיים העדות בהנך דלאסהודי א"כ לא יועיל עכ"פ עדותו של האח השני ואין כאן רק אחד מן השוק וע"כ דכל שנמצא קרוב בין הנך דלמיחזי אף אותן שלא נתכוונו להעיד כשרים ואף שיש לדחוק ולומר שאחד יתכוון ואחד לא יתכוון מ"מ נראה ברור כמו שכתבתי ועוד דאפילו אם יתכוון האחד ואחד לא יתכוון מ"מ כיון ששני אחין ראו ואותו שלא נתכוון ג"כ עד כשר הוא ואין חילוק בין נתכוון ללא נתכוין לענין עיקר העדות ושניהם כשרין להעיד א"כ אם ימצא ששניהם אחין מנין לנו לתפוס לאח זה שלא נתכוון לפסול וזה שנתכוון לכשר נימא איפכא שזה שנתכוון הוא הפסול שהרי הוא אח לזה וזה שלא נתכוון הוא הכשר והוי נמצא בין הנך דלאסהודי ועדות כולם בטילה אלא וודאי דכל שנמצא בין הנך דלמיחזי עדות כולם כשרים אפי' הנך דלמיחזי ושפיר קאמר בשני אחין שלא יתכוונו להעיד:

אמנם בגוף דברי הרמב"ם אי נימא כמו שכתבתי בוודאי יש להבין למה כתב שאנו שואלין כל העדים אי למיחזי אתי או להעיד דהא די שנשאל הפסולים בלבד ומה שכתב הסמ"ע דחיישינן לרמאות לא ידענא מאי קאמר דמאי רמאות שייך טפי השתא משאנו שואלין לכולם לכן נראה דסבירא ליה לרמב"ם כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה דאם העידו בב"ד אף שלא כוונו להעיד בשעת ראיה ונמצא א' קרוב ופסול כל העדות בטילה אף

מהנך דלמיחזי דמה בכך דלמיחזי קאתי סוף סוף השתא בשעת הגדה נצטרפו וכן נראה מבואר מהא דקאמר מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג הנפש והשתא תינח קודם שהעידו אבל כשבאו לב"ד והעידו איך שייך מה יעשו דמי הכריחם להעיד בב"ד וליכא למימר כמו שכתבו התוספות שם דהא הרמב"ם וסייעתו סבירי להו דלא בעינן הגדה בב"ד רק בכוונו להעיד סגי וע"כ דבאמת כמו דבכיוונו להעיד סגי כמו כן אפילו לא כיוונו רק העידו בב"ד ואח"כ נודע שאחד מהן קרוב בטלה כל העדות וזה שכתב הרמב"ם דמיד שבאו לב"ד הרבה עדים להעיד א"כ אם יקבלו עדותן כל שלא נמצא אחד מהן קרוב א"כ אם ימצא אח"כ שוב לא מהני אפילו לא כיוונו להעיד כל שהעידו בב"ד לזה קודם שהעידו בודקין אותם מהנך דלמיחזי מפרישין לצד אחד ומקבלין הני דלאסהודי ואז אף אם ימצא אחד קרוב בין הנך דלמיחזי אף לאחר שהעידו הנך דלאסהודי לא יזיק לשאר העדים כלל כיון שלא העיד הקרוב בב"ד וגם לא נכנס מתחילה בגדר העדות ועכשיו אין אנו מקבלין עדותו מאחר שנודע שהוא קרוב ונראה דלאחר שנודע שהוא קרוב אפילו אירע שהעיד אין עדותו כלום לבטל שאר העדות כיון שכבר נודע פיסולו מקודם ונ' שגם הרמ"ה מודה לזה ולא מיירי רק כשהעיד קודם שנודע פיסולו עכ"פ ברור דדעת הרמב"ם בזה כהרמ"ה וזה שכתב שמיד שבאו להעיד בודקין קודם כולם בכלל ומפרישין הנך לצד א' והנך לצד אחד שאז אף לאחר העדות לא יזיק מה שימצא קרוב בין הנך דלמיחזי שלא העיד אבל אם לא בדקו קודם והעידו הנך דלמיחזי אף אם ימצא בהם קרוב ופסול יבטלו כל העדות כמו שביארנו ובזה מיושב מה שתמה בפרישה שלא כתב הטור דין זה בשם רש"י ורשב"ם דגם הם סבירי להו כהרמב"ם בזה וכתב משום שרצה להביא דעת הרמ"ה שהוסיף לומר ע"ש ואין דבריו מובנים כלל ולפי הנ"ל ניחא דעל הרמב"ם שייך לומר שהרמ"ה הוסיף דהוא דעתו ג"כ דאפי' לא כיוונו להעיד אם העידו בבית דין אותן דלמיחזי בטל כל העדות ועל זה כתב שהרמ"ה הוסיף דאפילו לא ראו כאחד אם העידו אח"כ בטלה כל העדות. ולפי הנ"ל מיושב מה דיש להבין בש"ס דקאמר היכי אמרינן להו וקאמר הכי אמרינן להו למיחזי קאתי או לאסהודי קאתי משמע לכאורה דעיקר חידושא דשיילינן להו למיחזי ולאסהודי ולא בהתראה. והנה התוספות כתבו שם דאדיני ממונות קאי דבדיני נפשות נאמר אימתי בזמן שהתרו ובאמת הוא דוחק גדול דהא משמע להדיא דאמתניתין קאי דהיינו בדיני נפשות וכן מבואר ברמב"ם וא"כ קשה באמת קושית התוספות ולפי הנ"ל ניחא דוודאי לא בא לחדש דבר זה ששואלין אי למיחזי או לאסהודי דוודאי פשוט שכך הפי' במשנה דכל הכוונה אם נתכוונו להעיד וכן פירש"י במשנה רק שבא לחדש דלא נימא שאנו שואלין הקרוב או הפסול לבד וא"כ

כל שלא נודע שאחד קרוב מקבלין עדותן ואין בודקין כלום ועל זה שאל השואל היכי שיילינן להו או להקרוב ופסול לבד או לכולם ועל זה השיב דמיד שבאו להעיד שואלין לכולם מי בא להעיד ומי לראות כדי שאם ימצא אח"כ לא יזיק לשאר העדות משא"כ כשיקבלו עדותן ולא יבדקו עד שימצא אחד קרוב ואז ישאל אותו לא מהני כל שכבר העיד כדעת הרמב"ם ובסמוך יתבאר עוד בדברי הרמ"ה בס"ד:

אמנם מה שהבינו הפוסקים דעת רש"י כדעת הרמב"ם דבכיוונו להעיד לחוד סגי לפע"ד נראה דמרש"י מוכח להיפך כמו שאבאר והנה רש"י פי' במשנה אימתי בזמן שהתרו בדיני נפשות וקשה מה זה שפירש בדיני נפשות הא בדיני ממונות נמי בעינן כיוונו להעיד וליכא למימר משום דלשון התרו לא שייך רק גבי נפשות דהא באמת התרו הכוונה נשתתף עמו בעדות כמו שפירש"י שם להדיא והיינו כדמפרשינן בש"ס למיחזי אתיתו וזה שייך גם בדיני ממונות. לכן נראה להיפך דרש"י סובר כיון דסבירא ליה לרבי דבעינן עכ"פ שישתתף עמהם בעדות א"כ גבי דיני נפשות שייך למיחזי אתיתו דבשעת ראיה נצטרפו שהעדות תלוי ברצון העדים ומיד הם חייבין להעיד בשעת ראיה ויש עליהם תורת עדות לכך מצטרפין אבל בדיני ממונות לא שייך עדות רק כשבאין לב"ד להעיד דבשעת ראיה אין על זה תורת עדות כלל דמי יימר שיבואו לב"ד והלא הכל תלוי בדעת בעלי דינים ואם הם יבואו לדין ויגזרו עליהם שיעידו יצטרכו הם להעיד אבל בלא"ה לא א"כ אם ראו שזה לוה מזה לא שייך לומר שיהא מועיל צירופם בכוונתם להעיד כיון שאם המלוה לא ירצה שיעידו לא יעידו לעולם א"כ לעולם לא נתברר צירופם רק כשהעידו כאחת בב"ד ואז נדע שנצטרפו כאחד ולפי זה בדיני נפשות מהני כיוונו להעיד אבל בדיני ממונות לא מהני עד שיעידו בב"ד כנלפע"ד לדעת רש"י בזה:

ג כל מי שאומר להעיד באתי. כתב הסמ"ע בשם הרשב"א שאם התרו בו בשעת ראיה כל העדות בטלה ותמה הש"ך דהא משנה ערוכה הוא אימתי בזמן שהתרו ולפעד"נ דקשיא להו הא דאמרינן בש"ס אימתי בזמן שהתרו וקאמר בש"ס היכי אמרינן להו וכתבו התוס' דאדיני ממונות קאי דבד"נ נאמר במשנה החילוק בהתרו ובאמת מפירש"י והרמב"ם משמע להדיא דאדיני נפשות נמי קאי וא"כ קשה קושית התוס' ובאמת נלפע"ד דלק"מ דוודאי בהתרו שפיר ידעינן דלהעיד קאתי אבל בלא התרו מנא לן דלמיחזי קאתי דילמא נתכוונו להעיד דאטו כל מי שנתכוון להעיד צריך להתרות דהא פשיטא דאפילו בלי התראה כשר להעיד כל שהתרו בו מפי אחרים ועל זה קאמר דשיילינן להו למיחזי או לאסהודי והשתא תקשי למה לי בש"ס כשהתרו כיון דבלא"ה שיילינן בפשיטות אי נתכוונו להעיד וע"כ צריך לומר דאתי לאורי' דכל שהתרו שוב לא מהני שאלה דאפילו

אמרו שלא נתכוונו להעיד ולא התרו רק לאיים עליו אבל יודעין היו שהם אינם עדים שהם קרובים מ"מ לא מהני כל שהתרו גילוי דעתם שנתכוונו להעיד רק בלא התרו אז מהני שאלה והן הן דברי הרשב"א דכל שהתרו שוב לא מהני בדיקה ואפילו אומרים לראות באנו לא מהני ומה שהקשה הש"ך דהתראה לא שייך רק גבי נפשות לאו מילתא הוא דעיקר כוונת הרשב"א שגילו דעתם מתחילה דלהעיד נתכוונו וכן הפי' במשנה לאו דוקא התראה כמו שפירש"י שם ועוד דהא גבי כתובה כשמעידין שזינתה להפסידה כתובתה שפיר שייך התרו שלא יעבור עכ"פ זה נראה לפע"ד עיקר דאם כיוונו מתחילה אף שעכשיו אומרים לראות באנו לא מהני כנ"ל: (ד) אם נמצא באילו. עסמ"ע בשם הרמ"ה דה"ה איפכא כשהעיד עמהן תכ"ד אף שמתחילה לא בא אלא לראות והסמ"ע שינה מלשון הטור שהוא הביא בשם הרמ"ה דאפילו לא ראו כאחד הדין כן אבל הנ"י העתיק דברי הרמ"ה כמו שכתב הסמ"ע. והנה בגוף הדין דאם העידו תכ"ד אפילו לא נתכוונו להעיד מבטל כל העדות כבר הוכחתי לעיל ס"ק ב' שגם דעת הרמב"ם כן ושכן מוכח בש"ס דאל"כ תקשי מאי קאמר מה יעשו שני אחין לדידן דלא סבירא לן סברת סברת התוס' ע"ש שהארכתי ומדברי התוס' שם אף שהשיגו על פירש"י מ"מ לק"מ על הרמ"ה דלהרמ"ה בכיוונו להעיד ג"כ סגי רק בתכ"ד ג"כ סגי ודלא כהב"ח שכתב דהרמ"ה סובר כרש"י והא ליתא דלרש"י קשה קושית התוס' שם משא"כ להרמ"ה אמנם מה שפירש הטור בשם הרמ"ה דגם לא ראו כאחד מהני ועל זה תמה הש"ך דהא משנה מפורשת היא אפילו גבי הזמה דכל שלא ראו כאחד לא מהני אף שהעידו אח"כ תכ"ד. אך באמת נלפע"ד דלק"מ מתרי טעמא חדא דבאמת יש לומר דאין כוונת הרמ"ה שהיה באופן דלא מהני תכ"ד כגון שנים מחלון זה וכו' ואין רואין אלו את אלו רק כוונתו לומר שזה הקרוב לא ראה להכשרים א"כ בוודאי לא נצטרף הוא עמהם מ"מ כיון שהעידו אח"כ תוך כדי דיבור והיינו בגוונא שהיה עם אחרים ומקצתן רואין אלו את אלו דאז גבי הזמה מהני והכא ס"ד דלא מהני כיון דלא נתכיון להעיד ולא ראה הוא הכשרים א"כ לא נצטרף עמהן לבטלם קמש"ל כיון שהעיד אח"כ עמהן מהני תדע דהא הש"ך גופא פי' בכהאי גוונא דברי הרב בהגה' בסמוך שכתב ואפילו לא ידעו זה מזה ופי' הש"ך דהיינו בכהאי גוונא דמקצתן רואין אלו את אלו רק זה לא ראה לזה וא"כ למה לא יתפרשו כן דברי הרמ"ה שהם ממש כלשון הרב ונראה דמהאי טעמא השמיטו הנ"י והסמ"ע לשון זה מתוך דברי הרמ"ה דמילתא דפשיטא הוא כיון דאפילו לא נתכון להעיד מהני ה"ה אפילו לא ראהו כלל כל שהיה באופן דמקצתו רואין כנ"ל ואי אין מקצתן רואין בוודאי לא מהני אפילו בהזמה ועוד נראה דבלא"ה לק"מ והוא דדוקא התם שכל כת

נתכוונה להעיד א"כ אם לא ראו זה את זה לחלקה עדותן ומיד בשעת ראיה נעשו שני כתות ושוב לא מצטרפין אח"כ משא"כ אם מתחילה לא נתכוון להעיד א"כ אז בשעת ראיה לא נחלקה לשנים כיון שלא נתכוונו להעיד רק עכשיו הוא רוצה להעשות עד ולהעיד א"כ עכשיו הוא נצטרף עמהן מאחר שלא נתחלק לעולם. אמנם בגוף דין זה מאחר שהנ"י לא הביאו גם הסמ"ע השמיטו וכבר כתבתי דאפשר דגם הרמ"ה לא קאמר רק במקצתן רואין א"ל הכי עיקר אבל בגוף דינו של הרמ"ה בוודאי דבריו ברורין וכמו שבארנו לעיל ס"ק ב' והרב הש"ך הרכיב הדברים וסתר גם עיקר דינו של הרמ"ה ולא כן הוא כמו שכתבתי והנה הש"ך הביא תשובת מהר"ם אלשקר והשיג עליו דמדברי התוס' מוכח להדיא דדוקא בנמצא אחד קרוב ופסול והמעשה אמת לא בעינן תכ"ד אבל בנמצא אחד זומם דהמעשה שקר לענין ביטול השאר ג"כ בעינן תכ"ד ואמת שכן משמע לכאורה בתוס' אך אני תמה בגוף דברי התוס' שכ' לחלק בזה דא"כ תקשי קושית הש"ך גופא על הרמ"ה דהא גבי הזמה אם לא ראו כאחד אפילו העידו תכ"ד לא מהני א"כ תקשי מה בכך דהם אמרו שראו כאחד כיון שהוזמו הרי המעשה שקר וא"כ לא ראו כאחד ואפילו תכ"ד לא יצטרפו וע"כ דבתר אמירתם אזלינן א"כ ה"ה נמי בזה מה בכך דהמעשה שקר כל שהם אומרים שראו ובאו להעיד תכ"ד למה לי לכן נראה ברור דוודאי אין כוונת התוס' דבעינן שתהא המעשה אמת רק כוונת התוס' דבעינן שיצטרפו שעה אחת ויהיו אגודה אחת והשתא שפיר כתבו התוס' דמתחילה הקשו לרש"י דכתב דקאי גם על קרוב ופסול דהא פריך לר"י הרוג יציל נרבע יציל וע"כ דלא קאי אהך ועל זה תירצו כיון דלר"י לא בעינן שיתכוונו להעיד רק אפילו לא נתכוונו מצטרפין בראיה א"כ שפיר שיש לחלק דדוקא גבי הזמה כיון דהוא שקר לא שייך צירוף כלל אבל גבי קרוב ופסול הוי הצירוף בשעת ראיה ולפי זה ה"ה בקרוב ופסול אם נמצא אחד זומם ג"כ לא נצטרפו בשעת ראיה דהא ג"כ המעשה שקר אבל לרבי דקיימא לן כוותיה דגבי קרוב ופסול לעולם לא מהני שיצטרפו רק באומרים שנתכוונו להעיד א"כ ממילא אף היכי דהמעשה שקר סוף סוף נצטרפו בשעת אמירתם שראו ונתכוונו להעיד קודם שהוזמו הוי אגודה אחת ונצטרפו. וכן מבואר להדיא בטור בשם הר"ר ישעיה סי' ל"ח דע"כ לא בעינן תכ"ד אפילו בהזמה רק בלא אמרו שנתכוונו להעיד אבל אם אמרו שנתכוונו להעיד נעשו אגודה אחת אפילו לא העידו תכ"ד א"כ לרבי דלעולם אינו מבטל השאר רק בנתכוונו להעיד ומתחילה שיילינן להו א"כ פשיטא דנצטרפו דהמעשה שקר וזה ברור. ולפי זה יש לומר דגם כוונת מהר"ם אלשקר כן דכבר השיגו התוס' על רש"י דכל שנצטרפו שעה א' לא בענין תכ"ד וכמו דאליבא דר"י מצטרפין מחמת דבשעת ראיה

נצטרפו כמו כן אליבא דרבי מחמת שאומרין שנתכוונו להעיד ואפילו אי המעשה שקר ואין להקשות לשיטת התוס' גבי הזמה היכי משכחת לה אי דשאר העדים מעידין שלא ראו אותו א"כ לא מהני תכ"ד ואי אמרינן שהיה שם א"כ האיך הוא ניזם וצריך לומר ג"כ בגוונא דמקצתן רואין כנ"ל לשיט' הרמ"ה ודו"ק:

ה וי"א שאפי' וכו' דתרתי בעינן עסמ"ע ס"ק ו' וז"ל ונותנין טעם לדבריהם דאל"כ לא יתקיים עדות על הרוב דהקרוב יכניס מתחילה שיכוון להעיד או בסוף שיבוא ויעיד ויבטל העדות וכו' עכ"ל. ודבריו מעורבבים כי זה דהקרוב יכניס עצמו מתחילה כדי לבטל הוא קושיא בפני עצמה בתוס' שם קודם ולא מן השם הזה הוכיחו דתרתי בעינן וקושיא זו תירצו בשם ר"ח כהן רק אח"כ הקשו דהאיך נותנין גט במעמד קרובים ומזה הוכיחו דתרתי בעינן:

אמנם בגוף הדין מה שהבינו רוב הפוסקים דדעת התוס' דבעינן תרתי תמהני מאד כי נראה לפע"ד ברור להיפך כמו שאבאר והנה בוודאי יש לתמוה שם הרבה בתוס' דשם בד"ה לאסהודי הקשו א"כ לא יהרג אדם מעולם דהקרובי' יבואו ויאמרו לאסהודי אתינן, ותירצו בשם הר"ר, א"כ דשואלין להכשרים ע"ש והנה יש לתמוה הרבה תינח לרבי דשואלין להכשרים למיחזי או לאסהודי אבל לר"י דסובר בראיה בעלמא מבטלין העדות א"כ תקשי לא יהרג אדם מעולם הגם דלא הוי להו להקשות הקושיא בש"ס רק במשנה גופא בין לר"י בין לרבי ואי נימא דכוונת התוס' לפי מה שתירצו בדיבור שאחר זה דלר"י בעינן שיעידו בב"ד ולא בראיה בעלמא והשתא לא קשיא דקרובים יבואו דמה בכך דיבואו לא יקבלו עדותן ולא תיבטל העדות ולזה לא חיישינן דנחשוב שאינן קרובים ויעידו דוודאי נדייק שפיר מקודם ולפי זה ממילא לרבי נמי לא קשיא דהא לרבי נמי בעינן שיעידו בב"ד כמו שכתבו באותו דיבור שם לפי הבנת הפוסקים. ועוד תימה במה שכתבו התוס' אח"כ בד"ה שמואל קשה האיך מצינו ידינו ורגלינו שנותנין גט במעמד קרובים ונראה לר"י דגם לר"י לא אמרו עדותן בטילה רק אלא במעידין בב"ד וא"ת מאי פריך הרוג יציל וכו' וא"ת א"כ מאי קאמר לעיל מה יעשו שני אחין והלא אין שום חששא אם לא יבואו ויעידו בב"ד וי"ל משום דפעמים שלא ידע זה בזה ויעיד האחד אף שכבר העיד אחיו בב"ד וכו' עכ"ל. והנה נראה לכאורה מדברי התוס' דבאמת אם העיד בב"ד אפילו לא ידעו זה מזה בשעת ראיה דהיינו שלא ראו כאחד בטלה כל העדות וכן הבין הב"ח באמת אך הוא תמוה דהא בהדיא כתבו התוס' שם ע"ב דבעינן ראו כאחד כמו שהוכיח הש"ך ס"ק ט' ואף שיש לדחות ראיותיו דמה שהביא מדברי התוס' אמר רבא יש לומר דדוקא שראו בבת אחת בעינן אבל לא שידעו זה מזה גם מדברי התוס' שם ע"ב

יש לדחות כמו שכתבתי לעיל לשיטת הרמ"ה אך מ"מ הקושיא חזקה דהא כיון דבעינן תרתי כיוונו להעיד והעיד בב"ד א"כ בכיוונו להעיד פשיטא דבעינן ראיה, כאחד כמו שנים רואין אותו מחלון זה ושנים מחלון זה דלא מהני ע"ש אך באמת יש לתמוה על הש"ך דהאיך יפרש דברי התוס' הללו דליכא למימר דכוונת התוס' במקצתן רואין אלו את אלו ליתא דא"כ אכתי תקשי לרבי גופא מה יעשו שני אחין כיון דלא ידעו זה מזה בוודאי יתכוונו להעיד ויבואו לב"ד זה בלא זה כמו דחיישינן לר"י וע"כ דלכהאי גוונא ליכא למיחש ואי דלא ידעו כלום בכהאי גוונא לא מצטרפין באמת א"כ אכתי תקשי מה זה שכתבו התוס' דחיישינן דלא ידעו זה מזה וליכא למימר דכוונת התוס' לא דבשעת ראיה לא ידעו רק אח"כ לא ידעו בשעה שיבואו לב"ד וכן נראין דברי הרא"ש אך הא ליתא דמ"מ פשיטא דלא שייך מה יעשו כיון שידעו זה מזה בשעת ראיה הרי יכולין לעשות שלא יבוא להעיד רק אחד וברור דכוונת התוס' שאחד לא ידע כלום מחבירו וקשה כנ"ל::

לכן נראה ברור דוודאי פשיטא דאף דסבירי להו לתוס' דבעינן ראיה כאחד היינו דוקא לרבי דסובר בראיה בעלמא לא נצטרפו רק בכיוונו להעיד אלמא דבעינן שיצטרפו בשעת ראיה א"כ פשיטא דאי לא ראו כאחד לא נצטרפו ואדרבא אי כיוונו להעיד גרע דאז נתחלקו לשני כתות אבל לר"י דסובר בראיה בעלמא מבטל כל העדות ולא בעינן צירוף בשעת ראיה א"כ פשיטא דאפילו לא ראו כאחד מצטרפין והשתא אתי שפיר דכך כוונת התוס' דלר"י בעינן ג"כ הגדה בב"ד אבל בשעת ראיה לא בעינן צירוף לשיטתו ועל זה הקש' רבי מה יעשו שני אחין שראו כאחד דפעמים שלא ידעו זה מזה כיון דלא בעינן צירוף בשעת ראיה ולזה סובר רבי דבעינן צירוף בשעת ראי' א"כ השתא לא חיישי' כלל במה נפשך אם יתכוונו להעיד א"כ יעידו בב"ד ג"כ ואם לא נתכוונו הרי אפי' יעיד בב"ד לא מהני א"כ שוב ליכא למיחש שמא לא ידעו מזה מזה דאז באמת אינן מבטלין שאר העדות דלעולם בעינן צירוף בשעת ראיה וכל שלא ראו כאחד אין מצטרפין והשתא ממילא לרבי בכיוונו להעיד ונצטרפו בשעת ראיה מבטלין העדות אפילו לא העידו דבזה לא שייך להקשות מה יעשו דכיון דידעו זה מזה וכיוונו להעיד אף אם יצטרכו להעיד א"כ כיון דנתכוונו להעיד כמו כן יעידו בב"ד ואי שלא ירצו לבטל באמת העדות א"כ כיון דע"כ ידעו זה מזה א"כ לא יתכוונו להעיד ולא יתבטלו וז"ב והשתא אתי שפיר דברי התוס' שהבאתי מקוד' והוא דוודאי לא מצי להקשות לר"י במשנה דהא בלא"ה פריך לר"י דלא משכחת שיהרג אדם הרוג ורובע יצילו ולפי המסקנא דמקיימי דבר א"כ הפי' דבעינן שיעידו בב"ד א"כ לא קשיא דקרובים יבואו דהא צריכין להעיד בב"ד והם לא

יקבלו עדות קרובים כנ"ל. אבל לרבי הקושיא שפיר דלדידי' בכיוונו להעיד סגי וזה מוכח ממה דקאמר למיחזי או לאסהודי דמשמע אפילו לא העידו רק נתכוונו להעיד מבטל כל העדות א"כ שפיר הקשו תוס' דא"כ לא יהרג אדם מעולם ועל זה תירצו דלכשרים שואלין ואין להקשות הא התוס' הקשו שם דלרבי נמי קשה פעמי' יתכוון אחד מן הקרובי' להעיד משמע דהתירוץ נמי אליבא דרבי נמי קאי ובאמת הא לית' דפשיט' דאליב' דרבי לא סבירי להו לתוס' דבעינן שיבואו לב"ד כמו שהוכחתי רק בס"ד דהוי ס"ל דלר"י בראיה בעלמא סגי משמע דלרבי דבעי כוונה להעיד עכ"פ יש לחוש שמא כיון להעיד אבל לפי מה דמשני דלר"י נמי בעינן שיצטרפו עכ"פ בשעת הגדה א"כ ה"ה לרבי בעינן שנדע בוודאי שנתכוונו להעיד אבל כל שלא ידעינן דנתכוון להעיד אמרי' דלמיחזי כמו דלר"י בעינן שיעידו בב"ד ובלא"ה לא נצטרפו מסתמא ה"ה לרבי כנ"ל ברור ובהכי ניחא דברי התוספות שבועות דף ל"ה דאמרינן התם שבועה שאין אנו יודעין לך עדות והיה קרוב או פסול ביניהם הרי אלו פטורים והקשו התוס' מאי קמש"ל הא שבועות עדות אינו נוהג בקרובים ופסולים ותירצו דהיה ג' ואחד ביניהם קרוב ופסול וקמש"ל דאף השנים נתבטלו והשתא תקשי אי ס"ד דבעינן תרתי כיוון להעיד והעיד בב"ד א"כ התם בשעת שבועה פשיטא דעדיין לא העיד בב"ד א"כ למה יפטרו הא הוי כפירת ממון דהא כי אתו לב"ד ומעידין בלי הקרוב ופסול עדותן קיימת ומי יימר שהקרוב יבוא להעיד גם בב"ד אדרבא בוודאי לא יעיד ועוד כיון שנודע שהיה קרוב ופסול ביניהם א"כ לא יקבלו ב"ד עדותן כלל וע"כ צריך לומר דוודאי לרבי בכיוונו להעיד בלחוד סגי וא"כ כיון שכיוון להעיד בטלה כל העדות. ובהכי ניחא מה שהקשו המפרשים דהשתא נמי קשה מאי קמש"ל הא משנה הוא נמצא אחד קרוב ופסול ולפי הנ"ל ניחא דקמש"ל אף שלא העידו בב"ד רק בשעת ראיה לבד מצטרפין וליכא קרבן שבועה ודו"ק:

ו דתרתי בעינן. עש"ך דאם בא לב"ד והעיד ולא כיוון מתחילה בשעת ראיה להעיד אינו פוסל לכ"ע והאריך להשיג על מהר"ם אלשקר ואני תמה דהא בהדיא כתב הטור בשם הרמ"ה והביאו הש"ך ס"ק ו' דאפילו לא כיוונו להעיד רק העיד בב"ד סגי. ועוד הוסיף דאפילו לא ראו כאחד ואף דהש"ך השיגו לעיל היינו בזה דלא ראו כאחד וגם בזה כתבתי ליישב דבריו שם אבל בזה דלא בעינן כיוונו להעיד אדרבא כבר הוכחתי לעיל דדעת הרמב"ם כהרמ"ה ושכן נראה דעת הטור לדעת הרמב"ם מדכתב והרמ"ה הוסיף ע"ש. וכן הוכחתי בש"ס גופא דלדעת הפוסקים דלא בעינן תרתי א"כ ממילא בהעיד בב"ד מהני כמו כיוונו להעיד דהא לא שייך בזה מה יעשו שני אחין שלא יבואו לב"ד ואנן לא

חיישינן שלא ידעו זה מזה א"כ ממילא לדעת כל הפוסקים דלא בעינן תרתי נראה עיקר כהרמ"ה דה"ה דהעיד בב"ד מהני כמו כיוונו להעיד וכדברי מהר"ם אלשקר:

ז אם העדים הכשרים וכו' יכולין לחזור עש"ך דהיינו דוקא כשלא נצטרפו בראית המעשה ולפי זה אין חילוק בין שטר לעדות בב"ד ע"כ ולפע"ד נראה עיקר כהסמ"ע דהאיך יעלה על הדעת שנאמ' דשטר זה הוי כאילו העידו בב"ד ודוקא שטר כשר כתיקונו הוי כמו שנחקרה בב"ד אבל שטר שהוא מזוייף מתוכו כגון זה א"כ בוודאי אי אפשר להכשירו שאם נכשירנו הרי הוא כמו נמצא אחד קרוב ופסול אבל השתא דהשטר אינו כלום והוי חספא בעלמא אם כן פשיטא דאי אפשר שנאמר דשטר פסול ומזוייף יהא כמו שנחקרה בב"ד וא"כ הוי כמאן דליתא א"כ יכולין העדים הזוכרין להעיד אח"כ בב"ד כיון דלהרא"ש תרתי בעינן לא מהני מה שנצטרפו בשעת ראיה כיון שלא העידו בב"ד והעדות שבשטר כיון דשטר זה פסול לא הוי כמו שנחקרה בב"ד כנ"ל ברור:

ח ואם הזמין עש"ך מה שהאריך להסכים עם מהר"ש חלים וחילק דבשעת ראיה צריך הזמה ממש שיוציא הפסולים מכלל העדות אבל בנותן חרם להעיד אז אפילו אומר כל מי שיודע והעידו כשרים ופסולים לא נתבטל וכתב עוד דאפילו אמר בשעת הזמה שנים מכם יעידו לי לא מהני כיון דלא פי' איזה שנים סובל קרובים ופסולים ודלא כהסמ"ע שכתב בהיפך. ובתומים הביא ראיה להסמ"ע מהא דכתב המחבר בא"ה סי' קמ"א אמר לשלשה שנים מכם יכתבו ויתנו גט לאשתי והיה אב ובן בתוכם יכתוב האב עם הרחוק או הבן עם הרחוק ודבריו תמוהין ולא ידענא מאי קאמר דהא פשיטא דהכא בהזמנה אפי' אמר בלשון שלא הוציא, הפסולים מכלל העדות מ"מ לא נתבטלו עדות הכשרים רק בנתכוונו להעיד והעידו או נתכוונו להעיד בלבד לדעת החולקין אבל אם לא נתכוונו להעיד וכ"ש כשהלכו ולא ראו כלום פשיטא דעדים הכשרים כשר א"כ התם נמי כיון דאמר שנים מכם יכתבו נהי דלא הוציא הפסולים מ"מ כיון דאח"כ כתבו הכשרים הרי לא היה הפסול בכלל העדות ולא נחתם על הגט ולא כתבו ואף לא היה שם ואם כוונתו למידק משם דאין בלשון שנים מכם קרובים בכלל ליתא דוודאי כוונתו איזה שנים שיהיו הן קרובים הן רחוקים ואם כתבו קרובים בוודאי פסול ואם כתבו רחוקים כשר כיון דלא הקפיד רק שנים מאלו וזה ברור ולענין גוף דברי המחבר אי קאי להרא"ש או גם להרמב"ם יתבאר בסמוך:

ט לא נתבטלה עדות. הכשרים. עש"ך מה שפירש דברי המחבר דקאי גם להרמב"ם ומיירי בסתמא דלא ידעינן אי למיחזי או לאסהודי. ובתומים השיג עליו דהא המחבר כתב להדיא אפילו נתכוונו להעיד והרי דלא כהש"ך וסיים דהמחבר בהך ואם הזמין קאי

רק לשיטת הרא"ש אבל להרמב"ם אין נ"מ בזה כיון דבראיה נצטרפו ע"כ. ואין דבריו נכונים כלל דפשיטא דמה שכתב ואם הזמין ע"כ קאי גם להרמב"ם דנהי דבנותן חרם נאמר דלא כהש"ך רק דלהרמב"ם כיון דכבר נצטרפו בשעת ראיה לא מהני מה שהוא מוציא אח"כ פסולין מכלל העדות מ"מ פשיטא דאם בשעת ראי' צוח המלוה שאינו רוצה בקרובים והזמין בפיר' כשרים ליכא למ"ד שיהיה הם עדים בע"כ של מלוה. וכן כתב הש"ך לעיל ס"ק ח' וז"ל דלדידן האידנא פשיטא דכשר דהא מזמנים עדים כשרים מיוחדים לכך וא"כ פשיטא דהקרובי' אינם מכווני' להעיד ואפילו יכוונו להעיד אינו פוסל דכיון דמזמנים עדים לכך הרי אנו מוציאין כל האחרים מכלל העדות ולאו כל כמינייהו דקרובים ופסולים להיות עדים על כרחנו וכ"כ מהר"ר פרץ בהגהת סמ"ק עכ"ל הרי להדיא דלכ"ע אי אפשר שיהיו עדים בע"כ א"כ אם בשעת ראיה מיחה המלוה והוציאם מכלל העדות ליכא למ"ד דאפילו נתכוונו להעיד והעידו לא מהני א"כ ממילא לא קשיא מדברי המחבר דהא המחבר כתב זה בהזמנה בשעת ראיה ובהא פשיטא דגם הש"ך מודה נתכוונו להעיד לא מהני. ולפי זה ממילא יש ראיה להש"ך דגם שכתב המחבר אח"כ הוא ג"כ גם להרמב"ם דכיון דהך דינא דואם הזמין הוא גם להרמב"ם א"כ היה לו לבאר דזה הדין דחרם הוא רק להרא"ש גם מה שכתב בסוגיא דשבועות גבי שבועה שאין אנו יודעין לך עדות ונמצא קרוב ופסול אין דבריו נכונים כלל דאם העיד קודם שהשביעו א"כ לא העיד מחמת השבועה ואם העיד אחר השבועה א"כ תקשי כיון דבעינן כיוונו להעיד והעידו למה לא יתחייבו קרבן שבועה הא בשעת שבועה היה כפירת ממון דמי יימר שהקרוב יעיד אדרבא אם יודע שהוא קרוב לא יקבלו ב"ד עדותו והם יכולין להעיד בלעדי הקרוב וברור כמו שכתבתי לעיל ס"ק ה' דדעת התוס' בכיוונו להעיד בלחוד סגי והא גופא קמש"ל ע"ש אמנם גוף פי' הש"ך בוודאי דתוקמא כמו שהקשה בתומים ונר' לפע"ד בכוונת המחבר דוודאי אפי' להרמב"ם כיון דכבר הוכחתי דאם בשעת ראיה מיחה המלוה ולא רצה שיהיו עדים לאו כל כמינייהו להיות עדים בע"כ של מלוה ולא מהני צירופם א"כ ה"ה אם אח"כ בשעה שבאו להעיד בב"ד מיחה המלוה והוציא הפסולים מכלל העדות רק שיעידו כשרים לא מהני צירופם למפרע כיון שהיה שלא ברצון המלוה אבל אם המלוה שתק בשעה שבאו לב"ד להעיד ולא אמר כלום אז אף אם לא העידו נתבטל העדות מכח דנתכוונו להעיד ונצטרפו מקודם ולהרא"ש דוקא שיעידו בב"ד כנ"ל ומה שהקשה עוד בתומים שם להרמב"ם מהא דאמרינן דשבועות עדות אינו נוהג בקרובים וקשה כיון דבנתכוונו להעיד בלבד סגי א"כ יש תועלת בקרובים פעמים שיבואו ויאמרו להעיד נתכוונו ויתבטל העדות ופעמים להיפך ע"ש שהאריך

ולפע"ד נראה דלק"מ דהא פשיטא שזה שהקרובים נאמנים למיחזי או לאסהודי אין על זה תורת עדות כלל דאל"כ האיך יעלה על הדעת שיהיו קרובים נאמנין להעיד על קרובים לזכות או לחוב וכ"ש בדיני נפשות נמצא נהרג בעדות אחיו שאומר למיחזי או להיפך ובע"כ שאין זה בגדר עדות כלל א"כ מהאי טעמא ליכא בזה שבועה העדות דלא שייך שבועת עדות רק בדבר עדות והגע עצמך אילו היה אחד נאמן מטעם מיגו וכהאי גוונא לא בתורת עדות יהא חייב קרבן שבועה הא וודאי ליתא והא נמי דכוותא וזה ברור:

י ונאמן לומר שלא הכיר. כתב הסמ"ע דוקא שאומר מעצמו שלא הכיר אבל אין הב"ד שואלין אותו אם הכירו דאמרינן מסתמא הכיר והש"ך השיג עליו מדהקשה קשה הרא"ש על הרי"ף דנישיילי לעדי' ש"מ דלא אמרינן מסתמא הכיר [ותומים רוצה לומר להיפך דאי נימא מסתמא לא הכיר א"כ לאיזה צורך נישיילי' לבטל העדות ואין זה נכון דכוונת הש"ך דהוא ספק השוה כמו שיש לומר הכיר כן יש לומר לא הכיר) ובתומים' הוסיף להקשות מהא דהביא הרא"ש ראיה מבעל הלכות גדולות דכתב בשטר שחתומים בו שנים ונמצא אחד קרוב ופסול דאמרינן רווחא שווק למאן דקשיש מניה ולא קאמר משום שלא ידע בפיסולו ש"מ דלא כהרי"ף ולשיטת הסמ"ע מאי קושיא הא התם אינן לפנינו ואמרינן מסתמא הכיר ואני תמה על תרווייהו דפשיטא דלק"מ דהא הש"ך גופא ס"ק כ' השיג על מהר"ם אלשקר והסכים למהר"י בי רב דדוקא גבי קרוב שייך לומר רגיל גביה אבל בפסול אף שהוא רגיל גביה לא שייך לומר שידע בפיסולו וכן הדעת נותן דמה בכך דהיה רגיל מ"מ וכי בשביל זה היה עמו בשעת מעשיו הרעים וכל כמה שלא העידו עליו שהוא פסול לא ידע הוא מזה וא"כ לפי זה כ"ש כשאינו ידוע שרגיל עמו אין הוכחה שידע בפיסולו ואמרינן לא הכיר והשתא יפה הביא הרא"ש מדברי הגאון דכתב בנמצא אחד קרוב או פסול וכן ביאר עוד בהדיא לא נתבטל עדות הכשר בצירוף הפסול משום דרווחא שבק וקשה תינח קרוב אבל פסול בלא"ה לא נתבטל דמסתמא לא ידע בפיסולו ובהא גם הסמ"ע מודה וכמו כן שפיר מייתי הרא"ש ראי' מדלא שיילינן לכשרים אם ידעו בפסול דתינח קרוב הא במשנה פסול נמי קתני א"כ פשיטא דיש לנו לשאול. ועל הש"ך יש לומר יישוב קצת דסובר להיפך דפסול וודאי יש לומר מסתמא לא הכיר א"כ לאיזה צורך נשאל כדי לבטל העדות א"כ ליכא למימר דקושית הרא"ש מפסול וע"כ דעל קרוב מקשה א"כ לשיטת הסמ"ע מאי קושיא הא אמרינן מסתמא הכיר אבל קושית התומים בראיית הרא"ש מבה"ג פשיטא דלא קשיא מטעם הנ"ל. ובזה יש ליישב מה דיש להבין בלא"ה ברא"ש מאי ראיה מייתי מבה"ג הא ברגיל מודה הרי"ף דבטלה כל העדות א"כ הוצרך בה"ג ליתן טעם משום דרווחא שבק דאז אפילו רגיל תתקיים

העדות בשאר ולפי הנ"ל ניחא דע"כ לא מהני רגיל רק בקרוב משא"כ פסול וזו היא ראיה למהר"י בי רב: (יא) ויש מי שחולק זהו מה שהקשה הרא"ש על הרי"ף חדא דאמאי לא קאמר בש"ס דשיילינן אם הכשרים הכירו בפיסולו והנה בקושיא זו נראה לפע"ד דהמעיין ברא"ש מה שהביא בשם הרמב"ן ראיה מתוספתא משמע בהדיא דחילוק זה בין ידע או לא לא שייך רק גבי ד"מ אבל בד"נ לא שייך חילוק זה רק בהתרא' וטעם הדבר נראה לפע"ד פשוט והוא דהא ר"י סובר דוקא בד"נ אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר ופירש"י בד"נ דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה דמהדרינן אזכותא ורבי פליג דאפילו בד"מ העדות בטלה. והנה הרמב"ן פי' הטעם משום דנטפלו לפסולין הילכך כל שהיו שוגגין ולא נצטרפו מדעת לא נתבטל שאר העדות ולפי זה יש לומר דהיינו דוקא בד"מ דהטעם דנטפלו לפסולין אבל בד"נ מודה רבי דבעינן והצילו העדה ובלא"ה העדות בטלה משום דמהדרינן אזכותא ולא משום שנטפלו רק משום מה יעשו שני אחין מחלק בין התרו ובעינן כוונה להעיד אבל כל שנצטרפו אין הדבר תלוי בדעתם ולפי זה שפיר אמרו בש"ס אמילתא דרבי מיירי בדיני נפשות היכי אמרינן להו וקאמר דשיילינן למיחזי דהכל תלוי אם נצטרף כמו שפירש"י אבל בלא ידע לא תלוי כלל בדיני נפשות אבל בד"מ לא מיירי התם ובזה תלוי אם ידע בקורבתו כיון שהטעם שנטפלו לפסולין. גם קושית הרא"ש מבה"ג לאו קושיא הוא דקמש"ל אף שידוע שידע שהוא קרוב ופסול תדע דאל"כ תקשה להרי"ף בלא"ה למה לי' האי טעמא תיפוק דכשר מטעמו של בה"ג וע"כ דהרי"ף בא לאשמועינן אפילו ידעינן שחתמו שניהם כאחד וכמו כן להיפך בה"ג מיירי שידוע שידע מפיסולו:

אך אמנם בגוף הדין אף שהבינו הפוסקים כן דעת הרי"ף אבל לפעד"נ דהמעיין ברי"ף יראה שדעת אחרת לו בענין זה והנה זה לשון הרי"ף שם ונאמן לומר שלא ידע בקורבתו כשם שנאמן לומר למיחזי אתיתי ובאמת הרמב"ן ביאר אח"כ דכשם שנאמן הפסול לומר למיחזי נאמן הכשר לומר שלא ידע בקורבתו אבל לשון הרי"ף לא משמע כן רק דקאי באותו איש עצמו שנאמן לומר למיחזי. לכן נראה דסבירא ליה להרי"ף דמה שאמרו למיחזי אתיתי או לאסהודי הכוונה אם ידע שהוא קרוב ולא בא רק לראות או אף שידע שהוא קרוב בא להעיד אבל אם בא להעיד אבל אומר שלא ידע שהוא בעצמו קרוב לא נצטרף שזה היה צירוף בטעות ואם היה יודע שהוא קרוב לא היה נכנס בגדר העדות ולא היה בזה עד מעולם הילכך לא נצטרף וז"ש הרי"ף שכשם שנאמן לומר למיחזי אתיתי נאמן לומר ג"כ שלא ידע בקורבתו ובהכי ניחא שלא כ' הרי"ף דין זה בפסול רק בקרוב משו' דבפסול לא שייך זה שלא ידע שהוא פסול רק בקרוב שייך זה והיינו דמחלק בין

רגיל ללא רגיל דברגיל פשיטא דלא שייך לו' שלא ידע שהוא קרובו והשתא פשיטא דלק"מ קושית הרא"ש מהא דלא שיילינן בש"ס אי ידע דוודאי כל שאינו אומר בפי' שלא ידע מסתמא אמרינן שידע בקורבתו וכמו כן בה"ג דמיירי שאינו לפנינו אמרינן בוודאי דידע בקורבתו ומפסול לא קשיא דבזה לא קאמר הרי"ף כלל ואדרבא לפי הבנתם ברי"ף קשה מה בכך דרגיל גבי' וכי בשביל דרגיל יודע לחשוב כל קרוביו של חבירו הרגיל עמו אבל לפי הנ"ל ניחא דהוא עצמו בוודאי יודע שהוא קרובו של זה שהוא רגיל עמו. והנה הרא"ש השיג על הרמב"ן בפ' התוספתא ופי' הוא דכוונת התוספתא דמה שאמר והוא לא ידע שיש להם קרוב ופסול הכוונה שהמלוה לא ידע שיש שם קרוב ופסול בתוך העדים א"כ אף שהם באו לראות לא נתבטלה העדות וקשה לי על פי זה במה נפשך אם המלוה ייחד עדיו בשעת מעשה א"כ אפילו נתכוונו להעיד לא מהני כמו שכתב הרא"ש אח"כ והמחבר לעיל ואפילו ידע שיש שם קרוב ופסול ואי שלא ייחד עדיו א"כ במה נפשך אי לא נתכוונו להעיד אפילו ידע אינם מבטלים ואי נתכוונו להעיד כיון שלא ייחד עדיו מה בכך דלא ידע וצריך לומר באמת להרא"ש דין חדש דאם המלוה לא ידע שיש בשעת ראיה קרוב אף שלא הזמין עדים והם נתכוונו להעיד תתקיים העדות בשאר ותמהני שלא זכרו הפוסקים דין זה בשום מקום לדעת הרא"ש ולפי מה שכתבתי לעיל בפי' דברי הרי"ף יש להעמיד דבר זה בתוספתא גם כן וכוונת התוספתא שזה העד הקרוב לא ידע שהוא להם קרוב אמנם פסול לא יתפרש לפי הנ"ל לכן דברי הרא"ש צ"ע:

יב כיון שהעיד הפסול עמו בב"ד. עש"ך דכוונתו לדעת הרא"ש דסובר דבעינן שיעיד בב"ד ולדעת הפוסקים דלא בעינן הגדה בב"ד בלא"ה נתבטל כל העדות. והנה בדברי הרב בהגה' וטור דהם מיירי בעדות בעל פה יש לומר כן אבל מה יעשה ברא"ש דמיירי בהדיא בעובדא דילי' בשטר שחתומים בו שנים א"כ קשה לאיזה צורך כתב כיון שהעיד בב"ד דהא באמת אפילו לשיטתו אין צורך הגדה בב"ד בשטר דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד. גם על הרי"ף קשה שהעתיק הך דינא ששניהם באו להעיד בב"ד ולמה לי זה תיפוק ליה בלא"ה יש לדון על השטר דהוי כהגדה בב"ד ובאמת לשיטת הסמ"ע יש לומר דבלא בא לפנינו אמרינן מסתמא הכיר משא"כ בשבאו לפנינו אבל מ"מ קשה דמשמע ברי"ף שבאו לפנינו להעיד לכן נראה ברור דזו היא ראיה למה שכתבתי לעיל ס"ק ז' דדוקא בשטר כשר כדינו אמרינן דהוי כמי שנחקרה בב"ד אבל שטר פסול ומזוייף מתוכו הוי חספא בעלמא ואין כאן הגדה כלל א"כ להרא"ש היו יכולין לחזור ולהגיד בב"ד בלי הקרוב והיה השטר כשר לכך קאמר הרא"ש כיון שהעיד בב"ד דבלא"ה היה כשר אפילו לשיטתו וזה שדקדקו הטור והרב בהגה' גם כאן כיון שהעיד בב"ד דלא

תימא דוקא בעדות בעל פה אבל הכא בעדות שבשטר לא בעי הגדה בב"ד קמ"ל דלא. ועיין תומים דאשה אינה בגדר עדות ולא אמרינן בה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ולפעד"נ דאין לחלק בין הפסולים דאם כן עבד ושאר פסולים מאי איכא למימר אבל החילוק פשוט שכל שלא נודע פיסולו קודם שראה המעשה א"כ נצטרף בשעת ראיה עם הכשרים והוי נמצא קרוב ופסול אבל אם נודע פיסולו לעין כל אף שהוא נתכוון להעיד לאו כל כמיני' להיות עד בע"כ במה שגלוי לכל העולם שאינו עד ואף דלהרי"ף לעולם מיירי שידעו העדים בפיסולו היינו שהם ידעו ונצטרפו עמו אבל אם ידוע לכל העולם כגון אשה לא שייך לומר שהם נצטרפו עמו שהיא אינה נראית כעד כלל ולאו כל כמיני' להיות עד בע"כ כנ"ל:

לז (א)

כל עדות שיש לאדם הנאה. עסמ"ע וש"ך בשם הע"ש דטעם הפסול משום קרוב ולא משום משקר וכתב הש"ך דכוונתו בזה ליישב קושית הרמב"ן ובאמת הרמב"ן תירץ בלא"ה בענין אחר וא"כ העיק' דפסול משום משקר ובתומי' תמה כי דעת הע"ש הוא דעת הריב"ש והראב"ד והש"ך גופא הסכים להריב"ש סי' ל"ו וא"כ מבואר דהפסול מטעם קורבה ואין דבריו נכונים כלל ואדרבא מדברי הריב"ש והראב"ד מבואר להדיא דהטעם משום משקר דהא הראב"ד כתב לחלק דאצל עצמו אמרינן אדם קרוב והיינו דלא מיקרי לעצמו עד פסול אבל אצל ממונו מיקרי עד פסול ומהאי טעמא בפלוני רבע שורי וכו' ע"ש ברא"ש פ"ק דמכות והשתא תקשה להראב"ד ולהריב"ש שנמשך אחריו דכיון דלגבי ממונו הוי עד פסול א"כ נוגע וכן מלוה ולוה יצילו דבזה אמרינן נמצא אחד קרוב ופסול עדותן בטילה גם הריב"ש כתב דין זה ודייק מינה דנוגע לא חשיב עד פסול דהוי בעל דבר. ובאמת מדברי הראב"ד מוכח להיפך וצריך לומר דבאמת קשה להראב"ד מלוה ולוה יצילו וע"כ דע"כ לא כתב הראב"ד לחלק רק היכי שהוא אינו נאמן אצל ממונו בין לזכות בין לחוב ובכהאי גוונא לא מיקרי עד פסול לעצמו רק בעל דבר ולגבי ממונו מיקרי עד פסול כיון שאינו נאמן בין לזכות בין לחובה אבל גבי ממונו היכי שהוא פסול מטעם משקר ולחובתו נאמן בהא פשיטא דאינו בכלל מקיימי דבר והוי בעל דין גמור ואדרבא טפי מיקרי בעל דבר מהיכי שהוא מעיד על עצמו דלעצמו אינו נאמן כלל בין לזכות בין לחובה וטפי הוי ליה למיקרי עד פסול ומ"מ נקרא בעל דבר כ"ש לממונו במקום דאינו נאמן רק לזכותו דלא מיקרי עד פסול רק בעל דבר וא"כ דברי הריב"ש הם ממש כהש"ך דהוי משקר לכך לא מיקרי עד פסול רק בעל דבר. ומ"ש בתומים דאי מטעם משקר הוי כגזלן ליתא דגזלן פסול לכל עדות אפילו ידוע שאומר אמת משא"כ זה שאינו נפסל רק

בשביל נגיעתו אומר שקר לכך מיקרי בעל דבר אך אמנם יש לדון מטעם אחר דאי נימא דסובר הריב"ש דנוגע פסול מטעם משקר א"כ קודם שהעיד בב"ד פשיטא דלא היה צריך לטעם משום דהוי בעל דבר דהא בלא"ה עיקר הטעם דמהני צירוף בשעת ראיה כיון דהמעשה אמת רק גזירת הכתוב הוא דפסול כמו שכתבו התוס' שם לכך בשעת ראיה נצטרפו א"כ בפסול נגיעה דאינו רק מטעם משקר אין כאן צירוף בשעת ראיה ממה נפשך איני מבטל עדות הכשרים דאי אומר אמת הרי הוא כשר ואי שקר הרי לא נצטרף בשעת ראי' ואפילו אי נימא דהריב"ש מיירי שכבר העידו בב"ד וסובר דאף דלא נצטרפו בשעת ראי' כשהעיד בב"ד תכ"ד נתבטל כל העדות כדעת הרמ"ה שהביא הטור לעיל סימן ל"ו מ"מ פשיטא דאי הטעם משום משקר האיך אפשר דיהיה הם שנפסלו בשבילו של זה יגרעו מהפסול זה בעצמו דזה הפסול בעצמו לא נפסל רק משום משקר ואלו היה ידוע שאומר אמת היה כשר א"כ הם שבאו מכחו כיון שהם בוודאי אומרים אמת למה לא יהיו נאמנים ועוד אי ס"ד דהריב"ש סובר מטעם משקר א"כ איך יש לחוש למשקר כל היכי ששנים אחרים מעידין עמו דמ"נ אי לא ראו כאחד לא נצטרפו ואי ראו כא' א"כ הם מעידין עליו שהי' שם ואיך יש לחוש למשקר ובאמת ספר הריב"ש אין בידי לעיין בו ואפשר דמיירי בשני עדים לענין שנאמין השני כע"א ובזה שפיר יש לומר שזה משקר אבל מ"מ יותר נראה דלהריב"ש אין הטעם משום משקר כנ"ל. אבל הראב"ד בוודאי סובר דהטעם משום משקר כמו שביארנו וכ"כ בתשובת נו"ב בחלק א"ה סי' ס"ז וכן עיקר מאחר שגם הרמב"ם דעתו כך (ב ואפי' על חלק השותף עסמ"ע דוקא דעדיין לא חלקו אבל אם חלקו מועיל עדותו לחלק השותף וזהו דוקא לדעת הסמ"ע דטעם דנוגע פסול מטעם משקר אבל להע"ש דפסול מגזירת הכתוב ודעתו דמהאי טעמא אינו מועיל לחלק השותף משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו שכתב הסמ"ע בשמו ס"ק י א"כ ה"ה כשחלקו לא מהני עדות מהאי טעמא. ובתומים הקשה על זה לדעת הראב"ד דבנגיעת ממון לא מיקרי קרוב לעצמו רק עד פסול א"כ הכא נמי אינו מועיל עדותו אף אחר שחלקו ואין זה נכון דכבר הוכחתי לעיל סימן ל"ו וסימן זה ס"ק א' דע"כ לא דיבר הראב"ד רק בפלוני רבע שורי דפסול בין לזכות בין לחובה שפיר מיקרי עד פסול ובטיל כולו אבל כל היכי דפסול רק לזכותו מטעם נוגע בזה מודה הראב"ד דהוי בעל דין ולא בטיל כולו. עוד הקשה למ"ד דבקרובים לערב אינן נאמנין ללוה משום דלא שייך פלגינן דיבוריה ולא כסברת הראב"ד א"כ הכא נמי לא שייך פלגינן דיבוריה וליתא דוודאי הם לא סבירי להו כסברת הראב"ד דכל היכי דמיקרי עד פסול לא אמרינן פלגינן דיבוריה רק עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וסבירי להו דלעולם פלגינן דיבורי' והתם ליכא

למיפלג דאם זה אמת בע"כ גם זה אמת אבל מ"מ בהא מודו דע"כ לא בעינן פלגינן דיבורי' ואל"כ בטיל כל העדות רק היכי שהוא קרוב או פסול אבל אם פסול מצד נוגע וחשש שקר בהא אפילו אי לא פלגינן דיבורי' אינו בדין שיבטל שאר העדות וכמו שהארכתי בזה לעיל ריש סימן זה דכל היכי דהפסול מחשש שקר לא מבטל שאר העדות א"כ בזו אין צריך לפלגינן דיבוריה אבל להע"ש דנוגע אינו משום משקר בוודאי בהא נמי לא פלגינן וכל העדות בטל כמו שכתב הסמ"ע בשמו ס"ק י' גם מה שנראה בתומים דמדמה הך דהרשב"א באומר אני זניתי להך דקרובים לערב כבר הוכחתי לעיל סי' ל"ד באריכות שאין ענין זה לזה: (ג) ישלם לו דמיה עסמ"ע וש"ך דהפי' שישלם לשותף כשיהא לו מעות ובאמת לשון הטור אינו מדוקדק דלשותף לא שייך לשון סילוק] ונראה לפע"ד דבעינן דוקא אחריות גמור שיטרוף מנכסים משועבדים דאי יקבל לסלק במעות נהי דחשש נגיעה מצד לוה רשע ולא ישלם ליכא דהשתא הוי לוה רשע ולא ישלם לשותף אבל בלא"ה איכא חשש נגיעה אחריתי דהא מלוה שאומר אמנה אינו נאמן היכי דהוא חב לאחרים ומיגו דאי בעי מחיל ליכא כמו שכתבו התוס' הרא"ש שם דאין דעתו למחול להפסיד חובו אבל אמנה יודע שאין הלוה גזלן ולפי זה איכא חשש נגיעה דאם לא יעיד יטרפנה המערער לא יהא נאמן לומר שטר אמנה הוא דהוי חב לאחרים לבעל חובו משא"כ אם יעמיד שדה זו בפני בעל חובו אז יהא נאמן לומר שטר אמנה דכיון דהשותף אינו יכול לטרוף משועבדים לא הוי חב לשותף כלל דהא יכול הלוה לומר שאין לו מעות ומשועבדים לא טריף ויהא נאמן לומר אמנה לכך נראה דכוונת הטור אחריות גמור דאף משועבדים יטרוף ואז הוי חב לאחרים לשותף וזהו דלא כהתומים שכתב דדמים דוקא גם בלא"ה אין דבריו שם נראין מה שהקשה מאפותיקי. גם מה שתמה על הגי"ת הוא תמוה דלפי דבריו פשיטא דלא קשיא על הגי"ת כיון דלא יכתוב אחריות רק לסלק במעות: (ד) אם יש בה פירות זהו מה דפריך בש"ס לשמואל דקא' אריס מעיד דהא בבריית' קתני דאינו מעיד ומשני הא דאיכא פירי בארעא הא דליכ' פירי בארעא ופי' רשב"ם דאי ליכא פירי לא הוי נוגע דאי משום שהוא אריס הלא יוכל להיו' אריס במקו' אחר וגם מי יודע אם זה יעכבנו אצלו יכתב עוד דהיינו דוקא דלא טרח אבל אי טרח הוי נוגע בפירות שיהיו אח"כ ובטור האריך בזה והביא שהרמ"ה חולק בזה על הרשב"ם דאפי' טרח לא הוי נוגע ואין דבריו נראין דכיון דטרח פשיטא דהוי נוגע דהא אין בעל הבית יכול לחזור בו מאחר שכבר טרח בזריעה ועבד בה וזכה בה שיהא אריס א"כ הוי נוגע גמור שהרי יזכה בפירות שיגדלו אך קשה לכאורה על הרשב"ם דמאי קא מחלק בין היכי דאיכא פירי להיכי דליכא הוי ליה לחלק בין טרח או לא כיון דהכל תלוי

בטרח ואז אפילו ליכא פירי הוי נוגע לכן נראה אף שמדברי הרשב"ם משמע דהכוונה ליכא פירי היינו דעכשיו ליכא אף שיגדלו לאחר מכן אבל לפעד"נ נראה פשוט דוודאי כל שהשדה תגדל פירות בשנ' זו פשיטא דהוי נוגע ומה נפקא מינה שישנן עכשיו או שיבואו אח"כ רק הכוונה בש"ס פשוט שאם יש בשדה זו פירות א"כ הרי עומדות לענין שירויח האריס א"כ הוי נוגע אבל אם אין בה פירות שאינ' עומדת לפירות] כלל ומ"מ ס"ד כיון שהוא קיבל אריסות לכל שדותיו של זה לא יעידו לו ועיין לעיל ריש סימן ל"ג במה שנסתפק בתשובת רדב"ז במשרתי הבית ושכירו ולקיטו אי כשרים להעיד ואף כאן ס"ד כיון שהוא אריס שלו לא יעיד לו קמש"ל כיון דאין נ"מ לאריס בשדה זו שאין מגדלת פירות הרי זה כשר להעיד וכן נראה מדברי הרמב"ם שחילק בפשיטות בין אית בה פירות ללית בה פירות וכמו שכתבתי:

עוד הביא הטור פי' אחר בשם ר"י דאפילו אית בה פירות לא הוי נוגע דהאריס הוי כיורד ברשות ולא הוי נוגע רק אם פסק לו יותר משאר אריסי העיר ופי' זה תמוה מאד דלפי זה צריך לומר דהא דמחלק בין היכי דאיכא פרי בארעא הכוונה דברייתא מיירי שפסק לו יותר משאר אריסי העיר א"כ תקשי לאיזה צורך מוקי מילתא דשמואל דליכא פרי בארעא הא אפילו בדאיכא מצי מיירי רק באריס דעלמא כשאר אריסי העיר ואדרבא סתם אריס מיירי בשאר אריסי העיר וכיון דברייתא ע"כ מיירי שפסק לו יותר א"כ ממילא לא קשיא אדשמואל כלל דמיירי באריס סתם אלא וודאי דאפילו בסתם הוי נוגע בדאיכא פרי בארעא וזה ברור גם מה שכתב הטור בשם הר"ר יונה דאפי' אכל הפירות כבר הוי נוגע שיצטרך לשלם לנגזל לא נהירא כלל דכל שאין עכשיו פירות ולא יבואו ג"כ בשנה זו שהוא אריס בה שוב לא הוי נוגע דפשיטא שלא יוכל להוציא מן האריס הפירות שאכל רק יחזור על הגזלן וכן מבואר בהגהת מיימוני להדיא. וכן נראה דעת הרמב"ם ומחבר שכתבו סתם לחלק בין היכי דאיכא פירות להיכי דליכא והיינו כדעת רשב"ם אבל מ"מ בזה נראה עיקר דאפילו עדיין לא נגדלו הפירות רק שעתידין ליגדל הוי נוגע ומה שאמרו ליכא פרי היינו שאין כאן פירות כלל ואז לא הוי נוגע כלל ודו"ק:

ה אין באותה הודאה ממש. פי' הסמ"ע דכיון שהגיד וכו' משמע דבלא"ה לא היה נאמנין במיגו שהעדות אמת עכ"פ ובאורים כתב דהוי מיגו להוציא ולפי זה למ"ד דאמרינן מיגו להוציא אפי' אמרו קודם שהעידו עדותן קיימת במיגו דאי בעי שתקי וזה דוחק דהוי ליה למחבר והרב לחלק בכך בפרט דהוי מיגו דשתקי והיה נראה להוכיח מזה כדעת הע"ש דנוגע פסול מטעם גזירת הכתוב ולא משום משקר הילכך כל שהוא נוגע אף שיש לו מיגו וידוע דאינו משקר מ"מ פסול מגזירת הכתוב לפי שהוא נוגע ואין להקשות נהי

דבתורת עדות לא מיהמני מגזירת הכתוב מ"מ מתורת בעל דבר ניהמניה דכל בעל דבר מהימן במיגו הא ליתא דאי אין נאמנים בתורת עדות ליכא מיגו כלל דכיון שאם לא יאמרו שיש להם חלק יהיו עדים גמורים והם עוברים על עדות שקר משא"כ עכשיו אינם עדים שקרים וע"כ דניהמנינהו עכשיו ג"כ בתורת עדות ועל זה נאמר דכל עד שהוא נוגע לאו עד הוא אף אם אין לחוש שהוא משקר כדברי הע"ש. אך באמת נראה דבלאו הכי אפילו אי נימא דנוגע פסול מטעם משקר היינו דוקא בנוגע שעכשיו אין הוא תובע ולא נתבע רק שיגיע לו מזה צד הנאה לאחר מכן זהו נקרא נוגע ובזה כל שאין לחוש למשקר הוי עד גמור ונאמן בתורת עדות אבל זה שנגיעתו הוא שהוא בעצמו בעל דבר ותובע ופשיטא דבעל דבר בעצמו אפילו אינו משקר אינו נאמן בתורת עדות דבעל דין אינו בגדר עדות ובתורת בעל דבר נאמן הילכך הכא כשהודו שיש להם חלק באותו חוב אף שיש להם מיגו מ"מ שוב אינן נאמנים רק בתורת בעל דבר ולא בתורת עד א"כ ממילא ליכא מיגו דלא רצו לעבור בלא תענה להעיד שקר ולפי זה יצא לנו דין מחודש דדין זה של המחבר דוקא כשהודו שיש להם חלק באותו חוב דאז לא הוי עדות כלל וליכא מיגו אבל אם אמרו קודם שהעידו שהם נוגעין בעדות ולא בעלי דברים אז נראה פשוט דלא מבעי למ"ד דאמרינן מיגו להוציא דפשיטא דעדותן קיימת אלא אפי' למ"ד דלא אמרינן מיגו להוציא נראה ברור דהיינו דוקא גבי בעל דבר אבל בעדים אמרינן מיגו אפילו להוציא וכ"ש הכא דאיכא מיגו דאי בעי שתקו והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכן יש להוכיח מדברי התוס' פ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב שהקשו שם דניהמני' סהדא בתרא במיגו דאי בעי פסלא לקמאי בגזלנותא וקשה הא התם הוי להוציא השטר דבלא"ה הוי תרי ותרי ולא מפקינן מיניה וע"כ דלגבי עדים לא שייך חילוק זה דלהוציא ובכל גוונא נאמנין א"כ ה"ה הכא אם אמרו נוגעין אנו עדותן קיימת וכל זה אי הטעם משום משקר אבל אי הטעם משום גזירת הכתוב אפילו בכהאי גוונא עדותן בטילה. וכבר הכרעתי לעיל דפסול מטעם משקר ע"ש: (ו) אינו נאמן על חבירו. כתב הש"ך סימן ע"ז ס"ק י"ג וז"ל בב"ח הוי קשיא ליה דאם יש לאחד או לשניהם שהודו נכסים מאי נ"מ בעדותו יגבה הכל ממנו ותירץ דמיירי שאין לו נכסים ואפ"ה נוגע בעדות שמא יתעשר וע"כ כתב דהדין שכתב המחבר לעיל סי' ל"ז ס"י דאין נוגע בעדות בשביל שמא יתעשר צ"ע ולפע"ד הדין דין אמת כמש"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 וכהאי גוונא עכ"ל ודבריו תמוהין שהוא הבין כוונת הב"ח דהקושיא הוא מאי נפקא מינ' בעדותו ועל זה כתב נ"מ ובאמת כוונת הב"ח במה נפשך אם יש נ"מ בעדותו פשיטא דהוי נוגע ומאי קמ"ל הא לעצמו

מעיד וכבר אמרו דאפילו בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד כ"ש זה שמעיד לעצמו ממש ואי אין נ"מ מאי תועלת יש בעדותו ועל זה תירץ הב"ח דאין לו נכסים וקמ"ל דהוי נוגע משו' שמא יתעשר וכן מבוא' להדיא בב"ח שם סי' ס"ז שכתב וז"ל נראה דהא דאיצטרך לאשמועינן הא מילתא מיירי שזה שהודה אין לו נכסים לשלם וראובן רוצה שיתחייב הכופר שבועה דאורייתא על פי חבירו שהוא מעיד עליו שהוא חייב והוי אמינא דאינו נוגע בעדות כיון שאין לו לשלם וקמ"ל דאפ"ה הוי נוגע בעדות דשמא תשיג ידו אח"כ עכ"ל הרי להדיא כמו שכתבתי וסוף לשון הב"ח שם גרם לו להש"ך ובאמת כוונתו כמו שכתבתי ע"ש. ולפי זה צ"ע לכאורה שיהא המחבר סותר עצמו בכאן מסעיף ד' לסעיף י'. אבל באמת עיקר קושית הב"ח לק"מ דפשיטא דטובא קמ"ל דס"ד דיהא נאמן במיגו דהי' גם הוא כופר בכל או שהוא חייב החצי בלא שותפות כלל ולא הוי נוגע קמ"ל דמ"מ הוי נוגע אמנם בטעם הדבר למה יהא נוגע הא אית לי' מיגו יתבאר בסמוך ועיין מ"ש לקמן בסעיף י' בזה:

ז א' מהשותפים. עסמ"ע דמיירי שהם שותפים בדבר אחר אבל אם הם שותפות בדבר זה מבואר בס"ד דאין נאמנין להעיד זה על זה ובאורים תמה דבס"ד הטעם דאינו נאמן במיגו שהוא לבדו חייב חצי משום שיתחייב שבועת היסת [ולא ידעתי לאיזה צורך כתב היסת הא יש כאן שבועה דאורייתא דמודה במקצת ואי דישבע עכשיו ג"כ עד צריך שבועה אינו עד אבל הכא מיירי דתובע טוען שמא וליכא שבועה ושפיר נאמנין להעיד כמו גבי הן הן שלוחין הן הן עדיו ע"כ. ואין דבריו נכונים ונעלם ממנו דברי הפרישה סי' ע"ז שכתב להדיא וז"ל ואין להקשות יהא המודה נאמן במיגו דהיה כופר הכל או לא היינו שותפים ואינני חייב רק החצי דיש לומר דירא לשקר שמא יכחישנו התובע בעדים והיותר נראה כיון דלפי טענתו דהשתא הוא חייב בכל וכמ"ש אלא שבאת להאמינו במקצת ולפטרו במקצת ולחייב את חבירו באותו מקצת מיגו כזה לא אמרינן שיהא לו המיגו לפטור נפשו ממה שהודה ושיחייב חבירו ע"י עכ"ל הפרישה. הרי להדיא דבלא"ה לא מהני מיגו אפילו אי ליכא שבועה א"כ יפה כתב הסמ"ע לשיטתו שהם שותפים בדבר אחר. אך אמנם גוף דברי הסמ"ע צריכין ביאור דלמה לא נימא מיגו בכהאי גוונא ועיין לקמן ס"ק י"ד שם בארתי דברי הטור סי' ק"מ במה שהשיג על ר"ח ודבריו הם ממש כדברי הפרישה ע"ש גם בלא"ה נראה פשוט דהוי מיגו להוציא או לחייב שבועה ואף דכבר כתבתי לעיל דלענין עדות מהני מיגו אפי' בכהאי גוונא היינו דוקא בתורת עדות אבל הכא כיון דהעדות הוא לעצמו לא מיקרי עד דמ"מ עכשיו בשביל עצמו אומר כן א"כ

בתורת בעל דבר לא אמרינן מיגו להוציא ולחייב שבועה וכן נראה עיקר לדינא דלא מהני מיגו בזה מהני טעמי דאמרן:

ח לאחד מהחתומים בו. כתב הסמ"ע דוקא לאחד קאמר דאז אמרינן דהשני לא היה מעיד בשקר בשביל הנאת האחד משא"כ כשמכר השט"ח לשני עדי השטר וכ"כ הטור ומחבר להדיא סימן ס"ו סכ"א עכ"ל וקשה לי על דין זה בתרתי חדא דאפילו בשנים החתומים בו למה ניחוש למשקרים דהא פשיטא דלא חיישינן בנוגע רק כשבא להעיד לפנינו והוא נוגע מכבר ונכנס בגדר הנגיעה מצד עצמו אז חיישינן מאחר שהוא נוגע שיעיד בשקר אבל פשיטא דאם ידוע לנו דעכשיו אין לו שום נגיעה ואין ענין זה שייך לו בוודאי לא חיישינן שמא יבוא לו טובה מעדות זה שהבעל דין יתן לו מעות וכדומה מהנאה שהוא ענין מחודש אצלו דאל"כ כל עדים ניחוש להם שמא פסק להם שכר להעיד והם נוגעין וע"כ כל שאין עדות זו נוגע להם מצד ענין שהיו להם מכבר לא חיישינן שיעידו שקר מספק שמא יגיע להם איזה הנאה בעדות זו א"כ הכא שהם לקחו שטר זה למאי ניחוש הא בשעת חתימה לא היה נוגעין כלל ואי נימא שחתמו השטר לאחר מכן והקדימוהו א"כ בשעת חתימה פשיטא שלא היו נוגעין שהרי לא לקחו אז כלום א"כ איך ניחוש על עדים כשרים שחתמו בשקר בשביל הנאה שיגיע להם אח"כ שהמלוה ימכור להם שטר זה דכיון שהם בחזקת כשרות וכשרים לכל עדות למה ניחוש להם בעדות שחתמו בשקר בשביל שיקבלו הנאה בחתימתם ודו"ק היטב. ועוד קשה אי ס"ד דחיישינן לזה א"כ במכר לע"א נמי ואי משום דהשני לא יעיד בשביל הנאתו של זה הא חתם בשטר קודם שנעשה גזלן ואח"כ נעשה גזלן נמי נימא דהשני לא יעיד בשקר בשביל זה ומ"ש נוגע ומ"ש גזלן וע"כ דהתם חיישינן שחתם בשקר דהא חזינן שהוא פסול אבל הכא כיון דהם עכשיו כשרים לכל עדות מהיכי תיתי נימא שחתמו בשקר מחמת שהמלוה פסק להם איזה הנאה וא"כ הם פסולים לכל עדות וכיון דלכל עדות כשרים ולא חיישינן למה יפסלו בזה א"כ ה"ה שנים וצ"ע ועיין לקמן סי' ס"ו בש"ך שם ומ"ש שם:

ט למ"ד טובת הנאה אינה ממון עש"ך שהשיג על זה דהריטב"א לא כתב כן רק לפי שסובר באמת טובת הנאה ממון אבל אי אפילו אינה ממון לגבי עדות הוי נוגע ובתומים כתב דכוונת רמ"א לקרובי הגיזבר דבזה לא שייך לא יומתו אבות על בנים כיון דלא הוי ממון. והנה מהש"ך מבואר להדיא שדעתו להשיג גם על קרובי הגיזבר דאל"כ לאיזה צורך כתב דהריטב"א כתב כן לפי שסובר באמת טובת הנאה ממון דהא בלא"ה התם מיירי בקרובי הגיזבר א"כ למ"ד אינה ממון יכול להעיד וע"כ דכוונת הש"ך להשיג באמת גם על קרובי הגיזבר דאפילו אי טובת הנאה אינה ממון מ"מ כיון דהוא מיחשב נוגע

ובעל דבר א"כ ג"כ פסולין. עוד כתב הסמ"ע בשם הריטב"א דאפילו אי טובת הנאה ממון פלגינן דיבוריה ומדברי הרא"ש פ"ק דמכות גבי אילעי וטובי' קרובים דערבא מבואר דבכהאי גוונא לא פלגינן וכ"ש לשיטת הראב"ד דבכהאי גוונא אמרינן עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו ומה שכתב הריטב"א לחלק דהך דירושלמי דכתב לשני בני אדם מיירי דוקא בשטר בהרא"ש מוכח להיפך דהא התם באילעי וטובי' מיירי בעל פה ואדרבא נראה לפע"ד דהגיזבר בעצמו יכול להעיד דפלגינן דיבוריה דכיון דהוא נוגע ופסול מטעם משקר לא אמרינן בי' עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו שהארכתי בזה לעיל ריש סי' זה אבל קרובי הגיזבר דפסולין מגזירת הכתוב שפיר מיקרי עד פסול ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וצ"ע:

• כל היכי דהשתא וכו'. עסמ"ע וש"ך מה שהאריכו בזה דהתוס' לא כתבו כן רק לס"ד אבל לפי האמת בלא"ה הוי נוגע משום דלא ניחא ליה דליקרויה לוה רשע ולא ישלם והש"ך כתב לפרש בפי' דחוק דכמו שהקשה על הסמ"ע דהוי ליה לש"ס לישני' בהכי כמו כן קשה לפירושו גם תמוה למה לא יהא לוה רשע בניזקין ועיין תומים מה שהאריך בדחוקים והנה לכאור' יש לתמוה על האחרוני' דהא פשיטא דמשכחת לה בפשיטות בהך דינא שזכר המחבר לעיל ס"ד בראובן שתבע לשנים שכפר אחד והודה אחד שאין זה שהודה נאמן להעיד על חבירו דהוי נוגע וא"כ כשאין לו נכסים יכול להעיד ולא חיישינן שמא יתעשר והתם ליכא למימר דניחא ליה דלא ליהוי לוה רשע דהא בלא"ה הוי לוה רשע לזה השני כיון דהוא אין לו מעות כלל והא וודאי ליכא למימר משום שאם לא יעיד יהא חייב לזה כל המעות משא"כ השתא אינו לוה רשע לזה רק על חצי החוב הא וודאי ליתא סוף סוף הוי לוה רשע ופשיטא דלא חיישינן שיעיד שקר בשביל זה רק שיש לחוש שאם יתעשר יהנה בעדותו ועל זה אמרינן דלא חיישינן שמא יתעשר ועוד דבלא"ה לא שייך לומר בכאן לוה רשע דוודאי יש לתמוה דכי בשביל לוה רשע יעיד שקר וצריך לומר כמו שכתב הרמב"ן דלא נימא ליה שיקרא רע בעיני הבריות וזהו דוקא בבעל חוב המוציא שט"ח עליו אבל התובע על פה אין מי שיודע רק זה התובע א"כ כמו שיודע שהוא לוה רשע כמו כן יודע שהוא מעיד בשקר וא"כ שפיר משכחת לה בפשיטות. וביותר יש לתמוה דהא הש"ך גופא כתב סימן ע"ז ס"ק י"ג בשם הב"ח דקמש"ל דלא יעיד כגון שאין לו נכסים וחיישינן שמא יתעשר וע"כ דברי המחבר כאן צ"ע והש"ך שם כתב דהא ליתא רק מיירי שאין לו נכסים כאן אבל עכ"פ מודה דאם אין לו נכסים כלל דיכול להעיד א"כ הרי משכחת לה דינו של המחבר. ועוד קשה דהא משכחת לה בפשיטו' גם כן כשמכר שדה באחריות הן אחריות דמערער הן אחריות

דב"ח ובא מערער וב"ח לטורפה והוא אין לו נכסים יכול להעיד שלא יטרפנה המערער דאי משום לוה רשע הא השתא נמי הוי לוה רשע ופשיטא שאין חילוק בלוה רשע רב או מעט. אבל באמת דברי הב"ח והש"ך לקמן סימן ע"ז ס"ק י"ג תמוהין מאד לפע"ד דפשיטא דאין ענין דינו של המחבר כאן שייכת להתם והוא דדבר ברור הוא לפע"ד דע"כ לא כתבו התוס' דבר זה רק בנוגע פי' שאין עדות זו לפנינו שייכת לו והוא אינו תובע ולא נתבע ולאו בעל דבר הוא רק שיבוא לו איזה הנאה אח"כ לכשתשאר השדה ביד הלוקח זהו מיקרי נוגע וכל שאין לו נכסים הוי עד כשר ונאמן בתורת עדות כיון שאינו בעל דבר בדין זה עכשיו אבל אם עכשיו גוף הדין הוא לו שהוא על צד שיפטר הוא או יתחייב והוא בעל דבר פשיטא דאף אם אין לו נכסים כלל דאינו יכול להעיד והגע עצמך ראובן שתבע לשמעון מנה והוא יטעון להד"ם וכן אם תובע לשנים בשטר והם אומרים שהוא פרוע ואין להם נכסים עכשיו יהיו נאמנים בתורת עדות לבטל השטר ופשיטא דהא ליתא וכל שהדין שייך לו והוא בעל דבר בדין זה אינו נאמן לפטור עצמו אף שאין לו נכסים ולפי זה התם שהוא אומר שהשני שותף עמו ופוטר עצמו מחצי שאינו חייב רק החצי פשיטא דאפילו אין לו נכסים אינו יכול להעיד וזה ברור ונכון ולפי זה כמו כן אם מכר שדה באחריות ויש כאן מערער וב"ח פשיטא שאינו מעיד אף שאין לו שהרי הוא נפטר מב"ח והרי הוא בעל דבר בגוף דין זה ובהא ליכא למ"ד שיהא נאמן כשאין לו ודלא כהב"ח והש"ך שם אמנם בגוף הקושיא שהקשו על המחבר נראה לפע"ד ליישב בפשיטות והוא דמלבד מה דמשכחת לה בהא דאמרינן האומר תנו מנה לענייי עירי שאין בני העיר יכולין להעיד משום דאפילו עשירים ניחא להו שיהא לעניים בריווח ולפי זה להיפך באומר תנו מנה לעשירי עירי בהא פשיטא דעניים יכולין להעיד ולפי זה האומר תנו מנה לעשירי העיר לאחר זמן מה א"כ אם היה מקום לחוש שמא יתעשר היו העניים פסולים שמא יתעשרו בזמן ההוא ומהני בעדותם על זה אמרינן דלא הוי נוגע בשביל שמא יתעשרו. ובלאו הכי נראה דע"כ לא אמרינן דניחא ליה דלא הוי לוה רשע ולא ישלם היינו דוקא בסתם אדם אבל באדם המוחזק לפנינו בעני גמור מחזיר על הפתחים וכה"ג והוא חייב לכמה בני אדם בלא"ה ואין לו מה לשלם פשיטא דלא שייך בו לוה רשע ולא ישלם ובהכי אייתי המחבר ואי קשיא אמאי לא מוקי בש"ס כהאי גוונא לק"מ דהתוס' הקשו שם דהא מ"מ ניחא ליה דלא להוי תרעומות עליה ותרצו דמשום זה לא נפסל לעדות ובאמת תירוץ זה דחוק דכיון דחזינן דאיהו מצי לדון עמו א"כ איך יהא עד ובע"ד דהא הוי בעל דברים דידיה מכח התרעומות אבל באמת קושית התוס' לא קאי רק אהך דינא דשמואל דתיפוק לי' מפני תרעומות ולא הקשו אגוף הדין התם דמוקמינן בקיבל

אחריות ולא דעלמא דמ"מ הוי נוגע משום תרעומות וע"כ דבהא לא קשיא דדוקא בלוקח שייך תרעומות שנתן מעותיו בחנם אבל במתנה ליכא תרעומות דמה הפסידו ולפי זה במתנה לא שייך לאוקמא בגברא ערטלאי דלא שייך שזה יתן לחבירו שדה במתנה שלא באחריות דהא וודאי יטרפוה ממנו והוא לא קיבל אחריות א"כ לאיזה צורך יתן במתנה ולכך משני דקביל אחריות אבל פשיטא דבאיש כזה שידוע שהוא עני וחייב לכמה בני אדם דלא שייך ביה דלא ניחא ליה להיות לוה רשע ולא ישלם ובזה איירי המחבר ועיין עוד לקמן ס"ק י"ד אופן פשוט בזה:

יא מעידי המתנה פסול משמע דפסול לגמרי ואפילו שבועה ליכא נגד העד השני. ובאורים סימן ס"ו שם כתב דהוי כנמצא א' קרוב ופסול דליכא שבועה ובאמת הא ליתא דגבי נוגע לא אמרינן נמצא אחד קרוב ופסול כמו שכתב הריב"ש סי' קצ"ה הביאו הש"ך לעיל סי' ל"ו ס"ק ט"ו וכבר בארנו לעיל בכמה מקומות שכן עיקר אבל בלא"ה לא ידעתי האיך שייך שבועה כיון דהתביעה הוא שט"ח ואין נשבעין על השטרות ועוד יש לומר שאין העד לפנינו ואזיל כאן לדעת הרמב"ם לקמן סימן נ"א דשטר בשני עדים שנמצא אחד פסול אפילו בגוונא שאינו מבטל השאר מ"מ השט' בטיל לגמרי והעיקר כתירוץ ראשון ודברי הסמ"ע ס"ק כ"ה מגומגמין קצת בזה] אבל מ"מ היסת וודאי איכא דלא גרע משאר תביעו' דעלמא:

יב הרי זה מעיד למשכיר נראה דהיינו דוקא אם נתגי השכירות לאחר שדרו בבית אבל אם נתנו השכירות קודם שדרו כל הג' שנים אף שעכשיו החזיר להם השכירות למ"ד דאף בפיסול ממון בעינן תחילתו וסופו בכשרות א"כ הכא לא מצי להעיד דהא בשעת ראיה כבר היו נוגעין ולא מהני מה שנסתלקו אח"כ אבל אם לאחר שדרו נתנו לו השכר והוא החזיר להם הוי תחילתו וסופו בכשרות ובאמצע שהיו פסולין לא איכפת לן כדלעיל סי' ל"ג סי"ג גבי היה יודע לו בעדות עד שנעשה חתנו ונעשה חתנו ואח"כ מתה בתו דכשר להעיד:

יג אבל אי ליכ' עדים נאמן במיגו דאי בעי שתיק דין זה צ"ע לפע"ד. והנה הטור סק"מ הביא זה בשם ר"ח וכתב הוא דהא ליתא דהא אם יאמר לא דרתי בו לא יועיל כלל למשכיר משא"כ עכשיו הוא מעיד למשכיר ותמה הב"י בתרתי חדא דמה בכך הא כל הפסול משום נגיע' והרי אינו נוגע כיון שיכול לפטור עצמו בלא"ה ועוד דהא יש לו מיגו דהוא לא דר רק אחרים דרו בו ויועיל עדותו ע"כ. וקשה לי טובא על זה דהא התוס' פרק חזקת שם הקשו אהא דקאמר הני נוגעין בעדותן הם דהא אינן נוגעין כלל דיכול למימר יהיבנא אגרא להאיך ובשלמא עכשיו דאיכא היסת לא מהני מיגו דאם ישבע גם עכשיו

עד הצריך שבועה אינו עד כמו גבי ה"ה שלוחיו וכו' אבל בימי המשנה דליכא היסת מאי נגיעה יש ותרצו דמ"מ הוי נוגעין דיראין לומר יהיבנא אגרא להאיך שמא יזכה זה בדין ויתבע מהם פעם שנית [פי' על ידי שטר המכירה שימצא אבל להיפך אין יראין כיון שבוודאי יזכה על פיהם] ע"כ והשתא קשה האיך שייך מיגו דלא דרנו דמה בכך דאין המערער יודע ולא יצטרכו לישבע היסת נגדו מ"מ יראין שמא יזכה המחזיק בדין ויתבע מהם פעם שנית בטענת ברי ויצטרכו לישבע היסת נגדו ועד הצריך שבועה אינו עד [וכ"ש הוא דיצטרכו לישבע לשקר דהא באמת דרו ולא יכלי למימר פרענו דכל האו' לא לויתי כאו' לא פרעתי ואפי' אי נימא דיכולין לו' סתם אין אנו חייבין יצטרכו לישבע היסת עכ"פ ועד הצריך שבועה אינו עד]. ובאמת לפי תירוץ השני של הב"י סי' ק"מ דהמיגו הוא שיאמרו לא דרצו וגם יעידו להמחזיק א"כ בזה לא שייך קושיא הנ"ל דע"כ לא שייך שיראין שמא יזכה זה בדין ויתבע מהם בשקר היינו אם לא יעידו לו עכשיו ולא ישאר הבית בידו על פיהם ואדרבא הם יאמרו שנתנו למערער שכר אז יש לחוש שיתבע מהם בשקר אבל אם יאמרו לא דרנו ויעידו למחזיק ג"כ וישאר השד' בידו על פיהם בהא אין להם לחוש מהמערער דאדרבא הם עשו לו טובה שאמרו לא דרנו דבזה הוחזק בידו השדה על פי עדותם שאינן נוגעין וא"כ שפיר אף עכשיו לא הוי נוגעין אבל באמת דברי הב"י תמוהין בזה דהא מיגו כי האי פשיטא דלא אמרינן דהוי ממש מיגו דבי תרי שיעידו שניהם עדות מחדש להחזיק המחזיק ומהאי טעמא דייק המרדכי פרק חזקת במיגו דאי בעי שתיק דבהא אמרינן מיגו בשנים אבל מיגו להחזיק המחזיק בשדה בעדות אחרת פשיטא דהוי מיגו דבי תרי וע"פ זה יתפרשו היטב דברי הטור סי' ק"מ מה שהשיג על ר"ח ולק"מ קושית הב"י שם דכוונת הטור להקשות על ר"ח במ"נ אם יאמרו לא דרנו ולא יעידו כלל למחזיק לא הוי מיגו דהא יראין שמא יזכה זה בדין ויתבע מהם דהא מהאי טעמא קרינן להו נוגעין כמו שכתבו התוס' ואי שיאמרו לא דרנו ויעידו למערער הוי מיגו דבי תרי כנ"ל וליכא למימר דכוונת הב"י להקשות על הטור כך אי נימא דבהך דלא דרנו מיפטרי לגמרי ואינן יראין כלל א"כ שפיר הוי מיגו דהא הנגיעה נסתלק ואי משום דיראין מהיסת אם כן הדר הוי מיגו שיעידו גם למערער כיון שאינן יכולין ליפטר עצמן רק בזה וכבר כתבו התוס' בקידושין דליפטר מממון אמרינן מיגו דבי תרי והכא נמי הרי אינן נפטרין רק בזה ושפיר הוי מיגו אבל באמת הא נמי ליתא דע"כ לא אמרינן מיגו בי תרי ליפטר מממון היינו משום דבזה לא שייך לומר שיסכימו שניהם לדעת אחת ואין אחד יודע מה בלב חבירו דהא מ"מ כל אחד יכול לפטור עצמו ועכ"פ יפטר הוא ומה לו בחבירו וכן כתב הפרישה להדיא סי' ק"מ בזה א"כ היינו דוקא

אם הם נפטרין בלי שום עדות כגון מיגו דאהדרינהו ללוה וכהאי גוונא אבל כל שאין נפטרין רק בעדות שיעידו לבעלי דינים בהא פשיטא דלא אמרינן מיגו בי תרי דמ"מ הם צריכין להסכים בעדותם לדבר אחד דאל"כ אינו עדות ולא יפטרו ועדיין הוי מיגו דבי תרי ומהאי טעמא באנוסים מחמת ממון לא מהני מיגו אף דהוי ליפטר מממון משום שהם רוצים לפסול השטר וע"כ הם צריכין ליפטר עצמן וגם השטר יפסל א"כ לא הוי מיגו דסוף סוף אם לא יסכימו שניהם לעדות אחת לא יפסל השטר ודו"ק היטב וא"כ הכא כיון שהם צריכין להעיד למחזיק הוי שפיר מיגו דבי תרי. גם בלא"ה קושית הב"י סי' ק"מ על הטור נלפע"ד ליישב בפשיטות דכוונת הטור דוודאי התם גבי הן הן שלוחיו ה"ה עדיו באותו דיבור פרענו למלוה נפטרין הם ורוצין להעיד ושפיר אמרינן דעדותן קיימת שהרי לא היו מוכרחין לו' כן דבלא"ה היו נפטרי' משא"כ התם עיקר העדות הוא שדרו בבית ג' שנים רצופים וכל שאמרו שדרו בבית נתחייבו השכר ועדות אין כאן עדיין וא"כ הם מוכרחין לו' שדרו רצופין ליפטר עצמן א"כ האיך נאמין עדות זו דמ"מ אותה עדות ליפטר עצמן באה משא"כ התם קודם שהעידו אין כאן חיוב כלל א"כ אין העדו' באה ליפטר עצמן משא"כ הכא עיקר העדות שדרו רצופין א"כ לולי העיקר הזה היו מחוייבין השכר והאיך נאמין עדות שהוא ליפטר העד בעצמו שהרי בלי עדותו היה מחוייב ועל זה כתב הטור דבשלמא אם היה להם מיגו שישאר המערער בשדה וגם הם יפטרו שפיר יש להאמין העדות במיגו אבל עכשיו העדות בעצמה אין כאן מיגו כלל שהרי בלא דרנו לא היו מועילין כלל רק שהמיגו תועיל לסלק הנגיעה וממילא יהיו נאמנין לעדות ככל עדים ועל זה אמרינן דאין עדות זו מועיל שהרי עדות זו ליפטר נפשם באה והאיך נאמין בתורת עדות מה שהעד פוטר עצמו בזה וכן צריך לפרש דברי הפרישה סי' ע"ז מה שתירץ שם אהא דאין מאמינים בראובן שתבע לשנים וכפר אחד והודה אחד אותו שהודה במיגו דהיה כופר ע"ש דדבריו ממש כדברי הטור כאן ודו"ק ועוד קשה לפי מה שכתב הפרישה סימן ע"ז דליכא מיגו שירא שמא יכחישנו בעדים א"כ כ"ש הכא מאי מיגו יש כאן נהי דעכשיו ליכא עדים מ"מ כיון שדרו ג' שנים פשיטא דיש לחוש שמא ימצא המערער עדים או ע"א אח"כ וליכא מיגו לכן דין זה של הרב בהגה' צ"ע בפרט דכתב בהדיא במיגו דאי בעי שתיק ולפי דברי התוס' הנ"ל פשיטא דאין זה מיגו כנ"ל:

יד אין המלוה והערב וכו'. זהו לשון הטור אבל בש"ס פרק חזקת לשון הברייתא כך ערב מעיד ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתי מלוה מעיד ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתי ועיין דרישה סימן זה שכתב דמדלא ערבינהו הברייתא ערב ומלוה כחדא משמע

דאם באו שניהם ביחד יכול המלוה להעיד אף דלית ליה ללוה קרקע כיון שיכול לגבות מן הערב וסיים שצ"ע מדלא הזכירו הפוסקים דין זה ע"כ כתב דמ"מ הוי נוגע דלא ניחא לי' למיקם בדינא עם הלוה והערב כיון שצריך שיתבע הערב תחילה ולפי זה בקבלן פשיטא דמעיד עכ"ד. ובתומים סימן זה כתב מסברא דנפשיה דאם יש לו ערב יכול להעיד ונעלם ממנו דברי הדרישה הנ"ל דכתב להדיא להיפך כנ"ל וכן מורין דברי הטור דערבינהו כי הדדי והיינו דאפילו באו שניהם אין המלוה מעיד רק אם יש ללוה קרקע. אך יש להבין באמת קושית הדרישה מ"ש דבברייתא נקט לה בתרתי והטור בחדא לכן נראה דאין הטעם כמו שכתב בדרישה משום דלא ניחא ליה למיקם בדינא כמו שכתב בתומים רק הטעם לפי מה דקיימא לן לקמן סי' קכ"ט דאם אין ללוה נכסים ובא לגבות מהערב צריך הלוה לישבע מתקנת הגאונים שאין לו נכסים ויכלל בשבועתו שלא פרע למלוה דשמא קנוניא הם עושים על הערב ולפי זה פשיטא דהוי נוגע דעכשיו יגבה מהלוה והלוה יודע שלא פרעו משא"כ אם יצטרך לגבות מהערב הרי הוא תולה בדעת אחרים שישבע הלוה שלא פרעו ושמא לא ירצה הלוה לישבע ולפי זה הברייתא שפיר פליג להו בתרתי דאם יש ערב יכול המלוה להעיד דאז עדיין לא היתה שבועה זו ולא הוי נוגע אבל עכשיו דנתקנה שבועה זו אפילו בכהאי גוונא הוי נוגע לכך הטור דמיירי בזמן הזה בתר תקנת הגאונים שפיר נקט להו בחדא ולפי זה פשיטא דבקבלן מודה הטור דלא הוי נוגע דהתם ליכא שבועה כלל דאפילו אם הלוה אומר שפרעו אינו מועיל לקבלן כמבוא' לקמן סי' קכ"ט סט"ו ע"ש:

אך קשה לי על זה דמ"מ הוי נוגע מטעם אחר דהא כתב הסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק כ"ח דכמו דהמלוה צריך לישבע נגד לקוחות ואף שהלוה מודה כמו כן צריך לישבע נגד הערב א"כ פשיטא דהוי נוגע דהא נגד הערב יצטרך לישבע שבועה חמורה בנק"ח ואפילו אי נימא דמ"מ כיון דהאמת אתו לא יעיד שקר מחשש שיצטרך לישבע באמת מ"מ קשה הא משכחת לה שאפשר שאינו יודע באמת ולא יוכל לישבע משא"כ לגבי לוה לא ישבע דמודה דלא פרע וביותר אני תמה על התומי' שכתב דהא דאמרינן דאית ליה ארעא הכוונה אפילו הוא מכורה רק שהיא מאוחרת להנואה שלו ולפי הנ"ל הא ליתא דהא לגבי לקוחות פשיטא דלא ימלט משבועת הבא ליפרע מנכסים משועבדים והוי נוגע כנ"ל אבל מ"מ דינו של הדרישה בקבלן אמת הוא דהא כתב רמ"א סי' קכ"ט סט"ו דאם הלוה אומר שפרעו אינו נאמן ליפטר הקבלן רק המלוה נשבע ונוטל וכתב שם בתומים דמזה מבואר דלא כהסמ"ע ס"ק כ"ח דצריך המלוה לישבע נגד הערב כמו גבי לקוחות דאל"כ מה זה שכתב רמ"א ונראה לי שהמלוה נשבע ונוטל דהא לעולם המלוה נשבע

ונוטל ע"ש ובאמת לק"מ דפשיטא דמודה הסמ"ע בקבלן כיון שאם הלוה או' שפרעו לא מהני דהוי ליה להתנות א"כ פשיטא דאינו נשבע נגדו דהקבלן הוא ממש כמו הלוה בעצמו וע"כ לא כתב הסמ"ע רק בערב לבד כמבואר שם ומה שכתב רמ"א שנשבע ונוטל בקבלן או שטעמו דסובר כיון דהלוה פטור נאמן כע"א והוי כע"א מעיד שהוא פרוע דצריך לישבע וליטול ואפילו לדעת המחבר לקמן סי' פ"ד דבשמא אינו יכול להשביע על פי ע"א ליטול היינו דוקא התם דאיכא שטרא דמסייע אבל בלא שטר מודה [ע"ש בש"ך ותומים סימן פ"ד] ואי משום דהוי נוגע דאף דהוא תובע הקבלן יצטרך הוא לשלם לקבלן וא"כ מוכרח לומר שפרעו יש לומר דסובר הרב כל שלא אמר ערבני ואשלם הוי פורע חובו של חבירו כמבואר התם ועוד דשאני הכא כיון דהלוה אומר שפרעו ובלא"ה הרבה דיעות דפטור הקבלן כמבואר בש"ך שם לכן הכריע רמ"א עכ"פ דנשבע ונוטל אבל בערב מודה רמ"א דצריך לישבע כמו בלקוחות [ואם אין ללוה נכסים פשיטא דיכול להעיד דלא מיקרי נוגע דלא חיישינן שמא יתעשר ובזה יש לפרש בפשיטות דברי המחבר לעיל ס"ו ולק"מ מה שהקשו הסמ"ע וש"ך שם דבכהאי גוונא משכחת לה בפשיטות) עכ"פ למדנו דלערב צריך לישבע כמו ללקוחות ולא לקבלן א"כ ממילא הכא בערב הוי נוגע ולא בקבלן וכמו כן אם הקרקע מכורה אף שהיא מאוחרת להלואה לא מהני והוי נוגע כמו שבארנו שוב ראיתי בד"מ סי' קכ"ט שכתב מה שכתב בהגה' סט"ו שם ונ"ל דהמלוה נשבע ונוטל וכתב על זה כמ"ש לעיל בשם הנ"י ולעיל שם כתב בשם הנ"י להדיא כדברי הסמ"ע ס"ק כ"ח דצריך לישבע לעולם נגד הערב והרי זה מבואר דלא כהתומים שם ובחנם השיג על הסמ"ע מדברי הרב בהגה' הנ"ל דאדרבא מזה מבואר כהסמ"ע א"כ הכא הוי נוגע כנ"ל:

טו ואם ישאר עסמ"ע ס"ק כ"ט בשם הטור דאפילו אם הקרקע הנשארת היא זיבורית וכו' לא חשיד להעיד שקר משום חילוק שבין בינונית לזיבורית וכן כתבו התוס' פרק חזקת שם אבל התוספות סיימו שם אי נמי דכל דאית ליה ארעא אחריתי דכולה סוגי' היינו כיוצא בה וכוונתם במקום שיש נ"מ [אבל פשיטא דבערב ולוקח שני הפי' אפילו אינה כיוצא בה) וכתב ב"י דבהג"א לא כתב רק תירוץ ראשון ותמהו עליו הב"ח והפרישה דהתוספות לא כתבו זה לשום תירוץ רק לדינא בעלמא. ונראה דכוונת ב"י שהתוס' באו ליישב בזה דלא תקשי נהי דהך דאמרו אינו מעיד לעולם אינו מעיד דניחא ליה שיהא למלוה לגבות בהרווחה. אבל הך דאמרו מעיד תקשי עכ"פ הא בלית ארעא כיוצא בה באופן שיש חילוק בין בינונית לזיבורית האיך יעיד ועל זה כתבו דמלוה נמי לעולם מעיד דלא חשיד להעיד שקר ועל זה כתבו עוד ליישב דכולה סוגי' נמי אית ליה הכוונה

דוקא כיוצא בה ועלה קאי הך דאמר מעיד דהיינו בכיוצא בה כדאמרו מעיקרא אך באמת פשט דברי התוספות פשוט הוא דמעיקרא כתבו דלפי' רשב"ם קשה דא"כ כהאי גוונא מלוה נמי אינו מעיד ועל זה כתבו דעכשיו לא קשיא דבאמת מעיד אפילו כהאי גוונא ועל זה כתבו עוד דעכשיו יש לומר שפיר דכיוצא בה קאמר ודוקא לפי' רשב"ם ליכא למימר הכי דהא משמע דיש חילוק בין מלוה לקבלן אבל לפי' התוספות שפיר יש חילוק דקבלן לעולם אינו מעיד. ועוד יש לפרש דכוונת התוספות לפי הבנת ב"י דהך אי נמי מוסב למעלה לתירוץ הרשב"ם דקשיא להו דא"כ מלוה נמי לא יעיד ועל זה תירצו דבאמת הפי' כיוצא בה אבל מ"מ פשיטא דערב אין הפי' כיוצא בה דאפילו היא זיבורית לא יוכל לגבות מן הערב ועל זה קאמר דבקבלן פליגי למר בערב דמי ומהני נמי אפילו אינה כיוצא בה ולמר לא מהני רק בכיוצא בה ועל זה כתב ב"י דהגי"א לא קאמר רק תירוץ ראשון והיינו דלא חשיד להעיד שקר בשביל איחלופי זיבורית בבינונית והכא קבלן לעולם אינו מעיד משום דניחא ליה שיגבה המלוה בהרווחה כן נראה ברור בכוונת ב"י בזה וראיה לפירושו דאל"כ תקשי באמת מאי קושיא על רשב"ם כיון דערב אפילו אינה כיוצא בה א"כ שפיר פליגי בקבלן וע"כ דהך אי נמי הוא באמת תירוץ על הרשב"ם וזה ברור:

אמנם בגוף הדין שכתבו התוספות והרא"ש תמהני מאוד דהאיך יעלה על הדעת דבהכי לא הוי נוגע דהא אפילו טובת הנאה בעלמא אפילו למ"ד טובת הנאה אינו ממון כבר האריך הש"ך לעיל והוכיח מדברי הרמב"ם מדכתב דאפילו דבר הגורם לדבר אחר אם יש צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד מבואר דכל שיש לו צד הנאה ואפילו אי אינה ממון דהא טובת הנאה אין בו שוה פרוטה לקדש בו אשה ומ"מ לענין עדות הוי הנאה והאיך יעלה על הדעת דהפרש בין בינונית לזיבורית לא יהא מיחשב הנאה לעדות דהא אין לך טובת הנאה גדול מזה תדע דהא לקמן סי' פ"ה כתבו הרבה פוסקים ובראשם הרז"ה וריטב"א והסכים הש"ך עמהם דמהאי טעמא אינו יכול לומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממנו דבערמה עשה כן כדי להחליף זיבורית בבינונית א"כ ומה התם דמגרע לשטרא דילי' בשביל הנאה זו א"כ פשיטא דתיחשב הנאה מעלי' וגבי עדות כל שיש לו הנאה אפי' אינה שוה ממון אינו מעיד כ"ש זה ואפי' לדעת הטור והרמב"ן שם החולקין על הרז"ה מ"מ לא מן השם הזה רק כמו שביאר הרמב"ן שם דאין אדם עשוי למכור נכסיו כדי להחליף אבל פשיטא דמודים דהוי טענה נכונה והנאה גמורה [ע"ש בתומים ומ"ש שם] והוא תמוה מאוד גם מהברייתא גופא יש להוכיח כן דלפי דבריהם תקשי למה פליג הברייתא ערב ומלוה בתרתי בבי הוי ליה

למימר ערב ומלוה מעידין ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתי כמו שכתבו הטור ומחבר אלא וודאי דלא דמי להדדי דאילו ערב פשיטא דמעיד אפילו אית ליה קרקע דאינה כיוצא בה דהא סוף סוף אינו יכול לגבות מהערב אבל גבי מלוה בעינן דוקא ארעא כיוצא בה כמו שכתבו התוספות בתירוץ שני לכך פלגינהו לתרתי בבי ברור וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם פרק ט"ו מהלכות עדות שהזכיר הדין דערב מעיד ללוה והזכיר הדין דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני ואילו מלוה מעיד ללוה לא הזכיר כלל ודבר תמוה הוא שהשמיט בבא מפורשת בברייתא והפוסקים הוכיחו מדברי הרמב"ם שלא הזכיר קבלן דסובר דאין חילוק ועד שהקשו כן הוי להו להקשות שלא הזכיר מלוה מעיד ללוה ומה יענו בזה לכן נראה ברור דסובר הרמב"ם דפשוט הוא כל שיש לו שום צד הנאה למלוה הרי זה לא יעיד ולא בא הרמב"ם לבאר התם על צד שהם אינן יכולין להעיד דזה כבר ביאר בראש הפרק דכל שיש שום צד הנאה אפילו בדרך רחוקה ואפילו' אינה ממון כנ"ל לא יעיד ומעתה כיון שהזכיר דערב יכול להעיד כל שיש לו שדה אחרת א"כ לאיזה צורך יזכיר מלוה דהא פשיטא דלא מהני רק באותה שדה ממש כזו א"כ פשיטא דלא הוי נוגע ושפיר שמעינן לה מערב מכ"ש דכל שיש לחוש במלוה לב"ח ולנגזל אחרים כמו כן יש לחוש בערב וכיון דערב מעיד ה"ה מלוה משא"כ אי נימא דמלוה מעיד אפילו אינה כיוצא בה א"כ פשיטא דהוי לי' לרמב"ם להזכיר הדין דזה לא שמענו מערב כלל דבערב לא שייך לחלק בזה כנ"ל. ומעתה לפי זה ממילא נראה לפע"ד דמה שהוכיחו הפוסקים מהרמב"ם דקבלן מעיד כלישנא קמא ליתא ולא מוכח מידי ואדרבא כיון דהרמב"ם פוסק תמיד כלישנא בתרא למה יפסוק כאן כלישנא קמא וכן מבואר ברי"ף דפוסק כלישנא בתרא ועכ"פ היה לו לבאר ולפי הנ"ל ניחא:

כיון דעיקר כוונת הרמב"ם כאן להשמיענו כיצד יכולין להעיד א"כ: לאיזה צורך יזכיר קבלן כיון דאינו יכול להעיד רק אם אית ליה ארעא: כיוצא בה ובזה פשיטא ליה דלא הוי נוגע כיון שיש לו אותה שדה ממש וע"כ לא נחלקו בש"ס רק כמו שפירש רשב"ם שם אבל אם אין לו שום נפקותא פשיטא דלכ"ע מעיד ואי דיצטרך להשמיענו בהיפך דהיכי דיש נ"מ לא יעיד לאפוקי מלישנא קמא נלפע"ד דלק"מ דסובר דע"כ לא נחלקו בלישנא קמא רק משום דסבירי להו דדמי לערב כל שאין לו לערב רק זיבורית לא יוכל לגבות מהקבלן רק זיבורית כמו שכתבו התוספות שם אבל הרמב"ם סובר כדעת הרמב"ן וכלישנא בתרא דאסיקנא פרק הניזקין דגובה בינונית א"כ ממילא לא יעיד כמו מלוה דמ"ש דמהאי טעמא פלגינהו התנא שנשמע מינה שאינו מעיד רק בארעא כיוצא בה ומהאי טעמא השמיט הרמב"ם מלוה וקבלן דתרווייהו כחדא נינהו דהיכי דיש נ"מ

פשיטא דאינו מעיד כמו שהזכיר בראש הפרק דכל שיש שום צד הנאה לא יעיד ואי ליכא נפקותא פשיטא דמעידין כמו ערב ולוקח (וגבי לוקח קמ"ל כקושית התוספות שם דזה לא נשמע מערב כפי' רשב"ם שם ועיין מהרש"א ודו"ק. גם יש לומר בכוונת הרמב"ם בקבלן להיפך דע"כ לא נחלקו לישנא בתרא רק לפי שדעתם דגובה בינונית מקבלן דלא כהך סוגי' דהניזקין אבל הרמב"ם סובר כדעת הרשב"א הביאו ה"ה פרק כ"ו ממלוה דאינו גובה רק זיבורית לכך לא משכחת לה חילוק בין ערב לקבלן א"כ לפי זה לדעת הרמב"ן דגובה בינונית או במלוה פשיטא דהוי נוגע וצע"ג בזה ועכ"פ בקבלן כיון דדעת הרי"ף והטור והרב בהגה' דהוי נוגע וכבר ביארנו דאפשר שגם דעת הרמב"ם כן א"כ עכ"פ הוי ספיקא דדינא אך היינו דוקא כשיש נ"מ דנכסים כמו כפי' רשב"ם אבל כשאין נ"מ נראה מהרמב"ם להיפך ובזה פשיטא דיכול להעיד כיון דלא מוכח ברי"ף מידי ודו"ק היטב:

טז וערב קבלן. עש"ך מה שהביא לשון הרשב"ם ותמה עליו. ובאמת לכאורה דבריו תמוהין אבל נראה לפע"ד ליישב דבריו כך דבלא"ה כתבו התוספות שם דאם אין לקבלן נכסים דגובה מן הלוה מדר"נ ונראה דסבירי להו דדוקא באין לו נכסים אבל ביש לא נשתעבד מדר"נ כדעת הר"ן והרשב"א פ"ב דכתובות דבאית ליה נכסי לא נשתעבד מדר"נ אבל לדעת הפוסקים דאפילו באית ליה נכסי משתעביד הדר"נ א"כ פשיטא דגובה מתי שירצה מדר"נ אך באמת אם יש נ"מ לזה אינו יכול לגבות כמו שהכריח הש"ך סימן פ"ו לחלק בין היכי דאית ליה פסידא להיכי דליכא אבל כאן פשיטא דיכול לגבות ממנו שהרי משועבד לו מדר"נ ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דמדר"נ הוי כאילו הלוה כמו שכתב הש"ך סימן פ"ו להדיא וכאן לית ליה פסידא [ולפי זה ממילא אפילו למ"ד באית ליה נכסי לא נשתעבד ג"כ לק"מ דמ"מ פשיטא דאם הוא בעצמו משעבדו לו דהוא משועבד והכא נמי מיירי הני]. ודייק רשב"ם כן כדי ליישב קושית התוס' מסוגי' דהניזקין דבכהאי גוונא פשיטא דגובה בינונית מקבלן לכ"ע וזה פשוט ולק"מ ועוד יש מקום ליישב ואין להאריך כי הנ"ל נראה עיקר:

יז לוקח ראשון. עש"ך שהביא דברי הראב"ד בהשגות סוף פרק ט"ו מהלכות עדות דזהו דוקא בשעשאו אפותיקי ותמה הש"ך עליו גם הרב בעל מגדל עוז תמה עליו שם וכתב דתלמיד טועה כתב זה והש"ך פי' דבריו דהוא מפרש בבעל חוב שבא לטרוף והוא מעיד שהשטר פסול לכך צריך לומר דשעשאה אפותיקי דאל"כ בלא"ה אינו גובה מלוקח שני דיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ועיין תומים שכתב דגם דעת התוספות כהראב"ד דהא כתבו דלא חיישינן רק לחד נגזל א"כ כשבא נגזל עכשיו שוב ליכא למיחש וע"ש

שהאריך בשורש זה ודבריו תמוהין דע"כ לא כתבו התוספות רק מה שהוא בגדר חשש לא חיישינן רק לחד נגזל ולא לתרי דשני חששות לא חיישינן אבל מה שעכשיו בא נגזל זהו אינו בגדר חשש דהא נגזל לפנינו ואין כאן רק חשש לחוש לנגזל אחד ופשיטא דחיישינן והגע עצמך אם המוכר היה גזלן מכבר לא חיישינן שוב לכלום והא וודאי ליתא ואדרבא כשהוא גזלן יש לחוש טפי שמא גם שדה זו גזל ולא כתבו התוס' רק דמיחש לא חיישינן רק חששא אחת ולא שנים וזה ברור ולפי זה בטלו כל דבריו שם. אמנם בגוף הדבר מה שפירש הש"ך כוונת הראב"ד לא נהירא כלל לפע"ד דאם כך היה כוונת הראב"ד א"כ אין זה נוגע לגוף הדין רק פי' שרוצה לפרש המציאות א"כ לא היה לו לומר רק פי' שעשאו אפותיקי גם המעיין בראב"ד יראה שעמד עצמו על גוף הדין דיכול להעיד ועל זה כתב דוקא כשעשאו אפותיקי גם מה לו לאוקמא בדרך רחוק הא כשיש שדה ללוקח משכחת לה כמו שכתב רשב"ם ואי משום דהרמב"ם נקט בלישנא למוכר עכ"פ היה לו להעמיד עצמו על זה. אבל לפעד"נ דכוונת הראב"ד בפשיטות דקשיא ליה קושית התוספות על רשב"ם דאי לב"ח חיישינן ניחוש לב"ח גדול ואי דלנגזל חיישינן ניחוש שמא תרווייהו נגזלין ולא נהירא ליה לחלק בין חד נגזל לתרתי גם הא יש לחוש שתרווייהו גזל מאחד וכדומה לכך פי' הראב"ד דמה שאמרו והוא דאית ליה ארעא אחריתי הכוונה דעשאה אפותיקי לאותה שדה ללוקח זה לאחריותו שלא יגבה אחריותו רק מקרקע זו והשתא שפיר ליכא למיחש למידי דסוף סוף לא יגבה הוא רק מאפותיקי זו א"כ אם תמצא שדהו גזולה וגם האפותיקי שוב לא יגבה כלום מלוקח שני א"כ אינו נוגע כלל ויכול להעיד ללוקח שני משא"כ כשלא עשאה אפותיקי עדיין יש לחוש שמא גם זו תמצא גזולה כנ"ל ברור כוונת הראב"ד ולפי זה לדעת הראב"ד אפילו אית ליה ארעא אחריתי לא יעיד רק בשעשאה אפותיקי לזה לאחריותו אבל מ"מ לענין הדין מאחר שרוב הפוסקים לא פרשו כן לא קיימא לן בהא כוותיה וכל זה ברור ויפה עשה הכ"מ שלא ביאר דבריו כי דבריו מבוארין כפשוט כנ"ל: אמנם בגוף דינו של המחבר צריך בירור כי לא בארו לנו מה לעשות במחלוקת התוס' ורשב"ם כי רשב"ם כתב דחיישינן לב"ח והתוס' השיגו עליו רק דחיישינן לנגזל ולפי זה לדעת התוס' אם אין ללוקח ראשון אחריות יכול להעיד אפילו אין לו קרקע אחרת משא"כ לרשב"ם וצ"ע שסתמו הטור ומחבר בזה והנה המהרש"א כתב שם דלכך לא מיקרי ב' חששות לרשב"ם חדא שמא לא יבואו ב"ח ואי יבוא שמא יסלק המוכר ללוקח במעות ולא יצטרך לגבות מלוקח שני כלל משום דיש לומר דהלוקח חפץ בקרקע וא"כ אין כאן רק חשש א' ע"כ ולפי זה למדנו מדבריו כמו דהתוס' סבירי להו דלב"ח לא חיישינן כמו כן סובר רשב"ם

להיפך דלנגזל לא חיישינן דבנגזל פשיטא דהוי ב' חששות חדא שמא לא יבוא נגזל ואם יבוא יסלק המוכר ללוקח במעות ובזה לא שייך שהוא חפץ בקרקע דמה נפשך אם יבוא נגזל פשיטא שיקח הקרקע מידו ואם יסלקנו המוכר במעות לא יוכל לומר שרוצה קרקע בדוקא גם בלא"ה כל שזו הקרקע יוצאה מתחת ידו לא שייך לומר שהוא חפץ בקרקע [ובלא"ה צריך לומר דמהרש"א לא כתב זה רק לשיטת רשב"ם דמשום חילוף בינונית בזיבורית יעיד שקר אבל לשיטת התוס' דמשום חילוף זה לא יעיד שקר א"כ פשיטא דלא גריעי מעות מזיבורית] ויש לתמוה על מהרש"א דכתב שם מעיקרא דלכך לא פי' רשב"ם כהתוס' משום דהוי ליה למיתני בהיפך לוקח שני מעיד לראשון ולפי הנ"ל פשיטא דלא מצי הרשב"ם לפרש כן דהא בנגזל הוי תרי חששות וכבר כתב הרשב"ם גופא גבי מלוה וערב דשני חששות לא חיישינן דאל"כ גבי מלוה וערב נמי יש לחוש וזה ברור: אך באמת גוף דברי המהרש"א תמוהין לפע"ד במה שכתב דכיון שהלוקח חפץ בקרקע לא הוי רק חשש אחד א"כ מבואר דעכ"פ מודה דזהו מיקרי חשש דשמא יסלקנו במעות א"כ לאיזה צורך נאמר דהחשש הוא דיסלק ללוקח במעות כיון דחיישת לב"מ הוי תרי חששות כך חדא שמא אין לו ב"ח ואת"ל יש לו שמא יסלקנו המוכר במעות ולא יגבה קרקע כלל מלוקח ואותו מעות שאתה אומר שיסלק ללוקח כן יש לומר שיסלק:

לב"ח וישאר ללוקח קרקע ואין כאן נגיעה כלל וליכא למימר דכוונת מהרש"א כך דסובר רשב"ם דב' חששות שפיר חיישינן רק במלוה וערב הוי ג' חששות חדא שמא יפרע לו בזמנו ואת"ל לא יפרע שמא אין לו ב"ח עוד ואת"ל יש לו שמא יפרע לא לאותו ב"ח בזמנו ולכך תפס מהרש"א גם כאן על דרך זה חדא שמא אין לו ב"מ ואת"ל יש לו שמא יפרע לו ואת"ל לא יפרע שמא יפרע ללוקח והוי ג"כ ג' חששות ועל זה תירץ מהרש"א דהלוקח חפץ בקרקע א"כ הוי ליה רק ב' ושפיר חיישינן. אך באמת הא ליתא דפשיטא שאם באנו לומר שיפרע ללוקח והיינו שאינו רוצה שיגיע היזק ללוקח א"כ פשיטא דישלם לב"ח דמה נפקא מינה כיון שהוא יטרף מהלוקח ומה נפקא ליה מינה שישלם לזה או לזה ואדרבא כיון דאינו רוצה להזיק ללוקח יפרע לב"ח כדי שישאר הלוקח בקרקע. גם בלא"ה פשיטא דזה לא מיקרי רק חשש אחד כיון שלא יפרע לזה בשביל שאין לו גם לזה לא יפרע ולכך נקט הרשב"ם בלשונו שני חששות וכן המהרש"א גופא והיינו דלא הוי רק ב' כנ"ל א"כ קשה קושיא הנ"ל. לכן נלפע"ד ברור דאין כוונת רשב"ם גבי לוקח דחיישינן לב"ח דהיכן נזכר זה ברשב"ם ואדרבא כבר כתב הרשב"ם מקודם דלא חיישינן לב"ח דהוי שני חששות רק כוונת רשב"ם דהך לוקח ראשון מעיד ללוקח שני מיירי ממש כמו מעיקרא במלוה וערב דהיינו שידוע שיש ב"ת ואין כאן רק חשש אחד שמא

לא יפרע לו במעות כמו גבי מלוה אבל באית ליה קרקע אחריתי הוי ב' חששות ולא חיישינן ולפי זה לדעת רשב"ם כשאין ידוע שיש לו ב"ת ממילא לא חיישינן בין לנגזל בין לב"ח דלנגזל פשיטא דליכא למיחש דהוי שני חששות אפילו לפי פי' מהרש"א כנ"ל ולב"ח נמי הוי שני חששות כנ"ל נמצא דבלי אחריו' ואינו ידוע שיש כאן ב"ח או נגזל לכ"ע הוי נוגע ויכול להעיד אפי' לית ליה קרקע דלרשב"ם הוי שני חששות ולהתוס' לב"ח לא חיישינן רק לנגזל וכיון דליכא אחריות ליכא למיחש ואי איכא אחריות אם ידוע שיש ב"ח לכ"ע חיישינן ואי אינו ידוע לרשב"ם לא חיישינן ולהתוס' חיישינן ודו"ק היטב. ועיין עוד בתומים מה שהאריך ביישוב קושית התוס' דלמה לא קאמר לוקח מעיד למוכר ולפעד"נ ליישב בפשיטות והוא דעל איזה צד יחול קושית התוספות אי דהקושיא הוא דבלוקח מעיד למוכר הוי רבותא במה שאינו יכול להעיד בליתן ליה קרקע הא וודאי לק"מ דפשיטא דבלוקח ראשון לשני הוי רבותא טפי דעדיין יש מקום לומר דכיון דיצטרך לחזור אחר המוכר קודם אם אין לו נכסים ולהשביעו עדיין לא הוי נוגע כ"כ דשמא באמת יפרע לו המוכר אם יטריחנו לדין משא"כ בלוקח גופא למוכר בעצמו אם יש לו קרקע לא יצטרך לטרוח כלום דמה נפשך אם יש לך מעות תן לי מעות ואם לאו אקח קרקע משא"כ בלוקח ראשון לשני ואי דכוונת התוס' שישמיענו דגם בזה יכול להעיד בדאית ליה קרקע אף שהוא קרוב טפי למוכר מלוקח ראשון לשני הא וודאי ליתא דהא כבר קתני מלוה מעיד ללוה ופשיטא דכ"ש הוא דלוקח למוכר ואדרבא בלוקח ראשון לשני קמש"ל רבותא דלא יעיד בלית ליה קרקע כנ"ל פשוט וברור:

יח וכן לוקח שני וכו' אלא א"כ נשאר וכו' עסמ"ע וש"ך מה שתמהו בזה דהא מ"מ הוי נוגע דשמא תמצא שדה שלו גזולה ויוכל לחזור על המוכר משא"כ עכשיו יגבה לוקח ראשון שדה זו לאחריותו והסמ"ע דחק ליישב בזה וכן הב"ח אבל בע"ש תירץ דלשני נגזלים לא חיישינן וגם בזה אין דבריו נכונים דא"כ לפי דעתו גם בלוקח ראשון כשבא להעיד עכשיו נידון גזילה שוב לא חיישינן לדעת התוס' והא וודאי ליתא כמו שביארנו בס"ק לפני זה וכן מבואר מסתימת כל הפוסקים [וגם קשה לדעת הע"ש גופא דנוגע פסול מגזירת הכתוב א"כ יכול להיות שזה אמת שזו השדה לא נגזלה כלל ואין כאן רק חשש נגזל אחד ומ"מ פסול מגזירת הכתוב) אמנם קושית הסמ"ע פשיטא דאינה קושיא כלל דמיירי שלוקח שני אין לו אחריות כלל כמו שכתב בע"ש בשם מקצת חכמים מ"מ בלית ליה קרקע הוי נוגע כיון שהראשון יש לו אחריות יגבה ממנו ובתומים תמה על זה דמ"מ קשה לרשב"ם ניחוש לב"ח ובזה אפילו בלי אחריות יש לחוש והוסיף לתמוה על מהרש"א שכתב דלכך לא פי' רשב"ם כהתוס' משום דלא נקט להיפך לוקח שני

ולהתוספות באמת קשה ואדרבא על רשב"ם יש לתמוה דאכתי ניחוש לב"ח ומכ"ש שלא נעשה מזה טענה על התוספ' עכ"ד. ודבריו תמוהין דפשיטא דלק"מ על רשב"ם ודברי מהרש"א נכונים דהא כתב מהרש"א אח"כ ליישב דלכך לא הוי לרשב"ם שני חששות דיש לומר דחפץ בקרקע ולא הוי רק חדא חששא ולפי זה פשיטא דהיינו דוקא בלוקח ראשון אבל בלוקח שני פשיט' דליכא למיחש לב"ח דמ"מ הוי שני חששות חדא שמא אין לו ב"ת ואת"ל יש לו שמא אף כשיוציא המערער השדה יפרע המוכר ללוקח ראשון במעות וישאר קרקע שלו בידו ובזה לא שייך שהוא חפץ בקרקע שהרי ישאר בקרקע ומה לו במה שהלוקח ראשון לא יהא לו קרקע וזה ברור ולנגזל נמי ליכא למיחש מהאי טעמא חדא שמא לא יבוא נגזל ואת"ל יבוא שמא יסלק המוכר ללוקח ראשון עכשיו בעד טריפה זו במעות ויכול הוא לטרוף הקרקע שיש ביד המוכר ואי משום שרוצה לעמוד בקרקע שלו דוקא אם יבוא נגזל פשיטא דסוף סוף יקח קרקע שלו וזה ברור ועוד בנגזל בלא"ה ליכא למיחש אם אין ללוקח שני אחריות והשתא יפה כתב מהרש"א דלכך לא פי' רשב"ם בנגזל א"כ ע"כ מיירי דלוקח ראשון יש לו אחריות א"כ פשיטא דמשכחת לה להיפך גם בלוקח שני לראשון וליכא למיחש לנגזל דלוקח שני לית ליה אחריות וכמו כן לב"ח לא חיישינן כנ"ל אבל להתוספות פשיטא דקשה דלב"ח ליכא למיחש דהא התוספות לא חיישי לב"ח כלל ולנגזל מ"מ אם לוקח שני אין לו אחריות יכול להעיד וא"כ שפיר תקשי הא באופן הזה ממש דנקיט השתא לשיטת התוספות היינו בלוקח ראשון יש לו אחריות אבל השני בוודאי לא דמאי נ"מ באחריותו לעדותו של ראשון א"כ ממש באופן הזה יש לומר להיפך לוקח שני מעיד לראשון וזה ברור ולק"מ. נמצא דבין להתוס' בין לרשב"ם לק"מ קושית הסמ"ע דמיירי שפיר בלי אחריות של שני והשתא לשיטת התוספות לב"ח ליכא למיחש בלא"ה ולנגזל הא לית ליה אחריות ולרשב"ם בלא"ה בין לנגזל בין לב"ח הוי תרי חששות דהא כאן לא שייך שהלוקח חפץ בקרקע כמו שביארנו ודו"ק. נמצא לפי זה דאם יש ללוקח שני אחריות לשיטת התוס' אינו יכול להעיד אפילו אית ליה קרקע כנ"ל ברור:

יט אף על פי שאין עליו אחריות עסמ"ע וש"ך והנה הש"ך והב"ח הסכימו דהגירסא בטור או באחריות ושמעון מכיר ולפי זה צריך לומר דכוונת הטור אחריות דגזלן לא חתמתיה דא"כ לגבי לוקח ג"כ הוי לוה רשע וכן כתב הב"ח ואני תמה דאף שהביא הב"ח ראיה מדברי ה"ה פי"ט מהלכות מכירה דאפילו היה הטורף ישראל אינו חוזר עליו דבר פשוט הוא דהיינו דוקא כשטרף שלא כדין כמו טריפה שזכר הרמב"ם הלכה ד' שם ולא בא לומר רק דלא תימא דוקא התם אבל הכא אימר קושטא קאמר קא משמע לן דאפילו

הכא כל שטרף שלא כדין אין זה בכלל אחריות אבל אם טרף כדין על פי דין תורה בעדים כשרים פשיטא דזה נכנס בכלל אחריות וכן משמע בש"ס דקאמר ולא אמרן וכו' משמע דהך חילוק נמי בטרף שלא כדין אבל בטרף כדין אפי' מכיר חייב וביותר אני תמה כיון דע"כ אחריו' דמחמתי' לא קיבל א"כ פשיטא דלכך קיבל אחריו' דעלמא שנתחייב לשל' דאל"כ אחריות זו מה טיבה דהא הוא מכיר שהוא שלו וע"כ דקביל אחריות אם יוציאו ממנו כדין יתחייב והעיקר בזה כש"כ בתומים לחלק בתרעומות בין קרקע למטלטלין אך מה שהקשה על מה שכתבו התוס' על הך דרבין דכ"ש באחריות וקשה הא מיירי במכיר א"כ באחריות מעיד דהא אינו מוזר כיון דמכיר וגם לוה רשע לא הוי דהא גם ללוקח הוי לוה רשע ולק"מ חדא דכוונת התוס' דרבין קאמר שלא באחריות וכ"ש אי הוי מקבל אחריו' דגזלן רק דלפ"ז קשה הא קאי כ"ש סוף סוף פסול מטעם לוה רשע ולא ידעתי למה הוצרך התומים להקשות כן הא בלא"ה קשה דאין כאן כ"ש אך באמת לק"מ לפי הנ"ל דהיכי דקביל אחריות דמערער פשיטא דאפילו מכיר בה חוזר עליו כיון דכדין טריף א"כ שפיר הוי כ"ש דהא חוזר עליו ואפילו אינה מעמידה גם בלא"ה לק"מ דכוונת התוס' כ"ש אי הוי מקבל אחריות בפי' שיחזור עליו אפילו הוא מכיר וכן הדין דכל תנאי שבממון קיים ואם הותנה דאפילו באונס יחזור עליו חוזר עליו ובזה שפיר הוי כ"ש:

כ ולא יהיה לוה רשע ולא ישלם. עיין תומים ס"ק י"ב שהקשה על הטור דהא התוס' כתבו דה"ה דהוי מצי למימר בשעשאו אפותיקי וא"כ הטור דכתב דאפילו יש לו נכסים ידועים חיישינן שמא עשאו אפותיקי א"כ למה לו טעמא דלוה רשע. ודבריו תמוהין ולא ידענא מאי קאמר דהא התוספות לא כתבו רק במאי דקאמר דאית לי' ארעא אחריתי עלי' דידי' הדר ועל זה כתבו דהוי מצי למימר בשעשאו אפותיקי אבל לאידך גיסא באין לו נכסים פשיטא דלא שייך תירוץ זה דמה בכך שעשאו אפותיקי סוף סוף מאי נפקא ליה מינה הא לית ליה נכסי ובזה פשיטא דצריך לומר הטעם דלוה רשע ועל זה נתן הטור שני טעמים אי לית ליה הוי לוה רשע ואי אית ליה חיישינן לאפותיקי כקושית התוס' רק דהש"ס משני בלא"ה שפיר אבל סברת התוספות נכונה ואין צורך להאריך אלא לפי שאני רואה שהרב לא כיוון יפה בזה: (כא) שקנאה מגזלן. עסמ"ע דכתב לחלק בין קרקע למטלטלין והש"ך והב"ח כתבו דהטור באמת חולק עם הרמב"ן ומדברי הרב בהג"ה שכתב דאם טוען שהמוכר גזלה הוי נוגע במקום דאיכא תקנת השוק משמע כדברי הסמ"ע דאל"כ בלא"ה הוי נוגע כי היכי דלא ליקרי' גזלנא ובתומים הקשה על הסמ"ע דאדרבא פסול להעיד במטלטלין כיון שמעידין עליו שגזל ופי' הוא דכוונת

הרמב"ן דנ"מ במי שהוחזק לגזלן ועשה תשובה ע"כ ועדיין לא הועיל כלום דמ"מ כיון שמעידין עליו שגזל הרי לא עשה תשובה ועדיין לא החזיר הגזילה ואכתי ניחא ליה דלא ליקרי' גזלנא שהרי עדיין חזר לפסלותו עד שיעשה תשובה ויוציא גזילה זו ומה שהקשה על הסמ"ע לק"מ דפשיטא דאין כוונת הטור דעדי יהודה מעידין בפי' שראובן גזל' דבזה לא שייך לומר דלא ליקריה גזלנא הא פסול לעדות רק עדים מעידין שהשדה או המטלטלין של יהודה ויהודה אומר שראובן בעצמו גזלם ממנו ובזה אין העדים יודעין ואפשר שאחר גזלם ומכרם לראובן רק יהודה בעצמו אומר כן וזהו כוונת הטור דניחא ליה דלא ליקרי' גזלנא מאחר שיהודה אומר שהוא גזל בעצמו א"כ לא יאמינו לו העולם שהוא קנאה מאחר דהאיך קנה קרקע שהוא דבר המסויים ממי שאינו יודע אותו חי הוא ואם השדה שקנה ממנו הוא שלו ובזה יחשבו דהאמת עם יהודה שהוא גזל השדה משא"כ במטלטלין יאמינו לו שלקחם מאחר והוא היה חושב שהם שלו דחזקה כל מה שבידי אדם בחזקת שהוא שלו ולא יקרא גזלן זה ברור ובס"ק שאחר זה יתבאר ראיה להסמ"ע מדברי הרמב"ם פרק ע"ז מהלכות עדות:

כב יכול ראובן להעיד. עש"ך מה שהאריך בישוב דברי הרמב"ם פט"ו מהלכות עדות והשיג על תירוץ הכ"מ דהרמב"ם כתב בהדי' דאם לא נודע שהיה לו קרקע הוי נוגע שמעמידה בפני בעל חובו וקשה הא אחריות ע"ס והוי ג"כ לוה רשע לגבי לוקח ולכאורה הוא תמוה ובהדיא כתב הכ"מ פרק ט"ז מהלכות עדות דמה שכתב הרמב"ם אחר כך שצריך שיעידו העדים שלא הי' לו קרקע קאי בין במכר סתם בין במכר בפי' שלא באחריות וקשה הא הוי לוה רשע ללוקח והוא עצמו כתב קודם דגבי מטלטלין אחריות ט"ס אבל לפעד"נ ליישב דבריו והוא דהרמב"ם פרק י"ט מהלכות מכירה אחר שכתב הדין דאחריות ט"ס כתב בד"א שיצא המקח בדיינים כגון מטלטלין ונמצאו גנובין או גזולין או שהיתה הקרקע גזולה או שבעל חוב טרפה ע"כ ויש להבין מ"ש שחילק גבי מטלטלין בגזילה לחוד ובקרקע הוסיף שבא בעל חוב והוי ליה לערבינהו דהא במטלטלין נמי אם בא ב"ח כך הדין. לכן נראה פשוט דוודאי אחריות ט"ס במטלטלין כמו שכתב הכ"מ אך ה"מ לענין נמצאת שאינה שלו אבל לענין ב"ח כיון דאין ב"ח טורף ממטלטלין אפילו עשאם אפותיקי רק אם שיעבד לו מטלטלין אגב מקרקע והא מילתא דלא שכיח ולא אמרינן בזה אחריות ט"ס דכל הטעם דאחריות ט"ס משום דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל בזה אינו עולה על דעתו כלל ולא חשש להכי ושביר וקביל בלי אחריות והשתא שפיר כתב הכ"מ דוודאי באינו מכיר שהיא בת חמורו לא מהני דאחריות ט"ס בוודאי לענין אם תמצא שאינה שלו משא"כ במכיר לא אמרינן אחריות ט"ס לגבי בעל

חוב כנ"ל ולכך צריך שיתברר שלא היה לו קרקע דאל"כ מעמידה בפני בעל חובו אבל הלוקח אינו חושש לזה שיקבל אחריות על זה וזה ברור בכוונת הכ"מ. אך אמנם גוף התירוץ דחוק מאד כמו שכתב הש"ך גם מאי קמש"ל הרמב"ם פשיטא דבאינו מכיר דהוי נוגע כיון דקביל אחריות דסתם כמפרש דמי:

והנה הש"ך והב"ח והפרישה כתבו ליישב ולחלק בין קרקע למטלטלין דבקרקע עביד אינש דיזיף ליומא משא"כ במטלטלין והביא הש"ך ראיה מסוגית הש"ס ובתומים דחה ראייתו דע"כ דקושית הש"ס לא קאי רק אשדה דאל"כ תקשי לשיטת הרמב"ן דמיירי שראובן קנאה מגזלן לפי טענת יהודה א"כ קשה מאי קושיא דחוזר עליו הא הוא יקבל מיהודה מתקנת השוק א"כ לא יחזור עליו כלל וע"כ דהקושיא משדה ובטלה ראיית הש"ך ובס"ק ט"ו הוסיף להקשות כזה על דברי המחבר שכתב שלא באחריות דבאחריות אינו מעיד וקשה הא גם באחריות מעיד דלא יחזור עליו דיקח מעותיו מתקנת השוק ותירץ דנ"מ אם נתייקר דבשביל אחריות יצטרך ליתן כמות ששוה עכשיו וכתב דמ"מ לא נסתר ראיה הנ"ל מהש"ס דהקושיא משדה דכיון דמיירי שלא באחריות רק הטעם משום דהמקח בטל א"כ לא יצטרך להחזיר לו רק כמו שנתן לא כמו ששוה עכשיו עכ"ד. ואין דבריו נכונים כלל לפע"ד והוא דדבר ברור הוא לפע"ד דראובן שקנה מגזלן בכ' ומכר לשמעון בל' ואח"כ בא הנגזל לטורפה משמעון דאם מכר שלא באחריות אי נימא דחוזר עליו בנמצאת שאינה שלו א"כ פשיטא דהמקח בטל וחוזר הלוקח ונוטל דמיו שנתן מן המוכר והנגזל נותן למוכר דמיו שנתן מתקנת השוק אבל לא נאמר ששמעון יקח מה שנתן מיהודה ולא יחזור מתחילה על המוכר כלל דהאיך יעשה המוכר סחור' להרוויח בפרתו של זה ולא אמרו לשלם מתקנת השוק רק מה שנתן שלא יפסדו הלוקחים אבל להרוויח לא שמענו וכ"ש שלא באחריות והדין דהמקח בטל א"כ פשיטא דהמוכר משלם ל' זהובים ללוקח ונוטל מן הנגזל כ' זהובים שנתן ובוודאי אם אין הלוקח יכול להוציא מן המוכר אינו מחוייב להחזיר החפץ ליהודה אבל פשיטא שצריך לילך למוכר והחפץ בידו ולחזור ממקחו ויקח לוקח ראשון שלו ולוקח שני שלו ויהודה יפסיד כ' מתקנת השוק וזה ברור ולפי זה פשיטא דלק"מ בש"ס ג"כ דאדרבא כיון שמכר שלא באחריות ומ"מ חוזר דהמקח בטל א"כ פשיטא דנוגע מתקנת השוק דהוא לקח מגנב בזול הרי דבשביל זה רצה הב"י סימן שנ"ז לומר דהלוקח בזול אין בו תקנת השוק דהיה לו לידע שהוא גנב מאחר שמכר בזול א"כ הוא לקח מגנב בזול ומכר בשוויה ושפיר הוי נוגע שאם יקח יהודה החפץ יפסיד הוא מה שלקח משמעון יותר כי המקח בטל כנ"ל לכך מעיד להעמידה ביד שמעון וזה ברור וראיית הש"ך נכונה:

אך אמנם בדברי המחבר אי מכר באחריות בזה אפשר דהמקח קיים א"כ אפילו יוציא יהודה החפץ לא יפסיד הוא ובזה צריך לומר דנ"מ אם נתייקר ולפי זה בלא נתייקר שפיר יכול להעיד אפי' באחריות וכן הוא באורים להדיא אבל באמת גם זה ליתא ואפילו באחריות מ"מ פשיטא דאם נמצאת שאינה שלו הדין כמו שכתבתי דהא הלוקח לא קנה השדה כלל דהיא אינה שלו א"כ אין המקח כלום ואין הנגזל משלם רק מה שנותן המוכר לגנב וכיצד ירוויח הוא בחפץ שאינו שלו ויפסיד לנגזל וכן נראה ברור דאפילו לא נתייקר אסור להעיד באחריות מטעם הנ"ל ובאמת על המחבר בלא"ה לא קשיא דהרב דייק במקום דאיכא תק"ה אבל במקום דליכא שפיר מצי מיירי בכל גוונא ושפיר קמש"ל המחבר בלי אחריות דבאחריות לא היה יכול להעיד במקום דלא שייך תק"ה ולא בא הרב לומר רק במקום דאיכא הוי נוגע אפילו שלא באחריות אם אומר שהמוכר גזלה והארכתי בזה רק להורות הדין הנ"ל דהוי נוגע אפילו לא נתייקר ואפילו שלא באחריות אם חוזר עליו ודו"ק:

ומעתה נחזור לגוף התירוץ שכתבו הש"ך והב"ח והפרישה לחלק בין קרקע למטלטלין לא נהירא כלל חדא דהא הרמב"ם פרק י"ט מהלכות מכירה כתב דהדין אחריות ט"ס והמוכר צריך לשלם וכתב על זה בד"א שנלקחו ברשות ב"ד כדין כגון במטלטלין ונמצאו גנובין או גזולין ובקרקע וכו' וקשה גבי מטלטלין ונמצאו גנובין מה צורך לאחריות אפי' פי' בהדיא שלא באחריות חוזר לדעת הש"ך וע"כ דאפי' במטלטלין ונמצאו גנובין או גזולין אינו חוזר רק משום אחריות ט"ס והרי זה דלא כש"ך וסמ"ע וב"ח. גם מה שכתב בתומים לפי שיטתו דהקושיא משדה ראיה דמשמע דבמטלטלין לא גם זה ליתא מלבד מה שהשגתי עליו מקודם אבל בלא"ה האיך אפשר דמשני על שדה דמכיר בה שהיא בת חמורו בשלמא על פרה שפיר קאמר ולא דייק בת פרתו כמו שכתב הרשב"ם דסוף סוף ענין אחד הוא שהוא יודע שמעידה היא שלו משא"כ בשדה היה לו לומר של אבותיו היא וברור דקאי אמטלטלין א"כ מבואר דבמטלטלין נמי פליגי גם בנמצאת שאינה שלו לא אוכל לידע ההפרש שבין קרקע למטלטלין דהאיך שייך עביד אינש דזבין ארעא ליומא דהא אף ליומא אינה שלו דהא הכל שייך לנגזל הפירות והשבח לכן אין תירוץ זה של החכמים הנ"ל נכון לפע"ד:

ומה שנראה לי ליישב דברי הרמב"ם בפשיטות הוא כך והוא דדבר ברור הוא דע"כ לא נחלקו ר"פ ור"ז אלא במוכר לחבירו חפץ בחזקת שהוא שלו שלקחו בשוק וכדומה ופי' שלא באחריות דדעת ר' פפא דמכל מקום בנמצא שאינה שלו חוזר עליו ור' זביד סובר דיכול לומר להכי זביני לך שלא באחריות שלא רציתי לקבל עלי חיוב תשלומין וכל

תנאי שבממון קיים אבל אם מכר אדם לחבירו חפץ המבורר וידוע לו שאינה שלו כגון שהוא עצמו גזל האיך יעלה על הדעת שיש מי שאומר בזה שיפטר מלשלם הא לא מכר לו כלום שהרי של חבירו מכר ואין זה ענין לאחריות ולפי זה נראה דבחפץ כל שנתברר שזה החפץ לא הי' שלו והחפץ נמצא ברשותו שהרי ממנו לקחו בוודאי אמרי' חזקה כאן נמצא כאן היה שהוא בעצמו גזלה שהרי אנו רואין בעין שזה החפץ של יהודה הוא והוא מכרו לשמעון וכשהוא אומר שלקחו מאחר והוא גזלו מיהודה לאו כל כמיניה ועליו לברר שהיה כן שהרי נמצא הגזילה בידו וכ"ש כשיהודה אומר בפי' שראובן גזלו בעצמו שהוא צריך לברר שלא היה כן [ועכ"פ יצטרך לישבע להכחישו] ולפי זה פשוט הוא דמחלוקת ר"פ ור' זביד היינו וודאי דלכ"ע שיהא ידוע שהוא בעצמו לא גזלה ושלו מכר לו דאז יכול לומר להכי זביני לך שלא באחריות אבל כל כמה שאינו ידוע שלא גזל אמרינן דהוא גזלה שנמצא ברשותו ועליו לברר כנ"ל. אבל אם ידוע שהוא שלו כגון ששמעון בעצמו ראה שלקחה מאחר וכדומה שידוע באמת שלא גזלה אז לר' זביד מהני שהרי אינו נוגע שיפטר לשלם לשמעון כיון שיודע שמעון שלא גזלה אבל לר"פ לא מהני אפילו בהכי דאנן אמרינן דאחריות של שאינה שלו בוודאי לא פטרו הלוקח א"כ אפילו במכיר יצטרך לשלם ועל זה משני בש"ס לר"פ במכיר בה שהיא בת חמורו ולא קאמר במכיר בה שהיא שלו והיינו דזה אפילו לר' זביד בעינן אבל לר"פ לא מהני רק במכיר בה שהיא בת חמורו ולא נגזלה כלל משמעון לא על ידי ראובן ולא על ידי אמר והא וודאי ידע המקשה דיש לפרש דשמעון יודע דראובן לא גזלה אבל הא לא משמע ליה שיודע שמעון שאינה של יהודה מעולם והעדים של יהודה אומרים בהיפך דהיא של יהודה ועל זה משני במכיר בה שהיא בת חמורו והעדי' טועים או משקרים כמו שפי' רשב"ם והשתא אתי שפיר דהרמב"ם פוסק כר' זביד ולכך לא הזכיר הרמב"ם ששמעון מכיר שהיא בת חמורו או בת פרתו דבזה לא קיימא לן כר"פ רק דכתב דבעינן שיהא מכיר שהיא של ראובן ולא מכר לו דבר שאינה שלו דאל"כ יוכל ליתבע ממנו דמים או דמיירי באמת שיהודה אומר שראובן גזלה ובמטלטלין לא סבירא ליה דלא ניחא ליה לקרי' גזלנא כמו שכתב הסמ"ע וא"כ לולי דשמעון מכיר היה חייב לשלם [או לישבע עכ"פ להכחיש יהודה] אבל לעיל בקרקע ע"כ דטוען שקנאה מגזלן דאל"כ נימא ליה דלא ליקרי' גזלנא א"כ בהא אין צורך שיכיר דבלא"ה קיימא לן כר' זביד דפטור כיון שהוא לא גזלה אבל אין צורך לזה ואפילו אין המוכר טוען שהוא גזלה רק שנגנבו ממנו ויש לו עדים ונמצאו ברשותו עליו לברר שהוא לא גזלם דאם הוא גזלם פשיטא דאפי' לר' זביד יתחייב כמו שביארנו ועכ"פ יצטרך לישבע ושפיר הוי נוגע ולזה הוצרך הרמב"ם

שיכיר שהוא של ראובן כגון שהודה אבל אין צורך שיכיר שהיא בת חמורו דקיימא לן כר' זביד אבל לעיל בשדה שפיר כתב הרמב"ם מפני שמעמידה בפני בעל חובו דאי משום שיחזור עליו כשהוא טוען שקנאה מגזלן לא הוי נוגע קמש"ל מפני שמעמידה דבכל גוונא הוי נוגע אבל במטלטלין דלא שייך מפני שמעמידה קמ"ל דבעינן שיכיר דאל"כ הוי נוגע כנ"ל והשתא אתי שפיר מה שכתב הרמב"ם פי"ט מהלכות מכירה דהתם קמש"ל בפשיטות כר' זביד והיינו כשידוע שהוא לא גזלה שאומר המערער שלקחה מגזלן וכדומה וכן מבואר בלשון הרמב"ם אפילו נודע שזו הארץ גזולה משמע שהארץ גזולה אבל לא שהוא גזלה וזה ברור ולפי זה יש מקום ליישב ג"כ מה שהקשו לתירוץ התוס' דלכך קאמר מפני שמעמידה ולא קאמר משום תרעומות דמיירי במכיר בה שהיא שלו והקשו הם דא"כ תקשי בש"ס דמשני לר"פ במכיר הא לר' זביד ג"כ ע"כ במכיר משום תרעומות ולפי הנ"ל ניחא דע"כ לא שייך תרעומות רק שמכר לו דבר שאינו שלו אבל אם הוא לא ידע שלקחה מאחר וכדומה והוא יודע בעצמו שאין לו אשמה בזה לא שייך תרעומות ושפיר קאמר דמיירי במכיר בה שהיא שלו אבל לר"פ לא סגי בהכי רק במכיר בה שהיא בת חמורו אבל משום תרעומות סגי במכיר בה שהיא שלו וכמו כן מטעם שמכר לו דבר שאינו שלו סגי בהכי וכמו שביארנו ודו"ק היטב:

כג שאפשר שנוח לו. הסמ"ע ס"ק מ"ו פי' דהכוונה שלא יוכל להוציאה מיהודה בעדים אלו והיינו דקשיא ליה שלא הביא הטור הך נ"מ דאית ליה סהדי למר ואדרבא מבואר בתוס' שם בד"ה כגון דהך נ"מ הוא העיקר שהקשו התם מאי ס"ד הא פשיטא דמיירי בהכי דאל"כ מאיזה צד מערערים ובאמת כי דברי התוס' תמוהין לפע"ד דכתבו שם ואין לומר דיש לשמעון עדי חזקה וטעין מיהודה זבנא והנה הרב מהרש"א נתקשה בביאור דברי התוס' ודבריו תמוהין שהוא הבין כוונת התוס' וטעין מיהודה זבנא דעכשיו טוען כן והא ליתא דכוונת התוס' שאינו נוגע כיון שיש לו עדי חזקה א"כ אם לא יעיד עכשיו יוכל להוציאה מיהודה בטענה שקנאה ממנו אבל עכשיו באמת אינו טוען כן וכלשון הזה כתבו התוס' שם בד"ה וכיון וזה ברור ולק"מ] דא"כ האיך קאמר ובההוא זכותא דהא בהאי זכותא לא מצי מפיק דמראובן יוכל להוציא בעדי גזילה ומיהודה בעדי חזקה. ודבריהם תמוהין לפע"ד חדא דתקשי באמת מאי קושיא בגמרא הוי ליה לישני הכי דאית ליה עדי גזילה ולא עדי חזקה ולא מצי לאפוקי מיהודה רק מראובן. ועוד תקשי גם לפי' התוס' דהשתא כיון דיהודה אית ליה סהדי של אבותיו ושמעון אית ליה סהדי של אבותיו א"כ מיהודה לא מצי מפיק רק בעדי של אבותיו ומראובן מצי מפיק בעדי גזילה. ובאמת קושית התוס' לק"מ דוודאי אית ליה עדי חזקה ועדי גזילה לית ליה כלל

רק דיכול להוציאה מראובן בעדי חזקה וראובן לא אכל שני חזקה כדי שיאמר לקוח וכדומה א"כ בעדי חזקה יברר שהיא שלו ויוציא מראובן וכמו כן מיהודה יוכל להוציא שקנאה ממנו בעדי חזקה ושפיר פריך בההוא זכותא דהיינו בעדי חזקה דלית ליה זכות אחר ואדרבא על תירץ התוס' בשם הרשב"א יש לתמוה דמאי פריך כיון דאסהיד דלוי הוא כיון דס"ד דבאמת כך המעשה דיהודה טוען דלקחה מראובן ולוי טוען כן ושמעון מעיד שלוי לקחה א"כ האיך הוי ס"ד דמעיד דשל אבותיו דלוי הוא מאי ענין של אבותיו דלוי לכאן בשלמא אי יהודה מביא עדים של אבותיו שפיר הוי ס"ד דמעיד של אבותיו דלוי דאל"כ באיזה צד יזכה לוי אבל עכשיו דטענת יהודה דלקחה מראובן ובאמת לוי לקחה מראובן האיך ס"ד דמעיד של אבותיו הא פשיטא דוודאי עדותו לוי לקחה הגם דמשני דמסהיד ידענא דהאי ארעא לאו דיהודה ומה צורך לזה בפשיטות יש לומר דמעיד לוי לקחה מראובן אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר:

אך מ"מ עדיין לא נמלטנו מקושית הסמ"ע דמ"מ יהא איך שיהיה כיון דבש"ס קאמר הך נפקותא למה השמיטו הטור הגם דיש נ"מ במקום דלא שייך לומר השני נוח לו והמעיין ברי"ף יראה להדיא שכתב וז"ל ומפרקינן משום דאמר השני נוח לי והראשון קשה הימנו כלומר כגון שהיה לוי נוח לו ויהודה קשה ממנו ע"כ הרי זה מבואר דכוונתו דוקא בידוע שלוי נוח לו א"כ פשיטא דיש נ"מ גדול בטעם השני. ומה שנראה בכוונת הטור הוא כך דבלא"ה יש להבין בטור שכתב דכל זה במעיד שאינו של יהודה אבל אם מעיד שהוא של ראובן בכל ענין יכול להעיד שכיון שהודה על הדבר שוב אינו יכול לערער עליו כמו שכתב הרב בהגה' ויש להבין הא התוס' כתבו שם בד"ה וכיון דהוי מצי לישנויי באומר של אבותיו דלוי הוא והוא קנה מלוי הוא ויש לו עדים דראובן גזלה ממנו ומכרה ללוי ע"כ ולפי זה נהי דהש"ס לא משני הכא אבל הדין אמת והאיך סתם הטור דבמעיד של ראובן שוב לא הוי נוגע הא עדיין הוי נוגע כל שיש לו עדים שזה גזלה ממנו אך באמת נראה דכוונת הטור לפי מה שכתב רשב"ם שם דאפילו יבוא יהודה אח"כ ויביא עדיו לא יועיל שכבר פסל עדיו ועוד דהיכי דקיימא ארעא תיקום מבואר מדבריו לתירוץ שני דבאמת יחזרו עדי יהודה לכשרותם רק שלא יוכל להוציא משמעון דהוי תרי ותרי ואין להקשות במה נפשך האיך יוכל שמעון להוציא בעדיו מיד לוי דהא הב"ד יודעין שיש לי ולה עדים רק הוא פוסלם א"כ הוא נוגע וחזרו לכשרותם והוי הדין כל דאלים גבר שהרי השדה ביד לוי [ואפי' תבוא ליד שמעון לא יועיל כמו שכ' רשב"ם שם דאנן אסקינן ואנן אחתינן] וצריך לומר דבאמת כך יהא הדין אבל מ"מ הוי נוגע שאם יגבה יהודה עכשיו דאין עדים שלו מזומנים יהא ביד יהודה ולא יוכל לגבות כלל משא"כ אם תהא ביד לוי

יהא אחר כך הדין כל דאלים גבר וכן צריך לומר ברא"ש שם שכתב ואיבעית אימא דאית ליה סהדי למר ואין עדי שמעון מזומנים עתה ויש לתמוה הא אף אם מזומנים עתה מה תועלת להביאם הוי תרי ותרי משא"כ כשיפסלם יגבה הוא מלוי בעדיו ולא הוי תרי ותרי וצריך לומר דכוונת הרא"ש דגם עכשיו הוי תרי ותרי דעדי יהודה חוזרין לכשרותם ואהא קשיא ליה יביא עדיו ויהא תרי ותרי ועל זה קאמ' דעכשיו אינם מזומנים א"כ יגבה יהודה ולא יוכל להוציא לכך מעיד לפסול עדי יהודה שישאר ביד לוי עד שיביא עדיו והיינו כתירוץ שני של רשב"ם. אך יש לתמוה ברא"ש שם שכתב אח"כ הילכך ניחא ליה לשמעון לפסול עדי יהודה ולפסול זכותו ואח"כ יביא שמעון עדיו ויוציא מלוי ואפי' יביא יהודה אח"כ עדים אחרים כבר נכנס הקרקע בחזקת שמעון בשופי בלי ערעור שנתבטלו זכיותיו של יהודה ולא מפקינן ליה תו מחזקת שמעון הילכך הוי נוגע בעדותו עכ"ל. והדבר תמוה דמשמע אבל עדים הראשונים לא חזרו לכשרותן א"כ למה כתב מעיקרא שאינם מזומנים כנ"ל ועוד מאי ענין נגיעה לעדים אחרים כיון דבאותן עדים לא יוכל להוציא אף אם יוכל להוציא באחרים הוי נוגע ובאמת ברשב"ם לא נזכר עדים אחרים כלל ודברי הרא"ש צ"ע באמת:

עכ"פ הוכחנו דלרשב"ם הנ"ל עדי יהודה חזרו לכשרותם ומ"מ יש נ"מ כנ"ל ולפי זה פשיטא דלק"מ קושית התוס' הנ"ל בד"ה וכיון דלא הוי מצי לישנויי דמעיד של אבותיו דלוי הוא רק הוא קנאה מלוי ולפי זה עכשיו השדה ביד לוי דהוי תרי ותרי כיון שהוא מעיד של אבותיו דלוי ולפי זה אח"כ כשיבוא הוא לטורפם מלוי שקנאם ממנו חזרו עדי יהודה לעדים גמורים ושמעון העד של אבותיו דלוי אינו עד דהוי נוגע א"כ תחזור השדה ליהודה ובשלמא השתא דיש לשמעון עדים שפיר יש נ"מ משא"כ אי כל טענת שמעון שקנאה מלוי א"כ פשיטא דיזכה יהודה בדין ובאמת יש לתמוה על התוספות בזה דהא פשיטא דלק"מ כנ"ל. [ונראה עוד דאפילו אי נימא כתירוץ ראשון של הרשב"ם מ"מ היינו דוקא כשיש לשמעון עדים ואח"כ בא מכח עדיו אבל לא כשבא מכח עצמו דמעיד של אבותיו דלוי הרי הוא נוגע גמור והאיך יעיד לעצמו ופשיטא דיהודה יוציא מלוי על פי עדיו ולק"מ]. אך לפי יש להקשות בהא דפריך מדמי מי מייאש וקשה מאי קושיא תינח בשדה יש נ"מ כנ"ל אבל בטלית כיון דעדי יהודה חוזרין לכשרותם אין נ"מ כלל דאפילו תשאר ביד לוי לא יוכל לגבות מראובן דמים דחוזרין עדי יהודה לכשרותם והוי תרי ותרי ולא יצטרך לשלם דמים לשמעון וע"כ צריך לומר דהש"ס לא סבירא ליה הך תירץ רק התירוץ דהשני נוח לי ובהכי מיירי רישא שגם מיהודה יוכל להוציא א"כ לא שייך לומר דיחזרו לכשרותם דמ"מ יגבה הוא דגם יהודה מכח ראובן בא [ובאמת

לפי מה שכתבתי מקודם דלתירוץ ראשון מיירי שיש לשמעון עדי חזקה א"כ לא שייך זה בטלית] ואי קשיא הא מ"מ סוף סוף יגבה דמים מראובן אפילו אם יגבה יהודה יש לומר דהכוונה אם יזכה לוי אם לא יהא לראובן יוכל לגבות מלוי משא"כ מיהודה קשה לו וכ"ש לדעת הרמב"ם דלעולם יכול לגבות דמים מלוקח א"כ שפיר פריך דהשני קשה לו ולוקח ראשון נוח לו ודו"ק ומזה דייק הטור דהך תירוץ דהשני נוח לי הוא העיקר ולכך מקשה מדמי מי מייאש כנ"ל ורשב"ם בעצמו פי' דקושית הש"ס לתירוץ שני והוא תמוה כנ"ל וצ"ע בזה: (כד) וכן אם מכר ראשון השדה. הטור כתב בזה דאפי' נתייאש לא מהני משמע דסובר דאין יאוש מועיל בקרקע כדעת רשב"ם ותמה הב"י דהרא"ש לא כתב כן רק דאין רגילות לייאש אבל בידוע שנתייאש מהני ונראה דסובר הטור דוודאי קושית התוס' על רשב"ם דאין יאוש מועיל בקרקע אבל מ"מ אפילו לשיטת התוס' נהי דיאוש מועיל מ"מ יאוש כדי לא קני ובעינן שינוי רשות ובקרקע פשיטא דלא שייך שינוי רשות דקרקע אינה נגזלת וזהו כוונת הטור נהי דיאוש מועיל אבל שינוי רשות לא שייך וממילא הוי נוגע אפילו נתייאש דאכתי לא קנו ביאוש גרידא:

כה ונתייאש שמעון ממנה. הש"ך מביא בשם הרשב"ם דבאחריות אינה מועיל יאוש ושינוי רשות להתוס' כיון דאין הפסד ללוי ולהנ"י כיון דקביל אחריות לא מקרי שינוי רשות והש"ך כתב דרבותא קאמר שלא באחריות ולא ידענא מאי רבותא איכא בזה אף גם דרשב"ם כתב להדיא כגון שמכר הרי דמצייר באופן הזה משמע דבאחריות לא. ובתומים כתב דכוונת רשב"ם דסובר כרמב"ם דאף ביאוש ושינוי רשות נוטל מלוקח דמים היכי דלא שייך תקנת השוק א"כ תקשי למ"ד בהכיר הגנב לא שייך תקנת השוק א"כ הכא הוי נוגע דיצטרך הלוקח ליתן דמים לזה פי' שלא באחריות דאז לא יוכל לחזור על הגנב ואינו צריך ליתן דמים ואינו מספיק דמ"מ תקשי לר"פ דסובר אפילו מכר שלא באחריות ונמצא שאינו שלו חוזר עליו וכ"ש אי נימא דבמטלטלין לכ"ע חוזר ועוד דהא כבר כתבתי לעיל והוכחתי דהיכי דהוכר הגנב והוא עצמו גנבם לא שייך שלא באחריות ולכ"ע חייב לשלם שהרי גנבם ומכר לו דבר שאינו שלו והגע עצמך ראובן שמכר חפץ של שמעון ללוי בערמה שלא באחריות לא יתחיי' לשלם כשיבוא שמעון ויקח את החפץ הא לאו כלום מכר לו ואי דמיירי הרשב"ם שמכר לו בפי' שאפי' יתברר שהוא גנבם לא יתחייב א"כ פשיטא דיתחייב לשלם דמים להרמב"ם דבכהאי גוונא לית ביה תקנת השוק דהא ידע דגנבם שהרי כך קיבל עליו ואיהו דאפסיד אנפשיה ובעיקר הקושיא על הרמב"ם נראה לפע"ד דוודאי מודה הרמב"ם כשמת הגזלן דנסתלק חייוב דמים מן הגזלן דאינו נוטל דמים מן הלוקח כשקנה ביאוש ושינוי רשות רק בגזלן חי יכול לתבוע דמים

מן הלוקח דיש עליו חייוב דמים דנהי דמן החפץ מייאש מדמי לא מייאש אבל במת לא שייך זה דגם מדמים מייאש א"כ הכא דבלא"ה מירי דמת דאם חי הוי נוגע א"כ. במת אין לו דמים אף מן הלוקח וכן מבואר בתומים גופה דרצה לפרש הקושי' בש"ס מדמי מי מייאש מלוקח וקשה מאי משני דמית גזלן הא אכתי קשה וע"כ דבמת לא שייך זה כנ"ל:

כו אבל אם בא להעיד עיין לעיל ס"ק כ"ג מ"ש שם להקשות על התוספות בד"ה וכיון דאם יטעון שמעון דזבנא מראובן לא יועיל כלום שיחזרו עדי יהודה לכשרותם ואפילו לתירוץ ראשון של רשב"ם היינו דוקא כששמעון בא מכח עדיו אבל לא כשבא לגבו' מכח עצמו דהיינו על פי עדותו דשל אבותיו דלוי הוא א"כ פשיטא דיחזור השדה ליהודה וזה ברור ודברי התוספות צ"ע ועיין תומים שהקשה אכתי ניחוש לבעל חוב ולא מהני הודאה שלו לחוב לאחרים ותירץ דיהא לוה רשע ולא ישלם לזה ואין זה נכון דמה לו במה שהבעל חוב לקח ממנו בחזקה והוי כענין פורע חוב של חבירו ודו"ק. אבל באמת עיקר קושיתו תמוה דהא השתא הוא מעיד בתורת עדות ועד אחר עמו שזו השדה של ראובן א"כ האיך יבוא הב"ח לגבות בעדותו של שמעון דהא הוי תרי ותרי וארעא היכי דקיימא תיקום והא וודאי לא הוי נוגע במה שהעיד שהיא של ראובן שלא יטרפנה הב"ח ואדרבא במה שעושה להפקיע מב"ח לא הוי נוגע כלל ואדרבא השתא הוי לוה רשע א"כ פשיטא כמו דיהודה אינו יכול לטרוף כמו כן לא יוכל הב"ח לטורפה ודוקא מטעם הודאה לא מהני לחוב לאחרים אבל לא בתורת עדות כל שאינו נוגע וזה ברור אך לפי זה יש לדון באומר שטר אמנה הוא שאינו נאמן בהודאתו לחוב לב"ח היינו דוקא בתורת הודאה אבל אם יש עוד אחר עמו ומעידין שהוא אמנה אין הב"ח יכול לטורפה דהא לא הוי נוגע כלל אדרבא השתא הוי לוה רשע על פי עדותו ובשלמא לפי מה שכתבו התוספות בתירוץ ראשון דיודע שאין הלוה גזלן ולאישתמוטי מב"ח הוא דאתי א"כ הוי נוגע אבל לפי מה שכתב הרא"ש שם לדעת יש מי שאומר שהלוה נפטר ממנו ואינו חייב לשלם לו היכי שפרע הוא בעצמו לב"מ או שמחל הב"ח אלמא דנפטר לוה שלו א"כ לא הוי נוגע ואפשר דהתם שאני דעכשיו הוא בעל דבר גופא ואין בעל דבר יוכל להיות' עד אפילו לחובתו אבל הכא מעיקרא בשעת עדותו לא היה בעל דבר כלל רק ראובן ויהודה בעלי דברים והוא מעיד של ראובן א"כ הוי עד גמור ואף אם יעידו עדים שהוא של שמעון לא מהני לב"ח שלו דארעא היכי דקיימי תיקום גם מה שהביא בתומים מדברי התוס' בד"ה כגון שכתבו דהוי מצי למימר דמעיד ראובן מכרה ללוי קשה תינח לתירוץ א' אבל לתירוץ ב' אינו מספיק זה וע"כ דלתירוץ ב' לא קשיא כלל די"ל דמעיד להעמיד בפני בעל חובו והקושיא רק לתירוץ א' א"כ לגבי ב"ח לא שייך נוח לו עכ"ד

והוא תמוה דכל כוונת התוספות ליישב דלא תקשי אהא דקאמר כגון דהא מעיקרא נמי ע"כ ידע מזה וזה שכתבו ליישב בשם הרשב"א דמעיקרא ס"ד באופן דשניהם באין מכח ראובן א"כ שפיר הקשו התוספות דהוי מצי למימר דמעיד ראובן מכרה דהא מעיקרא לא ס"ד כלל הך תירוץ תירוץ ב' וז"ב (כז) בכל ענין הנ"י דייק מכאן דנוגע כשר להעיד לחובתו וכן הסכימו כל האחרונים ובתומים ס"ק כ"א כתב דהרא"ש בתשובה כלל ו' דין כ"א כתב להיפך דנוגע פסול לחוב וכתב הוא דאזיל לשיטתו שכתב ספ"ק דמכות דלכך פלוני רבע שורי לא פלגינן דיבוריה דלגבי ממון מיקרי עד פסול ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה א"כ מבואר דסובר דנוגע פסיל לחובתו ע"ש שהאריך וכבר כתבתי לעיל ריש סי' זה דאדרבא מדברי הראב"ד והרא"ש הללו מבואר להדיא דנוגע דפסול מטעם משקר דאל"כ תקשי אהא דמשני במקיימי דבר הכתוב מדבר מלוה ולוה יצילו דהם נקראין עד פסול וע"כ דיש חילוק דדוקא היכי דפסיל בין לזכות בין לחובה שייך לומר שהוא עד פסול ולא בנוגע פסול מטעם משקר לא שייך שיפסול הוא שאר העדים ע"ש שהארכתי ולפי זה חובה עלינו ליישב, דברי הרא"ש בתשובה שלא יסתור עצמו ונראה דהתם מיירי שהיו בכלל פורעי המס קרובים של העדים על זה קא' הרא"ש כיון דכל פורעי המס המה בעלי דברים וכיון שהם פסולים לקרובים בין לזכות בין לחובה פסולים לכולם ודו"ק ואפי' אם נפרש דבריו כפשטן נראה דע"כ לא חלק רק התם דבשעה שמעיד הוי בעל דבר ממש ואותו העדות הוא לעצמו לזכותו או לחובתו אבל הכא מודה להנ"י כיון שאותה העדות אינה לעצמו ואינו בעל דבר רק שיביא לו תועלת אח"כ א"כ לחוב נאמן ודו"ק:

כח עד שיסתלק עש"ך שהביא דעת החולקים דלא מהני וקושית הש"ס רק אדיינים ועל קושית הרא"ש משותף כתב דמיירי שראה עדות אחר שסילק והביא ראיה מדברי התוספות דהקשו אח"כ ולא מעיקרא בשותף ע"כ ואין דברין נכונים דוודאי התוס' לא מצו להקשות מעיקרא כמו שכתב הוא אבל וודאי בתר הכי דמקשה מבני העיר ופי' רשב"ם משום קנוניא א"כ קשה אי ס"ד דשמואל מיירי דראה אחר שסילק מאי קושיא הכא דמסלק עצמו כדי לדון או להעיד חיישינן לקנוניא אבל התם מנא לן דסילק עצמו כדי להעיד הא לא ידע כלל מעדות ואי דיש לחוש שמא ידע זה לא שמענו מהך דבני העיר ולזה הרא"ש שראה מה שכתב מהר"ם על קושית התוס' דמדיינים פריך כתב דמ"מ קשה משותף כיון דפריך מדיינים והוצרך לישנוי שאני ס"ת דלשמיעה קאתי ולפי הנ"ל לק"מ וע"כ דגבי שותף מיירי ג"כ שראה קודם שסילק וזה ברור ומדוקדק ברא"ש שהביא קושית המקשן והתירוץ וקשה מה צורך הא ראייתו משותף וע"כ כמו שכתבתי

[אמנם בתומים כתב ליישב הקושיא משותף דמירי דראה העדות קודם שהי' שותפו והיה תחילתו בכשרות ובאמת נלפע"ד דסובר הרא"ש דלא מהני תחילתו רק כשהיה ראוי להעיד לו פעם אחת אבל כשראה העדות קודם שהיה אותו עדות שייך לו כלל א"כ העיקר העדות מתחיל משעה שנצטרך לאותו עדות ואז היה בפסול וכן נראה מלשון הברייתא היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו משמע דבעינן שיהא העדות שייך לו וצ"ע בזה] ובתומים הביא ראיה מהא דאמר וכיון דאסהיד דלוי הוא היכי מצי מפיק לה דמ"מ קשה קודם דאפקיד דלוי הוא הוי נוגע א"כ הוי תחילתו בפסול וכתב שזו ראיה שאין עליה תשובה ואני לא זכיתי להבין דבריו דהא התם בס"ד לא ידע דיודע עדות לפסול עדי יהודה רק שיודע עדות דשל אבותיו דלוי הוא א"כ אותו עדות גם בשעת ראיה לא היה נוגע כלל דמה נגיעה יש לו בעדות זו אדרבא כיון שהיא של לוי לא יגיע לו לעולם ומאי ריווח יש לו בזה ואי משום שהי' יכול להעיד בשקר עדות אחרת שאינה של יהודה מלבד מה דהעד השני לא יאמר כן אבל בלא"ה וכי בשביל זה הוי נוגע לעדות זו באופן שדבריו תמוהין לפע"ד אך מה שהביא מפרה וטלית נכון הוא וכן נראה עיקר כדעת רוב הפוסקים דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות אף גם כיון דכל הטעם דגזירת הכתוב הוא א"כ בשלמא בפסול מגזירת הכתוב אף דהמעשה אמת שייך לומר תחילתו בפסלות פסול שראה בשעה שהיה פסול אבל בפסול נוגע דאינו פסול רק משום משקר א"כ כל היכי דאינו משקר למה יפסל והגע עצמך אפילו עכשיו נוגע אילו ידוע לנו דאינו משקר היה כשר עכשיו משום תחילתו בפסול יפסל הא מ"מ סוף סוף אינו משקר וכבר הכריע הש"ך דהעיקר דפסול משום משקר אם כן ממילא כשנסתלק עדותו כשירה:

לח (א)

שנים שהעידו. כתב הטור ומה שמתחייבין הני הניזומין וכו' אבל אמרו שקר העדנו לא מבעי שאין משלמין על פי עצמן אלא אפילו העדות שהעידו נכונה היא ומתקיימת דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכתב ב"י לא ידעתי למה כתב זה בשם ר"ח הא ש"ס ערוכה היא נראה מדבריו שהבין דעיקר כוונת הטור להביא בשם ר"ח רק הך דינא דהעדות מתקיימת הילכך אין קושיא במה שהביא דברי ר"ח דאין משלמין ואולם הוא גופא לא סבר כן כדלקמן סי' מ"ו וכן הרא"ש כתב להיפך דכיון דהכא לא מיירי מדין זה ואין כוונתו להביא על זה דעת ר"ח וכיוצא בזה מצינו בכמה מקומות בטור שמביא דעה לאיזה ענין אף דאיהו לא סבר כן כמו שכתב הש"ך לקמן סי' ל"ט ס"ק כ"ט וכ"ח הכא דלא מיירי כלל מדין זה ובזה נסתלקה תמיהת הד"מ דאי ס"ד דכוונת הטור להשמיענו דאינו משלם היה לו להביא דעת החולקים בפרט דהוא עצמו חולק וע"כ דאין כוונתו

רק דהעדות כשרה ושפיר מקשה דזה פשוט בש"ס וכמו כן לא קשיא לפי הבנת הב"י קושיא א' של הש"ך וכן קושיא ה' ודו"ק אמנם הרב הש"ך האריך ופי' דברי הטור בשם ר"ח על פי דברי התוס' פ"ק דמכות וכל דבריו אינם נכונים כלל דכיון דלדעתו מודה הר"מ דעדים שאמרו שקר העדנו חייבין לשלם ועדותן קיימת א"כ איך כתב לא מבעי' שאין משלמין על פי עצמן ופי' הש"ך מטעם קנס וקשה הא מ"מ כיון דעדותן קיימת א"כ חייבין מכח גרמי דהא הבעל דין בוודאי יתחייב לשלם ומה בכך דעדיין לא שילם סוף סוף הרי הוא חייב והרי הם מחוייבים לשלם לו ואי כוונתו לאחר שניזומו א"כ פשיטא שהם חייבים ולעולם לא משכחת לה שום צד שלא ישלמו באמרו שקר העדנו והאיך כתב לא מבעי שאין משלמין גם מה שכתב דקמש"ל דס"ד שלא יועיל הזמה המעיין בתוס' יראה דכוונתם דס"ד דלא אמרינן כיון שהגיד לכך לא יועיל גבי' הזמה כיון דסתר עדותו אבל לפי מה דמסיק דעדותן קיימת פשיטא דמהני הזמה א"כ אכתי תקשי דיהיה הפי' איך שיהיה מכל מקום כולו עלמא מודו דעדותו קיימת אם כן פשיטא דמועיל הזמה ואמת די"ל דהש"ך דייק מדברי התוספות דע"כ גם בקושיא היה סובר דעדותו קיימת דאי ס"ד דעדותו בטילה אם כן ממילא לא שייך הזמה אף לגבי שני שהרי בטלה כל העדות ולא נשאר רק עד אחד ולא שייך הזמה וע"כ דגם בקושיא ידע דעדותו קיים רק דס"ד דמ"מ הזמה לא שייך גביה ועל זה משני כיון דעדותו קיים אף הזמה שייך גביה ושפיר קמש"ל ר"ח דלאינך פירושים שפיר יש לומר כדקס"ד בש"ס לפי' התוס' דהזמה לא שייך גביה. אך באמת הא ליתא דאכתי תקשי מאי פריך בש"ס כיון שהגיד הא אי יכול לחזור ולהגיד קשה טפי דלא שייך גבי שני הזמה כלל וע"כ דאי יכול לחזור מהני הזמה לשני א"כ עדיין אין צורך לדינו של ר"ח דמעולם לא שמענו אפי' בס"ד דאי עדותן קיימת שלא יועיל הזמה ובאמת כי לכאורה עלה ברוחי ליתן טעם אחר שלא יועיל הזמה אף שעדותן קיימת והוא דהא הזמה הוא דמחייבינן ליה כאשר זמם אבל אי קודם הזמה לא גרמו לו שום היזק לא שייך הזמה אח"כ ואף דבשעת עדות היה הזמה דהא חזינן דאם שילם או נהרג בד"נ לא שייך הזמה משום כאשר זמם ולא כאשר עשה אף דבשעת העדות היה כאשר זמם מ"מ עכשיו בשעת הזמה אין כאן כאשר זמם. ולפי זה ניחזי עדים שאמרו שקר העדנו דעדותן קיימת משום כיון שהגיד א"כ ממילא חייבין לשלם לזה כל ההיזק מדיני דגרמי אף קודם הזמה ולפי זה צריך להיות שאם ניזומו אח"כ יפטרו העדים שהרי מדיני דגרמי אינו בדין שיתחייבו שהרי לא גרמו לו שהרי נפטר עכשיו דעדותן בטילה מחמת הזמה ופשיטא דלא מחייבינן מדיני דגרמי על הרצון בלבד רק כשגרמו באמת ואי מטעם הזמה אתה מחייבו הרי אין כאן כאשר זמם שהרי אפילו לא

באו המזימים לא היה שום היזק לבעל דין שהרי הם היו מחוייבין לשלם לו על שגרמו לו היזק קודם הזמה וממילא לא יפול הזמה אח"כ וקושיא זו קשה באמת בש"ס גופא דמאי פריך הא יש לפרש כן עד זומם משלם לפי חלקו שאחד אומר שקר העדתי ואח"כ הוזמו א"כ זה שאמר שקר העדתי פטור מחלקו שהרי קודם שהוזם לא היה בעל דין מפסיד בשבילו שהרי הוא מחוייב לשלם כל מה שהזיק כיון דבלי הזמה עדותו קיים ועכשיו שהוזם פטור והשני משלם חלקו. ובאמת בש"ס יש מקום לו' דלא ניחא להו לפרש כן דא"כ מאי קמש"ל בע"א הא הך דינא מצי לאשמועינן בשנים אבל לפי' התוס' באמת קשה ובתומים סי' כ"ט ס"ב תמה על הש"ך דמאי קמש"ל פשיטא. ולפי הנ"ל ההיפך קשה למה יועיל הזמה וצ"ע בזה עכ"פ אין דברי הש"ך נכונים בפי דברי ר"ח כמו שכתבתי. [ובתומים סי' כ"ט רוצה לפרש דברי ר"ח שכל אחד אומר שקר העדתי ואינו יודע אם חבירו שקר העיד לכך אינו חייב לשלם דלא ברור ההיזק כיון דחבירו אומר שלוה וכל אחד אינו מאמין לחבירו במה שאומר שקר העיד ע"ש. והנה מלבד מה דלא נתיישב לפירושו שום קושיא מהש"ך רק קושיא ה' בלבד אבל בלא"ה האיך כתב ר"ח שאין משלמין ע"פ עצמן מאי ענין על פי עצמן לכאן הא אין הפטור משום על פי עצמן]: ומה שנראה לפע"ד בכוונת הטור והוא דוודאי דעת ר"ח דאין משלמין על פי עצמן דסובר דיני דגרמי קנס אמנם אין קושיא על הטור שלא חלק עליו בזה דאין כוונת הטור להביא דעת ר"ח לענין זה כלל דלא מיירי כאן מענין זה וכמו שכתב הש"ך לקמן סי' ל"ט ס"ק כ"ט וכמו שהבין ב"י רק כוונת הטור להביא דעת ר"ח דעדותן קיימת ומה שהקשה הב"י דהא ש"ס ערוכה הוא נלפע"ד ליישב כך והוא דהתוס' כתבו בכתובות דף י"ח ע"ב בד"ה הרי אלו דהקשו דהוי מיגו במקום עדים ותרצו כיון דחכמים אצריכו קיום הא לא חשיב קיום וכו' וכוונתם מבואר דבקושיא הוי ס"ד דכיון דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד א"כ קיום זה גילוי מילתא בעלמא הוא וכיון שאומרים כתב ידינו הרי השטר כשר למפרע והוי הך חזרה לאחר כ"ד ועל זה תרצו כיון דחכמים אצריכו קיום הוי עיקר העדות השתא בשעת קיום ושפיר הם יכולין לחזור תכ"ד ודו"ק ולפי זה נראה דעדים שבאו לפני ב"ד ואמרו שכבר העידו בב"ד אחר כך וכך ותוך כדי דיבור רוצין לומר דבר העוקר העדות כגון שקר העדנו אז או אנוסים וכדומה אין נאמנים דהא פשיטא כיון שכבר העידו רק שלא ידענו מעדותם א"כ פשיטא דאין זה עכשיו רק גילוי מילת' על עדותם אז וכיון שהעידו אז הוי עכשיו לאחר כדי דיבור ולא מהני ועדותם שהעידו אז קיימת וזהו כוונת הטור בשם ר"ח דמעיקרא כתב עדים שאמרו העדנו והוזמנו בב"ד פלוני או נתחייבנו אח"כ כתב אבל אם אמרו שקר העדנו והיינו כהך דמעיקרא בב"ד

פלוני ועל זה כתב ר"ח לא מבעיא דאין משלמין שהרי אפילו העידו לפנינו ואמרו שקר העדנו דעת ר"ח דאין משלמין כ"ש בזה אלא אפילו עדותן קיימת פי' עדות שהעידו אז קיימת ועדות נכונה הוא ואף דלא ידעינן רק על פיהם והם אומרים שקר היה מ"מ כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והשתא לא קשיא דש"ס ערוכה היא דלא נזכר בש"ס רק שהעידו לפנינו ואומרים שקר העדנו אבל כשאין אנו יודעין רק על פיהם משמע לכאורה במשנה כתובות י"ח ע"ב דנאמנין קמש"ל דהיינו דוקא בשטר כנ"ל אבל בהעידו פעם אחת לפני ב"ד עדותן קיימת כנ"ל כן נראה לי בכוונת הטור בשם ר"ח [ולפי פי' זה יש לומר דגם בהך דינא דאין משלמין על פי עצמן מודה הטור לר"ח ודוקא בהעידו לפנינו ואמרו שקר העדנו מחוייבים לשלם על פי עדותם קודם שאמרו שהוא שקר אבל הכא מאיזה צד נחייבם אם בשביל עדותן קודם הרי עדיין לא גרמו היזק שהרי לולי עכשיו שאמרו שקר העדנו לא היה. מחוייב ולא שייך גרמי רק כששילם על פיו ואם בשביל שהוא רצה לחייבו ונחייבנו כאשר זמם זה לא שייך על פי עצמו ועל עדותם עכשיו אין לחייבם שהרי הם לא באו לחייבו עכשיו שהם אומרים מיד שקר העדנו ועדותם עכשיו הם אומרים שהוא אמת ודו"ק אבל אין צורך לזה דבלא"ה אתי שפיר כנ"ל]:

ב קיצר במקום שהיה לו להאריך עיין ש"ך ס"ק ב' וכבר הארכתי בזה לעיל סי' ל"ד ובשאר מקומות לעיל

כתב הרמב"ם פי"ח מהלכות עדות הלכה ב' וז"ל כיצד עדים שבאו וכו' והעתיק לשונו בתומי' ועיין מה שהאריך בקושיות ופלפולים ואני תמה על האחרונים ז"ל דמעולם לא עלה על דעת הרמב"ם ז"ל מה שחשבו הם ז"ל לדעתו דוודאי יש לתמוה ברמב"ם שם דמעיקרא כתב וז"ל באו שנים אחרים ואמרו ביום זה ובמקום זה היינו עמכם ועם אלו כל היום ולהד"ם לא הרג זה את זה ולא זה הלוה את זה הרי זו הכחשה וכן אם אמרו להם האיך אתם מעידין כן וזה הנהרג או ההורג או הלוה או המלוה היה עמנו ביום זה במדינה אחרת הרי זו עדות מוכחשת וכו' והדבר מבואר מדכתב אח"כ גבי הורג או נהרג במדינה אחרת מוכח להדיא דמעיקרא באותו מקום מיירי. וכן מבואר בלשונו ביום זה ובמקום זה דמשמע בהדיא באותו מקום גופא שאמרו העדים. ומעתה יש לתמוה אם היה דעתו של הרמב"ם ז"ל כמו שחשבו הם מ"ש דמעיקרא לא קאמר דהיה הלוה והעדים במדינה אחרת עמם ועוד דאי כוונתו מעיקרא לאשמועינן האי דינא דהזמה והכחשה הוי הכחשה א"כ האיך כתב אח"כ וכן אם אמרו להם וכו' וזה ההורג כיון דאפילו אמרו על העדים ג"כ הוי הכחשה כ"ש כשאמרו על הלוה גרידא ועוד דמעיקרא כתב בכלל עיקרה של הכחשה והכחשה הבאה מכלל דבריה ועיקרה של הזמה וכתב על זה כיצד לפרש

אלה השלשה אופנים והאיך כתב מיד ענין אחר שלא זכר מקודם כלל והוא הכחשה עם הזמה גם תמוה דאח"כ גבי הזמה כתב עמנו הייתם בירושלים ומעיקרא כתב היינו עמכם במקום הזה:

אמנם דברי הרמב"ם ברורים ולית מאן דפליג עליה דהאיך יעלה על הדעת כשאמרו שהיו שם באותו מקום שאמרו העדים עם הלוה והמלוה והעדים ולהד"ם לא הרג או לא הלוה שיהא הזמה דהא זו הכחשה הגמורה שאם לא יאמרו שלא לוה ולא הרג עדותן של הראשונים קיימת דמה בכך שגם הם היו שם ובהכרח שיאמרו שלא לוה ולא הרג והרי זו עדות מוכחשת גמורה ואין בו צד הזמה כלל אבל אם אמרו עמנו הייתם אף שאמרו על הלוה ג"כ מ"מ אי לא אמרו על הלוה הוי הזמה לא נגרעו בשביל שאמרו על הלוה ג"כ ולא מיירי הרמב"ם כלל מזה אבל בהיפך אם אמרו היינו עמכם הרי זו הכחשה הגמורה שאם לא יאמרו שלא לוה ולא הרג עדות הראשונים קיימת לגמרי ואין כאן סתירה לעדותם כלל וכל הביטול והסתירה מכח הכחשה באה ואדרבא בכוונה כתב הרמב"ם היינו עמכם והיינו שבא לצייר אופן הכחשה בלי שום צירוף של הזמה שאם היו אומרים היינו באותו מקום והעדים לא היו שם הרי זו הזמה שהרי בלי הכחשה לגוף המעשה היה סתירה לעדותן מכח הזמה שהרי אפילו לא ידעו אם לוה זה לזה במקום זה רק כל שידעו שהעדים לא היו באותו מקום הרי צד הזמה לזה צייר שלא הכחישו שום דבר מעדות העדים והודו להם בכל דבריהם רק גוף המעשה הכחישו וזהו הכחשה גמורה שזכר קודם אח"כ צייר הכחשה הבאה מכלל דברים רק מכח הלוה והמלוה לא מכח העדים מיקרי ג"כ הכחשה. וכל הנ"ל ברור ונכון אין בזה שום ספק ותמהני מאד על האחרונים שהרעישו על הרמב"ם בזה והבט וראה שהרב בכ"מ ציין מקומו בש"ס ואילו היה רואה דבר חדש בדברי הרמב"ם הללו האיך לא כתב מקומו או שהוא סברת עצמו וברור שהבין דברי הרמב"ם כמ"ש ואין בדבריו שום דבר חדש וז"ב והנה ראיתי בלח"מ בסופו שכתב בשם מהר"י ב"ל כעין הנ"ל וכ' שדחק מאד בדברי הרמב"ם. והנה (עיינתי במהר"י ב"ל ובאמת דחוק מאד אבל לפי מה שכתבתי דברי הרמב"ם ברורים ולית מאן דפליג עלי' כמו שבארנו ודו"ק היטב: כתב הרמב"ם ריש פרק כ' מהלכות סנהדרין נהרג זה שהעידו עליו אינן נהרגין מן הדין אבל אם לקה זה שהעידו עליו הרי אלו לוקין ותמה הכ"מ שם שאין לו לרמב"ם דין זה לחלק בין מיתה למלקות ועיין תומים מה שהאריך להביא ראיה להרמב"ם:

והנה ראיה ראשונה מהך דריב"י לא נהירא כלל דמ"מ תקשי לריב"י בעדים שהעידו לחייב מלקות והוזמו לא ילקו דלפסול לעדות באו והוא עדיין לא נלקה ואין כאן רק

מחשבה וא"כ מחשבתם לא היתה לרעה ואי משום דמחשבתם לרעה דשמא ילקה ולא יבואו זוממין א"כ אף במיתה כן והראיה השני שהביא מהא דנחלקו ר"מ ורבנן דלר"מ לוקה פ' משום לא תענה והזמה ולרבנן לוקה מ' וקשה ליפלגו בהך אם כבר נלקה דלר"מ לוקה משום לא תענה ולרבנן לא דהוי כאשר עשה ולא ידעתי מה זו ראיה הא פשיטא שזה אין ענין למחלוקתן דגם ר"מ מודה דכאשר עשה לא אמרינן וכמו כן רבנן מודו דבשאר לאוין לוקה אפילו כאשר עשה וא"כ עיקר מחלקותן אי לקי משום לא תענה או לאו א"כ נקט בהא פלוגתייהו ואדרבא פשיטא אי הוי נקט פלוגתייהו בהכי הוי קשיא לן טובא הא פשיטא דנ"מ דלר"מ לוקה פ' ולרבנן מ' וזה ברור אך מה שהביא ממשנה ריש מכות מעידין אנו באיש פלוני שהוא בן גרושה וקשה אי עד שנגמר הדין הא אין העדים נעשין זוממין עד שיגמר הדין וע"כ כשנגמר א"כ הוי כאשר עשה ע"כ:

ולכאורה ראיה זו נכונה אך מ"מ יש לדחות דהא בש"ס מכות דף ה' ע"ב יליף עד שיוגמר הדין דכתיב נפש בנפש וקאמר חייבי מלקות מנין חייבי גלות מנין ומשני אתיא רשע רשע רוצח רוצח ופירש"י ותוס' שם דליכא למימר כיון שהעידו אחייבי גלות הרי הן חייבי מלקות וכבר גמרנו חייבי מלקות מרשע רשע ותירצו מההוא לא ילפינן רק עדים הזוממין שהרשיעו הנידון ללקות או למיתה דהאי קרא דרשע רשע בנידונין כתיב אבל כשהרשיעו' הנידון לגלות לא גמרינן ולפי זה פשיטא דה"ה בבן גרושה לענין לחייבו מלקות ג"כ לא נשמע מרשע רשע שהרי הם לא באו לחייב הנידון מלקות והשתא בשלמא לענין עד שנגמר הדין שפיר ילפינן מגזירה שוה גם אפילו היכי דלא באו לחייב הנידון מלקות וגלות אבל לענין כאשר זמם ולא כאשר עשה וודאי דאי אפשר ללמוד מהיכי שבאו לחייב הנידון מלקות או מיתה דהא ליכא בהא גזירה שוה הילכך לענין זה בוודאי לא בעינן כאשר עשה דכאשר זמם היכי שבאו לחייב הנידון כמותם מיירי הילכך אפי' עשה חייבין מלקות בזה אבל היכי שבאו לחייב הנידון מלקות בזה שפיר בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. אך לפי זה יש לומר דטעמו של הרמב"ם בפשיטות דע"כ לא בעינן כאשר זמם רק לחייבו כעין מה שרצה הוא לחייבו אבל לחייבו מכח והרשיעו את הצדיק דבזה לאו מכח כאשר זמם מחייבינן ליה כמו שכתב שם הרמב"ם בהדיא סוף פרק כ' א"כ מהיכי תיתי נבעי כאשר זמם דוקא כיון שהמלקות הללו לא מן השם הזה רק מכח מימרא דעולא רמז לעדים זוממין א"כ ממילא אפילו באו לחייבו מלקות ונלקה נהי דאין לוקין מכאשר זמם מ"מ מצד והרשיעו את הצדיק לוקין ומ"ש היכי דאי אפשר לקיים בהו כאשר זמם משום דכתיב לו ולא לזרעו או הוא ולא זוממין מ"מ כתב קרא והרשיעו לחייבו מלקות א"כ ה"ה היכי דאי אפשר לחייבו מלקות מכאשר זמם לפי שכבר עשה

מ"מ מצד והרשיעו מחייב מלקות אך יש להבין לפי זה יהא הדין דגם במיתה אפילו כבר נהרג דאין נהרגין משום דליכא בהו כאשר זמם מ"מ מלקות לחייבם משום והרשיעו את הצדיק ובאמת הרמב"ם כתב מקודם גבי מיתה בסתם דהם אינן נהרגין וכתב אבל אם נלקה הרי הן לוקין משמע דבמיתה אפילו מלקות ליכא. ונראה שטעמו דכתיב ונקלה אחיך לעיניך ודרשינן מינ' כיון שלקה הרי הוא כאחיך ובמיתה לא שייך זה כמש"כ הכ"מ דלכך אינן נהרגין שאין מהראוי לפוטרם באותו עונש א"כ כ"ש שבמלקות הללו לא נפטרו וא"א שיהא כאחיך אף לאחר המלקות שהרי מגיע להם עונש גדול מזה דאפי' במיתה לא נתכפרו לכך אין לוקין כנ"ל ברור ודו"ק:

כתב הרמב"ם מוציא שם רע שהביא עדים שזינתה והביא אביה עדים והזימום הרי עדי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון ופי' רש"י דה"א לפרוע לה כתובה דבקשו להפסידה וישלמו בטובת הנאה קמש"ל דקים ליה בדרבה מיניה והקשה בתומים אהא דאמרינן חזר הבעל והביא עדי' והזימום לעדי האב עדי האב נהרגין ומשלמין ממון לבעל ופירש"י והרמב"ם דהיינו קנס מה שהיה צריך הבעל לשל' ע"פ עדותן וקשה הא צריכין לשל' מה שהוי מחויי' כתוב' ע"פ עדותן כמו במעידין שגירש אשתו וחייב לשלם כתובה ותירץ דהכא כיון דלפי דבריה אינה יכול לשלחה כל ימיו אין הכתוב' שיתן לה שוה כלום דלא ראוי לזבוני' ע"כ ואין זה נכון דא"כ תקשי לי' פירש"י מעיקרא בהביא האב עדים דהיו צריכין לשל' מה שבקשו להפסידה וקשה הא צריכין לשלם מה שבאמת הפסידו לה שהרי עכשיו אין הכתובה שלה שוה כלום ולולא הם היתה יכולה למכור בטובת הנאה ומה זה שבקשו להפסידה הא באמת מפסדת גם עכשיו אף גם שיש כאן שני תשלומין מצד כאשר זמם ומדיני דגרמי מה שבאמת הפסידו לה ולר"מ יהיו חייבין שלא מן השם המביא לידי מיתה מביא לידי תשלומין תשלומין מדיני דגרמי ומיתה מכאשר זמם אבל לפעד"נ פשוט דבכהאי גוונא אין שום חייוב על העדים ודוקא בהפסד כתובה מה שהפסידו עכשיו בבירור חייבין לשלם כגון להאשה שהיתה יכולה למכור וכמו כן אם העידו שהבעל מחוייב א"כ היה מחוייב עכשיו ליתן כתובה אבל בכהאי גוונא פטורין הרי דמנכין לבעל מה שהיה מחוייב ליתן כשיגרשנה או שימות והיינו דזה אינן צריכין לשלם דלא ברי הזיקא א"כ ה"ה הכא מה בכך שהוא נותן לה כתובה שתוכל למכור הוא אינו מפסיד רק אם ימות יפסידו היורשין א"כ פשיטא דלא ברי הזיקא לכך פטורין רק לשלם קנס תהיה מחוייב עכשיו אף גם כיון דהחייוב רק כשימות הוא א"כ הרי עכשיו הם נהרגין ואינו בדין שיתחייבו יורשין שלהם מאחר שהחייוב הוא רק לאחר מיתה והזמה אינה רק קנס ואין היורשין מחוייבים גם בלא"ה נראה דאין חייוב לאחר

מיתה מאחר שהחייוב מתחיל לאחר מיתתן כשימות הבעל ובעלמא שפיר אמרינן ממון לזה ונפשות לזה היינו דמשלמין קודם הממון אבל כאן דהתשלומין הם לאחר מיתה אין כאן חייוב לאחר מיתה וכ"ש לחייב היורשין וגם לא ברי הזיקא ועכ"פ מכל הני טעמים יפה פירשו רש"י ורמב"ם לענין קנס דמוציא שם רע ונידון מ"ש הטור בשם ר"ח עיין מש"ל ס"ק א' ועוד כתבתי לקמן סימן מ"ו סל"ז דרך מרווח בכוונת הטור הנ"ל: לט (א) או שהודה בפני עדים עסמ"ע בשם הג"א פרק זה בורר דלא מהני קנין בהודאה רק בקנו מידו לפרוע לזמן פלוני אבל אמר הילך חפץ ואני מודה בקנין שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקנין שלא התחייב עצמו בקנין יותר ממה שהיה מחוייב בראשונה והוי קנין דברים:

ובב"י תמה עליו דהא חל הקנין לגבות משועבדים ותירץ הב"ח דמיירי דמעיקרא נודע ע"פ עדים וסובר דש"ד א"כ בלי קנין נשתעבד. ואין זה נכון דהא מ"מ אפקיעו רבנן לשיעבודו וחל הקנין לגבות משועבדים ובתומים האריך לתרץ ותורף דבריו דסובר דהך דינא דהודה בפני שנים בקנין כותבין הוא רק אי אחריות לאו ט"ס לדעת הג"א א"כ לא חל הקנין לגבות משועבדים וגם זה אינו דהא כתב הש"ך להדיא דכל זה הוא רק לגבות משועבדים אבל לענין בנ"ח פשיטא דאפילו בלי קנין חייב אם כן ע"כ דלענין משועבדים מיירי הג"א ואי דנ"מ לענין שלא יוכל לטעון פרעתי א"כ הדר חל הקנין לענין שלא יוכל לטעון פרעתי ובאמת יש לתמוה על הסמ"ע שהעתיק דינו של הג"א כאן בריש הסעיף דמיירי בגביית בנ"ח והיה לו להזכיר דין זה לקמן אמנם דברי הג"א נכונים לפע"ד מטעם אחר והוא דהא פסקו הרא"ש וטור ושאר פוסקים דאם מיחה הלוה שלא לכתוב שטר אין כותבין וע"כ לא אמרינן רק סתם קנין לכתיבה עומד אבל לא אם מיחה בפי' והשתא פשיטא דאי אפשר לומר שעיקר הקנין הוא לענין שיגבה משועבדים א"כ האיך יוכל למחות הא זהו עיקר הקנין ועל זה קיבל קנין שיגבה משועבדים וע"כ צריך לומר משום דהקנין גופא אינו רק על עצם החייוב לא על השיעבוד והשיעבוד בא מכח שחל הקנין ממילא לכתיבה עומד אבל כל כמה דלא חל הקנין אין כאן כתיבה א"כ ע"כ צריך שיהא על מה לחול הקנין בלי שיעבוד נכסים ושפיר כתב הג"א דהיינו דוקא בקיבל לפרוע לזמן פלוני דחל הקנין במה שנתחייב בקנין ההוא לפרוע בזמן הזה ולא הוי קנין דברים אבל קיבל קנין שהוא חייב הרי בלי הקנין הוא מחוייב כשהוד' מלוה והוי קנין דברים ולא חל וממילא אין כותבין וליכא ש"נ מלקוחות. הכלל כי השיעבוד תלוי בקנין ואי חל הקנין יש כאן שיעבוד ואי לא לא אבל אין הקנין על השיעבוד כמו שהוכחתי כיון שיכול למחות. אך סוף דברי הג"א צ"ע ולא אהני קנין שלא יוכל לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני

והלכו למדה"י דמאי ענין פרעתי בפני פלוני ופלוני לכאן הא אפילו המלוה בעדים אין צריך לפרעו בעדים כ"ש כשהודה דהיה נאמן לומר פרעתי סתם ואי משום הקנין אם כן פרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו לא מצי טעין וצ"ע בזה:

ב והמלוה את חבירו בשטר גובה מן המשועבדים. הב"י כתב הטעם בזה דש"ד והרב הש"ך האריך ודעתו דעכ"פ הוי ספיקא דדינא. וטרם שנאמר דעתנו בענין זה נבוא אל ביאור דברי הש"ך ואחרונים ומה שיש להשיב עליהם ואח"כ נאמר מה שנלפע"ד בזה והנה הש"ך האריך ובראשונה טען על הרא"ש דפסק ש"ד ואולם בב"ק פסק דאין גובין מעבדי דיתמי דשל"ד ומכח זה רצה לשפוט דדעת הרא"ש באמת של"ד ואין צורך להשיב על זה כיון דפסק להדיא פרק המגרש ש"ד שכתב והשתא דקיימא לן ש"ד. ובתומים סוף ס"ק ב' רוצה ליישב דבמטלטלין לכ"ע של"ד ועבדי דניידי כמטלטלי לענין זה ואי אפשר להעמיד דבריו בתוס' ורא"ש דהם כתבו בהדיא דהואיל וגביית יתמי אינו רק מדרבנן במילי דרבנן עשו עבדי כמטלטלי מבואר להדיא דסברי דאפילו גביית קרקעות מיתמי אינו רק מדרבנן לכך עבדי כמטלטלי ולדברי התומים אין כאן גבייה דרבנן דבקרקע הוי דאורייתא ומטלטלין אין גובין כלל ולקמן נתבאר יישוב נכון להרא"ש בזה עוד טען הש"ך על קושית מהרש"ל מהא דקאמר פרק יש בכור דכ"ע אית להו דרב אסי ודכ"ע כר"פ ודכ"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי משמע מדמחלק דר"פ ומלוה הכתובה בתורה לתרי מילי דר"פ לאו בהכי איירי לתירץ הש"ך בתרתי דהתם הך ר"פ דב"ב מייתי דמיירי במלוה ע"פ סתם ואין זה נכון דהא התוס' הקשו שם דהא ר"י גופא סבר גבי הוא לפדות ובנו לפדות ככתובה בשטר ועוד דהאיך יחלוק ר"י דמלוה ע"פ גובה מלקוחות ותירצו התוס' דהך מילתא דר"פ ג"כ במלוה הכתובה בתורה הוא לכך שפיר פליג עליה דגובה מלקוחות והיינו דככתובה בשטר דמי א"כ מבואר דהך ר"פ דמייתי התם הוא ר"פ דקידושין א"כ יפה טען מהרש"ל דלא הוי ליה לחלק בתרי מימרא כיון דר"פ נמי בהכי מיירי ולשיטת התוס' הוא ר"פ דקידושין ועוד קשה דעכ"פ הוי ליה לאתויי הך ר"פ דקידושין בלבד ולמה לי הך דמלוה הכתובה בתורה ומזו דייק מהרש"ל דר"פ במלוה ע"פ סתמא מיירי גם מה שכתב הש"ך ועוד והוא העיקר בעיני וכו' ולא ידענא מאי קאמר דמה בכך דר"פ סובר לאו ככתיבה בשטר אדרבא משום הכי לא הוי ליה לחלק בתרי מימרא ולא הוי ליה לאתויי רק הך דר"פ בלחוד דסובר במלוה הכתובה בתורה גובה מן היורשין ולא מן הלקוחות ואתי שפיר פלוגתייהו בחמש ולא בחצי חמש. אך באמת נראה לפע"ד ליישב קושית מהרש"ל וקרוב בעיני שהרב הש"ך כיוון לזה דאל"כ אין הבנה לדבריו כלל כמו שאבאר. והוא דוודאי יש לפרש דברי ר"פ

על שני פנים האחד דסובר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר והוי כשטר גמור ולא מיקרי מלוה ע"פ כלל ומ"מ אינו גובה מן הלקוחות אף דכל שטר גובה משום דלית ליה קלא אפקעינהו רבנן לשיעבודא אף בשטר. ולפי זה פשיטא דבאחין שחלקו אף דהוי כלקוחות מ"מ היה בדין שיגבה ולא שייך לומר לא פלוג דאדרבא כל שטר גובה מן הלקוחות רק בלקוחות דעלמא הוכרחו חכמים להפקיע השיעבוד משום דלית להו קלא אבל באחין שחלקו דלא שייך זה חזר הדין לכל שטר דעלמא וגובה מן הלקוחות דהיינו מן האחין ואדרבא לא פלוג בין שטר לשטר וגדולה מזו כתבו דאפי' ידוע דהלקוחות לא ידעו כגון במדה"י וכדומה מ"מ לא פלוג עבדי וגובה בשטר א"כ כ"ש בזה דלא שייך שום תקנה דדינם כמו שטר דעלמא ובפרט דאחין שחלקו דמי טפי ליורשין דמ"מ יורשין נינהו ושייך טפי לא פלוג. אמנם אי נימא דטעמא דר"פ דסובר דהוי ככל מלוה ע"פ לא ככתובה בשטר רק דאפי' מלוה ע"פ דין שיגבה מהיורשין ומלקוחות דש"ד במלוה הכתובה בתורה רק בלקוחות אפקעינהו רבנן דלא פלוג עבדי כיון דכל מלוה ע"פ לא גבי מלקוחות וגם לית להו קלא ולפי זה ה"ה באחין שחלקו כיון דמ"מ הוי מלוה ע"פ לא גבי מלקוחות דלא פלוג עבדי רבנן כיון דכל מלוה ע"פ לא גבי ואפילו כתובה בתורה א"כ הכא נמי לא גבי ולפי זה לא קשיא קושית מהרש"ל דוודאי אם היה מביא רק מילתא דר"פ בלבד עדיין לא היה התירוץ נשלם דוודאי דינו של ר"פ אפילו אי ככתובה בשטר כפי' ראשון הנ"ל א"כ באחין שחלקו שפיר גבי דלא פלוג בין שטר לשטר כנ"ל לכך קאמר מעיקרא דכ"ע לאו ככתובה בשטר ומ"מ אית להו דר"פ והיינו משום דש"ד במלוה הכתובה בתורה וכיון דלא הוי רק מלוה ע"פ ה"ה באחין שחלקו לא גבי מלקוחות דלא פלוג בין מליה ע"פ למלוה ע"פ ומהרש"ל הבין באמת דעת ר"פ דככתובה בשטר כפי' א' הנ"ל ולזה הוכרח לפרש דמאי דקאמר לאו ככתובה לענין לקוחות אבל ליורשין ככתובה בשטר היא ומ"מ מדמה להך דר"פ דמ"מ לא פלוג ואהא מפרש הש"ך דהא ליתא רק ר"פ באמת לאו ככתובה בשטר סובר והשתא אי לא מייתי הך דלאו ככתובה בשטר מדר"פ בלבד הוי מצי לומר ככתובה בשטר ולא דמי לאחין שחלקו קמש"ל דכ"ע לאו ככתובה בשטר ומ"מ אית להו דר"פ דר"פ נמי לאו ככתובה בשטר סובר וא"כ שפיר דמי לאחין שחלקו ודו"ק היטב:

והנה עיקר ראיית הש"ך הוא דהא ר"פ ע"כ סובר של"ד דהא סבירא ליה פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וראיה זו כתבה הראב"ד הביאו הרשב"א בחידושיו לקידושין ובתומים תמה דא"כ מאי מקשה לר"פ בערוכין הא מצי לאוקמא במלוה הכתובה בתורה דלר"פ ש"ד ולא שייך מצוה וע"כ צריך לומר דאף דש"ד מ"מ

מצוה הוא ונכסיו עריבין וכיון שמת דליכא מצוה אין גובין מהערב ולכאורה דבריו נכונים אך באמת הרב הש"ך לא ביאר יפה ראייתו אבל בראב"ד שם מבואר היטב והוא דנהי דמיתמי לא גבי אף דש"ד כיון דאינו רק מצוה מ"מ מאי קאמר ליה לר"פ בכתובות לדידך דאמרת פריעת ב"ק מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי וקשה מאי קושיא כיון דש"ד פשיטא דיורדין לנכסיו ומה בכך דהוא אינו רוצה גובין מהערב ומזה מבואר דשל"ד וכן הוא להדיא בראב"ד שם. אבל לפי דרכנו בסמוך בס"ד יתיישב קושיא זו על נכון ומעתה אבא להשיג על דברי התומים ועל ראיותיו ראשונה מה שהביא מדברי התוס' פרק יש נוחלין בד"ה לטעמי' דהשיגו על רשב"ם ודעתם, דר"נ סובר גבי קרקע יש לו א"כ מבואר דהך דיתומים שגבו קרקע תליא אי ש"ד דאל"כ מאי קושיא להך דגבי קרקע דהא הך בוודאי תליא בש"ד כמבואר סוף פרק גט פשוט וע"כ דהך נמי תליא בהכי וכיון דסבירא לן הך דר"נ יתומים שגבו קרקע מבואר דש"ד עכ"ד. ודבריו תמוהין דהמעיין בתוס' שם יראה דוודאי מודו לרשב"ם דאי נימא טעמא דר"נ יתומים שגבו קרקע הוא מטעם שדר"נ שפיר יש לומר דסובר גבי קרקע אין לו רק דקשיא להו לפי' זה דרבה לא משני על זה כלום ועיקר התירוץ חסר בש"ס על הך קושיא דהא אביי בקושיא לא סבירא ליה הך דטעמא דיתומים שגבו קרקע משום דר"נ והיינו דאזיל לטעמי' בפסחים דהטעם משום דלמפרע הוא גובה רק רבא דסובר מכאן ולהבא הוא גובה הוא דמוקי לה כר"נ ואביי ליה הך א"כ כדמקשה ליה אביי לרבה הוי ליה לרבה לישנויי ליה הך תירוץ דר"נ ומזו דייקי התוספות דתירוץ רבה הוא לאביי גופא לשיטתו דאין הטעם משום דר"נ ועל זה תירץ לו לטעמא דבני מערבא קאמר וליה לא סבירא ליה והוא סובר באמת גבי מעות וקרקע יש לו דלא כרשב"ם ולפי זה היינו דוקא לאביי לשיטתו כנ"ל אבל לדידן דקיימא לן כרבא בפסחים וטעמא דר"נ ביתומים משום דר"נ א"כ פשיטא דלא תליא כלל בש"ד ואביי לשיטתו מקשה שפיר ורבה השיב לו לשיטתו אבל לא לדידן ואנן שפיר קיימא לן הך דר"נ משום דר"נ וכן מבואר להדיא בתוס' שם וז"ל ור"נ סבר בין גבי קרקע בין גבי מעות יש לו כמו שהביא אביי מההוא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ולדברי אביי קאמר ליה רבה ולא לפי מה שתירצה רבא משום דר"נ עכ"ל. הרי להדיא כמו שכתבתי ולק"מ. ומה שכתב לדחות הראיה מפריעת ב"ח מצוה כבר כתבתי דעיקר הראיה מהך דכתובות לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי ובזה לא שייך דחיית התומים. גם מה שהביא ראיה דש"ד דאל"כ לעולם לא יגבה מלוה ע"פ מאחין שחלקו דהוי כלקוחות ובזה האריך מאד בענין לא פלוג וכל דבריו אינם נכונים כלל דוודאי עיקר הטעם דמלוה ע"פ בעלמא גובה מאחין שחלקו משום נ"ד דלא שייך בהו לית להו קלא אבל בפדיון הבן

דלא שייך נ"ד לא גבי מאחין שחלקו ומה שהקשה דא"כ תקשי בפדיון הבן אף מיורשין לא יגבה דליכא נ"ד וע"כ משום לא פלוג א"כ בהא נמי נימא לא פלוג כמו דבעלמא גבי מאחין שחלקו ה"ה בפדיון הבן ולק"מ דוודאי מן היורשין לא גבי משום לא פלוג בין מלוה ע"פ למלוה ע"פ כיון דבעלמא גבי מלוה ע"פ מיורשין ה"ה בכל מלוה ע"פ אבל באחין שחלקו יש כאן לא פלוג על שני פנים הא' דלא פלוג בין לקוחות ללקוחות כיון דבעלמא לא גבי מלקוחות ה"ה הכא והשני דלא פלוג כיון דבעלמא גבי מאחין שחלקו ה"ה הכא והשתא פשיטא דטפי יש לומר לא פלוג שלא יגבה כמו בלקוחות דעלמא דהא אפילו ביורשין לא גבי רק משום לא פלוג א"כ בלקוחות דבעלמא לא גבי דשייך נ"ד כ"ש כאן הילכך לא פלוג בין לקוחות ללקוחות ולא גבי כמו בעלמא מלוה ע"פ דלא גבי מלקוחות ונהי דבעלמא באחין שחלקו גבי היינו דהוכרחו חכמים לחלק בינייהו משום נ"ד אבל כל היכי שאין צורך לחלק מהיכי תיתי נחלק בין לקוחות ללקוחות אבל מיורשין גבי משום לא פלוג דכל מלוה ע"פ גבי מיורשין וזה ברור ומה שכתב ליישב דברי התוס' פרק יש בכור דהקשו שני קושיות ולא תירצו אלא חדא וע"ש שתירץ דהתם מיירי לענין מלוה ע"פ מוקדם לב"ח מאוחר ואין דבריו נכונים דהא התם קתני ר"י אומר בנו קודמו ופירש"י התם דאם יפרוק עצמו קודם בבנ"ח לא יוכל לפדות בנו מלקוחות דקנו קודם לידת בנו לכך בנו פורק קודם מבנ"ח ואח"כ פודה עצמו מלקוחות דהוא קודם להם משא"כ לפי פירושו לא שייך בנו קודמו שמצותו על אביו דהא אפילו יפדה עצמו קודם יוכל לפדות בנו אח"כ. אמנם המעיין בתוס' יראה דמיד בקושיא לא רצו להקשות למאי דס"ד דקאמר דכ"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי א"כ תקשי הא לקמן מבואר דר"י סובר ככתובה בשטר רק הניחו הקדמה דאף לפי המסקנא אמרינן כן דכ"ע לאו ככתובה מדקאמר ופליגי בדר"פ או בדרב אסי א"כ מבואר דבהך כ"ע מודו דאל"כ יכולין לסבור כתרווייהו רק לחלק במלוה הכתובה אי ככתובה בשטר ואהא קשיא להו דסתמא דש"ס לקמן מייתי הך דר' ירמיה דפליגי אי ככתובה בשטר והתם קאי הכי למסקנא והאיך מסיק הכא להיפך והוי ליה לש"ס התם למדתי הך דר' ירמיה רק דפליגי בפשיטות אפילו אין לו אלא חמש ופי' כפשוט' דמצות האב היה על אביו ומצית בנו עליו לכך בנו קודם ומדמסיק הך דר' ירמיה ש"מ דקאי הכי והכא קאמר דפליגי או בדר"פ או בדרב אסי ש"מ דסתמא דש"ס סובר דכתרווייהו לא מצי סבר משום דלכ"ע לאו ככתובה בשטר ועל זה תירצו דהא דקאמר בדר"פ פליגי כך הכוונה באמת דפליגי אי ככתובה בשטר וגבי מן הלקוחות או לא ור"י סובר דגבי מן הלקוחות א"כ לא קשיא מהך דר' ירמיה דנהי דהכא קאמר או בדר"פ או בדרב אסי היינו דהכא שפיר מצי

לומר כן אבל ר' ירמיה התם באמת סובר כהך תירוץ דהכא בדר"פ פליגי והתם סתמא דש"ס סבר הכי כיון דהכא נמי משני כן לחד תירוץ ואדרבא מסקנא דהכא או בדרב אסי או בדר"פ ומסקנא בדר"פ והיינו כדר' ירמיה וזה ברור ולק"מ. ומה שכתב ליישב סתירת הרא"ש כבר הוכחתי לעיל שאי אפשר להעמיס דבריו בלשון התוס' והרא"ש:

ומעתה אענה אני את חלקי בענין זה מה שנלפע"ד במחלוקת זו כמו שאבאר. והוא דיש לתמוה הרבה בסוגיא סוף פרק גט פשוט דמתחילה מייתי מחלוקת עולא ורבה דלעולא בין בשטר בין בעל פה ש"ד וחכמים חילקו ביניהם משום פסידא דלקוחות ורבה סובר להיפך מן התורה בתרווייהו של"ד וחכמים חילקו ביניהם משום נ"ד ופסידא דלקוחות ובתר הכי מייתי מחלוקת רב ושמואל ור"י ור"ל במלוה ע"פ ע"ש והקשו התוס' שם לרב ושמואל למה לא יגבה מן היורשין הא כיון דבטר גבי משום נ"ד וגבי יורשין לא שייך קלא [וצריך לומר דכוונתם דליכא למימר דבאמת השתא גבי רק מדין תורה מיירי דא"כ מה זה דקאמרי מלוה ע"פ אפילו מלוה בשטר נמי) ותירצו דהמלוה בעדים לא חשש לקלא ולגביית דלקוחות לא תקנו חכמים לגבות מן היורשין ע"כ וסברא זו ע"כ צריך לומר לפי' הרי"ף בדברי ר"פ דכוונתו אוקמא אדאורייתא משום דבלאו הכי כיון דהפקיעו חכמים שיעבוד לקוחות ממילא לא סמכה דעתו גם על יורשין רק מתקנת חכמים שלא תנעול דלת תקנו לגבות מיורשין ולפי זה מדברי ר"פ מבואר דלא כסברת התוספות דהא חזינן דלא גבי מלקוחות ומ"מ גבי מיורשין וע"כ דר"פ באמת חולק בסברא זו ארב ושמואל לדעת התוס'] ויש לתמוה על תירוץ זה דהא לקמן פריך על רב ושמואל מהחופר בור דקתני דגובה מן היורשין ומשני כשעמד בדין ופירשב"ם דהוי כמלוה בשטר וקשה מה בכך דהוי כמלוה בשטר הא לגבי יורשין לא שייך קלא א"כ בשטר נמי לא יגבה ובאמת אם נפרש כשעמד בדין הוי כמוחזק אתי שפיר אבל התוס' גופא כתבו שם דעמד בדין היינו דאית ליה קלא א"כ קשה גבי יורשין מה בכך דאית ליה קלא וע"כ צריך לומר משום דהשתא נמי איכא נ"ד בפני הגזלנין כמו שכתבו התוס' שם א"כ תקשי מה זו קושיא מהחופר בור התם לא שייך סברת התוס' דהמלוה בעדים לא חשש לקלא ולגביית דלקוחות דהא התם ניזקין הוא וא"כ אפי' לא עמד בדין הוא שיגבה מן היורשין כמו שגובה בשטר דמ"ש בזה שטר או בלי שטר כקושית התוס' והא וודאי ליכא למימר דקושית הש"ס כיון דבעלמא מחלקינן בין שטר לעל פה גבי ניזקין נמי נחלק דלא פלוג דמנא לן להקשות בזה ארב ושמואל כיון דבזה לא שייך לחלק כלל. ובאמת היה נראה ליישב קושית התוספות בפשיטות דוודאי מה שהקשו אי הכי מלוה ע"פ נמי אין הכוונה דבמלוה ע"פ שייך נ"ד דוודאי כיון דבשטר גבי משועבדים שוב ליכא נ"ד דהא יכול

להכריחו שיכתוב לו שטר רק כוונת המקשן כיון דלא ידע שום חילוק בין שטר לעל פה א"כ מה ראו חכמים לחלק בינייהו דבזה יגבה ובזה לא כיון דליכא שום טעמא לטרוף בזה טפי מזה ואהא משני דלית ליה קלא אבל השתא לרב ושמואל כיון דלענין לקוחות שפיר יש חילוק בין על פה לשטר אם כן ממילא לא גבי מיורשין דהא נ"ד שוב ליכא כיון דכבר תקנו דבשטר גבי והשתא לא קשיא מה ראו חכמים לחלק ביניהם הא לענין לקוחות מוכרחין לחלק וממילא לגבי יורשין נמי ליכא נ"ד ודו"ק. אך עדיין לא נמלטנו מקושיא הנ"ל דמאי פריך מניזקין גבי הלואה שפיר לא גבי בלי שטר מיורשין דהא ליכא נ"ד כיון דבשטר גובה כנ"ל. אבל לגבי ניזקין אין הפרש בין שטר לעל פה בשום דבר וצ"ע לכאורה. ועוד קשה לי כיון דע"כ רב ושמואל קאי אדהשתא בתר תקנה דאי בדאורייתא אפילו מלוה בשטר נמי לא גבי ואולם ר"י ור"ל ע"כ קאי בדאורייתא דאי בתר תקנה פשיטא דלא גבי מלקוחות דמשנה שלמה שנינו ע"י עדים גובה מבנ"ח וא"כ האיך מייתי פלוגתא דאין שני המאמרים שווין זה בתר תקנה וזה קודם תקנה והוי להו לאיפלוגי תרווייהו בשוה בענין אחד תו קשיא לי כיון דרב ושמואל ור"י ור"ל נחלקו בהך גופא דפליגי רבה ועולא א"כ מ"ש דבדרבה ועולא נקט המחלוקת בין בשטר בין בעל פה ואולם ברב ושמואל לא הזכיר רק בעל פה בלבד הא פשיטא דבשטר נמי איכא נפקותא אי ש"ד אי לא. ועוד קשה כיון דהם נחלקו בהך פלוגתא גופא למה לא מייתי בש"ס פלוגתייהו קודם דהם אמוראי קמאי והאיך מביא מעיקרא פלוגתת אמוראי בתראי ואח"כ אמוראי קמאי מה דנחלקו בהך פלוגתא ממש גם קשה אהא דפריך מעיקרא אי הכי בעל פה נמי מאי אי הכי ומאי אי אמרת בשלמא יש כאן דהא במשנה גופא קשה גם ר"פ כדקאמר הלכתא דמלוה ע"פ גובה מ"ט לא הזכיר שטר דהא נ"מ טובא אי ש"ד או לא. ועוד אי אין נ"מ ומהאי טעמא לא מייתי א"כ למה הביא דאינו גובה מן הלקוחות הא ליה ליה פלוגתא בזה דמבואר הוא במשנה להדיא וע"כ דבא להשמיענו מאיזה צד אינו גובה אי מדין תורה או לא א"כ ה"ה במלוה בשטר גם קשה הא דאמרינן בקידושין מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר ותמה הרשב"א בחידושיו הא בשטר נמי של"ד ומה בכך דהיא ככתובה בשטר והוא תירץ משום דבשיעבדו בפי' הוי ש"ד ובאמת לא נזכר זה בש"ס ובכל מקום אמרינן בפשיטות ככתובה בשטר או לא. וכן מפירש"י דהכוונה בפשיטות דהך מלוה ע"פ כמו בעלמא בשטר ולא הזכיר שיעבדו בפי' רק כנוסח כל שטר דכותבין אחריות ואי לא כתב תליא אי ט"ס:

לכן נראה לפע"ד ליישב כל הקושיות הנ"ל ומתוך פירש"י בקידושין למדתי זה דרש"י כתב שם וז"ל לאו דאורייתא הוא לומר נכסוהי דבר נש אינון ערבין בי' ומשתעבדים

מדין ערב ויהא מלוה ע"פ ומלוה בשטר שווין אלא בשטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך משתעבדי מלוה ע"פ לא משתעבדי וכן כתב אח"כ בד"ה אינו גובה מן היורשין ומעתה אני אומר דהדברים כפשטן דוודאי חילוק גדול יש בין מלוה ע"פ למלוה בשטר דכיון דכתב שטר בוודאי ש"ד בין לר"י ור"ל בין לרב ושמואל ואפי' לא כתב אחריות ט"ס הוא כל שלא מיחה שלא לכתוב דמסתמא קיבל עליו אחריות כנוסח כל שטר ובמלוה על פה הוא דפליגי רב ושמואל דסברי דכוונת המשנה בשטר גובה מדאורייתא ובעל פה אינו גובה. אמנם עולא ורבה נחלקו בשטר ג"כ דרבה סובר דבר תורה שניהם אינן משועבדים דאין בכחו לשעבד מה שימכור ועולא סובר להיפך והיינו דפריך בתרווייהו אי הכי מלוה בשטר נמי וכן להיפך ברבה מלוה ע"פ נמי דבמשנה גופא פשיטא שיש לפרש בפשיטו' דבשטר ש"ד ולא בעל פה משא"כ הם שאמרו דמן התורה אין שום הפרש ביניהם מה ראו חכמים לחלק ביניהם וכן כתב להדיא הרב בעל ת"ח סוף פרק גט פשוט וז"ל וא"ת מאי אי הכי תקשי אמתניתין מ"ש מלוה ע"פ ממלוה בשטר ויש לומר דבמתניתין איכא למימר דנכסי דלוה לא קא משתעבדי ליה למלוה רק בכותב לו שטר שכן כותבין בשטר דמשעבד ליה נכסים ועוד דכתיב ואקח את ספר המקנה אבל מלוה ע"פ לא עכ"ל. והיינו ממש כפירש"י בקידושין הנ"ל אליבא דרב ושמואל והשתא לא קשיא קושית הרשב"א בקידושין דוודאי רבה סובר במלוה בשטר נמי של"ד אבל רב ושמואל לא סבירי להו כן והיינו דלא פליגי רק במלוה ע"פ אבל בשטר מודו כפשטא דמתניתין ושפיר קאמר דס"ד מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי וא"כ בשטר ש"ד וזה ברור לפע"ד. והשתא לק"מ קושית התוספות דלרב ושמואל מ"ש שטר מבלא שטר הא גבי יורשין לא שייך קלא דרב ושמואל סברי בשטר ש"ד ולא משום קלא א"כ במלוה ע"פ לא גבי דשל"ד דבשטר נמי לאו מתקנה גבי רק מדאורייתא. והשתא שפיר מקשה מניזקין דקתני גובה מן היורשין ואהא משני כשעמד בדין ופירש רשב"ם דהוי כמלוה בשטר והיינו כמו שכתבתי דבשטר ש"ד ולא מתקנה והשתא ניחא דרב ושמואל נמי אדאורייתא קאי ולדידהו אין חילוק כלל וכולה מתניתין מדאוריי' דבשטר גבי ובעל פה לא ור"י ור"ל פליגי עליה דמדאורייתא בעל פה נמי גבי והשתא ניחא דרבה ועולא פליגי בשטר נמי אבל מחלוקת רב ושמואל ור"י ור"ל הכל במלוה ע"פ כמו שזכרו להדיא בדבריהם מלוה ע"פ אינו גובה דשל"ד אבל בשטר ש"ד ועלה קאמר ר"פ הלכתא הכל במלוה ע"פ דבשטר פשיטא דש"ד כיון דרב ושמואל ור"י ור"ל ועולא סבירי להו הכי ואין כאן רק רבה בלחוד דסובר בשטר של"ד ופשיטא דלא שבקינן כל הני אמוראי קמאי לפסוק כרבה רק במלוה ע"פ פסיק הלכתא ובזה יש

להסתפק אי סובר ש"ד כדפסיק בקידושין או שם במלוה הכתובה בתורה כדברי התוס' אבל בשטר בוודאי ש"ד והשתא לא קשיא מה שהקשה הראב"ד דר"פ סובר פריעת ב"ח מצוה דהיינו דוקא בעל פה אבל בשטר שפיר סובר ש"ד ומ"מ לא מצינו לאוקמא הך דשום היתומים בשטר דמכל מקום יתמי פטורין כמו שכתבתי לעיל וכמו שכתב בתומים רק שהראב"ד ביאר קושיתו מההיא דכתובות דקאמר לא ניחא ליה למיעבד מצוה ולפי הנ"ל ניחא דהיינו בעל פה דבהא של"ד וכיון דאינו רק מצוה שפיר שואל לא ניחא לי למיעבד מצוה. ובזה יש ליישב הרא"ש ג"כ דבשטר פוסק כהרי"ף דש"ד ולכך קאמר בשטרי הקנאה והשיג על הרי"ף דפי' בקנין כיון דש"ד וכן בהמגרש הכל בשטר אבל הא דפסק דאין גובין מעבדים היינו במלוה ע"פ לכך אין גובין מיתומים דבעל פה של"ד ובדרבנן עבדי כמטלטלי. ועכ"פ נראה לפע"ד ברור לדינא דבשטר בוודאי ש"ד כמו שהוכחתי אבל בעל פה הוי ספיקא דדינא. ובענין הפי' דש"ד נחלקו התוס' ורשב"ם סוף גט פשוט וכתבו התוס' על רשב"ם ולא ידע רבי מאי קאמר ע"ש. גם הקשו שם אהא דפריך מעולא דהא מיניה בוודאי גובה מדאורייתא. ולפעד"נ דכוונת רשב"ם כמו שכתב הרמב"ן בחידושיו שם דמ"ד של"ד סובר דאין כאן רק שיעבוד הגוף משום מצוה לפרוע אבל אין כאן שיעבוד על הנכסים דהיינו שיוכל המלוה או ב"ד לטרוף ממנו רק מוטל עליו מצוה לפרוע ומכין אותו עד שיפרע בעצמו ולפי זה אם מכר נכסיו לא מצי גבי דהא המלוה אינו יכול לגבות נכסים ואי דכופין ללוה הא הוא בעצמו לא מצי טריף מלוקח מה שמכר והמלוה אינו יכול לגבות בעצמו ומ"ד ש"ד סובר דנשתעבדו נכסיו למלוה לכך גובה מלקוחות והן הן דברי רשב"ם דמ"ד לאו דאורייתא סובר דקרא דיוציא אליך את העבוט במשכנו שלא בשעת הלואתו והיינו בעת גביה מחוב א"כ אין ראיה דש"ד דהא מוכרח לשלוח העבוט לקיים המצוה אבל אי נימא דבשעת הלואתו מיירי שפיר יש ראיה דמשום מצוה פשיטא דאינו רק בעת פרעון לא קודם ובהא נחלקו והשתא שפיר מייתי מעולא כיון דדייק דגובה זיבורית משום מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכלים וקשה אי של"ד ואין כאן שיעבוד נכסים רק עליו מצוה לפרוע פשיטא דאינו יכול לגבות בינונית כיון שאין לו שיעבוד על נכסים כנ"ל אלא וודאי דמלבד שיעבוד הגוף יש כאן שיעבוד נכסים לכך מייתי קרא דשיעבודו רק זיבורית כנ"ל: (ג) אפי' לא נכתב עש"ך והנה הסמ"ע כתב כן דקשיא ליה דברי המחבר אהדדי דלקמן סי' מ"ג מבואר דבעי כתיבה ולזה כתב לחלק בין אם העדים לפנינו או לא ובתומים הקשה עליו דהא הרא"ש ע"כ בעדים לפנינו דאל"כ לא גבי משעבדי כדלקמן ס"ה גם הקשה מדברי הטור סימן קי"ד בא"ה גם הביא דברי הדרישה שהקשה מדברי הטור בכמה מקומות שהוא סותר

להרא"ש דבעי כתיבה. ולפעד"נ ליישב בתרתי חדא דהא המחבר ע"כ בעדים לפנינו דאל"כ לא גבי כדלקמן ס"ה אך ה"מ באין כאן רק קנין לבד ורוצה לגבות על פי עדים אחרים המעידין על הקנין אבל ביש כאן שטר ג"כ שכתבוהו עדי קנין והוא רוצה לגבות בשטר שבידו פשיטא דאפילו עדים אחרים מעידין על הקנין מהני דמה חשש יש לחוש לפרעון כיון ששטרו בידו וזה ברור. ולפי זה שפיר כתב המחבר לקמן דס"ד דשטר זה מוקדם הוא ופסול ועל הקנין אי אפשר לדון כיון שאין כאן עדי הקנין לבד רק עדים אחרים ועל זה קאמר דהשטר כשר א"כ שוב גובה על פי הקנין מזמן הקנין אף שעדים אחרים מעידין על הקנין ובזה יש ליישב הרא"ש וטור ג"כ דוודאי מודה הרא"ש דבקנין גובה משעבדי דמ"ש כיון דע"כ סובר דבקנין מוציאין קול אפילו קודם שנכתב דאל"כ האיך יכתבו מזמן הקנין מה יעשו ללקוחות שקנו קודם שכתבו וע"כ דקודם כתיבה יוצא הקול א"כ פשיטא דגובה דלא שייך פסידא דלקוחות ועוד דהא לעולם יכולין לכתוב שטר אפילו לזמן מרובה רק דכוונתו אם המלוה רוצה שיכתבו לו שטר והיינו כדי שיוכל לגבות בשטרו אף שאין עדי הקנין לפנינו דבזה לא יועיל לו הקנין כל שאינם לפנינו ועל זה קאמר דיכתבו לו מזמן הקנין דכיון שנכתב ממילא מזמן הקנין מפקי לקלא א"כ גובה על פי השטר ודוקא כשלא נכתב לא מהני הקנין רק בהם לפנינו משא"כ כשנכתב הוי שטר גמור מזמן הקנין ושוב אין צורך לעדי הקנין רק בקיום השטר סגי ולפי זה אתי שפיר דברי הטור בא"ה סימן קי"ד דמה נפשך אי התם נמי יכול לומר פרעתי וכדומה א"כ פשיטא דבעינן עדי הקנין דוקא כמו הכא ואי התם לא שייך האי טעמא א"כ ממילא לא בעינן עדי הקנין] ובלא"ה גובה וכמו כן בכל מקום שהזכיר הטור קנין דגוב' פשיטא דהכוונה כשהם לפנינו כדלקמן ס"ה ולק"מ. אך באמת נראה דבלא"ה לק"מ דכוונת הרא"ש דאזיל לשיטתו דסובר אפילו בקנין יכול למחות אח"כ שלא יכתבו שטר וזהו כוונת המלוה שרוצה שיכתבו לו כדי שלא יוכל למחות וזהו דס"ד שיהא שטר זה פסול א"כ יכול למחות על הקנין ששוב לא יכתבו לו שטר קמש"ל כיון שנכתב שוב אינו יכול למחות דשטר גמור הוא דעדים מזמן הקנין מפקי לקצת וזהו כוונת המחבר דכאן סתם דגובה אפילו לא נכתב והיינו בין למ"ד שיכול למחות בין למ"ד שאינו יכול למחות מ"מ כל שלא מיחה גובה בו כשטר גמור אבל לקמן נ"מ שהשטר כשר שלא יוכל למחות על הקנין ובאמת בדברי המחבר נראה יותר כמו שכתבתי מקודם דנ"מ באין עדי קנין לפנינו כנ"ל רק לא מטעמו של הסמ"ע רק מפני שיכול לומר פרעתי א"כ אינו גובה משועבדים אבל בכוונת הרא"ש וטור נראה כתירוץ ב' לענין מחאה ובזה פשיטא דלק"מ על הרא"ש וטור. ועיין תומים מה שהקשה על הרא"ש פ"ק דמציעא דמבואר דקנין אין לו קול וזהו

היפך דעתו כאן והוא בשם בני יעקב. ולפעד"נ דלק"מ דכוונת הרא"ש התם דהא פשיטא דלא אמרינן כל שהיה קנין יוצא קול רק העדים מפקי לקלא א"כ עדי השטר שהם ג"כ עדי הקנין מפקי לקלא ומה נפקא מינה אם יש קנין או לא דהא סוף סוף הקול אינו יוצא רק מהעדים א"כ אפילו אין קנין בשטר הקול יוצא מאותן העדים אבל מודה הרא"ש בלי שטר ג"כ עדי הקנין מפקי לקלא ולק"מ ודו"ק:

ד שלא יחזירו למלוה ע"פ מלוה בשטר עיין תומים שהקשה הא בלאו האי טעמא תיפוק ליה אפילו כתבו בהדיא שלא באחריות רק לזכרון דברים שלא יוכל לומר להד"ם מ"מ לא הוי עדות כלל משום מפיהם ולא מפי כתבם ודעתו לישב דמהאי טעמא לא תקנו חכמים בזה שיועיל העדות כיון דבלאו הכי אין להם לכתוב שלא יחזירו זהו תורף דבריו ולא ידענא מאי קאמר דהא הך טעם שלא יחזירו הוא רק טעם בכותבין שטר גמור לגבות משעבדי ושלא יוכל לטעון פרעתי אבל בכותבין דרך עדות שלא יכפור בו להד"ם לא שייך האי טעמא א"כ למה לא תקנו גם בזה משום נ"ד דשמא ימותו או ילכו שיועיל שטר זה שלא יוכל לכפור בו להד"ם וכן מבואר בתשובת הרא"ש כלל נ"ז דלענין שלא יוכל לכפור בו פשיטא שיש להם לכתוב. וכן מבואר עוד בתשובותיו להדיא כלל ס"ה דין ג' דאפילו לא אמר כתבו והם כתבו לא דרך שטר רק עדות שלא יכפור בו הוי עדות מעליא. לכן נראה לפע"ד ברור שזו היא ראיה ברורה למה שכתבתי לעיל סי' כ"ח דדעת הרמב"ם במה שכתב חותכין דיני ממונות בעדות שבשטר שלא תנעול דלת אין כוונתו שטר גמור שהוא שטר חייוב שהרי כתב משא"כ במכות וגלות א"כ פשיטא דהכוונה שטר עדות שכתבו בשטר מה שראו א"כ מבואר דסובר בדיני ממונות כהאי גוונא כשר ודייק כן מהא דאמרינן מחאה בפני שנים ואין צריך לומר כתובו וקשה קושית התוס' דמאי יועיל כתובו הא הוי מפי כתבם ומזה דייק דבאמת בדיני ממונות מהני זה כל שכתבו בתורת עדות והיינו מתקנה שמא ימותו או ילכו אבל בהם לפנינו בוודאי לא מהני רק מפיהם. ועוד נדבר מזה בדברי הרב לקמן בהגה' ס"ג גם מה שכתב בתומי' בזה בתירוץ שני עיין מה שכתבתי לקמן ס"ק ח' דהוכחתי שם אפילו באומר כתבו אם חזר הוי מפי כתבם ע"ש:

ה צריכים להמלך בו. הב"י כתב שכן כתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ז [והבאר הגולה ציין על דעה שניה שכ"כ הב"י בשם תשובת הרא"ש כלל נ"ח ולא עיין שפיר דבהדיא כתב הב"י בשם תשובת הרא"ש כלל נ"ז להיפך כהרמב"ם וכן הוא באמת שם) והרב הש"ך השיג עליו דלא מוכח ברא"ש מידי דמכח ק"ו דייק הלואה ממתנה ובתומים תמה דאין כאן ק"ו דהא הרשב"א סובר להיפך אבל באמת הב"י גופא כתב שם בתר הכי בשם

תשובת הרא"ש כלל ס"ו דין ב' דק"ו הוא הלואה ממתנה אך עיינתי ברא"ש שם וראיתי שדברי הב"י תמוהין שלא כתב שם רק דכ"ש הוא כיון דבמכר חוזר הלוקח כ"ש בהלואה למ"ד שיכול למחות דהמלוה חוזר מהלואה אבל לענין גוף הדין שיכול למחות לא כתב כלל שהוא כ"ש. אך מ"מ דברי הש"ך נכונים שהרי הרא"ש הקשה שם ותימא מאי חשש יש למוכר או לנותן דליכא למימר לענין משעבדי שהרי בעדים גובה משועבדים ובמתנה ליכא משועבדים כלל וכתב ליישב דלא ניחא ליה דליפוק עליה קלא דליפשי עליה שטרא ע"ש א"כ מבואר דבהלואה דגובה משועבדים ובעדים לא איכא תרתי שיוכל למחות חדא מה שניתוסף לו חוב משועבדים וגם לא ניחא ליה דליפשי עליה שטרא והרי זה מבואר דמכח ק"ו דייק כמו שכתב הש"ך אך מה שכתב הש"ך דמדברי רש"י שפירש מתנת קרקע מבואר ג"כ כדעת הראב"ד לא מוכח מידי לפע"ד דיש לומר דרש"י סובר כדעת הרבה פוסקים שהביא הש"ך לקמן דדוקא במתנה יכול למחות ולא במכר והלואה ואהא קשיא ליה לרש"י מה שהקשה הרא"ש בתשובה כלל נ"ז דמדקתני לא צריך אימלוכי בי' מבואר דאם מוחה בפי' מהני דאל"כ האיך שייך המלכה לכך פי' הוא במתנת קרקע דאז יכול למחות משא"כ בהלואה ומכר וכן פי' מיד אח"כ לא צריך אימלוכי בי' כיון שעומד בדבריו ואינו חוזר הרי דדעתו דיכול לחזור כשמוחה בפירוש לכך פי' מתנת קרקע לכן נראה כיון דלא מצינו להדיא ברא"ש דמחלק בכך והרמב"ם כתב בפי' כן ומרש"י לא מוכח להיפך עכ"פ הוי ספיקא דדינא:

ו ואין צריכין לחוש. עש"ך דמוכיח דאינו נאמן פרעתי נגד עדי קנין ובתומים תמה עליו דבאמת לסברא אחרונה אינו נאמן לגבות מיתמי ובאמת מעולם לא עלה על דעת הש"ך להביא ראיה מיתומים לסברא אחרונה רק שהביא ראיה לדחות מה שכתב שיש מקום לומר גם לסברא ראשונה דנאמן רק מיחש לא חיישינן ועל זה כתב חדא שזה דוחק ועוד האיך גובין מיתמי ולסברא ראשונה פשיטא דגובין שכתבו דאם מת לוה כותבין. וכן ממה שהביא ראיה מדברי המחבר ס"א מבואר דכל ראיותיו לסברא ראשונה אבל לסברא אחרונה כתב מסברא דנפשי' כיון דלהך דעה אינו נאמן מה לנו להרבות במחלוקת ויש לנו לומר שגם הם מודים לזה רק טעמם שמא יברר בעדים או יודה אמנם בוודאי דברי הש"ך אין להם טעם כלל דמהיכי תיתי ניחוש שמא יברר בעדים ונראה ברור דהך דעה באמת סבירי להו דנאמן פרעתי ומיחש נמי חיישינן ובזה מיושב מה שתמה הש"ך ס"ק ח' על המחבר שכתב דאי משך מילתא שלשים יום דבאמת אפילו בתוך שלשים יש לחוש לפי מה דקיימא לן סימן ע"ח דנאמן לומר פרעתי ולפי הנ"ל ניחא דסובר דוודאי מיחש לא חיישינן בתוך זמנו אפי' בסתם הלואה רק דאם טען כן

נאמן לדעת הטור והמחבר לקמן סימן ע"ח הרי דביומא דמישלם זמני לכ"ע נאמן לומר פרעתי מ"מ מיחש לא חיישינן ולא טענינן ליתמי כ"ש בזה דאיכא מ"ד דאף הוא לא מצי טעין כ"ש דעכ"פ לא חיישינן לכך כתב הך דיש חולקין דוקא לאחר שלשים גם בלא"ה לק"מ לפע"ד דדוקא התם דהוי סתם הלואה בע"פ נאמן אבל הכא דאיכא תרתי חדא מחמת הקנין גם בתוך הזמן בהא פשיטא דלא חיישינן ואינו נאמן לכ"ע ובתומים כתב ג"כ והקשה על הסמ"ע דמחלק בין סתם לקובע מחמת גילוי דעת דמה הקשה התוס' מאלמנה דהא ליכא גילוי דעת ולא ידענא מאי קאמר דע"כ לא בעינן לטעמא דגילוי דעת רק כשהחייוב ברור אבל בכתובה בכור וכותל הנבנית בהא כבר כתבו התוס' דאפי' אביי ורבא מודו מחשש שמא תמות או ימות הבכו' ולא יבנ' הכותל ולא חילק הסמ"ע רק בהלוא' שבוודאי יתחייב א"כ אין לדבריו קיום:

ז מיהו יש אומרים שאם נתקיים דנין על פיו הרב הש"ך הרבה להשיב על דין זה ותמה על הרב בהגה' דלעיל סימן כ"ח פסק כרש"י וכאן הביא הך יש אומרים דזה תלוי במחלוקת רש"י ור"ת גם תמה על הב"י בא"ה דכתב דהרשב"א מחלק בין ממון לקידושין. ולפעד"נ עיקר לדינא כדעת הרב והוא דוודאי אם העדים כאן ושולחין עדותן בכתב לב"ד אינו מועיל כלל דפסול משום מפיהם ולא מפי כתבם ודלא כר"ת דמחלק בין ראוי להגדה או לא אבל בשטר שאין העדים לפנינו כגון שמתו או הלכו ויש שטר שחתמו עליו וכתבו עדותן בתוכו לא לשם שטר רק לעדות בכהאי גוונא הוי עדות מעליא מתקנת חכמים כדמוכח מדברי הרמב"ם פ"ח מהלכות עדות שכתב מדברי סופרים חותכין דיני ממונות על פי עדות שבשטר משא"כ במכות וגלות מבואר דבהך גוונא גופא דבגלות אינו מועיל והיינו שטר עדות בלבד דשטר חיוב לא משכחת לה מ"מ בדיני ממונות מועיל שלא תנעול דלת תדע דמ"ש שטר גמור שתקנו משום נ"ד שמא ימותו או ילכו או שטר זה א"כ בהא נמי ניחוש שמא יטעון להד"ם והעדים ימותו או ילכו ועיין מ"ש לעיל סימן כ"ח ושם הארכתי בביאור דברי הרמב"ם הללו ומאין יצא לזה ושכן מוכח מדברי הג"מ דקידושין ע"ש ולפי זה יש לומר דגם כוונת הרשב"א לחלק בין ממון לקידושין דבזה תקנו חכמים שיועיל משא"כ בקידושין וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש כלל ס"ה דין ג' בכתב שחתומים בו עדים והוא לא אמר כתבו ופסק דעכ"פ הוי עדות מעליא ואדרבא הכשיר שם מטעם שלא כתבו כנוסח שטר דאילו היה כנוסח שטר היה שלא כדין והוי חספא בעלמא אבל אם כותב לזכרון דברים לא לשם שטר נהי דלא גבי משעבדי ונאמן לו' פרעתי אבל עדות מיהו הוי שלא יטעון להד"ם והיינו מתקנת חכמים כמו שכתבתי וזה שדיקדק הרב וי"א שאם נתקיים וקשה פשיטא דבעי קיום אפילו אמר כתבו לא

מהני לעולם ולפי הנ"ל ניחא דכוונתו אם הם בעצמן מעידין על כתב ידן לא מהני רק שיעידו בפי' דבזה לא שייך תקנה ובשטר גמור בעינן שיזכרו עדותן ובשטר זה בעינן שיגידו בפה כיון דאינו רק מתקנה וכשהם לפנינו לא שייך תקנה ואם שכחו לא מהני דלא שכיח שישכחו ולא תקנו בזה רק כשאינם לפנינו ונתקיים דנין על פיו. ולקמן אבאר היטב תשובת הרא"ש הנ"ל מה שיש לדקדק בו עוד על נכון. (ח יש מי שאומר שהולך לפני ב"ד וכותב לו אבל העדים אינן רשאין לכתוב זהו מה שכתב בהג"א פרק זה בורר בשם ריב"ן ע"ש ודבריו צריכין ביאור דלכאורה נראה דכוונתו דב"ד כותבין לו שטר גמור אף שהעדים אינו רשאין מחמת המחאה וכן נראה מדברי הש"ך ס"ק י"ב שהוכיח מדלא משכח רק בפני ב"ד ש"מ דעדים אינן רשאין לכתוב אפילו לזכרון דברים ואי הכוונה דב"ד כותבין לזכרון דברים לא היה לו להביא ראיה כך רק הא בהדיא קתני עדים אינן רשאין והיינו זכרון דברים דשטר גמור אפילו בית דין אינן יכולין וע"כ דסובר דבית דין כותבין שטר גמור רק עדים אינן רשאין רק דדייק כיון דלא משכח רק בב"ד משמע דעדים אינן רשאין כלל ובאמת יש לדחות דיהיב עצה להיות שטר גמור רק דמשמע ליה להש"ך דכל הכוונה רק להנצל שלא ילכו העדים ויכפור להד"ם א"כ על זה יש עצה דיכתבו זכרון דברים ועכ"פ מבואר מדברי הש"ך דב"ד כותבין שטר גמור. אך קשה על זה כיון דיכול למחות למה יכתבו לו ב"ד שטר גמור מ"ש ב"ד או עדים ואפילו אי נימא דסובר כפי מה שכתב הרא"ש פרק הספינה דהקשה למה לא יועיל תנאי זה כמו כל תנאי ותירץ דהכי שאני דעדים אינן יכולין לכתוב חובתו רק מתורת שליחות והרי הוא מבטל שליחותן ולפי זה דוקא עדים אבל ב"ד יכולין לכתוב דהם יכולין לכתוב חובתו מתנאי הראשון אך עדיין קשה מ"ש דעדים רוצין לילך או לא בלא"ה נמי ילך לב"ד ויכתבו לו שטר גמור וע"כ דבלא"ה אין כותבין א"כ אפילו ברוצין לילך יכתבו לו זכרון דברים בלבד לא דרך שטר גמור וברור דכוונת ריב"ן דב"ד כותבין לו זכרון דברים בלבד שלא יזיק לו מה שעדים ילכו לא שטר גמור ולפי זה מבואר להדיא מריב"ן דעדים אינן רשאין לכתוב אפי' זכרון דברים וכדעת הש"ך. ובתומים השיג על ראיית הש"ך הנ"ל דהא ניחא ליה בשטר ולפי הנ"ל הא ליתא דהא ב"ד ג"כ אינן יכולין לכתוב שטר ולפי זה מבואר ג"כ דאפי' באומר כתבו קודם הוי מפי כתבם ודלא כהתומים לעיל שרצה לחלק בכך דהא כאן פשיטא דאמר כתבו וגם קיבל קנין ומ"מ הוי מפי כתבם כל שמיחה אח"כ:

אך באמת נראה לפע"ד דהריב"ן לא קאי כלל אשטר הלואה דבזה פשיטא דיכולין לכתוב חדא דהא כבר אמר כתבו וקנו מידו ואף דחוזר מ"מ הלא כל החזרה אינו רק משום דלא ניחא ליה דליפשי עליה שטרא אבל לענין זכרון דברים לא שייך זה א"כ לענין זה אינו

יכול לחזור וכמו כן לטעם משעבדי א"כ בזכרון דברים לא שייך זה ועוד דכבר הוכחתי לעיל דבדיני ממונות מהני מפי כתבם כשאין לפנינו מתקנת חכמים רק דהריב"ן מיירי לענין שטרי מתנה דבזה כל טיבו של שטר הוא רק זכרון דברים דלא שייך בו פרעון ומשועבדים וכמו כן במכר ומ"מ הוי חובתו כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ז ובזה כתב הריב"ן דאם העדים רוצין לילך אינן יכולין לכתוב חובתו משום פסידא דילי' אבל ב"ד כותבין חובתו משום הפסד הלוקח ומקבל מתנה שלא ימצא עדים אח"כ ולפי זה לא מוכח כלל דינו של הש"ך. והנה הש"ך הביא מתשובת הרא"ש כלל ס"ה דין ג' דכתב דאם העדים כתבו לזכרון דברים הוי עדות מעליא ודחה הש"ך דהתם אין הלוה מכחיש כתבם ובאמת הוא תמוה דהא הרא"ש כתב בהדיא דהוי עדות מעליא ומה צורך לעדות כשאינו מכחיש אך יש לתמוה דהרא"ש כתב שם בהדיא שאין הלוה מכחיש מבואר דאי מכחיש נאמן ואינו מועיל העדות והרי זה כדעת הש"ך ודברי הרא"ש הם תרתי דסתרי. ולפי שדברי הרא"ש שם בלא"ה כ"ע צריך אני להאריך ביאור דבריו שם ואח"כ נראה היתכנו דברי הש"ך או לא והוא דוודאי יש לתמוה דמה היה הסכסוך בין בעלי דינים הללו הרי זה מודה לטענתו של זה ומודה על הכתב ועוד שהרא"ש הציע קודם דין משטה ושלא להשביע ואח"כ כתב דהכא אינו טוען משטה ושלא להשביע וקשה מה בכך דלא טעין שלא להשביע הא אנן טענינן ליה גם קשה כיון שכתב שאין הלוה מכחיש האיך שייך משטה ושלא להשביע שהרי גם עכשיו מודה גם קשה מה שכתב והוא אינו מכחישו במשכון הכחשה זו מה טיבה אי דאינו מכחיש לעדים חדא דהיה לו לומר מכחישם כיון דקאי על עדים ועוד שאח"כ כתב דהוי עדות מעליא ואי אינו מכחישם מה צורך לעדותם גם כל דברי הרא"ש בענין משטה ושלא להשביע הוא ללא צורך שם והיה לו להשיב בפשיטות נהי דשטר לא הוי העדאת עדים איכא הגם שמודה. באופן שלא נתבררו דברי הרא"ש מה היה הספק והחילוק בטענותיהם שם:

אבל המעיין היטב בהרא"ש יראה דהמעשה כך היה דהכתב הודאה היה שראובן הודה בפניהם שיש תחת ידו מעזבון יעקב כך וכך וראובן השיב שיש באמת תחת ידו כך וכך אבל שלא כדין עשו העדים במה שכתבו הודאתו בשטר שהוא לא ציוה כלל רק הוא ישב לעשות חשבון כמה יש תחת ידו וכמה הוציא או שמגיע לו וכשהתחיל לעשות החשבון היה ראשית החשבון שכך וכך קיבל מעזבון יעקב ובתוך כך נתבלבל המעמד ולא נגמר החשבון אבל לפי גמר החשבון אינו מגיע ממנו כל הסך הזה או אפילו מקצתו אינו מגיע ממנו רק העדים בהתחלת החשבון ששמעו כתבו בשטר דרך הודאה בלתי רצונו זהו טענתו של ראובן. ועל זה השיב הרא"ש אף שלא אמר כתבו לא עשו שלא

כדין במה שכתבו שהרי לא כתבו רק לזכרון דברים וזה יכולין לכתוב בלי רצונו ומה שטען שלא נגמר החשבון אינו נאמן מאחר שיש כתב העדים שהודה ואי היה כך לא היו כותבין שהודה וע"כ דגם לאחר החשבון היה מגיע ממנו כסך הזה רק אילו היה כופר שאין תחת ידו מעזבון יעקב כלל שלא לקח כלל היה נאמן ואף שהודה אנן טענינן שלא להשביע הודה אבל עכשיו שהודה שיש בידו מעזבון יעקב רק שהעדים עשו שלא כדין שלא נגמר החשבון א"כ פשיטא דאנן לא טענינן ליה מה שהוא מודה שכך היה ואומר שכך וכך לקח לכך פסק שחייב לקיים מה שהעידו עדים בכתב ואינו נאמן לומר שלא נגמר החשבון ושלא כדין דכתבו דרך הודאה מה שלא הודה כלל כי עדיין לא נגמר ולפי החשבון לא הגיע לו כלום דבזה העדים נאמנים שהודה באמת שיש בידו ושהוא חייב להחזירם וכל זה ברור בכוונת הרא"ש שם. ולפי זה מבואר מדברי הרא"ש דלא כש"ך דאי ס"ד דמפי כתבם לא מהני כשאינם לפנינו א"כ הרי הוא טוען שלא נגמר החשבון ולפי החשבון האמיתי אינו מגיע ממנו כלל א"כ לא היה יכול הרא"ש לחייבו על פי הכתב אלא וודאי כמו שכתבתי דמודה דמתקנת חכמים מהני כשאין העדים לפנינו לסמוך על הכתב על עיקר המעשה עכ"פ שהוא אמת וכדעת הרב לעיל:

ט כותבין לו ע"כ. זהו דעת הרשב"א וכתב הסמ"ע דוקא בלוה ומוכר כתב כן אבל בנותן מתנה סובר דיכול למחות והש"ך כתב דבמסקנא דעת הרשב"א דגם בנותן אינו יכול למחות. ובאמת לא ידעתי אי בכולם אינו יכול למחות האיך יתפרשו דברי הש"ס פרק אע"פ קנו מיניה לא צריך אימלוכי ביה דמבואר בהדיא דיכול למחות רק דאינו צריך המלכה משום דסתם קנין לכתיבה עומד וכן פירש"י התם בהדיא לא צריך אימלוכי ביה כל שעומד בדבריו ואינו חוזר מלכתוב. ולפי זה יש להביא ראיה דגם דעת הרמב"ם כהרא"ש דבכולם יכול למחות דהא הרמב"ם מפרש הש"ס דפרק אע"פ בהלואה כמו שכתב הכ"מ דמהאי טעמא סובר דגם בהלואה בלי קנין צריך המלכה א"כ מבואר דיכול למחות אפילו בקנין אך יש לומר דסובר דוקא לוה ומוכר יכול למחות ולא במתנה ומוקי הך דהתם בלוה ומוכר אבל מ"מ נראה כיון דדעת הרמב"ם בהלואה יכול למחות והרא"ש ג"כ סובר כן א"כ עכ"פ בהלואה בוודאי יכול למחות ובנותן ג"כ נראה דיכול למחות כדמוכח להדיא בפירש"י הנ"ל והרא"ש ומהרמב"ם לא מוכח בזה להיפך וכמו כן הנך פוסקים החולקים לעיל על הרמב"ם מוקי לה במתנה כפירש"י אם כן מבואר דמתנה יכול למחות אבל במוכר נראה דהוי ספיקא דדינא כמו שכתב בהג"א פרק זה בורר ועיין לקמן ס"ק י"ג:

י אבל באומר פרעתי נאמן. עש"ך אף דקנין חשוב כשטר שאני הכא שלא הזמינם לקנין ע"כ. ובאמת דברי המחבר והרשב"א מבוארין דאדרבא בלי קנין לא היה נאמן לטעון פרעתי כמו כל תוך זמנו רק לפי שהיה קנין וסתם קנין לכתיבה עומד א"כ ריע טענתו שאין בידו שטר אבל כשיש כאן עדי הקנין הם יודעין שלא כתבו שטר א"כ לא ריע טענתו ואינו נאמן לו' פרעתי אפילו אחר זמנו מחמת הקנין ולא ידעתי למה נטה הש"ך מזה ונתן טעם שלא הזמינם לקנין ודבריו אינם מובנים ועיקר הטעם כמו שכתבתי (יא) אין לו דין מלוה בשטר משמע אבל מלוה ע"פ הוי ולא בעינן מפיהם דוקא. אך יש להבין לפי מה שכתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ה דין ג' וז"ל וא"כ מאי קפידא יש בכתיבה זו הם לא כיוונו בכתיבה זו רק לזכרון דברים לא לשם שטר וכן מוכיח הלשון ביאור מה שהודה במעמדנו ולא כתב העידונו על עצמו כמו שרגילין לכתוב בשטרות ולא הודה לפנינו כמו שכותבין בשטרי הודאות וכו' עכ"ל מבואר לכאורה דדעתו דאם היה כותבין כנוסח שטר והוא באמת שלא כדין כיון שלא צוה אף עדות בעל פה לא הוי מיקרי שלא התירו מפי כתבם רק אם כתבו כדין אבל שלא כדין חספא בעלמא הוא דאל"כ מה זה שהאריך שאינו כנוסח שטר אפי' היה כשטר עכ"פ עדות מיהא הוי ולפי זה יש להבין דברי המחבר במאי איירי אי אינו כתוב כמו שטר פשיטא דלא הוי שטר אפילו צוה וע"כ דכתוב כנוסח שטר א"כ אפילו זכרון דברים לא הוי לדעת הרא"ש הנ"ל וצריך לומר דהמחבר מיירי שהעדים לפנינו ויכולין להעיד על פה רק דס"ד כל שכתבו הוי שטר קמ"ל דלא ונראה שלזה כיון הש"ך שלא כתב כלום על דברי המחבר רק ציין לעיין לעיל ס"ק ט' והיינו במה שכתב דמפי כתבם לא מהני ומפרש דברי המחבר כמו שכתבתי ולק"מ מה שהקשה באורים על זה ע"ש (יב) לא היה קבועים ולא שלחו לו עסמ"ע ס"ק י"ח וכוונתו דהרמב"ם כתב מתחלה דבעינן הודאה בפני קבועים ושלחו לו אח"כ כתב אבל אם לא היו קבועים ולא שלחו לו מבואר דדוקא אי תרווייהו לא הוי אבל חדא הוי מהני והרי זה סותר לראש דבריו דבעינן תרתי לזה פי' הסמ"ע דכוונתו או לא קבועים או לא שלחו וכל חדא מהנך תרתי דליכא לא מהני עד שישנן תרווייהו וכתבתי זה לפי שראיתי מי שטעה בהבנת דברי הסמ"ע וכתב דסובר דלא בעינן תרתי וחולק על הש"ך והט"ז ולא כן הוא רק כמו שכתבתי:

יג במקום הקבוע להם ובא התובע וקיבל לפניהם ושלחו שליח זהו לשון הרמב"ם אבל סיים בזה אבל אם לא היו קבועים ולא שלחו אף שקיבל בעצמו אלו הג' והודה בפניהם ואמר הוו עלי דיינים אם בא אח"כ התובע ואמר כתבו לי הודאתו אין שומעין לו ע"כ. ויש להבין מה זה שכתבו הרמב"ם ומחבר שבא אח"כ היה להם לכתוב בפשיטות אם

כותבין מיד או לא וכמו כן לקמן ס"ט כתבו הרמב"ם ומחבר אבל שנים שבאו לדון וכו' לפיכך אם חזר התובע לדיינים ואמר כתבו לי הודאתו אין כותבין שמא פרעו ויש להבין הוי להו לומר בפשיטות דאין כותבין גם למה להו הטעם דשמא פרעו וגם הכא למה להו הטעם דשמא יתן לו תיפוק ליה דכל שלא היה קנין או קבועים ושלחו אין כותבין דלא ניחא ליה דתיהוי מלוה בשטר וליפשי עליה שטרא אבל באמת נראה לפע"ד בדעת הרמב"ם ומחבר כך דוודאי כל שהחייוב בא מכחו בעצמו לא ע"י טענת התובע א"כ הרי זה כמודה לפני עדים ובעינן קנין דוקא שהרי לא צוה לכתוב ועדים אין יכולין לכתוב חובתו כמו שכתב הרא"ש פרק הספינה ולפי זה נראה פשוט דהיינו דוקא כשהודה מעצמו אבל אם תבעו התובע ואמר הוו עלי' דיינים והודה בפניהם א"כ מה בכך דהוא אינו רוצה ב"ד כותבין בע"כ מטעם ב"ד לא מטעם עדות כמו שחייבוהו לשלם על פי טענת התובע ואף שהיה יכול לכפור מ"מ היה מחוייב לישבע ועכשיו דהודה נתחייב על פי ב"ד מיקרי משא"כ כשהודה בלי טענה כלל החייוב בא מכמו בלבד כי לולי הוא אין עליו חייוב כלל אם היה שותק] כמו כן כותבין פסק דין רק ה"מ שכותבין בפניו אף שאינו רוצה אבל אם יצא מב"ד וחזר התובע אצל הב"ד לכתוב אין כותבין דמ"מ כיון שלא סירב לבוא לב"ד רק בא מעצמו יש לחוש שפרעו ואין כותבין פסק דין דשמא פרעו אבל כשסירב ושלחו לו כשהיו קבועים ובא אז אין לחוש שמא פרע ואז כותבין בין בפניו בין אח"כ דלא חיישינן שיפרע מיד ולפי זה מיושבין דברי הנ"י שהביא הש"ך וכבר תמהו עליו כל האחרונים ולפי הנ"ל נימא דלא בא הנ"י לומר רק דוקא הכא אין כותבין כלל כיון שהודה מעצמו בלי טענה א"כ לולי הודאתו לא היה עליו חייוב כלל לכך אין יכולין לכתוב בלתי רצונו שהרי חייב עצמו עכשיו ואינו רוצה לכתוב אבל אם תבעו התובע והודה שלא היה יכול לכפור מפני השבועה שיחייבוהו ב"ד והוכרח להודות א"כ פשיטא דכותבין פסק דין בע"כ רק כשיצא מב"ד ולא כתבו אין כותבין אח"כ דשמא פרע אח"כ ובזה יש חילוק בין קבעו לשלחו בין נתחייב מעצמו ע"י תביעה וג' חילוקים יש בדבר בקבעו ושלחו כותבין לעולם ולא חיישינן שמא פרע ובהודה מעצמו בלי שום תביעה ולא קבעו ושלחו אין כותבין כלל דלא ניחא ליה בשטר ואין כותבין בע"כ כיון שחייב מעצמו אבל אם תבעו והודה לפני ב"ד וחייבוהו יכולין לכתוב פסק דין בע"כ אבל אם לא כתבו אם חזר המלוה לכתוב אין כותבין כיון שלא סירב יש לחוש שפרע אח"כ כשיצא מב"ד וכן משמע הלשון פ"ק דמציעא בא מלוה לכתוב משמע שבא אח"כ אבל מיד כותבין שלא יפרענו עד שיקח הפסק דין מידו ואי משום שאינו רוצה כל שחייבוהו ב"ד כותבין לו ע"כ כנ"ל. ולפי זה דעת הנ"י כדעת הרמב"ם ממש רק דהנ"י מוקי לה להך

דמר בר רב אשי בלא תבעו והיינו דמשמע ליה דאין כותבין כלל אפילו עכשיו בפניו ועל זה קאמר דהיינו בלא תבעו משום דאין כותבין חובתיה בע"כ שהרי הם שלוחים שלו לא ב"ד אבל בתבעו ונתחייב על פי דין תורה ואמר הוו עלי דיינים הרי הם ב"ד גמור ויכולין לחייבו ולכתוב חובתו בע"כ כמו שיכולין לחייבו דהם אינן שלוחין אבל הרמב"ם דמיירי בתבעו לכך כתב דבקבועין ושלחו כותבין לעולם אבל בלא קבועין ושלחו אף שתבעו אם חזר אח"כ ובא לכתוב חיישינן שמא פרע אבל מיד כותבין ולא משגיחין במה שהוא בע"כ כיון שנתחייב על פי ב"ד והשתא לק"מ מה שהקשו האחרונים דקבועין ושלחו הוי כתביעה וא"כ למה לו קבועין ושלחו ולפי הנ"ל ניחא ואדרבא מהאי טעמא כתב הרמב"ם דבא אח"כ דבזה חיישינן דפרע אבל בתביעה אבל קודם בפניו כותבין ונ"מ בקבועין ושלחו דאז יכולין לכתוב לעולם אפילו אח"כ כשיצא מב"ד דלא חיישינן אז שמא פרע אח"כ גם הנ"י לא קאמר רק במה דקאמר מר בר רב אשי דבלא קבועין ושלחו אין כותבין דמשמע דאין כותבין כלל על זה כתב משום דבמודה מעצמו איירי דקאי אמאן דפליג עלי' מעיקרא דמיירי במודה מעצמו לכך כתב דאין כותבין כלל אבל בתבעו שפיר כותבין בפניו ע"כ ולא יפרע עד שיקח הפס"ד והא דקאמר קבועין ושלחו כותבין אף דמיירי בתבעו היינו משום דבא לאשמעינן דכותבין לעולם: וזה שכתב הנ"י כתבו מן המפרשים ז"ל דהא דמר בר רב אשי דאמר לא כתבינן היינו משום דבמודה מעצמו איירי וכוונתו פשוט דהא דקאמר לא כתבינן אהא קאי דהא קאי אהא דרב אדא בר אהבה ורבא דקאמרי בכנפינהו איהו ואמר הוו עלי דיינים כתבינן ואהא קאמר מר בר רב אשי דלא כתבינן וא"כ פשיטא דבמודה מעצמו איירי לכך קאמר דלא כתבינן כלל ואפילו אמר בפניו כתבו לי אבל סיפא דמילתא דמר בר רב אשי דקאמר דכותבין בקבעו ושלחו בוודאי מיירי בתבעו והא דהוצרך קבעו ושלחו משום דבתבעו בלחוד אין כותבין אלא בפניו אבל אח"כ לא שמא פרע לזה הצריך קבעו ושלחו ומילתא דמר בר רב אשי נאמר על הכלל ברישא אין כותבין כלל לעולם ובסיפא כותבין לעולם והיינו דרישא בלא תבעו ג"כ וסיפא בתבעו וקבעו ושלחו אבל בתבעו ולא קבעו ושלחו אין כותבין לעולם רק בפניו וכן מבואר עוד להדיא בנ"י שכתב אח"כ מיהו דוקא כשלא יצא מב"ד אבל יצא מב"ד אין כותבין והיינו ההיא דצא תן לו דאין כותבין עכ"ד הרי להדיא דאפילו בתבעו לא קאמר לכתוב רק בפניו אבל שלא בפניו היינו הך דצא תן לו:

ואני רואה שהאחרונים ז"ל חשבו דמה שכתב הנ"י ודוקא קודם שיצא מב"ד קאי אעיקרא דמילתא דמר בר רב אשי דדוקא קודם שיצא כותבין ובזה כתב ליישב הקושיא מהא דפרק שנים אוחזין דקאמר דאין כותבין אבל באמת הא ליתא דוודאי כל שקבעו ושלחו

כותבין לעולם אפילו אחר שיצא מב"ד רק דהנ"י קאי על מה שחידש קודם דמה דקאמר מר בר רב אשי לא כתבינן היינו בלא תבעו אבל בתבעו כותבין אפילו לא קבעו ושלחו על זה כתב דהיינו דוקא בפניו קודם שיצא מב"ד אבל לאחר שיצא אין כותבין דחיישינן שמא פרע ובהכי מתוקמא הך דשנים אוחזין דמוכח דאין כותבין אפילו בתבעו משום דכבר יצא מב"ד כדקתני בא מלוה לכתוב אבל קודם שיצא כותבין בתבעו בלי קבועין ושלחו ולא הצריך מר בר רב אשי קבועין ושלחו רק דאז כותבין לעולם אפילו אחר שיצא ולא חיישינן דפרע אח"כ וזה ברור בדברי הנ"י ודבריו עולין ממש כדברי הרמב"ם פרק ז' מה"ט כמו שבארנו וכן כתב הרמב"ן להדיא פרק חזקת וז"ל וכדאמרינן פרק שנים אוחזין בא מלוה לכתוב אין כותבין ונותנין לו דחיישינן דילמא פרעו אבל מקמיה דנפיק מבי דינא כותבין אם אמר להם כתבו לי ואע"פ שהלוה עומד וצווח ואם כתבו לו הוי כמלוה בשטר וכן נמי בגברא דלא ציית דינא וכו' הרי להדיא כמו שכתבתי והוא ממש כדברי הנ"י והרמב"ם [ומ"ש וכן נמי כוונתו כמו שכותבין באינש דעלמא בפניו כמו כן כותבין בגברא דלא ציית דינא אפי' שלא בפניו] כן נראה לי ברור ועוד נדבר מזה לקמן ס"ק ט"ז סוף ס"ק כ"ב בס"ד:

יד מכירים את שניהם כדי שלא יערימו שניהם לחייב איש אחר. כבר האריכו כל האחרונים לתמוה בזה ולא אאריך בדבר שהוא מפורסם וכל דבריהם אין בהם ממש כמו שהעיד הש"ך ובט"ז ובתומים כתבו בזה דברים שאינם נכונים גם כן. ומעתה אענה אני את חלקי מה שנראה לי ליישב דברי הרמב"ם בפשיטות והוא דוודאי יש להבין אף בשטר בלא קנין שאין כותבין ללוה בלא מלוה פשיטא דאין הטעם מחשש קנוניא נגד לקוחות דהא יכול להודות בקנין וכדומה שכותבין רק דחיישינן דבאמת לא ילוה עכשיו רק לאחר זמן ויטרוף המלוה לקוחות שלא כדין א"כ כשהמלוה לפנינו מה צורך להכירו אם באת לחוש לקנוניא מה צורך לו ללוה כל זה יתחייב לו בקנין וכן הקשה בתומים. אבל באמת לק"מ כי יש כאן חשש אחר פשוט דהא בש"ס אמרינן בשובר דלכך בעינן שיכיר שם האיש ושם הלוה דחיישינן שמא ימסור השובר לאיש אחר ששמו של המלוה כשמו ויפטור עצמו. ולפי זה גבי שטר אין לחוש דהא לא יוכל לגבו' מלוה אחר ששמו כשמו דשני יוסף בן שמעון אין אחר יכול להוציא שט"ח עליהן והיינו דקשיא להו לאחרונים דמה צורך להכיר את המלוה הא לא יוכל למסרו לאחר שיתבע ללוה אחר ששמו כשמו דלא יצטרך לשלם כנ"ל אבל באמת נראה פשוט דיש לחוש בשטר כמו בשובר דוודאי שני יוסף בן שמעון אין אחר יכול להוציא שט"ח עליהן דכל אחד יאמר חבירו הוא שלוה ולא אני אבל אם זה היוסף בן שמעון יש לו שט"ח עליו פשיטא

שאינו יכול להוציא ממנו בשטרו שהרי יוכל לומר שהוא לוה ממנו ואין מוציאין מן המוחזק כמו שאם היה שובר לאחד מן יוסף בן שמעון שוב אין שום אחד יכול להוציא עליו שטר שיאמר ממך הוא השובר כמו כן אם יש עליו שטר יאמר ממך הוא השטר ואתה חייב לי כנגדו (ובגוונא דלא שייך אילו הייתי חייב לך רק כל אחד עומד בשלו כמבואר לקמן סימן פ"ה ודו"ק ועיין לקמן סימן מ"ט ומ"ש שם לזה בעינן להכיר שניהם ואז הקול יוצא כי זה לוה מזה ביום זה ושוב ליכא למיחש שיתבע לאחר כיון שידוע שזה לוה מזה בשטר ביום זה ודו"ק היטב ועוד יתבאר לקמן סימן מ"ט בזה בס"ד בתוספות ביאור כי שם מקומו ולפי זה פשיטא שאין חילוק בזה בין היה קנין או לא או קבועין ושלחו דבכל גוונא איכא למיחש להנ"ל ודברי הרמב"ם נכונים:

טו אבל אם הודה בקרקעות עיין תומים דוקא אם הודה שקרקע זו היתה שלו מעולם אבל אם הודה שמכרה לו בפני עדים אין כותבין דיש לחוש שיטרוף משעבדי בעדים ואח"כ יטרוף בשטר ותמה על המחברים שלא זכרו מזה ע"כ. ודבריו תמוהין דהא בהדיא אמרינן פרק הספינה זכו בשדה זו לפלוני חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה הרי להדיא דחוזר בשטר אף בקרקעות והיינו כמו שפירשו כל הפוסקים והתוס' והרא"ש שם משום דאין כותבין חובתו בע"כ דלא נימא ליה דליפשי עליה שטרא וא"כ פשיטא דמה דאמרינן הכא הודה בקרקע כותבין היינו שהקרקע שלו מעולם דאין זה שטר כלל עליו רק שהשדה שלו מעולם אבל כל שהודה במכר אף אם לא היו עדים במעמד המכירה אין כותבין דלא ניחא ליה דליפשי עליה שטרי ואפילו בקנין יכול לחזור בו לדעת הרא"ש ושאר פוסקים ולא אמרו הודה בקרקע רק שהשדה שלו דאין כאן גביית משועבדים דמיד הוא שלו משא"כ במכר דיש גביית משועבדים כשתמצא שאינו שלו וכדומה לא ניחא ליה דליפשי עליה שטרי וזה ברור. ועיין בתוספות ורא"ש פרק זה בורר שם:

טז בד"א וכו' כמו שנתבאר. עש"ך ס"ק כ"ג דנראה מדברי הרמב"ם דאפילו לא כתבו לו פסק דין כל ששלחו וקבועים אינו יכול לומר פרעתי דמעשה ב"ד כמאן דכתב דמי. ואמת שכן הוא שהרי כתב אח"כ אבל שנים וכו' ואם חזר ובא לב"ד לכתוב אין כותבין מבואר דבקבועין ושלחו אף אם חזר לכתוב כותבין ואי כל שלא כתבו נאמן פרעתי האיך כותבין הא יש לחוש דכבר פרע אלא וודאי דבקבועין ושלחו ליכא למיחש לפרעון. אך מה שכתב הש"ך דמהאי טעמא כתב הרמב"ם ואמר לו הנתבע הן משום דאם נתחייב על פי עדים או על פי טענותיהם הוי כהודאה ושלחו אחריו ואם אמר פרעתי אינו נאמן ע"כ. ואין זה נכון והוא כתב כן דאזיל לשיטתו לעיל ס"ק י"ח בכוונת הנ"י לחלק בכך אבל אין דבריו נראין לפע"ד ופשיטא דכוונת הנ"י בפשיטות כמו שכתבתי לעיל ס"ק

י"ג דכל שתבעו והודה ונתחייב כותבין בפניו בע"כ ושוב אינו נאמן פרעתי שהרי ראה שכתבו פסק דין והיה לו ליקח ממנו בשעת פרעון אבל אם לא אמר המלוה כתבו לי רק אח"כ בא לכתוב לו אז תלוי בקבעו ושלחו דבזה כותבין ובלא"ה אין כותבין אבל בהודה מעצמו בלי שום תביעה רק התחייב בעצמו אז לא הוי כב"ד כלל ואין כותבין חובתו בע"כ ואפילו בפניו אין כותבין וע"ש היטב שהארכתי בביאור דברי הנ"י בלשונו שם וכמ"ש להדיא הרמב"ן פרק חזקת ושכן מורין להדיא דברי הרמב"ם פרק ו' מה"ט וראיתי להש"ך בכמה מקומות בזה שדעתו להרמב"ם ונ"י שאין כותבין כלל ואפילו בפניו ולדעתי ברור דהא ליתא רק כוונת הרמב"ם ונ"י כמו שכתבתי ובזה אתי שפיר על נכון מה שכתב ואמר הנתבע הן וכוונתו משום דאם נתחייב על פי עדים וכדומה בוודאי היה ליקח פסק דין מיד בפניו ואז כותבין וא"כ אינו יכול לומר פרעתי לכך כתב המציאות שהודה לו ואמר הן לכך לא לקח פס"ד מיד דכיון שהודה לא היה ירא ממנו שיאמר אח"כ פרעתי הלכך אם בא אח"כ לכתוב חיישינן דבאמת פרעו אבל אם רצה ליקח פס"ד בפניו כותבין לו כל שהודה ע"י תביעה ע"כ של לוה כדעת הנ"י הנ"ל וזה ברור. ולפי זה ליתא למה שכתב הש"ך לחלק דאם נתחייב ע"י טענות אינו נאמן פרעתי אפילו לא כתבו לו ולפי הנ"ל אין חילוק בזה כלל רק כל שלא כתבו נאמן פרעתי רק אם ביקש בפניו שיכתבו לו כותבין ע"כ כל שתבעו רק בתבעו וקבעו ושלחו אז אינו נאמן פרעתי כלל ואפי' לא כתבו ודו"ק:

יז אבל שנים שבאו לדין. עסמ"ע דאם ידוע דלא פרע או הודה מהני לטרוף לקוחות אפילו לא שלחו ותמהו האחרונים דהאיך מהני הודאת לוה לטרוף לקוחות. אבל באמת נראה לפע"ד בכוונת הרא"ש בפשיטות כך דוודאי לא עלה על דעת הרא"ש להקשות בפשיטות דהתם אמרינן עמד בדין גובה מלקוחות והכא נאמן לומר. פרעתי דהא יש ליישב בפשיטות דהתם מיירי שיש בידו פסק דין לכך גובה מלקוחות והכא נמי מוכח דאם יש בידו פסק דין אינו נאמן דמהאי טעמא אין כותבין רק דכוונת הרא"ש דעכ"פ מבואר מהתם דכותבין פס"ד בעמד בדין לגבות מלקוחות ולמה קאמר הכא בא מלוה לכתוב אין כותבין ועל זה כתב ליישב דהכא אין כותבין משום דאיכא חשש פרעון דשמא פרע אבל התם דמוכח דכותבין היינו דבעת כתיבה ידוע דלא פרע או שמודה לכך כותבין וגובה מלקוחות מעת כתיב' הפס"ד ונראה שלזה כיוון מהרי"ט סימן מ"ו ולק"מ מה שהקשה עליו בתומים דא"כ מהו לענין משעבדי הא לכל מילי הוי שטר ולפי הנ"ל לק"מ דאין כוונת הרא"ש כלל לחלק בזה רק כוונתו דהתם לענין לקוחות מיירי והיינו דלגבי עצמו ליכא שום חשש פרעון רק לענין לקוחות אם יש לו קול אבל כל היכי

שיש חשש בגוף הפרעון דגם לגבי עצמו אינו מבורר פשיטא שאין כותבין דשמא פרע אבל התם לגבי עצמו מבורר החייוב רק לגבי לקוחות קיימינן אם הוי כמלוה בשטר או כמלוה ע"פ דבמלוה ע"פ אפי' ידוע דלא פרע אינו גובה מלקוחות ועל זה קאמר דהוי כמלוה בשטר וגובה מלקוחות כנ"ל ברור בכוונת הרא"ש: (יח) ואמר פרעתי עש"ך ס"ק כ"ה מה שסיים להשוות דברי הרמב"ם להרי"ף דמה שנראה מדברי הרמב"ם ומחבר לעיל ס"ז דאין כותבין ואפילו הודה מיד בשעת הודאה דאז לא חיישינן דפרע ומדברי הרי"ף מבואר דבנתברר דלא פרע כותבין משום דהרמב"ם מיירי שאמר הן והרי"ף מיירי שנתחייב מכח סיכסוך ע"כ ואזיל לשיטתו לעיל ס"ק י"ח וס"ק כ"ג בדעת הרמב"ם ונ"י שם אבל לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק י"ג וט"ו דכוונת הנ"י לחלק בפשיטות בין תבעו להודה מעצמו דבתבעו כותבין בע"כ אפילו עומד וצווח כמו שכתב הרמב"ן פרק חזקת אבל אח"כ כשיצא מב"ד אין כותבין רק בקבעו ושלחו ולפי זה אתי שפיר בפשיטות דהרמב"ם ומחבר סבירי להו ג"כ דבהודה מעצמו בלי קבעו ושלחו אין כותבין כלל אפילו מיד דאז אין יכולין לכתוב חובתיה בע"כ דלא ניחא ליה דתיהוי מלוה בשטר שלא יוכל לטעון פרעתי אבל תבעו המלוה והודה בפני ב"ד כיון שהם מחייבין אותו על פי הודאתו הם יכולין לכתוב פסק דין. וזה שכתב הרמב"ם ומחבר לעיל ס"ו אם בא אח"כ התובע ואמר כתבו לי הודאתו אין כותבין שמא יתן לו ונמצא זה תובע אותו בשטר והיינו דוקא אח"כ משום שמא יתן לו אבל בפניו מיד כותבין בע"כ כיון שתבעו הוי ככל חייוב בב"ד ומה לנו אם נתחייב בהודאתו הלא לא היה יכול לכפור בפני ב"ד שהיה מחוייב שבועה וכדומה כיון שהיה על ידי תביעה וכמו שכתב הנ"י והרי"ף מיירי ג"כ בתבעו לכך כתב דכל שנתברר שלא פרע כותבין ע"כ ואפילו לא שלחו אמנם היינו דוקא בפניו אבל אח"כ אין כותבין מחשש שמא יתן לו ולא ידע מהפס"ד או שמא פרעו קודם לאחר שיצא מב"ד:

יט אין כותבין לו שמא פרעו עיין תומים מה שנתקשה בלשון זה של הרמב"ם ומחבר ובאמת לק"מ דכבר ביארנו דדעת הרמב"ם דוודאי כל שידוע שלא פרעו כגון שמודה או שנתברר דלא פרע והוא יודע מהפסק דין כותבין בע"כ כדעת רמב"ן פרק חזקת ונ"י לכך דיקדק הכא וכתב שמא פרעו לאשמעינן דאף שמודיעין אותו מהפסק דין אין כותבין אח"כ דשמא פרעו אחר שיצא מב"ד ולעיל גבי הודאה כתב שמא יתן לו לאשמעינן אף דידוע דלא פרעו עדיין מ"מ כיון שאין הלוה לפנינו אין כותבין שמא יתן לו ויתבענו שנית והכלל דבעינן תרווייהו שידוע להלוה מפסק דין וגם נתברר בעת כתיבת הפסק דלא פרע עדיין אבל בקבעו ושלחו כותבין לעולם אפי' אח"כ דאז לא חיישינן לפרעון כלל:

כ ואפילו למאן דאמר זהו מה שכתב הרב בתשובה ליישב דברי הטו' שפסק כראב"י ומ"מ פסק דאין כותבין והיינו משום דמיחזי כשיקרא או משום זילותא דבי דינא. ותמה הסמ"ע דלקמן סימן מ"ט מבואר דהטור סובר דאינו נאמן לטעון פרעתי ולקמן אבאר בס"ד דברי הטור והראב"י ויתיישב הכל בס"ד ע"ש:

כא אם יש בידו פס"ד עש"ך ס"ק כ"ח שהקשה על זה דהא להרמב"ם אפילו לא נכתב אינו נאמן פרעתי בקבעו ושלחו ואי דלא קבעו ושלחו הלא אין כותבין כלל ועוד פשיטא שנאמן פרעתי כיון שנכתב שלא כדין. ובתומים כתב ליישב דכיון דאין ב"ד שפסקו לפנינו רק עדים מעידין שכך פסקו לולי הפסק שבידו היה נאמן לטעון פרעתי וגרע מאילו לא נכתב פסק דין כלל כמו גבי קנין דיש ריעותא במה שאין בידו פס"ד ואין דבריו נכונים כלל דמ"מ קשה על המחבר דמיירי שיש בידו פס"ד דמה בא לאשמעינן בזה כיון דאפי' לא נכתב פס"ד כלל אינו נאמן פרעתי כ"ש כשנכתב וישנו בידו ואם כוונת המחבר למה שכתב בתומים הי' לו להשמיענו בהיפך כשאין לו שאינו נאמן אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ וזו היא ראי' ברורה למה שכתבתי לעיל בכמה מקומות דסובר הרמב"ם ונ"י דכל בפניו ותבעו והודה כותבין בע"כ ואפילו עומד וצווח וזו היא דקמ"ל המחבר דאם יש בידו פסק דין והיינו אפילו לא שלחו רק שכתבו בפניו אינו נאמן לטעון פרעתי דב"ד יכולין לכתוב חובתיה בע"כ רק אחר שיצא מב"ד אין כותבין מחשש שמא יפרע ולא ידע מהפס"ד או שמא פרעו מיד כשיצא קודם שלקח פס"ד אבל בפניו כותבין ואינו נאמן לומר פרעתי [ועיין בסמוך ביארתי דראב"י חולק רק בדין זה בלבד] ולפי זה אתי שפיר ג"כ מה שכתב הרב בהגה' על זה דהב"ד יש להם לומר לנתבע ואם לאו נאמן לומר פרעתי. ותמה בתומים דלהרמב"ם דאין כותבין רק בשלחו לו אין צורך לזה ולפי הנ"ל ניחא דפשיטא דהמחבר לא מיירי בשלחו דאז בלי פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי רק שכתבו בידיעתו ונתברר דלא פרע דבהא כותבין בע"כ כיון שתבעו והודה והשתא שפיר כתב רמ"א דהדיינים צריכין להודיע לנתבע מהפסק דין והיינו בלא שלחו רק תבעו והודה:

כב ויש חולקין עש"ך מה שהאריך בזה וביישוב דברי הטור והע"ש כ' דנוהגין כהיש חולקין והשיג הוא עליו ע"ש ולפעד"נ ליישב דברי הטור והראב"י בדרך אחר ויתיישב ג"כ מה שכתב הטור וכ"כ הרמב"ם מה שתמה ב"י בזה והוא דוודאי לא סבירא ליה לראב"י דבפס"ד במקום שכותבין אפילו שלא בפניו דהיינו בקבעו ושלחו או לא צייתי דינא בוודאי אפילו בלי פסק דין אינו נאמן פרעתי דוודאי לא פרע מעצמו רק דכוונת ראב"י דקשיא ליה בהא דקא' בא לכתוב אין כותבין דמשמע דוקא בבא לכתוב אח"כ

אבל אם מיד בשעה שהודה בב"ד אמר כתבו לי כותבין לו דאז לא חיישינן שפרע ואהא קשיא ליה האיך כותבין כיון שלא קבעו ושלחו הא לא ניחא לי' דתיהוי מלוה בשטר שלא יוכל לומר פרעתי ועל זה כתב ראב"י דבאמת אפי' כתבו לו מיד פס"ד דאז יכולין לכתוב נאמן אח"כ לומר פרעתי לכך יכולין לכתוב דלא נגרע כחו כלל והא דאין כותבין אח"כ כשבא לכתוב לו משום דאח"כ חיישינן שמא פרעו קודם וה"מ שיכול לטעון פרעתי על פס"ד לאחר הפסק אבל קודם הפסק לא מהימן לומר שפרע כיון שיש בידו פס"ד מאוחר לזמן שאומר שפרע הילכך אין כותבין אח"כ דשמא פרעו קודם ויטעון שפרעו והוא יוציא פס"ד מאוחר ויכחישנו ושוב לא יהא נאמן לומר שפרעו אח"כ אבל בשעת הודאה דעדיין לא פרע כותבין ואם שיפרענו אח"כ יהא נאמן לומר פרעתי והיינו דקאמר בא מלוה לכתוב ולא קאמר בפשיטות רצה מלוה לכתוב שהרי עומד בפני ב"ד וע"כ כמו שכתבתי דמיד כותבין רק לא אח"כ זהו דינו של ראב"י אבל היכי דקבעו ושלחו דמן הסברא אמרינן דלא פרע פשיטא דאינו נאמן פרעתי אפילו אין בידו פס"ד רק כוונת ראב"י בלא קבעו ושלחו רק שכתבו בפניו יכול לומר פרעתי דאל"כ אף מיד היה בדין שלא לכתוב וזה שכתב הטור וכ"כ הרמב"ם דהיינו דדייק דהרמב"ם נקט בפי' שנים שבאו לדין וכו' לפיכך אם חזר התובע לדיינים ואמר כתבו לי הודאתו אין כותבין לו שמא פרעו מבואר ג"כ דמתחילה כותבין דאין לחוש שמא פרעו (ולשמא יפרענו ג"כ אין לחוש דהא יודע מהפס"ד] וכמו כן מדקאמר לפיכך אם חזר התובע מבואר דמיד כותבין ולפי זה מבואר מדברי הרמב"ם כדעת ראב"י דאפילו אם כתבו יכול לומר פרעתי אח"כ דאל"כ איך כותבין מתחלה חובתיה כיון שלא יוכל לומר פרעתי וע"כ דסובר ג"כ דיכול לטעון אח"כ פרעתי רק אח"כ אין כותבין שמא כבר פרעו והוא יוציא פסק דין מאוחר לפרעון ואז בוודאי לא יהא נאמן ולפי זה לדעת הטור לדעת הרמב"ם אם כתבו לו בפניו בשעת הודאה נאמן אח"כ פרעתי משא"כ שיאמר קודם פס"ד פרעתי בהא בוודאי אינו נאמן וזהו שכתב בסימן ע"ט דאין כותבין אח"כ שמא פרעו ויתבענו פעם שנית שהוא יאמר האמת שפרעו קודם פסק דין וגם הראב"י מודה בזה אך כל זה לפי הבנת הטור אבל לפי מה שכתבתי לעיל בשם הנ"י לחלק דבתבעו והודה כותבין חובתיה בע"כ ואפילו עומד וצווח וכדעת הרמב"ן פרק חזקת הבתים באמת אין ראיה מדברי הרמב"ם כלל והוא דווקא בפניו כותבין אף שאינו נאמן פרעתי כיון שנתחייב בב"ד לא משגחינן ביה רק אמ"כ אין כותבין שמא פרע קודם או יפרע ולא ידע מהפס"ד והוא יתבענו שנית וזהו כוונת המחבר שהביא דברי הרמב"ם בפשיטות דאינו נאמן דלא כראב"י והיינו כדברי הנ"י והרמב"ן אתי שפיר הכל ולק"מ ולפי זה בקבעו ושלחו לכ"ע אינו נאמן לומר פרעתי

אפילו להראב"י וכמו כן בלא ציית דינא להרי"ף והראב"י והטור לא מיירי רק בכתבו בפניו בשעת הודאה כנ"ל ודו"ק היטב בזה ובשיעור לשון הטור ותראה שמה שכתבתי הוא ברור בכוונת הטור:

ולפי שיש עירבובי דברים בדברי הפוסקים בדינים אלו אכתוב כלל דינים על פי מה שנתבאר לעיל על נכון והוא דאין חילוק בין הודאה לפס"ד ובין שנתחייב על פי הודאתו או על ידי סכסוך שביניהם כל שתבעו והודה פס"ד מיקרי דהם ב"ד לא כעדים ואם לא תבעו רק הודה מעצמו הרי הם כעדים ואין יכולין לכתוב חובתיה בע"כ ומעתה כך הדין אם לא תבעו והודה מעצמו אפילו הודה בפני ג' לא כתבינן כלל אפילו בפניו קודם שיצא מב"ד דאין כותבין חובתיה בע"כ דלא נימא ליה במלוה בשטר [או משום דלא יוכל לטעון פרעתי אח"כ או משום קלא] אבל אם תבעו והודה או שנתחייב מכח סכסוך קודם שיצא מב"ד אם ביקש המלוה לכתוב לו כותבין בע"כ דזהו ב"ד ויכולין לכתוב חובתיה אבל אח"כ כשיצא אין כותבין שמא פרעו קודם או יפרע אח"כ ולא ידע מהפס"ד ויחזור ויתבענו שנית ואם כתבו בפניו יש מחלוקת דדעת ראב"י והטור ודעת הרמב"ם דיכול לומר פרעתי אח"כ ולא חשש לקחת הפס"ד מידו [אבל אם טען שפרעו בזמן מוקדם לפס"ד אינו נאמן לכ"ע ומהאי טעמא אין כותבין אח"כ כנ"ל] אבל כבר הוכחתי שאין כן דעת הרמב"ם אלא שאינו יכול לטעון פרעתי אחר פס"ד כשנכתב בפניו ומ"מ כותבין דכל שתבעו הוי כב"ד ויכולין לכתוב חובתו בע"כ כדעת הנ"י והרמב"ן הנ"ל וכל זה בתבעו ולא קבעו ושלחו אבל אם תבעו וקבעו ושלחו או שסירב אחר הפסק בזה כותבין לו לעולם בין בפניו בין שלא בפניו אפילו לאחר שיצא מב"ד דלא חיישינן דפרע ובזה לכ"ע אינו יכול לטעון פרעתי ואפילו עדיין לא כתבו לו דכל שקבעו ושלחו או סירב לא חיישינן שפרע ואינו נאמן לומר פרעתי כן נראה לי ברור בדינים אלו:

כג חוששין לענין טריפת לקוחות. הש"ך תמה דלגבי עצמו נמי הא הוי מפי כתבם ובתומים כתב כיון דגזירת הכתוב מספיקא לא חיישינן. ובאמת אין זה מספיק דלפי דעתו בנמצא אחד ספק פסול נוציא ממון בשאר. אך יש להטעים דבריו כך דוודאי מדינא שטר גמור הוא כדאמרינן בגמרא וכמו שכתב הרמב"ם פרק ז' מהל"ט רק בדורות האחרונות חששא בעלמא הוא שחששו א"כ מאיזה צד יוכל הוא לטעון להד"ם אם מצד הדין מגזירת הכתוב הא כמו כן הדין דשטר גמור הוא ולא הוי מפי כתבם כלל ואם מצד החששא עכשיו הלא זו החששא לא שייך גבי עצמו ואנן הוא דחיישינן ולגבי עצמו דליכא למיחש אוקמא אדינא. אך אמנם בלא"ה לק"מ קושית הש"ך דמלבד מה שהעליתי לעיל סימן כ"ח וסימן זה בכמה מקומות דדוקא כשהעדים בכאן הוי מפי כתבם וצריכין

לזכור העדות ולהעיד בעל פה אבל כשאינם כאן כגון שמתו או הלכו מקבלין עדותם מפי כתבם כשהוא מקויים משום נ"ד ואפילו אינו שטר גמור רק שטר עדות א"כ ה"ה הכא אבל בלא"ה נראה לפע"ד דלק"מ ובזה יתיישבו ג"כ דברי הרב לעיל ס"ג בהגה' כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין בעיקר הך דינא דמפי כתבם דבשלמא בדיני נפשות וכהאי גוונא שאין מוציאין רק בראי' ברורה ועדות גמור שייך לומר דגזירת הכתוב הוא דזה לא הוי עדות כלל אבל בדיני ממונות דמוציאין ממון בלי ראיה כלל רק בחזקה מעלי' וכהאי גוונא או במיגו שהיא הוכחה שאומר אמת אף דלא הוי כעדים כלל א"כ מפי כתבם נמי מה נ"מ דלא הוי עדות סוף סוף יש כאן הוכחה גמורה וראיה ברורה שזה אומר שקר דהא הם לא משקרי מקויים ואין לך הוכחה גדולה מזו וכמו כן בנמצא אחד מהן קרוב ופסול מה בכך דעדותן בטלה מ"מ אין לך הוכחה גדולה מזו שזה אומר אמת ונהי דלא הוי כעדים לא גרע מחזקה דח"ז ומיגו וכדומה לכן נראה דוודאי זה שהאמינה תורה שני עדים הוא משום דאי אפשר ששני עדים יעידו שקר וממילא אפילו בקרוב או נמצא אחד פסול ומפי כתבם ג"כ לולא שבטל' התורה עדותן לא היה מקום לחוש שמשקרין ומעידין שקר רק גזירת הכתוב הוא שאין עדותם עדות אבל בוודאי עכשיו שגזרה תורה שאין על עדות' של אלו תורת עדות א"כ פשיטא דאיתרע חזקתייהו דלא משקרי דדוקא לענין עדות לא חשידי להעיד שקר אבל כל שנסתלק תורת עדות ואינם בכלל לא תענה שפיר יש לחוש דמשקרי ומהאי טעמא אפי' בדיני ממונות אין מועיל עדותם בכל הני שפסלה תורה מגזירת הכתוב ולפי זה היינו דוקא במקום שיש לחוש דמשקרי אבל אי לא היה מקום לחוש דמשקרי פשיטא דמוציאין ממון על פיהם דנהי דלא הוי כעדים לא גרע ממיגו וחזקה דכיון שבוודאי אומרים אמת הרי ידוע שזה אומר שקר וזה ברור לפע"ד. ולפי זה לק"מ קושית הש"ך הנ"ל ולעיל ס"ג בהגה' דוודאי הכא שהם טעו וחשבוהו לשטר גמור וא"כ פשיטא דלא חשידי להעיד עדות שקר דאל"כ אף אם כתוב בו ואמר לנו נחוש שמא בשקר כתבוהו וע"כ דלא חיישינן כל שהוא שטר גמור והוי עדות גמור לא חיישינן דמעידין שקר א"כ הכא נמי שחשבוהו לשטר גמור אי אפשר דמשקרי וא"כ מה בכך דעכשיו אנן הוא דמבטלינן לשטרא נגד לקוחות מ"מ ההודאה אמת דעדים לא משקרי כל שאומרים בתורת עדות וליכא למימר דבאמת לא טעו רק בשקר כתבוהו הא וודאי ליתא [חדא דלאיזה צורך כתבוהו במה נפשך אם חשבו שיועיל השטר א"כ הוי עדות שקר כיון שמועיל להוציא ממון ואם לא יועיל משום מפי כתבם לאיזה צורך כתבוהו ועוד] שאם היה ידוע לנו שלא טעו ויודעין היה כשר גם לגבי לקוחות שהרי שטר גמור הוא ואין זה פיסול מה שלא נכתב בתוכו ואמר לנו שאם נודע

בעל פה שאמר כך סגי ואין זה מענין השטר א"כ איך נחוש לעדים דמשקרי רק דאמרינן דטעו וא"כ ההודאה אמת בוודאי שהם חשבוהו לשטר גמור ודו"ק היטב. וזהו כוונת רמ"א ג"כ לעיל ס"ג דכיון דהשטר יוצא מתחת ידו כשטר גמור רק שנודע שלא אמר כתבו א"כ אי אפשר שנאמר דבשקר כתבוהו דהאיך נחוש לעדים שיכתבו שטר גמור בשקר דא"כ בכל שטר ניחוש להכי רק דטעו וחשבו שמותרין לכתוב שטר בלי ציווי הלוה רק בהודאתו בלבד הילכך אם נתקיים דנין על פיו לגבות מהלוה בעצמו דכיון דטעו וחשבוהו לעדות גמור א"כ המעשה אמת עכ"פ ודו"ק (כד) לענין טריפת לקוחות. אבל לגבי עצמו מהני והיינו כשטוען להד"ם אבל כשטוען פרעתי נאמן דמ"ש מלקוחות אלא דיש להבין למה קאמר לענין טריפת לקוחות הוי ליה לאשמועינן לגבי עצמו כשטוען פרעתי ואפשר דמשום הכי נקיט דינו בטוען להד"ם לאשמועינן דבהכי מהני לגבי עצמו ולא נימא דהוי מפי כתבם קמש"ל דוקא ללקוחות חוששין ולא לגבי עצמו כשטוען להד"ם דלא חיישינן כמו שכתבתי בס"ק לפני זה ויש לי ספק אם תפס מלקוחות או מעצמו כשטוען פרעתי אי מהני אי נימא כיון דחיישינן דטעו לא מהני תפיסה או כיון דמדינא כשר רק חששא בעלמא וכשתפס אין מוציאין ממנו בחששא זו וכן מורה הלשון חוששין והוי ליה לומר אינו גובה מלקוחות אלא וודאי דמיחש הוא דחיישינן אבל אי תפס מהני. ולפי זה לק"מ קושית הש"ך דהוי מפי כתבם כיון דמהני כשתפס מלקוחות א"כ פשיטא דשטר גמור הוא ואם כן פשיטא דלא חיישינן דמשקרי שהרי יש על זה תורת עדות לענין לקוחות וכן לדידיה אם תפס ואם כן כתבוהו בשקר העידו עדות שקר ממש וא"כ הוי כמו כל שטר ועל הדרך שכתבתי בס"ק לפני זה וצ"ע בזה:

כה כתבו השטר וחתמוהו ויהי' בידכם זהו מה דכ' ה"ה ליישב מה דקשי' ליה אהא דאין כותבין למלוה פשיטא ועל זה תירץ דקמ"ל אפי' רוצה להניחו עד שיבוא הלוה ללוות ויצוה ליתנו למלוה ואם לאו יקרעוהו אפ"ה אין שומעין לו כיון דהכתיבה הוא שקר חיישינן דלמא מערים הוא והקשה הב"י הא קיימא לן בפרק כל הגט דלמיחזי כשקרא לא חיישינן ובהגהת דרישה ופרישה כתב עליו דטפי הוי ליה להקשות כקושית התוספות ב"מ דף י"ב ע"ב האיך כותבין ללוה בלא מלוה הא מיחזי כשקרא ולתירוץ התוספות לחלק בין אם כותבין חובתו גם קושית הב"י לק"מ ע"כ וכוונתו דהך דינא כאן הוא לכתוב טובת המלוה בלי ידיעת הלוה משא"כ בשטר שלוה בו ופרעו דהלוה רוצה ללוות ודמי לכותבין שטר ללוה בלא מלוה וכ"כ הב"ח ודבריהם תמוהין מאוד דהא פשיטא דע"כ כוונת התוספות דהך דאשרתא לא דמי לכותבין שטר ללוה דזהו עיקר תירוצם לחלק ביניהם א"כ ע"כ דסבירי להו דשטר שלוה בו ופרעו ג"כ לא דמי לכותבין

שטר ללוה דאל"כ אלא דזהו ג"כ חובת הלוה מדעתו א"כ מאי פריך בפרק כל הגט לר"פ דאשרתא מהך דשטר שלוה בו ופרעו שאני התם דלכך לא חיישינן מאחר שהוא מדעת הלוה ורוצה בחובתו וע"כ צריך לומר דלא דמי דבשלמא בכותבין שטר ללוה הוא מחייב עצמו מחדש ואי דמחייב ללקוחות הלא הם לא קנו עכשיו רק שיקנו אחר כך אבל בשטר שלוה ופרעו הוא מחייב ללקוחות שקנו קודם הלואה שניה לכך חיישינן למיחזי כשקרא ושפיר פריך מאשרתא ולפי זה קמה וגם נצבה קושית הב"י על ה"ה דהך דשטר שלוה בו ופרעו דומה ממש לדינו של ה"ה ומ"מ מסקינן דלא חיישינן למיחזי כשקרא א"כ ה"ה הכא ומה שכתבו התוס' לחלק בזה הוא לר' פפי דחייש למיחזי כשקרא קשה מתניתין ועל זה תירצו דמחלק בין חובתו לטובתו אבל לדידן דלא קיימא לן כר"פ פשיטא דאפילו לטובתו לא חיישינן למיחזי כשקרא. ובאמת אני רואה דהסמ"ע מפרש דברי התוספות דהקושיא גם למסקנא דמ"מ לכתחלה חיישינן למיחזי כשקרא ועל זה תירצו התוספות לחלק בין חובתו לטובתו א"כ ממילא לא קשיא לה"ה דהכא לכתחלה אסור משא"כ בהך דשטר שלוה בו ופרעו דהוי כדיעבד כמו שכתבו התוס' כתובות פרק ב' בשם ר"י מדנפיר וכן ראיתי בתומים שפי' דברי התוספות כן והוא לא ראה דברי הדרישה דפשיטא שלא יתפרשו דבריו רק כהנ"ל. אך באמת הוא תמוה דהא התוספות כתבו בהדיא בקושיא ומ"ש מאשרתא דאם נכתבה מקמי דניחוי סהדי אחתימות ידייהו פסולה מבואר דאפילו בדיעבד פסול וליכא למימר דדוקא בהך דשטר שלוה בו ופרעו דהוי בדיעבד מותר אבל אם לכתחלה אסור אף שכבר נעשה מאחר שנעשה באיסור פסולה הא וודאי ליתא כמבואר להדיא בתוספות הנ"ל בשם ר"י מדנפיר דבדיעבד ליתא לדרב פפי ואפילו באשרתא כשר אם כן מבואר דהקושיא רק לר"פ א"כ מבואר דלדידן אפילו לטובתו לא חיישינן למיחזי כשקרא דלא כה"ה ואדרבא מהאי טעמא לא הקשה הב"י מהך דכותבין שטר ללוה דבזה יש לומר כתירוץ התוספות משא"כ בשטר שלוה בו ופרעו פריך שפיר דבזה ע"כ לא שייך תירוץ התוספות כמו שביארנו דאל"כ לא הוי מקשה לר"פ דאשרתא וזה ברור גם בלא"ה פשיטא דאין זה מעלה ארוכה לה"ה דהא הרי"ף ורמב"ם סבירי להו בהדיא דגם לכתחלה לא חיישינן למיחזי כשקרא דלא כר"י מדנפיר הנ"ל והאיך יכתוב ה"ה מה שהוא נגד דעת הרמב"ם והרי"ף גם הרא"ש והטור לא סבירי להו חילוק זה אם כן קושית הב"י על ה"ה במקומה גם מה שהכריח בתומים דכוונת התוספות לפי המסקנא דאל"כ מאי קושיא דילמא ר"פ סובר כרב אסי בשטר הקנאה בין ילוה בין לא ילוה ולא שייך מיחזי כשקרא ולק"מ דא"כ לאביי יהא מוכח מכאן דלא חיישינן לשקרא א"כ מאי פריך בכתובות לר' ביבי בר אביי מהך דר"פ כיון

דאיהו כר' אסי סובר מאי קושיא לר' ביבי דאזיל בשיטת אביו דעדיו בחתומיו זכין לו גם אמאי לא קאמר התם וליתא מהך דאביי בפרט לשיטת התוס' דהלכה כאביי בפרט דבלא"ה כבר הוכחתי דפשיטא דכוונת התוס' רק לר' פפי כנ"ל:

והנה הב"י גופא תירץ על ה"ה דהתם בשעה שנחתם לא מיחזי כשקרא והיינו הך דאשרתא משא"כ הכא חתמו בשקר ועל זה האריך הש"ך לתמוה דהא בשטר שלוה נחתם קודם שלוה והביא דברי הריטב"א דמחלק בין כתיבה לחתימה והשיג עליו ג"כ דאפי' בחתימה לא חיישינן למיחזי כשקרא אבל המעיין בב"י יראה שמעולם לא עלה על דעתו לחלק בין כתיבה לחתימה דוודאי אפילו בחתימה לא חיישינן כההוא דשטר שלוה והב"י גופא מייתי לה מעיקרא אבל כוונתו פשוט לחלק בין אם בשעת חתימה נחתם בשקר או אם נחתם באמת רק אח"כ נולד ענין דמיחזי כשקרא והיינו הך דשטר שלוה בו ופרעו דבשעה שנכתב ונחתם לא היה בשקר דהא באמת לוה רק אחר כך דפרע ורוצה ללוות שנית מיחזי כשקרא ולזה לא חיישינן מאחר שנכתב בכשרות באמת משא"כ הכא דבשעת חתימה הוא שקר שהרי חותמין שלוה ולא לוה לכך חיישינן לשקרא וזה ברור ולק"מ קושית הש"ך. אך אי קשיא הא קשיא דמאי פריך מאשרתא מהך דשטר שלוה שאני התם דנכתב בשקר משא"כ שטר דאז בשעה שנכתב ונחתם הי' באמת כסברת הב"י וכמו כן לא נתיישב מה שהקשה הש"ך לפי הבנתו בב"י מהך דפרק הכותב כתבו ותנו ביד נאמן וקושיא זו קשה גם לפי מה שכתבתי בכוונת הב"י דהא התם נכתב ונחתם בשקר ומ"מ מסיק דלא חיישינן אבל באמת לק"מ דבלא"ה יש להבין בב"י שהכריח מדברי ה"ה דמיירי שנחתם ג"כ קודם וקשה מאי צורך לזה הא בלא"ה ניחא ג"כ דשאני שטר שנכתב באמת משא"כ הכא שנכתב בשקר גם כן חיישינן למיחזי כשקרא ולמה לו להכריח התירוץ משום דה"ה מיירי שנחתם ג"כ בשקר וברור דקשיא ליה להב"י קושיא הנ"ל דהא באשרתא מבואר דאפילו נכתב בשקר לא חיישינן ועל זה דעתו דעד כאן לא מחלקינן בין אם היה מתחלה בשקר או לא רק בחתימה דהוא עיקר השטר והעדות אבל בכתיבה לא מחלקינן בזה והשתא באשרתא דלא הוי רק כתיבה ואפ"ה פוסל ר"פ שפיר פריך משטר שלוה דהתם נכתב ונחתם בשקר קודם שלוה ובוודאי לא עדיף כתיבה שנכתב מתחלה בשקר מכתיבה וחתימה רק שנודע אח"כ דבכתיב' אין לחלק בזה ודו"ק.

ומהך דהכותב גם כן לא קשיא אף שהתם היה בחתימה דשאני הכא דחתימת השטר הוא עיקר השטר ואם היו כותבין ומעידין על פה שהם כתבו וראו הלואה לא היה מועיל כל שלא חתמו אם כן שפיר חיישינן כשנחתם בשקר משא"כ התם דאפילו בלי כתיבה וחתימה, אם היה נודע על פה שכך פסקו ב"ד הוי מהני והכתיב' והחתימ' הוא רק לראי'

א"כ כשלא נמסר ליד האשה כתיבה דהתם וחתימה שוין וגם בחתימה לא חיישינן דדמי ממש לכתיבה ודו"ק היטב בזה אמנם בעיקר דברי ה"ה בוודאי יש להבין מאי ענין שקר להערמה ואי חיישינן לשקרא בלי הערמה ניחוש ואי לא חיישינן רק להערמה למה לו משום דהוא שקר. לכן נראה פשוט בכוונת ה"ה כך דוודאי יש להבין מאי חשש הערמה יש כאן אם יאבד מהם באותו יום או יגנב הלא העדים כשלא ימצאוהו לקרוע יכתבו ללוה על ידי ב"ד שזה השטר הנכתב על שמו באותו יום נאבד מהם ולא יוכל המלוה לגבות ממנו כשימצאנו ומאי חשש יש כאן ובע"כ צריך לומר דהעדים לא יהיו נאמנין כל שהשטר תחת יד המלוה ואינן נאמנין לפסלו בשום דבר כל שכתב ידם יוצא ממקום אחר כמו שאין נאמנים אנוסים וכדומה וזהו כוונת ה"ה דוודאי למיחזי כשקרא לא חיישינן כל שלוה אח"כ רק מ"מ כיון דנכתב ונחתם בשקר לא יהיה נאמנין לומר שהי' המעשה כך וא"כ יש לחוש להערמה שיגבה שלא כדין וזה ברור ולק"מ:

אמנם בגוף דינו של ה"ה נראה דבלא"ה הדין כן מטעם אחר והוא לפי מה שכתב הרב בהגה' דאף ללוה אין כותבין כל שהמלוה מוחה מלכתוב והיינו דלא ניחא ליה שלא להשביע וכדומה. ולפי זה נראה פשוט דדוקא גבי מלוה בעינן שיהא מוחה בפי' דבסתמא לא אמרינן דלא ניחא ליה כיון שאין לו שום הפסד וזכות הוא לו אבל גבי לוה פשיטא דכתיבת השטר וחתימתו שהוא לוה חוב הוא ללוה דלא ניחא ליה דליפשי עלי' שטרא מה דלא לוה כלל הגם דיש מקום לחוש דיאבד ויגנב ויתחייב לשלם בכדי א"כ פשיטא דאין כותבין בלתי ידיעתו וזו היא כוונת התנא דאין כותבין למלוה עד שיהא לוה עמו והיינו אפילו שיהא בידם דאין כותבין חובתו של לוה שלא מדעתו ועוד נראה לפע"ד ליישב קושית ה"ה לדעת הרמב"ם דאפילו צוה הלוה לכתוב מתחלה אין מוסרין למלוה אלא צריכין להמלך בלוה אם כן הא קמ"ל דאפילו צוה מקודם שיכתבו ויתנו אין מוסרין למלוה רק בציווי הלוה וע"כ גם ה"ה כיון לפרש אין כותבין למלוה היינו למסרו למלוה רק מכח הקושיא פשיטא מפרש שיהא תחת ידי העדים ולפי הנ"ל הפי' כנ"ל דשפיר קמ"ל דאין כותבין למסרו למלוה רק בידיעת לוה ועיין תומים שכתב לדעת הסמ"ע ס"ק ל"ו דאפילו קנו מהלוה רק שלא בפני המלוה אין יכולין לכתוב להניחו ביד העדים ולא דק דכוונת הסמ"ע לתרץ תירוץ אחר דלא כה"ה דהרבותא הוא דבקנו שלא בפני הלוה אין כותבין למסרו למלוה וכן הוא להדיא בדרישה אבל לא קאי כלל להניחו ביד העדים וזה ברור:

כו בד"א בשטר שיש בו קנין עש"ך ס"ק ל"ט שהאריך בזה והנה מה שכתב בכוונת הטור דסובר דמה שכתב הרא"ש ורש"י לא פי' כן לא קאי רק על מה שחילק בין מכר להלואה

להרי"ף אבל בדין דשובר כמחילה ולא בעינן מטי לידיה מודה. והוא תמוה דהרא"ש הקשה אח"כ כשחילק בין אם הקדימה ניכרת מתוך השטר דניחוש במצא שובר שמא מכרה באותו יום ותירץ דכ"ה לא חיישינן וקשה מאי קושיא ע"כ לא שייך לחלק בין מכרה באותו יום או אח"כ רק בשטר דבעינן מטי לידיה אבל בשובר דהוי מחילה מה בכך שאינו ניכר סוף סוף משעת כתיבה נמחל אף שלא מסר כלל ובע"כ דהרא"ש חולק על הרי"ף וסובר דשובר ג"כ לא מהני רק במטי לידיה וביותר יש לתמוה על רבינו ירוחם שפסק לדעת הרא"ש לחלק בין מכר להלואה ג"כ ושובר לא בעינן מטי לידיה וכתב הש"ך שדעתו אף שכתב ורש"י לא פי' כן מ"מ כיון דשקיל וטרי אליבא דהרי"ף סובר כוותיה והוא תמוה דא"כ תקשי חדא כנ"ל ומוכח דבשובר לא הוי מחילה כדעת רש"י וטור דמאי פריך מהך דפרק מי שהיה נשוי דף צ"ד כתב לאחד ומסר לאחד לזה שמסר קנה והא אביי סובר עדיו בחז"ל וקשה מאי קושיא הא התם מיירי בשטר מכר ובהא לא אמרינן עבחז"ל דכיון שמכר אותה קרקע לאחר נתבטל הראשון כסברת הרא"ש להרי"ף ולק"מ ומנין לו להרא"ש לחדש דין בין ניכר הקדימה או לא וברור דחזר בו וסובר כפירש"י דגם בשובר בעינן מטי לידו ואין חילוק בין הלוואה למכר ומתנה וכמו כן מדברי התוס' פרק מי שהיה נשוי שם ע"ב דהקשו ג"כ קושית הרא"ש וחילקו בין ניכר הקדימה ואח"כ הקשו ממצא שובר ש"מ דסבירי להו הנך תרתי בשובר לא מהני מחילה ואין חילוק בין הלואה למכר איברא דהרב הש"ך הקשה על הרא"ש דמעולם לא עלה על דעת הרי"ף לחלק בכך וכוונת הרי"ף בפשיטות דכמו דבחוב זכין לו שישתעבד הלוה למלוה אף שלא באו לידו מיד ה"ה בשובר ע"ש וכן כתב הרמב"ן להדיא במלחמותיו לדעת הרי"ף והנה מה שהאריך הש"ך להקשות לפי' הרא"ש אין רצוני לדבר מזה כאן כי כבר רבו התירוצים בדברי אחרונים זולת מה שהקשה משטר שיחרור כתב בספר נ"מ ליישב במה נפשך דאם לחוש שימכור העבד בעצמו לא חיישינן להכשילו בבת חורין ואם שיקנה העבד נכסים וימכר' אז דמי למכר אחר הלואה. ואין דבריו נכונים כלל דלא דמי לשיעבוד כלל דאם מכר אח"כ קרקע אין זה שום ביטול לשטר הלואה דכי בשביל שלוה לא ימכור קרקע וכי בוודאי לא יבואו לטרוף רק קרקע זו הלא יסלקנו במעות וכדומה ואדרבא סתם הלואה לא קאי להפרע מלקוחות דוקא מה שאין כן בעבד כשכתב שטר שיחרור ואח"כ מכר נכסיו של העבד הרי זה ביטול גמור כי מה ענין הרב למכור בנכסיו שאינו שלו ופשיטא כשמכר נכסיו הרי זה ביטול גמור וזה ברור אבל באמת נלפע"ד דבלא"ה לק"מ דשאני עבד דהוי כמו שובר שהרי מיד כשכתב השטר

ועדים זכין לו הרי הוא ברשותו ותחת ידו ולא בעינן מטי לידיה כמו בשובר א"כ ליכא למיחש למידי ויתר הקושיות שהקשה כבר מבואר בדברי התומים לקמן סי' ס"ה:
אך בעיקר פי' הש"ך בדברי הרי"ף אף שגם הרמב"ן פי' כן נראה לפע"ד ברור דהעיקר כפי' הרא"ש כמו שאבאר. והוא דוודאי יש לתמוה בדברי הרי"ף שהביא ראי' מההוא דמצא שוברין דרבא פליג עליה דאביי וסובר דבעינן שטרי הקנאה דוקא וע"ש שהאריך והביא כל סוגית הש"ס שם וכתב וז"ל ועוד שובר בזמנו טורף כלומר אע"ג דזבינתה לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי דכיון דכתבה ליה לשובר בניסן זכה הבעל בההיא קרקע דכתובה משעת חתימת עדים בשובר ואע"ג דלא מטי לידיה דהוי ליה כמחילה וכשהוא טורף עכשיו מניסן כדין טורף ושמעינן מהא דלית ליה לרבא האי סברא דאי אית ליה לרבא האי סברא דאביי לא שמיע ליה מהא מתניתא דאיתא לדשמואל וכו' עכ"ל. וכל רואה ישתומם מה לו להרי"ף כל האריכות הזה הלא הדבר פשוט דרבא קאמר ש"מ איתא לדשמואל ואביי מדחה ליה עבחז"ל ש"מ דהוא פליג עליה ומה לו לפרש התם כיצד עדיו זכין הגם שהביא כל הסוגיא תירוץ קמא דאביי בשטר כתובה ולא חיישינן לשתי כתובות מה שאין ענין כלל לכאן לראיה זו ועוד קשה בעיקר ראיית הרי"ף כיון דע"כ לאביי ג"כ צריך לומר דלא חיישינן שמא מכרה באותו יום לפי שהוא חשש רחוק כמו שכתב הרא"ש להדיא והתוס' פרק מי שהיה נשוי א"כ ממילא לק"מ דוודאי רבא כיון דחייש לב' כתובות פשיטא דחייש ג"כ שמא מכרה באותו יום דאין לך חשש רחוק יותר משתי כתובות ואביי לטעמיה דלא חייש לב' כתובות לא חייש נמי להך משא"כ רבא ואין הכרח דרבא חולק על אביי בעיקר הדין דעבחז"ל ואדרבא כן מורה הסוגיא גופא דיש לתמוה אביי משני מעיקרא לשתי כתובות ודחיק לב' כתובות לא חיישינן ואח"כ קאמר ועוד שובר בזמנו טורף וקשה כיון דבאמת כך סובר אביי דשובר בזמנו טורף אין כאן מקום חשש ולמה לו ליישב בשטר כתוב' הא באמת לדעתו בלא"ה אין לחוש כלל והניח תירוץ זה לבסוף אבל לפי הנ"ל ניחא דמעיקרא דלא ידע דאיכא למיחש לשתי כתובות ניחא ליה לאוקמא בשטר כתובה יוצא מתחת ידה דאז לא חיישינן כלל משא"כ להך תירוץ דשובר בזמנו טורף אכתי איכא למיחש שמא מכרה באותו יום אבל בתר דמקשה ליה רבא דחיישינן לשתי כתובות והוצרך איהו לומר דלב' כתובות לא חיישינן דהוא חשש רחוק שפיר קאמר ליה דלא חיישינן ג"כ שמא מכרה באותו יום ושובר בזמנו טורף כמו דלא חייש לשתי כתובות וכל זה לאביי אבל לרבא דחייש לשתי כתובות חייש גם כן להך דשמא מכרה באותו יום ואין כאן ראיה כלל דרבא חולק על אביי:

לכן נראה ברור דזהו כוונת הרי"ף לחזק ראייתו דבהכרח מוכח מסוגיא דהתם דרבא חולק על אביי דא"א לפרש שובר בזמנו טורף משום דהשתא מטי לידיה כמו בשט"ח דא"כ לא הוי מהני כלל דדוקא בשט"מ לא הוי ביטול מה שמכר אחר הלואה אבל בשובר הוי ביטול מה שמכרה אח"כ ואפילו מטי לידיה לא מהני וע"כ דהפי' שובר בזמנו טורף משום דבשובר לא בעינן מטי לידיה כלל דהוי כמחילה ולא מהני ביטול אחר הכתיבה וזה שכתב כלומר אף דלא מטי לידיה הוי כמחילה ושמעינן מהא דע"כ רבא פליג דאל"כ לא שמעינן מילתא דשמואל דהא השתא ליכא למיחש שמא מכרה באותו יום ולא ניכר הקדימה דע"כ לא בעינן ניכר הקדימה רק היכי דבעינן מטי לידיה אבל היכי דלא בעינן מטי לידיה ואפילו לא מסר כלל מהני פשיטא דכבר נמחל מעת כתיבה ועוד דהא כל הטעם דבעינן ניכר הקדימה הוא מכח קושית הרא"ש מהא דכתב לאחד ומסר לאחר אבל להרי"ף דבמכר לא בעינן עבחז"ל כלל לא קשיא מהתם כלל ולא בעינן ניכר וליכא למיחש למידי ומדקאמר רבא ש"מ איתא לדשמואל מבואר בהכרח דפליג על אביי ולית ליה עבחז"ל כן נראה לי ברור בכוונת הרי"ף:

ולגוף סברת הרי"ף שחילק בין הלואה למכר משום דבמכירה שניה ביטל מכירה ראשונה (והיינו משום דלא מהני רק במטי לידיה א"כ כל כמה שלא יצא מתחת ידו כל זכותו של זה בידו הוא וברשותו לבטלו כמו שברשותו לשורפו וכדומה רק דבהלואה לא הוי ביטול מה שמכר כנ"ל יש להביא ראיה מש"ס גופא ב"מ י"ג ע"א והוא דיש לתמוה שם דקאמר משום דקשיא ליה לאביי לרב אסי מתניתין במאי מתוקמא ולאיקרי וכתיב לא חיישינן וקשה קושית התוס' דהא ע"כ דידע דחיישינן לפרעון ולקנוניא דאל"כ לאביי האיך מתוקמא מתניתין וא"כ לרב אסי נמי יש לומר כן ולמה נאדי מאוקימתא דרב אסי והתוס' שם תירצו על זה ועיין מהרש"א מה שתמה על תירוצם וכמעט אין לדבריהם מובן ובאמת בחידושי אמרתי בכוונת דבריהם בפשיטות דאין כוונת בעל המאמר ליישב במאי דנאדי אביי מאוקימתא דרב אסי וחידש דין דעבחז"ל דוודאי נראה לו זה מצד הסברא יותר טוב מדנוקמא בשטרי הקנאה רק. דכוונתו לתרץ כיון דלאביי ע"כ צריך לומר דחיישינן לפרעון וקנוניא כדלקמן אם כן נוח היה לו לומר כרב אסי ולא נצטרך לזה הרי דשמואל פליג בזה לקמן ודחיק משום זה לומר דר"מ סובר שטר שאין בו אחריות לא גבי מבנ"ח ועיין תוס' פרק מי שהיה נשוי דצ"ד ע"ב] ועל זה קאמר משום דקשיא ליה לאביי דלרב אסי נצטרך לומר דאיקרי וכתיב וזה לא סבירא ליה לחוש דעדים עשו שלא כדין ולא ימלט רק דחיישינן לפרעון א"כ כיון דלרב אסי נמי ניחוש לפרעון שפיר ניחא ליה טפי מצד הסברא עבחז"ל ואפילו דלאו הקנאה. אך כל זה אינו נוח לי דוודאי

משמע בש"ס דמעיקרא לא ידע כלל דלאביי חיישינן לפרעון וקנוניא ועוד קשה דפריך לאביי מעיקרא ממתניתין דמצא גיטי נשים והדר פריך ממשנה דכיון דעיקר כוונת אביי ליישב מתניתין הוי ליה להקשות מיד ממתניתין כדמקשה לרב אסי דהא לא תירץ כלום וכמו כן דברי רש"י שם תמוהין מאוד וכבר נתחבטו המפרשים ועיין מהרש"א דכוונת רש"י ליישב מהך דגיטי נשים מה שלא נזכר ברש"י כלל:

לכן נראה דוודאי ניחזי לדעת הרי"ף הנ"ל דבמכר לא מהני עבחז"ל דכבר ביטל השטר ולפי זה כיון שיש כח בידו לבטל השטר כל שהוא בידו א"כ ה"ה בהלואה נהי דבמכר נכסיו לא הוי ביטול דאין מזה ראיה לביטול הלואה כנ"ל מ"מ אם ביטלו בפי' וכ"ש לפני עדים בוודאי הוי ביטול דמ"ש אם מכר לראשון ואח"כ מכר לשני הוי ביטול מכח הוכחה א"כ פשיטא דיש כח בידו לבטלו לפני עדים בלי מכירה לשני רק דמ"מ כותבין שטר ללוה בלא מלוה דהם אינן צריכין לחוש שמא יבטלנו לפני עדים וימותו ואח"כ ימלך ליתנו שנית. ולפי זה שפיר יש לומר דאביי משני עבחז"ל וממילא לא קשיא ממשנה כלום דוודאי התם יכולין לכתוב ללוה בלא מלוה ולא חיישינן שמא יבטלנו אח"כ וימסרנו ללוה משא"כ במתניתין כשנפל שפיר יש לחוש שמא נמלך ליתנו וביטלו לפני עדים ועכשיו שהוא מודה ורוצה למסרו למלוה הוי שלא כדין דכיון דנפל שפיר יש לחוש שביטלו ולכך לא נזהר לשמרו דשוב לא רצה ללות והיינו דקאמר משום דקשיא ליה לאביי לרב אסי קשיא מתניתין ולאיקרי וכתיב לא חיישינן אבל לדידיה ניחא דכיון דנפל חיישינן שמא נמלך וביטלו ולא מהני מטי לידיה עכשיו ולק"מ קושית התוס' דלא ס"ד כלל דחיישינן לפרעון וזהו ג"כ כוונת רש"י שכתב דלאביי ניחא דשפיר חיישינן שמא כתבו ללוה בלא מלוה כיון דמותרין לכתוב והשתא דנפל חיישינן שמא נמלך וביטלו ועל זה מקשה ליה מהך דמצא גיטי נשים ושוברים וסליק אדעתי' דבשובר לא בעינן מטי לידיה כלל דהוי כמחילה וא"כ התם כי נמלך מאי הוי הא מעיקרא זכה בחוב שבידו ואהא משני ליה ה"מ היכי דמטי לידיה אבל באין חייב מודה ואינו מצוה ליתנו לא מהני עבחז"ל אפילו בשובר ולפי זה ע"כ מוכח דלא חיישינן שמא נמלך וביטלו קודם שנפל דאל"כ מאי קאמר נמלך הא אמר תנו נותנין [כדדייקינן בש"ס ב"מ פ"ק על הך משנה גופא) דכיון דבעינן מטי לידיה ניחוש שמא נמלך וביטלו קודם ואפילו אמר תנו לא יתנו [וכן פי' בש"מ תירוץ הש"ס דמטי לידיה הכוונה חייב מודה ולא מטי לידיה אין חייב מודה כנ"ל) וע"כ דלא חיישינן שמא נמלך וביטלו ושפיר קשיא ליה ממתניתין דמצא שט"ח למאי ניחוש הא עבחז"ל ולביטול לא חיישינן אפי' בנפל כדמוכח ממשנה הקודמת דהא ע"כ דבעינן מטי לידיה שם דאל"כ תקשי כי נמלך מאי הוי וע"כ דבעינן

מטי לידיה א"כ כי אמר תנו ניחוש שמא ביטלו וע"כ דלא חיישינן א"כ במתניתין למאי ניחוש והוצרך לישנוי דלפרעון וקנוניא חיישינן עכ"פ מבואר מהך סוגיא דהתם דביטול מהני אפילו עבחז"ל א"כ ממילא ה"ה במכר דכיון שמכרה שנית לאחר פשיטא דביטל מכירה ראשונה ושוב לא מהני עבחז"ל והיינו כדעת הרי"ף ומ"מ לענין דינא אף שדעת הרי"ף כן מ"מ כיון שהרא"ש גופא ע"כ חולק עליו כמו שהוכחתי לעיל דלא כרבינו ירוחם וכן התוס' פרק מי שהיה נשוי ובלא"ה הרבה פוסקים פסקו בשטרי הקנאה דוקא א"כ אף להפוסקים כאביי דהם התוס' והרא"ש הלא הם אינן סוברין לחלק בין מכר להלואה ושובר ושטר כנ"ל א"כ לדידהו הכי נקטינן רק בגוף הדין אי הלכה כאביי כיון דעיקר ראיית הרי"ף דרבא פליג הוא לפי שיטתו כנ"ל אבל לשיטת התוס' והרא"ש אין ראיה כנ"ל וכמו כן הראיה מהך דמאימת אכיל פירי פשיטא דלאו ראיה דנהי דפליגי דאין זוכין לו משעת חתימה אבל משעת הלואה זוכין לכ"ע ומ"מ פליגי התם אמוראי דאפילו משעת הלואה לא אכיל ואפילו מזמן פרעון אלמא דאין הטעם משום זה ודו"ק א"כ ממילא בזה הוי ספיקא דדינא ועיין לקמן ס"ק ל' מ"ש עוד בענין זה:

כז או שכתב בשטר בהדיא שהנכסים יהיה משועבדים מעכשיו. עש"ך שהשיג על דין זה דדילמא רש"י מיירי שמסר השטר ליד המלוה וכתב שגם כוונת הר"ן כן ובתומים תמה דמה צורך לו להר"ן לחדש דין זה דלדעתו במסירת השטר בלבד מהני ע"כ ולפע"ד נראה ליישב דע"כ לא מהני מסירת השטר להחולקין על רש"י רק כשמסרו סתם דאז במסירה נשתעבד לו אבל כשמסרו בפי' כל שילוה אם באנו לחוש שמא לא ילוה פשיטא דלא מהני הילכך התם דע"כ מיירי שלא מסרו סתם למלוה דא"כ מאי אמנה יש ומאי אין אדם משים עצמו רשע שייך בזה וע"כ שפירש לכשילוה א"כ מסירה זו לאו כלום הוא רק כיון שפי' מעכשיו לא חיישי' שמא לא ילוה כלל וזהו שחידש הר"ן דלשמא לא ילוה כלל לא חיישינן הילכך אף שמצוה לכתוב שטר למלוה לכשילוה כל שאומר מעכשיו יכולין לכתוב מדינא רק משום עולה אסור וזה ברור אך בגוף הדבר שכתב הש"ך דהר"ן מיירי במסר דוקא אינו מובן דהא הר"ן קאי לשיטת רש"י דמצריך לעולם נתינת מעות ומ"מ סובר דבאומר מעכשיו וכשילוה נשתעבד א"כ ה"ה בלי מסירה דהא לרש"י מסירה לאו כלום הוא א"כ שפיר מוכח דמעכשיו מהני לעולם ומ"מ מאחר דלא מצינו זה בשום פוסק ובש"ס דמשני בשטרי אקנייתא ולא משני בפשיטות דשיעבד עצמו מעכשיו מבואר דלא מהני הוי ספיקא דדינא ומה שכתב בתומים והאריך בביאור דברי הרא"ש ולדעתו שסובר כהר"ן והא ליתא דפשיטא דכוונת הרא"ש ורש"י שמקנה לו בקנין וכן

מבואר להדיא בלשון הרא"ש שכתב בשטר הקנאה שמקנה לו נכסיו וכן הוא בא"ז לב"מ דכוונת רש"י בקנין וזה ברור:

כח ויתן השטר עסמ"ע דהתוס' חולקין דאין צורך לראות המסירה רק כל שהמלוה היה שם מסתמא ימסור לו מיד והש"ך כתב דלא ידע מקומו ובאמת הוא בתוס' גיטין י"ז ע"ב. אך המעיין בתוס' יראה דלאו ראיה הוא כלל ואין כוונתם כלל דאין צורך לראות המסירה רק דכתבו דלכך בכל שטרות אין צורך להביא ראיה אימת מסר דאפילו למאן דחולק על אביי היינו משום דלדידיה אין כותבין רק אם מלוה עמו א"כ מיד מסר לו פי' דלכך אין צריך להביא ראיה מאחר שהעדים אין רשאין לכתוב רק אם יודעין בוודאי שימסור לו מיד ואם כתבו צריכין לעמוד על הלוה עד שימסרנו. ויש ראיה ברורה דצריכין לראות המסירה דוקא דאל"כ תקשי מה פריך לרב אסי דמוקי בשטרי הקנאה דמתניתין במאי מתוקמא אי בשטר הקנאה הא שיעבד נפשיה ואי דלאו הקנאה הא לא כתבינן והוצרך לישנוי דאיקרי וכתוב שהעדים כתבו שלא כדין וקשה מה צורך ליה לימא דחיישינן דהעדים כתבו שהיה המלוה עמו ואין צריכין לחוש שמא לא ימסרנו אבל השתא דנפל איתרע חיישינן שמא לא מסרו ונפל מן הלוה וכמה חששות דחיישינן בנפל א"כ פשיטא דיש לחוש בזה בנפל ולמה לו לומר דאיקרי דהעדים כתבו שלא כדין אלא ברור דהעדים צריכין לראות המסירה ומדברי התוס' הנ"ל פשיטא דאין ראיה כמו שכתבתי א"כ כן עיקר לדינא דבעינן שיראו המסירה:

כט וכתבו לו עסמ"ע וש"ך דהוכיחו מדברי הטור כדעת הרמב"ן דקנין שלא בפני המלוה לא ניתן מסתמא לכתוב אבל הב"י כתב דלאו דוקא נקט הטור וכתבו לו. ולכאורה דברי הב"י תמוהין דהאיך שייך לומר לאו דוקא כיון דמעיקרא כתב הטור קנו ממנו וכתבו לו ועל זה כתב ואפילו אמר כתבו סתם הרי דכוונת הטור למעט שלא יצטרך כ"כ וא"כ האיך אפשר דגם כתבו סתם לא וא"כ היה לו לומר דאפילו לא אמר כלל סגי מאחר שזהו עיקר כוונתו למעט בכל מה דאפשר ממה שיצטרך הגם שאין בדברי הטור רק כתבו בלבד או כתבו לו והאיך יכתוב כל מאמרו ללא צורך ודו"ק אך באמת נראה ליישב דברי הב"י דוודאי קנין בסתם ניתן לכתיבה ולמסירה ביד המלוה אבל אם אומר בפי' שלא למסור בוודאי לא מהני כמו שכתב הטור בתנו אותו בידי וזהו כוונת הטור להשמיענו דלא מבעי' אם אמר בסתם קנו ממנו דכותבין ומוסרין למלוה אלא אפילו אמר קנו וכתבו א"כ ס"ד שיש להסתפק שזו הכוונה רק שיכתבו לו לא למסרו דאי למסרו ג"כ בקנו לחוד סגי וא"כ זה שאמר כתבו להורות רק לכתוב לא נמסרו למלוה רק בידו וזה קמש"ל הטור דמ"מ אין למסרו ללוה רק למלוה כל שלא אמר בפי' ותנו אותו בידי: (ל) אבל אם אמר

כתבו ותנו אותו בידי וכו' דין זה כתבו הטור והוא סברת עצמו. ובאמת צ"ע דא"כ תקשי בשטר הקנאה ניחוש שמא אמר תנו אותו בידי והש"ך סימן נ"ו ס"ק כ"ז כתב דדוקא בנפל מיד הנותן חיישינן שמא לא לוה אבל אם נמצא סתם לא חיישינן שמא אמר תנו בידי ואין דבריו מובנים דהא בלי הקנאה בוודאי חיישינן שמא לא לוה ומן הנותן נפל א"כ בהקנאה נמי למה לא ניחוש שמא אמר תנו אותו בידי ומן הנותן נפל ובתומים הקשה קושיא זו ולא ראה כי היא קושית הש"ך הנ"ל). אך באמת מהתם בלא"ה אין כאן קושיא דהא לדידן בוודאי בלא"ה חיישינן בשטרי הקנאה לפרעון ואי קשיא לשמואל הא יש לומר דמיירי בהקנאה שנכתב בשטר שהקנה בפי' אפילו לא יגיע השטר לידו ואפילו לא ילוה וכמו כן צריך לומר לשיטת הרי"ף דבהקנאה בעינן מטי לידיה א"כ התם לא מטי לידיה וע"כ דמיירי באופן הנ"ל. אמנם בגוף הדין לכאורה נראה להביא ראיה מדברי הרי"ף ב"מ דף י"ג ע"א שכתב דהלכה כרב אסי דרבא פליג עליה דאביי בסוגיא דמצא שובר ולית ליה עבחז"ל ואפי' לא מטי לידיה דהוי מחילה ע"ש ודייק הרא"ש דהרי"ף סובר דיש חילוק בין מכר להלואה דאל"כ מי הזקיקו להרי"ף לפרש דהוי מחילה ויש להבין דמשמע מדברי הרא"ש דיותר נוח לומר דהרי"ף משמע ליה מצד הסברא לחלק בין מכר להלואה משנאמר דנראה לו מסברא לחלק בין שובר לשטר ובאמת נהפוך הוא דהרי הטור לא מחלק בין מכר להלואה ומחלק בין שובר לשטר דהוי מחילה. גם בלא"ה יש להבין באמת מנין לו להרי"ף חילוק זה בין מכר להלואה בפרט שכבר הוכחתי לעיל דעיקר ראיית הרי"ף תלוי בזה. לכן נראה דבלא"ה יש לתמוה על הרי"ף דסובר דבשטר הקנאה בעינן מטי לידיה א"כ נהי דמהך דמצא שטר הקנאה לא קשיא דאיכא לפרושי שנכתב בשטר בפי' הקנין באופן שיתחייב בו מ"מ קשה מהך דמצא שובר דמאי פריך וניחוש ודייק דאיתא לדשמואל וקשה מנא לן דילמא מיירי בהקנאה כמו שכתבו התוס' שם ומה שתרצו התוס' דתקשי סיפא לקמ"מ להרי"ף דסיפא כיון שאין חייב מודה מה בכך דיש בו קנין הא לא מטי לידיה ומזה מבואר דבקנין לא בעינן מטי לידיה:

לכן נראה ליישב דסבירא ליה להרי"ף כדעת הטור דוודאי אפי' אי נימא דלא בעינן מטי לידיה מ"מ אם אמר קנו ממני ותנו אותו בידי לכ"ע בעינן מטי לידיה ולפי זה יש לתמוה דאכתי אמאי לא משני בשטר הקנאה וסיפא כשאומרת שכתבה ליתן ויהא בידה ונאבד ממנה ולא נתנה ועכשיו אינה מצווה ליתן ולא מטי לידיה אבל רישא לא חיישינן כיון דהוא מודה הוי מטי לידיה עכשיו וא"כ לדברי כולם קשה הא לא ש"מ דאיתא לדשמואל ובע"כ צריך לומר דוודאי יש חילוק בין מכר להלואה דבמכר כל היכי דבעינן מטי לידיה כל שמכר אותה קרקע בינתיים לא מהני אפילו מטי לידיה אח"כ דבמכירה שניה ביטל

מכירה ראשונה וה"ה בשובר דכשמכרה כתובה בטלה השובר ולפי זה ע"כ דלא מיירי בשטרי הקנאה דאל"כ אכתי איכא למיחש דילמא אמרה תנו אותה בידי ולא מהני מה שהיא מודה עכשיו דכבר ביטלה השובר במכירת הכתובה ללקוחות וע"כ דבמשנה לא מיירי כלל בהקנאה רק או דש"מ כשמואל או משום דעבחז"ל ואז לא בעינן מטי לידיה כלל דהוי כמחילה א"כ כשחייב מודה שפיר מחזירין וזהו ההכרח שהכריח הרי"ף דיש חילוק בין שובר לשטר דאל"כ אלא הטעם דעכשיו מטי לידיה א"כ ע"כ דלא מהני ביטול א"כ בין לדעת הרי"ף דבעינן בהקנאה מטי לידיה בין להחולקין קשה קושיא הנ"ל לוקמא בשטר הקנאה ובערישא מטי לידיה ובסיפא לא מטי לידיה ואפי' למאן דלא מצריך מטי לידיה מ"מ שמא אמרה תנו בידו בעינן לכ"ע מטי לידיה וע"כ דגבי שובר לא מהני מטי לידיה דהוי ביטול וא"כ תקשי השתא דמשני אביי הא כבר נתבטל וע"כ דלאביי הוי מחילה קודם ולא מהני ביטול משא"כ בהקנאה ואמרה תנו בידו לא הוי מחילה לכ"ע ודו"ק. ולפי זה מבואר מדברי הרי"ף דבתנו בידי לכ"ע בעינן מטי לידיה והיינו כדעת הטור ואמת דלפי הנ"ל יש מקום לומר בקושיא על הרי"ף בלא"ה דלק"מ והוא דאי אפשר לאוקמא בשטרי הקנאה דהרי"ף לשיטתו דבעי מטי לידיה א"כ רישא למה יחזיר ואי דמודה כל היכי דהוי ביטול כמו שובר ומכר כבר נתבטל ולא מהני מטי לידיה וע"כ משום דעבחז"ל והוי מחילה ולק"מ [ואין להקשות בשובר ומוכר האיך כותבין הא בזה לא מהני הקנאה משום ביטול הא ליתא דלכתחילה אין חוששין שמא ימכור אותה קרקע כמו שכתב הש"ך לעיל אך מ"מ יש להסתפק אם בכהאי גוונא אפשר דהוי מחילה להרי"ף כמו לאביי בשובר ודו"ק]. אך לפי זה אין הכרח להך סברא דביטל אליבא דכ"ע ואני אומר דלא מהני ביטול והא דלא מוקי בהקנאה משום סיפא דאמאי לא יחזיר הא לא בעינן מטי לידיה וע"כ משום דמ"מ קשה בתנו אותו בידי כנ"ל והכל מיושב ועוד דוודאי להרי"ף כמו דלאביי דסובר עבחז"ל ובעינן מטי לידיה מ"מ בשובר לא בעינן מטי לידיה דהוי כמחילה א"כ ה"ה לרב אסי בהקנאה נהי דבעינן מטי לידיה להרי"ף מ"מ בשובר סגי בהקנאה בלי מטי לידיה דהוי כמחילה ולפי זה לא מהני ביטול ואכתי תקשי קושיא הנ"ל וע"כ דסובר הרי"ף סברת הטור דתנו אותו בידי פשיטא דמורה הלשון שלא יזכה בו מיד א"כ בהא אפילו מחילה לא מהני רק במטי לידיה א"כ עדיין אם אמר תנו אותו בידי לא הוי מחילה וכיון דלא הוי מחילה הוי ביטול ואם כן מוכח כהטור ודו"ק היטב: אך לפי זה יהיה ראיה זו קושיא עצומה על הטור לשיטתו דכתב בפירוש דאין חילוק בין מכר להלואה ולית ליה הך סברא דכבר ביטל א"כ ע"כ צריך לומר דאפי' בתנו אותו בידי לא בעינן מטי לידיה דאל"כ אכתי תקשי לוקמא בשטר הקנאה ונהי דלא בעינן מטי

לידיה מ"מ בסיפא אין מחזירין דאמרה תנו אותה בידי ובירשא דמודה הא מטי לידיה עכשיו לכך מחזירין ולא מוכח דאיתא לדשמואל וע"כ דגם בתנו אותו בידי לא בעינן מטי לידיה דלא כהטור:

לכן היה נראה לכאורה דהטור ז"ל רוח אחרת היתה עמו בכל זה ובכוונת הרי"ף דוודאי יש לתמוה באמת כיון דעיקר הכרח של הרי"ף דיש חילוק בין שובר לשטר משום דמחלק בין מכר להלואה והיאך יכתב הוא להיפך דאין חילוק בין מכר להלואה א"כ מנין לו לחלק בין שובר לשטר. לכן נראה דסובר כדעת הרשב"א בחידושיו ב"מ דף י"ג ע"ב דהקשה אהא דמתרץ אביי ממתניתין דחיישינן לפרעון וקנוניא דאמאי לא משני דחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה ולא מטי לידיה ותירץ דרצה לאוקמא מתניתין אפילו בשטר הקנאה מ"מ חיישינן לפרעון מבואר דעתו דאף שחייב מודה ומצוה להחזירו למלוה לא מיקרי מטי לידיה מאחר שכבר נאבד ויצא מתחת ידו ע"ש. וזהו כוונת הטור לדעת הרי"ף דהרי"ף דייק דע"כ דשובר הוי כמחילה דאל"כ אלא מה דחייב מודה עכשיו מיקרי מטי לידיה א"כ תקשי מאי פריך וניחוש הא מצי לאוקמא בשטרי הקנאה ובין לפי' הרי"ף דבעינן מטי לידיה בשטר הקנאה בין להחולקין מ"מ אם אמר תנו אותו בידו לכ"ע בעינן מטי לידיה א"כ אכתי מצי לאוקמא בהכי ורישא דמודה הא מטי לידיה וסיפא דאינה מודה אין מחזירין וע"כ צ"ל דמה שחייב מודה לא מיקרי מטי לידיה כדעת הרשב"א הנ"ל. והשתא בין להרי"ף בין להחולקין לא מצי לאוקמא בהכי דתקשי רישא מה בכך דמודה הא לא מטי לידיה ולפי זה קשה השתא נמי לאביי הא לא מטי לידיה וע"כ דשובר הוי כמחילה ולפי זה לא מוכח הך דינא דיש חילוק בין מכר להלואה אבל הך דינא דיש חילוק בין שובר לשטר שפיר מוכח וזהו ג"כ כוונת הרי"ף ושפיר פסק הטור דבתנו אותו בידי בעינן מטי לידיה לכ"ע ואין חילוק בין מכר להלואה רק בין שובר לשטר: איברא וודאי דברי הרשב"א הנ"ל תמוהין מאד דלפי דבריו תקשי מאי פריך אח"כ לשמואל דלא חייש לפרעון הניחא אי סבר לה כרב אסי מוקי מתניתין בשטרי דלאו הקנאה אבל לאביי מאי איכא למימר והשתא קשה מאי קושיא הא שפיר מצי לאוקמא לאביי נמי בשטרי דלאו הקנאה וחיישינן שמא לא לוה ולא מטי לידיה ובהא לא שייך תירוץ הרשב"א דהא לרב אסי נמי מוקי דלאו הקנאה ולמה לרב אסי ניחא ולאביי לא הרי דשמואל קאמר לקמן שטר הקנאה יחזיר אי משום כתב ללות ולא לוה הא שיעבד נפשיה מבואר דבלאו הקנאה חיישינן שמא לא לוה וא"כ מאי קשיא כאן וע"כ כיון דהכא כשחייב מודה מיירי במה שמצוה להחזיר עכשיו כמטי לידיה דמי וזה ברור. ודברי הרשב"א תמוהין ואין להקשות השתא נמי כדמשני באין חייב מודה למה מוקי

כשאומר מזוייף ולא מהני קיום כמו שפירש"י לימא דאומר שלא לוה והשתא לא מטי לידיה הא ליתא דא"כ תקשי ניהדר ללוה לצור על פי צלוחותו וזה ברור. גם מה שתירץ עוד הרשב"א שם משום דסובר דטפי יש לחוש לפרעון משניחוש שמא לא לוה דזה לא שכיח טפי הוא תמוה ג"כ דהא רש"י הקשה דמאי קאמר לשמואל הניחא הא ע"כ דסובר כרב אסי דאל"כ למה קאמר שטר הקנאה אפילו דלאו הקנאה כיון דלא חיישינן לפרעון ותירץ דנקט הקנאה משום דבלא"ה יש לחוש שמא כתב ללות ולא לוה כלל א"כ מבואר דלשמואל בדלאו הקנאה חיישינן להכי א"כ אכתי מאי מקשה לשמואל הניחא הא מצי סביר כאביי ובדלאו הקנאה וחיישינן וע"כ צריך לומר כתירוץ הרשב"א שם בסופו דחייב מודה אפילו נפיל מיקרי מטי לידיה ושני התירוצים של הרשב"א הראשונים תמוהין מאד כמו שביארנו וכן מבואר מדברי הראב"ד שפי' הא דמשני ה"מ היכי דמטי לידיה היינו כשחייב מודה הרי להדיא דזה מיקרי מטי לידיה דלא כהרשב"א ופי' הראב"ד מוכרח בש"ס והיינו דקשיא ליה מאי משני ה"מ היכי דמטי לידיה א"כ תקשי מאי איריא נמלך אפילו אמר תנו אינן נותנין דהא מטי לידיה [וכן פריך בש"ס אהך משנה בענין אחר טעמא דנמלך הא אמר תנו נותנין ורמינהו ע"ש] ומזה דייק הראב"ד דהפי' מטי לידיה היינו עכשיו כשחייב מודה לכך באמר תנו נותנין דהא מטי לידו ומבואר דלא כהרשב"א ותמהני שהרב בעל א"ז לב"מ הביא דברי הרשב"א הנ"ל ולא הרגיש בכל הקושיות הנ"ל. ולפי זה מיושב היטב סוגית הש"ס ב"מ דף י"ג ע"א דמקשה לאביי ממשנה דמצא גיטי נשים ולא מקשה מיד ממשנה גם יתר הקושיות שהקשינו לעיל ס"ק כ"ו ולפי הנ"ל ניחא דמעיקרא שפיר ס"ד דלאביי אתי שפיר אפילו אי לא חיישינן לפרעון רק דחיישינן שמא לא לוה כלל ואף שחייב מודה לא מיקרי מטי לידיה הילכך התם כותבין דליכא למיחש למידי אבל הכא כשנפל אין מחזירין אבל מהך דמצא גיטי נשים פריך שפיר דהוי מחילה בשובר ולא בעינן מטי לידיה ובתר דמשני ה"מ היכי דמטי, לידיה א"כ תקשי להיפך טעמא דנמלך אבל אמר תנו נותנין הא לא מטי לידיה וע"כ כפי' הראב"ד דחייב מודה מיקרי מטי לידיה א"כ תקשי מתניתין והוצרך לישנוי דחיישינן לפרעון ואתי שפיר ג"כ דברי רש"י שם בד"ה משום דקשיא ליה לאביי ומיושב קושית התוספות שם ודו"ק עכ"פ מבואר דלית הלכתא בהא כהרשב"א רק כתירוץ שלישי של הרשב"א א"כ אין מקום לדברי הטור הנ"ל בכוונת הרי"ף. גם קשה לי טובא לפי הנ"ל בכוונת הטור והרי"ף דמאי פריך לרב אסי והוצרך לישנוי דאיקרי וכתב שהעדים עשו שלא כדין ולדעת הטור לק"מ דהא מצי לאוקמא שפיר בשטרי הקנאה ומ"מ עכשיו שאינו בידו שנאבד ממנו שפיר חיישינן שמא אמר תנו אותו בידי ועכשיו לא הוי מטי לידיה

במאי שחייב מודה להרשב"א ז"ל. גם קשה מה דפריך לאביי ממצא שוברין וכי נמלך מאי הוי וקשה מאי קושיא הא מצי למימר דמיירי בהקנאה ולכך לא מחזירין דילמא אמר תנו אותו בידי והתם פשיטא דלא הוי מטי לידיה כלל דהא אינו מודה כלל ונהי דס"ד דעבחז"ל אפילו לא מטי לידיה אבל באמר תני בידי היאך ס"ד דזוכה בלא מטי לידיה וכן מבואר בדברי התוס' בסוגיא דמצא שובר הנ"ל דהקשו ליפרך אמשנה כותבין שובר לאשה ותרצו דהתם מצי לאוקמא בהקנאה אבל הכא לא מצי לאוקמא בהקנאה וסיפא כשאומרת תנו אותו בידי אבל רישא ליכא למימר הכי דהא מודה ומטי לידיה ובתוס' ליכא למימר דסבירי להו כהרשב"א חייב מודה לא מיקרי מטי לידיה דא"כ ע"כ בשובר דהכא דהוי מחילה דאל"כ לא משני אביי כלום א"כ מה זה שהקשו פרק מי שהיה נשוי דף צ"ד דניחוש הכא שמא מכרה באותו יום ולא ניכר הקדימה דכיון דהוי מחילה לא מהני זה ולעולם לא זכה גם ליכא למימר לדעתם כתירוץ ראשון מכח ביטול ויש חילוק בין מכר להלואה דא"כ מה זה שהכריחו פרק הנ"ל דיש חילוק בין ניכר הקדימה דאל"כ תקשי לאביי הך דכתב לאחד ומסר לאחר והא התם במכר מודה אביי וע"כ דלא סבירי להו לחלק בזה א"כ קשה קושיא הנ"ל וע"כ דסוברים דאפילו בתנו אותו בידי לא בעינן מטי לידיה ועכ"פ מבואר דהתוס' חולקין על הך דינא. ולפי זה יפה עשה המחבר שהשמיט הך דינא דהטור כתבו לשיטתו אבל לפי מה שביארנו אין מקום לדבריו אם לא כשנחלק בין מכר להלואה וכבר כתב הטור בעצמו דאין חילוק גם הרא"ש אינו סובר לחלק בזה כמו שהוכחתי לעיל ס"ק כ"ו א"כ דינו של הטור הנ"ל צ"ע: (לא) לוה שבא לב"ד וכו' הש"ך הקשה ממה שכתב המחבר סימן רל"ח כהרמב"ן. ובאמת נראה לפע"ד דעיקר סברת המחבר כאן דוודאי קונין זה את זה היינו שכמו שזכה זה בדבר זה כמו כן קנה השני דבר אחר בחליפין אבל אינו בדין שכיון שזכה זה בשיעבוד יזכה חבירו ויקנה דבר אחר בקנין גמור ושיעבוד בשיעבוד וקנין בקנין מיחלף ולא שיעבוד בקנין הילכך סברת המחבר שזה לא זכה רק בשיעבוד על נכסיו של חבירו ולא בקנין גמור א"כ אי אפשר שמכח זה יתחייב זה בחליפין ליתן לו מעות בהלואה דלהוצאה ניתנה והוי קנין גמור ולפי זה בהך דלקמן סימן רל"ח שהמוכר כתב שטר מכירה מדעת הלוקח והקנה לו השדה בקנין גמור אם כן שפיר זכה זה בשיעבוד דכיון דבקנין גמור יכול להקנות לחבירו קנין גמור וכ"ש שיעבוד אבל כאן הוא להיפך דע"י השיעבוד יזכה זה בקנין גמור זה לא אמרינן ולפי זה לק"מ מה שהקשה בתומים מהך דמלמדין אותו שלא יחזור דפירש"י דהוי כמו שקיבל מעות וקרקע ניקנית בכסף וכן כתב הרי"ף והריטב"א ולפי הנ"ל לק"מ דהתם פשיטא דלכ"ע אי אפשר] שע"י השיעבוד יקנה קנין גמור ואפילו הרמב"ן הכא לא

פליג רק משום דסובר דהלואה ג"כ לא מיקרי קנין גמור כיון שיתחייב להחזיר לו מעות אבל קנין גמור מודה דלא נקנה בחליפין של שיעבוד ולפי זה נראה פשוט בהך עובדא דהמבי"ט שהביא הש"ך וכתב התומים דלדעת הרמב"ן פשיטא שחייב ליתן לו הצמר מכח חליפין ולפי הנ"ל הא ליתא דאדרבא בכהאי גוונא מודה הרמב"ן דאין השיעבוד מועיל שיזכה זה בצמר קנין גמור וזו היתה סברת החולקין על המבי"ט דהרמב"ן מודה במטלטלין ולא פליג רק במעות דהלואה דמי לשיעבוד לשיטתו גם מה שהקשה בתומים מהא דפריך פרק האיש מקדש לרב הונא אמאי לא משני דשאני הכא שנתחייב בחליפין משא"כ בהך דר"ה ליכא שיעבוד רק משעת אונסין ולק"מ דאדרבא לפי זה אתי שפיר הא דמשני בש"ס התם הדרא בעיני' ולכאורה אין לו מובן כלל דמ"ש אבל להרמב"ן ניחא דהתם דהדרא בעיניה אין שיעבוד רק משעת אונסין אבל בהלואה דלהוצאה ניתנה השיעבוד מיד ונתחייב בחליפין:

אמנם בעיקר הך דינא צריך אני להאריך בביאו' דברי הרשב"א והרמב"ן כי נלפע"ד כי האחרונים ז"ל לא עמדו על נכון בכוונתם ז"ל כמו שאבאר. והנה הטור הביא לשון הרמב"ן ומבואר מדבריו דדעתו דכל שמודה המלוה שצוה ללוה שילך לסופר לכתוב שטר והוא הלך וכתב אף שעדיין לא הגיע השטר ליד המלוה מ"מ כיון שבכתיבת השטר נתחייב בשיעבוד להמלוה שהיה בקנין [ולא בעינן מטי לידיה] נתחייב המלוה להלוות לו מאחר שהוא צוהו לכתוב כמו שסיים הרמב"ן שאם כופר צריך, לישבע שלא ציוה ללוה וכתב הב"י שהרשב"א חולק על זה והביא דברי הרשב"א שהביא ראיה דאל"כ האיך כותבין ללוה בלא מלוה הא הוא חוב למלוה שיתחייב להלוות לו וכל רואה ישתומם על ראיה זו דהא בשאלה מבואר שכתב מדעת הלוה והיינו שצוה ללוה כנ"ל וא"כ התם כותבין במה נפשך אם לא צוה הרי לא נתחייב ואם צוה באמת יתחייב כדין וכן תמה הגי"ת והש"ך גם על הראי' השניה מפרק האיש מקדש תמה הרב בעל גי"ת דהתם לא היה שטר וחייוב שיתחייב על ידי זה להלוות לו והש"ך כתב דהתם נמי שיעבודא דאורייתא וא"כ נתחייב מכח השיעבוד להלוות לו והביא שכ"כ הרשב"א בתשובה שם [ובב"י לא נזכר זה אף שהעתיק דברי הרשב"א הנ"ל] ובאמת אכתי לא דמי דאף דאפילו בעל פה ש"ד הינו אם נגמרה ההלואה והלוה לקחם אז נשתעבד אבל אם המעות עדיין בעין והמלוה רוצה לחזור מהלואה שיחזירם לו ממילא אין כאן שיעבוד כלל ודוקא הכא ששיעבד לו בקנין ונשתעבד לו אפילו לא מטי לידי' אם כן כבר זכה המלוה בשיעבוד אפילו לא ילוה ונקנה לו המעות בחליפין משא"כ התם שאין שם שיעבוד בפני עצמו רק מחמת הלואה זו וכל שהם בעין ורוצה לחזור אין כאן שיעבוד

למלוה ודו"ק. גם קשה לי דהב"י הביא שם בשם הרשב"א תשובה אחרת כעין זה במשכן לו שדה והיא סותרת לתשובה הראשונה דהתם משמע דטעמא לפי שאין קרקע נקנית בשטר ואפילו בקנין רק בכסף אבל בלא"ה דין הוא שישתעבד בחליפין ואולם בתשובה הראשונה מבואר דחולק מחמת דלא נשתעבד כלל ויכול לחזור.

אבל המעיין היטב בתשובת הרשב"א יראה דמעולם לא עלה על דעת הרשב"א לחלוק בגוף דינו של הרמב"ן דמחמת השיעבוד נתחייב זה בחליפין דוודאי כל שהמלוה זכה מדעתו ורוצה לקנות השיעבוד כמו בהך תשובה אחרונה דלא מיירי כלל דהמלוה חזר בו רק עכשיו רוצה לחזור אבל בשעה שנגמר השטר זכה בשיעבוד מדעתו אז הוצרך לטעמא דאין קרקע נקנית בשטר אבל בתשובה הראשונה מיירי שנכתב השטר בפני הלוה שלא בפני המלוה כמו שמיירי הרמב"ן ועל זה פליג דכיון דהמלוה לא היה בשעת כתיבה ואח"כ כשרוצה למסור השטר לידו אינו רוצה בו וחוזר שאינו רוצה להלוות לו א"כ אף שמעיקרא צוה לו שילך לפני סופר ועדים מ"מ באמירה זו עדיין לא נתחייב ויכול לחזור בו דהא גם הלוה יכול לחזור בו קודם שיכתב השטר א"כ אח"כ שכתב השטר הרי לא היה המלוה ושמא חזר בו ואינו רוצה וזהו כוונת הרשב"א דהאיך כותבין שטר ללוה בלי מלוה ניחוש שמא צוה באמת ללוה שילך ויכתוב ועכשיו חוזר בו א"כ כשלא יכתבו רק מדעתו שמא לא ירצה משא"כ אם יכתבו הרי יתחייב כיון שבאמת צוה אבל אם לא יכתבו פשיטא שיכול למחות דהא לא גרע מהלוה אפילו אמר קנו ממני יכול למחות כ"ש במלוה דבאמירה בלבד פשיטא שיכול למחות והכא הוא חובת המלוה והאיך כותבין חובתו שלא מדעתו ומזה דייק הרשב"א דאפילו נכתב כל שאומר שחזר בו מיד קודם שנכתב [או שלא רצה בכתיבה זו מיד כשנודע לו שנכתב] לא מהני מה שכתב הלוה שלא מדעתו ובאמת היא קושיא עצומה על הרמב"ן דהאיך יעלה על הדעת דכי בשביל שצוה קודם יתחייב באמירתו מאחר דבעת השיעבוד לא זכה הוא בו ולא רצה לקנות כלל והאיך נאמר דקנה בע"כ ונתחייב בחליפין וכמו כן הראיה מפרק האיש מקדש דכיון דחזינן דאפילו נתן לו המעות כל שעדיין לא זכה בשיעבוד כיון שהמעות בעין אין אנו אומרין שזכה בע"כ ולא יוכל לחזור בו וה"ה הכא כיון שאפילו נתינה לא היה רק אמירה בעלמא א"כ פשיטא דיכול לחזור מאמירה זו וא"כ מה בכך שנכתב אח"כ הלא לא היה בפני המלוה ולמה לא יהא נאמן לומר שחזר בו מאמירה זו ואפילו שבועה דין הוא שאינו צריך דאין נשבעין על טענת שמא דאין הלוה יודע שלא חזר בו ולא היה כוונת הרשב"א בראיה מפרק האיש מקדש רק דמקודם לא נתחייב וממילא אח"כ לא היה בשעת כתיבה וליכא למימר דכתיבה זו מחייבת אותו שלא מדעתו א"כ

האיך כותבין הא אין כותבין חובתו של אדם שלא מדעתו נמצא לפי זה דמודה הרשב"א כל שזכה המלוה בשיעבוד ברצונו כגון שמסר לו השטר וקיבלו א"כ אינו יכול לחזור בו אח"כ דבזה לא פליג הרשב"א שנתחייב זה בחליפין רק דפליג דהכא אין זוכין לו בע"כ ואף שצוה מתחילה באמירה לבד לא נשתעבד ויכול לחזור וקנין חליפין הוא רק בשעת שנגמר השטר ואז כבר חזר בו והש"ך ס"ק נ' הביא בשם משאת בנימין דאפילו בא השטר ליד המלוה יכול לחזור בו ולפי הנ"ל הא ליתא ולפי זה נראה עיקר לדינא כך דוודאי כשמסר השטר ליד המלוה וזכה בשיעבוד כרצונו נתחייב בחליפין דהרשב"א לא פליג בסברא זו כמו שהוכחתי אבל ה"מ בשיעבוד והלואה אבל לא אמרינן דבשביל שזכה בשיעבוד יזכה זה בקנין גמור בשדה או במטלטלין דשיעבוד בשיעבוד דוקא מיחלף וכמו שהוכחתי ריש ס"ק זה אבל בהך עובדא דהרמב"ן דלא נודע רק שצוהו המלוה לילך לסופר והוא הלך והביא לו השטר והוא אינו רוצה ואומר שחזר בו פשיטא דהעיקר כהרשב"א דיכול לחזור בו דמאיזה צד יתחייב דבאמירה בוודאי לא נתחייב ובכתיבת השטר ג"כ לא נתחייב שלא מדעתו דאל"כ היאך כותבין ללוה בלא מלוה וזהו ג"כ כוונת הטור שכתב ואינו נראה דבכתיבת השטר יתחייב להלוות לו פי' כיון שהיה שלא מדעתו והוא חזר בו קודם כנ"ל וכן עיקר [ומה שהקשה הש"ך משואל קורדם לק"מ דהשיעבוד רק משעת אונסין וכוונת הש"ס הוא דאפילו נאנס מיד שנסתלקו הבעלים לכך לא מצי לאוקמא לענין אונסין אבל כשלא נאנס אין שיעבוד כלל וכן הוא בתומים]. ומה שכתב הש"ך דאם מת הלוה יכול לחזור בו לכ"ע וכן הסכים בתומים ונראה מדברי הש"ך דה"ה במכר יכול לחזור בו מן המכירה ולא יתן לו הצמר וכדומה והוא תמוה לפע"ד דאי נימא שזכה זה בצמר ע"י חליפין, א"כ כבר נקנה לו הצמר והיאך יוכל לחזור בו כשנולד אונס מחדש ודוקא בהלואה אפשר לומר כיון דבלא"ה כשהלוה מבזבז נכסיו ב"ד מגבין לו בתוך זמן א"כ כשעדיין לא לוה אין מכריחין לו שילוה אבל בקנין גמור כבר נקנה לו כשהיה חי בקנין גמור והיאך יתבטל כשמת אך כבר הוכחתי דבזה בלא"ה לא קנה הצמר מתחת השיעבוד כנ"ל:

על חו"מ סימן מ

א המחייב. כתב הש"ך דוקא שיודע שאינו חייב לו ומחייב עצמו אבל מי שמודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ואח"כ נודע שטעה ונתברר בעדים או שהודה לו מלוה שאינו חייב לו הרי זה הודאה בטעות ואינה כלום ועיין תומים שצריך שיודה המלוה שהלוה טעה דאל"כ למ"ד שיוכל להתחייב אף שאינו חייב כלל ולאו כל כמיניה לומר טעיתי

כדלקמן סימן פ"א ע"כ: ולא נהירא כלל דמלבד מה דבלא"ה לא דמי לדלקמן סימן פ"א אבל תמהני שלא דיקדק בש"ך ובטור שכתבו להדיא המודה בחזקת שהוא חייב וכוונתם שהודה בפי' באופן שהוא חייב מכבר לא שהתחייב עצמו עכשיו אם כן כשנתברר שאינו חייב לו או שהודה המלוה הרי נתברר ממילא שטעה שהרי בפירוש הודה על חייוב מכבר ובדרישה כתב על דברי הטור דהטור לטעמיה אזיל לשיטת רש"י לכך כתב שהודה המלוה שאינו חייב לו מהני אבל בעה"ת אזיל בשיטת ר"ת כתב דבהודה שאינו חייב לו חייב ותמה עליו בתומים במה נפשך אי בלא הודה שטעה גם בעדים חייב ואי בטעה גם במלוה פטור ובאמת כוונת הדרישה בפשיטות דוודאי אין כוונת הטור דנקט בעדים ומלוה בחד גוונא דכיון דנקט עדים ה"ה מלוה דמ"ש ומה צורך לתרווייהו רק כוונת הטור להשמיענו בתרתי דבעדים אשמעינן כל שמעידין שידעו שהודאה זו בטעות היתה אף שאינן יודעין אם לא היה חייב לו מעות שהם לא ידעו מזה מ"מ כיון שהודאה זו בטעות היתה פטור ועוד ביקש להשמיעני אפילו הודה שאינו חייב לו ולא ידע מטעות מ"מ פטור וזה האופן השני לא שייך בעדים שהם יצטרכו להעיד דמעולם לא זזה ידם מידו לכך נקט לה דמלוה מודה שאינו חייב לו אף שלא ידע מטעות ואפשר שהתחייב במה שאינו חייב וזהו כוונתו דהטור דאזיל עכשיו בשיטת רש"י נקט שפיר תרי גוונא או שנודע שטעה ולא נודע שאינו חייב או שהמלוה מודה שאינו חייב בלי טעות כלל אבל בעה"ת דסובר כר"ת לא מצי למינקט רק גוונא דנודע שטעה אף שלא נודע שאינו חייב והיינו בעדים אבל הך גוונא במלוה מודה שאינו חייב ואינו יודע מטעות כלל לא נפטר לשיטת ר"ת וזה ברור אך לפי מה שכתבתי דהטור מירי שפירש בהודאה לא שהוא מחייב עצמו רק מודה שהוא חייב לו מכבר שבאמת נתחייב לו ואחר כך כשנודע שאינו חייב הרי ממילא נודע שטעה ופטור גם בלא"ה יפה עשה הש"ך שכתב סתם שהודה שאינו חייב כיון דרבו הפוסקים החולקין דבאמירה לבד לא נתחייב אפילו באתם עדי וכמו שיתבאר לקמן בס"ד. ומה שהאריך עוד בתומים בדעת רש"י יתבאר בסמוך בס"ד:

ב כיצד האומר לעדים עסמ"ע ס"ק א והש"ך ס"ק ב' הביא ראיות דאפילו בחייב אני לך מנה בשטר פליגי ואני תמה דהא פשיטא דמ"ד באתם עדי לא מהני כ"ש דלא מהני באומר חייב אני לך מנה בשטר דהא הרמב"ם דמחייב באתם עדי הוא משום דמפרש הסוגיא כפשטא דקאמר אי דאמר אתם עדי מ"ט דר"ל דקא פטר ועל זה משני באומר חייב אני לך מנה בשטר ור"י סובר אלים מילתא דשטרא פי' מה שהזכיר שטר כמו אתם עדי ור"ל סובר לא אלים אלמא דאתם עדי עדיף משהזכיר שטר דר"ל דפליג בזה מודה באתם עדי, א"כ הנך דפליגי באתם עדי כל שכן דפליגי בזה:

ג הוו עלי עדים או שכתב בשטר. זהו פי' הרמב"ם שמפרש הש"ס מתחלה ג"כ בחייוב חדש ודעת הרי"ף נחלקו בו דעת הרמב"ן והרשב"א לדעתו דסובר כשיטת ר"ת ומה שכתב דהוי כאומר אתם עדי היינו כמו אתם עדי במודה ולא הבנתי דבריהם דנהי דבזה יש לפרש כן אבל מה יעשו במה שכתב מקודם אלימא מילתא דשטרא אפי' לא אמר אתם עדי כאומר אתם עדי והא לשיטת ר"ת אתם עדי אינו ענין כלל לחייוב חדש ולא מעלה ולא מוריד והיאך שייך אפי' לא אמר מאי רבותא יש בזה ולר"ל אפילו אתם עדי לא מהני בזה ונהי דבמה דמסיים כאומר יש לדחוק כהרמב"ן אבל בהך רבותא אי אפשר לומר כן הגם שלא הזכיר הרי"ף כלל דכתב בשטר רק דאמר ואי כר"ת פשיטא דהוי ליה ליפרוש' וברור דדעת הרי"ף כדעת הרמב"ם בזה דאתם עדי מהני לכ"ע אפילו לר"ל רק באמר חייב אני בשטר נחלקו אי חשיב כאתם עדי לפי שהזכיר שטר או לא ור"ל סובר דבעינן דוקא אתם עדי ולר"י אפילו לא אמר אתם עדי כאומר דמי אך קשה לי בחלוקה השלישית שכתב הרמב"ם או שכתב לו בשטר וכתב ה"ה דזה כ"ש מבבא שלישית כיון דכשהזכיר שטר מהני כ"ש בכתב לו שטר ובאמת שכן מוכרח מהך דכתב לכהן ודו"ק אבל קשה דמאי פריך מהך דכתב לכהן שאני התם דכתב בתי' בשטר אבל מנין לנו כשהזכיר שטר וכל מחלוקתן בשהזכיר שטר וכמו כן מאי פריך ממשנה דהנושא הא מצי לאוקמא כשכתב לה בשטר ופשיטא דלא מצינן למימר דלכך ליכא לאוקמא בהכי דקשיא פשיטא ומה קמ"ל א"כ פשיטא דקשה דפריך מהך דכתב לכהן ולר"י מי ניחא קשה פשיטא וע"כ דמשמע ליה דבהא נמי פליגי וקשה מנא ליה למקשה להקשות כיון דהך עדיפא כמו שכתב ה"ה להדיא אם כן יש לומר דמודה ר"ל דחייב גם תמוה מאוד נהי שנאמר איזה דוחק ליישב מה דמוכח בהרבה מקומות דבאתם עדי לבד לא נתחייב אבל היאך שייך להקשות מעיקרא מ"ט דר"ל הא פשיטא דיש לומר דר"ל פליג. לכן נראה ברור דבהא פשיטא דהעיקר כרוב הפוסקים דבכהאי גוונא לא מהני חייוב בפרט שלדעת הרמב"ן והרשב"א גם הרי"ף סובר כן וכבר בארנו שאי אפשר לקיים פי' זה בש"ס וכן מהך דערב לא קשיא מידי להרמב"ם דשאני התם דכתב בשטר אבל לענין פי' ר"ת ופירש"י בהא וודאי צל"ע. וטרם שנבוא אל ביאור דבריהם נאמר דלר"ת דפליג על רש"י ומוקי פלוגתייהו בחייוב חדש א"כ נראה ברור דלשיטתו בכהאי גוונא אם הודה לו תביעה מכבר וכתב לו בשטר לא שטר גמור ולא כתב ידו רק כמו שפירש"י עכשיו לפי שיטתו נראה פשוט דלר"ת לא הוי הודאה ויכול לומר משטה הייתי בך או שלא להשביע כיון דלרש"י ג"כ לר"ל לא הוי הודאה א"כ לפיר"ת דגם ר"י לא מיירי בהכי א"כ מנין לו לחדש דין זה שיהא שטר זה מועיל בלא אתם עדי [אלא שראיתי להש"ך לקמן

סימן פ"א ס"ק מ"ט בשם הריטב"א דדינו של רש"י אמת לכ"ע וצ"ע בזה]: אמנם בוודאי פיר"ת גופא תמוה לכאורה דהא בש"ס משמע להדיא דכאומר אתם עדי דמי מבואר דבאתם עדי מהני ולשיטתו אין ענין זה לאתם עדי כלל מאחר דמיירי בחייוב חדש ואמת דמהא דמשני בש"ס התם לר"ל התם שייך לי' לשיעבודא הכא לא שייך ליה לשיעבודא דאורייתא מבואר לכאורה כפיר"ת דלפירש"י הוא תמוה מאד דלענין הודאה מאי הפרש יש בזה גם אינו מובן כלל זה השיעבוד הא גם בהלואה ש"ד אפילו במלוה ע"פ בין לר"י ובין לר"ל כמבואר סוף ב"ב ואי משום דעדיין לא נתברר באמת דלוה ואנו דנין על גוף המעשה אם לוה א"כ בערב נמי מה בכך דכתיב אנכי אערבנו הלא עכשיו אנו דנין אם היה ערב שזו ההודאה אינה כלום ואי אפשר לחלק בהודאה בין זה לזה כלל וזו היא ראיה ברורה לכאורה לפיר"ת וקושיא גדולה לפירש"י ותמהני מהפוסקים שלא הרגישו בזה אבל לשיטת ר"ת אתי שפיר דהכוונה לחלק דערב מאחר שעיקר חייובו הוא בדבר שאינו חייב בו מצינו שיעבודו מן התורה אף שאינו חייב הילכך גם לאחר מתן מעות יכול לחייב עצמו בשטר אבל בהלואה כיון דלא מצינו חייוב זה בתורה כלל שישתעבד אף שלא לוה לכך אינו יכול לחייב עצמו בלא הלואה אפילו בשטר ור"י פליג דכמו שישתעבד הערב כמו כן משתעבד המלוה וזו היא ראיה מוכרחת לכאורה:

אך. באמת נלפע"ד ליישב פירש"י ויתיישבו ג"כ קושיות התוס' שם והוא דהתוס' הקשו שם דרבא פשיט בגיטין מהך דערב בעי' דרמב"ח בכתב על טבלא שהוא שלה אם אמרינן דאקני ליה והדר מסר לה דהכא נמי הוי שטר של מלוה ובעינן ספר מקנה והשתא הכא הטעם מטעם הודאה ולא בעינן ספר מקנה וזו היא קושיא עצומה לפי' רש"י ולפיר"ת לק"מ ומה שתרצו התוס' שם דמ"מ כיון דחייוב לא מהני ה"ה הודאה אינו מובן כלל דהא ר"י סובר דחייוב לא, מהני בעלמא ומ"מ הודאה מהני א"כ הכא נמי נימא כן ואמת דלכאורה יש לומר בקושית התוס' בפשיטות והוא דרבא פשיט התם לפי המסקנא דהכא דמסיק דלא הוי כתנאי ויפרש רש"י מה דמשני ר"ל לחלק בין ערב לדעלמא אין כוונתו לחלק בהודאה דוודאי בהודאה אין מקום לחלק בזה כמו שכתבתי מקודם רק דר"ל סובר דהתם מטעם חייוב אתינן עלה ועיקר הקושיא מעיקרא היתה דליכא ליפרושי מטעם חייוב דהא אין אדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב אם לא בקנין [דכך הדין לשיטת רש"י כמו שכתב הש"ך ס"ק ב' וכמו שאבאר לקמן] וע"כ מטעם הודאה וקשיא לר"ל ואהא משני דר"ל מוקי לה בחייוב ואי דבעלמא לא מהני חייוב שאני הכא דשיעבודא דאורייתא שייך ביה משא"כ בעלמא כנ"ל לפיר"ת ואתי שפיר קושיא הנ"ל. וגם קושית התוס' לק"מ דכיון דלפי המסקנא לר"ל ע"כ דאמרינן דהקנה לו והדר מסר לו ובהא לא

שמעינן דפליג ר"י ועוד דגם ר"י ע"כ סובר כן דאל"כ אכתי תקשי ר"י כתנאי דהא בן ננס ע"כ לא סבר כוותיה רק ר' ישמעאל וע"כ דמ"מ לא מצי למימר הלכה כר' ישמעאל דלא פסיקא דאיכא ליפרוש' בחייוב כר"ל לכך נקט בפי' הודאה וא"כ מוכרח דסובר כרמב"ח דאל"כ הא בעינן ספר מקנה:

אמנם המעיין בתוס' יראה דהם לשיטתם הקשו שפיר דאח"כ הקשו ר' יוחנן דהא בסוף בתרא קאמר חלוק היה ר' ישמעאל אף בחונק אלמא דסובר דלר' ישמעאל אפילו בלי הודאה חייב מטעם חייוב א"כ מנא ליה דמעיקרא טעמו מטעם הודאה הא יש לומר ג"כ מטעם חייוב כמו בחונק ותרצו דדייק מדלא קתני בפשיטות ערב לאחר מתן מעות ע"ש. ולפי זה מבואר דלר"י מחייב בערב גם מטעם חייוב וקשה הא לשיטת רש"י בעלמא בהלואה לא נתחייב מטעם חייוב [כמו שכתב הש"ך וכן מוכרח בתוס' כמו שאבאר בסמוך] וע"כ דסובר ר"י ג"כ לחלק בין ערב לעלמא א"כ מבואר דמה שתירץ ר"ל אח"כ לחלק היינו לחלק בהודאה ג"כ בין ערב לעלמא דאי לחלק בחייוב ומוקי לה בחייוב א"כ מאי קאמר אמר לך ר"ל שאני ערב הא ר"י ג"כ מודה בזה דשאני ערב לענין חייוב רק דהקושיא דמוכח מדנקט כך ולא נקט סתם ערב לאחר מתן מעות דמיירי בהודאה ג"כ וזו היא עיקר הקושיא ועל זה לא תירץ ר"ל כלום וע"כ דר"ל בא ליישב דמיירי בהודאה ומ"מ גם בהודאה שאני ערב מבעלמא א"כ שפיר הקשו התוס' לעיל, דמנא ליה לרבא בגיטין למיפשט בעי' דרמב"ח הא יש לומר דמטע' הודאה אתינן עלה כיון דגם לר"ל הכא מהני הודאה ודו"ק היטב:

אבל מ"מ נלפע"ד דלק"מ לפירש"י דעיקר קושית התוס' שהקשו דלר"י מנא ליה בהודאה כיון דפליג אף בחונק נראה לפע"ד ליישב בפשיטות והוא דוודאי בחונק עיקר טעמיה דבן ננס דשלא על אמונתו הלוהו אבל ר"י פליג עליה וסובר כמו דערב בשעת מתן מעות נשתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקנה כמו כן בחונק את חבירו פי' שרוצה להוציא ממנו מעותיו שהלוהו ובא חבירו וערב בעדו להניחו ומכח ערבתו של זה הניחו א"כ הוי כמו שעת מתן מעות שהרי בשבילו עזב אותו ולא הוציא ממנו מעותיו שהלוהו שהיה יכול להוציאם ממנו א"כ בההיא הנאה גמר ומקנה וכהאי גוונא כתב רשב"ם שם ע"ש] הילכך לא דמי לדעלמא שבא מעצמו וחייב לחבירו בדבר שאינו חייב וכל זה בחונק אבל בערב היוצא לאחר חיתום שזה חייב מעצמו לא בשביל לעזוב חבירו להניחו א"כ פשיטא דדמי למחייב עצמו בעלמא לכך סובר ר' יוחנן דב"נ ור' ישמעאל פליגי בתרתי חדא בערב לאחר חיתום דלא שייך חייוב רק הודאה ולר"י הוי הודאה וחדא בחונק דליכא הודאה רק חייוב ור' ישמעאל הוי על אמונתו כמו בשעת מתן מעות

וב"נ סובר כיון דעיקר הלואה מעיקרא לא היתה על אמונתו לא גמר ומקנה. ולפי זה ה"מ שיש חילוק בין ערב לעלמא בחונק אבל לא לאחר חיתום ואהא משני דר"ל סובר דוודאי בערב לאחר חיתום ג"כ הטעם מכח חייוב ומ"מ שאני מעלמא דשייך בש"ד כמו שכתבתי לעיל. ולפי זה לק"מ קושית התוס' ג"כ מהך דגיטין דשפיר פשיט רבא למסקנא לר"ל וה"ה לר' יוחנן כנ"ל ואתי שפיר ג"כ החילוק לרש"י כמו לר"ת ודו"ק היטב ואדרבא לפיר"ת קשה לי דהא התוס' הקשו שם לפירש"י דהא ר"י גופא קאמר חלוק היה ר"י אף בחונק וע"כ משום דערב לאחר מתן מעות נשתעבד א"כ מנין לו דפליג גם בהודאה דילמא דוקא בחונק פליג ורישא נמי טעמא דהוי ערב ומשתעבד אפילו לאחר מתן מעות לר"י ותירצו דדייק מדנקט ערב היוצא לאחר חיתום ולא קאמר ערב לאחר מתן מעות משתעבד ש"מ דבהודאה נמי פליגי. והנה יש להבין כיון דמודה ר"י דלר' ישמעאל ערב לאחר מתן מעות משתעבד אף דבעלמא אינו חייב לחייב עצמו בדבר שאינו חייב א"כ מאי משני ליה לר"ל אמר לך שאני ערב הא ר' יוחנן ג"כ ע"כ מחלק בכך דהא מודה ר"י דר' ישמעאל פליג בחונק דליכא הודאה וצריך לומר דר"י לא מחלק רק לענין חייוב ולא לענין הודאה אבל ר"ל קאמר דגם לענין הודאה יש חילוק ולפי זה קשה תינח לרש"י אבל לפיר"ת דהכל מיירי בחייוב קשה קושית תוס' הא בחונק מודה וע"כ משום דערב משתעבד אף היכי דליכא שטר א"כ היאך דייק ברישא דאלימי מילתא דשטרא וכו' ואי משום דדייק דלא נקט ערב לאחר מתן מעות כמו לרש"י הא ליתא דא"כ תקשי מאי משני ר"ל הא גם ר"י מחלק בזה רק מרישא דייק ואהא לא משני ר"ל כלום ולדידיה ליכא ליפרוש' החילוק לר"ל בהודאה דלא פליגי בהודאה כלל וזו היא ראיה ברורה לפירש"י ודו"ק. אך באמת עיינתי בתוס' סוף בתרא וראיתי שהקשו שם דהיאך דייק ר"י אלימ' מילתא דשטרא כיון דגם בחונק פליג ותירצו דסיפא דחונק מוקי ג"כ בשטר ומטעם אלימ' מילתא דשטרא ע"ש וברור דכוונתם כנ"ל דליכא ליתרוצי כמו שתרצו כאן דתינח לרש"י לפיר"ת מאי איכא למימר ועל זה תירצו סיפא נמי בשטר וזהו רק לר"ת אבל לרש"י אין זה מועיל כיון דליכא הודאה רק לרש"י התירוץ בכתובות עולה יפה אך קשה לי לפי תירוץ זה כיון דסיפא נמי בשטר א"כ מאי מבעי לן התם חלוק היה אף בחונק או לא דמ"ש כיון דמיירי בשטר למה יגרע ובשלמא אי מוקמת לה בלי שטר אתי שפיר דמבעי ליה אי סיפא מודה דליכא שטרא או משום דערב משתעבד לעולם ומשני דערב משתעבד לעולם אבל לר"ת דע"כ סיפא בשטר קשה ואמת דלפי מה שכתב רשב"ם שם דמבעי ליה אי משום צערא דחונק גמר ומקנה או משום מצוה קא עביד ע"ש א"כ אתי שפיר אבל קשה דלפי' רשב"ם אמנם אין כאן מקום קושיא דשאני סיפא

דמשום צער' גמר ומקנה ומה צורך לאוקמא בשטר אם לא שנאמר דלא סבירי להו בהא כרשב"ם רק בהך דמשום מצוה ודו"ק וצ"ע בזה: ומעתה כיון שביארנו ששיטת רש"י נכונה היא טפי ולק"מ קושית התוס' גם כל הסוגיא מתיישבת שפיר לפירושו ודברי ר"ת דחוקין מאד כמו שכתבו התוס' גופא וגם ר"י אור זרוע מסכים לפירש"י א"כ נראה דעכ"פ הוי ספיקא דדינא הילכך באתם עדי או אמר חייב אני בשטר בוודאי אינו חייב כיון דרוב הפוסקים שפירשו הסוגיא בחייוב חדש מודים בזה דלא מהני רק בשטר גמור וכמו שבארנו לעיל שדבריהם עיקר אבל כשמסר לו בשטר בלא קנין בחייוב חדש או שכתב לו אני חייב לך מנה ולא חתם בהודאה הוי ספיקא דדינא כנ"ל. ובתומים ס"ק א' האריך ודעתו דגם רש"י מודה לר"ת דבמסר שטר גמור בעדים יכול לחייב עצמו בחייוב חדש וע"ש שהאריך להקשות דאל"כ לאביי דאמר עבחז"ל היאך יכול לשעבד עצמו אף שילוה אח"כ דהא מתחייב עצמו בדבר שאינו חייב שהרי חייובו אינו רק משעת הלואה ע"כ [והנה מלבד מה דבלא"ה לק"מ דפשיטא דאביי סובר דעדיו בחתומיו הוי כמו קנין דעל מה דמשני ר"א בשטרי הקנאה מתרץ הוא עבחז"ל אלמא דלדידיה עדיו בחתומיו הוי כמו קנין וכן מבואר בש"מ בשם המפרשים שם א"כ לדידי' וודאי יכול לחייב עצמו בשטר גמור בעדים כמו שיכול לחייב עצמו בקנין אבל לדידן דקיימא לן כר"א בשטרי הקנאה דוקא א"כ אינו יכול לחייב עצמו בשטר רק בקנין לשיטת רש"י. ומה שהקשה דרש"י פי' בין ילוה בין לא ילוה ולא כתב קנין אפילו לרב אסי כבר השגתי עליו לעיל סי' ל"ט דפשיטא דרש"י בקנין מיירי וכן כתב אקנייתא שמקנה לו נכסיו בין ילוה וכו' ע"ש. וכן מבואר בש"מ שם דכוונת רש"י בקנין לאביי לא קשיא כנ"ל. והשתא נמי לא קשיא מהא דפריך לאביי שטר שנפל למה לא יחזיר דלאביי עדיו בחתומיו כקנין ויכול לחייב עצמו אף שאינו חייב אבל בלא"ה לק"מ כמו שאבאר ובאמת לק"מ דוודאי הא ליכא למיחש שמא ימסור הלוה ולא ילוה דמה נפשך אם ימסרנו לפני עדים ויפרש שהוא מחייב עצמו בשטר זה אף שלא ילוה בדבר שאינו חייב כלל א"כ היינו הך דלא משתעבד ואי דימסרנו שלא בעדים ולא ילוה ואח"כ יתבענו המלוה ולא יודה ויטעון שלוה נראה פשוט דפשיטא דבכהאי גוונא שוודאי משתעבד כיון שמיד כשמסרו היה ביד המלוה לטעון שלוה א"כ גמר ומקנה ודוקא במסרו בפי' לפני עדים ופי' שהוא מחייב עצמו בדבר שאינו חייב דאז אמרי' דבלא קנין לא גמר ומקנה אבל אם מסרו ביד המלוה בלי עדים פשיטא דגמר ומקנה שיוכל לגבות ממנו מאחר שלא יהא נאמן לומר שלא לוה ואי קשיא אכתי במה שהוא משעבד עצמו לפני עדים מעכשיו הוי בדבר שאינו חייב מאחר שעדיין לא לוה הא ליתא ג"כ ודוקא במחייב עצמו בדבר שאינו חייב בלי הכרח

אז אינו מחוייב רק בקנין אבל אם חבירו מלוהו מעות אח"כ אין זה בגדר מתחייב בדבר שאינו חייב שהרי על דעת כן הלוה לו שימסר לו שטר ויזכהו נכסיו מקודם ובלא"ה אינו רוצה א"כ כיון שהוא מקבל טובה בעד חייוב זה אין זה בדבר שאינו חייב ודו"ק. ובוודאי נראה ברור דדעת רש"י דאפילו בשטר גמור לא נשתעבד וכן מוכרח לומר דלדבריו מה דפריך מעיקרא ממשנה דהנושא ע"כ הכוונה כך דליכא לאוקמא בשטר גמור ובקנין א"כ קשה פשיטא וע"כ דקמש"ל דעכשיו אינו ידוע שקיבל על עצמו בקנין כך רק ע"י שמסר לה שטר כמו הך דר"י ור"ל דאי שטר גמור פשיטא א"כ מוכח כר"י ואהא משני לעולם דעכשיו יש בידה לראיה שטר גמור וקמש"ל בעיקר החייוב מעיקרא דמהני באמירה בלי קנין כרב גידל וקשה אכתי מאי מקשה אפי' בלי ר"ג נימא דרבותא דמתניתין בעיקר החייוב ומיירי בלי קנין רק שמסר לה שטר גמור והא גופא קמש"ל דבהא מהני בלי קנין ובהא וודאי אין להקשות פשיטא מאחר דלר"ת בהא פליגי וע"כ צריך לומר דלרש"י בהכי לא מהני בלי קנין ודוקא הודאה מהני ולא חייוב חדש ובהכי ניחא לשיטת רש"י הירושלמי דמייתי אמתניתין במה הוא מתחייב לא כן אמר ר"י ור"ל הכותב שטר בחזקת שהוא חייב ונמצא שאינו חייב ומשני נמי כדרב גידל וקשה מאי קושיא מתניתין בשטר גמור וע"כ משום דר"י ור"ל סתמא קאמרי אפילו בשטר גמור אינו מתחייב והא דלא משני בירושלמי דקמש"ל דאח"כ מהני כשמסר לה והוי הודאה דא"כ תקשי לר"ל דהכא לכך משני כדרב גידל והיינו ממש כסוגיא דהכא:

ועוד ראיה מהא דפריך מהך דכתב לכהן ולשיטת רש"י צריך לפרש הקושיא דליכא ליפרושי בשטר גמור לכך הוי הודאה דא"כ קשה פשיטא וע"כ במסר לו שטר שאינו גמור כהך דר"י ומ"מ חייב ומשני שאני התם דשיעבודא דכהן עליה. ויש להבין אי הטעם משום הודאה מה נפקא מינה אם בלא"ה לא הוי הודאה כיון שאינו שטר גמור מאי איריא משום דשיעבודא דכהן עליה הא אנן מתורת הודאה בחוב מכבר אתינן עלה וע"כ צריך לומר דההתירוץ הוא לעולם דמיירי בחייוב מהשתא ומאי דקשיא לך מעיקרא דלא מצית לאוקמא בחייוב מהשתא דהא לר"י ור"ל אינו יכול לחייב עצמו מחדש בדבר שאינו חייב שאני הכא דשיעבודא דכהן עליה לכך אפילו בלי קנין יכול להשתעבד עצמו לזה דוקא ולפי זה מוכרח לומר דמיירי בשטר גמור השתא ומ"מ בעינן דוקא שיעבודא דכהן עליה אבל בלא"ה לא נשתעבד דאל"כ דבשטר גמור בלי שיעבודא דכהן נשתעבד מאי קושיא לוקמא בשטר גמור ומשום חייוב וע"כ דלא מהני לולא שיעבוד כהן וליכא למימר משום דקשיא פשיטא מלבד מה דלשיטת ר"ת בהא פליגי ולר"ל לא מתחייב ולהירושלמי לתרווייהו לא מתחייב א"כ היאך אפשר לומר בזה פשיטא ועוד דא"כ

השתא נמי תיקשי פשיטא דמיירי נמי בשטר גמור דאל"כ אלא כהך דלעיל לר"י ור"ל פשיטא דהוי כאמירה לענין חייוב ודוקא לענין הודאה עדיפא דהוי כאתם עדי אבל לענין חייוב דאתם עדי לא מהני היאך מהני שטר זה וע"כ בשטר גמור ומ"מ בעינן שיעבוד כהן וכן כתבו התוס' בהדיא שם דהוי מצי לישנוי דלכך כתב כדי שלא יוכל לטעון פרעתי כיון דמיירי בשטר גמור וכוונתם כמו שכתבתי עכ"פ מוכח מדברי התוספות דאפילו בשטר גמור שלא יוכל לטעון פרעתי לא נתחייב רק משום שיעבוד כהן ואפילו אי נימא דכל זה בשטר גמור דלא כשטר דמיירי בי' ר"י ור"ל אבל שטר חתום בעדים עדיף דלכ"ע מהני אפילו בלא שיעבוד כהן מ"מ קשה לוקמא מתניתין בהכי וכן הך דכתב לכהן ולא שייך להקשות בזה פשיטא הגם כיון שכתבו התוס' שאינו יכול לומר פרעתי מבואר דמיירי בשטר בעדים דבכתב יד יכול לומר פרעתי לכן נראה עיקר דלרש"י לא מהני רק בקנין כמו שכתבתי ודו"ק:

ד שאני חייב וכו' או שאמר לו בפני עדים. כתב הש"ך דבזה וכן בחילוק הג' לא גבי משעבדי רק בחילוק האמצעי בכתב לו בשטר אם מסר בפני עדים גובה משעבדי למ"ד ע"מ כרתי ואי לא מסר בפני עדים גובה בנ"ח. והקשה בתומים ובגי"ת דא"כ הא דפריך בש"ס ממשנה דהנושא ודייק מינה כר"י וקשה לר"י מי ניחא ליה גבי משעבדי ואי דמיירי דכתב לו בשטר לא קשיא לר"ל ולק"מ דלדבריהם תקשי הא בכתב לכהן קתני בהדיא דכתב ומאי קושיא לר"ל וע"כ משום דמשמע ליה דכתב ואמר שווין לענין חייוב כל שאמר בשטר א"כ שפיר דייק כיון דהתם במסר בפני עדים גובה משועבדים ה"ה הכא באמר גובה בנ"ח גם בלא"ה לק"מ דהא דהא לפירש"י נמי דמשני כדרב גידל ע"כ צריך לומר דהכוונה דקמש"ל אף בלי קנין ניקנין באמירה וקשה היאך גובין ממשועבדים הא לא ניתנו לכתוב וע"כ דאינו גובה רק בנ"ח ולקמן דקתני ניזונית משועבדים מיירי באמת שקנו מידו וה"ה להרמב"ם: (ה) בשטר הריני חייב לך מנה וכו' עש"ך בשם הב"ח דדוקא כתב בכתב ידו אבל אם לא כתב בכת"י ולא חתם תחתיו כלל מצי למימר משטה ועש"ך שהשיג עליו והנה בוודאי מש"כ הב"ח דיכול לטעון משטה וודאי ליתא דאף דהמרדכי והג"א הקשו כן על רש"י היינו לפי שיטת רש"י דבמודה מיירי א"כ שייך משטה אבל במחייב עצמו בלי תביעת חבירו לא שייך משטה כלל ושלא להשביע פשיטא דלא שייך דדוקא במודה שייך שיחשבו העולם שיש לו נושים אבל כשהוא מחייב עצמו בפי' במה שאינו חייב אדרבא יוחזק לעשיר בשביל זה אבל מ"מ נראה לפע"ד ברור דלא מבעיא אם כתב סתם אני חייב לך ולא נזכר שם המחייב בוודאי לא מהני דהא רש"י מוקי למתניתין לפי שיטתו בכהאי גוונא ופליגי בהודאה א"כ אי ס"ד דסובר ר"ת והמרדכי והג"א הנ"ל

דיכול להתחייב בדבר שאינו חייב בכהאי גוונא למה נאדו מפירש"י לא הוי להו לחדש רק לא בהודאה רק בחייוב חדש ור"ת דקדק בשטר גמור וחתמו היטב ולאיזה צורך כתב כן כן ואי משום דבלי עדי מסירה אינו גובה רק מבנ"ח לוקמא בעדי מסירה ואדרבא בש"ס משמע להדיא שהיה במעמד עדים כדאמר ואמר להו ופירש"י לשומעין ע"ש וא"כ לוקמא בשטר שכתב בו אני חייב לך מנה כפירש"י ומסרו לפני עדים ומהני וברור דסובר ר"ת דעדי מסירה לא מעלין ולא מורידין בזה כלל דדוקא אם הוא מחייב עצמו במה שיוכל להתחייב מהני עדי מסירה להיות עדים על חייוב זה לגבות משעבדי אבל מה יועילו עדים השומעין ורואין המסירה שעל זה יוכל להתחייב עצמו ואפי' לפירש"י לא מהני רק כיון שרואין המסירה חשיב כאתם עדי אבל לר"ת דאתם עדי אינו מועיל כלל להתחייב רק בעינן שטר א"כ בעינן חייב מלבד עדי מסירה והיינו בשטר גמור או כתב ידו ממש ובתומים כתב דזה מוכח ממה שכתבו התוס' שם דהקשו למה לא יועיל עדי מסירה ותירצו דהוי לשון גרוע ש"מ דלר"י מהני עדי מסירה אפי' בלשון גרוע ע"ש ולא דק ואדרבא מדברי התוס' מוכח להיפך דוודאי יש לתמוה חדא למה לא הקשו לעיל קושיא זה בגוף מילתא דר"ל ועוד תקשי אי ס"ד דלר"י חשיב כעדי מסירה ממש א"כ תקשי לפירש"י דהא הך משנה דערב פשיטא דמתוקמא ג"כ בשטר גרוע ועדי מסירה דאי לאו הכי מאי קאמר כתנאי וע"כ דמיירי בעדי מסירה א"כ נהי דלר"ל נימא דהוי לשון גרוע אבל לר"י תקשי למה לא יגבה משועבדים כיון דעדי מסירה מפקי לקלא וברור דכוונת התוספ' בהיפך דוודאי לר"ל לא קשיא דאיהו סובר לא אלים מילתא דשטרא ולא חשיב כאתם עדי א"כ על מה הם עדים כיון דאין כאן הודאה ולא היה חיוב כלל ואין עדי מסירה מועילין רק אם יש חייוב נכון הם עדים שיחשב כשטר אבל לר"י דסובר דהכא הוי הודאה נכונה א"כ תקשי הא בעדי מסירה גובין משועבדים א"כ הכא נמי יגבה משועבדים ולמה קתני ערב גובה מבנ"ח והשתא ניחא דלא הקשו הך קושיא לעיל דלא מצינו במילתא דר"י דאינו גובה רק בנ"ח אבל בערב דקתני בהדיא דגובה בנ"מ שפיר הקשו לר"י יגבה משועבדים וע"ז תירצו כיון דהוי לשון גרוע לא מהני עדי מסירה לגבות משועבדים וזה ברור עכ"פ מבואר דכל שאין חיוב גמור לא מהני עדי מסירה לכ"ע ובהודאה אפילו אי הוי חייב כיון דהוי לשון גרוע לא מהני א"כ לר"ת דאינו יכול לחייב עצמו רק בשטר כיון שכותב שטר גרוע ולא כתב ידו ולא חתם לא מהני עדי מסירה כלל שהרי התם אינן יכולין לחייבו מחדש רק להעיד על מה שנתחייב והרי בשטר זה אי אפשר להתחייב וזה שהכריח ר"ת בשטר שאינו גמור אי אפשר להתחייב דאל"כ לא קשיא מערב שאני ערב דהוי שטר גמור ומזה דייק דבלי שטר גמור אף לר"י לא מהני

וכל המחלוקת בשטר גמור א"כ שפיר מקשה מערב וכן נראה לי ברור דלר"ת והמרדכי והג"א אי אפשר להתחייב רק בשטר גמור אפילו לענין בנ"ח ובלא"ה דעת רש"י ור"י א"ז דלא מהני לעולם רק בקנין [כמו שכתבתי לעיל ודו"ק] א"כ הבו דלא לוסיף דלר"ת עכ"פ דוקא בשטר גמור ולא בלא"ה ולפי הנ"ל כל מה שהביא הש"ך מהך דלקמן ס"ב אין כאן ראיה כלל דוודאי כל שהוא מחוייב באמת ועדים רואין מסירה הרי הוא כשטר גמור כיון דעדי מסירה כרתי אבל אם אנו דנין על החייוב ואינו מועיל רק בשטר גמור מה יועילו עדי מסירה כנ"ל וכמו שהוכחתי מדברי התוספות ונראה פשוט דגם הש"ך מודה בהך גוונא שכתב רש"י שלא זכר שם הלוה כלל רק כתב אני חייב לך מנה ומסרו בפני עדים דלא מהני כנ"ל דהא כל ראיותיו שהביא אינם כלל על דרך זה רק כוונתו לדחות דברי הב"ח שדעתו אפילו כתב בו פלוני לוה מפלוני בעדי מסירה לא מהני ועל זה חולק דהוי כשטר גמור אבל בהנ"ל נראה דמודה ומ"מ גם בהך גוונא דהב"ח נראה ברור כמו שכתבתי דלא מהני לר"ת רק בשטר גמור ולא מטעם משטה כלל ומה שכתב הש"ך ליישב קושית התוספות דהתם לא מיירי במסירה לפני עדים נראה לפע"ד פשוט דמה שכתבו התוספות כשמסר לו בפני עדים קאי אלמטה והקושיא דבמתניתין נקט סתמא ערב גובה בנ"ח ולר"ת כשמסר לו היה בדין לגבות משועבדים כיון דמיירי בשטר גמור וכמו דמהני לחייוב כמו כן לענין משועבדים והיאך פסק ותני גובה בנ"ת ובתומים האריך ליישב דברי התוספות דהיה להם הכרח דמיירי בעדי מסירה דאל"כ תקשי לב"נ הא אסור לכתוב שטר בלתי מסירה למלוה מיד כיון שאינו יכול להתחייב עצמו במה שאינו חייב לדעתו וע"כ בעדי מסירה א"כ לר"י דיכול להתחייב יגבה משועבדים זהו תורף דבריו ודבריו תמוהין דפשיטא דמהני בקנין דאל"כ מתניתין דהנושא תקשי מאי כדרב גידל כיון דקנין לא מהני הא וודאי לא מהני וכן התם פשיטא דמיירי הכל בקנין כדברי ר"א בשטרי הקנאה ופירשו המפרשים שטר שיש בו קנין ודו"ק והעיקר כמו שכתבתי מקודם:

ו או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר. הטור ריש סימן זה הביא פירש"י וכתב או שכתב חייב אני לך מנה או פלוני חייב לפלוני מנה כך הוא גירסת ב"י וכתב הב"ח דהאי חייב אני לך מנה הוא טעות לגמרי דא"כ אמאי קאמר הטור ואינו כתב ידו אפי' הוא כתב ידו לא הוי הודאה בלא עדים כדכתב הטור להדיא סימן נ' ע"כ ודבריו תמוהין דלא כתב הטור בסימן נ' רק כשמוציא שטר על חבירו והוא טוען שהוא מסרו לאחר ונפל ממנו והוא מצאו נאמן במיגו דפרעתי והכא כיון שמודה שמסרו לו אי אפשר שיאמר להד"ם א"כ פשיטא דתהני וליכא למימר דכוונתו דהכא נמי נהימניה משטה אני

בך במיגו דפרעתי דהא אנן עכשיו מיד בשעת מסירה אנו דנין אם נתחייב בהודאה זו ומאי פרעתי שייך לטעון שהרי עכשיו נתחייב ועוד דפשיטא דבמקום דאינו יכול לטעון משטה כגון באתם עדי אינו נאמן במיגו דפרעתי כמבואר לקמן סימן פ"א וא"כ הכא מה שמסר לו כתב ידו הוי כאתם עדי ולא מהני מיגו באופן שדברי הב"ח תמוהין מאוד. ומ"מ גם להב"י דוקא בחתם תחתיו דזהו מיקרי כתב ידו לא בעינן מסירה לפני עדים וכן מבואר ברש"י להדיא ודו"ק שוב ראיתי בש"ך לקמן סימן פ"א שכתב שדברי הב"ח הללו תמוהין ולא פי' למה וכוונתו כמו שכתבתי:

על חו"מ סימן מא

א מעמיד עליו עדים. כל זה הוא לשון הרמב"ם פרק כ"ג מהלכות מלוה וכתב ה"ה וז"ל ופירושה כך מי שנמחק קרוב לימחק ומתירא שמא ימחק לגמרי וכו' ויכול הלוה לטעון להד"ם בטענת מזוייף ולראב"ד ז"ל שיטה אחרת וכו' ומתוך כך כתב בהשגות א"א איני יודע מה הן עדים ראשונים וכבר השיגו על פירושו דוודאי לב"ד טועין אין לחוש ועוד שהוא צריך לפרש שנמחק השטר ולא נמחקו העדים וזה דוחק עכ"ל שם ויש לתמוה בדברי ה"ה הללו דאדרבא נהפוך הוא דוודאי לפי' הראב"ד שפירש הכל בכת אחת רק דחיישינן לב"ד טועין שמא לא היה דרישה וחקירה א"כ יש לפרשה שנמחק לגמרי והוא מעמיד עדים שיודעין מה היה כתוב בו ומכירין חתימת העדים הלכך אם לא כתב והוזקקנו חיישינן לב"ד טועין אבל אם מביא ראיה שהיה דו"ח מהני דהא כבר נתקיים על פי עדים שהעמיד אבל לפי' ה"ה לדעת הרמב"ם דהכל הוא שיהי' השטר מקויים וגם שידעו מה היה כתוב בו א"כ אם עדים שהעמיד ידעו החתימות והכירו שוב אין צורך לכלום וע"כ דאם לא כתב והוזקקנו צריך להביא ראיה על הקיום והשתא אם נמחקו החתימות לא משכחת לה קיום שהרי אם יבואו עדים ויעידו שראו שלוה ביום פלו' וכתבו שטר לא מהני דשמא פרעו וזה מזוייף א"כ כיון שלא נתקיים פעם אחת שלא ידעו מהקיום האיך יתקיים אח"כ ועוד כיון דלב"ד טועין לא חיישינן לאיזה צורך כתבו הב"ד עדותן של עדים הראשונים כיון שלא הכירו החתימות ומה נפקא לן בזה הא אינו מועיל כלום כיון שנמחקו שוב אי אפשר לקיים ומדכתבו ב"ד ש"מ דהכירו החתימות ומה צורך לכתוב והוזקקנו וע"כ צריך לומר שנמחק השטר ולא נמחקו החתימות והשתא שפיר כתבו ב"ד עדותם שראו מה שכתוב בו שאם ימצא אח"כ לקיימו יועיל בצירוף אלו שראו מה שכתוב בו אבל לולא הם קיום בלבד אינו מועיל וא"כ היאך כתב ה"ה

דפי' הראב"ד דחוק דצריך לומר דלא נמחקו החתימות והא ליתא ואדרבא הוא להיפך כמו שביארנו:

ובוודאי נראין הדברים דסובר ה"ה בכוונת הרמב"ם דוודאי מיירי שנמחק לגמרי רק העדים שהעמיד יודעין מה היה כתוב בו ומכירין החתימות ג"כ ומ"מ כל שאין השטר לפנינו דכבר נמחק לא מהני להוציא על פי עדותן שמעידין שראו שטר חתום בעדים ודוקא שטר הבא לפני ב"ד הוי כמי שנחקרה עדותו בב"ד אבל שטר שלא היה לפני ב"ד הוי ככתב בעלמא והוי כמעידין עד מפי עד וגרע מינה דהוי מפי כתב הילכך בעינן שיעידו עדים חוץ מהם על הלואה באותו זמן וסכום כך וכך ראינו שלוה ביום פלוני ונכתב שטר ואז אף דבהם בלבד לא סגי דיכול להיות שזה מזוייף מ"מ בזה מהני שפיר מה שהעמיד עדים שהעידו שראו את השטר שכך היה כתוב בו ועדותן מכוונת לעדים המעידין על גוף הלואה א"כ שפיר מהני כיון שהם אינן מעידין על גוף המעשה רק מעידין לפנינו שראו שטר זה וזה הם מעידין מפיהם אבל על הלואה הוי מפי הכתב ודו"ק והשתא שפיר כתב ה"ה ז"ל דלפי' הראב"ד צריך לומר שלא נמחקו החתימות שהרי לא מצריך שום דבר רק בעדים שהעמיד בלבד סגי כל שנדרשו ונחקרו כראוי א"כ אם נמחקו לגמרי הרי לא היה קיום כנ"ל דהוי מפי עד ומפי הכתב וע"כ שאז היו העדים מעידין על החתימות ולא נמחקו כלל רק מה שכתוב בו נמחק אבל לפי' הרמב"ם שפירש עדים ראשונים ואחרונים א"כ שפיר יש לומר שנמחקו לגמרי והם העידו על הכל ומ"מ לא מהני רק אם כתוב והוזקקנו שהיה עדותם מכוונת לאותם שהעידו על גוף הלואה אבל בלא"ה לא מהני דיש לומר שהב"ד לא כתבו רק מה שהעידו עדים שהעתיד מה היה כתוב ועל הקיום ויועיל אם יביא אח"כ עדים על הלואה ותהיה מכוונת הילכך כל שאין כתוב בו והוזקקנו צריך לאותן עדים ומ"מ בהם בלבד לא סגי דשמא כבר נפרע זה השטר ובזה מהני מה שהעידו עדים שהעמיד:

ובהכי ניחא מה שתמה הב"י על מה שכתב הנ"י דאם עדים שהעמיד מכירין החתימות סגי ותמה הב"י דמה בכך דמכירין הא אינן יודעין מה היה כתוב בו ולא משמע ליה לפרש דהנ"י מיירי שיודעין ג"כ מה היה כתוב בו דא"כ פשיטא מה נפקא מינה אם הם מכירין או אחרים ולפי הנ"ל ניחא דבא למעט דלא נימא דבעינן דוקא עדים שיעידו בפי' על הלואה שהיתה אז ומה שהעדים שהעמיד מכירין החתימות לא מהני כמו שכתבתי לשיטת ה"ה הנ"ל קמש"ל דליתא רק כל שהם מכירין החתימות ויודעין מה היה כתוב בו סגי ואין צריך עוד לעדות אחרת ולפי זה צריך לומר דהנ"י מפרש הברייתא דאינן יודעין החתימות כלל לכך צריך עדים אחרים שיעידו על החתימות ולפי זה צריך לומר לדעתו

דמיירי שהחתימו' לא נמחקו דאל"כ תקשי לדידי' מה שהקשינו על ה"ה דמה ראיה שייך כאן וליכא למימר בכוונת הנ"י וה"ה הנ"ל דהראיה הוא שיביא ראיה שהעדים שהעמיד הכירו החתימות אז דכיון דלא חיישינן לב"ד טועין פשיטא א"כ פשיטא שהכירו דאל"כ לאיזה צורך כתבו כיון שנמחקו שוב לא יועיל קיום בשום פנים וע"כ דלא נמחקו החתימות וצ"ע בזה וכן מורין דברי התוס' להדיא שכתבו דמעמיד עליו עדים מועיל להיות מלוה בשטר דבעדים החתומים אח"כ לא הוי רק מלוה ע"פ ויש לתמוה היכי דמי אי דנמחק לגמרי ולא זכרו מקיום כלל א"כ מה מועיל עדים החתומים אח"כ. שמא זה היה מזוייף ומה שלוה אז יש תחת ידו או שפרעו וע"פ שהכירו החתימות ומ"מ בעינן עדים אחרים והיינו דלא כהנ"י ובתוס' ליכא למימר ג"כ דמיירי שנמחק השטר ולא החתימות ועדים אינן מכירין החתימות לכך בעינן עדים אחרים על החתימות א"כ במה נפשך אי דעדים המעידין על החתימות יודעין מה היה כתוב בו מה צורך לעדים שהעמיד ואי דאינן יודעין רק מכירין החתימות א"כ לולא עדים שהעמיד הרי זה אפילו מלוה ע"פ לא הוי דהא לא ידעינן כמה לוה ואימת לוה ויכול לטעון להד"ם ולא נתחייב רק פחות שבממון ומה זה שכתבו דמועיל להיותו מלוה בשטר הא צריך לידע כמה לוה. וברור דכוונת התוס' דעדים ראשונים מכירין החתימות ג"כ ולא מהני מטעם הנ"ל כמו שכתבתי בכוונת ה"ה רק צריך עדים החתומים שיעידו על הלואה אז ועל זה כתבו התוס' דבעדים המעידין על הלואה בלבד הוי מלוה ע"פ ויכול לטעון פרעתי ובצירוף הני הוי כמלו' בשטר ודו"ק היטב אלא דצ"ע בזה כיון שכתבו התוס' להדיא ב"ק דף צ"ח ובכתובות דעדים שאמרו ראינו שטר חתום בעדים מהני וכן כתב הש"ך לקמן ס"ק י"ג בשם רבינו ירוחם א"כ אין מקום לכל מה שכתבתי בכוונת התוס' כאן. וכן מבואר ממה שכתב הטור בשם ר"י דמעמיד עליו עדים הכוונה שמכירין החתימות ולכך צריך לכתוב והוזקקנו היינו שיהא נודע מה שהיה כתוב בו א"כ מבואר דבהכרח החתימה של עדים שהעמיד מהני כל שיודעין מה היה כתוב בו וליכא למימר דר"י לטעמיה דמפרש כשלא נמחק לגמרי ורישומו ניכר הא ליתא דאין כוונתו רק שמעידין שראו בשעה שהתחיל לימחק אבל עכשיו בשעת עדות פשיטא דנמחק לגמרי כמבואר להדיא בטור ולפי זה מוכח ג"כ דלא כה"ה הנ"ל לכן דין הנ"ל צ"ע ומ"מ פשיטא דאם לא נפרש כהנ"ל צריך לומר בכוונת הרמב"ם דנמחק השטר ולא החתימות דלא כה"ה כמו שביארנו:

ב ועדות זו שמעידין. עש"ך שהאריך לתמוה בזה ועיקר קושיתו הוא על רבינו ירוחם בשם הרשב"א דכבר כ' לקמן סקי"ג בשם רבינו ירוחם דעדי' מעידין על שטר שנשרף והכירו החתימות סגי והיינו כדעת הנ"י הנ"ל והתוס' ב"ק דף צ"ח וכתובות דף כ'

והרשב"א ב"ק שם והטור בשם ר"י הנ"ל אבל לפי מה שכתבתי בכוונת ה"ה לדעת הרמב"ם דבכהאי גוונא לא מהני א"כ שפיר מהני כאן שלא בפני בעל דין דעל מנה שבשטר לא עלייהו סמכינן רק על עדי הלוואה כנ"ל אבל לשיטת הנ"י דבזה סגי א"כ הכא ע"כ דאין מכירין החתימות ולא בעינן רק עדים שמכירין החתימות א"כ אותן המעידין על מנה שבשטר הם מעידין ולא מהני שלא בפני בעל דין ובתומים ס"ק ב הביא ראיה לדעת הרב מהא דפריך בש"ס ב"ק דף צ"ח אי דאיכא סהדי דידעי מה הוי כתוב ביה ליכתבו ליה שטרא אחרינא וקשה לימא דמיירי שהעידו בפני השורף ולא בפני הלוה דהשתא שפיר הפסידו השורף ואח"כ מתו העדים ואין בדבריו ממש דא"כ אכתי תקשי מה זה שנתן טעם משום דמצי אמר ניירא קלאי ממך הא בלא"ה פשיטא דלאו כלום עביד כיון דאילו הוי הוי הדר השתא נמי לאו כלום עביד כמבואר בש"ס פרק א' ד"מ ולעיל סי' כ"ה וכ"ש כאן דבשעה ששרף לא עשה כלום ומה שמתו העדים לא מכחו בא ואיהו לאו מידי חסריה ואפי' למאן דדאין דיני גרמי פטור ומדקאמר ניירא קלאי מנך מבואר דבאמת מיד בשעת שריפה הזיקו רק שלא עשה הזיק בגוף הממון רק בגורם לממון ע"ש וזה ברור גם מה שהקשה מתשובת הרא"ש כלל צ"ד דין ה' בע"א אומר שפרע דלא יכתבו שטר אחר עד שישלחו ללוה שיפרע לשטר ומתוך תשובתו יתברר הדבר וטוב לשלוח לאלתר טרם יצא קול האבידה. וקשה כיון שאין הלוה כאן הרי אין מקבלין בלי בעל דין ע"ש שחשב זה לתשובה ניצחת ולפעד"נ דלק"מ דמלבד מה דיש לומר דהתם היה המעשה באופן שהיה מותר לקבל שלא בפני הלוה להצלת ממון כגון שהיה לילך למדה"י וכדומה ומ"מ כתב הרא"ש שאין לכתוב שמא טעין הלוה פרעתי אבל בלא"ה נראה דלק"מ דהא התם לא היה הלוה יודע כלל אם נאבד השטר והשואל היה שב דלא חיישינן כלל שמא יטעון פרעתי מאחר שאינו טוען א"כ ממילא בכהאי גוונא מקבלין בלי בעל דין דהא הוי הצלת ממון בזה שאם יקבלו בפני הלוה וידע שנאבד יש לחוש שמתוך זה ילמד לשקר הרי דמהאי טעמא צוה הרא"ש לשלוח לו טרם יצא הקול הרי שהיה חוששין שלא יודע ללוה שנאבד וילמד לשקר א"כ בכהאי גוונא דיש הפסד מקבלין כמו בעדים חולין ורדופין וכדומה ועל זה השיב הרא"ש דמ"מ אין מקבלין שמא יטעון באמת פרוע ויתחייב על פי ע"א וצוה, לו מיד טרם יצא הקול גם מה שהקשה ממה שהביא הרא"ש ראיה מהך דשטר שאבד ולא קתני שנאבד בעדים דבנאבד בעדים מהני וקשה הא התם מיירי שלא בפני הלוה ולא מהני ע"כ ולק"מ דמ"מ מייתי הרא"ש ראיה דבנאבד בעדים בפני הלוה מהני דאל"כ הוי ליה לברייתא לאשמועינן רבותא דאפילו בנאבד בעדים בפני הלוה לא מהני וע"כ דבהכי מהני ושלא בפני הלוה אין חילוק בין

בעדים או לא דאין מקבלין בלי בעל דין. גם מה שהקשה ממה שכתב הש"ך ס"ק י"א ליישב שלא לכתוב בלתי ידיעת הלוה שמא ימצאנו והלוה לא ידע להזהר א"כ קשה במה נפשך או דנתקבל בפני בעל דין הרי ידע ואי בלי בעל דין אין מקבלין ולק"מ ג"כ דקמש"ל אפילו במקום דמקבלין בלי בעל דין כנ"ל מ"מ אין לכתוב בלתי ידיעתו שמא ימצאנו [גם מה שכתב וז"ל דלולא חשש דלמא טריף וכו' ומה צורך בשטר בפני בעל דין דבריו מגומגמין דשטר שנחתם בפני הלוה הוי כמי שנחקרה אבל זה שאינו ברצון הלוה רק על עדותם שנאבד וזהו שלא בפני בעל דין]. גם מה שכתב מסברא דנפשיה הואיל ורוב מתקים ואבדן שטרות הוא תלוי בקלקול הזמן ושינוי עתים תקנו לקבל שלא בפני בעל דין לא ידענא מאי קאמר דמ"מ כיון דעדים ראו ויודעין מה היה כתוב בו מה תקנה שייך ומאי פסידא איכא אם יתקבל עדותם בפני בעל דין כיון שכבר ראו וידעו לכן העיקר כדעת הש"ך: (ג) אבל עדי השטר עצמן אין כותבין לו שטר אחר כתב הרב בתשובה סי' מ"ט הביאו הש"ך ס"ק ד' וז"ל לפיכך אפילו הוא מצווה עתה לכתוב שטר אחר מן הנשאר מזמן הראשון אין להם לעשות דשליחותם הראשון כבר נפקע והוא אינו יכול לעשות עתה שליחות על שיעבוד דלמפרע שאין בידו עכ"ל וקאי שם אמי שפרע מקצת חובו ע"ש ויש לתמוה הא בהדיא מבואר בתוס' דף קע"א ע"א בד"ה אלא שהקשו דהא אם לא עשו שליחותן גרע ופשיטא דאין יכולין לכתוב מזמן הראשון ועוד הקשו שם ע"ש ומתוך כך העלו דהפי' כך דוודאי אי לא עשו פשיטא שאין יכולין רק בעשו שליחותן ס"ד דיכולין לכתוב שנית מזמן ראשון קמש"ל דחיישינן שמא יחתמו על מוקדם בעלמא ע"ש ועכ"פ מבואר דלא כתשובת הרב הנ"ל והוא תמוה לכאורה וצריך לומר דסובר הרב דוודאי יש מקום לפרש הסוגיא דהתם בפשיטות כהך סוגיא דגיטין בההוא דהוי כתוב נפאתא והיינו דמתחילה היה מצווה לכתוב בקנין והם כתבו א"כ אח"כ שפרע מקצת ורוצה לכתוב אחר א"כ לולא דכבר עשו שליחותן היו יכולין לכתוב אח"כ כמבואר לעיל סי' ל"ט רק כיון שכבר כתבו כבר עשו שליחותן ואף שהלוה מצווה עתה לכתוב אין בידו לשעבד למפרע ללקוחות והכוונה בפשיטות עדים שעשו שליחותן חוזרין ועושין בתמיה ומה שמצווה עתה אין בידו כנ"ל. אמנם התוס' לטעמייהו דסבירי להו דאפילו בקנין אין יכולין לכתוב רק בו ביום רק למסרו אח"כ ואהא קשיא להו לתוס' דאם יהא הפי' כפשוטו תקשי מה זה שאמר עשו שליחותן הא אי אי לא עשו פשיטא שאין יכולין לכתוב דהוי מוקדם אפי' בקנין ולכך הכריחו התוס' דע"כ הפי' להיפך דבעשו עדיף טפי דלא הוי מוקדם רק דמ"מ חיישינן שמא יכתבו מוקד' אחר אבל לדידן דקיימא לן בקנין יכולין לכתוב אח"כ אין צורך לזה רק הפי' כפשוטו דבעשו הוי מוקדם משא"כ

בלא עשו וזהו כוונת הרב וזה ברור ולפי זה ליתא למה שכתב בתומים ליישב דברי הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' ל"א דהוא מיירי בקנין ואין לחוש שמא יכתבו מוקדם אח"כ ע"ש שהאריך ולפי הנ"ל הא ליתא דלהרא"ש דסובר דבקנין יכולין לכתוב אח"כ אין צורך למה שכתבו התוס' כלל רק דהשתא נמי הוי מוקדם כיון שכבר עשו וכדברי הרב הנ"ל ועוד דפשיטא דהתוס' לא כתבו כן רק התם דהשטר הראשון ישנו עכשיו לפנינו והם רוצין לכתוב אחר א"כ שפיר ס"ל לתוס' מכח הכרח הנ"ל דהשתא ליכא חשש מוקדם והיינו שהוא יכול לצוות עתה לכתבו מזמן ראשון ואי משום דאין בידו מה בכך הא אינו חב ללקוחות כלל שהרי יש שטר זה לגבות בו מזמן ראשון ומה נפקא מינה ללקוחות אבל בנאבד שטר הראשון פשיטא דמודים התוספות דהאיך יעלה על הדעת שיוכל המלוה לחוב ללקוחות מזמן ראשון וכדברי תשובת הרב הנ"ל א"כ הרא"ש דמיירי בנאבד אכתי תקשי הא כבר עשו עדים שליחותן ועוד קשה אם כדבריו מאי פריך מרב דאמר כותבין עשרה שטרות הוא מיירי בקנין ושוב אין לחוש בשלמא לפי מה שכתבתי בשם הרב דאף בכהאי גוונא כשעשו הוי מוקדם אתי שפיר אבל אי נימא דעכשיו לא הוי מוקדם רק משום גזירה דמוקדם אחר ובקנין דלא שייך לגזור יכולין לכתוב כמו שכתב בתומים ומ"ש בתומים דלכך לא מקרי בקנין דא"כ מ"ש דנקט שדה בהלוואה נמי א"כ תקשי למ"ד דמיירי בשטר שאין בו אחריות מ"ש דנקט שדה בהלוואה נמי ליכא למיחש וליכא למימר דחיישינן דמלוה ע"פ מוקדם קודם לשטר מאוחר הא כתב בתומים דלא חיישינן שיקדימו קודם המעשה כמו במתנה ע"ש גם המעיין ברא"ש יראה להדיא דמפרש דבנאבד בעדים יכולין לכתוב ולא אמרינן עשו עדים שליחותן ואם מפרש כפי' התוס' אדרבא מה שעשו היא עדיפותא דלכך יכולין ולא גריעותא וכן מביא ראיה התם מהך דקרי לה נפאתא ולשיטת התוס' אין זה ענין לשם כמבואר בתוס' לכן ברור דלהרא"ש אתי שפיר הפי' כפשוטו כמו שכתבתי בכוונת הרב רק התוס' הכריחו לפרש כן לשיטתם:

ומה שנראה ביישוב דברי הרא"ש בפשיטות הוא דהמעיין ברא"ש שם יראה שהביא מהך סוגיא דגיטין ולכאורה מהך סוגיא דגיטין מבואר ההיפך דבנאבד אין כותבין ודוקא התם משום דקאמר מי קאמר אנתי בכיסייכו אבל הכא שכבר מסרוהו למלוה לא דכבר עשו שליחותן וצריך לומר דסובר הרא"ש דעיקר הכוונה התם דכל שלא היה שום תועלת בכתיבת השטר שציוה לכתוב יכולין לכתוב שנית דעיקר השליחות היה שיכתבו שטר לתועלת המצטרך אליו וזהו הטעם בגט מאחר שתועלת הגט שתתגרש בו כל זמן שלא נתגרשה לא נשלם שליחות שלו ויכולין לכתבו שנית עד שיושלם השליחות וה"ה והוא

הטעם בשטר הלואה שנאבד אם כן הרי לא היה שום תועלת בכתיבת שטר זה שהרי קודם שבא לידי גבי' נאבד ממנו ומה תועלת היה לו והוי כמו שמונח תחת יד עדים ונאבד כיון שעיקר השליחות היה שיכתבו לו שטר לתועלת שיוכל לגבות בו וכל זמן שלא בא לידי תועלת לא נגמר השליחות. ולפי זה דוקא בכהאי גוונא אבל במי שפרע מקצת חובו הרי השטר בידו וגבה בו מקצת וגם יוכל לגבות בו הנשאר וכיון שכבר נגמר השליחות שוב אין יכולין לכתוב שנית ואהא פריך מהך דרב דקאמר כותבין עשרה שטרות על שדה אחד וש"ד דמיירי באחריות ובמכר א"כ למה יכתבו לו שנית באחריות הא כל כמה שלא נאבד היה לתועלת בידו [ומתוך כך הוצרך הלוקח לסלק מעליו כל ב"ח ומערער ודו"ק] שאם היה נלקח ממנו השדה אז היה גובה בשטרו א"כ כיון שהיה תועלת בשטר זה כשנאבד דין הוא שלא יוכלו לכתוב אחר שכבר נגמרה שליחותן משא"כ בשטר הלוואה שאינו עומד רק לגוביינא וכל שנאבד קודם לא נגמר השליחות אבל שטר מכר האחריות יש בהן תועלת בכל שעה ובכל רגע וכבר נגמר ועל זה משנה במתנה או שלא באחריות ולפי זה הכא נמי להרא"ש בנמחק יכולין לכתוב אחר בשטר הלואה אבל עדים אחרים אין יכולין לכתוב להרא"ש ג"כ דהם לא נעשו שלוחים מעולם. וזהו כוונת הטור שכתב אבל עדים ולא עצמן ודו"ק כי זה ברור לפע"ד:

ד והוזקקנו. עסמ"ע ובתומים ס"ק ד' האריך בענין זה ודעתו דלהנך דסברי דעדים המעידין על שטר ועל הקיום אף שאינו לפנינו מהני צריך לפרש דהכוונה דחיישינן שמא לא דקדקו בלשונות השטר ע"ש וצריך לומר דחיישינן בזה לב"ד טועין ובאמת כל מה דנאדי המפרשים מפי' הראב"ד הוא משום דלב"ד טועין לא חיישינן ולפי זה אתי שפיר דחיישינן על לשונות השטר שמא סתומים היו גם המעיין בנ"י יראה להדיא דסובר ג"כ דבמכירין החתימות סגי ומפרש והוזקקנו בפשיטות דלא כהנ"ל וברור דהנך סבירי להו כמו שכתבתי ס"ק א' דמיירי בנמחק השטר ולא החתימות ופי' והוזקקנו שהכירו החתימות דאל"כ צריך ראיה עכשיו על החתימות וזהו פשוט ופי' זה מוזכר להדיא בבעה"ת בשם ראבי' ע"ש ועיין לעיל ס"ק א' מ"ש בזה: (ה) שצריך לכתוב בקיום שקרעו השטר הראשון הקשה הב"ח למה יפסל הא כותבין שובר. ולפעד"נ דאי בשובר מהני אפילו קריעת השטר לא מהני דמ"מ יגבה מתחילה ע"י קריעת השטר ולא יצטרך ליתן שובר ואח"כ ילך לב"ד אחר בעדים אחרים ויקח קיום מבלי שיכתבו בו שנקרע ויאמר דמה יש לחוש באמת לא אגבה רק בשובר ויגבה בשובר שנית וע"כ דלא מהני לגבות בשובר רק כל שלא נקרע השטר פסול ולא מהני שובר דשמא כבר גבה ע"י קריעה בעדים אחרים בלי שובר אך בנשרף בזה נראה דמהני שובר ואז לא חיישינן שמא ילך

לגבות בעדי שריפ' בב"ד שני דהא הלוה גם בעדי שריפ' ראשון לא יפרע באמת בלי שובר א"כ יוציא השובר כשירצה לגבות שנית ולכך לקמן מהני באחת עדים שנשרף והיינו בשובר אבל כשב"ד קורעין פשיטא דצריך לפרוע בלי שובר דמה חשש יש הא נקרע לפנינו ואי דיביא עדי קריעה בב"ד אחר הרי ידעו שנקרע בב"ד וכתבו קיום הילכך כל שלא נכתב. שנקרע ממילא לא מהני שובר כנ"ל. ומכאן קושיא גדולה לפי' התומים ס"ק א' בטור בשם ר"י דמיירי דהעדים מעידין בשעה שלא נמחק לגמרי רק רישומו ניכר דהא ע"כ דהשטר לפנינו בשעת קיום דהא צריך לכתוב שקרעוהו וכיון שהשטר לפנינו אי לא נמחק יכולין לכתוב מה שכתוב בתוכו וע"כ דעכשיו נמחק לגמרי ומ"מ מהני הכרת החתימות והיינו כדעת הנ"י בשם הרשב"א הנ"ל ס"ק א דבהכי מהני אף שאין השטר לפנינו ודו"ק. [ולענין מ"ש הש"ך בשם מהרשד"ם דבדיעבד כשר להרמ"ה ליתא דהא ראיית בכה"ת מטירפא וכן הוא בתומים ריש ס"ק ה']:

ו דאל"כ פסול. המחבר כתב דין זה בשם יש מי שאומר ואמת כי לא נזכר זה בשום פוסק זולתי בעה"ת והרמ"ה. ויש לתמוה על המחברים שלא זכרו מזה כלום כיון דמעכב אפילו בדיעבד ומה שנראה פשוט דלכך לא הזכירו הרמב"ם והוא דהא וודאי הך קריעת השטר אינו לסלק חשש מה שיש לחוש בגוף השטר אם לא יקרעוהו דהא וודאי בגוף השטר אינו יכול לעשות שום דבר שהרי נמחק רק לפי שיכול לעשות מצד אחר שיעמיד מקודם שני כתו' אנו מצריכין עכשיו לעשות איזה ענין מה שלא יוכל לעשות אותו הענין פעם שנית ובזה יסתלק כל חשש. ולפי זה יפה עשה הרמב"ם שהשמיט קריעת השטר דהא כתב בנוסח שטר הקיום פלוני הוציא ביום פלוני שטר נמחק לפנינו ולפי זה פשיטא שהב"ד ידעו בבירור שזה השטר הוא השטר הנמחק דאל"כ האיך כתבו שהוציא שטר נמחק שמא נייר אחר היה וע"כ דעדים העידו שלא זה ידם מיום שנמחק עד עכשיו או שהיה השטר בידם וע"כ צריך לומר כן לשיטת הרמ"ה גופא דאל"כ מנא ידעו שקרעו זה השטר שמא נייר אחר מסר להם וקרעוהו וע"כ כנ"ל א"כ ממילא אין צורך לקריעה דאם יבוא לב"ד אחר אותן עדים ידעו שכבר היו לפני ב"ד ואחרים הלא לא ידעו אם זה השטר הוא הנמחק דהא לא היה בידם וגם לא שייך לא זזה ידם שהרי היה לפני ב"ד ואי גם הם היו לפני ב"ד הרי ידעו שנכתב שטר באופן שאין שום חשש לכך כתבו הפוסקים סתמא דב"ד כותבין שהשטר שנמחק היה לפניהם ושוב לא יתכן עוד לפני ב"ד אחר וזה ברור לפע"ד ועיין מ"ש לקמן ס"ק ט עוד בזה בס"ד:

ז אבל שטר מתנה. המהרי"ק שורש קט"ו הביא ראיה דאפי' הלוה עומד וצווח כותבין מהא דפריך בב"ק דף צ"ח אי דאיכא סהדי דידעו מה הוי כתוב ביה וקשה לוקמא בעומד

וצווח אלא וודאי דלא מהני. ובתומים תמה דמ"מ מה בכך דמוחה הא עדים יודעין דלוה עכ"פ ויתחייב לשלם ובאמת דברי מהרי"ק נכונים דלדבריו תקשי מה זה דקאמר אי דאיכא סהדי לכתבי ליה שטרא אחרינא למה לי כתיבת השטר תיפוק ליה דחייב לשלם על פי עדים אלא ברור דאכתי הוי מצי לישנוי כגון דלית ליה ללוה או שהוא מכריח ורוצה לגבות מלקוחות וס"ד שיתחייב השורף שהוא גרם לו במה ששרף שטרו שבזה עיקר השיעבוד מלקוחות קמש"ל דיכול לומר ניירא קלאי ממך ופטור לכך מקשה שפיר דיכתבו לו שטר אחר א"כ לא הפסידו כלום והשתא שפיר מייתי מהרי"ק ראיה דאכתי הוי מצי לאוקמא כגון שהלוה מוחה ונ"מ לענין לקוחות וע"כ דגם בזה כותבין אך בגוף הראיה בוודאי בלא"ה יש לדחות דהתם הכוונה שיכתבו ב"ד ואלימי אבל עדים לא ודו"ק:

ח אבל אם היה במתנה אחריות. עיין תומים שהקשה לשיטת התוספות דחיישינן שמא יכתבו מוקדם אחר א"כ במתנה ובמכר שלא באחריות יש לחוש ג"כ למוקדם לענין שני חזקה דשלש לקוחות מצטרפין וכולן בשטר ע"ש דמסיק בצ"ע אי שלא באחריות הוי חזקה דלית לי' קלא. ולכאורה יש לתמוה דהא הדבר מוכרח בש"ס גופא דלפי פי' התוספות קשה הא דפריך אח"כ מרב דאמר כותבין שני שטרות על שדה אחת וקשה התם מאי חשש מוקדם יש דאם באנו לחוש למקום אחר שיכתבו מוקדם בזמן שלא מכר אז כלל הא פשיטא דלא חיישינן דא"כ במתנה שלא באחריות נמי שמא יקדים המתנה קודם שניתנה וע"כ דלא חיישינן לזה א"כ במכר נמי קודם שימכור לא חיישינן רק לאחר שנמכר א"כ מה מוקדם יש הא המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים בלי שטר וא"כ מה בכך דיקדימו כיון דבאמת מכר אז וע"כ דהחשש שיקדימו זמן השטר לזמן המכר ויבוא ריעותא בשני חזקה הנ"ל והשתא כיון דעיקר קושית הש"ס היתה מחשש זה ואהא משני באין בו אחריות א"כ מבואר בלי אחריות לא מהני בשני חזקה וליכא למיחש והדבר מוכרח אין בזה ספק אך יש לדחות דכוונת המקשן לשיטת התוספות הוא דוודאי אחריות ט"ס היינו אם נכתב שטר בלי אחריות אמרינן דהסופר טעה אבל אם מכר באמת שדה בסתם ולא נתפרש אחריות כלל אינו גובה משועבדים ואפילו בנ"ח לא גבי והשתא שפיר יש לחוש שמא יחתמו על מוקדם אמר והיינו שיקדימו לזמן שמכר ואותו מכירה לא נתפרש אחריות והם שכתבו עכשיו שטר על מוקדם ובאמת אחריות אין מתחילין רק מזמן שנכתב השטר כיון דמעיקרא לא קיבל אחריות כלל ועל זה משני בלי אחריות ואין כאן חשש. ובעיקר קושיתו נראה לפע"ד דלק"מ דוודאי כיון דבזה יכולין לכתוב מוקדם א"כ לא מהני שטר זה בשני חזקה רק אם יברר שנכתב השטר

קודם כלות שלש שנים דהי' לו קול כנ"ל: (ט) או לכתוב בשני וכו'. אלא כדי להעמיד שדה זו דין זה צ"ע לפע"ד כי נראה שנלמד ממה שאמרו גבי שטר מכר שאבד שכותבין לו בלי אחריות שטרא דנן דלא למיגבי' בי' וכו' ובאמת הוא תמוה דהתם שאני דמיירי שהעדים מעידין על המכר והם כותבין לו שטר מקח מחדש כמו הראשון לא בקיום ב"ד על המחק הילכך באם יכתבוהו סתמא אחריות ט"ס לכך צריך לכתוב בפירוש שלא באחריות אבל הכא דמיירי בשטר שנמחק ועדים מעידין שראו מה שכתוב בו א"כ ב"ד כותבין הקיום פלוני הוציא שטר שנמחק לפנינו וא"כ כיון שכתב המחבר שצריך לקרוע השטר וצריך לכתוב בקיום שקרעוהו א"כ ממילא אם לא נכתב שקרעוהו שוב אין לחוש שיגבה ויחזור ויגבה א"כ כדי להעמיד השדה בידו סגי שלא יכתבו שקרעוהו ומה צורך לכתוב שטרא דנן ומזה היה נראה לכאורה ראיה ברורה לדעת מהרשד"ם שהביא הש"ך ס"ק ו' דדוקא לכתחלה צריך שיכתבו שקרעו אבל בדיעבד אמרינן מסתמא נקרע הילכך אם באמת לא נקרע צריך שיכתבו במתנה שטרא דנן דבדיעבד נאמר שנקרע אך קשה דאכתי הוי סגי לכתוב שלא נקרע ועוד דדוקא התם כשר משום דלב"ד טועין לא חיישינן דבשטר הלואה אם לא נקרע לאיזה צורך כתבוהו אם לא שטעו ולא חיישינן אבל במכר דמהני להעמיד השדה בידו לא מיקרי ב"ד טועין ופשיטא דלא גבי בנ"ח ומשועבדים כל שלא נכתב שנקרע וכן הרמב"ם לא הזכיר כלל בהך דהכא בנמחק שיכתבו שטרא דנן וכו' רק בשטר שאבד ועדים מעידין על המקח וכן נראה עיקר ועכ"פ בדיעבד פשיטא דכשר אם לא נכתב שטרא דנן וכו' כן נראה לי:

י ודוקא שיש עדים עיין תומים דברישומו ניכר אין צריך לראיה שנמחק באונס והביא ראיה מהנך ערבאי דקאמר דילמא רשומו ניכר וקשה הא יצטרך להביא ראיה שנמחק באונס והתם לא נמחק באונס ע"ש ודבריו תמוהין שהוא הבין דזה הדין הוא במכר ג"כ ובאמת הא ליתא ודוקא בשטר דעומד לפרעון מחשש שמא פרע אבל בשטר מכר למאי ניחוש לה ומה בכך שמחקו מדעת מ"מ הלא ידוע שלקח השדה אז והיא שלו וכן מבואר להדיא בברייתא הרי שבא ואמר אבד ומיירי בלי עדים כמבואר בתשובת הרא"ש להדיא כלל ס"ח סימן ל"א הבאתיו לעיל סימן זה וכן מבואר בכל הפוסקים דבלי אחריות כותבין לו ולא חיישינן כיון דאבד איתרע והיינו משום דמה יש לחוש בזה ואפילו באחריות אין כותבין רק משום טריף והדר טריף ולא משום חשש דאיתרע וכ"כ הסמ"ע לקמן ס"ק כ"ט בשם הריטב"א הביאו הד"מ ע"ש דהוא להדיא כנ"ל דבמכר ליתא להך דינא כלל וא"כ התם דמיירי במכר אין מקום לדבריו וזה ברור (יא) אפילו נאבד בעדים. עש"ך שהאריך להשוות דעות הפוסקים דהרא"ש מיירי שאין מודיעים ללוה שכתבו טופס לכך

יש לחוש אף דכותבין שובר שמא יגבה בשטר מקודם כשימצאנו והלוה לא ידע להזהר ליקח שובר אבל הרשב"ם מיירי שמודיעים ללוה א"כ כיון שכותבין שובר אין לחוש ובאמת לא הועיל דאכתי יכול לכתוב שובר מיד בר מטופס זה ולא יוכל לגבות בשטרו כלל ובהלואה לא אמרינן שובר לגבי לקוחות ליכא כדמוכח בגמרא. לכן נראה פשוט בכוונת הרשב"ם דהמעיין בדבריו יראה שלא כתב כמו שהעתיקו הם דבריו שמא ימצאנו רק שמצאו והכוונה בפשיטות דדוקא אם יש עדים שאבד עכשיו באופן שלא נפרע בשום פנים עד עכשיו א"כ פשיטא דיכולין לכתוב טופס באופן שיתן שובר אכל שטרות לבר משטרא דנא דבהלואה מהני זה כדמוכח בש"ס [ומ"ש התוספות שם דחיישינן לנ"ד אין דבריהם מובנים כלל דהא לא יתן שובר רק על שטר הנעשה ביום פלוני בטל חוץ משטר זה שנכתב עתה וההלואה היתה ביום פלוני ודו"ק] אמנם אם יש עדים שנאבד סתם או שאבד מעצמו א"כ פשיטא דאיכא למיחש חדא שמא לא נאבד וכבר נפרע א"כ מהני עכשיו שובר כיון דכבר נפרע ואי דאיכא עדים שנאבד מ"מ יש לחוש שמא מצאו וכבר נפרע בו ואפילו מעידין שנאבד באונס לא מהני רק בנשרף משום חשש שמא מצאו וכבר נפרע בו אבל חשש דשמא ימצאנו עכשיו ליכא למיחש דעכשיו נותן שובר על כל שטרי לבר משטרי דנא וזהו כוונת הרשב"ם דמעיקרא שאומר אבד אבל אם עדים מעידין שאבד פי' שנאבד עכשיו ואינו בידו והכוונה דעדים מעידים ממש כמו שטוען הוא והוא טוען דאף עכשיו אינו בידו הילכך אם מביא עדים על זה נאמן דמה שיש לחוש שמא ימצאנו הא כותב שובר מיד כנ"ל ועל זה כתב אח"כ דאם אין עדים יש לחוש שמא לא נאבד ונפרע בו כבר ואפילו יש עדים שנאבד פעם אחת יש לחוש שמא מצאו ונפרע בו והכלל שמא מצאו חיישינן שמא ימצאנו לא חיישינן מחמת שהוא נותן עכשיו שובר והרא"ש הבין דברי רשב"ם כפשוטן דעדים מעידין שנאבד פעם אחת לכך חשש שמא מצאו ונפרע בו ולא פליגי כלל ונראה שזו היתה כוונת הטור שנתן טעם באבד שאין כותבין דשמא פרע ולמה לא נתן טעם בפשוט שמא ישנו תחת ידו ויהא נפרע בו אח"כ או שמא ימצאנו וע"כ דלשמא יפרע מכאן ולהבא ליכא למיחש שנותן שובר כל שטרות בטילין לבר משטר טופס זה כמו שהקשו בש"ס במכר ובהלואה לא שייך שמיט ואכיל פירי רק דכל כמה דלא נודע שלא נפרע עד עכשיו חיישינן שמא כבר נפרע עד עכשיו ולא מהני שובר הנ"ל. ובזה מיושב באמת קושית התוספות שהקשו כיון דבהלואה מהני שובר יכתבו לו באבד על ידי שובר ולק"מ דאכתי חיישינן שמא כבר נפרע ואם יש עדים דעכשיו נאבד ואינו בידו באמת כותבין על ידי שובר כנ"ל. ובאמת מדברי התוספות מבואר דאפילו בנאבד בעדים אין כותבין דאל"כ מעיקרא לק"מ דשמא לא נאבד כלל

ונפרע וע"כ דסבירי להו דאפילו בעדים אין כותבין ואהא קשיא להו יכתוב שובר אך באמת אם מעידין שעכשיו נאבד בוודאי כותבין ע"י שובר רק דחיישינן שמא מצאו וכבר נפרע כנ"ל. כלל הדברים דלא בעינן עדים שנשרף דוקא רק עדים שנאבד עכשיו באופן שלא נפרע עד עכשיו אבל לשמא יפרע אח"כ לא חיישינן וכותבין גם בשטר הלואה ע"י שובר כל שטרות בטילין בר מטופס זה ושוב ליכא למיחש למידי:

יב עדים מעידין שנשרף. עש"ך דהיינו ע"י שובר וכותבין השטר מזמן שני דאל"כ יש לחוש שיכבוש השובר ובתומים תמה דהא בש"ס קאמר גבי מכר טעמא דשמיט ואכיל פירי תיפוק ליה דחיישינן שיכבוש השובר ובמכר לא שייך מזמן שני ובאמת אי משום הא לא אירי' דוודאי מעיקרא דלא ס"ד דחיישינן ללוקח שלא באחריות הילכך בלוקח באחריות לא חיישינן שיכבוש השובר כדי לטרוף מלקוחות והוא יתחייב להחזיר להם אח"כ הכל ונמצא מפסיד על ידי זה אבל לפי האמת דמסיק ללוקח שלא באחריות שפיר חיישינן דיכבוש השובר וא"כ כאן ג"כ חיישינן שיכבוש השובר אך באמת גוף הסברא אינו נוח לי דלא מצינו קנוניא כהאי גוונא כיון דשובר חתום בעדים ואית ליה קלא ירא שמא יתברר הדבר בעדים. ודוקא בשטר חיישינן להכי ולא שיכבוש דבר שיש לו קול ונעשה בפני עדים ומה שהקשה מהך דלעיל דצריך לקרוע כבר כתבתי לעיל ס"ק ד' דלק"מ:

יג וידוע זה בעדים אבל בלא"ה אין נותנין גוף השטר ולוה לא יהא נזהר ליקח שובר ויגבה אח"כ בהעתק אבל העתק אחר נותנין לו דהא אין גובה בהעתק רק בשובר א"כ מה יש לחוש סמ"ע ודייק כן דאל"כ לאיזה צורך מניח השטר ולוקח טופס שאם יאבד השטר בעדים יועיל ג"כ ואי שלא בעדים גם אם יאבד הטופס לא יוכל ליקח השטר וכן כתב הש"ך וכל האחרונים ולדידי צ"ע בדין זה דהא כתבו הש"ך וסמ"ע לעיל ס"ק י"א דלכך צריך לכתוב שקרעו אף דלב"ד טועין לא חיישינן מ"מ לשכחה חיישינן כמו בטירפ' דשמא שכחו לקרוע והשתא הכא נמי יש לחוש שמא יש הטפסה ראשונה תחת ידו והב"ד יכתבו לו הטפסה שניה ואח"כ ישרוף השניה בעדים ויבא לב"ד להוציא השטר בעדי שריפה שנשרף הטופס והב"ד לא יזכרו שכתבו לו הטפסה ראשונה ונאבד שלא בעדים ואח"כ יגבה תחלה בשטר והלוה לא יקח שובר ואח"כ יגבה בהטפסה והשתא התם דצריך לקרוע חיישינן לשכחה מיד כ"ש הכא דיהא זמן רב אחר הטפסה ראשונה ומי ישים אל לבו לזכור שנאבד ממנו שלא בעדים וזו היתה השניה א"כ עדיין יש לחוש ומה שהכריח הש"ך דאל"כ לאיזה צורך נוטל הטפסה לק"מ דוודאי עכשיו אין הלוה כאן אבל מ"מ אם יבא לכאן אף שיאבד הטפסה יוכל להפרע ממנו בשובר שהרי אין שום

שובר תחת יד הלוה ויצטרך לפרוע משא"כ אם יאבד השטר בלי עדים יפסיד חובו לגמרי וזה ברור לכן דינו של הסמ"ע צ"ע שוב ראיתי בט"ז שכתב ג"כ דנ"מ בלקיחת טופס כמו שכתבתי א"כ מבואר ג"כ דלא סבירא לי' כהסמ"ע בזה דכותבין הטפסה אחרת דא"כ יש נ"מ בפשיטות:

יד וכל שטר שמטפיסין מעתיקין אותו אות באות וכו' עיין סמ"ע ס"ק כ"ז מה שהאריך להגיה בזה. ולפע"ד דבלא"ה אתי שפיר שפשיטא דוודאי בשטר שנמחק או שאבד וב"ד כותבין אחר שיהא במקום השטר הראשון אז צריך ב"ד דוקא ואפילו עדים עצמן אין יכולין דכבר עשו שליחותן אבל אם השטר הכשר ישנו כאן ומונח תחת ידי העדים וכותבין לו טופס מחשש שלא יאבד השטר א"כ טופס זה אינו אלא לראיה שיש תחת ידו שטר ועיקר הגבי' על פי שטר הגמור שהרי אף שנותן לו הטופס אינו מועיל רק צריך ליתן לו שובר על השטר הראשון והגע עצמך עדים המעידין לפני ב"ד שיש לזה שטר גמור בביתו מקויים ככל דיני שטר והוא רוצה להפרע מלוה וליתן שובר על אותו השטר פשיטא דנפרעין ממנו דעדים נאמנין שיש לו שטר ודוקא אם אין השטר לפנינו וכבר נשרף א"כ הם עושין לו שטר גמור אחר וזה לא מהני רק בב"ד אבל לא כשכותבין טופס וכותבין שזה העתק מגוף השטר והשטר ישנו בעולם אין זה דבר צריך ב"ד כלל שהרי הגבי' אינה בטופס רק על ידי השטר הגמור ועליו נותן שובר וזה שכתב הרב וקאי על דברי המחבר מעיקרא שהוא מניח השטר בב"ד והם כותבין לו טופס על זה כתב וכל שטר שמטפיסין מעתיקין אותו אות באות וכותבין שזה העתק שלא יהא נראה כשטר על שטר שאבד ונמחק וכתב עוד ואין צריכין ב"ד בזה מאחר שהשטר הגמור על ידו הוא גובה ולא בטופס ואינו רק לראיה שיש לו שטר מונח שם הילכך בשני עדים סגי ולפי זה נראה דשנים קרובים בוודאי לא מהני דמ"מ מוציאין שלא כדין שהרי אין כאן עדים כשרים המעידין על שטר הגמור המונח שם אבל לפי' הסמ"ע גם בזה כשר כמו שאבאר בסמוך:

טו ואפילו הן קרובים זה לזה. עש"ך שתמה על זה דאין כאן רק ע"א והט"ז הרבה להשיב אפו בזה וצוה למחקו שלא יטעו בו הדיינים. ותמהני מאוד על דבריהם דהא פשיטא דדברי הסמ"ע נכונים וברורים דמה בכך דאינו רק ע"א דאדרבא ע"א פשיטא דיכול לעשות העתקה זו דהא לא יבא לשום גבי' דע"א אינו כלום רק דהסמ"ע רבותא קאמר דאפילו שנים והם קרובים יכולין להעתיקו דמה מקום חשש יש כאן שיטעו שהם כשרים דהא הסמ"ע פי' דהרב קאי אשטר מכר ומתנה באחריות דאז לא מהני הטפסה כלל אפילו שובר לא מהני במכר ומתנה א"כ כל שנזכר שהשטר מכר קיים רק העתק

זה מתוכו מה יש לחוש הא לא יבוא לידי שום גבי' א"כ לא מבעי ע"א דיכול להעתיק זה דוודאי לא יסמכו עליו אלא אפילו שנים כיון שידוע ששטר המכר קיים מה בכך שיחשבו שהם כשרים מ"מ לא יועיל כלום וזו היא כוונתו דאין זה רק גילוי מילתא ולא ענין גביה שיצטרך בו ב"ד או עדים כשרים שהרי לא מועיל כלום וזה ברור ומ"מ לפי מה שפירשתי מקודם דברי הרב דקאי אמי שרוצה להניח שטרו בכאן כדי שלא יאבד בדרך א"כ טופס זה מועיל לגבות בו שם ע"י שובר אם כן אסור לכותבו רק ב' עדים כשרים:

טז ואפילו היה החוב לזמן וכו'. והראב"ד השיג על זה שאין דין זה מחוור ומלובן והש"ך כתב לפרש דעיקר השגה לפי שהעדים קיימים ודבריו אינם מובנים דהא על הלואה אין אנו מסופקין רק בפרעון א"כ מה יתן ומה יוסיף מאמר העדים שלוה הא גם השטר מעיד על זה ועיין תומים מה שכתב ליישב ובאמת עדיין לא הועיל דהא יש לו מיגו ללוה שלקח השטר גם גוף הסברא שלו הוא מחוסר הבנה ויש להטעים דבריו כך לפי מה שכתבתי לקמן סי' ע"ח ובכמה מקומות דוודאי מודה ר"ל בסברת אביי ורבא דפעמים שאדם רוצה לפרוע ת"ז כי היכי דלא ליטרדן רק דמ"מ אנן סהדי דלא פרע בלי עדים כיון דרוב' דאינשי לא פרעי אך ה"מ אם לא היה לו על מה לסמוך אבל אם היה לו מיגו וכדומה שהיה יכול לסמוך שפיר יכול להיות דאירע דפרע אבל בלא"ה הוי כעדים ממש דלא פרע מטעם הנ"ל הילכך סובר הראב"ד דוודאי כשנפל והלוה אומר ממני נפל שפיר יש לומר דפרע וסמך על השטר שהרי לקח שטרו מידו משא"כ אם מן המלוה נפל החזקה בתוקפה דוודאי לא פרע בשום פנים דלא היה לו על מה לסמוך ובשעת פרעון לא היה יודע שנפל מן המלוה שיוכל לומר ממני נפל [אבל בפורע ת"ז על פה ידע שבוודאי לא יתבענו עד עבור הזמן ויוכל לומר שפרעו עכשיו] ולכך סובר הראב"ד דכל כמה שאין לו שום מקום ליישב הטענה הוי כעדים אך עם כל זה אינו נוח לי דהא בסיפא מבואר ברמב"ם דטוען ממני נפל ומ"מ משיג הראב"ד ואי משום שכתב הכ"מ דהא מיירי דאחר אינו יודע ממי בא לידו מ"מ קשה קושית המשנה למלך שם דהיה לו לרמב"ם לומר דהדין יהא מונח עד שיבוא אליהו כמו מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו ולמה פסק שישבע הלוה היסת ע"ש:

לכן נראה לפע"ד ליישב בפשיטות וקרוב שהרב הש"ך כיון לזה והוא דידוע מחלוקת הרמב"ן בתשובה סימן ק' עם הרא"ש בתשובה הובא לקמן סי' מ"ד בשטר שנמצא בו מחק מאחוריו או ביני שיטי דהרמב"ן מכשיר והרא"ש פוסל וכתב שם הרמב"ן לחלק דאף דשטר שיש מחק בתוכו פסול שאני התם כיון שיש בגופו פסול וריעותא אנו אומרים מאיזה צד אתה בא לגבות הרי כל כוחך אינו רק בשטר הזה וא"כ הרי יש בו

ריעותא בגוף השטר ואיתרע משא"כ אם יש בו ריעותא מאחוריו או ביני שיטי הרי גוף השטר כשר רק אתה בא לפסלו מצד אחר ולכך אין ספק מוציא מידי וודאי ע"ש שהאריך ועיין לקמן סי' פ"ד שפסק המחבר בפוג' ויש גרר ביני שיטי ופרעון על הגרר דכל זמן שאינו כתב יד הלוה נידון כפוגם לכ"ע והיינו דיש ריעותא בגוף הדבר שהרי מצד הפרעון ביני שיטי הוא בא לפטור עצמו ויש ריעותא בגופו ע"ש ולפי זה הכא נמי מחלוקת הראב"ד כך הוא דוודאי בעלמא בשטר שנפל אינו גובה מ"מ בהך דאיתרע שטר זה לא נתיישבה החזקה והחזקה בתוקפה רק דאמרינן כיון דכל כחו של זה אינו רק בשטר זה ולולא השטר פשיטא דהלוה נאמן א"כ הרי יש ריעותא בגופו שזה השטר שאתה בא מכחו נפל ואיתרע אבל אם יש עדים קיימים מעידין על הלואה ועל הזמן ולפי דבריהם הוא בתוך הזמן א"כ הוא אינו בא מכח השטר כלל רק מכח העדים א"כ אף שיש ריעותא הלא אינה בגופו פי' בגוף הדבר שהוא בא מכחו שהרי מצד העדים הוא ראוי לגבות מצד החזקה דת"ז וריעותא דהשטר הוא מן הצד שהרי אינו בא מכח השטר כלל לכך כתב הראב"ד שאין דין זה מחוור ומלובן ובשבועה מיהו יטול פי' דוודאי בעלמא סובר דהיכי דיש שטר אפילו אי נימא דבעל פה צריך שבועה מ"מ בצירוף חזקה דשטר מסייע ליה ליפטר משבועה אבל כאן שאי אפשר לדון מכח השטר שהרי יש בו ריעותא רק עכ"פ בשבועה מיהו יטול כדין על פה בת"ז כנ"ל וברור שהרב הש"ך כיוון זה ולק"מ מה שהקשו עליו האחרונים:

על חו"מ סימן מב

א פסול אפילו לגבות בו לאלתר. הטור הביא בשם ר"ח דכשר לאלתר וכתב עליו ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל והש"ך ס"ק ח' האריך לתמוה דלפי מה דמסיק הרא"ש ועוד יש לומר א"כ שפיר יש לומר דסובר כר"ח והא דפריך והא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף היינו לר"י דלזמן מרובה מודה דפסול וליכא למימר דאכתי לא נתיישב הקושיא מדיפתרא דהא ע"כ צריך לומר דהרא"ש מיישב גם קושיא זו דאל"כ מה בכך דהך מתיישב כיון דקשה מדיפתרא וע"כ דהתם נמי כיון דסתם שטר אינו לגבות בו מיד רק לאחר זמן לכך נאמר דאניטי נשים קאי ע"כ תורף כל דבריו ובאמת דברי הטור נכונים וברור דהרא"ש חולק על ר"ת גם לפי מסקנתו כמו שאבאר והוא דהתוס' כתבו שם דרש"י פי' טעמא דר"א דלא הכשיר בשטרות דחיישינן שמא יבואו לסמוך על עדי חתימה ועדי מסירה ישכחו ודחו פירושו וכתבו בשם ר"י דהטעם דכך גזירת הכתוב דבעינן שיהא ראוי לעמוד ימים רבים וכתבו והא דפריך לר"י וכוונתם כיון דר"י סובר

עד עשרה ימים א"א דהוי בי' תנאי מידכר דכירי א"כ הרי ראוי לעמוד ימים רבים ותרצו דהקושיא הוא דע"כ כוונת הכתוב למעט שטרות דאל"כ למאי אתא עוד תירצו לחלק בין לאלתר לזמן מרובה לר"י בשטרות. והשתא הקושיא שפיר לר"י מלמען יעמדו דהא אינו ראוי לעמוד ימים רבים כיון דלזמן מרובה לא דכירי והנה יש להבין דהא ע"כ מיירי הכל דעדי מסירה לפנינו א"כ מאי מקום קושיא דמאי מקשה לר"י מלמען יעמדו הא לדידיה דכירי ע"כ לא קאמר ר"י רק אם הם לפנינו ואומרים שלא היה בו שום שינוי מכמות שהיה אז לא אמרינן דהיה תנאי והם שכחו דאפילו לאחר זמן כל שאומרים שלא היה תנאי דכירי אבל אם באמת לא יזכרו אם היה תנאי או לא פשיטא דמודה ר"י דלא מהני דחיישינן שמא זייפה א"כ אכתי תקשי קרא דלמען יעמדו דמ"מ אינו ראוי לעמוד ימים רבים דשמא ישכחו עדים ולא יזכרו ענין שטר וחיישינן שמא זייף הרי דלרש"י לא קשיא להו מהאי טעמא כיון דחיישינן שמא יסמכו על עדי חתימה א"כ מה בכך דלר"י דכירי מ"מ פשיטא דלאחר זמן יכול להיות שישכחו א"כ חיישינן דלאחר זמן יסמכו על עדי חתימה אבל לפי' ר"י קשיא להו שפיר כיון דכל קפידא הוא שיוכל לעמוד ימים רבים אם כן כיון דלר"י דכירי יכול לעמוד ימים רבים ולפי הנ"ל גם לפיר"י לא קשיא דלר' יוחנן לא דכירי רק אם בפי' שלא היה תנאי. [ובאמת צ"ע בתוס' בלא"ה דנהי דלרש"י לא קשיא הך קושיא דקשה לפיר"י אבל מ"מ פשיטא דלרש"י ג"כ ע"כ הקושיא משום דלמעוטי מאי כמו לפיר"י דאל"כ מאי קושיא מנא לן דר"י חייש שיטעו לסמוך על עדי חתימה הרי דבאמת ע"כ לא חייש וע"כ דהקושיא דאל"כ קרא למאי ואדרבא לרש"י ע"כ צ"ל כן ולא סגי במה שכתבו התוס' לחלק בין לאלתר לזמן מרובה בשטרות אבל לר"י יש לחלק כן וצ"ע] וליכא למימר דכוונת התוס' דמ"מ לא קשיא לר"י דשפיר יש לומר אפילו אינם לפנינו ומעידין מסתמא נמי דכירי ולא חיישינן שישכחו ובזה יש לומר טפי דמהאי טעמא לרש"י לא קשיא להו דמ"מ חיישינן דלאחר זמן ישכחו והא פשיטא דליכא למימר דלר"י דכירי בוודאי לעולם אבל לר"י כיון דזמן ארוך דכירי הוי שפיר ראוי לעמוד ימים רבים הא וודאי ליתא דא"כ מה זה שתרצו ועוד יש לומר דמ"מ מנא לן להקשות דלמא סובר ר"י דבשאר שטרות נמי דכירי וע"כ דכל כמה דלא נשמע מדברי ר"י דבהא דכירי שפיר מצי להקשות והתרצן משני ליה האמת עצה טובה א"כ אכתי קשה כנ"ל דבלא"ה לק"מ. וברור דכוונת התוס' דוודאי אם עדים אומרים בבירור שלא היה שום תנאי יותר ממה שכתוב בשטר לא יחלוק ר"א דבכהאי גוונא וודאי מהני דהיאך יעלה על הדעת שנאמר דלא נסמוך על עדים דשמא שכחו דא"כ בטלת כל עדות שבעולם וע"כ דפלוגתייהו הוא בסתם דר' יוחנן סובר מסתמא זוכרין ור"א סובר כל

שאינם מעידין בבירור שלא היה תנאי חיישינן שמא שכחו או דר"י סובר דאפילו אינן יודעין אמרינן בשביל שלא היה באמת שום תנאי אבל אלו היה תנאי הוי דכירי ולפי זה מה שכתבו התוס' לחלק בין לאלתר לזמן מרובה בין גט לשטר לר' יוחנן היינו דוקא כל שאין העדים מעידין בבירור שלא היה תנאי אבל בלא"ה פשיטא דמהני ולפי זה יפה דייק הטור מדברי הרא"ש דע"כ דחולק על ר"ח גם במסקנתו דאל"כ תקשי הך דדיפתרא דליכא למימר משום דמסתמא מיירי בשטר הנגבה לאחר זמן מ"מ אכתי תקשי דהא מ"מ כשיבואו עדים ויעידו שלא היה תנאי וע"כ דסוגיא כר"א דסובר בשאר שטרות פסול משום גזירת הכתוב דבעינן למען יעמדו א"כ פשיטא דפסול אפי' בכהאי גוונא דמ"מ אינו ראוי לעמוד ימים רבים וזה ברור אמנם הא וודאי יש להבין ברא"ש כיון דאכתי לא מיתרצא הך דדיפתרא מאי נפקא מינה אם הך מיושב ואי דאינו מקפיד רק על זה א"כ יכול להיות דסובר כר"ח אבל באמת נראה לפע"ד דמעולם לא עלה על דעת הרא"ש ליישב כדי דלא תקשי לפיר"ח דבהא פשיטא דעדיין לא הועיל כנ"ל. ועוד מאי ועוד יש לומר דקאמר דהא אכתי לא כתב ליישב מידי לפני זה וכך הוי ליה למימר אך יש ליישב וברור דכוונתו כמו שכתבו התוס' אחר שכתב פיר"י מטעם גזירת הכתוב קשיא להו דמאי פריך מלמען יעמדו הא לר"י דכירי וראוי לעמוד ימים רבים ותרצו דהקושיא דאל"כ קרא למאי אתא וכתבו על זה ועוד יש לומר דר"י מודה בשטרות לזמן מרובה דלא דכירי והשתא הוי שפיר הקושיא מלמען יעמדו דהא מודה ר"י בשטר דלא דכירי וזהו כוונת הרא"ש דמעיקרא כתב ג"כ דהקושיא קרא למאי אתא ועל זה כתב עוד יש לומר א"כ אתי שפיר הקושיא דמודה דלא דכירי בשטר ואין צורך לומר משום קרא למאי אתא אבל לענין הלכה אין נ"מ בזה דסוף סוף קיימא לן כר"א דלאלתר נמי פסול מכח ההיא דדיפתרא ומה שסיים ואתיא שפיר היינו משום דלדידיה נמי קשיא ליה מעיקרא דמ"מ כיון דלא קאי לר"י הוי ליה למימר הניחא וכהאי גוונא קאמר בש"ס בכמה מקומות גם התוס' הקשו במקומו' דלא נזכר זה ועל זה כתב הרא"ש דהשתא הקושיא לכ"ע ואתי שפיר טפי אבל מדינו של ר"ח לא קא מיירי כלל וכבר כתב עליו דלא מסתבר מההיא דדיפתרא והיאך יחזיק הוא דבריו במסקנתו וע"כ כמו שכתבתי וזה ברור. נמצא דדעת הרא"ש בוודאי דלא כר"ח כמו שבארנו אמנם בלאו הכי הרבה לפוסקים פסקו כר"ח. אך לפי מה שביארנו נהי דוודאי כר"ח צריך לומר דיש חילוק בין לאלתר לזמן מרובה בשטרות אבל מכל מקום כיון דלית ליה גזירת הכתוב אם מעידין בפי' שלא היה תנאי אין חוששין שמא שכחו ואפילו לזמן מרובה נאמנין כמו שבארנו:

ב אבל שטר אקנייתא כשר. עש"ך ס"ק ב מה שהשיג על הב"ח סי' קצ"ח ודעתו דבמודה שנמסר מהני אפילו לא היו עדי מסירה כלל וכתב עוד דאפילו אינו מודה רק אומר להד"ם מהני ועיין תומים מה שתמה עליו וסיים ישתקע הדבר ולא יאמר ובאמת לא ידענא מאי קשיא ליה דבהא פשיטא דמודה הש"ך דאם טוען שמסרו לו רק שלא היה הכתוב עליו שטר מכר כלל רק דבר אחר שהיה עוסק עמו והוא זייף וכתב שטר מכר פשיטא דנאמן דמ"ש אם אומר שהיה בו תנאי ומחקו או שאומר שהיה כתוב בו דבר אחר רק דהש"ך מיירי שאומר שבאמת כתב שטר מכר זה וחתם תחתיו או עדים חתמו רק שלא מסרו לידו מעולם א"כ בוודאי אינו נאמן דא"כ בכל שטר ניחוש להכי שמא מן המוכר נפל ושטר זה לא נגרע רק לפי שיכול להזדייף וכל שאינו טוען שזייף פשיטא שאינו נאמן שנפל כמו כל שטר אבל אם טוען שהיה כתוב בו ענין אחר ומסרו לו והוא כתב בו שטר מכר ע"י מחק פשיטא דנאמן כמו בטוען שמחק התנאים. אך לכאורה קשה לפי מה שפסקו הטור ומחבר לקמן סי' ס"ט דנאמן לטעון כל הטענות במיגו דפרעתי א"כ הכא נמי למה לא יאומן ממני נפל במיגו דמחק וכתב מאי דבעי. לכן נראה דכוונת הש"ך הוא באומר שהוא לא מסרו כלל דהיינו שאין שטר זה בא מכחו כלל ולא היה בידו מעולם ועל זה כתב הש"ך כיון דידוע דהוא כתבו מכח חתימתו או מכח חתימת העדים ואומרים שחתמוהו בציווי המוכר כל שהשטר בידו של זה הרי אנו רואין שנמסר לידו והוא אינו טוען ממני נפל כלל [ובעדים חתומים אפילו טוען ממני נפל אינו נאמן דלית ליה מיגו כיון דעדים חתמו בציווי שלו על שטר זה] רק שאינו שלו כלל ואי קשיא מאי שתירץ הש"ך על קושית מהראנ"ח בהך דכתובות והא התם באמת לא כתב שטר מכר על שטר זה כלל א"כ יאמר האמת ממני נפל ויאומן במיגו דהיה בו תנאים ומחקם וכדומה. ובאמת לק"מ דבלא"ה קשה על הטור סימן ס"ט דמאי חשש יש הא יכול לטעון פרעתי ושכחתי וכדומה וע"כ כמו שכתבתי שם סי' ס"ט ס"ק ט' דהתם החשש דישכח ויאמר שלא חתם כלל ואז יתחייב כמו שכתב הש"ך וה"ה בשטר מכר ומתנה יהא המכר קיים אפילו אחספא ודו"ק היטב ומה שכתב בתומים ליישב הקושיא דהא ליכא עדי מסירה דחיישינן שמא ימצאנו אחד שהוא חייב לו מכבר בעדי מסירה על חרס ויתבענו מתחילה בזה ויפרענו ואח"כ יפרענו שנית בעדי מסירה ואין זה נכון כלל דהיאך שייך דניחוש שמא ימצאנו זה ולנפילה דיחיד לא חיישינן בשום מקום לכ"ע הגם דמי שיודע שלא לוה על חרס יוכל לכתוב ובגמרא סתמא נאמר בפרט דניחוש שמא יפרענו על חרס מזוייף כיון דיודע דכתב חתימתו על חרס לא יפרע שוב בלי עדי מסירה לכן אין לדבריו קיום [ומקושיא זו ג"כ ראיה לשיטת הש"ך דבזה לא בעינן עדי מסירה כיון שיטעון להד"ם

ובזה לא שייך תירוץ ראשון של התומים מה שכתב בקושית מהרש"א ויש לתמוה על הש"ך שהיה לו להכריח דינו מכח קושיא זו]:

אך בגוף דינו של הש"ך גם בדין הראשון במה שהשיג על הב"ח דלא בעינן עדי מסירה רק במודה סגי בשאר שטרות ודוקא בגט משום דבר שבערוה והביא ראיה מדברי התוס' גיטין דף ד' ודף ו'. ובאמת מדברי התוס' גופא התם מוכח דלא ברירא להו דין זה ולפעד"נ ברור דהך תוס' דגטין כ"ב בד"ה אבל והתוס' בחזקת שחדשו הך דינא דשטר קנין לא בעינן למען יעמדו וכן הר"ן פ"ב דגיטין שממנו הוציא הרב דין זה ברור דסבירי להו כסברא קיימתא בתוס' גיטין ד"ד הנ"ל דאפילו בשאר שטרות לא מהני הודאה ועדי חתימה רק בעדי מסירה כמו שאבאר [אבל אם מודה שהיו עדי מסירה בוודאי מהני אפילו להב"ח רק אם ידוע שלא היו עדי מסירה בזה לא מהני] והוא דהתוס' והר"ן שם הביאו מתחילה פירש"י שפי' דמ"ד בשאר שטרות לא דחיישינן שמא שכחו ע"מ הענין ויבואו לסמוך על ע"ח וכיון שיכול להזדייף שמא זייף והקשו עליו התוס' והר"ן כיון שהוא יכול להזדייף למה ניחוש שיסמוך על ע"ח ומתוך כך פירשו כפי' ר"י משום גזירת הכתוב שיהא ראוי לעמוד ימים רבים והנה יש להבין דמעיקרא התם בד"ה מאן חכמים כתבו דמה שפירש"י דלר"א צריכה להביא ע"מ להנשא היינו דוקא בדבר שיכול להזדייף אבל באין יכול להזדייף יכולה להנשא אפי' לר"א בע"ח כדאמרינן אין עדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם והיינו שמא ימותו ע"מ אבל מה שפירש"י דלר"מ יכולה להנשא אפי' בדבר שיכול להזדייף בע"מ קשה דלר"מ בעינן מוכח מתוכו וכו' ע"ש. ויש להבין כיון דס"ל דלהא ל"ח שמא יטעו ב"ד ויסמוך על ע"ח א"כ בלא"ה ק' לר"מ נמי יהא מותר לכתו' בדבר שיכול לזייף דהא וודאי לא יסמוך על ע"ח כיון שהוא יכול לזייף ושמא זייפו ולב"ד טועין לא חיישינן לשיטת התוס' ולמה נטרו להקשות על רש"י כאן ולא מעיקרא וכמו כן קשה על הר"ן וע"כ צריך לומר דוודאי מודים התוס' דלר"מ דסובר בעלמא ע"ח לבד סגי א"כ שפיר יש לחוש דאף בדבר שיכול לזייף יטעו לסמוך בע"ח אבל לר"א דבעלמא לא סגי רק מפני תיקון עולם שמא ימותו ע"מ א"כ אין ע"ח עיקר לכך קשיא להו דאין לחוש שיטעו לסמוך בדבר שיכול לזייף וכן צ"ל במהרש"א דכתב על דברי תוס' דהיינו לר"א אבל לר"מ שפיר חיישינן לטעות ע"ש ולכאורה נראה דכוונתו דאל"כ לר"מ נמי יהא מותר לכתוב דהא לא חיישינן לטעות ולא יסמכו רק בע"מ כיון שיכול לזייף אך הוא תמוה דלשיטת התוס' דלר"מ בעינן מוכח מתוכו א"כ בלא"ה פסול לר"מ כיון שאינו מוכח מתוכו וברור דכוונתו להך תוס' הקודם דהקשו על רש"י דבעינן מוכח מתוכו ולא הקשו דלא חיישינן לטעות ש"מ דלר"מ חיישינן גם לשיטת התוס'

וזה ברור ולפי זה מבואר דשיטת התוס' והר"ן כדעת הב"ח דאפי' בשאר שטרות לא סגי בע"ח לר"א דאל"כ לק"מ על רש"י דהא שפיר קאמר אבל שאר שטרות לא דבשאר שטרו' יש לטעו' לר"א כמו לר"מ דהא סובר דלא בעינן ע"מ כלל בדבר שאינו יכול לזייף כמו לר"מ בגט א"כ גם ביכול לזייף יטעו לסמוך על ע"ח כמו דחיישינן לר"מ בגט גם לשיטת התוס' ובאמת ברש"י גופא אין מקום לומר כן דא"כ למה לו לחלק בין גט לשטר שהוא נגמר מיד משא"כ שטר שעומד לאחר זמן הא בלא"ה בגט לא חיישינן לר"א דע"מ עיקר רק בשטר חיישינן דסגי בע"ח וע"כ דגם בגט חייש אבל הא קשיא אי סבירי להו לתוס' כנ"ל למה נאדי מפירש"י הא בשטר שפיר יש לחוש וע"כ דסבירי להו להתוס' והר"ן דבאמת גם בשטר בעינן ע"מ דוקא א"כ גם בשטר אין לחוש ושפיר הקשו ולפי זה מבואר דגם מה שחדשו התוס' והר"ן לחלק דבשטר קנין לא בעינן למען יעמדו הוא גם כן רק לשיטה זו דגם בשטר בעינן עדי מסירה דהא לפירוש רש"י דפירש דהטעם בשאר שטרות לא משום חשש טעות שיבואו לסמוך על ע"ח ולפי זה ה"מ היכי דאיכא ע"ח אבל היכי דליכא ע"ח פשיטא דלא חיישינן שיכשירו אם עדי מסירה ישכחו ולפי זה פשיטא דלא קשה קושית התוס' מהך דכתב לה על החרס דהתם דליכא ע"ח רק עדי מסירה א"כ אם ישכחו לא יכשירוהו בשום פנים ולא חיישינן לטעות כלל ודאל"כ למה פירש"י שיסמכו על ע"ח] וכמו כן הך קושיא מהך דאין עליו עדים ונדחקו לחלק דעדים יכירו צורת השטר וכן כתב הר"ן ולפירש"י לק"מ כיון דליכא ע"ח וברור דכל קושית התוספות והר"ן הוא רק לפירוש ר"י משום גזירת הכתוב וכבר ביארנו שאי אפשר לדחו' פירש"י רק אי נימא דבשטר בעינן ג"כ ע"מ א"כ כיון דקיימא לן הך חילוק בין שטר הקנאה לשטר ראיה א"כ פשיטא דע"כ דבשטר בעינן ג"כ ע"מ כשיטת הב"ח וכן דעת התוספות והר"ן ומדכתב הר"ן לדתות הפי' לא אמר ר"א רק בגיטין היינו כל הדין דע"מ כרתי דהא קאמר אין עליו עדים גובה משועבדים והיינו שט"ח א"כ בהך דע"ח ג"כ מספיק לא מוכח מהתם א"כ יש להוכיח להיפך ובאמת אין ראיה דסובר כיון דשמעינן דהך ע"מ גם בשטרות א"כ ממילא דגם ע"מ עיקר] כמו שבארנו לכן דינו של הש"ך צ"ע ודו"ק היטב:

ג ולכן אם עשה בזמן הזה שטר מקושר פסול. עש"ך שהאריך להשיג על זה ובתומים כתב עליו שלא דיבר נכונה בעבד ה' ותורף דבריו דהרב מיירי שיש עדים בתוכו וגם מאחוריו דזה שפיר תלוי בפלוגתא כיון דכל התקנה משום קפידא דלוה ועכשיו לא שייך קפידא ובזה חולק הנ"י עם הרשב"ם ע"כ. ואין דבריו נכונים כלל דמלבד מה דקשה מנין לו להרב דהנ"י חולק בזה הוא לא מיירי כלל בהך גוונא דוודאי מעיקרא מייתי פי' הרמב"ן דמשנה מיירי שיש עדים בתוכו וגם מאחוריו ומ"מ פסול משום קפידא ובזה

בזמן הזה בוודאי כשר כיון דלא שייך קפידא רק אם עשה בזמן הזה מקושר בזה כתב דמשום קפידא היה בדין שיהא כשר דלא שייך קפידא וא"כ אף שאין אנו יודעין עכשיו לעשות מקושר מ"מ הוא לא הקפיד בוודאי שיהא מקושר בדוקא כיון דלא ידעינן לי' ועל זה כתב דמ"מ פסול לטעמו של רשב"ם דמוקי משנה בפשיטות שחתם מאחוריו לבד ופוסל משום תקנת חכמים [וגם הרמב"ן מודה בזה רק דעדיפא קאמר דאפילו חתומים מאחוריו ומתוכו פסול משום קפידא כמבואר ברמב"ן א"כ השתא נמי נהי דמשום קפידא ליכא מ"מ משום תקנת חכמים איכא הילכך אם עשה מקושר כיון דעכשיו לא ידעינן הוי כמו פשוט מאחוריו דפסול מתקנת חכמים אבל אם חתומים מתוכו ומאמוריו מאן שמעת לי' דפסול לדעת הנ"י ועוד דהיאך אפשר דהנ"י מיירי בכהאי גוונא א"כ היאך פסק אח"כ בפי' כהרמב"ן דאם לא החזיר בשיטה אחרונה כשר דהכא נמי לא היה התקנה רק משום קפידא ועכשיו ליכא קפידא ומ"מ פסול א"כ התם נמי ואי נימא דמ"מ לא דמי א"כ מנין לו להרב דיש חולקין דמהך דלקמן סימן מ"ד אין ראיה כלל דהא ע"כ שיש חילוק ביניהם ועוד אי ס"ד דכוונת הנ"י כך מנין לו דהרמב"ם סובר כן הא הרשב"ם לא פי' כלל בחתומים תרווייהו ומשום קפידא כמבואר ברמב"ן וברור דכוונת הנ"י כמו שכתבתי דחתומים רק מאחוריו וס"ד כיון דנא שייך קפידא גם זה יוכשר קמ"ל דע"כ לא בעינן לטעמא דקפידא רק בחתומים תרווייהו אבל מאחוריו בלבד בלא"ה פסול כפי' רשב"ם וגם הרמב"ן מודה לו והיינו כדעת הש"ך וזה ברור:

ד וכל דבר שנוכל לתלות במחק תלינן. כתב הסמ"ע פי' והשטר פסול עכ"ל וכן כתב הט"ז וז"ל פי' שיש לתלות שהיה שם איזה דבר כתוב לחובתו עכ"ל. ולפע"ד צ"ע בדין זה כי נלמד ממה שכתב הנ"י גבי ההוא דכפתיה ואודי וז"ל ש"מ דאי לא אודי לא פסלינן השטר ואומר מורי הרב דמיירי שלא היה המחק ניכר דאי לא כל מה שאתה יכול לתלות במחק תלה וכו' עכ"ל. והביאו הב"י וברור דהנ"י לטעמיה אזיל שכתב ריש פרק גט פשוט וז"ל אמר המחבר אמרו בירושלמי כל מה שאתה יכול לתלות במחק תלה וכו' אבל במחקים או גרדין שאינן מקויימין כל השטר נפסל דחיישינן שמא היה שם איזה תנאי ותלינן כל מה שאפשר לתלות בו ומעתה ברור דלהפוסקים החולקין על הנ"י כמו שכתב המחבר להדיא לקמן סימן מ"ד דאין למידין מן המחק אבל אינו פוסל גוף השטר רק אם יש ריעותא בגוף השטר דהיינו במעות ושם הלוה דאז כיון שאין למידין ממילא בטל השטר א"כ הכא נמי אף אם יש מחק ניכר מ"מ די שנבדק הדבר היטב ולא פסלינן השטר לגמרי מחמת המחק ומעתה יש לתמוה על הרב האיך הביא בכאן דעת הנ"י בסתם הא פשיטא דהרבה פוסקים חולקים והנ"י גופא לטעמיה אזיל כנ"ל גם עיקר דברי

הנ"י דהביא ראיה מן הירושלמי פרק גט פשוט עיינתי שם בירושלמי וראיתי שאין כאן ראיה כלל ובהיפך מבואר דאיתא התם כל מה שיש לתלות במחק תנינן ופריך מהו מה שיש לתלות תלינן ומפרש כגון בשטר קידושין למעלה כתב תנאי ולמטה כתב תנאי זה על המחק אז אמרינן דחזרה היה וחזרו ורצו שיהא קידושין בלי תנאי ע"ש וא"כ מבואר שאין ענין זה לדעת הנ"י ואין כאן ראיה כלל ואדרבא מבואר דהקידושין קיימין והמחק אינו פוסל כל השטר רק דקמ"ל דתולין במחק חזרה כנ"ל ואולי היה להנ"י גירסא אחרת בירושלמי שם אבל לפי מה שהוא לפנינו מבואר בהיפך ועכ"פ לא היה לו להרב להביא דעת הנ"י בסתם ואולי היה הרב מפרש דעת הנ"י בהיפך דאם ניכר מחק אז אין צריך לבדוק דאמרינן דלכך הרחיק הסופר יותר מדאי שלא רצה לכתוב על מחק כיון שאין למידין ממנו אך מ"מ כיון דיש פוסקים דמחק פוסל א"כ הכא פסול גם ל' הנ"י מורה בבירור דהיינו הך שכתב ריש פרק שם לכן דין זה במחלוקת שנוי' כמו שכתבתי עש"ך לקמן סימן מ"ד ס"ק י"א. (ה) ואם נזדמן לו בסוף שיטה כתב הש"ך בשם הב"ח דאפילו כבר נזכר למעלה שלש אין נכתוב בסוף שיטה שלש שמא יף שלשים והכל הולך אחר התחתון וכתב הש"ך ואינו מוכרח ולא נתברר טעמו ולכאורה דברי הב"ח מוכרחין ואולי כוונתו דע"כ לא אמרינן הולך אחר התחתון רק אם התחתון באמצע שיטה שאין כאן חשש זייוף אבל אם כתב באמצע שלש ולמטה בסוף שיטה שלשים אין הולכין אחר התחתון ואמרינן דהיה כתוב ג"כ שלש וזייף שלשים כיון דהדין יהא באמת דיכולין לכתוב בסוף שיטה שלש כיון שכבר הזכירו שלשה בגוף השטר למעלה א"כ אם כתוב שלשים ולמעלה שלש אין הולכין אחר התחתון כשכתוב בסוף שיטה ונראה עוד דאפילו אי נימא כשיטת הב"ח דגם בזה אין לכתוב שלש מ"מ נראה דאם בא לפנינו שלשים בסוף שיטה ולמעלה שלש אין למידין דנהי דלא חיישינן שעשו שלא כדין אבל בזה כיון דכבר כתבו למעלה שלשה לא חששו לכתוב בכאן א"כ פשיטא דאין דברי הב"ח מוכרחין כנ"ל בכוונת הש"ך. אך יש להוכיח דינו של הב"ח מדברי המחבר גופא שכתב מחזיר פעמים רבות מבואר דאפילו אם בפעם שניה הגיע לסוף שיטה מחזיר עוד כמו שכתב הסמ"ע ולכאורה קשה דהא אין לחוש שמא יזייף ויכתוב שלשים דא"כ יהא ניכר הזייוף דנראה שלשים מעיקרא בסוף שיטה והשטר הוחזר עוד פעם אחרת א"כ מבואר דהוחזר מחמת שהיה כתוב שלש בסוף שיטה דאל"כ למה הוחזר פעם שנית ובע"כ צריך לומר דהחשש דבאמת לא יזייף בפעם ראשון רק יניח כמות שהוא שלש רק בפעם שני יזייף והכל הולך אחר התחתון ולכך הוחזר פעם שנית דהיה חזרה ויגבה שלשים לכך

צריך להחזיר עוד הפעם א"כ כ"ש אם מעיקרא כתוב שלש באמצע שיטה דיגבה שלשים כמו בתחתון ודברי הב"ח מוכרחין:

ו ואפשר לקיימם כתב הסמ"ע דאפילו הקיום בדוחק מקיימין דאין דרך הבריות לחזור תכ"ד והש"ך כתב דכוונת הד"מ שהם מרוחקים היינו שהם רחוקים זה מזה בשטר אבל בדוחק מי שמעת לי' ובתומי' תמה דאדרבא ההיפך מבואר דלא כסמ"ע דלפי דבריו אפי' השינוי מלמעלה למטה נקיי' בדוחק כמו שכתב רשב"ם בפי' המשנה ועוד הביא ראיה מן הש"ס פ' השואל גבי איסתרא מאה מעי דפירש"י פירושא קא מפרש היינו פרוטות גרועות או איסתרא טוב וקאמר באמת דלא רק חזרה הוי ע"ש ואין דבריו נכונים כלל דקושיא ראשונה פשיטא דלק"מ דע"כ לא פי' רשב"ם במשנה דמפרשינן זוזי גריעי היינו אם כתב דאינון דזהו מורה דהוא פי' לדבריו הראשונים אבל אם לא הזכיר דאינון וכ"ש כשהם מרוחקים ויש הפסק ביניהם פשיטא דלא אמרינן דהאחרון הוא פי' לראשון או להיפך שהרי לא הזכיר הפי' מיד ואם היה דעתו כך היאך לא פי' מיד וכהאי גוונא מודה רשב"ם דאפי' פי' דוחק לא הוי. ולפי זה היה מקום ליישב ג"כ הך דהמקבל דמהאי טעמ' באמת לא אמרינן פירושא קא מפרש כיון דלא הזכיר דאינון וכן יש להוכיח מדברי התוס' שם דהקשו לרש"י דהא פרק גט פשוט מבואר דלא מפרשינן רק פחות שבלשונות ובאמת הא לאו קושיא היא דשאני התם משום דיד בעל השטר על התחתונה אבל הכא שפיר מפרשינן גם על היותר דאין יכולין להוציא ממנו המקח בפחות ודוקא במאה מעי איסתרא אין לפרש מאה מעי טובים כאיסתרא ביוקר דא"כ למה אמר איסתרא כיון שהזכיר מאה מעי אבל להיפך ביוקר נמי מפרשינן כל היכי דלא שייך יד בעל השטר וכו' [ואולי כוונת התוס' להקשות על רש"י דהכא משמע דבהיפך נמי כשאמר זוזי מאה דאינון תלתין נמי מפרשינן זוזים דעלמא כתלתין גריעי וא"כ תקשי נמי למה הזכיר סלעים א"כ התם נמי נפרש כן וצ"ע] ולמה לא הקשו התוס' בפשיטות דהיאך ס"ד פירושא קא מפרש דהתם מבואר דבלמעלה למטה לא מפרשינן והיינו כיון דיש לומר חזרה וא"כ התם נמי הא יש לומר חזרה ולא מפרשינן וע"כ דלא דמי דדוקא בריחוק לא מפרשינן אבל בקירוב מפרשינן ואהא קאמר קמש"ל דאפי' בקירוב כל שלא אמר דאינון לא מפרשינן וא"כ גם קושייתו לק"מ אך באמת בלא"ה לא ידעתי מאי קשיא ליה מהך דהתם בוודאי כל שהחזרה סותרת לפי' בוודאי מפרשינן פי' דוחק ולא נאמר חזרה והתם בהך דרב בין אם נאמר הפי' בין אם נאמר חזרה הדין בשוה דלשון שני עיקר רק דהמקשה מקשה כיון דכבר אמר רב הך דאיסתרא למה קאמר התם הך דשוכר מרחץ ועל זה משני דמהך דאיסתרא לא שמענו רק דמשום הפי' כך הדין אבל לולא הפי' אם

לא היה מקום לפרש כלל והיה בהכרח לומר חזרה לא נאמר תפיס לשון ראשון קמש"ל הך דמרחץ אף דוודאי חזרה הוא דליכא ליפרושי כלל מ"מ בלי פי' תפיס לשון אחרון אבל היכי דהפי' מתנגד לחזרה יש מקום לפרש אפילו בדוחק לא אמרינן דחזרה הוא ואם לפי הפי' לשון ראשון עיקר מוד' דסמכינן על לשון ראשון ואף דבהך דמרחץ ג"כ איכא ליפרושי כמו שכתבו התוס' הא ליתא דהא רש"י פשיטא דלא סבירא ליה כן ודו"ק גם בלא"ה פשיטא דלא דמי חזרה דמקח וממכר לחזרה דשטר דידוע דדרך בני אדם במקח וממכר לחזור תכ"ד כמה פעמים כי חבירו אינו רוצה ליקח בכך מניח לו בזול ואפילו אמר בפי' ארבעה אמרינן בפרק ד' דנדרים דאפילו בקונם מ"מ בלבו לשלשה וכ"ש שיחזור בפיו וכמו כן להיפך כשרואה שחבירו רוצה מיד ליתן לו מה שרצה הוא חוזר ורוצה יותר משא"כ הכא לכן אין לדבריו קיום:

ז שאם למעלה היה פורט כתב הב"ח וז"ל ואינו דומה לק' זוזי דאינון עשרים סלעים דהולכין אחר הפחות שבשניהם דהתם וודאי כיון דאמר דאינון אחד תלוי בחבירו המע"ה אבל כאן אין הפרט תלוי בסכום הכל עכ"ל נראה מדבריו דכוונתו דהתם כיון שאחד תלוי בחבירו א"כ כמו דיש לומר דטעה לזכותו כמו כן יש לומר להיפך כיון שזה תלוי בזה והמע"ה אבל הכא אין הפרט תלוי בכולל א"כ למה נאמר דטעה בפרט. ובאמת הא ליתא דוודאי אם נאמר דהתם יש מקום לומר דטעה רק משום המע"ה א"כ פשיטא דהיה לנו לומר בק' זוזי דאינון עשרים שיטול ק' דהא וודאי ההלואה היתה זהובים כיון שכתב זוזין מאה דאינון סלעים א"כ לא שייך לומר דטעו על שמונים ק' וע"כ דהטעות היה שחשבו כי ק' זהובים עולים עשרים סלעים וא"כ חייב מנה ומהאי טעמא פי' רשב"ם שם ברישא דמפרשינן דהיו זוזים גרועים וחסרים כמו שאבאר בסמוך רק טעמו של הר"ר ישעיה דדוקא התם לא אמרינן דטעו דשניהם הם סכום כולל ואפילו לא היו תלויין זה בזה כיון דשניהם אינם פרטים ולא חיישינן לטעות משא"כ הכא דראשון הוא פרט הוא דבר הנראה דבחשבון הכולל טעה ועיין בסמוך:

ח מאה שהם מאתים. עסמ"ע ס"ק ט"ו דזהו ממש הך דינא ק' זוזי דאינון סלעים ויש להבין לפי מה שפירש רשב"ם במשנה דלכך אין לו רק פ' זהובים דמפרשינן זוזים גרועים וחסרים דהם סלעים כ' מבוא' דאי לאו הכי יש לו ק' א"כ הכא במנה ומאתים פשיטא דאין לפרש מאתים גרועים שהם ק' דעלמא ודוקא במטבעו' מחולקין שייך לומר כן ולא במטבע אחת ובלא"ה כתבו התוס' פרק השואל ובקשו לומר לדעת רש"י דאפילו בהך אין לפרש שהוא הפרש רב וכ"כ לא גריעי רק דהכריחו דע"כ דמפ' ועד ק' יכול להיות דגריעי אבל בהך דמאה ור' ובמטבע אחת פשיטא דאין מקום לפרש כנ"ל. אמנם באמת

דברי הרמב"ם נכונים דוודאי יש להבין ברשב"ם גופא מה צורך לומר פ' הא בלא"ה כיון דיש כאן סתירה לפנינו על איזה צד נסמוך ויהי' איך שיהיה סוף סוף יכול להיות ק' כמו פ' והמע"ה וע"כ דקשיא לי' לרשב"ם דס"ד דאמרינן דהטעם דחיישינן שהיה איזה טעות ואין אנו יודעין כיצד לכך המע"ה ואהא קשיא ליה לרשב"ם דהא וודאי זהובים הלוה כיון שכתב זוזין ואח"כ סלעין א"כ פשיטא דהטעות היה בחשבון זהו' על סלעים א"כ היאך שייך לומר דטעו על הלואה פ' מאה או להיפך וא"כ נהי דבסיפא אתי שפיר דאין לו רק ק' אבל ברישא קשה ועל זה פי' רשב"ם לא דאמרינן דיש טעות רק פירושא מפרשינן ולא היה רק פ' ולכך פי' בסיפא ג"כ כיון דלא אמרינן טעות א"כ בהא נמי הפי' דהיו גרועים וחסרים וזהו דוקא בשני מטבעות דהטעות בחשבון א"כ הטעות רק על השניה אבל במטבע אחת דהיינו מנה ומאתים א"כ מה בכך דליכא פי' מ"מ אף אם היה איזה טעות כמו כן יש לומר דהיה מנה כמו מאתים ויד בעל השטר על התחתונה ומודה רשב"ם ולפי זה הך דינא אינו דומה לדלקמן בשני מטבעות דהתם הטעם משום דמפרשינן גרועים וחסרים כרשב"ם ודו"ק:

ט דיד בעל השטר על התחתונה. עש"ך מה שהקשה על הד"מ בשם מהרא"י דכל היכי דבטל לגמרי לא אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה כמו שכתב המחבר לקמן והגאון הח"ץ האריך לתמוה דהפי' במהרא"י להיפך דהיה כתוב קנין סתם ושם לא היה מועיל חליפין רק קנין אחר וקאמר מהרא"י דיד בעל השטר על התחתונה וקנין חליפין היה וסיים דהשתא לק"מ קושית הש"ך ולא ידענא מאי קאמר דהא פשיטא דליכא למימר דלכך התם אף דהשטר בטל לגמרי אמרינן ידו על התחתונה משום דסתם קנין בחליפין מסייע ליה דהיה חליפין דהא ליתא דהא כתב מהרא"י בהדיא דכמו כן יש סברא להיפך כיון דבכל קנין חליפין כותבין במנא דכשר למיקנייא בי' וכאן כתב סתם וגם כתב בקנין גמור מבואר דהיה קנין אחר כגון חזקה וכמו שכתב ריצב"א להדיא רק דמהרא"י כתב כיון דיש לומר לכאן ולכאן יד בעל השטר על התחתונה ואדרבא מבואר דהך דריצב"א עדיפא ליה לולי הך דידו על התחתונה א"כ אכתי תקשי כיון דבטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ואם כוונת הח"ץ משום דלא כ"ע מודו בהך דשם לא מהני קנין חליפין ולכך לא איכפת לן במה שהשטר בטל א"כ היינו הך תירוץ הש"ך דכתב דשם מיירי דהסופר טעה וחשב דהקנין מועיל ואינו מועיל. ועיין תומים דהקשה על מהר"י מינץ ביש ספק בשבועה דהא ספק איסור להחמיר ובאמת לא ידעתי מאי קושיא דוודאי הוא בעצמו צריך לקיים השבועה אבל אין בעל השטר יכול לכופו כי מצידו ידו על התחתונה וכמו כן מלקוחות לא מצי גבי והתם נמי בנשבע לפרוע בר"ח החייוב עליו

ולא מצד בעל השטר: (י) אם נמחק. עש"ך ס"ק י"ב מה שכתב ליישב קושית הת"מ דהא חנן כותבין בנ' פשוטה דקמש"ל דלא הוי כנמחק ב' אותיות ובתומים כתב שנעלם ממנו דברי הרשב"א במגילה דכתב להדיא דבימיהם היו נוהגין בכתב ליבונאי ולא היו כותבין אותיות מנצפ"ך כלל ואין זה נכון דעדיין אנו מוכרחין לתירוץ הש"ך דמ"מ תקשי על הרמב"ם וטור ומחבר איך כתבו הך דינא בחנן וחנני כיון דעכשיו כותבין בנ' פשוטה וגם לתירוץ הש"ך יש לתמוה האיך זכרו בחנן דמ"מ איכא למיטעי דבזה ינתן לחנני והא וודאי ליתא כיון דנכתב בנ' פשוטה וע"כ צריך לפרש לדעת הש"ך דהמחבר מיירי דכתב חנן בנ' כפופה וא"כ פשיטא דהיה לו לבאר והאיך סתם בנ' פשוטה ועוד קשה הא בסיפא כתב ואם היה חסרון בלא מחק וכו' וינתן לחן א"כ ע"כ דהיה כתוב בנ' פשוטה דאל"כ היאך ינתן לחן וא"כ מה הפרש יש בין חסרון למחק כיון [דגם במחק או] דאפילו באות אחת אם כתב בנ' פשוטה ינתן לאחרון וצ"ע: (יא) וידוע שנמחק. כתב הסמ"ע אבל כשהשטר כיד חנני אותו שהשטר בידו גובה בו בין בחסרון בין בנמחק עכ"ל. והש"ך השיגו דהב"י לא כ"כ רק הד"מ. ובתומים תמה דגם הד"מ לא כתב רק שאין מוציאין השטר מיד חנני אבל אין גובה בו ודבר זה צריך ביאור וז"ל הב"י ומ"ש רבינו וודאי חזרה הוא וינתן לחן נראה דהב"ע במי שנתחייב במתנה או בהלואה או במכר ונתן השטר ליד שליש וכו'. וכתב הד"מ על זה וז"ל ומשמע אבל אם המלוה הוא חנני והשטר בידו אע"ג דלמטה כתוב שהמלוה חן אין מוציאין מידו השטר מחנני עכ"ל וברור דכוונת הד"מ דהבין דברי הב"י דקשיא ליה מאי עדיפותא יש לו לחן מחנן הא גם חנן אלו היה השטר בידו היה גובה בו אף דהחזרה מתנגדת לו ועל זה תירץ דהוא ביד שליש א"כ בזה יפה כח חן מחנן דבשביל החזרה נותנו לחן ולא לחנן וא"כ יפה דייק הד"מ דסובר הב"י דחנני גובה בשטר שבידו דאל"כ בלא"ה יש מעלה יתירה לחן שהוא גובה בשטר שבידו משא"כ חנני. ולפי זה ממילא מבואר דדעת הד"מ שגובה בשטרו גם חנני דאל"כ אלא שאין מוציאין עדיין אין אנו צריכין לשליש דהא יפה כח חן דגובה משא"כ חנן אין מוציאין אבל מיגבי לא גבי וע"כ דסובר דחנני גובה וזו הוא כוונת הסמ"ע דהב"י וד"מ סוברין כך. וליכא למימר דבאמת לא היה כוונת הד"מ על דרך זה רק דהבין כוונת הב"י דקשיא ליה היאך כתב הטור ויתן לחן הא עכשיו היא ביד חן ועל זה תירץ שהוא ביד שליש ומזה דייק הד"מ דאם הוא ביד חנני אין מוציאין דאי מוציאין הא מצי מיירי שהוא ביד חנני ומוציאין ממנו וינתן לחן וע"כ דאין מוציאין מחנני אבל מודה דלא גבי כדברי התומים הא וודאי ליתא דא"כ אכתי לא מוכח מידי דלעולם דמוציאין ומ"מ הוכרח הב"י לאוקמא בשליש דאי ס"ד ביוצא מתחת ידי חנני א"כ נהי דמוציאין מחנני משום דהשטר

אינו על שמו כלל מ"מ היאך ינתן לחן מנא לן דמיד חן נפל ובא לחנני הא יש לומר מן הלוה נפל דכותבין לו שטר בני מלוה ועדיין לא מסרו כלל וכ"ש כשאין הלוה לפנינו דאי אפשר לגבות בשטר זה כלל כמו כל שטר שנפל ויוצא מתחת יד אחר כיון דלאו ביד חן הוא וע"כ הוצרך הב"י לאוקמא בשליש ואינו יודע היאך בא לידו [אבל יודע שלא מצאו כדלעיל סוף סי' מ"א ובוודאי מן מלוה בא לידו ואין כאן ראיה כלל וברור דכוונת הד"מ דוודאי הך לא קשיא ליה להב"י דיש לומר המעות ינתן לחן רק הקושיא כנ"ל במה יפה כח חן מכח חנן כיון דמתחת ידו היה גובה כמו חן וא"כ דברי הסמ"ע מוכרחין בב"י וד"מ ודלא כהתומים. אך מ"מ נהי דוודאי כוונת הד"מ כן כמו שבארנו אבל יש לתמוה דאי ס"ד דכך כוונת הב"י למה כתב דהב"ע במי שנתחייב במתנה או בהלואה ובמכר והיה ביד שליש הא עיקר התירוץ על זה שהיה ביד שליש א"כ למה פורט והולך במאי מיירי ומאי נפקא מינה סוף סוף ע"כ שהוא ביד שליש א"כ בפשיטות היה לו לתרץ ביד שליש ויהיה באיזה ענין שיהיה וברור דכוונת הב"י באמת דקשיא ליה היאך קאמר וינתן לחן דמשמע דאשטר קאי והלא השטר הוא ביד חן דאי ביד חנני היאך יגבה בו חן כיון דנפל ולא נמסר לידו או נפרע כנ"ל ואם היה כוונת הטור על התשלומין היה לו לו' וישלם לחן ועל זה כתב הב"י או דמיירי במתנה וא"כ אתי שפיר וינתן לחן הכוונה על המתנה דבזה שייך לשון נתינה והשטר הוא ביד חן או דמיירי בהלואה ובמכר רק דהיא ביד שליש ושפיר קאמר וינתן לחן על השטר. ולפי זה לא מוכח מדברי הב"י מידי ואם השטר יוצא מיד חנני יכול להיות דסובר דמוציאין ממנו ג"כ רק לא ינתן לחן מטעם הנ"ל וזה ברור ודברי הד"מ צ"ע כמו שבארנוה:

יב ואם היה חסרון בלא מחק וכו' וינתן לחן דין זה צריך בירור ודיקדוק היטב ותמהני על האחרונים ז"ל שלא נתעוררו בזה כמו שאבאר והוא דהרב ב"י כשהביא פי' התוס' והרשב"ם והג"א כתב ונראה דלענין דינא לא פליגי דבנמחק מודה רשב"ם וכן להיפך ולפע"ד נראה ברור דהא ליתא והם רחוקים זה מזה הרבה ואיכא נפקותא טובא לדינא כמו שיתבאר והוא דרשב"ם פי' המשנה בלי נמחק כלל רק בחסרון בלא מחק ועל זה קאי הברייתא ג"כ ועל זה קא מתמה בש"ס מ"ש שני אותיות דחיישינן לשם בן ד' אותיות והוי פלגא דשמא אות אמת נמי ניחוש דילמא מיתרמי שם בן שתי אותיות והוי פלגא דשמא ומשני דחיישינן לשם בן שלש אותיות והוי רוב' דשמא הילכך באות אחת ליכא למיחש ופי' רשב"ם דהוי רוב' דשמא ולא חיישינן שהשמיט הסופר שני אותיות וינתן לתחתון. ומעתה הדבר ברור דע"כ לא כתב רשב"ם דינתן לאחרון רק בשם בן ג' אותיות דאז אמרינן דוודאי הסופר לא טעה רק חזרה היה אבל בשם בן ד' וכ"ש בשם בן ה' או ו'

דבהא פשיטא דלא אמרינן וודאי חזרה הוא דהא באמת באות אמת כשר אפילו בפלגא משום דליכא למיגזר א"כ בהך נמי רק משום גזירה שלא ישאר רק מיעוט דשמא והרוב יחסר א"כ האיך יעלה על הדעת דמשום גזירה דשמא מתרמי נאמר שינתן לאחרון מה שלא הלוה מעולם ואין לו עסק כאן ובוודאי יש לומר דחכמים גזרו משום גזירה דהשטר יפסל אבל לא משום גזירה ינתן לאיש שלא עמל בו ולא נתן שום ממון ישתקע הדבר ולא נאמר. וברור דמודה רשב"ם דבכהאי גוונא השטר פסול משום גזירה אבל לא שינתן לאחרון ומהאי טעמא לא פי' רשב"ם בברייתא גופא דקתני אבל לא בשתי אותיות היה לו לפרש דינתן לאחרון ולמה נטר עד אח"כ דמסיק דגזרינן משום רובא דשמא וע"כ דלעיל דבאמת הכוונה דלעולם פסול אפילו בפלגא ואפילו רוב עומד א"כ בהא פשיטא כיון דאינו רק גזירה היאך שייך שינתן לאחר שלא עמל ולא טרח וכי בשביל גזירת חכמים יאכל הלה וחדי רק אח"כ ברובה דשמא יפה פי' רשב"ם דינתן לאחרון כיון דרוב נחסר ואינו משום גזירה רק מדינא דוודאי חזרה הוי ולפי זה מה שכתבו הרמב"ם והטור דבחסרון בלא מחק ינתן לחן ולא חילקו בין שם בן ג' אותיות לשם בן ד' או ה' ואדרבא בטור כתב להדיא אפילו בשם בן ו' אותיות היינו משום דהם מפרשים הסוגי' בנמחק ואהא קאמר בש"ס דילמא מיתרמי אבל בחסרון סוברים דלא שייך כלל הך קושיא רק דאמרינן כל שני אותיות בוודאי לא השמיט הסופר ובוודאי חזרה הוי ולא משום גזירה כלל הילכך כתבו בפשיטות דכל שנחסר שתי אותיות ינתן לאחרון אבל הרשב"ם דפי' הסוגיא בחסרון ועל זה קאמרינן בשם בן ד' וה' משום גזירה א"כ פשיטא דלא ינתן לאחרון רק השטר פסול רק בנחסר רובו של שם אז ינתן לאחרון כמו שפירש רשב"ם אך על הרמב"ם יש לדקדק כי נראה מדבריו דהוא פי' בחסרון דאל"כ האיך השמיט הדין בנמחק וע"כ דבחסרון מפרש לה א"כ תקשי למה לא חילק בין שם בן ד' לנחסר רובו של שם אך באמת נראה ברור דהרמב"ם סמך עצמו על הירושלמי דמבעיא ליה למעלה כתב חנן ולמטה חנני אם נלמד תחתון מעליון ועליון מתחתון ולפי זה נראה ברור דבש"ס ירושלמי מפרשים המשנה בחסרון דאי בנמחק א"כ פשיטא דילפינן ומאי נפקא מינה הא נראה בבירור דנמחק אות ודוקא בנחסר שייך ספק אי נימא דשני שמות הם דלא שכיח שהשמיט הסופר בתיבה זו למעלה אות ולמטה אות אבל בנמחק מאי ספק יש ופשיטא דנלמד עליון מתחתון ותחתון מעליון ולפי זה צריך לומר דבאמת הירושלמי מפרש הטעם לא משום גזירה דבחסרון סבירי להו דלא שייך גזרה כלל ולכך פי' הרמב"ם ג"כ בחסרון ולא משום גזרה כלל והש"ס דילן מפרש בנמחק לכך קאמר גזרה אבל בחסרון בלא"ה אין למידן בב' אותיות ויתן לתחתון וכן דרך הרמב"ם בכל

מקום דהירושלמי מפרש ברויחא טפי לפר' כהירושלמי כ"ש כאן דאין נ"מ לדינא וכל זה הוא דלא כרשב"ם דפי' ש"ס דילן בחסרון ומשום גזירה א"כ פשיטא דיש חולקין בין נחסר רובו לפלגא כנ"ל: ועוד נלפע"ד דלהפוסקים דסוברים דמיירי בנמחק נראה דסבירי להו דאפילו לא נמחק רק אות אחת דוקא בנמחק למידין מן העליון דמסתמא נמחק אותו אות שכתוב למעלה אבל בנחסר אות אחת מנין לנו שנלמוד מעליון דנהי דאפשר לומר דטעה והשמיט אות אבל מידי ספיקא לא נפקא שמא חזרה הוא ושם אחר הוא ובזה לא שמענו דנלמוד מעליון ונראה דמהאי טעמא השמיטו הפוסקים הך דירושלמי דהא כבר ביארנו דהך בעי' רק בנחסר ולא בנמחק וא"כ לדידן דמפרשינן בנמחק לא שייך הך בעי' דבנמחק פשיטא דלמידין ובנחסר בלא"ה רק אפילו אות אחת למטה או למעלה אין למידין רק השטר ספק ופסול וכן נראה מדברי הטור להדיא דאחר שכתב דין נמחק באות אחת ובב' אותיות כתב אבל בחסרון בלא מחק וודאי חזרה הוא וינתן לחן ולמה לא הזכיר דין אות אחת בנחסר דנלמד מעליון וע"כ כיון דמפרש בנמחק בחסרון לא שמענו דלמידין ונהי דלא ינתן לחן דשמא השמיט אבל מידי ספיקא לא נפקא וזה ברור לפע"ד אבל להרשב"ם פשיטא דבחסרון אות אחת נלמד מעליון והוא דין המשנה לפירושו. ויש לי ספק עוד במה דמשני בש"ס דגזרינן משום שם בן ג' אותיות דחסר רובו של שם אי נימא דבאמת ברובו של שם קיים כגון שם בן ה' אותיות בהא נלמד מעליון ולא גזרינן רוב קיים משום נחסר ודוקא בפלגא דהיינו שם בן ד' דבהא איירי ברייתא ענני וחנני אז גזרינן פלגא אטו רוב אבל לא לגזור כ"כ רוב קיים משום רוב נחסר ובלא"ה כבר תמהו בתוס' שם להפסיד זה משום גזירה וכ"ש לגזור כ"כ מה דלא שמענו בברייתא ובזה יש להבין באמת מאי ס"ד דמקשה וכי לא ידע דאיכא למיגזר משום שם בן ג' וע"כ דהמקשן סליק אדעתיה דפלגא באמת פסול א"כ ע"כ דגזרינן ברובו ג"כ אטו פלגא אבל באמת משני ליה דפלגא ג"כ כשר רק פלגא גזרינן אטו רוב נחסר אבל מעיקרא אין לומר דרוב גזרינן אטו רוב נחסר דכ"ה לא גזרינן וע"כ משום פלגא דפלגא נמי פסול ואהא משני דפלגא כשר רק פלגא גזרינן אטו רוב נחסר. אמנם בתוס' דהקשו שם תימה היאך מפסידין לזה משום גזירה ולמה לא הקשו זה מעיקרא דקאמר מ"ש שתי אותיות דילמא מיתרמי והוי להו להקשות כן וע"כ דמעיקרא לא קשיא להו משום דברוב גזרינן אטו פלגא אבל למסקנא משמע להו דברוב נמי גזרינן אטו רוב ועל זה תמהו למה לנו לגזור כ"כ להפסיד לזה ומזה מבואר דעתם דאף במסקנא גזרינן ברוב ג"כ וצריך לומר דדייקי כן דע"כ דהברייתא מיירי בכל גוונא אפילו בשם בן ה' דאל"כ למה ליה לישנויי כלל גזירה הוי ליה לומר דפלגא באמת פסול ובאות אחת מג' וד' כשר ולא מב' ולא גזרינן

כלל וע"כ דמשמע להו דברייתא מיירי בכל גוונא א"כ מבואר דגזרינן רוב קיים אטו רוב נחסר וזה ברור [ומדברי התוס' הללו יש סייוע גם כן למה שכתבתי מקודם לדעת רשב"ם ודו"ק] אבל בהך דינא דלעיל מה שכתבתי לרשב"ם נראה לפע"ד ברור דבשם בן ד' וה' לא ינתן לאחרון לדעת רשב"ם וכן להחולקים בנחסר אות אחת לא נלמוד מעליון כמו שבארנו וצ"ע בכל זה מאחר שהרב ב"י השוה דעת כולם כאחד:

יג שהקפל פחות מספל עסמ"ע ס"ק כ"א מה שכתב דלהרמב"ם חיישינן אף להיפך שמא עשה זבוב מס' ק' והט"ז תמה דהא בש"ס קאמר פשיטא מלמעלה ספל ומלמטה קפל דהולכין אחר התחתון בעי ר"פ מלמעלה קפל ומלמטה ספל מאי אי חיישינן לזבוב. מבואר דמעיקר' לא חיישינן לזבוב דאל"כ היאך פשיטא ליה ואין דבריו נראין לפע"ד דוודאי בסיפא מבעיא ליה אי יש מקום לחוש לזבוב אבל פשיטא דאפילו אי נימא דחיישינן לזבוב מ"מ לא נאמר דוודאי. (זבוב מחק ובזה אין שום ספק רק הספק שמא לא חיישינן לזבוב כלל ולפי זה ברישא דקפל הוא פחות הוא מילתא דפשיטא דאפילו אי נימא דחיישינן לזבוב מ"מ פשיטא דלא אמרינן וודאי זבוב מחק ויש לומר חזרה ג"כ א"כ כיון קפל פחות אין רק קפל אבל אי למעלה קפל ולמטה ספל בזו הספק שמא לא חיישינן לזבוב כלל ויש לו ספל דהוא יותר או דחיישינן ומספק לא יקח רק קפל דלמעלה דשמא זבוב הסיר אבל פשיטא דבזה אין ספק לסמוך על זבוב דוודאי מחק ולא היה חזרה וזה ברור ולק"מ: (יד) דלא כיש חולקין. עש"ך מה שכתב לפרש דמהרי"ק אינו חולק כלל וכוונתו דמהרי"ק מיירי להדיא שזה אינו טוען שום טענה לפטור עצמו רק מכח הספק הזה דפ"ש בכלל צדקה אבל אי אין פדיון שבויים בכלל צדקה מודה דחייב באמת מן הדין והיינו דבשעת שעשו הפשרה לא נתפרש בפ"ש מה יהא א"כ אי אינו בכלל צדקה הרי מחוייב באמת משא"כ בשובר לבד הספק שיש בשובר הוא אומר שאינו חייב מצד המעשה בעצמה שעשו בעל פה שפרע או מחל לו רק בשובר הלשון סתום אבל פטורו של זה אינו מכח השובר רק מכח המעשה שנעשה ונכתב בשובר משא"כ התם לא נעשה מעשה מצד עצמה רק זהו פיטורו מה שפדיון שבויים בכלל צדקה ולק"מ מה שהקשה בתומים דהתם ג"כ היה הפשר קודם החייוב דכוונת הש"ך כנ"ל גם מה שהקשה בתומים הא אין אדם מוחל דבר שלב"ל ומכח זה פי' דהוא בא להוציא מחביריו והוא תמוה דהא בהדיא כתב מהרי"ק שם ופשיטא שאין לומר לפי שהוא מוחזק בממון אין חזקתו כלום מאחר שמכח הדין הוא מתחייב לפי ממונו הרי להדיא דחשבו הרב מהרי"ק למוחזק ובעיקר קושיתו דהוי דשלב"ל שלש תשובות בדבר א' די"ל דסובר כדעת המרדכי פרק מי שמת דאם הקנה דבר שלב"ל עם דבר שב"ל לא

דמי לקנו את וחמור וקנה הכל ע"ש בהגה' דמחלק בין זה לקנו את וחמור דלא כרבינו שמחה שם ולפי זה הכא נמי כיון שכתבו צדקה סתם ג"כ וזהו דבר שבא לעולם דהא איכא עניים טובא א"כ אם פ"ש בכלל הוי כמקנה דשלב"ל עם דבר שב"ל ומהני. ועוד יש לומר דסובר כדעת המרדכי פרק מי שמת דאם הקנה לו בפי' שיקנה כשיבוא לעולם מהני והכא נמי הרי כתבו כשיגיע פ"ש מחול לו אז ועוד דהא כתב הרב בהגה' לקמן סי' ר"ט דאם תפס מהני ואם כתבו לו שטר הוי כתפס וא"כ הכא נמי כתבו לו שטר מחילה ואף שכתב הסמ"ע שם דמיירי שכתב לו שטר כשבא לעולם כבר השיגו הט"ז שם ופי' דמיירי שהשטר יהא בידו כשיבוא לעולם וה"נ קנה אך גוף דברי מהרי"ק תמוהין לפע"ד דהא התם מיירי להדיא שראשי הקהל הסכימו שכל אחד יתן לפי ממונו לפ"ש רק שאותן ג' אנשים נתפשרו פעם אחת שלדבר צדקה יתנו שוה בשוה ומעתה דרך משל דלפי שומת הקהל היה עולה משלשתן ששה מאות זהו' ויתנו כל אחד לפי ממונו וראובן היה רוצה שיתנו בשוה לפי שטר הפשר' שעשו אבל פשיטא שאין ענין הקהל לשטר שלהם והם מוציאין ממונם כפי השומא והשתא היאך שייך לומר לפי שהוא מוחזק ידו על העליונה ולא יתן רק ב' מאות הא כיון דלפי השומא חייב ג' מאות א"כ מי יתן להקהל המאה הא חבירו ג"כ מוחזק ולא עלה על חלקו רק מאה א"כ וכי בשביל שטר פשר שלהם יפסידו הקהל א"כ פשיטא דכל שיש ספק בשטר ואין הקהל יכולין להוציא כפי השטר ממילא מוציאין כפי השומא ובאמת במהרי"ק גופא היה מקום לפר' כן דאין לפטרו לפי שהוא מוחזק מאחר דלפי דין הקהל חייב ליתן לפי ממונו א"כ מאיזה צד יפטר עצמו מן הקהל כיון שהקהל אין יכולין להוציא מחביריו יותר מהשומ' לפי שיש ספק בשטר. ולפי זה פשיטא דלא מוכח מדברי מהרי"ק דחולק על דעה ראשונה בשובר דהתם שאני כמו שכתבתי אך קשה דמהרי"ק הביא ראיה מהך דהכותב והתם לא מיירי כלל על דרך זה וצ"ע:

טו אבל בדבר שהשטר בטל בו לא עי' תומים בשם כנה"ג שנסתפק אם בטל מקצת השטר אם אמרינן יבהע"ה וכתב הוא דמוכח מדברי בעה"ת בשטר שזמנו בשבת תינח בכ"א בתשרי דהוא לאחר רובו של חודש. אבל בז' תשרי דהוא קודם רובו א"כ למה לא נימא יבהע"ה דאי דנתבטל השטר הא לא בטל כולו דקודם רובו יש לומר דעדים טעו בעיבור א"כ גובה בנ"ח עכ"פ ע"כ. ודבריו תמוהין דהא בהדיא כתב הרב בהגה' דהיינו דוקא בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בטעות בלא"ה אפילו כל השטר בטל אמרינן ידו על התחתונה א"כ פשיטא דע"כ בעה"ת מיירי לאחר רוב שאין לחוש לטעות אבל קודם רוב בוודאי בטל דיש לומר דהעדים טעו וכן הדעת נותן דהא עיקר הטעם

דהיכי דנתבטל לגמרי לא אמרינן יב"ה ע"ה משום דע"כ לא כיוון כן דאל"כ לאיזה צורך כתבו אבל אם יש מקום דטעה לא שייך זה וא"כ הכא נמי בעדים כיון דיש לומר דטעו השטר בטל והוי מוקדם וע"כ דבעל התרומות מיירי לאחר רוב וא"כ דינו של הכנה"ג ג"כ לא מוכח מידי אך יש להכריח דינו של הכנה"ג מדברי הב"ח שהביא הש"ך ס"ק כ"א שכתב דלא משמע כן בדברי ה"ה ונ"י ובעה"ת וכתב הש"ך דלא דק דהכא שאני די"ל דהנותן טעה ולפי הנ"ל לק"מ דהב"ח דייק דתינח לאחר רוב קודם רוב הא יש לומר דטעו בעיבור וע"כ דלא מהני טעות וכל היכי דבטל לא אמרינן ידו על התחתונה. ולפי זה מבואר דאפילו נתבטל מקצת לא אמרינן יב"ה עה"ת דאל"כ ע"כ דבעה"ת מיירי לאחר רוב וזה ברור בכוונת הב"ח ולק"מ קושית הש"ך אך מ"מ לא מוכח דינו של הכנה"ג דהא פשיטא דספיקא של הכנה"ג לא היה באופן שלפי הביטול יש יתר בגוף השטר רק מקצת השטר קיים א"כ הרי דינו מבואר בש"ך לעיל ס"ק י"א דהיכי דהיו ענינים שאינם בטלים רק ענין אחד בטל לא אמרינן יב"ה עה"ת והיינו כיון דעיקר הסברא דלאיזה צורך כתבו א"כ אכתי תקשי לאיזה צורך כתב ענין זה וע"כ דכל הספק שאיתו הענין מורה על שני דברים והאחד נתבטל ואחד נשאר קיים ואין כאן יתרון בשטר דהוא צריך לענין השני ולפי זה לא מוכח מהתם מידי דהתם כיון שנתבטל מתורת משועבדים פשיטא דכל השטר מיותר וכל טיבו של שטר הוא לגבות משועבדים ושלא לטעון פרעתי וכל זה בטל דבנ"ח גובה בכתב יד בעלמא או בעדים ולא מוכח מידי ודו"ק:

טז ויש אומרים וכו' לשון דלא מהני במתנה. עיין ש"ך דגם דעה הראשונה מודה בזה והביא ראיה ממהרי"ק. ואין זה נכון דהא מהרי"ק דייק להדיא לפי שלדעת הרא"ש מהני לשון הנחה ואנן מספקא לן לכך אנו חיישינן דטעה כיון דבאמת אפשר דמהני אבל היכי שהדין ברור דלא מהני לשון זה לא שמענו. ובאמת בתשובת הרשב"א שהביא הרב בהגה' דלשון דלא מהני באמת מ"מ נתבטל השטר וזה שכתב הרב וי"א דמהרי"ק חולק בזה וברור דהסמ"ע ס"ק כ"ו כיוון לזה שכתב נראה דמיירי כגון שדה זו אתננו לו ותמה עליו הש"ך ס"ק כ"ב דלמה הניח דברי מהרי"ק בלשון הנחה. ולפי הנ"ל לא קשיא מידי דמדברי מהרי"ק מבואר דוקא בספק אבל היכי דוודאי לא מהני לא ובאמת הרב כתב ויש אומרים דהיינו אפילו היכי דוודאי לא מהני מכל מקום נתבטל דיש לומר טעה לזה פי' באתננו וזה ברור בכוונת הסמ"ע:

יז ודלא כטופסי דשטרי בתומים תמה דהא המחבר פסק לקמן סימן ס' בקנין מא"ק דצריך לכתוב ודלא כטופסי' דשטרא והיינו בפי' רשב"ם שם דאי לאו הכי אינו מועיל מא"ק ודלא כרמב"ן שם אם כן היאך פסק כאן דאי כתב דלא כטופסי דשטרא ידו על

העליונה וע"ש מה שהאריך ליישב ולפי עניות דעתי נראה דלא קשיא מידי דוודאי אף הרשב"ם דחולק על הרמב"ן בפי' דלא כטופסי דשטרי הוא כדי שתהא ידו על העליונה אין כוונתו דחולק בגוף הדין רק דלא ניחא ליה לפרש כן דהתם לאו בהכי איירי רק במא"ק לכך פי' דבמא"ק אינו מועיל בלי דלא כטופסי' דשטרי ולפי זה באמת בשטר כזה לא אמרינן ידו על העליונה דהא הוצרך לכתבו כדי שיועיל מא"ק אבל בשטרי דעלמא כשכותבין דלא כטופסי פשיטא דכול' עלמא מודים דנכתב כדי שתהא ידו על העליונה ובהכי איירי המחבר כאן ולא בקנין מא"ק וזה ברור:

יח נותן לו שתים ונשבע לו היסת. כ"כ הטור וכתב ב"י שיצא לו דין זה מפ"ק דמציעא דמסקינן לכ"ע שתים פטור דהוי ש"ק והיסת נשבעין על קרקעות. ויש לתמוה היאך כתב הטור דהלוה אומר ב' הא שם איתא להדיא בשלש ג"כ דפטור אליבא דר"ע והסמ"ע ס"ק ל"א כתב דשתים הוא אליבא דכ"ע. והוא תמוה דמ"מ כיון דקיימא לן כר"ע מה לו להזכיר שתים כיון שכך הדין אפי' בשלש ולשון הבריית' כך הוא בשלש ובזו נחלקו והלכה כר"ע ואם עיקר כוונת הטור ולהשמיענו להשמיענו דאין לו רק ב' לא הי' לו להזכיר דין השבועות כלל דהא כבר זכרם לקמן סי' פ"ח ונראה לפע"ד דהטור קאי אמה שכתב קודם בזוזין ונמחק דאין לו רק שתים והכא נמי בסלעים ונמחק לכך הוא לשון המשנה פרק גט פשוט בזוזין ובסלעים והשתא שפיר כתב דדוקא באומר שתים אין כאן שבועה רק היסת אבל שלש חייב לישבע דהא כל הטעם דר"ע דהוי משיב אבידה לפי שהשטר מסייעו כמו שכתבו התוס' שם וזה לא שייך בנמחק וא"כ ליכא מיגו דהוי העזה וחייב לישבע כמו כל מ"מ דאינו נאמן מיגו דכופר הכל ואף שכתבו התוס' שם בד"ה לעולם שתים פטור דמ"מ הוי מיגו מעליא רק לרשב"א אינו רוצה לטעון מה שהשטר מסייעו הא ליתא דהיינו דוקא אי הילך חייב רק פטור מטעם ש"ק אבל עכשיו דהילך פטור פשיטא דבנמחק ליכא מיגו וזהו כוונת הטור שהזכיר דין זה כאן גבי מחק וכתב דוקא בטוען שתים פטור. ולפי זה נראה לפע"ד דגם מה שכתב הטור דחייב לישבע היסת היינו נמי דוקא בנמחק דאז כיון שאין כאן סיוע מן השטר חייב לישבע היסת דמצד ש"ק לא נפטר מהיסת אבל בסתם סלעים נראה פשוט דאפילו היסת אינו צריך לישבע דהא בש"ס פ"ק דמציעא קאמר שני תירוצים חדא דלכך פטור בשתים משום דמסייע ליה שטר ועוד אין נשבעין על כפירת ש"ק אלמא דסבירי להו דהך סיוע מהני ליפטר משבועת התורה אם כן נהי דמשני עוד תירוץ אחר אבל הראשון לא נדחה כלל א"כ כיון דפטור משבועת התורה בלא"ה מטעם הילך וש"ק דין הוא עכ"פ שתועיל לו הך סיוע לפטרו משבועת היסת ואדרבא נראה דלכך אמרו שני התירוצים דבהך דש"ק בלבד היה

חייב היסת וכן בהך סייוע כיון דנפטר משבועת התורה חייב היסת ולכך זכרו שניהם לפטרו עכשיו אפילו מהיסת ומהאי טעמא לא הזכיר הטור סי' פ"ח אף ששם עיקר דין השבועה שישבע היסת ואדרבא מדכתב אח"כ לפיכך פטור ואפי' משבועה דרבנן משמע בהך דמעיקרא נמי פטור אפילו מהיסת והיינו כמו שכתבתי דהתם דמסייע ליה שטרא בדין הוא שיפטרנו עכ"פ בסברא זו מהיסת ואין צורך למה שדחק הסמ"ע שם סי' פ"ח גם בלא"ה אני תמה על הסמ"ע שם כי לפי פירושו והבנתו כאן בטור היה לו להכריח דהכא מבואר להדיא דחייב היסת והא וודאי ליכא למימר דלא מספקא ליה התם רק בשלש דאם כן ערומי מערים וליכא מיגו וע"כ דגם בשתים הספק והכא הא מבואר להדיא דחייב בטור ומחבר אבל באמת לפי מה שכתבתי ליתא דהכא בנמחק ליכא סייוע משא"כ התם אך מ"מ כל זה לפי הבנת הפוסקים והתוס' לקמן סי' פ"ח דהא דמשני בש"ס שאני הכא דמסייע ליה שטרא הכוונה לפוטרו בשביל זה משבועה. אבל באמת הוכחתי לקמן סי' פ"ח דהא ליתא ואי אפשר לפרש כן. והוא דוודאי יש לתמוה לפי מה דקיימא לן כדעת הרמב"ן פרק שבועת הדיינין גבי טענו חיטין וקדם והודה בשעורין דכל היכי דקדמה הודאה לתביעה ליכא שבועה כלל מדאורייתא וכ"כ הטור ומחבר לקמן סי' פ"ח והשתא תקשי מאי פריך הש"ס לר"ח דסובר הילך חייב מהך ברייתא דסלעים דינרין וקשה ע"כ לא פליג ר"ח רק בתבעו והודה ואומר הילך דעכ"פ לא קדמה הודאה לתביעה אבל בסלעים דינרין שתים פשיטא דחייב אף קודם שתבעו שהרי יש בידו שטר עם עדים א"כ הרי קדמה הודאה לתביעה כיון שלא היה יכול לכפור בו קודם תביעתו ומה נפקא מינה אם הוא הודה קודם או עדים העידו קודם ושטר פשיטא דהוי כעדים גם בלא"ה הא עיקר ההילך הוא בשטר דנכסיו משועבדין בו א"כ זה ההילך היה מכבר ומנין לו שיחלוק ר"ח בהילך כזה והוא לא אמר רק בהילך שמודה עכשיו ואומר הילך וע"כ דקושית הש"ס היה כך דע"כ מיירי בשטר שאינו מקויים רק על פי הודאתו עכשיו דאל"כ מה ס"ד דר"ע דהוי משיב אבידה הא אינו מודה לו בשום דבר כשיאמר ב' שהרי אפי' יכפור יתחייב משא"כ בשלש מודה באחת והוי שפיר אין אדם מעיז ומזה דייק דמיירי בשטר שאינו מקויים רק על פי הודאתו א"כ שפיר הוי משיב אבידה דהא שתים מודה לו ג"כ שהיה יכול לכפור בהם ג"כ וא"כ שפיר מקשה האי שטר דקא מודה ביה הילך ומיושב הגירסא ורש"י מחק גירסא זו ולפי הנ"ל הגירסא נכונה דע"כ בשטר דקא מודה ביה עכשיו כנ"ל. והשתא משני לעולם שתים פטור משום דהודאה קדמה לתביעה והילך חייב ואי קשיא מ"ט דר"ע הא לא שייך משיב אבידה דאין אדם מעיז שאני הכא דשטר מסייע והוי שפיר משיב אבידה ולפי זה הסייוע הוא

רק לסלק ההעזה אבל לא לפטרו מן השבועה ומיושב בזה קושית התוס' בד"ה לעולם כמו שכתבתי לקמן סי' פ"ח ס"ק כ"ט גם מדוקדק הלשון לעולם שתים פטור והילך חייב ושאני הכא דקא מסייע כי לפי פירושם לא היה לו להכניס ההילך חייב בין שתים פטור לסייוע כיון דמה ששתים פטור הוא בשביל הסייוע וכן אתי שפיר התירוץ דאין נשבעין ומעיקרא למה לא סגי בתירוץ זה כיון דבאמת כך הדין רק הכוונה דהכא כיון דמודה ליכא ש"ק שאינו חב לאחרים בהודאתו ועד עכשיו לא היה ש"ק רק התירוץ הוא דמכאן ואילך הוי ש"ק אם יש לו ולזה רצה ליישב בלא זה בשטר גמור ומשום דמסייע ליה לא הוי העזה כנ"ל [או דהכוונה בפשיטות דתירוץ ראשון הוא דרוצה ליישב אפילו בשטר מקויים ובש"ק לא נתיישב עדיין בשטר מקויים דאכתי תקשי לר"ע]. ובהכי ניחא מה שיש להבין דפריך התם מברייתא ולא פריך ממשנה פרק גט פשוט דקתני בהדיא אין לו רק שנים ולא נזכר שום שבועה וע"כ דהילך פטור ואפילו אי נימא דניחא ליה טפי להקשות מברייתא דמפורש טפי דליכא שבועה מ"מ לפי מה דמשני שאני הכא דמסייע ליה יקשה תינח בסתם סלעים כמו שפי' רש"י שם אבל בנמחק כמתניתין דגט פשוט היאך פסיק ותני אין לו רק שתים ולא נזכר שבועה דהא פשיטא דהמלוה תובע יותר והכא לא שייך לישניה לצדדין קתני כדמשני פרק כל הנשבעין דלא קתני המע"ה] ולפי הנ"ל ניחא דמהך דהכא לא הוי מצי להקשות דמיירי וודאי בשטר מקויים וליכא שבועה דהודאה קדמה לתביעה מכח השטר ולא מטעם הילך אבל מברייתא דהתם קשיא ליה דקתני אפי' בשלש פטור לר"ע דהוי משיב אבידה אם כן מבואר דמיירי בשטר שאינו מקויים וע"כ דהפטור מטעם הילך ועל זה משני דהתם שאני דשטר מסייע לסלק ההעזה אבל בהך דגט פשוט בלא"ה פטור כיון דלא קתני התם דינא דשלש ועיין לקמן סי' פ"ח ס"ק כ"ט שם בארתי בזה דעת הרמב"ם ויישבתי כל הקושיות ושם הארכתי בזה. ולפי זה יכול להיות דגם בלא נמחק חייב היסת כיון דלא שמענו דהך סייוע פוטרת משבועה אבל להטור ומחבר והתוס' שם נראה פשוט דאינו צריך לישבע רק בנמחק הרי דהך סברא סגי ליה אף דבעלמא מהני תפיסה הכא לא מהני ומוציאין מידו וכיון דמהני לאפוקי ממונא כ"ש דמהני לפוטרו משבועה וצ"ע בזה ועמ"ש לקמן סי' פ"ח ס"ק ל' בזה:

יט ואי תפיס לא מפקינן מיניה. עיין ש"ך בשם הגי"ת דהקשה מ"ש מהך דהמקבל במשכונ' מלוה אומר חמש בקדם מלוה ואכלינהו לפירי מהני תפיסה וכתב הש"ך דנעלם ממנו דברי הנ"י שכתב דהתם שאני כיון דהלוה לא מיחה בשלישית איתרע ליה סהדותא דשטרא ובתומים הקשה עליו דלפי מה דקיימא לן כרמב"ן דחייב היסת ליתא לדברי הנ"י וכתב הוא ליישב דהתם הוי כתופס ברשו' כסברת התוס' בכורו' דמ"ח ודבריה' תמוהין

לפע"ד דברי הש"ך בתרתי ודברי התומים בתרתי. חדא דהיאך אפשר לומר כסברת הנ"י דהתם הטעם כיון ששתק ולא מיחה איתרע סייעתא דשטרא א"כ מאי פריך הא קמש"ל כר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת וקשה מאי קושיא התם פשיטא דאין מזה ריעותא מה שהניחו לדור חודש י"ג דהא כך השכיר לו לכל השנה רק היתה כוונתו בכל חודש דינר זהב וא"כ היה לו לדור באמת רק אח"כ רצה לתבעו השכירות כפי התנאי שיתן לו והוא אומר שכך התנה דינר זהב לחודש אבל בהך דהמקבל כיון ששלמו שני שנים הלא השדה שלו והיאך הניחו לאכול הפירות שנה שלישית ולמה ליה לישנוי משום מילתא דעבידי לגלויי וע"כ דהא ליתא רק דמיירי גם כשאין הלוה כאן א"כ קושית גי"ת נכונ' גם מה שתירוץ בתומים דהוי כתופס ברשות כיון דמעיקרא ברשות נחית והביא מדברי התוס' בכורות ובאמת המעיין בתוס' יראה דמעולם לא כתבו דבר זה דכיון דקרקע בחזקת בעלים פשיטא דכל שאוכל שלו הוי כתופס שלא ברשות משל חבירו רק כוונת התוס' דבמרחץ מה שדר במרחץ לא הוי תופס שלא ברשות כיון שבאמת הוא השכיר לכל השנה ואף שחזר אח"כ מדינר זהב לחודש פשיטא שלא חזר רק ממה שאומר שנים עשר דינר זהב לשנה וחזר ואמר דינר זהב לחודש דהיינו אם תתעבר השנה יתן לו י"ג דינרי זהב אבל פשיטא דלשנה מושכר לו ואינו יכול להשכיר לאחר א"כ הדירה שדר במרחץ הוי תופס ברשות כיון דהתביעה רק מעות אבל בהך דהמקבל כיון שדר שני שנים קרקע בחזקת בעליה עומדת א"כ מה שאכל הפירות הוי תופס שלא ברשות כי מה לו בביתו של חבירו משא"כ במרחץ וזה ברור. אך באמת בלא"ה לא ידעתי מאי מקום קושיא על הגי"ת הא פשיטא דאפי' אי נימא כהנ"י או דהתם הוי תופס ברשות מ"מ קושיתו נכונה דהם הבינו קושית גי"ת דחזינן התם מהני תפיסה ועל זה חילקו דהתם שאני ובאמת נהפוך הוא וקושית הגי"ת הוא להיפך דהא חזינן התם דבאמת לא מהני תפיסה ואילו היה הדבר בספק כגון שמתו העדים של השטר או בהך דמרחץ היו מוציאין ממנו רק מה שאין מוציאין הוא משום שמא יתברר ע"י עדים של השטר ואטרוחי ביה דינא בכדי לא מטרחינן א"כ שפיר הקשה הגי"ת דהכא נמי נהי דדין הוא דלא מהני תפיסה מ"מ משום אטרוחי ביה דינא בכדי שמא יתברר ע"י עדים של השטר לא היה לנו להוציא עד שיתברר שהדבר לעולם בספק כמו התם ופשיטא שזה אי אפשר להכחיש דהתם בלי אטרוחי היה מוציאין מידו אלמא דהדין נותן דמוציאין ומ"מ משום אטרוחי אין מוציאין וה"ה הכא וכדבריו ממש כתב מהר"ר דוד כהן בתשובותיו בית ב' חדר א' דהביא ראיה מהך דהתם דבדבר דעבידי לגלויי אין מוציאין מקודם להניחו ביד שליש והביאו הש"ך לקמן ריש סי' ע"ה וראייתו מהך דהמקבל ודייק מדברי רש"י שם דבאמת

הדין נותן דלא מהני תפיסה התם ומ"מ משום טירחא דבי דינא אין מוציאין והיינו ממש כדברי הגי"ת וכן מבואר באמת ברש"י ע"ש הרי דבהך דר"נ מוציאין ואם נחלק בין הך דר"נ להך דהמקבל אין מקום לקושית הש"ס אלמא דתרווייהו הדין נותן דלא מהני ומ"מ אין מוציאין וה"ה הכא והשתא לא הועיל הש"ך כלום בסבר' הנ"י דהא חזינן התם דלא מהני תפיסה כנ"ל. וכן מה שתירץ בתומים הכל ליתא ומה שנראה בעיקר הקושיא והוא דהתם קאמר קדם מלוה ואכלינהו לפירי משמע דוק' כשאכל' ואין לו עליו רק תביעת ממון אז אמרינן דאין מוציאין רק כשיתברר שהדבר בספק לעולם אבל אם היה בידו בוודאי מוציאין כיון שהדין נותן דלא מהני תפיסה האיך יתפוס משל חבירו וכשתביא עדים אז תגבה דאל"כ למה קאמר ואכלינהו לפירי ולפי זה י"ל דהכא מיירי בפשיטות דאי תפס וישנו בידו מוציאין ולא מיירי המחבר מדין מילתא דעבידי לגלויי רק בא להשמיענו דהכא לא מהני תפיסה ואם כן מוציאין מה שתפס. ועוד נראה דהכא מיירי שמתו העדים באופן שלא יוכל להתברר ולא מהני תפיסה כלל:

כ מפקינן מיניה עש"ך דהקשה דלקמן סי' נ"ד פסק המחבר בשובר סתם מבטל כל שטר ובתומים כתב ליישב דתפסת מרובה לא תפסת. ואין זה נכון כלל דהא פשיטא דהמלוה אומר שיעור כך וכך היה כתוב בו וצריך שיאמר דבר הנרצה ויכול להיות דאל"כ פשיטא דאינו נאמן אם יטעון דבר שאינו אמוד בו וא"כ מה שיאמר שוב אינו יכול להוסיף ולמה לא יוכל לתפוס כסך הזה גם מה שכתב בכוונת התוס' דהתם במרא הוי תופס ברשות כיון שמעיקרא תפס ברשות והיינו לשיטתו בס"ק הקודם כדברי התוס' בכורות וכבר השגתי עליו בס"ק לפני זה דשאני מרחץ דגם חודש י"ג דר ברשות אבל באמת התוס' גופא כתבו שם לחלק בקרקע כיון שאינו יכול להצניעו אזלינן בחזקת מרא קמא משא"כ במטלטלין דיכול להצניעם הוי מוחזק. ולפי זה במטלטלין שתפסם עכשיו לא שייך מוחזק כיון שתפס בעדים היאך יכול להצניעם דהא חזינן דתפס עכשיו. ולפי זה הכא נמי יש לחלק בשובר הוי מוחזק כיון שתפוס ועומד משא"כ הכא בתפס לפנינו או מכבר ועדים ראו אותו עכשיו בידו לא מהני תפיסה כנ"ל. (כא) ישבע המלוה ויטול וכתב בעה"ת ולא בריר לן. ותמה ב"י דמ"ש מאומר פרעתי ותירץ הש"ך דהוי כאמנה ותמה בתומים דא"כ אף עדים לא יהיו נאמנין ולק"מ דהא במחלת לי איכא פלוגתא לקמן סי' פ"ב דדמי לאמנה והתם פשיטא דאם עדים מעידין שמחל נאמנין רק כיון דאינו טוען דבר שסוף השטר לכך אינו נאמן אך מה שהשיג על הגי"ת דהכא נמי צריך לטעון אישתבע לי ליתא כמבואר להדיא בה"ה שם דעיקר הטעם כיון דבעלמא וב"ה עה"ת דיו שנאמינוהו בשבועה ואם כן פשיטא דאפי' לא טעין ועוד דפשיטא דהך חילוק בין טעין

או לא לא שייך רק בטענת פרעתי דעיקר מה שאינו נאמן הוא מחמת חזקה דוודאי לא פרע אז שייך לחלק דאי טעין יש לומר דסמך על השבועה כמו שהארכתי בזה לקמן סי' פ"ד אבל בהך דהכא דהוא מטעם דמסתמא לוה בעיר זו שמצא א"כ מה סברה יש לחלק בין טעין או לו אי הסברה אלים לפטרו משבועה מה. בכך דטעין וכי בשביל זה איתרע ודו"ק. ואמת כי לכאורה יש להביא ראיה דאפי' לא טעין דהרב גי"ת הקשה על מה שכתב הרמב"ם קודם מגבהו ממעות בבל משמע בלא שבועה ומה זה שכתב אח"כ שבועה ותירץ דמעיקרא מיירי דאמר דלוה בעיר אחרת וכאן מיירי דמודה דלוה באותו עיר רק מטבע קלה. ודבריו תמוהין דא"כ בכתוב בבל למה לא ישבע ומזה ראיה להש"ך דמעיקרא מיירי בלא טעין ואח"כ קאמר דאם טען נשבע ולק"מ קושית הגי"ת. אך באמת בלא"ה לק"מ קושית הגי"ת ומעיקרא מיירי דלא טען כלל רק בא לגבות מלקוחות ויתומים ושלא בפניו או שאינו יודע אם אזלינן בתר סתמא אבל בטען שהיה מטבע אחר נשבע אפי' לא טעין שישבע ולפי הנ"ל יש לפ"ג דברי בעה"ת דדוקא בפרעתי שייך שבוע' כיון דטוען שבוע' איתרע חזקה קצת כנ"ל אבל הכא דחזקה אינה מצד הלוה מנין לנו שיש מקום להסתפק ואדרבא אם הי' ספק למה יטול הא יד בעל השטר על התחתונה ובזו נסתפק הבעה"ת אך בלא"ה כבר כתב הר"ן דהסברא הוא דמיד נשתעבד אף למטבע כבד' א"כ אין מקום לשבועה ואתי שפיר בפשיטות דברי בעה"ת ועיין תומים מה שכתב דלכך לא הוי רבית דהוי קרוב להפסד גם כן ולזה הקשה ממאוחר. ודבריו תמוהין דהתם שאני דמה לו ללוקח מה שהמלוה היה עליו להפסד ג"כ מ"מ למה יפסיד הוא שלא כדין משא"כ הכא שניהם נתרצו שיתן לו מטבע דזמן השטר הן כבידה הן קלה ולק"מ ודו"ק:

כב איסתרא שהוא פחות. זהו פי' ר"ח ורשב"ם והתוס' פרשו להיפך וכתב ב"י דלדינא לא פליגי דנותן הפחות ולפעד"נ דבאמת יש נ"מ לדינא דהא פשיטא דמאי דמשני בש"ס אסוכי מסכי להו לאו דוקא פרוטה אלא כל מטבע חוץ מזוזי דאל"כ אכתי נימא מטבע קטנה מזוזי וע"כ דכל קטנה מזוזי הוי מסכי להו ולפ"ז לרשב"ם דאיסתרא גדולים א"כ גם איסתרא קטן בכלל דהוי מסכי לי' דמ"ש ודוקא זוזי כתבו התוס' דרגילין לכתוב ולא מטב' פחו' מזוזי הילכך אין להסתפק רק בזוזי ואיסתרא גדולי' אבל לר"ת דאיסתר' קטנים מזוזי א"כ ע"כ דגם איסתרא כותבין כמו זוזי ולא מסכי להו וא"כ נותן לו איסתר' כמש"כ המחבר מה שאין כן לרשב"ם אף אם יש איסתר' קטנים אין מסתפקין בה דהוי מסכי להו כמו פרוטה ומעה. ולפ"ז מ"ש הסמ"ע בשם הנ"י במעה וה' דינרין דנותן לו דינרין היינו לרשב"ם אבל לר"ח דנהי דמעה הוי מסכי להו אבל איסתרא לא כדמוכח

בש"ס לפי פירושו א"כ י"נ איסתרא ונותן לו איסתרא ודו"ק. ואין להאריך בזה כיון דהכל תלוי בלשון ב"א וכל מקום לפי מנהגו:

כג ואפי' לא נכתב. עש"ך דתחלק בין ידע מזה או לא ויש ראיה לדבריו מדברי התוס' ב"מ ק"ד בד"ה טעמא דהקשו הא אי לא כתב נמי ככתב ותירצו דהיה לו לפרש ולכאורה יש לתמוה חדא כיון דכלהו תנאי דרשי לשון הדיוט ואפילו לא כ' מה יש לו לר"י לפרש ועוד תינח הקושיא מר"י אבל היאך קאמר טעמא דכתב הא באמת אפי' לא כ' והיה לו לומר טעמא דדריש לשון הדיוט וכו' אבל להש"ך ניחא דכוונת התוס' דהיה לו לפרש כיון דבלא ידע אינו יכול לשומטו א"כ היאך פסיק ואמר דשומטו מבניו וע"כ דאפילו לא דריש קאמר והשתא שפיר פריך טעמא דכ' אבל אי לא כ' לא והיינו בלא ידע הא מדקא' ר"י סתמא שומטו משמע אפי' לא ידע א"כ ע"כ דלא משום דדריש ל' הדיוט קאמר ודו"ק אבל באמת לק"מ דהא כתב הר"ן פ' האשה שנפלו דאי לאו דדרשינן ל' הדיוט ס"ד דלשופרא דשטרי נכתב ולא היינו דנין רק אם כתבו בפי' ואמר לנו ודוקא בתיקון חכמים לא שייך לשיפרא דשטרי ולא בלשון הדיוט ושפיר קמש"ל דדרשינן לשון הדיוט וכן וכן משמע להדיא מפירש"י שם ולפ"ז פשיטא דלק"מ קושית התוס' בד"ה טעמא וא"ש בפשיטות טעמא דכתב דבלא כתב לא דרשינן וצ"ע בזה ועמ"ש לקמן סי' ס"א ס"ק וס"ק ה' בזה.

על חו"מ סימן מג

א אבל אינו יכול לטרוף. עסמ"ע דאפילו כבנ"ח יש נפקא מינה בבעל חוב אחר שיש לו שטר בזמן ואין לו רק כדי חוב אחד. והב"ח כתב ליישב לפי שמסתמא אין אדם מלוה לחבירו אלא אם כן יש לו קרקע כדי חובו ותמה הש"ך ס"ק א' על דבריו בתרתי ע"ש. ובאמת דברי הב"ח נכונים כמו שאבאר והוא דוודאי אף שאין בשטרו זמן מ"מ אם בשעת הלואה היה לו קרקע היה בטוח דשום אדם לא ילוה ממנו עוד דבאמת גם שטר זה יש לו קול רק מצד שאין אנו יודעין אימת נכתב כדמוכח מהיש מי שאומר שהביא המחבר א"כ כל מי שיודע מהלוואתו לא ילוה רק אם היה כדי חובו ג"כ דיר' שמא יהא לו עדי' שראו השטר או עידי השטר בעצמן והשתא במה נפשך אם הלואתו של זה שאין בו זמן קודם א"כ ע"כ שהיה לו גם קרקע כדי חובו של השני דהא אית ליה קלא ולא היה השני שדי זוזי בכדי ואי זה שיש בו זמן קדם פשיטא דזה שאין בו זמן לא היה מלוה דלא שדי זוזי בכדי א"כ ע"כ דכמו שיש ב"ח כמו כן יש לו קרקעות כדי חובם וא"כ ליכא נפקותא בעל פה כלל וע"כ דנ"מ ללקוחות וגבי לקוחות לא שייך לא שדי זוזי בכדי

דעביד אינש דזבין ארעא ליומא דמהאי טעמא אחריות לאו ט"ס במוכר א"כ שפיר כתב הטור דנ"מ בלקוחות אבל לא שייך לומר לא שדי זוזי בכדי לפי שאין בו זמן דלא הוי גריעותא לענין זה דבשביל זה יקח השדה דהא יש לו קול ג"כ ושמא יביא עדים כנ"ל הלכך לא שייך שדי זוזי בכדי דמ"מ אינו חושש שמא יקח השדה כיון שיש לו קול ואי דיהא נפקותא לענין ב"ח וכשמכר שדה אחת א"כ הנפקותא בלוקח ומה צורך עוד לב"ח וקרקע אחרת כיון דלא ימלט הנפקותא רק אם יהא הדין דלא יגבה מלוקח [ועוד דעל זה אנו דנין דיכתוב זמן דאל"כ לא יגבה מלקוחות כשימכור ובזה יכול להיות דעביד דזבין ליומא ודו"ק:

ב ויש מי שאומר. עש"ך שהסכים לדעה זו והביא ראיות להיפך וטרם שאבוא להשיג על דבריו נאמר דעל המחבר יש לתמוה שכתב זה בשם יש מי שאומר והוא המישרים שהביא בב"י ובאמת מוכח כן להדיא בטור ובלשון המחבר גופא קודם שכתב ואם לא כתב בו זמן כשר לגבות ממנו אבל אינו יכול לטרוף מלקוחות שיכולים לומר קנינינו קודם להלואתך והשתא אי ס"ד דאפילו ידוע שהיה השטר קודם למכירה מ"מ אינו גובה א"כ למה נתן טעם משום שקנו קודם אפילו ידוע שקנו אח"כ אינו גובה ובשלמא ברישא דהתחיל וכתב כותבין זמן כדי שנדע יש לומר דבאמת עיקר התקנה היה בשביל זה אבל עכשיו בלא"ה אינו גובה אבל בסיפא דכתב הדין עכשיו בבוא לפנינו שטר שאין בו זמן מה דינו והיאך כתב דאינו גובה לפי שקנו קודם וברור דסובר כדעת רבינו ירוחם דאם ידוע שקנו אח"כ גובה מהם ולפי זה ליתא למה שכתב בתומים סוף ס"ק י"א דלכך כתב הטור נפקותא בלקוחות ולא בבנ"ח משום דבלקוחות לא מהני מה שהראה השטר לפני עדים והב"ד ולפי הנ"ל ליתא ופשיטא דהטור סובר כדעת ר"י וזה ברור:

ומעתה כיון שנתברר שגם דעת הטור כן אשיב ידי על כל ראיות התומים כמו שאבאר ראשונה מה שטען על ראיות הש"ך מהך דגט אשה ושיחרור דהתם שאני שהיא מוציאה הפירות שלה שמכר בעלה ולא מטעם שיעבוד. תמהני עליו האיך נעלם ממנו סוגית הש"ס במקומה דפריך אלא הא דתנן מצא שטר חוב לא יחזיר נימא לי' אייתי ראיה וקשה מה יועיל ראיה כיון דהזמן אינו מועיל אף ראיה אינו מועיל וע"כ כרבינו ירוחם דעדים מועילין. ומה שתמה על ראייתו מפרק ב' דגיטין ג"כ נראה דלק"מ וראייתו ממה שכתבו התוס' שם בד"ה עד שעת נתינה דצריכה להביא ראיה אימת ניתן בידה וכתבו אע"ג דבשט"ח אינו צריך להביא ראיה אימת מטי לידיה וכתבו לחלק עכ"פ מבואר דאילו היה בשט"ח הדין דצריך להביא ראיה היה מועיל וקשה כיון דאין הזמן שבשטר מועיל אף ראיה אינו מועיל וזה ברור. אך מה שהקשה דמה זו ראיה מפ"ק דמציעא דהתם שאני

שיש בו זמן רק שנפל א"כ אם מביא ראיה הרי יש בו זמן משא"כ כשלא נכתב זמן לית ליה קלא ואינו טורף כלל ובאמת הא נמי לא קשיא דוודאי הכא נמי ע"כ הטעם דכמו דבאחריות אמרינן ט"ס כמו כן באין בו זמן אמרינן דטעו ומ"מ אינו גובה מלקוחות דהא לא ידעינן מאימת יגבה אבל כל שנודע מאימת יגבה הרי הוי כיש בו זמן דלא שדי זוזי בכדי רק דנימא דמ"מ כיון דאינו מועיל בלי עדים אף עדים לא מהני א"כ התם נמי הא אינו מועיל בלי עדים ואי התם מהני ה"ה הכא דהוי נמי כיש בו זמן דט"ס הוא ולפ"ז ממילא נסתלקו ראייתו מהך דשני שטרות ושטר שכתוב בו שנה דהתם שאני כיון שיש בו זמן לא שייך ט"ס דהא לא שדי זוזי בכדי כלל משא"כ כשאין בו זמן כלל ומעתה לא נשאר לנו רק הראיה מירושלמי פרק המגרש והירושלמי) הזה הוא ג"כ ביבמות פרק ד' אחין ושם מוכח לכאורה להדיא דלא כרבינו ירוחם ואמת כי לפי גירסת המפרש שם שלוה הזקן ושיעבד הנכרי לוה הזקן ושיעבד הבן והכוונה דהאב הלוה מכר נכסיו לבנו דלא שייך קנוניא שאין אדם עושה קנוניא על בנו ולפי זה פשיטא שאינו ענין לדינו של רבינו ירוחם אך באמת דברי המפרש תמוהין דהיאך יעלה על הדעת שהאב יהא נאמן נגד בנו בדבר שאינו נאמן נגד אחר שהוא חב לאחרים והגע עצמך האומר שטר אמנה וחייב לבנו יהא נאמן ישתקע הדבר ולא יאמר ובאמת המפרש טעה בזה ונטה מפי' האמת דהכוונה שהאב מת והבן מכר נכסים דאז לא שייך קנוניא ולפי זה מבואר דלא כרבינו ירוחם:

אך באמת כאשר עיינתי היטב בירושלמי יבמות ראיתי דלא זו הדרך בירושלמי כמו שהבין הוא וצריך אני להעתיק לשון הירושלמי שם והכי איתא התם תני ג' שטרות הללו גובה מבנ"ח ואינו גובה ממשועבדים אמר ר' בא הדא דתימא בשלא הוחזק השטר ביד המלוה אבל הוחזק השטר ביד המלוה ר' יוסא בעי אם שלא הוחזק השטר ביד המלוה אפילו מבנ"ח לא יגבה אלא כן אנן קיימין בשהוחזק השטר ביד המלוה ולמה אינו גובה אמר ר' ביסנא משום קנוניא ר' אבין אמר מפני שהוא פסול עד כדון בשלוה הזקן ושיעבד הזקן לוה הזקן ושעבד הבן אית לך מימר מפני קנוניא אלא מפני שהוא פסול אמר ר' אבין והא תני אף בגיטין כן וכו' ע"ש ומעתה הדבר ברור דאי אפשר לפרש דהירושלמי קאי על שטר שאין בו זמן. ולפי זה יהא הפי' הדא דתימר בשלא הוחזק היינו שנתחזק השטר ביד הלוה קודם שמכר ואז גובה משועבדים א"כ מאי מקשה ר' יוסא שלא הוחזק אף בנ"ח לא יגבה למה לא יגבה הא שטר גמור הוא רק שאין בו זמן וכ"ע מודו דגובה בנ"ח וברור דכוונת הירושלמי ממש כהך סוגיא דפרק גט פשוט דף קע"ו ע"א דגרסינן התם על המשנה הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו גובה מנב"ח

הוחזק כתב ידו בב"ד מהו ומסיק דמ"מ אינו גובה רק בנ"ח דבשעת כתיבה לא נכתב רק לבנ"ח ואינו מועיל קיום ב"ד אח"כ לעשותו מלוה בשטר כמו שתי' רשב"ם שם [והיינו כהך מ"ד בירושלמי דפסול וזהו הפי' בירושלמי דס"ד דוקא בלא הוחזק כת"י קודם אבל אם הוחזק יגבה משועבדים ודייק ר' יוסא דע"כ אפי' הוחזק לא גבי רק בנ"ח דאל"כ רק המשנה בלא הוחזק פי' שלא נתקיים כלל א"כ אף בנ"ח לא יגבה [ואי דמודה נאמן פרעתי במיגו דמזוייף והיאך פסיק ותני גובה מבנ"ח וס"ל לירושלמי דמשנה גובה בנ"ח משמע דלבנ"ח אין לו להנצל וכמ"ד דאינו נאמן פרעתי על כת"י] ועל זה פריך ולמה לא יגבה משועבדים כיון דע"כ בהוחזק ועל זה פליגי מר אמר משום קנוניא דכתב מקודם לטרוף שלא כדין אבל עדים אין חותמין על מוקדם הילכך לא מהני הוחזק ומר אמר לפי שהוא פסול הכוונה דמתחילה כיון שהוא רק כת"י ולא היה עדים לא נשתעבד כלל א"כ אין כח ביד ב"ד לעשות אח"כ מלוה בשטר בלי רצונו כסוגיא דש"ס דילן ואהא מביא ראיה למ"ד דפסול והוא דאי הטעם משום קנוניא תינח דמכר האב מכר הבן יגבה דהא פשיטא דהיה כתב יד האב קודם למכירת הבן וע"כ דכל שנכתב מתחילה בלי עדים אין לו דין מלוה בשטר לעולם והכי מסקינן בש"ס דילן פרק גט פשוט ובהא לית מאן דפליג אבל בשטר שאין בו זמן ויש עליו עדים דזה שטר כשר גמור הוא ועיקר הזמן נתקן כדי שנדע מאימת נטרוף וכיון שידוע אימת נכתב למה לא יגבה ובזה שפיר כתב ר"י דאם מביא עדים מהני אבל בכת"י מודה דלא מהני דמעיקרא לא לשיעבוד נכתב כמסקנת הש"ס וירושלמי הנ"ל ואין כאן ראיה כלל ואין להקשות דמ"מ יש ראיה דנהי דירושלמי לא מיירי בהכי מ"מ כמו דהירושלמי דייק בהך דכת"י משום דסתמא קתני ואפי' מכר הבן א"כ ה"ה באין בו זמן נאמר הך ראיה דסתמא קתני ואפי' מכר הבן אינו גובה וזהו דלא כרבינו ירוחם הא ליתא דדוקא בהך כתב בכתב ידו שפיר איכא למידק דסתמא קתני כל שהוא כתב ידו אינו גובה ובאמת משכחת לה שיגבה אבל באין בו זמן זה הלשון מורה בבירור דהכוונה שלא נודע אימת נכתב וא"כ במכר הבן הרי יש בו זמן ושם האב הכתוב בשטר הוא הזמן דעכ"פ בחיי האב נכתב והוי כמו זמן באותו שמיטה דגובה עכ"פ בסוף שמיטה והכא הרי הזמן בחיי ראובן ויגבה מה שמכר הבן כיון דהיה בחיי האב וזהו ראיה ג"כ דלא היה כוונת הירושלמי על זה דא"כ לא מוכח מידי ועוד דהא בהדיא כתב הטור דעיקר הזמן נתקן כדי שנדע אימת יגבה א"כ הך שאין בו זמן פשיטא כיון דאליבא דכ"ע משום שלא נודע הוא כשנודע גובה אבל הך דכת"י מעיקרא הטעם שלא נשתעבד כלל ומל' הטור גופא מבואר גם כן דבנודע מהני כמו שבארנו קודם אם כן הכי נקטינן:

ג ולא כתב לבריאת עולם. כתב ב"י דדין זה הוא מדברי התוס' והרא"ש ומשמע מדבריו להדיא דאין כאן מחלוקת כלל ולפעד"נ ברור דהתוס' והרא"ש פליגי בזה לדינא והוא דהרא"ש כתב בשם ר"י אהא דקאמר ר"נ ספרא דוקנא כתבו וז"ל מכאן הכשיר ר"י שטר שהיה כתוב בו המאות והפרט כדינו רק שטעה הסופר ודילג לבריאת עולם אין לפסלו ולומר שהוא מאוחר ולא יגבה עד כמה שנין דהא הכא מכשרינן בהאי שטרא אף שמשונה משאר שטרות ואנו תולין דספרא דוקנא כתבו משום דאין דרך אדם למחול שיעבודו כ"ש סופר זה שלא שינה משאר שטרות שיש לנו לתלות בדילוגו וכו' עכ"ל. מבואר דעתו דכמו בהך שטר דהוי ביה שית שנין יתירתא אמרינן מספיקא לא שווינן ליה מאוחר משום דאין דרך לעשות מאוחר כמו כן בדילג לבריאת עולם לא אמרינן מנין אחר הוא ומאוחר הוא דמספיקא אין דנין אותו למאוחר ולפי זה נראה פשוט אם הוא באמת מאוחר אף עכשיו לפי בריאת עולם רק במנין אחר יהיה יותר מאוחר בהא פשיטא דלא שייך הך סברא דוודאי אין לחלק בין מאוחר לה' או לוא"ו א"כ בזה שפיר חיישינן מנין אחר הוא ולא מוכח כלל מהך דר"נ וזה ברור וכ"ש אם לפי מנין אחר אינו מאוחר כלל ולפי בריאת עולם הוי מאוחר פשיטא דאין אומרים לבריאת עולם כיון ומאוחר הוא לדעת הרא"ש בשם ר"י הנ"ל:

אמנם בתוס' שם אי אפשר לומר כן דהם הוכיחו דע"כ לא כתב בשטר למלכי יונים: (דע לך קורא משכיל, כי מלת יון נמשכת לעם יון [דיא אלטעס גריכען] אשר ממשלתו היו קודם החורבן הבית.):

דאי היה כתוב בו בפי' היאך פריך דילמא ליציאת מצרים מנינן דהא בפי' לכתב למלכי יונים ומזה דייקי דה"ה לבריאת עולם כמו דהכא אף דלא כתב למלכי יונים כיון דבגולה למלכי יונים מנינן דוקא בסתם לא חיישינן למנין אחר ה"ה כאן כיון דלא מנינן רק לבריאת עולם אין לחוש למנין אחר והשתא פשיטא דליכא למימר דכוונת התוס' היכי דלפי מנין אחר הוי מאוחר ולפי בריאת עולם לא הוי מאוחר א"כ תקשי חדא מה זה שהכריחו מתחילה דלא נכתב למלכי יונים הא אפי' היה כתוב בפי' למלכי יונים מ"מ מוכח דהא אכתי יש ספק אם משפשטה מלכות יון בכל העולם היה כוונתו או מתחילה כשמלכו במדינת עילם בלבד וע"כ דכל שיש ספק אנו תופסין זה הצד שאינו מאוחר משום דאין אדם מוחל א"כ ה"ה בעלמא כשלא כתב לבריאת עולם ויש ספק אם לבריאת עולם ואינו מאוחר או לשאר מנין והוא מאוחר פשיטא דיש לומר לבריאת עולם וכ"ש הוא דהכא הכל כותבין לבריאת עולם ולמה טרחי בחנם לבאר דלא נכתב למלכי יונים. ועוד קשה מה שכתבו טעם משום דאין מונין רק לבריאת עולם הא בלא"ה פשיטא דכשר

דהא הכא חזינן דרוב ספרי כותבין משפשטה מלכות יון בכל העולם מ"מ אנו תולין שזה מספרא דוקנא ומנה משהתחילו בעילם כדי שלא לעשותו מאוחר כ"ש השתא דיש לתלות בבריאת עולם וכן הוכיח ר"י באמת ולא זכר ר"י כלל הך דמלכי יונים ובגולה אין מונין רק למלכי יונים כי הכל מיותר ומהך דלעיל גופא מוכח בפשיטות מכ"ש דספרא דוקנא והוא תמוה לכאורה:

לכן נראה ברור דכוונת התוס' באמת להוכיח דאפילו היכי דהשתא נמי לפי בריאת עולם הוי מאוחר רק לפי מנין אחר יהא מאוחר יותר מ"מ אמרינן דלבריאת עולם היה הכוונה וראייתם דהא הכא פריך ודילמא ליציאת מצרים מנינן מבואר דאם היה מקום שנאמר דלמנין אחר כיוון לא הוי מהני מה שהוא ספק מאוחר כיון דאיכא תרתי חדא שנאמר דלא ליציאת מצרים מנה רק למלכי יונים ובמלכי יונים גופא נאמר דספרא דוקנא כתבו משהתחילו בעילם כ"כ לא סמכינן על הך סברא דאין אדם עושה מאוחר ולזה מוכרח ר"נ לתרץ לו דבגולה אין מונין רק למלכי יונים וא"כ אין כאן חשש זה דמנין אחר רק חשש דספרא דוקנא ובזה שפיר מספיקא סמכינן דלא הי' כתוב בפי' למלכי יונים ומ"מ סמך ר"נ על זה דלא היה בוודאי מנין אחר לפי שאין מונין א"כ ה"ה אם דילג לבריאות עולם כיון דעכשיו אין מונין מנין אחר אף היכי דליכא נפקותא דמאוחר דסוף סוף מאוחר הוא או שהוא להיפך מ"מ סמכינן על זה כיון דאנן אין מונין מנין אחר רק לבריאות עולם וודאי לא למנין אחר נתכוין והראיה מר"נ דליכא למימר שאני ר"נ דהיה ספק מאוחר ועל זה סמך הא ליתא דהא בהך דר"נ היה ספק אחר דספרא דיקנא ואם היה גם בזה ספק שמא מנין אחר לא הוי מהני כדפריך ליה ולזה הוכרח לתרץ לו דבגולה אין מונין רק למלכי יוונים א"כ בזה אין ספק כלל א"כ אף בלי סייעתא דמאוחר אפילו להיפך מ"מ סמכינן על בריאת עולם דאין בזה ספק רק וודאי ור"נ לא הוצרך להך סברא דאין אדם מוחל רק משום ספק דספרא דוקנא ולא הך ספק דמנין אחר דבזה אין ספק ולפי זה מבואר מדברי התוס' דלא כרא"ש בשם ר"י הנ"ל רק אפילו הוא עכשיו מאוחר לפי בריאת עולם מ"מ אנו דנין לבריאת עולם ולא עוד אלא אפי' לפי מנין אחר אינו מאוחר כלל מ"מ אנו עושין אותו מאוחר לפי מנין בריאת עולם וזה ברור לפע"ד. ויש לתמוה על הפוסקים שלא נתעוררו בזה כלל כי לדעת התוס' וודאי כך הדין כיון דאין כאן ספק בזה כלל כמו שבארנו:

אך באמת אף דדעת התוס' כן מ"מ בגוף ראיית התוס' נלפע"ד דלאו ראיה היא כלל מתרי טעמא חדא דאפי' אם נניח כסברתם דלא הי' כתוב בו למלכי יונים מ"מ אין כאן ראיה לפע"ד דוודאי לא שייך לומר דהקושיא דילמא מיציאת מצרים מנינן משום דמספיקא

היה לנו לחוש למאוחר כיון דמלבד זה יש חשש שמא אינו ספרא דוקנא דהא וודאי ליתא דמ"מ כיון דאנן אמרינן מסתמא אין אדם עושה מאוחר א"כ ממילא כל חשש שיש לחוש אין אנו חוששין לעשותו מאוחר ומה נפקא מינה חדא חששא או תרי רק דהמקשה ס"ד דיש לומר דוודאי ליציאת מצרים נתכוין דמהיכי תיתי נימא דלמלכי יונים כיוון וטפי יש לומר ליציאת מצרים [ומהך גופא אין ראיה דשאני הכא דהוא כדי שנאמר ובהעה"ת משא"כ להיפך להוציא לא מהני ודו"ק] הילכך שפיר מקשה דאין לנו לומר כלל דלמלכי יונים כיוון ועל זה השיב לו ר"נ דבגולה אין מונין רק למלכי יונים ובאמת אפי' אם היו מונים גם ליציאת מצרים וליונים היה מגבה שפיר בשטר זה דמשום ספק לא שוינן ליה מאוחר רק ר"נ משני ליה האמת דאין מונים רק למלכי יונים ואדרבא לפי זה אתי שפיר טפי מה שאמר סבר דחיו' קא מדחיה ליה נפק דק ואשכח וקשה היאך ס"ד דמדחי ליה ופסק שלא כדין וע"כ דבאמת אף אם מונים ליציאת מצרים ג"כ לק"מ דשפיר יש לומר למלכי יונים כדי שלא לעשותו מאוחר משנאמר ליציאת מצרים ועל זה סליק אדעתי' דמה שהשיב לו דאין מונין רק למלכי יונים הוא דרך דחי' ועל זה נפק דק ואשכח דבאמת כן הדין ור"נ השיב לו האמת. ועכ"פ לפי זה אין כאן ראיה דאם דילג לבריאת עולם בלי חשש מאוחר דאף בזה סמכינן דהיה המנין לבריאת עולם ושאני הך דר"נ דמשום ספק לא שוינן ליה מאוחר אבל מ"מ כיון דלא כתיב בהדיא למלכי יונים יש לחוש למנין אחר כל היכי דליכא לצדד משום דלא נישוויה מאוחר ונראה שזאת היתה כוונת ר"י שהביא הרא"ש דהביא ראיה בפשיטות מהך דר"נ דלעיל בספרא דוקנא והיינו בהך גוונא כנ"ל: ועוד נראה לפע"ד דעיקר ההכרח שהכריחו התוס' דהכא מיירי דלא נכתב בפי' למלכי יונים נראה לפע"ד דאין כאן הכרח כלל ואדרבא ההיפך מבואר כמו שאבאר והוא דוודאי קשה כמו דעכשיו אף דאירע דדילג לבריאת עולם מ"מ פשיטא דבכל שטרות נכתב לבריאת עולם אם כן מה זה שהביאו התוספת ראיה דלא כתב למלכי יונים דא"כ היאך מקשה דילמא ליציאת מצרי' הא מ"מ תקשי נהי דבשטר זה לא נכתב מ"מ בשאר שטרות בוודאי נכתב כיון דבאמת למלכי יונים מנינן והיאך לא ידע מה שכתוב בכל שטרות ואי דהכוונה נהי דבכל שטרות כתוב למלכי יונים מ"מ בשטר זה דלא נכתב שמא ליציאת מצרים מנה דא"כ היאך קאמר וממאי דלמלכי יונים מנינן דילמא ליציאת מצרים מנינן דהא פשיטא דאנן מנינן למלכי יונים דכך כתיב בשטרות רק על זה השטר בעצמו היתה השאלה גם קשה למה שאל על עיקר המנין דילמא כלנו ליציאת מצרים מנינן הוי ליה להקשות בפשיטות שמא בזה השטר ליציאת מצרים כיוון למנות וברור דבפשיטות לא הוי מצי להקשות דוודאי כיון שיש להסתפק באיזה מנין מנה בוודאי

יש לתלות באותו המנין שלא לעשות מאוחר רק כוונתו להקשות כך דר"נ קאמר דהוא מספרא דוקנא ופירש"י ומדקדק בחשבון טפי וחשיב מימות שהתחילו למנות בעילם ועל זה מקשי ליה מנין לך דמה שאנו מונין למלכי יונים באמת כיונתינו למנות מהם ואין אנו מדקדקין בחשבון ומתחילין מימות שפשטו בכל העולם שמא באמת המנין הוא ליציאת מצרים ולכך לא התחילו מיום שמלכו בעילם דאז לא היה המנין מכיוון ליציאת מצרים כי אלף וש"פ הוא מיציאת מצרים עד החורבן ומימות שמלכו בעילם הוא שפ"ו קודם החורבן כמו שפירש"י שם והשתא אם נחשוב מיום שמלכו בכל העולם הוא ממש המנין דיציאת מצרים דש"פ קודם החורבן מלכו בכל העולם וא"כ זה החשבון ש"פ הוא למלכי יונים וליציאת מצרים בדילוג האלף דזה לא איכפת לן [כמבואר בטור ומחבר סי' זה] ובאמת הוצרכו למנות למלכי יונים משום שלום מלכות וכדומה אבל לכך התחילו ש"פ קודם החורבן כדי שיהא המנין מכוון ליציאת מצרים והשתא מאחר שכל הכוונה ליציאת מצרים היאך נאמר שזה מספרא דוקנא ודיקדק שפיר הא אדרבא טעה דלפי מניינו אינו ליציאת מצרים כלל כי דילג פחות מאלף ואינו זה החשבון כלל ואנו עיקר כוונתינו ליציאת מצרים ועל זה משני ר"נ דאין מונין רק למלכי יונים ולא ליציאת מצרים דליציאת מצרים מניסן מנינן וליונים מתשרי מנינן וא"כ אינו עולה מכוון ליציאת מצרים כלל א"כ זה הסופר חשב ודיקדק שפיר לחשוש שפ"ו קודם החורבן מיום שמלכו בעילם ולפי זה פשיטא דיש לומר דבאמת הוה כתוב למלכי יונים רק הקושיא היתה דהחשבון ש"פ הוא מכוון ליציאת מצרים והיאך יחשוב הסופר שפ"ו כנ"ל וכן צריך לומר בהכרח דהא בשאר שטרות היה כתוב למלכי יונים ולפי זה לא מוכח דינו של התוס' אבל דינו של הרא"ש בשם ר"י בלא"ה מוכח שפיר כנ"ל. לכן נראה עיקר לפע"ד כדעת הרא"ש בשם ר"י דדוקא אם לבריאת עולם לא הוי מאוחר רק לפי' מנין אחר הוי מאוחר אז אמרינן לבריאת עולם נתכוון אבל בלא"ה לא ועכ"פ הוי ספיקא דדינא בזה כנלפע"ד ודו"ק היטב:

ד ודילג המאות זהו דעת מהרא"י הביאו הרב ב"י והש"ך האריך לדחות כל ראיותיו ולפע"ד נראה דדברי מהרא"י נכונים כמו שאבאר. ומתחילה נאמר בהך ראיה מהמרדכי ריש פ"ק דע"ז וטען הש"ך על ראיה זו דוודאי אלפיים דלא משמע כלל רק שני אלפים אז פסול אבל אלפים דמשמע הכי ומשמע הכי אז אנו מפרשין כראוי. ודבריו תמוהין דהוא הבין ראיית מהרא"י דא"כ אף אלפים יוכשר דמסתמא לא נעשה לפני כמה אלפים והא ליתא רק כוונתו להביא ראיה מאלפים דמכשיר המרדכי מטעם דאין לומר דהיה הכוונה שני אלפים דא"כ הוי ליה לכתוב אלפיים וקשה למה לו האי טעמא תיפוק ליה

דאפי' היה אפשר לומר דהיה כוונתו שנים ולא היה קשה לנו דהי' לו לכתוב אלפיים מ"מ כיון דמסתמא לא נעשה לפני כמה אלפים יש לנו לומר דוודאי לארבע אלפים היתה כוונתו וכ"כ הסמ"ע סק"ו להדיא וז"ל הטעם דאין לומר דאלפים ר"ל שני אלפים דרוב מיעוט שנים דא"כ אלפיים בשני יודי"ן הוי ליה לכתוב הרי להדיא דעיקר הטעם דע"כ לא היה כוונתו לשנים מכח שני יודי"ן ואי כשיטת הש"ך בלא"ה באלפים כשר דמסתמא לא נכתב לפני כמה אלפים וכן מבואר להדיא במרדכי כמו שהעתיק הסמ"ע וכן דייק מהרא"י הא קמן דאילו היינו יכולין וכו' הרי להדיא כנ"ל אך באמת בזה יש מקום ליישב דברי הש"ך ואדרבא דברי הסמ"ע תמוהין מאד דהיאך אפשר דטעמו של המרדכי מכח הכרח דאין לפרש שנים דא"כ אלפיים בשני יודי"ן הוי ליה למיכתב דהא פשיטא דהאי לאו הכרח היא והגע עצמך אם כתוב בסכום המעות שהלוה אלפים סתם יגבה ג' אלפים משום דלא היה כוונתו לב' שלא כתב שני יודין והא וודאי ליתא ופשיטא דאינו גובה רק ב' דמיעוט אלפים שנים וא"כ הכא נמי מה הכרח יש וע"כ דכוונת המרדכי דוודאי אילו לא הקשה לנו שלא כתב שני יודין היה בהכרח הכוונה שנים דמיעוט אלפים שנים רק לפי שהיה לו לכתוב שני יודי"ן מידי ספיקא לא נפקא ויש לנו לפרש כראוי ולפי זה נסתר ראיית מהרא"י ודו"ק. אך באמת אפי' יהא כן דברי מהרא"י נכונים והוא דמ"מ מה לו להמרדכי להכשיר מטעם שהיה לו לכתוב שני יודי"ן והוי ספק הא אפי' לא היה שום ספק בזה ובוודאי הפי' שנים מ"מ יש להכשיר דוודאי אילו היה כוונתו באמת לכתוב אלפים בלבד היה הכוונה בוודאי שנים אבל אם היה כתוב ארבעת אלפים פשיטא דלישנא מעליא הוא וכך יש לכתוב א"כ אנן אמרינן דבאמת היה רוצה לכתוב ארבעת אלפים רק שדילג ושכח לכתוב ארבעת ואמרינן כן משום הך סברא דמסתמא לא נכתב לפני כמה אלפים וע"כ דהיה כוונתו לכתוב ארבעת ודילג ושכחו וכן כתב מה"ר משה מינץ באמת בהשיגו על מהרא"י וז"ל מה לו להקדים כ"כ יש לדונו דשוכח עכ"ל. וזו היא כוונת מהרא"י דע"כ דלא אמרינן כן דא"כ היה לו להמרדכי להכשיר בפשיטות דאפי' אי אלפים בוודאי שנים מ"מ ה"מ בלי ארבעת אבל עכשיו מחמת שבוודאי לא נעשה לפני כמה אלפים אנו דנין ששכח ארבעת ומדכתב המרדכי שהיה לו לכתוב אלפיים ש"מ דהך סברא לא מהני תדע דהא כתב המחבר ס"ד דאם כתב ברביעי עשרים יום לחודש אמרינן דדילג בשבת והא הכא פשיטא דבלי בשבת אין מקום כלל לפרש הך ברביעי רק דאמרינן כיון דמוכח מתוכו דדילג בשבת ושכחו וה"ה כאן אי נימא דהך סברא אלים שנאמר דדילג אף כאן באלפים נאמר שדילג ארבעת ואז פשיטא דאין כוונתו שנים וזה ברור ודו"ק היטב גם ממה שטען הש"ך על ראיית מהרא"י מן הרא"ש פ"ק דע"ז דכוונת

הרא"ש דניחוש שכיון למנין אחר ובזה לא שייך ליישב דמסתמא לא נכתב לפני כמה אלפים קודם ע"כ ובאמת בלא"ה יש להבין דברי מהרא"י בזה במה נפשך אם היה כוונתו דהרא"ש מביא ראיה דלא נימא לפני כמה אלפים נכתב א"כ באמת לפי הראיה ממה דקאמר ושביק אלפא קמא מבואר דלא אמרינן דנכתב קודם או הקדימו לאותו הזמן ואי ראיית הרא"ש למנין אחר פשיטא דלא מוכחא ידי ועוד דהא בש"ס באמת מוכח דלא חיישינן שהיה באלפא קמא והיינו דלא כמהרא"י וברור דכוונת מהרא"י דהיכי דדילג מעיקרא בוודאי והיינו בהך דש"ס דדילג למלכי יונים וכן אם דילג לבריאת עולם אז שפיר אמרינן דאם דילג אלפים ג"כ דלא אמרינן דהיה קודם כיון דבלא"ה ע"כ דילג אף בזה אמרינן דדילג אבל היכי דהזמן מבואר בלי דילוג כלל רק שנאמר הדילוג משום דמסתמא לא נעשה לפני כמה אלפים זה לא אמרינן וכן היה בעובדא דמהרא"י דאלפים לא דילג רק המאות א"כ שפיר פסלו מהרא"י ולפי זה אתי שפיר ג"כ הראיה מהרא"ש דוודאי היה כוונת הרא"ש להביא ראיה דלא נימא דהי' קודם דליכא למימר דכוונתו למנין אחר דהא כבר כתב דמספק לא חיישינן למאוחר רק הספק עכשיו דהיה קודם ושפיר דייק מהרא"י דבלי דילוג לא אמרינן כן דאי גם בלי דילג מה צורך לראיה נאמר דוודאי ע"כ דילג עכשיו דמסתמא לא נעשה קודם וע"כ דאם בלא זה לא דילג כלל לא אמרינן כן ולפי זה לשיטת מהרא"י אם לא דילג לבריאת עולם ודילג אלפים פסול:

ה ברביעי בשבת כ"ב לתשרי וכו' אפ"ה כשר עסמ"ע ס"ק ח' ונראה מדבריו דדעת המרדכי להכשיר מיום כ"ד. והוא תמוה דהא פשיטא דכוונת המרדכי להכשיר באמת מכ"ב תשרי שהרי הביא ראיה מהך דשטר שזמנו בי' בתשרי דאמרינן מאוחר הוא וגובה מי' תשרי ואינך והכא נמי אף שכ"ב חל שמיני עצרת מ"מ כשר דמאוחר הוא אח"כ כתב ואי משום דרביעי בשבת לאו היינו כ"ב תשרי רק כ"ד תשרי יש לומר דהסופר טעה שלא היה בקי בעיבורו של חודש ע"ש והשתא מבואר להדיא דכוונת המרדכי שהשטר באמת נכתב קודם כ"ב ויתאחר לכ"ב והשתא פשיטא דגובה באמת מיום כ"ב ומה שהוצרך המרדכי להך שנתאחר משום דבטעות לבד אכתי קשיא הא יודעין כ"ב הוא שמיני עצרת א"כ איך טעו שהיום כ"ב וע"כ דמקודם ונתאחר ודו"ק] רק דהעדים טעו וחשבו דכ"ב ביום ד' ובאמת הוא ביום ב' ומעתה יש לתמוה על הסמ"ע דכתב דלא קפדינן על מה שהוא לאחר רובו של חודש לפי שהוא בכתב ולפי הנ"ל לק"מ דהא באמת נכתב קודם רובו של חודש וא"כ אז שפיר טעו וכן מבואר להדיא במרדכי דלא הקשה רק בשני עיבורים לא טעו אבל מרובו של חודש לא קשיא כלל דקודם רוב נכתב ומ"מ בשני עיבורים יפה הקשה דמ"מ לא שכיח דטעו בתרתי דהיה שניהם מלאים או

חסרים ובתומים תמה על הגאון בעל שב יעקב דכתב דהך דשני עיבורים אכתי קשה דהא יש לומר דנכתב לפני ב' חדשים ונעלם ממנו דברי המרדכי הנ"ל דכתב להדיא דנתאחר ונכתב קודם ולכך לא הקשה מרובו של חודש ומ"מ הקשה משני עיבורים) ומעתה ליתא ג"כ למה שכתב הש"ך דלכך חולק ר"ת דסובר דלאחר רוב לא טעו דהא אנן אמרינן דבאמת גובה מכ"ב ונכתב קודם ונתאחר לכ"ב. לכן נראה לפע"ד דטעם מחלוקתם כך. והוא דוודאי יש לתמוה נהי דאמרינן דעדים טעו מ"מ תינח אם הלוה ציוה לכתוב האיחור שיתחיל השיעבוד מכ"ב תשרי א"כ גובה כדין מכ"ב תשרי מיום ב' ויום ד' הוא טעות שחשבו יום כ"ב ביום ד' מחמת העיבור אבל אם הלוה צוה שיתחיל השיעבוד ד' שבועות מזמן הכתיבה ולפי החשבון האמת הוא יום ד' כ"ד תשרי והם טעו וחשבו שיום ד' לאחר ארבע שבועות הוא כ"ב תשרי ובאמת כ"ב הוא ביום ב' א"כ מוקדם גמור הוא ואף שהוא מוקדם בטעות מ"מ פסול [וכ"ש שלא יגבה רק מכ"ד] וא"כ הכא ע"כ היה טעות א"כ דוקא בעלמא לא חיישינן למוקדם שנעשה שלא כדין אבל הכא ע"כ דהיה טעות וכמו כן דיש לומר דאינו מוקדם כמו כן יש לומר דהוא מוקדם ויד בעל השטר על התחתונה ופסול הרי דבעל התרומות גופא מקשה בשטר שזמנו בשבת דנימא מוקדם ויד בעל השטר על התחתונה ותירץ דהכי דבטל כל השטר לא אמרינן ידו על התחתונה ולפי זה היינו דוקא היכי דליכא למיתלי בטעות אבל היכי דאיכא למיתלי בטעות מבואר להדיא בדברי הרב בהגה' לעיל סימן מ"ב ס"ט דאמרינן ידו על התחתונה אף היכי דבטל לגמרי וכ"ש הכא דע"כ צריך לומר דהיה טעות והוי שפיר מוקדם ובזה שפיר יש לחוש דיגבה שלא כדין מיום כ"ב דהיינו ביום ב' כמו שבאמת סובר המרדכי ונראה ברור דהיינו טעמא דר"ת דפסול שטר זה משום ספק מוקדם וכל היכי דאיכא למיתלי בטעות וכ"ש כשהוא בהכרח טעות אמרינן ידו על התחתונה אפילו בטל לגמרי והמרדכי נראה דסובר כמו שכתבתי לעיל סימן מ"ב שם יישוב על קושית הש"ך ס"ק כ"א על הב"ח שם שכתב דיש חולקין בהך דינא ואפילו בטעות לא אמרינן ידו על התחתונה אי בטל לגמרי וע"ש שהבאתי ראיה לזה מבעה"ת ולפי זה יש לומר דגם המרדכי מן החולקים הוא אך על המחבר יש לתמוה היאך סתם בכאן כדברי המרדכי ונהי דבאמת יש לומר דהמחבר לא מחלק בין טעות כלל דלעיל סימן מ"ב ג"כ לא כתב חילוק זה אך הרב שהביא שם החילוק בין טעות א"כ כ"ש כאן וצ"ע ועיין היטב במרדכי ותמצא מבואר דעתו דבאמת גובה מכ"ב תשרי ודלא כמו שהבין הסמ"ע והש"ך ודו"ק:

(ו) כתב ידו אין צריך שיכתוב בו זמן. עש"ך דאפילו לענין קדימה אין נ"מ דאפילו יש בו זמן אינו גובה דחיישינן לקנוניא ובתשובת מהר"ם לובלין חולק בזה דלא חיישי'

לקנוניא כל שלא נפל והש"ך הביא ראיה מתשובת הרשב"א שהביא ב"י לקמן סימן מ"ז. ולכאורה דבריו תמוהין דהיאך דייק מהכא מדלא כתבינן זמן בכתב ידו אכתי תקשי דהא הרשב"א כתב שם להדיא דבמטלטלין יש דין קדימה ולא חיישינן לקנוניא אם כן אכתי צריך לכתוב זמן לענין מטלטלין אבל באמת נק"מ דכוונת הש"ך כך דוודאי טעמו של הרשב"א במטלטלין משום מיגו א"כ פשיטא דאפי' בלי זמן כלל נאמן הלוה לומר שהיה קודם במיגו שיכול ליתנו לו במתנה וכדומה וא"כ אכתי אין צריך לזמן כלל ולפי זה לק"מ מה שהקשה בתומים על הש"ך דהא במלוה ע"פ מאוחר פשיטא דלא שייך קנוניא דהא יכול להבריחו ולמכרו וליתנו במתנה א"כ בזה וודאי מהני זמן ולהש"ך ע"כ גם בזה לא מהני דאל"כ אכתי צריך זמן לזה ולפי הנ"ל לק"מ ואדרבא כל היכי דאיכא מיגו אף זמן אין צריך דבלא"ה נאמן במיגו שזמנו קודם כנ"ל ואין לומר דאכתי צריך זמן דבני זמן שמא באמת יכפור הלוה שלא קדם זמנו משא"כ בזמן אם יכפור לא יהא נאמן ולקנוניא אין לחוש ושפיר יגבה קודם הא ניחא דאם יחוש שיכפור בזמן הלא יוכל ליתנו לשני במתנה ולהבריח ואכתי אין צריך זמן כלל וזה ברור ובספר נ"מ דחה דברי התומים דאינו נאמן במיגו דהברחה דיהא מוחזק לרשע שיבריח בפני הב"ח והביא ראיה מדברי הש"ך לקמן סי' צ"ט וכתב לחלק בין הוחזק קודם ללא הוחזק ומדבריו למדנו ג"כ דאפי' בלי זמן כל היכי דיש מיגו דהברחה נאמן דאל"כ גם לדבריו אכתי צריך זמן ודו"ק] ובאמת לא דמי דהיאך שייך לוה רשע כשחבירו מוציא כתב ידו בזמן קודם ואנו אין מאמינים לו דחיישינן לקנוניא אם כן אדרבא עכשיו אנו מחזיקין אותו לרשע מה שאין כן אם יתן במתנה הוא איש אמת והכתב יד אמת בלי זייוף לכך נתן לי במתנה כדי לשלם לו חובי ולא יהא לוה רשע כיון דבאמת לא זייף וזה ברור ואף שהר"ן פ"ב דכתובות כתב כעין סברא זו בקושית התוס' שם במיגו דאי בעי מחיל היינו משום דאמנה באמת טענה גרועה הוא לכך לא יוכל לומר אמנה הוא ולדבריכם מחול הוא דמיכסף ממלוה שלו משא"כ הכא מהיכי תיתי לא יוכל לומר דהאמת עם כתב ידו ולא עשה קנוניא ואדרבא עכשיו אנו מחזיקין אותו רשע]:

ובעיקר דין זה נלפע"ד ראיה ברורה מירושלמי יבמות פרק ד' אחין הבאתיו לעיל ס"ק ב' כמו שפרשתי שם ומבואר התם בפי, דחיישינן לקנוניא בכתב ידו ואפי' מאן דפליג התם היינו דפוסל אפי' בלי קנוניא מלקוחות אבל מודה דחיישינן לקנוניא וזה ברור. ומה שהקשה בתומים משטר שאין בו אחריות וכתב דלשיטת מהר"ם ניחא ובאמת גם למהר"ם קשה דתינח אם ניחוש לקנוניא אבל אנן אמרינן דלא היה כוונתו לקנוניא רק לפשיטא דספרי כמו שכתבו התוס' שם בד"ה שמא כתב דעתה רוצה ללות כדי להרויח

פשיטא דספרי ע"ש ואף דבאמת יש לדחות ראיית התוס' שם אבל בלא"ה ע"כ צריך לומר כן דהא ע"כ דלא אסיק אדעתיה התם קנוניא דהא פריך אי כשחייב מודה ביש בהן אחריות נכסים אמאי לא יחזיר א"כ גם למהר"ם קשה וע"כ כמו שכתב בש"מ בשם הריטב"א הביאו בספר נ"מ הנ"ל] דלא חשו רק לטריפת לקוחות לא למניעת טירפא. גם בעיקר דבריו נראה פשוט דרב אסי לא סבירא ליה כלל חששא דקנוניא וא"כ בלא"ה מקנוניא לא קשיא ע"ש ודו"ק:

ז אלא מבנ"ח. עסמ"ע ס"ק ו' דאפי' יכתבו על גביו שלא יגבה רק מזמן שני אינו מועיל דקנס הוא כיון שנכתב מתחילה לגבות מזמן ראשון והש"ך ס"ק י"א כתב דבש"ס ופוסקים לא מוכח מידי רק דהטעם לפי שנראה פיסולו בב"ד שוב אין לו תקנה כדלקמן סי' מ"ה הילכך אם המלוה כתב עליו מתחילה קודם שבא לב"ד כשר לגבות מזמן שני ובאמת אין טעמו נכון דדוקא לקמן אם נראה לב"ד לא מהני דהשטר בעצמותו פסול הוא שהרי לכ"ע אינו גובה מבנ"ח אבל הכא להמחבר וסייעתו דגובה מבנ"ח אלמא דשטר גמור הוא לענין בנ"ח רק לפי שנתברר מבחוץ שהוא מוקדם פסלוהו מזמן שני משום גזירה א"כ קשה למה פסלוהו היה להם להכשירו ולכתוב על גבו היכי שיכולין לכתוב על גבו ומעיקרא למה פסלוהו אף מזמן שני ושאני התם שבא לפנינו ופיסולו בתוכו שלא נעשה כתיקון שטר ועוד דמה שכתב הש"ך דיש לומר דמיירי דאין יכולין לכתוב על גבו הוא תמוה לפע"ד דהא בלא"ה כל טירפא דלא כתוב בה קרענא לשטרא לאו טירפא הוא א"כ הכא נמי יקרעו השטר ויכתבו על הטירפא לגבות מזמן הלואה לא מזמן ראשון וע"כ כמו שכתב הסמ"ע דקנס הוא לפי שנעשה מעיקרא לגבות בו מזמן ראשון ולא היה יכול לגבות בו אם לא היה נתברר א"כ ממילא בכתב מעצמו על גביו שייך למיקנסיה דמ"מ היה יכול לגבות בו מזמן ראשון מעיקרא וזה ברור [וכ"ש לפי מה שאבאר לקמן בשיטת הרמ"ה פשיטא דאפי' בכהאי גוונא לא גבי]. ובתומים הביא ראיה מדברי הטור לקמן סי' מ"ה שכתב דהר"ר יונה כתב דאינו יכול לטעון להד"ם לפי שניתן להכשיר כשימלא אותו בקרובים וכתב הטור על זה דאפילו במוקדמים נ"ל כן מבואר דגם במוקדמים יכול להתכשר על ידי שיכתוב מקודם על גביו [ומה שהקשה מהא דפריך ותיפוק ליה מוקדם לק"מ דאי משום תקנה דכתיבה על גביו גם בנמחל יש תקנה דימסור לפני עדי מסירה או בקנין כמו שכתב הש"ך לקמן ס"ק ט"ו וע"כ דלא מיירי רק בפשיטות א"כ מוקדם נמי הוי] ואין ראיה זו כלום ולא היה כוונת הר"ר יונה והטור כמו שהבין הוא רק כוונת הר"ר יונה דלא נימא כיון שהשטר פסול לגמרי אפי' לבנ"ח אלמא דאין עליו שם שטר כלל א"כ ממילא אין עדות העדים כלום דהוי מפי כתבם כיון

שאינם לפנינו ושטר זה שטר פסול הוא ולא הוי כמי שנחקר בב"ד כלל ועל זה כתב הר"ר יונה דמ"מ כיון שהיה עומד להתכשר ע"י שימלא בקרובים קודם שיבוא לב"ד א"כ בשעה שחתמו על שטר גמור חתמו ועדות גמורה היא רק אח"כ כשלא מילא בקרובים נפסל א"כ על עדות העדים יש לסמוך עכ"פ בגוף המעשה שהיה אמת דאם שקר הרי חתמו שקר והעידו שקר דבשעת חתימה היה עומד להיות שטר גמור ולא חשידי עדים להעיד שקר. ולפי זה הכא גבי מוקדמים נהי דלא מתכשר מ"מ הכא בלא"ה ע"כ בשעת חתימה המעשה היה אמת רק טעו דאל"כ פשיטא דעדים שקרים הם ופסולים דהא אין שום ריעותא בגוף השטר ועומד לגבות בו אם לא יתברר הקדמתו א"כ עדים שחתמו עליו בכוונה וכ"ש בלי הלואה פשיטא דפסולין א"כ ממילא ע"כ דההעשה אמת והם טעו בהקדמתו לכך אינו יכול לטעון להד"ם דלא חשידי עדים להעיד שקר ובזה מדוקדק דברי הטור שכתב ואפי' במוקדם ומאי אפי' ולפי הנ"ל ניחא דאפי' במוקדם דלא שייך הך סברא דהא לא היה עומד להתכשר מ"מ אינו יכול לכפור דשם בלא"ה ע"כ העדים אמת העידו זה ברור. [אך מ"מ יש לדון בזה לפי שעכשיו אינו שטר גזירת הכתוב דאין מקבלין מפי כתבם אבל באמת הא נמי ליתא וזו הוא באמת שיטת התוס' אבל לקמן כתבתי טעם נכון בסתירת דבר זה]:

ח ואם יטעון הלוה פרעתי וכו'. נראה דלדעה זו כמו דלגבי לקוחות אמרינן משום גזירה שמא יגבה מזמן ראשון לא גבי אפי' מזמן שני א"כ ה"ה לענין בנ"ח אם יש ב"ח אחרים לא יגבה הוא קודם אפי' מזמן שני משום הך גזירה גופא שמא יגבה מזמן ראשון דמ"ש ואפי' לפי מה שכתב הריטב"א פ"ק דמציעא הבאתיו לעיל סי' זה דלא חששו רק ללקוחות לא למניעת טירפא מ"מ שאני התם דהוא רק בשטר שנפל דאין כאן שום שקר וערמה לפנינו רק ריעותא דנפילה אבל הכא דיש ערמה ושקר לפנינו ונתברר דהוא מוקדם בוודאי יש לחוש ולא יגבה קודם לב"ח מאוחר אפי' מזמן שני אבל מ"מ היינו דוקא לפי מה שפירש"י הגזירה אבל לפי מה שאבאר לקמן בס"ד לשיטת הרמ"ה והרמב"ם א"כ לב"ח מאוחר לא שייך הגזירה כלל. שוב ראיתי בתשובת הרשב"א חלק שלישי סי' ח' כתב להדיא דאם יש ב"ח מאוחר אינו גובה אפי' מזמן שני כמו שכתבתי וראיתי בפרישה שכתב היפך זה ולא ראה דברי הרשב"א הנ"ל:

והנה הך דינא דבטוען פרעתי כתב הב"י דהוא דעת הרי"ף ורמב"ם ובאמת לא ידעתי מאין יצא לו מדברי הרי"ף כן ואדרבא המעיין בריי"ף יראה שכתב והוי כמלוה ע"פ ולא גבי משעבדי ואי ס"ד דלא הורע כח שטר זה רק לענין משעבדי בלבד למה לו להזכיר מלוה ע"פ ואדרבא הא שטר זה עדיף מכתב יד לשיטת הרי"ף דיכול לומר פרעתי וכאן

לא אלמא דהוי שטר גמור לדעתו רק משועבדים לא גבי משום גזירה א"כ היה לומר דלא גבי משעבדי ומה זה שכתב דהוי מלוה ע"פ וברור דכוונת הרי"ף דבאמת יכול לטעון פרעתי כמו מלוה ע"פ והטעם כיון דלא גבי משעבדי ולכך הזכיר ג"כ דלא גבי משעבדי דמהאי טעמא דינו כמלוה ע"פ דלא עדיף מכת"י לשיטת הרי"ף גם נראה דעיקר כוונת הרי"ף דלא נימא כדעת ר"ל דמוקי למשנה כר"ח ואינו גובה כלל ואפי' מבנ"ח ואפי' נתברר בעדים או על פי עצמו כמו שכתבו התוס' שם ועל זה כתב דהלכה כר"י דמשום גזירה הוא והוי מלוה ע"פ וגובה מבנ"ח ולא קנסוהו בעיקר החוב אבל מהכחשה לא קא מיירי וכן נראה ברא"ש דמעיקרא כתב לשון הרי"ף דהוי כמלוה ע"פ ולא גבי משעבדי אח"כ הקשה דעדים פסולים ותירץ ובתר הכי כתב והתוס' כתבו וכו' ואם היה דעתו דהתוס' חולקים בוודאי היה לו לומר אבל התוס' כתבו כדרכו בכל מקום גם למה הפסיק בקושיא בעדים פסולים דליכא למימר דהך קושיא רק אם גובה בנ"ח אבל אי אינו גובה לא קשיא דיש לומר באמת לפי שהם פסולים אינו גובה הא ליתא דמ"מ קשה מאי פריך ניגבי מזמן שני ומאי משני גזירה שמא יגבה מזמן ראשון הא העדים פסולים כמו שהקשו התוס' גופא וע"כ דמה שכתב מתחילה בשם הרי"ף לא פליגי התוס' כלל על הרי"ף רק הוא הקשה מעיקרא לפי דעתו דגובה בנ"ח דהעדים פסולין אח"כ כתב דהתוס' כתבו דלא גבי בנ"ח אבל לא על הרי"ף מחלוקותם גם מדברי הרמב"ם אין הכרע כלל ולא בא לאשמועינן רק דגובה חובו ולא קנסוהו כנ"ל ולקמן יתבאר בעיקר דין זה על נכון:

ט ואם טען להד"ם הוחזק כפרן. הרמב"ם בפי' המשנה שבועות כתב בסוף פירושו שם דאם המלוה מודה בעצמו שהוא מוקדם והלוה טוען להד"ם אינו נאמן במיגו דאינו מוקדם דלא אמרינן מיגו רק לפטור עצמו ולא להוציא מחבירו עכ"ד ולכאורה יש לתמוה כיון דדעתו כאן לדעת המחבר דאפי' בעדים מעידין שהוא מוקדם אינו נאמן לטעון להד"ם א"כ כ"ש כשהוא מודה ויש לו מיגו וצריך לומר דמיירי שהוא מודה שהוא מוקדם והעדים רשעים ולא טעו ואז לולי המיגו פשיטא דשטרא חספא בעלמא הוא כמו שכתב המחבר אח"כ קמש"ל הרמב"ם דאפי' מודה על דרך זה אינו נאמן במיגו אך עדיין יש לדקדק בדבריו שם שאמר דיש לו מיגו דמאוחר הוא וקשה הא בלא"ה יש לו מיגו דשטר כשר הוא ככל שטרות בלי איחור ג"כ וצריך לומר דסובר דאם היה המיגו על דרך זה היה נאמן דהוי מיגו דאי בעי שתק רק מיירי באופן דוודאי מוקדם הוא או מאוחר ואז לא מהני להוציא וצ"ע כי בלא"ה בהך דינא גופא יש לפקפק כיון דשטר כשר והוא מוחל בהודאתו אבל החוב לא נמחל ודו"ק וצריך עיון בזה:

• וי"א דפסול לגמרי דעת הסמ"ע דלכ"ע אינו יכול לטעון להד"ם רק בפרעתי פליגי והש"ך השיגו ובאמת הדבר מוכרח לכאורה כהסמ"ע דהא בש"ס קאמר להדיא טעמא משום גזירה שמא יגבה מזמן ראשון והיאך שייך הך גזירה לענין להד"ם ודוקא לענין פרעתי שייך לומר כיון דרבנן פסלוהו לענין משעבדי לא חשש להניח שטר כזה בידו כמו בכתב יד להפוסקים דיכול לטעון פרעתי [ושטר שאין בו אחריות] אבל להד"ם מאיזה צד יוכל לטעון כיון דהעדים כשרים ועוד דהא התוספות דייקי דינם מדנקט פסולים והשתא כיון דיכול לטעון פרעתי ואינו גובה משעבדי אין לך פסול גמור כזה דהא עיקר השטר להכי קאי ונפסל לזה והוי כמלוה ע"פ גמור בעדים אבל הך דלא יוכל לטעון להד"ם דיהא גרע ממלוה ע"פ בעדים לא שמענו. אבל באמת חדא בחברתה מיושב כי כוונת התוספות כך מדנקט פסולים מבואר דגוף השטר בעצם פסול והיינו דיכול לטעון פרעתי ואינו גובה משעבדי והשתא כיון דגוף השטר פסול ממילא אין עליו שם שטר כלל וכן כשאין עדים לפנינו הוי מפי כתבם וגזירת הכתוב הוא שאין דנין על עדות שבשטר זה דאינו כמו שנחקרה עדותן בב"ד כיון דאינו שטר כלל ונפסל מתורת שטר לגמרי כדמוכח מלשון פסולים והא דפריך ניגבי מזמן שני היינו בס"ד דלא ידע הגזירה הוי קשיא ליה למה פסלוהו לגמרי אבל כיון דמשום גזירה פסלוהו ויכול לטעון פרעתי הרי אין עליו שם שטר כלל והוי מפי כתבם וממילא יכול לטעון להד"ם כן יש לומר לדעת הש"ך אך מה שהביא הש"ך ראיה מדברי הריב"ש סימן שפ"ב דדייק כדעת התוספות מהא דפריך פ"ק דמציעא ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם וקשה הא אכתי קשה הא נ"מ לענין נמחל שיעבודו בטענת להד"ם ע"כ. ובאמת לאו ראיה הוא כלל דוודאי אם היה ר' יוחנן אומר לענין הדין כשלוה בשטר שנמחל שיעבודו שפיר היה מקום לומר דנ"מ לענין טענת להד"ם אבל ר' יוחנן לא היה כוונתו לזה שהרי לא אמר שטר שלוה בו ופרעו וחזר ולוה בו אינו גובה בו וכו' רק אמר אינו חוזר ולוה בו והיינו אעיקרא דמילתא בתחלת הלוואה והשתא מה נפקא מינה אם יש לטעון עוד טענת להד"ם או טענת פרעתי לחוד סוף סוף אינו חוזר ולוה בו שמא יטעון פרעתי כיון דבהכחשה אמרינן סוף סוף יוכל להכחיש ולכפור ואדרבא מסתמא יטעון פרעתי ולא להד"ם דמיחזי כשיקרא ושפיר פריך וזה ברור. אבל מ"מ ברור דאפילו לדעת הש"ך פשיטא דאי אפשר ליתן טעם לדין זה רק לפי שהשטר פסול והוי מפי כתבם כחו שביארנו ולפי זה לענין דינא נראה ברור דלהד"ם אינו יכול לטעון ואי קשיא דהוי מפי כתבם לק"מ לפע"ד דוודאי אף דמפי כתבם גזירת הכתוב הוא אבל פשיטא דדוקא בד"נ שייך לומר אף דוודאי אומרים אמת מ"מ בעינן עדות גמורה וזה גזירת הכתוב הוא דלא עדות הוא אבל בד"מ דמוציאין ממון במיגו

וחזקה דת"ו וכדומה א"כ כשידוע לנו ברור שאומרים אמת פשיטא דבדין הוא דיגבה רק מה שפסלה תורה גם בד"מ הוא שלא האמינה תורה שני עדים רק אם הם מעידין בתורת עדות ובדבר שהם נאמנים בתורת עדות דלא חשידי להעיד שקר אבל כל שביטלה תורה עדות מפי הכתב מגזירת הכתוב ממילא אפילו עדים כשרים חשודין לשקר כיון דלאו עדות הוא כלל דאינו בכלל לא יגיד ולא תענה ולפי זה הכא בשטר מוקדם פשיטא דעדים שחתמו בשקר על מוקדם פסולין לעדות ואף שאח"כ נתברר הקדמתו כיון שבשעת מעשה חתמו בשקר והעידו שקר א"כ ממילא היכי שלא חתמו בשקר רק טעו א"כ אחר כך דנפסל השטר מ"מ פשיטא דע"כ דאמת חתמו דהא עדים לא חשידי דמשקרי ובשעת חתימה אם היה בשקר הרי עדים פסולים הם א"כ נהי דעכשיו הוי מפי כתבם מ"מ מעיקרא פשיטא דבאמת העידו עכ"פ שלוה דהיה עדות גמור ולפי זה אין מקום כלל להאמינו בטוען להד"ם כיון דלא שייך גזירה ולא מפי כתבם אבל לענין טענת פרעתי כיון שכבר הוכחתי שאין מדברי הרי"ף ראיה כלל דחולק בזה א"כ עכ"פ ספיקא דדינא הוי ואף דעיקר ראיית הריב"ש ספ"ק דמציעא אינה ראיה כלל דהא פשיטא דאין כוונת ר' יוחנן שם דרך עצה טובה שלא יחזור וילוה שלא יפסיד חדא דהיאך קאמר אין חוזר ולוה בו דלשון זה מורה בבירור דהכוונה שאינו יכול לעשות כן שיגבה שלא כדין ועוד דמאי עצה טובה שייך בזה הא אם באמת לא יתברר וילוה לו בינו לבין עצמו יגבה מזמן ראשון והלוה לא יאומן שהוא שטר שנמחל שיעבודו וע"כ דר"י באחת דינא קמש"ל דאינו יכול ללות לו על אותו שטר ואם עושה כן שלא כדין עושה כי נמחל שיעבודו ולפי זה פשיטא דע"כ כוונת ר"י לענין טריפת לקוחות דלגבי בנ"ח היאך שייך אינו חוזר ולוה בו במה נפשך אם באמת לא יודע מ"מ באמת כדין גובה ממנו דהא הלוהו וכי בשביל שיכול לכפור יגבה שלא כדין כשלא יתברר שנמחל הרי כדין גובה שהרי' הלוהו ואם יתברר ויכפור לא יגבה ומה יש לחוש והיאך שייך אינו חוזר ולוה בו וע"כ דכוונתו לענין לקוחות כי אף שילוה יגבה שלא כדין שאין לו דין שטר א"כ שפיר פריך תיפוק ליה דהוי ליה מוקדם ואין כאן ראיה כלל אבל מ"מ כיון דמדברי הרי"ף אין כאן ראיה ואדרבא משמע כדעת ר"י כמו שכתבתי לעיל ס"ק ח' הוי ספיקא דדינא אבל להד"ם נראה ברור דאינו יכול לטעון כמו שביארנו. ובגוף דברי הש"ך יש להבין כיון דלא משכחת הך דינא דלהד"ם רק באין עדים על הלואה א"כ ע"כ כמו שתירץ הנ"י והר"ן דעדים טעו וכתבו שטר ללוה בלי מלוה בלי הקנאה והשתא אי ס"ד דכוונת התוספות ללהד"ם קשה מה זה שהקשו אח"כ דעדים פסולים ותירצו דעדים מעידין עליהם שהיו אנוסים או אומרים טעינו ובזה פשיטא דיש עדים על הלואה והיאך לא זכרו זה התירוץ דאיירי בהו מעיקרא

בטענת להד"ם והיינו כמו שכתב הנ"י דבזה ליכא למימר אנוסים וטעינו דא"כ יש עדים על הלואה ודו"ק וע"כ דלא היה כוונת התוס' ללהד"ם כלל כיון דלא זכרו תירוץ הנ"י. ויש ליישב דמה שתירצו התוס' אח"כ אנוסים וטעינו אין הכוונה דוקא שהם בעצמם או אחרים אומרים עליהם רק הכוונה להמציא מציאות מוקדם והעדים כשרים ואז יש לומר בפשיטות דהמלוה מודה דהיה מוקדם רק העדים כשרים באופן זה ומ"מ אינו נאמן במיגו כיון דהשטר פסול לפי הודאתו הוי מיגו להוציא כמו שכתבתי לעיל ס"ק ט' בשם הרמב"ם בפי' המשנה ולפי זה שפיר משכחת לה טענת להד"ם דהמלוה מודה דהיה מוקדם והעדים טעו ונאמן דהוי מפי כתבם כנ"ל ומזה ראיה ברורה ג"כ דטעמייהו משום מפי כתבם כנ"ל]. והא דלא תרצו בפשיטות דהלוה מודה דהוא מוקדם ועדים רשעים הא ליתא דא"כ מאי פריך ניגבי מזמן שני גם מה זה שתירץ גזירה שמא יגבה מזמן ראשון הא בלא"ה כיון דמודה דהשטר פסול הוי חספא בעלמא ולא מהני מיגו כדברי הרמב"ם הנ"ל לכך הוצרכו להמציא מציאות דעדים יהיו כשרים ואז לולא גזירה אם המלוה מודה נאמן עכ"פ מזמן שני דהא אין השטר פסול דיהא מפי כתבם אבל לאחר גזירה דהשטר פסול לגמרי אפילו מודה באופן שהם כשרים אינו גובה כלום משום מפי כתבם ודו"ק היטב:

יא במה דברים אמורים וכו'. עש"ך מה שהאריך להשיג על שיטת הרמ"ה שהביא הטור וטרם שנבוא ליישב קושיותיו נאמר כל הצורך בביאור דברי הרמ"ה וליישב מה שהקשה עליו הטור וממילא גם קושיותיו של הרב הש"ך יפלו לגמרי כמו שאבאר. והנה הטור כתב בשם הרמ"ה דאם כתבו ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי אפי' בלי הקנאה טורף מזמן שני כיון דניתן לכתוב. ותמה הטור דמה בכך דניתן לכתוב מ"מ יש לחוש גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ולפעד"נ דדברי הרמ"ה נכונים וברורים והוא דקשיא ליה להרמ"ה בהא דאמרינן גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ופירש"י דהלקוחות לא ידעו שהוא מוקדם וכוונתו דהשתא לאחר שנודע שהוא מוקדם חיישינן שלא יגבה מזמן ראשון וכן מבואר מדברי הש"ך לעיל ס"ק י' דכתב דאינו גובה מן בנ"ח רק מיד פוסקין לו הב"ד כן אבל אין מחזירין לו השטר דשמא יטרוף מזמן ראשון כמו שאמרו בש"ס ובאמת פי' זה תמוה דאי מחשש שמא יגבה עכשיו הא בלא"ה כל טירפא דלא כתיב בה וקרענא לשטרא לאו טירפא היא א"כ הכא נמי יקרעו השטר ויכתבו לו טירפא מזמן שני והסמ"ע ס"ק י' כתב משום קנס דהיה ראוי מתחילה לגבות מזמן ראשון. ואין דבריו מובנים דהא בש"ס אמרו להדיא דר"מ הוא דקניס אבל רבנן לא קנסו כלל רק גזרינן שלא יבוא הפסד שלא כדין ובזה חולק ר"י על ר"ל שם דמוקי לה כר"מ ע"ש. לכן פי' הרמ"ה דכוונת הש"ס אינו

עכשיו לאחר שנתברר שהוא מוקדם דהשתא פשיטא שיש לעשות באופן שלא יוכל לגבות מזמן ראשון רק דהגזירה הוא שיגבה מזמן ראשון קודם שיתברר שהוא מוקדם ואי קשיא השתא נמי מאי הועילו הא יגבה קודם שיתברר הא ליתא דעכשיו דאמרו מוקדם לא, גבי כלל אפי' מזמן שני ממילא לא ירצה המלוה לעשות מוקדם שירא שמא יתברר ולא יגבה אפי' מזמן שני וכן כתבו התוס' בהדיא בסוגיא דמצא שטר חוב דלכך לא חיישינן שמא פרעו ורוצה ללות שנית עכשיו דהמלוה לא ירצה ללות שמא יפסיד כשיתברר אפי' מזמן שני וברור דמהאי טעמא פי' הרמב"ם בפי' המשנה דהפי' מוקדמין הוא שטר שפרעו ונמחל שיעבודו והיינו בקנין דאל"כ בלי גזירה לא גבי מזמן שני] וקשה למה לא פי' בפשיטות כמו שפירשו כל המפרשים ולפי הנ"ל ניחא דבזה עיקר הגזירה שלא יגבה מזמן ראשון שאם אתה אומר שיגבה מזמן שני אף בנודע הקדמתו א"כ לעולם יעשה כן וילוה אחר שנפרע ואם לא יתברר יגבה מזמן ראשון ואם יתברר יגבה עכ"פ מזמן שני ומאי הפסיד לזה פסלוהו חכמים אף מזמן שני ואז ירא לעשותו שלא יפסיד כל השטר אפי' מזמן שני וכמו שכתבו התוס' הנ"ל אבל בשאר מוקדמין סבירא ליה שם דלא שייך הך גזירה דהא עדים לא ירצו לעשות אותו ולא חיישינן דטעו ולפי זה יפה כתב הרמ"ה דהיינו דוקא אם לא ניתן לכתב בשעת כתיבתו שיגבה מזמן ראשון ואין כאן עצה רק לטרוף שלא כדין אז שייך גזירה אבל בהך דכתבו שטר ללוה בלי אקנייתא ולוה לאחר זמן בזו לא שייך גזירה דהא ניתן לכתוב באופן המועיל שיגבה כדין מזמן ראשון דהיינו בקנין ואם ירצה לגבות מזמן ראשון מה לו לעשות שלא כדין ולא שביק התירא הא בקנין יגבה כדין ודוקא בנמחל שיעבודו דאי אפשר לעשות שיגבה כדין מזמן ראשון דאפי' בקנין לא יגבה רק מזמן שני ולא מזמן ראשון לכך חששו שאם נפסלנו מזמן שני לא יפסיד כלום ויעשה מוקדם משא"כ היכי דניתן לכתוב בקנין לא שייך זה דלמה יעשה שלא כדין במה דניתן לכתוב כדין וזה ברור בכוונת הרמ"ה ולפי זה מה שחידש הש"ך לעיל ס"ק י' דאין מחזירין השטר למלוה לגבות בנ"ח משום שמא יגבה מזמן ראשון ולפי שיטת הרמ"ה אין זה מוכרח דאין הכוונה כלל דחיישינן עכשיו לאחר שנודע הקדמתו ודו"ק גם נעלם מעיני הש"ך ס"ק י' דברי הרשב"א בתשובה חלק שלישי פי' ז' ח' שכתב כדברי הש"ך ומ"מ מסיק בצ"ע וסיים שתקנתו לא נתפרשה ע"ש] וברור שגם בהלכות כיוון לזה הפי' שכתב לפיכך קנסו אותו חכמים וכו' גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ולכאורה לשונו תמוה דהא בלי קנס אינו גובה משום גזירה ור"מ הוא דקניס ורבנן לא קנסו רק משום גזירה ולאיזה צורך הרכיב הקנס והגזירה בהדדי וברור דכוונת הרמב"ם דאין הגזירה עכשיו דחיישינן שמא יגבה דעכשיו אין כאן חשש כלל כנ"ל רק

קנס קנסו דלא יגבה במוקדם משעבדי אפי' מזמן שני כדי שלא יבוא לידי שיטרוף מזמן ראשון ואין קנס זה כקנס דר"מ דהוא קניס בשביל שעשה איסור אבל רבנן לא קנסו רק להציל הלקוחות מהפסד שלא כדין לכן לא קנסו רק משעבדי אבל לר"מ דקניס בשביל האיסור קנס לגמרי אפילו בנ"ח ע"ש בתוס'. וכן נראה לכאורה מדברי התוס' שהקשו הא עדים פסולים ותירצו דעדים מעידין עליהם] אנוסים מחמת נפשות אבל הם בעצמן אין נאמנים אף דהם עדים כשרים כיון דכתב ידן יוצא ממקום אחר כמו שכתב הטור בהדיא לדעתם. ולפי זה יש לתמוה כיון דהם בעצמן אינן נאמנים אף דהם כשרים א"כ מה בכך דעדים אחרים מעידין עליהם הא הוי תרי ותרי ולא קרעינן ולא מגבינן כמבואר להדיא פ"ב דכתובות א"כ הא כל מה שפסלוהו לטרוף מזמן שני הוא גזירה שמא יטרוף מזמן ראשון והשתא אם הכוונה כמו שפירש"י דחיישינן עכשיו א"כ אי אפשר להנצל מזה רק בקריעת השטר כמו שכתב הש"ך ס"ק י' והשתא היכי דהוי תרי ותרי אי אפשר לקרוע השטר דהא מספיקא לא קרעינן ליה א"כ אכתי לא נמלטנו מחשש דיגבה מזמן ראשון דהא שטר בידו וע"כ דסבירי להו לתוס' כשיטת הרמ"ה א"כ עיקר הגזירה כדי שלא יעשה מוקדם מעיקרא ואתי שפיר ודו"ק [ומ"מ אבאר לקמן בס"ד דלא זו כוונת התוס' כמו שהבין הטור רק על דרך אחר ע"ש]:

ומעתה כל מה שהקשה הרב הש"ך לק"מ ראשונה מה שהקשה מהש"ס פ"ק דמציעא דפריך ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם וקשה לשיטת הרמ"ה הא משום מוקדם היה גובה מזמן שני דהא שם ניתן לכתוב מזמן ראשון משא"כ משום נמחל שיעבודו אפי' מזמן שני לא גבי ולפי הנ"ל לק"מ דלא זו כוונת הרמ"ה כמו שהבין הוא רק ניתן לכתוב הכוונה שיש לעשותו באופן המועיל שיגבה כדין מזמן ראשון א"כ שם בנמחל שיעבודו לא שייך זה דהא אי אפשר לו לעשותו כדין שיגבה מזמן הלואה ראשונה ואדרבא עיקר מוקדם הוא בזה דיש ביד המלוה לעשותו תמיד אם לא היה מפקיעין שיעבודו אפי' מזמן שני כמו שכתב הרמב"ם בפי' המשנה להדיא וכמו שהוכחתי מדברי התוס' פ"ק דמציעא ומה שהביא ראיה מדברי רש"י פ"ק דמציעא דמשמע דלרב אסי משכחת לה מוקדם בכהאי גוונא אינה ראיה כלל דרש"י יפה פירש לשיטתו דמפרש כאן הגזירה עכשיו א"כ התם נמי יש לגזור אבל לפי' הרמ"ה דהגזירה מעיקרא א"כ בזה ליכא למיגזר כלל:

ומה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם בפי' המשנה תמהני מאד דאדרבא מדברי הרמב"ם מוכח להדיא כדעת הרמ"ה וז"ל שם זהו פי' מוקדמין ומאוחרין ויש לך להתבונן בו לפי שרבים כשלו בו וחשבו שכל מי שיכתוב שט"ח ואח"כ לקח הממון ההוא בשטר לאחר זמן ארוך שזה הוא שטר חוב מוקדמין וזה אינו אמת ויתבאר ביטולו מן הגמרא שכל זמן

שיהיה שטר בקנין טורף משעת כתיבה ואף על פי שנתן הממון אח"כ עכ"ל. ובוודאי יש לתמוה בדברי הרמב"ם הללו אם כוונתו שהם נכשלו שפרשו בלי קנין הוי מוקדם א"כ מה זה שהקשה עליהם מקנין ואי גם הם פרשו בקנין א"כ כיון דבלי קנין הפי' שלהם נכון למה הרחיק פירושם ופי' בנמחל שיעבודו וכתב זהו פי' מוקדמין והביא דרבים כשלו ולא הזכיר בפירושם קנין שזהו עיקר המכשול שלהם גם למה לא פי' הוא בלי קנין וברור דכוונת הרמב"ם דעיקר הגזירה הוא שלא יעשה מוקדם כיון שלא יפסיד כשיתברר ולכך זכר הפי' מעיקרא בשטר שנמחל שיעבודו דבזה שייך הגזירה כמו שכתבתי מקודם ועל זה כתב דרבים נכשלו ופירשו דמוקדמים היינו שכתב שטר קודם ולוה לזמן ארוך אח"כ ועל זה כתב דזה אינו דכיון דאם לוה בקנין גובה כדין מזמן ראשון היאך שייך בזה גזירה כיון דניתן לכתוב כדין והיינו כשיטת הרמ"ה וכמו שדקדקתי לעיל מדברי הרמב"ם בהלכות ואף דבהלכות שמיטה נראה מדברי הרמב"ם דפוסל פרוזבול מאוחר אף דלא שייך גזירה שיכול לעשות כדין מ"מ התם שאני כיון דבשעת כתיבה לא נכתב כראוי אין זה פרוזבול שתקנו חכמים ונשאר האיסור במקומו משא"כ כאן ודו"ק ואפילו אם נאמר דהרמב"ם בהלכות לא סבירא ליה כן מטעם הנ"ל מ"מ פשיטא דבפי' המשנה סובר כהרמ"ה כמו שהוכחתי והתם פי' באמת פרוזבול המוקדם בהיפך ממה שכתב בהלכות ע"ש ודו"ק ולא קשה שם כנ"ל. ולפי זה ממילא ליתא לדינו של הנ"י והר"ן דכתבו לפרש הך דמוקדמין באופן זה דלשיטת הרמ"ה גובה בזה מזמן שני וכן דינו של הש"ך לעיל ס"ק י צ"ע לשיטת הרמ"ה כיון דעכשיו לא שמענו דגזרינן כלל ולפי זה לשיטת הרמ"ה דוקא לענין משעבדי שייך גזירה אבל לענין ב"ח מוקדמין לא גזרינן וגובה קודם לב"ח מאוחר מזמן שני משא"כ לפירש"י כמו שכתבתי לעיל ס"ק ח' ע"ש וכל מה שכתבתי ברור ונכון עד שכמעט נראה להכריע העיקר כהרמ"ה אבל מ"מ כיון דהרבה פוסקים חולקין עכ"פ הוי ספיקא דדינא ודו"ק היטב:

יב כשלא הקדימו העדים זמנו בכוונה. עש"ך ס"ק ט"ז דהיינו באופן שכתבו שטר ללוה בלי מלוה בלי הקנאה וכבר נתבאר בסמוך דהרמ"ה חולק בזה דגובה מזמן שני] ונאמנין העדים עצמן בזה אפי' כת"י יוצא ממקום אחר ולהנ"י באין כתב ידן וכו' ולפעד"נ דלית מאן דפליג דאין העדים עצמן נאמנים בזה אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר כמו שאבאר דוודאי יש לתמוה דהא הר"ן פ"ב דכתובות גבי עדים שאמרו אמנה היה דברינו הקשה תיפוק ליה דאין נאמנים דהוי ליה מוקדם דאין כותבין שטר ללוה בלי מלוה רק בשטרי אקנייתא ודיקדק הר"ן מזה דעכשיו כותבין אפילו בלי הקנאה והביאו הרב לעיל סימן ל"ט וסיים הר"ן דמכאן למדנו דין זה ויש לתמוה במה נפשך אי דגם אמנה לא הוי

רשיעי דיש לומר דלא ידעו א"כ למה לא יהיו נאמנים וע"כ דאמנה כ"ע ידעו והשתא מאי קשיא ליה להר"ן דאין כותבין רק באקנייתא דהא משום הא היו העדים נאמנים דאטו מאן דלא ידע דרב אסי מיפסל והוא תמוה לכאורה וברור דאין כוונת הר"ן דבמוקדם כהאי גוונא לא הוי רשיעי כלל רק רשע גמור לא הוי למיפסל לעדות וכן דיקדק הנ"י בהדיא וכן העתיק ב"י לשון הנ"י דלא הוי רשע גמור אבל פשיטא דרשיעי הוי ושלא כהוגן עשו דהיה להם לישאל לב"ד אם יכולין לעשות כן הילכך התם שפיר תירץ הר"ן ז"ל דמשכחת לה שהעדים אינם פסולין כגון שכתבו בלי הקנאה ולא מיפסל לעדות בזה אבל לא מיירי דהם בעצמן אומרים כן דהם אינן נאמנים על עצמן אפילו בדבר שאין נפסלין שעשו שלא כהוגן כדמוכח להדיא פ"ב דכתובות גבי הא דאמר טעמא דר"מ עדים שחתמו שקר דבזה אין נפסלין ומ"מ כיון שעשו שלא כהוגן אינן נאמנין על עצמן לומר שעשו כן וכן מבואר בתשובת הרשב"א סימן אלף רל"ד דאפילו לא נפסל לעדות אינו נאמן על עצמו ברשעות כל דהו וכמו שהארכתי בזה לעיל סימן ל"ד ולקמן סימן מ"ו בס"ד וזהו כוונת הר"ן דהתם דמיירי דעדים בעצמן אומרים כן יפה הקשה תיפוק ליה משום מוקדם ועל זה תירץ במעכשיו ולפי זה הכא נמי מה שכתב ה"ה דבזה אין נפסלין כל הכוונה רק אם עדים אחרים מעידין עליהם אבל הם בעצמם אינם נאמנים לומר שעשו שלא כדין וכן מה שכתב הנ"י שם הכל בעדים אחרים ומה שהביא אח"כ דברי הרמב"ן הכוונה דמה שאמרו בירושלמי דיכולין לומר על זה לא חתמנו ולא הרגשנו במוקדם הכל באין כתב יד יוצא ממקום אחר אבל בכתב יד יוצא ממקום אחר לא אבל בהך דעשו שלא כדין בכוונה רק דס"ד דהלכה כאביי בזו אין העדים עצמן נאמנים אפילו אין כתב יד יוצא ממקום אחר דמשוי נפשייהו רשיעי אף דלא מיפסלי לעדות כמו שהוכחתי מדברי הר"ן הנ"ל וכבר הביא הרב לעיל סימן ל"ט דברי הר"ן בלי חולק א"כ הכא נמי הדין כן וצ"ע בזה ועיין בסמוך ס"ק י"ד. ובעיקר דברי הש"ך מה שכתב דלהרמב"ן ג"כ נאמנים אפילו אין כת"י יוצא ממקום אחר בדבר המצוי לטעות יש להבין דא"כ לאיזה צורך פי' הרמב"ן הך דירושלמי באין כתב ידם וכו' ואליבא דר"ח הא שפיר מצי לפרושי בפשיטות לרבנן ובדבר המצוי לטעות ונראה דוודאי הירושלמי ע"כ לא מתפרש רק אליבא דר"מ דאל"כ תקשי מאי מקשה הא אמר ר"ל עשו עדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד התם בכת"י יוצא ממקום אחר והכא באין כתב יד יוצא ממקום אחר וע"כ דקושית ירושלמי לר"מ דאפילו באין כת"י יוצא ממקום אחר סובר דאין נאמנין דהוי כמי שנחקרה בב"ד וזהו כוונת הרמב"ן להשיג על הרז"ה דראייתו מן ירושלמי אינו דהירושלמי ע"כ באין

כתב יד יוצא ממקום אחר משתעי ואליבא דר"מ אבל מ"מ דינו אמת מבחוץ דכל טעות דמצוי לטעות נאמנין כנ"ל ועיין בסמוך ס"ק י"ד:

יג וי"א,. עש"ך ס"ק י"ז מה שהשיג על הסמ"ע ס"ק י"ג בהג"ה בשם הריב"ש וכתב דט"ס הוא וצריך לכתוב ק"ד וקמש"ל כאן דאפילו העדים לפנינו ואומרים שטעו אין נאמנים ובתומים השיגו דזה לא נשמע מריב"ש ופי' הוא דהכא קמ"ל דאפילו בנ"ת לא גבי דפסול לגמרי וכן הוא בריב"ש. והנה לפי דבריו גם דברי הש"ך נכונים דממילא מוכח מריב"ש דהעדים אין נאמנים דאי נאמנים דהיינו דלא הוי רשיעי שטעו א"כ למה נפסל לגמרי באינם לפנינו ונראה שהוא הבין כוונת הש"ך דנודע מבחוץ דהוא קל"ד רק קמ"ל דאפילו עדים לפנינו ומפרשין דבריהם שטעו פסולין הם ובאמת כוונת הש"ך היכי דלא נודע רק על פיהם נשמע מהריב"ש דאין נאמנים לישווי' נפשייהו רשיעי והשטר כשר וזה באמת מוכח מריב"ש דפסלו לגמרי ש"מ דהעדים פסולים. אבל באמת על כולם אני תמה דפשיטא דלא מוכח מריב"ש מידי דוודאי סובר כדעת הר"ן דאין העדים פסולים כמו שכתב בתומים בשמו רק הוא לשטתו דסובר כדעת ר"י דאפי' במוקדם ועדים טעו פסול לגבות אפילו מבנ"ח והביא ראיה מפ"ק דמציעא דפריך ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם א"כ שפיר פוסל שם השטר לגמרי אבל מודה דעדים כשרים דטעו א"כ לדידן דקיימא לן דגובה בנ"ח כרמב"ם א"כ ממילא הך דינא ליתא וגובה בנ"ח דהעדים כשרים וכן אם לא נודע מבחוץ דהיה קל"ד נפסל כל השטר על פי עדים עצמן דנאמנין דטעו ולא משוי נפשייהו רשיעי אבל בנ"ח גובה לדידן כנ"ל ברור. (יד) ויש חולקין. עש"ך דהאריך להשיג על הרב דהיכי דהוי טעות המצוי לטעות לית מאן דפליג דנאמנין ועיין תומים שהשיגו והביא דברי הר"ש די ווידאש דכתב דרמב"ן חולק אפילו בטעות המצוי לטעות ואני תמה כי אם ראה דברי הר"ש הללו היאך לא ראה דכתב בהדיא כדעת הש"ך וז"ל שם ואשר הביאו אל הרמב"ן והתופסים דרכו לאוקמא כשאין כתב וכו' הנה הוא שחשבו שהנאמנות הוא ביותר מן השיעור שהסכימו בו הני רבנן שאמנם הוא בדבר שאפשר לטעות בו אבל כששטרו מה שנזכר בגט פשוט וכו' שלא האמינו העדים אל בדבר שאפשר לטעות בו בלבד לא יהיה קשה בעיניהם לאוקמא אפי' ביוצא עכ"ל הרי להדיא דלא פליג הרמב"ן רק לפי שהבין דלהחולקים העדים נאמנים לגמרי מכח זה הירושלמי לזה פי' הירושלמי באין כתב יד יוצא ממקום אחר אבל באמת גם החולקין לא הכשירו רק בטעות האפשר לטעות ואם הי' חושב הרמב"ן ג"כ לדעתם לא היה קשה בעיניו לאוקמא הירושלמי אפילו בכתב יד יוצא ממקום אחר דבזה גם הרמב"ן מודה דנאמנין וכן מבואר להדיא ממה שכתב ביותר מן השיעור שהסכימו בו הני רבנן שאמנם

הוא דבר שאפשר לטעות בו וכוונתו דהרמב"ן וסייעתו לא הסכימו רק בשיעור זה לא יותר והרי זה ממש כדעת הש"ך אך מה שהביא הש"ך מדברי הר"ן ר"ה לא כן משמע בר"ן שהרי הרז"ה כתב וכן כל דבר המצוי לטעות והר"ן כתב על זה דהרמב"ן מוקי הירושלמי באין כתב יד יוצא ממקום אחר ומשום הכי נאמנין אלמא דבכתב יד יוצא ממקום אחר אפילו בכהאי גוונא אין נאמנין ומה שסיים הר"ן אבל וודאי וכו' הוא לשון הר"ן בעצמו דמסכים להרז"ה מהך דפרק גט פשוט אף שאין דעת הרמב"ן כן ובאמת הרמב"ן לא כתב זה על דברי הרז"ה רק כמו שכתב הר"ש הנ"ל שהוא הבין דהחולקין דייקי מירושלמי אפילו באינו מצוי לטעות ועל זה לא רצה הוא לפרש כן לפי שאין דעתו כן לכך פירשו באין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואי קשיא לפי' הר"ש למה פי' הרמב"ן הירושלמי באין כת"י יוצא ממקום אחר כיון דגם הוא מודה במצוי לטעות נאמנין יש לומר דהרמב"ן היה סובר דהם לפי מה שפירשו בכתב ידן יוצא וכו' היה מוכרח להם הירושלמי אפי' באינו מצוי לטעות דאל"כ מאי קושיא מר"ל שאני התם דאינו מצוי לטעות משא"כ הכא מיירי במצוי לטעות וע"כ דלא סבירא ליה להירושלמי לחלק בזה א"כ מוכח אפי' באינו מצוי כשרים וזו היא סברת החולקים לפי הבנת הרמב"ן ולכך השיג עליהם ופירש באין כתב ידן יוצא וכו' ועל זה כתב הר"ש דגם החולקין מודו באינו מצוי א"כ שפיר יכול הרמב"ן להודות דהירושלמי בכתב ידן יוצא מיירי ובאמת בזה אין דברי הר"ש נכונים כמו שכתבתי דהוי ליה לירושלמי לחלק בזה בין מצוי וע"כ דאפי' באינו מצוי כשרים או דמיירי באין כתב ידם יוצא כרמב"ן אבל עכ"פ מבואר דרמב"ן מודה במצוי לטעות וזה ברור בכוונת הר"ש והיינו כדעת הש"ך:

ומה שדחה בתומים ראיית הש"ך מדברי ה"ה ספ"ג מהלכות מלוה והוא הבין ראיית הש"ך מדנקט ה"ה סתמא משמע אפי' בכתב ידן יוצא ועל זה השיגו דה"ה לא מיירי מהך קושיא דמי מודיע רק מהך קושיא דעדים פסולים והיאך יגבה בנ"ח אבל הקדמתו נתברר מבחוץ ועל זה תירץ אופנים דעדים כשרים אבל לא על פיהם ובאמת כוונת הש"ך בפשיטות דשם תירץ ה"ה דטעו דלא ידעו דרב אסי או טעו בעיבורו של חודש אח"כ כתב אי נמי דהיו אנוסים מחמת נפשות ונודע על פי אחרים או על פיהם באין כתב ידן יוצא הרי דבהך תירוץ דאנוסים ביאר ה"ה דנודע על פי אחרים או על פיהם באין כתב ידן יוצא ולמה לא ביאר בשני התירוצים הקודמים דנודע על פי אחרים או על פיהם באין כתב ידן יוצא וע"כ דמעיקרא כיון דמצוי לטעות בכל גוונא נאמנין רק אח"כ באנוסים הוצרך להמציא מציאות בעדים אחרים או באין כתב ידן וכו' וליכא למימר דכוונת ה"ה במה שכתב ונודע אכלהו קאי ולפי זה הוא להדיא כש"ך הא ליתא דהא בשני תירוצים

דטעות לא שייך עדים אחרים דמי יודע תרמית לבבם כמו שכתב הב"ח להדיא וע"כ דלא קאי רק על אנוסים ולמה לא לא פי' מעיקרא וע"כ כדעת הש"ך וזה ברור וראיה נכונה היא:

אך בעיקר הדין אפי' אי נימא כדעת הש"ך דהיש חולקין פליגי באנוסים ובטעות בשנת המלך וכדומה דלא מצי לטעות מ"מ לא ידעתי מנין לו להטור דהתוס' פליגי אפי' בכהאי גוונא ובשלמא אם אומרים לא חתמנו רק על זה דייק שפיר דא"כ לא הוי להו להמציא מציאות דאתי שפיר בפשיטות שאמרו על זה לא נתננו לב לחתום כמו שכתב הש"ך אבל באנוסים וטעות בשנת המלך מנין דהתוס' פליגי ובאמת מדברי הטור מבואר להדיא דראייתו הוא ממה שתרצו התוס' באנוסים דעדים אחרים מעידין עליהם ולא הם בעצמם ש"מ דהם אינם נאמנים בכ"י ימ"א ולפי זה גם טעינו בשנת המלך הכוונה באין כתב ידן יוצא דבכתב ידן יוצא הם בעצמם אין נאמנים כמו אנוסים כיון דלא עבידי למיטעי אבל תמהני מאד על הטור דאי בעדים אחרים אכתי תקשי כיון דהם בעצמן אין נאמנים וע"כ משום כיון שהגיד א"כ ממילא עדים אחרים הוי תרי ותרי כמבואר פ"ב דכתובות להדיא דלא קרעינן ולא מגבינן והשתא תקשי יגבה מזמן שני עכ"פ דהא לא שייך גזירה דהא ע"כ לא קרעינן לשטרו ובלא"ה יגבה מזמן ראשון ופשיטא דבכהאי גוונא לא קרעינן משום גזירה דהא אפי' תרי ותרי בגוף הלואה לא קרעינן כ"ש בזמן ובתומים סיים דבאמת הוי תרי ותרי והוא תמוה דא"כ יגבה מזמן שני ונהי דבטור באמת יש לומר דגובה בזה מזמן שני אבל בתוס' אי אפשר לומר כן דהם הקשו היאך משכחת לה הא עדים פסולים ותרצו בעדים אחרים אומרים אנוסים והשתא תקשי אי ס"ד דבהכי מיירי יגבה מזמן שני כיון דהוי תרי ותרי ואפי' אי נימא דסבירי להו לתוס' כשיטת הרמ"ה שהבאתי לעיל דהפי' גזירה על מעיקרא מ"מ פשיטא דלא שייך לגזור היכי דלא משכחת לה רק בתרי ותרי דשמא יארע פעם אחת תרי ותרי וכ"ש אם יגבה כדין יגבה דהוא ספק והיאך שייך לגזור בזה וכ"ש להטור דחולק על הרמ"ה ולדעתו קורעין השטר כמו שכתב הש"ך ס"ק י' להדיא א"כ פשיטא דבתרי ותרי גובה מזמן שני עכ"פ ותימה על התומים שנעלם ממנו דבר זה:

לכן נראה לפע"ד ברור דאין כוונת התוספות במה שכתבו דעדים אחרים מעידין עליהם היינו משום דהם בעצמן אין נאמנין משום כיון שהגיד חדא דקשה כנ"ל דהשתא נמי הוי תרי ותרי ועוד דמ"מ הוי להו לאוקמא באין כתב ידן יוצא ממקום והם בעצמן אומרים אנוסים ואין לומר דאכתי תקשי לר"מ דהתוספות זכרו בקושיא לר"מ ג"כ הא ליתא דא"כ פשיטא דלא מוכח מתוס' מידי דיש לומר דהתוס' לר"מ קאי אבל לדידן לעולם אפי' הם

בעצמן נאמנין וע"כ דלר"מ פשיטא דג"כ אין צורך לעדים אחרים דבאין כתב ידן פשיטא דחילוק הירושלמי קאי דהכא שאני דלא עקרו לשטרא לגמרי משא"כ התם רק החולקין סוברים אפילו בכתב ידן וכו' אבל באין כתב ידן פשיטא כמו שכתב הנ"י בשם הרמב"ן להדיא. אמנם כוונת התוספות דנהי דלמסקנא דמסיק לר"מ משום מודה בשטר שכתבו וסובר דאפי' באין כתב ידן הוי כיון שהגיד א"כ פשיטא דלא קשיא במוקדמין דלא עקרו לשטרא אבל לתירוץ רב חסדא פרק ב' דכתובות דקסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר וקשה אי באומרים אנוסים מ"מ תקשי לר"מ הך משנה דהא עדים אינן נאמנין לישווי' נפשייהו רשיעי והתוספות זכרו שם בקושיא בהדיא לר"מ ג"כ ולזה הוצרכו התוס' כאשר רצו להמציא המציאות באנוסים דאחרים מעידין עליהם ואז אינן פסולין אף אי נימא דחייבים למסור עצמם למיתה כמו שכתבו הרא"ש והריב"ש בתשובותיהם דאנוסים דעברו על דת בדבר שחייבים למסור עצמם אף דעשו מעשה רשע לא נפסלו לעדות אבל הם בעצמם אין נאמנים לומר שעשו דבר שלא כהוגן אפי' לא נפסלו כמבואר פ"ב דכתובות בסוגיא הנ"ל א"כ שפיר כתבו התוס' עדים אחרים ולא קשה מידי אפי' לר"מ לטעמו של ר"ח הנ"ל. והשתא לא הוי תרי ותרי דהא לא כתבו התוס' זה רק לס"ד דאין טעמו של ר"ח משום כיון שהגיד רק משום רשעות א"כ בעדים אחרים באין כתב ידן יוצא אפי' לר"מ לא הוי תרי ותרי כלל ולפי המסקנא דטעמו משום כיון שהגיד הוי תרי ותרי אבל אז אין צורך לתירוץ זה רק בעצמם אומרים ולא שייך כיון שהגיד כסברת הירושלמי ולפי זה יש לומר דמודים התוס' דבטעות בשנת המלך נאמנין אפי' בכתב ידן יוצא ולא זכרו מתחילה עדים אחרים רק מהטעם שכתבתי ודברי הטור שהבין כוונת התוס' בפשיטות צ"ע גם בדין הנ"ל דבעדים אחרים גובה עכ"פ מזמן שני נראה לפע"ד ברור לדינא וכ"ש להטור דחולק על הרמ"ה [אבל לשיטת הרמ"ה אינו ברור כ"כ ודו"ק ומה שהאריך בתומים לבאר דבכתבו בלי אקנייתא אין נאמנין בעצמן דלא כש"ך כבר הבאתי ראיה ברורה שאין להשיב עליה מדברי הר"ן פ"ב דכתובות לעיל ס"ק י"ב ע"ש אבל מ"מ אני תמה על התומים דהוא דעתו לעיל סי' ל"ד בכמה מקומות דאין אדם משים עצמו רשע הוא דוקא בדבר הנפסל לעדות א"כ הכא למה לא יהיו נאמנין כיון דלא נפסל לעדות אבל באמת כבר השגתי עליו בכל המקומות ההם ע"ש ולקמן סי' מ"ז ומדברי התוס' גופא שהבאתי מקודם מוכח כן שהרי הקשו בעדים פסולים ותרצו בעדים אחרים וקשה לס"ד דבנפשות פסולין וע"כ דסברי דכשרים כהריב"ש והרא"ש א"כ היאך קאמר טעמא דר"מ הא אפילו כשרים לעדות וע"כ דזה לא תלוי כלל בפסול לעדות כמו שכתבתי ס"ק י"ב ובאמנה נראה פשוט מדברי הר"ן

פ"ב דכתובו' דלא נפסלו לעדות ומ"מ אין נאמנים לומר שעשו שלא כהוגן על עצמם וזה ברור:

טו אין כל זה מציל. עיין תומים שהקשה לדעת המחבר דמוקדם פסול למשעבדי אבל בנ"ח גבי א"כ הכא המתנה קיימת' עכ"פ ומפני קושיא זו המציא דין חדש מלבו דהיכי דיש חשש בבנ"ח ג"כ גם בנ"ת לא גבי משום גזירה ע"ש ודבריו תמוהין וגרם לו זה שלא ראה תשובת הרשב"א במקומו חלק ג' סימן ד' שהשואל שם רצה באמת להכשיר המתנה בעצמותה מטעם זה ועל זה השיב הוא וז"ל ואומר אני כי מה שכתבת במתניתין דשטרי חוב המוקדמין פסולין לאו פסולין לגמרי קאמר לגבות משעבדי אבל בנ"ח מיגבי גבי כן אמת וכן מסור בידינו ומצד הראיות שכתבת אלא שחוזרין לדקדק שהשטר זה יש לפסלו לגמרי שהעדים שהקדימוהו נפסלין וכמו שאין כאן עדים אלא שטר בלא עדים ואנו רגילין לתרץ בשטרי דלאו אקנייתא וכו' אי נמי באנוסים וכו' א"כ שטר זה הנידון לפנינו פסול הוא לגמרי ולא שהיו אנוסים מחמת נפשות להקדימו ונפסלו בהקדמתו ואפי' תמצא לומר שהרב שנודע בחסידות וכו' שחסידותו מעידה על טעותו מה נעשה לעד השני וכו' עכ"ל. הרי להדיא דהכא היתה המתנה קיימת רק משום דהעדים נפסלו דאין כאן שום תירוץ לתרץ ההקדמה כמו שתירצו המחברים במשנה דמוקדמין וזה ברור איברא בגוף דברי הרשב"א צ"ע דשם אח"כ כתב וז"ל מ"מ ראובן הקונה נאמן במיגו דאי בעי אמר אין וודאי שטרא מעליא הוא ובשנת שבע קנו מידו כמו שכתוב בשטר ואעפ"י שהעדים אומרים מעכשיו שלא קנו ממנו אלא בשמינית אינן נאמנים דכיון שהגידו אין חוזרין ומגידין ועוד דמשימין עצמן רשעים ואע"פ שאומרים טעות היה ואין משימין עצמן רשעים מ"מ כיון שכתב ידן יוצא ממקום אחר אפילו אומרים כתב ידינו הוא זה ואנוסים מחמת נפשות אין נאמנים וכו' ומעתה לכאורה דברי הרשב"א סותרין זה את זה דהכא משמע דבזה לא הוו רשעים כיון שאומרים טעות היה אף דלא שכיח ולא כתב רק משום כיון שהגיד ולמה דחה מקודם דברי השואל משום דהכא עדים פסולים דהא אינן פסולין כלל כיון דלא משוי נפשייהו רשיעי ובאמת לק"מ דוודאי אם באנו שלא להאמינם מצד אין אדם משים עצמו רשע א"כ שפיר יש לומר דהא הוא אינו משים עצמו רשע כלל שהרי אומר טעה ואינו אומר שעשה שלא כדין ונאמן בזה מאוחר שאין עליו עדים שלא טעה ועשה שלא כדין בכוונה ולכך הוכרח לומר משום כיון שהגיד אבל הכא אם אנו באין לפוסלם אינן יכולין להציל עצמן בזה שטעו ולפי זה באין כתב ידן יוצא ממקום אחר באמת הם בעצמן נאמנין לומר בשנת נ"ח כתבנו וטעינו ואין בזה משום כיון שהגיד ולא משום רשעות כיון שהוא בעצמו אומר כן והוא אינו משים עצמו רשע שהרי אומר

שטעה ונאמן ודו"ק ועיין בסמוך: (טז) ומ"מ אם העדים קיימים. עש"ך ס"ק כ"א שפירש דזהו פי' כיצד נפסל ומפרש דבאם אין כתב ידן יוצא ממקום אחר אז נאמנין לפסול השטר ויכתבו מזמן שני אבל אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים לפסלו ע"כ. וכל זה גרם לו שלא עיין בתשובת הרשב"א הנ"ל דמתחלה השיב לשואלו נראה לי שהמתנה קיימת רק לא מטעמיה ודחה שם טענת השואל וכתב אח"כ וז"ל הנה דנתי לפניכם על הראיות שהראיתם על הנידון שלפניכם אבל לענין גוף המתנה וקייומה אני אומר אילו היו העדים קיימין ואין כתב ידן יוצא ממקום אחר יכולין לחתום שטר אחר מזמן שני לפי שכל שאין כתב ידן יוצא וכו' לא נעשית עדותן כמי שנחקרה בב"ד הרי להדיא דכוונת הרשב"א להקל בזה לטובת המקבל המתנה שאף שסתר דברי השואל מ"מ באופן זה קיימת ואח"כ כתב ג"כ ואם כתב ידן יוצא ממקום אחר והוחזק השטר כבר בב"ד שוב אינן נאמנין מ"מ ראובן הקונה נאמן וכו' הרי להדיא דבזה אין יכולים לחתום אפילו מזמן שני והטעם כמו שכתב בתחלת התשובה הבאתי לשונו בס"ק לפני זה דהעדים פסולים דאינן יכולין לתרץ עצמן כמו מוקדמין דמשנתינו וזה ברור איברא בגוף דברי הרשב"א יש להבין קצת דאפילו באין כתב ידן וכו' מאי מיגו איכא הא המקבל עומד תמיד ומודה דנכתב בשנת נ"ח בחתימת אותן העדים א"כ לפי דבריו העדים פסולים והיאך יכתבו לו שטר אחר ומאי מיגו יש לעדים דאי להכשיר עצמן הא בלא"ה כשרים דמאיזה צד יפסלו על פיהם לא נפסלו ועל פי המקבל היאך יוכל הוא לפסול עדים רק כיון דמודה לחובתו נפסלו א"כ מאי מהני מיגו דאין זה כתב ידינו הא המקבל מודה דכתב ידם הוא והקדימו ולחובתו פסולין אם לא שנאמין המקבל במיגו דהיה אומר שנת נ"ז א"כ הרי זה מה שכתב הרשב"א אח"כ ומעיקרא לא איירי בזה רק כשהמקבל אינו יודע אם טעו ע"ש וצ"ל כמ"ש בס"ק לפני זה דוודאי אם אין כ"י ימ"א והם בעצמן אומרים שנתנ"ח לא שייך שלא להאמינם מצד אין אדם משים עצמו רשע שהרי אינו משי' עצמו רשע שטעה א"כ אין כאן רק משום כיון שהגיד פי' דחשבינן החתימה להגדה דהיה בשנת נ"ז כהרי כך חתמו ועכשיו חוזר בשנת נ"ח וכיון דאין כ"י ימ"א לא הוי החתימה דמעיקרא הגדה כלל ויכולין לומר טעינו ובשנת נ"ח היה דכל שלא נחקרה בב"ד לא הוי הגדה ויכולין לחזור בהם ואף דבפ"ב דכתובות משמע דאפי' באינו מקוים לא מיהמני רק במיגו לחזור בהם ולא בלא מיגו וכאן ליכא מיגו הא ליתא דשאני התם שרוצין לעקור כל העדות אבל לא טעינו בשנה אחת וחילוק זה מבואר להדיא בירושלמי הביאו שם הרשב"א בעצמו ופירשו באין כ"י ימ"א ואליבא דר"מ כמו שפירש הרמב"ן אלמא אף דלר"מ לא מהני מיגו בעלמא הכא נאמנין שלא עקרו לשטרא לגמרי א"כ הכא נאמנין שטעו רק בכתב ידן

יוצא ממקום אחר אין נאמנין דחשבינן כהגדה מעליא דהיה שנת נ"ז והיאך יאמרו שנת נ"ח היה א"כ אם הלוה אומר שנת נ"ח משוי להו רשיעי ונאמנין לחובתו שאין יכולין לכתוב אפי' מזמן שני וזה ברור ונכון אי בזה ספק ובחנם טרחו האחרונים בזה לפי שלא ראו גוף התשובה הנ"ל כמו שתראה עוד בסמוך:

יז יכולין לחתום שטר אחר. עש"ך שהאריך לתמוה דהא בלאו האי טעמא דאכתי לא עשו שליחותן יכולין לכתוב שטר אחר לפי שכותבין עשרה שטרות על שדה אחת וראיה שהרי הכשיר הרשב"א לעדים אחרים לכתוב כשראו הקנין ועוד הקשה למה כתב עדים אחרים הא הם בעצמן יכולין לכתוב ג"כ וכל האחרונים נמשכו אחריו בישובים דחוקים ומה אעשה שלא היה לפניהם ספר תשובת הרשב"א לעיין בו וז"ל בתשובה הנ"ל ולא אמרינן בכי הא כיון שעשו שליחותן אין חוזרין ועושין שליחותן חדא דהא קיימא לן כי הא דאמר ר"י אמר רב כותבין עשרה שטרות בשטר מתנה או אפי' בשטרי מקח וממכר שאין בו אחריות ועוד דאלו לא עשו שליחותן דהוא אמר להם לכתוב בשמנה והם כתבו בשבע וכו' כענין נפאתא וטפאתא הרי להדיא שהרשב"א גופא באמת נתן גם טעם זה כמו שהקשה הש"ך רק הב"י השמיטו מהעתקה וסגי ליה בהך דלא מיקרי עשו שליחותן ולק"מ ומה שהקשה דלמה קאמר אח"כ דאם עדים אחרים ראו הקנין יכתבו האחרים יכתבו הם בעצמן. לק"מ ג"כ למעיין שם שהרי בכתב ידן יוצא ממקום אחר פוסל שם הרשב"א השטר לגמרי דהעדים פסולים מחמת ההקדמה שאין כאן תירוץ כנ"ל ועל זה כתב הרשב"א דהלוה נאמן לומר דטעו עדים במיגו דהיה אומר דהיה באמת הכל בשנת נ"ז והעדים לא יהיו נאמנים להכחישו דכיון שהגיד אח"כ כתב דאפי' עדים מעידין שנכתב ונחתם בשנת נ"ח א"כ שוב אין לו מיגו מ"מ נאמן במיגו דהקנין היה בשנת נ"ז ואם יש עדים המעידין גם על הקנין שהיה בשנת נ"ח אז אותן העדים יכולין לכתוב לו שטר אחר משנת נ"ח פי' דאף דאותן עדי השטר נפסלו כמו שכתב שם קודם להדיא ומיגו נמי לית ליה לאכשרינהו מ"מ האחרים יכולין לכתוב לו וזה ברור ותמיה שלא ראה שום אחד מהם הרשב"א בעצמו והנה הש"ך ביקש ליישב [לפי שלא ראה הרשב"א דמיירי באחריות ועל זה הקשה דא"כ היאך יכתבו לו מזמן שני הא מוקדם פסול אף מזמן שני רק שלא באחריות דליכא חשש לקוחות משא"כ באחריות. ובתומים תמה עליו דהרכיב המילות ע"ש שהאריך. ואני תמה דהא בסוף סיים הש"ך דמיירי באמת שעומד בשנת נ"ח עכשיו אבל מעיקרא מיירי שעומד בשנת ס' א"כ יפה הקשה כמו דהכא אף שעומד בשנת ס' כותבין משנת נ"ח שהוא זמן שני במוקדמין נמי יכתבו לו מזמן שני אמנם לשון התומים מגומגם ובפשיטות היה לו להקשות דהתם מיירי בלי קנין

ובאמת בקנין כותבין והכא מיירי בקנין כמבואר ברשב"א לכך כותבין לו מזמן שני. אבל לפעד"נ דגם בזה צדקו דברי הש"ך ולא ידעתי מאין פשיטא להו דמוקדמין בקנין כותבין לו שטר מזמן שני ואדרבא מדברי הסמ"ע מבואר להדיא להיפך שכתב ריש סי' זה דלכך אין כותבין על גביו לפי שקנס שקנסוהו חכמים לפי שהיה ראוי מתחילה לגבות מזמן ראשון א"כ בקנין נמי שייך קנס זה דהא הקנין אינו מועיל רק לזמן שני א"כ עדיין יש לקונסו שהיה עומד לגבות מזמן ראשון ולא ידעתי שום הבדל כלל לדברי הסמ"ע הללו וא"כ הכא נמי יש לקונסו ואף דהכא לא שייך שהיה ראוי לפי שלא היה חתנו בשנת נ"ז כבר כתב הרשב"א דהא ליתא ולאירוס ומשודך נמי חתנו קרי ליה ע"ש וא"כ הכא נמי יש לו לקונסו שהיה עומד לגבות מזמן ראשון וע"כ משום דבלי אחריות מיירי וזה ברור וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם בפי' המשנה שפי' מוקדמין בשטר שלוה ופרעו ויש להבין תיפוק ליה דנמחל שיעבודו וצריך לומר בקנין כמו שפי' הש"ך לעיל ס"ק ט"ו א"כ מבואר דאפי' בקנין לא גבי כלל אפי' מזמן שני וכ"ש לפי מה שכתבתי לעיל לשיטת הרמ"ה דעיקר הגזירה הוא כדי שלא יעשה מוקדם בשטר שנמחל ובקנין א"כ פשיטא דאפי', יכתבו לו שטר אחר לא מהני דמ"מ יש לגזור שיעשה מוקדם ואם יתברר יגבה עכ"פ מזמן שני שיכתבו לו שטר אחר גם מה שכתב בתומים דהתם מיירי לענין אם הלכו עדים לא כן כתבו התוספות ופוסקים שכתבו ליישב דעדים לפנינו ואומרים טעינו א"כ יכתבו שטר אחר מזמן שני ועל זה אנו דנין וע"כ דאפי' בקנין אין כותבין כן נראה לי וכן משמע מסתימת כל הפוסקים וכ"ש לשיטת הסמ"ע הנ"ל. ועיין היטב בתשובת הרשב"א גופא שם בסופו מה שהקשה מגחין לחיש ליה לרבה וכוונתו דהוי מיגו להוציא כיון דמודה דהוא מוקדם ועל זה תירץ דהכא שאני דניתן לכתוב שהוא אומר דטעו א"כ לא הוי להוציא] ועיין עוד בתשובת הרשב"א שם סימן ז' ח' האריך עוד בענין זה בדינו של המחבר כאן ושם מבואר ג"כ דלכך יכולין לכתוב משום דכותבין על שדה אחת עשרה שטרות רק שכתב שם דאם היה הקדמה באופן דלא נפסלו העדים אפי' כתב ידן יוצא ממ"א יש להם לעשות כן ועוד שם הרבה דינים במוקדמין לא זכרום האחרונים בעבור שהיתה התשובה נעלם מהם ודברי הש"ך לעיל ס"ק י' ג"כ מוזכרין שם אך הניח שם בצ"ע וסיים שתקנתו לא נתפרשה וכבר נתבאר זה לעיל ביישוב דברי הרמ"ה ע"ש:

(יח) המאוחרים עש"ך שתמה על מהר"א ששון דנסתפק באיחרוהו שלא מדעת המלוה דהיאך יעלה על הדעת לפסול שטר שנכתב למלוה לפי שאיחרו וגרעו כחו ולפעד"נ דיש מקום גדול להסתפק בזה דמ"מ כמו בעדים שחתמו על מוקדם פסולים לפי שהפסידו ללקוחות שלא כדין א"כ אף כאן אם צוה הלוה באמת לכתבו מזמן ראשון והמלוה לא

רצה ללות רק באופן הזה א"כ אף הם הפסידוהו שלא כדין ופסולין א"כ אח"כ שהמלוה אומר דעכשיו מתרצה ורוצה עכ"פ לגבות מזמן שני מ"מ לא משגחינן בי' כיון דעדים פסולים דחתמו בשקר דהוא נשתעבד לו קודם והם איחרו והפסידוהו ובאמת איני רואה מקום להכשירו אם לא דנימא דוקא במוקדם גוף השטר שקר דלפי השטר משועבד מזמן ראשון ובאמת לא נשתעבד ועדים החתומים בשטר כמו שהגידו בב"ד דמי והרי העידו שקר בב"ד אבל במאוחר אף דהמלוה ולוה נתרצו מזמן ראשון מ"מ בלי שטר ליכא שיעבוד א"כ אף הם שעשו שלא כהוגן מ"מ לא העיד שקר בב"ד דבאמת ליכא שיעבוד רק מזמן שני דאין שיעבוד רק בשטר ואין כאן שקר בשטר בעצמותו א"כ לא שייך לפסלם שחתמו בשקר והעידו שקר בב"ד ובזו נסתפק מהר"א ששון ועיין תומים שהקשה היאך מאוחר כשר הא נפיק חורבא בשנים שהוציאו שט"ח שהוא ילוה ממנו בתוך זמן ולפי האיחור יהא לאחר זמן ואין כאן קושיא כלל דפשיטא שאין יכולין לעשות מאוחר בע"כ של לוה דהם שלוחיו והיאך יעשו בלתי רצונו והלוה כשהוא תובע גם ממנו בוודאי לא ילוה ממנו בשטר מאוחר וכבר אמרו בטענת למשכנו דאיבעי למסור מודעה שלא יהא עליו טענה כ"ש בזה דהיה לו לראות שלא יהא מאוחר ונראה עוד דהעדים לעולם אין להם לכתוב מאוחר בלי רצון הלוה שיצוה להם לעשות כן דשמא מגיע לו איזה הפסד וליכא למימר דאכתי יש לחוש לגבי לקוחות הא ליתא דבלא"ה יוכל לכבוש שטרו ודו"ק:

יט כשרים. לשון ב"י מדברי בעה"ת שער נ"ז משמע שהמוציא שטר מאוחר על חבירו עד דמטי זימניה לא טריף עכ"ל ותמה הש"ך ס"ק כ"ה דלא היה לו ללמוד זה מבעה"ת דש"ס ערוך הוא פ"ק דע"ז גבי סבור רבנן למימר שטר מאוחר הוא ועד דמטי זימניה לא טדיף והב"י גופא מביא סוגיא זו עכ"ל ולפעד"נ דלק"מ והוא בשום לב על מה שכתב ב"י דמשמ' מדברי בעה"ת והיאך שייך לומר משמעות מה דמוזכר בבעה"ת להדיא ממש כלשון הב"י דהמוציא שטר מאוחר לא טריף עד דמטי' זימניה ע"ש אבל באמת נראה דדברי הב"י נכונים ודין חדש השמיענו הרב ז"ל מדברי בעה"ת כמו שאבאר והוא דה"ה הביא דברי הרמב"ן פרק איזהו נשך דכתב דמאוחרים יש בו ב' פרושים או דכתב השטר באיזה זמן ואיחר אותו לזמן להבא או דלוה בניסן והשטר נכתב בתשרי וזמנו ביום שנכתב [וכ"כ הרשב"ם להדיא ב"ב דקנ"ז ע"ב] וסיים הרמב"ן בזה אבל אם לא כתב דאקני פסולים וכן פי' הרשב"ם הנ"ל גבי הא דפריך וא"א דאקני לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרין ופי' רשב"ם דלוה בניסן ונכתב בתשרי ויש לתמוה תינח בלוה בניסן ונתאחר לתשרי דהיינו שנכתב בניסן דאז עיקר השיעבוד שיעבד עצמו בניסן ביום הכתיבה

ושפיר פריך היאך ישעבד עצמו בניסן בנכסים שיקח בין ניסן לתשרי דהא אז בתשרי אינו משעבד עצמו כלל רק הכל בניסן אבל בלוה בניסן בעל פה ונכתב שטר בתשרי מאי דאקני שייך הא מעיקרא לא היה שיעבוד לקוחות כלל רק מיניה ואז הכל משועבד רק אח"כ דכתב שטר בתשרי התחיל השיעבוד ואז שיעבד עצמו א"כ מאי דאקני שייך הא כבר קנה קודם כתיבת השטר וקודם השיעבוד ובאמת היה יכול הרשב"ם לפרש בפשיטות דהקושיא הוא מהך מאוחר דנכתב ונתאחר לזמן אחר הכתיבה ואי נימא דליכא לאקשויי' דמצי לאוקמא משנה במאוחר הנ"ל דלא שייך דאקני א"כ ביותר קשה בש"ס גופא מאי קושיא וכן הרמב"ן כתב בהדיא דאפילו במאוחר שנכתב זמן רב אחר הלואה צריך דאקני והוא תמוה לכאורה לכן נראה ברור דאין כוונת הרמב"ן ורשב"ם דמיירי מאוחר שנכתב שטר אחר הלואה דבכהאי גוונא לא שייך דאקני כלל ובהא פשיטא דלא איירי תנא דמתניתין דהאי לאו מאוחר הוא רק שטר פשוט ככל השטרות דמאוחר לא שייך רק אם היו יכולין לכתבו בזמן קודם וכתבוהו להבא אבל הך מאוחר אי אפשר שיכתבוהו קודם דמעיקרא אינן יכולין לכתוב שטר בלי ציווי הלוה ואח"כ כשצוה לכתוב שטר פשיטא שאין יכולין לכתוב רק זמן הכתיבה לא מקדם ואם הקדימוהו מוקדם הוא ואיך שייך לקרותו מאוחר במה שאם היו מקדימין מאותו הזמן שכתבו היה מוקדם רק ע"כ דהמשנה מיירי או דנכתב ונתאחר או דלוה מתחילה בקנין ושיעבד עצמו בקנין דסתם קנין לכתיבה עומד אם כן אח"כ היו יכולין לכתוב שטר ולהקדימו לזמן הקנין כמו שכתב שם הרשב"ם מקודם דזה לאו מוקדם הוא א"כ השתא שכתבו זמנו ביום הכתיבה הוי מאוחר ולפי זה שפיר פריך הא הוי דאקני שהרי עיקר כתיבת השטר אח"כ הוא מכח קנין הקודם והיאך היה יכול לשעבד מעיקרא דאקני וכן הוא כוונת הרמב"ן וזהו כוונת ב"י דמיירי במאוחר הנ"ל דנכתב אחר הלואה ומתחלה היה בקנין א"כ לולי השטר בקנין לבד דין הוא כמו שלא היה שטר כלל שהרי כבר נתחייב הלוה עצמו בקנין קמ"ל דהמלוה דכתב מאוחר אח"כ מחל השיעבוד מזמן ראשון אף שהלוה שיעבד עצמו וכן פי' הרשב"ם הטעם ולפי זה הך דינא לא מוכח כלל מש"ס ע"ז דהתם מיירי להדיא דנתאחר בשעת כתיבה והלואה א"כ פשיטא דאינו גובה רק מזמן שני דהא כך נתרצו שניהם שלא יחול השיעבוד רק אז דאל"כ פשיטא שהיו כותבין זמן הכתוב בו ולמה איחרוהו אבל בהך. דנכתב זמן הכתיבה רק שהיו יכולין להקדימו בזו ס"ד דהא הלוה כבר שיעבד עצמו בקנין ויגבה מזמן ראשון בעדים המעידין על הקנין הגם דיש מקום לומר דבאמת לא זכרו זמן הקנין בעת כתיבה וכתבו יום הכתיבה דכך הדין כדאמרינן אי ידעיתו יומא דאקניתו ביה אבל עכשיו דזוכרין יגבה מזמן ראשון

קמ"ל דהמלוה מחל שיעבודו מזמן ראשון. וכן משמע באמת מבעה"ת דכתב וז"ל ויש לנו לברר על איזה דרך כשרין שטרי חוב המאוחרין דע כי כל שטר שהוא מאוחר כשר שהרי הורע כח של בעל השטר שאינו טורף רק מזמן השטר ואילך משמע בהדיא דכל מאוחר גובה מזמן שני שבו נכתב השטר ודו"ק וזה ברור:

כ ואף על פי שלא כתבו בו שהוא מאוחר. דין זה כתב ב"ו דנלמד מקושית הש"ס דאי ס"ד דאקני לא משעבד מאוחרין אמאי כשרין ואי בכתוב בו שהוא מאוחר מאי יש לחוש. ובאמת יש להבין בש"ס גופא מאי קושיא ממאוחר עד שהוצרך לאוקמא משנה כר"מ דאדם מקנה דבר שלב"ל הוי ליה לישנוי בפשיטות דמאוחר היינו שנראה מתוכו שהוא מאוחר ואין לחוש. ובאמת לא ידעתי מאי צורך לזה הא ממשנה גופא מוכח כן דקתני מוקדמין פסולין ומאוחרים כשרים א"כ פשיטא דפי' מאוחר הוא שלא נכתב בתוכו שהוא מאוחר דאי דכתוב בו שהוא מאוחר אף מוקדמין כשניכר הקדימה בפי' מתוכו כשר כמו שכתב המחבר לעיל ס"ו בשם בעל העיטור ומאי הפרש יש בין מוקדמין למאוחרין וע"כ דמוקדמין כשלא נכתב בתוכו א"כ מאוחרין אפי' בכהאי גוונא כשר וכן מבואר מהא דב"ב דף קע"א דקאמר לא שני רק בשטרי הלואה אבל מקח וממכר לא וקשה באמת יש לומר אפי' במקח וממכר רק בנכתב האיחור בתוכו והוי ליה למימר לא שנא אלא בנכתב האיחור אבל בלא נכתב האיחור במקח וממכר פסולין וע"כ כמו שכתבתי דע"כ בלא נכתב האיחור כמו רישא דמוקדמין אך צ"ע לפי שנראה להדיא מדברי הרשב"א בתשובותיו חלק שלישי סי' ד' דפוסל מוקדם אפי' בניכר הקדימה מתוכו ע"ש וצ"ע: (כא) במה דברים אמורים כבר הוכחתי בס"ק י"ט דהיינו דוקא בלוה בקנין ונכתב השטר לאחר זמן וכתב זמנו בו ביום או דנכתב ביום הלואה ונתאחר לאחר זמן אבל בלוה מתחילה סתם ואח"כ כתבו שטר בציווי הלוה לאחר זמן לכ"ע אינו צריך דאקני וכן צריך לפרש דברי הרמב"ן שהביא ה"ה פרק כ"ג מהל' מלוה ודברי הרשב"ם פרק מי שמת דאל"כ דבריהם תמוהין ע"ש והנה ה"ה תמה שם על הרמב"ם דפוסק דאקני לאו ט"ס ולמה כ' כאן בפשיטות דמאוחרין כשרין דמשמע אפי' בלי דאקני ובש"ס מוכח להדיא דאי דאקני לא משתעבד מאוחרין פסולין וה"ה בלא כ' דאקני אי לאו ט"ס לא נשתעבד ועיין בכ"מ וש"ך סי' קי"ב מה שדחקו ביישובו והנה מתחילה עלה ברוחי ליישבו דהרמב"ם מיירי בלוה ונכתב אח"כ דכבר בארנו דבלי קנין לא הוי דאקני כלל וכשרין אפילו לא כתב דאקני אבל באמת עיינתי וראיתי דבלא"ה דברי הרמב"ם נכונים והוא דכבר כתב המחבר לעיל ס"מ דעדים שחתמו על מוקדם פסולים לעדות ולפי זה נראה פשוט דה"ה במאוחרין בלי דאקני אם חתמו עליו פסולין דהא חתמו שקר לגבות

שלא כדין ולפי זה לק"מ על הרמב"ם דוודאי אם באו לפנינו שטר ולא כתב בו דאקני לא אמרינן ט"ס דבזה לא שייך לא שדי זוזי בכדי אבל פשיטא דאם היה ידוע דשיעבד לו דאקני ג"כ מתחילה א"כ בע"כ דהוא ט"ס מודה הרמב"ם דמשתעבד רק דטעמו דמסברא לא אמרינן דשיעבד דאקני וא"כ עדים שחתמו על שטר ונודע שהוא מאוחר אם כן פשיטא דאפילו לא כתב דאקני גובה כדין דוודאי שיעבד לו דאקני דאל"כ היאך חתמו העדים על שטר מאוחר הא פסולין לעדות וחזקה על עדים שעשו כהוגן והוי כאילו הם לפנינו ואומרים ששיעבד לו דאקני שהרי אפי' לא היו לפנינו ואומרים שלא שיעבד לא היו נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע א"כ פשיטא דהוי כעדים דשיעבד דאקני אבל בשטר סתם ולא נודע שהוא מאוחר מנין לנו ששיעבד לו דאקני ובזה פסק דאינו גובה מנכסים שקנה אח"כ וזה ברור לפע"ד עד שאני תמה על המחבר שכתב חילוק זה והוא אזיל לטעמיה שכתב בכ"מ וב"ה דהרמב"ם לא חש לפרש חילוק זה אבל לפע"ד דהכא לא שייך כלל לחלק בזה כנ"ל והי' אפשר ג"כ ליישב דברי הטור ומחבר דהכא נמי לא הוו פסולים כמו במוקדם דאמרינן דטעו ושארי תירוצים כנזכר לעיל וה"ה במאוחר אבל הרמב"ם בפי' המשנה לא רצה בכל התירוצים הללו כמו שכתב בלחם משנה שם רק פי' בשטר שלוה בו ופרעו דבזה לא נפסלו העדים כלל א"כ במאוחר דלא שייך זה בוודאי נפסלין וא"כ חזקה על העדי' שעשו כהוגן ושיעבד דאקני וכמו כן להטור ומחבר במאוחר היכי דלא שייך טעות נראה פשוט דלא בעינן דאקני וצ"ע בזה כי לא ראיתי מי שמחלק בזה אבל דברי הרמב"ם וודאי נכונים כמו שכתבתי ומ"מ בש"ס פריך שפיר מאוחרין אמאי כשרין דהתם הטעם דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ א"א ליישבם באופן שעשו כדין שהרי אפי' שיעבד עצמו אינו משועבד משא"כ עכשיו דיכול לשעבד ודוק כי זה ברור לפע"ד:

כב אפי' מאוחרין פסולין עש"ך בשם הב"ח עוד שני חששות ותמה הש"ך על החשש הראשון דכי בשביל שיש הפסד ללוקח באיחור יפסיד הלוקח שטרו הוא יאמר מה לכם לפסידא דילי אני ניחא לי בהפסד ובקייום השטר ובאמת לק"מ דוודאי בשביל לוקח בעצמו לא היינו חוששין מאחר שהוא מרוצה בכך אבל עדיין יש לחוש שהוא ימכור השדה לאחר ויטרפוהו ממנו שלא כדין והשתא מאי יועיל במה שהלוקח מרוצה כיון שיש הפסד לאחרים ולכך פסלו שטר מאוחר א"כ ממילא אף ללוקח פסול גם מה שתמה הש"ך על תירוץ שני של הב"ח לק"מ דוודאי פשיטא דלא מיירי הב"ח כשיש עדים על המכירה דפשיטא שלא יועיל השטר המאוחר כלום רק כוונת הב"ח שלא יהא עדים כלל רק הלוקח יאמר האמת דהיה מאוחר ולקחו קודם רק השטר מאוחר א"כ השתא

לא יהא נאמן כיון שאין עדים שלקחו קודם לא אמרינן מאוחר הוא והלוקח לא יהא נאמן להפסיד לב"ח אבל אם היה כתוב בזמנו היה הלוקח מוציא שטרו והיה נאמן וזה ברור אך הא יש לתמוה על הב"ח למה לו כל הטורח הזה בשנים לווין ושיעבד לשניהם דאקני הא בפשיטות יש לחוש דאם יכתוב השטר על זמן מאוחר יש לחוש שילוה מעות בינו לבינו ולא ישעבד לו דאקני ויטרוף לקוחות שלא כדין והיינו ג"כ כשלא יהא עדים על המכירה רק מתוך השטר ולפי זה גם מה שחידש הש"ך ס"ק ל' דאם הודיעו למוכר כשר ליתא לפי הנ"ל דמ"מ יש לחוש להנ"ל ובפרט שכבר הוכחתי לעיל דגם בשטרי חוב לא יאחרוהו רק ברצון הלוה א"כ פשיטא דבמכר אפי' בזה לא מהני. ובתומים תמה עליו ג"כ והביא ראיה דלא מהני אך מה שחילק דאם ידוע כשהודיעוהו כשר אבל בסתמא חיישינן דשכחו להודיעו וטעו ולא נהירא כלל דהא כתב הרב לעיל סי' ל"ט בשטר שלא נכתב בתוכו ואמר לנו כתבו דפסול ומ"מ אם נתקיים דנין על פיו לענין בנ"ח והיינו דעדים לא נפסלו דטעו ולפי זה הכא נמי כיון דעדים טעו אם כן נהי דהשטר פסול אבל מ"מ נדון גוף המעשה דבאמת מכרו לו או נתנו כמו התם וכבר כתבתי שם הטעם דהוי מפי כתבם מ"מ כשר דלא ידעינן בבירור דחתמו בשקר אמרינן חזקה שעשו כהוגן רק טעו א"כ המכירה קיימת והא וודאי ליכא למימר דמיירי בשטר מקנה דהא סתמא נאמר דפסולין לכן נראה ברור דאפי' הודיעו פסולין וכ"ש דכבר הוכחתי דדברי הב"ח נכונים כנ"ל:

כג ואין חוששין שמא מוקדם הוא. דין זה צ"ע לפע"ד כי נראה מדברי הטור ומחבר דאין חילוק בזה בין קודם רובו של חודש או לאחר רובו של חודש וכן כתב הסמ"ע בפרישה להדיא וז"ל וכתבו התוספות שם דמיירי אפי' לאחר רובו של חודש דליכא למיתלי דטעו בעיבורא דירחא דאל"כ בלא מאוחר נמי וכו' עכ"ל מבואר שהבין כוונת התוס' דהקושיא היתה בלי מאוחר נמי כשר מכח הטעות לזה פירשו התוס' לאחר רובו דליכא טעות מ"מ כשר ולפי זה קודם רובו פשיטא דכשר ואני תמה על זה דהא בהדיא כתב הרב בהגה' לעיל סי' מ"ב ס"ט דאע"ג דלא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה היכי דהשטר בטל לגמרי מ"מ היכי דאיכא למיתלי בטעות אמרינן אפילו בהא ידו על התחתונה והשתא תקשי הא עיקר הטעם פי' ה"ה ובהגהת מיימוני שם דלכך לא אמרינן להיפך מוקדם הוא משום דבטל השטר לגמרי לא אמרינן ידו על התחתונה והשתא תינח לאחר רובו של חודש אבל קודם רובו דיש לומר דטעו א"כ למה לא נימא מוקדם ופסול כמו שכתבו התוס' להדיא פרק איזהו נשך דאפי' בטעות מוקדם פסול וכמבואר לעיל בכל הפוסקים [ובתומים כתב בזה דברים תמוהין ויתבאר סתירתו בסמוך] ואפי' אי נימא דהתם דוקא

בטעות דשכיח טפי כמו שפירש הש"ך שם כגון במחלוקת הפוסקים ע"ש אבל בהך טעות נהי דעדים לא נפסלו בשביל זה אבל מ"מ להחשיבו מוקדם לא אמרינן טעו אבל מ"מ התמיה מבוארת בתוס' דהם הקשו למה ליה מאוחר תיפוק ליה דטעו הא אי משום טעות היינו אומרים שהוא:

מוקדם ואם אנו באין להכשירו לגמרי אי אפשר שנאמר רק דלא טעו א"כ ע"כ מאוחר הוא אם לא דנימא דהתוס' חולקין דאפי' בטעות לא אמרינן ידו על התחתונה לבטל השטר והיאך סתם הרב לעיל מבלי זכר דעת התוס' וכן הש"ך סתם לעיל דלית מאן דפליג בזה והלא התוס' פליגי בוודאי. אבל המעיין בתוס' יראה דלא זו הדרך כמו שהבין הסמ"ע כוונתם והוא דוודאי יש לתמוה הרבה בתוספות חדא מה זה שהקשו למה לא נימא דטעו ואמאי פוסל ר"י וקשה אי בשט' שנכתב זמנו בשבת הא באמת מכשיר ר' יוסי ג"כ כדאמרן הכל מודים שאם הוזקקנו ועל זה העמידו התוס' קושיתם ע"ש וע"כ דכוונת התוס' להקשות על מאוחר סתם דפוסל ר"י והשתא מאי קושיא הא לר"י פסול משום דכותבין שובר ויפסיד שלא כדין א"כ מה בכך דטעו סוף סוף השטר פסול דהא במוקדם גופא כתבו התוס' פרק איזהו נשך דמיירי דטעו בעיבורו של חודש ומ"מ פסול וה"ה לר"י במאוחר כל שלא ניכר האיחור מתוכו ואי בניכר הא מודה ר"י באמת דכשר והוא תמוה מאד גם מה שהקשו לר"י תיפוק ליה משום טעות קשה כנ"ל הא משום טעות יש לומר מוקדם הוא כנ"ל: לכן נראה ברור דאין כוונת התוס' כמו שהבינו הם רק דהתוס' דייקי כיון דר"י דמכשיר השטר לגמרי אפי' לגבות משועבדים א"כ ע"כ דר"י פוסל הוא פוסל לגמרי אפי' לענין גוף המעשה דאל"כ אלא דמ"מ העדים כשרים ודנין על פי השטר ע"י העדים החתומים ואינו יכול לטעון להד"ם עכ"פ להכחיש העדים והיינו משום דאף דאסור לעשות מאוחר לר"י כמו מוקדם מ"מ אמרינן דעדים טעו בעיבור וכדומה א"כ תקשי לר"י ג"כ למה קאמר שטר מאוחר הוא וכשר מבואר דכשר לגמרי והיינו משום דלא אמרינן מוקדם הוא לפסול השטר וקשה הא אכתי יש לומר מוקדם הוא וידו על התחתונה ואי דבטל לגמרי הא בטעות לא אמרינן הכי כנ"ל ומזו דייקי התוס' דע"כ דלא אמרינן דטעו ואי נימא מוקדם הוא העדים פסולים לכך אנו אומרים מאוחר לפי זה לר"י ג"כ פסול לגמרי כיון דמאוחר פסול וטעות לא אמרינן ואהא קשיא להו לתוס' לר"י למה יפסל לגמרי למה לא נימא דטעו ונהי דאסור לעשות מוקדם מ"מ נימא דטעו ונסמוך עליהם על גוף המעשה דעכ"פ לוה ולר"י נמי למה הכשירו לגמרי למה לא נימא מוקדם הוא וטעו וידו על התחתונה ועל זה תרצו התוס' דמיירי לאחר רובו של חודש ואז שפיר לא שייך טעות ולכך ר"י דפוסל מאוחר פסלו לגמרי רק בניכר מתוכו ור"י

דמכשיר מאוחר הכשירו אפי' בזמנו בשבת דלא שייך מוקדם דאז עדים פסולים דלא אמרינן דטעו לכך מוכרחין אנו לתפוס צד השני דהוא מאוחר ועדים כשרים ולכך השטר כשר לגמרי ולפי זה הכוונה בתוס' להיפך דהך דינא דזמנו בשבת לא הוי רק לאחר רובו אבל קודם רובו אינו כשר לגמרי רק אמרינן דטעו ואולי מוקדם הוא וידו על התחתונה ולפי זה מדוקדק מה שכתבו התוס' לר"י יהא כשר ואמאי פסול כפל לשון והיינו דאין הפי' דיהא כשר לגמרי רק לא יהא פסול דהכוונה פסול לגמרי כנ"ל ולפי זה הך דינא נפל בבירא דוקא לאחר רובו של חודש ודלא כהפרישה ולא ידעתי מי הגיד להם לפרש כוונת התוס' שיהא הקושיא למה לי טעמא דמאוחר תיפוק ליה בלא"ה ולא נזכר זה בתוס' כלל ואדרבא ההיפך כוונתם למה הכשירו לפי שהוא מאוחר הלא יש לפסלו מכח טעות כנ"ל גם בתומים האריך בזה בכוונת התוס' וכל דבריו תמוהין כמו שאבאר בס"ק שאחר זה גם לא ירד לעומק דברי התוספות כמו שבארנו והנה הב"ח לעיל סימן מ"ב כתב שם על הך דינא דהרב דה"ה והגהת מיימוני ונ"י חולקין והיינו הך דינא דהכא ותמה הש"ך שם דהכא שאני דאי נימא מוקדם הוא כ"ע ידעו דפסול והתם מיירי באופן שהיו סוברים דכשר ולא ידעתי מה זה הרעש אדרבא מבואר להדיא מדבריהם כהב"מ כמו שבארנו שהרי לא חילקו בין קודם רוב לאחר רוב והיינו דלא כהרב שם דאל"כ הא יש לומר מוקדם הוא וטעו וכמ"ש מדברי התוס' לפי הבנת הדרישה אך באמת לפי מה שפירשתי כוונת התוס' כדעת הרב ודין זה כאן צ"ע: (כד) דאי אמר אישתבע לי עש"ך דהקשה הא דעת המחבר דגובה בנ"ח אפילו במוקדם ואינו נאמן לומר פרעתי לכך פי' דמיירי שאומר דהעדים פסולים דחתמו שקר ואין זה נכון כלל דהיאך יעלה על הדעת שיוכל הוא לטעון טענה דהעדים העידו שקר ולהשביעו על כך ואפי' במיגו אינו נאמן דהוי כמיגו במקום עדים גמור וכבר הוכחתי לקמן סי' מ"ו ס"ק א' בראיות ברורות מדברי הראשונים ז"ל דאין הלוה נאמן לומר אמנה והעדים רשעים אפי' במיגו א"כ כ"ש הכא דאין לו מיגו כלל. והוא טוען טענה מה דעדים נפסלים דהעידו שקר ממש והוי ממש כאילו עדים מעידין היפך דבריו והיאך יוכל הוא להשביע. ובתומים הוכיח דמיירי דעדים פסולים דאי משום מוקדם הא מוכח מתוכו והביא ראיה מדברי ר"י דפוסל מאוחר ומ"מ בזה מכשיר ודבריו תמוהין דוודאי ר"י דפוסל גם במאוחר א"כ הכא מוכח מתוכו דמאי יש לחוש אם נדון אותו כמאוחר לא שייך חששא דר"י דשובר ואם נדון אותו כמוקדם הלא יפסל לגמרי א"כ נסתלקה חששא דר"י מכל וכל אבל הכא שאנו באין לפוסלו מצד מוקדם אבל מאוחר כשר א"כ היאך שייך בזה מוכח מתוכו הא לא מוכח כלל דהא כמו כן יש לומר מאוחר הוא והשתא אם באמת היה מוקדם

בוודאי יפסל הרי דעכשיו באמת אנו מחזיקין אותו למאוחר א"כ אם היה מוקדם פשיטא דפסול ואינו מוכח מתוכו כלל רק ע"כ דמה דלא דנין אותו למוקדם הוא משום דלא אמרינן ידו על התחתונה לבטל השטר כמו שכתב ה"ה להדיא ולפי זה לא מיירי כלל בעדים פסולים. גם מה שכתב שכן מוכח בתוס' שהקשו מאי איריא מאוחר דילמא טעו וקשה מה בכך מ"מ מוקדמין פסולין אפי' טעו וע"כ משום דמוכח מתוכו והוא תמוה מאד חדא דלפי הבנתו תינח בשטר זה בזמנו בשבת אבל התוס' הקשו שם לר"י דפוסל מאוחר והיינו במאוחר סתם דלא מוכח מתוכו כלל ועל זה הקשו נימא דטעו וקשה מאי יועיל טעות כמו לרבנן במוקדם דלא מוכח מתוכו לא מהני טעות ה"ה לר"י במאוחר דלא מוכח מתוכו ועוד דהיאך שייך מוכח מתוכו מה דאנו דנין באמת למאוחר ואולי מאוחר הוא כנ"ל. ובאמת בגוף דברי התוס' לא דיקדק שפיר דהוא הבין כוונת התוס' למה לי מאוחר אפי' מוקדם כשר משום טעות והא ליתא דמוקדם וודאי פסול אפי' בטעות רק כך כוונת התוס' דכמו דעכשיו דאמרינן מאוחר ולא אמרינן מוקדם היינו משום דמעמידין השטר על חזקתו כמו שכתבו הפוסקים ואהא קשיא להו למה ליה להכשירו מצד שהוא מאוחר והיינו דהעדים כתבו שטר מאוחר ומה צורך לזה היה לו להכשירו מצד דטעו וממילא נעשה מאוחר מכח הטעות אבל הם לא בקשו לעשותו מאוחר כלל רק שטר גמור ככל השטרות רק בעיבורא דירחא טעו ועל זה תירצו לאחר רוב לכך הוצרך לומר שעשו מאוחר וכן מבואר בלשון התוס' שכתבו ולר' יהודה נמי ניחא טפי למימר הכי משנאמר לחוכא בעלמא כתבו הרי להדיא דכוונת התוס' שלא נצטרך לומר דאיחרוהו על שבת דלמה יעשו כן ובפשיטות יש לומר דטעו אבל עכ"פ מוקדם לא הוי דמוקמינן על חזקתו וזה ברור וכל זה לפי הבנת האחרונים בכוונת התוס' אבל לפי מה שביארתי בס"ק הקודם כוונת התוס' פשיטא דבלא"ה אין מקום לדבריו כלל ואתי שפיר כוונת התוס' בפשיטות ודו"ק היטב בזה:

אבל באמת בלא"ה עיקר קושית הש"ך נראה דלק"מ והוא דע"כ לא סבירי להו להפוסקים לעיל דגובה מבנ"ח ואינו יכול לטעון פרעתי אף דבעלמא בכתב יד סבירי להו דיכול לטעון פרעתי והיינו דכל דאין כאן משועבדים אינו חושש להניח השטר בידו א"כ מוקדם נמי הא לא גבי משועבדים וע"כ צריך לומר דהתם שאני דאינו עומד כלל לגבות משועבדים שאין עליו עדים אבל במוקדם דלא מוכח מתוכו שהוא מוקדם כלל א"כ אף דעכשיו נתברר הקדמתו על פי עדי השטר או אחרים מ"מ היאך לא ירא לפרעו שמא יגבה משועבדים ולא יתברר הקדמתו הרי דחששו שמא יגבה מזמן ראשון אף עכשיו כ"ש קוד' שנתברר שלא הי' לו לפרוע וזהו טעמו של המחבר וסייעתו שאינו יכול

לטעון פרעתי ולפי זה היינו דוקא התם אבל הכא דזמנו כתוב בשבת אילו היה הדין דמספק שמא מוקדם או מאוחר נדון אותו כמוקדם א"כ ממילא הוי מודו כל הפוסקים דיכול לטעון פרעתי דכיון דזמנו כתוב בשבת לא יגבה משועבדים שהרי פיסולו ניכר בתוכו ולא חש להניחו בידו ולפי זה יפה עשה המחבר דפסק דיכול לטעון אישתבע לי שאינו מוקדם דהא לענין אישתבע לי לא מהני חזקה שטרך בידי מאי בעי א"כ הכא נהי דהשתא הדין דדנין אותו כמאוחר להכשירו מ"מ הא יכול לומר דבאמת לא היה רוצה לפרוע לו שלא היה מאמין לו אף בשבועה כמו שכתב הש"ך דהיה ירא מאיזה ערמה אבל בזה האמינו שלא ישבע לשקר שהוא אינו מוקדם כיון שבאמת הוא מוקדם וכיון שלא ישבע לשקר לא יגבה משועבדים לעולם א"כ על סמך זה פרעו וכמו דבעלמא יכול לטעון אישתבע לי על פרעון והיינו דעל סמך השבועה פרעו ה"ה הכא על סמך שהוא מוקדם ולא יגבה משועבדים מכח השבועה לכך לא חשש לפרעו ולכך יכול להשביעו שאינו מוקדם משא"כ במוקדם דעלמא שאין בתוכו שום ריעותא ואינו יכול להשביעו שהוא מוקדם דהיאך פרעו אף שהוא מוקדם הרי יוכל לגבות משועבדים כשלא יתברר ולא יצטרך שבועה כלל כיון שאין בו ריעותא משא"כ הכא שיש בו ריעותא א"כ לא יגבה משועבדים רק בשבועה ועל זה הסמך פרעו רק הוא יכפור שאינו מוקדם על זה יכול להשביעו ואין להקשות אכתי אם נדון אותו בפי' למוקדם היה גובה בנ"ח ועכשיו היאך תשביענו שהוא מוקדם הלא אפילו אם נדון אותו למוקדם אין עליו רק שבועה דלא פרעו הא ליתא דהכא אם נדון למוקדם היה נאמן לגמרי שלא חש להניחו בידו שהרי ניכר פיסולו מתוכו רק עכשיו דמספיקא מכשרינן ליה עכ"פ יכול להשביעו ודו"ק היטב כי זה ברור לפע"ד ואין צורך לומר דמשוי עדים פסולים דבזה וודאי אינו נאמן ולפי זה מה שפירש הש"ך ס"ק ל"ג דמיירי בטוען להד"ם ליתא דהוא פי' כן לשיטתו דאומר דעדים פסולין אבל לפי מה שביארתי אינו נאמן בזה כלל א"כ פשיטא דאינו נאמן להשביעו להד"ם:

כה כל שטר הבא לפנינו וכו' כן הוא לשון הטור והקשו על זה הא הוא סובר עדיו בחתומיו זכין לו א"כ בלא"ה גובה מזמן הכתיבה כמו בקנין והב"ח כתב דחיישינן דילמא אמר תנו אותו בידי ולא מהני אפילו לאביי וחיישינן דילמא איקרי וכתב והש"ך תמה על זה דמ"מ מאי קושי' לאביי ממשנה דמצא גיטי נשים ומשנה דמצא שטר חוב דהא יש לומר דחיישינן שמא אמר תנו אותו בידי ועיין תומים מה שהאריך ליישב על פי התוס' דאיקרי וכתב ועדיו בחתומיו זכין לו שני ענינים הם ובזה הלכה כאביי ולא בהך דלא חיישינן דאיקרי וכתוב. והנה מלבד מה שלא הועיל רק בגוף הדין דתנו אותו בידי

לא מהני לאביי ומ"מ קשה ממתניתין דלדידיה לא חיישינן אבל הך דהטור דהכא היאך מתיישב דאכתי קשה אי חיישינן לאיקרי וכתיב אפילו אי נימא כאביי מ"מ קשה הא לא מצינו לאביי דלא חש לאיקרי וכתיב רק הש"ס גופא קאמר לה התם ומשני אליביה דחיישינן לפרעון וקשה מאי דוחקי' לזה דפליג בזה ארב אסי הא יש לומר דבאמת גם הוא סובר דחיישינן לאיקרי וכתיב ובמתניתין חיישינן לאיקרי וכתיב בתנו אותו בידי וכמו דיסבור הטור כמו כן יכול לסבור אביי ובעיקר דבריו בכוונת התוס' אינו נכון כלל והעיקר בכוונתם כמו שכתב בספר א"ז לב"מ בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן שכתבו להדיא דהך בעל המאמר משום דקשיא ליה הקשה לו לאביי דהא כל הקושיא מעיקרא עד שהוצרכנו לו' דהחשש שמא כתב ללות בניסן היינו משום דלפרעון לא סבירא ליה דניחוש א"כ נהי דמצד הסברא יש לומר עבחז"ל דמתניתין סתמא קתני מ"מ יותר נוח תירוץ רב אסי כדי שלא נצטרך לומר דחיישינן לפרעון ועל זה משני דאביי לא ניחא ליה תירוץ רב אסי דאיקרי וכתיב לא חיישינן וע"כ אפילו אי מוקמית לה בשטרי הקנאה לא ימלט משום דחיישינן לפרעון א"כ יותר נוח לומר עבחז"ל כסתמא דמתניתין ע"כ דבריהם שם ולפי זה דברי הש"ך נכונים וברורים דאכתי קשה מי הכריחו לומר לבעל המאמר הזה דאביי לא חייש לאיקרי וכתיב והיינו משום דקשיא ליה דלא היה לו לנטות מתירוץ רב אסי כדי שלא נצטרך לומר דחיישינן לפרעון וקשה לעולם דחייש לאיקרי וכתיב ומ"מ ניחא ליה טפי לומר עבחז"ל כסתמא דמתניתין ואי משום דלא נצטרך לומר דחיישינן לפרעון דלאביי נמי לא נצטרך לומר כן כלל רק דחיישינן דאיקרי וכתיב כרב אסי והיינו דילמא אמר תנו אותו בידי ואיקרי וכתיב וע"כ דסבירא להו לכל הנך פוסקים הנ"ל דלאביי אפילו תנו אותו בידי מהני ודלא כהב"ח א"כ תקשי לאביי ממשנה וע"כ דחיישינן לפרעון ועל זה הוצרך לומר דלא ניחא ליה למיחש לאיקרי וכתיב אם כן עדיין הקושיא על הטור [דקיימא לן כאביי והוא סובר עבחז"ל אפילו בתנו אותו בידי ואין כאן מקום לדחות דבר זה אם לא שנאמר דהטור חולק אכל הנך פוסקים הנ"ל ואולי יש לומר דסובר הטור דהך דתנו אותו בידי לכ"ע לא מהני אפילו לרב אסי דאפילו בקנין כיון שאמר תנו אותו בידי הרי ביקש שלא יתחיל השיעבוד רק מעת מסירת השטר לא מעכשיו [וכן מבואר לעיל סימן ל"ט בטור ע"ש ובב"ח) ולפי זה ע"כ לא חיישינן דאיקרי וכתיב רק דכתבו בלי הקנאה לרב אסי והיינו כמו שכתב הר"ן וה"ה פרק כ"ג מהלכות מלוה דאטו מאן דלא גמיר לרב אסי מיפסל הילכך שפיר יש לחוש דטעו דלא בעינן קנין וחשבו כאביי אבל בתנו אותו בידי דלכ"ע לא מהני אפילו בקנין אין מקום לומר דטעו ועשו מוקדם שלא כדין שהרי עדים שחתמו על מוקדם פסולים ולפי זה שפיר מכריח

בעל המאמר דאביי לא חיישׁ כלל לאיקרי וכתיב אפילו להך דרב אסי דאל"כ לא היה לו לנטות מתירוץ רב אסי כיון דלדידיה ע"כ דחיישינן לפרעון ועל זה משני דאביי לית ליה דאיקרי וכתיב כלל א"כ סוף סוף נצטרך לומר דחיישינן לפרעון א"כ יותר נוח עבחז"ל כסתמא דמתניתין כפי' הרמב"ן הנ"ל ולפי זה נהי דהך דתנו אותו בידי מיושב דיש לומר באמת דלא מהני עבחז"ל בזה אבל הטור דהכא אינו מיושב שהרי ביארנו בהכרח דהך לכ"ע לא חיישינן דאיקרי וכתיב אפילו לרב אסי כיון שעשו שלא כדין לכ"ע וזה ברור אך באמת בעיקר הקושיא על הטור יש לי מקום עייון לפי מה שכתב ה"ה פרק כ"ג מהלכות מלוה דהא דתנן אין כותבין למלוה עד שיהא לוה עמו וקשה פשיטא ותירץ דקמ"ל אף דאומר לעדים כתבו ויהא בידכם ואם יבוא היום וילוה ממני תמסרוהו לו ואם לאו תקרעוהו אין שומעין לו דאולי מערים הוא ע"ש ולפי זה נראה בלוה דלא שייך הערמה וכ"ש לאביי דהא יכול לכתוב בפשיטות א"כ פשיטא כשאומר כתבו ויהא בידכם ואם אלוה היום תמסרוהו לו ואם לאו תקרעוהו שאיני רוצה להשתעבד רק משעת הלואה א"כ נראה פשוט כיון דלא שייך הערמה דיכולין לכתוב ומ"מ לא ימסרוהו לו כיון שאינו משעבד עצמו רק אם ילוה היום א"כ יש לחוש שלא ילוה רק אחר זמן וימסרנו לו אחר זמן ויגבה מזמן השטר שלא כדין רק יכולין לכתוב באופן זה שיהא בידם ולפי זה נראה פשוט דדוקא בשטר סתם הבא לפנינו אמרינן דוודאי כשר דאם נכתב סתם הרי עבחז"ל ואם כתבוהו באופן הנ"ל א"כ וודאי נמסר ביום שנכתב דאל"כ בוודאי העדים קרעוהו כנ"ל אבל בשטר שנפל יש לחוש שמא נכתב באופן הנ"ל ומן העדים נפל שהרי במלוה חששו לזה שיפול מידם ואפילו לכתחילה אסור לכתוב באופן זה א"כ נהי דללוה דאינו מערים מותרין אבל בנפל ואיתרע למה לא ניחוש דבאמת נפל מן העדים ונכתב באופן הנ"ל ולא נמסר ביום הכתיבה רק אח"כ לכך צריך ראיה דנמסר ביום הכתיבה. אך קשה מאי פריך לרב אסי שם לישני דחיישינן להכי ולמה ליה לישנויי דאיקרי וכתיב וצריך לומר דהך חששא הוי כמו חשש פרעון ולרב אסי דלא חיישינן לפרעון להך נמי לא חיישינן דבאותו יום נפל דאח"כ וודאי קרעוהו כיון דנפסל ולפי זה שפיר פריך משום דקשיא ליה וליכא לישנוי בהך גוונא ומהאי טעמא לשמואל דלא חיישׁ לפרעון להך נמי לא חיישינן וצריך לישני' באין חייב מודה ולאביי דחיישׁ לפרעון ולא אמרינן א"א דפרעי מיקרע הוי קרע ליה א"כ הך חששא נמ חיישינן שנפל מידם אח"כ ולא קרעוהו מיד רק דמשני בלא"ה דחיישינן לפרעון ולפי זה שפיר יש לומר דגם הטור כיוון לזה דחיישינן דנעשה באופן הנ"ל דלא שייך עבחז"ל:

כו נכתב ביום ונחתם בלילה. עסמ"ע ס"ק כ"ט דמעשה ב"ד נכתבין ביום ונחתמין בלילה דמשעת גמר דין נשתעבד ולא מיקרי מוקדם ובאמת כן הוא בש"ס שם אבל יש לי ספק אי דוקא לחתום בלילה מותר דכיון דנחתם מיד בלילה הוי כחדא וקול יוצא משעת כתיבה אבל לאחר זמן מרובה לא וכן משמע מלשון הש"ס וד"מ שלא נזכר רק לחתום בלילה איברא בתוספות שם דכתבו דנוהגים לכתוב הכתיבה בערב שבת ולסתום במוצאי שבת והיינו משום דכתיבה כמעשה ב"ד וכתבו דאין נכון לעשות כן משום תוספות כתובה דלא הוי כמעשה ב"ד מבואר דבלא"ה יש לעשות כן אלמא דאפילו לאחר ג' ימים מותר:

כז אפילו לא חתמו אלא לזמן מרובה עסמ"ע מה שדחק בזה ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ל"ט ס"ק ג' ליישב דברי המחבר בפשיטות חדא דהא פסק שם ס"ה דאם אין עדי קנין לפנינו יכול לומר פרעתי דריעא טענתי' שאין בידו שטר הילכך התם שפיר קאמר דאם היה קנין והם בעצמן מעידין עליו אפילו בלא שטר גובה משעבדי והכא מיירי דאין עדי קנין לפנינו רק בשטר זה נודע הקנין והחתימה לזמן מרובה היה א"כ אם היה בדין דפסול דהוי מוקדם לא היה גובה כלל כיון דאין עדי קנין לפנינו ואפילו אחרים היה מעידין לא הוי מהני קמ"ל דאם יש שטר רק נחתם לזמן מרובה מ"מ כשר ואין צריך לעדי קנין ועוד שם בדרך אחר ע"ש שהארכתי וביישוב דברי הטור והרא"ש שם:

כח אבל בשטרי חייוב. זהו דעת הר"ן והקשה הט"ז דהא בש"ס קאמר בכתובה והוא דעסוקין באותו ענין וכתובה הוי שטר חייוב ולא ראה דברי הר"ן שם דכתב להדיא דכתובה מחמת קירוב חתנות נשתעבד באמירה בעלמא ואין כאן רק חסרון קול וכיון דעסוקין באותו ענין יש לו קול משא"כ בעלמא באמירה בלבד לא נשתעבד ובזה נדחו ג"כ דברי התומים מה שכתב דכיון דצוה לכתוב שטר לא נשתעבד רק כשנכתב השטר ונחתם א"כ תקשי בכתובה ג"כ מה בכך דבאמירה בלבד משתעבד מ"מ כיון דצוה לכתוב לא נשתעבד רק בגמר הכתיבה דכך צוה ומ"ש כתיבה מחייוב ובעיקר הקושיא שהקשו על הר"ן דהא הרמב"ם ג"כ יש לומר דאינו חולק רק הוא לטעמיה אזיל דבאמירה משתעבד ולפי זה ביותר יש לתמוה דאדרבא היה לו להוכיח מהרמב"ם כדעתו שהרי בגט פסק דאפילו עסוקין לא מהני ותמה עליו הרא"ש פ"ב דגיטין ולפי שיטה זו אתי שפיר דהתם פשיטא דלא מהני הגט רק בעת נתינה ומעיקרא אינו כלום א"כ מה בכך דעסוקין אבל בשטר חוב דמיד נשתעבד ואין כאן רק חסרון קול ובעסוקין יוצא קול ובאמת לק"מ דכוונת הר"ן להקשות שהרי באומר אני חייב ולא הזכיר אתם עדי או שטר לכ"ע אינו מחוייב א"כ אם אמר לכתוב שטר שהוא חייב ולא אמר אתם עדי אף להרמב"ם אינו מתחיל השיעבוד רק לאמר גמר הכתיבה ושפיר תמה הר"ן דהיה לו

לחלק בזה כאן וע"כ דסובר דמ"מ כיון דאח"כ נשתעבד ואף מעיקרא היה קול כשר וזהו דלא כהר"ן אבל באמת לדינא נראה עיקר דלא כהר"ן דבגוף הקושיא שהקשו הא באמירה לא נשתעבד לק"מ דלא חששו לפסול מוקדם רק משום תקנת לקוחות וזהו במה שיש לחוש שיקנו ולא ידעו מהלואה מחמת ההקדמה אבל בכאן שההקדמה אינו מזיק ללקוחות שהרי קול יוצא באמת מעת כתיבה ומאז יכולין להזהר א"כ לא פסלו מוקדם כיון שאין חשש ללקוחות וזה ברור. וכן מבואר מדברי התוספות שם שכתב דאין נכון לעשות כתובה משום דתוספות כתובה לית ליה קלא ולמה לא נסתפקו בפשיטות משום דתוספות כתיבה לא גמיר ומקנה בחובת נישואין כמו שנסתפק באמת הר"ן ז"ל וע"כ דכל שהיה קול יוצא לא איכפת לן כיון שהלקוחות יכולין להזהר כנ"ל:

כט סומכין זמן וכו'. הפי' בזה הוא כמבואר בה"ה פרק כ"ג ממלוה דאם זוכרין זמן הקנין וכותבין יום שקנו סומכין הזמן מיד לאחר הקנין ולא לאחר הכתיבה שנראה דהזמן קאי על הכתיבה ג"כ וזה שקר שהכתיבה לא: היה בזמן הזה ואם אין זוכרין יום הקנין רק כותבין יום הכתיבה אז כותבין הזמן לאחר הכתיבה לא:

לאחר הקנין שהרי לא היה הקנין ביום זה כלל לכך כותבין הזמן לבסוף וקאי על הכתיבה לא על הקנין ואף דמ"מ יש לטעות ולומר דקאי על הקנין ג"כ דכן כותבין לעולם כשכותבין ביום הקנין כותבין בפשיטות וקנינו לפלוני וכתבנו וחתמנו ביום פלוני וקאי על הכל מ"מ כשנכתב לאחר מכן לא הוי מיחזי כשיקרא כיון שיש לפרשו על כתיבה לבד. אבל מ"מ צ"ע דבשלמא בכותבין יום הקנין שייך לומר דאין לכתוב הזמן שבסוף שלא יהא נראה דקאי גם על הכתיבה ומ"מ שקר גמור לא הוי שהרי באמת כוונת הכותב באותו הזמן על הקנין רק שסיים באמצע כל המעשה שנעשה והזמן קאי על למעלה ולזה אסור לעשות כן דמיחזי כשיקרא אבל בהיפך ביום הכתיבה כיון דכך מותר לכתוב הזמן לבסוף ואף דיכול להיות דקאי אלמעלה ג"כ לא איכפת לן א"כ כיצד תהיה הכתיבה שיהא אסור היינו שיכתוב וקנינו מפלוני ביום פלוני וכתבנו וחתמנו וקשה היאך שייך מיחזי כשיקרא הלא זה שקר גמור והיאך יכתוב בפי' שקר וקננו מפלוני ביום פלוני מה שלא היה ביום פלוני כלל ולולא דברי הרשב"א שהביא ה"ה היה נראה דכמו דאסור לכתוב ביום הקנין הזמן לבסוף שנראה דקאי גם על הכתיבה כמו כן בזמן הכתיבה אין לכתבו לבסוף שנראה דקאי גם על הקנין שהרי כך בשטרות הפשוטים הנכתבין ביום הקנין ואף שהוא אין כוונתו כך מיחזי כשיקרא וכיצד יכתוב קנינו מפלוני וביום פלוני כתבנו וחתמנו וזהו וא"ו המחלקת מורה בביאור הזמן על הכתיבה לא על הקנין וצ"ע. גם קשה לי לפי הבנתם היאך יכתבו שקר מבואר הא אם יתברר שהלוה לא היה ביום

זה כלל שם הרי השטר נפסל והיאך יכתבו דבר שהוא גריעותא לשטר שיוכל ליפסל על ידי זה אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר ועיין סמ"ע ס"ק ל"ד בשם הד"מ דיעות פוסלים ונראה שטעמם כמו שכתבתי דהוי שקר מבואר שאי אפשר לנטות אבל במה שכתבתי אפשר דמודים דכשר בדיעבד:

ל ברור לנו שקנינו ממנו בתשרי דין זה תמוה מאד לפע"ד כי נלמד מהא דאמר ר"ה לספרי אי ידעיתו יומא דאקניתו ואי לא כתבו יומא דקיימיתו בי' ודייקי בעה"ת והטור דע"כ שברור להם שקנו ממנו קודם רק אין יודעין באיזה יום דאל"כ מאי קאמר דמיחזי כשיקרא תיפוק ליה דהוא ספק מוקדם וע"כ דאפי' בכהאי גוונא מיחזי כשיקרא ובאמת הוא תמוה דוודאי אם אין נזכרין באיזה יום כגון דמספקא להו באיזה חודש או שעומדין באותו חודש ואין יודעין אם מתחילתו או בסופו אז שפיר אמרינן שאם יכתבו בחודש הקודם שמא מוקדם הוא ואם בחודש אח"כ שמא היה קודם וכותבין שקר אבל כשיודעין שהקנין היה בתשרי בוודאי רק אין יודעין באיזה יום ועומדין עכשיו בחשוון או אח"כ א"כ למה לא יכתבו וקנינו ממנו בתשרי סתם ומאי חשש יש כאן הא אי אפשר מתחילת תשרי דיד בעל השטר על התחתונה כמו שכתב הסמ"ע ס"ק ל"ח בשליש חודש ומיחזי כשיקרא ג"כ לא שייך דהא באמת נעשה בתשרי ואין כאן שקר כלל וביותר יש לתמוה דהמחבר כתב יש מי שאומר שאם זוכרין שקנו ממנו וכו' יכתבו בשליש הראשון והיינו כמו שכתב בב"י בשם הר"י בי רב וקשה הא עדיין מיחזי כשיקרא דלפי השטר אינו גובה רק בסוף השליש ואולי נעשה בתחילתו וע"כ כיון דאין כתוב בשטר אימת נעשה רק בשליש סתם לא שייך מיחזי כשיקרא א"כ למה לי שליש בלא"ה כיון שיודעין שבתשרי נעשה בוודאי לא קודם ולא אח"כ למה לא יכתבו בתשרי סתם ואין כאן מיחזי כשיקרא ואפי' אם נדחוק ונאמר דבאמת כוונת הר"י בי רב להכשיר גם בזה מ"ה על המחבר קשה דמעיקרא הביא דברי בעה"ת והטור ואח"כ דברי ר"י בי רב בשליש מבואר דבהך דמעיקרא כ"ע מודו והא ליתא דבעה"ת דחולק בזה חולק על ר"י בי רב ג"כ ולדעת ר"י בי רב גם בהך דמעיקרא כשר גם בב"י כתב בפי' דמבעה"ת לא משמע כן והוא תמוה דהא זה לא מוכח כלל מהך ספרי דר"ה כנ"ל. לכן נראה ברור לפע"ד כיון דבלא"ה יש חולקין על הך דינא לגמרי כמו שכתב הש"ך ס"ק מ' א"כ נראה עיקר דבכהאי גוונא אם זוכרין שהקנין היה בתשרי לא בחודש הקודם ולא אח"כ רק שאין יודעין באיזה יום בתשרי יכולין לכתוב שנעשה בתשרי סתם וליכא למיחש למידי אבל אם יש להם ספק באיזה חודש אז אסור לכתוב רק יום הכתיבה ועיין לקמן סקנ"ד מש"כ ליישב דברי הט"ו בזה (לא) ולפיכך נכתב מתחיל' חשוון. עסמ"ע ס"ק ל"ז דאפי' נכתב בשטר ואיחרנוהו או

דאקני אפ"ה מיחזי כשיקרא דאל"כ פשיטא שלא יעשהו מאוחר מחשש שנתבאר לעיל סי"ב עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהין דכיון דכתוב בו ואיחרנוהו מאי מיחזי כשיקרא שייך ובאמת מדברי בעל העיטור שהביא הש"ך מבואר דאפי' בהא מיחזי כשיקרא אבל כבר השיגו בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"ה ע"ש ואני תמה אי ס"ד דאם כתוב בו ואיחרנוהו שוב לא מיחזי כשיקרא א"כ מאי קאמר אי לא ידעיתו יומא דאקניתו ביה יכתבו יומא דקיימו ביה בשעת כתיבה וקשה למה יפסידו למלוה שלא כדין מיום הברור להם שהיה קנין יכתבו באותו יום ויכתבו ואיחרנוהו לכן נראה ברור לדברי בעל העיטור דמה בכך דכ' ואיחרנוהו מ"מ הא הכתיבה היה אחר יום הברור וא"כ יצטרכו לכתוב וקנינו ממנו ביום פלוני וכתבנו ביום פלוני א"כ מה בכך דיכתבו דהקנין נתאחר מ"מ הרי כתבו שקר מבואר שהיה:

הקנין באותו יום מה שלא היה בו ואי דלשון ואיחרנוהו מורה דלא היה באותו יום מ"מ בשביל זה יכתבו דבר והיפוכו שהיה באותו יום ולא היה וזה שקר מבואר מיניה ובי' ודוקא בעלמא במאוחר שזה שיעבד עצמו באמת מאותו יום שאיחרו עליו א"כ אין כאן שקר מבואר אבל הכא הרי יכתבו וקנינו ממנו ביום פלוני מה שלא היה וזה ברור איברא צ"ע ברא"ש במרובה שכתב דלכך חיישינן הכא דיפסלו עדים כשיתברר שלא היה באותו יום שם ולפי זה אם כתיב בו ואיחרנוהו דליכא למיחש כשר א"כ אכתי קשה למה יכתבו יום הכתיבה יכתבו יום הברור ואיחרנוהו אבל באמת לק"מ דוודאי אם יכתבו ואיחרנוהו בלא"ה לק"מ דוודאי בעלמא לא חיישינן למיחזי כשיקרא משא"כ הכא הרי השקר מבואר בתוכו שכתב וקנינו ביום זה ואיחרניהו וכיון שאיחרוהו הרי לא היה הקנין ביום זה [ובמאוחר נמי כשמאחרין הזמן פשיטא שאין כותבין וכתבנו ביום פלוני מה שבאמת נכתב קודם] א"כ הכא נמי הרי זה שקר מבואר ולא דמי לדעלמא רק דקשיא ליה להרא"ש אם לא כתבו ואיחרוהו יהא כשר דאז לא נזכר השקר בתוכו רק הם יודעין שלא היה כך א"כ התם נמי הרי הם יודעין שלא היה כן ומ"מ למיחזי כשיקרא לא חיישינן וע"ז תירץ דהכא שאני דיש לחוש שיתברר השקר ויפסלו העדים והשתא ניחא הא דקשיא על הרא"ש דהא העדים לא יפסלו דאנו דנין למאוח' כמו שטר שהוזמו עדיו ולפי הנ"ל ניחא דדוקא התם לא נכתב בתוכו וכתבנו וחתמנו ביום פלו' אז דנין למאוחר אבל הכא שלא ימלט רק שיכתבו וקנינו ביו' פלוני א"כ אם יתברר שלא הי' יום זה יפסלו דהא שקר העידו וכן מבואר להדיא בהג"א פרק ג"פ שכתב דאם כתבו יומא דקיימו ביה צריכין לפרש שהוא מאוחר דאל"כ מיחזי כשיקרא מבואר להדיא דביומא דאקניתא אפי' בכהאי גוונא אסור איברא בגוף דינו של הג"א צ"ע דלאיזה צורך יכתבו ואימרנוהו

מ"ש ממאוחר דעלמא ואי משום דאקני א"כ מדינא פסול וצריך לומר או דסובר כדעת רבינו ירוחם שהביא הרב בהגה' לעיל סי"ב דאין לאחר שום שטר לכתחילה או דסובר דוקא במאוחר דעלמא דגם מתחילה לא שיעבד עצמו רק מזמן ההוא לא מיחזי כשיקרא אבל הכא דבאמת המלוה רוצה מזמן הקנין רק הם שכחו שפיר מיחזי כשיקרא כיון דבאמת נשתעבד קודם והיינו כיון דהשקר מבואר בתוכו אבל שטר מאוחר דעלמא אין השקר מבואר בתוכו רק הם כותבין בזמן פלוני ציוה המלוה לכתוב שטר וכתבנו ונתננו לו דהא באמת ציוה הלוה לכתוב השטר באותו זמן לא קודם ודו"ק:

לב יש מי שאומר זהו מה שכתב ב"י בשם הר"י בי רב וכתב עליו הרב ב"י וז"ל ומדברי בעה"ת משמע לכאורה דאפי' בכהאי גוונא לא מהני עכ"ל ואני תמה היכן למד הרב כן מדברי בעל התרומות ואדרבא נראה לפע"ד דדעת בעה"ת דאפי' אינן יודעין באיזה שליש מ"מ כשר וז"ל בעה"ת שער נ"ו ולא יאמרו ברור לנו שקנינו ממנו בזמן פלוני דאי עבד הכי מיתחזי כשיקרא עכ"ל הרי להדיא דדוקא כשזוכרין זמן לכל הפחות והיינו שיכול להיות קודם ג"כ אז אסור משום דמיחזי כשיקרא דשמא היה קודם אבל כשזוכרין זמן ידוע שלא היה קודם והיינו בחודש תשרי פשיטא דיכולין לכתוב בתשרי סתם דמאי שיקרא שייך כאן ולהפסד לקוחות ליכא למיחש שלא יגבה רק בסוף דידו על התחתונה. ובאמת מדברי הטור ששינה לשון בעה"ת וכתב בתשרי ואין יודעין בכמה בו בוודאי מוכח דלא כר"י בי רב וזה מבואר להדיא דמה הפרש יש בשליש או כולו כנ"ל אבל מדברי בעה"ת לא מוכח מידי כנ"ל ועיין בס"ק ל' ולקמן ס"ק ל"ד בענין זה:

לג נמצאו משקרים ופסול. עש"ך שהשיג על דין זה מפירש"י רפ"א ד"מ ובאמת המעיין בט"ו יראה דמקודם לא הזכירו כלל דנמצאו משקרים והיינו דמעיקרא אינו מבואר השקר כלל שהרי יכולין לכתוב ואמר לנו ביום פלוני כתבו וחתמו וכתבנו ונתננו לפלוני וא"כ הרי השטר שלא נכתב מקום הכתיבה כשר א"כ הכא הרי יש לפרש דבאמת לא כתבו כלל מקום הכתיבה רק לפי שכתבו מקום המסירה דזה לא צריך כלל א"כ מיחזי כשיקרא דמורה המקום על הכתיבה גם כן ולכך לכתחילה אסור אבל בדיעבד אנו דנין דלא נכתב כלל מקו' הכתיבה אבל בסיפא כשזוכרין יום הקנין א"כ אם יכתבו וקנינו מפלוני במקום פלוני דהיינו מקום הכתיבה הרי זה שקר מבואר שהרי הקנין לא היה שם ובזה שפיר פסול אפי' בדיעבד שהרי נכתב בו שקר מבואר וגם רש"י מודה דפסול ואפי' מאן דלא חייש למיחזי כשיקרא בשקר זה מודה כיון דמבואר בפי' השקר בתוכו ועיין מש"כ לעיל סי' ל' ס"ק ג' ראיה לפירש"י רפ"א ד"מ דבדיעבד כשר אבל מ"מ בהך דהכ' מודה דפסול ועיין ב"י בשם המרדכי ותמצא ראיה למה שכתבתי:

לד והנחנו לך מקום זהו פי' הרמב"ם אבל רש"י פי' בשטרי מקח וממכר ונראה דהרמב"ם לטעמו אזיל דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר א"כ אפי' בשטרי הלואה יכולין לומר נהי דשטרא לא הוי כיון דכתוב ביה חודש סתם מ"מ ההלואה היתה באמת בתחילת חודש ואתה קודם לבנ"ח ושלא כדין נטלה ממך ורש"י סובר דאינו קודם לכך פי' בשטרי מקח וממכר דבזה לכ"ע המוכר בעדים הוי כמו שטר ועוד דהא שלו טורף שמכרה לו קודם אך הא קשיא בהך דפרק גט פשוט דקאמר אי ידעיתו יומא דאקניתו בי' כתבו ואי לא כתבו יומא דקיימיתו כי היכי דלא מיתחזי כשיקרא וקשה תיפוק ליה דאסור דיכולין לומר הנחנו לך מקום משא"כ עכשיו כשיכתבו לו שטר מזמן מאוחר והתם היה קנין קודם ובאמת לפי' הש"ך לעיל ס"ק מ' דהכוונה שיכתבו ויהא מונח אצלם אתי שפיר אבל בעה"ת וטור ומחבר שדקדקו משם דהכוונה שלא יכתבו יום הברור דאל"כ הוי מוקדם וקשה אכתי בלא"ה אסור משום דמפסידין ללקוחות כיון דאין כופין ליתן הרשאה א"כ קרוב הדבר שלא יתן הרשאה כי מה לו להתעבר על ריב לא לו. וראיתי בתומים שכתב דמ"מ כיון דהם לא היה להם ליקח מחמת ב"ח השני לא חיישינן לפסידא דידהו ואין זה נכון דהא המחבר פוסק לעיל סי"ז כהר"ן דבשטרי חיוב לא מהני עסוקין באותו ענין כיון דבאמת אכתי לא נתחייב אף דהקול יוצא מעיקרא ולא היה להם ללקוחות ליקח וע"כ דמ"מ כיון דיגבה שלא כדין פסול והכא נמי עכ"פ יגבה שלא כדין: אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ ואדרבא בזה מיושב מה שיש לתמוה על הטור ומחבר לעיל סי' י"ט דהא עיקר ראייתם הוא דאפי' יום הברור אסור דאל"כ בלא"ה פסול דהוי ספק מוקדם וקשה תינח באם מסופקים בזמן הקנין וזוכרין יום ברור לכל הפחות אבל מ"מ יכול להיות שהיה קודם ג"כ אז שפיר הוי מיחזי כשיקרא אבל אם יודעין בבירור דבחודש תשרי רק אינן יודעין בכמה למה לא יכתבו בתשרי סתם ומנין לנו דזה מיחזי כשיקרא ואף דגובה באחרונה היינו מספיקא אבל שיקרא לא הוי דהא לא נתפרש בפי' בסוף ולפי הנ"ל ניחא דהם] דייקי דע"כ אפי' בכהאי גוונא מיחזי כשיקרא דאל"כ רק אם מסופקין אם היה בחודש הקודם ג"כ א"כ למה לי טעמא דמיחזי כשיקרא תיפוק ליה דאסור דמפסיד ללקוחות שאין יכולין לומר הנחנו לך מקום וע"כ דאפי' אם יודעין שהיה בתשרי רק אינן יודעין באיזה יום אסור משום מיחזי כשיקרא ובזה ליכא פסידא ללוקח כלל דהא בתשרי סת' ידו על התחתונה ויוכל הלוקח לו' בתחילתו היה והנחתי כהך דהכא קמש"ל דמ"מ אסור דמיחזי כשיקרא ומ"מ הטור דנקט משוון נקט ג"כ הטעם דמיחזי כשיקרא לפי שהוא טעם כולל גם לתשרי וכיון דבש"ס הוצרכו לזה מחמת תשרי נקט הוא ג"כ טעם זה לאסור הכל בין בתשרי בין בתחילת חשוון ולק"מ וזה אין להקשות

דמ"מ עכשיו דכותבין יומא דקיימיתו הא יש הפסד ללקוחות שלא יוכלו לומר הנחנו ליתא דבמה נפשך אי ללקוחות שקנו קודם יומא דקיימו ביה לא יוכל לטרוף כלל ומאותן שקנו אח"כ יטרוף כדין שהרי בעת הקני' ידעו שהשטר נכתב מאותו היום ולא הניחו לו מקום לגבות אך לפי זה ברור דאפי' בשליש תשרי ג"כ אסור כיון דבכל החודש מיחזי כשיקרא והיינו כיון שאינו טורף רק מסופו הוי ככתב בפי' בסוף ושמא היה בתחילתו א"כ בשליש נמי הוי כמו שכתב סוף שליש ושמא היה בתחילתו ומיחזי כשיקרא וכבר השגתי לעיל ס"ק ל' ול"א על דינו של המחבר סי"ט בזה ע"ש:

לה דבלשון העולם עד ולא עד בכלל. עש"ך שהאריך ביישוב שני התשובות הסותרות זו את זו והנה על המחבר לק"מ ואדרבא נראה דבכוונה העתיק תשובה ראשונה ולא זכר כלל שהיה כתוב בשובר עד היום הזה רק שובר מחילה סתם הוציא וזמנה כתוב בו ביום שנכת' השטר ואין כאן רק ספק מי קודם וידו על התחתונה ובדין השני כתב עד אותו היום דאז עד ולא עד בכלל אך בראי"ש גופא בוודאי קשיא לכאורה והנה הד"מ סתר תשובה השניה והיינו דין השני של המחבר ותמה הש"ך דהיה לו לדחות תשובה ראשונה דהא קיימא לן בשטרות כמו בנדרים ובאמת לק"מ דכוונת הד"מ דדוקא בעומד לפני הפסח ואומר עד הפסח אז הכוונה עד ולא עד בכלל אבל הכא שעומד ביום הזה ואילו היה אחר השט"ח בהא שפיר יש לומר דהכוונה לכלול גם חוב זה של אותו היום. והנה הש"ך כתב לחלק דתשובה ראשונה היה כתוב בשובר עד היום הזה דבזה ודאי משמע עד בכלל אבל בתשובה שניה היה כתוב עד ה' בניסן והוי כמו עד הפסח ולא עד בכלל ובתומים תמה עליו דלא נזכר בראי"ש עד ה' בניסן רק עד אותו היום ומה יתן ומה יוסיף תיבת הזה ע"כ ולק"מ דפשיטא דכוונת הרא"ש כמו שכתב הש"ך דהיאך אפשר שהיה כתוב בשטר עד אותו היום ומהו פי' לשון זה ופשיטא דבנוסח לשון השטר לא נכתב כן רק שהרא"ש הביא מתחילה שהשובר נכתב בה' בניסן וכן השט"ח ועל זה כתב שהיה כתוב בשובר שמחל לו עד אותו היום והכוונה אותו היום הנזכר מעיקרא דהיינו ה' בניסן אבל לשון אותו היום פשיטא דלא נזכר בשובר ואין שייכות ללשון זה בשובר כלל רק הרא"ש רמז על הזמן שזכר מעיקרא ה' בניסן ולא חש להזכירו בכל פעם וכתב עליו אותו היום אבל מ"מ בעיקר הקושיא על הרא"ש המעיין בתשובת הרא"ש שם יראה שכתב להדיא בתשובה ראשונה דבעל השטר טוען שטרו מאוחר לשובר שהשובר נכתב קודם והרי זה מבואר דכוונתו דבאמת מחל תביעת אותו היום רק השטר נכתב אח"כ והיינו כתירוץ מהר"א ששון וזה ברור ומה שהקשה הש"ך הא נאמן במיגו ולהוציא לא הוי דהא שטרא בידו אי בעינא אמינא לפי מה שכתבו התוס' בשמעתין דסלעים דינרין

דלכך אינו נאמן שלש במיגו דשתים דאינו נוח לו לטעון דבר שהשטר מסייעו דנראה דמחמת זה טוען כן א"כ הכא נמי אינו נאמן במיגו דלא כיוון לתביעות אלו דנראה דטוען כן לפי שלשון השובר מסייעו דעד ולא עד בכלל ואף דלר"ע התם באמת נאמן במיגו היינו משום דהוי משיב אבידה ולפטור עצמו אבל הכא ליטול ומשיב אבידה לא הוי דלא ירוויח כלום אפשר דלכ"ע אינו נאמן במיגו כזו אבל בלא"ה נראה דלק"מ ודוקא היכא שיש לו שטר גמור אף לפי טענתו עכשיו אז מהני שטר דלא ליהוי להוציא אבל היכי דלפי טענתו איתרע שטרא לא הוי להחזיק מחמת השטר כמבואר פרק ח"ה גבי עובדא דגחין לחיש ליה לרבה ולפ"ז הכא נמי עכשיו שהוא מודה דמחל תביעת אותו היום ג"כ א"כ שובר באותו יום מבטל השטר ואין זה מיקרי מוחזק בשטרו שהרי חבירו מוחזק בשוברו והשובר מבטל כח השטר והוי שפיר מיגו להוציא ונראה שלזה כיוון מהר"א ששון שהביא מדברי התוס' פרק חזקת כנ"ל ובפרט דהוי מיגו גרוע: (לו) רוב הימים. עש"ך שהאריך להסכים כדעת ר"ח ט"ו יום אחר הרגל ובתומים כתב דכוונת ר"ח דוקא אח' הפסח דבט"ו יום מתחילין ל' יום קודם עצרת ומישך שייך לעצרת ולא מיקרי אחר הפסח ולא בשארי רגלים. ודבריו תמוהין דאפי' לבני א"י ליכא רק מ"ג יום בין פסח לעצרת ולדבריו הוא מ"ה ואולי כוונתו שחג השבועות בעצמו נכלל בתוך הל' יום ויום ט"ו ג"כ נכלל ולבני א"י אתי שפיר החשבון אבל לא נהירא דפשיטא דל' יום קודם הכוונה בכל מקום לבד מיום החג גופא וברור דהר"ח אכלהו קאי כדברי הש"ך ומה שתמ' הסמ"ע על המדפיס מנינא למה לי יש לומר דקמש"ל לבני ח"ל דבמחצה סגי ולא בעינן רוב והסמ"ע לפי שיטתו יפה הקשה אבל לא דק כמו שכתב הש"ך:

על חו"מ סימן מד

א ואם לא החזיר אין השטר נפסל בכך לכאורה נ' להוכיח מרשב"ם שם דס"ל ג"כ כהמחבר [וכן ציין הבה"ג] אבל באמת נלפע"ד דלא מוכח מידי והוא דהרשב"ם שם בד"ה אמר רב עמר' כתב וז"ל וגם אם זייפו ויוסיפו בשיטת החלק שאחר ענינו של שטר בשיטה אחרונה לא מעלה ולא מוריד שהרי אין למידין משיטה אחרונה עכ"ל. מבואר לכאורה להדיא דאם לא חזרו מענינו של שטר בשיטה אחרונה וכתבו דברים חדשים אין למידין משיטה דזו אבל לא מוריד ג"כ דלשיטת התוס' והרא"ש מוריד ופוסל כל השטר [ונראה שזו היתה כוונת הרב הנ"ל] אבל באמת הא ליתא ולא דמי להתם כלל דהתם מיירי הרשב"ם להדיא דבאמת חזרו מענינו של שטר בשיטה אחרונה רק הוא יזייף ויכתוב עוד שיטה א"כ שפיר יש לומר דמודה הרשב"ם להרא"ש דאם לא החזיר פסול

והיינו משום שלא נעשה כתיקון חכמים והעדים עשו שלא כדין אבל אם הם באמת חזרו רק דאי אפשר לצמצם חזר הוא וכתב שיטה א"כ אי אפשר לפסלו שלא נעשה כתיקון דהא נעשה כדין באמת וכי בשביל זיופו של זה לא נעשה כתיקון כיון דאנו אין למידין ונעשה מתחילה כדין ובשביל זה שאי אפשר לצמצם תקנו שיחזור לכך אמר לא מעלה ולא מוריד רק שאין למידין אבל בלא החזירו כלל ועשו העדים שלא כדין יש לומר דמודה דפסול דלא נעשה כתיקון חכמים גם אין להביא ראיה ממה שפירש רשב"ם מעיקרא בד"ה וצריך שיחזור וז"ל והאי צריך שיחזור הכי מפרשינן לה וצריך שלא יהא כתוב וכו' משמע לכאורה מלשונו שבא לומר דאינו הכרח רק כדי שלא להפסיד ללוה דהא ליתא וכוונתו פשוט דבא לפרש דלא נימא דכוונת ר' יוחנן שצריך שיחזור דהקפידא הוא של החזרה דוקא דבאמת אין קפידא ואפי' בשיטה חלק ליכא למיחש כמו שכתבו התוס' שם לזה פי' דהכוונה למעט שלא נכתב בו דבר חדש לפי שאין למידין ועיין בסמוך בזה:

(ב) אלא שאין למידין משיטה אחרונה עסמ"ע ס"ק ב' דאם לא החזיר אפי' יש שיטה חלק אין למידין דלא חלקו חכמים בתקנתם והט"ז והש"ך תמהו עליו דהיינו להרא"ש ותוס' דצריך שיחזור הוא תקנה אבל לרמב"ן אינו רק עצה טובה ע"כ. ולכאורה דבריהם תמוהין דאין כוונת הסמ"ע על התקנה דצריך שיחזור רק על הדין דאין למידין דבהא לא פליג כמו להרא"ש בהך דצריך שיחזור לא פליג אפי' בחלק שיטה דפסול לגמרי בלא החזיר כמו כן להרמב"ן נהי דפליג דזה לא הוי תקנה אבל בדין דאין למידין לא פליג וביותר יש לתמוה אי ס"ד דבחלק שיטה למידין א"כ למה קאמר צריך שיחזור בחלק שיטה דיו וכן תמה בתומים וע"ש שהאריך דכעיקר כהסמ"ע. ואין דבריו נכונים כלל וברור דליתא לדינו של הסמ"ע כמו שאבאר והוא דהתוס' שם בד"ה וצריך שיחזור כתבו וז"ל וא"ת אם בא שטר לפנינו שחתימת העדים רחוקה מן השטר שיטה אחת ולא החזירו מענינו של שטר יהא כשר דלמאי איכא למיחש אי משום דאי בעי הוי מזייף באותה שיטה חלק הא אין למידין משיטה אחרונה ולהא ליכא למיחש שהניחו שני שיטין חלק והוא המלוה זייף בו שיטה אחרונה ויש לומר דוודאי כן הוא שהוא כשר וכו' מיהו מסתבר דפסול גזירה אטו היכי דלא הרחיק שיטה אחת דלא מישתחיט לאפלוגי בהן אלא בין הרחיקו ללא הרחיקו בעינן חזרת השטר עכ"ל. ויש לתמוה בדברי התוס' הללו דהא פשיטא דבהא קים להו דאם לא החזיר מענינו של שטר בלא הרחיק דפסול לגמרי כל השטר אף דליכא למיחש לזיוף וכמבואר להדיא בדברי התוס' שם קס"א ע"א סוף ד"ה ונחוש שהקשו לרחב"ג היאך יעשנו פשוט הא בפשוט איכא חזרת השטר ובמקושר ליכא א"כ כשיעשנו פשוט ולא יראו חזרת השטר יפסילהו ע"כ מבואר להדיא

דפסול לגמרי דאל"כ אכתי יש לחוש שיעשנו פשוט ולא ילמדו באמת משיטה אחרונה וכן מבואר בד"ה וניחוש בתחילה דהקשו היכי גייז הא יהא פסול כיון דלא מיהדר הרי להדיא דפשיטא להו דפסול לגמרי ומהכא נמי מבואר כן דאל"כ הוי להו ליספוקי בלא הרחיק כלל והשתא ע"כ צריך לומר דטעמייהו כמו שכתב הרא"ש כיון דחכמים תקנו להחזיר כדי שלא יבוא היזק למלוה שאין למידין א"כ אם לא עשו כן שלא כדין עשו ופסול והשתא תקשי מאי קשיא להו עכשיו הא מ"מ כיון שאין למידין משיטה אחרונה אפי' בחלק לכ"ע לשיטת הסמ"ע א"כ ממילא שייך תקנת חכמים לחזור בחלק כמו בלא חלק דסוף סוף אין למידין א"כ בלא החזיר הרי לא נעשה כתיקון חכמים ופסול לגמרי וע"כ צריך לומר דבס"ד דסבירי להו לתוס' דלא אמרינן לא פלוג לפסלו לגמרי ממילא למידין ג"כ בחלק וכיון דלמידין ממילא לא שייך תקנה בזה שיחזור דהא אפי' בלא חזרה למידין וא"כ לא הוי שטר שלא נעשה כתיקון חכמים וכשר וזה ברור ובהכי ניחא מה שיש להבין מה זה שהקשו יהא כשר ותרצו דבאמת כשר ומה ס"ד להקשות ומאי סברא ודייוק היה להם שלא יהא כשר ודוחק לומר דסמכו על מה שהקשו אח"כ כיון דתירצו מיד דבאמת כשר ולפי הנ"ל ניחא דכוונתם כך דבקושיא סליק אדעתייהו דמדקאמר צריך שיחזור והטעם שאם יביא לפנינו בלי חזרה לא נלמד ממנו משיטה אחרונה משמע דחלק ג"כ לא נלמוד דאי בחלק נלמוד למה צריך שיחזור הא בחלק סגי וע"כ דגם בחלק לא נלמוד לכך צריך שיחזור ועל זה הקשו באמת אם בא לפנינו חלק למה יפסל הא ליכא למיחש למידי וכיון דבאמת יהא כשר למה צריך שיחזור ועל זה תרצו דבאמת כשר והכוונה צריך שיחזור כמו שפירש רשב"ם דעיקר בא למעט שלא יכתוב דבר חדש ובזו התקנה לא בחלק והפי' כך דמענינו של שטר יכול לחזור לא דבר חדש אבל בחלק בוודאי מותר ע"ש ברשב"ם [ומדברי הרשב"ם הללו מבואר ג"כ דלא כסמ"ע רק בחלק מותר ללמוד משיטה אחרונה] עכ"פ מבואר מדברי התוס' דבס"ד השטר כשר ולמידין והשתא ממילא הרי לא תרצו אלא דתקנת החזרה אף בהרחיק דלא פלוג לכך פסול אבל הרמב"ן דלא סבירא ליה הך ואפי' בלי הרחיק השטר כשר א"כ כ"ש דבהרחיק דלמידין דהא התוס' דפסלו בהרחיק לעולם לולא דלא פלוג בתקנת החזרה הכשירו אפי' ללמוד משיטה אחרונה בהרחיק כס"ד בתוספות אם כן כ"ש להרמב"ן דלעולם כשר וליכא תקנת חזרה לשיטתו דוודאי כשר בהרחיק אפי' ללמוד משיטה אחרונה והשתא לא קשיא למה קאמר צריך שיחזור דא"כ גם להתוס' תקשי דע"כ בתירוץ א' סבירי להו בחלק למידין כמו שהוכחתי וע"כ כמו שפי' רשב"ם שם כנ"ל א"כ גם להרמב"ן לק"מ ומנין לנו דיחמיר הרמב"ן יותר מדברי התוס' בס"ד שכיון דמסקנת התוס' לא סבירא

ליה רק כס"ד ודו"ק ואין לומר דמ"מ לפי מה שתרצו התוס' לא פלוג א"כ נהי דלא פלוג בתקנה לא סבירא ליה מ"מ מודה דלא פלוג בהך דינא דאין למידין הא ליתא ואדרבא דאי נימא בהך לכ"ע לא פלוג א"כ למה ליה לתוס' והרא"ש לתרץ דלא פלוג בתקנה דצריך שיחזור ולכך פסול והשתא הוי גזירה לגזירה דבלא הרחיק גופא אין טעם לפסלו רק דעבר על תקנה א"כ נפסול גם בהרחיק דאין התקנה רק משום לא פלוג ויותר הוי להו לתרץ כיון דבאמת לכ"ע אין למידין אפי' בחלק א"כ לשיטתם דצריך שיחזור הוא תקנה א"כ אין חילוק בין חלק ללא חלק דסוף סוף צריך שיחזור דהא אין למידין וא"כ ממילא התקנה שוה בשניהם ולמה להו לטעם לא פלוג בחזרת השטר וברור דסבירי להו להיפך דדוקא בחזרת השטר שייך לא פלוג דהוא מסור לעדים ויש לחוש שיטעו ולא יחזרו בלי הרחיק אבל בדינא דאין למידין דמסור לב"ד לא שייך לא פלוג ואדרבא לב"ד טועין לא חיישינן שילמדו משיטה אחרונה בלי הרחיק והשתא הרמב"ן דסובר חזרה אינה רק עצה טובה ולא שייך לא פלוג ובדינא דאין למידין אפי' להתוס' לא אמרינן לא פלוג א"כ קם תירוץ התוס' בס"ד דבהרחיק כשר ולמידין וצריך שיחזור הכוונה בפי' רשב"ם כנ"ל:

ומעתה אבוא להשיג על ראיות התומים בזה כמו שאבאר ראשונה מה שטען על הש"ך שהחליף שיטתו דבס"ק ה' כתב דגם להיש אומרים לא נפסל לגמרי רק בהרחיק אין למידין ולק"מ ואדרבא מזה מבואר דלא כסמ"ע שהרי היש אומרים לא כתבו שלא ללמוד משיטה אחרונה בהרחיק רק לפי שלא נעשה כתיקון חכמים שאמרו שצריך שיחזור ובלי חזרה אין למידין לכך אפילו בהרחיק אין למידין דהתקנה היתה גם בהרחיק משום לא פלוג וכיון דלא עשה נהי דלא מיפסל לגמרי אבל אין למידין מאותו שיטה אבל זה לא שמענו שלא נלמוד משיטה אחרונה משום לא פלוג דאין למידין רק משום לא פלוג דתקנה שצריך שיחזור א"כ הרמב"ן דלא סבירא צריך שיחזור לתקנה רק עצה טובה ממילא למידין וזה ברור ולא היה כוונת הש"ך בס"ק ה' רק דהרא"ש אינו פוסל רק אותה שיטה דלא נעשה כתקנה שלא יהא בה דבר חדש ומעיקרא היתה התקנה גם בהרחיק משום לא פלוג א"כ להרמב"ן ליתא ודו"ק. ומה שהביא ראיה להסמ"ע מדברי התוס' פרק שנים אוחזין גבי שני' אדוקין בשטר שהקשו על רש"י הא אין למידין וקשה דהא להרא"ש פסול לגמרי א"כ ממילא נלמוד דוודאי היה כתוב כך בתורף דאל"כ עדי' עשו שלא כדין ולכאורה דבריו תמוהין דהא טעמא דאין למידין דהעדים אין מצמצמין ומניחין שיטה ויש לחוש שהוא כתבו בעצמו א"כ התם נמי לא היה כתוב כלל בתורף רק הוא עצמו כתבו במקום ריוח שהניחו העדים שלא יכלו לצמצם וצריך לומר דכוונתו כך דמ"מ כיון

דבהך שיטה הקודמת לשיטה אחרונה לא נזכר חזרת השטר א"כ ע"כ דזהו חזרת השטר שלהם דאל"כ הרי לא חזרו מענינו של שטר כלל. אבל באמת דבריו תמוהין ואדרבא אם זו היא קושיא מבואר להדיא מדברי התוס' דלא כסמ"ע כי מה שתירץ הוא דהתוס' סבירי להו כרמב"ן דלא נפסל לגמרי ליתא בוודאי כמו שהוכחתי לעיל מדברי התוס' פרק גט פשוט להדיא דבזו לא נסתפקו התוס' כלל בלי הרחיק דוודאי פסול לגמרי [וכן ציין בהגה' על הי"א תוס']רק גט פשוט] ודוקא בהרחיק כתבו התוס' שם דכשר ולפי זה ע"כ דלא כסמ"ע והשתא שפיר הקשו דאי משום דמשיטה אחרונה נלמוד דכך היה כתוב בתורף מ"מ אין למידין דדילמא הניחו העדים חלק ריווח שיטה אחרונה ואז אין צריך לחזור מענינו של שטר כמו שכתבו התוס' פרק גט פשוט כיון דאז למידין דאין לחוש כלל והשתא הוא זייף וכתב שיטה אחרונה תדע דאפי' בכהאי גוונא אין למידין לשיטת התוס' דאל"כ מה זה שהקשו פרק גט פשוט דבחלק שיטה יכשר מ"מ יש לחוש שיכתב בחלק מאי דבעי וגייז ליה לתורף ונלמד משיטה אחרונה וע"כ דאין למידין מהאי טעמא גופא שמא הניחו חלק אבל לשיטת הסמ"ע קשה ובלא"ה תימה על התומים כיון דאי נימא דלא כסמ"ע פשיטא דאתי שפיר קושית התוס' א"כ היאך מביא ראיה מכאן כהסמ"ע לכן נראה עיקר כהש"ך בזה וכן מדברי רשב"ם כמו שפירשתי דפי' דצריך שיחזור אין הכוונה להקפיד על החזרה דבחלק סגי רק להקפיד שלא יכתוב דבר חדש כנ"ל ומה שפירש אח"כ סוף ע"א שמא יזייף שני שיטין לאו דוקא דאפי' יניח חלק נלמוד משיטה אחרונה רק דמסתמא כל המזייף עושה ככל שטר שלא יהא ניכר זיופו בשינוי משאר שטרות:

ג ודלא כי"א עש"ך דגם הרא"ש לא אמרה רק בהרחיק שלא ללמוד משיטה אחרונה אבל ליפסל לגמרי לא אמר הרא"ש כלל ואפי' בלא הרחיק ע"כ. ואין דבריו נכונים כלל דהא המעיין ברא"ש יראה שהביא ראיה מדברי רשב"ם דכ"ש שלא נעשה כתיקון חכמים פסול והשתא אי כוונת הרא"ש דהכא אינו פסול לגמרי רק אין למידין א"כ ע"כ צריך לחלק דבהך דרשב"ם בשעת כתיבת השטר היה חשש זיוף אבל הכא אף בשעת כתיבה לא היה חשש זיוף א"כ ממילא מנין לו להרא"ש שלא ללמוד משיטה אחרונה מהאי טעמא גופא דהכא שאני דלעולם לא היה חשש זיוף וכן מבואר עוד ברא"ש מתחילה ועד סוף דכל הפלפול הוא לפסול כל השטר שהרי ראשית דבריו נסתפק אם השטר כשר וסיים דכל שלא נעשה כתיקון פסול אף שאין טעם לפסלו ובשיטה אחרונה בלבד מאי שייך כשר ופסול איברא וודאי דברי הרא"ש בלא"ה צ"ע דמאי ראיה מייתי מדברי רשב"ם דהא לא דמי כלל מטעמא דאמרן:

ד אבל אם השיטה אחרונה לחוב' עיין תומים שהאריך להסתפק אם כתוב בשיטה אחרונה דבר חדש קודם החזרה ובאותה שיטה כתוב החזרה אי למידין ממנה ודבריו תמוהין דהא התוס' הקשו בד"ה צריך שיחזור וכן הרא"ש שם באם בא לפנינו שטר רחוקים העדים מן השטר שיטה אחת יהא כשר דהא אין לחוש לכלום ולשמא הרחיקו שני שיטין אין לחוש וקשה אכתי בדין הוא שיפסל שהרי מעיקרא עשו שלא כתיקון חכמים דשמא יכתוב באותו שיטה דבר חדש ואח"כ החזר' מענינו של שטר ויגב' שלא כדין וא"כ ממילא אף עכשיו בבא לפנינו חלק דין הוא שיפסל דהא דעת התוס' דפסול כל שלא נעשה כתיקון חכמים ואדרבא גרע טפי מלא הרחיק דשם אין לחוש רק שעשו שלא כדין במה שלא נוכל ללמוד משיטה אחרונה ובזה יש פוסקים דכשר שאר השטר אבל כל היכי דבשעת כתיבה היה יכול לבוא לידי זיוף פסול לכ"ע לגמרי ובריייתא מפורשת הוא הרחיק שני שיטין מן הכתב פסול ואף דהשתא בא לפנינו חלק רק משום דמעיקרא היה יכול לבוא לידי זיוף וא"כ היאך כתבו התוס' דבהרחיק כשר ובלא הרחיק כתבו מקודם שם דפסול ונהפוך הוא כנ"ל וברור דבכהאי גוונא ג"כ אין למידין ושפיר הקשו התוס' דלמאי ניחוש. אך באמת יש לומר דוודאי אם הדין דשיטה אחת חלק כשר א"כ ממילא אין למידין דשמא הניחו חלק ולא היו צריכין לחזור מענינו של שטר כלל ואזיל הוא וכתב בחלק דבר חדש והחזיר מענינו של שטר גם כן אבל לפי מסקנת התוס' והרא"ש שם דבחלק באמת פסול א"כ אפשר דבזה למידין שהרי אין לחוש שהניחו חלק ועשו שלא כדין אך לפי זה ליתא למה שכתב התומים דלהרמב"ן ג"כ בכהאי גוונא כשר והוא תמוה דהא להרמב"ן בחלק כשר דלית ליה תיקון חכמים כלל אם כן יש לחוש שהניחו חלק ולא החזירו ואזיל הוא וכתב מאי דבעי והחזיר ואמת דלפי שיטת הסמ"ע ס"ק ב' דגם להרמב"ן בחלק אין למידין אם כן הכא כיון דלית כאן חזרה קודם לזה רק הך ממילא אין לחוש שהניחו חלק דהא אז אין למידין והיאך לא החזירו מענינו של שטר וע"כ דזהו באמת החזרה א"כ כשר לגמרי ולמידין אבל כבר הוכחתי לעיל ס"ק ב' דעיקר כהש"ך וט"ז דלהרמב"ן וסייעתו בחלק למידין אם כן פשיטא דליתא לדינו של התומים וזה ברור:

ה דוודאי לא זייף. יש לי ספק גדול בהך דינא אם הוא חב לאחרים בשיטה אחרונה שהוא חובתו אי נימא דדמי להך דלקמן סי' מ"ז באומר שטר אמנה הוא דאינו נאמן לחוב לאחרים והכא נמי יש לחוש לזה דבעצמו כתבו לחוב לאחרים ואפשר לומר דלא דמי דדוקא התם אינו נאמן היינו לפי שטענת אמנה אינה טענה נכונה ואנן סהדי דלא היה אמנה כיון דכתב ידן יוצא ממקום אחר רק שאנו רוצין להאמין למלוה מכח הודאות

בעל דין א"כ כשהוא חב לאחרים מסתלק הוא מתורת בעל דין ושוב אינו נאמן כמו הלוה בעצמו שאינו נאמן לומר אמנה משא"כ הכא הך טענה אינה טענה גרועה ואדרבא הלוה בעצמו נאמן בזה שהעדים כתבוהו דהא חובתו יכולין לכתוב וא"כ העדים כתבוהו באמת ואינה טענה גרועה ונאמן בזה כמו פרעתי על מלוה ע"פ ושאר הטענות דכח השטר לא אלים הכא דאדרבא מכח השטר גופא הוא פוטר עצמו ומי שבא להוציא ולומר שהמלוה זייף שיטה אחרונה עליו הראיה וצ"ע לכאורה וכ"ש לשיטת הש"ך לקמן סי' מ"ז ופ"ו דאם אומר אישתבע לי ומלוה מודה דוודאי לא מהני בחייב לאחרים אף דאישתבע לי הוא טענה נכונה שהרי לא אלים כח השטר מצד עצמותו לדחות השבועה והלוה עצמו נאמן בה להשביע ומ"מ בחייב לאחרים אינו מועיל טענתו וה"ה כאן כיון דחייב לאחרים נסתלק הוא מתורת בעל דבר והוי כמו זכותו שאין למידין ודו"ק ולברר דין זה הוא על פי מה שנדקדק בדברי התוס' פרק גט פשוט דקס"א סוף ע"ב בד"ה צריך שיחזור דהקשו אם בא לפנינו שטר שהרחיקו העדים שיטה ולא הוחזר מענינו של שטר יהא כשר דלמאי ניחוש אם יכתוב באותה שיטה חלק אין למידין ע"כ ויש לתמוה הא בדין הוא שיפסל טפי מלא הרחיק דהתם ליכא חשש זיוף רק שלא נעשה כתיקון אבל בזה לכ"ע פסול דהא יש לחוש שיזייף באותה שיטה חלק חובתו ויחוב לאחרים ולחובתו למידין וא"כ נעשה שלא כדין ופסול לכ"ע כמו הרחיק שני שיטין והרי קיימא לן אין כותבין ללוה בלא מלוה רק בשטרי אקנייתא משום הפסד לקוחות וכן מוקדם העדים פסולים אם כן בהא נמי הרי יפסיד בזה לאחרים ויכתוב חובתו ובע"כ צריך לומר דסבירי להו לתוס' באמת אם יהא חב לאחרים אף חובתו אין למידין וא"כ ליכא למיחש למידי. אך יש לתמוה לפי זה אי סבירי להו לתוס' בחב לאחרי' אפי' חובתו אין למידין א"כ תקשי שם בתוס' דף קס"ב סוף ע"א שכתבו דאין למידין זכותו חובתו מיהו למידין והשתא תקשי הא דעת התוספות בד"ה צריך שיחזור במסקנא דכל שטר שלא נעשה כתיקון אף דליכא חשש זיוף פסול לגמרי וכן כתבו להדיא דקס"א ע"א בד"ה וניחוש דבלא החזיר פסול אף דליכא חשש זיוף כלל והיינו לפי שלא נעשה כתיקון והשתא תיקשי הך דינא דלחובתו היכי משכחת לה דהא וודאי כמו שתקנו שצריך שיחזור מענינו והיינו לפי שאין למידין ואם יכתבו דבר חדש יגיע היזק למלוה שאין למידין א"כ כמו כן הך תקנה גופא הוא שלא יכתוב חובתו של מלוה בשיטה אחרונה דהא יגיע הפסד ללוה דאולי יהא חייב לאחרים אח"כ ולא נלמוד משיטה אחרונה חובתו וא"כ אף חובתו צריכין שיכתבו קודם שיטה אחרונה ובשיטה אחרונה יחזרו מענינו של שטר וא"כ שטר שנכתב חובתו בשיטה אחרונה ולא הוחזר מענינו של שטר פסול לגמרי שלא נעשה כתיקון חכמים

כמו כל שטר שלא הוחזר מענינו וכתבו זכותו ואדרבא זהו גרע טפי דיגבה מלוה שלא כדין כיון דבאמת שיטה אחרונה הוא מתנאי השטר והוא זכות הלוה] א"כ אין מציאות להך דינא והיאך כתבו אח"כ דחובתו למידין. ובאמת על הרב בהגה' יש לומר דאזיל לטעמי' דאפי' לא נעשה כתיקון לא נפסל לגמרי א"כ הכא נמי אף שלא נעשה כתיקון למידין אבל התוס' דסבירי להו דפסול לגמרי קשה כנ"ל ואי נימא דבאמת אפי' בחב לאחרים כותבין חובתו א"כ תיקשי בתוס' הנ"ל מאי קושיא להכשיר בשיטה חלק כשלא הוחזר הא פשיטא דפסול שהרי היה עומד להזדייף וגרע מלא הרחיק והוי כהרחיק שני שיטין ודברי התוס' נראין כסותרין זה את זה וצ"ע ואמת דיש לומר לפי תירוץ א' של תוס' פ"ב דכתובות דלכך אינו נאמן במיגו דמחיל דאין דעתו למחול ולהפסיד חובו וא"כ יש לומר דדוקא התם דאינו נאמן רק במיגו שייך לומר הך סברא דמיגו נסתר בסברא כל דהו הרי דהתוס' גופא כתבו שם דבהך דמצא שובר לא אמרינן הך סברא לפי שאין עיקר הסמך על המיגו דבלא"ה איכא שובר דמוכח א"כ הכא נמי לא חיישינן מתחילה שיכתוב חובתו לחוב לאחרים דהא באמת יכול למחול אם רוצ' אבל לפי מה דקיימא לן כתירוץ שני של תוס' שם דמחילה לא מהני קשה ובפרט לפי מה שכתבתי לקמן סי' מ"ז, דהכל חד תירוץ בתוס' באופן שדין הנ"ל צל"ע ודוחק לומר דהך ר"י המוזכר בתוס' בד"ה וניחוש הוא ר"י הזקן שהביא הנ"י ודעתו דשטר שלא נעשה כתיקון כשר דמ"מ היאך סתמו התוס' והחליטו כדבריו כיון דלפי דעתם בהרבה מקומות ובפרט שם בתוס' הקודם ליתא להך דינא רק דפסול לגמרי ואפי' לר"י הזקן צ"ע דכהאי גוונא מודה דפסול כיון דמעיקרא נעשה שלא כדין שכתבו הפסד ללוה כיון שבאמת היה בתנאי כך וכך והם כתבו תנאי שלו בשיטה אחרונה ואם יהא חייב לאחרים יפסיד הלוה שלא כדין א"כ הוי כמו הרחיק שני שיטין דלכ"ע יפסול ודו"ק:

1 אם סיים השטר בסוף השיטה זהו מאי דמבעיא לן בש"ס שם שיטה ומחצה מהו פי' אי נימא דהך דאין למידין היינו אפילו מחצי שיטה ושיטה שלמה שלפניה א"כ ממילא אם הרחיק שיטה ומחצה כשר או דאין למידין מחצי שיטה אבל משלימה שלפניה למידין א"כ בהרחיקו שיטה ומחצה פסול ופשטינן דכשר וא"כ מבואר דאין למידין מחצי שיטה ושיטה שלימה שלפניה וכתב ב"י סימן מ"ה בשם הרשב"ץ דהאיבעי' הוא בין בשיטה ומחצה בי' במחצה ושיטה ולפי זה אפי' במחצה ושיטה כשר אבל התוס' שם כתבו להדיא דבמחצה ושיטה לא מבעי' לן כלל דפסול רק בשיטה ומחצה הוי האיבעי' וכן כתב הטור סי' מ"ה להדיא והמחבר שם אבל לפעד"נ כדעת הרשב"ץ כמו שאבאר חדא דלפי התוס' קשה דהא הדייוק מברייתא הוא דמדקתני שני שיטות פסול מכלל דבמחצה

כשר דאל"כ הוי ליה לאשמועינן רבותא בשיטה ומחצה והשתא אכתי תיקשי הוי ליה לאשמועינן במחצה ושיטה וליכא למימר דמחצה ושיטה פשיטא ליה חדא כמו שאבאר בסמוך דאדרבה יש להכשיר גם בזה ועוד דהא מ" עדיף משני שיטין ואמת דיש לומר דלכך נקמט שני שיטין דאי הוי קתני מחצה ושיטה לא הוי ידעינן שיטה ומחצה דכשר והוי ס"ד דאין חילוק כלל כיון דלמידין משיטה שלימה שלפניה לכך קתני שני שיטין למידק דפחות מכאן כשר והיינו שיטה ומחצה אבל מחצה ושיטה פסול וכמו כן צריך לומר הא דפושט מברייתא דקתני פחות מכאן כשר היינו שיטה ומחצה והא דלא נקט בפסול מחצה ושיטה דבזה לא שייך פחות מכאן אך מלבד הדוחק בזה קשה הא דמסיק דמברייתא ליכא למשמע מינה והיינו משום דמסיפא מוכח להיפך וקשה הא באמת עדיין יש להוכיח דוודאי רישא אתי לאורויי' דשיטה ומחצה כשר וסיפא דנקט שיטה לאשמועינן דמחצה ושיטה פסול ולא סתרי אהדדי כלל ותרווייהו שמעינן מינה הרי דהשתא כיון דלא מוכח מברייתא מידי קשה באמת רישא לסיפא והתוס' שם הרגישו בזה וכתבו דאי נימא שיטה ומחצה כשר הוי כמו שיטה ואי פסול הוי כמו שני שיטין אבל מ"מ קשה דתינח בשיטה ומחצה אבל בשיטה פשיטא דליכא למימר דהוי כב' שיטין א"כ למה ליה דנקט בסיפא כלל שיטה אחת דהא מרישא שמעינן מינה שני שיטין פסול ולא שיטה אחת וליכא למימר דאתי לדייק שיטה ומחצה דהא לא שמעינן מינה כלום כדחיית הש"ס וא"כ פשיטא דהוי לן למימר דבאמת אתי לדייוקא ורישא לשיטה ומחצה דכשר וסיפא למחצה ושיטה דפסול ותרווייהו מצטריך לדייוקא [ופשיטא דליכא למימר דמחצה ושיטה לא צריך כלל כמו שאבאר] וע"כ צריך לומר דבאמת בעל האיבעי' לא שני ליה בין מחצה ושיטה לשיטה ומחצה ושאל בתרווייהו וא"כ שפיר מדחה בש"ס דליכא למימר דאתי לאורי להיפך למחצה ושיטה דמ"ש וסובר דאין לחלק כלל ואי קשיא באמת מה שהקשו התוס' דהיאך ס"ד להכשיר מחצה ושיטה הא יכול לכתוב בחצי השיטה הנשארת מה דבעי ויחזור מענינו של שטר בשיטה השלימה ויגבה שלא כדין לפעד"נ דלק"מ והוא דהא וודאי הך בריייתא דהרחיק שיטה מיירי בהחזיר מענינו של שטר קודם כמו כל השטרות דהא לשיטת התוס' בלא הוחזר פסול והיאך קתני הרחיק שיטה אמת כשר וכ"ש להסמ"ע דאפי' לדידן אין למידין עכ"פ א"כ ע"כ בהוחזר ועוד דבלא"ה כשאין העדים מניחין בכיוון שיטה חלק בוודאי מחזירין מענינו של שטר א"כ אח"כ בהתימה שאין יכולין לצמצם יש ריווח שיטה אחר החזרה והשתא שפיר מבעיא אם החזירו באמת מענינו של שטר ולא צמצמו והניחו שיטה חלק ושיטה הקודמת שהחזירה בה סיימו באמצע שיטה והשתא שפיר מבעיא ליה אי נימא דהשתא אין לחוש

לכלום שאם יכתוב בחצי השיטה הנשארת דבר חדש ויחזור שנית בשיטה השניה באמת לא נלמוד משניהם כלום דהא בשיטה הקודמת בחצי הוחזר פעם אחת מענינו של שטר אם כן אנו תופסים שזו השיטה באמת שיטה אחרונה ומה שכתב אחר כך הוא עצמו כתב כיון דבחצי הוי סיום החזרה ובשיטה השניה לא צמצמו העדים והניחו חלק וכיון דאין למידין אין לחוש לכלום ואם הרחיקו כשר והשתא שפיר קאמר דמברייתא ליכא למשמע מינה דל"ש ליה בין מחצה ושיטה לשיטה ומחצה וצ"ע ועיין לקמן סי' מ"ה שם אבאר עוד בס"ד:

ז היכי דכתוב ביה שריר וקים. עש"ך ס"ק י"ב מה שהאריך לתמוה בזה דמ"מ כיון דאם לא נכתב שריר וקיים כשר א"כ יש לחוש שמא הניחו העדים חלק דאי אפשר לצמצם והוא זייף וכתב שריר וקיי' והוא תמוה לכאורה והש"ך תירץ דהמחבר מיירי כשלא הוחזר מעיקרא מענינו של שטר א"כ מסתמא כתבו העדים שריר וקיים דאי הוא כתבו בעצמו היאך לא חזרו העדים מענינו של שטר ואף דאינו רק עצה טובה מ"מ היה להם לחזור ע"כ. והוא תמוה דה"מ דהוי עצה טובה אם לא הניחו חלק שיטה דאז לא נלמוד משיטה אחרונה א"כ עצה טובה לחזור מענינו של שטר אבל כשהניחו העדים חלק שיטה בכוונה א"כ אף עצה טובה ליכא לחזור דהא בחלק שיטה למידין כמו שכתב הש"ך להדיא לעיל ס"ק ג' לדעת המחבר והשיג על הסמ"ע שם א"כ בזה אף עצה טובה ליכא א"כ שפיר יש לחוש דהוא זייף וכתב שריר וקיים. אבל לפע"ד נראה ליישב דברי המחבר בפשיטות והוא דהא וודאי דהך דינא שאם לא החזיר מענינו של שטר אין למידין משיטה אחרונה אין הטעם עכשיו משום חשש זיוף דפשיטא דאפי' עדי השטר המעידין על חתימתן מעידין ג"כ על השיטה אחרונה אין למידין ממנה כמו שכתב הב"י להדיא בשם הרשב"א בתשובה הביאו הש"ך לעיל ס"ק ד' וכן מוכרח מהא דקאמר וצריך שיחזור לפי שאין למידין וקשה מ"מ מה צורך לחזור עדים שיעידו על חתימתן יעידו על שיטה אחרונה ודוחק לומר דעיקר הטעם שמא ימותו דא"כ גם בחתימת העדים שמא לא ימצא לקיים וע"כ דכל שלא החזיר דינו כמלוה ע"פ לגמרי ואין למידין מאותה שיטה לפי שאין מוכח מגוף השטר רק העדים מעידין על השיטה הוי כעל פה ולפ"ז נראה פשוט דה"מ בלא כתבו שריר וקיים אבל אם כתב שריר וקיי' אף דשריר וקיים גופא לא מוכח מתוכו מ"מ פשיטא דלמידין משיטה אחרונ' כל שידוע שכתבו שריר וקי' והטעם דע"כ לא שייך מוכח מתוכו רק במשפטי התנאים והחייובים שבשטר שזהו עיקר השטר ומה שנתחייב על זה שפיר לא מהני הגדת העדים בעל פה דאין כאן שטר אבל הך שריר וקיים זהו אינו מחייוב ועיקרו של שטר רק קיום השטר שמקיימין מה

שכתוב למעלה והגע עצמך חתימת העדים על השטר לעולם לא מוכח מתוכו רק צריך עדים להעיד עליהם וכמו כן קיום ב"ד צריך עדים שב"ד כתבוהו כמבואר לקמן סי' מ"ו א"כ נאמר שאין זה מוכח מתוכו וע"כ דכל שאינו בגוף השטר רק קיום הכתוב בשטר בזה לא בעינן מוכח מתוכו וא"כ הכא נמי הכל שריר וקיים לא בעינן מוכח מתוכו רק שעדים מעידין עליו סגי והשתא דברי המחבר נכונים דלא מיירי הכא כלל מחשש זיוף רק דאין למידין לפי שלא מוכח מן השטר ואף דעדים מעידין על השיטה אחרונה ובזה קאמר דאם כתוב בשטר שריר וקיים כשר ולמידין משיטה אחרונה דהא מוכח מתוכו מחמת השריר וקיים ואי דשריר וקיים גופא לא מוכח מתוכו לא איכפת לן כיון שאינו רק קיום השטר כנ"ל ברור והשתא אתי שפיר מה שכתב המחבר לקמן ס"ט האידנא דנהגו לכתוב וכו' וזהו לשון הטור ויש לתמוה דהטור לטעמי' שלא הכשיר רק עכשיו שאם לא כתבו שריר וקיים פסול אבל המחבר אפי' לדין הש"ס מכשיר כאן ולמה כתב לקמן האידנא ועיין תומים שם שהרגיש בזה ולפי הנ"ל ניחא דוודאי מודה המחבר דלדין הש"ס חיישינן לזיוף והכא לא מכשיר רק בנודע דכתוב שריר וקיים דליכא למיחש לזיוף משא"כ בלא שריר וקיים אין למידין משיטה אחרונה אפי' נודע שכתבו שיטה אחרונה כנ"ל ודו"ק:

ח וי"א שאם היה מחק ולא נתקיים פסול. עש"ך שהאריך להכריע כדעה זו והביא מדברי הנ"י שכתב כן מן הירושלמי והיינו מדאמרינן שם בירושלמי כל שאתה יכול לתלות במחק תלה ובאמת המעיין בירושלמי יראה להדיא דאיתא שם על הך מימרא מהו כל שאתה יכול לתלות במחק תלה ולפי הפי' שם מבואר להדיא להיפך דמפרש כגון שטר קדושין למעלה כתב תנאי ולמטה תנאי זה על המחק אז אמרינן דחזרה היה וחזרו ורצו שיהא קידושין בלי תנאי א"כ מבואר דאינו ענין לדין זה והיפך מוכח דהקידושין קיימין והמחק אינו פוסל השטר. גם מה שדחה הש"ך הראיה מתוספתא דמגיפו אפי' בניכר פסול ובאמת הטור כתב להדיא בניכר כשר כגון סלעים דאינון וזהו בתורף וא"כ מה שתירץ על הקושיא מגט ליתא ובאמת נראה דכוונת הטור דוודאי אין חילוק בין מגופו לשלא מגופו רק דבגופו דהיינו שם הלוה והמלוה והמעות ממילא. בטל השטר כיון דאינו ידוע מי הלוה ומי המלוה רק במעות איכא גוונא כגון כסף זוזין דסתמא שנים ואין זה מחק בגופו כלל הלכך בגט שהכשירו שם היינו באמת בניכ' ומ"מ בתורף פסול דבזה לא שייך ניכר בשם האיש ואשה וממילא בטל לגמרי וצ"ע ועמ"ש לעיל סימן מ"ב ס"ק ד': (ט) שטר שיש בו גרר. עש"ך שתמה דהרמב"ן לטעמי' דפרעון על גבי השטר לא מהני אבל לפי מה דקיימא לן לקמן סימן ס"ה דכשר א"כ הכא ניחוש לפרעון ולק"מ

דוודאי אם כתב פרעון מאחוריו סובר דהשטר בטל דאין ראיה מסמפון כמו שדמה הש"ך דהתם מיירי שלא נכתב על השטר אבל במחק מכשיר מן הטעם שכתב הרמב"ן שם בתשובה סי' ק' להדיא דדוקא מחק בגוף השטר פוסל דהרי איתרע חזקתו באותו דבר שהוא בא להוציא שהרי כל כחו אינו רק מחמת השטר והרי יש ריעותא בגופו אבל כאן השטר כשר רק אתה בא לפסלו מצד אחר מן הפרעון והואיל והוא אינו בא מכח זה אין הריעותא בגופו וכשר. ולפי זה נראה פשוט דאם כתוב בו פרעון מאחוריו ויש בו מחק ג"כ והוא טוען שפרע יותר אפילו למאן דמכשיר הכא היינו הטעם משום דאין הריעותא בגופו אבל בזה אף דקיימא לן כתוב בו פרעון ביני שיטי לא חשיב כפוגם שטרו לחייבו שבועה מ"מ בפרעון ביני שיטי ומחק לכ"ע חייב שבועת פוגם שהרי בא להציל עצמו משבועה באותו פרעון ביני שיטי והרי יש ריעותא בגופו באותו הפרעון ודוקא לענין להכשיר השטר גופא הוי ריעותא שלא בגופו אבל לא להנצל משבועת פוגם וזה ברור ועיין לקמן סי' פ"ד ישבתי בזה דברי המחבר שם:

י שאין לקיים המחקים. עש"ך ס"ק ט"ז דהיינו דוקא כשמקיים למטה בשיטה אחרונה או סמוך לה ממש אבל למעלה אין לחוש אפי' בכתב דק והע"ש לא כיוון יפה עכ"ד. ואני תמה דאדרבא מדברי התוס' שם מבואר כהע"ש דשם מבעיא לן שני שיטין שאמרו הן ואוירן או לא ופשיט דע"כ הן ואוירן דאל"כ שיטה אחת למאי חזיה ופי' רשב"ם דהראיה מרישא הרחיק שני שיטין פסול הא לא יוכל לכתוב רק שיטה אחת וכתב דק יהא ניכר וכתבו התוס' דמסיפא הרחיק שיטה אחת הוא דפשיט ומרישא לא מוכח מידי דיש לומר באמת למידין משיטה אחרונה דהא דין דאין למידין דייק מהך ברייתא א"כ יש לומר בהיפך באמת למידין רק רישא פסול לפי שעכ"פ יוכל לכתוב שיטה אחת וסיפא כשר דאפי' שיטה אחת אינו יכול ובאמת הן ולא אוירן וע"כ דמסיפא פשיט דאי בלא אויר מקמש"ל ופשיטא דכשר כיון דאינו יכול לכתוב כלום ואי יכתוב שיטה אחת כתב דק יהא ניכר ע"כ דברי התוס' ולפי זה מבואר מדברי התוס' להדיא דאפי' אם יהא הדין למידין משיטה אחרונה אין לחוש בשיטה חלק בלי אויר שאינו יכול לכתוב כלום ואפילו כתב דק יהא ניכר ולפי זה ממילא אפילו בין שיטה לשיטה אם הרחיק כמלא שיטה בלא אויר כשר דמה בכך דבאמצע למידין הא עכשיו אזלינן בשיטה זו דאפילו בשיטה אחרונה למידין ומ"מ בהרחיק שיטה בלי אויר כשר א"כ שיטה אחרונה ממש כמו בין שיטה לשיטה כיון דלמידין א"כ כמו בהרחיק עדים משיטה אחרונה כשר כמו כן בין שיטה לשיטה כשר ולפי זה ממילא אם נכתב קיום בין שיטה לשיטה בכתב דק פסול דיש לחוש באמת הרחיקו כמלא שיטה וכתב הוא כתב דק כמו בשיטה

אחרונה דמכשירין הרחקה מהאי טעמא שאם יבוא לפנינו בכתב דק יהא פסול ודברי הע"ש נכונים ודברי הש"ך לא נתבררו לי אם לא דנימא דהש"ך מפרש דברי התוספות דדוקא לפי' הראשון בשני שיטין הוי קשיא להו דיכתוב שני שיטין דקות והוצרכו לומר דבאמת לא יועיל כיון שנכתב בדקות אבל בשיטה אחת אפי' כ' דק אינו יכול לכתוב ופשיט מסיפא דמקמש"ל הא אינו יכול לכתוב כלום אבל הוא תמוה דהא בפי' שני ס"ל דלמידין וא"כ כמו דבשני שיטין יכול לכתוב שני שיטין דקות אפי' בלי אוירן ה"ה בשיטה אחת בלי אויר יכול לכתוב שיטה אחת דקה ולמידין וע"כ משום דאם יכתוב דקה אפי' אי למידין לא יועיל מחמת השתנות שאר השטר וא"כ ה"ה בין שיטה לשיטה ועכ"פ אין כאן קושיא על הע"ש דהוא מפרש כמו שכתבתי ועוד אם הפי' בתוספות כך לא מוכח מדברי התוס' דינו של המחבר דוודאי לפי' ראשון מוכרח לומר דכתיבה דקה לא יועיל אבל לפי' שני דהראיה הוא מסיפא ואז ליכא כתיב' דקה כלל בשיטה אחת בלי אויר א"כ שפיר יש לומר דבאמת כתיבה דקה כשר וע"כ צריך לומר דגם לפי' שני קשה כיון דלמידין יש לחוש שכתוב בשיטה אחת בלי אויר שיטה אחת דקה כמו בלי אויר שני שיטין דקות וא"כ דברי הע"ש מוכרחין כנ"ל ודו"ק: (יא) כשיעור שריר וקיים. עש"ך ס"ק י"ז שהאריך לתמוה על המחבר בזה וביותר על הטור דהאיך כתב באויר שיטה כשר הא הוא פוסל בלא החזיר מענינו של שטר אפי' אם הניחו חלק גזירה הרחיקו אטו לא הרחיקו והוא תמוה לכאורה. והנה דברי המחבר יש ליישב בפשיטות לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק ז' דאפי' לדעת ב"י בשם הרשב"א דאם עדים מעידין על שיטה אחרונה לא מהני דבעינן מוכח מתוכו וכן עיקר מ"מ מודה בשריר וקיים דאינו מגוף חייוב ותנאים שבשטר רק קיום על מה שלמעלה בזה לא בעינן מוכח מתוכו וכל שעדים מעידין עליו הוי שפיר קיום מעליא ומהאי טעמא כתב המחבר לעיל דאפי' לדין הש"ס היכי דכתוב שריר וקיים. למידין והיינו שנודע בוודאי שנכתב שריר וקיים כמו שכתבתי שם באריכות ע"ש ולפי זה הכא נמי בהכי מירי שנודע שנכתב שריר וקיים לכך בפחות כשיעור שריר וקיים אין לחוש והוי ממש מוכח מתוכו מכח השריר וקיים השני המעיד עליו אבל כשיעור שריר וקיים יש לומר דהראשון היה שריר וקיים והשני זייף הוא מעצמו ואתי שפיר ולפי זה יש ליישב דברי הטור ג"כ והוא דוודאי מה שפוסל הטור בהרחיק שיטה ולא החזיר מענינו של שטר והיינו דחכמים תקנו לחזור לעולם גזירה אטו לא הרחיקו ואז אם יכתבו דבר חדש יפסידו למלוה שהרי הוא רוצה שיהא הכל בשטר ויהא עליו דין שטר ושיטה אחרונה אינה בשטר כלל ואפי' יבואו עדים ויעידו עליה או עידי השטר בעצמן לא יועיל דלא מוכח מתוכו ולכך צריך לחזור וגזרו גם

בהרחיקו ולפי זה ה"מ אם כתבו בשיטה אחרונה דבר חדש מעניני השטר ותנאיו אבל אם כתבו בשיטה אחרונה קיום מחקים ותלויו' דזה אינו רק קיום על מה שלמעלה ובזה לא בעינן מוכח מתוכו ואם יבואו עדים ויעידו עליו יועיל שפיר והוי שטר מעליא א"כ בזה לא תקנו חכמים שיחזור דוקא שהרי שטר גמור הוא רק אם לא ימצא עדים להעיד על הקיום וא"כ מה יעשה אם לא ימצא עדים להעיד על החתימה והרי יכול להעמיד עליו עדים רבים א"כ פשיטא דלא נפסל השטר בזה משא"כ בכתבו בו דבר חדש לא יועיל עדים דלא מוכח מתוכו ולפי זה בכתבו בו קיום מחקים לא נפסל השטר דלא מיקרי שטר שנעשה שלא כתיקון כיון שיש לו דין שטר כנ"ל ולפי זה הכא נמי אם יש אויר שיטה למידין הקיום משיטה אחרונה כיון שאין לחוש לזיוף ואין לפסלו מאחר שלא נעשה כתיקון דהא נעשה כתיקון ולא שייך לגזור בו אטו לא הרחיקו דאף בלא הרחיקו אין קפידא כיון שיכול להיות שטר גמור על פי עדים ודו"ק היטב:

יב וה"מ כשהעדים מוחזקין ביודעין עש"ך דבכל דוכתא ג"כ דוקא ביודעין והשיג על הב"ח והנה לכאורה יש להביא ראיה לדבריו מפי' שני של התוס' דף קס"ג בד"ה שיטה אחת דפשיטות הוא מסיפא הרחיק שיטה אחת כשר פשיטא דהוא אינו יכול לכתוב כלום וקשה מאי קושיא הא יש לומר ברייתא מיירי בסתם עדות וס"ד דיש לחוש שהם הניחו יותר ויוכל לזייף קמש"ל דכשר ולא חיישינן ולעולם למידין משיטה אחרונה והן ולא אוירן ועכצ"ל דבאמת בסתם פסול דיש לחוש שהרחיקו יותר וע"כ ביודעין ושפיר פשוט אלא שאני תמה חדא מה זה שנטרו הטור והמחבר בזה עד עכשיו ומיד בריש הסי' שכתבו הדין דאין למידין משיטה אחרונה היה להם לומר דדוקא במוחזקין ויודעין גם קשה לפי הבנת הש"ך אם בהוחזר מענינו של שטר בשיטה אחרונה והכל כדין יש לחוש שמא העדים לא ידעו והרחיקו שני שיטין והוא זייף וכתב שיטה אחת זכותו ושיטה שני' החזיר ולא מצאנו בשום מקום בשטר כשר ככל דיני שטר שלא יוכשר רק אם העדים מוחזקין ויודעין ומשמע בכל דוכתא דאוקמינן אחזקה דמסתמא יודעין ובזה יש לדחות ראיה הנ"ל דליכא למימר דקמש"ל כך דא"כ בלי הרחקה כלל יפסול ודו"ק [ולהיפך אין להוכיח מפי' ראשון בתוס' דילמא הטעם בסיפא דחיישינן שהניחו עוד שיטה דא"כ בשיטה אחת ג"כ יש לחוש לזה וכן לשון הברייתא גופא מורה בסתם דהא רישא בהרחיק שני שיטין ע"כ באין יודעין רק בסתם א"כ סיפא נמי בסתם ודוחק לו' דברייתא על עיקר הדין מיירי דהא משמע דמיירי בשטר הבא לפנינו לכן נראה ברור דדוקא הכא שיש מחק לפנינו אמרינן כן אבל בעלמא אמרינן מסתמא יודעין כנ"ל וצ"ע: (יג) שטר שאין בו שריר וקיים פסול ואין לעדים לחתום וכו' עש"ך ס"ק כ"א שפי' בזה דאין לעדים לחתום

לכתחילה אבל אם בא לפנינו שטר בלי שריר וקיים והעדים סמוכים לגוף השטר בלי הרחקה כשר רק אין למידין משיטה אחרונה ודוקא להטור דשטר לא נעשה כתיקון פסול הדין הכא דפסול ולא להתחבר עכ"ד ואני תמה דהא ע"כ צריך לומר שטעמו דוודאי העדים לא הרחיקו שיטה דאל"כ לא היה להם לחתום בלי שריר וקיים שהרי יכול לזייף ולכתוב שיטה אחרונה בשריר וקיים וחזקה על העדים שעשו כדין א"כ בוודאי לא הרחיקו כלום והם כתבו שיטה אחרונה א"כ מהאי טעמא גופא למה לא נלמד משיטה אחרונה להתחבר כל שהעדים סמוכים לכתב דהא בוודאי כתבו הם שיטה אחרונה דאי הוא זייף היאך הניחו העדים חלק שיטה הא יכול לזייף ולכתוב שיטה אחרונה ולפי זה גם להטור דין הוא דכשר דהא נעשה כתיקון כיון דלמידין משיטה אחרונה ודוחק לומר דגם בזה גזרו הרחיקו אטו לא הרחיקו כמו שגזרו בימי הש"ס הרחיקו אטו לא הרחיקו.
ועוד דמ"מ להמחבר למה לא נלמד ג"כ משיטה אחרונה מטעם הנ"ל ובאמת צריך לומר דכוונת הש"ך דוודאי חיישינן שהניחו חלק לכך לכתחילה אין לעשות כן רק מ"מ בבא לפנינו כיון דאין למידין שוב אין לחוש לכלום עכשיו ולמה נפסלנו עכשיו הכל אבל ללמוד אי אפשר דשמא הניחו חלק והוא תמוה מאד דכיון דחיישינן שהניח חלק א"כ מהאי טעמא פסול לגמרי אפילו להמחבר ודוקא לעיל מכשיר המחבר לדין הש"ס בלא החזיר דלא הוי שטר שיכול לזייף רק שלא נלמוד משיטה אחרונה אבל עכשיו דבשריר וקיים למידין א"כ כיון דחיישינן שהניחו חלק ממילא פסול לגמרי שהרי היה שטר שיכול לזייף ולכ"ע פסול כמו הרחיקו שני שיטין אף שבא לפנינו חלק וליכא למיחש לזיוף מ"מ מעיקרא בפסול נעשה ואף זהו כמוהו דאם הניחו חלק מעיקרא נעשה בפסול שהרי היה יכול לזייף ולכתוב שיטה אחרונה עם שריר וקיים ונלמוד ממנה ולכ"ע שטר שיכול לזייף פסול וע"כ דסובר דלא חיישינן שהניחו חלק דחזקה שעשו כהוגן כנ"ל א"כ מהאי טעמא נלמוד ג"כ משיטה אחרונה ולענין הדין ברור דאפי' האידנא דכתבינן שריר וקיים אם לא כתבו שריר וקיים אפי' מחמו תיכף אחר השטר בלי הרחקה מ"מ חיישינן שמא הרחיקו עדים שיטה וממילא פסול לגמרי דהוי שטר שיכול לזייף ונעשה בפיסול ופסול לגמרי לכ"ע ואי משום דנימא דוודאי עשו כדין ואם היה מרחיקין לא היה חותמין בלי שריר וקיים הא ליתא דא"כ בש"ס גופא שאמרו צריך שיחזור לפי שאין למידין משיטה אחרונה והטעם מפני שאין יכולין לצמצם וקשה עדיין למה תקנו שיחזור וחילקו בין שיטה אחרונה לשאר השיטות יהא הדין דבאמת למידין משיטה אחרונה ואז באמת יצטרכו בהכרח לחתום סמוך לשטר מחשש זיוף וע"כ אף דיהא הדין למידין מ"מ יש לחוש דעדים לא יצמצינו ואף כאן אף דעכשיו הדין למידין כיון שכותבין שריר וקיים

מ"מ לא יוכלו לצמצם וירחיקו שיטה ויוכל לזייף וא"כ פסול לגמרי שהרי ראוי להזדייף לכתוב שיטה בשריר וקיים וזה ברור ודברי הש"ך תמוהין לפע"ד. ואפשר לומר דכוונת הש"ך דוודאי עכשיו יש ספק אם העדים כתבוהו או הם הרחיקו והוא זייף ולכך מאותה שיטה אין למידין דיד בעל השטר על התחתונה אבל לפסלו כולו אי אפשר דהיכי דבטל לגמרי לא אמרינן ידו על התחתונה אבל זה אינו דהתם שאני דיכול להיות דכך הוא באמת כמו שאנו דנין אבל הכא זה תלוי בזה ואם אתה אומר דאין למידין דשמא הרחיקו וממילא פסול לגמרי ודו"ק וגם אין להאמיני במיגו דהיה כותב שריר וקיים חדא דהוי מיגו להוציא ועוד דהוי מיגו למפרע כיון דאיתחזק בב"ד בלי שריר וקיים גם בלא"ה לא שייך מיגו כמו בהרחיק שני שיטין ובא לפנינו חלק ודו"ק. לכן נראה עיקר דפסול לגמרי לכ"ע אפי' בלי חלק שיטה:

יד תרי שריר וקיים כשר עש"ך שתמה דא"כ אכתי יש לחוש שמא יכתוב שיטה במקום הפנוי עם שריר וקיים שנית ויהא כשר ובע"ש כתב דכ"ה אין חוששין לעדים שירחיקו כ"כ ותמה הש"ך דהא כל הש"ס מלא מזה וכל הדין אין למידין הוא בשביל זה ובאמת לשון הע"ש בבירור שהבין כוונת המחבר דמיירי שכתב לשריר וקיים ראשון עד השני שני שיטין או יותר ושפיר קאמר דכשר דליכ' למימר שהרחיקו כ"כ וחשבו שלא נלמוד שוב אחר שריר וקיי' הראשון ועוד שהיה להם לחוש שמא יגייז לעילא ויכתוב שטר חדש בשני השיטות וזהו כוונת המחבר שני שריר וקיים כשר אבל אין כוונתו דלא הוסיף רק שיטה אחת עם שריר וקיים וזה ברור בכוונת הע"ש איברא בטור צ"ע כמו שהקשה הש"ך. ובאמת נראה ברור דכוונת הטור דוודאי אין הכרח לומר דתרי שריר וקיים יפסל כל השטר רק דלא נלמוד משיטה אחרונה בשריר וקיים האחרונה אם כן אין לחוש לכלום רק הטור לטעמיה אזיל דסובר שטר שלא נעשה כתיקון פסול וא"כ אף כאן כיון דאין למידין הרי לא נעשה כתיקון ולא היה להם לכתוב דבר חדש בשיטה אחרונה לכך פסלי הטור לגמרי אבל הר"ר יהודא אלברצלוני סובר כדעת הרמב"ן והרשב"א דאפי' לא החזיר כלל השטר כשר רק דאין למידין א"כ ה"ה בשני שריר וקיים וזה שכתב הב"י ולענין הלכה כיון שהרמב"ן והרשב"א וכו' וזה שכתב כאן דאם כתב תרי שריר וקיים כשר אלא אין למידין וזה לא הוצרך לכתבו דוודאי יש לחוש שהוא כתבו וזה שכתב הרב דלכתחילה אין לעשות כן דמ"מ כיון דאין למידין לא יכתבו לכתחילה שיטה אחרונה דלא נלמוד מנה כנ"ל ודו"ק ומה שכתב המחבר סי"א עש"ך ס"ק כ"ד ולקמן סי' מ"ה אבאר בזה בס"ד ע"ש:

על חו"מ סימן מה

א ולא מן הצדדין פי' אפילו גגו כלפי הכתב דליכא למיחש שהיה כתוב עליו שטר אחר והוא חתם עליו כן מוכח להדיא בש"ס פרק המגרש דפ"ח ע"א דפריך והא רב חתם מן הצד ומשני בגגו כלפי הכתב ופריך עלה ומסיק דרב בדיסקי חתם ופירש"י אבל בגיטין ושטרות לא. ולפי זה מבואר דאפי' בלי זיוף פסול דלא כהסמ"ע ס"ק ב' והרב הש"ך הקשה עליו מדברי התוס' ריש פרק גט פשוט ובאמת מבואר כן להדיא בש"ס כמו שהוכחתי אך באמת יש לתמוה בתוס' שם לפי מה שכתבו התוס' ריש פרק גט פשוט בד"ה פשוט וז"ל ואין לומר דהתם היינו טעמא דחיישינן שמא תוסיף על הגט מה שתרצה הא ליכא למימר שהרי לא משווינן חילוק אלא אפי' כתיב שריר וקיים וכו' ע"ש. ומעתה יש לתמוה בסוגיא דגיטין הנ"ל דהא פשיטא דבס"ד דמשני בגגו כלפי הכתב סבירא ליה דדוקא במקום חשש זיוף פסלינן במתניתין אבל היכי דליכא חשש זיוף לא ולא גזרינן דאל"כ מאי משני' הא מ"מ גזרינן וליכא למימר אם באותו ציור בעצמו יש חשש זיוף ממילא לא גזרו באותו הציור אפי' יתקן הזיוף מצד אחר אבל אם בציור אחר לא גזרו הא ליתא דהא בזה ג"כ יש חשש זיוף בלי שריר וקיים שתוסיף על הגט והשתא אם כתב שריר וקיים יש לגזור וע"כ דבס"ד סבירא ליה דלא גזרינן רק היכי דיש לחוש לזיוף גזרינן ואי לא לא והשתא עכצ"ל דלמאי דמשני בגגו כלפי הכתב הכוונה גם בשריר וקיים או באידך גוונא שכתבו התוס' פרק גט פשוט דליכא חשש זיוף דשמא תוסיף ג"כ והשתא מאי פריך על זה מהא דהקיף ראשו של זה בצד ראשו של זה והעדים באמצע דפסול ואמאי אותו שגגו כנגד הכתב יהא כשר וקשה מאי קושיא הא מיירי בלי שריר וקיים דאיכא למיחש שמא תוסיף ורב חתם היכי דליכא למיחש כנ"ל והא ליכא למימר משום לא פלוג דהא השתא לא ס"ד זה רק מתניתין דוקא היכי דאיכא למיחש לזיוף מיירי וצ"ע לכאורה: ובאמת גם בדברי התוס' גופא יש לתמוה דהם דייקי דאין הטעם שמא תוסיף מדלא שוינן חילוק בשריר וקיים וקשה במה נפשך אי סבירי להו דמאי דמשני בגגו כלפי הכתב היינו דליכא למיחש לזיוף כלל ואהא פריך מסיפא ומכריח דאפי' אי ליכא למיחש לזיוף פסול א"כ מה זה שהוכיחו מדלא משוינן חילוק אדרבא היה להם להוכיח דבהדיא איתא דאפי' אי ליכא למיחש לזיוף פסול ואי ס"ל דהתם נמי אפי' בגגו כלפי הכתב איכא למיחש לזיוף דשמא תוסיף דלא מיירי בשריר וקיים א"כ תקשי מה זה שתירצו מעיקרא לרב בגגו כלפי הכתב הא אכתי איכא למיחש לזיוף דשמא תוסיף ואי דבהא גופא מחולקין דבס"ד היה סובר דלא חיישינן שמא תוסיף ועל זה מקשה ומכריח דע"כ דחיישינן דאל"כ תקשי סיפא היקף ראשו של זה וכו' א"כ מה זה שהוכיחו התוס'

מדלא משוינן חילוק אדרבא הא חזינן דכל כמה דהמקשה היה יכול לתרץ מילתא דרב בלי דיסקי משני ולא חש במאי דמתניתין סתמא קתני רק ס"ד דאי ליכא למיחש לזיוף כשר רק דדחי ליה דע"כ דבהא חיישינן אבל בשריר וקיים וכדומה דבאמת לא חיישינן לא מיירי המשנה מזה כדקס"ד דתרצן ומנין להו לתוס' דלפי האמת סובר דמתניתין בכל גוונא מיירי אדרבא א"כ לא הוי משני מעיקרא מידי ומזה היה מבואר לכאורה כשיטת הסמ"ע דכל היכי דליכא זיוף לא חיישינן וכן מוכח לכאורה מהך דלעיל סי' מ"ד דאין למידין משיטה אחרונה ואיכא מ"ד דפסול ומ"מ היכי דכתב שריר וקיים למידין והיינו משום דליכא חשש זיוף וכמו בלא הניחו חלק הכא הדין הוא דכשר למ"ד סי' מ"ד דלא גמרינן הרחיקו אטו לא וא"כ מ"ש הכא שגזרו אבל באמת הא ליתא דוודאי אפי' לשיטת הסמ"ע קשה קושיא הנ"ל דאכתי לוקמא הך דרב כשריר וקיים ומתניתן בלי שריר וקיים דחיישינן שמא תוסיף בגט לכך תרווייהו פסולין אפי' אותו שגגו כנגד הכתב לכן נראה ברור דכוונת התוס' דהתם כך דאין לפרש דהתם בגיטין הטעם שמא תוסיף והיינו דעיקר התקנה מעיקרא מחשש זיוף היה הא ליתא כמבואר להדיא בש"ס הנ"ל דלא חילקו בהכי בין הך דרב למתניתן כנ"ל רק מעיקרא עיקר התקנה. היתה לפי שאין החתימה נראית כחתימה על הגט רק בחתם למטה והחתימה נקראת עם הגט ולא בצדדין ולמעלה אינה נראית כלל כחתימה על הגט אבל אין לפרש משום זיוף דא"כ בשריר וקיים כשר או בלא הניחו חלק והיאך פסיק במשנה סתמא ולא חילקו כלל והא לא משמע ליה דגזרינן כמו דלא גזרינן בשיטה אחרונה הרחיקו אטו לא הרחיקו וע"כ דאין הטעם שמא זייף רק שאין החתימה נקראת עם הגט ובזה ס"ד דהיינו דוקא באין גגו כלפי הכתב דאז אינו נר' כחתימ' על הגט שיכול להיות לפי הנראה ששטר אחר היה וחתם עליו כמו שפירש"י ואין הענין מוכיח בעצמותו שהוא על הגט [אבל לא חשש זיוף] אבל בגגו כלפי הכתב אז הענין מוכיח בעצמותו שהוא על הגט ואהא מקשה ליה ומכריח דכל שאין החתימה נקראת עם הגט אין החתימה נראית כחתימה על הגט ולכך בעינן דוקא למטה ולפי זה מבוא' דלא כסמ"ע כיון דאין הטעם מחשש זייוף כלל רק לפי שאין החתימה נקראת עם השטר או הגט ואין חילוק בין שטר לגט מדלא מוקי הך דרב בשטר] וכל שאינו למטה לא הוי חתימה א"כ ממילא אפי' גגו כלפי הכתב וכ' שריר וקיים וכדומה דליכא למיחש לזיוף כלל פסול וכן מבואר בלשון התוס' פרק גט פשוט כדפסלינן בהמגרש בכמה ענינים אפי' מצד הכתב כיון שאין נקראין העדים עם הגט ואין לומר וכו' עכ"ל מבואר דכוונתם דעיקר התקנה ג"כ לאו משום חשש זייוף היתה רק לפי שאין נקראין עם הגט:

ובתומים כתב ליישב שיטת הסמ"ע דכוונתו על עיקר התקנה דהיתה משום זיוף ולפי מה שכתבתי הא ליתא חדא מש"ס הנ"ל ועוד דמ"ש מהך דשיטה אחרונה למ"ד דלא גזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו וכמו שכתבתי ודו"ק היטב:

ב וי"א דשנים. כ"כ הטור והוא מהרא"ש פ"ב דגיטין ויש להסתפק דמבואר ברא"ש שם דמעיקרא פסק כרב גמדא דאין הלכה כרשב"ג ולפי זה פליגי רבנן ורשב"ג בשנים קורין ואין קושיא משטרי פרסאה דר"פ דפוסל כרבנן דכן הלכה כרב גמדא ולפי זה לר' שמעון בן גמליאל בשנים קורין פסול אחר כך כתב דרב אלפס פסק כרשב"ג א"כ ע"כ דבשנים קורין מודה רשב"ג דהא פסק גם כר"פ כן הוא ביאור דברי הרא"ש ודו"ק] ולפי זה בין להרא"ש בין להרי"ף בשנים קורין כשר ולפי זה יש ספק אי כוונת הטור לפסק ראשון של הרא"ש או לפי פסק הרי"ף כיון דמביאו באחרונה ונפקא מינה לפי מה שאבאר לקמן בס"ד דלא היה כוונת הרי"ף כן א"כ אין מקום לדברי הי"א אלו או דכוונת הטור דהרא"ש פוסק כרב גמדא א"כ בשנים קורין כשר אפי' אם נדחה דברי הרא"ש בכוונת הרי"ף ונראה ברור דהיש אומרים כוונתם דוקא לשיטת הרי"ף [ולכך השמיט המחבר הי"א אלו כיון שכתב בב"י דדעת הרי"ף והרמב"ם דבשנים קורין לא מהני ולא קשיא משטרי פרסאה) ולא לפסק ראשון של הרא"ש תדע דאל"כ באמת פליגי רבנן ורשב"ג בשנים קורין א"כ אפי' בגיטין כך הדין דאינו כשר רק בשנים קורין והיאך פסק הטור באה"ע סי' ק"ל בגיטין אפילו אחד קורא וכן מבואר להדיא בפסקי הרא"ש בגיטין אפילו אחד קורא שמע מיניה דכיון דהביא הרא"ש דברי הרי"ף באחרונה משמע ליה להטור דהכא סבירא ליה דהלכה כרשב"ג ומכח ההכרח דשטרי פרסאה כמבואר דפלוגתייהו באחד קורא וא"כ בגיטין אפי' אחד קורא כשר והנה בדעת הרמב"ם כתב הב"י דנראה דסובר שנים קורין לא מהני ומ"מ הא וודאי דפוסק כרשב"ג אפי' אי נימא דסובר בשנים כשר כמבואר להדיא פ"א מהלכות גירושין דמכשיר בגט רק משום עגונות כרשב"ג ותימה גדולה על ה"ה פכ"ד מהלכות מלוה שהקשה על הרמב"ם מהך דרב גמדא דמוקמינן בקריאה ותירץ דזהו הכל בראש ב"ד ע"ש. והוא תמוה מאד דהא ראש ב"ד אפי' לרשב"ג כשר כדמוכח להדיא מדברי הרי"ף דפוסק כרשב"ג ומביא הך דר"נ וקושיתו לקמ"מ דהרמב"ם בשיטת הרי"ף דפוסק כרשב"ג דלא כרב גמדא וכן מוכח להדיא מדברי ה"ה גופא פ"א מהלכות גירושין דהרמב"ם כרשב"ג סובר אפי' בקריאה ע"ש וצ"ע ואין להקשות להרי"ף ורמב"ם דפסקו כרשב"ג דהא בש"ס קאמר מעיקרא משמיה דרבא הלכה כרשב"ג ואח"כ קאמר רב גמדא משמי' דרבא אין הלכה כרשב"ג ופריך מרב כהנא ומשני בקריאה והשתא לפי מה דמשני בקריאה למה נעשה פלוגתא בחנם שיהיו שתי השמועות משמי' דרבא

סותרות זו את זו נימא דלפי המסקנא מה שאמרו הלכה היינו בחתימה אבל לא בקריאה ובאמת לק"מ ואדרבא כיון דאח"כ מחמת הקושיא מרב כהנא הוא דמסיק אקריאה ולמה לא קאמר כן מעיקרא כדי ליישב הסתירה וע"כ דבאמת ידעו דהלכה אפי' בקריאה ודו"ק ולענין הדין יבואר לקמן ס"ק ד' בס"ד על נכון: (ג) יתרגמו להן הקוראין עש"ך שתמה על הב"י דבאה"ע סימן ק"ל פסק כהרמב"ם דתורגמן לא מהני והאריך להשיג על הב"י שם וסתר הראיה מירושלמי פרק המגרש ותורף דבריו דירושלמי מיירי בשאר שטרות ופוסק כרשב"ג ופריך ממתניתין דקתני גט סתם משמע אפילו שאר שטרות והכריח זה דע"כ דמיירי בשאר שטרות דאי בגט דלא כמאן דבין לרבנן בין לרשב"ג בגט כשר עכ"ד ודבריו תמוהין כי מה שהקשה אי בגט רב דלא כמאן לא ידענא מאי קאמר דע"כ לא הכשיר רשב"ג בגט רק אם מבינים עכ"פ לשון הגט אם קוראין להם אף שאין יודעין לקרות אבל כשאין מבינים לשון הגט רק ע"י תורגמן אף בגיטין פסול ואפילו לת"ק דרשב"ג לא פליגי רק בשאר שטרות ולא בגט וכן הוא ברמב"ם להדיא דפוסק כרשב"ג וכתב ובלבד שיכירו לשון הגט לפי הבנת הב"י וא"כ רב אליבא דכ"ע קאמר ואפילו אם נדחוק דכוונת הש"ך בזה דמ"מ כיון דבברייתא ע"כ הפי' אין יודעין לקרות אבל מבינים הלשון א"כ במשנה גם כן הפי' אין יודעין לחתום אבל מבינים לשון הגט מלבד דקס"ד שם דאין יודעין יונית כלל כמו שפי' המפרש שם אבל בלא"ה פשיטא דכיון דלא ידע מקשה טפי ממתניתין ולפי מה דמשני גם מברייתא לק"מ וזה ברור:

ומה שפירש הש"ך דהירושלמי מיירי בשאר שטרות הוא תמוה מאד דא"כ מאי פריך לרב ממתניתין דגט שכתבו עברית דהא בלי רב תקשי ליה מברייתא דרשב"ג וע"כ דבאמת המשנה כרבנן ולא כרשב"ג או דמיירי בגט ואליבא דכ"ע א"כ מאי קושיא לרב כיון דפוסק כרשב"ג וברור דרב בגט מיירי ודינו של המחבר מוכרח אך קשה על הרב ב"י מה שהקשה המפרש שם דהא בדיינים חותמין אף שלא קראו לפניהם דהם אינם חותמין רק על הקיום כמבואר לקמן סי' מ"ו וא"כ שפיר יש לומר דרב מיירי בלא קראו לפניהם ולכך מכשיר בדינים ופוסל בעדים אבל בקראו על ידי תורגמן מהני. אבל באמת אני תמה על הב"י שם דבלאו הכי מבואר להדיא בירושלמי דרב בקראו לפניהם מיירי ומ"מ פוסל דאם לא כן רק בלי קריאה כלל היאך יעלה על הדעת שיהא כשר דהא יכול להיות שכתבו שקר והיאך יחתמו אם לא ידעו מה כתוב בו הגם דמקשה על רב ממשנה דגט שכתבו עברית ועדיו יונית וקשה מאי קושיא וכי בשביל שלא ידעו עברית מ"מ מנין לנו דלא מיירי שתרגמו להם בלשון יונית באותו לשון שהם מבינים ובהא מודה רב ודוקא השתא פריך שפיר כיון שאינן יודעין לחתום ס"ד שאין מבינים אותו לשון וא"כ

אפילו יתרגמו יונית לא מהני לרב כיון שאינן מבינים לשון הגט אבל אי נימא דרב מודה בתורגמן אין כאן קושיא כלל דהא לא נשמע ממתניתין רק דיונית אינן יודעין או עברית אבל פשיטא דמצי מיירי שתרגמו להם בלשון שיודעין גם מה זה דמשני ביודעין לקרות נימא באינן יודעין רק שתרגמו להם. וברור דלרב אפילו בכהאי גוונא מהני ושפיר פריך ודברי הב"י מוכרחין וזה ברור. גם מלשון רב גופא דקאמר אין חותמין רק ביודעין מבואר דתורגמן לא ומהא גופא דייק המקשה שם להקשות לרב ובעיקר הקושיא שהקשה הש"ך על הרב ב"י שהוא סותר עצמו מגט לכאן נלפע"ד ליישב בפשיטות דלא דמי גט לשטר כלל דשטר עיקר העדות הוא מה שראו בעל פה שלוה וקנו מידו או ציוה לכתוב שטר דמהאי טעמא לא הוי עד מפי עד כמו שכתב הסמ"ע ס"ק ג' אבל בגט דאין כאן שום עדות חוץ עצם הגט רק הכתוב בגט זהו עיקר המעשה והוא הדבר הכורת בינו לבינה א"כ צריכין שישמעו עכ"פ לשון הגט בעצמותו מאמרים כיון שזהו הדבר הכורת לא שישמעו לשון אחר שאינו כתוב בגט כלל ודו"ק ולפי זה אני חוכך בשטר ג"כ אם הוא שטר חייוב שהוא מחייב עצמו בזה השטר לכ"ע לא מהני שנים קורין דהוי עד מפי עד ואפי' ראש ב"ד וסופר שלו כיון שאין כאן שום מעשה חוץ מגוף החתימה דבזה משתעבד מכח הכתוב בשטר וכיון שאינן יודעין רק מפי אחרים הוי עד מפי עד גם צ"ע להפוסקים כאביי דעבחז"ל א"כ כותבין שטר ללוה בלא מלוה אפילו לא ראו שום הלואה ואפי' בלי קנין א"כ בכהאי גוונא נראה דאם אין יודעין לקרות השטר לא מהני לכ"ע וצ"ע בזה:

ד וכן נראה לי עיקר. עש"ך שהאריך להשיג על זה ואמת שכן נראה מדברי המחבר שהשמיט הי"א אלו והיינו דהי"א אין הטעם דפסקו כרבנן ולא כרשב"ג כמו שהוכחתי לעיל ס"ק ב' בראיות ברורות מדברי הטור ופסקי הרא"ש דפוסק כרשב"ג רק טעמו של הטור לפי מה שכתב הרא"ש לדעת הרי"ף דכל המחלוקת בחד ולפי מה שכתב ב"י שאין זה הפי' ברי"ף ורמב"ם ולק"מ בשטרי פרסאי א"כ אין מקום לדעה זו כיון דלכ"ע הלכה כרשב"ג אך מה שהשיג הש"ך על הראיה. מדברי התוס' דהתוס' לא כתבו כן רק לרבנן א"כ אי נימא דסבירי להו לתוס' כרשב"ג מבואר להדיא להיפך דלרשב"ג אפי' שנים קורין לא מהני ואי סבירי להו כרבנן עכ"פ מבואר דלדידן דקיימא לן כרשב"ג לא מהני ב' קורין עכ"ד. ודבריו תמוהין מאד דהא התוס' כתבו שם להדיא וז"ל ובעי שנים קורין או אפילו יחיד כגון וכו' דאית ליה אימתא עכ"ל. והשתא בין אם נאמר דהתוספות סבירי להו כרבנן או כרשב"ג סוף סוף מבואר מדברי התוס' להדיא דשנים קורין עדיפי מיחיד קורא אפי' ראש ב"ד שהרי כתבו לא מבעי שנים אלא אפילו יחיד וראש ב"ד והשתא לדעת הרי"ף יהא ממש להיפך דשנים קורין לא מהני ויחיד וראש ב"ד קורא אפי'

לרשב"ג שהרי פוסק כרשב"ג ומביא הך דר"נ וסופר שלו דאית ליה אימתא והיאך יחלקו הרי"ף ותוס' בסברות הפוכות ונהי דפליגי בדינא הלכה כמאן אבל בהך דלהתוספות שנים עדיפי מיחיד לא יחלוק הרי"ף ויסבור להיפך וע"כ דהתוס' אליבא דרשב"ג קאמרי וסבירי להו דביחיד פליגי ובשנים מודה וה"ה ביחיד ואית ליה אימתא א"כ הרי"ף נמי דסובר כרשב"ג מודה בשנים מכ"ש מיחיד ואפילו אי נימא דהתוס' כרבנן סבירי להו וסברי דפליגי בשנים קורין עכ"פ להרי"ף דפוסק כרשב"ג מבואר דב' קורין מכ"ש יחיד כדמוכח להדיא מדברי התוס' דזה עדיף לרבנן וה"ה לרשב"ג דהא בזו לא נחלקו הי מנייהו עדיף ובסברות הפוכות וזה ברור:

אך באמת בוודאי אי אפשר לומר שיהיה דעת הרי"ף דשנים קורין מהני לגמרי אפי' אינן יודעין לקרות דהא בברייתא קתני להדיא אם יודעין לקרות חותמין ואם לאו אין חותמין משמע דלא משכחת לה שיחתמו רק ביודעין לקרות והיאך נאמר דבשנים קורין מהני בפרט דבמלתא דרבנן נזכר קורין לפניהם משמע שנים. לכן נראה לפע"ד ליישב כל הנ"ל בפשיטות והוא דוודאי יש לתמוה במה שכתב רבינו ירוחם ז"ל וז"ל ורב אלפס פסק כרשב"ג וכ"כ הרמב"ם ז"ל כי לא סמכינן על אחרים או על אחד שירא ממנו כמו שכתבתי בדיני דיינים אלא כשיודע לקרותו עכ"ל והדבר תמוה דבהדיא מבואר בריי"ף ורמב"ם דאפילו אי הלכה כרשב"ג מ"מ באחד שירא ממנו סגי כר"נ [ואמת שגם ה"ה פרק כ"ז מהלכות מלוה כתב דזהו לרבנן וכבר השגתי עליו לעיל ס"ק ב ע"ש]. גם יש לתמוה במה שכתב אלא ביודע לקרותו ומקמש"ל דהא כך כל שטר דעלמא שיודע לקרותו וקורא ומה יש עוד עד שהוצרך לו' דבזה כשר הגם דמשמע מלשונו דזה קאי על אחרים או אחד שירא ממנו דלא מהני רק ביודע ובאמת ביודע אפי' אינש דעלמא מותר ככל השטרות וכמו כן יש לתמוה במילתא דרשב"ג גופא דקאמר אם יודעין לקרות חותמין ומקמש"ל בזה לא הוי ליה לומר רק באינן יודעין לא ומה לו להזכיר ביודעין לכן נראה דסבירא ליה להרי"ף דוודאי עיקר פלוגתייהו דרבנן ורשב"ג באין יודעין דבזה לרבנן מהני ולרשב"ג לא מהני אבל ביודעין לקרותו מודה רשב"ג דאפילו אחד קורא לפניהם כגון יחיד ואית ליה אימתא ושנים אפי' לית להו אימתא מותר ולכך לא הזכיר הרי"ף רק הך דר"ג דמותר אפי' ביחיד וכ"ש שנים כמו שהוכחתי מדברי התוס' דזה עדיף מיחיד כר"נ דשנים וודאי לא חשידי דמשקרי במילתא דעבידי לגלויי אבל באינן יודעין לאו בני חתימה נינהו כלל כיון שאין ראויין כלל לידע מה שכתוב בשטר וזה שאמר רשב"ג אם יודעין לקרות אז חותמין והיינו אפי' קורין לפניהם כדברי הת"ק אבל באין יודעין לא מהני קריאה לפניהם ואין חותמין כלל גם נראה בפשיטות דכל שאין

יודעין לקרותו לא שייך מילתא דעבידי לגלויי דכיון שהם חותמין וסומכין על קריאתם א"כ אח"כ מה בכך דיתברר שלא היה כתוב כך בשטר הם יאמרו שבאמת כך אמרו כמו שכתוב ומי יכחישם משא"כ כשהוא עצמו יודע לקרות בשעת חתימה יוכל לראות מה שכתב ויראה שקרם ולא יחתום וממילא הם אומרים האמת] ודוקא בראוין לקרותו מהני כל שאין לחוש דמשקרי אבל לא באינן ראויין לקרותו כלל והוי כמו אילם שאינו יכול להגיד כיון שאינו ראוי להגדה אין מקבלין מפי הכתב אבל מי שיכול להגיד שולח עדותו בכתב כדלעיל סי' כ"ח ע"ש] והשתא אתי שפיר דברי רבינו ירוחם ולק"מ מה שהקשה עליו הש"ך וכך כוונתו באין יודעין לא מהני שנים ולא יחיד דאית ליה אימתא רק ביודע לקרותו פי' אז מהני שנים ויחיד וכן הרי"ף ורמב"ם לא הזכיר רק ראש ב"ד דבאמת יודע לקרות ואז כיון דליכא למיחש לשקר מהני והשתא דברי הרי"ף והתוס' עולין כאחד דוודאי שנים עדיפי מיחיד ואית ליה אימתא ואי' נימא דהתוס' פסקו כרבנן א"כ לרשב"ג לא מהני שנים קורין וכ"ש יחיד דאית ליה אימתא באינן יודעין אבל ביודעין בוודאי מהני כמוזכר להדיא במילתא דרשב"ג כנ"ל ואי סבירי להו כרשב"ג הוי ממש כדעת הרי"ף ואין כאן מחלוקת כלל וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"א מהלכות גירושין שכתב דהעדים החותמין על הגט צריכין להיות יודעין לקרותו ואם אין יודעין קוראין לפניהם ויש להבין דלפי זה מאי דקאמר מעיקרא שצריכין להיות יודעין היינו באין קורין לפניהם א"כ על מה יחתמו כיון שאינן יודעין מה כתוב בגט וצריך לומר דוודאי אף דבגט מותר לכתחילה היינו משום תקנת עגונות אבל כל כמה דיכול למצוא עדים דיודעין לקרות יש לחזור אחריהם רק אם אין כאן רק אינן יודעין אז יש לסמוך שיקראו לפניהם ויש להבין למה כתב שצריכין להיות יודעין ומה זה לשון יודעין ודוקא בחתימה שייך לשון זה דאפי' באינן יודעין יכולין לחתום ע"י קרעים אבל כאן כיון שהצריך הרמב"ם לכתחילה שיקראו הם מה זה לשון יודעין בוודאי אי אין יודעין האיך יקראו והוי ליה לומר העדים צריכין לקרותו ולפי הנ"ל ניחא דוודאי אין כוונת הרמב"ם להצריך שיקראו הם בדוקא רק שיודעין לקרותו. ואז בלי טעם דתקנת עגונות מותר כמו בשאר שטרות כמו שאמר רשב"ג אם יודעין לקרותו חותמין וע"כ שלא היה כוונתו שיקראו הם דהא פשיטא וע"כ אפי' קורין לפניהם דאמילתא דת"ק קאי רק באינן יודעין בגט אם לא נמצא רק הם מותר לכתחילה משום תקנת עגונות אבל יש לחזור אמר עדים שיודעין ואז מותר אפי' קורין לפניה' מן הדין כנ"ל לפע"ד ברור לדינא דביודעין לקרותו מהני אפי' שנים קורין ויחיד ואית ליה אימתא אפילו לרשב"ג אבל באין יודעין לא מהני אפי' שנים וכ"ש יחיד וראש ב"ד לרשב"ג דקיימא לן כוותיה ודו"ק היטב:

והנה הש"ך האריך להכריע דבדיעבד כשר לכ"ע והיינו כיון דאמרו בש"ס תרגמה אקריאה א"כ ה"ה לרשב"ג בקריאה עדיף ולהיש מכשירי' לקמן כ"ש הכא ובאמ' אין זה מוכרח דהא הטור פסק לקמן כהיש מכשירי' וכאן פוסל אפי' בדיעבד וליכא למימר דהטור אזיל בשיטת הרא"ש דהלכה כרבנן וסובר דפלוגתייהו בשנים א"כ ביחיד פסול לכ"ע וגרע מחתימ' ולא אמרו בש"ס תרגמה אקריאה דקריאה עדיף בשני' ולא בחד הא וודאי ליתא דהא הטור ע"כ אזיל בשיטת הרי"ף ופלוגתייהו בחד שהרי פסק בגט אפי' ביחיד מותר וכן הוא בפסקי הרא"ש להדיא וכן פי' ב"י באה"ע סי' ק"ל להדיא א"כ מה שאמרו תרגמה אקריאה היינו אפי' ביחיד עדיף קריאה ומ"מ פוסל הטור בקריאה ומכשיר דיעבד גבי חתימה א"כ ה"ה אי נימא דפלוגתייהו בשנים אפילו להיש מכשירין לקמן הכא פסול ואין כאן הכרת וזה ברור:

ועוד אבאר בזה בסמוך בס"ד:

ה הודאה בחתם ידו וכו' מ"מ מתחייב הטעם לפי שהאמינו עסמ"ע. ונראה דהיינו דוקא בהודאה בחתם ידו אבל בעדים כהאי גוונא אם הוא ציוה להם לחתום ולא היה כתוב למעלה סכום המעות רק שמות הלוה והמלוה ושאר לשון השטר וסכום המעות נשאר פנוי ומסרו ללוה כך והאמינו לא מהני להתחייב חדא דהוי מתחייב הדבר שאינו קצוב ולכ"ע לא מהני להיות מלוה בשטר שלא ידעו הלקוחות להזהר ועוד דזה לא הוי חיוב כלל ואפי' היה כתוב סכום המעות כל שלא קראוהו ודוקא בשטר חוב שלוה לא הוי עד מפי עד כמו שכתב הסמ"ע ס"ק ג' אבל בשטר שמחייב עצמו עכשיו בדבר שאינו חייב בשטר זה לא מהני רק שיקראוהו כמו שכתבתי לעיל ס"ק ג' ע"ש דהעליתי בצ"ע: (ו) ויש מכשירין השטר. טור וה"ה. תמוה לי על הטור בזה כיון שהוכחתי לעיל דע"כ דהטור אזיל בשיטת הרי"ף וכמסקנת הרא"ש ולכך מכשיר בשנים דעיקר המחלוקת ביחיד וכמו שהכריח הרא"ש א"כ תקשי הא דאמרו בש"ס תרגמה אקריאה היינו דביחיד ג"כ עדיף קריאה מחתימה א"כ היאך פסק הטור כאן דכשר דיעבד כיון דאפי' בקריאה פסק דפסול דיעבד כ"ש בחתימה ונהי דבש"ס אמרו זה למאן דפסק כרבנן מ"מ וכי פליגי רב גמדא וסתמא דש"ס בסברות הפוכות דלדידיה קריאה עדיף דכשר לכתחילה וחתימה פסול ולמאן דפוסק כרשב"ג אף בקריאה יסבור להיפך בקריאה פסול דיעבד ובחתימה כשר דיעבד והא לא נחלקו רק הלכה כמאן ולא בזה ומנין לו להטור דבזה פליגי ג"כ על רב גמדא ובסברות הפוכות והוא תמוה לכאורה. ועוד קשה לי היאך מכשיר הטור דיעבד הא לעיל סי' מ"ד גבי לא הוחזר מענינו של שטר פוסל הטור דיעבד ואף דאין לחוש לזייוף כלל א"כ כ"ש הכא כיון דלכתחילה אסור מתקנת חכמים א"כ הוי ליה שטר

שנעשה שלא כתיקון חכמים דפסול ואפי' למאן דמכשר התם היינו דאינה רק עצה טובה אבל הכא פשיטא דתקנה גמור' היא וכמו כן יש לתמוה על הרשב"א והר"ן שהביאו ראיה דכשר דיעבד כיון דבגיטין מותר לכתחילה אלמא דהוי חתימה ומאי קושיא וודאי בגיטין משום תקנת עגונות מותר לכתחילה אבל בשטר כיון שאסור לכתחילה הוי ליה שטר שנעשה שלא כתיקון וממילא פסול אפי' דיעבד. ונראה ליישב קושיא זו והוא דע"כ לא אמרו שטר שלא נעשה כתיקון חכמים רק בציור השטר בעצמותו כגון שני שיטין חלק ולא החזיר ששינה בציור השטר בזה השטר פסול שאינו כציור שטר שתיקנו חכמים משא"כ אם השטר הוא ככל השטרות רק מצד החוץ נעשה שלא כדין אז שפיר יש להכשירו בדיעבד וכן מוכח מדברי הטור שכתב בעדים שאינן יודעין לקרות ויודעין על פה מה היה עיקר המעשה אם מכוונין עדותן לשטר השטר כשר ויש להבין הא מ"מ מתחילה נעשה שלא כדין ותקנת חכמים דאסור לחתום בלי קריאה וע"כ דכל שאין שינוי בגוף השטר לא מיקרי שלא כתיקון. ונידון הקושיא הראשונה נראה לפע"ד ליישב כך והוא דסבירא ליה להטור דוודאי בקריאה אין לחלק בין לכתחילה לדיעבד כיון דהטעם הוא מחשש זייוף א"כ אותו הטעם למה לא ניחוש לו בדיעבד כיון דגם דיעבד יש לחוש שמא מזוייף הוא ואין להוציא ממון והיאך שייך בזה דיעבד דשמא אין כאן שטר כלל ומזוייף הוא משא"כ בחתימה שאין כאן חשש זייוף דבאמת חתמו רק דלכתחילה אסור שאין זו חתימה כראוי אבל בדיעבד שטר כשר הוא שהרי אין בו זיוף הילכך בש"ס לרב גמדא דפוסק כרבנן היינו דסובר דלא חיישינן דמשקרי א"כ כשר אפילו לכתחילה רק בחתימה מודה דאין לעשותו לכתחילה שאין זו חתימה כראוי אבל לדידן דקיימא לן כרשב"ג ויש לחוש לשקר אם כן ממילא בקריאה אין חילוק כלל ואפי' דיעבד פסול דאין כאן דיעבד שלא התחיל מעולם להיות שטר ומזוייף מעיקרא היה אבל בחתימה כיון דאין כאן זייוף לא שייך לפסלו דיעבד הילכך הטור דפוסק כרשב"ג שפיר פוסל בקריאה דיעבד ומכשיר בחתימה ודו"ק:

לפי זה אני חוכך במה שכתב הש"ך לעיל דבקריאה כ"ע מודו דכשר דיעבד בשנים ואני אומר להיפך דאפי' היש מכשירין הכא מודו לעיל דפסול כמו שכתבתי לדעת הטור ואף דהטור אינו פוסל רק ביחיד היינו דלטעמיה אזיל דמפרש שיטת הרי"ף כהרא"ש דפליגי ביחיד אבל לפי מה שהעלה הש"ך דלכ"ע בשנים פליגי א"כ אפי' בשנים פסול דיעבד ומהש"ס אין ראיה כמו לדעת הטור ודו"ק. ומה שהביא הש"ך ראיה מדברי הרמב"ם ומחבר לעיל שכתבו ואין שאר העם רשאי לעשות כן לאו ראיה הוא דהא וודאי גם הש"ך מודה דיחיד פסול דיעבד כיון דכל המחלוקת בשנים ונהי דמכשיר רשב"ג בשנים דיעבד

אבל ביחיד דאפילו לרבנן לא מהני בוודאי אפילו דיעבד פסול א"כ ע"כ דאין מהרמב"ם ומחבר ראיה דהם הזכירו ראש ב"ד דמותר וע"ז כתבו ואין שאר העם רשאי א"כ מבואר דאפילו מיירי דיעבד דפסול אך יש להוכיח מדברי הב"י שכתב ליישב קושית הרא"ש מהך דשטר פרסאה דהתם מיירי בדיעבד א"כ מבואר דסובר בדיעבד כשר ויש לתמוה שלא העתיק הש"ך ראיה זו אך באמת יש לדחות דדוקא התם כשר דיעבד דהא לכתחילה נעשה כתיקון וכדין שהם הבינו לשון השטר בשעת חתימה רק עכשיו שבא לפנינו אין אנו יודעין שפיר מכשירין דיעבד אבל הכא דלכתחילה נעשה שלא כדין ושלא כתיקון חכמים אפי' דיעבד פסול אך לפי מה שהעליתי דלא מיקרי שלא כדין ושלא כתיקון רק בציור השטר א"כ מבואר דהב"י מכשיר בדיעבד בשנים אבל מ"מ פשיטא שאין הכרח לדברי הש"ך לעיל ואדרבא מדברי הטור מבואר להיפך וכמו שביארנו ודו"ק:

ז דייקינן בסהדותייהו אי מכווני אשטר עש"ך ס"ק י"א שהשיג על הסמ"ע דאי מכווני בשטר אין צורך לשואלם כלל ואפי' אמרו דלא קראו השטר כשר ובתומים תמה דהוי מעיקרא שטר שיכול לזייף ופסול והביא ראיה מדברי בעה"ת שער ט' בסופו שכתב בשם גאון דאם אחד אומר איני יודע לקרות רק זוכר העדות בעל פה מצטרף דעד אחד בכתב ואחד בעל פה מצטרפין מבואר דלא מצטרף רק לע"פ ולא לשטר. והנה ראשית דבריו תמוה דבהדיא כתב בעה"ת דהשטר כשר דמצטרפין מבואר דמצטרפין להכשיר השטר [והוא הביא בשער יו"ד ואינו רק בשער ט'] אך מ"מ יש להקשות דמשמע דוקא משום דאחד בכתב אבל אם השני ג"כ בעל פה לא ולשיטת הש"ך הוי כשטר אבל באמת לק"מ דפשיטא דאין כוונת בעה"ת דזה הוי כע"פ דהא מעיקרא חלק בדין ע"א בע"פ ואחד בשטר דלא מצטרפי לענין משועבדים ולמה סתם כאן כדברי הגאון וברור דכוונת בעה"ת כך דוודאי אילו היה השני כמוהו זוכר העדות ומעיד לפני ב"ד א"כ יש ב' עדים המעידין לפנינו שהשטר מכוון לגוף המעשה שנעשה א"כ ממילא השטר כשר כדעת הש"ך רק הכא אותו שבכתב אינו מעיד על המעשה רק השני בלבד א"כ אין כאן רק אחד המכוון השטר ולא מהני א"כ אין כאן רק שטר בע"א דעדות השני אינו דשמא לא ראה כמו שכתוב בשטר והוא אינו נאמן לומר שכך היה המעשה בעל פה ועל זה כתב בעה"ת דהוא מעיד בעל פה על המעשה והשני אף שאינו מעיד על פה מ"מ מכח הכתב כיון שהוא היה יודע לקרות א"כ מעיד ג"כ על המעשה א"כ מצטרפין שניהם דהמעשה היה כך וממילא השטר כשר כיון דמכוון למעשה ואף שהשני אינו יודע לקרות וזה ברור ולפי זה יש מדברי בעה"ת ראיה להש"ך. ומה שהקשה משטרי פרסאה לק"מ דמנא ליה דהתם העדים החתומים לפנינו וא"כ נהי דזוכרין שמא באמת זוכרין לא כמו שכתב בשטר כיון

דלא ידעו למיקרי ומה שהקשה מעדי מסירה לא ידענא מאי קאמר דהתם ע"כ שלא ראו המעשה כלל דהא לענין בנ"ח משתעי התם. ומה שהקשה דהוי שטר שיכול לזייף לק"מ דדוקא אם לאחר חתימת העדים היה עומד להזדייף פסול אף אם עכשיו אינו מזוייף כגון בהרחיקו שני שיטין וכדומה אבל הכא כיון שעכשיו נתברר שהאמת היה כתוב בו א"כ לעולם לא היה עומד להזדייף כלל ושטר שלא נעשה כתיקון לא הוי דכבר ביארנו דזה אינו רק בציור השטר ששינה צורתו מתקנת חכמים אבל בלא"ה לא וזה ברור והנה יש להבין בדברי המחבר כיון דאם לא ידעינן אם לא ידעו מוקמינן להו אחזקה שעשו כהוגן א"כ בלא ידעו נמי למה לא נימא מסתמא אקרינהו ועשו כהוגן וצריך לומר דסובר המחבר כמו שכתב הש"ך דשני' אסור לכתחילה ומותר דיעבד הילכך כיון דסוף סוף עשו שלא כדין לא שייך מוקמינן אחזקתייהו אבל על הטור צ"ע כיון דמכשיר שנים לכתחילה ובאמת דין זה מבעל העיטור והוא פוסל לכתחילה אבל להטור דמכשיר שנים לכתחילה למה צריך שיאמרו אקרינהו או לזכור העדות: (ח) ואם הרחיקו שני שיטין עש"ך ס"ק י"ב ולכאורה הוא תמוה דמ"מ נימא להיפך דאויר שיטה פסול כשיש מחק במקום שריר וקיים והרחיק שני שיטין כשר וכן הוא בתומים. אבל באמת לק"מ דאי ס"ד דכך כוונת הב"י ולכך הצריך הטעם שמא יחתוך א"כ תקשי תינח בשני שיטין אבל מחצה ושיטה דלא שייך שמא יחתוך יהא כשר בשריר וקיים ושוב לא נלמוד אחר שריר וקיים ואי משום דימחוק ויקיימנו בשיטה שלפני אחרונה לא יועיל אחר שריר וקיים ואי דימחוק השריר וקיים ויקיימנו בשיטה אחרונה הא במחק במקום שריר וקיים אינו מועיל קיום בשיטה אחרונה ואי משום דשריר וקיים הוא לבסוף שיטה הא ליתא כיון דיהא הדין מחצה ושיטה כשר ממילא לא נסמוך על קיום בשיטה אחרונה כל שיש מחק בשיטה לפני אחרונה כשיעור שריר וקיים ועיין בסמוך ושם נאריך בזה בס"ד:

ט ואפי' טייטוהו בדיו פסול פי' הסמ"ע וכן הרשב"ם דליכלך בדיו ותמהו עליו דהא בוודאי יהא פסול דשמא מחק חובתו ובתומים כתב ליישב דרשב"ם לטעמיה דחובתו ג"כ אין למידין א"כ יוכל ללכלך שיטה הראשונה ויניח חלק שיטה אחרונה א"כ אין למידין חובתו ואפילו בחלק כשיטת הסמ"ע לעיל סי' מ"ד ע"כ ואמת שגם הש"ך כתב לקמן שכן דעת רשב"ם דאפילו חובתו אין למידין וכן כתב מהרש"א שם אך אני תמה אם כוונת רשב"ם דאפילו חובתו אין למידין היאך פי' מיד אח"כ בד"ה לפי שאין למידין דהטעם לפי שאין יכולין לצמצם ויש לחוש שזייף והוסיף מאי דבעי וזהו רק לזכותו ולא חובתו לכן נראה פשוט דכוונת (רשב"ם דוודאי חובתו ליכא למיחש לזייוף אבל אם חב לאחרים הרי זה כאומר אמנה ואינו נאמן כיון שהעדים אינן יכולין לצמצם הרי זה כאלו

לא נכתב בשטר ויש לחוש שהוא עצמו הוסיף לקנוניא ואינו נאמן וזהו כוונת רשב"ם דהפי' צריך שיחזור הכוונה שלא יכתבו חובתו דהוא זכות הלוה דיש לחוש שיעשה להיפך דיתן שט"ח לאחר על שמו ולא נלמוד חובתו ויגבה שלא כדין ולפי זה הכא ממילא לא מהני שילכלך בדיו דוודאי נאמר שהיה כתוב בו חובתו ומחקו ויש לומר דגם כוונת מהרש"א כך והוא דלשיטת התוס' ע"כ צריך לומר דאפילו חב לאחרים למידין דאל"כ השטר כולו פסול דנעשה שלא כתיקון דבשעת כתיבה הפסידו ללוה דיוכל לעשות קנוניא כמו שכתבו התוס' להדיא ריש פרק גט פשוט דאם לא החזיר פסול שנעשה שלא כתיקון וזהו כוונת מהרש"א דלרשב"ם דסובר בחב לאחרים אין למידין חובתו א"כ בכתוב חובתו ולא החזיר פסול דהוי שטר שנעשה שלא כתיקון וא"כ לא משכחת לה הך דינא דלחובתו למידין ולפי זה יש מקום לדברי התומים על דרך זה דע"כ דלא היה כתוב חובתו דעדים אינן רשאין לכתוב כיון דאין למידין בחב לאחרים ויגיע הפסד ללוה שלא בדין ולכך השטר כשר אך באמת בלא"ה כבר השגתי לעיל על הסמ"ע סי' מ"ד דבשיטה חלק למידין והעליתי שם דגם הרשב"ם סובר כן ובעיקר הקושיא שהקשו לפי' רשב"ם נראה לפע"ד ליישב בפשיטות דכוונת רשב"ם דיכתבו בפי' בשטר קודם הטייוט בשורה אחרונה דשני שיטות מטוייטין והעדים יסתמו אחר הטייוט כמו שמקיימין כל מחק שבשטר וע"ז אמרינן דיאמרו סהדי אטייוטא חתימי שלא יחשדו לבעל השטר והשתא לק"מ כנ"ל בכוונת הרשב"ם:

• אבל אינו יכול לטעון להד"ם. כ"כ הר"ר יונה וכתב הטעם לפי שניתן להכשיר ע"י מילוי קרובים וכתב הטור דה"ה במוקדמין נראה לי לדון כן ע"כ. ועיין מה שכתבתי לעיל סי' מ"ג ס"ק ז' ביאור דברי הר"ר יונה והיינו דקשיא ליה כיון שהשטר פסול לא הוי כמי שנחקרה ויכול לטעון להד"ם ולא מהני עדים דהוי מפי כתבם כיון שאינו שטר כלל ועל זה תירץ דה"מ אם בשעת כתיבה מיד נכתב בפיסול ואי אפשר לתקנו א"כ הוי מפי כתבם אבל הכא בשעת כתיבה על שטר גמור חתמו שהרי עומד להתכשר ע"י מילוי קרובים א"כ נהי דעכשיו דלא מלאוהו בקרובים פסול מ"מ הם בוודאי אמת אמרו בגוף המעשה דאל"כ הרי העידו שקר כיון שחתמו בשקר על שטר גמור וזה שכתב הטור דאפילו במוקדמין נראה לו לדון כן והיינו אף דמוקדמין אינו עומד להתכשר מ"מ בשעת חתימה לא נתברר הקדמתו ואם יבוא לגבות בשטר זה יגבה כשלא יתברר שהוא מוקדם א"כ העדים אם חתמו בשקר העידו שקר ממש וע"כ דאמת אמרו [רק טעו בהקדמה] א"כ עכ"פ גובה מבנ"ח ואינו יכול לטעון להד"ם. ועש"ך ס"ק י"ד ולפי מה שכתבתי אין מקום לחלק רק דהתם מטעם קנס ועיין היטב לעיל סימן מ"ג במ"ש שם:

יא בכתב ידי עדים נראה לי דהיינו דוקא לענין דיעבד אמרינן דבזה לא נפסל השטר משום דדרך סתם בני אדם בכתיבה גסה אבל לכתחילה בוודאי אפי' בזה אסור ור' שבתי בש"ס שם קאי על הברייתא דקתני הרחיק שני שיטין פסול דהיינו דיעבד אבל לא מסתבר לסמוך על זה לכתחילה וכן משמע מדברי המחבר לעיל סי' מ"ב ס"ג:

יב שאם השטר מסיים באמצע שיטה המחבר כתב זה בשם יש מי שאומר ובאמת כמעט רוב הפוסקים סוברים כן ולא נמצא מי שחולק זולת הרשב"ץ הביאו הב"י דסובר דהאבעי' במחצה ושיטה. ועיין מ"ש לעיל סי' מ"ד באריכות והוכחתי דמהש"ס משמע להדיא דאפי' במחצה ושיטה מבעיא לן ועכשיו דקדקתי עוד וראיתי ראיה ברורה לזה דאי ס"ד דבמחצה ושיטה לא קא מבעיא ליה כלל א"כ תקשי מה זה דפושט דמברייתא ודחי דמברייתא ליכא למשמע מינה דמרישא מוכח דכשר ומסיפא להיפך ויש לתמוה הא אכתי יש לפשוט והאבעי' לא סתרי אהדדי כלל והוא דהא וודאי דאפילו בשיטה ומחצה לא מבעיא ליה רק בעדים חתומים זה תחת זה אבל בחתומים זה אצל זה בוודאי פסול דהא יש לחוש שיעשה שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת כמו שכתב הטור להדיא והשתא תקשי מאי פריך רישא דקתני שני שיטין פסול וודאי בכל גוונא מיירי בין אם חתומים זה אצל זה או זה תחת זה ובכל גוונא פסול ולכך קתני שני שיטין דבשיטה ומחצה בזה תחת זה כשר וכמו כן סיפא דקתני שיטה אחת כשר בכל גוונא מיירי דבכל גוונא כשר ולכך קתני הרחיק שיטה דשיטה ומחצה בזה אצל זה פסול ואין כאן סתירה כלל והוא תמוה לכאורה וע"כ צריך לומר דהאבעי' הוא במחצה ושיטה ג"כ ובזה ליכא למיפשט מברייתא דאין חילוק כלל בין זה אחר זה או זה תחת זה וע"כ דמהא ליכא למשמע מינה כמו שכתבו התוס' שם דאי דשני שיטין ושיטה ומחצה שווין ממש לגמרי או להיפך דהוי כשיטה א"כ שיטה ומחצה ג"כ ליכא למיפשט מינה אבל לדעת המחבר וסייעתו קשה כנ"ל:

ובמה שכתבתי נתיישב לי דברי הרשב"ץ הביאו הרב ב"י ולכאורה דבריו תמוהין מאד והתימה על הב"י שלא נתעורר עליו בזה שכתב והאי דמבעיא לן בשיטה ומחצה לאו דוקא אלא ה"ה מחצה ושיטה ובספר חושן משפט כתב דבין במחצה ושיטה בין שיטה ומחצה פסול ואני תמה היאך פוסל בשיטה ומחצה הא בגמרא איפשטא דשיטה ומחצה כשר עכ"ל. ואני תמה דהא הטור כתב בהדיא בשיטה ומחצה דדוקא בזה אחר זה פסול דשמא יעשה הוא ועדיו בשיטה אחת אבל בזה תחת זה כתב בהדיא דכשר ובהא פשיט בגמרא דכשר והב"י הקשה עליו מדברי הרא"ש דכתב דאפילו בשיטה ומחצה, לא מבעיא ליה דפסול רק ברוחב השיטה והוא תמוה דאפילו אם האבעי' בשיטה ומחצה

בפי' התוס' אתי שפיר כנ"ל ואמת דיש לומר דכוונת הרשב"ץ דהטור כתב דבזה תחת זה כשר אם שני עדים בשני שטרות אין מצטרפין והשתא כיון דבש"ס פושט דכשר מאי מספקא לי' לטור ואי משום דתליא בדין הנ"ל א"כ ניפשוט באמת מהך סוגיא דאין מצטרפין וע"כ דלא דמי דניכר הזייוף כמו שכתב הסמ"ע א"כ מה זה שכת' בלשון ספק אם נאמר אין מצטרפין וע"ז השיג ב"י דיש לומר האבעי' ברוחב השיטות ובאורך תליא אי אין מצטרפין אבל מ"מ מלבד דלא נזכר זה ברשב"ץ אבל בלא"ה יש לי מקום דקדוק בדברי הרשב"ץ שכתב והאי דקאמר שיטה ומחצה לאו דוקא אלא הכי קאמר מחצה ושיטה והוי ליה לומר לאו דוקא אלא ה"ה מחצה ושיטה ומזה הלשון מבואר דכוונתו דהלשון אינו מדוקדק והיה צריך לומר מחצה ושיטה וקאמר דבאמת לאו דוקא אלא הכוונה מחצה ושיטה והיינו שיטה שלימה ומחצה לפניה גם יש לדקדק בדברי הרשב"ץ דהתחיל בדין מחצה ושיטה וסיים בדין שיטה ומחצה. לכן נראה ברור דכוונת הרשב"ץ כך והוא דסובר דוודאי הך בעי' שיטה ומחצה מיפשט פשיטא ליה מהך ברייתא גופא כמו שכתבתי כיון דבזה יש חילוק בין זה תחת זה או זה אצל זה רק כוונת בעל האבעי' הכל במחצה ושיטה דבזה ליכא למיפשט מהך ברייתא גופא וע"כ דליכא למשמע מינה מהך ברייתא כמו שכתבו התוס' ועל זה כתב דבספר חושן משפט פוסל בתרווייהו בין מחצה ושיטה בין שיטה ומחצה והשתא ע"כ דסובר דבמחצה ושיטה לא קא מבעי' לן כלל רק בשיטה ומחצה ולפי זה צריך לומר דהאבעי' בכל גוונא אפי' בזה אצל זה דאל"כ אמאי לא פשיט מהך ברייתא והשתא כיון דהאבעי' בכל גוונא א"כ הפשיטות הוא דבכל גוונא כשר והיאך פוסק בשיטה ומחצה פסול בזה אצל זה ומזה דייק דע"כ דבמחצה ושיטה הוי האבעי' והשתא שפיר יש לחלק בשיטה ומחצה בין זה אצל זה לזה תחת זה אבל להעיר דפוסל במחצה ושיטה קשה היאך פוסל בשיטה ומחצה בזה אצל זה ודו"ק. ומה שהקשו התוס' שם דבמחצה ושיטה מאי קא מבעי' ליה הא יש לחוש בוודאי שיכתוב במחצה השניה מאי דבעי' ויחזיר בשיטה אחרונה ולא נלמוד משיטה אחרונה אבל ממחצה השניה נלמוד דהא כך הדין באמת בכל השטרות ע"כ:

וכבר כתבתי לעיל סימן מ"ד דלא קשה מידי דהינו דוקא כשהוחזר מענינו של שטר בשיטה אחרונה אז למידין משורה שלפניה אבל הך ברייתא ע"כ מיירי בהוחזר מעיקרא וכ"ש לשיטת התוס' דסברי בלא הוחזר פסול אפילו הניח חלק וכן דעת הטור והרא"ש א"כ ע"כ דבההחזיר מיירי והשתא כמו דבשיטה ומחצה מבעי' לן אם יהא הדין שנלמוד משיטה קודם המחצה וא"כ אם הניחו חלק פסול או שלא נלמוד גם משיטה שלימה שלפניה וכשר בחלק א"כ בהא נמי מבעי' ליה אי נימא דאם החזיר מעיקרא במחצה

השיטה מענינו של שטר או שנכתב שריר וקיים שוב לא נלמוד ממה שיהא כתיב אח"כ דנאמר באמת דכאן הוא סוף השטר וסיימוהו כאן והם לא צמצמו והניחו גם חלק שיטה ודוקא שני שיטין פסול דשמא יגייז אבל מחצה ושיטה דלא שייך שמא יגייז א"כ אם יהא הדין דלא נלמוד לאחר שריר וקיים או לאחר חזרה א"כ ממילא כשר ואם נלמוד יפסול וליכא למימר דמ"מ יש לחוש דימחוק זה ויקיים בשיטה אחרונה דהא לא מהני קיום בשיטה אחרונה אם המחק בשיטה שלפניה ואם יקיים במחצה השניה ויכתוב שריר וקיים באחרונה או יחזיר מענינו ג"כ לא יועיל באמת מהאי טעמא גופא דשמא היה כתוב שריר וקיים או חזרה מענין השטר במחצה הראשונה שמחק והוא זייף והא בהא תליא ושפיר מבעי' ליה וזה ברור לפע"ד. וכן צריך לומר לרשב"ץ דסובר במחצה ושיטה הוי האבעי' שוב מצאתי להדיא במרדכי פרק גט פשוט דהביא בשם ר"י שני הפרושים באורך וברוחב אח"כ הביא בשם ראבי' דמפרש שיטה ומחצה היינו שסיימו השטר בארבע שיטה והניחו אותה שיטה חלק ועוד שלימה אחר כך והיינו כדעת הרשב"ץ שהבאתי וכתב שכתבו שריר וקיים באמצע שיטה שסיימו והיינו כדי לסלק קושית התוס' שהבאתי וה"ה בהחזיר מענינו של שטר בחצי השיטה ע"ש שהאריך וכתב עוד הראבי' שם דמוכח מכאן דשטר הבא במחצה ושיטה ובשיטה השניה העדים פסול כמו הוא ועדיו בשני שיטין דאל"כ היאך פשיט הכא דמחצה ושיטה כשר הא יש לחוש דלמא גייז ליה למחצה ושיטה עם העדים ויכתוב מאי דבעי והיינו על פי פרושו דבמחצה ושיטה הוי האבעי' והנאני מאוד שכוונתי לדעתו בזה ואני הוכחתי זה בראיות ברורות כאן ולעיל סי' מ"ד ס"ק ו' ע"ש:

והנה הש"ך ס"ק ט"ו הביאו דברי הב"ח דהיינו דוקא לדינא דש"ס אבל לדידן דכתבינן שריר וקיים אין לחוש אם סיים באמצע שיטה והש"ך השיג עליו דכיון דכתב תרי שריר וקיים כשר א"כ עדיין יש לחוש ובאמת הא לא קשיא לפי מה שכתבתי לעיל סי' מ"ד בכוונת הע"ש דהמחבר מיירי שכתב משריר וקיים הראשון עד השני שני שיטין או יותר ולכך כשר דוודאי לא הרחיקו כ"כ א"כ הכא דיכולין להרחיק מחצה ושיטה אם יכתוב שנית שריר וקיים יפסול וכמו כן לפי מה שכתבתי שם דהמחבר לא מכשיר רק עד שריר וקיים הראשון וקמ"ל דלא נפסל כל השטר א"כ הכא אין לחוש כלל אך קשה כיון שכתבו הי"א לעיל סי' מ"ד דאם המחק אינו במקום שריר וקיים וכשיעור שריר וקיים למידין מקיום בשיטה אחרונה על המחק שלפניה והשתא אם המחק בתחילת השיטה שלפניה למידין דהא שריר וקיים הוא בסוף השיטה דהוא סוף השטר וא"כ הכא נמי ימחוק שריר וקיים ראשון ויקיימנו בשיטה אחרונה ויועיל אך באמת לק"מ

דאם באמת יהא כשר במחצה ושיטה ממילא יועיל הקיום והוי כל שיטה שלפניה מקום שריר וקיים וכמו שכתבתי שזו היא האבעי' לשיטת הרשב"ץ ומרדכי בשם ראבי' הצ"ל וכמו כן בהוחזר מענינו דזהו כמו שריר וקיים בימי הש"ס הוי זה הספק או שנכשיר אותו מתחילתו לא יועיל באחרונה או להיפך ודו"ק היטב בכל הנ"ל:

יג באמצע שיטה שניה פסול. עש"ך שהאריך להשיג על הב"י וד"מ דהרשב"ץ לא מיירי רק בחתומים זה אחר זה שהרי כתב הרשב"ץ שאין דרכן של עדים לחתום באמצע שיטה כדי שלא יפסל משום הנחת הגליון הרי להדיא דמיירי באופן שיפסל והיינו בזה אחר זה. אבל באמת נלפע"ד דדבריהם נכונים דהיאך אפשר דהרשב"ץ מיירי בזה אחר זה א"כ מ"ע דהרב בעל ארחות חיים דפליג עליה הא פשיטא דאסורין להניח חלק גם לשון הרשב"ץ שכתב ואין דרכן של עדים והא אסורין מן הדין, וברור דכוונת הרשב"ץ דוודאי אפי' בזה תחת זה בשיטה, ומחצה אין דרכן להניח חלק דוודאי תליא בפלוגתא אי מצטרפין או לאו אפי' אם נחלק כמ"ש הסמ"ע מ"מ העדים אין דרכן להכניס עצמן בספק וכל שיש חשש פיסול אין עושין א"כ אין לחוש שהרחיקו רק בוודאי נכתב כן ולמידין. ולפי זה ממילא אפי' בזה תחת זה אין להניח שיטה ומחצה כיון דאח"כ יהא הדין דלמידין והרשב"ץ אזיל לשיטתו כמו שהעתקתי לשונו בס"ק לפני זה דהאבעי' במחצה ושיטה וכוונת בעל האבעיא שיטה שלמה ומחצה לפניה כמו שהוכחתי מדקדוק לשונו שכתב והכי קאמר מחצה ושיטה אבל שיטה ומחצה לעולם פסול ודוקא לשיטת הטור דפוסל במחצה ושיטה קשיא ליה היאך פוסל בשיטה ומחצה דהא מבואר דכשר או דהקושיא היאך תלה הטור דין זה בספק אי מצטרפין דהא זה נפשט בגמרא אבל לשיטתו דהאבעי' במחצה ושיטה ובשיטה ומחצה פסול וזה שכתבו הב"י וד"מ דהטור והפוסקים חולקין כיון דמכשירין לכתחילה בשיטה ומחצה בזה תחת זה א"כ ע"כ דבזה אין למידין דלא כרשב"ץ ובהגה' שהעתיק דינו של הרשב"ץ כתב דוקא בזה אצל זה דבזה תחת זה לא קיימא לן כוותיה דרשב"ץ כיון דרוב הפוסקים חולקין:

יד אם יחתמו זה אחר זה. אבל זה תחת זה ליכא למיחש דשני עדים בשני שטרות אין מצטרפין כ"כ הרא"ש וטור. ותמה הש"ך דהא קיימא לן סי' נ"א איפכא דמצטרפין עכ"פ לגבות מבנ"ח וחילק הש"ך דבשיטה אחת לכ"ע אין מצטרפין וכוונת הרא"ש וטור דבזה מוכרח דכשר אבל אי מצטרפין אינו מוכרח ולכאורה יש לתמוה דאי ס"ד דמספקא ליה להרא"ש בהא דהא הרא"ש הכריח דע"כ דהאבעי' הוא ברוחב השיטה בעוביה דליכא למימר במחצה ושיטה דבהא פסול וליכא למימר בשיטה ומחצה דבהא פשיטא דכשר אי שני עדים בשני שטרות אין מצטרפין והשתא מבואר דאי מצטרפין פשיטא

ליה דפסול דאי בזו יש מקום להסתפק א"כ אכתי יש לפרש האבעי' בזו ומספקא ליה אם מצטרפים גם בשיטה אחת או לא כמו שכתב הש"ך וע"כ דפשיטא ליה דפסול. אך באמת יש ליישב זה דכוונת הרא"ש כך דוודאי בש"ס גופא ע"כ ליכא ספיקא בהא לענין הצירוף דאי ס"ד דבזה נסתפקו אם כן למה ליה דמבעי' ליה בשיטה ומחצה במחצה גופא הוי ליה למבעיא אם מצטרפין בשיטה אחת או לא וע"כ דלענין צירוף לא היה הספק דאי לא מצטרפין כשר ואי מצטרפין או דפשיטא ליה דכשר או להיפך דבשיטה אחת לכ"ע אין מצטרפין אבל אי אפשר דהיה להש"ס גופא ספק בזה כמו שהוכחתי אבל הרא"ש שפיר מספקא ליה או דלכך לא שאל בזה דפשיטא ליה דפסול או כשר. אמנם בתוס' שם שכתבו בפשיטות דליכא ליפרושי מחצה ושיטה דוודאי פסול אלא שיטה ומחצה וכתבו על זה מיהו בזה פשיטא דכשר והשתא מבואר דהתוס' לא נסתפקו בזה כלל דהא הם דעתם דמצטרפין והיאך כתבו פשיטא דכשר ונהי דליכא ליפרושי בש"ס ספק זה דהוי ליה למבעיא במחצה בלבד אבל תנינן להו דפשיטא דכשר כיון דבאמת מצטרפין וע"כ דפשיטא להו בשיטה אחת אין מצטרפין ודלא כהסמ"ע וזה ברור אך לפי זה כיון דהתוס' והרא"ש חולקין היאך סתם המחבר כדעת התוס' וכתב בפשיטות דכשר. ומה שנראה לפע"ד בכוונת המחבר הוא כך והוא דהטור קודם שהביא דין מחצה ושיטה ושיטה ומחצה כתב גוף דין זה דאם הרחיק שני שיטין ברוחב פסול ואח"כ הביא הברייתא פחות מכאן כשר אח"כ זכר חלוקי דינים אלו והיינו דאזיל בתר פי' התוס' והרא"ש בסופו דהאבעי' בעובי' ובזה פושט מברייתא דפחות מכאן כשר ואח"כ זכר הדין דכאן כמו שזכרם הרא"ש דבמחצה ושיטה פסול ובשיטה ומחצה כשר בזה אחר זה אי שני עדים בשני שטרות אין מצטרפין והיינו דמספקא ליה להטור ותלה דין זה בדין הצירוף אף דבש"ס פשיט דכשר וע"כ דסובר דבזה לא היה האבעי' כלל רק בעובי' כמו שזכר קודם ולפ"ז שפיר י"ל דאי מצטרפין יש ספק ויכול להיות דפסול דיש לומר אפי' בשיטה אחת מצטרפין אבל המחבר לא הזכיר הך דינא דשיטה ומחצה בעובי' דכשר ולא הזכיר הברייתא דפחות מכאן כשר מבואר דעתו דסובר דהאבעי' היתה בשיטה ומחצה ובזה פשיט בש"ס דכשר ולכך לא הזכיר המחבר רק בשיטה ומחצה באורך השטר דכשר בזה אחר זה ולא חילק כלל בענין הצירוף דהא ע"כ דהכא אין מצטרפין לעולם דהא בש"ס איפשטא דכשר ואדרבא מהא שמעינן לה דאין מצטרפין בשיטה אחת לכ"ע והא דלא ניחא ליה להמחבר באמת דהאבעי' היתה בעובי' דהא בש"ס קאמר ר' שבתי משמיה דחזקיה שני שיטין שאמרו בכתב ידי עדים שהיא גסה לא בכתב ידי סופר משום דכל המזייף לאו לגבי ספרא אזיל מבואר בפי' דשני שיטין דוקא קאמרינן

דהא כל שהוא ערך כתיבה דקה של הסופר לא חיישינן שיכתוב בדוחק אלמא דבהא ליכא ספיקא וכבר הזכיר המחבר דין זה ס"מ א"כ פשיטא דהאבעי' לאו בהכי מיירי ובאמת צ"ע על התוס' והרא"ש בזה ומה שהקשו התוס' והרא"ש דבזה פשיטא דכשר לא ידענא מאי קשיא להו דקס"ד דבאמת אין למידין מחצי שיטה אבל משלימה שלפניה נלמוד ואסור להניח שיטה ומחצה הרי דמה שאמרו צריך שיחזור לפי שאין למידין ולא אמרו שנלמוד ולא יניחו שיטה חלק משום דהעדים אינן יכולין לצמצם אבל בזו יכולין שלא להניח שיטה ומחצה ובהא מספקא לי וזו' היא דעתו של המחבר וכן נראה להדיא דעת הרשב"ץ והרמב"ן שהביא ב"י דהאבעי' היתה באורך השיטות לא ברוחב ולפי זה פשיטא דכשר אפי' אי מצטרפין ולכך סתם המחבר (ויש לדקדק על הב"י שדחה קושית הרשב"ץ על הטור שלא ראה פסקי הרא"ש ובאמת הי' לו להקשות שלא ראה שגם הטור הביא מעיקרא הברייתא ברוחב ש"מ דמפרש האבעי' בעובי' כנ"ל) בפשיטות דבזה תחת זה כשר ואף דהכא לא הזכיר רק בזה תחת זה דפסול היינו לפי שכבר הזכיר לעיל סי' מ"ד ס"ג דבשיטה ומחצה אין למידין מחצי ומן השיטה וכל השטר כשר והיינו כמו דאיפשטא בש"ס דכשר משום דאין למידין גם מן השלימה ולפי זה מה שהקשיתי לעיל ס"ק י"ב והוכחתי דהאבעי' לא הוי בשיטה ומחצה רק במחצה ושיטה כדעת הרשב"ץ היינו דוקא לשיטת המחבר דהאבעי' באורך השטר אבל להטור והרא"ש דהאבעיא בעובי' לק"מ אבל כבר הוכחתי ממימרא דר' שבתי דלא היתה האבעיא בעובי' ודברי הרשב"ץ הנ"ל מוכרחין ולפי זה בשיטה ומחצה אפי' זה תחת זה יש לפסול אם מצטרפין וכן משמע מדברי ראב"י שם והיינו כדעת הטור והרא"ש בזה ודו"ק היטב ועיין מ"ש לקמן ס"ק כ"ב עוד בזה:

טו ויש חלק משמע דלא נפסל בזה מדכתב צריך ליזהר וכ"כ בד"מ וכתב הש"ך ס"ק י"ט דהטעם בזה דהא אכתי שטר זה כשר הוא רק משום חשש פיסול הא יכול לחתכו משא"כ בשאר דבר שאם יחתכנו נפסל השטר ע"כ ולא ידענא מאי קאמר דהא בהרחיק שני שיטין ג"כ בבא לפנינו חלק בלי זייוף למה יפסל הא במילאוהו בקרובים כשר א"כ עכשיו השטר כשר וחשש ג"כ ליכא דהא יכול למלאות בקרובים וע"כ כל דמעיקרא היה חשש זייוף פסול וה"ה הכא אבל לא ידעתי למה לא העתיק דברי התוס' שם שכתבו דדוקא שטר שיכול לזייף במקום שהוא צורך השטר שאם יחסר או יחתך יפסל השטר אם עשה אותו מקום דבר שיכול לזייף פסול כל השטר אבל בדבר שאינו מצורך השטר כלל שאם יחתך השטר כשר בלעדו אין זה בגדר שטר שיכול לזייף שהרי אין השטר יכול לזייף רק מן הצד שאינו שטר כלל שאם יחתך כשר בלי דבר זה לכך אפי' הגליון

יכול לזייף כל שבא לפנינו עכשיו ולא זייפו השטר כשר וחותכין הגליון וכהאי גוונא כתבתי לעיל ס"ה בדעת הטור שכתב דאי אינן יודעין לקרות דייקינן בסהדותייהו אי מכווני אשטר וקשה הא מ"מ מתחילה נעשה שלא כתיקון חכמים ולדעת הטור פסול דיעבד וצריך לומר ג"כ דהיינו דוקא אם ציור השטר בעצמותו לא נעשה כתיקון פסול שאין זה נוסח שטר משא"כ אם הציור כדין רק מן הצד מה שעשו שלא כדין שלא קראוהו כל שאין כאן זיוף כשר וה"ה שטר שיכול לזייף דוקא בציור השטר בעצמו ואף שלא זייף אבל מה שאינו בגוף השטר והצריך לו כל שלא זייף כשר וזה ברור אבל אם החלק אינו בגליון רק שהתחילו לחתום באמצע פסול דיעבד ואפי' טייוט לא מהני כיון שאינו יכול למחקו:

טז דשמא היה כתוב חובתו עש"ך מה שהקשה דמה בכך דכתיב שריר וקיים מ"מ יש לחוש לחובתו דזה למידין לעולם לכך, פי' הוא דהמחבר והרא"ש וטור סוברים כרשב"ם דאפילו חובתו אין למידין בזמן הש"ס רק האידנא דכותבין שריר וקיים למידין הכל הילכך בלי שריר וקיים יש לחוש לחובתו משא"כ אחר שריר וקיים אפי' חובתו אין למידין כמו בימי הש"ס לאחר זה ע"כ. ובתומים תמה בזה דא"כ מה צורך לטעם דשמא היה כתוב חובתו הא בלא"ה פסול דשטר שאין בו שריר וקיים פסול. ודבריו תמוהין דהא דעת הש"ך לעיל סי' מ"ד ס"ק כ"א דדוקא בחלק שיטה פסול בלי שריר וקיים אבל אם אין חלק שיטה אפילו בלי שריר וקיים השטר כשר דמסתמא לא הניחו עדים חלק בלי שריר וקיים רק אין למידין ע"ש א"כ שפיר יש לומר דהכא מיירי בלי חלק שיטה והשתא כל השטר כשר ומ"מ הכא פסול דשמא היה כתוב חובתו וחתכו. אך באמת כבר השגתי לעיל על הש"ך והעליתי בלי חלק ג"כ פסול שהיה מתחילה שטר שיכול לזייף ע"ש אבל מ"מ לק"מ דוודאי בלאו הך חששא דחובתו אין לפסלו דאדרבא כיון דבלי שריר וקיים השטר פסול אם כן מסתמא כתבו העדים שריר וקיים והיה במקום החתך רק דמ"מ פסול דשמא גם חובתו היה כתוב שם ובתר החוב שריר וקיים אך הא קשיא על הש"ך דהא דעת המחבר דתרי שריר וקיים כשר כדלעיל סי' מ"ד ס"ט א"כ אכתי יש לחוש שמא היה כתוב עוד שריר וקיים עם חובתו ומה יועיל שריר וקיים הראשון ואמת דלפי מה שכתבתי לעיל סי' מ"ד בכוונ' המחבר לדעת הע"ש או דכוונת המחבר להכשיר השטר אבל אין ללמוד בתר שריר וקיים הראשון לק"מ אבל לשיטת הש"ך שם בכוונת המחבר קשה גם בלא"ה קשה לו' שיהא דעת הרא"ש כרשב"ם והיאך סתם הרמ"א לעיל דחובתו למידין לכן נראה ברור דוודאי הרא"ש וטור סוברים כן דחובתו ג"כ אין למידין אבל לא משום דחיישינן בזה לזייוף דמה חשש זייוף יש בזה רק דהם לטעמייהו אזלי

דשטר שלא נעשה כתיקון פסול ואם לא החזיר פסול כל השטר א"כ כמו כן אם כתוב חובתו דהוא זכות הלוה עשו שלא כדין וכתיקון חכמים וגרע טפי דהפסיד ללוה שאם יהא חב לאחרים לא ילמדו חובתו כדמוכח להדיא ממה שכתבו התוס' והרא"ש מתחילה דבחלק כשר בלא החזיר וקשה הא יש חשש זיוף שיכתוב חובתו ויחוב לאחרים ולא פסלו רק משום לא פלוג וע"כ דבחב לאחרים אין למידין חובתו א"כ ממילא התקנה גם בזה שלא יכתבו חובתו וכל שכתבוהו כל השטר פסול אבל לדידן דקיימא לן בלא החזיר כשר אם כן פשיטא דחובתו למידין וזה שפסק הרב לעיל סי' מ"ד בפשיטות דלמידין א"כ המחבר דמכשיר ג"כ בלא החזיר היאך יסבור דחובתו אין למידין לכן ברור דכוונת המחבר באמת כך דוודאי לשני שריר קיים לא חיישינן כי למה כתבו הראשון ואין אנו חוששין דלאחר שריר וקיים הראשון הסכימו עוד לאיזה חידוש ותנאי לזה לא חיישינן לפסול השטר אבל לחוש שיכתבו חובתו אח"כ בלי שריר וקים בוודאי אין לחוש דהא מפסידין באמת ללוה בחב לאחרים כנ"ל לכך אין לחוש ולהרא"ש וטור פשיטא דאין לחוש דהא כל השטר פסול בזה כנ"ל ברור:

יז וחתכו והיה חלק עסמ"ע ס"ק כ"ח מכאן יש ללמוד וכו' וכוונתו דהא ליכא למימר דבאמת לכתחלה מותר לכתוב שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת בגליון מלמעלה על העדו' ועל השטר דלא חיישינן שמא יחתוך דנפסלנו דהא ליתא דתינח אם ימחוק רק השטר בלבד אבל הא יש לחוש שיחתוך השטר עם הגליון למעלה דהיינו כל הגליון שעל גבי השטר אבל הגליון שעל החתימות יניח ויכתוב עליו שטר חדש וע"כ דמתחלה אסור לעשות כן מחשש זה א"כ בחתך כהך דהכא למה ניחוש שכתבו כך לפסלו ומזה דייק דאף דאסור מ"מ כיון דיש רעותא חיישינן דאירע כן. אך דבריו תמוהין דהיאך נפסלנו עכשיו מחמת הרעותא אדרבא הא יש לומר שטר גמור היה וחתכו זה כדי שלא יעשנו שטר ועדיו בשיטה אחת דאל"כ אלא שטר ועדיו בשיטה אחת היה וחתכו מי הכריחו שלא יחתוך כל הגליון שעל גבי השטר שהרי בידו היה וכי שוטה היה שיחתוך באופן זה שהוא דבר הנראה בזייוף והיאך אפשר לתלות בזה שהעדים טעו וכתבו שלא כדין והוא היה שוטה וחתך רק מקום השטר בלבד לא הגליון וברור כדעת הש"ך דאם חתך כל הגליון ניכר הזיוף לכך מתחילה מותר להניח גליון למעלה על העדים לכך עכשיו חיישינן דחתכו ולא חתך כולו דיהא ניכר וזה ברור:

יח אם יש שם עדות ברורה עש"ך דלסברא ראשונה דלעיל סי' ל"ו ס"ב מיירי הכא כשאנו יודעין שהכשר מכיר ע"כ ולפי מה שכתבתי שם והעליתי דכוונת הרי"ף דהא דקאמר דלאסהודי כל העדות בטל היינו אם ידע שהוא קרוב ומ"מ נצטרף להעיד אבל אם

הצירוף היה בטעות שאילו היה יודע שהוא קרוב לא היה מצטרף מעולם אף להעיד לא מיקרי צירוף וזה שכתב הרי"ף ונאמן לומר שלא ידע בקורבתו כשם שנאמן לומר למיחזי הרי להדיא דעל הפסול קאי ולפי זה הכא לא שייך הך דינא אדרבא מסתמא אמרינן שידע בקורבתו רק אם אומר שלא ידע נאמן כמו למחזי ובפסול פשיטא דלא שייך זה כלל דהיאך לא ידע שהוא פסול ע"ש שהארכתי ומיושב בזה כל קושיות הרא"ש:

יט אע"פ שהעד החתום. עש"ך שהאריך להכריע כדעת בה"ג. והנה בגוף הדין לא אדין בדבר שנחלקו הראשונים וכבר מבואר בתוס' כל היישובים לכל הקושיות אמנם לא באתי לכתוב רק מה שיש להעיר בדברי הש"ך בלבד והנה ראשית דבריו כתב ליישב קושית הרמב"ן מפרק המביא תנין דדוקא בגט אמרינן הכי ולא בשאר שטרות שאין קיום שטרות אלא בסוף וכתב שכן דעת התוס' פרק גט פשוט והשיג על מהרש"א שם. ודבריו תמוהין מאוד דהא בהדיא כתבו התוס' אחר שזכרו דר"ת חזר בו שהקשו מגט קרח דכשר בין בתחלה בין בסוף ותירצו דשאני התם דמכל תלתא מקוימין אבל בפשוטים שאנו מקיימין למטה בתרי פסול לבסוף עכ"ל. והשתא פשיטא שאין כוונת התוס' להקשות מגט קרח אהא דכשר בתחלה ובשאר גט פסול לכתחילה חדא דמאי ענין קושיא זו לכאן וזו קשה לכל הפרושים ולא כאן רק בסוגי' דהמביא תנין וכבר הקשו התוס' שם קושיא זו ותירצו אותה ע"ש ועוד שאין תירוצם עולה יפה לקושיא זו כלל וברור דכוונת התוס' להקשות לפי מה שהעלו דר"י חזר בו משום דקיו' השטר לבסוף וה"ה גט א"כ מ"ש גט קרח דכשר לבסוף וכמו שהקשה הרמב"ן על בה"ג ועל זה תרצו דשאני מקושר דמקיימין מכל תלתא אם כן מבואר דבגט פשוט פסול לבסוף כמו בשאר שטרות וכ"כ הב"י באה"ע סי' ק"כ בשם ר"ח דלבסוף פסול בין בגיטין בין בשאר שטרות והיינו כמו שכתבתי גם מה שפירש דברי התוס' פרק המביא דמה שכתבו ואפי' מאן דמכשיר הכוונה בשאר שטרות כמו בגיטין והא דאמר אתי לאיחלופי היינו שיבואו להכשיר בשאר שטרו' למטה אפי' לשם עדות ואני תמה דוודאי ע"כ דמה שאמר אתי לאיחלופי בשאר שטרות ולא קאמר בגט גופא וע"כ כמו שכתב הר"ן דבגט ליכא למיחש כיון שתלוי בדעת הבעל ע"ש וזהו אם החשש מחמת צירוף הפסול עם כשר אבל אם החשש מחמת הקיום פשיטא דבגט גופא יש לחוש והשתא אי נימא דבגט כשר לבסוף שהקיום למעלה א"כ כמו דבשטרות פסול לבסוף לפי שהקיום למטה ואתי לקיומי בקרובים אם כן ה"ה בגט למעלה כיון שהקיום למעלה ולמה תלוי פסול הגט בשאר שטרות ואמת כי בתוס' פרק גט פשוט משמע דאפילו אי הטעם משום קיום אין החשש שיקיימו בקרובים של מטה רק מחמת שהוא במקום הקיום יחשבו שקרוב כשר וזהו

לא שייך בגט כמו שכתב הר"ן אבל בתוס' גיטין הנ"ל מבואר להדיא דקושית ר"י דיש לחוש שיקיימנו בעדיו של מטה שהם פסולים ע"ש א"כ ע"כ דמה שכתבו אח"כ ומאן דמכשיר הכא הכוונה בגיטין דוקא בתחילה אבל בסוף פסול דבגט ג"כ הקיום למטה ובלא"ה אין דברי הש"ך מובנים כלל בפי' דברי התוס' אך אפי' אי נימא דכוונת התוס' למאן דמכשיר הקיום למטה ואוסר לבסוף אבל למאן דפוסל הקיום למעלה ומתיר לבסוף אבל מ"מ קושיא הנ"ל דלמה לי טעמא דשאר שטרות כיון דהקיום למעלה פסול כמו בשאר שטרות למטה כנ"ל:

גם מה שהשיג על פי' מהרש"א בתוס' פרק גט פשוט הנה מלבד מה דכבר הוכחתי דע"כ כוונת תוס' דגם בגט פסול לבסוף ופי' מהרש"א מוכרח אבל בלא"ה מה שהקשה על פי' מהרש"א דהתוס' הקשו מפ"ב דגיטין על בה"ג והיאך לא תרצו בזה כלום ואי כתירוץ מהרש"א א"כ אין כאן התחלת קושיא שהרי לא חשו להזכיר תירוץ זה אבל באמת דברי מהרש"א ברורין דוודאי מעיקרא לא סליק אדעתייהו טעם הפסול לבסוף משום קיום רק משום עדים דאז נראין טפי בעדים משא"כ מתחילה לא נראין כ"כ כעדים כמו שכתב בהגה' דלכבוד ולמילוי חתמו ולפי זה יפה הקשו מהך דהמביא תנין דהתם פוסל בתחילה וע"כ משום דעדים חותמין זה בפני זה אם כן מבואר להדיא דטפי נראין כעדים מעיקרא ממה שיחתמו לבסוף דאל"כ היאך פוסלין בתחילה משום דנראה כעדים שחותמין מעיקרא והשתא ליכא למימר דהכוונה לבסוף כ"ש דפסול דא"כ למה פסול לכתחילה דהא בזה נראה טפי למילוי ולכבוד מה שיחתמו לבסוף דנראה טפי כעדים וע"כ דלבסוף באמת לא נראה כעדים ובשר רק בתחילה נראה כעדים לפי שחותמין בפני העדים אם כן מבואר דלא כבה"ג אבל לפי מה שהקשה ר"י לר"ת מקיום למטה וחזר בו ר"ת דלבסוף פסול משום קיום למטה א"כ שפיר יש לומר דלבסוף כ"ש דפסול אבל לא משום עדים רק משום קיום א"כ גבי גט כל שחותמין קודם שפיר נראין כעדים כיון שהוא בפני הכשרי' אבל בשטר שחותמין זה בלא זה בחתימה קודם אינו נראה כעדים אבל בסוף לעולם פסול משום קיום לכך כשזכרו החזרה של ר"ת משום קיום שוב לא קשיא להו מידי מהמביא תנין והיינו כמו שכתב מהרש"א אך הא קשיא לפי' מהרש"א דיצטרך לומר לשיטת התוס' באמצע כשר ובאמת בגיטין פ"ב כתבו להדיא באמצע פסול לאחר חזרה [ובאמת נראה דמהרש"א מחלק בין שטר לגט דבגט כשר דבזה הטעם משום עדים ולא שייך בגט כמו שכתב בתומים] וצ"ע בזה אבל עכ"פ מבואר מדברי התוס' להדיא דבגט ג"כ פסול לבסוף וכדברי הב"י ודלא כש"ך:

ומה שהאריך הש"ך להביא ראיה מן הירושלמי פ"ק דגיטין ומהפך הגירסא ומכריח כדעת בה"ג קשה לי טובא לפי גירסתו דהיאך קאמר ר' אילא אתיא כמ"ד אין עדים חותמין זה בלא זה דהא ר' אבין מוקי לה בחתם ישראל לבסוף ולר' אילא אפילו חתם כותי לבסוף כשר כיון שע"כ ראה שחתם הכותי א"כ מורה לו לחתום לשמה ואי לאו דכותי חבר הוא לא היו חותם עמו עד שידע לחתום לשמה) גם קשה שהרי בש"ס דילן לא הוכיחו זה דאין עדים חותמין זה בלא זה רק משום הקושיא אי הכי בשאר שטרות נמי אבל בירושלמי לא קשיא קושיא זו כלל שהרי כתבו שם קודם לממון נחשדו לממון נפסלו לעריות לא נחשדו לא יפסלו אלמא דלממון פסולים א"כ לא מוכח כלל דאין עדים חותמין והעיקר נר' פשוט דוודאי צדקו דברי הש"ך דהך דר' אילא צריך להיות לעיל קודם שהרי סיים אפי' חתם ישראל לבסוף ומאי ענין זה להך ברייתא דמיירי בקרובים ופסולים וע"כ דהך צריך להיו' קודם ור' אבין מוקי לה כשחתם ישראל לבסוף והיינו דמיירי במכירו שהוא כותי א"כ כיון שהוא חתם אח"כ אי לאו שהיה מורה לכותי לחתום לשמה או שהיה יודע שהוא כותי חבר לא היה חותם ועל זה קאמר ר' יוסי דאתיא כמאן דאמר העדים חותמין זה בלא זה לכך בכותי לבסוף פסול דשמא חתם ישראל ולא ידע מכותי אבל ישראל לבסוף כשר דהא ידע מכותי כנ"ל ואי דשמא רווחא שביק לא חיישינן ובשאר שטרות פסול דלממון נחשדו כנ"ל ואתא ר' אילא ואמר להיפך דאתיא כמאן דאמר אין עדים חותמין זה בלא זה ולכך אפי' בחתם כותי לבסוף כשר דהא ע"כ שהישראל ידע מן הכותי ולא יחתו' רק שידע שהכותי יחתום לשמה שילמדנו או שהוא חבר אבל אי עדי' חותמין זה בלא זה אפילו חתם ישראל בסוף דחיישינן דילמא רווחא שביק כש"ס דילן ואח"כ מביא שטר שנמצא עדים ראשונים ומקשה ליהוי כהרחקת עדים ומשני דלמילוי חתמו וזה ברור בפי' הירושלמי ואין כאן ראיה כלל ואין ענין הירושלמי לכאן כלל ואמת דבש"ס דילן משמע דאפילו למאן דמסיק זאת אומרת אין עדי הגט חותמין זה בלא זה מ"מ בעינן דוקא ישראל לבסוף וכן פסק הרמב"ם פ"ו מהלכות עבדים אבל מ"מ היינו דוקא לפי דבש"ס דילן אמרינן דחשידי גם בגיטין כמו שפירש רש"י שם אבל בירושלמי מבואר דבגיטין לא חשידי ולא פסילי רק בממון ובזה לא מהני חבר כיון דנחשדו פסולים כולם אבל בגיטין דלא נחשדו רק חסרון ידיעה א"כ כל שחתם עמו ישראל בוודאי למדו לחתום לשמה או שהיה כותי חבר. וגוף דברי הש"ך בפי' הירושלמי תמוה מאד שכתב דאם הכשרים חתמו קודם ואח"כ חתמו הפסולים כיון דהראשונים הכשרים לא ידעו מפסולים השטר פסול והוא תמוה דהא לא נצטרפו כלל כיון שכבר נעשה השטר כתיקונו ומה בכך שהפסולים חתמו אח"כ וצ"ע גם מדברי

הריב"ש סי' תט"ו בפירושו לדברי הר"מ בר חנוך מבואר להדיא להיפך דאם חתמו ביחד יש לפסול יותר מאם חתמו קודם שחתמו הפסולים והש"ך כתב עליו לקמן דלא מסתבר לחלק בכך ותמהני שלא הרגיש שהוא להיפך מן הירושלמי לפי פירושו גם הרמב"ן כתב להדיא דלכך נמצאו אחרונים פסולים כשר דאמרינן לבתר חתימת הכשרים אתו הנך וחתמו הרי דמהאי טעמא גופא דפוסל הש"ך מכשיר הרמב"ן לכן אין לדבריו קיום בפי' הירושלמי:

כ יכולין להעיד עסמ"ע ס"ק ל"ד והש"ך ס"ק כ"ד חולק דהכא מיירי שלא נצטרפו בשעת ראיית המעשה אבל בנצטרפו אינן יכולין עוד להעיד ולא הוצרכו לבאר זה דהא פשיטא דהוי ראיה והגדה ולפי עד"נ עיקר כהסמ"ע כמו שכתבתי לעיל סימן ל"ו דוודאי עדים שהעידו בב"ד ונמצא אחד קרוב ופסול בטלה כל העדות אבל הגע עצמך אם ישלחו לב"ד עדותם בכתב למ"ד דלא מהני ושלחו קרובים ופסולים למ"ד דבראיה לחוד לא נצטרפו פשיטא דהא לא חשיב הגדה א"כ הכא נמי שטר זה חספא בעלמא הוא ומזוייף מתוכו והיאך קאמר דהוי כמו שנחקרה בב"ד דהא הוי מפי כתבם וגרע מיניה דמזוייף מתוכו א"כ פשיטא דלא חשיב הגדה הלכך להרא"ש דבראיה לחוד לא נצטרפו יכולין הכשרים לחזור ולהעיד כנ"ל עוד האריך הש"ך בדינים אלו ועיקר מקומם לעיל סימן ל"ו ושם הארכתי ובארתי דינים אלו על נכון: (כא) ואם נראה השטר בב"ד וכו' אבל אם מילאהו למחר אפי' במצות הלוה פסול דעת הסמ"ע דהך סט"ו נמשך להך דעה דבעינן דעת הלוה אבל לדעה קמייתא אפי' ליומא אחרא כשר והש"ך חולק דבהא כ"ע מודים וכן הט"ז דעתו כהש"ך וסיים שדברי הסמ"ע תמוהין ואני אומר דברי הט"ז והש"ך תמוהין וצריך אני להעתיק לשון הר"ר יונה והרא"ש וז"ל הרא"ש פרק ג"פ כתב הר"ר יונה הא דאמר מילאהו בקרובים כשר מיירי קודם שנתנו ליד המלוה וכו' אי נמי וכו' וכגון שמילאהו במצות המוכר או הלוה אבל אם המלוה מילאהו בקרובים מדעתו לא מתכשר בהכי כיון דפסלו רבנן האי שטרא שהרחיק שני שיטין נמצא שהלוה שטר פסול נתן וכי משוי ליה מלוה שטר כשר שלא במצות הלוה לא נשתעבד הלוה ודוקא שמילאהו בקרובים ביום שנכתב ונחתם אבל אם מילאהו בקרובים וליומא אחרא אפילו במצות הלוה פסול דהא לא מתכשר להשתעבד אלא משעה שמילא בקרובים הוי ליה מוקדם ופסול דאי לא תימא הכי אלא אפילו מילא בקרובים לאחר זמן כשר משום דשט' כשר הוא אלא שהיה בו חשש זייוף וכיון שנסתלק ממנו אותו החשש הוכשר למפרע א"כ היכי משכחת לה הא דתניא הרחיק את העדים מן הכתב שני שיטין פסול הרי כשיבי' לב"ד יאמרו לו למלאותו בקרובים ולהכשירו לשעבר וי"מ דאם הביאהו לב"ד קודם שמילאהו בקרובים

פסול כיון שבא לב"ד בעוד שיש בו חשש זייוף שוב אין לו תקנה ומילתא בלא טעמא הוא עכ"ל הר"ר יונה) וכתב עליו הרא"ש ונראה לי דסברא מעליותא הוא דחכמים פסלו שטר זה לעשותו מעיקרא משום חשש זייוף ואם בא לפני ב"ד ולא נעשה בו זייוף היה ראוי להכשיר אלא אלמוה חכמים לתקנתייהו ואמרו כיון דלא נעשה כתיקון חכמים חספא בעלמא הוא ומ"מ הכשירוהו אם מילאהו בקרובים ואם הובא לפני ב"ד בלא מילוי קרובים צריכין ב"ד לפסלו לחזק תקנתם אבל אם הכשיר בקרובים קודם שבא ליד ב"ד אפי' עשאו מלוה מדעתו כשר עכ"ל:

ומעתה הדבר מבואר דראיית הר"ר יונה דהשטר פסול קודם המילוי דאל"כ גם בבא לב"ד יוכשר במילוי וע"כ דפסול והוי מוקדם א"כ ליומא אחרא בלי ב"ד פסול משום מוקדם וגם באותו יום בעינן דעת הלוה כיון דמעיקרא פסול הוא לגמרי ועל זה השיג עליו הרא"ש דהא דהרחיק שני שיטין הטעם משום דאלמוה רבנן לתקנתייהו אבל לעולם השטר כשר למפרע במילוי קודם ב"ד והילכך לא בעינן דעת הלוה וא"כ מבואר ג"כ דלהרא"ש אפילו ליומא אחרא כשר כיון דכשר למפרע שהרי ראיית הר"ר יונה דפסול דאל"כ גם בב"ד יוכשר ולהרא"ש אין כאן ראיה וליכא למימר דמ"מ מודה הרא"ש בעצמו לסברת הר"ר יונה דהשטר מעיקרא פסול ומ"מ לא בעינן דעת הלוה כמו שכתב הש"ך דמעיקרא מסר לו שימלאנו בקרובים א"כ תקשי הא הרא"ש כתב דלכך לא בעינן דעת הלוה משום דבהרחיק והובא לפני ב"ד אינו פסול רק משום חיזוק התקנה ולא משום דפסול למפרע ולדברי הש"ך הא אף לפי שיטתו פסול למפרע א"כ פסול בלא"ה משום מוקדם כסברת הר"ר יונה ודעת הלוה לא בעינן משום דמסר לו למלאותו בקרובים ומדתלה הרא"ש הכשר בלי דעת הלוה בהך ראיית הר"ר יונה דלשיטתו אינה ראיה מבואר להדיא דסובר דכשר מיד רק שצריך תיקון להסיר חשש הזייוף. ונכשר למפרע וא"כ אפילו ליומא אחרא כשר ולא הוצרכתי להאריך בזה כי הדברים פשוטים רק לפי שהש"ך והט"ז לא עמדו על נכון בכוונת הרא"ש. עוד מוכח מדברי הר"ר יונה הנ"ל דלשיטתו אין חילו' כלל בין בפני ב"ד או שלא בפני ב"ד ובאותו היום אפילו בפני ב"ד כשר דהא לא ס"ל דבפני ב"ד גרע משום חיזוק התקנה דאל"כ לא היה מביא ראיה כלל רק דהטעם משום מוקדם א"כ באותו יום דליכא משום מוקדם אפי' הובא לב"ד כשר אבל להרא"ש דהוא משום חיזוק התקנה לפני ב"ד אפי' באותו יום פסול וקשה לי על המחבר שסתם מעיקרא דאם נראה בב"ד אין לו תקנה ובאמת זה תלוי בפלוגתא כמו שביארנו ואין ליישב בזה דברי הש"ך ונאמר דמה שכתב הרא"ש חיזוק התקנה להורות דאפי' באותו יום בהובא לפני ב"ד פסול אף דליכא מוקדם כלל הא ליתא דהא בהדיא

מבואר בלשון הרא"ש דמכשיר שלא מדעת הלוה מהאי טעמא ובזה לא היה צריך לזה רק כיון שמסר לו מעיקרא וע"כ דהא ליתא א"כ מבואר כדברי הסמ"ע וכל זה ברור:

כב וכן אם היה השטר ב' שיטין וכו' דחיישינן שמא סיימו וכו' הש"ך הרבה להשיב על דין זה דהמרדכי בשם ראבי' לא כתב כן רק לפי שיטתו דהאבעי' הוא במחצה ושיטה וכתב שריר וקיים ואזיל לטעמיה דתרי שריר וקיים פסול משום לא פלוג אבל לדידן דמכשרינן בתרי שריר וקיים אם כן אסור להניח מחצה ושיטה אף בשריר וקיים א"כ כשבא לפנינו שטר כזה למאי ניחוש ע"כ. ועיין תומים מה שהאריך לדחוק בזה והעיקר חסר ברמ"א מלבד הדוחק שיש בדבריו ולפעד"נ דלק"מ והוא דוודאי יש להבין הא הש"ך גופא השיג על המחבר לעיל סי' מ"ד דכיון דלמידין עכשיו משיטה אחרונה' בשריר וקיים מה יועיל אם נכשיר בב' שריר וקיים הא יכול להיות שהניחו חלק והוא כתב מאי דבעי ויוסיף שריר וקיים שנית וא"כ לשיטתו יפה כתב רמ"א כאן ואי נימא דבאמת היינו דוקא בשריר וקיים הראשון בסוף שיטה שלפני אחרונה אבל באמצע שיטה מודה דכשר דאי אפשר שהוא הוסיף אחר שריר וקיים דהא אסור להניח מחצה ושיטה אם כן מאי קשיא ליה להש"ך על המחבר הא יש לומר דמיירי ג"כ דשריר וקיים הראשון באמצע שיטה שלפני אחרונה ולכך אפי' בב' כשר דליכא למיחש שהוא הוסיף דשריר וקיים הוא סוף השטר א"כ אסור לסיים באמצע ולהניח מחצה ושיטה אך באמת ברור דכוונת ראב"י בפשיטות כמבואר במרדכי דכמו דהנך דמפרשי האבעי' בשיטה ומחצה הכוונה דספיקא הוא אם נלמוד משיטה אחרונה שלפני המחצה או לא נלמוד ותחילתו תלוי בסופו ואם יפסול בסוף כשר בתחילה ואם נכשיר בסוף יש לפסלו בתחילה [והראב"י מיאן בפי' זה מטעם המבואר שם במרדכי וכמו שכתבתי לעיל סימן זה לשיטת הרשב"ץ ע"ש] ועל דרך זה מפרש הראב"י במחצה ושיטה וכתב שריר וקיים אי נימא דבאמת אם יכתוב עוד ויוסיף שריר וקיים וכדומה שוב לא נלמוד לאחר שריר וקיים הראשון וא"כ ממילא מותר להניח מחצה ושיטה או דבאמת נלמוד לאחר שריר וקיים ואסור להניח ועל זה פושט דכשר והיינו דמותר להניח ונפסלנו אח"כ ולא נלמוד שוב לאחר שריר וקיים מחשש זה שהניחו מחצה ושיטה ולא הי' כוונת הראב"י משום לא פלוג כמו שהבין הש"ך ומה שהביא הש"ך ראיה ממה שכתב הראב"י בהרחיק שני שיטין הוא תמוה דהוא כתב כן להנך דמכשרי שני שיטין בשריר וקיים א"כ לא היה יכול להקשות עליהם דיכתוב עוד כיון דשני שיטין כשר בוודאי לא נלמוד אחר שריר וקיים ועל זה הוכיח הוא דילמא גייז ואז מודה דבאמת אם כתב שריר וקיים בשיטה קודם שני השיטות כשר ללמוד ממה שכתב אח"כ דהא וודאי לא הניחו חלק מחשש שמא

גייז אבל במחצה ושיטה לא שייך שמא גייז דיהא פסול כדברי הרב כאן ואם כתב שריר וקיים כשר ובאמת לא נוכל ללמוד אח"כ כיון דיכולין להניח מחצה ושיטה הילכך לעיל שפיר פוסק המחבר דמחצה ושיטה פסול ולא הגיה הרב כלום היינו בלי שריר וקיים בוודאי פסול אבל עכשיו בבא לפנינו שטר במחצה ושיטה חיישינן שמא היה כתוב שריר וקיים וגייז ליה דאז היה מותר להניח חלק ואי קשיא הא בב' שריר וקיים כשר לדידן א"כ יש לחוש הא ליתא דבלא"ה דברי המחבר תמוהין כמו שתמה שם הש"ך וע"כ דמיירי בשיטת חלק כמו שפירש הסמ"ע שם או שהיה כתוב הראשון בשיטה לפני ב' שיטות אחרונות כמו שפי' שם הע"ש או כמו שכתבתי שם דהמחבר לא מכשיר רק עד שריר וקיים הראשון ולא נפסל כל השטר אבל מודה דאין למידין מן השני כקושית הש"ך וכן פי' בתומים שם ועכ"פ לכל הפרושים כאן וודאי אין למידין כיון דבאמת יכול להניח מחצה ושיטה א"כ היאך נלמוד ואי דניחוש שימחוק הראשון ויקיימנו אח"כ הא ליתא דלא מהני קיום במקום שריר וקיים וכיון דמותר לסיים באמצע שיטה הוי הכל במקום שריר וקיים כל השיטה שלפני אחרונה וכללה הוא דנעוץ סופו בתחילתו והא בהא תליא והא דניחא ליה לרמ"א לפסוק כראב"י דתינח לשיטת ראב"י דמפרש האבעי' כך ופושט בזה דכשר א"כ מבואר דאין למידין בתר שריר וקיים הראשון בשיטה שלפני האחרונה ומותר להניח חלק ואם גייז ליה פסול אבל לדידן דמפרשינן האבעי' להיפך מנין לו כל זה שמא להיפך הא ליתא ואדרבא כיון דבשיטה ומחצה מבעי' לן על דרך זה א"כ למה לא נימא הכי גם במחצה ושיטה ואדרבא בברייתא סתמא קתני פחות מכן כשר וכן הרי"ף ורמב"ם זכרו בסתמא ש"מ דכל פחות מב' שיטין כשר ואפי' מחצה ושיטה כמו שכתב הראב"י וכבר הוכחתי לעיל סי' מ"ד וסי' זה בראיות ברורות דהפי' כדברי ראב"י דהאבעי' במחצה ושיטה ובשריר וקיים או בהחזיר מענינו של שטר וא"כ פשיטא דאין למידין בתר שריר וקיים בשיטה שלפני אחרונה ואם גייז ליה פסול כדברי הרמ"א כאן ודו"ק:

(כג) נמחק בפניהם. עש"ך ס"ק ל"א דהעדים לא ירגישו בשעה שיביאו לחתום וכו' והוא מדברי התוס' שם אבל הרשב"ם פי' שם וז"ל ואם יראו מקום חתימתן משונה במחיקה מן העליון לא יחתמו עכ"ל. מבואר דסובר דסומכין על ההיכר על העדים גופייהו רק דס"ד דאין צריכין לדקדק בזה רק הב"ד קמש"ל דהעדים. צריכין לדקדק בזה בעצמן וליכא למיחש אבל אין הכוונה שצריכין לראות המחיקה דוקא וצ"ע שלא זכרו הפוסקים דעתו כלל ואולי לפי שרוב הפוסקים חולקין עליו בזה. ויש להסתפק בזה אם העדים רואין דנמחק לפניהם ב' פעמים כל השטר עם מקום החתימות אם מותרין לחתום אי נימא דאם ימחוק עוד השטר פעם שלישית בביתו יהא ניכר בין נמחק ג' פעמים לנמחק ב'

פעמים או דנימא בין נמחק פעם אחת לב' יש היכר ולא בין ג' לב' וכן הדעת נוטה דאל"כ עד כמה הוא השיעור בזה דהיאך יעלה על הדעת שנאמר דלעולם יהא ניכר כל שהאחד נמחק יותר מחבירו פעם אחת ולפי זה לא יחתמו אם נמחק לפניהם ב' פעמים. והנה מדברי הרשב"ם הנ"ל מבואר להדיא דאפי' בב' כשר שהרי דעתו דאין צריכין לראות המחיקה רק שלא יהא שינוי בין שטר לעדים והשתא הא יש לחוש שמחק ב' פעמים ואי אפשר להרגיש בלי צד שכנגדו כמבואר בגמרא א"כ יחשבו שלא מחק הכל רק פעם אחת ויוכל לזייף שימחוק השטר פעם ג' אלא וודאי דסובר דכמו כן יוכלו ב"ד להבחין בין נמחק ג' לנמחק ב' אבל לדעת החולקין על רשב"ם והכי קיימא לן יש להסתפק כנ"ל. והנה מדברי התוס' בד"ה גופא ג"כ מבואר להדיא לכאורה דגם בזה יוכל להבחין דהביאו ראיה לפי' רבי דאל"כ מאי פריך דילמא שדי דיותא הא העדים יכירו וע"כ דקודם כתיבה אי אפשר להכיר וקשה מה בכך דיכירו הא יש לחוש שימחוק ב' פעמים השטר עם מקום העדים והם לא יכירו שאינה משונה כלל ואפילו ב"ד אינן מכירין בזה וע"כ דסבירי להו דהא לא איכפת לן שאם ימחוק השטר פעם ג' יכירו ב"ד אמ"כ דמקום עדים לא נמחק רק ב' אך יש לדחות דהשתא ס"ד דאפי' נמחק ב' לבד בלי צד שכנגדו מכירין ואח"כ הוא דמסיק דאין מכירין אפי' במגלתא אחריתי אבל בס"ד סובר דמכירין כמבואר בגמרא א"כ כיון דס"ד דתוס' דעדים מכירין כמו ב"ד א"כ העדים יכירו שנמחק ב' ולא יחתמו ממשש שימחוק השטר פעם ג' ועוד דמ"מ ראיית התוס' מהא דפריך דילמא שדי דיותא והוי אידי ואידי ב' פעמים וקשה הא בזה באמת אין לחוש דבזה יכירו העדים והוי ליה למימר דניחוש שמחק ושדי דיותא ב' פעמים. אך יש להוכיח מהא דפריך בש"ס וניחוש דילמא שדי דיותא והוי אידי ואידי ב' פעמים וקשה הא השתא ס"ד דבלי נמחק פעם אחת שכנגדו יכולין להכיר נמחק ב' א"כ אם יבואו לפנינו נמחק ב' פעמים נפסלנו דהא השתא נמי דמשני דעדים רואין המחיקה אין חותמין בנמחק ב' מחשש שימחוק פעם ג' ואינן ניכר בין ג' לב' א"כ השתא נמי מאי צורך לעדים לראות המחיקה כשיבוא לפנינו נמחק ב' פעמים נפסלנו דהוי שטר שיכול לזייף שימחוק שלישית ולא נכיר וע"כ צריך לומר דבאמת בנמחק ב' ג"כ כל שאין הפרש כשר שאם ימחוק שלישית נכיר בין ג' לב' ושפיר פריך והוצרך לומר דעדים רואין המחיקה ואין להקשות מ"מ מאי פריך וניחוש לישני דהא דעדים על המחק עם השטר כשר היינו דוקא בנמחק פעם אחת ולא בב' פעמים א"כ ליכא למיחש למידי הא ליתא דנימא ליה טפי לישנוי בעדים רואין דמשמע ליה דכל שאין שינוי כשר א"כ דין הנ"ל מוכרח וצ"ע ואפשר דתליא בהנך ב' גירסות שם דמי שגורס בקושיא שם ולישהיה אלמא דסובר דדוקא נמחק בן יומו לב' ניכר ולא

יותר וה"ה בזה ולדידן דלא גרסינן לה כמו שכתבו התוס' שם אם כן ה"ה הכא וכן נראה מסתימת המחברים:

כד ואם יש בין חתימת עד לשני ריוח וכו'. עיין תומים שכתב דאם יש ביניהם ריווח רק הם חתומים בשיטה אחת באורך השטר זה בראש וזה בסוף וריוח באמצע כשר דאין לחוש שהיה על הנייר ובאותו ריוח היה כתוב נמנו סהדי דהא אסור לעשות כן שהרי יכול לחתוך השטר בין העדים עד למעלה וימחוק לפני כל עד ויכתוב מאי דבעי ויצטרפו לשיטת התוס' ועל זה הקשה מדברי התוס' שכתבו בזה דאין רגילות ולא חשש זה ש"מ דפליגי ודחה זה דרצו לומר אף אי אין מצטרפין ודבריו תמוהין ולא עיין בתוס' שכתבו ליישב דברי ריב"ם דאין לחוש שמחק נחנו סהדי אם היא ב' שיטין ואין לכתבו על הנייר דיעשה ממנו ב' שטרות דמצטרפין ועל זה כתבו והיכן יש לחוש אם אחד חתום בראש ואחד בסוף ונחנו סהדי באמצע רק זה אין רגילות מבואר להדיא דאפי' אי מצטרפין אין לחוש בזה:

אך באמת יהיה איך שיהיה דין זה תמוה בעיני דהיאך יעלה על הדעת דשני עדים בשני שטרות בכהאי גוונא מצטרפין אפילו הוא והעד על המחק א"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו להכשיר שטר הבא על הנייר ועדיו על המחק אפילו בנחנו סהדי מ"מ הא כל בני אדם יכולין לעשות קנוניא על כל העולם וילכו ויכתבו להם שטרות כאילו ויחתכו למטה עד העד הראשון וימחקו ויכתבו שטר על כל מי שרוצים ובשני שטרות כאילו יוציאו ממון כיון דמצטרפין ומי ימחה בידם לכתוב שטרות כאלו ועוד כיון דכותבין שטר ללוה בלי מלוה בקנין לכ"ע א"כ ילך לעדים לכתוב לו שטר כזה וילך עוד לעדים לכתוב לו שטר כזה ויעשה כהנ"ל ויוציא שטר במאה מנה על כל מי שלבו חפץ והוא תמוה מאד וליכא למימר כיון דשטר הבא על הנייר ועדיו על המחק לא שכיח כמו שכתבו התוס' שם לא חיישינן לזה שיעשה כן א"כ מה זה שהקשו התוס' שם בד"ה גופא היאך שטר הבא הוא ועדיו על המחק כשר שמא היה קודם על הנייר והוא מחקו וקשה מאי קושיא וודאי בש"ס הקשו שפיר להיפך בעל הנייר הא הוי שטר שיכול לזייף ויעשנו על המחק אבל אם בא לפנינו על המחק לא חיישינן דהיה על הנייר דלא שכיח וע"כ דהא ליתא א"כ איך אפשר דשטר וע"א על המחק כשר הא יש לחוש דהיה על הנייר והוא חתכו ועל כל שטר יש לחוש כן וברור דבכהאי גוונא באמת אין מצטרפין רק אם הם כתובים על הנייר כמו כל שטרות והוא תמוה מאד לפע"ד וביותר אני תמה בתוס' גופא דשם פרק גט פשוט גבי הא דבעי שיטה ומחצה מאי כתבו התוס' דבזה פשיטא דכשר וקשה הא בזה תחת זה ג"כ יש לחוש שיעשה שני שטרות ומצטרפין וע"כ דסבירי להו כמו שכתב

הש"ך לעיל דדוקא אם הם כתובים ככל שטר אבל בשיטה אחת לכ"ע לא מצטרפי וא"כ הכא נמי נהי דמצטרפין אבל לא בשניהם על המחק ולפי זה ממילא אפילו הם חתומים בשיטה אחת וריוח ביניהם פסול כיון דבכהאי גוונא אין מצטרפין ועוד קשה לי לשיטת התוס' דהא הם גופא הקשו לעיל מתחילה דהיאך שטר הוא ועדיו על המחק כשר שמא היה על הנייר ומחקו ותרצו מה שתרצו והשתא בבא לפנינו ב' שטרות בכל אחד ע"א ושניהם עם העדים על המחק פשיטא דפסולים ג"כ מהך קושיא גופא דהיה שניהם על הנייר ובשני עדים ונחנו סהדי באמצע וחתך בשניהם השטר עם העד הראשון וזרק השאר וע"כ דבאמת פסולין א"כ מה זה שכתבו לריב"ם דחיישינן שיבוא בשני שטרות ואפשר לומר דאם שניהם חתוכים בלי גליון תחת העד כלל מודים דפסול וכאן לא מיירי רק באחד נחתך ולפ"ז לרבי דבכתב לבד אינו ניכר פשיטא דלעול' אין מצטרפין אפי' בגליון אם לא בגליון נייר גם לריב"ם בשטר הבא ועדיו על המחק ואין גליון למטה ויש ריוח מודה דפסול אבל קשה מנא להו לתוס' דבא' נחתך כשר בפרט דאין כאן רק ע"א ואפי' להרשב"א דלקמן ס"ק כ"ז לא שייך להכשיר הכא ודו"ק ולקמן אבאר דברי התוס' ולקמן סי' נ"א בס"ד ע"ש:

כה ואם כתבו העדים וכו' דין זה צריך בירור ודקדוק היטב והכל בדברי התוס' פרק גט פשוט בד"ה גופא לכן אבאר דברי התוס' על נכון והנה מתחילה הביאו מחלוקת ריב"ם ורבי באם יש ריווח בין חתימת העד לשני אם שניהם על המחק דלריב"ם כשר דאילו היה שם נחנו סהדי ומחקו היה ניכר דנמחק ב' פעמים ורבי חולק דבלי כתיבה אינו ניכר וצריך לומר דסובר אפי' יכתבו עכשיו אינו מועיל כיון שלא נכתב ביום שנמחק אינו דומה והא דפריך דילמא מוחק וחוזר ומוחק היינו שיכתוב מיד) והקשו התוס' לריב"ם שם דלדבריו על הנייר פסול ותרצו על זה ע"ש והנה הרב מהרש"א הבין כוונת התוס' שם דהקושיא יהא להיפך על הנייר כשר ועל המחק פסול ובתירוצם הבין דהכוונה דהשתא אם שניהם על המחק אין לחוש שמא היה על הנייר דמן הסתם לא יעשו על הנייר מחשש שיחתוך ויעשה שני שטרות אבל מתחילה על הנייר כשר דלא חיישינן אם הוא לפנינו על הנייר שמא יזייף ויעשה ב' שטרות הכלל דלפי פירושו דעת התוס' לריב"ם ג"כ דעל הנייר ג"כ כשר. והנה נראה דמה שהכריחו למהרש"א לפרש כן דאי ס"ד דכוונת התוס' באמת דעל הנייר פסול מחשש ב' שטרות א"כ למה להו לתוס' דאין לחוש שמחק וכל האריכות שם בפשיטות הוי להו לתרץ כיון דעיקר קושיתם דעל הנייר יש להכשיר טפי א"כ הוי להו לתרץ דאי אפשר להכשיר על הנייר משום שמא יחתוך ויעשה שני שטרות ועוד קשה דהא מעיקרא הקשו דלא מצינו חילוק בנחנו סהדי בין על

הנייר למחק א"כ לא תרצו על זה כלום ומזה הכריח מהרש"א פירושו ובאמת הא ליתא דהא פשיטא דלריב"ם פסול דהוי ליה שטר שיכול לזייף שיעשנו על המחק ויהא כשר וע"כ כמו שאפרש לקמן דלפי התירוץ של תוס' לא קשיא כלל דלא מצינו חילוק בזה] ודבריו תמוהין מאד כי ראשית דבריו מה שפירש בקושית התוס' תמוה מאד דהיאך אפשר שיהיה כוונת התוס' להקשות דעל המחק יפסל דמה חשש אם אנחנו סהדי יהא על המחק הא אם יעשנו שטר על המחק בוודאי יפסל דניחוש שמא היה כתוב אנחנו סהדי או על המחק או על הנייר ומה מקום קושיא יש בזה לפסלו ומה חשש זייוף יש בזה מה שעשה או שיעשה וכפי הנראה דמהרש"א הכריח זה חדא דאי הקושיא בפשיטות דנכשיר על הנייר ונפסול הוא ועדיו על המחק כשיש ריוח א"כ מה זה שכתבו דזה יש לפסול טפי הא לפי' ריב"ם באמת בזה יש לפסול טפי דעל הנייר הוי יכול לזייף משא"כ בהוא ועדיו על המחק ויש ריווח דליכא למיחש לריב"ם מידי:

אך באמת הא ליתא וכוונת התוס' כך דוודאי יש לפנינו בזה ב' דרכים או לפסול על הנייר אנתנו סהדי ולהכשיר בריווח אם שניהם על המחק או להיפך והשתא אם נפסול הבא לפנינו על הנייר נפסיד אותו שאין לחוש לזייוף כלל עד עכשיו והוא מפסיד באמת מעותיו בחנם משא"כ להיפך אם נפסול אותו שבא הוא ועדיו על המחק נפסלנו מחמת טענה דבאמת אין לו עליו כלום וכבר זייפו שהיה על הנייר קודם וזו היא כוונת התוס' דיותר יש להכשיר על הנייר שהרי בוודאי לא נעשה בו זייוף משא"כ בהוא ועדיו וכו' א"כ ממילא אם נפסלנו יהא על הנייר כשר גמור דעד עכשיו לא זייפו וגם אח"כ אין לחוש לזייוף ואין להקשות דמ"מ הא התוס' הקשו אח"כ למה פסלנו על הנייר בלי נחנו סהדי והוא ועדיו על המחק הכשירו יהא להיפך ותרצו דהוא על הנייר ועדים על המחק לא שכיח כ"ה וכתבו דהשתא מיתרצא הקושיא על ריב"ם דאנן סהדי על הנייר לא שכיח דיחתמו על הנייר והשתא בשלמא אי נימא דכוונת התוס' בקושיא כמו שפירש מהרש"א דהקושיא היתה בהוא על הנייר דנחנו סהדי על המחק יפסל ועל הנייר כשר א"כ תרווייהו מצד על הנייר לא שכיח לכך הוצרכו התוס' לחדש דלא שכיח נחנו סהדי על הנייר דיחתמו על הנייר משא"כ לפי הנ"ל דהקושיא היתה בהוא ועדיו על המחק יפסל ונחנו סהדי על הנייר יוכשר א"כ מה צורך לחדש לא שכיח אחר דיחתמו על הנייר הא בהא גופא מיושב דכל שטר הבא על הנייר ועדיו על המחק לא שכיח לכך יותר יש לפסול בזה ולכאורה פי' מהרש"א מוכרח. אך באמת הא ליתא דוודאי הוא ועדיו על המחק שכיח טפי כמו שכתבו התוס' אבל שיהא ריוח בין עד לעד כשיעור נחנו סהדי זה לא שכיח כמו על הנייר לכך הוצרכו התוספות לחדש דנחנו סהדי על הנייר לא

שכיח דיחתמו על הנייר וזה ברור בפרט שהוכחתי דאי אפשר לפרש כלל כפי' מהרש"א דמאיזה צד נפסול נחנו סהדי על המחק יהיו שניהם כשרים וליכא למיחש למידי וברור דכוונת התוס' כנ"ל דעל הנייר נחנו סהדי יהא כשר והוא ועדיו על המחק בריוח בינתיים פסול ועל זה תירצו התוס' כך דוודאי אם צמצמו וכתבו נחנו סהדי בפחות משני שיטין בוודאי היה בדין שיהא כשר אבל אם כתבו בשני שיטין בוודאי פסול מחשש שמא יעשה ב' שטרות ואפי' אם נפסול ריוח מחק לא יועיל לחשש זה כלל והשתא ממילא לא קשיא דמ"מ בפחות משני שיטין יהא כשר על הנייר והוא ועדיו על המחק בריוח פחות משני שיטין יפסול דבזה שפיר יש לחוש שהיה על הנייר הא ליתא דאי אפשר לפסול מחשש פחות משני שיטין כיון דמסתמא הרחיקו שני שיטין דמן הסתם אין כותבין אנחנו סהדי פחות מזה א"כ כיון שאי אפשר לפסול בזה ממילא ע"כ דאסור לכתוב על הנייר אפי' בפחות דהוי שטר שיכול לזייף כיון שאם יעשנו על המחק נכשרנו כיון דמסתמא לא כתבוהו בפחות ואי קשיא מ"מ למה לא נזכר חילוק דאנחנו סהדי על המחק הא לאו קושיא הוא דוודאי בקושיא דלא היה שום חילוק בין אם נפסול על הנייר או להיפך ואדרבא טפי יש להכשיר בזה א"כ אילו היה פסול היה נזכר חילוק כי מנין נדע דזה פסול וריוח בהוא ועדיו על המחק כשר ואדרבא הדעת נוטה להיפך אבל עכשיו שהכריחו התוס' בהכרח שהוא פסול לק"מ קושיא זו שאי אפשר שנאמר דכשר ואדרבא אילו היה ריוח בהוא ועדיו על המחק פסול היה נזכר חילוק דבזה יש להכשיר וע"כ דבאמת בזה כשר ונחנו סהדי על הנייר פסול וזה ברור:

ולפי זה מבואר מדברי התוס' דנחנו סהדי על הנייר פסול לכ"ע מחשש שיעשנו שני שטרות רק דלרבי נחנו סהדי בפחות מב' שיטין א"כ בזה כשר על הנייר ולהיפך בריוח על המחק פסול ולריב"ם גם בזה להיפך דמן הסתם אינו פחות וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו דין זה כלל ולשיטת ריב"ם פשיטא דפסול כיון דאם יהא הוא ועדיו על המחק וריוח בינתיים כשר א"כ הוי שטר שיכול לזייף רק אפי' לרבי עכ"פ בשני שיטין בוודאי פסול מחשש שני שטרות אך כל זה לשיטת התוס' אבל לפי מה שכתבתי לעיל והוכחתי דאפי' אי שני שטרות מצטרפין מ"מ בכהאי גוונא כשבאין הוא ועד על המחק לכ"ע אין מצטרפין א"כ בטל הך חששא לשיטת רבי וכשר לעולם על הנייר ונראה דמהאי טעמא לא זכר המחבר מזה כלל כיון דהוא אזיל בשיטת רבי שפסק בריוח בינתיים פסול א"כ הכא לעולם כשר על הנייר בין בשני שיטין בין בפחות כיון דאין מצטרפין וזה ברור. אך זהו לשיטת רבי אבל לשיטת ריב"ם נהי דמחשש דאין מצטרפין מותר אבל מהך חששא דיעשנו הוא ועדיו על המחק לא נמלטנו לשיטתו כיון דסובר בריוח כשר אך ממילא

היה נראה להכריע כרבי מהאי טעמא גופא מכח קושית התוס' שם על ריב"ם כיון דהך תירוץ דמצטרפין ליתא גם בלא"ה קשה היאך נאמר דמצטרפין א"כ יש לחוש בשטר הבא על הנייר אפי' יכתוב נחנו סהדי על המחק מ"מ יחתוך השטר למעלה עם העד הראשון וימחקו למעלה ויכתוב שטר על חשוד וישבע ויטול ודוחק לומר דלא חיישינן שישבע לשקר דהא בכל מקום חששו לזייוף אף דלא ימלט משבועת היסת [ואמת כי חשבתי כי זו היא כוונת התוס' שם שכתבו ואין לומר שיחתוך בשביל אחד דלאפוקי ממונא חשוד דלא מהימן אלא בשבועה ועיין מהרש"א ומהרש"ל במה שנתקשו בזה והגיהו בתוס' ולפי הנ"ל אין צורך להגיה רק ד' מתיבת דלאפוקי צריך להיות גבי תיבת חשוד והכוונה כך דאין לומר שיחתוך השטר בשביל אחד לאפוקי ממונא דחשוד ועל זה תרצו דלא מהימן אלא בשבועה ולא חיישינן ודו"ק]:

אמנם התוס' כתבו שם ליישב שיטת ריב"ם אח"כ בלא"ה דלא שכיח שיכתבו על הנייר דיחתמו על הנייר אמנם דברי התוס' אינם מובנים כלל דמעיקרא כשתרצו הך תירוץ דמצטרפין כתבו והיכן יש לחוש אם אחד בראש שיטה והשני בסוף ונחנו סהדי באמצע רק דאין רגילות לעשות כן ולא חיישינן ויש לתמוה א"כ ממילא לא היה צורך כלל לכל התירוץ דכמו כן במחתומים זה תחת זה בשני שיטין אין לחוש משום דאין רגילות וכמו שתרצו באמת אח"כ ונראה דכוונת התוס' כך דוודאי מעיקרא אין ליישב משום דאין רגילות דיחתמו על הנייר דלק"מ דיש לומר דהיה ריוח מחק שני שיטין בין שטר לאנחנו סהדי והשתא כיצד יעשו יחתמו על הנייר יפסל השטר דקיימא לן ב' שיטין חלק פוסל השטר אפי' נמחק ואדרבא כ"ש דיש לחוש שמחק חובתו והשתא הא קיימא לן דעדים אינן יכולין לצמצם לחתום סמוך לשטר א"כ העד הראשון הניח חלק שיטה א"כ אם יחתום העד השני על הנייר אצלו בלי נחנו סהדי פסול השטר שיעשנו כולו על המחק וליכא למימר דבאמת על המחק יפסול אם יהא ע"א על הנייר ובעל הנייר כשר הא ליתא דא"כ השתא נמי בתרווייהו על המחק יהא כן ולא יצטרך נחנו סהדי רק בשניהם הוא ועדיו על המחק וע"כ דגם בזה בעינן נחנו סהדי וא"כ הוכרח העד השני לחתום עצמו תחת הנייר על המחק ולכתוב נחנו סהדי על הנייר בינתיים ושפיר רגילות בזה אך לפי מה שהקשו תוס' דבאמת יהא להיפך דנחנו סהדי נבעי בשניהם על המחק ולא בהוא על הנייר ותרצו משום דהוא ועדיו על המחק שכיח טפי מעל הנייר ולפי זה ה"מ אם שניהם על המחק אבל ע"א על הנייר כנ"ל תרווייהו לא שכיח א"כ הדר הדין דבעל המחק יש לפסלו בלא נחנו סהדי ולא בעל הנייר כנ"ל א"כ שפיר תירצו התוס' דהשתא לא קשיא לריב"ם דאין רגילות לכתוב ב' שיטין על הנייר דאי דהיה ב' שיטין מחק בין שטר לנחנו

סהדי מ"מ יחתום ע"א על המחק והשני על הנייר וכשר בלי נחנו סהדי דליכא למיחש שיעשנו על המחק דאז יפסל בלי נחנו סהדי כקושית התוס' דבזה לא שייך התירוץ לא שכיח ולפי זה הך דיכתבו נחנו סהדי על הנייר בב' שיטין ובפחות במחלוקת שנויה כמו שבארנו ודו"ק היטב בכל הנ"ל:

כו והוא שכתבו עש"ך ס"ק ל"ג דלפי' ריב"ם ה"ה לפני חתימתן על המחק ולרבי לא דאינו ניכר ואי דיהא חלק לרבי שיעור אנחנו סהדי בשיטה אחת וכשר בחלק וכמו כן כתבו התוס' שם בד"ה אי עילאי ודברי התוס' אינם מדוקדקין כי כתבו לריב"ם דכשר שיהא ניכר ובאמת בלא"ה כיון דלריב"ם נחנו סהדי שני שיטין א"כ אם לא יכתוב בלא"ה יפסל ואם יכתוב יהא ניכר הזייוף לכ"ע דבכתיבה ניכר וצ"ע ונראה דה"ה לרבי יש היתר לפני חתימתן שימחקו שיטה סמוך לשטר ב' פעמים ושיטה אח"כ פעם אחת ויכתוב בה אנחנו סהדי והשתא ליכא למיחש למידי שאם ימחוק ולא יכתוב כלום יהא פסול כיון דשני שיטין חלק ואם יכתוב בשיטה הראשונה יהא ניכר הזייוף לכ"ע וזה ברור לפע"ד ודו"ק (כז) אפי' כתבו אנו העדים פי' הש"ך דהיינו לפני חתימתן דבין עד לעד בלא"ה פסול ודלא כהרשב"א לעיל סוף סי' מ"ד ועיין תומים סוף סי' מ"ד שהאריך להוכיח מדברי התוס' הנ"ל דסבירי להו כהרשב"א ונכנס בדרכים רחוקים דחוקים ע"ש ואני תמה כי מדברי התוס' מבואר כן להדיא כהרשב"א ודלא כש"ך שהרי כתבו ליישב פי' ריב"ם דלא חיישינן שיכתבו שני שיטין על הנייר דיש לחוש שיעשה ב' שטרות ופסול כמו בשני שיטין לפני העדים פסול כמו כן בין עד לעד ומזה הלשון מבואר ג"כ דלא כמהרש"א דלשיטתו אינו פסול כלל ודו"ק) והשתא אי ס"ד דהתוס' סבירי להו כדעת הש"ך א"כ קשה מ"מ הא אפילו יכתבו נחנו סהדי על המחק מ"מ יש חשש זה דיחתוך השטר העליון עם העד הראשון ויעשה עם אחד מן השוק קנוניא ויעשה לו עוד שטר כזה בע"א ויצטרפו וע"כ דלא חיישינן לע"א שיעיד בשקר כסברת הרשב"א וזה ברור:

על חו"מ סימן מו

א אמנה הוא כתב ב"י סימן פ"ב וז"ל מימרא פ"ב דכתובות ובספר גי"ת שער י"ז חלק א' האריך לתמוה מאין הוציא הב"י דין זה מפרק ב' דכתובות והש"ך לקמן סי' פ"ב תמה עליו דדין זה מוכרח מדברי רבא דקאמר לעולם דקאמר לוה וכדרב הונא מוכח להדיא דלמ"ד צריך לקיימו נאמן ובאמת שגם בספר גי"ת שם לא נעלם דבר זה [אך שכתב שזה רחוק ולפעד"נ שכל דברי הגי"ת נכונים וברורים דפשיטא דלא מוכח מהנ"ל מידי כמו שאבאר [גם מה שחידש דאפי' הלוה אומר שהעדים ידעו מאמנה נאמן וכ"כ בקצה"ח

ס"ק א' נלפע"ד ברור דליתא דליתא כמו שאבאר בסמוך בס"ד] דהא בהדיא כתבו התוס' כתובות י"ט ע"א ד"ה לעולם וז"ל וא"ת ואמאי לא קאמר נמי לעולם דקאמרי עדים וכר"ה וי"ל דשאני עדים דאלימי לאורעי שטרא אליבא דרבנן לא נימא ליה לאוקמא דלא כרבנן ע"כ וקשה הא התם מסקינן להדיא דלכ"ע אין העדים נאמנין לו' אמנה בלי שום חולק משום דמשוי נפשייהו רשיעי ורבנן לא קאמרי אלא באנוסי' מחמת נפשות דלא משוי נפשייהו רשיעי וכן בתוס' בד"ה מודה כתבו אבל אין לפ' משום חזקה שטרך בידי מאי בעי דא"כ באמנה מסקינן בסמוך אמילת' דרב דאינו נאמן ובאמנה לא שייך האי טעמא וקשה הא באמנה אפי' ר"נ מודה כמו שכתבו התוס' להדיא בד"ה ואיתא וד"ה עדים אלמא אף דפרוע נאמן אמנה לא ש"מ דיש טעם אחר באמנה מפרוע וע"כ לומר דכך כוונתם כיון דרבא מסיק כדאמר לוה וכדרב הונא וקשה קושיתם אמאי לא קאמר דקאמרי עדים וע"כ דלא סליק אדעתייהו טעמא דעולא כלל ולכך לא ניחא ליה לאוקמא דלא כרבנן וכן לא סליק אדעתייהו טעמא דר"נ לקמן אלא אמנה ופרוע חד טעמא אית להו ושפיר כתבו דאין לפרש משום שטרך בידי מאי בעי דא"כ באמנה מסקינן בסמוך אמילתא דרב והתם לא שייך האי טעמא וזה ברור בכוונת התוס' ונסתלקה קושית מהרש"א שם ולפי זה יפה כתב הגי"ת דמהתם אין ראיה כלל דוודאי רבא דע"כ לא אסיק אדעתיה שום טעם אחר באמנה מפרוע שפיר כתב דקאמר לוה וכדרב הונא דוקא אבל לפי האמת דמסיק דעדים שאחרי אמנה משוי נפשייהו רשיעי ולכ"ע אין נאמנין א"כ שפיר יש לומר שגם הלוה אינו נאמן שעושה עצמו רשע ואף דלדינא נראה לפע"ד דבאמת נאמן הלוה אפי' להשים עצמו רשע כמו שאבאר בסמוך וכ"כ הב"ח אבל מ"מ פשיטא שיפה כתב הגי"ת שאין זה מוכח מהך סוגיא דהתם כמו שבארנו וכן מבואר להדיא בספר אסיפת זקנים שם דעד דחדית לן רב אשי טעמא דאמנה משום דמשוי נפשייהו ס"ד דבהא לאו רשיעי כלל ע"ש בשם הרשב"א ורמב"ן ור"י מיגאש א"כ פשיטא דלא מוכח מהת' מידי וזה תמוה מאד:

וביותר קשה לי על הש"ך דהא בהדיא כתבו התוס' ד"ה אימא וד"ה עדים דאפי' ר"נ מודה באמנה דאינו נאמן משום דמרעי לשטרא וכן הוא בפסקי תוס' להדיא דהכי קיימא לן ואף דבעלמא הלכתא כמר בר רב אשי שאני הכא דבעיין דרבא אליבא אזיל כמו שכתב הש"ך סוף סי' זה וכן דעת רבינו האי ושאר פוסקים וא"כ קשה קושית הש"ך למה לא קאמר כדאמר לוה וכדרב הונא הא ר"נ בר פלוגתא מודה בזה ובע"כ כמו שכתבתי דרבא ע"כ לא אסיק אדעתיה שום טעם אחד באמנה מפרוע א"כ לפי האמת דר"נ ס"ל אף דפרוע נאמן אמנה לא א"כ לדידן נמי אף דפרוע נאמן אמנה לא ואף דבאמת על

המחבר לא קשיא דפסק כהרי"ף ורמב"ם דפסקו כמר בר רב אשי דקיימא לן כוותיה בכולה תלמודא בר ממיפך שבועה אבל דברי הב"י תמוה דהיאך כתב שהוא מימרא פ"ב דכתובות וביותר יש לתמוה על הש"ך דפסק סוף סי' זה כדעת רב האי וסייעתו דהלכה כר"ן א"כ פשיטא דלפי האמת אינו נאמן לומר אמנה. גם מה שתמה הש"ך על מה שכתב שהתוס' חולקין וכתב וז"ל הכל כשגגה הוא תמוה דבהדיא כתבו התוס' ד"ה אימא וד"ה עדים דבאמנה אפי' לר"נ אינו נאמן דסבירא ליה צריך לקיימו וכן בפסקי תוס' פסקו להדיא כר"נ והרי זה מבואר שהתוס' חולקין כדברי הרב בעל גי"ת גם מה שכתב בעל גי"ת לתמוה על הר"ן שכתב ומסקנא דגמרא הכי איתא דבריו נכונים שאין מן הגמרא שום הכרע שהאומר אמנה יהא נאמן למ"ד צריך לקיימו כמו שבארנו:

אמנם נראה לפע"ד עיקר לדעת הפוסקים כמר בר רב אשי נאמן לומר אמנה. אף דהעדים אינן נאמנים לעשות עצמן רשעים אבל הלוה לפטור עצמו מהימן לעשות עצמו רשע וכן נרא' לי לי להוכיח מהסוגיא שם דלישנא קמא קאמר רמב"ח לא שנא אלא מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים אפילו בסיפא ומקשה רבא עדים החתומים בשטר נעשה כמי שנחקרה בב"ד וכיון שהגיד וכו' ומסיק אריש לא שנא באנוסים מתחת נפשות אבל מחמת ממון אין נאמנים. והנה יש להבין לרמב"ח בלישנא קמא כיון דבסיפא מחמת נפשות נאמנים אלמא דלית ליה כיון שהגיד וכו' ומ"מ מחמ' ממון לא דמשוי נפשייהו רשיעי ומ"ש ברישא נאמנים מחמת ממון ואי משום מיגו הא בסיפא הוי עדים כיון דלית. ליה כיון שהגיד וכי מיגו עדיף מעדים ותו יש להבין מ"ש דרבא חזר בו דרישא מחמת ממון לא כיון דאהא לא הקשה כלום. לכן נראה לפע"ד ברור דנהי דקיימא לן אין אדם משים עצמו רשע היינו דוקא להאמינו בתורת עדות אבל כל שאינו נאמן בתורת עדות רק בתורת מיגו כמו בעל דבר יכול להשים עצמו רשע והשתא אתי שפיר דכבר נודע מה שהקשו תוס' בד"ה הרי אילו ברישא הא הוי מיגו במקום עדים ותרצו כיון דאצריכו קיום יכולין לחזור תכ"ד ולפי זה רמב"ח דלית ליה עדים החתומים כמי שנחקרה בב"ד א"כ שפיר נאמנין ברישא לאו בתורת עדות אלא בתורת בעל דבר דנאמן במיגו אפילו לעשות עצמו רשע אבל בסיפא דליכא מיגו רק להאמין בתורת עדות הילכך מחמת נפשות נאמנים דלית ליה עדים החתומים כנ"ל ולא הוי כיון שהגיד אבל מחמת ממון אין נאמנים בתורת עדות להשים עצמן רשעים ומיגו לית להו בסיפא אבל רבא דחדית לן דעדים החתומים נעשו כמי שנחקרה בב"ד וקם קושית התוס' הנ"ל דהוי מיגו במקום עדים ברישא וע"כ משום דיכולין לחזור תכ"ד וה"מ כשאומרים מחמת נפשות אבל מחמת ממון לא מהני חזרה כיון שאינן נאמנים בתורת עדות בזה ועדות ראשונה

קיים ואין כאן רק מיגו ומיגו במקום עדים לא אמרינן [ודו"ק היטב כי בזה מיושבין קושית הרבה ובחידושי הארכתי בזה] עכ"פ מוכח כהנ"ל דדוקא עדים אינן נאמנים בתורת עדות כל שמשימין עצמן רשעים אבל לוה בעצמו וודאי נאמן להשים עצמו רשע וכ"כ הב"מ. אמנם כל זה אם טוען אמנה שלא בידיעת עדים דלא משוי סהדי רשיעי אבל אם אומר אמנה בידיעת עדים דמשוי סהדי רשיעי נראה פשוט דלא מהימן ודלא כהש"ך כמו שאבאר דהא בהדיא כתבו התוס' בד"ה הרי אלו דעדים ג"כ לא היו נאמנים אפי' אם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר דהוי מיגו במקום עדים ואפילו באנוסים מחמת נפשות רק דעדים נאמנים דיכולין לחזור תכ"ד אבל הלוה שאומר על העדים שהיו רשעים הרי מיגו במקום עדים גמור הוא שאילו היו אותן העדים לפנינו בעצמן לא היו נאמנים וא"כ אנן סהדי שלא היו רשעים והיאך יהא הוא נאמן נגד עדים. והנה בספר הפלאה רוצה לומר דמיגו בעיקר עדים אמרינן כמו מיגו בעיקר הנאמנות ודבריו תמוהין דהא בהדיא כתב ב"י בטעם מחלוקתן של בעל העיטור ובעל התרומות דבעל העיטור סובר דהוי כמיגו במקו' עדים ובעה"ת סובר דלא אלים נאמנות כעדים הרי להדיא דמיגו בעיקר עדים לכ"ע לא אמרינן ולא ידעתי היאך עלה על דעתו לומר כן דבהדיא מבואר בש"מ לכתובות בשם כמה ראשונים דאפילו מיגו בעיקר החזרה מבעיא לן וכ"ש מיגו בעיקר עדים. לכן נראה לפע"ד ברור דאם הלוה אומר דעדים ידעו מזה פשיטא דאינו נאמן דהוי מיגו במקום עדים כנ"ל: אמנם הרב הש"ך כל יסודו על דברי הרב הנ"י פרק מי שמת דנאמן הלוה לומר קטן היה ואף דאם עדים אומרים קטן היה אין נאמנים דמשוי נפשייהו רשיעי כמבואר בתשובת הרשב"א הובא בב"י מחודש ל"ט דכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשעים ואומר אני אף אם יהיבנא ליה הא דדעת הנ"י כן מ"מ כל גדולי הפוסקים הראשונים חולקין עליו בזה כמו שאבאר וז"ל הרשב"א בחידושיו הובא באסיפת זקנים לכתובות פרק האשה שנתארמלה וא"ת נהימניה במיגו דאי בעי מחיל א"נ דאי בעי קליה יש מתרצים כיון דמשוי לעדים ברשיעי וגם עושה עצמו רשע ריע טענתו ולא מהימנינן ליה משום מינו ואינו מיושב כל הצורך דהא משמע דהשתא אכתי לא ידעינן לטעמא דעולא ורב אשי הוא דחדית לה עכ"ל משמע דלפי האמת דאיכא עולה באמנה לא אמרינן מיגו לעשות עדים רשעים ומה התם שהמלוה מודה בעצמו שאין לו על הלוה כלום וחב לאחרים לא הוי דאי. בעי מחיל ליה [ובע"כ צריך לומר כן דאל"כ בלא"ה לא מהני מיגו דהוי במקום עדים כמו שכתבו התוס' בד"ה הרי אילו וע"כ משום הודאת בעל דין נגעו בה] מ"מ אינו נאמן לעשות עדים רשעים כ"ש הלוה שהוא טוען לזכותו שאינו נאמן במיגו וז"ב. וכן כ' הראב"ד להדיא הובא בחידושי הרמב"ן ז"ל וז"ל

שם ותירץ הראב"ד ז"ל משום דאמנה עולה הוא ולא מהימן לו' מידי דעול' דעדים חתימי אעולה ואיכא למידק עלה דהא השתא אכתי לא ס"ד הך סברא ואיכא למימר דאה"נ דלא ס"ד הא דאמר רב שישא ברי' דרב אידי דעדים לא מהימני מיהו הא דאמר רב כהנא דאסור לשהות שטר אמנה ידעינן לה הילכך לא מהימן משום מיגו לישווי סהדי רשיעי כך כתב הרב ז"ל עכ"ל. הרי לך דעת הרמב"ן והראב"ד כדעת הרשב"א הנ"ל וגדולה מזו נראה מדברי הראב"ד ורמב"ן הנ"ל דאפי' למאי דס"ד דעדים גופייהו מהימני מ"מ המלוה אינו נאמן לישווי סהדי רשיעי א"כ כ"ש השתא דעדים גופייהו לא מהימני דאין הלוה נאמן דהוא מחש להכחיש עדים ואף שהרמב"ן ז"ל כתב ע"ז ולא נהירא בטעמא ועוד דאמנה דמלוה לא משוי סהדי רשיעי שמא בינו לבינו היתה האמנה וכו' מ"מ לפי השגה השניה פשיטא דהלוה שאומר בפי' שהעדים ידעו מזה שאינו נאמן ואפי' להשגה ראשונה נרא' פשוט דכוונתו כיון דס"ד דעדים גופייה ונאמנין פשיטא דגם המלוה נאמן דאי אין המלוה נאמן דמשוי סהדי רשיעי א"כ גם העדים לא היו נאמנים דזה מוסכם שאין אדם משים עצמו רשע. ועוד נר' דכוונתו כיון שהוא מודה בעצמו וחב לאחרים לא הוי והודאת בע"ד כמאה עדים דמי לא איכפת לן במה דמשוי סהדי רשיעי אבל לוה שאומר לזכותו ועושה בפי' עדים רשעים פשיטא שאינו נאמן במיגו גם בחידושי הר"י מיגאש כתב שם וז"ל תדע דהא לענין עדים אמרינן דלא מהימני משום דרב כהנא הרי למדת אף דאיכא למימר מיגו כיון דקאמרי מידי דעולה לא מהימני ה"נ אף דבידו למחלו כיון דקאמר מידי דעולה לא מהימן הרי לך דעת הרשב"א והראב"ד והרמב"ן והר"י מיגאש דאינו נאמן במיגו לעשות עדים רשעים. ולפי זה צריך לומר דהרשב"א שהביא ב"י מחודש ל"ט דכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשעים חולק על הנ"י הנ"ל דאם לוה אומר קטן היה אינו נאמן:

אבל באמת זהו לפי הבנת הש"ך בדברי הנ"י הנ"ל אבל לפע"ד שלא היה זאת דעת הנ"י כמו שאבאר והוא דהיאך אפשר דכוונת הנ"י דאף שעושה עדים רשעים נאמן דהא כתב שם ואע"ג דבב"ב מבעי' לן אי אמרינן מיגו במקום חזקה לא כל החזקות שוות וכוונתו דהא נמי חזקה הוא אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול ויש לתמוה דמשמע מדבריו דחזקה דת"ז עדיף מהך חזקה וזה מבואר בהיפך דהא חזקה דת"ז אילו עדי' מעידין דפרע ת"ז נאמנין כמבואר להדיא בכל הפוסקים וכאן אפילו עדים אינן נאמנים וא"כ כאן עדיף טפי וע"כ צריך לומר דוודאי מדקאמר ר"ל חזקה אין העדים חותמין וקשה מאי קאמר חזקה הא עדים גמורים הוא כיון שאין עדים נאמנים וע"כ דוודאי אם חתמו ולא בדקו או שבדקו וידעו שהוא קטן אז הם רשעים באמת וזהו הוי

כעדים ומודה הנ"י דאין הלוה נאמן אך חזקה דר"ל היינו כמו שכתב בש"מ דיש כמה בני אדם שהם גדולים בקומה וקטנים בשנים ופעמים משכחת לה שטעו שהוא גדול ובזה אם נותנין אמתלא לדבריהם נאמנים אבל מ"מ חזקה יש שהעדים וודאי בדקו עד שידעו בבירור שהוא קטן הילכך הלוה שאומר קטן היה אינו משים העדים רשעים שאפשר שטעו כנ"ל רק חזקה הוא דוודאי לא טעו ועל זה מתרץ הנ"י לא כל החזקות שוות דחזקה דת"ז עדיפא וזה פשוט ולפ"ז מבואר מדברי הנ"י הנ"ל שכל שהוא נגד עדים שהוא או' בפי' שהם רשעים בוודאי אינו נאמן מכ"ש מחזקה דת"ז כנ"ל ולפי זה מה שכתב ב"י בשם הרשב"א דכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשיעי או דחולק באמת על הנ"י בזה דלא מהני אמתלא כלל או דמיירי ג"כ שאין נותנין אמתלא למה לא בדקו אבל מ"מ בהא כ"ע מודו שאין הלוה נאמן לעשות עדים רשעים במיגו נמצא כיון דכל גדולי הפוסקים הנ"ל סוברים שאין הלוה נאמן לעשות עדים רשעים ועיקר יסודתו של הש"ך על דברי הנ"י הנ"ל וכבר בארנו שלא היה זאת דעת הנ"י הכי נקטינן. ובתומים סי' פ"ב ס"ק א' כתב שאין צורך להש"ך להביא ראיה מהנ"י פ' מי שמת דמן הש"ס גופא מוכח כן דאל"כ למה קאמר כדאמר לוה וכדרב הונא לימא כגון שהעדים יודעים באמנה ואפילו למ"ד צריך לקיימו אינו נאמן ודבריו תמוהין דהא התוס' הקשו אמאי לא קאמר דקאמרי עדים וכדרב הונא ותרצו דלא ניחא ליה לאוקמא דלא כרבנן דס"ל אלימי עדים לאורעי שטרא וא"כ לפי דבריו מה יענה לדברי התוס' הללו אכתי קשה אמאי לא קאמר דקאמרי עדים ואפי' לרבנן אין נאמנים דמשוי נפשייהו רשיעי וע"כ דהשתא אכתי לא אסיק אדעתין מהך דרב כהנא ורב אשי הוא דחדית לה וכמו שכתבו הרשב"א והרמב"ן הנ"ל וכמו שהוכחתי לעיל בראיות ברורות אם כן היאך יאמר דקאמר לוה בידיעת עדים דמה בכך הא לא משוי סהדי רשיעי כלל לס"ד אבל לפי המסקנא פשיטא דאינו נאמן כמו שהוכחתי וזה ברור:

ב או כתבתי ללות. ב"י והסמ"ע פירשו שטוען ממנו נפל ומצאו זה והקשה ה"ה פרק י"ב מהלכות גירושין דבגט שאינו מקויים פסק שם הרמב"ם דאם הבעל טוען ממני נפל אינו נאמן אף דאיכא מיגו ותירץ שם שאינו דומה דין הממון לדין האסורין ותמה הרב בעל קצה"ח מסוגיא דפרק כל הגט קטנה הוא דלא מצי מגרש הא גדולה מצי מגרש וכו' ש"מ שני יוסף בן שמעון וכו' ומאי קאמר דילמא שאני ממון מאיסור כמו שכתב ה"ה ומן הטעם הזה פי' אמנה בידיעת עדים וכתבתי ללות שלא בידיעת עדים. והנה מלבד מה דכבר הוכחתי מקודם שאם אומר אמנה בידיעת עדים אינו נאמן לכ"ע אלא אף לדעת הש"ך הנ"ל דבריו תמוהין דא"כ אמנה גרע טפי מכתבתי ללות והיאך קתני כתבתי ללות

אח"כ ועוד דהא כתבתי ללות היינו ממש אמנה רק שאינו עושה עדים רשעים וכיון דתני אמנה כתבתי ללות פשיטא דכי משום שאינו עושה עדים רשעים לא יהא נאמן ותרי זימני אמנה למה לי גם הטור התחיל לומר מזוייף ואחר כך פרוע ואחר כך אמנה דבכל אחד הוי רבותא טפי והיאך יאמר המחבר כתבתי ללות אחר אמנה לפי פי' הרב ז"ל. אמנם נראה לפע"ד לפרש דברי ה"ה כך והוא קרוב לדרך התומים אך לא יקשה עליו קושית הקצה"ח והוא דכאן וודאי לא מיזדהר כ"כ כיון שאינו מקויים הוא יודע שיכול לטעון מזוייף משא"כ התם אף שיכול לטעון מזוייף ירא שמא תלך למקום אחר ותנשא בו משא"כ התם בשני יוסף בן שמעון דהחשש הוא ממלוה בוודאי כל אדם מזהר זהיר בממונו ובשטרותיו שאפי' לא ימצאנו שום אדם יפסיד והא פשיטא דחייש טפי מגט משא"כ הכא דהחשש הוא מלוה אם כן איכא תרתי למעליותא חדא דהחשש הוא שמא ימצאנו המלוה דוקא ואף אם ימצאנו יטעון מזוייף הילכך שפיר באיסור מיזדהר טפי שמא תלך למקום אחר משא"כ התם נהי דהקטנה מזדהרא שמא תמצאנו חברתה אבל פשיטא דביוסף ב"ש דחייש מלוה טפי שאם יאבד לא יגבה חובו ובוודאי מיזהר זהיר בי' וזה פשוט. איברא דהמעיין בתוס' יבמות קט"ו בד"ה מאי אמרת יראה דבלא"ה לק"מ קושית קצה"ח די"ל דהרמב"ם מפרש כאינך פרושים בתוס' שם דשם הקושיא כמו דבגט לא חיישינן שמא מסרה לחברתה לצור על פי צלוחיתו כן בשני יוסף בן שמעון ע"ש:

אמנם בעיקר מה שחילק ה"ה בין גט לממון הוא דוחק גדול כמו שכתב בתומים לכן נראה לפע"ד ליישב קושית ה"ה בפשיטות ואולי גם ה"ה נתכוון לזה כמו שאבאר והוא דיש להבין בתוס' כתובות י"ט ע"א בד"ה מודה שהקשו וא"ת ואמאי לא מהימן לומר פרוע במיגו דמזוייף ויש לומר דירא לומר מזוייף פן יכחישוהו וליכא מיגו וכו' עד סוף הדיבור ואין לומר משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דבסמוך מסקינן אמילתא דרב דלא מהימן וכל משכיל ישתומם בדברי התוס' הללו כי נראה כאילו הם באו בקושיא מחודשת אמאי לא מהימן במיגו הלא זה היה קושית המקשן לר"מ אנוסים מ"ט ופירש"י אמאי לא נימא הפה שאסר ועל זה מתרץ כדרב הונא אמר רב והוי להו להקשות אכתי קשה נהימניה במיגו גם הוי להו להקשות על עדים ולא אלוה שהרי הם בעצמם פירשו מקודם דהא דמשני כדר"ה הפי' כמו שאומר ר"ה בלוה כן אומר ר"מ בעדים וא"כ לא תירץ כלום אקושיא שהקשה ר"ח מ"ט דגם מה שתרצו דירא לומר מזוייף פן יכחישוהו נראה פשוט דזה לא שייך בעדים וא"כ אכתי היאך מדמה דר"ה לעדים. תו מה שכתבו אבל אין לפרש משום חזקה שטרך בידי מאי בעי דא"כ באמנה מסקינן בסמוך אמילתא דרב דאינו נאמן וקשה הא בעדים לא שייך האי טעמא כלל ובשלמא לפירש"י אתי שפיר

ודו"ק אבל לפי' התוס' בעצמם מקודם קשה תו קשה מה שכתבו דירא לומר מזוייף וכו' משמע לדידן אמרינן מיגו כי האי ולא חיישינן לזה דהא קיימא לן דצריך לקיימו. ובאמת מבואר בכמה מקומות דהאי מיגו לא אמרינן גם מצינו בשכרו שלא בעדים משמע אף שאין העדים לפנינו אינו נאמן במיגו כמו שכתב בתומים סי' פ"ט ע"ש וראיתי מי שרוצה לחלק דהיכי דאיכא נפקותא אמרינן מיגו כי האי והיכי דליכא נפקותא רק העזה בעלמא אמרינן ולפי זה הכא ליכא נפקותא דסוף סוף חייב לשלם רק העזה שיהא מוכחש מעדים והוא תמוה דמ"מ לדידן תקשי דחייב לישבע היסת ויפסל לעדות ולשבועה כשיטעון מזוייף משא"כ פרוע גם יש לדקדק בסוגיא שם דקאמר ליה ומר היכי ס"ל אמר ליה כי אתי לקמן לדינא אמרינן ליה זילי קיימו שטרייכו וחותו לדינא וקשה בפשיטות הוי ליה לומר אנא סבירא ליה צריך לקיימו ומה לו כל האריכות הזה:

לכן נראה לפע"ד לפרש דברי התוס' בפשיטות ולק"מ מכל הנ"ל כמו שיתבאר דוודאי הפרש גדול בין אם נאמן במיגו או הפה שאסר הפה שהתיר דמיגו הוא שאנחנו נכריח שהוא טוען אמת דאי שקר היה יכול לטעון כך ויפטר ולפי זה כל שיש לדחות ההכרח שיותר טוב לו לטעון כמו שהוא טוען שוב ליכא מיגו אמנם הפה שאסר אינו בגדר זה כלל אלא כל כמה שהוא בעצמו חידש כל הכח שאנו רוצין לחייבו ע"י זה כגון שטר שאינו מקויים דבלי הלוה הוי כחספא בעלמא ואין תורת שטר עליו כלל והוא בעצמו חידש לנו זה שעשאו שטר וכיון שע"י דיבורו נעשה שטר אי אפשר לדון בו כדין שטר גמור אלא כמו שאם לא היה אומר שהוא שטר והיה נשאר כמות שהוא בחזקת חספא בעלמא ובזה אינו נאמן מצד הכרח שאומר אמת אלא מצד שאנו דנין בזה כמו שלא היה אומר כיון שעל פיו נעשה שטר ותכ"ד אומר פרוע ולולא זה חספא בעלמא ובדבר זה פליגי ר"מ ורבנן לשיטת התוס' שם דרבנן סברי כיון דרבנן אצריכו קיום שוב כל שטר שלא נתקיים חספא בעלמא הוא שהרי אם לא היה הלוה טוען מזוייף כלל אי אפשר לגבות בו כלל ובחזקת מזוייף הוא ואינו בגדר שטר וכיון שהוא מודה שכתבו או העדים הוא בעצמו עשאו שטר והפה שאסר הפה שהתיר דפרוע הוא אמנם ר' מאיר סובר כיון דמדאורייתא לא בעינן קיום כל כמה דאין הלוה מכחיש בחזקת מקויים הוא [ואף דאפי' למ"ד אין צורך לקיימו טוענין מזוייף שלא בפניו כמו שכתבו התוס' גיטין ד"א בד"ה ואם מ"מ בחזקת מקויים הוא רק דחיישינן שמא אם היה לפנינו היה מכחיש אבל כשהוא כאן כל דלא טעין בחזקת מקויים הוא ועיין לקמן ס"ק ו'] וא"כ אם הלוה מודה שכתבו או העדים לא על פיהם נעשה שטר רק העדר הכחשה שאינו מכחיש שהיה יכול להכחיש שהוא מזוייף ולבטלו מתורת שטר וזה אינו בגדר הפה שאסר מה שהיה יכול לבטלו

ע"י הכחשה שהוא מזוייף והפה שאסר הוא שבלי דבריו הוא חספא בעלמא וע"י נעשה שטר משא"כ הכא דמדאורייתא לא בעינן קיום רק חכמים אצריכו קיום והיינו דוקא כשהוא מכחיש אבל בלא"ה חזר הדבר לדין תורה ואין כאן הפה שאסר כלל רק מיגו כמו כל מיגות לזה הקשו תוס' מחדש וא"ת ואמאי לא מהימן במיגו דאי בעי אמר מזוייף נהי דהפה שאסר לא הוי כנ"ל אכתי מיגו איכא ככל מיגו שבעולם שהיה יכול להכחיש ולטעון כך ובהכרח שהוא אומר אמת ולזה בעדים לא קשיא להו לתוס' דכיון דלמ"ד אין צריך לקיימו לא הוי הפה שאסר וע"כ משום דבלי עדותם בחזקת מקויים הוא א"כ לא מהני מיגו דהוי כמיגו במקום עדים דכל כמה דהוא בחזקת מקויים אנן סהדי שלא היו אנוסים כמו שכתבו התוס' שם בד"ה הרי אלו ותירץ התוס' שם פשיטא דלא סבירא ליה לר"מ ודו"ק אמנם בלוה שטוען פרוע דאפי' בשטר מקויים אין כאן רק חזקה שטרך בידי מאי בעי וכיון דאיכא מיגו מה בכך דלא הוי הפה שאסר להימניה במיגו דאי בעי הוי מכחיש שהוא מזוייף ועל זה תרצו דירא לומר מזוייף פן יכחישוהו וכיון שיותר טוב לו לטעון פרוע שוב ליכא הכרח שאומר אמת מכח המיגו והיינו דקאמר ר"נ כי אתי לקמן לדינא אמרינן זילו קיימו וכו' וכוונתו ליתן טעם לדבריו מפני מה הוי הפה שאסר שאם הם באין לדון אמרינן זילו קיימו ואין כאן התחלת דין בלי קיום שכל זמן שאינו מקויים חספא בעלמא הוא ובחזקת מזוייף הוא הילכך כשהלוה מודה שכתבו וטוען פרוע נאמן מכח הפה שאסר ולפי זה דוקא למ"ד אין צריך לקיימו דקושית תוס' מכח מיגו שפיר תירצו דליכא מיגו אבל לדידן דקיימא לן צריך לקיימו ואין הטעם משום מיגו רק הפה שאסר אם כן מה בכך דירא לומר מזוייף סוף סוף לולא הלוה חספא בעלמא והוא אחשביה לשטר ואנו דנין על פיו והוא אומר פרוע ואי אפשר לדון אותו רק כמו בלי דיבורו כלל וכן מורה הלשון צריך לקיימו דהכוונה שלא יועיל למלוה קיום הלוה כלום שכל מה שיטעון לפטור עצמו יהא נאמן ולא יזיק לו קיום שלו [ואפי' היה חוזר תכ"ד היה נאמן כ"ש שאומר תכ"ד פרוע) והשתא לק"מ מכל הנ"ל דוק ותשכח [ובהכי ניחא מה שנתעורר בתומים לקמן בדברי התוס' שכתבו ופי' בקונטרס דמשמע דחד תירוץ הוא ותרווייהו צריכי ובאמת הוא לכאורה תירוץ בפני עצמו ולפי הנ"ל ניחא דבלא"ה יש להבין מה בכך דדבר תורה אין צריך קיום הא מ"מ איכא, מיגו ולפי הנ"ל ניחא דוודאי מיגו בלא"ה ליכא כמו שתרצו התוס' קודם דירא לומר מזוייף רק לפי שאין זה מספיק רק לסלק המיגו ולא הפה שאסר כתבו דפי' הקונטרס דדבר תורה אין צריך קיום וכו' א"כ לא הוי הפה שאסר ומיגו ליכא דירא לומר מזוייף וכו' ודו"ק]:

והשתא לק"מ על הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין דוודאי כתבתי ללות ולא לוה טענה גרועה היא והוי חזקה אלימתא טפי מחזקה שטרך בידי מאי בעי כיון דהוא נפילה דיחיד אמנם כאן דבלי דיבורו חספא בעלמא הוא והוא אחשביה לשטרא א"כ מה בכך דהוי חזקה אלימתא הרי בלי דיבורו בלא"ה חספא בעלמא הוא ולאו מתורת מיגו אתינן עלה משא"כ בגט בהדיא כתב הרמב"ם מקודם שאם הוציאה גט ואין עליו עוררין גט כשר הוא ונאמנת לינשא וכן כתבו התוס' גיטין ד"א ע"א בד"ה ואם והשתא כיון דבלי עירעור דבעל בחזקת גט כשר הוא וא"כ כשהוא אומר ממני נפל לאו הפה שאסר הוא כלל אלא שנאמינהו במיגו שהיה מכחיש והיה אומר מזוייף ופשיטא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה אלימתא כי האי הילכך לא מהימן בטענת נפילה כן נראה לי ברור ואפשר שגם ה"ה כיוון לזה וכוונתו שאינו דומה דין האיסורין לממון דממון בלי טענת הלוה חספא בעלמא הוא משא"כ באיסור כל שאין עליו עוררין בחזקת היתר הוא ואין כאן רק מיגו ולא מהני במקום חזקה אלימתא משא"כ הפה שאסר החזקה גופא הוא אחשביה ובלי דיבורו חספא הוא ויהיה איך שיהיה כוונת ה"ה נראה ברור כמו שכתבתי ועל דרך זה יתיישבו דברי הב"ח בסמוך התמוהין ויתבאר בס"ק שאחר זה ודו"ק היטב:

ג ואם קיימו המלוה אחר כך הרי הוא כשאר שטרות פי' הב"ח דקמש"ל לטרוף לקוחות למפרע ואין לפרש דקמש"ל אף שנשבע מועיל קיום דהא צריך לבטל השטר קודם השבועה והנה דבריו מורין שאם לא טען הלוה לבטל השטר אנן מבטלינן ליה כמו במלוה על המשכון שהרי מזה נובע כל דין זה וכמו התם אנן חיישינן לשבועה לבטלה כן הכא דאל"כ אלא אם לא טעין לא מבטלינן ליה אינו הכרח לומר דקמש"ל לטרוף לקוחו' למפרע עדיין יש לומר דקמש"ל לאחר שבועה מועיל קיום ולא מהני שבועתו וע"כ דכוונת הב"ח דאפי' לא טעין אנן מבטלינן ליה והנה הסמ"ע כתב ג"כ דקמש"ל לטרוף לקוחות למפרע משמע דסבירא לי' כדעת הב"ח הנ"ל וקשה דבסי' פ"ז סעיף ל"א פירשו הסמ"ע והב"ח דהיינו בשלא טען מתחילה קודם שנשבע בטל כל שטר כמ"ש לעיל סי' ע"ה הרי להדיא דאי לא טעין הלוה לא בטלינן ליה וא"כ דבריהם סותרין לכאורה ובאמת התם בספ"ז גופא קשה שהרי דין זה הוציאו הגאוני' (ממלוה על המשכון והתם ב"ד גופא חששו לשבועה לבטל' ולזה כיוון הרב בעל ש"י לקמן סוף סע"ה שהקשה מהך דסוף סי' פ"ו סל"א ותירץ דהת' אין לחשדו שלא נאבד השטר משא"כ בהך דסע"ה שלא הזכי' מתחילה שטר יש לחוש לערמה והש"ך שם ס"ק פ"ה תמה עליו דהתם שאני שלא טען הלוה בטל כל שטר ולפי הנ"ל דברי הש"י נכונים דפשיטא שאפי' בלי טענת הלוה מבטלינן השטר וכן דעת הב"ח והסמ"ע כאן [ובלא"ה אני תמה על הש"ך דבסי' פ"ב ס"ק

ד' כתב להדיא דאפי' לא טען הלוה מבטלינן ליה ומטעמא אחרינא דאנן טוענין לזכותו בכל מה שיש לפטרו ובאמת יתבאר בסמוך שאין זה נכון דלא שייך כאן לטעון לזכותו אמנם דבריו תמוהין שהרי בסי' ע"ה ס"ק פ"ה כתב להדיא שאם לא טען לא מבטלינן ליה] וכמו שהוכחתי קודם ונראה שגם הסמ"ע והב"ח כיוונו לסברת הש"י הנ"ל רק דבהא פליגי עליה דאם טען הלוה לבטל שטר אין לכופו לישבע עד שיבטלנו ואף בהך דסי' פ"ז רק אנן לא חיישינן לבטלו כסברת הש"י הנ"ל ואף דבמשכון חששו היינו משום דמלוה ידע מאן עייל ונפיק בביתיה כמבואר בהמפקיד הילכך חששו שמא ימצאנו משא"כ גבי שטר כיון דלא חשדינן ליה למשקר כסברת הש"י הנ"ל שוב אין לחוש אמנם אם הלוה רוצה דוקא שיבטלנו אין לכופו אבל הכא שהשטר לפנינו פשיטא דאפי' לא טעין אנן חיישינן דוודאי יחזור אחר עדים לקיימו ודמי שפיר למלוה על המשכון ואולי גם הש"י מודה בהך דסי' פ"ז דאם טעין מבטלינן ליה רק בא ליישב בלא טעין ודו"ק. והנה הש"ך סימן פ"ב ס"ק ד' האריך להשיג על הב"ח וכל עיקר קושיתו ממה שכתב הרמב"ם וישבע היסת ואם קיימו אח"כ וכו'. ובאמת אי משום הא לא איריא דפשיטא שיש לפרש דברי הרמב"ם ואם קיימו אח"כ קאי אמקודם שעדיין לא נשבע רק אחר טענותיהם קיימו גובה מלקוחות למפרע וכן בבעל התרומות כתב כדברי הרמב"ם ומ"מ נסתפק בעל גי"ת אם צריך לבטל השטר או לא אך אי קשיא הא קשיא דהא העיקר דנאמן הוא משום מיגו דמזוייף ואי כדעת הב"ח מאי מיגו היא זו הא במזוייף לא יבטל השטר כמו שכתב הב"ח בעצמו ובפרוע יצטרך לבטל השטר או לא ישבע וכן הקשה בתומים סי' פ"ב וזה תמיה עצומה לשיטת הב"ח וסמ"ע וגי"ת הנ"ל:

אבל לפעד"נ דלק"מ על הב"ח דכבר בארנו דלמ"ד צריך לקיימו לאו מתורת מיגו אתינן עלה רק מכח הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואין לו' כיון דבמזוייף לא מבטלינן השטר א"כ על ביטול השטר לא שייך הפה שאסר שהרי אם לא הודה כלל שכתבו לא מבטלינן השטר ולמה יגרע עכשיו דמבטלינן השטר הא ליתא דאנן לאו מכח הלוה מבטלינן אלא אנן הוא דחיישינן לשבועה לבטלה כמו במלוה על המשכון וכמו שבארנו מקודם א"כ לחייבו לשלם אי אפשר מכח הפה שאסר שהוא אינו רוצה בביטול השטר ולהשביע בלי ביטול אי אפשר דחיישינן לשבועה לבטלה כנ"ל הילכך בהכרח צריך לבטל השטר אבל אם היה נאמן מטעם מיגו אף דאנן חיישינן מ"מ מהאי טעמא היה חייב לשלם כיון דליכא מיגו שהוא יודע דבזה מבטלין משא"כ במזוייף אבל לפי מה שבארנו בס"ק הקודם דהעיקר הוא מכח הפה שאסר לק"מ ודו"ק: ויש להביא ראיה לשיטת הב"ח הנ"ל מדברי התוספות שהבאתי בס"ק לפני זה שכתבו דליכא מיגו דירא לומר מזוייף פן

יכחישוהו והנה אין לפרש דיש נ"מ לענין חייוב ופטור דהא סוף סוף יתחייב לשלם ואי נימא דכוונת התוספות פן יכחישוהו והוי העזה ואף דליפטר ממון אמרינן העזה הכא שאני שהוא להכחיש שני עדים הוי העזה טפי ועוד דלדידן דחייב היסת יפסל לעדות ולשבועה מ"מ קשה מה שכתבו אח"כ אבל ליכא למימר משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא באמנה מסקינן בסמוך דאינו נאמן וקשה הא גם בתירוץ ראשון קשה באמנה היאך יתפרש דהא קיימא לן דאסור לכתוב שטר ללוה בלי מלוה אלא בהקנאה ובהא לא שייך אמנה כמו שכתב הר"ן שם ואמת כי לפי מה דמסיק שם א"ש אבל כבר השיגו הש"ך סי' ל"ט ס"ק מ') ואי משום דהתוס' לשיטתם דהלכה כאביי עבחז"ל מ"מ הא רבא פליג עליה כדמוכח בשמעתין דמצא שובר א"כ אכתי תקשי באמנה דמסיק רבא לקמן דאינו נאמן וא"כ אינו ירא שמא יכחישוהו דגם באמנה יכחישוהו שהרי באמת לוה ויאמרו שלוה ואין לומר דעדיין ירא שמא יתברר ע"י כתב ידן יוצא ממקום אחר ואז באמנה לא יהא מוכחש הא ליתא כיון דעיקר הטעם משום העזה ולענין חיוב אין כ"ת כנ"ל א"כ אמנה הוי העזה כמו קיום ע"י דימוי ובפרט שלא יפסל ע"י זה א"כ לא הוי רק העזה בעלמא וצ"ע לכאורה. לכן נראה לפע"ד ברור דכוונת התוס' כיון דלמ"ד אין צריך לקיימו לא הוי הפה שאסר רק מיגו א"כ ירא לו' מזוייף פן יכחישוהו ויתחייב לשלם משא"כ כשיטעון פרוע יצטרך לבטל השטר ושוב כשיקיימנו לא יועיל ושפיר הוי נפקותא טובא לענין חייוב ממון וליכא מיגו משא"כ למ"ד צריך לקיימו דהוי הפה שאסר נאמן אע"ג דליכא מיגו כנ"ל. [אך קשה קצת דזה לא יתכן רק לר"ה אבל אכתי קשה הא פלוגתא דתנאי הוא והיסת לא נתקנה בימי המשנה ואולי מהאי טעמא הביאו תירוץ רש"י שם כדי ליישב גם לרשב"ג פ"ק דב"מ] כן נראה לי ברור כוונת התוס' ומוכח כהב"ח: והנה בתומים סי' פ"ב כתב עוד ולדידן לא תקש' מאי מיגו איכא הא יהא מוכחש מעדים דליתא דאיכא מיגו דלא ידעתי אם שטר זה אמת והוא תמוה דהביא חובה לנפשיה דפשיטא שיהא מוכח מדברי התוס' הנ"ל כדעת הב"ח דא"כ ליכא העזה כלל וגם לענין תשלומין אין נ"מ וע"כ כדעת הב"ח אבל באמת הא ליתא דמיגו דלא ידעתי לא אמרינן וכוונת התוס' יש לומר משום העזה כנ"ל אך מה שהקשינו קשה וע"כ כדעת הב"מ. ולענין דינא כיון דכבר בארנו דלק"מ על הב"מ א"כ אף שגם ראיית הב"ח אינה ראיה כמו שדחה הש"ך סי' פ"ב מ"מ עכ"פ דינו של הב"ח ספיקא הוא כנ"ל:

ד אם יש בו נאמנות. עיין תומים דהקשה לדעת בעה"ת מהא דקאמרינן לעולם דקאמר לוה וכדר"ה לימא כגון שיש בו נאמנות וכ"ע מודו דהא אביי דמוקי לה כדאמר מלוה פשיטא דמיירי ג"כ בנאמנות כמבואר לעיל סי' מ"ד ובספר נ"מ כתב עליו ולא ידעתי

מאי קאמר דהא לאוקימתא דאביי מצי לאוקמא כגון דלא טעין השבע לי כמ"ש הש"ך סמ"ז. ודבריו תמוהין בתרתי חדא דלפי דבריו היה לו להקשות בפשיטו' דהא באמנה לא מצי טעין השבע לי כלל כמבואר לקמן ספ"ב מאי משו' מיגו דפרו' הוא מבואר להדיא סי' פ"ב דלא מצי טעין השבע לי אפי' במיגו דפרוע וכ"כ המחבר הנ"ל בעצמו סמ"ז ובקצה"ח שם. אך באמת כבר השגתי עליו ס' מ"ז שם דדוקא לוה לא מהימן במיגו דהוי במקום עדים אבל מלוה פשיטא דנאמן במיגו כמו מיגו דאי בעי מחיל וכ"כ התומי' להדיא סמ"ז דהיכא דאיכא מיגו נאמן. תו קשה על דבריו דבהדיא כתב התומים בעצמו סי' מ"ז והשיג על הש"ך שם דאפי' לא טען השבע לי הדין כן וא"כ לשיטתו יפה הקשה אך יש לתמוה על התומים דהוא עצמו כתב סי' מ"ז ס"ק א' וז"ל וגם בלא"ה לא קשיא מסתימת הגמרא דכי בעינן נאמנות היינו לטענת פרעון דבזה יכול לטעון השבע לי אבל לא לטענת אמנה ואיירי באופן דלא שייך מיגו דפרעון דאל"כ באין בו נאמנות אף באומר אמנה הא יש לו מיגו דפרעון וכו' ובש"ס לא נזכר רק טענת אמנה ולכך לא חילק הש"ס בין נאמנות לאין בו נאמנות ופשוט עכ"ל. הרי דבריו סותרין לכאן בהדיא. אמנם בעיקר הקושיא הנ"ל תמהני על התומים דהא פשיטא דהקושיא מעיקרא ליתא דע"כ לא חלק בעל העיטור אלא בטענת פרעון שכל שמודה שלוה הרי האמינו שלא יוכל לומר פרעתי משא"כ כשאומר אמנה הרי הוא אומר שגם הנאמנות האמינו והוי ממש כטענת מזוייף דפשיטא דמודה בעל העיטור דלא מהני נאמנות וה"ה כשאומר אמנה שלא לוה כלום רק האמינו שלא יתבענו וא"כ הנאמנות גופא בכלל אמנה הוא דמה נפקא מינה על הכתוב בשטר שלוה או שהאמינו וזה ברור וכן מבואר למעיין שלא הזכירו מחלוקת בנאמנות רק בטענת פרעון אבל באמנה וכתבתי ללוות ומזוייף לא נזכר מחלוקת כלל ופשיטא דגם בעל העיטור מודה דנאמן ואין מקום לדברי התומים בזה:

ה ולפיכך אין מקיימין שטרות בלילה עש"ך וסמ"ע דאם שניהם רוצין מקיימין בלילה כמו קבלי' עלי' קרוב ופסול. ובתומים תמה דהיאך מועיל הקבלה לענין לקוחות ובקבליה עלי' קרוב ופסול פשיטא דלא מהני ג"כ לענין לקוחות ע"כ. ולפעד"נ דלק"מ דדוקא גבי קרוב ופסול אף שהלוה קבליה מ"מ אין עליו תורת עדות שיהא בכלל לא יגיד ולא תענה כיון דפסול מן התורה אינו בכלל עדות כלל רק מחחת נאמנתו של זה והוי כמו נאמנות מלוה למלוה דאינו מועיל נגד לקוחות משא"כ הכא נהי דבע"כ של לוה לא מהני קיום בלילה כיון דאסור לדון אין עדות שהעידו בלילה עדות דהוי כחוץ לב"ד ואינו בכלל לא יגיד ולא תענה וגם יכולין לחזור ולהגיד משא"כ מדעת הלוה דכשרינן לדון בלילה א"כ העדות שהעידו עדות גמור הוא כמו כל עדות ואינן יכולין לחזור כמו בב"ד

א"כ למה לא מהני עדות זו נגד לקוחות ג"כ ודוקא אם לא היה הדבר נוגע רק ללוקח בלבד א"כ כיון שהלוקח לא קיבלו אין עדותם עדות ודינם דין אבל עכשיו שהם כשרים מחמת הלוה שקיבלם מתחילה נגד עצמו א"כ עדות גמור הוא והוא בכלל לא יגיד ולא תענה א"כ אח"כ גבי לקוחות גם כן מהני עדות זו כיון שאין פסול בגופם של העדים ואפי' אם נדחוק ונאמר דגזירת הכתוב הוא דאפילו משה ואהרן אינן נאמנים כל שדנו בלילה א"כ הכא נמי נהי דנגד הלוה הוי עדות גמור וידעינן על פי עדים דהוא שטר גמור אבל נגד הלוקח דלא קיבלו לא מהני מגזירת הכתוב מלבד שאין טעם לזה כלל דסוף סוף עדות גמור הוא כיון שהלוה קיבלם וידעינן עפ"י עדים גמורים שהשטר כשר אבל בלא"ה אי אפשר לומר כן דהכא לא שייך לפסלו מגזירת הכתוב כיון דמדאורייתא לא בעי קיום כלל ובלא"ה גובה מלקוחות רק רבנן אצריכו קיום אם כן נהי דבע"כ לא מהני קיום בלילה דלא הוי עדות כלל ולא דין אבל מדעתו דהוי עדות גמור פשיטא דמהני כמו מפי כתבם ושלא בפני הלוה דמהני כיון דהקיום מדרבנן כ"ש כאן דידעינן בבירור שהוא מקויים פשיטא דסגי בהכי אף לענין לקוחות וזה ברור: (ו) ואם קיימו בשנים לא הוי קיום. משום דהוי ליה כעד מפי עד. עסמ"ע כשאין הן עצמן מכירין חתימת עדי השטר אלא שעדי החתימה הודו לפניהם אבל כשהן עצמן מכירין החתימות מהני והש"ך ס"ק ו' השיג עליו דאפי' בכהאי גוונא לא מהני. ובאמת המעיין בסמ"ע יראה דכוונתו לחלק דאם אינן מכירין בעצמן אז הוי עד מפי עד ולא מהני אפי' לקיים אחר כך בפני ג' משא"כ כשהם מכירים חתימת ידי העדים של השטר אז מהני עכ"פ לקיים אחר זמן לפני ג' וכן כתב ב"י סי' זה בשם הריב"ש וז"ל דנתי לפני מורי הר"ן שני עדים כותבין עדותם שמכירין החתימות אלא שצריך עוד ב"ד לקבל עדותן מתוך כתבן וחותמין ונתקיים השטר וחילוק זה כתבו הש"ך בעצמו ס"ק ז' ועיין ט"ז ריש סי' זה שהשיג גם כן על הסמ"ע ודעתו דאפי' לקיים אחר כך בפני ג' לא מהני אלא אם הג' מכירין בעצמם חתימת העדים אבל אם אין הב"ד מכירין רק על עדים שמכירין חתימת העדים שקיימו לא מהני דהוי עד מפי עד והריב"ש מיירי ג"כ כשהב"ד מכירין ואין דבריו נכונים דאי ס"ד דזה מיקרי עד מפי עד לא הוי מהני אפילו כשהב"ד מכירין בעצמן דדוקא חתימת הב"ד של ג' כשבא לפנינו לא מיקרי עד מפי עד כיון שהם לאו עדים נינהו רק דיינים וחתמו פסק דין משא"כ קודם הקיום מאי נפקא מינה אי הדיינים מכירין או העדים ס"ס הכל מתורת עדות הוא ולא מתורת דין וא"כ הוי עד עד מפי עד אלא ברור דהא ליתא דכיון דהעדים אחרונים אינן מעידין כלל על חתימת עדים הראשונים רק על האמצעים שהן מכירין שהוא חתימתם ואנו דנין על פי העדים האמצעים מפי כתבם כאילו העידו לפנינו שהם מכירין חתימת

עדים הראשונים דאי לא תימא הכי היאך מהני קיום כשיבואו שנים ויעידו לפני ב"ד שהם מכירין חתימת ידי עדי השטר הא הוי עד מפי עד וע"כ כיון שהם מכירין חתימתם אנו דנין על עיקר הענין על פי עדי השטר ועדים האחרונים אין מעידין על השטר כלל רק על עדים הראשונים והוי כאילו עדים ראשונים לפנינו וזה ברור:

ז קיום שטרות דרבנן.. עש"ך בשם הר"ר אביגדור כהן דאם טוען מזוייף הוי הקיום דאורייתא והש"ך טען עליו מההוא דריש גיטין ובאמת מבואר להדיא בתשובת הר"א כהן דוודאי כל היכי שנתקיים בלי הכחשה על פי השליח שוב לא מהני ערעור דבעל אף אם מכחיש שהרי כתב אף דקיום הגט הוא משום חשש הכחשה שמא יבוא בעל ויערער השתא מיהא לא מערער הרי להדיא כנ"ל ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בתומים על הרמב"ם פ"ז מהלכות גירושין דפסק במזוייף פסול מן התורה מהך סוגיא דגיטין ולפי הנ"ל ניחא דהרמב"ם מיירי דבעל מערער עד שלא נתקיים אבל התם מיירי שנתקיים קודם בלי ערעור. ולק"מ איברא דהא וודאי קשיא שהרי הטור א"ה פסק ג"כ כהרמב"ם גבי גט ואולם כאן כתב הש"ך לדעתו דאפי' במזוייף הוי הקיום דרבנן וכן מוכח לכאורה להדיא ממה שכתב ואפי' עומד וצווח מזוייף דקל הוא שהקילו בקיום שטרות דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד מבואר לכאורה במזוייף דקיום דרבנן ודבריהם סותרין לכאורה. ועוד דקשה הא דעת הרמב"ם בפי' המשנה סוף נדרים דמה שאמרו פלגינן דבוריה אין הכוונה שאנו מחלקין את דבריו אלא שאנו מאמינים כל העדות כמות שהוא נגד חבירו ולא נגד עצמו וכ"כ כתב מהרי"ח בתשובה דעת הרמב"ם וכן נראה מפירש"י סנהדרין ד"ט ע"ש ולפי זה יקשה בעדים אומרים אנוסים מחמת ממון למה לא מהימני נפלג דיבוריה וכל מה שתרצו התוס' כתובות י"ט ע"ב בד"ה ואין אדם הכל הוא אם נאמר פלגינן דיבוריה מחמת נפשות אבל לשיטת הרמב"ם אין מקום לכל התירוצים של תוס' ע"ש ודו"ק רק במה שתרצו כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דיבוריה לפסול השטר ואי ס"ד דבטוען מזוייף הקיום דאורייתא א"כ בטוען מזוייף שלא לוה כלו' ועדים מעידין מחמת ממון נאמנים וזה דבר מתמיה כי לא מצינו רמז מזה ברמב"ם וכל הפוסקים ואין להקשות הא בלא"ה לא סבירא ליה לרמב"ם תירוץ זה של התוס' שהרי כתב הריב"ש בתשובה סי' קנ"ה לדעת הרמב"ם דנאמנות ע"א באשה אינו אלא רק מדרבנן אם כן בהרגתיו היאך פלגינן הא אינו רק מדרבנן הא ליתא ולא דמי להתם כלל דהכא שאני דמדאורייתא עדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד ואנן סהדי שלא היו אנוסים שוב אין אנו מקבלין עדות זו כלל דכיון שהגיד וכיון דכל מה שאנו מקבלין עדותן הוא רק מדרבנן לא פלגינן דיבוריה אבל שם מדאורייתא ג"כ יש על זה

העד תורת עדות ואנו מקבלין עדותן רק שעדיין נחסר עוד אחד שיצטרף עמו א"כ כיון שאנו מקבלין עדותו מן התורה ממילא פלגינן דיבורו ככל עדות רק רבנן לא אצריכו עוד אחד וסגי בזה העד בלבד גם בלא"ה דקדקו התוס' לא פלגינן דיבורו כדי לפסול השטר ולא דמי להתם ודו"ק ובמקום אחר הארכתי בזה ולפי זה דברי הרמב"ם סותרין זה את זה: והנה המ"מ תירץ דטעמו של הרמב"ם גבי גט כיון דהאשה אינה יודעת ואינה מכחישתו הוי הקיום דאורייתא ולפי זה לא קשה מהנ"ל דהתם המלוה וודאי מכחיש דהוא כשר לכך אפי' במזוייף הוי דרבנן וכן מהטור לא קשיא. ובתומים הביא ראיה לדבריו מפי' רש"י גיטין ד"ה דקושית הגמרא אי הכי יכול נמי הוא לס"ד דרבה לית ליה דרבא וקשה למה צריך קיום ובע"כ דה"מ דלית ליה דרבא היכי שהשליח יכול להכחיש דאז הקיום דרבנן כסברת המ"מ אבל כשהשליח חרש דכשיערער יהא הקיום דאורייתא רבה אית ליה דרבא ומוכח סברא הנ"ל ודבריו תמוהין דהמעיין בתוס' שם יראה דמה שנדחק רש"י לפרש כן אף דשם מסיק מקודם דרבה אית ליה דרבא הוא כדי לסלק קושית תוס' שם דדילמא כך הפי' ביכול לא צריך קיום רק באינו יכול צריך קיום כמו לרבא דלאחר שלמדו רבה ורבא שוים והתוס' תרצו שם דדוקא לרבא עדיף קיום מבפני נכתב ושפיר יש לפרש אינו יכול צריך קיום וכו' אבל לרבה בפני נכתב עדיף דכולל גם לשמה א"כ אין לפרש אלא אינו יכול סגי בקיום משא"כ יכול לא סגי בקיום ושפיר פריך אפי' יכול נמי דהא לאחר שלמדו מיירי ובאמת זה דוחק וכבר תמה מהרש"א שם דמ"מ לאחר שלמדו אף לרבה קיום עדיף ומהאי טעמא נדחק רש"י בכתיבת ידו דמיירי למאי דס"ד מעיקרא דרבה לית ליה דרבא ושפיר פריך לרבה יכול נמי דדוקא לרבא הפי' אינו יכול צריך קיום אבל יכול סגי בפני נכתב אבל לרבה א"א לו' כן כיון דלית לי' דרבא במ"נ אי יש עליו עוררין אף ביכול צריך קיום ולא מהני לדידיה בפ"נ שהוא משו' לשמה נגד המערער דהא לא ס"ל דרבא ולדעת הר"א כהן הנ"ל אפי' לרבא לא מהני כל שמערער נגד השליח ואי אין עליו עוררין אף באינו יכול ל"ל קיום וע"כ דכך הפי' יכול צריך בפני נכתב ובאינו יכול סגי בקיום ושפיר פריך כיון שלמדו אפי' ביכול ליסגי בקיום וזה ברור ולפי זה א"ש הקושיא אי הכי חד נמי], אבל לפי מה שהבין התומים בכוונת רש"י אכתי תקשי קושית התוס' דילמא כך הפי' אינו יכול צריך קיום כיון שלא יוכל להכחיש אבל ביכול דיוכל להכחיש לא בעי קיום א"כ מה הרוויח רש"י במה שפירש דהקושיא לס"ד הא למסקנא דרבה אית ליה דרבא קשה ג"כ לפי תירוץ התוס' הנ"ל ולא הרוויח בזה כלום וברור דליתא לדבריו בזה אך מ"מ תירוץ המ"מ בעצמותו נכון הוא ומיושב כל הנ"ל ומה שהקשה בתומים ומה שכתב הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין דאם הבעל טוען

מזוייף והאשה מכחישתו אינה מגורשת ואסורה לכהונה דשוויה אנפשיה ח"ד ומזה דייק התומים דאינה מגורשת מן התורה דאל"כ בלא"ה אסורה לכהן ש"מ דאפי' האשה מכחישתו הקיום דאורייתא כל שאומר מזוייף ולפעד"נ דלק"מ דוודאי התם כוונת הרמב"ם דאינה מגורשת כיון דרבנן אצריכו קיום ומה שכתב דאסורה לכהונה דשחד"א הכוונה כיון שאילו לא היתה מכחישה אותו היתה כשרה לכהונה דאז מדאורייתא אינו גט א"כ כל הפסול בא מדיבורה והשתא דאינה נאמנת יכולה לחזור בה קמש"ל דשוויה ח"ד ושוב אינה נאמנת ופסולה לכהונה וזה ברור גם מה שכתב בתומים ליישב דברי הרב בא"ה דמיירי שאין המקדש לפנינו ליתא שהרי סיים שם ודלא כיש מי שמחמיר בדבר מהרי"ק שורש ע"ד והא מהרי"ק מיירי להדיא שהמקדש אומר שקידשה ע"ש וליכא למימר משום דמהרי"ק מיירי שם שחזר בו המקדש אח"כ הא ליתא שאם היה המהרי"ק דן על החזרה מה מקום יש לקידושין כיון שהמקדש והאשה והעדים כולם פה אחד אומרים שהוא מזוייף אלא וודאי שלא השגיח מהרי"ק על חזרתו א"כ מבואר דהרב חולק על מהרי"ק אף כשהמקדש אומר שקידשה גם מה שכתב לחלק בין גט לממון דבגט בעינן ידיעה וראיה משא"כ בממון מהני ידיעה בלא ראיה ליתא דפשיטא כיון דבלי ערעור הגט כשר ואנו סומכין על העדים החתומים בו אלמא דהך דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד הוי כידיעה וראיה כיון שאותן העדים ראו א"כ אפי' טוען הוי ידיעה וראיה והעיקר בוודאי כמו שתירץ ה"ה הנ"ל כמו שכתבתי וא"כ לק"מ על הרמב"ם הנ"ל ומבואר ג"כ דלא כמהרי"ק בשם הר"א כהן אלא אף בטוען מזוייף כל שהמלוה אומר שאינו מזוייף הוי הקיום דרבנן כמו שהוכחתי וכן מבואר לדעת הרא"ש בתשובה כלל ס"ח דמיגו במקום עדים פסולים לא אמרינן אם כן הא דתנן ואלו נאמנים להעיד בגודלן ומוקמינן לה שיש גדול עמו ע"כ שטוען מזוייף דאי שטוען פרוע בלא"ה אין כאן מיגו להכחיש עדים פסולים ואפי' אין גדול עמו אלא וודאי כשטוען מזוייף ואפ"ה קאמר קיום שטרות דרבנן ש"מ דלא כהר"א כהן וכ"ש אי נימא דאם יש ע"א על הקיום וטוען פרעתי הוי ליה משיל"מ פשיטא דמיירי במזוייף דוקא אמנם בתוס' שם מבואר בשם ר"י כדע' הר"א כהן להדיא ע"ש ותמהני מהש"ך שכ' שהתו' כתובות כ"ט ע"א בסופו כיוונו להביא ראיה מר"ג לחלוק על הר"א כהן וליתא דכוונת התוס' בהך ומיהו לדחות הך אי נמי שכתבו דהתם מוכח דאפי' אין מכירין החתימה הקיום דרבנן וע"כ כתירוץ א' ובהא לא קשיא כלל מר"ג דהתם כבר נתקיים בלי הכחשה כלל כמ"ש לעיל ודו"ק]: אך מה דפשיטא להו להפוסקים דדעת הטור דלא כהר"א כהן לדידי צ"ע טובא דהנה זה לשון הטור תקנת חכמים הוא לקיים השטר שכל זמן שלא נתקיים לא מבעי אם אומר

מזוייף וכו' לכן תקנו חכמים לקיימו ואז אין הלוה יכול לומר שום דבר עכ"ל. והנה דבריו צ"ע לכאורה דאם נאמר דמה שכתב שכל זמן שלא נתקיים מוסב על התקנה דכך הוא התקנה שיצטרך קיום וכל זמן שלא נתקיים יכול לומר מזוייף ופרוע א"כ מה זה שסיים לכן תקנו חכמים לקיימו ואז אינו יכול לומר שום דבר משמע דהתקנה היתה כדי שלא יוכל לומר שום דבר ואדרבא נהפוך הוא דבלי התקנה מדאורייתא אינו יכול לומר שום דבר ואם נאמר דהפי' דהאי שכל זמן שלא נתקיים הוא נתינת טעם על התקנה דלכך תקנו לקיים משום דבלי התקנה יכול לומר מזוייף ופרוע במיגו דמזוייף לכך תקנו לקיימו ואז אינו אינו יכול לומר שום דבר א"כ קשה היאך הקילו גבי קיום מחמת שהוא מדרבנן בשלמא אי מן התורה בלי קיום אינו נאמן רק חכמים אצריכו קיום שפיר שייך להקל בו אבל עכשיו דמדאורייתא בלי קיום באמת נאמן הלוה בכל מה שיטעון וחכמים תקנו קיום שלא יהא נאמן א"כ היאך שייך להקל בו מחמת שהוא מדרבנן והטור עצמו כתב בסמוך ואפי' עומד וצווח מזוייף אל תקיימוהו אין שומעין לו דקל שהקילו חכמים בקיום שטרות דעדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה בב"ד עכ"ל והרי זה מבואר דלא כהנ"ל ואף שיש להעמיס דברי הטור בדוחק ולא כך המידה וצ"ע לכאורה. לכן נראה דכוונת הטור דוודאי מדאורייתא היכי דאינו מכחיש לא בעי קיום כלל והיכי דמכחיש אפי' קיום לא מהני דכיון דנאמן לומר מזוייף כדעת הר"א כהן הנ"ל לא מהני רק שיעידו העדים עצמן על חתימתן או שלוה אבל קיום על ידי דימוי דבהכי מיירי הטור] לא מהני מן התורה ולזה תקנו חכמים לקיים לעולם השטר היכי דליכא דמכחיש ואז אפי' יכחיש אח"כ שוב לא יהא נאמן [כמו שאין הבעל נאמן לערער כל שהאמינו השליח כמ"ש קודם לדעת הר"א כהן מסוגיא דריש גיטין] ועל דרך זה דברי הטור עולין יפה ובלא"ה הוא תמוה מאד ודו"ק וצ"ע. ומ"ש הטור אח"כ דקל שהקילו וקשה כיון דצווח מזוייף מדאורייתא לא מהני קיום הא ליתא דעיקר הכוונה דלא חשבו לקיום זה מעיקר הדין ואין מקבלין עדים שלא בפניו ומפי הכתב דאין דנין זה מעיקר קבלת עדות דכבר נתקבל העדות בשעה שחתמו וקיום זה גילוי מילתא בעלמא הוא אבל כשלא נתקיים כלל ואומר מזוייף לא שייך לומר כן דמעולם לא חתמו על השטר משא"כ כשמקיימין ונתברר שחתמו ממילא הוי עדות למפרע רק מדאורייתא לא מצינו לסמוך על קיום ע"י דימוי רק חכמים תקנו כן ודו"ק:

עוד הביא הש"ך בשם מהרי"ק דאפי' עדים אומרים לא חתמנו הקיום דרבנן הנה הש"ך לא ביאר יפה דברי מהרי"ק כי במהרי"ק שם מוכח דאם עדים אומרים לא חתמנו אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אינן נאמנים כלל אפי' לדידן כל שהוחזק בב"ד פי' שקראוהו

ב"ד וכן מוכח מהראי' שהביא מהך דשביעית וכן ממה שהקשה על עצמו מדברי הרמב"ם פ"ח מהלכות עדות דכל שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר צריך שיעידו שזוכרין הלואה א"כ גבי קידושין אם היו אומרים שלא ראו הקידושין היו נאמנים כ"ש בלא חתמנו ודוחק ליישב דלא ראו הלוואה עדיף מלא חתמנו ולכאורה לק"מ דוודאי גבי קידושין דייק דמדאורייתא לא בעי קיום ואם אומרים לא חתמנו אחר שקראוהו ב"ד לא מהני אם כן אף דרבנן אצריכו קיום לענין קידושין לא מהני כמו שכתב שם מהרי"ק לענין הלוה אומר מזוייף או המתקדשת אבל גבי ממון נהי דמדאורייתא אין נאמנים מ"מ כיון דרבנן אצריכו וכיון שאומרים לא חתמנו אין כאן קיום ולק"מ מהרמב"ם הנ"ל אלא ברור דדעת הרב מהרי"ק אפי' גבי ממון באומרים לא חתמנו אחר שהוחזק בב"ד וקראוהו אינן נאמנים וכן מבואר להדיא ממה שכתב דהך סוגיא דפרק האשה שנתארמלה דאמרינן באין כתב ידם יוצא ממקום אחר אפי' לר"ל מיירי בלא הוחזק וקראוהו ב"ד ע"ש ואולם הרב הש"ך סייע למהרי"ק מהנ"י פרק איזהו נשך והר"ן פרק קמא דר"ה בשם הרמב"ן ולפי הנ"ל ההיפך מבואר מהנ"י והר"ן דלדידן באמת אפי' הוחזק נאמנין רק לר"מ אין נאמנים ואפי' לר"מ כתבו באנוסים ובלא חתמנו נאמנים אך הש"ך כתב דלאו דוקא אנוסים אבל לרבנן פשיטא דמוכח דאפי' בהוחזק נאמנים וזהו דלא כמהרי"ק הנ"ל וכן מה שהביא מתשו' מיימוני מבואר דוקא מן התור' אבל לא מדרבנן דלא כמהרי"ק גם נר' דמה שכת' הש"ך דאנוסים לאו דוקא ליתא דבלא חתמנו פשיטא דאפי' לר"מ נאמנים דאל"כ לא הוי מקשה ר"מ מ"ט נימא הפה שאסר דהא בלא חתמנו אינן נאמנים ובדוקא כתבו אנוסים ותימה גדולה על הרב מהרי"ק היאך עלה על דעתו דבר זה ומאי הוחזק בב"ד שייך בד"מ ודוקא גבי קידושין יש מקום לומר כיון דאפי' במזוייף הקיום דרבנן ומדאורייתא בעי גט כמו שכתב מהרי"ק שם קודם א"כ אלו לא היו העדים מעידין כלל היתה בעי' גט מן התורה א"כ שפיר שייך לומר דאפי' אומרים אח"כ לא חתמנו אינן נאמנים כיון דבלי דיבורם הוי כמו שנחקרה בב"ד וצריכה גט בלי קיום כלל והוי כמו בכתב ידן יוצא ממקום אחר גבי ממון אבל גבי ממון כיון דבלי העדים אף דמדאורייתא לא בעי קיום מ"מ תקנו רבנן שלא יגבה אפי' שלא בפניו אפילו הוא לפנינו והוא מודה לא גבי מלקוחות אם כן היאך שייך הוחזק כל שלא העידו עדים ולא נתקיים לא היה שטר לגבות בו ואין גובין בו באמת וא"כ למה יגרע מה שהעדים אומרים לא חתמנו שיגבה בו ודבר זה תמוה מאד. לכן נראה לפע"ד דבהא וודאי לית הלכתא כמהרי"ק דבממון כיון דרבנן אצריכו קיום אפי' בהוחזק בב"ד כל שלא נתקיים ועדים אומרים לא חתמנו נאמנין והשטר בטל אמנם גבי קידושין אי נימא כדעת מהרי"ק דאפילו בעל דין מכחיש

הקיום דרבנן וכמו שהכריע הש"ך נראה לכאורה דאף באומרים לא חתמנו אינן נאמנים וצריכה גט ואפילו לא נימא דהך דשביעית איירי בכתב ידן יוצא ממקום אחר דוקא מ"מ כמו גבי ממון בכתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנין והיינו כיון שכבר נחקרה עדותן בב"ד וכיון שהגיד וכו' ה"ה גבי קידושין דלענין קידושין אוקמא רבנן אדאורייתא כמו שכתב שם מהרי"ק א"כ ממילא אפילו בלא חתמנו צריכה גט מהאי טעמא דגבי קידושין אפילו אין כתב ידם יוצא ממקום אחר הוי כמי שנחקרה בב"ד כיון דבלי קיום צריכה גט מן התורה ואפי' לאחר תקנת חכמים. לכן נראה דדין זה הוי ספיקא דדינא ודלא כהתומים שכתב בפשיטות אפי' גבי קידושין אינן נאמנים ודברי מהרי"ק יחיד הן והא ליתא ובפרט דבתשובת מיימוני מבואר להדיא ג"כ דמן התורה אפי' עדים אומרים לא חתמנו אינן נאמנים אם כן גבי קידושין דאזלינן בתר דין תורה צריכה גט אבל בממון פשיטא דליתא לדברי מהרי"ק כמו שבארנו. ומה שכתב בתומים דהא עדים נאמנים לכל דבר שבעולם למחלל שבת וכו' ליתא דהא בכתב ידן יוצא ממקום אחר וודאי אינן נאמנים והטעם משום דהוי כמו שנחקרה בב"ד א"כ מן התורה דאפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר הוי כמו שנחקרה בב"ד וגבי קידושין דאזלינן בתר דין תורה צריכה גט אפילו כשהעדים אומרים לא חתמנו ואפי' אין כ"י יוצא ממ"א כנ"ל וכן נראה דעת הש"ך: ועיין תומים שתמה על הש"ך שהסכים למהר"א כהן בעדים אומרים לא חתמנו ובאומר מזוייף חלק עליו מדברי התוס' פרק האשה שנתארמלה דף י"ט בד"ה מודה שכתבו ופי' הקונטרס דטעמא משום דדבר תורה לא בעינן קיום רק מדרבנן וה"מ במזוייף ואם כן קשה דמתוס' הנ"ל מוכח דגם בעדים אומרים מזוייף הקיום דרבנן. והנה מה שתירץ הוא ועירבב שני תירוצי התוס' ביחד לא נהירא כלל דא"כ דכוונת התוס' סובב והולך אעדים ג"כ היאך כתבו אבל אין לפרש משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דא"כ באמנה תקשי דהא בלא"ה ליכא ליפרושי משום חזקה הנ"ל דבעדים היאך יתורץ דלא שייך האי טעמא אבל באמת לק"מ דבעדים אי אפשר להקשות לר"מ כלל דסבירא ליה כמו שכתבו התוס' שם י"ח ע"ב בד"ה הרי אלו דהקשו הא הוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי דלא היו אנוסים ותרצו כיון דרבנן אצריכו קיום יכולין לחזור תכ"ד וזה התירוץ לא סבירא ליה לר"מ אלא מיד שאמרו כתב ידינו איגלאי מילתא למפרע שהשטר מקויים והוי כלאחר כדי דיבור ושוב אינן יכולין לחזור ולהגיד והוי כמיגו במקום עדים הרי דאם לוה מודה שכתבו חשבינן ליה כשטר מקויים בעדים ואינו נאמן לומר פרעתי וה"ה בעדים והוי מיגו במקום עדים ועל זה הקשו תוס' תינח בעדים דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היו אנוסים אבל בלוה אומר פרוע דבשטר מקויים גמור אינו נאמן רק מכח חזקה

דשטרך בידי מאי בעי וא"כ מה בכך דמודה שכתבו והוי כמקויים מ"מ מיגו מהני במקום חזקה ובפרט חזקה דשטר דגרע מחזקה דת"ז ועל זה תרצו חדא דליכא מיגו ועוד כיון דאי טוען מזוייף לא היה נאמן דבר תורה רק מדרבנן לא מהני מיגו ולעיל ס"ק ב' ג' ביארתי טעם תירוץ זה כי לכאורה הוא קשה הבנה ובסמוך יתבאר עוד בדרך פשוט ומרווח ולפ"ז לא מוכח מדברי התוס' מידי דוודאי בעדים אומרים לא חתמנו הוי הקייו' דאורייתא רק בעדי' לא קשיא להו לתוס' כלל כמו שבארנו [ועיין לעיל ס"ק ב'] הכלל העולה לדינא מכל הנ"ל באם אומר מזוייף ואין מי שיכחישנו הוי הקיום דאורייתא ואפילו גבי קידושין לא צריכה גט ואם מלוה רוצה להפרע בשטר שאין מקויים ואין מי שיטעון מזוייף מדאורייתא לא צריך קיום רק מדרבנן אמנם אם מכחישין זה את זה בהא ספיקא הוא לכן גבי קידושין צריכה גט מספק ובעדים עצמן אומרים לא חתמנו בממון נאמנין ואין בזה ספק דאפילו אי מדאורייתא לא בעי קיום כיון דרבנן אצריכו קיום ואפי' הוחזק וקראוהו ב"ד אבל גבי קידושין והוחזק וקראוהו ב"ד דוקא דאזלינן בתר דין תורה צריכה גט מספק. כן נלפע"ד בדינים אלו על פי מה שבארנו מקודם:

ח מקיימין השטר אפי' שלא בפני בע"ד ואפי' עומד וצווח עיין פ"י שם ב"ק ביאור זה] והטעם כתב ב"י בשם הרשב"א דהמקיימין לא על מנה שבשטר הם מעידין רק על חתימת עדים והקשה בתומים דא"כ בעדים אומרים על כתב ידם דאז על מנה שבשטר מעידין ניבעי בפניו וחילוק זה לא נזכר בשום פוסק וכתב ליישב דהרשב"א סובר באומרים לא חתמנו הקיום דאורייתא ע"ש. ולפעד"נ דלק"מ דפשיטא היכי דעדים בעצמן מעידין על כתב ידם לא בעי קיום מצד אחר דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד כבר א"כ כבר העידו אותן העדים על כתב ידם בשעה שחתמו ואז היה בפני בעל דין רק דקשיא ליה תינח בעדים עצמן דכבר העידו כנ"ל משא"כ אם עדים אחרים מעידין שמכירין החיתמות וזהו עדות מחדש שהרי לא העידו אותן העדים בשום פנים שמכירין החתימות רק עכשיו ליבעי בפניו וע"ז נתן הרשב"א טעם כיון דלאו אגופא דמילתא קא מסהדי לא קרינן בהו והועד בבעליו ובזה מדוייק לשון הרשב"א בחידושיו בב"ק שכתב וז"ל והטעם משום דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד ועדי קיום לא על מנה שבשטר הם מעידין אלא על כתב ידם של העדים וא"כ מאי והועד בבעליו שייך גבי קיום עכ"ל. הרי להדיא דבעדים החתומים נתן טעם כמו שנחקרה בב"ד ובעדי קיום נתן טעם דלא על מנה שבשטר הם מעידין וזה ברור:

ט שיחתמו העדים בפניהם. עסמ"ע שהקשה הא הוי זו ואצ"ל זו ומזה דייק דקמש"ל אף שהיה בלילה דאז לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראיה וס"ד דאין עד נעשה דיין

קמש"ל בקיום שטרות דרבנן הקילו ואני אומר אי משום הא לא איריא דבלא"ה לק"מ דהא וודאי אין להקשות שלא היה לו להרמב"ם ומחבר להזכיר שיחתמו העדים שנלמוד מכ"ש מקודם דהא וודאי ליתא שהרי הרמב"ם מונה במספר דרכי הקיום הרי שהזכיר עדים בעצמן מעידין על כתב ידם ואח"כ הזכיר עדים אחרים מקיימין ופשיטא דנלמוד מכ"ש מעדים אחרים ואי משום דבא לאשמועינן שצריך שיאמר אני עד בדבר הזה הא כבר ביאר זה בפי' פ"ח מהלכות עדות והמחבר לקמן ס"י וע"כ דהא ליתא שרוצה למנות כל דרכי הקיום שיש רק שיש להקשות שהיה לו למנות קודם שיחתמו העדים ולא זו אף זו ולא זו ואצ"ל זו כמו שהזכיר קודם עדים בעצמן על כתב ידם מעדים אחרים אבל באמת הא נמי לא קשיא דהא דין הראשון למדו בש"ס מברייתא שם ש"מ דיינים המכירין וכו' ומניה למד הרמב"ם מכ"ש שיחתמו העדים והש"ס דייק רבותא טפי אפי' במכירין אבל פשיטא אי לאו דיוקא דהש"ס לא הוי ידעינן שיחתמו העדים ולזה נקט הרמב"ם דין הנלמד בש"ס במכירין וע"ז כ' שמינה נלמו' במכ"ש שיחתמו העדים ואין לו להזכיר קודם דין הנלמד לדין המוזכר בש"ס בפי' שלמדו ממנו במכ"ש וזה ברור איברא בגוף הדין שהמציא הסמ"ע נלמוד מהך דלקמן דאפי' בעד המעיד דבעלמא אינו נעשה דיין כלל מ"מ גבי קיום הקילו כ"ש בג' דיינים שראו דאז בעלמא נעשו דיינים ביום כ"ש בקיום שטרות דאפי' בלילה. אך יש לדחות דשאני עד המעיד שהוא מעיד עכ"פ משא"כ ג' שאין מעידין כלל רק דנין על פי ראייתם בלילה ואז לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראיה ואין כאן עדות ולקמן סי' זה יתבאר עוד בזה בס"ד: (י) השלישי שיבואו העדים החתומים בו. עסמ"ע וש"ך בשם רבינו ירוחם דיש מחלוקת בתוספתא אם עדים אומרים כתב ידינו הוא ואחרים אומרים אין זה כתב ידן אם צריך קיום אחר או לא ולא איפסקא הלכתא כמאן וכתב הש"ך שראה המחלוקת:

בירושלמי פ"ב דכתובות ובאמת בירושלמי שלפנינו לא נזכר מחלוקת זה ומדברי הריטב"א גופא שהביא הש"ך מבואר דבירושלמי פשיטא דהוי תרי ותרי רק דס"ד דעדים הראשונים אין נאמנים כלל כיון שאינן מעידין כל אחד על חבירו ואין דבריו של אחד במקום שנים קמש"ל דמ"מ כיון שמעידין על הלואה הוי ג"כ כתרי אבל מעולם לא עלה על דעת מי שיאמר שהעדים הראשונים נאמנין שלא יצטרך קיום אחר ובאמת יש לתמוה על רבינו ירוחם דנהי דאין דבריו של אחד במקום שנים לא שייך כיון שגם הם מעידין על הלואה אבל תרי ותרי מיהא הוי ונראה לפרש דבלא"ה הקשה בתומים מה יועיל קיום אחר הא תרי כמאה וע"ש מה שדחק ליישב ובאמת מבואר דרב אסי שם היא מאמר רב אסי בבבלי דף כ' אין מקיימין השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור

ומילתא באפי' נפשיה הוא לפרש כתב ידן יוצא ממקום אחר וכן מורה הלשון ונתקיים בב"ד ולדברי התומים הוי ליה לומר יתקיים בב"ד גם למה הזכיר שטר שקרא עליו ערעור שהרי כבר הזכיר ר' מנא קודם נעשה כשטר שקרא עליו ערעור אלא ברור דרב אסי מילתא באפיה נפשיה הוא לכן נראה דהך תוספתא שהביא רבינו ירוחם לאו היינו הך דירושלמי שהביא הריטב"א דהירושלמי מיירי לפי פי' הריטב"א שהעדים מעידי' ומכחישין אותו בפי' שלא חתמו בוודאי לכך הוי תרי ותרי ולא מהני שום קיום וליכא פלוגתא כלל רק דבתוספתא מיירי שהעדי' האחרוני' מכחישין בטביעת עין שאין זה כתב ידן ופשיטא דהא משכחת לה בכמה אופנים לברר שזה שקר ואחד מהם שיחתמו עכשיו לפנינו ונראה שהוא דומה ממש ובהא פליגי דמ"ד צריך קיום סובר כיון דאלו מכחישין צריך קיום אחר להראות שטעו או שהעידו שקר כנ"ל ומ"ד לא צריך קיום סובר כיון דאלו מעידין בפי' שחתמו ואלו אין מכחישין רק בט"ע אין משגיחין על דבריהם כלל והעדים הראשונים נאמנים וזה ברור:

ועוד נראה דסבירא ליה לרבינו ירוחם דוודאי אילו היה העדים מעידין כל אחד על כתב ידו וכתב יד חבירו הם נאמנים דהעדים האחרים כל אחד יודע שאין זה כתב ידם אבל אין כל אחד יודע אם חבירו ג"כ יודע שאין זה כתב ידם א"כ כל חד יש כנגדו תרי שאינו יודע שאין זה כתב ידן [כיון שיודע שחתם] ואף אם עדות מיוחדת כשרה בד"מ מ"מ אם יבואו שנים ויעידו שלא ראה מחלונו כלום וכן לשני פשיטא דאין דבריו של אחד במקום שנים וה"ה הכא רק המחלוקת היא כיון דהם נמי אינן מעידין כל אחד על כתב ידו של חבירו א"כ אין כאן רק חד לגבי חד ולפי זה אם יתקיים עוד על פי עדים פשיטא דאין דבריו של אחד במקום שנים שהרי עכשיו יש שני עדים על כל כתב אבל מ"מ הראשון נראה עיקר ובאמת בלא"ה מהו זה החרדה וכי לא משכחת לה קיום שיבואו עדים ויפסלו להנך בגזלנותא או בהזמה אבל אין צורך לזה כמו שבארנו:

עוד הביא הש"ך בשם הריטב"א ירושלמי בעדים אמרים אין זה כתב ידם ואחרים אומרים כתב ידן הוא תני ר"ת לא מעלין ולא מורידין אמר ר"י מתניתין אמרה כן אם יש עדים שהוא כתב ידן או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנין ופי' הריטב"א דמיירי באין אחד מעיד על חבירו דאין דבריו של אחד במקום שנים והראיה ממתניתין דאל"כ אכתי הוי הפה שאסר במיגו דאין זה כתב ידינו אבל מיגו דאין זה כתב ידי וכתב יד חבירו הוי שפיר מיגו דבי תרי אבל אם אומר רק על עצמו לא הוי מיגו דבי תרי אף דלא הוי מיגו דשתקי מ"מ כל שמסלקין עצמן מן העדות ואינו מוסיף בעדותו לא הוי מיגו דבי תרי ודו"ק. וקשה לי על פירושו דהא בהדיא מבואר בתוס' כתובות י"ח ע"ב בד"ה הרי אלו

דאפי' ברישא דאיכא מיגו הוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי דלא היו אנוסים כמבואר שם בברייתא דף י"ט ע"ב רק משום דרבנן אצריכו קיום הא לא חשיב כלל קיום כמו שתרצו התוס' שם אבל בסיפא דלא שייך האי טעמא הא הוי מיגו במקום עדים גמור כדמוכח להדיא בברייתא הנ"ל וכן כתבו התוס' שם בד"ה אין נאמנים דמהאי טעמא גופא לא מהימני בסיפא במיגו דפרוע ועוד כיון שאומרים כתב ידינו אין יכולין לחזור ולהגיד כמו שכתבו התוס' שם בתירוץ שני ואין לומר דסובר הריטב"א בפי' הירושלמי כתירוץ שלישי של תוס' בד"ה אין נאמנים דלכך לא מהימני בסיפא במיגו דפרוע דהוי מיגו דבי תרי א"כ הנ"ל דלא הוי מיגו דבי תרי נאמני' הא וודאי ליתא דבלא"ה יש להבין בתוס' דבד"ה הרי אלו הוי פשיטא להו כ"כ דהוי מיגו במקום עדים עד שהוקשה להם למה נאמנים והא מיגו במקום עדים הוא ואח"כ בסיפא הקשו להיפך דליהמני במיגו דפרוע אדרבא כיון דבסיפא לא שייך התירוץ שתרצו בד"ה הרי אלו א"כ אי הוי נקט נאמני' היה מקום להקשות למה נאמנים כמו שהקשו קודם ועכשיו דקתני אין נאמנין הקשו להיפך אבל באמת המעיין בתוס' יראה דאח"כ בד"ה מחמת נפשות הקשו בדרך וא"ת להימני במיגו אף שתרצו ג"כ מיגו בי תרי וכאן כתבו הכא ליכא לאקשויי וכו' גם בד"ה מחמת נפשות לא תרצו כלל הנך ב' תירוצים דכאן רק תירוץ ג' וברור דשיעור דבריהם כך הכא במשנה ליכא לאקשויי כלל להימני במיגו דאי בעי אמר פרוע כיון דבאמת הפי' כלישנא בתרא דרמב"ח א"כ פשיטא דהוי מיגו במקום עדים וחוזר ומגיד משא"כ ללישנא קמא דרמב"ח פשיטא דלא שייך הנך ב' תירוצים ועל זה תרצו עוד דמיגו בי תרי לא אמרינן ואתי שפיר לכ"ע ולזה לקמן דהקושיא רק ללישנא קמא לא תרצו הנך ב' תירוצים מיגו במקום עדים וחוזר ומגיד ולפי זה לדידן דקיימא לן כלישנא בתרא פשיטא דהוי מיגו במקום עדים וחוזר ומגיד ואין כאן ספק בזה אף גם דבלא"ה אין מקום להוכיח מהמשנה דיש לדחות דמיגו במקום עדים לא אמרינן כנ"ל ועוד קשה לי היאך דייק ממשנה הא שפיר יש לומר דוודאי באומרים אין זה כתב ידינו נאמנין רק לא הכל נאמנין דהא אלו מכחישין דכתב ידן הוא רק דתרי ותרי הוי ולפי זה באומרים אנוסים כיון שהם חשבו שיהיו נאמנים אין כאן מיגו דאומרים דאין זה כתב ידינו דאז עדים מכחישין ולא ימלט מתרי ותרי משא"כ באנוסים דאין מכחישין סליק אדעתייהו שיהיו נאמנים לגמרי וליכא מיגו דבהא איכא נפקותא טובא כמבואר שם ד"כ והנה לכאורה היה מקום לומר דאין כוונת הירושלמי להביא ראיה בגוף הדבר שאין נאמנים לומר אין זה כתב ידינו דפשיטא כיון שכל אחד אינו מעיד על חבירו אין דבריו של א' במקום שנים רק דס"ד דלהימני דאי בעי היו מעידין כל אחד על חבירו ועל זה אמר מתניתא

אמרה כן דקתני בכתב יד יוצא ממקום אחר אין נאמנים וקשה להימניה במיגו דאין זה כתב ידי ולא כתב יד חבירי וע"כ או דמיגו במקום עדים לא אמרינן או דאינו חוזר ומגיד או דמיגו דבי תרי לא אמרינן א"כ ממילא הכא נמי. אמנם מלבד מה דקשה לכוון דבר זה בלשון הריטב"א בלא"ה אי אפשר לפרש כן בירושלמי חדא דאכתי קשה קושיא ב' דבשלמא במשנה ליכא מיגו דעכשיו חושבין שיהיו נאמנים לגמרי משא"כ הכא בין כך ובין לא יהא אלא תרי ותרי ושפיר איכא מיגו ועוד דאין זה דומה למתניתין דאלו במשנה יש מקום לומר מיגו כיון שהם ג"כ תרי שאומרים אנוסים ולזה ס"ד דלא הוי מיגו במקום עדים אבל כאן דאין דבריו של אחד במקום שנים היאך ס"ד דמהני מיגו גבי חד להכחיש שנים ומה צורך לסייע ממשנה לכן נראה לפע"ד דמהירושלמי הזה יש ראיה לדעת הרמב"ם ומחבר לקמן ס"י דאם אינן מעידין על הלואה אסור להעיד דמפיהם ולא מפי כתבם וזהו דקאמר ר"ח לא מעלין ולא מורידין שאין הראשונים נאמנים ואין כוונת ר"י להביא ראיה לזה דפשיטא דאין דבריו של אחד במקום שנים רק דהראיה הוא דלא נימא כיון שהם אומרים אין זה כתב ידן אם כן פשיטא דאינן מעידין בהלואה והאחרים המעידין על כתב ידם אינן יודעין הלואה ועל זה אמר מתניתין אמרה כן דקתני אם יש עדים שהוא כתב ידם אינן נאמנים וקשה מה בכך הא אינן מעידין על הלואה והראשונים כיון שאומרים אנוסים ג"כ אינן מעידין על הלואה וע"כ דעד כאן לא בעינן שיעיד על הלואה באם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אבל אם כייח"א לא בעינן שיעיד על הלואה כמו שכתב המחבר לקמן ס"י והטעם יתבאר שם בס"ד כנ"ל פי' הירושלמי. ובתומים תמה אפי' במעידין כל אחד על חבירו היאך יהא תרי מול תרי דהא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד: ולפעד"נ דלק"מ דהא בעדים אומרים לא חתמנו באין כתב ידם יוצא ממקום אחר בוודאי נאמנין כמו שכתב התומים בעצמו ס"ק ד' ואפי' למ"ד מדאורייתא אין נאמנים מ"מ נראה דהיינו דוקא באם אין מעידין כל אחד על חבירו א"כ הסברא דלא חשיד אינש לזייף הוא נגד כל חד אבל אם מעידין כל אחד על חבירו פשיטא דשני עדים נאמנים לכל דבר אם יבואו שנים ויעידו שאחד זייף פשיטא שיהיו נאמנין ומ"ש דעל עצמן לא הילכך אם כיימ"א מ"מ הוי תרי ותרי דכל היכי דשנים אומרים מזוייף לא אמרינן כמי שנחקרה בב"ד ואף דאנוסים אינן נאמנים ומשמע אף במעידין כל אחד על חבירו הא ליתא דאף אם שנים אחרים מעידין אנוסים לא מהימני רק כתרי א"כ בעדים עצמן הוי כמו שהגיד אבל במזוייף דאם אחרים אומרים מזוייף פשיטא דנאמנין לגמרי אם לא שיעידו שנים אחרים שהוא כשר הוי תרי ותרי א"כ מ"ש הן עצמן או אחרים דלענין מזוייף פשיטא שאין חילוק ודו"ק היטב:

יא מתוך כתבם. עש"ך שתמה על זה הא בנשתתק לא מהני שיעיד מפי כתבו כדלקמן סל"ו ועיין תומים שכתב לחלק דהתם במעיד בעצמו על כתב ידו דעל מנה שבשטר מעיד גרע טפי משא"כ הכא בעדים מכירין החתימות והראיה ממה שכתב הרשב"א הטעם דמקיימין שלא בפניו דעל חתימת עדים מעידים ש"מ דבעד המעיד גרע טפי. ודבריו בלתי מובנים והוא סותר עצמו דלעיל ס"ק ה' כתב בהדיא לדעת הרשב"א דבעד המעיד על כתב ידו פשיטא דמקיימין בלי בעל דין רק בעדים המכירין ועדים עצמן אומרים לא חתמנו אז בעינן קיום דאורייתא ועל זה נתן טעם דעל חתימת עדים מעידין אם כן הדרא קושיא לדוכתא דכיון דתרווייהו מקבלין בלי בעל דין א"כ מפי כתבם נמי דהא הריב"ש מדמה להו להדדי וכן מבואר בכל הפוסקים שלא חלקו בין עד המעיד על כתב ידו בין עדים אחרים מכירין דהכל מקבלין בלי בעל דין א"כ ה"ה מפי כתבם לשיטת הריב"ש והעיקר כתירוץ שני של התומים לחלק בין אילם בין שיכול להעיד. ומה שכתב בתומים דמנין לו להריב"ש זה לדמות מפי כתבם לקבלה שלא בפני בעל דין ואדרבא חזינן כמה דברים שלא הקילו ולפע"ד נראה דכוונת הריב"ש מדחזינן דלענין קיום בלילה לא הקילו רק בקבלה שלא בפני בעל דין ש"מ דכיון דעדים החתומים כמי שנחקרה בב"ד כבר נתקבל עדות זו בפני בעל דין א"כ ממילא מפי כתבם נמי כיון דלא מיחשב קבלת עדות ודוקא עדות לא מהני אלא מפיהם משא"כ קיום דלא הוי רק גילוי מילתא דמהאי טעמא שלא בפניו כנ"ל בטעמו של הריב"ש (יב) משני שטרות עש"ך בשם הרמ"ה שצריך להיות משני לוקחין והש"ך השיג עליו דאפי' בלוקח אחד סגי ולפע"ד נראה דדין זה תלוי בפלוגתא דר"ת ורש"י והרמב"ם לקמן סעיף זה כמו שאבאר דוודאי לדעת ר"ת דחיישינן לזייף מתוכו א"כ שפיר י"ל דהטעם הוא דבעינן ב' שטרות הוא משום דבשטר א' חיישינן שמא מזייף הוא ונזדמן כך שהניחו לאכול בלי מחאה כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ח אבל בשני שטרות לא חיישינן דילמא איקרי ששניה' הניחו לאכול משלהם אבל תחת ידי עצמו נהי דבב' פשיטא דלא חיישינן שמא מזייפים הם שהרי אי אפשר שנזדמן ששניהם הניחו לאכול מ"מ חיישינן דבאמת כשרים הן רק כיון שהן אצלו זייף מתוכן ולפי זה אם יש שני שטרות משני מוכרים אפילו גבי לוקח אחד כיון דוודאי כשרים הם והשתא לא חיישינן לזייוף מתוכן דלאזיל וחזאי לא חיישינן דלא מצי מכוון כדאמרינן בגמרא אבל לשיטת הרמב"ם דלא חיישינן לזייוף מתוכן רק החשש שמא זייף הכל ולפי זה צריך לומר כששני השטרות בידו אמרינן ג"כ דנזדמן כך שהניחו לאכול דאם לא כן כיון דכשרים הן שוב לא חיישינן לזייוף מתוכו לדעה הנ"ל וע"כ דכל המעלה בב' שטרות משום דבב' לא חיישינן שמא זייפו כולם א"כ בלוקח אחד כיון דבשטר אחד חיישינן שמא זייף ה"ה

בשני שטרות כמו דחיישינן גבי עצמו בשני שטרות וזה ברור וליכא למימר דביוצאין מתחת ידו חיישינן שמא זייף הכל הוא בעצמו משא"כ גבי אחר נצטרך לומר דהוא זייף וגם הלוקח זייף וכיון ששני שטרות דומין לשטר זה היאך איקרי ששניהן זייפו ממש זה כזה ואם אתה באת לחוש כך בטלת כל קיום שמא זייף ממש חתימת העדים הא וודאי ליתא דא"כ תקשי בשטר אחד בלוקח אחד ליסגי ג"כ מטעם הנ"ל דהיאך אירע דהלוקח זייף ממש כמו שטר הלואה של זה וע"כ דחיישינן שמא זייף הוא גם שטרו של לוקח כדי שיתקיים אחד מחבירו א"כ אם שניהם ביד הלוקח פשיטא דאיכא למיחש ג"כ שמא הוא זייף הכל ואדרבא לפי זה יש הוכחה לשיטת הרמ"ה כיון דבשטר אחד ג"כ החשש דהוא זייף הכל כנ"ל וכיון דאם שני שטרות בידו חיישינן שמא זייף הכל א"כ אם אותן השנים ביד הלוקח למה לא ניחוש ג"כ שמא הוא זייף הכל כמו שאתה חושש שהוא זייף שטר אחד שביד הלוקח וע"כ דבעינן דוקא ב' לוקחין דאז המעלה דלא חיישינן לזייוף מג' בני אדם שיעשו קנוניא בשטרות בפרט שיש ראיה שאכלו אכילה גלויה ונכונה וזה ברור ודו"ק. ואמת כי לכאורה יש מקום לומר דוודאי אפי' להרמב"ם דהחשש הוא שמא זייף הכל מ"מ כשיש תחת ידו שני שטרות של שדות אין החשש דפסולין הם ומעולם לא לקח השדה דהא וודאי ראיה ברורה הוא כיון דב' בני אדם הניחוהו לאכול ולא מיחו בידו רק החשש הוא דבאמת כשרים הם רק הוא היה רוצה לזייף שטר הלואה הזה לכך זייף שטרי מכר אחרים ומהם זייף שטר מלוה כדי שיתקיים מהם והשתא אין ראיה ממה שלא מיחו המוכרים שהשטרות הללו שאנו רוצין לקיים מהם כשרים לכך חיישינן דהן מזוייפים אבל ביוצא מתחת ידי אחר אפי' מלוקח אחד מדלא מיחו המוכרים מבואר דהמכירה אמת ולזייוף לא חיישינן לגבי לוקח דלאיזה צורך יזייף כיון דבאמת יש לו שטרות כשרים ולקנוניא לא חיישינן רק היכי דיש לחוש דהמכירה אינה אמת אבל אם המכירה אמת אין לחוש לקנוניא דא"כ אפילו משטר מקויים היאך מקיימין דילמא עשו קנוניא ולקחו מאתו וזייף מתוכו לשיטת ר"ת וע"כ דשטר שני אמת ושוב אין לחוש. אבל באמת הא נמי ליתא חדא דגם בלוקח יש לחוש שמא נאבדו כמו שחיישינן בב' כתובות ולא סגי באחת אף שאסור לשהות בלי כתובה וע"כ דחיישינן שמא נאבדה וזייפו כתובה אחרת. ועוד דאכתי יש לחוש כמו דבשטר אחד חיישינן שמא מזוייף ונזדמן שהניחו לאכול כן יש לחוש בשני שטרות דאחד וודאי אמת והשני נזדמן שהניחו לאכול והוא זייף שני שטרות אחרים דומין זה לזה כמו שאתה חושש למלוה הנ"ל כדי שיתקיימו שניהם כיון דידוע דאחד אמת. לכן נראה לפע"ד ברור דלהרמב"ם הנ"ל אין שום מקום לומר שלא יצטרך ב' לוקחין דוקא כשיטת הרמ"ה הנ"ל ולקמן ס"ק י"ב יתבאר בס"ד

בענין מחלוקת ר"ת והרמב"ם ז"ל. והנה הטור הבין כוונת הרמ"ה דמה שהוצרך הוא ב' שטרות היינו משום דבאחד חיישינן דילמא אזיל וחזי משא"כ בשנים לא חיישינן שיהא רגיל בשנים [ולקמן ס"ל י"ג יתבאר ענין זה] ולכך פסק בב' בלוקח אחד חיישינן ג"כ כיון שיש לומר שהוא רגיל אצלו ועל זה השיג עליו הטור דאפילו בלוקח אחד לא חיישינן לאזיל וחזי כדמוכח בגמרא רק הטעם דבשטר אחד חיישינן טפי לזייוף מב' ולפי זה אפילו שניהם ביד לוקח אחד מהני ולפי הנ"ל לא היה זאת דעת הרמ"ה רק דסבירא ליה גם כן כהרמב"ם הנ"ל דהחשש הוא שמא זייף הכל א"כ פשיטא דבעינן ב' לוקחין כמו שבארנו ולק"מ מהשגת הטור:

יג שמא זייף הכל ואפילו שני השטרות מקויימין. דין זה צריך בירור היטב ואבאר מה שנלפע"ד בזה גרסינן בכתובות דף כ' נהרדעי אמרי אין מקיימין השטר אלא משני שדות ומשני כתובות ושאכלו בעליהן ג' שנים ובשופי אמר ר' שימי בר אשי והוא ביוצא מתחת ידי אחר אבל מתחת ידי עצמו לא מ"ש מתחת ידי עצמו דלא דילמא זייופי זייף מתחת ידי אחר נמי דילמא אזיל וחזי אזיל וזייף כ"ה לא מצי מכוון ופירש"י ור"ת ז"ל דתחת ידי עצמו חיישינן שמא זייף מתוכו משא"כ תחת ידי אחר כיון שאינם אצלו לעיין בהם כל שעה לא מצי מכוון וכתב עוד ר"ת דדוקא כשמכירין על ידי דימוי אבל בטביעת עין אפי' יש תחת ידו חתימה לא חיישינן שמא זייף מוכח מדבריו דאפי' ביוצא מתחת ידי אחר כל שיש חתימה תחת ידו אין מקיימין על ידי דימוי רק בטביעת עין וכ"כ הרא"ש ויש להקשות על פירושו לפי זה מה זה דקאמר ר' שימי בר אשי אמילתא דנהרדעי הא בכל קיום דעלמא צריך שלא יהא תחת ידו חתימה דאז לא מהני קיום רק טביעת עין ותו דקאמר והוא ביוצא מתחת ידי אחר משמע דעיקר הקפידה שתהא יוצא מתחת ידי אחר ולפירש"י ור"ת עיקר הקפידה שלא יהא תחת ידו חתימה אף ביוצא מתחת ידי אחר שטרות הרבה ודו"ק והנה לפירש"י יש מקום ליישב שתי קושית הנ"ל לפי מה שכתב הרמב"ן בתשובה סי' ק' לחלק בין שטר שיש בו מחק מתוכו לשטר שיש בו מחק ביני שיטי או מאחוריו דשטר שיש בו מחק מתוכו פסול שהרי כל כחו אינו אלא מכח שטר זה וממקום שבאת שם הריעותא בצדו שיש בו מחק משא"כ ביני שיטי גוף השטר כשר רק שאתה בא לפוסלו מצד אחר אין ראוי לפוסלו מספק ע"ש והכא נמי דכוותי' אם אנו רוצין לסייע מאותו החתימה שתחת ידו לקיים השטר על ידה אז אמרינן שאין לקיימו דממקום שבאת שם יש לומר שממנו זייף כיון שהוא תחת ידו אם כן אין להביא ראיה משטר שתחת ידו משא"כ אם אין אנו דנין משטר זה כלל רק ממקום אחר אינו בדין שבשביל שיש לו ג"כ חתימה מקויימת מאותן העדים יגרע כחו כיון שמצד אחר

הוא מקויים אין ראיה לפסלו מחשש זה ולגרוע כח הקיום האחר משא"כ אם אנו רוצין לקיים מן החתימה שתחת ידו אין ראוי שיסייע לו שטר הזה אחר שיש לומר שממנו זייף והוי כמאן דליתא וממילא אין השטר מקויים ודו"ק. והשתא ניחא דר"ש ב"א לא הקפיד רק שיצא מתחת ידי אחר ואז לא איכפת לן במה שיצא מתחת ידו ג"כ משא"כ כשאינו יוצא מתחת ידי אחר אז לא מהני ביוצא מתחת ידו כנ"ל ולק"מ ולפי זה ניחא נמי מה שהקשה בהגהת מיימוני בשם ספר המצות על ר"ח דאפי' בטביעת עין נמי ניחוש דהא מצינו ברבא שטעה בט"ע בב"ב [והנה הב"י סי' זה כתב דמ"מ לא שכיח הוא ולא חיישינן ובאמת אין כאן מעלה ארוכה לקושיא זו דאכתי תקשי כיון דהא נמי לא שכיח שיזייף אדם ממש חתימת עדים ומ"מ ביוצא מתחת ידו חייש ר"ת לפי פירושו אם כן ה"ה בט"ע כיון דמצינו דרבא טעה בט"ע ומנין לנו דלזה לא חיישינן לחלק כ"כ בין הנושא. ובאמת בהגהת מיימוני משמע דלר"ת מיפשט פשיטא מסברא דבט"ע א"א שלא יהא ניכר כחוט השערה ולזה הקשה הסמ"ק דמצינו שטעה רבא בט"ע] ולפי הנ"ל לק"מ כיון שאנו מקיימין בט"ע ואין אנו דנין מתוך חתימתו לא הורע כחו בשביל החתימה וכמו כן לק"מ מה שהקשה הרא"ש דאכתי ניחוש שמא מתוך ספרו זייף ולפי הנ"ל ניחא כיון שאין אנו מקיימין מן הספר הזה אין לחוש שמא זייף ממנו כנ"ל:

אמנם אף שלכאורה נכון הדבר בפירש"י אבל לשון ר"ת אי אפשר לכוון כהנ"ל שהרי כתב בט"ע הטעם דאם איתא דמזייף הוא היה ניכר כחוט השערה ולפי הנ"ל אין צורך לזה דבלא"ה כיון שאנו יכולין לקיימו בט"ע ואין אנו צריכין לחתימתו אין לחוש ומזה מבואר דלר"ת לית ליה חילוק הנ"ל ואפשר לומר לשיטת ר"ת דוודאי היכי דאית ליה מיגו דאי בעי כביש ליה לשטרו שתחת ידו פשיטא שלא נגרע כחו במה שהראה החתימה שתחת ידו רק היכי שנתחזק בב"ד אז סבירא ליה לר"ת דאין מקיימין ממנו ואפי' במקום אחר ולפי זה ר"ש ב"ה מילתא פסיקא נקט ביוצא מתחת ידי אחר דזה לעולם בעינן דכל כמה שאינו יוצא ממקום אחר אין מקיימין מתחת ידו שמא זייף מתוכו אבל ביוצא מתחת ידי אחר אז לא פסיקא ליה דאפילו ביוצא מתחת ידו ג"כ היכי דאית ליה מיגו כנ"ל מקיימין ודע דלסברת ר"ת הנ"ל נתיישב לי קושיא עצומה בהא דגרסינן פ' שני דייני גזירות דק"י המוצא שט"ח על חבירו והלה הוציא שמכר לו השדה וכו' ופירש"י הלוה הוציא שטר מכירה מאוחרת לשטר הלואה וזה או' שטרך מזוייף או פרוע וכן פי' הר"ן וקשיא להו לרבוותא ז"ל במה נפשך אי בשאינו מקויים הא בלא"ה יכול לומר מזוייף ופרוע אי במקויים היאך ס"ד דבסברא זו נפסול שטר מקויים והרב הש"ך סי' פ"ה כתב וזה לשונו חלילה לפסול שטר מקויים בטענת אילו הייתי חייב לך ודחק

לפרש פירש"י שאומר שטרך איני יודע מה טיבו או מזוייף או פרוע. ודבריו אלו תמוהין כי לאיזה פירש רש"י והר"ן כן כיון דמזוייף אינו יכול לטעון מסתמא טוען פרוע ומי הכריחו לפרש פי' זה ולפי הנ"ל פשיטא דלק"מ וכן נלפע"ד עיקר לדינא דלשיטת ר"ת הנ"ל פשיטא שיכול לומר מזוייף ומה שהקשו דכי אלים הך סברא לפסול שטר מקויים ליתא דטפי יש להאמינו מזוייף מפרוע דפרוע החזקה מתנגדת לטענתו משא"כ מזוייף מכח הך סברא דבאמת היה חייב לו בשטר כשר ופרעו ומתוכו זייף שטר זה א"כ אין ראיה מהקיום כלל ואף דבעלמא אין אנו מאמינים טענה זו הכא מכח הך סברא דאילו הייתי חייב לך נאמן לומר שהיה כך ואין כאן ראיה ממה שהוא מקויים וזה ברור ובהכי ניחא מה שיש לדקדק בפירש"י שכתב מזוייף ואח"כ פרוע ולכאורה זו ואצ"ל זו היא כיון שנאמן מזוייף כ"ש פרוע הרי דבמזוייף פליגי ובפרוע כ"ע מודו ולפי הנ"ל ניחא דטפי יש להאמינו מזוייף מפרוע דבהא אין שום סברא הסותרת כנ"ל משא"כ פרוע צריך לומר או דאלים הך סברא מהך חזקה או דבאמת נאמן במיגו דמזוייף אבל פשיטא דנאמן מזוייף לכך הקדים רש"י מזוייף לפרוע ואין להאריך עוד בזה ושם הארכתי בזה אמנם הא וודאי נראה ברור דלר"ת הנ"ל נאמן לו' התם מזוייף כמו שביארנו אך קצת קשה לי לשיטת ר"ת הא דאמרינן דלא ליחוי איניש חתימת ידו אמגילתא דילמא משכח איניש דלא מעלי ולפי' שיטת ר"ת אחספא נמי ניחוש שמא משכח איניש דלא מעלי ויזייף מתוכו חתימה אמגילתא ויתקיים על ידי דימוי וצ"ע:

ועוד קשה לי לשיטת ר"ת ז"ל היאך אפשר דמאי דקאמר דילמא זייופי זייף הכוונה זייף מתוכו דהא לוקח אחד בשטר אחד פשיטא דלא חיישינן לזייף מתוכו דהא לאזיל וחזאי לא חיישינן וע"כ דהחשש שמא הוא עצמו מזוייף וקשה היאך אירע שהלוקח זייף כמו שטר הלואה של זה ואם באת לחוש כן בטלת כל קיום דשמא זייף חתימת עדים ממש עד שאי אפשר להכיר וע"כ דלא חיישינן לזה א"כ כ"ש כאן דשטר זה ביד הלוקח היאך אירע שזייפו שניהם בדמיון שוה בלי הבדל כלל א"כ הא גופא ראיה דכשרים הם ועכצ"ל דהחשש שהוא זייף שניהם ומסר אחד ללוקח והשתא כיון דבהכרח לא ימלט דהחשש הוא שמא זייף הכל ובשני שטרות יוצאין מתחת ידו א"כ פשיטא דיש חשש זה שמא זייף הכל א"כ היאך אפשר שהפי' זייף מתוכו דמנא לן הא כיון דבהכרח החשש שמא זייף הכל א"כ בשניהם תחת ידו דכ"ש הוא דיש לחוש דזייף הכל א"כ פשיטא שיש לנו לומר דזה החשש גופא בתרווייהו הוא ומנין לנו לבדות לנו זיוף מתוכו להקשות דילמא אזיל וחזי והוא תמוה מאד והא ליכא למימר דכיון ששניהם תחת ידו ליכא למיחש שמא זייף הכל דהיאך אירע שהמוכרים לא מיחו בידו דהא ליתא דפשיטא דאין לחוש שמא

לא לקח השדות כלל רק שגנז השטרות הכשרים וזייף הכל כדי לקיים שטר הלואה שתחת ידו אבל לזייף מתוכו לא חיישינן אשר על כן נראה לפע"ד שגם ר"ת ז"ל לא אמרה אלא לפי שהוא ז"ל סובר כפי מה שכתב המרדכי בשמו פרק האשה שנתארמלה דהטעם הוא דבעינן שני שטרות שאינו דומה דמיון לשטר אחד לדמיון לשני שטרות ולפי זה שפיר יש לומר דלא חיישינן כלל שמא זייף הכל רק בשטר אחד בלוקח אחד אין מקיימין משום שהדמיון אינו עולה יפה בשטר אחד אבל השטר מכירה בוודאי אמת ולפי זה בשני שטרות תחת ידו גם כן לא חיישינן לזייף הכל רק דזייף מתוכו אבל לדידן דקיימא לן משטר אחד מקויים מקיימין ש"מ דלא ס"ל טעמו דר"ת שבמרדכי הנ"ל א"כ הא דאין מקיימין משטר אחד בלוקח ע"כ משום דחיישינן שמא הוא עצמו מזייף אם כן בהכרח דחיישינן שמא זייף הכל אם כן בהא נמי חיישינן שמא זייף הכל כנ"ל ולכך הרמב"ם דכתב וכן מקיימין משטר שהוחזק בב"ד ממנו לבדו דלא כר"ת הנ"ל לכך פירש הטעם שמא זייף הכל כנ"ל ודו"ק היטב: אמנם מה שהבינו המפרשים דעת הרמב"ם ז"ל דלא חשש כלל לזייף מתוכו אינו נראה לפע"ד כמו שאבאר חדא דיש להבין לפי פי' הרמב"ם דחיישינן שמא זייף הכל א"כ מאי פריך מ"ש עצמו מ"ש אחר הא פשיטא דלא דמי דאנן לא חיישינן כלל שיזייף בדבר הדומה ממש רק שמא זייף הכל מה שאין זה חתימת העדים כלל משא"כ בשטר שביד אחר נצטרך לומר שזייף ממנו בדבר הדומה מנין למקשה דחיישינן לזה ואמת שנראה שהש"ך בשם הריטב"א הרגיש בזה ופי' דהקושיא הוא דס"ד כיון שיכול לשנות כתב ידו לב' או לג' כתבים וכולם שווים ס"ד שיוכל לזייף ממש בדבר הדומה ג"כ ולפעד"נ דהא ליתא דפשיטא שאין צורך לומר ששינה כתבו דאטו לא משכחת שביקש משני אנשים קרובים או פסולים שיחתמו לו שלשת הכתבים הללו ואין כאן שום זיוף בדבר הדומה ומנא לן שיוכל לזייף חתימת העדים ממש ועוד מדמשני כ"ה לא מצי מכווין משמע דבביתו מצי מכווין גם יש לדקדק דמתחילה פי' הרמב"ם הטעם שמא זייף הכל משמע דבמקויים לא חיישינן כלל ולבסוף כתב וכן מקיימין בשטר שקרא עליו ערעור והוחזק כמו משני שטרות ושני כתובות ומדקאמר כמו משני שטרות משמע כמו דבשני שטרות בעינן יוצא מתחת ידי אחר כן בשטר אחד מקויים והדברים סותרין זה את זה. לכן נראה לפע"ד לפרש כוונת הרמב"ם ז"ל קרוב לדעת ר"ת ז"ל במקצת אכן לא יקשה עליו מה שיקשה לשיטת ר"ת וכן מה שקשה לשיטת הריטב"א כמו שאבאר והוא דוודאי פירוש רש"י ור"ח לא ניחא ליה מכח מה שהקשינו לעיל דלדידהו עיקר הקפידה שלא יצא מתחת ידו חתימה ור"ש ב"א

הקפיד שיוצא מתחת ידי אחר גם פי' הריטב"א לא ניחא ליה מכח מה שהקשינו שאין לדמות עצמו לאחר גם יש לדקדק בסוגיא ויתבאר בתוך דברינו:

ועל כל אלה בירר לו הרמב"ם ז"ל דכך ישרה לעצמו ולק"מ מכל הנ"ל והוא לפי מה שכתב הב"ח סכ"ד בד"ה [ומ"ש ואם אין כאן שטר מקויים] בשם המרדכי בשם ר"ת דאינו דומה דמיון לשטר אחד דאז חיישינן טפי לזייוף שאינו ניכר כ"כ אבל דמיון לשני שטרות רחוק הוא לזייף שהרי חתימת העדים גופייהו באותן ב' שטרות הם משתנות לפעמים תיבות או אותיות ע"ש שהאריך וכתב דזהו כוונת רש"י שפירש ביוצא מתחת ידי אחר שני שטרות דקמש"ל רבותא לא מבעי בשטר אחד פשיטא דחיישינן שמא זייף מתוכו אלא אפי' בשתי כתובות ושני שטרות ס"ד דלא חיישינן כיון דקשה לזייף כנ"ל מ"מ חיישינן ביוצא מתחת ידו וכן לדעת הראב"ד דסבירא ליה דלעולם בעינן ב' שטרות ע"כ דהיינו טעמא ג"כ כיון שדומה לשני שטרות קשה לומר שזייף דרחוק הוא [עי' תומים שכתב דסברא זו אמת והחוש והנסיון מעידין] לזה נראה דסבירא ליה להרמב"ם כמו דר"ת מודה בט"ע דרחוק הוא שזייף דוודאי היה ניכר כחוט השערה א"כ ה"ה אם הדמיון הוא לשני שטרות מקויימין לא חיישינן ג"כ שזייף דקשה לזייף שלא יהא ניכר בשני שטרות ולפי זה בש"ס הכי פירושא דר"ש ב"א אמר והוא ביוצא מתחת ידי אחר קאי בין אנהרדעי בין ארב אסי כמו שכתבו המפרשים [וכן לשיטת ר"ת בהכרח צ"ל כן] והיינו דקאמר וביוצא מתחת ידי אחר דמשמע דלא משכחת לה רק ביוצא מתחת ידי אחר אבל מעצמו אפי' במקויים לא כדעת ר"ת רק בהך דנהרדעי אין הטעם שמא זייף מתוכו דשני שטרות הוא קשה לזייף שיהא דומה לשני שטרות הילכך לא חיישינן לזייוף בדבר הדומה רק דהחשש הוא שמא זייף הכל [וזה שייך בין כששניהם אצלו בין כשהאחד אצלו ואחד אצל לוקח כמו שבארנו לעיל ס"ק י"ב] אמנם בהך דרב אסי דמיירי בשטר מקויים דאז אין לחוש שמא זייף הכל אז חיישינן שמא זייף מתוכו כיון שאין כאן רק שטר אחד וזהו דקאמר ר"ש ב"א והוא ביוצא מתחת ידי אמר למר שמא זייף הכל ולמר שמא זייף מתוכו אבל תחת ידי עצמו לא ואם הוא לישנא דר"ש ב"א כוונתו דמתחת ידי עצמו לא משכחת כלל אפילו במקויים ואם הוא לישנא דמקשה כוונתו נמי דדייק מיניה דבעצמו לא אפילו במקויים ואהא פריך מ"ש דע"כ דחיישינן לזייף מתוכו א"כ ביד אחר נמי ניחוש דילמא אזיל וחזי ומשני כ"ה לא מצי מכווין אבל אין הקושיא משני שטרות כיון דהתם טעמא שמא זייף הכל פשיטא שאין לדמות יד עצמו ליד אחר והן הן דברי הרמב"ם דמעיקרא כתב והוא שיצאו שני השטרות מתחת ידי אחר לא. מיד עצמו ועל זה נתן טעם שמא זייף הכל דלזייף מתוכו ליכא למיחש כיון דקשה לזייף משני

שטרות דאם היה מזוייף היה ניכר כסברת ר"ת גבי ט"ע וכמו שכתב הב"ח הנ"ל ואח"כ כתב וכן מקיימין משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד מקיימין ממנו לבדו כמו משני שטרות ושני כתובו' וכוונתו כיון דמקיימין ממנו לבדו אף שהוא מקויים בעינן שיצא מתחת ידי אחרים כמו משני שטרות ושני כתובות דבהא וודאי חיישינן לזייף מתוכו כדמוכח הסוגיא הנ"ל כמו שבארנו ודו"ק:

ועוד נראה על דרך הנ"ל דוודאי גם הרמב"ם מודה דאפילו בשני שטרות תחת ידו חיישינן לזייף מתוכו ומ"מ אתי שפיר לפי מה שכתב הב"י בכוונת הטור לדעת הרמ"ה דמחלק בין שני שטרות לשטר אחד הטעם דבשטר אחד חיישינן דילמא אזיל וחזי שהיה רגיל אצלו משא"כ בשני שטרות אינו שכיח שיהא רגיל אצל ב' בני אדם כ"כ שיוכל לזייף ומהאי טעמא הוצרך הרמ"ה ב' לוקחין דוקא דבלא"ה חיישינן שהוא שמא היה רגיל אצלו והטור השיג עליו דאפילו באחד לא חיישינן לאזיל וחזי רק דבשני שטרות לא חיישינן כ"כ לזייוף כמו באחד הילכך אפילו בלוקח אחד מהני בב' שטרות וכן משמע באמת בש"ס דלאזיל וחזי לא חיישינן כלל והטעם כמו שכתב הסמ"ע דבאחד יש לחוש שנזדמן כך וכבר בארנו לעיל ס"ק י"ב דגם הרמ"ה מודה לזה ומ"מ הוצרך הרמ"ה ב' לוקחין דסבירא ליה הטעם שמא זייף הכל ע"ש. והנה לכאורה יש לתמוה לפי שיטת הרמ"ה אפילו בב' לוקחין ניחוש דאזיל וחזי שהיה רגיל לגבי א' וממילא דומה לאידך כיון ששני שטרות של מכר דומין זה לזה בכת אחת של עדים וצריך לומר דוודאי אף דחיישינן שמא זייף מתוכו היינו שיהא דומה לאותו שטר שזייף ממנו וכן אם יש בידו שני שטרות כיון שזייף מתוכן הוא דומה ממש לשניהם אבל אם יש עוד שטר אחד תחת יד אחר כיון שלא היה אותו שטר לפניו פשיטא שיש להכיר הזייוף מתוך שטר זה ואם אינו ניכר בוודאי אינו מזוייף הוא וגדולה מזו דעת ר"ת דקשה מאד לזייף שיהא דומה לשני שטרות א"כ נהי דאפילו בשני שטרות תחת ידו חיישינן שמא זייף מתוכן אבל אם אין השני תחת ידו לא חיישינן לזייף מתוכו אף שהאחד היה לפניו וזה פשוט וברור בכוונת ב"י בפי' דברי הטור לדעת הרמ"ה ועיין דרישה ופרישה סי' זה והן הן דברי הרמב"ם דבהא וודאי פליג על הרמ"ה דאפילו בלוקח אחד לא חיישינן לאזיל וחזי כמו שהשיג הטור בעצמו אמנם בהא מסכים עמו דכל היכי שיש שטר אחר שלא היה לפניו שוב לא חיישינן לזייף מתוכו כיון שנתקיים גם מהשטר השני ולא ניכר שום זייוף ולזה כתב הרמב"ם והוא שיצאו שני השטרות מתחת ידי אחר אבל מתחת ידי עצמו לא משום שמא זייף הכל דאי משום זייף מתוכו תינח בב' יוצאין מתחת ידו אבל באחד מתחת ידו ואחד תחת ידי אחר לא חיישינן לזייף מתוכו כנ"ל לכן נתן טעם שמא זייף הכל

לכך בעינן שיצאו שניהם מתחת ידי אחר אבל אח"כ שכתב ומקיימין משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד מקיימין ממנו לבדו שפיר כתב כמו משני שטרות ושני כתובות פי' דבעינן שיצאו מתחת ידי אחר כמו משני שטרות דנהי דליכא למיחש שמא זייף הכל כיון דהוא מקויים מ"מ בשטר א' ת"י חיישינן לזייוף מתוכו כנ"ל והשת' ניחא ולק"מ והשתא נמי לא קשיא מה שהקשה הרא"ש דלעולם ניחוש שמא זייף מספר של העד ולפי הנ"ל ניחא כיון שאנו מקיימין משטר שלא היה תחת ידו שוב לא חיישינן לזייף מתוכו ודו"ק העולה מהנ"ל דלתירוץ אף בשני שטרות ת"י שוב לא חיישינן לזייף מתוכו ולתירוץ שני והוא העיקר אף בזה חיישינן לזייוף מתוכו אבל בשטר מקויים ת"י ושטר אחר תחת יד אחר ומקיימין משניהם ולא ניכר שום זייוף לא חיישינן כלל ואם שטר מקויים אחד ת"י חיישינן לזייוף מתוכו ואין מקיימין ממנו ומשני שטרות של שתי שדות אם הם משני לוקחין מקיימין אבל אם שניהם תחת ידו או אפי' אחד ת"י ואחד ת"י אחר חיישינן שמא הוא זייף הכל כמו שבארנו לעיל ס"ק י"ב וס"ק זה ונראה שגם הגהת מיימוני כיוון לזה ולכך העתיק דברי ר"ת על דברי הרמב"ם בלי לשון שחולק רק ואומר ר"ת ולפי הבנת המפרשים אין דברי ר"ת שייכות להרמב"ם ולפי הנ"ל ניחא דבשטר אחד מקויים מודה לר"ת כנ"ל וכל זה נראה לפע"ד ברור לדינא:

יד ויש אומרים דאפי' לא קרא עליו ערעור דין זה ג"כ צריך ביאור כי נלפע"ד שאין כאן מחלוקת בין הפוסקים בזה כמו שאבאר גרסינן בפ"ב דכתובות ד"כ אמר מר משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערעור לא מסייע ליה לרב אסי דאמר רב אסי אין מקיימין השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד זו הוא גירסת רש"י ז"ל ומשמע לכאורה מפירושו דדוקא קרא עליו ערעור בעינן אבל בלא"ה אפילו הוחזק בב"ד על פי אחד מדרכי הקיום המועיל לא מהני [ואפילו הוחזק ע"י עדיו ויש לתמוה דהא פשיטא דאי אתא לפנינו שטר בעדים המכירין החתימות או אחד משאר דרכי הקיום המוזכרין סימן זה פשיטא דמהני א"כ בהא נמי ע"כ אנו סומכין שמכירין ומדמין יפה דאל"כ מה בכך דקרא עליו ערעור שמא אינו דומה כלל לזה וע"כ דבהא לית ספק כיון שהדמיון יפה דמאן דחתם אהא חתם אהא רק מהחשש על אותו השטר גופא הצריכו עליו ערעור א"כ כיון שאם אותו השטר בא לפנינו מגבין בו בלי ערעור א"כ למה לא יתקיים גם שטר זה כיון דהא פשיטא דמי שחתם על שטר זה חתם ע"ז והוא תמוה לכאורה. והנה ל' הרמ"ה שהביא הטור מורה דבלי ערעור חיישינן שמא לא דייקו ב"ד יפה אבל בערעור בוודאי נתקיים כראוי אבל באמת הוא תמוה דהא כל שטר שבא לפנינו מקויים בחתימות ב"ד ואנו מכירין חתימת ב"ד אע"פ שלא נודע לנו

הדרך שנתקיים בו כשר הוא לגבות, בו כמבואר להדיא סי' זה ס"ח א"כ על הדמיון אנו סומכין יפה דאל"כ מאי מהני ערעור אם כן למה לא יתכשר גם שטר זה כיון שאותן העדים חתומים בו. והנה הרא"ש גורס ג"כ כגירסת רש"י ומ"מ פי' בהדיא בברייתא דערעור לאו דוקא רק שהיו רגילין שלא לקיים בלי ערעור ולפי זה ע"כ דהכא נמי הפי' אלא משטר שקרא עליו ערעור ועל ידי זה הוצרך להיות מוחזק בב"ד אבל בלי ערעור אין מקיימין דאז לא הוחזק בב"ד ולכאורה קשה דלפי זה עיקר הרבותא דאין מקיימין רק בהוחזק בב"ד ומאי קמש"ל פשיטא דמאי אולמי האי מהאי וכיוצא בזה הקשה הרא"ש בעצמו על הרי"ף ובאמת לק"מ דסברא גדולה הוא לקיימו משטר שאינו מקויים כלל כיון דחזינן דהחתימות דומות זו לזו יגיד עליו ריעו כל חד אחבריה דשניהם כשרים דהיאך אירע שזה זייף ממש כמו זה ואם באנו לחוש כך בטלת כל קיום משום שמא זייף חתימות עדים עד שהוא דומה ממש וע"כ דלזייוף חתימה ממש לא חיישינן א"כ הא גופא קיום הוא דע"כ שהם כשרים ולזה ס"ד דמהני בלי ערעור ובלי קיום קמש"ל דדוקא בערעור שאז הוחזק בב"ד מהני' אבל בלא"ה לא וצריך לומר דבאמת חיישינן שמא אחד זייף שניהם ונתן אחד לשני כדי שיתקיימו שניהם וטובא קמש"ל ולפי זה נראה דגם רש"י מודה כהרא"ש הנ"ל דבהוחזק בב"ד בלי ערעור מהני כמו שהוכחתי רק דבלי ערעור מסתמא לא הוחזק כדעת הרא"ש הנ"ל ומהאי טעמא לא הזכיר הרא"ש שם דרש"י חולק עליו כדרכו בכל מקום אלא וודאי שסובר דגם רש"י מודה לו כנ"ל נמצא דעת הרא"ש ורש"י דבלי ערעור ובלי הוחזק לא מהני בשט"ח כלל רק בשתי שדות כנהרדעי כמו שכתבו הרא"ש והר"ן דנהרדעי ורב אסי לא פליגי רק ליפרושי בעי ובהוחזק בב"ד על פי אחד מדרכי הקיום המועיל מהני אפי' בשט"ח אפי' אחר דנהרדעי בלי קיום דוקא קאמרי דבעינן שנים כמו שכתב הרא"ש:

אבל הרי"ף גורס אין מקיימין משטר שקרא עליו ערעור אלא אם הוחזק בב"ד משמע דבלי ערעור אף בלי הוחזק מקיימין והקשה עליו הרא"ש חדא דבלי ערעור ובלי הוחזק בוודאי לא מהני ועוד בערעור ולא הוחזק פשיטא דלא מהני ומאי קמש"ל עכ"ד ולפעד"נ דלק"מ דהא נהרדעי ורב אסי לא פליגי כלל א"כ נהי דבלי ערעור ובלי הוחזק מקיימין מ"מ היינו דוקא בשני שטרות וכתובות אבל בערעור ולא הוחזק אין מקיימין כלל ובזה גם הרא"ש מודה דבשני שטרות של שדות מקיימין בלי ערעור ובלי הוחזק וקושיא ב' נמי לא קשיא לפי מה שבארנו קודם לדעת הרא"ש א"כ מהאי טעמא גופא ס"ד לקיים אפי' בערעור בלי קיום ואדרבא קשה על הרא"ש דהא ולדידיה נמי קשה לפי דעתו בברייתא דבהוחזק סגי א"כ מאי קמש"ל רב אסי וע"כ כמו שכתבתי א"כ גם להרי"ף לק"מ ויש

להביא ראיה להרי"ף מהא דגרסינן בירושלמי אמר רב אסי ובלבד בשטר שקרא עליו ערעור ונתקיים בב"ד ר' לעזר אמר לא נתקיים כב"ד והנה לפי' הטור וכשם הרמ"ה והרא"ש נצטרך לומ' או דלא במקום אלא כמו שפירש והמפרש שם או דר' לעזר בלי הוחזק ובלי ערעור מיירי וזהו דוחק דהא ר' לעזר, אדרב אסי קאי דקאמר ערעור והוחזק וקאמר עלה לא נתקיים ש"מ דבערעור מיירי רק לא הוחזק וזו היא ראיה לשיטת הרי"ף דרב אסי אמר משטר שקרא עליו ערעור אין מקיימין רק בהוחזק ור' לעזר סבר דאפי' בלי הוחזק מקיימין והיינו כמו שכתבתי דיגיד עליו ריעו דכל חד מקויים מחבירו ורב אסי סבר דחיישינן לקנוניא ולפי זה פשיטא דלא קשה קושית הרא"ש מאי קמש"ל דהא טובא קמש"ל כיון דר' לעזר באמת חולק כנ"ל ולפי זה לענין דינא לא פליג הרי"ף כלל דבלי ערעור ובלי קיום מקיימין כדאמרי נהרדעי משני שטרות ושני כתובות ובקיום ב"ד בלי ערעור מהני רק בערעור בלי קיום אין מקיימין כלל וקצת קשה לי לגירסת הרי"ף מהא דקאמר קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערעור לא וע"כ דלהרי"ף כך הפי' קרא עליו ערעור בעינן הוחזק לא קרא עליו ערעור לא בעינן הוחזק והשתא קשה כיון דהעיקר החידוש דרב אסי דערעור בלי הוחזק לא מהני כך הוי ליה לסייעו לעיקר הרבותא שלו הוחזק אין לא הוחזק לא ובפרט דזה מורה יותר מברייתא מהך דהשתא דאיכא למידחי כהרא"ש והרמ"ה וצ"ע בזה ומ"מ לענין דינא לא פליגי רש"י והרא"ש והרי"ף כלל כנ"ל ודו"ק:

והנה הרמב"ם ז"ל כתב ומקיימין משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד אפילו הוא לבדו כמו משני שטרות ושני כתובות וכו' עכ"ל והנה הר"ן כתב דהרמב"ם גורס כהרי"ף והרב ב"י בסי' זה השיג עליו דלגירסת הרי"ף רב אסי בלשון שלילה קאמר אין מקיימין אלא בזה והרמב"ם כתב בפשיטות ומקיימין משטר שקרא עליו ערעור ש"מ כרש"י דדוקא ערעור והוחזק בעינן והנה לפי מה שכתבתי מקודם דלדינא אין נפקותא בין הגירסות א"כ ממילא אף אם גורס כרש"י בהוחזק לבד סגי איברא דלפי זה לא היה לו להרמב"ם להזכיר ערעור דבש"ס יש לומר לפי שהיו רגילין שלא לקיים בלי ערעור אבל ברמב"ם קשה לומר כן אבל באמת בלא"ה לא קשה קושית הב"י וגירסת הרמב"ם כגירסת הרי"ף ומה שלא אמר בלשון שלילה כרב אסי לק"מ מפני שהזכיר שם דרכי הקיום שהם חמשה ובתוכם מנה קיום זה מכתב ידן יוצא ממקום אחר וכתב שזה הקיום דוקא משני שדות ועל זה כתב שמקיימין משטר שקרא עליו ערעור והוחזק אפילו הוא לבדו ומהני כמו בשני שטרות וכתובות וא"כ היאך יאמר בלשון שלילה מה שבא להוסיף בקיום מה שיכול לקיים בו אפילו בחד. אך קשה לי דדוקא בש"ס יש מקום לפרש כן

דבלי ערעור ובלי הוחזק מהני בשני שדות ושפיר קאמר בשטר שקרא עליו ערעור אין מקיימין רק בהוחזק אבל אי לא קרא ערעור מקיימין אפי' לא הוחזק והיינו משני שדות וכתובות אבל הרמב"ם כבר ביאר דין השני שדות קודם וכאן מיירי בהדיא בשט"ח אחד א"כ למה הזכיר ערעור כיון דבלא"ה מהני ואי לאשמועינן דוקא בערעור בעינן הוחזק אבל בלי ערעור לא בעינן הוחזק הא ליתא כיון דמיירי בשטר א' לעולם בעינן הוחזק ונ"ד דהרמב"ם בא לו' דאפי' בערעור מהני הוחזק דלגירסת הרי"ף הוחזק בלי ערעור עדיף מערעור והוחזק דכיון דקרא עליו ערעור אפשר דהוא מזוייף או דכוונתו שדרך השטר להיות מוחזק בב"ד אחר שקרא עליו ערעור כמו שכתב הרא"ש ולענין הקושיא השניה שהקשה הב"י מדברי הראב"ד הנה לפי מה שכתב בכ"מ פ"ח מהלכות עדות דלהראב"ד ערעור והוחזק בעינן וכן משני שטרות א"כ פשיטא דלא גריס כהרי"ף והיינו דקאמר אין הגירסא שלו כגירסא שלנו אלא אף לפי מה שפירש הר"ן לדעת הראב"ד דלא בעינן ערעור מ"מ לק"מ דכוונת הראב"ד כמו שכתב הלח"מ פ"י מהלכות עדות [והוא הכריח זה מכח קושיא אחרת] דכוונת הראב"ד ב"ד להשיג על הרמב"ם שכתב ומקיימין ממנו לבדו והיינו דנהרדעי לא פליגי אדרב אסי כמו שכתב הרא"ש והם מיירי בלי קיום אבל בקיום מודה דלא בעי שנים וכבר נודע דהראב"ד חולק על דין זה וסבירא ליה דלעולם בעינן שנים והיינו דנהרדעי פליגי אדרב אסי וגורס נהרדעי אמרי והרמב"ם גורס אמרי נהרדעי והשתא פשיטא דלק"מ קושית הב"י וזה ברור:

ולפי זה מה שכתב הב"י וז"ל ומיהו כיון דרש"י ורמב"ם סברי דוקא קרא עליו ערעור הוא דמקיימין ממנו אבל אי לא קרא עליו ערעור אף שהוא מקויים אין מקיימין ממנו וגם הרמ"ה מודה לזה לדינא כמו שכתב רבינו בשמו הכי נקטינן עכ"ל ולפי הנ"ל הא ליתא חדא דכבר הוכחתי לעיל בראיה ברורה דהוחזק בלי ערעור מהני ועוד דכבר בארנו לעיל דגם דעת הרמב"ם ורש"י כהרי"ף והרא"ש א"כ כיון שהרי"ף והרמב"ם ורש"י והרא"ש סבירי להו דאפילו בלי ערעור מקיימין כל שהוחזק הכי נקטינן דלא כהרמ"ה. והנה הרב הש"ך יצא לדון בדבר החדש דכל שיש עליו ערעור והוחזק אפי' אין מכירין החתימות מהני. והוא תמוה דכיון שאין מכירין חתימות ב"ד שמא לא הוחזק בב"ד כלל ומה בכך דקרא עליו ערעור ואי משום ששתק הערעור א"כ בלי הוחזק נמי דהוחזק זה שאין מכירין חתימת ב"ד לא מעלה ולא מוריד כלל כמבואר להדיא סי' זה דהקיום לא מהני רק שבקל ימצא מי שיכיר חתימת הדיינים ועוד דפשיטא דבשטר זה לבד אין גובין כיון שאין מכירין החתימות של ב"ד כמבואר בס"ו א"כ היאך גובין בשטר זה שנתקיים מתוכו ואי משום דיגיד עליו ריעו כמו שכתבתי לעיל א"כ בלי הוחזק נמי ומה שהביא

ראיה מהרמב"ם כבר בארנו לעיל ס"ק י"ג דכוונת הרמב"ם דמצריך דוקא יוצא מתחת ידי אחר כמו שני שטרות וכתובות דבשטר אחד חיישינן לזייוף מתוכו לכן אין לדבריו קיום מלבד הדוחק שיש בדבריו להעמיד דבר זה ברמב"ם ופוסקים ורש"י לכן יטול מה שחידש כי אין לו על מה לסמוך. והכלל העולה לדינא בזה דשטר שהוחזק בב"ד ומכירין חתימת ב"ד מקיימין ממנו אפי' לא קרא עליו ערעור אפי' משטר אחד אפילו משטר מלוה [ודוקא ביוצא מתחת יד אחר כנ"ל בס"ק י"ג) ואי קרא ערער ולא הוחזק או שהוחזק ואין מכירין חתימת ב"ד אין מקיימין ממנו כלל אפי' משני שטרות של שדות ואי לא קרא ערעור ולא הוחזק בשני שטרות של שני שדות שאכלו בעליהן ג' שנים ובשופי או משני כתובות אפילו לא אכלו שלשה שנים ש"ך) מקיימין אבל משני שטרי הודאו' והלואות אין מקיימין כל שלא הוחזקו בב"ד ואז מקיימין אפי' משטר אחד כנ"ל ודו"ק: (מו) מקיימין ממנו לבדו והראב"ד חולק דלעולם בעינן ב' שטרות ועיין מה שכתבתי בס"ק י"ב דלדעת הפוסקים דכל שיש חתימה תחת ידו חיישינן לזייוף מתוכו ע"כ דסבירי להו כהראב"ד וכן מבואר להדיא במרדכי דדעת ר"ת דלכך בעינן ב' שטרות משום שאינו דומה דמיון לשטר אחד לדמיון לשני שטרות א"כ ה"ה בשטר מקויים והיינו כהראב"ד אבל הרמב"ם דסבירא ליה כאן דמקיימין ממנו לבדו ע"כ דהחשש הוא שמא זייף ע"ש ולפי זה לפי מה שבארנו לעיל ס"ק י"ב דהעיקר כהרמב"ם שם א"כ ממילא הכא נמי העיקר דמקיימין ממנו לבדו. ובנידון מה שהקשה הש"ך על הראב"ד עיין תומי' מה שכתב ליישב ונכון הוא:

טז אבל לא מאגרת עש"ך שהביא דהריטב"א שהביא ב"י גבי לכתוב אחספא שכתב דאף אמגילתא יכול לכתוב תשר"ק צפע"ש מוכח דאף מאגרת מקיימין והא ליתא דמהתם לא מוכח מידי דוודאי אם רוצה לכתוב אגרת בכיוון כדי לקיים מתוכו פשיטא שיכול לדקדק כמו בחתימתו אבל מאגרת שנכתב באקראי לא לשם קיום אז שפיר חיישינן דאין אדם מדקדק בכתיבתו כמו בחתימתו כמו שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ה איברא מדברי הריטב"א כתובות גבי קיום משני שדות שהביא הש"ך מבואר שחולק על זה דאפי' מאגרת מקיימין ובאמת גם מזה אין ראיה דיש לומר דהריטב"א מפרש דמיירי שנחתם שמו על הספר או על האגרת כמו שפירש הכ"י דברי הירושלמי ולכך קאמר דבספר שידוע בחזקה שהוא של אסי סומכין על זה ומקיימין מחתימתו שעל הספר אבל באגרת אין אנו סומכין על החזקה אבל באגרת שידוע שכתבו פשיטא שסומכין על החתימה כמו שסיים הרב בהגה' כמו שפי' הב"י:

יז וי"א כו' ר"ן דפ"ב דכתובות. עש"ך שתמה על זה ולא ידעתי מאי קשיא ליה הא הב"י אינו מפרש כפי מה שהבין הש"ך בס"ק לפני זה דמה שאמרו אילון ספרי דאסי הכוונה מחמת החזקה דאם כן באגרת שידוע שכתבו מקיימין מתוכו ולדעת ב"י זה אינו רק בנחתם שמו גם מדברי הר"ן לא משמע כן דאם כן העיקר חסר בדברי הר"ן שמקיימין מספר שידוע על פי החזקה שכתבו אלא וודאי דהר"ן לא מיירי בהא ואינו מפרש הירושלמי על פי החזקה ולפי זה בהכרח הפי' אילון ספרי דאסי שנחתם שמו עליו וכיון שהר"ן העתיק זה הירושלמי ש"מ דסבירא ליה כן להלכה:

יח מי שחתם על השטר וכו' הואיל והדבר כן וכו'. ויש חולקין הוא הראב"ד והתוס' והרא"ש והראב"ד הקשה עליו מאמנה דאין נאמנים אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר ולפי דעתו יותר היה לו להקשות מאנוסים מחמת ממון הנזכר קודם שם דאינן נאמנים. והנה הש"ך כתב דהתם שאני דעולה הוא. ודבריו צריכין ביאור דמה בכך דהוא עולה מ"מ הרי אין כאן עדות על הלואה ואדרבא מדבריהם מבואר שלא ראו הלואה כלל א"כ אין הקיום כתב ידינו הוא מועיל כלל להרמב"ם ואפילו אי נימא דלהרמב"ם אין צריך לשאול אפילו אין כתב יד יוצא ממקום אחר מ"מ כשאומרין בפי' שלא ראו הלואה פשיטא שאין כאן קיום ולאו מחמת אנוסים נהימניה אבל באמת לק"מ דוודאי באומרים כתב ידינו הוא כמו שהגידו על הלואה גם כן רק אם אין כתב ידן יוצא ממקום אחר מהימני לומר שאין זוכרין כיון דעיקר הקיום הוא עכשיו כמו שכתבו התוס' בד"ה הרי אלו אם כן תכ"ד יכולין לחזור ולומר שאין זוכרין משא"כ בשכתב ידן יוצא ממקום אחר אז הקיום מכבר דעדים החתומים כמו שנחקרה בב"ד וכיון שהקיום מכבר כשאומרים שאין זוכרין הן חוזרין לאחר כדי דיבור ולא מהימני ולפי זה אפילו באין כתב יד יוצא ממקום אחר דוקא אם החזרה הוא עדות הראוי לקבל מהני החזרה אבל אם החזרה הוא מה שעושה עצמו רשע לאו חזרה הוא כיון שאין אנו מקבלין ואין אנו מאמינים זה אם כן עדות כתב ידינו קיים שראו הלואה ג"כ ולק"מ וכמו כן לא קשיא מר"מ דסובר אנוסים מחמת נפשות ג"כ אין נאמנים כלל אפי' אין כתב ידן יוצא ממקום אמר מטעם דמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו וקשה הא מ"מ לא ראו הלואה ופשיטא דר"מ מודה דבעינן מפיהם ולא מפי כתבם ולפי הנ"ל נימא דר"מ ע"כ סבירא ליה כס"ד דתוס' שם בד"ה הרי אלו דאפי' אין כתב ידן יוצא ממ"א מ"מ מדאורייתא אין צריך קיום כלל וכבר הוא מקויים רק רבנן אצריכו קיום ואין זה רק גילוי מילתא בעלמא וכשאומרים כתב ידינו הוא איגלאי מילתא למפרע דמקויים הוא ושוב אינן יכולין לחזור שלא ראו הלואה דהוי כלאח' כדי: דיבור אליבא דר"מ ודו"ק ולק"מ מהנ"ל:

.
אך הא קשיא לי לשיטת הרמב"ם כיון דטעמו באין כתב ידן יוצא ממקום אחר דמהימני כמו קטנים ואנוסים א"כ תקשי ללישנא קמא דרמב"ח כתובות י"ח ע"ב פשיטא דאפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר אם אומרים שאין זוכרין הלואה נאמנים דלא גרע מאנוסים מחמת נפשות והנה התוס' שם הקשו לרמב"ח דלהימני מחמת ממון בסיפא במיגו דנפשות דהא ברישא דאיכא מיגו נאמנין לרמב"ח אפי' מחמת ממון ותרצו חדא דאונס נפשות לא שכיח ועוד דמיגו בי תרי לא אמרינן והשתא לדעת הרמב"ם אכתי אית להו מיגו שאין זוכרין והשתא תירוץ ראשון פשיטא דליתא ותירוץ ב' נמי ליתא דהא בהדיא מבואר בירושלמי שהביא הריטב"א הן אומרים כתב ידינו אינו זה ואחרים אומרים כתב ידן הוא תני ר"ת לא מעלין ולא מורידין פי' אין עדי השטר נאמנין אמר ר"י מתניתין אמרה כן אם יש עדים שהוא כתב ידן או שהיה כתב ידן יוצא ממ"א אינן נאמנים ואי באומרים אינו כתב ידינו נאמנים אכתי איכא מיגו בסיפא דאי בעי אמרי אין זה כתב ידינו ולהימני כמו ברישא אלא וודאי דאינן נאמנים ופי' הריטב"א דמיירי באין מעידין כל אחד על חבירו דאי במעידין כל אחד על חבירו בוודאי נאמנים. ולכאורה קשה הא השתא נמי איכא מיגו דיעידו כל אחד על חבירו ויהיו נאמנים וצריך לומר דזה הוי מיגו בי תרי וקשה הא אף עכשיו הוי מיגו בי תרי דמיגו דשתקי ליכא כיון שכתב יד יוצא ממקום אחר וצריך לומר דדוקא היכא שמוסיפין בעדותם דבר חדש אז לא אמרינן מיגו דבזה לא מכוונין דעתם אבל כל שהם מסלקין עצמן מן העדות לא, הוי מיגו בי תרי והשתא הכא נמי איכא מיגו שאין זוכרין הלואה ואין אנו יודעין לך עדות רק שאנו מכירין כתב ידינו והא עדיף טפי מהתם דאילו התם אם אחד יאמר אין זה כתב ידינו ירא לומר שמא חבירו לא יאמר כן ואדרבא יזכור שגם הוא חתם ויהא מוכחש אבל כאן כשיאמר שאינו זוכר מי יכחישנו וכ"ש כאן דהשתא ג"כ אומרים שאין יודעין מהלואה כלום רק שאומרים אנוסים אם כן. אית להו מיגו דשתקי מאנוסים וישארו במאמרם שאין יודעין הלואה וצ"ע לכאורה ונראה ליישב והוא דהתוס' כתבו שם ללישנא קמא דרמב"ח הא דאין נאמנים קטנים בסיפא כמו מחמת נפשות משום חזקה דאין העדים חותמין וכו' אלא א"כ נעשה בגדול ולפי זה קשה ברישא אמאי נאמנים הא איכא חזקה הנ"ל וצריך לומר דמיגו אמרינן אף במקום חזקה וקשה הא שמעינן ליה לרמב"ח גופא פרק כל הנשבעין דלית ליה מיגו במקום חזקה וחולק על הסוגיא דב"ב ד"ה ע"ב דמבעי ליה אי אמרינן מיגו במקום חזקה ופשיטא ליה דלא אמרינן מיגו וכ"כ התוס' ב"ב שם בד"ה מי אמרינן ולפי זה דברי רמב"ח סותרין זא"ז וע"כ צריך לומר דע"כ לא סבירא

ליה לרמב"ח דלא אמרינן אלא מיגו במקום חזקה אבל מיגו בעיקר החזקה סבירא ליה דאמרינן ולפי זה ברישא דאיכא מיגו שלא חתמו כלל נאמנין במיגו לרמב"ח ג"כ ולפי זה ממילא לא קשיא קושית תוס' הנ"ל דבסיפא נמי להימני במיגו דמחמת נפשות דכיון דכתב יד יוצא ממקום אחר אין כאן מיגו רק במקום חזקה ובזה רמב"ח לשיטתו דלא אמרינן ולפי זה לא קשה ג"כ קושיא הנ"ל דאף דברישא נאמנין מחמת ממון לרמב"ח אף דהוי חזקה גמורה דוודאי לא נעשו רשעים ובחזקות כשרות הם מ"מ כיון דאיכא מיגו בעיקר החזקה נאמנים אבל בסיפא נהי דאם אומרים שאינן זוכרין הלואה נאמנים לרמב"ח אבל אם אומרים מחמת ממון אינן נאמנין במיגו דרמב"ח לשיטתו דלא אמרינן מיגו במקום חזקה. ובחידושי הארכתי הרבה בענין זה ובדברי התוס' שם ולא כתבתי פה רק מה שיש די ליישב שיטת הרמב"ם ודו"ק היטב:

והנה הש"ך הביא ראיה מהך דר"י דקאמר אע"פ שאינו זוכרה מעצמו משמע דע"י השטר זוכרה ולא ידעתי מה זו ראיה דהא בירושלמי מוקמינן לה בפלוגתא דרבי ורבנן ופירשו התוס' והרא"ש דאם אינו זוכר המלוה אפילו ע"י השטר לכ"ע בעי צירוף או שיעיד כל אחד על חבירו ואי זוכרה בלי השטר לכ"ע לא בעי כלום ובזוכרה ע"י השטר פליגי א"כ מבואר דהך דר"י וודאי מיירי בזוכרה ע"י השטר אפילו להתוס' והרא"ש רק דלר"י נאמן בעצמו בלי צירוף ובלי שיעיד גם אחר על כתב ידו אבל באינו זוכר אפילו ע"י השטר לכ"ע בעי צירוף או שיעיד כל אחד על חבירו ובהכי מהני ואין כאן ראיה כלל:

אבל לפע"ד נראה להביא ראיות ברורות לדעת הרמב"ם מהירושלמי וש"ס דילן כמו שאבאר חדא מה שפירשו התוס' והרא"ש וסייעתם מהירושלמי פ"ב דכתובות דאם אינן זוכרין המלוה כלל אפי' ע"י השטר לכ"ע בעי צירוף או שיעידו כל אחד על חבירו נראה לפע"ד ברור דליתא דהא בהדיא מבואר בירושלמי שם קודם וז"ל לא נצרכא אלא לרבי אע"ג דרבי אמר צריכין שיצטרף עמהן אחר מודה הוא הכא שאין נאמנין כותב אדם עדותו על השטר וכו' ותי' דר"ה כרבי ודר"מ כרבנן עכ"ל הירושלמי והשתא אי ס"ד כמו שהבינו התוס' והרא"ש וסייעתם דאם אינן זוכרין המלוה כלל מהני צירוף או שיעיד כל אחד על חבירו וא"כ היאך קאמר לא נצרכ' רק לרבי פי' דרישא דקתני אם כל אחד מעיד על חבירו נאמנין לא נצרכ' רק לרבי דלרבנן אפילו בלא"ה נאמנין ולפי דבריהם פשיטא דאפילו לרבנן צריכ' רישא במעיד על השטר ועל המלוה לא אפילו ע"י השטר ובהא פשיטא דבלי שיעיד כל אחד על חבירו או בצירוף לא מהני לרבנן כמו לרבי כדמוכח להדיא בירושלמי הנ"ל וכל הפוסקים אלא ברור כדעת הרמב"ם דבאינו מעיד על המלוה כלל אפילו ע"י השטר לא מהני שיעיד כל אחד על חבירו א"כ ע"כ רישא במעיד על

המלוה ע"י השטר ושפיר לא נצרכ' רק לרבי דלרבנן במעיד כל אחד על כתב ידו סגי כדמוכח בסיפא ואמת כי לכאורה יש מקום ליישב קושיא זו דוודאי לרבנן דסבירי להו במעיד על המלוה ע"י השטר אפי' צירוף לא בעי א"כ באינו מעיד על המלוה כלל מהני צירוף עכ"פ או שיעידו כל אחד על חבירו אבל לרבי דאפי' במעיד על המלוה ע"י השטר לא מהני בלי צירוף א"כ באינו מעיד כלל אף על המלוה אפילו צירוף לא מהני והשתא שפיר מדייק הירושלמי דלא נצרכ' רישא רק לרבי דהא ע"כ רישא במעיד על המלוה ע"י השטר דאי באינו מעיד על המלוה כלל וקמש"ל לרבנן נאמנין א"כ כיון דלרבי אין נאמנין בהא הוי ליה למיתני פלוגתא דרבי ורבנן ברישא ג"כ וע"כ דמיירי במעיד על המלוה ע"י השטר ושפיר קאמר דלא נצרכ' רק לרבי דלרבנן בכהאי גוונא לא בעי שיעיד על חבירו כלל אבל באמת הא ליתא דבהדיא מבואר בתוס' והרא"ש דבמעיד על השטר לבד לכ"ע מהני צירוף או שיעידו כל אחד על חבירו אפילו לרבי וכן מוכרח לומר כיון דלרבי זכירה ע"י השטר לא חשיב זכירה ועל כתב ידן הם מעידין א"כ הרי דלרבי הוי כאילו אין מעידין על הלואה כלל ומ"מ מהני צירוף א"כ ה"ה במעיד על השטר לבד דמהני צירוף כמו לרבנן והדרא קושיא הנ"ל לדוכתא ודברי הרמב"ם מוכרחין דבאינו מעיד על המלוה כלל לא מהני צירוף ולא שיעיד כל אחד על כתב ידו. והנה היה נראה לכאורה דמ"מ היינו דוקא לרבנן דסבירי להו זכירה ע"י השטר חשיב זכירה אבל לרבי דאפי' במעיד על המלוה לא חשיב זכירה לדידיה ומ"מ סבירא ליה דמהני צירוף או שיעיד כל אחד על חבירו א"כ אפילו באינו מעיד על המלוה כלל מהני צירוף לדידיה אבל באמת הא ליתא דא"כ רישא דלא נצרכ' רק לרבי דקתני נאמנין היינו אפי' באינו מעיד על המלוה כלל א"כ אמאי לא קתני ברישא פלוגתייהו בהיפך דלרבי נאמנין ולרבנן אין נאמנים אלא וודאי דאפילו לרבי אין נאמנים רק במעיד במלוה ע"י השטר דאף דלא חשיב זכירה לרבי היינו כיון שאינו זוכר רק מתוך השטר כל שלא נתקיים השטר זה זכירה על המלוה אבל כשנתקיים השטר בעדים שוב הוי זכירה על המלוה אבל כשאינו זוכר המלוה כלל לא מהני קיום השטר אפילו לרבי כיון שאין כאן עדים על הלואה והוי מפי כתבם כנ"ל לשיטת הרמב"ם בזה ודו"ק היטב: ועוד ראיה ברורה לדעת הרמב"ם מהא דאיתא בכתובות דכ"א אמר ר"י אמר שמואל הלכה כחכמים ופריך ומי אמר שמואל הכי והא ההוא שטרא דנפיק מבי דינא דמר שמואל [ופירש"י שקיימוהו בבית דינו וכך נמצא כתוב בהנפק שכתבו הדיינים] והוי כתוב ביה מדאתא ר' ענן בר חי' ואסהיד אחתימת ידיה ואדחד דעמיה ומנו ר' חנן בר רבה ומדאתא ר"ח ב"ר ואסהיד אחתימת ידיה ואדחד, דעמיה ומנו ר' ענן בר חי' אישרנוהו וקיימנוהו כדחזי והשתא אי ס"ד דבאינו מעיד על

המלוה כלל אפילו ע"י השטר מ"מ סגי בצירוף אחד מן השוק או שיעידו העדים כל אחד על כתב ידו אם כן מאי קושיא מהך דמר שמואל דילמא התם לא העידו על המלוה כלל רק על כתב ידם ולא זכרו המלוה כלל ואז לכ"ע בעי שיעידו כל אחד על חבירו לכך הוצרך מר שמואל שיעידו כל אחד על חבירו והתם המקשה לא ידע כלל טיבו של שטר זה שהרי משני התם בשטרי דיתמי וחש לב"ד טועין וא"כ מה צורך לכל זה דבפשיטות לק"מ לפי הנ"ל אלא וודאי כדעת הרמב"ם דכל שאינן מעידין על הלואה כלל לא מהני צירוף ולא שיעידו כל אחד על חבירו והשתא שפיר פריך ממר שמואל במה נפשך אי שלא העידו על המלוה כלל מה מהני מה שיעידו כל אחד על חבירו כיון שעדי השטר בעצמן העידו על כתבן צריך שיזכרו הלואה כהרמב"ם וע"כ שהעידו על המלוה ע"י השטר א"כ למה הוצרך שיעידו כל אחד על חבירו לכך הוצרך לישני ביתמי ומשום ב"ד טועין וזו תשובה נצחת לפע"ד. ועוד ראיה מדאמרינן התם שנים החתומים על השטר ומת אחד צריכין שנים מן השוק להעיד על חתימת המת דאל"כ יצאו שלשה רביעי הממון על פי אחד פי' דלרבי דעל כתב ידן הן מעידין סגי באחד מן השוק שיעיד על חתימת השנים והוי שנים על כל חתימה אבל לרבנן דעל מנה שבשטר מעידין א"כ לא מהני זה דחצי יוצא על פי החי בעצמו שאינו צריך להעד השני על חתימתו כיון דעל מנה שבשטר מעיד והחצי השני יוצא ע"י שניהם א"כ יצא שלשה רביעי הממון על פי אחד לכך רבי לקולא דסגי באחד ורבנן לחומרא דבעינן ב' והשתא אי ס"ד דבאינו זוכר המלוה כלל לכ"ע מהני צירוף או שיעידו כל אחד על חבירו א"כ היאך פסיק וקאמר דצריכין שנים מן השוק הא אפי' לרבנן סגי באחד מן השוק כמו לרבי וכן בכהאי גוונא לא סגי בב' על המת לבד ואמת כי זה אין להקשות אהא דקאמר ואי ליכא תרי מאי דהוי ליה למימר שיעיד על הכתב בלבד בלי המלוה דאפשר דאסור לעשות כן אם באמת זוכר המלוה אבל מ"מ היאך לא אישתמיט לומר דבהא אפילו לרבנן בחד סגי ולקמן יתבאר עוד בס"ד בסוגיא זו ומה שיש לדקדק בדברי התוס' שם בד"ה על כתב ידן:

ונראה שגם רש"י פרק ד' אחין דף ל"א ע"ב כיוון לזה כדעת הרמב"ם הנ"ל שפירש אהא דאמרינן התם אי דדכירי ליתי ליסהדי ואי דלא דכירי זימנין דחזי בכתבא ואתי מסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ופירש"י וז"ל אלא למאי אמרת דמהני דחזי בכתבא ואתי מסהדי האי לאו עדות הוא דרחמנא וכו'. והנה יש להבין מי הכריחו לפי' זה ולמה לא פירש בפשיטות דחיישינן דילמא חזי בכתבא ואתי מסהדי ולמה דחק לפרש הכוונה שאין תועלת בזמן דלא מצי אסהודי מה דלשון זימנין אינו סובל פירושו כלל וצריך לומר דקשיא ליה מה שהקשו התוס' כתובות ד"כ בד"ה ור"י דהתם נמי ניחוש שמא יעיד

מפי הכתב לזה נדחק רש"י לפרש דאין הפי' דחיישינן רק הכי קאמר דאין תועלת במה שיכתבו זמן כיון דאי דכירי בלא"ה יכולין להעיד ומפי כתבם אי אפשר להעיד ולק"מ. ולכאורה קשה הא עדיין יש תועלת בזמן אם יזכרו המעשה ע"י הכתב וצ"ל דוודאי בעלמא אף זכירה ע"י השטר לא חשיב זכירה רק קל שהקילו בד"מ כמו שכתב הרמב"ם א"כ גבי קידושין אפילו על ידי השטר לא מהני ושפיר אין תועלת בזמן ולק"מ ואמת כי בלא"ה לק"מ קושית התוס' הנ"ל דהא בש"ס שם משני קודם משום דאיכא דקדיש בכספא לא תקנו רבנן זמן ופריך והא עבדא דקני בכספא ותקנו זמן ומשני הכא רובא בכספא ואי בעית אימא והשתא בהך ואי בעית אימא רוצה לומר נהי דכל היכי דאיכא לתקוני אפילו במיעוט שטרות יש לתקן זמן מ"מ כיון דבשטר גופא אין תועלת בזמן רק אם יארע במקרה שהעדים ישכחו הזמן ויזכרו ע"י השטר א"כ כל כי האי פשיטא דאין לתקן זמן [ועוד דהתם לא קאמר אלא דרבנן לא רצו לתקן שיהא מוכרח לכתוב זמן משום שמא יחפה דכמו שיש תקנה שלא יוכל לחפות על בת אחותו כן משכחת לה תקלה שישכחו ויעידו מפי הכתב אבל לא שמענו שיהא אסור לכתוב זמן]:

יט אלא בעד אחד. עסמ"ע שכתב שזו היא דעת התוס' שם בשם ר"י לחלק בין שטר בע"א לשני עדים ואין זה נכון דהתוס' לא כתבו כן רק לס"ד עד שכתבו לפרש דר"ה ור"י פלוגתייהו בפלוגתא דרבי ורבנן אבל בסוף שכתבו לפרש הירושלמי והכי קיימא לן כמו שכתבו כל המפרשים א"כ פשיטא שאין חילוק בין ע"א לשנים דאל"כ דהך דר"י בע"א לא תלי כלל בפלוגתא דרבי ורבנן דהתם מיירי בשנים והעיקר כמו שכתב התומים דהרב לשיטתו סס"י זה דע"א יכול לחזור בו א"כ ממילא נאמן לומר אינו זוכר כמו שנים ואין כת"י יוצא ממקום אחר ודו"ק:

כ לא נתקיים עיין תומים דאפילו אמר להדיא דמעיד על כתב ידו לא מהני דמ"מ על מנה שבשטר מעיד ויוצא שלשה רביעי הממון על פיו והוא מהתוספות והרא"ש שם דכ"א ע"א בד"ה על כתב ידן דדייקי דאפי' אומר בפי' על המלוה לרבי על כת"י מעידין ולרבנן אפילו אומר בפי' על הכתב על מנה מעידין דאל"כ כדפריך ואי ליכא תרי מאי הוי לי' למימר שיעיד על כתב ידו ולא היה לציין דבר זה בסעיף זה דהכא במעיד על כתב ידו גרע טפי דאפי' לרבי לא נתקיים כיון שהעיד הוא ואחר על כת"י השני לבדו א"כ מה בכך דעל כת"י הוא מעיד דהא אין כאן שני עדים על חתימת החי ודין זה מקומו בסי"ג דמפרש הקיום בשני החתומי' וא' מת כיצד הוא הקיום וקאמר שיעידו שנים דוקא והיינו כרבנן ועל זה שייך דין התוספות והרא"ש דאפי' מעיד בפירוש על כת"י לא סגי רק בב' דוקא דאף בהא פליגי רבנן ארבי:

איברא הרב מהריב"ל הקשה על ראיית התוספות דהא התם קאמר דלכתוב חתימת ידו אחספא ואז מהני אף שאותו אחר מן השוק אינו מעיד רק על המת משא"כ כשאומר [על כתב ידו אף דמודו רבנן לרבי מ"מ יצטרך אחד שיעיד על החי ועל המת. ובתומים תמה עליו דהא מעיקרא בזו רבי לקולא ורבנן לחומרא וא"כ ע"כ דאיכא אחר המעיד על החי ג"כ דאל"כ מאי רבי לקולא שייך ועלה קאמר דלרבנן לא מהני רק בשנים ועלה קאמר ואי ליכא תרי ש"מ דאף דאיכא אחר המעיד על החי ג"כ לא מהני רק שיכתוב אחספא ולא שיעיד על כתב ידו בפי'. והנה מלבד מה שעדיין יש לומר דמ"מ כיון דלרבנן בעינן שנים א"כ פשיטא דסגי שאותן השנים יעידו על המת לבד א"כ ממילא לא רצה לומר שיעיד על כתב ידו בפי' דאז יצטרך לרבנן ג"כ שיעיד על החי ועוד דכמו דשואל לרבנן ואי ליכא:

תרי כן יש לשאול אליבא דרבי ואי ליכא חד שיודע על החי ועל המת רק על המת לבד והא דשואל ואי ליכא תרי היינו כיון דהלכה כרבנן דייק אליבא דרבנן אבל באמת גם לרבי יש לשאול כן לכך קאמר דיכתוב אחספא דאז פשיטא דאפילו סגי באחד מן השוק על חתימת המת לבד. אך באמת בלא"ה נראין דברי מהריב"ל נכונים דוודאי יש להבין דקאמר בזו רבי לקולא ורבנן לחומרא והיינו דלרבי סגי באחד ולרבנן בעינן שנים וקשה הא כמו כן להיפך בשנים מעידין על המת לבד ולא על החי רבי לחומרא ורבנן לקולא ומאי פסיקא דזה קל יותר שיעיד אחד על החי ועל המת משיעידו שנים על המת ואדרבא מצד הסברא נראה דיותר יש למצוא שנים על חתימה אחת מאחד על שני חתימות דהיאך אירע שזה יכיר ב' החתימות של שני עדים ואפשר שאין בעולם שום אדם שיכיר שניהם אבל חתימה אחת פשיטא דכמה בני אדם מכירין אותה [ודוחק לומר משום דלרבי זה קל יותר שימצא שנים אחד על כל חתימה משא"כ לרבנן דוקא שנים על חתימה גם בפירש"י מבואר דהקולא הוא דלרבי בחד סגי ולרבנן ב'] גם יש להבין הא דקאמר ואי ליכא תרי רק חד מאי נעביד וקשה כיון דלא ידע מעצתו של אביי דיכתוב אחספא היאך ס"ד דבחד סגי כיון דר"י אמר רב אמר צריך שנים מן השוק גם קאמר רבי לקולא ורבנן לחומרא א"כ משמע דדוקא בעינן שנים ומה הוא זה ששואל ואי ליכא תרי ומאי קשיא לי' אם נאמר דבאמת לא מהני כדמשמע פשטא דלישנא דר"י אמר רב ואדרבא לאביי נצטרך לומר דר"י אמר רב לכתחילה קאמר אבל אי ליכא תרי סגי בחד דיכתוב אחספא ובאמת בזה לא שייך קולא וחומרא כיון דבאמת סגי לכ"ע חד שיכתוב אחספא שוב מצאתי קושיא זו בש"מ בשם הריטב"א וע"ש מה שתירץ בדוחק. לכן נראה דזה ששואל ואי ליכא תרי אלא חד הוקשה לו ג"כ דע"כ היכא דליכא תרי לרבנן רק חד על המת לבד

סגי בהכי דאל"כ רק בדוקא לרבנן ב' בעינן ולרבי חד על המת ועל החי א"כ כמו דרבי לקולא כן רבי לחומרא כשאין כאן רק ב' על המת ומזה דייק ליה דע"כ היכי דליכא רק חד על המת לבד סגי בהכי וכל המחלוק' הוא כשיש ב' וכן כשיש אחד על שניהם לרבי סגי כשיעיד א' א' על ב' ולרבנן כיון שיש שנים צריך שיעידו השנים והשתא פשיטא כיון' שיש עדים להעיד יותר קל שיעיד אחד משיעידו שניהם ושפיר הוי רבי לקולא דאי ליכא רק שנים על המת אז סגי שיכתוב אחספא ורבנן לחומרא ולפי זה ממילא אין כאן ראיה להתוספות והרא"ש דמה יאמר שיעיד על כתב ידו בפירוש דמ"מ כיון שיצטרך שיעיד האחר על החי ועל המת א"כ עדיין לא נמלטנו מקושיא הנ"ל דעדיין רבי לחומרא היכי דליכא חד על המת ועל החי רק שנים על המת וע"כ הוצרך לומר דסגי בחד על המת לבד והיינו שיכתוב אחספא ושפיר הוי רבי לקולא ודו"ק היטב:

אמנם בלא"ה אי אפשר להלום דברי התוספות והרא"ש הנ"ל דהא כבר נתבאר בס"י הירושלמי פ"ב דכתובות דקאמר דהיכי דמעיד על המלוה בפי' אף שלא על פי השטר אף לרבי על מנה שבשטר הן מעידין ובמעיד על המלוה ע"י השטר פליגי דלרבי לא חשיב זכירה ולרבנן חשיב זכירה ובאינן מעידין על המלוה כלל לכ"ע בעי צירוף או שיעידו כל אחד על חבירו ולהרמב"ם לא מהני כלל בזה א"כ מה מקום יש כאן לדברי התוספות דאי כוונתם במה שכתבו לרבי אפילו מעידין בפי' על מנה שבשטר היינו על המלוה לבד בלי השטר הא מבואר בירושלמי הנ"ל דלרבי ג"כ על מנה שבשטר מעידין ואי במעידין על המלוה ע"י השטר היינו עיקר פלוגתייהו וכן מה שכתבו לרבנן אפילו אומרים בפי' על כתב ידן מ"מ על מנה שבשטר מעידין היכי דמי אי במעידין בפי' על השטר לבד והמלוה אינן זוכרין בהדיא מבואר בירושלמי הנ"ל דמודו רבנן לרבי ולהרמב"ם אפילו צירוף לא מהני ואי במעידין סתם על כתב ידן והביאו ראיה דסתמא על הלואה קא מסהיד כמו שכתב הש"ך לדעת הרמב"ם א"כ בהא אין כאן מחלוקת רבי ורבנן דעיקר המחלוקת אי זכירה ע"י השטר חשיב זכירה אבל כיון דלרבנן נמי בעינן שיעידו על הלואה ומ"מ סתמא על הלואה קא מסהדי ה"ה לרבי סתמא על הלואה אפילו שלא ע"י השטר קא מסהדי דמודה רבי כנ"ל בירושלמי. והנה בתוספות אפשר לומר דכוונתם באמת דסוגיא דידן חולקת על הירושלמי הנ"ל וכן מבואר בספר אסיפת זקנים לכתובות דהסוגי' חולקת על הירושלמי ע"ש. ולפי זה לדידן דקיימא לן כהך דירושלמי כדלעיל ס"י תקשי קושית התוס' ומזה היה ראיה לדעת הרמב"ם דאפילו להירושלמי אם אינן זוכרין המלוה כלל לא מהני צירוף אפילו לרבנן ולפי זה לא קשה קושית התוספות שיעיד על כתב ידו בלי המלוה דא"כ אפילו צירוף לא מהני והשטר כחרס. אך באמת כבר כתבתי לעיל ס"ק

י"ח דבלא"ה אין מזה ראיה כיון דבאמת זוכר הלואה אסור לו לומר שאינו זוכר וכ"ש אי סתמא על הלואה קא מסהיד א"כ יצטרך לומר בפי' שאינו זוכר ושפיר מהדר לא שכיחי קיום אף אם ניכר כדי שלא יצטרך לומר שאינו זוכר ודברי התוספות צ"ע. והנה הרא"ש הביא ג"כ דברי הירושלמי הנ"ל ומיד אמר שהביאו כתב וז"ל הא דאמרינן על כתב ידן אפילו אמר בפי' על מנה שבשטר וכו' כנ"ל בתוס' והנראה בכוונתו דוודאי הלכה כהך דירושלמי דעיקר פלוגתא במעיד על המלוה ע"י השטר רק ס"ד דהכל תלוי בלשון העדים שאם אומרים על מנה שבשטר אני מעיד אז מהני אף שאינו זוכר ואם אומר על כתב ידי אני מעיד לא מהני אף שזוכר וכל הפלוגתא בזוכרין המלוה ע"י השטר ומעידין בסתם לרבי על כתב ידן מעידין ולרבנן על מנה מעידין ועל זה הקשו התוספות והרא"ש דא"כ יעיד בהדיא על כתב ידו ולא יצטרך לכתוב אחספא אבל לא ידעתי למה הוצרכו לזה כיון דשמעינן בירושלמי דזכירה ע"י השטר חשיב זכירה א"כ פשיטא דלא תלוי בלשון העדים.. ולענין דינא סתמא וודאי על הלואה קא מסהיד כמו שכתב הש"ך וכמו שביארנו בס"י ואם אומרים בפירוש אין אנו זוכרין הלואה להרמב"ם אפילו צירוף לא מהני ולהיש חולקין מהני צירוף ואי זוכרין המלוה בלי השטר אף רבי מודה:

כא צריך שנים מן השוק להעיד על חתימתו ואין העד החי יכול להצטרף עם אחר להעיד על חתימת המת. המחבר קיצר ולא ביאר כל הצורך דהיינו דוקא בזוכרין הלואה אבל באין זוכרין הלואה כלל אז אין צריך שנים על חתימת המת רק הוא ואחר מצטרפין להעיד על החי ועל המת וכן אם שנים מעידין על המת לבד לא מהני רק שיעיד אחד על החי ג"כ. ובתומים רוצה לומר דדוקא אם אומר אני זוכר לפסול השטר נאמן במיגו אבל באומר להכשיר השטר דליכא מיגו אינו נאמן. ואין זה. נכון דהיפך יש לומר דע"כ לא הוצרכו מיגו כשאומר אני זוכר רק לפי שהוא מגרע כח השטר אבל כשאומר לחזק השטר אפילו בלי מיגו נאמן וכן מבואר בלשון הרמב"ם דלכך אין נאמנים לומר אין אנו זוכרין כשכתב ידן יוצא ממקום אחר לפי שמה שאומרים אין אנו זוכרין הוא לבטל השטר לכך אין נאמנים אלמא דכשבאין להכשיר השטר בלי מיגו נאמנין ועוד דאכתי בשנים מעידין על המת לבד לא מהני דאז מה שאומר איני זוכר הוא לגרוע כח השטר א"כ נאמן במיגו וברור דכך הדין באמת והמחב' סמך על מה שכתב בס"י דעת הרמב"ם והיש חולקין וה"ה הכא לדעת היש חולקין אם אינו זוכר הלואה אבל שנים על המת לא מהני רק באחד מן השוק על שניהם ובזה רבנן ורבי שווים והנה מה שכתב המחבר ואין העד החי יכול וכו' להעיד על חתימת המת לאו דוקא אלא אפי' על המת ועל החי דבהכי הוא פלוגתא רבי ורבנן דלרבי בהכי מהני ולרבנן בעינן שנים על המת אבל שיעיד החי

ואחר על המת כמו שהזכיר המחבר בהא אפילו לרבי לא מהני והמחבר לא חש להזכיר על החי ג"כ דלרבנן עדות על החי לא מעלה ולא מוריד כיון דעל מנה שבשטר מעיד ואידך המעיד עליו יתר שהוא כנטול הוא כמו שיתבאר בסמוך וצ"ע או אפשר דכוונת המחבר כיון דלהיש חולקין הנ"ל מהני אם יעיד האחר על החי ג"כ כשהחי אינו זוכר הלואה לכך קאמר על חתימת המת לבד דבהא לעולם לא מהני לכ"ע:

כב וכ"ש אם היו עדים כתב הש"ך בשם הריטב"א דדוקא שהעידו עדים קודם אבל אם העיד הוא קודם לעדים הוי העדאת עדים יתר שהוא כנטול וכתב הש"ך דכ"ש אם העיד הוא קודם שיכתוב אחספא דלא מהני שיכתוב אחספא ובקצה"ח כתב דכיון שנתקיים החספא בב"ד מהני ובספר נ"מ תמה עליו דמ"מ כיון שאין צורך לחספא החספא יתר שהוא כנטול הוא ועל כולם אני תמה היאך נעלם מהם דברי הריטב"א בעצמו שפי' הא דפריך ואי ליכא תרי אלא חד מאי אף דבעלמא לא שיילינן כן היינו דהכא כיון ששנים מכירין יש לב"ד לעשות טצדקי שלא יפסיד המלוה וכתב דמזה ראיה לשיטת התוספות דאפילו אומרים בפי' על כתב ידן מ"מ על מנה שבשטר מעידין דאל"כ מאי פריך מאי ניעביד דאי משום שכבר העיד אמנה שבשטר איהו דאפסיד אנפשיה שלא הי' לו להעיד רק על כתב ידו והביאו דבריו בס' ש"מ שם ואי כדעת הש"ך האיך אפשר שכבר העיד על מנה שבשטר היאך מהני שיכתוב אחספא דהא יתר שהוא כנטול הוא הרי להדיא דהריטב"א גופא מודה דבחספא מהני אפי' העיד קודם על מנה שבשטר וכן מבואר עוד להדיא בש"מ שם בשם הקונטרסין שהקשו על התוספ' בד"ה על כת"י שהביאו ראי' מדלא קאמר שיעיד בפי' על כת"י דאמאי לא הביאו ראיה מהך דמעיקרא דקא' נ"מ דצריך ב' מן השוק ומאי נ"מ יעיד בפי' על כת"י ואי משום דנ"מ היכי דכבר העיד על מנה שבשטר א"כ מהך דלקמן אינה ראיה ג"כ דאיפשר שכבר העיד על מנה שבשטר וע"ש מה שתירצו והשתא לדעת הש"ך מאי קושיא הא בהך דלקמן אי אפשר שכבר העיד על מנה שבשטר דלא מהני שיכתוב אחספא אלא וודאי דכתיבה אחספא שאני דלא כהש"ך. והנה יש לומר לפי מה שנסתפק הש"ך לעיל דהחספא צריך שיהיה בפני עדים ולא בפני ב"ד א"כ בעדים הדר הוי יתר שהוא כנטול אך נראה דמהאי טעמא גופא ליתא לדינו של הש"ך גם בזה אלא גם בב"ד מהני כתיבה אחספא כמו שכתב הטור דוודאי יש להבין להריטב"א הנ"ל מ"ש עדים מ"ש אחספא ס"ס יתר שהוא כנטול הוא וצריך לומר כך דוודאי יש להבין לרבנן לדעת היש חולקין בס"י דאפילו אינן זוכרין הלואה מהני צירוף ולפי דבריהם אם לא הי' מעיד על הלואה כלל היה מהני שיעיד עם אחר על חתימתו ועל חתימת המת ולמה יגרע עכשיו שהוא מעיד על הלואה שלא יוכל להצטרף

עם אחר רק שנים דוקא וצ"ל דוודאי כל עד שאין אנו צריכין לעדותו לאו עדות הוא כלל ואינו בגדר עד ולפי זה אנן הכי קאמרינן השתא דמעיד על הלואה אפילו שנים מעידין על המת לבד מהני אלמא דאנן סומכין על חתימתו בלי שום סייוע כיון דעל מנה מעיד א"כ עכשיו שאחר מעיד עליו ג"כ אותו אחר כנטול הוא כיון שאין אנו צריכין לעדותו של זה עכשיו שהוא מעיד על הלואה ואינו בגדר עד כלל וממילא יצאו שלשת רבעי הממון על פי החי לבד דאילו לא הי' מעיד על מנה שבשטר אז הי עיקר הסמיכה על זה האחר ובאמת אז לא היה מעיד כלל רק עכשיו מעיד לפי שאינו בגדר עד לכך הוי כנטול ולפי זה דוקא בעדים אבל בחספא שזו בהכרח באמת לכל העולם א"כ מה בכך דאין אנו צריכין לחספא סוף סוף אפילו לא היה מעיד על המלוה פשיטא שהיה מתקיים ג"כ ע"י חספא זו והיה ידוע שהוא חתימתו א"כ היאך יעלה על הדעת דבשביל שהוא מעיד על הלואה ג"כ יוגרע כחו וזה ברור ולפי זה ממילא מהני כתיבה אחספא אפי' בב"ד ומה שכתב הש"ך דהוי כמעיד בעצמו ליתא דמ"מ ס"ס אילו לא היה מעיד על המלוה בוודאי ג"כ היה יודע ע"י חספא זו שהוא חתימתו בוודאי והיה השטר כשר א"כ לא נגרע כחו במה שהוא מעיד על המלוה ג"כ [ואפשר דבהא מחולקין הטור והרמב"ם דהטור לשיטתו דבאינן זוכרין מהני כנ"ל כתב בב"ד והרמב"ם לשיטתו דבאינו זוכר לא מהני כלל ולא שייך סברא הנ"ל לכך לא כתב בב"ד רק ע"י עדים וצ"ע] והרב בעל נ"מ לא דק פה כל הצורך גם נעלם ממנו דברי הפוסקים הנ"ל ודו"ק

והנה יש לחקור לפי הנ"ל אם אחד מן השוק העיד קודם על החי והמת ואחר כך העיד החי על מנה שבשטר אי מהני כיון דבהא לא הוי האחר יתר שהוא כנטול כיון שהוא העיד קודם ואדרבא החי הוי יתר שהוא כנטול מה שמעיד על מנה שבשטר והנה לדעת הי"ח דאפילו אינו מעיד על הלואה פשיטא דבהא מהני דהוי יתר שהוא כנטול ועיקר הסמיכה על עדות האחר שהעיד קודם אבל להרמב"ם דאם אינו מעיד על הלואה לא מהני כלל א"כ אף שהעיד האחר קודם עדיין לא הוי יתר שהוא כנטול כיון שאין כאן רק אחד על חתימתו ואם הוא לא יעיד על מנה שבשטר אין כאן קיום ועיקר הסמיכה עליו נפיק נכי רבעא דממונא אפומיה והנה לפי מה שכתבתי דכל הטעם דלא מהני הוא משום דהאחר אינו בגדר עד כיון שכבר העיד החי ואין צורך לעדותו על החי א"כ כשהעיד הוא קודם דלא שייך האי טעמא לא הוי יתר שהוא כנטול ולא נפיק נכי רבעא דממונא אפומי' דחד כיון שגם אחר העיד עליו קודם כנ"ל וכן מצאתי להדיא בהגהות מהר"ם פ"ב דכתובות בשם הנ"י בפרק חזקת הבתים בשם הריטב"א דבכהאי גוונא שהעיד האחר קודם מהני ותמהני על רמ"א שכתב וכ"ש אם יש עדים דכיון דגם בב'

עדים ע"כ שהעידו עדים קודם כמו שכתב הש"ך א"כ אף באחד סגי כמו שכתב הנ"י בפרק ח"ה בשם הריטב"א גופא וצ"ע בזה (כג) ושני עדים מעידין על חתימת אחד מן הדיינים או הדיין ואחר עי"ו וכו' עש"ך ס"ק ל"ט מה שהשיג על הב"י ודעתו שחזר בו כאן בש"ע ובתומים כתב ליישב ולחלק בין דיין אחד לשנים ע"ש היטב שהאריך בזה ואין דבריו נכונים לפע"ד חדא שעדיין לא הועיל כלום ברא"ש דמ"מ כיון שהדיין המעיד על חתימת ידו הרי הוא כאלו מעיד שהוא מכיר ב' החתימות של השטר א"כ לס"ד דעד ודיין מצטרפין לאיזה צורך הוצרך הרא"ש שיעיד אחר עמו הלא הדיין מעיד שנתקיים בפני שלשה [דזולת זה לא היה חותם כמו שכתב בתומים וכ"ש בזוכר הקייום] והוא מכיר ב' החתימות ואי משום שעדיין אין כאן רק אחד המכיר ב' החתימות ועל החתימה השני' אין העד מעיד כלל רק הדיין בלבד ואפילו אם העד מעיד על חבירו נפיק נכי ריבעא דממונא על פיו א"כ מה בכך דאחר מעיד עמו על חתימתו הלא אותו אחר אינו יודע רק שהוא חתימתו אבל אינו יודע אם חתם באמת או בשקר ואפילו אם הב"ד מכירין חתימת הדיינים וכי בשביל זה אנו יודעין שבאמת נתקיים בפניו ועדיין אין כאן רק דיין אחד על חתימה שניה וע"כ דלס"ד מהני בהכי א"כ לאיזה צורך הוצרך אחר אם לא שנאמר שהדיין אינו מעיד כלל על עיקר הקיום רק על חתם ידו הוא מעיד לכך צריך אחר על חתימתו כמו עד המעיד על חתם ידו בלבד א"כ ממילא בשני דיינים ג"כ למה מועיל כשיעיד כל אחד על כתב ידו וע"כ דהרא"ש חולק על הר"ר יונה כמו שכתב הש"ך ודו"ק ועוד דמה שכתב בתומים דאפילו אינן זוכרין הקיום מהני ולא דמי לעידי השטר שאינן זוכרין הלואה דהתם אין כל אחד מעיד על חבירו אבל גבי קיום לעולם כל אחד מעיד על חבירו דזולת דהיו שלשה בקיום לא היה חותם ולזה לא חיישינן דהי' אחרים ואלו החתומים מזוייפים כמו שכתבו הריטב"א והר"ן עכ"ד והוא תמוה דא"כ בעדים המעידין על כתב ידם ואינן זוכרין הלואה נמי נימא כן דכיון דכל אחד כשהוא מעיד על כתב ידו הרי בהכרח מעיד על מנה שבשטר דהיינו שראו הלואה דזולת שהיה הלואה אסור לחתום וא"כ הרי יש שנים המעידין על מנה שבשטר ואדרבא בעדים עדיף טפי דכיון דבהכרח היה הלואה ממילא כל אחד מעיד על חבירו ג"כ דשוב אין לחוש לזייף חתימת השני דכיון דהיה הלואה חזקה דהיה הכל בכשרות דלא שדי אינש זוזי בכדי כדאיתא התם דף י"ח ע"ב וע"כ דכל שאין הוא בעצמו זוכר לא מהני מה שמוכרח בהכרח מכח העדות עכשיו שזוכר דזולת זה אף זה אינו א"כ ממילא ה"ה גבי דיינים כל שאינן זוכרין עיקר הקיום רק כל אחד מעיד על חתם ידו בלבד אין כאן עדות כלל וזה לא מהני מה שמוכרח בהכרח דזולת זה לא היה חותם אז כנ"ל וזה ברור ועוד כיון שהוא תופס

במושלם קושית הט"ז דגבי קיום לא שייך על קיום מעידין כיון שעיקר הקיום הוא החתימה א"כ עדיין לא הועיל כלום בזה שהביא מהריטב"א והר"ן דמ"מ עדיין אפילו בהכרח מתוך דבריהם לא נשמע שהאחד מעיד על חבירו שהוא הדיין החתום ואינו מעיד רק שנתקיים ונחתם בפני שלשה אבל לא שהוא הדיין המעיד עכשיו עמו א"כ אין כאן על עיקר החתימה רק אחד ולא אחד על חבירו ודו"ק:

אך באמת קושית הט"ז בלא"ה לק"מ ויש לתמוה עליו דלפי דבריו גבי עד המעיד על מנה שבשטר נמי נימא כן דמה בכך דמעיד על הלואה הא בהלואה לא הוי רק מלוה ע"פ ולענין לעשות שטר לטרוף לקוחות העיקר הוא חתימת העדים והלא אין כאן על כל החתימה רק אחד וע"כ דהא ליתא דוודאי עיקר החילוק בין עד המעיד על מנה שבשטר בין עד המעיד על כתב ידו בלי זכרון הלואה דהתורה לא האמינה שני עדים רק על ענין אחד אבל בשני ענינים יש לחוש שכל אחד אומר שקר לעצמו שכשאומר שקר השני לא נשתתף עמו בשקרו מה שאין כן כשמעידין שזוכרין דהיינו שהיה הלואה בשטר זה והוא חתם עצמו והשני אומר ג"כ כן א"כ אם אתה חושש שאומר שקר השני ג"כ נשתתף עמו בשקרו הלכך יש כאן שני עדים שהיה הלואה בשטר זה ושוב אין לחוש [אם לא שניחוש דבאמת היה הלואה בשטר זה רק הם לא חתמו רק אחרים דבזה אין אחד מעיד על חבירו שחבירו הוא החתום עמו ואותן האחרים פסולים היו ואין כאן שטר הא ליתא כיון דבאמת היה הלואה חזקה דלא שדי אינש זוזי בכדי ובוודאי המתים כשרים ועוד כמו שכתבו הריטב"א והר"ן דלא חיישינן גבי דיינים שמא אחרים הם ה"ה גבי עדים שכל שמעידין שהיה הלואה בשטר זה שוב אין לחוש לאחרים אלא כל אחד הוא העד הוא החתום ודו"ק] ולפי זה ה"ה גבי קיום כל שזוכרין הקיום שנתקיים שטר זה א"כ הרי שניהם מעירין שבפניהם נודע שאלו החתימות כשרים רק שיש לחוש שמא לא נודע רק בפני ב' ולא מהני כלל ועל זה כתבו הריטב"א והר"ן דלא חיישינן שמא השלישי מזוייף [ומזה ג"כ ראיה דלא מהני מה שמוכח בהכרח מתוך דבריהם דא"כ לאיזה צורך כתבו הריטב"א והר"ן דלא חיישינן לזייוף שלישי הא בלא"ה הם בעצמן מעידין שהיה בפני ג' כשרים דאל"כ אסור לחתום על הקיום וע"כ דהא לא מהני כיון שאינן זוכרין זה עכשיו בפי' מי היה אז בשעת הקיום רק שמעידין שנתקיים בפניהם ס"ד דלא מהני קמ"ל דלא חיישינן לזייף שלישי מטעם המוזכר שם ודו"ק] א"כ ממילא יש שני עדים המכירין החתימות ושניהם על ענין אחד ושוב אין לחוש ואנו מקיימין עכשיו שני' על פיהם כמו שנים מן השוק שמכירין החתימות וזה ברור ולק"מ באופן שאין אני רואה בכל

דברי התומים בזה מעלה ארוכה לקושית הש"ך ודו"ק היטב בתומים ס"ק י"ט ותראה שכל הנ"ל נכון:

אמנם נראה לפע"ד מטעם אחר דלק"מ קושית הש"ך ומעולם לא חלק הרא"ש על הר"ר יונה ז"ל כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין דס"ד דר"י אמר שמואל דעד ודיין מצטרפין מ"מ הא הלכה מוסכמת הוא הא דאמר ר"י אמר רב שנים החתומים על השטר ומת אחד צריך שנים מן השוק להעיד על המת ואפילו אם העד החי מצטרף עם אחר לא מהני דנפיק נכי ריבעא דממונא על פיו והשתא הכא מה בכך דעד ודיין מצטרפין מ"מ לא עדיף מן האחד מן השוק שהיה מעיד בפי' שהוא מכיר ב' החתימות דלא מהני אף שאז שניהם מעידין על דבר אחד א"כ מה מעליותא דהאי דיין דסגי בחד על חתימה שניה ואפילו העד מעיד ג"כ על חתימה שניה מ"מ נפיק נכי ריבעא דממונא על פיו ועיין בש"מ שם בשם כמה מחברים שתמהו בזה ולזה סבירא ליה להרא"ש דס"ד דמ"ד מצטרפין לא חשבינן אותו הדיין כמעיד על החתימות דבהא פשיטא דלא מהני רק דמ"ד מצטרפין ס"ד דזה הדיין כיון שהוא מהם על השטר הוי כעד על גוף השטר וא"כ יצטרף לאותו עד המעיד על גוף השטר ובהכי סגי כמו שני עדים המעידין על גוף השטר כל אחד על כתב ידו ועל זה מקשה רבא דהא ליתא דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי הדיין על החתימה הוא מעיד והעד אינו מעיד על החתימות וא"כ אין כאן על החתימות רק אחר ועל מנה שבשטר אחד ובהכי פשיטא דלא מהני והן הן דברי הרא"ש דקשיא ליה במה נפשך אי נימא שחשבינן הדיין לעד על החתימות א"כ קשה קושיא הנ"ל מה ס"ד דמצטרפין הא אין כאן רק אחד על חתימה שניה וע"כ דלמ"ד מצטרפין חשיב ליה לדיין כעד על גוף השטר כיון שהוא חתום בו ג"כ א"כ יפה כתב הרא"ש דבעינן אחר עמו על חתימתו דלא עדיף מעד השטר בעצמו כשאומר על כתב ידו ואינו זוכר הלואה צריך עד אחד מן השוק על חתימתו א"כ כ"ש הדיין נהי דחשבינן ליה כעד על גוף השטר מ"מ הרי בידוע שאינו זוכר הלואה ומזה דייק הרא"ש דבאמת מיירי שיש עוד אחר על חתימתו ואז כיון דחשבינן ליה כעד על השטר מהני וכל זה הוא לס"ד דמצטרפין דהוא עד על גוף השטר אבל לפי מה דפרכ' רבא דאין הדיין חשיב כעד על גוף השטר רק מעיד על החתימות לכך הדיין באמת לא מהני רק בשני דיינים המעידין על הקיום א"כ אז מה דמהני לאו משום דהם מעידין על גוף השטר רק כשנים מן השוק המכירין ב' החתימות א"כ כיון דהם מעידין על הקיום א"כ הרי שניהם מעידין על ענין אחד שהם מכירין החתימות ויש כאן שנים על כל חתימה ודוקא מעיקרא כתב הרא"ש דדייק על כתב ידו הוא מעיד כיון שאם אתה אומר שהוא עד על החתימות הרי אין כאן שנים על כל חתימה ופשיטא

דלא מהני לכ"ע כנ"ל וע"כ שאתה תופסו לעד על גוף השטר א"כ הרי אינו זוכר הלואה ולא עדיף מעד השטר ממש שאינו זוכר לכך הוצרך הרא"ש אחר עמו אבל כאן שאנו מצריכין אותן לעדים על הקיום ופשיטא דעל הקיום מעידין ולא על כתב ידן כיון שהם זוכרין הקיום ולפי זה אתי שפיר פסק המחבר ס' ט"ו ואין צורך לומר כמו שכתב הש"ך שחזר בו דפשיטא דאם אתה מצריכו לעד על הקיום על הקיום הוא מעיד ולא על חתם ידו כיון שזוכר והרי יש שנים המכירין ב' החתימות וכל הנ"ל ברור ונכון בכוונת הרא"ש ותמהני על האחרונים ז"ל שלא ירדו לסוף דעת הרא"ש בזה. ועיין היטב בש"מ בד"ה עד ודיין בשם תלמידי הר"ר יונה ז"ל ותמצא סייוע להנ"ל ולקמן יתבאר עוד בס"ד בענין זה ודו"ק היטב:

כד אינו מועיל. עיין תומים בשם מהרי"ט דדוקא לענין מלוה בשטר אינו מועיל אבל מלוה ע"ס הוי דהא הודאה והלואה מצטרפין וכתב שזה תלוי בפי' הריטב"א שהביא הש"ך ס"ק מ"ו ובפירוש התוספות שהביא הריטב"א ע"ש ואין דבריו נכונים מכמה טעמים חדא דלפי דבריו גם דעת התוספות יש לומר כמהרי"ט דמה שכתב הא ליכא ב' עדים על הלואה ליתא דהא זה הדיין הוא עד הודאה שאומר בפניו נתקיים וזה העד המעיד על כתב ידו עד על הלואה וא"כ הוי ממש עד הודאה ועד הלואה ונהי דמלוה בשטר לא הוי כיון שלא נתקיימו ב' החתימות כראוי אבל על גוף החייוב יש כאן שנים ועוד דאל"כ גם לשיטת הריטב"א דהא ע"כ לא אמרינן דסגי בע"א על חתימת הב' משום דקיום שטרות דרבנן א"כ כיון דבטל מתורת שטר מחמת שכל אחד מעיד על ענין אחר א"כ לענין מלוה ע"פ לא שייך קולא כלל ולמה לא יצטרף אחר על חתימת העד הב' וע"כ דעד כאן לא הוצרך הריטב"א לטעם קיום שטרות דרבנן רק שיהא מלוה בשטר אבל לענין מלוה ע"פ בלא"ה מהני ומ"מ יש כאן הודאה דהוא הדיין וגם עד הלואה דהוא העד א"כ ה"ה לשיטת התוספות וזה ברור. אך באמת זהו לפי הבנת התומים אבל לפעד"נ להיפך דגם דעת הריטב"א דלא כמהרי"ט כמו שאבאר והוא דבספר א"ז פ"ב דכתובות הביא בשם תלמידי הר"ר יונה ז"ל שהקשו קושית התוס' והריטב"א הנ"ל דמה ס"ד דרמב"ח והא הלכה פסוקה היא שנים החתומים על השטר ומת אחד מהן צריך שנים מן השוק להעיד על המת ואפילו העד החי מעיד עליו לא מהני בצירוף אחר והכא נמי הרי אין כאן רק אחד על חתימת הב' גם מאי פריך רבא עליה מאי דקא מסהיד סהדי וכו' בלא"ה לא מהני מטעם הנ"ל ותירצו דס"ד שהדיין עד הודאה והעיד גם כן על החייוב ומצטרפין ועל זה משני דהא ליתא דהדיין לא דמי לעד חייוב כלל וז"ל שם שהדיין אעפ"י שהוא מעיד על השטר לא הוי כמעיד שנתחייב שמעון לראובן מנה בב"ד שהרי הדיינים

לא נזקקו לחייב את שמעון בתשלומין אלא להעיד שהשטר אמת והשטר הוא המחייב את שמעון ולא הדיינים הילכך אין העדות העד והדיין ענין אחד ואין מצטרפין ולא דמי להא דקיימא לן הלואה אחר הלואה מצטרפין דהתם אע"ג דלא מסהדי אחד מנה מ"מ כל אחד חייבו מנה והרי עדותן מענין אחד הוא ומצטרפת כך נראה בעיני עכ"ל תלמידי הר"ר יונה שם ותראה שם שדבריהם לקוחין מדברי הר"ר יונה שהביא הרא"ש) ולפי זה שפיר יש לומר דגם הריטב"א מודה לסברא זו דהדיון לא דמי כלל לעד הודאה ואדרבא לא ניחא לפרש כן דלא סליק אדעתי' דרמב"ח טעה בהא לכך פי' משום דקיום שטרות דרבנן סגי בע"א על חתימת הב' ולפי זה כיון דאידחי לה הך משום דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי א"כ ממילא אפי' מלוה ע"פ לא הוי דלא דמי כלל לעד הודאה כנ"ל ועוד יש ראיה דלא כמהרי"ט שהרי כתבו הפוסקי' דלדידן דאין מצטרפין שוב אין לחוש שיהיו הדיינים קרובים לעדים ואי ס"ד דאכתי מלוה ע"פ הוי א"כ עדיין יש לחוש שיצטרפו למלוה ע"ס ונפיק ממונא על פי קרובים אלא וודאי דלדידן אפילו מלוה ע"פ לא הוי כנ"ל גם מה שנראה מדברי התומים דהמחבר מפרש כפירוש התוספות שהביא הריטב"א ברור דליתא דלפי זה לאיזה צורך כתבו הטור ומחבר שיש עוד אחר עמו דלפי דברי התוספות אותו אחר לא מעלה ולא מוריד כלל כמו שהארכתי בזה בס"ק לפני זה וברורתי דעת הרא"ש וטור על נכון והוא קרוב למה שכתבתי בשם תלמידי הר"ר יונה ז"ל ולפי זה פשיטא דליתא לדינו של מהרי"ט הנ"ל:

כה דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי. עש"ך ולפיכך אין לחוש שיהי' דייני הקיום קרובים לעדי השטר וכתב עוד כי לפי שיטת הריטב"א שהביא ס"ק מ"ו דשני עדים המעידין על העד ועל הדיין אפילו לדידן מהני א"כ עדיין יש לחוש שלא יהיו קרובים עכ"ד ואין דבריו נכונים כלל דהא עדים המעידין על חתימת העד הוי ממש כמו שכותב ידו אחספא ועדיפא מינה כמו שכתב הרב בהגה' בשם הנ"י א"כ לשיטת הריטב"א בשני עדים המעידין על העד אין לחוש לכלום כיון שאין צורך לעדות העד שוב ובהא פשיטא דאם אותו מעיד עם אמר על הב' מהני שאינו יוצא על פי קרובים ג' ריבעא כיון שעדות העד אנו בעצמינו מקיימין מכח שיש עדים על חתימתו ואי' משום דליכא על חתימת הב' רק אחד א"כ אפילו בלי קרובים אמאי מהני וע"כ דלשיטת הריטב"א סגי בהכי כיון דקייום שטרות דרבנן א"כ ה"ה בקרובים כל שאין העד בעצמו מעיד הרי דאם הוא בעצמו מעיד על חתימת הב' מהני ולא מיקרי נכי ריבעא כל שיש עדים על חתימתו א"כ פשיטא דקרובו יכול להעיד וזה ברור. ולפי זה היה מקום ליישב ג"כ מה שהקשה בספר נ"מ דאפילו להרא"ש יש לחוש שיעיד העד בעצמו ושנים על הדיין בצירוף אחד

מן השוק ולפי הנ"ל ניחא דכיון דאין הדיין מעיד בעצמו רק אחרים מעידין עליו הני והוי כמו שכותב אחספא ויכול קרובו להעיד ג"כ אך באמת נראה לפענ"ד לחלק בזה דדוקא בעד השטר שיש עדים על חתימתו מותר הוא או קרובו להעיד על השני שהחצי היוצא על פי העד הוא לאו מכח עדותו עכשיו אלא מחמת חתימתו אז שהרי אינו צריך עכשיו להעיד עלי' ואז לא היה קרובו מעיד עמו כלל משא"כ בדיין קרוב לעד מה בכך דאין הדיין מעיד בעצמו ס"ס עדים המעידין שחתם אז לא מהני ג"כ כל שהעד לפנינו כיון שגם אז היה קרוב לעד השטר ודו"ק. אמנם נראה דבלא"ה לק"מ לפי הנ"ל דמה נפשך אם אין עד החי לפנינו הוי כחתימתו אחספא כנ"ל ואם הוא לפנינו בוודאי יאמר האמת שהוא קרוב כיון שאין לו שום נפקותא בזה שהרי יכול לכתוב אחספא ואז וודאי מהני כנ"ל ובהא וודאי נאמן שהוא חתם ידו ודו"ק א"כ מאי איכפת ליה אם יאמר האמת שהוא קרובו בפרט דהא מילתא דעבידא לגלויי רק כל החשש שיעידו עדים על הדיין והעד ולא נודע אם הוא קרוב א"כ אז בלא"ה מהני לכל הפירושים מטעם הנ"ל ועוד יש לתמוה על הש"ך דלפי דעתו גם להרא"ש יש לחוש לקרובים דנהי דפליג על הריטב"א דלא סגי באחד על חתימת הב' מ"מ מצטרפין בכהאי גוונא גופא בשנים מעידין על העד ועל הדיין ועוד אחד מן השוק על העד הב' אלא וודאי דאין לחוש בזה כנ"ל ולקמן יתבאר עוד בזה בס"ק כ"ז בס"ד בענין זה ע"ש:

כו השטר מקויים. היינו דוקא בזוכרין הקיום אבל באינן זוכרין הקיום (לא מהני רק שיעיד כל אחד על חבירו או בצירוף אחד מן השוק שיעיד על שניהם כמו שנתבאר בס"י כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"ג ודחיתי דברי התומים שם ומה שהביא התומים ראיה ממה שלא זכרו הפוסקים חילוק זה לאו מילתא הוא דהא בהך דינא דלעיל סי"ג פשיטא דיש כמה חילוקים בין זוכרין הלואה לאין זוכרין כמש"כ לעיל ס"ק כ"א ומ"מ הפוסקים לא זכרו מזה כלום שם וע"כ דסמכו על מה שכתבו בס"א שם מחלוקת הרמב"ם ויש חולקין וה"ה כל כי האי גוונא ולפי זה לדעת הרמב"ם לעיל ס"י וכמו שביארנו ס"ק י"ח דהעיקר כדבריו אם אינן זוכרין הקיום לא מהני עדותם כלל אף שיעיד אחד על חבירו ודו"ק:

כז מעידין על הדיין בהר"ן איתא על העד ועל הדיין והגיה' בב"ה על הדיין ועל פי הנהתו כתב כאן בש"ע וכ"כ הסמ"ע שהוא ט"ס והש"ך ס"ק מ"ו האריך בזה ודעתו דאפילו שנים מעידין על העד ועל הדיין סגי בהכי והוא על פי פי' הריטב"א פ"ב דכתובות דכיון דקיום שטרות דרבנן סגי באחד על חתימת הב' כיון שכתוב בו הנפק דלא שכיח לזייף עדים ודיינים ע"כ ואין דבריו נכונים מכמה טעמים כמו שאבאר חדא דבהדיא מבואר בס' א"ז לכתובות בשם הר"ר יונה והרמב"ן והרשב"א שפירשו הך דעד ודיין מצטרפין בהך גוונא

גופא שכתב הש"ך דהיינו ששנים מעידין על העד ועל הדיין ועל זה מקשה רבא דבכהאי גוונא לא מצטרפין ואדרבא אף לפי זה הוקשה להם מאי ס"ד דרמב"ח דמהני בהא א"כ כ"ש שאין לומר דאפילו לרבא מהני בהא גם מוכח מדבריהם דאפילו בכהאי גוונא שייך להקשות מאי דמסהיד האי לא מסהיד האי דלא כהש"ך גם עיקר דבריו תמוהין מאוד מכמה טעמים חדא דהא בשני עדים מעידין על עד אחד ואחד מן העדים מעיד על כתב ידו דהיינו על מנה שבשטר פשיטא דמהני ולא אמרינן מאי דמסהיד האי לא מסהיד האי וע"כ משום שאנו חושבין כל חתימה לעדות בפני עצמו כמו בעדות חזקה דכל שנה עדות בפני עצמו הוא אף דצריך בהו לגוף החזקה וה"ה כאן או כמו שכתב הרמב"ן דכל ששני עדים מעידין על חתימת העד הוי כאלו העד לפנינו ומעיד על מנה שבשטר [או כמו שאכתוב בסמוך בשם הר"ן ספ"ב דכתובות) א"כ זה הדיין המעיד על חתימה שניה כיון שהוא נאמן עלי' כשנים לסברת הריטב"א הנ"ל א"כ הרי כשנים המעידין על חתימה שניה ומאי פריך רבא והנה ראיתי בתומים שרוצה לומר דאפילו בשנים לא הוי רק מקולי קיום וכיון דליכא על חתימת הב' רק אחד לא מהני דתרי קולא לא אמרינן והא ליתא דפשיטא דשנים מעידין מדינא כשר ולא מכח קולא דהיאך אפשר להקל בזה כיון שיכול לכתוב אחספא ויתקיים כדין שיהא הכל עדות אחת הרי דלעיל גבי שנים החתומים ומת אחד מהן ואחד מעיד מן השוק על שני החתימות ואחד מן העדים מעיד על שניהם לא מהני והתם אילו לא היה העד מעיד על מנה שבשטר כלל או שלא היה זוכר הלואה פשיטא דהוי מהני בצירוף אחד מן השוק כמו לרבי כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"א ומ"מ עכשיו דזוכר הלואה ומעיד על מנה שבשטר לא מהני וא"כ הא התם פשיטא דאין לחוש לזייוף שהרי שנים מעידין על כל חתימה וחתימה ובעלמא נאמנין רק בשביל שנראה כיוצא ג' רביעי על פי אחד לא מהני ולא הקילו בקיום שטרות וע"כ משום שיכול לכתוב אחספא לא מקילינן במקום שאין צורך להקל א"כ כ"ש כאן שאין להקל כיון שיכול לכתוב אחספא וע"כ דהא לאו משום קולא הוא רק מדינא כנ"ל א"כ הכא נמי בדיין אין כאן רק חד קולא שיהא נאמן לבדו על חתימה שני' וממילא לא איכפת לן מה דמסהיד האי לא מסהיד האי כמו בשנים כנ"ל ואמת דזה יש ליישב בדוחק דדוקא בשנים המעידין על חתימה שני' אין קפידא שיהא הכל עדות אחת דכיון שהם אין צריכין לעדותם על חתימה זו לעד השני שהרי בלי עד השני היה מתקיים חצי השטר דהיינו עד אחד על פיהם לכך חשבינן להו כעדות בפני עצמה אבל זה הדיין לולי העד החי אף לחצי העדות לא הי' מועיל שהרי אין כאן על הב' רק אחד רק מכח העד החי שמעיד על מנה שבשט' דהיינו על חצי השני במושלם אז מחמת קיום דרבנן סגי על חצי השני

באחד וכיון שהדיין מכח עדות החי מהני צריך שיהיה הכל עדות אחת. אך לפי זה הא גופא קשיא מה ס"ד דרמב"ח דעד ודיין גופא מצטרפין הא יוצא יותר על פי העד מעל פי הדיין כנ"ל והיאך ס"ד להקל גם בזה]:

ועוד הא הר"ן גופא כתב ספ"ב דכתובות דלכך בן מעיד על חתימת אביו משום דשתי עדות חלוקות הן אביו כשחתם על מנה שבשטר חתם וזה מעיד על כתב ידי אביו ודמי לעדות חזקה דג' אחין ואחד מצטרף עמהן מהני משום דכל שנה עדות בפני עצמה הוא אף דצריך לכלהו לענין החזקה א"כ ה"ה בזה ולפי זה קשה לכאורה לעיל סי"ב אם אחיו מעיד על חתימה שניה דיוצא הממון על פי קרובים וקשה הא דמי ממש לחזקה לפי סברת הר"ן בזה מעיד על כתב ידו היינו על מנה שבשטר וזה מעיד על כתב יד השני והן עדות חלוקות וסגי בקרובים להר"ן הנ"ל וצריך לחלק דדוקא גבי חזקה כל כת המעידה על שנה אחת אינה צריכה לעדותם על כת השני' שהרי אינם מעידין על עיקר השדה למי הוא רק שאכל שנה אחת ובזה מהימן אותה הכת לבדה הילכך שפיר הוי עדות חלוקות לענין קרובים אבל הך דלעיל סי"ב זה העד המעיד על מנה שבשטר אף דנאמן לבדו אין הפי' דנאמן באמת כשנים דא"כ שוב לא היה צריך כלום רק דבמעידין על החתימה צריך שנים ואז הוי כע"א וזה העד לבדו נאמן כעד אחד על מנה שבשטר והשתא כיון שאינו נאמן בעדותו רק כע"א וצריך לעדות חתימה שניה לכך חשיב לה כעדות אחת ולא סגי בקרובים (ולקמן ס"ק כ"ח יתבארו דברי הר"ן הללו באריכות] ולפי זה מבואר שאינו מפרש מה דמסהיד האי היינו דהוי עדות חלוקות דהא לדעתו לא הוי עדות חלוקות בכהאי גוונא דאל"כ הוי סגי בקרובים כנ"ל וע"כ דלדעתו הוי חד עדות כיון שהעד המעיד על מנה שבשטר אינו נאמן רק בצירוף חתימה שני' כנ"ל ומאי קושיא וע"כ דמפרש דהקושיא הוא דמה דמסהיד האי וכו' היינו בשלמא אי היה העד מעיד ג"כ על החתימות הוי שנים על כל חתימה או אם הדיין היה מעיד על מנה שבשטר הוי שנים על מנה שבשטר אבל עכשיו מה דמסהיד האי לא מסהיד האי אין כאן על מנה שבשטר רק אחד ועל חתימה שניה רק אחד ולא מהני וזהו מבואר דלא כפי' הש"ך בדברי הר"ן ודו"ק. ועיין לקמן ס"ק כ"ח ועוד דהא לדעת הש"ך פשיטא דאפילו הדיין בעצמו מעיד על חתימתו רק שנים העד בהא נמי אפי' לדידן מהני דהא כולה סהדותא חד הוא לפי הבנת הש"ך א"כ היאך כתב הר"ן קודם אם אחד מן השוק מעיד על שני העדים ודיין על חתימתו מהני דבהא לכ"ע מהני דהא כולה סהדותא חד היא וגם יש שני עדים על כל חתימה וחתימה והוי לי' למימר רבותא טפי דאפילו שנים על עד אחד ודיין על שניהם מהני דאף דליכא על חתימה אחת רק אחד מהני כיון דקיימ דרבנן גם אח"כ כתב שנים

על העד ודיין הוי ליה למימר רבותא טפי אפילו הדיין בעצמו כנ"ל אלא ברור שט"ס הוא בר"ן כמו שכתבו הב"י והסמ"ע: גם על עיקר דינו יש לתמוה דכיון דעד ודיין בעצמו אינן מצטרפין מה בכך דעדים אחרים מעידין עליהם הא אותן עדים אינן יודעין כלל מעיקר הענין רק שהם מעידין שהדיין הוא עד וגם העד הוא עד והוי כמו שהם לפנינו וכמו שכתב הרמב"ן להדיא דכל ששנים מעידין על חתימה הוי כמו שאותה חתימה לפנינו ומעידה על מנה שבשטר ע"ש בספר א"ז שהעתיק לשון הרמב"ן א"כ ממילא לא מהני דהם חלוקים בעדותם כמו שמקשה רבא ולא ידעתי מאי עדיפותא יש בעדים אחרים המעידין עליהם מהם בעצמן לפנינו ולפי זה ממילא בטלה ראיית הש"ך מדברי הריטב"א דנהי דסבירא ליה כיון דקייום דרבנן סגי בחד על חתימת הב' מ"מ היינו דוקא לס"ד אבל אחר שהקשה רבא דאין להקל כיון שהם חלוקים בעדותם א"כ ה"ה באחרים המעידין עליהם לא מהני כיון שאינן יודעין כלום מעיקר הענין רק שמעידין זאת היא חתימתו תדע דאל"כ עד ודיין לעולם מצטרפין אפי' הם לפנינו דהא יכולין לכתוב אחספא [ולא הוי יתר שהוא כנטול בחספא כמו שביארנו לעיל ס"ק כ"ב ואפילו מעידין בעצמן קודם ע"ש] ואז ודאי מהני כמו אחרים מעידין עליהם אלא ברור דהא ליתא דלא עדיפי הנך מאילו הי' העד ודיין לפנינו ואין כאן ראי' כלל ובהכי ניחא, מה דקשה לפי' הריטב"א מאי פריך רבא הא יש לפרש באמת דמיירי בשניהם מעידין על העד ועל הדיין דבהא כולה סהדותא חד הוא וקמש"ל דמצטרפין וסגי באחד על קיום הב' ולפי הנ"ל ניחא שכל שאין הם בעצמן מהני אפילו אחרים המעידין עליהם לא מהני דהוי כהם לפנינו כנ"ל וראיה לזה שהר"ר יונה ז"ל פי' הך דעד ודיין מצטרפין היינו ששנים מעידין על העד ועל הדיין ועל זה פריך רבא מאי דקא מסהיד האי לא מסהיד האי והוא אינו מפרש כפי' התוס' דהקושיא שאין כאן על חתימה שניה רק אחד רק משום דעדות חלוקות הם הרי להדיא דאפילו הא מיקרי עדות חלוקות א"כ מנא לן דלהריטב"א הא לא הוי עדות חלוקות רק דלס"ד לא ידע רק ממה שאין על חתימה שניה רק אחד ובהא לא איכפת לי' לשיטת הריטב"א דקייום מדרבנן אבל כשהקשה רבא דעדות חלוקות פשיטא דאף בזה העדות חלוקות הן כדברי הר"ר יונה ז"ל הנ"ל. גם מה שכתב מדנהגו שלא לקיים בדיינים קרובים לעדים ש"מ דבכהאי גוונא עד ודיין מצטרפין הוא תמוה דהביא חובה לנפשיה שהרי הר"ן ספ"ב דכתובות והריטב"א גופא שם כתבו להדיא שהדיינים יכולין להיות קרובים לעדים דהזמה לא שייך גבי שטר וא"כ תקשי הא בלא"ה אינן יכולין להיות קרובים שאם יעידו על עד ודיין יצטרפו נמצא השטר נגבה ע"י קרובים וא"כ

מבואר דסבירא להו דלעולם אין מצטרפין עד ודיין דלא כהש"ך אך באמת בלא"ה אין דבריו נכונים בזה כמו שיתבאר בסמוך בביאור דברי מהר"ם מרוטבורק בזה:
ומעתה לא נשאר לו להרב הש"ך אלא הראיה מתשובת מהר"ם מרוטבורק ותשובת הרשב"א סימן תתנ"ג דמשמע לכאורה דבהכי מהני ולפענ"ד אין כאן ראיה כלל ואדרבא מזה מבואר לכאורה להיפך כמו שאבאר והוא דוודאי יש לתמוה במהר"ם שסיים ולפי זה נראה לי שאין לחתום אותן בני אדם שהם קרובים לעדים והוא תמוה דהא מהר"ם מיירי בעדים אחרים מעידין על העד ועל הדיין וכבר כתב הרב בהגה' לעיל סי"ג בשם הנ"י דעדים המעידין על החתימה הוי כמו שכותב אחספא לענין שיכול להעיד עם אחר על השני א"כ כמו שהוא יכול להעיד פשיטא שגם קרובו יכול להעיד א"כ הכא מה חשש יש בקרובים וראיתי בתומים ס"ק ך' שהרגיש בזה ותירץ דמהר"ם מיירי שהעד ודיין בעצמן מעידין בצירוף אחד מן השוק על חתימת הב'. ומעתה אם כוונת מהר"ם כן פשיטא שאין כאן ראיה לדינו של הש"ך ואדרבא מדמסיים ולפי זה וכו' ומיירי בהכרח בצירוף אחר כנ"ל א"כ מעיקרא נמי מיירי בצירוף אחר וליכא למימר אדרבא הא גופא ראיה לדינו של הש"ך דהא בתר הכי מיירי מהר"ם בעד ודיין בעצמן כנ"ל א"כ מעיקרא למה כתב שאחרים יעידו על העד ועל הדיין אלא וודאי דקמ"ל דבהא אפילו צירוף אחר על חתימת הב' מהני והיינו כדעת הש"ך. אבל באמת הא ליתא דהא מתחלה רוצה מהר"ם ליישב מה דקשה לפי מה שהוכיח ר"י מהך דעד ודיין מצטרפין [והוא דברי התוספות שם פ"ב דכתובות שכתבו מכאן מוכח דהנפק ג"כ צריך קיום) שצריך שיכיר חתימת הדיינים פי' דאפילו בהנפק חיישינן לזייוף א"כ מה תועלת יש בחתימת הדיינים על ההנפק דהא בין כך ובין כך יצטרך קיום [אבל על ההנפק גופא לא הקשה דשפיר יש תועלת שיעיד הדיין שנתקיים בפניו אבל החתימה על ההנפק הוא ללא תועלת שאם יצטרך קיום כמו שיצטרך לקיים חתימת העדים כן יצטרך לקיים חתימת הדיינים] והשתא לא היה יכול מהר"ם לומר דמהני כשיעיד העד ודיין בעצמו דמ"מ אפילו לא יחתמו על ההנפק יעיד אותו דיין ואותו עד ועדיין יקשה מה תועלת יש בחתימת הדיינים על ההנפק ולזה הוצרך מהר"ם לומר דיש תועלת שיכירו חתימת הדיין והעד דאז אם לא יחתום לא יהא קיום כלל ולא הוצרך להזכיר עוד אחר על חתימת הב' כיון דלאו בהכי מיירי רק שבא לומר שיש נפקותא בחתימת הדיין וזהו שסיים ולפי זה נראה שאין לחתום קרובים דפשיטא דבצירוף אחר מהני אפילו עד ודיין לפנינו א"כ יש לחוש לקרובים אמנם כל זה לפי הבנת התומים במהר"ם אבל אין דעתי נוחה בזה דמשמע מלשון מהר"ם דהך לפי זה שכתב הוא באותו ענין דמיירי מעיקרא דהיינו שאחרים

מעידין על עד ודיין וא"כ הקושיא הנ"ל על מהר"ם במקומה. ועוד קשה לי דאפילו אי מהר"ם מיירי בעד ודיין לפנינו בצירוף אמר ג"כ אין לחוש לקרובים מטעם אחר כיון שאם יכתוב חתימת ידו אחספא בוודאי מהני א"כ אם הוא לפנינו בוודאי יאמר האמת שהוא קרוב ובוודאי לא ישקר כיון דהוא מילתא דעבידי לגלויי ואין לו שום נפקותא בזה שהרי על כתב ידו נאמן הוא דוודאי אומר אמת אם כן יכול לכתוב אחספא ומה לו לשקר בחנם בדבר שיוכל להתברר שקרו וזהו ג"כ כוונת הש"ך שכתב דלדידן אין לחוש לקרובים כיון דהם לפנינו [רק מה שכתב דלשיטת הריטב"א יש לחוש קשה כנ"ל) ולפי זה קושיא הנ"ל קיימת על מהר"ם הא אין כאן חשש לקרובים כלל:

והנה באמת קושיא זו לא על מהר"ם מרוטנבורק לבד קשה רק על הרא"ש וטור ומחבר קשה שכתבו לפיכך מותר לחתום קרובים לעדים משמע דלמ"ד מצטרפין אין לחתום קרובים מהאי טעמא שמא יצטרפו ולפי הנ"ל אפילו למ"ד מצטרפין אין כאן חשש כלל בקרובים במה נפשך אם יעידו הדיין והעד בעצמו אין לחוש כנ"ל דיאמרו האמת שהם קרובים ואם אחרים יעידו על העד ודיין אין לחוש כלל דעדים הוי כמו אחספא כמו שכתב הרב בהגה' סי"ג בשם הנ"י וצ"ע לכאורה אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ דקשיא לי' להרא"ש ג"כ קושית התוס' שהביא הריטב"א ותלמידי הר"ר יונה ז"ל דהא אין כאן רק אחד על חתימת הב' ותירצו תלמידי הר"ר יונה ז"ל דס"ד שהדיין שהוא מעיד על הקיום אין זה עד על החתימות רק על גוף החיוב כמו עד השני והרי יש שני עדים על החייוב ומצטרפין ולפי זה שפיר כתב הרא"ש דוודאי לס"ד דעד ודיין מצטרפין אפילו בלי צירוף אחד מן השוק על העד הב' וע"כ דחשבינן לי' לעד על גוף הלואה א"כ פשיטא שהדיינים אינן יכולין להיות קרובים לעדים דשפיר יש לחוש שיתקיים חתימת עד ודיין ובהא לא שייך כיון דאינו מעיד בעצמו רק אחרים מעידין עליו דכיון שהם עדי השטר בעצמן פשיטא שכל שנתברר שעידי השטר קרובים זה לזה דהשטר פסול ואפילו אחרים מעידין עליהם וזה ברור. אבל לדידן דקיימא לן אין מצטרפין והדיין לא על החייוב הוא מעיד רק על החתימות ולא מהני רק בצירוף אחד מן השוק על חתימת הב' א"כ ממילא אין לחוש לקרובים כלל במה נפשך שאם יעידו בעצמן יאמרו שהם קרובים כנ"ל ואם יעידו אחרים עליהם הדר הוי כמו שכותב אחספא ויכול קרובו להעיד כנ"ל לכך אין לחוש לקרובים כלל וזה ברור ונכון בכוונת הרא"ש (ודלא כהתומים ס"ק כ' שהשב דעת הרא"ש לדעת אחרת כי הדבר ברור כמו שכתבתי ונסתלקו כל קושיותיו שם עש]:

ועל פי זה יובנו דברי תשובת מהר"ם הנ"ל ושיעור דבריו כך עד ודיין מצטרפין הוא מימרא דר"י אמר שמואל שם ועל זה קאמר לפי מה שהוכיח ר"י מכאן שחתימת הדיינים

צריך קיום מאי תועלת יש בחתימתם וקאמר דיש תועלת בחתימת הדיינים שאם אחרים יכירו חתימת עד ודיין דבהכי מהני למ"ד מצטרפין דאיירי בי' ועל זה קאמר ולפי זה אין לחתום קרובים כיון דלמ"ד מצטרפין ע"כ דהדיין על עיקר החייוב מעיד כמו שכתבתי בכוונת הרא"ש א"כ ממילא אפילו אחרים יעידו על עד ודיין לא מהני בקרובים שעדי השטר שהם קרובים זה לזה לעולם פסול כנ"ל להרא"ש וקאי שפיר באותו ענין דמיירי לפני זה באחרים מעידין ומ"מ לא מהני כנ"ל אך אמנם מה שהביא מהר"ם זה אף דלא קיימא לן כמ"ד דמצטרפין נראה דסבירא לי' דגם לדידן יש נפקותא בעד ודיין לפנינו בצירוף אחר ואי משום דיכול לכתוב אחספא ס"ל למהר"ם דכיון דהך דיכתוב אחספא משמעות הש"ס ופוסקים היא דלכתחילה אין לסמוך על זה רק דיעבד היכי דליכא תרי כדאמר ואי ליכא תרי אלא חד ע"ש א"כ הכא נמי יש לחוש לכתחילה שלא יחתום קרובים כדי שלא יבוא שיצטרך לכתוב אחספא [וכ"ש לפי מה שכתב הריטב"א פ"ב דכתובות ודייק מהא דקאמר ואי ליכא תרי דאפילו אומר בפי' על כתב ידן הוי על מנה שבשטר דאל"כ מה מהדר לאשכוחי תקנתא איהו דאפסיד אנפשי' שהיו לו להעיד על כתב ידו לבד א"כ כ"ש הכא שהי' לו לחתום דיינים שאין קרובים ודו"ק ע"ש בריטב"א) כנ"ל ברור כוונת מהר"ם בזה ולפי זה מבואר מדברי מהר"ם דלמ"ד מצטרפין דוקא בהכי מהני אבל לדידן לא מהני דלא כש"ך דאי כוונת מהר"ם אפילו לדידן הדרא קושיא לדוכתא בעדים אחרים מעידין עליהם אין לחוש לקרובים כנ"ל כמו כתיבה אחספא וזה ברור ולפי זה מה שנהגו שלא לקיים בקרובים היינו מטעמא דאמרן כדי שלא יצטרך לכתוב אחספא אבל אינו תלוי בדינו של הש"ך כלל ואין כאן ראי' כלל גם בלא"ה לא ידעתי מה זו ראי' ממנהג זה דהא מבואר בר"ן וריטב"א טעמים אחרים שאין לקיים בקרובים אפילו אין מצטרפין והיינו או משום הזמה או מגזירת הכתוב כמבואר שם בר"ן א"כ פשיטא שאין כאן ראי' כלל וכן הראי' ממהר"ם ליתא כמו שבארנו דאדרבא ההיפך מבואר במהר"ם וכן מה שהביא ראי' מן הש"ס דלא קא פריך רק משום מה דקא מסהיד האי לאו ראי' היא חדא דמהאי טעמא גופא אף בעדים אחרים מעידין עליהם לא מהני דלא עדיפי מהם בעצמן כנ"ל וגם הריטב"א מודה לזה ועוד דמ"ד מצטרפין סבירא לי' דהדיין אינו עד כלל על החיוב רק על החתימות א"כ ממילא פסול לפי שאין כאן על חתימה שני' רק אחד וכמו שכתבתי בשם תלמידי הר"ר יונה ז"ל ולפי זה כיון שדעת התוס' והר"ר יונה והרמב"ן והרשב"א והרא"ש וטור ומחבר דלא מהני בעדים מעידין על עד ודיין רק בצירוף אחד מן השוק על חתימה שני' וגם ממהר"ם וריטב"א אין ראי' ואדרבא נראה לכאורה מדבריהם להיפך כמו שהוכחתי בוודאי הכי נקטינן וגם העולה

מדברינו בכוונת הרא"ש בענין קרובים נראה לפע"ד ברור דלא כהתומים שיש לו דעת אחרת בענין זה ולדבריו נצטרך לומר שהרא"ש חולק על דין זה שהביא המחבר ולפי מה שכתבתי לק"מ ודו"ק היטב:

כח עידי הקיום יכולין להיות קרובים לעידי השטר זה מה שכתב הר"ן פ"ב דכתובות אהא דאמרינן נאמן אדם לומר זה כתב ידו של אבא וכתב הר"ן דהא לאו משום קיום דרבנן נגעו בה דא"כ כדפריך ואי אשמעינן רבו הוי לי' למימר דהוי אמינא דוקא רבו לפי שהוא רחוק ע"ש ולפע"ד אין מזה ראי' דבלא"ה יש להבין שם דקאמר דאי קתני אביו ורבו ס"ד דוקא הני אבל אחיו דלא שכיח גבי' וגם לית לי' אימת' לא קמש"ל ולכאורה קשה ליתני אחיו וכ"ש הני תרתי וצריך לומר דהא לא קשיא דלא זו אף זו קתני אבל בהיפך קשיא לי' דהוי זו ואצ"ל זו והנה קשה מאי פריך ואי קתני רבי מאי קושיא לא זו אף זו קתני כמו אחיו ובע"כ דהקושיא כך דוודאי שייך למיתני לא זו אף זו היכי דבאחרון יש רבותא טפי אבל כאן אי נימא דברבו ליכא מעלה כלל רק לרבותא קתני לה א"כ יקשה אחיו למה לי דהא אחיו דומה ממש לרבו ונהי דקתני רבו משום לא זו אף זו אכתי אחיו דדומה ממש לרבו למה לי לכך קאמר דברבו יש מעלה אחרת דאית לי' אימת' והשתא קתני שפיר אחיו לא זו אף זו וזה ברור ולפי זה שפיר יש לומר דמה דנאמן על קרובו הוי גם כן מקולי קיום ומ"מ ליכא למימר דאי קתני רבו משום דהוא רחוק דמ"מ אכתי כיון דקתני אביו ושמעינן דאין לחוש לקרוב א"כ אחיו למה לי דליכא שום רבותא באחיו טפי מרבו דאי משום דהוא רחוק הרי כבר נשמע מאביו דאפילו קרוב מהני ובשלמא עכשיו אתי שפיר דבכל אחד יש מעלה משא"כ בחבירו הילכך לא נשמע אחיו מנייהו דאיכא למימר דוקא רבו אף דלא שכיח מ"מ כיון דאית ליה אימת' מכיר החתימה ואי משום דקתני אביו דלית ליה אימת' מ"מ הוא מכיר החתימה משום דשכיח משא"כ אחיו שאין לו שום עדיפתא להכיר חתימתו אבל עכשיו דגם ברבו ליכא שום עדיפותא שיכיר חתימתו ובזה דמי ממש לאחיו רק שיש לו מעלה שהוא רחוק וזה כבר נשמע מאביו דהא לא איכפת לן כלל לכך הוצרך לומר דברבו יש מעלה בהכיר החתימה גופא דהיינו דאית לי' אימת' אמנם בלא"ה כתב הר"ן שם דבהא לא צריכין לטעמא דקיום דרבנן וז"ל הר"ן שם וכי תימא א"כ היאך בן מעיד על חתימת אביו והרי שני קרובים מצטרפין לעדות אחת לאו קושיא הוא שאלו שתי עדיות הן שאביו כשחתם העיד על מנה שבשטר וזה מעיד על כתב ידי אביו וכל כי האי גוונא אעפ"י ששני העדות צריכין לגבות הממון לא מפסלי כדאמרינן בעדות חזקה דהרי אלו שלש עדיות ומצטרפין לקיום החזקה עכ"ל הר"ן שם וכוונתו הא דאמרינן ג' אחין ואחד מצטרף עמהן ולכאורה

קשה על פירושו כיון דהוא מדמה הך לעדות חזקה ולכך סגי בקרובים א"כ קשה הא דלעיל סי"ב אמר אחד מן העדים זה כתב ידו והעיד אחיו או אביו על כתב ידו של השני לא נתקיים לפי ששלשת רביעי הממון יוצאין על ידי קרובים והוא בב"ב דף כ"ז ע"ש א"כ תקשי הא זה מעיד על מנה שבשטר וקרובו מעיד על כתב ידו השני והרי שתי עדיות חלוקות הן לפי סברת הר"ן וצ"ל דכך כוונת הר"ן דוודאי הך לא דמי לעדות חזקה כלל דאילו בעדות חזקה נהי דשלשתן מצטרפין לגבות הממון מ"מ כל כת בפני עצמה המעידה על שנה אחת שוב אינה צריכה לעדות שנה זו לשאר העדים על השנים האחרים שהרי אנו מאמינים אותם על מה שהעיד באמת אכל שנה זו רק דשנה אחת עדיין לא הוי חזקה אבל אין זה מחסרון אמונה לאותן העדים דהם באמת נאמנים הילכך כל כת עדות בפני עצמה היא כיון שאינן צריכין לעדותן על כת השני' משא"כ בהך דלעיל סי"ב נהי דהוא מעיד על כתב ידו הוי כמעיד על מנה שבשטר מ"מ וכי ע"א נאמן בעצמו על מנה שבשטר אין זה נאמן רק שיהא כע"א שאם היה מעיד על כתב ידו לבד אף ע"א לא הוי [ולענין זה בוודאי שוב אין מזיק לו במה שיעיד קרובו עליו כיון שהוא אינו צריך להיות כע"א לעדות קרובו] אבל מ"מ ע"א עדיין אינו נאמן כלל וצריך הוא עוד להעדים המעידין על חתימה שני' ואז יהא נאמן הילכך כיון שהוא צריך לעיקר עדותו לעדות השני כולה סהדותא חד הוא ואם הוא קרובו לא מהני שיוצא שלשת רביעי הממון על פי קרובים וזהו דוקא אם קרובו מעיד על חתימה שניה דבזה הוא צריך לעדות קרובו לכך הוי חד עדות משא"כ בהך דספ"ב דכתובות דקרובו מעיד על חתימה שלו א"כ על חתימה שלו כשחתם העיד על מנה שבשטר ואינו צריך כלל לעדות קרובו בזה דבלא"ה נאמן הוא כע"א כיון שמעיד על מנה שבשטר רק אנן הוא דאין מכירין חתימתו צריכין אחרים להעיד עליו אם כן שפיר לא איכפת לן בקרובים דעדות חלוקות הם דזה שחתם על מנה שבשטר חתם ואלו היה לפנינו הי' מעיד ענין אחר על מנה שבשטר וזה מעיד על כתב ידו ודו"ק היטב. ולפי זה צריך לומר הא דאמרינן גבי עד ודיין מה דמסהיד האי לא מסהיד האי אין הפי' כמו שכתב הריטב"א דהא לא איכפת לן במה שיש על חתימה שניה רק אחד דכיון דקייום דרבנן סגי בזה רק דקושיא דעדות חלוקות הן ולפי הנ"ל הא ליתא דאי חשבינן לה לעדות חלוקות הוי סגי בקרובים על חתימה שניה כמו בעדות חזקה וע"כ דבהא הוי חד עדות כנ"ל ומאי קושיא וברור דהר"ן מפרש כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"ו דבס"ד הוי סבירא ליה דהדיין הוא כמעיד על גוף החייוב ולכך לא בעינן ב' על חתימה שניה ועל זה פריך דהדיין אינו כעד כלל על החייוב רק על החתימות א"כ ממילא לא מהני משום שאין כאן רק אחד על חתימה שניה וזה ברור ולעיל ס"ק כ"ז

השגתי על הש"ך מדברי הר"ן הללו ושם קצרתי במובן ומכאן תלמוד לשם] והנ"מ שיש בין אם נאמר דהטעם משום מקולי קיום או מדינא הוא כך דמשום מקולי קיום היה צריך אחר גדול עמו שאינו קרוב אבל עכשיו דמדינא אפילו שניהם קרובים סגי כמו שכתבו הסמ"ע והש"ך ודו"ק:

כט קרובים לעדי השטר. עיין תומים ס"ק כ"א שהקשה לשיטת הרז"ה שהביא הר"ן ספ"ב דכתובות דלכך קרובים מהני על פי הירושלמי משום דהוא עיקר הטעם בעדים קרובים זה לזה פסולין דאין העדים ניזומין עד שיזומו כולם הילכך גבי שטר דלא שייך בי' הזמה קרובים כשרים ועל זה הקשה בתומים דא"כ גבי שטר יהיה שני אחין יכולין לכתוב ולחתום שטר כיון דלא שייך בי' הזמה וע"ש מה שדחק ליישב ולפעד"נ דלק"מ דהא בלא"ה הקשה הר"ן על הרז"ה דהא הך טעמא דהזמה נדחה בש"ס דילן פרק זה בורר דף כ"ח דפרכינן על הך טעמא מהא דג' אחין ואחד מצטרף עמהן והן עדות אחת להזמה אלמא דהזמה מעלמא קאתי והכי נמי הזמה מעלמא קאתי פי' שאין זה אלא גורם ולא על פי קרובו הוא ניזם לכך לא איכפת לן בהא לכך תפס הר"ן טעמא דש"ס דילן דגזירת הכתוב הוא ע"ש. ולפי זה יש לתמוה באמת על הרז"ה היאך תפס טעם הירושלמי מה דבש"ס דילן פריך עלה ונקטי טעמא אחרינא וצ"ל דכוונתו כך דבלא"ה נסתפק הר"ן שם אי נימא כיון דאידחי בגמרא טעמא דהזמה א"כ בטיל הך טעמא לגמרי או נימא דוקא בכהאי גוונא דג' אחין הנ"ל שאין קרוב מעיד על חבירו שום דבר ואין הזמה על פיו רק בסבתו שהוא מעיד עמו ולכך שפיר אמרינן מעלמא קאתי אבל היכי דהקרוב מעיד על קרובו דאז הזמה על פי עדותו בא א"כ שפיר שייך טעמא דהזמה והר"ן ז"ל מסיים כלשון ראשון דכיון דירושלמי משתמש בטעם זה ובגמרא דילן אידחי נדחה לגמרי ע"ש ובזה סבירא ליה להרז"ה דלא כהר"ן והוא דהא רמב"ח קאמר התם להך טעמא דירושלמי וקאמר סברא הוא דתנן אין העדים נעשין זוממין אלמא דס"ד דאפילו לא מוכח מקרא מידי מסברא יש לומר הך טעמא דהזמה א"כ נהי דנדחה סברתו משום הזמה מעלמא קאתי אבל כל היכי דלא אתי מעלמא דהיינו שהבן מעיד על חתימת אביו דאז אלו היה שייך הזמה בשטר פשיטא דסברת רמב"ם נכונה דיש לחוש להאי טעמא כיון שעל פי עדותו שהעיד על אביו הוא ניזם [והא לא סבירא ליה להרז"ה טעם הר"ן דעדות חלוקות הן דמ"מ הזמה על פיו באה] ולכך נתן הרז"ה טעם משום דבשטר לא שייך הזמה אבל כל היכי דהזמה מעלמא קאתי פשיטא דמודה הרז"ה דליתא לטעם הירושלמי כדמוכח בש"ס דילן בהך דג' אחין הנ"ל וא"כ הטעם כדאמרינן בש"ס דילן דא"כ בן על אבות אי נמי הן על אבות מאי בנים דאפילו בנים לעלמא ולפי זה פשיטא

דמודה הרז"ה דעדי השטר שהן קרובים זה לזה פסולין מטעם הנזכר בש"ס דילן מגזירת הכתוב דלא כהירושלמי רק בבן המעיד על חתימת אביו דבזה לא שייך גזירת הכתוב כמו שכתב הר"ן שם דעדות חלוקות הם דבזה כיון דהזמה לא אתי מעלמא היה ראוי לחוש לטעם הנ"ל כסברת רמב"ח דבהא לא קשיא מנ' אחין לכך הוצרך ליתן טעם משום דבשטר לא שייך הזמה ולק"מ קושית התומים על הרז"ה אך על הירושלמי גופא היה מקום להקשות כן אבל בלא"ה הקשו בגמרא דילן טפי מהך דג' אחין דמבואר בהדיא דכל היכי דהזמה מעלמא קאתי אין לחוש ועל הרז"ה לא קשיא כנ"ל ועל פי זה יש מקום להקשות על הר"ן שאחר שהשיג על הרז"ה על טעמא דהזמה רק דהטעם דגזירת הכתוב הוא כתב וכי תימא היאך בן מעיד על חתימת אביו וכו' פי' בשלמא להרז"ה לטעמא דהזמה בשטר לא שייך הזמה אבל לטעם דגזירת הכתוב הוא א"כ הכי נמי ולפי זה יקשה נהי דאידחי טעמא דהזמה היינו היכי דהזמה מעלמא קאתי אבל כאן דהזמה על פיו באה לא אידחי טעמא דהזמה כלל ועדיין אנו צריכין לטעמו של הרז"ה דבשטר לא שייך הזמה ואי משום דהר"ן סובר דאידחי טעמא דהזמה לגמרי מ"מ עדיין לא אסיק אדעתיה דהר"ן הא שהרי אח"כ התחיל להסתפק בזה וכתב וז"ל ומ"מ צריך לעיין כיון דאידחי טעמא דהזמה וכו' ע"ש וכתב סברות לכאן ולכאן ואח"כ כתב ואין כל זה נוח לי וכו' אבל מעיקרא לא היה לו להחליט הך טעמא לבר רק בצירוף טעמו של הרז"ה כנ"ל וצ"ע בזה וע"ש היטב:

ל ויש אומרים דדוקא אלו שרגיל עמהם. זהו מה שכתב הרא"ש פ"ב דכתובות אבל הש"ך הביא בשם הריטב"א דמה דקאמר אבל אחיו דלית ליה לא הא ולא הא משמע דאפילו באינש דעלמא נאמן והנה אי משום הא לא אירי' דוודאי יש לומר דאחיו ג"כ רגיל ושכיח גבי' רק דלא שכיח ורגיל כמו אביו ורבו קמ"ל דבהכי מהני אך יש להוכיח מהא דקאמר התם אבל אחיו דלית לי' לא הא ולא הא אימא לא קמ"ל כיון דקיימו שטרות דרבנן הימניהו רבנן בדרבנן ויש להבין דמשמע דבאביו ורבו דשכיח ורגיל גבייהו לא צריכינן להך טעמא דקיום דרבנן ובאמת הא ליתא דפשיטא דאפילו באביו ורבו הטעם משום דקיימו דרבנן דהא כל שתחילתו בפסלות פסול מדאורייתא וצ"ל כך דוודאי בהך יש שני מיני ריעותא חדא מצד גזירת הכתוב שכל שאין תחילתו וסופו בכשרות פסול ועוד דסברא גם כן יש שלא להאמינו דקטן לא אסיק אדעתיה כלל שידע ויתן דעתו על החתימה שיכירה לאחר זמן שזו היא ולזה ס"ד דעל מה שהוא פסול מצד הגזירה שייך להכשיר כאן כיון דקיימו דרבנן היא הם לא חשו לגזירה כיון שאין טעם לפסלו אבל בהך שיש לפסלו מצד הסברא דקטן לא יהיב דעתיה על הדבר כלל בזה לא שייך להכשירו

לפי שהוא דרבנן דמ"מ סברא זו שייך אפי' בדרבנן ולזה ס"ד דדוקא באביו ורבו הכשירו דשכיח ורגיל גבייהו ושפיר מכירה באמת ולא שייך סברא הנ"ל רק מה שיש לחוש מגזירת הכתוב ובדרבנן לא חשו לגזירת הכתוב אבל באחיו דלא שייך האי טעמא ושפיר יש לחוש מצד הסברא כנ"ל לכך אפילו בדרבנן יש לפסלו ולזה קמ"ל דאפילו אחיו כשר דכיון דקיום שטרות דרבנן אף בזה הימניהו רבנן ולא חיישינן דילמא לא אסיק אדעתי' ליתן לב להכיר החתימה כראוי ולפי זה ממילא מוכח דהא דקתני אחיו היינו אף שאינו רגיל אצלו כלל כמו אינש דעלמא דאי ס"ד דבאחיו ג"כ יש מעלה דשכיח ורגיל גביה רק לא כאביו ורבו א"כ עדיין יקשה למה לי' לאסוקי טעמא דקיום דרבנן הוי לי' למימר קמ"ל דאחיו נמי שכיח ורגיל גבי' ומצד הסברא אין לפסלו והך דקיום דרבנן הוא על גזירת הכתוב והוי לי' למיתני בפני עצמו דאכלהו קאי כנ"ל אלא וודאי משמע לי' דבאחיו אין שום מעלה טפי מאינש דעלמא ומ"מ מהני א"כ הדין הנ"ל מוכרח ואולי גם כוונת הריטב"א כן. אך לפי זה יהא מוכח דאפילו באינש דעלמא דלא רגיל כלל גבי' מהימן ובאמת משמע בריטב"א דמודה דצריך שיהא רגיל גבי' אם כן אינו מוכח מהרא"ש שיחלוק על זה ולא כתב אלא דדוקא בהך דרגיל גבייהו אבל באינש דעלמא דאינו רגיל לא אבל ברגיל כמו הנך מודה הרא"ש ע"ש. אך נראה מדלא הזכיר הרא"ש בפי' דאינש דעלמא דרגיל כמו אביו ורבו ואחיו דנאמן נראה דסבירא ליה אף דמדינא נאמן כל שהוא רגיל כמו הנך אבל אנן לא סמכינן רק אהני דלא ידעינן הי מיקרי רגיל כמו הנך כנ"ל ברור בכוונת הרא"ש וזה נראה ג"כ כוונת המחבר שהתחיל לומר דדוקא אלו שרגיל עמהם וסיים אבל על כתב יד אחר אינו נאמן ולא כתב דברגיל כמו הנך אף באחר נאמן וע"כ כמו שכתבתי וזה שכתב בשם יש מי שאומר דמשמע לי' לשיטת הריטב"א אף לדידן סמכינן כל שנראה לן שהוא רגיל כמו הנך אבל לענין דינא דגמרא כ"ע מודו כנ"ל:

לא ודייני קיום הקרובים למלוה ולוה הקיום פסול משמע דפסול לכ"ע והש"ך השיג על זה והביא ראיות דמאן דמכשיר בעדי קיום כ"ש בדייני קיום. ועיין תומים ס"ק כ"ג שהעתיק דברי הרשב"א פ"ק דגטין ולפי פירושו מבואר מתוך דברי הרשב"א דעדי קיום כשרים אבל דייני קיום פסולין כמו שכתב רמ"א ע"ש ויש לתמוה על הש"ך שהביא דברי הרשב"א הללו לראיה דאין חילוק בין עדי קיום לדייני קיום. אבל באמת נלפע"ד דברי הש"ך נכונים דפשיטא דאין לפרש דברי הרשב"א כדברי הרב הנ"ל מכמה טעמים כמו שאבאר חדא דלפי דבריו קשה דנצטרך לומר דהראי' מהך דדיינים חותמין אף שלא קראוהו היינו דוקא לעדים אבל לא לדיינים והטעם דדייני' כיון שחותמין עצמן בשטר

יתברר אח"כ אם הם קרובים משא"כ עדים והא וודאי ליתא דהא הריטב"א דחה ראי' זו בשנים חדא דאעפ"י שלא קראוהו היינו גוף השטר אבל שמות המלוה והלוה צריך לקרות באמת ועוד דאפילו נימא אף שלא קראוהו כלל מ"מ אתי שפיר דאי משום קרובים יכול לכתוב שמות העדים המקיימין השטר ואם הם קרובים יתברר אח"כ ע"כ והביאו הש"ך בס"ק שאחר זה והרשב"א כתב דלשון אעפ"י שלא קראוהו משמע שלא קראוהו כלל והיינו דלא נימא כתירוץ א' של הריטב"א ולפי זה עדיין יקשה דאכתי יש לומר באמת שלא קראוהו כלל רק שאם לא נתברר להם אם הם קרובים או לא יכולין לכתוב שמות העדים ודוחק לומר דמשמע לי' מדלא קאמר בפי' שיכתבו שמות העדים הא ליתא חדא דמאי ענין התם לשמות העדים הא העיקר בא לאשמעינן התם שאין צריך לקרות מה שבשטר ולא מיירי התם מענין חשש קרובים כלל ועוד דא"כ היה לו להרשב"א לדחות זה כמו שדחה תירוץ ראשון דמשמע שלא קראוהו כלל כך הוי ליה לדחות תירוץ זה דמשמע אעפ"י שאין כותבין שמות העדים ובע"כ דסובר הרשב"א דאי ס"ד דקרובים פסולים פשיטא דלא סגי במה שכותבין שמות העדים כיון דטפי יש להתברר עכשיו כשיקראוהו אבל אח"כ שמא ישתקע הדבר ולא יתברר ומאי איכפת לן אי הוי הדין שצריך שיקראו שמות הלוה והמלוה ומזו דייק הרשב"א דעדים הקרובים באמת כשרים ולפי זה מהך ממילא מוכח דגם דיינים הקרובים כשרים דאי משום דדיינים חותמין הא לא סבירא ליה לרשב"א כלל כמו שהוכחתי דאל"כ אף מעדים אין ראי' דיכולין לכתוב שמותם כנ"ל. ועוד קשה לפי הבנת התומים דהראיה רק לעדים ולא לדיינים א"כ קשה הא מקודם כשהתחיל הרשב"א להכשיר בעדים נתן טעם משום דדיינים חותמין אף שלא קראוהו דמשמע שלא קראוהו כלל אם כן אי ס"ד דלדיינים אין ראיה משם א"כ אח"כ בדיינים מנין לו להכשיר גבי גט כיון דבעלמא וודאי פסולים ובזה אין שום ראי' להכשירם שנצטרך לומר שהקילו בהם ואין לומר דהרשב"א מסברת עצמו אמר כן כיון שהקילו בהבאת הגט ה"ה בזה א"כ בקיום דעלמא נמי הא מצינו שבכמה דברים הקילו וע"כ דאין לחדש מעצמנו מקולי קיום מה שאין אנו מוכרחין לומר שהקילו א"כ בהא דליכא ראיה להכשירם מנין לו דהקילו וברור דכוונת הרשב"א להביא ראי' מהך בין לעדי' בין לדיינים ושיעור דבריו כך דעדים הקרובים כשרים ואף דבעלמא פסולים היינו משום דבעלמא על גוף החייוב מעידין ובזה וודאי קרוב פסול אבל גבי קיום שהוא בעצמו אינו יודע מעיקר החייוב כלל רק על הקיום הוא מעיד לכך אין לחוש אם הוא קרוב למלוה וללוה כיון שאינו מעיד להם כלל וזה החילוק שייך גבי עדים אבל בדיינים פשיטא שאין לחלק בזה דמ"מ סוף סוף למלוה ולוה הם דנים ומה נ"מ אם דנין ע"י

עדים או ע"י שטר ס"ס דיינים הם למלוה וללוה ועל זה הוצרך הרשב' ליתן טעם כיון דמהך מוכח דגם בדיינים קרובים כשרים כנ"ל לזה נתן טעם דאף דבעלמא בלי קייום פסולים א"כ היה בדין דגם בקיום יפסלו דבהי לא שייך לחלק כמו בעדים כנ"ל מ"מ כשרים משום דגבי קיום הקילו כמו שהקילו בהבאת הגט שלא יצטרך שנים בין לרבה בין לרבא והיינו משום דקיום דרבנן א"כ בזה נמי הקילו ואין כוונתו במה שהזכיר גט דהיינו גט דוקא אלא דמזה ראיה דבקיום הקילו בכמה דברים ואפילו באיסור גט החמור א"כ בזה נמי הקילו וזה ברור בכוונת הרשב"א ולפי זה מבואר כמו שכתב הש"ך דאין חילוק בין דייני קיום לעדי קיום להרשב"א ויפה השיג על הרב וע"ש ודו"ק [אך לפי זה נסתר הק"ו שהביא הש"ך דפשיטא שיש לחלק בינייהו כנ"ל רק דבהכרח צריך לומר משום קיום דרבנן הקילו מכח הראי' מהך דדיינים חותמין אעפ"י שלא קראוהו דיש ראיה בין לעדים בין לדיינים] איברא צ"ע לכל הפירושים דמשמע מדברי רשב"א דבעדי קיום הקרובים אין צריך לטעם דקיום דרבנן ולא משמע כן בכל הפוסקים שהרי למדוהו בק"ו ממה שנאמנין להעיד בגודלן ובזה הטעם כיון דקיום דרבנן וצ"ע בזה אבל מ"מ דברי הש"ך נכונים כלל:

לב ובלבד שיכתבו מי הם עדי הקיום עש"ך שהרב רמ"א ערבב הדברים ולפע"ד אין כאן עירבוב דברים כלל דמשמע מדברי המחבר דזה אינו תלוי כלל בפלוגתא דלעיל סי"ט דא"כ הי' לו להמחבר לערבינהו בהדדי רק דכוונת המחבר דדעה קמייתא הוא דעת הריטב"א בתירוץ ראשון שצריך באמת לקרות שמות המלוה והלוה וכן הרשב"א מודה לזה דבהכי מהני רק דלא ניחא לי' לפרש כן דלשון לא קראוהו משמע לא קראוהו כלל אבל שיכתבו שמות העדים מוכח מתוך דברי הרשב"א דבהכי לא סגי כלל אי קרובים פסולים דאל"כ כיון דבהא לא שייך לדחות מלשון לא קראוהו א"כ אין כאן ראיה דקרובים כשרים וע"כ דסבירא ליה לרשב"א דאי ס"ד דפסולים לא הוי מהני במה שכתבו שמות העדים רק לקרות שמות הלוה ומלוה הילכך לדידן דפסולין א"כ יש שני דעות חדא דלא מהני שיכתבו שמות העדים כסברת הרשב"א רק שיכתבו שמות בעלי דינים [רק מה דמשמע לי' להרשב"א דלא קראוהו כלל מאן דפוסל לא סבירא ליה האן] ודעה שניה הוא תירוץ שני של הריטב"א שאין צריך לקרות שמות בעלי דברים רק שמות העדים וזהו דלא כרשב"א הנ"ל דבהכי לא מהני אם פסולים והרשב"א חולק בתרתי חדא דכשרים ועוד אי פסולין לא מהני שיכתבו שמות העדי' וזהו שכתב רמ"א ובלבד שיכתבו והיינו דאף שאין צריך לקרות שמות בעלי דברים דוקא אבל עכ"פ צריך שיכתבו וזה ברור ועיין תומים ס"ק כ"ד מה שהקשה ממאוחר ולפעד"נ דלק"מ דלהך דעה פשיטא דכל שיכתבו

שמות העדים יתברר אח"כ אם היו קרובים פעם אחרת דאל"כ לעולם יצטרכו לקרות בשטר דשמא מאוחר הוא ונתרחקו אח"כ וע"כ דכל שכותבין שמות העדים אין לחוש כנ"ל וזה ברור:

לג מעידין בפניו וחותם. עסמ"ע ס"ק כ"ד דאע"ג דקבלת עדים דעלמא בשלשה וכאן מקבל האחד מפי שנים הקילו בקיום שטרות דנעשו אלו העדים דיינים בשעת הגדה וכאילו ישבו עמו לקבל עדות מפי אחרים ע"כ ודבריו לקוחין מדברי הרשב"א והר"ן והרמב"ן וראייתם מסוגי' דגיטין דאמרינן שליח נעשה עד ועד נעשה דיין אלמא דנעשה דיין בשעת הגדה [ולא ידעתי מנין לו להסמ"ע בזה הטעם מכח קיום דרבנן דהא בש"ס לא הוצרכו לטעם זה רק דמשום הא עד נעשה דיין אבל כשאמרו עד נעשה דיין אף בשעת הגדה הוא דיין מדינא ולא מכח קולא וכן משמע מהרשב"א והר"ן] וקשה לי על טעם זה דהא בש"ס דייק מינה ש"מ דיינים המכירין אין צריכין להעיד בפניהם וכן דיינים שאין מכירין צריכין להעיד בפני כל אחד ואחד והשתא כיון דבהכרח צריך לומר דלכך סגי בפני אחד דהם עצמן בשעת הגדה נעשו דיינים ומקבלין הגדת עצמן א"כ דין הראשון פשיטא דלא מוכח מידי דשאני הכא דבאמת הם מעידין לפני עצמן ולפני השלישי וה"ה דיינים המכירין כולם לא מהני בלי הגדה שיעידו שנים ואז מיחשב הגדה לפניהם ולפני השלישי וכן מהאי טעמא גופא לא מוכח דין השני כיון דדיינים המכירין צריכין להעיד בפניהם אם כן הכא ע"כ צריכין להעיד דאל"כ אין כאן הגדה כלל ובאמת אפילו דיינים המכירין צריכין הגדה [והא וודאי לא שייך לומר שיעידו לפני עצמן בלבד דהא לא הוי הגדה כלל רק כשמעידין לפני השלישי אז מיחשב הגדה גם לפניהם וכן מוכרח בסוגיא] ולא מוכח מידי ואמת דיש לומר דזהו באמת כוונת רב אשי דקאמר דלא מוכח מידי אך באמת אנן לא קיימא לן כרב אשי ואי כמו שכתב הסמ"ע הא בהכרח צ"ל סברתו של רב אשי דאל"כ תקשי קושיא הנ"ל הא אין כאן קבלה רק בפני אחד ועוד דהא זה שמוכיח הנך תרי דינים ע"כ דלא סבירא לי' סברת רב אשי א"כ היאך דייק הא בהכרח צריך לומר סברא זו מכח קושיא הנ"ל ובאמת המעיין ברמב"ן בספר המלחמות יראה שלא כתב זו רק אליבא דרב אשי דזהו סברת רב אשי דקאמר דקא מקיימי הגדה בחד היינו דאותה הגדה מיחשב הגדה גם לפניהם ולכך לא מוכח דדיינים המכירין אין צריכין להעיד והיינו כדאמרן ולפי זה בהכרח דאנן לא סבירא לן הך סברא כיון דלא קיימא לן כרב אשי לכן נראה דהיינו טעמא דכיון דהם מכירין אין צריכין להעיד בפניהם והוי אותה ידיעה כאלו העידו אחרים לפניהם דלא תהא שמיעה גדולה מראיה [דלא חיישינן לראיה בלילה כמו שכתבו התוס' שם] א"כ אף שאותה הגדה לא מיחשב הגדה לפניהם דבשעה שהם עדים

אין דיינים מ"מ ידיעתם חוץ ההגדה הוי כקבלו עדות והוי כנתקבל עדות לפני כולם וזהו דדייק דדיינים המכירין אין צריכין להעיד כנ"ל דידיעתם כנתקבל עדות בפניהם דאל"כ מאי מהני הגדה לפני השלישי הא לא נתקבל עדות רק בפני אחד כקושית הסמ"ע והא לא אמרינן דאותה הגדה הוי הגדה לפני עצמן ג"כ כמו שכתב הרמב"ן ואנן לא קיימא לן כרב אשי אלא הטעם כמו שכתבתי ושפיר מוכח דדיינים המכירין אין צריכין להעיד בפניהם כנ"ל וזה ברור לפע"ד ומה שהביאו ראיה מסוגיא דריש גיטין דשליח נעשה עד ועד נעשה דיין לאו ראיה היא כלל דהתם נמי טעמא משום הכי דהא השליח צ"ל בפני נכתב ונחתם משום קיום אם כן כיון דעד נעשה דיין ודיינים המכירין אין צריכין להעיד בפניהם א"כ זה השליח שהוא יודע בעצמו שהוא מקויים אין צריך קבלת עדות דידיעתו הוי כנתקבל עדות בפניו דלא תהא שמיעה גדולה מראי' ואותן השנים מקבלין עדות מן השליח א"כ הרי נתקבל לפני ג' אבל לעולם בשעת עדותו אינו נעשה דיין כלל ואותו עדות לא מיחשב הגדה לפני השליח בעצמו רק ידיעתו חוץ ההגדה הוי כנתקבל עדות לפניו ודו"ק:

ולפי זה נראה לפע"ד להביא ראיה לדעת הרא"ש סכ"ה דמכשיר בנתקבל עדות זה שלא בפני זה כיון דע"כ צריך לומר כמו שהוכחתי דהך הגדה לפני השלישי לא מיחשב הגדה לפני עצמן דבשעת שהם עדים אינם דיינים רק דידיעתם הוי כנתקבל עדות בפניהם מטעם לא תהא שמיעה גדולה מראי' א"כ יקשה הא בשעת הגדה לא הוי כנתקבל לפניהם דאז אינם דיינים א"כ עד שלא חתמו למה יעידו בפניו וחותם הא הוי קבלה זה שלא בפני זה דבשעה שהשלישי מקבל עדות מפי השנים אז לא הוי קבלה לפניהם [רק ידיעתם קודם או אח"כ הוי הקבלה) דאז לא הוו דיינים וע"כ זה שלא בפני זה מהני ואמת דגם לדעה קמייתא לקמן סכ"ה יש לומר דזה שמוכיח ש"מ דיינים המכירין וכו' סבירא ליה דוודאי הא לא איכפת לן דאפילו בשעת עדותן יכולין להיות דיינים לענין קבלת עדות רק דמ"מ מוכיח שפיר דהא לא שייך לומר שיהא דיין על אותו דיבור היוצא מפיו בתורת עדות ומזה דייק דע"כ דהידיעה חוץ ההגדה הוי כקבלת עדות לפניהם ועל אותה ידיעה שפיר יכול להיות דיין אפילו בשעת הגדה כיון שלא נעשה דיין על ההגדה ורב אשי סבירא ליה דאף על אותה הגדה גופא יכול להיות דיין ולפי זה שפיר יש לומר דצריך קבלת עדות זה בפני זה דוקא אך מ"מ נראה עיקר מטעם הנ"ל כהרא"ש הנ"ל דמ"מ כיון שהשלישי אינו יודע כלל בידיעת השנים וקבלת השנים לא הוי רק מכח הידיעה בלבם וקבלת השלישי הוי מהעדות שמעידין לפניו אם כן הוי כמו זה שלא בפני זה כיון שהשלישי אינו יודע בידיעתם ולקמן סימן כ"ה יתבאר עוד בס"ד בזה:

ויש לברר אם מכירין כולם וראוהו בלילה אי נימא כמו בשנים המכירין דבעלמא לא מהני שיעידו הכל לפני השלישי דאין נעשה דיין ומ"מ בקיום שטרות הקילו א"כ בראוהו כולם בלילה דבעלמא בראוהו ביום מהני רק בלילה לא אם כן בקיום שטרות הקילו דמהני א"כ בג' מכירין יושבין וחותמין ואינן צריכין להעיד כלל כמו בעלמא ביום ותמהני על הטור ומחבר שלא הזכירו דין זה כלל] והנה הסמ"ע ס"ק י"ג כתב דאפילו ראוהו בלילה מהני קיום מכח קיום דרבנן ומוכיח זה מלשון המחבר והרמב"ם ובאמת כבר כתבתי שם ס"ק ט שאין זה מוכרח דבלא"ה לק"מ על המחבר שם ע"ש אבל אני תמה על הסמ"ע שם שהרי דבר זה במחלוקת ראשונים ותליא בפי' הרז"ה שם ופי' הרמב"ן ופירש"י ותוספות שם כמו שאבאר והוא דהתוספות הקשו שם אהא דקאמר ש"מ דיינים המכירין דמאי ס"ד להיפך הא קיימא לן לא תהא שמיעה גדולה מראיה ותירצו דס"ד שיצטרך להעיד בפניהם דפעמים שראו בלילה משמע בהדיא דדוקא סתמא לא חיישינן לראו בלילה אבל אי ידעינן שראו בלילה לא מהני וכן פי' מהרש"א שם ובתומים סוף ס"ק כ"ז תמה על פירושו דכיון דעד נעשה דיין אין חילוק בין ביום בין בלילה ואני תמה כי מה שהביא ראי' מדברי הרז"ה פשיטא דלאו ראיה היא דוודאי הרז"ה דמפרש דהך דעד נעשה דיין והך דדיינים המכירין חדא הוא א"כ ע"כ דהא דדיין היינו בראוהו בלילה דאי ביום תקשי מאי פריך מקידוש החודש שאני התם דראוהו בלילה כדמוקמינן שם בר"ה להדיא אבל בראוהו ביום וודאי מהני אפי' בלי הגדה לכך צריך לומר ע"כ דמיירי הכא ג"כ בראוהו בלילה אבל לפירש"י וכמו שהודה בעל המאור בסוף וביטל דעתו מפני דעת רש"י א"כ פשיטא דבראוהו בלילה לא דהא בש"ס לא מקשה מהך דקידוש החודש והוצרך לישנוי קיום דרבנן רק על ההכרח הראשון דעד נעשה דיין ואי הא דקאמר ש"מ דיינים המכירין וכו' מיירי ג"כ בלילה א"כ משום הא ע"כ צריך לחלק בין קידוש החודש לקיום דרבנן דפשיטא דבעדות החודש לא מהני ראיה בלילה ועוד לפירש"י היאך דייק ש"מ דיינים המכירין דילמא רב באמת מיירי ביום וליכא לאקשוי' מאי קמ"ל דהא קמ"ל מילתא אחריתי מעידין בפניו וחותם ומנין לו לדקדק בראוהו בלילה ורב אשי נמי דדחי לה למה לא דחי כנ"ל ואמת דהרז"ה כתב דלשון שנים מהן מכירין משמע בין ביום בין בלילה אבל כבר כתב הרמב"ן דהא ליתא ע"ש ומה שהביא בתומים ראי' מהרמב"ן אמת שכ"כ הרמב"ן שם אבל יש לתמוה דהביא חובה לנפשיה דהרמב"ן לא כתב מטעם דכיון דעד נעשה דיין מהני ראוהו בלילה ג"כ רק טעם אחר דראוהו בלילה בקיום הוי ממש כמו ראוהו ביום בעלמא דהכרה הוי עיקר הראיה והוא ביום א"כ הא הרז"ה פשיטא דחולק על זה דאל"כ לפירושו תקשי מאי פריך מקידוש החודש נהי דהכא מיירי נמי

בראוהו בלילה מ"מ לא דמי להתם דהכא אף בלילה הוי כראוהו ביום לפי סברת הרמב"ן וע"כ דהרז"ה חולק בזה א"כ אף שהרז"ה והרמב"ן סבירא להו דבלילה מהני מ"מ חלוקין בטעמם וכל אחד חולק על טעמו של חבירו א"כ הרי הדבר במחלוקת שנויה גם עיקר דברי התומים שכתב דכיון דעד נעשה דיין אין חילוק בין לילה ליום הוא תמוה דהא רב אשי פריך עלה דשאני הכא דמקיימא הגדה בחד והשתא אראוהו ביום לכ"ע לא תהא שמיעה גדולה מראי' וע"כ או שראוהו בלילה או דיש לחוש לפעמים שהוא בלילה כמו שכתבו התוס' א"כ קשה רב אשי גופא מודה דעד נעשה דיין שמעינן מינה א"כ מאי חילוק יש בין לילה ליום וע"כ דהא ליתא דנהי דעד נעשה דיין מ"מ לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' וצריכין להעיד ככל עדים דעלמא ויפה כתב מהרש"א מדכתבו התוספות פעמים שראו בלילה מבואר דבלילה ממש לא וצריכין להעיד בפניהם והיינו כמו שכל שנים מהן יעידו בפני השלישי וכן שלישי ושני לפני א' וא' וג' לפני שני וכן נראה לפע"ד עיקר דג' וראוהו בלילה צריכין לעשות כנ"ל ובפרט דבהא לא שייך להקל כיון שיכולין בקל להעיד כנ"ל ודו"ק היטב בהרז"ה והרמב"ן ותראה שכל הנ"ל נכון כי קצרתי:

לד משחתמו מעידין בפניו וחותם עש"ך ס"ק נ"ח בשם הש"ג וז"ל ואני אומר שאף אחר שכתבו וחתמו מעידין בפניו וחותם וכך הוא שיטת ר"ת ותמה הש"ך שהוא נגד הפוסקים ונגד הש"ס והנה בתומים ס"ק כ"ה כתב דריא"ז הוא מכת דלא גרסינן בכתובות רב רק ר"ה וכל הסוגי' שלא אליבא דהלכתא דלא קיימא לן כר"פ ע"כ ודבריו תמוהין ולא ידעתי אנה מצא שום פוסק דלא גריס רב וכן בתוספות ורא"ש ור"ן והרז"ה ורמב"ן וש"ג לא נמצא מי שלא יגרוס רב וכמדומה לי שנפל לו טעות זה בדברי התוספות שם שכתבו ומיהו יש לומר דאלישנא דאמרי לה משמי' דר"ה פריך וכוונתם מבואר דבש"ס איכא תרי לישנא איכא דאמרי משמי' דרב ואיכא דאמרי משמי' דר"ה ועל זה כתבו התוס' ליישב דהקושיא הוא אליבא דהך לישנא דר"ה שלא נצטרך לומר דר"ה פליג אדרב דפי אבל ארב לא קשיא דאיהו פליג אדרב דפי ולפי זה פשיטא דבחתימה חיישינן לשקרא דאל"כ אכתי תקשי להך לישנא דאמרי לה משמי' דרב רב אדרב אבל לפעד"נ בכוונת ריא"ז דסבירא לי' דוודאי הא דאמרינן בעלמא וליתא לדרב דפי היינו אפי' במעשה ב"ד כמו שהוכיח הריטב"א מפרק הכותב לכן סבירא לי' דהקושיא כאן הוא כמו שכתבו התוספות דדייק מדקאמר משחתמו אין מעידין בפניו ש"מ דחייש למיחזי כשקרא וע"כ דרב ור"ה אף דלא סבירי להו דרב דפי בעלמא אבל במעשה ב"ד מודו לר"פ א"כ עד שלא חתמו נמי ועל זה משני דעד שלא כתבו קאמר אבל לדידן דקיימא לן דליתא לדרב דפי

כלל אפילו במעשה ב"ד כנ"ל אם כן אפילו לאחר שחתמו מעידין בפני השלישי כנ"ל ברור בכוונת הש"ג ועיין בסמוך ס"ק שאח"ז:

לה אלא החתימה. עש"ך ס"ק נ"ט דדוקא כהאי גוונא לא מהני משחתמו כיון דלאו במותב תלתא הוי מקודם אבל כשהיה במותב תלתא וחתמו כולם קודם שנתקבל העדות שהוא מקויים לא איכפת לן דלמיחזי כשקרא לא חיישינן ע"כ ומביא ראיה מש"ג הנ"ל שכתב וכן יכולין הדיינים לכתוב הקיום ולחתום בו אפי' עד שלא יעידו בפניהם. ודבריו תמוהין דמדברי הש"ג הזה מבואר להדיא להיפך דלדבריו יקשה כיון שכתב קודם וז"ל ואני אומר שאפילו לאחר שכתבו וחתמו מעידין בפני הג' וחותם וכו' וכן יכולין הדיינים וכו' וקשה הא בהך דמעיקרא לדעת הפוסקים כרב דמחלקין בין חתימה לכתיבה פשיטא דבהא פסול אם כן נהי דהוא לא פסק כרב כמו שכתבתי בס"ק לפני זה מ"מ היאך כתב אח"כ וכן יכולין דהא לכ"ע מהני אפילו לרב לדעת הש"ך וברור דדעת הש"ג דלדעת הפוסקים כרב בהא כ"ש דפסול כיון שכל הדיינים לא היה מכירין בשעת החתימה רק לדעתו דלא פסק כרב ואם אחד אינו מכיר אף שחתמו מעידין בפניו אם כן ה"ה דג' שאין מכירין וחתמו דכשר אבל לדידן פשיטא דפסול. ובתומים הביא בשם הרא"ה ז"ל כדעת הש"ך וליתא דפשיטא דדעת הרא"ה כדעת המחבר דאף דכתב דלמיחזי כשקרא לא חיישינן מ"מ בשחתמו נתן טעם משום דלאו במותב תלתא הוי שהשלישי זה לא הי' ראוי להצטרף עמהן וכוונתו מבואר דוודאי למיחזי כשקרא לא חיישינן והיינו בעלמא אבל גבי חתימה כיון דמעיקרא לא היה במותב תלתא שלא היה ראוי להצטרף כיון שאינו מכיר איך יוכשר הקיום למפרע שהרי כבר נגמר בשקר ובמה יחזור להכשרו וכן כתב הרמב"ן להדיא וז"ל ונ"ל דהכא גבי אשרתא משחתמו לעולם לא הי' במעמד ג' והן ב"ד דבשעת חתימה אכתי לא ידעו בשעה שקבלו העדות ב' מהם עדים הם לאלר קבלת עדות אינן עושין כלום מפני שחזרו לישב עשו ב"ד ותתקיים הדבר למפרע אי אפשר אבל בעלמא וכו' הרי זה מבואר דעיקר החילוק משום דחתימה הוא גמר הענין ובמה יוכשר הדבר למפרע כיון שהי' אז בפסול משא"כ בעלמא מה שכותבין וחותמין הוי גמר ועיקר הענין אף שהיה מתחילה בשקר נכשר בסוף משא"כ אי הי' החתימה גופא שהיא גמר הקיום בשקר וזהו ג"כ כוונת הר"ן והרא"ה ולפי זה פשיטא אם כולם חתמו בשקר שלא היו מכירין דפסול כיון שהי' גמר הקיום בפסול ובמה יוכשר למפרע כדברי הרמב"ן הנ"ל וכ"כ הרשב"א וז"ל משחתמו אין מעידין בפניו משום דחתימה קמייתא בשקרא הוות דלאו תלתא הוי ידעי לה פי' בשעת חתימה לא נצטרף עמהן שהרי לא הי' הוא מכיר שזו היא חתימתן של עדים ובשעה שהעידו בפניו כבר נגמרה חתימתן ומאי

דהוי הוי דאין צירוף למפרע וכן פי' הראב"ד ז"ל והוא הנכון עכ"ל הרי להדיא דעיקר הטעם משום דכבר נגמרה חתימתן ואין צירוף למפרע ואפי' הי' אז במותב תלתא כיון שלא היה מכיר השלישי אינן מצטרף א"כ כ"ש כשלא היו מכירין כולם דלא מהני מהאי טעמא דאין צירוף למפרע וזה ברור ומלשון הש"ך משמע בהדיא דמיירי בשעה שחתמו השנים לא הי' השלישי עמהן ולא מהני משום דלא הוי במותב תלתא ומדברי הפוסקים הנ"ל מבואר להדיא דאפי' היו במותב תלתא כל שהגי' לא הי' מכיר הוי כלא היה כלל ואין צירוף למפרע א"כ כ"ש בג' ולא ידעו וכן נראה עיקר לדינא וכן לשון הר"ן מורה להדיא שהג' היה באותו מעמד רק מחמת שלא היה מכיר לא מצטרף וכן צריך לומר בהכרח דהא לישנא דרב הוא כך שלשה שישבו לקיים משחתמו אין מעידין בפניו הרי להדיא שהיה במותב תלתא רק מחמת שלא היה מכיר כנ"ל:

לו פסול. עיין תומים ס"ק כ"ו דמיירי דאין חתימת הדיינים ניכר ונאמנים העדים במיגו דשתקי אבל אם חתימתם ניכר כיון דהדיינים בעצמן אם היו אומרים כן לא היו נאמנים דעולה הוא כמו שכתב הרב בהגה' בשם הרמב"ן א"כ היאך עדים נאמנים מאי חזית דסמכת אהני וכתב דבכהאי גוונא הוי תרי ותרי עכ"ד ודבריו תמוהין דבהדיא כתבו כל הראשונים פ"ב דכתובות גבי שנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו קטנים היו פסולי עדות היו דלאו למימרא פסולי עדות בגופן כגון גזלנין או משחקין בקוביא דבהא לא הוי מקשה תרי ותרי נינהו דפשיטא דתרי יכולין לפסול לאלף רק פסולי עדות קרובים וכתבו עוד כשאומרים אנוסים מחמת ממון היו דנאמנין לגמרי לפסול בהך גופא עדים הראשונים כמו בגזלנותא וא"כ הכא נמי מה בכך דהוי עולה והדיינים אינן נאמנים מ"מ העדים נאמנים לפסול לדיינים בהך גופא כמו שהיה אומרים אנוסים מחמת ממון וזה ברור ועיין בספר א"ז לכתובות שכתב להדיא כן בשם הרשב"א והרא"ה והרמב"ן והריטב"א בשם רבינו הגדול ז"ל ואף שרש"י פירש שם פסולי עדות משחקין בקוביא השיגו עליו הפוסקי' הנ"ל רק הריטב"א רוצה ליישב דבריו דשאני התם דכבר מתו העדים ואין כאן פסול לגוף העדים רק על השטר והוי תרי ותרי ומ"מ סיים שאין זה נכון אלא עיקר הפירוש קרובים בנשותיהן ולקמן סל"ז יתבאר עוד בס"ד בענין זה ועש"ך לקמן ס"ק ק"ב דמסיק אפי' מתו יכולין לפוסלן וגם השטר נפסל וה"ה כאן אף שאין השטר נפסל הקיום פסול: (לז) ויש מי שמכשיר עש"ך ס"ק ס"ג שהכריע כדעה קמייתא וראייתו דהא בכל דוכתא אמרינן במותב תלתא וכן שלשה שישבו ודבריו תמוהין ומה אעשה שלא ראה מה שכתב הב"י הביאו הסמ"ע ס"ק ס' דלכ"ע צריך במותב תלתא בשעת חתימה וקיום רק קבלת עדות סגי בפני כל אחד אבל אח"כ צריך שיודיעו זה לזה

שיקיימו ביחד ויחתמו והשתא פשיטא שאין כאן שום ראיה מכל מה שהביא וביותר אני תמה שהביא ראי' מדברי הריב"ש סי' שי"מ בשם הרמ"ה ונעלם ממנו דברי הרמ"ה בעצמו שכתב להדיא וז"ל מדקאמר צריכין להעיד בפני כל אחד ואחד ולא קאמר בפני כולן ש"מ דאפילו בפני כל אחד ואחד בפני עצמו שפיר דמי אלא מיהו ה"מ בקיום שטרות דרבנן אבל בשאר עדות לא הוי קבלה עד דמסהיד סהדי באנפי תלתא דייני כשרים בבת אחת עכ"ל הרי להדיא דהרמ"ה גופא סבירא ליה כדעה אחרונה כהרא"ש וראייתו ברורה מדקאמר בפני כל אחד ואחד ועוד דהא לא מוכח באמת מדרב דצריך להעיד בפני כולם בבת אחת והיאך קאמר ש"מ אלא וודאי דהא באמת מהני ומה שכתב הריב"ש סימן שי"ח בשם הרמ"ה היינו כמו שכתב הב"י דלכ"ע צריך במותב תלתא בשעת קיום וחתימה רק קבלת עדות סגי בפני כל אחד ואחד והשתא ממילא אין כאן ראי' מדברי הר"ן והרא"ה ומלקמן סכ"ו שהביא הש"ך וזה ברור ומה שדחה הש"ך ראיית הרא"ש דאותן הב' המעידין לפני ג' הוי כמעידין לפני כולם כבר הוכחתי לעיל ס"ק ל"ג בראי' ברורה שאין הדבר כן ודוקא רב אשי הוא דסבירא ליה הכי אבל לדידן הטעם משום דידיעתם הוי כהגדה לפניהם ולא העדות שמעידין לפני השלישי וראיית הרא"ש מוכרח ובפרט ראיית הרמ"ה הנ"ל ובתומים הקשה על הרא"ש מסוגי' דגיטין והאריך בדחוקים ולפעד"נ דלק"מ דאותו הטעם שיש כאן יש גבי גט דלאו משום שעדות השליח הוי כהועד לפניו ג"כ רק ידיעתו חוץ הגדה הוי כהועד לפניו דלא תהא שמיעה גדולה מראי' ומהתם נמי מוכח כדעת הרא"ש דזה שלא בפני זה מהני דאל"כ היאך מהני עדות השליח דהא אותו עדות לא הוי כקבלה לפניו רק ידיעתו והוי זה שלא בפני זה וע"כ משום דקיום שטרות דרבנן מהני בהכי אבל הרמב"ן יפה הקשה על הרז"ה מסוגיא הנ"ל דהוא דעתו עד המעיד אינו נעשה דיין כלל והוצרך הרז"ה לחלק ושפיר הקשה עליו הרמב"ן אבל על הרא"ש לק"מ וזה ברור. גם מה שהקשה על תשובת הרמב"ן דמ"מ הרי העדים מצטרפין להיות דיינים והרי יש כאן שלשה ומטעם, זה כתב דהרמב"ן מיירי שהעידו העדים זה אחר זה ולפעד"נ דלק"מ דה"מ דאמרי' ענ"ד היינו כשקיבלהו מתחלה להיו' דיין וישב עם הדיינים בקיום אבל כאן שלא עלה על דעתם להיות דיינים ולא ישבו בקיום רק השלשה שהעידו לפניהם לכך לא מהני כיון שהי' הקבלה שלא כדין ועוד נראה דמיירי שהדיינים קרובים לעדים וזה מותר אבל הדיינים קרובים זה לזה לא מהני לכך לא היו יכולין להיות דיינים דאין דיינים קרובים זה לזה ומה שהאריך בדברי המהרש"א כבר נתבאר לעיל ס"ק ל"ג דעיקר כמהרש"א [ותמוה לי על התומים דנראה

דנעלם ממנו דברי הסמ"ע לעיל ס"ק י"ג שלא הביאו כלל דכתב להדיא דלא כמהרש"א אבל כבר דחיתי דבריו לעיל ס"ק ל"ג והוכחת הסמ"ע סתרתי לעיל ס"ק מ' ע"ש]:

לח ובאו שנים אחרים דין זה צריך בירור היטב ונחלקו בזה גדולי הראשונים ז"ל והרב הש"ך הכריע כפירש"י. והנה דברי רש"י גופא צריכין בירור ודיקדוק היטב כמו שאבאר גרסינן פ"ב דכתובות שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא עירעור על אחד מהן עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותם משחתמו אין מעידין בפניו וחותם פירש"י דגנאי הוא להם שישבו עם פסול בדין והוי נוגעין בעדותן ולכאורה קשה הא בע"כ דכל הנגיעה הוא דוקא בחתימה דאז הוא גנאי להם אבל בישיבה שנתוועדו וכתבו במותב תלתא בזה לא הוי גנאי דאל"כ הוי לי' למימר עד שלא כתבו כדדייקינן על הך מימרא הקודמת שם גבי אחד אינו מכיר וע"כ דעיקר הגנאי בחתימה והשתא תקשי הא פשיטא דהיינו דוקא אם העירעור נולד לאחר חתימה אז שייך לומר שהם נוגעין שגנאי להם שישבו עם פסול בדין לכך רוצין להכשירו אבל אם נולד העירעור קודם חתימה וחתמו בוודאי לא שייך האי טעמא שהרי אם היו רוצין לא היו חותמין כלל והיו מצטרפין אחר עמם כיון שידעו שהוא פסול וע"כ שבאמת גם קודם חתימה ידעו להעיד עליו שהוא כשר ואין כאן נגיעה כלל והשתא קשה היאך קאמר משחתמו אין מעידין עליו הא בנולד העירעור קודם חתימה יכולין להעיד ואי נימא דלרש"י כך הפי' עד שלא חתמו היינו שנולד העירעור עד שלא חתמו ומשחתמו היינו שנולד העירעור משחתמו ולא בעדות תליא מילתא א"כ היאך קאמר מעידין בפניו וחותם הא אפילו בחתימה קודם מהני כיון דרישא מיירי בנולד העירעור קודם דליכא נגיעה וצריך לומר לדעת רש"י דוודאי מודה רש"י לפי' ר"ת דכל שנולד העירעור אי אפשר לו לזה לחתום בקיום כל שלא העיד עליו שהוא כשר רק הא לא סבירא ליה שיגרע כח חתימת הב' כיון שאח"כ העידו עליו שהוא כשר למפרע וחותם עמהן ולפי זה כך הפי' לרש"י עד שלא חתמו היינו שנולד העירעור קודם חתימה מעידין עליו וחותם והיינו דנקט וחותם ולא קאמר וחותמין דהם יכולין לחתום באמת מקודם כיון שנולד העירעור קודם אין כאן נגיעה כלל רק מעידין על השלישי וחותם גם הוא ומשחתמו היינו שנולד העירעור משחתמו אין מעידין על הג' דאז הוי נוגעין אבל אם נולד העירעור קודם חתימה אף:

משחתמו יכולין להעיד על הג' וחותם כמו שביארנו ותמוה לי על הרב הש"ך שלא העיר בזה לדעת רש"י ונראה דמהאי טעמא גבי מימרא הקודמת באחד אינו מכיר לא פירש רש"י הטעם משום נגיעה והתוס' שם הקשו על פירושו ופירשו שם הטעם מכח נגיעה ונסתייעו מפירש"י דהכא ולפי הנ"ל ניחא דדוקא הכא שנולד העירעור לאחר חתימה

שייך נגיעה דגנאי להם שחתמו בצירוף פסול אבל התם שהאחד אינו מכיר א"כ אף קודם חתימה ידעו שזה אינו מכיר א"כ לא היו צריכין לחתום כלל כיון שגנאי להם וכל כי האי פשיטא דלא שייך נגיעה לכך פירש"י התם טעם אחר לאו מתורת נגיעה וזה ברור לפע"ד:

והנה התוספות שם הקשו על פירש"י הנ"ל והנה מה שהקשו מהא דשתי כתות עדים המכחישין זו את זו כבר כתבו הרא"ש והר"ן דלא דמי להתם ומה שהקשו עוד וכתבו וז"ל ועוד דלר"ת דאמר בהדי' סהדי שיקרא למה לי מודה הכא דהאי גברא ממילא מתכשר שהרי אם כת אחת מאלו מעידה על אדם אחד שהוא פסול לר"ת לא היתה נאמנת וכ"ש היכי דאיכא סהדי דמכחשי דלא מהימני ע"כ ולפע"ד האי ק"ו פריכ' הוא דפשיטא דאליבא דר"ת ג"כ לא אמרינן דפסול לגמרי דהיאך יעלה על הדעת כן הא חד מינייהו בוודאי קושטא קא מסהיד רק דר"ה סבר דלעלמא הם כשרים גמורים ואם מעידין שזה לוה מזה מנה חייב לשלם על פיהם דלעלמא הם כשרים כמו כל עדות דעלמא ור"ח פליג דכיון דחד מינייהו בשקרא קא מסהיד כמו שאין סומכין עליהם בעדות זו ואין מוציאין ממון מחזקתו כן בעדות דעלמא הוי ספק זה דדילמא הנך קא מסהדי בשקרא ועדים פסולים הם ואם מעידין שזה לוה מזה אין מוציאין ממון על פיהם אבל אם מעידין על אחד שפרע ת"ז פשיטא דג"כ אין מוציאין ממנו מהאי ק"ו גופא שכתבו התוספות דהא בהך דאיכא סהדי דמכחשי אין מוציאין כ"ש התם דליכא סהדי דמכחשי שיכול הלוה לומר אנא אעדים קא סמיכנא והם אמת והכת השני שקר א"כ ממילא הכא נמי אין מוציאין ממון מחזקתו כיון שעל פי אותן העדים אין כאן קיום ונראה פשוט דה"ה בעלמא כשיש ע"א המעיד ונעשה הלוה על פיו משיל"מ ובאו כת אחת מאלו ופסלו העד דמודה ר"ת דאין מוציאין מהלוה כנ"ל וה"ה הכא וזה פשוט לפע"ד ולק"מ.. אך מה שהקשו התוספות בעירעור דפגם משפחה דהיאך אפשר לגלות הא תרי כמאה ועל זה תירץ הש"ך דלק"מ דבדבר העשוי לגלות לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה והביא ראיה מדברי התוספות גופא פרק האשה רבה גבי אתי גברא וקאי ע"ש. אבל באמת המעיין בתוספות שם יראה דהיפך מבואר וז"ל התוס' שם וא"ת כיון דאיכא תרי דאמרו מת אפילו איכא מאה דאמרי שזה הוא מה בכך הא תרי כמאה דמי ויש לומר דלגבי דבר הנראה וידוע לכל לא היה אומר רב בשני עדים לא תצא עכ"ל. והנה יש להבין למה לא כתבו בפשיטות דבדבר הנראה וידוע לכל לא אמרינן תרי כמאה ומה זה שהאריכו וכתבו לא היה אומר רב אם נשאת לא תצא ודבר ברור שכך כוונת התוספות דוודאי תרי כמאה רק דבעלמא בתרי ותרי לא תצא ואוקמ' בחזקת היתר [ולס"ד למסקנא בנשאת לאחד

מעיזה ואומרת ברי לי כדמוקמינן התם] היינו דוקא בתרי ותרי אבל בדבר הנראה וידוע לכל ואנן גופא ידעינן בט"ע גמור דהוא בעלה אם כן כמו שהעדים המעידין שהוא חי אסורין לישא אותה א"כ על הב"ד מוטל להוציאה מתחת בעלה כיון שאנו יודעין שבעלה חי ויש בידם להוציאה מתחת ידו גם כיון דעיקר הטעם דאומרת ברי לי כדמסיק התם ובכי הא פשיטא דלא תאמר ברי לי שהוא מת כיון דאנו רואין שהוא חי ופשיטא דכל כי האי לא היה אומר רב אם נשאת לא תצא וזה ברור בכוונת התוספות אבל פשיטא דמוכח מדברי התוספות דאפילו בכהאי גוונא תרי כמאה. אך מ"מ אין בזה תלונה על פירש"י דיש לומר דרש"י סובר דבכהאי גוונא אפי' תרי ותרי לא הוי ולא משגיחינן בהו כלל כיון דידוע לכל העולם בהיפך. והנה מחמת קושיא הנ"ל פירשו התוספות בשם ר"ח דמיירי בעדים אחרים וה"פ אם עד שלא חתמו קראו ערעור מעידין עליו וחותמין דלא בטיל וועד המושב אבל משחתמו כיון דחתמו בשעה שהיה פסול בטיל וועד המושב ושוב לא מהני הקיום וצריך לחזו' ולהושיב ב"ד ועל זה פריך ערעור דמאי אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו ולא מיפסל ולא בטיל וועד המושב כלל ואי ערעור דפגם משפחה והם מזימין אותם גילוי מילתא בעלמא הוא ולא בטיל וועד המושב כיון שלא היה פסול מעולם ומשני שאמרו שעשו תשובה וכיון שהיה פסול בטיל ועד החושב ע"כ ולשון וחותם לא אתי שפיר לפי זה דהוי לי' למימר וחותמין אבל לפירש"י אתי שפיר כנ"ל:

והנה על פירוש זה יש לתמוה הרבה כמו שאבאר. והנה בתומים הקשה להרא"ש דגם בכתיבה חיישינן למיחזי כשיקרא א"כ הכא עד שלא כתבו הוי לי' למימר וע"ש מה שהאריך בזה ולפע"ד דהא לאו קושיא הוא דדוקא התם דאחד אינו מכיר והם כתבו במותב תלתא ואישתמודענא שפיר מיחזי כשקרא שהרי בשעת כתיבה לא ידעו כולם רק ב' מהם ובשקר נכתב משא"כ כאן בשעת כתיבה עדיין לא היה ערעור כלל [רק או קודם שחתמו או לאחר חתימה) והיה כשר גמור ושפיר כתבו במותב תלתא רק לפני החתימה נתברר שהיה גזלן וכיון שהם מעידין שעשה תשובה מאי מיחזי כשיקרא שייך כאן וזה ברור ולק"מ ועוד נראה דאפילו נולד הערעור קודם כתיבה ג"כ לא שייך מיחזי כשיקרא דזה לא שייך רק שנכתב שטר בשקר דהיינו ואישתמודענא ובאמת לא ידע אבל כאן לא נכתב שקר רק מצד אחר נולד פסול באחד מהן). עוד הקשה בתומים דמה קאמר בעירער דפגם משפחה והיינו על ידי הזמה הא בגזלנותא גופא יש לומר כן על ידי הזמה ואז לא הוי תרי ותרי וכן הקשה בספ"י ולפע"ד לק"מ דבלא"ה יש להבין לפיר"ת הא דמעיקרא קאמר תרי ותרי נינהו ואח"כ קאמר גילוי מילתא בעלמא הוא הא חדא קושיא הוא ולמה משנה לשונו אבל באמת לק"מ ואדרבא מהאי טעמא לא קאמר ערעור

דגזלנותא כיון דכבר הקשה תרי ותרי נינהו אלמא אף דלא הוכחשו לגמרי רק שנתכשר מכח החזקה דהיינו חזקת כשרות לבד מ"מ לא בטיל וועד המושב כיון שלא היה בו פסול מעולם ק"ו בהוזמו דנפסלו הראשונים לגמרי דאיכא תרתי למעליותא חדא חזקת כשרות ועוד שנפסלו לגמרי וא"כ היאך יאמר עוד בגזלנותא ע"י הזמה אבל בעירעור דפגם משפחה דלית ליה חזקת כשרות כמו שכתבו התוס' שפיר ס"ד דדוקא בגזלנותא ע"י תרי ותרי שהוא כשר מכח חזקת כשרות א"כ אותה חזקה הי' לו מעולם ושפיר לא בטיל וועד המושב אבל בפגם משפחה דמקודם לא היה לו חזקת כשרות כלל רק עכשיו נתכשר מכח הזמה א"כ מעיקרא בטיל וועד המושב ועל זה פריך דמ"מ גילוי מילתא בעלמא הוא אבל בגזלנותא אין כאן גילוי מילתא כלל רק חזקת כשרות וזה היה לו מעולם ואתי שפיר ואף לפי הרי"ף דפי' תרי ותרי ופסול מ"מ פריך שפיר טפי מפגם משפחה דבהא ס"ד דלית ליה חזקת כשרות משא"כ בגזלנותא דאית ליה חזקת כשרות אך אי קשיא הא קשיא לשיטת ר"ח דשם בתוס' בד"ה והאמר ר' פפי כתבו התוס' בפשיטות דהטעם משום נוגעין בעדותן כפירש"י כאן א"כ בע"כ דהכא ליכא ליפרושי דהקושיא תרי ותרי נינהו ולא מיפסל ולא בטיל וועד החושב דמ"מ יש לומר דהכי קאמר אין מעידין עליו הן עצמן לפי שהן נוגעין [ופשיטא דליכא למימר דמשמע להו דהך אין מעידין על אחרים קאי ואדרבא כבר תמה הש"ך דהלשון מורה על דיינים בעצמן] כיון דגם התוס' מודים בהך סברא דנגיעה כנ"ל. והנה לפי מה שכתבתי מקודם דבנולד העירעור קודם חתימה לא שייך נגיעה א"כ אפשר דהקושיא הוא כיון דקתני סתמא משחתמו אין מעידין משמע דכל לאחר חתימה אין מעידין ובנולד העירעור קודם מעידין דלא שייך נגיעה ולא בטיל וועד המושב אך באמת כבר כתבתי לעיל דלפירש"י באמת כך הפי' משחתמו אעירעור קאי שנולד העירעור משחתמו והנה הש"ך הכריע כפירש"י והנכון אתו כי פירושו מסתבר אך קיצר במובן כי נראה לפע"ד ברור דלפירש"י אפילו אמר חתימה יכולין להעיד עליו כל שנולד העירעור קודם חתימה כנ"ל ודו"ק:

לט שזהו גילוי דבר הוא. עיין תומים שנסתפק אם העידו ידענו שנשתחרר אי הוי כמו בגזלנותא עשו תשובה או לא ע"ש. והנה מה שהביא ראיה מהרי"ף והש"ס כבר נתבאר בס"ק לפני זה דלאו ראיה הוא כלל אבל אני תמה דבהדיא מבואר בתוספות ישנים דבידענו שנשתחרר הוי כמו עשו תשובה וכן מורה מהטור ומחבר דאל"כ הוי להו למימר רבותא טפי וכן מורה בהדיא בתוס' שכתבו אי עירעור דפגם משפחה היינו הזמה ולא אמרו רבותא טפי ידענו שנשתחרר אלא וודאי דבהא מהני כמו בעשו תשובה וה"ה דהוי מצי לישנוי הכי רק דניחא ליה לישנוי במה שהתחיל להקשות דהיינו בגזלנותא ועוד

נראה דלכך לא משני בהכי משום דתקשי הא יש בידו שטר שיחרור ומה צורך לעדים ונצטרך לדחוק כגון שאבד שטר שיחרור לכך משני טפי בגזלנותא ועשו תשובה אבל ברור בידעינו שנשתחרר ג"כ דין זה כן כמבואר בת"י הנ"ל וזה ברור:

מ וי"א שאם לא כתבו וחד ליתוהי כשר משמע דלכתחלה צריך לכתוב וחד ליתוהי לכ"ע ודלא כמו שכתב בסא"ז לכתובות בשם קצת פוסקים דאף לכתחלה אין צריך וחד ליתוהי גם משמע מדברי המחבר דאפילו אי כתב בי דינא ויש בו משמעות שהיו שלשה מ"מ לכתחלה צריך וחד ליתוהי דאל"כ הוי לי' להביא הך יש מי שאומר קודם אירשא ודבריו לקוחין מדברי התוספות והרא"ש שם ודבריהם צריכין ביאור וז"ל התוספות שם במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי פי' וצריך לכתוב וחד ליתוהי כיון דכתב בהדיא במותב תלתא הוינא ואין חותמין בו כי אם שנים אבל וודאי אי לא כתב וחד ליתוהי כשר תדע מדקאמר ואי כתב בי דינא תו לא צריך ומיירי דלא כתב וחד ליתוהי מדפריך ודילמא ב"ד הוי עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה כיון דמודים דלכתחלה צריך וחד ליתוהי וגבי בי דינא אפי' לכתחלה אינו צריך אם כן ע"כ דעדיף בי דינא מבי תלתא והיאך הביאו ראיה מבי דינא אבי תלתא ואמת כי הרב מהרש"א בחידושיו כתב על דברי התוספות וז"ל ובוודאי לא עדיף בי דינא דמשמע ג' מדכתב בהדיא במותב ג' עכ"ל ולכאורה הוא תמוה דהא ע"כ דעדיף לענין לכתחלה וצריך לומר דכוונתו כך דהתוספות מפרשים דוודאי לענין וחד ליתוהי לא עדיף בי דינא מבי תלתא רק הא דקאמר תו לא צריך היינו דלא צריך לכתוב במותב תלתא והשתא שפיר דייקי התוספ' דדיעבד אין צריך וחד ליתוהי דאל"כ לא הוי פריך ודילמא ב"ד חצוף וכיון דבבי דינא כשר דיעבד בלי וחד ליתוהי כ"ש במותב תלתא אך יש לתמוה דמ"מ מאי פריך ודילמא ב"ד חצוף כיון דלא עדיף בי דינא מבי תלתא ובבי תלתא לכתחלה צריך וחד ליתוהי א"כ בבי דינא נמי ומאי קושיא רנב"י תו לא צריך קאמר דהיינו לכתחלה ולכתחלה כתוב וחד ליתוהי ותו ליכא למיחש לב"ד חציף וצריך לומר דהמקשה דייק דרנב"י מיירי דלא כתב וחד ליתוהי דאל"כ מאי קמ"ל פשיטא וע"כ דלא כתב בו וחד ליתוהי ושפיר פריך והשתא שפיר דייקי התוס' דבלי וחד ליתוהי כשר דיעבד:

אך כל זה לא נהירא כלל מכמה טעמים חדא כיון דעיקר הקושיא דאל"כ מאי קמ"ל למה להו לתוס' להכריח מדפריך ודילמא ב"ד חציף ובאמת אין זה הוכחה והוי להו להוכיח בפשיטות דאי בכתב וחד ליתוהי מקמ"ל כיון דע"כ צריכין להוכחה זו כנ"ל ועוד דאי כוונת התוס' דאפילו בבי דינא צריך לכתחלה וחד ליתוהי כמו בבי תלתא א"כ ע"כ דרנב"י אדיעבד קאי דלא כתב וחד ליתוהי א"כ לא שייך לומר תו לא צריך דמשמע

דמיירי לכתחלה ועוד דתינח בפי' התוס' אבל מה יענה ברא"ש שכתב דלכך בבי תלתא צריך וחד ליתוהי לכתחלה דאיכא למיחש שמא לא לשם ב"ד כתבו אלא שהיה בדעתם לרבות ולא נזדמן להם ואמ"כ כתב דבדיעבד כשר והביא ראיית התוספות והשתא לטעמו פשיטא דבבי דינא ליכא למיחש שלא לשם ב"ד נכתב א"כ אפילו לכתחילה אינו צריך וא"כ תקשי מאי ראיה מבי דינא דלא שייך החשש מה שיש לחוש בבי תלתא ומדברי המחבר דלא מחלק כלל בין בי תלתא לבי דינא משמע דמפרש כנ"ל ובאמת אי אפשר לומר כן כמו שהוכחתי. ומה שנראה בכוונת התוספות הוא כך דוודאי פשיטא דבבי דינא אפילו לכתחלה אין צריך וחד ליתוהי כמו שהוכחתי דאל"כ לא הוי מקשה ארנב"י מידי כנ"ל ושיעור דברי התוס' הוא כך דוודאי הא דקאמר וחד ליתוהי לאו דמדינא בעינן ואפילו דיעבד רק כמו שכתב הריטב"א דלישנא רויחא הוא ועל זה נתנו טעם דלכך הוי לשון ריווח דכיון דקתני בהדיא במותב תלתא וחותמין שנים הילכך וחד ליתוהי הוי לישנא רויחא אבל בי דינא דלא כתב בהדיא תלתא אף דהיו תלתא מכח הדין שאין ב"ד פחות משלשה מ"מ בזה וחד ליתוהי לא מעלה ולא מוריד כלל דלא הוי לישנא רויחא כלל כיון דלא כתב בהדיא תלתא והיינו שדקדקו התוס' דכיון דכתב בהדיא במותב תלתא ואין חותמין בו רק שנים ופשיטא דעל זה לא הוצרכו להביא ראיה דכשר דיעבד דהיאך יעלה על הדעת דמשום לישנא רויחא יפסל דיעבד רק דכוונתם להביא ראי' דהטעם משום הכין הוא והשתא לענין זה עדיף בי דינא דלא בעינן לישנא רויחא דאי ס"ד דוחד ליתוהי מדינא בעינן דבלא"ה אכתי יש לחוש לשנים ומדינא פסול א"כ פשיטא דלא עדיף בי דינא דמשמע תלתא מכל תלתא בהדיא ובבי דינא לא בעינן וחד ליתוהי אפילו לכתחילה ובבי תלתא יפסל דיעבד מ"ש ומזו דייקי דהטעם משום לישנא רויחא וא"כ פשיטא דבדיעבד כשר ובבי דינא דבלא"ה הוי לישנא רויחא אפילו לכתחל' אינו צריך ואתי שפיר ודו"ק. ויש לכוון דבר זה במהרש"א. ולפי זה יש לפרש גם דברי הרא"ש כן דמתחלה נתן טעם משום דיש לחוש שמא לא לשם ב"ד ישבו ולא נזדמן להם רק שנים ולכך צריך לכתחלה והא פשיטא לי' להרא"ש מצד עצמו דבשביל סברא זו אין לפסול דיעבד רק שהביא ראי' דע"כ דהטעם כן וממילא כשר דיעבד ובבי תלתא דלא שייך האי טעמא אפילו לכתחלה אינו צריך דאי אין הטעם כך אלא דמדינא פסול אם כן פשיטא דלא עדיף בי תלתא מבי דינא ולמה בבי דינא אפילו לכתחלה אינו צריך ובי תלתא אפילו דיעבד ומזו דייק דהטעם כנ"ל והשתא שפיר יש לחלק בין בי תלתא לבי דינא רק דמזה הטעם פשיטא דדיעבד אין לפסלו וזה ברור לפע"ד נמצא בבי תלתא צריך לכתחלה ודיעבד כשר ובי דינא [ויש בו משמעות] שהיה שלשה דאל"כ פסול מצד

דילמא ב"ד חציף הוא אפילו לכתחלה אינו צריך והך יש אומרים קאי אמוקדם דוקא ולא אבי דינא דסמיך לי' וצ"ע:

מא ולכן אם הנייר קצר לאפוקי ממה שכתב המרדכי בשם גאון דמלפף בי ניירא וכתב בי' סימן משום דאי אפשר לעשות סימן שלא יזייף וכ"כ בד"מ והש"ך ס"ק פ"ד כתב דחלילה לדחות דברי הגאון וכ"ש דבעל העיטור ורבינו ירוחם והגהת מרדכי הביאו דברי הגאון לפסק הלכה והיינו שכתבו הדיינים מחתימת ידיהם איזה דבר בגוף השטר ויכתבו בקיום שאותן עדים שחתומים על השטר שנכתב איזה דבר כזה בגוף השטר הם מקויימים ואם יזייף נדמה כתיבה לכתיבה ולא תדמה אבל כל שאר הסימנים הן יכולין להזדייף כיון שהשטר תחת ידו ובזה וודאי דברי הגאון ברורים עכ"ד. ואני תמה הא דין זה תלוי במחלוקת ר"ת פ"ב דכתובות גבי הא דקאמר רשב"א והוא ביוצא מתחת ידי אחר ופירש"י משום דביוצא מתחת ידו אפי' הוא שטר מקויים חיישינן שמא זייף מתוכו וכ"כ ר"ח שם והרא"ש. דכל שיש תחת ידו חתימה אין מקיימין רק בט"ע ולא בדימוי והשתא לפי זה מה מהני הכא שיכתבו בחתימת ידיהם בגוף השטר מ"מ כיון שאותו השטר תחת ידו עם הקיום הרי יכול לזייף שטר אחר ולחתום שטר זה ומלפף בי שטר המזוייף ואם נדמה כתיבה לכתיבה באמת תדמה וביותר אני תמה על בעל העיטור דכאן פסק כדברי הגאון ואולם בדף ל"ד חלק על ר"ת ופסק דאפילו בט"ע אין מקיימין כל שידוע שיש תחת ידו אותה חתימה א"כ היאך מהני כאן שיכתבו סימן וצריך לדחוק דסובר המרדכי דסימן גרע טפי שלא יוכל לזייף אבל לפי מה שהודה הש"ך דסימן לא מהני א"כ פשיטא דחתימת ידיהם לא מהני דלא עדיף משטר מקויים וכן דעת התוספות ור"ת ורש"י והטור ורבינו ירוחם והרא"ש והר"ן דכל שיש תחת ידו אין מקיימין בדימוי א"כ כ"ש כאן ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק י"ב דגם דעת הרמב"ם כר"ת דמשטר שת"י אין מקיימין א"כ הכי נקטינן גם כאן כדעת רמ"א דיכתוב הקיום מאחוריו או מן הצד כנ"ל ברור:

מב שריטות דיו. עש"ך דכתב דהעיקר כרשב"ם ועל קושית ר"ת כתב ליישב דאין דרך למחוק כל השטר דירא שלא יפסיד שטרו ובאמת בזה דבריו נכונים כמו שאבאר בסמוך אבל עדיין לא הועיל כלום ברשב"ם דהוא כתב להדיא שם בקושית הש"ס וליחוש דילמא גייז לעילא ומחיק לטיוטא דה"ה דהוי מצי להקשות בכל שטר הבא הוא ועדיו על המחק דימחוק ויכתוב מאי דבעי והקיום יקיימנו והשתא לדברי הש"ך אין כאן קושיא כלל בכל שטר דירא להפסיד שטרו רק כאן דוקא פריך דגייז לשטרו וע"כ דהרשב"ם לא סבירא ליה סברא זו וקושית תוס' במקומה ועוד קשה דלפי' רשב"ם ע"כ דעיקר

הטעם משום דאין רגילין לכתוב חובתו אחר חתימת העדים כמו שכתב הסמ"ע ס"ק ע"ט א"כ מאי' פריך בש"ס מ"ש עדים מ"ש דיינים ודחיק לישנוי' סהדי אטיוטא תחימי אבל דיינים אין דרכן לחתום הא בפשיטות הוי מצי למימר דגבי סהדי חיישינן שמא היה דבר של חובה ומחקו משא"כ דיינים אין לחוש דהוא אחר חתימת העדים והש"ך הוכיח מדברי התוספות דלא הוכיחו מכח זה דמיידי בשריטות ע"כ דסבירא להו ג"כ דיש לומר שאין רגילין לכתוב חובתו אחר חתימת העדים והא לימא דמ"מ יש להוכיח דמיירי בשריטות כהנ"ל ודוחק לומר דהקושיא הוא מ"מ גבי עדים נמי נהי דטישטוש לא מהני מ"מ נשרטי' בשריטות כמו שכתב הש"ך בעצמו ס"ק פ"ח דהא לאו קושיא הוא] איברא לענין עיקר הדין לפי פירוש הש"ך ס"ק פ"ח דהא דקאמר סהדי אטיוטא חתימי היינו שמא הי' כתוב דבר חובה א"כ שפיר יש לקיים פי' רשב"ם אבל הרשב"ם גופא צ"ע כנ"ל (מג) שטר הבא הוא ועדיו על המחק וכו' שריטות דיו זהו מה דפריך בש"ס ונחוש דילמא גייז לעילא ומחק לטיוטא וכתיב מאי דבעי ומשני כל כי האי אין מקיימין רק מעידי השטר ולא מהקיום והיש מכשירין סבירא להו דקיימא לן כר' יוחנן דשריטות לא מהני א"כ לא חיישינן לשריטות. והנה כבר תמהו כל הפוסקים בזה דמאי פריך בש"ס לרב הא אפילו לרב כהנא דמתני לה משמיה דשמואל קשה בשטר הבא על המחק דימחוק השטר עם העדים ויכתוב מה שירצה. והנה הרשב"ם כתב להדיא דה"ה דהוי מצי להקשות בכל שטר ודבריו תמוהין מאוד דא"כ לרב כהנא נמי תקשי והיאך קאמר הניחא לרב כהנא וצריך לומר דסבירא ליה לרשב"ם ג"כ כתירוץ התוספות דלא חיישינן שימחוק אותיות ומ"מ לרב ליכא למימר הכי מהא דקאמר לקמן וא"ת מוחק וחוזר ומוחק ומ"ש התוס' דהוא למסקנא לא שמיע לי' כמו שכתב הש"ך אבל לרב כהנא שפיר יש לומר חילוק זה ובהך מיושב ג"כ דלתירוץ התוספות יקשה מאי פריך לרב לוקמא ג"כ דכותבין בחלק אותיות דבלא"ה פי' ר"ת טיוטא נקודות או שורות א"כ יכול לכתוב אותיות ולק"מ ובע"כ דלרב ליכא למימר הכי כנ"ל ושפיר פריך אבל לרב כהנא לק"מ ולכך כתב רשב"ם דה"ה דהוי מצי להקשות לרב בכל שטר. איברא כל זה דוחק והעיקר כמו שכתב הש"ך דבכל שטר לא חיישינן שיפסיד שטרו ויעשה שטר מזוייף ובתומים תמה על דבריו דהא הדיינים חותמין אף שלא קראוהו והעדים דוקא בקראוהו א"כ בכל שטר ג"כ יש לחוש שהעדים יאמרו לא חתמנו על שטר זה כלל וכ"ש להרמב"ם שהעדים צריכין לזכור ענין השטר ע"כ ודבריו תמוהין חדא דוודאי דיינים חותמין אף על פי שלא קראוהו מ"מ מהאי טעמא גופא לא יזייף דהם לא יזכרו ענין השטר רק הא וודאי ידעו שלא חתמו על מחק מעולם כי זה וודאי ראו שהי' נייר ולא מחק וא"כ יפסיד שטרו

לגמרי משא"כ גבי עדים אף אם יבואו ויזכרו ענין השטר מ"מ לא יפסיד שטרו כיון. שהם אומרים שהוא חתימתן וזוכרין שכך הי' כתוב בשטר ומשנתנו היא זו מי שנמחק שטר חובו בא לפני ב"ד ומעמיד עליו עדים ועושין לו קיומו והא וודאי ליכא למימר דקנסינן לי' שלא יגבה כלום דלא מצינו בשום מקום קנס זה א"כ אין לחוש לשטרו כלל ואם לא יבואו העדים בעצמן רק שיקיים חתימתן או שיבואו ולא יזכרו ענין השטר רק שחתמו על מחק ולהרמב"ם מהני זה ג"כ כמו שכתב בקצה"ח ובנ"מ לעיל ס"י ע"ש] א"כ יגבה בשטר המזוייף ועוד דבעדים כיון שחתמו מקודם על מחק והוא אינו מוחק חתימתם רק גוף השטר א"כ קודם שיוציאו בב"ד יוכל לחקור אם העדים זוכרין ענין השטר ואם באמת זוכרין כמה הלוה וכל מה שכתוב בשטר יכול לחזור ולמחוק ולכתוב כמו שהי' בתחלה ולא יפסיד שטרו משא"כ בדיינים פשיטא דלעולם זוכרין דהשטר הי' על הנייר ולא על מחק לכך לא חיישינן וזה ברור ובתומים כתב ליישב כיון דקיום דרבנן לא חיישינן לב"ד טועין ויכול למחוק הקיום ולדמות נמחק פעם אחת לנמתק שני פעמים ואין זה נכון דפשיטא דשטר הבא הוא ועדיו על המחק לעולם כשר ואפילו נמחק שני פעמים כדמוכח להדיא בש"ס א"כ יש לחוש לקיימו מדייני הקיום שמא באמת נמחק שני פעמים ואם נמחק הקיום ולא תדמה מ"מ אין לפסלו בשביל זה והפוסקים לא חלקו בזה כלל לכן נראה עיקר כהש"ך בזה כנ"ל:

מד אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו. כתב הש"ך ס"ק צ"ב דהטעם משום שאינו חשוד לזייף רק גזירות מלך הוא ולפי זה ה"ה בשני עדים נעשו אח"כ חתניו כן הוא בתוספות ופשוט הוא ע"כ. ומאי דפשיטא לי' להש"ך לדידי מבעי טובא וז"ל התוספות שם בד"ה ואעפ"י שלא הוחזק כתב ידו בב"ד מכאן יש ללמוד שאם היו שנים מעידין ואח"כ נעשו קרובים שאחר מעיד על כתב ידן שמכירין אותו ולא חיישינן שמא היום חתם עכ"ל. והנה יש להבין אי כוונתם על אחד הוא הוא דין הברייתא ואי על שנים זה לא מוכח מברייתא ואי פשיטא להו שאין חילוק בין אחד לב' א"כ לא הוי להו לומר כלל רק לומר מסברא דלאו דוקא אחד דה"ה שנים ומה זה שכתבו מכאן יש ללמוד לכן נראה דכוונת התוספות כך דוודאי יש להבין אי הטעם כיון דקיום שטרות דרבנן לא הקפידו על קרוב כלל א"כ למה לא יוכל קרוב להעיד על גוף חתימתו דהא מדאורייתא אינו צריך קיום רק מדרבנן וקרוב אינו פסול רק מצד גזירות הכ' ולמה לא יעיד בעצמו על חתימתו כמו שמעידין עליו אף שלא הוחזק בב"ד מהאי טעמא דלא חשיד לזייף רק מצד גזירה לכן נראה דעיקר הטעם הוא כך דוודאי כל ע"א שאינו נאמן אפילו בקיום דרבנן היינו משום דאחד יש לומר שהוא משקר משא"כ כשיש עוד אחר עמו שנים אינן חשודין לשקר

והשתא בשלמא אילו היה אחד פסול מצד שגזל או גנב א"כ זה יצא מן הכלל ואין כאן רק אחד וחשוד להעיד שקר וזהו בפסול גזילה אבל בפסול מצד גזירה א"כ נהי דאין לסמוך על זה מצד גזירת הכתוב מ"מ על השני הכשר יש לסמוך עליו כשנים דמ"מ ליכא למיחשד אותו בשקר כיון שגם חבירו מעיד כן ולא נגרע חזקתו של זה כמו בשנים כשרים ובפרט בקייום דרבנן נאמן וזהו דוקא חד כשר אבל בשנים פסולים דלא שייך האי טעמא שפיר יש לומר דאין לסמוך עליהם כלל כל שלא הוחזק בב"ד רק דהתוספות דייקי מהך דה"ה בשני עדים ונעשו קרובים והיינו שהעדים נעשו קרובים זה לזה ג"כ הדין כן דאף ששניהם קרובים מ"מ אחד כשר בוודאי רק שאין לסמוך עליהם בעלמא כשנים אבל אחד פשיטא דנאמן הילכך ממילא כאן נאמנין כמו באחד פסול דנעשה חתנו ולפי זה בשניהם נעשו חתניו לא מוכח מדברי התוספות כלל דלא שייך טעם הנ"ל וצ"ע:

מה אבל אם יוצא מתחת יד העדים לא. זהו דעת הרי"ף פ' ד"א דהקשה אהא דאמרינן התם זומנין דחזי בכתבא ואתי מסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם דהא תנן נאמר אדם לומר זה כתב ידו של אבא ותירץ דהתם הטעם משום דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה בב"ד וזהו דוקא כשהשטר ביד הלוה אבל ביד עדים לא ודייק הב"י דלפי דבריו כיון דהכא עיקר הטעם דהוי כנחקרה בב"ד בשעת חתימה ואז לא היה קרוב דאינו חשוד לזייף] א"כ היינו ביוצא מתחת יד הלוה אבל מיד עדים לא הוי כמו שנחקרה בב"ד רק עכשיו דנין על פיהם [דאל"כ הוי מפי כתבם] והם קרובים ואינן נאמנים ובתומים השיג על זה וביאר דעת הרי"ף על דרך אחר דהוא ממש כדעת הרמב"ם דבעינן שיזכרו העדות רק בכתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנים ובאין כ"י יוצא ממקום אחר נאמנין במיגו א"כ כשהשטר ביד עדים אפילו כ"י יוצא ממקום אחר כל שאינן זוכרין גוף העדות אינו מועיל הקייום דנאמנין לומר שאינן זוכרין במיגו דכבשי' לי' או שרפוהו והוי ממש כמו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר ודברי הרמב"ם והרי"ף רבו אחת הן ולפי זה כמו לדעת הרמב"ם במתו העדים יכולין אחרי' להעיד עליהם אף שאינן מעידין על גוף הענין ה"ה בנעשו קרובים דאחרים מעידין עליהן אפילו יוצא מתחת יד העדים זהו תורף דבריו בזה וכדי לברר דברי הרי"ף צריך אני להאריך קצת בביאור דברי התוס' פ"ב דכתובות על משנת העדים שאמרו והש"ס שם דהקשו שם בד"ה הרי אלו נאמנין מיגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים דהא לקמן אמרינן תרי ותרי נינהו וכוונתם מבואר דלקמן מוכח דעדים שמתו נחשבין כתרי א"כ התם דעדים אחרים מכחישין הוי תרי ותרי אבל כאן דהם בעצמן חוזרין ואומרי' אנוסי' כיון שחתימתם נחשב כתרי שוב אינן חוזרין ומגידין והיינו דס"ד בקושיא דאף דרבנן

אצרכי קייום מ"מ כל שנתקיים איגלאי מילתא למפרע שלא היו אנוסים ואינן יכולין לחזור לאחר כדי דיבור ועל זה תירצו התוס' דמ"מ כיון דרבנן אצרכי קייום הא לא חשיב כלל קייום דעיקר הקיום הוי עכשיו בשעת הגדה וכיון שהם חוזרין תכ"ד אין כאן קייום כלל זהו ביאור דברי התוס' ודלא כמהרש"א שדחק בכוונת דבריהם ובחידושי הארכתי לסתור דברי מהרש"א בזה. ומעתה לפי זה דברי הרב ב"י נכונים וברורים דהא בהדיא כתב הרמב"ם דלכך בכתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנין לומר שאנן זוכרין דהוי כמו אנוסים שאין נאמנים ומבואר הוא הטעם משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דהוי כמו שנחקרה בב"ד ולפי זה פשיטא דאפילו במיגו לא מהימני' דהא בלא"ה אית להו מיגו דפרוע וכמו שכתבו התוספות שם דלכך אין נאמנים אנוסים במיגו דפרוע דהוי מיגו במקום עדים וכדמוכח מדברי התוס' הנ"ל דדוקא ברישא לא הוי מיגו במקום עדים שהם חוזרין תכ"ד כיון דליכא קייום אחר אבל אי נימא דהרי"ף מודה דהוי כמו שנחקרה בב"ד כבר רק דנאמנין לומר אינן זוכרין במיגו דכביש ליה לשטרא א"כ תקשי הא הוי מיגו במקום עדים וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא מהני מיגו בזה כמבואר בדברי התוס' הנ"ל גבי אנוסים והרמב"ם מדמה אין זוכרין לאנוסים ומזה דייק הב"י דסובר הרי"ף דכל שיוצא מתחת יד העדים לא הוי כלל כמי שנחקרה בב"ד ולכך לא הוי מיגו במקום עדים כמו שתרצו התוס' דיכולין לחזור תכ"ד לומר שאינן זוכרין כיון שהקייום הוא עכשיו ולא מאז אפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר א"כ שפיר דייק הב"י דלהרי"ף אף כאן ביוצא מתחת יד העדים צריך שיהא מוחזק כתב ידו בב"ד דכיון דעיקר העדות הוא עכשיו והרי הוא חתנו ואי אפשר להוציא ממון על פיו עכשיו:

מו אין קורעין אותו ואי תפס לא מפקינן מניה. הש"ך ס"ק צ"ט דייק מדברי הרא"ה דמפרש כפי' התוספות בשם הרשב"א דברייתא מיירי בשובר ולכך לא קרעינן ליה ומעמידין השובר בחזקתו והיינו כיון דדעתו דאפילו ברישא באין כתב ידן יוצא ממקום אחר לא קרעינן ליה שמא ימצא עדים לקיימו אם כן לפירש"י מאי נפקא מינה בין רישא לסיפא וע"כ דמפרש כפי' התוס' בשם הרשב"א אבל באמת אין ראייתו מוכרחת דפשיטא דגם הרא"ה מודה דאי טעין יהבינן ליה זימנא אבל אי עבר הזמן שקבעו לו ולא קיימו מודה דקרעינן ליה הרי דגם דעת הרשב"א כהרא"ה ומ"מ כתב ומיהו אי טעין דנקבע ליה זימנא לקייומו שטרי' יהבינן לי' ואי מקיים לי' לא קרעינן ליה וגדולה מזו דעת הרשב"א דאי לא טעין קרעינן ליה א"כ אף שלא משמע כן דעת הרא"ה אבל פשיטא שאי עבר הזמן שקבעו לו מודה דקרעינן ליה משא"כ בסיפא לעולם לא קרעינן ליה שמא היום ומחר יוכל לתפוס מטלטלין ומהני תפיסה כנ"ל. ועש"ך ס"ק ק"א דה"ה בשטר

שנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינן ולא קרעינן ונסתייע מתשובת הרשב"א. ובתומים תמה היאך העלים עין מדברי התוספות דמוקי ברייתא לדעת רשב"א בשובר והיינו שנים אומרים פרוע ושנים אינו פרוע ובאמת אין זה מוכרח דשאני התם דכנגד השטר יש שובר ויש להעמיד השובר ובחזקתו אבל בשטר גרידא מי שמעת ליה ואפשר דמעמידין השטר בחזקתו וזה פשוט (מז) ויש חולקין כו' שם בשם אביו הרא"ש. משמע מדבריו בהדיא דלדעת הרא"ש אפילו העדים חיים והם פוסלים אותם כשר השטר ותמהני אנה מצא כן ברא"ש דהא הרא"ש קאי שם בברייתא דקתני בהדיא ומתו ועל זה הביא דעת התוס' דדוקא בפוסלים אותם מכבר ועכשיו הם כשרים אבל בפוסלים עכשיו ג"כ נאמנים והיינו אפילו מתו ועל זה השיג הרא"ש על דבריהם דכמו בפוסלים מכבר אין נאמנים דאנן סהדי דהשטר כשר א"כ ה"ה בפוסלים גם עכשיו וכוונתו כיון דהעדים מתו הרי אינן מעידין על גוף העדים רק על גוף השטר לכך הוי תרי ותרי דאנן סהדי דהוא כשר אבל בעדים חיים והם פוסלים אותם היאך יעלה על הדעת שיהא השטר כשר כיון דהעדים בוודאי פסולים דתרי יכולין לפסול למאה ולפי זה לק"מ על הרא"ש מה שהקשה הש"ך ס"ק ק"ב [ואולי יש לומר דאפילו חיים מ"מ אם אין עדי השטר לפנינו אין יכולין לפסול עדים שלא בפניהם כיון דלענין זה הוי הם בעלי דברים ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין רק לענין השטר מקבלין א"כ הוי תרי ותרי ודו"ק] אכן הש"ך הכריע כדעת התוספות דאפילו מתו יכולין לפוסלם בגזלנותא וכן נראה והנה עיקר כוונת הרא"ש נראה דאזיל לשיטתו דפי' תרי ותרי היינו דאנן תרי שלא היו אנוסים ולכך הקשה דבמתו אינן יכולין לפסלו ודס"ס כיון דאינן מעידין על גוף העדים רק על השטר ואנן סהדי על השטר דכשר איברא צ"ע על זה דלפי דבריו מה ס"ד דר"ש דקרי לה שלא בפניהם כיון דאנן סהדי ולעומת זה הוי תרי א"כ הרי היא בפניהם: (מח) אנוסים היינו מחמת נפשות. עיין תומים שנסתפק באומרים אנוסים מחמת גזירת העברת דת בפרהסי' דהדין יהרג ואל יעבור אם הם נאמנים וכתב דתליא במתלוקת הרשב"א והריב"ש דלהריב"ש דלא נפסלו לעדות כשעברו באונס א"כ נאמנים אבל הרשב"א סימן אלף רל"ז פסק דאינו נאמן בזה והקשה בתומים על הריב"ש דהא בש"ס קאמר טעמא דר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר יהרגו ואל וחתמו שקר ש"מ דאינו נאמן אם עבר באונס במה שחייב למסור עצמו וע"ש מה שדחק ליישב דבהדיא מבואר בריב"ש דאין כאן פסול כלל. גם בתשובת נודע ביהודה סימן ע"ד האריך להשיג על הרא"ש וריב"ש מסוגיא הנ"ל. וע"ש מה שביקש ליישב ומלבד הדוחק שיש שם בדבריו נעלם ממנו מה שכתבו הראשונים

דקשיא להו מה ס"ד דר"מ ותירצו לפי שמצאנו בברייתא חיצונית ר"מ אומר אף הגזל אם כן ר"מ אית ליה ג"כ דרשה וחי בהם רק גזל ג"כ חייב למסור עצמו כמו הג' עבירות: ואני תמה על האחרונים הנ"ל דאדרבא מסוגי' דהתם מבואר כהריב"ש דכבר תמהו כל הפוסקים הובא בא"ז לכתובות דמה ס"ד דר"מ ואי סובר באמת דחייב למסור עצמו מאי פריך עלי' רבא השתא אילו אתי קמן לאימלוכי הא זהו לרבנן אבל לר"מ באמת אמרינן להו יהרגו ואל יחתמו שקר וכמעט רובם כתבו ליישב דר"מ ג"כ מצד מידת חסידות קאמר ואין אדם משים עצמו שאינו חסיד ועל זה מקשה לי' רבא כיון דאילו אתי קמן מורינן להו שלא ליהרג ועכשיו אין אתה מאמינן ואמרינן להו אמאי חתמיתו והשתא לדעת הרשב"א תקשי היאך יעלה על הדעת דנהי דס"ד דאין אדם משים עצמו שאינו חסיד מ"מ פשיטא דמי שאינו חסיד ועושה על פי הדין דלא נפסל לעדות וכיון שאינו נפסל נאמן אף שעושה עצמו רשע כמו שכתבו המחברים הנ"ל ובע"כ צריך לומר דלר"מ באמת ס"ד כן דאף שלא נפסל לעדות אינו נאמן לומר שעשה שלא כהוגן א"כ מאי קושיא על הריב"ש דקאי לדידן. אך באמת עדיין לא נח דעתי בזה דאכתי תקשי דהוי ליה לרבא להקשות כן דמ"מ לא נפסלו לעדות וקושית רבא נראה דוקא משום דאילו אתי קמן מורינן להו התירא אבל אי אתי קמן ואמרינן להו איסורא אף דלא נפסלו לעדות שפיר אמרינן אמאי חתמיתו לכן נראה לפע"ד ברור שמה שאמרו אין אדם משים עצמו רשע אין הכוונה דוקא רשע שהוא פסול לעדות ברשעתו אלא כל כמה שהוא אומר על עצמו דבר עולה ורוצה באותו דיבור להעיד אינו נאמן וראיה לזה מעדים שאמרו אמנה וברור שלא נפסלו לעדות בזה כדמוכח מדברי הר"ן שם דאל"כ הוא סותר עצמו למה שכתב פ"ק דר"ה כמו שהוכחתי לעיל סימן מ"ג באריכות ע"ש וכן משמע בגוף לשון הר"ן שם גבי אמנה ע"ש ודו"ק והיינו דוקא לרבא אבל לר"י פשיטא דלית ליה הא סברא דאפי' רשע גמור נאמן לומר על עצמו ודו"ק היטב] והשתא פשיטא דלק"מ על הריב"ש דוודאי אם ידוע שעברו באונס על ג' עבירות לא נפסלו לעדות דאין כאן רק עשה דונקדשתי אבל פשיטא אם אומר על עצמו שעבר על עשה ורוצה להעיד בזה אינו נאמן אם לא במקום דשייך פלגינן דיבוריה ולפי זה ממילא גם הרשב"א סי' אלף רל"ז לא פליג על הרא"ש וריב"ש הנ"ל דשם מיירי בהדיא במעיד על עצמו ובזה אינו נאמן על עצמו אבל מודה דבעדים מעידין עליו דכשר לעדות וכבר הארכתי בזה בסי' מ"ג ולעיל סימן ל"ד באריכות ע"ש גם מדבר הרשב"א גופא הנ"ל יש להוכיח כמו שכתבתי שהרי חילק בין אני רבעתי את פלוני לפלוני רבעני דבזה אם תסלק תיבת אני רבעתי לא נשאר שום עדות ויש להבין דכפי הנראה מפירש"י סנהדרין ד"ט דפלגינן דיבורי' אין הפי' שאנו מחלקין הדיבור

רק כל המאמר מקבלין נגד חבירו ולא נגד עצמו וכן משמע ברמב"ם סוף נדרים וצריך לומר דרש"י לשיטתו פי' כן דכפי הנראה שם משמע דסובר דאינו נאמן רק ברשעות הפוסלת אותו לעדות והשתא שפיר יש לומר פלגינן דיבורו כהנ"ל דכיון דגזירת הכתוב הוא דלא נפסל לעדות א"כ נאמן להעיד על חבירו כיון שהמעשה אמת אבל הרשב"א סובר כמו שהוכחתי מקודם דאפילו אי לא נפסל לעדות אינו נאמן לעשות עצמו רשע א"כ פשיטא דאי אפשר לפרש פלגינן דיבורי' כהנ"ל שהיאך יעיד על חבירו דאם אמת הוא רשע ואינו נאמן והוא שני הפכים דהמעשה אמת ורשע אינו וע"כ דכך הפי' פלגינן דמחלקין הדיבור הילכך באני רבעתי לא שייך לחלק ודו"ק היטב כי קצרתי מאוד ועל דרך זה יש ליישב הסוגי' פ"ב דכתובות דלא נזכר בדברי רמב"ח בס"ד אין אדם משים עצמו רשע רק רבא הוא דמסיק לה בלישנא בתרא ובאמת גם בלישנא קמא לכאורה צריך טעם זה ולפי הנ"ל ניחא דרמב"ח ורבא פליגי בהנ"ל דלרמב"ח דוקא אם הוא פסול לעדות ולרבא כל שהוא רשע אינו (נאמן ודו"ק היטב והראה שהוא נכון רק הואיל ואינו ענין לדין זה קצרתי ולעיל סימן נ"ד הארכתי בזה ע"ש: (מט) או תנאי היה בדבר משמע דבתנאי ג"כ אין נאמנים רק באין כתב ידן יוצא ממקום אחר אבל דעת רבינו האי ושאר פוסקים דאפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים עלי כתב בשם הרא"ש ג"כ כרבינו האי ותמהו האחרונים מנין לו להטור כן בדעת רא"ש ובספר גי"ת שער כ"א הביא בשם מהר"ש טייציק דהטור דייק ממה שהביא הרא"ש דבתנאי נאמנין ובש"ס מבעי' לן בזה אליבא דר' אבל להרא"ש דפסק כמר בר רבאשי לא הי' לו להביא כלל הך מימר' דתנאי ובספר גי"ת שם השיגו דהרא"ש נשמר דלא נימא תנאי דמי לאמנה כקושית הר"ן והוא כתב שם דהטור דייק דהרא"ש הביא ראי' דמילתא דר"נ באין כתב ידן יוצא ממקום אחר ממה דנתן מר בר רב אשי טעם דלא ניתן לכתוב משמע דניתן לכתוב היו נאמנין והוי ליה למידק מהך דתנאי דאי ס"ד דבאין כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנין אמנה א"כ כ"ש תנאי ומאי מבעי לן אלא וודאי דמבעי לן אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר ע"כ. ודבריו תמוהין דפשיטא דאי מימרא דר"נ ומר בר רב אשי מתוקמא בכתב ידן יוצא ממ"א לית מאן דפליג דתנאי ג"כ בהכי מיירי רק כל המחלוקת כיון דמעיקרא באין כ"י יוצא ממקום אחר תנאי נמי בהכי מיירי או לא א"כ לא מוכח מידי והש"ך הכריע דבאמת אין כן דעת הרא"ש ואני תמה על האחרוני' ז"ל הלא דברי הטור מבוארין בכלל דברי הרא"ש מתחילה ועד סוף חדא דלמה הביא הך בעי' דע"א אומר תנאי דהא לא מבעי לן רק אליבא דר"נ כמו דמבעי לן בשנים אומרים תנאי אבל למר בר רב אשי דאפילו עקר לי' לשטרא נאמנין א"כ למה לא יהא ע"א נאמן בתנאי הלא הלוה בעצמו נאמן במיגו כיון דלא סבירא

לן דעל פה לא אתי ומרעי לשטרא במיגו וכן הרא"ש כתב בהדיא משום דתנאי מילתא אחריתי וזה לא נצרך רק לר"נ כמבואר בש"ס אלא ברור דהרא"ש קמ"ל מ"ל אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר ועוד גבי שנים אומרים תנאי אחר שהביא דנאמנין הביא לישנא דר"נ דכי אתי קמן לדינא אמרינן להו קיימו תנאייכו וחותו לדינא וקשה למה הביא זה כיון דכל כוונתו לאפוקי דלא נימא תנאי דמי לאמנה וכיון שהביא דנאמנין סגי בהכי אלא וודאי דהרא"ש דייק מלישנא דר"נ דלעיל קאמר זילו קיימו שטרייכו וחותו לדינא וכאן קאמר קיימו תנאייכו אלא וודאי דהכא לא מהני קיימו שטרייכו דאפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנין בתנאי ולא מהני רק בקיום התנאי וזו היא באמת ראיה לרבינו האי לכך הביא הרא"ש ג"כ הך דר"נ להורות דאפי' כ"י יוצא ממקום אחר נאמנין. אך קצת יש להביא ראיה דבכתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים בתנאי דא"כ אף אחד נאמן אם כן תקשי ללישנא קמא דרמב"ח להימני אנוסים מחמת ממון במיגו דתנאי ואז אם אחד יאמר תנאי יהא נאמן ולא הוי מיגו בב' וכמו שהקשו התוס' במיגו דנפשות ותירוצי התוס' לא שייכי בתנאי גם מיגו במקום עדים וחוזר ומגיד לא הוי ללישנא קמא כדמוכח התם ודו"ק:

ג אנוסים מחמת ממון. עמ"ש לעיל סי' ל"ד ליישב קושית הראשונים ז"ל דאמאי לא פלגינן דיבורי' כמו פלוני רבעני לרצוני והנה התוס' שם בד"ה הרי אלו הקשו אפילו מחמת נפשות הא הוי מיגו במקום עדים ותרצו כיון דחכמים אצריכו קיום עיקר הגדה דידהו עכשיו והם חוזרין תכ"ד מבואר מדבריהם דהיכי דמשימין עצמן רשעים אפילו תכ"ד אין נאמנין ויש לתמוה הא בעדים שאמרו עדות שקר העדנו מוכח להדיא בש"ס מכות ד"ג ע"א דדוקא לאחר כדי דיבור אינן נאמנין משום כיון שהגיד וכו' אבל תוך כדי דיבור נאמנין א"כ הכא ניהמני' מחמת ממון ג"כ כיון דחשיב תכ"ד לסברת התוס' ובאמת לק"מ דהתם דהעידו עכשיו ואומרין תכ"ד שקר הוא אפי' אי שקר העידו אינן משימין עצמן רשעים כלל דכל עדות שלא שהה כדי דיבור לאו עדות הוא כיון שיכולין לחזור א"כ כשחזרו ואומרין שקר אינן רשעים כלל משא"כ הכא דעדותם הוא בשעה שחתמו על השטר וכל שאמרו מחמת ממון הרי הם רשעים גמורים דהא אי היה כתב ידן יוצא ממקום אחר היה גובה בשטר זה ובשעה שחתמו רשעים היו אבל מחמת נפשות נאמנין לחזור ממה שמקיימין עכשיו דאנן סהדי דאינן אנוסים דכיון שהם חוזרין לא חשוב קיום ואנן קיום בעינן כל שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אבל לחזור בדבר שעושה עצמו רשע אינו נאמן והקיום מהני ודו"ק:

ובזה נלפע"ד ליישב מה שתמהו על הטור סי' ל"ח שכתב אבל אם אמרו שקר העדנו כתב ר"ח כו' וכבר האריכו לתמוה על הטור בזה דהא ש"ס ערוכה הוא ועש"ך שם ולפי הנ"ל דברי הטור פשוטים וברורים וקאי על מה שכתב קודם שם דאם אמרו העדנו והוזמנו בב"ד פלוני אין משלמין דהוי מודה בקנס ונתחייבנו ממון משלמין ועל זה כתב שאם אמרו שקר העדנו והיינו בב"ד פלוני בהך דמעיקרא כתב ר"ח לא מבעי שאין משלמין אלא אפי' העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ומתקיימת ואף על גב שלא נודע לנו עדותן בב"ד פלוני רק על פיהם והם אומרים עכשיו שקר העדנו ואדרבא בהא משמע לכאורה בש"ס הנ"ל דתכ"ד נאמנין קמש"ל ר"ח דהא ליתא דזה דומה לאנוסים מחמת ממון כיון שאומרים שאז שקר העידו הרי הם רשעים גמורים לפי דבריהם שהעידו שקר בב"ד פלוני ואי היה נודע עדותם היה המלוה גובה בעדותם זה אם כן חשבינן עדותם מאותה שעה שהעידו בב"ד פלוני והוי עכשיו לאחר כדי דיבור ושוב אינו נאמן ודוק היטב כי זה פשוט וברור לפע"ד בכוונת הטור ובחנם נתחבטו בו שם ושם כתבתי ליישב בדרך אחר קצת וזה נראה יותר נכון:

נא היה קטן באותה שעה אינן נאמנים. דכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשעים וקשה לי לפי זה על מה שכתב הנ"י פרק מי שמת דאם הלוה אומר קטן היה נאמן במיגו הא הוי מיגו במקום עדים גמור כיון דאפילו עדים אינן נאמנים ונראה פשוט דאפי' עדים אחרים מעידין שהיה קטן הוי תרי ותרי כמו אנוסים והיאך יאומן הלוה הרי דהנ"י גופא כתב שם ואף דמיגו במקום חזקה מבעי לן בב"ב לא כל החזקות שוות משמע דהך חזקה גרע טפי מחזקה דת"ז ובת"ז אילו עדים מעידין דפרע נאמנין לגמרי וכאן לא ש"מ דהך עדיף מעדים לכן נראה פשוט לפי מה שכתב בא"ז לכתובות דיש בני אדם שהם גדולים בקומה וקטנים בשנים א"כ אם הלוה אומר קטן היה לא הוי מיגו במקום עדים דאפשר שהיה כהנ"ל רק בזה חזקה יש עכ"פ דוודאי עד שידעו בבירור שלא הי' קטן לא היו חותמין ועל זה כתב הב"י דנאמן במיגו דלא כל החזקות שוות ולפי זה ה"ה גבי עדים דוקא אם אמרו שלא בדקו כלל או שבדקו וידעו שהוא קטן אבל אם נותנין אמתלא לדבריהם נאמנין כהנ"ל ועיין לעיל ס"ק א':

נב אבל ע"א. עש"ך העתיק דברי רמ"א והנה היסוד התמי' שהסכים הוא על הפן הג' דהקשה במה נפשך אם מיירי שלא ראה שמעי' שחתם העד הראשון מאי ענין זה לכותי ואי ראה שחתם אין צריך לזה כלל דאין לך הכרה גדולה מזו ולפעד"נ פשוט דלא מהני בזה לולי הך סברא דאי לאו דכותי חבר הוא לא הוי מחתים לי' מקמי' דנהי דראה שחתם ס"ש כיון שאינו זוכר ואינו מכירו מי הוא שמא לא חתם כלל לעד וקרוב ופסול וחתם

עצמו למילוי לא לשם שטר אין כאן רק שובר בע"א ועל זה כתב רמ"א דכיון דהוא חתם בעצמו קודם אי לא דעד ראשון כשר הוא לא הוי מחתים ליה מקמי' כנ"ל:

על חו"מ סימן מז

א שהוא אמנה עסמ"ע בשם הע"ש דאינו נאמן במיגו דמחילה דאין דעתו למחול ולהפסיד חובו והוא מדברי התוס' והרא"ש שם ותמה הסמ"ע שם דמדברי הטור ומחבר לקמן סי' פ"ו מבואר דלא קיימא, לן רק כתירוץ שני דשדר"נ אינו יכול למחול וכן הסכים הש"ך ס"ק ז ובאמת קושיא זו לא על הע"ש כי הרא"ש גופא סותר עצמו דבפסקיו הביא תירוץ הע"ש ובתשובותיו הביא תירוץ ב' של התוספות ולפעד"נ ליישב זה והוא דוודאי היכי שחייב עצמו בשטר בדבר שאינו חייב נראה פשוט דלאו אקרקפתא מנחא להחזיר לזה מדר"נ ובוודאי דב"ד מוציאין ממנו דכל היכי שיש ללוה מעות ב"ד מוציאין אבל לא אקרקפתא דידי' מנחא ואם הלך הוא ופרע ללוה שלו אף שנודע לו שהוא חייב לאחרים אינו חייב לחזור ולשלם ודוקא אם נתחייב מכח הלואה בהכרח נתחייב ג"כ לכל באי כחו אבל לא אם התחייב מעצמו יוכל לומר אין לי עסק עמך ולא לך נתחייבתי אבל כל כמה דלא פרע בוודאי ב"ד מוציאין ממנו כיון דס"ס יש לו מעות אצל זה ולפי זה נראה ג"כ דאם הלוה טוען וכן המלוה ששטר זה אמת שכתבתי לו ונתחייבתי לו כדין כל שטר אבל לא היתה הלואה שנתחייבתי עצמי בדבר שלא הייתי חייב כלל והמלוה מוחל נראה פשוט דנאמנין דדוקא אמנה דמבטל השטר וטענה גרועה הוא וכמו כן פרוע אין נאמני' משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אבל הך טענה אינה טענה גרועה כלל ואינו מגרע כח השטר כלל ואין השטר מורה כנגד טענה זו למה לא יהיו נאמנין כמו מלוה ע"פ דהא לענין זה אין חילוק בין שטר לעל פה ומעתה דברי התוס' והרא"ש נכונים והוא דיש להבין בתוספות ג"כ מה שתירצו דאין דעתו למחול אבל אמנה יודע שאין הלוה גזלן וכבר תמהו רבים דהא כמו כן לא יגזול לאותו שנשתעבד לו מדר"נ וכן קשה על הרא"ש גם יש לדקדק בתוספות שכתבו אח"כ ואם נאמר מכירת שטרות דרבנן אתי שפיר וכו'. ויש להבין הא מעיקרא תירצו היפך זה דיכול למחול רק אינו רוצה ואם הי' מניחם לתרץ תירוץ אחר היפך מן הראשון היו להם לומר ועוד י"ל כדרכם בכל המקומות ולשון זה מורה שזה התירוץ שזכרו לא יתכן רק בצירוף זה שנאמר מכירת שטרות דרבנן ולפי הנ"ל ניחא והוא דמה שתירצו מתחלה שאין דעתו למחול הכוונה כך דאנן חיישינן דילמא באמת לא לוה כלום כמו שאומר רק לא בתורת אמנה מסרו לו רק לשם, חייוב ממש כמו כל שטר והשת' אם ימחול יפסיד חובו משא"כ עכשיו אינו

גזלן וישלם לו אבל לזה השני לא יגזול כלל כיון שהתחייב בדבר שאינו חייב לא מנח אקרקפתא להחזיר לזה דוקא שלא התחייב מעיקרא רק לזה ולא קיבל עליו חיוב לאיש אחר שיהא מוטל עליו לפרוע לכל באי כחו לכך לית ליה מיגו ומ"מ ב"ד מוציאין כיון שיש לו מעות אצל זה וכן דעת התומים לקמן סימן פ"ו ע"ש] ואהא קשיא להו לתוספות תינח בכתב ידן יוצא ואין העדים לפנינו שיאמרו כיצד היתה המעשה אם לוה אי לא אבל כשהעדים לפנינו ואומרים בהיפך שלוה ממנו למה לא יהא נאמן לומר אמנה דליכא למימר לפי שהעדים מכחישים אותו דהא השתא נמי בקייום אנן סהדי שלא הי' אמנה וכל דבר המבטל את השטר כמו שהקשו התוספות שם במשנה דהוי מיגו במקום עדים וכן מבואר התם בכל הסוגיא ע"ש וע"כ משום דהודאת בעל דין יותר מק' עדים רק דחב לאחרים ועל זה נאמר דאית לי' מיגו דאי בעי מחיל ואינו חב לאחרים כלל ולפי זה אם עדים מעידין בפי' כהנ"ל לא שייך תירוץ התוס' כלל דאכתי נהימני' מטעם הודאת בעל דין ואי דחב לאחרים הא יש לו מיגו דמחילה דליכא למימר דאין דעתו למחול דהא השתא נמי אם אתה אומר שדבריו שקר א"כ בהכרח העדים אמת א"כ הרי לוה ולמה ימחול הא ס"ס יגזול לאותו שנשתעבד לו מדר"נ ודוקא אם אתה מאמינו נאמר דהודאתו יותר מק' עדים אבל אם אתה אומר שכל דבריו שקר ואינו נאמן א"כ העדים בוודאי נאמנים ואית לי' מיגו דאי בעי מחיל והא לא ניחא להו לתוס' לומר דמירי דוקא בקייום ולא בעדים מעידין בפי' בהיפך יהא נאמן לפי הנ"ל ועוד דאי מירי בלי עדים דוקא מה צורך לדר"נ בלי ר"נ מוציאין כיון דלית לי' מיגו כהנ"ל ועל זה כתבו התוס' דאם נאמר מכירת שטרות דרבנן א"כ דר"נ אינו יכול למחול א"כ בעדים בלא"ה אינו יכול למחול דשדר"נ בתקפו בזה ובלי עדי' דאית ליה מיגו דמחילה כנ"ל אז התירוץ דאין דעתו למחול כנ"ל ותרווייהו מיצרך צריכי וזהו כוונת הרא"ש בפסקיו דזהו פשיטא לי' דשדר"נ אינו יכול למחול וכמו שכתב להדיא פרק הכותב דלכך מוכר שט"ח יכול למחול דמכירת שטרות דרבנן א"כ דר"נ דאורייתא אינו יכול למחול ובתשובה ששאלוהו על זה הוכיח זה מהסוגי' דפ"ב דכתובות הנ"ל דאל"כ תקשי בעדים מעידין בפי' ליהמני' במיגו כנ"ל דבזה לא שייך התירוץ שתירץ בפסקיו ומדקאמר כדר"נ מוכח דמירי בכהאי גוונא ג"כ ובפסקיו הוקשה לו בקיום בלבד ליהמני' במיגו דבזה לא שייך לתרץ התירוץ שבתשובה דאית ליה מיגו כהנ"ל דלא לוה רק בדבר שאין חייב התחייב ומוחל הוא ועל זה תירץ דאין דעתו למחול דבאופן זה אין דעתו למחול דשמא באמת כך הי' ולא יגזול לזה כלל כנ"ל ומ"מ השתא דלית לי' מיגו וטוען אמנה בכל גוונא שייך דר"נ דמאי כיון שאינו נאמן אמנה אנו מחזיקין זה השטר כשטר גמור בהלואה ודוק היטב ולפי זה צדקו דברי

הע"ש שהביא הסמ"ע להורות דאפילו בקיום על ידי דימוי אינו נאמן לומר אמנה מטעם דאין דעתו למחול כנ"ל ועיין עוד מ"ש בסמוך בענין זה ומ"ש הש"ך ס"ק ב' עיין מ"ש בזה באריכות לקמן סי' פ"ו כי שם מקומו:

ב וכתוב בו נאמנות עש"ך שכתב דאין לשונם מדוקדק דאפילו בלי נאמנות כל שלא אמר אישתבע לי אין משביעין וגם פשטא דש"ס אפילו באין בו נאמנות ובאמת המעיין בבעל התרומות יראה להיפך דכוונתו כיון דאם טוען יש שבועה אף עכשיו שלא טען היינו לפי שמודה ולמה יטעון שבועה ואם היה כופר היה אומר שישבע גם הא עיקר הטעם דחילקו בין טען או לא כתבתי בסי' פ"ד דהיינו דאם טען אומרים דסמך על השבועה משא"כ בלא טען דאינו יודע לטעון שבועה על מה סמך א"כ עכשיו שמודה באמת סמך על השבועה והרי באמת מודה לו הנה בטוען אמנה כתב בתומים ג"כ דמיירי במקום דאינו נאמן במיגו דפרוע אבל בלא"ה גם בזה פטור משום מיגו דפרוע ובקצה"ח וכן בנ"מ פה אחד הקשו עליו דהא מבואר לקמן סי' פ"ב דאינו נאמן להשביע אמנה במיגו דפרוע ואני אומר שדבריהם תמוהין דלא היה כוונת התומים מכח אשתבע לי דפשיטא דהלוה אינו נאמן להשביעו אמנה דהוי כמיגו במקום עדים אבל המלוה עצמו פשיטא דנאמן אמנה במיגו כמו שהקשו התוס' והר"ש להדיא דניהמני' במיגו דאי בעי מחיל ותרצו או דאין דעתו למחול או דשדר"נ אינו יכול למחול ושני התירוצים הללו לא שייכי אם יש למלוה מיגו דפרוע ואז יהא נאמן מכח שאינו רוצה לישבע שנפרע ואדרבא מודה א"כ בטוען אמנה ג"כ נאמן. במיגו דפרוע דבמלוה לא אמרינן דהוי מיגו גרוע דהודאתו יותר מק' עדים כנ"ל וכן מוכרח בש"ך שכתב פשטא דש"ס באין בו נאמנות וקשה הא אמנה וודאי באין בו נאמנות וע"כ משום דנאמן במיגו דפרוע וזה ברור והם השוו טענת לוה להודאת מלוה וליתא כדפרישית:

והנה הש"ך האריך להשיג בגוף הדין של הטור ומחבר דכיון שנשתעבד מדר"נ אפילו טוען אישתבע לי אינו נאמן דאל"כ מה בכך שיש בו נאמנות והביא ראי' מדברי הרא"ש והר"ן במוכ' שט"ח ולפעד"נ ברור דהא ליתא והוא דוודאי עיקר החילוק בזה הוא כך דוודאי כל שהפטור בא מכח המלוה ולולי המלוה הי' הלוה חייב לשלם אין כח ביד המלוה לפטרו היכי שהוא חב לאחרי' אבל כל היכי שהפטור בא מן הלוה בעצמו כגון בפרוע וטוען אישתבע לי א"כ היאך שייך לומר חב לאחרים והגע עצמך במלוה ע"פ אם יטעון פרעתי לא יהא נאמן היכי שהמלוה חב לאחרים וע"כ כל שהוא פוטר עצמו וטוען טענה שנאמן בה לא מהני חב לאחרים הילכך ביש בו נאמנות הפטור בא מכח המלוה לא מהני לחוב לאחרים אבל אם אין בו נאמנות וטוען אישתבע לי א"כ לענין זה

דין מלוה ע"פ ובשטר שווין שהרי להשביעו האמינוהו גם בשטר כ"ש לפי מה שכתבתי דכל שאינו נשבע אין כאן חזקה כלל דיש לומר דסמך על השבועה א"כ פשיטא דהלוה נאמן לפטור עצמו ולא שייך חב לאחרים בזה וזה ברור ובלא"ה הביא בעל התרומות שם דיעות דבפרוע לא שייך הך דינא כלל ונראין דבריהם ג"כ דוודאי כל מה שאינו נאמן לומר פרוע והניח השטר בידו שהיה מחזיקו לנאמן שלא יכפור בו משום דהוכיח סופו על תחילתו שהרי עכשיו הוא כופר ואומר שלא נפרע אבל כשמודה ליכא חזקה כלל ואפילו נאמנות לא מהני משא"כ אמנה הטענה גופא גרועה הוא ואין השטר עומד לכך אינו נאמן ועכ"פ הבו דלא לוסיף עלה בטוען אישתבע לי ואין בו נאמנות דפשיטא דפטור ומה שהקשה הש"ך ממוכר שט"ח לק"מ לפע"ד דהא בלא"ה קשה מה זה שכתבו ואם אומר שפרעו נאמן במיגו דאי בעי מחיל וקשה תינח במקום דנשתעבד מדר"נ אבל במוכר שט"ח אין ללוקח שום שיעבוד על הלוה א"כ אפילו המוכר כופר שלא נפרע כלל ואינו רוצה לישבע פשיטא דהלוה פטור דמה לו לזה במה שמכר השט"ח הוא צריך לישבע לו ופשיטא דפטור ולמה כתבו הרא"ש והר"ן דמודה דפרוע נאמן במיגו מה צורך למיגו כל שאינו נשבע פטור וע"כ דלכך אמרו דנאמן במיגו להורות דאפילו יש בו נאמנות פטור הלוה דמטעם דאינו רוצה לישבע בנאמנות היה חייב לכך נתנו טעם זה דאפילו בנאמנות פטור א"כ לק"מ קושית הש"ך דשפיר יש לומר דבלי נאמנות בעלמא נמי אפילו בדר"נ כל שאינו רוצה לישבע אין כאן שדר"נ כלל וזה ברור:

ג והוחזק בב"ד. עש"ך ס"ק ה' ו' דהוחזק בב"ד פירושו שראוהו בידו קודם שנפל החילוק ביניהם דאי בשעת הטענה הראה בב"ד פשיטא דאית ליה מיגו דלא היה מראה וכל המיגות הם על דרך זה והשיג על הרב בעל ת"ח והראב"ן שפירשו הוחזק בב"ד בשעת הטענות ולפעד"נ דהעיקר כהת"ח והראב"ן והוא דווקא בעלמא אמרינן מיגו דאנחנו נכריח שזו הטענה שהוא טוען אמת דאל"כ אלא שקר היה לו לומר שקר אחר שהיה ברור לו שיזכה בדין ולא היה לו לטעון טענה מסופקת ומזה אנו מכריחין שהאמת אתו והשתא לא קשיא שהיה לו לטעון טענה המבוררת בוודאי שיזכה שאין רצונו של האיש הזה לטעון שקר רק אמת אמנם בהך מיגו דהכא דוקא אם טוען כן בב"ד ביש בידו שטר רק שהוא פרוע ולא הראה לב"ד באמת נאמן במיגו שלא היה אומר כלל והיה כופר שאין בידו שטר כלל אבל כל שהראה השטר לפני ב"ד רק שנאמינוהו במיגו שלא היה מראה אותו מאי מיגו היא זו שנכריח מזה שהאמת אתו דאי שקר היה יכול להצניעו ולא להראותו דהא עכשיו נמי שהוא אומר אמת מי הכריחו להראותו לב"ד הלא היה יכול לומר כמו שאומר עכשיו רק לא להראותו ואז פשיטא שיהא נאמן ולמה הראה והכניס

עצמו בטענה מסופקת וע"כ שאינו יודע כלל מזה והיה חושב שאין חילוק כלל וכדומה א"כ היאך נדון מזה שהוא אומר אמת וזהו כוונת הש"ס כיון דאיתחזק בבי דינא אי בעי קלתי' לא אמרינן והיינו כמו שכתבתי כפי' הראב"ן שכיון שהראה השטר בב"ד אי אפשר להוכיח שהאמת אתו ולפי זה לא מוכח כלל דהרמב"ם חולק אהך דינא ואין צורך לומר דסובר דלא אמרינן מיגו דכל מה שהוא ביד אדם בחזקת שהוא שלו כמו שכתב הש"ך ס"ק ו' רק כיון שכתב הרמב"ם היה לו שט"ח על לוי ואמר לו שטר אמנה הוא או פרוע הוא משמע דהם בידו כמו שכתב הש"ך גופא א"כ כיון שהראה אותם עכשיו ליכא מיגו דזהו איתחזק בבי דינא כפי' הראב"ן ות"ח הנ"ל ובסמוך יתבאר שגם דעת הר"ן פ"ב דכתובות דבכהאי גוונא לא אמרינן מיגו ע"ש: (ד) אינו נאמן. עש"ך מה שכתב דהרא"ש חזר בו מפסקיו לתשובותיו וכבר כתבתי למעלה ליישב דבריו דתרוויהו מיצרך צריכי אמנם בגוף דברי התוס' שכתבו ליישב דאין דעתו למחול ואח"כ הקשו משובר ותירצו דהתם שאני דאיכא שובר דמוכח וקשה הא התוס' גופא כתבו פרק החובל אהא דאמרינן כל לגבי בעלה וודאי מחלה דהיאך אמרינן במכות שמין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם תתאלמן דהא כל אדם לא ירצה לקנות דלגבי בעלה מחלה ותירצו דתמכור בנדר ושבועה אבל שם אין יכולין להכריחה ע"ש והשתא ע"כ צריך לומר דסבירי להו לתוס' דעכשיו אם בא שובר לפנינו לא חיישינן דמכרה בנדר ושבועה דאל"כ מאי משני ש"מ איתא לשמואל וקשה מה בכך ניחוש דמכר' בנדר ושבועה וע"כ דלא חיישינן והשתא מאי קשיא להו לתוס' הכא מהך דמצא שובר שאני התם דכיון דאיתא לדשמואל שום אדם לא ירצה לקנות כיון דלנדר ושבועה ע"כ לא חיישינן ואמת כי לכאורה חשבתי בכוונת התוס' דוודאי יש להבין מה קשיא להו לתוס' פ' החובל מעדים זוממין דהא רש"י פי' התם בהדיא דלכך אמרינן וודאי מחלה הואיל ומוכרת בע"כ לפרוע לנחבל וכן התוס' גופא פרק שנים אוחזין פירשו משום מיגו ולא דלא חיישינן שמכרה וכמו כן הכא תירצו דאיכא שובר דמוכח ולא כמו שכתב הר"ן דכל לגבי בעלה וודאי מחלה ש"מ דברצונה לא אמרינן זה ומאי קושיא מעדים זוממין דהוי ברצונה לכן היה נראה דכוונת התוס' התם להקשות דוודאי מדלא הזכירו בש"ס כלל דמוכרת בע"כ רק לגבי בעלה ש"מ דהעיקר הוא משום דלגבי בעלה רק דבזה אין וודאי שתמחול לכך פירש"י דמוכרת בע"כ לכך וודאי תמחול אבל מ"מ כיון דבש"ס לא נזכר רק לגבי בעלה א"כ ברצונה עכ"פ ספק יש שתמחול ולמה בעדים זוממין שמין שאם תתאלמן ישומו ג"כ ספק זה שתמחול לגבי בעלה ועולה פחות הרבה ואהא תרצו כיון דיכולה למכור בנדר ושבועה לא נכנס זה בגדר הספק כלל ואין שמין זה כלל ולפי זה בהך דמצא שובר שפיר חיישינן דמכרה

ובאמת גם זה בגדר הספק שמא תמחול וקיבלה פחות הרבה ולכך תרצו דאית לה מיגו דאי בעי מחלה ואהא שפיר קשיא להו לתוס' הכא דהא אין דעתו למחול וליכא מיגו אך מ"מ יותר נראה דהך תוס' ב"ק וכתובות מישך שייכו להדדי דמהאי טעמא גופא לא חיישינן לנדר ושבועה כיון דאיכא שובר דמוכח ודו"ק וצ"ע:

והנה התוס' והר"ן כתבו ליישב דליכא מיגו דמיכסף לעשות מעשה רע נגד המלוה שלו ועל זה תמה הש"ך על הר"ן דהקשה ממצא שובר דלק"מ דהתם עכשיו ג"כ עושה מעשה רע שמכרה כתובה פרוע ובאמת הא לא קשיא מידי דע"כ לא כתב הר"ן דמיכסף רק שהוא ימחול ואין לו כלום ולחבירו הוא מפסיד ואין אדם חוטא ולא לו ובזה מיכסף ממלוה שלו דאף שאין לו שום הנאה מפסידו אבל פשיטא דלא מיכספה מיני' כ"כ בטענת פרוע דמכרה לו כתובה פרוע שהיתה מצטרכת למעות מכרה לו ולאחר זמן תשלם לו אבל במחילה פשיטא דמיכספה טובא טפי ואין כאן מיגו שתמחול ותפסיד בזדון בשאט נפש ואין לה כלום רק שמפסדת לזה אך הא קשיא לכאורה על הר"ן ועל הש"ך דמה בכך דעושה מעשה רע מ"מ נאמן במיגו דאי בעי אמר. באמת אמנה הוא ולדבריכם שאין אתם מאמינים לי מחול הוא וכן הקשה בספר הפלאה ובאמת הא נמי לק"מ לפע"ד לפי מה שכתבתי בס"ק הקוד' דכל היכי דאף עכשיו שהוא טוען אמת היה לו לטעון טענה זו א"א להכריח מזה האמת א"כ ה"נ בכה"ג שיאמ' אמנ' ולדבריכ' מחול הוא ליכ' מיגו כלל דהא ע"כ שאינו יודע לטעון כלל כן דאל"כ מי סגר פיו לומר כן אף עכשיו ומאי חשש שקר יש בזה אדרבא הוא האמת הגמור ויהא נאמן בוודאי רק דקושית הר"ן הוא דנאמן במיגו דמחול הוא בלבד והשתא שפיר יש לומר דעכשיו שאומר אמת אמנה אינו רוצה לומר מחול הוא דזה שקר כיון שאינו חייב לו כלום ואינו רוצה לומר שקר ובזה שפיר ס"ד דהוי מיגו ועל זה תירץ הר"ן דמיכסף כיון דמוחל בסתם בלי טענת אמנה ואי דיאמר אמנה בלא"ה ליכא מיגו כנ"ל אבל לשיטת הש"ך לעיל דלא כראב"ן וודאי קשה כאן קושיא הנ"ל לתירוצו ומה שכתב עוד הש"ך בדין שדר"נ אי מצי מחיל הכל מבואר באריכות לקמן סי"ק פ"ו בס"ד ע"ש:

ה אבל אם מעצמו זהו מה שנחלקו הראב"ד ורבינו יונה הביאם הרא"ש פ"ב דכתובות דדעת הראב"ד דבכל גוונא לא הוי הודאה אפי' לגבי עצמו והר"ר יונה חולק כמו שכתב המחבר והנה נראה דהרמב"ם ע"כ לא ס"ל כהראב"ד בזה שהרי כתב שהמלוה השני כשבא לגבות מן הראשון צריך לישבע כדין טורף והשתא בשלמא אי נימא דלגבי עצמו הוי הודאה רק לא לאמרים א"כ שפיר יכול להשביעו דשמא נפרע והוי הודאתו הודאה ופטור אבל להראב"ד דאפילו אם פרעו אין הודאתו הודאה כלל א"כ למה ישביעו הא

הוי כאילו לא הודה כלל דלאישתמוטי מיני' קעביד הכי וכיון דהוא מודה שלא פרעו למה ישבע הא אם ירצה לחזור בו יצטרך לפרוע לו וברור דסובר דלגבי עצמו הודאה מעליא הוא א"כ שפיר יכול להשביעו ולא מהני במה שמודה שלא פרעו דאינו נאמן לחוב ללוה שלו אך אי נימא דסובר כהר"ר יונה צריך לומר דמיירי שלא אמר כן בפני ב"ח שלו ובאמת כתב בעל התרומות דמדברי הרמב"ם משמע דאין חילוק בין בפניו או לא וה"ה בזה ג"כ אין חילוק ועוד נראה לפע"ד דהמעיין ברא"ש פ"ב דכתובות יראה דסבר דאפילו שלא בפניו כל שנתברר אח"כ שחייב לאחרים איגלאי מילתא למפרע דלדחות ב"ח קאמר הכי א"כ משמע דאז לא הוי הודאה כלל א"כ מה צורך לשבועה לכן היה נרא' דלרמב"ם בכל גוונא הוי הודא' לכך יכול להשביעו ונראה דמהאי טעמא לא זכרו הטור ומחבר דינו של הרמב"ם והנה נראה דיש נ"מ ג"כ בין שני דיעות אלו דלמ"ד דלא הוי הודאה א"כ אם פרע אח"כ לא יוכל הלוה לחזור על המלוה לדון עמו כדין פורע חובו של חבירו למ"ד דחייב או בב"ח דוחק ואם נאמר דהוי הודאה נראה דדינו ממש לפורע חובו ואם הלוה הראשון פרע למלוה שני יכול לחזור על האמצעי ותליא במחלוקת לקמן סי' קכ"ח כנ"ל

על חו"מ סימן מח

א ויכול לכתוב הכל זהו כפי' התוס' והרא"ש שם דר"א מכשר בשאר שטרות אפי' התורף אבל רש"י חולק שם דר"א סובר בשאר שטרות כת"ק והתוס' שם הקשו על פירושו דמאי פריך לר"א מר"פ הא בטופס לא שייך מיחזי כשיקרא דאל"כ אף לרבנן [ומשמע שם דלא פסיקא להו דלא מיחזי כשיקרא רק מכח קושיא זו דלא כהתומים] קשה והש"ך כתב ליישב פירש"י והנה מה שכתב דהקושיא הוא דמשמע דלא פסול רק משום גזירה דגיטין ומקשה דבלא"ה פסול משום דמיחזי כשיקרא והוא תמוה דא"כ מאי קושיא על רב דקאמר הלכה כר"א בשאר שטרות יהא הלכה איך שיהא ס"ס משמע דלדבריו הפסול בתורף משום גיטין ותיפוק ליה דמיחזי כשיקרא ומעיקרא דפי' ר' יונתן דטעמייהו דכלהו גזירה משום גיטין הוי ליה לאקשויי תיפוק ליה דמחזי כשיקרא גם מה שתירץ הש"ך דבטופס ג"כ מיחזי כשיקרא רק דאי נימא הלכה כר' יהודה לא קשיא דפוסל בתורף ובטופס רק לרב דפסיק כר"א קשה מדר"פ וגם זה אינו דא"כ אכתי קשה דלעיל דמפרש פלוגתייהו אי גזרינן טופס אטו תורף ושטרות אטו גיטין הוי ליה לאקשויי תיפוק ליה דמיחזי כשיקרא ובזה נסתר ג"כ מה שכתב בתומים ליישב דהקושיא כיון דתורף פסול דמיחזי כשיקרא נגזור בשטרות גופא טופס אטו תורף ולא הוי רק חדא גזירה ומלבד

מה דבלא"ה אין מקום להקשות דנגזר משום מיחזי כשיקרא משום דחזינן דגזרינן משום לשמה דמה ענין זה לזה אבל בלא"ה קשה קושיא הנ"ל דלמה ליה ליתן טעם לר"י דגזרינן גזירה לגזירה לימא משום דבשטרות גופא גזרינן לדר"פ וע"כ דיותר נוח לגזור גזירה לגזירה משום לשמה משנגזור חדא גזירה משום מיחזי כשיקרא א"כ מבואר דלא כדבריו אך באמת המעיין בסוגיא שם יראה מבואר כפירש"י דקאמר התם דטעמייהו דחכמים משום תקנת סופרים ור"י גזיר שטרות אטו גיטין וטופס אטו תורף ור"א טופס אטו תורף גזיר ושטרות אטו גיטין לא גזיר ע"כ והשתא אי ס"ד כפירוש התוס' מלבד מה דקשה דת"ק ור"א פליגי בסברות הפוכות דלת"ק וטופס אטו תורף לא גזרינן ושטרות אטו גיטין גזרינן ולר"א להיפוך אבל בלא"ה קשה היאך לא זכר ר' יונתן טעם הת"ק ודעתו בענין הגזירות הללו שהרי דעתו להיפוך ממש משניהם והוא לא זכר מחלוקת בין הגזירות רק בין ר"י לר"א וברור דת"ק לא פליג בהא כלל דתרוויהו מודו דחדא גזירה גזרינן שטרות אטו גיטין ור"א ור"י לא פליגי רק בתרתי גזירות דלר"י גזרינן ולר"א לא ובזה לא נתפרש בת"ק דעתו בזה דיש לומר דטעמו לפי שהוא מכשיר גם בגיטין משום תקנת סופר אבל אם היה פוסל בגיטין היה גזור בשטרות גם בטופס ויש לומר להיפך דתרתי גזירות לא גזיר לכך השמיט ר' יונתן דעת הת"ק בענין זה אבל לשיטת התוס' קשה. ומה שהקשה עוד בתומים מדברי הרמב"ם לא ידענא מאי קושיא דהא בהדיא כתב הכ"מ שם דטעמו של הרמב"ם דהתם מוכח דלית הלכתא כרב בהא דאמר רב חגא והוא ששייר מקום התורף אבל בהך דשאר שטרות לא מצינו דפליג רב חגא א"כ בהא הלכתא כרב דפסיק כר"א:

ב שנמחל שיעבודו נחלקו הסמ"ע והע"ש אם גובה מנכסים בנ"ח והסמ"ע הביא ראיה מדברי הרא"ש פ"ד דנדרים גבי מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו והש"ך דחה ראייתו דהתם המלוה מודה. ודבריו תמוהין דהא מ"מ השטר חספא בעלמא ומאי יקנה ובאמת בלא"ה דברי הרא"ש שם צ"ע דהא הוא דעתו לעיל סי' מ"ג דמוקדם פסול לגבות בנ"ח א"כ התם הוי מוקדם ג"כ דהא לא מיירי באותו יום א"כ האיך כתב הרא"ש דגובה מבנ"ח כיון דמעיקרא ס"ד דנמחל שיעבודו ולא בתורת מתנה ע"ש וצריך לומר דסובר הרא"ש דוואי במוקדם פסול לענין בנ"ח ג"כ דלא הוי עדות כלל כיון שהשטר בטיל והוי כחספא ועדותו אינו עדות כיון שנעשה בפסול אבל אם הוא מוקדם מכח נמחל שיעבודו עדות מעליא הוא מטעם מוקדם בוודאי גובה מבנ"ח דלא נתבטל העדות כלל לענין בנ"ח לפי זה יש לתמוה על הריב"ש שהביא הש"ך שהביא ראי' מהא דפריך ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם דבמוקדם יכול לטעון להד"ם וקשה הא בכך מוקדם דלוה ופרעו מודה

הרא"ש דמהני לענין בנ"ח כנ"ל וא"כ אכתי תיקשי מאי קאמר תיפוק ליה וע"כ צריך לומר להיפך דבאמת משום נמחל שיעבודו ג"כ מהני לענין בנ"ח כדעת הסמ"ע [או כמו שכתבתי לעיל סי' מ"ג לדחות ראיית הריב"ש] ומה שהקשה הש"ך דבמסקנת הרא"ש מבואר להיפך דלא מהני רק בכתיבה ומסירה ומהאי טעמא פסקו המחבר והרב סי' נ"ה סתם דגובה משום דהוי מתנה כפי' שני של הרא"ש ובאמת הא ליתא דהא הרב פסק להדיא לקמן סימן נ"ה דאפילו לא אמר דיהא מתנה גובה מבנ"ח בלי כתיבה ועיין סמ"ע שם. אך באמת ברור דזה אין ענין לזה דוודאי פשיטא דסובר הרא"ש כהסמ"ע דנמחל שיעבודו מהני לבנ"ח דאל"כ מעיקרא דס"ד דבלי כתיבה מהני קשה הא חספא בעלמא הוא רק דאח"כ משמע לי' להרא"ש דוודאי אף דנמחל שיעבודו לא נמחל שיעבודו מבנ"ח מ"מ ה"מ אם לוה בענתו בתורת הלואה ומסר לו שטר זה גובה בנ"ח אבל שם לא היה הלואה כלל רק הוא התנה עמו בקנין שאם לא יעשה דבר זה נקנה לו השטר זה והשתא אם היה מקנה לו שטר על אחר פשיטא שהיה צריך כתיבה ומסירה וא"כ מה נפקא מיני' ששטר זה הוא על שמו הא כבר פרעו ואין לו עליו כלום ועכשיו בתורת הקנאה קונה אותו וצריך כתיבה ומסירה לכך פי' הרא"ש דאמר בתורת מתנה אבל עכ"פ מבואר דהיכי דהלוה לו שנית על שטר זה גובה בנ"ח דאל"כ חספא בעלמא הוא ומאי יקנה והרב דפסק לקמן סימן נ"ה דגובה היינו משום דמתחלה לוה ממני ונכתב על שמו לא בעי כתיבה ומסירה ועיין לקמן סימן ס"ו בשם ת"ה סימן של"א]. ובספר נ"מ כתב ליישב קושית הריב"ש מהך דפ"ק דמציעא דהיכי דלא מכחיש העדים נאמן אפילו אי במוקדם אינו נאמן לטעון להד"ם ע"ש ולא דק כי ראיית הריב"ש הוא דאינו גובה מבנ"ח דא"כ אלא דגבי מבנ"ח מאי קאמר תיפוק ליה הא במוקדם גובה מבנ"ח והש"ך לעיל סי' מ"ג הכריח מדברי הריב"ש דע"כ דסובר דגם להד"ם יכול לטעון דאל"כ אכתי קשה ותיפוק ליה וזה באמת לא נשמע מהריב"ש כדברי הרב הנ"ל ובלא"ה כבר השגתי לעיל על הש"ך בזה אבל קושית הריב"ש גופא וודאי קשה דהוא לא מקשה רק על הנך דסבירי להו דאפי' פרעתי אינו יכול לטעון כמבואר לעיל סי' מ"ג וזה ברור ואין להקשות לשיטת הסמ"ע דהרא"ש סובר דנמחל שיעבודו גובה מבנ"ח א"כ האיך שייך ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם דמשמע דדינם שוה ובאמת משום מוקדם אפילו בנ"ז לא גבי לדעת הרא"ש כמבואר לעיל סי' מ"ג ובאמת לק"מ כמו שכתבתי מקודם דמוקדם כזה מודה הרא"ש דגובה מבנ"ח כיון שהשטר והעדים נעשו מתחלה בהכשר ומה שהשיג הש"ך על ראיית הסמ"ע מדברי הטור ומחבר לקמן סי' פ"ג וכתב דמשם ראיה להיפוך דמשמע להדיא בש"ס ורשב"ם דאם טוען חזרתי ולויתי ממך בטל השטר לגמרי ובתומים תמה

על ראיה זו דהתם השטר אינו על שמו דמיירי בערב התם ובאמת ראיית הש"ך מדברי הרשב"ם שם בשם הר"ח דהך שטרא זייפא דלעיל ג"כ הפי' שטר פרוע ש"מ דבטל לגמרי והתם היה על שמו וכן לקמן סי' פ"ג ולקמן סי' נ"ז מבואר אפי' על שמו. אך באמת אין מזה קושיא על הסמ"ע ואדרבא הוי סייעתא דהתם מיירי שהוא אומר שהלוהו אבל לא נמסר השטר לידו על הלואה זו השניה רק השטר נשאר בידו ממילא אבל לא מסרו על הלואה זו לראיה רק שנאמינהו במיגו שהשטר לא נפרע והוי שפיר מיגו להוציא וזה שדקדק הסמ"ע שהשטר לא ניתן בידו מעולם בתורת ראיית הלואה אבל כאן שהוא אומר שהשטר נמסר בידו לראיית הלואה שפיר מהני לבנ"ח וכן מבואר בלשון הסמ"ע ולק"מ וכן מה שכתבו הט"ו לקמן סי' נ"ז היינו ג"כ באמר החזרתים לך אבל אינו אומר שנמסר לו שנית לראי' על הלואה שני' וזה שדקדק הסמ"ע וכתב וז"ל משא"כ בזה דטוען ואמר דחזר הלוה ולוה בו ואמר לו שהי' בידו שטר זה לראי' ולגבות בו [אך מה שחילק הסמ"ע ממוקדם דהתם משום קנס לא נהירא דהא חכמים לא קנסו היתרא אטו איסורא רק הטעם דהתם אין העדים עדים כלל דהשטר נעשה בפסול והלכך במוקדם כזה מודה הרא"ש דגובה מבנ"ח כמו שכתבתי מקודם ומה שהביא ראי' מדברי הרמב"ן בחידושיו פרק גט פשוט והר"ן ופ"ד דנדרים דכ"ז שהקשו במאי גובה דהא נמחל שיעבודו ולא תרצו דגובה מבנ"ח לק"מ לפע"ד דוודאי אם לוה ממנו ומסרו לראי' מודים דגובה מבנ"ח והתם שאני דלא לוה כלל רק הוא מקנה לו שטר זה בתנאי א"כ בעי כתיבה ומסירה כמו שכתב הרא"ש שם ומהאי טעמא מוקי לה התם במתנה דסבירי להו אף שהוא על שמו בעי כתיבה ומסירה כיון שלא לוה כלום רק מקנה לו האותיות ומה שהביא ראי' מדברי הריב"ש סי' שפ"ב והנה ראיית הריב"ש מהך דערבא וכבר דחיתי מקודם ראי' זו גם בלא"ה כתבתי דמוהד' דאדרבא מדברי הרא"ש פ"ד דנדרים מבואר דמוקדם כי הך לכ"ע גובה מבנ"ח א"כ ע"כ ליתא להריב"ש ודו"ק:

ועיין תומים מה שהאריך בענין זה ולפי שהעל' שם דין מחוד' בזה אשיב ידי על סדר דבריו בקצרה מה שכתב דטעמו של הסמ"ע כיון דעדי מסירה מהני למשעבדי ה"ה הודאתו כמאה עדים לבנ"ח ולא נהירא דא"כ תינח בטוען פרעתי א"כ מודה שמסרו אבל אם כפר שלא מסר לידו כלל רק נשאר בידו מקודם או שנפל ממני והוא מצאו א"כ כיון שהוא מודה שפרעו פעם אחת הרי נמחל שיעבודו לגמרי ולמה יהא נאמן לומר שמסרו לידו שנית כיון דהוא כופר ולפי זה גם פרעתי נאמן במיגו דלא מסרו לידו מעולם ומה שהביא ראי' מהך דפ"ק דמציעא דבשטר שאין בו אחריות בוודאי לא נמחל שיעבודו דאל"כ לוקמא בהכי ולא הוי מוקדם וגם זה אינו דכבר כתב הסמ"ע דאפילו בכתב יד כל

שאינו בו ביום הוי מוקדם ואסור לחזור וללות בו ואפילו לשיטת הש"ך דבעינן דווקא עדים מ"מ הא בשטר חתומים עדים תדע דלפי סברתו לוקמא בלהד"ם דלא מסרו כלל] גם מה שדחה הראי' מערבא כבר השגתי מקודם גם מה שכתב לדחות הראי' מהרמב"ן והר"ן דהתם לא מהני עדי מסירה דאזיל שם למ"ד אין עדי מסירה כרתי א"כ אף מסירתו בינו לבין עצמו אף לבנ"ח לא מהני והיינו לפי שיטתו דהטעם הוא דהודאתו כעדים ובאמת אין זה הטעם כלל כמו שכתבתי ומה שהכריח דע"כ מיירי התם למ"ד אין עדי מסירי כרתי דאל"כ תיקשי מאי קשי' להו להרמב"ן והר"ן דהא י"ל דמוסר לפני עדי' נלפע"ד ליישב דוודאי עדי מסירה לא מהני רק מדעת המתחייב אבל שם בע"כ הוא חוזר בו אח"כ שלא ליתן ומעיקרא חספא בעלמא הקנה לו דבלי עדי מסירה הוי כחספא א"כ אינו מועיל עדי מסירה אח"כ והכא שאני דמסר לו בעדי' מעיקר' ברצונו ולא שייך לומ' דמעיקר' החתי' עצמו שאם לא יעשה כן יועיל עידי מסירה שלא ברצונו זה דבר שאינו עולה על הדעת כלל ולא שייך חיוב בכהאי גוונא כיון דמעיקרא הי' כחספא ודו"ק גם מה שכתב בכוונת הרא"ש פ"ד דנדרים דסובר כהר"ר יונה דלהד"ם לא מצי טעין ומיירי הכל לענייו להד"ם ליתא דכבר כתב הש"ך לעיל סי' מ"ג בשם הרבה פוסקים דדעת הרא"ש דמצי טעין להד"ם ומה שהקשה הא הוי מוקדם כבר כתבתי ליישב דבהא מודה כיון שהעדים מעיקרא חתמו על שטר כשר וזה ברור גם מה שהביא מירושלמי והעלה דיש חילוק בין בו ביום או ביום מחר דביום מחר מודה הסמ"ע כיון שאין עליו עדים כטעם שני ובזה השיג על הריב"ש מלבד מה דמדברי הסמ"ע מבואר להדיא להיפך שהרי ראייתו מהרא"ש והתם מיירי ליום מחר ולאחר זמן רב ומ"מ דעתו דמהני לבנ"ח גם עיקר פירושו בירושלמי לא נהירא כלל וכוונת הירושלמי פשו' דוודאי בשטר גמור ג"כ אין עדים רואין מסירת השטר בהלואה רק לאביי כותבין דעבחז"ל ולרב אסי בקנין אבל מ"מ מלוה שהוציא שטר עיקר מה שאנו סומכין על העדים היינו שהשטר אינו מזויף ולא כתבו המלוה בעצמו ועל זה הוי העדאת העדים וזה לא חיישינן שמא נפל מהלוה ומצאו וכמו כן לא חיישינן לפרעון משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ולא מחמת העדים הילכך אי לאו טעמא דנמחל השיעבוד היה כשר כמו כל השטרות דהא בזה ליכא למיחש שהמלוה כתבו בלתי ידיעת הלוה דהא עדים חתומים בו ובוודאי בהסכמת הלוה נעשה ולשמא נפל לא חיישינן כמו בכל שטר וכמו כן לפרעון דהי' נוטלו ממנו כמו בכל שטר ועל זה קאמר הטעם דנמחל שיעבודו ולפי זה בלי האי טעמא אפי' לזמן רב מהני כנ"ל א"כ לבנ"ח דלא שייך נמחל שיעבודו מהני ואפי' לאחר זמן ומה שהשיג על מע"מ נכון הוא דהא רש"י פי' להדיא משום מוקדמין א"כ ע"כ דלא קאי אנמחל שיעבודו כלל ומה

שהאריך להקשות דמה קאמר לפריעה בת יומא לא חיישינן שמא מאוחר הוא וכמו כן מאי ראי' מר"י שמא מיירי במאוחר ומה שתירץ דלר"י צריך לכתוב ואיחרנוהו לא ידענא מאי הועיל ס"ס תיקשי מאי קושיא מנמחל שיעבודו התם במאוחר דכתיב ואחרנוהו דליכא משו' מוקד' ור"י דמעיקר' מיירי בסת' שטר ולא חיישינן למאוחר לכן נראה דוודאי כל הסברא דלפריעה בת יומא לא חיישינן היינו משום דוודאי עיקר הטעם מה שאין אדם פורע ת"ז דגליי דעתי' שצריך למעות כל הזמן ומ"מ בנפל חיישינן דילמא אירע דפרע ואיתרמא לי' זוזי אבל כך לפרוע ביום הראשון של הזמן וכיון דהוא לוה מתחילה והיה בדעתו שיצטרך למעות עד תשלו' הזמן היאך יארע דנפרע מיד ביום ראשון ולפי זה במאוח' ג"כ כיון דכך לוה מתחיל' שיתחיל הזמן להבא הרי זה בדעתו דאז התחלת הזמן ויצטרך למעות כל הזמן והיאך יארע דהיה לו מעות קודם הזמן שהוגבל מתחילה שהיה לדעתו התחלת הזמן ואז לא יצטרך כלל למעות זה לא שכיח כמו פרעון בת יומא הילכך לא חיישינן ג"כ דהיה מאוחר ופרע קודם ובזה היה מקום ליישב ג"כ הקושיא דלוקמא בשנה סתם דבזה ג"כ כיון דהתחלת הזמן לשנה שניה דלכך כתב סתם הרי דמתחלה היה בדעתו דאז יתחיל זמן הלואה והיאך ניחוש דאז קודם כבר פרעו ואם ניחוש לזה גם לר"י ניחוש למאוחר וע"כ דלא דפי' דברי ר"י כן ולפי הנ"ל ניחא דוודאי פירוש דברי ר"י כן דאין חיילקו חיישינן ושפיר פריך והשתא אתי שפיר ג"כ מה שהקשה על הרשב"א בין פירעון בת יומא לזה כדמוכח מדברי ר"י דלא חייש למאוחר כמו דלא חייש לפרעון בת יומא ודו"ק:

אך באמת נראה דבלא"ה לא קשיא משנה זו וחודש סתם דהא כתב הסמ"ע דכל שאינו בו ביום אכתי יש לחוש למוקדם לענין קדימת בנ"ח ולפי זה נראה ברור דבשנה סתם נהי דאפילו יש עדים שראו בידו השטר לא גבי משועבדי' משום דבעינן מוכח מתוכו או דאמרינן דמעיקרא לא נשעבד רק מסוף השנה מ"מ פשיטא דלענין קדימת בנ"ח כל שמביא עדים שראו השטר בידו ולוה קודם גובה קודם למאוחר דלענין בנ"ח לא בעינן מוכח מתוכו כלל ולפי זה שפיר פריך ותיפוק ליה דהוי ליה מוקדם והשתא יש לחוש שלוה אחד באמצע שנה זו מאוחר להלואתו של זה ולקוחות יקנו בסוף שנה והשתא הוא אינו יכול לגבות משועבדים דבעינן מוכח מתוכו אבל בנ"ח גובה קודם והשתא אם נחשוב מהלואה שניה שהיתה אחר קנית הלקוחות יגבה המאוחר קודם בנ"ח שהוא קודם להלואה שניה והוא לא יוכל לגבות לקוחות שקנו קודם להלואה שניה משא"כ עכשיו שלא נודע הלואה שניה יגבה הוא בנ"ח קודם למאוחר והמאוחר יגבה משועבדים ויפסדו לקוחות שלא כדין והוי שפיר מוקדם ופסול א"כ שפיר פריך ותיפוק

ליה דהוי מוקדם ופסול ולא גבי בנ"ח ומשועבדים כלל ומאי נ"מ בנמחל שיעבודו כנ"ל ודו"ק ומה שהאריך הש"ך עוד להשיג על מהר"ם לובלין כבר הארכתי בזה לעיל סי' מ"ג ע"ש: (ג) שחזר ומסר לו לפני עדים. עש"ך דבעינן עדי חתימה בעצמן יהיו עדי מסירה ובתומים השיגו ועיין בספר נ"מ ס"ה מה שביקש ליישב אבל לפע"ד נראה עיקר דעדי מסירה לבד סגי אפילו אחרים ויש ראיה לזה דאל"כ מאי פריך בש"ס ותיפוק ליה דהוי מוקדם הא משכחת לה כשנתן לו השובר בשעת הלואה שניה על הפירעון הראשון א"כ משום מוקדם ליכא דאף דאמרינן שובר לגבי לקוחות ליכא היינו דבין כך שמיט ואכיל פירי אבל לקנוניא לא חיישינן ועיין לעיל סי' מ"א בתומים א"כ נראה פשוט דמשום זה פשיטא דלא נפסל השטר שלא לגבות בו כלל ולא שייך לגזור בשביל זה דשמיט פירי קודם שיקחו השובר א"כ משום מוקדם ליכא ומשום נמחל שיעבודו איכא וע"כ צריך לומר דא"כ לעולם לא יפרענו שיהא שוברו בידו שפרעו ואי דימסר לו עכשיו בעדי מסירה א"כ יטרוף אח"כ בעדי מסירה ולא יועיל השובר שזמנו קודם המסירה הא ליתא דבעדי מסירה משום נמחל שיעבודו נמי ליכא אבל אי נימא דכל שאין עדי חתימה עדי מסירה הוי נמחל שיעבודו א"כ משכחת לה כהנ"ל ומאי קושיא אלא וודאי כמו שכתב הכנה"ג דעדי מסירה בלבד אפי' אחרים מהני אך לפי זה צ"ע על הפוסקים דלא מהני עדי מסירה בשטרות א"כ משכחת לה כנ"ל ולשיטת הש"ך לעיל סי' מ"א ס"ק י"ב דגם בשובר חיישינן לקנוניא ניחא ע"ש:

על חו"מ סימן מט

א ששם הלוה פב"פ עסמ"ע ס"ק ב' ויען כי דברי הסחמע תמוהין לפע"ד כמו שאבאר צריך אני להאריך קצת גרסינן בב"ב דף קס"ז כותבין גט לאיש ושובר לאשה ובלבד שיהיו מכירין ופריך בש"ס ניחוש דלמא כתב גיטא לאיתתא אחרינא ושובר לאיש אחר ומשני דצריך להכיר. שם האיש ואשה בגט וכן בשובר שם האשה והאיש ופריך וניחוש לשני יב"ש ומשני שני יב"ש אין מגרשין נשותיהן זה בלא זה והנה יש לתמוה תינח בגט בשובר אכתי קשה ניחוש לשני יב"ש והיינו דשמות הלוה והמלוה שווין ולא מצינו בזה שיהא הדין שלא יכתבו רק זה בפני זה והנה הסמ"ע כתב בשובר וז"ל ותו לא חיישינן שמא יש מלוה ולוה אחר דשמם כשם אלו שבאו לפניהם. והוא תמוה דהא בש"ס מבואר דחיישינן לזה גם תימה על הסמ"ע דוודאי בהא פשיטא דליכא למיחש בלא"ה דלמה לו למסור שובר ללוה השני בלא"ה כיון שיש עוד לוה ששמו כשמו לא נצטרך לפרוע השטר דשיב"ש אין מוציאין שט"ח עליהם ועוד קשה נהי דלשנים לא חיישינן

מ"מ אכתי יש לחוש דאותו הלוה בעצמו חייב גם למלוה אחר ששמו כשם המלוה זה ומה יועיל במה שמכירין שניהם גם מה שכתב אח"כ אבל בשטר הלואה וכו' דליכא למיחש שמא יש עוד אחר ששמו כשמו וכו' דא"כ גם כשנכיר שם המלוה איכא למיחש ע"כ ובאמת הא ליתא דבהא פשיטא דליכא למיחש דהא שני יב"ש אין מוציאין שט"ח עליהם וזהו עיקר טעמו של ה"ה דלא בעינן שיכיר המלוה לכן דבריו מגומגמין בזה] לכן נראה לפרש כך והוא דיש להבין ברשב"ם שם שפירש דהחשש הוא שתנשא לאחר באיסור והתוס' שם השיגו על פירושו דבלא"ה יש חשש מכתובה דתגבה שלא כדין וביותר יש לתמוה על רשב"ם דמעיקרא פי' הוא בעצמו משום שתגבה הכתובה שלא כדין ולמה פי' אח"כ משום איסור גם הקשו התוס' שם דלאיסור ליכא למיחש כיון דעדי מסירה יקראו הגט אבל לפעד"נ ליישב דברי רשב"ם בפשיטות והוא דוואי יש להבין בש"ס שם דמעיקרא פריך בין בגט בין בשובר ואח"כ שתירץ דבעינן שיכירו שניהם לא פריך משובר כלל רק מגט ומשני דאין מגרשין זה בלא זה לכן נראה ברור דוודאי עיקר החשש מעיקרא בשובר דס"דד לא בעינן שיכירו רק שם המלוה בלבד או שם האשה א"כ אח"כ לא יוכל לומר אני לא לקחתי שובר רק ממך משא"כ עכשיו דבעינן שיכירו שם הלוה והמלוה א"כ אח"כ כשיוצא הלוה השובר על המלוה השני יברר הוא שלקח שובר באותו יום מן המלוה הראשון א"כ פשיטא שלא יוכל לפטור עצמו בשובר זה ממנו דוודאי אף שמוציאין שובר על אחרים היינו שהוא יכול לפטור עצמו ולומר ממך. קבלתי אבל כשיתברר שמן המלוה הראשון לקח שובר זה כדמותו כצלמו היאך יכול לפטור עצמו ממנו א"כ כשהעדים מכירין הלוה ג"כ שוב אין לחוש שיכול לברר שהלוה לקח שובר מן המלוה הראשון משא"כ כשלא יכירו הלוה כלל וזה ברור הילכך כדמשני שמכירין האיש והאשה שוב לא קשיא משובר כלל כיון שיתברר שאשה השנית ששמה כשמה לקחה שובר כדמותו כצלמו א"כ בוודאי יש לחוש שהיא מסרה השובר לבעלה של זה וכמו כן בגט אין לחוש לכתובה כיון שיתברר שהאיש השני כתב לו גט כזה ממש א"כ יוכל לומר שממני קיבלה הגט והוי כמו שאר יב"ש שאין יכולין להוציא עליהם שט"ח וכ"ש כאן שיתברר באמת שיב"ש השני באמת כתבו לו גט כזה ממש וזה שפירש רשב"ם לענין איסור דבזה שפיר יש לחוש שתלך למקום אחר ותנשא בגט זה אבל לענין אפושי ממונא אין לחוש עכשיו לכלום שהרי אם יכירו האיש ואשה א"כ אם ימסור הגט לאשת חבירו או היא תמסור השובר לאיש אחר העדים ידעו מזה כיון שמכירין וקיל יוצא ויתברר השקר ולא יצטרך לפרוע אבל לאיסור יש לחוש ועל זה משני דאין מגרשין זה בלא זה ואין לחוש אבל לענין אפוקי ממונא אין צורך לזה כנ"ל וזהו כונת

ה"ה דדוקא בשובר יש לחוש בלא הכרת הלוה דהמלוה השני לא ידע אם קיבל הלוה שובר מן המלוה הזה משא"כ במכירין ידעו שקיבל שובר זה מהמלוה הראשון ופשיטא שלא יוכל לפטור עצמו ממלוה שני לומר שגם ממנו קיבל שובר כזה אבל בהלואה לא בעינן שיכיר שם המלוה דהא אם ימסור השט"ח למלוה אחר או לזה שיתבע מלוה אחר ששמו כשמו לא יועיל דאין מוציאין שט"ז על שני יב"ש וזה ברור לפע"ד אך מה שהקשו על הרמב"ם דמה צורך להכיר שם המלוה בהלואה נראה לפע"ד דלק"מ כמו שכתבתי לעיל סי' ל"ט דוודאי אף דאין מוציאין שט"ח על שני יב"ש מ"מ כמו דאחר יכול להוציא עליהם שובר והיינו משום דהוא מוחזק א"כ ה"ה שאם יב"ש חייב לאחר ואחר חייב לו בוודאי האחר פטור שיאמר שבאמת הוא חייב לו ולא יב"ש השני ובמקום דלא שייך אינו הייתי חייב לך כדלקמן סי' פ"ה א"כ בשטר יש לחוש כמו בשובר דאם אין מכירין המלוה יוציא השט"ח על יב"ש אחר ואותו אחר יש לו שט"ח עליו ויפטור עצמו בשטר זה כמו בשובר ואי משום דא"כ מה מהני הכרת המלוה הא ליתא דא"כ בשובר נמי מה מהני כנ"ל וע"כ דכל שמכירין שניהם שוב אין לחוש שיכול להתברר שזה לוה מזה כשטר זה ממש א"כ לא יועיל שטר זה לפטור נגד יב"ש אחר כיון שלקח שטר זה מיב"ש הראשון וזה יוכל להתברר בקל כיון שהעדים מכירין שניהם והקול יוצא עליהם וזה ברור וכמו כן במוכר כשאין לו רק שדה זו ויש עוד אחר שיש לו שדה אחת א"כ יש לחוש שימסור השובר ללוקח ויתבע השדה ממוכר אחר ששמו כשמו ואי דלא יצטרך ליתן לו כיון שיש עוד יב"ש מ"מ כשיש לו שטר על זה לא יוכל להוציא ממנו כנ"ל:

ב ואם שטר מלוה הוא עש"ך ס"ק ב' שתמה דהא במכר ג"כ בלא קנין בעינן הכרת הלוקח למ"ד במכר בעינן קנין כמו שכתב המחבר סי' רל"ח ובתומים כתב ליישב דלא חיישינן לערמה בזה כיון שיכול ליקח קנין משא"כ בהלואה שהיא בין ילוה בין לא ילוה ע"כ. ומלבד מה דמבואר לעיל סי' ל"ט ובכל הפוסקים דהקנין בהלואה אינו כלל אפי' לא ילוה כלל ופשיטא שאם לא ימסור השטר ליכא שיעבוד רק באם ימסרנו יש שיעבוד למפרע מחמת הקנין כמבואר בא"ז לב"מ בסוגיא דמצא שט"ח ע"ש אבל בלא"ה לא ידעתי מאי הועיל בזה גם על הש"ך יש לתמוה הא בלא"ה דברי המחבר תמוהין דבסי' רל"ח כתב להדיא דבמכר אפילו בקנין בעינן שיכירו שניהם שם המוכר והלוקח ע"ש וצ"ע ומה שהקשה בתומים מהך דלקמן סי' פ"ה בלוה שמכר קרקע למלוה וא"כ גם כאן צריך שיכיר שם הלוקח בשביל ערמה. זו והנה מלבד מה דמבואר בירושלמי פרק שני דייני גזירות דהך דינא דהתם אינו רק ביכול לגבות כל החוב אבל אם אינו כשיעור כל החוב לא מהני טענה זו א"כ הכא ליכא למיחש למידי דאי בעולה שיעור החוב לא יפסיד

כלום אבל בלא"ה לק"מ דוודאי הכא ע"כ בשוה שיעור החוב דאל"כ מה טענה היא זו הוא יאמר דבאמת לקחו ממנו והמעות לפרעון באמת הי' ממעות החוב וקיבל שובר על זה וכדומה והיאך יברר שנתן לו מעות על השדה כיון שבאמת לא נתן הוא כלל א"כ ממילא לא יפסיד כלום ואי דשוה כל החוב א"כ פשיטא דלא יפסיד כלום אבל התם מיירי דבאמת לקח השדה ושפיר כתב הטור שם דיכול לומר אילו הייתי חייב לך וזה ברור גם בלא"ה כיון דבאמת אין צריך שיכיר פשיטא שלא יוכל לטעון טענה זו נפסול שטר גמור בטענה זו שלקח השדה דבאמת נאמר מחמת האי טענה גופא שהיא לא לקח רק על שם אחר היה כיון שאין צריך להכיר וגם זה ברור ולק"מ:

ג והיכי דסמיך וכו' ולכן תמוה מה שכתב כאן בהיפך עסמ"ע ס"ק ו מה שהאריך ליישב דברי המחבר והש"ך ס"ק ז' השיגו וע"ש שהאריך דהראב"ד והמחבר ובעה"ת הכל באשה דוקא מיירי ולפעד"נ דהעיק' כהסמ"ע אמנם דבריו מגומגמין ואני אפרש על נכון ודברי הש"ך תמוהין לפע"ד כמו שאבאר. והנה ז"ל בעה"מ שער נ"ג חלק ג' דין ב' וכתב הראב"ד ז"ל שמעינן מינה דהאי שיהא מכירין דאמרינן במתניתין אפילו אפומי דאיתתא ואפומי דקרובים סמכינן כדאמרינן לענין חליצה ואישתמודענא דאחוה מאבוה הוי ומהימן ואפי' מפי אשה דאי מפי עדים בעינן כיון דאמר לי' איהו הוא היכי מצי למיהדר ואעפ"י וכו' ושמעינן מינה דהיכי דסמיך אאשה או אקרוב וחזר ואישתכח טעותא דקא הדר בי' לצורבא מרבנן מקבלינן ולגברא אחרינא דאורחי' למידק לא מקבלינן דוודאי מדקדק והשתא הדר קא משקר עכ"ל. והשתא היאך אפשר לומר דהראב"ד ז"ל בהכרת אשה דוקא מיירי ומשום דאין דרך תלמיד חכם להסתכל בנשים כמו שהבין הש"ך והמבי"ט א"כ תקשי מאי האי דקאמר מעיקרא היכי מצי למיהדר הא עדים מעיקרא אמרו לו שזאת האשה שמה כך אבל האשה עכשיו אינה האשה שהיתה אז שאמרו עלי' עדים ששמה כך גם מאי האי דקאמר ושמעינן מינה היכי דסמיך הא הא לאו מהך שמעינן רק מהא דקאמר דבגר לה קלא כמו שפירש רשב"ם גם קשה שהב"י סימן זה הביא דברי הראב"ד אלו וכתב על זה וז"ל וכבר נתבאר כיוצא בזה בטור א"ע סימן ק"י וכתבתיו בטור סי"ן כ"ע עכ"ל. והרב הש"ך דייק מינה דהכל בהכרת אשה מיירי ואני אומר להיפך אי ס"ד דבהכרת אשה מה זה לשון וכיוצא בו שכתב הב"י הא היינו הך דבהכרת אשה מיירי התם בהדיא והראב"ד נמי בהכי מיירי אמנם דברי הראב"ד מבוארין דהוא דייק מש"ש דקאמר מעיקרא לאו איהו הוא והדר חזר בו דבגר לה קלא משמע דבלא"ה היה נאמן לומר דלאו איהו הוא וקשה אי ס"ד דבעינן מעיקרא עדים כשרים שיכירו שם שניהם א"כ בלא הוחזקו רק שם זה מאחד לבד ולא שנים היאך יאומן הוא

דלאו איהו הוא ומעיקרא נמי ע"כ דהאשה לא היה שמה כך דוודאי כיון שאין בעיר רק שם אחד כך של זו האשה עכשיו א"כ היאך יאומן הוא נגד עדים שהעידו מתחלה על האשה אז ששמה כך א"ל ע"כ דהיא היתה באמת ומזה דייק הראב"ד דע"כ דדין זה שיכירו הוא על פי אשה וקרוב א"כ שפיר היה יכול לומר דהם היו שקרים דע"כ לא היה שמה כך כלל כיון שזו האשה עכשיו שמה כך וצורת האשה אז לא היה כאשה זו ואחרת היתה ושם אחר היה לה וזה שכתב על זה ושמעינן מינה דהיכי דסמיך ואשתכח טעותא והיינו שהוא מכיר הצורה שאינה אשה זו כלל א"כ ממילא אז שקרו לו אשה וקרוב ששמה כשם אשה זו אם הוא צורבא מרבנן נאמן כמו הכא דלולי דהיה חוזר דבגר לה קלא היה נאמן דאין דרך ת"מ לדקדק והיינו שידע בעצמו שמות אנשים ונשים מן העיר ויכירם שזה שמו כך וזה כך א"כ הוא לא ידע מה שם היה לאשה אז והם הטעוהו ששמה כך וכיון שראה הצורה אז ועכשיו רואה ששקר דברו לו כיון שאין כאן רק שם אחד כך א"כ הוא נאמן אבל ע"ה דרכו לדקדק בשמות ויודע ובוודאי גם בעצמו דיקדק וידע אז ששמה כך והיאך יאמר עכשיו דאינה היא כיון שאין כאן רק שם אחד כך א"כ הוא סותר עצמו וכיון שהגיד וכו' דמסתמא דיקדק וידע בעצמו ועוד דאם היה יודע אח"כ שהוא שקר לא הוי שתיק מיד אח"כ כיון דאורחי' למידק משא"כ ת"ח וליכא למימר דהתם שאני כיון דהוי הכרת אשה הא ליתא דאדרבא הוא באמת הכיר בצורתה שהרי אילו לא היה חוזר דבגר לה קלא היה נאמן דכיון דדיקדק כדמוכח התם וע"כ דאף שראה בצורתה מ"מ בת"ח יש עוד סברא שאין דרכו לידע השמות ולהכיר כל אחד בשם לכך נאמן לומר שהטעוהו ומה שפירש הראב"ד בלא הוחזקו ולא פי' בהוחזקו שני שמות אם כן אינם משקרין כלל דאחרת היא ואז שפיר הכירו הא ליתא דאי בהוחזקו פשיטא שלא היה נאמן הוא לומר דהיא היא רק בעינן עדים כשרים על זה ודוקא מעיקרא די בקרוב ואשה אבל עכשיו פשיטא דאם היא מכחשת דבעינן עדים כשרים וליכא למימר דהיו עדים כשרים דהיא היא אם כן מעיקרא היאך היה נאמן וכן פי' בעל גי"ת להדיא דהראב"ד מפרשו בלא הוחזקו כנ"ל:

ומעתה דברי רבינו המחבר מבוארין פשוטים וברורי' דוודאי שני מינים יש בענין זה המין האחד בהכרת הצורה והיינו שהוא ידע בעצמו שם איש או אשה זו אם הי' רואה צורתם רק לפי שלא ראה אינו יודע ובזה באשה יש חילוק בין ת"ח לע"ה דת"ח אף אם היה יודע הצורה היה מכירו מ"מ אין דרכו להסתכל בנשים כ"כ הילכך כשאומר מעיקרא שאינה אשה זו יכול לחזור בו וכן להיפך שאין דרכו לדקדק כ"כ להביט בצורתה אבל באיש לא שייך זה וכל שיודע השם בוודאי דיקדק יפה בצורה ואינו יכול לחזור בו וזהו בהכרת

הצורה ויש עוד מין בהכרת השמות כי הת"ח אין דרכו לידע על נכון שמות האנשים ונשים שבעיר ואין דרכו לדקדק אחריהם ובזה בין איש ואשה אף שהביט יפה בצורתם מ"מ לא ידע שמותם רק על פי אחרים אשה וקרוב א"כ אח"כ שבא אשה לפניו והוא הביט אז בצורתה ורואה עכשיו דלא היא היא נאמן לומר שהטעוהו וע"ה אינו נאמן בזה דוודאי ידע בעצמו ודיקדק לידע השם והצורה הכל על נכון ואינו יכול לחזור בו כלל. ושני דינים הללו נלמד מהך סוגי' דפרק גט פשוט דמהא דקאמר מעיקרא לאו איהו הוא ואי לאו דבגר לה קלא הי' נאמן מבואר המין השני דאף שהביט יפה בצורתה היה נאמן לומר שלא ידע השמות וסמך על אשה וקרוב כנ"ל בשם הראב"ד והמין הראשון נלמד ממה שאמר אח"כ דחזר בו דבגר לה קלא וקשה הא מעיקרא אמר שלא היתה היא והיאך יוכל לחזור בו ומזה מבואר דת"ח לפי שאין דרכו להביט באשה וזה אנו רואין שחזר בו באמת לא דיקדק יפה כדרכו ונאמן אבל מעיקרא קודם שחזר אילו לא היה חוזר היה נאמן והיינו דדק דק א"כ מבואר דינו של הראב"ד כנ"ל] וזה לא נשמע רק באשה שאין דרכו להביט בצורתה כ"כ אבל איש אינו נאמן וע"ה לעונם אינו נאמן ולפי זה מה שאמר אביי אע"ג דאחר רבנן יש לפרשו לפי' הראב"ד בין על מה דס"ד להאמינו קודם שחזר בין לאחר שחזר חד על מין הראשון בהכרת הצורה וחד על הכרת השמות כנ"ל וזה שכתב הב"י בסי' כ"ט מבואר התם בהכרת הצורה וזהו באשה דוקא כמו שהכריע שם אבל הך דהכא העתיק דינו של הראב"ד דמיירי בהכרת השמות וכל סעיף זה בהכי ולשון המחבר הוא לשון הראב"ד וכן התחיל לומר אפילו אשה וקרוב כשרים לומר שכך הוא שמם והיכי דסמיך וכו' הרי להדיא דלא מיירי בהכרת הצורה רק בהכרת השמות ובזה אין חילוק בין אשה לאיש כמו שהוכחתי דאפילו אם דיקדק והביט יפה מ"מ נאמן בשמות כנ"ל וזה שכתב בב"י אחר שהביא דברי הראב"ד וכיוצא בזה כתבתי בסימן כ"ט והיינו כמו דהראב"ד סובר בהכרת השמות אין דרכו לדקדק כמו כן בסימן כ"ט בהכרת הצורה וכל חד וחד כדינא וכן הבעל התרומות מעיקרא דיבר בהכרת הצורה וכתב דוקא באשה אח"כ הביא דברי הראב"ד בשמות ולא חולק כלל וזה ברור שאין בזה ספק והסמ"ע ג"כ כיוון לכל הנ"ל אלא שדבריו מגומגמין קצת וקיצר במובן וכן מה שכתב בב"י סימן כ"ט דרבינו ירוחם מיירי בהכרת אשה דלאו אורחי' למידק כוונתו ג"כ לזה דהיינו הכרת השמות ובזה אין חילוק בין אשה לאיש וכל זה ברור ולק"מ וכן העיקר לדינא: (ד) וכתב שטר עליו. הסמ"ע ס"ק ד' הגיה וכתוב שטר עליו פי' שהיה כתוב אבל אין מורשין לו לכתוב לכתחלה מחמת ערמה והנה ראית מי שהקשה עליו מהך סוגיא דמגילה וימצא כתוב כתב מבעי לי פי' רש"י דכתוב משמע עכשיו וכתב מכבר וזהו היפך דברי הסמ"ע

ממש' ולק"מ גם לא דיקדק ברש"י שם דפשיטא דמודה רש"י דכתוב הכוונה שהיה כתוב לא שיכתוב רק כתוב מורה שעכשיו נכתב ולא היה קודם לזמן זה רק עכשיו בשעה שפתח לקרות מצא כתוב אבל פשיטא דמודה רש"י דכתוב מורה בבירור לאחר הכתיבה שנכתב ולא שכתוב לשון עתיד אבל וכתב הוא לשון עתיד כמו וכתב לה ספר כריתות וזה מורה שכן יכול לכתוב לחובתו וזה שהגיה הסמ"ע וכתוב ומה שאמרו שם כתב מבעי לי' אין הכוונה בקמץ תחת הכ"ף דזה אינו לשון כלל לומר וימצא כתב בקמץ רק הכוונה דהיה לו לכתוב וימצא כתב בשוא תחת הכף וקמ"ץ תחת התי"ו וזה מורה שמצא כתב מכבר. אבל כתוב מורה שעכשיו נכתב מעצמו ולק"מ ומ"מ אינו מוכרח כ"כ להגיה כי וכתב ג"כ פעמים מורה שכבר כתב וגם כוונת הסמ"ע כן רק דרצונו לומר דכתוב בא לאפוקי לכתחילה משא"כ וכתב דמורה על לכתחילה ג"כ:

ה מאחר שלא הוחזקו עיין סמ"ע וש"ך מה שדחקו ליישב לשון המחבר וקאי אסיפא. והנה הב"ח כתב דהכוונה דטוען דהוא צוה לעדים לכתוב שטר ליב"ש והלך איש אחר ואמר שהוא יב"ש וכתב לו השטר ובאמת הוא אינו חייב רק ליב"ש האמת וכתב דמהאי טעמא באמת מצריך הרמב"ם הכרת המלוה והלוקח מחשש זה ע"כ:

ודבריו תמוהין לפע"ד דא"כ אכתי תקשי מה זה שכתב הרמב"ם מאחר שלא הוחזקו אפילו הוחזקו ג"כ אינו נאמן בזה ואדרבא בזה כ"ש דאינו נאמן דוודאי העדים לא כתבו לו רק ביודעין שלזה צוה הלוה כיון שיש שנים ששמותיהן כן גם מה שכתב דמהאי טעמא מצריך הרמב"ם הכרת המלוה הוא תמוה ג"כ דלפי זה לא שייך טעם זה רק באין הלוה והמלוה ביחד לפני העדים אבל אם הם ביחד והלוה צוה שיכתבו לזה יכתבו בלי הכרה וזה מבואר ברמב"ם להיפך וכן מה שסיים וכתב ושמא יבואו שנים וישנו שמותיהן ויעשו קנוניא לחייב איש אחר מבואר דלא כהב"ח ולפעד"נ בכוונת הרמב"ם בפשיטות דוודאי בהוחזק ג"כ אינו נאמן בטענה זו דשני יב"ש מוציאין על אחרים אבל מ"מ נראה דיש נ"מ בזה אם יכול להשביעו והיינו שיטעון דבאמת פרע לשני והי' השני ירא לתבעו ממנו מחמת השבועה ולכך מסר השטר לאחר ששמו כך וידע בו שהוא לא יטעון שקר לעוות הדין ויאמר שאינו חייב לו ולא נאמן א"כ יוכל להשביעו אבל בלא הוחזקו רק שיאמר שהוא העלה שמו כך לתבוע ממנו אינו נאמן אפילו להשביעו כיון דלא הוחזקו ודו"ק:

ובספר גי"ת שער ל"ג הקשה על מה שכתב ה"ה בשם הרמב"ן שהקשה שם למה אין חוששין שמא יש בעיר אחרת ששמו כשמו כיון דאין כותבין שם המקום בשטרות משמע דבגט שכותבין שם המקום אין לחוש ובאמת בש"ס מקשה וליחיש דילמא אזיל למתא

אחריתי גבי גט ע"ש שהאריך. ובאמת לק"מ דהתם הקושיא דבאמת לא יהא שמו יב"ש רק שהוא ילך לעיר אחרת ויחזיק שמו כך ויכתוב שם גט בשם המקום ואח"כ ישוב לביתו וימסרנו לאשתו של יב"ש האמת והיא תאמר שנתגרשה הימנו בגט זה באותו המקום שכתוב בגט ושם אין יב"ש כלל ויהא הגט כשר ואי משום דיברר שלא היה אז שם רק בעיר זה הא ליתא חדא דבאמת יהא איש עובר ושב מעיר לעיר ואפשר שהיה שם באמת ומ"מ כתבו לזה גט ששם היב"ש באמת לא נתחזק שם שלשים רק שמו של זה שהערים שהוא יב"ש ועוד דתוציא לאחר זמן רב ולא יוכל לברר אבל הרמב"ן מקשה דניחוש דבאמת הוא יב"ש וילך לעיר אחרת א"כ נצטרך להקשות לפי שאין כותבין שם המקום בשטרות שאילו היה כותבין לק"מ שאם יכתוב שטר בעיר אחרת וילך לתבוע יב"ש שבעיר זו א"כ כיון שכותבין שם שם המקום הרי יש שם שני יב"ש ולא יוכל לגבות כלל וכן מוכח בש"ס דמקשה שילך ויחזיק שמו יב"ש ולמה לא פריך דהוא יב"ש האמיתי וילך לעיר אחרת ובזה לא שייך תירוץ הש"ס וע"כ משום דכותבין שם העיר אין לחוש לזה וזה ברור:

ו מי שהוחזק בשם כינוי בעיר וכו' עד סוף הסעיף דין זה צריך בירור היטב כי הרב המחבר עירבב הדברים כי לא ראה מקור דין זה בתשובת הרא"ש שהרי בב"י כתב שמצאו כתוב בספר חזה התנופה ובאמת הוא מבואר ג"כ בתשובת הרא"ש כלל ס"ח בשאלה לפני סופו] בד"ה עוד מה שכתבתי וצריך להעתיק לשון הרא"ש שם ויתבאר הכל על נכון. והנה השאלה היתה על מי שהיה מוחזק בכינוי אחד ויצא עליו שטר באותו כינוי ולבסוף נודע לו שהיה לו בארץ מולדתו כינוי אחר וצוה הרא"ש לכתוב שטר אחר ושאל השואל היאך הכשיר כיון שלא נעשה שלוחו אז על זה הכינוי ודוקא היכי דטעו וחוזרין ועושין שליחותן אבל הכא לא טעו כלל שכך נתחזק הכינוי כאן וא"כ למה יחזרו ויכתבו מה שלא נצטוו כלל והשיב הרא"ש וז"ל תשובה מה שאמרת דלא אמרינן כותבין ואפילו מאה פעמים אם לא היכי שטעו בו היינו דוקא בענין גט שליחות וצריך שיאמר הבעל לסופר כתוב ולעדים חתמו הילכך אי לא טעו אמרינן כבר עשאו שליחותן וצריך שיאמר להם הבעל פעם אחרת אבל בשטרות לא שייך למימר הכי עכ"ל הרא"ש ומעתה יש לתמוה בדברי הרא"ש שהרי מתוך תשובתו אתה למד דסובר כדעת הרשב"א שהביא הרב בהגה' דלא אמרינן עשו עדים שליחותן רק בגט ולא בשטרות אפילו לא טעו ואולם באותו הכלל סי' ל"א מוכח בהדיא דאפילו גם בשטרות אמרינן עשו עדים שליחותן רק שחילק שם בין טעו ללא טעו והביא ראיה מההוא דנפאתה וטפאתה דגיטין ואמת שסיים שם הרא"ש וז"ל לא מבעי זה שנכתב בטעות אלא אפילו

נכתב כדין ובא ליד המלוה וידעו העדים שנקרע ולא נפרע כותבין שטר אחר וכו' ולא אמרינן עשו עדים שליחותן עכ"ל ולפי זה יש לומר דהכא נמי כוונתו דלא דמי לגט שצריך שיאמר הבעל לסופר כתוב כמו בהך תשובה הנ"ל דין כ"א אך לפי זה יש לתמוה על המחבר שהעתיק דברי הרא"ש כאן ומשמע בהדיא דדוקא אם טעו אמרינן דעדיין לא עשו עדים שליחותן וכן הרב בהגה' כתב וה"ה בשאר טעות ובאמת בדברי הרא"ש מבואר דלאו משום טעות נגעו בה רק דלא דמי לגט כלל ואפילו לא טעו לא אמרינן עשו שליחותן וביותר יש לתמוה על הרב בהג"ה שכתב על זה שני' וי"א ובאמת גם הרא"ש מודה להרשב"א שהרי כתב בהדיא ממש כלשון הרשב"א כנ"ל וגם בטור צ"ע דמעיקרא הביא דינו של הר"אש בכינוי דלא אמרינן עשו עדים שליחותן ואח"כ כתב וכן אם טעו בשם הלוה והמלוה וקשה הא אין ענין זה לזה דמעיקרא לא הוי טעות כלל רק הטעם דלא דמי לגט ואח"כ הוא משום טעות ואפילו בגט הדין כן והיאך כתב וכן הא כ"ש הוא כיון דאפילו בלי טעות כותבין כ"ש בטעות דאפי' בגט מותר:

לכן נראה ברור דוודאי בלא טעו וכתבו כינוי שבאותה העיר נהי דלא דמי לגט מ"מ כמו שכתב הרשב"א שהביא ב"י דאף דלא דמי לגט מ"מ ה"מ לענין החוב והענין בעצמו אבל לענין אחריות מודה הרשב"א דלא שהרי כתב וכן נמי בשטר מכר כל שחוזרין וכותבין אחריות עכשיו משתעבדים נכסיו בשטר זה והם כבר עשו שליחותן והתם הרשב"א בהרשאה מיירי לכך לא דמי לגט ולפי זה גם כוונת הרא"ש כן דשם אף שלא היה טעות כלל הכשיר לכתוב פעם שנית היינו בלא אחריות אבל שם סי' ל"א מיירי בשטר באחריות לכך הכשיר מטעם טעות אבל בלי טעות לא דעשו שליחותן ומה שכתב לא מבעי אם טעו היינו דאפילו לא טעו רק אבד כותבין לדעתו דנאבד ונקרע הוי לדעתו כמו טעו כיון שלא הגיע לתועלת המצטרך אליו כמו שכתבתי לעיל סימן מ"ג ס"ק באריכות ע"ש אבל בלא טעו וישנו לפנינו אין כותבין שטר אחר לענין אחריות אבל בלי אחריות כותבין ואפילו לא טעו דלא דמי לגט וזה ברור וזהו כוונת הטור דמתחלה זכר דעת הרא"ש בכינוי דהוא בלא טעות דלא אמרינן עשו עדים שליחותן דלא דמי לגט וזהו מדברי הרא"ש כלל ס"ח דין כ"א הנ"ל אח"כ כתב וכן אם טעו בשם הלוה בזו ג"כ לא אמרינן והיינו אפילו לענין משעבדי והם שני דינים מחולקים לא ראי זה כראי זה ולפי זה דברי המחבר מגומגמין בזה שעירבב שני התשובות ביחד ובאמת אין דינם שוה ודברי הרב בהגה' יותר תמוהין שעשה מחלוקת בין הרשב"א והרא"ש והלא דברי הרא"ש הם דברי הרשב"א ובתומים רוצה לומר דהרב בקנין מיירי ואזיל לשיטתו לעיל סימן מ"ג וכבר השגתי עליו לעיל שם גם בלא"ה המעיין בד"מ יראה להדיא שכתב

דלהרשב"א אין מקום לדינים אלו בשאר שטרות הרי להדיא שהבין כפשוטו דהרשב"א סובר דכל הדין דעשו עדים שליחותן לא שייך בשטרות ויפה השיגו הש"ך אך כולם לא ראו תשובת הרא"ש שהבאתי ואילו הוי חזי לה פשיטא שלא היו כותבין כן גם הש"ך לא ראה אותו שהרי לא חילק בין כינוי לטעות השם גם לא השיג על הרב מדברי הרא"ש אלו ומה שכתבתי הוא ברור ומה שכתב המחבר ויש מי שאומר שאפילו לא כתבו אחר ברור דהוא דוקא לענין עצמותו של שטר שלא יוכל לכפור בו ולטעון פרעתי ואפילו טעו אבל לגבות משעבדי בעינן מוכח מתוכו וכל שאין יכולין לכתוב אחר לא גבי משעבדי ולק"מ קושית התומים בזה: (ז) אם יש בו קנין וכו' דבריו סותרין זה את זה. כל האחרונים האריכו ליישב דברי המחבר וכל דבריהם אינם נכונים לפע"ד והוא כי מה שכתב הש"ך ותורף דבריו דבקנין יכול לטעון שהחזיר לו השטר וסמך שלא יוכל לגבות בו דכותבין שטר ללוה בלי מלוה ומתחלה לקח שטר זה דהיה סובר כתנא דברא דאין כותבין כיון דפלוגתא דתנאי הוא [ובספר נ"מ תמה עליו דתנא דברא לא פליג רק בלי קנין משא"כ בקנין ודבריו תמוהין דפשיטא דלדידן דקיימא לן אין כותבין רק בקנין פשיטא דהמחלוקת בקנין דאל"כ הא קיימא לן כתנא דמתניתין וזה ברור) אבל בלי קנין דלכ"ע אין כותבין אינו יכול לומר סמכתי שאוכל לטעון החזרתי א"כ מעיקרא היאך לקח שטר כזה ובמאי טעה זהו תורף דבריו ואינו נכון כלל כי מה שכתב דמעיקרא היה סובר כתנא ברא קשה במה נפשך אי דלא היה מקודם עם הלוה א"כ הרי ראה דכותבין בלי מלוה וע"כ דמתחלה היה באמת בפניו ג"כ א"כ עדיין יוכל לומר סמכתי נפשי שאוכל לטעון החזרתיו לך ואי דהיאך לקח מתחלה שטר זה כיון דבאמת ראו עדים שהשטר נמסר לידו א"כ הוא יוכל לברר ע"י העדים אבל להחזיר לו לא היה ירא שהוא לא יוכל לברר ע"י העדים דהא באמת היה בהיפך א"כ יוכל לומר שפיר ברר דבריך ע"י העדים ואם היה השטר בידי הייתי מברר באמת ובתומים כתב ליישב דבלי קנין אינו יכול לומר סמכתי שלא יוכל לטעון ממני הוא כיון דכותבין הא באמת אין כותבין רק בצירוף המלוה אבל בקנין יכול לומר במה נפשך לכך החזרתי לו השטר כי לא יראתי שיתבע ממני במה נפשך אם לא יביא עדי השטר א"כ יהא השטר חספא מחשש דכתבו לעצמו ואי דיביא עדים א"כ יעידו מי הלוה מי המלוה וזה אינו חושש שיבואו וישכחו מי היה הלוה עכ"ד. והוא תמוה במה נפשך כיון דבלי קנין אינו יכול לומר סמכתי שמא לא יבואו עדים ולא ניחוש שמא כתבו לו לבדו כיון דהוא בלי קנין א"כ בקנין נמי נהי דאם יחזרנו אין לחוש במה נפשך מ"מ ס"ס היאך לקח הוא מתחלה שטר כזה הא גם הוא לא יוכל לגבות מהאי טעמא ושמא לא יבואו העדים ואי דאינו חושש שמא לא

יבואו א"כ בלי קנין נמי יאמר שסמך על העדים ועכשיו אינם כאן וע"כ דהא ליתא דשמא לא יבואו א"כ ה"ה בקנין ועוד דבלא"ה לא ידעתי מאי הועיל הא מ"מ מ"ש הך טעמא דפרעון והחזיר השטר מהך טענה דהוא הלוה ולמה לא יוכל לומר סמכתי נפשי אהך טענה דהחזרתי ואי משום דלמה לקח הוא שטר כזה הא יכול לומר דסמך שיברר בעדים כיון דבאמת הי' לפניו משא"כ הוא לא יוכל לברר וע"כ דזו אינה טענה דהי' לו לחוש שמא לא יבואו עדים וימותו או ילכו א"כ בקנין נמי היאך לקח שטר כזה שמא לא יבואו העדים ולא יגבה מחשש שכתבו לעצמו והוא קילס פי' זה מאוד ולא יכולתי לידע מאי קאמר כמו שכתבתי ואי דסובר מסברא דהך טענה דהחזרתי טענה גרועה היא ולא שייך שסמך עליה א"כ בלא"ה מה צורך לדבריו ואתי שפיר דברי המחבר בפשיטות דכל היכי דיש טענה דכתבו לעצמו נאמן ג"כ בהך טענה דהחזרתי דסמך עצמו על הטענה דכתבו לעצמו משא"כ היכי דליכא הך טענה דכתבו לעצמו לא שייך לומר דסמך על טענת החזרתי באופן שכל דבריו תמוהין לפע"ד בזה ובעיקר מה שהקשו על הרמב"ם דלמה לא יועיל כשעדים מעידין שהיו שניהם לפניהם לשיטת הש"ך פשיטא דלק"מ דהא אדרבא אנן אמרינן דבאמת הי' לפני שניהם והיה סבר כתנא ברא ולק"מ אך לפי מה שהשגתי על הש"ך בזה מ"מ נראה דוודאי אם עדים מעידין בפי' זהו הלוה א"כ יכולין עכשיו לשלש ולכתוב שנית והוי מוכח מתוכו אבל באין יודעין רק שהיו שניהם לא הוי מוכח מתוכו]: והנה מה שהקשו על המחבר פשיטא דלק"מ ואני תמה על האחרונים היאך נעלם מהם דברי רשב"ם שפירש אהא דאמרינן ותנא ברא סובר אין כותבין ללוה בלי מלוה וז"ל מסתמא היו שניהם באותו מעמד במקום שכתב וכיון דאינהו ידעי ולא קפדי זה על זה לא חיישינן לשום רמאות וכו' ע"ש והשתא פשיטא דאי אפשר לפרש כוונת הרשב"ם שבא ליתן טעם למה שלא נחוש שהוא הלוה בעצמו דכיון דאין כותבין בלי מלוה א"כ פשיטא שראו באמת שמסרו ליד המלוה ומה יש לחוש וברור דכוונת הרשב"ם ליתן טעם למה לא נחוש עדיין שמא פרעו והחזיר לו השטר ועכשיו הוא תובע ממנו ועל זה נתן טעם כיון שהיו שניהם שם ולא קפדו שיכתבו דורות או סי' וכדומה והניחו לכתוב כמות שהוא ש"מ דידעו בבירור חד בחברי' שלא יעשו רמאות א"כ ממילא אין לחוש לרמאות כיון דהימני' חד לחברי' משא"כ כשלא היה בפני המלוה רק הוא הביא לו השטר כתוב וחתום אף שהי' באמת חשש קצת לרמאות מ"מ לא רצה להפסידו פשיטא דספרי שנית אבל כשהיו שניהם במעמד ולא אמרו לכתוב שום סי' ש"מ דלא קפדי כלל א"כ שוב אינו יכול לטעון שום רמאות כיון שעכשיו אתה מחזיקו לרמאי למה הנחת מעיקרא לכתוב כך בלי סי' וזה ברור בכוונת הרשב"ם והב"י גופא מביא דברי הרשב"ם אלו ומיד הביא

דברי ה"ה דמחלק בין קנין לאין בו קנין ש"מ דהרשב"ם לא נחלק על ה"ה בזה והיינו כמו שכתבתי וזהו כוונתו כאן בש"ע שהביא טעמו של רשב"ם ומ"מ דוקא בקנין דאז אין ראי' דלא קפדי אהדדי משא"כ בלי קנין מדלא קפדי אהדדי הימני' אינו יכול לומר רמאי הוא וזה ברור. גם מה שכתב לפרש דברי הרשב"ם שפי' שם והוא אינו יודע לא ידענא מאי קאמר ופשיטא דתמיהת הב"ח דהא על זה אנו דנין ואם נאמר דבאמת יכול להוציא א"כ פשיטא דיש לחוש לרמאותו ולפעד"נ ליישב כוונת רשב"ם כך והוא דקשיא ליה אהא דאמרינן דפליגי בכותבין שטר ללוה במה נפשך אם הפי' בלי קנין פליגי א"כ תנא דידן סובר בלי קנין כותבין ובאמת קיימא לן דאין כותבין רק בקנין ואי בקנין פליגי הא עיקר הקושיא היתה במאי פליגי ואף בזה יקשה במאי פליגי כיון דיש בו קנין למה לא יכתבו [ובתומים רוצה לומר דכוונת הש"ס דתנא דמתניתין מיירי בקנין ותנא דברייתא בלי קנין ואינו נכון דהא קאמר דפליגי ותנא דידן סבר ותנא ברא סבר מבואר דפליגי ועוד היאך קאמר כשם שמוציאין על אחרים מוציאין זה על זה הא על אחרים מוציאין אפילו בקנין וזה על זה בלי קנין דוקא] לכן סבירא ליה דבאמת בהא פליגי ותנא דברייתא סובר דלמה לא יתקנו שיכתבו ועכשיו נפסל שטרו של זה שבאמת יכול להיות שהוא כשר ויותר טוב לתקן שלא יכתבו בלי מלוה ואז אין לחוש לרמאות ואם יבוא לפנינו יהא כשר לגבות בו ותנא דידן סובר כיון דבעלמא כותבין בקנין דאין לחוש לכלום א"כ לא פלוג רבנן ולא רצו לתקן שבזה לא יכתבו ויהא כשר דפעמים לא ידעו העדים לחלק כיון דבקנין כותבין ויכתבו גם בזה בלי מלוה ויגבה בשטר פסול הילכך לא פלוג דלעולם יכתבו ואם בא לפנינו פסול ואהא קשיא לי' לרשב"ם היאך נחוש דעדים יחשבו דמותר לכתוב והיינו דבאמת אינו יכול להוציא א"כ לאיזה צורך הוא כותב שטר כזה כיון שאינו יכול להוציאו ועל זה קאמר שהעדים יכתבו לו שיחשבו דבאמת מותר ואינו גובה והוא חושב שיגבה שאינו יודע לכך רוצה שיכתבו לו והוא יגבה באמת כיון שהדין שאסורין לכתוב לכך תקנו באמת דמותר לכתוב ואינו גובה בשטר כזה ולפי זה עיקר המחלוקת בשטר כזה ולא בשאר שטרות ולאביי לדברי הכל כותבין ולרב אסי אין כותבין רק בקנין וזה ברור לפענ"ד:

אך אמנם בגוף דברי ה"ה שכתב לחלק בין שטר שיש בו קנין לאין בו קנין לא נראה כן מדברי הרמב"ם שהרי כתב סתם ולא חילק כלל ובכל מקום שיש חילוק כך דרכו של הרמב"ם לבאר לכן נראה לפע"ד דהרמב"ם לא סבירא ליה סברת הרשב"ם הנ"ל דכיון שהם לפנינו שוב לא חיישינן לרמאות כיון דלא קפדי אהדדי אלא דוודאי דלהך חששא דפרעו והחזיר לו לא נמלטנו אפילו אי נימא דאין כותבין ללוה בלי מלוה דפי' הסוגיא

כך והוא דיש לראות בהא דקיימא לן לקמן סי' פ"ה בשנים שהוציאו או שט"ח זה על זה האחרון יכול לומר לראשון אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני ופוסל שטרו של הראשון ולפי זה נראה דהכא נמי בשני יוסף ב"ש אף שאין מוציאין שט"ח זה על זה מ"מ אם אותו שמוציא השט"ח יש לו עוד שט"ח אחד שהוא משולש או בסימן וכדומה דאין להסתפק בו כלל וזמן פרעון של שטר זה הוא קודם זמן הלואה של שטר זה שהוא מוציא לפנינו שאנו מסתפקין בו ובזה נראה פשוט שהוא גובה שני השטרות שהרי אינו יכול לומר שהלוה לו בשטר זה והחזירו לו כשפרעו דהא כיון שהוא חייב לו ובאמת על שטר משולש הנ"ל היאך לוה הימנו כיון דזמן פרעון של שטר הכשר כבר נשלם אז קודם הלואה ובסברא זו אנו פוסלי' שטר מקויים ומוציאין ממון כדלקמן סימן פ"ה א"כ כ"ש הכא דיש לנו לומר דבאמת הוא לוה ממנו פעם שנית ולא שהוא לוה מזה כיון ששטרו בידו והיה יכול לגבות בו [והא ליכא למימר דחיישינן לרמאות שלוה ממנו כדי לפרוע לו ולתבוע ממנו הא ליתא דהיאך יעמיד ממונו בספק שהרי כל זמן שהשטר ביד השני יכול לפסול שטרו המשולש בטענת אילו הייתי חייב לך והיאך יעשה רמאות להפסיד שטרו וכ"ש כששטרו המשולש עולה הרבה יותר משטר זה ועוד אם היה כוונתו לרמאות לא היה לו לפרוע כלל שיאמר זה השטר אתה הלוה ולא אני ויוכל לפוסלו בהך סברא גופא דוודאי לא לוה ואי דחבירו יטעון להיפך ויפסול שטרו א"כ היאך לוה ממנו באמת. אבל מה שכתב בתומים בתוך זמנו תמוה מאוד דפשיטא דיכול להיו' דפרע ת"ז כדי לתבוע אותו בשטרו] אך זהו לטענת פרעון והחזיר השטר אבל להך טענה דהוא הלוה לא מהני זה ולפי זה כוונת הש"ס להקשות מברייתא כך דוודאי במשנה יש שני חששות חדא שכתבו בעצמו או שפרעו והחזיר שטרו ולפי זה מהך חששא דפרעו והחזיר לא קשיא ליה מברייתא כלל ובשביל זה אין צורך לומר דפליגי דהא הברייתא לא באה אלא לומר דכשם שמוציאין שט"ח על אחרים ואין חוששין לנפילה כמו כן מוציאין זע"ז ואין חוששין לנפילה אבל מטענת פרעון לא קא מיירי ופשיטא דמיירי באופן דלא חיישינן לפרעון והיינו כמו שכתבתי שיש לו עוד שטר משולש בסי' וכדומה דלא חיישינן שפרע ולקח השטר דוודאי לא לוה דהא שטרו בידו והיה יכול לגבות בו רק הא קשיא ליה דקתני כשם שמוציאין על אחרים וכו' משמע דשטר כזה שהוא מוציא על אחרים יכול להוציא על חבירו וזה אינו דבקנין אינו יכול להוציא דיש לחוש דהוא כתבו לעצמו בתורת לוה ועשה עצמו מלוה ובזה לא מהני עוד שטר בסי' ואהא משני דתנא דברא סובר אפילו בקנין ואין כותבין בשטר זה כנ"ל אי משום פרעון שפיר מיירי באופן הנ"ל דלא חיישינן לפרעון אבל במתניתין שפיר מיירי בפשיטות ויכול לטעון מה שירצה וזהו

כוונת הרמב"ם שהעתיק דין המשנה כתב בפשיטות דלא מהני ולא חילק בקנין דבלי קנין ג"כ יש לחוש לפרעון וחזרת השטר כיון דתנא דמתניתין לא מיירי ביש בידו עוד שטר משולש כהנ"ל אבל אם יש בידו שטר משולש בזה באהב יש לחלק בין קנין לאין בו קנין ודו"ק:

ומ"מ מה שכתבתי לחלק ביש בידו שטר משולש היינו דוקא לענין שיב"ש זע"ז אבל אחר המוציא שט"ח על יב"ש והוא אומר לא אני חייב רק השני והשני מוציא עליו שט"ח דיב"ש יכול להוציא על אחר ובזה היה נראה לכאורה ג"כ שיוכל לגבות בשטרו דכיון דיב"ש יש לו שטר עליו א"כ אם היה חייב לו כיצד לוה ממנו ומכח סברא זו פשיטא דיש להכריח דהשני באמת לוה אותו שאין לו שטר על זה דהא הך סברא אלים לפסול שטר גמור ולהוציא ממון וכ"ש הכא אמנם בזה יש מקום לומר דחיישינן לקנוניא שיב"ש נתן לו לזה שטר על עצמו כדי שיוכל לגבות מיב"ש זה לכך בהא לא מהני אבל בדין הנ"ל לא שייך רמאות כמו שכתבתי ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק כ"א דאף דאין אחר יכול להוציא שט"ח עליהן מ"מ אם אחד מהן מוציא עליו שט"ח יכול לפטור נפשו באותו שט"ח שיאמר אתה חייב לי כיון שאחד בוודאי חייב והוי כמו שובר ע"ש שהוכחתי כן מדברי הרמב"ם פרק כ"ד מהלכות מלוה:

ח וזהו שהעדנו עליו בהלואה משמע דאם מעידין סתם שיודעין שהיו שניהם לפניהם לא מהני אף במוציאין זע"ז אף שהמחבר כתב לעיל בשטר שיש בו קנין א"כ עיקר החשש שכתבו ללוה בעצמו אבל אם מודים שהיו שניהם לפניהם למה לא מהני ולשיטת הש"ך ס"ק י' אתי שפיר ודו"ק. אבל לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק ז' בשם רשב"ם דאם היו שניהם לפני העדים כיון שלא הקפידו זה על זה לא חיישינן לרמאות א"כ למה הוצרך הכא דוקא להעיד שזה הלוה אפי' אינן יודעין זה סגי ובאמת לק"מ שלא הוצרך זה רק לעשותו כמלוה בשטר א"כ בזה כיון שאין יכולין עכשיו לכתוב ולשלש כמו שכתב ה"ה לא הוי מוכח מתוכו משא"כ כשזוכרין הוי מלוה בשטר אבל מלוה על פה בלא"ה הוי ודלא כהתומים ס"ק י' וכבר השגתי עליו מקודם ס"ק ז': והנה האחרונים הרבו להשיב על דברי המחבר הללו דלמה יהא לו דין מלוה בשטר בשביל שיכולין לשלש מ"מ הא אינן יכולין לכתוב מזמן הראשון דהוי מוקדם וכן הלוה יכול למחות עכשיו מלכתוב שטר ואי דמיירי בקנין א"כ דל שטרא מהכא ואפילו בלי שטר גובה בקנין גם הקשו על הי"א שהביא הש"ך ס"ק י"א במה נפשך אי בקנין מה בכך דלא הוי מוכח מתוכו ואי בלי קנין הא אין כותבין רק ברואין המסירה והוי עדי מסירה ולא בעינן מוכח מתוכו עיין תומים ס"ק ז' ח' ונ"מ וקצה"ח שהאריכו בזה] ובספר נ"מ רוצה ליישב הי"א שהביא הש"ך דכאן

יכולין לכתוב ללוה בלי מלוה כיון שלא יוכל לגבות רק בעדי מסירה אמרינן ליה אייתי ראי' אימת מטי שטרא לידך ע"ש והוא תמוה דהא המחבר כתב לעיל אם יש בו קנין והיינו דבלי קנין אין כותבין ללוה בלי מלוה והשתא הא לדבריו בלי קנין ג"כ כותבין בשני יב"ש וע"כ דהא ליתא כיון דבלי קנין גובה בשני יב"ש זע"ז א"כ אסורין לכתוב וזה ברור:

אך אמנם בגוף דבריהם אני תמה מאוד דהא פשיטא דלק"מ ובוודאי הכא בקנין מיירי כמבואר להדיא בדברי ה"ה והמחבר מקודם שכתבו אם יש בו קנין ומה שכתבו כאן אא"כ באו עדי השטר קאי אדלעיל נמי כמבואר בה"ה א"כ ע"כ דבקנין מיירי דאי בלי קנין בשני יב"ש זע"ז בלא"ה גובין ומה שהקשו בקנין בלא"ה גובה לא ידענא מאי קשיא להו הא בהדיא מבואר לעיל סימן מ"א בדברי הרמב"ם ומחבר דאם אבד או נשרף אפילו בקנין אין כותבין שטר אחר מזמן הראשון ואפילו הלוה מצוה לכתוב שאין כח בידו לחוב ללקוחות למפרע ע"ש בסמ"ע ובאורים ס"ק ד' וע"כ דאפילו בקנין ה"מ אם הם יכולין לכתוב שטר אז גובה בקנין לבד אבל כל שאין במציאות לכתוב שטר לא מועיל הקנין לגבות מזמן הקנין ומהאי טעמא בעדים אחרים מעידין על הקנין לא מהני לגבות משעבדי לפי (שהם אינן יכולין לכתוב שטר דלא נעשו שלוחים אם כן ה"ה באבד כיון שכבר עשאו שליחותן אין יכולין לכתוב שטר אחר וכיון שאבד ונשרף שטר הראשון והוא לא קיבל קנין ועשאן שלוחים לכתוב שטר רק פעם אחת ולא יותר א"כ הכא נמי כיון שזה השטר אינו מוכח מתוכו מה בכך שיש בו קנין הרי הם הם עשו שליחותן וכבר כתבו שטר ולא מועיל הקנין ושטר זה בטל שאינו מוכח מתוכו ועל זה כתב ה"ה דזה לא מיקרי עשו שליחותן כיון שלא שלשו השמות ויכולין עדיין עוד לכתוב א"כ הדר מועיל הקנין ודעת החולקין דה"מ בטעו העדים כגון נפאתה וטפאתה אבל כאן לא טעו והוי שפיר עשו שליחותן ולא נעשו שלוחים על השילוש כמו שכתבתי לעיל ס"ק ו' בכינוי כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ח דין כ"ג ע"ש וא"כ שטר זה בטל שאינו מוכח בתוכו ועדי מסירה ליכא דהא היה בקנין ועכשיו אין הקנין מועיל דכבר עשו שליחותן והמחבר פסק כדברי ה"ה לכך אם עדים עצמן מועיל לגבות בשטר זה אף מעיקרא מכח הקנין ואינו יכול למחות שעדיין לא עשו שליחותן וזה ברור ונכון ולק"מ ועיין היטב לעיל סימן מ"א ובמה שכתבתי שם ס"ק ג': (ט) קטן. עיין תומים דה"ה בזע"ז מהני באם אחד קטן ונכון הוא אלא שיש להסתפק קצת באם באו עדים שהיו אז פחות מבן י"ח ולא הביא שתי שערות דהוי ג"כ קטן לענין שליחות ואין כותבין עליו שטר ובזה נראה דבזע"ז לא מהני דיכול לומר הוא ביקש ממני שאלוה לו והוא לא היה יכול ללוות

שהעדים לא יכתבו עד שיבדקוהו לכך ביקש ממני שלפני העדים נאמר שאני הלוה ואני גדול ואח"כ כשכתבוהו לוית ממני ופרעת לי והחזרתיו לך השטר [ועל פי מה שכתב הש"ך לעיל י' דמעיקרא היה חושב דאין כותבין ללוה בלי מלוה ויועיל לגבות נודע לו שאין שטר זה כלום שהרי לא ידעתי מקודם שיבואו עדים שלא היה גדול אז כיון שהיה גדול בשנים רק בשערות ואדרבא שאני המלוה אוכל לגבות דמסתמא דקדקו ובדקוהו. אך לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק ז לדעת רשב"ם דכל שלא הקפידו אין חוששין לרמאות א"כ הכא כיון שהוא היה באמת המלוה והעדים כתבו לו שטר היאך לא הקפיד א"כ ליכא למיחש לרמאות:

י יכתבו שום סימן. פי' כהן וכדומה. ועין תומים שהביא שנסתפק בש"ג אחד כהן וכתבו בשני ישראל אי מהני דאם היה השני היה כותבין כהן או לא ע"ש. ולפעד"נ פשוט דדין זה מוכח מהמשנה גופא דקתני ואם היה מסומנים יכתבו כהן ויש להבין אי קאי על הך בבא דיב"ש זע"ז א"כ מאי קאמר יכתבו כהן הא ישראל הוי סי' כמו כהן שהשני כהן ועוד דהא משמע במשנה דקאי אסיפא נמי והשתא יש להבין בסיפא היאך קאמר יכתבו כהן דתינח אם הכהן ילוה אבל הישראל ילוה מאי סי' הוא כהן והיאך פסק ותנא יכתבו כהן וברור דהכוונה כך דאם אחד כהן שוב אין צורך לכתוב רק אם ילוה השני יכתבו כהן אבל אם ילוה הישראל אין צורך לסי' כיון שהשני כהן וזה ברור לפע"ד:

יא שליט או נר"ו עש"ך ס"ק י"ד שהאריך להכריע כב"י והנה ראיותיו יש לדחות דשאני הכא שדרך העדים להזכיר השם כמו שהוא חותם וכשהוא חותם מברך אביו ואף הם כותבין כן וגם היה דעת העדים לברך עצמו היה מקדימים נר"ו לשמעון כי נר"ו אחר שמעון כיון שהוא חותם כך ממש לא ניכר כלל שמברכים לו אמנם בגוף הדין ברור שלא נחלק הב"י רק באמר לנו שאז יש לומר דקאי איוסף אבל באני פלוני בן פלוני נר"ו אי לא נימא כסברת הרשב"א דלאו אכולה מילתא מסהדי פשיטא דליכא למימר דנר"ו איוסף דאיך יכתוב על עצמו נר"ו ויברך עצמו זהו אינו דרך לעשות כן בשום פנים ובפרט שיכתוב על עצמו ולא יברך אביו רק עצמו וכן מבואר להדיא בש"ך סוף ס"ק ט"ו בהעולה מזה דבאני פב"פ נר"ו בוודאי לא קאי רק על אביו וכן מוכח ממה שתירץ הש"ך דהרשב"א מייירי דהי' כתוב מעיקרא ג"כ נר"ו וקשה תינח באמר לנו אבל באני פלו' בוודאי לא כתב נר"ו ולמה הוצרך לפסלו דלאו אכולה מילתא מסהדי הא בלא"ה פסול דקאי איוסף וברור דבאני לא שייך זה כלל כמו שכתבתי ולפי זה אני תמה על התומים ס"ק י"ד שכתב ליישב דברי רמ"א דכאן סתם כהרשב"א לחלק בין לוה לעדים ובאה"ע גבי יוחסין לא חילק לזה תירץ דוקא הכא בנר"ו סתם כן בצירוף דעת ב"ו דנר"ו לא הוי

סי' הוא תמוה דפשיטא דלא נחלק ב"י רק באמר ולא בלוה עצמו דפשיטא שלא יכתוב נר"ו על עצמו וכן מוכח בש"ך כמו שכתבתי וביישוב דברי רמ"א יתבאר בסמוך:

יב אני יב"ש שליט עש"ך שהאריך לתמוה על הרשב"א דמהתם אין ראי' דסמכו על החזקה שהוא בחזקת כהן ולכך לתרומה לא מבררי להו כלל דסומכין על החזקה אבל ליוחסין דבעינן שיהא ידוע שאבותיו ואבות אבותיו סמכינן על החזקה ולא על הרשב"א לבד תלונה זו גם על התוס' שם שהקשו מהא דגט פשוט יכתבו כהן ומאי קושיא במוחזק לכהן מותרין לכתוב והוי סימן מובהק לשטרות משא"כ ליוחסין ובתומים הוסיף לתמוה דהרב באה"ע ביוחסין לא חילק בין אמר לנו ללוה והיינו כמו שכתב הב"ש שם דאפי' באמר לנו סומכין על החזקה בשטרות ולא ליוחסין א"כ נסתר דינו של הרשב"א והיאך פסק מרן כהרשב"א אבל באמת נלפע"ד דלק"מ והוא דוודאי מודה הרשב"א כל היכי שהוא מוחזק לכהן פשיטא דהעדים יכולין לסמוך על החזקה לשטרות דאיך יעלה על הדעת דהא דקתני במשנה יכתבו כהן היינו כשידוע שאבותיו ואבות אבותיו כהנים עד המזבח ואדרבא איפכא קשיא להו לתוס' והרשב"א דהתם ע"כ שאינו מוחזק לכהן כלל דאי ס"ד דמוחזק לכהן מ"ט דמ"ד מעלין כיון דביוחסין בעינן ידיעה עד המזבח והיאך יעלה על הדעת שנאמר דעדים ידעו כן ולמה לא נאמר דסמכו על החזקה כיון שהוא מוחזק לכהן ובשטרות סגי זה לכ"ע ומזה דייקי התוס' והרשב"א דע"כ שאינו מוחזק לכהן כלל א"כ עדים שכתבו כהן בוודאי או דחתמו אמנה דבשטר או דידעו ידיע' גמורה שהוא כהן ושפיר הקשו תוס' מהך דגט פשוט ועל זה תירצו לחלק בין הוחזקו והרשב"א מחלק בין לוה לעדים הילכך הרמ"א שפיר כת' כאן כהרשב"א מכח הכרח הנ"ל ומ"מ באה"ע לא חילק כמו שכתב הב"ש דסומכין על החזקה דהתם מיירי שהוא מוחזק לכהן דאי שאינו מוחזק אפי' להרמב"ן והר"ן לא שייך לומר שסמכו על החזקה דהא לפנינו דאינו מוחזק כלל וזה ברור ונכון ומה שכתב בתומים ליישב בצירוף דברי הב"י דנר"ו לא הוי סימן דבריו תמוהין וכבר השגתי עליו בס"ק לפני זה ומה שהקשה הש"ך דא"כ תרומה נמי לק"מ דהא איכא למ"ד מעלין וע"כ לא פליג הך מ"ד לא מעלין רק ליוחסין דאורייתא אבל בתרומה דרבנן מודה דסומכין על הך דמסתמא ידעו שהוא כהן:

יג אינן יכולין להוציא וכו' עיין תומים שהקשה יהא הדין יהא מונח כמו שנים שהפקידו לקמן סי' ש' ותירץ דהריטב"א סובר כהפוסקים יהא מונח ביד הנפקד ולא בב"ד וצ"ע על רמ"א שסתם דהא קיימא לן בב"ד והוא תמוה דהא הריטב"א כתב להדיא בב"מ שם דדוקא בפקדון דכל היכי דאיתא ברשותא דמרי' איתא אבל בהלואה וכדומה צריך להניח בב"ד והכא הא מיירי בהלואה לכן נראה ליישב כך והוא דוודאי הכא מיירי

שהשטר נאבד ואיננו שהרי כתב אעפ"י שמודה שחייב ואי דיש שטר לפנינו מאי ענין הודאתו לכאן הא בהכרח חייב לאחד מכח השטר [ואפילו יכפור חייב בהרשאה] וע"כ דנאבד ולפי זה לק"מ מהנ"ל דהוא אינו צריך לשלם כל שאין השטר להחזיר לו ואפילו למ"ד כותבין שובר היינו שמשום טענה דאינו רוצה לשמור שוברו אינו יכול לכבוש הפרעון להפסיד המלוה אבל כאן להניח בב"ד לכ"ע אין ב"ד נזקקין לכתוב שובר רק יהא מונח תחת ידו וזה ברור לפע"ד: (יד) ומיהו אם יכתבו הרשאה בתומים הביא בשם הגאון מהרי"ב בחידושי גרשוני דאם אחד רמאי אין כותבין הרשאה והוא על פי התוס' ב"ב דף ל"ה שכתבו בזה אומר של אבותי דאף הרשאה אין כותבין [והוא תמה עליו דאינו רק לנהרדעי ולא לרב אשי והא ליתא ועיין בספר קצה"ח] ואני תמה על האחרונים דפשיטא דהתוס' לא כתבו כן רק בזה אומר של אבותי דאין כאן וודאי אינו רמאי לפנינו ומתחילה כשגזל מהם הספינה או השדה לא גזל מאיש שאינו רמאי ואדרבא כבר כתב שם הרשב"ם בהדיא דלכך אין מוציאין דשמא אין לשניהם חלק בה א"כ כשהוא תופס מהם והם במחלוקת לא גזל מאיש ידוע ואינו רמאי לכך כתבו התוס' דאין כותבין הרשאה אבל הכא דבשעה שלוה האחד לוה מאיש שאינו רמאי כלל ובאמת שלא הי' בוודאי רק עכשיו השני אומר לו הוא חייב וא"כ וכי בשביל רמאותו של זה יפסיד זה שאינו רמאי בוודאי ואדרבא בהדיא כתבו התוס' שם אח"כ בד"ה והא תני ר"מ דדוקא בזה אומר של אבותי סבירי להו לנהרדעי כן ולא בגזל אחד מחמשה מודו והיינו שגזל בוודאי מאחד שהוא שלו בוודאי א"כ פשיטא דה"ה כאן וז"ב ולק"מ:

טו אבל אם משולשין בשטרות כל האחרונים האריכו בדין זה ולפעד"נ דבר חדש מה שלא נתעוררו האחרונים וגם הטור מודה לזה כמו שאבאר והנה הטור הביא בשם הרמ"ה ודוקא כשאין משולשין לא בשטרות ולא בשובר אבל אם משולשין בשטרות ואין משולשין בשובר יד בעל השובר על התחתונה וכתב עליו הטור ואיני מבין דבריו דמה מועיל שילוש השטרות לגבי שובר ועוד מה צריך וכו' והנה לכאורה יש להביא ראי' ברורה לשיטת הרמ"ה מהא דפריך בש"ס טעמא דנמצא הא לא נמצא גובה הא אחר אינו יכול להוציא שטר חוב אמר ר' ירמי' במשולשין ופריך ניחזי שטרא אמאן כתיב במשולשין בשטרא ולא בשובר ויש להבין כיון דעיקר הקושיא מעיקרא היתה למה לי נמצא תיפוק לי' דאפי' בלא נמצא אינו יכול להוציא א"כ למה לי' לישנויי תרוויהו משולשין בשטר אחד משולש סגי דבלא נמצא הי' גובה עכ"פ ממנו עכשיו אמרינן דאינו גובה כלום ובע"כ צריך לומר כיון דע"כ שהשובר אינו משולש א"כ אילו לא היו שני השטרות משולשין רק אחד היה השובר שאינו משולש לא מהני נגד השטר

המשולש דוודאי השובר שאינו משולש על שטר שאינו משולש קאי שאילו הי' על שטר המשולש לא הי' זה חוזר ומפקידו אצלו שהרי אם יתחזק שיש שובר בידו יוכל השני לומר שלו הוא ואף אם המלוה חי לא יהא נאמן אם יהא נראה בעדים וכ"ש אם ימות וע"כ כיון שהפקידו לזה שיהא בידו לראי' שהוא פרוע א"כ לא הי' בוודאי רק משולש וכיון שאינו משולש לא שלו הוא רק של חבירו שאינו משולש דבלא"ה לא הי' גובה לא הי' ירא למסור לו השובר שאינו משולש והיינו כסברת הרמ"ה וכן מבואר להדי' בטור גופא אח"כ שכתב וז"ל מלוה אחד שהלוה לשני יב"ש בשני שטרות והי' משולשין שני שטרות של כל אחד ואחד ונמצא אצל המלוה וכו' והשתא יש לתמוה שהרי כל מה שהוצרכו בזה שילוש היינו דבלא"ה אין נ"מ א"כ למה כתב ודקדק לומר ב' שטרות של כל אחד ואחד הא פשיטא שאפילו לא הי' רק שטר אחד משולש יש נ"מ בהך דנמצ' ועכ"פ לא הי' לו לומ' רק והי' משולשין לבד ומאי איכפת לי אם היינו טועים שלא הי' רק א' משולש וברור דכוונת הטור כיון דע"כ במשולש מיירי דאל"כ מאי נ"מ בנמצא וכיון דמיירי במשולש ע"כ שהיו שניהם משולשין דבאחד משולש כיון דהשובר ע"כ אינו משולש לא הי' השובר יכול לבטל המשולש אבל בשניהם משולשים כיון דע"כ אחד מהן פרוע שניהם פטורין שאין אנו יודעין איזהו:

ובזה מבוארין היטב דברי הב"י שכתב על הטור וז"ל ולא ידעתי למה לא הבין רבינו דברי הרמ"ה שהרי בדין שכתב רבינו לקמן אשכחן שמועיל שילוש השטר לענין השובר הכא נמי מועיל שילוש השטרות בענין שבעל השטר מוכיח מתוך השטר שזה חייב לו והשובר אינו מוכיח מתוך שוברו שפרע לזה הילכך יד בעל השטר על התחתונה והוא תמוה מאוד דהא בהדיא מבואר בטור להיפך דאפילו שובר שאינו משולש מבטל שטרות משולשין ונהי דאין מזה קושיא על הרמ"ה דמבואר דעתו אפילו ב' שטרות משולשין בטל שובר שאינו משולש כמו שכתב ודוקא שאינו משולשין אבל אם הם משולשין וכו' מ"מ לק"מ דתהם כיון דשני השטרות ביד המלוה והשובר תחת ידו א"כ בוודאי פרוע ואין אני יודעין איזהו א"כ מה בכך ששניהם משולשין סוף סוף אין ראי' לאחד יותר מחבירו ואחד בוודאי פרוע אבל בשני השטרות בשני מלווין אפילו בשניהם משולשין מ"מ כיון שהשובר אינו מוכיח מתוך השטר אינו מבטל שטר המוכיח מתוכו ואי דע"כ אחד פרוע הא ליתא ומנין לנו זה שמא קנוניא עשה ולקח שובר סתם מחבירו לבטל שטרו של חבירו משא"כ התם אבל מ"מ פשיטא דאין מזה קושיא על הטור ויכול להיות דאפילו בכהאי גוונא השובר מבטל השטרות וליכא למימר דכוונת הב"י דלמה הזכיר הך שהיו משולשין וע"כ דקמ"ל דאפילו בכהאי גוונא שאילו הי' בשני מלווין לא היה

מועיל השובר הכא ביד המלוה והשובר בידו מועיל א"כ מבואר פשיטות הרמ"ה הא ליתא דהא הטור הוכרח לומר שהיו משולשין דאל"כ אין נ"מ בנמצא בלי נמצא אין אחר יכול להוציא והכי איתא בש"ס להדיא ועיין בט"ז ופרישה שהאריכו לתמוה על הב"י בזה אבל באמת דברי הב"י נכונים וברורים מדכתב הטור שהיו ב' השטרות משולשין כל אחד ואחד מבואר דאילו הי' אחד משולש אף דבזה יש נ"מ בנמצא מ"מ לא מצי מיירי בהא דאז כיון דהשטר של זה שהוא משולש מוכח מתוכו והשובר אינו מוכח מתוכו והשני אין השטר מוכח מתוכו אין כח בשובר לבטל שטר המשולש רק אותו השטר שאינו משולש ולכך הוכרח לאוקמא בשניהם משולשין ודייק כן מן הש"ס כנ"ל והשתא כיון שאחד בוודאי פרוע וליכא למיחש לקנוניא כלל ממילא שניהם פטורים מכח הדחי' דמדחי' לי' א"כ ה"ה בשני מלווין אף בשניהם משולשין אין כח בשובר לבטל דאז אין ראי' שאחד בוודאי פרוע כנ"ל וזהו מה שתמה הב"י דהא בדין שאחר זה מבואר בטור כהרמ"ה וזה ברור והט"ז כתב לקמן דהתם כיון דיוסף בן שמעון הוא הלוה וקיבל שובר אינו חושש לשלש השובר כיון שהוא בידו והא לית' כמו שהוכחתי מדברי הב"י הנ"ל דעיקר הסבר' כיון שהשטר מוכח מתוכו והשובר אינו מוכח מתוכו אין כח בשובר כזה לבטל שטר כזה א"כ ה"ה התם ועוד כיון שהחזיר לו השטר לראי' לא היה עושה כן רק במשולש כיון שהשטר שעליו משולש אין השובר כל שאין בידו שום ראי' וזה ברור:

ומעתה כיון שהוכחתי שדעת הטור כדעת הרמ"ה א"כ בע"כ צריך לומר שלא נחלק הטור כאן רק במה שכתב דאפילו שניהם משולשין אין השובר מבטלם ובזה תמה הטור דמה יועיל שילוש השטר לגבי שובר דכמו דאם אין שניהם משולשין מבטל השובר שניהם מספק א"כ ה"ה בשניהם משולשין הוי ממש הספק הזה דאחד וודאי נפרע וכן הוא האמת גבי מלוה הנמצא שובר תחת ידו דאם משולשים שניהם השובר מבטלם והיינו דאחד בוודאי נפרע א"כ הכא נמי ע"כ אין ראי' ממה שלא שילש השובר ולא מוכח מתוכו והשטר מוכח מתוכו דהא אחד וודאי נפרע והא לא סבירא לי' לחלק כמו שכתבתי לדעת הרמ"ה דהתם ליכא למיחש לרמאות משא"כ הכא יש לומר שלא פרע כלל ולקח שובר בערמה זה לא סבירא לי' דחיישינן לרמאות כמו שכתב הש"ך ובזה מיושב לשון הטור מה מועיל שילוש ולכאורה אינו מובן כלל דלמה לא יועיל הא יש ראי' מדלא שילש השובר כמו השטר ולפי הנ"ל ניחא דאין מזה ראי' כלל דהא מיירי בשניהם משולשין א"כ אחד וודאי נפרע ולפי זה מבואר דכל המחלוקת דוקא בשניהם משולשין אבל באחד משולש ואחד אינו משולש לא נתבטל מחמת השובר וגובה ממנו כיון שהשובר אינו מוכח מתוכו והשטר מוכח מתוכו כמו שבארנו וגם הטור מודה לזה

כמו שהוכחתי אמנם בשניהם משולשין הטור חולק בוודאי והרב בעל משאת בנימין הביא ראי' דלפי מה דמשני בנמצא אצל לוה א"כ מה קאמר כיצד יעשו וע"כ דשילוש השטר מועיל לבטל השובר שאינו משולש ודחה הש"ך דישלשו השובר וכתב עוד דעדים אינם רשאין לכתו' שובר שאינו משול' בלא הוחזקו ותיכף הרגיש היאך פוטר עצמו בשובר שאינו משולש משניהם הא השובר פסול שהעדים עשו שלא כדין ועל זה כתב כיון דלא שילשו מסתמא באמת פרע וכתבו לו שובר אחד לפניהם אבל עדיין לא הועיל דתינח באומר באמת שפרע לשניהם אבל במודה שלא פרע רק לאחד כמו שכתבו הט"ו לעיל א"כ מודה שהשובר פסול כיון שלא שילשו שהרי הי' יכול לפטור עצמו משניהם וע"כ דהעדים היו יכולין לעשות כן שסמכו דהשטרות משולשין ולא יועיל והיינו כדעת הרמ"ה ובתומים תמה על המ"ב דהא לפי תירוץ ר' ירמי' ג"כ לא קאי כיצד יעשו על זה. וליתא דלר' ירמיה פשיטא דקאי כיצד יעשו דהא המלוה יכול גם כן שלא ליקח אצלו שובר כזה אצלו ולא שייך עצה בזה אבל לפי תירוץ אביי פשיטא דזה נמי צריך עצה ופשיטא דכיצד יעשו קאי עלה:

טז ונמצא אצל המלוה זהו ממה דפריך בש"ס טעמא דנמצא הא לא נמצא לא הא אין אחר יכול להוציא עליהן שט"ח ומשני ר' ירמי' במשולשין וכו' ויש לתמוה לדעת הפוסקים והרמב"ם והמחבר מכללם דאם באו עדי השטר בעצמן ואמרו זהו שהעדנו עליו מהני א"כ מאי פריך ולמה לי' לשנוי במשולשין דעד השתא לא הזכיר' העצה של שילוש שהרי אמר אח"כ כיצד יעשו הא בלא"ה לק"מ דמעיקרא קאמר הדין בענין גוף הלואה ואח"כ כתב לענין פרעון שאפילו נודע הלואה על פי עדים פטורים מחמת השובר שנמצא ובשלמא להפוסקים החולקים ליכא לאקשויי דמ"מ מלוה ע"פ הוי הא ליתא דסוף סוף בלי שובר יכולין לטעון פרוע כמו מלוה ע"פ אבל להרמב"ם דבכהאי גוונא הווי מלוה בשטר קשה גם בגוף הדין צ"ע שהרי יכול לומר שלא חשש להניח השטר בידו כיון שלא ידע שיש עליו עדים בעצמן שחתמו וצ"ע:

יז שובר מקויים עש"ך ולפעד"נ דוודאי יש לראות התם דפסלינן השטר כשנמצא שובר אם השטר מונח בין שטרות קרועים והשתא ניחזי אם יש עוד שטר כשר שאין עליו שובר כלל מוכח ג"כ בין השטרות קרועים אז אין ראי' שהשטר פרוע והשובר אמת דהא גם שטר כשר בלי שובר כלל מוכח שם ולפי זה הכא פשיטא דשובר זה אינו רק מאחד שהפקידו בידו א"כ שטר אחד בוודאי כשר ואין כאן ראי' משטרות הקרועים דהא ע"כ שניהם מונחים שם ועל אחד אין כאן שובר כלל א"כ הוי לי' ממש כמונח שטר זה עם שטר אחר בלי שובר בין הקרועים וצריך לומר דוודאי כל שטר המונח בין הקרועים יש

רעותא אבל מ"מ אי אפשר לפסלו בלי שובר כלל אבל מ"מ אינו כדאי לתרץ גם השני שיש עליו שובר וזהו אם שובר של השני ידוע שהוא שובר על שטר זה משא"כ אם לא נודע אם הוא כתב ידו ויכול להיות שהוא מזויף ויב"ש אחד בכיון השליכו לשם לבטל השטרות א"כ נהי דאם שטר אחד מונח בין הקרועים א"כ מה שמונח בין הקרועים היא ראי' על השובר שאינו מזוייף אבל אם גם שטר בלי שובר ג"כ מונח שם א"כ ממילא אי אפשר להביא ראיה מזה על השובר שאינו מזוייף כנ"ל ברור בזה ולפי זה פי' דברי הטור שהוא מקויים עכשיו לא מכבר דבזה לא בעינן מונח בין הקרועים ודו"ק:

על חו"מ סימן נ

א

שכתוב בו וכו' גובה בו עיין תומים שהקשה הא לא הוי מוכח מתוכו וכמו כן הקשה בשיב"ש המוציאין שט"ח על אחרים הא לא הוי מוכח מתוכו ואי משום דיוצא מתחת ידו זה לא הוי מוכח מתוכו והביא ראיה מגט ע"ש ודבריו תמוהין לפע"ד דוקא בגט שייך לומר דבעינן מוכח מתוכו שהרי שם המגרש והמתגרשת שניהם עיקרים בגט וכל שלא נודע שם אחד מהן לא הוי מוכח מתוכו אבל בשטרות דלענין בנ"ח פשיטא דלא בעינן מוכח מתוכו כדמוכח להדיא לעיל סי' מ"ט דאפילו עדים אחרים מעידין נאמנין לענין מלוה ע"פ וכל מה דבעינן מוכח מתוכו הוא רק לענין משועבדים אם כן זהו בסכום המעות והלוה והזמן אבל בשם המלוה מאי איכפת להו ללקוחות לידע שמו ס"ס הלוה נשתעבד יהי' מי שיהי' והם יכולין להזהר שלא ליקח ממנו מזמן השטר שנשתעבד וזה ברור ולק"מ:

ב כל המוציאו. הב"ח ומהרי"ט נחלקו בזה דעת הב"ח דגם בממך גובה בו המוציאו אף שאומר שלקחן מאחר בלי כתיבה ומסירה ומהרי"ט חולק דדוקא בכל המוציאו גובה בו בלי כתיבה ומסירה שכך נשתעבד מתחילה לכל מי שיוציאו אבל בממך לא נשתעבד רק לזה שמסר לו ומדברי הנ"י פרק גט פשוט משמע להדיא כדעת מהרי"ט שאחר שפי' סוגית הש"ס בממך כתב וז"ל אמר המחבר ושטר שכתוב בו שנתחייב לכל מוציא אותו בב"ד כשר וגובה בו המוציאו דהא לנפילה לא חיישינן ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקיימא לן דאין ברירה בדאורייתא שאני הכא כיון שהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה ומיהו שטר זה כל שהוציאו ופרעו לו ועשה ממנו שובר נמחל שיעבודו לכל אדם שיוציאו מכאן ואילך שלא נתחייב זה אלא במנה בלבד מפי רבינו הר"מ והריטב"א ז"ל עכ"ל והשתא אי ס"ד דדעת הנ"י כהב"ח דבממך ג"כ אפי'

בא מכח אחר אינו צריך כתיבה ומסירה א"כ מה זה שכתב הנ"י ענין בפני עצמו ושטר שכתב בו שנתחייב לכל מי שמוציאו הא בהך דינא גופא שייך זה שהרי בזה ג"כ כל המוציאו גובה בי' והוי לי' להקשות מברירה גם לחדש דינו בשובר הגם שכתב ומיהו שטר זה משמע בהדיא דדוקא בשטר זה קאמר והא שייך בשטר שכתב בו ממך דמיירי בי' בש"ס וברור דבשטר שכתוב בו ממך אם באמת בא מכח אחר אינו גובה בו כמו בשאר שטרות גמורים רק בכו"מ רק מה שכל המוציאו גובה בו בשביל שאנו אומרים זהו שלוה בו מעיקרא ולו נתחייב באמת כיון שכתב בו ממך ולא חיישינן לנפילה א"כ לא שייך להקשו' בזה דאין ברירה הא מיד בשעת מסירה באמת לא נשתעבד רק לזה ואם יבוא אחר בו לא יגבה רק בכו"מ א"כ לא שייך בזה ברירה כלל וכמו כן שובר לא שייך דהא ע"כ דהשובר ממנו הוא דאי מאחר א"כ השטר של אחר הוא ואינו גובה בלי כו"מ ואי דהשובר ממנו א"כ פשיטא שהרי נתן שובר ולא שייך הך דינא רק בשטר שכתוב בו כל המוציאו יגבה בו והשתא מעיקרא לא נתחייב לאיש מיוחד שהרי אפילו נודע שהמוציאו לא לוה כלל גובה בו בלי כתיבה ומסירה והיינו דכל המוציאו הוברר שלו נתחייב ושפיר שייך להקשות דאין ברירה והוצרך לתרץ דהכא לא שייך ברירה וכן שובר מאיש אחר מועיל לגרע השטר שלא יגבה בו המוציאו אף שאין השובר ממנו וזה ברור וכיון שהנ"י והר"מ והריטב"א דעתם כמהרי"ט העיקר כדבריו ודלא כהב"ח:

ג מתוך שנאמן לומר פרעתי וכו' עיין תומים ס"ק ד' דבנפילה דיחיד אינו נאמן במיגו דהוי במקום חזקה אלימתא ושכן כתב בספר בני שמואל ע"ש אבל מדברי הש"ך לקמן סי' ס"ט ס"ק ט"ו מבואר להדיא דאפילו בנפילה דיחיד נאמן במיגו דפרעתי דולפענ"ד עיקר כדבריו דהא קיימא לן כרבא ולדידי' פשיטא דאין חילוק כלל דאל"כ מאי מייתי ראי' דלא חיישינן לנפילה משני יב"ש כיון דע"כ לא דמי דבזה כהאי גוונא אינו נאמן לומר ממני נפל וכאן נאמן א"כ מנין לנו להוכיח דלא חיישינן לנפילה כיון דע"כ התם שאני וברור דלר' אין חילוק כלל בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים א"כ כמו דבנפילה דרבי' נאמן במיגו ה"ה נפילה דיחיד וזה ברור וראיתי באורי' סי' ס"ט שם דליתא להש"ך כמו שכתב כאן ולפי מה שכתבתי דברי הש"ך מוכרחין ועיין בסמוך ס"ק ד'. והנה מהרש"ך כתב דהרשב"ם חולק על דין זה דפי' בכתב יד לא שטר בעדים ובאמת דבריו תמוהין שהרי הרשב"ם דעל כתב יד אינו נאמן לומר פרעתי אמנם להליץ בעד הגאון הנ"ל נראה חדא דיש לומר דכוונת הרשב"ם כך דהא בעי' הוא בכתב ידו והוחזק בב"ד אם נעשה כמלוה בשטר שלא יוכל לומר פרעתי אך אפילו אי נימא מדפירש הרשב"ם שם קודם האבעיא לענין משעבדי משמע דכוונתו כאן בלי האבעי' מו"מ אין ראי' דבלא"ה דעת

הרז"ה דאינו נאמן פרעתי והוכיח ממשנה דקתני הוציא עליו כתב ידו גובה בנ"ח ולזה סובר רשב"ם לדחות ראי' זו דמיירי בנאמנות א"כ עלה קא מיבעי לן הוחזק מהו ושפיר פי' רשב"ם שאינו נאמן פרעתי אך מ"מ פשיטא דאין מדברי רשב"ם דהכא ראי' דיש לפרשו בנאמנות ובאמת צ"ע על הטור ובעה"ת דלמה להו ליפרושי בשטר בעדים דלשון ואני פלוני לויתי ממך לא משמע כן ואי משום מיגו דפרעתי הי' להם לפרש בנאמנות:

ד נאמן לומר לא לויתי עש"ך ס"ק ז' בשם הב"ח דלהד"ם לא מתי טעין ולא אמרינן דילמא לא כתב לשם חיוב רק למזכרת או שיחק בו או שלא להשביע וכתב הש"ך וז"ל ודבריו צ"ע ועיין מ"ש לקמן סי' ס"ט והיינו דשם הוכיח ויכול לומר לשחוק וכדומה במיגו דפרעתי והרשב"א שם דסובר אינו נאמן דלדעתו על כתב יד אינו נאמן פרעתי אבל לדידן מהני מיגו בכל זה ובאורים סי' זה ס"ק ד' כתב ז"ל אבל אינו נאמן לומר להד"ם ולשחוק בעלמא כתבתיו ב"ח. ואף דהש"ך כתב דצ"ע נראה נכון לדינא כהב"ח עכ"ל. ואני תמה הא הש"ך כתב זה לשיטתו בסי' ס"ט ס"ק ט"ז והתם השיגו באורים ופסק לחלק בין נפילה דיחיד לרבים כמו שכתב כאן בס"ק ד' א"כ נהי דהתם אינו נאמן דהוי נפילה דיחיד הכא דהוי נפילה דרבים פשיטא דנאמן דהא התם בעובדא טעין ממש הך טענה שכתב הב"ח [ובפרט שכבר הוכחתי בס"ק לפני זה דגם בנפילה דיחיד נאמן והיאך הסכים להב"ח כאן אפילו בנפילה דרבים אך באמת בלא"ה תמהנו על הש"ך והאורים שלא דקדקו כלל בדברי הב"ח ופשיטא דלדינו של הב"ח כ"ע מודים ואין בזה ספק כלל שהרי מעולם לא כתב הב"ח כלל שהוא טוען לשחוק וכדומה והוא מצאו דבהא פשיטא דנאמן במיגו דפרעתי כמבואר להדיא לקמן סי' ס"ט דנאמן לומר חתמתי שמי על מגילה ואתה מצאתה אבל מעולם לא לויתי כלל רק כוונת הב"ח דהוא טוען להד"ם סתם בזה אינו נאמן ועל זה כתב דלא אמרינן דילמא וכו' פ' דכיון שהוא טוען להד"ם אנן לא אמרינן דהמעשה כך הי' ולפטרו וזה מבואר לקמן סי' ס"ט והראי' מדקאמר לא לחתום אינש וכו' דילמא משכח אינש דלא מעלי וקשה יטעון באמת שכך הו' וחתם שמו על מגילה ומצאו ויהא נאמן ומזה הוכיחו דאם ישכח ולא יטעון כן אנן לא טענינן לי' וזהו ממש כדינו של הב"ח אבל באומר מעצמו מודה הב"ח דנאמן כמבואר לקמן סי' כ"ט ואפילו להסמ"ע לקמן בשם הרשב"א היינו בנפילה דיחיד כעובדא דהרשב"א ולא בנפילה דרבים אבל אם אין טוען כן פשיטא דאנן לא טענינן לי' שהי' כך ולפי זה מה שהעתיק באורים בשם הב"ח שאינו נאמן לומר לשחוק כתבתיו ליתא ולא כתב הב"ח דבר זה מעולם וזה ברור וביאור דינו של הב"ח פשוט מאוד והב"ח גופא ציין לקמן סי' ס"ט רק שחידש הב"ח דס"ד בשטר כזה שלא נכתב שם המלוה לא שכיח ויותר יש לנו

לטעון מעצמנו דהי' כך אף שאינו טוען קמ"ל דאין חילוק כדלקמן סי' ס"ט ועיין לקמן סי' ס"ט בב"י בתשובת הרא"ש שם:

ה ואם נכתב סובר. עסמ"ע וש"ך דקאי אירישא ותומים השיג על זה ולדעתי נראה כדבריו דאפילו אי נימא דצריך כו"מ כל שצריך לבוא מחמת המלוה מ"מ כל שיש בידו שובר אין כח בידו להוציא כיון שנתברר לו שלקח שובר מאחר על זה בשטר ותי' בידו וא"כ מסתמא הי' שלו ולקח בכי"מ נאמן לומר שהי' לו ופרעו לקח שובר אך בגוף הדבר מה שהצריך הש"ך עוד ופלפל שצריך לידע בבירור שזה ידע מהשובר בשעה שלקח השטר ואני תמה שבא ירדו לסוף דעת הנ"י והרב וכן על כל האחרונים יש לתמוה כי נראה לפע"ד ברור שאין לכל דברי הש"ך שורש ועיקר בכאן כלל דוודאי יש לתמוה שזבר זה מה טובו הא פשיטא שאם לא נודע שלקח שובר ואותו שנתן השובר הי' בידו כבר זה פשיטא דלא מהני מידי דהא יכול ליקח שובר ממי שירצה ויפטור את עצמו ואפילו שובר בעדים וע"כ שראו השטר בידו של זה שנתן השובר א"כ במה נפשך אי העדים לפנינו עכשיו ומעידין כן א"כ מה צורך לשובר הא בלא"ה עדים מעידין דפרעו ואי דהכל נכתב בשובר מ"מ מנין לנו שזהו השטר שניתן עליו השובר וכי חד שטר כזה יש בעולם והא יכול לעשות קנוניא וליתן לאחד שטר כזה חדש וליקח שובר בעדים ולפסול שטרו של השני אבל המעיין בנ"י יראה להדיא שכתב וז"ל ומיהו שטר זה כל שהוציאו אחר ופרעו לו ועשה ממנו שובר ומהו זה הלשון ועשה ממנו שובר הוי לי' למימר ולקח שובר או וכתב שובר וברור דכוונתו דעל השטר נעשה שובר שנכתב השובר על גבי השטר ממש ובזה כתב הנ"י אף שמוציאו שמו אינו כשם זה שנתן השובר מ"מ כיון שהשובר על השטר הרי כבר פרע לאחד שהוציא שטר זה ושוב בטל השטר וכן הרב בהדיא כתב בהגה' ואם נכתב שובר משום אדם על שטר זה וכו' הרי דדייק שנכתב השובר על השטר ואז שום אדם אינו יכול לגבות בו מאחר ששוברו בצידו אף שהשובר מאחר ולא ידעתי למה הסבו דברי הרב לכוונה אחרת שהבינו דבריו שנכתב שובר על השטר שובר בפני עצמו שבשטר זה נפרע ובאמת כוונתו פשוט כמבואר בנ"י שנכתב השובר על שטר זה ולפי זה בטלו כל דיניו של הרב הש"ך בזה כיון כהשובר נכתב על גביו ובזה ברור נכי"ד:

ו ועיין לקמן סימן ס"א הסמ"ע כתב שם כתבו המחבר גופא והש"ך השיגו כי כוונת רמ"א כאן אף שמעולם לא נתחייב לשום אדם אפילו לזה שמסר לו השטר מהני וכתב שכן מוכח מהרא"ש שהביא משאול שנתחייב להעשיר מי שיכה גלית הפלשתי ובאמת אין מהתם ראיה כלל ולא דמי כלל למחייב עצמו בדבר שאינו חייב שהרי זה היה ענין הנצרך לשאול מאוד להרוג גלית הפלשתי כי היה דבר הנוגע למלכות א"כ הגע עצמך מי

שישכור אדם לעשות איזה ענין ואז יתן לו כך וכך ומחייב עצמו פשיטא דאין זה מחייב עצמו בדבר שאינו חייב אבל כשהוא מחייב עצמו באמת בלי תמורה כנגד החייוב לא שמענו מעולם שיועיל לכל מי שיוציאנו וצ"ע כי בלא"ה הרב מהרי"ט חולק בזה כמו שכתב בתומים:

על חו"מ סימן נא

א אני קניתי מידו נחלקו בזה הסמ"ע והש"ך דעת הסמ"ע בזה דגובה משעבדי והוי כשטר גמור והש"ך. וכן בכ"מ כתבו דרק שלא לטעון פרעתי אבל משעבדי לא גבי ודעת הטור כהסמ"ע והנה הסמ"ע וגי"ת הרבו להשיב לפי' הכ"מ דמה זה דקמ"ל שאינו נאמן לומר פרעתי הא אפילו בשטר בע"א לבד סובר הרמב"ם דאינו יכול לטעון פרעתי ותירץ הש"ך דנ"מ אם העד מכחיש בפרעון והוא תמוה יציבא בארעא כמו שתמה בתומים ותירץ הוא דנ"מ לענין תביעת קרקע וכדומה דליכא שבועה ולא הוי משיל"מ גם בסוף ס"ק א' תמה על הסמ"ע לפי פירושו לענין משעבדי א"כ פשיטא דלק"מ מה שהזכיר הרמב"ם דאינו נאמן פרעתי דהא לא הוי משיל"מ דהוי ש"ק. ודבריו תמוהין ותמהני שלא ירד לסוף דעת הסמ"ע דכוונתו כך דוודאי יש להבין למה בע"א בעל פה שלוה ואומר פרעתי לא הוי משיל"מ ובשטר הוי משיל"מ וע"כ משום דבעל פה טענת פרעתי בעצמותה טענה טובה היא ואפילו הי' שנים מעידין שלוה היה נאמן לומר פרעתי משא"כ בשטר טענת פרעתי בעצמותה טענה גרועה היא רק שיש להאמינו במיגו דלהד"מ וכיון שיש בו עד אחד דמי ממש לנסכא דר"א דאינו נאמן דידי חטפתי רק במיגו וכיון שהעד מעיד שחטף הוי משיל"מ וה"ה הכא הרי דמהאי טעמא באמת הרשב"א חולק וסובר דבשטר בע"א טענת פרעתי בעצמותה טענה מעליא היא בלי מיגו לכך דעתו דלא הוי משיל"מ אבל להרמב"ם מצד עצמה טענה גרועה היא והשתא מה בכך דהכא לא הוי דליכא שבועה מ"מ הכא כיון שאין לו מיגו דהא שנים מעידין שלוה והשתא מה צורך לי להרמב"ם לאשמעינן דאינו נאמן בטענה פרעתי מצד עצמה בלי מינו הא זה נשמע בע"א דכיון דדעתו דהוי משיל"מ ע"כ דסובר דטענה גרועה היא ומצד עצמה בלי מיגו אינו נאמן א"כ כ"ש בשנים דאינו נאמן פרעתי מצד עצמה והא וודאי ליכא למימר דקמ"ל שאינו נאמן במיגו כיון דעדים מעידין שלוה וזה ברור. ומעתה כיון דקושית הסמ"ע קושיא עצומה היא גם הסמ"ע לא הועיל כלום בתירוצו דמ"מ קשה מאי קמ"ל אם דעתו אפילו להגאונים החולקין עליו בלא"ה לק"מ. ובאמת נראה דכוונת הסמ"ע דזה לא שייך לומר

שישמיענו הרמב"ם העיקר מה דלדידי' אין נ"מ כלל אבל כיון דעיקר אשמעינן הלוה בשטר לענין משעבדי ואגב השמיענו לדעת החולקין אבל אין:
זה נכון כי אין דרכו של הרמב"ם לומר לדעה החולקת עליו בפרט שלא זכר הך דעה כלל וברור דהגירסא כמו שכתב הטור דהוי מלוה בשטר גמור לגבות משעבדי וכ"ש לענין פרעתי ויותר יש לומר לפי מה שכתב הסמ"ע גופא לקמן ס"ק ה דמה שכתב הרמב"ם ואם טען השבע לי קמ"ל אפילו בנאמנות יכול להשביעו א"כ שפיר נ"מ בצירוף זה דאז בנאמנות אינו יכול להשביעו משא"כ בע"א בלבד יכול להשביעו אפילו בנאמנות [ועוד אבאר לקמן יישוב בזה) אך מ"מ נראין הדברים ברמב"ם כמו שכתב הטור מדסתם ולא ביאר לענין נאמנות ושבועה.
אך קשה לי על הטו' לפי הבנתי ברמב"ם איך כתב דעת הרמב"ם בסתם בלי חולק כי נראה לפע"ד ברור דהרא"ש חולק עליו בזה דוודאי לפי דעתו של הרא"ש דשני עדים בב' בשטרות לא מצטרפין לגבו' משעבדי אף שנמסר לפני כל אחד החתום בכל השטר א"כ הכא מאי יועיל קנין בפני אחד הא לא עדיף קנין מהיה נכתב שטר לפני עד זה לא היה מועיל ודוקא לפי' הב"י יש לומר דגם הרא"ש מודה דפרעתי לא מצי טעין א"כ ה"ה בקנין אבל לענין משעבדי היאך יהא עדיף אחד בקנין מאם הי' גם הוא בשטר כמו השני ודבר ברור הוא לפע"ד דדעת הרמב"ם ממש כמו שכתב הרמב"ן והר"ר יונה הביאם הרא"ש דמפרשי שם הכל לענין בנ"ח וראיותיהם מבוארין ברא"ש ולי עוד ראי' לפירושם שאם האבעי' לענין משעבדי א"כ היכי קאמר לת"ק דריב"ק לא קא מבעי לי' דאפילו שניהם בכתב ושניהם על פה לא מצטרפי והשתא תינח שנים בכתב דעדיף מאחד בכתב ואחד בעל פה ושפיר קאמר אפילו אבל משנים על פה מאי אפילו הא אחד בכתב עדיף דגובה משעבדי לריב"ק ושנים על פה לא ומה זה שהכריח אחד בכתב ואחד בע"פ מכ"ש משנים על פה וברור דהאבעי' לענין בנ"ח הוא א"כ אחד בכתב ס"ד דגרוע דאפילו בנ"ח לא גבי ושפיר קאמר כיון דאפילו שנים בעל פה לא מהני לת"ק כ"ש אחד בכתב דאותו שבכתב גרע מאותו שבעל פה אבל לשיטת התוס' והרא"ש הך שנים על פה אין לו שחר כלל גם קשה לי לדעת התוס' והרא"ש כיון דמפרשי אחד בכתב לענין משועבד היאך כתבו דשנים בכתב לא מהני רק באחד בכתב ואחד בעל פה מעיד על המסירה א"כ היאך כתבו שנים בכתב לת"ק לא הך שנים בכתב היכי דמי אי שניהם בשטר אחד הא גם לת"ק מהני ואי בשני שטרות הא אפילו לריב"ק מהני ואי דשנים בכתב מהני רק לענין בעל פה א"כ מאי אפי' שנים בכתב דקאמר לת"ק הא אחד בכתב דאנו דנין עדיף טפי משנים בכתב דמהני לריב"ק אפילו למשועבדים ושנים בכתב לא מהני רק לב"ח

גם קשה לפרושם דכיון דטעמייהו דנמסר לפני עד שבעל פה מהני דאנן אמרינן העד החתום מסתמא נמסר לפניו א"כ היו שניהם במעמד המסירה ולמה יחלוק ת"ק דריב"ק בזה דקאמר לדידי' לא מבעי לי' ואמת כי נראה שהתוס' אחר שפירשו כמו שכתב הרא"ש כתבו ומיהו קשה וכו' מבואר דכוונתם להקשות כמו שכתבתי דלמה יחלוק ת"ק דריב"ק בזה ולפום ריהטא כתבו התוס' דאביי לא יחלוק בזה אבל לפע"ד העיקר דכוונתם לקושיא הנ"ל וא"כ מה שכתבו אח"כ ועוד יש לומר [או ומיהו יש לומר לגירסת מהרש"ל מבואר דהפי' כפשוטו ששניהם מעידין על הלואה וא"כ קשה על הרא"ש שזכר פי' זה דהא לפי' זה קשה כנ"ל לכן העיקר דהאבעי' כמו שכתב הרמב"ן לענין בעל פה ועוד שהרי ראיית הרמב"ן לדחות פי' הרשב"ם קשה ג"כ לפי' התוס' והרא"ש דס"ס מוכח בש"ס דהאבעי' הוא אם ריב"ק מודה בזה לת"ק א"כ ממילא האבעי' דלא מהני אפילו לבנ"ח א"כ מן הפשיטות לא מוכח רק לבנ"ח ומ"מ דינם של התוס' והרא"ש בזה אמת מבחוץ כיון שיש שני עדים על המסירה אבל מה שכתבתי דבשני שטרות בכל אחד חתום בו ע"א לא מהני אפי' נמסר לפניו וביאר הרא"ש הטעם משום דבשטרות כאילו לית להו קלא כלל אבל הרמב"ן חולק בזה בוודאי דשנים בכתב מהני למשעבדי שהרי כתב הטעם דאותו שטר אין בו רק ע"א ואין הלקוחות יראין ממנו ומאותו שבעל פה אינן יודעין א"כ בשנים בשטר שפיר אית להו קלא וגובה ממשעבדי וזו הוא דעת הרמב"ם ג"כ דכתב דאם אחד הי' בקנין הוי כמו שכתב והוי כמו שנים בכתב ואית להו קלא וגובה משעבדי והוי שטר גמור:

ב ונמסר רק לפני ע"א הפי' הנכון בזה הוא שכל עד החתום בשטר אנו מחשבין דוודאי נמסר ולפניו כמו שכתבו התוס' והרא"ש הנ"ל וקאמר הכא אם בכל שטר חתום אחד ולא נמסר רק לפניו אינן מצטרפין כיון דעל כל שטר אין כאן רק אחד שנמסר לפניו ולא הוי רק שטר בע"א ואינו מועיל וכבר הוכחתי למעלה דהרמב"ם והרמב"ן והר"ר יונה חולקין בזה דאפילו בכהאי גוונא כשר למשעבדי וכבר הוכחתי שהעיקר כדבריהם וכ"ש לפי התוס' והרא"ש גופא אמנם לכל הדיעות וודאי לענין בנ"ח מצטרפין כיון דקיימא לן עד אחד בכתב לא הוי מפי כתבם דלא כהירושלמי:

ויש לברר לפי מה דקיימא לן לעיל סי' מ"ה דשטר הבא הוא ועדיו על המחק כשר אם באו שני שטרות וכל אחד בעד אחד הוא והעד על המחק אם מצטרפין להרמב"ן הנ"ל לענין משעבדי ולשיטת התוס' והרא"ש לבנ"ח והנה מדברי התוס' דף קס"ד ע"א בד"ה גופא מבואר להדיא דמצטרפין דלכך אין כותבין נחנו סהדי על הנייר לפי שהוא מחזיק ב' שיטין ויש לחוש שיחתוך השטר לשנים ויעשה ממנו שני שטרות בשני עדים ושניהם

על המחק מבואר דאף בזה מצטרפין אך קשה לי על דבריהם דהא שם גופא הקשו התוס' מתחילה דהיאך שטר הבא הוא ועדיו על המחק כשר ניחוש שמא הי' קודם על הנייר ועדיו על המחק ומחק וכתב מאי דבעי ותרצו דאי היה על הנייר הי' כתוב בו נחנו סהדי בין עד לעד והשתא ליכא ריווח בין עד לעד והשתא תקשי תינח בשטר הבא בשני עדים על המחק אבל שני שטרות בכל אחד ע"א ניחוש דהי' שניהם על הנייר ומחקם וכתב למעלה מאי דבעי וחתך למטה העד השני עם הנחנו סהדי ונשאר שטר בע"א וכן עשה בשני וכמו שאנו רואין עכשיו דהם על המחק נאמר שהי' מקודם על הנייר והי' שני חתומים בכל שטר והוא מחקם למעלה וחתכם למטה וכתב בשניהם מאי דבעי והוא תמוה מאוד ואמת דיש לומר לכאורה דכוונת התוס' כך דוודאי אם באו לפנינו ב' שטרות כאילו ושניהם חתוכים למטה בלי גליון מודים דפסולים שניהם מחשש הנ"ל באחד בגליון למטה והשני בלי גליון בזו סוברים כיון דבאחד אין לחוש דעשה כהנ"ל שהרי הוא בגליון תחת החתומים א"כ ממילא כיון דאחד אמת גם בשני אין לחוש שהי' על הנייר וזייף כדעת הרשב"א לעיל ס"ס מ"ד ומ"ה ע"ש בש"ך ולפי זה בשני עדים ובשני שטרות בלי גליונות מודים דאין מצטרפים וכמו כן להש"ך לעיל סס"י מ"ה דחולק על הרשב"א שם וכן הרשב"א מסתפק שם א"כ אפילו באחד בלי גליון אין מצטרפין דמ"מ אין כאן רק שטר בע"א והשני יש לומר מזוייף הוא דהי' על הנייר וכמו כן מבואר לפי זה דאפילו להתוס' היינו דוקא לשיטת ריב"ם דבמחק לבד ניכר הנמחק שני פעמים א"כ אין לחוש רק שיחתוך למטה ובזה לא יועיל באמת אם חתוכים שניהם אבל לרבי שם דסובר דבמחק אינו ניכר רק בכתיבה א"כ גם בזה יש לחוש דימחוק אנחנו סהדי עד למטה וישאר ע"א חתום וימחוק למעלה ויכתוב מאי דבעי ובהכי ניחא מה שלא זכרו הטור והמחבר לעיל סי' מ"ה דאין לכתוב נחנו סהדי על הנייר שיטין מחשש דיחתוך ויעשה ב' שטרות ולפי הנ"ל ניחא כיון דקיימא לן כרבי דבמחק לבד אינו ניכר גם קיימא לן דלא כהרשב"א א"כ אין לחוש לכלום שהרי אם יעשה כך יפסלו שניהם מטעם הנ"ל ובזה יש מקום לכאורה ליישב מה שכתבו שם התוס' והיכן יש לחוש שיכתבו אנחנו סהדי על הנייר אם חתמו שניהם וגם נחנו סהדי בחד ולכאורה הוא תמוה דהא אכתי יש לחוש שיחתוך השטר לארכו בתוך הכתיבה וימחוק למעלה ויעשנו שני שטרות בכל אחד ע"א על המחק ולפי הנ"ל ניחא דכוונת התוס' דאז יכול לכתוב הכל בסוף השטר למטה ואז אם יחתוך יהי' שניהם בלי גליון ויפסלו מטעם דהא שניהם על הנייר כנ"ל. אך אכתי קשה לי דמ"מ אם השטר על המחק ואין שום גליון תחת החתימה שני' ויש ריווח בין עד לעד יש לפסלו מטעם דשמא היה כתוב על הנייר שאז אין לחוש שיחתכנו

לשנים דלא יהא שום גליון בשני השטרות תחת החתימות ועוד קשה כיון דמודים התוס' דאם שניהם חתוכים פסול א"כ ממילא גם באחד חתוך נהי דאין לחוש דהיה על הנייר מ"מ יותר יש לפסול שטר זה משנפסל נחנו סהדי על הנייר כמו שכתבו התוס' שם וזו הוא עיקר קושיתם שם דטפי יש לפסול במקום שיש חשש זייוף לפנינו משנפסל במקום שאין זייוף רק שמא יעשה זייוף. גם בלא"ה כבר השגתי לעיל סימן מ"ה על דין זה לכן העיקר דבכל גוונא אין מצטרפין בזה ואפילו חלק נייר תחת החתימות יש לפסלם אם השטר רק שני שיטין דשמא חתך למעלה ועשה שטר במקום נחנו סהדי אבל שטר גדול ויש חלק נייר תחת החתימות נראה דאין לחוש כלל ומצטרפין ודו"ק היטב: (ג) מחוייב שבועה. ה"ה הקשה על הרמב"ם בזה דהא בכתב ידו נאמן לומר פרעתי וע"כ משום דכל כמה דלא גבי מלקוחות חושש להניחו בידו דאי בעי מזבין נכסי ולא מצי לגבות א"כ ה"ה בשטר בע"א דכיון דלא מצי גבי מלקוחות למה לא יוכל לטעון פרעתי וגבי גט מוכח בהדיא דכתב ידו עדיף משטר בע"א ואמת שכן מוכח דאפי' לדעת הפוסקים דבכתב יד אינו נאמן פרעתי מ"מ חולקין בשטר בע"א כמבואר ברשב"ם אבל באמת נראה לפע"ד דדברי הרמב"ם נכונים דוודאי פשיטא דכתב יד עדיף לענין זה דבכתב יד מבואר יותר שהוא אמת שהרי הוא מקויים ובוודאי הוא כתבו אבל לענין פשיטא דע"א עדיף והכוונה כך דלא מבעי' אם כתוב בלשון שנים רק שחתם בו ע"א פשיטא דאינו נאמן דהא חזינן דע"א בכל מקום אינו נאמן והתורה לא האמינתו אף שהוא לפנינו ויש לו להעמידו בחזקת כשרות א"כ כ"ש זה שהניח בידו שטר זה דהיה לו לחוש דהא יש עד שקר בעולם [וכ"ש לחתום על שטר זה שהוא אמת] ושמא יחתמנו על השטר ויהא לו שטר בשני עדים והיאך נתן כל הנאמנות לכל העולם לכל אחד מהם והיאך לא ירא מקנוניא שיחתום אחד בשקר ודוקא שנים שהתור' האמינה אותם דוודאי לא יעידו בשקר א"כ אין לחוש אבל אחד דאפילו הוא לפנינו חוששין שמא משקר כ"ש שהיה לו לירא שיקח אותו שיש בעולם שהוא משקר ולא שייך חזקה בזה כלל ובזה אמת דוודאי לא פרע עד שהיה מוציאו ממנו אבל בכתב יד לעולם אינו טורף אם לא שירא שמא יעשה שטר בשני עדים שקרים לזה אין לחוש הגם שלא ינצל מזה לעולם ואפילו בשטר שאין כתוב רק בלשון יחיד מ"מ כיון שהוכחתי דעת הרמב"ם דשני עדים כן שטרות מצטרפין ואינו נאמן לומר פרעתי וגובה משועבדים אם פשיטא דיש לו לירא שיעשה שטר שני בע"א שקר שיש בעולם והיאך סמך ליתן מעות על נאמנותו של איש אחד שלא יעיד בשקר ובפרט שאין איש ידוע רק יהא מי שהוא ולפי זה נראה דגם הרשב"א דחולק בזה אפשר דלא נחלק רק בכתב בלשון יחיד אבל בכתב בלשון שנים מודה דביחיד סובר

כדעת הרא"ש דשני עדים אין מצטרפין אבל שנים מודה ועוד אפשר לומר דהרשב"א לטעמיה דלא חיישינן לע"א שקר כל שאחד אמת כמו שכתב הב"י בשמו סוף סימן מ"ד ובש"ך סוף סימן מ"ה ע"ש אבל לפי מה שהשיג שם הש"ך א"כ ה"ה הכא ודברי הרמב"ם נראין בסברא:

אך קשה לי לכאורה דהא כבר כתב הטור סימן ע"ה בשם הרמ"ה דלא אמרינן משיל"מ רק אם היו שנים היה מחוייב ממון בלי שבועת התובע אבל אם היה צריך לישבע אפילו בשנים באחד לא הוי שיל"מ ע"ש ולפי זה הכא לא מבעי' טען עכשיו השבע לי פשיטא דקשה היאך כתב הרמב"ם שישבע ויטול הא אילו היו שנים על השטר היה צריך לישבע כיון שטוען השבע לי [וכ"ש בפוגם פשיטא דאינו בדין דיהא משיל"מ ולפי זה ממילא גם באישתבע לי דהא משמע בש"ס דאין הפרש ביניהם רק לענין אי טעין] א"כ בע"א למה יהא שיל"מ וכ"ש לפי מה שהוכחתי בכמה מקומו' דהך שבוע' היא מדינא דכל כמה דאינו נשבע ליכא חזקה דסמך על השבועה א"כ בשנים לא הוי חייוב ממון גמור רק בשבועה והיא שבועת המשנה כמו בשכיר דאינו רק להפיס דאיירי ביה הרמ"ה שם אלא אפילו בלא טען השבע לי ג"כ קשה דוודאי אילו היו שני עדים היה טוען ועכשיו מה לו לטעון שהרי הוא אינו מאמינו עכשיו ורוצה לפטור עצמו ולא שיטול בשבועה א"כ מנין לנו לחייבו במשיל"מ שאם היו שנים היה טוען באמת שבועה ואטו בשופטני עסקינן שאינו יודע לטעון שבועה ופשיטא דאין לחייבו בשביל זה והנה לפי מה שכתב הסמ"ע ס"ק ה דהרמב"ם ע"כ מיירי בנאמנות דאל"כ מאי קמ"ל דחייב לישבע הא אפילו בשנים חייב והט"ז דחה זה ודבריו תמוהין ודו"ק] ולפי זה יש לומר דמעיקרא נמי מיירי בנאמנות לכך הוי שפיר משיל"מ דבשנים לא היה צריך לישבע כלל והיה נוטל בלי שבועה מחמת הנאמנות לכך הוי שפיר בע"א משיל"מ. אך מדברי הסמ"ע גופא והש"ך לעיל ס"ק א' מוכח להיפך דא"כ מאי קשיא להו על מה שכתב הרמב"ם לעיל ואינו נאמן לטעון פרעתי דהא אפילו בע"א אינו נאמן ולפי הנ"ל הא ליתא דבע"א דוקא בנאמנות כנ"ל והתם קמ"ל אפילו בלי נאמנות כיון שיש ע"א בקנין גם מסתימת לשון הרמב"ם גופא לא משמע כן ואדרבא אני תמה על הסמ"ע לפי דעתו מה צורך לנאמנות הא גופא קמ"ל דאפילו טוען שבועה דאף בשנים היה צריך לישבע מ"מ גם עכשיו בע"א נשבע ונוטל דס"ד כיון דטוען שבועה לא הוי משיל"מ כדעת הרמ"ה הנ"ל. גם עיקר דינו של הסמ"ע בנאמנות צריך עיון לפע"ד דמ"מ כיון שמודה על גוף הנאמנות רק שאומר שפרע הוי משיל"מ ואדרבא גדולה מזו איכא מ"ד דאפילו אין עדים על הנאמנות רק שמודה שנתן לו נאמנות אינו נאמן במיגו דנאמנות הוי כעדים אם כן אף דלא קיימא לן הכי

אבל כשיש ע"א על הנאמנות למה לא יהא משיל"מ כמו על הפרעון גופא מכח שמודה שלוה ה"ה בנאמנות לענין השבועה ואפשר דסובר דלענין להפסיד שבועה לא אמרינן משיל"מ אבל עדיין קשה קושיא הנ"ל כיון דמעיקרא בלי נאמנות למה יהא משיל"מ לשיטת הרמ"ה הנ"ל וצ"ע:

ד ויש אומרים שדינו כשטר שאין חתום בו רק ע"א. עסמ"ע ס"ק ו' מה שכתב בשם הב"י והש"ך השיג על זה והביא שהב"י בב"ה חזר בו ובאמת בב"ה נזכר שם שני תירוצים הראשון הוא כהסמ"ע דלא הביא הטור דעת בה"ג רק להורות דמודה להרמב"ם דע"א זוקק לשבועה אבל בענין הצירוף שפיר פליגי הרמב"ם ובה"ג אך לפע"ד נראה ברור שלא היה זאת דעת הטור שהרי מעיקרא הביא שטר שאין חתום בו אלא ע"א או שנים ונמצא אחד מהן קרוב ופסול כתוב בשאלתות שאינו כלום ויכול לכפור בו או לטעון פרעתי וכו' עכ"ל והנה הב"י נראה שהבין דלשון שהביא הטור הוא לשון השאלתות ולכך פירש דהטור דייק ממה שכתב ויכול לכפור בו ש"מ דאף שבועה לא בעי ובאמת חפשתי בכל השאלתות ולא מצאתי דבר זה כלל וברור דלשון זה אינו לשון השאלתות רק הטור דייק לי' ממה שכתב השאלתות פרשת יתרו שאילתא נ"ה בכתב ואחד בעל פה מצטרפין וכתב דהא דקתני במתניתין פשוט שכתוב בו ע"א לאו למעוטי אחד בכתב ואחד בעל פה כאביי דקיימא לן כאמימר רק דקמ"ל מקושר דומיא דפשוט מה התם פסולי דאורייתא ואי תפס מפקינן מיני' אף מקושר בשנים אי תפס מפקינן והביאו הרא"ש פרק גט פשוט ולפי זה מבואר דסובר דמקושר מאחר שלא נעשה כתיקון אין לו דין שטר ואפילו לבנ"ח אין דנין ממנו א"כ פשיטא בע"א דג"כ שלא כתיקון דאינו זוקק לשבועה דאי בפשוט זוקק לשבועה א"כ מקושר דין הוא שיגבה בנ"ח וע"כ דכל שלא כתיקון בטל לגמרי דהא מדמינן פשוט למקושר וזה ברור ולפי זה הך דברי השאלתות נאמרין באחד בכתב לבד והשתא אי ס"ד דסובר הטור דהרמב"ם ובה"ג נחלקו מחדש לענין צירוף ואפילו אי זוקק בצירוף לא א"כ מה זה שהתחיל הטור ועירבב ע"א בכתב ושנים ונמצא קרוב דהא אין ענין זה לזה דבהא אפילו מאן דפליג אשאלתות מודה דהא לא מהני ואדרבא בסברא זו יש לומר דמודה להרמב"ם [רק דפוסל בלא"ה מטעם דע"א בכתב אינו כלום] ובשלמא אם היה זה לשון השאלתות א"כ יש לומר דבאמת השאלתות סובר בזה כבה"ג דצירוף מהני רק מטעם ע"א פוסל אבל השתא דבשאלתות לא נזכר זה מנין לו להטור להכניס דבר זה בשם השאלתות מה דגם הרמב"ם מודה וברור דדעת הטור דאין חילוק כלל בין ג' לב' ובסתמא לא נתבטל כל העדות לכך עריב ותנו להו בהדדי והשאלתות סובר לגמרי דלא כהרמב"ם והרמב"ם לענין שטר קאמר לא לענין שבועה דבסתמא לא נתבטל וזה ברור

[אך צ"ע על הטור דנראה דהוא מפרש השאלתות דסובר האבעי' כירושלמי דלא מצאו לקיים כתב יד שני וכן פי' ב"י ובאמת בשאלתות שם משמע דמפרש כפשוטו וסובר דדוקא אחד בכתב לבד אינו כלום דהוא שלא כתיקון חכמים כמו מקושר בשנים אבל באחד בעל פה ג"כ דכיון דגובה משעבדי א"כ יש לו דין שטר וסובר כרשב"ם דבזה אית לה קלא א"כ בהא מודה דהוי שטר גמור דהוי כתיקון חכמים והמשנה דקאמר פשוט שכתוב בו ע"א היינו ע"א לבד דאינו כתיקון תדע דאל"כ למה לא הוצרך השאלתות לומר דקמ"ל דומיא דמקושר לימא דקמ"ל בע"א בכתב ואחד על פה רק לא בנתקיים כתב יד אחד וע"כ דסובר דבזה מהני וזה ברור לפע"ד ולפי זה כ"ש בשנים בשני שטרות דוודאי מצטרפין לבה"ג דהא בזה לכ"ע הוי כתיקון כמו שכתבתי לעיל דאפילו הרמב"ן מודה בהא דיש לו קול וא"כ קשה שהביא הטור דכן כתב הראב"ד ובאמת השאלתות חולק על הראב"ד לפי הנ"ל]:

גם בעיקר דברי הסמ"ע מה שכתב בשם הב"י וגם נראה שהש"ך הבין כן כוונת ב"י שהרי כתב דבב"ה חזר בו ולפע"ד ברור דהא ליתא דהם הבינו מה שכתב דיקדק וכתב שני עדים בלבד להורות דוקא בשנים מסתמא ישבו ביחד לחתום ולא בשלשה והוא תמוה שהרי בב"ה גופא בתירוץ שני הראה מקום לדבריו אלה בב"י והיאך יאמר שם להיפך מה שבב"ה הסכים שכן עיקר ממה שכתב הרמב"ם גבי שלשה ע"ש וברור דכוונת הב"י כך דוודאי הרמב"ם לא מיירי מדין שבועה רק מדין השטר דס"ד שיהא שטר גמור בשביל עדי מסירה וקמ"ל כיון דמזוייף מתוכו לא הוי שטר אפילו לגבות בנ"ח וזה שדיקדק שני עדים דבשלשה לא משכחת לה בסתמא דאמרינן דלא ביחד ישבו לחתום אם כן דל מהכא עדי מסירה נכשר בעדי חתימה דלא נתבטלו בצירוף אבל בשנים משכחת דנהי דהעד לא נתבטל מ"מ שטר בע"א אינו כלום רק להכשירו מכח עדי מסירה ועל זה קאמר דמזוייף מתוכו וזה ברור בכוונת ב"י וכן עיקר כיון שכבר הוכחתי שגם דעת הטור כן ומה שכתב המחבר מעיקרא הרי הוא כחרס היינו דקמ"ל דינו של הרמב"ם דבזה אין חילוק ואפילו בסתמא לא הוי שטר מכח עדי מסירה והביא שי"א שדינו כע"א שלא נזכר זה ברמב"ם בפי' ומה שכתב וי"א לאפוקי דעת השאלתות והראב"ד ולכך קאמר ויש מי שאומר. ובתומים האריך להשיג על הש"ך ותמה עליו כי לפי דעת הרא"ש לעיל סימן מ"ה דאם האחרונים פסולין השטר פסול דאתי לקייומי בקרובים א"כ כ"ש הכא בשנים דוודאי פסול ע"ש שהאריך בסברא זו ליישב הרא"ש גם בס"ק אח"כ האריך בזה ע"ש ודבריו תמוהין לפע"ד ופשיטא שאין ענין זה לזה כלל דוודאי יש להבין בגוף דברי הרא"ש שם דאם הכוונה דחיישינן דהוא זייף באמת שטר מתחלה

ויבוא לפנינו בחתימות למטה בקרובים ונקיימנו למטה בקרובים א"כ במה נפשך אי שנדע שהם קרובים פשיטא דלא נקיימנו למטה וע"כ שלא נדע שהם קרובים א"כ מאי הועילו בזה הא עכשיו מקיימינן למעלה ואי דיבוא בקרובים ולא נדע הא עדיין יעשה כן ולא נדע ומה יועיל מה שעכשיו נפסלנו על פעם אחרת שלא נדע וברור דלזה לא חיישינן שיחתום בזויף קרובים למטה שלא נדע רק הוא באמת יחתום מקודם כשרים ואח"כ יחתמו פסולים ולא ימצא אחר לקיים הכשרים ונקיימנו בפסולים ונוציא שלא כדין שאילו הי' ידוע לנו שהם קרובים לא הי' מועיל לכך תקנו דאחרונים פסולין השטר פסול ולא יחתום פסולים ונקיימנו לעולם בכשרים והשתא זהו בשטר שישבו ארבעה עדים [או שלשה ונמצא אחד] ושנים כשרים אבל כאן דאין כאן רק שניהם א"כ אם באנו לחוש דיחתמו בזיוף אחד קרוב א"כ עדיין מי ימחה בידו כיון דהחשש שלא נדע שהוא קרוב וע"כ שיאמר האמת דאינו רק שטר בע"א א"כ נקיים שניהם ונחייב שבועה על פי כשר ואי שלא יגיד ולא נדע א"כ הרי עשה שקר גמור ושטר מזויף מה שאינו שטר כלל א"כ מזו לא ינצל לעולם ולמה נפסול זה שיש בו אחד כשר ואחד חתם למילוי וכדומה ולא רצה לזייף כלל ולפי דברי התומים תקשה הא בה"ג סובר שם דאחרונים פסולים השטר פסול ותירץ הש"ך שם קושית הרמב"ן דסובר אין קיום רק לבסוף והיינו כהרא"ש אם כן למה פסק הכא דבשנים מסתמא לא נתבטל הכל וברור דהא ליתא כמו שכתבתי ואין צורך לראי' כי הדבר מובן מעצמו ודו"ק. ועיין עוד בתומים בשם הגאון דהביא קושית הגי"ת דלמה באין כתב ידן יוצא ממקום אחר לא מהני וע"ש מה שתירץ דסובר אחד צריך לזכור העדות. ואני תמה דפשיטא דדברי הגאון נכונים וברורים ואין בזה חילוק שהרי אפילו להפוסקים החולקין על הרמב"ם לעיל סי' מ"ו דלא בעינן לזכור הלואה מודים דבאינן זוכרין צריך שנים להעיד על כל חתימה וכאן דהשני על פה אין כאן רק אחד המעיד על חתימתו של אותו שבכתב ואינו כלום וזה ברור ומה שכתב עוד המחבר ס"ד וס"ה כבר נתבאר לעיל סימן ל"ו ומ"ה באריכות ועמ"ש שם בס"ד: (ה) הכותב כל נכסיו. אלא אם כן נסתלק וכו' ובעדות בעל פה דין זה צריך בירור קצת. והנה יסוד הדין הוא מירושלמי דפליגי ר"י ור"ל בזה ופסק הריי"ף כר"י וכתבו דאף דבגיטין ד"ח גבי עבד שהביא גיטו קיימא לן כרבא ובירושלמי מדמה לה לפלוגתא דר"י ור"ל מ"מ סוגי' דידן סובר דלא דמי. והנה במרדכי מבואר הטעם משום דלא אתי לאיחלופי בשאר שטרות בקרובים אבל בגט שאומר בפני נכתב לא ע"ש ובב"י אבל לפע"ד נראה ליישב דברי הריי"ף בפשיטות והוא דכבר נודע דעת הרשב"א בתשובה סי' אלף רל"ז דדוקא בפלוני רבעני לרצוני פלגינן דיבורי' אבל אני רבעתי לרצוני לא פלגינן דכד גייז

לתיבת אני רבעתי לא נשאר שום עדות. והנה הרב בעל נו"ב לחלק אה"ע סי' ע"ב האריך להשיג על זה ובתוך דבריו כתב דלאחר היגיעה רבה מצא סוגי' מפורשת דנחלקו אביי ורבא בסברא זו והיינו הך דגיטין הנ"ל וידוע דהלכה כרבא ובאמת דבריו תמוהין וכבר השגתי לעיל סימן ל"ד על דבריו ודחיתי כל ראיותיו שם ובפרט ראי' זו תמוה מאוד ואדרבא מוכח להדיא כהרשב"א והוא דוודאי התם דהך עדות אני רבעתי אם אמת היא היא מבטלת לעדות שפלוני נרבע שהרי הוא רשע ופסול לעדות מגזירת הכתוב ואם אתה רוצה להאמינו אי אפשר רק שנאמר שזה שקר וא"כ כד גייז לי' לא נשאר שום עדות אבל בהך דעבד שהביא גטו שאם אמת על הנכסים פשיטא דקנה עצמו רק שעל נכסיו אנו חוששין שמא הוא שקר אבל אין זה מבטל קנין עצמו ובזה דלא בעי קיום יצא לחירות משא"כ בהך דירושלמי בעדים קרובים לזה דמבואר הטעם דמשום עדות שבטלה כו' א"כ אותו עדות על הקרוב מבטלת העדות על הרחוק אם לא שנאמר פלגינן וכיון דהוא כולל כל הנכסים בדיבור אחד לא שייך לחלק הדבור כו' כסברת הרשב"א הנ"ל [וע"כ לא נחלקו ר"י ור"ל רק משום עדות שבטלה מקצתו אבל בגט דלא שייך זה מודה דפלגינן] והפי' בירושלמי כך דמביא הך דר"י ור"ל דלמ"ד התם כשרים כ"ש הכא ומאן דפליג לא נשמע דפליג גם בגט כנ"ל א"כ ממילא בגט הכל מודים ושם קיימא לן כר"י לגבי ר"ל וזה נלפע"ד ברור והמעיין ברשב"א לגיטין בשם הרמב"ן שם נראה שכיוון ממש לדברינו אלה ולפי זה מבואר ברי"ף כהרשב"א הנ"ל ולפי זה מיושב מה שתמה הש"ך דהא מ"מ שייך לגזור דאתי לאיחלופי ומה מועיל סילוק ולפי הנ"ל ניחא דכיון דנסתלק אין צורך לפלוג דיבוריה דלא מבטל לעדות הכשר ולפי זה צ"ע על הדין שכתב רמ"א בשם המרדכי בעדות בעל פה ולפי הנ"ל הא ליתא דהא מ"מ כיון דבדיבור אחד הוא לא פלגינן והמרדכי לטעמיה משום איחלופי ובאמת המעיין בירושלמי מבואר להדיא דמדינא נגעו בה משום נמצא אחד קרוב ופסול וקאמר מתניתין מסייע לר"י וכו' ולהמרדכי מאי סייוע יש ומנין להוכיח הגזירה מן המשנה וברור דהטעם משום דלא פלגינן בחד דיבור כסברת הרשב"א הנ"ל וה"ה בעל פה וצ"ע על הסמ"ע דלעיל סימן ל"ד העתיק דברי הרשב"א להלכה וכאן לא כתב כלום על דינו של הרב: (ו) השטר פסול עסמ"ע ס"ק ט"ו דאפילו עדי מסירה מעידין לפני הב"ד שראו הלואה ונמסר לפניהם שטר מ"מ אין הב"ד יכולין לכתוב שטר חדש כדין עדים החתומים על השטר ונמצא אחד קרוב דשאני הכא דלא נעשו שלוחים אהלואה וכו' ע"ש. ובאורים כתב דצ"ע דב"ד אלימי ואין לצורך שליחות ולפעד"נ דהא ליתא ודוקא בשטר שאבד ונשרף או נמחק אמרינן כן כיון שהיה לו שטר כשר מתחלה רק נשרף ומה יש לו לעשות ובזה הב"ד

עושין שטר חדש אבל לא כשמעולם לא היה לי שטר כשר אין ב"ד נזקקין לעשות שטר מחדש שלא כדין רק מתורת הפקר ב"ד וזה ברור:

על חו"מ סימן נב

א שטר שיש בו ריבית

אפילו רבית דאורייתא והיינו על פי מה שכתבו התוספות והפוסקים ליישב עדים פסולים הם ותירצו דלא משמע לאינשי איסורא לעדים. ובספר קצה"ח כתב ליישב קושיא זו על פי מה שכתב הר"ן ליישב דשוחט בשבת שחיטתו כשרה דהא הוי מומר לחלל שבתות ותירץ דלאחר גמר שחיטה נעשה מומר והשחיטה היתה בהכשר ואף כאן לאחר גמר חתימה נעשה רשע והחתימה היתה בהכשר. ודבריו תמוהין דפשיטא דאין ענין זה לזה כלל דהתם וודאי מעיקרא השחיטה בהכשר היתה אבל הכא פשיטא דלאו לא תענה ג"כ לפי סברא זו לא עבר רק רגע לאחר גמר העדות ובחתימה רגע אחר גמר חתימה א"כ פשיטא דאם באנו לדון להכשיר עדות העדים על הרגע לאחר גמר החתימה אנו דנין שהרי על שעת החתימה אינו עובר על לא תענה כל שלא גמר וא"כ בזו הרגע פסול משום לא תשימון ומ"ש לאו לא תשימון או לא תענה ס"ס פסול לעדות וזה ברור. גם מה שהקשה בספר קצה"ח דלמה גובה הכא הקרן לר"ל דחייבי מלקות אפילו לא הותרו פטורין מתשלומין. והוא תמוה דמאי ענין תשלומין כאן לאיסור דהאיסור שהמלקות באין על ידו הוא מכח הרבית והתשלומין הוא מכח ההלואה שלוה ממנו ואינו מכח האיסור רק אחר הלואה שם עליו נשך ואפילו אם הלוה לו על רבית מ"מ חייוב הקרן אינו מכח הרבית ולק"מ:

ב מפני שיביא לגבות עסמ"ע דאפילו יכתוב על גביו לא מהני וכתב הש"ך דלפי מה שביאר לעיל סימן מ"ג במוקדמין דאם כתבו על גביו קודם שבא לב"ד מהני ה"ה הכא וכבר השגתי עליו לעיל סימן מ"ג ובארתי דעת הרמב"ם שם דעיקר החשש גזירה שמא יגבה מזמן ראשון אין הכוונה עכשיו רק דאם נכשיר מזמן שני מה הפסיד הרמאי ויעשה מוקדם שאם לא יתברר יגבה מזמן ראשון אבל עכשיו דאינו גובה כלום ירא לעשות מוקדם שלא יפסיד ולפי זה הכא פשיטא דעיקר הטעם שמא יגבה בשטר שיש בו רבית כשלא יתברר לכך גזרינן שלא יגבה אפילו הקרן ור"מ סובר אפילו קנס שאין בו גזירה קנסינן שעשה איסור ורבנן סברי דמחמת האיסור לא קנסינן היתר רק מה שיש לעשות תיקון שלא יבוא לידי גבי' שלא כדין בזה אנו גוזרין וקנסינן אפילו ההיתר ואתי שפיר לשון הרמב"ם מטעם קנס ולא כמו שכתב הש"ך לקמן דאינו מדוקדק ולפי זה אפילו

יכתבו על גביו פשיטא דלא מהני דמ"מ יעשה שטר שים בו רבית דהא בקרן בטוח שיכתבו על גביו ובזה מיושב דעת רמ"א בהג"ה דאפילו הקרן לא גבי בעדים דהתם כיון דכל האיסור לענין משעבדי אין לגזור רק שיפסיד משעבדי, ולא יעשה מוקדם אבל כאן יש לגזור שלא יעשה רבית לענין בנ"ח כיון שגובה בנ"ח בעדים א"כ אם לא יתברר יגבה הרבית ואפילו יתברר והיינו שיעידו עדים דהלוה פחות א"כ יגבה קרן עכ"פ לכך יש שלא יגבה אפילו הקרן ועיין בסמוך:

ג וי"א דפטור עש"ך שהאריך להשיג על זה ודעתו דמה שכתבו התוס' ומרדכי מודה הלוה היינו שמודה שנכתב על פי דבריו אבל לא במודה שלוה ובזה יפה השיגו בתומים דמה צורך להודאתו בזה מאחר דעדים כשרים לשיטת התוס' אך באמת לענין דינא דברי הש"ך נכונים וברור דלא סבירא להו לתוס' לפטור לגמרי אפילו מודה וראיה לזה שהרי התוס' פרק המניח דף ל' ע"ב הקשו דמשמע דלחכמים גובה אפילו משעבדי וקשה הא עדים פסולין עיי"ש שהאריכו ויש להבין דמאי ענין קושיא זו למשעבדי ופשיטא דאי גובה מבנ"ח ג"כ קשה הא פסולים הם וע"כ דכוונת התוספות לפי שכתבו דאין ליישב דמיירי דלא נזכר הרבית מפורש ולא ידעו עדים דא"כ תקשי נגזור לרבנן קרן שמא יגבה רבית כמו דגזרינן במוקדמין גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ולפי זה יפה כתבו התוס' דכיון דמשמע דגובה משעבדי תקשי אבל אי היה מקום לפרש במילתא דחכמים דאינו גובה רק בנ"ח שפיר היה מקום ליישב דאין רבית מפורש ואי דגזרינן ה"מ לענין משעבדי אבל בלוה מודה או עדים אחרים מעידין כיון דאינו גובה מכח השטר סבירא להו לרבנן דגובה וכר"מ אפילו בהא לא גבי כמו שכתבו התוספות בדיבור הקודם לכן הוכרחו להקשות דמשמע דגובה משועבדים וא"כ בהא נגזור אבל אי נימא דעת התוס' כרמ"א דאפילו בהא גזרינן א"כ לא היה מהצורך לתוספות להניח הקדמה להקשות מכח דמשמע דגובה משעבדי. ובתומים הביא ראיה מדברי התוספות להיפך ולא ראה דהתוספות הקשו דוקא משעבדי וא"כ נסתר ראייתו ומוכח להיפך ואפשר לדחות דמעיקרא מה שכתבו משעבדי הוא דאל"כ היה מקום לפרש בפירש הרבית בשטר ואז ליכא גזירה כלל וגובה בעדים אחרים או בהודאה משא"כ לר"מ דקניס ובהא גם הרב מודה דגובה כיון דליכא גזירה וקנס לא סבירי להו לרבנן אבל פשיטא דראיית התומים ליתא גם לשון הרב משמע מטעם קנס לרבנן]:

ומה שהביא רמ"א ראיה מדברי הי"מ והוא מדברי התוספות פרק מי שמת דף קנ"ז ע"ב תמהני מאד דאי ס"ד דכוונת התוספות לוה מודה היינו שמודה שחייב עד הנה א"כ מאי הביאו מהתוספתא המוציא שטר שיש בו רבית וקרעו והשתא כיון דאינו גובה על

פי שטר זה כלום רק בלוה מודה שחייב א"כ שפיר קורעין אותו דהא אינו מועיל כלום שאם יודה הלוה שהוא חייב בלא"ה יגבה ממנו ואי לא יודה לא יועיל השטר וכן מה שהוכיח דלשון פסולים משמע פסולים לגמרי מאי ראי' לזה הא פשיטא דהשטר פסול לגמרי והרי הוא כחספא בעלמא רק על פי הודאת הלוה גובה וברור דכוונת התוס' דהם נסתפקו אם הכוונה דהשטר פסול לענין משעבדי כיון דכל עיקר הפסול לענין משעבדי אבל לענין בנ"ח הוי שטר ככל השטרות ואינו יכול לטעון פרעתי ולהד"ם דלא נפסל רק לענין זה ועל זה הביא ראיה דהא שטר שיש בו רבית בוודאי נפסל לגמרי אפי' לבנ"ח ואפילו מודה שכתבו יכול לטעון פרעתי ואין לו דין שטר כלל רק בעל פה דאל"כ אלא שעדיין יש לו דין שטר למה המוציא שטר יקרענו הא יש תועלת בו לגבות בנ"ח אלא ברור דאין השטר מועיל כלום אפילו לגבות בנ"ח לכך קורעין אותו וה"ה מוקדמין פוסל השטר לגמרי אבל לא במודה שחייב עדיין דבזה אין אנו דנין מכח השטר ואם היה מודה בלי שטר כלל היה חייב אז פשיטא דחייב ובזה אין ראי' מפסולים כלל גם אפילו אי נימא דברבית לר"מ אפילו בהא קנסו והיינו דהוא סובר דקנסינן היתרא מ"מ לר"י דמוקי כרבנן פשיטא דאין ראיה דגם במוקדמין כן כיון דלענין עיקר פסול השטר שווין ובמוקדמין אפשר דגם ר"ח מודה דלא עביד איסורא רק במשעבדי משא"כ ברבית ועכ"פ ברור דכוונת התוס' שם הכל לענין לוה מודה אבל טוען שעכשיו אינו חייב שפרעו וכדומה רק שהמעשה שבשטר אמת ובזו מיירי התוס' התם אמנם אם יש עדים שחייב בזה כבר כתבתי בס"ק לפני זה דכמו דבמוקדמין גזרינן שלא יעשה שטר מוקדם א"כ הכא ברבית דהאיסור גם במבנ"מ גזרו על בנ"ת שלא יעשה שטר שיש בו רבית לענין בנ"ח אבל בלוה מודה שהוא חייב עדיין אין טעם לפטרו לרבנן וזה ברור ואמת דבתוס' ב"ק משמע דלר"מ אפילו לוה מודה שחייב דשם לא הביאו כלל מהך דתוספתא ע"ש אבל זהו לר"מ דקניס ולא לרבנן דלא קנסו רק משום גזירה ובתוס' פרק מי שמת לא רצו להוכיח רק כמו דלר"מ עה"פ השטר פסול לגמרי ה"ה במוקדמין לרבנן השטר פסול לגמרי דהא ר"ל בעי לאוקמא מוקדמין כר"מ ור"י לא נחלק רק דלרבנן ג"כ הדין כן אבל מודה דפסולין לגמרי אבל מדין הודאה ועדים אחרים מה שאין נוגע לדין שטר לא מיירי התוספות התם כלל כמו שהוכחתי:

ד והוא שקרוע במקום העדים והזמן. בתשובת הר"ן סימן ט"ו כתב דבמקום אחד בלבד סגי ואמת שכן מוכח להדיא מדברי רבינו האי שהביא בעה"ת שכתב להדיא דאם לא נקרע במקום מן המקומות ההם כשר מבואר דבמקום אחד לבד פסול והנה בתומים הקשה על מה שכתב הר"ן לדחות ראיית הריב"ש מהך דפ"ב דגיטין גזי' לזמן דכיון דלא

חיישינן לפסול לא איכפת לן במה שנחסר הזמן ותמה בתומים כי למה לא ניחוש התם לפסול כמו הכא ע"ש שהאריך ובאמת דברי הר"ן נכונים דהא וודאי כיון שהיה בו זמן ונמסר לידה גט כשר הוא כמו כל הגיטין ובאמת הקשה הרשב"א ניחוש שמא לא היה כתוב זמן ותירץ דבדיעבד כשר] רק בקרע החשש בשטר שמא נפסל אחר שנפרע או נמחל וכדומה אבל בגט מ"מ שפיר יחפה על בת אחותו דמ"מ נתגרשה ואמת שלא תוכל לגבות בגט זה. מחמת הקרע אבל פשיטא דלא נוכל להרגה דמ"מ נתגרשה שהרי היה כאן זמן ועוד דהא בהדיא כתב הר"ן דגם הכא מה שאין מוציאין הוא רק מספק דמ"מ יכול להיות שנקרע מאליו א"כ בגט פשיטא דלא נהרוג אותה מספק ואדרבא מדברי הרשב"א שהביא הסמ"ע ס"ק י"א והש"ך ס"ק ט ט"ו דכתב דאם מצא נקב גדול אין חוששין שמא קרע ב"ד הי' והוא נטל סביבותיו דאין פוסלין השטר מספק והשתא היכי דמי אי דקאי בהך קרע ב"ד שקרע שתי וערב הא כתב הש"ך ס"ק ז' דבעינן שיהא נקרע על פני כולו א"כ פשיטא דלא שייך בזה דינו שכ' הרשב"א וע"כ דבהך דקרע מקום הזמן וכו' קאי א"כ מבואר דבאחד סגי דאל"כ היאך שייך נקב גדול שיהא מקום לחוש לקרע ב"ד הא אילו המקומות מפוזרין הן בשטר וע"כ דבמקום אחד לבד פוסל וקמ"ל דבנקב גדול שיש לחוש לקרע ונטל סביבות הנקב לא חיישינן אמנם הראיה מדברי רב האי אני חוכך קצת והוא דאי נימא דכוונת רבינו האי כן היאך מספקא ליה שם אי אביי חולק או לא דהא וודאי דשתי וערב עדיף מקרע במקום אחד לכן נראה דרב האי חולק על הך דינא שכתב הרא"ש דאם ניכר שנחתך בסכין לעולם פסול וכן הר"ן שם בתשובה חוכך בדין זה של הרא"ש ואמת דבש"ס דלא מחלק בפשיטות בין נקרע בסכין לנקרע בכפליו לא משמע כן לזה סובר רבינו האי דוודאי אפילו נקרע בסכין כל שלא נקרע בעיקרו של שטר לא מחמת פרעון נקרע רק בנקרע אפילו במקום אחד כל שנראה שלא נקרע מאליו מודה להרא"ש דפסול לכך כתב דאם לא נקרע בשום מקום כשר אפילו נקרע בידים כגון בסכין ומדברי הרשב"א ג"כ יש לדחות כמו שאבאר בסמוך לכן נראה דדין זה צ"ע:

ה או שקרוע שתי וערב עש"ך דבעינן נקרע על פני כולו דלפעמים מזדמן קריעת שתי וערב בכפלי השטר. ובתומים הקשה מהריב"ש דכתב לפסול כתובה שנחתך חצי הטעם שמא היה קרע שתי וערב וקשה הא לא היה על פני כולה. ולפעד"נ דאין כוונת הש"ך דבין השתי בין הערב צריך להיות על פני כולה דוודאי כל שחד מינייהו על פני כולו והשני במקצתו ממילא נראה דמחמת פרעון נעשה כן וזהו כוונת הריב"ש דחיישינן שמא היה השתי על פני כולה והערב במקצתו ובהכי ניחא מה שהביא הריב"ש מהך דגזי' לזמן וקשה אכתי ניחוש שמא היה קרוע שתי וערב במקום הזמן ולפי הנ"ל ניחא

דמ"מ יכול לגייז הזמן שלא יהא קרוע על פני כולה כלל לא השתי ולא הערב ולפי זה יש לדחות מה שהבאתי ראי' מדברי הרשב"א שהביא הש"ך ס"ק ט' דיש לומר דכוונת הרשב"א שהיה אחד קרוע על פני כולה ובשני יש נקב גדול דיש לומר דגם בזה הקרע שנטל סביבו ובזה לא בעינן על פני כולו:

ו שנעשה בסכין זהו מה שכתב הרא"ש בתשובה הביאו הטור והנה הסמ"ע פירש דדעת הרא"ש דבכפליו כשר אפילו בקרע ב"ד ונחלק לשנים ודבריו תמוהין דהמעיין ברא"ש יראה להדיא דבניכר שנחתך בסכין היינו שלא היה הקרע בכפליו ובכפליו אז אינו ידוע אם נחתך בסכין או מאליו וכן מבואר בטור והשתא תקשי היכי דמי הך קרע ב"ד אי בכפליו כשר ואי שלא בכפליו אפילו שלא בקרע ב"ד פסול וברור דבכפליו ספק הוא מספיקא לא מפקינן ובלי קרע ב"ד אפילו ספיקא לא הוי דוודאי מאליו נעשה משא"כ שלא בכפליו אז ידוע שנקרע ע"י סכין בכוונה [ועיין לעיל ס"ק ד' דמדברי רב האי משמע דדוקא בנקרע בעיקרו של שטר פסול ע"י סכין ולא בנקרע שלא במקום מן המקומות כלל וכן מבואר בתשובת הר"ן סימן ע"ו להדיא דלהרא"ש הא דפסולין בקרע ב"ד היינו מספק עיי"ש אמנם בגוף דין של הרא"ש חוכך הר"ן שם ועיין לעיל ס"ק ד':

על חו"מ סימן נג

א עשו לי שנים מחמשים וכו' היינו כדי שלא יפגם שטרו וצ"ע שסתמו הטור ומחבר וכן בש"ס גופא ובאמת בנאמנות נראה דלא שייך דין זה כלל דהא בזה ליכא שבועה ומזה הי' נראה לכאורה ראי' לדעת החולקין על בעה"ח לקמן סימן פ"ה דנאמנות לא מהני למקצתה ועיי"ש ס"ק ג' שעשיתי סמוכין לדעה זו ולפי זה אתי שפיר אבל לדעת הטור ומחבר שם קשה וביותר קשה דהא בהך דלקמן בשטר של מאה ורוצה לעשות חמשים ג"כ יש טעם זה דפוגם דאם יהא של מאה ויאמר שלא נפרע רק חמשים יהא פוגם משא"כ עכשיו יאמר שלא נפרע כלל כלל וע"כ דנ"מ בנאמנו' וכדומה דליכא שבועה והיאך סתמו הטור ומחבר דמשמע בכלהו בחד גוונא וצ"ע ועיין בסמוך:

ב ואפילו ידעינן וכו' שלא ברצון הלוה עיין תומים שהקשה במה נפשך אי מזמן ראשון עשו עדים שליחותן ואי מזמן שני פשיטא הא יכולין לעשות אלף שטרות ולא ידעתי הא בש"ס גופא קשה טפי דהא קאמר שטר של מנה לא יעשנו של חמשים שמא כתב לו שובר והשתא פשיטא דליכא למימר מזמן שני דא"כ בלא"ה לא יועיל השובר כמו שכתב הרשב"ם שם דמזמן ראשון מיירי א"כ תקשי הא עשו עדים שליחותן ובאמת אפילו אם נפרש דהלוה צוה בשליחות לכתוב הרבה שטרות ואחד יהא לו מ"מ לאחר היום הוי

מוקדם וצריך לומר דמיירי שהיה כתוב בו ביום ושפיר לא שייך עשו עדים שליחותן חדא דהלוה צוה לכתוב מעיקרא הרבה ועוד דבשטר לא שייך עשו עדים שליחותם כמו שכתבתי לעיל סימן מ"א ס"ק ג' בשם הרא"ש ודוקא במי שפרע מקצת חובו שייך זה ע"ש. ולפי זה דמיירי בו ביום מיושב קושית התוספות שהקשו בהך דמעיקרא נמי נימא הטעם דשובר ולפי הנ"ל ניחא דוודאי לפרעון בת יומא לא חיישינן והכא ע"כ בו ביום משא"כ בהך דרוצה לעשות ממאה חמשים כיון דע"כ נפרע שפיר חיישינן לשובר וזה ברור [ובדברי רבינו ירוחם נראה דקמ"ל אפי' מזמן שני דלא חיישינן לקנוניא ונהי דיכולין לעשות הרבה שטרות מ"מ להחליף אינן יכולין כיון שהלוה אינו רוצה למסור לו שטר מחדש רק שאינו מוחה להחליף]:

ג ואפילו יש לו אחד של מאה נראה דאפי' בתוך זמנו דלא חיישינן לפרעון הכא שעושה שטר של נ' משטר של מאה חיישינן ואפילו למ"ד לקמן סימן פ"ד פוגם ח"ז אינו נשבע והיינו דלא איתרע על הנשאר מ"מ הכא שרוצה לכתוב שטר קטן חיישינן ואין להקשות א"כ מאי קשיא להו לתוס' דנימא מעיקרא הטעם דפרעו ונתן שובר דהא מעיקרא בתוך זמנו לא חיישינן ולק"מ דהתוספות שפיר הקשו לרבא דלית לי' ת"ז פ"ק דב"ב ולפי זה לדידן בלא"ה אתי שפיר הך דמעיקרא נ"מ בת"ז דלא חיישינן לפרעון אך באמת בלא"ה נראה לפע"ד ליישב קושית התוס' דוודאי כל שטר שלם הבא לפנינו לא חיישינן שנפרע ונתן שובר דהא נפרע שלא בפניו ולא חיישינן לשובר כל שיש בידו שטר רק הכא חיישינן לפי שהוא מודה דנפרע מקצת ועיין לקמן סי' פ"ד ומ"ש שם:

על חו"מ סימן נד

א אבל לא עדי השטר. עש"ך ס"ק א' בשם הב"ח דמזמן שני יכולין לעשות לו שטר שלא ברצון הלוה שאין זה שטר חדש אלא שמעתיקין אותו ודבריו תמוהין דבהדיא כתבו התוס' ב"ב דף ק"ט ע"ב בד"ה אין הלכה דהך דנמחק שטר חובו אינו שטר חדש רק העתקה אבל הך דפרע מקצת חובו הוי שטר חדש וא"כ כיון שפסק הטור סימן מ"א בנמחק לא יכתבו שטר חדש כ"ש כאן וכן הסמ"ע כתב ס"ק ב' ג' דהכא ג"כ שייך עשו עדים שליחותן וכדברי הרב בהגה' אלא שאני תמה על הסמ"ע ס"ק ב' שכתב דלכך אין כותבין מזמן ראשון דיהא נראה כמוקדם והוא תמוה דהא כיון דאמרינן עשו עדים שליחותן הוי מוקדם גמור ואפילו בקנין מ"מ קנין לא מהני רק אם לכתיבה עומד אבל כאן שכבר נכתב ואינן יכולין לכתוב אחר שוב לא מועיל הקנין כלל כיון שכבר נגמר מעשה הקנין בכתיבת שטר הראשון [וסברא זו כתבו התוס' דנראה כמוקדם והם לא

סבירי להו עשו עדים שליחותן כמו שאבאר בסמוך] גם הש"ך ס"ק ב' כתב כן דהוי כמוקדם ולא ידעתי למה:

אמנם בגוף הדין שכתב הרב בהגה' דאין כותבין רק מרצון הלוה נלפע"ד ברור שהתוספות חולקין בזה ולפי שנראה לפע"ד ברור שהרב מהרש"א לא כיוון יפה שם בביאור דברי התוס' והגהת הרא"ש מוכרח אני להאריך קצת. והנה התוספות שם בד"ה אין הלכה כתבו דר"נ דשאל אי שמיע לי' לרב ברייתא ס"ד דרב מפרש דר"י לא קאמר רק מזמן שני ועל זה פליג דב"ד אפילו מזמן ראשון והיינו מדקתני יחליף סתם משמע אפילו בעדים ואז וודאי מזמן שני א"כ ה"ה ב"ד] דאלימי אבל אי הוי שמע הברייתא דעדים ג"כ מזמן ראשון לא הוי פליג ואהא קשיא להו היאך אפשר לפרש כן מילתא דר"י הא בנמחק כותבין ב"ד אפילו מזמן ראשון דאי מזמן שני למה לי ב"ד אפילו עדים יכולין לכתוב ותירצו דהתם מזמן שני ומ"מ עדים אינן רשאין לפי שהוא שלא מדעת הלוה וכבר עשו שליחותן כמו גבי גט וכתבו אף דלא דמי לגט מ"מ יש לומר כן ע"ש וכתבו עוד וז"ל ועוד יש לומר דר"נ סבירא ליה דמודה רב היכי דנמחק שעושין לו ב"ד שטר אחר מזמן ראשון משום דהתם אין לחוש אם זה דומה למוקדם כיון שב"ד בעצמן כותבין אותו דב"ד אלימי לאפקועי ממונא ולא יבוא לחתום בשטר מוקדם ע"י שנכשיר בזה אבל הכא כותבין לו עדים הילכך אין להם כח לחתום מזמן ראשון שדומה למוקדם שלא יבוא לחתום בשטרי מוקדמין עכ"ל ולכאורה דבריהם תמוהין כי נראה שהם באו עכשיו ליישב דהתם ב"ד כותבין והכא מיירי בעדים א"כ הלא זה היה יסוד הקושיא דע"כ דר"נ לא מפרש כך דא"כ פליג רב אמשנתנו וכ"ש אברייתא והשתא אם נפרש דהכא מזמן שני ועדים כותבין וב"ד אפילו מזמן ראשון א"כ מאי חולק רב אר"י הא הוא ממש מילתא דר"י והיאך קאמר אין הלכה לא כר"י ולא כר' יוסי דהא דבריו הוא ממש כר"י לפי פי' ר"נ אליבא דרב ע"כ דר"נ מפרש אליבא דרב דר"י סובר ב"ד מזמן שני א"כ לא תירצו התוספ' כלום מהך דנמחק דמוכח דב"ד מזמן ראשון דליכא למימר מזמן שני ועשו שליחותן א"כ היינו הך תירוץ התוספות הקודם:

והנה הרב מהרש"א נראה שהרגיש בז"ה ופירש דבהך תירוץ סבירי להו לתוספות דכך הפי' אליבא דר"נ דמיירי בעדים ומזמן ראשון אין כותבין רק מזמן שני רק ב"ד כותבין מזמן ראשון ואהא פליג רב דעדים אפילו מזמן שני אין כותבין ושפיר שאל ר"נ אם רב שמע מברייתא דס"ד דרב לא חלק רק דאין חילוק בין זמן ראשון לשני אבל אם ידע הברייתא דמזמן ראשון כותבין אפילו עדים לא היה חולק ונסתייע לפי' זה מדברי הגהת הרא"ש ע"ש ודבריו תמוהין מאוד חדא דהא בהדיא כתב בהג"א דוקא שלא ברצון

הלוה אבל ברצון הלוה פשיטא דמותר א"כ התם דכל המחלוקת דהלוה רוצה להחליף ואינו רוצה בשובר א"כ פשיטא דיכולין לכתוב מזמן שני ואי אינו רוצה פשיטא דלכ"ע מחליפין וכן מבואר להדיא בתוספות מקודם שחילקו בין הך דנמחק דהוא שלא מדעת הלוה משא"כ הכא דהוא מדעת הלוה א"כ פשיטא דאין מקום לחוש לכתוב מזמן שני ועוד קשה אי נימא דכוונת התוספות לתרץ דהתם מזמן ראשון והכא מזמן שני ע"י עדים א"כ מה זה שכתבו דר"נ סובר דמודה רב היכי דנמחק שעושין לו ב"ד שטר אחר מזמן ראשון ע"כ וקשה מאי אירי' נמחק אפי' הכא ב"ד כותבין מזמן ראשון רק דמיירי בעדים וברור דכוונת התוספות לחלק בין נמחק להך דהכא ולפי' מהרש"א אין חילוק כלל ועוד קשה כיון דסבירי להו לתוספות עכשיו דמזמן שני גם כן אסור לרב וע"כ דסבירי להו עשו עדים שליחותן כמו בגט א"כ מה זה שכתבו בזמן ראשון משום גזירה שלא יעשה מוקדם הא בלא"ה כל שאין ב"ד כותבין עשו עדים שליחותן והוי מוקדם גמור ואי דזהו דוקא לרב אבל ר"י לא סבירא ליה עשו עדים שליחותן מ"מ מנא להו לתוספות נימא דמזמן ראשון גם ר"י מודה דאין לכתוב מטעם עשו עדים שליחותן ועוד אכתי תקשי כיון דע"כ בהא פליג על ר"י דעשו עדים שליחותן ולר"י לא א"כ מאי ראי' מברייתא טפי ממשנה הא לא שמענו מהברייתא רק דלא אמרינן עשו עדים שליחותן וגם לא גזרינן משום מוקדם א"כ במתניתין נמי מוכח דלא אמרינן עשו שליחותן דהא לא פוסל ר"י בעדים רק משום גזירה אבל עשו עדים שליחותן לא סבירא לי' דמהאי טעמא מכשיר מזמן שני א"כ רב בע"כ חולק דעשו עדים שליחותן א"כ מאי אולמי ברייתא טפי ממתניתין דשאל ר"נ אי שמיע ליה הוי הדר בי' גם בגוף דברי הג"א מה שפירש מהרש"א דהם שני תירוצים בתוס' והשתא כיון דלפי' אחרון מזמן שני אסור דעשו שליחותן א"כ לאיזה תירוץ יהא מותר מזמן שני אדרבא לפי' ראשון פשיטא דאסור כמו שכתבו התוספות בהדיא דנמחק מיירי מזמן שני ועדים לא דעשו שליחותן:

אבל באמת דברי התוספות פשוטים וברורים ולא ידעתי למה נתקשה הרב מהרש"א בזה דמעיקרא כתבו לתרץ דהך דנמחק מזמן שני ומשום דעשו שליחותן לא יכתבו עדים רק ב"ד וקשיא להו בזה דבשטרות לא שייך עשו עדים שליחותם ודוקא בגט דבעינן שיאמר לסופר כתוב משא"כ בשטר כיון שכבר נשתעבד במה נפקע השיעבוד ואינו רק לראי' ועל זה נדחקו שם לדמות לגט ע"ש ואהא כתבו לתרץ דהתם באמת מזמן ראשון ומזמן שני אפילו עדים יכולין לכתוב דלא דמי לגט כלל ודוקא התם ב"ד כותבין משום דלא דמי למוקדם שהכל רואין שהוא קיום ב"ד שהרי כותבין במותב תלתא וכו' וחותמין כמו בקיום אבל הכא נהי דב"ד כותבין מ"מ ס"ס הוא שטר כמו כל השטרות והעדים חתומים

בו א"כ שפיר יש לגזור שיעשה מוקדם דעלמא אבל השתא לא סבירא להו להתוספות כלל סברא דעשו עדים שליחותן רק גבי גט לא בשטר רק בזמן ראשון גזרינן משום מוקדם דעלמא אפי' ב"ד כותבין לר"י ואתי רב ופליג דב"ד יכולין לכתוב אפילו במי שפרע מקצת דבב"ד לא גזרינן כלל ואהא שאל ר"נ דאם היה ידע מהברייתא דאפי' בעדים מכשיר ר"י דכיון דלא שייך בשטרות עשו עדים שליחותן גזרינן משום מוקדם כלל היה מכשיר גם בעדים רק לפי שלא ידע הברייתא והיה סובר דאפילו בב"ד פוסל במי שפרע משום גזירה אלא זה פליג דבב"ד לעולם לא גזרינן וכן כתבו התוספות שם בד"ה אלא עדים דהכא לא שייך כלל עשו עדים שליחותן רק משום מוקדם דעלמא גזרינן ולפי זה פשיטא דמזמן שני יכולין לכתוב אפילו עדים אחרים והן הן שני הפירושים הנזכרים בהג"א דלפי' ראשון מזמן שני יכולין לכתוב דלא אמרינן עשו עדים שליחותן ולפי' שני אמרינן והיינו לתירוץ ראשון בתוספות לפי מה שנדחקו לדמותו לגט וגם בתירוץ ראשון מבואר בתוספות שהיה זה הפי' הפשוט דגזרינן משום מוקדם בזמן ראשון דאל"כ מה זה שהקשו דלא דמי לגט דאי לא דמי מזמן ראשון למה אסור הא אותה הסברא שכתבו התוס' לחלק שייך ג"כ בזמן ראשון וע"כ דבזמן ראשון ידעו הטע' גזירה משום מוקדם דעלמא כמו שכתבו בד"ה אלא עדים לזה הוכרחו לומר דאפילו מזמן שני פסול דלא דמי לגט גם נראה דלא כתבו התוס' לדמותו לגט רק דנוכל לומר כן דלא תקשי לר"י אבל לפי האמת דפיר' בדברי ר"י עדים מזמן ראשון כדמוכח הברייתי' א"כ מה צורך לדמותו לגט לכך לפי האמת פירשו התוספות בד"ה עדים משום גזירה. עכ"פ ברור דסבירי להו לתוספות דמזמן שני יכולין לכתוב ודלא כהרב. וביותר אני תמה דלעיל סי' מ"ט כתב הרב בשם הנ"י לחלק בין גט לשטר והש"ך השיגו שם דלא חלק הרשב"א בזה כלל רק בלי אחריות ומתנה ע"ש ובאמת מדברי התוספות דהכא מבואר חילוק זה בין גט לשטר והוא ממש כמו שכתב הרשב"א והש"ך כתב דלית בזה חילק והרי התוספות חולקין ובאמת מדברי התוספות נראה דהיינו דוקא במקום שכבר היה לו פעם א' שטר בשיעבוד גמור ונאבד או נפרע מקצתו בזה אמרינן דהשיעבוד חל משעת השטר הראשון קודם שנאבד והשתא אין כותבין רק לראי' לכן דוקא בזמן ראשון אסור משום גזירה דמוקדם ולא מזמן שני אבל כשלא נתחייב כלל עדיין ולא הי' לו שום שטר בידו שנאמר דכבר נשתעבד בזה שפיר אמרינן עשו עדים של אותן רק בטעו בשם דלא עשו השליחות כלל ולפי זה בהך דלעיל סי' מ"ט מודים התוספות דמיקרי עשו שליחותן דעדיין לא נשתעבד כלל והם כבר כתבו שטר אבל בהך דלעיל סי' מ"א והכא במי שפרע מקצת פשיטא

דלהתוס' יכולין לכתוב מזמן שני ואפילו עדים אחרים ועיין לעיל סי' מ"ג ס"ק ג' ולעיל סי' מ"ט שם הארכתי עוד בענינים אלו:

ב וא"כ רצה:

עש"ך בשם הב"ח דה"פ דאינו יכול לכופו לכתוב הפרעון על השטר וכתב הש"ך דכל זה בהגיע זמן פרעון השטר על הנשאר דאז יכול לומר פרע לי ואחזיר לך שטרך לכך ניתנה הברירה בידו אבל בלא הגיע זמן פרעון של הנשאר הברירה ביד הלוה ומחויב המלוה להחליף או לכתוב על גביו ולפעד"נ להיפוך דוודאי בהגיע זמן פרעון השני היאך יעלה על הדעת שיוכל הלוה לכופו ליתן לו שובר או להחליף הוא יכול לומר כבר הגיע זמני להפרע ומה שאני מוצא אני נוטל וכי בשביל שאין לך לשלם אני מוכרח ליתן שובר או להחליף ומה לי ולך במה שאין לך לשלם ואת אפסדת אנפשך ועוד בזה היאך יחלוק ר"י יסבור יחליף כיון שהגיע זמנו האיך יעלה על הדעת שיכוף אותו להחליף שהרי הוא עומד וצווח מה יש לי להחליף פרע לי שהרי הגיע זמני לכן נראה דמיירי שאותו מקצת הגיע זמנו ולא הנשאר ובזה פליגי דר"י סובר יחליף כיון שלא הגיע זמן הנשאר יכול לומר איני רוצה לפרוע זה המקצת עד שתחזיר לי שטרי ועל הנשאר כתוב לך שטר אחר אבל ר"י פליג וסובר כיון דמעיקרא הלוהו בשטר אחד ועבד לוה לאיש מלוה על דעת כן הלוהו שיהא יכול לכופו לפרוע הכל לכך אין לו עליו רק שובר כנ"ל וכן מוכח מדברי הרב בהגה' כמו שאביו בסמוך ולא תקשי מה שהקשה הש"ך ס"ק ג' ע"ש:

ג יכתוב שובר זהו ממה דמסיק שם דף קע"א ע"ב דכותבין שובר וקשה לי הא מהך דהתם לא שמענו רק בשטר שאבד והיינו דבשביל שזה צריך לשמור שוברו מן העכברים לא אמרינן שיפסיד הלוה ממונו ועבד לוה לאיש מלוה אבל בהך דפרע מקצת חובו דטעמא דר"י משום דניחא ליה למלוה שיכוף לפרעו ומנין לנו דהלכה בזה כר"י דיכול לכופו לזה ואדרבא מדברי ר"י אמר רב מוכח לכאורה דאין הלכה כר"י דהא קאמר אין הלכה לא כר"י ולא כר"י וקיימא לן כרב א"כ בהא נמי למה לא נפסוק כרב כיון דבהא הר"י קאי כוותי והנך אמוראי דלקמן לא אמרו רק באבד השטר דלא אמרינן שיפסיד המלוה בשביל שמירת שובר שצריך הלוה ונראה דאדרבא מהך דרב דייקינן לה דע"כ דהא דקאמר אין הלכה כתרווייהו היינו בהך דתרווייהו מודו דעדים יכולין לכתוב מזמן ראשון אם רוצה להחליף ולא פליג ר"י רק דיכתוב שובר והברירה בידו אבל מודה דיכול להחליף כר"י ואהא פליג רב דבעדים אינן יכולין להחליף כלל דעשו שליחותן דאי ס"ד דפליג אר' יוסי ג"כ דאין כותבין שובר בזה רק החליף לבד וזהו כוונתו אין הלכה כר' יוסי א"כ למה סיים בלא ב"ד מקרעין דמזה עדיין לא שמענו רק דאין יכולין עדים רק

ב"ד אבל מ"מ כותבין שובר אם רוצה והי' לו לומר ואין כותבין שובר אלא וודאי דבהא מודה כר"י רק במה דמודה לר"י דמחליפין ג"כ ואפי' עדים פליג עלי' ודו"ק ובזה מיושבין דברי הב"י ריש סי' זה במה שתמה עליו בעל הגהות ע"ש אך יש להבין בברייתא דקאמר לר"י מפני שני טעמים כותבין שובר חדא כדי שיכוף לפרוע וכדי שיגבה מזמן ראשון ופריך הא לר"י נמי גובה מזמן ראשון ומשני הכי קאמר וכו' ע"ש והשתא מאי קושיא נימא באמת דר"י הכי קאמר דלא סבירא לי' בהא כר"י דאם מחליפין גובה מזמן ראשון דאינן יכולין לכתוב כלל מזמן ראשון דעשו שליחותן לכך קאמר שני טעמים חדא שיכוף לפרוע וגם שיגבה מזמן ראשון דאי להחליף אין כותבין רק מזמן שני דעשו שליחותן וסובר כרב ואין להקשות יכתבו ב"ד הא ליתא כיון דאדרבא בהא איכא תקנה טפי למה יעשו ב"ד כן וצריך לומר דבש"ס דייק מדקתני בברייתא לר"י מזמן ראשון אף דבאמת ר"י גופא לא קאמר כלל מזמן ראשון כמו שכתבו התוס' שם והשתא אי ר' יוסי פליג מנין לו דר"י סובר מזמן ראשון וע"כ דלתנא דברייתא ליכא מאן דפליג בהא ואהא קאמר דר"י תרתי קאמר וכו' ובזה יש ליישב מה שהקשו התוספות בד"ה אין הלכה דר"נ היכי מפרש מילתא דרב ולפי הנ"ל ניחא דס"ד דר"נ דרב סובר דר"י פליג בהא על ר' יהודה דעדים לא כיון שלא נזכר דמודה לו בזה ומה שאמר אין הלכה כתרווייהו היינו דאין כותבין שובר ואין עדים כותבין רק ב"ד ובהא לא שמענו לו שיחלוק ר"י על רב לסבור כר"י ועל זה שאל ר"נ דלא ראה הברייתא דמוכח דתרווייהו מודו דעדים מקרעין וכותבין ועל תרווייהו לא הוי פליג רב ומשני דבאמת ראה ופליג אתרווייהו ולפי זה יש לומר דמודה דכותבין שובר ולא פליג רק דאם רוצה להחליף לא מהני עדים רק ב"ד כנ"ל אך קשה הא ע"כ דרב אדרבי יוסי פליג ג"כ דהא איהו סובר אפילו בשטר שאבד אין כותבין שובר כדאמר לקמן וכ"ש במי שפרע מקצת חובו ואפשר דמ"מ כיון דסתמא דש"ס לא מייתי הך מילתא דרב דאין הלכה כר"י בשובר רק בהך דמקרעין ש"מ דסבירא לן דהלכה כר"י בהא וצ"ע:

ד המלוה יתן שכר הסופר וכו' עש"ך ס"ק ג' מה שתמה על הרב בזה ולפי מה שכתבתי בס"ק ב' דהכא מיירי שעדיין לא הגיע זמן פרעון של מקצת הנשאר א"כ שפיר כתב הרב ודינו הוא ממש דינו של הנ"י שכתב בכתובה במקום שכותבין והיא רוצה להפרע האשה נותנת שכר הסופר שהרי הוא אינו צריך לפרוע לה בלי שובר משא"כ במקום שאין לה שטר כתובה כלל דאז צריך לפרוע רק הוא מבקש השובר אז הוא נותן שכר והשתא הכא פשיטא שאין הלוה צריך לפרוע למלוה עד שיתן לו בטוחות על שטרו כיון שעכשיו בא זמן פרעון של מקצת זה והנשאר עדיין לא הגיע זמן א"כ יכול לומר איני

רוצה לפרוע עד שתכתוב לי שובר או להחליף ולכתוב על גביו והוא אינו יכול לומר פרע לי הכל כיון שלא הגיע הזמן ובהא פשיטא כיון דהמלוה אינו יכול להשתלם בלי שובר פשיטא שהוא נותן השכר אבל במקום שאין לו שטר כלל ורוצה לגבות שדינו לגבות בלי שטר אז מחויב הלוה לפרוע שהרי אין לו טענה על המלוה רק מבקש ממנו שובר לתועלתו אז הוא נותן השכר והן הן דברי הרב ולפי זה נראה דאפילו אם המלוה מחליף השטר נותן הוא השכר כיון שהוא מוכרח לעשות כן ובלא זה אינו צריך לפרוע לו כיון שאינו יכול לכופו לפרוע כולו שלא הגיע הזמן ויכול הלוה לומר כתוב על גביו וכדומה ס"ס אין אני צריך לשלם עד שתחזור לי שטרי או שאר בטוחות שלא תתבע ממני כיון דמעיקרא הלוה לו בשטר:

ה ישבע המלוה היסת וכו', ואח"כ יפרע חובו ולא מהימן במיגו דפרעתיך דאנן אמרינן דבאמת אינו יודע אם יש לו שטר א"כ ירא לומר פרעתי שיהא מוחזק שקרן בב"ד שיראה השטר בב"ד והנה בספר גי"ת שער ל"א תמה על ה"ה שכתב דהראי' שבו שוה פרוטה דהא בלא"ה אינו חייב לפרוע החוב עד שיתן לו השטר והש"ך השיג עליו דאינו צריך לישבע קודם הפרעון חדא דלא מצינו היסת ליטול ועוד ישבע הלוה שהוא מוחזק בממון והוא תמוה לפע"ד דפשיטא דלא מיירי הכא שהמלוה תובע ללוה מעותיו והוא אינו רוצה רק שיחזיר לו שטרו דכי שוטה הוא דהא לאחר יום או יומים יוכל לגבות בלא שבועה דאז לא ידע הלוה אם יש בידו השטר. ונראה ברור דאפילו אם כבר טען שאבדו ולאחר זמן תבע ממנו שוב ליכא עליו שבועה דהא אינו יודע אם יש בידו עכשיו דס"ס הוא אומר שאבדו [ויכול לומר שאבדו אח"כ] וע"כ דהכא הלוה כופה למלוה עכשיו שראה השטר בידו שיחזירנו והוא יחזיר לו מעותיו א"כ מה יש לומר שישבע הוא שהוא מוחזק הא הוא אינו תובע מעותיו כלל רק הלוה רוצה להוציא השטר והיאך ישבע היסת ליטול ועוד דמה בכך שישבע ולא יתן המעות מ"מ הלא לאחר זמן יתבע שנית ויאמר שנאבד והיאך יעלה על הדעת דכי בשביל שישבע לו עכשיו שאינו בידו ואם לאו מוכרח להחזירו ואם אינו רוצה לישבע לא יגבה לעולם רק בשבועה מאחר שנתחייב שבועה אז ולפי זה ממילא נדחה בלא"ה קושית הגי"ת דוודאי אם המלוה תובע ללוה והוא מעכב לפרוע א"כ יכול לילך ממנו ולתבוע ממנו אחר זמן וליטול בלי שבועה דאז אינו יודע רק אם הלוה כשרוא' השטר בידו תובע ממנו השטר ורוצ' דוקא שיחזירנו לו עכשיו דירא ממנו שמא אח"כ יאמר שנאבד והוא אומר שכבר אבדו אז הלוה תובע ובא להוציא שטרו אבל המלוה אינו תובע כלל אז ישבע המלוה ושפיר כתב ה"ה לפי שהראי' שוה פרוטה דליכא למימר מחמת עיכוב פרעון דהא אדרבא המלוה אינו רוצה

כלל פרעון רק לאחר זמן יתבענו רק הלוה תובע ממני ואין כאן רק תביעת שטר וזה ברור ובלא"ה ג"כ לק"מ קושית הג"ת דלא שייך שבועה רק אם יש נ"מ בממון שיכול להיות שירויח ממון לעולם או יפסיד לעולם אבל כאן השבועה אם יש בידו שטר אם לא א"כ פשיטא שלעולם לא יהא כאן שום נפקותא לענין ממון שאם ישבע פשיטא שיפרענו ואם לא ישבע וישנו השטר בידו א"כ האיך יעלה על הדעת שיעכב השטר בידו ולא יקח מעותיו אם כן פשיטא דיחזיר לו השטר ויקח מעותיו ולא יהא ללוה ריוח רק השטר אבל מעות הפרעון לא משכחת לה שישארו בידו רק בזה האופן שאין השטר בידו באמת והוא לא ירצה לישבע שבועת אמת ויפסיד מעותיו והיאך יעלה על הדעת דעל זה האופן תקנו שבועה להפסיד למלוה בחנם כיון דבלא זה אין כאן שוה פרוטה והוכרח ה"ה לומר משום דשטר גופא שוה פרוטה וזה ברור ובספר קצה"ח הקשה על דינו של הש"ך מבעה"ת ע"ש ולא דק כלל דהא הש"ך מודה שאם השטר בעולם אינו פורע עד שיחזיר לו שטרו א"כ הך דשער ל"א פשיטא דלא קשיא אבל אפילו מהך דמכר בלי כו"מ ג"כ לא קשה מידי דמ"מ השטר בעולם בוודאי ומה לו ללוה מה שהלוקח אינו רוצה להחזיר לו השטר מחמת שקנה הנייר יפשר עמו במה שיוכל ויחזיר לו שטרו אבל בלאו הכי הוכחתי שאין לדינו של הש"ך שורש כנ"ל:

ו יש מי שאומר שאין שומעין לו עיין תומים שהביא ראיה דאפילו השטר בידו אינו חייב להחזירו ללוה רק כותבין שובר והוא דאל"כ תקשי לאביי דקאמר ליתא לדשמואל ומ"מ קיבל מרבא דכותבין שובר א"כ הך משנה דהוציאה גט גובה כתובתה ניחוש שמא מכרה כתובה לאחר קודם ולא יועיל השובר וליתא לדשמואל ולא מהני מחילת השובר וע"כ דאנו רואין כתובה בידה ש"מ דאפילו בכהאי גוונא כותבין שובר ונראה דלק"מ דמשכחת לה שראוהו בו ביום ואח"כ טוענת שאבדה א"כ ליכא למיחש שמא מכרה באותו יום שני שטרות היוצאין ביום אחד לא מהני וא"כ השובר יבטל המכירה כיון שלא נתברר איזה קדם ואפי' נודע בעדים שהמכירה קודמת לא מהני דבעינן מוכח מתוכו ע"ש פ' מי שהיה נשוי דף צ"ד ע"ב גם מה שהביא מדברי התוספות ב"מ דף י"ז ג"כ אין ראיה כלל דאין כוונת התוס' שהכתובה בידה לפנינו רק שהוא חושש לזה מאחר שלא לקחה מידה ע"ש היטב: (ז) כשכותבין שובר כתב הש"ך דשובר מוקדם כשר ובתומים הקשה מדברי התוס' ב"מ גבי מצא שובר דהקשו ניחוש שמא מכרה במעמד שלשתן ותירצו בכתובה לא שייך מעמד שלשתן וא"כ בשובר מוקדם בשטר קשה. ותמה אני היאך לא ראה כל דברי התוס' שם דפשיטא דשני התירוצים שתירצו התוס' שייך ג"כ בשטרות דתירוץ הראשון שתירצו כיון דע"כ יש עדים במעמד שלשתן א"כ העדים יודעין אם שתק

או מיחה בשעת מעשה א"כ ה"ה בשטרות פשיטא דאם יעידו העדים שהיו במעמד ג' ושתק א"כ בוודאי לא פרע אז והשובר מוקדם גם ממילא לא קשיא משדר"נ דהא בזה ג"כ צריך שיבואו עדים שיעידו שהותרה בו שלא יפרע לבעל חובו א"כ אם שתק ולא הראה השובר בוודאי מוקדם הוא כיון דמוקדם כשר ותירוץ השני שתירצו דבכתובה לא שייך מעמד ג' תמהני איך לא ראה מה שהקשו התוספות דליחוש דמכרה אחר גירושין דאז כתובה כמו חוב ותירצו דלאחר גירושין מוכרת בדמים יקרים לא חיישינן כיון שתצטרך לשלם ללוקח ואף דבערב חיישינן הכא שאני חדא שמא לא מכרה ואם מרכה שמא לא יפסיד שהרי יגבה מהאשה וכ"ה לא חיישינן א"כ פשיטא דשטרות דעלמא הוי כמו גט לאחר גירושין ולא חיישינן שמכר ועשה קנוניא דיש כאן לחוש חדא שלא מכר ושנית שיגבה מלוקח כמו בכתובה וכמו כן לשדר"נ אין לחוש חדא שמא אינו חייב ועוד שמא לא יפסיד והש"ך תירץ בסי' ס"ה בזה בענין אחר ואין צורך כמו שכתבתי אך מ"מ היינו דוקא דיעבד לא חיישינן אבל לכתחלה נראה דוודאי אין לעשות מוקדם מטעם הנ"ל וגם הש"ך נראה שלא הכשיר רק דיעבד דאז אין לחוש כתירוץ התוספות הנ"ל:

על חו"מ סימן נה

א והוא שלא יהא אנוס לעיל סי' כ"א כתב המחבר שם והוא מדברי הרמב"ם שצריך שיביא ראי' שהיה אנוס. ויש להבין תינח אם רוצה ליטול בזה אבל לפטור עצמו למה לא יהא נאמן לומר שהיה אנוס ומזה ראי' לדברי הש"ך כאן ס"ק א' דבאונס דשכיח כגון פסקא מברא וכהאי גוונא הוי לי לאסוקי דעתי' לפי זה הכא באונס דלא שכיח דלא הוי לי' לאסוקי אדעתי' הילכך כל שאין לו ראי' אינו נאמן לטעון מילתא דלא שכיח אפילו לפטור עצמו אבל מ"מ להשביע יש להסתפק ועיין לעיל סימן כ"א ס"ק א' מה שכתבתי שם ועיין עוד שם ס"ק ב' מה שכתבתי ביישוב דברי הרמב"ם והסמ"ג מהירושלמי ויתר דיני אסמכתא לא כתבתי כאן כי עיקר מקומם לקמן סימן ר"ז ושם יתבאר בס"ד:

ב השליש פטור. עיין ש"ך בשם המ"ב ועיין תומים שנתקשה בזה גם בחילוקו של הסמ"ע בין עדים שחתמו שקר להך דהכא בהחזירו למלוה ולפעד"נ דלק"מ והוא דעדים שחתמו שקר או דיין שחייב את הזכאי הרי עושה מעשה בבירור שהרי חייבו לזה במה שאינו חייב ונשתעבד נכסיו במאמרם או במאמר הדיין ובזה אין ספק שהרי בוודאי נתחייב א"כ עליהם מוטל להפקיע ממנו חייובו לשלם בעדו שהרי הם חייבו אותו משא"כ הכא השליש לא חייבהו כלל שהרי השטר היה מקודם והשיעבוד והחייוב הוא בשטר רק שנפרע ונמחל שיעבודו א"כ גם ביד המלוה חספא בעלמא הוא רק שהוא גרם שהמלוה

יוכל להעלים מחילת השיעבוד ויכול לתבוע בשטר זה אבל הוא לא עשה חיוב כלל רק מכח השטר משא"כ עדים והדיין הם עשו חיוב והכא נמי אם היה הדבר ברור שיגיע לו היזק שיצטרך לשלם למלוה היה השליש חייב מחמת שבסוף שילם ע"י אבל הא לא ברי הזיקא כלל רק שיש לדונו לכל מה שנתחייב על ידו ועל ידי השליש לא נתחייב כלל אבל ע"י עדים ודיין נתחייב וזה ברור ומה שהקשה על המ"ב מסופר שטעה לק"מ דהתם ג"כ ע"י הסופר לא נתחייב רק ע"י העדים הוא מתחייב והסופר טעה שלא כתב עוד מנה א"כ בזה לא ברי הזיקא כלל ואדרבא המלוה היה לו להזהר שלא יקבל רק שטר של מאתים ואיהו דאפסיד אנפשי' שלקח שטר של מנה והא וודאי אינו רק גרמא משא"כ כשהחזיר שטר ללוה הרי פקע שיעבוד הלוה והוא פקעו וחייב להשלים למלוה שיעבוד במקומו והוי כמו עדים שחייבו ושיעבדו בשקר דחייבים כמו כן כשהפסיד שיעבודו של זה בשקר:

ג ואינו גובה בו כלום. פי' משעבדי ואפי' חצי החוב שלא נפרע כ"כ הרא"ש בנדרים שם דגזרינן שמא יגבה חצי השני שנפרע כמו במוקדמין והש"ך השיג על זה דהתם שאני שהשטר נכתב מתחלה בפסול אבל באמת לא ידעתי מקום לחלק דהא רבנן לא קנסו כלל היתרא אטו איסורא רק הטעם שמא יגבה בשטר זה משועבדים הרי דבכותב על גביו קודם שבא לב"ד מהני לדעת הש"ך לעיל סימן מ"ג אלמא דהחשש הוא שיגבה בשטר זה עכשיו מזמן ראשון ולמה לא ניחוש גם בזה הרי דעיקר טעמו פירש"י שם שהלקוחות לא ידעו שנמחל שיעבודו מחצי הראשון. אך לפי מה שהוכחתי לעיל סימן מ"ג דאין הפי' שיגבה מזמן ראשון עכשיו אחר שנודע שהוא מוקדם דאז פשיטא דכמה עצות יש שלא יגבה משעבדי מזמן ראשון רק הפי' שאם יהא בטוח שיגבה עכ"פ מזמן שני יעשה מוקדם לגבות מזמן הראשון כי מה הפסיד הרמאי אבל עכשיו ירא לעשות מוקדם שלא יפסיד כשיתברר שהוא מוקדם ולפי זה היינו דוקא אם בשעת הלואה נעשה מוקדם אבל אם בשעת הלואה הי' שטר כשר רק שפרעו מקצת מהיכי תיתי יש לחוש עכשיו ואי חיישינן נכתוב על גביו וכדומה או ניתן לו טירפא על חצי החוב ולא יותר אבל לדעת הטור והש"ך שם דהפי' שיגבה עכשיו לא ידעתי מקום לחלק בין הך דהכא וליכא למימר דהתם שאני דאנו רואין דעשה מוקדם לכך חיישינן שיגבה מזמן ראשון דהא התם אמרינן דעדים טעו א"כ אף המלוה יכול להיות שטעה ומנין שחשב לעשותו מוקדם בכוונה ומ"מ נראה פשוט דאפילו הרא"ש רק בשטר זה שכבר נודע הפרעון בב"ד והשטר בא לב"ד אז אין ב"ד מוסרין השטר לגבות משעבדי מחשש גזירה אבל בעלמא שטר שנפרע מקצתו אין מוציאין השטר ממנו שלא יגבה הכל משועבדים ודוקא היכי

שיש פסול בו יכולין ב"ד לפסלו אבל זה שלא נפסל היאך יוציאו ממנו מחשש שיגבה כולו משעבדי הוא יאמר שלא יגבה והשתא לק"מ מכל מה שהקשה הש"ך מהך דלקמן סוף סימן פ"ב דהתם השטר בידו אין מוציאין ממנו תדע דכי לא יודה הרא"ש דפוגם שטרו גובה משעבדי ונראה דמודה הרא"ש דכותבין לו שטר אחר כדלעיל סימן נ"ד רק שטר זה אין נותנין לו כנ"ל:

ד אלא מבנ"ח עיין בספר נ"מ בחידושים בסוף הסימן שכתב דמיירי שחייב מודה דאל"כ אפילו מבנ"ח לא גבי כשהוא מוקדם ובאמת המעיין ברא"ש יראה בביאור דאפילו אין חייב מודה גובה בנ"ח והעיקר נראה לי כמו שכתבתי לעיל סימן מ"ח והוכחתי דדוקא במוקדם שהשטר נכתב בפסול אז הדין שלא יגבה בנ"ח בשטר זה מאחר שלא נעשה שטר כדינו הוי מפי כתבם ואינו שטר כלל אבל הכא דהוי שטר כשר ונעשה כדין א"כ נהי דשיעבוד אין כאן מצד גזירה אבל בנ"ח גובה בו לכ"ע ע"ש שהארכתי בזה ועיין לעיל סימן מ"ח שם הארכתי בביאור דברי הרא"ש פ"ד דנדרים דכוונתו דסובר שטר שנמחל שיעבודו מהני לענין בנ"ח ומ"מ היינו דוקא אם לוה ממנו עכשיו בשטר זה והוא מוסר לו לראי' אבל אם לא לוה רק שמקנה לו עכשיו בקנין הוי כמו שמקנה לו שטר על אחר דבעי כו"מ וה"ה הכא ואף שנכתב על שמו מ"מ היינו דוקא אם מתחלה נכתב על שמו על השיעבוד של עכשיו אבל הכא מה שנכתב על שמו היה בהלואה ראשונה וכבר נמחל ופקע שיעבודו והוא רוצה עכשיו להקנות לו שטר זה להתחייב בו הוי כמקנה לו שט"ח על אחר ובעי כו"מ ולפי זה לק"מ מה שהקשה בתומים מהך דלקמן סימן ס"ו דאם היה כתוב על שם הלוקח מתחילה אינו צריך כו"מ דהתם שאני דלא נמסר ללוקח זה כלל רק עכשיו בפעם הראשון וכיון שנכתב על שמו לא בעי כו"מ אבל הכא לא מהני מה שנכתב על שמו כיון שלא נכתב על שמו לקנין זה כלל רק להלואה וכבר לוה ופקע שיעבודו וכן הוכחתי לעיל סימן מ"מ מדברי הרמב"ן ע"ש ולפי זה לא קשה מה שהקשה הש"ך דיגבה משעבדי דהא ליתא דוודאי כיון שנמחל שיעבודו אינו מועיל למשעבדי [ואף דעדי מסירה מהני מ"מ היינו דוקא במסרו לו ברצונו אבל עכשיו הוא מוחה ולא מהני עדי מסירה בע"כ ואין צריך למה שכתב הסמ"ע לחלק בו ביום] רק לבנ"ח מהני כשרוצה ללות עכשיו ולא כשהוא מקנה לו כדרך מוכר שט"ח ומה שהקשה בתומים דהא הכא ע"כ בקנין ובקנין לא נמחל שיעבודו כלל כדלעיל סימן מ"ח נראה לפע"ד ליישב בפשיטות דוודאי אם הקנה לו השיעבוד בוודאי מהני והכא לא היה הקנין רק על התנאי שלא יוכל לחזור מכח אסמכתא אבל לא על השיעבוד רק על שיעבוד הראשון סמך שישאר קיים ועל זה שפיר אמרינן כיון דפרעו נמחל אבל אם קיבל קנין

על השיעבוד בפני עצמו שיחול מחדש שפיר מהני ומה שלא תירץ הרא"ש דקיבל קנין מחדש על השיעבוד בעצמו דכיון שנצטרך לומר שהתחייב מחדש עכשיו א"כ יותר נוח לומר שנתן לו הפרעון במתנה כמו שמשעבד עצמו בדבר שאינו משועבד כנ"ל ועיין היטב לעיל סי' מ"ח ושם מבואר על נכון דברי הרא"ש הנ"ל:

על חו"מ סימן נו

א שליש. עש"ך שהאריך להשיג על מהרש"א סוף פרק זה בורר והנה בגוף הדבר אי שליש נאמן במיגו או בלי מיגו אין רצוני לדבר בזה כלל דבזה נראה עיקר כהש"ך וגם כוונת מהרש"ל יש לפרש כן אמנם בעיקר הפי' בתוספות בענין איתחזק אי איתחזק מיד כמו שפי' הת"מ והראב"ן הביאו הש"ך לעיל סימן מ"ז ס"ק ה' אי איתחזק קודם ומשום מיגו למפרע גם מה שפירש הש"ך בתוס' והעלה דעדיף שובר שביד שליש מאלו היה ביד הלוה גופא בזה נראה לפע"ד שאין דבריו נכונים כמו שאבאר ומתחלה אבוא להשיג על קושיותיו של הש"ך והנה מה שטען דלפי מהרש"א צריך לומר דגם לתירוץ שני של התוספות צריך לומר באיתחזק ובאמת בתוספות מבואר דהוא רק לתירוץ ראשון ודבריו תמוהין מאוד דאדרבא מהאי טעמא ברור דכוונת התוס' באיתחזק היינו איתחזק מיד כמו שפירש הת"ח והראב"ן והשתא פשיטא דכוונת התוספות בפשיטות דבשלמא אם נפרש שהשטר והשובר יוצא מתחת ידי שליש א"כ צריך לומר דאיתחזק השטר בב"ד והיינו שהראה השטר עכשיו ואהא קשיא להו לתוספות מנא ליה להמקשה דהשטר איתחזק שמא לא הראה רק השובר ועל זה כתבו דמשמע דאיתחזק גם השטר כמו יוצא אחר חיתום שטרות דפשיטא שהמלוה מראה השטר בב"ד לגבות בו אבל אחר שפירשו אי נמי דהשובר לבד יוצא מתחת ידי שליש א"כ פשיטא דבלא"ה ע"כ איתחזק השובר דהא המלוה יש בידו שטר והשליש רוצה לבטלו בשובר וא"כ פשיטא שהוא מראה השובר בב"ד רק מעיקרא בשטר הכריחו לומר דמשמע באיתחזק משום דומיא ואדרבא אם נפרש כוונת התוספות דאיתחזק קודם א"כ מה זה שכתבו ומשמע באיתחזק דומיא דיוצא אחר חיתום דביוצא אחר חיתום גופא מה צורך לומר דאיתחזק קודם הא לא שמענו רק שנתחזק עכשיו שהוא תובע בו וכמו כן בסמפון ביד הלוה וברור דכוונת התוס' דאיתחזק עכשיו כפי' הת"ח הנ"ל. גם מה שפירש הש"ך כוונת התוספ' דאינו יכול לקיים חתימת העדים הוא תמוה דמ"מ קשה מנא לי' למקשה דילמא ביכול לקיים הרי דעל איתחזק כתבו דמשמע מסיפא ומה משמעות יש כאן. ומה שכתב הש"ך דמדקתני' רישא יתקיים בחותמיו ש"מ סיפא באין עדים לקיים הוא תמוה דהא

הפי' ברישא יתקיים היינו שיעידו עדים אם הוא פרוע כמו שכתבו התוס' קודם ובלא"ה מוכרח כן דאל"כ היאך יש לפרש אין עליו עדים שאינן יודעין אם פרוע א"כ רישא יש עליו עדים היינו שיודעין א"כ מה קאמר יתקיים בחותמיו הא יש עדים שיודעין וע"כ דכוונת התוספות דהך אין עליו עדים לא קאי ארישא יש עליו עדים רק אסיפא יתקיים בחותמיו דשיילינן להו אי פרוע ועל זה קאמר אין עליו עדים דאין יודעין אם פרוע א"כ מנין להוכיח דאין עדים לקיימו גם גוף דברי התוספות מה להם לחדש דאין יודעין וכו' עד השתא היינו מפרשין דעדים לפנינו לא היה להם לחדש רק דאין מצווין לקיים חתימתן וזהו העיקר שחידשו התוספות לפי הבנת הש"ך וזה לא נזכר כלל בתוס' וברור דכוונת התוספות כמו שכתבתי דפי' איתחזק היינו עכשיו ולכך מעיקרא דפירשו שהשטר ג"כ ביד השליש הוצרכו לומר דמשמע באיתחזק השטר דומיא דסיפא דוודאי איתחזק עכשיו אבל כשפירשו בשובר לבד תחת ידי שליש א"כ פשיטא שהוא מראה אותו עכשיו ומיירי שפיר ביכול לקיים וסבירי להו שפיר דלא עדיף כח השליש אלו היה ביד הלוה בעצמו ומה שהקשה הש"ך דאיתחזק מיד מ"ט דר"ב דאין נאמן הא כל המיגות כך הם כמו שתמה לעיל סימן מ"ז על הראב"ד וכמו כן קשה אי איתחזק מחזיק כח השטר ה"ה כח השובר כיון דאיתחזק יהא בתוקפו ועכ"פ למה יגרע כח השובר לפי שאיתחזק אבל באמת לק"מ כמו שכתבתי לעיל סימן מ"ז דלא אמרינן מיגו רק שנכריח מזה שהאמת אתו דאי שקר היה אומר כך אבל כאן אף אם האמת אתו מי הכריחו להראות השטר בב"ד א"כ אי אפשר להביא ראיה מזה שהוא אמת ע"ש סי' מ"ז שהארכתי בזה בראיות ברורות ולפי זה ממילא לא קשיא מה שהקשה הש"ך דהיאך מדמה איתחזק דשטר לשובר דלפי הנ"ל הוא הוא דס"ס כיון שהראה אותו ליכא מיגו שא"א להכריח שזו הטענה אמתכנ"ל וזה ברור: וכן מוכח לכאורה בתוספות גיטין דף ס"ד ע"א דהפירוש איתחזק היינו עכשיו בבית דין כפשטא דלישנא איתחזק בבי דינא דלפי' הש"ך לא שייך לשון בבי דינא רק שעדים ראוהו בידו קודם) שהם הוכיחו דשליש מהימן בלי מיגו דהא בפרק זה בורר הימני' ר"נ משום אי בעי קלתי' אף דאיתחזק בבי דינא לא אמרינן מיגו ע"כ ויש להבין מה זו ראיה הא שם לא אמרינן הך דאיתחזק רק בלישנא בתרא דר"ג פריך על רבא דקאמר אי בעי קלתי' וזה הלשון סובר דאיתחזק קודם שנפלו החילוקים ביניהם כמו שפי' הש"ך [ובאמת לשון כיון דאיתחזק לא משמע כן ר"ל דמגוף הענין מבואר דאיתחזק אבל ללשון ראשון דרבא לא פריך אר"נ כלל וקיבל מיני' דאי בעי קלתי' א"כ באמת מיירי בלא איתחזק קודם כלל אבל באיתחזק לכ"ע לא מהימן ויותר היה להם לתוספות להוכיח מלשון שני דר"נ פריך עלי' כיון דאתחזק ומ"מ לרב

נאמן וברור דכוונת התוספות שם איתחזק היינו מיד בב"ד עכשיו כדנקט ההוא איתתא דנפקא שטרא מתותי ידה אמרה פרוע הוא' ש"מ שנראה בב"ד א"כ שוב ליכא מיגו כמו שאבאר בסמוך דכל מיגו שאין להוכיח ממנה שהאמת אתו לאו מיגו היא ומ"מ הימני' ר"נ ש"מ משום דאי בעי' קלתי' מעיקרא מהימן דהימני' בשעת מסירה ואף דעכשיו ליכא מיגו ובזה מיושב היטב מה שיש לתמוה בתוס' שם שאחר שהוכיחו דשליש נאמן בלי מיגו כתבו ולפי זה אפי' בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כל שאינו טוען שהשאילם לו שליש נאמן ופי' מהרש"א דמעיקרא דהטעם רק משום מיגו הכא ליכא מיגו דלקוח דהוי דברים העשויין להשאיל אבל עכשיו בלי מיגו מהימן ויש לתמוה הא התוספ' כתבו בעצמם מעיקרא דמהך דהימני' ר"נ משום אי בעי קלתי' מבואר דשליש בלי מיגו מהימן וקשה למה לי אי בעי קלתי' וע"כ דכל שהיה לו מיגו פעם אחת לא שייך הימני' כלל ולפי זה הכא אפילו לשיטת התוספות למה שליש מהימן הא לא היה לו מיגו כלל דהוי דברים עשויין להשאיל ואי דכוונת התוספות דהיה לו מיגו דלהד"ם או החזרתי ועכשיו יש עדי ראיה וליכא מיגו זו א"כ כמו שכתבו התוספות בדברים העשויין להשאיל היה להם לומר ג"כ עדי ראה דאל"כ אכתי יש לו מיגו אף לשיטת רש"י ועוד אי מיירי בעדי ראה א"כ אפילו הי' יוצא מתחת יד הלוה ג"כ לא הי' הלוה נאמן מטעם זה א"כ הא אין השליש נאמן במקום דאפילו מהלוה גופא היו מוציאין ואמת דהש"ך לשיטתו דסובר כאן דלשיטת התוס' עדיף ביד' השליש מביד הלוה דאפילו באינו מקויים נאמן עכשיו מכח הימני' אבל כתבתי לעיל דהא ליתא לכן נראה בכוונת התוס' דוודאי סבירי להו דהתם איתחזק הפי' עכשיו ומ"מ מיגו לא אמרינן רק שנכריח לזאת הטענה שהוא טוען שהוא אמת דאי שקר היה טוען שקר שהיה זוכה בלי שום ספק ומה לו לטעון שקר זה מה שיש להסתפק בו להאמינו אמנם עכשיו שהוא טוען אמת אין טענה עליו שלא טען כך שהיה זוכה בוודאי דהא אינו רוצה לטעון שקר ואסור לטעון שקר' לעוות הדין לכך טוען האמת אבל אם עכשיו שקר בפיו היה לו לטעון שקר המבורר שיזכה בדין ולפי זה ה"מ אם אותה הטענה שהי' יכול לטעון הוא ענין התלוי באמת ושקר אבל אם הוא דבר שאינו שקר כלל רק שעכשיו הראה השטר נאמר מיגו שלא היה מראה א"כ היאך יש להוכיח מזה שהאמת אתו הא עכשיו ג"כ למה הראה אותו ומי הכריחו לזה הא אם היה טוען יש בידו שטר והוא פרוע כמו שטוען עכשיו פשיטא שהיה נאמן כיון שלא היה מראוהו לפני ב"ד ולמה לו להראותו לב"ד ולומר פרוע הוא שיש להסתפק להאמינו הילכך כל שהראה לפני ב"ד שוב ליכא מיגו וזהו כוונת הת"ח והראב"ן הנ"ל וכבר הוכחתי לעיל סימן מ"ז כן מדברי הר"ן פ"ב דכתובות וזהו כוונת התוספות דוודאי בגט שפיר שייך מיגו

כזו דהיה מוסר הגט לאשה וליכא למימר אף עכשיו למה הראהו לב"ד היה לו למסור לאשה הא ליתא דהא באשה תהא צריכה לבוא בגט זה לב"ד ולהראות הגט שתתגרש בו א"כ אי אפשר שתתגרש רק בשקר שתאמר מהבעל קבלה והשליש ג"כ יצטרך לשקר שאם תודה שקיבלה מן השליש היינו הך דעכשיו דאנו דנין מי נאמן כיון שהבעל אומר לפקדון וכיון שהוא אומר אמת אין לטעון עליו מה שלא טען שקר ולא עשה מעשה שקר כנ"ל אבל אם אומר שקר היה לו לעשות כן והוי שפיר ככל מיגו בעלמא ועל זה הוכיחו התוס' מפרק זה בורר דאפילו בלי מיגו נאמן דהתם ליכא מיגו כיון שהראה בב"ד אין להאמינו במיגו דלא היה מראהו דאף עכשיו מי הכריחו להראותו כנ"ל ואם ישרפנו יפטור הלוה באמת בלי שום שקר כלל רק דפרעו והי' שטרו נפרע במיגו שלא היה שטר כלל וע"כ דבלי מיגו מהימן ועל זה כתבו דלפי זה בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ג"כ נאמן השליש דבשלמא לפירש"י בהא אינו נאמן דעכשיו לית ליה מיגו כיון שאנו רואין עכשיו הדבר בידו ומיגו דלא היה מראה אותם לא מיגו הוא כנ"ל רק שהיה מקום להאמינו במיגו דלקוח דזהו מיגו מעליא רק משום דהוי דברים העשויין להשאיל אינו נאמן א"כ ליכא מיגו כלל אבל לפי' התוס' נאמן בזה דנהי דמיגו ליכא מ"מ מעיקרא הימני' שהיה יכול לטעון להד"ם והחזרתי ולפי זה מיושב מה שהקשינו דהא ביד הלוה ג"כ לא היה נאמן ולא עדיף שליש מהלוה בעצמו ולפי הנ"ל ניחא דנהי דהלוה לא היה נאמן ג"כ במיגו דלהד"ם והחזרתי כמו השליש מ"מ בלא"ה היה נאמן דהא התוס' מיירי שהם השלישו שניהם הדבר ביד השליש והם מודים בזה רק שמחולקים בתנאי השלישות א"כ שפיר יש לומר דידוע שהחפצים הם של אחד מהם כגון ששניהם לקחו מאחד ויש להם סוכסיכים ומסרום ביד שליש א"כ בוודאי השליש לא יוכל לזכות בהם כיון שהם דברים העשויין להשאיל ונודע שהם לא היו של שליש מאז ומקדם אבל זה השני היה יכול לומר שלו הם ואתה החזרתם לי כיון שאין ידוע שהיה של חבירו ולא שלו או כגון שידוע שהוא מסרם בידו למשכון וכדומה והוא מסרם לשליש אם כן אם יגיעו לידו יוכל לומר שפדאם ממנו ופרעו הלכך גם השליש דאינו יכול עכשיו לזכות בהם נאמן מכח הימני' ומ"מ אין להקשות דאית ליה מיגו דהיה מוסרם לשני ואפילו לפירש"י הא ליתא דמיגו כזו לא אמרינן דאף עכשיו למה הראה אותם ומי הכריחו לזה היה לו למוסרם והיה זוכה בהם בלי שקר במיגו דשלו הם כהך דפרק זה בורר ועיין לק"מ סק"ה מ"ש עוד שם בדברי התוס' הללו:

אמנם בגוף דברי התוס' מה שהביא דעת רש"י דאין שליש נאמן רק במיגו וכן נראה שהבין הר"ן פרק התקבל דעת רש"י דמעיקרא הקשה דהא יכול בעל לומר לא ידעתי

שהוא שליח קבלה ואפי' ידעתי לא לקבלה מסרתי לו רק להולכה ותירץ כיון שהוא יודע שבידו ליתנה לה כשימצאנה אף מעכשיו גומר ונותן שאם הוא שליח קבלה שתתגרש מעתה ובתר הכי כדפריך בש"ס תינח אמרה קיבל למה לי ופירש"י הרי הוא בידו לפנינו והא וודאי קבלי' הקשה ומאן לימא לן דלקבלה יהבי ניהלי' דילמא להולכה וע"ש שדחק ליישב ויש להבין הא מעיקרא כבר הקשה קושיא זו ותירץ כנ"ל וצריך לומר דמיירי מעיקרא שהגט בידו ויש מיגו אז אמרינן דנאמן השליש אבל בלי מיגו אינו נאמן לדעת רש"י א"כ כיון דמשני מי קא נפיק גיטא מתותי' ידי' דלהימנ' מאי פריך קיבל למה לי דהא אכתי יש לומר להולכה מסרו דהימני' לא אמרינן בלי מיגו ועל זה הוצרך לתרץ מה שתירץ וזה שסיים דוקא דומיא דמתניתין שאינו מערער אבל כשהבעל מערער ואומר להולכה אין לנו כיון דלא נפיק גיטא מתותי' ידיה ואפילו לר"ז הרי להדיא כיון דעכשיו לית ליה מיגו שוב לא אמרינן הימני':

אבל באמת נראה לפע"ד ברור שלא היה זאת דעת רש"י חדא דאי ס"ד דכוונת רש"י כן למה לא פירש מקודם משום מיגו ולמה נטר עד הכא הגם דמעיקרא פי' להדיא כפי' התוס' דהימני' דמתחלה סמך עליו ועל הבטחתו ע"ש וזהו ממש כפי' התוס' גם מה דמקשה אח"כ קיבל למה ליה פירש"י דהא יש בידו ובוודאי קבלי' וקשה דילמא לפקדון קבלי' כיון דליכא מיגו ואי דלא חיישינן כל שאין הבעל מערער א"כ נצטרך לומר לרש"י דהקושיא לר"ה כמו לר"ח וכן הבין באמת הר"ן (כן צריך לומר בדבריו לדעת רש"י ודו"ק) ולא כן משמע ברש"י ובש"ס גופא דפריך וניהמני' לשליש משמע דמצד דינא דשליש נאמן מקשה והיינו לר"ח:

לכן נראה ברור דכוונת רש"י כך דקשיא לי' אהא דפריך תינח אמרה קיבל למה לי דמשמע מעיקרא מאמרה נמי קשיא לי' ויש להבין הא בזה לא שייך הימני' כלל והתוספ' דחקו ליישב תינח אמרה לא הוי קשיא לן כלל ע"ש לזה סבירא ליה לרש"י דוודאי סברת ר"ח דהימני' הוא בלי מיגו ומה ענין זה למיגו כיון שמתחלה האמינו כמו שפירש"י קודם רק על זה דלא נצטרך עדי אמירה לא מהני הימני' כלל ועל זה פשיטא דאינו נאמן רק במיגו ולזה בס"ד דהיה סובר דהגט בידו א"כ עדי אמירה נמי לא צריך דאף דלא שייך הימני' על זה מ"מ הא התוס' כתבו דלכך לית ליה מיגו דהיה מוסרו לאשה דשמא האשה לא תתרצה לקבל הגט מחשש דבעל אומר לפקדון ולפי זה ה"מ אם מהימן מטעם מיגו היא לא תרצה אבל עכשיו דבזה שמסר בידו לגירושין נאמן בלא"ה מטעם הימני' ואין כאן רק מה שאין עדי קבלה א"כ היא אומרת שעשאתו שליח קבלה א"כ בוודאי תקבל הגט ממנו א"כ תיקשי במשנה האשה שאמרה התקבל צריכה ב' כתי עדים הרי

דמיירי שהאשה רוצה להתגרש ואומרת שעשאתו שליח קבלה א"כ למה לה עדים היא תתרצה לקבל הגט ממנו כיון דנאמן שקיבל לגירושין בלי מיגו וכ"כ הר"ן בהדיא וז"ל וכן לדברי רש"י יש לי לומר שכיון שבשעה שבאו לב"ד קודם שאמר בעל לפקדון היה יכול ליתנה לאשה והאשה היתה מקבלתו מידו נאמן לומר שליח קבלה הייתי עכ"ל והיינו כמו שכתבתי ועלה משני מי קא נפיק גיטא מתותי ידיה דליהמני' הא עכשיו לית ליה מיגו כלל שהגט קרוע רק שנסמוך על הימני' וזה לא שייך לעדי אמירה ואהא פריך תינח אמרה דבזה בעינן מיגו והשתא ליכא מיגו אבל עדי קבלה לגירושין מבעל בזה לא בעינן מיגו רק מכח הימני' א"כ מה בכך דעכשיו קרוע מעיקרא הימני' וכיון שהוא בידו בוודאי קבלו וממילא לגירושין מכח הימני' ואפילו בלי מיגו ואהא משני הא מני ר"א דאין גט כשר בלי עדי מסירה אף דוודאי מסרו לו וזה נראה לפע"ד בכוונת רש"י ולפי זה לק"מ מה שהקשו התוס' שם ואין צורך לדחוק דמאמירה לא קשיא כלל גם קושית הר"ן ניחוש דהיה להולכה לק"מ דודאי לר"ה יש לחוש אבל לר"ח אין לחוש לכלום דהא הימני' ואפילו בלי מיגו כנ"ל ולשיטת התוס' דבהולכה לא שייך א"א ומודה ר"ה לר"ח א"כ לר"ה נמי קשה ולשיטת הר"ן שם דבהולכה שייך ג"כ א"א והיינו דאי לקבלה הי' מוסרו לה אבל להולכה לא רצה שתתגרש מיד א"כ לר"ה לק"מ דשפיר חיישינן דהי' להולכה) וכמו שכ' הר"ן שם קודם כנ"ל:

ב נאמן כשני עדים עש"ך מה שטרח ליישב לשון זה כיון דאם עדים מכחישין אותו אינו נאמן ולפעד"נ בפשיטות והוא דבש"ס גיטין פליגי ר"ה ור"ח בגט והם בעיר אחת דר"ה סובר שליש נאמן דהימני' ור"ה סובר בעל נאמן דא"א דלגירושין יהביה לי' לידה הוי יהיב לה ופריך מהך ברייתא שליש נאמן משניהם ומשני שאני ממון דאתיהיב למחילה והנה יש להבין הך טעמא דר"ה למאי אתיא אי דלא סבירא ליה סברת ר"ח דהימני' א"כ מה צורך לטעם ח"א וע"כ דסובר כסברא זו כר"ח באמת [הרי דהפוסקים שליש נאמן דהימני' מ"מ גבי גט יש פוסקים כר"ה] א"כ מאי קאמר א"א דהא אנן לא אמרינן דיהיב לחלוטין לגירושין רק סמך על השליש שאף אם ישקר יהא באמת לגירושין א"כ מאי קושיא לדידה הוי יהיב לה ובע"כ צריך לומר דר"ה סובר באמת כר"ח בעלמא והיינו גבי ממון שייך הך סברא שסמך עליו כמו שאמר אבל בגט סובר דהא לא מהני דאין בידו להאמינו באופן זה במלתא דאיסורא רק שנאמר מכח הימני' דלחלוטין לגירושין לה א"כ שפיר קאמר א"א דלגירושין לדידה הוי יהיב לה ור"ח סובר דבאיסור יש ג"כ בידו להאמינו באופן זה ולא שייך א"א ולפי זה יש להבין מאי קושיא מברייתא כיון דע"כ דידע סברת ר"ה דבאיסו' אין בידו להאמינו דאל"כ קשה כנ"ל והא וודאי ליכא

למימר דלא ידע דבממון יש בידו למחול וצריך לומר כך דמעיקרא קס"ד דר"ה באמת חולק על הך סברא דהימני' רק דסובר דשליש נאמן מטעם מיגו והיכי דשייך א"א הוי כמיגו במקום חזקה אלימתא דלכ"ע לא אמרינן ואהא פריך מהך ברייתא ומשני דפליגי בהנ"ל דאיסור אין בידו להאמין וכן מבואר ברא"ש שהקשה אהא דקאמר ומודה ר"ה דהא לעיל ג"כ איכא מיגו וסברת א"א מגרע לה למיגו ומשני דלעיל שמא לא תתרצה וזה למסקנא דקאמר ומודה ר"ה אבל בס"ד פשיטא דהוי ס"ד משום מיגו כקושית הרא"ש ובזה מיושב מה שהקשה בספ"י על מה שכתבו התוס' דהך ברייתא משמע לי' ששלשתן בעיר אחת דאל"כ לא קשיא לר"ה וכתב הוא דלפי זה צריך לומר דמיירי בגוונא דליכא מיגו דאי איכא מיגו מודה ר"ה וזה דוחק ע"ש. ולפי הנ"ל לק"מ דאדרבא זהו קושית המקשן מה בכך דאיכא מיגו הא לר"ה סברת א"א מגרע למיגו לס"ד כמו שהוכחתי א"כ התם נמי כיון דמשמע בשלשתן בעיר לא מהני מיגו מכח סברת א"א אך הא קשיא לפי הנ"ל מנין לנו דברייתא מיירי שהם מחולקים דאחד אמר לפקדון דאז שייך א"א אדרבא פשיטא דפשטא מיירי שהם מחולקים בתנאי השלישות זה אומר כך וזה אומר כך א"כ לא שייך א"א דלא להחזירם מיד לשני מסרס לו רק על תנאי כך וכך ואדרבא זה לא מיקרי שליש כלל רק שליח ובוודאי מיירי שהם מחולקים בתנאי השלישות ושניהם מודים שעשאהו שליש ולא שייך א"א ומודה ר"ה [וכ"ש לפי מה שאבאר לקמן סק"ה דע"כ מיירי שהם מחולקים בתנאי השלישות] וצריך לומר דהדין כך מדקתני הודאת בעל דין כמאה עדים ושליש נאמן משניהם ויש להבין הא שם בתוספתא כבר נזכר מקודם דהודאת בעל דין כמאה עדים ואמרינן עלה אימתי בזמן שתבעו והודה ע"ש בתוספתא ריש ב"מ ולמה חזר וכתב כאן גבי דין השלישות וע"כ דכוונת התנא לאשמעינן דנאמנותו של שליש הוא כשני עדים כמו הודאת בעל דין והוא נאמן משניהם היינו להכחיש שניהם כמו שכתב בעל התרומות] ולפי זה מבואר דנאמנות השליש הוא כעדים א"כ פשיטא דחזקה אלימתא כזו לא מגרע נאמנות השליש דהוי כעדים ואהא משני שאני ממון מועיל הנאמנות כעדים אבל באיסור לא הוי כעדים דאין בידו להאמין על צד הספק רק כאשר יאמר לגירושין אם לא שנאמר דלחלוטין לגירושין יהיב ושפיר קאמר ר"ה א"א אבל במקו' שהוא נותן על הספק ויש בידו נאמן השליש כעדים ולפי זה ממילא אפילו אי שייך א"א או שאר חזקה אלימתא כגון שאומר שפרע בתוך זמנו מ"מ השליש נאמן כעדים כל שאין עדים מכחישין אותו ולא מהני חזקה אלימתא נגדו וזהו כוונת המחבר שכתב דנאמן כעדים והוא מש"ס הנ"ל מן התוספתא כן נראה לי והש"ך ס"ק ב' פירש דברי המחבר דקמש"ל אף שאחד מכחישו אינו צריך לישבע שבועה דאורייתא

כשהשליש קרוב ואם אינו קרוב לא אמרינן אוקי עד לבהדי עד וישבע היסת דכל כמה דאין שנים מכחישין נאמן כשנים ובתומים תמה דהא דעת המחבר דאין השליש נאמן יותר מאילו הי' ביד הלוה בעצמו א"כ הכא בלוה עצמו לא ינצל משבועה ואני אומר אפילו להש"ך ס"ק א' דהשליש נאמן טפי מאם הי' ביד הלוה בעצמו מ"מ היינו דוקא אם היה בידו למסרו בשום פעם ללוה והיה נאמן אף דעכשיו לית לי' מיגו דהימני' אבל כשלא היה יכול למסרו בשום פעם לא א"כ הכא כל אימת שהיה מסרו ללוה היה הוא יכול לתבוע את הלוה בע"א ולהשביעו ואי השליש אינו קרוב היה משביעו היסת א"כ למה יגרע שלא יוכל להשביעו עכשיו היסת שהרי אפילו היה מסרו ללוה בעצמו מתחלה הי' יכול להשביעו ובספר נ"מ כתב דהעיקר כהש"ך משום דהימני' שהי' יכול למסרו ללוה דמלוה אמר לו דמחל לו ואז לא הי' יכול להשביע ללוה שהרי אינו יודע הא ליתא דע"כ לא כתב הש"ך בס"ק ה' בד"ה ועוד למדנו דבכהאי גונא השליש נאמן רק אם לשני עד אחד והשליש כשר א"כ מתחילה הימני' שהי' יכול למסרו ללוה ושמא יטעון הלוה פרוע הלכך עכשיו למחילה ג"כ נאמן אבל אם השליש קרוב או שיש למלוה ע"א א"כ מה הימני' שייך שאם היה מסרו ללוה לא ינצל משבועה כשיאמר פרוע ואי שיאמר מיד השליש קבלו ואיני יודע אם מחל רק על פי השליש א"כ היינו הך כשהוא ביד השליש והיאך שייך הימני' כיון שלעולם לא יבא רק מכח השליש דאם יטעון בעצמו פרוע יצטרך לישבע רק כהאי גוונא דהשליש כשר והוא אין לו עד אז שפיר הימני' שהי' יכול למסרו ללוה ולא נצטרך לישבע כלל א"כ אף אם הלוה אינו יודע רק על פי השליש נאמן ומ"מ באם טוען הלוה פרוע ורוצה לישבע בוודאי אפי' יש לו ע"א נאמן בשבועה דהא על זה הימני' שהי' יכול למסרו בידו ולא הי' לו עליו רק שבועה השתא נמי נשבע אבל כשאינו יודע רק על פי השליש אז אינו נאמן כשיש לו ע"א או כשהשליש קרוב כנ"ל הלכך ברור דאם הלוה טוען פרוע לא מהני השליש לפטרו משבועה כשיש למלוה ע"א והשליש קרוב או כשאינו קרוב לפטרו מהיסת דעל זה לא הימני' דלעולם יכול להשביעו וברור דכוונת הש"ך כאן רק להחזירו ללוה דבזה נאמן כיון דהימני' כיון שהיו בידו למסרו ללוה ולא מהני העד ביד השליש אבל לאחר חזרה שוב אין השליש רק כעד ואם יש עד כנגדו ישבע היסת ואי השליש קרוב ישבע שבועת התורה נגד העד דעל זה לא הימני' כיון שלא ינצל במסירת השליש ודו"ק היטב:

ג אפי' אם הוא קרוב. זהו למד בעל התרומות בשם בעל נתיבות מהא דנאמן עלי אבא דאינו יכול לחזור [ובבעל התרומות כתוב יכול לחזור והוא טעות דמוכח וכן הוא בב"י אינו יכול] ויש לתמוה הא שם מבואר דתרתי לריעותא יכול לחזור וכאן הוי תרי אחד

בשנים וגם קרוב ובאמת על המחבר לא קשיא דפסק לעיל סי' כ"ב כפירש"י ורבינו אפרים ובעל העיטור דר' דימי אליבא דר"מ קאמר ע"ש אבל הרב דפסק שם דר' דימי אליבא דרבנן א"כ הכא נמי למה לא הגיה דמהני קרוב וליכא למימר דהכא שאני כיון שהשליש השלישות בידו אינו יכול לחזור א"כ מה זה שסיים בעל התרומות דאינו יכול לחזור הא אפילו אי יכול לחזור התם הכא שאני ועכ"פ אין משם ראי' לכן נראה ברור דוודאי אין כוונת בעל התרומות להביא ראיה משם לענין תרתי לריעותא דפשיטא דהכא לא דמי להתם כלל דהת' הוא מקבל על מה שהיה קודם שיעיד כיצד הי' א"כ לא שייך הימני' שאפי' היה בהיפוך מאמינו שהיה כך רק דהימני' שלא ישקר א"כ בתרתי לריעותא יכול לחזור אבל כאן דאנן אמרינן שאם יאמר כך באמת גם עכשיו הוא נותן על דעת כך ומתרצה בכך א"כ מה נפקא מינה בתרתי לריעותא ס"ס נתרצה באמת מעיקרא כמו שיאמר ועוד אי כוונת בעל נתיבות לזה מאי צריך לראיה דהא מבואר באשה דהימני' ר"נ דהיתה אשה ונאמנת כשנים הרי דבתרתי לריעותא נאמן ומ"ש אשה או קרוב וכן נראה דעיקר כוונת בעל נתיבות דס"ד כיון דהטעם הוא דהימני' וסמך עליו א"כ בקרוב ס"ד דהוי כמו אסמכתא דלא עלה על דעתן שיעשה לו היפוך מרצונו ולכך הביא ראיה מהתם דקתני נאמן עלי אבא ש"מ דהא לא איכפת לן ובזה מיושב באמת הא דקתני התם אבא ואביך הא אבא נשמע מכ"ש מאביך גם אבא נכלל באביך וכן להיפוך ולפי הנ"ל ניחא דבכל חד קמש"ל רבותא אבא דלא נימא דהוי אסמכתא ואביך אף שהוא מקבל קרוב של בעל דינו ואי הוי נקט חדא ס"ד הוא אינו יכול לחזור אבל חבירו יכול לחזור קמש"ל תרווייהו אבא ואביך:

ד ואפילו כתבו ענין השלישות בשטר עש"ך דאפילו הכתב לפנינו יכול להוסיף תנאי שאינו סותר ועיין תומים שהקשה הא בזה לא שייך הימני' כמו שכתבו התוס' דעדים דילמא מייתי משא"כ כתב ולפעד"נ לפי מה דמבואר להדיא בש"ס פרק שבועת הפקדון הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב קרבן שבועה בשטר פטור וקאמר טעמא עדים עבידי דמייתי שטרא הא קא מנח ופריך שטר נמי עבידי דמירכס ע"ש והשתא מבואר להדיא דאין חילוק בין עדים לשטר דאל"כ מאי קושיא דילמא עדים עבידי דמייתי הוי כפירת ממון משא"כ שטר דלא שכיח דמירכס ובוודאי יבא לידי גובייגא וע"כ דאין חילוק א"כ כמו שכתבו התוס' בעדים ה"ה בכתב ומ"מ אם עדים לפנינו ומעידין היפוך השליש בוודאי אינו נאמן אבל הכתב כיון שאינו מכחיש ומוסיף תנאי נאמן כיון דגם בזה שייך הימני' כנ"ל. ומה שהקשה עוד בתומים על התוס' ומתוך כך העלה דהיכי דלא שייך א"א לא בעינן הימני' והביא ראיה מהא דא"ה סי' קמ"א באם מחולקין להולכה ולקבלה לכ"ע

שליש נאמן דלא שייך א"א וקשה הא גם הימני' לא שייך ע"כ וליתא דבהדיא כתב הר"ן פרק התקבל בד"ה איתמר דגם בזה שייך הימני' ע"ש תדע דאל"כ ליהמני' במיגו להולכה דאי בעי לפקדון וע"כ כיון דהימני' לא שייך מיגו דמ"מ הימני' וזה ברור. ובאמת בתוס' גופא אין ראיה דיש לומר דמודים דנאמן במיגו לפקדון רק כיון דאם איתא לא שייך בזה רק בפקדון נקט עיקר הפלוגתא בפקדון ולא שייך למינקט בהולכה דהוא רק מכח מיגו דלפקדון אבל בא"ה דקיימא לן להלכה דבהולכה שליש נאמן וקשה כנ"ל להימני' במיגו דלפקדון וע"כ משום דהימני' ליכא מיגו ש"מ דגם בזה שייך הימני' כהר"ן הנ"ל: (ה) ואפילו הכחישו אחד וכו' עיין ש"ך ס"ק ה' שהאריך לסתור דעה זו והסכים להאיכא מ"ד שהביא בעל התרומות דלא מבעי בטוען גזלת ממנו שאין השליש נאמן אלא אפילו אומר לפקדון אינו נאמן כיון שלא עשאו שליש כלל ואם יש לשליש מיגו נאמן במיגו וצריך שבועה כמו אדם דעלמא ואי לית ליה מיגו חייב להחזיר למפקיד זהו תורף דבריו וליישב קושית בעל התרומות מש"ס פרק התקבל כתב דהתם בפקדון על תנאי והוא תמוה מאוד כמו שתמה בתומים ובאמת מה שהקשו עליו מש"ס פרק התקבל דפריך לר"ח קיבל למה לי וקשה ניחוש לפקדון בלי תנאי לק"מ לפע"ד לא מבעי' לפי מה שכתב הרא"ש דהקושיא לתרווייהו כיון שאינו מכחשת לק"מ ומה שהקש' בתומים לוקמא במכחיש ואומר לפקדון סתם ולא קשה לכ"ע הא ליתא דא"כ תקשי לי' להרא"ש גופא דמי הכריחו לפרש דהקושיא לתרווייהו לימא דבאמת לר"ח הקושיא כדמשמע פשטא דש"ס וכמו שפירשו התוס' ע"ש ולר"ה שפיר מצי לאוקמא במכחיש דהא לא מכחיש הרא"ש דבמכחיש פליג ר"ה וע"כ דמשמע לי' להרא"ש דמתניתין לא מיירי במכחיש כלל דסתמא קתני האשה שאמרה התקבל צריכה שתי כתי עדים ולא נזכר כלל הכחשת בעל לכך קאמר דהקושיא לתרווייהו א"כ גם להש"ך לק"מ אלא אפילו אי נימא דהקושיא בש"ס לר"ח ולא לר"ה מ"מ יש לומר לפי מה שכתב הר"ן שם דבהולכה אין שאלה דלא נתן לה דלא רצה שתתגרש מיד א"כ לדבריו פליג ר"ה אפילו בהולכה וקבלה דגם בזה שייך א"א דלקבלה הוי יהיב לה משא"כ להולכה א"כ יש לומר דהקושיא בשלמא לר"ה נהי דלפקדון לא חיישינן כיון שאינו מכחיש אבל להולכה יש לנו לחוש דכמו כן יש לנו לומר דהיה להולכה כמו לקבלה ולר"ח שליש נאמן וליכא למיחש למידי אבל לפקדון בלי תנאי לא חיישינן כיון דאינו מכחיש והר"ן הקשה באמת דניחוש להולכה ותירץ בדוחק ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דלר"ח דהימני' אין לחוש [והר"ן אזיל שם בשיטת רש"י משום מיגו לכך כיון דהוי קרוע ליכא מיגו א"כ יש לחוש להולכה והוצרך לתרץ מה שתירץ אבל לדידן דנאמן בלי מיגו מטעם הימני' שפיר מקשה לר"ח דאין לחוש

לכלום אבל לר"ה לא קשיא דחיישינן להולכה כקושית הר"ן] ועיין לעיל ס"ק א'. אך מה שהקשה בתומים מדברי התוס' שכתבו משכונה לשכונה דסבר כר"ח וקשה מה בכך יבוא ויאמר לפקדון בלי תנאי וזהו מורה בבירור דלא כהש"ך גם קשה מאוד לפרש פקדון על תנאי אברא הראיה שהביא הש"ך מדברי התוס' בדברים העשויין להשאיל ראיה נכונה היא דבמכחיש שלישות אין השליש נאמן ומה שדחו ראייתו דהתם שאני דהא עשוין להשאיל הא ליתא דהא פשיטא דכוונת התוס' דנהי דמיגו דלקוח ליכא אבל הימני' איכא דאל"כ אפילו אינו אומר בתורת שאלה למה נאמן הא לא שייך הימני' כלל וע"כ דמ"מ מעיקרא הימני' דיוכל לטעון להד"ם או החזרתי ונהי דעכשיו אינו יכול מ"מ הוא האמינו א"כ תיקשי מה בכך דעכשיו הוי דברים העשויין להשאיל מ"מ מעיקרא הימני' וע"כ דכל שמכחיש ענין השלישות ואומר בשאלה בא לידו אין השליש נאמן ומה שהקשה בתומים סוף ס"ק ד' דא"כ אפילו בלי עשויין להשאיל אינו נאמן לק"מ דלא כתבו התו' עשויין להשאיל רק לאשמעינן כשאינו אומר בשאלה נאמן משא"כ לרש"י אינו נאמן כיון דליכא מיגו אבל באין עשויין להשאיל אפי' לרש"י נאמן באינו אומר דרך שאלה לזה קאמרי דלפי זה אפי' בעשויין נאמן אבל באומר דרך שאלה לעולם אינו נאמן [ומה שכ' עוד בשם מהרש"א תמוה דליתא כלל במהרש"א ע"ש] ומה שכתב בדרך שאלה לא שייך הימני' שאינו רוצה להשיא עצמו שם רע בשכניו אין זה כלום דמה לנו מאיזה צד הימני' מ"מ כיון שמסרו לידו שהיה יכול לעשות בו מה שירצה מחל לו כל מה שיאמר וממון אתיהיב למחילה ומה נפקא מינה אם היה מוכרח לזה שלא להשיא שם רע מכל מקום ידע ומחל:

לכן נראה לפע"ד ליישב קושית בעה"ת בפשיטות ותסתיים מזה קצת דינים מחודשים והכרעה נכונה במחלוקת זו כמו שאבאר והוא דוודאי אם הפקיד בידו חפץ או מעות והוא אומר שליש אני להחזירם לפלוני וזה אומר אני בעצמי הפקדתי בידך ולא ידעתי מאותו פלוני כלל ואין לו שום שייכות וחלק בחפץ זה ולא ידעתי מעולם בהא וודאי אין השליש נאמן דהיאך יעלה על הדעת שנאמר בזה דהימני' משום שמא ימסרנו לאדם בעולם מי שירצה מה שאינו יודעו ולא עלה על לבו מעולם והיאך אפשר שימחול לכל אדם שבעולם ואם נאמר שמחל לאותו האיש שהפקיד אצלו א"כ בלי שלישות ג"כ כשהפקיד חפץ אצל חבירו וחבירו טוען טענה מה שאינו נאמן בה דלית ליה עכשיו מיגו נאמר דמ"מ נאמן דהימני' ומחל לו כל מה שיאמר לפי דמעיקרא היה בידו לכפור בו וע"כ דלא אמרינן בשליש הימני' רק מה שבינו לבין חבירו אבל כשהפקיד בידו ואומר שלא ידע מאותו פלוני כלל לא שייך לומר דהימני' אם ימסור בידו וימחול לו וזה ברור

וזהו כוונת הברייתא דקתני שליש נאמן משניהם זה אומר כך וזה כך שליש נאמן ויש להבין מה זה דהברייתא מציר מציאת אמונת השליש וכי לא ידענו שהאמונה הוא במה שמכחישין אותו וברור דכוונת התנא לומר דאין ענין השלישות אם אומר שלא עשאו שליש רק כשהם מחולקים בתנאי השלישות זה כך וזה כך ושליש אומר כך שליש נאמן וזהו ענין השלישות כמו שכתב בעל התרומות משא"כ כשאומר שלא עשאו שליש ולא ידע מאותו השלישי כלל רק הוא כבעל דבר נתן בידו לא שייך הימני' כלל אמנם היינו דוקא בחפצים ומעות מטעם הנ"ל אבל בגט שהבעל כתבו לגרש אשתו והוא כתב על שם אשתו רק שמסרו עכשיו למסרו בידה אח"כ בזה אף שהבעל בעצמו נתנו בידו נקרא שליש כי מהענין בעצמו נרא' השלישות שבעל ואשתו שייכים לגט והוא שליש וזהו שדקדקו האיכא מרבוותא שבבעל התרומות דאין שליש רק מגזירת שלישים פי' דמיד בשעה שהדבר בא לידו הוא ענין משולש שהוא שייך לשנים והוא משולש ויש בידו כח שניהם ובזה שפיר שייך הימני' שלא ימסרנו לאשה ובזה אמרינן דבאמת היה בדעתו אם ימסרנו לה שתתגרש שהרי ידע בה והגט על שמה נכתב שתתגרש בו וכמו כן בשטר שהוא שייך ללוה רק יש ביד המלוה לראיה על חובו ובזה כשמסרו לאחד והוציא ראיותיו מתחת ידו הרי הימני' שאם ימסרנו לאותו החייב בשטר זה יהא החוב נמחל לו' ומיד בשעה מסירה הוא נקרא שליש כיון שהשטר שייך ללוה ונראה השלישות מתוכו וכמו כן בגט אבל כשבאו שנים והשלישו חפצים או מעות על תנאי כך וכך אז דין החפצים והמעות כמו גט ושטר כיון שמכח שניהם בא לידו ונאמן השליש והשתא לק"מ קושית בעל התרומות דשפיר מדמה גט לחפצים ומקשה מברייתא וכמו כן מה שהביא בעל התרומות בשם הרמב"ן הכל בשטר ובזה גם האיכא מרבוותא מודו דלא יחלקו על ש"ס מפורשת בעל אומר לפקדון [ואין להקשות כיון דברית' במחולקין בתנאי השלישית א"כ מאי מקשה לר"ה הא בזה לא שייך כיון דלאו לפקדון מסרו לידו הא ליתא דכבר כתבתי דהקושיא מדקתני הודאת בעל דין כמאה עדים ושליש נאמן משניהם ש"מ דנאמן כעדים ולא מהני א"א לבטל עדים ע"ש לעיל ס"ק ב הארכתי בזה] והן הן דברי התוס' ואגודה פרק המקבל שכתבו דוקא כשאינו אומר דרך שאלה אבל דרך שאלה אינו נאמן כיון דמיירי בחפצים אבל כשאינו מודה שהוא שליש ליכא הימני' כלל כנ"ל משא"כ בשטר וגם כל מה שיטעון שייך הימני' כל שמסרו בידו ואף שהתוס' כתבו לפקדון נאמן כוונתם בשלישות רק שלא יחזירם לשכנגדו רק שיהיה אצלו עד שיתפשרו ביניהם משא"כ שאלה דאינו שליש כלל וכן מוכרח לומר בש"ך שפי' דברי התוס' כן:

ואמנם בשטר וטוען שגזלו ממנו אף דבזה לא שייך הימני' כלל אם בעל דין אומר שפרעו או שהיה עמו איזה תנאים והשטר הושלש ביד שליש בתורת שלישות ועכשיו הוא שלו נראה דאף שזה כופר ובחפץ כהאי גוונא כל שאין לו מיגו הי' צריך להחזיר לו אבל בשטר אין מחזירין לו דהא השטר לפרעון עומד וכיון שאינו בידו נאמן הלוה ואינו יכול להוציא מידו כיון שהוא אומר שפרעו וגזילה מילתא דלא שכיח הוא ודוקא בחפץ כיון שידוע שהיה שלו ולית ליה מיגו חייב להחזיר שלו אבל שטר עומד לפרעון ונראה שאפילו הוא כיון שיוצא מתחת ידי אחר אינו יכול לתבעו אבל אם הלוה מודה שעדיין חייב לו רק שהשליש אומר לו שמחל לו כיון שאין הלוה יודע משום פרעון ומחילה והשטר הוא של המלוה ולית ליה לשליש מיגו בוודאי חייב להחזירו לו כיון שבזה אין לו דין שליש אפילו בשטר כיון שאומר שגזלו ממנו ודינו כמו בחפץ אבל אם אומר לפקדון בזה בשטר אפילו כשהלוה אינו יודע משום פרעון רק השליש אומר לו נאמן מדין דהימני' כנ"ל ובזה מיושב מה שפסק הרא"ש בתשובה כלל ס"ח דאם טוען ממנו נפל אין השליש נאמן היינו לפי דשם בעל דין מודה לו שהשטר לא נפרע רק מכח השליש אומר שאמר שמחל לו ויפה פסק הרא"ש כיון שאין השטר עומד לכך כיון שלא נפרע מן הלוה דינו כמו בחפץ כיון שמכחישו שלא עשאו שליש כלל ובחפץ כהאי גוונא פשיטא שהיה צריך להחזיר ולא היה יכול לטעון נתתם לי במתנה כל שאין לו מיגו א"כ בשטר נמי כל שטוען טענה שאין בעל דין גופא טוען לא איתרע השטר לפי שהוא ביד השליש וצריך להחזיר לו מאחר שהוא בוודאי של המלוה משא"כ אם היה בעל דין גופא טוען פרוע וכדומה בוודאי היה נאמן מאחר שהשטר אינו בידו ועוד דלפי דבריו איתרע כיון שנפל רק אפילו היה טוען שגזלו לא היה נאמן דמאיזה צד יתבע ממנו כיון שהלוה טען שהושלש על תנאי ונפרע למה יאומן הוא יותר מן הלוה אבל מ"מ יכול להשביע לשליש שיחזיר לו שלו כיון שאין לו דין שליש כנ"ל והשתא ניחא נמי מה שפסק הרא"ש כלל ק"ה סי' ג' דבטוען נאבד ג"כ נאמן השליש ולק"מ דהתם מבואר בשאלה שלא היה הטוען בבירור שזה מצא השטר ואפשר דבאמת בעל דינו מסרו לו שהשטר נאבד ממנו ואינו יודע היאך בא ליד אשה זו הלכך אינו יכול להשביעה אם היה השלישות בידה דהוא שליש גמור ונאמן לומר שחבירו מסרו בתורת שלישות כיון שהוא אינו מכחישו בזה ועל התנאי בעצמו אם החזירה כדין ג"כ אינו יכול להשביעה שיש עליה דין שליש גמור רק לפי שלא היה השלישות בידה פסק הרא"ש להשביעה אבל אם היה בידה היתה נאמנת כדין שליש גמור כיון שהוא אינו מכחישו שלא נעשה שליש מצד השני ודו"ק היטב ולק"מ [ובתומים סוף ס"ק ד' האריך בישוב דברי הרא"ש וכל דבריו אינם רורים

כלל כי מה שכתב בפי' הסוגיא דטעמא דר"ה משום מיגו דנפילה רק בממון ליכא מיגו דאתיהיב למחילה לכך הרא"ש דפוסק כר"ה פסק בממון ג"כ בטוען נפל דנאמן משום אי איתא ובזה כתב ליישב לשון בעה"ת דכתב דהרי"ף פסק כר"ח ע"ש שהאריך ואין דבריו נכונים כלל חדא דמה ענין זה לפלוגתא דר"ה ור"ח הא ר"ח מודה לר"ה ולא פליג רק דסובר דבגט נמי בידו להאמין והוי כמו ממון אבל בנפל דלא האמין מודה משום אי איתא ועוד דבנפילה נמי האיך שייך אם איתא הא אנן אמרינן דנפילה לא שכיח א"כ בוודאי הוא מסרו לידו וממילא אין כאן אי איתא דהימני' ואי דסובר דהימני' גופא מילתא דלא שכיח הוא לכך יש לתפוס דנפל א"כ מה זה דקאמר אי איתא הוי ליה לומר דלא שכיח דהימני' ועוד קשה כיון דלר' בגט לא שייך הימני' אכתי קשה מה צורך לטעם אם איתא ומשום מיגו דנפילה הא בלא"ה לא שייך הימני' ועיין מ"ש לעיל ס"ק ב' הפי' בסוגי' בזה] ועוד קשה אי ס"ד דבהך טענה גופא לא שייך אם איתא רק במיגו דנפילה משום דבגט לא שייך מחילה אמרינן מיגו א"כ מ"ש באומר לפקדון או להולכה שכתבו התוס' וקיימא לן להלכה בא"ה סי' קמ"א דאפילו להפוסקים כר"ה בגט מ"מ בזה דלא שייך אם איתא שליש נאמן א"כ קשה מ"ש להולכה מלפקדון הא גם בזה לא שייך אם איתא רק מכח מיגו דנפילה א"כ ה"ה בהולכה ואי דמשום דהימני' לא שייך מיגו א"כ בלפקדון ג"כ וע"כ דלר"ה בגט דלא אתיהיב למחילה מהני מיגו כמו שכתב הוא א"כ ה"ה בהולכה וכל דבריו אינם ברורים כלל והעיקר בכוונת הרא"ש כמו שכתבתי):

ומה שהקשה הש"ך על הרא"ש בתשובה כלל ס"ח דמ"מ אמאי לא השביע לראובן על פי העד כמו טענו בספק ומזה הוכיח דבמכחיש השליש דצריך שבועה הוי נוגע והוא תמוה לפע"ד דנהי דבזה מודינא כמו שכתבתי דבשטר נמי כל שטוען שגזלו או ממנו נפל ובעל דינו אינו טוען שאינו חייב לו אין השליש נאמן דהוי כמו חפץ מ"מ בהא אין דבריו נכונים כלל דלא מבעי לדעת הכ"מ סוף סימן פ"ד דע"א מעיד שהוא פרוע אינו משביעו בספק א"כ הכא בלא"ה ליכא שבועה נגד העד אלא אפילו לדעת הש"ך שם דמשביעין על פי העד אפילו בזה מ"מ לפי זה פשיטא דהכא נמי צריך שבועה דאפילו אם במכחיש השליש הוי נוגע משום דצריך שבועה היינו לדון על פיו להחזירו לזה שהוא אומר ששייך לו אז הוי נוגע כיון שצריך לישבע על דבריו שהרי חבירו תובע אותו שהזיקו בחנם שהוא שלו וע"י גזילה או נפילה בא לידו אבל עכשיו שאין אנו מאמינים אותו והשטר בחזקת המלוה א"כ עכשיו אינו נוגע שהרי א"צ שבועה א"כ פשיטא דעכ"פ צריך המלוה לישבע על פיו שלא מחל דלא עדיף מאם הי' השטר בידו או שהשליש הי' מחזירו לו מ"מ כיון שע"א מעיד שהוא נמחל צריך לישבע לשיטת הש"ך הנ"ל ומאי

נוגע שייך השתא וזה ברור אבל מ"מ בזה האמת דאין לו דין שליש כלל כיון שאומר ממני נפל ואולי הי' הלוה אומר שהוא שליש ונפרע או נמחל אז לא היה יכול המלוה להוציא דלמה יאומן הוא יותר מן הלוה אבל היה יכול להשביע להשליש וכמו כן להלוה והשליש לא היה יכול לפטרו כיון שצריך שבוע' אבל כשהלוה מודה שחייב לו ואינו יודע משום פרעון ומחילה רק על פי השליש אז כיון שאומר ממני נפל דינו כמו בחפץ ואף דנפילה לא שכיח מ"מ מה בכך הא בחפץ פשיטא שהי' נאמן כיון שאין לו מיגו א"כ ה"ה בשטר כל שאין הלוה טוען פרוע ומחילה אבל אם אומר לפקדון נראה אף שאין הלוה אומר שפרעו ומחל רק על פי השליש מ"מ בזה שפיר שייך הימני' כיון שלפקדון מסרו בידו כמו שכתבתי ואף שהלוה מודה מ"מ מתחילה האמינו שהי' יכול למסרו ללוה והוא יאמר ג"כ פרוע כמו גבי גט דאין האשה יודעת עכשיו מ"מ נאמן השליש מטעם הימני' והש"ך ס"ק י"ח וכאן ס"ק ה' דעתו דאם אין הלוה יודע מהשלישות רק על פי השליש והמלוה מכחישו לכ"ע אינו נאמן ולפי הנ"ל הא ליתא דהא גבי גט ג"כ אין האשה יודעת והתם הבעל מכחיש השלישות ומה שפי' הש"ך על תנאי לא סבירא ליה לבעל התרומות א"כ פשיטא דלהך דעה אפי' בהא השליש נאמן ודברי הש"ך ס"ק י"ח צ"ע אמנם לפי מה שכתבתי היינו דוקא בפקדון דבזה אמרינן הימני' כמו בגט אבל בגזילה ונפילה לכ"ע אפי' בשטר כל שהלוה מודה רק על פי השליש אינו נאמן כהרא"ש הנ"ל כלל הדינים העולים מכל מה שכתבתי דבחפץ וכהאי גוונא שאין בשעת מעשה שם שלישות עליו בין אם טוען לפקדון או גזילה ונפילה אם היה תבעו בתורת בעל דין לא היה נאמן במיגו כגון שיש עדים וראה ועשוין להשאיל השתא נמי אינו נאמן וחייב להחזירם לו ומ"מ צריך לישבע על פי העד דכיון שהוא מחזירם לו אין כאן שום נגיעה וגם אינו חייב שבועה כלל א"כ נאמן להשביע כע"א ואפי' בטוען גזלת לא נאמר דלכך אומר כן שלא יהא כגזלן הא ליתא דמ"מ היה יכול לטעון שבתורת שלישות בא לידו ושלו הם ומדקאמר שהם של חבירו נאמן כע"א דלא הוי נוגע כלל ואם הי' דברי' שאם הי' בעל דין הי' נאמן במיגו זו וצריך שבוע' גם עכשיו צריך שבוע' ויכול להשביע לשניה' דהוא כיון דצריך שבוע' אינו יכול לפטור לשכנגדו אמנם בשטר ובגט אם טוען לפקדון והוא אומר שליש אני בין אם הלוה טוען ג"כ שידע מהשלישות והוא פרע ומחל לו או אפילו שאין הלוה יודע רק על פי השליש השליש נאמן כיון דבשעת מעשה היה נקרא שליש שיכול למסרו להכתוב בשטר ובגט כנ"ל ואינו צריך שום שבועה כמו שליש דעלמא כיון דהימני' אבל אם טוען ממני נפל או גזלתו ממני בזה אם הלוה אומר שהיה שליש ופרעו ומחל לו בוודאי נאמן דלמה נאמין למלוה טפי מהלוה ופשיטא שאינו יכול

להוציא כיון שהלוה אומר שנמסר על איזה תנאי ונתקיים התנאי שחייב להחזירם או להיפך שלא נתקיים והשליש מודה לו ומ"מ צריך הלוה לישבע וכן השליש והשליש אינו פוטר ללוה דהוי עד הצריך שבועה כיון שלא עשאו שליש לפי טענתו אבל אם הלוה מודה שלא פרעו ולא מחל לו רק על פי השליש אז אם טוען נפל וגזילה אין השליש נאמן וחייב להחזירו למלוה ולמ"ד ע"א מעיד שהוא פרוע יכול להשביעו אפילו טוען ספק הכא נמי צריך לישבע מאחר שמחזיר לו אינו נוגע כלל ונאמן כמו שאר עד דעלמא ודוקא כשהוא טוען ברי שלא נמסר לידו בתורת שלישית רק שגזלו או שמצאו אבל אם אינו יודע היאך בא בידו ויכול להיות שבאמת בא לידו מצד השני בתורת שלישות רק שהוא אומר שאינו יודע היאך נאבד השטר ממנו בזה פשיטא דאם עדיין השלישות בידו נאמן בלא שבועה כמו שליש כיון שבעל דין חבירו אומר שהוא מסרו לידו בתורת שלישית והוא אינו מכחישו בזה רק שיכול להיות שכנגדו מצאו וגנבו ממנו א"כ בזה אינו יכול להטיל שבועה על השליש והוא מה שכתב הרא"ש בתשובה כלל ק"ה סי' ג'. כנ"ל ברור בדינים אלו ומה שהאריך בתומים בס"ק ה' בענין השבועה במכחיש לשליש לא ידענא מאי קאמר הא זה פשיטא דתלוי במחלוקת הנ"ל דאי גם במכחיש יש לו דין שליש דבזה ג"כ שייך הימני' א"כ ממילא אין צריך שבועה הרי דנאמן עכשיו אפי' אין לו מיגו וע"כ משום הימני' ולמ"ד דאינו נאמן רק במיגו דלא אמרינן הימני' א"כ ה"ה דצריך שבועה כמו כל בעל דבר. ומה שהביא מתשובת הרא"ש כלל ק"ה כבר כתבתי דהתם לא הכחיש ר' יצחק שהאשה דינא ולייד"א לא נעשית שליש מעולם ומודה בזה שיכול להיות שבא לידה מצד השני בתורת שלישות רק שהוא אומר שצד השני מצאו או גנבו ממנו ע"ש ברא"ש ולפי זה תלוי ג"כ לפי מה שהכרעתי לעיל לחלק בין גט ושטר לחפצים ומעות הכל כנ"ל ולפי דבריו הרא"ש סותר עצמו לכלל ס"ח ודו"ק:

ו השליש נאמן עש"ך ס"ק ו' דאם נמצא מחק אחורי השטר נאמן השליש דלא הי' כתוב שם פרעון רק תנאי שלישות ונמחק והש"ך הקשה הא אם היה השטר ביד המלוה לא היה נאמן למ"ד מחק מאחורי השטר פוסל השטר ותירץ דמיירי במקום שלא נהגו לכתוב פרעון מאחוריו ע"ש. ובתומים תמה דהא הרא"ש כתב ולא חיישינן לפרעון כל זמן שהשטר ביד שליש הרי דבלא"ה חיישינן ע"ש. ודבריו תמוהין ולא דק בתשובת הרא"ש דמבואר להדיא כהש"ך והוא הבין דמה שכתב ולא חיישינן לפרעון כל זמן שהוא ביד השליש הכוונה מכח נאמנתו של השליש וליתא דהא כבר כתב מקודם דבלא"ה לא חיישינן לתנאי אחורי השטר לגרע תוכו של שטר רק דכוונת הרא"ש נהי דלמחק מאחוריו לא חיישינן מ"מ ניחוש מבחוץ שמא נפרע דהא אין השליש יודע שלא נפרע

השטר וכאן לא שייך חזקה שטרך בידי מאי בעי כיון שאין ביד המלוה ועל זה כתב דלא חיישינן כל זמן שהוא ביד השליש כמו במלוה שאילו היה פרעו היה לוקח השטר מיד השליש ועל זה סיים הרא"ש ועוד שהוא ת"ז ולא חיישינן לפרעון אבל מה שיש לחוש מצד המחק כבר כתב שאין מחק מגרע השטר והיינו במקום שלא נהגו כדברי הש"ך וזה ברור ומה שכתב הוא דהשליש נאמן כע"א על קיום מחקים כדעת הרשב"א לעיל סימן מ"ד וליתא דלא כתב הרשב"א רק בשנים חתומים דאנן אמרינן דבאמת גם הראשון חתם על השטר וראה המחקים רק שאין אנו יודעין זה ושמא בעל השטר זייף ובזה האחרון מלמד על הראשון אבל כאן היאך יעלה על הדעת שיהא נאמן ע"א מה שבלי העד היה השטר בטל ונפרע היאך יעיד ע"א שלא נפרע והעיקר כמו שכתב הש"ך כנ"ל:

ז והוא שלא יהא ביניהם ובין השליש הכחשה בסך המעות עש"ך ס"ק ה' שהשיג על דין זה ופי' דעת האיכא מרבוותא שהביא בעל התרומות דסבירא להו במכחיש השליש שלא עשאו שליש צריך שבועה והוי נוגע ובאמת מדברי בעל התרומות שם קודם שהביא הך איכא מ"ד דבמכחיש שלא עשאו שליש אינו נאמן כתבו וז"ל לא מבעי ביש ביניהם הכחשה בסך הממון דהוי נוגע אלא אפילו אין הכחשה רק אחד אומר פקדון אין השליש נאמן והשתא פשיטא דאין כוונתם משום דמכחיש השליש צריך שבועה דא"כ היינו הך דסיפא ומאי לא מבעי' דקאמר ומה זה שכתבו הכחשה בסך המעות וברור דסבירה להו דבזה בלא"ה אין להאמין לשליש לכ"ע משום שיש הכחשה בסך הממון הרי דאפילו הפוסקים דלא כבעל התרומות מודו בדין זה אמנם בתומים הקשה מה זה נוגע ישבע מקודם ואח"כ יעיד דבזה דאמרינן הימני' לא שייך עד הצריך שבועה כיון שאינו מתורת עדות והביא ראיה מתשובת מיימוני דלא כתבו רק דשליש צריך שבועה ולא כתבו דמכח זה אינו נאמן. והוא תמוה דפשיטא דדעה זו סבירי להו דאין השליש נאמן במכחיש השליש ומה שכתבו לענין שבועה היינו אפילו אית ליה מיגו דנאמן מכח מיגו מ"מ צריך שבועה אבל אי לית ליה מיגו פשיטא דאינו נאמן דאי נאמן ממילא לא היה צריך שבועה וכ"כ הש"ך להדיא סק"ה אך מ"מ על בעל התרומות יש לתמוה דהוא סובר במכחיש נאמן השליש א"כ בהכחשה בסך המעות ג"כ ישבע על זה ושוב נאמן מתורת שליש כיון דגם בזה יש לו דין שליש לכן נראה דכוונת בעה"ת דוודאי במכחיש השליש בלי הכחשה בסך המעות סובר דמיקרי שליש משום כיון שהוא מראה החפץ בב"ד ומסלק עצמו ממנו רק למי שיצוו ב"ד ליתנו יתן והוא אומר שיודע כך או סובר דנאמן דלא מיקרי בעל דבר כיון שאין הענין נוגע לו כלל אבל כשיש ביניה' הכחשה בסך הממון מודה בעה"ת להך דעה דלא מיקרי שליש כלל בצירוף מה דאומר שלא עשאו שליש

כלל ועכשיו שנאמינוהו ג"כ יש הכחשה ביניהם הילכך אף שנשבע אין לו דין שליש רק שנאמינוהו כעד ובזה אמרינן דעד הצריך שבועה אינו עד:

ולפי זה יש ליישב דברי הרב בהגה' לקמן סעיף ג' שכתב דהא דנאמן בעד אחד כשאין שלישותו בידו דוקא כששניהם נסתלקו ואין להם תרעומת משמע דבשלישותו בידו אפילו יש תרעומת נאמן ועש"ך לקמן ס"ק כ' שהאריך לתמוה בזה ולפי הנ"ל ניחא דהתם כיון ששניהם מודים שעשאוהו שליש אף שיש ביניהם הכחשה מ"מ כיון דהימני' יכול לישבע על הכחשה ואח"כ נאמן מדין שליש דבזה לא אמרינן עד המשתבע אינו עד אבל באם אין השלישות תחת ידו דאז אפילו מודים שעשאוהו שליש אינו רק כע"א א"כ כשיש תרעומת אינו עד כלל דמתורת עדות עד הצריך שבועה אינו עד והכא דאפילו בשלישותו בידו אינו נאמן בהכחשה בסך המעות כיון דמעיקרא לא נעשה שליש לפי טענתו של זה הלכך אם עכשיו אין עמו הכחשה בסך עדיין שליש הוא דאין אדם חוטא ולא לו אבל כל שנכנס הוא בגדר המשפט שוב אין לו דין שליש כלל בשום צד משא"כ כשעשאוהו שליש ומודים בזה נאמן כשליש לאחר שבועה מכח הימני' דמעיקר' ודו"ק ובעיקר מה שהקשה הש"ך ס"ק ה' דלא:

דמי להן הן שלוחיו הן הן עדיו דהוי' נוגעין על כלו משא"כ הכא ובאמת לפי הנ"ל לק"מ דאין כוונת בעל התרומות רק להביא ראיה משם דמחמת שבועת היסת נקרא בעל דבר א"כ הכא כיון דמעיקרא לא נעשה שליש כלל לפי טענתם ועכשיו נמי הוי בעל דבר ממילא אין לו דין שליש כלל. אבל בלא"ה נראה פשוט דמיירי דרך משל ראובן אומר ק"נ השלשתי בידך ושמעון אומר ק' ולוי השליש אומר ג"כ ק' א"כ אם יאמר שהק' הללו שייכים לשמעון א"כ לא יוכל ראובן להשביעו אח"כ על הנ' הנשארים דהוי כופר הכל משא"כ אם יאמר שהם שייכים לראובן והוא תובע ק"נ א"כ חייב לישבע שבועת התורה והוי שפיר נוגע על הכל דאם יאמר להיפוך יתחייב שבועת מודה מקצת משא"כ עכשיו אם יתבענו ראובן אין צריך לישבע חדא דהוי כופר הכל ועוד שאין שייכים לו כלל כן יש לישב דברי בעל התרומות אבל מ"מ יותר נראה כמו שכתבתי מקודם ולקמן אבאר עוד בס"ד בזה:

ח שטר שהיה וכו' עש"ך ס"ק י' מה שהשיג על הטור ובתומים השיג עליו ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דהמעיין בבעל התרומות שער נ"ב יראה שאי אפשר לפרש דברי בעל התרומות כהטור מכמה טעמים חדא דמעיקרא התחיל למקור דאפילו איתחזק בב"ד באופן דלית ליה מיגו דקלתי [וכוונתו דהוי מיגו למפרע או כמו שכתבתי לעיל ס"ק א' בשם הת"ח והראב"ן וכן נראה מדברי הסמ"ע ס"ק י"א ודו"ק] מ"מ נאמן ואף דבלישנא

בתרא קאמר ר"נ כיון דאיתחזק בב"ד לא אמרינן מיגו היינו בשתקה עד שנתקיים ואח"כ אמרה פרוע אבל בלא"ה אפילו איתחזק נאמן השליש וכתב שלכך הוצרך לדמות זה [פ' ראיה זו מר"נ] משום דיש פסקו כלישנא בתרא א"כ היה מוכח מר"נ דאם איתחזק דלית ליה מיגו אינו נאמן לזה הוצרך לדחות דשם בשתקה עד שנתקיים אבל אנן קיימא לן באמת כלישנא קמא דלישנא בתרא איתותב א"כ אפילו אם נפרש דברי ר"נ בפשיטות מ"מ לא קיימא לן כוותי' רק כלישנא קמא וסיים בעל התרומות הילכך מוכח דבכל גוונא נאמן אפילו איתחזק בב"ד הרי דעל מה שהתחיל לחקור סיים שנאמן ואם כדברי הטור היה לו לסיים שנאמן אפילו שתקה עד שנתקיים ועוד שכתב דלכך הוצרך לדחות משום דהם פסקו כלישנא בתרא אבל לדידי' לא מיירי ר"נ רק באיתחזק סתם ולא קיימא לן כוותי' א"כ ממילא בשתקה עד שנתקיים אינה נאמנת דבזה לא נחלקו כלל ומה שהקשו מאי פריך לר"נ מברייתא הא שם לא מיירי בהכי לא ידענא מאי קשיא להו על הש"ך הא בבעל התרומות גופא קשה אבל באמת לק"מ דהנך פסקו כלישנא בתרא פשיטא דסבירו להו דהקושיא באמת לא קשיא לזה סובר בעה"ת דבאמת בהא נחלקו דלרבא אין חילוק בזה בין שתקה כדעת הטור ולר"נ יש חילוק ולזה כתב בעל התרומות דאנן דקיימא לן דר"נ באמת איתותב אין צריך לזה ולפי זה לכ"ע בשתקה אינה נאמנת וזה ברור: (ט) וכן אם מת השליש עש"ך מה שהאריך מאין יצא לו להרמב"ם זה. ובתומים כתב דהתוספות דכתבו דמשמע אפי' איתחזק דומיא דלאחר חיתום ש"מ דלא סבירי להו במת דאל"כ פשיטא דליכא מיגו והוא תמוה דהא מעיקרא בעת כתיבת השובר הי' נאמן ואז היה לו מיגו וע"כ דאיתחזק כבר א"כ הוכרחו התוס' לומר משום דומיא. אבל לפעד"נ להיפך דאי במת קשה באמת מנין להתוספות ולמקשה להקשות דאיתחזק מעיקרא ואי דומיא דאחר חיתום התם גופא מנין שהיה איתחזק זמן רב קודם ומה צורך לומר דמיירי בהכי להקשות לר"נ [וכ"ש לפי מה שכתבתי בס"ק א' והוכחתי שיטת התוס' פרק זה בורר כהראב"ן דאיתחזק מיד שוב ליכא מיגו אם כן אם מיירי במת ממילא לא קשיא כ"ל דבשעת כתיבה באמת לא הראה השטר ושפיר נאמן במיגו) אבל באמת לא ידעתי מאי קשיא להו מנין הוציא הרמב"ם דין זה הא בפרק קמא דמציעא בסוף קאמר סמפון היוצא מתחת ידי מלוה אינו אלא כמשחק בו ופסול וקאמר התם טעמא לא מבעי אם כתוב בכתב ידי סופר אמרינן דירא שמא ירצה לפרעו פתאום ולא יהא לי שובר ליתן לו אי אפילו כתוב בכתב ידו שמא יפרענו בזמן שלא יוכל לכתוב ע"ש וזהו לא שייך בשליש דמה לו להכין שובר קודם שנפרע ומה צורך לזה וא"כ אם נמצא בבית השליש כיון דאם

היה לפנינו היה נאמן אף כתבו מועיל כיון שאינו לשחק וזה שסיים אבל ביד המלוה רצה לשחק בו:

י העדים נאמנים עיין תומים שהאריך בזה וכל דבריו אינם ברורים כלל כי מה שכתב דמדברי התוס' מוכח אפילו עדים לפנינו שליש נאמן מדכתבו ולפיכך אפילו בדברים העשויין להשאיל ע"ש והוא תמוה דהא פשיטא דלפי מה שהבינו התוס' דעת רש"י דשליש אינו נאמן רק במיגו א"כ גם בדיני ממונות אינו נאמן רק במיגו דאל"כ מה הקשו התוס' על רש"י מהך דפרק זה בורר ועל זה כתבו דלפי זה אפילו בדברים העשויין להשאיל דליכא מיגו נאמן משא"כ לרש"י פשיטא דאינו נאמן והיאך אפשר שיהא כוונת התוס' אפילו בעדים לפנינו הא התוס' כתבו בהדיא ואפילו אומר שמסרו לו בפני עדים וכו' דילמא מייתי מבואר להדיא דדוקא בהוא אומר שמסרו לו ואי בעדים לפנינו היה להם לומר ואפילו יש עדים דלפקדון ולפי זה נסתר ממילא כל מה שהאריך דלמ"ד בלי עדי מסירה כשר לא מוכח דינו של התוס' ולפי הנ"ל הא ליתא דמ"מ קשה הא הבעל יכול לומר שמסרו לו בעדים לפקדון ולא הימני' ועכשיו מה יעשה שמתו או הלכו ועל זה כתבו התוס' דמ"מ היה לו לחוש דילמא מייתי עדים והימני' לשליש ולפי זה בטלו כל דבריו שם. והרשב"א דהקשה מכח עדי מסירה היינו דרצה להכריח דע"כ שהיה לפני עדים אבל מ"מ בלא"ה נמי קשיא דהא יכול הבעל לומר כן ומהאי טעמא לא הזכירו התוספות עדי מסירה כלל ועיין בסמוך בזה:

יא אבל אם אומר כו' אנן טענינן לי'. כתב בתשובת פרח מטה אהרן הביאו בתומים דאם שנים אומרים להיפך מן השליש ושנים אומרים כמו השליש אוקי תרי להדי תרי ושליש נאמן ובתומים תמה דאף אם השליש נאמן כעדים מ"מ אפילו ארבעה עדים ושנים הוי מוכחשין דתרי כמאה ע"ש. ולפעד"נ עיקר כדברי הפמ"א הנ"ל כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין בהך דינא שזכר המחבר שאם אומר שהיה תנאי באותו יום ועדים מכחישין אינו נאמן ואם אומר סתם וכ"ש כשאומר בפי' דאח"כ ניתוסף תנאי נאמן השליש והשתא יש להבין הא התוס' כתבו דלכך אינו יכול לומר שמסרו לו בפני עדים דדילמא מייתי והשתא תקשי מ"ש בעדים לפנינו דלא אמרינן הימני' כיון דעדים מכחישין ומ"ש דהוא עצמו אינו יכול לומר דמסרו לפני עדים וע"כ דאפילו בעדים הימני' דילמא מייתי א"כ כשהם לפנינו נמי הא הימני' ובאמת שם בגט דבעל אומר לפקדון יש ליישב ולקרב אל הסברא דאנן אמרינן שאפילו מסרו לפני עדים מ"מ לא הימני' רק אם ימותו או ילכו ועל זה כתבו התוס' דמ"מ הימני' כשימותו העדים או ילכו דהיה לו להעלות על דעתו שימותו וע"כ דבאמת כך סביר וקביל שאם ימותו יהא היא נאמן

לכך השתא אם הם לפנינו ומכחישי' הם נאמנים אבל בלא"ה אפילו היה לפני עדים הימני' כל שלא יהיו לפנינו וכן הוא ברשב"א ע"ש] וזהו דוקא בבעל אומר לפקדון אבל אם הם מחולקים בתנאי השלישות דשניהם מודים שנעשה שליש א"כ קשה כיון שאם יאמר שניתוסף תנאי יהא נאמן ולא יועילו עדים א"כ ממילא אפילו בעדים ואפילו יעידו לפנינו הימני' כיון שאפילו יהיה לפנינו יוכל לומר תנאי נוסף וליכא למימר דבאמת כך הימני' שאם יאמר מה שהעדים לא יכחישוהו יהא נאמן משא"כ כשיכחיש העדים הא ליתא כיון דהימני' פשיטא דממילא לכל מילי הימני' דאל"כ לעולם נימא דאם ימסרנו לכשנגדו באמת הימני' אבל כשיהא לפנינו לא יהא נאמן וע"כ דכיון שהיה בידו לעשות באופן שיזכה שכנגדו ולא יוכל למחות ממילא בכל מה שיאמר האמינו עליו א"כ ה"ה בעדים כיון שעדיין בידו להוסיף אותו תנאי לכן נראה דעיקר הטעם בזה דאנן אמרינן דבאמת הימני' שהיה מוחזק בו לנאמן שלא ישקר בשום פנים הילכך אינו נאמן עכשיו להכחישו אמנם אם יאמר השליש שאינו יודע פשיטא דלא שייך הימני' בזה ולזה בעדים מכחישין אותו אנן אמרינן מכח העדים דהשליש אינו זוכר והעדים בוודאי זוכרין יותר ממנו ומחמת השכחה אומר כן ששכח תנאי השלישות ובשלמא בלי עדים פשיטא שאין להחזיקו לשוכח ואינו זוכר ואמרינן דהאמת אתו אבל היפך העדים נהי דהאמינו היינו שלא ישקר אבל מחמת העדים אנו מכריחין ששכח [ובלא"ה בנאמנות ע"א כתב הרב בעל פ"י דהוא משום מדאי לכך לא האמינתו תורה) והשתא ממילא יפה כתב הרב בעל ומ"א דאם שנים מכחישין אותם א"כ אין ראיה מאלו העדים ששכח אינו זוכר א"כ חזרה נאמנותו של שליש יותר מהעדים דהא הימני' שיכול להוסיף תנאי אח"כ א"כ אפילו נגד עדים הימני' רק שאנו מכריחין מחמת העדים ששכח ועל זה לא הימני' רק שלא ישקר אבל כל שאין הכרח ששכח הוא נאמן נגד עדים כנ"ל. ולפי זה מיושב מה שהקשה בסמ"ע והש"ך דלמה כאן מתרצין דבריהם ואולם בסוף דנין במכחישין והמע"ה ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דהכא אם נאמר דמשקר יש להאמין לשליש יותר מן העדים מחמת דהימני' רק שנאמר דהשליש טעה א"כ עד שנתרץ דבריו שטעה יותר נוח לתרץ דבאמת אינו מכחיש העדים כלל ומה צורך לומר דשכח וטעה כיון שאין אנו מוכרחין לזה משא"כ שם דבלי התירוץ דנין כמכחישין אבל הכא בין כך דבין כך מתרצין למה נתרץ דשכח וטעה ועוד יש לו מקום לתרץ דברי הכמ"א הנ"ל וזה נראה עיקר דאל"כ דברי המחבר כמעט אי אפשר להולמם כנ"ל ועש"ך ס"ק י"ח דאם הלוה לא ידע מהשלישות כלל והמלוה מכחיש שלא עשאו שליש לכ"ע אין השליש נאמן וכתב שכן כתב לעיל ס"ק ה' ובאמת לעיל ס"ק ה' כתב לשיטת הפוסקים דבמכחיש שלישות אין השליש נאמן רק

שמחולקים בתנאי ומוקי הך דבעל אומר לפקדון היינו על תנאי אבל לדעת בעה"ת והטור דהוכיחו מהך דבעל אומר לפקדון דאפילו מכחיש שלא עשאו שליש נאמן השליש א"כ פשיטא דאפילו אין השני יודע נאמן דהא שם ג"כ אין האשה יודעת וכבר השגתי עליו לעיל ס"ק ה' ע"ש: (יב) ואם יוציא השלישות וכו' לא יהא נאמן וכו'. זהו מה ששנינו בתוספתא בד"א כשהשלישות יוצא מתחת ידו אבל אין השלישית יוצא מתחת ידו הרי הוא כשאר כל אדם ע"כ משמע דכל שיצא השלישות מתחת ידו אינו נאמן כלל והרי הוא כאדם דעלמא ואולם הרשב"א בחידושיו לגיטין פרק התקבל כתב בשם הראב"ד דאפי' הגט תחת יד האשה נאמן במיגו דהוי מהדרת לשליש והרשב"א הוסיף שם אפילו בלי מיגו רק דתפיסתה מוכחת שבא לידה מיד השליש לגירושין ע"ש והביאו הש"ך ס"ק כ וצריך לומר דפשיטא להו להראב"ד והרשב"א דמצד הבעל לשליש לא איכפת לן מה שאין יוצא מתחת ידו דמ"מ כיון שאם הי' בידו הי' נאמן לומר לגירושין דהימני' א"כ עכשיו נמי כיון שמסרו לאשה לגירושין מגורשת ובמה נגרע כחו רק שכל כוונתם שיש מקום לומר נהי דהימני' מ"מ אנן אמרינן דכל זמן שהיה ביד השליש גופא לא היה מחזיקו לגירושין רק לפקדון ולא מסרו לאשה כלל רק נפל ממנו והאשה מצאתו וכדומה ואף שהוא אומר עכשיו לגירושין מסר לה אינו נאמן בזה עכשיו כיון שהשלישות אינו ת"י עכשיו ועל זה תירץ הראב"ד דנאמנת דקבלתו לגירושין במיגו דהוי מהדרת לשליש וכיון שנתברר שנמסר לה לגירושין ממילא הבעל ג"כ מסר לגירושין ובשעת מסירה היה השליח נאמן בזה מטעם הימני' ולפי זה היינו דוקא בשליח קבלה דאם תמסור עכשיו לידו חזר לנאמנותו והיא מגורשת אבל בשליח הולכה שאם תמסור לידו יוכל הבעל לבטלו א"כ עדיין אין אנו יודעין אם נמסר לידה לגירושין והשליח אינו נאמן בזה כיון שאין הגט יוצא מתחת ידו כנ"ל ולפי זה ליתא למה שכתב בתומים ס"ק י"א דלפי' מהרש"א בתוספות בד"ה ושליש אומר התוס' חולקין בזה על הראב"ד גם כתב לדחות הכרח מהרש"א דהא הרמב"ם פי' ג"כ לקבלה ומ"מ סובר בגט תחת יד האשה ג"כ נאמן ולפי הנ"ל הא ליתא דהתוספות והרמב"ם סבירי להו כהראב"ד הנ"ל הילכך שפיר כתבו התוספות דמיירי בשליח קבלה דאי בשליח הולכה כיון דהגט ביד האשה אין השליש נאמן ומיגו דמהדרא לשליש וחזר לנאמנותו לא שייך בשליח הולכה דיכול לבטלו וע"כ דמיירי בשליח קבלה אז שפיר אפילו הגט בידה נאמן משום מיגו כמו שכתב הראב"ד וכן הרמב"ם דכתב אפילו גט בידה נאמן מוקי לה בשליח קבלה דבשליח הולכה אינו נאמן כיון דליכא מיגו להחזירו לשליש ודברי מהרש"א נכונים אך הא קשיא לי על התוספות והראב"ד כיון דעיקר המיגו להאמינה שנמסר לידה לגירושין א"כ בלא"ה אית

לה מיגו דיכולה לומר מן הבעל קיבלה הגט ואפילו בשליח הולכה נאמנת וזה נראה דעת הרי"ף דמוקי בשליח הולכה א"כ מבואר דסובר דאפי' בהולכה וגט בידה נאמן והיינו כנ"ל כיון דאית לה מיגו דמהבעל קיבלה נאמנת דנמסר בידה לגירושין ובשעת מסירה היה השליח נאמן לבעל מסרו לגירושין מכח הימני' כנ"ל ולפי זה ליתא ג"כ למה שכתב בתומים ראי' מהרי"ף כהרשב"א והראב"ד ולפי הנ"ל לא מוכח מידי דדוקא בגט כתב כן משום מיגו דמבעלה קיבלה כנ"ל אבל בשליש דעלמא כל שאין לאותו שהחפץ בידו מיגו עכשיו שוב אין השליש נאמן ומודה הרי"ף וממילא מהרמב"ם נמי אין ראיה מטעם זה דבגט שאני מכח מיגו הנ"ל:

אמנם מהראב"ד והרשב"א וודאי מוכח אפילו בשליש דעלמא נאמן אפילו אין שלישותו בידו וכן כתב הרשב"א שם בהדיא וכתב דאינו נאמן כלל אפילו לזכות אמנם בלא"ה פשיטא דלא קשיא מהתוספתא דע"כ לא שייך סברת הראב"ד והרשב"א רק בבעל אומר לפקדון ולא למסרו לאשה ועכשיו אנו מסופקין אם מסרו לאשה לגירושין ושפיר כתב הראב"ד משום מיגו דהוי מהדרת לשליש והשתא אם אתה אומר שלא מסרו כלל א"כ הרי הוא חזר לנאמנותו כמו שהיה קודם שהרי גט בידו הוא משא"כ בשליש דעלמא והם מודים דנמסר ליד האחד כדין רק שהצד השני אומר שנמסר לשני בתנאי כך וכך והוא מכחישו על תנאי אחר והשליש אומר כדברי אותו שהחפץ בידו א"כ בזה לא שייך מיגו דימסרנו לשליש דמה בכך דימסרנו עכשיו הא מעיקרא לא הימני' רק כל זמן שיהא תחת ידו אבל עכשיו אומר דבשעת מסירה באמת מסרו על תנאי כמו שאומר ועכשיו שמכחיש הרי אינו שליש כלל שכבר יצא השלישות מתחת ידו מדעת בעלי דינים ושניהם מודים והיאך יועיל מה שימסרנו עכשיו ודוקא אם מערער על גוף המסירה אז שפיר יכול לומר הריני נוטלו ממנו והרי הוא בידי ואני נאמן משא"כ כשאומר שעכשיו אינו שליש כלל שברשותו יצא הדבר מתחת ידו פשיטא שאינו מועיל החזרה וכמו כן מה שתירץ הרשב"א משום דבתפיסתה מוכחת זהו הכל במה שיש להסתפק בגוף המסירה אבל בשליש דעלמא והם מחולקים בתנאי המסירה [באופן שפי' הש"ך אין להם תרעומת] מה מוכיח התפיסה באיזה תנאי נמסר ובהא פשיטא דאינו נאמן כיון שעכשיו אין השלישות בידו וזהו מה ששנינו בתוספתא דמיירי שהם מחולקים בתנאי השלישות ועל זה אמר אין שלישותו בידו רק ביד אחד מהם והשני תבעו שהיה עמו תנאי בשעת שמסר השליש לידו כך וכך וזה אומר תנאי אחר הרי הוא כשאר כל אדם ואינו נאמן לא לזכות ולא לחובה ונראה שזהו כוונת הטור ומחבר ג"כ דמיירי ג"כ בכהאי גוונא [וכ"ש לפי מה שפי' הש"ך פשיטא דמיירי כהאי גוונא] לכך כתבו בפשיטות דהוא

כשאר כל אדם אבל במערער על גוף המסירה בהא מודים לדעת הראב"ד משום מיגו דמהדר לשליש ואז יהא נאמן כיון שהוא אומר ששלא כדין מסר א"כ יוכל לומר הרי ישנו בידי כאילו לא נמסר ואני נאמן עכשיו וכמו כן להרשב"א משום דתפיסתו מוכחת שמסרו לו ובשעת מסירה היה נאמן מכח הימני' כן נראה לי ברור בזה ודלא כהתומים שסתם בפשיטות דלזכות נאמן ולפי הא ליתא דבכהאי גוונא לכ"ע אינו נאמן:

ולפי זה מה שכתב הש"ך בפי' תרעומת דמערער על גוף המסירה ואז אינו נאמן אפילו כע"א ועל זה הביא דעת הראב"ד דאם מסרו שנית לשליש נאמן השליש היינו דוקא אם יש לו תרעומת אבל אם אין לו תרעומת שאינו מערער על המסירה בזה אינו נאמן אפילו מסרו שנית דכבר נסתלק נאמנותו במה שיצא מתחת ידו ברשות שניהם ועכשיו אין כח בזה לעשותו שליש בע"כ של שכנגדו ואף דלהש"ך בלי תרעומת עדיף היינו לענין להיות כע"א אבל לענין אם מחזירו לידו להיות נאמן כמו שליש דעלמא כשני עדים בזה בתרעומת עדיף טפי דחזר לנאמנותו משא"כ בלי תרעומת לעולם אינו רק כע"א ובכהאי גוונא בתרעומת גם התוספות מודים משום מיגו דמחזירו לשליש או כשמחזירו ודו"ק] כמו בשליח קבלה דמודים התוס' כנ"ל ואין להקשות כיון דבשליח קבלה מודים אפילו הגט ביד האשה א"כ כיון דהם מוקי להו דוקא ביש עדי אמירה וא"כ אפילו בהולכה יש לה מיגו דמחזירו לשליש שיאמר לקבלה כיון שיש עדי קבלה הא ליתא כיון דע"כ שיש עדי קבלה והעיקר מה שנאמן הוא מכח טענת לקבלה א"כ יפה כתבו התוס' דמיירי לקבלה דהוא העיקר דנאמן אבל בהולכה בלי עדים אינו נאמן כנ"ל ובעדי קבלה ממילא אפילו בהולכה נאמן במיגו ובגוף דברי הש"ך בפי' תרעומת כבר כתבתי לעיל ס"ק ז' פי' נכון בזה ע"ש [שוב ראיתי בתומים סוף ס"ק נ"ב שכתב פי' הנ"ל שכתבתי ס"ק ז' ליישב שיטת הב"ח והוא תמוה דהב"ח כתב להדיא דאינו צריך שבועה]:

יג או פרוע. עיין תומים דוקא כשטוען פרעתי קודם שהשלשתי אבל פרעתי אח"כ אינו נאמן במיגו דמזוייף דהוי להכחיש העד ע"כ ודבריו צ"ע דלעיל סי' נ"א כתבו הב"ח והש"ך ליישב שיטת הרמב"ם באחד בשטר ואחד בעל פה דכתב דמצטרפין למלוה בשטר ואינו נאמן פרעתי דהא באחד בשטר לבד אינו יכול לטעון פרעתי ותירץ הש"ך דקמש"ל אפילו אותו שבכתב מכחיש שלא פרע ותמה בתומים שם כיון דאם לא היה מכחיש לא היה נאמן במיגו עכשיו שהכחישו יהא נאמן וסתר דין זה ע"ש וא"כ הכא נמי כיון דאם אין השליש מכחיש הוי ליה משיל"מ השתא שהוא מכחישו יהא נאמן וע"כ או כדעת מהרש"ל דלית כאן שבועה דאורייתא דלא אמר אתה עד או דשאני טענת פרוע דטענה נכונה היא מצד עצמותה וכל שהטענה בעצמותה נכונה לא אמרינן משיל"מ

א"כ ה"ה בטוען פרעתי אחר שהשלשתי ואין חילוק כלל ומ"ש הש"ך ס"ק כ"ג עיין מה שכתבתי לעיל ס"ק א' ושם השגתי עליו בזה דהתוס' לא פליגי בדין זה כלל ע"ש:

יד הרי הוא בחזקת שאינו פרוע עש"ך דוקא אי לא טעין אישתבע לי אבל בטוען אישתבע לי צריך המלוה שבועה דלא עדיף שליש ממלוה עצמו ע"כ ואין כוונתו לדין הנזכר מקודם דלא עדיף שליש ממלוה עצמו דהכא לא לענין נאמנותו של שליש עסקינן דאפילו לדעת הנ"י שהביא הש"ך קודם דעדיף שליש ממלוה היינו דנאמן טפי ממלוה עצמו אבל כאן אין השליש יודע מפרעון רק מחמת חזקה שלא לקח השטר ולא הודיעו, א"כ חזקה לא עדיפא אצל שליש מבמלוה עצמו דצריך שבועה אבל אם השליש מכחיש הלוה כגון שאומר שפרע בפניו וכדומה בזה למ"ד דעדיף שליש ממלוה אינו צריך שבועה אך יש להבין על מה שכתב הטור דלגבי יתומים צריך שבועה משום דשמא אירעו אונס או שכח להודיע לשליש והוא מדברי בעל התרומות בשם תשובת הרי"ף והשתא יש להבין למה לי האי טעמא תיפוק לי' אפי' מכחיש השליש שפרע בפניו אינו נאמן לדידן דלא עדיף שליש ממלוה עצמו ועוד דאפי' להנ"י הא כתב הש"ך ס"ק א' דהיינו דוקא בהיה בידו פעם אחת דשייך הימני' א"כ הכא לא היה בידו למסור בשום פעם למלוה שינצל משבועת יתומים או לגבי עצמו כשטוען השבע לי וצריך לומר דבעל התרומו' מיירי שהשליש כשר להעיד ונאמן כעד המסייע לפטרו משבועה ולפי זה מוכח דעד המסייע פוטר משבועה לדעת הרי"ף והתימה שלא נזכר דעתו לקמן סי' ע"ה ופ"ז דכאן מוכח להדיא דפוטר להרי"ף והנה הש"ך כתב דאם היה תנאי שלא יפרע רק לפני השליש נאמן השליש וכתב באורים דהיינו דוקא אם אינו קרוב ע"ש ולפעד"נ דאפילו בקרוב נאמן והיינו דשניהם מודים בתנאי ואומר שפרעו ואז אינו נאמן ולגבי יתומים כיון שלפניו נעשה תנאי אינו צריך שבועה כל שהשליש אומר שלא פרעו בפניו והוא שאומר שפרעו שלא בפניו צריך להביא ראיה ודוק וצ"ע]:

טו לא יתננו למלוה וכו' עש"ך מה שהאריך בישוב דברי הטור למה שכתב בסי' ר"נ בשם הרא"ש דמחזיר למקבל [והנה מה שהאריך בסתירת דברי הסמ"ע אין כאן מקומו לדבר בזה ואי"ה יתבאר כל אחד במקומו] ותורף דבריו דהתם מיירי שידוע שהקנה בסתם ומה שלא פי' דברי הרמב"ם באינו ידוע משום דמשמע ליה אפילו ידוע וכל דבריו תמוהין דבמאי איירי הרמב"ם אי בקנין א"כ בידוע שהוקנה בסתם אין כאן מקום לחוש כמו במקבל מתנה וע"כ בלי קנין א"כ קשה חדא דהא להרמב"ם אין כותבין בלי קנין וע"כ בקנין ומשום חשש פרעון והיאך כתב הרא"ש החשש דכתב ללוות ולא לוה ועוד קשה מה זה שחילק הרא"ש בין שט"ח למתנה הא לשיטת הש"ך אין חילוק בזה כלל

רק בין קנין לאינו בקנין והיה לו להרא"ש לומר בפשיטות האם בלי קנין אבל בקנין מחזיר למלוה ומה לו לחלק בין שטר למתנה דבלי קנין אפי' במתנה אין מחזירין אמנם דברי הטור ברורים ומהך דברי הרא"ש דייק לה דקשיא ליה במה נפשך אי סובר הרא"ש לחלק בקנין מה זה שחילק בין שט"ח למתנה ואי סובר לחלק בין שט"ח למתנה והיינו מחשש פרעון א"כ מה זה דכתב החשש דכתב ללות ולא לוה ומזה דייק דכוונת הרא"ש דוודאי הרמב"ם מיירי בקנין דאל"כ אין כותבין לדעתו רק בהלואה עדיין יש לחוש דלא הקנה רק כשימסרנו לידו דהיינו בהלואה יהא משועבד מעכשיו ומנין לנו לומר דאפי' בלי הלואה כלל שיעבד עצמו בקנין אבל במתנה כיון דנתן לו מתנה למה לן למימר דלא היה דעתו רק לאחר מסירה פשיטא דמיד בשעת קנין הקנה לו דלא מיחסר מידי כיון שרוצה ליתנם לו במתנה ולכך לא חיישינן דלא רצה להקנות רק בשעת מסירה למפרע משא"כ בהלואה ושפיר כתב הרא"ש לחלק בין שטר מתנה לשט"ח וזה ברור ונידון מה שהקשה הש"ך על דברי הטור מהך דמצא שטר הקנאה ותירץ בנפל לא חיישינן עיין מ"ש מזה בסי' ל"ט ס"ק נ' דהא ליתא ובלא"ה לק"מ ע"ש באריכות:

טז יעשה שליש מה שאמר לו השליח עסמ"ע וש"ך דוקא כשהלוה יודע מזה משא"כ כשאינו טוען ברי והוא תמוה דהא להפוסקים דבמכחיש השליש ג"כ נאמן א"כ אפילו אינו יודע כלום הדין כן ועיין תומים מה שכתב לחלק בין חפצים לשטר דבשטר בוודאי בעינן ידיעת הלוה דמחל לו ולפע"ד נראה להיפך לפי מה שהכרעתי לעיל ס"ק ה' לחלק בין חפצים לשטר א"כ הכא נמי כך הדין דבחפצים בין אם הלוה טוען ברי או שמא כל שאין לשליח: מיגו דלהד"ם וכדומה חייב להחזירם למשלח אמנם בשטר אם אומר שגזלו או שנפל אם הלוה טוען ברי אז בוודאי נאמן דהיאך יאומן המלוה יותר מהלוה ונהי דהוא טוען שלא עשאו שליח כלל הלוה אומר שנעשה והשטר עומד לכל תנאי ולפרעון ולמה לא נאמין ללוה שהיה תנאי ופרעון ולמסרו לשליש נתנו לשליח אבל כשטוען שמא פשיטא שאינו נאמן השליח דדין חפצים ושטר שוה בזה אבל אם טוען לפקדון או בשטר והלוה טוען שמא מ"מ שליש נאמן דהימני' וה"ה הכא אם טוען שמסרו לשליח לפקדון שליח נאמן אפילו הלוה טען שמא דהוא עצמו יש לו דין שליש בזה להיות נאמן לומר שלמסור לשליח נתנו לו אבל בחפץ אפילו לפקדון אינו נאמן הכל כמה שבארנו בס"ק ה' ע"ש:

יז ואם לא הכחשו ענין השליחות. עש"ך ס"ק כ"ט ל' שהבין דעת רח"א כאן דמיירי דאין לו מיגו דאל"כ נאמן השליח במיגו ולזה כתב ס"ק כ"ט דהא ליתא דהרמב"ן מיירי במקום שיש לו מיגו דלהד"ם דאל"כ לא היה מועיל מיגו דשליש אני כיון דמכחישו שאינו שליש

ואינו נאמן לומר שליש אני רק במיגו וכדעת הרא"ש לעיל ס"ק ה' והוא תמוה דפשיטא דהרמב"ן סובר אפילו במכחיש השליש שאינו שליש שליש נאמן כמבואר להדיא בדברי הרמב"ן שהביא בעל התרומות שם מקודם ע"ש ולפי זה פשיטא דאפילו לית ליה מיגו דלהד"ם נאמן לומר שליש אני וא"כ נאמן על שליחותו במיגו דשליש, אנו תדע דאל"כ מה צורך לו להרמב"ן למיגו דשליש אני לימא מיגו דלהד"ם כיון דע"כ צריך להך מיגו אפילו באומר שליש אני לשיטת הש"ך וע"כ דלא בעינן מיגו דלהד"ם כלל וזה ברור. אך הוא קשיא על הרב כיון דנאמן במיגו דשליש אני א"כ מה בכך דלא מסרו לשליש מ"מ נאמן על התנאים במיגו דהוא בעצמו שליש ומה בכך דלית ליה מיגו דלהד"ם הא באומר שליש אני אין צורך למיגו כנ"ל לכן נראה ברור דהרב מירי שהוא מודה בתנאי רק שאומר שעכשיו הוא חוזר בו כיון שהוא שלוחו וכל שלא עשה שליחותו יכול לחזור בו ודוקא במסרו לשליש אינו יכול לחזור כל שעשאו שליח ובזה השליח נאמן שהוא שליח במיגו דשליש אני משא"כ כשלא מסרו יכול לחזור בו כיון שאינו שליש רק שליח וכל שהוא ביד השליח הוי כאילו הוא בידו ויכול לחזור בו וזה ברור בכוונת הרב ולפי זה פשיטא דליתא לדברי הש"ך ס"ק כ"ט ל'. ועיין תומים מ"ש בזה אבל דבריו מגומגמין לפע"ד והעיקר כמו שכתבתי:

יח כיצד הרי ראובן עש"ך דפירש דוקא לפני עדים אבל הב"ד. יטענו שלא בפניו ושמא לא יטעון הוא כלל [כ"כ בכללים העולים] ובתומים תמה כי כלום משא פנים יש בדבר דכיון דהדין נותן דלא יחזיר למה יחזיר ובאמת אין זו טענה דאם יהיה השטר ביד זה ג"כ יוכל הטוען לטעון מה שירצה רק דנ"ח לענין מוחזק ובזה אמרינן כיון שעל תנאי כך השלישו בידו כל שעל פי תנאי זה יש לו להחזיר חייב להחזירו והמלוה מוחזק בשטרו והלוה צריך לטעון עליו וכעין שכתב מהרד"ך בתשובה בית ב' חדר א' הביאו הש"ך ריש סימן ע"ה דמילתא דעבידי לגלויי אין אומרים להוציאו להניחו ביד שליש דלא מטרחינן ב"ד בזה ע"ש וא"כ אף כאן כיון שהוא בחזקת המלוה אין לו להטריח לילך לב"ד שיעמוד הדבר בידו עד לאחר הפסק כיון דהוא מילתא דעבודי לגלויי לא מטריחנן ב"ד בזה ודו"ק וגם שיש נ"מ למלוה שאם יהא השטר בידו שוב לא ירצה הלוה לטעון עליו כלל משא"כ אם יהא בידו או בב"ד:

יט אשה הנושאת וכו' מהימן במיגו. עש"ך מה שהאריך בזה ותורף דבריו דהכא מטעם שליש אתינן עלה ואפי' בלי מיגו כל שהיה בידה פעם אחת. ואני תמה הא כבר כתב הש"ך לעיל ס"ק ה' והסכים לדעת הפוסקים דאם מכחישו שלא עשאו שליש מעולם רק לפקדון כל שאין לו עכשיו מיגו אין השליש נאמן לומר שליש אני ושכן דעת הרא"ש

וכבר כתבתי לעיל הס"ק ה' דבחפץ האמת אתו] א"כ הכא מה בכך דהאמינה והיתה שולטת בכל אשר לו מ"מ טענינן ליתמי אילו היה האב קיים היה אומר שלא עשאה שליש כלל בינו לבין אחרים ואין זה של אחרים כלל ומה בכך דהאמינה בעסקיו מ"מ לא לשליש האמינה הרי דבפקדון והיה לו מיגו פעם אחת בוודאי הימני' ומ"מ כל שאין לו עכשיו מינו והוא אומר שלא עשאה שליש כלל ואין לחבירו שייכות בזה חייב להחזירם לו כמו שכתב הש"ך גופא לעיל ס"ק ה' ובדינים העולים א"כ הכא נמי דכוותא ובאמת בתשובת הרא"ש מבואר דבלא"ה היה רגלים לדבר שהוא של פלוני ובני הבית מכירין בזה ע"ש לכך היה הרא"ש מאמינה בתורת שליש (וכן מבואר להדיא בלשון הרא"ש בסוף התשובה) ולא חשש שמא היה הבעל מכחיש שלישות לגמרי והוי כמו מילתא דלא שכיח דלא טענינן ליתמי רק שיש לחוש שמא יטעון איזה תנאי ובזה מהימני' בדין שליש וצ"ע ואולי סובר הש"ך כיון דכאן משום מיתת הבעל מסרה הנכסים ליד ב"ד א"כ אם היה הבעל קיים והיו הנכסים בידה היתה נאמנת במיגו א"כ לא שייך לטעון ליתמי מה דאבוהון הוי טעין דלגבי אב היתה נאמנת מכח הנכסים הילכך אף שעכשיו לאחר מיתה הוציאה מתחת ידה נאמנת כדין שליש ועדיין צ"ע בפרט דנראה מהרא"ש להדיא דוקא בצירוף רגלים לדבר לכן דינו של המחבר צ"ע ולקמן סימן ס"ב אבאר עוד בס"ד כי שם מקומו: כתב בתשובת מהר"א בן ששון סי' נ"א דאם יש ביד המלוה הטפסת שטר אין השליש נאמן שהיה שליש והש"ך השיגו ע"ש ותמהני מאוד דהא פשיטא דדברי מהר"א ששון נכונים מכמה טעמים חדא דמה שכתב הש"ך דיש לומר דמעיקרא נתבטל השלישות וחזרו והשלישו בידו ואף דלא טען אנן טענינן לו כמו שכתב הרמב"ן לעיל ס"ב הוא תמוה מאוד דהא בהדיא מבואר בתשובת מהר"א ששון דהשליש אמר דמעיקרא נעשה שליש ועכשיו הוא מוציאו לקיימו וראובן אמר שלא היה שום שלישות מעיקרא והביא ראיה שלא היה שלישות מעיקרא שהרי לאחר זמן השלישות נתנו ב"ד בידו טופס השטר וכתבו שעכבו השטר בידם א"פ פשיטא דאין כוונת השליש שנעשה שליש לאחר הטפסה שנית דמה לו לומר מהשלישות דמעיקרא מה שנתבטל ואינו כלום היה לו לומר מהשלישות שלאחר הטפסה וברור דכוונת השליש דהיה בידו מקודם בשלישות הראשון ולא נתבטל וא"כ שוב ליכא מיגו דהוי במקום עדים מכח הטפסה ולאחר מכן פשיטא שלא נעשה שליש כלל ודוקא לעיל ס"ב דהוא אומר סתם תנאי אנו דנין דהיה לאחר מכן אבל לא כאן שטוען בפי' שלישות דמעיקרא והיאך נאמר דנתבטל ולא היה כלום רק לאחר מכן פשיטא דאי אפשר להעמיד זה בדברי השליש דמשמע להדיא דמכח השלישות דמעיקרא הוא בא וזה ברור. אבל בלא"ה לא ירדתי לסוף דעתו

במה שכתב והיה הב"ד סומכין על זה שיכול יודא כל פעם ליתן עצם השטר לשמעון והוא תמוה מאוד דהיאך יהיה מותרין לסמוך על זה וכי בשביל דהמלוה הימני' מותרין ב"ד להאמינו שמא קנוניא הוא עושה עם השליש ויחזירנו לו ויגבה בטופס ובשטר פעמיים וליכא למימר דהלוה נתרצה והאמין לשליש הא ליתא אפילו באו לוה ומלוה ליקח טופס שטר ולא יניח בב"ד השטר אין כותבין והוא מוקדם גמור דשמא קנוניא הם עושים על לקוחות א"כ מאי נפקא מינה שהנחוהו ביד שליש גם מה שכתב דאפילו היה שנים מעידין שבשעת הטפסה לא הוזכר שום תנאי ולא שלישות לא ראינו אינה ראיה ושמא אחר כך חזר ראובן והשלישו לא ידעתי דהא אסורים למסרו לראובן שמא יגבה פעמיים אם לא שיראו המסירה לשליש אפילו לפי שיטת הש"ך אך באמת כבר בארנו דגם בזה אסור לכן עיקר כדברי מהר"א ששון דכל שיש בידו טופס השטר השלישות שקר ומיד הבית דין נפל והגיע ליודא וזה ברור לפע"ד ודלא כהש"ך:

על חו"מ סימן נז

א וה"ה שטר שנמחל שיעבודו. הסמ"ע כתב דהפי' שמחל ש"ק והש"ך השיגו דכיון דחייב לו וראוי לגבות בנ"מ לא הוי עולה וכ"ש לפי מה שפסק לקמן דמותר להשהות שטר של מנה על חמשים ובאמת לא דמי דאפילו להש"ך לקמן יש לומר דהכא אסור דדוקא אם יש לו על אותו שהשטר עליו קצת שיעבוד יכול לעכבו כולו כיון שעדיין חייב וכל נכסיו משועבדים לו בין למעט בין להרבה והוא הדין שטר של מנה יש לו שיעבוד לקוחות על נ' עכ"פ אבל שטר שנמחל שיעבוד לקוחות לגמרי נהי דהלוה חייב לו ולגבי' דידי' לא הוי עולה מ"מ לגבי לקוחות נפקא הכל ולגבייהו הוי עולה כיון שאין לו עליהם כלום ובתומים הביא ראי' להש"ך מהרא"ש פרק ד' דנדרים גבי מי שפרע מקצת חובו דכתב הרא"ש דאינו גובה אפילו לר"י רק בנ"ח אבל משועבדים לא גבי כלום אפילו מקצת שלא נפרע שמא יפרע כולו והשתא להסמ"ע קשה במה נפשך אי בכותב בר או על גביו אין חשש שיפרע מלקוחות ואי באינו כותב שובר כלל היאך ימסור השליש השטר הא אסור להשהות דהוי עולה ודבריו תמוהים דהא הרא"ש חושש שמא יגבה כולו משועבדים וא"כ אם דעתו דהשליש מחזיר לו השטר א"כ עדיין יגבה משועבדים כולו ומאי הועיל וכן כתב הש"ך להדיא סי' מ"ג ס"ק י' דאין מוסרין לו השטר לגבות בנ"ח דא"כ יגבה משועבדים רק שגובה בנ"מ, מיד או שכותבין לו פסק דין שחייב לפרוע לו והרא"ש יליף זה ממוקדם וברור דכוונת הרא"ש כמו שם במוקדם דגובה בנ"ח מיד ואם לא יגבה מיד יטלו ממנו השטר ויכתבו לו פסק דין אבל ממשועבדים לא שייך מיד

וכן מוכרח לומר במוקדם דאם כן משועבדים נמי יגבה מיד וע"כ דלגבי משועבדים לא שייך זה א"כ ממילא הכא נמי אין מדברי הרא"ש שום ראיה וזה ברור:

ב ואין לו לעכב השטר משום פשיטי דספרא בזה נחלקו הרא"ש והר"ן דהר"ן כ' דבש"ס מוכח דאינו יכול לעכב על פשיטי דספרא אבל הרא"ש פי' דבמקום פשיטי דספרא לכ"ע יוכל להשהותו רק המחלוקת בפרעו פשיטי דספרא ומ"ד אמנה סובר כיון דמתחל' עכבו על פשיטי דספרי גם אח"כ שכח ומ"ד פרוע סובר דהי' לו ליזהר והנה יש להבין לשיטת הרא"ש מה זה דקאמר בש"ס דמ"ד אמנה ומ"ד פרוע פליגי בדינא מנא לן הא דילמא מ"ד פרוע מודה ג"כ דבפשיטי דספרא מותר רק דמיירי בלי פשיטי דספרא כלל דבהא מודה מ"ד אמנה דלא כנראה מדברי הרא"ש דכתב דוקא בהיה חייב לו פ"ד ופרעו פליג ולא בלא היה חייב לו כלל ודוקא לשיטת הר"ן ניחא דוודאי סובר מדקאמר סתם שטר פרוע משמע דכל שטר פרוע אסור להשהותו ומ"ד אמנה מחלק בשטר פרוע בין פ"ד לכך נקט אמנה אבל הרא"ש דסובר דמ"ד אמנה מודה היכי דליכא פ"ד כלל רק דפליג היכי דפרע פ"ד א"כ השתא נמי ע"כ דמ"ד פרוע לאו בכל גוונא קאמר דהא בפשיטי דספרא כשלא פרע מותר לכ"ע א"כ בהא נמי מנין לנו דחולק דילמא היכי דליכא פ"ד כלל מיירי כיון דע"כ לאו בכל גוונא מיירי ואמת כי כפי הנראה דברי הרא"ש הם דברי התוס' שם ובתוס' לא נזכר כלל זה החילוק דפרעו פ"ד רק מפרשים בפשיטות דמ"ד אמנה סובר דאפילו היכי דלא היה פ"ד כלל כיון דלפעמים משהא על פ"ד אישתלי לי' שהובא פעם אחרת ומ"ד פרוע סובר דוקא על פשיטי דספרא והשתא למ"ד אמנה בפרוע לעולם ליכא איסורא ושפיר מוכח דמ"ד פרוע חולק ולא ידעתי למה פי' הרא"ש כהנ"ל ואפשר דהרא"ש דייק מדברי התוס' גופא דכתבו דאין לפרש דמ"ד פרוע אפילו במקום שיש פ"ד חולק דמה פשע ויש להבין תיפוק לי' בפשיטות דמנא ליה לש"ס דמיירי בהא וחולק ומזה דייק הרא"ש דהשתא נמי יש ג' חילוקים דהיכי דליכא פ"ד כלל אף מ"ד אמנה מודה א"כ אין להביא ראיה דמנא ליה להש"ס דמ"ד פרוע פליג דהא השתא נמי קשה מנא ליה הא דילמא היכי דליכא פ"ד כלל והוצרכו התוס' להוכיח דמה פשע אך באמת יש לדחות דהא לא קשיא להו לתוס' כלל דדייק מדנקט סתם פרוע דמשמע בכל גוונא אבל לשיטת הרא"ש באמת קשה דהא בלא"ה ע"כ לא מיירי בכל גוונא אבל להתוס' שפיר מוכח כיון דלמ"ד אמנה לעולם ליכא איסורא וע"כ דמ"ד פרוע פליג ובגוף דברי המחבר שפסק כהר"ן נראה דבאמת המעיין בתוס' יראה דלא היה כוונתם דמותר לעכב על פ"ד רק אם בשעת פרעון אמר הלוה שיהא השטר בידו ויפרענו מיד פ"ד א"כ אף שלא פרעו ושכחו כמות שהוא אינו עובר בלאו בל תשכן דאין בזה פשיעותא מאחר

דמעיקרא היה מותר להשהותו דהלוה היה אומר שיפרענו מיד ובזה בוודאי מותר ואין לחוש שמא לא יפרענו הלוה עד לאחר זמן שישכח המלוה הפרעון [כן משמע בתוס' והרא"ש דעיקר החשש שישכח הפרעון ע"ש היטב] הלכך אף אח"כ אין עליו פשיעה אבל אם אומר הלוה שאינו רוצה לפרוע לו כלל פשיטי דספרא והוא רוצה לעכב על פ"ד אז יש בזה איסור כיון דאינו רוצה לפרוע כלל יש לו להעמידו בדין מיד ולא לעכב השטר ובזה אפילו שכח אח"כ יש בזה פשיעותא ועבר בלאו בל תשכן וזהו כוונת המחבר דאין לו לעכב היינו כשאינו רוצה לפרוע לו פ"ד כלל כנ"ל. ובזה אפשר דגם התוס' והרא"ש מודים ונידון מה שהאריך הש"ך להשיג על המחבר אף שקצת ראיית הש"ך יש לדחות מ"מ נראה עיקר כדבריו אבל כל זה מצד האיסור אבל אם אין הלוה רוצה חייב ליתן לו שובר כמבואר במשנה מי שפרע מקצת חובו ר' יוסי אומר יכתוב שובר ואולי גם כוונת המחבר כן ואף שכבר נזכר לעיל סימן נ"ד מ"מ קמש"ל אף שהשטר בידו וכבר פרעו מ"מ חייב ליתן לו שובר וכן נראה שהבין הבאר הגולה ע"ש ובענין שטר שנמחל שיעבודו עמ"ש לעיל סי' מ"מ באריכות:

על חו"מ סימן נח

א שטר מקוים במשנה למלך פי"ד מהלכות מלוה נסתפק אם השטר בתוך זמנו אם יכול לטעון סטראי אפילו נתנו לו בפני עדים והביא מתשובת הרא"ש כלל מ"ז סימן ג' דיכול לטעון סטראי וליתא שם ברא"ש ובאמת ממקומו הוא מוכרח בש"ס גופא דהא קאמר וה"מ דפרע באפי סהדי אבל בין דילי' לדילי' מיגו דיכול לומר להד"ם יכול לומר סטראי והשתא אי ס"ד דחזקה דת"ז לא מהני ליה לטעון סטראי א"כ מאי בעי לן בש"ס ב"ב ד"ה בתבעו לאחר זמן ואמר פרעתיך ת"ז אי אמרינן מיגו דהא הכא מוכח בהדיא דמיגו עדיף מחזקה דת"ז דהא מיגו מהניא ליה לטעון סטראי ות"ז לא אלא וודאי דכ"ש בת"ז מהני לי' וכן נמי' מדקיימא לן מיגו להוציא לא אמרינן וחזקה זו מהניא להוציא ש"מ דהך חזקה עדיף ממיגו ונהי דהתם מבעי לי' שפיר דהוי מיגו בצירוף חזקת ממון אבל הכא פשיטא כיון דמיגו מהניא לאוקמא שטרא כ"ש חזקה וזה ברור אלא דיש להבין במה שכתבו הר"י הלוי והרמב"ם דאפי' לתנם לו בפני עדים רק שאינן יודעין אם בתורת פרעון או מתנה או פקדון נאמן במיגו דלא נתנם לו לפרעון כלל [והר"י הלוי התחיל בפקדון וסיים במתנה בלבד משום דמתנה יש לדחות כמו שכתב הרמב"ן וכיון דהביא ראיה במתנה כ"ש פקדון] והנה יש לתמוה היאך יהא נאמן לומר לפקדון נתנם לו דבמה נפשך אם עדיין בידו יחזירנו לו או יקבלנו בפרעון השטר וע"כ דיאמר דהחזירו לו אם

כן תקשי הא בהדיא איתא בש"ס כתובות ק"י המוציא שט"ח על חבירו יכול לומר היה לך לפרוע את שלך כשמכרת לי את השדה ואמרינן בגמרא דבאתרא דיהבי והדר כתבו לית מאן דפליג דאיבד שטרו א"כ הכא כיון שהיה בידו משל חבירו אילו היה חייב לו היאך החזיר לו מעותיו היה לו לקבלם בחובו וע"כ צריך לומר דהיה בתוך זמן דעדיין לא היה יכול לגבות א"כ מבואר דאפילו בתוך זמן אינו יכול סטראי כשנתנו לו בפני עדים ולקמן יתבאר עוד בס"ד בדברי ר"י הלוי:

ב ואם אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה. הקשה הסמ"ע דמאי קמש"ל הא פשיטא דלא עדיף משטר דעלמא ותירץ דקמש"ל דאפילו לא טען אישתבע לי צריך שבועה והש"ך השיג עליו ולא תירץ על קושיא הנ"ל כלום והביא ראיה מדברי הרמב"ן שבבעל התרומות שער י"ט בע"א אפילו שבועה אינו צריך וא"כ כ"ש בלי העד והוא תמוה דא"כ תיקשי ליה הא אינו נאמן רק במיגו דלהד"ם ואז בוודאי יצטרך לישבע וע"כ צריך לומר דהרמב"ן לא בא לאשמועינן רק דלא נימא דאיתרע שטרא וחייב שבועה עכ"פ על זה כתב דליכא שבועה מצד עצמה דהא לא שייך הפסת דעת ונ"מ היכי דאם היה טוען להד"ם לא היה צריך לישבע כגון שיש בו נאמנות ואפילו לשיטת הרמב"ן דלא מהני נאמנות סתם נגד ע"א נ"מ בנאמנות מפורש [ובזה נדחה ראית הש"ך דלשיטת הרמב"ן הך דע"א מעיד בנאמנות מיירי] נגד ע"א ולזה ס"ד דמ"מ כיון דטען סטראי איתרע שטרא ויצטרך לישבע נגד העד דנאמנות לא קאי לסטראי קמש"ל דליכא שבועת תקנת חכמים רק אם מכחיש לעד ואי משום מיגו הא בלהד"ם לא היה צריך לישבע ולפי זה כיון דהרמב"ן ע"כ מיירי בגוונא דבלהד"ם ליכא שבועה א"כ י"ל דבלי נאמנות כלל דלעולם יש שבועה שפיר נשבע אפי' בלי העד ובתומים הביא דנחלקו בזה מהרי"ק והשואל שם והשואל הביא ראי' מר"מ ורי"ף דאיתרע שטרא הפי' דצריך שבועה א"כ לא איתרע א"ב לישבע כלל ומהרי"ק הכריח להיפוך מדכתבו בנאמנות ש"מ בלי נאמנות לעולם צריך לישבע ובתומים דמה ראייתו דכתבו לתרץ הקושיא מהך דאבא מר קיים ליה בגווי' וע"ש ואינו נכון דמ"מ וכי בשביל זה הם צריכין לפרש כאן בנאמנות שם באמת דלא שייך נפקותא בלי נאמנות מיירי בנאמנות וכל דבר הדומה בגוונא דליכא שבועה נגד העד אך בלא"ה יש לדחות דקשיא ליה לר"מ דהא בגמרא אמרינן וה"מ דפרעו באפי סהדי אבל פרעי' בין' דילי' לדיליה וכו' והנה לפי פירושו הכוונה לענין שבועה ויש להבין תיקשי רישא לסיפא דרישא משמע דוקא באפי סהדי אבל חד סהדי אפילו שבועה אינו צריך ובתר הכי קאמר אבל פרעי' בין דילי' לדילי' דמשמע דצריך שבועה בע"א לזה פי' הכוונה באפי סהדי דצריך שבועה בנאמנות אבל בע"א בנאמנות אינו צריך שבועה והדר קאמר

פרעי' בין דילי' לדילי' אפילו בלי נאמנות אינו צריך שבועה אבל בע"א בלי נאמנות צריך לישבע ולפי זה בלי נאמנות בינו לבין עצמו ליכא שבועה דלא כמהרי"ק. ומה שהביא בתומים ראיה מדברי התוס' דלא פירשו בנאמנות דהא הקשו מאבא מר ברי' לאו ראי' הוא כלל דוודאי הכא מפרשים בנאמנות רק שם סבירא להו דנאמנות לא מהני נגד ע"א כדעת הרבה פוסקים וביבמות באמת תירצו בנאמנות ע"ש:

אך הא קשיא לכאורה דהא כתב הב"י דמה דדייק הרמב"ן בע"א לא הוא מדקאמר וה"מ דפרעו באפי סהדי וקשה הא מסיפא מוכח איפכא דקאמר וה"מ דפרעי' בין דילי' לדילי' מבואר דבע"א לא וצריך לומר דהכא קאמר היכי דפרעו באפי סהדי אפילו בשבועה אינו נוטל אבל בחד סהדי נוטל בשבועה אבל פרעו בין דילי' לדילי' אפילו שבועה אינו צריך וקשה הא כתב הרמב"ן דבע"א אפילו שבועה אינו צריך וצריך לומר כמו שכתבתי דהרמב"ן לא אמר רק מצד עצמותה' של טענת סטראי אבל מיירי בגוונא דאי הי' טוען להד"ם היה פטור ג"כ משבוע' דאל"כ ליכא מיגו כנ"ל ובש"ס מיירי בגוונא דבלהד"ם היה חייב לישבע א"כ בע"א בסטראי פשיטא דחייב לישבע ולפי זה לדידן דקיימא לן נאמנות סתם מהני נגד ע"א צריך לומר דמיירי בלי נאמנות כלל א"כ מבואר דבין דילי' לדילי' אפי' בלי נאמנות אין צריך שבועה כלל ודברי הש"ך מוכרחין לכאור' ולאו מטעמי' כנ"ל איברא וודאי מל' הטור משמע לכאורה כהסמ"ע דאל"כ מאי קמש"ל דבלי נאמנות צריך לישבע ומ"ש הש"ך דקמש"ל דהוי כמו שטר דעלמא לא ידענא מאי קאמר דתינח מה שכתב מעיקרא וגובה בו בלא שבועה כשיש בו נאמנות אבל דין כשאין בו נאמנות דצריך לישבע כשיטעון השבע לי אין מקומו כאן דלא עדיף משטר דעלמא ואין לומר דקמש"ל דנוטל בשבועה דהא קאמר אינו נוטל אלא בשבועה מבואר דהכוונה לאשמועינן דצריך שבועה לכן נראה דבלא"ה הקשה הש"ך דכיון דלא איתרע שטרא למה ישבע לכן נראה דהסמ"ע פי' מה שכתבו הטור ומחבר ובשבילם קבלתים לומר אף דמודה שהלוה נתנם לו לפרעון השטר מ"מ כיון שהוא קבלם על חוב אחר נאמן כמו שכתב המחבר סוף סימן זה ולפי זה נראה דדוקא בעלמא צריך לישבע דוקא כשטוען השבע לי הוא משום דחזקה שטרך בידי מאי בעי דוודאי לא פרעו והניח השטר בידו ולפי זה כאן דהוא מודה דהוא נתנם לו בתורת פרעון על שטר זה ומ"מ הניח השטר בידו א"כ איתרע חזקה לכך צריך לישבע אפילו לא טען כיון דאיתרע חזקה וכ"ש לפי מה שכתבתי לקמן סימן פ"ד דעיקר הטעם דצריך לטעון דאז חזינן דסמך על השבועה משא"כ כשאינו יודע לטעון שבועה על מה סמך א"כ הכא לא שייך זה דהא חזינן דלא היה חושש להניח השטר אף שפרעו באמת על שטר זה ונראה דמהאי טעמא לא מהני מיגו ג"כ דכל כמה דלא

נשבע אין כאן חזקה כנ"ל והוי מיגו להוציא משא"כ כשנשבע הוי השטר להחזיק ולפי זה היינו דוקא כשמודה שהוא נתנם לו לפרעון השטר אבל אם אומר שהוא נתנם לו על חוב אחר אז החזקה בתוקפה ובוודאי כן היה שעל שטר זה לא היה פורע מבלי שיקח השטר וזו היא כוונת הטור ומחבר דמיירי במודה שנתן לפרעון על השטר ולכך באין בו נאמנות צריך שבועה בלי טענת השבע לי והשתא לא קשיא מסוגית הש"ס הנ"ל דהתם מיירי שהוא אומר שנתנם לו על חוב אחר דאז אינו צריך שבועה כלל ושפיר קאמר וה"מ דפרעי' באפי סהדי אבל בע"א צריך שבועה אבל פרעו בינו לבין עצמו אפי' שבועה אינו צריך כנ"ל [ובלא"ה מה שהקשה הש"ך משום מיגו נראה לפע"ד ליישב. דהא הכא מיירי שהוא גובה מיני' דמלקוחות ומיתומים בוודאי צריך לישבע לעולם בלי טענת השבע לי ולפי זה כל כמה דלא נשבע שקיבל על חוב אחר יש לומר דבאמת חייב לו מלוה ע"פ רק בשעת פרעון קיבלו המלוה בפי' על חוב זה והשטר בטל וכן משמע מדברי הסמ"ע שכתב דכל שאינו מודה שהוא קבלם ג"כ על חוב זה וכן ממה שכתב המחבר סוף סימן ושתק משמע דאם פי' לא א"כ יש לחוש שמא היה כך וירא לטעון להד"ם דאז לא יוכל לישבע לאחר פרעון היסת משא"כ עכשיו יוכל לישבע לאחר פרעון דקיבל כדין כיון דבאמת חייב לו לכך צריך שבועה גם עכשיו ושפיר איכא מיגו ולפי זה הוי השבועה שקיבל על חוב אמר לא על חוב זה] וכן נראה להכריע לדינא ולפי זה נדמה ראיית השואל שם במהרי"ק מהרי"ף בשם ר"ח דהתם מיירי באומר שנתנם לו על חוב אחר ולכך אינו צריך שבועה ודו"ק:

ג וי"א דאחר שחייב השליח לשלם וכו' ויש חולקין זהו מה שכתב המרדכי פרק הכותב דמגמגם רשב"ם היאך יוכל לתפוס המעות כיון שהשליח חייב לשלם ותירץ ר"י דמיירי שאומר שנתנם לו בתורת סטראי ואח"כ כתב דעת אחרת דכיון שהוא אומר שחייב לו יכול לתפוס והש"ך האריך כי איזה תלמיד טועה כתבו ולית הלכת' כוותיה ובתומים כתב דכל הפוסקי' שהקשו שיהי' מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע מחמת העד וקשה מאי קושיא הא אף עכשיו מכחיש לעד ולפעד"נ ברור להיפך דוודאי יש להבין בעיקר קושית התוספות כיון דהשליח חייב לשלם א"כ פטור השליח תלוי בחיוב ביה חוזאי שאם לא נאמין להם יפטר הוא ואם לא יתחייב הוא לפי שפשע בשלמא אם נרצה לחייבו מחמת שלא נאמין לו נאמר שיש לו מגו דאהדרינהו ללוה וכדומה אבל מה שיש לחייבו משום פשיעותא לא ימלט אם לא שלא נאמין לאנשי חוזאי והשתא היאך יעלה על הדעת שנסמוך על העד מה שעיקר שאנו דנין עליו והפטור והחיוב נוגע לעד שבחייובו יפטר הוא ובפטורו יתחייב הוא וכן מבואר להדיא בבעל התרומות שכתב דלכך אין השליח

עד שפשע והוי נוגע וע"כ דקודם שנתקנה שבועת היסת קאמר דאי לאחר שנתקנה שבועת היסת אפילו אם לא הזכיר לו לקיחת השטר כלל ולא פשע הוי נוגע ועכ"פ דכל שחייובו תלוי בעצם הפסק אם יזכו ביה חוזאי בדין או לא לא הוי עד וא"כ מה זה שתירצו התוספות לאחר היסת דהוא דחוק מאוד דזה היה קודם ר"נ כמבואר בריטב"א הא בפשיטות לק"מ וצריך לומר דקשיא להו לתוספות קושית רשב"ם כיון דהשליח חייב לשלם היאך יוכל הוא לתפוס ממנו דהא גוזל מן השליח ומזו דייקי התוספות דהכא מיירי שלא הזכיר לו לקיחת השטר כלל ושפיר יוכל לתפוס וא"כ שפיר מקשה התוספות דבזה אמאי לא הוי עד והוצרכו לתרץ לאחר היסת וזה ברור לפע"ד והשתא לא קשיא מה שהקשה בתומים דהשתא אינו מכחיש לעד לשיטת התוספות כלל רק דמיירי שלא הזכיר לקיחת השטר א"כ השליח פטור והוי שפיר עד ומשיל"מ. אך יש מקום לומר בכוונת התוספות על דרך אחר והוא דמהרי"ט בחלק ח"מ סימן ל"ג כתב דמיגו מאדם לאדם לא אמרינן שכן הדעת מכרעת דאטו נאמר בשנים שנושים באחד זה מנה בשטר וזה על פה והוא מודה לאותו שבעל פה וכופר בשטר שפרע פשיטא שאינו נאמן במיגו שהיה אומר להיפך והשתא הכא נמי היאך נאמן לאנשי חוזאי במיגו דהא אם יאמר להד"ם הרי אין ענינו עם הלוה כלל רק מכחיש השליח וגוזל ממנו שהרי השליח חייב לשלם משא"כ עכשיו בטענת סטראי הרי ענינו עם הלוה שהוא טוען הלוה חייב לו א"כ היאך נאמין בטענה לאיש זה מה שהיה יכול לטעון ולכפור באיש אחר והרב מהרי"ט הרגיש בזה ותירץ דהתם השליח פטור מלשלם א"כ אף בלהד"ם אינו נוגע רק למשלח ולא לשליח ולפי זה יש לומר דגם התוספות סבירא להו כדעת מהרי"ט הנ"ל ומזו דייקי דמיירי בגוונא דשליח פטור והוצרכו לתרץ לאחר היסת אך עכ"פ מ"מ מוכח מדברי התוספות דהיכי דשליח חייב אינו יכול לתפוס ונראה דאפילו לפיר"י פטור מטעם הנ"ל ודו"ק]:

אמנם מדברי הרשב"ם מוכח להדיא דלא כמהרי"ט דהא ע"כ דסבירי להו דחייב לשלם דאל"כ לא הוי מקשה מידי וא"כ מוכח דאפילו אי חייב לשלם נאמן במיגו. אך לפי זה לא הבנתי דברי רשב"ם כלל במה שכתב דכיון. דהשליח חייב למה לא יתחייב הוא להחזיר לשליח דאנן הכי קאמרינן דוודאי הוא חייב להחזיר לשליח רק דמ"מ בהא נאמן במיגו דעכ"פ הלוה חייב לו ב' חובות וא"כ השליח חייב ללוה והלוה חייב למלוה א"כ מעות הללו משועבדים לו מדר"נ דהא ע"י המיגו אנו יודעין שבאמת מגיע לו מן הלוה ואפילו מיגו מאדם לאדם נראה דלא הוי מהאי טעמא כיון דהוא משועבד לו מדר"ג הוי כמו בעל דבר שלו לענין זה שנאמן במיגו שהוא משועבד לו מדר"נ שאם היה רוצה

היה מכחישו שלא קיבל ממנו כלל ובוודאי שהשליח חייב לשלם דיכול לומר אתפסתי' לתוראי בידי מאן דלא מצינא לאישתעי דינא בהדי' אף שעכשיו זה נוטל כדין מ"מ כיון שאילו לא היה מתפיסו לא היה נוטל חייב לשלם אבל זה שתפס מאי איכפת לי' במה שזה חייב אדרבא מדאמרינן התם פרק דו"ה ונימא לי' אמפסתי' לתוראי הרי דס"ד דהוא חייב לשלם ומ"מ התפיסה מועלת כיון שיש עדים שמגיע לו באמת שהזיק שורו א"כ הכא נמי מיגו הוי כעדים שהרי בי חוזאי מוציאין ממון במיגו א"כ ע"י המיגו נאמנין להחזיק במה שבידם והוא משועבד להם מדר"נ והשליח חייב והמעיין במרדכי שם יראה להדיא שאותו בעל תימה ויש לומר שם כיוון למה שכתבתי מכח שדר"נ ע"ש היטב והשתא לק"מ מה שהקשה הש"ך על דעה זו ומה שהאריך בתומים בפי' דברי הרב לא כיון יפה ולא ראה דברי הד"מ שכתב להדיא השני דיעות במרדכי ע"ש ממש כמו שכתבם כאן ומה שכתב דבסתם אפילו יש עדים חייב השליח והמלוה נאמן הא ליתא שלא בא מהר"ם לחלוק על פיר"י רק דר"י פי' במפרש והוא מתרץ סתם כמפרש א"כ במפרש בוודאי ביש עדים אין המלוה נאמן לר"י ובתומים כתב זה ולא ראה שכן מחלק הב"ח וה"ה בסתם למהר"ם וזה ברור:

ד וכן מי שהפקיד עש"ך והנה מה שכתב בפי' דברי הרב נכון הוא כמו שכתבתי בס"ק לפני זה אך מה שהכריע לדינא כדעת הריב"ש אינו נראה כלל ואדרבא נראה כדברי הי"א כמו שכתבתי בס"ק הקודם ורשב"ם גופא ספוקי מספקא לי' בזה. גם עיקר תירוץ ר"י צ"ע דבש"ס משמע דשאל לו אית לך סהדי דפרעו אמר ליה לא אמר לי' מיגו דיכלי למימר וכו' משמע דהכל תלוי בעדי פרעון ולדברי ר"י אפילו אין עדים עדיין היה' צריך לשאול אם הני בי חוזאי מכחישין בפרעון שנתנם להם לשם סטראי או דהם בעצמם אומרין סטראי. ובאמת יש לתמוה בגוף דברי ר"י מה לו כל זה הא בפשיטות הוי מצי לישנוי דמיירי שלא הזכיר לו השטר והשליח פטור א"כ שפיר יכול לתפוס וצריך לומר כמו שכתב הריטב"א דהתם קודם היסת מיירי וא"כ קשה קושית התוס' וע"כ כמו שכתב בעל התרומות משום דשליח פשע הוי נוגע א"כ ע"כ דמיירי באופן דשליח חיוב לכך הוצרך לתרץ דאומר השליח נתנם לו בסטראי ויותר נראה דוודאי בהך דאבותי שפיר הוי מצי לתרץ דמיירי באופן שהוא פטור אבל בתר הכי דשאל לענין שלומי שליח מאי משמע דיש אופן דשליח משלם וקשה אי משלם לא מהני תפיסה. וממילא אין כאן תשלומין לזה פי' באופן דשליח נתן לו בסטראי ולפי זה גם לדעת התוספות ממש כר"י רק בהך דאבימי קשיא להו קושית רשב"ם וליכא למימר כר"י כיון דשאל אית לך סהדי משמע דהכל תלוי בסהדי ולא בהכחש' בי חוזאי לשליח על מה נתן וע"כ דמיירי באופן

שהוא פטור לכך מהני תפיסה א"כ קשה הא הוי עד והוצרכו לתרץ אחר היסת אבל אח"כ לענין שלומי שליח סבירי להו דמיירי שאומרים שנתן בשטרא כתירוץ ר"י אבל מ"מ לענין דינא וודאי אין להכריע כרשב"ם כיון דהוא גופא מספקא ליה וכבר נתתי טעם נכון להיש חולקין ומה שכתב הש"ך דהרא"ש בתשובה ג"כ ע"כ סובר כהריב"ש ובאמת הוא תמוה דגבי בקרא פסק להדיא להיפך ותירוץ מהרי"ט והש"ך דחוק מאוד גם תירוץ התומים דחוק דלא נזכר ברא"ש עיקר הטעם דבעינן השבה מעליא וזו היא עיקר טעמו של הריטב"א והיאך השמיט העיקר לכן נראה ברור דהמעיין בתשובת הרא"ש יראה שעיקר כוונתו לחלק דאינו נאמן במיגו מה שטוען נגד הב"ח מה שהיה יכול לכפור במפקיד והיינו כמו שכתב מהרי"ט בתשובה סי' ל"ג דמיגו מאדם לאדם לא אמרינן וזה שכתב הרא"ש אם יש לו טענה על הנפקד יכול לטעון אבל אינו יכול לעכב המתין בעד שום טענה שיש לו על ראובן ועל יורשיו והיינו דלא מהני מיגו רק נגד אותו האיש שטוען עמו ולא מה שהיה יכול לטעון ולכפור ולהכחיש איש אחר שאינו טוען עמו עכשיו כלל כמו שכתבתי בס"ק לפני זה וזו היא כוונת הרא"ש דזהו דוקא אם הפקיד בידו אין לו מיגו דלהד"ם ולא הפקיד דהוי מיגו מאדם לאדם דבטענת להד"ם הוא טוען עם איש אחר ומכחישו ממון שלו אבל בהך דבקרא שהוא יש לו מיגו דלקוח והיינו שלקחו מיתומים בכסף לכך נטלו מן הבקרא ויכול להיות שהבקרא גופא לא ידע כלל רק שנטלו ואפשר דבאמת לקחו מהם א"כ בטענת לקוח לא יטעון עם הבקרא ולא יכחישנו רק שיאמר ליתומים לקחתי מהם שור והרי הוא ברשותי משא"כ בפקדון ויטעון להד"ם הוי מיגו מאדם לאדם ואין כאן סתירה כלל ולפי זה בתופס וודאי העיקר כהרא"ש ויש חולקין שבמרדכי דיכול לתפוס אף דזה חייב אך ה"מ כהך עובדא דבקרא כמו שכתבתי דבקרא גופא לא ידע ושמא באמת לקחו מהם ונטלו ממנו. ובזה יש ליישב מה דקשה לגירסת הרא"ש אית לך סהדי דתפסי' למה לא קא' מיגו דלהד"ם ואין כאן קושיא מגודרות ולפי הנ"ל ניחא דבלהד"ם הוי מיגו מאדם לאדם כנ"ל משא"כ לקוח:

ה אבל אם תפסו. הש"ך תמה על הב"ח דפסק כהריב"ש והביא דברי הריטב"א בסתם ונראה ליישב לפי מה שכתב הש"ך בס"ק ט' בשם הע"ש דהפי' שהרי פשע הוא שהפקידו שלא בעדים א"כ דעתו כהריב"ש רק באומר המלוה ג"כ שהפקידו בידו אז לעולם בעינן השבה אפילו השליח פטור והשתא ניחא דהב"ח פסק כהריב"ש רק בזה דאם השליח חייב אינו יכול לתפוס רק אם מתחייב בהודאת פיו ובזה גם הריטב"א מודה ומה שכתב הריטב"א בפקדון סבירא לי' להב"ח כוותי' ונראה עיקר בפי' דברי הריטב"א כהע"ש. ובאמת בתשובת הריטב"א מבואר דהמעשה היה בשואל וסיים שהשואל חייב שפשע

ותמה הב"י סוף סימן פ"ג דהא אפי' באונסין שואל חייב וצריך לומר דלא משמע ליה לפרש שהיה שאילה בבעלים דא"כ אפי' פשיעה בבעלים פטור אבל לפי' הע"ש ניחא דוודאי מטעם שלא שמרו כראוי היה פטור על הכל אפילו פשע רק מיירי שאומר שהוא השאיל לו ובזה חייב שמסר לשומר אחר ובזה לא נפטר בבעלים ואתי שפיר:

ו הואיל ולא אמר ליתנם לו בפני עדים. נראה דהיינו דוקא לדעת הפוסקים דבעדים אינן נאמנין כלל אבל לדעת ר"ח ור"ת דבעדים צריך שבועה נראה דאפילו אמר ליתנם לו בפני עדים פטור השליח דמי יימר שאם היה נתנם לו בפני עדים שלא היה נשבע א"כ לא ברי היזקא כלל ומזה יש להביא קצת ראיה לדעת ר"ח ור"ת דבגמרא קאמר לענין שלומי שליח מאי וקאמר לחלק בין הב זוזי ושקול שטרא ולהיפך ולמה לא חילק בין אמר לו שיתן בעדים או לא דבזה נמי תלוי הפטור והטור הזכירו באמת ולדעת ר"ח ור"ת ניחא דבזה אפילו אמר בעדים פטור כיון דאפילו בעדים היה נוטל בשבועה רק החילוק בין לקיחת השטר דאז לא היו נאמנים כלל שפיר מחוייב ויש להסתפק לדעתם אם הזכיר לקיחת השטר ונתן בעדים אם חייב לשלם אם המלוה נשבע ונוטל דיש לומר מי יימר דמשתבעת כדאמרינן בפרק שבועת העדות גבי משביע ע"א או כיון ששינה והשטר נשאר בתקפו רק לישבע חייב ואין להאריך דקיימא לן דאפי' בשבועה אינו נוטל אם פרע בעדים ולקמן אבאר עוד בענינים אלו ע"ש:

ז ובאו אלו והעידו שפרעו עסמ"ע דאם נתן לו נאמנות כבי תרי נאמן לומר סטראי אפילו עדים מעידין שפרעו והש"ך הביא בשם מהרא"ש דחולק דדוקא אם מכחישם גם עכשיו נאמן במיגו אבל אם עכשיו אינו מכחישם לא חציף אינש להכחיש עדים. והנה לכאורה דברי מהר"א ששון תמוהין מאוד במה נפשך אי סבירא ליה דכל שנתן לו נאמנות כבי תרי הוא לכל מה שיטעון אפילו יטעון סטראי יהא נאמן כב' עדים א"כ מה בכך דלית ליה מיגו מה צורך למיגו הא גם בטענת סטראי האמינו כב' עדים והרי כאן ב' עדים שנתן לו לסטראי וע"כ דסובר מהר"א ששון דלא הימני' רק אם פרעו או לא ולא על טענת סטראי לכך צריך מיגו דוקא ולפי זה קשה מה זה שכתב דאם עדים מעידין דבפי' על חוב זה נתן לו נאמן במיגו דגם עכשיו מכחיש וקשה כיון דהטענה בעצמה אינו נאמן להכחיש העדים דלא על זה הימני' א"כ מה מועיל מיגו הא הוי מיגו במקום עדים כיון דלא על זה הימני' והוא תמוה לכאורה ונראה דסובר מהר"א ששון דכל הנאמנות הוא במה שלא יאומן מצד הכחשת עדים על זה הימני' אבל מה שלא יאומן בלי הכחשה שוה לאיש דעלמא ואין לו נאמנות וזהו כוונת מהרא"ש דאם מכחיש עדים עכשיו אם כן במה שמכחישם נאמן הוא מכח הנאמנות אמנם מה שהיה מחוייב בלי הכחשה לא מהני

לי' נאמנות א"כ בלי הכחשה היה איש אחר מחוייב להחזיר השטר או לא קרעינן ולא מגבינן א"כ הוא ג"כ נהי דבמה שמכחישם נאמן אבל דל הכחשה מהכא מחוייב ועל זה לא מהני נאמנות לפטרו ועל זה קאמר דבזה מהימן מכח מיגו ואי דלא חציף להכחיש עדים הא גם עכשיו מכחישם אבל אם עכשיו אינו מכחישם אם כן מכח הנאמנות אינו נאמן כנ"ל ומכח מיגו לא חציף להכחיש עדים ודו"ק כי זה ברור ותמהני על האחרונים שלא ביארו כוונת מהר"א ששון הנ"ל:

והנה הש"ך הרבה להשיב על דברי מהרא"ש הנ"ל ותורף דבריו דאינו נאמן כלל במיגו דטענת סטראי בעצמה טענה מעלי' הוא דכיון שהאמינו כב' עדים היה לו ללוה לכתוב הפרעון על השטר. ואין זה נכון לפע"ד דלפי דבריו כמו כן בלי נאמנות כלל אם פרעו בלא עדים מה צורך למיגו הא סטראי בעצמה טענה מעליותא היא דכיון דפרעו בלא עדים יכול לומר להד"ם וע"כ דבאמת על חוב אחר לתנם לו ובש"ס מבואר להדיא דנאמן במיגו ואמת דיש לומר דסובר הש"ך דבלי נאמנות יכול לומר דסמך שיכול להשביעו לכך צריך מיגו דוקא אבל באמת מדברי הב"י שכתב דדינו של הרמב"ן דקאמר דבע"א לא איתרע שטרא מוכרח בש"ס דקאמר וה"מ דפרעו באפי סהדי מבואר דע"א לא והנה יש להבין דהא בסיפא דפרעי' בין דילי' לדילי' משמע להיפך וצריך לומר דע"א ממוצע לשבועה כמו שכתבתי לעיל ואף דהרמב"ן כתב דאינו צריך שבועה כבר כתבתי לעיל דהיינו דוקא היכי דבטענת להד"ם לא היה צריך שבועה אבל במקום דבטענת להד"ם היה צריך לישבע אם כן פשיטא דגם בסטראי צריך לישבע דהא אינו נאמן רק במיגו ולפי זה מבואר דהא דקאמר פרעו בין דילי' לדילי' הכוונה בלי שבועה דבשבועה אפילו בע"א אינו מחוייב יותר רק שבועה ולשיטת הש"ך ע"כ כשטוען השבע לי דאל"כ אין צורך למיגו דטענת סטראי בעצמה טענה מעליותא היא ואפילו אם נדחוק ונאמר דהפי' מיגו היא כיון שיכול לטעון להד"ם אם כן גם סטראי בעצמה טענה מעליא היא דהיה לו לירא שמא יטעון להד"ם מ"מ קשה בהך דאבימי בכתובות מאי קשיא להו לתוספ' שם דלא הוי מיגו להכחיש העד ודחקו ליישב לאחר היסת וכבר תמה הריטב"א על זה דהך עובדא קודם היסת מיירי ולמה לא תירצו בפשיטות דמיירי בנאמנות דמהימן בלא שבועה אפילו פרעו בע"א כמו שתירצו בהדיא ביבמות קי"ט בד"ה מרענא וא"כ בהא אין צורך למיגו א"כ תקשי הכא כנ"ל ואין לומר דשאני התם דשלח ע"י שליח ליכא ריעותא דלא ידע שהשליח יקלקל הא ליתא דהא אנן פטרינן לשליח מהאי טעמא כיון שלא הזכיר לו לקיחת השטר לא היה לו להזהר א"כ מהא גופא ראיה לסטראי והתוס' ע"כ דסבירי להו דהתם היה באופן דשליח פטור דאי חייב אין כאן התחלת קושיא דהוי נוגע

גמור כמו שכתב בעל התרומות. אך לפי זה יהא מוכח לכאורה מדברי התוספות כהש"ך דעכ"פ בנאמנות טענת סטראי טענה מעליא היא ואין צורך למיגו דאל"כ למה לא תירצו התוספות באמת בנאמנות ושוב אין כאן משיל"מ אבל באמת הא ליתא ונראה ברור שזאת הי' כוונת מהר"א ששון שהביא ראיה מדברי התוספות הנ"ל דלא, אמרינן מיגו להכחיש עדים וכתב שהוא ראיה גמורה ותמה הש"ך דהא התם יש כאן שבועה משא"כ הכא ולפי הנ"ל ניחא דמהר"א ששון דייק דאי כוונת התוספות מכח שבועה לא הוי צריכי לתרץ לאחר היסת והוי מצי לאוקמא בנאמנות דמועיל נגד ע"א כמו שתירצו כהאי גוונא ביבמות ע"ש וע"כ דמ"מ אפילו בנאמנות אינו מועיל רק במיגו ומיגו להכחיש עד לא אמרינן אפילו בלי שבועה ושפיר דייק מהר"א ששון דכ"ש להכחיש ב' עדים וכן מבואר באמת בלשון התוספות דלא כתבו רק דלא חציפי להכחיש העד ולא הזכירו שבועה כלל:

ובזה מיושב ג"כ מה שיש לתמוה על הרא"ש דנתן טעם דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ וקשה לפי זה אם יאמר שעל שטר אחר פרע מהימן א"כ ניהמני' על פה ג"כ במיגו דעל שטר קיבלם כמו דמהימן במיגו דלהד"ם [ובתומים הקשה עליו מדברי הטור סימן ל' ותמה הוא דמדברי הרא"ש גופא קשה כנ"ל] ולפי הנ"ל ניחא דאין כוונת הרא"ש דלכך אינו נאמן סטראי ביש עדים דוודאי בלא"ה כל שיש עדים שפרעו איתרע שטרא רק דקשיא מה צורך למיגו באין עדים הא טענת סטראי בעצמה טענה מעליא היא כמו שכתב הש"ך דהא פרעו והניח השטר בידו ועל זה כתב הרא"ש דלעומת סברא זו יש כאן סברא שלא היה פורע מלוה ע"פ ושביק מלוה בשטר אבל בעדים בלא"ה איתרע שטרא ואפילו בשטר דלא שייך לא שביק אבל בשטר בלי עדים באמת לא בעינן מיגו כיון דלא שייך לא שביק ולפי זה נסתר מה שכתב הש"ך דלעולם לעומת הך סברא יש כאן סברא דלא שביק. אך לפי זה בשטר ויש בו נאמנות צדקו דברי הש"ך דכיון דנתן לו נאמנות כבי תרי טענת סטראי מעליותא היא וסברא דלא שביק ליכא א"כ יש להאמינו גם בעל פה במיגו דשטר דאז לא היה מכחיש עדים והיה נאמן בלי מיגו כלל אך אי אפשר להעמיד דבר זה בש"ך אבל מ"מ הסברא בעצמותה נכון היא דיש להאמינו במיגו דעל שטר קבלתים ואז נאמן בלי מיגו כיון דנתן לו נאמנות כבי תרי [ועיין לקמן מ"ש עוד בדברי הרא"ש הללו] ולענין מה שתמה הש"ך עלהב"ח שפסק שצריך שבועה מה שהשיג עליו על מה שכתב דהוי מיגו דהעזה דלא אמרינן רק במקום שהיה צריך לישבע לק"מ דלא היה כוונת הב"ח רק להביא ראיה מדברי התוספות דזה הוי העזה א"כ נהי דהתם בעינן צירוף שבועה דהעזה גרידא לפטור ממון אמרינן אבל הכא דהוי ליפטר

משבועה פשיטא דמיגו דהעזה ליפטר משבועה לא אמרינן אפילו היכי שלא היה צריך לישבע אם היה מעיז ואי כוונת הש"ך להשיג דכאן לא הוי ליפטר משבועה א"כ זהו השגה ראשונה של הש"ך וגם בזה ברור דהב"ח לטעמי' אזיל שפסק לעיל בכוונת הטור דצריך לישבע בלי נאמנות אפילו לא טען השבע לי דלענין זה בוודאי איתרע שטרא שיהא צריך לישבע א"כ הכא נמי כיון דהך נאמנות צריך לסייע לו לענין ממון כיון שיש עדים א"כ אוקי נאמנותן לגבי עדים וצריך שבועה ומיגו שפיר הוי מיגו ליפטר משבועה. ולפי זה לפי מה שהכרעתי לעיל לחלק בין אם טען שהלוה בעצמו נתנו לו על שטר זה והוא שתק דאז בוודאי איתרע חזקה וצריך שבועה משא"כ אם אומר שהלוה נתנם לו לסטראי א"כ ממילא הכא נמי תליא בהכי ודו"ק היטב:

ח והעידו שפרעו כתב בתשובת פרח מ"א דאם שני עדים מעידין על שטר זה ושנים על חוב אחר אוקי תרי להדי תרי והשטר בחזקתו ובתומים תמה עליו מדברי התוספות פרק האשה שנתארמלה שתירצו בשם הרשב"א בשובר וא"כ נימא השטר בחזקתו ובאמת אי משום הא לא אירי' דשאני התם דכמו דבשטר אמרינן לא קרעינן ולא מגבינן אלמא שאין מוציאין ממנו השטר רק גם הוא אינו יכול לגבות אם כן ה"ה בשובר לא קרעינן השובר וכל כמה שהשובר בידו אינו יכול לגבות בשטרו דהוא יאמר השובר בתקפו והשטר בטל כי השובר מגרע כח השטר לעולם וכל שיש בידו שובר כל ספק שבשובר הוי כשטר ובפרט דהתם אין העדים יודעין טיבו של שובר רק שהעדים פסולים אבל הכא מעידין בפי' על חוב אחר. אבל בלא"ה לא ידעתי מקום לדברי הפמ"א הנ"ל דהא מ"מ אינו נאמן סטראי אפילו בלי עדים רק במיגו דלהד"ם וכאן אין לו מיגו דאי היה טוען להד"ם אפי' בעדים המעידין לזכותו היה השטר בטל דדמי ממש לאומר לא לויתי ועדים מעידין לוה ופרע דחייב לשלם וה"ה הכא כשיאמר להד"ם ועדים מעידין על חוב אחר יפסיד שטרו בוודאי א"כ אינו נאמן סטראי כיון דליכא מיגו ואפי' אם נפרש דבריו בנאמנות או שאומר על שטר אחר קבלתי דאז אין צורך למיגו כמו שכתבתי לעיל מ"מ היינו דוקא כשפרעו בלי עדים וכיון שפרעו בלא עדים בוודאי על חוב אחר היה אבל כשיש לו עדים שפרעו על חוב זה נהי דעדים מכחישין מ"מ אין כאן טענה על הלוה דמ"מ הוא סמך על העדים ולא ידע שהם יכחישוהו באופן שאין לדברי הפמ"א שורש וקייום לכ"ע וזה ברור:

ט חוב אחר הוא שפרעת לי עש"ך שהביא דברי בעל התרומות שנסתפק באם טוען על חוב אחר בשטר פרעת לי והחזרתי לך השטר אם נאמן דמדברי ר"י הלוי נראה דנאמן ולדבריו צריך שיעידו העדים בפי' על חוב זה פרעו והש"ך תמה עליו מדברי ר"י הלוי

גופא שהביא בעל התרומות גופא ריש שער י"ט דכתב להדיא דעדים אינן יודעין על איזה חוב פרעו ובאמת בלא"ה יש לתמוה על בעל התרומות דלפי דבריו היאך קאמר בש"ס דנחלקו בזה ואיכא כמה מ"ד דלא איתרע שטרא וכיון דעדים מעידין בפי' על חוב זה היאך ס"ד דמ"ד לא איתרע שטרא גם קשה על בעל התרומות דפתח בספיקא באומר שטר והחזרתי וסיים בראי' מר"י הלוי אפילו בעל פה דנאמן כמו מתנה ופקדון לכן נראה דוודאי אין כוונת בעה"ת שצריך שיאמרו העדים שקיבל על פרעון זה דא"כ ליכא למ"ד לא איתרע וזהו כוונת ר"י הלוי דאינן יודעין על איזה חוב קיבל ומ"מ איתרע שטרא כיון דמעידין שנתן על שטר זה בוודאי על זה קיבלם ואינו נאמן לומר סטראי אבל באינן יודעין על מה נתן סבירא ליה לר"י הלוי דמה שאינו נאמן סטראי כמו להד"ם הוא משום דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ כמו שכתב הרא"ש הילכך זהו בטענת סטראי אבל מתנה ופקדון דלא שייך זה סובר דנאמן ולפי זה גם בטוען על שטר קבלתים נאמן דבזה לא שייך סברא דלא שביק ולפי זה ה"ה בעל פה נאמן במיגו דשטר א"כ בכל גוונא צריך שיעידו עדים דהוא נתנם לפרעון שטר זה ואז אפילו בלי סברא דלא שביק אינו נאמן סטראי והן הן דברי בעה"ת. ובאמת דברא"ש גופא יש מקום לספק הזה דהא נתן טעם ג"כ משום לא שביק וא"כ בשטר לא שייך האי טעמא ואף דכבר כתבתי לעיל לפרש בענין אחר אבל קשה לכוונו בתשובה כלל פ"ו דכתב להדיא דלכך בעדים איתרע משום לא שביק וקשה בשטר מאי איכא למימר ואי דבשטר באמת נאמן ליהמני' בעל פה במיגו דשטר וליכא למימר דמיירי באמת דמעידין בפי' שנתן על חוב זה דהא הרא"ש חולק בהדיא על ד"י הלוי דאפילו מעידין שנתן לו מעות סתם אינו נאמן סטראי והוא תמוה לכאורה אבל באמת נלפע"ד דלק"מ וגם ראיית בעה"מ מדברי ר"י הלוי לא מוכח מידי כמו שאבאר:

והוא דוודאי קשיא ליה להרא"ש מה בכך דיש עדים דפרעו הלא כל כח השטר הוא משום חזקה שטרך בידי מאי בעי ובלא זה הי' נאמן לעולם שפרעו א"כ במה נגרע חזקה זו במה שנתן לו מעות אדרבא מכח הך חזקה נאמר דחוב אחר היה חייב לו ופרעו דעל השטר לא היה מניחו בידו וענין זה שהיה חייב לו חוב אחר אינו מילתא דלא שכיח מצד עצמו א"כ למה לא נכריח מכח החזקה דוודאי היה כך לזה תירץ הרא"ש דהך טענה בעצמה טענה גרועה דלא שביק מלוה בשטר ופרע על פה וא"כ זהו ראיה דוודאי על השטר פרע וזהו נגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי לכך בלי מיגו לא מהימן וזהו דוקא אם אומר על חוב אחר בעל פה קבלתי אבל אם אומר על חוב שבשטר קבלתי בלא"ה אין מקום לשטר דהא כל כח השטר משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי והשתא באומר

החזרתי השטר במה נפשך אי דעדים ראו דהחזיר השטר בפניהם א"כ פשיטא דחוב אחר הוא דעכשיו שטרו בידו וע"כ דאומר דאח"כ החזיר לו השטר א"כ מה נפקא מינה דפרעו שטר זה והניחו בידו או שטר אחר סוף סוף ע"כ צריך שיודה דפרעו והניח השטר א"כ אין כאן חזקה כלל ואיתרע שטרא ואי דיאמר בעל פה אתה חייב לי אינו נאמן משום לא שביק וזה ברור לפע"ד. [ולפי זה ליתא לדינו של הש"ך לעיל ס"ק י"א וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ז' ודו"ק] ואין לומר דניהמני' לומר החזרתי השטר קודם שפרעתני הא וודאי ליתא דהא בהדיא אמרינן פרק המפקיד דיותר מאמין הלוה למלוה משיאמין המלוה ללוה א"כ כיון שאתה מחייב את הלוה משום דוודאי לא הניח השטר בידו והא ע"כ אתה צריך לומר ביותר רחוק שהמלוה האמינו והחזיר לו השטר בלי עדים קודם שפרעו וזה ברור ולפי זה ממילא אין ראיה מדברי ר"י הלוי דע"כ לא כתב ר"י הלוי רק בעל פה דאז לולי הך סברא דלא שביק נאמן לומר סטראי אבל בשטר בלא"ה אינו נאמן דאיתרע חזקה ודו"ק:

י בעל השטר עסמ"ע וש"ך דוקא ששני התביעות היו שלו אבל אם על תביעה זו בא בהרשאה לא משום דאי בעי מיהדר הרשאה למרי' והוא מתשובת הרא"ש כלל פ"ו והביא ראיה מפ"ק דב"ק דלא אמרינן לכי מיהדר כיון דתיהדר וקאי ולפי זה תלוי בפלוגתא לקמן סימן קי"ט ולכך השמיטו המחבר דפסק שם לכי תיהדר. אבל אני תמה מאי ענין זה להך דב"ק התם אין כאן הכחשה כלל רק דמחולקים בסדר הגבי' א"כ שפיר אמרינן לכי תיהדר אבל כאן דהם מכחישים זה את זה א"כ כיון שיכול להחזיר נאמן במיגו שהוא כדבריו דאי בעי מיהדר ומה נפקא מינה הך מיגו או מיגו דלהד"ם משא"כ התם לא שייך מיגו דאין שם הכחשה כלל אך לפי מה שהעליתי לעיל ריש סי' נ"ו ולעיל סימן מ"ז דהך מיגו לא אמרינן כיון שבידו להחזירו ואין זה שקר ודוקא מיגו לשקר אמרינן ולא מה שאינו שקר כלל ולמה אינו עושה כן וע"כ שאינו יודע א"כ לא אתינן עלה מטעם מיגו. אך זהו לפי' הראב"ן והת"ח שם אבל לפי שאר פוסקים שם והש"ך מכללם אמרינן הך מיגו א"כ דברי הרא"ש לכ"ע ולא תליא בהך דלקמן סי' קי"ט ודו"ק:

יא ויש אומרים דאין השטר בטל לגמרי כו' וכן נראה לי עיקר דין זה צריך בירור כי הרי"ף והרמב"ם פסקו להדיא דהשטר בטל לגמרי (וכן נראה מדברי ר"י הלוי לכך הכריח דטענת מתנה עדיף מסטראי דהא מתנה להחזיק נאמן בוודאי וסטראי אינו נאמן וקרעינן השטר ודו"ק אמנם הרב נמשך אחר הרא"ש ור"ן שהשיגו על ראיית הרי"ף דבטל לגמרי ופסקו דלא קרעינן ולא מגבינן אבל לפע"ד נראה דדברי הרי"ף נכונים וראיותיו מוכרחין כמו שאבאר דמה שהביא ראיה מהא דקאמר אתורי יהיב ואתורי שקיל מבואר דאיתרע

שטרא לגמרי וה"ה בהך דלעיל דפריך מינה ועל זה השיגו הרא"ש דמנא לן דבתורי הפי' דבטל לגמרי דילמא הכי הוי שנתן לו מעות לקנות שוורים וכתב לו שטר ודמי השוורים יפרענו על מלוה על פה ותמהני דהא דברי הרי"ף ברורים בזה דהא הוא גורס בש"ס כיון דקא מודי דאתורי יהיב ואתורי שקיל וכן הרא"ש גופא גורס כן והשתא לפי גירסא זו באין עדים על זה מיירי דאי ביש עדים מה צורך להודאתו והשתא תקשה לפי פי' הרא"ש דלפי טענתו באמת השטר קיים רק שאין אנו מאמינים אותו א"כ ניהמני' במיגו כיון שאין עדים רק בהודאת פיו ומזה דייק הרי"ף דע"כ דאף לפי טענתו איתרע שטרא והיינו כמו שפירש"י שם שנתן לו מעות לקנות שוורים למחצית שכר ובזה כיון דמודה דהחזיר לו מעות השוורים אף לפי דבריו איתרע שטרא א"כ ע"כ דבטל לגמרי דאי מהני תפיסה א"כ תליא בהכחשה ובחסרון אמונה וכיון דמודה נאמן במיגו והיאך יעלה על הדעת דבהך דמעיקרא דליכא מיגו דמיירי בעדים סובר ר"פ לא איתרע שטרא וכאן דאיכא מיגו יסבור איתרע שטרא וברור דאף לפי טענתו בטל השטר ובטל לגמרי א"כ שפיר מוכיח הרי"ף דגם בהך דמעיקרא בטל לגמרי וזה ברור [ובאמת לפיר"ח ור"ת בלא"ה קשה מהך כיון דלמחצית שכר נתן הוי פלגא מלוה ופלגא פקדון כדמוכח פרק המוכר את הבית א"כ במחצה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו א"כ בלא"ה צריך לישבע על השאר דאיתרע שטרא כיון דהחזיר לו מחצה על השטר והוי כפוגם שטרו ודו"ק רק כוונת הרי"ף להביא ראיה דלא נימא לא קרעינן ולא מגבינן] גם מה שהשיגו על ראיית הרי"ף מהך דקאמר וה"מ דפרעי' באפי סהדי וכו' לא יכול למימר סטראי וכיון דאינו יכול לומר סטראי בטל לגמרי והנה הם הבינו ראיית הרי"ף מהא דקאמר אינו יכול לומר סטראי (והם גורסין וכיון ובאמת ברי"ף נאמר דכיון] ובאמת בלא"ה מה זו ראיה כיון דלא גבי בשטרו פשיטא דאינו יכול לומר סטראי אבל נראה דכוונת הרי"ף להביא ראיה דה"ה כתב דראיית ר"י הלוי מדקאמר וה"מ דפרעי' באפי סהדי דמשמע שנתן לו בתורת פרעון בפניהם אבל בלא"ה נאמן במיגו דמתנה ובזה סובר הרי"ף כמו שכתב הרמב"ן דבמתנה גופא לא מהימן רק לפטור עצמו ולא להוציא ועוד דלר"י הלוי תיקשי סיפא אבל פרעי' בין דילי' לדילי' מיגו דיכול לומר וכו' משמע דוקא בינו לבין עצמו אבל באפי סהדי לא אפי' לא ידעו על מה נתן לזה סובר הרי"ף דודאי דעת ר"י הלוי אמת רק על דרך זה דבמתנה לא איתרע שטרא לגמרי רק לא קרעינן וזה מוכח שפיר מהך דשבועות מנה מניתי לך דלהחזיק נאמן וה"ה הכא לא קרעינן ולא מגבינן וזהו דקאמר וה"מ דפרעי' באפי סהדי אבל אם לא הזכיר הפרעון באפי סהדי לא איבטל שטרא לגמרי אבל פרעי' בין דילי' לדילי' אז גובה בשטרו ככל שטר וזו היא ראיית הרי"ף דאי אף עכשיו לא

קרעינן מה זה דקאמר וה"א דפרעי' באפי סהדי ועל זה נתן הרי"ף טעם דכיון דאינו יכול לומר סטראי בטל לגמרי ומהאי טעמא לא הזכיר המחבר דעת החולקים כלל כיון דהרי"ף ורמב"ם סברי דבטל לגמרי ודבריהם מוכרחים כנ"ל אמנם לישנא דקאמר בש"ס ולא אידכר ליה שטרא מורה כהרא"ש ור"ן דבאידכר בטל לגמרי בוודאי לכ"ע אבל בלא אידכר איתרע שטרא ולא בטל ודו"ק וצ"ע]:

יב הוחזק כפרן. בבעל התרומות נסתפק אם צריך לישבע היסת או לא והגי"ת הקשה דמ"ש מהוחזק כפרן דעלמא דאינו צריך לישבע היסת והש"ך ס"ק כ' השיג עליו דוודאי חייב היסת שאינו חייב לו חוב אחר דעל זה לא הוחזק כפרן. ובאמת הדבר תמוה דאי בעל התרומות מיירי בכהאי גוונא מאי מקום ספק יש כאן הא פשיטא דצריך לישבע דכי בשביל שהוחזק כפרן פעם אחת לא יוכל להשביע לעולם אמנם גם אי נימא דמיירי בשבועה על השטר ג"כ אין כאן מקום ספק דהא עדים מעידין דפרעו והוא אומר להד"ם. לכן נראה לפי מה שהקשו התוספות פרק שבועת הדיינין גבי הך פלוגתא דאביי ורבא באומר לא לויתי ועדים מעידין לוה ופרע דאמאי לא מתרצינן דיבורי' לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי ותירצו דהתם שאני דטען להד"ם והקשו מיתומים פרק הכותב דהתם מיירי בלא לויתי ותירצו דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח עוד תירצו דהכא כיון שטוענין עליו בב"ד יש לו לטעון בפי' כדי ליפטר ע"ש והשתא לתירוץ הראשון בוודאי יש לומר דדוקא בלוה הכופר להד"ם אין לתרץ דלהד"ם הוא הכחשה לכל העסק שהיה ביניהם וא"כ פרעו הוא על הלואה ולא שייך להד"ם אבל כאן בהיפך דמלוה אומר להד"ם א"כ באמת על הלואה זו לפי דבריו לא היו דברים מעולם רק עסק אחר הי' ביניהם אבל על זה לא היה שום פרעון וברור דטפי שייך בזה להד"ם מהתם לא לויתי וכמו כן לתירוץ שני משמע בהדיא מלשון התוספות דזהו דוקא לוה הצריך ליפטר עצמו ממה שטוענין עליו אבל מלוה הבא לתבוע בשטרו כל אימת דלא מברר דפרעו על שטר זה הרי הוא בא מכח השטר ואין צריך לפרש דבריו אך באמת כמו שכתבו התוספות שם דליתומים לא טענינן מילתא דלא שכיח אלמא אף דמתרצינן מילתא דלא שכיח הוא א"כ פשיטא דלא מתרצינן במילתא דלא שכיח להוציא מן הלוה א"כ בתובע פשיטא דבלא"ה לא מתרצינן אך זהו אם יהא הדין דלא קרעינן ולא מגבינן אבל הכא דהשטר בטל לגמרי לכ"ע וקרעינן לי' כמו שכתב הש"ך ס"ק י"ט אם כן בזה היה מקום לתרץ דבריו שלא נקרעיהו ובזה פליג הך רבוותא דאם הלוה נשבע היסת אז וודאי לא מתרצינן דיבורי' לומר שהלוה נשבע לשקר כיון דהוא מילתא דלא שכיח א"כ לאחר שנשבע קרעינן אבל קודם שבועה כל כמה דלא נשבע לא קרעינן דמתרצינן דיבורי' ובהא פליגי אם קריעת

השטר תלוי בשבועה או לא אבל לאחר שקרעו ורוצה להשביעו על חוב אחר פשיטא דיכול להשביעו לכ"ע כנ"ל:

יג ויש חולקין. דין זה צ"ע כי תחילת דברי הר"י הלוי והרמב"ם דעדים לא ידעו אם בתורת פרעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה משמע בהדיא דנאמן לומר ג"כ בתורת פקדון נתנם לו והחזרתים [או נאנסו] ואח"כ סיים מתנה לבד וצריך לומר דפקדון פשיטא ליה דנאמן רק במתנה ס"ד שלא יהא נאמן כמו שהקשה הרמב"ן על זה הביא ראיה מפרק שבועת העדות דגם במתנה נאמן ולפי זה נהי שהשיגו על ר"י הלוי במתנה אבל פקדון דלא שייך זה למה לא יהא נאמן במיגו דפקדון ואמת דאם נפרש דברי ר"י הלוי כשהגיע זמן השטר בשעה שנתן לו הפקדון יש מקום לטעון עליו כמו במתנה דכיון דהגיע זמן היה פורע חובו למה לו להפקיד אצלו אבל פשיטא דלא מיירי בהגיע זמן דהא משנה שלימה שנינו כתובות ק"י שיכול לומר היה לך לפרוע את שלך ונתבאר לקמן סימן פ"ה א"כ הכא אם הגיע הזמן בשעה שנתן לו המעות היאך יהא נאמן פקדון דהא מיד היה לך להפרע המעות בחובך ולא להחזיקם בפקדון כיון שהגיע זמנו וכ"ש כשהחזירם לו אח"כ היה לו לפרוע בחובו ובע"כ דר"י הלוי מיירי שלא הגיע הזמן בשעת שהפקיד ולא בשעת החזרה ובזה פשיטא דאין כאן מקום לטענת הרמב"ן דכיון שלא הגיע הזמן למה לא יוכל לומר פקדון ובהדיא אמרינן התם אי דלא מטי זימני' מ"ט דאדמון ופירש"י ונוח היה לו לזה שיהא חובו מעוכב בידו עד השלמת עשר והכי נמי שפיר הפקיד אצלו כדי שיהיו המעות בידו עד השלמת הזמן והמלוה ג"כ לא היה יכול לעכבו והחזירו לו לכן היה נראה לכאורה דלא הקשה הרמב"ן רק על מתנה ונ"מ אם יודעין דנתן לו לחלוטין רק אינן יודעין על מה דאז אינו נאמן פקדון ולר"י הלוי נאמן מתנה ולהרמב"ן לא אבל בהך דהכא דאינן יודעין אם לפקדון נהי דמתנה אינו נאמן מקושית הרמב"ן למה לא יאומן פקדון וממילא נאמן במיגו דפקדון וצריך לומר דסבירא להנך פוסקים כיון דזהו הכל בתוך זמן ובת"ז בלא"ה לא איתרע שטרא בלי מיגו מכח החזקה אין אדם פורע ת"ז וא"כ אין נ"מ רק בזמנו ואז פשיטא דאינו נאמן פקדון ואמת שיש לתמוה על ר"י הלוי בזה כמו שכתבתי לעיל ס"ק א' דהא חזקה עדיף ממיגו כמו שהוכחתי שם וכיון דמיגו מהני כ"ש חזקה דת"ז וצריך לומר דסובר הר"י הלוי דוודאי, בעלמא הוי חזקה מעליא כיון דגלוי דעתיה שצריך למעות עד תשלום הזמן כמו שכתב הסמ"ע לקמן סי' ע"מ ס"ק א' אבל כאן דחייב לו מלוה ע"פ א"כ מה בכך דהוא ת"ז מ"מ צריך לפרוע לו על מלוה ע"פ א"כ היה לו לפרוע השטר דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע על פה א"כ לא הוי חזקה ואף דהיה ירא שינגוש אותו על מלוה ע"פ מ"מ פשיטא כיון דאין עליו עדים היה

יכול להשמט ממנו דהא עכשיו נמי כופר בה ועכ"פ אין כאן חזקה כמו בעלמא וצ"ע בכל זה:

יד אבל בפני ע"א לא עש"ך דהתוס' והרמב"ן בחידושיו חולקין על זה דאפילו בע"א הוי משיל"מ וכתב דיש מקום ליישב דכוונת התוספות לאחר פרעון כדאמרינן פרק הכותב אי פיקח הוא ואז שפיר הוי משיל"מ ואינו נאמן במיגו ודבריו תמוהין דהא הרמב"ן גופא כתב לדחות דברי ר"י הלוי הביאו הרא"ש בשבועות שם דאינו נאמן במיגו דמתנה דמתנה גופא אינו נאמן דסטראי טענה מעליותא היא טפי ממתנה ומ"מ אינו נאמן רק במיגו א"כ כ"ש מתנה והא דנאמן מתנה היינו לפטור עצמו ולא להוציא ולפי זה מבואר להדיא דאינו נאמן סטראי רק במיגו היינו להוציא אבל לפטור עצמו נאמן מצד עצמה בלי מיגו מכ"ש ממתנה דנאמן מצד עצמה כדמוכח התם גבי מנה מניתי לך וכראיית ר"י הלוי א"כ אם ישלם לו ויחזור ויתבענו פשיטא דיהא נאמן לומר סטראי לפטור עצמו בלי מיגו לשיטת הרמב"ן גופא ואין כאן מתוך כלל וכן מוכח להדיא בחידושי הרמב"ן גופא שם דמעיקרא הזכיר תירוץ זה דלא חציף להכחיש העד ואחר כך הזכיר התירוץ משום משיל"מ ש"מ דמעיקרא לא' מהאי טעמא אתי עלה רק משום דלא חציף להכחיש ע"ש ויש לי מקום להאריך בביאור דברי התוספות פרק הכותב ואין להאריך כאן ובחידושי הארכתי:

טו בפני ע"א. עש"ך בשם הב"ח דאפילו אידכר לי' שטרא נאמן במיגו והש"ך כתב דלפי דעת' התוספות שם גם בזה אינו נאמן ונראה כוונת הש"ך והב"ח דאידכר ליה היינו שהלוה הזכיר והמלוה שתק והוא מודה בזה לדברי העד וס"ד כיון דבשני עדים בזה איכא עדיפותא כמבואר בבעל התרומות דאפילו לר"י הלוי דבלא אידכר ליה שטר נאמן סטראי בלי מיגו מ"מ כשהזכיר לו השטר מודה דאינו נאמן א"כ בע"א ס"ד דבאידכר אינו נאמן קמש"ל כיון דיש לו מיגו נאמן אבל באמר שהמלוה לקח על שטר זה א"כ ע"כ שהמלוה מכחישו א"כ יש לו ומיגו לכ"ע דהא גם עכשיו מכחיש ועיין לעיל ריש סימן נ"א:

טז לא אמרינן איתרע שטרא וכתב הרמב"ן דאפי' שבועה אינו צריך והגי"ת כתב דמיירי בנאמנות דבלי נאמנות אפילו בלי העד צריך לישבע והש"ך השיג עליו כמו שכתב בריש הסי' דאפי' בלי נאמנות אין צריך לישבע רק אם טוען השבע לי והוא תמוה דפשיטא דהרמב"ן מיירי בגוונא דבלהד"ם לא צריך לישבע דאל"כ היאך לא ישבע עכשיו ומאי מיגו יש כאן כיון דגם בלהד"ם צריך שבועה אמנם בגוף הדין כבר הכרעתי לעיל ס"ק

ב' כהש"ך רק באומר המלוה שהלוה נתנם לו על חוב זה רק הוא שתק אז צריך לישבע אפי' לא טען:

יז אמר לו הלוה וכו' ויש מי שכתב כו' הסמ"ע האחרונים הבינו טעם המחלוקת בזה דמ"ד דצריך עדים הוא משום דאי לאו הכי נאמן במיגו ומ"ד דאין צריך עדים הוא משום דהוי מיגו במקום חזקה ולא יכולתי להלום דברים הללו דהא אף שהלוה נתן באמת לפרעון השטר רשות ביד המלוה ליקח על איזה חוב שירצה כמבואר לקמן ס"ד א"כ פשיטא דבשביל זה שמכר לו שור וקיבל דמיו אין להכריח שאינו חייב לו מלוה ע"פ כלל דמה ענין זה לזה שנאמר מחמת שמכר לו שור חזקה שלא היה חייב לו על פה א"כ נאמן במיגו שהיה חייב לו והוא קיבל לפרעון על אותו חוב ובוודאי הלוה נתנו לו לפרעון על השור אבל הוא שתק וקיבל על חוב אחר ולא ידעתי מאי מקום חזקה יש כאן ובשלמא אם היה הברירה ביד הלוה לפרוע על איזה חוב שירצה שפיר היה מקום לומר דהלוה וודאי נתן על חוב זה כיון ששור לקח ממנו ומדמי השור קיבל אבל עכשיו דהברירה ביד המלוה פשיטא דנאמן במיגו שהיה חייב לו חוב אחר ושתק וקיבל על אותו חוב אבל לפעד"נ ברור דטעם מחלקותם כך דמ"ד דאין צריך עדים סובר דע"כ לא אמרינן דאם יש עליו שני חובות והלוה נתן לו על חוב אחד והמלוה שתק שיוכל לומר על חוב אחר קבלתי במחשבתי רק אם הלוה לו שני הלואות ולאחר זמן פרע הלוה הלואה אחת אבל אם הלוה לו מעות ואח"כ מכר לו שור וכדומה והוא מסר לו השור בעצמו לגבות דמיו אז אין הברירה ביד המלוה כלל כי תורי יהיב ותורי שקיל והשתא אף לפי דבריו כיון שמודה ששור מכר לו וקיבל השור בעצמו שמכרו במקולין א"כ לפי דבריו בטל השטר אם לא שנאמינהו במיגו דמ"מ חייב לו חוב אחר עכשיו הוי מיגו להוציא כיון שהשטר בטל לפי דבריו וזהו, שכתב הרמב"ם בפשיטות כיון שהודה בטל השטר ודעת ר"י הלוי לפי הבנת בעה"ת בדבריו דאפילו בכהאי גוונא רשות ביד המלוה ליקח על חוב אחר רק שאינו נאמן מחמת העדים אבל בלי עדים נאמן דבאמת חייב לו חוב אחר וקיבל על אותו חוב והשטר בתקפו ולא הוי להוציא כלל. ובזה מיושב על נכון ראיית הרי"ף דבטל לגמרי מהך עובדא דתורא והרא"ש והר"ן השיגו עליו דילמא הכי הוי עובדא שמכר לו השור ודמיו לקח על חוב אחר ויש להבין בלא"ה מה זו ראיה משם דבטל לגמרי איך שיהי' שוה יש לומר רק דלא קרעינן [כמו שבאמת כתב הש"ך ס"ק ו' דהכא נמי לא קרעינן ומנין לו להרי"ף דבטל לגמרי ולפי הנ"ל ניחא דבהא מחולקין דהרי"ף גורס כיון דקא מודה דאתורי יהיב ומתורי שקיל איתרע שטרא ולא גריס עדים כלל והיינו דבהודאה לבד איתרע שטרא ומזה דייק הרי"ף דע"כ דבטל לגמרי והיינו

דאף לפי דבריו בטל השטר דבכהאי גוונא אין הברירה ביד המלוה כלל אבל אי נימא דמיירי באופן דלפי דבריו השטר קיים רק מחסרון אמונה שאינו נאמן א"כ מה בכך דמודה כיון דליכא עדים נאמן במיגו דפשיטא שאין להכריח מזה שלא היה חייב לו חוב אחר ויהא חזקה אלימתא שלא יועיל מיגו דמה ענין חוב אחר לשור זה שמכר לו וא"כ פשיטא דנאמן במיגו מזה דייק הרי"ף דע"כ דלא מיירי בזה האופן שכתבו הרא"ש ור"ן רק דמודה שמכר לו שור סתם והוא פרעו באמת דמי השור רק שהוא לקחם על חוב אחר ואז לפי דבריו בטל השטר דאין הברירה בידו ושוב הוי מיגו להוציא וא"כ מבואר דבטל לגמרי דאי מהני תפיסה ע"כ דתליא בחסרון אמונה והברירה עדיין ביד המלוה א"כ בלא תפיסה למה לא יאומן במיגו כיון דליכא עדים רק הודאת פיו והרא"ש והר"ן סבירי להו באמת דמיירי בעדים כמו שהכריע הטור [ואף שהרא"ש הביא מעיקרא כגירסת הרי"ף הוא רק לשון הרי"ף כדרכו בכל מקום והוא למסקנא לא סבר כן וכן מוכרח לומר בטור דאל"כ היאך פסק דלא כהרא"ש] א"כ שפיר כתבו דמיירי באופן דעל תנאי כך מכרו לו שיפרע מדמי השור על חוב אחר ובהכי ניחא דתירצו כן ולא כתבו בפשיטות דאפילו מכרו סתם הרשות בידו וע"כ דבמכרו סתם מודו באמת להרי"ף דבטל לגמרי אף. לפי דבריו רק הך עובדא מיירי דאומר דמכרו לו שיפרע מדמיו על חוב ובזו נחלקו הרי"ף והרא"ש הרמב"ן ולפי זה כיון דעיקר ראיית הרי"ף מהך א"כ הרמב"ם דפוסק ג"כ דבטל לגמרי סובר ג"כ דאין כאן עדים כלל רק הודאת פיו ודלא כהש"ך ס"ק ל"א דכתב דדעת רמב"ם כר"י הלוי כמו שהוכחתי:

אך לפי הנ"ל צ"ע בטור דפסק בעדים דוקא ש"מ דאפי' מכר לו סתם הברירה עדיין ביד המלוה וזהו דלא כהרא"ש וצריך לומר דהטור סובר דהוא אומר על תנאי כך מכר לו שיפרע לו מדמיו על חוב אחר או דהרא"ש הבין הרי"ף מפרש הך כפירש"י שנתן לו ליקח שוורים למחצית שכר ואז וודאי לפי דבריו בטל לגמרי ואין הברירה בידו ועל זה כתב הוא דהפי' כך שנתן לו ליקח שוורים ודמיו יקח בעד חוב אחר ובאמת בש"ס מבואר דהך עובדא היה דנתן לו מעות על שוורים אבל בהך גוונא דהטור דהוא מכר לו שור סובר הטור דנעשה דמיו מלוה ואפילו בסתם הברירה בידו והרמב"ם חולק וברי"ף אין הכרע בזה דיש לומר דמפרש כפירש"י [ובאמ' לא ידעתי למה שינה הרמב"ם והטור ומחבר לומר דמכר לו שור ולא כעובדא בש"ס] ועכ"פ העולה מהנ"ל דלהרי"ף ורמב"ם ע"כ מתוקמא בלא עדים והטעם דבזה אין הברירה ביד המלוה כלל דאף לפי דבריו בטל השטר ועל החוב הוי מיגו להוציא וכל זה ברור לפע"ד:

יח הואיל והוד' וכו' הסמ"ע והש"ך האריכו ביישוב דברי הטור ומחבר בלשון זה דתינח להרמב"ם דמוקי לה בלא עדים אבל להטור ומחבר כיון דיש עדים מה צורך להודאתו והש"ך האריך בס"ק כ"ח כ"ט ליישב זה ודבריו מגומגמין ועם כל דבריו לא העלה מעלה ארוכה אם באנו להקשות במה נפשך אם לפי דבריו בטל השטר ואינו מועיל מיגו או משום דהוי חזקה כמו שכתב הסמ"ע א"כ מה צורך לעדים אם יודה הכל לית ליה מיגו ג"כ מהאי טעמא ואי דבלי עדים נאמן במיגו א"כ עכשיו כיון דאם לא הודה עדיין הי' נאמן במיגו דמתנה א"כ בהודה נמי יאומן במיגו דאי בעי לא הודה ובתומים כתב ליישב דהכא בלא הודה גרע מסטראי דעלמא והכא נאמן אפילו בעדים דכי בשביל שמכר לו שור וקיבל דמיו בעד השור לא יוכל להוציא עליו שטר ובאמת דבריו נכונים בזה כמו שאבאר לקמן אבל עדיין יקשה מה בכך דהודה יאומן במיגו ומה שכתב כיון דהודה הוי השטר חספא א"כ מה צורך לעדים אם יודה הוא הכל הוי ג"כ השטר חספא ובאמת פשיטא דלדעת הטור עדיין הבריר' ביד המלוה א"כ למה יהא השטר חספא פשיטא דנאמן במיגו וכמו שכתבתי בס"ק לפני זה באריכות לכן נראה ליישב להמחבר לשיטתו ולהטור לשיטתו והוא דלדעת הטור לפי מה שכתב הסמ"ע דהכא מודה דבטל לגמרי א"כ שפיר קאמר הואיל והודה בטל השטר כי לולי זה היה דינו כסטראי דעלמא דמהני תפיסה ואין להקשות יאומן בזה שיוכל לתפוס במיגו דלא הודה הא ליתא דבלא"ה הקשו דהוי מיגו להוציא ותירצו דשטר הוי להחזיק וזהו בשטר גמור אבל שטר דסוף סוף איתרע שוב לא הוי כגבוי שנאמר דהוי להחזיק לכך כל דאיתרע שטרא שוב ליכא מיגו וממילא לפי דבריו בטל לגמרי ולשיטת הש"ך ס"ק ל דאף בזה להטור לא קרעינן ולא מגבינן ג"כ לק"מ ואמת כי ראיית הש"ך מהרא"ש אינה ראי' כלל ואדרבא נהפוך הוא דהא הרא"ש דוחה דברי הרי"ף וכתב דילמא הכי הוי עובדא כמו שכתב הר"ן משמע דבהך עובדא דהטור שמכר לו סתם שור וקיבל דמיו מוד' דבטל לגמרי רק דמוקי לה באופן אחר אך לפי מה שהעליתי בס"ק לפני זה מור' דעת הטור דלא קרעינן וכן מבואר בפסקי הרא"ש דאין חילוק דבלי הודאתו רק בעדים לבד שקיבל דמי השור והוא תובע בשט"ח אחר אז סובר הטור דעדיף טפי מסטראי דעלמא כסברת התומים הנ"ל ואפילו בלא מיגו לא איתרע שטרו כלל לזה הוצרך לומר דמודה דהיה השטר מדמי השור ואי קשיא ליהמני' במיגו דלא הודה לק"מ דוודאי על השטר חתומים עדים והעדים כיון שלא ראו מסירת המעות ידעו דחייב הוא בעד השור שמכר לו א"כ אף דעכשיו אינם לפנינו מ"מ ירא שמא יבואו ואף דקיימא לן דנאמן פרוע במיגו דמזויף ולא חיישינן שיבואו עדים היינו משום דסוף סוף יתחייב לשלם כשיבואו עדים ואין נ"מ לממון רק העזה אבל

הכא אם יאמר שקיבל על חוב של השור והשט"ח אחר אם יבואו עדים יתחייב להחזיר שהרי הודה שכבר קיבל חוב של השור ועדים מעידין שהשטר הוא חוב של השור משא"כ עכשיו אף אם יבואו עדים מ"מ כיון שכבר גבה בשטרו אם תפס לא מפקינן לכ"ע ואין כאן מיגו כלל ובוודאי הלוה יחזור אחר עדים כפי מה שיוכל שהשטר על דמי השור הוא ודו"ק היטב בזה אמנם בדברי המחבר אי אפשר לומר כהנ"ל כלל דהוא סובר בסטראי סתם בטל לגמרי א"כ אי אפשר לומר דהואיל והודה הכוונה לבטלו לגמרי דבלא"ה בטל לגמרי וגם אין לומר דבלי הודאה נאמן לגמרי דעדיף מסטראי דעלמא א"כ אכתי ליהמני' במיגו כיון דלפי דבריו השתא וודאי בטיל לגמרי א"כ סוף סוף יתחייב להחזיר המעות והוי ממש כמו פרוע במיגו דמזויף לכן נראה דדעת המחבר כך דכמו דלהטור דבעלמא לא קרעינן הכא בלי הודאה עדיף טפי דלא איתרע כלל וגובה בשטרו כמו כן להמחבר דשם בטיל לגמרי הכא בלי הודאה עדיף טפי חד דרגא דלא בטיל לגמרי רק לא קרעינן לכך כתב הואיל והודה לכך בטיל לגמרי אבל בלי הודאה אף דבעלמא בטיל לגמרי הכא שאני כיון שמכר לו שור וקיבל דמיו אי אפש' לבטל שטרו לגמרי כל שאומר שהשטר מחוב אחר וכמו שכתבתי לעיל וכמו שכתב התומי' רק דלהטור בזה לא איתרע כלל ולהמחבר בזה לא קרעינן לי' והשתא אתי שפיר הכל ולק"מ ובמיגו לא מהימן כמו שכתבתי קוד' כיון דעכ"פ איתרע הוי מיגו להוציא כנ"ל:

יט אם ידוע שנתן לו קצת הדמים וכו'. הנה לשון זה משמע דידוע בעדים אבל הודה בעצמו נאמן במיגו דאל"כ הוי לי' למימר אם הודה שקיבל מקצת על חוב זה ולפי זה יש להבין הך מעות הנשאר היכי דמי אי דקיבל בעדים ואינן יודעין על מה בלא"ה אינו נאמן לומר סטראי כשקיבל בעדים וע"כ דקיבל הנותר בלי עדי' א"כ עדיין י"נ מיגו דלהד"ם ואי דאמרינן כיון דהודה שקיבל הנותר הוי במקום חזקה אלימתא א"כ אף אם מודה בעצמו על המקצת שקיבל על חוב זה ג"כ ליכא מיגו דמה נפקא מינה מיגו דלהד"ם או הך מיגו וליכא למימר דכוונת הרב שידוע הכל על פי עדים וקמש"ל דבהא קרעינן לי' כמו שראיתי לאחד מן האחרונים ז"ל שפי' כן וכתב דהטעם משום דהוי כהזכיר השטר ואינו יכול לתפוס על חוב אחר בעדים אבל באמת הא ליתא דבהדיא מבואר בתשובת מהרי"ק שם דהוי רגלים לדבר שהמלוה קיבל הנשאר ג"כ על חוב זה אלמא דאם היה באמת מקבל על חוב אחר הוי מהני ולדברי הרב הנ"ל אין הבירה בידו כלל דהוי כהזכיר לו השטר לכן אין לדבריו קיום ודו"ק היטב במהרי"ק שם אבל באמת המעיין במהרי"ק שם יראה שלא כתב זה רק דהוא סובר כדעת ר"ח ור"ת דאיתרע שטרא הוא לשבועה ועל זה אמר דהכא אפילו בלא עדים אינו נאמן לומר סטראי וצריך שבועה דדמי להך דר"פ

דאיתרע שטרא אפילו בלא עדים והיינו דרגליים לדבר וצריך שבועה והכא נמי צריך שבועה וכן מוכח ממה שהביא ראיה מפוגם שטרו וקשה הא התם לא איתרע רק דצריך שבועה וע"כ דהכא נמי לענין שבועה ואין להקשות מה צורך לראיה דהא הוי פוגם גמור כיון דמודה דקיבל מקצת הא ליתא דפוגם דוקא שמכחישו שלא נטל ממנו כלום יותר אז נשבע משום דפרע דייק אבל כשמודה שקיבל הסך שהוא אומר שנתן לו רק מקצת על חוב אחר אינו בדין פוגם רק דמהרי"ק הכריח כמו דפוגם נשבע ה"ה הכא דמזה גופא שקיבל מקצת על חוב זה יש ראיה דקיבל הנשאר ג"כ על חוב זה אבל לדידן דמוקמינן הך דר"פ בתורי בסהדי דוקא ובלאו הכי לא איתרע כלל ונאמן במיגו אם כן הכא נמי לא איתרע וכ"ש דלא איתרע שלא יגבה כלל ודברי הרב צ"ע:

כ מי שנושה וכו' ולא עוד וכו' עש"ך ס"ק ל"ד בשם תשובת הרשב"א ואמת שהב' כתב זה בשם הרשב"א ולא נודע מקומו וחפשתי ומצאתי בתולדות אדם סי' ל"ז והנה השאלה היתה במי שחייב לחבירו שני חובות אחד כושל ואחד חזק ופרעו לו סתם לוה אומר חזק פרעתי ומלוה אומר כושל נפרעתי הדין עם מי והשיב שהדין עם המלוה והביא ראי' מהך דאבימי דאי ס"ד דאין הברירה ביד המלוה א"כ אפילו יהא לו חוב ע"פ מבורר יכול הלוה לומר על חוב שבשטר פרעתי וע"כ דהברירה ביד המלוה ליקח על איזה חוב שרוצה וכתב עוד דאפילו נתן הלוה בפי' על חוב שבשטר והמלוה שתק יכול לומר על חוב אחר קבלתי והביא ראיה דהתופס מב"ח שלא לדעתו מה דתפס תפס ועוד הביא ראי' מקידושין כנסי סלע ע"ש הכל כמו שכתב בב"י בשמו וברור דהב"י נתכוון לתשובה זו אבל נראה שהבין כושל וחזק הוא בשבועה ושלא בשבועה והוא תמוה דכיון שיש צד ספק באותו החוב שהרי חייב עליו שבועה מנין לו להרשב"א דהרשות ביד המלוה ומאי זו ראי' מהך דאבימי התם שני החובות מבוררים דהא נאמן במיגו דבאמת חייב לו לכך יכול לתפוס אבל בלי מיגו פשיטא דאינו יכול לתפוס על חוב שאינו מבורר ואם הי' הלוה כופר החוב לגמרי לא הי' גובה אותו כלל ומה נ"מ אם מודה רק דצריך שבועה ובאמת כושל וחזק כוונת הרשב"א על פה ושטר וכדומה ועל זה הביא ראי' מהך דאבימי ועל זה כתב דאפילו נתן לו בפי' על חוב זה ושתק יכול לומר על החוב השני והכל בשני חובות מבוררין ודינו של הרשב"א שם הוא ממש דינו של המחבר כאן אבל הך דשבועה ושלא בשבועה לא נזכר ברשב"א כלל ולא ידעתי מקום לדין זה דבעל פה נראה דאפי' במיגו לא מהימן דהוי להוציא ובשטר אם יש לו מיגו פשיטא דנאמן במיגו אפילו הלוה כופר בכל החוב השני ואי בלי מיגו פשיטא דאינו נאמן ודברי הב"י צריך עיון בזה ועיין היטב ברשב"א שם דמבואר להדיא דבשני חובות מבוררין מיירי ועל זה פסק דהדין עם

המלוה ועל זה הביא כל ראיותיו שם ותמהני על האחרונים שנמשכו אחר דברי הב"י והש"ך בזה ולא הרגישו במה שכתבתי:

על חו"מ סימן נט

א והמלוה אומר איני יודע. כ"כ בעה"ת שער נ"ג דדמי לחשוד ותמה בתומים דהטור פוסק בחשוד דלא פקע שטרו ולמה פסק כאן כבעה"ת והוא כתב משום דברי ושמא לכ"ע ברי עדיף להחזיק ובאמת לא דמי דהא השטר פשיטא דהוי להחזיק בכל מקום ומהאי טעמא בשמא ושמא גובה ועכ"פ למה פסק להחזיר השטר דהא חזקת שטר עדי' מחזקת ממון דהא בשטר מוציא ממון [גם מה שכתב ליישב קושית מהרש"א סוף המניח בד"ה מדסיפא עיין מ"ש לקמן סי' פ"ח ס"ק י"ג ותראה דדברי מהרש"א נכונים בזה ושם הארכתי בביאור דברי התו' שם דבלא"ה דבריהם תמוהין לכאורה ע"ש] וראיתי מי שכתב דהראי' היא מפוגם שטרו דאי בשמא גובה למה ישבע ואין זו ראיה דוודאי כשמודה שנפרע מקצת ועל השאר טוען שמא בוודאי אף דעה קמייתא שבבעל התרומות מודה דאינו גובה כיון דהורע כח השטר כ"כ אבל באומ' שמא שלא נפרע כלל אז השטר בתקפו דא"א דפרע הי' מוציא שטרו כמו שכתב בבעה"ת שם וכן נראה דהטור דייק דין זה מש"ס סוף פ"ק דמציעא דפריך לר' ירמיה בר אבא דקאמר סמפון היוצא מתחת ידי מלו' רצה לשחק בו ופסול מהא דתנן אם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות וקשה מאי קושיא הך דר' ירמיה מיירי שהמלוה טוען ברי שלא נפרע לכך אין השובר מועיל לפסול השאר אבל שם מיירי דטוען שמא לכך בצירוף השובר השטר בטל ושם קודם קאמר מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו א"כ סיפא נמי באינו יודע מיירי וע"כ צ"ל דהמקשן דייק דע"כ דטען ברי דאי בטען שמא מאי אירי' סמפונות בלא"ה השטר בעל כמו שכתב הטור וע"כ דטען ברי וקשיא לריב"א אך לפי זה יהא לכאורה דלא כמהרשד"ם שהביא הש"ך ס"ק א' דאל"כ אכתי מצי לאוקמא בשמא ושמא וע"כ דאף בכהאי גוונא אין צורך לסמפון ובלא"ה בטל השטר וצריך לומר דהקושיא כך כיון דבשמא ושמא גובה בלי סמפון אלמא דהוי כמו ברי וברי א"כ כיון דבשמא ושמא סמפון מבעל השטר ה"ה בברי כיון דבשמא ושמא נמי בלי סמפון גובה:

ב אינו גובה בו. לשון הטור צריך להחזיר לו שטרו ואין לו עליו אלא חרם סתם וכן הוא בבעל התרומות שם דהקשה מהא דקאמר מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבא אליהו ולמה לא יחזירנו ללוה ותירץ דהתם דהלוה שותק ואינו כאן הלכך שמא יודה הלוה ולכך מוקי לה התם בשטרות קרועים לכך אסור לתבעו שמא

יכשילנו להודות במה שאינו חייב אבל בלי שטרות קרועים שואל אותו אם יודה יתחייבו ואם יכפור יחזיר שטרו והר"ר יהודא ברצילוני תירץ דהתם במת מלוה ושטרות קרועים ע"ש שהאריך ותמה הגי"ת על הר"י ברצילוני דא"כ מאי פריך לריב"א הא ע"כ דידע דמצא בין שטרות קרועים דהא רישא איירי במת מלוה וא"כ קשה למה יהא מונח הא יורש גובה וע"כ בשטרות קרועים א"כ סיפא נמי ועיין תומים ס"ק ב' מה שהאריך ליישב קושיא זו בדוחק ותמהני דהא פשיטא דאין כאן מקום קושיא דהא בהדיא מבואר בבעל התרומות דהר"י ברצילוני מודה בעיקר הקושיא כמו שתירץ בעל התרומות דהתם הלוה אינו כאן ולא תבע לי' שטרו רק הוא הקשה שמא יפול קמי' ותירץ דוודאי לא יניחנו בין שטרות קיימים רק בין פרועים קרועים רק הא קשיא לי' לפי מה דמסיק בשטרות קרועים א"כ רישא נמי מקשה דמשמע באינם קרועים השטר קיים ולדעתי באמת אפי' אינו מונח בין הקרועים בטל בטוען שמא ועל זה תירץ ביתמי והרי זה מבואר דדוקא למסקנא דמוקי לה בקרועים הוכרח לאוקמא ביתמי אבל לס"ד דלא מיירי בקרועים אין צורך לאוקמא ביתמי כלל ומיירי בלוה עצמו ומצאו בין שטרות קיימים ואי משום דיפול קמי' יתמי כבר תירץ דיניחנו בין הקרועים עכשיו ע"ש היטב ותראה דאין כאן מקום קושיא כלל אמנם בעיקר הדין לבי אומר לי דבעל התרומות והטור לא סבירי להו הך דינא שהביא הנ"י בשם הרב הנשיא ז"ל דיכול לומר אח"כ עיינתי בחשבוני דלפי דבריהם למה יתחייב להחזיר לו שטרו הא יכול לומר שמא אח"כ אזכור דבאמת חייב לי ואם יחזיר לו השטר פשיטא דאינו יכול לומר כן והרב הנשיא דקדק בפי' שאין השטר פסול רק שאין ראוי לגבותו משמע מדבריו דאין ראוי לגבות בו אבל אין מוציאין ממנו השטר אבל לפי דבריהם דמוציאין ממנו השטר נראה דחולקין על הך דינא ועכ"פ לדברי הרב הנשיא ז"ל אם אומר שאינו רוצה להחזיר השטר שמא יזכור עוד החוב בבירור אין מוציאין מידו כנ"ל וצ"ע:

על חו"מ סימן ס

א שמכרם או נתנם הד"מ כתב דמתשובת הרא"ש כלל ע"ט משמע דבמתנה לא שייך תקנת השוק והש"ך השיגו דהתם בשט"מ מיירי דאפי' במכר לא עשו בו תקנת השוק ובאמת איני יודע אם דעתו דבמתנה שייך תקנת השוק א"כ מ"ש שט"ח דאי משום דלא שכיח בשלומא מכר לא שכיח העסק מכירת שטרות אבל ליתן מתנה מאי נפקא מינה מתנה אחרת או מתנה שנותן לו שטר ומזה דייק הד"מ דוודאי מכר לא שכיח מצד שהוא שט"ח אבל מתנה מצד מתנה לא שכיח ולא עשו בזה ת"ה אפילו. בחפץ דעלמא אמנם

נראה דמ"מ אין כאן ראי' כלל והוא דוודאי מתנה לא שכיח שיתן אדם לחבירו מעות רק חפצים כי מעות נרא' דרך בזיון כמו צדקה הלכך שיתן לו השטר הוי כמו מעות ולא שכיח: (ב) מפני תקנת השוק נחלקו בזה המבי"ט והרב ב"י בב"ח מאוחר שקדם וגבה אם שייך בזה ת"ה והש"ך האריך להסכים עם המבי"ט וראיותיו מהך דלקמן סי' שנ"ו ובאמת הרב הש"ך דרש המלות ולא הטעמי' כי אין תק"ה דכאן דומה להך ת"ה דלקמן סי' שנ"ו דהתם אין הכוונה לתקן השוק דאל"כ לא יקנה שום אדם חפץ מחבירו דאטו כ"ע חשידי בגנבי ובשביל שאחד יקנה מן הגנב שוב לא ירצה שום אדם לקנות וכבר נשמר רש"י ז"ל עצמו פרק הגוזל ומאכיל דף קט"ו ע"א מפי' זה וז"ל שם בד"ה תקנת השוק על שקנאו לוקח בשוק בפרהסיא לא הבין בו שנגנב עשו לו תקנה שישלם לו בע"ה מעותיו עכ"ל. הרי שפי' בהדיא דהוא בשביל לוקח שקנה בשוק ולא ידע אבל הכא הפי' תקנת השוק לתקן השוק דהדבר יש לו קול כמו קרקע כיון ששיעבד לו מא"ק רק כיון שהם כותבין כן שום אדם לא ירצה לקנות ובטל השוק וזהו ההפרש בין זה לזה דהתם כל שלא הפסיד הלוקח שהוא מחזיר לו מעותיו או שקיבל במתנה או בחובו שום אין מקום לחוש לתקנת השוק אבל הכא דהתקנה הוא לתקן השוק וגם במתנה כיון דהוי ליה הנאה שייך תקנת השוק הילכך במכר אפילו החזיר לו המעות או במתנה מ"מ שייך תקנת השוק דשום אדם לא ירצה לקנות ולא יוכל ליתן כיון שירא מב"ח דהכל כותבין כן אבל בב"ח לא שייך תקנת השוק כיון דלא שייך דהוי ליה הנאה לסברת ב"י אבל התם פשיטא דטפי שייך תקנת השוק בב"ח ממקבל מתנה דהוא יפסיד חובו ומקבל מתנה לא מפסיד כלום כיון דכל התקנה בשביל שלא יפסיד הלוקח שלא ידע אבל הכא בוודאי ידע רק התקנה שלא ירצה לקנות ולא ליתן ובטל השוק שפיר טפי שייך במתנה מב"מ מאוחר ודו"ק כי זה ברור וממילא בטלו כל ראיותיו של הש"ך ומה שכתב דב"ח מאוחר נמי הוי ת"ה דהיה לו הנאה במה שהלוהו לאו מילתא היא דהא הראשון נמי הלוהו ומ"ש זה מזה גם עיקר תק"ה לא שייך בזה כלל דכי בשביל שיכול לתפוס קודם על סמך זה ילוהו כיון דבלי תפיסה ב"ח מוקדם קודם. ובאמת מתחלה חשבתי דדעת המבי"ט באמת דגם בלי תפיסה כיון דבלא שיעבד מא"ק חולקין תרווייהו כמו שכתב הסמ"ע ריש סימן ק"ד א"כ אפילו שיעבד מא"ק משום תקנת השוק יחלוקו דאל"כ לא ירצו להלוות ומה נ"מ דתפס או לא תפס דכי על זה מלוה מעותיו שיתפוס רק דהמבי"ט טפי קמש"ל דאפילו נגד הכל עשו בו תקנת השוק. אמנם הש"ך השיג על מהר"י בן לב שכתב דאל"כ מא"ק למאי איתא וכתב שדבריו תמוהין דנ"מ אם ביד הלוה גובה המוקדם מבואר דסובר דביד הלוה כ"ע לא פליגי דהמוקדם גובה ובאמת לפי הנ"ל המבי"ט חולק

גם בזה כנ"ל [גם בלא"ה יש לתמוה על הש"ך דבסימן ק"ד השיג על הסמ"ע דמיני' יש דין קדימה במטלטלין כל שלא תפס וכאן כתב דנ"מ מיני' וקשה למה לי שמא"ק בלא"ה כל שלא תפס יגבה הכל וע"כ דסובר כהסמ"ע] וברור דהרב מהר"י בן לב הבין דהמבי"ט ע"כ חולק אפילו במיני' דאז יש מקום קצת לתקנת השוק דעכשיו שפיר ירצה להלוות כיון דהוא לא גרע מב"ח ראשון אבל אם יודה במיניה מה מקום יש לתקנת השוק בתפס דלא על זה מלוה מעותיו שיוכל לתפוס ומה שהקשה הש"ך דנ"מ בשטרות ג"כ לק"מ דהא עיקר הטעם בשטר דלא שכיח א"כ ממילא לא שייך לומר דעל זה יכתבו מא"ק גם עיקר דברי הש"ך שכתב משום דהוי כמאן דלא כתב לענין טריפ' ג"כ ליתא דהא מצינו לענין טריפ' ג"כ דלא שייך תקנת השוק טורף כמו שכתב המחבר:

ג שט"ח על אחר. ויש להבין דהא כל תקנת השוק הוא רק להשוות מטלטלין אגב קרקע כמטלטלין דעלמא ואף דכתב מא"ק כיון דהמנהג שאין גובין הי' הכוונה רק לשטרות או מיני' או לב"ח מאוחר כמו שכתב מהר"י בן ליב הביאו הש"ך ס"ק ח' א"כ כאן דבלי מא"ק פשיטא כיון דקיימא לן שדר"נ אינו יכול למחול א"כ הגע עצמך אם הי' מוחל ללוה בעצמו השט"ח לא הי' מועיל ועכשיו דמכרו אותו לאחר יועיל סוף סוף משועבד מדר"נ והא וודאי ליכא למימר דמשום תקנת השוק הפקיעו שדר"נ ועוד דא"כ אם נתנו ללוה בעצמו נימא ג"כ תקנת השוק דמ"ש הוא או אחר וברור דלא עשו תקנת השוק רק שלא יהא מטלטלין כקרקע א"כ הכא מה בכך דמכרו ונתנו לאחר ולא הוי כקרקע מצד מטלטלין גופא לא מהני דמשועבד מדר"נ וברור דהכא מיירי באופן דלית בי' משום שדר"נ כגון דהי' לו נכסים בשעה שנתן לזה או לא הגיע זמנו עדיין כמו שכתב הר"ן פ"ב דכתובות דיכול למחול ויפה דייק הש"ך ס"ק ט' דשטרות משתעבדי באגב ודלא כהתומי' ס"ק ג' ודו"ק: (ד) חמש שנים אבל רש"י פרק הניזקין חולק דחמש שנים הוי קצובין והרמב"ן והרשב"א טענו עליו מהא דאיתא ריש פרק אע"פ דתקנו מעה כסף תחת מעשה ידי' דקייצי ולא מזונות דלא קייצי (וצריך לומר דהרמב"ן דייק דרש"י ג"כ ע"כ סובר דבעינן קצבה למטה כמו שהוכיחו התוס' כתובות נ' בד"ה מאי עלויא דאל"כ פשיטא דלק"מ דהתם משום דאין קצבה למטה נגעו בה] וביאור דבריהם דהא שם הכוונה ע"כ דלא קייצי המזונות בעצמותן לא מצד הזמן דאי מצד הזמן גם מעשה ידי' לא קייץ וע"כ דגם מצד המזונות בעצמותן לא קייצי ולא שייך לומר דחכמים יתקנו נגד זה מעשה ידי' כיון שאינו ידוע ערך זה ואיך העריכו כנגדו מעשה ידי' וא"כ לרש"י דמזונות בעצמותן קייצי כל שידוע הזמן א"כ באותו הזמן שהיא חייבת משקל שני סלעים ביהודא גם מזונות קייצי בערך זמן זה ולפי זה לא ידעתי מאי הי' כוונת הש"ך בתירוץ ראשון כי

לפי מה שכתבתי בכוונת הרמב"ן לא תירץ כלום ותירץ השני ג"כ לאו כ"ע מודו בה כמבואר לקמן דהרבה פוסקים חולקין דחייב ברפואתה ג"כ גם היאך פסיק ותני ניזונית מנכסים משועבדים והא אי קיבל עצמו גם רפואה אינה ניזונית מנכסים משועבדים: אבל באמת תמהני מאד על הרמב"ן והרשב"א ז"ל דהא לק"מ לרש"י מהך סוגי' דהתם דוודאי פשיטא דמודה רש"י דאין זה קצוב לכל העולם שנאמר זה שקיבל חמש שנים ואחר שקיבל שניהם שווין דהיאך יעלה על הדעת לומר כן רק דכוונתו דכל מי שקיבל ה' שנים הוי לגבי אותו האיש קצוב כי יש לשום לפי ערכו מזונות ה' שנים ועיין בסעיף ג] אבל לכל אחד הוא קצוב בענין אחר וזה פשוט וברור א"כ שם דתקנו חכמים לכל העולם מעשה ידי' בשוה משקל חמש סלעים א"כ היאך אפשר דהי' תקנה זו נגד מזונות באותו הזמן דהא במזונות לאו כל אפין שווין ובמעשה ידי' הכל שווין ועיין באבן העזר סימן ע' דמזונות אשה כל אחד לפי ערכו ועולה עמו ואינה יורדת ע"ש לכך קאמר דמעה כסף תקנו שהוא הכל בשוה נגד מעשה ידי' דהכל שווין משקל חמש סלעים וזה ברור ולק"מ ויש לתמוה על הרמב"ן והרשב"א בזה ודו"ק:

ה לא נשתעבד להרמב"ם וכו'. כבר האריכו כל האחרוני' ביישוב דברי הרמב"ם הללו בדברים נכוני' אמנם בגוף הקושיא שהקשה הראב"ד מהך דפרק הנושא, לא ראיתי דבר מחוור גם מאין הוציא הרמב"ם דין זה וכ"כ הראב"ד וז"ל א"א רבותי הורו ולא ידעתי מאין הורו ומה שכתב בתומים דהתם שאני דאין זה מתנה כיון שמקבל תמורתו הנישואין והאריך בזה ובאמת מתחילה עלה בדעתי לומר כן אבל קשיא לי' מה שכתב הרמב"ם ומפני מה הנושא את האשה וכו' מפני שפוסק בשעת נשואין והרי זה דומה לדברים הנקנין באמירה משמע דלולי טעמא דרב גידל אמר רב אף בזה לא הי' משתעבד ובאמת מש"ס מוכח דמעיקרא דלא ידע דרב גידל ג"כ לר"י ניחא ומשתעבד א"כ לא הוי לי' לרמב"ם לתלות דין זה בדברים הנקנין באמירה אם לא שנאמר דהוי מצי למימר ולטעמיך והיינו תירוץ ה"ה לכן דבריו צ"ע [ומ"מ זה אמת במכר וכהאי גוונא ומיושבין שאר הקושיות כמו שכתב בתומים אבל הך דהנושא אינו מיושב]:

והנה לכאורה הי' נראה דהכרח של הרמב"ם ותירוץ ה"ה מוכרח בש"ס על דרך זה. והיא דוודאי אף דנימא דלית הלכתא כהרמב"ם והוראת רבותיו מ"מ פשיטא שאי אפשר לומר דדין זה אין מקום לטעות בו כלל ואם התנא משמיענו הפכו יקשה עליו פשיטא א"כ מאי מקשה לר"ל דהא פשיטא דמצי לאוקמא בגוונא דר"ל מודה בשטר גמור ואתם עידי ומה שפירשו רש"י ותוס' שם דא"כ קשה פשיטא מאי זו קושיא דהא גופא משמיענו דאף דהוי דבר שאינו קצוב מ"מ בשטר משועבד לאפוקי מהרמב"ם והוראת רבותיו והיאך

נימא דהש"ס מקשה לר"ל דהוי פשיטא להו כ"כ דלא כהרמב"ם בזה עד שאי אפשר לומר דהתנא משמיענו זה וע"כ צ"ל דבאמת לא הוי מצי לשנוי הכי דדבר שאינו קצוב באמת לא נשתעבד כלל וה"ה דהוי מצי למימר ולטעמיך ודברי הרמב"ם ותירוץ ה"ה מוכרחין [ונראה שלזה כיון ג"כ הרב בעל גי"ת שהביא הש"ך והשתא לק"מ מה שהקשה עליו הש"ך]:

אך באמת יען כי בלא"ה יש להבין בסתירת דברי הרמב"ם פרק כ"ג מהלכות אישות לכאן ומה שהקשה הש"ך והגיה ברמב"ם ותמה בתומים על הגהתו ולפעד"נ ליישב הכל על נכון מוכרח אנו להאריך קצת והנה בתומים ביקש להוכיח דינו של הרמב"ם מהך סוגי' דגיטין ודעתו דהוא מחלוקת תנאים ואמוראים ור"י ור"ל לטעמייהו לא סבירא להו דין הנ"ל ולכך לא קשיא כלל מפרק הנושא ודבריו תמוהין דא"כ פשיטא דלק"מ לר"ל דמיירי באופן דגם לשיטתו מחוייב ותנא דמתניתין קמש"ל דלא כר' יוסי רק בדבר שאינו קצוב מחוייב ומאי קושיא לר"ל ופשיטא דא"א לומר בזה דאין צורך לאשמועינן מה דנחלקו תנאים ואמוראים בזה בעלמא לכן אין לדבריו קיום בזה אבל לפעד"נ דהרמב"ם הוכיח דינו מסוגי' הש"ס פרק הנושא כמו שאבאר דפריך התם לר"ל דקאמר פטור ממתניתין מאי לאו כי האי גוונא ופירש"י ותוס' בלא שטר גמור רק כהך מחלוקת דנחלקו ר"י ור"ל ומשני לא בשטרי פסיקתא וכרב גידל אמר רב וכו' והשתא קשיא לי' לרמב"ם דהא פשיטא דמה שתירץ לא בשטרי פסיקתא הכוונה לא כמו שחושב מעיקרא רק דמיירי באמת בשטר גמור דר"ל מודה דליכא למימר דמיירי בהך גוונא גופא דס"ד מעיקרא רק דמשני דהכא שאני דמודה ר"ל דמהני כרב גידל א"כ קשה חדא היאך קאמר לא בשטרי פסיקתא הא מיירי בהך גוונא גופא והוי לי' למימר שאני הכא כרב גידל ועוד קשה דהא רב גידל קאמר עמדו וקדשו וכתב הכ"מ פרק כ"ג מהלכות אישות בשם הרב"ש סימן שמ"ה דמשמע דוקא בשעת קידושין כך הדין א"כ היאך אפשר דמתניתין מיירי בלי שטר כלל ומשום דר' גידל הא במתניתין לא מיירי בשעת קדושין דקתני הנושא את האשה והוי לו לומר המקדש וברור דהכוונה בשטר וכ"כ הכ"מ להדיא פרק כ"ג מהלכות אישות דבשעת נישואין לא מהני הך דרב גידל רק בשטר דוקא וזהו דמשני לא בשטרי פסיקתא והשתא תיקשי מה צורך לדרב גידל כיון דבלי שטר לא מהני ובשטר בעלמא נמי משתעבד ואכתי תקשי פשיטא ועכצ"ל דבעלמא אפילו בשטר לא נשתעבד כהאי גוונא דמתניתין דהוי דבר שאינו קצוב רק משום הך דר' גידל מועיל כאן בשטר ומ"מ בלי שטר לא מהני כיון דאינו בשעת קידושין וזה שדקדק הרמב"ם פרק כ"ג מהלכות אישות דדוקא בשעת קידושין אבל שלא בשעת קידושין עד שיכתוב שטר כמו שיתבאר בהלכות מקח

וממכר והיינו כמו שכתב שם פי"א מהלכות מכירה דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד אפי' בשטר ומפני מה הפוסק עם בת אשתו מהני שפסק בשעת נישואין והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה פי' כמו דשם מהני בלי שטר ה"ה בנישואין בשטר אף שאינו דבר קצוב ודבריו הם ממש דברי הש"ס שאי אפשר לפרש רק על דרך זה כנ"ל ודברי הרמב"ם מוכרחין ומעתה לפי זה ממילא מה שכתב הרמב"ם אח"כ דבשטר טורף משעבדי ע"כ ט"ס הוא כמו שכתב ה"ה והש"ך דהא מעיקרא אוקמה בפרק הנושא בשטר ומ"מ מקשה אח"כ ממשנה ומשני בקנו מידו וקשה כיון דבלא"ה מיירי בשטר מה צורך לקנין וע"כ דבשטר לא מהני לטרוף משעבדי בלי קנין ומה שתמה בתומים על הגהה זו דא"כ מנין לו להרמב"ם כלל דשטר מועיל אפילו לבנ"ח לק"מ דזה מוכח להדיא בש"ס דמוקי לה בשטרי פסיקתא ומהני בדבר שאינו קצוב כמו שכתבתי וזה ברור ונכון ונראה לפע"ד דמה שתלה הרמב"ם הוראה זו ברבותיו אף דלפי הנ"ל מוכרח הוא בש"ס רק בקנו מידו דבש"ס לא מוכח רק בשטר לא מהני בעלמא אבל בקנין אפשר דמהני דהא חזינן דלגבי משעבד מחלקינן בהכי וזה שכתב הרמב"ם דלבנ"ח אין חילוק בין קנין לשטר ובעלמא אפילו קנין לא מהני וכן הורו רבותיו אבל גוף הדין מוכרח בש"ס כמו שכתבתי והשתא וודאי אין כאן התחלת קושיא מה שהקשו דמעיקרא דלא ס"ד דר' גידל לר"י מי ניחא דהא כהאי גוונא מצינו בכמה מקומות ואחד מהם פאד"מ דפסקו הרי"ף ורמב"ם כר"ח דמחלק בין נו"ב ואפילו ר"מ לית לי' דיני גרמי בדיינא ובפרק עד כמה קאמר לימא תנן סתמא כר"מ ומשני בנ"ב מבואר דלר"מ אפילו בלי נו"ב ותירץ הרמב"ן שם דוודאי לס"ד דלא ידע דאיכא לאוקמא בנו"ב הוכרחנו לומר דלר"מ חייב אפילו בדיין דאל"כ מתניתן כמאן אבל למסקנא גם לר"מ בהכי מתוקמא וכ"כ כתב הרמב"ן במרובה גבי דבר ולא חצי דבר ע"ש והכא נמי בס"ד דלא ידע הא דר' גידל הוכרחנו לומר דמתחייב בדב' שאינו קצוב מהני דאל"כ מתניתן כמאן דלא כר"י ולא כר"ל אבל למסקנא דמשני כר' גידל וע"כ שאינו יכול לחייב עצמו באינו קצוב לר"י נמי בהכי מתוקמא דבהא לא פליג ר"י אר"ל כלל ולכך הביא הרמב"ם הך דר' גידל אף דקיימא לן כר"י והיינו משום דבר שאינו קצוב דבזו לא נחלקו כלל וזה ברור לפע"ד:

[1] ואם חלה הניזון הש"ך כתב דהתוס' חולקין בזה ומ"מ העיקר כריטב"א מכח הירושלמי ובתומים הקשה, הא דפריך פרק הנושא אי הכי בנות נמי ומאי קושיא בנותיו דחייב ברפואה לא מהני קנין דלא הוי קצוב ובת אשתו דאינו חייב ברפואה מהני קנין דהוי קצוב ולק"מ דמה בכך דבנותיו חייב ברפואה מ"מ פשיטא דלא מיגרע גרע בזה דמ"מ קצוב הוא חוץ מרפואה ולמה לא יוכלו לטרוף משועבדים כלל דקתני בנותיהן ניזונין

מנכסי' בנ"ח ודלרפוא' לטרפו למזונות לחוד ומה בכך דלרפואה לא נשתעבדו אמנם מהירושלמי פשיטא שאין ראי' דהא להחמיר בא ולא להקל דקאמר חלתה כמו שניסת והיינו דס"ד כיון שאלמנה צריכה לאכול לא יצטרך ליתן דמים ועל זה קאמר כמו שניסת דהתם וודאי הבעל נותן לה מזונות ומ"מ חייב הוא ליתן דמים ה"ה בחלתה א"כ כיון דכוונת הירושלמי להחמיר פשיטא דיש לומר דאם צריכה הוצאת לרפואה דחייב ליתן לה אמנם נלפע"ד להיפך דאדרבא הא גופא ראי' מן הירושלמי דוודאי אי נימא דרפואה אינה בכלל מזונות א"כ שפיר יש לומר דחלתה חייב במזונותי' כמו שניסת אבל אי נימא דרפואה בכלל מזונות א"כ היאך קאמר חלתה כמו שניסת דהא מה שהוא נותן לה לרפואה הא גופא הוי מזונות והרי הוא זנה ואפילו אם חלתה באופן שאינה צריכה רפואה כלל מ"מ כיון שעליו מוטל אז תחילה לרפואתה אף שהוא עולה הרבה טפי ממזונותי' התדירים א"כ מה בכך דעכשיו אינו אוכלת כ"כ הכל שלו כיון דגם ההיפוך מוטל עליו וע"כ דאינו חייב ברפואה כלל דאינה בכלל מזונות לכך חייב ליתן דמים וזה ברור לפע"ד ודלא כהתומים שדחה ראיית הש"ך מירושלמי מכל וכל ונראה ברור דאפילו החולקים דחייב ברפואה מ"מ בהא כ"ע מודים דאם ניסת או שהתחייב עוד אחר לזונה אינו בדין שאחד יתן לרפואה ואחד יתן דמי רפואתה דהיאך יעלה על הדעת דהיא תרוויח במה שחלתה דמי רפואתה וזה ברור לפע"ד (ז) כל ימי חייו או כל זמן שצריך וכו' וי"א לפטרה ר"ן פרק מי שאחזו בשנה אחת וכו' דין זה צריך בירור כי המעיין בר"ן פרק מי שאחזו וכו' וז"ל וכתב הרשב"א דבדיני ממונות כיוצא בזה אם אמר לו בית זה נתון לך במתנה על מנת שתזין את בני או את אבי ולא פי' לו זמן דלרבא צריך לזונו כל ימי חייהם ולרב אשי כמפרש יום אחד מיד דאיכא למימר דלכ"ע לענין ממונא סתם כמפרש כל ימי חייו ולא פליג רב אשי רק גבי גיטין דלצעורה קא מכוון והרי צערה יום אחד או שעה אחת והדבר צריך תלמוד ע"כ עכ"ל הר"ן והנה מבואר דאפילו הרא"ש דחולק פשיטא דמודה בזה להרשב"א דע"כ לא נחלק רק משום דיד בעל השטר על התחתונה אבל הכא אדרבא כיון דידו על התחתונה כל ימי חייו אמרינן וזה ברור. ונראה דגם, הרשב"א לא אמרה רק מטעם זה שהרי כתב דרב אשי לא אמר רק משום דלצעורה קא מכוון משא"כ הכא ולפי זה להיפך באומר לזון את חבירו סתם עדיף טפי מהך דרב אשי דפשיטא דיכול לומר ג"כ ליום אחד כוונתו רק כל כוונת הרשב"א אם הוא בא להוציא בזה נאמר דיש מקום לומר כל ימי חייו ויד בעל השטר על התחתונה ולכך תפס הרשב"א בדרך זה והרא"ש תפס דינו במקבל עצמו לזון סתם לכך כתב דאפילו לרבא התם מודה כאן דיש לומר סתם יום אחד דיד בעל השטר על התחתונה ואין כאן מחלוקת

אמנם הב"י בא"ה סימן קי"ד כתב בשם הרשב"א דגם במקבל עליו לזון חבירו סתם הוי כל זמן שצריך וצריך לומר דהתם מטעם נדר אתינן עלה לכך הוי להחמיר לפי זה מה שכתב הרב ועירבב כל ימי חייו וכל זמן שצריך אין ענין זה לזה דכל ימי חייו לכ"ע יד בעל השטר לעולם על התחתונה והרשב"א והרא"ש מודו בזה רק בענין דהספק כל זמן שצריך ואז חייב כל זמן שצריך לקיים הנדר ואפשר דגם הרא"ש מודה בזה ועיין תומים שכתב ג"כ כנ"ל אלא שלא העתיק דברי הר"ן פרק מי שאחזו הנ"ל דמהתם מוכח להדיא דגם להרא"ש הדין כן ואין כאן מחלוקת ודו"ק:

ח ואין המלבושים בכלל מזונות בירושלמי פרק הנושא קאמר תמן תני בנן נוקבין וכו' ומתזנין מניכסי ותנו עלה ומתכסיין בכסותו והיינו דאף מלבושי' בכלל משמע דה"ה בבת אשתו דאל"כ מאי ענין זה לשם דמיירי בבת אשתו וכ"כ המפרש שם ותמה על הב"י בא"ה שנעלם ממנו דברי הירושלמי ובאמת לפי מה שכתב הרא"ש פרק הנושא לק"מ והמפרש שם שסתמה על הרא"ש ובאמת יש לתמוה על תמיהתו דדברי הרא"ש נכונים וברורים דהבין מה דשאלו בירושלמי מעשה ידי הבת למי קאי על המשנה בנן נוקבין דאי אהך משנה דבת אשתו מאי ענין שהביא הירושלמי משנה דבנן נוקבין לכאן דליכא למימר לאשמעינן דבבת אשתו מלבושים בכלל דהא באמת ליתא כמו שכתב הרב כאן וע"כ דלכך הביא המשנה כדי לישאל האבעי' מעשה ידיהן למי ועל זה פשיט מהך משנה דהכא נשאת הבעל זנה והם נותנין לה דמי מזונות מבואר דבת אשתו מעשה ידיה לה ה"ה בתו כשמת וכן איתא האבעי' בש"ס דילן פרק נערה דף מ"ג ושפיר תמה הרא"ש דבת אשתו שאני דחוב הוא לה משא"כ בתו וזה שכתב הרא"ש דבש"ס דילן פרק נערה מפרש הטעם למה מעשה ידה לעצמה אפילו בבתו כשמת והכי איתא התם באמת אבל לא מבת אשתו דלא דמי כלל וזה פשוט וברור בכוונת הרא"ש וזה המפרש לא ידעתי מה היה לו שנתחבט בכוונת הרא"ש ולפי זה ממילא גם הך דין הנ"ל לא מוכח מירושלמי דדוקא בבתו מלבושים בכלל ולא הביא הך משנה רק משום האבעי' דרוצה ליפשט ממשנה דהנושא אך באמת המעיין בירושלמי יראה דהגירסא הוא ומתכסיין בכסותי וכן הגירסא ברא"ש ולפי גירסא זו בלא"ה אתי שפיר דאין כוונת הירושלמי לומר מלבושים בכלל ואדרבא להיפך דבא לומר דהנוסח הוא ומתכסיין בכסותי דאם לא הזכיר בפי' כסות אין מלבושים בכלל מזונות ולכך הביא כאן להורות דכ"ש בבת אשתו דאין מלבושים בכלל ולפי זה האבעי' במעשה ידיה לא קאי כלל על הך משנה רק ענין בפני עצמה בבת אשתו מעשה ידיה למי ושפיר פושט מנשאת דמעשה ידיה לעצמה ולק"מ קושית הרא"ש וזה ברור:

ט פטור מחלקה. עש"ך דמ"מ חייב לשלם ליורשי' ולא נפטר רק מהבעל דהוי ראוי כמו שכתב הרשב"א שם ובאמת צ"ע על הרשב"א שכתב בפשיטות דפטור כיון דחייב ליורשי' ואף דיש לומר דהרשב"א מיירי שהיה הוא בעצמו קרוב האשה וקודם בירושתה רק הבעל קודם לכל אדם ועל זה השיב דלגבי בעל הוי ראוי וזוכה הוא מצד יורש אבל מ"מ קשה דעיקר חסר ברשב"א דהיה יורש ומכ"ש דקשה על הרב. לכן נראה לפע"ד דכוונת הרשב"א דוודאי אם מתה ויורשיה תובעים אותו אינו מחוייב כלל כמו שאמרו בירושלמי מתה כבר מתה וע"כ לא חלק הרשב"א בין מזונות סתם לסך קצוב רק לגבי בעל דמדקצב סך והיו יכולין לתובעו מיד בוודאי היה בדעתו שהבעל יזכה בהכל אבל לא בזכי' גמורה מיד דהא פסק לשניהם רק על חצי שלה יהא הוא כמו בעל בנכסי אשתו ועשה כן לטובת הבעל כיון שגם לו פסק מזונות בפני עצמו א"כ גם חלק האשה זכה לו אף שתמות יירשנה [אבל לא עכשיו שהיה לו ליתנם לגמרי אבל ליורשי' פשיטא שאינו חייב ומעולם לא היה בדעתו לפסוק לה מזונות שיירשו יורשי' שהרי להם לא היה רוצה לפסוק כלל רק לבעל זכה כיון שגם לו פסק ועל זה השיב הרשב"א כיון דבמתנה לו לגמרי לא זכה שהרי פסק בסי' לאיש ואשתו רק בתורת ירושה ואין הבעל נוטל בראוי וממילא פטור לגמרי והנה הט"ז האריך במי שפסק מזונות לבנו וכלתו ומת בנו אם חייב ליתן לכלתו תשלום מזונות ויש היו אומרים דאין להוציא נגד סברת ר"ת דאומדין דעתו דלא פסק רק שיהנה בנו והוא השיג עליהם ממשנה דהנושא דאפילו נתגרשה ומתה חייב לזון בת אשתו ואין לחלק דהכא כתוב להזוג דהא התם אפילו כתוב בת אשתו לא מהני דאל"כ הפיקחין למה היה להם לכתוב כל זמן שאת עמי היה להם לכתוב לבת אשתי ואין דבריו נכונים כלל דמ"מ פשיטא דיש לומר דכל היכי שכתוב להזוג אין מוציאין ממנו כסברת ר"ת ומ"מ במוחזקת מודה ר"ת כמו שתירצו התוספות על הך ברייתא דתורת כהנים ותם לריק כחכם זה הפוסק וכו' דמיירי במוחזק והשתא הך דהנושא פשיטא דיפה היו עושין דכותבין כל זמן שאת עמי דאז ברור שאין כאן שום חייוב במתה ונתגרשה ואפילו תפסה מפקינן מינה אבל בבת אשתו נהי דאין מוציאין אבל להיפך ג"כ אין מוציאין ואין כאן תימה על הפיקחי' שכתבו באופן שיפטרו לגמרי ולא יועיל שום תפיסה וזה ברור:

י המחייב עצמו בכנה"ג פסק דאם מת היורשין פטורין ותמה בתומים מדברי התוספות פרק אעפ"י ולזה הביא ראיה מדברי מהר"ם במרדכי ריש ב"מ לחלק בין אם תלה החייוב בתנאי ונתחייב מיד רק על תנאי אז היורשין חייבין ואם חייב עצמו בלי תנאי בדבר שלא בא לעולם ומת פקע חייובו והיורשין פטורין ע"ש ודבריו תמוהין דאדרבא מדברי

מהר"ם שם מוכח להדיא להיפך בין קודם חזרה בין לאחר חזרה דקודם חזרה דרצה מהר"ם לפטור היורשין מטעם דהוי ס"ד דהוי דשלב"ל קשה הא שם הוי בתורת חייוב ויכול להתחייב אפילו בדבר שלא בא לעולם והיורשין ג"כ חייבין כיון שהיה החייוב מיד כסברת התומים וכ"ש לאחר חזרה דדייק רבינו מאיר מהך דהמפקיד דאפילו רבנן דפליגי אר"מ מודו דאם המקנה והקונה והדבר הנקנה בעולם רק תלה תנאי בדבר שלא בא לעולם דמהני והשתא מה צורך לזה אפילו אי נימא במכר ומתנה אפילו כהאי גוונא לא מהני מ"מ התם דהוי בתורת חייוב מהני וגם היורשין חייבין התם כיון דהחייוב מיד ותלאו בתנאי כמו שחילק התומים ומה צורך לו למהר"ם להמציא דבעלמא נמי מהני דלא מיקרי דבר שלא בא לעולם כלל תדע דהא מדברי התוספות פרק אעפ"י [כמו שהוכיח בתומים] מוכח דאפי' אי במכר ומתנה לא מהני מ"מ בחיוב מהני והיורשין חייבין כל שהוא בתנאי והחייוב מיד דאף דקיימא לן סימן כ"ט דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם היינו אם הדבר הנקנה בעולם אבל התם דידוע דהחתן אין לו כלל עכשיו א"כ פשיטא דבמכר לא הוי מהני ומ"מ בחייוב מהני ולאיזה צורך הוצרך מהר"ם להאריך בראיות להמציא דרבנן לא פליגי אר"מ היכי שהכל בעולם חוץ מהתנאי שתלה בו החייוב וע"כ צריך לומר או דמהר"ם פליג על המחבר דל"ש בין חייוב למכר ומתנה או דסובר דאפילו תלה החייוב בתנאי ונתחייב מיד מ"מ כל מטעם חייוב היורשין פטורין דלא כהתוס' הנ"ל:

אמנם בלא"ה דברי התומים תמוהין מאוד ואין מדברי מהר"ם שם שום ראיה דחולק על המחבר והוא דפשיטא דמה שהעדיפו חייוב ממכר היינו מצד דבר הנקנה שאינו בעולם אבל אם הקונה אינו בעולם אין חילוק כלל כמבואר להדיא לקמן סימן ס"א ס"ד בשטר שכתוב בו שנתחייב לכל מי שמוצאו ומצאו מי שלא היה ילוד בשעת שהתחייב עצמו לא מהני שאינו יכול לשעבד לדבר שלא היה בעולם אף שהוא בלשון חייוב והשתא כמו כן אם יהא הדין שאם תלה החייוב בתנאי בעינן שיהא הקונה והמקנה והנקנה וגם התנאי שתלה בו בעולם א"כ לא יועיל לשון חייוב רק לנקנה דגופו בעולם אבל לקונה ותנאי פשיטא שלא יועיל א"כ הוצרך מהר"ם להביא ראיה מפרק המפקיד דתנאי אין צורך שיהא בעולם כלל דלולי זה לא היה הוה מועיל חייוב כלל כמו לדבר שאינו בעולם דלקמן סי' ס"א הנ"ל:

אך אם באנו לדון בדברי מהר"ם יש להקשות כך דלאיזה צורך דיקדק מהר"ם דהתם הקונה והמקנה ודבר הנקנה בעולם והיינו העשרה זקוקים דהא אפילו לא היה דבר הנקנה בעולם מועיל התם כיון דהוא בלשון חייוב אך אם נדקדק כן פשיטא דמוכח

חדא מתרתי או דחולק על המחבר או דסובר דבזה היורשין פטורין ודלא כהתוס' פרק אעפ"י וזה ברור. אך באמת אין זה קושיא כלל דמהר"ם קושטא דמילתא קאמר דהתם היה בעולם הגם דכל הטעם דחייוב מהני משום דאז דבר הנקנה בעולם כי בחיוב גופא הוא דבר הנקנה א"כ יפה כתב מהר"ם דהתם הכל בעולם או מצד חייוב וגופו בעולם או דהיה באמת בעולם ואינו חולק על המחבר כלל ולא מוכח מידי ועיין עוד בתומים דהביא קושיא בשם הכנה"ג אהא דקאמר יכיר למה לי דהא יכול לחייב עצמו בחייוב דמהני לכ"ע ותירץ הוא דנ"מ לענין מטלטלי דמטעם חייוב לא נשתעבדו לב"מ ולא נהירא כלל דזהו דוקא בחוב מעות דנכסיו הם בתורת שיעבוד ומטלטלי לא נשתעבדי אבל אם מתחייב ליתן לו שני חלקים מנכסים הרי הנכסים בעצמותן שלו הם ופשיטא דיגבה אותם לאחר מיתה והעיקר נראה לי בזה כמו שכתב במ"ל פרק י"א מהלכות מכירה בישוב קושיא זו ע"ש: (יא) או קיבל אחריות על כל נכסיו עש"ך ס"ק כ"א שהביא קושית הגי"ת דמדברי הרמב"ן מוכח דבאחריות חייב להעמידה בידו מצד האחריות ודחק הש"ך לחלק בין אם חייב עצמו בחייוב גמור באחריות או אחריות סתם ומלבד מה שיש לתמוה שלא זכרו הטור ומחבר והרב דבהכי מהני אבל בלא"ה לא יכולתי להבין דבריו כלל דהא מעיקרא כתב בעה"ת דאם מכר או נתן דבר שדה שיש לו רק באחריות שיעבד לו דאקני מהני וכתב דבזה השוו כל המורים דמהני והיינו דבשיעבוד הוי מתורת חיוב דמחייב גופו אלמא דכל מה דמהני אחריות בדבר שלא בא לעולם משום חייוב הוא ומ"מ אם מכר לו שדה שיקנה לא מהני אף דנתחייב באחריות מתורת חייוב. אמנם תמהני מאוד על האחרונים דהא בלא"ה יש לתמוה ברמב"ן שם שכתב וז"ל שהמוכר או הנותן מה שעתיד לקנות ושיעבד נכסיו וקיבל אחריות להעמידה בידו חייב להעמידה בידו ואי לאו גובה מהן מדין אחריות והוא שכתב דאקני באחריות וכו' ודאקני בכל דין חייוב ממון משתעבד הוא עכ"ל והדבר תמוה אם כוונתו שחייב להעמידה בידו מצד האחריות שהתחייב גופו מה צורך לדאקני באחריות אם שיעבד לו נכסיו שיש לו לאחריות שיעמיד בידו הנכסי' שיקנה ג"כ הדין כן כיון דהחייוב חל על גופו להעמידה בידו ונכסים שיש לו משועבדים לו עד שיעמידה בידו וברור דכוונת הרמב"ן לחלק דע"כ. לא אמרינן מנה אין כאן שיעבוד אין כאן רק אם המתנה והשיעבוד שני ענינים מחולקין כי המתנה על שדה זו והשיעבוד על שדה אחר אבל אם השיעבוד ג"כ על אותה שדה עצמה גובה מכח שעבוד אותה שדה עצמה וזה שכתב שאם מכר לו מה שיקנה ובאחריות שיעבד ג"כ דאקני א"כ אותה שדה עצמה שיקנה מחוייב הוא בתורת חייוב ג"כ מצד האחריות לכך גובה מהן מכח האחריות ולא שייך לומר מתנה אין כאן כיון

שהשיעבוד על אותה שדה עצמה וטורף מתורת שיעבוד וזה ברור לפע"ד שהרי דיקדק הרמב"ן בפי' והוא שכתב דאקני באחריות מבואר דמטעם זה פסק כן אבל באחריות סתם כיון שאין האחריות על אותה שדה ואינו יכול לטרוף אותה שדה אפילו מצד אחריות רק שדה אחר שפיר אמרינן כיון דאותה שדה אינו יכול לטרוף גם האחריות של שדה אחרת אינו אבל אם טורף אותה שדה מצד האחריות בדין טורף וזה שכתב הרמב"ן וגובה מהן מדין אחריות והיינו כמו שכתבתי [ולשיטת הש"ך יש לפרש גם דברי הרב בהגה' שכתב אבל לא שיעבד עצמו להתחייב על דרך זה ואין צורך למה שכתב הסמ"ע ס"ק י"ח:

יב על התובע להביא ראיה. הש"ך והסמ"ע הקשו דברי המחבר אהדדי שפסק בסי' ר"נ להיפך דעל היורשין להביא ראיה ותירץ הש"ך דהכא המטבע אינה בעין לא שייך כאן נמצאו ואמת כי יש להביא ראיה לדבריו מלשון המחבר ששינה מלשון בעה"ת שכתב שצריך שיהיה ברשותו בשעת קנין ואם אין הדבר ידוע שהיה ברשותו בעת ההיא וכו' הרי שדיקדק שלא ידוע שהיה ברשותו בעת ההיא אף שאח"כ ידוע שהיה ברשותו והמחבר כתב שצריך שיהיה ברשותו בשעת קנין ואם אין הדבר ידוע שהיה ברשותו על התובע וכו' והשמיט בשעת קנין והיינו שצריך שלא יהא ידוע כלל שאם ידוע שהיה לו פעם אחת כאן נמצאו כאן היו אך באמת נראה לפע"ד ליישב בפשיטות דלא דמי להתם כלל דהתם השטר כשר בוודאי שהרי נתן לו מטלטלין ואז היה לו מטלטלין רק הספק על המטלטלין עכשיו שמא אז לא היה אותן המטלטלין אז שפיר מהני הך סברא דכאן נמצאו אבל כאן הטענה על השטר דחספא בעלמא הוא ומעולם לא היה שום חייוב כלל כי אם לא היה בשעת מעשה הזהו' השטר חספא בעלמא הוא לכך על התובע להביא ראיה ועיין בסמוך ס"ק י"ד:

יג אבל רבים חולקין. עיין בטור אחר שהביא דברי הראב"ד כתב וא"א הרא"ש ז"ל כתב פרק אעפ"י וכו' ע"ש ותמה הב"י דהא פשיטא דאין מדברי הרא"ש ראיה דבשיעבוד כ"ע מודו דגופו מתחייב ע"ש אבל המעיין ברא"ש שם ריש פרק אעפ"י יראה דמוכח להדיא כהראב"ד דהקשה שם היאך החתן יכול לחייב עצמו במאה ליטרין כיון שאין לו עכשיו כלל ותירץ מקודם בשם ר' אליהו דבשיעבוד יכול להתחייב דגופו משועבד והוא בעולם אחר כך תירץ בשם ר"ת דהוא מטענת הודאה כיון שמתחייב מאה ליטרין מודה דיש לו והודאת בעל דין כמאה עדים וכתב הרא"ש על זה דאין זה מספיק היכי שידוע לנו שאין לו והשתא הדבר מבואר דהיכי שידוע לנו שאין לו נתן הטעם משום [שיעבד גופו אבל באינו ידוע מודה לסברת ר"ת מטעם הודאה והיינו ממש כדברי הראב"ד דהא הרי"ף מיירי שאינו ידוע ומכחישים זה לזה ומהני להרא"ש מטעם הודאה:

יג דוודאי נתן באופן המועיל עש"ך דוקא בנתתי אבל באני נותן לא דאל"כ תקשי על פסק הרב סימן קי"ב ס"ג בהגה' דהמקבל צריך להביא ראיה ותמהני מאוד דהא בהדיא מבואר בתשובת הרא"ש שהביא ב"י סימן זה בכלל ל"ו דאפילו באני נותן הוי הודאה והיינו כיון שכתב לו אני נותן בוודאי יש לו דמי אין לו היאך נותן הא אין לו כלום וכן מבואר להדיא בדברי התוס' והרא"ש ריש פרק אעפ"י דכיון שמתחייב עצמו עכשיו הודה שיש לו רק דתירצו עוד דחייוב ושיעבוד שאני אבל עכ"פ מבואר דזה הוי הודאה והרא"ש לא ניחא ליה בזה היכי דידוע דאין לו אבל באינו ידוע פשיטא דמהני הודאה ומה שהקשו על הרב מהך דלקמן סי' קי"ב פשיטא דאין כאן התחלת קושיא ולא דמי להכא כלל דהתם אפילו בנתתי לא הוי הודאה כלל דהא באמת בשעת מתנה היה לו נכסים והשטר חל על אותן נכסים ואנן מספקא לן על הנכסים עכשיו אם הם אותן שהיה לו אז או שקנה עוד נכסים ומאי ענין זה להודאה ודוקא הכא דאם לא היה לו אין כאן מתנה כלל והשטר מעיקרא חספא הוא הילכך כשנתן לו בוודאי לאו חספא נתן לו והוי כהודה שיש לו משא"כ התם דבאמת היה לו וכי שייך לומר שהודה שהנכסים אלו שלאחר מיתה הם אותן שהיה אז וזה ברור

והשתא ממילא לא קשיא מה שהקשה בתומים ובספר בני יעקב דהא לקמן סימן ק"ץ קיימא לן דשטרי דידן הם שטרי קנין ולא שטר ראיה א"כ אינו מועיל נתתי ולפי הנ"ל ת"מ דהכא לאו מתורת נתתי אתינן עלה רק כיון דאם לא היה לו אין כאן מתנה כלל א"כ לאיזה צורך נתן לו ובוודאי לא לשחק בו נתן לו לכך הוי כהודאה דיש לו כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל ל"ו וכמו שכתבו התוס' והרא"ש ריש פרק אעפ"י א"כ מה בכך דאינו שטר הודאה רק מקנה עכשיו מ"מ אם אינו ידוע שלא היה לו סמכינן על זה דהוי כהודה שיש לו ולכך בסי' קי"ב ור"ן דשטר המתנה היה אז בהכשר בנכסים שהיה לו אז לא זכר הרב כלל מהך דעה דכאן דלא שייך הודאה כלל כנ"ל וכל זה ברור לפע"ד:

טו ואם הודה לוי וכו' קשה לי על דין זה דהא קיימא לן מצא שובר ומלוה מודה יחזיר ולא חיישינן דילמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי משום דאיתא לדשמואל דיכול למחול כמו שכתב בעה"ת שער נ"ב דכמו דהדין בשובר אשה ה"ה בשט"ח והכי איתא להדיא בש"ס מצא שוברין ודייקינן הא אמר תנו נותנין ונתבאר לקמן סימן ס"ה והשתא תקשי מה בכך דאיתא לשמואל מ"מ ניחוש דילמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ובין הזמן מסר השטר לאחר בהודאה לפני עדים שהיה שלוחו בהלואה זו א"כ אינו מועיל מחילה ואם יחזרו השובר הכתוב מניסן פשיטא שלא יועיל הודאה זו לחוב לאחרים וע"כ צריך לומר דלא מהני הודאה זו שלא יוכל למחול רק במעמד שלשתן ואז לא חיישינן כמו

שכתב התוספות פ"ק דמציעא גבי מצא שובר ע"ש ולפי זה צריך לומר דאפילו בכו"מ יכול למחול אפילו בכהאי גוונא כמו כל מוכר שט"ח דאל"כ אכתי יש לחוש ומ"מ צ"ע בזה כיון דהשטר הקנה לו בכו"מ למה לא יועיל הודאה שלא יוכל למחול ועכ"פ דינו של המחבר צ"ע והנה הט"ז הקשה אפילו חב לאחרים לא יוכלו לגבות בלי השטר כיון שהוא ביד ראובן והנה מלבד מה דבאמת אפילו בזה יש נ"מ כמו שכתב בתומים אבל בלא"ה משכחת לה בחייב ללוה עצמו שלוה ממנו בתוך זמנו דאז פשיטא דהוי חב לאחרים או באופן שכתבתי לעיל וכהנה רבות (טז) אפי' לא פירש עיין תומים דלכך השמיט המחבר מה שכתב בסי' קפ"ד בשם הרמב"ם דאם אמר למוכר שאינו כותב בשם אחר רק שלא ידעו שהוא הקונה שחייב לכתוב לו שטר אחר משום דדוקא מכר ע"כ הי' הכוונה לשטר אחר על שמו דאי דהי' ירא שהמוכר יאמר לאו בעל דברים דידי את הא מוחזק בקרקע ואי דהי' ירא מאותו שנכתב על שמו שלא יערער הא נאמן במיגו דכו"מ הי' לו ואבד דהרמב"ם פוסק כרבא דאין צריך להביא ראי' ובזה כתב ליישב דברי הרמב"ם דבש"ס אליבא דאביי קאי א"כ שפיר קאמר מהו דתימא שכיון מאותו שנכתב על שמו דהי' ירא מני' אבל לרמב"ם קשה פשיטא לכך הוכרח הרמב"ם לפירושו ע"ש שהאריך ואין דבריו נכונים כלל דהא פשיטא דאפילו במכר ולרבא ג"כ יש לומר דהי' ירא שלא יטרפוה ממנו ואז כשיחזור על המוכר יאמר לאו בעל דברים דידי את וכמו כן לא יוכל לחזור על אותו שנכתב על שמו כיון שאין לו ממנו שטר א"כ אכתי תקשי על הרמב"ם דהא תירוץ הש"ס אתי שפיר אפילו לרבא וכמו כן קש' להיפוך על פסק הרמב"ם מנין דהיה הכוונה לשטר על שמו כוונתו הי' שידעו העדים שהוא לקח השדה שיוכל לחזור על המוכר כשיטרפוה ממנו ולא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את ועכ"פ כיון שהמחבר פסק כהרמב"ם ממילא גם בהלואה הדין כן דשניהם שווין כנ"ל ובעיקר דבריו יש לתמוה גם כן דמ"מ היאך נכריח דהי' הכוונה שלו ליקח שטר מהמוכר על שמו דהא כמו שאינו ירא מאותו שנכתב על שמו כמו כן פשיטא שאינו ירא מן המוכר כמו שכת' הוא דמוחזק בשדה א"כ ע"כ דמ"מ רוצה בשטר על שמו א"כ מאי נ"מ דנימא דמן אותו שנכתב אותו על שמו רוצה או מן המוכר לכן אין לדבריו קיום בזה ומ"מ בעיקר הדין דבריו נכונים מטעם אחר כמו שכתב קודם דכל עיקר טעמו של הרמב"ם דכופין על מידת סדום וזה לא שייך רק במכר ולא בהלואה דלא ניחא לי' דליפש עלי' שטרא:

יז מחכירת הקהל עסמ"ע וש"ך ובתומים כתב דתליא בהך דלעיל סעיף ט' דאם שמעון מערער אין משגיחין בו אף שנכתב על שמו א"כ הכא פשיטא דלא עדיף מה שכתב מחכירת הקהל באם הי' הכל על שם הקהל נאמן כשהשטר בידו לכך צריך דוקא מנהג

אבל המחבר נמשך אחר הרשב"א לעיל דשמעון זכה א"כ הכא אין צורך למנהג דבלא"ה כיון שכתב על שם הקהל נאמנים דשלהם הוא ואין דבריו נכונים כלל דלא דמי כלל להך דלעיל דהמעשה הי' דכ"ע מודים דראובן הלוה המעות והוא צוה לכתוב השטר רק שמעון אומר שזכה לו אז לא מהני כמו שכתבו בעה"ת וטור דאין זה לשון זכיה ולא לשון מתנה אבל שם בתשובת הרא"ש דהוא דינו של המחבר כאן לא לוה ראובן המעות כלל ואדרבא הוא אומר שהקהל נתנו לו לגבות חובו המגיע לו מן הקהל והם היו המלוים באמת א"כ כיון שהקהל מכחישין בזה ואין לו כו"מ אינו נאמן ולדבריו אי נימא דדמי לכאן מאי מועיל המנהג כיון שאומר שלוה והעלה על שם הקהל מאי מועיל מנהג ודוקא אם הקהל היו המלוים שפיר שייך לומר משום מנהג דאל"כ למה העלו על שם ראובן והי' זה סיוע לטענת ראובן אבל לפי הבנתו אין טענה במנהג כלל אמנם לפע"ד נראה דכוונת הרא"ש דוודאי לולא המנהג ג"כ אינו נאמן במקום אחר דיש לומר דבכונה העלה השטר על שמו לאיזה סיבה ולכך כתבו מחכירות לידע שהוא שלהם אבל בקהל לולא המנהג אין מקום לתרץ למה כתבוהו על שם היחיד דוודאי על שם הקהל עדיף טפי מיחיד והכל בכלל הקהל גם אותו יחיד לזה הוכרח הרא"ש לומר דהי' המנהג כך דגם הקהל הי' להם איזה סיבה להעלות על שם היחיד ואז דומה קהל ליחיד כנ"ל:

על חו"מ סימן סא

א ואיכא למימר שהעדים טעו עסמ"ע ס"ק ו' מה שדחק עצמו בכוונת הרב דכונתו דלא נימא אף דמסתמא לא ניתן לכתוב דלמא אישתני דעת לוה זה וא"ל לכתבו קמש"ל דלא רק דאמרינן שטעו וכתבו לו שטר שאינו עומד לכתוב. ודבריו דחוקין וכמעט אין להם ציור ונראה לי שלא דק בכוונת הרב וכוונתו פשוט דאי בגוונא שאין מקום לומר שטעו א"כ פשיטא דהשטר פסול דהעדים רשעים כמו עדים שחתמו עצמן על מוקדם במזיד פסולים לעדות לזה כתב שטר שלא ניתן לכתוב ואיכא למימר שהעדים טעו ואינם רשעים מ"מ אין דנין על פי אותו שטר דהוי מפי כתבם וכן האמת דאפילו אין העדים רשעים כל שנכתב השטר שלא כדין הוי מפי כתבם ואין דנין ממנו ועיין לעיל סי' ל"ט סי' י"א ומ"ש שם והנה הש"ך דעתו דהרא"ש והריב"ש לא פליגי כלל רק הרא"ש מיירי שנתחייב לפני עדים בקנין שיכתבו עליו שהוא מחויב לעשות שטר וכו' ולא ידעתי היאך אפשר להלום דבריו ברא"ש וטור שכתבו להדיא שהעדים כותבין כן כדי שלא ישכחו החוב הרי דכתיב' זו לא הי' בחייובו רק השטר הגמור והם כתבו כן למזכרת

שלא ישכחו ולפי' הש"ך הוא צוה לכתוב זכירה זו גם לשון זכירה הוא שהעדי' כותבין לזכור לא שהוא מתחייב בכתיבה זו:

ב כתקנת הגאונים:

עסמ"ע ס"ק ז דהיינו אם אין לה כלל אבל ביש לה קרקע אין כאן תקנה שתשבע ותימה הוא שהרי הטור סיים וכתב דאל"כ כל אדם יאמר אין לי מטלטלין ואיני נשבע תגבו לו קרקע הרי להדיא דאפילו אית לה קרקע חייבת שבועה שוב ראיתי בפרישה שהרגיש בזה ופי' כוונת הטור דא"כ כל אדם יאמר כן והצטרכו לגבות לו קרקע או להאמין שאין לה ויותר יש לפרש בלשון תמיה דכל אדם יאמר כן תגבו לו קרקע דהא פעמים דלית לי' קרקע אבל אינו נכון וכבר העיד בפרישה בעצמו שהוא דחוק והעיקר כהש"ך בזה:

(ג) שהמוציא היה ילוד. עיין תומים ס"ק א' דלמ"ד לכשתלד קנה ליתא לדין זה והוא תמוה דהא שיעבוד הוא מטעם חייוב כמבואר בבעל התרומו' דיליף חייוב משיעבוד או כמו שכתבו התוס' והרא"ש פרק אעפ"י דמטעם הודאה הוא אבל עכ"פ הטעם דהוי בא לעולם א"כ לדבר שלב"ל פשיטא דלא מהני ועיין לעיל סי' ס' ס"ק י' הוכחתי כן מדברי מהר"ם ריש ב"מ עוד הביא קושי' בשם גאון אחד מאי פריך יכיר למה לי הא צריך לאומר על בנו קטן וע"ש שהאריך ותורף דבריו דלמ"ד לכשתלד קנה א"כ לר"מ יכול להקנות לדבר שלב"ל כמו שכתבו התוס' א"כ אכתי יכול להקנות לכשיגדיל. ואינו נכון דהא בגמר תירוץ ראשון משני לרבנן דפריך עלה הניחא לרבנן לר"מ א"כ לרבנן מאי קושיא וכן מבואר בדברי הגאון ההוא דעיקר הקושיא מעיקרא לרבנן ואי דאכתי תקשי לר"מ הא השתא נמי פריך הניחא ולמה לי' לאוקמא בנכסים שנפלו לאחר מכן ואי דנימא דסוף סוף משני שפיר א"כ בלא"ה לק"מ וראיתי בספר נ"מ כתב ליישב דמצי להקנות לאחר על מנת להקנות לקטן לכשיגדיל דקני על מנת להקנות מהני בדבר שלב"ל ע"ש ולא דק בזה דמה נפשך אם יהא תנאי כפול דאם לא יקיים התנאי תבטל המתנה א"כ ירא שמא לא יקיים התנאי והמתנה בטילה ויירשו היורשין בשוה ואי באופן דמעשה קיים א"כ בוודאי לא ירצה להקנות לקטן ויהא המתנה שלו באופן שאין לדבריו קיום ובאמת המעיין בתו' ריש פרק בן סורר ומורה יראה דהא ווודאי התוס' מודים דאי אפשר שנאמר דליכא למ"ד דקטן יכול לזכות מדאורייתא כשדעת אחרת מקנה אותו כמו שהביאו שם בירושלמי דרבנן דקיסרין קאמרי בהדיא דקני מדאורייתא גם מהך דפריך ממעשר שני מבואר דהוי דאורייתא ע"ש כמה ראיות רק שהביאו ג"כ דאינו רק מדרבנן אבל עכ"פ פלוגתא הוא ופריך הש"ס להך מ"ד יכיר למה לי כנ"ל:

ד כל מי שמקנה בסודר ואפילו אינו יודע לקרות השטר ואינו יודע מן המנהג מ"מ הדין דכותבין כפי המנהג כמבואר לקמן בש"ך ס"ק י"ח ובסמ"ע ס"ק כ"ג ולכאור' מדברי הרשב"א שהביא ב"י גבי שטר מברחת משמע דאם ידוע שאינו יודע מנוסח השטר אין דנין על פי השטר מסתמא מחמת המנהג שכתב גבי אשה בשטר מברחת אף שהי' כתב מתנה לחלוטין ע"ש וצריך לומר דדוקא התם שהאש' לא היתה רוצה כלל ליתן המתנה רק כתבה כדי להבריח א"כ היא חשבה דבאיזה נוסח שיכתו' לא יועיל דהכל נכתב להבריח ולא עלתה על דעתה שיש לשון בשטר מתנה שאפילו נראה להבריח לא יועיל אבל הכי שהוא מכיון באמת לכתוב שטר גמור וצוה סתם בוודאי הי' דעתו על הנוסח הנהוג יהא איך שיהי' שאם הי' דעתו לשנות הי' שואל על הנוסח ולברר ממנו מה שהוא מסכים ומדצוה סתם ולא שאל כל שנכתב כמנהג מהני ולפי זה נדחה ראיית הש"ך לעיל ס' סימן מ"ב מדברי הרשב"א לחלק בין ידע או לא ידע בדורשין לשון הדיוט ולפי הנ"ל ע"כ לאו ראי' הוא כלל ועיין בסמוך:

ה אבל תנאים כגון נאמנות וכו' והקשו האחרונים דהא בתשובת הרא"ש שהביא המחבר סעיף זה מבואר דאפי' בנאמנות כן הדין גם הקשו על הריטב"א דהא רב האי סובר דורשין לשון הדיוט ואפילו לא נכתב כנכתב דמי [זהו מה שהוכיחו התוס' ב"מ דף ק"ד דע"כ אפילו לא כתב וכבר שדינא בה נרגא לעיל סימן מ"ב ע"ש] א"כ ה"ה בנאמנות כיון שהוא בכלל המנהג והש"ך אזיל לשיטתו לעיל ס' סימן מ"ב לחלק בין ידע ללא ידע ועמ"ש שם ובתומים כתב לחלק בין אם הורגלו לכתוב כן אינו מועיל בלי כתיבה משא"כ המנהג שלא לכתוב ומ"מ הוי ככתוב אף אנו דנין כן ע"ש שהאריך ואי אפשר לכוון דבריו בלשון הפוסקים שכתבו ל' שהורגלו הדיוטות לכתוב בשטרות אף שלא נכתב ככתוב דמי מבואר אף דהדיוטו' רגילין לכתבו ובאמת נרא' לפע"ד דאין כאן קושיא כלל דלעיל מיירי הרא"ש שהוא עומד לפנינו ומצוה סתם לכתוב אנו אומרין דהרשות ביד הסופר לכתוב כמנהג דמדסתם הוי כפי' שנכתב כמנהג וכן בהך דלא נכתב ככתוב מבואר להדיא דהיינו דוקא בידוע שהוסכם בעת כתיבה לזה אז סתמו כפי' כמו שכתבו התוס' להדיא דדייקי אפילו לא כתב מהני דאי בכתוב פשיטא כיון דכך התנה מתחילה ומזה דייקי אפי' לא כתב מבואר דאז הוי כנכתב אם התנה מתחילה ובעלמא אם הי' בדעתו לכתוב מ"מ כל שלא נכתב בשטר אין לו דין שטר דלית לי' קלא אף שהוסכם מעיקרא לכתבו בשטר אבל לשון שנהגו הדיוטות והוא הסכים מעיקרא אפי' לא נכתב כנכתב אבל הכא מיירי דאין ידוע אם סתם מעיקרא כמנהג או הקפיד בפי' ולזה כל תנאי שאינו נכתב בשטר אף דהמנהג לכתבו ולא נכתב כנכתב מ"מ שמא הקפיד שלא לכתבו

ומה יועיל לשון הדיוטות אם הוא לא רצה ועכשיו דלא נזכר בשטר נאמנות מנין לנו שהי' הדבר בצווי סתם ונמשך אחר המנהג שמא בכוונה לא נכתב ואינו מועיל בזה לשון שנהגו הדיוטות כלל כנ"ל ולפי זה ממילא אפילו לא ידע רק ידוע שצוה בסתם שפיר יש לומר כיון דהסופר היה יכול לכתוב כמנהג א"כ ממילא אפילו לא נכתב ככתוב כמו שכתבתי בס"ק לפני זה ודו"ק: (ז) דאז יצא הקול. במשנה למלך הקשה דהא הוי מוקדם דהודאה דאח"כ לא עדיף מהלואה וקשה על המחבר דפסק כרב אסי ובתומים תירץ על פי דברי הר"ן פ"ב דכתובות ונתבאר לעיל סימן ל"ט ולפי זה לפי מה שהניח הש"ך שם דברי הר"ן בצ"ע גם הך דינא ליתא אבל באמת נראה לפע"ד ליישב בפשיטות על פי מה שכתב הסמ"ע ס"ק ט"ו דהכא מיירי שהי' חשבון ביניהם רק שעדיין לא נגמר החשבון וכתב לו שטר שעל פי מה שמגיע לו מן החשבון יתן לו הודאה ויועיל על זה השטר א"כ עיקר החוב היה באמת בשעת כתיבת השטר רק שלא נתברר ואחר כך נתגלה החוב כמה הוא ואז שפיר העדים מוציאין קול בשעת כתיבה שמסר שטר באופן זה דדוקא בשטר שלא נתחייב כלל רק אח"כ לוה אין העדים מוציאין קול עד שעת הלואה משא"כ הכא כנ"ל. ומה שהקשה עוד בתומים דהוי אינו קצוב למטה לק"מ מתרי טעמא חדא דהתם אף שיש קצבה עד שתיבגר מ"מ אין שום סברא להכריח שיגיעו המזונות עד שתיבגר דמ"מ אם תנשא לא יגיע לערך זה והנישואין ממילא יבואו ואין להם ללקוחות לחשוב עד שתיבגר דמ"מ יכול להיות ממילא בפחות כמו יותר משא"כ הכא שהוא אומר אלף זהו' א"כ הרי מזה מוכח שיש לו טעם וענין מה שהאריך שיגיעו ההתחייבות עד ערך זה א"כ פשיטא שהיה להם ללקוחות לחוש לערך זה משא"כ התם שאין הדבר ברשותו וממילא יכול להיות בפחות ודו"ק ועוד נראה דשאני התם דהוא לא הזכיר קצבה כלל ואדרבא עד דתילקחן לגוברין אין לו קצבה כלל דאינו ידוע מתי ינשאו א"כ חיובו הוא דבר שאין לו קצבה משא"כ הכא אמר בהתחייבות קצבה אלף זהו' א"כ הרי נתן קצבה וכי בשביל דהטיל תנאי שיהא אופן לגרע חובו מה להם ללקוחות בזה ולא עדיפי מאם היה נשאר בחוב זה שהרי נתן קצבה אלף זהו' כנ"ל גם עיקר דברי התוס' בנויין אי ניחא דזמן קצוב הוי קצבה למזונות אבל לפי מה שנתבאר לעיל דזה לא מקרי קצוב אין כאן ראיה דשפיר יש לומר דקצבה למעלה הוי קצבה ושאני מזונות דאפילו עד דתיבגר לא מיקרי קצוב:

על חו"מ סימן סב

א שלי הם. עש"ך ס"ק א' מה שהשיג על מהר"ם אלשיך ומהר"א ששון והביא ראיה מדברי התוס' והרא"ש שם סוף דף נ"א בד"ה קיבל דאפילו מיגו לא מהני בנושאת ונותנת והנה לכאורה דבריו תמוהין מאוד דבהדיא מוכח בתוס' איפכא שכתבו דבנושאת ונותנת אינה נאמנת לא שלי ולא של פלוני דאל"כ היאך קאמר לקמן וכן האשה הנו"נ ליהמנה שלי הם במיגו דשל פלוני אלא ש"מ דאפילו של פלוני אינה נאמנת מבואר דוקא בלי מיגו אבל במיגו מהימנ' דאל"כ פשיטא דלא מוכח מידי דלעולם של פלוני מהימנה ומ"מ שלי הם אינה נאמנת במיגו אבל באמת נראה כך בכוונת הש"ך והוא דלכאורה יש להקשות בפשיטות מדברי התוס' שם דף נ"ב ע"א בד"ה אימר מעיסתו קימץ דהקשו הא הוא טוען שלי הם ותרצו דנאמן במיגו דמעיסתו קמצתי מבואר דיש מיגו אפילו בנו"נ ואין חילק בין אשה לאחין וצריך לומר דוודאי מיגו במקום חזקה לא אמרינן אך ה"מ אם בלי טענתה יש חזקה שכל שיש תחת ידה של בעל הם אז אינה נאמנת במיגו נגד חזקה זו אבל בחולקין בעיסתן דבלי טענתה אין כאן חזקה כלל דאימר מעיסתו קימץ רק הוא בטענת שלי הם מבית אבי אמי משוי ליה חזקה ובהא שפיר מהני מיגו וזה ברור ולפי זה כוונת התוס' ג"כ דוודאי אם הדין דשל פלוני הם נאמנת אלמא דלא מחזקינן להו בחזקת שהם של בעל א"כ פשיטא אף דאמרה שלי הם נאמנת במיגו כיון דבלי דבורה אין כאן חזקה כלל שהרי נאמנת של פלוני הם ג"כ ושפיר דייקי התוס' דשל פלוני אינו נאמן ומ"מ דייק הש"ך דע"כ דמיגו דעלמא דהוי במקום חזקה מודים התוס' דלא אמרינן דאי אף מיגו בעלמא אמרינן למה להו לתוס' לומר דהכא דוקא באינה נו"נ דאי בנו"נ אינה נאמנת כדלקמן הא הוי מצי למימר דלקמן מיירי דלית לה מיגו כגון בעדי ראה דע"כ צריך לאוקמא כן ואי נימא דמועיל מיגו והכא מיירי שלא היו עדי ראה כשמסרה לו הפקדון רק הוא יודע א"כ כיון שהיא מסרה לו בעצמה שפיר אפילו בנו"נ מותר להחזיר לה כיון דאי בעי הוי אמרה להד"ם וע"כ דמיגו במקום חזקה לא אמרינן אמנם מדברי בעל התרומות שער ו' מה שהקשה שם על דברי הרמב"ם וכתב דיש ליישב דליכא עדי ראה או באינה נו"נ ומהימנ' במיגו מבואר דהכוונה מעיקרא בנו"נ ומ"מ במיגו מהימנ' ולא הקשה בעה"ת רק דמ"מ שבועה בעי' ולשיטת הש"ך קשה בלא"ה מה יועיל מה דליכא עדי ראה הא הוי במקום חזקה ואפשר דבעה"ת כתב זה ליישב הרמב"ם דאפשר דסובר דמהני מיגו לכך הקשה עליו דעדיפא מינה אבל הוא באמת סובר דלא מהני מיגו וכן משמע מדברי בעל התרומות שער מ"ט כמו שאבאר לקמן בס"ד:

ב עלי' להביא ראיה. עש"ך דהביא מדברי בעה"ת שער נ"א בשם הרנב"ם דצריכה להחזיר אף גוף השטרות. ולא ידענא מאי הוצרך לזה שלא הוצרך הרנב"ם לומר דבר זה אלא לפי שהוא סובר לחלק בין שטרות למטלטלין דשטרות אין תפיסתן מחוורת שאין גוף הממון בידה אבל מטלטלין תפיסתן מחוורת ונאמנת ובזה ס"ד דתינח לגבות החוב דזה אין בידה אבל להחזיק גוף הנייר תפיסתה מחוורת כמו מטלטלין ועל זה כתב דהנייר בתר הממון גריר וצריכה להחזיר אף גוף הנייר אבל לדעת הטור ומחבר שכתבו להדיא אפי' מטלטלין ברשותה אינה נאמנת מ"ש נייר מ"ש שאר מטלטלין ובלא"ה צריכה להחזיר גוף הנייר:

ג ממון מיוחד. עש"ך דאפילו אינה עולה כשיעור השטרות דמספק תלינן להעמיד הממון בידה כדאמרי' לקמן אימר מעיסתו קימץ ואמת שכן כתב בהגהת מיימוני ראיה זו ולא אוכל לידע מה זו ראיה דהא הך מ"ד דסובר דצריך שיהא כשיעור השטרו' היינו משום דזה לא אמרינן דמן מעט הרויח הרבה וא"כ אין לדבר סוף ובדבר מועט נאמר על אלפים והרי זה גרע מהך טענה דמבית אבי אמי נפלו אבל בזה פשיטא דמודים דאם אנו יודעין דהקומץ יכול להיות כשיעור רק שאין אנו יודעין אם מהקומץ אם מהיורשין פשיטא דמספיקא לא מפקינן מיניה ואמרינן מעיסתו קימץ רק בידוע דהיה לו ממון מיוחד לא שייך זה רק בידוע כשיעור השטרות וזהו דאמרינן אימר מעיסתו קימץ וכן כתב הכ"י להדיא דלדעת ר"מ דבעינן כשיעור השטרות אף כאן צריך שיהא ידוע שהקומץ יכול לעלות לחשבון השטרות רק אף שאין אנו יודעין אם קימץ באמת ועל זה אמרינן אימר וצ"ע כי הרבה פוסקים חולקין והנה לא נתברר בשום פוסק אם צריך שיעידו העדים שקימץ לדעת הפוסקים דלא בעינן שיהא הקומץ כשיעור מ"מ עכ"פ צריך שיעידו עדים שקימץ במקצת אף שאינן יודעין על הכל וכמו כן להפוסקים דבעינן שיעור קומץ כשיעור השטרות מ"מ בעינן עדים עכ"פ שיעידו שקימץ ואינן יודעין כמה והנה מדברי רשב"ם שפי' ראיה בעדים שקימץ מעיסתו או מאבי אמו מבואר דבעינן עדים שקימץ כמו שכתב מהרש"א שם אבל לא ידעתי מי הכריחו לזה דהא בש"ס קאמר לא שנא באין חלוקין ועלה קאי פלוגתא דרבה ור"ש ראיה במאי ואין הכוונה כלל על קימץ מעיסתו דבהא לא מיירי רב כלל ומדקאמר אימר מעיסתו קמץ מבואר דזה לא ידעינן אם קימץ כלל רק שהיה יכול לקמץ למר במקצת ולמר כשיעור השטרות וכן משמע מסתימת כל הפוסקים וכן עיקר דלא בעינן עדים כלל:

ד וה"ה אם נמצא לה מטלטלין והרנב"ם חולק כמו שכתב הש"ך ס"ק ה' ובתומים ביקש לומר דאינו חולק כלל דבאמת במיגו לכ"ע מהימן והתם לא האמין הרנב"ם רק במיגו

ומודה הטור והכא מיירי בלי מיגו ובאמת מדברי בעה"ת שער מ"ט שם מבואר דלא מהני מיגו דאל"כ מה צורך לו לחלק בין שטרות דאין תפיסתן מחוורת לשיטת הרי"ף פרק הכותב הא אפילו אם היה דין שטרות כמו במטלטלין לק"מ דברייתא מיירי בלי מיגו והתם נאמן במיגו וע"כ דסובר באמת אפילו במיגו אינו נאמן בנו"ן דהוי במקו' חזקה ועל זה סובר לחלק דזהו שטר דאין עכשיו בידה אבל מטלטלין דהם בידה שפיר מועיל מיגו בצירוף חזקה שהוא תחת ידה שהוא שלה אבל שטר דאין תחת ידה הממון לא יועיל מיגו ולפי זה ה"ה לדידן אי סבירא לן ג"כ דאינו מועיל מיגו בוודאי לא היה לן לומר דה"ה מטלטלין דהא בזה מהני מיגו ואי סבירא לן דבשטר נמי מהני מיגו א"כ כמו שחילק הרנב"ם לשיטתו כמו כן לדידן יש לחלק דדוקא בשטרות שאינה תופסת החוב אבל במטלטלין אפי' בלי מיגו נאמנת. והנה הש"ך הביא מדברי התוספות והרא"ש סוף דף נ"א בד"ה קיבל דמוכח להדיא אפילו במעות ומטלטלין אינה נאמנת ותמה על הטור שכתב כן בשם הרמ"ה וראיתי בספר נ"מ כתב ליישב דאין מדברי התוספות ראיה דהתם אין הדבר בידה רק מופקד ביד אחר ואמרינן דהוא תופס בחזקת שניהם משא"כ כשהם בידה ודבריו תמוהין דאין הכוונה כלל מדברי התוספות הללו רק ממה שכתבו התוספות שם דבנו"ן אינה נאמנת לא שלי ולא של אחר דאל"כ הא דקאמר לקמן נו"ן אינה נאמנת לומר שלי הם ניהמנ' במיגו דשל פלוני הם והשתא אי ס"ד דסבירי להו לתוספות דבמטלטלין נאמנת א"כ ע"כ דהך ברייתא באונות ושטרות דוקא וא"כ מאי ראיה ושם באונות ושטרות פשיטא דליכא מיגו דשל פלוני הם כיון דהשטרות כתובין על שמה ואי דתאמר דפלוני כתב על שמה והיא היתה שלוחו מ"מ אינה נאמנת כמבואר לעיל סימן ס"א דאפילו להחולקים בחב לאחרים אינו נאמן והכא אינה נאמנת ג"כ לומר שהוא של פלוני כיון שכתוב על שמה והוא חב לאחרים אבל התם דמיירי במטלטלין שפיר יש לומר דנאמנת של פלוני וברור דהתוספות סבירי להו דאונות ושטרות לאו דוקא וה"ה מטלטלין אך בגוף דברי התוס' יש לתמוה דנהי דסבירי להו מצד הסברא כדעת הרמ"ה דאין חילוק בין שטרות למטלטלין מ"מ דילמא אונות ושטרות דוקא דאינו נאמן במיגו של פלוני כנ"ל אבל במטלטלין נאמן במיגו של פלוני ומנין להם להוכיח דשל פלוני גופא אינו נאמן ובעיקר הדין אבאר לקמן בס"ד דמש"ס גופא מוכח דאפילו במטלטלין כן הדין כדעת הרמ"ה דלא כרנב"ם ושם נאריך בזה בסוגית הש"ס והתוס' שם ע"ש:

ה ואפילו אלמנה עש"ך שהעתיק ג' פסקי הרמב"ם פרק כ"ב מהלכות אישות והאריך להשיג על הרנב"ם וה"ה. והנה מה שהשיג על ה"ה דלאיזה צורך נתן טעם בפיסקא

האחרונה משום דאין אשה מעיזה הא בלא"ה אי אין לה מיגו לא מהימנה ואי יש לה מיגו בלא"ה ג"כ מהימנה ואני תמה דהא פשיטא דצריך לומר סברת ה"ה דהא פסק הראשון שכתב הרמב"ם סייעו לו מן הירושלמי דנתנו טעם למה מציאת האשה לבעלה כדי שלא תגנוב משל בעלה ותאמר מציאה מצאתי הגע עצמך דאמרה מתנה ניתנה לי ומשני קול יוצא למתנה ופי' הרנב"ם דהקושיא הוא דמה הועילו בתקנתן דיכולה לומר מתנה ניתן לי וע"כ דגם בזה אינה נאמנת ותירצו קול יוצא למתנה ותתבייש לומר כן לפי שלא יהא קול הלכך באומרת מתנה ניתן לי נאמנת ולכך פסק הרמב"ם שם דנאמנת ויחרים סתם מבואר דלולא זה היה בדין דאפילו במיגו לא תהא נאמנת דאל"כ מה הועילו בתקנתן תגנוב והוא לא ידע וע"כ דלא חיישינן שתגנוב ולא תוכל להראותם עולמית רק אם תהא נאמנת מתנה ומציאה א"כ תוכל להראותם אז חיישינן לכך אינה נאמנת מציאה ומתנה נאמנת דלא תוכל להעיז נגד הסברא שלא יהא קול למתנתה ולפי זה תינח באומרת אחר נתן לי מתנה דאז קול יוצא אבל באומרת בעלה נתן לי לא תהא נאמנת דהא בזה אין כאן קול כמבואר להדיא בבעל התרומות, סוף שער ו' [ולפי מה שהבין פי' הירושלמי בהיפך דלא כרנב"ם ע"ש] א"כ בהא לא תהא נאמנת אפילו במתנה כמו במציאה ואפילו במיגו מן הטעם שתגנוב ותאמר את נתת לי במתנה ואז לא תתבייש שאין קול יוצא וע"כ צ"ל דע"כ לא צריכינן להך סברא רק באומרת אחר נתן לי אבל באומרת בעלי נתן לי בלא"ה לא חיישינן דלא תוכל להעיז נגד בעלה ודברי ה"ה מוכרחין:

אך באמת בלא"ה אין כאן קושיא על ה"ה כי הוא סובר בעיקר הפי' כמו שכתב הש"ך דלכך אינה נאמנת אחר נתן לי על מנת שאין לך רשות בו במיגו דהוי מיגו במקום חזקה ואהא קשיא ליה סיפא אתה נתתו לי נמי למה מהימנה במיגו הא הוי במקום חזקה ומה שתירץ הש"ך מקודם דבזה לא שייך חזקה כיון דהבעל נתן לה לא סבירא ליה וכבר השיגו בתומים על סברא זו לעיל ס"ק א' דמה נפקא מינה מ"מ הוא רוצה להפקיע מחזקת הבעל פירות] ועל זה תירץ ה"ה דהכא נגד הך חזקה יש חזקה דאינה מעיזה ונהי דלממון לא מהני הך חזקה מ"מ כאן שפיר מועילה לגרע עכ"פ חזקת הבעל ואם כן ממילא נאמנת במיגו והשתא לק"מ מכל מה שהקשה הש"ך. אמנם מה שהקשה הש"ך על תירוץ של הרמב"ן שהביא בעל התרומות סוף שער ו' בוודאי קשה. ובתומים רוצה ליישב דבריו דמיירי בלי מיגו ומ"מ באתה נתתו לי נאמנת דוודאי כל מה שבידה בחזקת שלה רק שיש להסתפק אי אחר נתן לה וא"כ יש לבעלה רשות בה או דבעל נתן לה וא"כ נאמנת דבעלה נתן לה דאחר היה קול לדבר כמו שאמרו בירושלמי ודבריו תמוהין דהא בהדיא מבואר בדברי הרנב"ם שם דנתן טעם למה אתה נתתו לי נאמנת וז"ל ועל מה שנאמנת

לומר מתנה נתנם לי מידי דהוי כשאר טוענין וכו' ואתה אחי שים הדברים באזנך הבן שאמר לאביו אתה נתת לי כלים אלו אעפ"י שאינם ידוע שנתנם לו ואינם ידועים לאביו מי לא הוי נאמן כמו כן האשה וכו' ע"ש מבואר להדיא דאין הטעם כמו שכתב התומים דלדבריו מאי ענין זה לבן הלא הבן נאמן כיון שאינו ידוע לאביו נאמן במיגו דשלו הם ואחר נתנם לו אבל האשה שאינה יכולה לומר כן דהא הבעל יאכל פירות ואין לה שום טענה רק לומר אתה נתת לי מנין לו שתהא נאמנת ואי היה כוונתו כטעם התומים מה לו לדמותה לבן ואין ענינו של זה כשל זה כלל גם בלא"ה אין זה ראיה דהוא נתנו לה לפי שאין כאן קול דהא יכול להיות דבאמת הם שלה מעולם והבעל אוכל פירות ומנין לנו דהגיע לה במתנה ודברי הש"ך נכונים בזה ולפי זה ממילא נדחו דבריו מה שכתב דהרב הש"ך אגב רהיטא הקשה על הגי"ת דקושית גי"ת על נכון לסברת ה"ה דעיקר הנאמנות הוא מכח דאינה מעיזה והוא תמוה דהא פשיטא דהרנב"ם לא סבירא ליה טעמו של ה"ה דהא בהדיא נתן טעם דדמי לבן והתם לאו מהאי טעמא נאמן וע"כ דקושית הגי"ת דהוי מיגו דהעזה כמו בעלמא ושפיר תמה הש"ך דהוי מיגו דהעזה בממון וכן מבואר באמת בגי"ת ע"ש. אמנם מה שכתב הש"ך מעיקרא והשיג על הב"ח דטפי הוי ליה להשיג מכח שאר הוכחות התוספות והרא"ש ולא מכח לשון שלו ובאמת מלשון זה לא מוכח מידי. אבל לא ידעתי מאי הוכחה אחרת יש כאן ונראה דכוונתו ממה שכתבו התוספות דנאמנת של פלוני הם במיגו דאי בעי שקל' ויהבה ליה מבואר דנאמנת להפקיע לגמרי מבעלה אבל אין זה הוכחה כלל דדוקא אם היא טוענת שלי הוא אינה יכולה להפקיע מבעל פירות וירושה דחזקה כל שהוא שלה שייכים לבעל לפירות וירושה אבל באומרת של אחרים הוא אין כאן חזקה כלל ולא מוכח מידי ודו"ק:

ו לא היתה וכו' עד של שניהם הסמ"ע פי' דברי הרב בכתבה מעצמה דאי בכתב הבעל אפילו נו"נ והש"ך השיג עליו דהיאך יכתוב הרב בשם הטור מה שלא נזכר בטור רק דין אחר לכך פי' הוא דהרב סובר דלא כהטור רק כהרשב"א ואינו נכון דהיאך לא הזכיר הרב העיקר אף דהבעל כתב על שמה וברור דכוונת הרב כהסמ"ע. אמנם כוונתו כך דמה שהתחיל לומר לא היתה נו"נ הוא מהש"ס וכמו שכתב בעל התרומות בשם הרנב"ם הנ"ל דמדקאמר וכן האשה הנו"נ מינה דבלא נו"נ ושטרות כתובין על שמה הם שלה אמנם מה שכתב דאם הם של שניהם הם של שניהם זהו לחד מן הטור דכמו שכתב הטור בנו"נ והבעל כתב דאם הם על שם שניהם הם של שניהם ה"ה בלא נו"נ והוא כתבה וזה ברור. ועיין תומים דתליא במחלוקת לעיל סי' ס' בכותב שטר על שם אחר אם יכול האחר לומר אני זכיתי בו וליתא דהא הרשב"א גופא הסכים פרק הגוזל גבי

ריש גלותא דיכול ריש גלותא לומר שלי הם וכאן סובר דלא זכתה האשה ובאמת לא דמי כלל דשאני התם כיון שכתב על שם אחר בוודאי זיכה לו אבל כאן באשה הנו"ן ואם היא עשתה עסק כתבה על שמה א"כ אין דרך הבעל להקפיד כיון דהיא נו"ן וכותבת על שמה וזה ברור ומ"ש הש"ך ס"ק י' עמ"ש לעיל סוף סימן נ"ו בזה:

ז או מציאה מצאתי עש"ך דהקשה מסי' קע"ו בשותפין דגנב וגזל שייך לשותפות וה"ה מציאה דבירושלמי פרק מי שמת מדמה להו להדדי ובתומים תירץ דהכא מיירי שאומר שהגביה לעצמו ולא נהירא דא"כ התם אי דבפי' הגביהה לשניהם פשיטא דזוכה ואפילו אינו שותף ובסתם מהיכי תיתי נאמר דלשותפו זכה ונראה דוודאי בירושלמי פרק מי שמת לשון תימה נאמר כמו שפי' הש"ך שם סימן קע"ו. אמנם היינו דוקא בענין שאינו שייך לעסק השותפות אבל בעסק השותפות שנוגע לענין השותפות כל מה שיגיע שום ריוח הן בהיתר הן באיסור הכל בשותפות וכן נראה באמת לדינא (ח) עליו להביא ראיה בעדים. עש"ך ס"ק י"ד דאם כולם נו"ן על האחין להביא ראיה וראייתו מדנקט אחד מן האחין וכדי לברר דין זה צריך אני להאריך בביאור סוגית הש"ס שם. והנה שם נאמר אמר שמואל ומודה ליה רבא דאם מת על האחין להביא ראיה וכתבו התוספות דאין לפרש דהטעם משום דטענינן ליתמי דילמא אי הוי קיים הוי מביא ראיה דהא תנן והבא מחמת ירושה אינו צריך טענה אבל חזקה בעי ואמאי נטעון דילמא אי הוי קיים היה מביא ראי' וע"כ דהטעם הוא דבאב איכא ריעותא שאינו מביא ראיה אבל ביתמי ליכא ריעותא לכך מחזקינן להו בשלהם כיון שכתוב על שמם וכתבו עוד דרב מודה בזוגא דסרבלא דלא שייך האי טעמא ור"פ דפריך נראה לו לדמותה לאחין ע"כ ויש לתמוה אי דר"פ ס"ד דהפי' משום דטענינן ליתמי דאביהם היה מביא ראיה דלא ניחא ליה לפרש משום דכתובים על שמם א"כ מאי קשיא ליה מהך דזוגא דסרבלא הוי ליה להקשות מהך משנה דהבא מחמת ירושה דמבואר דלא טענינן ליתמי דאביהן היה מביא ראיה ואי דיש לחלק ביניהם מ"ש דמהכא אין לחלק דהא התוס' מדמה להו להדדי והוא תמוה לכאורה ועוד קשה בסוגיא שם דפליגי ראיה במאי וקאמר ראיה בעדים ראיה בקיום השטר והדבר תמוה מה זו ראיה בקיום השטר דשלו הוא ומה שפירשו קצת מפרשים דהכוונה דב"ד דקדקו לא ידענא מאי קאמרי כיון דהוא נו"ן והשטרות כתובין על שמו מה להם לדקדק ועוד דהא הם חותמין אף שלא קראוהו גם קשה דשאל לר"נ מאי דעתיה בזה והשיב לו מתניתא ידענא ועדיין לא שמענו מהך משנה אי ראיה בעדים אי ראיה בקיום השטר דמאי אולמא הך משנה ממימרא דרב גופא ויש מי שפירש דראיה בקיום

השטר הכוונה דפוסק כשמואל והוא תמוה דפשיטא דצריך קיום ככל שטר גם בהך דמודה ליה אבא קיימא לן כשמואל ובש"ס סלקא בקושיא:

ועל כל אלה נראה לפע"ד בפי' הסוגיא כך דוודאי ממה שכותבין על שמו אין שום ראיה להוכיח מזה דהם שלו דהא כך הוא דרך נו"נ לכתוב על שמו רק דר"פ סובר דהטעם הכא שאינו נאמן הוא משום דנו"כ דומה ממש לדברים העשויין להשאיל וכמו דשם לא מהני מה שהוא מוחזק כמו כן בנו"נ לא מהני מה שהוא מוחזק לכך אינו נאמן ולפי זה קשה ביורשין למה נאמנין וע"כ דבהם מהני מוחזקת דילמא הוי אבוהון מביא ראיה לכך מספק אין מוציאין והשתא מהך משנה דהבא מחמת ירושה לא מצי לאקשוי' דהתם כיון דלא החזיק שלש שנים אין הקרקע בחזקתו כלל דהא זה מביא עדים של אבותיו והוא לא אכל שני חזקה א"כ מה בכך דיש לומר דאביו היה מביא ראיה מספק אין מוציאין הקרקע מיד המערער אבל הכא היורשין מוחזקין ורבא אפיק מנייהו וע"כ דכל שלא הועילה החזקה לאביהם ולא היה נאמן בלי ראיה אינו מועיל ג"כ ליורשין אמנם לדידן אינו דומה כלל דברים העשוין להשאיל לנו"נ דהתם באמת לא מהני חזקה בעשוין להשאיל אבל בנו"נ באביהם נמי היה מועילה החזקה רק מחמת הריעותא שאינו מביא עדים אבל ביורשין דליכא ריעותא מהני חזקה נגד הסברא דנו"נ ועל זה שאל בש"ס ראיה במאי וקאמר ר"ש במקום השטר והכוונה (כך דהוא סובר דבאמת אילו היה מוחזק אף אביהם נאמן דאין זה ריעותא כלל כר"פ רק כל הטעם דאינו נאמן דלא מיקרי מוחזק שאין תפיסה מחוורת דהממון אינו בידו ואותו אחד תופס בחזקת כולם ולזה סבירא ליה דהיינו דוקא בשטר שאינו מקויים וכיון שעדיין אינו מקויים לא מיקרי תפיסת השטר מוחזק ועכשיו בחזקת כולם אבל אם השטר מקויים הרי הוא תופס גמור כיון שהשטר מקויים בידו והוי כמוחזק בממון ונראה דדייק כן מדקאמר אונות ושטרות וע"כ משום דבזה לא הוי מוחזק משא"כ מטלטלין כסברת הרנב"ם לעיל) ולפי זה לדעתו פשיטא דע"כ גם ביורשין עליהם להביא ראיה כיון שאינו מוחזק כלל ואף הם אינן מוחזקין אם כן אי נימא דמ"מ הדין עם היורשין ע"כ משום דטוענין להם דאבוהון היה מביא ראיה וקשה מהך משנה הנ"ל הבא מחמת ירושה דאין לחלק דהתם אין היורש מוחזק דהא הכא נמי אינן מוחזקין וע"כ דלדעתו באמת ביורש לא ואין להקשות לשיטתו מה זה דנקט אחד מן האחין בשלמא אי נימא דיורש לא שפיר קמ"ל רבותא דאפילו אחד נו"נ עליו דוקא ולא ביורש אבל אי נימא אפילו יורש מה זה דנקט אחד מן האחין דיש לומר לרבותא דשמואל נקט דאפ"ה על האחין להביא ראיה ועל זה שאל לר"נ ואמר מתניתא ידענא דהתם קתני אחד מן האחין ולית כאן שום פלוגתא דעל האחין להביא

ראיה א"כ ע"כ דלכך נקט אחד מן האחין לרבותא דאפ"ה דוקא עליו ולא יורשו א"כ מבואר דיורשין נאמנין א"כ ע"כ דהפי' ראיה בעדים דאי ראיה בקיום השטר פשיטא דאפילו יורשין לא היו נאמנין כנ"ל וע"כ דראיה בעדים והכוונה אף דהוי מוחזק מ"מ אינו נאמן מחמת הריעותא לכך יורש דליכא ריעותא על האחין הראיה ומבואר דר"נ סובר כרב ושמואל ביורש וכרבה בעדים וקיימא לן הלכתא כר"נ בדיני ולפי זה מבואר דא' מן האחין דנקט משום רבותא דיורש נקט לה דלא כהש"ך ולשיטתו דאחד דוקא דאל"כ הוא עצמו נאמן אין כאן ראיה כהנ"ל ולפי זה מוכח ג"כ דאפילו במטלטלין כן הדין דעליו הראי' כיון דמ"ד ראי' בקיום השטר הכי סבירא לי' לחלק במוחזק אבל אנן לא סבירא לן כן דאי משום שאינו נקרא מוחזק לא היה מועיל ביורש כנ"ל רק אפילו במוחזק אינו נאמן דהכל תלוי בריעותא וביורש ליכא ריעותא והנה הש"ך ס"ק י"ז כתב דבמטלטלין אפילו ביורש עליו הראיה ולפי זה יש לדחות ראיה הנ"ל דיש לומר כך דר"נ דייק מדקתני אונות ושטרות וקשה הא גם במטלטלין כן הדין דלא כרנב"ם הנ"ל וע"כ דכיון דקתני עליו הראיה ולא ביורש ולכך נקט שטרות דבמטלטלין אפילו ביורש עליה הראיה אבל באמת הרבה פוסקים חולקין. ועיין ט"ז ותומים ונראה דסבירי להו כמו שכתבתי דנכתב על שמו אין כאן שום ראיה דמה בכך הא הוא נו"ן רק דנכתב על שמו משוי לי' למוחזק ובדידיה לא מהני מוחזק מחמת הריעותא אבל ביורשין דליכא ריעותא על האחין הראיה ולפי זה כ"ש במטלטלין דפשיטא דמיקרי מוחזק דביורשין על האחין הראיה דליכא ריעותא ודו"ק ועיין בסמוך:

ט חלוקין בעיסתן כבר כתבתי לעיל דמסתימת כל הפוסקים מוכח דלא כהרמב"ם דלא בעינן עדים שקימץ מעיסתו רק כל שהיה יכול לקמץ אמרינן דקימץ וכן מוכח בש"ס דקאמר לא שנו אלא דאין חלוקין בעיסתן וכו' מבואר דמוקי הך דרב דקאמר עליו הראיה באין חלוקין ואי כפי' הרשב"ם הא רב מצי מיירי בחלוקין ועליו הראיה שקימץ וע"כ דכל שחלוקין בעיסתן שוב אין צורך לראיה דמעצמנו אמרינן דקימץ ושפיר הוכרח לאוקמא מילתא דרב באין חלוקין וכן עיקר וכתב הטור דהיינו דוקא אם החלוקה קודם זמן השטרות ויש לראות אם הם מחולקים בזמן החלוקה ועכשיו הם חלוקים מי נאמן ונראה דעל האחין הראיה ובזה מיושב מה שיש להבין בטור דמאי קמ"ל בהך דינא דבעינן חלוקה קודם פשיטא ועסמ"ע מה שדחק בזה ולפי הנ"ל ניחא דכוונת הטור דבעינן דוקא חלוקה קודם אבל אח"כ אף דהוא עצמו מודה דהיה אחר כך אינו נאמן במיגו לא מבעי להש"ך דלא מהני מיגו בנו"ן אלא אפי' להסמ"ע הכא ליכא מיגו דבקל יכולין האחין לברר זמן החלוקה וירא לומר דהיה קודם:

י אבל בן בית וכו'. הרב הש"ך האריך בס"ק כ"א כ"ב והנה בס"ק כ"א השיג על הב"ח דכתב דהתם האריס חולק בעיסתו היה ולפעד"נ כהב"ח בזה דוודאי מה שפירש הש"ך דהמחלוקת התם היה אי אמרינן שלא להשביע קודם מותו לא נהירא כלל דע"כ לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע לאחר מיתה רק באומר לפני מותו דיש אצלו פקדון או הלואה של פלוני אבל כאן דלא אמר כלום רק מה שלא אמר אל האריס א"כ מה שייך שלא להשביע במה נפשך הוא היה יכול לומר לפני מותו לנפקד דשלו הוא ואי דירא מן הנפקד שלא ישביע את בניו בעיני הנפקד הא בלא"ה כשהנפקד יחזיר להם ידע שהם שלהם דאל"כ לא יחזיר ומה שלא להשביע בניו שייך בזה וברור דפלוגתייהו דהתם באריסא גופא אם היה נאמן אם לאו והתם מיירי באריס ככל אריס דעלמא דניזון משלו וכל עסקים אחרים שלו רק דס"ד אפילו באחין ה"מ דמהני חלוקין בעיסתן אם הם אמודין עכ"פ לשיעור זה וראוי להם אבל בדבר שאין אותו האיש אמוד בכך כלל מה בכך דחלוק הא אינו אמוד לכך ובאחין מיירי דהם אמודין רק מחמת נו"נ הכל בחזקה של אחין אבל אם חלוקין ממילא יכול להיות שהוא שלו אבל שם דהוא מוחזק לעני בפני עצמו מה בכך דהיה חלוק כיון שאינו אמוד ואהא פליג ר"ח דאין זה ראיה שלא היה רוצה לפרסם עצמו ושפיר פשיט בירושלמי ג"כ לענין שק צרור דיכול לתבעו דבר שאינו אמוד לר"ח ולק"מ ממה שהקשה הש"ך [ובתומים רוצה להוכיח להיפך כהב"ח דאל"כ מאי ענין זה לשק צרור ולק"מ דמכח כ"ש דייק ודו"ק] ואפילו אי נימא בהא דלא כהב"ח רק באין חלוק מיירי מ"מ פשיטא דלא נחלקו במה שכתב הש"ך דאין זה ענין כלל להך דעכברי דשכיב אדנרי כמו שכתבתי אלא ע"כ דבהך גופא נחלקו אי ב"נ כמו נו"נ דאינו נאמן לומר שלו הם או דלא דמי כדעת רבינו ירוחם ולפי זה לפי מה שכתב הש"ך דהך דינא באמת נשאר בספק גם עכשיו א"כ אפי' הוא חי יש ספק:

אמנם בעיקר דינו של רבינו ירוחם מן הירושלמי נראה לפע"ד דאזיל לטעמיה דמטלטלין לעולם עליו הראיה אפילו מת על היורשין שלו הראיה אבל לדעת החולקין על רבינו ירוחם וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ח' פשיטא דאין מירושלמי שום ראיה וכוונת הירושלמי בפשיטות דוודאי בן בית דינו כמו אחין ואשה רק שם המחלוקת היה דמת וסובר ריב"ל או כר"פ דאין חילוק בין חי למת או דסובר דוקא בשטרות אבל במטלטלין לא כדעת רבינו ירוחם הנ"ל הלכך התם דהיה מטלטלין אף שמת על יורשי האריס הראיה כיון דגם האריס לא היה נאמן בלי ראיה דהכל יודעין דמה שתחת ידו שייך לבע"ה כנזכר בדברי ר"י ב"י ור"ח חולק דמ"מ על יורשי בע"ה הראיה דבמת לעולם על יורשי בע"ה הראיה כדעת מהר"ם שהביא הט"ז ואפילו במטלטלין דכל דליכא ריעותא הדין עמהם

ושפיר דייק הירושלמי מתרווייהו דע"כ לא נחלקו ר"י ב"י רק משום דכל שתחת ידו הכל של בע"ה והי' צריך לראיה אבל אם היה ידוע שהיה לו ממון מיוחד אף שאינו אמוד מ"מ לא היה צריך לראיה וכ"ש מר"מ דמוכח כן ולפי זה אין כאן ראיה לדינו של רבינו ירוחם וגם מוכח דלא כרבינו ירוחם הנ"ל אלא כמהר"ם וצ"ע כי פי' זה נכון מאוד בירושלמי. ועש"ך מה שכתב ליישב דברי הגאונים שהביא הב"י סוף סימן רע"ו ולפעד"נ דבלא"ה לק"מ דהתם מיירי דהם היו סמוכין על שלחן אביהם הגדול והקטן ולא היו חלוקין בשום דבר רק שבא בטענה שנפל לו מבית אבי אביו ה' דינרין ועל זה נסתפק השואל אם נאמן דהרוויח בזה ממון הרבה וס"ד דבעינן דוקא שידוע שהיה לו ממון הרבה ועל זה השיבו הגאונים דהא אפילו מעיסתו קימץ סגי והיינו דאמרינן דבזה הרוויח הרבה וה"ה הכא כנ"ל:

על חו"מ סימן סג

א לעולם עסמ"ע ס"ק ד' דאפי' תפס לא מהני ובתומים השיגו דלהרא"ש דפוסק בסטראי דמהני תפיסה ה"ה הכא דהא מדמה להו להדדי ואין כאן קושיא כלל כי לא כתבו הפוסקים שם רק דמרענא לשטרא הנזכר בש"ס הפי' לא קרעינן ולא מגבינן ביה וזהו שוה בכולם. אמנם אי מהני תפיסה או דלא קרעינן שמא יברר אח"כ שהאמת אתו בזה הדין בכל אחד לפי ענינו ולפי הריעותא שיש בו ואדרבא בש"ס מוכח להדיא דהכא לא מהני תפיסה דהא דין זה נלמד מהיוצאת משום שם רע דאין לה קנס ופיתוי והשתא הא התם פשיטא דלא מהני תפיסה ואי דיש מקום לחלק ביניהם א"כ היאך דייק ר"פ הך דינא מהך וע"כ דכמו דהדין בזה כן בזה וזה ברור:

ב ואם עדי השטר. הש"ך האריך בס"ק ג' ד' ודעתו דלעולם לא מהני שום אופן להכשיר השטר לגמרי לדעת הרמ"ה והר"ן והריטב"א דלעולם חיישינן דבאמת שטר כשר היה לו ופרעו וזה מזוייף ולא מהני רק בלא לוה זולתי להרמב"ם דסובר דעדים גופייהו לא טעו א"כ מהני להכשיר השטר לגמרי. ודבריו בלתי ברורים כי היאך אפשר לומר דהריטב"א דייק וכתב דהשטר כשר דיהא כוונתו רק להלואה ע"פ ומה צורך לו להריטב"א לומר כן כיון דיש עדים בהלואה דל שטרא מהכא חייב לשלם וברור דכוונתו דכשר לגמרי. אמנם טענת הש"ך לכאורה טענה נכונה היא ונראה דסבירי להו דוודאי כיון שמעידין על הלואה אחר זמן העדים שאמרו שאמר להם זייפו לי שטר וכבר כתב הרא"ש דכל הריעותא רק על סך זה ואיש זה וכיון דחזינן דבאמת אח"כ לוה כסך הזה לאיש זה ולא זייף ממילא בטלה הריעותא דהא חזינן דלא זייף והלוהו באמת סך זה לאיש זה אחר

שחזר אחר זייוף גם יש לומר דוודאי יש מקום לומר דלא זייף דמי הכריחו לזייף על סך זה דוקא דהא בלא"ה היה כשר לכ"ע וע"כ משום דיותר אין לו עליו כלום אינו רוצה לזייף כמו שכתב הרא"ש אבל אם באמת הלוהו אחר כך היה יכול לזייף על סך אחר בצירוף הלואה שניה ויכבוש שטר השני ויתבענו בזה ואם יזכה יקרע השטר הכשר ואם לאו יוציא עליו שטר הכשר ודו"ק) גם כיון דעבד לוה לאיש מלוה בוודאי היה נותן לו שטר על הלואה ומי הכריחו לזייף וזהו מורה דבאמת לא זייף:

אמנם בגוף דברי הרמב"ם נבוכו המחברים כיון שכתב פ"ח מהל' עדות דלעולם כל שאי אפשר לקיים השטר רק מפיהם שוב לא מהני רק בזוכרין הלואה א"כ הכא בזוכרין הלואה וענין השטר בוודאי נאמנין לכ"ע אפילו להר"ן וריטב"א כמו שכתבתי להדיא ומה זה שכתב הר"ן דהרמב"ם חולק ואי דמיירי באינן זוכרין פשיטא דאפי' בשטר כשר לא מהני להרמב"ם ואפילו אי נימא בכתב ידן יוצא ממקום אחר מ"מ הכא אי אפשר לקיים רק מפיהם [ועש"ך שהשיג על תירוץ ב' של הב"ח ובאמת תירוץ הנ"מ הוא ממש תירוץ שני של הש"ך בעצמו] והרב הש"ך לפי הבנתו רוצה לומר דהר"ן חולק על הרמב"ם דהשטר לעולם אינו כשר רק לענין על פה בזוכרין הלואה אבל כבר ביארנו דהא ליתא דפשיטא דמודים הריטב"א והר"ן דבזוכרין הלואה השטר כשר לגמרי ומה שתירצו עוד בסתם לא נהירא ג"כ דהא הרמב"ם פ"ח מה"ע נתן טעם דלכך אין שואלין להעדים אם זוכרין דאפילו אם יאמרו אין אנו זוכרין לא יהיו נאמנין כמו אנוסים בכתב ידן יוצא ממקום אחר והשתא הכא דאינו מועיל קיום על ידי דימוי בוודאי צריך לשאול אותם:

לכן נראה לפע"ד ביישוב דברי הרמב"ם בפשיטות והוא דמה שכתב אף על פי שנתקיים השטר בחותמיו פשיטא דכוונתו שכבר נתקיים קודם הערעור דאל"כ הוי ליה למימר אף על פי שהשטר מתקיים בחותמיו וכן נראה שהבין בעה"ת שכתב וכתב הר"ר משה ז"ל שאעפ"י שנתקיים וכו' ותמה הגי"ת הא בש"ס ג"כ ע"כ במקויים ולפי הנ"ל ניחא דהרמב"ם משמיענו אפילו נתקיים קודם הערעור ס"ד דשוב לא מהני ערעור כיון שכבר הוחזק בב"ד קמ"ל דאפ"ה הערעור מבטל הקיום ועל זה כתב הרמב"ם דאם עדי השטר עצמם העידו על חתימתם יראה לי דגובין בו והיינו ג"כ שהעידו קודם עירעור דאז אפילו לא זכרו הלואה לא היו נאמנין שהרי לא היה סיפוק בידם לומר אין זה כתב ידינו דהא כתב ידם יוצא ממקום אחר א"כ מעיקרא לא היה להם מיגו וכבר השוה הרמב"ם פ"ח מה"ע הך דאין זוכרין לאומרים אנוסים דבמיגו מהימני' ובלא מיגו לא א"כ השתא לית להו מיגו דהא כבר אמר כתב ידינו קודם הערעור ואז לא היה להם שום מיגו דעדיין לא היה ערעור והיה מועיל מה שכתב ידן יוצא ממקום אחר רק דס"ד דמ"מ יבטל השטר

כיון דאיתרע השתא לא יועיל הקיום למפרע שמא טעו קמש"ל דוקא בקיום על ידי דימוי ולא עדים עצמן אינן טוענין ועל זה חולק הר"ן דעדים עצמן ג"כ טוענין וא"כ בעינן שיעידו דוקא על הלואה כנ"ל ברור:

ולענין הדין נראה לפע"ד דבש"ס משמע כהרמב"ם דוודאי יש להבין דמדמה הך ליוצאת משום שם רע ויש להבין התם בוודאי כיון דאמרה לעדים לזנות עמה חשודה לזנות ועכשיו אין כאן שום סברא המתנגדת שמורה דלא זינתה רק חזקת בתולה וזה איתרע במה שתבעה לזנות אבל הכא נהי דחזקתו של האיש הזה איתרע היינו מה דמדאורייתא לא בעי קיום כלל דאוקמא אחזקתיה דוודאי לא זייף זהו איתרע ושפיר יש לחוש דזייף אבל בקיום שיש כאן קיום לפנינו המורה ההיפך דלא זייף מנין לנו דמ"מ יש לחוש וזה לא שמענו מהתם כלל וצריך לומר דוודאי לא בא ר"פ ללמוד רק דאיתרע חזקתיה מה דמדאורייתא יש לו חזקה דלא זייף בלי קיום כלל אך מ"מ בקיום על ידי דימוי אין זה קיום גמור רק כיון דמדאורייתא לא בעי קיום רק מדרבנן הקילו בקיום כזה אבל הכי דמדאורייתא בעי קיום דאין לו חזקה כלל דלא זייף בזה לא הקילו וצריך קיום גמור ולפי זה העדים המכירין החתימות דזהו קיום גמור בוודאי מהני דזהו לא שמענו מהך דיוצאת משום שם רע:

ג לא משהינן ליה עסמ"ע שכתב דבסי' נ"ח לא מוקמינן ליה ביד שליש היינו משום דמהני תפיסה וכן בתרי ותרי דלעיל סימן מ"ו ע"כ. ופשיטא דאין כוונת הסמ"ע להקשות דשם יניחו ביד שליש דמה ענין זה לשם בתרי ותרי פשיטא דלעולם לא יוכל לברר דתרי כמאה ובסימן נ"ח כיון דהריעותא בפרעון והעדים מעידין דפרעו בסתם היאך יברר דעל חוב אחר פרעו רק כוונת הסמ"ע להקשות עכ"פ לא נניחנו בידו שמא יגבה בב"ד אחר ועל זה תירץ דצריך לו לענין תפיסה וב"ד אחר כתפיסה דמיא ולפי זה לשיטת הרמב"ם ומחבר לקמן סימן נ"ח דבטל לגמרי בלא"ה אין כאן קושיא כלל דבאמת קרעינן ליה התם והא אין להקשות שנניחנו ביד שליש כיון שאינו עומד להתברר כנ"ל. ובתומים הקשה על הסמ"ע מדברי המחבר ולפי הנ"ל לק"מ וזה ברור ומה שהקשה עליו דהכא נמי מהני תפיסה כבר נתבאר בס"ק א' כהסמ"ע בזה דהכא לא מהני תפיסה לכ"ע:

על חו"מ סימן סד

א דאילו לגבותם לא היה מועיל וכו'. עש"ך ס"ק ג' ונראה דכוונתו דבזה מועיל לגבות בו ועל פי מה שכתב ס"ק ב' דדוקא היכי דבעי כתיבה ומסירה לא מהני תפיסתו לגבות בו אבל במחרמת מהני לגבות בו אבל לא ידעתי למה הזכיר מיגו דלקוח הא נ"מ בזה בלי

מיגו גם אם מצד עצמו לא היה ראוי לגבות מאי יועיל מיגו דלקוח ואי דבא לאשמעינן דנאמן על הטענה במיגו הא גם עכשיו נאמן על הטענה במיגו לדעת המחבר ומה שכתב בשם הב"ת על שניהם אני תמה דהרז"ה כתב בהדיא כהב"ח והרמב"ן השיג עליו ע"ש: (ב) ומיירי שיש עדים וכו' עש"ך שהביא דעת התוספות והרי"ף והרז"ה והרמב"ן שחולקין על זה דבלי עדים כלל אינו נאמן. ולפעד"נ ברור דוודאי על עדי פקדון חולק הרי"ף דהא הקשה דלהימניה במיגו דלקוח ותירץ דבעי כתיבה מבואר דסובר דמיירי דליכא עדי פקדון וא"כ תקשי קושית הרא"ש דאכתי להימני' במיגו דממושכנין היה בידי מעיקרא וע"כ דסבירא ליה דוודאי בעלמא דנאמן אפילו בעדי ראה והם מודיעין לחבירו דהם שלו כל שאין עשוין להשאיל ולהשכיר היינו דנאמן לקוח כיון שאינו עשוי להשאיל אבל בשטרות כיון דאינו נאמן לקוח והם כתובין על שם פלוני היאך יהא נאמן ממושכנין דכמו כן יש לומר פקדון כמו משכון ובעלמא נמי אינו נאמן לומר משכון בידועים לפלוני רק במיגו דלקוח [ועמ"ש בסוף סי' זה] וכמו כן התוספות דהקשו מיגו דלקוח ולא הקשו ממושכנין [דבלקוחות יש לדחות דאפילו הנייר לא קנה כמו שכתב הר"ן] מבואר דסבירי להו ג"כ דאינו נאמן ממושכנין רק במיגו דלקוח. אמנם לדידהו מ"מ צריך עדי פקדון דהם תירצו דהוי מיגו למפרע וזהו בעובדא דר"נ דטענה מעיקרא סתם מחיים תפסתי ולא אמרה דתבע לה ולא החזירה לכך לית לה מיגו כמבואר בתוספות שם אבל הכא אין צורך:

לעדים רק כל שטוען מחיים תבע לי ולא רציתי להחזירם שוב מהני מיגו דלקוח וצריך עדי פקדון אמנם בעדי ראה נראה לפע"ד ברור דכ"ע מודו דבעינן עדי ראה וכן מוכח להדיא מדברי הרז"ה ורמב"ן דלא כש"ך כמו שאבאר דהרז"ה טען על הרי"ף שם במה נפשך אי דאיכא עדי פקדון וראה בעלמא נמי אינו נאמן לקוח ואי דלא ראה נאמן במיגו דהחזרתי ואי בלא עדי פקדון נאמן במיגו דלהד"ם ומה זה שחולק הרי"ף בין מלוגא דשטרי לשאר חפץ ומכח זה חידש דבפקדון לעולם אינו נאמן רק בראי' דברשותי' דמרי' איתא ע"ש והיינו כמו שהבין הב"ח לדעת רש"י ולפי זה כיון דזה שחידש בעה"מ וודאי ליתא דהא כל הפוסקים חולקין בזה והש"ך גופא בס"ק ג' והרמב"ן כתב שם בסוף דבריו דטעה בזה א"כ עכ"פ שמענו מדבריו דאמרינן מיגו דלהד"ם והחזרתי בשטרות דלא כסברת הש"ך דירא שלא יוכל להראותם:

ומדברי הרמב"ן שם מוכח ג"כ דלא כש"ך שהרי כתב שם וז"ל. אמר הכותב כי ניים ושכיב אמרה להא שמעתא דהא כתב רבינו דבמלוגא דשטרי איכא למימר [הוא ט"ס וצריך להיות ליכא למימר) לקוחין הן בידי משום דאמרינן לי' אחוי שטרך כלומר

אי ליכא עדי פקדון וראה במידי אחרינא מהימנה משום דיכולה למימר להד"ם דלאו בתורת פקדון באו לידי אלא בתורת מקח כדאיתא פרק חזקת הבתים ובמלוגא דשטרי ליכא למימר הכי משום דאמרינן לי' אחוי שטרך וזה מפורש בדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל. ומעתה יש לתמוה לכאורה בדברי הרמב"ן הללו שהרי כל עיקר כוונת בעה"מ ז"ל להקשות דאי ליכא עדי פקדון ולא ראה להימני' במיגו אפילו במלוגא דשטרי דלהד"ם והחזרתי ועל זה לא תירץ הרמב"ן כלום ואי נימא דכוונת הרמב"ן דלהד"ם והחזרתי מבחוץ אינו נאמן כמו שכתב הש"ך דירא שלא יוכל להראות השטרות א"כ היאך כתב כי ניים ושכיב ולא הזכיר עיקר התירוץ ולא חילק רק בלקוח בין מלוגא לדעלמא ובזה גם בעה"מ מודה ולא הי' קשה לו רק מיגו דלהד"ם והחזרתי ועוד אם כך כוונת הרמב"ן ז"ל מה זה שכתב במידי אחרינא מהימן במיגו דלהד"ם דלא הי' פקדון רק מקח וקשה הא במידי אחרינא בלא"ה יש מיגו דלהד"ם גמור והחזרתי רק בשטרות ליכא האי מיגו. אמנם האמת יורה דרכו. דהרז"ה הקשה אי דלא ראה נאמן במיגו דהחזרתי ואי ליכא עדי פקדון יש מיגו דלהד"ם ועל זה כתב הרמב"ן כי ניים ושכיב אמרה דהרי"ף מיירי דליכא עדי פקדון וראה דבעה"מ הוי ס"ד דליכא עדי פקדון וגם לא ראה לכך הקשה מה שהקשה ופי' הוא דמיירי דליכא עדי פקדון וראה וכוונתו דראוהו בידה רק דליכא עדי פקדון והשתא ליכא שום מיגו רק דלקוח ובעלמא נאמן והכא אמרינן אחוי שטרך וזה שחילק הרי"ף בין מלוגא דשטרי לחפץ דעלמא וזה ברור בכוונת הרמב"ן ולפי זה מבואר מדברי הרמב"ן דבלא ראה שפיר נאמן במיגו דלהד"ם והחזרתי והיינו כדעת הרא"ש ומה שנראה שהכריחו להש"ך לפרש דעת הרי"ף דלא כהרא"ש הוא משום דהקשה מיגו דלקוח א"כ ע"כ דלא ניחא לי' לאוקמא בעדי פקדון א"כ ה"ה בראה לא ניחא לי' לאוקמא אבל באמת לק"מ דוודאי מיגו דלהד"ם והחזרתי לא קשיא לי' דמצי לאוקמא בראוהו עתה בידה קודם שנפלו החילוקים ביניהם ובהדיא אמרינן פרק זה בורר כיון דאיתחזק בבי דינא אי בעי קלתי' לא אמרינן [וכ"ש לפי מה שכתבתי לעיל ריש סימן נ"ו] רק ממיגו דלקוח קשיא לי' דהא וודאי שלא היו בכאן עדי פקדון שהיו בשעה שהפקיד אביהם כי לאיזה צורך היה להם להביאם כיון דהאשה לא הכחישה כלל והיתה מודה לזה א"כ ר"נ דשאל אית לך סהדי דתבע מינך מחיים הי' לו לשאול אם יש ליורשין עדי פקדון דאז הית' נאמנת דתבע מינה במיגו דלקוח ולמה שאל מיד לאשה וברור דכוונת ר"נ בלי עדי פקדון צריכה לעדים שתבע ממנה אבל עדי ראה לא קשיא דראוהו ביד' בב"ד לפני ר"נ כעובדא דפרק זה בורר הנ"ל ולפי זה נראה דגם מדברי התוס' אין כאן ראיה כלל דאף דהתוס' נראה דבס"ד לא הוי סבירי להו הך סברא כיון דאיתחזק בבי דינא ח"מ לק"מ

דוודאי דכהאי גוונא ממש דפרק זה בורר הוי ידוע להו דלא מהימנה דהא ש"ס ערוך הוא שם אליבא דר"נ גופא אמנם כוונת התוס' בקושיא דהכא בשעה שאמרה מחיים תפסתי ג"כ היה כוונתה באופן המועיל שתבע ממנה ולא דמי להתם או דהתם הטעם כיון דחזינן שהראתה השטר בב"ד ללא צורך מבואר דבדעתה שאינו מזיק כלום אבל הכא באמת כוונתה היה כך ועל זה תרצו דהכא נמי דמי להתם אבל להקשות מלהד"ם והחזרתי פשיטא להו דיש ליישב דאיתחזק בבי דינא כהך דפרק זה בורר ממש אבל בעדי פקדון לא ניחא להו כמו שכתבתי לשיטת הרי"ף ומעתה כיון דהרי"ף והרא"ש והרז"ה והרמב"ן [ותוס' לא נתברר שיחלקו] מודים דאמרינן מיגו דלהד"ם והחזרתי וכן דעת הטור ומחבר נראה דכן עיקר דלא כהש"ך:

ג שאם לא כן וכו' א' להד"ם. עסמ"ע ס"ק ד' וביאור דבריו דוודאי אי אפשר לפרש להד"ם היינו להד"ם ממש דוודאי הרא"ש מעיקרא בקושיא הוי ס"ד דלא היו עדים כלל א"כ שפיר הקשה גם ממיגו זו דלהד"ם ועל זה תירץ דהיו עדי פקדון וראה אבל המחבר דבא להשמיענו דדוקא ביש עדי פקדון וראה דאל"כ וכו' א"כ אי אפשר שיזכיר מיגו מה שהוא מסולקת בחד מהני בעדי פקדון לחוד ובראה לחוד שהרי רצונו ליתן טעם על מה דבעינן תרווייהו לזה פי' הסמ"ע דכוונת המחבר כך דבא לומר למה בעינן תרווייהו דבעדי פקדון לחוד בלי עדי ראה עדיין לא נמלטנו ממיגו דנאנסו ובעדי ראה לחוד בלי עדי פקדון עדיין יש מיגו דלהד"ם פי' להד"ם בתורת פקדון רק ממושכנין ואהא קשיא לי' להסמ"ע שלא הזכיר גבי נאנסו החזרתי דבזה לא מהני ג"כ עדי פקדון ועל זה כתב דהוי העזה ולפי זה ליתא למה שכתב הש"ך ס"ק ה' וז"ל ובלאו הכי מוכרח לומר כן עד לבסוף ולפי מה שכתבתי בוודאי כוונת הטור להד"ם ממושכנין כנ"ל אמנם לדינא וודאי העיקר כהש"ך דהחזרתי נמי נאמן ולא הוצרך להזכיר כל המיגות דמשום מיגו זו ג"כ צריך עדים ולפי מה שכתב הש"ך ס"ק ו' דנאמן במיגו דנאנסו ואין צריך לישבע א"כ פשיטא דלק"מ דלא נקיט החזרתי דהא בא לומר טפי דאפי' שבועה אינו צריך והשתא לא מבעי אי נימא דבהחזרתי צריך היסת כדעת רבותיו של הרשב"א פשיטא דלק"מ אלא אפילו אי נימא דאינו צריך שבועה מ"מ אין זה רק במיגו דנאנסו א"כ למה לו להזכיר החזרתי ועוד דמיגו דהחזרתי בוודאי צדקו דברי הסמ"ע דהוי העזה ליפטר משבועה ולכ"ע לא אמרינן ומה שהקשה הש"ך למה לי נאנסו אפילו נאבדו בפשיעה סגי נראה דמיגו לא אמרינן שיאמר דפשע והזיק ממון חבירו וכ"ש ליפטר משבועה:

ד אף על פיו כו' דלא כיש מי שאומר כל האחרונים נבוכו בפי' דברי הרב בזה ובא להם זה שלא עיינו בתשובת הרא"ש כלל ק"א סימן א' שהביא הרב ובאמת הוא ט"ס כי לא

נזכר שם בכל הכלל מענין זה ולא מדינים אלו אבל הדין הזה הוא בתשובה כלל ק"ו סימן ג' וז"ל ואם אינן דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אעפ"י שיש לשמעון עדים שהחפץ שלו היה וראוהו עדים ביד ראובן נאמן לומר לקוחים הם בידי או אתה חייב לי מעות בשווי' של חפץ אבל אם יש לשמעון עדים שהשאיל לו חפץ וראוהו עתה ביד ראובן תו לא מהימן לומר לקוח הוא בידי ולא בשום טענה אחרת כיון שיש עדים שבתורת שאלה באו לידו וגם ראוהו ב"ד עתה בידו עכ"ל מבואר מדברי הרא"ש דאפילו אין ידוע שחייב לו ולית לי' שום מיגו' נאמן לומר טענת לקוח מצד עצמה וטענת יש לי בידך חוב כנגדו ולפי זה במקום דלא מהימן לקוח כגון בשטרות נאמן עכ"פ לומר אתה חייב לי כל שאין עדים שבא לידו בתורת פקדון וכן מבואר ברא"ש פרק הכותב דהצריך עדי פקדון משום דקשיא לי' נהימני' במיגו דממושכנין היה בידי מעיקרא אף דלית לי' מיגו דלקוח כמו שכתב קודם וע"כ דאפילו אינו ידוע סובר כן דאי בידוע מאי קשיא ליה דילמא כך היה עובדא דלא היה ידוע ואי קשיא ליה אפילו יש עדים שתבעה מחיים למה מהימנה הא ליתא כיון דאין כאן עדי פקדון בוודאי בשע' שאמר' לפני העדי' שאני תופסם בחוב הית' נאמנת דאז בוודאי היה לה מיגו אבל אם אין לה עדים עכשיו רק דנהימנה עכשיו דתפסה מעיקרא עכשיו יש עדי ראה ולית לה מיגו כלל ולאיזה צורך הוצרך הרא"ש לאוקמא בעדי פקדון בעדי ראה בלבד סגי. וברור דכוונת הרא"ש דאפילו אינו ידוע נאמן ובתומים רוצה לומר מסברא להרא"ש דאין חילוק והא ליתא דהא חזינן דהרשב"א מחלק א"כ גם ברא"ש יש לומר כן אבל לפי מה שכתבתי הדבר מוכרח ברא"ש]:

אבל הרשב"א בתשובה שהביא ב"י מבואר להדיא דחולק בזה שהרי כתב להדיא דלקוחין אינו' נאמן דבעי כתיבה ומסירה מבואר דלא היה עדי פקדון כלל דאל"כ מאי מיגו דלקוח יש ומ"מ כתב דכמו כן אינו נאמן לומר חוב מגיע לי ממנו רק בידוע שחייב לו הרי בהדיא דחולק בזה ועל זה כתב הרב בד"מ דהרא"ש פרק הכותב ובתשובה כלל ק"ו סימן ג' חולק בזה והן הן דבריו כאן ואעפ"י שאין לו מיגו דהיינו שיש עדי ראה ואינו יכול לומר לקוחין משום דאותיות בעי כתיבה מ"מ נאמן לומר שחייב לו בלי מיגו כלל כמו שהיה נאמן לקוח בחפץ אחר בלי מיגו כלל אף שידוע שהוא של פלוני כל שאין דברים העשויין להשאיל ה"ה בשטר יכול לומר שחייב לו בלי מיגו כלל וזהו דברי הרא"ש הנ"ל ועל זה כתב דלא כיש מי שאומר דהוא הרשב"א הנ"ל דסובר כל שאינו נאמן לקוח אינו נאמן חוב חייב לי וזה ברור ותמהני עליהם היאך עלה זה על דעתם לפרש כוונת הרב בעדי פקדון ג"כ חדא דהא הרשב"א ע"כ בלי עדי פקדון מיירי שהרי סילק המיגו דלקוח מטעם דבעי כתיבה וכן הרא"ש בתשובה הנ"ל כתב בהדיא דבאינו

ידוע שחייב לו שוב אינו נאמן בשום טענה בין לקוח בין חוב חייב לי כל שיש עדים שהגיע לידו לידו בתורת שאלה ואפילו בדברים שאין עשויין להשאיל. גם אם היה כוונת הרב כן בעדי פקדון היאך כתב ואינו נאמן לומר לקוחין לאיזה צורך הזכיר זה דהא בלא"ה אינו נאמן לקוח מכח כתיבה וע"כ דכוונתו באמת בלי עדי פקדון וכמו שכתבתי ובאמת הדבר פשוט ואין צורך לכתבו אלא לפי שגדולי האחרונים לא ירדו לסוף דעת הרב בזה ובזה מיושבין היטב דברי המחבר שכתב דוקא כשיש עדי פקדון וראה ויש לתמוה דבשלמא בעדי ראה כבר כתבתי לעיל ס"ק ב' דגם הרי"ף מודה אבל בעדי פקדון ע"כ דהרי"ף חולק שהרי הקשה ממיגו דלקוח ש"מ בלי עדי פקדון ועדיין יקשה מיגו דממושכנין וע"כ דאין צריך עדי פקדון כלל והיאך השמיט המחבר דעת הרי"ף ולא זכרה כלל ולפי הנ"ל ניחא דוודאי בידוע גם הרי"ף מודה כמבואר להדיא ברשב"א הנ"ל דכתב כן לשיטת הרי"ף וסיים דבידוע שחייב לו נאמן אף דאינו נאמן לקוח מכח כתיבה ומ"מ לא קשיא לי' להרי"ף מיגו דממושכנין דמצי לאוקמא באינו ידוע דסובר כדעת הרשב"א דבאינו ידוע לא וכן כתב באמת הרשב"א לדעת הרי"ף לכך המחבר דמיירי בחוב ידוע כתב בפשיטות דבעינן עדי פקדון לכ"ע והרא"ש דהקשה מיגו דממושכנין ע"כ חולק דאפילו באינו ידוע וזה ברור ולפי זה לענין הדין כיון שהרי"ף והרשב"א סבירי להו דלא כהרא"ש הנ"ל נראה דיכול המוחזק לומר קים ליה כמותם ולפי זה מה שכתבתי לעיל ס"ק ב' להוכיח מדברי התוס' דלא סבירי להו דינו של הטור ומחבר בעדי פקדון ג"כ לא מוכח מידי אלא דסבירי להו כהרשב"א הנ"ל אבל בידוע מודו דנאמן כהרי"ף ומ"מ לא הקשו קושיא זו דאיכא לאוקמא הך עובדא באינו ידוע אבל הרב כתב בשם התוס' כהרא"ש אפילו באינו ידוע והא וודאי לא נזכר בתוספות שם ואדרבא מוכח להיפוך מדלא הקשו ממושכנין ולמה להו להקשות מלקוח דיש לדחות דאפי' גוף הנייר לא קנה גם לא נזכר שם בתוס' רמז ממשכון כלל ואולי כוונתו לתו' אחר ודו"ק:

על חו"מ סימן סה

א ואינו יודע מה טיבו ומשנה ספ"ק דמציעא ע"פ פירש"י שם ונראה דקשיא ליה דאי במלוה גופא אי טוען הלוה שמא א"כ השטר בתקפו כדלעיל סימן נ"ט ואי בטוען ברי למה יהא מוכח יחזירנו ללוה לכך פי' בשליש וכיון שהמלוה טוען ברי לא יחזירנו רק יהא מונח ומשמע מסתימת כל הפוסקים דהיינו דוקא אם אומר שאינו יודע מה טיבו דהיינו מאיזה צד בא לידו ובאיזה אופן אבל אם יודע שמצד עיקר השלישות או פקדון שייך למלוה רק שנולד לו ספק באיזה ענין אח"כ המבטל את השטר אוקמינן בחזקתו

שהיה בשעה שבא לידו וזה שדקדקו כל הפוסקים שאינו יודע אם המלוה הפקידו או הלוה או הפקידוהו בידו בשלישות והיינו כמו שכתבתי ואף דבטענת ברי היה נאמן אפילו בדבר הנולד אח"כ כמבואר לעיל סימן נ"ו מ"מ באינו יודע השטר בחזקתו שהיה בשעה שבא לידו משא"כ כשהספק בעיקר השטר מעיקרא ובזה מיושב על נכון מה שהקשה הרשב"א בתשובה סימן אלף ל"ה מהא דר"נ פרק זה בורר דלמה יגרע משטר שנמצא ואינו יודע מה טיבו ומכח זה דייק דוקא בשליש נאמר זה והתם דלא ס"ד דהוי שליש לא הימני' וצריך לומר דס"ד דהך משנה מיירי בשליש דאית לי' מיגו] ולפי הנ"ל ניחא דהתם מיירי דהיה ידוע דבא לידה באופן דשייך למלוה רק היא אמרה דאח"כ נפרע ובזה בלי אמירתה היה השטר בחזקתו כנ"ל לכך בלי מיגו לא הימני' ר"נ אמנם הרשב"א שם דנתן טעם בזה דעשה ספיקו של שליש כספק של עצמו א"כ אם הוא היה מסופק לא היה גובה ה"ה בשליש אפי' בספק הנולד אח"כ והוא לשיטתו שפיר מייתי ראיה אבל לדידן דלא סבירי לן הך סברא כמו שיתבאר לקמן א"כ דין הנ"ל אמת:

ב היה יכול לגבות בו פי' הסמ"ע בשבועה והש"ך השיג עליו דדמי למ"ש בעה"ת בשם הרמב"ן דבסטראי ויש ע"א דאין צריך שבוע' כלל שהוא מפוייס ועומד וה"ה הכא וסיים הש"ך ואף דהכא מכחיש העד שאומר שנתנו לו מ"מ לא גרע הכחשתו מאם היה, מודה לו והיה טוען ברי שחייב לו דלא היה צריך לישבע וכמ"ש לקמן וכ"ש עתה שמכחיש אותו וטוען ג"כ ברי שחייב לו עכ"ל מבואר מדבריו דמה שדימ' דבר זה להך דסי' נ"ח משום דמפוייס ועומד היינו במודה שנתנו לו דאז דומה להתם אבל בכופר לא דמי להתם דהתם נמי בכופר נשבע רק משום דלא גרע הכחשתו מאם היה מודה ויש לתמוה על דבריו הא בסמוך כתב בהדיא דבמודה שנתנו לו נאמן במיגו שהיה אומר שלא נתנו א"כ מה בכך דבמודה שנתנו מפוייס ועומד מ"מ אינו נאמן רק במיגו דמכחיש והיאך תלה תניא בדלא תניא ולכאורה היה נראה דכוונתו דכמו דשם מפוייס ועומד בטוען סטראי ה"ה בטענת להד"ם כאן והטעם דע"כ לא אמרו להפיס דעתו רק אם כח העד של זה אלים עד שאם היה מודה לו זכה שכנגדו בדין אז בכופר צריך הפסת דעת וזהו התם בעד מעיד שהוא פרוע שאם היה מודה [ולאו היה טוען טענה אחרת] הפסיד שטרו אבל הכא אפילו היה מודה לדברי העד לא היה מפסיד בדין שהרי עדיין הוא אומר שהשטר כשר ואפילו שבועה לא היה צריך מצד העד שהוא מפוייס ועומד כנ"ל [רק אם יהא הדין דעכשיו נשבע אז היה צריך לישבע מכח המיגו] א"כ אפילו במכחיש העד אין צריך להפסת דעת אך קשה להלום קצת דבר זה בלשון הש"ך וברור דאזיל לשיטתו לעיל סימן נ"ח ס"ק כ"ו דבעה"ת בשם הרמב"ן מיירי בלי נאמנות ומ"מ פסק דבטוען סטראי אינו

צריך שבועה כלל דמפוייס ועומד ואף דסטראי אינו נאמן רק במיגו דלהד"ם ובלהד"ם וודאי צריך שבועה מ"מ עכשיו דמפוייס ועומד אינו צריך שבועה כלל א"כ שפיר כתב דה"ה הכא כיון דנאמן ג"כ במיגו דמכחיש א"כ ממילא אפילו שבועה אינו צריך אפי' אם נחייבנו שבועה במכחיש דמפייס ועומד הוא א"כ ממילא אין כאן שבועה במכחיש דלא גרע מאם היה מודה והיאך נחייבנו שבועה במה שיכול להודות וזה ברור בכוונת הש"ך אך כבר השגתי עליו לעיל סימן נ"ח בזה דכיון שאינו, נאמן רק במיגו דלהד"ם היאך יהא אלים כחו עכשיו טפי מטענת המיגו ומה בכך דמפוייס ועומד סוף סוף בלי העד אינו נאמן רק במיגו ואז לא היה מפוייס והיה צריך לישבע ולמה יגרע עכשיו ועוד אי בסטראי אין כאן שבועה למה בלהד"ם ישבע להימני' במיגו דסטראי, וברור דהרמב"ן לא דיבר שם רק דמצד עצמו אין כאן שבועה מכח, העד אבל כל שבטענת המיגו צריך לישבע נשבע עכשיו ג"כ ונ"מ היכי שלא היה צריך לישבע בטענת להד"ם ע"ש ולפי זה הכא נמי במכחיש צריך לישבע ולא שייך סברת הש"ך ודו"ק:

אמנם נראה לפע"ד דוודאי אין צריך לישבע שלא מסר לידו כיון שאם היה אומר שמסרו לא היה צריך לישבע רק שחייב לו והיה נאמן בשבועה במיגו שלא מסרו א"כ אפילו במכחיש אין מקום לשבועה שמסרו לו רק אם רוצה לישבע שחייב לו סגי דהא יש בידו, להודות שמסרו לו ונפטר בשבועה שחייב לו א"כ לעולם אינו צריך לישבע רק שחייב לו ונ"מ בזה דאם נשבע שמסרו לו ממילא מגלגל עליו שחייב לו אבל אם אינו נשבע רק שחייב לו אינו יכול לגלגל עליו מטעם הנ"ל כיון שאם מודה נפטר בשבועה זו בלבד ודלא כנראה מהסמ"ע דנשבע שמסר לו ובאמת פי' הסמ"ע נכון גם בשבועה זו (וזה ברור לפע"ד:

אך היינו דוקא אם נדון אותו בעד אבל בתומים נתן טעם אחר שאינו עד כלל דמשוי נפשו רשע ובאמת כך היה בדעתי לומר כן אבל דחיתי מלשון הטור שכתב ואם טעה למסרו למלוה ש"מ דבטעות עשה כן ואפילו המחבר דלא הזכיר טעות גם כן ע"כ באופן זה מיירי דפשיטא שלא יאמר דמסרו וידע דאסור ולפי זה דמי לדלעיל סימן כ"מ סעיף כ"ד דאפילו באיסור דאורייתא כל שיש מקום לומר דטעו לא נפסלו ע"ש. אך זה לדעת הש"ך לעיל סימן ל"ט דעדים שאמרו מוקדם הוא כל שיש מקום לומר דטעו כגון דלא ידעו דרב אסי וכדומה אפילו הן בעצמן נאמנין לומר שהוא מוקדם. אבל לפי מה שהוכחתי שם מדברי הר"ן דאפילו אם עדים אחרים מעידין עליהם לא נפסלו הן בעצמן אינן נאמנין לומר שעשו שלא כהוגן והוכחתי כן מדברי הר"ן פ"ב דכתובות גבי עדים שאמרו אמנה דאל"כ הוא סותר עצמו לדבריו פ"ק דר"ה ועוד הוכחתי זה בכמה מקומות בסי' ל"ד

וסימן מ"ו בראיות ברורות וכ"כ הריב"ש להדיא בתשובה א"כ לפי זה הכא אינו עד כלל ואינו צריך שבועה כלל:

ג וכן יורשי הנפקד וכו' לא יחזרו. עש"ך מה שכתב ליישב קושית הרשב"א דהתם לענין לקרוע השטר מיירי וכבר השיגו אותו האחרונים גם מכל הפוסקים דהוכיחו משם דשליש נאמן בלי מיגו ולדברי הש"ך אין ראיה משם דבלא"ה השטר בטל ומנין דנאמן לגרע כח שטר מעליא בלי מיגו והעיקר כמו שכתבתי ס"ק א' לחלק בין אם נולד הספק על עיקר המסירה מעיקרא או שנולד ספק אח"כ והתם מיירי דלא היה ספק בעיקר השלישות מעיקרא. ובהכי ניחא מה שכתבו הטור ומחבר לעיל סימן נ"ו בכתב היוצא מתחת ידי שליש שמת שהשטר המונח אצלו הוא פרוע ומה צורך לכתוב בלא"ה אינו יודע מה טיבו אין גובין בו ודוחק לומר דכל הנפקותא לקרוע השטר ולפי הנ"ל ניחא דהתם מיירי ג"כ בספק אם נפרע אח"כ ואז בלי הכתב היה השטר בחזקתו כנ"ל:

ד מיהו וכו' כתובת אשה. עסמ"ע וש"ך ונראה עיקר כהסמ"ע וע"כ לא אמרו בש"ס בשטר כתובה שנפל אין מחזירין היינו דוקא בנפל אבל אם יוצא מתחת יורשין של אחר לא ובלא"ה הרשב"א חולק ביורשין אפילו בשטר אם כן הבו דלא לוסיף בכתובה כיון דלא נפל ויוצאת מתחת יד היורש דאין כאן שום ריעותא ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואסור להשהות בלי כתיבה א"כ בוודאי יש לומר דהיא הפקידה. וכן משמע בריטב"א שהביא הש"ך סימן מ"א ס"ק י"ט ע"ש:

ה דחיישינן לקנוניא הוא דעת הרשב"א סימן אלף ל"ה והנה אין טעם הרשב"א דסובר דיש בזה ריעותא ג"כ דא"כ למה חתר שם ליתן טעם לחלק בין שליש ליורשין הא בלא"ה ביורשין ליכא ריעותא וע"כ דמודה דגם בשליש גופא ליכא ריעותא. ונראה לכאורה דטעם מחלוקת זה הוא דהרא"ש סובר דלא שייך הימניה רק על ברי ולא בשמא א"כ בשמא עדיין כח שניהם שייך בו ולא סלקו עצמם רק מטענת ברי ואז יהא נאמן נגד שניהם דהימניה כיון שבידו לשורפו ולא יוכלו לכתוב מזמן ראשון שום שטר אבל בשמא לא עשאו אותו שליש רק שלא יהא לזה כח יותר מזה אבל לא מה שיסכימו שניהם אבל הרשב"א סובר דעשאו אותו שליש שיהא ספיקו כספיקם א"כ ה"ה בשניהם רוצין מ"מ כמו אם היו מסופקין לא הוי מהני ריצוי שלהם להפסיד ללקוחות כמו כן בספיקו של שליש דגם לזה עשאו אותו שליש ומהאי טעמא סובר הרשב"א דוקא שליש ע"ש אך לפי זה כיון שלא הזכיר המחבר דעת הרשב"א ביורשין לא היה לו להזכירו כאן ג"כ וצריך לומר דדייק כיון דהרשב"א הניח הך דינא דיורשין בצ"ע מן התוספתא ומ"מ כתב שם

דחיישינן לקנוניא ש"מ דבלא"ה סובר דכלל' הוא כל דבלי הודאת לוה אינו טורף אינו מועיל הודאתו לחוב ללקוחות.

והנה מדברי בעה"ת שער נ"ב דהקשה מ"ש שטר הנמצא בכלי או באגודה דמחזירין למי שנותן סי' ומ"ש מצא שט"ח דעלמא דאין מחזירין ותירץ בשם חכמי צרפת בתרתי חדא דזה איתרע וזה לא איתרע דדרך נפילה נפל עוד תירץ דזה נותן סימן וזה אין סי' ע"ש. ויש לתמוה אם הקושיא היא דניחוש לקנוניא כמו בשטר דעלמא ועל זה תירץ דלא איתרע א"כ קשה מאי משני אח"כ מ"מ קשה ניחוש דהגיד לו הסימן וע"כ משום דלא איתרע והיינו תירוץ ראשון וצריך לומר דהכוונה לחלק בין הודאה לחוב לאחרים משא"כ התם דאינו מחייב בהודאתו רק בסימן וכמו שאבאר לקמן בס"ד. ולפי זה יש לתמוה אם כוונתו דזה איתרע ג"כ א"כ אכתי תקשי באין חייב מודה דלא שייך תירוץ ב' אמאי יחזיר וע"כ דסובר דוודאי לא איתרע כיון דדרך נפילה נפל רק דבתירוץ א' ס"ד דזה מועיל גם לסלק הקנוניא כדעת הרא"ש ועל זה תירץ דלקנוניא לא חיישינן מטעם אחר כנ"ל א"כ הנך ב' תירוצים מחולקים במחלוקת הרשב"א והרא"ש וכן מבואר בספר א"ז ספ"ק דב"מ דהקשה ג"כ מ"ש משט"ח דנפל איתרע ותירץ ג"כ כנול והקשה ניחוש דהגיד לו הסימן ותירץ דא"כ יכ"ל הוא בעצמו ליתנו וימסרנו לו בצינעא [והוא תמוה כמו שאבאר לקמן בס"ד] עוד תירץ דהכא דלא אזלינן בתר הודאה רק בתר סימן לא חיישי' לקנוניא א"כ קשה לתירוץ זה באין חייב מודה למה יחזיר הא נפל איתרע וע"כ דלא איתרע אם כן מאי חשש קנוניא יש וע"כ. כהרשב"א הנ"ל דאף בזה חיישינן לקנוניא אף דליכא ריעותא דדרך נפילה נפל ועיין לקמן מ"ש עוד בזה. והנה מתחילה עלה ברוחי לומר בכוונת הרא"ש וטור דמעיקרא כתבו סתם באינו יודע מה טיבו לא יחזיר ולא חילקו בין שניהם רוצים או לא אח"כ שזכרו דין היורשין כתבו לחלק בין חייב מודה או לא והיה נראה לכאורה דדוקא ביורשין כתבו כן דליכא ריעותא משא"כ גבי עצמו אבל באמת בתשובת הרא"ש שם מבואר דאין חילוק בזה כלל ובכל גוונא פליג:

ואם שניהם רוצים יעשה כמאמרם. עסמ"ע וש"ך ושאר אחרונים מה שהאריכו בפי' דברי הטור בזה והאמת יורה דרכו דכוונת הטור בפשיטות והוא דוודאי מה שכתב הרא"ש ואם שניהם רוצים אין הכוונה דלוה מודה דלא נפרע דא"כ הוי ליה למימר ואם שניהם מודים. גם מה יעשו כמאמרם לא הוי ליה למימר רק יחזיר גם מה פשרה שייך אם מודה דלא נפרע. רק הכוונה דבאמת אומר שפרעו רק מתרצ' להחזיר לו בפשרה ובאמת יש לתמוה בזה דנהי דהיכי דלא איתרע לא חיישינן לקנוניא היינו אם מודה אבל בכופר היאך יוכל הוא להתפשר בעד הלקוחות להפסידם שלא כדין שהרי בידו שלא

יחזירנו למלוה ולא יתפשר ועל זה כתב הטור דהפשר הזה הוא שיאמין אחד לחבירו בשבועה ובזה אינו חב ללקוחות כלל דבלא"ה יכול כל אחד להכריח חבירו או שישבע הוא או חבירו ואין הדין יהא מונח רק אם כל אחד רוצה שישבע הוא דוקא והשתא כיון שאחד יכול לכוף חבירו לזה א"כ ממילא דוקא בלא נתפשרו יהא מונח אבל בנתפשרו ואחד מאמין לחבירו בשבועה מועיל אף ללקוחות שהרי אינו מפסיד ברצונו ללקוחות ודו"ק היטב כי זה ברור לפע"ד דדוקא במודים לא חיישינן לקנוניא ויחזיר אבל בכופר רק מתפשר לא מהני פשרה שלו להפסיד ללקוחות רק בשבועה ומ"מ אין נ"מ בזה רק בנאמנות דבלי נאמנות בלא"ה צריך לישבע ללקוחות וזה שכתב הטור אפילו יש בו נאמנות ומ"מ יש נ"מ ג"כ לענין ב"מ אחרים ואפילו בלי נאמנות:

ז אפילו הוא ת"ז. דין זה כתבו הטור בשם הרמ"ה ודייק כן מהא דאמרינן המוצא שטר שזמנו בו ביום יחזירנו לבעלים משום דלפריעה בת יומא לא חיישינן ואם אין חייב מודה לא יחזיר אף דסתם הלואה ל' יום אם כן ה"ה בקובע זמן וכתב הש"ך ס"ק י"ט דהרמ"ה סובר כדעת הפוסקים לקמן סי' ע"ח דאין חילוק בין קובע זמן לסתם הלואה אבל לדעת הטור ומחבר וכל הפוסקים אין ראיה וכתב דמ"מ דינו אמת מבחוץ ובאמת יש לתמוה על הטור דכאן סתם כדעת הרמ"ה ושם סתם דאין ת"ז רק בקובע גם לא זכרו הטור וב"י והמחבר בסימן ע"ח דעת הרמ"ה כאן החולק בזה: והנה המעיין בטור יראה דבדברי הרמ"ה גופא יש לדקדק שנראה מדבריו בהדיא דהוא רוצה להוכיח דבאין חייב מודה חיישינן לפרעון בת"ז ולפי הבנת הש"ך בפי' דברי הרמ"ה פשיטא דמוכח דגם בחייב מודה חיישינן דהא בחייב מודה מיירי ר"י ומ"מ אמר בו ביום דלפריעה בת יומא לא חיישינן מבואר דבת"ז חיישינן אפי' בחייב מודה ואי דהתם בסתם הא להרמ"ה סתם כנקבע לפי' הש"ך גם קשה אם היה כוונתו להוכיח באין חייב מודה כדמוכח מלשון הרמ"ה א"כ קשה מה נ"מ להוכחה זו אם הך מילתא דר"י בכל גוונא משתעי או בחייב מודה ס"ס מוכח מדנקט בו ביום דתוך זמנו לא וע"כ צריך לומר דבפשיטות היה מקום לומר דוקא בו ביום אין חילוק ובכל גוונא לא חיישינן אבל בת"ז יש חילוק ובחייב מודה לא חיישינן לזה הוצרך הרמ"ה להוכיח דמילתא דר"י בחייב מודה א"כ הדייוק בת"ז אפילו בחייב מודה א"כ מבואר דכוונתו להוכיח אפילו בחייב מודה ולשון הרמ"ה מורה בבירור דוקא באין חייב מודה ועיין היטב בלשון הטור בשם הרמ"ה לכן נראה ברור דכוונת הטור והרמ"ה בפשיטות דוודאי מודה הרמ"ה לדעת כל הפוסקים לקמן סימן ע"ח דבסתם הלואה לא אמרינן אין אדם פורע ת"ז ואין מוציאין ממון לכך בחייב מודה בוודאי אין להוכיח משם דהתם מיירי בסתם הלואה ושפיר נקט בו ביום דוקא

רק דכוונת הרמ"ה להוכיח באין חייב מודה ובהא ליכא למדחי בסתם הלואה דמ"מ פשיטא דלא גרע ת"ז בקובע מבו ביום בסתם דהא כאן יש תרתי דמ"מ אינו יכול לכופו לפרוע בתוך ל' ונהי דלא אלים להוציא ממון אבל בו ביום בוודאי אלים כמו ת"ז בקובע א"כ כמו דשם באין חייב מודה לא יחזיר ה"ה בתוך זמן בקובע ודברי הרמ"ה פשוטים וברורים ולק"מ וראיה ברורה לזה דקובע בת"ז לא אלים מבו ביום בסתם דהא בש"ס שם פריך והא את הוא דאמרת משמי' דר"י שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שיעבודו והשתא אי למחר תיפוק לי' דהוי לי' מוקדם וע"כ בו ביום ש"מ דיכול להיות דפרע ביומא ומשני דלא שכיח דפרע ורב כהנא משני בחייב מודה וקשה מאי קושיא כיון דקובע בת"ז עדיף טפי מבו ביום בסתם א"כ כ"ש דקובע בו ביום דעדיף א"כ יש לומר דר"י מיירי בקובע ובזה וודאי לא חיישינן והך דר"י דנמחל שיעבודו מיירי בסתם הלואה ואז אפילו בו ביום חיישינן לפרעון וע"כ דבו ביום אין חילוק בין סתם לקובע א"כ כיון דבו ביום בסתם חיישינן באין חייב מודה כ"ש בקובע בת"ז וזה ברור ולפי זה צ"ע על המחבר דנמשך אחר דברי הטור בשם הרמ"ה וכתב אפילו לוה מודה ובאמת לא היה כוונת הטור בשם הרמ"ה רק באין חייב מודה כמו שבארנו גם מה שכתב הש"ך דהדין אמת מבחוץ והביא ראיה מדברי הרמב"ם פרק י"ד ופרק כ"ג מהלכות מלוה ולפי הנ"ל ליתא ואדרבא בשני המקומות מבואר להדיא דאין חייב מודה והיינו כשיטת הרמ"ה אבל בחייב מודה מי שמעת לי' ואדרבא בהלכות גזילה ואבידה כשהזכיר דין זה דמצא שט"ח לא הזכיר ת"ז כלל אף שהזכיר כל מה שהזכיר המחבר ומה שכתב בסוף הלכות גזילה ואבידה בכתובה אפילו שניהם מודים לא הזכיר ת"ז כלל וגם שאר הראיות שהביא הש"ך לעיל סימן מ"א ס"ק י"ט דבתוך זמנו גם כן חיישינן לפרעון אין שום ראיה בחייב מודה [תדע דאל"כ למה לו להרמ"ה הטורח הזה דהא בלא"ה מבואר כמו שהביא הש"ך שם וע"כ דאין משם ראיה וכ"ש בחייב מודה] וצ"ע בזה:

אמנם יש לדון בזה מטעם אחר והוא דממקומו יש להוכיח דאפילו בתוך זמן בקובע אפילו בחייב מודה אין מחזירין והוא דוודאי קשה מה זה דקאמר בו ביום הא אפילו בתוך זמן לא חיישינן לפרעון ואי דנימא דמיירי בסתם הלואה מ"מ קשה הא פשיטא דוודאי בקובע זמן הוי רבותא טפי בתוך זמן מבו ביום א"כ ממילא מוכח דהוי ג"כ רבותא טפי בקובע בת"ז מבו ביום בסתם דאל"כ מבואר דבו ביום בקובע עדיף טפי מבו ביום בסתם דהא לעומת זה הוי ת"ז רבותא ולעומת זה לא וא"כ קשה קושיא הנ"ל מאי קושיא מר"י שם בסתם הכא בקובע וע"כ דאין שום הפרש ביניהם כלל א"כ כמו דבקובע הוי ת"ז רבותא כמו כן בסתם הוי ת"ז בקובע רבותא טפי מבו ביום בסתם א"כ הא גופא קשיא

למה לי' דקתני בו ביום בסתם לאשמועינן רבותא טפי בקובע ואפילו בת"ז וע"כ צריך לומר דבאמת בקובע בת"ז חיישינן לפרעון ואפילו חייב מודה דהא הך דבו ביום בחייב מודה מיירי וכן נראה עיקר כיון דרבים מחברים סוברים כן אף שיש מקום לדחות ראיה הנ"ל: (ח) ואפילו אמר הלוה וכו' נקב יש עש"ך ס"ק כ' דלמשעבדי לא מהני סימן כלל והיינו אפילו קשורים ומצא בחפיסה וכ"כ לקמן ובתומים ס"ק ט"ו תמה עליו דנעלם ממנו דברי בעה"ת דהקשה בשם חכמי צרפת מ"ש מצא בחפיסה או באגודה ממצא שט"ח דעלמא ותירץ לחלק בין איתרע ללא איתרע דדרך נפילה נפל לא איתרע וזהו דלא כהש"ך ולפע"ד נראה דאין משם ראיה כלל ואדרבא לכאורה איפכא מוכח דהא בעה"ת שם תירץ בתרתי חדא דלא איתרע דדרך נפילה נפל ועוד דשאני הכא דמלוה נותן סי' וקשה אם היה כוונת בעה"ת בקושיא דלמה לא ניחוש לקנוניא ולענין משעבדי א"כ תינח בתירוץ ראשון שפיר יש לומר דכיון דלא איתרע לא חיישינן לקנוניא אבל בתירוץ שני מה הועיל הא מ"מ ניחוש לקנוניא דהלוה הגיד לו ואי משום דלא איתרע היינו תירוץ ראשון ומה ביקש בתירוץ זה וע"כ דכוונת בעה"ת לענין בנ"ח כשאין חייב מודה מה בכך דנותן סימן ס"ס נפל ממנו ואיתרע ועל זה תירץ כיון דדרך נפילה נפל לא איתרע ואין כאן רק ספק דמן הלוה נפל והרי המלוה נותן סי' ועל זה תירץ עוד דדוקא במקום שיש לומר מהלוה נפל אז אמרינן כיון דנפל וודאי מן הלוה נפל דהמלוה מיזהר זהיר בי' אבל כל שידעינן דמן המלוה נפל לא חיישינן והשתא ממילא מבואר דמשעבדי באמת לא גבי לדעת בעה"ת דאל"כ מה הועיל בתירוץ שני למשעבדי וע"כ כתירוץ ראשון א"כ למה לו תירוץ שני וע"כ דמשעבדי באמת לא גבי כדעת הש"ך [ולפי זה מבואר כדעת הרשב"א לעיל ס"ג דוודאי העיקר כתירוץ ראשון דאפילו נפל מהמלוה באמת חיישינן לפרעון ומ"מ משעבדי לא גבי ובתומים כתב דהרשב"א מודה הכא והתם סובר דאיתרע וכבר הוכחתי לעיל ס"ק ה' דהא ליתא]: אך מ"מ יש לדחות דאין מבעה"ת ראיה עכ"פ והוא לפי מה שכתב בספר א"ז לב"מ ספ"ק בד"ה או אגודה של שטרות וז"ל לא דמי למצא שט"ח דלעיל דאמרינן משום דנפל איתרע ליה דהתם חשיב ריעותא מה שהוא מוטל באשפה ומוכיח עליו שמחמת פיסולו זרקו אבל הכא שהם בחפיסה או בתכריך ניכר שדרך נפילה נפלו שם וכו'. ועוד דהתם יש להסתפק אם מיד הלוה או מיד המלוה אבל הכא מחזיר למי שנותן סימן של חפיסה עכ"ל והוא בשם התוספות כתיבת יד וכתב על זה בגליון וז"ל כתבו בתוספות אבל כאן מחזיר למי שנותן סימן של חפיסה ואין להקשות אם המלוה נותן סימן ניחוש שמא הלוה מסר לו הסימן בשביל לעשות קנוניא וז"ל א"כ יתן הוא בעצמו הסימן וימסרנו לו בצינעא לקנוניא ועוד י"ל דדוקא לעיל דלא ידעינן של

מי הוא בלא הודאה אין לנו לנטות לעשות על פי הודאה כלל דחיישינן לקנוניא אבל הכא דלא אזלינן בתר הודאה כלל כי אם בתר סימנין ניחא עכ"ל שם. והנה תירוץ ראשון צ"ע קצת דאפילו נותן הלוה סימן אין מחזירין לו שלם דעדים אין רשאין למסור ללוה שטר שיש לחוש לגביה שלא כדין כ"ש ב"ד רק בלי סימן לא יחזיר לא לזה ולא לזה והשטר יהא מונח ואם הוא נותן סימן בטל לגמרי ומחזירין לו קרוע אמנם תירוץ השני נכון הוא וביאור הדבר הוא דדוקא בהודאה לא מהני לחוב לאחרים אבל כאן במה שאינו נותן גם הוא סימן אין זה הודאה רק שלילת המאמר ומה לו לומר מה שאינו יודע אבל אם במאמרו שאינו פרוע מחזיק השטר אז לא מהני ודו"ק. אך לכאורה יש להבין מ"מ נהי דלא חיישינן לקנוניא כנ"ל מ"מ באין חייב מודה למה יחזיר נימא נהי דמן המלוה נפל מ"מ בנפל איתרע ואי דלא איתרע אם כן גם הך לק"מ וע"כ דוודאי סובר דלא איתרע ומ"מ לקנוניא חיישינן אפילו בלא איתרע כדעת רשב"א לעיל ס"ג ועל זה תירץ לסלק הקנוניא משום דאין זה הודאה ולפי זה יש לפרש גם דברי בעה"ת כן דהוא ממש לשון התוספות הנ"ל דתירוץ שני הכוונה כיון דהמלוה נותן סימן אין זה הודאה במה שאין הלוה אומר סימן שהוא שלו והוא הגיד לו כנ"ל ולפי זה גם לענין משעבדי קאי תירוץ בעה"ת ודלא כש"ך. גם יש מקום לפרש דברי התוספות ובעה"ת הנ"ל דשני התירוצים כלולים בין לבנ"ח בין למשעבדי דתירוץ הראשון הוא דלא איתרע וממילא לא חיישינן לקנוניא ותירוץ השני הוא דאפילו אי נימא דאיתרע מ"מ כיון דהמלוה נותן סימן וידוע דממנו נפל לא איתרע כיון דאין כאן ספק שנפל מלוה אבל גבי מלוה וודאי לא נפרע וכמו כן לענין משעבדי אין לחוש לקנוניא כיון דלא מחייב בהודאתו ולפי זה יש לומר דכלהו סבירי להו כהרא"ש לעיל ס"ג אבל קשה מאוד לומר דהיכי דמן המלוה נפל לא ניחוש לפרעון ולא כן מוכח בש"ס וכל הפוסקים אם לא דנימא דהלוה טוען ממנו נפל אם כן וודאי משקר והוי כמיגו במקום עדים כיון דהמלוה נותן סימן וצ"ע אבל עכ"פ לפי דברי התוספות הנ"ל מוכח דלא כהש"ך בזה (ט) בצד אות פלוני עסמ"ע ס"ק י"ח מ"ש טעם לזה והוא מדברי הטור ובעה"ת ובתומים ס"ק ו' הקשה למה לי האי טעמא אפילו מצא בכלי ונותן סימן בכלי חיישינן לקנוניא ודבריו מגומגמין דלשיטת הש"ך ס"ק כ' הכא הכל לענין בני חורין ולשיטת התומים ס"ק ט"ו לא חיישינן לקנוניא כלל הואיל דנפל דרך נפילה וכך הוי לי' להקשות למה ליה ליתן טעם בזה שהמלוה יודע תיפוק ליה אפילו היה זה סימן טוב מ"מ אינו דרך נפילה, א"כ באין חייב מודה למה יחזיר לבנ"ח ואי הכא מיירי לענין משעבדי דלא כש"ך קשה גם לענין משעבדי ניחוש לקנוניא ובאמת לק"מ דבעה"ת נתן טעם זה לתירוץ שני של חכמי צרפת שהבאתי מקודם דלא

תליא באיתרע רק בסימן דכל שנותן סימן שוב אין לחוש לכלום כמו שכתבתי בס"ק לפני זה לזה הוצרך לומר דזה לא הוי סימן שהמלוה יודע שיש בו נקב וזה ברור והנה הש"ך ס"ק כ"א הקשה על בעה"ח בשטר דלאו אקנייתא מאי איכא למימר ולמה לא יועיל סימן שנותן הלוה ותירץ בתומים ס"ק ו' דחיישינן דלמא אקרי וכתב ומסרו ליד המלוה והמלוה לא נזהר בו ע"ש ואין דבריו נכונים מכמה טעמים חדא דזה לא יתכן רק להפוסקים לעיל סימן מ"ג דמוקדם גובה מבנ"ח ואינו יכול לטעון להד"ם ופרוע אבל להטור והרא"ש דאינו גובה כלום א"כ במה נפשך אי היה השטר כדין הרי בוודאי נפרע ומן הלוה נפל ואי דנכתב שלא כדין ופסול אפילו בנ"ח לא גבי וא"כ היאך הביא הטור כאן דין זה שהוא נגד דעת הרא"ש בסימן מ"ג גם בלא"ה דבריו תמוהין דבהדיא כתבו התוס' פרק איזהו נשך דף ע"ב ע"א דהקשו לפי' רנב"ם דשטר שיש בו רבית גובה מבנ"ח דהיאך תנן בתוספתא המוצא שטר שיש בו רבית יקרענו בא לב"ד יקרעוהו מבואר דלא מהני לבנ"ח ג"כ ותרצו משום דאסור להשהותו והכוונה דוודאי לגבות בו מיד אי אפשר דהא איתרע בנפילה כמו כל שטר רק שיהא מונח ועל זה תרצו דדוקא בשטר כשר יהא מונח ולא בשטר עולה דאסור להשהותו ולפי זה הכא במה נפשך לגבות אפילו בנ"ח בוודאי אינו יכול רק שיהא הדין יהא מונח ולא יחזיר לא לזה ולא לזה א"כ אם שטר כשר הוא הרי בוודאי של הלוה מכח הסימן ואי דשטר פסול הוא דכתבו ללוה בלי מלוה בלי הקנאה א"כ כיון שאין גובין בו קורעין אותו כמו שטר חובות וזה ברור גם בלא"ה היאך יעלה על הדעת לחוש דאקרי וכתב וע"כ לא חיישינן לזה רק לגרע כח השטר והנפילה מכרחת לנו לזה אבל לא שמענו דניחוש לאקרי וכתב שלא כדין לחזק כח השטר מה שאין מוכרחין לזה ומחמת הריעותא יש לומר דנפל מחמת דנפרע ומן הלוה. לכן אין לדבריו קיום בזה וע"כ כמו שכתב הש"ך דהלוה ראהו בשעת כתיבה ולשון הטור באמת מגומגם:

י וכן אם יש ללוה בנ"ח. עסמ"ע ס"ק י"ט דלא חששו אלא היכי דאיכא וודאי פסידא דלקוחות והש"ך השיג עליו דמוכח בש"ס דחיישינן אפילו ללקוחות שאינם ידועים וה"ה לב"ח ובאמת לא כיון יפה בכוונת הסמ"ע והוא נמשך אחר דבריו בדרישה שכתב וז"ל דדוקא בשטר מתנה אמרו דאין מחזירין אותו דכיון דנפל אמרינן דכתב ליתן ולא נתנו עדיין מעול' וגם עתה אין דעתו לתנו כי אם לאפקוע' מיד מי שנתן או מכר לו אחר זמן שטר זה ובחזרת שטר זה מוציאין זו השדה עצמה דכבר זכה בו זה השני וכן בשטר הלואה שנמצא ואין ללוה בנ"ח שבחזרת השטר יבא להפקיע מיד הלקוחות מה שכבר זכה בו הלוקח משא"כ כשיש לו בנ"ח דאז אין לחוש אלא שבא להפקיע השיעבוד שיש

למלוה עליו והפקעת שיעבוד שעדיין לא זכה לא הקפידו כ"ה עכ"ל. וזו היא כוונתו כאן דלא חששו רק להפסד לקוחות דהוא וודאי הפסד שהרי כבר זכו בשדה והוא מפקיע מהם אבל מניעת טירפה אינו הפסד וודאי ולא חששו וכן תירץ הריטב"א להדיא הובא בש"מ פ"ק דמציעא ולק"מ ובתומים כתב ליישב והאריך באופנים שאינם נכונים כי מה שכתב בתירוץ ראשון פשיטא דליתא דמ"מ יעשה קנוניא ויחזור ויתן השדה לראובן בעצמו במתנה ויגבה בשטר זה נכסים אחרים ויפסיד לב"ח או ללקוחות ותירוץ השני ג"כ ליתא דמי יודע אם לא יבוא ב"ח של אביו ויטרוף הנכסים שנפלו בירושה ויטרוף הוא בשטר זה מנכסים של לוה ומלקוחות והעיקר בזה כמו שתירץ הש"ך ומה שהקשה בתומים דא"כ גבי עדות לעיל סימן ל"ז נמי נימא כן ולק"מ דהתם שאני דאפילו בדרך רחוקה ונפלאה אמרינן דלא יעיד דגזירת הכתוב הוא כל שיש צד נגיעה אפילו בדרך רחוק הרבה אינו עד וא"כ יש לחוש לב"ח שאינו ידוע אפילו בהכרזה וכדומה אבל הכא דאינו רק חשש בעלמא לדרך רחוק כ"כ לא חיישינן כנ"ל:

יא וכתוב בו הנפק. כבר האריכו כל הפוסקים לתמוה על הרי"ף ורמב"ם בזה דלמה לי הנפק ובתומים הבין הקושיא דכיון דהוא בו ביום א"כ אם בא לפנינו לימלך מורין לו שילוה ולא יפסיד פשיט' דספרי ובזה תמה על הגי"ת וכתב עליו גדול שכמותו יעסוק בדברים בטלים אבל דבריו תמוהין דפשיטא דכיון דנפל איתרע וחיישינן דלמא כתב ללות ולא לוה והיינו בשטרי דלאו אקנייתא דילמא אקרי וכתב שלא כדין א"כ פשיטא דאם באמת היה כך דאפילו בו ביום אסור ללות בו דמ"מ השטר פסול דהעדים כתבוהו שלא כדין והשטר חספא בעלמא כיון שלא נעשה כתיקון רק כל הקושיא כיון דלוה מודה דנעשה כדין למה לא נאמין לו ואי דרוצה להרויח פש"ד שאם יאמר האמת יצטרך לכתוב שטר חדש הא ליתא דהא אמרינן התם דהמלוה לא ירצה זה כיון דלית לי' רווחא דסבר שמעי בי' רבנן ומפסדי לי' וכן מבואר בסמ"ע ס"ק כ' וכן מבואר מדברי המע"מ שהביא הש"ך דרוצה לתרץ דחיישינן לקנוניא והיינו דרוצה להרויח פ"ד ולדברי התומים מאי קנוניא יש כאן וכן הש"ך השיגו משום דלית למלוה רווחא אבל לא דיכול ללות באמת בשטר זה אף דמעיקרא כתב ללות ולא לוה עדיין והיינו דעשו שלא כדין ודברי הגי"ת נכונים בזה רק גוף תירוצו דחוק כמבואר למעיין ע"ש] גם מה שכתב בתומים ליישב והאריך מאוד ותורף דבריו דלא מיירי דמחזירין בו ביום רק נמצא ביום שנכתב ולקנוניא לא חיישינן דבו ביום לא איתרע בנפילה ומ"מ לא ירצה המלוה דיחשוב דוודאי יודע הלוה שאין לו לקוחות מזמן השטר דאל"כ לא היה רוצה להרויח פ"ד להפסיד ללקוחות א"כ לית לי' רווחא וירא דשמעי בי' רבנן אבל בלי הנפק נהי דלקנוניא לא חיישינן אבל

לפש"ד יש לחוש והמלוה ירצה ג"כ משום רווחא והלוה רוצה ג"כ דאינו חושש להפסד לקוחות כל שמפסיד הוא כיון שעדיין לא לוה כלל ע"כ ואין דבריו נכונים כלל חדא מה שכתב דבו ביום אין לחוש לקנוניא דלא איתרע בנפילה והיינו דאין מקום לומר שלא נזהרו בו דהלוה וודאי אפילו לאחר פרעון מיזהר זהיר בי' שיוכל לחזור וללות שנית בו ביום ע"י ע"מ או קנין וחשבו לדבר פשוט כ"כ עד דמקשה פשיטא. ואני תמה אם הלוה עלה על דעתו בשעת פרעון לחזור וללות מי הכריחו לשלם היום הא סתם הלואה ל' יום וע"כ דלא עלה על דעתו שיצטרך ללות ממנו היום פעם שנית א"כ למה היה לו ליזהר בשטרו דילמא אחר נפילה עלה על דעתו ללות ולא קודם והגע עצמך גבי מלוה הרבה פוסקים סוברים דכל שאין השטר כשר אף דבאמת לוה בו וצריך לו לענין בנ"ח מ"מ לא נזהר בו והיאך נימא דהלוה יזהר בשטר חספא בשביל סמך וספק שילוה בו ביום שנית גם הא גופא פשיטא דצריך לאשמועינן דכל דלא איתרע לא חיישינן לקנוניא והרבה פוסקים חולקין כדלעיל ס"ג. גם מה שכתב דמלוה וודאי מיזהר בי' לא ידענא מאי קאמר דהא יש לומר לאחר פרעון נאבד ממנו:

גם עיקר דבריו תמוהין מאוד ותמהני היאך נעלם ממנו סוגית הש"ס במקומו דקאמר לחלק בין הך למצא שט"ח דהתם אית לי' רווחא מניסן ועד תשרי ומינח נייח לי' הכא לית לי' רווחא דס"ס שטרא האידנא כתיב וכו' מבואר להדיא דבשעת חזרה הוי בו ביום] דעיקר החילוק הוא דכאן האידנא כתיב והתם הזמן אח"כ ולפי דבריו אין זה החילוק כלל רק התם לא היה שום הלוא' ומפסיד פש"ד והכא כת' בו הנפק וכבר נעשה הלואה רק לחוש להלואה שנית ובזה יהא הזמן רב אח"כ לא ירויח מטעם דלא יפסיד ללקוחות בשביל מניע' הריוח של פש"ד ולא נאמר בו ביום רק לסלק הקנוניא אבל לפש"ד בלא"ה אין לחוש ומה זה דנתנו טעם דשטרא האידנא כתיב וברור דמיירי בו ביום ולכך לית רווחא דבשטר חדש ג"כ יהא בו ביום:

אבל לפע"ד נראה ליישב דברי הרי"ף ורמב"ם בפשיטות ומהש"ס גופא שם מוכח להדיא דינו של הרי"ף כמו שאבאר והוא דיש להבין שם דמשני רב כהנא בשחייב מודה ופריך עלה פשיטא ומשני מהו דתימא האי מפרע פרעי' ורוצה ללות בו שנית ולהרויח פשיט' דספרי ויש לתמוה כיון דלרב כהנא באמת בלי הנפק מיירי א"כ למה ליה לומר הרבותא בפרעון הוי ליה למימר הרבותא בעיקר הלואה כתב ללות ולא לוה ולהרויח פש"ד קמש"ל דסובר המלוה שמעי רבנן ומפסדי ליה תדע דהא הש"ך גופא השיג על מע"מ משום דבש"ס קאמר דבלי רווחא אין לחוש א"כ לס"ד הוי ליה למימר זה ברבותא ולמה ליה למימר פרעון גם אח"כ דמשני על הקושיא ממצא שט"ח קאמר כלשון הזה מאי

איכא דקא טריף לקוחות בשטר שנמחל שיעבודו לא שביק מה זה דדייק בשטר שנמחל שיעבודו אפילו עדיין לא לוה כלל לא שביק כיון דלית ליה רווחא לכן נראה דוודאי מה שאמרו דמלוה לא ירצה משום דשמעי בי' רבנן היינו דוקא בפרעון ונמחל שיעבודו דכיון דהלוה רוצ' ללות שנית א"כ אינו מפסיד פש"ד כלל רק מניעת הריוח ובשביל מניעת הריוח לא ישמע לו המלו' כל שיש שום חשש אפי' בדרך רחוק (כיון דלית ליה רווחא אבל אם עדיין לא לוה כלל וכבר נתן פש"ד ויפסיד עכשיו בחנם פש"ד פעם שנית על הלואה אחרת ובזה בשביל הפסד הלוה יניח המלוה חשש רחוק שלו שלא להפסיד הלוה בוודאי א"כ לא היה יכול לומר החשש דלא לוה דבזה לא שייך שמעי בי' רבנן רק ע"כ בכתב בו הנפק דבלא"ה לא חיישינן שמא לא לוה ואין להקשות מנין להם סברא זו לחלק בכך לק"מ דוודאי מימרא דר"י אפילו לרב כהנא בהנפק מיירי דבהדיא קאמר וכתוב בו הנפק ולא נחלקו רב כהנא ורב אסי במציאות מאמר ר"י היאך אמר וא"כ אי גם בזה אמרינן שמעי בי' רבנן הנפק למה לי ומזה דייק הש"ס דבזה לא שייך הך סברא לכך בעינן הנפק לסלק חשש זה ואין להקשות מאי קושיא מהך דמצא שט"ח התם החשש דלא לוה כלל ויפסיד פ"ד ואז המלוה ישמע לו הא ליתא דהתם יש הפסד ללקוחות בוודאי אין זה ברצון הלוה דמשום פ"ד לא יפסיד ללקוחות ממון מרובה כמו שכתבו התוס' שם רק המלוה רוצה בכך ועל זה פריך כיון דאין כאן רצון הלוה המלוה ירא דילמא שמעי רבנן ומשני כיון דאיכא רווחא אינו ירא כלל ודוקא הכא דלית לי' רווחא לא ישמע ללוה כל שאין לו הפסד כיון דהוא שטר שנמחל שיעבודו ומדוייק לשון הש"ס דמסיק מאי איכא דטריף בשטר שנמחל שיעבודו והיינו כנ"ל דאין לו הפסד רק מניעת הריוח שהיה יכול להרויח וזה אינו עושה לו שירויח הוא טפי מאדם דעלמא כל שיש חשש לו ולא ריוח ודו"ק ולפי זה דברי הרי"ף ורמב"ם נכונים דשפיר בעינן הנפק דוקא מחשש שמא כתב ללות ולא לוה ובשטרי דלאו אקנייתא כיון דאיתרע אקרי וכתב והודאתו לא מהני דעושה בשביל שלא יפסיד פ"ד והמלוה ישמע לו בזה כמו שהוכחתי כנ"ל ומדברי הרשב"א א שהביא ה"ה מבואר ג"כ דעיקר הקושיא על הרי"ף הוא משום דיש בידו לכתוב שטר אחר היום ומשום פ"ד לא ישמע לו המלוה דסבר שמעי בי' רבנן ולפי זה לפי מה שכתבתי לק"מ ודלא כהתומים ריש ס"ק זה דדעתו דאפילו בלי שטר חוב אחר יכול ללות על שטר זה בו ביום וכבר השגתי עליו לעיל דכיון דנכתב שלא כדין אפילו בו ביום פסול ולא מהני ללות בו ודו"ק): ועוד נראה ליישב דברי הרי"ף ורמב"ם והוא דהך סברא שמעי בי' רבנן לא שייך כלל בשטר שנכתב בו ביום רק בחשש פרעון דבזה שפיר אמרינן דהמלוה ירא שמא יתוודע מעשה הפרעון שפרעו בו ביום ומפסדי לי' דהא

בשעת פרעון לא נזהר הלוה דאז לא עלה על דעתו שיצטרך ללות שנית דאל"כ בוודאי לא היה פורע בו ביום דמי הכריחו הא סתם הלואה ל' יום א"כ שפיר ירא המלוה שלא יתוודע הפריעה אבל מחשש שמא לא לוה והיינו דאקרי וכתב כיון דנפל בזה לא שייך שמעי בי' רבנן דהיאך יתוודע שהשטר נכתב שלא כדין דהא וודאי דלא חשדי' לסהדי ברשיעי הואיל ונפל דא"כ אפילו יבואו עדים לפנינו ויסלקו כל חשש לא יועיל והא וודאי ליתא רק דחיישינן דבטעות נכתב הואיל ונפל וכמו שכתב הר"ן פ"ק דר"ה דאטו מאן דלא ידע דרב אסי לא מיפסל א"כ אם ראו עדים אחרים שנכתב שלא כדין ונמסר ללוה היו מוחים מלתנו והיו אומרים להם שהוא פסול הלכך פשיטא דמחשש לא לוה אין שום סברא דיחוש המלוה שמא יתוודע רק דאם היה השטר עומד ביד הלוה זמן רב והוא שטר דלאו אקנייתא אז שייך לומר דהמלוה ירא שמא יתוודע ע"י עדים שראהו ביד הלוה שלא היה יכול להזהר זמן כביר כזה וזהו בהך דיש לחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי אבל הכא בו ביום פשיטא דיכול להזהר מבלי להראותו ועכשיו נכתב ועכשיו נפל ולא שייך כלל לומר דירא המלוה דילמא שמעי הלכך לחשש זה בעינן הנפק אבל לחשש פרעון שייך דירא דילמא שמעי שיתוודע מעשה הפרעון שלא היה בצנעא והלוה לא נזהר כנ"ל דלא ידע שילוה בו שנית ועל זה פריך דהתם דהשטר עמד זמן רב ביד הלוה יש לחוש כמו כאן בפרעון ע"י עדים שראהו בידו בתוך זמן זה ועל זה משני כיון דאית ליה רווחא אינו חושש [וכ"ש אי נימא הני תרתי בצירוף אי דהחשש רחוק בזה וגם הלוה מפסיד פ"ד שנתן כבר בחנם שעדיין לא לוה בהא וודאי יסכים המלוה עמו] ובזה יש ליישב ג"כ דברי בעה"ת דנתן תרתי טעמים דלא שכיח דפרע ביומא וגם חייב מודה וכן הרא"ש בתשובה נראה דסובר דבאמת לא חיישינן לפריעה בת יומא ולפי הנ"ל ניחא דהם מפרשים דלכך בפרעון חייש אפילו בו ביום כמו שכתב הרא"ש פ"ק דמציעא דלפי שדבר תימה הוא הקול יוצא ע"ש והכא נמי כוונת רב כהנא דוודאי לא שכיח דפרע ביומא ואי דמ"מ ניחוש הואיל דנפל א"כ עכ"פ ירא המלוה כיון דדבר תימה הוא שיצא הקול ושמעו בי' רבנן מפרעון ומפסדי לי' ודו"ק כנ"ל ברור בכוונת הרי"ף ורמב"ם: (יב) ויש מי שאומר. עש"ך וסמ"ע דדברי המחבר אינם מסודרים כהוגן ולהיפך היה לו לומר דלא בעינן חייב מודה רק בליתא קמן סגי ועוד הקשה הש"ך דהרא"ש לא כתב כן רק לרב אסי ולא לרב כהנא ובתומים כתב ליישב דברי המחבר אבל מ"מ הודה שאין דבריו מסודרים כהוגן. ובאמת לפי דרכו דברי המחבר מסודרים כהוגן והוא דהך דעה קמייתא דסוברים דבעינן חייב מודה היינו משום חשש מאוחר אבל היכי דלא שייך חשש מאוחר בלא"ה לא חיישינן לפרעון ביומא רק משום חשש מאוחר הוצרכו לחייב

מודה דאז ירא המלוה דילמא שמעי בי' רבנן והיכי דאין לחוש למאוחר דאז לא שייך שמעי' בי רבנן בו ביום אז בלא"ה לא חיישינן לפרעון כלל ועל זה כתב המחבר דיש מי שאומר דבהך גוף הסברא דלא חיישינן לפרעון אפילו לרב אסי דלא חייש למאוחר מ"מ ה"מ בליתא ללוה קמן אבל אי איתא קמן נאמן לומר פרעתי א"כ היכי דליכא חשש מאוחר דמודה רב כהנא לרב אסי מ"מ באיתא קמן נאמן הלוה לומר פרעתי וזה שלא כתב המחבר וי"א משום דבדעה קמייתא לא נזכר להיפך רק שהמחבר גילה דיש מי שמחלק בזה וא"כ אפילו היכי דליכא חשש מאוחר כל שאומר פרעתי נאמן:

אמנם גוף דבריו דחוקין מאוד שיהיו דברי כל הפוסקים נאמרים על חשש מאוחר ובהדיא מבואר בבעל התרומות דעל חשש פרעון בו ביום נאמר ע"ש וגוף קושייתו כבר קדמו בספר א"ז לב"מ ותירץ לפי מה דקיימא לן פרק גט פשוט דצריך לכתוב ואיחרנוהו ובאמת הוא תמוה דא"כ בשטר שאין צורך לכתוב ואיחרנוהו יהא דינו להיפך ועיין לעיל סימן מ"ג דסתם שטר אין צריך לכתוב ואיחרנוהו ועוד דהא בנפל חיישינן דאיקרי וכתב והעיקר נראה דאפילו אם באמת לוה קודם כיון שצוה לכתוב השטר שיתחיל זמנו מאותו היום הרי גילה דעתו שאז עיקר ההלואה מתחלת וכל הטעם בתוך זמן משום דגלי דעתי' דצריך למעות עד תשלום הזמן וה"ה בזה כיון דגלי דעתו שהוא צריך למעות עד שבאותו היום יתחיל התחלת הזמן והיאך פרע באותו יום אילו היה דעתו לפרוע לא היה מגביל היום הזה להתחלת הזמן ועיין לעיל סימן מ"ג מ"ש בזה:

אמנם נראה לפע"ד ליישב דברי המחבר בפשיטות דוודאי יש להבין ברא"ש גופא שם דמביא ראיה מרב אסי כיון דבאמת קיימא לן כרב כהנא וברור דכוונת הרא"ש דע"כ לא פליג רב כהנא רק בשטר שנפל דמחמת הריעותא יש לחוש אבל בלי הריעותא מודה בגוף הדבר בעצמותו דלא עביד אינש דפרע בו ביום ואפילו בסתם הלואה דבת"ז פורע מכל מקום בו ביום לא [כמו שהוכחתי לעיל ס"ק ח'] ועל זה כתב הרא"ש שם דהא ליתא דבסתם הלואה אפילו בו ביום עביד דפרע והכא שאני דהלוה ליתא קמן אבל אי איתא קמן וטען פרעתי נאמן ולפי זה נראה דנ"מ בזה ג"כ חדא בגוף הדין דיכול לומר פרעתי בו ביום בסתם הלואה גם בשטר שנפל יש כ"ת בזה במקום דלא איתרע בנפילה כגון כתב יד דלא טריף לקוחות ומצי למימר פרעתי דבזה וודאי לא איתרע בנפילה והשתא אם נתקיים בב"ד דליכא למיחש שמא לא לוה והלוה טוען פרעתי בו ביום אי נימא דלרב אסי אין חילוק בין איתא קמן או לא וה"ה לרב כהנא היכי דלא איתרע בנפילה א"כ הכא בכתב יד דלא איתרע דהא המלוה אינו נזהר בו דיכול לטעון פרעתי ואינו טורף לקוחות א"כ אם הלוה טוען פרעתי היום אפילו בסתם הלואה מחזירין למלוה דאינו

נאמן לומר פרעתי בו ביום אפילו בסתם הלואה ואי קשיא מה נפקא מינה הא יכול לטעון פרעתי אח"כ הא ליתא דהא מבואר לקמן סימן ע"ח דאם טען תחלה פרעתיך ת"ז דלא היה נאמן וחזר ואמר אחר זמנו שפרע שוב אינו נאמן דהוחזק כפרן ולא היה לו לפרוע רק בעדים א"כ הכא אי טען היום פרעתיך ואינו נאמן ומחזירן למלוה שוב אינו נאמן לומר פרעתיך אח"כ רק בעדים אבל אי נימא דכל היכי דטען בעצמו פרעתי בו ביום נאמן בסתם הלואה אפילו לא איתרע א"כ בהא מחזירין ללוה והן הן דברי המחבר דלדעה ראשונה דלכך בעינן חייב מודה לפי שנפל ואיתרע כנ"ל אבל בלי ריעותא מודים דלא חיישינן לפרעון בת יומא כרב אסי ועל זה כתב המחבר דיש מי שאומר שאפילו לרב אסי דוקא בליתא קמן אבל אי איתא קמן נאמן לומר פרעתי א"כ אפילו לא איתרע בנפילה דכ"ע סבירי להו כרב אסי מ"מ הוא עצמו נאמן לומר פרעתי ואין מחזירין ודין זה נלמד מהרא"ש הנ"ל ומ"מ לא כתב ויש אומרים דיש לומר דגם דעה קמייתא מוד' לזה. וכן היה המעשה בתשובת הרא"ש שם דהשטר לא איתרע בנפילה רק שובר היה כנגדו שהיו מסופקין אם כולל החוב הזה אי לא והיו רוצין לדון לפי שהוא בו ביום דלא נפרע ועל זה כתב הרא"ש דבסתם הלואה ולוה בעצמו טוען פרעתי אפילו בו ביום נאמן רק התם הוצרך לשובר שהיה בשטר וכהאי גוונא בעל פה נאמן לומר פרעתי בלי שום שובר וכמו כן כתב יד שנפל דלא איתרע והן הן דברי המחבר כאן וכן מורה לשונו בב"י שלא העתיק דברי הרא"ש רק להורות גוף הדין דאין מעלה בו ביום רק בליתא קמן אבל באיתא קמן הוי כמו תוך ל' בסתם הלואה דנאמן ונ"מ כנ"ל או בעל פה כנ"ל ברור בכוונת המחבר ומ"מ בגוף הדין אי נאמן לומר פרעתי במלוה ע"פ בו ביום בסתם הלואה צ"ע קצת כי בש"ס משמע דלרב אסי דלא חייש לנפל איתרע אין חילוק כלל בין איתא קמן או ליתא קמן מדפריך לר"ל בשטר שנמחל שיעבודו והתם איתא קמן א"כ ה"ה לרב כהנא היכי דלא איתרע בנפילה דבהא מודה לרב אסי וצריך לומר דסובר הרא"ש דוודאי בס"ד דהיה סובר דלא פרעי כלל ביומא א"כ אפילו איתא קמן אינו נאמן לומר דפרע אבל בתר דמסיק דלא שכיח דפרעי קאמרינן שפיר מחלק הרא"ש ודו"ק:

יג ואם יש עמהן שובר. עש"ך מה שכתב ביישוב דברי הרמב"ם דקושית הש"ס הוא למה יעשה מה שבסמפונות הא אם היה ביד המלוה משחק בו ותמה בתומים דזהו בשטר שנמצא דיש ריעותא דנפל אבל לא בשובר ביד המלוה ובאמת דברי הש"ך נכונים בזה דהא כאן יש מעלה יתירה טפי משטר שנפל דהתם יש לחוש דמן הלוה נפל אבל כאן כיון דשטרו שוברו בצידו בוודאי מן המלוה נפל אם כן לא מבעי לפי מה שאבאר בסמוך דהיכי דידוע דמן המלוה נפל לא חיישינן דפרע ולא איתרע כלל א"כ פשיטא דבזה אין

מחזירין ללוה אלא אפילו אי נימא דאפ"ה איתרע מ"מ פשיטא כיון דמידו נפלו אין כאן רק חדא סברא דאיתרע בנפילה והיאך יעלה על הדעת דבשביל סברא דאיתרע נחזיר אותו ללוה ועכ"פ יהא מונח ולא יחזיר לא לזה ולא לזה כיון דמיד המלוה נפלו ואם היה מוציאם היה גובה דאינו רק משחק וכי בשביל דנפלו אין כאן רק חשש דפרע ולא וודאי פרע שנחזירם ללוה ואדרבא עדיף טפי משטר גרידא דאז יש להוכיח מנפילה דמן הלוה נפלו משא"כ בזה דוודאי מן המלוה נפלו ודו"ק:

יד סימן בכלי הקשו האחרונים מה מהני סימן הא נפל איתרע ומ"מ פרעו ובאמת על הש"ע לא קשיא דהא מבואר בבעל התרומות דכל דנפל דרך נפילה לא איתרע וכן מבואר בא"ז לב"מ בשם תוספות והרא"ש ע"ש. אך בדברי הרא"ש בפסקיו יש לתמוה דכתב דלא איתרע בנפילה שעל ידי סי' מתברר של מי הוא. וקשה מה בכך הא מ"מ יש לחוש דפרעו הואיל ונפל ואין לומר משום דדרך נפילה נפל אם כן מה צורך לו לתירוץ זה ואמת בא"ז הנ"ל מבואר בשם הרא"ש שני תירוצים תירוץ א' דדרך נפילה נפל ותירוץ שני כמו שכתב בפסקיו אם כן הדבר מוכרח דלתירוץ שני הכוונה הואיל ומיד המלוה נפל שוב לא חיישינן דפרוע ומתחילה עלה בדעתי לפרש כוונת הרא"ש דהואיל דמתברר ע"י סימן לא נזהר בשמירתו וראיתי מי שפירש כן באמת כוונת הרא"ש אבל מדברי הא"ז הנ"ל מוכח דליתא שהרי הקשה על תירוץ שני של התוס' והרא"ש דאכתי ניחוש לקנוניא דהלוה הגיד לו הסימן ותירץ דאין זה הודאה לחוב לאחרים דלא על פי הודאתו מתחייב רק על פי הסימן וקשה במה נפשך אי דעת השיטה דאף דלא איתרע ניחוש לקנוניא קשה חדא הא דעת הרא"ש לעיל ס"ג דלא חיישינן לקנוניא היכי דלא איתרע ואפילו אי נימא דעל התוספות הקושיא מ"מ קשה אמאי לא מקשה ג"כ על תירוץ ראשון דדרך נפילה נפל מ"מ ניחוש לקנוניא וע"כ דתירוץ זה אתי שפיר ג"כ ללקוחות כיון דדרך נפילה נפל שוב לא חיישינן לקנוניא דלא איתרע אבל על תירוץ השני שפיר מקשה דמ"מ כיון דעיקר הראיה דלא נפרע ולפי שמיד המלוה נפל ניחוש לקנוניא דמן הלוה נפל והוא הגיד לו והשתא אי נימא דבתירוץ שני הכוונה דלא איתרע שהיה בטוח על הסי' א"כ בהא נמי ליכא למיחש לקנוניא וע"כ דהכוונה לפי שידוע שמן המלוה נפל מחמת הסימן שוב לא חיישינן אמנם בעיקר הדין בוודאי העיקר כתירוץ זה משום דדרך נפילה נפל אבל בלא"ה אפילו ידוע שמן המלוה נפל חיישינן לפרעון ודע דמה שאמרו דיחזיר למי שנותן סימן בכלי מ"מ אם הלוה נותן סימן בוודאי אין מחזירין לו שלם רק קרוע ולא יהא מונח אבל כיון דעדים אין למסור שטר ללוה שיש לחוש שיעשה שלא כדין כ"ש ב"ד היאך ימסרו ללוה שטר פרוע שמא יחזירנו למלוה לטרוף לקוחות שלא

כדין כנ"ל ועיין לעיל ס"ק ח ולענין מה שהאריך הש"ך בשאלה אין כאן מקומו לדבר מזה ואי"ה במקום אחר נברר בזה בס"ד:

טו ואין צריך שיאמר היאך היו כרוכים. ומ"מ צריך שיהיו קשורים אי כרוכים דאל"כ אין המנין מועיל דכבר נתייאש כ"כ הרא"ש ועיין תומים דזהו לענין לקוחות אבל לבנ"ח לא שייך יאוש בחוב ע"ש שהאריך ולפי זה יש מקום לתמוה על הש"ך שכתב דהכל לענין בנ"ח אבל למשעבדי אינו מועיל סימן דשמא הגיד לו הסימן וכן משמע לכאורה ברא"ש שהרי תירץ דלכך לא איתרע לפי שידוע שמן המלוה נפל ש"מ דלא סבירא לי' דדרך נפילה נפל א"כ אכתי ניחוש שמא הגיד לו והעיקר חסר ברא"ש לחלק בין הודאה לזה [והוא תירוץ הא"ז שהבאתי לעיל] וע"כ דסובר דבאמת משעבדי לא גבי א"כ קשה למה לי' דקתני במשנה כרוכין הא מנין הוי סי' ואי משום יאוש לבנ"ח אינו מועיל יאוש כנ"ל. אבל באמת לק"מ דוודאי מועיל יאוש גם לבנ"ח ודוקא לענין גוף החוב אם הלוה מודה לא שייך יאוש כמו שכתב הח"ץ בהגה' סימן קס"ג דאף דבהיתרא אתי לידי' מ"מ בעי השבה והביא ראיה לזה אבל הכא וודאי נתייאש מהשטר שלא יהא למלוה זה תוקף שטר ולא יגבה מלקוחות וגם הלוה יוכל לכפור בו ולומר פרעתי וכדומה ובזה לא שייך השבה כיון דהלוה מכחיש ושפיר כתב הרא"ש דלכך תנא כרוכין דאז השטר בתוקפו לגבי לוה שלא יוכל להכחיש וכמו כן לא קשיא מהרא"ש על הח"ץ לקמן סי' קס"ג וגם אין ראיה לדינו של מהרי"ק שם דבהא כ"ע מודו כיון דלא הוי יאוש מגוף החוב ולא שייך סברא דהשבה וכמו כן אפילו אי נימא דקאי גם ללקוחות וביאוש לא גבי מלקוחות כמו שהבין בתומים מ"מ פשיטא דלא דמי להתם כלל דלקוחות לאו בני השבה נינהו שהרי לא לקחו מן המלוה כלום רק אם בשעת פרעון אין לו במה לפרוע טורף מהן א"כ אז כבר נתייאש משא"כ בלוה גופא דבר השבה הוא וזה ברור אמנם בגוף דברי הח"ץ לקמן סימן קס"ג אני חוכך דהא התם בעובדא דמהרי"ק היה השר חייב לקהל והם נתייאשו מחובו ואח"כ כשמת רצה בנו לוותר להם א"כ שפיר יכולין העשירים לטעון אנו לא נתחייבנו לכם כלום רק השר ואנחנו עכשיו מהפקר זכינו שהרי אתם מתייאשין ועכשיו לאחר יאוש פשיטא דמועיל ודוקא בעל חוב בעצמו חייב להחזיר לקיים מצות השבה כנ"ל אבל הם מעיקרא לא היו מחוייבין רק עכשיו אחר יאוש ודו"ק ובגוף דינו של הש"ך אי טורף משועבדים נראה פשוט דוודאי למ"ד דרך נפילה לא איתרע אם כן לדעת הרא"ש לעיל ס"ג לא חיישינן לקנוניא אבל להרא"ש גופא דלא סבירא ליה הך סברא נראה פשוט דחיישינן לקנוניא אמנם בא"ז ספ"ק דמציעא מבואר טעם אחר דלא חיישינן לקנוניא רק אם מחייב בהודאתו אבל הכא ע"י ההי' מתחייב ולא על פי הודאתו של לוה וכמו

שהארכתי בזה לעיל אבל מ"מ נראה דהכא חיישינן לקנוניא דוודאי להך חששא דהלוה הגיד הסימן למלוה שפיר שייך תירוץ זה דמ"מ גוף הסימן סימן טוב הוא רק חשש שמא הגיד ואין חיוב זה על פי הודאתו של לוה רק בסימן אבל לשיטת הרמ"ה שהביא הטור דהך סי' גופא לא הוי סימן שהמלוה יודע שהם קשורים ויודע מנינם רק עיקר הסימן הוא במה שאין הלוה יודע מנין א"כ פשיטא דהחייוב הוא מכח הלוה ולא מהני לחוב לאחרים דהא בלי הלוה לא היה מועיל הסימן כלל וכ"ש לפי מה שאבאר לקמן בכוונת הרמ"ה דאפילו אינן לפנינו לא מהני ודו"ק:

טז אבל הכריכה לחוד וכו' כל האחרונים האריכו בפי' דברי הרמ"ה וכל דבריהם אינם נכונים כמבואר בש"ך גם דברי הש"ך גופא תמוהין דמ"מ באינם לפנינו למה יחזיר כשנותן שני סימנים דהא סימן המנין פשיטא שאינו סימן כלל שאין הלוה לפנינו ואינו יודע המנין וכן סימן דקשירה אפילו לפנינו ואינו יודע לא הוי סימן כ"ש באינו לפנינו לכן דבריו צ"ע והעיקר בפירוש דברי הרמ"ה בפשיטות דוודאי כולה מילתא דהרמ"ה במלוה ולוה לפנינו משתעי וכל עיקר חידוש דינו הוא דבעינן שיהיו שני הסימנים בכאן מנין עם קשירה או ברירה אבל לא זכר הרמ"ה בכל דבריו שצריך שיאמר שני סימנים ל שיש כאן שני סימנים והוא אומר אחד והלוה אינו אומר שום סימן אם כן הדין עם המלוה כי למה אינו יודע סימן המנין עכ"פ ובמנין לחוד ואין כאן סימן דקשירה כלל בוודאי לא מהני כמו שכתב הרא"ש דהוי יאוש אבל אם יש כאן סימן דקשירה ג"כ אין צריך שיאמר רק מנין או קשירה או כריכה וזה שביאר הרמ"ה בפי' ודוקא שאין שניהם לפנינו והיינו שאין שני הסימנים לפנינו רק סימן אחד אז לא מהני במה שיאמר סימן אחד אבל אם לפנינו הם שניהם אין צריך שיאמר הוא רק סימן אחד וסגי בהכי כנ"ל אבל מיירי במלוה ולוה לפנינו וכן עיקר לדינא כהרמ"ה דכן משמע בש"ס דקשירה לחוד לא הוי סימן רק במנין ומחמת הראיה שאין הלוה יודע מנין שוב הראו לי בספרי הב"ח הביא שם המדפיס בשם חכם אחד ליישב דברי הרמ"ה ונרא' שכיוון למה שכתבתי וכן עיקר: (יז) אף בלא סימן. עיין תומים דאם ג' מלוין לפנינו נאמנים בתורת עדות זה על זה כדלעיל סי' ל"ז ס"ה ולא הוי נוגע דפלגינן דיבורי' ובספר נ"מ תירץ בזה בתרתי ותרווייהו במחלוקת שנוי' וכמו שכתבתי בזה לעיל סימן ל"ד באריכות בדברי הרשב"א שם. ודבריו תמוהין ולא קרב זה אל זה דאנן לגומלין לא חיישינן אבל לנגיעה חיישינן ודוקא התם יכול כל אחד לומר בפני עצמו אני פרעתי וחבירו יעיד עליו ג"כ ונפטר ומה צורך לו להעיד עליהם ואי כדי שיעידו הם עליו זהו גומלין ולא חיישינן אבל הכא אם הוא יאמר על שטרו בפני עצמו לא יועיל לו עדות העדים שהרי הודאת בעל דין כמאה עדים דאבדו

בפני עצמו א"כ מוכרח לומר דכל הג' נאבדו ביחד אם כן מה בכך דפלגינן דיבורי' הלא אחר שנפלוג דיבורו עדיין הוי נוגע וטוב לו להלואה שלו ואפי' למ"ד דבנגיעה מהני פלגינן דיבוריה היינו אם לאחר שנחלק דבריו לא יועיל לו כלום וממילא לא הוי נוגע אבל אם אחר החלוקה עדיין הוי נוגע מה יועיל מה שנחלק דבריו וז"ב ולק"מ:

יח ולא יתנם למלוה אפילו אם יתן בהם סימן. דין זה כתבו הטור ונראה מלשונו דאם נותן סימן לא יתננו למלוה אבל עכ"פ לא יחזירנו ללוה ג"כ דכמו דיש ללוה ראיה שהוא שלו כמו כן יש למלוה דהא בעלמא סימן הוי ראיה ברירה ומחזירין א"כ כאן יהא מונח כיון דיש ללוה ראיה כמו סימן דאל"כ הוי ליה למימר רבותא טפי דאפילו ללוה מחזירין אפילו המלוה נותן סימן הגם שלא היה לו לומר כלל רק אפילו המלוה נותן סימן וממילא קאי אמה דכתב מעיקרא שיחזיר ללוה ומדדייק וכתב ולא יתנם למלוה אפילו נותן סי' מבואר שהם שני ענינים מחולקים דאם אינו נותן סימן יחזיר ללוה ע"י הראיה דג' מלווין וג"כ מועיל הראיה שלא יתננו למלוה אפי' נותן סימן רק יהא מונח וזה באמת מוכח בש"ס דהא חזינן דאם אינו נותן סימן מחזיר ללוה בלי סימן ש"מ דזה אלים כמו סימן א"כ ממילא אפילו המלוה נותן סימן אין מחזירין לו דהא יש ללוה הראיה דהוי גם כן כמו סימן אבל אי נימא דכוונת הטור דאפילו נותן סימן יחזיר ללוה מנין לו זה ובש"ס לא מוכח רק בלי סימן דהראיה הוא כמו סימן אבל מנא לן דיהא אלים כ"כ אף דיש סימן כנגדו נחזיר לו ובהכי ניחא ג"כ מה שכתב המחבר והוא מהרמב"ם וטור דאם אינן מקויימין יתנם למי שנותן סימן והשתא אי נימא דמשנה מיירי אפילו המלוה נותן סימן ולוה לא ומ"מ מחזיר ללוה ש"מ דהך סברא אלים כ"כ אף שיש סימן כנגדו מחזירין לו א"כ יש לומר דקושית הש"ס דילמא לקיימינהו היינו דיהא הדין יהא מונח כשיש סימן כנגדו דכיון דנגרע הך סברא לא אלים רק כמו סימן ולא יותר אבל מנין דכ"כ משום חשש זה נגרע הך סברא עד שמחזירין למי שנותן סימן וע"כ כמו שכתבתי דכל שיש למלוה סימן אפילו במקויימין אין מחזירין רק יהא מונח דלא אלים הך סברא רק כמו סימן ואם נותן המלוה סימן מועיל להיותו מונח ואם אינו נותן סימן מועיל להחזירו ללוה וכיון דשאלו בש"ס דילמא לקיימינהו אזלי א"כ כמו דנגרע הך סברא שלא להחזירו ללוה בלי סימן כמו כן בסימן מחזיר למלוה כיון דאז לעולם יהא מונח אפילו במקום ודו"ק ומ"מ צ"ע כי לא מצאתי לשום אחד מן האחרונים שהעיר בזה: (יט) כתיבת יד סופר אחד עסמ"ע ס"ק ל"ג דהיינו באינן ומקויימין אבל במקויימין אין לומר דמיד הסופר נפלו דא"כ מי קיימן ואחריו נמשך באורים להלכה ודבריהם תמוהין לפע"ד דהא בש"ס פריך מעיקרא בג' מלווין ולוה אחד דדילמא לקיימם הלכו ומשני שהם מקויימין ואח"כ פריך

בג' לווין ומלוה אחד דילמא למכחבינהו אזלי ומשני בכתב ידי ג"ס וקשה מאי קושיא הא בהך גופא דמוקי רישא סיפא נמי בהכי מתוקמא במקויימין ואפי' כתב יד סופר א' ול"ל לאוקמא רישא וסיפא בתרתי אנפי הא במקיים וסופר א' והא באינו במקויים וג' סופרים וע"כ צריך לומר משום דבזה אכתי קשיא דילמא לקיימינהו אזלי והיינו כמו שכתב הסמ"ע דכיון דהוא סופר אחד יש לחוש דהמלוה עם הלווין שלמו הסופר לקיים השטרות ונפלו מידו משא"כ בג' סופרים אין לחוש לזה רק שהלוים בעצמם הלכו ולוה לא מקיים שטרו לכן דינו של הסמ"ע והאורים צ"ע. שוב מצאתי בספר א"ז לב"מ שם שהקשה בשם הרא"ש אהא דמשני התם לוה לא מקיים שטרו דאמאי לא משני דמקויימין כדמשני מעיקרא ותירץ דרוצה ליישב אפילו למ"ד דבשטר שכתב בו הנפק שוב לא חיישינן לפרעון ולדידי' ע"כ הך סיפא באינו מקויים [אבל רישא שפיר במקויים להחזיר ללוה] ולפי זה יש מקום ליישב קושיא הנ"ל ג"כ אך באמת מדברי הרא"ש הללו יש להוכיח דלא כהסמ"ע דאל"כ מה זה שהקשה הרא"ש אהך קושיא דילמא לקיימינהו דלא נימא [לוה לא מקיים שטרא רק דמקויימין הוי לי' להקשות מעיקרא דפריך למכתבינהו ומשני בג' סופרים וקשה למה לי בסופר אחד סגי כהך רישא דאוקמא במקויים וסופר אחד וברור דמעיקרא לא קשיא לי' להרא"ש דמ"מ בסופר א' יש חשש דילמא לקיימינהו ששלחו הסופר לקיים ונאבד ממנו וכמו שכ' הסמ"ע מתחילה רק בתר דמשני בשלשה סופרים רק דמקשה דילמא לקיימינהו שפיר פריך הרא"ש דבשלשה סופרים שפיר הוי לי' לשני במקוים ואפשר לומר בכוונת הסמ"ע כך דוודאי אי לא נימא הך סברא דלוה לא מקיים שטרו פשיטא דלא יועיל קיום ודוקא גבי מלוה מועיל קיום משום דלא משהי אינש קיומא אבל גבי לוה לא שייך זה רק דכוונת הסמ"ע לפי המסקנא דלוה לא מקיים שטרו כלל ולפי זה יש לתמוה ברא"ש מאי קשיא לי' דלישנוי במקויים מה בכך הא יש לומר מיד ספרא סופר הדיינים נפל כדמקשה מעיקרא והכא לא שייך לא משהי אינש קיומא כנ"ל וע"כ צריך לומר דאין כוונת הרא"ש להקשות דלא נימא הך סברא דלא מקיים רק כוונת הרא"ש כך כיון דע"כ אתה צריך לומר לוה לא מקיים שטרא א"כ למה ליה לישנויי מעיקרא בשלשה סופרים לוקמא במקויים ושוב לא חיישינן משום דלוה לא מקיים שטרא ומעיקרא בלי הך סברא לא היה יכול הרא"ש להקשות דאז גבי לוה אינו מועיל קיום דהוא יכול להשהות הקיום רק אחר כך פריך אדמעיקרא ודו"ק ולפי זה מוכרח מהרא"ש כמסקנת הסמ"ע דהא ע"כ דקושייתו אדמעיקרא ואי נימא דלא כמסקנת הסמ"ע לא קשיא מידי וע"כ כדמסיק הסמ"ע וצ"ע (כ) מצא אגרות שום. עש"ך מה שהאריך בדברי הרמב"ם סוף הל' גזילה ואבידה שכתב מצא שטר כתובה בשוק

אפילו שניהם מודים לא יחזיר דהטעם משום צררא או לשתי כתובות ואפילו אומר פרעתי נאמן במיגו ולפי זה לא מוכח מדברי הרמב"ם דבתוך זמנו גם כן חיישינן לפרעון דהכא שאני כיון דאסור להשהות בלי כתובה כמו שכתב הש"ך וכן במצא שט"ח שכתב ולוה לא הזכיר ת"ז כלל כמו שהזכיר המחבר ריש סי' זה וברור דסובר כהרמ"ה שהביא הטור ריש סי' זה וכמו שפירשתי דבריו לעיל דבת"ז יש חילוק בין חייב מודה או לא ע"ש והש"ך סימן מ"א הביא ראיה מדברי הרמב"ם בת"ז ולפי דבריו כאן לא מוכח מידי ועיין תומים מה שתמה על מה שכתבו התוספות דהך ברייתא במנה ומאתים ומ"מ נאמן לומר פרעתי במיגו דאלמנה ואין את אשתי והוא תמוה דהא כתובה לפנינו ביד המוצא ומאי מיגו יש כאן ובאמת נראה דכוונת התוספות כך דוודאי אפילו אי נימא דלמ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אפילו במקום שכותבין ואינה בידה הדין כן מ"מ היינו דוקא אם אין כתיבה כלל ואומרת שאבדה אבל אם הכתובה בידו פשיטא דיכול לומר פרעתי דכתובה מאי בעי גביה הילכך כאן שנאבדה הכתובה והבעל אומר ממנו נפלה אם כן לפי דבריו נאמן רק שאין אנו מאמינים אותו אבל עכ"פ לא יחזיר ואינה יכולה להוציא מידו רק דכוונת התוספות להקשות דאינו בדין שעל ידי מציאות הכתובה יפטר הוא כיון דבלי כתובה כלל חייב היאך יעלה על הדעת הואיל דנמצאה הכתובה יפטר הוא ועל זה תירצו התוס' דוודאי בלי כתובה היה נאמן במיגו דאין את אשתי כיון שאין כאן כתובה כנ"ל ואם תרצה היא לגבות ע"י כתובה א"כ יכול הוא ליפטר ע"י הכתובה כנ"ל גם אם לא היה לו מיגו היה מוכח שנפל ממנה דהיא לא נזהרה בכתובה כיון דיכולה לגבות בלי כתובה אבל כשיש לו מיגו מבואר להיפך דמן הבעל נפלה ושפיר יכול לומר פרעתי [גם מה שהקשה מהרש"א שם על דברי התוספות דמאי קשיא להו מעיקרא למה כותבין כתובה הא אצטריך לסלק המיגו ולק"מ לפע"ד דוודאי עכשיו מועיל הכתובה לסלק המיגו אבל עיקר הכתובה פשיטא דלאו משום זה כותבין דלמה כותבין החייוב כלל מה שהתחייב בכתובה היה די להזכיר הנישואין והיתה בתולה ושוב ליכא מיגו ומדכותבין החייוב פשיטא דלתועלת נכתב והוצרכו התוס' ליישב משום תוספת]:

כא ומיהו אם יבוא העבד. עש"ך שהביא קושית ב"י על הרא"ש דפוסק כאביי וזכות הוא לעבד א"כ למה צריך ראיה וכמו כן קשה על הטור ועיין מה שדחק ליישב ולפעד"נ פשוט דזה תלוי ג"כ במה שכתב הטור סימן מ"ג כל שטר הבא לפנינו תולין שנמסר בזמן הכתוב בו חוץ היכי דנפל דאתיליד בי' ריעותא ועיין מ"ש שם בס"ק כ"ה לדעת הב"ח דוודאי מודה הטור והרא"ש דאם אומר בפירוש שלא יזכו לו רק ליום המסירה לכ"ע לא מהני הילכך בשטר שנפל חוששין שמא לא נמסר ואמר בפי' שלא יזכו לו

רק עד המסירה ואף דבזה אין עדים רשאין לכתוב מ"מ בנפל חייישינן לאיקרי וכתב ומ"מ בש"ס פריך שפיר לאביי ממשנה דמצא שט"ח דהוא לית ליה איקרי וכתב וכן הא דאמרינן אביי לטעמיה גבי שובר הכל משום דלית ליה איקרי וכתב אבל אנן לא קיימא לן כוותיה בהא רק דחיישינן לאיקרי וכתבו לפי זה יפה כתב הרא"ש דאפי' אי נימא עדיו בחז"ל מ"מ חיישי' דאיקרי וכתב כהנ"ל דלא מהני עדים בחתומיו אבל בש"ס שפיר קאמר הניחא לאביי דאיהו לית ליה איקרי וכתב כמבואר בסוגיא דמשט"ח כנ"ל אך קשה לכאורה במה דקא' בש"ס הניחא למ"ד זכות הוא לעבד אבל למ"ד חוב הוא לו מאי איכא למימר וקשה כיון דלמ"ד חוב הוא לו לא מהני עדיו בחתומיו א"כ אסורין לכתוב ולא קרי וכתב לא חיישינן כנ"ל. ובאמת בלי הנ"ל יש להקשות כן בש"ס כיון דקאמר לאביי ניחא ואביי לית לי' איקרי וכתב דלא שייך לומר דבהא אליבא דרב אסי קאמר [הגם דלרב אסי גופא מסקינן לפרעון וקנוניא ואין צורך לומר לאיקרי וכתב ודו"ק] כיון דקא' דלאביי ניחא לכן נ' דלק"מ דדוקא בשט"ח כל שיש לחוש בנפילה כ"כ יש להם לחוש בשעת כתיבה אבל בשיחרור וכן בגט וכהאי גוונא אף דבנפל חיישינן אבל העדים רשאין לכתוב ואין להם להעלות על הדעת דאינו רוצה לזכות מיד ולעשות קנוניא הילכך בזה אפי' למ"ד חוב הוא לו יכולין לכתוב בלי עבד אף דאינו משוחרר רק בשעת מסירה וכ"כ הנ"י להדיא בשם הרנב"ר [הוא הר"ן] הביאו הב"י סימן זה לקמן וכן מבואר עוד ביותר ביאור בספר א"ז פ"ק דמציעא דף י"ט ע"ב בד"ה הא בי' הא בברי' ע"ש שהאריך בזה בשם הר"ן. אמנם היינו דוקא אם הדין דאין זוכין יכולין לכתוב בסתמא דאין להם לחוש לדבר דלא שכיח כהר"ן הנ"ל אבל אם עדים בחתומיו זכין לו א"כ אין לחוש רק דאומר בפי' דאינו רוצה לשחרר עכשיו א"כ בזה שפיר לא חיישינן לאביי דאיקרי וכתיב דוודאי אינן רשאין לכתוב כיון דאמר בפירוש דאינו רוצה לשחרר עכשיו אבל לדידן דחיישינן לאיקרי וכתיב שפיר יש לחוש דאיקרי כתב אפילו לאביי וכמו שכתבתי ועוד נראה דבשחרור אפילו בלי טעם הנ"ל גוף השיחרור כשר אפילו עשו שלא כדין דדוקא בשט"ח דעיקרו עומד לטירף' א"כ כשחתמו עליו שלא כדין השטר פסול לגמרי ואפילו בטעות פסול אבל הכא דעיקר השטר אינו עומד לטירף' ואינו רק לשחרר ואפילו בשט"ח אמרו בירושלמי על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו כמבואר לעיל סימן מ"ג ע"ש א"כ בשיחרור דלא נזכר בו כלל שום ענין משיעבוד וטירף' רק השיחרור אם כן השיחרור לעולם כשר וכ"ש לפי מה שכתב בתומים דאינו חשוד לקלקל העבד בבת חורין א"כ ע"כ דגוף השטר כשר ועיין בסמוך מ"ש בזה:

כב מזמן הכתוב בו עסמ"ע ס"ק י"ט ובש"ך ס"ק ל"ה שהשיג עלה סמ"ע בתרתי חדא דמשעת ראיה בידו בוודאי גבי ועוד דאפי' מזמן הכתוב בו גובה כל שראינוהו בידו קודם דלא איתרע בנפילה כיון שהגיע לידו קודם נפילה [והנה בעיקר הפי' שפי' הש"ך בכוונת הסמ"ע בוודאי אינו מוכרח דמה שכתב הסמ"ע דחיישינן לקנוניא היינו משום דהכא מיירי דהרב מודה דנמסר לידו בזמן הכתוב בו רק אנן חיישינן לקנוניא ושפיר יש לפרש כוונתו דמזמן הכתוב בו לא גבי גם מה שכתב שאין דעתו לשחררו כוונתו כך דאין הכוונה להיות משוחרר מזמן הכתוב בו דיודע דבאמת אינו רק אומר כן משום קנוניא] ותמהני מאוד על הרב הש"ך דהא פשיטא דדברי הסמ"ע נכונים ולק"מ מכל הנ"ל וגרם לו להש"ך זה שלא ראה דברי הסמ"ע בדרישה וז"ל שם ע"כ צריך אתה לומר שמביא ראיה שבא לידו ביום הכתיבה דאל"כ אף דמביא ראיה מאימת בא לידו והוא בא לטרוף לקוחות שלקחו אחר שבא לידו מ"מ הוי ליה שטר מוקדם ובשטר מוקדם אין גובין משועבדים אלא מחוורתא כדכתבינא דאימת מטי לידי' ר"ל מיום שנכתב וק"ל עכ"ל. ומעתה קושיא הראשונה של הרב הש"ך פשיטא דליתא דמה בכך דוודאי לשחררו מסרו לו אנן אמרינן הואיל דנפל איתרע ונמסר לידו אחר זמן הכתיבה א"כ אפילו מסרו לשחררו הוי לי' מוקדם ואינו יכול לטרוף לקוחו' כלל אפי' מה שקנו אחר המסיר' ומעתה גם קושיא השני' של הש"ך לק"מ דמה בכך דראוהו קודם בידו אנן אמרינן הואיל דנפל מסתמא פסול היה ולא נזהר לשמרו:

ובאמת דבר זה במחלוקת שנוי' ותליא בהנך שני תירוצים שכתב בעה"ת שער נ"ב בשם חכמי הצרפתים וכן הוא בא"ז ספ"ק דמציעא בשם התוס' והרא"ש ושאר פוסקים ע"ש דהקשו מ"ש מצא בחפיסה ודלוסקמא תכריך ואגודה דמחזירין למלוה ולא אמרינן דאיתרע כמו שאר מוצא שט"ח ותירצו התוס' והרא"ש ובעל התרומות בשם הצרפתים בתרתי חדא דכאן דנפל דרך נפילה לכ"ע לא איתרע ודוקא בשט"ח דזרקו לאשפה איתרע ולא כאן דנפל דרך נפילה ולפי זה מוכח בהדיא כהסמ"ע דאפילו השטר ביד המלוה מ"מ איתרע אם ולא דנפל דרך נפילה. אמנם תירוץ השני הוא כיון דע"י סי' מתברר דמן המלוה נפל שוב לא חיישינן וזהו כסברת הש"ך דהואיל דנפל מהמלוה לא איתרע ותירוץ זה כתבו הרא"ש בפסקיו ג"כ ובאמת היה די בדבר זה ליישב דברי הש"ך אבל על סברא ראשונה בוודאי יש לתמוה דכתב דגובה משעת ראיה וסובר עכשיו דאף דנפל מהמלוה מ"מ איתרע א"כ היאך יגבה משעת ראיה כיון דאיתרע וחיישינן דהי' מוקדם א"כ פסול למשעבדי כמו שכתב בפרישה הנ"ל וברור דהש"ך חולק בגוף דין זה וסובר כמו שכתבתי בס"ק לפני זה בשם הנ"י והר"ן דדוקא בשט"ח דשכיח ועיקרו לטירף'

ושיעבוד אז כשכתבו שלא כדין גוף השט"ח פסול אף דעכשיו לא נעשה מעשה שלא כדין ונסתלק הריעותא הואיל ומקדם לא נעשה כדין אבל בשיחרור וגט כותבין אף שאין האשה ועבד עמו ואין לעדים לחוש דלא שכיח החששא רק בנפל חיישינן עכשיו או כמו שכתבתי שם משום דעיקר השטר אינו לטירף' כלל אם כן גוף השטר כשר וכיון דגוף השטר כשר ממילא דבריו נכונים בין בסברא ראשונה בין באחרונה דמשעת ראיה וודאי גבי דמ"מ כשר הוא כנ"ל ועוד כיון דכשר הוא לא איתרע וגובה משעת כתיבה ואפילו לסברא הראשונה דבנפל מיד המלוה איתרע היינו התם דאמרינן השטר נפרע לכך לא נזהר בו אבל הכא דכשר גמור הוא למה לא נזהר בו [ובגט ג"כ הדין כן להר"ן הנ"ל ואפי' להרא"ש דצריך למסרו ע"י שליח מ"מ כיון שהיה בידו למסור כדין מהיכי תיתי דנימא דשלא כדין מסר לידה) זהו עיקר המחלוקת של הש"ך והסמ"ע וכל אחד לפי שיטתו יפה כתב:

והנה לכאורה יש להוכיח כדעת הש"ך דהא אמרינן דאם בא לטרוף אומרים לו אייתי ראיה לכך מחזירין אבל עכשיו מחזירין לו בלי ראיה וקשה כיון דהחשש דאיתרע והוא מוקדם א"כ פסול גמור הוא גם להתירו בבת חורין וכן לטרוף לקוחות שיקנו אחר כך ואינו משוחרר כלל ולמה יחזירו לו בלי ראיה עכשיו ומה בכך דאח"כ יאמרו אייתי ראיה מ"מ בלי נפל לא אמרינן אייתי ראיה א"כ מעיקרא נעשה קנוניא והשטר פסול וע"כ דמ"מ השטר כשר כדעת הש"ך ואין לחוש רק לגבייה שלא כדין מעיקרא ושפיר מועיל ראיה. אך באמת יש לדחות דמ"מ כיון דאמרינן אייתי ראיה והרב מודה עכשיו דהוא כשר מה יש לנו לחוש בהודאתו עכשיו אי לקנוניא הא לא טריף רק בראיה ואי לשחררו מכאן ולהבא הא יש בידו לשחררו מחדש ואי דאינו רוצה להפסיד פשיט' דספרא והכא לא שייך מה שאמרו בשט"ח דירא המלוה דשמעי בי' רבנן דזה לא שייך בשיחרור הא ליתא דמשום פשיט' דספרי אינו חשוד להתירו בבת חורין שלא כדין וצ"ע בזה. ולענין דינא נראה פשוט דבשיחרור העיקר כמו שכתב הש"ך כי נראה עיקר לפע"ד דגוף השיחרור כשר כמו שכתבתי בס"ק לפני זה א"כ ממילא איתרע לכ"ע ובפרט דאפי' להסמ"ע כבר הסכים הרא"ש בפסקיו דלא איתרע [אבל בגט אין כאן מקומו כיון דתלוי בדין אם גט כזה כשר אף דעכשיו אין ריעותא כיון דמעיקרא נעשה שלא כדין ותליא במחלוקת הר"ן הנ"ל ויש חולקים] א"כ נהי דבהא נראה עיקר דאיתרע אבל כאן וודאי לא איתרע כיון דכשר גמור הוא:

והנה הרמב"ם ז"ל כתב בסתם מצא שיחרור אם האדון מודה יחזיר לעבד ואין האדון מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ינתן ה"ה שם טעם כדאמרינן בש"ס משום דאמרינן

לי' אייתי ראי' אימת מטי שטרך לידך ונראה לי עיקר דדעת הרמב"ם דאפילו בסתם שיחרור וגט בעי ראיה כדעת קצת פוסקים הובא בא"ז שם ולכך לא כתב כאן הטעם כי אינו חידוש דין בש"ס רק נתינת טעם כיון דבעלמא צריך ראיה ואשר הביאני לזה הוא מה שכתב הרמב"ם סוף הלכות גזילה ואבידה דכל שטר שאין מחזירין אם החזירו מוחזר ואין חוששין לו כלל ותמה בעל התרומות דהא בש"ס אמרינן אייתי ראיה אימת מטי שטרא לידך והשתא למה יגרע שטר זה שהוחזר על פי ב"ד ואם החזירו המוצאו בעצמו דאין צריך לראיה ולפי הנ"ל ניחא ואדרבא ראיית הרמב"ם הוא משם והוא דפריך שם גבי גט מ"ש משט"ח ומשני לחלק וכתב בא"ז דזהו אינו מהש"ס כלל רק רב יהודא גאון קאמר לה ולזה הרמב"ם לא סבירא ליה הך כלל רק הא דאמרינן דמחזירין משום דאפי' בשטר גמור צריך ראיה בגט ושיחרור והשתא לא קשיא כלל משט"ח דהתם אם החזירו מוחזר ולא יצטרך לראיה דלא גרע מהחזיר לו המוציא כקושית בעה"ת ובשטר חוב דעלמא אין צורך לראיה לכך אי אפשר להחזיר אבל בגט ושיחרור דבעלמא נמי צריך לראיה שפיר מחזירין דמ"מ יצטרך לראיה דלא עדיף מגט ושיחרור גמור: (כג) ובמקום שעדיו בחתומיו זכין לו אין צריך להביא ראיה על זה [בש"ע שלפנינו כתוב ואין צריך והוא טעות דמוכח לפי' הסמ"ע וש"ך] עסמ"ע שפי' דברי הרב חדא בכתב מעכשיו ושנית דאמר לעדים שיזכו בשביל המלוה ובתומים תמה עליו. והנה מה שהקשה על פי' ראשון דבריו נכונים אבל מה שתמה על פי' שני דא"כ באין האדון מודה למה לא יחזיר דהא באומר זכה שוב אינו יכול לחזור ולפע"ד לק"מ דהא כוונת הברייתא דאם האדון מודה מחזירין לו בלי ראיה עכשיו כלל רק אח"כ בשעת טירפ' יצטרך לראיה ובאין האדון מודה צריך ראיה מיד שהרי עומד וצווח דאינו משוחרר כלל וזהו כוונת הרב דהמחבר כתב דצריך ראיה שהגיע לידו משעת כתיבה ועל זה כתב הרב דבמקום שעבחז"ל דהיינו שאמר להם זכו אין צריך ראיה על זה פי' שהגיע לידו מזמן הכתוב וסגי בראיה שאמר לעדים זכו דזה לא נזכר בשטר כלל ובאדון מודה מחזירין לו מיד ובשעת טירפ' יביא ראיה או דהגיע לידו או אם אמר זכו בשבילו ואין צורך לראיה זו רק שאמר להם כן ואם אין האדון מודה צריך מיד להביא ראיה או דהגיע לידו או דאמר זכו ואין מחזירין לו בלי ראיה וזה ברור ולק"מ:

כד שטר מתנת בריא וכו' גם בזה תמהו על הרא"ש וטור שכתבו דין זה ובאמת לאביי אין מקום לחוש והם פסקו כאביי וכן כתבו התוספות שם בהדיא וגם בזה אני אומר כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"א דוודאי לאביי גופא לא חיישינן לכלום דאיהו לית ליה איקרי וכתב אבל אנן חיישינן דילמא אמר להם בפי' שלא יזכו בשבילו ובזה לכ"ע אינו זוכה

כמו שכתבתי שם וכמבואר בדברי הטור סימן ל"ט וכן מה שכתבו התוספות שם דתירוץ ראב"מ לא קאי לאביי היינו לפי דסובר דלא חיישינן לאיקרי וכתב אבל לדידן חיישינן ובאמת כי לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק כ"א בשם הר"ן דהכא העדים רשאין דלא שכיח שיתן ויחזור ויתן א"כ אף לאביי היה מקום לחוש דהיה כך והעדים רשאין ומזה ראיה למה שכתבתי שם דאם אומר בפי' שלא יזכו לו עכשיו רק בשעת מסירה אין רשאין לכתוב לכ"ע א"כ לאביי לא חיישינן דאיקרי וכתב ולדידן חיישינן. אך מה דקשיא לי בזה הוא מה שהביא הרי"ף ראיה דהלכה כרב אסי מהא דאמרינן בסוגיא דמצא שובר אביי לטעמי' דסובר עבחז"ל ש"מ דרבא פליג עלי' והלכתא כרבא לגבי אביי והרא"ש העתיק שם הך ראיה וקשה מה זו ראיה אביי לטעמי' דלא חייש לאיקרי וכתב ורבא פליג עלי' דבאמת חיישינן לאיקרי וכתב א"כ חיישינן דילמא אמר לעדים שלא יזכו בפי' מעכשיו אבל בגוף הדין דעבחז"ל מודה רבא ואין כאן ראיה דהלכה כרב אסי ואפשר לומר דהתם שאני כיון דחיישינן לשתי כתובות וגם לחוש לאיקרי וכתב בהא וודאי אם היה סובר כאביי לא הוי פליג רבא דחיישינן בתרתי לשתי כתובות ואיקרי וכתב וכ"כ בעה"מ בהדיא שם דאתרתי טעמא קא סמיך וצ"ע בזה:

כה אע"פ שבנו אומר. עסמ"ע ס"ק מ"ו והוא מהש"ס אבל התוס' שם תמהו בזה דמה צורך לחשש זה הא באביו גופא יש לחוש דנתן מקודם לאחר במתנת ש"מ ואח"כ כתב ליתן לזה ולא נתן ועכשיו רוצה הבן שיחזירו לו ויוציא מיד הראשון שיאמר דחזר ממתנתו ולפעד"נ דוודאי כיון שכתב ליתן לו פשיטא דעכ"פ חזר ממתנתו של ראשון דהיאך יצוה לכתוב ליתן לזה כל שלא חזר מראשון א"כ נהי דחזר גם מזה מ"מ לא יפסיד לראשון דמהראשון חזר בו וא"כ יכול הבן ליתנו עכשיו לזה ואי דחזר ונתנו לאחר ממילא יוציא השני מידו של זה ומאיש קודם לזה הרי בכתיבה עכ"פ חזר בו כנ"ל בזה (כו (ויש אומרי' וכו' ואוחזין בו בשוה הרמב"ם והרי"ף השמיטו כל סוגית הש"ס וכתבו בפשיטות דלעולם חולקין וכתב ה"ה דהיה להם גירסא אחרת בש"ס דר"י פליג בפשיטות דלעולם חולקין וצריך לומר דמ"מ לא קשיא מברייתא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת משום דהך ברייתא הוא ברייתא דר' תחליפא דמייתי בש"ס שם מעיקרא והוא גבי טלית ולגירסא זו אין כאן קושיא כלל דשאני טלית דגופו הוא הענין שדנין עליו וכל אחד מוחזק בשלו אבל שטר דאין גופו ממון כלל ועיקר התפיסה הוא בשיעבוד ובזה תופסין בשוה כי זה בלא זה פסול. אמנם נראה לפע"ד ליישב בפשיטות על דרך זה ושפיר היה לו גירסא שלפנינו והיה מפרש כפירש"י ממש והוא דוודאי יש להבין באמת מאי קושיא מברייתא דנשנית גבי טלית כנ"ל וצריך לומר כיון דהך קאי לרשב"ג דסובר מודה בשטר

שכתבו אין צריך לקיימו ולפי זה כשזה תופס בתורף אף שאינו יכול לקיים השטר על ידי העדים שחבירו תופס בם מ"מ הלוה מודה שכתבו ואין צריך קיום כלל וכן פירש"י התם בהדיא וכמו כן אותו התופס בטופס אף דזה כתב בשיטה אחרונה ואין למדין הימנו מ"מ היינו דוקא לדידן דקיימא לן דהודאת לוה לא מהני ויכול לומר פרעתי במיגו וכ"ש דאינו מועיל ללקוחות אבל לרשב"ג כיון דסבירא לי' דמועיל הודאת לוה ושוב אינו נאמן פרעתי ואין צריך לקיימו ואפי' ללקוחות לא חיישינן לקנוניא כדמוכח בש"ס דמחלק בין שטר דאית בי' זמן וקשה הא אינו מקוים ולא גבי משעבדי וע"כ משום דקיום שטרות דרבנן וכשהלוה מודה לא חיישינן א"כ בשיטה אחרונה ג"כ דעיקר החשש שהעדים הניחו חלק שיטה והוא זייף וכתב א"כ כמו דלא חייש בכל השטר שזייף היה ברותה שיטה וכיון שהלוה מודה הך שיטה מועיל כמו תורף רק דבתורף יש בו זמן עדיף בזה ושמין זמן זה אבל לדידן דקיימא לן צריך לקיימו א"ל אף שהלוה מודה לא יועיל זה בלא זה כלום א"כ חולקין בשוה לעולם וזה ברור ולק"מ ומיושב קושית התוס' שם לרש"י [ובתומים כתב כעין זה אבל סיבב בדברים אחרים רחוקים מן האמת ולפי הנ"ל אתי שפיר בפשיטות ולק"מ]. שוב הראו לי בהגהות הגאון מווילנא זצ"ל ברא"ש שם שכתב וז"ל לשיטתו שמפרש כפירוש התוס' כמ"ש אין התורף וכו' אבל הרי"ף השמיטו משום דסבירא לי' כפירש"י וכן הרמב"ם עכ"ל וברור שכיון למה שכתבתי והנה הטור כתב אפילו יש בו נאמנות דהורע כח הנאמנות כיון דנפל ולא ידעתי למה הוצרך לזה דבעלמא כשהשטר ביד המוצא צריכין להך סברא אבל לא כשהלוה תופס בו א"כ אם היה הכל בידו לא היה מועיל הנאמנות א"כ בתופס חציו יחלוקו ואדרבא הכא לא איתרע כלל דהא המלוה אומר שהוא הוציאו להפרע ולוה תפס בו ואפילו אי נימא דכוונת הטור להשמיענו אפילו הנאמנות ביד המלוה בעצמו אבל מ"מ לא היה צריך לטעם זה וצ"ע. ונראה דכמו דאמרינן דשמין שטרא דאית בין זמן כמה שוה והיינו דשטר בלי זמן כשר וכל דבר שהשטר כשר בלעדו שמין אותו א"כ ה"ה בנאמנות שמין הנאמנות דשטר כשר בלי נאמנות ובוודאי אינו דומה שטר בנאמנות לשטר בלי נאמנות וצ"ע כיון שהזכירו נאמנות למה לא הזכירו השומא בנאמנות כמו בזמן:

כז יש מי שאומר שגובין בו. והראב"ד השיג עליו ונראה מדבריו שהבין דעת הרמב"ם אפילו כבר נודע פסולו בב"ד אם החזירו מוחזר וכן נראה מדברי בעה"ת שהקשה על הרמב"ם מהך דגט ושחרור דאמרינן לי' אייתי ראיה ש"מ דהבין דעת הרמב"ם אפילו נראה בב"ד ואפשר שיצא להם כן דאל"כ תקשי הא דפריך פ"ק דמציעא ד"ז נפל ליד דיין לא יוציאו עולמית מ"ש דיין ומשני הכי קאמר ואחר שמצא שטר שנפל ליד דיין פי'

כתב בו הנפק אין מחזירין ולפי הנ"ל יש מקום לפרש בפשיטות נפל ליד דיין לא יוציאו המלוה עולמית אבל אחר שמצא שטר שעדיין לא נראה לדיין יכול להיות שיוציאו דאם החזירו מוחזר אבל בנפל לדיין שוב פסול לעולם אפילו הגיע ליד המלוה אינו יכול להוציאו לגבות בו וארווח לן בזה דר"י דפליג יש לומר דלא פליג רק דאפילו ליד דיין יכול להוציא ואם החזירו מוחזר אבל לכתחילה מודה דאין מחזירין ולא פליג רק אהא דקאמר לא יוציאו עולמית דהרי הוא בחזקתו (וזה הוא טעמו של הרמב"ם דהשטר בחזקתו ע"ש] ולא קשיא לר"י מברייתא דמצא כתובה ומזה דייקי דסובר הרמב"ם דאין חילוק כלל וכבר כתבתי לעיל ליישב קושית בעה"ת על הרמב"ם בפשיטות ע"ש בס"ק כ"ג:

כח אומדנות ע"ש בטור שהאריך בזה ומוכח שם מדבריו דהא דאמרינן בקובע זמן אין אדם פורע ת"ז לאו דוקא אלא אפילו נתחסד עמו אח"כ והרוויח לו זמן שייך חזקה זו ותמהני על מהרשד"ם בתשובה סימן ר"ח דכתב בפשיטות דבזה לא שייך חזקה ואף שכתב שם ביתומים מ"מ כ"ש הוא עצמו דהא יתומים גריעי לענין יומא דמישלם זמני' כדלקמן סימן ע"ח וכיון דליתומים כ"ש הוא עצמו יכול לטעון והש"ך סימן ע"ח השיג על מהרשד"ם ולא זכר דברי הרא"ש הללו וע"ש שהארכתי בביאור דין זה: (כט) בזמן שהמלוה מודה עסמ"ע ס"ק נ"ח והש"ך ס"ק מ"ט השיגו וגרם לו זה שלא עיין בדרישה ושם כתב בהדיא דהך מיגו דקלי' ומצנע אינו מועיל רק בלא הוחזק בב"ד ודוחק לאוקמא בלא הוחזק דוקא ע"ש גם הך תירוץ דאי בעי מחיל כתבו שם רק דכתב דאפילו למ"ד לקמן בסימן פ"ו דאינו יכול למחול מ"מ הכא שאני דלא חיישינן לפסידא דב"ח והייינו כמו שכתבתי לעיל בסימן מ"א ס"ק י"ט בשם הריטב"א דיש חילוק בין מניעת טירפ' ללקוחות שנוטלין מהן שדה שכבר זכו בה הלכך למניעת טירפ' לא חיישינן רק בוודאי ולא בספק כיון דאינו רק חשש דהשובר מסייע ולא נשאר בזה רק תלונת הש"ך על מה שכתב הסמ"ע דאם הלוה מודה דאין מחזירין למלוה דחיישינן לקנוניא כיון דאיתרע בנפילה ובזה לכאורה יפה הקשה דאדרבא השובר איתרע והשטר בתקפו ולמה לא נחזירנו למלו' בהודאת לוה ויש שתרצו משום דאמרינן אם היה ביד המלוה בלי פרעון היה נזהר בו שמא יאבד ולא יוכל לגבות כשימצאנו הלוה [כ"כ בתומים ולא היה לו לומר כן כי זה וודאי לא יחוש לנפילה דיחיד רק אפילו ימצאנו אחר כל שלא יודה הלוה יהא מונח] וע"כ דבאמת נפרע לכך לא חשש לשמרו ואין זה נכון חדא דלשון הסמ"ע מורה דהשובר איתרע ועוד דא"כ במלוה מודה ללוה למה ניחוש הא לא איתרע כלל ואדרבא אינו לא נפרע לא היה המלוה מאבדו והיה נזהר בו וע"כ דנפרע אלא וודאי דאמרינן להיפך דכל דבר שאינו כלום אינו נזהר בו והמלוה אינו ירא כלל שמא יאבד וימצאנו

אחר. אבל לפעד"נ דכוונת הסמ"ע בפשיטות והיינו דקשיא לי' קושית הש"ך גופא למה במלוה מודה מחזירין ניחוש שמא יחזירנו למלוה וע"כ דלא חיישינן בזה לקנוניא ועל זה כתב הסמ"ע דדוקא אם לא איתרע השובר ע"י נפילה דהיינו במלוה מודה אז לא חיישינן לקנוניא דהא קול יוצא לשובר דנפל והוחזר בכשרות אבל עכשיו דאיתרע השובר ויהא מונח א"כ בלוה מודה אם נחזירנו שפיר יש לחוש לקנוניא דהואיל דאיתרע השובר שוב אינו ירא ממנו ומצוה להחזירו למלוה משא"כ היכי דלא איתרע מחזירין לו ואין לחוש לקנוניא כיון דנודע השובר ולא איתרע כנ"ל ובתומים האריך והקשה דניחוש למעמד שלשתן. ובאמת מה שתרצו התוס' שם בכתובה שייך ג"כ כאן ע"ש אך הא קשיא מה שהקשנו לעיל סי' ס"ח דלמ"ד שם דאם המלוה מודה לפני עדים שהשטר שנכתב על שמו שייך לפלוני והוא שלוחו של פלוני והשטר ביד פלוני גובה בי' בלי ע"מ רק אם חב לאחרים לא מהני הודאתו והשתא הכא נהי דבכתובה שפיר אין לחוש לכלום כמ"ש בש"ס דאיתא לשמואל וכן שמא חייב לאחרי' לא חיישינן כמו שכ' הסמ"ע והש"ך וכמו כן אין לחוש שמא מכרה בהודא' לפני עדי' כנ"ל בסי' ס"ד בכתוב' פשיטא דלא שייך זה אבל בשט"ח פשיטא דיש לחוש דמכרו כנ"ל בהודאה לפני עדים שהשטר של פלוני והיא היה שלוחו וכתבו על שמו ואז מהני מחילה כמבו' לעיל סי' ס' שם והשתא אם נחזיר השובר וזמן השובר קדם להודאה זו א"כ לא תועיל ההודא' לחוב לאחרי' אבל עכשיו דלא נחזיר השובר שפיר תועיל ההודא' כיון שמכר השט"ח ויגבה בו והנה הט"ז תירץ דאין לחוש בחב לאחרי' דמ"מ לא יגבה אפי' אם יהא כדין יהא מונח ולא הבנתי דא"כ בש"ס דפריך וניחוש שמא מכרה ג"כ נאמר כן דמ"מ אותו הלוקח לא יוכל לגבות כתובה דהבעל יאמר ממני נפל וע"כ דבמכר מודה הט"ז דשייך הך חששא א"כ אף הנ"ל קשה אפי' לתירוץ הט"ז אבל דבריו צ"ע דוודאי יש נ"מ בין יהא מונח או דמחזירין ודו"ק:

וע"פ הדברים הנ"ל יש מקום נכון ליישב סוגית הש"ס ב"מ גבי מצא שטר חוב דפריך מעיקרא אהא דכותבין שטר ללוה ומשני רב אסי בשטרי הקנאה ואביי משני עבחז"ל וקאמר משום דקשיא ליה לאביי מתניתין לאיקרי וכתב לא חיישׁ לכך משני כך והדבר תמוה דהא לאביי פשיטא דקשיא מתניתין דליכא למיחש למידי ואי דחיישינן לפרעון א"כ לרב אסי נמי נימא כן [וע"ש בתוס' ובהרא"ש ועיין מ"ש לעיל סימן ל"ט] ועוד דהא בס"ד לא ידע דחיישינן לפרעון דאח"כ הוא דמסיק לה ע"ש גם קשה דפריך ממשנה מצא שוברים ולא פריך מיד מהך משנה גופא ובפרט דהשתא מיירי בה דקאמר דלאביי לא ניחא תירוץ רב אסי מכח המשנה ומיד הוי ליה להקשות ולאביי מי ניחא וליישב דחייש לפרעון והוא תמוה לכאורה לכן נראה דהנה הרשב"א הקשה שם אהא דמשני

בתר הכי דחייש לפרעון דאמאי לא קאמר דחייש שמא כתב ללות ולא לוה כלל ותירץ חדא דעדיפא ליה לאוקמא אפילו בשטרי אקנייתא ועוד דלאביי אפילו לא לוה כלל כל שאומר עכשיו תנו נשתעבדו נכסיו למפרע ואין כאן קנוניא ע"ש הובא בא"ז שם והרי לך שני סברות דלתירוץ ראשון נאמר דלאביי נמי לא מהני עכשיו כשנפל ואינו בידו לזכות לו למפרע כיון שכבר נפל בטל הזכות שהרי אם היה רוצה לשעבד לו היה יכול לכתוב שטר אחר למפרע א"כ כי נמצא נמי כבר נתבטל הזכות ומ"מ כותבין שטר ללוה דאין להם לחוש לכלום רק עכשיו בנפל נתבטל א"כ אין מחזירין לו ופשיטא שאין להם לחוש שמא יאבד וימצאנו אחר ויחזיר לו] וסברא שניה של הרשב"א דלאביי אפילו נפל ממנו כל שנמצא עדיין הרשות בידו לזכות לו למפרע אפילו לא לוה ובשני סברות הללו נחלקו בס"ד ובמסקנא והוא דבס"ד הוי סבירא ליה בפשיטות דאביי לא ניחא ליה תירץ רב אסי דלאיקרי וכתב לא חיישינן לכך משני הוא עבחז"ל וזהו בלא נפל וישנו בידו ממחילתו לכך כותבין שטר ללוה וכו' אבל בנפל ממנו כבר נתבטל ואפילו נמצא כל שאינו בידו שוב אין כח בו לזכות אותו שטר למפרע הלכך במתניתן שפיר קתני אין מחזירין דחיישינן שמא לא לוה [כקושי' הרשב"א הנ"ל] ועל זה מקשה לי' מהך ברייתא דקתני שחיישינן שמא כתובים היו מבואר מזה דבאינו מודה אין מחזירין ובאמר תנו מחזירין והשתא מקשי אי נימא כהנ"ל דבנפל לא אמרינן עבחז"ל למפרע א"כ קשה למה באמר תנו נותנין נהי דבכתובה לא חיישינן לקנוניא דאיתא לדשמואל כנ"ל אבל בשובר שטר עדיין יש לחוש כהנ"ל כמבואר לעיל סימן ס' ס"ח א"כ למה באמר תנו נותנין וע"כ דנימא דה"מ בשטר שנפל לא מהני עבחז"ל אבל בשובר מיד הוי מחילה ואפילו נאבד אח"כ [וכמו שבאמת סובר הטור לעיל סימן ל"ט] א"כ למה ניחוש לנמלך מה בכך הא עבחז"ל ובשובר לא איכפת לן דנפל דאל"כ כי אמר תנו נמי כנ"ל ועל זה משני דאפילו בשובר לא מהני עבחז"ל להיות מחילה מיד ובעינן דוקא מטי לידי' ואז זוכה למפרע ולפי זה ע"כ צריך לומר דעכשיו דנפל דחייב מודה ג"כ מארי מטי לידי' ומועיל ואפילו נפל דאל"כ תקשי כי אמר תנו מאי הוי כנ"ל ושפיר מקשה ממצא שט"ח דליכא למיחש למידי דהא אמרת עבחז"ל אפילו נפל ומיושב הכל על נכון ובזה יובנו דברי הראב"ד הובא שם בא"ז אהא דקאמר ה"מ היכי דמטי שטרא לידי' פי' כגון שחייב מודה וכיוצא בו כתב הראב"ד ז"ל עכ"ל שם ויש להבין מה ביקש הראב"ד בפי' זה הא לפי פשוטו הכוונה דמשני אדעלמא דה"מ דעבחז"ל רק במטי לידו דהיינו שמסרו לו אח"כ וברור דכיון להנ"ל דעיקר התירוץ הוא דאפילו חייב מודה מועיל לאביי דהיינו בנפל דאל"כ לא תירץ כלום דקשה הא אמר תנו נותנין ואמאי ניחוש כנ"ל וע"כ דבשובר לא בעינן

מטי לידי' ועל זה פי' הראב"ד דכוונת התרצן השתא דמועיל מטי לידי' בחייב מודה לכך אם אמר תנו נותנין דחשיב מטי לידי' והשתא שפיר מקשה ממשנה דמצא שט"ח:
אמנם באמת אפילו אי נימא דלא כהנ"ל ואין חילוק בין שובר כתובה לשט"ח והיינו או כדעת החולקים שהביא הש"ך לעיל סימן ס' שם או דנימא אף אם אירע דמכר כך והודה אינו יכול למחול אבל מיחש לא חיישינן אבל מ"מ פי' הנ"ל נכון בסוגי' הנ"ל ובכוונת הראב"ד הנ"ל והוא דוודאי לרבא דקאמר ש"מ איתא לדשמואל שפיר לא חיישינן באמר תנו כלל אבל לאביי גופא דקאמר אפילו תימא ליתא לדשמואל ומתרץ חדא בשטר כתובה יוצא מתחת ידה ועוד שובר בזמנו טורף דעבחז"ל והשתא זהו בשובר כתובה דלשני כתובות לא חיישינן אבל בשובר שטר והיינו שמחל לו כל תביעות עד עכשיו א"כ פשיטא דאינו מועיל מה שיש בידו כמה שטרות דעדיין יש לחוש דיש לו עוד ומכרם וע"כ כתירוץ הב' דעבחז"ל והשתא קשה למה בלא אמר תנו לא יתנו הא בנפל לא אמרינן עבחז"ל וע"כ דשובר הוי מחילה, א"כ מאי מועיל נמלך ומשני דגם בשובר בעינן מטי לידי' ומ"מ באמר תנו מועיל דאפילו בנפל מקרי מטי לידי' א"כ שפיר מקשה ממצא שט"ח למאי ניחוש כנ"ל ומשני דחייש לפרעון ודו"ק ועיין היטב לעיל סימן ל"ט מה שכתבתי שם קרוב לזה לדעת הרי"ף:

ל ואפילו אם הוא כתב יד הלוה:
עש"ך שהאריך להוכיח מירושלמי דבכתוב כתב ביד הלוה מהני וכשר ובתומים כתב דמ"מ מוכח בש"ס דילן דלא כירושלמי דהא להש"ך מוקמינן הך דאם יש עמהן סמפונות בכתב יד הלוה ובגמרא דילן מוקמינן לה בשטרות קרועין ובאמת בלא"ה יש להבין הא הוי מצי לאוקמא נמי בדייתיקי לפי' הש"ך הרי דבש"ס דילן מוקמינן ההוא דשלא פקדנו בשטרות קרועים ובירושלמי ניחא לי' טפי לאוקמא בדייתיקי א"כ הך נמי דמוקמינן לה בש"ס בשטרות קרועים להירושלמי מצי לאוקמא במתנה ומזה ראיה כפי' התומים בהך דדייתיקי וכן פי' מפרש הירושלמי ודו"ק ע"ש] אבל לפע"ד נראה דוודאי אין להוכיח מסוגי' הש"ס דילן דלא בירושלמי כמו שאבאר והוא דוודאי יש לתמוה להירושלמי דלא מוקי לה בשטרות קרועים רק בכתב יד הלוה א"כ תינח הך דאם יש עמהן סמפונות אבל הך דנמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע שטרות שניהם פרועים לא מצי לאוקמא בכתב יד הלוה כלל דכי בשביל ששמותיהם שווין אבל כתב ידם אינו שוה אם כן זה שכתב ידו הוא שטרו פרוע אבל השני למה יהא שטרו פרוע וע"כ דירושלמי מוקי להך משנה כאוקמתא דאביי סוף פרק גט פשוט דמיירי דנמצא ללוה בין שטרותיו ושני יוסף ב"ש המלוין ע"ש ולפי זה לק"מ אבל בש"ס דילן דפריך לאוקימתא דר' ירמיה

סוף פרק גט פשוט דמוקי לה במשולשין בשטר ואין משולשין בשובר כמו שפי' רש"י ספ"ק דמציעא להדיא א"כ בהא ע"כ בשטרות קרועין א"כ מעיקרא נמי מוקי לה בשטרות קרועין דלא ימלט מהך סברא דשטרות קרועים והתם ידע מקושיית בתר הכי כדאמר התם דאמר רב ספרא והוא על הקושיא בתר הכי ורב ספרא מוקי לה בהכי כיון שנתחדש לנו ע"כ הך סברא דשטרות קרועים מוקמינן הכל בהכי אבל מודים להירושלמי דכתב ידו לוה מועיל ודו"ק וצ"ע:

לא אי המלוה עצמו כתב הש"ך דאדלעיל קאי בשובר שכתוב בלשון העדאת עדים ועדים חתומים אבל כתב בלשון הודאת עצמו מהני דדוקא בעדים שייך לומר דהיה חושב שמא לא ימצא עדים פעם אחרת. ובתומים) הקשה דא"כ הא דפריך מהך דיתומים לישני דצריך לישבע אם היה לו שטר הודאה והא דלא הקשה מעיקרא צריך לומר חדא כיון דמ"מ צריך לאוקמא באופן זה דוקא א"כ מוקי לה בקרועים ואפי' שובר בעדים אבל בהך דיתומים אין צריך לאוקמא באופן רק דהם נשבעין על כך או משום דהכל נמשך לדרב ספרא וכיון דהתם ע"כ בשטרות קרועים מוקי הך נמי בהכי ואפילו בעדים] ולפע"ד אי משום הא לא אירי' דוודאי לא שייך לומר שיהיו היתומים נשבעין על חשש זה ודוקא בשובר בעדים יש לומר דהלוה לא חשש ליטלו מידו והניחו בידו דהיה סומך על העדים אבל בכתב ידו אם היה רוצה ליקח שובר ממנו היאך הניחו בידו ואי דהיה סומך עליו למה לו שובר כלל דהא אין עדיפותא בכתב ידו מהודאתו על פה ואם יכפור גם בזה יכפור רק בשובר בעדים יש לחוש כנ"ל [ועוד יש ראיה לזה ואבאר לקמן בס"ק שאחר זה]. אמנם דברי הש"ך בלא"ה אינם מובנים כלל לפע"ד דהא בגמרא קאמר לא מבעי' בכתב סופר דחשב שמא לא יהא לו סופר בשעת פרעון לכתוב אלא אפילו כתב ידו דילמא אתרמי בין השמשות והוא לא ירצה לפרוע רק בשובר ולא יכולתי להבין לפי הבנת הש"ך מה זה דקאמר בין השמשות דאי הפי' שלא ימצא עדים אז א"כ היה לו לומר בלילה ומה זה שתפס בין השמשות לענין מציאות העדים גם אם נפרש לענין הכתיבה קשה דכי בין השמשות אינו יכול לכתוב הלא יכול לכתוב לאור הנר וכדומה וברור דכוונת הש"ס בין השמשות של ערב שבת שאם ירצה לכתוב שובר ולקבל הפרעון יגיע לחילול שבת והלוה לא ירצה לפרוע בלי שובר לכך הכין לו שובר כדי שיוכל להפרע ממנו א"כ פשיטא דאפילו כתב ידי עצמו בלשון הודאה יש לחוש כן גם עיקר דברי הש"ך שכתב דזה קל לכתוב שובר בהודאת עצמו א"כ אפילו בשובר בעדים נימא כיון דחזינן דיכול לכתוב א"כ מה הפחד הזה שיפרע בין השמשות א"כ יתן לו שובר בהודאתו דוודאי אין חילוק ללוה שובר בעדים או שובר זה ולא יעכב הפריעה בשביל זה לכן דברי

הש"ך צ"ע [וכ"ש אי נימא דבין השמשות גמור מותר לקבל פרעון דאינו רק שבות וכבר יש אופנים דהתירו שבות בין השמשות ועיין בא"ח סימן רס"א ובמ"א שם א"כ לכתוב אינו יכול כלל רק לקבל פרעון במקום הפסד ומצער ע"ש]:

לב אא"כ שהשטר וכו' עש"ך בשם רש"י דהפי' הוא שנמצא השובר בין שטרות קרועים ולפעד"נ דלפירש"י קשה תינח בהך דמתניתין דאנו רואין שהשובר מונח בין שטרות קרועים א"כ יש הוכחה דהלוה הפקידו או שכחו בידו אבל בהך דיתומים דנשבעין ליתומים שלא פקדנו היאך יעלה על הדעת שנחוש לזה דהלוה שכח השובר גבי מלוה להשביעם על חשש זה דכיון דהמלוה נתן לו שובר היאך נחוש שהלוה שכחו תדע דאל"כ תקשי הא במקויים כ"ע מודו דלא בעינן בין שטרות קרועים כלל א"כ למה לא ישבעו היתומים שלא מצאו אצל אביהם שובר מקויים דזה וודאי מהני ולמה לי' לשנוי בין שטרות קרועים וע"כ צריך לומר דע"כ לא שייך להשביע ליתומים רק בדבר הבא מכח אביהם שהניח כתב שהשטר פרוע אבל לחוש שהמלוה הופקד אצלו שובר או שכחו בידו מאיזה צד נחוש לזה בפרט דאין הלוה לפנינו לטעון כן א"כ ה"ה בזה אין לחוש וע"כ שנמצא השטר בין שטרות קרועים לכך שפיר נשבעין אם לא נמצא כתוב מכתיבת יד אביהם שהשטר פרוע ואף שיש לחלק בדוחק בין מקוים לזה מ"מ נראה כמו שכתבתי ומה שהביא ראיה מהא דמשני בש"ס שנמצא בין שטרות קרועים והא בשני יב"ש צריך לומר שנמצאו ואף שרש"י פי' באמת שנמצא השטר וכל אחד אומר שלי הוא השטר מ"מ דבריו תמוהין דהא מיירי במשולשין בשטר ואין משלשין בשובר. ובתומים כתב ליישב דהכוונה מה שכתב שטרו של יוסף בן שמעון שטר שלי הוא ואינו נכון דהא רש"י כתב שנמצא השטר בין שטרות פרועין וכל אחד אומר שלי הוא השטר מבואר דהכוונה על שטר הנמצא אבל באמת לא ידעתי מאי זו קושיא לרש"י דהא כתב הש"ך ס"ק נ"ח דאפילו המלוה טוען ברי שהשטר אינו פרוע לא מהני ויש להבין מ"מ נהימני' במיגו שלא היה אומר שנמצא בין הקרועים וע"כ צ"ל דמיירי דעדים ראו אותו מונח בין הקרועים דלית לי' מיגו וא"כ התם נמי מיירי בהכי דשטר אחר ראו עדים מונח בין הקרועים ועכשיו נטלו המלוה משם ואמר שאינם פרועים א"כ שפיר יכול להיות דעדים ראו שטר יב"ש מונח אבל על המשולש לא ראו או ראו ושכחו וכל אחד אומר שלי הוא ואטו כיון שראו יב"ש הוכרחו לראות גם המשולש וזה ברור בכוונת רש"י ואין כאן ראיה ועיין בס"ק שאחר זה. (לג) בין שטרותיו הקרועים עש"ך ס"ק נ"ה בשם מהר"א ששון שנסתפק אי בעינן שיהיו כל השטרות פרועים או רובן ככולם. והנה הספר אין בידי לעיין בו צדדי הספק אבל לכאורה מדברי הטור והפוסקים לעיל סימן מ"ט שכתבו

הא דאמרינן סוף פרק גט פשוט במשולשין בשטר הכוונה ששניהם משולשין ולפי זה צריך לומר ששניהם מונחים בין הקרועים [אבל לפי מה שאכתוב בסמוך אין צורך לומר רק דאחד מונח] והשתא הא הך דשניהם פרועים אינו רק מכח דכל אחד מצי מדחי ליה דשטרו פרוע אבל אחד אינו פרוע באמת א"כ אי ס"ד דבעינן כל השטרות קרועים קשה הא אחד אינו פרוע אם כן אין כאן ראיה על השני דהא גם זה הכשר מונח בין הקרועים וע"כ דמ"מ כיון דרוב קרועים ושובר יש כאן א"כ אזלינן בתר רובא דזה ג"כ פרוע איברא מפירש"י שהבאתי בס"ק לפני זה שפי' נמצא השטר שאחד נמצא וכמו שכתבתי כוונתו לעיל ויש להבין מי הכריחו לפי' זה ולמה לא פי' כפשוטו דשניהם מונחים בין הקרועים ואי משום דקאמר שנמצא בש"ס גופא קשה וע"כ משום דסובר דבעינן דוקא כולם פרועים דאי יש בו אפילו אחד שאינו פרוע בוודאי א"כ היאך הורע כמו של זה דהא חזינן דיש כאן שטר שאינו פרוע בוודאי ומונח בין הקרועים לזה הוכרח הש"ס ורש"י לומר שאחד מונח והיינו באופן שכתבתי דעדים ראו יב"ש ולא המשולש. ובאמת לולי פירש"י היה מקום לפרש הש"ס כך והוא לדעת הטור לעיל סימן ל"ט דחולק על הרמ"ה דשילוש השטרות לא מהני גבי שובר א"כ לפי' זה נראה דאם אחד משולש ושני לא ויש כאן שובר והמשולש מונח בין הקרועים א"כ יכול המשולש לומר עלי נכתב השובר ואדרבא כיון דמונח בין הקרועים יש לומר עליו הוא ואפשר דגם הרמ"ה שם מודה) אף שהשובר אינו משולש וזהו דקאמר שטרות שניהם פרועים והמשולש מונח בין הקרועים ויכול לדחות לומר שלי הוא השובר וקמש"ל זה בשני שטרות דס"ד דכאן אין ראיה מן השובר דקאי על שטר השני שאינו משולש ומונח בין הקרועים לבד אין ראיה קמש"ל דמ"מ יכול גם המשולש לומר שלו הוא השובר ולכך משני בש"ס שנמצא ולא שנמצאו והיינו דאם שניהם מונחים א"כ אינו פרוע ואין ראיה על השני לכך קאמר שנמצא ומיירי באופן הנ"ל ואין צריך לומר כפירש"י דלא ראו עדים המשולש ומ"מ מאחר שכל הפוסקים הסכימו לעיל סימן מ"ט דשניהם מונחים בין הקרועים א"כ מבואר דלא כמהר"א ששון רק ברוב סגי ועיין לעיל סימן מ"ט הארכתי בביאור דברי הטור והרמ"ה וב"י שם וע"ש כי הוא נוגע הרבה לכאן לפי הנ"ל:

לד אפילו אין על השובר עדים. עש"ך שכתב דיצא לו להרמב"ם כן מן הש"ס דתקשה מסמפון ולא משני בין שטרות קרועים וכתב דאינו מוכרח דלא נזכר נמצא ונראה דהוכחת הרמב"ם הוא מן הש"ס דמשני על המשנה דשבועות שנמצא בין שטרות קרועים והתם וודאי דאין הכוונה שובר בעדים דא"כ צ"ל דהגיע לידו מיד הלוה בפקדון או שכחו בידו וכבר כתבתי לעיל ס"ק ל"ב והוכחתי דעל זה לא שייך להשביע ליורשין אם לא בא

לרשותם שובר מן הלוה דאל"כ הוי מצי לשנוי בפשיטות שישבעו על שובר מקוים וע"כ דכל שהגיע מכח הלוה לא שייך להשביע דמהיכי תיתי ניחוש דהלוה הפקיד או שכח שובר ולפי זה עיקר השבועה מכח אביהם שמחמת שהיה פרוע הניח כתב אצלו שהוא פרוע א"כ מבואר דבמונח בין הקרועים אפילו כתב בלא עדים מהני:

לה אף על פי שנמצא. עש"ך דיש חולקין דיורשין לא וגי"ת תמה עליהם מהך דמשני בשטרות קרועים וקשה מאי מועיל שבועה על שובר כיון דנמצא בין הקרועים והש"ך תירץ דהכוונה שנמצא שובר בין הקרועים וכבר כתבתי לעיל ס"ק ל"ב דביורשין לא שייך שבועה בכהאי גוונא דהלוה הפקיד שובר ביד המלוה דא"כ למה לי כל הטורח הזה במקוים סגי וזה ברור אמנם יש ליישב קושית גי"ת כך דוודאי אין הפי' שידוע שנמצא השטר בין הקרועים דאז בלא"ה לא גבי ויהא מונח רק דאנן מטילין שבועה עליהם שמא נמצא בין הקרועים ואם באנו להקשות למה ישבעו על שובר ישבעו שלא מצאו בין הקרועים הא ליתא דע"כ לא נתקנה שבועה ליורשין רק בדבר שאם היה כך היה בוודאי השטר בתוקפו אז מטילין שבועה אבל בדבר שאפילו הוא כך עדיין יהא מונח והדבר בספק ואביהם היה גובה על זה לא הטילו שבועה כל שהם אומרים שלא נמצא בין הקרועים רק השבועה על שובר דאז השטר בוודאי פרוע על זה צריכין לישבע ולפי זה למ"ד דהפי' דנמצא שובר בין הקרועים צריך לומר דאפילו המלוה חי אינו גובה בו דאי גם בזה גובה א"כ לא שייך שבועה על זה כנ"ל וזהו כסברא שניה של הש"ך ס"ק ס"א ודו"ק: (לו) לא יחזיר לא ללוה ולא למלוה עסמ"ע ס"ק ס"ז וש"ך ס"ק ס"ו דדוקא באינו מקוים רק שאפשר לקיימו אבל במקוים אפילו היה ביד המלוה מועיל כ"ש ביד שליש ולדידי צ"ע בזה דוודאי ביד המלוה פשיטא דהלוה הפקידו ופרוע הוא דוודאי לא שייך לומר שהניחו בידו בתנאי שלישות אבל זה שהיה שליש דוקא אם השטר בידו וכתב יוצא מתחת ידו אז הדין במת השטר בטל דכתבו הוא כמו הוא עצמו אומר פרוע אבל כאן דהשובר הושלש בידו א"כ מנין נדע באיזה תנאי היה השלישות והיאך נחזירנו ללוה ואדרבא פשיטא שאם הי' פרוע גמור לא היה משליש אותו ביד השליש ובוודאי היה איזה חילוק ביניהם ועכשיו שמת לא יחזיר ועיין בט"ז בד"ה ואם אינו מקוים ונראה מדבריו כמו שכתבתי ויתר הדברים בדינים אלו כבר נתבאר לעיל סי' נ"ו ושם הארכתי בזה ע"ש:

לז ואפילו במקצתו עסמ"ע וש"ך ובתומים כתב דמדברי התוס' סנהדרין דכתבו דמיירי באיתחזק דומיא דחיתום ש"מ דהתם באיתחזק דאל"כ איכא מיגו דגייז לי' כהסמ"ע ובאמת אם כן עדיין קשה דהוי מצי לאוקמא בסמוך לחתימה ממש דליכא מיגו כמו

שכתב בא"ז בשם מהרמ"ך אם לא דנימא דהתוס' חולקין בזה על מהרמ"ך ויש שני מחלוקת ובאמת כבר כתבתי לעיל סימן נ"ו ס"ק א' באריכות בכוונת התוס' ולא מוכח מידי ע"ש אמנם בגוף הדין יש להבין דהא בש"ס נתנו טעם לזה דאי לאו דפרע לא הוי מרעי' לי' לשטרא. ויש להבין למה לי האי טעמא תיפוק לי' דהא עיקר הטעם דסמפון היוצא מתחת יד מלוה פסול דהכינו ליתנו ללוה כשיבא לפרוע וזהו בשובר בפני עצמו אבל בשובר על גבי השטר במה נפשך אם יהא השטר מצוי בידו יחזיר לו השטר ואי לא יהא השטר מצוי בידו אף השובר לא יהי' דהא כתוב על גביו ואמת דמדברי הרמב"ם נראה דכתב או שנפרע ממנו כך וכך ויש להבין מה ביקש בזה ובכל הדינים לא הזכיר שום חילוק בין מקצתו לכולו ולמה ביאר כאן בפי' בפרעון כך וכך ונראה דקשיא לי' באמת כהנ"ל לזה פי' דעיקר הרבותא דקמש"ל אפילו בפרעון מקצת דבזה שפיר שייך לומר דהכינו דלא יוכל להחזיר לו השטר מ"מ לא מרעי לי' לשטרא אך באמת בש"ס גופא יש להבין מנא לן דלמא ברייתא בשובר על הכל ואדרבא בשובר במקצת היאך שייך הכנה דמנין ידע כמה יפרענו ועכשיו חזינן דכתוב בו סכום פרעון לכן היה נראה דכוונת הש"ס דלולי הך סברא יש לו מיגו דהיה חותכו קמש"ל דהך סברא דלא מרעי לי' מהני דלא יועיל מיגו וזהו דלא כהסמ"ע [גם במקום דיש לו מיגו לא שייך הכנה כלל דהא הלוה עדיין לא ירצה לפרוע דירא שמא יחתוך ודוחק לומר דבאמת היה כוונתו לחתוך וליתנו לו דהא מיירי בלי עדים) גם נראה לפע"ד כיון דיש כאן שובר לפנינו כתוב על השטר שוב לא אמרינן מיגו דהוי מיגו להוציא ובעלמא הוי שטר להחזיק אבל לא כשיש שובר נגרע כח השטר והוי להוציא לכן נראה דאין מועיל מיגו בזה:

לח ראובן נפטר עש"ך בשם הע"ש דמיירי במונח בתוך השטר והש"ך השיגו דא"כ לישני הכל במוכח בתוכו ולמה לי' בשטרות קרועים ובאמת לק"מ דהך דשני יוסף ב"ש לא מצי לישנוי בהכי דא"כ אותו שמונח בתוכו יהא פרוע ולא השני וכיון דהוכרח לחדש בשטרות קרועים מוקי הכל בהכי וכן מוכרח לומר להש"ך דמועיל כתב יד הלוה כמו שכתבתי לעיל ס"ק ל'. גם מה שתירץ הש"ך דקמש"ל ביורשין כמו שכתב לעיל ס"ק ס"ב הוא תמוה דשם אם המלוה טוען שמא אינו נאמן אבל יורשין לא הוי להו למידע אבל הכא דמלוה טוען ברי אינו נאמן היאך נאמין היורשין בשמא ועיין ט"ז מה שביקש הוא לתרץ ועדיין דברי המחבר צ"ע ועיין בטור ודו"ק:

על חו"מ סימן סו

א אותיות וכו'. עסמ"ע וש"ך בשם הר"ן פרק הכותב אי מכירת שטרות דאורייתא או דרבנן וקשה לי על הר"ן ז"ל שם חדא במה שכתב שם מתחלה וז"ל ועוד נתנו במתנת שכיב מרע נמי אמאי אינו יכול למחול אי משום משום דשכיב מרע מידק דייק והדר יהיב א"כ אפילו שכיב מרע גופא לא מצי מחיל והתם לא קאמרינן אלא שאין יורש יכול למחול אבל שכיב מרע וודאי מצי מחיל עכ"ל ותמהני דמאי זו קושיא וודאי שכיב מרע מצי מחיל דמה בכך דמידק דייק והדר יהיב הא במתנה בעלמא יכול לחזור בו כשעמד דלא רצה ליתן רק כשימות ולא כשיבריא אבל כשמת דאין היורש יכול לחזור בו מהמתנה רק רוצה למחול אז שפיר אמרינן כיון דאביו מידק דייק אינו יכול למחול [כן מבואר ברי"ף שהביא ראיה דשכיב מרע מצי מחיל מהא דקיימא לן אם עומד חוזר] ובאמת גם על הרי"ף היה מקום להקשות כן רק שיש לומר דלא היה כוונת הרי"ף לדחות בקושיא זו הך סברא דעיינתי בחשבוני דזה דחה בקושיא ראשונה רק שרוצה לדחות גוף הדבר שכתבו רבוותא דשכיב מרע בעצמו אינו יכול למחול ועל זה הביא ראיות דליתא אבל דברי הר"ן ז"ל תמוהין בוודאי שהוא הבין הקושיא לדחות הסברא דעיינתי דאל"כ שכיב מרע גופא למה יכול למחול והא וודאי ליתא תו קשיא לי במה שכתב הר"ן שם ליישב קושית ר"ת ז"ל מהך דפרק הזהב וז"ל אפשר לדחותה דעיקר קרא למעוטי עבדים וקרקעות אתי ואפ"ה מפקינן שטרות מאונאה שאין בכלל הכתוב אלא דבר המטלטל וגופו קנוי ומכור אבל מידי אמרינא לא והלכך שטרות למכירה דרבנן כיון שאין גופן קנוי ומכור אין להם אונאה עכ"ל ויש לתמוה עליו בתרתי חדא דמ"מ כיון שאין כאן ד"א שלא יהא גופו ממון ויהא קנינו דבר תורה א"כ מנין לנו לחדש מעצמנו שהקפיד הכתוב באונאה שיצטרך שיהא גופו ממון והא כל הדרש שם גזירת הכתוב הוא שהתורה גזרה כך ומנין לנו שהתורה הקפידה על זה לגזור בזה ג"כ ואם היה מציאות בתורה שיהא חל קנין בדבר שאין גופו ממון לא היה נכתב באמת פרט זה שהוא כולל דבר שגופו ממון דוקא רק לפי שאין מציאות לקנין רק בגופו ממון ודו"ק ועוד קשה לי כיון דמן התורה המכירה בטל לגמרי רק מדרבנן אמרו שתהא מכירה זו מכירה כמו שכתבו התוס' משום שיש בו צורך ותקנת תגרים א"כ לאיזה צורך אמרו שיהא בו דין אונאה ומה בכך דלא נמצא בתורה רק גופו ממון מ"מ הלא המכירה בלי אונאה בטלה מן התורה לגמרי א"כ באונאה הוי להו לאוקמא אדאורייתא ומה צורך יש בזה דאפילו נתאנה יתר משתות יהא המקח קיים אדרבא יש בזה צורך להיפך ועכ"פ הוי להו לאוקמא על דין תורה כיון דהכל גזירה ומה צורך היה לרבנן לגזור שיהא המקח קיים בזה וקושיא זו קשה ג"כ

על תירוץ התוס' פרק מי שמת דתרצו במצא שטר לאחר יאוש ועוד שם באופן אחר דמ"מ תקשי בשטר סתם דתקנו בו רבנן מכירה ומן התורה אינה כלום לאיזה צורך אמרו דאפילו נתאנה הרבה יהא המקח קיים כיון דמן התורה בטל ואין בזה צורך כלל ונראה שזאת היתה כוונת ר"ת שהקשה מהך דהזהב ולא הקשה מהך דבכורות בפדיון הבן דממעטינן שטרות דהתם יש ליישב כתירוץ התוס' [וכמו שאבאר בסמוך אבל באונאה קשה דאפילו אי נימא מציאות דיש בו מכירה ד"ת מ"מ באופן דאינו דבר תורה למה באונאה יהא המקח קיים דהא אין בזה צורך כלל אבל בפדיון הבן לא שייך לומר כן ומ"מ בדברי התוס' יש לדחוק דלא פלוג עבדי רבנן להך שטר דקנינו מן התורה אבל להר"ן דאין כאן קנין מן התורה כלל רק בדרבנן למה לא יהא בו דין אונאה והנה הש"ך האריך להסכים עם הפוסקים דמכירת שטרות דאורייתא וכל יסודו דהרי"ף סובר ג"כ כן ובאמת הא ליתא וכבר השיגו בתומים בזה. אמנם נראה לפע"ד להסכים מטעם הנ"ל כיון שהוכחתי דראיית ר"ת מפרק הזהב אין לדחותה דהא קיימא לן באמת דכל שטרות אין בהם דין אונאה גם הראיה מפרק מי שמת אינה ראיה לפע"ד דהא אפילו לפי פירושם שהם מפרשים דמה שאמרו פרק מי שמת אא"ב דאורייתא הכוונה דמכירת שטר דרבנן לכך יכול למחול מ"מ קשה מה זה דקאמר דמתנת שכיב מרע דאורייתא ניחא דמה בכך דהוא דאורייתא הא יש לומר שלא אמרה תורה שיהא גדול כמו של שכיב מרע רק דהוא באמירה בעלמא הוי כמו קנין בברי ומילתא דאיתא בברי בקנין איתא בשכיב מרע בלא קנין מדאורייתי' אבל מילתא דבברי ליתא כלל בשום קנין שבעולם מנין לנו דבשכיב מרע יועיל מדאורייתא וע"כ הם מוכרחים לפרש דהכוונה דאורייתא מהך קרא דוהעברתם יש לך העברה אחרת שהיא כזו וכיון דבירושה הוא מדאורייתא א"כ ביורש אין הפרש בין שטר חוב לשאר מילי וה"ה בשכיב מרע א"כ כיון שהם מוכרחים לפי' זה ממילא לא מוכח דמכירת שטרות דרבנן ושאני התם דהוי כירושה [וצ"ע בדברי התוס' שם ע"א שדחקו לומר דהך דוהעברתם אסמכתא בעלמא היא ומדרבנן ובאמת בש"ס דקאמר ורבא אמר ר"נ וכו' משמע דפליג באמת אהך דמעיקרא משמי' דר"נ ולכך קאמר אי אמרת בשלמא דאורייתא והיינו מהך קרא דוהעברתם כמימרא קמייתא אתי שפיר אבל לרבא קשה] ובתומים הקשה לסברת ר"ת דשני שיעבודים יש א"כ למ"ד של"ד מכירת שטרות דרבנן ושמואל גופא דסובר דיכול למחול סובר של"ד ואם נימא דשיעבדו בפי' מ"מ היאך נחלק כ"כ במכירת שטרות דבזה דאורייתא ובזה דרבנן ובאמת לק"מ דמאי ענין שיעבוד למכירה בוודאי כיון דאמרינן דזהו מועיל דבר תורה שיוכל המוכר להריק כל כחו בשיעבוד נכסים ללוקח דלמ"ד דרבנן הטעם שאינו יכול למכור שיעבוד שיש

לו לאיש אחר כיון שאינו ממון רק שיעבוד ואינו יכול למכור שיכניס חבירו במקומו ממש בשיעבוד ור"ת סובר דיכול למכור כל כח שיש לו לאחר מדאורייתא רק שיעבוד גוף לא ולפי זה עכשיו דתקנו חכמים דיגבה לקוחות א"כ שפיר המכירה דאורייתא שיכניס חבירו תחתיו בכל השיעבוד שהיה לו ונתרוקן כל כחו בשיעבוד נכסים לחבירו ומה בכך דכל השיעבוד אינו רק דרבנן [ומ"מ משכחת שטרות באונאה באופן דגם מדאורייתא נשתעבד] גם בלא"ה לא ידעתי דמיני' לכ"ע ש"ד ושפיר שייך מכירה ולדידן דתקנו שיעבוד לקוחות גם בזה מכירה דאורייתא ואין צורך לשיעבדו בפי' וזה ברור גם מה שהקשה מהך דבכורות בפדיון הבן. נראה לפע"ד דלק"מ והנה מה שכתב בכתב לכהן אני חייב לך בוודאי בנו פדוי וכן משמע מדברי התוס' פרק מי שמת שהרי תירצו דכתב למלוה שלו שטר ומ"מ אין בו דין אונאה שאין גופו ממון א"כ פדיון הבן דג"כ נמעט מהך סברא דאין גופו ממון א"כ אין בנו פדוי אפילו בזה אמנם מפירש"י כתובות ריש פרק הנושא משמע כהתומים דטעמא דאין פודין בשטרות לא שייך רק בשטר חוב על אחר ע"ש ודו"ק ובזה יש לדחות דברי בעל נ"מ בזה מיהו רש"י בבכורות שם פי' שני טעמים ע"ש] חדא דמה שתרצו התוס' פרק הזהב שמצא שטר לאחר יאוש שייך ג"כ בזה שהכהן אבד שטר ונתייאש ממנו ובעל הפדיון מצאו והוא נותנו לו בפדיון בנו שהוא שוה חמש סלעים אצל הכהן כדי שיהא לו לראיה ובלי פדיון היה מכרו לכהן בסך הזה ועכשיו נתנו בפדיון דהא בזה המכירה דאורייתא. ועוד נראה ליישב בפשיטות דדוקא אם מכר לו באמת שטרות לגבות החוב אז אפילו הנייר לא קנה ואינו יכול לתופסו רק להחזיר לו דמיו שנתן דהוי מקח טעות כמבואר לקמן אבל אם מכר או נתן לו השטרות לא לשיעבוד החוב רק שיהא הנייר שלו ולא יצטרך להחזירם לו ואם ירצה המלוה אותם יהא מוכרח לקנותם ממנו בממון כי הנייר שלו לגמרי וזה התנה בפי' א"כ נראה פשוט דקנה הנייר מדאורייתא א"כ בזה ס"ד דיכול ליתנו לכהן בפדיון באופן הזה קמש"ל דלא והיינו שהקפידה תורה שיהא החפץ מצד עצמו שוה חמש סלעים משא"כ לענין מכירה כל שמכר לו גוף הנייר אפילו מכרו ביוקר הוי מכירה ד"ת ודו"ק גם מה שתירץ בתומים בשטר לכל מי שיוציאו צ"ע קצת כיון דהטעם דמכירה דרבנן כתב הר"ן משום דאין גופו ממון וגבי פדיון ואונאה גם כן הטעם משום דאין גופו ממון אם כן מ"ש דבשטר כזה לגבי מכירה הוי דאורייתא ולגבי פדיון ואונאה לא מהני ויש לדחות ואין להאריך דבלא"ה לק"מ כנ"ל ודו"ק:

והנה בעיקר תירוץ התוספות שתירצו באונאה דמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר נבוכו האחרונים בפי' דבר זה ומה הוא היאוש כי בנייר הלא של לוה הוא ובחוב

יזכה הלוה בו ובספר קצה"ת דעתו דיאוש הוא בחוב והלוה אינו זוכה דבאיסור בא לידו רק המוצא זוכה בו אלא שהקשה ממצא שט"מ ע"ש. ובאמת לק"מ דוודאי מחוב לא מייאש דמי יימר דהלוה יכפור רק כוונת התוספות דלאחר שאבדו באמת כפר הלוה והכחיש שאינו חייב לו לכך נתייאש א"כ אין הלוה זוכה מחמת הכפירה באיסור אבל המוצא זוכה אבל התם בחייב מודה בוודאי לא נתייאש מן החוב ולק"מ ואי קשיא הכא כשהלוה כפר היאך באמת יחזירנו המוצא למלוה הא כל שטר שנפל אין מחזירין ואי דיש בו סימן מובהק המועיל לא שייך יאוש וצריך לומר דהיאוש הוא במקום שאינו מחויב להכריז וכדומה דאפי' בסי' מתייאש [אבל בלי כפירת הלוה פשיטא דלא הוי יאוש בחוב דלא גרע ממלוה ע"פ]. אמנם גוף דברי הרב הנ"ל אינם נכונים כלל דהא עיקר הטעם דמכירת שטרות דרבנן הוא מצד חסרון הקונה לא מן המקנה דהא יכול לסלק עצמו ממנו שהרי אם מחלו ללוה מחול רק מחסרון הקונה שאינו יכול לקנות שיעבוד שאינו לו א"כ מה בכך דיאוש מועיל לסלק עצמו מדבר שאינו ברשותו אבל היאך יקנה המוצא החוב. לכן נראה ברור כמו שכתבתי לעיל סימן ס"ה ס"ק ט"ו דוודאי עיקר היאוש הוא באותיות שבנייר שזה העודף השוה יותר מלוה בשטר ממלוה ע"פ הוא מחמת הכתב שבנייר ותוקף נוסח השטר ובזה העודף זכה המוצא שהמלוה נתייאש מתוקף שטר רק שיהא חובו כמלוה ע"פ לכך אם רוצה עכשיו השטר צריך לשלם להמוצא אותו היתרון ואם נתאנה אין בו דין אונאה והלוה בעצמו לא שייך שיזכה באותו היתרון דאם מודה משלם כמו מלוה ע"פ בעלמא אי משום דבאיסור אתי לידי' אמנם מלקוחות לא גבי כלל דכבר זכו הלקוחות לאחר יאוש שהרי נתייאש מתוקף שטר אלא דיש להבין ברא"ש ספ"ק דמציעא דכתב דלכך נקט כריכה דמנין לחוד הוי יאוש וע"ש ס"ק ט"ו דהעליתי דכוונתו ג"כ שנתייאש מתוקף שטר והשתא כיון שהמוצא זוכה. עדיין הוי מצי למיתני במנין לחוד דאז יכול למכרו למלוה משא"כ בלי סי' שמא פרע וצריך לומר דכוונת הרא"ש דבא לאשמעינן דיחזיר בלי מכירה. ובגוף קושית התוספות יש ליישב בלא"ה שמכרו ללוה גופא דבזה וודאי מכירה ד"ת אך לפי מה שפירשתי כוונת ר"ת אינו מועיל כלל מציאות אופנים דמ"מ ראיית ר"ת נכונה כנ"ל ודו"ק היטב:

ב אלא בכתיבה ומסירה. כתב רבינו ירוחם שטרות נקנים בכסף כמו קרקע כך פשוט בש"ס דב"ק והש"ך השיגו מדברי התוספות דלא גרסינן שטרות ואמת שכן היא בתוספות אבל רש"י גריס התם שטרות וכתב לא איתפרש היכא ובאמת טפי היה לו לומר דשמעינן להיפך דאין ניקנין רק בכתיבה ומסירה לכן נראה לפי מה שכתבו התוספות לתרץ למ"ד מכירת שטרות דרבנן הך דפרק הזהב היינו במצא שטר לאחר יאוש ע"ש. ולפי זה הך

דב"ק דקאמר התם עבדים ושטרות נמי לית בהו אונאה הכוונה כנ"ל א"כ שפיר יש לומר דדוקא היכי מדאורייתא לא הוי מכירה כלל שאין גופו ממון רק מדרבנן אצריכו כו"מ אבל שטר זה דמדאורייתא הוי מכירה ש"מ דזהו כמו מטלטלין א"כ שפיר יש לומר דנקנה בכסף לבד מדאורייתא כיון שאין הקנין לשיעבוד ובהכי מיירי הש"ס דהתם וה"ה לפי מה שכתבתי סוף ס"ק א' ליישב קושית התוספות דבמלוה המוכר שט"ח ללוה גופא בוודאי הוי דאורייתא שהרי אם מחלו ללוה מחול וה"ה שיכול למכרו לו דדוקא לאיש אחר אינו יכול למסור לחבירו השיעבוד שעל הלוה משא"כ ללוה גופא א"כ בזה ג"כ יש לומר דיקנה הכסף לבד ונראה דה"ה דלמ"ד מכירת שטרות דאורייתא ובעי כו"מ מ"מ נראה דדוקא בהך שטר שצריך למכור השיעבוד ולא באופנים הנ"ל ולפי זה דברי רבינו ירוחם נכונים ושפיר יש לגרוס שטרות כהנ"ל:

כתב הש"ך בשם הריטב"א דבהקדש לעניים באמירה בעלמא סגי דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט סבירא מדברי התוספות ב"ב פרק מי שמת מוכח דאפילו בכו"מ לא מהני שכתבו שם וז"ל וא"ת אמאי לא קנו מדאורייתא גם שיעבוד הקרקע הכתובה בו דהא קרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה ואפי' בלי מסירת שט"ח יקנה ויש לומר דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפרק כל שעה כיון שקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותם מן התורה והא דלא תקנו רבנן שיכול להקנותן לפי שאין הקדש ג"כ צורך עכ"ל. אמנם דברי התוספות תמוהין מאוד לכל מעיין דמה ענין זה להך דפרק כל שעה התם מיירי שהקדיש את הקרקע והא וודאי לא מהני דהא עדיין אינו ברשותו ושמא יפרע הלוה בדבר אחר ועכ"פ עכשיו אינו ברשותו אבל בהקדיש את השטר דזהו ברשותו שהלוה משועבד לו בשטר זה א"כ שפיר יכול להקדישו גם יש לתמוה אם היה כוונת התוס' להביא ראיה משם מה זה שהביאו ראיה מהקדש הא התם נאמר דאקדיש מלוה וזבין מלוה גם מה זה שכתבו והא דלא תקנו רבנן שיכול להקדישו שאין הקדש צורך הא התם מבואר דאפילו למכור אינו יכול וע"כ דהתם בגוף הקרקע הכא בשיעבוד השטר א"כ מה זו ראיה משם:

אך באמת דברי התוספות נכונים וברורים ולק"מ מכל הנ"ל והוא דמבואר בכמה מקומות בש"ס דאם אמר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תוקדש קדשה והיינו משום דבידו להקדישה עכשיו וכמו כן מבואר ברמב"ם פרק ז' מהלכות אישות דאם נתן לאשה שתי פרוטות באחת תתקדשי לי היום ובאחת לאחר שאגרשך דהוי קידושין וכתב ה"ה דהטעם הוא כמו בהקדש הנ"ל. אמנם כתב ה"ה דמ"מ יכול לחזור בו קודם הקידושין כמו לאחר ל' דיכול לחזור ואפי' אמר מעכשיו שאינו מועיל מעכשיו ע"ש. אמנם בהקדש

פשיטא שאינו יכול לחזור דאם אמר שור זה עולה לאחר ל' אינו יכול לחזור בו דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ולפי זה ה"ה בזה אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן ומהאי טעמא כתב במשנה למלך פ"ז מהלכות עירוכין דאם אמר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר או הריני נזיר לאחר שנה הוי נזיר כיון שיכול לקבל עליו נזירות מיד ולפי זה מכל הנ"ל מבואר דאפי' בדשלב"ל ואינו ברשותו כל שיש בידו להקדישה עכשיו באופן המועיל כמו כן אם הקדישה באופן דהוי דשלב"ל ואינו ברשותו הוי הקדש ומעתה דברי התוספות נכונים דממכר לא הוי מצי התוס' למידק כלום דהתם שאני דמוכר גוף הקרקע שאינו ברשותו וליכא למימר הא בידו למכור החוב ואז מועיל המכר ממילא לשדה זו ג"כ הא ליתא חדא דהא מ"מ יכול לחזור בו בתוך זמן והתם לענין חזרה מיירי ועוד דהוא אינו רוצה לקנות החוב כלל ותולה בדעת אחרים כי אינו רוצה לקנות רק השדה אבל מהקדש שפיר הוכיחו התוספות דכיון דחזינן בפרק כל שעה שאינו יכול להקדיש גוף הקרקע א"כ מבואר ממילא דאינו יכול להקדיש גוף החוב דהא עכשיו שהקדיש גוף הקרקע הוא אם יפרע הלוה בקרקע זו שהקדיש א"כ היה בידו להקדיש גוף החוב ואז ממילא היה שדה זו מקודשת אם היה פורע בשדה זו וליכא למימר דאינו רוצה להקדיש גוף החוב רק אם יפרענו בקרקע זו מ"מ הא בנזיר ג"כ יש לומר שאינו רוצה להיות נזיר עכשיו וכמו כן באינך וע"כ דהא ליתא רק כל שיש בידו באיזה אופן להפיק רצונו שתהא קרקע זו מקודשת באופן שירצה להקדישה עכשיו בלשון שאינו מועיל מהני להקדישה א"כ שפיר הכריחו התוספות מהקדש דאפילו גוף החוב אינו יכול להקדיש וזה ברור והשתא שפיר כתבו התוס' והא דאינו יכול להקדישן דבהקדש וודאי אפי' גוף החוב אינו יכול להקדיש אפי' מדרבנן דאל"כ גוף הקרקע נמי משא"כ במכר ושפיר תירצו התוס' דאין בזה צורך ולפי זה מכח דלא כהריטב"א ולא מהני הקדש בחוב כלל. [אך מ"מ בכו"מ יש לומר דמודים התוספות דמועיל ומ"מ אין קושיא משם בגוף הקרקע דמ"מ לא עדיף מגוף החוב דאינו מועיל בלי כו"מ אבל מדאורייתא שפיר הוכיחו התוספות דאינו מועיל כלל דאי בכו"מ מהני בהקדש באמירה סגי אבל מדרבנן שפיר יש לומר דלא גרעו כח הקדש ממכר כיון דחזינן דמדאורייתא עדיף רק דכוונת התוספות למה לא תקנו שיועיל באמירה כמו שתקנו במכר בקנין ועל זה תירצו שאין בזה צורך לכך לא העדיפו כח הקדש ממכר אבל בכו"מ מהני]:

אמנם נראה לפע"ד שאין מדברי התוספות ראיה דלא יועיל כו"מ והוא דהא חזינן דבמכר תקנו רבנן לצורך דיועיל למכירה וה"ה מתנה מבואר דבמתנה יש ג"כ צורך א"כ פשיטא דהקדש לעניים לא גרע ממתנה ונהי דלענין אמירה גרוע הקדש עניים מהקדש גבוה

אבל לענין תקנתא דרבנן בדבר שיש בו צורך פשיטא דהקדש עניים יש בו צורך כמו מתנה ולפי זה בהקדש עניים מודים התוס' דמהני אבל מ"מ כו"מ בעי דלענין זה לא שייך צורך ולא עדיף ממכר וזהו דלא כהריטב"א וזה ברור ודו"ק היטב ולכאורה היה מקום לקיים דברי הריטב"א דע"כ לא כתבו התוספות כן רק אי נימא מכירת שטרות דרבנן משום צורך א"כ בהקדש עניים לא עדיף ממכר ומתנה דעכ"פ כו"מ בעי ולא שייך אמירה לגבוה דמדאורייתא לא מהני כלל וכן בהקדש אפילו מדרבנן לא מהני רק בהקדש עניים מטעם צורך כמו מתנה אבל למ"ד מכירת שטרות דאורייתא אם כן שפיר יש לומר דה"ה בהקדש עניים וסגי באמירה כמו כל הקדש אבל באמת הא ליתא ואדרבא גרע טפי דהא מדברי התוס' מבואר דבהקדש לא הוי ספק כלל דלכ"ע לא מהני כמו שהוכיחו מפרק כל שעה רק דמ"ד מכירת שטרות דאורייתא לא יליף מכר מהקדש כן מוכח מדברי התוספות להדיא ע"ש ואפילו אי נימא דזהו בהקדש גבוה ולא בהקדש עניים הוי וודאי כמו מכר מ"מ כו"מ בעי דמאיזה צד לא נצטרך כו"מ הא מצד אמירה לגבוה אינו יכול להקדיש כלל כנ"ל וע"כ מצד מכר ומתנה א"כ בעי כ"מ וזה ברור: ולפי מה שהעליתי מיושבין היטב דברי הרב בהגה' דלקמן סימן ר"ו פסק דאסמכתא לא שייך בצדקה משום דהוי כמסירתו להדיוט ואולם בי"ד סימן רנ"ח פסק המחבר דהמקדיש שט"ח צריך כו"מ ולא הגיה הרב כלום ולפי הנ"ל ניחא דדוקא בשט"ח הסכים הרב לדינו של הרשב"א ולאו מטעמי דעניים לא הוי כגבוה רק כמו שכתבתי מדברי התוספות הנ"ל דאי מכירת שטרות דרבנן מאיזה צד אתה דן שלא יצטרך כו"מ אי משום דהוי כגבוה הא בהקדש גמור אינו יכול להקדישו כלל אפי' בכו"מ דבהקדש אוקמה אדאורייתא אם לא משום דיש בו צורך א"כ במכר ומתנה נמי פשיטא דיש בו צורך ומ"מ הוצרכו כו"מ א"כ כ"ש בהקדש עניים ולמ"ד מכירת שטרות דאורייתא א"כ פשיטא ג"כ דבהקדש לגבוה לא מהני מדאורייתא כלל אם לא שנימא דלגביה מהכא לא גרע ממתנה בעלמא א"כ הא צריך כו"מ לכך לקמן סימן ר"ז דלא מיירי בשטר כלל שפיר פסק דאסמכתא לא שייך בצדקה דגם בהקדש עניים אמירה כמסירה וזה ברור ונכון. ועיין תומים שכתב ג"כ לחלק בין שטר לשאר מילי אלא שחילק מטעם אחר דהקדש עניים הוי ספק אי הוי כגבוה ובשטרות דמכירה דרבנן הוי ספק דרבנן ובשאר מילי הוי ספק דאורייתא ודבריו נכונים ג"כ אלא דלפי זה למ"ד מכירת שטרות דאורייתא אפילו בשטר הדין כן אבל לפי הנ"ל הא ליתא כמו שהוכחתי. גם מה שכתב ליישב ראיית הרשב"א מפרק שור שנגח על פי דברי הר"מ במרדכי אינו נראה כלל דע"כ לא כתב שם מהר"ם שם רק אם בשעת אמירה היה בידו להקנות באופן המועיל אז באמירה לבד נקנה אבל התם בשעת אמירה לא היו

עניים בכאן ולא היה יכול להקנות רק לקבץ העניים והוא מיד חזר בו א"כ בשעת אמירה עדיין לא זכו והוצרך לומר אנן יד עניים. גם מה שכתב דהרי"ף מקשה מטעם נדר ג"כ לא נראה כלל דאי דמודה דלא הוי כמסירה ולא זכו רק מטעם שהוא צריך לקיים מוצא שפתיו א"כ היה מועיל התרה והוצרך לומר יד עניים דהוי כזכו בה ולא יועיל התרה כמבואר חילוק זה בתשובות ר' בצלאל סימן ט"ו ע"ש והעיקר כמו שכתבתי מקודם:

ג וכן אם אין למוכר לשלם וכו'. ולפי זה נראה דבמקום שלא קנה אינו יכול למחלו ללוה למ"ד דשדר"נ אינו יכול למחול כדלקמן סימן פ"ו ויש לי מקום עיון דלקמן סי' פ"ו מבואר דה"ה דאינו יכול לומר פרוע וכל דבר המבטל את השטר אבל הכא נראה דדוקא למחול אינו יכול אבל פרוע יכול לטעון דהא כתב הסמ"ע בשם מהרי"ו דאינו על המעות רק שומר שכר א"כ יכול. לומר פרעתי במיגו דנאנסו א"כ ה"ה דיכול לומר על שטר הזה פרוע במיגו דנאנסו ואף דהיה צריך לישבע שבועה דאורייתא מ"מ עכשיו נאמן בהיסת או בנק"ח כמו בהחזרתי ולכאורה יש לדחות דהוי כעין מיגו מממון לממון מ"מ נראה דהכא הוי ממון לזה שהרי הוא פוטר את הלוה בטענת פרוע וכמו כן בטענת נאנסו:

ד צריך לקיים המוכר מה שקיבל עליו פי' הסמ"ע כל שיווי השטר והש"ך חולק ואחריו נמשך התומים ושאר אחרונים ותמהני מאוד עליהם שלא ירדו לסוף דעת הסמ"ע דהם הבינו דקשיא ליה להסמ"ע דאין שום יתרון בדין כשיש בו אחריות מאם לא היה בו אחריות לכך הקשו דהא יש יתרון כשרוצה ליתן כתיבה והא ליתא דהא לא קשיא ליה להסמ"ע כלל רק דקשיא ליה עכשיו שיש בו אחריות מה רבותא קמ"ל הרב בדין זה הא ליכא למימר דהרב קמ"ל כשרוצה ליתן כתיבה ולקיים המקח הא פשיטא דכל אחריות כך הם וכן כתב הרב בהדיא אף על פי שלא קנה הלוקח השטרות הרי דבא לאשמעינן דס"ד כיון שרוצה לחזור מן המקח גם האחריות בטל קמש"ל דלא א"כ שפיר הקשה הסמ"ע דאם רוצה לחזור מן המקח בלא"ה צריך לשלם לו דמים שקיבל ואם רוצה לקיים המקח פשיטא דהאחריות קיימים ומזה דייק הסמ"ע דע"כ דצריך לקיים האחריות על הכל וכ"כ הסמ"ע בהדיא מאי קמ"ל ולא כמו שהבינו הם דהיה קושיתו דאין יתרון בדין זה בלי אחריות מעכשיו דיש אחריות וזה ברור ותמהני על הש"ך שנעלם ממנו פירוש דברי הסמ"ע כמו שכתבתי ונידון מה שהקשה בתומים מרבית עיין בספר נ"מ מה שכתב ליישב וכן הנכון]: (ה) אין צריך לקבל מי שפרע. עש"ך שהשיג על הרב וגם על בעל התרומות והנה מה שהקשה על הרב לא ידענא מאי קשיא ליה דהא כתב הסמ"ע בהדיא דהטעם הוא לפי שלא קנה דבר שגופו ממון וכוונתו דוקא אם הקנין בדבר שקונה מן התורה במעות ישנו במי שפרע אבל אם אף מדאורייתא לא קנה אינו במי שפרע וכאן

אפי' מדאורייתא צריך כו"מ לפי שאין גופו ממון וכ"ש אי מכירת שטרות דרבנן] ואף שבעל התרומות תלה דין זה במחלוקת זה מ"מ ברור דכוונתו גם לטעם זה דאל"כ הוי ליה למימר ואין זה ברור אצלנו כמו שכתבתי למעלה ומדכתב ואף על פי שאין זה ברור מבואר דכוונתו דאף שאין דין זה ברור מ"מ יכול להיות דין זה דאינן במי שפרע אמת והיינו כטעמו של הסמ"ע אך מה שהקשה הש"ך על בעל התרומות לכאורה קושיא היא דהא פשיטא דלכ"ע אם הלוקח רוצה מעותיו שאינו יכול לומר לצור מכרתיו. אבל באמת נלפע"ד דלק"מ דהא להך דעה אמרינן דהלוקח יכול לומר הנייר קניתי ונהי שלא זכיתי בשיעבוד אבל בנייר זכיתי ולא ס"ל דאין קנין לחצאין והיינו משום דאנן אמרינן אם היה כוונתו גם לשיעבוד זכה בו כדפריך בש"ס וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך ומשני לצור ולצור ופי' הנ"י דכוונתו היה לצור ולצור משמע א"כ המוכר באמת הקנה לו הנייר באמת בעד המעות שנתן רק מצד הלוקח בטל המקח כי הוא יאמר לא קניתי רק עם השיעבוד א"כ הא בעלמא בדברים אין כאן מי שפרע רק במעות והיינו דוקא אם לא הקנה לו בעד המעות שום דבר אבל כאן הוא הקנה לו בעד המעות הנייר לצור ובזה מצידו חל הקנין ואינו יכול לחזור בו רק הלוקח חוזר אם כן אינו במי שפרע דלא הוי רק חזרה מדברים בלבד וזה ברור וכ"ש לפי מה שאבאר בסמוך בס"ד דגם הרמב"ן מודה בכתיבה בלי וכל שיעבודו דהלוקח קנה הנייר ואין המוכר יכול לחזור ולא כתב דאין קנין לחצאין רק במסירה בלי כתובה א"כ פשיטא דדין זה אמת אפי' לטעם זה בכתב קני לך שטר זה בלי וכל שיעבודו ובתומים כתב ליישב ותורף דבריו הוא בסמ"ע כמו שכתבתי מקודם וגם בעל התרומות מודה לזה ואין צורך לומר דסובר כר"ל ודו"ק:

ו הילכך האי מאן דמזכין וכו' עש"ך בשם הריטב"א דבמתנה קנה הנייר דדוקא במכר אדעתי' דנייר לא קנהו מתחילה משא"כ מתנה והביא ראיה מקידושין. ולפע"ד דין זה צ"ע דוודאי אי נימא דהך דאין קנין לחצאין הוא מצד הלוקח אתי שפיר אבל לפי מה שאבאר בסמוך דהעיקר תליא במוכר שאם המוכר הקנה לו הנייר בלבד אם כן מצידו אין יכול לחזור דלא הוי לחצאין רק מצד הלוקח דיכול לומר לא קניתי רק השיעבוד אבל אם אומר קניתי הנייר ג"כ זוכה בו וה"ה במתנה אבל אם מצד המוכר אין קנין לחצאין דהיינו במסירה בלי כתיבה כלל דגם המוכר לא הקנה רק הנייר עם השיעבוד וכיון שאין השיעבוד חל גם הנייר אינו רוצה להקנות וה"ה להטור ומחבר אפי' בכתיבה רק בלי וכל שיעבודו הוי אין קנין לחצאין מצד המוכר כמו שאבאר בס"ד א"כ ממילא מ"ש מתנה ממכר יכול לומר גם כן שלא היה בדעתו ליתן הנייר רק עם החוב דמה צורך לו לנייר בלבד כיון שהיה בדעתו ליתן לו השיעבוד אבל עכשיו שחזר מן השיעבוד ממילא

לא היה דעתו להקנות הנייר בלבד כי מה לו לשיעבוד בלי נייר וזה צריך לזה א"כ אין קנין לחצאין ומה שהביא ראיה מקידושין אינה ראיה דהתם לא איירי כלל שרוצה לחזור בו רק שקידשה בשטר בלי כו"מ אם היא מקודשת א"כ אפי' אינו חוזר בו מ"מ אינה מקודשת עד שיכתוב על זה אמרינן דעכ"פ הנייר קנתה כיון שהוא באמת רוצה ליתן לה גם השיעבוד ולא שייך אין קנין לחצאין כלל ועיין היטב בסמוך מ"ש בזה:

(ז ואם לא כתב כן כו' אפילו הנייר לא קנה כ"כ הטור וכתב שכ"כ הרמב"ן ותמהני דמשמע מדברי הטור דכל שלא כתב כן סובר הרמב"ן דהנייר ג"כ לא קנה והוא תמוה דבהדיא מוכח מדברי הרמב"ן פרק הספינ' איפכא וז"ל שם והא דאקשינן הא לא כתב לי' הכי וכו' הכי פרושא אי כתב לי שטר או אקני לי' באגב ולא אמר או לא כתב לי' כל שיעבודא דאית בי' אמאי לאקני אטו לצור על פי צלוחיתו קנאו הכי כיון שקנה אותו בכו"מ או באגב כדין האותיות לכל דבר ולא כפי' הרב ז"ל רבי שמואל שפירש הא לא כתב לי' הכי אלא מסר בלחוד דלאו לאכריע בפלוגתא דתנאי אתי השתא אלא בכתיבה סתם נחלקו והיינו דקאמר הכי אבל במסירה אפשר שלא קנה אף גופו של שטר לצור על פי צלוחיתו ומפני שעיקר מקחו לראי' שבו והכל בטל ולא יתקיים לחצאין וכן עיקר עכ"ל [ואמת כי דברי הרשב"ם תמוהין דהא בש"ס בקידושין קאמר דכ"ע לית להו דרבי ופליגי בדר"פ מבואר להדיא דר"פ אליבא דרבנן בלחוד קאי ואלייהו פליגי מר אית לי' דר"פ אליבא דרבנן ומר לית לי' וכ"ש לדידן דגרסינן לקמן אין אותיות נקנות וקאמר רב אשי מסברא דמסירה מילי נינהו ומילי במילי לא מקני א"כ מאי פריך רב אשי כאן וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך דמה בכך הא מילי במילי לא מקני וע"כ דלא כרשב"ם רק דחולק על מה שצריך לכתוב בפי' וכל שיעבודו] מבואר להדיא מדברי הרמב"ן הללו שבא לחלוק על פי רשב"ם דלשיטתו על מסירה לחוד משני אין לצור ולצור א"כ צריך לומר דבאמת לצור קנה ועל זה השיג הרמב"ן דדוקא בכתיבה רק בלי וכל שעבודו בהכי קנה הנייר אבל במסירה לחוד אפי' הנייר לא קנה דאין קנין לחצאין והטעם בחילוק זה הוא כך דוודאי לא שייך לומר אין קנין לחצאין רק מצד המוכר שנאמר המוכר לא היה דעתו להקנות לו רק שניהם אבל מה לו לשעבוד בלא נייר הלכך כל שחוזר מן השעבוד אף הנייר לא קנה שלא הקנה רק שניהם אבל בכתיבה רק שלא נתפרש וכל שעבודו א"כ אם היה דעתו בכתיבה זו על השיעבוד באמת קנה גם השעבוד שהרי יש כאן כו"מ וזו היא קושית רב אשי רק דמשני לי' דבלי וכל שיעבודו לצור ולצור ופי' הנ"י דלצור היה כוונתו ולצור משמע א"כ כיון שהיה כוונתו לצור הרי אין כאן קנין לחצאין כלל דמתחילה הקנה לו הנייר בלבד ועל זה כתב לו דאם כתב על השעבוד הרי יש כאן כו"מ

משא"כ במסירה לחוד יכול לומר דבאמת הקנה לו שניהם רק דמילי במילי לא מקני ומחסר כתיבה ויכול לחזור א"כ אף הנייר לא הקנה לו רק שניהם בצירוף אבל אם המוכר הקנה לו הנייר בלבד ומצידו לא הוי לחצאין מצד הלוקח בוודאי יכול לומר מה בכך דלא קניתי השיעבוד אני רוצה הנייר בלבד ומי יודע אם הלוקח לא רצה לקנות גם הנייר בלבד רק כיון שמתחילה אמר שמוכר לו גם השיעבוד היה רוצה לקנות גם השיעבוד וכשכתב לו בלי וכל שיעבודו דלא כתב רק לצור ולצור משמע א"כ אף הלוקח יכול לומר אני קניתי הנייר בלבד וזה ברור לדעת הרמב"ן ובוודאי אי אפשר לומר דהטור ומחבר מיירי ג"כ במסירה שהרי כתבו ואם לא כתב לו כן והרי עיקר דקדוקו של הרמב"ן הוא מלשון הש"ס דקאמר כתב לי' הכי והיאך יכתבו הם ממש לשון זה על המסירה בלחוד ובתומים רצה להסב דעת הרמב"ן לכוונה אמרת ודברי הרמב"ן ברורים כמו שכתבתי ולפי זה גם מה שכתב לחלק בין אם רוצה לקנות הנייר בעד כל הדמים שנתן או שרוצה לקנות בפרוטה וכדומה ולפי מה שכתבתי העיקר דבמסירה לחוד לא מהני מצד המוכר דאין קנין לחציין כנ"ל אבל בכתיבה בלי וכל שיעבודו יש (מקום למה שכתב לחלק דוודאי אם רוצה לקנות הנייר בפחות ממה שנתן לא מהני מצד המוכר כי לא הקנה לו רק בעד המעות שנתן ומ"מ לענין דינא יש ליישב דעת הטור ומחבר דאפי' בכתיבה בלי וכל שיעבודו מ"מ יש לומר דלא קנה הנייר ופי' הש"ס הוא כך דמעיקרא בקושיא הוי ס"ד דמכירה לצור אינו במציאות כלל אם כן אפילו כתב סתם הוי כאלו כתב בהדיא וכל שיעבודו ומשני דיש לומר לצור ולצור א"כ אפילו היה כוונתו גם השיעבוד מ"מ כיון שאינו מוכיח מתוך הכתיבה שהוא על השיעבוד לא מיקרי כתיבה על השיעבוד ולא קנה השיעבוד א"כ עדיין אין קנין לחצאין ויכול לומר לא מכרתי רק שניהם וכיון שאינו ניכר יכול לחזור בו משיעבוד אף הנייר לא הקניתי אבל לשון הנ"י שכתב דלצור ולצור ולצור הכוונה דלצור היה כוונתו ולצור משמע וכ"ש דברי הרמב"ן הנ"ל פשיטא שאי אפשר לפרש כנ"ל לכן דברי הט"ז צ"ע:

ח לא קנה. כתב הסמ"ע בשם מהרי"ו דלא הוי כל המעות רק ש"ש והש"ך השיגו ובאמת לק"מ כמו שתירצו האחורנים דהתם שאני שקנה הדבר לפי דעתו לחלוטין א"כ הקנה לו המעות אבל כאן דיודע דעדיין לא קנה רק בכתיבה א"כ כל כמה דלא נתן לו כתיבה לא הקנה לו המעות אך הא קשיא לפע"ד להיפך דמה זה שכתב מהרי"ו דהוי ש"ש דש"ש נמי לא הוי רק שומר חנם כמו שאבאר והוא לפי מה שכתבו התוספות פרק המפקיד דף מ"ג דהקשו דהא ע"כ דהמוכר אסור להשתמש במעות דאל"כ נתנה לספר אמאי לא מעל וע"כ דלר"ל אסור להשתמש וה"ה לר"י דבהא לא פליגי א"כ היאך

קאמר דיאמר נשרפו חיטיך בעליה דהא להיפך ג"כ יאמר המוכר נשרפו מעותיך בעלי' ותירצו חדא דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע. ועוד דלר"י דמעות נקנית מן התורה לענין המעות הניחו על דין תורה א"כ מבואר דלתירוץ ראשון לעולם אסור להשתמש במעות ולתירוץ שני לר"י דמעות קונות מן התורה קנה המעות להשתמש בהם ולפי זה בשטרות בין אי מכירת שטרות דבר תורה או דרבנן מ"מ פשיטא דאין מעות קונות בזה מן התורה לכ"ע רק בכו"מ א"כ אסור להשתמש במעו' א"כ בהדיא מבואר התם דר"נ דאמר נאנסו לא אבל שומר שכר הוי עלייהו בההוא הנאה דיכול להשתמש בהם אבל כשאסור להשתמש אפילו שומר שכר לא הוי דמאי הנא' יש לו א"כ כיון דלר"ל ע"כ דאסור להשתמש בהם לר"ה דקאמר אפי' נאנסו דאל"כ תקשי הך דנתנה לספר ובהא לא פליגי אם יכול להשתמש ולא פליג ר"י רק אי דבר תורה מעות קונות א"כ הכא לא הוי אלא ש"ח ובאמת לשון מהרי"ו ולכל היותר אין עליהם רק כנושא שכר משמע דהיה דעתו דאפילו ש"ש לא הוי והיינו כמו שכתבתי וכוונתו לכל היותר אפילו אי נימא דלא כהתוספות הנ"ל והב"י סי' קנ"ח כתב דהרי"ף ורמב"ם סוברים כתירוץ זה של התוספות וכך כתבו דכל שלא קיבל מי שפרע אפי' אמר שקול זוזי חייב באחריותן והיינו כיון דמן התורה מעות קונות ובתומים תמה עליו דלא כתבו התוספות כן רק לר"ה אבל לר"נ אף שיכול להשתמש מ"מ אינו רק כנושא שכר ע"ש שהאריך ולק"מ דאי כך כוונת התוספות תקשי הא קיימא לן כר"נ דנאנסו לא וקיימא לן כר"י דמעות קונות דבר תורה א"כ קשה עדיין יאמר נשרפו מעותיך בעלי' דהא ש"ש פטור מאונסין ואי דזה הוי פשיעה אפילו ש"מ חייב וע"כ דכוונת התוספות דבזה אפי' ר"נ מודה ודוקא במפקיד שנתן לו בתורת פקדון אף שיכול להשתמש כל שלא שימש לא קיבל עליו חייוב אונסין אבל ש"ש הוי לפי שיש בידו להשתמש וזהו שכרו כדאמרינן התם בההיא הנאה אבל במכר כיון דרצה לקנות המעות ומן התורה קונה וגם חכמים הניחו לגבי מעות על דין תורה א"כ יכול להשתמש מצד שקנאם א"כ מתחלה הוי שואל לכ"ע וזה ברור גם מה שחילק דהתוספות מיירי במקום דליכא מי שפרע כל דבריו אינם דע"כ לא חילקו הרי"ף ורמב"ם בין מי שפרע רק אם חזר בו המוכר ואמר שקול זוזי דאז וודאי צריך להחזיר המעות א"כ תליא אם יחסר מי שפרע עדיין או לא אבל כל שלא חזר בו עדיין ולא אמר כלל שקול זוזי קם תירוץ התוספות דכיון דמעות קונות קנה אותם להשתמש בהם ואם נאנסו חייב כל שלא חזר בו ואמר שקול זוזי ולפי דבריו תקשי הא קיימא לן כר"י לעולם אפילו היכי דליכא מי שפרע והתם תקשי הא יכול לומר נשרפו מעותיך בעלי' דאז אסור להשתמש וע"כ דכל שלא חזר בו יכול להשתמש והוי שואל וכשחזר בו ואמר שקול זוזי שוב לא

חיישינן דהא יכול הלוקח ליקח ממנו המעות כיון שחזר מן המקח ואין צריך מי שפרע וזה ברור נמצא לפי הנ"ל היכי דמעות קונות מן התורה כל שלא חזר בו קנאם והוי שואל אבל כשחזר בו תליא אי מיחסר מי שפרע או לא ובמקום דלא קנה מן התורה אפילו ש"ש לא הוי כיון שאסור להשתמש בהם. ודין הנ"ל צ"ע ודו"ק. (ט) ולכל מי שמוציאו. עסמ"ע ס"ק ח' והט"ז השיג עליו דכיון דיקנה בחליפין אלמא דהוי כשאר מטלטלין א"כ נאמן שקנאם ואין צריך ראיה [ובתומים הקשה כן בסי' נ' ולא ראה כי הוא קושית הט"ז כאן] ותירץ הוא שסמך הרב על מה שחילק שם א"כ כאן נמי כשבא מחמתו. ולא יכולתי להבין דבריו כלל דמאי ענין בא מחמתו לכאן דאם בא מכח מכר הוי בא מחמתו א"כ הרי הכא מבואר שבא מכח מכר ואם זה לא הוי בא מחמתו תקשי על הרב דשם ולפי תירוץ הסמ"ע מבואר דפי' בא מחמתו הוא שלוחו אבל (במכר צריך ראיה ולא מיקרי בא מחמתו רק מכח עצמו לכן דברי הט"ז תמוהין אמנם בעיקר כוונת הסמ"ע בקושיתו בסימן נ' צריך ביאור דאם בקושיא הבין ג"כ דהפי' בא מחמתו הוא שלוחו ובמכר הוי כח עצמו א"כ מה זה שכתב והכא לא חילק מה היה לו לחלק הא במכר לא מהני לעולם דזהו בא מכח עצמו והכא הכל במכר והי' לו לומר והכא כתב בהיפך לכן נראה ברור דבקושיא הבין הסמ"ע דבא מחמתו הפי' שלוחו או שמכרו לו והכל בא מחמתו מיקרי אבל אם אומר שהוא בעצמו המלוה רק מתחילה חשב שהוא ילונו ואח"כ הלוה בו הוא בזה לא מהני דעיקרו נכתב על שם זה רק מכחו הוא משועבד לכל מי שמוציאו ולא כשהמוציא יבוא מכח עצמו דהוא המלוה ואהא קשיא ליה להסמ"ע דלפי זה ממילא במכירה ג"כ צריך כו"מ כיון דהכל תלוי באותו שנכתב על שמו א"כ מה בכך שכתב לכל מי שמוציאו הא בלאו הכי יכול למכור שיעבוד נכסי בכו"מ וזה צריך משום דבלא זה לא מהני למכור שיעבוד נכסי א"כ אם כתב לכל מי שמוציאו לבאי כחו א"כ היאך יוכל זה למכור שיעבוד שיש לו למכרו לחבירו בלי כו"מ כיון שצריך להיות מבאי כחו ובלא"ה לא נשתעבד כלל וכלל' הוא שאין אדם יכול למכור שיעבוד רק בכו"מ ולפי זה כמו שחילק הרב שם לענין בא מכח עצמו אם כתוב בפי' אפי' שלא מחמתו מהני ה"ה הכא לענין כו"מ היה לו לחלק בין אם כתב בפי' שלא מחמתו או לא זהו כוונת הסמ"ע ועל זה תירץ הסמ"ע דבאמת אין חילוק כלל בזה רק כוונת הרב שם דוקא שהוא שלוחו אבל במכר שהוא מחמת עצמו צריך ראיה והכא יש ראיה אבל נקנה שפיר במסירה בלי כתיבה אמנם באמת תירוצו אינו נכון כמו שהקשה הט"ז דכיון דנקנה במסירה וחליפין מה צורך לראיה ולפי זה התם ע"כ הפי' כנ"ל א"כ קושית הסמ"ע במקומו וזו היא קושית הש"ך ס"ק ו' על הרב ולפי זה ליתא לדברי התומים סימן נ' וסימן זה שכתב ליישב ופי'

דברי הרב שם דמחמת עצמו הכוונה שהוא הלוה אבל במכר ושליחות מהני והוא תמוה דאדרבא הא גופא קשיא כיון דמחמת עצמו לא מהני ש"מ דאליו לא נשתעבד רק מכחו א"כ היאך יכול למכור שיעבוד בלי בלי כו"מ וזו היא עיקר קושית הסמ"ע גם יפה הביא הש"ך ראיה מדברי הרא"ש דאי ס"ד דלא בעי כו"מ היאך יכול למחול דהא ע"כ דאליו נשתעבד לגמרי מתחילה בלי כח המלוה כלל דאי מכח המלוה למה לא יצטרך כו"מ דא"א למכור שיעבוד בלי כו"מ ומה שכתב בתומי' לחלק דאנן אמרינן דש"נ נשתעבד לכל מי שמוציאו בלבד רק שיעבוד גוף אליו נשתעבד לכך יכול למחול לא ידענא מאי קאמר דמאי נפקא מינה דהא ע"כ צ"ל דשיעבוד נכסי נשתעבד לכל מי שמוציאו בלבד בלי כחו של הראשון כלל ואם יוציאו אחר אליו נשתעבד ולא לאותו שנכתב על שמו א"כ תקשי חדא למה לא יוכל לגבות שיעבוד נכסי כשבא מחמת עצמו ואי דאין כאן ש"נ בלי שיעבוד גוף אם כן צריך למכור לו בכו"מ וע"כ דיש ש"נ בלי שיעבוד גוף א"כ למה לא יגבה בבא מחמת עצמו בשטר זה גם קשה למה לא נימא בשיעבוד גוף גם כן דשיעבוד גוף ונכסים הכל שיעבד לכל מי שמוציאו ואליו הוא משועבד הכל ולא לזולתו וע"כ דעשה הראשון עיקר על הכל והשאר הוא מבאי כחו א"כ בש"נ ג"כ נאמר כן ומהאי טעמא בבא מחמת עצמו לא מהני א"כ צריך כו"מ ואין לזוז מדברי הש"ך בזה.
גם מה שהביא ראיה מן הרא"ש דכתב תרתי בלי הרשאה ובלי כו"מ אינה ראיה כלל דכוונתו כך דמה שכתב לכל מי שמוציאו הכוונה או שלא יצטרך הרשאה לכשירצה למסרו לאחר לגבות החוב באמת בשבילו וגם לא יצטרך כו"מ אם ירצה למכרו באמת לאחר לחלוטין ואם בשטר סתם היה צריך ליתן לו כו"מ לגבות מהלוה ובזה לא יצטרך ויגבה חובו בשליחות ובאמת יעכבנו בידו ומה שהקשה דמי ירצה ליקח בלי כו"מ אינה קושיא כלל דאטו כ"ע ברשיעי מחזקי וכ"ש לשיטת הש"ך דחייב מי שפרע ועכ"פ הוי מחוסרו אמנה ומהאי טעמא נמי לא קשיא על מה שכתב הרא"ש דיכול למחול ולא כתב דיכול לחזור בו דאינו רוצה לחזור שהוא יודע באמת שלקח השטר מאמו ביום מותה כמבואר ברא"ש שם לכך כתב דיכול למחול ואי דיפסיד שיתחייב להחזיר כל השטר מדיני דגרמי מ"מ פשיטא דכל שלא נגמר המקח אף שחזר בו מ"מ שוב אין הגרמי עולה דאין השטר שוה כ"כ כל שיכול לחזור כמבואר לקמן סעיף ל"ב ע"ש אך מה שחידש הש"ך בחליפין אינו נכון כלל דוודאי כל שנקנה במסירה לחוד דהיינו שכתב בו לכל מי שמוציאו בין מחמתו בין שלא מחמתו א"כ השיעבוד אינו צריך למכור כלל רק הנייר וממילא כל שיש הנייר בידו אליו נשתעבד מעיקרא א"כ הנייר נקנה בכל קנין כמו שאר מטלטלין וזה ברור: (י) אלא צריך שיאמר לעדים. עיין תומים שהקשה מהך דלקמן סימן

קצ"א דשטרי דידן שטרי קנין הם והטור לטעמיה דפוסק שם דשטרי ראיה הם. ולדידי לא קשיא ולא מידי ואין ענין זה דכאן דמי להתם דשם מיירי כשיש בידו שטר כתוב בו בלשון מכרתי ונתתי מ"מ מועיל וכתב הר"ן הטעם דלא נכתב לשון זה רק לחיזוק אבל מ"מ שטר קנין הוא והיינו כשנכתב בציוי המוכר אבל כאן שהמוכר הקנה בקנין רק שהעדים כתבו שטר מחמת סתם קנין עומד לכתיבה ועל זה אמרינן דדוקא במקום דקנה בקנין עומד לכתיבה לראיה אבל כאן הקנין אינו כלום מאי יועיל כתיבת העדים שהקנה לו בקנין מאחר שאין הקנין לפנינו כלום ומ"מ אם היה מצוה אח"כ לכתוב שטר ולמסרו לו היה מועיל מצד שטרי דידן שטרי קנין אבל מה יועיל עכשיו הכתיבה שקיבל קנין אלא דהא קשיא לכאורה דבעה"ת הביא שם ג"כ לשון רב האי ומתוך לשונו משמע דאם כתבו אח"כ מועיל הכתיבה וזהו היפך הר"י מיגאש שם וצריך לומר דכוונת רב האי כנ"ל שאם כתבו שטר בציווי אח"כ מהני אבל בכתבו מעצמם מחמת הקנין מודה דלא מהני:

יא ויש מי שאומר שצריך שתבא לידו אותה כתיבה. נראה דלא בעינן דוקא שתבא לידו רק דבא למעט דלא נימא כל שצוה לכתוב וכתבו סגי רק דבעינן שיזכ' בו הלוקח באות' כתיבה אבל אין נ"מ אם זוכה בה בהגיע לידו או על ידי הקנאה אחרת שהקנה לו בקנין כתיבה וכן משמע מדברי בעה"ת להדיא ודו"ק. והרב הש"ך כתב דלא מצא מי שאומר כן ובאמת נלפע"ד שכן מוכח להדיא מדברי הנ"י פרק הספינה בשם הרשב"א והריטב"א פרק האיש מקדש שכתבו דבעינן מסירת השטר קודם כתיבת השיעבוד דאל"כ כיון דקודם מסירה לא קנה השיעבוד במה יקנה אח"כ:

ויש לתמוה הא בש"ס דקאמרי חכמי' בין מסרו ולא כתב בין כתב ולא מסר לא קנה עד שיכתוב וימסור מבוא' להדיא דבכתיבה קודם מסיר' מהני ועכצ"ל דבאמת בכתיבה לחוד עדיין לא קנה כלל עד שיגיע הכתובה לידו א"כ שפיר מועיל כתיבה קודם כשימסור אח"כ השט"ח קודם שימסור לידו הכתיבה ודו"ק ועיין בסמוך ס"ק י"ג מ"ש עוד בזה:

יב דשטרי בכלל נכסי אינון עש"ך ס"ק י"ב בשם הריטב"א דשיעבוד ג"כ בכלל נכסי ולפי זה היכי דאינו צריך לכתוב קני לך איהו וכל שיעבודי' כגון באגב אפי' בברי שיעבוד בכלל נכסי ואינו צריך לומר וכל שיעבודי' ועיין תומים שתמה על הרשב"א דפסק לקמן סימן רנ"ג בש"מ שאמר שטר זה לפלוני צריך שיאמר וכל שיעבודי' א"כ תקשי הא דקאמר שטרי בכלל נכסי למאי הלכתא דהא צריך שיאמר וכל שיעבודי' אפילו אומר שטרות בפי' והאריך ומסיק בצ"ע ותמהני עליו היאך נעלם ממנו תשובת הרשב"א סימן

ת"ת קי"ח שכתב בהדיא דשכיב מרע שאמר שטר זה לפלוני צריך שיאמר וכל שיעבודי' דלא עדיף מכתיבה ומסירה דברי דצריך שיהא מוזכר בפי' וכל שיעבודי' וכתב על זה דמ"מ אם אמר כל נכסי לפלוני אין צריך שיאמר וכל שיעבודי' דאל"כ תקשי הא דפרק מי שמת אי במפרש וכל שיעבודי' הרי פי' שטרות וע"כ בסתם ומ"מ מהני ונתן טעם לחלק דאם נתן שטר סתם לא אזלינן בתר אומדנא דוודאי היה כוונתו גם השיעבוד משא"כ אם אמר כל נכסי ושטרות בכלל כל כי האי בוודאי אזלינן בתר אומדנא דכיון דנתן לו נכסיו וגם השטרות ממילא כאילו אמר בפי' וכל שיעבודן ע"ש ולק"מ. ואין להקשות מאי ראיה מייתי דשטרי אקרי נכסי מהך דנכסים שאין להם אחריות דהא לא מוכח על השיעבוד לק"מ דעיקר הראיה דלא נימא דנכסי אינו כולל שטרות כלל ולא נתן לו שטרות כלל רק נכסיו ועל זה מביא ראיה דשטרות בכלל נכסי וכיון שנתן כל נכסיו השיעבוד בכלל מכח אומדנא כנ"ל: (יג) שצריך מסירת השטר קודם. הטעם מבואר בנ"י בשם הרשב"א דכתיבה קודם מסירה לא קנה ובמה יקנה אח"כ ולפי זה מבואר כהסמ"ע דשניהם ביחד בוודאי קני אלא שהש"ך כתב דאי אפשר לצמצם והא ליתא דפשיטא דמודה הנ"י דכתיבת שיעבוד לא מעלה ולא מוריד כלל רק מסירת הכתיבה לידו דזהו עיקר הקנין כמו שכתב המחבר לעיל ס"ב וא"כ פשיטא דיכול למסור שניהם כאחת לידו ואז קונה תדע שהרי דברי שכתב מרע ככתובין ומסורין דמי ואינו צריך שיאמר כלל וכל שיעבודו כדלקמן סימן רנ"ג וא"כ הא שניהן באין כאחד ואי בברי לא מהני לא הוי מהני בשכיב מרע אלא וודאי דמהני בברי. ובתומים הביא ראיה מהך דלעיל ס"ג ודבריו מגומגמין דמ"מ יכול להיות שכתב לו אחר האגב וכך הוי לי' לומר למ"ד דאגב ככתיבה ומסירה ואינו צריך רק שיאמר וכל שיעבודי' א"כ כתיבה ומסירה באין כאחד בקנין האגב אמנם בלא"ה ברור כהסמ"ע כנ"ל ועיין לעיל ס"ק י"א: (יד) אינו חשוב כמסירה דין זה צ"ע כי הראב"ד בבעה"ת דעתו דקנה עם כתיבה והרמב"ן הודה לו אלא שחוכך בזה דאזיל לשיטתו דמסירה הפי' בלי משיכה כלל רק תקנת חכמים כך היא דסמכה דעתו של מוכר כיון שהוציא ראיותיו מתחת ידו אבל בחליפין דלא הוציא מתחת ידו לא סמכה דעתו כיון דקנית שטרות מדבריהם א"כ לא מבעי למ"ד מכירת שטרות דאורייתא דלא שייך זה אלא אפילו למ"ד דרבנן מ"מ כיון דלא סבירי לן כדברי הרמב"ן הללו א"כ מאיזה צד לא יקנה בחליפין בשלמא לתירוץ א' של תוס' פרק הספינה דבעינן מסירה מיד ליד אתי שפיר אבל לתירוץ שני שם דלא בעינן רק דעת אחרת מקנה אותו ולאפוקי מפקיר שטרותיו א"כ פשיטא דכל שדעת אחרת מקנה מועיל וכן מבואר מדברי התוס' פרק הספינה שכתבו שם בשם ר"י גאון דאין אותיות נקנית בחליפין וכתבו לר"ת ולר"י נראה

דגרסינן אין אותיות וכו' ויש להבין מה שייכות יש לזה לדברי ר"י גאון גם קשה דבפרק קמא דב"ק כתבו דאפילו בחליפין צ"ע ולמה סתמו כאן כדברי ר"י גאון וכבר עמד על זה בת"ה הביאו הש"ך לעיל ס"ק י' וברור דכוונת התוס' כך דוודאי אם הגירסא אותיות נקנות במסירה א"כ המסירה גם על השיעבוד שבשטר א"ל יפה פסק ר"י גאון דחליפין לא מהני ולא שאר קנין שחכמים העדיפו הקנין בזה לקנות גם השיעבוד כמו דלרבנן הוצרכו כתיבה ועל זה כתבו דלר"ת ולר"י נראה דגרסינן אין אותיות נקנית במסירה אם כן אין דינו של ר"י הגאון מוכרח כיון דכתיבה על השיעבוד ומסירה על הנייר אף קנין אחר מהני ותליא בהנך ב' תירוצים אי בעינן מיד ליד או דעת אחרת מקנה וזהו ג"כ כוונתם פרק קמא דב"ק דשם קאי להדיא למ"ד דבעינן כו"מ לכך לא החליטו דאין נקנין בחליפין רק דצ"ע כפי חילוק התירוצים הנ"ל ועכ"פ כיון שהטור והמחבר הביאו לקמן תירוץ ב' של התוס' וכפי הנראה שהוא עיקר א"כ למה פסקו הכא דאין נקנין בחליפין עם כתיבה:

ובזה יובנו ג"כ דברי התוס' פרק הספינה שכתבו שם אהא דאמר דר"נ סובר אותיות במסירה ושטר לא בעי למימר משיכה ושטר כדי דתיהוי ברייתא דלקמן כך"ע ע"כ. ולכאורה יש לתמוה מאי התחלת קושיא יש כאן הא במילתא דת"ק ע"כ דגרסינן מסירה לאותיות כמו שכתבו התוס' שם קודם דאל"כ לא אתיא ברייתא כחד [ובאחת בלא"ה מוכרח לומר כן דוודאי מה שאמר חסורי מחסרא אין הכוונה דבאמת חסר בברייתא רק הכוונה דברייתא הכי פירושא ספינה נקנית במשיכה אבל אותיות אינן במשיכה רק במסירה אבל אי אי נימא אותיות במשיכה באמת חסר בת"ק אותיות דהוא עיקר פלוגתייהו ובזה מיושב קצת מה דיש להבין לאיזה צורך הביא המקשן הך קושיא אותיות מאן דכר שמייהו דהא בלא"ה קשה שטר לספינה למה לי וע"כ דבפלוגתא דרב ושמואל פליגי והוא תמוה לכאורה ולפי הנ"ל יש מקום ליישב קצת והוא דהך קושיא היא קושיא ידוע' מכבר שפי' ברייתא כך היא והמקשה סייע עצמו מפי' זה לקושייתו והוא כיון דמגיה ש"מ דאין שום סברא לומר ספינה בשטר דאל"כ לא היה צריך להגיה רק הפי' ספינה במשיכה לבד אבל אותיות משיכה ושטר וע"כ משום דתקשי בר"נ שטר לספינה למה לי ושפיר מקשה ודו"ק ועכ"פ מבואר דלת"ק אותיות במסירה] והשתא כיון דלת"ק ע"כ אותיות במסירה א"כ לאיזה צורך יעשה עוד פלוגתא לומר דלר' נתן במשיכה מה שאין צריך לזה כלל וע"כ דכוונת התוס' דאדרבא אין זו פלוגתא רק מקרב המחלוקת דלת"ק דמסירא גרידא מהני גם על השיעבוד א"כ שפיר בעינן מסירה דוקא כנ"ל אבל לר"נ דכתיבה בעינן על השיעבוד ומסירה על הנייר א"כ סגי במשיכה לבד דבנייר סגי

בקנין כשאר מטלטלין ועל זה הוצרכנו התוס' לתרץ כדי דאתיא ככ"ע והיינו דלקמן קני בתרווייהו מסירה דוקא משמע דקפיד דוקא על מסירה אבל עכ"פ זהו אם נאמר דמסירה דוקא מיד ליד אבל מסירה דעת אחרת מקנה אותו א"כ כוונת התוס' דבאמת מהני משיכה רק אי קתני משיכה הוי ס"ד דלא בעינן דעת אחרת מקנה קמש"ל דבעינן אבל חליפין וודאי מהני ודו"ק ואין להקשות אי ס"ד דלשיטת התוס' חליפין מהני א"כ למה נקט מסירה דאז צריך שני קניינים מסירה עם משיכה והגבהה הוי לי' למתני חליפין דהוא חד קנין וגם דעת אחרת מקנה אותו ולמה נקט מסירה כיון דבאמת קנין חד מועיל כל שדעת אחרת מקנה אבל באמת לק"מ דאי הוי קתני חליפין הוי ס"ד דוקא חליפין כיון דצריך לקנות השיעבוד צריך קנין המועיל לקנות קרקעות ג"כ דהוא חליפין אבל קנין דאינו מועיל לקרקע לא מהני ואי קתני משיכה והגבהה ס"ד דלא בעינן דעת אחרת מקנה אותו לכך נקט מסירה לכן דין זה צ"ע:

טו שנתן להם המלך כו' אין נקנה אפי' בכו"מ [ובספרו הש"ע יש ט"ס וכתב אלא בכו"מ וליתא דאפילו כו"מ לא מהני כמבואר ברשב"א וצריך להיות אפילו כנ"ל] והנה הרשב"א בתשובה כתב שם חדא דאפי' היה שטר זה כמו כל שטר לא היה מועיל בלי כתיבה אפילו אי נימא דמה שתחת ידו הוי כמו מסירה אלא שאני אומר דאפילו כתיבה ומסירה לא מהני ע"ש ויש להבין לטעם הראשון אי נימא דשטר זה בגדר מכירה למה צריך כו"מ הא מבואר לקמן סימן ע"ז דאחד החייב לשנים כל אחד יכול לתבוע כולו בלי הרשאה והיינו דמתחלה נשתעבד לכל אחד א"כ הכא נמי כיון שהם כתובים שניהם בשטר ואנשי הכפר מחוייבים לשניהם ביחד א"כ למה צריך כו"מ ומזה ראיה לדעת מהרשד"ם שהביא הש"ך לקמן ס"ק י"ח דשותפין בשטר צריכין כו"מ אך על הרב קשה דפסק לעיל ס"א כתרומת הדשן דשטר שנכתב בו כל המוציאו אינו צריך נו"מ והיינו כמבואר לעיל סי ס"א דגובה בלי הרשאה א"כ הכא נמי למה יצטרך כו"מ ודוחק לחלק בין שנים שלוו להך דרשות המלך וצ"ע: (טז) שטר משכונא עד סוף הסעיף. עיין תומים מה שהאריך לתמוה על הטור דבא"ה פסק כהרא"ש דבמשכון בשעת הלואה אינה מקודשת וכאן פסק דקנה ואינו יכול למחול ובאמת על הרא"ש גופא קשה דפסק לקמן דאינו יכול למחול ואפילו בקרקע וכ"ש במטלטלין ושם בקידושין פסק דאינה מקודשת אבל באמת נראה לפע"ד דלק"מ ואין ענין זה לזה כמו שאבאר והוא דוודאי כל הטעם דיכול למחול כתבו התוס' והרא"ש משום דמכיר' שטרות דרבנן דמדאורייתא אינו יכול למכור כמו שאינו יכול להקדישו לפי שאינו ברשותו ולפי זה במשכון דהוא ברשותו פשיטא דיכול למכור לחבירו כל כח שיש לו במשכון זה כיון שהוא ברשותו אבל פשיטא שאינו יכול להקנות

לחבירו שיהא לו קנין בגוף המשכון רק במשכון שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה דהוא עצמו אין לו בו קנין היאך יהא לחבירו קנין בו רק כל כח שיש לו נמכר לחבירו ומועיל המכירה לכח זה מדאורייתא מאחר שהוא ברשותו ולכך אינו יכול למחול אבל מ"מ פשיטא שלא קנה המשכון בגוף המשכון רק שיעבוד המשכון שייך לו כמו שהיה שייך למוכר ויכול לתופסו עד שישלם לו אבל כל שיעבוד החוב בוודאי לא קנה רק משכון זה ולפי זה באשה דוקא אם קדשה בשטר חוב בכו"מ א"כ קנתה הרוב על בעל החוב וחייב לשלם החוב לה לכך לולי דלא סמכה דעתה היתה מקודשת משא"כ במשכון דלא קנתה החוב כלל א"כ מה בכך דהמכירה מהני מדאורייתא מ"מ אין לה קנין בגוף המשכון כיון שהמוכר לא היה בו קנין וגם החוב לא קנתה לכך אינה מקודשת כיון שלא קנתה שום דבר רק יכולה להחזיק המשכון ואין זה קנין שתהיה מקודשת כן נלפע"ד ברור בזה ולק"מ [גם בלא"ה נראה דאפילו אי נימא דלא קנה וצריך כו"מ דוקא מ"מ לא גרע משטר חוב דמהני תפיסה א"כ הכא דמשכון בידו הוא בוודאי אינו צריך להחזירו ואפשר דמהאי טעמא לא זכר הטור כאן לחלק בין שעת הלואה או לא כיון דבלא"ה אינו צריך להחזיר המשכון דהמשכון בידו רק לענין קדושין שפיר הזכיר דאז יש נ"מ ודו"ק]:

יז האי מסירה דשטרות וכו' עד לפיכך הזוכה בשטר הפקר וכו' הש"ך האריך להסכים עם הרמב"ן בחידושיו פרק הספינה דכתב להדיא דמסירה בשטרות כשאר מסירות ואין צריך משיכה והגבהה וכמו כן משיכה והגבהה בלי מסירה קונה ע"ש ובתומים תמה דמדברי הרמב"ן שהביא בעל התרומות שער נ"א גבי קנין חליפין מבואר להדיא כדעת התוס' דבעינן משיכה והגבהה עם מסירה וכתב שם שהוא מקובל כן ומכח זה חלק על הראב"ד שם וא"כ קשה חדא דהא הרמב"ן גופא הודה לשיטת התוס' ועוד דהש"ך פסק דלא כהראב"ד שם רק כרמב"ן והיאך הסכים כאן לרמב"ן בחידושיו דהא בהא תליא ולפי שהרב הנ"ל לא כיוון יפה בפי' דברי הרמב"ן שבבעל התרומות לכן מוכרח אני להעתיק דברי הרמב"ן שם וז"ל שם ודע כי דברי הר"א ז"ל עולים הם ונראין ומכריחין להודות בהם אבל מימי אני חוכך בהם מפני טעם שאני מקובל בו דמה שאמרו אותיות במסירה אין דינם אלא בהגבהה אלא אם כן הם שלופי רברבי דבר שאינו מצוי והווה לעולם ואפילו בשלופי רברבי דינם במשיכה ולא במסירה ואם הוסיפו עליהם קנין דכתיבה למה הקילו עליו להקנות במסירה ולא הצריכו אותן הגבהה לגופו של שטר כשאר המטלטלין שכיוצא בהן אלא קנית שטרות מדבריהם הוא כמו שפי' הרב הגדול מאותה שבפרק מי שמת והם אמרו דמאחר שסמכה דעתו לקנות אותן יקנה והיינו משמסר לידו הוסיף לו קנין של כתיבה להיות לו ראיה לגבי ראיה ושיעבוד שבהן לפיכך אין

קונין בהם שאין דעתן סמוכה עליהן עד שיגיעו לידו עכ"ל הרמב"ן שם והבין הרב הנ"ל דסובר הרמב"ן דמסירה לא מהני רק במשיכה והגבהה אבל באמת מעולם לא עלה זה על דעת הרמב"ן ז"ל שהרי כתב ואם הצריכו כתיבה למה הקילו עליו להקנות במסירה ולא הצריכו הגבהה וקשה הא באמת צריך הגבהה וגם מה שכתב אלא קנית שטרות מדבריהם וברור דשיעור דברי הרמב"ן כך דמה שאמרו אותיות במסירה מצד הדין אין קנייתם רק בהגבהה בשלופי זוטרי ובמשיכה בשלופי רברבי וא"כ יש להקשות למה סגי במסירה לבד ולא הצריכו הגבהה כשאר מטלטלין כיוצא בהן ועל זה תירץ משום דקנית שטרות מדבריהם דמדאורייתא לא קני כלל בשום קנין שבעולם והם אמרו דכל שהוציא ראיותיו מתחת ידו גמר והקנה ולכך לא הצריכו הגבהה ומשיכה שאין ענין קנינים אלו לגבי שיעבוד דלא מהני כלל רק מדרבנן לכך אף בחליפין דהוא קנין גמור מ"מ. כיון שלא הוציא ראיותיו מתחת ידו לא תקנו חכמים שיקנה כיון דמדאורייתא לא מהני רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו אז גמר והקנה וכ"כ הרמב"ן בחידושיו כלשון הזה וז"ל אבל לפיכך אותיות נקנות במסירה מפני שהמסירה והמשיכה והגבהה שווין בהן שאין גופן מכור וקנוי והראיה שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן ולפיכך לא הוצרכו בהן הגבהה ומשיכה שתקנת חכמים היא שיקנה משעה שהוציא הלה ראיותיו מתחת ידו וגמר והקנה אותן לו והיינו ממש כדבריו שבבעל התרומות הנ"ל ולפ"ז לק"מ על הש"ך ג"כ דיפה פסק דחליפין לא מהני כדברי הרמב"ן הנ"ל דלא תקנו חכמים רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו ומ"מ מסירה בלבד מהני דכיון דמדאורייתא לא מהני שום קנין רק מדרבנן לא הצריכו חכמי' משיכה והגבהה וזה ברור ותמהני עליו שלא ירד לסוף דעת הרמב"ן שבבעל התרומות הנ"ל אך הא וודאי קשיא על הש"ך שהרי כל דברי הרמב"ן בנויין למ"ד דמכירת שטרות דרבנן כמבואר להדיא בחידושיו ובדברי בעל התרומו' וא"כ הא כבר הסכים הש"ך להנך פוסקי' דמכירת שטרות דאורייתא והיאך פסק כדברי הרמב"ן דחליפין לא מהני ומסירה בלי משיכה והגבהה מהני הא זה תלוי בזה ולמ"ד מכירת שטרות דאורייתא בשניהם הדין להיפך וכמו כן קשה על המחבר דנמשך אחר דעת התוס' דלא סבירי להו סברת הרמב"ן דלא סמכה דעתו להקנות רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו רק דבאמת בעינן משיכה והא דנקט מסירה משום דבעינן דעת אחרת מקנה או מיד ליד והשתא להך טעם דדעת אחרת מקנה חליפין נמי מהני כמו משיכה והגבהה והיאך הסכים לעיל דחליפין לא קני כדברי הרמב"ן והנך רואה דהא בהא תליא שדברי הרמב"ן שבבעל התרומות הם ממש דברי הרמב"ן פרק הספינה:

אמנם בגוף דינו של הטור ומחבר אף שגם הרא"ש כתב כן והוא מדברי התוס' פרק הספינה אבל לפעד"נ שלא הי' דעת כוונת התוס' וגם הם מודים לדינא כדעת הרמב"ן כמו שאבאר. והנה יש להבין בתוס' שם חדא מה שהביאו ראיה דבעינן משיכה ג"כ מהא דפריך פרק מי שמת והא לא משך ויש לתמוה שאם היה כוונת המקשן הזה משום דבעינן משיכה עם המסירה אם כן היה לו להקשות על הכתיבה והמסירה ג"כ ואי משום דזה ידע דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי רק דסליק אדעתי' דמ"מ משיכה של המסירה בעי א"כ מה השיב לו ר"נ דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי הא זה ידע ועל המשיכה קשיא לי' והיה לו להשיב דכמשוכין דמי ואי כיון דהשיב לו כמסורין ממילא משיכה בכלל דמסירת השטר עם המשיכה היא א"כ גם המקשה היה לו לשאול והא לא מסר וכיון דעיקר שאלתו על המשיכה היאך השיב לו מסירה גם מה שהביאו ראיה מהא דקאמרי חכמים עד שיכתוב וימסור ש"מ דבעינן באותיות קנין חשוב טפי מבשאר דברים וקשה מה זו ראיה הא חזינן דמשיכה והגבהה בלבד לא מהני לחכמים אף דמהני בשאר דברים רק כתיבה ומסירה מהני אם כן מבואר דכתיבה ומסירה הוי קנין חשוב טפי ממשיכה בלבד תדע דכותב לו קני לך איהו וכל שיעבודי' הרי דהכתיבה גם על גופו של שטר ויש כאן על השיעבוד כתיבה ועל השטר כו"מ] ומה זו ראיה דבעינן משיכה עם המסיר' גם מה שכתבו דלקנות הנייר לצור ע"פ צלוחיתו לא היה קונה כ"ש לקנות גם השיעבוד וקשה מה זה כ"ש לקנות הנייר בוודאי לא היה קונה במסירה בלבד אבל כאן על השיעבוד נותן לו כתיבה וגם על הנייר כותב לו ואפילו אי נימא דהנייר קונה במסירה בלבד עכ"פ אין כאן כ"ש דהא על השיעבוד יש כתיבה והמסירה רק על הנייר בלבד ועוד קשה במה שכתבו דלכך נקט מסירה משום דבעינן מיד ליד או דעת אחרת מקנה וקשה הא בפרק הכותב גבי ההיא איתתא דאפקודי גבה מלוגא דשטרי וקאמר לה ר"נ אית לך סהדי דתבעי מינך מחיים וכתבו התוס' דאפילו יש לה עדים לא מהני רק לתופסם למשכון אבל לגבותם אינו מועיל בלי כתיבה וכ"כ הרי"ף שם והשתא תקשי הא אפילו מסירה אין כאן דהא בשעה שמסר לידה היה בתורת פקדון ואח"כ במאי קנתה הא אין כאן מסירה מיד ליד ולא דעת אחרת מקנה שהרי הוא מעכב וכמו כן קשה על הטור ומחבר לעיל סימן ס"ד שכתבו ג"כ דאילו לגבותם לא היה מועיל בלי כתיבה וקשה הא אין כאן דעת אחרת מקנה ולא מיד ליד ואפילו מסירה אין כאן גם קשה במה שכתבו התוס' לפיכך המפקיד שטרותיו וכו' דהא אין כאן כתיבה ומה שתירץ הש"ך לכל מי שמוציאו קשה הא עד שיכתוב וימסור נאמר כמו שתמה בתומים וכמו כן קשה

במה שכתבו התוס' שם קודם דלכך נקט בתילתא דר"נ מסירה כי היכי דתהוי ברייתא ככ"ע וקשה הא ר"נ בשטר קאמר א"כ הרי דעת אחרת מקנה וסגי במשיכה:
לכן נראה לפע"ד בכוונת התוס' בפשיטות דכל כוונתם הכל לרבי דסובר דאותיות נקנית במסירה בלבד ועל זה כתבו דאין הכוונ' במסירה בלבד דהא אפי' הנייר לצור לא היה קונה כ"ש לקנות גם השיעב' וע"ז כתבו מדקאמרי חכמי' עד שיכתו' וימסור ש"מ דבעינן באותיות קנין חשוב טפי דהא משיכה והגבהה לא מהני רק כתיבה ומסירה א"כ היאך יעלה על הדעת דלרבנן בעינן באותיות קנין חשוב טפי ולרבי בקנין גרוע גרע מדעלמא מהני א"כ פשיטא דגם לרבי מסירה בלבד לא מהני רק לדידי' נמי בעינן קנין חשוב טפי ובעינן מסירה עם המשיכה ולרבנן בעינן כתיבה עם המסירה וזו בוודאי קנין חשוב טפי ממשיכה והגבהה וזה שכתבו דאתי שפיר לקמן דפריך והא לא משך והיינו דוודאי ידע דשכיב מרע עדיף מאדם דעלמא רק דס"ד דוקא היכי דבעלמא מהני קנין סתם בשכיב מרע לא בעינן כלל אבל היכי דבעינן קנין חשוב טפי משאר דברים ס"ד דאלים כח שכיב מרע דלדידי' סגי בקנין כמו שאר מטלטלין ועדיף חד דרגא והשתא בעלמא סגי במשיכה ובאותיות הוצרך קנין חשוב לרבי עם מסירה ולרבנן כו"מ א"כ יפה כח שכיב מרע דסגי במשיכה כשאר דברים ועל זה פריך והא לא משך ועל זה משני לי' דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי וכו"מ עדיף ממשיכה בלבד א"כ אפילו משיכה אינו צריך דהוי כמו כו"מ וממילא לא בעינן משיכה דדוקא לרבי בעינן משיכה עם מסירה ולא לרבנן כנ"ל וזו היא הוכחת התוס' דבעינן קנין חשוב טפי דאל"כ הך סוגי' הנ"ל אין לה פי' כלל דמה זו שאלה במשיכה וזה השיב לו מסירה כנ"ל וזה ברור וכן שאר ראיות שהביאו התוס' הכל לרבי כמבואר למעיין ולרבנן אין ראיה כלל ועל זה כתבו דהא דנקט מסירה אף דבעינן משיכה דבעינן מיד ליד או דעת אחרת מקנה לאפוקי המפקיד שטרותיו כ"כ בכל ספרי הש"ס המפקיד בדל"ת ולא המפקיר ברי"ש והיינו כנ"ל דהמפקיד שטרותיו אין המחזיק זוכה בהם לגבותם בחוב שיש לו שאין דעת אחרת מקנה אותו כנ"ל ומ"מ בכתובות לא נתנו טעם זה רק דליכא כתיבה כיון דקאי אליבא דרבנן אין צורך לזה הוצרכו לומר דליכא כתיבה ובהכי ניחא גם כן דברי התוס' שם קודם שכתבו ולכך לא נקט מסירה כי היכי דאתייא ברייתא דלקמן דאותיות במסירה לכ"ע ויש לתמוה הא לת"ק ע"כ צריך לומר מסירה כמו שכתבו התוספות קודם ומאי זו קושיא דנימא לר"נ משיכה ולמה לי' לעשות פלוגתא בזו ולפי הנ"ל ניחא דוודאי לת"ק בעינן מסירה כיון דלא מצריך כתיבה ובאותיות בעינן קנין חשוב טפי אבל לר"נ דמצריך כתיבה הרי יש בו קנין חשוב טפי וסגי במשיכה ועל זה כתבו כי היכי דאתיא ברייתא דלקמן ככ"ע דלרבנן מסירה לחוד

מהני עם כתיבה ולא בעי משיכה והוי חכמים כר"נ משא"כ אי נקט משיכה לא אתיא הך ברייתא רק כת"ק דר"נ דהוא כרבי והשתא הך ברייתא הוא ממש הך ברייתא ודו"ק היטב ואין להקשות במה שכתבו התוספות בד"ה הלכתא דדייקי דאותיות ניקנית במסירה מהך דמלוגא דשטרי דהכותב ודחה ר"י דהתם לא לגבותם מיירי וקשה אי לגבותם הא ליכא מסירה כיון דנקנה במסירה לבד כרבי הא ליתא דהשתא נמי תקשי הא ליכא דעת אחרת מקנה ומיד ליד וע"כ דבאמת אם לא היה מקום לדחות דלא מיירי לגבותם היינו מוכרחים לומר כסברת הרמב"ן דאפילו לרבי נקנה במסירה בלבד כמו שכתבו התוס' בס"ד ועל זה דחו דלא מיירי לגבותם אבל בהכותב דשם כתבו פי' ר"י היה להם לומר דליכא מסירה אלא וודאי דלרבנן מודים התוספות כנ"ל נמצא דלכ"ע סגי במסירה וכתיבה בלי משיכה והגבהה ומ"מ במסירה בלבד בוודאי בעינן דעת אחרת מקנה אבל במשיכה לא בעינן לכך בהכותב דהיה משיכה הוצרכו לומר משום דליכא כתיבה אבל דעת אחרת מקנה לא בעינן במשיכה והגבהה כנ"ל ברור ודו"ק היטב ולפי זה צ"ע על הטור ומחבר לעיל סימן ס"ד שכתבו דאילו לגבותם לא היה מועיל בלי כתיבה דהתוס' כתבו כן דסבירי להו כנ"ל דלרבנן סגי במסירה לחוד או במשיכה לחוד אבל המחבר דסובר אפי' לרבנן בעינן משיכה וגם דעת אחרת מקנה א"כ בלא"ה לא היה מועיל כיון שאין דעת אחרת מקנה ודו"ק:

יח דשטר אינו נקנה באגב. משמע דלדעה זו אפילו כמסירה לא הוי וכ"כ הש"ך וכן מוכח מדברי רב האי ור"ח שהביא הרא"ש ספ"ק דמציעא והדבר תמוה דהיאך יהא רב האי ור"ח נגד ש"ס ערוכה פרק הספינה דאגב מהני בשטר ואפי' לפי מה שפירשו התוספות שם מ"מ עכ"פ מוכח דהוי כמסירה ולפעד"נ ליישב דברי רב האי ור"ח בפשיטות ולק"מ כמו שאבאר והוא דכבר נודע מה שכתב בעל התרומות שער נ"א בשם רב האי ורמב"ן דשטר אין נקנה בחליפין ואפילו כמסירה לא הוי וביאר שם הרמב"ן טעם הדבר וכתב שהוא מקובל כך דכיון דמדאורייתא לא מהני שום קנין בעולם לשטרות רק מדרבנן והם הוסיפו כתיבה הם אמרו שיועיל קנין מסירה דוקא שכיון שהוציא ראיותיו מחמת ידו גמר והקנה אבל חליפין אף דהוא קנין אלים טפי ממסירה מ"מ כאן לא מועיל חיזוק הקנין דחכמים תקנו לו המכירה והם לא השגיחו על חיזוק הקנין רק על מה שהוא גמר ומקנה דהיינו כשהוציא ראיותיו מתחת ידו משא"כ חליפין זהו תורף דברי הרמב"ן שם ע"ש והשתא ממילא גם רבינו האי ז"ל דעתו כך שהרי גם הוא סובר שאינו נקנה בחליפין ולפי זה אתי שפיר הסוגיא דפרק הספינה והוא דוודאי יש להבין דרב אשי אמר סברא נמי הוא דאותיות מילי ומילי במילי לא מיקני. ויש להבין וודאי אפילו אי

נימא דמסירה קרי מילי אבל חליפין ושאר קנין בוודאי לא מיקרי מילי ולמה יצטרך כתיבה דוקא וכמו כן אגב בוודאי לא הוי מילי ולמה יצטרך כתיבה וע"כ צריך לומר דאין כוונת רב אשי ליתן טעם למה צריך כתיבה רק כוונתו לומר דמסברא מסירה לא מהני דאותיות מילי נינהו ומילי במילי לא מיקני והיינו דטעמא של רבי הוא כיון דמן התורה לא מהני שום קנין שבעולם רק חכמים תקנו לו קנין וכל שהוציא ראיותיו גמר והקנה א"כ מה צורך לקנין אחר ועל זה קאמר רב אשי דמ"מ סברא הוא דלא סגי במסירה לחוד דהוא קנין גרוע כ"כ ואין קונין מילי במילי ועל זה מקשה ליה מהך דשלשה שטרות הם דהתם מסירה דאורייתא הוא כיון שהשטר נכתב מתחילה ע"ש הלוקח ולפי זה כיון דהמכירה דאורייתא ממילא תלוי בחיזוק הקנין ובעינן קנין גמור ומ"מ סגי בקנין גרוע ש"מ להיפך דשיעבוד קל לקנות בקנין גרוע א"כ מה סברא יש דמסירה לא מהני ונהי דוודאי אפילו קנין חזק חוץ מסירה שלא הוציא ראיותיו מתחת ידו ידו בוודאי לא מהני במכירה דרבנן דהם לא השגיחו בחיזוק הקנין רק בסמכה דעתו כסברת הרמב"ן הנ"ל אבל מסירה דסמכה דעתו למה לא סגי במכירה דרבנן כיון דאפי' במכירה דאורייתא מהני ש"מ דשיעבוד סגי בקנין גרוע ומעתה אין מקום להקשות דשאני התם שנכתב על שמו דמה בכך זה לא יתכן רק שלא להצריך כתיבה כי לא תקנו כתיבה רק במכירה דרבנן דמוכר שיעבוד על חבירו אבל לא במוכר שיעבוד על עצמו אבל מ"מ פשיטא שצריך לקנות אותו בקנין דהא מקודם אינו שלו כמו שפירש רשב"ם להדיא דכתבו מתחילה להכינו כשירצה למכור אם כן במה קנה זה השיעבוד וע"כ דשיעבוד קל לקנות בקנין גרוע אם כן ק"ו הוא ומה במכירה דאורייתא דאז צריך קנין גמור מ"מ סגי בקנין גרוע כ"ש במכירה דרבנן דהם לא השגיחו כלל בחיזוק הקנין רק בסמכה דעתו כנ"ל א"כ מה קאמר רב אשי דסברא הוא דמסירה לא מהני בלחוד ודו"ק היטב ועל זה משני דאגב לא הוי מילי רק קנין מעלי' כמו שאר קנין לכך מהני אבל מילי בוודאי לא מהני לקנות שיעבוד ואין סברא שיקנה מילי במילי לכך אפי' חכמים דהקילו בקנין ותליא הכל בסמכה דעתו מ"מ בקנין גרוע כזה לא אמרו והצריכו כתיבה אבל אגב וחליפין ושאר קנינים כל שלא הוציא ראיותיו מתחת ידו פשיטא דלא מהני באותיות דקנינו מדרבנן דזה לא תלוי כלל בחיזוק הקנין דמדאורייתא לא מהני כלל רק תלוי בסמכה דעתו כנ"ל ואפילו לרבי דסובר דנקנה במסירה לחוד מודה דקנין אחר שלא הוציא ראיותיו לא מהני כמו שכתבתי בשם הרמב"ן וזו היא כוונת רב האי דכיון ששטר כתובה יוצא מתחת ידה שוב לא חיישינן למכירה דלא משכחת באותיות מכירה רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו הרי דהתם קאי לאביי דסובר אותיות נקנית במסירה ומ"מ כתב רב האי דלא חיישינן

והתם משמע בהדיא דלמ"ד דנקנה במסירה אפי' בס"ד קונה אגב ולפי הנ"ל ניחא דאגב ושאר קנין שלא הוציא ראיותיו מת"י לא מהני במכירה דרבנן בשום אופן וכל שקלא וטרי' דהש"ס במסירה דהוציא מת"י רק דהוי קנין גרוע כ"כ אפילו חכמים דתקנו מכירה לא תקנו נגד הסברא ועל זה פריך דחזינן להיפך דמילי לא הוי גרוע כ"כ לגבי שיעבוד ואדרבא אפילו במכירה דאורייתא דתליא בחיזוק הקנין סגי בזה וזה ברור ולק"מ:

ולענין דינא האריך הש"ך להכריע דאגב קרקע הוי כמסירה וכתיבה בעי וכתב דמה שכתב הב"י בשם הרשב"א לא כתבו רק בלשון אפשר ובאמת בתולדות אדם סימן ל"ו נאמר כן אבל בתשובת אלף רנ"ה סימן תתצ"ד כתב ז"ל תשובה מתנה זו מתנה גמורה היא דאגב קאי במקום כתיבה ומסירה כדאיתא פרק המוכר את הספינה עכ"ל. הרי דהחליט להלכה כדעת המחבר וכמו כן מה שכתב הב"י מחודש ו' בשם הרשב"א מבואר ג"כ להדיא דהוי כמו כו"מ ולפי דבריו שם מיושבין היטב דברי התוספות שם שהקשו מאי פריך הא שאני התם שנכתב על שמו ולפי דברי הרשב"א לק"מ דדוקא אם זיכה לו השטר מיד אז אין לו דין אותיות שאינו מקנה לו האותיות דמתחילה נכתבו לו משא"כ כשכתבו שיעמדו בידו עד שיתרצה הרי מתחילה נכתבו למוכר ואח"כ רוצה להקנותם ללוקח הוי ליה כמו שאר אותיות ובעי כתיבה ומסירה ועלה משני דאגב שאני אם כן מבואר להדיא דאגב עומד במקום כתיבה ומסירה לכן נראה שאין הכרעת הש"ך מכרעת בענין זה מאחר שכל הראשונים ז"ל דעתם דהוי כמו כו"מ:

יט אינו נקנה באגב. כתב הרא"ש בתשובה דמ"מ משתעבד באגב ועיין תומים שתמה דהא קושית רב האי במקומה דניחוש דילמא שיעבד באגב ולק"מ מכמה טעמים. חדא דכבר כתב הש"ך סימן פ"ו דבכתיבה לא חיישינן להלואה רק למכירה בטובת הנאה וא"כ אם לא היה מכירה בוודאי לא היה מלוה לה ולא שייך לומר ששיעבדה לו רב במעט דהוי ריבית ואמת דבתומים סימן פ' הקשה במצא שוברים דאמר תנו נותנין דהתם יש לחוש ובאמת לק"מ דהתם בלא"ה לא חששו רק ללקוחו' דהוא הפסד גמור שנוטלין מהם שלהם משא"כ לב"ח לא חיישינן כמו שחילק הסמ"ע לעיל סי' ס"ה והוא מדברי א"ז כתובות בשם הריטב"א רק בכתיבה דעיקר הסמיכה על הכתובה שפיר היה מקום לחוש ועל זה נאמר דלא חיישינן להלואה כנ"ל. גם בלא"ה לפי הנ"ל יש לומר דלא חיישינן רק למכירה ולא להלואה ואפילו בכתובה כיון דאינו שלו לחלוטין כסברת הריטב"א הנ"ל לכך לא חשש הרא"ש רק למכירה ולא לשיעבוד אבל בלא"ה אפילו אי נימא כתירוץ מהרש"ל שם דלא חיישינן בכתובה דלא נשתעבד מדר"נ דלא ניתנה לגבות מחיים ולפי זה לשיעבוד אגב קרקע שפיר יש לחוש דזה משועבד כמו שיכול

למכור יכול לשעבד ומועיל באגב אבל מ"מ לק"מ דוודאי יש להבין בדברי מהרש"ל שם שהקשה על הך תירוץ התוספות דלא מצי מחיל דניחוש התם שמא לותה ולמה לא הקשה מעיקרא על הך תירוץ דיכול למחול רק אין דעתו למחול דתינח מעיקרא לרבא אבל אביי דקאמר אפילו תימא ליתא לדשמואל רק שטר כתובה יוצא מתחת ידה דמ"מ ניחוש שמא לותה וע"כ צ"ל דלהך דעה דיכול למחול גרע שדר"נ ממכירה וכ"כ הרמב"ן להדיא הובא בבעל התרומות הבאתיו לקמן סימן פ"ו דהביא ראיה דיכול למחול כיון דמוכר יכול למחול כ"ש במשועבד מדר"נ וכן הדעת נותן דמכירה בוודאי ריקן כחו טפי משיעבוד ומ"מ יכול למחול כ"ש שיעבוד ולפי זה לתירוץ ראשון לא היה יכול מהרש"ל להקשות דאפילו לאביי דקאמר אפילו תימא ליתא לדשמואל מ"מ מודה בשדר"נ דיכול למחול לכך להלואה ליכא למיחש רק למכירה וכיון שהשטר בידה לא חיישינן כלל אבל לתירוץ שני יפה הקשה מהרש"ל שם דהא חזינן דשדר"נ עדיף ממכירה ודו"ק ולפי זה לא מבעי אי נימא דהרא"ש אזיל שם בשיטתו בפ"ב דכתובות דיכול למחול א"כ שפיר לא חיישינן אפילו לאביי רק למכירה אבל לשיעבוד דגרע בוודאי יכולה למחול אפילו לאביי אלא דלפי זה צ"ע על הטור דפסק בסימן פ"ו כהרא"ש בתשובה החולק על פסקיו דאינו יכול למחול וכאן הביא דברי הרא"ש הנ"ל אבל אין צורך לזה דוודאי נימא כסברת מהרש"ל דבכתובה לא שייך דר"נ ולפי זה אפילו אי נימא דשדר"נ אינו יכול למחול מ"מ בכתובה מדר"נ ליכא וכיון דליכא דר"נ א"כ כשהיא משעבדה אגב קרקע גרע טפי ממכרה אגב קרקע כיון דר"נ ליכא ואפילו החולקים על הרמב"ן סברתם משום דר"נ דאורייתא הוא אבל לא בכתובה לכ"ע ליכא דר"נ ואז מודים דשיעבוד שלה גרע ממכירה וזה ברור ולק"מ ולשיטת הש"ך לקמן סימן פ"ו דיש בכתובה דר"נ א"כ הרי תירץ קושית מהרש"ל כנ"ל א"כ בלא"ה לק"מ ודו"ק:

כ ולענין הלכתא. עש"ך שהביא מדברי הרשב"א סימן ת"ת ע"ד דאגב אינו רק במסירה ובסימן תתצ"ד לא כתב' רק בלשון אפשר ובאמת כבר הבאתי לעיל ס"ק י"ח דברי הרשב"א בשני מקומות דפוסק להדיא דאגב ככתיבה ומסירה דמי ובתולדות אדם סימן ל"ו מבואר כהש"ך וכדבריו סימן ת"ת קי"ד והדבר תמוה שיהא הרשב"א סותר עצמו שני פעמים אבל באמת המעיין היטב ברשב"א יראה דאין כאן ראיה ואדרבא לפי הבנת הש"ך מה זה שכתב ואפילו אם תאמר דאגב הוי ככתיבה ומסירה מ"מ אפי' בכתיבה צריך למכתב לי' קני לך איהו וכל שיעבודי' וכאן לא כתב לו כן והדבר תמוה דאם צריך למכתב לי' קני לך איהו לאיזה ענין הוי ככתיבה אבל ברור דכוונת הרשב"א דשם היה המעשה שבא שטר לפנינו שכתוב בו ששיעבד לו כל נכסיו מטלטלין אגב מקרקעי

וכתב הרשב"א שם דאפילו אי אי נימא דשטרות בכלל נכסי ואגב הוי ככתיבה ומסירה מ"מ אינו בדין רק שיהא אמירתו באגב ככתוב אבל מה שאינו בדין אפילו בכתיבה כגון כתוב ולא כתב בפי' וכל שיעבודו אמרינן לצור א"כ מ"ש כח אגב כל שלא נתברר בפי' שרצה להקנות לו השיעבוד ועל זה היה קנין האגב בוודאי לא מהני אם כן התם דלא נכתב השטר בפי' רק בכלל כל נכסיו אם כן הרי לא כתב לו השיעבוד ולא מהני האגב אבל מודה הרשב"א דכל שהקנה לו באגב שיעבוד השטר בפי' בוודאי אגב ככתוב דמי וזה ברור לפע"ד ודו"ק:

כא מי שהוציא שטר זכו' אינו צריך עדים לענין קניתו אבל צריך עדים לענין תביעתו וכו' זהו לשון הרמב"ם פרק ו' מהלכות מכירה ופט"ו מהלכות מלוה וכבר האריכו האחרונים לתמוה הרבה על דברי הרמב"ם הללו חדא דהא בפרק ט"ו מהלכות מלוה וכמו כן פרק ט' מהלכות נחלות מבואר להדיא דאין צריך ראיה וגובה בו מן הלוה וכאן כתב דלענין הלוה צריך ראיה ודחקו האחרונים ז"ל ליישב דהתם אומר שהלוה אינו אומר מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך ומלבד מה דאי אפשר להעמיס דבריהם בלשון וגובה בו שכתב בהלכות נחלות דלאיזה צורך כתב זה ואם בא להשמיענו עיקר הדין. דברצון הלוה גובה עיקר מקומו בהלכות מכירה) והוא דחוק מאוד דהא כתב הרמב"ם ואם טוען שמעון שפרע ללוי ישבע לוי ואח"כ יגבה ראובן וקשה כיון שאומר שפרע הרי ממילא אומר שאינו בעל דברים שלו ולמה יגבה ממנו בשבועת לוי עוד האריך הרב בעל לח"מ להקשות הרבה על הרמב"ם חדא דמאי פריך אביי לרבא מהך דאחד מן האחין שאני התם דעליו הראיה הכוונה לגבות מהלוה שלא יאמר מי יאמר שבעל דברים שלו כתב ומסר לך אבל לגבי מוכר אין צריך ראיה ועוד הקשה הא הך דשני יב"ש תליא בהך פלוגתא והתם הכוונה לגבות מהלוה דקתני מוציאין שט"ח על אחרים ועוד הקשה דמעיקרא דקאמר דפליגי באותיות אי ניקנות במסירה או לא הוי דלא כרבא ודלא כאביי דלרבא אפילו אי אין ניקנות אין צריך ראיה ולאביי אפי' אי ניקנות צריך ראיה ע"ש שהאריך גם הקשו עליו מהך סברא דפרק זה בורר ע"ש. ולפעד"נ ליישב הכל בפשיטות ולק"מ כמו שאבאר והוא דיש להבין דרשב"ם פי' הך דאחד מן האחין דהוא אומר האחין נתנוהו לו והן אומרים לו ואולם הרמב"ם פ"ט מהלכות נחלות כתב בהדיא דאומר מאביו קנאו או נתנו לו ויש להבין למה פי' כך ולא בפשיטות דטוען עם האחין כפי' רשב"ם גם קשה דקאמר בגמרא דכ"ע סבירי להו אותיות ניקנות במסירה ופליגי בצריך ראיה והא להרמב"ם אפילו אין ניקנות אין צריך ראיה אם כן הוי מצי למימר דכ"ע אין אותיות ניקנות כיון דהכי קיימא לן כדדייקי התוספות פרק הספינה מהך דקידושין דקאמר לא דכ"ע אית להו דרבי ע"ש.

לכן נראה לפע"ד דוודאי בלא"ה יש להבין דפריך רבא מהך דאחד מן האחין דוקא אחין דשמטו מהדדי אבל אחר לא וקשה מה זו קושיא התם מירי בטוען מאביו קנאה או נתנה לו א"כ זה אינו יכול לומר מי יימר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך דזהו דוקא אם הבעל דבר א"כ שפיר יכול לומר זה בעל דבר שלי בוודאי ואתה ספק כיון שאין לך כתיבה אבל שם האחין הם הטוענים א"כ זה אינו יודע אם האחין היו בעלי דבריו בשום פעם ובפני האב לא היה הם בעלי דברים ולאחר מותו כבר קנה מאביהם א"כ הרי זה ספק אם האחין היו בעלי דבריו בשום פעם א"כ זה שהשטר בידו גובה אבל בעלמא נגד המלוה בעצמו שפיר יש לומר דהמלוה הוא בעל דבר בוודאי מקדם וזה ספק ועוד דהתם הם טוענין שמא אבל בטוען ברי שלא מכר ולא נתן שפיר צריך ראיה והיאך מדמה שמא לברי ולהקשות מינה לאבייי. לכן נראה ברור דוודאי כל עיקר מחלוקת אביי ורבא הוא רק אי אותיות ניקנות במסירה דכיון דניקנות במסירה גרידא סובר רבא דאין צריך ראיה ואביי פליג אבל אי בעינן כתיבה ומסירה אף רבא מודה דצריך ראיה אך ה"מ בטוען המוכר שלא נתן ולא מכר אז יכול לומר הלוה ג"כ שאינו משגיח על תפיסתו בשטר דמי יימר שכתב ומסר אבל במת המלוה או שמודה לפנינו שבאמת מכרו לו היאך יעלה על הדעת שיוכל הלוה לומר מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך מאחר שהמלוה בעצמו מודה וכמו כן במת המלוה דבעל דברים שלו מת והספק אם היורשין או הוא א"כ חייב לשלם לו מאחר שהשטר בידו וכ"ש אם היורשין טוענין שמא בעצמן והשתא ניחא הכל דשפיר קאמר בש"ס מעיקרא דפליגי באותיות ניקנות ושפיר אתיא לרבא דדוקא אי אותיות ניקנות במסירה אין צריך ראיה אבל אי בעינן כו"מ פשיטא דצריך ראיה דהתם בשני יב"ש השני מכחיש ואומר דהוא הבעל דבר דאי במודה לו יכול ליתן לו הרשאה כמו שפירש רשב"ם וע"כ דכופר א"כ אי בעינן כתיבה צריך ראיה והשתא נמי ניחא דקאמר דכ"ע אותיות ניקנות דאי אין ניקנות לכ"ע צריך ראיה בהך גוונא דאין בעל דין מודה והשתא פריך אביי שפיר מהך דאחד מן האחין וה"ה לאחר וליכא למימר דעליו הראי' הכוונה לגבות מן הלוה דמה בכך הא כך המחלוקת לגבות מן הלוה כהך דשני יב"ש דבמסירה לבד סובר רבא גם לגבות מן הלוה אין צריך ראיה והשתא ומה התם דטוענין שמא ובעל דבר מת צריך ראיה כ"ש כשכופר ואהא משני שאני אחין אבל אחר לא ואף דלרבא באחת אין אותיות ניקנות במסירה א"כ צריך ראיה היינו דוקא בכופר משא"כ התם דכבר מת וגם היורשין טוענין שמא א"כ לולי דאחין שמטי הי' גובה בלי ראיה וזהו דקאמר איכא דאמרי דרבא מייתי ראיה דוקא אחין אבל אחר לא ואף דהתם ביורשין ושמא מ"מ הא הך ברייתא אתיא ככ"ע אפילו למ"ד אין אותיות ניקנות במסירה

בפרט לרבא דבאמת סובר כן א"כ כיון דבשמא יכול לגבות בלי ראיה אפילו במקום שצריך כתיבה ומסירה א"כ עכ"פ במסירה לבד דין הוא אפילו בכופר שלא יצטרך ראיה וכהאי גוונא פירשו התוספות ראיית רבא פרק האשה שלום מהך דחבו בר ננאי דהראיה הוא כיון דבהוחזקו לא חיישינן דילמא מסר כמו כן בלא הוחזקו אין לחוש לתרי יצחק ע"ש והכא נמי דכוותא דמדמי יורשין בכתיבה ומסירה למסירה גרידא ובעל דבר בעצמו והן הן דברי הרמב"ם דבפרק ז' מהלכות מכירה מיירי בהדיא דבעל דבר כופר שלא מכר שהרי כתב שאין צריך עדים לענין קנייתו והיינו שבעל דבר כופר שלא מכר וכן פי' הסמ"ע ס"ק כ"ח בהדיא ועל זה כתב דה"מ לענין עצם הקני' שאין צריך להחזיר השט"ח רק יכול לתפוס בו מאחר שהוא מוחזק ואומר קניתיו אבל לענין לגבות מהלוה שאינו מוחזק בממון אינו נאמן לתן טעם שאין חייוב על הלוה לפרוע לזה מאמר שאין בידו כתיבה וכיון שאין עליו חייוב ממילא אסור לו לפרוע לו כיון שאינו יודע באמת אם מי האמת ודוקא במה שהוא מוחזק יכול לתפוס ונאמן דהמע"ה אבל במה שאינו מוחזק אינו נאמן מאחר שאין לו כתיבה ואדרבא לפי מה שפירשו הם קשה מה זה שחילק בין קנייתו לתביעתו הוי ליה לחלק בין לוה למלוה וברור דהכוונה לחלק לענין הקני' שלא להחזיר גוף השטר ובין לגבות בשטר אבל וודאי אפילו הלוה רוצה אינו יכול לגבות דלגבות דאינו מוחזק לא מהני תפיסתו דאין זה רק המע"ה אבל להוציא אינו יכול והלוה מוחזק במעותיו בחזקתו של זה כל כמה שאין לו כתיבה רק שהרמב"ם רוצה ליתן טעם למה לא יגבה מהלוה שהוא מחוייב להחזיר למי שהשטר בידו ועל זה קאמר דאין חיוב על הלוה רק לאותו שהשטר על שמו או למי שיש לו כתיבה ובלא זה אינו מחוייב וכיון שאינו מחוייב פשיטא דאסור לו להחזירם לזה אבל שם בהלכות נחלות דטוען דקנה מאביו ואביו מת א"כ הבעל דבר מת והספק בין היורשין אם הוא הבעל דבר או הם והלוה בעצמו אינו יודע אם הם בעלי דבריו ואולי לא היו בעלי דבריו בשום פעם כיון שקנה מהאב בחייו וכמו כן בהלכות מלוה דמיירי שהמלוה מודה שמכר ונתן לו השטר כמבואר בדברי הרמב"ם להדיא א"כ שפיר כתב דגובה דכל מה שיכול לומר מי יימר אין זה מצד הלוה כיון שהמלוה מודה רק מצד המלוה שאם המלוה כופר לא אמרינן דהחייוב על הלוה לפרוע לזה כיון שאין לו כתיבה אבל אם מלוה מודה מה לו ללוה בכך ואפילו אינו רוצה לא משגחינן ביה וזה שכתב הרמב"ם טען לוי שלא מכר ולא נתן נשבע היסת ונפטר דאז כיון שכופר אפילו הלוה רוצה לפרוע לו אינו רשאי רק לוי נשבע היסת והשתא נמי לא קשיא מה שהקשו מהך דפרק זה בורר דלפי מה שכתבתי הלוה לא נפטר מחייובו כלל רק שהוא יכול לתפוס בגוף הנייר ונאמן במה שבידו שקנאו אבל

חייוב הלוה חל לשלם המעות ולפי זה כשיאמר ללוה שיוציא המעות מתחת ידו ליתנם לב"ד מחוייב לעשות כן כיון שהוא מחויב לשלם א"כ שפיר רוצה טפי לומר פרוע דאז נפטר הלוה כנלפע"ד ברור בכוונת הרמב"ם ונסתלקו כל הקושיות ודו"ק היטב: (כב) ואם יש ראיה שמכר עש"ך דוקא בראיה אבל במודה שמכר נאמן לומר שפרע קודם המכירה במיגו דלא מכרתי לך ואז אינו צריך לשלם רק דמים שקיבל ובתומים תמה דמה מיגו דלא מכרתי יש הא יצטרך לישבע היסת ואי דישבע אף עכשיו ישבע ואנן ואם לא רצה לישבע קאמרינן. ואין זו קושיא דוודאי אינו רוצה לישבע שאינו פרוע מחמת שיודע באמת שהוא פרוע ואינו רוצה לומר פרוע דמיכסף מלוקח [כמו שכתב הר"ן פ"ב דכתובות) אבל אם נחייבו שבועה להיפך שפרעו קודם ולא יצטרך ליתן רק דמים שקיבל בוודאי ישבע ולמה נחייבנו עכשיו לשלם הכל לכך צריך ראיה אך באמת בלא"ה אינו נראה כלל דוודאי כמו שנאמן לומר לא מכרתי אף שהשטר יוצא מתחת יד הלוקח משום דהמע"ה כמו כן למה לא יאומן לומר דנפרע קודם והמע"ה וכ"ש דחבירו טוען שמא בזה וע"כ דמה שמכר לו שטר זה הוי כהודה שאינו פרוע והודאתו כק' עדים לכך אף דנאמן נגד הלוה אבל לגבי עצמו אינו נאמן דפרעו קודם א"כ אפילו מיגו לא מהני:

כג הודה לוי שפרעו. עש"ך בשם בעל התרומות דדוקא כשאין בו נאמנות דאז הפטור מכח הלוה אבל אם יש בו נאמנות דהפטור בא מכח המלוה אינו נאמן לחוב לאחרים [ועמ"ש בזה לעיל סימן מ"ז באריכות] ועיין תומים דבעה"ת הולך לשיטתו כהראב"ד דאינו נאמן פרוע במיגו דמחילה רק היכי דאיכא שובר דמוכח והביא ראיה לסברת הראב"ד מדברי התוספות פ"ב דכתובות דכתבו דהתם מהני מיגו דאיכא שובר דמוכח ע"ש אבל לפעד"נ דאין מהתוס' שום ראיה כמו שאבאר. והוא דוודאי יש להבין בגוף דברי התוס' מה זה שהקשו מהך דמצא שובר דהא בפרק החובל הקשו תוספות דבעדים זוממין היאך משכחת מכירה דכל לגבי בעל וודאי מחלה ותירצו בנדר ושבועה והשתא מאי קשיא להו לתוספות כאן אי חיישינן לנדר ושבועה לא משני כלל ש"מ איתא לדשמואל ועל כרחך דלא חיישינן אם כן לא חיישינן כלל דמכרה דכל לגבי בעלה וודאי מחלה ועכצ"ל דכוונת התוספות כך דבקושיא ס"ד דדוקא התם שפיר יש עצה למכור בנדר ושבועה דאז לא אמרינן וודאי מחלה דאינה חשודה אבל כאן דאנו חוששין דחשודה לגזול ולהפסיד ללקוחות א"כ שפיר יש לחוש דתמחול ג"כ או כיון דלא רצה לקנות רק בשבועה א"כ פשיטא דאף על טענת פרעון היתה השבועה דשמא תאמר פרוע והשתא שפיר הקשו התוספות דשמא אין דעתה למחול ועל זה תירצו דלכך לא חיישינן התם כלל דמכרה בנדר ושבועה כיון דאיכא שובר דמוכח א"כ ממילא למכירה

גרידא אין לחוש כלל דכל לגבי בעלה וכו' כנ"ל והשתא אין כוונת התוס' דמשום הך סברא מהני מיגו גרוע דמה ענין זה לזה סוף סוף אין כאן מיגו והתם בעינן מיגו דוקא ולפי הנ"ל ניחא דכוונת התוספות להנ"ל והשתא ניחא ג"כ מה שהקשה הראב"ד דמ"ש שובר בלא"ה נאמנת לומר פרוע ולפי הנ"ל ניחא דוודאי אם יש הלוקח לפנינו ולא מכרה בנדר ושבועה נאמנת בלי שובר רק דס"ד דניחוש שמא מכרה בנדר ושבועה קמש"ל כיון דאיכא שובר דמוכח לא חיישינן ודו"ק ועמ"ש לעיל סימן מ"ז:

כד ואם לא רצו לישבע משלמין ללוקח. עש"ך דצריכין לשלם הכל כיון שבגרמתם נפסד השטר ונראה לפע"ד ברור דהיינו דוקא אם יש בידם ממעות שהניח אביהם עד כדי שיווי השטר אבל אם אין בידם היאך יעלה על הדעת שיתחייבו לשלם לפי שאין רוצין לישבע דכי לשקר ישבעו ומה לו אצל היורשין כיון שהם יודעין שהוא פרוע ודוקא הוא עצמו דהוא בעל דבר דידי' חייב אבל היורשין שאינן בעלי דברים דידי' כלל והוי כאיש אחר כל שלא הניח להם אביהם מעות כדי שיווי השטר פטורין כשאינן רוצין לישבע וכ"ש כשאומרים פרוע ונראה פשוט דאפילו אומרים שאינו פרוע ואין רוצין לישבע פטורין כל שאין להם ממעות אביהם דאין זה רק כובש עדותו דפטור ודוקא אביהם דהוא מכר לו השטר חייב לעשות לו כל טצדקי שיוכל להפרע בשטר משא"כ יורשיו כשלא הניח להם מעות וכמו כן אם הניח להם מעות שקיבל אין חייבין לעולם רק מעות שקיבל וזה ברור לפע"ד אף דמדברי הש"ך לקמן סימן פ"ו לא משמע כן וכבר השגתי עליו שם ע"ש:

(כה) טען לוי שלא מכר ולא נתן כו' ישבע היסת. עסמ"ע בשם ב"י דהפי' הוא דשמעון נשבע ונפטר כיון שהשטר יוצא מתחת ידי אחר כדלעיל סימן מ"א ותמה בתומים דהא לעיל מבואר דוקא באותו אחר אינו יודע מה טיבו וכן מבואר התם דאם הפקידו בידו אפי' בלי עדים אין הלוה נאמן וכאן הרי המלוה אומר שהפקידו והלוקח שלקחו. אבל באמת לפי מה שכתב הסמ"ע שם דהטעם הוא דיש לו מיגו דהיה מחזירו למלוה וזה לא שייך רק אם הנפקד מודה אבל אם הנפקד אומר שקנאו אין כאן מיגו דהיה מחזירו א"כ יש לומר דנאמן הלוה. אך מה שכתב הסמ"ע דלכך לא פי' הב"י כפשוטו דאין כאן שבועה הוא תמוה מאוד דהא כל כופר הכל נשבע ובאמת כוונת הב"י כך דוודאי לענין המלוה נאמן הלוקח ואינו צריך להחזיר שטרו א"כ אם היה הכוונה דלוי נשבע היה לו לומר שיחזיר השטר כי כל כמה דלא החזיר השטר למה ישבע לו וברור דאין כאן שבועת היסת רק כשמחזיר לו שטרו ומדכתב הרמב"ם סתם ישבע לכך פירשו הב"י על הלוה. אך גוף הדבר אינו נכון דוודאי לא מיירי הרמב"ם בטוען ממני נפל דהא הם מפרשים כל דברי הרמב"ם בלוה מודה דהוא בעל דבר שקנה ממנו ובטוען ממני נפל

לא שייך זה וא"כ היאך לא הזכיר הרמב"ם אח"כ טענה מחדש ממני נפל. ובתומים פי' דישבע ראובן היסת ויגבה בשטרו ולפי מה שכתבתי בכוונת הרמב"ם לעיל סימן כ"א כל שהמלוה מכחיש אינו גובה כלל אפילו לוה רוצה לכן העיקר כפי' א' של הסמ"ע ומ"מ היינו דוקא כשיחזיר לו השטר אבל בלא"ה אין מקום להשביע היסת:

כו וי"א. והקשו עליהם דמאי פריך אביי מהך דאחד מן האחין דילמא הך ברייתא כמ"ד אין אותיות נקנות רק בכתיבה ג"כ ואז צריך ראיה לעולם ותירץ בתומים דיש מזה ראיה לרמ"א דשותפים בשטר אין צריכין כו"מ וליתא דהיינו דוקא בשותפים שלוה אחד מהן ואז כל אחד יכול לגבות כולו כמו שנים שלוו מאחד דכל אחד נשתעבד וכמו כן להיפך נשתעבד לכל אחד אבל כאן דלוה מאביהם א"כ ליורשין אינו משועבד רק לכולם כמו אם היה מוכר השטר לשנים אין זה משועבד רק לשניהם ביחד א"כ צריכין כו"מ. גם עיקר דבריו תמוהין דזהו לרשב"ם דפי' דאומר דקנה מן האמין אבל כפי מה שכתב הרמב"ם דאומר דקנה מאביו א"כ פשיטא דצריך כו"מ א"כ מאי קושיא נימא דהתם באומר שקנה מאביו לכך צריך ראיה וכמו כן מוכח מדברי הרשב"א שהביא הרב בהגה' ס"ד בראובן ושמעון שנתן להם המלך בשותפות דצריך כו"מ אפי' היה בגדר חיוב כמבואר ברשב"א וקשה הא הם שותפים וע"כ כיון דהחייוב מעיקרא לא היה לשניהם רק למלך והם באו מכחו צריך כו"מ א"כ ה"ה יורשין וברור דגם הרב מודה ביורשין למהרשד"ם ודו"ק: (כו) אינו נאמן. עש"ך מה שהאריך להשיג על הב"י וכתב דלהרמב"ם נאמן לומר במתנת שכיב מרע ניתן לי ובתומים ס"ק כ' החזיק בעדו ופי' דברי הרמב"ם באופן הזה ובזה יישב קצת קושיות על הרמב"ם ואין דבריו נכונים כלל חדא כיון דכל דיקדוקו במה שכתב הרמב"ם בהלכות נחלות וגובה בו וקשה מה יענה במה שכתב בהלכות מלוה ולוה ושם לא מיירי כלל בזה ומ"מ כתב וגובה בו וע"כ כשהלוה רוצה וה"ה התם גם עיקר דבריו אינם נכונים שהרי הרמב"ם פסק דאגב ככתיבה ומסירה ומ"מ אינו נאמן לומר באגב ניתן לי וע"כ משום דעדיין צריך לומר קני איהו בעל פה משא"כ במתנת שכיב מרע אף זה אינו צריך ולפי זה קשה מה זה שהקשה רבא מהך דאחד מן האחין דוקא אחין דשמטי מהדדי אבל אחר נאמן בלי ראיה וקשה מאי קושיא דוקא באותיות דנקנות במסירה צריך ראיה דנהי דאין צריך כתיבה אבל בעל פה צריך לומר קני לך איהו וכל שיעבודי' כמו שכתבו התוספות להדיא פרק הספינה וכ"ש דצריך לומר כן לדידן דלא קיימא לן כרשב"ם דהתם דמחלוקת ר"פ ור"א הוא בפלוגתא דרבי ורבנן כמו שהשיגו הרמב"ן בחידושיו וכמו שהבאתי ראיה ברורה לעיל מסוגיא דקידושין רק המחלוקת אי בעינן דוקא כתיבה בפי' וכל שיעבודו או כתיבה סתם והשתא כיון דמשני לצור ולצור

אם כן מ"ש דלרבי לא נאמר דמסירה לצור ומה נפקא מינה בין רבי לרבנן בזה והשתא מאי קושיא במסירה צריך ראיה דבעינן שיאמר בעל פה כמו באגב אבל במתנת שכיב מרע דלא בעינן שיאמר ג"כ אין צריך ראיה וברור דליתא לדבריו אמנם בגוף דינו של הב"י נראה כדבריו ולאו מטעמי' כמו שכתבתי לעיל ס"ק כ"א דהיכי דמת הבעל דבר כיון שהלוה אינו יודע כלל אם זה היה בעל דבר שלו פעם אחת כיון שקנה מאביו וגם טוענין שמא בזה וודאי אפילו אי בעינן כתיבה ומסירה נאמן אפילו לגבות מן הלוה ע"ש: (כח) אע"ג דנאמן נגד המוכר האחרונים תמהו דלמה יהא נאמן יותר מלוקח בעצמו דפסק הרב דאינו נאמן גם לענין קנייתו ובתומים כתב דהנ"י לטעמי' דנאמן טפי מביד בעל דבר וליתא דגם על הנ"י קשה דע"כ לא כתב הנ"י פרק זה בורר רק כיון דמתחילה הימני' שהיה באפשר לקיימו אף דעכשיו לא מצי לקיימו מעיקרא הימני' אבל הכא לא הימני' כלל דלעולם אינו נאמן אפילו נגד המוכר לכן נראה לפע"ד דהם הבינו מדברי הרמב"ם דסובר דכל שהלוה אינו מעכב בגבי' אין המוכר יכול לעכב דנגדו נאמן אפילו לגבות ועל זה כתב הרב דיש אומרים דגם לגבי מוכר אינו נאמן לגבות אפילו הלוה אינו מעכב כלל יכול המוכר לעכב אבל להחזיר השטר שבידו בזה לא דיבר הרב כלל ובוודאי נאמן כיון שהוא מוחזק והשתא שפיר כתב הרב דבשליש אף שנאמן לגבי מוכר שלא להחזיר השטר רק ללוקח מ"מ לגבות אינו יכול ואפילו הלוה רוצה כיון שגם הלוקח אינו יכול לגבות אבל להחזיר ללוקח נאמן כיון שגם הלוקח היה יכול להחזיקו ולפי זה מבואר דלא כע"ש שהביא הש"ך ס"ק ל"ט ולפי מה שפירשתי דברי הרמב"ם ס"ק כ"א לא נחלק הרמב"ם על הי"א הללו בזה כלל לפי מה שפירשתי כוונת הרב: (כט) מכנסת לבעלה שטר וכו' ואפילו היו נכסי מלוג. יש לי מקום עיון אם מכנסת לו שטר חוב בנכסי מלוג ואז הדין פחתו פחתו לה ואין אחריותו של בעל עליהם והיא מכרה לו לבעל אותו השט"ח במכירה גמורה והבעל יתן לה מעות בעד שט"מ הזה ואם לא יבא השטר לכלל גבי' יהא ההפסד של בעל כי מכרה לו להיות כשלו ונראה לכאורה דגם במכירה זו לא בעינן כו"מ שהרי עיקר הכתיבה היא לקנות השיעבוד והשיעבוד בלא"ה קנה שהרי הוא גובה החוב מן הלוה א"כ אין צריך כו"מ אך יש להבין בדברי התוס' פרק הספינה שטרחו להמציא מציאות שטרות באונאה למ"ד מכירת שטרות דרבנן וקשה הא בפשיטות משכחת לה במכנסת שט"ח ומכרה לבעלה השט"ח לחלוטין ואם נפחת נפחת לו כנ"ל אז בוודאי המכירה דאורייתא כמו שכתבו התוס' שם דלכך הוי מכירה דרבנן הואיל והשיעבוד אינו ברשותו וכאן הרי השיעבוד שלו בלא"ה וא"כ הוי מכירה דבר תורה וצריך קרא למעוטי מאונאה וצ"ע:

ל לא חזרה מתנתו. עיין תומים שנסתפק אם המוכר יש בידו השטר אם נאמן לומר שהחזיר לו הלוקח בכו"מ ואבד הימנו ולי נראה ברור דאינו נאמן דאל"כ תקשי לחכמים היאך כותבין בשטר שאבד שטר שני שמא החזירו למוכר בכו"מ ונאבד ממנו הכתיבה א"כ אם לא יכתבו לו שטר אחר יהא נאמן לומר כו"מ היה לי ואבד משא"כ אם יכתבו לו עכשיו שטר אחר יאמר אח"כ שלא הוא מסר לו כלל השטר רק כותבין שטר למוכר כתב לו שטרות הרבה כמו שכתבו התוס' שם אבל אם לא יהא ביד הלוקח הראשון שטר בוודאי יהא המוכר נאמן כו"מ היה לי ואבד אלא וודאי דלמ"ד דבעינן כו"מ אינו נאמן לעולם לומר שנפל ממני אך הא קשיא לדעת ר"י הלוי וסייעתו דלעולם נאמן לומר כו"מ היה לי ואבד אפילו בעלמא א"כ תקשי כנ"ל [וצריך לומר דסובר כפי' שני בתוס' דהמחלוקת הוא דלמ"ד דנקנה במסירה יוכל לומר שני שטרות היו לי ולא החזרתי רק אחד שהרי יש בידו אחד אבל לרבנן לא מהני זה כיון דיש לו כו"מ א"כ מה יש לחוש שמא נאבד הכתיבה א"כ אף עכשיו דיכתבו לו שטר אחר יהא נאמן לומר שנאבד הכתיבה כיון דמודה שמסר לו אחד רק לזה השני א"כ המוכר נאמן לומר שאבד הכתיבה וצ"ע בזה ויתבאר לקמן ביישובו] אבל עכ"פ מוכח מדברי התוס' הנ"ל דאינו נאמן לומר כו"מ היה לי ואבד ודו"ק:

לא או שטר של קני' וכו' שהוא עיקר הקנין. עסמ"ע ס"ק ל"ח ודבריו מגומגמין מאד' דמה שכתב בטעם ראשון לחלק בין חוב למכר דלא שייך נעילת דלת ליתא דבהדיא מבואר בראי"ש להיפך דלא פלוג עבדי רבנן דאל"כ אפילו שטר של קני' ה"ה בדין דלא מהני כיון דמכירת שטרות דרבנן ובזה ליכא נ"ד שהרי יכול למכור גוף הקרקע ע"ש. אך באמת דברי הרא"ש צ"ע לכאורה דהא פרק הספינה כתבו התוס' והרא"ש שם דלכך מכירת שטר דרבנן לפי שאין השיעבוד ברשותו כמו שאינו יכול להקדישו א"כ תינח במוכר שטר חוב דהשיעבוד אינו ברשותו אבל כאן בשטר מכר הרי הקרקע ברשותו ולמה יהא מדרבנן ונראה שזאת היתה כוונת הסמ"ע שכתב לחלק בין שטר קני' לשטר ראיה דשטר קני' הוי מכירה דבר תורה דהקרקע ברשותו אבל שטר ראיה אינו רק מדרבנן ובמכר דליכא נ"ד לא תקנו ודברי הרא"ש באמת צ"ע לכאורה ונראה דכוונת הרא"ש כך דוודאי אם מוכר לו גוף הקרקע שיהא הוא מוכר שלו ובעל דבר דידי' א"כ שייך לומר דהקרקע ברשותו אבל כאן מיירי במכר כמו מוכר שט"ח דמה שיש לו על חבירו מכר לזה ואף כאן הוא קונה שדה מחבירו בשטר זה וממילא אחריות שלו על מוכר שלו וזהו נקרא שיעבוד וכל זה מכר לזה שיהא הוא בשטר זה במקומו ויהא המוכר משועבד לזה באחריות על השדה כמו שהיה משועבד לזה אבל אין אחריות שלו עליו כמו מוכר קרקע רק כל כחו

מכר לזה והוא יצא מן המכר זה ונכנס הוא תחתיו והשתא שפיר קשיא לי' להרא"ש דהיאך יכול למכור השיעבוד דאינו ברשותו והוא מדרבנן וכאן ליכא נ"ד והוצרך לתרץ דלא פלוג עבדי רבנן כנ"ל בכוונת הרא"ש ועדיין צ"ע קצת אם שייך זה במוכר למוכר שלו בעצמו דמיירי בי' הרא"ש ומ"מ נראה ברור כוונת הרא"ש כך ועכ"פ דברי הסמ"ע צ"ע והעיקר כפי' שני שכתב הסמ"ע:

אמנם בעיקר דין זה במה שחילק הרא"ש בין שטר קני' לשטר ראי' צע"ג והוא כי נראה לפע"ד ברור דשטר מכר אינו נקנה כלל אפילו בכו"מ אפילו שטר קני' כמו שאבאר והוא דנחלקו רשב"ג ורבנן בשטר מכירה שנאבד דלרבנן כותבין לו אחר ולרשב"ג לא ומפרש בש"ס דהמחלוקת הוא באותיות נקנות במסירה ופירשו התוס' בתירוץ שני ונראה דהוא העיקר וכ"כ הרא"ש דהכוונה דלרבי יש לחוש שמא החזיר לו השטר ונקנה במסירה ואם נכתוב לו אחר יאמר שנים היו לי ולא מסרתי רק אחד אבל לרבנן כיון שיהא לו כתיבה ומסירה אפילו יהא לו שטר זה יזכה המוכר הראשון ע"ש והדבר תמוה דמה נפקא מינה בין רבי לרבנן הלא גם רבנן מודו לרבי דבעינן מסירה וכתב ולא מסר לא מהני והשתא אי נימא דאם יש לו שני שטרות ומסר לו אחד לא מקרי מסירה א"כ אף לרבנן לא מהני דהא כתיבה בלי מסירה לא מהני והיה נראה לכאורה לומר לפי מה שכתב בתומים ס"ק א' דרבי ורבנן פליגי באמת דלרבי דסגי מסירה אלמא דחשבו כשאר מטלטלין א"כ מכירתן דאורייתא ורבנן סבירי להו דלא דמי לשאר מטלטלין ומדאורייתא לא מהני ורבנן תקנו כתיבה וכ"כ בספ"י להדיא ודייקי לה מהך דבכורות ואף שכבר כתבתי לעיל ליישב בס"ק א' הך קושיא בלא"ה אבל מ"מ דבריהם יכולין להיות אמת וכן נראה מלשון הרמב"ן פרק הספינה א"כ לפי זה יש לפרש בפשיטות דרשב"ג סובר דנקנה במסירה א"כ הוי מכירה דאורייתא א"כ גם בשטר מכר יש לחוש דהחזיר לו השטר אבל רבנן סברי דאין נקנה במסירה א"כ דוקא בשט"ח משום נ"ד תקנו דנקנה בכו"מ אבל במכר דלא שייך זה כמו שכתב הרא"ש גופא אינו נקנה כלל לכך אין לחוש דהחזיר לו השטר ובכתיבה דאינו קונה כלל כנ"ל ובזה מיושב מה שיש להקשות על ר"י הלוי דנאמן לומר כו"מ היה לי ואבד דגם לרבנן ניחוש דנאבד הכתיבה ואם לא נכתוב שטר יהא נאמן שאבד אבל אם נכתוב לו שטר בוודאי לא יאומן דנאמר דהוא כתב לו שטר זה בפני עצמו ולא הגיע לידו מיד הלוקח ולפי הנ"ל ניחא דלרבנן דבעינן כתיבה דהיינו דלא דמי למטלטלין ומכירתו רק מדרבנן א"כ שטר מכר אינו נקנה כלל כנ"ל וכאשר תדקדק בדברי רשב"ם ונראה דפי' מתנתו קיימת ולא מהני רק קנין חדש כמו שאר לוקח ומוכר הרי דעתו דאפילו בכתיבה אינו נקנה והיינו כמו שכתבתי: אמנם בלא"ה אתי

שפיר ואין צורך להנ"ל כמו שאבאר והוא שאני תמה על גוף דברי הרא"ש מאי עדיפותא יש לשטר קני' על שטר ראיה הלא אין הקרקע תלוי בזה השטר רק בשעת הקנין שהוא מוסר זה השטר לידו ובזה נקנה לו הקרקע אבל אחר שכבר קנה הקרקע והוא ברשותו ושלו לגמרי הלא שטר זה חספא בעלמא הוא והיאך שייך שיכתוב לו קני לך שטר זה וכל שיעבודו שיקנה בזה הקרקע והלא אין הקרקע נכלל כלל בשטר שכבר קנה הקרקע והוא שלו ואיזה שיעבוד יש בשטר זה שהקנה לו וכ"ש אם יש לו שטר ראיה, בפני עצמו אפילו לראיה אינו עומד זה השטר לאחר הקנין והיאך יעלה על הדעת דבמה שהיא מקנה לו שטר זה יקנה הקרקע והלא אין זה רק כמו קנית כסף וכי לאחר הקנין יש על הכסף שנקנה בו שם קרקע ואף שטר כמוהו דכך דרך הקנין לקנות בשטר ולאחר הקנין כבר הוא שלו והשטר הולך לאיבוד וחספא בעלמא הוא ואיזה קרקע ושיעבוד נכלל בו ואף דנאמר דאח"כ נצרך לראיה מ"מ לא עדיף משטר ראיה דלא מהני ועוד דהראיה הוא על השיעבוד ושלא יוכל לערער אבל גוף הקרקע היא שלו וברשותו ואיננו כלל בשטר זה וזה ברור לפע"ד אין בזה ספק ומהאי טעמא לא זכר הרמב"ם ז"ל פ"ו מהלכות מכירה גבי דין קנית האותיות רק שטר חוב וכתב בפי' שטר חוב ולא הזכיר שטר מכר כלל והיינו כמו שכתבתי וכן הרשב"ם פי' בהדיא דמתנתו קיימת ולא מהני רק קנין חדש כשאר לוקח ומוכר וכן הרי"ף לא הזכיר שם דנקנה בכתיבה לרבנן רק לרבנן לא מהני כלל וכן בש"ס לא הזכירו כתיבה דמאי כתיבה שייך בזה רק אינו נקנה במסירה כמו שאבאר והוא דוודאי רבי דסובר דאותיות נקנות במסירה טעמו דכיון שהוא זכה בשטר זה מחמת שנמסר לידו א"כ יכול להקנות לאחר שיהא במקומו באותו מסירה בעצמו מאחר שהוא זכה בהם במסירה וזהו כוונתו אותיות נקנית במסירה כיון שהוא זכה במה שכתוב בהם ע"י שנמסרו לידו וא"כ יכול להקנות לאחר או למוכר בעצמו באותו מסירה בעצמה א"כ בשטר מכר ג"כ מאחר שבמסירה זו זכה בקרקע יכול להקנות אותה במסירה זו במה שמוציא מתחת ידו דמה שקנה הוא מקנה והוא מזכה בשטר זה לזה כאילו נמסר מעיקרא לידו אבל לרבנן דפליגי רק דצריך כתיבה וכל שיעבודי' וזה לא שייך במכר דאין כאן שיעבוד בשטר זה כלל א"כ פשיטא דאינו יכול למכרו כלל לכך לרשב"ג אין יכולין לכתוב שטר אחר דאז לא יקנה רק במסירת שני השטרות שהרי צריך למסור לו כל זכות שקנה הוא לכך אין כותבין אבל לרבנן דאין נקנה במסירה אין לחוש כלל שהחזיר השטר דלא קנה כלל כיון דלא שייך הכא כתיבה רק אם הקנה לו בקנין גמור כמו שאר לוקח ומוכר א"כ זה יועיל אף אם יהא בידו אלף שטרות כן נראה לפע"ד ברור ומעתה מיושבין ג"כ דברי ר"י הלוי הנ"ל. והנה אף שאין בידי כח להכריע נגד מה

שהסכימו כל הפוסקים אבל מ"מ מה שחילק הרא"ש בין שטר קני' לשטר ראיה אינו מובן כלל כמו שכתבתי וצע"ג בענין זה ועוד נראה דלכך לרבי נקנה במסירה אפילו שטר מכר משום דסובר דכיון דהוא זוכה במסירת השטר לידו א"כ מיד בשעה שהוא זוכה הוא זוכה בשבילו ולכל מי. שירצה למסרו יזכה השני מכחו באותה מסירה ומיד הוא זוכה לו ולבאי כחו לכך במכר ג"כ הוא זוכה באותו השטר לכל באי כחו לכך גם חבירו זוכה במסירת זה השטר אבל לרבנן אין אני רואה שום צד שיוכל להקנות שטר כזה שיזכה ע"י זה בגוף הקרקע וכן נראה מתשובת הרשב"א שהביא ב"י סימן זה בראובן ושמעון שנתן להם המלך רשות לגבות הכנסת כפר אחד והביאו הרב בהגהה' לעיל וכתב דשטר כזה אינו נקנה אפילו בכו"מ שאינו שטר חוב. שנתחייבו אנשי הכפר לו בשטר זה ואף זהו כמוהו שהרי שטר זה אינו שטר חיוב כלל שאין מי:
שחייב לו בשטר זה והמוכר כבר נסתלק ממנו והוא זכה בקרקע א"כ היאך יכול להקנות בשטר זה הקרקע אפילו בכו"מ:

לב נשבע הלוקח. עב"מ שכתב דהכא מיירי דוקא בנאמנות דאל"כ תקשי הא. בתר הכי אם הלוה חי הדין שישבע היורש ואם לאו חוזר הלוקח על היורש ולא על הלוה [ובספר נ"מ הקשה זה ולא ראה כי היא קושית הב"ח ותירץ כנ"ל] ותמהני מאוד דהא פשיטא דלא קשיא ולא מידי שהרי מה שכתב הטור ומחבר אמ"כ הוא מה שכתב בעל התרומות: שער נ"א וז"ל ואיכא מ"ד לוקח נשבע שלא פקדנו מוכר ונוטל כדתנן משביע הוא את יורשי' ואת הבאין ברשותה ועל זה כתב הרב ר' יצחק בעל העיטור מסתברא דהתם על שמא היא אבל הכא ברי קטען לי' ועוד דשבועה לבטלה הוא ששטר מקויים מעיד וכו' עכ"ל. והנה הטור ומחבר פשיטא דלא סבירי להו תירוץ ב' של העיטור דהא הם משביעין את הלוקח ש"מ דלא סבירי להו הך דהוי שבועה לבטלה וע"כ כתירוץ א' של בעל העיטור לחלק בין ברי לשמא לכך מעיקרא דהלוה מת דאין כאן רק תענת שמא לוקח נשבע ונוטל ואח"כ דלוה חי וטוען ברי כתבו דיורש נשבע וזה ברור:
לג) גם הוא נשבע. הסמ"ע והב"ח פירשו כפשוטו דהלוקח נשבע שלא פרע לו וכן המוכר אבל הש"ך פי' דהלוקח נשבע שלא אמר לו המוכר שנפרע ואינו יודע מפרעון למוכר והמוכר נשבע ג"כ שלא נפרע ואין שבועת המוכר. פוטרת ללוקח שמא לשקר נשבע ואין דבריו נכונים כלל דהא אם לא מכר השטר אין להם ליורשין רק שבועה למוכר בלבד ומ"ש עכשיו לא סגי רק בשבועת לוקח מה להם במה שמכר הוא השטר ואם מחזיר השטר למוכר בוודאי גובה בו בשבועתו בלבד ומ"ש עכשיו דלא גבי ומלשון

הש"ע משמע דהמוכר נשבע אח"כ ולפי דבריו אין להשביע ללוקח קודם דהוי שבועה לבטלה שמא לא ירצה המוכר לישבע לכן אין לדבריו קיום והעיקר כהסמ"ע:

לד חוזר הלוקח עליו עסמ"ע דוקא מנכסים שירש מאביו ולא מנכסי עצמן והש"ך השיגו דחייבין מנכסי עצמן מדיני דגרמי והנה כאן לא ביאר הש"ך אם כשאינם רוצים לישבע אף שידוע שאינו פרוע משלמין משלהם או אפילו כשאומרים שאינן יכולין לישבע מחמת שהוא פרוע ואולם לקמן סי' פ"ו בסופו כתב הש"ך דאפילו אומרי' פרוע משלמין משלהם (דבריו תמוהין מאוד דהא אם היה האמת שהוא פרוע ואביו מכר שטר פרוע או נפרע אח"כ פשיטא דאין לו על היורשין כלום כל שלא הניח אביהם נכסים והשתא היאך יעלה על הדעת דהלוה יפטר מחמת חשש שבאמת פרע והיורשין יהיו חייבין שמא האמת אתם ומה להם לעשות וכי לשקר ישבעו וכן הוכחתי לקמן סימן פ"ו בראיות ברורות מדברי, בעה"ת שער נ"א שכתב שם דהיורשין ישבעו שאין בידם לפרוע חוב מורישם ופי' הש"ך שם לפי שיטתו דהכוונה שבועת אין לי דהוא בנק"ח ואף דלא תקנו ביורש היינו בחוב אביו ולא בחוב עצמו והוא תמוה דלמה כתב חוב מורישם חוב עצמן הוא מדיני דגרמי וברור דהם פטורין לשלם משלהם רק משל אביהם לכך כתב חוב מורישם ומהאי טעמא כתב המחבר לקמן סוף סימן פ"ו שישבעו היסת והש"ך השיגו דהכוונה בנק"ח ולפי הנ"ל הא ליתא ועכ"פ מבואר מדברי בעה"ת והמחבר לקמן דהיורשין פטורין לשלם משלהם (וכן מבואר עוד בבעה"ת שם לכל מעיין כמו שכתבתי לקמן סס"י פ"ו עיין שם) אך אמנם זהו אם היורשין אומרים, שאינן יכולין לישבע אבל אם אומרים שאינו פרוע ומ"מ אינן רוצין לישבע בזה היה מקום לחייבם מדיני דגרמי והנה לעיל ס"ק כ"ד העליתי דאף בזה פטורין דלא הוי רק ככובשין עדותן ועכשיו מצאתי כן בתומים כאן. אך קשה לי לכאורה מדברי בעה"ת שער נ"א וז"ל שם מת זה ונשארו יורשין וטען הלוה פרוע הוא נשבעין יורשין שלא פקדנו אבא וגובה זה חובו מן הלוה של אביהם ואם לא רצו לישבע חוזר עליהם אם יש להם נכסים אחרים ואם אין להם נכסים אחרים וטוענין שאין יכולין לישבע שבועה זו הרי הן נשבעין שאין בידם לפרוע חוב מורישם עכ"ל והשתא אי נימא דאפילו אין רוצין לישבע במזיד ושאט נפש מ"מ פטורין מדיני אדם דאינו רק כובש. עדותו א"כ למה כתב בעה"ת וטוענין שאין יכולין לישבע שבועה זו הא אפילו אומרים שיכולין ואינן רוצין פטורין רק נשבעין שאין בידם מנכסי אביהם ומזה מוכח לכאורה דבזה חייבין אף משלהם כיון שמפסידין במזיד וצריכין לתרץ דבריהם שאינן יכולין ולכך מעיקרא כשיש להם נכסים מאביהם לא כתב דמתרצין דבריהם דאפי' אינן מתרצין דמ"מ משלמין מנכסי אביהם רק כשאין להם מנכסי אביהם

הוצרך לומר דמתרצין דבריהם לכך אינן משלמין משלהם ומזה ג"כ ראיה ברורה דלא כש"ך הנ"ל דלשיטתו דברי בעה"ת נאמרין בנכסי עצמן א"כ מה נ"מ אם אומרין שאינן יכולין או שאין רוצין ס"ס אם יש להם חייבין משלהם לשיטת הש"ך ואי אין להם נשבעין אין לי אבל מ"מ עכ"פ מוכח דבמזיד חייבין משלהם אבל באמת הא נמי ליתא וכוונת בעה"ת כך דוודאי כשאומרין שאמת שלא נפרע רק שאין רוצין לישבע אין במציאות דין זה כלל דוודאי אין נאמנין לפטור עצמן בזה אפי' אם נחשוב אותם ככובשין עדותן דאנן נאמר דבאמת נפרע ויש להם נכסים משל אביהן ואינן רוצין לישבע לכך יריאין לומר שנפרע ואומרים שלא נפרע ובאמת יש להם נכסים משל אביהם א"כ לא יוכלו לפטור עצמן רק בשבועת אין לי וכיון שע"כ ישבעו א"כ ישבעו שלא נפרע ויגבה מן הלוה כיון דע"כ ישבעו וע"כ דזה אינן רוצין לישבע דהאמת דנפרע ונשבעין אין לי ולכך כתב בעה"ת דאומרין אין יכולין נשבעין אין לי אבל אינן רוצין אינו במציאות דוודאי ישבעו דמה להם לישבע אין לי או הך שבועה כיון דהאמת אתם וע"כ נשבעין ובזה אינן מפסידין ללוקח שיגבה שטרו ונראה עוד דאם אין רוצין רק דוקא לישבע אין לי ולא שבועה זו להפסיד ללוקח דמכריחין אותם ב"ד לזה ואף דעדים שכתבו פטורין היינו בלא נודע לב"ד שיודעין אבל אם ב"ד יודעין שהם יודעין עדות לזכותו ואינן רוצין להעיד דמכריחין אותן להעיד ואפשר דמחייבין אותם לשלם והיינו להכריח אותם שיעידו וישבעו ואם לא ירצו ויאמרו דנפרע אז פטורין כנ"ל אבל לחייב אותם מן הדין מדיני דגרמי בוודאי לא כנ"ל ובזה נדחו. ג"כ דברי התומים שביקש לחדש דאם אין להם נכסים משל אביהם דנאמנין שלא נפרע בלי שבועה בתורת עדות דלא הוי נוגעין כלל דס"ס הם פטורין ומה צורך לשבועה ולפי הנ"ל הא ליתא דפשיטא דעדיין צריכין לשבועה שבועת אין לי כמו שכתב בעה"ת להדיא דאל"כ הוי להו נוגעין דאם יאמרו פרוע יצטרכו לישבע שאין להם משל אביהם ועכשיו לא וע"כ דגם עכשיו ישבע ועדיין הוי לי' עד הצריך שבועה ואינו עד ואינו נאמן רק בשבועה כדין יורש הגם כיון שצריך לישבע אין לי מה צורך לשבועה זו הם נשבעין על גוף המאמר שלא נפרע ולמה ישבע שבועה אחרת וזה ברור דאין עדים כלל אפילו אין להם כמו שכתבתי ודו"ק ועמ"ש לקמן סוף סימן פ"ו:

לה קודם שלקחו וכו'. אבל אחר שלקחו לא כמו שכתב הרא"ש פרק כל הנשבעין בשם הרמב"ן ודברי כנה"ג תמוהין בזה] והנה הרמב"ם הביאו המחבר בא"ה סימן ק"ה כתב באשה שמכרה כתובתה בחיי בעלה ומת בעלה ואח"כ מתה היא מפסיד הלוקח ותמה הח"מ שם דהוא סותר לדברי המחבר כאן וכמו כן קשה על הרא"ש [ובחומים הביא ראיה להרמב"ם מהא דפריך פרק כל הנשבעין ממשנה אבל יורשיו משביעין אותה ויורשיה

וקאמר לצד דין קתני ולדעת הרא"ש הוי ליה למיתני באין ברשותה קודם דהוא אפילו באלמנה ולק"מ דוודאי יש לומר דמכרה לאחר מיתה ומ"מ נשבעין שלא אמרה בשעת מיתתה דהכתובה שמכרה היא פרוע' וכמו שכתב המחבר ריש סעיף זה נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר גם עיקר ראייתו אינו דהא מעיקרא קתני בכל המשנה באין ברשותה אח"כ דיורשין הוא ממילא ומכרה ע"י סיבה א"כ נקט בהך בבא ג"כ גם מה שתירץ הוא דחוק מאד והעיקר הוא דדוקא בשט"מ דמיד כשמכר המלוה שט"ח נעשה הלוקח באי כחו והוא תובע את הלוה והתביעה והחוב שייך לו הילכך לא הוי אין אדם מוריש כיון דגם בשעת חייו של הלוה היה שייכות ללוקח אצלו והחוב עליו לשלם לו והוי כמו מת מלוה שהלוה מחויב ליורשיו וכמו כן לבאי כחו כל שלא מחל משא"כ בכתובה אף שמכרה בחיי בעל לא היה שום שייכות ללוקח אצל הבעל דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ואין עליו שום חיוב ושיעבוד דמהאי טעמא לא נשתעבד מדר"נ כמו שכתב הר"ן פ"ב דכתובות א"כ החיוב מתחיל מעת מיתה של הבעל א"כ כיון שלא היה שום חיוב מקדם מן הבעל ללוקח רק אחר מיתה א"כ אין אדם מוריש שבועה לבניו וזה ברור ויש להעמיד דבר זה בדברי הח"מ שם אלא שקיצר במובן:

לו אפילו בשבועה. עש"ך שהביא דעת המחבר בא"ה והוא בשם הרא"ש דדוקא באומרת שנפרעה אחר המכירה אבל מקדם לית לה מיגו דיראה למחול שתצטרך לשלם כל שווי הכתובה משא"כ בפרעון קודם אינה חייבת רק דמים שקיבלה דהמכירה אינה ואפילו למ"ד דבמחילה אינה חייבת רק דמים שקיבלה לאו כ"ע דינא גמירי והש"ך האריך לסתור דברי הרא"ש. והנה בכל דבריו אין מקום טענה על הרא"ש כמו שכתב בתומים דהיאך מדמה דין הש"ס לדין שנחלקו הפוסקים עכשיו אמנם מה שיש לדון בדברי הרא"ש דלמה לו טעם זה הא בלא"ה כתב בפרק ב' דכתובות דאין מיגו דאין דעתה למחול להפסיד חובה וכ"כ התוס' והקשו משובר ותירצו דהתם יש שובר דמוכח אבל בעלמא לא א"כ הכא בלא"ה ליכא מיגו ומה שנראה ליישב והוא דבלא"ה יש לתמוה על התוס' והרא"ש שם דלפי דעתם דגם במוכר שט"מ ליכא מיגו דמחילה א"כ למה לי' לאביי לישנוי בחב לאחרים וכדר"נ הוי לי' לישנוי כגון שמכר השט"ח לאחר וכמו כן קשה על הרא"ש דבכל הש"ס כתב בכמה מקומות דעת הרי"ף דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן כדאיתא פרק מי שמת אבל שדר"נ דאורייתא היאך מצי מחיל והיאך סתם וכתב כאן דיכול למחול רק אין דעתו למחול וכן בתשובותיו פסק להדיא דאינו יכול למחול ועכצ"ל כמו שכתבתי לעיל סי' מ"ז באריכות דתרווייהו מיצרך צריכי אין דעתו למחול וגם שדר"נ לא מצי מחיל וכן מבואר בלשון התוס' שלא כתבו

ועוד יש לומר אלא ואם נאמר דמכירת שטרות דרבנן והיינו דאם נאמר כן אתי שפיר תירוץ זה אבל בלא"ה לא ע"ש שבארתי דברים אלו באריכות והיסוד הוא דוודאי לא שייך לומר אין דעתו למחול אבל באינה יודע שאינו גזלן דא"כ עכשיו נמי לא יגזול לזה שהוא משועבד לו מדר"נ רק כוונת התוס' והרא"ש דחיישינן שמא באמת לא לוה כמו שאומר רק התחייב עצמו במה שאינו חייב וכדומה דלא שייך דר"נ ועיין לקמן ריש סימן פ"ו ובתומים שם] והשתא שפיר כתבו התוס' דירא למחול ולהפסיד חובו אבל בפרוע ישלם לו ואין חיוב עליו לשלם לזה דוקא באופן הנ"ל ולפי זה זה לא שייך רק בשט"ח אבל בכתובה לא שייך ושפיר יש לה מיגו דמחילה דליכא למימר דאין דעתה למחול דא"כ עכשיו נמי שאומרת פרוע הרי צריכה להחזיר המעות ללוקח א"כ הוא חייב לו מדר"נ ולא יגזול ללוקח והוצרך הרא"ש לומר דלאו כ"ע דינא גמירי וכמו כן לא קשיא מהך דהוי לי' לאוקמא במוכר שט"ח דהא גם תירוץ זה צריך להרא"ש דלא מצי מחיל כמו שכתבתי שם באריכות א"כ במוכר דיכול למחול עדיין יקשה והתוס' דכתבו דהתם יש שובר דמוכח וקשה הא בכתובה בלא"ה לא שייך אין דעתה למחול דהשתא נמי בפרוע לא יגזול ללוקח מדר"נ דהתוס' סבירי להו כמו שכתב מהרש"ל שם לדעתם דבכתובה ליכא דר"נ כמו שכתב הר"ן פ"ב דכתובות א"כ שפיר קשיא להו משם והוצרכו לתרץ שובר דמוכח ועיין היטב לעיל סימן מ"ז כי שם הארכתי בביאור דברי התוס' והרא"ש ותלמוד לכאן:

והנה הש"ך הרבה להשיב על הרא"ש מגוף הסוגי' דסוף פ"ב דב"מ והעלה דעיקר התירוץ הוא דהשתא נמי שאומרת פרוע צריכה לשלם כל שיווי הכתובה א"כ פשיטא דיש לה מיגו דמחילה ועוד תירץ כמו שכתב הנ"י דפרוע גופא מחילה הוא ואני תמה דע"כ לא כתב ה"ה רק באומר פרוע בלי שובר אבל אם הלוה הוציא שובר וזמנו קודם למכירה זו פשיטא דהמכירה בטלה ואינו צריך לשלם רק דמים שקיבל דהא עדי השובר מעידין שפרעו קודם והשתא התם אכתי תקשי היאך מחזירין השובר הא בלי השובר אם תאמר פרוע קודם תצטרך להחזיר ללוקח כל שווי הכתובה משא"כ עכשיו הא השובר ביד הבעל ולאחר זמן כשיבא הלוקח יראה השובר ולא יגבה רק דמים שנתן והתם עיקר החשש דלא נדע שנפל ונמצא דלא אמרינן אייתי ראיה כדמוכח בש"ס גבי גט ושחרור דאל"כ בלא"ה למאי ניחוש ולפי זה גם פי' השני תמוה דמה בכך דפרוע גופא מחילה הוא סוף סוף תצטרך להחזיר כל שווי הכתובה משא"כ עכשיו דנחזיר השובר לבעל פשיטא דלא תצטרך ליתן רק דמים שקיבלה אם לא דנימא דסובר הנ"י דלא כה"ה הנ"ל רק אפילו בלי שובר אף דפרוע מטעם מחילה הוא מ"מ נאמנת שלא להחזיר רק דמים

שקיבלה ועל הלוקח להביא ראיה ועכ"פ לפי מה שהכריע הש"ך כה"ה הנ"ל ליתא להנהו ב' פירושים ועכ"פ פשיטא שאין מזה קושיא על הרא"ש כיון דאין תירוץ זה נכון כנ"ל ודו"ק:

לז חוזר וגובה ממנו פי' ב"י מן המוכר והב"ח חילק בין כתבו לו ב"ד פסק דין או לא והש"ך השיגו ובתומים הביא ראיה לדעת הב"ח מדברי הראב"ד בבעל התרומות שער נ"א שכתב דצריך לכתוב זיל דון והנפק לנפשך והביא ראיה ממה שאמרו ואי פיקח הוא מקרקש לי' בזוזי וכתב לי' שטרא בשמי' ותמה הגי"ת דהתם לענין מחילה איתמר ובזיל דון בוודאי מצי מחיל וע"כ כדעת הב"ח דאז יתבענו לב"ד ויכתבו לו פסק דין ולא יוכל למחול עכ"ד. ומלבד מה שגוף דבריו תמוהין מאד דא"כ למה לי' להש"ס הך הא מ"מ אי פיקח הוא מיד בשעת מכירה לא יקח רק שיכתוב לו זיל דון דהא בלא"ה לא מצי תבע לי' כלל ואז לא יוכל למחול כי יתבענו בב"ד ואם דלא ירצה המוכר פשיטא דלא יקח ממנו שהרי דעתו למחול וימחול קודם שיתבענו מיד לאחר מכירה ועוד אי כוונת הראב"ד שיכוף ללוה א"כ ירא שילך הלוה למוכר שימחול לו קודם שילך לב"ד ויכתבו פסק דין ושפיר קאמר דמקרקש לי' בזוזי גם מה שכתב ליישב מהחובל דהואיל דאין לה שום חיוב הוי כמו שהיה בלא כתיבה כבר השגתי עליו לקמן סימן פ"ו מגוף סוגית הש"ס]: אבל בלא"ה תמהני מאד על חכמי לב כמותם היאך נעלם מהם פי' דברי הראב"ד והלא דברי הראב"ד פשוטין ומבוארין וז"ל שם ודע והבן כי יש מן המורים שהורו שצריך לכתוב המוכר שטר חוב לחבירו בכו"מ בשטר המכירה זיל דון והנפק לנפשך ולא מצי לאישתעי דינא בהדי' בע"כ דלוה דאמר לי' לאו בעל דברים דידי את וכו' ועוד דאמרינן התם אי פיקח האיך מקרקש לי' בזוזי וכתב לי' שטרא על שמי' אלמא אי משעבד לי' משתעבד לי' ואי לא לא משתעבד לי' אבל אי כתב לי' בלשון הקנאה דזכה בי' ובכל שיעבודי' וכתב לי' זיל דון והנפק לנפשך בוודאי משתעי דינא בהדי' בע"כ דלא גרע מהרשאה עכ"ל והדבר מבואר דכוונת הראב"ד כך דעיקר הספק מה שיש לדון אם צריך הרשאה או לא תלוי אם נאמר דיכול הלוה לומר לאו בעל דברי' דידי את בוודאי צריך הרשאה ואז פשיטא דלעולם יכול למחול דאפילו בהרשאה לא נעשה בעל דברים דידי' רק שיוכל לתבעו ואפילו ב"ד אין יכולין לעשותו בעל דבר בע"כ אמנם אי נימא דאינו יכול לומר לאו בעל דברים את והיינו דכיון דמכר לו השט"ח נעשה הלוה בעל דברים דידי' בע"כ א"כ אין צריך הרשאה ממוכר דנעשה הלוה בעצמו בעל דברים דידי ואהא קשיא ליה לראב"ד דהא חזינן דאי פיקח הוא וכתב לי' שטרא בשמי' אלמא דאי משעבד ליה משתעבד ואינו יכול למחול א"כ תקשי מה צורך לזה הא בלא"ה משועבד

לו בע"כ שהרי מן הטעם הזה אין צריך זיל דון רק הלוה משועבד לו בע"כ ונעשה בעל דברים דידי' א"כ למה לי' שטרא בשמי' וע"כ דכל שהוא משעבד עצמו משועבד אבל בע"כ מחמת המכירה לא נשתעבד לכך צריך שטרא בשמי' אבל בלא"ה יכול למחול דלא נעשה בעל דבר דידי' בע"כ א"כ מהאי טעמא גופא צריך הרשאה מן המוכר דאל"כ יאמר לאו בעל דברים דידי את וממילא אם צריך הרשאה פשיטא דלעולם יכול למחול שהרי אילו בא רק מכח הרשאת המוכר ואין כח במוכר בהרשאתו לעשות את הלוה לבעל דבר ללוקח רק לתבעו במקום המוכר א"כ פשיטא דמהני מחילת המוכר וזה ברור וכן כתב הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם פ"ו מהלכות מכירה דלכך מוכר שטר חוב יכול למחול משום דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את והיינו הך דברי הראב"ד במשפטי הרשאות דזהו הטעם ודייק לה מדמהני שטרא בשמי' ש"מ דהטעם הוא משום דבלא"ה לאו בעל דברים דידי' הוא וזה ברור בכוונת הראב"ד ולפי זה מבואר מדברי הראב"ד להיפך דלא כהב"ח רק כיון דבאמת לאו בעל דברים דידי' הוא לא מהני שום דבר שלא יוכל למחול רק שטרא בשמו אבל אין ב"ד מכריחין לעשותו בעל דברים שלו בע"כ ואף דקיימא לן דאין צריך זיל דון היינו משום דסבירי לן דקני לך היא הוי כמו זיל דון אבל עכ"פ כיון דאינו בעל דבר שלו לעולם יכול למחול ודלא כהב"ח וזה ברור:

לח ופרע למוכר נפטר דין זה הוא במחלוקת בבעה"ת ונלפע"ד דהתוס' והרא"ש פליגי בזה דהתוס' פרק ב' דכתובות בד"ה כגון שחב הקשו דלהימני' במיגו דמחילה ותירצו שאין דעתו למחול וכו' וכבר כתבתי לעיל ס"ק ל"ו דהכוונה שמא החיוב היה בדבר שאינו חייב באופן דאינו גוזל לשני מדר"נ דאל"כ בלא"ה הוי גזלן ולפי זה מאי קשיא להו לתוס' מהך דמצא שובר דהתם שפיר גוזל ללוקח אפילו בטענת פרוע למ"ד דאם פרע למוכר לא נפטר מן הלוקח ואף דכבר כתבתי לעיל ס"ק ל"ו דהתוס' סבירי להו כמהרש"ל שם דכתובה לא נשתעבד מדר"נ אבל מצד מכר דאף דאינו משועבד מדר"נ מ"מ לא נפטר מן הלוקח להך דעה א"כ שפיר קשה וע"כ דסבירי להו דבאמת נפטר מן הלוקח ואי משום דנתבטל המכר והאשה חייבת להחזיר המעות והוי לי' דר"נ ועל זה נאמר דכתובה לא נשתעבד מדר"נ [אך לפי זה צריך לומר דמיירי בנשואה עכשיו גם מדברי התוס' פרק החובל משמע דכתובה משועבד מדר"נ כמו שהוכחתי לקמן סימן פ"ו לכן העיקר נראה דכוונת התוס' כיון דהוא יודע דהמכירה מכירה מעלי' הוא א"כ נפטר בפרעון למוכר כדעה קמייתא של המחבר] ולפי זה מבואר מדברי התוס' כדעה קמייתא אמנם הרא"ש דכתב בפרק הכותב דאשה שאמרה שנפרעה קודם המכר לא מהימנה במיגו דלאו כ"ע דינא גמירי מבואר דסובר דדוקא באמנה שייך אין דעתו למחול

כהנ"ל אבל בכתובה סובר דפרע למוכר לא נפטר מן הלוקח א"כ גם בטענת פרעון גוזל ללוקח ולא שייך אין דעתו למחול לכך שם באמנה תירץ כהתוס' אבל בכתובה הוצרך לומר משום דלאו כ"ע דיני גמירי ודו"ק ועיין בסמוך:

לט וי"א דהלוקח צרי' להחזיר ללוה שטרו. עש"ך שהעתיק לשון הטור דהלוה נותן לו דמי הנייר והש"ך תמה על זה דכיון דכופין להחזיר הנייר למה יתן דמי נייר ובאמת בלא"ה יש לתמוה דהא הרא"ש פרק הכותב בשם חכמי פריוונצא כתב בהדיא במוחל שט"ח דהלוה נוטל השטר מן הלוקח והמוכר מחזיר לו דמי נייר למאן דלא דאין גרמי וקשה הא לשיטת הטור הלוה צריך ליתן דמי נייר אפילו במסר ולא כתב והש"ך עצמו השיג על מפרשי הטור דבכתב ומסר אין צריך להחזיר הנייר ללוה מדברי הרא"ש הללו ומהתם גופא קשה על הטור גופא כנ"ל ונראה דסובר הטור דוקא בכתב ומסר דאז למאן דלא דאין גרמי פשיטא דנסתלק הלוקח מן המוכר לגמרי ממעות שנתן ואפילו למאן דדאין נתחייב לו חוב מחדש מכח מזיק אבל המעות שנתן מעיקרא אין לזה על זה כלום הילכך כל שמחל ופקע החוב צריך להחזיר השטר ללוה ומה לו אצל הלוה והלא השטר של לוה הוא משא"כ במסר ולא כתב דאין הקנין כלום והמעות הוי הלואה או פקדון כדלעיל בסמ"ע ס"ק ד' ובש"ך ס"ק ח' א"כ השטר הוי כמשכון כנגד שווי של השטר ואף דהרשב"א כתב דמכח זה אין צריך להחזיר השטר כלל בזה לא סבירא לי' לטור כוותי' דדוקא אצל המלוה גופא הוי משכון כנגד כל החוב שהרי יכול לתבעו בשטר זה כל החוב ולא ינצל ממנו משא"כ הלוקח אינו יכול לתבוע את הלוה בשטר זה ויכול לפרוע למלוה בשובר וכדומה א"כ אין המשכון על כל החוב אצלו רק הוא לקחו בחשבו שלא יחזור בו המוכר ולא יקבל מי שפרע או מחוסרי אמנה כדלעיל אבל לא חשבו למשכון על כל החוב כנ"ל רק בגדר שווי הנייר הוי משכון ממילא כיון שהמעות הלואה לכך צריך הלוה להחזיר לו דמיו של הנייר כמו המלוה על המשכון וחזר ומשכנו לאחר כמו שכתב זה הרשב"א פ"ק דגיטין וזהו בכתב ולא מסר אבל בכתב ומסר דקנה אותו קנין גמור ולא שייך משכון שהרי אין לו על הלוקח כלום הילכך כשמחל או פרע הלוה צריך להחזיר הנייר בלי דמים כלל רק המוחל משלם לו הכל ולמאן דלא דאין גרמי שווי הנייר: אמנם בגוף דברי הש"ך מה שכתב דהטור סובר ג"כ בכתב ומסר דצריך להחזיר הנייר לא נהירא כלל אף דמה שדקדק הב"י מדבריו לפי הנ"ל אינו דלכך כתב במסר ולא כתב דאז צריך הלוה לשלם דמי הנייר משא"כ בכתב ומסר כנ"ל] דמה שהקשה הש"ך דמה חילוק יש נהי דקנהו סוף סוף שטרא לבתר פרעון של לוה הוא נלפע"ד דלק"מ והוא דהא הטור סובר כרא"ש ותוס' בטעם מוכר שט"ח שיכול למחול כיון דמכירתו דרבנן

והטעם דלא נמכר מן התורה כתבו התוס' והרא"ש פרק הספינה ובשאר מקומות לפי שאין יכול להקדישו לפי שאין השיעבוד ברשותו ה"ה שאינו יכול למכרו ולפי זה דוקא אם מכר לו החוב והשטר לגבות בו מן הלוה בע"כ אז שייך לומר שהרי השיעבוד אינו ברשותו אבל לענין שיהא השטר בידו שיוכל לעכבו בידו עד שיפרענו הלוה וזה הזכות יש לו למלוה כל שהשטר בידו א"כ כיון שזה הזכות בידו הוא למה לא יוכל למכרו דבר תורה א"כ בזה הוי מכירתו דבר תורה ולפי זה דוקא לענין שאם מחל או פרע הלוה שלא יוכל הלוקח לגבות בשטרו מן הלוה שנית בזה מהני פרעון ומחילה דלגבות הוי כל המכירה דרבנן משא"כ לענין העכבה עד שישלם בזה אין כח למלוה למחול החוב עד שיצטרך הלוקח להחזיר שטרו דבזה הוי מכירה דאורייתא והא כבר מכר זכותו התלוי בשטר ללוקח דבר תורה ודוקא פרעון שאינו תלוי בשטר וכן מחילה שהרי יכול למחול ולפרוע בלי השטר בזה הוי מכירה דרבנן כנ"ל משא"כ בזכות התלוי בשטר וזה כבר מכר ומכירתו דאורייתא שזכות זה ברשותו הוא:

ונראה לי להביא ראיה מדברי התוס' פרק הכותב דבכתב ומסר אין צריך להחזיר גוף הנייר ללוה אפי' פרע למלוה כמו שאבאר והוא דנראה ברור דכל המחלוקת בבעה"ח הוא רק אם מכר השטר לאחר וכיון דבא לידו בתורת מכירה והמוכר מחל צריך להחזיר הנייר ללוה דשלו הוא משא"כ אם לא מכר השטר כלל רק שלוה מעות מאחר ונתן לו אותו השטר למשכון על חובו וכ"ש אם נטלם המלוה שני אח"כ שלא בשעת הלואתו למשכון על חובו בזה נראה פשוט דכ"ע מודים דאין צריך להחזירם וכן מוכח בש"ס פרק הכותב בעובדא דמלוגא דשטרי דקאמר אית לך סהדי דתבעיתינהו מחיים וכמו שכתבו הטור ומחבר לעיל סימן ס"ד מבואר דכל שתפסם למשכון מעיקרא יכולה לעכבם עד שישלמו לה ואם צריכה להחזירם בע"כ מה זו תפיסה הלוה משלם והיא צריכה להחזירם ע"כ ללוה ולא זכרו הפוסקים לעיל סימן ס"ד דאם פרע הלוה דאינו יכול לתופסם והיאך יעלה על הדעת לומר כן כיון דמתחלה בתורת משכון באו לידו על כל החוב היאך יוכל המלוה למחול ולכוף לזה להחזיר המשכון ואפילו תימא דנייר של לוה הוא מ"מ הוי ליה משכון גבי מלוה והרי הוא ממושכן ביד אחר וע"כ לא נחלקו על הרשב"א רק במכירה דזה לא הוי כמשכון שהרי במכר בא אצלו ולא הגיע לו מן הלוקח כלום משא"כ במשכון באמת וזה ברור לפע"ד. ולפי זה יש לתמוה על התוספות פרק הכותב דהקשו למה צריך עדים דתפסה מחיים הא בלא"ה לגבותם לא מהני בלי כתיבה א"כ למשכון נאמנת במיגו דלקוח ואפילו למ"ד צריך להביא ראיה היינו לגבות אבל להחזיק גוף הנייר נאמנת במה שבידה שקנתה אותם ולפי הנ"ל יש לתמוה דמאי

קושיא עכשיו דאומרת דהם משכון בידה אפילו אם יפרע הלוה ליורשין לא תצטרך להחזירם כיון שתפסה מחיים משא"כ אי תטעון לקוח כשיפרע הלוה תצטרך להחזיר השטרות ע"כ דמה בכך דקנתה אפי' יהא עדים דקנתה הדין כן כיון שנפרע ונמחל ואין כאן מיגו וע"כ צריך לומר דסבירי להו לתוספות בכתב ומסר כיון שקנתה הנייר אינה צריכה להחזירו ללוקח וכמו כן לפי דבריה שקנתה כיון שנאמנת להחזיק במה שבידה לא תצטרך להחזירו א"כ שפיר יש לה מיגו [ועוד אבאר בסמוך בלא"ה דמוכח מדברי התוספות כנ"ל] ומה שהקשה הש"ך דא"כ אפילו בלא כתב נמי הא ליתא דבלא כתב כיון שהקנה ג"כ לענין גבית החוב אין קנין לחצאין כמבואר בטור ריש סימן זה משא"כ בכתב ומסר דלא שייך אין קנין לחצאין דבאמת קנה הכל רק דמהני מחילה אבל לענין הזכות שיש לו בגוף הנייר לעכבו דלא מהני מחילה דבזה היה המכירה מן התורה ודו"ק כי זה ברור: והנה הש"ך לפי דעתו דהטור אינו מחלק בין כתב ומסר ללא כתב הקשה על הטור בא"ה דפסק שמין הנייר דהא צריכה להחזיר הנייר ללוה כשימחול והוא תמוה דהא סובר הטור דצריך לשלם דמי הנייר ואפילו אי נימא דהש"ך מקשה לשיטת הטור דמשכנו בשעת הלואתו אינה מקודשת א"כ נהי דצריך להחזיר דמי הנייר אינו רק משכון וראיתי בתומים לקמן ס"ק כ"ג דכתב לחלק בין משכון למשכון ע"ש ומסיק בצ"ע ולפעד"נ דלק"מ דוודאי מה שאמרו שם דלא סמכה דעתה אין הכוונה דימחול לבטל הקידושין דא"כ מאי פליג ר"ח לא שביק לדידי הגם דאי נימא דהיא מקודשת פשיטא דאפילו ימחול מקודשת רק דהכוונה דהואיל דיכול למחול אי נימא מקודשת תהא מקודשת שלא כדין דהיא לא גמרה ומקני' נפשה מחשש זה דימחול ללוה מאיזה טעם דהגיע לו הנאה ממנו ושביק לה לדידה וזהו במה שיש ללוה ריוח שיפטר מלשלם לא סמכה דעתה שמא ימחול אבל כנגד שיווי השטר דבזה לא ינצל הלוה שהרי אם תהא מקודשת פשיטא שיצטרך הלוה להחזיר דמי נייר לאשה א"כ למה ימחול זה ולא ימחול רק העולה יותר מדמי הנייר ולא דמי הנייר אם כן כיון שישאר עכ"פ שוה פרוטה מן החוב סמכה דעתו ואין זה משכון רק החוב בעצמו ישאר כי לאיזה צורך ימחול זה כיון שלא יהא ריווח ללוה דבלא"ה יצטרך להחזיר לאשה בעד הנייר סך הזה [ואולי יש לומר דהש"ך ג"כ דעתו בכוונת הטור דבכתב ומסר אין צריך לשלם דמיו וכמו שכתבתי ריש ס"ק זה ולכך לא הקשה עליו מחכמי פריוונצא כמו שהקשה אחר כך אלא דלפי זה קשה מה צורך להרב הש"ך לדחוק במה שכתב הטור במסר ולא כתב דהוא הוצרך לומר כן לענין תשלומין דמי הנייר] אמנם כל זה לפי הבנת הש"ך אבל לפי מה שכתבתי מקודם דבכתב ומסר אינה צריכה להחזיר הנייר בלא"ה לק"מ מאבן העזר הנ"ל דהתם מבואר

בכתב ומסר ומה שהביא הש"ך מדברי חכמי פריוונצא המעיין שם יראה שהרא"ש כתב שני תירוצים ובתירוץ ראשון מבואר דאין צריך להחזיר הנייר גם דברי החכמים הנ"ל תמוהין מאוד לפע"ד דאי הכוונה דצריך לשלם בעד דמי הנייר הואיל והלוה לקחו ממנו בע"כ על פי מחילתו א"כ קשה תינח למאן דדאין דיני דגרמי אבל התם למאן דלא דאין דיני דגרמי קיימינן אם כן מ"ש גוף הנייר מחוב הלא מה שצריך להחזיר גוף הנייר בהא גופא אינו רק גורם במחילתו ועדים שהוציאו ממון או חפץ שלא כדין אינן מחוייבין רק מדיני דגרמי ולא למאן דלא דאין גרמי ולמה יגרע זה שיתחייב לשלם דמי נייר שהרי אינו רק גורם שעל ידי מחילתו מתחייב להחזירו וזה ברור וע"כ כפירש"י שם ועוד אבאר בזה לקמן סי' צ"ג בס"ד:

על חו"מ סימן סז

להחזיר ללוה שטרו. עש"ך שהעתיק דברי הב"י בשם בעל התרומות דלסברא אחרונה אין כופין לפרוע בשובר והב"י חולק אפי' לסברא ראשונה דאין הלוה רוצה למיקם עמו בדינא ודיינא ושמא לא יזדמן לו ב"ד שיכפוהו והש"ך כתב דגם בעל התרומות דעתו כן ולא נהירא דהא בעה"ת דייק וכתב מאחר דידוע וישנו בעולם הרי דבא לומר דאפילו אין הלוקח כאן והלך למדה"י וכדומה מ"מ לא דמי לנאבד השטר דאינו בעולם אבל זה שישנו בעולם וידוע היכן הוא ולפי זה גם לסברא ראשונה משכחת דין זה כשאינו כאן וע"כ דדוקא לסברא אחרונה קאמר והנה יש להבין בתוספות פרק הכותב דהקשו להימנה מחיים תפסה במיגו דלקוח ויש להבין הא אם תטעון לקוח כיון שהלוה צריך לפרוע בע"כ כיון שכופין האשה להחזיר הנייר א"כ מה יש לה בתפיסה זו הא היורשין יכולין לכפות ללוה לפרוע להם ולאחר הפרעון יכופו לאשה להחזיר השטר וליכא למימר דשאני התם דהיה כתיבה ומסירה הא ליתא דהא לגבות לגבי לוה אינה נאמנת א"כ בהכרח יצטרך הלוה לשלם והיא תצטרך להחזיר השטרות דלאחר פרעון אפילו להחזיק לא יועיל לה דלא עדיפא מכתב ומסר לפנינו ואפילו אי נימא דסבירא להו לתוספות דלא כבעל התרומות בחילוק זה רק כמו שכתב הב"י דאפילו אם כופין האשה אין כופין את הלוה א"כ שפיר לא ירצה הלוה לשלם מ"מ יש לתמוה דע"כ לא כתב ב"י רק שהוא יכול לומר כיון דכופין הלוקח להחזיר השטר דון אתה עמו ותוציא ממנו ואח"כ אפרע וכמו כן אם אין כופין כיון דסוף סוף אין כופין יכול לומר לא אשלם בלי השטר ותתפשר אתה עמו אבל אם עכשיו אינו יכול לכופו רק אח"כ כשיפרע יוכל לכופו א"כ אז בפרעון זה מזיק לו הלוה דאם יפרענו יוכל לכוף הלוקח להחזיר לו שטרו

משא"כ עכשיו אז בוודאי צריך לשלם לו בשובר וכופין אותו שלא להפסיד למלוה בחנם ולפי זה התם דעכשיו קודם פרעון אינו יכול לכופה כלל שהרי היא אומרת שקנאתו בכתיבה ומסירה ונאמנת להחזיק בנייר אבל לאחר שיפרע הלוה אז יוכל לכופו כמו בעלמא בכתיבה ומסירה לאחר מחילה ופרעון א"כ למה לא יוכל לכוף ללוה לפרוע לו בשובר שהרי לגבות נאמנין הם נגד הלוה והשתא כיון שיכפוהו שוב אין נ"מ לאשה כלל בתפיסה זו דבהכרח תתחייב להחזיר ללוה בתר פרעון והלוה יהא מוכרח לפרוע ולפי זה אי נימא דבמשכון גם כן כך הדין פשיטא דקשה שם גופא מה יועיל מחיים תפיסה ואפילו אי נימא דבמשכון לא א"כ תקשי מאי מיגו יש דלקוח הא בלקוח לא יועיל תפיסתה וע"כ דהתוספות סבירי להו באמת כסברא אחרונה דבכתב ומסר אין כופין כמו שכתבתי בס"ק לפני זה ואז פשיטא דאין כופין הלוה ולא האשה ושפיר יש מיגו ומועיל תפיסתה ודו"ק:

מא אבל אמר לו בעל פה דין זה כתבו ה"ה ולדידי צ"ע דוודאי יש לתמוה אהא דאמרינן בש"ס טעמא דכתב ליה הכי אבל לא כתב ליה הכי לא וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך אין לצור ולצור וקשה הא מבואר בהגהת מיימונית פרק כ"ד מהלכות מכירה דאף דקיימא לן דלא כר"י דאמר הדמים מודיעין אלא כחכמים דאמרו אין הדמים ראיה היינו דוקא בצמד ובקר דאין לשון צמד כולל בשום אופן בקר ואי אפשר שנאמר מחמת הדמים לחדש קנין אחר מה שלא נכלל בדבריו כלל משא"כ בדבר שיש לדון בו שהוא כולל שניהם לכ"ע הדמים ראיה וכ"כ ר"ת ורשב"ם שם וראייתם מהך דפרק הפרה דקאמר וניחזי אי לרדי' זבין או למכירה והשתא הכא אם כתב לו קני לך שטר זה ולא כתב וכל שיעבודו מ"מ היאך יעלה על הדעת שלשון זה לא יכלול בשום אופן השיעבוד רק גוף הנייר בלבד ואדרבא פשיטא שיש במשמע בלשונו השטר כמו שהוא עם השיעבוד שבו וגדולה מזו דעת הר"י מיגאש שם דבצמד ובקר אם היו דבוקין זה בזה מכר שניהם ואף כאן השיעבוד דבוק בנייר שהאותיות הוא השיעבוד שבו א"כ עכ"פ פשיטא שאי אפשר לומר שלא יהא במשמע בשום אופן רק לצור שלא נביא ראיה מן הדמים דהשטר יכול להיות מאה מנה ולצור שוה פרוטה אחת. ועוד קשה אי ס"ד דבאמת אי אפשר לכוון בלשון זה רק לצור בלבד א"כ תקשי הא פסק הרמב"ם פרק כ"ז מהלכות מכירה וכל גדולי הפוסקים כלישנא בתרא דאם טעה בכדי שאין הדעת טועה מקח קיים ואינו מחזיר השאר דידע ומחיל אם כן הכא נמי למה פסקו הפוסקים כמו שפירש רשב"ם דהמקח בטל ומחזיר אונאה הא זה הטעות הוא בכדי שאין הדעת טועה א"כ המעות מחילה ואמת דמדברי בעה"ת יש ללמוד דסובר באמת כן והש"ך הקשה עליו לעיל ס"ק

ה' ולפי הנ"ל לק"מ אבל לא כן נראה מכל הפוסקים רק דבאמת המקח בטל וקשה כנ"ל. לכן נראה לפע"ד דהטעם הוא כך דדוקא בעלמא שקונה גוף הדבר מדאורייתא שפיר אמרינן דכל שיש במשמע גם הדבר שאנו מסתפקין בו הולכין אחר הדמים משא"כ הכא דמכירת שטרו' מדרבנן ומדאורייתא לא מהני אפילו כתב לו בפירוש רק חכמים תקנו דמהני א"כ כמו דתקנו דלא מהני חליפין במקום מסירה וכדומה מן הקנינים והיינו משום דאורייתא לא מהני אף שמקנה לו בקנין לא גמר והקנה בלבו באמת לחלוטין כיון דמדאורייתא לא מהני רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו כמו שכתב כל זה הרמב"ן בחידושיו ובבעל התרומות שער נ"א בשמו וכמו כן בכתיבה דחכמים תיקנו כתיבה דכל כמה דלא כתב בפי' השיעבוד אף שדעתו היה על השיעבוד לא גמר והקנה בלבו רק דבש"ס מקשה דאין לשון זה סובל רק שיעבוד והוי ככתוב בפי' ועל זה משני דהא ליתא דיש במשמע לשון זה לצור ואף דהדמים ראיה מ"מ הלא בקנין חליפין בוודאי היה כוונתו להקנות מ"מ כיון דמדאורייתא לא מהני לא גמר והקנה ואף זהו כמוהו דלא גמר והקנה רק אם כתבו בפירוש שלא יהא במשמע רק שיעבוד ולפי זה היינו דוקא לענין שיהא הקנין נתפס באמת שלא יוכל לחזור אבל לענין תפיסה דבעלמא נמי אפילו הקנה דבר שלא בא לעולם דלא מהני שום קנין מדאוריתא מ"מ בתפס מהני א"כ הכא נמי בתפס אין צורך לזה כלל רק כל שאמר לו שיקנה השטר סגי דהדמים מודיעין דה"ה כוונתו על השיעבוד ולא על הנייר בלבד מן הטעם הנ"ל ודו"ק וצ"ע בזה:

מב בעל פה. עש"ך ס"ק ד' דאם אמר לו כן אפילו לא מסר לו השטר כמו בפירות דקל וכתב שכן כתב ה"ה להדיא ואני תמה דמאי ענין זה לפירות דקל דהתם גוף הקנין הוי קנין גמור רק שאין הקנין נתפס בדבר שלא בא לעולם אז אמרינן דבתפס מהני אבל אם לא כתב ולא מסר רק אמר אין כאן קנין כלל והיאך יועיל תפיסה במאי קנה ושם בפירות דקל פשיטא דבאמירה בלבד לא מיקני שיוכל לתפוס רק בקנין חליפין וכדומה ונראה שהוציא כן מדברי ה"ה שכתב ודוקא שכתב לו או אמר קני לך וכו' והשתא ע"כ דמיירי בלי מסירה דאי במסירה מאי קאמר כתב הרי יש כתיבה ומסירה וע"כ דמיירי בלי מסירה ומ"מ אמר מהני אבל הא ליתא דכך כוונתו ודוקא שכתב לו ולא מסר או אמר ומסר ובכתיבה בלי מסירה שפיר מהני דבאמת כתבו התוספות והקשו דלמה לא יועיל בלי מסירה דקרקע נקנית בכסף ושטר ותירצו דהוי דבר שלב"ל ואינו ברשותו ולפי זה שטר בלבד מהני דשיעבוד נקנה בו רק דשלב"ל ובזה מהני תפיסה אבל אמר בלי מסירה היאך יקנה ואולי הש"ך מיירי דבאמת היה קנין כסף דקרקע נקנית בכסף

או חליפין רק כתיבה ומסירה לא היה רק אמירה קני לך ובזה מהני דאף דלא מהני קנין זה דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו מ"מ תפס מהני כנ"ל:

מג אין המוכר יכול להוציא. עש"ך שהאריך לתמוה על הת"ה ובתומים כתב ליישב דגבי לוקח בלא"ה אין מוציאין דיכול לומר אותיות נקנית במסירה כרשב"ם ואין זה נכון דהרא"ש כתב זה על דברי ר"ת ור"ת סובר בהדיא אין אותיות נקנות במסירה וכ"כ בעה"ת בשם ר"ת וכתב בהדיא על הלוקח ועלה קאי חילוק הרא"ש גם לא מצאנו שום פוסק ראשון או אחרון שיסבור כן זולתי רשב"ם וכבר כתב הטור הלכתא אין אותיות ניקנות רק בכו"מ גם הרב בעל ת"ה פשיטא דלא נתכוון לזה שהרי הביא דברי הרא"ש הללו וכתב שלא חילק רק גבי לוה ולפי דבריו היה לו לומר בפשיטות דמלוקח אינו יכול להוציא משום דיכול לומר קים לי גם לפי זה מאי ראי מייתי הת"ה לעובדא דידיה במי שנתן סימן לחבירו לקבל מעות מא"י דמה ענין זה לזה התם לא היה הדין באותיות וליכא לקיים לכן ברור דכוונת הת"ה דוודאי הלוה יכול להוציא מן הלוקח דמאחר שכבר שילם הוא למלוה לא שייך מחילה ללוקח דמאיזה צד יזכה הלוקח מן המוכר הלא לא של מוכר הוא שהרי המוכר נפרע מעותיו מן הלוה והלוה בוודאי לא מחל לו רק אם לא שילם הלוה למוכר שנית כגון שאין לו וכדומה ואינו יכול לחזור על הלוקח דמה ענין המוכר עם הלוקח ומשום שדר"נ לא שייך רק כשכבר שילם הלוה שנית נתחייב לו הלוקח אבל כל כמה דלא שילם ואין כאן חייוב ללוקח וחייובו של לוקח הוא מחמת תשלומי הלוה וזה תלוי בזה ואין כאן שדר"נ כנ"ל אבל מ"מ לדינא אין דבריו נכונים כלל ומהרא"ש לא מוכח מידי כמו שכתב הש"ך: (מד) כופין למלוה יש להסתפק בכפיה זו אם הכוונה להראות השטר לראיה כמבואר בלשון המחבר אבל אם הלוה אינו רוצה לשלם כלל מבלי שיחזיר לו קודם השטר ואפילו רוצה זה ליתן לו שובר בעדים שאותו השטר שניתן לו במעמד שלשתן כבר נפרע הוא מן הלוה יכול הלוה לעכב או דיכול לכוף ללוה לשלם לו קודם ואח"כ יוציא השטר בע"כ מיד המלוה ויחזירנו לו. והנה לא מבעי לדעת בעה"ח שהביא ב"י לעיל סימן ו' דמחלק בין סברא ראשונה לאחרונה דלמ"ד דאינו יכול לכוף הלוקח להחזיר השטר אינו יכול לכוף ללוה לפרוע בשובר אבל למ"ד דיכול לכוף הלוקח להחזיר הנייר יכול לכוף ללוה שיפרע לו קודם ואח"כ יכוף הלוקח א"כ ה"ה הכא כיון שיוכל לכוף את המלוה אח"כ להחזיר הנייר א"כ יכול לכוף הלוה לפרוע לו בלי השטר רק אם מכחיש יצטרך המלוה להראותו לזכותו אף שאינו רוצה להחזירו עכשיו כיון דלאחר פרעון יהא מוכרח להחזירו אלא אפילו להב"י שהשיג על בעה"ת דאפי' למ"ד דיכול לכוף הלוקח מ"מ אינו יכול לכוף ללוה דיכול לומר אינו רוצה

למיקם עמו בדינא ודיינא ושמא לא יזדמן לי ב"ד א"כ לכאורה היה נראה דה"ה הכא אינו יכול לכופו אבל קשה כיון דהלוה כופר ואינו רוצה לפרוע א"כ בוודאי לא יפרע עד שיחזיר והוא אינו יכול לכוף למלוה לכן נראה ברור דע"כ לא כתבו הב"י ובעה"ת רק במקום דבין כך ובין כך או דיכול לכופו או אינו יכול הילכך אם לעולם אינו יכול לכוף ללוקח יכול הלוה לעכב ואם לעולם יכול לומר כפוהו עכשיו להחזיר השטר ואז אשלם משא"כ הכא דקודם פרעון אינו יכול לכופו להחזיר השטר לכ"ע שהרי לא הקנהו לו גוף השטר כלל ולאחר פרעון יכול לכופו להחזיר לו השטר אז בוודאי יכול לכוף ללוה לכ"ע שיפרע לו ואח"כ יוכל לכוף את המלוה כיון דהלוה חייב לו באמת דזה נקנה במעמד שלשתן ומה יוכל לעשות עכשיו כיון שאינו יכול לכוף הלוה בדין וכן העליתי לעיל ס"ק מ' באריכות ע"ש:

מה המחאה זו כמו מסירה. עש"ך שתמה על זה דמעמד שלשתן וחליפין שווין ולמה בחליפין הכריע דלא מהני במקום מסירה כדעת רמב"ן וכאן כתב בפשיטות להיפך ונראה דכוונת הטור ומחבר כך דוודאי עיקר טעמו של הרמב"ן החולק על הראב"ד בשער נ"א משום כיון דמכירת שטרות דרבנן הם אמרו שלא גמר והקנה רק כשהוציא ראיותיו מתחת ידו לכך לא מהני רק מסירה ולזה סבירי להו דדוקא חליפין כיון ששהשטר בידו לא גמר והקנה אבל כשהשטר ביד אחר והוא זיכה אותו לזה א"כ הרי הוציאם מתחת ידו ואותו הנפקד, תפסם בשביל הזוכה א"כ אז גמר והקנה גם מדברי הרמב"ן גופא נראה שם שלא העלה בצ"ע במע"ש כזה רק לפי שלא מצא לראשונים ז"ל רק כו"מ אבל לא מטעם שלא גמר והקנה ועל זה מסיק בצ"ע אבל מעיקרא בחליפין הסכימו לו מטעם הנ"ל ומה שכתב הרמב"ן מעיקרא בפשיטות דה"ה מע"ש לא קני בהו היינו שהקנה לו החוב במעמד שלשתן לא קנה השטר רק במסירה אבל אח"כ שהתחיל לומר מדין מע"ש בנפקד בגוף השטר לא כתב רק משום שלא נמצא רק כו"מ ובזה סבירי להו כהראב"ד רק בחליפין טעמם לפי שלא הוציא ראיותיו ובזה סוברים כרמב"ן כנ"ל ומה שכתב הש"ך דהריטב"א פרק איש מקדש סובר כרמב"ן הוא תמוה דפשיטא דלא מוכח מידי דמיירי בלי כתיבה וכל ראיית הש"ך הם כנגדו דמה שדקדקו במה שחילק בין דבר שגופו ממון לשטר מהא גופא מוכח כנ"ל ועל זה מחלק דדוקא דבר שהוא בעצמו ממון וישנו ביד אחר יכול להקנותו למי שירצה במעמד שלשתן אבל שטר אין גופו ממון רק השיעבוד והשיעבוד אינו מופקד ביד האחר שהרי להקנותו אינו יכול רק בכתיבה והיאך נאמר שהפקיד הנייר הפקיד השיעבוד וא"כ מאי מהני מעמד ג' וכמו כן מה שכתב דמה מהני קבלתו של זה כוונתו כנ"ל דמה בכך שזה קיבל הלא אין בידו רק הנייר ולא השיעבוד

ולא עדיף מאילו מסרו ליד הזוכה בעצמו ואדרבא לשיטת הש"ך מה זה שתמה הריטב"א מה מהני קבלתו של זה הא טובא מהני דגוף הניר מזכה לו דעל השיעבוד יש כתיבה וברור דמיירי בלי כתיבה:

מו אבל אם מכרו לשני עדים עש"ך שהשיג על דין זה ועיקר השגתו כאן כיון דדיעבד המקח קיים אפילו בשנים למה יהיו נוגעין ונראה דטעמם דוודאי אם אין הלוה מערער ואומר מזויף אין לחוש כיון דדיעבד מהני אבל כאן סברת בעה"ת כיון דחזינן דעברו על דברי חכמים וקנו שניהם והלוה מערער באמת שהוא מזויף יש קצת רגלים לדבר ואין סומכין על עדותם וזה שדקדקו הטור והמחבר ואם אין הלוה מודה והיינו כמו שכתבתי ובש"ס לא מיירי כלל מערעור דהלוה מכחישם [ומהאי טעמא נראה דאם מודה גובה מן הלוקוחות אפי' להמחבר ולא חיישינן לזייוף] ומ"מ נראה פשוט דאם אומר פרוע אינו נאמן במיגו דמזויף וגדולה מזו דעת הרא"ש דמיגו במקום עדים פסולין לא אמרינן כ"ש כאן דהוא להכחיש עדים כשרים כ"ע מודים ונראה עוד דאפילו הש"ך דחולק היינו דוקא אם מכחיש אותם אבל אם אומר שאינו חתימתם והם מעידין על חתימתם בהא וודאי אינן נאמנין שהרי מעידין עכשיו לטובתם ואולי אינן חתימתם ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ל"ז בזה ושם העלתי בלא"ה דדברי הטור ובעה"ח צ"ע בזה:

מו המוכר עש"ך בשם המבי"ט דהלוה יכול לעכב שלא ימכרנו לאחר בפחות דהוא יתן אותו הממון והביא ראיה מדברי הטור והמחבר ריש סימן שי"ו והש"ך השיגו מתרי טעמא חדא דהתם הבית שלו ועוד שיכול לומר לזה השכירו ולא לאחר. ובשני הפנים הללו לא ראיתי פנים מסבירות דטענה ראשונה אינו כלום דהכא נמי הנייר של לוה הוא דהוא נותן פשיטי דספרי רק כל כמה דלא נפרע הוא משכון ביד המלוה או לראיה א"כ למה לא יוכל לומר אני קודם לאחר וטענה השניה תמוה מאוד דהא התם מבואר להדיא דהמשכיר בית לחבירו ורצה להשכירו לאחר אם מנין בני הבית שווים אינו יכול לעכב ולומר לזה השכרתי ועלה קאמר התם דאם משכיר לאחר יכול המשכיר הראשון לומר אנא אפטרך מדמי השכירות ומבואר הטעם משום דאומר למה תטרח להשכיר לאחר אני פוטרך ומבואר דלא כטעמו של הש"ך. אמנם דברי המבי"ט לא נהירין מטעם אחר דע"כ לא אמרו בסימן שי"ו רק כשמשכיר לאחר באותו הסך שהשכיר לו משא"כ אם משכיר לאחר בפחות פשיטא דאין המשכיר הראשון יכול לומר אני פוטרך מסך הזה ואדור אני בו והיתרון תשלם לו דיכול לומר לחבירו אני רוצה ליתן ולך לא וה"ה כאן דמוכר שט"ח בפחות יכול לומר לזה אני רוצה ליתן ולמכור בפחות ולך איני רוצה לוותר וזה ברור:

מח חזר ומחלו עש"ך בשם מהראנ"ח דאם מסרו למי שאותו חייב ללוה אינו יכול למחול דהוי כמו שנפרע כבר כיון שחייב לו והביא ראיה מסוגית הש"ס כתובות דף ק"י והש"ך השיגו דמהתם מוכח להיפך דקיימא לן זה גובה וזה גובה ובאמת אפילו לר"ש הדין כן דלא קאמר הפוכי מטרתא רק לפי דלדידי' אין נ"מ אבל היכי דיש נפקותא מודה דלא נידון כפרוע והנה הרב בעל מחנה אפרים בתשובותיו בהלכות גביית חוב כתב דדברי מהרנא"ח נכונים שלא אמרו זה גובה וזה גובה רק כשיש נפקותא דעידית ובינונית וזיבוריות אבל בלא"ה לכ"ע זה עומד בשלו וזע"ב וכן אמרו באמת בש"ס שם דכ"ע עידית ועידית בינונית ובינונית זיבוריות וזיבוריות כל אחד עומד בשלו אבל באמת הא ליתא ודברי הרב הנ"ל תמוהין דהא בהדיא מבואר לקמן סוף סי' פ"ה דאפי' בענין שחתכנו הדין שכל אחד עומד בשלו אם מכר אחד השט"ח שלו הלוקח גובה מן הלוה ע"ש. והוא מדברי בעה"ת בשם הרמב"ן ומפרש התם הרמב"ן הטעם דאף שכל אחד עומד בשלו אין השטרות כפרועין רק למה יגבו כיון שאין נפקותא אבל כל שנזדמן נפקותא אח"כ חזר הדין כמו אינן פרועין כלל וזה גובה וזה גובה א"כ ה"ה לענין מחילה וזה ברור. ועוד תמיה גדולה על הרב מהראנ"ח ומחנה אפרים הנ"ל דהא בהדיא מבואר בירושלמי פרק שני דייני גזירות שם דמפרש התם פלוגתייהו דר"נ ור"ש לא בענין הנכסים כי סובר לכ"ע בשלו הן שמין או דבא לומר נפקותא אפי' היכי דליכא נפקותא דנכסים ועמ"ש לקמן סי' פ"ה באור דברי הירושלמי הזה] רק שטר של זה מנה ושל זה מאתים ומחל בעל המאתים לבעל המנה דלר"נ אותו שמחל אינו גובה כלום וזה שלא מחל גובה ולר"ש דהפוכי מטרתא למה לי א"כ מנה בלא"ה נפרע ונמחל ולא היה חייוב רק מנה ובזה מחל ואין שום אחד מהן גובה מבואר להדיא דאף דליכא נפקותא דנכסים לא נידון כפרוע וגובה בעל המנה מנה שלו ואפי' ר"ש לא פליג רק לפי' הירושלמי דסובר דלר"ש נידון כשובר כמו שכתבתי לקמן סימן פ"ה אבל לדידן דלר"ש ג"כ לא נידון כשובר מודה בזה א"כ מבואר עכ"פ להדיא דלא כמהראנ"ח וזה ברור ומ"ש הסמ"ע והש"ך בשם מהרי"ק עמ"ש לקמן סימן פ"ו דדברי מהרי"ק תמוהין שם:

(מט מיהו אין אין הלוקח מחוייב להחזיר ללוה שטרו עש"ך מה שדחה ראיית הרשב"א מפרק האיש מקדש ובתומים תמה דהרשב"א בקידושין הקשה דמאי פריך דר"מ אדר"מ לוקמא במסר ולא כתב ותירץ דבא לאוקמא לכלהו פרוקא ולפי זה שפיר קשה גם דרבנן אדרבנן וליתא דאדרבא גם קושיא זו מסייע ליה להש"ך דהמעיין ברשב"א שם יראה דקושיתו היא דהך ברייתא דר' אלעזר מיירי בכתב ולא מסר ובריייתא דלעיל פליגי בדשמואל או בסמכה דעתו ולפי זה לשיטת הש"ך לק"מ דליכא לאוקמא בהכי דא"כ

תקשי שמין את הנייר הא יכול למחול לרבנן ותצטרך להחזיר הנייר והרשב"א הקשה זה לשיטתו דאינה צריכה להחזיר במחילה כמו שכתב קודם אבל לשיטת הש"ך לק"מ ואין צורך לתירוץ הרשב"א הזה כלל דכיון דסוף סוף לא קשיא לתרווייהו רק או אדר"מ או אדרבנן א"כ נקט ר"מ דהוא קודם בברייתא ומה שכתב' דמ"מ יש להקשות על דרך זה דלעיל פליגי בכתב ומסר ולא כתב קני לך וכאן פליגי במסר ולא כתב ולכ"ע סמכה דעתו והוא תמוה דהא שם יש שלש מחלוקת ר"מ ור"א וחכמים ולא ימלט רק לומר דבמה דפליגי ר"מ ור"א מספקא להו לרבנן דליכא למימר דרבנן באו לחדש דדעתה אנייר ור"מ ור"א לא סבירי להו הך דא"כ תקשי השתא דמשני דפליגי בשטר אירוסין בלא עדים למה ליה למימר דרבנן ספיקא מספקא להו אי עידי חתימה כרתי או עדי מסירה לימא דפשיטא להו בהא כר"מ רק ר"מ סובר דלא אמרינן דעתה אנייר ורבנן פליגי דאמרינן וע"כ דבהא לית פלוגתא דלכ"ע שמין הנייר וכ"כ הרשב"א גופא שם בהדיא ודייק כן מדקאמר דרבנן מספקא להו ומהאי טעמא כשהקשה הרשב"ם קושיא זו הקשה ג"כ דרבנן מספקא להו דאם אין בנייר שוה פרוטה הוי ספק מקודשת ומעתה אין כאן מקום להקשות רק לשני אוקימתות האחרונות דפליגי בדשמואל וסמכה דעתו דאילו לשני אוקימתות הראשונות דפליגי בדרבי א"כ מבואר דלרבנן אינה מקודשת כלל אפילו בספק דמהאי טעמא מחק רש"י ורשב"א הגירסא בברייתא ואם לאו אינה מקודשת דהוי ספק מקודשת ע"ש והיאך מספקא להו לרבנן באידך ברייתי' אי מיירי ג"כ במסר ולא כתב כקושית הרשב"א וכמו כן להך אוקימתא דפליגי בדר"פ וכ"ע לית להו דרבי ומיירי בכתב ומסר רק לא קני לך ומ"מ סבירי להו לרבנן דוודאי אינה מקודשת ולא ספק ולמה נסתפקו באידך ברייתא בלי כתב כלל ופסקו דהוי ספק קידושין אפילו אין הנייר שוה פרוטה וכפי הנראה דהתומים לא דק כל זה כלל ומן הטעם הזה הקשה הרשב"א קושיתו לשני אוקימתות האחרונות דלא סמכה דעתו ולפי זה לדעת הש"ך אין כאן קושיא:

אך אמנם אי קשיא הא קשיא וגם על הרשב"א גופא יש מקום להקשות כן דהא התוספות דייק שם מדקאמר דכ"ע לית להו דרבי ולא קאמר דאית להו דרבי ובדר"פ קא מיפלגי דכמו דלרבנן צריך למיכתב קני לך איהו כמו כן לרבי צריך לומר קני לך איהו וכל שיעבודיה ומדלא קאמר כן ש"מ דאין הלכה כרבי לכך לא קאמר דכ"ע אית להו דרבי וכ"כ התוספות פרק הספינה ולפי זה יש להקשות כך דמאי פריך דר"מ אדר"מ הא יש לומר דברייתא קמייתא במסר ולא כתב רק אמר קני לך איהו וכל שעבודיה ופליגי בדרבי ור"מ אית ליה דר"פ ובעינן שיאמר עכ"פ קני ולרבנן מ"מ לא מהני דלית להו דרבי רק בעינן כתיבה ולקמן מיירי בכתב ומסר רק לא כתב וכל שיעבודיה וגם לא אמר לכך לר"ח

אינה מקודשת כיון דאית ליה דר"פ בעינן שיאמר עכ"פ קני לך איהו וכל שיעבודיה ור' אלעזר לית ליה דר"פ לכך מקודשת ורבן ספוקי מספקא להו בדר"פ לכך שמין הנייר ואם יש בו שוה פרוט' מקודשת לגמרי ואם לאו הוי ספק מקודשת בדר"פ ולא קשיא לא דר"מ אדר"מ ולא רבנן אדרבנן וכ"ע סבירא להו סמכה דעתה דלא שביק ומחיל ומקודשת מכח הנייר וע"כ כתירוץ הרשב"א דמקשה לכל אוקימתות דלעיל א"כ גם דרבנן אדרבנן קשיא וע"כ דבמחילה אינה צריכה להחזיר גוף הנייר וראיית הרשב"א מוכרח ובאמת יש לתמוה על הרשב"א שלא הקשה כך ואולי סובר הוא דלא כהתוספות בזה רק לרבי אינו צריך אמירה לכ"ע וכן נראה מדברי רשב"ם פרק הספינה כמו שכתב במשנה למלך פ"ו מהלכות מכירה לדעת רשב"ם ע"ש] ובזה יובנו דברי התוספות פרק האיש מקדש דכתבו שם בד"ה אילימא וא"ת ומאי קושיא לישני דלעיל מיירי באמר ליה קני לך שטר וכל שיעבודי' והכא מיירי דלא אמר ליה ויש לומר שהיה תופס לדוחק וכו' עכ"ל והדבר תמוה מה זה שהקשו מאמירה ובכל הסוגיא לא נזכר מאמירה רק בכתב ומסר ולא כתב קני לך ופליגי בדר"פ גם קשה מה צורך לזה הא לב' אוקימתות אחרונות פשיטא דאתי שפיר בפשיטות דלעיל פליגי בדשמואל ואדרבא להך קושיא פשיטא דיש ליישב בפשיטות דא"כ ר"א דקאמר בברייתא האחרונה מקודשת הוא דלא כמאן דהא לרבי ג"כ צריך שיאמר וברור דכוונת התוספות כך דוודאי סבירי להו כהרשב"א הנ"ל דלרבנן לא ימלט רק דמספקא להו במאי פליגי ר"מ ור"א כמו שהוכחתי מקודם ולפי זה להנך ב' אוקימתות קמייתא לא מצי התוספות לאקשויי דאם כן תקשי למה בברייתא קמייתא ברירא להו לרבנן דאינה מקודשת וכאן מספקא להו וכ"כ לב' אוקימתות אחרונות לק"מ דא"כ תקשי שמין את הנייר לרבנן הא לא סמכה דעתה דימחול ותצטרך להחזיר הנייר לכך הקשו תוספות אוקימתא מחדש דלעיל פליגי בדרבי ור"מ אית לי' דרבי ואית ליה דר"פ ג"כ ורבנן לית להו דרבי ובדר"פ מספקא להו ור"א אית ליה דרבי ולית ליה דר"פ נמצא ר"מ ור"א אית להו דרבי ופליגי בדר"פ ורבנן פליגי עלייהו ולית להו דרבי ובדר"פ מספקא להו וזה שכתבו דברייתא דלעיל באמר והך ברייתא דלא אמר לכך לא מהני אפילו לר"מ וזה ברור בכוונת התוספות ולפי זה מבואר מדברי התוספות כדעת הש"ך דבמוחל צריך להחזיר גוף הנייר דאל"כ אכתי קשה בפשיטות לשני אוקימתות ואין צריך להרכיב שני אוקימתות ביחד דפליגי בדרבי ובדר"פ וע"כ משום דתקשי שמין הנייר וגם זה ברור. ומה שהקשה בתומים על תירוץ הש"ך דמ"מ כיון דבכתב ומסר צריכה להחזיר הנייר במחילה כ"ש במסר ולא כתב כשיפרע הלוה פשיטא דיצטרך להחזיר הנייר א"כ עדיין יריאה דהא הלוה יהא מוכרח לפרוע לבעלה כיון שלא קנתה השיעבוד

ותצטרך להחזיר הנייר ובאמת הש"ך גופא כתב כן בסוף דבריו דה"ה מסר ולא כתב ופרע דמחוייב להחזיר הנייר אבל כוונת הש"ך פשוט דהא שם קאמר לר"מ לא שביק לדידי ומחיל לאחריני וקשה תינח מחילה שמא יפרע לו הלוה ויצטרך בהכרח להחזיר הנייר להך דעה וע"כ דלפי הסברא דסמכה דעתה לפרעון ג"כ לא תחוש דהלוה לא ירצה לפרוע בלי השטר ואין כופין את הלוה לפרוע בשובר כמו שכתב בעה"ת וב"י ועש"ך לעיל סוף ס"ק ס' דלכ"ע אין כופין אם כן הכא נמי סמכה דעתה דהלוה מסתמא לא יפרע בלי השטר א"כ כשירצה הבעל ליקח השטר ממנה בע"כ יצטרך לשלם לה דמי נייר דאפילו להש"ך החולק על הטור דהלוה אין צריך לשלם דמי נייר אבל במתנה בוודאי אם הנותן רוצה לכופו להחזיר הנייר כיון דבמתנה יש קנין לחצאין וקנתה הנייר צריך לשלם הנותן דמי נייר ובלא זה אינו יכול לכוף למקבל וכ"ש הכא דהיא סמכה דעתה דוודאי הבעל בעצמו לא יכוף אותה להוציא ממנה בע"כ הנייר שנתן לה בתורת קידושין וזה ברור ואפי' לפי מה שכתבתי לעיל דבמקום דעכשיו אינו יכול לכופו ובתר תשלומין יכול כופין הלוה לשלם בשובר היינו דוקא אם אח"כ יזכה בדין לכופה אבל כאן מן הדין הנותן צריך לשלם לו דמי נייר שקנה עכ"פ א"כ פשיטא דהלוה יכול לומר שלם לי דמי נייר והוציא ממנו ואשלם לך וה"ה באשה פשיטא שאינו יכול לכוף ללוה כדי שירויח הוא דמי נייר מצד שהלוה יכוף אותה אח"כ ואשה בושה לתבוע מבעלה דבשביל זה אינו יכול לכוף ללוה כיון דמן הדין חייב וזה ברור רק למחילה יש לחוש דאם ימחול ממילא יכוף הלוה אותה להחזיר הנייר והיא בושה לתבוע דמי נייר מבעלה והנה הפוסקים הביאו ראיה מפירש"י פרק הכותב שפירש מגבי בי' דמי ניירא כלומר אומר לו נייר מכרתי לך והרי ישנו בידך והבינו הם דקשיא ליה מאי ישלם הא אין צריך להחזיר הנייר לכך פי' מה שפירש ועש"ך מה שדחק לדחות ראיה זו וכמעט אי אפשר להלום דבריו ובאמת בלא"ה אין כאן ראיה דלא זו הקושיא קשיא לי' לרש"י רק הא קשיא ליה מה בכך דהפסיד הנייר למאן דלא דאין גרמי אף מזה פטור דעדיין אינו רק גרמי דמכח מחילתו של זה פקע השיעבוד ומחוייב להחזיר הנייר אבל לא הפסיד הנייר בידים וחייוב חזרת הנייר נולד מהפקעת השיעבוד ובהפקעת השיעבוד אינו רק גרמי כ"ש בנייר הנולד מזה ובאמת יש לתמוה על חכמי פריוויינצא שהביא הרא"ש דפירשו דמי נייר דמחוייב להחזיר הנייר והוא תמוה דפשיטא דאינו רק גורם לזה פי' רש"י דזהו עיקרו בשורף דאז עושה היזק בידים בנייר אבל במוחל פטור רק לשון זה הוא שאומר לו הרי נייר מכרתי לך והרי ישנו בידך ולא הפסדתיך בידים בשום דבר ואי דממילא פקע הנייר והשיעבוד אינו רק גרמי ופטור וזה ברור ולפי זה שפיר יכול להיות דעת

רש"י דצריך להחזיר הנייר: (נ) התנה עמו עש"ך ס"ק ע"ח מה שהשיג על הב"ח ובאמת בלא"ה פשיטא דאין מקום לחלק בין תנאי לתנאי דא"כ תקשי בהך ברייתא דמצא שובר דדייק ש"מ דאיתא לדשמואל וקשה אכתי ניחוש דהיה בתנאי באופן דלא מהני מחילה אבל שובר הקודם למכירה בוודאי יועיל לעולם והיאך מחזירין אלא ברור דלעולם לא מהני תנאי ודלא כהב"ח. אך אמנם אם נשבעה או נדרה שלא תמחול יש לדון אי נימא כיון דהוא בכלל איסור דעברה בשבועה לא מהני מחילתה או לא. והנה התוס' פרק החובל כתבו בעדים זוממין דשום אדם לא יקנה מחשש מחילה ותירצו בנדר ושבועה ובאמת אין ראיה דמ"מ לא תמחול ותמצא קונים שלא יחושו שתעבור על השבועה. וכן נראה דוודאי מהני כיון דהוא נגד אחר לא משגחינן באיסור שלה ואין להקשות אכתי היאך דייק שם ש"מ איתא לדשמואל ניחוש שמא מכרה בנדר ושבועה ועכ"פ מיגו ליכא דלא תרצה למחול לעבור בשבועה אף דעכשיו טוענת שקר מ"מ לישבע לשקר אינה רוצה וצריך לומר דכיון דהלוקח יחוש כ"כ לנדר ושבועה א"כ ממילא ישביענה על כל חשש שבעולם שתוכל להפסידו בזה ואפי' בטענת פרעון וכיון שטוענת פרעון ממילא יש לה מיגו דמחילה וכ"ש למ"ד דפרוע גופא מחילה הוא ועדיין צ"ע וע' לעיל סימן מ"ז ולעיל סימן זה מ"ש בזה: (נא) ויש מי שחולק הוא דעת התוספות שהקשו בשומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי דלמחול לנפשי' ותירצו חדא דשאני התם דאין יורש רק מכחה ועוד תירצו דאתיא כר"מ דדאין גרמי. והנה לשני התירוצים בעלמא יכול למחול רק דתירוץ ראשון יכול להיות דבעלמא יכול ואפילו גרמי ליכא דלא כיוון להזיק ולתירוץ שני חייב לעולם מדיני דגרמי והנה הסמ"ע דעתו דהך דעה שניה הוא דעת התוספות בתירוץ שני דחייב מדיני דגרמי ולא מהני מה שלא כיוון להזיק לפטרו ואני תמה הא בהדיא אמרינן בסנהדרין פאד"מ במעשה דפרה של בית מנחם דקאמר וכיון דאילו הואי הוי הדר השתא נמי לאו כלום עביד והשתא הכא נמי בשומרת יבם הא יש הרבה נכסים כדי שיווי הכתובה רק החשש הוא שישתדפו הנכסים באופן שלא ישאר לה קיום לכתובתה א"כ השתא דכל הנכסים בתוקפן במחילה זו אינו רק גרמי דאילו הואי הוי הדר ולאו כלום עביד ובאמת על התוספות לא קשיא דאזלי לשיטתם בסנהדרין וב"ק שכתבו להדיא דהך סוגיא רבנן הוא ולא ר"מ דלר"מ לעולם חייב כמו מראה דינר לשלחני אבל לפי מה דקיימא לן לעיל סימן כ"ה כדעת הרי"ף ורמב"ם דאפי' לר"מ פטור כהאי גוונא א"כ ליתא להך תירוץ התוס' ולפי זה ממילא אין כוונת המחבר להך תירוץ רק לתירוץ ראשון דשאני התם דאין יורש רק מכחה א"כ בעלמא יכול למחול ואפילו גרמי ליכא ודלא כהסמ"ע. ואמת דיש לומר דגם בתירוץ ראשון סבירי להו לתוס'

דהוי גרמי וחייב רק דניחא להו לתרץ דלא תקשי דקאמר זו אינה משנה דנימא ר"מ ור"נ תרי חומרא בכתובה וקשה בלא"ה הוי תרי חומרא גרמי ור"נ לכך ניחא להו לתרץ דאין יורש רק מכחה ועל זה תירצו עוד דגרמי אינה חומרא רק מדינא:

נב שאף לעצמו יכול למחול עש"ך דמסיק דמ"מ חייב מדיני גרמי ונ"מ בקטן ומחל אין צריך לשלם לכשיגדיל ועיין תומים שהביא ראיה מדברי התוספות מי שמת בד"ה המוכר דמ"מ חייב לשלם דמים שקיבל אביו לכשיגדיל. ואני תמה דפשיטא דלהיפך מוכח מדברי התוספות דהוא הבין דתירוץ הקודם של רבי ותירוץ ר"י אח"כ מישך שייכי להדדי ופשיטא דתירוץ רבי הוא לדחות הראיה דיכול להיות דמוחל משלם הכל ותירוץ ר"י להיפך כמו שכתבו התוספות להדיא פרק הכותב גבי' קריבתי דר"נ גופא שם בשם ר"י דדייק מכאן דאינה צריכה לשלם דמים שקיבל והמשך דברי התוספות כך דהם רצו להכריח דאינו משלם רק דמים שקיבל דאל"כ מה הרוויחה קריבתי' דר"נ ועוד קשה היאך היה רשאי ליתן לה עצה ומזה דייקי דאינה משלמת רק דמים שקיבלה ומיירי בגדולה דאי בקטנה עדיין היאך היה רשאי רק בקושיא ראשונה הפסיקו והביאו דרבי דחה קושיא זו דמיירי בקטנה אבל על קושיא שניה לא שייך דחיית רבי ועדיין מוכח משם דאינה משלמת רק דמים שקיבלה וע"ז כתבו ועוד ראיה ש"מ דהך ראיה נשארה קיימת ולפי פי' התומים מה ועוד ראיה הא זו אינה ראיה והוי להו למימר אך יש להביא ראי' כדרכם בכל מקום שהם דוחין ראיה ראשונה. גם קשה כיון דר"י גופא מתרץ לה והיאך פסקו פרק הכותב בשם ר"י דדייק משם דמים שקיבל הא כאן דחה ר"י גופא ראיה זו וברור דכוונת ר"י להחזיק הראיה דמכח קושיא זו נדחה ראיית רבי דלרבי עדיין יקשה היאך הי' רשאי ליתן עצה רק בקושיא דלא ידעו התוספות מתירוץ היה קשה בין לרבי בין אי נימא כפשוטו ועל זה מחדש ר"י הסבר' כיון דאינו מפסיד ללקוחות וזה לא ניחא רק לר"י ולא לרבי ובהכי ניחא דמייתי התם הך קושיא ומאי ענין קושיא זו לשם לכך ספק דדיני גרמי דבלא"ה קשה שם וע"כ משום דמכח זה מוכרח הראיה ולפי זה מוכח להיפך דאי נימא דקטנה משלמת גם לרבי ניחא דמכל מקום לא הפסיד דמשלמת דמים שקיבלה אך באמת אינה ראיה דבלא"ה דברי התומים תמוהין דמה בכך דמשלמת לכשתגדיל סוף סוף הפסיד ללקוחות דהם הגיע זמנם לגבות מיד ומכח עצה דר' נחמן יצטרכו להמתין בחובם עד שתגדיל וזהו כוונת התוס' דלר"י שהיא גדולה אתי שפיר אבל לרבי בקטנה היאך היה רשאי כיון שלא יגבה עכשיו כלום ולפי זה לדינא אין כאן ראיה כלל אך נראה דהיינו דוקא אם נשאר לה מעות ירושה מאביה ואמה אבל אם לא נשאר רק שטר זה בלבד פשיטא דאינה משלמת כלום לכשתגדיל דמה בכך דאביה

קיבל דמים ודוקא האב בעצמו שפיר אמרינן דמ"מ מה שקיבל מחזיר דמיד היה הקבלה בטעות דוודאי לא נתן על דעת שימחול אבל המחילה גופא בוודאי גרמי הוא א"כ היורש כשאין לו פשיטא דפטור מהכל אפילו יש לו משלו ממקום אחר כל שהוא עכשיו קטן וזה ברור ולקמן אבאר עוד בדברי התוס' הללו בס"ד:

נג יש מי שאומר. עש"ך שתמה דמוכרח הוא בש"ס ואני תמה להיפוך דוודאי דין זה אינו רק אי נימא דפרוע גופא מחיל' הוא אבל אי אינו נאמן פרוע רק במיגו דמחילה א"כ תינח אם הלוה אומר פרוע אבל אם הלוה מודה שלא פרע והוא נותן לו שובר הודאה שנפרע אם כן מאי שייך מיגו הא הוי במקום עדים דהלוה מודה והודאתו כמאה עדים רק אי נימא דפרוע הוי מחילה א"כ שובר הודאה זו הוי כמחילה וכבר הביא הש"ך גופא לעיל בכמה מקומות דיש חולקין בזה דפרוע לא הוי מחילה א"כ אף דין זה במחלוקת דאם גם הלוה אומר שפרע פשיטא דנאמן במיגו דמחילה וע"כ דלוה מודה א"כ במחלוקת שנויה ומ"מ אפשר לומר להיפך דבמקום דחזינן דלוה אומר שלא פרע אז בוודאי הוי מחילה ומ"מ אין כאן קושיא על המחבר דסברא זו לא נזכר רק בנ"י וזה ברור:

נד משתעבדנא לך. עש"ך שהאריך דהיינו דוקא ברצון הלוה שהודיעו בעת מכירה אבל בלא"ה לא והביא ראיה מדברי הרשב"א והר"ן והנה אף דמדברי הרשב"א והר"ן לא מוכח מידי ואדרבא מוכח לכאורה להיפך כמו שכתב בתומים אבל מ"מ מדברי המחבר גופא יש ללמוד דעת הש"ך דוודאי יש לתמוה דכאן כתב המחבר דעת הראב"ד דאינו יכול למחול ואולם לעיל סימן ס"ה סעיף י"ח פסק דהמוצא שובר בשוק בזמן שהמלוה מודה יחזירנו ללוה וקשה ניחוש שמא היה כתוב בשטר החוב משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך דהא גבי כתובה תירץ הרשב"א דלא הורגלו לכתוב בשטרות בזמנם כך והשתא אפילו נימא דגם בשטר היה דרכם שלא לכתוב מ"מ עכשיו פשיטא כיון שכתב הר"ן בתשובה סימן ס"ט דנהגו לכתוב בכל השטרות כן א"כ איך פסק בפשיטות דיחזיר השובר ועכ"פ היה לו לבאר דהיינו דוקא במקום שלא הורגלו וע"כ דשובר כהש"ך דאפילו להראב"ד בעינן שיתרצה לכך בשובר מחזירין דאם יש עדים שנתרצה לא יועיל השובר כמו שתרצו התוס' גבי מעמד שלשתן: (נה) שוב אינו יכול למחול עסמ"ע וש"ך דהאריך להכריע דלא כהראב"ד וכל יסודו מקושית הרמב"ן דא"כ לאמימר תקשי שמואל אדשמואל דלא משכחת מחילה דלעולם הוי כאומר משתעבדנא ולפעד"נ ליישב בתרתי חדא דאמימר לא קאמר דחכמים אמרו דבר זה דאנן סהדי הלוה מעות מחבירו נעשה כאומר דמהיכי תיתי נאמר כן כל שלא הותנה המלוה עמו בפי' רק הכוונה כך דבאמת ידע אמימר דמע"ש אינו רק תקנת חכמים רק דכוונת הש"ס להקשות דלא מתקני רבנן

מילתא רק אי איתא דכוותא בדאורייתא אבל אי ליתא במציאות מדאורייתא כלל לא הוי מתקני רבנן כמבואר ריש פ"ק דמציעא ואהא הוי קשיא ליה בשלמא במכירת שטר אפילו למ"ד דהוא דרבנן עכ"פ גם בדאורייתא יש במציאות מכירתו כמו שכתבו התוס' פרק הספינה מדאצטריך קרא לאונאה או שטר לכל מי שמוציאו וכדומה לכך אפילו בשטר דלא קני מדאורייתא תקנו רבנן שיקנה או משום דקרקע נקנית בשטר רק דהוי דשלב"ל ובזה תקנו חכמים דמהני אבל מלוה ע"פ שיהא נקנית במע"ש אין מקום לקנין זה מן התורה כיון דאין בידו שטר כלל רק שיעבוד על פה ועל זה קאמר אמימר דאם אמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אז דין הוא דקנה שהרי הוא שיעבד עצמו מתחלה גם לזה א"כ אף אם לא אמר כן יש כח בחכמים לעשות כמו שאמר ועל זה קאמר נעשה כאומר דכיון שיש מציאות לקנין זה באומר בלא אמר עשאו כאמר משום הצורך שהיו להם ולפי זה ה"מ במע"ש אבל בלי מע"ש דלא עשאו לא אמר כאמר א"כ פשיטא דלא מהני רק בכתוב בו בפי' והמעיין ברשב"א פרק קמא דגיטין יראה שכיוון לזה ולק"מ קושית הש"ך: ועוד נראה דע"כ לא קאמר אמימר דנעשה כאומר רק במלוה ע"פ והוא דוודאי אין דין שטר לשום דבר רק אם כתוב בפי' אף דדנין דנעשה כאומר ולא ככתוב והשתא כיון שהשטר לפנינו ולא נזכר בו כך ממילא לא אמר שאם היה כוונת המלוה להקפיד על זה היה כותבו בשטר כמו שאר התנאים הכתובים בשטר וכעין זה כתב בתומים אלא שהוא נותן טעם שיכול למכרו בכו"מ ואינו נכון דמ"מ יבקש זה כדי שלא יוכל למחול ויוכל למכרו ובלא"ה לא ירצו לקנותו והוא שוה פחות הרבה מחשש מחילה אבל מה שכתבתי נכון דנעשה כאומר אמרינן ולא ככתוב א"כ היה לו לכתבו בשטר ומדלא כתב לא שיעבד עצמו רק לזה ובזה יש ליישב ג"כ מה שהקשה הש"ך לקמן דקאמר במלוה בשטר פליגי בדשמואל ובעל פה פליגי בדר"ה וקשה אף במלוה בשטר יכולין לחלוק בדר"ה ולפי הנ"ל ניחא דא"כ תקשי לאמימר דקאמר נעשה כאומר וזה לא שייך במלוה בשטר אבל לפי האמת דלא קיימא לן כאמימר שפיר מהני מעמד ג' בשטר:

ובתומים הקשה על הראב"ד ז"ל מהא דפרק החובל דאמרינן בחבלה בבעלה לא הפסידה כתובתה וקש' יכתוב לה כתובה חדשה לכל דאתי מחמתה ולא תוכל למחול ומה שתירץ הוא והאריך ליתא דמהתם מוכח להדיא דאפילו אם נתרוקן כל כחה ללוקח ולא תוכל למחול מ"מ כל שהכתובה על שמה אין בזה משום אסור להשהות דהא מעיקרא דס"ד דלא מהני מחילה והוי כמו שאר מכר ומ"מ קאמר דאפילו לר"מ מותר להשהות כיון דהנך דזביני גבי לה כשיגרשנה ועיין מ"ש לעיל בזה ולקמן סימן פ"ו באריכות] לכן נראה

לפע"ד ברור דע"כ לא מהני לכל דאתא מחמתך רק בשטר חוב אבל בכתובה כיון שכתב הר"ן פ"ב דכתובות דאפילו מדר"נ דבעלמא לא מצי מחיל התם יכולה למחול דכיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים לא נשתעבד הוא כלל לה וממילא ליכא דר"נ והשתא לא עדיף משתעבדנא לכל דאתא מחמתך משדר"נ דהתורה שיעבדה שיעבודו של זה לזה ומ"מ בכתובה לא הוי שיעבוד כלל ומהני מחילה כל שלא הגיע זמנה א"כ הכא נמי מה יועיל משתעבדנא לך הא לאשה בעצמה אינו משועבד כלל בחייו דמהאי טעמא לא שייך דר"נ רק עיקר השיעבוד והחיוב הוא לאחר מותה א"כ בחייו יכולה למחול ולא מהני משתעבדנא ומ"מ הקשו הפוסקים שפיר ממצא שובר דהתם מירי שעכשיו הגיע הזמן ושוב לא מהני מחילה משא"כ התם בחבלה לא יוכל למכרה לאחר מחשש מחילה בחייו וזה מהני לעולם כמו שדר"נ ובהכי ניחא ג"כ מה דלכאורה היה מקום להביא ראיה מדברי התוס' דלא כהראב"ד דהקשו בעדים זוממין היכי משכחת תשלומין הא שום אדם לא ירצה לקנות מחשש מחילה וע"ש דהניחו בצ"ע וקשה הא משכחת לה דכתב בכתובה משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ואז שפיר יכולה למכור והעדים משלמין ולפי זה היה מקום ראיה להראב"ד מקושית התוס' ולפי הנ"ל ניחא דמ"מ בעודה תחתיו יכולה למחול ושום אדם לא יקנה:

אך אי קשיא לכל הפירושים מ"מ למה לא הפסידה כתובתה הא יכול הבעל לכתוב ללוקח שטר בשמו ואז לא מהני מחילה ואי דאינו רוצה מ"מ מלבד מה דמ"מ היאך פסיק ותני דמפסיד הא יכול למכור לאיש נאמן שלא יתבענו שני פעמים אבל בלא"ה הא יכול לכתוב שטר על שמו באופן שאם תמחול הכתובה יתחייב הוא בשטר זה כמו שווי הכתובה לכשיגיע זמן הגביה וכן צריך לומר בש"ס דקאמר וכתב לי' שטרא על שמי' וכתב הריטב"א דאינו גובה אם מחל רק מזמן שני וקשה אף בלי מחילה היאך יגבה מזמן ראשון הא שטר זה אינו רק מזמן שני דאסור לכתוב מוקדם וע"כ דבאמת שטר הראשון נשאר קיים רק כותב לו בתנאי שאם ימחול מחויב הוא בשטר זה ואם לאו בטל והשתא אם לא ימחול יגבה בשטר הראשון ואם ימחול יגבה בשטר זה מזמן שני וא"כ התם נמי יכול הבעל לעשות כן וליכא לא משום דר"מ ולא משום מחילה והתוס' גופא הקשו קושיא זו מקודם ותרצו דהבעל לא ירצה וזהו לא שייך בחובלת בו בעצמו וצ"ע בזה. ולענין דינא נראה כיון שכבר פסק המחבר בפשיטות לעיל סימן ס"ה סי"א במצא שובר דמחזירין ולא חיישינן שמא כתב משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ש"מ דסובר דבעינן נתרצה דוקא ומדברי הרא"ש החולק על הראב"ד מבואר ג"כ שם דבנתרצה מודה להראב"ד א"כ נראה דהכי נקטינן דבנתרצה בשעת מכירה אינו יכול למחול: נו) אבל

אם היה חייב לו פי' שיש עליו חיוב והשטר זה לא לקחו בחובו כי אז פקע כח החוב וחזר מכר כמו שכתב הש"ך לקמן סימן פ"ו וכבר כתבתי שכן דעת כל הראשונים והכא הפי' שלקח ממנו השט"ח במעות אחרות והמעות הראשונות נשארו חוב על המוכר והנה נראה דאין כוונת הרב לומר דיכול לגבות מן הלוה ולא מהני מחילה מדר"נ דמאי ענין זה לכאן לקמן סימן פ"ו מבואר מחלוקת זה וברור דכוונת הרב כך דס"ד נהי דלא מצי מחיל מחמת החוב מ"מ הוא אינו יכול לגבות רק מכח חובו שעל המוכר אבל לא מכח השטר שלקח דזה נמחל ונ"מ דבזה אין לו על המוכר רק גרמי ולמ"ד דאינו משלם רק דמים שקיבל אינו חייב רק דמים שקיבל ואם מת לא קנסו בנו ושאר נפקותא טובא קמש"ל הרב דכיון דיש לו עליו חוב א"כ אינו יכול למחול מחמת החוב וממילא כיון דלא מהני מחילה גובה מן הלוה מעות השטר מחמת המכירה וחוב שלו נשאר על המוכר בחוב גמור ולא גרמי וכן הדעת נותן שהרי שיעבוד גופו של לוה משועבד לו ואין כאן רק שיעבוד גוף אחד וכיון שאינו יכול למחול א"כ גם המכירה קיימת וזה ברור ולכך הביא הרב דין זה כאן דאל"כ מה צורך לו להרב לאשמועינן דין זה דכי בשביל דלקח השטר המשועבד לו בלא"ה יפקע שיעבוד שלו וע"כ דקמש"ל כנ"ל:

ועש"ך ס"ק פ"ט בשם הראב"ן ותמה עליו ובסוף דבריו הביא דברי התוספות פרק מי שמת סוף ד"ה המוכר ועיין תומים מה שהאריך בזה ותמה אני עליהם שלא דקדקו כלל בש"ך דהא הך פי' שחידש התומים נזכר להדיא בש"ך שעל דברי הראב"ן הביא דברי התוס' ועל זה הקשה עליהם דמה לו לבעל מה שהלקוחות יפסידו ועוד שמא יש לה לאשה לשלם ומה נפקא מינה בין מרובה למועט וכתובה גדולה ודקדק מלשון התוספות דלא כמהרש"א וסיים אלא משמע דכוונתם כל היכי שמפסידה ללקוחות לא תוכל למחול והיינו כהראב"ן. אמנם בקושיא ראשונה של התוס' יש לפרשה על שני פנים האחד כמו השני' דאם אין לה לשלם במחילה יצטרך הבעל לשלם להם הכל כיון שהדין הוא שהיא חייבת הכל מדיני דגרמי כמו שכתב ראב"ן אבל בשובר יאמר הבעל מה לי ולכם הלא יש לי שובר שפרעתי ועל זה תירצו דאינה משלמת רק דמים שקיבלה והקשו עוד דמ"מ בזה יטרוף שלא כדין דאם אין לה לשלם במחילה יצטרך הבעל לשלם ובשובר לא ותירצו דזהו דבר מועט ולא חיישינן ועל זה הקשו בגרושה דהוא דמים הרבה אבל יש לפרש קושיא ראשונה בפשיטות דאין לה מיגו דמחילה שתצטרך להחזיר להם הכל ובפרוע דמים שקיבלה כמו שפירש מהרש"א ועל זה תירצו דאינה חייבת אפילו במחילה רק דמים שקיבלה אבל קושיא השני' פשיטא דכוונתם כנ"ל וכמו שהבין הש"ך וזה מבואר בכל דברי הש"ך מראש ועד סוף ונ"מ בין שני הפירושים דלפי' שני יש לומר

דכוונת התוס' רק דמים שקבלה מתחילה אינה יכולה למחול כשאין לה אבל השאר מודים דיכולה למחול אפילו למאן דמחייב הכל ולא סבירי להו בזה כהראב"ן וארווח לן בזה קושית הש"ך מהך דפרק החובל דמ"מ תמחול השטר ולא תשאר רק דמים שנתנו וכדי בזה הפסד גדול ללקוחות שממונם בספק ומ"מ אף אם יבא לכלל גבי' לא יגבו רק מה שנתנו ומ"מ מהני מחילתה במה נפשך אם לא יבוא לכלל גבי' מאי איכפת לכם ואי יבוא הרי יש לכם דמים שנתתם ובשביל הריווח אינן יכולין לעכב המחילה דלא כראב"ן ומ"מ גם להראב"ן יש ליישב קושית הש"ך דדוקא במקום דהוא היה יכול לגבות עכשיו ומחמת המחילה לא יגבה והמוחל אין לו אינו יכול למחול אבל שם הם לא היו יכולין לגבות כלל עכשיו וגבייתם בספק אם כן ההפסד על אח"כ כשיבוא לכלל גבי' א"כ אז שמא יהא לה לשלם ובשביל ספק אינן יכולין לעכב המחילה וזה ברור ותימה גדולה על התומים ס"ק נ"א שהביא פי' מהר"ם בדברי התוס' הנ"ל ומהר"ם סיים דדבר תימה הוא וכתב הוא דנעלם ממנו דברי הראב"ן ואגב שיטפי' טעה בפי' דברי מהר"ם כי מהר"ם פי' בענין אחר דסבירי להו לתוס' עכשיו דבמוחל צריכה לשלם ללוקח ובפרוע אינה צריכה לשלם כלום ועל זה כתב דדבר תימה הוא כן מבואר שם במהר"ם להדיא ע"ש ובאו"ד אח"כ ולא עלה על דעתו לפי' הראב"ן אמנם דברי הש"ך בכוונת התוס' המה כהראב"ן: והנה התומים סוף ס"ק נ"א הביא דברי המבי"ט שהביא הש"ך לעיל ס"ק ע"ג והקשה הוא מהך דמצא שובר ולפעד"נ אין ענין זה לזה כלל דפשיטא דמודה המבי"ט דהיכי דמכר והוא שתק פשיטא דלא יכול לומר אח"כ אני רוצה להפקיע מכירתו של זה שכבר מכר רק דכוונתו דאם מעכב על המכירה אף שהלך ומכר כיון דמכירה בלא"ה דרבנן כיון שמיחה יכול לבטלה וכן מבואר מהראיה שהביא מהך דלקמן סימן שי"ו והתם ע"כ כשעדיין לא השכיר אבל בהשכיר והאחר דר בבית פשיטא שאינו יכול להוציאו וכמו כן כאן שהשטר ביד הלוקח היאך יוציא מה שכבר מכר זמן רב קודם ומ"מ בלא"ה כבר השגתי על המבי"ט לעיל ע"ש:

נז במעמד שלשתן. עש"ך שהאריך בזה והנה עיקר ראיית התוס' דמע"ש אינו יכול למחול הוא מפרק האיש מקדש דקאמר דפליגי בדר"ה אי שייך מע"ש במלוה וקשה אף אי שייך שמא ימחול ולא סמכה דעתה לרבנן וגם אמאי לא קאמר איבעית אימא בדשמואל ובסמכה דעתה אף במלוה ע"פ והרמב"ן השיב על קושיא השני' דלא בעי למימר תירוץ רק לתירוץ ראשון שם דפליגי בדר"פ והוי קשה במלוה ע"פ במאי פליגי אבל לאינך שנוי בדשמואל וסמכה דעתה במלוה נמי פליגי בהא ואי קשיא תרתי למה לי חדא להודיעך כחו דר"מ וחדא כחם דרבנן ע"כ. ולפעד"נ שלא תירץ כלום על קושית

התוס' דוודאי יש להבין מה קשיא להו לתוספות דלא קאמר ואיבעית אימא דהיאך שייך להקשות שיאמר דפליגי ר"מ ורבנן בשטר ובעל פה בחדא מילתא ותרתי למה לי הרי דהרמב"ן לפי פירושו היה זה בקושיא תרתי למה לי והוצרך ליישב להודיעך וכו' אבל להתוספות שהיה זה בקושיא פשיטא דיש לומר באמת דלא רצה לומר תרתי גם קשה דהתוס' כתבו הכל בחדא מחתא ובחדא קושיא והם שני קושיות מחולקות כמובן לפי פשוטו לכן נראה ברור דכוונת התוספות דעיקר הקושיא דהיאך קאמר דפליגי בדר"ה הא אפילו אית להו דר"ה אינה מקודשת ואי נימא דבאמת תירוץ זה לא קאי רק לתירוץ ראשון דפליגי בדר"פ א"כ תקשי באמת להנך איבעית אימא דפליגי בדשמואל ובסמכה דעתה במלוה ע"פ במאי פליגי וע"כ צ"ל דלהנך פליגי בתרווייהו ולהודיעך כחו דר"מ וכחם דרבנן א"כ אמאי לא קאמר הך ואיבעית אימא והיאך לא נזכר רק לתירוץ קמא ולא לפרוקי בתראי והא גופא הוי לי' לישנוי דלהנך פרוקי מעיקרא בדשמואל וסמכה דעתה בעל פה נמי פליגי בהכי ובהכי ניחא מה שהקשה מהרש"א דלמה תפסו התוס' הך תירוץ דסמכה דעתה ולא הך תירוץ דמעיקרא בשמואל דעל זה נמי קשה ולפי הנ"ל לק"מ דוודאי מהך דשמואל לא הוי קשיא כ"כ דיש לומר דהוי פשיטא לי' להש"ס הך סברא דלהודיעך כחו דר"מ ודרבנן לכך לא חשש להזכיר התירוץ אליבא דהך פירוקא אבל להך תירוץ דסמכה דעתה פשיטא דאי היה מקום ליישב על דרך זה ולא תירוץ אחר דהוי לי' לש"ס לשנוי ואיבעית אימא דבהא וודאי מה סברא יש לחלק בין בעל פה לשטר בענין סמכה דעתה ואם היה שום סברא ידועה להם הוי ליה לישנוי כיון שאין כאן תירוץ אחר ולפי זה אין מקום לדברי הרמב"ן כלל כי תירוץ הרמב"ן הוא ממש קושית התוספות ומכח זה הוכיחו להקשות כמו שפירשתי ובאמת יש לתמוה בגוף דברי הרמב"ן במה שכתב להודיעך כחו דר"מ דלהך תירוץ דסמכה דעתה לא שייך זה:

אמנם נראה לפע"ד ליישב קושית התוס' בפשיטות לדעת הראב"ד ז"ל דכל היכי שכתב משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך שוב אינו יכול למחול והקשו עליו ממעמד שלשתן דקאמר אמימר נעשה כאומר וא"כ לעולם לא מצי מחיל ותרצו דנעשה כאומר קאמרינן במע"ש ולא בכל מוכר שטר חוב ולפי זה בעל פה נמי היכי דקאמר משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ומכרו במע"ש לדעת הראב"ד ז"ל בוודאי לא מצי מחיל דמ"ש מע"ש או כתיבה ומסירה דכמו דבשטר בכו"מ אינו יכול למחול ה"ה בעל פה במע"ש ולא נדחו דברי אמימר רק דלא אמרינן נעשה כאומר אבל באומר ממש לכ"ע לא מצי מחיל וזה ברור ולפי זה התם דמשני דפליגי בדר"ה אי שייך מע"ש במלוה הוא תירוץ כולל לכ"ע דלפירוקי קמאי דפליגי בעיקר קני' א"כ הכא נמי פליגי בעיקר קני' ולפירוקי

בתראי דפליגי בשמואל וסמכה דעתה הכא במלוה ע"פ ששיעבד עצמו לבאי כחו מיירי ולכ"ע לא מצי מחיל ושפיר פליגי אי קנה או לא וכיון שקנתה לא מצי מחלה ולרבנן דלא קנתה דלא סבירי להו כלל מע"ש במלוה א"כ מה בכך ששיעבד עצמו לבאי כחו מ"מ תקנה אשה זו מכחו לכך אינה מקודשת אבל אם היתה קונה לא מצי מחיל כנ"ל ובאמת על הרמב"ן לא קשיא דאזיל לשיטתו דחולק על הראב"ד ולדבריו אפי' מע"ש ושיעבד עצמו לכל דאתא מחמתי' לא מהני כפי' ראייתו מהך דאמימר דקאמר נעשה וכן התוספות אפשר דלא סבירי להו כהראב"ד אבל המחבר דפסק לעיל כהראב"ד והביא דעתו בראשונה דלא מצי מחיל ולמה פסק כאן בפשיטות דלא מצי מחיל הא בהך תליא כי לשיטת הראב"ד לא מוכח כלל דין הנ"ל מפרק האיש מקדש ובתומים הביא ראיה דמע"ש לא מצי מחיל מהא דאמרינן שכיב מרע שאמר הלואתו לפלוני וקאמר התם משום דאיתא בברי במע"ש וקשה הא מע"ש מצי מחיל ומתנת שכיב מרע לא ולק"מ דוודאי שכיב מרע גופא מצי מחיל כמו שכתב הרי"ף פרק הכותב להדיא כמו שכתב הש"ך ס"ק צ"ה ואם קושיתו דיורש אינו יכול למחול ואולם יורש מע"ש יכול למחול פשיטא דלק"מ דמה שיורש אינו יכול למחול הוא הטעם כדי שלא תטרף דעתו עליו לכ"ע רק התם על עיקר הקנין בקשו טעם היאך יקנה במאמרו בלבד מה דלא מצינו כהאי גוונא בברי בקנין שהקנה ועל זה קאמר דחזינן דברי קנה במע"ש א"כ גם זה קנה אבל מה שאין היורש מוחל בזה אין צרי' דכוותא בדאוריי' דהוא כדי שלא תטרף דעתו עליו וכירושה שווי' רבנן ודוקא בחייו שיקנה במאמרו לא רצו התם לומר הואיל ויורש יורשה דעדיין הוא חי אבל לאחר מיתה פשיטא דתקנתא דרבנן הוא אפילו אי ליתא בברי דלא מצי מחיל כל שקנה כבר וזה ברור ולפי מה שכתבתי לעיל להראב"ד בלא"ה לק"מ גם הך דהתם נמי י"ל בברי כהאי גוונא כששיעבד עצמו לכל באי כחו לא מצי מחיל א"כ בשכיב מרע לעול' לא מצי מחיל אבל מע"ש גרידא בע"פ ולא שיעבד או מע"ש בשטר ולא שיעבד לכל באי כחו לא שמענו דלא מצי מחיל:

נח אין לוקח ראשון יכול למחול עיין תומים שהקש' מהך דהואיל ואני יורש החזקתי דהקשו למחול לנפשי' לוקמא בהך גוונא דאחיו לקח שטר חוב על היבם ומת דאז גם האח אם היה מוכרו לאחר לא היה מוחל עכשיו ג"כ דנשתעבד לכתובה לא מצי הוא למחול לנפשיה ומלבד מה דבלא"ה יש לחלק בין מכר לאחר או שמת והוא יורש בעצמו א"כ האח בחיים היה יכול למחול לו אף דהוא אינו רק לוקח מ"מ הלוקח כל שלא מכרו יכול בעצמו למחול א"כ כשמת הוא במקומו ואי דמכרו באמת לאחר מה טיבה של כתובה לכאן הוא חייב לאחר אבל בלא"ה לק"מ דהא בש"ס משני התם משום דר"נ

וכהאי גוונא לא שייך דר"נ כלל שאין היבם משועבד ללוקח רק למלוה שלו ולא לאחיו הלוקח וע"כ דבאמת היה חייב לו:

נט אבל רבים חולקים הנה לכאורה לפי הנראה מהש"ך והרב לא נחלקו הפוסקים רק אם השטר שוה עכשיו יותר ממה שהיה שוה בשעת מכירה כגון שעכשיו קל להוציא יותר מקודם וכדומה אבל אם מחל מיד אחר מכירה דאז אינו שוה רק כמו שנתן הלוקח אינו משלם רק דמים שקיבל דהא אינו שוה עכשיו יותר שהרי מכרו בסך הזה ולא נשתנה הענין מכמות שהיה [רק אם אירע דמכרו בפחות משווי' וזה לא שכיח) ובזה היה מקום לדחות הראיה מרשב"ם שכתב דישלם לו מעותיו דרשב"ם מירי שלא נשתנה הענין עכשיו ממה שהיה ועומד במקח כמאז או שמחל מיד לכך אינו משלם רק מעותיו איברא מלשון המחבר שכתב כגון אם הלוה גברא אלמא ולא ציית דינא או שאין לו נכסים משמע דהכל תלוי בלוה שאם רואין שהיה יכול לגבות מן הלוה הכל בלי הפסד צריך לשלם לו הכל כמו שכתוב בשטר אף דמ"מ לענין למכור השטר בודאי לא יתן שום אדם מה שכתוב בו דמי זה שוטה יעשה זאת אף אם יגבה בקל וכ"ש באיזה טירחא מ"מ כיון שהוא לקחו וקיבל על עצמו חשבינן לי' כאילו הזיקו הכל שהוא הי' מטריח ומוציא מעותיו כיון שאנו רואין שיכול להוציא כל מעותיו וכן נראה מהראיה שהביאו מהא דקאמר שטרא מעליא וקשה לפי דבריהם ג"כ היאך ישלם לו כל מה שכתוב בשטר הא לעולם אין שווי' של שטר ככתוב בתוכו וע"כ דכל שהלוה עלול לגבות ממנו הכל משלם הכל אבל אם אנו רואין מצד הלוה שאי אפשר להוציא הכל אז משלם כפי השומא כנ"ל אף שמדברי הש"ך לא נראה כן ודו"ק. והנה הש"ך הכריע כדברי המחבר ולא כתב ליישב כלום על ראיית התוספות והרא"ש ומה שכתב בהך דמצא שובר דבריו תמוהין דהא לא אמרינן בזה אייתי ראיה כמבואר בש"ס גבי גט ושיחרור א"כ כשיהא השובר ביד הבעל פשיטא שלא תשלם רק דמים שקיבלה ודוקא פרוע בלי שובר משלמת הכל ולא בשובר ואם נאמר דלעולם יוודע לב"ד ששובר זה נפל והוחזר א"כ בלא"ה מאי קושיא מאי יש לחוש שנחזיר השובר אם יתברר לוקח לא יועיל שוברו באמת וע"כ דחיישינן כיון דלא אמרינן אייתי ראיה א"כ שפיר אין לה מיגו. והנה התוספות הביאו ראיה פרק החובל לר"ת דאל"כ למה לא נמכור כתובה דלא תמחול דצריכה לשלם הכל וכתבו דיש לומר כיון דאין לה עכשיו לא תחוש מה שתצטרך לשלם לכשתתאלמן ע"ש. והנה יש להבין בגוף קושית התוספות דהיאך ס"ד דאם מחלה כתובה בעודה תחתיו שתצטרך לשלם כל דמי הכתובה הא אפילו בשט"ח וגברא אלמא או שאין לו שמין השט"ח ואינו משלם רק מה שהיה יכול לגבות א"כ עכשיו בכתובה כיון

שאינו יכול לגבות כלום היאך יעלה על הדעת שצריכה לשלם כל דמי הכתובה וצריך לומר דכוונת התוספות כך דוודאי אם היתה נותנת עכשיו להם מה שנתנו הם היה די בזה לכ"ע כי עכשיו אין הכתובה שוה יותר רק הוא באמת אין לה כלום עכשיו א"כ פשיטא שהיא מחוייבת לשלם לכשתתאלמן הכל וכן מוכרח לומר לפירוש מהרש"א בתוספות ב"ב דגרושה שמחלה משלמת הכל לכ"ע וקשה לכאורה קושית התוספות להך תירוץ דתמחול בגירושין דאי בעודה תחתיו היאך ס"ד שתשלם הכל מד"ג כנ"ל. ולפי הנ"ל ניחא דכוונת התוספות בעודה תחתיו ובאמת אין החייוב עכשיו הכל רק אח"כ לכשתתאלמן ובתומים הקשה על מהרש"א ולא ידענא מאי קשיא דכי מוכרח ר"ת לתירוץ זה הא התוס' באמת תירצו דתמחול בעודה תחתיו וגם לא הבנתי דברי התוספות בתירוץ זה דהא להך תירוץ ג"כ יכתוב כתובה חדשה ומה צורך לגירושין וכפי הנראה דהתוספות רמזו למה שכתב מהרי"ק שורש פ"ט וביקש לומר דבת"ז לא שייך מחילה ובזו נסתפקו התוספות וכ"ש בכתובה דלא הגיע לכלל חייוב כלל לא שייך מחילה וכ"כ הרמב"ם אבל פשיטא דלא יהא ר"ת מוכרח לתירוץ זה רק מעיקרא דהוי משלמת הכל כתבו לרווחא דמילתא דאפי' את"ל דלא מצי מחלה בעודה תחתיו ניחא כשיגרשנה אך מה שהקשינו הוי קשיא לכאורה ולפי הנ"ל ניחא] ובהכי ניחא מה שיש לתמוה על תירוץ התוספות הראשון דהא מ"מ כיון דכותב לה כתובה אחרת מה הפסידו הלקוחות ולפי הנ"ל ניחא כיון דעיקר חייוב הלקוחות אינו רק לכשתתאלמן אבל עכשיו אין חייוב רק דמים שקיבלה לכ"ע א"כ בשעת חיי הבעל תמכור כתובה שניה לאחר וכתובה ראשונה תמחול ויפסידו במה שלא יהא לה אחר כך לשלם הכל ודו"ק ועיין לקמן סימן פ"ו ושם הארכתי בענינים אלו לענין שדר"נ] ולפי זה ליתא למה שכתב התומים לחלק בין כתובה לשט"ח וכתב דבזה נסתלקו כל קושיות התוספות ולפי הנ"ל הא ליתא דע"כ לא כתב הנ"י רק אם היא משלמת להם עכשיו דמים שקיבלה סגי כי עכשיו אין הכתובה שוה יותר ולית מאן דפליג בהא כמו שכתב המחבר להדיא בשט"ח כהאי גוונא כנ"ל א"כ בהך דהחובל דאין לה כלום עכשיו רק בשעת גירושין ומיתה א"כ אין לך הפסד גדול מזה דהוא נתן מעותיו והיא במחילתה נעשו המעות ספק ויכול להיות דלא יגבה לעולם כלום א"כ פשיטא דחייבת לשלם לכשתתאלמן הכל להך דעה וקושית התוס' במקומ' מ"מ דין הנ"ל אמת אם משלמת עכשיו וזה ברור:

ס חוזר הלוקח. עש"ך בשם הד"מ והנה ז"ל הד"מ ונ"ל דמ"ש כאן גובה כל השטר הוא לכ"ע דמאחר שהמוכר נהנה בכולה שהרי ב"ח בא וגובה אותו מן הלוה הכל בוודאי צריך לשלם לזה כל השטר דהוי כאילו קיבל המוכר החוב שנתבאר לעיל שצריך ליתנו

ללוקח וכן אם לא היה השטר שלו או שהיה פרוע צריך להעמיד לו שטר אחר כדמשמע בסמוך בתשובת הרא"ש עכ"ל ודבריו צ"ע כי תחלת דבריו מורין דדוקא בב"ח שטרף דאז נהנה המוכר בדמי כל החוב אבל נמצא שאינו שלו או שמכרו מקדם לאחר מה הנאה יש לו למוכר בכל החוב ואח"כ כתב דאפילו נמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו שטר ומדברי הרא"ש מבואר דמשלם לו כל שווי השטר שהיה ראוי לגבות מן הלוה וביותר תמוה מה שכתב או שהיה פרוע ובהדיא כתב הטור דפרוע קודם הוי מקח טעות וכן מבואר בתשובת הרא"ש גופא ריש כלל ס"ט ע"ש והעיקר נראה לפע"ד לדינא דוודאי בב"ח שטרף הדין עם הד"מ דמשלם כל דמי השטר הראוי לגבות מן הלוה לפי אלמותו אבל במכר שאינו שלו לא נהירא כלל שישלם כל דמי החוב דהא אין כאן מכירה כלל ואף דלעיל בכתיבה בלא מסירה או להיפך מבואר דבאחריות חייב לשלם כל שווי השטר לדעת הסמ"ע שם היינו דוקא שם דיכול להקנות לו השטר ומכח אחריות מחויב לקיים מה שקיבל אבל הכא דאינו קנין כלל וממילא אין כאן אחריות שהרי מכירה בטעות היתה ומה שדימה בתומים דבר זה להך דלקמן סימן שע"ג לא דמי כלל דהכא לא קנה קרקע רק שטר ושבח זה לא מהשתנות גוף המקח הוא ואפילו שבחא דממילא לא הוי רק מצד הלוה לפי אלמותו וכיון שאינו שלו מה לו ללוקח בכך ועש"ך לקמן ריש סימן שע"ג לכן נראה ברור דבזה אינו משלם רק דמים שקיבל רק בב"ח שטרף משלם הכל כסברת הד"מ לפי שנהנה בכולה וגם מכח האחריות שהמקח היה מקח גמור אם היה מסלק הב"ח במעות:

סב אפילו מכר שוה דינר באלף וכו' ביותר מפלגא הרב נמשך אחר דברי התוספות פרק הזהב דפלגא גופא המקח קיים ולפי דבריהם מיושבין קצת קושיות הרי"ף ואין צורך לומר דשוה. מאתן במאה לאו דוקא [ועיין תומים שהאריך ועם כל דבריו לא כתב ליישב הקושיא מפ"ק דב"ק דבר השוה כל כסף ובאמת המעיין ברש"י שם יראה דפי' דאין הכוונה דשוה כסף שבעולם רק כסף שנותנין בו ונראה שבא ליישב דהוא פי' פרק הזהב דביתר משתות בטל מקח לכך פי' כסף שנותנין בו אבל יתר משתות אין נותנין בו כלל ומי שנותן בו טועה הוא ובטל מטעם טעות א"כ אין זה בכלל שוה כל כסף כיון דלא שכיח שיתנו בו כ"כ רק עד שתות דזה שכיח ובעלמא אינו שוה מה שנתן ומחזיר לו וכאן שוה כפי מה שנתן ולפי זה כ"ש שיש ליישב כן בפלגא] אמנם בגוף הקושיא מה שנתחבטו הפוסקים דכאן סובר ר"כ יתר משתות בטל מקח ואולם פרק המקבל סובר מאתן במאה ולהיפך אין אונאה לקרקעות ומכח זה פי' ר"ת דהכוונה כאן יתר מפלגא והרי"ף סובר דר"נ באמת חולק וכאן משמי דר"א אמרה והנה רש"י פי' בהדיא דהכוונה

יתר משתות דלא כר"ת ולפי זה מוכח לכאורה דסובר כהרי"ף אבל לפעד"נ ליישב קושיא זו בפשיטות ולא ידעתי מה זה שהרעישו הפוסקי' בקושיא זו דוודאי יש להבין התם פרק המקבל דסביר למימר דבר מצרא יכול לומר לתקיני שדרתיך וקאמר מר קשישא משמי' דר"נ אין אונאה לקרקעות ומה ביקש בזה משמי' דר"נ הא משנה שלמה היא פרק הזהב גם יש להבין מה בכך דאין אונאה הא הבר מצרא אומר לו אי לאו את היה מוכרה במנה ומה בכך דעכשיו אין לה אונאה אבל באמת נלפע"ד דוודאי עיקר מה שחידש ר"נ הוא דבמשנה יש לומר דגזירת הכתוב הוא דכל שמכר הקרקע לחבירו אין בו דין אונאה א"כ גבי שליח הכא לא שייך זה דמ"מ לולי הוא בוודאי היה מוכרה בפחות כפי שווי' אבל ר"נ משמיענו דאין שווי הקרקעות כשווי המטלטלין וכמו דאמרינן בעלמא גבי קרקע עביד אינש דזבין ארעא ליומא ה"ה בזה אף שכפי הנראה אינה שוה רק מאה מ"מ יכול להיות שהלוקח לא ימכרנה רק במאתן ולדידי' שוה וכמו כן יש קצת בני אדם שיתנו סך הזה ואין שומא ידועה לקרקע כמו מטלטלין ולפי זה התם דמיירי שאין הלוקח והמוכר רוצים לחזור כלל מן המכירה והוא רוצה לעמוד בה במאתן רק הבר מצרא רוצה לדחותו וליתן לו רק ק' ועל זה אמר ר"נ אין אונאה לקרקעות ואף שאינה שוה רק מאה מ"מ לא היה שום אדם לוקחה מזה רק במאתן כי אין לה שומא ברורה א"כ צריך הוא לשלם לו מאתן אבל אם הלוקח רוצה לחזור מן המכירה לפי שטעה כמו שפירש"י בוודאי כל שנתן יתר משתות יכול לחזור כמו שאמר ר"נ פרק הזהב והתם הלוקח אינו רוצה לחזור כלל [ולפי זה היה מקום לומר דדוקא גבי לוקח שנתן יותר סבר ר"נ כן בהמקבל אבל גבי מוכר לא אבל באמת גבי מוכר ג"כ שייך זה דקרקע אם רעה היא בעיני אדוניה מוכרה בפחות ואין שווי הקרקע כשווי המטלטלין ודו"ק] כדמוכח התם להדיא מעיקרא גבי שוה מאתן דאומדין דעתו אם היה מוכרה בפחות ע"ש עכ"פ אין קושיא משם לביטול מקח דלכאן ומ"מ אין אני כדאי לחלוק על הפוסקים דאפילו יתר משתות בטל מקח אבל עד פלגא בוודאי מידי ספיקא לא נפקא כיון דעיקר הקושיא לק"מ כנ"ל ולפי תירוץ זה אין חילוק בין פלגא ליתר ובכל גוונא הוי ספק כיון דמהתם לא קשיא ודו"ק:

סג שטרות אין נשבעין עליה' עש"ך דכ' דמ"מ נשבע מדרבנן שאינו ברשותו ולהראב"ד נשבע מדאורייתא והקשה על זה מהא דבני העיר ששלחו שקליהן דלוקמא בשבועה שאינו ברשותו ותירץ דדייק מדקתני שנגנבו או שאבדו ולא קתני שאומרין שנגנבו כיון שעל זה אנו דנין ומשביעין אותם אם נגנבו אלא וודאי דאין אנו דנין על עצם הענין אם נגנב רק על פשיעה ובתומים הבין דכוונת הש"ך מדקתני נשבעין וליתא דכוונת הש"ך מבואר כמו שכתבתי איברא וודאי דברי הש"ך תמוהין דבכמה מקומות אין מספר

מצינו דנקט מילתא פסיקתא אף שאנו משביעין עלה ואחד מהם השוכר פרה ומתה כדרכה ישבע שמתה כדרכה ולא קתני ואומר שמתה כדרכה וכהנה רבות גם מה שתירץ בתומים בתירוץ ראשון פשיטא דליתא לפי הבנת הש"ך דדעת הראב"ד דהוא שבועה דאורייתא גם מה שכתב ליישב קושית הגהת מרדכי מהך דבני העיר דכיון דהם מרוויחין עכ"פ שנפטרו מן השקלים שפיר הועיל שליחותן והא ליתא דא"כ למה ישבעו ליטול שכרן יטלו בלי שבועה דס"ס הם פטורין מן השקלים ונעשה שליחותן ועוד דפריך נגנבו קתני ושומר שכר חייב וקשה מה בכך הם עשו שליחותן דבני העיר פטורין וברור דלא נתנו שכר רק אם יגיע שקליהם להקדש אבל לא בפשיעה ואף דהם פטורין א"כ ראיית הגהת מרדכי נכונה גם מה שכתב ליישב עוד ג"כ אינו רק אם נאמר שבועה שאינה ברשותו דרבנן אבל לפי הבנת הש"ך בראב"ד דנשבע מדאורייתא לא, תירץ כלום גם מה שעמד בקושית התוספות שם דמאי פריך מברייתא הא מהך משנה גופא קשה דקתני משנתרמה תרומה נשבעין גיזברין והיינו משום דתורמין על האבוד ודחק ליישב בדרך רחוק מאוד ולפעד"נ ליישב קושיא זו בפשיטות דוודאי יש לומר דמאי דקתני משנתרמה תרומה נשבעין לגיזברין היינו משום דתורמין על האבוד והיינו דוקא במה שכבר נגבה בשע' תרומה רק שנאבד על זה תורמין ולפי זה ה"מ דמחשב כגבוי אם מוסרם לאיש נאמן שלא פשע ולא עיכבם לעצמו אז הוי כגבוי אפילו נאבד תורמין עליהם אבל מה שעדיין לא נגבה אין תורמין ולפי זה אם מסרום ליד אנשים שאינם נאמנים ופשעו או עכבו לעצמן זה לא מיחשב כגבוי הילכך כל כמה דלא נשבעו השלוחין שבאמת נאבד באונס לא הוי כגבוי וחייבין לשקול שנית דלא תרמו עליהם רק באופן דהוי וודאי כגבוי וזהו הפי' במשנה נשבעין לגיזברין ובזה נפטרו המשלחין אבל קודם שבועה אחריות על המשלחין אבל עד שלא נתרמה אף לאחר שבועה שוקלין שנית וזהו נשבעין לבני עיר ולק"מ ושפיר אתיא כר"ש ועל זה פריך מברייתא דמתני תורמין על האבוד ועל הגבוי ועל העתיד לגבות ש"מ דאף מה שעדיין לא נגבה כלל תורמין עליהם א"כ פשיטא דמשנתרמה לא הוי באחריות בני העיר כלל ונראה דמזה דקדק רש"י דעתיד לגבות אפילו לא נגבה כלל דאי דוקא בנגבה לבסוף עדיין אין ראיה דיש לומר דזהו אינו גביה כל שלא נודע שלא פשעו ולא עכבו לעצמן] וזה ברור לפע"ד אמנם בעיקר דברי הש"ך בכוונת הראב"ד לא נהירא כלל דמה שכתב דמה שהוא מצד הסברא לא אימעט משבועה אינו נכון דהיאך שייך לומר דאינו ברשותו הוא מצד הסברא ובכופר הכל גמור בטענת ברי פטור מן התורה בשבועה אפילו הלוהו או הפקיד בעדים ואומר החזרתי כ"ש שאינו בדין שישבע על טענת שמא רק גזירת הכתוב היא דמשביעין אותו שלש שבועות אפילו

בטענת שמא וכיון דשטרות וקרקעות אמעוטי אף מזה אימעט וברור דכוונת הראב"ד מדרבנן והשתא אין צורך לכל דברי התומים דבלא"ה לק"מ דמעיקרא לא אסיק אדעתי' כלל דהוי שבועה דרבנן ואחר כ"ז דמסיק מדרבנן בלא"ה משני שפיר דנשבע הכל מדרבנן בהקדשות (סד) והסברא הראשונה היא עיקר עש"ך מה שהאריך בזה והקשה על ראיית התוספות מהך דהשוכר את הפועל דא"כ תקשי רישא ובתומים כתב ליישב והנה תירוץ ראשון פשיטא דליתא דבהדיא מבואר בתוספות שתלאו פטור ש"מ מכ"ש מפטור דש"ש ותירוץ השני בפשיעה שהיה לו לקדם בשכר ברועים ובמקלות ג"כ לא ידעתי מה מקום יש לפשיעה זו בשבת לשכור רועים ולקדם במקלות אמנם נראה בכוונת התוס' בפשיטות כך דוודאי הך תרצן דמשני מעיקרא לא להפסיד שכרו פשיטא דלא אסיק אדעתי' מרישא דא"כ תקשי לי' רישא מאי אין אחריות שבת עליו וזהו כוונת התוס' כיון דלא סליק אדעתי' מרישא למה לי' לישנוי להפסיד דאינו במשמע אחריות שבת דקאי על הפסד הפרה והזרעים והוי לי' לישנוי כשפשע כיון דלא אסיק אדעתי' מרישא אבל לפי המסקנא מודים התוספות דאי אפשר לישנוי הכי כמו שכתב הש"ך גם מה שהקשה בתומים על התוספות דהא פשיעה הוא מטעם מזיק ומזיק הקדש פטור דאיש כי יאכל קדש פרט למזיק אומר אני אם יש מקום לדבריו הוי אתי שפיר טפי דברי התוספות הנ"ל והוא דוודאי יש להבין למה הוצרכה תורה לפטור שומרין בהקדש הא כיון דמזיק פטור רק באוכל והיאך יגרע שומר ממזיק בעצמו וע"כ דהכוונה כיון שקיבל עליו לשמור ממילא דינו כמו בהדיוט לענין מזיק דוודאי לא שייך שיקבל עליו ויוכל להזיקו בידים ויפטר והא דמהני קבלה בזה בלי קנין דבההיא הנאה דמהימן ליה כמו מתנה שומר חנם להיות כשואל אבל מצד פטור אחיך ולא הקדש לא מהני קבלה בלי קנין כיון דפטור אף משבועה [משא"כ לענין מזיק דלא שייך ענין שבועה) כמו שכתבו התוספות לקמן ולפי זה הך דלקמן גבי השוכר את הפועל ג"כ מיירי בקבלה לסלק דין זה ומ"מ לענין פטור שומרין לא מהני זה והוצרך לומר בשקנו מידו ואהא קשיא להו לתוספות למה ליה קנין לוקמא כשפשע ולענין מזיק בקבלה סגי בלי קנין משא"כ ברישא דלא היה קבלה כלל רק בימי שכירות לא בשבת א"כ חזר הדבר למזיק הקדש דפטור וא"כ כ"ש בפשיעה דפטור ודו"ק:

אך באמת עיקר דברי התומים תמוהין מאד דהא דמזיק הקדש פטור היינו בחומש ולא בקרן כמבואר להדיא פר' השואל משא"כ מזיק דלא משלם חומשא דאמר מר וכ"כ הרמב"ם פ"ג מהלכות גזילה ואבידה ופי' מהלכות תרומות דהכל לענין חומש ואפי' לפי מה שכתבו התוס' פ' השואל בד"ה פרט דמדאורייתא אפילו קרן לא משלם מ"מ מודים

דמדרבנן חייב א"כ שפיר הקשו התוספות דלוקמא בפשיעה וחייב משום מזיק מדרבנן וע"כ דפטור מצד שומרין ובזה לא חייבו רבנן כלל וזה ברור:

והנה הש"ך הביא ראיה לדברי הרמב"ם מהא דמשני שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יזלזלו בהקדשות מבואר דחייבין בפשיעה דלא שייך לומר דמטעם זה יתחייבו בתשלומין מה שפטורין מן הדין ולא ידעתי מאי זו ראיה הא לפי דעת הראב"ד דנשבע שאינו ברשותו ופוטר מפשיעה אם כן הא דקתני במשנה ש"ח אינו נשבע הכוונה על שליחות יד דבזה לכ"ע חייב אם שלח בה יד דהוי גזלן וזה ברור א"כ גבי שקלים ג"כ הכוונה כך דנשבעין שלא שלחו בהן יד כדי שלא יזלזלו דאם יש עליהם חייוב שבועה יזהרו בהקדשות ואם לאו יזלזלו ואין כאן ראיה כלל ולפי זה כיון דכבר כתבתי להחזיק ראיית התוספות וראיית הרמב"ם יש לדחות א"כ עכ"פ הוי ספיקא דדינא: (סה) ואם קנו מידו. זהו על פי מה שכתבו התוספות ושאר פוסקים פרק הזהב ליישב מהך דמתנה שומר חנם להיות כשואל אבל לפי מה שכתב הריטב"א ליישב דדוקא התם שייך בההיא הנאה דקא מהימן ליה אבל בהך דהשוכר הפועל דלא שייך בההיא הנאה דמהימן ליה בהקדש דהכל כשרין להקדש ואינן חשודין א"כ היינו דוקא בהקדשות בעינן קנין אבל בקרקעות ושטרות לא בעינן קנין בההיא הנאה דמהימן ליה. והנה יש להבין אי נימא דבעינן קנין דוקא א"כ מה צריך קרא לפטור הקדשות מדין שומרין הא אפילו מזיק גמור לשיטת התוספות פטור מדאורייתא מן הירושלמי א"כ איך יתכן שדין שומרין יגרע ממזיק גמור ועכצ"ל כיון דקיבל עליו לשמור הרי קיבל עליו ש"מ דבלי קנין מהני ויש לומר בהקדש שאני דבעלמא נמי באמירה בלבד הוי כמו קנין והכא נמי מתחייב באמירה אפילו בהיזק אבל מדין שומרין גזירת הכתוב הוא דלא מהני קבלה דאל"כ הרי בקבלה חייב עצמו וע"כ דגזירת הכתוב הוא דבקבלה לא מתחייב בדין שומרין ולפי זה בלא"ה אין קושיא מהך דמתנה ש"ח דהתם בקבלה סגי והכא ע"כ דלא סגי בקבלה דאל"כ לעולם כשקיבל לשמור ונטל שכר פשיטא שקיבל עליו שלא יפשע והיאך יפטור מפשיעה וע"כ דבזה גזירת הכתוב הוא דבעי קנין אבל להריטב"א שנתן טעם דבזה לא מהני קבלה קשה כנ"ל ודו"ק וצ"ע:

סו מטלטלין לפלוני עש"ך ס"ק קל"ה בשם הנ"י וכתב דהד"מ לא דק ובתומים תמה דברא"ש מבואר אפילו אמר מטלטלין אגב מקרקעי ש"מ דלא כנ"י ולק"מ דוודאי כשאומר סתם נכסי קרקעי ומטלטלי פי' על מאמר נכסי כאילו אומר מהו כוונתו נכסי קרקעות ומטלטלין א"כ אין שטרות בכלל אבל שם היה מאמר נכסי מאמר כולל להכל ומה שאומר אחר כך אינו פי' לזה כלל ודו"ק:

על חו"מ סימן סח

א אין שמיטת כספים נוהגת וכו' משמע דוקא שמיטת כספים אבל שמיטת קרקע דהיינו עבודת קרקע חרישה וזריעה נוהג אף בזמן הזה מן התורה ותליא במחלוקת רש"י ותוספות דלרש"י שפי' שמיטת קרקע היינו עבודת אדמה והקיש הכתוב שמיטת כספים לעבודת אדמה א"כ, מבואר דשמיטת קרקע גם כן בזה"ז דרבנן דמינה ילפינן כספים אבל לפי' התוספות וכפי הנראה ג"כ מדברי הרמב"ם פ"ט מהלכות שמיטה דכתב דאין שמיטת כספים נוהגת רק בזמן שהיובל נוהג והביא הברייתא בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט כספים מבואר דמפרש שמיטת קרקע היינו יובל א"כ שפיר יש לומר דדוקא לענין השמטת כספים דבהכי איירי קרא וזה דבר השמיטה איתקש יובל לשמיטה אבל לענין עבודת אדמה לא איתקש כלל ואפילו אין היובל נוהג חרישה וזריעה אסור בזה"ז דבר תורה וכ"כ הכ"מ שם להדיא לדעת הרמב"ם וכ"כ בתומים כאן ס"ק א' שכן הוא דעת התוספות והרמב"ם. אבל לפע"ד דבריהם תמוהין ופשיטא דמודים התוספות דעבודת אדמה ג"כ בזה"ז דרבנן דהא לענין חרישה וזריעה בשביעית מוקמינן לה כרבי כמו שכתבו התוס' שם להדיא דהא לאחר שפירשו דשמיטת קרקע הכוונה יובל כתבו והשמטת קרקע קרי ליובל ולשביעית השמטת כספים דשמיטה משמטת כספים ולא יובל כדאמרינן בהדיא פרשת ראה ודריש לה מדבר השמיטה שמוט והכא קאמר בזמן שאתה משמט יובל אתה משמט שביעית כי ההוא דירושלמי עכ"ל והשתא אי ס"ד דלדעת התוספות הקישא דקרא דוקא לענין כספים אבל לענין חרישה וזריעה לא ילפינן מיובל א"כ מה זה שכתבו ונתנו טעם למה דקרי לשביעית השמטת כספים ומאי ענין זה לזה אפילו אי היה השמטת כספים נוהג גם ביובל מ"מ הוכרח לומר משמט כספים דהיקשא לענין כספים הוא דוקא ולא בשאר דיני שמיטה ולא בשמא תליא רק בדוקא נקט כספים וברור דכוונת התוספות דכל דיני שביעית הקישו ליובל ואהא קשיא להו דנקט משמט כספים ותירצו דשביעית השמטת כספים קרי לה דזהו היתר בשביעית מה שאין ביובל והשמטת קרקע הוא יתרון ביובל שאינו בשביעית לכך קרי ליובל השמטת קרקע ולשביעית השמטת כספים והכוונה בזמן שיובל נוהג נוהג שמיטה בזמן שאינו נוהג יובל אינו נוהג שמיטה הרי שכתבו כי ההוא דירושלמי ובאמת בירושלמי שם לא נזכר כספים רק שביעית וכן מבואר להדיא בר"ן שפי' גם כן כפי' ר"ת דהכוונה השמטת קרקע יובל וכתב על זה וז"ל וה"ק בזמן שאתה משמט קרקע היינו בשעה שהיובל נוהג אתה משמט כספים וכספים לאו דוקא דה"ה לעבודת קרקע אלא משום דבהאי קרא כתיב כל בעל משה ידו דהיינו הלואת כספים נקטה בכספים וה"ה לכל דיני שמיטה

וכן הוא בירושלמי וכו' עכ"ל הרי להדיא דלכ"ע אין חילוק בין כספים לעבודת אדמה אלא דעל מה שתירץ הר"ן כנ"ל תירצו התוס' בפשיטות דשם שמיטת כספים הוא שם כולל לשביעית לפי שזהו היתרון על יובל עכ"פ מוכח להדיא דלא כהכ"מ והתומים א"כ ממילא גם דעת הרמב"ם כן וז"ב לפע"ד:

והסמ"ע ס"ק ב' כתב דדוקא שמיטת כספים נוהגת בזה"ז אבל שמיטת קרקע דהיינו עבודת אדמה חרישה וזריעה אינו נוהג כלל וכ"כ בשם התוספות פרק השולח ובאמת כתוספות לא נזכר זה כלל רק ביובל לבד כתבו התוספות דאין רוב הציבור יכולין לעמוד לאסור שביעית ויובל כי ביובל יש שביעית קודם ואח"כ יובל אבל בשביעית בלבד לא כתבו התוספות כלל ואדרבא הא הביאו שם הך סוגיא דמועד קטן דחרישה וזריעה אסור בזה"ז כרבי גם נעלם ממנו דברי הכ"מ שכתב להדיא דהוי מדאורייתא כמו שכתבתי לעיל ונהי דהא וודאי ליתא כמו שכתבתי מקודם אבל מדרבנן יהא אסור ומ"מ היינו דוקא בא"י דהוא מצוה התלוי' בארץ ואף בזה"ז עשו זכר אבל בחוץ לארץ אינו נוהג כלל עבודת קרקע רק כספים לפי שאינה תלי' בארץ עשו זכר בכל העולם:

והנה הרמב"ם ז"ל פ"ט מהלכות שמיטה כתב דלא מהני פרוזבול רק לשמיטה דרבנן אבל לא לשמיט' של תורה והשיג עליו הראב"ד ז"ל דזהו לאביי פרק השולח אבל רבא פליג עלי' דהפקר ב"ד הפקר ואפילו מדאורייתא והרב בכ"מ כתב כי הרמב"ם סובר כדברי התוס' דרבא אליבא דפרוקא דאביי קאי אבל מדאורייתא דהוא לאפוקי ממונא לא אמרינן הפקר ב"ד הפקר ע"כ ותמהני שמעולם לא כתבו התוספות דבר זה והיאך אפשר לומר כן דהא אביי גופא משני מעיקרא שב ואל תעשה שאני א"כ מה חידש רבא בתירוץ זה דהא לפי דבריו ג"כ משום שב ואל תעשה הוא לפי דברי הרב בכ"מ וראיתי בספר גי"ת שהקשה קושיא זו בדברי התוספות גופא שם ולא דק כלל דפשיטא דבתוספות לא קשיא ולא מידי דעיקר תירוצם הוא דלא הי' להם לחכמים לעקור מצות עשה של תורה מכל וכל מכח הפקר ובעלמא דוקא כשיארע איזה ענין מה שהם עושים היפך דין תורה אין זה רק פעם אחת ויש כח בידם משום הפקר ב"ד אבל לעקור מצוה שלימה ממצות התורה מכח הפקר ב"ד לא וכאן עקרו כל מצות השמטת כספים בפרזובול זה וזהו דוקא לעקור דין שמיטה אבל להיפך אם מן התורה אינו משמט יעשו הם זכר לשמיטה לשמט לא עקרו בזה מצות פריעת ב"ח לגמרי רק בשנת השמיטה אבל המצוה נשארה קיימת משא"כ להיפך עקרו מצות שמיטה מכל וכל זהו כוונת התוס' בתירוץ זה אבל דברי הכ"מ בזה באמת תמוהין כנ"ל:

אמנם בגוף דברי התוספות צריך ביאור כי כאשר נתחבטו בפירוש דברי רבא הכניסו בתוך כך הקושיא מדרשה דספרי דהמוסר שטרותיו לב"ד אינו משמט וכתבו שם דלרש"י אסמכתא בעלמא הוא ולפי מה שפירשו הם מ"מ לא היה לו להלל ללמד זה לכל העולם לעקור דין שמיטה ע"ש ויש להבין מאי ענין קושיא זו לכאן ובלא"ה קשה דמאי פריך הא מן התורה אינו משמט מדרשה דקרא וברור דכוונת התוספת דזה תלוי בזה כי אי נימא דרבא לא משני אדמעיקרא והיינו משום דלא עקרינן מצות שמיטה לגמרי בשביל זה אם כן גם בהך קושיא נאמר כן דמ"מ לא היה לו להלל ללמד דעת את העם ולעשות תקנה בפומבי לעקור דין שמיטה מכל וכל משא"כ לפירש"י דרבא משני אדמעיקרא א"כ כ"ש דהוי מצי לישנויי דבלא"ה דאורייתא הוא מדרשה דספרי דהא לא חיישינן לעקירת המצוה ועל זה כתבו דלרש"י צריך לומר דבמוסר שטרותיו באמת הכוונה משום הפקר ב"ד ודרשה דספרי אסמכתא בעלמא הוא ולפי זה יש באמת ראיה להרמב"ם דהא כתב בהדיא דהך דספרי דרשה גמורה הוא כמבואר פ"ט מהלכות שמיטה להדיא לזה הוצרך לומר דרבא לא קאי אדלעיל דלא עקרינן מצות שמיטה לגמרי משום הפקר וה"ה משום הך דרשה לא הוי ליה לתקן ללמוד לכל העולם לעשות כן כמו שכתבו התוספות אלא דקשיא להו דהא פשיטא דהתוספות לא כתבו כן רק משום דסבירי להו שם דמוסר שטרותיו היינו הך דפרוזבול דפשיטא דאין לפרש קושית התוספות דמ"מ היה להם לעשות משום הפקר ולא חיישינן לעקירת המצוה כיון דבלא"ה יש תקנה אחרת גם בדאורייתא גופא שלא תשמט דא"כ מה זה שתירצו וכתבו וז"ל מ"מ לא היה לעשות תקנה וללמד לעשות כן שביטל בכך השמטת כספים שציותה תורה הרי שדעתם דבאמת היינו הך רק שלא היה לו לעשות תקנה ללמדה לכל שיעשו כן לבטל מצוה לגמרי ואם היה כוונתם כנ"ל הי' להם לתרץ בפשיטות דהתם לא נתבטלה המצוה דאז בעינן דוקא שימסור אותם לב"ד ופעמים שאינו רוצה או אין לו אבל תקנת הכל מצוי לכל וכן תירץ באמת הר"ן ז"ל וכמו כן לפירש"י היה להם ליישב בפשיטות כנ"ל וברור דהתוספות סבירא להו בדיבור זה דהיינו הך ולפי זה להרמב"ם דמבואר להדיא פ"ט מהלכות שמיטה דמוסר שטרותיו לאו היינו פרוזבול דלא מהני רק בשמיטה דרבנן ומוסר שטרותיו כתב בפשיטות קודם דמהני בכל מקום מדרשה דקרא א"כ שפיר יש לפרש דרבא אדלעיל קאי ג"כ משום הפקר ב"ד ואין כאן קושיא מהך דספרי דהתם תקנה אחרת הוא ולא תקנת הלל ומ"מ יש לומר דאף דהתוספות תלאו הך בקושיא זו מספרי אבל הרמב"ם סבירא ליה מצד הסברא כן דלא אמרינן הפקר ב"ד לעקור מצוה ממצות

התורה מכל וכל אף דיש תקנה גם מדאורייתא וכמו שחילק הר"ן כנ"ל אבל עכ"פ דברי הרב בכ"מ צ"ע כמו שכתבתי:

ב) ונראה שעליהם סמכו וכו' בתומים ס"ק א' האריך בתוכחת מוסר להחמיר בשמיטה ע"ש ולהיפך שמענו מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא בעל התרומות שער מ"ה וז"ל ומה שאמר הרב מידת חסידות היתה אילמלא תקנת חכמים הוא או דבר תורה איזה חסידות יש בדבר להשמט כספים ולנעול דלת בפני לווין ובכיוצא בזה אמרו כל שאינו מצווה ועושה נקרא הדיוט עכ"ל. הרי לך שאין לנו לדון בדין זה בתוכחת מוסר רק על פי הדין ואם בדין אינו אין להחמיר ונקרא הדיוט ובס"ק ב' כתב ליתן טעם בשטר שיש בו אחריות ובסמוך יתבאר שיש לפקפק בו:

ג שיש בו אחריות. זהו מה דנחלקו ר"י ושמואל פרק השולח ופסק הרמב"ם כרב ושמואל והיינו דר"י גופא אמר שם וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה והנה לפי מה שכתב הרמב"ן בספר הזכות ודייק מהך דר"י דסובר שביעית בזמן הזה מדאורייתא דאל"כ לא היה אומר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה דבדרבנן לא שייך זה ולפי זה לדידן דקיימא לן שביעית בזה"ז דרבנן א"כ מהראוי לפסוק כסברת ר"י דשטר שיש בו אחריות אינו משמט אבל באמת דברי הרמב"ן תמוהין לפע"ד דהא רב אסי פריך התם לר"י הא תניא כוותי' דמר ומשני ליה דילמא הא מני ב"ש היא דאמר שטר העומד לגבות כגבוי וקשה מה צורך לזה היה לו לומר דילמא הא מני רבי היא דאמר שביעית בזה"ז דרבנן והכי אוקמא שם לכמה משניות ובע"כ דאפילו אי שביעית בזה"ז דרבנן לא משמע לי' לעשות מעשה ולפי זה נסתר ההיתר של התומים סוף ס"ק ב':

ד אלא סיים לו שדה. זהו דעת הרמב"ם והקשו עליו דבפרק הזהב מוכח דדוקא באתרא דלא מסלקי אינו משמט ולפעד"נ דלק"מ והוא דקשיא ליה להרמב"ם בהך דהזהב קושית הרשב"א שהביא ב"י בטור י"ד סי' קע"ב דמה נפשך אי בת"ז בלא"ה אינו משמט ואי לאחר זמן הרי יכול לסלקו ומזה דייק הרשב"א שם דכיון שלא היה יכול לסלקו פעם אחת שוב אין שביעית משמט אבל הרמב"ם לא סבירא ליה הך רק כמו שכתב בעה"ת שער מ"ה ושער מ"ט דכיון שהמלוה אוכל הפירות בתוך זמן לא יגוש קרינן בי' ע"ש והשתא לק"מ דהתם בתוך זמן פשיטא דלא חשיב כגבוי שעדיין לא הגיע הזמן ולא יגוש קרינן ביה כיון שאוכל הפירות לכך בעינן דוקא אתרא דלא מסלקי דאז אפילו בתוך זמן חשיב כמכירה ולא קרינן בי' לא יגוש דמה שאוכל הפירות הוי כמכירה אבל הכא בסיים לו שדה דאינו אוכל פירות כלל רק הוא סיים לו מצרי השדה וסימניה ויוחד לו לגבות חובו אם כן בתוך זמן בלא"ה אינו משמט דלא קרינן בי' לא יגוש ולאחר זמן הרי הוא

כגבוי ולא מיחסר שום דבר שהרי סיים לו במיצר וסי' ולא קרינן בי' לא יגוש. ולפי זה יש מקום לומר דזה כוונת המחבר דהביא הך דכל שאינו יכול לסלקו אפילו יום אחד להי"א דהא בהא תליא כי להך דעה דלא מוקי לה הך בתוך זמן דאפילו אוכל פירות לא מיקרי לא יגוש רק הכוונה על לאחר זמן אם כן מבואר דאפי' עכשיו יכול לסלקו אינו משמט וזו היא כוונת הרשב"א שכתב על זה כדאיתא במציעא והיינו כהנ"ל כיון דבתוך זמנו לא מצי קאי לשיטתו רק לאחר זמן אם כן דין זה מוכרח אבל להרמב"ם ובעה"ת הנ"ל דמיירי שפיר בתוך זמן שפיר יש לומר דוקא בזמן דלא מסלקי אינו משמט ובזה מיושב מה שדיקדק הסמ"ע ס"ק ט והוא דמעיקרא כוונת המחבר לומר דפעמים דאינו משמט כלל ופעמים דמשמט לעולם והיינו דבאתרא דמסלקי בכל עת לעולם משמט ובאתרא דלא מסלקי כלל לעולם אינו משמט משא"כ בהך גוונא דאינו יכול לסלקו ויכול לסלקו אם כן בזמן שיכול לסלקו אם הגיע סוף שמיטה ביום זה משמט אבל אם הגיע סוף שמיטה ביום שאינו יכול לסלקו אינו משמט כך הדין להרמב"ם ולהרשב"א דמוקי לה לאחר זמן ע"כ דכל שאינו יכול לסלקו פעם אחת שוב אינו משמט לעולם כנ"ל ברור:

(ה) מי שיש לו עיסקא. עיין תומים בשם רדב"ז דכתב דפלגא מלוה ג"כ אינו משמט והוא החזיק בעדו וכל יסודו משום דלא, נעשה מטלטלין אצל בניו ואין דבריו נכונים כלל כי המעיין בתשובת מיימוני לספר משפטים סימן י"ב יראה דכפל ושילש דאין ענין זה לזה כלל דהתם הטעם דבעלמא במטלטלין לא סמכה דעתו שיכול להבריחם אבל בזה כיון דאסור לו למישתי שיכרא ולהוציאם א"כ סמכה דעתו עליו וזהו לענין גבי' מיתמי אבל לענין שמיטה דאפילו שטר שיש בו אחריות נכסים דגובה מיתמי קרקעות ומלקוחות דוודאי סמכה דעתו ומ"מ לענין שמיטה משמט ואדרבא להיפך כיון דחזינן דיפה כח שמיטה מענין גביית יורשין למה אמר רבא דוקא לענין מטלטלי דיתמי עדיפא הוי ליה למימר לענין שמיטה כיון דלנהרדעי הוי מלוה לכל דבר ומשמט וע"כ דמודה בזה דלא עדיף ממקרקעי ויש לו אחריות נכסים וכמו כן במלוה על המשכון וחזר ונתנו ללוה דלא נעשה מטלטלין אצל בניו היינו ג"כ כהנ"ל דסמכה דעתו ולא לענין שמיטה דלא מהני אפילו בקרקעות המשועבדין לו ומה שהביא מהך דלקמן סימן ע"ב במלוה שחזר והפקידו אינו ענין לזה כלל דהתם וודאי כשהלוה רוצה שיהא אחריות המשכון על המלוה יכול לעשות כן ששומר שכר היה עליו ולא פקע אחריותו אבל כאן שהמשכון ביד הלוה ולא נאנס פשיטא דהלוה יכול לומר איני רוצה באחריותך ואני פוטר אותך מאחריות והמשכון שלי וגבי מלוה על המשכון עיקר הטעם משום דאמר קרא את אשר יהיה לך את אחיך ולא של אחיך בידך א"כ כאן הרי אין ללוה גבי מלוה כלום ואי משום

דאחריות על המלוה ברשות הלוה הוא לפטרו ואין לו ביד שום דבר א"כ שאין לו שום דבר נשמט החוב והמשכון ממילא שלו לכן נראה עיקר כפסק המחבר ועיין היטב שם:

ו ונשבע לפרוע עסמ"ע בשם הע"ש ומה שכתב לפרש דבריו ובתומים הקשה דכיון דנשבע ועבר שביעית בינתיים הרי ידע דיהא שמיטה ומ"מ נשבע ולמה ישמט הא השבועה בהכרח היתה על שמיטה ג"כ ומסיק בצ"ע ודבריו תמוהין דהא בהדיא כתב הרמב"ן דאם הגיע שמיטה בינתיים הוי כמלוה את חבירו לעשר שנים דאין שביעית משמט וקשה למה לי כך תיפוק ליה אפילו היה מלוה לזמן והגיע שמיטה בתוך זמן משמט מ"מ הכא אינו משמט מכח השבועה דידע דיש שמיטה בינתיים אמנם בגוף פי' הסמ"ע יש לפרש בפשיטות דכוונת הע"ש לא מבעי אם הגיע שמיטה ביומא דמשלם זימני' דוודאי פטור מכלום ואפילו התרה אינו צריך דהא בו ביום נמחל ולא עבר על השבועה כלל אלא אפילו הגיע הזמן קודם דכבר עבר על השבועה מ"מ שביעית אח"כ משמט ועל השבועה צריך התרה וכן הוא להדיא ברמב"ן שכתב דאף דעבר על השבועה מ"מ שמיטה אח"כ משמט וכ"ש אם הגיע הזמן ביום השמיטה דלא עבר כלל על השבועה וזו היא כוונת הע"ש ולק"מ:

ז וכפר ונשבע הרמב"ם השמיט ונשבע והקשו שביעית משמטת שבועה השבועה היכי משכחת לה ותירץ ב"י דמיירי דהודה מקצת קודם שמיטה וכשהגיע שמיטה נשמט מה שהודה וס"ד דשבועה לא נשמט קמש"ל דאף השבועה נשמט וכ"כ הר"ן והד"מ כתב דהוא תירוץ קלוש ועיין תומים שכתב דהנכון אתו דשבועה דע"א היכי משכחת לה וביותר תמה על הב"י דהא מ"מ היסת חייב לעולם א"כ לעולם היה שבועה קודם ותירץ הוא דוודאי אם נתחייב שבועה קודם הוי בכלל לא יגוש דמה לי שבועה ומה לי ממון והירושלמי מיירי להרמב"ם דכפר באופן שאפילו שבועה לא היה צריך לכך לא הוי בכלל לא יגוש כלל ואם הודה אח"כ חייב לשלם ואין דבריו נכונים כלל דאי ס"ד דכל שנתחייב שבועה קודם אפילו הודה אח"כ פטור דכבר היה בכלל לא יגוש א"כ אכתי תקשי שביעית משמטת שבועה היכי משכחת לה דאי לא היה עליו חיוב שבועה קודם א"כ הרי חייב אח"כ ואי דהיה עליו קודם מה מקום לשבועה כיון שאפילו מודה פטור והיאך ישבע על מה שהוא פטור כשיודה הא עיקר השבועה הוא כדי שיודה ואם יודה יפטר ועוד דנאמן לעולם במיגו דהיה מודה וברור דהרמב"ם מיירי באופן שאם היה מודה חייב ומהאי טעמא הקשה שם הכ"מ וב"ח על לשון הרמב"ם שכתב בשבועת הדיינים שאם היה מודה פטור דהא גם בזה אם היה מודה מתחייב ותירץ דהכוונה אם היה מודה קודם שמיטה היה פטור אבל עכשיו כיון שאנו דנין על השבועה בוודאי אם

היה מודה מתחייב לכן נראה ברור בכוונת הרמב"ם דוודאי לא יגוש כולל תרתי בין לשלם בין לישבע כמו שכתב הרמב"ם להדי' ולזה הכלל כל שהיה שייך בו לא יגוש בסוף שביעית בזמן שמשמט שוב נשמט בשביעית ואף אח"כ לא יגוש אבל בדבר שלא היה שייך בו לא יגוש בסוף שביעית יכול לנוגשו אח"כ ולפי זה אם כפר מתחילה באופן שמתחייב שבועה א"כ מכח לא יגוש שוב אין עליו חיוב שבועה לעולם שכבר נשמט אבל ממון שלא היה בכלל לא יגוש שהרי לא היה יכול לנוגשו ממון אז בזמן שמשמט א"כ אח"כ אם הודה ונעשה ממון יכול לנוגשו ולפי זה לעיל דמיירי עכשיו לענין שבועה א"כ כיון שכבר היה בכלל לא יגוש שוב אין עליו שבועה לעולם אבל אח"כ דמיירי הרמב"ם לענין ממון כשהודה במה שכפר קודם בין שהיה עליו חייוב שבועה או לא סוף סוף בכלל לא יגוש ממון לא היה לכך אם הודה יכול לתבעו ממון אח"כ וזה ברור וזו היא כוונת הכ"מ ולק"מ. אמנם בכוונת הד"מ שכתב דהוא תירוץ קלוש נראה דקשיא לי' מ"מ כיון שכבר נתחייב שבועה קודם אכתי במודה במקצת קשה הא הוי הילך ומאי קמש"ל כיון דבשעת שמיטה נשמט מה שהודה הוי הילך. גם קשה דהא נאמן במיגו דהי' מודה הכל בשעת שמיטה והיה נשמט ומ"מ יש ליישב דבקושיא ב' יש לומר דהוי מיגו למפרע ובקושיא א' יש לומר דס"ד דלא אמרה תורה ענין שמיטה רק לענין הממון אבל לענין השבועה הוי כלא נשמט כלל וצ"ע בזה אבל מ"מ העיקר כתירוץ הכ"מ על פי מה שכתבתי:

ח אבל אם התנה הלחם משנה הקשה מ"ש מאונאה דאפי' בכהאי גוונא לא מהני ובתומים הוסיף להקשות מדברי התוספות כתובות ריש פרק הכותב דירושת הבעל הוי לא ידע ומחיל דשמא ימות הוא בחיי' א"כ ה"ה שביעית. ולפעד"נ דלק"מ דוודאי גבי אונאה הטעם דאם הי' הלוקח יודע שיהא בו אונאה לא היה מוחל בשום פנים רק כיון שלא עלה על דעתו שיהא בו אונאה לכך התנה וכמו כן בירושת הבעל לפי שלא עלה על דעתו שתמות היא בחייו אבל אם היה יודע זה בבירור לא היה מוחל משא"כ הכא דהוא לוה מזה מעות א"כ מה נאמר דלכך התנה שלא היה בדעתו שיגיע עד שביעית אם כן עכ"פ גמר בדעתו לשלם לו החוב ואדרבא ישלם קודם והיאך נאמר שאם היה יודע שיגיע שמיטה שלא היה רוצה בתנאי חדא דהמלוה לא ירצה להלוות לו והוא רוצה באמת ללוות ואינו מפסיד מכיסו רק להחזיר מעות שלוה וגם עכשיו דעתו לשלם קודם הרי שדעתו ללוות ולשלם ולא להשמיט והיאך נאמר שאם היה יודע שיגיע שמיטה לא היה מלוה וזה ברור גם מה שהקשה עוד כיון דחכמי' עשו חיזוק בדרבנן יותר משל תורה א"כ הכא בשביעית דרבנן למה יהא תנאו קיים לק"מ לפע"ד דדוקא בדבר שחכמים

חידשו תקנה מדעתם כמו כתובה וכהאי גוונא אז עשו לדבריהם חיזוק כיון שאין לו עיקר בשל תורה כלל אבל דבר שיש לו עיקר בשל תורה והם תקנו שיהא חל אף ובזמן שאינו חל בזה וודאי דיו דהעמידו על דין תורה ולא יותר כיון שיש לו עיקר מן התורה אין צריך חיזוק יותר וזה ברור (ט) לעשר שנים. כתב הב"ח דדוקא בקובע זמן אבל בסתם הלואה אף דזמנה שלשים מ"מ שביעית משמטת והביא ראיה מפרה שחילקה בראש השנה לדעת הרמב"ם דהוי כמלוה ומשמטת וקשה הא הוי ליה סתם הלואה והוא ל' יום והוי כמלוה לעשר שנים וע"כ דסתם הלואה לא. ואין דבריו נכונים דמפרה שחילקה אין ראיה שהרי כתב הכ"מ להדיא לדעת הרמב"ם דהתם לא הוי כהקפת חנות דלא היה בדעתו להקפה כלל רק לפי שלא היה יכול להפרע ממנו ביו"ט נתן לו בהקפה אבל כל שיגיע העת שיכול לפרעו חייב לפרעו א"כ לא דמי לסתם הלואה מטעם זה ואדרבא מיד חייב לפרעו לולי שמיטה משא"כ בסתם הלואה ואדרבא נראה לפע"ד להוכיח להיפך מדברי הרמב"ם שהרי כתב דאם התנה שלא יתבענו שביעית משמטת וכתב הכ"מ בשם מהר"י קורקיס טעם לזה כיון דמ"מ לצאת ידי שמים חייב ואם תפס לא מפקינן מיני' לא יגוש קרינן ביה ולפי זה בסתם הלואה דלא שייך הני תרתי טעמים פשיטא דאינו ומשמט ואדרבא מדלא כתב הרמב"ם דינו בסתם דהוי רבותא טפי ש"מ דדוקא במקום שיש על הלוה חייוב רק שעל המלוה שלא יתבענו אבל במקום שאין חייוב על הלוה כלל לא קרינן ביה לא יגוש. והנה בדינו של הרמב"ם הנ"ל יש לעיין מנין לו להרמב"ם דין זה כי לא נמצא בשום מקום ונראה שלמד כן מהא דאיתא בירושלמי המלוה את חבירו שלא תשמט שביעית שביעית משמט ופריך מהא דתנן אומדין כמה אדם רוצה ליתן מל' יום ועד עשר שנים וכי יש עשר שנים בלי שמיטה וע"כ משום דהוי כאילו התנה שלא תשמט שביעית וש"מ דתנאי מועיל וקשה מאי קושיא הא המלוה את חבירו לעשר שנים אינו משמט ומה זו ראיה לתנאי שאינו לעשר ומה ענין זה לזה וצריך לומר דקשיא לירושלמי תינח אם הלוה אומר לעשר וקבע לו זמן ממש לעשר אבל אם אומר לעשר שלא יתבענו לעשר ולא קביעת זמן דבזה שביעית משמע א"כ שפיר ישלמו דמי הכל ומתניתין סתמא קתני הוא אומר לעשר שנים ומזה דייק הירושלמי דע"כ משום דהוי כאילו התנה כיון דיש שמיטה בהכרח בינתים ודחו זה משום מוסר שטרותיו לב"ד וא"כ לא הפסידו הלוה דהמלוה יכול למסור השטר או לעשות פרוזבול ודינו של הרמב"ם מוכרח ובזה מיושב ג"כ מה דפסקו כלישנא בתרא אף דרבא דחה הראיה ממשנה ש"מ דלא סבירא ליה דין זה ולפי הנ"ל ניחא דלא היה כוונת רבא לזה רק כיון דבמשנה סתמא קתני ואפי' הלוה אומר שיש בידו לעשר שלא יתבענו כל עשר דאז וודאי משמט לכך תירץ רבא במלוה

על המשכון ואתי שפיר אפילו בהך גוונא ובתומים הביא ראיה כלישנא בתרא מהך דפרק שני דייני גזירות דף ק"י ואינו נכון וכך היה לו לומר כיון דחזינן דבש"ס מוקי בהך גוונא ואי ס"ד דבזה בעינן דוקא מוסר שטרותיו כדמשני רבא אם כן למה ליה לאוקמא בהך גוונא דלא ימלט רק במציאות זה בפשיטות הוי ליה לאוקמא היכי דליכא שמיטה ומדאוקמא בהכי בפשיטות ש"מ דלא משמט ונראה לי דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה והגיע שמיטה אף שהוא באופן שיעמוד כל אחד בשלו מ"מ אם אחד עשה פרוזבול והשני לא זה שעשה פרוזבול גובה והשני אינו גובה כן יש להוכיח מירושלמי סוף פרק שד"נ ומדברי הטור ומחבר לקמן סוף סי' פ"ה ודו"ק:

י מה שכנגד המשכון. בתומים הקשה מהך דמכות דמוקי רבא במשכון ולדעה זו לא משכחת לה ע"ש שהאריך ולפע"ד לק"מ דהתם משכחת לה בפשיטות דהמשכון אינו רק כנגד היתר מן זה שמשלמין עד כולה דהא עיקר קושית הש"ס כולה בעי לישלומי ואהא משני דיש על זה משכון ואינו משמט וא"כ מיגו לית ליה דהא המשכון אינו שוה מעותיו והוא רוצה מעותיו בשלימות לסוף ל' וליכא למימר דיעכב המשכון וגם החוב יגבה משא"כ לדעה שניה יש לומר דהמשכון אינו שוה אפילו האומד מן ל' ועד עשר הא ליתא דפשיטא דמיירי בלא עדים כמו שכתב הוא בעצמו א"כ גם הלוה יש לו מיגו דלהד"ם רק אם שוה כנגד כל החוב אתי שפיר אבל אם שוה פחות מן החוב שוב לית ליה מיגו ואי קשיא ישלמו מה שמשמט הא ליתא דהאומד הוא יותר ממה שנחסר מן המשכון וקמ"ל דצריכין לשלם האומד ולק"מ ודו"ק ומה שתירץ הוא צ"ע אי נימא דבעינן פירש דוקא ולפי מה שכתבתי לעיל לשיטת מהר"ם בלא"ה לק"מ. אך יש להבין למהר"ם מה שכתב המחבר סי"ג משכון שלא בשעת הלואה הוי כמלוה על המשכון וכתב הסמ"ע אף דמחזירו לו הוי כמשאיל לו וקשה הא למהר"ם אף הפקידו לו משמט ומ"ש משאיל דלא משמט וצריך לומר דלדעתו מיירי הכא שלא החזירו לו רק דס"ד כיון דחייב להחזיר לו ביום או בלילה וכדומה אף בזמן שהוא בידו לא יגוש קרינן ביה קמש"ל דלא אבל אם החזירו והגיע שמיטה בזמן שישנו ביד הלוה לא קרינן ביה של אחיך בידך לדעת מהר"ם והסכים עמו המחבר לעיל גבי עיסקא ע"ש:

יא פרוזבול הרמב"ם כתב דדוקא בשביעית דרבנן אינו משמט אבל דאורייתא לא והראב"ד השיג עליו דהא דמשני רבא הפקר ב"ד הפקר קאי אדלעיל דלא כתירוץ אביי והוא כפירש"י שם ובתומים הקשה להראב"ד ז"ל נהי דיש כח בחכמים לעקור אפילו בדאורייתא אבל מ"מ כיון דשמיטה בזמן הזה דרבנן לאיזה צורך היה לו להלל לתקן גם בדאורייתא וכי שייך תקנה לימות המשיח ואין דבריו נכונים כלל דבש"ס גופא קשה

דרבא משני הפקר ב"ד הפקר אדלעיל כיון דבאמת דרבנן מה צורך לו לומר דתקנו גם בדאורייתא ואי דרבא באמת סובר דלא כרבי א"כ היאך קיימא לן כרבי כיון דנחלקו אביי ורבא בזה והלכה כרבא ומה שכתב הוא דהראב"ד סובר כרמב"ן הוא תמוה דבהדיא מבואר בראב"ד להיפך דאפילו מדרבנן לא נהוג כמבואר בבעל התרומות. אמנם נראה פשוט דהנך דמפרשי דרבא בא לשנויי דלאביי צריך לומר דהלל לא לדרי' איתקין דיובל היה נוהג בבית שני כמו שכתבו התוספות שם והוכיחו מאשם שפחה חרופה שהביאו עולי גולה ע"ש א"כ אפילו לרבי היה אז מדאורייתא א"כ ע"כ דהלל לאו לדרי' איתקין רק לדור הסמוך לו ועל זה בא רבא ליישב דאפילו בדאורייתא מהני ושפיר תיקן הלל בדורו וזהו כוונת הראב"ד ג"כ דאפי' בדאורייתא תיקן הלל לדורו ולא לדור של אח"כ כתירוץ רבא ובאמת על רש"י קשה דסובר דיובל לא היה נוהג בבית שני וצריך לומר דסובר דרבי באמת פליג כדעת הרמב"ן אבל הראב"ד דסובר כרבי מפרש כהנ"ל ולק"מ: גם מה שפירש בכוונת התוספות גיטין בד"ה מי איכא מידי וכתב שנעלם מעיני חכמי לב תוספות יבמות אומר אני דעדיין הוא מבחוץ בכוונת התוספות ואי אפשר לפרש בשום פנים כפירושו דהא התוספות פתחו בקושיא דלא משני רבא לעיל הפקר ב"ד הפקר ותירצו משום דלא היה להם לעקור שמיטה דאורייתא משום זה וכתבו על זה ואע"ג ddרשינן בספרי מבואר להדיא דכוונתם במאמר זה להחזיק בתירוץ הפקר ב"ד הפקר גם בדלעיל ואי משום עקירת שמיטה הא דרשינן בספרי וכו' והשתא אי כוונת התוספות ליסוד מוסד דבדבר הדומה עקרינן אפילו בלי טעם דהפקר ב"ד הפקר א"כ מאי ענין להפקר ב"ד הא לפי זה בלא"ה לק"מ ומה זה ואע"ג שכתבו הא הוא קושיא בפני עצמה בש"ס דמאי קושיא ואפילו להפקר ב"ד הפקר אין צריך וע"כ דכוונת התוספות דבדבר הדותה בצירוף הפקר ב"ד הפקר ש עקרינן עקרינן ואהא קשיא להי דאליבא דספרי עדיין יש ליישב תירוץ דהפקר ב"ד לעיל והשתא מה זה שכתבו אח"כ דרש"י פי' התירוץ אדלעיל וכתבו ודרשה דספרי אסמכתא בעלמא הוא ומטעם הפקר הוא וקשה מה קשיא להו לפירש"י הא הוא ע"כ לא סבירא ליה דקושיא היא משום דלא היה להם ללמד וזה צריך לומר בכל אופן כמו שכתב מהרש"א והוא בעצמו אם כן מאי קושיא מספרי דשפיר פריך משום דעקרינן דאורייתא ואי משום דבר הדומה זה אינו מספיק בלבד רק בצירוף הפקר ב"ד ושפיר משני הפקר ב"ד וע"כ דסבירי להו דבדבר הדומה לחוד יספיק לעקור דבר תורה וקשה קושיא הנ"ל ודו"ק היטב ועוד לדבריו קשה דהא פשיטא דמעיקרא ג"כ לא סבירי להו לתוספות דמטעם הפקר אין לעקור דין תורה דהא פשיטא דבכמה דוכתא אמרינן הפקר ב"ד אפילו להיפך מדין תורה רק כוונת התוס'

דה"מ לעקור עכשיו לפסוק היפך מן הדין אבל הדין בעצמותו לא נעקר רק לפי המאורע יש כח בידם לפסוק אבל כאן דעקרו כל דין שמיטה ונעקר מצות עשה לגמרי כיון שתיקן דכל העולם יעשו כן זהו אין כח בידם מטעם הפקר ב"ד והשתא אהא קשיא להו כיון דהוא דבר הדומה יש כח בידם א"כ מה זה ששינו הלשון דמעיקרא לא הזכירו התוספות ללמד לעשות תקנה רק לעקור דין שמיטה לגמרי א"כ הרי לא חידשו אחר כך שום דבר נוסף אדמעיקרא רק אפילו בדבר הדומה אין עוקרין מצות עשה לגמרי ומה זה ששינו כסות ולשון ללמד לעשות תקנה ודו"ק: וברור דכוונת התוספות בפשיטות דהכא אזלי אליבא דרש"י בכל מקום דפרוזבול ומוסר שטרותיו ענין אחד הוא ועל זה כתבו מתחילה דאין לתרץ משום הפקר ב"ד דאין לעקור דין תורה לגמרי כנ"ל ועל זה כתבו דהא בספרי דרשינן דמוסר שטרותיו דאורייתא אם כן היינו הך פרוזבול ולא חידש הלל רק שתיקן בפומבי ולמד לעשות תקנה לכל העולם א"כ אין זו עקירא לדין תורה ועל זה כתבו דמ"מ לא מהני הפקר ב"ד אף על הלימוד לעולם אף שגוף הדבר מן התורה כיון דבזה נעקר המצוה מכל וכל וכמו דלא מהני בלי הפקר ב"ד מחמת טעם זה כמו כן לא יועיל הפקר ב"ד לזה ועל זה הביאו פירש"י דפי' דקאי אדלעיל והשתא אם סובר ג"כ דרשה דספרי א"כ היינו הך פרוזבול א"כ ע"כ דקושית הש"ס דאין ללמד א"כ מה יועיל הפקר ב"ד על קושיא זו כמו שכתבו מקודם ועל זה תירצו דרש"י סובר דמוסר שטרותיו אינו מן התורה ולא היה הקושיא על ללמד כלל רק על עקירת דין תורה ועל זה שפיר משני הפקר ב"ד כיון דללמד לא קשיא כלל אבל אם הקושיא ללמד לא שייך הפקר ב"ד על זה כיון דבלא"ה מדאורייתא רק שאין ללמד ובזה מחולקין תוס' ורש"י דאם דרשה דספרי דרשה גמורה ע"כ דהקושיא דאין ללמד א"כ לא קאי על זה הפקר ב"ד ולרש"י דלית ליה דרשה דספרי שפיר הקושיא בפשיטות ושפיר משני הפקר ב"ד ודו"ק היטב: (יב) וה"ה שיכול למסור בב"ד חובותיו שבע"פ אמת שכן כתב הר"ן פ' השולח אבל יש להבין לפי מה שפירשו רש"י ותוספות ומייתי לה הר"ן גופא שם דטעמא דאין כותבין פרוזבול רק על הקרקע משום דלא תקנו רק במילתא דשכיח דלא שכיח להלוות רק על קרקע כדי שיהא בטוח בחובו א"כ בעל פה לכאורה לא שייך פרוזבול כלל דהא אין כאן סמיכה על הקרקע דהא יכול למוכרה וליכא למימר דלמכירה אינו חושש כלל וכל שיש לו קרקע מלוהו א"כ אפילו אין לו קרקע בשעת פרוזבול שמכרה יכתבו פרוזבול בעל פה דמ"מ שכיח בשעה שלוה והיה נראה לכאורה דוודאי פרוזבול לא נתקן רק בשטר כטעם הנ"ל אבל בעל פה בלא"ה מהני דכיון דמוסר שטרותיו לב"ד בוודאי מהני מדאורייתא בלי קרקע רק תקנו פרוזבול דפעמים שאין לו השטרות או שאינו רוצה למוסרם וזהו דוקא

בשטר אבל בעל פה יכול למסור חוב בעל פה ומועיל כמו בשטר מסירת השטר ומהני מדאורייתא בלי קרקע כלל אמנם בר"ן שם מבואר להדיא דמתורת פרוזבול אתינן עלה וצריך לומר דדוקא המלוה בשטר דחזינן דרוצה בשיעבוד נכסים ואינו רוצה להלוות בלי שטר א"כ ממילא לא שכיח להלוות בלי קרקע אבל מי שמלוה בעל פה ומהימן לו שיפרענו ממילא אינו משגיח בקרקע כלל דהא על נאמנות הלוהו לכך גם בזה תקנו פרוזבול ומ"מ נראה דבלי קרקע לא מהני דלא פלוג רבנן בפרוזבול:

יג כי יכול לומר אפילו שלא בפניהם. בתומים פיקפק בזה כי למה טרחו הפוסקים לחלק בין ב"ד מומחין דאטו ליכא מומחין בעולם ואין כאן קושיא דמ"מ צריך לידע ולהכיר הב"ד והעיר כמ"ש הרב אני מוסר לב"ד פלוני שבעיר פלו' ואדרבא מלשון בעה"ת שהביא המחבר ס' כ"א משמ' לכאור' כדברי הרב שהרי כתב דאומר לעדים חזו דמסרנא פרוזבול לב"ד פלוני בעיר פלוני והם חותמין וקשה אי הדיינים בעיר אחת בעינן א"כ מנין ידעו העדים דהיה לפני הדיינים דהא אינם חתומים בו דאי חתומים אין צורך לעדים ואי דהוא ועדים לפני הדיינים אם כן הרי העדים רואין הכל מה שעושה וברור דהכוונה שהוא אומר להם שמוסר שטרותיו לב"ד פלוני והם חותמין ואם הוא לפני הדיינים והם חותמין טפי מעליא כנ"ל בכוונת בעה"ת:

יד אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע. רש"י פירש משום דלא שכיח הלואה רק כשיש לו קרקע וכן פירשו התוספות אבל רבינו שמשון פי' משום דאז הוי כגבוי ונראה עיקר כדברי ר"ש דלפירש"י קשה מ"ש דאם יש למלוה קרקע מזכה לו וכותב פרוזבול הא מ"מ לא שכיח דכי בשביל דיש למלוה קרקע סמך עליו להלוות וברור כר"ש משום דהוי כגבוי לכך מהני זיכוי וזה ברור ועיין תומים שביקש לומר לרש"י דמלוה על פה לא מהני פרוזבול ובאמת מדכתב הר"ן נ"מ בין פירש"י לר"ש ולא כתב נ"מ זו ש"מ דלכ"ע מהני פרוזבול בעל פה ועוד שהרי הר"ן לא הכריע והוא סובר דמהני על פה כמו שכתב הרב לעיל בשמו וברור כמו שכתבתי לעיל ס"ק י"ב דמלוה ע"פ מדינא הוי מועיל בלי קרקע דשכיח בעל פה בלי קרקע כיון דעל אמונתו הלוהו אינו חושש לקרקע רק משום לא פלוג אפשר דצריך קרקע ומה שכתב בביאור דברי התוס' פרק השולח יתבאר לקמן בס"ד גבי פרוזבול המאוחר: (טו) היתה לו שדה ממושכנת. הטור השמיט דין זה ועיין תומים מה שפירש דיש למלוה קרקע ממושכנת בידו מאחר ורוצה לזכות ללוה והמשנה אליבא דת"ק דר"נ אמרה אבל הטור דסובר הך דר"נ וכבר הביא הך דהחייב למלוה אם יש לו קרקע כותבין א"כ כ"ש בממושכנים ביד המלוה ולא ידעתי למה הוצרך לזה כי לפי דרכו הכוונה בפשיטות דהשדה ממושכנת ביד הלוה ואליבא דת"ק דר"נ ס"ד דאין

כותבין קמש"ל דמ"מ כותבין אבל לדידן דכבר אמרו אפילו יש לחייב של לוה קרקע כותבין כ"ש כשהיא ממושכנת ביד הלוה ואין צורך לומר דמשנה מדין זיכוי מיירי שהרי לא נזכר במשנה דין הזיכוי כלל:

טז יתומים קטנים. אבל גדול היורש מאביו צריך פרוזבול וזהו כפי פירש"י דלית ליה דרשה דספרי מהך דר' חוצפית דקאמר כותבין ליתומים בנכסי אפוטרופוס מבואר דיש ליתומים קטנים פרוזבול וע"כ דתילתא דר"י אמר שמואל בחוב שירשו מאביהם ש"מ דלא כדרשה דספרי ועיין תומים שביקש לפרש ברש"י דמלוה שהלוו הם לא משכחת לה דאין מלווין מעות יתומים רק בדהבא פריכא או בעיסקא ובשניהם לא שייך דין שמיטה ומזה הוכיח דהרמב"ן סובר דיש בעיסקא דין שמיטה ואינו נכון דוודאי במשכון משכחת לה כשנאנס המשכון דאינו רק ש"ש ופטור באונסין אם כן דין הוא שישמט דלא קרינן ביה של אחיך בידך כיון שנאנס המשכון קמש"ל דאין צריכין פרוזבול דב"ד אביהן של יתומים וכמו כן בעיסקא משכחת לה כשזה שנתנו לו בעיסקא הלוה לאחר מעות ונשתעבד להם מדר"נ ובזה וודאי צריכין פרוזבול דהשני אינו חייב רק הלואה קמש"ל דאין צריכין. גם מה שכתב דיש לפרש הספרי דקאי איורש של לוה אינו נכון כלל דבהדיא כתב הרמב"ן מהא דכתיב שמוט כל בעל משה ידו ודרשינן כל בעל משה פרט ליורש ש"מ דעל יורש מלוה קאי ומ"מ דין זה של המחבר צ"ע כיון דר"ש סובר בהדיא דיורש אינו צריך פרוזבול כלל וחומרא דר"י אמר שמואל יש לפרש ביתומים שהלוו הם ומילתא דר' חוצפית כמו שפי' בעה"ת דמיירי לחובת יתומים לגבות מהם ואולי גם המחבר לא בא כאן להשמיענו רק דיתומים קטנים אין צריכין פרוזבול בהלואה שלהם אבל בהלואה של אביהם אפי' גדול א"צ וכן נראה מדלא חילק בין מלוה שלהם לשל אביהם ש"מ דסובר כרמב"ן דלרש"י במלוה שלהם צריכין פרוזבול כר' חוצפית וע"כ דסובר כרמב"ן דר' חוצפית לחובת יתומים מיירי ולפ"ז צ"ל דבחוב של אביהם אפי' גדול א"ב פרוזבול מדאורייתא:

יז אלא בסופה. הרא"ש וטור חולקין דבכל שנת שביעית אינו יכול לתבוע למלוה ואין כותבין פרוזבול רק אינו צריך לומר משמט אני רק עד סופה כן הוכיח הרא"ש מהתוספתא ומל' המקראות והרדב"ז כתב לחלק באם המלוה נעשה בשביעית יכול לעשות פרוזבול עד לבסוף ואם נעשית קודם שביעית אינו יכול לעשות פרוזבול ולתבוע כל שנת שביעית ולכאורה לשון המחבר ורמב"ם מורה כן שדקדקו המלוה חבירו בשביעית עצמה אבל באמת אין זו ראי' דכוונת המחבר דודאי אם הי' הדין דשביעי' משמטת בתחילתה א"כ המלוה חבירו בשביעית אינו משמט דהוי ממש כהתנה על

מנת שלא תשמיטנו בשביעית דהא מיד שהלוה תשמט וכיון שהלוהו הרי על מנת שלא ישמט הלוהו אבל עכשיו דכל שנת שביעית יכול לתבעו ולגבות א"כ משמטת בסופה מלוה שנעשה בשביעית אך יש להביא ראיה לרדב"ז מהא דרפ"ד דסנהדרין דקאמר דלכך קאמר באחד בניסן בשמיטה דס"ד לא שכיח דמושלי אינשי קמש"ל כיון דשביעית אינה משמטת רק בסופה לא חיישינן וקשה היאך ס"ד לומר דאיחר הלואה שלפני שביעית לאחר שביעית דהא בשביעית אינו יכול לתבוע חובו כלל להרא"ש והיאך מפסיד חובו בידים אם לא דנימא דאף הלואה זו נעשית לפני אחד בניסן בשנת שביעית דא"כ מאי קאמר לא שכיח דיוזפי דהא סוף סוף בשביעית הלוהו ובוודאי לא פסלינן שטר הנעשה בשביעית משום דלא שכיח ולהרדב"ז הנ"ל ניחא דשפיר איחר הזמן על שנת שביעית דאז יכול לעשות פרוזבול כל שנת שביעית ולא הפסיד כלום ואדרבא הרויח שיש לו זמן ארוך לעשות פרוזבול ובתומים הקשה על הרדב"ז דא"כ מאוחר למה יוכשר הא הפסידו לענין פרוזבול והוא תמוה דדוקא להפסיד ללקוחות שקנו ולא ידעו בשעת קנין אנו חוששין שלא להפסידם בחנם אבל כאן דהם ידעו דהשטר זמנו בשנת שמיטה ומי הכריח להם לקנות לאחר הזמן דהא ידעו דיכול לכתוב פרוזבול כל השנה לפי זמנו של שטר ואי לגבי לוה בעצמו מי יימר דכתבו שלא בידיעתו אנן אמרינן דבאמת בידיעת לוה היה ולגבי לקוחות ליכא למיחש ולפי זה ממילא פשיטא דלא קשיא מה שהקשה מבנ"ח [ומה שתירץ הוא דלא חיישינן דוודאי יעשה פרוזבול הוא תמוה דא"כ כל פרוזבול מאוחר למה יפסל ודו"ק ועיין לקמן]:

אמנם בנוף דברי הרא"ש נראה לפע"ד דפשיטא דע"כ לא קאמר הרא"ש רק אם כבר הגיע זמן החוב בשנת השמיטה דאז כיון שהוא בכלל לא יגוש דלשיטתו לא יגוש אכל שנת שביעית נאמר אין כותבין פרוזבול אבל כל זמן שהחוב עדיין בתוך זמן פשיטא דכותבין פרוזבול דהא לא קרינן בי' לא יגוש כלל דמהאי טעמא אפילו סוף שביעית אינה משמטת חוב בתוך זמן ואמת כי לכאורה יש מקום להיפך לפי מה שנתן ר"ש טעם דכותבין פרוזבול על הקרקע דוקא דאז הוי כגבוי א"כ אפשר דעל חוב בתוך זמן אין כותבין פרוזבול כלל ובזה היה מקום ליישב סוגית הש"ס פ"ק דמכות דמשני במשכון ומוסר שטרותיו דצריך לדחוק בשטר שאין בו זמן ועוד הלואה ע"פ מאי איכא למימר ולמה לא משני בפרוזבול וכבר עמד בזה בתומים ולפי הנ"ל ניחא דכיון דמיירי במלוה לעשר שנים אי נימא דמשמט לא הוי מהני פרוזבול דבעינן דוקא קרקע דיהא מיחשב כגבוי ובת"ז לא שייך זה לכך משני במוסר שטרותיו דאז לעולם מהני אפילו בת"ז. אך קשה מאוד לחדש דין דלא נזכר בשום פוסק לחלק בפרוזבול בת"ז וברור דלעולם מהני

פרוזבול א"כ פשיטא דמודה הרא"ש בתוך זמן דאפילו בשנת שביעית כותבין ולפי זה ליתא להך ראיה מפ"ד דסנהדרין דהתם דזמן הלואה נכתב באחד בניסן בשמיטה א"כ מודה הרא"ש דכותבין פרוזבול בשנת שביעית והשתא ממילא ליתא לדברי התומים מה שהביא ראיה להרא"ש מסוגי' דפ"ד דסנהדרין ולפי הנ"ל הא ליתא ואדרבא לפי פירושו קשה מאי משני שביעית סופה משמטת הא מ"מ לא יאחר שלא יוכל לתבעו [הוא לא סבירא לי' בהלוה בשמיטה לפני אחד בניסן דלפי זה לא הוי מקשה מעיקרא למה יכשר מאוחר כיון דס"ס לוה בשמיטה ובאמת דקושיתו אינו גם מטעם זה ובלא"ה לק"מ כנ"ל) וברור דגם הרא"ש מפרש כפירש"י התם דלפי דבריו ג"כ יכול לכתוב פרוזבול בשמיטה כיון דיום הלואה בשמיטה ובתוך זמן יכול לכתוב פרוזבול בשמיטה לכ"ע כנ"ל ברור ולפי זה מה שכתב הסמ"ע ס"ק נ"ג דהך כללא שכתב המחבר כל זמן שיכול לגבות החוב כותבין פרוזבול הוא גם להרא"ש דלדעתו אין יכול לגבות החוב רק עד סוף שנה ששית ואין כותבין פרוזבול רק עד זמן זה ולפי הנ"ל להרא"ש ליתא להך כלל' דבשביעית בתוך זמן אף שאינו יכול לגבות החוב כותבין פרוזבול להרא"ש כמו שכתבתי (יח) והמאוחר פסול. מפרש בירושלמי הטע' דאין מועיל פרוזבול רק בחוב הקודם לפרוזבול ולא בחוב שאח"כ ולפי זה במאוחר יוכל לגבות שלא כדין בחוב הנעשה אחר כך וזמן פרוזבול יהא מאוחר לחוב ולפע"ד צ"ע בדין זה דתינח בזמן שהיה צריך פרוזבול לפני דיינים כר' אמי ור' אסי למ"ד דהלל לדרי' תיקן כמו שאמר שמואל פרק השולח א"כ שפיר יש לחוש למאוחר, לגבי' שלא כדין אבל לפי מה שכתב הרב בהגה' סימן י"ח דעכשיו כותבין פרוזבול בכל ב"ד וכמו כן אפילו שלא בפניהם א"כ למה נפסול מאוחר הא מהאי טעמא נאמן לומר פרוזבול היה לי דלא שביק התירא ואכיל איסורא א"כ הכא נמי אם ילווהו אח"כ למה לא יעשה פרוזבול בפני עצמו על אותו החוב ובזה נראה לפע"ד לפרש המשך דברי התוס' פרק השולח דכתבו דברי ר"ת שכתב פרוזבול דאין צריך רק ב"ד חשוב שבדור ואח"כ הביאו הירושלמי דשביעית דמאוחר פסול והביאו הטעם הנ"ל ויש לתמוה מאי ענין זה לזה [וכבר עמד בזה בתומי' ומש"כ ליישב ליתא ודו"ק] ולפי הנ"ל ניחא דהא בהא תליא דאי נימא דבעינן ב"ד חשוב כר' אמי וכשמואל יש מקום לחשש זה אבל אי נימא דלית הלכתא כשמואל רק בכל ב"ד אין מקום לחשש הירושלמי וזהו כוונת התוספות דר"ת כתב פרוזבול דסובר דלא בעינן רק ב"ד חשוב שבדור אבל מ"מ לא לפני כל ב"ד ואתי שפיר הירושלמי ודו"ק:

ובאמת בלא"ה קשה לפי מה שפסק הרמב"ם דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד א"כ מאי חשש יש במאוחר אם ירצה לשקר בחוב בלא"ה יוכל לומר פרוזבול היה לי ואבד

ולמה נפסול פרוזבול מאוחר ואפשר דמהאי טעמא פסק הרי"ף דלא כרב בדין זה דסתמא דמתניתין דמאוחר פסול תורה דצריך שיהא פרוזבול בידו דוקא אך קשה הא הרי"ף פסק דלא כשמואל רק בכל ב"ד סגי א"כ מאי יש לחוש למאוחר כיון שיכול לכתוב פרוזבול בכל ב"ד ולא שביק היתרא ואפשר דכיון דסובר הרי"ף דלא כרב דלא אמרינן סברא דלא שביק א"כ מאוחר נמי פסול מהאי טעמא וצ"ע בזה ואולי אין כוונת הרמב"ם לפרש המשנה כירושלמי דמאוחר פסול הכוונה אפילו לחוב הקודם פרוזבול משום גבי' שלא כדין רק דבחוב הקודם בוודאי כשר רק אם נעשה פרוזבול קודם שלוה כלל ואח"כ הלוהו ובא בפרוזבול זה על הלואה מאוחרת לא מהני דפרוזבול לא מהני רק בחוב שקדם וזהו כוונת התוספות שהביאו הך דירושלמי לדינא דכיון דבעינן ב"ד חשוב שפיר הפי' כירושלמי משא"כ אם היה סגי בכל ב"ד כנ"ל וכמו כן להרמב"ם דנאמן לומר שאבד הפרוזבול ג"כ הפי' מאוחר כנ"ל דלא כהירושלמי וצ"ע:

יט מסבב עמו בדברים זהו מה שכתב הרמב"ם ויש לו סיוע מעובדא דרבה עם אבא בר מניומי אבל רש"י פי' תלי שיכול לתלותו ולהכריחו עד שיאמר לו כן ויש ראיה לפירושו מהא דפריך אביי לרבה מהא דתנן צריך שיאמר מתנה אני נותן לך ומשני תלי ליה עד דאמר לו כך ויש להבין מה זו שאלת אביי והתשובה ולפירש"י ניחא דס"ד דשפיר יכול לגבות בתורת פרעון על החוב כל שאומר לו אעפ"י כן א"כ אז יכול להכריחו עד שיאמר לו כן וגובה בחובו ואהא מקשה ליה דהא צריך שיתן מתנה מחדש והיאך מהני תליה הא תלוהו ויהיב לאו כלום הוא ואהא משני ליה דיכול להכריחו לזה דבאמת בלבו גוב' בחובו כמו שאמרו בירושלמי דלא בעינן רק דבר השמיטה שישמט בפיו וכמו כן חבירו יאמר בפי' שלא לשם חוב אבל בלבו לקחו לשם חובו ומהני כפי' אבל להרא"ש ורמב"ם לא אתי שפיר ועש"ך ס"ק י"א מ"ש בשם הב"ח:

ב אינו נאמן. ויש להבין תינח בעלמא כשטוען טענה גרועה אינו נאמן לחוב לאחרים אבל טענה כזו דהיא טענה נכונה למה לא יהא נאמן אבל באמת לק"מ דכאן נמי טענה גרועה הוא כיון שמכר לו השט"ח לאחר שמיטה א"כ הודה שהי' לו פרוזבול לכך שוב אינו נאמן לחזור בו כשהוא חב לאחרים ונידון מה שהקשה הש"ך דהא הוי חב לאחרים לעולם כיון שאינו משלם רק דמים שקיבל נלפע"ד דאה"נ דבכהאי גוונא לא מהימן רק בעלמא כל הנפקותא הוא אם נשתנה ענין הלוה ממה שהי' בשע' מכיר' לעכשיו או דלקחו בתוך זמן דהיה שוה פחות ועכשיו שוה יותר אבל אם לא נשתנה השטר בשום דבר לעולם אינו משלם רק דמים שקיבל דכמו שלקחו הוא כך הוא שיווי' של שטר וכך הפסידו דהא אינו ראוי למכירה רק סך זה הרי דדנין לפי אלמותו של לוה לפי אומד שלו

אף שהוא היה גובה אחר טרחא הכל א"כ הכא דמירי דמכרו לאחר זמן דבתוך זמן אין שמטה משמט א"כ מיד הם דנין עליו ואינו שוה רק דמים שנתן כנ"ל:

על חו"מ סימן סט

א גובה מנכסים בני חורין כתב ב"י בשם הריטב"א דיש פלוגתא אם כתב יד גובה ממתנת שכיב מרע דלהרי"ף ורמב"ם גובה דכירושה שווי' רבנן וכ"י גובה מן היורשין והרא"ה חולק דהוי כמתנת ברי ויש לי ספק בענין זה במתנת שכיב מרע במקצת בלי קנין רק בתורת מתנת שכיב מרע דאם עמד חוזר ואם מת זכה כדלקמן סימן רנ"ג אי נימא דלמ"ד דכירושה דמי וכתב יד גובה א"כ מאי אולמי האי יורש מהאי והוא והיורשין מחוייבין שניהם לסלק החוב לפי ערך כמו שטר היוצא על היורשין או דבכהאי גוונא כ"ע מודו דהחוב נפרע מן היורשין ולא מן המקבל מתנה ונראה לי דלכ"ע גובה מן היורשין דוודאי יש להבין להרי"ף והרמב"ם כיון דהך דעשאו כירושה הוא למעליותא כדי שלא תטרף דעתו ולא לגריעותא וצריך לומר דלענין ב"ח לא שייך כדי שלא תטרף דעתו דוודאי ניחא ליה טפי דלא ליהוי לוה רשע ולא ליתן נכסיו לאחר לכך גבי ב"מ דעתו שיגבה ואם הוא לא היה דעתו לזה באיש כזה שרוצה לעשות רשעות להיות לוה רשע לא תקנו רבנן וזהו במתנת שכיב מרע של כל החוב אבל במקצתו גם בזה שייך שלא תטרף דעתו שרצה ליתן לזה סך כך וכך והחוב יפרע מנכסיו שנשארו ולא לגבות מזה דמי החוב כיון שנשאר לו נכסיו שיש בהם כדי ליפרע החוב כנ"ל: (ב) וחתם למטה עש"ך בשם ריב"ם דדוקא חתימה למטה בשורה שניה אבל לא באותה שורה משמע מדברי הש"ך דמחלוקת זו היא אפילו מתחיל השטר באמצע לא בראש הנייר מלמעלה דאל"כ היה לו להעמיד עצמו אח"כ גבי הא דאמר דבראש המגילה פסול דאפילו החתימה באמצע שורה פסול ולהתוספות והרא"ש כשר וברור דהש"ך הבין דדינו של ריב"ם הוא לעולם אפילו אינו בראש המגילה צריך החתימה תחת השורה של החוב לא באותה שורה ואף דבריב"ם גופא נזכר דבר זה בראש המגילה מ"מ פשיטא דסובר ריב"ם שאין חילוק שהרי כתב דלכך פסול דלשון המשנה הוציא עליו כתב ידו משמע דוקא כעין חתימת העדים ואי נימא דכל שאינו בראש המגילה מודה א"כ מתניתן פשיטא דאינו בראש המגילה וע"כ דלא מחלק ולפי זה בטלו דברי התומים ס"ק א' מה שהשיג על הש"ך ודו"ק:

ג אפילו לא כתב שמו. זהו דעת הרמב"ן והקשו עליו למה לא יהא נאמן לומר לטופס כתבתי להחתים אחר שרצה ללות ואתה לא הלוית לו ואתה תובע ממני ועוד סופר שכותב השטרות מה יעשה בכתיבת כתב יד יתבעו ממנו כיון שהוא כתב ידו ואם נאמר

דסופר שאני א"כ מהיכי תיתי נחייב אחר וכי לא יכול להיו' שהוא כתבו במקום סופר לכן נרא' דכוונת הרמב"ן בפשיטות דוודאי כל כתב יד שנכתב להחתים בו הלוה בשמו נכתב בלשון אני הבא על החתום או אני החתום מטה כמו שכתב הטור להדיא אבל כאן דכתב אני לויתי מפלוני או אני מודה שלויתי מפלוני ולא כתב החתום מטה זהו מורה בבירור דהוא עצמו הלוה וזה ברור:

ד ולא מן הלקוחות כתב הסמ"ע משום דלית לי' קלא וגם חיישינן לקנוניא ותמה הש"ך ס"ק ו' דמאי קנוניא שייך והאחרונים תמהו על הש"ך וכמעט חשבוהו לטועה בכוונת הסמ"ע דכוונתו פשוט דלכך אינו גובה מן הלקוחות דנאמן לומר פרוע ואפילו אינו אומר ומודה דלא נפרע אינו נאמן לחוב לאחרים משום קנוניא וזה מבואר בכמה מקומות דחב לאחרים אינו נאמן ע"כ. ואני תמה להיפך דהא דברי הש"ך נכונים וברורים דהא בכל שטר גובה מן הלקוחות אף דאומר דנפרע וע"כ משום דחזקה מורה מצד עצמה שלא נפרע וקשה למה לא נימא כן בכתב יד וע"כ משום דלא גבי מלקוחות אינו חושש להניחו כמו שכתב הרמב"ן להדיא א"כ היאך אתה אומר דלכך לא גבי מן הלקוחות הואיל ונאמן פרעתי הלא הא בהא תליא ובהכרח אתה צריך להמציא טעם אחר בלקוחות דלא תליא בטענת פרעון והיינו משום דלימא לי' קלא ומהאי טעמא נאמן לומר פרעתי א"כ קשה על הסמ"ע שנתן טעם לגבות לקוחות משום קנוניא ומזה המציא הש"ך אופן קנוניא והקשה הא גם בשטר יש לומר כן וע"כ דשטר שאני דמצד עצמו ידעינן דלא פרע וע"כ דבכתב יד יש חסרון מה שאינו בשט' היינו משום דלא גבי לקוחו' ומבוא' דלא כהסמ"ע וכמו כן לטעמו של הרא"ש דיכול לומר שכחתי דהי' כתב ידי אצלו והיינו משום דלית לי' קלא שכחו א"כ מבואר דיש בכתב יד טעם דלית לי' קלא דלכך יכול לומר דהוא היה חושב דהוא מלוה ע"פ וכ"ש לקוחות דלא גבי ועכ"פ מבואר דהטעם בכתב יד דלית ליה קלא [ובלא"ה גם כוונת הרא"ש דהואיל דלית לי' קלא ולא מהני לגבות לקוחות שכחו] ובלא"ה אבאר בסמוך דכוונת המחבר בהכרח כסברת הרמב"ן ועכ"פ דברי הש"ך נכונים:

ה אבל אם טוען פרעתי. משמע דקאי אפי' נתקיים יכול לומר פרעתי וכ"כ הש"ך ס"ק ז' בשם בעה"ת אלא דבעה"ת נתן טעם דלכך אין הדיינים מוציאין קול דחותמין אף שלא קראוהו ויש לתמוה מה צורך לו לטעם זה הא בהדיא איתא בש"ס משעת כתיבה שיעבד נפשי' ופי' רשב"ם דהואיל דמתחלה נכתב שלא על דעת כן אין כח ביד ב"ד להחשיבו שטר גמור אח"כ א"כ לק"מ דמ"מ אינו מועיל הקול לגבות לקוחות לכך יכול לטעון פרעתי אמנם הבעל התרומות לטעמי' אזיל דסובר דלכך יכול לומר פרעתי דיכול לומר בשעת פרעון שכחתי דמסרתי לך כתיבת ידי דהואיל דלית לי' קלא שכחתיו ולפי זה

לאחר שהוחזק דאז יש לו קול נהי דלא גבי מלקוחות מ"מ היאך שכחו הא היה לו קול אח"כ והיאך פרעו אחר שנתקיים לזה הוצרך בעה"ת לתרץ דהדיינים חותמין בלי קריאה ולפי זה לשיטת הרמב"ן ורוב המחברים דהטעם משום דאינו חושש להניחו בידו כל שאינו גובה לקוחות אין צורך לדברי בעה"ת דמ"מ לא גבי דלא שיעבד נפשיה בשעת כתיבה לכך נאמן פרעתי ולפי זה מיושב מה שהקשה בתומים דהא בכתב יד הקיום מדאורייתא וצריך לקרות וביותר היה לו להקשות דלעיל סימן מ"ו כתב רמ"א דדייני קיום פסולין אם הם קרובים ולמה לא הגיה כאן דלאחר שנתקיים לא ולפי הנ"ל ניחא דהמחבר נמשך אחר דברי הרמב"ן א"כ לא תליא בהא כלל כמו שכתבתי [ובעה"ת גופא לא סבירי ליה כהרשב"א דהך דדיינים חותמין אף שלא קראוהו הטעם דקיום דרבנן או דסובר דאין חילוק בין קיום כתב יד לקיום שטר כמו שכתב להדיא שער י"ג הביאו הש"ך ס"ק י"ב] וראיתי מי שרצה ליישב קושית התומים הנ"ל דמ"מ סכום המעות אין צריך לקרות ולא דק דזהו לטעמו של הרמב"ן כנ"ל אבל לטעם בעה"ת עכ"פ לא שייך לומר ששכחו כיון דקראו שמו ושם המלוה וליכא למימר דכתב יד אחר היה לו דהא בעה"ת כתב להדיא דהיה חושב כתב יד של אחר נתקיים ולפי מה שכתבתי ניחא ולפי זה מיושב מה שהקשה הש"ך מהש"ס דסוף פרק גט פשוט ודחק לפרש תירוץ משעת כתיבה והוא דלא כפי' רשב"ם וכל הפוסקים והיינו משום דלא ניחא ליה לומר דאי נימא דמיד בשעת כתיבה שיעבד נפשי' רק דמצד עצמו לא גבי לקוחות הואיל דלית לי' קלא וכל שהקול יוצא גובה מכח שיעבוד דלמפרע א"כ מ"ש עדי מסירה דהם קורין בציווי המלוה ולוה ומוציאין קול א"כ כתב יד נמי בכיון מצוה המלוה לקרות העדים המקיימין או הב"ד כדי שיוציאו קול ומ"ש דעדי מסירה צריכין לקרות לפי שגובה משועבדים ואף זה יגבה והם מוכרחין לקרותו להוציא קול וע"כ משום דקשיא לי' להש"ך דאם כך כוונת הבעה"ת אם כן ע"כ דהתירוץ משעת כתיבה שיעבד נפשי' הוא דבשביל כך לא מהני קול בתר הכי א"כ מאי קשיא לי' לבעה"ת הא לא מהני קול בתר הכי לזה הוכרח לתרץ דהתירוץ היינו הך דברי בעה"ת דלא כרשב"ם ולפי הנ"ל לק"מ דהש"ס מיירי מדין לקוחות ושפיר משני אבל בעה"ת לענין פרעתי קאמר דהוא מטעם שכחה לא מהני תירוץ זה כלום ולק"מ ולפי זה אין ראיה לדינו של הש"ך דאם קראוהו ג"כ נאמן ומ"מ להרמב"ן בלא"ה נאמן ודו"ק:

ואם כפר ואמר שאינו כתב ידו עש"ך שהקשה על הרב דכאן סתם כהמחבר ולקמן סימן פ"ב הביא דעת רשב"א דבאינו כתב ידי לא הוחזק כפרן רק באומר לא לויתי ולא הכריע ועיין תומים מה שכתב ליישב ולא ידענא מאי קאמר דמ"מ גם גבי שטר היה לו לטעון

האמת פרוע במה נפשך אם יקיים פשיטא שלא יהא נאמן מזוייף ואם לא יקיים הרי יאומן במיגו דמזוייף ויש מקום ליישב דברי הרב באופן אחר דהרשב"א נתן טעם דאומר קיים שטרך ואח"כ תדון עמי ויש להבין מ"מ מה לו לטעון כן ולהטריח בקיום ישיב מיד פרוע וממילא הב"ד יצוו לקיימו שלא יאומן במיגו לכן נראה דהטעם הוא דבאמת יש לומר דוודאי חזקה דשטרך בידי מאי בעי בתוקפה דלא פרעו ולא היה נאמן אפילו להשביע רק דיש מקום לומר דבאמת פרעו והחזיר לו השטר ואז לא דקדק אם היה שטר שהחזיר לו שטר האמת או שטר אחר שזייף החזיר לו לכך עכשיו באמת חשב דהוא מזוייף כי יודע דאז פרעו ולקח שטרו ואח"כ כשקיימו אומר באמת פרוע ואז החזיר לו שטר מזוייף ואף שאינו נאמן בזה לפטור ממון אבל להשביע מהני זה והשתא הרשב"א דסובר דגם בכתב יד אינו נאמן לומר פרעתי וכל דינו של הרשב"א הוא להשביע א"כ שפיר מהני כמו בשטר להשביע לפי סברא הנ"ל אבל המחבר דכוונתו כאן לפטור ממון בטענת פרעתי אח"כ וכל הסברא דלא חשש להניחו בידו כיון שאינו גובה לקוחות א"כ כשטען מעיקרא מזוייף אינו יכול לומר פרעתי דאי הכוונה דמזוייף הוא ולא לוה הרי הוחזק כפרן ואי הכוונה כנ"ל אינו נאמן דהא לא שייך הסברא דאינו חושש להניחו דהא לפי דבריו באמת חשש להניחו רק שאומר מזוייף החזיר לו וכמו שאינו נאמן בשטר לממון כמו כן כתב יד ולא נשתנה דין כתב יד רק מחמת הסברא דלא חשש להניחו וזה שאמר מזוייף אזדא סברא זו ולפי זה ממילא גם להשביע אינו נאמן דהיאך יאמר שכוונתי כך דהא בזה קלקל טענתו שיצטרך לשלם בקיום משא"כ בשטר לכך הוחזק כפרן דבאמ' שיקר בטענת מזוייף ומ"מ בגוף הדין נראה יותר כמו שכתב הש"ך דכאן לא היה כוונת המחבר לזה כלל ולא בא לאשמועינן רק דהוחזק כפרן בכתב יד והוא באופן המועיל לכל חד כדינו: אמנם בגוף הדין של הרשב"א נראה לפע"ד להוכיח מדברי התוספות כתובות דף י"ח ע"ב דלא כהרשב"א אלא דבטענת מזוייף בלחוד הוי כאומר לא פרעתי והוחזק כפרן כמו שאבאר דהם הקשו במשנה דקתני בסיפא דאם כת"י יוצא ממקום אחר אינן נאמנין דלהימני' במיגו דפרוע ותרצו חדא מיגו במקום עדים ועוד כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועוד מיגו בי תרי לא אמרינן. וכל משכיל ישתומם דאח"כ ללישנא קמא דרמב"ח דמחמת נפשות נאמנים גם בסיפא הקשו דלהימני' מחמת ממון בסיפא במיגו דנפשות כמו דנאמן ברישא מחמת ממון במיגו ללישנא קמא ותרצו חדא דאונס נפשות לא שכיח ועוד דהוי מיגו בי תרי והשתא תקשי מה בקשו בהך תירוץ דאונס נפשות לא שכיח דהא תירוץ זה אינו מתקיים להך קושיא דנאמנין במיגו דפרוע כמו שהקשו קודם ובהכרח לא ימלט רק בהך תירוץ דמיגו בי הרי לא אמרינן א"כ מה צורך

לתירוץ זה כיון דבהכרח אנו צריכין לומר תירוץ השני ואין לומר דכוונת התוספ' דאף דבעלמא לא אמרינן מיגו בי תרי היינו מטענה זו לטענה אחרת ממש מאנוסים לפרוע אבל אם טענה זו היא ממש טענה הראשונה רק בחילוף ממון לנפשות בזה יש מקום לומר דאמרינן מיגו דבי תרי לכך תרצו דאונס נפשות לא שכיח דא"כ הוי להו להקדים הך תירוץ דבי תרי לא אמרינן מיגו ולתרץ עוד דאפילו אי נימא דהכא הוי מיגו מ"מ לא שכיח והיאך יכתבו תירוץ היותר נכון קודם עד שבשביל זה דלא ניחא להו תירוץ זה הוצרכו לתרץ עוד מה שכל כוונתם להמלט מתירוץ זה בקושיא זו] דהנך ב' תירוצים הראשונים שתירצו במשנה פשיטא דלא שייך ללישנא קמא ומהאי טעמא לא תירצו התוספות ללישנא קמא הנך ב' תירוצים גם קשה בתוספות במשנה דתרצו ג' תירוצים ותירוץ השלישי דמיגו בי תרי לא אמרינן וקשה למה להו ב' תירוצים הראשוני' הוא להנך תירוצי' לא יתכן רק ללישנא קמא דרמב"ח דאמרינן בשטר כיון שהגיד ואנן סהדי דאינם אנוסים אבל ללישנא קמא דלא אמרינן זה בשטר פשיטא דלא שייך תירוצים הללו ומהאי טעמא לא תירצו התוספות אח"כ בקושיא ללישנא קמא ב' תירוצים הללו משום דלהך לישנא לא שייך זה ותירוץ לא שכיח ג"כ לא שייך להך קושיא דפרוע ולא ימלט רק מיגו דבי תרי לא אמרינן א"כ היאך תירצו הנך ב' תירוצים מה דעדיין לא יתכן רק בתירוץ השלישי וברור דכוונת התוספות דוודאי בש"ס ללשונות רמב"ח אין כאן קושיא כלל דמיגו דפרוע דהא הלוה טוען מזוייף ולא לויתי כאומר לא פרעתי דלא כהרשב"א הנ"ל אבל במשנה שפיר הקשו התוספות דמ"מ לא יתכן לאביי דסובר דלא אמרינן לא לויתי כאומר לא פרעתי רק אינהו אמרי אוזפי אינהו אמרי פרעי אם כן קשה לדידי' ועל זה תירצו התוספות דהוא באמת סובר כמסקנא דש"ס וא"כ יש כאן ג' תירוצים הנ"ל אבל בסמוך ללישנא קמא דרמב"ח אין כאן קושיא דפרוע כלל דסובר באמת כרבא רק הקושיא במיגו דנפשות ובזה שפיר יש לתרץ הנך ב' תירוצים או דלא שכיח או דלא אמרינן מיגו דבי תרי ודו"ק היטב ואין להקשות מ"מ גם במשנה מאי קשיא להו דהא יכול להיות דאומר לא לוויתי בפני' דהא ליתא דאטו בשופטני עסקינן דמה צורך לו לומר כך שלא יהיו העדים נאמנים ומאי איכפת ליה בטוען מזוייף בלבד] והרב בעל פ"י בחידושיו רצה להוכיח מדברי התוספות הנ"ל כהרשב"א ולפי מה שביארתי ההיפך מוכח כנ"ל וכן מוכח עוד מדברי התוספות שם דף י"ט בד"ה מודה שהקשו מאי טעמא לא מהימן במיגו דמזוייף ותירצו דירא לומר מזוייף פן יכחישוהו ויש להבין דהא מ"מ יתחייב לשלם אף בטוען עכשיו פרוע כל שיתקיים וצריך לומר משום העזה דהעדים

יכחישוהו ולשיטת הרשב"א אין כאן העזה דהא לא הוחזק כפרן כלל דיכול לומר קיים שטרך היה כוונתו וע"כ דבמזוייף באמת הוחזק כפרן כנ"ל ודו"ק:

ז אם נתקיים בב"ד עש"ך מה שרצה ליישב דעת רב שרירא גאון והשיג על הב"י וכ"כ הב"ח והוסיף לומר דבעה"ת והטור לא ירדו לסוף דעת הגאון וכל יסודם דדוקא בשטר דעדים החתומים כמי שנחקרה בב"ד אם כן הקיום דרבנן לכך סגי משני שטרות ושני כתובות אבל בכתב יד דהקיום על ידי דימוי הוי קיום ממש מדאורייתא והנה בענין גוף הדין בקיום ע"י דימוי נראה דהוי דרבנן דהא קיימא לן דנאמן פרוע במיגו דמזויף וקשה מה מיגו הוא הא במזוייף אם יתקיים יפסל לעדות ולשבועה עכשיו דצריך לישבע היסת משא"כ בפרוע וע"כ כיון דוודאי מיירי דעדי השטר אינן קיימין דאי קיימין ואינם כאן פשיטא דליכא מיגו וע"כ דאינם קיימין רק שיתקיים ע"י דימוי ובזה כיון דאינו קיום גמור לא נפסל לעדות ולשבועה [ועמ"ש לעיל סימן ל"ז בזה] אמנם בגוף דברי הגאון אני תמה דפשיטא דדברי הב"י נכונים וברורים דמה זה שפירשו הב"ח והש"ך לחלק בין עדים לכת"י הואיל והקיום דאוריית' משא"כ שטר דהוי כמו שנחקרה בב"ד דמאי ענין זה דהוי כמי שנחקרה לזה אי הקיום דאורייתא שאם אתה אומר כן דגם מדאוריית' חיישינן לזיוף מה יועיל דהוי כמי שנחקרה דזהו אם באמת חתמו בו עדים הוי אז כהודה בב"ד אבל אנן אמרינן דהוא החתים עדים בעצמו וזהו פשיטא דאינו כמי שנחקרה ולא נאמר בש"ס זה דעדים החתומים כמי שנחקרה רק לענין חוזר ומגיד ואנוסים שלא נאמר דעיקר ההגדה אח"כ וכל שלא הגידו בפני ב"ד בעל פה יכולין לחזור ולהגיד ועל זה נאמר דהחתימה על השטר הוי כהגדה בב"ד אבל זהו אם ידוע שחתמו ומה שנמצא בתוספות ופוסקים שתלאו הך דקיום דרבנן בזה היינו דאם לא היה כמי שנחקרה ממילא היה צריך קיום בב"ד דאז הוי הגדה דידהו וכל שלא בא השטר לפני ב"ד ונתקיים לא מקרי הגדה אבל עיקר הטעם מה שאינו צריך קיום כלל מן התורה הוא משום דלא חשיד איניש לזיופי כמבואר בתוספות ופוסקים בכמה מקומות וממילא כיון שבוודאי חתמו הוי כמי שנחקרה ושוב אינן יכולין לחזור ולהגיד א"כ מה הפרש יש בין כתב יד לשטר סוף סוף מן התורה לא חשיד אינש לזיופי וזהו באמת כתב ידו ואם אינו כמי שנחקרה ס"ס כתב ידו הוא ולא שייך גבי' חוזר ומגיד דאל"כ אפילו קיום למה מהני הא חוזר בו קודם שנתקיים [או משום דגבי הודאת בעל דין ג"כ אמרינן דהוי כמי שנחקרה א"כ פשיטא דליתא לדברי הש"ך ודו"ק] וברור דבזה לא שייך חוזר ומגיד א"כ פשיטא דגם בזה לא צריך קיום רק מדרבנן ולפי זה נראה ברור דאפילו בדבר דמבואר להדיא דהוי

דרבנן מועיל גם בכתב יד וזהו כוונת הב"י דאדרבא כיון דמדרבנן הוא מועיל קיום משני שטרות וכן כל דבר דהוי דרבנן:

ח וי"א דאינו יכול לטעון פרעתי על כתיבת ידו עש"ך שהאריך להכריע כדעת המחבר ובכל דבריו לא טען שום טענה נגד דעה ב' רק דכיון דנקט במשנה הני תרתי מלוה בעדים וכתב ידו משמע דחד דינא אית להו ולפע"ד אין זה כלום דלפי דבריו תקשי להך דעה דנאמן לומר פרעתי תינח לסברת הרמב"ן דהטעם לפי שאינו חושש להניחו בידו לפי שאינו גובה מן הלקוחות א"כ שפיר קתני במשנה דעל כתב ידו אינו גובה מן הלקוחות ומהאי טעמא נאמן לומר פרעתי אבל לסברת הרא"ש ובעה"ת והש"ך תפס דבריהם לעיקר דיכול לומר שכחתי שנתתי לך כתיבת ידי ולא תליא בגביית לקוחות א"כ היאך קתני במשנה דאינו גובה לקוחות והיינו משום דלית לי' קלא ופסידא דלקוחות כמבואר בש"ס וקשה הא בלא"ה מדאורייתא לא גבי דטענין ללקוחות פרוע ואפילו אומר הוא דאינו פרוע אינו נאמן לחוב לאחרים ואפילו בשטר כי האי גוונא כל שיכול לטעון פרעתי אינו גובה מלקוחות וכמו כן הא דמבעי לן הוחזק כתב ידו בב"ד מהו וקשה מה בכך הא יכול לטעון פרעתי ואינו גובה ואי דזה גם כן בכלל הספק דאפשר דבהוחזק אינו יכול לטעון פרעתי מלבד דלפי סברת הרא"ש ובעה"ת אי אפשר לומר כן כמו שביארנו לעיל ס"ק ה' אבל בלא"ה מוכרח ממשנה דבהוחזק מיירי ואז לא יכול לומר פרעתי ומ"מ לא גבי דאל"כ בלא"ה אינו גובה מלקוחות מחשש פרעון וליכא למימר בתוך זמנו דאל"כ ליכא גביה והיאך קתני גובה בנ"ח וכמו כן קשה לכ"ע אפילו לסברת הרמב"ן רישא דקתני המלוה בעדים גובה מבנ"ח וקשה הא למ"ד אין צריך לפרעו בעדים ע"כ דעיקר דקמש"ל ממתניתין דמשועבדים הוא דלא גבי דלבנ"ח כשמודה פשיטא השתא תקשי הא בלא"ה לא גבי לקוחות אפילו למ"ד ש"ד דטוענין פרוע ולא שייך לומר דהך דינא דהמלוה בעדים אין צריך לפרעו בעדים אינו מן התורה למ"ד ש"ד דמ"ש ולמה לא יהא נאמן לומר פרעתי הא כופר הכל לעולם פטור ולמה טרחו בש"ס ליתן טעם משום קלא ופסידא דלקוחות וברור דהמשנה מיירי לכ"ע באופן דאינו יכול לטעון פרעתי במלוה בעדים כגון דאמר אל תפרעני אלא בעדים ובכתב יד למ"ד דיכול לומר פרעתי מיירי בנאמנות באופן דקמש"ל דמ"מ לא גבי לקוחות אף דהחיוב אמת משום דלית לי' קלא א"כ הרי סתירה מבוארת לראיית הש"ך וזה ברור ועוד לפי דבריו תקשי להיפך למ"ד צריך לפרעו בעדים א"כ ע"כ גם כתב יד דשניהם נשנו במשנה ודינם שוה לפי סברת הש"ך א"כ אי דהך מ"ד מודה לו בכתב יד א"כ פשיטא דכך הלכה דלית בזה מחלוקת ואי דהך מ"ד פליג א"כ היאך לא מצינו מחלוקת בש"ס ביניהם בכתב יד כמו במלוה

בעדים דהא בזה נחלקו בסברות אחרות וע"כ דמתניתין לא בא לאשמועינן בכאן דיני הכחשה רק בגוף הדין לענין טריפת לקוחות א"כ גם להך דעה לק"מ ומה לנו להאריך מאחר שבארנו דמתניתן בהכרח לכ"ע מיירי באופן שאינו יכול לומר פרעתי א"כ אין מקום לדברי הש"ך בזה. ובאמת כי לפי הנ"ל יש מקום לדחות מה דמוכח לכאורה להדיא מדברי רשב"ם ס"פ גט פשוט דאינו יכול לטעון פרעתי בכתב יד ויש לתמוה שלא זכרו הפוסקים דעתו ולפי הנ"ל יש לדחות דהוא מפרש מתניתן בנאמנות דע"כ בהכי מתפרש כנ"ל ובזה סובר דאינו יכול לטעון פרעתי אבל מ"מ פשיטא דאין כאן קושיא להרשב"א משם וכמו כן מה שדחה הש"ך ראיית הרשב"א משטר פקדון דהתם מהאי טעמא גופא לא גבי לקוחות הואיל דנאמן החזרתי במיגו דנאנסו נלפע"ד דדברי הרשב"ם נכונים וראייתו מהא דפריך פרק כל הנשבעין מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו ומשני דאפקיד בשטר וקשה מה בכך הא מ"מ לא גבי לקוחות דטענינן להו נאנסו ואפילו מודה לא מהני לחוב לאחרים וכיון דלא גבי לקוחות ממילא לית כאן חזקה שטרך בידי מאי בעי א"כ נהימני' נאנסו שלא יצטרך לישבע במיגו דהחזרתי דהיה נאמן מצד עצמה דעביד להניחו בידו הואיל ולית כאן גבית לקוחות וליכא למימר דהואיל דנאנסו מצד עצמה ראוי להשביעו ולא יפטר רק בשבועה א"כ כל שלא טען הוא לא טענינן ללקוחות א"כ השתא נמי לזה לא יגבה לקוחות בשטר פקדון ולמ"ד דלא טענינן מילתא דלא שכיח ללקוחות אפשר לומר דוקא עכשיו החזרתי טענינן להו אבל לא נאנסו משא"כ למ"ד דטענינן מילתא דלא שכיח ועוד דאפילו לאידך כיון דטענינן החזרתי דהיא טענה גרועה יותר שהרי אינו נאמן בה מצד עצמה רק במיגו דנאנסו א"כ כ"ש נאנסו ומזה דייק הרשב"א דאפילו היכי דאינו גובה מלקוחות מ"מ אינו נאמן החזרתי מצד עצמה מחמת השטר רק במיגו דנאנסו וה"ה כתב יד [גם מה שהביא בתומים ראיה לסברת הש"ך מהא דדייני גולה דהוא שמואל והוא סובר מלוה ע"פ לא גבי מיורשין כמו לקוחות וע"כ דבאמת גובה לקוחות כל שאינו נאמן במיגו דנאנסו ובאמת יש לדחות דדוקא הלואה דלהוצאה ניתנה א"כ מיד כיון דלא חשש לגבית לקוחות גם יורשין לא תקנו לו כמו שכתבו התוספות ס"פ גט פשוט אבל שם כיון דאסור לו למישתא שכרא ולהוציאם רק מה שנשא ונתן במעות הכל הוא ברשותו של זה ומהאי טעמא איכא מ"ד דאין שביעית משמטת כמבואר לעיל סימן ס"ז א"כ כל נכסיו שיש לו ברשותו הם ולא היה יכול להוריש המעות לבניו כמו דאסור להוציאם לכך גובה מן היורשין ודו"ק] ועכ"פ נראה לפע"ד ברור דאין הכרעת הש"ך מכרעת בזה ויכול המוחזק לומר קיים לי כנ"ל:

ט שכחתי וחתמתי שמי וכו' הב"י הביא תשובת הרא"ם שהאריך להשיג על דינו של הטור ובעה"ת בזה ועם כל דבריו לא מצאתי דבר ברור לדחות דברי הטור דכל דבריו סובבים על הקושיא המוזכרת בבעה"ת גופא דמאי יש לחוש בכותב אמגילתא דהא יכול לטעון שכחתי וחתמתי שמי ואף אם יטעון תחילה להד"ם יכול אח"כ לומר שכחתי שאינה סותרת טענה ראשונה ובאמת לק"מ דבאמת מקדם קודם הקיום יטעון להד"ם ולא לויתי ולא חתמתי כי ישכח דבאמת חתם על מגילה ואח"כ כשיתקיים שוב לא יהא נאמן לומר שכחתי דהוי מיגו למפרע כיון שכבר הודה שלא פרע ומקודם כל שלא נתקיים אין טוענין בעדו שחתם ושכח מאחר שעדיין לא נתקיים והוא אומר מזוייף אמנם הא קשיא על הטור דאטו בשופטני עסקינן דיראה כתב ידו ויכחיש שלא חתם ואין זה חתימתו ומה לו לומר כן ומאי איכפת לי' אם יאמר האמת שלא לוה בוודאי ואינו יודע מאיזה צד בא לו החתימה או שחתם ושכח ומצאו או שזייף והא וודאי ליכא למימר שכ"כ ישכח עד שידע בוודאי שלא חתם מעולם ושאין זה כתב ידו וכן משמע להדיא מדברי בעה"ת דאפילו אומר דרך ספק כל שטוען וודאי שלא לוה נאמן במיגו דפרעתי וא"כ מאי חשש יש ואמת כי בגוף הקושיא יש ליישב בפשיטות בנאמנות וכדומה שלא יוכל לטעון פרעתי אך כל הפוסקים שלא תירצו בנאמנות ש"מ דלא סבירי להו דין הנ"ל ואמת שיש לתמוה על הפוסקים שהביאו ראיה מהך סוגיא דבכתב יד אינו יכול לטעון פרעתי וכן הבעה"ת הקשה משם להך דעה דיכול לטעון שכחתי וקשה מאי קושיא הא אנן וכתב מאי דבעי קאמרינן ויכול לכתוב בו נאמנות וכדומה ובתומים רצה ליישב דבא לאפוקי אירשא דמגילתא ושם אין מקום פנוי לנאמנות ונעלם ממנו דברי בעה"ת דהקשה בהדיא מחתם בסוף מגילתא ונראה ליישב דוודאי כל הקושיא היתה כך דוודאי לדידן דכבר נודע שאין לחתום אסוף מגילה א"כ אם חתם שוב אין מקום להאמינו רק במיגו דפרעתי היכי דליכא נאמנות אבל שם בש"ס דאביי קאמר עיקר הדין דלא לחתום אינש אסוף מגילה לפי ששנינו הוציא עליו כתב ידו גובה מנכסים בנ"ח והשתא בשלמא אם מתניתין כלל' הוא דגובה ולא יכול להנצל עצמו מבנ"ח בשום טענה א"כ שפיר שייך לומר דלא לחתום כדי שלא יפסיד אבל להיפך לא שייך לומר לעקור דין המשנה בכתב יד שיכול להנצל בטענה חתמתי בסוף מגילה דמתניתין כללה נקט כתב יד גובה. ואינו יכול להנצל אבל עכשיו דאנו אומרים שיכול לומר פרעתי ומתניתין מיירי כשמודה שחייב וקמש"ל דלא גבי לקוחות אבל לא כללה הוא דכתב יד גובה א"כ מ"ש דבלי נאמנות נאמן לומר פרעתי דהיא טענה מעליא מצד עצמותו כמו כן יהא הדין דיכול לחתום גם אסוף מגילה ובאמת בכתב יד כמו שיכול לטעון פרעתי כמו כן יכול להנצל

בטענה זו כל שלא כתב הוא בעצמו מגוף השטר רק החתימה ונאמן בטענה זו בעצמותה ואין לחוש לשום דבר וכן באמת מורה לשון הש"ס דהביאו ראיה ממשנה וקשה מה צורך לראיה פשיטא דבנ"ח גובה וע"כ דס"ד דבאמת נאמן בטענה זו ויכול לחתום קמ"ל המשנה דקתני בפשיטות גובה משמע דלא יוכל להנצל בשום טענה ואי ס"ד דנאמן פרעתי אין ראיה ממשנה דבאמת גם בזה נאמן ומזו דייקי הפוסקים דאינו נאמן לומר פרעתי דאי נימא דמתניתין מיירי בנאמנות א"כ כמו כן יש לומר דמיירי דכתב הוא הכל וע"כ דמשמע דמתניתין בכל גוונא מיירי א"כ מבואר דבכל גוונא אינו נאמן ולזה הוצרכו לתרץ דבאמת פרעתי נאמן מ"מ הוא יטעון מתחילה האמת דלא לוה ולא חתם ושוב יהא הוחזק כפרן ולפי זה דברי בעה"ת וטור מוכרחין דע"כ דהחשש הוא שישכח כ"כ עד שיחשוב באמת שלא חתם מעולם דאי שיזכור שחתם בסוף מגילה א"כ נהי דנאמר דעכשיו אפילו במיגו לא מהימן היינו משום דאמרו דלא לחתום הוי טענה גרועה אבל בש"ס גופא יקשה למ"ד דיכול לטעון פרעתי כמו כן יהא נאמן בזו כיון דמתניתין דקתני גובה לא מיירי רק במודה או באומר לא חתמתי וע"כ דמ"מ יש לחוש דישכח ויאמר שלא חתם מעולם [ואולי מה שהביאו ממשנה הוא להורות דבשביל זה יוכל להיות שישכח משא"כ אם היה גובה משעבדי היה זוכר כמו שכתבו המפרשים) א"כ שפיר יש לומר דבאמת אם טוען כן אף עכשיו דאמרו שלא לחתום נאמן במיגו דפרעתי בלי נאמנות:

[1] או שטוען אמנה עש"ך ס"ק ט"ו מה שהשיג על הסמ"ע ובאורים הביא מה שכתב לעיל סימן נ' והוכיח מבעה"ת כהסמ"ע לחלק בין נפילה דיחיד לרבים וכבר השגתי עליו לעיל סימן נ' בזה והבאתי ראי' מפרק גט פשוט דאין לחלק כלל לדידן בין נפילה דיחיד לרבים וע"ש ומבה"ת לא מוכח מידי ג"כ. ועל דבר ממרם חלק שנחלקו הסמ"ע והע"ש סימן מ"ח הביא הש"ך בשם רבו ראיה מהא דקאמר פ"ב דכתובות וכתב עליו מאי דבעי למה צורך לכתוב יניח חלק ובאמת משם לא קשיא לפי מה שכתב התומים דבא לומר למעט אריסא דמגילתא לפי שאי אפשר לצמצם א"כ בזה כשיניח חלק בוודאי לא יועיל אך מהך דפרק גט פשוט יש ראיה לכאורה. אבל באמת גם בזה יש ליישב דאם יניח חלק באמת יכיר זה הכתב וידע שהוא מה שחתם עצמו חלק ונהי שלא יאומן בזה דאנו דנין כאילו יש בו נאמנות מאחר שהוא חלק מ"מ יוכל להשביע אותו משא"כ כשיכתוב עליו מאי דבעי לא יכיר וישכח שחתם כמו שתירץ בעה"ת ויטעון לא חתמתי ואף שבועה לא יצטרך ומ"מ נראה עיקר כהע"ש ובתומים האריך דאם כתב עליו קודם בואו לב"ד לכ"ע מהני ואין דבריו נראין לפע"ד ודו"ק (יא) אלא לקיים הענין עש"ך דגובה משעבדי כדלעיל סימן מ'. ויש להבין מאי קמש"ל המחבר כיון דגובה משעבדי פשיטא שאינו

יכול לטעון פרעתי דאל"כ פשיטא דלא גבי לקוחות גם להמחבר הא בהא תליא. ונראה דכוונת המחבר לאשמעינן אפילו באופן דלא גבי משעבדי כגון באין בו אחריות או דלא נכתב בנוסח שטר לגבות מ"מ הואיל דחזינן דהחתים עדים בכיוון הוי כמו נאמנות דלא יוכל לטעון פרעתי ונראה דזהו כוונת המחבר בסמוך בדין פנקס דהקשו הא בלא"ה הוי שטר בע"א ולפי הנ"ל ניחא אף דלא נכתב כלל בנוסח שטר מ"מ כיון דחזינן דהחתימו בכיוון ע"א וחתמו שניהם ג"כ ברור דהיה הכוונה שלא יוכל לטעון פרעתי והוי כמו נאמנות ומיושב קושית הש"ך ס"ק ב' כנ"ל:

יב הואיל ומודים. הש"ך הקשה למ"ד דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיח למה לא נטעון להם פרוע ת"ז במיגו דמזוייף כמו שאם היה אביהם חי היה נאמן בזה ובתומים הוסיף להקשות מדברי התוספות ריש גיטין ובאמת דיבר בכוונת התוספות דוודאי מדלא כתבו התוס' דיש לחוש שיכתוב בשטר ת"ז ש"מ דגם בזה נטעון להם פרוע במיגו דמזוייף ומה שהקשה מהר"ם דמה נ"מ בדין זה אי טענינן להו מזוייף או לא סוף סוף טענינן להו פרוע ומתוך כך ביקש לפרש כוונת התוספות דנ"מ בתוך זמן. אבל באמת לק"מ דוודאי הנפקותא הוא במכר ומתנה דלא שייך טענת פרעון ואי דא"כ לא שבקת חי' דיעשה שטר מכר זה באמת הקשו התוספות מיד רק דס"ד דזה לא חיישינן כיון דכ"כ אית ליה קלא עד שאפילו המוכר שדהו בעדים גובה משעבדי א"כ ס"ד דלא חיישינן כ"כ שיעשה שטר בזייוף כיון שזה לא יהא לו קול ועל זה כתבו התוס' דמ"מ כיון דלא טענינן יעשה שטר מזוייף מכר או מתנה גם בלא"ה נראה לפע"ד בהלואה גופא יש נ"מ לפי מה דקיימא לן סימן פ"ה דאינו יכול לטעון מזוייף ואפילו בטענת אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממנו רק פרוע ולפי זה יש נ"מ אם היורשין מוציאין עליו שטר חוב והוא מוציא עליהם שטר חוב זמנו מאוחר לזמן פרעון של השטר שביד היורשין ולפי זה אי לא טענינן ליתמי מזוייף רק פרוע אלמא דטפי יכול להיות שפרע משזייף א"כ מצי למיטען אילו הייתי חייב לך דמה בכך דיכול להיות שהשטר שלי פרוע מ"מ גם שטר שבידכם פרוע דהיאך לוה ממני כשהייתי חייב לו ואין לומר דמחמת הך טענה נאמר ששטרו מזוייף הא ליתא דטפי יש לומר דשטרם פרוע דהא חזינן דטענינן להו פרוע ולא מזוייף ש"מ דטפי יש לנו לומר על שטר שהוא פרוע משנאמר מזוייף משא"כ אי טענינן ליתמי מזוייף א"כ בלי הך טענה אין שטרו כלום כל שאינו מקיימו אם כן חייב הוא לשלם שהרי אין לו שום טענה אילו הייתי חייב לך דטוענין מזוייף כל שלא נתקיים ושפיר יש נ"מ ועל זה הקשו התוספות ממכר ומתנה ודו"ק. אך מ"מ עם כל זה נראה לפע"ד שאין כאן קושיא על המחבר והוא לפי שאני אומר שלא אמרו דטענינן ליתמי מה דהוי אביהן

מצי למיטען ואפי' במילתא דלא שכיח רק אם האב היה נאמן באמת לפטור עצמו לגמרי משא"כ בזה דמיגו במקום חזקה גופא מבעי לן בב"ב ונשאר בתיקו אי מהני ואמרינן קולא לנתבע ואי תפס לא מפקינן א"כ האב גופא לא היה נאמן בטענה זו לגמרי והוי הדבר בספק א"כ ניקום אנן ונטעון ליתמי כיון שהאב אינו טוען זהו לכ"ע דלא טענינן והתוספות ריש גיטין לטעמייהו דסבירי להו ב"ב ד"ה בעיקר חזקה לית בה ספיקא כמו שכתבתי לקמן סימן ע"ח אבל המחבר דלא מחלק בזה שפיר פסק כאן דהואיל ומודים שהוא כת"י חייבין לשלם. ועל דרך זה יש לומר בכוונת התוספות הנ"ל בפשיטות דנ"מ יש אם היורשים יש להם שטר חוב מקויים עליו והוא מוציא עליהם שטר חוב שאינו מקויים באופן דלא שייך אילו הייתי חייב לך כלל והשתא אם נטעון מזוייף הם פטורים והוא חייב לשלם להם משא"כ אם לא נטעון רק פרוע במיגו דמזוייף אם שטרו הוא ת"ז א"כ הוי מיגו במקום חזקה וקולא לנתבע ואין יכולין להוציא דהפוכי מטרתא למה לי כיון דלפי דבריו גם שטר שלו אמת ודו"ק:

על חו"מ סימן ע

א

אסור להלוות בלי עדים והקשו על זה דמה מועיל בעדים הא יכול לטעון פרעתי לפי מה דקיימא לן המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים ובתומים ביקש ליישב דלא חיישינן רק שישכח ויטעון ספק ובהלואה יפטר משא"כ בפרעון ולכאורה יש סעד לדבריו ממה דפריך פרק כל הנשבעין וליתוב לי' בעדים ומשני טריחא ליה מילתא וקשה הא בהכרח צריך ליתן לו בעדים דאל"כ עובר על לפני עור שיתבענו פעם שנית וישבע ויטול וליכא למימר כיון דצריך שבוע' דהשתא נמי חייב לישבע היסת וחומר שבועת שקר שוה בשניהם גם אין לחלק דלא יגזול מחבירו רק בהלואה חיישינן דלא ישלם דהא כיון דחשוד על השבועה פשיטא דחשוד לגזול ולפי הנ"ל ניחא דכל החשש הוא דישכח ויטעון ספק ובשכיר לא ישבע ויטול כשיטעון ספק אמנם גוף דברי הרב הנ"ל לא נהירין דמוכח בירושלמי פרק שבועת הדיינין דרב סובר איני יודע אם נתחייבתי חייב ע"ש. ועוד היאך שייך גורם קללה לעצמו דזהו אם חבירו כופר כמו שפירש"י שם אבל אם אומר ספק למה יקללוהו הא נראין הדברים דהאמת אתו הרי דחייב לצאת ידי שמים ואיכא מ"ד אפילו בדיני אדם גם לשון הפסוק תאלמנה שפתי שקר הדוברים על צדיק עתק מורה בבירור דאומר עליו שהוא משקר משא"כ בספק אינו דובר עליו עתק כלל שהרי מודה שאפשר שאינו יודע גם אח"כ בעובדא דרבינא דקאמר גורם קללה מבואר

דישכח לגמרי ע"ש. לכן נראה פשוט דוודאי יש חילוק בין שכחה שישכח אדם דבר שעשה ויחשוב שלא עשה והוא שדבר זה נפל ממחשבתו וזהו ענין השכחה שהאדם שוכח מה שעשה או מה שצריך לעשות אבל לא חיישינן שישכח אדם לגמרי ויחשוב בדבר שלא עשה מעולם שעשה ויהא זה אצלו בירור גמור ולא ספק בזה לא יתכן השכחה וזהו החשש כאן דאם ילונו שלא בעדים ישכח המעשה הלואה ויחשוב באמת שלא עשה כי יפול ממחשבתו משא"כ בפרעון לא שייך לומר שיחשוב בירור גמור שעשה מעשה הפרעון מה שלא עשה מעולם בזה לא יתכן השכחה ולשמא ישקר בכיוון לא חיישינן כל שמוחזק לו לנאמן. ומה שהקשינו משכיר יש ליישב דוודאי בו ביום לא חיישינן שישכח השכיר הפרעון כמו שכתבו התוספות ב"ב ד"ה בד"ה ובא בזמנו דמהאי טעמא אינו נאמן ביומא דמשלם במיגו דפרעתיך עתה דאינו מעיז דרגיל לומר פרעתיך אתמול ושכחת ולא פרעתיך היום ושכחת דלא שכיח השכחה ע"ש. והכא נמי בשכיר אין החשש רק בו ביום דלמחר עבר זמנו לא ישבע ויטול משא"כ בהלואה ומה שדקדקו שכתב המחבר אפי' לת"ח לקמ"מ דוודאי בת"ח יש מעלה וחסרון חסרון שהוא טרוד גדול ומצוי השכחה אצלו ומעלה שהוא מדקדק ומכוון שלא יגזול חבירו יותר מסתם אדם וזהו כוונת השואל בש"ס אפילו אנא והיינו דהיה חושב מצד שידקדק שלא יגזול והשיבו דמצד אח' יש בו גריעותא דטריד אבל בכללות אפשר דבת"ח אין לחוש כ"כ כמו בע"ה וזה שכתב אפי' ת"ח:

ב אין צריך לפרעו בעדים. כבר הסכימו כל הפוסקים כלישנא בתרא דרב אסי וכר"פ דפסיק הלכתא הכי וכ"כ התוספות בשם ר"ת פרק שבועת הדיינין אלא דבפרק השותפין ד"ה ע"ב כתבו התוספות במילתא דר"ל שם ומ"מ אין להוכיח דהמלוה את חבירו וכו' דיש לומר שהודה בפני עדים משמע לכאורה דלא ברירא להו הא מילתא דאל"כ מאי כל החרדה הזאת אם יהא מוכח כן אליבא דר"ל מה דכך הלכה וכי מצינו בש"ס משמעות במקום אחר להיפך עד שהצריכו לדחוק שהודה בפני עדים ואולי הש"ס ס"פ גט פשוט הוי קשיא להו דשקיל וטרי' התם לחלק בין מלוה ע"פ דגובה מבנ"ח ושטר דגובה משעבדי דמה נ"מ אי ש"ד תרווייהו ליגבי ואי דרבנן תרווייהו לא ליגבי ע"ש ומשני לחלק בין איתי ליה קלא או לא וקשה מאי קושיא הא המלוה בעדים נאמן לומר פרעתי א"כ מאיזה צד יגבה לקוחות כיון שנאמן לומר פרעתי פשיטא דטוענין ללקוחות פרוע ואפילו מודה אינו נאמן לחוב לאחרים משא"כ שטר ולכן ביקשו התוס' לחתור דרך דר"ל לא סבר כן דהוא נמי שייך באותה סוגיא הנ"ל אבל קשה לומר דיהא כל סוגיא דהתם שלא כהלכה וצריך לומר דמשמע להו דמתניתין מיירי בגוונא דלכ"ע אינו נאמן פרעתי

כמו שכתבתי לעיל סי' ס"ט ובכוונת התוספות הנ"ל נראה דהוי קשיא להו אי נימא דר"ל ע"כ בהכי מתוקמא א"כ אביי ורבא דנחלקו עלי' ג"כ סוברים כך וקשה לר' פפי משמיה דרבא דצריך לפרעו בעדים מהך דרבא דהכא לזה כתבו התוספות דאין ראיה דמיירי בהודה ואליבא דכ"ע ועמ"ש לעיל סימן כ"ד דקושית הש"ס גבי מנין להמע"ה פשיטא היא ג"כ למ"ד צריך לפרעו ע"ש שהארכתי ועיין לקמן סימן ע"ח מ"ש שם:

ג אמר פרעתיך. עש"ך ס"ק ו' שהאריך דליכא למ"ד שיחלוק על הש"ס דפרק שבועת הדיינים ובע"כ צריך לומר איזה חילוק ולזה תמה על הרב בהגה' שלא כתב שום חילוק והביא י"א דאם באו והכחישו הוחזק כפרן. ולפעד"נ דמדברי התוספות פרק גט פשוט שם מוכח כדעה זו דהם הביאו פיר"ת דצריך לברר הפי' שאם באו והכחישו אינו נאמן אבל אם לא מצאם לא הפסיד והקשו התוספות מרבא דפרק שבועת הדיינים ותירצו דרבא כרשב"ג ועוד תירצו דהכא אפילו הביאם והכחישו פטור רק דאמרינן ליה שיביאם ואח"כ הביאו פי' רשב"ם והקשו עליו וכתבו דיש מיישבים דבריו אליבא דרשב"ג וסובר דהלכה כמותו ומ"ד התם הוחזק כפרן גם כן כרשב"ג רק דסובר בהכחישו מודה רשב"ג זהו תורף דבריהם ע"ש היטב ולכאורה יש לתמוה אי נימא דזה היה להם להלכה פסוקה הך דרבא פרק שבועת הדיינים ואין לזוז ממנה א"כ כשתירצו מקודם דרבא כרשב"ג היה להם לומר ג"כ דהלכה כמותו כמו שכתבו אח"כ ביישוב דברי רשב"ם וכמו כן יש להבין דביישוב דברי רשב"ם כתבו למ"ד התם דהוחזק כפרן ולמה לא ביארו זה מקודם שכתבו יישוב הזה ממש דרבא כרשב"ג וברור דכוונת התוס' כך דוודאי פשיטא להו לתוספות מקודם דהלכתא כרבי כמו שפסקו כל הפוסקים דהלכה כרבי מחבירו ואהא קשיא להו מהך דרבא ותירצו דרבא כרשב"ג ולפי זה באמת לית הלכתא כרבא ולזה טענו על רשב"ם דפסק באמת שם הלכה כרבא וכתבו דיש מיישבים דבריו דרבא כרשב"ג והלכה באמת כרשב"ג דלא כרבי וזהו ענין חדש שאנו מוכרחים לומר לרשב"ם היפך הפוסקים דפסקו כרבי וכן פסק באמת רשב"ם שם ומעתה מעיקרא לא הוי קשיא מהך מ"ד דהוחזק כפרן דהוא סובר באמת כרבי אבל לרשב"ם דמפרש מילתא דרבי דאם לא הביאם חייב ג"כ כל שלא בירר א"כ קשיא להו הך דמ"ד דפרק ש"ה כמאן אי כרבי מאי קאמר הוחזק כפרן הא בלא"ה לא בירר דבריו ובלי הוחזק כפרן חייב ואי כרשב"ג הא לעולם פטור ועל זה כתבו התוספות דהוא נמי כרשב"ג רק ס"ד דבהכחישו חייב ורבא פליג עלי' דלרשב"ג לעולם פטור וזהו לרשב"ם אבל לתירוץ התוספות הקודם באמת הלכה כרבי ואם הכחישו חייב רק רבא כרשב"ג ור"ש כרבי וקיימא לן כרבי ולכך לא זכרו התוספות מקודם הלכה כרשב"ג ולא יישוב לר"ש רק לרשב"ם הוכרחו לומר כן

ומיושב גם כן לפי זה קושית מהרש"א שם ודו"ק. ולפי זה מבואר לתירוץ זה דבאמת הלכה כרבי ולא כרבא ובהכחישו חייב אבל אינו צריך להביאם דוקא כמו שכתבו שם בשם ר"ת מתחילה והן הן דברי הרב בהגה' ולק"מ ובאמת בלא"ה הביא בתומים דעת הרבה פוסקים כדברי הרב בענין אחר:

והנה בדעת הרמב"ם נתחבטו המפרשים והנה בכ"מ בתירוץ ב' פירש דברי הרמב"ם בפשיטות דלברר הכוונה רק ליפטר משבועה ובהכחשה פטור בשבועה והש"ך נראה דמפרש כמו שכתבו הר"ן והרשב"א. לחלק דשאני חזקה דמכח שטר קא אתיא ואמת שכן כתב ה"ה פט"ו מהלכות טוען לדעת הרמב"ם אבל תמהני דאם יסבור הרמב"ם חילוק זה א"כ ע"כ דהך סוגיא דפרק גט פשוט קאי להך לישנא דפרק זה בורר דלא מחלק בזה כמו שכתב הר"ן להדיא א"כ הרמב"ם למה הזכיר הך דבפרק גט פשוט גבי ממון בעלמא לברר דלשיטה זו לא נאמר לברר רק גבי חזקה גם לפי' הכ"מ קשה דהא פט"ו מהלכות טוען מבואר דמפרש לברר ממש שהרי כתב ואם אינו יכול לקיימו מבואר דבהכחשה לא כמו שכתב ה"ה שם אמנם כוונת הרמב"ם פשוט דוודאי מפרש כל הסוגיא דפרק גט פשוט לברר ליפטר משבועה ולא לחייבו רק ה"מ באם לא מצא לקיים אבל אם באו עדים ואמרו אין זה כתב ידינו פשיטא דהוחזק כפרן דבין אם נפרש מילתא דלא רמי' על לוה או בעדים בשטר מזוייף לא שייך זה דסוף סוף זייף ואמת דוודאי אם יודע שזייף לא יביאם וכל הכוונה לברר אם יכול לקיים ואם אינו יכול לידון בחזקה וכמו כן בהלואה לעולם אינו חייב דאפילו בהכחישו להד"ם מילתא דלא רמי' עלי' הוא והרמב"ם העתיק עובדא דפרק הדיינין כצורתה לאשמעינן גבי הלואה מילתא דלא ראי' אח"כ העתיק עובדא דפרק גט פשוט כצורתה לאשמועינן דין גבי הלואה דצריך לברר דלא נאמר דוקא בחזקה ובזה מיושב כוונת התוספות דכתבו מתחילה פרק גט פשוט בשם ר"ת דבלהד"ם הוחזק כפרן ואח"כ כתבו ליישב הך דפרק שבועת הדיינים פי' ר"ת דאפילו בלהד"ם פטור וכן כתבו פרק שבועת הדיינין ולפי הנ"ל ניחא דר"ת כתב זה שם גבי חזקה ושטר ושם בלהד"ם פשיטא דחייב אבל בהלואה אפילו בלהד"ם פטור מטעם מילתא דלא רמי' כנ"ל ומיושב קושית מהרש"א שם ודו"ק) ואמת שכן עיקר הפי' בש"ס שם דאי כפי' רשב"ם דמפרש דהא דקאמר ואף רבי לא אמר אלא לברר הכוונה דבא לחזק דבריו דהלכה כרשב"ג דטעמו של רבי דצריך לברר ובאינו אומר רק חזקה מודה א"כ נראין דברי רשב"ג שלא יפסיד בשביל שהזכיר שטר והוא תמוה דפשיטא אם היה רבי חולק מטעם דלא סגי בחזקה רק בשטר פשיטא דקשה דדוקא בשטר פליג דבעי שטר אבל בהלואה דלכ"ע אין צריך לפרעו בעדים מודה רבי דלא הפסיד לפי שהזכיר

עדים וברור דהפי' דרבי נמי לברר קאמר ולא להתחייב וא"כ למה אתה מחייבו ועל זה משני אנא נמי לברר קאמינא ולא להתחייב אמנם אם באו עדים והכחישו זהו ענין בפני עצמו ולא תליא בהא כלל רק גבי שטר פשיטא דאם באו ואמרו שלא חתמו הרי זייף השטר ואין כאן מקום להנצל בטענת מילתא דלא רמי' משא"כ בהלואה ואין ענין זה לזה ודו"ק היטב: והנה הלח"מ נתחבט בכוונת הראב"ד וביקש להגיה בראב"ד ע"ש ולא דק כלל כי כוונת הראב"ד פשוט להשיג על הרמב"ם שהיה מפרש דבריו כפי' ה"ה לחלק בין אמר ולא פרעתיך או פרעתיך סתם ועל זה כתב דלאו דוקא רק שם מדבר בהוה הכוונה שכך היה המעשה שאמר בזה הלשון משא"כ פרק גט פשוט דבא לומר עיקר הטענה לאשמועינן שמי שאומר כך כך הדין שפיר קאמר בפשיטות פרעתיך ולכך קאמר ואין כאן חכמה כי שינוי הלשון אינו לחלק בדין רק שם המעשה כך ושם בא לומר דין דהטוען כך כך דינו וזה ברור ולפי מה שכתבתי בכוונת הרמב"ם לא כיוון הרמב"ם כלל כמו שהבין הראב"ד ודבריו פשוטים ולק"מ:

ד אמר לו אל תפרעני. עסמ"ע ס"ק י"א דהכל מיירי באמר בפני עדים דאל"כ נאמן במיגו שלא התנה ובתומים ס"ק ה' תמה דלא כתב ה"ה רק באומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני אז נאמן במיגו אבל במודה שלא קיים התנאי כתב ה"ה שם להדיא דלא מהני מיגו והראיה דלא הקשה ה"ה על הראב"ד בגוף הדבר דאי באין עדים על התנאי אפילו אומר פרעתיך סתם יהא נאמן והיאך אמרו צריך לפרעו בעדים אלא וודאי דלא מהני מיגו כל שאומר שלא קיים התנאי ע"כ ובאמת לק"מ דפשיטא דהך תנאי לא עדיף מנתן לו בפי' נאמנות כבי תרי דאפילו עדים לא מהני ומ"מ אי אין עדים שנתן לו נאמנות אמרינן מיגו וכמו שחילק הש"ך לקמן סימן ע"א דמיגו בעיקר הנאמנות אמרינן א"כ כ"ש הכא בתנאי ואף דכתב ה"ה אח"כ דלא מהני מיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני דנאמן להרמב"ם משום דמודה דלא קיים התנאי והש"ך פי' דהוי כמיגו במקום עדים התם שאני דהוי מיגו במקום התנאי וכהאי גוונא גם בנאמנות לא מהני מיגו כמבואר לקמן סימן ע"א והוי כמו עדים אבל כל שאין עדים על הנאמנות ועל התנאי דהוי מיגו בעיקר הנאמנות והתנאי לכ"ע מהני מיגו דאז לא הוי כעדים ומ"מ לא הקשה ה"ה זה על הראב"ד דיש לומר דסובר כבעל העיטור דאף מיגו בעיקר נאמנות לא אמרינן אבל לדידן דינו של הסמ"ע אמת:

ונלפע"ד להביא ראיה לדינו של הסמ"ע מהא דאיתא בש"ס בעובדא דאל תפרעני אלא באפי ראובן ושמעון דביקש אביי לומר באפי סהדי אמר ליה באפי סהדי פרעו ורבא דחה להכי קאמר באפי ראובן ושמעון כי היכי דלא לידחי'. ויש להבין מה ס"ד דאביי דבאפי סהדי אמר ליה דהא בהדיא קאמר באפי ראובן ושמעון דוקא ואם נפשך לומר דלא ניחא

ליה לאביי סברת הרי"ף דהוי כפסל שאר עדים מ"מ לא הוי ליה לפטרו מטעם באפי סהדי קאמר ליה דזה אינו באמת גם הקשו התוספות לפירש"י והרי"ף דלשון לא לידחי' לא אתי שפיר כלל וכבר דחק הר"ן ז"ל ליישב זה ולפעד"נ דכך הכוונה לפי שסובר אביי דוודאי עיקר הדין בעדים המעידין על התנאי ובלא"ה אפילו מודה דהתנה עמו נאמן במיגו והשתא שפיר קאמר כיון דעיקר החייוב מחמת אותן העדים א"כ מאי אולמא הנך סהדי מהנך המעידין פרוע דהא לאלו אין תוקף יותר מאלו דליכא למימר שאף הם האמין כמו ראובן ושמעון רק כ"ע פסל לבר מהם א"כ למה אמר באפי ראובן ושמעון יאמר בפניהם ואי דירא דילכו אף ראובן ושמעון לא יועילו בלי עדי התנאי דנאמן במיגו והשתא כיון דהנך סהדי הם כשאר עדים דעלמא אם כן מאי אולמי הם מהם כיון דעיקר החייוב נולד על פיהם וזהו מאמרו באפי סהדי אמר ליה פי' על התנאי באפי סהדי אמר לו תנאי זה ובאפי סהדי פרעו ולא עדיפי הנך מהנך גם מזה יראה בבירור שלא פסל שאר עדים כלל רק מילתא בעלמא קאמר לי'] ועל זה קאמר ליה רבא דבאמת גם הנך האמין טפי מעלמא כמו ראובן ושמעון רק לפי שראובן ושמעון מצויין אצלו תמיד ובכל עת יוכל לתבעו וליפרע ממנו על פיהם משא"כ הנך אינם מצויין אצלו תמיד ויוכל לדחותו פעם לא ימצא אותם פעם לא יהא לו לפרוע וידחנו לכך קאמר באפי ראובן ושמעון כדי שיהיו מצויין אצלו תמיד לפרוע ולפי זה מוכח דינו של הסמ"ע דמיגו בעיקר התנאי לכ"ע אמרינן. ולפי זה יצא לנו דין מחודש אפי' לדעת הרי"ף דסובר דבאומר בפני ראובן ושמעון ופרעו בפני אחרים וישלם לפנינו אינו נאמן מ"מ אם פרעו בפני עדי התנאי בעצמם והם מעידין על התנאי ושפרע בפניהם אז בוודאי נאמנים ואף דגבי לא לויתי ועדים מעידי' לוה ופרע פליג רבא על אביי דקאמר אינהו אמרי אוזפי' אינהו אמרי פרעי' וסבירא ליה דחייב והיינו משום דנהי דלגבי פרעון פסולים להלואה לא נפסלו אם כן הכא לפרעון יפסלו ולגבי תנאי לא נפסלו אבל לפי הנ"ל הא ליתא דהכא שאני דגם הלוה בעצמו לא פסל כלל אותן העדים אפילו לפרעון דאי פוסלם מה יועיל תנאי שלו וכיון שאינן נאמנין לו וישקרו כ"ש שיכבשו עדותן ולא יאמרו התנאי וע"כ דבאמת האמין אותם רק אמר ראובן ושמעון כי היכי דלא לידחי' כנ"ל אבל אם פרעו באמת בפניהם נאמנים כנ"ל ועוד נדבר מזה לקמן סימן ע"א בס"ד גבי נאמנות כי האי גוונא:

ה בין שאמר לו בשעת הלואה כו. כך הם דברי הרמב"ם פט"ו מהלכות מלוה וכתב שאין חילוק בין אמר בשעת הלואה או אח"כ ומזה יראה בבירור דאם בשעת הלואה לא מהני מחאה ה"ה לאחר הלואה דאל"כ יש חילוק במיחה ולזה הר"ן דסובר בשעת הלואה וודאי לא מהני מחאה רק אחר הלואה הביא דברי הרמב"ן דמהני ועל זה כתב דהרמב"ם חולק

דאין חילוק כלל והנה הש"ך השיג על דין זה ונראה לפע"ד עיקר לדינא דזה תלוי ג"כ במחלוקת הרמב"ם והרי"ף כי להרמב"ם דנאמן לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו א"כ אין שום הפסד ללוה מחמת התנאי אם כן מועיל התנאי אפילו לאחר הלואה ואין שום הפרש ובע"כ חייב לקיים התנאי משום עבד לוה כיון שאין לו שום נפקותא בתנאי זה ואם לא קיים התנאי איהו דאפסיד אנפשי' אבל להרי"ף דסובר דאינו נאמן ויש לו הפסד בפרעון זה שמא ילכו או ימותו ואין תקנה רק לשמור שוברו וזה הפסד למלוה ודוקא אם על תנאי כך נשתעבד בשעת הלואה צריך לקיים בהכרח אבל כל שבשעת הלואה לא הלוה על תנאי זה אין למלוה לכופו אח"כ מחדש שיצטרך לשמור שוברו מה שלא נתחייב בזה מקודם ולא על זה הלוה כל זה העליתי לקמן בביאור דברי הרמב"ם:

[1] ואם אמר שפרעו שלא בעדים. ושכח ההתראה הרא"ש ומוכח שם דכ"ש אם לא שכח אינו נאמן ע"ש עכ"ל הש"ך ולפענ"ד להיפך מוכח מהרא"ש דמעיקרא כשהזכיר הרא"ש גוף הדין דאם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן לא כתב הרא"ש כלל ושכח התראה דאז בוודאי היה הכוונה אפילו שכח אבל מעיקרא לא הזכיר כלל רק אח"כ כשהקשה למה לא יהא נאמן במיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למ"ד דנאמן בזה ותירץ דאין זה מיגו דניחא ליה טפי לומר פרעתיך בלי עדים ושכחתי ההתראה משיאמר פרעתיך בפני עדים והלכו דהרוצה לשקר ירחיק עדיו והכוונה מבואר דלא נימא דאף עכשיו טענה גרועה היא דפרע בלי עדים ועבר על התנאי דעכשיו יש לומר דשכח משא"כ אם פרע בפני עדים והלכו ומתו ולפי זה אם אומר שלא שכח שפיר יש להאמינו במיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלו' והלכו דעכשיו נמי טענה גרועה היא ודוחק לומר דכוונת הרא"ש דבלי שכח בלא"ה הוי אנן סהדי דלא פרע כמו שכתב ב"י רק בשכח ס"ד שיהא נאמן ועל זה תירץ הרא"ש דאז לא הוי מיגו דהך טענה גרועה מזו אבל באמת הא ליתא דהא הב"י כשתירץ קושיא זו לא הזכיר תירוץ הרא"ש כלל וע"כ דהרא"ש לא סבר הא ומ"מ לענין הדין כיון דכל הפוסקים שלא תירצו כתירוץ הרא"ש ולדבריהם אין חילוק כלל בין שכח או לא א"כ ממילא הדין דאפילו לא שכח אינו נאמן. ובעיקר קושיא זו הביא הש"ך תירוץ בשם ה"ה וכתב דצ"ע ולפעד"נ העיקר כה"ה וכוונתו פשוט דכיון שהתנה אל תפרעני אלא בעדים הרי בפי' התנה שלא יועיל מיגו וכמו אם נתן לו נאמנות כבי תרי אם באו עדים אינו נאמן שהאמינו כמו כן אם התנה עמו שלא יהא נאמן אפילו במיגו פשיטא דתנאו קיים וא"כ זה התנה שלא יפרענו רק בעדים ואם יועיל מיגו למה יפרענו בעדים דהא יאומן בלי עדים וע"כ דהיה התנאי שלא יועיל מיגו וחייב לשלם וקיים התנאי וזה ברור:

ז נאמן שהרי הוא אומר שקיים תנאו. עש"ך שהאריך להסכים עם דעת הרי"ף ור"י הלוי דגרסי אינו נאמן וכל ראיותיו נלפע"ד שיש לדחותם דמה שהביא ראיה דמנ' ליה לשמואל דר"י בן בתירא סבר כוותיה דילמא מודה דמיגו לא אמרינן לק"מ דהא כתב הרמב"ם להדיא דזה טעות גדול לומר שלא יהא נאמן דלא יאסרם בזיקים מבלי צאת וכו' לעשות ממלוה זו מלוה בשטר [ומה שהקשו עליו דיכתוב שובר לק"מ כמו שאבאר בסמוך) אם כן פשיטא דליכא למ"ד שלא יהא נאמן וכן רב אסי מודה בזה א"כ ת"ק מודה בזה דנאמן א"כ ע"כ דריב"ב פליג דנאמן אפילו במיגו דאל"כ במאי פליגי ולפי זה נמי לא קשיא מה שהקשו התוספות דמנא ליה למקשה דשמואל מאמין במיגו דהא חזינן דר"פ ע"כ לית ליה להאי סברא ולפי הנ"ל לק"מ כיון דבזה לית מאן דאמר ולכ"ע נאמן לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני א"כ מאי קאמר כי אמריתי קמי' דשמואל אמר לי יכול לומר דהא רב אסי מודה בזה וע"כ דכוונתו דנאמן במיגו ושפיר פריך אבל ר' פפא לדינא קאמר מילתא באפי נפשיה ושפיר סובר דלא מהימן במיגו כרב אסי ואמת דהתוספות לשיטתם דמוכח מדבריהם דסבירי להו אפילו להך פירוש דשמואל סובר דמהני מיג' מ"מ רב אסי פליג גם אגוף הדין דאינו נאמן לומר פרעתיך בפני פלו' ופלו' דהם הקשו שם דמאי פריך לרב אסי לשמואל נמי קשה וכתבו דלשמואל יש לומר דמיירי באומר נתתי בפני פלוני ופלוני ואח"כ כתבו דלמאי דמפרשינן דלשמואל נאמן במיגו אתי שפיר טפי ויש להבין מאי אתי שפיר טפי נהי דעכשיו מצד דניחא לשמואל אתי שפיר אבל מצד הקושיא לרב אסי גרע דאין כאן כ"כ קושיא לרב אסי דיש לומר נתתיו בפני פלוני ופלוני ומודה רב אסי ולא פליג רק במיגו וצריך לומר דזהו סבירי להו לתוספות לעולם דרב אסי פליג בוודאי גם בגוף הדין דאינו נאמן והיינו מלשון צריך לפרעו דמשמע צריך לברר או מדאמר שמואל יכול לומר ולא קאמר מתוך שיכול לומר ש"מ דגם בעיקר הדין דיכול לומר פליגי אך מ"מ אין זו קושיא על הרמב"ם דבאמת יש לפרש דרב אסי ושמואל לא מיירי השתא כשבא לב"ד וטוענין לפנינו רק דרב אסי קאמר דכל שאמר אל תפרעני או המלוה סתם ללישנא קמא צריך לפרעו בעדים פירוש זה שרוצה לפרעו צריך שיפרענו בעדים ואז ינצל משא"כ אם יפרענו בלי עדים יגיע לו הפסד כי אסור לטעון שקר לעוות הדין ויצטרך לומר האמת שפרע בינו לבין עצמו ולא יאומן במיגו א"כ צריך שיפרענו בעדים להנצל ממנו ושמואל פליג דאין צריך לפרעו בעדים כי אין לו לחוש מאחר שיכול לומר פרעתיך בפני עדים והלכו א"כ אין צריך לפרעו בעדים כלל כי לעולם נאמן וכמו כן בהך פלוגתא דת"ק וריב"ב כך הפירוש דת"ק סובר דב"ד פוסקין כשהם באים לפנינו או יתן או שיביא ראיה שנתן כי כל כמה דלא טען שפרע בפני עדים ומתו והלכו מצריכין

אותו להביאם רק אם טען שמתו אז נאמן וריב"ב סובר דכל כמה דטען דפרע נאמן שלא היה צריך לפרעו בעדים כלל מאחר שיכול לומר פרעתיך והלכו אבל לת"ק באמת היה לו לפרעו בעדים כי לא יאומן רק אם יטעון שקר וכיון דפרע בעדים מצריכין אותו להביאם ולא טענינן ליה שמתו והלכו רק כשטען הוא ובזה נסתלקו כל קושיות הש"ך ועוד אבאר בסמוך בזה. והנה מדברי התוספות מוכח בהדיא שהיה גירסתם בדברי ר"פ נאמן ולא היה להם שום ספק בזה שהרי כתבו ומיהו ר"פ וודאי לית ליה מיגו מבואר דגרסי נאמן בלי ספק כלל אלא שאני תמה דשם אח"כ הקשו על רש"י דלשון לא לידחי' לא אתי שפיר לפירושו ולפי הגירסא נאמן בלא"ה אין מקום לפירש"י כלל דמאיזה צד נאמר דפסל כל עדים דהא הוצרך לומר ראובן ושמעון שלא יוכלו לומר פרעתיך בפני עדים והלכו ומאי ראיה דפסל שאר עדים והתוספות לא זכרו שום גירסא אינו נאמן ואדרבא החליטו דהגירסא נאמן כנ"ל וצ"ע בזה:

ח אם באו אותן אחרים עש"ך שהאריך להשיג גם בזה והנה מה שהאריך בכוונת הראב"ד אינו ענין לכאן כלל דבלא"ה אין זו קושיא על הרי"ף דסוף סוף פסל כל עדים המעידין שפרעו חוץ מאלו ולענין סטראי יהא הדין איך שיהיה רק עיקר מה שיש לדון הוא במה שהקשה הראב"ד על תמיהת הרמב"ם דמה יעשו גבי נאמנות כבי תרי וע"כ דהתקנה שיכתוב שובר א"כ זהו תקנתו גם כאן אבל באמת הא ליתא ופשיטא דדברי הרמב"ם נכונים וברורים בזה והוא דהרמב"ם פתח דבריו דאין חילוק בין אמר לו בשעת הלואה או לאחר הלואה ובכל גוונא צריך לקיים התנאי ומזה מבואר דבאמת אפילו מיחה לא מהני כמו שכתב הר"ן כיון דאין חילוק וכן מבואר במשנה להדיא דנקט לאחר הלואה אל תתנהו לי ומועיל תנאי ולא נזכר במשנה שהלוה קיבל על עצמו התנאי ואדרבא אי בקיבל פשיטא דכל תנאי שבממון קיים ומדלא נזכר רק מאמר המלוה בלבד ש"מ דמועיל התנאי בע"כ ואהא קשיא ליה לרמב"ם תינח אם מתחילה הלוה בשטר אם כן מיד נשתעבד שאם יאבד השטר יצטרך לשמור שוברו וכותבין שובר וכמו כן בנאמנות דהלוה אמר למלוה מהימנת עלי הרי קיבל שיפרע בשובר משא"כ הכא כיון דמעיקרא בשעת הלואה לא נשתעבד על תנאי זה שיכתוב שובר ויצטרך לשמור שוברו א"כ היאך יעלה על הדעת שבשביל מאמר הלוה אל תפרעני יחזור דין מלוה זו למלוה בשטר שנחייבנו לשמור שוברו בע"כ מה שלא נשתעבד בזה בעת הלואה ומזה דייק הרמב"ם דבאמת אין עליו חייוב רק לפרוע בעדים ואם ימותו או ילכו לית לן בה א"כ לא הפסיד המלוה כלום ומאי איכפת ליה ללוה אם יפרענו בפני עדים לכך משום עבד לוה לאיש מלוה מחוייב לקיים התנאי כל שאין לו הפסד משא"כ אם צריך לכתוב שובר ולשמרו

וליכא למימר דבאמת יש חילוק בין אחר הלואה לשעת הלואה דהא בש"ס מוכח להדיא דאין חילוק דפריך לרב אסי ולשמואל ממתניתין דמיירי להדיא לאחר הלואה וכן ברייתי' מיירי מיירי לאחר הלואה וע"כ דאין חילוק כמו שכתב הרמב"ם מתחילה א"כ מבואר דלעולם נאמן לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו ודברי הרמב"ם ברורים ואמת דלפי זה יש מקום לקיים שתי הנוסחאות והיינו דתליא בדין הנ"ל דהך נוסחא דגרסי נאמן ס"ל כנ"ל דלא מהני מחאת הלוה והנך דגרסי אינו נאמן ס"ל דמחאת הלוה מהני כמ"ש הרמב"ן בעל נוסחא זו א"כ אין מקום לתמיהת הרמב"ם כיון דהלוה קיבל על עצמו הוי כמו נאמנות ותקנתו שיכתוב שובר ודו"ק. והנה אם הביא עדים שמעידין שפרעו בפני אותן שאמר שיפרענו הביא הש"ך מחלוקת אם נאמן הכריע דבזה נאמן מאחר שאומר שקיים התנאי ומביא עדים שקיים ובקיום התנאי נאמן בעדים אחרים ויש לי ספק אם אותן פלוני ופלוני לפנינו ואומרים שלא פרעו אם נדון אותם ג"כ כתרי ותרי להך דעה כיון דבקיום התנאי הוי כמו תרי ותרי דעלמא ולפי זה יש סייוע להחולקין כיון דאמר אל תפרעני רק בפני פלוני ופלוני ש"מ שלא האמין אחרים אם כן ע"כ דגם בקיום התנאי פסל כולם דאל"כ מאי הועיל יביא עדים שקיים תנאו ואי דפלוני ופלוני יכחישו הוי תרי ותרי וע"כ דגם לענין קיום התנאי פסלם:

ט פטור. עש"ך שהביא שיש מחלקין בין בפני פלוני ופלוני לת"ח דבא לאפוקי עמי הארץ ולכ"ע אינו נאמן ולפעד"נ לחלק מטעם אחר דבפני פלוני ופלוני בוודאי לא היה הכוונה לפסול אחרים רק שלא יוכל לומר פרעתיך בפני עדים והלכו משא"כ בפני שוני הלכות מה הועיל מ"מ יאמר שפרע בפני שוני הלכות והלכו כיון שלא ייחדם מבואר מזה דכוונתו היה שאחרים יהיו פסולים וכן משמע לכאורה ברא"ש דבשוני הלכות לא ברירא לי' ולכך הביא הגירסא כמו שהוא ברי"ף אף שהכריע כגירסת נאמן וכ"כ רבינו ירוחם:

על חו"מ סימן עא

א הרי זה נוטל בלא שבועה כבר האריכו המחברים לחלק בין הך לנאמנות ממלוה ללוה דצריך לישבע והעיקר הוא דהלוה כיון שהוא יכול להנצל בעצות שלא יהא נאמן אף שנתן לו בנאמנות כגון לפרוע בפני עדים וכדומה והמלוה מסתמא מבקש שיפטרנו משבועה ג"כ א"כ כמו שמאמינו בשבועה וסמך שיפרענו בעדים כמו כן יש לו להאמינו לפטרו משבועה משא"כ בהיפך בנאמנות מלוה למלוה אין לו שום עצה למלוה להנצל להפרע חובו מן הלוה כי תמיד יאמר שכבר נפרע וכיון שכן יש לנו לומר דרצה להשביע עכ"פ ולשבועה הימני' משא"כ בלי שבועה אבל בלא"ה אין הענין משום נאמנות רק

שכך גמר ומשעבד נפשי' מאחר שיכול לפרעו באופן שלא יהא נאמן ודו"ק: (ב) בלא שבועה ואם הביא ע"א שפרעו עסמ"ע וש"ך דהוא מחלוקת הפוסקים ודעת הסמ"ע לדעת המחבר דע"א אינו מועיל לבטל הנאמנות מדקאמר אבל אם הביא עדים והש"ך השיגו דבע"א נוטל בשבועה ע"כ ואני תמה דוודאי עיקר מחלוקת הרא"ש וראב"ד הוא בע"א מעיד שהוא פרוע בשטר דנוטל בוודאי מחמת השטר רק הספק הוא דהנאמנות יפטרנו משבועה אז נחלקו לענין שבועה אבל פשיטא דכמו כן בהלואה על פה וע"א מעיד שפרעו דלהרא"ש נוטל ממנו ולהראב"ד אינו נוטל כלום ואפי' בשבועה כיון דהנאמנות לא קאי להכי וכמו דבשטר דעיקר הנאמנות לשבועה אמרינן דלע"א לא ה"ה בעל פה דנאמנות קאי על גוף הממון ליטול בע"א אינו נוטל כלום ולפי זה יפה דיקדק הסמ"ע דמדכתב המחבר מעיקרא אפילו במלוה ע"פ וכתב אבל אם הביא עדים ש"מ דבע"א נוטל ואפילו במלוה ע"פ מבואר דסובר כהרא"ש אך הראיה שהביא הסמ"ע דאל"כ בהימני' כבי תרי נימא דלא היה כוונתו רק שיאומן יותר מע"א וע"כ דגם בנאמנות סתם נאמן נגד ע"א ובאמת הא ליתא דאי הכוונה שיאומן יותר מע"א הוי לי' למימר כע"א ואז גם כן הוי נשמע דיותר מע"א הימני' דאל"כ בנאמנות סתם סגי ומדקאמר כשנים מבואר דיותר משנים הימני' אך ראיה הראשונה בוודאי נכונה הוא כנ"ל ומ"מ לענין דינא כיון דבמחלוקת שנר' א"כ במלוה על פה פשוט שאין להוציא בפרט שיש מקום לומר דכ"ע מודו בזה ולא נחלקו רק בשטר וכן הוא בתומים: (ג) שהביא עדים שפרעו עש"ך ס"ק ג' שכתב דהכל בטוען סטראי משא"כ בטוען להד"ם ובתומים השיגו מהך דע"א מעיד שהוא פרוע ומדברי רב האי גאון שהביא הש"ך באמר מהימנת כתלתא ופרעו בארבעה ע"ש. וכדי לברר דבר זה וליישב קושיותיו של הרב הנ"ל צריך להאריך קצת ולהעיר ספק אחד אשר כבר עוררתי כמוהו לעיל סימן ע' ע"ש. והוא דיש להבין בהך נאמנות כבי תרי מאיזה צד תועיל הנאמנות אי משום דאמרינן אף דבי תרי לא משקרי דתרי כמאה מ"מ הוא האמינו ומחמת הנאמנות הודה ומחל הפרעון מה שיפרע ואם כן יקשה בנאמנות כבי תרי הא הוא רבית גמור שהרי הוא משעבד נפשו שאף שיפרענו באמת יפרע לו פעם שנית וזה בוודאי אסור ואם הכוונה דפסל כל עדים ובאמת אנו תופסין אותם לשקרים שהוא בעצמו פסלם א"כ תקשי חדא היאך יעלה על הדעת דפסל כל עולם וכולם משקרין נגד הלוה הזה ועוד לפי זה כיון שכבר כתב דכל דין זה הכל אם יש עדים אבל בלא"ה נאמן במיגו וכבר כתב הש"ך לקמן דדין זה הוא ג"כ בנאמנות כבי תרי [וכמו שאבאר לקמן] א"כ היאך אמרו דאפילו מאה אינן נאמנים דמשמע שאינו מועיל בשום פנים רק שיתן שובר וכדומה דהא אם יפרע בפני אותן העדים שהיה התנאי

בפניהם יצא ידי חובתו שאם ילכו יאומן במיגו דלא היה תנאי ואם יבואו ויהיו בכאן הרי יאמרו שפרעו ולהם. האמין בוודאי דלולי הם אין כאן התחלת תנאי ואם חושדם שגם הם ישקרו ויאמרו שנפרע מה שלא היה פשיטא שיכבשו עדותן שלא לומר שהיה תנאי ועוד כיון שכל התנאי נולד על פיהם והם אומרים פרוע הוי כמו אין עדים והפה שאסר וכו' כמו בלוה עצמו ודו"ק ומזה נראה מבואר כדעת הש"ך דאנן אמרינן דבאמת האמין כל עדים דוודאי לא ישקרו רק דהוא היה רוצה ליתן לו נאמנות לענין שיהא בידו ללוקחם על כל חוב שירצה ולולי הנאמנות כל שיעידו עדים שעל חוב זה קיבלם לא יהא נאמן ואפילו קיבל סתם אינו נאמן כדלעיל סימן נ"ח ולזה נתן לו הנאמנות שלא יוכל להתנות עמו בשעת פרעון על חוב שירצה רק הברירה לעולם ביד המלוה ולענין זה פסל כל העדים אבל לא דעדים משקרי ולפי זה אפילו פרעו בפני עדים המעידין על התנאי לא מהני כל שאומר סטראי דוודאי האמין העדים שלא ישקרו ומ"מ יאומן המלוה לומר על חוב אחר וכך סביר וקביל מעיקרא ובזה אין כאן משום רבית כיון דעל חוב אחר מקבלם ולפי זה ה"מ באם נתן לו הנאמנות כבי תרי סתם דאז כ"ע אינן נאמנין ובזה פשיטא שלא יתכן לומר שפוסלם שהם משקרים גם לא יתכן לומר דאפילו באמת מוחל הוא דהוי ריבית ואין כאן מקום רק לומר לענין סטראי כנ"ל אבל בהך דלעיל באומר אל תפרעני אלא באפי ראובן ושמעון דלראובן ושמעון האמין א"כ אי אפשר שנאמר לענין סטראי דמה בכך הא אם יפרענו באפי ראובן ושמעון לא יאומן וע"כ דבאמת כל העולם נחשדין רק ראובן ושמעון כשרים אצלו ובזה ע"כ אם פרע באפי עדי התנאי ג"כ נאמנין דלהם האמין כמו ראובן ושמעון כמו שכתבתי לעיל סימן ע' באריכות וה"ה אם נתן נאמנות כתלתא דחזינן דנחית לדיעות בהא פשיטא דפסל לתלת ולא האמין רק ד' ולא היה הכוונה לענין סטראי דהא יוכל לפרעו באפי ארבעה ומה נפקא מינה לענין סטראי תלת או ארבע וע"כ דלענין אמת ושקר האמין אותו א"כ פשיטא דבאמת בתלת אמרינן דמשקרי ולא ארבע כמו שהאמין ולא לענין סטראי וכמו כן בנאמנות סתם פשיטא דלכל דבר שמועיל הנאמנות אמרינן דמשקר כיון שלא הוציא כל העולם מן הכלל א"כ לא שייך לומר שהאמין לענין סטראי דמה נפקא מינה אחד ושנים וע"כ דאחד האמין לו שהעד משקר ולא שנים א"כ לק"מ קושית התומים ודו"ק:

ולפי זה נראה בהך דהאמין כתלתא אם פרעו בפני עדי התנאי נאמנין אפילו תרי דלהם בוודאי האמין כמו ארבע דעיקר החיוב על פיהם דבלי עדי התנאי אינן נאמנין כלל דיש ללוה מיגו ואמת דלכאורה יש להקשות לדרך זה על מה שכתב הרמב"ם בהך דלעיל סימן ע' דהשיג על הרי"ף דגורס אינו נאמן דמה יעשה דכי יאסור העדים בבית הסוהר

גם יפרע פעם אחר פעם ויהא דינו כמלוה בשטר וקש' הא יכול לפרעו בפני עדי התנאי ואז במה נפשך אם ילכו וימותו יאומן במיגו שלא היה תנאי ואי דיהיו לפנינו הם יאמרו שהוא פרוע ואין לו לחוש כלום מפני התנאי וצריך לומר דכוונת הרמב"ם דירא שמא לא יהיו אותן העדים אז והוא ידחקנו לפרוע בעדים אחרים וירא שמא ימותו ואח"כ יבואו עדי התנאי ועיין מ"ש בסמוך:

ד ואפילו היה ללוה מיגו עסמ"ע וש"ך השיג עליו דמאי ענין נאנסתי להלואה ובתומים כתב ליישב דכוונת הסמ"ע דלמה לו להרשב"א טעם זה הא בלא"ה לעולם יש לו מיגו דנאנסתי א"כ ע"כ דהכוונה שלא יועיל מיגו ומזה הוליד דין מחדש לחלוק על הט"ז דכל שלא היו עדים בשעת התנאי והנאמנות לא מהני מיגו דאל"כ לאיזה צורך הימני' הא לעולם יש לו מיגו רק אם קודם היה עדים ואח"כ לא נאמן במיגו וכתב דבזו איירי הרב בהגה' לעיל ואין דבריו נכונים כלל דהא בהדיא כתבו הסמ"ע והש"ך גופייהו לעיל סימן ע' ס"ג ס"ק א' וז"ל הסמ"ע שם כל הסעיף זה מיירי דאמר לו כן בפני עדים דאל"כ נאמן במיגו והשתא לדבריו יקשה למה לי שיאמר לפני עדים דוקא הא אם אמר שלא בעדים פשיטא דלא מהני מיגו והתם אי אפשר לפרש כוונת הסמ"ע דהיו עדים רק עכשיו אין עדים דהא בהדיא קאמר דמיירי דאמר לו כן בפני עדים ולולי זה נאמן במיגו וקשה הא בהכרח לא הועיל התנאי רק שלא יאומן במיגו וע"כ דכל שאין עדים על התנאי אין התנאי מועיל כלל ולא גמר ומשעבד נפשי' גם המלוה לא הקפיד כיון דבלא"ה יכול לכפור הכל ואמת דכבר כתבתי שם באם יש עדים על התנאי רק המיגו דפרעתיך בפני אחרים כנ"ל והלכו דדעת ה"ה דלכך לא מהני מיגו משום דע"כ התנה שלא יועיל מיגו דאל"כ למאי התנה אבל באמת לא דמי דכיון שיש עדים על התנאי שפיר חייב דלא יטעון פרעתיך והלכו דיאמרו מפני התנאי אומר כן ויכירו שקרו משא"כ בלי עדים כלל איך נדייק דלא יועיל מיגו דאף אם לא יועיל מיגו למאי התנה כיון שבידו לכפור הכל שלא היה תנאי כלל וע"כ דבאמת כיון שלא היה התנאי והנאמנות בעדים לא מהני כלום כיון שיכול לכפור הכל ואמת דלפי מה שכתב הר"ן שם גבי תנאי דאין החיוב משום שיעבוד המלוה רק דריעא טענת הלוה דאין עשוי לפרוע רק בעדים כיון שהתנה עליו א"כ שפיר יש לומר דבלי עדים לא ריעא טענתו אבל כאן דהוא מטעם שיעבוד לא אבל מ"מ לא נהירא כלל דפשיטא דדברי בעה"ת מורין בהדיא דבעינן עדים מעיקרא דוקא וכן לשון הרב שכתב ודוקא בדאיכא עדים ולדברי התומים בלי עדים כלל פשיטא דאתי שפיר וברור דליתא דמיגו בעיקר התנאי בוודאי אמרינן אפילו ליכא עדים כלל וכן בעיקר הנאמנות ונראה דאפילו לפי' הסמ"ע ברשב"א מ"מ יש לומר דמודה

הרשב"א דמיגו בעיקר הנאמנות לעולם אמרינן אפילו בנאמנות כבי תרי שאין כח ותוקף לנאמנות כל שלא היה בעדים שהלוה יוכל להכחישם לגמרי והנאמנות באים מכח הלוה והפה שאסר הפה שהיתר רק שהנאמנות באים מכח עדים ויש לו מיגו אחרת אז חילק הרשב"א בין נאמנות סתם לעדים אבל בנאמנות הבאים מכח הלוה ליכא למ"ד דוודאי הפה שאסר הפה שהתיר (זולתי הבעל העיטור לעיל סימן ס"ט] דלזה אין ראיה כלל מתשובת הרשב"א שכתב משום דהוי נאמנות כעדים דשם מיירי במיגו במקום נאמנות ולא בעיקר הנאמנות לעולם אמרינן מיגו וכן עיקר. גם בגוף מה שנחלקו הסמ"ע והש"ך נראה מדברי הרב דאין חילוק כלל ומיגו במקום נאמנות אפילו בנאמנות סתם לא אמרינן:

ה אם פרעו בפני ארבעה עש"ך בשם הגאון דדעתו דהוא נאמן כשלשה ואנו דנין על העדים העודפים על שלשה ולזה לגבי שטר ואחד יש יותר אין כאן רק אחד מעיד שהוא פרוע ובאמת שלשון נחית לדיעות מורה כן אבל הטור בא למעט בפי' זה הדעת שכתב דאזלינן בתר רובא ומבואר דכל שיש רוב אזלינן בתרייהו וכן הב"י שם כתב על לשון זה של הטור דהוא פי' נחית לדיעות דאזלינן בתר רוב והיינו למעט שלא נפרש כהנ"ל וכן עיקר דוודאי כיון דלא הימני' רק בתלתא א"כ ארבעה מהימני' טפי ממנו ובטל נאמנותו כמאן דליתא:

ו דוקא בשעת הלואה זהו דעת הרמ"ה וכתב ה"ה שכן נראה דעת הרמב"ם וכן מוכח מפירש"י דפי' בההוא עובדא דהיה בשעת הלואה ובאמת יש לתמוה דרש"י סובר להדיא פרק זה בורר דגם בתרתי לריעותא לא בעינן קנין ובתומים כתב דהכא שאני שעדיין לא הוציא הב"ד והוי קודם גמר דין כשיטת הרמב"ם לעיל סימן כ"ב ואני תמה דרש"י פי' להדיא פרק זה בורר דלפני גמר דין היינו לאחר שטענו קודם הפסק מבואר דלאחר גמר דין הכוונה לאחר פסק ב"ד וזהו דלא כהרמב"ם. ובאמת שיש ליישב קושיא זו בדרך אחר כמו שאבאר בסמוך אבל בלא"ה תימה לומר שיהא כוונת רש"י לזה דמנין ידע דלא מיירי בקנין הרי דהרי"ף פרק זה בורר מוקי לה בקנין ולאחר הלואה ואי משום דסתמא נאמר ומשמע בלי קנין א"כ ניחא דסתמא נאמר אפילו לאחר הלואה ובלא"ה אין דרכו של רש"י לומר פסק דין מה דאינו נוגע לפשט הענין לכן נראה דכוונת רש"י כך דוודאי יש לתמוה לאביי ורבא דקאמרי אפילו בנאמנות סתם לא מהני עדים דהיאך יעלה על הדעת לומר דבשביל שהאמינו סתם האמינו גם נגד עדים ומאיזה צד נאמר כן לזה סבירא לי' לרש"י לפי שיטתו דפי' לעיל בהך עובדא דאמר אל תפרעני אלא באפי ראובן ושמעון דעדים אחרים עדי שקר הם ולפי זה ע"כ דגורס במילתא דר"פ לעיל דהלכה באומר אל

תפרעני אינו נאמן לומר פרעתיך בפני עדים והלכו דאל"כ מנין לנו דפסל כל עדים הא הוצרך לומר ראובן ושמעון שלא יאמר פרעתיך בעדים והלכו וכן הרי"ף דסובר כרש"י גורס אינו נאמן ושפיר מוכח דפסול כל עדים ולפי זה צריך לומר כמו שכתבתי לעיל סימן ע' דלהך דעה דאינו נאמן לא מהני תנאי לאחר הלואה רק בהסכמת הלוה דאל"כ היאך יוכל להכריחו אח"כ לקבל עליו שמירת שובר במה שלא נתחייב בשעת הלואה כמו שתמה הרמב"ם שם ע"ש שהארכתי וזהו כוונת רש"י כאן דלאחר הלואה דבעינן דוקא הסכמת הלוה לא היו חולקין אביי ורבא כלל דמאיזה צד נאמר דהנאמנות היה גם נגד עדים דהא הוצרך להאמינו לענין פרעתי בלי עדים כלל ולזה פירש"י דהכא מיירי דאמר כן בשעת הלואה ולזה סבירי להו לאביי ורבא דהנאמנות היה שלא יאומן לומר פרעתי אפילו בעדים דאי פרעתי סתם מה צורך לנאמנות לוה הא בלא"ה אפילו מיחה הלוה יכול לומר אל תפרעני רק בעדים ושוב לא יאומן לומר פרעתי רק אם יביא עדים לגירסא דאינו נאמן ומדהאמינו הלוה על עצמו סבירי להו דהנאמנות שיאומן לעולם אפילו בעדים זהו כוונת רש"י ואין כאן ראיה דסובר דבעי קנין והנה בתומים תמה על המחבר והרמב"ם דכתבו דבעי קנין ולעיל גבי תרתי לריעותא סבירי להו דלא בעי קנין ותירץ הוא כנ"ל דלרמב"ם בעינן הוציא דוקא ואני תמה דמה יעשה במחבר דהשמיט לעיל סימן כ"ב הוציא והיינו על פי פירושו בב"י וכ"מ דהרמב"ם לאו דוקא נקט הוציא וא"כ הדרא קושיא לדוכתא ויותר נראה דוודאי הרמ"ה סובר כדעת מהר"ם במרדכי שהביא הרב לעיל סימן כ"ב דלענין עדות מיד שהעידו הוי גמר דין א"כ הכא הוי גמר דין לכך מצריך קנין משום דהוי תרתי לריעותא אבל לולי זה לא בעי קנין דהוי כגמר דין אבל המחבר והרמב"ם סבירי להו דלא כמהר"ם בזה רק כמו שכתבתי לעיל סימן כ"ב בשם הנ"י להדיא דגבי עדות הוי ג"כ גמר דין דידהו לאחר פסק הדיינים וכן מבואר להדיא בתוספות שבועות דף ל' ע"א בד"ה שאם דדוקא לענין עמידה דידהו הוי גמר דין דידהו אבל לא לענין בעלי דינין ע"ש דמבואר בהכרח כן א"כ הכא הוי קודם גמר דין ואפילו בחדא לריעותא בעי קנין והרב דלא הגיה כאן על דברי המחבר אזיל לשיטתו דפסק לעיל סימן כ"ב בתרתי לריעותא בעי קנין אפילו לאחר גמר דין א"כ הכא נהי דסובר כמהר"ם דהוי גמר דין מ"מ בעי קנין דהוי תרתי לריעותא [ועוד נראה דסבירי להו לרמב"ם ומחבר דהך דהכא גרע טפי דהתם מקבל עליו לעד ודיין אבל לא נודע עדותו ופסק שלו איך יפול דבר לכך גמר ומקנה בלי קנין אבל הכא דקאמר בהדיא כל אימת דאמר לא נפרעתי הרי ביאר בפי' שיאומן לומר היפך מה שיאמר הוא ועל זה סובב הנאמנות לכך בעי קנין]:

ולענין דינא הכריע הש"ך לחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי ובתומים כתב דמדברי הרא"ש וטור לעיל סימן כ"ב מבואר דאין חילוק כלל רק בין מלוה לשטר למלוה ע"פ ע"ש שהכריח כן מדברי הרא"ש שם ואין דבריו נכונים כלל ופשיטא דכוונת הרא"ש בפשיטות כמו שכתב הש"ך בשם בעה"ת דלכך לא בעינן קנין דאין זה מטעם שיעבוד רק מטעם התראה שלא יפרענו בלי קיבול שובר ובכל ענין שמה התראה רק דהש"ך הקשה עליו מנאמנות כבי תרי ועל זה בא הרא"ש פרק זה בורר ליישב זה דמצד נאמנות המלוה שיוציא ממון על פיו כבי תרי לא בעי קנין דהוא מטעם התראה והוי כאומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני כדברי בעה"ת הנ"ל וכן מבואר ברא"ש שם להדיא ומצד מה דפסל עדים אחרים המעידין הפכו לא בעי קנין דלא בעינן קנין רק אם בא להעלות תרי דרגא בעי קנין אבל להיפך אם פוסל עדים ונחית תרי דרגא לא בעי קנין וא"כ מאיזה צד נבעי קנין אי משום נאמנות שלו זהו מטעם התראה כדברי בעה"ת ומשום פסול העדות לא בעי קנין דלא בעינן קנין רק בהעלאה ולא בהיפך וגם בעה"ת נתכוון לדברי הרא"ש ולק"מ קושית הש"ך ובהכי ניחא דהרי"ף הביא ראיה מנאמנות כבי תרי ולא מהא דמעיקרא בנאמנות סתם דג"כ הוי תרתי לריעותא דהאמין אותו להוציא ממון כשנים ולפי הנ"ל ניחא דבהא מודה הרי"ף לסברת הרא"ש ובעה"ת דאין זה רק מטעם התראה ובכל ענין שמה התראה ולא משום שיעבוד רק בנאמנות כבי תרי קשיא ליה דסובר כמו דבמעלה תרי דרגא לא מהני כמו כן בפוסל תרי דרגא והרא"ש חולק עליו דבנחית תרי דרגא לא בעי קנין וזה ברור בכוונת הרא"ש והרמ"ה סובר דנאמנות סתם גם כן מטעם שיעבוד ולא מטעם התראה לכך הביא ראיה גם מנאמנות סתם ולפי זה כיון דדעת הרי"ף והרא"ש ובעה"ת דבנאמנות סתם לא בעי קנין הכי נקטינן רק בנאמנות כבי תרי נראה דהוי ספיקא דדינא כיון דהרי"ף ג"כ חולק בזה דבעי קנין:

ז אבל הודאה מילתא אחריתי הוא עש"ך מה שהשיג על הב"ח בהבנת הד"מ בכוונת הטור ואגב שיטפי לא עיין שפיר בד"מ דמבואר להדיא כדברי הב"ח [ובספר נ"מ פי' דברי הש"ך דכוונתו לפרש דברי הטור דקאי אלמעלה בדין הראשון שזכר הטור ולא דק כלל דמבואר להדיא בש"ך וראיותיו מקיצור פסקי הרא"ש ומדברי מהרא"ש בביאוריו על הסמ"ג דכוונתו ממש כפי הד"מ שלפנינו דקאי על הך ודוקא דהוא ג"כ לשון הר"י מיגאש אמנם לענין דינא הכריע הש"ך כדעת הר"ר ישעיה ורמב"ן ואין הכרעתו מכרעת נגד הר"י הלוי ורמב"ם והרא"ש וטור אלא דבגוף דברי הרמב"ם תמה המשנה למלך דכתב דיעיד על עצמו שלא בפני הלוה ומה נפקא מינ' בזה כיון דהודאה מילתא אחריתי הוא והרב הנ"ל ביקש לומר דכוונת הרמב"ם לרבותא דלא שייך שלא להשביע בתובע ואין

זה נכון כיון דעיקר כוונת הרמב"ם לומר תקנה ומה נפקא מינה בזה כאן לאשמעינן דין שלא להשביע ואין דרכו של הרמב"ם לזה מה גם שלא כתב אפילו שלא בפני הלוה לכן נראה דסובר הרמב"ם דוודאי הודאה על פרעון הוי כמו פרעון דסוף סוף הוא פרעון רק דזה שאומר מהימנת עלי כל אימת דאמרת לא פרענא לא היה כוונתו רק במה שיכחישו שניהם זה לזה אז יאומן הוא נגדו יותר משני עדים לזה כל דבר שהוא בהכחשה נוכח הלוה המלוה נאמן יותר מעדים אמנם בדבר שאינו בהכחשה נוכח הלוה כלל רק הוא ועדים מכחישין זה לזה בזה לא הימני' כלל והשתא זהו כוונת הרמב"ם דיעיד בפני עדים שלא בפני הלוה ולא יהא הכחשה נוכח הלוה כלל רק נוכח העדים ובזה אין כאן נאמנות אבל הודאה שמודה נוכח הלוה רק בפני עדים זה לא מהני כיון דהלוה והמלוה מכחישין זה לזה הימני' יותר מעדים נגדו אבל בשטר מעיקרא שיעיד על ביטול השטר אין צריך דזהו מטעם מחילה אתינן עלה ובזה כ"ע מודים דהוי מילתא אחריתי] ועוד יש לומר דהכוונה כך דוודאי לא אמרינן דלכך האמין אותו דעדים ישקרו דלא שייך לומר דכל העולם ישקרו והוא אמת ועוד אם פרעו לפני עדי התנאי מהני ולא נזכר זה בשום פוסק וע"כ דכל כוונתו היה שיהא ידו על העליונה שיהא בידו ליקח על טענה אחרת שיש לו נגדו ולא יוכל הלוה להתנות עמו לפני עדים שפורע לו דוקא על חוב זה כיון שפסל כל העדים אבל עדים לא ישקרו הילכך דוקא הודאה או פרעון בפני הלוה לא מהני דזהו הכל בכלל הנאמנות דאל"כ לא יפרענו רק בהכרח יודה אמנם אם הודה שלא בפני הלוה מעצמו לפני עדים מה טיבו של נאמנות לכאן הא מעצמו הודה שלא בפני הלוה כלל לכך מהני והראשון נראה יותר נכון אבל עכ"פ נראה ברור דבכוונה הוצרך הרמב"ם שלא בפני הלוה אבל בלא"ה לא מהני הודאה כנ"ל:

ח ואם כפר ישבע היסת כו' ואפי' פרעו בעדי' תחיל' וכו' אבל רב האי גאון חולק דיכול לתבעו אחר הפרעון וחוזר וגובה ממנו והר"י הלוי חולק עליו וכתב הר"ן שדברי ר"י הלוי עיקר והב"ח תמה על זה מהך דפרק הכותב דקאמר אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא דיהיב לה כתובתה באפי תרי סהדי ומוקים להך קמאי במלוה מבואר דאף דמתחיל' לא האמינוהו לשבועה מ"מ אחר כך יכול לתבעו בתורת מלוה וה"ה הכא נמי דלפרעון נפסלו מ"מ יכול לתבעו בתורת הלואה ולפעד"נ ליישב בפשיטות ויתיישבו ג"כ שאר הקושיות שהקשה בתומים דהיאך ישבע היסת להכחיש שני עדים כשרים דנהי דהוא פסלם לדידן לא נפסלו והיאך נקבל אנחנו שבועה להכחיש עדים ועוד האריך בתומים להקשות ואי נימא דהודה ומחל מה צורך לשבועה הא נמחל אך באמת לק"מ דהא בהדיא כתב הש"ך לעיל סימן ל"ג ס"ק ט' בשם בעל העיטור אות ק' וז"ל והיכי

דאתו בי תרי לדינא ואייתו סהדי ואישתכח דקרוב הוא ואיפסל ובתר כמה יומי נתרחק דאי הוי מסהיד ההוא שעתא כשר הוי מסתבר כיון דאיפסק ההוא דינא איפסק ולא סתר דינא דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' עכ"ל והשתא הכא נמי אמרינן דוודאי כל עד שיש תועלת בעדותו ואנו מקבלין עדותו זהו בגדר עד ואינו חשוד לשקר אמנם זה העד שנסתלק מתורת עדות ואין אנו משגיחין על עדותו דבעל דין פסל אותם אין על עדותו תורת עדות כלל ויכול להיות דמשקרין כי לא מהימני' בי תרי רק דלא לסהדי שיקרא ולא כל שאין על זה תורת עדות שקר והוי ממש כמו קרוב ולפי זה אחר הפרעון ג"כ אף דאז חזרו לכשרותן שוב אינן נאמנים דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' כמו קרוב ונתרחק אחר שהעיד דשוב אין מקבלין עדותו כנ"ל הילכך הכא שפיר נשבע היסת לאחר הפרעון דעדים אין כאן כמו קרוב ונתרחק ואפילו לדידן נפסלו והשתא לק"מ קושית הב"ח דהתם זה העד יש תועלת בעדותו והוא כמו עד דעלמא עובר בלא תענה שהרי הוא מחוייב שבועה דרבנן עכ"פ רק שבועה דאורייתא אין החסרון מצידו רק מגזירת הכתוב הילכך כל שנסתלק גזירת הכתוב חזר עדותו הראשונה לחייוב שבועה במה נפשך אם קיבל בפרעון למה קיבל פרעון שנית ואי לא קיבל כלל הרי עד מעיד שקיבל וחייב שבועה דאורייתא להכחישו דעכשיו הוא נשבע ונפטר משא"כ הכא דאותו עדות דמקדם לא מהני דהם פסולים אז ואחר הפרעון במה שיעידו מחדש הוי קרוב ונתרחק ולכך יכול לישבע היסת כנ"ל בענין זה:

ט וגלגול הש"ך תמה דבא"ה דעת המחבר כהרא"ש דפטור סתם מהני ג"כ לגלגול גם בס"ק ט"ו השיג על מהר"א ששון דגמגם בטור שכתב גלגול דלא נזכר בבעל התרומות ובאמת בכל ספרי בעל התרומות נזכר גלגול ובאמת לא על מהר"א ששון תלונה זו כי בדברי בעה"ת גופא שהביא הטור מתחילה מבואר דפטור סתם מהני לגלגול שהרי שם לא נזכר גלגול כלל רק שבועה קלה וחמורה לעולם וכתב על זה הבעל התרומות שאינו יכול להשביע לאחר הפרעון שיוכל לומר אשבע לך על כל תביעת ממון שבעולם חוץ מתביעה זו שאתה פטרתני מזה לעולם מבואר דאפילו על ידי גלגול נפטר מכח זה דאל"כ כיון שנשבע על שאר תביעות ממילא ישבע על זה בגלגול ושם לא נזכר גלגול בבעה"ת וע"כ דפטור סתם מהני לגלגול וע"כ דהך גלגול המוזכר סוף ח"ג ט"ס הוא או לאו דוקא וא"כ שפיר כתב דלמה הזכיר הטור גלגול ואפשר לומר דהטור דלא הזכיר תיבת לעולם מצריך גלגול ובעה"ת דלא הצריך גלגול הוא לפי שהזכיר לעולם כמו שכתב להדיא אשבע לך על כל תביעות חוץ מזו שפטרתני עד לעולם הרי דמחמת תיבת לעולם כתב כן ובזה מיושב מה שהקשה הש"ך על מה שהשמיט הטור תיבת לעולם דכיון שכתב

גלגול אין צורך לתיבת לעולם אמנם דברי המחבר עדיין אינם מיושבין שהזכיר לעולם והזכיר גלגול ומ"מ לפי הבנת הש"ך דהמחבר גריר כאן בתר דעת הנ"י בשם גאון א"כ יש לומר דמה שכתב המחבר לעולם הוא על הגלגול דבגלגול גופא יש שני מינים האחד קודם הפרעון ואחד לאחר הפרעון וכיון שכתב לעולם שוב אינו משתבע לאחר פרעון כלל אפילו בגלגול ובגלגול לבד יש לומר דוקא שלא יעכב הפרעון ולא לאחר הפרעון והטור סובר כהרא"ש דגלגול לפני הפרעון בלא"ה פטור א"כ מה שכתב גלגול היינו ע"כ לאחר הפרעון א"כ תו לא צריך לעולם אך לפי מה שכתב הש"ך ס"ק ט"ו דבלא"ה צריך תיבת לעולם לשבועה עצמה לאחר פרעון דאל"כ יש לומר לשופרא דשטרי בלא"ה אין כאן קושיא על הטור והמחבר דהם מיירי מגלגול לאחר פרעון דבהא אפשר דכ"ע מודו דצריך לפרש והרא"ש פרק הכותב וטור ומחבר בא"ה לא מיירי רק מגלגול לפני הפרעון דכמו שאין צריך לפרש פטור השבועה כמו כן הגלגול משא"כ לאחר הפרעון דלא מהני נאמנות סתם לפטור משבוע' גם הגלגול צריך לפרש כנ"ל:

י ואם הביא עדים שפרעו וכו' צ"ע בכוונת הרב במה נפשך אם מצד נאמנות אתו עלה אם מתורת תנאי סוף סוף מ"ש עדים מ"ש שובר הא שובר הוי כעדים ממש וע"כ משום שהתנה בפי' דדוקא על גבו יועיל א"כ ה"ה עדים ודוקא לעיל באומר אל תפרעני שפיר אמרינן דלא בא רק שלא יוכל לומר פרעתיך והלכו אבל כאן כיון שמיעט שובר ה"ה עדים וצ"ל דאמרינן דירא משובר שמא יוכל לזייף כ"כ עד שיוכל לקיים אבל לא עדים ולענין מה שהקשה הש"ך ס"ק ט"ז פשיטא דלק"מ דכוונת הרב בזה האופן השני דפי' בהדיא והתנה עמו שלא יפרענו רק יכתוב על השטר בעצמו ואז צריך לקיים תנאו ולא מהני שובר ועל זה כתב דעדים מהני כמו באל תפרעני [דלא כר"י הלוי] ובזה שפיר יכול לומר סטראי ג"כ ובאמת נראה שהרב הש"ך הבין דברי הרב דע"כ דקאי אדמעיקרא שלא הקפיד רק בשובר על זה שייך לומר דלא היה כוונתו שובר דוקא דה"ה עדים וכמו באל תפרעני אמרינן דמ"מ לא פסל עדים רק כדי שלא ידחנו דפרעו והנכו כמו כן בהתנה שלא שלא יפרענו רק בשובר ה"ה. עדים אבל בהך דפי' בהדיא דוקא על גבו הרי דהקפיד על שובר ה"ה עדים ולמה עדים מהני ואי נימא דמ"מ לא מהני לפסול עדים א"כ למה לא מהני שובר בעדים וע"כ דפסל עדים ומזה דייק הש"ך דקאי אהך דמעיקרא ושפיר קשיא ליה כיון דבנאמנות סתם מיירי גרע מאל תפרעני דאפילו סטראי אינו יכול לטעון כל שפרעו בעדים ואמת שגם בזה יש ליישב דהכא עדיף טפי מנאמנות סתם דהתנה שלא יפרענו רק בשובר עכ"פ רק דהש"ך פי' דברי הרשב"ץ דהחילוק הוא דמעיקרא אינו תנאי רק נאמנות ואח"כ הוי תנאי א"כ מתורת נאמנות הוי נאמנות סתם אבל באמת נק"מ

דמלבד מה דהרב מפרש החילוק דעליו אין הכוונה על גבו דוקא רק בפי' בהדיא ושניהם מתורת תנאי א"כ אפילו אי נימא דקאי אירישא לק"מ דתנאי עדיף מנאמנות סתם וצריך לקיים תנאו שיפרענו בשובר עכ"פ ונהי דעדים מהני אבל סטראי יכול לטעון כדלעיל סי' ע' באומר אל תפרעני אך באמת שפיר יש לומר דקאי בהתנה בפי' ומ"מ שובר לא ועדים מהני דהקפיד על שובר דירא שמא יזייף לכך הקפיד על גבו דוקא אבל עדים לא פסל ומ"מ יכול לטעון סטראי ודו"ק:

יא שלא להחרים עש"ך ס"ק י"ז דדוקא אם פטרו בפי' מקבלת חרם אבל אם לא פטרו רק משבועה יכול לכופו לקבל חרם בב"ד אפי' לנוכח ודבריו מוכרחין מדברי הר"ן פרק הכותב שכתב לחלק בין בעל הכותב לאשתו דבעינן שיכתוב נדר ושבועה ובעלמא נדר בכלל שבועה משום דמצינו באלמנה שנתחלק דין הנדר משבועה שהרי נמנע מלהשביעה והתקינו שתהא נודרת הילכך אף הוא שכתב שבועה לא נתכוון לנדר משא"כ בשאר אדם דלא נחלקו נדר משבועה כשכתב שבועה נדר בכלל א"ה בקבלת חרם דבכל אדם נחלק ק"ח משבועה דהוא קל משבועה הוי ממש כמו נדר דאשה בכתיבת הבעל:

יב חרם אחר עדות עסמ"ע וש"ך מה שכתבו לחלק בזה ולפעד"נ פשוט דעיקר כוונת רב האי גאון דאין נותנין חרם רק ליתומים דהם אינן יודעין מי חייב להם וכן אפוטרופוס אבל מי שתובע מחמת עצמו בברי אין לכתוב פתקא דלטותא כמו שכתב הסמ"ע ובספק לא שייך באדם התובע מחמת עצמו ואם בגניבה וכהאי גונא דגם הוא אין לו לידע באמת גם לו מוסרין כמו שכתב הב"ח וזה שכתב הרב דנותנין חרם אחר עדות דלגבי עדות כיתומים דמי שאין לו לידע בבירור מי הם עדיו והוי כמו יתומים לענין דין: (יג) הדין עם הלוה עסמ"ע ס"ק כ"א דזהו דוקא בנאמנות סתם אבל בנאמנות כבי תרי יכול המלוה לטעון סטראי אם לא שמוציא שובר דמבואר בו להדיא על חוב זה והש"ך השיגו דמה שכתבו הרא"ש וטור לחלק בנאמנות כבי תרי הוא בעלמא כשמביא עדים ולא בכתב יד וכ"כ הט"ז ואני תמה דבהדיא מבואר ברא"ש וטור כהסמ"ע דנהי דמה שכתב הרא"ש בסוף דבריו יש לפרש כהש"ך אבל מה יעשה במה שכתב הרא"ש בתחילת דבריו וז"ל תשובה מה שכותבין נאמנות הוא מועיל לענין זה שלא יוכל הלוה להשביע המלוה שלא נפרע משטרו אבל אינו מועיל לו כנגד עדים המעידין שהשטר הוא פרוע דנהי דהימני' טפי מנפשי' טפי מעדים לא הימני' וכו' וכן בנדון זה כתב ידו מעידו שקיבל ממנו הממון והשטר פרוע וכו' עכ"ל ויש לתמוה דהא בזו נחלקו רבא ואביי בשבועות דאביי ורבא סברי דנאמנות גם נגד עדים ור"פ פליג עלייהו דנהי דהימני' טפי מנפשי' טפי מסהדי

לא הימני' וקיימא לן כר"פ והשתא תקשי מה צורך לו להרא"ש להכניס עצמו עכשיו בפלוגתא דאביי ורבא ור"פ ומאי ענין זה לזה וכי אביי ורבא לא יודו דהודאת בעל דין מועיל נגד נאמנות וה"ה שובר דהא חזינן דאפילו נגד נאמנות כבי תרי מועיל שובר בכתב ידו א"כ התם אפילו אי נימא דאלים כבי תרי או שפי' לו בהדיא כבי תרי מ"מ מועיל הכתב יד ובע"כ צריך לומר דדוקא כתב ידו המוזכר בו בפי' על חוב זה מועיל ואינו יכול לטעון סטראי אבל כתב ידו שלא נזכר בו בפי' על חוב זה כל שהאמינו כבי תרי כיון דעדים המעידין הפכו אינן נאמנין לא עדיף ספיקא דילן מעדים המעידין בפי' בהיפך לכך כתב הרא"ש דנאמנות סתם לא מהני נגד עדים דלא קיימא לן כאביי ורבא דנהי דהימני' טפי מנפשי' טפי מסהרי לא הימני' א"כ עכ"פ כתב ידו הוי כעדים המעידין פרוע סתם א"כ שוב לא מצי לטעון סטראי כדלעיל סימן נ"ח וזה ברור בכוונת הרא"ש ומבואר כדעת הסמ"ע וכמו כן צריך לומר בטור שדקדק ג"כ הטעם דנאמנות סתם אינו מועיל נגד עדים ומה צורך לזה וע"כ משום דבנאמנות כבי תרי יכול לטעון סטראי בשובר סתם וכ"ש לפי מה שהעלה הש"ך לעיל ס"ק א' דעדי הודאה ג"כ לא מהני כל שנתן לו נאמנות כבי תרי א"כ הא פשיטא דשובר זה אינו עדות מבורר דקיבל פרעון שטר זה הרי דנסתפק הש"ך ס"ק כ"ה אי מהני תפיסה דאין כאן רק ספק ואפילו אי נימא דלא מהני מ"מ פשיטא דאין כאן בירור כמו עדים דהא חזינן דבמיגו היה מהימן שאם מודה בעצמו שקיבל על חוב אחר היה נאמן וכמו כן אם היה לו מיגו דמזוייף ומיגו במקום עדים לא אמרינן והשתא כיון דעדים המעידין בבירור שהודה אינן נאמנין נגדו שכופר שלא הודה אף זה היאך יעלה על הדעת דספק זה עדיף מעדים המעידין בבירור שהודה ומ"מ אפילו לפי מה שהכרעתי לעיל דלא כהש"ך בזה דעדי הודאה מהני מ"מ הכא העיקר כהסמ"ע דהרא"ש וטור הם ג"כ מכת הסוברים דעדי הודאה מהני כמו שבארנו לעיל והש"ך גופא מודה בזה ומ"מ סבירי להו דיכול לטעון סטראי כמו שהוכחתי וע"כ משום דלא דמי עדי הודאה לכתב יד סתם דאין כאן הודאה על פרעון זה לכן נראה ברור דהעיקר כהסמ"ע בזה:

יד שאין מועיל הנאמנות הש"ך הקשה דלהמחבר דהביא סברת הי"א לעיל סימן ס"ה דגם בזה חיישינן לקנוניא אין נ"מ בדין זה ובתומים תמה דנ"מ בשטר שאין בו אחריות או שרוצה לפרעו מיד ולקרוע השטר:

ועדיין לא הועיל כלום דהא הש"ך גופא כתב נ"מ דקמש"ל דלא יועיל נאמנות להחזירו וכתב דזה נלמד מהך דלעיל סימן ס"ה בשטר הנמצא דלא מהני נאמנות א"כ כמו כן בהך כיון דבשטר הנמצא אינו מועיל נאמנות ואם רוצה שישבע שלא יונח השטר צריך לישבע

או שיפטר הלוה בשבועה ואם שניהם רוצים לישבע יתפשרו א"כ כמו כן בשטר היוצא מתחת ידי אחר דלהמחבר דאיתרע גם בזה אין חילוק ומ"ש דכתבו בשטר היוצא מתחת ידי אחר אבל להרא"ש דלא איתרע אתי שפיר דקמש"ל אף דלא איתרע וגובה בו אינו מועיל הנאמנות לפטרו משבועה ומ"מ אין כ"כ קושיא על המחבר אם בא לאשמועינן דין דאפילו לדעת הרא"ש אינו מועיל הנאמנות:

טו שיש בשטר נאמנות עש"ך ס"ק כ"ט בשם הד"מ ודבריו מגומגמין ולא העתיק יפה לשון הד"מ והרא"ש ועיקרן של דברים הוא כך דאם האמין שמעון לראובן ולבאי כחו אם זה טוען שפרע לראובן אף קודם שנתן הרשאה ליודא יודא גובה בשטר בכח הרשאה שהרי אומר שפרע לראובן ויש לראובן נאמנות ומועיל גם לגבות יודא אמנם אם טוען שפרע ליודא בעצמו אז הדין אם טוען שפרע לו קודם שהביא הרשאה מראובן ואח"כ הביא הרשאה לא מהני נאמנות שהרי אומר שפרע ליודא שיתנם לראובן קודם ההרשאה אבל אם טוען שפרע לו אחר ההרשאה אז מועיל הנאמנות גם לו אבל בטענה שפרע לראובן בעצמו או שלח שליח לו לפרוע לו זה אינו מועיל לעולם אפילו ליודא אפילו קודם ההרשאה כן מתבאר מתשובת הרא"ש וד"מ לק"מ והרב הש"ך גימגם בלשון הד"מ ודרכו לא ידעתי ועיין היטב ברא"ש וד"מ ותראה כדברי (טז) כפרן בדבר אחד בעדים בטל הנאמנות נראה לפע"ד דהיינו דוקא בנאמנות בשטר לענין לפטרו משבועה דבזה שפיר יש לחלק בין הא דאמרינן בעלמא דהוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק כפרן לממון אחר דהתם הטעם דיש לומר דחשש מלוה ישנה היה לו הילכך לאותו ממון אינו נאמן אבל לממון אחר לא הוחזק כפרן אבל לענין שבועה לא מהני דמ"מ כיון דחזינן דחשוד לטעון שקר לעוות הדין א"כ אף כאן יש לחוש כן אבל שישבע לשקר אינו חשוד ומהימן בשבועה הילכך בנאמנות במלוה ע"פ לא אמרינן דבטל הנאמנות שלא יטול אפילו בשבועה דבשביל שהוחזק כפרן במקום אחד לא נחשד כאן שישבע לשקר רק שיטעון שקר לעוות הדין כמו שם וכן מוכח להדיא בתשובה אשכנזית שהביא ב"י שהביא ראיה לדין זה מאשה העוברת על דת שאמרה פלוני חכם טיהר לי הדם ואשתכח שיקרא דיוצאת שלא בכתובה וכתב ואין לחלק דשאני ממון מאיסור חדא דהתם נמי מפסדת כתובה ועוד דהתם מפסדא כתובה לגמרי הכא עכ"פ בשבועה הרי להדיא דכל דין זה הוא רק לשבועה ולא לממון דאל"כ תירוץ השני אינו כלום גם העיקר כתירוץ השני דתירוץ ראשון הוא תמוה דאי ס"ד דהך דהתם חשוב כמו ממון אם כן תקשי הא בעלמא הוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק לממון אחר וע"כ דממון לא מקרי חשוד משום חשש מלוה ישינה ואשתמוטי קא משתמיט משא"כ שם גם בלא"ה דברי התשובה תמוה

שכתב דכתובה דהתם הוי ממון דכי היה התם סיכסוך בכתובה רק הפסד כתובה ממילא בא דמה יש לו לעשות כיון שאינו יכול להאמינה באיסור וע"כ כתירוץ הב' אם כן מבואר דין הנ"ל:

יז אם העדים עצמן. עש"ך שהאריך להקשות דהא ע"כ בכתב ידן יוצא ממקום אחר דאל"כ אפילו בסיפא נאמנין וא"כ ברישא למה נאמנין והירושלמי באין כתב ידן יוצא ממקום אחר אחר איירי כדלעיל סימן מ"ג ובאמת אין זה הכרח ואדרבא פשיטא דבסיפא אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנין דמשוי נפשייהו רשיעי שהרי חתמו בפי' על הנאמנות וכתבו שהיה בציוי הלוה וזה שקר והרי הפסידו ללוה דהמלוה גובה בנאמנות שלא כדין וכל היכי דמשוי נפשייהו רשיעי לעולם אין נאמנין כדלעיל סימן מ"ו ובש"ס כתובות י"ח מ"ב ומה שהאריך הש"ך ס"ק ל"ג עמ"ש לעיל ס"ס מ"ב ולעיל סימן ס"א בזה:

יח אע"פ שעבר הזמן. עסמ"ע ס"ק ל' והש"ך ס"ק ל"ז כתב עליו וקשה קצת דלפי זה בנאמנות כבי תרי לא יועיל אלא תוך הזמן עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהא דברי הסמ"ע מבוארין בהיפך ושיעור דבריו דאין כוונת המחבר לומר בזמן קרוב אחר הזמן דזה אין צורך לאמרו דהא פשיטא שנתכוון בנאמנות לאחר הזמן דבתוך זמן אין צורך לנאמנות רק כוונת המחבר אפילו היכי דלא שייך הכרח זה כגון בזמן רב אח"כ דאז יש לומר דלא כיון רק על זמן קרוב מ"מ מועיל הנאמנות כל זמן שהשטר בידו והרי מבואר דהסמ"ע פי' דברי המחבר אפילו במקום דלא שייך הכרח זה:

יט אא"כ פי' שפטרו ממנו ויורשיו. עסמ"ע ס"ק ל"ג וש"ך ס"ק ל"ח שיש חולקין בזה והוא במה שאמרו פרק הכותב דאבא שאול בן אימא מרים סובר דנאמנות לא מהני נגד יורשין כלל ואולם הרי"ף פרק הכותב כתב דהא דאמר ר"נ אמר שמואל הלכה כאבא שאול הייינו דוקא בלא פי' בין ממני בין מיורשי אבל אם פי' מועיל לכ"ע ויש לתמוה על דבריו דאי בלא פי' מיירי א"כ מה זה שאמר לא הוא ולא יורשיו משביעין אותה אבל מה אעשה במה נפשך אם בכלל לשון זה יורשין הרי פוטרה מיורשין ואי אין בכלל לשון זה יורשין פשיטא דיורשין משביעין אותה ומאיזה צד נאמר דפטורה גם מיורשין והריטב"א והנ"י דחקו עצמן בפי' דברי הרי"ף דלשון זה כולל יורשין רק כיון דמ"מ לשון שאינו מבורר היא לא עקרינן תקנתא דרבנן בשביל זה וזה דחוק מאוד ובאמת כוונת הרי"ף פשוט דוודאי לענין יורשין יש לדון משני צדדים האחד דכלנה הוא כל מה דאביהן הוי מצי למטען טענינן ליתמי כמו שפירש"י הטעם במשנה ואולם התוספות פרק שבועת הדיינים השיגו על טעם זה דהא חזינן בכתב לה נדר ושבוע' מ"מ יורשין משביעין אותה לזה נתנו הם טעם דלא מכח אביהן הוא רק תקנה בפני עצמה שחששו לתקנת היורשין

וזהו כוונת הרי"ף דאבא שאול סובר דכל הלשונות הללו אינם במשמע יורשין כלל דמהאי טעמא הביא בש"ס הך ברייתא לחלוק אכל הני אמוראי דמעיקרא דסברי דנקי נדר מנכסי אילן הוי יורשין בכלל ואתי אבא שאול למימר דכל הני לא משמע יורשין כלל תדע שהרי כלל דלא נדר ודלא שבועה מנכסי ג"כ בכלל שלא תשבע ליורשין וזהו פשיטא דלא משמע יורשין כלל דאל"כ למ"ד דסובר דלית הלכתא כאבא שאול יהא הדין בדלא שבועה מנכסי שלא תשבע ליורשין ובהא כ"ע מודו דלא נפטרה מיורשין ובע"כ דאבא שאול סובר להיפוך דכל הלשונות הללו אין יורשין בכלל אבל מ"מ מדינא אין היורשין משביעין אותה דמדינא אין שבועה ליורשין רק דטענינן להו מה דאביהן הוי מצי למיטען וכאן כיון דהאב פטרה מצידו ממילא ליכא שבועה ליורשין אבל מ"מ כיון שהוא לא פטרה מיורשין חייבת לישבע מצד התקנה דהבא ליפרע וסובר ג"כ כפי' התוספות דתקנה זו אינה מצד האב כלל רק מצידם לכך חייבת לישבע אבל בפטרה מיורשין מודה אבא שאול ובאמת שזו היא קושיא גדולה להנך דמפרשי דאבא שאול חולק אפילו בנאמנות בפי' ליורשין ולפי זה אם לא נפסוק כאבא שאול יהא הדין בלא נדר ובלא שבועה סתם תפטור מיורשין דהא זה שמענו מאבא שאול דיורשין בכלל לשון זה שהרי השוה זו לדלא שבועה מנכסי אילן ובאמת בזה ליכא למ"ד שתפטור מיורשין וע"כ כמו שכתבתי איברא דהא וודאי קשיא להרי"ף מהך סוגיא דר"ש דמוקי לה בפלוגתא דאבא שאול וקאי אריש נדר ושבועה ש"מ דאפילו בנאמנות בפי' חולק אבא שאול וכ"כ התוספות שם להדיא בשם ר"מ אלא דבתוספות גופא יש להבין דשם במשנה כתב לה נדר ושבועה כתבו התוספות תימה למה הזכיר נדר דלא שייך רק באלמנה ועליך מיירי בגרושה ותירצו משום דבעי למיתני סיפא על יורשי דשייך בנדר נקט רישא נמי נדר וכתבו עוד דמ"מ קשה ברייתא דלקמן דלא מיירי ביורשין כלל ויש לתמוה הא הך ברייתא דאבא שאול באמת מיירי ביורשין רק דסובר דלא מהני פטור דידי' אפי' פטרה בפי' ליורשין וא"כ שפיר נקט נדר ואתי שפיר טפי ממתניתן דכולה מיירי ביורשין ומזה מבואר דהם מפרשים כהרי"ף דאבא שאול סובר דלשון זה אינו במשמע יורשין כלל ומ"מ. היה בדין שלא תשבע כיון דהאב אינו יכול להשביע שוב לא טענינן ליתמי רק מצד המשנה דלא מיירי מכח האב יכולין להשביעה כמו שפירשו התוספות בעצמן בשבועות וצריך לומר דסבירי להו באמת דהך סוגיא חולקת עם הסוגיא דשם דהכא מפרש מילתא דאבא שאול כנ"ל והתם קאמר דפליג באמת אתנא קמא וכן סובר הרי"ף וצ"ע ואין להאריך כאן אמנם מה שיש לדון בכאן הוא מה שהקשה הש"ך דלמה סתם רמ"א כאן ושם גבי כתובה הביא דעת החולקין נאחנות מפורש לא מהני ליורשין ומה

שנראה להש"ך ליישב בפשיטות הוא כך חדא דהתוספות בשבועות הנ"ל הקשו על רש"י מהך דנדר ושבועה דמוכח דשבועה לאו מכח אב הוא ומטעם זה פירשו דהוא משום צררי אמנם בספ"י פרק הכותב כתב בשם חכם אחד ליישב דמ"מ כיון דיש שבועה לגבי יורשין ג"כ מכח האב אף דהוא פטרה נשאר זכות זה ליורשין כמו שלא היה נאמנות כלל אמנם זה לא שייך רק אם הוא לא פטר מיורשין אבל אם הוא פטר מיורשין נהי דנאמר דאין כח בידו לחייב ליורשין היינו מה שבא מצידם אבל בשבועה הבאה מכחו והוא פטר בפי' שלא יועיל כחו ליורשין פשיטא דלא חשבינן לגבי יורשין כאילו אין בו נאמנות אפילו מלוה עצמו דהא הוא נתן נאמנות מצידו והיאך נצטרף זכותו ליורשין ודו"ק ולפי זה בכתובה סבירי להו כדברי התוספות דשבועה אינה מכחו כלל רק מחשש צררי וכדומה אבל במלוה פשיטא דעיקר הטעם משום אישתבע לי דאין כאן חשש אחר א"כ אם הוא פטר דוקא כשלא פטר ליורשין אז אמרינן כסברת החכם הנ"ל דהשאיר מכחו ליורשין ולגבי יורשין לא נתן נאמנות כלל אפילו לו אבל אם פטר בפי' ליתמי כיון דאביהן לא הוי מצי למיטען מהני נאמנות גם ליורשין ודו"ק היטב:

אבל בלא"ה נראה לפע"ד דלק"מ דלא על חנם זכרו מחלוקת ר"ש ורבנן כל זמן שתובעת כתובתה דמבואר דוקא בכתובה דבשט"ח לא שייך זה כמו שאבאר דוודאי יש להבין באמת טעמו של אבא שאול דאפילו פטרה בפי' מיורשיו לא מהני דכי לא יוכל אדם לחייב עצמו ונכסיו וליתן במתנה מה שירצה ואיכא מ"ד דאפילו קנין לא מהני ועיין חלקת מחוקק סימן צ"ח שם דכתב דהרב דלא הזכיר קנין סובר דאפילו קנין לא מהני ודלא כהש"ך כאן ע"ש ויש להבין באמת מ"ש לכן נראה דעיקר הטעם הוא כיון דחייוב הכתובה אינה כלל על הבעל כל זמן שהוא חי והיא תחתיו ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים ומהאי טעמא סבירי להו להרבה פוסקים לקמן סימן פ"ו דלא נשתעבד מדר"נ שאין כאן חייוב ושיעבוד על הבעל כל זמן שלא באה לכלל גבי' ולפי זה העיקר החייוב חל על היורשין לאחר מותו הילכך כיון דהחייוב בעצם על היורשין הוא שפיר לא תפרע רק רק בשבועה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ואין כח בידו לחוב ליתומים שישלמו מנכסיהם בלא שבועה דנכסי יתומים מקרי דלאחר מיתה מתחיל החייוב עליהם ולפני מותו אין כאן חייוב משא"כ בהלואה כל שנתן לו נאמנות אם כן הרי נתברר כל רגע ורגע שהשטר בידו אם מחייב עצמו לשלם לו והוי כהודה ומחייב עצמו עד רגע לפני מותו אם כן אין זה מנכסי יתומים כלל כי הנכסים נתחייבו לו רגע אחד לפני מותו כי אז נתחייב האב מחמת נאמנות ולא נפרע בוודאי אחר החייוב ומה לי אצל היורשין אמנם בלא פי' ליורשיו אמרינן דכך היה נאמנות שלו שלא יועיל אם ימות אבל אם נתחייב לחלוטין

אף אם ימות א"כ הרי רגע לפני מותו נתחייב בבירור גמור והיאך יפקעו היורשין חייוב זה מה שהאב נתחייב בזמן שבוודאי לא נפרע אחר החייוב לכך בזה כ"ע מודים דמהני נאמנות ונוטל מן היתומים בלא שבועה משא"כ בכתובה דאין עליו שום חייוב רק על היורשין כנ"ל ברור בכוונת הרב:

כ ומיורשיו עסמ"ע ס"ק ל"ב דהיינו דוקא אם באו מצד אביהן אבל כשיאמרו אנו פרענו לאו כל כמיני' להפקיע ממונם והש"ך השיג עליו [ובתומים הקשה קושיא זו ולא ראה כי היא קושית הש"ך והש"ך כתב לדחות ובדחיה זו ראיית התומים אינו] מדברי הבעל התרומות ובעל העיטור והאמת אתו. אמנם נראה לפע"ד פשוט דהיינו דוקא אם הניח האב ממון הרבה שיש בו לפרוע שני פעמים החוב אבל אם לא הניח האב רק כשיעור החוב או יותר ולא לשלם עוד פעם שנית בהא פשיטא אף דיש לו נאמנות מ"מ כיון דלפי טענת היורשין הם משלמין מכיסם בהא פשיטא דלא יועיל נאמנות האב להפקיע מעות היורשין משלהם אף דהמלוה אומר שלא נפרע ועדיין מעות האב קיים מ"מ הם מכחישין אותו בזה ואין כח באב אפילו למ"ד דיכול לפטרו גם נגד היורשין היינו משום דיכול לעשות בשלו בחייו מה שירצה משא"כ במעות יורשין וזה ברור:

והנה הש"ך הביא דברי בעה"ת שיש רוצים לומר להיפך דדוקא בטענה שיטענו שהם פרעו הימניה שלא יעיז נגדם כמו שלא יעיז לו אבל בבאים בטענת אביהם לא הימני' ובעה"ת חולק עליהם ולפע"ד שדבר זה מחלוקת תנאים ויתיישבו הרבה קושית בש"ס כמו שאבאר והוא דוודאי יש להבין במילתא דאבא שאול בן אימא מרים דקאמר בין דלא נדר נקי נדר מנכסי אילן לא הוא ולא יורשיו משביעין אותה אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים ויש להבין מה זה דקאמר לא הוא ולא יורשיו משביעין אותה איזה שבועה וע"כ שבועת הבא ליפרע אם כן מה קאמר אבל מה אעשה דמשמע דדין הקודם הוא לולי משנה דהבא ליפרע וקשה לולי משנה זו מה שבועה יש דפטרה גם קשה דאבא שאול החליט מקודם דלא הוא ולא יורשיו משביעין ואח"כ כתב אבל מה אעשה דהיינו דמשביעין אותה וכך הוי ליה למימר בדין הוא דלא ישביעו אבל מה אעשה והיאך כתב מקודם לחלוטין גם קשה בגוף מילתא דאבא שאול במה נפשך אם סובר דלשון זה אין יורשין בכלל א"כ מה ס"ד דלא הוא ולא יורשיו משביעין הא אין יורשין בכלל ואי דלשון זה כולל יורשין אם כן מאי איכפת ליה המשנה הא לא נאמרה רק בלי נאמנות לכן נראה דהך מילתא דאבא שאול הפי' כך דוודאי יש לגבי יורשין שני מיני שבועות האחד שיאמרו אנו פרענו כמו האב ושבועה זו אינה שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים כלל דמה לי הם ומה לי האב ושבועת הבא ליפרע הוא אף שאין טוענין כלל רק שמא

פרע האב וזהו כוונת אבא שאול דודאי לשון זה כולל יורשין ג"כ ובאמת כך הדין דלא הוא ולא יורשיו משביעין אותה והיינו לולי תקנה דהבא ליפרע דאז אין כאן שבועה רק שפרעו הם ובזה באמת פטרו דלא יעיז נגדם אבל מה אעשה שהרי חדשו חכמים שבועה ליתומים בלי טענה כלל רק מחשש שאביהם פרע ובזה לא שייך נאמנות כיון דאינו מעיז נגדם ובהא גופא פליג ר"ש ורבנן שם דר"ש סובר כל זמן שתובעת יורשין משביעין אותה והיינו כאבא שאול דנאמנות אינו רק מה שפרעו הם ולא מצד אביהם כסברא קמייתא של בעה"ת וא"כ לפי זה תליא הך דלר"נ דפסק כאבא שאול ממילא העיקר כסברא הנ"ל ולהפוסקים דפסקו כרבנן פטור מכל שבועה אפילו שבועת הבא ליפרע כנ"ל. וצע"ג כי לשון הש"ס מורה כן בבירור ומיושבין כמה קושיות ולפי זה בהא לית פלוגתא כלל אי נאמנות בפירוש מהני ליורשין דבהא כ"ע מודו ולא נחלקו רק כהנ"ל וצ"ע כי כל הפוסקים לא פירשו כן:

כא יורשיו בכלל. ואם כתב הבאים ברשותו יש מחלוקת אם יורשין בכלל וכתב הש"ך בשם הב"ח דהעיקר כהרמ"ה דיורשיו אינם בכלל באים ברשותו. ואמת שכן מוכח לכאורה להדיא במשנה דנקט ולא ליורשי ולא לבאין ברשותו וקשה הא באין ברשותו יורשין בכלל וע"כ כדעת הרמ"ה וצ"ע:

כב מת לוה בחיי מלוה וכו' נאמנות סתם. עסמ"ע וש"ך דהפי' נאמנות סתם לא ליורשי מלוה אבל ליורשי לוה יש נאמנות דאל"כ אין אדם מוריש שבועה לבניו ויש להבין לפי פירושם למה לי דנקט מת לוה הא דין זה הוא בלוה חי ג"כ צריכין היורשין לישבע כיון דלית להו נאמנות וע"כ דקמש"ל אפילו מת לוה נוטלין בשבועה ולא הוי אין אדם מוריש ולפירושם שם פשיטא כיון דמלוה חי נוטל בלי שבועה מאי אין אדם מוריש יש כאן וצריך לומר דמ"מ יש רבותא דוודאי בלא"ה יש לתמוה לפירש"י שנתן טעם מנכסי יתומים דנשבע משום דאביהן הוי מצי טעין אישתבע לי וקשה בנאמנות סתם למה ישבע נגד יורשין הא האב לא מצי טעין כלל וצריך לומר כמו שכתבתי לעיל בשם חכם אחד הביאו הרב בספ"י בכתובות שם דמ"מ כיון דלא נתן נאמנות ליורשין חשבינן לגבי יורשין כאילו לית ביה נאמנות כלל ועדיין לא יטלו כלום כמו בשאר יורשין קמש"ל דלענין זה שאני אמנם נראה לפע"ד דכוונת המחבר בפשיטות במת לוה ונאמנות סתם ומ"מ אין זה אדם מוריש מטעם הנ"ל כיון דהאב לא היה צריך לישבע נגד הלוה אף דנגד היתומים היה צריך לישבע לא היה זה מצד הדין דטענינן ליתמי כל מה דאביהן רק מחשש צררי וכדומה כמו שכתבו התוספות בשבועות הדיינין אם כן גם בזה אמרינן הבו דלא לוסיף כמו להנך דסברי דנאמנות מפורש אינו מועיל נגד יורשין מ"מ מודו דאם

מת לא אמרינן אין אדם מוריש וה"ה הכא כיון דמצד הדין לא היה שבועה דלא טענינן ליתמי כלל כיון דהאב לא מצי למיטען וצ"ע:

כג אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות הש"ך האריך להסכים דמצי לומר קים לי בתפס ובתומים חידש דנאמנות כבי תרי לכ"ע אינו מועיל נגד לקוחות ואין דבריו נראין דמה הפרש יש כיון שקדם הנאמנות ללקוחות ואית ליה קלא הוי להו להזהר שהרי ידעו דפסל כל עדים המעידין על פרעון (כד) משלם המקצת שהודה בו ונשבע היסת כך הם דברי הרמב"ם פרק ט"ו מהלכות מלוה וכתב ה"ה וז"ל ומדברי רבינו יש ללמוד דנאמנות מועיל בין בכלו בין במקצתו וכך כתבו ז"ל בין בנאמנות לוה בין בנאמנות מלוה עכ"ל ויש לתמוה על דבריו מה הי' דעתו ללמוד מדברי הרמב"ם אם בא ללמוד בנאמנות ממלוה ללוה היאך שייך ללמוד מה שהרמב"ם כתבו בהדיא דאם הודה מקצת או כופר הכל ישבע היסת ומועיל נאמנות וע"כ דכוונתו להוכיח בנאמנות מלוה למלוה וכ"כ הרב בעל גי"ת בכוונת ה"ה והשתא תקשי אם כוונתו להוכיח ממה שפטרו הרמב"ם בהיסת ולא הצריכו שבועה דאוריית' דהא זה אינו כלל מטעם הנאמנות דהא הנאמנות אילו רק לבטולי שטרא לא למלוה ע"פ ומודה במקצת נשבע מדאורייתא על פה וע"כ כמו שפירשו הב"ח והש"ך וגי"ת דטעמא דמודה במקצת חייב שבועה מדאורייתא משום דבכולי בעי דליכפרי' והאי דלא כפרי משום דאין אדם מעיז וכאן מעיז ומעיז דיש בו נאמנו' מסייעין לו והשתא פשיט' שאין ללמוד בנאמנות מלוה למלוה שיועיל במקצתו דהתם פשיטא דאין כאן מיגו דאי בעי כופר הכל כמו שכתבו התוס' להדיא בפ' הכותב דהוי מיגו בדדמי ואם בא ללמוד מעיקרא של נאמנות דלמה לא יצטרך לפרוע הכל כיון שלא האמינו רק בכולו ג"כ לא מוכח לפי טעם הנ"ל דהכא משום מיגו פטור ושם לא שייך מיגו ועוד דאפילו לא נדון זה בגדר שיכול להעיז מ"מ לפטור ממון פשיטא דמהני מיגו אפילו היכי דהוי מיגו דהעזה משא"כ שם דליכא מיגו דהוי בדדמי באופן שלא נתברר לי לכאורה דברי ה"ה ז"ל ומה שנראה בכוונתו והוא דפשיטא דלא סבירא ליה כדעת הב"ח וש"ך וגי"ת דמתמת הנאמנות יכול להעיז דמה ענין העזה לזה ואדרבא מחמת הנאמנות אומר כן ואין זה סייוע שפרע ואהא קשיא ליה להה"ה למה לא ישבע שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת במלוה ע"פ ומזה הוכיח ה"ה דטעמו הוא שלשון הנאמנות בסתם הוי כאילו פי' בין בכולו בין במקצתו וכיון שהשוה נאמנות בכולה לנאמנות במקצתו א"כ כמו דבזה יאומן בהיסת כמו כן במקצתו כמו שכתב הט"ז ושפיר הוכיח דכמו כן להיפך בנאמנות לוה למלוה אם נתן נאמנות סתם הוי כאילו פי' בין בכולה בין במקצתו וזה ברור בכוונתו ודלא כהב"ח וגי"ת וש"ך ותמהני היאך לא ראו

דברי ה"ה הללו שהוא כמעט בפי' היפך דבריהם ועיין מ"ש בזה לקמן סימן פ"ד דיש מקום לומר להיפך דוקא בנאמנות בכולה דידע דלא יעיז נגדו האמינו משא"כ במקצתו דיכול להעיז מ"מ מהני דהוי כאילו פי' ע"ש שהארכתי. ונידון מה שכתבו דמהני אפילו ת"ז תמה בתומים דהא אפילו מלוה ע"פ אינו נאמן לומר פרעתי ת"ז וצריך לומר דאנן אמרינן דלענין טענת פרעתי ביטל השטר והוי כמאן דליתא א"כ בלי השטר היה נאמר פרעתי ת"ז במיגו דלהד"ם לכך גם השתא נאמן לומר פרעתי ולפי זה נראה ברור דאם מלבד השטר יש עדים המעידין על הלואה ועל הזמן אינו נאמן לומר פרעתי ת"ז אפילו בנאמנות לכ"ע דבזה אפילו ביטל השטר אינו נאמן מצד העדים כנ"ל:

על חו"מ סימן עב

א צריך ליזהר שלא ישתמש בו מפני שהוא כמו רבית. עסמ"ע ס"ק א מה שכתב ביישוב לשון הטור שכתב כמו רבותיו לפעד"נ פשוט דוודאי מירי הטור באופן שאם שימש בו בדיעבד פטור באופן הנתבאר בי"ד סימן קס"ו דאל"כ לא שייך לשון צריך ליזהר שלא ישתמש כיון דחייב בתשלומין ועל זה כתב שפיר כמו רבית דרבית גמור לא הוי כיון דפטור מלשלם ואפי' אבק רבית לא הוי רק דמיחזי כרבית כגון בגברא דלא עביד למיגר ולא קיימא לאגרא ובתומים תמה על הסמ"ע והש"ך דדעתם דהכא בעבר ושימש פטור כמו בחצר המוזכר בי"ד שם דהא לקמן סימן שס"ג ס"ז דאם פיחת ממנו מעט מגלגלין עליו את הכל ונעלם ממנו דהש"ך גופא בי"ד שם כתב דהא דאם דר מותר היינו בלא פיחת א"כ גם כאן פשיטא דכוונתו בלא פיחת. גם נראה לפע"ד דמה שאמרו אם פיחת מגלגלין עליו את הכל היינו דוקא בגוונא דשרי פיתחא בכולה כגון בית והשחירו אבל בגוונא שאין הפחת בכולו רק מה שנחסר מן הענין כגון שהשכין לו מיני צבעים והוא צבע מהם אינו חייב לשלם לו רק דמי שיווי הפחת שאין הפחת שייכות לכולו וכל פיחתא בפני עצמו הוא שהרי הנשאר לא נפחת והרי הוא משלם לו בעד הפחת ולפי זה כהאי גוונא אף אם היה אדם שוכר ממנו לצבוע מהם היה משלם לו יותר מ"מ כיון דהוא גברא דלא עביד למיגר אינו חייב לשלם לו. רק הפחת בלבד ולפי זה פשיטא דלק"מ ובהכי אייתי הש"ך:

ב יכול להשכירו שלא ברשות בעלים. יש לי ספק בזה שאמרו שיכול להשכירו לאחר אי נימא דוקא לענין שלא יהא כשואל שלא מדעת בעלים דהוי גזלן ועל זה אמרו דכיון דהוי משיב אבידה במה שפוחת והולך החוב מסתמ' ניחא לי' ויכול להשכירו שלא ברשות בעלים אבל לענין מה דקיימא לן בעלמא שומר שמסר לשומר חייב דאמר לי

את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה ולפי זה חייב בכל אונסין ויש לו דין שואל ממש ולפי זה הכא נמי אם נאנס ביד חבירו חייב המלוה לשלם מטעם שמסר לשומר דנהי דניחא ליה לפחות חובו אבל לא ניחא ליה דאינו מאמין שום אדם בשבועה רק לו או נימא להיפך דמ"מ כיון דאומדין דעתו דניחא ליה בפחת חובו בהא נמי אמרינן דמסתמא ניחא ליה לכל מי שישכרנו שיאמינו בשבועה דהוא לא ירצה לקבל עליו אחריות אונסין ומסתברא לי כסברא בתרא מדקתני במתניתין מעיקרא פלוגתייהו דר"י וחכמים במלוה על המשכון אי הוי ש"ש או ש"ח ועלה קתני מימרא דאבא שאול רשאי אדם להשכיר משכונו של עני משמע דעדיין הוא בגדר שמירתו הראשונ' ומ"מ יכול להשכירו לאחרים ובזה יש ליישב מה שהקשו על פירש"י דבמשנ' פי' להשכיר לאחרים ואולם לקמן כדאוקמא במלוה צריך למשכון פי' בהדיא דאפילו בעצמו יכול לעשות כן ולפי הנ"ל ניחא דוודאי לעצמו פשיטא דרשאי דהא מהימן לי' בשבועה אבל לאחרים ס"ד דאינו רשאי דנהי דניחא לי' בפחת חובו האיך לא מהימן ליה בשבועה קמש"ל דאפי' מטעם שומר שמסר לשומר אין כאן דבהא נמי מותר מהאי טעמא דמשיב אבידה ועיין בסמוך (ג) משום חשדא נראה דהך חשדא אין הכוונ' שיחשדו אותו באיסור רבית דמהיכי תיתי שיחשדו לכשנגדו שנותן רבית ולמה לא יפחות לו מן החוב רק הכוונה כיון דמירי הכא שלא מדעת בעלים א"כ יחשדו אותו שהוא עושה כן להנאתו ואינו פוחת מן החוב כלל רק משתמש במשכון חבירו בחנם ולפי זה לק"מ מה שהקשה הט"ז והתומים דמ"ש גבי קרקע ובית דלא חיישינן לחשדא ולפי הנ"ל ניחא דהתם שהוא דר בחצר א"כ פשיטא דהוא בידיעת הבעלים א"כ לא שייך חשדא דוודאי הבעלים ינכו לו מן החוב שכירות מה שדר בבית דמהיכי תיתי יחשדו לבעלים שאינם עושים שום דבר שנותנים רבית וזה פשוט וברור לפע"ד:

ד ודוקא שלא התנה עמו מתחילה וכו'. זהו מה שכתבו ליישב דעת הטור מהא דאמרינן בש"ס במלוה הצריך למשכון קא מיפלגי דהיינו בהתנה והש"ך דחה דהטור סובר כפי' ר"ת שהביאו התוספות שם ואמת שהתוס' הבינו כן דעת ר"ח אבל לפעד"נ דלא היה זאת דעת ר"ח דוודאי יש לתמוה על פירושו כמו שהקשו התוס' סוף פרק ש"ה ואין פי' לדבריו כלל לכן נראה דכוונתו כך דקשיא לי' בהא דאמרינן במלוה צריך למשכון פליגי במה נפשך או דבאמת שימש המלוה במשכון אם כן הוי לי' שוכר גמור והוי ש"ש לכ"ע ואי דלא שימש רק התנה לשמש א"כ עדיין הוי לי' שוכר כמו שהקשה הש"ך וע"כ דלא התנה וגם לא שימש א"כ היאך נאמר עליו שהוא צריך למשכון לזה פי' ר"ח דהכוונה כך דהוא היה רוצה ליתן לו שטר וכדומה ולשעבד בנ"ח שיש לו באופן שהיה בטוח בחובו

ומ"מ לא רצה להלוות בלי משכון ומזה מבואר דדעתו דצריך למשכון כדי להשתמש בו אם ירצה לכך אף דעדיין לא שימש הואיל דלהנאתו נתכוון בעיקר הלואה לא הוי מצוה ואם נאבד קודם שימוש הוי שומר חנם ולפי זה גם דעת ר"ח כרש"י

אמנם בגוף דברי הש"ך מה שהקשה דבהתנה הוי שוכר נלפע"ד דלק"מ דאין הכוונה דהתנה מיד שישמש בו רק התנה עמו שכל אימת שירצה לשמש בו יוכל לשמש בנכיון כך וכך א"כ כל שעדיין לא שימש עדיין לא הוי שוכר דאין אצלו רק בתורת משכון רק בזמן שרוצה להתחיל להשתמש בו אז הוי שוכר הילכך כשנאבד קודם שימוש עדיין לא הוי שוכר ושכר מצוה אין כאן דמ"מ להנאתו נתכוון כשירצה להשתמש בו יוכל להשתמש וליכא שכר מצוה ובזה מיושב היטב מה שהקשה הרב בעל ת"ח על פירש"י שפירש דלכך המלוה אלף זוז בשטר כ"ע מודים דהוי ש"ש דאז בוודאי לגובייא שקיל כיון דיש לו שטר חוץ המשכון ותמה הרב הנ"ל דלפי מה דמוקי פלוגתייהו במלוה צריך למשכון אם כן מאי עדיפותא יש בשטר דהא עדיין לא מוכח דלגובייא שקיל דהא צריך למשכון להשתמש בו לנכות ממנו בחובו וזו קושיא עצומה לכאורה אבל לפי הנ"ל לק"מ דוודאי קשה קושיא הנ"ל דהוי שוכר וצריך לומר דהתנה עמו כל אימת שירצה לשמש בו יוכל לשמש אך עדיין קשה ניחזי בכל שוכר כהאי גוונ' אם שכר ממנו דבר ולקחה לרשותו מיד חבירו שכל אימת שירצה לשמש יוכל לשמש א"כ כיון שכל רגע יש בידו לשמש והוא לקחה מרשות חבירו וחבירו אינו יכול להשכיר לאחר שכבר מושכרת לו אם ירצה לשמש מיד א"כ פשיטא דהוי שוכר מיד שלקח לרשותו וע"כ צריך לומר דהכא שאני דבלא"ה הוא משכון תחת ידו בעד הלואה א"כ קודם שימוש הוא בידו במשכון לא בשכירות רק כשרוצה לשמש אז נעשה שוכר ולפי זה היינו דוקא במשכון בלי שטר אבל בשטר דאז אין צריך למשכון על החוב כלל א"כ קודם שימוש למה לקחה לרשותו וע"כ או בשכירות לשמש מיד דהוי שוכר או על חובו למשכון א"כ הוי לגובייא והוי ש"ש וזה פשוט וברור ולק"מ ודו"ק היטב:

ה שולח יד בפקדון עסמ"ע ס"ק ה' הנ"מ דמשם ואילך אף אם נאנסו מידו חייב באחריותן וכו' משמע מדבריו דלדעת ראבי' בנאנסו פטור ולפעד"נ דליכא מאן דפליג בהא דחייב באונסין כשלמד שלא ברשות בעלים וכן מבואר להדיא במרדכי דלא נחלקו רק לפסול לשבועה ועל זה דעת ראבי' דלא נפסל כיון דקיימא לן דמצוה גדולה הוא הכותב ספרים ומשאילן לאחרים [כן מבואר במרדכי להדיא הפי' מצוה קא עביד ואפילו אם הפי' בפשיטות ג"כ לא שייך לפטרו בשביל טעותו ודו"ק] לכך חושב דלא הוי שואל שלא מדעת אבל מ"מ שואל הוי דאין מצוה רק להשאילן לאחרים אבל לא דלא יהא אפילו

שואל שלא לקבל אחריות אונסין אם כן משום דקא סבר מצוה קא עביד לא שייך לפטרו מאונסין וזה ברור לפע"ד ודו"ק ועיין לקמן עוד בזה: (ו) ויש מחלקין. אבל לכתחילה אסור בלא נכייתא והקשה הסמ"ע דבי"ד כתב רמ"א דיש מתירין להלוות על ספרים וללמוד מתוכן אפילו בלא נכייתא ותירץ דהתם כשהתנה ומועיל התנאי משום מצוה והכא בלי התנה והש"ך ס"ק ו' תמה עליו דטפי שייך איסור רבית כשהתנה ותמהני דפשיטא דדברי הסמ"ע נכונים והש"ך גופא מודה בזה דהא הוא עצמו השיג בס"ק ז' על הע"ש שכתב ויש מתירין ללמוד לכתחילה דליכא מאן דפליג דלכתחלה אסור כדמוכח בש"ס פרק אלו מציאות וקשה הא כאן כתב בשם מהרי"ל דמותר לכתחילה והוא דעת הרב בי"ד סימן קע"ב וע"כ דלא התיר מהרי"ל רק ברשות בעלים דליכא רק איסור רבית ובמצוה לא שייך זה דלוין ברבית לצורך מצוה אבל הכא דמיירי שלא ברשות בעלים רק לענין שולח יד דהוי גזלן אם כן אין היתר לכתחילה רק דיעבד אין לפסלו אם כן היינו הך תירוץ הסמ"ע ושפיר יש לומר דגם ראבי' סובר דלענין רבית ברשות בעלים אפילו לכתחילה מותר במצוה:

ז משום דקסבר מצוה קא עביד עסמ"ע ס"ק ז' ולכאורה משמע מדבריו שבא ליישב במה שכתב הרב כאן בפשיטות דלכתחילה לעולם אסור והתם כתב דלכתחילה מותר לת"ח ועל זה כתב דמשכון שאני משום חשש רבית (כן הגירסא הנכונה) והא ליתא דפשיטא דהכא לאו משום איסור רבית נגעו בה רק משום שליחות יד דהוי גזלן וכן מוכח מדברי הסמ"ע בס"ק לפני זה דהכא לא מיירי ברבית כלל דבזה יש דעה דמתיר אפילו לכתחלה רק כוונת הסמ"ע כך דהרב בי"ד סימן קע"ב אף שהביא דעת היש מתירים משום רבית אפילו לכתחלה מ"מ פסק במסקנא דטוב להחמיר לעשות בנכייתא ועל זה כתב דמה שכתב הרב שם הפקיד ספרים אצל ת"ח בא למעט שני דברים דדוקא הפקיד אבל השכין לא דנהי דשליחות יד אין כאן כי וודאי אדעתא דהכי הפקיד אצלו מ"מ משום חשש רבית יש כאן כמו שפסק בי"ד דאפילו ברשות גמור יש להחמיר ומה שכתב לת"ח משום דלאדם אחר אפי' הפקיד נהי דרבית ליכא דאינו רק פקדון מ"מ משום שליחות יד אסור בזה כמו שפסק כאן דעכ"פ לכ"ע אסור לכתחילה וזה ברור ועיין ש"ך ס"ק ח' ודבריו נכונים אך מה שהכריח פי' אחרון של הרא"ש מהא דפריך מצא ספרים גוללן שם דמיהן ומניחן לא דהתם לא שייך שמניחן על ראשו והוא תמוה דלפי דבריו היה לו להקשות מהברייתא דמבואר להדיא פרה וחמור שם דמיהן ומניחן דפשיטא דלא שייך שמניחן על ראשו אבל כבר כתבו התוספות בהדיא הביאם הרא"ש שם דהפי' ומניחן שמניח

הפרה וחמור אצלו א"כ פשיטא דגבי ספרים גם כן יש לפרש שמניח הספרים אצלו דלא כפי' אחרון של הרא"ש:

ה המלוה את חבירו וכו' הרי זה שומר שכר וכו' עד סוף הסעיף בכאן יש שלשה ספיקות עצומות אשר נתעוררו הראשונים ז"ל זה אומר בכה וזה בכה וכל אחד מביא ראיה לדבריו א' אם הלכתא כהך מימרא דשמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפי זוזי. ב' אם הלכתא מלוה על המשכון ש"ש או שומר חנם. ג' בהך מימרא דר' יצחק דב"ח קונה משכון שלא בשעת הלואתו אם הוא רק להיות כשומר שכר או להתחייב באונסין והנה בספק השלישי האריך הרב הש"ך וכמעט ביקש להכריע כדעת רש"י אמנם בשני ספיקות הראשונות לא מצאתי לאחרונים ז"ל מי שיכנס עצמו בעומק העיון להכריע בזה ואף שאין אני כדאי לדבר בדבר שנחלקו בו אבות העולם ז"ל מ"מ תורה היא וראיות ברורות וקושיות חזקות יתנו עדיהן כמו שאבאר:

גרסינן סוף פרק שבועת הדיינין לימא כתנאי המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי ר"א ר"ע אומר אבד המשכון אבדו מעותיו אבל הלוהו אלף זוז בשטר ד"ה אבד המשכון אבדו מעותיו היכי דמי אי בדשוי שיעור זוזי מ"ט דר"א אלא לאו בדלא שוי ובדשמואל קא מיפלגי לא בדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל והכא בדשוי ובדר"י קא מיפלגי וכו' עד סוף הסוגיא ופירש"י דר"א סבר משכון שאינו שוה כל החוב אין אדם מקבלו רק לזכרון דברים מבואר מדבריו דבדשוי מודה ר"א בוודאי בדשמואל דקיבלו שיפסיד באבידת המשכון וכן מבואר להדיא לפי הגירסא דגורס אי בדשוי מ"ט דר"א והקשו בתוספות פרק האומנין ושם דלפי דבריו מאי קאמר בש"ס התם לימא מתניתין דלא כר"א לוקמא בדשוי ומודה ר"א ותירצו בדשוי לא יחלוק ר"י על ר"א ור"ע [וע"ש במהרש"א דאין מהצורך לזה רק דכאן פריך בדשוי מ"ט דר"א כמו כן קשה מ"ט דר"י] והתוס' בעצמם שם פירשו פי' אחר בש"ס ועכ"פ מוכח מדברי התוספות שם בין לפירש"י בין לפירושם הך מילתא דשמואל נאמרה על דרך זה דהוא סובר שכל המלוה על המשכון בוודאי סביר וקביל שאם יאבד החוב שיפסיד משכונו והוסיף שמואל עוד שאפילו לא שוי שיעור זוזי לא נאמר דלזכרון דברים קיבלו או שלא יפסיד רק כנגד המשכון רק כיון שקיבלו על כל החוב הי' בדעתו להפסיד כל החוב כמו במשכון דשוי שיעור זוזי כן מוכח להדי' בכל דברי התוספות שם מראש ועד סוף וכן לפי הפסק שהביא הטור לדעת התוספות הוא כך דאף דקיימא לן לשיטתם מלוה על המשכון ש"מ מ"מ הפסיד חובו מכח מימרא דשמואל דסביר וקביל להפסיד החוב ואי שוי שיעור זוזי אפילו לא פי' ובדלא שוי בעינן פי' אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי'

וקשה לי על זה דלפי דבריהם למה קאמר בש"ס פרק שבועת הדיינין הנ"ל לימא כתנאי בפלוגתא דר"א ור"ע הא במתניתין דידן איכא הך כתנאי דנחלקו בפרק האומנין ת"ק ור"י במלוה על המשכון אי ש"ש או ש"ח וקשה היכי דמי אי דשוי שיעור זוזי מ"ט דר"י כמו דמקשה לר"א עכשיו] אלא לאו בדלא שוי שיעור זוזי ובדשמואל קא מיפלגי כמו שתירצו התוספות בעצמם דלכך לא מוקי פרק האומנין מתניתין בדשוי משום דלא הוי חולק ר"י אם כן למה לו להביא כאן ברייתא דר"א ור"ע מה שיש לדייק הכל במשנה דפרק האומנין והי' לו לומר כל השקלא וטרי' דר' יצחק ושומר אבידה וכמו כן קשה לפירוש התוספות מאי לאו אפי' בדלא שוי דמ"מ סוף סוף כל השקלא וטרי' זו יש לומר במשנה כמו בברייתא והיאך שביק מתניתין ומקשה מהך ברייתא וקושיא זו עצומה מאוד לא מצאתי מי שהרגיש בזה וביותר יש לתמוה לפירש"י דגורס אי בדשוי מ"ט דר"א דמאי משני לא בדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל והכא בדשוי ובדר"י קא מיפלגי וקשה מה בכך דר"א לית לי' דר"י דלא קנה משכון מ"מ סוף סוף הרי עיקר הקושיא מעיקרא אי בדשוי מ"ט דר"א והיינו דבדשוי אין סברא שיחלוק ר"א דוודאי סביר וקביל שיפסיד המשכון אם כן מה בכך דלית לי' דר"י מ"מ אי בדשוי מ"ט דר"א דבהא וודאי סביר וקביל שיפסיד חובו באבידת המשכון וע"כ דעכשיו סובר דאפילו בדשוי חולק ר"א על הך סברא גופא דלא אמרינן דסביר וקביל אפילו בדשוי אם לא מגזירת הכתוב דקונה משכון אם כן משמע דמעיקרא מיפשט פשיטא ליה דר"א לא יחלוק בזה אשמואל ועכשיו שנתחדש לו דר"י סובר להיפך ועוד דהא כל עיקר השקלא וטרי' להנצל שלא נאמר שמואל כתנאי א"כ מה בכך בדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל מ"מ בדשוי נחלקו בדשמואל דר"א חולק בגוף מילתא דשמואל דלא אמרינן דסביר וקביל להפסיד החוב ואי משום דהשתא סבירא לן דר"ע נמי לית לי' דשמואל בהא רק טעמו משום דקני לי' כדר"י אם כן כ"ע לית להו דשמואל מ"מ קשה חדא דלמה קאמר בדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל הא בדשוי נמי לית להו לפי זה ועוד דמ"מ מעיקרא כשהתחיל לומר אי בדשוי מ"ט דר"א מבואר שאם היה מקום שיחלוק ר"א גם בדשוי לא היה קשה] כלום וקשה מה בכך הא עדיין כתנאי בהך סברא גופא דסביר וקביל דר"א לית ליה ור"ע אית ליה דהא השתא לא סליק אדעתיה טעם אחר בדשוי רק משום דשמואל וסביר וקביל ועוד כיון דפריך אי בדשוי מ"ט דר"א הרי שאילו היה טעם לר"א שיחלוק בגוף סברא דשמואל דסביר וקביל אפילו בדשוי לא הוי קשיא ליה מידי אם כן הרי אח"כ כדמסיק משום דר"י ע"כ ניחא ליה דר"א הואיל דלית ליה דר"י יוכל לסבור דלא הפסיד החוב הרי דיכול ר"א לחלוק בגוף מילתא דשמואל אם כן מה צורך עוד לדר"י הא מעיקרא הוי

אתי לי' שפיר אם יכול ר"א לחלוק גם בדשוי והא ליכא למימר דבשביל דלית ליה דר"י יכול לחלוק גם בדשוי דהא מעיקרא לא ס"ד כלל דר"י וע"כ דמשמע לי' מטעם אחר שלא יחלוק בדשוי בלי דר"י אם כן קשה חדא מה בכך דלית לי' וכי בשביל זה יכול לחלוק בדשוי מחמת הטעם האחר ואי דמשמע לי' עכשיו דיכול לחלוק מה צורך לדר"י והוא תמוה מאוד לכאורה גם קשה קושית התוספות גופא שם אפי' לפי פירושם דלמה קאמר בדר"י פליגי הוי ליה לומר דפליגי בדשמואל בדשוי ובלא שוי לית להו דשמואל ומה שתירצו לפיר"ח שם כבר תמה מהרש"א דעדיין יש לומר בדפריש מיירי כפי' ר"ח ובדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל אפילו בדפריש רק בדפריש וכנגד מעותיו פליגי בדשמואל. ואמת כי נראה לפע"ד דקושית מהרש"א לק"מ דהא לפי' ר"ח בדפריש הוא אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' והשתא במה נפשך אם נאמר דמיירי באמת בדשוי שיעור זוזי אם כן לא יתכן פריש הזה כלל רק פי' בפירוש שיפסיד אם כן לא הי' חולק ר"א בדשוי שיעור זוזי רק צריך לומר דמיירי באמת בלא שוי רק כך הכוונה ביותר מדמי המשכון כ"ע לית להו דשמואל דלא הפסיד רק כנגד המשכון נחלקו דלר"ע הפסיד והשתא יפה כתבו התוספות דהא לפי' ר"ח בדפריש אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' הכוונה כך דר"א סובר קבלי' הכוונה לא להפסיד רק למשכון ור"ע סובר דהכוונ' להפסיד והשתא בשלמא לס"ד דפליגי גם בדלא שוי דלר"ע הפסיד אם כן שפיר יש לומר דטעמא דר"ע דקבלתי' הכוונה להפסיד אבל עכשיו דבחוב היתר על המשכון לא הפסיד גם לר"ע אם כן ע"כ דאין הפי' קבלתי' להפסיד כמו לר"א אם כן גם כנגד המשכון הוי כלא פי' כלל דהא קבלתי' אין הכוונה כלל להפסיד גם לר"ע וע"כ שיסבור ר"ע בלי פי' כלל יפסיד כנגד כמשכון ושפיר כתבו התוספות כיון דביתר על המשכון אפילו פירש לא מהני אין סברא שיפסיד כנגד המשכון בלא פי' ודו"ק היטב ולק"מ אמנם כל זה לא יתכן רק לפי' ר"ח אבל לפי' ראשון בתוספות בד"ה בדפריש דמיירי בפי' בפירוש ונחלקו באסמכתא אם כן שפיר יש לומר דהכ' בלא שוי שיעור זוזי ובדמים היתירם על החוב כ"ע מודים דלא הפסיד דלא כשמואל דהוי אסמכתא ולא נחלקו רק כנגד המשכון דבזה סובר ר"ע דלא הוי אסמכתא ור"א סובר דגם בזה הוי אסמכתא כמו שכתבו התוספות בד"ה בדפריש ואכתי קשה מה צורך לדר' יצחק ודו"ק:

והנה מתחילה עלה בדעתי ליישב קושיא ראשונה שהיא היותר חזקה מכולם והוא דבלא"ה קשה מה שהקשה מהרש"א בפ' האומנין על מה שתירצו התוספות על קושיא הנ"ל דלכך לא מצי לאוקמא משנה בדשוי דלא היה חולק ר"י על ר"א ור"ע ותמה מהרש"א בתרתי חדא דמה צורך להם לומר שלא יחלוק על ר"א ור"ע הא בלא"ה כמו

דפריך הכא אי בדשוי מ"ט דר"א והיינו מצד הסברא לא יחלוק בדשוי כמו כן במשנה אי בדשוי מ"ט דר"י מצד עצמו ולמה להו לתלות שלא יחלוק על ר' אליעזר ור' עקיבא עוד הקשה דתירוצם אינו נכון כלל דיש לומר דר"י סובר דהמחלוקת הוא בדשוי ואף בזה חולק ר"א וסובר הוא כר"א ע"ש דהניח בצ"ע לכן היה נראה לכאורה בכוונת התוספות דוודאי לא זו דקשה דהוי ליה לתלות מילתא דשמואל בפלוגתא דתנאי דמתניתין כמו כן יש להקשות בהך דר"י דקאמר דר"א ור' עקיבא נחלקו בדר"י וקאמר על זה לימא דר"י תנאי וקשה בלא"ה הוי לי' תנאי במשנה דנחלקו אי הוי שומר שכר או שומר חנם והיינו בדר"י ומה זה שתלה הכל במחלוקת ר"א ור' עקיבא וע"כ צריך לומר דבמשנה אין להקשות כלום דהא לא קתני במשנה בפירוש דנחלקו על החוב אם אבד או לא ושפיר יש לומר דכ"ע סבירי להו דאבד החוב או משום דשמואל דסביר וקביל או משום דקנה משכון רק המחלוקת אם הוי על המשכון שומר שכר או שומר חנם דהיינו בדמים היתירים על החוב ואי הוי שומר שכר חייב לשלם הכל אפילו המשכון שוה אלף דינרים ולא הלוה רק דינר ולמ"ד דהוי שומר חנם לא הפסיד רק כנגד החוב משום דשמואל או דר"י. אמנם במחלוקת ר"א ור' עקיבא דמבואר להדיא דנחלקו בחוב עצמו אם הפסיד החוב או לא שפיר קאמר דפליגי בדשמואל ושמואל כתנאי או דפליגי בדר"י ור"י כתנאי והשתא דברי התוספות הנ"ל נכונים דוודאי במשנה לא הוי מצי להקשות מ"ט דר"י כמו דמקשה מ"ט דר"א דלר"א כיון דנקט בפי' דלא הפסיד החוב שפיר מקשה מ"ט דבזה אינו יכול לחלוק אדשמואל אבל במשנה יש לומר דר"י קאמר לענין הדמים היתירים על החוב ובזה לא שייך מילתא דשמואל ושפיר יכול לחלוק ר"י ועל זה כתבו התוספות דמ"מ כיון דר"א גם כן יודה לתנא דמתניתין לא יחלוק ר"י על ר"א ור' עקיבא והשתא לא קשיא קושיא שני' של מהרש"א דר"י יאמר דנחלקו בדשוי והוא סובר כר"א דהא ליתא כיון דנזכר להדיא בר"א דלא אבד החוב אם כן פשיטא שלא יחלוק ר"א בדשוי כמו דפריך אי בדשוי מ"ט דר"א אם כן גם ר"י יודה דלא יחלוק ר"א בזה וע"כ לא מיירי בדשוי ודו"ק היטב וקושיות מהרש"א מיושבים חדא בחבירתה. אמנם אחר העיון פשיטא דהא ליתא דאם כן אכתי תקשי מה זה שכתבו התוספות דלא יחלוק ר"י על ר"א ור' עקיבא דהא ר"י וחכמים לא נחלקו רק בדמים היתירים על החוב אבל כנגד החוב מודו דהפסיד משום דשמואל אם כן שפיר יש לומר דמשנה ר"א ובדלא שוי מיירי ונחלקו בדשמואל דר"א סובר כיון דאינו רק זכרון דברים לא הפסיד החוב כלל אבל בדשוי מודה או מטעמא דשמואל או מטעמא דהוי ש"ש ויכול ר"א לסבור כת"ק דהוי ש"ש ויכול לסבור כר"י ג"כ דהא לא מיירי כלל מענין זה רק בלא שוי סובר דלא הוי משכון כלל רק זכרון דברים ומה

שיסבור היכי דהוי משכון גמור או משום דשמואל ואינו חייב דמים היתירים על החוב או דהוי שומר שכר וחייב הכל זה לא נתברר כלל בדברי ר"א דלא מיירי כלל מזה ואין כאן קושיא על ר"י כלל וזה ברור וע"כ צריך לומר דסבירי להו לתוספות דבמשנה ליכא למימר דלא נחלק ר"י רק בדמים היתירים על החוב דהא ת"ק קאמר המלוה על המשכון ש"ש ופשיטא דבכלל זה גם החוב בעצמו דהא על הכל הוא שומר דמשום דשמואל גם כן הוא רק שומר שכר דליכא למימר דלשמואל דטעמא משום דסביר וקביל הוי אפילו שואל דסביר וקביל כל שלא יהא לו המשכון שיפסיד דאם כן מה זה שהקשו תוספות דלוקמא הך דהמלוה על המשכון שומר שכר בדפריש ומודה ר"א משום דשמואל או בדשוי הא במשנה קתני שומר שכר ולשמואל סביר וקביל הכל וע"כ דגם לשמואל אינו רק שומר שכר וכן מבואר עוד בתוספות להדיא שם וכ"כ הטור לדעתם אם כן פשיטא דת"ק כוונתו גם כנגד החוב אם כן היאך חולק ר"י סתם דהוי ש"ח הא כנגד החוב מודה וע"כ דחולק אפילו כנגד החוב ושפיר כתבו התוספות דלא יחלוק על ר"א ור' עקיבא ודו"ק. ולפי זה עדיין קושיא הנ"ל במקומה דהוי לי' למימר שמואל כתנאי דמתניתין ולא בדר"א ור' עקיבא דברייתא [ומ"מ לפי דברינו הנ"ל ארווח לן ראיה ברורה לשיטת רש"י דלר"י חייב באונסין וגם יתיישב קושית הראשונים על רש"י מסוגיא הנ"ל ויתבאר לקמן בס"ד] לכן נראה לפע"ד ברור [שוב ראיתי בתומים הביא סברא זו בשם חידושי הר"ן והנהני שכוונתי לדעתו] דמעולם לא עלה על דעת שמואל להכניס עצמו בעצם הענין אם מלוה על המשכון סביר וקביל להפסיד החוב או לא דזהו תלוי במחלוקת תנאים אם מלוה על המשכון שומר שכר או שומר חנם ולמ"ד דהוי שומר חנם מודה שמואל דהוי שומר חנם דמהיכי תיתי נאמר שסביר וקביל להפסיד החוב להיות כשומר שכר כיון שאינו רק שומר חנם בעצמותו רק שעיקר כוונת שמואל לחדש דמי שמקבל משכון שאינו שוה כמו החוב מ"מ מאחר שקיבל משכון זה כנגד החוב שהלוה היה דעתו שיהא המשכון זה כנגד החוב כמו שהיה שוה כמו החוב ואם מלוה על המשכון שומר שכר בעצמותו סביר וקביל שיהא על הכל כמו שומר שכר ואם שומר חנם בעצמותו סביר וקביל שיהא על הכל ש"ח ובשומר חנם נפקא מינה אם נאבד בפשיעה וכן שילם ולא רצה לישבע דאינו נוטל כלום דכללה הוא שהמשכון הוא כנגד החוב הן שוה פחות מן החוב או כמו החוב אמנם שמואל סובר באמת כמ"ד דמלוה על המשכון בעצמותו שומר שכר לכך פסק אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ולפי זה פשיטא דלא מצי למימר שמואל כתנאי דמתניתין דפליגי במלוה על המשכון בעצמותו אי הוי ש"ש או שומר חנם דמאי ענין זה למילתא דשמואל וכי בכל מקום שיחדש אמוראי דין אליבא דחד תנא

נאמר עליו דהוי כתנאי הא כ"ע מודים בזאת הסברא שחידש האמוראי אליבא דהאי תנא שאמר אליבי' דהא התנא השני גם כן מודה דאליבא דתנא הזה הדין כך רק הוא נחלק עליו בעצמות הענין וכ"ש כאן דגם להאי תנא ש"ח יש נ"מ ושייך גם כן הך דינא וזה פשוט וברור. גם בכל מקום הקושיא לימא כתנאי דהיה לו לומר הלכה כי האי תנא וכאן לא שייך זה דלא נשמע ממנו דין זה דמשכון השוה פחות מן החוב דינו כמו שהיה שוה ככל החוב ועיקר כוונת שמואל להשמיענו דין זה] אמנם מברייתא מקשה שפיר לימא כתנאי דשם נחלקו ר"א ור' עקיבא במשכון גרידא וכ"ע מודו בשטר עם משכון דאבד מעותיו [ובהכי ניחא דהביא סיומא דברייתא אבל הלוהו אלף זוז בשטר ולפי הנ"ל מכאן עיקר הקושיא ולפי זה מבורר הוא דר"א מודה דכל היכי דלא קיבל לזכרון דברים רק למשכון גמור דאבד מעותיו אם כן קשה אי בדשוי מ"ט דר"א דהיאך שייך לומר שישבע ויטול מעותיו מזה שיאמר דקבלו לזכרון דברים כיון דשוי כל החוב למה לא יוכל לומר שקיבלו למשכון גמור ומאיזה צד נאמר שקיבלו לזכרון דברים להוציא מעותיו בשבועה וע"כ דמיירי בדלא שוי וסובר דמשכון שאינו שוה כל החוב מסתמא אינו מקבלו רק לזכרון דברים כיון שאינו בטוח בחובו ואם כן הרי מילתא דשמואל ממש כתנאי שהרי ר"א סובר דמלוה על המשכון בעצמותו אבד מעותיו ומ"מ בדלא שוי סובר דלא הפסיד כלום דבזה לא קיבל רק לזכרון דברים ושמואל סובר להיפך דמשכון שאינו שוה כל החוב סביר וקביל להפסיד הכל כמו שהיה מפסיד אם היה שוה כמו החוב ור' עקיבא אית ליה דשמואל דיכול לומר כלום הלויתני רק על המשכון אבד המשכון אבדו מעותיו דכיון שקיבל משכון זה חלף החוב סביר וקביל שהוא אצלו כשוי' של כל החוב והשתא ניחא דקאמר אי בדשוי מ"ט דר"א פי' אי בדשוי והשתא לא קשיא כתנאי דכיון דר"א חולק גם בדשוי הרי הם חולקין בעצמות הדין במלוה על המשכון גמור אי הוי שומר שכר או שומר חנם אם כן אין ענין זה למילתא דשמואל דכ"ע מודים לדינו כנ"ל רק בדשוי אי אפשר שיחלוק ר"א כנ"ל אם כן ע"כ דנחלקו במילתא דשמואל ונסתלקו כל הקושיות הנ"ל: אמנם יש פנים אחרים לזה דרש"י פרק האומנין כדאמר לימא מתניתין דלא כר"א והתם קאי לפי המסקנא דפליגי בדשוי דאי בדלא שוי לא קשיא ממתניתין כמו שכתבו התוספות ופירש"י שם דר"א אינו מחלק בין במשכון בלי שטר עם שטר דבלי שטר קיבלו לזכרון דברים דזה לא שייך רק בדלא שוי רק כוונת ר"א דאפילו קיבלו למשכון גמור מ"מ סתם משכון אינו לגובייא דנהי דאינו לזכרון דברים מ"מ אינו רק להיות בטוח שלא יוכל לכפור בו ולא לגובייא לכך אפילו בדשוי לא הוי רק ש"ח ע"ש ואחר כך לפי מה דס"ד דפליגי בדשמואל פי' כמו שפירש כאן למאי דס"ד

דפליגי בדשמואל והשתא מבואר מדבריו דהכא לפי מה דס"ד לא ידע דיש לומר בר"א דאפילו משכון גמור שאינו לזכרון דברים מ"מ ישבע ויטול שיכול לומר דלא לגוביינא שקל רק להיות בטוח במעותיו משא"כ בשטר דהוא רק לגוביינא ועל זה מסיק הכא גם כן דבאמת בדשוי פליגי והא נמי אף שלא קיבל לזכרון דברים מ"מ לגוביינא נמי לא קיבלו ועדיין הוי שומר חנם אף שהוא משכון גמור ור' עקיבא אית ליה דר"י אם כן מה בכך דלאו לגוביינא שקלי' מ"מ קני לי' מגזירת הכתוב מדר"י ור"א לית ליה דר"י ושפיר הוי שומר חנם אפי' במשכון גמור וזה שדיקדק פרק שבועת הדיינין וז"ל ר"א לית ליה דר"י ואינו עליו אלא שומר חנם ואף על פי שהוא משכון גמור והיינו כמו שפירש פרק האומנין מעיקרא לפי מה דסובר דפליגי בדשוי ואחר כך דס"ד בדלא שוי פי' כמו שפירש כאן בס"ד דהכל תלוי בזכרון דברים ודו"ק היטב ומעתה פשיטא דלק"מ מה שהקשו התוספות דמה צורך לומר בדר"י פליגי לימא בדשוי ובדשמואל פליגי [כמו שפי' מהרש"א ע"ש] ולפי הנ"ל לא קשיא ולא מידי דמעולם לא הכניס שמואל עצמו בתגר הזה בדשוי שיעור זוזי אם קיבל למשכון להפסיד או שלא להפסיד דזה תלוי בעצמות הענין אי הוי שומר שכר משום דר"י או דר' יוסף או שומר חנם ואם הוי בעצמותו שומר חנם לא דיבר שמואל כלל דסביר וקביל להפסיד דוקא לכך הוכרח לומר דפליגי בדר"י וזה ברור ונכון ומעתה לפי זה כיון שנתברר שפי' זה עיקר בש"ס אם כן מוכח להדיא דלית הלכתא כשמואל מדקאמר כ"ע לית להו דשמואל והוי ליה לומר להיפך דכ"ע מודים לסברת שמואל דמשכון שאינו שוה כל החוב מ"מ כיון שקיבלו חלק החוב שהלוה לו הרי קיבלו כשווי' של כל החוב רק הם נחלקו במשכון השוה כמו כל החוב דר"א סובר שומר חנם ור"ע שומר שכר וע"כ צריך לומר משום דלית הלכתא כשמואל קאמר דכ"ע לית להו דשמואל בהך רק כיון שהוא שוה פחות לא קיבלו רק בדמי שווי' וכנגד החוב גופא נחלקו אי הוי שומר שכר או שומר חנם והתוספות הביאו שם ראיה גם כן מהא דלא קאמר דכ"ע אית להו ודחו שם ראייתם אבל ראיה הנ"ל אין לדחותה בזה וראיה ברורה היא דלית הלכתא כשמואל ומעתה לפי זה נדחו גם כן דברי התוספות במה שהשיגו על פירש"י שפי' לימא דר"י תנאי דרבה וודאי תנאי הוא וכתבו הם להיפך דרבה וודאי לאו תנאי הוא דכ"ע סבירי להו שומר חנם רק להפסיד החוב פליגי בדשמואל ע"ש שהאריכו ולפי הנ"ל הא ליתא ואין מקום לדבר זה כלל דכיון דסבירי להו שומר חנם אין מקום לדינו של שמואל ולא דיבר שמואל כלל בזה כמו שכתבתי רק שיש מקום לדינא כשנאבד בפשיעה או שילם ולא רצה לישבע כמ"ש לעיל וזה לא שייך במחלוקת ר"א ור' עקיבא דקתני ישבע ויטול מעותיו וכתבו התוספות גופא דהכוונה כל מעותיו

אם כן ליכא למימר שנאבד בפשיעה וע"כ שנאבד סתם אם כן לא יחלוק ר"ע כיון דהוי שומר חנם לא שייך דינו של שמואל ולא דיבר שמואל מאומה בזה כמו שביארנו מקודם בראיות ברורות וע"כ דרבה וודאי תנאי הוא ור' עקיבא לית ליה דרבה בוודאי וקיימא לן הלכה כר' עקיבא דר"א שמותי הוא ולפי זה מבואר להדיא דלית הלכתא כרבה דהא הלכה כר"ע והוא לית לי' דרבה בשום אופן וממילא נדחה ראיית התוספות מהך דקיימא לן כרבה לבר משדה ענין ומחצה דזהו במה שלא נחלקו רק רבה ור"י ולא במה שנחלקו ר"א ור' עקיבא דכללה הוא הלכה כר"ע ומה שהביא התוס' ראיה דהלכה כרבה דלר"י מוקמינן פלוגתייהו במלוה צריך למשכון אם כן אמאי מסיק מתניתין דלא כר"א לוקמא באין צריך למשכון ומודה ר"א וע"כ דלית הלכתא כר"י תמהני דהא פשיטא דלק"מ שהרי כל ההכרח שהכרחנו לומר דפליגי במלוה צריך למשכון לר"י הוא להנצל שלא יהא ר"י כתנאי אם כן פשיטא דלר"י כמו כן צריך לאוקמא משנה במלוה צריך למשכון דאי באין צריך יהא במשנה כתנאי ומה נפקא מינה אם יהא כתנאי דמתניתין או דברייתא ואדרבא במתניתין קשה טפי גם מה שכתבו התוספ' דלרבה מוקמינן משנה דשבועות באבד בפשיעה כמעט לא יתכן הציור בזה דאי במודה שאבד בפשיעה אם כן לרבה גופא דאמרינן מיגו להוציא לשיטתו כמבואר פרק חזקת אם כן ברישא נאמן המלוה לישבע כמה היה שוה דאם רצה לא היה אומר שפשע והיה נאמן בשבועה שלא פשע וע"כ שיש עדים שנאבד בפשיעה אם כן או דראו הפשיעה לבד ולא האבידה אם כן אפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ה"מ אם בא האונס מחמת הפשיעה כמו שכתבו התוספות ב"ק דף נ"ב בד"ה ושכיחי אם כן כאן ע"כ שראו האבידה מחמת הפשיעה אם כן מאי פריך פרק המפקיד א"א דמשתבע שאינה ברשותו היאך מצי מפיק לה הא בלא"ה ע"כ שיש עדים שנאבדה ודו"ק) ומהא דקאמר לימא דר"י תנאי הוא נמי מוכח דהלכתא כר"י ולית הלכתא כשמואל דאם לא כן קשה מאי קאמר דרב יוסף תנאי היא הא שפיר יש לומר דכ"ע סבירי להו דר"י רק לדידי' בדשמואל קא מיפלגי בדלא שוי ור"א סובר דאינו רק זכרון דברים כיון דאינו שוה כל החוב ור"ע אית לי' כשמואל כדקס"ד מעיקרא וע"כ צריך לומר משום דלית הלכתא כשמואל והלכה כר"י והשתא לר"י לא ימלט רק דפליגי בדשמואל אם כן ר' עקיבא כשמואל אם כן הלכה כשמואל דהלכה כר' עקיבא ואנן קיימא לן דלית הלכתא כשמואל אם כן לא יהיה הלכה כר"י דלדידי' ע"כ הלכה כשמואל והוכרח לומר דלדידיה במלוה צריך למשכון פליגי וגם זה ברור ומעתה יצא לנו שני ספיקות הראשונות שהצענו דהלכה כר"י דהמלוה על המשכון שומר שכר אבל מ"מ לית הלכתא כשמואל ואם המשכון שוה כנגד החוב או יותר אם

נגנב ונאבד מפסיד הכל ואם נאנס פטור מהכל אבל אם לא שוה כנגד החוב אינו מפסיד רק כנגד המשכון והשאר גובה [והיה אפשר לומר דאפילו כנגד המשכון יגבה דבזה אינו רק לזכרון דברים אבל זה אינו דדוקא בס"ד דמוקי פלוגתא בלא שוי הוכרח לומר טעמא דר"א דלית ליה דשמואל משום זכרון דברים דאם לא כן למה לא יפסיד כנגד אבל לפי מה דמסיק דפליגי בדשוי וטעמא דר"א דאפילו משכון גמור אינו בעצמותו רק שומר חנם א"כ שפיר יש לומר דהא דקאמר דכ"ע לית להו דשמואל היינו בהך שיפסיד הכל ולא בכנגד המשכון ודו"ק]:

ולפי מה שכתבתי מיושב היטב מה שתמה מהרש"א בתוס' שבועות בד"ה בדפריש דאכתי תקשי לגירסת רש"י אהא דפריך פרק האומנין לימא מתניתין דלא כר"א וקשה מאי קושיא מתניתין בדלא פירש ומ"מ אינו מפסיד רק כנגד המשכון דלית ליה לר"א דשמואל ור"א מיירי בדפריש לכך אינו מפסיד כלום דכיון דבלא פי' אינו מפסיד רק כנגד המשכון בפירש אינו מפסיד כלום ואי משום דלא היה חולק ר' עקיבא כמו שכתבו פרק האומנין דהך תוספות דשבועות לא סבירי להו הך שהרי הקשו כאן לפירש"י ולא תירצו רק משום כיון דבלא פירש מפסיד הכל עכ"פ בפירש יפסיד כנגד המשכון ולר"א משמע דמפסיד הכל ולא כתבו דלא יחלוק ר' עקיבא וע"כ משום דסבירי להו כאן דיכול לחלוק ר"ע והיינו דמודה דלא אבד יתר על המשכון אם כן אכתי תקשי קושיא הנ"ל שם דבאמת נימא דלא סבר ר"א כשמואל ואפי' בלא פירש אינו מפסיד רק כנגד המשכון א"כ בפירש מפסיד הכל ור"ע חולק דבפירש מפסיד כנגד המשכון [זהו תורף דבריו אלא שיש שם חסרון הניכר ורבים נשתבשו בו] ולפי הנ"ל ניחא דהא ע"כ דפירש לרש"י אין הכוונה כמו שפירש"י שם שפירש ואמר שלא קיבלו רק בדמי שווי' דאם לא כן לית פלוגתא דוודאי בכדי שווי' יפסיד רק הכוונה דפי' סתם שלא יפסיד אם כן תליא אי בדלא פירש גם כן אינו מפסיד רק כנגד בדפי' אינו מפסיד כלום ואי בלא פירש מפסיד הכל בדפירש לא היה הכוונה רק שלא יפסיד הכל והשתא פשיטא דלק"מ דוודאי כאן הקשו התוספות שפיר לפירש"י דנימא דכ"ע אית להו דשמואל דבלא פירש מפסיד הכל ובפירש חולק ר"א דאינו מפסיד כלום ואי קשיא בשטר למה יפסיד לר"א לק"מ דבשטר כיון דע"כ לגוביינא שקלי' אם כן מבואר דלא היה הכוונה מה שפירש רק שלא יפסיד היתר ולא כנגד משא"כ שם שיהא הקושיא כמו שהקשה מהרש"א דר"א לית לי' דשמואל ובלא פירש גם כן אינו מפסיד היתר לכך בפירש אינו מפסיד כלום אם כן מ"ש שטר דהא ע"כ דמה שפירש היה כדי שלא יפסיד כלום דאי על היתר בלא פי' גם כן לא הפסיד ומה בכך דלגוביינא שקלי' כיון דבהכרח פי' שלא יפסיד וכל תנאי שבממון קיים אם לא

שנאמר גם שם דר"א אית ליה דשמואל, בלא פירש דמפסיד הכל ובפי' אינו מפסיד כלום ובשטר מורה דלא פי' רק ביתד לא כנגד אם כן שפיר הך תירוץ התוספות דכאן דכיון דבלא פירש אית ליה דשמואל דמפסיד הכל דין הוא דאפי' בפירש ובלי שטר יפסיד כנגד ולמה סובר דבלי שטר אינו מפסיד כלום ודו"ק היטב כי זה ברור ועוד יש לי פנים אחרים והנ"ל נראה עיקר:

ומעתה נבוא אל ביאור ספק השלישי אם לר"י שלא בשעת הלואתו חייב באונסין או דאינו רק שומר שכר ולפי מה שבארתי דהעיקר כפירש"י ומוכרח לומר דמה שחילק ר"א בין שטר מבלי שטר הוא משום דבשטר וודאי לגוביינא שקיל ועל זה סובב כל הסוגי' כמו שבארנו אם כן מבואר גם כן דר"י לענין אונסין מיירי דאם לא כן למה לי קרא הא שלא בשעת הלואתו בוודאי לגוביינא שקלי' כמו שפירש"י פרק האומנין אם כן אפילו בשעת הלואתו כל היכי דלגוביינא שקלי' הוי שומר שכר וע"כ דר' יצחק בא לחדש להוכיח מקרא דחייב באונסין [וראיתי בתומים שכתב גם כן הכרח זה אלא שהוא הוכיח דלא כרש"י דרש"י כתב כן לפי פירושו וכבר השיגו התוספות על פירושו ופירשו שטר פי' שלא בשעת הלואתו ולפי הנ"ל ליתא ואדרבא כבר הוכחתי דהעיקר בזה כרש"י ואי אפשר לפרש הסוגיא בלא זה אם כן גם דינו באונסין לר' יצחק מוכרח הוא] ומה שהקשו התוספות בשבועות על פירושו דהא למאי דמוקי לה בדשוי אי אפשר לומר כן דלכ"ע אינו משמט אם כן אי אפשר דלקחו לזכרון דברים ולפי הנ"ל ניחא דלמאי דמוקי בדשוי מודה רש"י דהוי משכון גמור ולא לזכרון דברים כמו שפירש שם להדיא ומ"מ אינו חייב באחריות דלאו לגוביינא שקלי' רק להיות בטוח שלא יכפור בו ומשכון כזה שפיר יש לומר דאינו משמט וכ"ש לפי מה שכתב הש"ך דבשמיטה כ"ע מודו דהוי גובייגא ממש כיון שנתברר שאין לו ממה לגבות ולק"מ ומה שהקשו הראשונים מהא דמשני פרק האומנין כאן במשכנו בשעת הלואתו כאן במשכנו שלא בשעת הלואתו וקשה למה קאמר במשנה דהוי שומר שכר כיון דמיירי שלא בשעת הלואתו לק"מ וכבר נשמר רש"י בעצמו מזה וכתב דהטעם משום דבהא וודאי לגוביינא שקלי' ודמי לשעת הלואתו כשהלוהו בשטר דכ"ע מודים משום דמוכח מחמת השטר דלגוביינא שקלי' וכ"ש בשלא בשעת הלואתו דוודאי לגוביינא שקלי' ואדרבא מזה מוכח כרש"י כמו שכתבתי דכיון דאיצטריך קרא דב"ח קונה משכון ולא משום דשקלי' לגובייגא דהא מעיקרא דלא אסיק אדעתי' דר' יצחק ומ"מ סובר שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש וע"כ דר' יצחק אתי לאורויי' דקונה קנין גמור גם לאונסין. ומה שהקשו עוד דלפי מה דמוקי לה דפליגי בדר"י ואמר בשעת הלואה תקשי מתניתין דקתני המלוה על המשכון ש"ש ור"י סובר ש"ח דכ"ע

דלא כר"י דקנה להיות כשואל והש"ך דחק ליישב קושיא זו ולפעד"נ דלק"מ ואדרבא מזה סיוע לדעת רש"י דוודאי קשה מה זה שתלה כתנאי בהך דר"א ור"ע הא במשנה גופא כתנאי וע"כ צ"ל משום דבמתניתין לא קתני כלל מהפסד החוב רק בעצם המשכון א"כ יש לומר דכ"ע מודים דהחוב נפסד לגמרי מכח דר"י והם לא נחלקו רק בעצם המשכון ונ"מ ביתר על החוב רק במה שנחלקו ר"א ור"ע בפי' בדמי החוב דלר"א גם זה לא הפסיד שפיר הוי ר' יצחק כתנאי ולפי זה מוכח דלר"י חייב באונסין דאל"כ אלא לא הוי רק ש"ש א"כ תקשי הא מדברי התוספות דכתבו ליישב הקושיא על רש"י דלא מוקי מתניתין בדשוי דלא יחלוק ר"י על ר"א ור"ע וקשה אכתי לוקמא דמחלוקת ר"י במשנה הוא ביתר על החוב אבל בשיווי החוב מודה דהפסיד ור"א בדלא שוי משום דהוי זכרון דברים ואתיא דר"א בין לת"ק בין לר"י כמו שהקשיתי לעיל וע"כ צריך לומר כיון דמ"מ אף כנגד החוב אינו רק שומר שכר א"כ ת"ק דקאמר המלוה על המשכון ש"ש ממילא כולל גם כנגד החוב א"כ ר"י החולק חולק גם בזה דאם לא כן לא היה לו לומר סתם ש"ח דבחד גוונא מודה לת"ק ולפי זה אי נימא דר"י נמי ש"ש קאמר עדיין הוי תנאי במשנה גופא דלא מצי לאוקמא ביתר על החוב כיון דת"ק כולל גם כנגד החוב דבהא נמי ש"ש א"כ גם ר"י חולק על הכל אבל לשיטת רש"י דחייב באונסין אתי שפיר דת"ק נמי אינו כולל רק ביתר על החוב דבזה הוי ש"ש משא"כ כנגד החוב הוי שואל ור"י נמי לא פליג רק על ש"ש דת"ק אבל לא על שואל דבהא מודה לר"י רק בפלוגתא דר"א ור"ע דנחלקו בפי' נגד החוב שפיר שקיל וטרי' אליבא דר"י ולק"מ ואדרבא מוכח מזה כרש"י ומה שהקשה הרמב"ן מהא דאמרינן פרק ד' וה' כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונעשה עליו שומר שכר לנזקין נראה לפע"ד ג"כ דלק"מ דוודאי מטעם ש"ש נעשה על כל השור אפילו על חלק הבעלים כמו שפירש"י להדיא משא"כ מטעמא דר"י לא קני רק כנגד החוב לא בחלק הבעלים וא"כ עדיין לא יתיישב שם דראשון אינו צריך להפסיד הכל והוכרח לומר דנעשה ש"ש על הכל והרב הש"ך האריך בזה ולפעד"נ פשוט כמו שכתבתי. ומה שיש לברר עוד בפרטי הדברים לכל דעה בפני עצמה יתבאר כל אחד במקומו בסמוך בס"ד: והנה הש"ך חתר דרך אחרת ליישב הך דפרק השולח דאמרינן המלוה על המשכון אינו משמט בדר"י והמציא דין מחודש דאפילו בשעת הלואתו כל שנתברר לב"ד שאין לו ממה להשתלם רק ממשכון זה שייך ג"כ דר"י וקונה אותו אף לאונסין וקשה לי על דבריו דהא בסוף פרק שבועת הדיינין במלוה על המשכון אף שאינו שוה אלא פלג וקאמר דנחלקו כנגדו ור"י הנשיא סבר כנגדו נמי משמט ואמאי תפיס משכון לזכרון דברים וקשה מה בכך דמתחילה תפסו לזכרון דברים הלא עכשיו נתברר

דאין לו ממה להשתלם רק ממשכון זה הרי לגוביינא הוא ולמה ישמט והוא תמוה מאוד וע"כ צריך לומר דהא מ"מ לולי שמיטה הוי לזכרון דברים שוב שביעית משמטת וא"כ ליתא לדעת הש"ך ואמת כי לשיטת הש"ך מיושב היטב פירש"י שפי' לחלק בין שטר בלי שטר משום דזה לגוביינא וזה לזכרון דברים והקשו שם בתוספות בשמיטה ולהש"ך לק"מ דשמיטה וודאי לגוביינא שקיל ועדיף טפי משטר דהא אי אפשר להשתלם אבל הנ"ל קשה גם עיקר סברתו אינה נכונה דהא מ"מ יכול לעשות פרוזבול וכדומה שלא ישמט ואינו מוכרח דלגוביינא הוא אך זהו לפי תירוצו לדעת הרא"ש פרק השולח אבל לפי מה שביקש בלא"ה לק"מ דמ"מ בשעת שמיטה אינו יכול לעשות פרוזבול ולא שום דבר אך זה בלא"ה אינו נכון כיון דבלי שמיטה היה יכול לגבות ולא הוי משכון גמור כדר"י היאך נימא דמחמת השמיטה יהא משכון לקנות דגם המשכון משמט ודו"ק:

ט הרי זה שומר שכר. עש"ך ס"ק י' דאפילו כבר פרעו הוי ש"ש והשיג על מהרשד"ם בתשובה סימן צ"ח ודבריו תמוהין לפע"ד ופשיטא דדברי מהרשד"ם נכונים דהא בש"ס קאמר התם בהדיא דבעי למימר הך דכל האומנין שומרי שכר אתיא דלא כר"מ דקאמר שוכר שומר חנם וקאמר דדוקא אומן דמוגיר לי' לדידי' ושביק לאחריני הוי שומר שכר ופריך שוכר נמי ומשני אומן בהאי הנאה דיהיב ליה טפי פורתא [עיין פירש"י שם] הוי שומר שכר והשתא תקשי הא במתניתן קתני וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות שומר חנם וקשה למה הא כבר קיבל שכר שמירה דיהיב לי' טפי פורתא והוי שומר שכר כל זמן שהוא בידו כמו הכא בשביל פרוטה דר"י וכמו כן לטעם הראשון בההיא הנאה דמוגיר ליה לדידי' ואמת כי לפי המסקנא יפה מחלק הש"ך דכיון דחזינן דיהיב לי' ואינו תופסו על חובו א"כ אין זה הנאה לו אפילו קודם שרצה להחזירו דמ"מ חזינן שאין זה אצלו הנאה כלל וגם מעיקרא לא היה לו משא"כ בפרוטה דר"י דכבר קיבל אבל כוונת מהרש"ם לס"ד דגם שם קיבל הנאה גמור' מעיקרא, מ"מ כל שביקש להחזירו נסתלק מדין שמירתו א"כ הכא נמי כיון שכבר פרעו פשיטא שביקש להחזירו והרי נסתלק מדין שמירתו ואף שאפשר שלא נתכוון מהרשד"ם לזה (כי ספרו אין בידי לעיין בו) אבל הדבר בעצמותו נכון הוא ודברי הרשב"א צ"ע. ודע דלשיטת רשב"א ה"ה למ"ד דשכר מצוה הוא משום שטוח וניעור מכל מקום כל שקיבל שכר מצוה פעם מחמת שטוח וניעור נעשה שומר שכר כל זמן שהיא בידו אף שבתוך כך נפטר מלשוטחה ולנערה כיון דכבר קיבל שכר שמירה פעם אחת ובתומים האריך בזה ולפעד"נ כמו שכתבתי:

י שומר שכר עש"ך דאפילו מלוה צריך למשכון כך הדין ואי קשיא אפילו למ"ד שומר חנם הא הוי שוכר וכשומר שכר דמי דכיון דלא פי' רק יכול להשתמש מעצמו כן לא

הוי שוכר עד שישתמש עכ"ד ולא הבנתי לפי דבריו הא דאמרינן במלוה צריך למשכון פליגי היינו כשלא פי' להשתמש בו וגם לא נשתמש אם כן היאך קורא אותו מלוה צריך למשכון ומנין נדע דלהנאתו נתכוון כיון שלא הוציא מפיו ולא נשתמש ואמת כי בזה יש ליישב דברי ר"ח שהביאו התוספות שם שפי' מלוה צריך למשכון שאינו רוצה להלות בלי משכון ותמהו התוספות שם ולשיטת הש"ך ניחא דקשיא ליה באמת קושיא הנ"ל כיון דלא פי' ולא נשתמש מנין נדע שצריך למשכון וע"כ דאנו רואין שאינו רוצה להלוות בשום בטוחות אחר רק במשכון דוקא ומזה אנו יודעין דצריך למשכון להשתמש לכך אינו רוצה להלוות באופן אחר (כגון בשטר ואפותיקי וכדומה אך קשה לשיטת הטור ע"כ מיירי בהתנה אבל באמת לק"מ דדוקא בשוכר דעלמא שהוא מוציא הדבר מרשותו ומחמתו אינו יכול להשכירו לאחרים כי שכור הוא אצלו כל אימת שירצה להשתמש בו לכך אפילו שכרו שישתמש בו כל אימת שירצה הוי שומר שכר מעכשיו אפילו לא נשתמש משא"כ כאן שהדבר אצלו בתורת משכון ומחמת שכירותו לא הפסיד לבעלים בשום דבר דבלא"ה לא היו יכולין לעשות בו שום דבר אם כן מאיזה צד יהא שוכר כל זמן שלא נשתמש בו ומה עשה לו כיון דבלא"ה בהכרח אצלו והוי כמו שוכר לאחר ל' והניחה ביד המשכיר עד אותו הזמן דפשיטא דלא הוי שוכר ושומר שכר רק לאחר הזמן וכאן אף שהוא בידו קודם שימוש לא לא מן השם הזה רק מחמת המשכון ולא הפסיד לשוכר כלום בזה וכ"ש כשהתנה בפי' שלא יתחיל להשתמש רק אחר עבור זמן מה וקודם הזמן נאבד א"כ פשיטא דלא הוי שוכר כל זמן שלא היה יכול להשתמש והשתא פשיטא דלק"מ. ועיין מ"ש לעיל ליישב קושית הת"ח בזה:

יא ואין חילוק עסמ"ע ס"ק י' ודעתו לפרש כוונת הרב דהך דעה מפרשים כרש"י ורי"ף דגרסי שמואל בלא פירש ופסקו דלא כשמואל לכך אין חילוק דאפילו קיבלו סתם לא הפסיד הכל דלא כשמואל (והיה אפשר לפרש דברי הרב בהיפוך וקאי אהא דקאמר ש"ש וקמש"ל דלא נימא כיון דלית לן דשמואל א"כ בקבלי' סתם לא הפסיד כלום דלזכרון דברים נקטי' קמש"ל דלא נחלקו רק ביתר אבל כנגד המשכון לעולם הפסיד ואפילו סתם וכמו שכתבתי לעיל סוף ס"ק ח' ע"ש אבל לשון הטור אי אפשר לכוון לזה) אח"כ הביא הי"א דבפי' אף הם מודים דלא נחלקו רק בסתם כפי גירסת רש"י זהו תורף דברי הסמ"ע בזה. ואין דבריו נכונים כלל דבהדיא מבואר בטור דדוקא לדעת ר"י קאי הך דינא בפי' שיפסיד הכל ולא לדעה הקודמת ע"ש אך מה שכתב הש"ך ס"ק י"ב דהטור סובר אפילו לדעה ראשונה כגירסת ר"ח ופירושו ופסקו דלא כשמואל דלא הפסיד הכל אינו נכון כלל דא"כ מה זה שכתב הטור מעיקרא דאין חילוק בין פי' שאינו מקבל רק בכדי שווי'

בין קיבלו סתם דהא זה אפילו לדעה שני' אין חילוק והוי ליה לומר רבותא טפי דאפילו פי' שקבלו על הכל לא הפסיד הכל דזהו עיקר הרבותא מה שפסקו דלא כשמואל אמנם כוונת הטור בפשיטות דוודאי בדעה ראשונה נמשך אחר גירסת רש"י והרי"ף דשמואל בלא פירש וכיון דבא לומר דפסקו דלא כשמואל הוכרח לומר דאין חילוק בין פי' לסתם דזהו עיקר דינם לפי גירסתם אבל בהך דאם פי' אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי זה אין ענין לשמואל ולדינם של גאונים רק שמואל מיירי בלא פי' כלל והם פסקו דלא כשמואל רק אח"כ לדעה שניה והם גורסים כפי גירסת ר"ח א"כ שפיר כתב הדין בפי' דזהו דינו של שמואל לפי שיטתם וגירסתם ולפי זה הך דינא אם פי' אף דלא שוה אלפא זוזי לא נתברר כלל לדעה א' מה דינו כיון דשמואל לא מיירי בהך גוונא כלל רק דלדעה שניה נתברר דאבד הכל דהוא מילתא דשמואל לכך בדעה ראשונה כתב דאין חילוק בין פי' שלא קיבל לקיבל בסתם דזהו עיקר דינו של שמואל לפי גירסתם וזהו ג"כ כוונת הרב דבדעת המחבר כתב דאין חילוק דהוא דעת הרי"ף ורש"י ורמב"ם והם גורסי' כפירש"י ואח"כ כתב וי"א לדעת ר"י והם גורסים כר"ח א"כ בסתם לא אבד הכל רק בפי' שקיבל על הכל ולענין הדין נראה לפע"ד אף שלא נתברר בדעה ראשונה מהו הדין בפי' כי האי גוונא כיון דהם לא מיירי בהכי כלל מ"מ נראה לפע"ד מבחוץ דסבירי להו אפילו בכהאי גוונא לא הפסיד הכל דאל"כ תקשי לפי גירסת רש"י והרי"ף מאי קאמר התם לא בדלא שוי כ"ע לית להו דשמואל והכא בדשוי ובדר"י קמיפלגי וקשה בלא"ה לא הוי כתנאי וכך הוי ליה למימר בלא פריש כלל כהך דשמואל כ"ע לית להו דשמואל והם בדפריש אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' ולר"א קבלתי' לא להפסיד נתכוון ולר"ע להפסיד כמו לגירסת ר"ח וע"כ צריך לומר דסבירי להו להך דעה כיון דבסתמא לית הלכתא כשמואל ולא להפסיד קיבל א"כ ממילא כל שלא פי' בפי' להפסיד מסתמא לא להפסיד נתכוון ולא היה חולק ר"ע ודוחק לומר להיפוך דדוקא לגירסת ר"ח צריך לומר דר"א פליג דלא להפסיד נתכוון אבל לגירסתם סבירי להו דבזה לא היה חולק ר"א דוודאי להפסיד נתכוון זה דוחק דהא להך דעה טפי אבד הכל מלהך והיאך נאמר דטפי יש מקום לומר לשיטת ר"ח דלא להפסיד נתכוון ולהרי"ף לכ"ע להפסיד נתכוון וכמו כן יש להקשות בהך דפרק האומנין דמצי לאוקמא מתניתן כר"א על דרך זה לכן נראה דלדעה ראשונה הוי הכל כסתם כל שלא פירש שיפסיד כדעת הש"ך ס"ק י"ב אבל הפי' בטור הוא כמו שכתבתי: ועוד נראה לפע"ד להוכיח כמו שכתבתי דוודאי יש להבין בעיקר הקושיא שהקשו התוספות לגירסת רש"י דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו היכי דלא פריש וקשה הא מעיקרא פשיטא עד דמשני לחלק בין פריש ללא פריש דהוי ס"ד שמואל

בלא פריש דאי דוקא בדפריש וכ"ש לפי' ראשון בתוספות דפריש שיפסיד אם כן תקשי מאי מקשה ממתניתן דהיאך יעלה על הדעת שנאמר דמתניתן גם כן בפריש שיפסיד הכל ומאיזה צד באה קושיא זו שנפרש מתניתן כן דלא מיירי כלל מזה רק לאשמועינן דיני משכון במודה במקצת וכופר הכל וע"כ דכוונת התוספות דוודאי מעיקרא מיירי בלא פריש רק אח"כ כיון דע"כ צריך לשנוי ולאוקמא מילתא דשמואל ומתניתן בתרי גוונא אם כן כל כמה דמצינו לשנוי לקרב אל הדעת מילתא דשמואל טפי הוי ליה לשנוי כך ובהכי ניחא מה שהקשו התוספות אח"כ מפרק האומנין דלוקמא מתניתן בדפריש והם בלא פריש וקשה בלא פריש אין סברא שיפסיד כל החוב לר"ע והשתא סבירי להו לתוספות דלר"ע מפסיד הכל וכ"ש בפרק האומנין דכתבו להדיא דלר"ע מפסיד הכל ע"ש במהרש"א אם כן מאי קשיא להו שם דלוקמא משנה בפריש ולפי הנ"ל ניחא דוודאי כל כמה דלא מצינו לישנוי רק אפי' בלא פריש מפסיד הכל יכול לתרץ כך כדקס"ד הכא רק אם נוכל לישנוי באופן שיודה בלא פריש הוי ליה לישנוי טפי כך ודו"ק. ולפי זה מוכח דלרש"י באמת אין נ"מ כלל בין סתם לפי' אף דלא שוי' קבלתי' דכיון דמסתמא לא קיבל להפסיד אף בלשון זה מהיכי תיתי נאמר להפסיד נתכוון והוי כלא פי' כלל ושפיר משני בלא פריש והא דלא משני בפריש שיפסיד זהו לא ניחא ליה כמו שדחו התוספות גופא:

אמנם אם פי' בפי' שיפסיד כל החוב נסתפק הש"ך אם בהא כ"ע מודו דהפסיד הכל או דגם בזה לא הפסיד הכל דהוי אסמכתא כמו שכתבו התוספות סוף פרק שבועת הדיינין ופרק האומנין ולפי שיש לי להתלמד הרבה בדברי התוס' שם בזה צריך אני להאריך קצת. והנה התוס' שם פירשו מתחיל' בשם ר"ת דשמואל בפי' בפי' שיפסיד כל החוב ור"א סובר דהוי אסמכתא ואפי' כנגד המשכון לא הפסיד ור"ע סבר דהכא שהפסיד משכונו גמר בדעתו להפסיד כל החוב עכ"ד שם וקשה לי על דבריהם דהא לקמן פריך לימא כתנאי מהך דהמלוה על המשכון ונכנסה שמיטה דמר סבר משמט ומר סבר אף שאינו שוה אלא פלג אינו משמט וקאמר דפליגי בדשמואל והשתא אי שמואל בדפריש אף הם מיירי בדפריש דוקא והשתא יש להבין במה נפשך אי נימא דעיקר הכוונה התם דתליא בדשמואל דלמ"ד דהוי אסמכתא במה שקיבל שאם יאבד יפסיד אם כן ממילא כיון דלא הפסיד באבד לא קני המשכון כלל ומשמט א"כ תקשי למה קאמר התם דלכ"ע כנגדו אינו משמט רק דנחלקו בדשמואל כנגד כולו דמ"ש הא למ"ד דהוי אסמכתא אפילו כנגדו לא הפסיד אם אבד אם כן למה לא ישמט כנגדו דהא כנגדו נמי לא קני ליה כלל וע"כ צריך לומר דכמו דהוי אסמכתא במה שפירש להפסיד כמו כן הוי אסמכתא בענין

זה מה שפירש שאם יהא המשכון קיים שלא יוכל לתבוע השאר היתר על שיוי המשכון מבלי שיחזיר לו המשכון גם זה הוי אסמכתא כי בלי פריש היה יכול לתבוע אותו החוב אף שאין המשכון מזומן בידו עכשיו לא היה יכול לעכב עליו החוב היתר רק מכח שפי' שמקבלו על כולו אם כן גם בזה הוי אסמכתא הילכך בזה לא הוי אסמכתא רק במה שלא יוכל לתבוע היתר על החוב אבל כנגד המשכון לא הוי אסמכתא דוודאי אינו יכול לתבוע אותו כנגד המשכון בלי המשכון אם כן כל כמה שהמשכון בידו לא שייך על זה לא יגוש משא"כ הכא לענין להפסיד אף כנגד המשכון הוי אסמכתא דוודאי לא ביקש שיפסיד וכן מבואר בתוספות שם בד"ה אלא לאו כנגד כולו ע"ש והשתא תקשי מ"ט דמ"ד דלא הוי אסמכתא דהא כל הסברא כתבו התוספות דהכא שאני שהפסיד משכונו והא התם לא הפסיד משכונו שהרי ישנו בידו אם כן שפיר הוי אסמכתא במה שלא יוכל לתבוע אותו היתר על החוב בלי המשכון ואי נימא דכיון דלענין אם הפסידו, לא הוי אסמכתא והפסיד אם כן ממילא אינו משמט הא ליתא דהא מ"מ בישנו בידו יכול לתבוע המותר בלי משכון דהא לענין זה הוי אסמכתא אם כן לא יגוש קרינן בי' ומשמט המותר ואי נימא להיפך דזה לעולם לא הוי אסמכתא כיון שאינו מפסיד רק העיקר האסמכתא הוא לענין אבד להפסיד והשמיטה תלוי בענין זה אם כן הדרא קושיא לדוכתא אפילו כנגד המשכון למה לא ישמט הא גם בזה הוי אסמכתא שלא להפסיד אפילו כנגד המשכון כמו שכתבו התוספות כאן וכיון שאינו מפסיד משמט ואמת כי לולי דברי התוספות שם היה נראה לפרש בפשיטות דמעיקרא אילימא כנגדו והיינו דכ"ע אית להו דשמואל דלא הוי אסמכתא בדפריש רק הם בלא פריש מיירי וכנגדו אינו משמט דחשיב כמפורש אם כן מ"ט דר"י הנשיא הא כנגד המשכון חשיב כמפורש ומזה דייק דכנגד כולו פליגי בדשמואל והכוונה דמר סבר כנגד כולו משמט כיון דהכל הוי אסמכתא באבד ומר סבר כנגד כולו אינו משמט דלא הוי אסמכתא כלל ובאבד מפסיד הכל ועל זה משני לעולם כנגדו וטעמא דר"י הנשיא דאפילו כנגדו כיון דאינו שוה כמו החוב כל שלא פי' לזכרון דברים נקטי' ולפי זה שפיר לפי המסקנא כ"ע אית להו דשמואל ואפילו לפי מה שכתבו התוספות בד"ה בדפריש דלשמואל לא שייך לומר לזכרון דברים כנגד החוב מ"מ יש לפרש כהנ"ל דלמסקנא באמת מסיק דכ"ע לית להו דשמואל כפירש"י שם אבל עכ"פ לא קשיא קושיא הנ"ל אבל התוספות גופא כתבו לקמן בד"ה אלא לאו דלמאי דפליגי בשמואל לכ"ע כנגדו אינו משמט רק כנגד כולו פליגי וקשה כנ"ל וצ"ע ועיין בסמוך:

יב וי"א דאם פי' היינו למאן דאית ליה דשמואל כמבואר בטור כמו שכתבתי לעיל וכתב רש"י פרק שבועת הדיינין דהיינו דוקא אם נאבד אבל אם המשכון קיים ע"כ גובה חובו

אם סתם מלוה ל' יום ואם קבע זמן לכשיגיע זמנו יפרענו ע"ש וכתב על זה הר"ן פרק ש"ה שם וז"ל כך כתב רש"י ז"ל ומתניתן נמי דייקי הכי דקתני סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה וכו' חייב ואי אמרת דכל שהמשכון קיים אינו יכול לכופו לפורעו התם בפרק המפקיד דלא הוי סבירי ליה מעיקרא לאוקמא מתניתן במאמינו מאי הודאה איכא הא לא מודה ליה מידי בברי אלא וודאי כדאמרן עכ"ל מבואר מדבריו דכמו כן לדעת רש"י אם ישנו המשכון בידו ואינו רוצה ליתן לו עכשיו ורוצה ליקח ממנו המותר על דמי המשכון גם כן לא דיבר שמואל מזה ויכול לתבוע ממנו ודוקא כשנאבד הפסיד הכל ולא כל זמן שהוא קיים יכול לתבוע המותר בפני עצמו דאל"כ אכתי התם לאו מודה במקצת הוא דהא לא קא מודה ליה מידי בברי דשמא ישנו בידו והתם אינו רוצה ליתנו לו ואינו חייב ליתן לו כלום דשמא ישנו ואינו רוצה להחזירו עד שישבע שאין לו ולא הודה בברי וקשה לי טובא על זה דלפי דבריו מאי קאמר שם לימא כתנאי במילתא דשמואל בהך דשמיטה והא התם המשכון קיים ולא דיבר שמואל מזה ושפיר שייך לא יגוש כיון שיכול לתבוע ממנו המותר בלי משכון כלל ומדמדמי לה למילתא דשמואל מבואר בהדיא דזה נמי נכלל בדברי שמואל שכל כמה שלא יחזיר לו המשכון אפילו ישנו בעולם אין צריך ליתן לו כלום אפילו היתר על המשכון ועוד קשה דהא הר"ן גופא קודם שם הביא דברי הרמב"ן ז"ל בדין זה ממש ונחלק הוא עליו מהך סוגיא דהתם וכתב שם להדיא דתליא בדשמואל דלשמואל אינו יכול לתבעו היתר על המשכון אף שהמשכון קיים רק אי ליתא לדשמואל חייב לשלם לו היתר אפילו אינו מחזיר לו המשכון ע"ש והרי דבריו סותרין זה את זה דכאן מבואר מדבריו דאפילו לשמואל כך הדין ועוד קשה בעיקר הראיה של הר"ן דהא התם ע"כ לאו אליבא דשמואל קיימינן דהא לדידי' אם אבד מפסיד הכל אם כן לפי טענתו של מלוה גופא אין לו כלום וע"כ כדמוקמינן סוף פרק ש"ה דמתניתן לא איירי בגוונא דשייך דינו של שמואל והיאך מביא הרב ז"ל ראיה מזה אליבא דשמואל וראיתי בהגהת מהר"ם שם כתב על זה וז"ל דהא אוקמא לה כדפריש שאינו מקבל המשכון אלא באחריו' שווי' אבל אם כשאינו מאמינו וצריך המלוה לישבע שבועה שאינו ברשותו כמאן דלא פריש דמי שהרי אינו נפטר מן הלוה על דבר משכונו עד שישבע עכ"ל שם ויראה לכאורה שהרגיש בקושיא ג' שכתבתי אבל דבריו סתומים מאוד ונראה כוונתו דוודאי משנה בדפריש אבל אי נימא דגם לענין זה קאי מילתא דשמואל אף שהמשכון קיים שלא יוכל לגבות אף דפריש שאינו מקבל אלא בשוה מ"מ לענין זה הוי כלא פריש אם ישנו שלא יוכל לגבות ועדיין שייך מילתא דשמואל ולא הודה בברי אבל הוא תמוה חדא דאכתי תקשי דלפי זה אפילו אינו נותן לו המשכון יכול לכופו לפרעו המותר

כשישנו תחת ידו ואכתי קשה שני הקושיות הראשונות ועוד כיון דפירש למה לא יועיל הפירוש גם על זה שיוכל לתבוע המותר כיון שלא קיבלו רק באחריות דמיו בשווי' והיתר על המשכון אין לו שייכות למשכון כלל באופן שדברי הר"ן הללו תמוהין מאד לפע"ד ולענין עיקר הדין בוודאי אם מחזיר לו המשכון פשיטא שגובה חובו כמו שפירש"י וכמו שכתב הר"ן עוד ראיה אחר כך אבל אם אינו רוצה להחזיר לו המשכון אפילו ידוע שישנו ואפילו אומר שיחזירנו לו אחר כך פשיטא דאליבא דשמואל אינו חייב ליתן לו כלום בלי המשכון כמו שהוכחתי ולמאן דלית ליה דשמואל תליא במחלוקת הר"ן והרמב"ן שם קודם ויתבאר לקמן בס"ד:

יג קיבל קתא דמגלא וכו' עש"ך ס"ק י"ג והוא מדברי התוספות פרק שבועת הדיינין שהקשו שם על פירש"י שפי' דנסכא הואיל ומידי דבר פרעון הוא לא קיבלי' עלי' רק בדמי שווי' דלפי דבריו מאי פריך לשמואל ממתניתן שמואל מודה במידי דבר פרעון ולפעד"נ ליישב בפשיטות דוודאי אי אפשר לפרש כוונת רש"י דנסכא הואיל והוא שוה סכום מה קבלו לפרעון משא"כ קתא דאינו שוה רק מעט מזעיר שאין ערך לו כנגד החוב דהא וודאי ליתא דהא במשכון השוה פלג החוב מדמי לה התם למילתא דשמואל גבי שמיטה וע"כ דכוונת רש"י כך דכל דבר המסויים כגון כלי וכהאי גוונא אין דרך לקבלו בפרעון כלל אבל נסכא הוא דבר שאינו מסויים כלל והוי כמו מטבעות כך וכך שאין אדם מקבל מטבעות פחות בעד יותר וכמו כן בנסכא דהוא עצמו מידי דפרעון על סך כפי מה שהוא ולא שייך שיקבלנו על יותר ולפי זה שפיר פריך דהא במשנה קתני עלה שמא ישבע זה ויוציא הלה הפקדון וזה לא שייך רק בכלי ודבר המסויים אבל במידי דפרעון שהוא דבר הנמצא לכל העולם גם יכול לחברו בקל ולא יהא ניכר וגדולה מזו דעת הרמב"ם במיני מצוי בשוק לא שייך שמא יוציא אפילו בכלי (כמו שאבאר לקמן ס"ק מ') וכ"ש בנסכא ומידי דנהוג בפרעון דלא שייך שמא יוציא הלה הפקדון ובהכי ניחא הא דמקשה מסיפא הא מרישא קשה דקתני שקל היה שוה פטור הא אפילו יודה בסלע פטור [ודוחק לומר דברישא לא קשיא ליה דידע דיש לומר דמיירי במודה שלא קיבל רק בדמי שווי' רק בסיפא קשיא לי' יאומן במיגו והיינו דקאמר לימא ליה ועל זה משני דמיירי דידוע דפירש זהו דוחק] ולפי הנ"ל ניחא דברישא יש לומר במידי דבר פרעון אבל בסיפא דחיישינן שמא יוציא הפקדון לא שייך זה וצ"ע בזה:

יד אבד המשכון אבד הכל. דוקא אבד אבל באונס אפילו לשמואל פטור כן מוכח להדיא מדברי התוספות וטור אבל ה"ה פרק י' מהלכות שכירות כתב דעה דלשמואל אפילו באונס מחייב ובאמת כי לפי שיטת התוספות דאפילו לרבה דסובר ש"ח מ"מ איתא

לדשמואל אלמא אף דבעצמותו לא הוי רק ש"ח מ"מ סביר וקיבל להיות כשומר שכר אם כן מ"ש דנימא לענין ש"ש דוקא ואי משום דכל כמה דיוכל לומר דקיבל פחות בשמירה יש לומר כן כמו שכתב הסמ"ע ס"ק י"ב אם כן למה לא נימא רק דלא קיבל לענין שיהא אף על היתר ש"ח ולא ש"ש וע"כ דלשמואל קיבלו ממש לגובייא אם כן לענין אונסין נמי ולפי דבריהם מיושבין הרבה קושיות בש"ס חדא הא דלא קאמר שמואל כתנאי במשנה דפרק האומנין ולמה תלה בפלוגתא דתנאי דברייתא ועוד מה שהקשו התוס' דמאי פריך לימא מתניתן דלא כר"א לוקמא בדפריש או בדשוי ומשום דשמואל ולפי הנ"ל לק"מ דהא במשנה קתני שומר שכר ולשמואל הוי שואל אבל מ"מ לדינא רבו הפוסקים דבאונס פטור וכ"ש לפי מה שהכרעתי לעיל ס"ק ח' דאין ענין שמואל להך רק שחידש דכמו שהוא על המשכון אם היה שוה כמו החוב כמו כן הוא אם שוה פחות דכיון שקיבלו חלף החוב קיבל זה כנגד זה כמו שהיה שוה כמו החוב ע"ש שהוכחתי כן בראיות ברורות אם כן פשיטא דליתא לדברי ה"ה הללו:

טו ואם נאנס. נחלקו בזה הסמ"ע והש"ך דעת הסמ"ע דוקא בשמא אבל בברי הלוה נאמן אפילו בלי מיגו והש"ך חולק דבלי מיגו המלוה נשבע ונוטל לעולם. והנה מה שכתב הסמ"ע דלא נאמר המיגו רק להנצל משבועה חמורה אין לו שחר כלל דמאיזה צד יהא כאן שבועה חמורה ולא מצאנו שבועה בנק"ח דהוא שבועת המשנה רק בנוטלין אבל הנשבע לפטור עצמו ושבועה דאורייתא אין עליו ליכא שבועה בנק"ח רק היסת אמנם בגוף הדין צ"ע באמת דלמה לא יאומן בלי מיגו כמו טענת פרעתי ומ"ש הך טענה מהך וביותר אני תמה דלפי דברי הש"ך מה שנחלקו בבעל התרומות שער מ"ט דאיכא מ"ד דמלוה נשבע ונוטל היינו אפילו אית ליה מיגו וזה וודאי תימה גדולה דהלוה לא יאומן במיגו ואי דאנו נחשוב כל תביעה בפני עצמה זה תובע משכון וזה תובע מעות לכך זה נשבע על משכונו וזה חייב לשלם המעות ודמי לדלקמן סימן פ"ה בשנים שהוציאו שטר חוב דקיימא לן זה גובה וזה גובה וכ"ש כשיש נ"מ דאם כן בטלו כל דיני המלוה על המשכון המוזכר במשנה פרק הדיינין דלעולם לא תמצא שיהא הלוה מודה במקצת רק המלוה דזה תובע משכון וזה מודה לו במקצת וזה תובע מעות ומודה לו הכל ואדרבא מהאי טעמא נאמרה ונשנית משנה זו אף שכבר נתבאר בתחילת הפרק דין כופר הכל ומודה במקצ' והיינו להורות שהמשכון נחשב כשובר על החוב לא דמי לדלקמן סי' פ"ה דכאן כיון שהמשכון נלקח מתחילה על החוב לכ"ע נידון כשובר אם כן מ"ש לגבי נאנסו דלא יאומן במיגו וע"כ צריך לומר דגם הך מ"ד מודה דבמיגו מהימן ומוקי משנה במיגו אבל היכי דליכא מיגו שפיר חשבינן כל חוב בפני עצמו כמו התם אם כן מבואר דהחולק

חולק דאפילו בלי מיגו מהימן ולא הזכיר מיגו רק ליפטר מהיסת כמו שכתב הסמ"ע. ובזה נדחו דברי התומים דביקש להקשות בפשיטות על הש"ך דמ"ש הכל מחלק כמו דשם נאמן הלוה בלי מיגו בענין שיוי המשכון ה"ה בטענה שלא נאנס ומזה הוכיח דמיגו דקאמר בעה"ת לאו דוקא והא ליתא דנהי דזה לאו דוקא אבל מ"מ החולק שם פשיטא דחולק אם כן תקשי לדידי' הך קושיא דאי אפשר לתרץ כלום אבל לפי מה שכתבתי מוכח שפיר דע"כ דהחולק שם מיירי בלי מיגו ומוקי משנה במיגו אם כן מבואר דלדידן בלי מיגו מהימן:

אמנם בגוף הדין מה שהסכימו כל הפוסקים דבטוען שמא הוי אינו יודע אם פרעתיך וחייב קשה לי לרבה דאמרינן מיגו להוציא ויש פוסקים הרבה דסבירי להו כן להלכה אם כן רישא וסיפא בלוה כופר הכל ומודה במקצת למה לא יאומן מלוה בשבועה כמה היה שוה במיגו דאי בעי אמר נאנסו דאז היה הלוה חייב לשלם הכל דהוי איני יודע אם פרעתי וליכא למימר דהלוה יודע דנאבד בלא אונס או שיש עדים דהא בפרק המפקיד מבואר דלולי הקושיא לר"ה לא הוי מוקמינן ביש עדים ומאמינו וכן במסקנא לא מוקי רב אסי בעדים ומאמינו רק מי נשבע תחילה וצ"ע:

יז אלא שומר חנם מבואר בטור אפילו הלוהו פירות ואמת שכן מוכח בש"ס דקאמר מכלל דלת"ק לא שני לי' והוי ליה למימר מכלל דת"ק בהלוהו מעות מיירי וע"כ דבא לאשמועינן דלא זו דת"ק מיירי במעות רק הא נמי מוכח מדקא מחלק ר"י בין מעות לפירות ות"ק לא מחלק מבואר דלת"ק אין שום הפרש בין זה לזה שאם היה לשיטתו במציאות שום חילוק הוי ליה לחלק ולפי זה לרבה ע"כ במשנה פליגי בדשמואל דאל"כ הוא כתנאי במשנה אם כן כמו במעות ביתר על החוב הוי שומר חנם כמו כן בפירות דמדחלק לר"י מכלל דלת"ק לא שני ליה אך הא קשיא כי נראה מדבריו דלר"י באמת בפירות הוי שומר שכר אפילו ביתר אם כן לא יהא דומה במשנה שומר שכר דת"ק לש"ש דר"י ובמשנה משמע להדיא דר"י מודה לדינו דת"ק בפירות ולשיטת הש"ך אף בפירות נחלקו ולמה לא נזכר מחלוקת בפירות ואדרבא ר"י קאמר הלוהו מעות שומר חנם ופירות ש"ש והיינו כש"ש דת"ק לכן נראה דאליבא דרבה דכ"ע לית להו פרוטה דר' יוסף רק בדשמואל קמיפלגי ות"ק סובר דסביר וקיבל ואפי' סתם הוי כמפרש נגד מעותיו של משכון ור"י סובר דלא אמרינן סביר וקיבל ואפי' פי' אין הכוונה קבלתיו להפסיד אבל בפירות אז מודה ר"י לדינו של שמואל דסביר וקיבל אם כן אינו ש"ש רק כנגד המשכון ובפריש קבלתיו על כל החוב אבל ביתר על החוב דלא שייך דינו של שמואל לכ"ע שומר חנם:

יח שומר חנם. עש"ך שהשיג על מהר"ם דהיינו דוקא במלוה על המשכון דהוא בשעת הלואתו אבל שלא בשעת הלואתו אפילו היתר על החוב חייב לשלם דבההיא הנאה דתפיס לי' אזוזי הוי שומר שכר על הכל ובתומים הביא ראיה לדבריו מדברי הריטב"א שהקשה למה לי דר' יוסף הא בלא"ה הוי שומר שכר דתפיס אזווי ותירץ דאז לא נעשה ש"ש רק כנגד החוב לא יותר אבל לר"י הוי על הכל וקשה מ"מ למה לי דר' יצחק תיפוק ליה דתפיס אזוזי וע"כ משום דר"י גם כן נעשה שומר שכר על הכל ואין זה נכון דא"כ תקשי במה שכתבו התוספות פרק האומנין דהקשו גם כן למה לי דר"י תיפוק ליה דתפיס אזוזי ותירצו דבשעת הלואתו לא שייך הנאה דתפיס אזוזי ויש לתמוה דהא מ"מ תקשי בדר' יצחק למה לי הא תפיס אזוזי דזהו שלא בשעת הלואתו וע"כ משום דהוי שומר שכר על הכל אם כן גם הך קושיא מיושב ולמה לו לחדש דבשעת הלואתו לא שייך תפיס אזוזי דאפילו שייך אצטריך על הכל כמו בדר' יצחק וע"כ דאצטריך דר"י שיוכל לקדש בו אשה דמשום דתפיס אזוזי דהוי שומר שכר לא הוי מצי לקדש בו אשה ולקנות בו קרקעות ועבדים לזה אתי קרא דהוי קנין אצלו [ומ"מ בשמירה אינו רק שומר שכר לשיטת התוספות ולפי זה גם דברי הריטב"א יתפרשו כך דלכך לא הקשה בדר' יצחק כנ"ל אבל בדר"י דבלא"ה השתא נמי אינו יכול לקדש בו אשה דלא הוי רק ש"ש גרידא ולא קנין אם כן שפיר הקשה תיפוק ליה דתפיס אזוזי ולעולם דאפילו משום דר' יצחק לא הוי רק כנגד החוב ולא יותר גם מה שביקש להוכיח להיפוך בהא דלא כש"ך דמשום תפיס אזוזי לא הוי ש"ש על הכל רק משום דר"י דאל"כ לא תירץ לר' יוסף כלום דהא משום תפיס אזוזי גם כן הוי ש"ש על הכל וגם זה אינו דוודאי בלא"ה תירצו התוספות דבשעת הלואתו לא שייך תפיס אזוזי רק כנגד החוב לא ניחא לי' לריטב"א תירוץ זה לכך תירץ דאצטריך דר' יוסף להיות ש"ש על הכל אבל ביתר מדמי החוב מודה לסברת התוספות אבל שלא בשעת הלואתו דלא שייך סברת התוספות מודה דמשום דתפיס אזוזי הוי ש"ש על הכל ואי קשיא למה דר' יצחק מתורץ כמו שכתבתי דאצטריך לגוף הקנין לקדש אשה וכדומה ואדרבא פשיטא דאי נימא דסובר הריטב"א דאפילו שלא בשעת הלואתו משום תפיס אזוזי לא הוי שומר שכר על הכל תקשי משום דר' יצחק יהא שומר שכר על הכל מ"ש והא זה הקנין לא שייך כלל על היתר על החוב דפשיטא דלא קני ליה כלל כמו שכתב הש"ך להדיא ס"ק ט ולכ"ע אינו יכול לקדש בדמים היתרים על חוב אם כן מאיזה צד יהא ש"ש על הכל וע"כ משום דתפיס אזוזי ודר' יצחק אתי לקדש אשה כנ"ל וזה ברור:

גם מה שכתב להוכיח דלא כמהר"ם דאל"כ יהא פי' אבד דרישא דמתניתן דלא כפי' אבד דסיפא לס"ד דר' יצחק אפילו בשעת הלואתו ולק"מ דאם כן לשיטת התוספות דפסקו כרבה וכתבו להדיא דלפי זה סיפא אבד בפשיעה דהא מיירי ביתר על החוב ורישא אבד בגניבה ואבידה משום דשמואל דכנגד המשכון חשיב כמפורש וע"כ דהא ליתא דהא רישא בפשיעה נמי מיירי ודו"ק ועיין ש"ך ס"ק י"ח מה שהקשה על מהר"ם שכתב על תשובת רש"י דאותו מותר ישלם לו שפשע לתת במתנה דבר שאינו שלו ולפע"ד דכוונת מהר"ם שם כך דלוי פשע שנתן ליודא מתנה דבר מה שבאמת אינו שלו ויכול יודא לומר שאילו הייתי יודע שהוא אינו שלו לא הייתי מקבלו בשום פנים לשמרו ואם הייתי מקבלו הייתי משמרו היטב אבל עכשיו שהייתי סבור שהוא שלי וכי מחוייב אני לשמור את שלי ומי ימחה בידו שיאבדו בידים לכך לוי שנתנו לו במתנה בטעות חייב לשלם ליודא מה שהזיקו באבידת המשכון וכהאי גוונא נסתפק מהר"ם בשמעון שהכשיל ללוי ומ"מ נסתפק כמו שכתב הש"ך דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא גמיר דיני אסמכתא אבל בהך מפשט פשיטא ליה למהר"ם דוודאי לא ידע כלום ולפי זה נדחה גם כן מה שהקשה על מהר"ם על שכתב דשמעון מסייע שהכשיל ללוי דכיון דלוי פטור לא הכשילו ולפי הנ"ל לק"מ דלוי חייב לשלם שהפסיד ממונו של יודא במה שנתן לו במתנה דבר שאינו שלו כנ"ל ונידון מה שהקשה הש"ך על תשובת רש"י גופא נראה לפע"ד דסובר רש"י דלכך נאדי רב אשי מלפרש משנה כפשוטה היינו משום דלא שייך לומר דתקנו חכמים שבועה על המלוה משום תקנה מה שיש חשש דישבע לשקר מחמת דלא קים ליה לכך פי' מי נשבע תחילה אבל שבועה דאורייתא מודה רש"י דלא עקרו ממנו מחמת חשש זה כדמוכח במשנה בסיפא להדיא ומה שהקשה הש"ך דלמה לו לרש"י הטעם דניתנה לו במתנה הא אפילו הלוה מבואר במשנה דמהימן בשבועה נראה לפע"ד דכוונת רש"י כך דוודאי יש להבין במשנה גופא למה לא יאומן מלוה במיגו דכופר הכל ואי אין אדם מעיז הא לא קים ליה בגווי' כמו דאמרינן דהלוה מאמין אותו שאינו ברשותו ואינו מאמין כמה היה שוה לפי שלא קים ליה בגווי' אלמא שאינו חושדו לשקר א"כ למה ישבע בסיפא הא יש לו מיגו ולא יעיז כלום וע"כ צריך לומר דוודאי אין הכוונה דהלוה מאמין ברישא שהוא אומר וחושב שהוא כך באמת דוודאי אם הלוה על המשכון בשעת הלואה ודיקדק לידע כמה היה שוה כדי שידע כמה להלוות עליו אם כן אי אפשר שיצמצם להלות על משכון השוה בצמצום כמו הסך שהוא מלוה ובוודאי רואה שיהא שוה יותר עכ"פ אם כן שאינו ברשותו שיטעון שקר גמור מה שיודע בהיפך זה לא יטעון אבל כמה היה שוה שפיר חשדו שבאמת אינו יודע אבל יודע עכ"פ שיהא שוה יותר ויהא משיל"מ

ויתחייב הכל לכך אינו אומר רק סלע אבל שיטעון שקר בבירור לא חשיד ליה ולפי זה ממילא מהאי טעמא לית ליה מיגו דיאמר דהיה שוה בצמצום סלע ולא יותר בוודאי דבזה שפיר מעיז בו דהוא יודע דמשקר בזה לטעון על הספק ברי וגם שיודע בוודאי שהיה שוה יותר עכ"פ] וזהו שם דהלוה עליו משא"כ הכא דלא לוה יודא על חפץ זה שום דבר ולא היה שלו מעולם גם כן א"כ שפיר יש לו מיגו דהיה כופר דאינו שוה רק כפי סך הלואה ואפשר פחות ומה לו ליודא בכך כיון שהוא לא לוה לדעתו אינו שוה כ"כ ודוקא המלוה בעצמו כיון שהוא לוה עליו הרי בהכרח ידעת ששוה יותר מג' כנ"ל ואיך יאמר עכשיו דלא אבל יודא שלא הלוה עליו רק ניתן לו יוכל לומר שלא היה שוה רק כמו המעות שהלוה אם כן הוי כופר הכל ויכול להעיז כיון דלא קים ליה בגווי' ועל זה הוצרך רש"י לתרץ דזה גרע כיון שניתן לו במתנה בוודאי ידע כמה היה שוה כאדם היודע בשלו כנ"ל בכוונת רש"י:

יט שאם דמי המשכון יתירים וכו'. אבל כנגד המשכון לכ"ע הוי ש"ש אפילו לא פירש דסתם הוי כמפרש כ"כ התוספות פרק שבועת הדיינין לדעת ר"ח ור"י אבל אם פירש אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' אפי' אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וקשה לי בדברי התוספות הללו כיון דשמואל בדפירש ואין הכוונה פי' בפירוש רק אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' ומחלוקת ר"א ור' עקיבא הוא אם קבלתי' הפי' להפסיד או לעכב בידו עד שיפרע אם כן היאך יצוייר ענין זה דסתם הוי כמפרש או הפי' כמפרש בפי' שיפסיד אם כן למה יסבור ר"א דלא הפסיד כלום דנהי דביתר אינו סובל הלשון להפסיד אבל זה הא אנו דנין על מחשבתו דלהפסיד נתכוון וע"כ דר"א חולק בעצם ענין זה דאפילו נגד המשכון לא אמרינן להפסיד נתכוון אם כן מה זה שתירצו התוספות על הך קושיא דלא מוקי מתניתין דהאומנין כר"א ובפירש וכמו כן הא דלא קאמר כ"ע אית להו דשמואל משום דאי מודה בפריש סתם כמפרש דמה בכך בפריש מודה דלשון קבלתי לא יסבול רק להפסיד אכל בלא פי' כלל חולק על עצם הענין דבסתם לא דנין מחשבתו להפסיד ובוודאי אי אפשר לצייר סתמא בפירוש לשון סתם קבלתי' דהוא מובן בשני אופנים ותליא בפלוגתא בפריש דהיאך שייך לומר מה שאנו דנין על מחשבת האיש הזה דהוי כפריש כך ולא ימלט אחד משני אופנים או דמצד עצמות הענין אמרינן דוודאי סביר וקביל להפסיד או דלא ואין צורך להאריך לדחות זה כי הוא מובן מאליו ונראה דכוונת התוספות דהך מה שנחלקו בלשון קבלתי' תליא בהא דר' עקיבא סובר דכנגד המשכון בוודאי סביר וקביל להפסיד והרי כאילו פי' בפי' שיפסיד זה א"כ אם אמר אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' מבואר דלהוסיף על זה בא דעל הכל מקבל הפסד כיון דכבר קיבל

הפסד בסתמא כנגד המשכון שוב לא שייך לומר קבלתי לא להפסיד נתכוון אמנם ר"א חולק בגוף סברא זו דבסתמא גם כן לא נתכוון להפסיד כלל אם כן אין מובן בלשון קבלתי שאמר להפסיד דגם כן לא להפסיד נתכוון ואינו מפסיד כלום והשתא שפיר כתבו התוספות דהואיל דסובר ר"א גם כן בפירש כשמואל מבואר דסובר בסתם דהוי כמפרש דאם לא כן לא יובן לשון קבלתי' להפסיד דזה תלוי בזה וכתבתי זה לפי שכל יסוד דין זה תלוי בדברי התוספות הללו ולכאורה דבריהם תמוהין בלי הבנה כלל לזה בארתי דבריהם כמו שכתבתי אף שלשון התוספות מורה לכאורה בענין אחר ועוד יתבאר בסמוך מה שיש לדקדק בדברי התוספות הללו:

כ אלא אבד מעותיו ולא יותר עסמ"ע דאם פי' קבלתי אפי' לא שוי הפסיד הכל וכתב ב"י דהיינו דוקא בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה אפי' פי' קבלתי לא הפסיד רק המשכון בלבד וכתב כן בשם התוספות ותמהו האחרונים דלא נזכר בתוספות שם דבר מזה ותמהני דפשיטא דמוכח כן להדיא מדברי התוספות דהם כתבו דר"א ור"ע נחלקו בפי' אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי ולר"ע הפסיד הכל ולר"א לא הפסיד כלום והם פירשו גם כן סיפא דהלוהו אלף זוז בשטר אין הכוונה כפירש"י רק הכוונה שלא בשעת הלואתו והשתא תקשי לס"ד דפליגי בדשמואל סיפא דקאמר בשטר ד"ה אבד המשכון אבדו מעותיו מבואר דבזה לית פלוגתא וקשה הא בזו גם כן מחלוקת הנ"ל דלר"א לא הפסיד רק כנגד המשכון משום דר' יצחק ודשמואל לית ליה אבל ר"ע סובר כדשמואל אם כן הפסיד הכל דכיון דרישא בפירש סיפא נמי וע"כ דשלא בשעת הלואתו לא שייך מילתא דשמואל ולכ"ע לא הפסיד רק כנגד המשכון משום דר' יצחק ולא יותר ובתומים נתן טעם לדין זה דכיון דבלי הקבלה הוי ש"ש לשלם המשכון לא הפסיד הלוה משכונו והוי אסמכתא כמו שכתבו התוספות לחלק שאני הכא שהפסיד ע"ש ובאמת יש לדון בדבר זה לפי מה שכתבו התוספות דסתמא כנגד המשכון הוי כפי' אם כן בפי' קבלתי למה לא יהא אסמכתא הא בלי קבלתי סתמא לא הפסיד הלוה משכונו א"כ קבלתי' הוי אסמכתא וליכא למימר דאנן אמרינן דאי נימא דהוי אסמכתא אם כן אף כנגד המשכון הוי אסמכתא כמו שכתבו התוספות שם קודם אם כן אף זה יפסיד הלוה אם כן הדר לא הוי אסמכתא כלל הא ליתא דע"כ לא כתבו התוספות דהוי אסמכתא רק בפי' על הכל כיון דהוי אסמכתא לא הפסיד כלום אבל אם פי' שיפסיד כנגד המשכון אין זה אסמכתא דלא יהא דאינו רק ש"ח הא מתנה ש"ח להיות כש"ש וכשואל ובדברים ואף כאן כיון שאנו דנין דעתו דהוי כפריש וסביר וקיבל א"כ ממילא מה שפירש הוי אסמכתא דבלי דבריו סתמא הוי כפי' ולא הפסיד ואמת דגם בגוף דברי התוספות יש להבין דהא פשיטא

דגם לתירוץ ראשון בתוספות דמיירי בפריש בפירוש ג"כ צריך לומר דסתמא הוי כפי' דאל"כ יקשה מהך דהאומנין ודלא קאמר כ"ע אית להו דשמואל וע"כ משום דסתמא כפי' א"כ תקשי לר"א למה לא יפסיד כנגד המשכון דמה בכך דפירש הוי אסמכתא מ"מ דל מהכא מה שפירש הא סתמא כפי' וזה לא הוי אסמכתא ולא דמי להתם דלא הוי אפותיקי למיגבא מיני' משום דבלי דבריו לא היה כלום ודבריו הוי אסמכתא ובטלו לגמרי אבל כאן נהי דבטלו דבריו הא סתמא כפי' בדמי המשכון שיפסיד וזה לא הוי אסמכתא דמתנה שומר חנם כנ"ל אם לא שנאמר דכוונת התוספות דזה תלוי בזה דאי אמרינן דהוי אסמכתא ואפילו פי' שיפסיד הכל לא גמר ומשעבד נפשי' אם כן אפילו כנגד המשכון מ"מ בסתמא עכ"פ לא משעבד נפשי' אבל למ"ד דלא הוי אסמכתא ואפילו פי' שיפסיד הכל גמר ומשעבד נפשי' אם כן ממילא כנגד המשכון אפילו בסתמא יש לומר דמשעבד נפשיה אבל עדיין צ"ע דהא הך אסמכתא תלוי אם הפסיד הלוה משכונו או לא הפסיד אם כן ממיל' יש לנו לומר דסתמא הוי כפי' כנגד המשכון שלא יפסיד משכונו ולמה נימא בשביל זה שניהם סתמא כפי' וגם פי' לא הוי אסמכתא דהא כל זה הוא כדי שלא יפסיד אם כן די שנאמר דסתם כפי' בשביל זה כדי שלא יפסיד גמר ומשעבד אבל פי' שיפסיד הכל הוי אסמכתא כיון דאינו מפסיד הלוה משכונו וע"כ צריך לומר דאין כוונת התוס' כמו שהבין התומים רק הואיל דהלוה מפסיד חפץ שלו הוא מתרצה כנגדו להפסיד כל חובו אף שעולה יותר ואף שמשתלם הלוה דמי משכונו דמ"מ חלף שנאבד משכון שלו סביר וקיבל להפסיד חובו אם כן בטלה סברא הנ"ל דלא שייך מילתא דשמואל בשלא בשעת הלואתו משום אסמכתא דאכתי לא הוי אסמכתא כנ"ל וצ"ע בדברי התוספות שם כי דבריהם סתומים וחתומים שם וכבר כתבתי בכמה מקומות בזה במה שיש לתמוה בדבריהם. גם צ"ע אי נימא דכנגד המשכון בלבד הוי אסמכתא א"כ מ"ש דגבי שמיטה דכנגד לכ"ע אינו משמט הא ע"כ דזה גם כן תלוי באסמכתא ואי משום דהתם לטובת המלוה אם כן ביותר גם כן לא הוי אסמכתא וע"כ משום דלענין אבידה הוי אסמכתא לענין שמיטה משמט אם כן לענין אבידה הוי אסמכתא אפילו כנגד המשכון ולמה בשמיטה לכ"ע כנגד אינו משמט ועיין לעיל ס"ק י"א בסופו: (כא) וחזר והפקיד. עש"ך ס"ק כ"ה ודבריו צ"ע כי פי' דעת רבינו ברוך במה שכתב דהוי ש"ש הואיל דתפס אזוזי כוונתו דלכך הוי כפי' ומשום דשמואל ולא ידענא מאי קאמר דהא התוספות פרק האומנין הקשו דלמה לא נימא גם במלוה על המשכון טעם דתפס אזוזי ותירצו דזה הטעם לא שייך רק שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו אין זו הנאה דמי מכריחו להלוות ע"ש ולפי זה תקשי לרבינו ברוך במה נפשך אם זה הוי הנאה לשיטתו

אם כן למה לא יהא באמת ש"ש מטעם זה ואי דמודה לסברת התוספות אם כן מאיזה צד נאמר דבשביל זה הוי כפריש דהא בסתמא לא קאמר שמואל רק בפריש אם כן למה נאמר דבשביל הנאה זו סביר וקיבל הא לא מיקרי הנאה כלל ואי הוי הנאה בשביל זה בעצמו הוי ש"ש גם מה שכתב דלכך לא הגיה הרב כאן כלום משום דהלוה מוחזק אינו נכון דמ"מ נ"מ גם בזה אם תפס המלוה דלר"י לא מהני תפיסה ולרבינו ברוך מהני תפיסה והיה לו להזכיר המחלוקת. לכן נראה לפע"ד ברור דרבינו ברוך רוח אחרת היה לו בזה דלא כתוס' ומחברים רק דסובר כמו שכתב הריטב"א על קושית התוספות הנ"ל דלא קאמר במלוה על המשכון משום דתפס אזוזי דזה הטעם לא שייך רק להיות שומר שכר על כנגד החוב דזהו הנאה שלו ולא על היתר מהחוב וזה התירוץ סובר רבינו ברוך לעיקר והשתא מודה דליתא לדשמואל או דהלכה כרבה דמ"מ כנגד החוב מחולקים מטעמא דתפיס אזוזי ור"ע סובר דהוי הנאה להיות ש"ש ור"א פליג אבל דשמואל כ"ע לית להו והשתא ר"י לשיטתו דסובר כסברת התוספות דלכ"ע בשעת הלואתו לא שייך תפיס אזוזי רק אליבא דרבה דהלכה כוותי' נחלקו בדשמואל א"כ כיון דמעיקרא סביר וקיבל להיות כש"ש שוב לא נסתלקה שמירתו במה שמסרו ללוה אח"כ דמ"מ כבר נעשה ש"ש אבל להאי טעמא דתפס אזוזי כיון דאח"כ מסרו לא הוי ש"ש כלל כדמוכת בש"ס גבי אומנין דאם אמר אחר כך הבא מעות וטול את שלך שומר חנם וכמו שחילק הש"ך גופא לעיל ס"ק ו' ע"ש ובהא נחלקו ולפי זה יפה עשו המחבר והרב שלא הביאו דעת רבינו ברוך דאנן לית לן רק הני תרתי או דהוי ש"ש ולית לן דשמואל או דהוי ש"ח ואית לן דשמואל כמו שכתב הטור והרב להדיא ולא סבירא לן הך סברא דתפיס אזוזי כמו שכתבו התוס' אם כן בין אי אמרינן ש"ש או ש"ח הלכתא בהא כר"י ולא כרבינו ברוך וזה ברור ולפי זה אם תפס המלוה גם כן לא מפקינן מיניה אפילו למ"ד ש"ח:

אמנם בגוף דברי ר"י צ"ע כיון דס"ל דשמירתו של מלוה לא נפקע במה שמסרו ללוה אם כן דין הוא שיפטר הלוה בכל גוונא מכח שמירה בבעלים ואפילו פשע ודו"ק היטב ועיין בש"ס פרק המפקיד דל"ה והתם שאני שאין על זה שום חייוב ואחריות משא"כ הכא כיון דהלוה ש"מ ואם נגנב ונאבד חייב המלוה אם כן ממילא אפי' פשע יפטר ודו"ק היטב וצ"ע:

והנה הש"ך בס"ק כ"ד כאשר חשב להסכים להב"ח דלא כהמחבר כתב דמ"מ דין השני של המחבר בבגדי אשתו אמת מטעם דמסתמא ברשות בעלה משכנה ע"ש שהאריך ולא ידעתי מה שייכות יש הך דברשות משכנם להך דלא תוכל לתפוס על הכתובה דזה לא נאמר במרדכי שם רק משום דקשיא ליה דנהי דנימא דכיון דלא החזיר בתורת חזרה רק

בשאלה עדיין הם ברשותו מ"מ תוכל לתופסם מטעם אחר שתאמר דשלא בדין בא לידו מעיקרא במשכון דגזל הם ושלא ברשותה ניתנו לידו אם כן אין לזה שייכות לדין הקודם ועל זה כתב המרדכי בשם ר"י דאינה נאמנת בזה דמסתמא ברשות משכנם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אבל אי לא נימא כדין הראשון של המחבר לא הועיל סברא זו כלום דמה בכך דהוא ברשות אפי' יהא חפץ שלו ממש לא בגדי אשתו כלל יכולה לתופסם דכיון שהחזיר אותם ומת נעשו מטלטלין אצל בניו וכמו כן לכתובת אשתו ויכולה לתופסם לכתובתה וע"כ כדעת ר"י דכיון שלא החזיר בתורת חזרה רק בשאלה ופקדון עדיין הם ברשותו ולא נעשו מטלטלין אצל בניו ולא לכתובה וכמו כן אי לא נימא הך סברא דמסתמא ברשות משכנם עדיין לא הועיל כנ"ל ותרווייהו מיצרך צריכי באופן שלא נתבררו לי דברי הש"ך בזה אם לא שדעתו לחלק מסברא דלענין שלא נעשו מטלטלין חשובין ברשותו ולענין שמירה להתחייב באחריות לא מלבד מה שלא בירר טעמו חסר העיקר בדבריו ולא היה לו להזכיר מה שברשות משכן כי לא על זה דנין כלל וצ"ע:

כב נעשה עליו ש"ש וכתב מהר"ם פדאווה שם דש"ש לא הוי דלא שייך בזה מצוה ופרוטה דר"י כיון דהוא פורע רבית לעובד כוכבים ותמה הש"ך דאפי' אינו פורע ריווח לעובד כוכבים למה יהא ש"ש דלא נהנה כלום ותירץ הש"ך דמהר"ם מיירי דעובד כוכבים לא רצה להלוות על משכונו של ראובן רק של שמעון. והוא תמוה דאם כן אפי' פורע ריווח לעובד כוכבים למה לא יהא ש"ש דהא מצוה רבה עשה דנתן לעובד כוכבים משכונו כדי להמציא מעות לראובן וכן תמה בתומים והוא פי' דברי מהר"ם דבא להורות דלא נימא דהוא לוה של שמעון ושמעון לוה של עובד כוכבים והוי שמעון ככל מלוה על המשכון ולזה בא לבטל טענה זו דע"כ דשמעון רק שליח דאל"כ לא היה יכול ליתן רווחים לישראל וע"כ דראובן הוא לוה של עובד כוכבים בעצמו ושמעון אינו רק שליח ולכך לא הוי ש"ש ע"כ. ומלבד מה שאי אפשר להעמיד דבריו בתשובת מהר"ם אבל בלא"ה לא ידעתי מאי קאמר דהא מ"מ היה כח בידו של שמעון לעכב המעות לעצמו רק שלא רצה ונעשה שליח בשבילו אם כן זהו גופא הוי המצוה במה שנתן המעות לראובן ולא נעשה הוא רק שליח שאילו רצה היה מקבלו לעצמו בשבילו ולא היה נתנו לו כלל ועדיין הוי על המשכון שומר שכר אמנם דברי מהר"ם ברורין בפשיטות והיינו דקשיא ליה באמת כנ"ל דהא הוי מצוה גמורה דמה בכך דהעובד כוכבים היה רוצה להלוות בלי משכונו של שמעון מ"מ הוא היה יכול לקבל המעות אצלו ולא ליתנם לראובן כלל וכיון שהלוה אותם לראובן על משכונו עשה מצוה ועל זה דחה מהר"ם דבר זה דאין זו

מצוה דהא העובד כוכבים נוטל רבית בעד הלואה ושמעון לא היה בדעתו כלל ללות בריבית אם כן אין זה מצוה במה שנתנם לראובן כדי שיתן ראובן רבית לעובד כוכבים לכך אין זה מצוה אבל בלי רבית פשיטא דהוי מצוה דהא שמעון היה יכול להחזיקם לעצמו דמאי איכפת ליה אבל ברבית ליכא מצוה וזה פשוט וברור בדברי מהר"ם שם ועוד יש דרך קרוב לזה דמהר"ם בא למעט דראובן נותן הרבית משא"כ אם שמעון נותן הרבית הוי מצוה גמורה לזה קאמר כיון דראובן בעצמו נותן הרבית ליכא מצוה אבל הראשון הוא אמת בדברי מהר"ם:

והנה הש"ך הקשה למה לא הוי מצוה משום שטוח וניעור ומה שתירץ הוא אינו נכון כמו שהשיגו בתומים ולפעד"נ על פי מה שכתבתי מקודם דכיון דשמעון לוה המעות מן העובד כוכבים ברבית אם כן ההלואה שהלוה לראובן על משכונו הוא לטובתו ולהנאתו כדי להנצל מן הרבית אם כן אפילו בשטוח וניעור לא הוי מצוה ואף דבש"ס גבי פוחת והולך אמרינן דמ"מ הוי מצוה לר"ע דקיימא לן כוותיה היינו דוקא התם כיון שפוחת עליו והולך גם לא נתברר אם ישתמש בו שהרי ע"כ מיירי שלא נשתמש דאל"כ הוי שוכר אבל כאן דהוא עושה להנאתו ממש להנצל מן הרבית לכ"ע לא הוי מצוה כלל ובזה יש ליישב גם כן מה שכתב מהר"ם דראובן נותן רבית דאל"כ הוי מצוה מכח שטוח וניעור אבל השתא לא הוי מצוה כיון שעושה כן להנצל מן הרבית ובזה יש לפרש גם כן סוגית הש"ס על פי פיר"ח שהביאו התוספות ותמהו שם עליו ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דר"ח אינו מפרש כפירש"י דקשיא ליה דהוי שוכר רק דמפרש שהמלוה להנאתו נתכוון שהוא מתהנה בהלואה זו כגוונא דהכא להנצל מן הרבית לעובד כוכבים וכדומה ועל זה קשיא לי' לר"ח דהא מ"מ היה יכול להלות המעות לראובן בלא משכון כלל ואם כן הוי המשכון בשטוח וניעור מצוה ועל זה כתב דאין זה מצוה שאינו רוצה להלות בלי משכון א"כ להנאתו נתכוון במה שהלוה לו על המשכון אך לפי זה לר"ע אפילו בזה ש"ש וזהו דלא כמהר"ם וצריך לומר דמהר"ם מפרש כפירש"י כמו שחלקתי מקודם:

כג כאילו הלוהו עליו. לשון זה של הרב מגומגם כי לא דמי להלוהו כלל דשם כנגד המשכון חייב לכ"ע דאפי' תפיסה לא מהני דמה נפשך או דהוי ש"ש משום דר"י או דהוי כאילו פי' משום דשמואל [ומה שכתב הש"ך לעיל דיכול לומר קים לי' כהך וכהך אינו נכון כיון דהוא תרתי דסתרי כמו שהשיגו בתומים שם] משא"כ הכא מהני תפיסה דשמא הלכה כר"י והכא ליכא מצוה ולא הפסיד כלום וכתב הסמ"ע ס"ק כ"א בשם הר"ן דהמשאיל ספר לחבירו על משכון אין השואל חייב באונסין של הספר דאין כל הנאה שלו דהמשאיל גם כן יש לו הנאה פרוטה דר"י דהא עשה צדקה עושה צדקה

בכל עת זה המשאיל ספרים לאחרים והקשה בתומים דמ"ש ספר אפי' חפץ אחר כיון שהוא עושה מצוה בשטוח וניעור אין כל הנאה שלו ואם כן קשה קושית הר"ן שם למה קתני השאילני ואשאיל לך הוי ש"ש אפי' השאלני ואתן לך משכון הוי ש"ש דאין כל הנאה שלו וע"ש שהאריך ולק"מ דהמעיין בתשוב' הר"ן שם יראה דמתחילה חשב לומר דהוי ליה הנאה במה דתפס ליה אזוזי כמו אומנין דלא כסברת התוספות פרק האומנין דבהלואה לא שייך זה וכתב על זה דאפילו אי נימא כן חייב באונסין דהך הנאה אינה מן החפץ ששאל כזה רק מן משכונו של זה שהוא תופסו על חפצו אבל בחפץ ששאל לזה כל הנאה של שואל ע"ש ולפי זה ה"ה נמי בשטוח וניעור כיון דהנאה זו אינה מן החפץ ששאל רק מן המשכון שתחת ידו שהוא משטחו ומנערו ושפיר שייך כל הנאה על החפץ ששאל לשואל בעצמו וחייב באונסין ודו"ק:

כד המלוה על המשכון וכו' עש"ך ס"ק ל מה שכתב ליישב קושית הסמ"ע ס"ק כ"ג בסתירת דברי הרשב"א גם מה שתמה על המחבר שסתם כתשובה זו [ודברי הש"ך מגומגמין שם כי הבין כוונת הסמ"ע במה שכתב ולפי מה דפסק מור"ם בסעיף ב' וכו' גם בכאן נאמר כן נמשך לשלפניו מכח סתירת דברי הרשב"א וזה אינו כי מה ענין זה להכרעת רמ"א בפ"ב וברור דדברי הסמ"ע בזה ענין בפני עצמו דכל זה הוא לדעת הפוסקים כר"י אבל למ"ד ש"ח ליתא לדין זה כמו שכתב הש"ך גופא ס"ק ל"א ועל זה כתב דלפי הכרעת רמ"א לעיל ס"ב דהוי ספיקא דדינא הכא נמי כן וזהו אפילו אם נחליט העיקר כתשובה זו של הרשב"א] ולפעד"נ ליישב בפשיטות דוודאי כל עיקר טעמו של הרשב"א בתשובה זו הוא משום דסבירא ליה באמת בלא זה המלוה על המשכון ש"ש אם כן עכשיו שניתוסף לו הנאת שימוש הוי ליה שואל אבל למ"ד שומר חנם מחמת הנאת שימוש בלבד לא הוי שואל כמו שכתב בתשובה שניה דהוי כהשאילני ואני אשאיל לך דהוי ש"ש רק עיקר הטעם כאן כיון דבלא"ה הוי ליה ש"ש לכך בשביל זה הוי שואל והשתא אתי שפיר דבלא"ה יש לתמוה בתשובה שניה שהביא הב"י דנתן טעם דלכך לא הוי שואל דהוי כהשאילני ואשאיל לך דמחמת הלואה הרשהו לשמש וקשה בלא"ה תיפוק לי' דהיה המעשה שהשאיל לו ספר לקרות בו וכבר כתב הר"ן בתשובה הביאו הב"י שם ובסמ"ע ס"ק כ"א דהמשאיל ספר לחבירו אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו דהמשאיל נמי מתהנה פרוטה דר"י מכח מצוה דהמשאיל ספרים וצדקתו עומדת לעד ע"ש אם כן הכא בלא"ה לא הוי שואל כלל וצריך לומר דביקש ליתן טעם אפילו אי נימא דהמלוה על המשכון שומר חנם אם כן לא חשיב הנאה פרוטה דר"י וכ"כ הר"ן גופא שם דתליא בהך דלרבה דלא מיחשב הנאה הוי ליה שואל ועל זה השיב לשאלו

דאפילו אי נימא שומר חנם מ"מ לא הוי שואל דהוי ליה כהשאילני ואשאיל לך ולפי זה למ"ד שומר חנם פשיטא דזה אמת כיון דבלא"ה לא הוי שומר שכר כנ"ל אבל כאן דמיירי בחפץ אחר לא ספר שפיר כתב דהוי שואל למ"ד שומר שכר דהרשב"א סובר כוותי' אבל שם למ"ד שומר שכר בלא"ה לא הוי שואל מטעם הנ"ל רק שנתן טעם אפילו למ"ד ש"ח ובזה יצדק טעמו דהוי כמו השאילני ואשאיל לך:

כה אפשר שאפילו בנתינת רשות הוי שואל וחייב. דברי הרשב"א צריכין ביאור כי מה ספק יש בזה דמ"ש מכל שואל שחייב באונסין משעת שאלה אף שעדיין לא נשתמש [ועש"ך ס"ק ל"א מ"ש בזה וכבר השיגו בתומים] ובאמת לפי מה שכתבתי מקודם דהרשב"א הכא מיירי גם כן בשעת הלואה ומ"מ למ"ד ש"ש אמרינן דלא דמי להשאילני ואשאיל לך כיון דבלא"ה הוי שומר שכר בלי שימוש כדאי הנאת שימוש להיות שואל ובזו הסברא נסתפק הרשב"א דמ"מ הוי כאשיאלני ואשאיל לך ולפי זה לא דמי לדמי אבידה דהתם הוי שואל ולא עשה לחבירו כלום או דנימא כיון דחזינן בדמי אבידה דהנאת שימוש בלבד לא מיחשב שואל רק משום דבלא"ה הוי לי' שומר שכר אם כן הכא נמי אף דבזה בלבד לא מיחשב שואל דהוי כהשאילני ואשאיל לך מ"מ כיון דבלא"ה הוי שומר שכר משום פרוטה דר"י מיחשב משום משום הנאת שימוש שואל וספק עצום נסתפק הרשב"א ודו"ק אמנם נראה לפע"ד דכוונת הרשב"א כך דוודאי כל שואל אף שלא נשתמש עדיין מ"מ בשעת שאלה הוי ליה הנאה דהוא מכניסו לרשותו ואין חבירו יכול ליטלה ממנו להשאילה לאחר בתוך זמן שאלה הלכך אף שעדיין לא נשתמש מ"מ לולי עכשיו דהשאילו לו שמא אח"כ ישאילנה לאחר ולא יהא לו לשמש לכך הוי לי' עכשיו הנאה מה שהוא ברשותו וכל אימת ירצה ישתמש משא"כ הכא דבלי שאלה החפץ ברשותו בתורת משכון ואינו יכול להשאילה לאחר אם כן מה בכך שהרשוהו לשמש מ"מ וכי שוטה הוא שיקבל על עצמו אחריות כל זמן שלא שימש ולאיזה צורך יעשה כן כיון דבלא"ה ברשותו הוא בתורת משכון וכל אימת שירצה להשתמש אז יתחילו לקבל אחריות אונסין ובזה נסתפק הרשב"א אם יש לדמותו לדמי אבידה דהתם נמי המעות בלא"ה מונחין אצלו ומכל מקום הוי שואל משעת שהרשוהו בית דין להשתמש אף שלא שימש וה"ה הכא או דנימא הכא שאני דדמי למשאיל חפץ לחבירו ולא נתנו לרשותו כלל רק שהרשוהו כל אימת שירצה יבא ויטלנה להשתמש בו אם כן פשיטא דכל כמה דלא נטלה להשתמש לא נתחייב באחריות והכא נמי כל זמן שלא נטלה להשתמש הרי הם אצלו בתורת משכון וכמו שמונחים ברשות חבירו דמי ודמי אבידה שאני דעל כך הרשוהו הב"ד להשתמש כשירצה כדי לקבל אחריות מעכשיו דאם לא כן לא הועילו

שמא יאנס קודם שימוש א"כ מחמת הנאת שימוש כשירצה מקבל אחריות מעכשיו משא"כ הכא דהמשאיל נותן לו רשות אין לדון דעת המשאיל על דרך זה והוא אינו מקבלו בתורת שאלה רק כשירצה להשתמש ובלי זה משכון הוא בידו וכמונח ברשות בעלים דמי כנ"ל. אמנם מה שלא הגיה הרב כאן זה אמת כמ"ש בתומים דסובר בדמי אבידה בלא"ה הוי שואל אפי' לרבה וה"ה הכא ומ"מ דין זה בלא"ה הוי ספיקא דדינא כמ"ש הש"ך כיון שהרשב"א נסתפק בו כנ"ל:

כו אין לקהל ולא לנאמן דין ש"ש. עש"ך ס"ק ל"ב מה שהשיג על הסמ"ע בכוונת תשובת הרשב"א ואמת דיבר בזה כי מהך דשור של אפוטרופס נלמד לפטור ולא לחייב אבל עדיין לא ביאר הש"ך פי' דברי הרשב"א בפרטות כי לכאורה אין הבנה לדבריו כלל כי מתחילה רצה ללמוד מהך דשור של יתומים לפטור ודחה דהתם שאני שלא מינהו מחמת נאמן אבל נאמן חייב אחר כך כתב וא"ת דהוי שומר שכר מבואר דחוזר עכשיו לחייבו מטעם שומר שכר וקשה הא עד השתא בחייוב קא מיירי ובשלמא אי הוי סליק השתא בפטור שייך לומר וא"ת לחייבו מטעם זה אבל כיון דסליק השתא בחייוב מחמת נאמן היאך שייך וא"ת דהוי שומר שכר ועוד כיון דחוזר עכשיו לחייבו רק שדחה זה מהך דרב תחליפא אם כן עדיין הוא פטור אם כן מה זה שכתב ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן דהא השתא נמי בפטורא קא סליק והך ומ"מ איני רואה היה צריך להיות מיד כשחילק בין נאמן בין לשמור השור ואחר כך הך וא"ת דהוי שומר שכר אבל השתא קשה לכן נראה דהרב הש"ך לא כיוון יפה גם כן בפי' דברי הרשב"א כי חשב דהך וא"ת דהוי שומר שכר שכתב הרשב"א קאי בגדר החייוב לחייב הנאמן והא וודאי ליתא מהני טעמא דאמרן והמשך דברי הרשב"א כך דשם אמרינן דמינהו בית דין ישבע לאבא שאול ואמרינן התם דהוי כנושא שכר גם אמרינן התם דלכך לא חיישינן דילמא מימנעי ולא עבדי משום דניפק עלי' קלא דגברא מהימנא הוא ויש בזה שני פירושים האחד שנאמר דעיקר השבועה הוא מפני שהוא נושא שכר במה דנפיק עלי' קלא דגברא מהימנא הוא ומאותו הטעם גם כן לא חיישינן דילמא מימנעי ולפי זה היה בדין לחייב הך נאמן דהכא גם כן משום דהוא נושא שכר דנפיק עלי' קלא ועוד יש לומר דהתם עיקר השבועה משום דנושא שכר משום פרוטה דר"י והך סברא דנפיק עלי' קלא לא נאמר רק דלא נימא דילמא מימנעי אבל לא דמיחשב הנאה להשביעו בשביל זה רק משום פרוטה דר"י ולטעם זה בנאמן דהכא נהי דשייך דנפיק עלי' קלא מ"מ בשביל זה אין משביעין ולא מיחשב נושא שכר רק משום ופרוטה דר"י והכא ליכא מצוה במה שממשכנין בע"כ בעד המס אם כן הכא אף שהוא נאמן גמור לא הוי נושא שכר ומעתה המשך דברי הרשב"א

כך ועל הנאמן שאמרת לחייבו מכח הך דאבא שאול דכמו דאמרינן התם דישבע והיינו מפני שהוא מקבל הנאה דנפיק עלי' קלא ה"ה הכא הוי שומר שכר על ידי זה לחייבו בגניבה ואבידה וביקש הרשב"א לדחות דמיון זה דהא חזינן באפוטרופוס של יתומים לא הוי ש"ש לחייבו על ידי זה ואפילו בפשיעה ודחה הרשב"א דהתם שאני שאינו נאמן ולא הוי ליה הנאה כלל להיות ש"ש משא"כ הכא ואם כן חזר הדין לחייבו כאן אחר כך ביקש הרשב"א לדחות דזה לא מיחשב כלל הנאה למיחשב שומר שכר על ידי זה והתם נמי במינהו ב"ד דישבע לאו משום דנפיק עלי' קלא הוא רק משום פרוטה דר"י והך סברא דלא נפיק עלי' קלא לא נאמרה רק דלא נימא דילמא מימנעי ולא עבדי הילכך באפוטרופס של יתומים בשור המזיק לא הוי שומר שכר אף דאיכא מצוה דהתם כיון שאינו נאמן חיישינן דילמא מימנעי ולפי זה כאן נהי דהוא נאמן ולא חיישינן דילמא מימנעי מ"מ פרוטה דר"י ליכא כאן ואין כאן נושא שכר כלל והתם במינהו ב"ד לאו משום נאמן אתיא השבועה דזהו לא מיחשב הנאה כנושא שכר רק משום פרוטה דר"י וזה לא שייך כאן כיון דממשכנין בע"כ בעד המס ועל זה דחה הרשב"א דבר זה דאי משום פרוטה דר"י מיירי התם לא הוי מקשה עלי' דרב תחליפא אייתת קבא וכיילת לי' דהא איכא הנאה גמורה וע"כ דהתם זהו גופא דהוא נאמן ונפיק עלי' קלא מיחשב הנאה רק דמ"מ לא קיבל כלום לכך קאמר דהוי כנושא שכר אם כן ה"ה הכא מחייב הנאמן ועל זה כתב ומ"מ איני רואה לחייב הנאמן כאן דהכא לא שייך כלל הך סברא דנפיק עלי' קלא כמו שכתב בטעמו וזה ברור ומעתה ראה כמה תמוהין דברי הש"ך ס"ק ל"ד בזה שהקשה על פסק המחבר דאף דהרשב"א בתשוב' דחה הטעם דהוי ש"ש משום דר"י מ"מ בחידושיו הסכים לזה ותירץ מהך דרב תחליפא והיינו לפי הבנתו דהרשב"א בסברא זו בא לחייב הנאמן והא ליתא דאדרבא אם נחזיק בסברא זו פשיטא דפטור הנאמן כאן ועל זה סובב כל דברי הרשב"א כנ"ל אם כן יפה פסק בזה המחבר דלא הוי ש"ש כלל דאם נימא משום פרוטה דר"י פשיטא דכאן לא הוי שומר שכר ואפילו אי נימא משום דנפיק עלי' קלא כבר כתב הרשב"א דמ"מ איני רואה לחייב הנאמן כנ"ל וזה ברור:

כז אף בנו נעשה עליו שומר שכר. עש"ך מה שהשיג על מהרש"ל בזה ובתומים השיג עליו ולפעד"נ דדברי הש"ך מוכרחין מכח דברי הריטב"א גופא דוודאי יש לתמוה דהא הריטב"א הקשה קושית התוספות דנימא במלוה על המשכון ג"כ משום דתפיס אזוזי ותירץ דזהו בכדי חובו ולא ביתר מכדי חובו ומעתה קשה מה זה שכתב אף בנו נעשה עליו שומר שכר משמע כמו האב והא ליתא דהאב שהוא ש"ש משום פרוטה דר"י הוי

שומר שכר אפי' במשכון היתר על החוב אבל בנו דהוי ש"ש משום דתפיס אזוזי לא הוי ש"ש רק כנגד החוב ולא ביתר כמו שכתב הריטב"א גופא והיאך כתב אף בנו נעשה עליו שומר שכר וע"כ דמה שכתב הריטב"א דמשום תפיס אזוזי לא הוי שומר שכר על היתר היינו במשכנו בשעת הלואתו דלא הוי לי' הנאה כ"כ כסברת התוספות אבל בכדי חובו לא ניחא ליה סברת התוספות דשמא רוצה להלוות לו מאיזה טעם לגמול לו חסד] אבל בבנו דכבר הלוה לו מיחשב הנאה גמורה במה דתפסו אזוזי להיות שומר שכר על הכל וכן הדעת נותן דבשלמא באב גופא לא שייך שיהא ש"ש לאחר זמן כשכבר הלוהו דשמירתו הראשונה עליו משעת הלואה דעל אופן זה קיבלו ולא נשתנה שמירתו אבל בבן במה נפשך מאיזה צד אתה בא אי משמירה הראשונה כאילו האב קיים הרי הוא שומר שכר משום פרוטה דר"י וע"כ דיאמר דעכשיו נשתנה השמירה מרשות האב לרשותו והוא אינו שומר שכר אם כן הרי הוא נוטל משכון במה שלא לוה כלום ופשיטא דהוי הנאה למיחשב ש"ש וזו היא סברת הריטב"א כנ"ל ועיין מ"ש לעיל ס"ק י"ח בזה:

כח ופטור אפי' מפשיעה. עסמ"ע ס"ק כ"ז דאפילו להרמב"ם דמיחשב פשיעה למזיק לענין שטרות מודה כאן דפטור אפילו מפשיעה כיון דהתנה בפי' דאינו מקבל אחריות עכ"ד. ולפע"ד צ"ע בזה כמו שאבאר והנה עיקר ראיית מהר"ם במרדכי מהא דפ"ב דמנחות האומר הרי עלי עולה על מנת שאקריבנה בבית חוני והקריבה בבית חוני פטור וקאמר התם הטעם דהוי כאומר הרי עלי עולה על מנת שלא יהי' אחריות עלי ודייק מהר"ם דאם אומר שלא יהא אחריות עלי אפי' בפשיעה פטור דהא. התם מיקטל קטלה וביקש מהר"ם שם לדחות דבר זה דהתם שאני דאומר בפי' על מנת שאקריבנו בבית חוני ודחה זה דלשון נעשה כאומר מורה דאם היה אומר בלשון הזה היה פטור ג"כ אם הי' מקריבה בבית חוני והנה יש לתמוה על ראיית מהר"ם דהיאך מייתי ראיה מהתם דהתם כיון שאינו מקבל אחריותו עליו והוי לי' כאומר הרי זו אם כן מזיק הקדש פטור לכך אינו חייב מטעם דמיקטל קטלה ושחטה בחוץ כדאמרינן להדיא במשנה פ"ק דב"ק נכסים שאין בהם מעילה דמזיק הקדש פטור וכן כתבו התוספות להדיא פרק השואל מן הירושלמי ונראה דאפילו מדרבנן לא שייך חייוב רק בקדשי ב"ה או בתרומה וכיוצא בו אבל לא בעולת מזבח לא שייך לחייבו מדרבנן בקרבן גמור להקריב על המזבח ודו"ק ואין אנו דנין רק מצד אחריות לכך אמרינן דהוי כאומר על מנת שאין אחריותו עלי אם כן מצד אחריות ליכא רק מצד מזיק ומזיק הקדש פטור וצריך לומר דראיית מהר"ם הוא דסובר פשיעה בכלל אחריות הוא ג"כ ולא משום מזיק אם כן תקשי הא מ"מ פשע ולחייב מתורת פשיעה וע"כ דהך על מנת כולל פשיעה גם כן ואם כן ה"ה כאן ולפי זה מיושב

קושית התומים דגם מזיק בידים מוכח משם ולפי הנ"ל הא ליתא דשאני התם דהוי מזיק הקדש ומתורת מזיק בלא"ה פטור משא"כ הכא ולפי זה לדעת הפוסקים דפשיעה בכלל מזיק אין ראיה מהתם מידי דמזיק פטור בלא"ה גבי הקדש משא"כ הכא פשיעה שפיר אינו בכלל אחריות ודו"ק ודברי התומים תמוהין בזה ודו"ק]: (כט) דסתם סייף דעלמא מהרש"ל השיג על זה דלא דמי לדינר זהב דפרק הכותב דהתם אמר לה שהוא של כסף משא"כ הכא והש"ך השיג עליו דהתם נמי לא איכפת לן מה שאמר לה של כסף דעשה כן כדי שתקבל השמירה והוי לי' לאסוקי אדעתי' שהוא של זהב ומ"מ פטורה וה"ה הכא והביא ראיה מדברי התוספות שם גבי מרגניתא ע"ש ודבריו תמוהין ומדברי התוס' לא מוכח מידי דע"כ לא כתבו התוספות רק לענין היזק בידים משום מה הוי לך גבי' דאזקתי' ועל זה כתבו לחלק בין מרגניתא לדינר זהב דהתם לא הוי לי' לאסוקי אדעתיה כלל דיש בו מרגניתא משא"כ גבי דינר נהי דלענין שמירה לא קיבלה לשמור רק של כסף מ"מ היה לך לחשוב שמא הוא של זהב שלא להזיקו בידים ומה הוי לך גבי' דאזקתי' אבל לענין שמירה פשיטא דאדרבא כיון דהוא לא אמר לה של זהב כדי שתקבל השמירה הרי שידע שלא תקבל שמירה על זהב ונתרצה בשמירה של כסף אם כן אף היא אומרת לו נטירותא דכספא קבלית עלי' ולא של זהב והיאך שייך לומר דהוי לה לאסוקי אדעתיה דמחמת שמירה אומר כן דמ"מ סוף סוף אינה חייבת בשמירה רק של כסף אבל לענין הזיק בידים אטו אם יאמר אדם לחבירו זה של כסף וחבירו ידע שהוא של זהב והזיקו בידים לא יתחייב לשלם לו של זהב ואף כאן כיון דהוי לה לאסוקי אדעתה חייבת בהיזק בידים אבל לא בשמירה אם כן שפיר חילק מהרש"ל דהכא שאני שמסר לו בסתם ושם אמר לה של כסף והיינו כדי שתקבל השמירה אם כן עכ"פ אינה חייבת בשמירה אפילו לפי דבריו רק בשל כסף וזה ברור ולדינא אין נ"מ דבלא"ה מסיק הש"ך דהוי ספ"ד:

ל שבועת השומרין בטור כתב שבועה כעין דאורייתא והיינו לפי שהיא רמוזה במשנה מי נשבע תחילה כ"כ הב"י ומ"מ נראה לפע"ד ברור דהיינו דוקא בדבר שאין מינו מצוי בשוק דאז השבועה היא משום שמא עיניו נתן בה והוא שבועת המשנה בוודאי אבל אם מינו מצוי בשוק אף דכתבו הטור ומחבר לקמן סט"ו דבמקום דיש שבועה ללוה אפילו מינו מצוי בשוק לא ינצל משבועה שאינה ברשותו משום שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון מ"מ פשיטא דהיינו דוקא אם יש ללוה שבועה דאורייתא אז מחמת החשש משביעין למלוה שבועת המשנה דאף בימי המשנה כך היה הדין אבל כשהלוה אינו חייב רק היסת דבזמן המשנה לא היה שבועה לא ללוה ולא למלוה כשמינו מצוי בשוק אם כן אף דחכמי הגמרא תקנו היסת ללוה מ"מ פשיטא דגם שבועת המלוה הבאה מכח

שבועת הלוה דאינה רק היסת ולא בנק"ח דלא עדיף שבועת מלוה משבועת לוה כיון דבאה מכחה הואיל ומינו מצוי כנ"ל ועמ"ש לקמן סט"ו בזה:

לא ואחר כך ישבע הלוה כמה היה שוה משנה סוף פרק שבועת הדיינין והקשה הרמב"ן ז"ל הביאו הר"ן שם דלמה יהא הלוה מ"מ הא הוי כאומר חמשין לית לך וחמשין לא ידענא דהא כל כמה שהמשכון קיים אין שום חיוב על הלוה עד שיחזיר לו משכונו והוא אינו יודע אם נאבד או לא ותירץ דתרתי מילי נינהו דהודאת הלוה בפני עצמה ועל אבידת המשכון נאמן המלוה בשבועה שאינה ברשותו ע"ש והר"ן השיג עליו שם ודבריו תמוהין לפע"ד חדא מה שהקשה הר"ן שם דלפי דבריו כיון שאין חיוב על הלוה כל זמן שהמשכון קיים אם כן כי פרכינן לר"ה מהך משנה תקשי בלא"ה לוה היאך הוא מודה במקצת לס"ד דלא מיירי במאמינו דהא אין לוה מודה לו כלום דשמא ישנו בידו וכיון דליתא לדר"ה אין כאן הודאה כלל והשתא ממילא אפילו איתא לדרב הונא מ"מ פשיטא דלא לחובת הלוה נתקנה רק לטובתו וכיון דבלי שבועה זו היה פטור היאך ס"ד דמחמת התקנה דנתקנה לטובתו יפסיד ע"ש והוא תמוה מאוד דהא הרמב"ן גופא מודה שם דאם אמר חמשין אית לך וחמשין איני יודע אם פרעתיך הוי ליה מודה במקצת דעל פי טענתו נתחייב אם כן פשיטא דכי ליתא לדרב הונא והיינו דלא חיישינן כלל שמא עיניו נתן בה ולא חשיד על זה כלל אם כן פשיטא דמיד נתחייב הלוה על פי הודאתו שאינו יודע באבידת המשכון והמלוה נאמן בזה בלי שום שבועה דלא חיישינן כלל שמא עיניו נתן בה אם כן הוי ממש כאינו יודע אם פרעתיך וע"כ לא התחיל הרמב"ן להקשות אלא לפי האמת דאין המלוה נאמן בזה וצריך לישבע אם כן אין הלוה מודה כלום בברי דשמא עיניו נתן בה ועל זה תירץ דזה ענין בפני עצמה דהמלוה נאמן בזה בשבועה אם כן מכ"ש אי ליתא לדרב הונא ולא חיישינן כלל שמא עיניו נתן בה דהוי מודה במקצת גמור גם מה שהשיג שם עליו דהוי דבר הגורם לממון הוא תמוה דכבר הרגיש הרמב"ן בזה וכתב לחלק דהכא מודה מצד עצמו במקצת משא"כ אם ההודאה הוא בעצם הענין שנאמן בו המלוה בשבועה ואין להאריך כי כבר הרגיש מהר"ם שם בהשגה זו ומ"מ גוף דברי הרמב"ן תמוהין לפע"ד כמו שיתבאר בס"ק שאמר זה:

ויש לי ספק בהא דמשני בש"ס מעיקרא דשקלינן, שבועה מלוה ושדינן אמלוה מחשש שמא ישבע ויוציא הלה הפקדון ורב אשי משני מי נשבע תחילה אי נימא דלא ניחא לי' לרב אשי כלל לומר דמשום חשש זה נעקור השבועה מן הלוה ויהא המלוה נשבע ונוטל ומוציא ממון מן הלוה מה שהלוה עומד וצווח שרוצה לישבע או דקושטא דמילתא קאמר כיון דאיכא שבועה שאינה ברשותו אם כן הפי' מי נשבע תחילה דבזה יצאנו מכלל חשש

זה שמא יוציא הלה הפקדון אבל מ"מ מודה בגוונא דאפי' אם ישבע שאינה ברשותו עדיין לא יצאנו מכלל חשש זה אז שקלינן באמת שבועה מלוה ושדינן על המלוה ונ"מ בזה באופן שאבאר והוא דוודאי לא מבעי לפירש"י דפי' שמא לא דיקדק זה בשומא ויפסלנו לעדות ולשבועה ולפי זה אפילו הלוה כופר הכל ויש עד אחד מסייע למלוה דאז יש על הלוה חיוב שבועה להכחיש העד וכמו כן במ"מ ויש עד אחד גם כן דלמ"ד דלאחר השבועה יכולין העד ובעל דין לפסלו לעדות ולשבועה אם כן נהי דבעלמא בכל שבועת ע"א ליכא למיחש שמא יפסלוהו דהתם פשיטא דבעל דין צריך להעיד שנית אחר כך בתורת עדות דמעיקרא היה בעל דבר אם כן אנן אמרינן דהלוה באמת נשבע אם כן נהי דע"א עכשיו משקר אבל לשני עדים לא חיישינן דמשקרי אם כן מאיזה צד נחוש דבעל דין יפסלנו והלה עומד וצווח שהוא נשבע באמת לכך לא חיישינן משא"כ הכא דהחשש שמא לא דיקדק אם כן כמו דחיישינן להך חששא שמא יוציא הלה הפקדון ויפסלנו כמו כן פשיטא שיש לחוש דלא דיקדק בשומא והעד ובעל דין יפסלוהו אם כן אי נימא כסברא אחרונה הנ"ל בכהאי גוונא אף דהמלוה נשבע שאינה ברשותו אין הלוה נשבע רק המלוה נשבע ונוטל דשמא לא דיקדק בשומא ויפסלוהו העד ובעל דין לעדות ולשבועה אלא אפילו לשיטת הרי"ף והרמב"ם משום שמא יוציא ונמצא ש"ש מתחלל מ"מ פשיטא דהוא דוקא הכא משום דלא כל אדם דעתו שוה בשומא [כמו שכתב בתומים) אם כן גבי ע"א גם כן יש לחוש לזה דנמצא שם שמים מתחלל ואין מוסרין לו שבועה אפילו אחר שבועת המלוה שאינה ברשותו [ובאמת לשיטת רש"י דהוא לטובת הלוה יש לומר דבלא"ה אם הלוה רוצה ואינו חושש בכל גוונא משביעין אותו כיון דהוא לטובתו אך תינח למ"ד בדאורייתא לא מפכינן אבל למר בר רב אשי דמפכינן ע"כ דבמתניתין אפילו אינו רוצה הדין כן דאי ברצונו בלא"ה יכול להפך ואולי מר בר רב אשי מפרש באמת מי נשבע תחילה כרב אשי ודו"ק וצ"ע בזה:

לב ואינו יודע אם פרעו אם לאו דין זה מוסכם לא מצאתי שום חולק אלא דיש להבין לפי מה שכתב הרמב"ן פרק שבועת הדיינין והבאתיו בס"ק לפני זה דכל כמה דהמשכון ביד המלוה אין שום חיוב על הלוה אפילו לא היה שוה רק ג' דינרין והלואה ד' דינרין מ"מ אין שום חיוב על הלוה בכלום אפילו על דינר הד' דמהאי טעמא ביקש לומר דהלוה אינו מודה בכלום דשמא ישנו ביד המלוה וקשה הא הוי ליה איני יודע אם פרעתיך על הד' דהא נתחייב בוודאי ד' דינרין ומשכון אינו שוה רק ג' ואינו יודע אם נאבד ונתחייב או ישנו בידו והוי פרעון אם כן הוי איני יודע אם פרעתיך וע"כ צריך לומר דסובר הרמב"ן דכל כמה דהמשכון קיים אין שום חיוב על הלוה אפילו בחוב היתר על המשכון רק

כשמחזיר לו המשכון אז מתחיל החיוב לשלם לו הכל ולפי זה הכא נמי אם אומר איני יודע כמה היה שוה כל כמה דהיה קיים לא היה עליו שום חיוב אפילו היה שוה פחות רק באבידה נתחייב אם כן הרי לא נודע כמה היה שוה האבידה והרי זה כאינו יודע אם נתחייבתי ואפילו לפי מה שתירץ הרמב"ן היינו התם דתרתי מילי נינהו החוב ואבידת המשכון אבל הכא חד ענין הוא שעל כמה היה שוה הם דנין והוי איני יודע אם נתחייבתי [אבל להר"ן שם ניחא דסובר שם דאפילו המשכון קיים החיוב חל עליו ביתר משיווי המשכון אם כן באומר איני יודע כמה היה שוה הוי ליה איני יודע אם פרעתיך פי' כמה פרעתיך אבל להרמב"ן צ"ע] ומ"מ גוף דברי הרמב"ן שם תמוהין לפע"ד דהא פשיטא דמיירי התם אפילו אי ליתא לדשמואל דהא קאי התם אמתניתין ומתניתין מיירי בגוונא דליתא לדשמואל כמבואר בש"ס אם כן מוכרח לומר דסובר הרמב"ן דע"כ לא חידש שמואל רק אם נאבד המשכון שיפסיד הכל ובלי שמואל לא אמרינן דמפסיד הכל כיון שנאבד אבל כל כמה שהמשכון קיים אין שום חיוב עליו אפילו שוה פחות כל כמה דלא מהדר ליה משכונו אפילו אי ליתא לדשמואל והשתא תקשי הא בש"ס אמרינן דשמואל כתנאי מהא דהמלוה על המשכון ונכנסה שמיטה וקשה הא שם המשכון קיים ואם כן אפילו בלי שמואל אין שום חיוב על הלוה כל כמה דלא מהדר ליה משכונו ולא שייך לא יגוש וליכא למימר דמ"מ שייך לא יגוש כשיחזיר לו המשכון אם כן השתא נמי תקשי הא אפילו לשמואל אם מחזיר לו המשכון פשיטא דחייב לשלם לו הכל כמו שפירש"י להדיא שם וע"כ צריך לומר דמ"מ כיון שהמשכון אצלו אינו יכול לתבעו ולא שייך לא יגוש אם כן הרי המשכון אצלו ואינו מחזירו ולא שייך לא יגוש אם כן ה"ה בלי שמואל כן הדין להרמב"ן וע"כ דאפילו המשכון קיים תליא בדשמואל דלדידי' אין יכול לתבעו כלום ואין עליו שום חיוב כל כמה דהמשכון אצלו אבל בלי שמואל יש עליו בחוב היתר על המשכון אם כן מבואר דתליא בדשמואל כדעת הר"ן שם דלא כהרמב"ן ותמהני על הר"ן ז"ל שלא הקשה עליו מזה ומה שהקשה לק"מ כמו שבארנו בס"ק לפני זה (לג) וישבע שלא היה שוה יותר וכו' וכולל בשבועתו שאינו ברשותו עסמ"ע ס"ק ל"ו דהרמב"ם כתב איפכא שישבע שאינו ברשותו ויגלגל עליו שבועה שלא הי' שוה יותר ועש"ך שכתב כיון דלענין דינא לא נ"מ לא דיקדק הרמב"ם בכך. והוא תמוה דהא נ"מ טובא דהא יש כאן שבועה דאורייתא דהא מ"מ ממש הוא ואולם על ידי גלגול שאינה ברשותו אינו רק שבועה דרבנן כמו שבועה שאינה ברשותו דאתי מחמתה. אבל באמת הסמ"ע והש"ך לא העתיקו יפה לשון הרמב"ם כי מעולם לא כתב הרמב"ם לשון זה ויגלגל עליו שבועה כמה היה שוה רק ויכלול בשבועתו כמה היתה שוה וכוונתו דלא ישבע בפני עצמה רק

שניהם בכלל כי למה ישבע שני שבועות אבל כל חד וחד כדיניי ולפי זה באמת אין נ"מ לדינא בין לשון המחבר להרמב"ם:

לד ויכלול בשבועתו שאינו יודע שהי' שוה יותר עסמ"ע ס"ק ל"ט מה שהשיג על הע"ש והש"ך ס"ק מ"ז השיג עליו ע"ש ולא ידענא מאי קאמר דהא פשיטא דכוונת הסמ"ע כך דהע"ש מקשה דסברת המחבר כאן הוא דלא כאחד מהדעות דלקמן סימן ע"ה ועל זה כתב הסמ"ע דשפיר אזיל כאן להך דעה דפוסק שם משיל"מ ודוקא שם בשבועה דאורייתא סבירי להו כך אבל בדרבנן נשבע שאינו יודע ואין צורך לתירוץ הע"ש וזה ברור. אמנם בגוף הקושיא על הטור דפוסק שם דאין מגלגלין כלל וישבע היסת ולמה פסק כאן דמגלגלין שבועת המשנה כתב הש"ך ליישב ודבריו דחוקין דמה נפקא מינ' אם הגלגול הוא משבועה דאורייתא מ"מ למה לא יוכל לישבע שאינו יודע דהא תרווייהו בנק"מ תדע דהא מעיקרא אם מלוה מודה במקצת כתב המחבר דיכלול בשבועה שאינו ברשותו אף דזהו שבועת המשנה ולא שייך לומר גלגול כיון דמן התורה לא חיישינן שמא עיניו נתן בה וע"כ כיון דבלא"ה נשבע תרווייהו בנק"מ מאי איכפת לן דכולל תרווייהו א"כ ה"ה התם ישבע שאינו יודע על הגלגול בכלל שבועת התורה לכן נראה לפע"ד דשאני הכא דהם דנין על החפץ כמה היה שוה ואם ישנו ברשותו אם כן שני העניינים שייכים להדדי והוא מוכרח להשיב עכשיו כמה הי' שוה לכך עד שנשביענו שני פעמים כולל שני השבועות כאחד משא"כ שם דמיירי דהוא רוצה לגלגל עליו ענין אחר שאין לו שייכות לתביעה זו שהם דנין עלי' לכך שפיר יכול לומר כיון שאין מגלגלין על טענת ספק של נתבע לא אדון עמך עכשיו על זה ומאי ענין תביעה זו לזו משא"כ הכא דעיקר השבועה מה שהם דנין עכשיו הוא כמה הוא שוה:

לה שאינו יודע שהיה שוה יותר עש"ך ס"ק מ"ח שהקשה למה לא ישבע הלוה ויטול דעשו תקנת נגזל בפקדון ובאמת על המחבר בלא"ה לק"מ דדוקא היכי דפשע עשו תקנת נגזל בפקדון ולא היכי דלא פשע רק שנאבד ואנו רוצין לחייבו מכח ש"ש לא עשו בו תקנת נגזל אלא לפי מה שכתב הרב בתחילת הסעיף דלמ"ד ש"ח מיירי שאבדו בפשיעה מ"מ מלבד מה דיש לומר דלא קאי כלל אהך רק על שני דינים הראשונים הואיל ונזכרים במשנה אם כן ע"כ דגם להך דעה משכחת לה וכ"כ התוספות שם אבל בהך דינא דאינו יודע למ"ד ש"ח ובפשיעה עשו בו תקנת נגזל אבל בלא"ה נראה דהכא לא שייך זה דשאני התם שהוא מודה שהפקיד אצלו ואינו יודע מה וכמה הי' שוה משא"כ הכא זה הסלע הראשון כיון שהלוה עליו ולכ"ע הפסיד כנגד חובו לא מיחשב פקדון כלל רק כמו פרעון וכעין זה כתב הר"ן בשם הרמב"ן הבאתיו לעיל וכ"ש להך דעה דפוסקים כשמואל ודו"ק)

ואם כן מה שאומר שאינו יודע אם היה שוה יותר הוי כאומר איני יודע אם הפקדת אצלי כלל כי העיקר נחשב מן הסלע ולמעלה ובזה אומר שאינו יודע אם הפקיד אצלו כלל:

לו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם עש"ך ס"ק נ"א שהקשה מדברי הפוסקים אהדדי דכאן פסקו כרמב"ם ובכמה מקומו' פסקו כראב"ד ועמ"ש לחלק בדוחק ולפעד"נ ליישב בפשיטות דוודאי היכי דהפקיד אצלו איזה דבר והוא אומר שיודע שהי' שוה ממון ולפחות פרוטה ואינו יודע כמה שפיר אמרינן דלא הוי לי' למידע ולא דקדק לידע כמה הי' שוה משא"כ הכא דהוא הלוהו סלע והלוה אומר שתים הי' שוה והוא אומר שיודע שהי' שוה סלע ופרוטה בוודאי ויתר אינו ידע א"כ זהו בוודאי אי אפשר רק שדיקדק בו לידע כמה הוא שוה דאי בלי דיקדוק היאך שייך שידע בבירור סלע ופרוטה ולא שני פרוטות ולא פחות מסלע ופרוטה אם כן בוודאי דיקדק בשומתו ולא שייך לא הוי לי' למידע ודו"ק כי הוא ברור לפע"ד והנה הש"ך מסיק לחלק בין אם התובע מודה לו שאינו יודע או שאינו מודה לו אף שנוטה לומר שאינו יודע בראשון לא הוי משיל"מ רק באופן השני ע"כ ודבריו אינם מובנים כלל ולא יכולתי להלום דברים הללו דאם נאמר אם אינו יודע באמת לא הוי משיל"מ ופטור אם כן אף אם אין התובע יודע שאינו יודע מאיזה צד אתה מחייבו במה נפשך אם אינו יודע הא פטור וע"כ מצד שהוא אומר אתה יודע ויש עליך שבועה או השבע או תשלם א"כ תקשי הא אין נשבעין על טענת ספק ובפרט להוציא ממון כיון שאינו יודע אם יודע למה יתחייב שבועה עד שישלם הא הוא עומד וצווח שבאמת אינו יודע וע"כ דהחיוב הוא אם אתה יודע תשבע ואם אין אתה יודע תשלם א"כ מאי נפקא מינה אם יודע שאינו יודע גם מה שכתב לחלק מחמת שמחוייב לישבע שאינו יודע לא ידענא מאי קאמר וכי התשלומין באים מכח שבועה זו הא רוצה לישבע שבועה זו והיאך שייך משיל"מ רק התשלומין מכח שאינו יכול לישבע בברי וכיון דלא מחלקינן בין הוי לי' למידע או לא מה נפקא מינה אם באמת אינו יודע וצ"ע בזה ונידון מה שהקשה הש"ך ס"ק כ' על הרא"ש דברי הרא"ש פשוטין כך דסובר דוודאי תרווייהו לא הוי דבר שבמידה רק הכא החיוב שאם הי' אומר ברי הי' דבר שבמידה והי' מחוייב לישבע עכשיו שאינו יודע משלם משא"כ גבי פירות אי אפשר להחשיבו משיל"מ מחמת שאם היה מודה בברי היה מחוייב לישבע דהא מ"מ עכשיו לא שייך להחשיבו משיל"מ שהרי אינו טוען שמא כלל וברי קאמר דלא נחסר שום דבר וכמה שיש בבית כך הניח שם ולא נחסר א"כ לא שייך משיל"מ ודו"ק היטב כי זה ברור ויש לתמוה על הש"ך שגימגם בזה והנה הר"ן הביא שהרשב"א דחה ראיית הרמב"ן מהך דשאלה ושכורה דהתם ליכא דררא דממונא כלל דאינו חייב לפי

דבריו כלום משא"כ בהך דשק צרור ותמהני דהא דברי הרמב"ן נכונים וברורים דהא הר"י מיגאש כתב מתחילה לתרץ למה יצטרך לישבע וליטול ולא יהא משיל"מ ותירץ דלכך לא הוי משיל"מ דאם הי' טוען ברי לא הי' מחוייב לישבע דהוי טענו חיטין והודה בשעורין וחזר והקשה למה יטול בשבועה הא הוי אינו יודע אם נתחייבתי ותירץ דשאני הכא דאיכא דררא דממונא ולפי זה ע"כ צריך לומר דהפי' דררא דממונא היינו דידוע דהפקיד אצלו עכ"פ לא משום שנתחייב לו על ידי זה בשום דבר דכמו דבברי ליכא חיוב שבועה ה"ה תשלומין דטענו חיטין וכו' פטור גם מתשלומין אם כן גם בשמא פטור מתשלומין חוץ ממה שטענו כדאמרינן להדיא בש"ס אי בניזק ברי ומזיק שמא אכתי הוי תיובתא דרב"נ א"כ על מה שטענו הוי ממש איני יודע אם נתחייבתי לך כלום וע"כ דררא דממונא הפי' דמ"מ ידוע שהפקיד אצלו וה"ה התם עכ"פ נודע שנתן לו פרה שלו אף שלא נתברר חיוב בוודאי הכא נמי לא נתברר חיוב דהוי טענו חיטין ודו"ק:

לז גם הוא לא ישבע אלא היסת עסמ"ע ס"ק מ' ובתומים ביאר דבריו וליתא דבהדי' כתב הסמ"ע א"א דהי' בידו היה מוציאו כדי שלא יצטרך לישבע] ודבריוצ"ע דאם כן בכל מקום למה ניחוש שיוציא הלה הפקדון אם ישנו בידו למה לא יוציאנו מיד ולאיזה צורך ישביע ללוה בחנם בשקר והכתו' אומ' סורו מעל אהלי האנשי' הרשעים ויתחלל שם שמים על ידו וע"כ דבאמת אולי עכשיו אינו בידו רק לאחר זמן ידע שיוכל להביאו הילכך שפיר חיישינן א"כ ה"ה כשישבע הוא היסת חיישינן להכי או דאמרינן עיניו נתן בה וחושב שמא לא ישבע הלוה משא"כ כשנשבע יוציאנו א"כ ה"ה הכא. אבל לפע"ד נראה ליישב בפשיטות דוודאי לא הי' כוונת המחבר והרב להשמיענו בכאן דין דכל היכי דיש שבועה ללוה משביעין למלוה שבועה שאינה ברשותו ואפילו מאמינו דזה נזכר לקמן סט"ו בפירוש אמנם כאן לא בא לומר רק דאם אינו מאמינו אז יש חילוק בין שבועת לוה למלוה דלוה נשבע היסת ומלוה נשבע שבועת המשנה מכח גלגול שבועה דאינה ברשותו דהוא שבועת משנה כיון דאינו מאמינו אבל במאמינו דאז ליכא שבועת המשנה כלל דכיון דשבועה שאינו ברשותו אינה רק מכח היסת של הלוה א"כ פשיטא דלא עדיף משבועת לוה כיון שהיא באה מכחה וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ל' א"כ אז גם המלוה אינו נשבע רק היסת כמה היה שוה לא שבועת המשנה וזהו כוונת המחבר ואם הי' הלוה מאמינו גם הוא לא ישבע רק היסת שלא הי' שוה יותר משא"כ מעיקרא הלוה נשבע היסת והוא נשבע בכולל שבועת המשנה:

לח ושהי' שוה יותר נחלקו בזה הסמ"ע והש"ך דעת הש"ך דבלי עדים כלל נאמן במיגו דלא הי' שוה יותר והסמ"ע כתב דהוי מיגו דהעזה ובתומים הקשה דהא בשומרין לכ"ע

לא בעינן עדים ושטר ולא מהני מיגו לפטרו משבועה. ובאמת הש"ך דייק כמו שכתב בסי' צ"ג ס"ב ס"ק ד' ושם מבואר דדוקא במפקיד או מלוה אצל חבירו שייך העזה ולא אמרינן מיגו כיון שהאמינו מעצמו מתחלה משא"כ הכא במלוה על המשכון לא שייך זה שהוכרח להאמינו שילוונו גם מה שטען בתומים על קושית הש"ך דיש לו מיגו דאינו יודע לא דק כלל בכוונת הש"ך כי הבין דכוונת הש"ך דיש לו מיגו דאינו יודע דכיון דלא דיקדק במשכון כ"כ יכול לומר איני יודע ולא שייך אין אדם טוען ברצון מסופק וליתא דבהדיא מבואר בש"ך דוודאי אפילו במשכון שייך סברת התוספות רק דסברת התוספות הוא דלא ניחא לי' לטעון כך דברי ושמא יחשבו הכל דהאמת עם הלוה אבל מ"מ יכול להיות שאינו יודע א"כ יש לו מיגו דיטעון ברי ואי דמעיז הא הלוה יחשוב דבאמת אינו יודע וירא לומר כן כסברת התוספות ולק"מ קושית התומים לפי זה ואי דבאנו להקשות במשנה דיטעון ברי דלא הי' שוה יותר מסלע ואינו מעיז דיחשוב הלוה דאינו יודע הא וודאי ליתא דמיגו מ"מ לכופר הכל לא אמרינן כלל דאל"כ תקשי במ"מ גופא הא יש לו מיגו דיכפור בברי ולא יעיז דיחשוב שאינו יודע וע"כ דמיגו דכופר הכל לא אמרינן כלל ולפי זה מלבד מה דבמשנה לא קשיא דגם באינו יודע הוי כופר הכל אבל בלא"ה קם סברת התוספות גם במשכון דלא אמרינן מיגו דאינו יודע אבל הכא שפיר מקשה הש"ך דמ"מ סוף סוף כופר הכל וההעזה הוא בטענות אז שפיר אמרינן דיחשוב שאינו יודע. אמנם בגוף הדין לפי מה שכתבתי לעיל ס"ק ל"ה לחד תירוץ דגם במשכון עשו תקנת נגזל בפקדון כשפשע אם כן הכא לית ליה מיגו כלל דעכשיו שאומר שלא פשע לא עשו תקנת נגזל ופטור אבל אם יאמר שלא היה שוה יותר ובאמת פשע ישבע הלוה ויטול דעשו בו תקנת נגזל ואפילו טוען ברי וכאן דמיירי בפשיעה ליכא מיגו אבל לתירוץ ב' שכתבתי שם באמת נראה כהש"ך דיש לו מיגו ועמ"ש לעיל ס"ק י"ח:

לט נשבע הלוה נגד העד עש"ך דהוא שבועת המשנה כיון שנוטל והוא תמוה דהא בלי העד הלוה נאמן מטעם דהוי המלוה תובע ואינו יכול להוציא בטענת ספק א"כ הוי שפיר השבועה ליפטר דהא המלוה מיחשב תובע ואמת כי מדברי המחבר מעיקרא שכתב אם הלוה תובע היתרון והמלוה אומר נאנס נשבע שנאנס וגובה חובו ויש להבין למה צייר הענין שתובע היתרון למה לא קאמר בפשיטו' דהי' כנגד חובו ולוה אומר שיצא זה בזה ומלוה אומר נאנס נשבע וגובה חובו וע"כ דבזה כיון שהמלוה רוצה לגבות חובו בשבועה שעל המשכון הוי ליה נשבע ונוטל ואין מן התורה נשבע ונוטל רק אם תובע היתרון אז נשבע המלוה שנאנס לפטור מעצם המשכון דהא הלוה תובע אותו וממילא כיון שנאמן על המשכון שנאנס גובה חובו גם כן וה"ה הכא אף ששבועת הלוה על החוב

הוא מ"מ כיון שאין המלוה מבקש ממנו שבועה על החוב רק הוא נשבע להוציא משכונו הוי נשבע ונוטל כמו הכא דלולי היתרון אף דהשבועה על המשכון מ"מ כיון שעל ידי זה נוטל החוב הוי נשבע ונוטל ומ"מ יש לומר דלא דמי דהכא לדברי כולם המשכון של לוה הוא ואין לו למלוה רק חוב הילכך נשבע הלוה על חובו שהרי מלוה מוכרח לתבעו חובו דאל"כ משכונו מאי בעי גבי' משא"כ הכא כל כמה שאין המלוה נשבע על המשכון אין חייוב על הלוה בכלום דאינו מחוייב לו רק כשמחזיר משכונו שהרי אם נאבד אינו גובה לכך הוי שפיר נשבע ונוטל לכך בעינן יתרון דוקא וצ"ע [ומה שהביא הש"ך ראיה מתשובת הרשב"א כבר השיגו יפה בתומים ע"ש] גם בהך דינו של המחבר צ"ע אי בלי יתרון הוי נשבע ונוטל או לא ונראה דתליא במחלוקת הר"ן ורמב"ן במשנה פרק הדיינין הבאתים לעיל ס"ק ל"א ול"ב ודו"ק היטב (מ) שכל מינו שוה ומצוי וכו' בד"א וכו' זה לא נזכר ברמב"ם רק בעל התרומות כתבו בשער מ"ט לפי המסקנא מי נשבע תחילה ולפע"ד דין זה צ"ע דע"כ לא אמרו בש"ס רק אם השבועה מוטלת על המלוה מצד עצמו שמא עיניו נתן בה אז אמרינן מי נשבע תחילה. אבל אם מדינא פטור מנין לנו שאנו יכולין להטיל שבועה על המלוה מה שאינו חייב בה מכח חשש הוא יאמר שבועה דאורייתא יש לי עליו או ישבע או ישלם וכיון שאנו חוששין שמא לא דיקדק למה ישבע ואני יפסיד ואם רוצה לישבע ידקדק היטב ומה לי לישבע לטובתו שבועה שאין אני חייב בה וראיה ברורה לזה דאי ס"ד דגם בכהאי גוונא משביעין את המלוה תחילה ולא עקרינן שבועה מלוה והיינו שאין אנו יכולין להפסיד ללוה מחמת חשש שאנו חוששין שהוא עומד וצווח שיכול לישבע ואינו ירא ממנו כלל אם כן כי פריך לר"ה ממתניתין וא"א דמשתבע מלוה שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לה וקשה מאי קושיא לר"ה אפילו אי נימא דלא כר"ה תקשי למה נעקור השבועה מלוה ישבע המלוה שאינו ברשותו מהאי חששא גופא שמא יוציא הפקדון כדחזינן השתא במינו מצוי דליתא לדר"ה ומ"מ משביעין אותו ואדרבא בלי ר"ה קשה טפי דליכא לפרושי מי נשבע תחילה דהא אין כאן שום שבועה מוטלת על המלוה מצד עצמו ודוקא השתא לר"ה דאיכא שבועה לכל שומר שפיר יש לפרש מי נשבע תחילה שהשבועה ידוע משא"כ אי ליתא לדר"ה ע"כ דהפי' בפשיטות דשקלינן מלוה וקשה למה לא ישבע המלוה מחמת חשש זה שאינו ברשותו כדי שלא יוכל להוציאו וע"כ צריך לומר דסבירי לי' למקשה דוודאי בלי ר"ה אין אנו יכולין להטיל שבועה על המלוה מה שאינו חייב בה לטובת הלוה או שלא יתחלל ש"ש ויותר יש לנו לעקור שבועה מן הלוה דאף דהוא עומד וצווח כמו שכתב הר"ן פרק כל הנשבעין דכל היכי דאינו יכול לישבע מן הדין או מפני חשש שאנו חוששין אף שהוא עומד וצווח

ראוי שישלם א"כ כ"ש אם משביעין למלוה א"כ לפי מה דמסיק מי נשבע תחילה מ"מ מנין לנו דהתרצן חולק בסברא זו על המקשן הא במתניתין מיירי באמת במקום דמוטל על המלוה שבועה שאינה ברשותו מן הדין אז אמרינן מי נשבע תחילה אבל להטיל עליו שבועה חדשה מה שאינו חייב בה מי שמעת לי' וכמו כן קשה להנך פוסקים דאפילו במאמינו נשבע הלוה קשה כנ"ל ועכ"פ לשיטת התוספות דחולקין במאמינו ה"ה בזה דמ"ש ומ"ש הש"ך ס"ק ס"ב דהתוספות לא נחלקו כלל במאמינו רק לס"ד כתבו כן והוא תמוה חדא דהא הר"ן פרק הדיינין הקשה קושית התוספות פרק המפקיד דמאי קושיא לוקמא במאמינו ותירץ דאפי' מאמינו יש להשביעו משום שמא יוציא הלה הפקדון הרי דסגי לי' בהך סברא לתרץ מעיקרא נמי דכמו שאנו אומרין עכשיו דטפי יש לחייב המלוה שבועה מלעקור שבועה מלוה ה"ה המקשה הוי סבירא לי' כן ולמה לא תירצו התוספות כן ש"מ דסבירי להו לעיקר שאין להטיל השבועה על המלוה כשאינו חייב בה מצד הדין והיינו דקשיא להו באמת קושיא הנ"ל דאם כן לא הוי מקשה לר"ה בלי ר"ה קשה וע"כ דאין מטילין שבועה על המלוה מה שאינו חייב בה ועל זה תירצו דלאו אורחי' דלהימני' ועוד דהא בפרק שבועת הדיינין הקשו על דרך זה דקאמר התם והשתא דקאמר רב אשי מי נשבע תחילה וכו' דהא בפרק המפקיד מוכח דהדר בי' מההוא שינוי' דאח"כ משני במאמינו א"כ כולה במאמינו והשתא לפי' הש"ך לא קשיא ולא מידי דהא באמת לפי מה דמשני מי נשבע תחילה גם במאמינו כך הדין ולא חזר בו רב אשי כלל וע"כ דסבירי להו במאמינו לא שייך מי נשבע תחילה כלל כיון שאינו חייב וזהו דלא כהר"ן ולפי זה ממילא גם כן דחולקין ג"כ על הך דינא במינו מצוי דאין משביעין למלוה וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ן שהביא הר"ן שבועת הדייני' שהקשה ברישא אם הלוה מ"מ למה יתחייב הא אינו מודה לו כלום בברי דשמא ישנו אצל המלוה ואינו חייב לו כלום כל כמה דלא מהדר לי' משכונו וכתב על זה ואף דבפרק המפקיד מוקמינן לה במאמינו מ"מ לא משום הך פירכא מוקמינן לה בהכי אלא כי היכי דלא תקשי לר"ה אבל אי לאו ר"ה לא הוי מוקמינן במאמינו ע"כ ויש לתמוה הא שם לא מוקמינן כלל רישא במאמינו רק סיפא מוקמינן בהכי ורישא אמרינן מי נשבע תחילה וצריך לומר דסובר באמת דהך תירוץ במאמינו קאי על קושיא ראשונה ג"כ וכיון דמוקי לה במאמינו אף ברישא לא קשיא מבואר דסובר להדיא דבמאמינו לא אמרינן מי נשבע תחילה כלל רק בלא"ה אתי שפיר כפשטי ודו"ק גם בלא"ה כמעט לא יצוייר ענין זה במינו מצוי דמה שכתב הש"ך דיש על הכלי סימן של הלוה לא נהירא כלל דכי בשביל זה יברר שנשבע לשקר דהא כיון דבין לפי טענת הלוה בין לטענת המלוה מינו מצוי בד' או בב' ו' א"כ

יכול להיות שהיה לו ללוה כלי כזו גם כן בסימן הזה ומכרו למלוה מכבר או לאחר והגיע לידו של מלוה ועכ"פ פשיטא שלא נתברר שנשבע לשקר בשביל זה ולא שייך כלל בזה שמא יוציא הלה הפקדון ועוד דגם בגוף הציור שכתב הש"ך יש לדון דכיון דזה אומר כלי כזה מסרתי לך וזה משיב כלי כזו הא הוי טענו חיטין והודה בשעורין כהך דסוף המניח אם לא שנדחוק באופן שיכול לגוררה ועמ"ש לקמן סימן פ"ו] בשור גדול וקטן ועוד דלמה ניחוש שמא יוציא הפקדון אם ישנו אצלו למה לא יוציאנו עכשיו קודם שבועה ומה ריוח יש לו שישבע זה לשקר ויתחלל ש"ש ודוקא באין מינו מצוי יש לחוש באמת דעיניו נתן בה אבל במינו מצוי למאי יש לחוש ואדרבא נראה לפע"ד דמהאי טעמא לא קשיא מה שהקשו על הרמב"ם דמאי פריך לר"ה לוקמא מתניתין במינו מצוי ולפי הנ"ל לק"מ דבזה לא שייך שמא יוציא מהני טעמא דאמרן: וכד דייקינן שפיר בלשון הרמב"ם ז"ל פי"ב מהלכות מלוה מבואר להדיא דלא כבעה"ת ומחבר שכתב שם ברישא אם הלוה כופר הכל ישבע המלוה תחילה שבועת השומרין שאינו ברשותו ואח"כ ישבע הלוה היסת שהיה שוה סלע ויש לתמוה אם סובר כדעת המחבר מה זה שכתב דישבע שבועת השומרין הא אפי' במינו מצוי דליכא שבועת השומרים כך הדין דישבע שאינו ברשותו מחשש שלא יוציאנו ומה זה שכתב שבועת השומרים הא לא תליא בשבועת השומרים כלל ובמינו מצוי אין זה שבועת שומרים כלל דלא חיישינן שמא עיניו נתן בה וברור דכוונתו דדוקא היכי שהוא מחוייב לישבע מצד שבועת שומרין אז משביעין אותו תחילה מחשש זה אבל כשאין עליו שבועת שומרין אין מחייבין אותו שבועה מחשש זה והיינו כדעת התוספות והרמב"ן כמו שבארנו אמנם יש ליישב קושיא הראשונה לדעת המחבר ובעה"ת דסבירי להו דוודאי בלי ר"ה לא היה מקום להקשות דנחדש שבועה על המלוה מה שאינו חייב בה מחשש זה רק לר"ה כיון דבלא"ה בכל מקום צריך לישבע שאינו ברשותו מחשש שמא עיניו נתן בה אם כן אפילו במינו מצוי או במאמינו מ"מ לא עקרו השבועה ממקומה מחשש שמא יוציא הפקדון כיון דס"ס יש חשש לא עקרו ממנו השבועה והניחו אותה במקומה ולפי זה פשיטא דלא קשיא ולא מידי מה שהקשו על הרמב"ם דלוקמא במינו מצוי דהא זהו ממש קושית הר"ן דלוקמא במאמינו וכמו שתירץ הר"ן דאפילו במאמינו יש להשביעו מחשש זה שמא יוציא ולא לעקור השבועה מן המלוה א"כ ה"ה במינו מצוי מ"מ מחשש זה שמא יוציא יש להשביעו ולא לעוקרה מן הלוה כמו שבאמת דעת בעה"ת ומחבר עכשיו א"כ לא הועיל כלום אם נאמר במינו מצוי והא דלא מקשה בלי ר"ה הא בלא"ה קשה על בעה"ת כנ"ל וע"כ משום דבלי חידושו של ר"ה לא היינו מחדשין שבועה למלוה משא"כ לכל שומרין משא"כ לר"ה אפילו

היכי דלא שייך שמא עיניו נתן בה לא עקרו השבועה מחשש שמא יוציא ועכ"פ לא אוכל לידע מאי קשיא להו על הרמב"ם דכמו שתירץ הר"ן על במאמינו כמו כן מיושב במינו מצוי וזה ברור ולק"מ ואי קשיא כדמקשה מסיפא לוקמא במיגו מצוי הא ליתא הא במתניתין מדמה פטור וחיוב דלוה לפטור וחיוב דמלוה וכיון דרישא בכל גוונא כך הדין ה"ה בסיפא משא"כ עכשיו במאמינו אין זה הפרש בעצם המשכון רק בטענות ובזה בוודאי יכולין להיות מחולקין ובתומים כתב אסיפא בלא"ה לא מהני מינו מצוי דמ"מ רוצה בפחות משווי' ואין דבריו נכונים לפע"ד דהא על זה אנו מאמינים אותו על שיווי המשכון רק דחיישינן שמא עיניו נתן בה כמות שהיא שוה לפי טענתו א"כ במינו מצוי לא שייך זה וכן מוכח בש"ס גופא אבל לפי מה שכתבתי בלא"ה לק"מ] ומ"מ לענין דינא נראה לפע"ד ברור דהרמב"ם חולק על דין זה של המחבר ולפי זה פשיטא דלק"מ על הרמב"ם וכן מסיפא פשיטא דלא קשיא כיון דרישא לא מיירי כלל במינו מצוי היאך נקט בסיפא סלע הלויתיך שתים היה שוה דמשמע להדיא דקאי על זה המשכון דמיירי ברישא וזה ברור ודינו של בעה"ת והמחבר צ"ע לפע"ד:

מא כמה היה שוה כדי ליטול עסמ"ע דמשכחת לה כגון שטוען הלוה סלע הלויתני ושתים היה שוה והמלוה טוען שהיה שוה יותר ואינו יודע כמה וע"א מעיד שלא היה שוה רק ה' דינרים הרי נשבע הלוה נגד העד ונוטלו מן המלוה אבל בלא ע"א הוי לי' משיל"מ וקשה לי דהא כתב הב"י סימן פ"ד ובכ"מ דהא דע"א מעיד שהוא פרוע דנשבע ונוטל דוקא כשטוען ברי ולא כשטוען שמא אם כן כיון דהוי לי' משיל"מ היאך יכול להשביעו על פי העד בטענת ספק כיון דבלי העד הוי לי' משיל"מ ומ"ש דהוי חיוב על פי שטר או על פי משיל"מ אדרבא התם לא הוי חיוב כ"כ דהא יכול לטעון אישתבע לי' והכא לולי העד מחוייב לגמרי ואפילו שבועה לא היה צריך ובאמת שהש"ך סימן פ"ד השיג על הכ"מ בזה ועמ"ש שם ובתומים אבל מ"מ בדברי המחבר כאן אין לפרש כך לכן העיקר כפי' הש"ך דמיירי שמהפך השבועה ואפי' בשבועה דאורייתא כשהלוה רוצה:

מב נאמן לומר שהלוהו וכו' בשבועה. עש"ך ס"ק ס"ז בשם רבינו ירוחם דאפי' לוה טוען שמא כך הדין. והוא תמוה דהא הסכים לקמן סימן פ"ז לדעת הפוסקים דמשכון לא הוי הילך משום שיכול להיות שיאנס ע"ש א"כ הכא לולי המיגו של מלוה היה הלוה בגדר משיל"מ ועכשיו דיש לו מיגו גם כן יגרע ויצטרך לישבע בנק"ח ואולי אין כוונתו כהך דהכא רק בעלמא במקום דלא שייך שבועה ומה שכתב בתומים לדחות דברי ר"י משום דברי ושמא ברי עדיף היכי דהוא מוחזק לכ"ע ואין דבריו נכונים דפשיטא דאם המלוה אין לו מיגו כלל דאז אין הלוה בגדר משיל"מ דוודאי מחוייב להחזיר המשכון

כיון שהמשכון של לוה הוא והוא הוי לי' איני יודע אם נתחייבתי אם כן מחמת המיגו לא נפטר משבועה דהוי מיגו לפטור משבועה כמו שכתבו הפוסקים או משום דבא ליטול ולא בגופו של משכון וזה שייך הכל גם בשמא ולא ידעתי היאך עלה על דעתו לומר שיהא הלוה מוחזק מחמת המשכון דהא מבואר לעיל סימן ד' בהגה' דהמלוה מקרי תובע ולכך כשהוא טוען שמא מחוייב להחזיר המשכון ולא מקרי איני יודע אם נתחייבתי וכמו כן בדליכא מיגו למלוה ולוה טוען ברי צריך להחזיר המשכון מיד קודם שבועת הלוה כמבואר לקמן והיאך קורא אותו מוחזק רק מחמת המיגו הוא דנאמן והא חזינן דמ"מ לא נפטר משבועה וה"ה בשמא ועיין בסמוך מ"ש עוד בזה:

מב בשבועה בנק"ח עסמ"ע ס"ק מ"ח בפי' דברי הרמב"ם וה"ה והש"ך השיג עליו דכוונת הרמב"ם וה"ה בפשיטות דלכך הוי מיגו לפטור משבועה משום אולי היו עדים שהגיע לידו במשכון לא היה נאמן ליטול רק בשבועה הילכך אפילו ליכא עדים הוי מיגו לפטור משבועה ולפעד"נ דדברי הסמ"ע מוכרחין בפי' דברי הרמב"ם וה"ה דאל"כ תקשי מה זה שכתב דאם היה עדים הא צריך לישבע בנק"ח במה נפשך אם גם עדי ראה יש אפילו בשבועה לא היה נוטל רק הלוה נשבע ונפטר וע"כ דעדי ראה ליכא א"כ עדיין למה ישבע בנק"ח הא בזה גופא יש לו מיגו דהחזרתי ולא היה נשבע רק היסת ואם נאמר דמ"מ הוי מיגו לפטרו משבועה בנק"ח א"כ למה לי' לרמב"ם כל זה בפשיטות הוי לי' מיגו לפטרו משבועה וע"כ דהרמב"ם בא לבאר כיצד הוא מיגו לפטורי משבועה ואימת יש עליו שבועה שהמיגו בא לפוטרו משבועה זו הא בלי מיגו אינו נוטל כלום ובמיגו דין הוא שיטול בלא שבועה ועל זה ביאר דבריו דבמקום דליכא מיגו דלקוח רק החזרתי אז דין הוא שיטול ומ"מ בשבועה בנק"ח דבהא וודאי לא מהני לי' מיגו דלאו מיגו אלימתא הוא ונוח לו לומר לויתי משיאמר החזרתי שיצטרך לשמור עצמו כל ימיו שלא להראות החפץ לעולם ומ"מ בשבועה נוטל א"כ אפילו במיגו דלקוח דהיה די לפטרו גם משבועה מ"מ הוי מיגו לפטרו משבועה וליכא למימר דמיירי באמת בעדי ראה דליכא מיגו כלל ומ"מ בשבועה נוטל דמיירי התם דטוען שמא דהא מיירי ביורשין שם [לפי הגירסא שלפנינו אך מדברי הראב"ד וה"ה וכ"מ נראה דהלשון מהופך שם ולכך אפילו בלי מיגו נוטל בשבועה הא ליתא דא"כ כ"ש בלוה גופא טוען שמא דנוטל בשבועה בלי מיגו א"כ היאך הסכים הש"ך לעיל ס"ק ס"ז לדעת רבינו ירוחם דאפילו טוען שמא שייך תקנת הגאונים וקשה הא נראה דעת הש"ך לקמן סימן פ"ט וכאן ס"ק ע' דכל היכי דבלי מיגו הי' נוטל בשבועה אז מודים הגאונים דבמיגו אין צריך לישבע ובזה מיישב הש"ך הקושיא על הגאונים מהך סוגיא דאומן אומר שתים קצצת לי א"כ תקשי הכא הא בלי מיגו נוטל

בשמא בשבועה א"כ למה ישבע במיגו וע"כ דבשמא אינו נוטל אפילו בשבועה והרמב"ם התם מיירי בברי ולפי זה קשה קושיא הנ"ל וע"כ כפי' הסמ"ע ואמת כי ראיתי להרב בעל משנה למלך פי"ג מהלכות מלוה שהקשה קושיא הנ"ל על הרמב"ם ותיר' בענין אחר דהרמב"ם לטעמי' אזיל דבהחזרתי צריך לישבע בנק"ח אפי' במפקיד בעדים כמו שכתב פ"ו מהלכות שאלה בעובדא דשומשמי ע"ש וכתב דאף דה"ה כתב להיפך פ"ב מהלכות שכירות היינו דסובר כהראב"ד אבל להרמב"ם מודה דנשבע בנק"ח כמו שכתב להדיא שם בהלכות שאלה ע"כ ואין דבריו נכונים כלל דפשיטא דסובר ה"ה דגם להרמב"ם בהחזרתי אינו נשבע רק היסת חדא דכתב שם להדיא פ"ו מהלכות שאלה הלכה ב' בסופו דמה שכתב בפ"ב מהלכות שכירות דבהחזרתי נשבע היסת הוא גם להרמב"ם ועל כן הקשה שם להרמב"ם דהיה לו לבאר שלא זזה יד העדים מידו וכן בהך דשומשמי תירץ ה"ה דהתם שאני לפי שהוא נותן סימן הרי דהקשו הרמב"ן והרשב"א דאפילו בשבועה בנק"ח לא יפטר מחמת הסימן המובהק ותירצו דאין מנין סימן מובהק אבל מ"מ לא גרע מחזקה דשטרך בידי מאי בעי דצריך לישבע בנק"ח בהחזרתי דאינו נאמן רק במיגו והתם נמי מחמת הסימן אינו נאמן רק במיגו אבל בסימן מובהק אפילו מיגו לא מהני וזה שכתב הרמב"ם שם נשבע בנק"ח כמו שבארנו והיינו כמו שכתב בהלכות שכירות פ"ב וז"ל וכשם שאם טוען שנאנס נשבע מן התורה בנק"ח כך אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה הואיל ויש שם שטר ביד התובע עכ"ל הרי להדיא דדוקא בשטר מחמת החזקה אינו נאמן רק במיגו דנאנסו וצריך לישבע בנק"ח כמו נאנסו אבל בלי שטר מודה דאינו נשבע רק היסת רק בשומשמי הסימן הוי כמו שטר דנהי דסימן מובהק לא הוי לדחות מיגו אבל חזקה הוי כמו שטר והרב בעל מגדול עוז הוכיח מדברי הרמב"ם שם דגם בעדים צריך לישבע בנק"ח ודבריו תמוהין דהא בהדיא כתב הואיל ויש שטר ביד המלוה ובהדיא איתא פרק כל הנשבעין מכלל דתרווייהו סבירי להו המפקיד בעדים אין צריך להחזיר בעדים בשטר צריך להחזיר לו בעדים והיינו כדי ליפטר משבועה כמו שכתבו התוספות שם א"כ מבואר דלא דמי שטר לעדים וכיון דהרמב"ם דיקדק בפי' הואיל ויש שטר ביד התובע מבואר דבעדים מודה ועוד דפשיטא שלא יחלוק על סוגית הש"ס הנ"ל דבעדים לא וברור דהרמב"ם מודה דבהחזרתי נשבע היסת א"כ קמה וגם נצבה קושיא הנ"ל ודברי הסמ"ע מוכרחין שוב ראיתי ברמב"ם רפ"ט מהלכות טוען הלכה ב' מבואר להדיא דלא כמשנה למלך ומ"ע הנ"ל, וסובר לחלק בין עדים לשטר ע"ש ודו"ק:

מד בנק"ח. עש"ך ס"ק מ"ט בשם הב"ח דלא אמרינן מיגו להחמיר בשבועה וכתב כן לחלק בין הך דהכי לשותפין דלקמן סימן צ"ג והש"ך השיגו דאישתמיט לי' דברי הרא"ש

ר"פ כל הנשבעין ע"ש ולפעד"נ דמשם מוכח כהב"ח דוודאי יש לדקדק בלשון הרא"ש שכתב וזה נוטה קצת לדברי ר"י הלוי דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה ועוד אמרו הגאונים טעם אחר וכו' מבואר דגם טעם הראשון אמרו הגאונים דאל"כ אדרבא מבואר דלית להו דר"י מגא"ש דהא טעמייהו בהדיא משום דבעי לאפוקי ממונא מרשותי' דחברי' וברור דגם טעם ראשון אמרו הגאונים וכן מבואר בלשונו ועוד אמרו הגאונים טעם אחר וכן דברי הרמב"ם לקוחין מדברי הגאונים ונתן טעם זה דהוי מיגו לפטור משבועה וא"כ קשה היאך כתב וזה נוטה קצת לדברי הר"י הלוי הא להך טעמא מבואר להדיא כדעת ר"י מגאש וע"כ דגם בזה משמע ליה לחלק דהכא כיון דהוי משבועה חמורה לקלה משא"כ לפטור משבועה לגמרי ולכך כתב וזה נוטה קצת וליכא למימר דכתב כן מחמת טעם השני הא ליתא חדא דמ"מ כיון שהגאונים כתבו גם טעם זה מוכח כהר"י מיגאש דלא כהשגת הרא"ש ועוד כיון שעדיין לא הזכיר טעם השני לא היה לו לומר דנוטה קצת מה גם דלא הזכיר טעם השני בלשון דחי' לפי דזה וודאי נוטה כר"י מיגאש מחמת טעם הראשון ודו"ק:

מד אבל תפס מעות. עסמ"ע בשם הר"ן דאפילו בחפץ דוקא כשבא הוא לתבוע להלוה שיפדה משכונו אבל אם המלוה שותק והלוה בא להוציא מיד המלוה אז המלוה נאמן בשבועת היסת והבו דלא להוסיף עלה ע"כ והנה הר"ן כתב זה ליישב קושית הראשונים על הגאונים מהא דאומן אומר שתים קצצת לי דכל זמן שהטלית בידו נוטל בלא שבועה ותירץ הר"ן דאה"נ אם בא לתבוע לבעל הבית לשלם לו צריך לישבע והתם מיירי שלא בא לתבעו רק שותק ומחזיק בטלית ויש להבין הא עיקר ההוכחה ברישא הכוונה בלי שבועה מדקתני בסיפא נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל משמע דברישא נוטל בלא שבועה אם כן אכתי תקשי הא בסיפא נתנה לו ע"כ שהאומן תובע שכירותו אם כן מאי אירייא נתנה לו אפילו ישנו בידו ומזה מבואר דאפילו תובע שכירותו דוקא נתנה לו אבל ישנו בידו אין צריך שבועה וצריך לומר דכוונתו כך דבלא"ה ביקש הרמב"ן במלחמות והרשב"א ליישב זה דלא מוכח מידי ואה"נ דצריך שבועה רק דהפרש בין רישא לסיפא הוא דבסיפא בנתנה לו יש חילוק בין בזמנו לעבר זמנו משא"כ ברישא כשהטלית בידו לעולם נשבע ונוטל ועל בעל הבית להביא ראיה ע"ש. אך באמת דבריהם תמוהין לפע"ד דהא בפרק חזקת הבתים אמרינן על הך ברייתא דמיירי בדליכא עדים וראה דמהימן במיגו והשתא אי ס"ד דבשבוע' דוקא הוא מה צורך למיגו בלא"ה לעולם נשבע ונוטל מדין שכיר ואפילו בעבר זמנו דכל זמן שהטלית בידו אין בע"ה עובר בבל תלין אם כן מה צורך דליכא עדים וראה וע"כ דנוטל בלי שבועה ולכך צריך למיגו א"כ מבואר דלא

כהגאונים והוא תמוה לפע"ד ואולי גם הר"ן כיוון לזה לכך תירץ הוא דבשותק נוטל בלי שבועה באמת גם להגאונים ולפי זה איצטרך מיגו לפטרו משבועה בשותק ומ"מ שפיר קתני בסיפא נתנה לו אף דאז תובע ואפילו ישנו בידו כן הדין משום דמ"מ בישנו בידו אפילו תובע דצריך לישבע מ"מ גם בעבר זמנו נשבע ונוטל חדא מכח מיגו ומכח שכיר משא"כ בנתנה לו יש חילוק ובזה שפיר יש לומר תירוץ הרמב"ן והרשב"א ותרווייהו כחדא אתי שפיר ולפי זה מבואר מדברי הרמב"ן והרשב"א דסבירי להו גם כן חילוק זה של הר"ן דאל"כ דבריהם תמוהין כמו שביארנו. ומ"מ ברור כמו שכתב הש"ך דאפילו אינו תובע מעות רק רוצה להפרע מן החפץ הוי כתביעה ולא היה צריך הש"ך לכל האריכות שלו כי ממקומו הוא מוכרע דאי ס"ד דכוונת הר"ן דפרעון מן החפץ לא הוי כתביעה רק שיתבע מעות דמהו פי' דבר זה שתובע מעות וכי יכול לתובעו מעות אפילו ישבע כל היום הא אינו נאמן בשבועה רק במיגו אם כן לא עדיף כחו מטענת לקוח ולהד"ם אם כן פשיטא שאין יכול לתובעו שום דבר ואין חבירו מחוייב ליתן לו ואפי' בשבועה א"כ השבועה אינה על מעות חבירו רק על פרעון והמשכון ולמה ישבע וע"כ דכוונת הר"ן דוודאי פרעון מן המשכון הוי כתביעה רק שאם רוצה שיהא המשכון כמות שהוא רק שעבודו יהא עליו קיים כמקדם ואז אין צריך לישבע דהא כל הטעם משום דבא ליטול והשיעבוד ברשותו לגמרי הוא ושלו הוא. וכן נראה עיקר לדינא כיון דמדברי הרשב"א ורמב"ן מוכח כן כמו שביארנו:

מו ואפילו מת הלוה תחילה. עסמ"ע וש"ך בשם ב"י דנשבעין שלא פקדנו ולא אוכל לצייר פי' דברים הללו דבמאי עסקינן אי ביורשין טוענין שמא ואינן יודעין כמה מגיע על משכון זה אם כן למה ישבעו שלא פקדנו ויטלו הא האב לא היה נאמן רק במיגו והם כיון שטוענין שמא והמשכון של לוה הוא בוודאי וכל היכי דליכא מיגו אפילו היה הלוה גופא טוען שמא ומלוה חי וטוען ברי לא היה נוטל כדמוכח לכאורה מדברי הש"ך לעיל ס"ק ס"ז דפסק אפילו בשמא צריך שבועה בנק"ח ואי בלי מיגו נוטל בשבועה בשמא לא היה צריך לישבע במיגו כדמשמע מדברי הש"ך ס"ק ע' ולקמן סימן פ"ט וע"כ דבלוה טוען שמא ולית למלוה מיגו אינו נוטל כלים [אם לא דהוי משיל"מ] אם כן הכא ביורשין למה יטלו בשבועה שלא פקדנו ומאיזה צד נאמר דהאב היה טוען עד כדי דמיו מגיע לו ואי דמיירי באמת בטוענין ברי אם כן מה זה שבועת שלא פקדנו הם צריכין לישבע שיודעין שמגיע עד כדי דמיו ובאמת ברמב"ם נאמר כלשון הזה וכן המלוה את חבירו על המשכון ומת הלוה והמלוה בין שמת הלוה תחילה בין שמת מלוה תחילה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע

בנק"מ כדרך כל הנשבעין ונוטלין וכו' עכ"ל. וכתב ה"ה וז"ל יתבאר פי"ז ששטר חוב שמת לוה תחילה ואח"כ מת מלוה אין יורשי מלוה נוטלין מיורשי לוה כלום וכתב הרב ז"ל בכאן שאין הדין כן במשכון ופשוט הוא עכ"ל מבואר מדבריו דמפרש דברי הרמב"ם שיש שטר גם כן דהחייוב מבואר וגם הפרעון הוי חזקה שטרך בידי מאי בעי רק דס"ד דמ"מ כיון דהאב היה צריך לישבע אפילו במשכון נגד היורשין בנק"ח אם כן אין אדם מוריש שבועה לבניו קמש"ל כיון דיש משכון בידם לא אמרינן זה. ולפי זה יש לתמוה ברמב"ם שכתב ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי ה"ז נשבע בנק"ח הא הם לא מחמת המיגו נשבעין דמה מיגו יש להם רק שלא פקדנו נשבעין וצריך לומר דזהו כוונת ה"ה שכתב אח"כ שיש שיבוש בלשון הספרים וכ"כ הראב"ד בהשגות שם וכן הרב בכ"מ כתב כן ולפי זה צריך לפרש גם כאן דהחוב ידוע על ידי שטר רק מחמת שהיה צריך לישבע ליפרע מיתומים ס"ד דהוי בכלל אין אדם מוריש קמש"ל דלא. אמנם יש לפרש דברי הרמב"ם בפשיטות בלי שיבוש כלל דמיירי באמת במשכון בלי שטר כלל לכך בשבועת שלא פקדנו דהיינו טענת שמא לא היה נוטלין כלום דמאיזה צד נאמר דהאב היה טוען עליו עד כדי דמיו ובהא לא שייך מיגו והמשכון בוודאי של לוה רק כשהם טוענין ברי מיירי ונוטלין גם כן מחמת המיגו וס"ד דכיון דהאב היה צריך לישבע גם כן הוי אין אדם מוריש שבועה לבניו קמש"ל דלא כיון שנפרעין מן המשכון ולפי זה דברי הרמב"ם פשוטין בלי שיבוש ולא מיירי כלל משבועת שלא פקדנו ודו"ק וצ"ע. שוב ראיתי בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ל"ב ומשמע לכאורה התם דאפילו יורשין טוענין שמא כל שאם היה האב קיים והיה טוען ברי היה נאמן במיגו טוענין ליורש ולפי זה שפיר יש לפרש בפשיטות דיורשין אינן יודעין כלום ומ"מ טוענין להם. עד כדי דמיו כמו שאם היה האב קיים שמא היה טוען כן אבל באמת ברור שלא דיבר ר"י בר שמואל שם רק בחפץ שאין עשוי להשאיל ואין היורשין יודעין מאיזה צד בא ליד אביהם אז פשיטא דטוענין להם דעכשיו המשכון שלהם דחזקה כל מה שביד אדם בחזקת שלו ואף שידוע שהיה פעם אחת של זה מ"מ כיון שאין עשוי להשאיל בוודאי מכרה לו ושלו הוא אם כן אף היורש הטוען שמא טוענין להם כמו האב משא"כ הכא דפשיטא דמיירי שהיורשין מודים דבתורת משכון הוא אצלו דאל"כ לא שייך שבועה ליורשין כלל כי למה לא נטעון להם באמת לקוח ואפילו שבועה אינן צריכין כמבואר בתשובת מיימוני שם שם וע"כ דמודים דבמשכון הוא בידו [אבל עדים ליכא דא"כ ליכא מיגו כלל] א"כ פשיטא דהחפץ בחזקת הלוה הוא ודוקא אם המלוה חי אז מחמת המיגו אפילו מודה שהוא של לוה תחשב מוחזק לישבע וליטול אבל היורשין היאך יעלה על הדעת דבטענת

שמא יחזיקו במשכון של לוה ומאיזה צד נאמר דאם היה האב קיים היה טוען עד כדי דמיו שמא פחות ודוקא לטעון להם לקוח כהך תשובה הנ"ל שייך לומר כיון שאינו עשוי להשאיל יש לנו לטעון דשלו הוא ולקחה משא"כ כשידוע שלא לקחה רק לטעון עד כדי דמיו מאיזה צד נאמר כן שמא מגיע פחות או יתר וכי בשביל שאין עשוי להשאיל מגיע לו עד כדי דמיו שמא פחות א"כ כיון שהמשכון בוודאי של לוה הוא והחוב ספק פשיטא דאינן חייבין לשלם רק פחות מה שיש לומר שהלוהו ואפילו ידוע הלואה רק הספק בפרעון אני מסופק מאוד דמאיזה צד נאמר דהאב היה אומר דלא פרע כיון שאין לו שטר וליכא חזקה ואפשר דמיירי הכא בשטר באמת וכן יש לפרש דברי ה"ה אבל מדברי הש"ך ס"ק ע"ב משמע לכאורה דמפרש במשכון בלבד בלי שטר ע"ש וצ"ע:

מז או בגד אלמנה. בתומים הביא ראיה מזה להגאונים דאל"כ ניחוש שמא ספק מלוה ישינה יש לו ואם טוען עד כדי דמיו איתא בחזרה משא"כ עכשיו דיאמר שלו הוא ליתא בחזרה בלאו דלא יחבול רחיים וע"כ דגם עכשיו נשבע בנק"ח אם כן גם עכשיו ליתא בחזרה דשבועה ואין זה נכון דפשיטא דבימי רבא כבר נתקנה שבועת היסת דנתקנה בימי ר"נ והם היו אחר ר"נ ובימי אביי מבואר להדיא פ"ק דמציעא דהיה שבועת היסת ואביי ורבא היו בזמן אחד ורבא אומר הלכות משמי' דר"נ וכן מבואר להדיא בבעה"מ פרק כל הנשבעין דהתם נשבע היסת אם כן אף עכשיו ליתא בחזרה דמ"מ נשבע לשקר (מח) נשבע הלוה שלא הלוהו אלא שקל נראה דה"ה אם הלוה טוען שמא דאינו יודע כמה מגיע לו דנשבע היסת שאינו יודע ונוטל משכונו אם לא במקום דהוי משיל"מ כגון למ"ד משכון לא הוי הילך אבל למ"ד משכון הילך או שאומר הילך אפי' טוען א"י כיון דהמלוה לית ליה מיגו לא חשיב מוחזק והוי לי' א"י אם נתחייבתי תדע דהא חזינן דבברי נוטל משכונו קודם שבועה הרי דלא חשבינן למלוה מוחזק כלל וכן מבואר מדברי הרב בהג"ה לעיל סי"ד ובדברי המחבר לקמן סכ"ד דמלוה לא חשיב מוחזק כלל בלי מיגו וכן מוכח עוד ממה שהסכים הש"ך לעיל לדעת רבינו ירוחם דהיכי דאיכא מיגו וגם לוה טוען שמא מ"מ צריך לישבע שבועת הגאונים אם כן מבואר דלולי מיגו אפילו בשמא אינו נוטל כלום דאם לא כן לא היה צריך לישבע בשמא כמו שכתב הש"ך ס"ק ע' וע"כ דהכא בלי מיגו אפי' לוה טוען שמא אינו נוטל אפילו בשבועה כנ"ל ומזה ראיה דלא כהתומים שהבאתי לעיל ס"ק מ"ב ע"ש:

מט יכול לומר החזרתים לך. עש"ך ס"ק פ"ו בשם המרדכי פרק חזקת דלהרי"ף ורמב"ם לא בעינן עדי ראה וכן הוא בתרומת הדשן סימן של"ה והש"ך השיג דמכל הפוסקים משמע דאף לדעתם בעינן ראה וכתב דאף דהרי"ף ורמב"ם לא הזכירו בשום מקום דבעינן

ראה מ"מ נראה כן עיקר בדעתם ותמהני דהא בהדיא כתב הרמב"ם פ"ח מהלכות טוען הלכה ג' ד' וז"ל כיצד ראובן שהיה לו כלי העשוי להשאיל ולהשכיר ויש לו עדים שהוא ידוע לו והרי אותו הכלי תחת יד לשמעון וראובן טוען שהוא שכיר או שאול ושמעון טוען אתה מכרתו לי וכו' אינו נאמן אלא ראובן נוטל כליו וכו' בד"א כשהיה כל זה נראה ועומד ביד שמעון אבל אם ראובן טען ואמר לשמעון כלי פלוני יש לי בידך ושכיר הוא הוציאו אלי והרי יש לי עדים שהוא ידוע לי ואמר לו שמעון אתה מכרת לי וכו' נאמן עכ"ל הרי להדיא דסובר דבעינן ראה אף דבלא"ה אינו יכול לטעון לקוח וכ"כ ה"ה על דברי הרמב"ם הללו וז"ל זה פשוט דכולה סוגיא דפרק כל הנשבעין אינה אלא בראה וכ"כ הרמב"ן ז"ל עכ"ל ואמת דבדברי הרמב"ם יש לומר דדוקא בדברים העשויין להשאיל ויש לו עדים שהוא שלו אבל אין עדים כיצד בא לידו שלא ראו המסירה אז מצריך הרמב"ם ראה דאל"כ יש לו מיגו דלהד"ם שלא מסרו כלל אבל בדברים שאין עשויין להשאיל רק שיש עדים כיצד בא לידו והוא אומר שלקחו אח"כ אז ליכא מיגו דלהד"ם כלל רק דהחזרתי אז לא בעינן ראה כלל וגם דברי המרדכי אפשר לפרש כן אבל אני תמה דמה יעשו בדברי הרי"ף פרק חזקת שכתב אבל אחר אם מסר לי' בסהדי לית ליה חזקה ולא יכול למימר ליה הדרא זבינתא מינך ואי לא אפקיד גבי' בסהדי אית לי' חזקה וכדאמר זבינתא ניהלי מהימן ובשבועה וה"מ בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר והא דאמרינן דלית ליה חזקה בין אומן בין אחר ה"מ היכי דראה כדתניא ראה בגדו ביד אומן וכו' אבל אי לא ראה אע"ג דמסרו ניהלי' בסהדי מיגו דאי בעי למימר אהדרתי' ניהלך ומהימן כי אמר נמי זבנתי' ניהלי' מהימן עכ"ל הרי להדיא בהך גוונא גופא דנאמן במיגו דהחזרתי לולי עידי ראה וליכא למימר שלא כתב הרי"ף דבר זה רק לס"ד לסברא דרבוותא כמו שכתב שם אח"כ הדין הוא סברא דרבוותא אבל אח"כ דפליג עלייהו סובר דלא בעינן ראה כלל הא ליתא דע"כ לא נחלק הרי"ף רק באומן כמ"ש שם ואנן קשיא לן האי סברא דהא רבה דאית לי' מיגו איתותב וסלקא לי' בתיובתא ושמעת מינה דהאי דינא דאומן לא אמרינן ביה מיגו הילכך בין ראה בין לא ראה וכו' הרי להדיא דדוקא באומן פליג עלייהו ולא באחר. ונראה לי ראיה ברורה לזה גם כן מהא דפריך פרק האשה שנתארמלה גבי ומודה ר"י שדה זו של אביך היתה דליתני שדה זו שלך היתה ושקיל וטרי' התם בכמה קושיות עד דאסיק דלא מצי למיתני רק באב והשתא תקשי ליתני בבן גופא ובמטלטלין דאם אין עדים שמסרו לידו נאמן במיגו דלקוח בדברים שאין עשויין להשאיל ואי איכא עדים אין נאמן ואי קשיא פשיטא הא קמש"ל אף דאיכא מיגו דאי בעי אמר החזרתים דליכא עדי ראיה מ"מ לא מהימן וע"כ דגם בהא באמת

תקשי אמאי לא מהימן כדמקשה השתא באב גבי שדה אי דאכלה שני חזקה אמאי לא מהימן. אך אכתי קשה לי דהא לר' יהושע התם בוודאי לא מהני האי מיגו דהא לית לי' מיגו רק באין שור שחוט אם כן אכתי תקשי דהוי לי' למיתני כך וצ"ע אבל מ"מ ברור דלהרי"ף ורמב"ם בעינן ראה כנ"ל. אמנם בעיקר דין זה נלפע"ד למדקדק בדברי הרמב"ם הנ"ל דלא מצריך ראה דוקא שיש עדים שראוהו בידו קודם שנפלו החילוקים ביניהם אלא אפילו ראוהו עכשיו בידו בשעת הטענות גם כן שוב לא מהימן במיגו וזה מבואר מלשונו שכתב בד"א שהיה הכלי נראה ועומד ביד שמעון אבל אם ראובן טען הוציאו אלי וכו' מבואר דאף עכשיו איננו בידו ואינו נראה דאילו היה נראה עכשיו והוא טוען אותו החפץ שבידו שוב לית לי' מיגו והיינו כמו שכתבתי לעיל סימן מ"ז ונ"ו ובכמה מקומו' דכל שמה שמראה הדבר בב"ד הוא סתירה לטענת המיגו שוב לית לי' מיגו דמי הכריחו להראותו בב"ד שבזה מקלקל המיגו שלו אם כן שוב אי אפשר להכריח מזה שהוא אומר אמת שאפילו באמת לא היה לו להראותו וע"כ דשלא בכיון הראה החפץ בב"ד א"כ לית לי' מיגו וכבר הוכחתי לעיל סימן מ"ז דבר זה בראיות וכן מורין להדיא דברי הרמב"ם הנ"ל וכן דבריו ספ"ו מהל' שאלה וכן נראין דברי הרי"ף ובש"ס גופא שלא הזכירו עדי ראה רק ראה בלבד ועיין לעיל סימן מ"ז מ"ש שם בזה:

נ דברים העשויין להשאיל עש"ך בשם הג"א דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אף שהיורש אינו יודע כיצד בא הדבר ליד חבירו מ"מ מוציא ירושתו דכיון דהוא עשוי להשאיל מבטל טענת המחזיק שטוען ברי ע"כ. והביא ראיה מהך דפרק האשה שנתארמלה ומודה ר"י דאם יש עדים שהיתה של אביו אינו נאמן אף דיורש אינו יודע אם לא מכרה לו א"כ ה"ה במטלטלין בעשוי להשאיל הוי כמו שדה. ואין ראיה זו כלום דהיאך מדמה קרקע למטלטלין דבקרקע הוי ריעותא גדולה כ"כ דלא אכיל שני חזקה מה שאין בידו שטר דקרקע וודאי כותבין שטר ופחות מתלת שני מיזדהר בשטרא וכיון שאין בידו שטר הרי הוא ברשות חבירו משא"כ מטלטלין דאפי' דברים העשויין להשאיל מ"מ יכול להיות שלקחם דבמטלטלין אין עושין שטר דהא יכול להבריחם ולעשות בהם מה שירצה באופן שאינו ירא כלום משא"כ קרקע דעומד במקומה דוודאי לא לקח בלי שטר שיהא בידו לראי' וכיון דלא אכיל שני חזקה ולית לי' שטרא לא מהימן תדע דאם לא כן אם אדם אומר לחבירו בחפץ שהוא תחת יד חבירו וידוע שהוא שלו ויאמר לו שלקח ממנו והוא עצמו אינו יודע וכ"ש יורש הכי יוכל כל אדם לומר ליורש חפצים אלו שברשותך שלי הם שלקחתים מאביך אם כן ה"ה קרקע דכל בלי שני חזקה בחזקת בעלי' עומדת והרי ברשות יורש והיאך יוכל להוציא בלי שטר וחזקה משא"כ מטלטלין

שהם ברשותו ויורש טוען שמא וזה ברור ומ"מ הדין אמת דבלא"ה הביא ריב"ש בתשובת מיימוני סימן ל"ב ראיה לזה מהך דפרק הכותב דאמרינן התם דלכך יש שם חזקה דמסירה לרועה אבל בלא"ה לא אף דטוענין שמא ע"ש בתשובת מיימוני סימן ל"ב:

נא אלא שראו קודם לכן וכו'. דברי הרב הללו צ"ע בכמה דברים לכן מוכרח אני להאריך בזה והנה יש להבין מאי איריא ראו אפילו לא ראו כלל וטען אז מכורין ואחר כך טוען החזרתי בוודאי לא מהימן דאף דאיכא מיגו דהיה אומר החזרתי קודם כיון דעדיין לא ראו מ"מ הוי לי' מיגו במקום אנן סהדי דאנן סהדי שלא החזירם אחר שטען מכורין ולפי זה בכל מה שיטעון אינו נאמן כיון דהכל אינו נאמן רק במיגו דהחזרתי וצריך לומר דכוונת הרב כך דוודאי יש להבין למה בדברים שאין עשויין להשאיל לכ"ע נאמן אתה חייב לי כמו שכתב הש"ך ס"ק צ' הא מ"מ כיון שכבר טען מכורין אנן סהדי שאינו חייב לו וטענה זו שקר וצריך לומר דוודאי כל מה שטען חוץ לב"ד יכול לחזור ולטעון דאין אדם מגלה טענותיו רק בבית דין כדלקמן סימן פ' רק כאן אינו נאמן לומר החזרתי אחר כך ומה שטען מכירין היה שקר דאם כן באמת מעיקרא היה מחוייב להחזירם וא"כ איך שייך אין אדם מגלה טענותיו דזהו אם אומר שהי' הדין עמו מצד טענה אחרת ולא רצה לגלות' משא"כ כאן שאם הי' אומר שקר הי' מחוייב להחזיר והיאך טען מכורין הילכך אינו נאמן לומר שהחזיר אח"כ הילכך דוקא בדאיכא עדי ראה אבל אי ליכא עדי ראה כלל א"כ עדיין נאמן לומר מכורין וממושכן במיגו דהי' אומר דמה שאמר מעיקרא מכורין הי' שקר ולא רצה לגלות הטענה חוץ לב"ד ובאמת כבר החזירם אז לכך הוצרך הרב עדי ראה ואז אינו נאמן בשום טענה ולפי זה היה נראה דאם אומר באמת החזרתי אח"כ אינו נאמן אף דאיכא מיגו דהחזיר אז ושקר אמר מכורין שלא רצה לגלות מ"מ עכשיו אנן סהדי ולא מהני מיגו במקום אנן סהדי, אמנם נראה דאפי' לאחר שהחזיר אחר כך נאמן בדליכא עדי ראה דוודאי יש להבין למה באומר לא לויתי ועדים מעידין לוה ואמר פרעתי אח"כ מחלקינן בין אמר בבית דין או לפני עדים וכאן אפילו לפני עדים אינו נאמן וצריך לומר דהתם דוקא כל שלא אמר בפני בית דין לא הוחזק לשקר לפני ב"ד ונאמן אחר כך אבל באמר לפני ב"ד והוחזק לשקר לפני ב"ד שוב אינו נאמן משא"כ כאן בראו בידו החפץ מאי נ"מ בעדים או בב"ד מ"מ לפי טענתו עכשיו למה לא החזיר החפץ מיד ולמה טען מכורין לעכב של חבירו אצלו לכך הוחזק כפרן משא"כ שם בהלואה לפני עדים נשמט ממנו משא"כ בבית דין ואם גם בב"ד נשמט ומשקר א"כ שוב לא מהימן בשום טענה דמשקר ונשמט משא"כ כאן דגם לפני עדים הוחזק בשקר דהא ראו בידו ולפי זה בלא ראו דמי להתם ולא הוחזק כפרן והא דנתן הרב טעם דאנן סהדי משום דבלא"ה היה

מקום לומר דאמת אמר מכורין ומ"מ החזיר אחר כך לכך כתב הרב דכיון דאומר מכורין בוודאי לא החזיר ובאמת יש לחלק בפשיטות ג"כ מהנ"ל דהתם כיון שנתברר שקרו על פי עדים בוודאי ולא ימלט שלא יתחייב לשלם רק שאנו חוששין שאומר עכשיו שקר כמו מעיקרא על זה מחלקינן בין עדים לב"ד משא"כ הכא שלא הוחזק בשקר בטענתו מכורין רק הוא עכשיו סותר טענתו על זה אמרינן דוודאי לא החזיר שהרי טען מעיקרא שהוא שלו והיאך החזיר אח"כ כל שלא נתברר שקרו ודו"ק זהו חדא מה שיש לדון בדברי הרב הללו ועוד בה שנית בעיקר הדין שכתב הרב דהואיל דאמר מעיקרא מכורין אנן סהדי שלא החזיר אח"כ ולא הביא שום מחלוקת כמו שכתב הש"ך ס"ק צ"ב דבזה לית פלוגתא ולכאורה נראה דבמחלוקת שנויה והוא דנחלקו במרדכי ריש ב"ב מהר"ם ורבינו יקיר באומר פרעתיך ת"ז ואחר כך פרעתיך עתה דעת מהר"ם דהוחזק כפרן כי איך פרע עכשיו כיון שכבר אמר שפרעו אז ורבינו יקיר מספקא ליה בהא וכתב הש"ך סי' ע"ח דלכך מספקא ליה לרבינו יקיר דיכול לומר בשביל שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפרוע שנית ע"ש דמסיק הש"ך דין זה בצ"ע ולפי זה בדעת רבינו יקיר הכא נמי למה לא יוכל לומר בשביל שלא הייתי נאמן הייתי מוכרח להחזיר לו שהרי באמת חייב להחזיר כל שטען מכורין אז א"כ הוא בעצמו ידע מזה לכך החזיר אמנם יש לחלק דהתם מיירי שאמר בפני ב"ד ונפסק הדין שמחוייב לשלם לכך יכול לומר הוכרחתי לפרעו משא"כ כאן שעדיין לא נתחייב בב"ד דמי להא דב"ב ד"ה בסמך לו כותל דאינו נאמן דמי יימר דמחייבו לי רבנן והכא נמי דכוותא ולפי זה הכא אם טען מכורין בב"ד אחר שכבר ראו בידו שוב נאמן לומר החזרתי אח"כ כיון דטען בב"ד ותליא במחלוקת הנ"ל אמנם בגוף הדבר אני תמה דהיאך יוכל לומר שהחזיר אח"כ במה נפשך אם חשב דיאומן לומר שהחזיר אח"כ בלי עדים א"כ למה באמת החזיר היה לו לטעון מכורין כמקודם ויאומן במיגו דהחזרתי אח"כ ואי דידע דלא יאומן היאך החזיר שלא בעדים וכמו כן קשה בהך דלקמן סימן ע"ח וראיתי בקצה"ח סימן ע"ח שם שהרגיש בזה בעובדא דהתם וה"ה כאן וצ"ע] וכמו כן לסברת הר"ן באל תפרעני אלא בעדים משום דנראה כמשקר שהתרה בו ופרעו שלא בעדים לכך אינו עשוי לפרוע רק בעדים א"כ הכא נמי כיון שמעיקרא השמיט עצמו שלא להחזיר אם כן אח"כ אינו עשוי להחזיר רק בעדים שלא יהא נראה דגם עכשיו משמיט עצמו שלא להחזיר כמו קודם לכך אינו נאמן וה"ה התם אמנם כל זה אי נימא דעכשיו אפילו מכורין אינו נאמן כיון דלית ליה שום מיגו אבל לדעת הש"ך ס"ק צ"א דנאמן לומר מכורין עכשיו אם כן בלא"ה אין זה ענין להך דלקמן סימן ע"ח

דהכא שאני שלא הוכרח להחזיר כלל שהרי אם היה עומד בטענתו מכורין היה נאמן ולא הי' מוכרח להחזיר ומזה יש ראיה לדעת הש"ך ויתבאר בסמוך בזה:

נב דמעתה אין לו מיגו. דעת הש"ך ס"ק צ"א דאם עומד בטענת לקוח כמו שאמר תחילה נאמן דמעיקרא הי' לו מיגו דלא היה מראהו ועל טענתו הראשונה דנין וכתב לחלק מהך דתשובת הרא"ש כלל ק"ו דהתם כיון שיש שבועה בנק"ח שאומר ממושכן בתר שבועה בב"ד אזלינן משא"כ במכורין ותמה בתומים דא"כ כאן אם אומר ממושכן למה לא יאומן במיגו דמכורין דהא במיגו כתב הש"ך ס"ק צ' דנאמן אפילו אומר היפך מטענתו הראשונה וכן הדין דהא קיימא לן אין אדם מגלה טענותיו רק בב"ד א"כ. הכא נמי יאומן ממושכנין במיגו דמכורין ובאמת לק"מ דוודאי פשיטא דמיגו למפרע לא אמרינן וכאן כיון שיסוד המיגו הוא שלא היה מראהו א"כ פשיטא דלא אמרינן מיגו למפרע רק כל כמה דלא סתר טענה הראשונה נאמן בטענה דמעיקרא פי' דלמפרע אנו דנין דאז כבר אמר אמת מכורין וזהו אם לא סתר דבריו אבל באומר עכשיו טענה הסותרת א"כ אי אפשר להאמינו למפרע שהרי הודה ששקר דיבר אז רק להאמינו עכשיו וזה אי אפשר להאמין עכשיו במיגו דלמפרע שלא היה מראהו ובלקוח גופא אין הכוונה שאנו מאמינין טענתו עכשיו רק כיון שלא סתר טענה הראשונה במקומה עומדת ונאמן למפרע משא"כ להאמינו עכשיו במיגו דלמפרע [ומה שהקשה עוד על ראייתו מדברי ה"ה יתבאר לקמן בס"ד בביאור דברי הש"ך ס"ק צ"ג בזה]. אמנם בגוף דברי הש"ך מלבד מה דנראה דכוונת הרב בפשיטות דראו בידו לא בשעת שטען מכורין רק מקדם ראו [בידו קודם שטען שום דבר והפסיק וטען מכורין א"כ לית ליה מיגו גם אז כיון שהפסיק וכמו שכתב הש"ך ס"ק צ"ג בשם מהר"ם אלשקר ולפי זה פשיטא דאפילו עומד בטענתו אינו נאמן וכמו כן אם ראוהו בידו שלא מדעתו ולא כיון הוא להראותו רק הם ראו בידו לאיזה סבה א"כ בכהאי גוונא וודאי ליכא מיגו כלל דהא מוכרח להשיב על טענתו מיד שראהו ודוקא אם הוא מוציאו ומראהו ואז בלי הפסק נאמן לומר שלי הוא במיגו דלא היה מראהו משא"כ כשראהו בידו ולא כיוון הוא כלל להראותו רק לאיזה סיבה שראהו בוודאי אינו נאמן אלא אפי' הראהו מעצמו בלי הפסק נראה באמת מדברי הרא"ש שם דכל שלא בב"ד לא מיקרי טענה כלל רק עיקר הטענה אח"כ בב"ד א"כ אז הוי מיגו למפרע וכ"ש לפי מה שכתבתי לעיל סוף ס"ק מ"ט בכוונת הרמב"ם פשיטא דלא הוי מיגו ומה שהביא ראיה מדברי ה"ה פשיטא דלאו ראיה הוא כלל דוודאי אפילו דבר העשוי להשאיל צריך שיהא ידוע שזה החפץ הוא של זה ואין חפץ אחר כתבניתו של זה דאל"כ בלא"ה יכול לומר לא הי' שלך מעולם ובחפץ כזה באמת יכול לקנותו בעדים ושטר משא"כ בלוקח

שני יפה כתב ה"ה דמה יועיל עדים בשני דמ"מ יביא זה ויקח ממנו בראיה דשלו ושפיר הוכיח ה"ה דעשו בו תקנת השוק יתב' כוונת הש"ך בזה כי לכאורה הוא תמוה בלא"ה] כנ"ל ודו"ק: (נג) (דאנן סהדי שלא החזירם הקשה בתשובת פ"מ הא זה סותר למ"ש הרא"ש כלל ק"ו דצריך לומר אל תחזיר שלא יאמר פרעתי אח"כ ש"מ דנאמן ועיין תומים דלק"מ דהתם אומר ממושכנין אם כן יכול לומר דפרעו ונטל משכונו משא"כ מכורין סותר לגמרי להחזרתי. ועדיין לא הועיל כלום דאכתי תקשי הא בעלמא אין אדם מגלה טענותיו רק בב"ד רק כאן אינו נאמן דלפי טענת מכורין אם שקר אמר למה עכב החפץ בידו כנ"ל א"כ אכתי יכול לומר דבאמת אז הי' ממושכן בידו ואמר מכורין שלא רצה לגלות טענותיו רק בב"ד ואח"כ החזיר לו החוב והחזיר לו משכונו א"כ ממילא כשאומר ממושכנין בלבד נאמן במיגו דממושכנין והחזרתי וקושיא זו עצומה מאוד בגוף דברי הרב ובזה אין ליישב כל מה שכתבתי לעיל דכיון דפרע לו חובו החזיר לו המשכון ומה שאמר מעיקרא מכורין שקר היה ולא רצה לגלות רק אז ג"כ ממושכן היה בידו ואין לי מקום לדחות דבר זה אם לא שנאמר כיון דחזינן שהתובע מעיקרא אמר שאינו חייב לו כלום ושאולין הן אצלו וגם עכשיו תובע אותו החפץ א"כ לאיזה צורך החזיר לו ביני וביני החוב דהא בלא"ה היה מחוייב להחזיר החפץ לו והא לא אמרינן דמעיקרא ועכשיו היה חשוד וגזלן וביני וביני עשה תשובה ורצה לשלם אף שלא היה צריך לכך אינו נאמן לומר ממושכנים ולפי זה גם הך דינא דהרא"ש שכתב דצריך לומר אל תחזיר ג"כ לא שייך הטעם משום דהחזיר לו החוב דא"כ הכא נמי וצריך לומר דהתם הכוונה בפשיטות דהחזיר לו לפי שהיה מחוייב להחזיר על פי ב"ד משא"כ הכא מי יימר דמחייבי לי' רבנן, איברא לשיטת הש"ך ס"ק צ"א דנאמן לומר מכורים עכשיו א"כ לפי זה קמה קושיא הנ"ל דאכתי יכול להיות שהחזיר לו החוב כי היה חושב דיזכה בדין שיטעון מכורים משא"כ עכשיו דנוטלו ממנו יאמר החזרתי ולא יאומן [דלא יוכל לומר מכורים כיון שהפקדון בידו וירא ממנו שיוציאו ושקר נשבע ומזה מבואר לכאורה דלא כש"ך הנ"ל וצע"ג בזה:

נד ואם יש עד אחד. נראה דאפילו לפי מה שכתב הטור לקמן סימן ע"ה דלא אמרינן משיל"מ רק אם בשני עדים היה צריך לשלם בלא שבועת התובע משא"כ אם בשני עדים היה צריך לישבע בע"א לא הוי משיל"מ ולפי זה הכא נמי למ"ד משכון לא הוי הילך אם כן אם שני עדים יעידו שהוא ממושכן צריך לישבע שבועת מ"מ או העדאת עדים א"כ בע"א לא הוי משיל"מ מ"מ נראה דהכא שאני דמה שהלוה ישבע אין זה להוציא משכונו דבלא"ה מחזיר המשכון כמו שכתב הש"ך לעיל ס"ק פ"ב רק השבועה על החוב לכך הוי שפיר משיל"מ ומה שכתב הש"ך ס"ק צ"ה יתבאר לקמן בסכ"ג בס"ד:

נה והא דאדם יכול לטעון. עש"ך ס"ק צ"ז ודבריו צריכין ביאור כי כתב דלא כתבו התוספות רק במיגו דלא היה שלו מעולם אז הוי לוקח חד סהדי לולי דאין נשבעין על קרקעות אבל לא במיגו דהחזרתיו כתב דנ"מ במטלטלין בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ויש עדי ראה גבי לוקח והלוקח ידע שהוא של תובע בכהאי גוונא לית למוכר מיגו דלא היה שלו מעולם דהלוקח היה מכחישו דלא הוי נוגע במה שאומר שיודע דהיה שלו ויש להבין הא מ"מ יש לו מיגו דהחזרתי וצריך לומר משום דיש עדי ראה א"כ הכא נמי מה נפקא מינה עדי ראה או שהלוקח מראהו לפנינו או שיכול להראותו ומה נגיעה שייך בזה במה שאנו רואין לפנינו החפץ וע"כ כמו שכתב הש"ך מעיקרא דהמיגו הוא דיאמר דהוא החזירו לתובע ותובע מכרו ללוקח ואי דהלוקח יכחישנו הוי נוגע שאם יאמר כדבריו יהא מוכרח לישבע נגד העד התובע א"כ הכא נמי בדברים העשויין להשאיל יאמר כן דהחזירו לתובע והוא מכרו ללוקח והלוקח יהא נוגע יכחישנו ומה בכך דאין לו מיגו דלא היה שלך מעולם מ"מ הך מיגו דהחזרתי יש לו וכמו כן לעיל ס"ק צ"א כתב הש"ך בהדיא דהראשון לא היה נאמן במיגו כיון דראה ביד השני וקשה הא אכתי הוי לי' מיגו. ובתומים הקשה שם על הש"ך מהך דהכא ובאמת כאן גופא כתב הש"ך דכהך דהתם ליכא מיגו למוכר ויש להבין מ"ש אמנם כוונת הש"ך כך דע"כ לא פליג על הרשב"א רק אם אין עדי ראה לגבי שמעון רק ששמעון אומר שמסרו לידו וישנו אצלו ובזה דעת הרשב"א דמיחשב כעדי ראה ופליג הש"ך כיון דהוא טוען כנגד שמעון והוא בא מכח המוכר אנו דנין הדבר כמו שהיתה ביד המוכר והיה נאמן כיון דליכא עדי ראה כמו כן טענינן לשמעון בדליכא עדי ראה אף דלגבי שמעון לא שייך מיגו אבל באופן שאם היתה ביד המוכר לא היה נאמן בשום מיגו רק עכשיו דישנו ביד שמעון אית ליה מיגו א"כ פשיטא דלא טענינן לשמעון דמ"מ שמעון לית לי' מיגו רק תרתי בעינן אם היתה ביד המוכר כמות שהיא עכשיו ביד שמעון היה לו מיגו וכמו כן עכשיו יש לו מיגו אז טענינן לשמעון ולפי זה ה"מ בהך דהכא אבל בדברים העשויין להשאיל ויש עדי ראה ביד שמעון א"כ אז אם היתה ביד המוכר לא היה לו שום מיגו דהחזרתי א"כ אף דעכשיו דישנו ביד שמעון יכול הוא לפטור עצמו בהחזרתי מ"מ לא טענינן לשמעון כיון שאם היתה ביד ראובן לא היה לו מיגו אמנם מיגו דלא היה שלך מעולם יש לו לראובן אם היתה בידו ועל זה אמרינן דמ"מ עכשיו אין לו מיגו דירא דשמעון יכחישנו דתרתי בעינן כנ"ל:

אמנם עדיין יש לדון אם יש עדי ראה רק מיד בשעת ראיה לא הפסיק שמעון וטען שלקחה מראובן א"כ אח"כ טענינן לשמעון דראובן ג"כ אם היה עדי ראה בידו ואמר מיד שלקחה

מלוי אף אח"כ היה נאמן לומר מכורין כמו שכתב הש"ך לעיל ס"ק צ"א א"כ בכהאי גוונא טענינן לשמעון א"כ תקשי מה שכתב הש"ך ס"ק צ"א בכוונת ה"ה דאין לך אדם שקונה חפץ מחבירו דמשוי לי' ראה ויתחייב להחזירו דהראשון לא יהיה יכול לטעון לקוח במיגו כיון דאיכא עדי ראה וקשה הא מ"מ מיד יוכל השני לומר שלקחה מראובן ואז טענינן ליה ואי כוונת הש"ך דניחוש שמא יפסיק בינתיים כדברי מהר"ם אלשקר שהביא הש"ך ס"ק צ"ג א"כ תקשי בגוף דברי הש"ך שכתב גבי לוקח ראשון דע"כ דאם אמר מיד מכורין נאמן אחר כך דאל"כ כל מוכר דבר העשוי להשאיל משוי עדי ראה ויחזור ויטלנה ממנו ומזה דייק דיכול לומר לקוח וקשה אכתי ניחוש דמשוי לי' עדי ראה ויפסיק וע"כ דלהא לא חיישינן אם כן ה"ה בלוקח שני [ובאמת בלא"ה דברי הש"ך צ"ע דאכתי ניחוש שמא יראו עדים שלא בכיוון והוא לא ידע כלל כמו שכתבתי לעיל ס"ק נ"ג] אבל באמת לק"מ דפשיטא דאפילו לוקח שני לא הפסיק לא טענינן ליה דמה בכך דהוא לא הפסיק לא כך אנו דנין רק עכשיו בב"ד דכבר ראו קודם ולא טען מוכר כלום אז אמרינן אולי היתה ביד מוכר כהאי גוונא ולא טען רק עכשיו שוב לא היה נאמן א"כ ה"ה לשמעון לא טענינן ומה בכך דהוא טוען שלקחה מראובן וכי זו היא הטענה שצריך לטעון בשעת ראיה עיקר הטענה הוא הלקיחה מלוי והוא המוכר הראשון וטענה זו לא טען אותה שום אדם א"ה איך נחשוב אח"כ בב"ד כאילו היא ביד מוכר וכבר טען גם אז בשעת ראיה דיו שנחשבהו כאילו טוען עכשיו בב"ד לא שטען אז חוץ לב"ד מה שלא טען ודו"ק היטב ולק"מ אמנם גוף דברי הש"ך במה שכתב דלכך לא הוי מיגו להכחיש עד דשמעון הוי נוגע שהוא יאמר החזרתיו לתובע ומכרו לך שאילו טוען גם הלוקח החזרתי לתובע היה מוכרח לישבע נגד התובע שיודע בברי שלא החזירו וא"כ מוכרח הלוקח לומר שלא החזירו ועד הצריך שבועה אינו עד ע"כ ולא ידענא מאי קאמר דהא מ"מ הוי הלוקח עד גמור שאינו מוכרח לומר שלא החזירו רק יכול לומר שהחזירו למוכר בעצמו והוא או שהחזיר ללוי או לא ובזה לא יתחייב שום שבועה דהא לוי אינו יודע באמת אם החזירו לראובן וראובן אינו טוען את שמעון כלל שהרי בלא"ה אומר שאיננו ביד שמעון וא"כ שפיר הוי עד וצ"ע (נו) ואם אינו טוען עיין סמ"ע דהגיה תיבת בידו והש"ך ס"ק צ"ח השיגו ודבריו תמוהין דהא דברי הסמ"ע נכונים וברורים ומה שהקשה עליו הש"ך לפי גירסתו קשה דהא לעולם צריך לשלם מתקנת השוק וצריך לדחוק דאין הפי' דוקא למשכון רק אפילו לקוח ואינו רוצה להחזיק גוף החפץ וזה לא נזכר ברמ"א והגהת הסמ"ע נכונה דאין דבר זה מוסב על טענת שמעון באיזה אופן הוא בידו רק לפי שכתב הרב קודם שאם אמר שמעון שיודע שהוא לקוח ביד ראובן נאמן ואינו חייב להחזיר

החפץ כלל ועל זה כתב שאם אין שמעון טוען שהוא לקוח ביד ראובן שאינו יודע מזה כלל רק שראובן מסרו לידו למשכון ולא ידע שהוא של לוי אז הדין דצריך להחזיר החפץ ולוי ישלם לו מתקנות השוק ולא אוכל לידע מהו זה שכתב הש"ך ולענין תקנת השוק לא שייך לחלק דהא לפי גירסת הסמ"ע פשיטא דלא מחלק כלל ולקוח לא קאי כלל לשמעון מראובן רק שאינו טוען ראובן לקחה דאז אף גוף החפץ אינו צריך להחזיר כנ"ל וזה ברור:

נז שהדין עם המחזיק. עש"ך ס"ק א' שנחלק עם הרב בעל גי"ת אם הלוה מודה בדמי הלואה ורוצה ליטול המשכון ולסלקו מדמי שווי' והמלוה אינו רוצה עד שיפרענו הכל דבזה וודאי הדין עם הלוה לכ"ע והש"ך השיגו להיפך דבזה גם הטור מודה ע"ש. והנה הרב בעל צמח צדק בתשובה סי' כ"א פסק כהגי"ת ובאמת נראה עיקר כהש"ך ואני תמה על הגי"ת דלפי דבריו למה פסק הטור כאן דהדין עם המחזיק והיינו מטעם מיגו דהוי ממש מיגו להוציא דהא מחוייב להחזיר המשכון בכדי שווי' כשהלוה מודה שמחוייב לו יותר רק הוא רוצה כאן שנאמינהו שיהא עליו חייוב ביותר כשיחזיר לו א"כ זהו הוי ממש מיגו להוציא ודוקא להאמינו עד כדי דמיו אמרינן דכיון שיש לו מיגו מיקרי מוחזק כיון שהוא תופס החפץ אף דבלי מיגו לא מיקרי מוחזק במה שישנו בידו למשכון מ"מ ע"י מיגו חשיב מוחזק אבל ביותר משוי' כיון דאפילו מגיע לו באמת מחוייב להחזירו בדמי שווי' רק שנאמינהו שיתחייב לו הלוה היתר אח"כ הוי ממש מיגו להוציא כיון שמשלם לו שיווי המשכון ואפילו אי נימא דסובר דלכך לא הוי כאן מיגו להוציא כמו בעלמא משום דהמיגו הוא בעיקר החזקת ממון שלפי טענתו לקוח אין זה מוחזק כלל רק הוא והוי כמו מיגו בעיקר נאמנות מ"מ מלבד מה דמבואר בתוספות ר"פ שנים אוחזין גבי חציה שלי במיגו דכולה שלי דתירצו דהוי מיגו להוציא אף דהתם לפי הטענה כולה שלי הוי הוא מוחזק והוי מיגו בעיקר חזקת ממון ש"ח דאפילו בכהאי גוונא לא אמרינן מיגו להוציא אבל בלא"ה ה"מ בטוען עד כדי דמיו אבל כאן דמ"מ סוף סוף צריך להחזיר החפץ ללוה רק רוצה שיתחייב לו סלע היתר ובזה הוי מיגו להוציא דאף לפי טענתו לקוח לא היה הוא מוחזק בזה הסלע היתר ואם נפשך לומר דלא סבירא ליה כהש"ך ס"ק נ"ב רק כטעמו של הסמ"ע ס"ק ס"ט אם כן פשיטא דליתא לדבריו כיון דנאמן דמתחילה קיבלו על כך שיחזיקנו על הכל א"כ אפילו לוה מודה כ"ש דאינו צריך להחזיר לכן דברי הרב הנ"ל צ"ע ואף דהרמב"ן גופא סובר מיגו להוציא מ"מ הא כל הפוסקים מסכימים לדין זה דלא סבירי להו כרמב"ן במיגו להוציא אמנם בגוף הדין יש לדון לפי מה דמבואר בר"ן פרק הדיינין בשם הרמב"ן דהקשה למה בלוה אומר ג' דינרין היה שוה חייב הא

לא מודה לי' מידי כלום דשמא ישנו למשכון בידו ואינו חייב עד דמהדר ליה משכונו ע"ש מה שתירץ על זה ויש להבין הא הוי איני יודע אם פרעתיך דהחייוב וודאי והפרעון ספק ודוחק לומר דטעמו משום דסובר באיני יודע אם פרעתיך ולא הוי לי' למידע פטור ועוד דבהדיא כתב דהוי כחמשין לית לך וחמשין לא ידענא ע"ש וצריך לומר דסובר דמיד שנתן המשכון אפי' שוה פחות אין עליו חיוב רק בהחזרת המשכון אפי' ביתר אין עליו חייוב כל כמה דלא מהדר לי' משכונו אם כן לפי דבריו פשיטא דהכא בלוה מודה דמחוייב יותר דאין צריך להחזיר לו המשכון בכדי שווי' כיון דהוא אינו יכול לתבעו היתר דהמשכון הוי על הכל א"כ כמו שאין הוא יכול לתבעו פשיטא דכ"ש שאין הוא יכול להוציא דאם הוא יכול להוציא ממנו והיינו דזהו ענין בפני עצמו והמשכון רק על זה כמה הוא שוה א"כ למה לא יוכל הוא לתבעו ולמה לא יהא מודה במקצת ואטו אם יאמר לו מנה לי בידך והוא ישיב יש לי בידך כנגדו פקדון לא משכון בנ' הכי לא יודה הרמב"ן דחשוב מודה במקצת והיינו דכיון דחייוב היתר על הפקדון אינו תלוי בפקדון כלל הוי וודאי מ"מ רק טעמו של הרמב"ן דמשכון שאני דנלקח מתחילה על הכל א"כ פשיטא דאינו יכול להוציא ממנו עד שיפרע כל חובו שהלוהו [ולפי זה יש לתמוה על הגי"ת שביקש לומר להרמב"ן גופא בהיפך] אמנם לדעת הר"ן דשם דכתב דאי ליתא לדשמואל לא אמרינן דהוי המשכון על הכל ולכך הוי הלוה שם מ"מ דאפי' ישנו בידו מחוייב להחזיר לו היתר א"כ ה"ה נמי בהיפך אינו יכול לעכב על הכל כיון דלא נלקח למשכון רק בכדי שווי' וכמו כן מדברי התוספות שם בד"ה בדפריש מבואר כדעת הגי"ת דהם פירשו בשם ר"ת דהפי' בדפריש אף דלא שוי אלפא זוזי קבלתי' ונחלקו ר"א ור"ע דלר"א אין הכוונה להפסיד רק שיעכבנו בידו עד שיפרע כל חובו ולר"ע הפי' להפסיד ויש לתמוה היאך אפשר דהכוונה שיעכבנו בידו לא להפסיד מה צורך לפרש בסתמא נמי כך הדין הא יכול לומר לדידי שוי כדעת הש"ך וע"כ צריך לומר דבלא פריש היה מחוייב להחזיר המשכון בכדי שווי' אף שמגיע לו יותר לכך פריש ואמר שיעכבנו בידו עד שיפרע כל חובו ולא יתחייבו להחזיר לו בדמי שווי' והיינו כדעת הגי"ת ולפי זה דהך דינא תליא באמת בדשמואל דאי הלכה כשמואל ובפריש סתם הפסיד הכל א"כ דלענין שיעכבנו בידו עד שיפרע כל חובו אין צריך לפרש כלל משא"כ אי אין הלכה כשמואל ופריש אין הכוונה כלל להפסיד רק לעכב א"כ מבואר דבלי פריש כלל אינו יכול לומר לדידי שוי ולפי זה יש לומר דהטור דפוסק כשמואל שפיר פסק כאן דהדין עם המחזיק ואולי זהו כוונת הרב שכתב ונראה לי דהמע"ה והיינו לפי שיטתו דהסכים לעיל דהך דשמואל הוי ספיקא דדינא א"כ ה"ה בזה דתליא בדשמואל וצ"ע ודו"ק היטב:

נח ונ"ל דהמע"ה. עש"ך בשם הת"ח דהביא ראיה כדעת הטור מהא דפריך בש"ס פרק הגוזל קמא הניחא אי אית לי' זוזי ולא פריך מעיקרא היכי דמסיק שיעור ארעא ושבחה ש"מ דבזה לק"מ דיכול לומר לדידי שוי ע"ש ובאמת אם קושייתו קושיא עדיין לא הועיל כלום דדוקא הכא שייך לומר לדידי שוי שאינו מפסיד כלום בזה דהיתר על המשכון אינו נוטל בשום פנים דהלוה מכחיש אם כן שפיר מאי איכפת לי' לומר לדידי שוי אבל שם אם יאמר לדידי שוי אם כן יפסיד החוב הנשאר דהא קיבלו בעד כל החוב דאם לא כן מוכרח לקבל מעות שווי' מלוקח וכיון שקיבל בעד כל החוב הרי הפסיד היתר אם כן למה עכשיו כשהשביחה והוא משלם לו השבח אם כן עדיין נשאר לו חוב על המלוה בעד דמי השבח אם כן שפיר יוכל הלוקח לומר אי הוי לי זוזי הוי מסליקנא לך רק באופן שתפסיד כל חובך אם כן אף עכשיו או תתן לי גריווא דארעא שיעור שבחאי או תקבל הקרקע מלבד השבח בעד כל חובך כמו שאם היה לו מעות והייתי רוצה לסלקך הייתי מפסיד כערך הזה ועוד דהא שמואל מדמה לה התם ב"ח לבכור ופשוט אם כן דבהנך אפי' רוצה לקבל גריווא דארעא בפחות משווי' אינו צריך ליתנו לו הכא נמי כך הדין ובאמת הכא אינו כן דרך משל אם החוב ששה מאות זהובים והשדה בעצמה היתה שוה ה' מאות והשבח אחר כך מאה אם היה לו מאה זהובים קודם היה יכול לסלקו עכ"פ מחלק ששית מן השדה שהרי אפי' יאמר לדידי שוי מ"מ הרי אני מסלקך לערך שיווי כל חובך אם כן השתא נמי למה לא יוכל לומר אני מקבל עכשיו חלק שביעית מן השדה במאה זהובים שיעור שבחאי ובאמת שמואל כלל כלל הני תלתא בחדא ש"מ דחד דינא אית להו ואינו צריך ליתן לו קרקע כלל וע"כ צריך לומר דהך קושיא קאי באמת על הכל כמו שכתב הש"ך לקמן סימן קט"ו ע"ש ובאמת בלא"ה יש משם ראיה דוודאי יש להבין בנוף מילתא דשמואל דקאמר ב"ח גובה את השבח אם כן תקשי למ"ד מצי לסלוקי בזוזי אם כן מיד קודם שהשביח לא היה לו לב"ח על שדה זו רק כדמי שוי' ואם הלוקח היה מסלקו לא היה נוטל השבח אח"כ כלל אם כן למה עכשיו אם הוא מסלקו יקח השבח דהא אין לו על שדה זו רק שיעבוד כפי' שווי' בלי השבח ובשלמא למ"ד דלא מצי לסלוקי בזוזי נימא דהשדה היה של ב"מ ממש ובשל ב"ח השביח ואין לו רק הוצאה כיורד שלא ברשות משא"כ אי מצי לסלוקי בזווי כמות שהיא שוה בלא שבח היאך יגבה שבח דאפי' למ"ד דמצי לסלוקי מ"מ צריך לשלם לו כשיעור חובו דיכול לומר לדידי שוי הילכך גם עכשיו גובה שבח ומוכח כהטור אמנם גם בזה קשה כנ"ל דהא אם היה אומר לדידי שוי הי' מפסיד היתרון לכן נראה דבלא"ה הך דהכא לא דמי כלל להתם דוודאי כל ב"מ התופס מלוה חפצים וכדומה והוא עדיין נשאר חייב לו בוודאי

בכל גבי' וגבי' כשהוא רוצה ליתן בעד החפץ מעות בשווי' צריך להחזיר החפץ ובטלה גבי' זו דמה נפקא מינה חפצים או מעות בשווי' ואינו יכול לומר לדידי שוי אבל מ"מ פשיטא כיון שעדיין הוא חייב לו יכול לחזור ולגבות אותו החפץ בעצמו כמו כל ב"ח ואם יחזיר ליתן לו מעות מחוייב להחזירו ואם עדיין חייב לו יגבה שנית עד כלות חובו ואם באמת פרע לו בעד החפץ ונתנו לאחר עד שלא גבה שנית שוב אינו גובה דהוי כמו שאר מטלטלין שמכרם ומהאי טעמא התם בקרקע נמי דלוקח זה במקום לוה קאי וכמו דהלוה גופא אם היה משלם לו שווי' של שדה עדיין היתה משועבדת לו בעד הנשאר כמו כן לוקח שקנה שיעבודו לא נסתלק השיעבוד עד שישלם לו הכל משא"כ הכא כיון שאינו יכול לומר לדידי שוה וצריך להחזיר לו בשווי' אם כן שוב לא יוכל לגבות ממנו שהרי כופר שאינו חייב לו גם בלאו הכי יש לחלק בין קרקע דלית בהו שומא ידוע דזבין ארעא ליומא משא"כ מטלטלין דשומתן ידוע אינו יכול לומר לדידי שוי:

נט אם המלוה כופר וכו' נשבע שמשכונו וכו'. עש"ך ס"ק ק"ח דהוא שבועה דאורייתא ובאמת בדברי המחבר דבריו נכונים אבל מ"מ אני תמה היאך סתם המחבר בזה הלא דבר זה במחלוקת שנויה הם הר"ן ורמב"ן פרק שבוע' הדייני' דלדעת הר"ן שם דאפילו המשכון ישנו ביד המלוה מ"מ מחוייב הלוה להחזיר לו היתרון מצד הדין רק אם ב"ד יודעין שישנו אצלו כופין אותו כמו סוכה ולולב אבל אין חיובו של לוה תלוי בזה אם כן הכא הוי שפיר מ"מ וישלם השאר וישבע על מה שכפר משא"כ לדעת הרמב"ן שם דכל שהמשכון ביד המלוה אין זה חייב לו כלום רק שם כשאומר שנאבד כיון שאין הלוה יודע והוא נאמן בשבועת השומרין הוי מ"מ אבל כאן שהוא אומר שלא נתן לו משכון אם כן הרי מודה שלא נאבד מידו וכשהלוה אומר בברי שהניח לו משכון הרי הוא כופר הכל גמור שהרי לפי דבריו אין עליו שום חיוב ביתר על המשכון ולמה ישבע ולמה ישלם השאר ודוקא כשאמר יש לי בידך כנגדו פקדון בחצי החוב אז שפיר חייב השאר משא"כ אם אומר משכון דאם אמת הוא אין עליו שום חיוב לסברת הרמב"ן דהמשכון על הכל הוא והוא מודה שלא נאבד ומ"מ לענין הדין אף שדחיתי לעיל דברי הר"ן מ"מ דינו אמת מהך דשמיטה דמדמה לה לשמואל כמו שהארכתי בזה לעיל ולפי זה גם כאן הוי מ"מ אבל מ"מ היינו אי ליתא לדשמואל אבל אי איתא לדשמואל הודה הר"ן גופא לסברת הרמב"ן שם אם כן בפריש וודאי לא הוי מ"מ לשמואל רק אפילו בלא פריש אפשר דלא הוי מ"מ דלא כתבו התוס' רק דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו באבד בלא פריש אבל כשהמשכון קיים אפשר דאפי' בלא פריש כך הדין וצ"ע בזה אבל עכ"פ לא יפה עשה הב"ח דהקשה מאי קמש"ל המחבר ולפי הנ"ל טובא קמש"ל דיש מקום לומר באמת

להיפך: (ס) הדין עם ראובן עש"ך שהאריך להשיג על דין זה והכריע כסברא אחרונה של הרשב"א דכיון דב"מ קונה משכון הוי לי' מוחזק ונאמן עליו עד כדי דמיו ואין דבריו נראין לפע"ד דמה בכך דב"מ קונה משכון הא אינו קונה רק כנגד דמי חובו ולא יותר כמו שכתב הש"ך גופא לעיל ס"ק ט' וז"ל דפשיטא הוא דב"מ אינו קונה משכון יותר ממה שמגיע לו אם כן הרי על היתר הם דנין אם מגיע לו והיאך קורא אותו מוחזק במה שהם דנין עכשיו והלוה כופר ובאמת בזה יש לומר שאנו מחשבין טענותיהם כאילו הם דנין על המוחזקות שזה אומר לא לויתי ואני מוחזק וזה אומר הלויתיך ואני מוחזק הילכך בברי וברי אין מוציאין ממנו ונאמן שהוא מוחזק אבל בטוען שמא אז אפי' לר"נ ור"י בכהאי גוונא שהם דנין בחזקת ממון גופא לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף דלא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרא כיון שטוען שמא על המוחזקות גופא וזה אומר ברי שהוא מוחזק ומיושב מה שהקשה הש"ך מסכ"ד ותירוץ שלו אינו מובן וצריך לפרש דבריו כמו שכתבתי] אבל מ"מ אין דבריו נראין דמה נפקא מינה טענתו לקוח בדברים העשויין להשאיל דאף דמ"מ יכול להיות דלקחו דכי בשביל דעשוי להשאיל אי אפשר שמכרו לזה ולפי דבריו הוא מוחזק ומ"מ אמרינן כיון דלזה יש חזקת מרא קמא דבוודאי היה שלו ולזה אין ראיה שהוא שלו כיון דעשוי להשאיל אינו נאמן אם כן הכא נמי לזה יש חזקת מרא קמא דוודאי היה שלו ולזה אין שום חזקה בוודאי ביתר מטענת הלוה שהרי כמו שיכול להיות שהוא למשכון ביתר יכול להיות בפחות כטענת הלוה אם כן ממילא אזלינן בתר חזקת מרא קמא [ודוחק לומר דהכא שאני דאיתרע חזקת מרא קמא של לוה במה שמודה שהלוה אם כן אף על היתר אין לסמוך על החזקה שהרי היה מעיקרא מוחזק בכלי ועכשיו לא] ובעיקר דברי הש"ך מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם פי"ג מהלכות מלוה אין דבריו נכונים כלל דהא כבר כתב הסמ"ע לעיל ס"ק מ"ח בביאור דברי הרמב"ם דוודאי ליכא עדי ראה ומ"מ מצד מיגו דהחזרתי היה צריך לישבע בנק"ח כמו שהארכתי לעיל בזה ס"ק מ"ג ובתומים האריך בזה ודבריו הם דברי הסמ"ע הנ"ל] שדבריו עיקר תדע דלפי פי' הש"ך תקשי הא כתב הש"ך גופא ליישב דברי הגאונים מהך דאומן דקציצה דכל שדינו לישבע וליטול בלי מוחזקות שלו אז כשהם מוחזקין ויש להם מיגו נוטלין בלא שבועה רק בהיסת ויש להבין הא טעמייהו דהגאונים הוא חדא דהוי מיגו לפטור משבועה משום דלולי מיגו היה צריך לישבע אין המיגו פוטרת משבועה אם כן בהא נמי מ"מ לולי מיגו אפי' הוא מוחזק לא ינצל משבועה אם כן המיגו הוא ממש ליפטר משבוע' וכמו כן להך טעם דלא קטעין על גופו של משכון אם כן התם נמי לא קטעין רק על דמי הקציצה וצריך לומר דע"כ לא אמרינן מיגו ליפטר משבועה רק

במקום דלולי מיגו לא היה דינו ליטול כלל ומחמת המיגו הוא נוטל אז אין כח במיגו לפוטרו משבועה וליטול על ידה אבל במקום דלולי מיגו דינו לישבע וליטול ואין המיגו פועלת לו רק ליפטר משבועה אז מודים הגאונים דפוטרת משבועה ולפי זה קשה הכא נמי אם יש עדים שנמסר בידו למשכון וליכא עדי ראה לא יצטרך לישבע בנק"ח שהרי לולי מיגו הוא נוטל בשבועה מחמת שנמסר לידו למשכון ואין המיגו מהני לי' רק ליפטר משבועה בלבד וכן דייק הרמב"ם שאין אומרים מיגו ליפטר משבועה רק לפוטרו ממון שלא יחזיר המשכון עד שיפרע לו הרי דבריו מבוארין שאין המיגו עושה שתי הפעולות לפוטרו ממון ומשבועה ודיו לענין ממון משא"כ לפי שיטת הש"ך דלולי מיגו דההחזרתי היה נוטל בשבועה מחמת המשכון גרידא גם לשון הרמב"ם גופא הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה היה אומר לקוח הוא בידי הרי זה נשבע בנק"ח ונוטל ומפני מה אינו נשבע היסת וכו' הרי שמתחילה נתן טעם על עיקר הנטילה [פי' דלמה לא הוי מיגו להוציא] אף בשבועה משום דהואיל ונפרע ממה שתחת ידו ואינו בא להוציא ואילו רצה אמר לקוח הרי להדיא דמחמת המיגו הוא נוטל ולשיטת הש"ך אפי' בלי מיגו כגון שידוע שבמשכון בא לידו מ"מ היה נוטל בשבועה וע"כ דדוקא מחמת דלא נודע כיצד בא לידו הוא נוטל במיגו דלקוח משא"כ לולי מיגו דלקוח וזה ברור:

סא ויטול וישבע ראובן עש"ך ס"ק י' דפי' דמיירי או שלא נטל המשכון עדיין דהוי הילך מחמת המשכון או דמשלם לו קודם עשרה זהובים ולפעד"נ דאין צריך לזה אלא אפי' נטל המשכון ולא נתן לו עדיין י' זהובים פטור משבועת התורה דכל שבשעה שיצאת הודאה מפיו לא היה שבועה שוב ליכא שבועה לעולם כמו שכתב הר"ן להדיא פרק הדיינין ע"ש:

סב איני זוכר אלא מהדינר. דין זה ממש זכרו הרב לעיל סי"ד ונראה דהך דינא דהכא יש בו מעלה מצד אחד והתם יש בו מצד אחד והתם קמש"ל הרב דס"ד דוקא הכא אף שנחשוב המלוה למוחזק והלה בא להוציא ממנו מ"מ כיון שמודה שקיבל דינר והשאר אינו יודע הוי ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא משא"כ התם דאומר דפרעו ואינו יודע כמה לא הודה בדבר שבמידה ואם כן אם נחשוב המלוה למוחזק יפטר קמש"ל דהמלוה לא חשיב מוחזק כלל כי אין לו רק שיעבוד והכא קמש"ל רבותא אף דאינו אומר איני יודע כמה פרעו רק מפרעון זה של הדינר יודע ומאותן השני דינרים אינו יודע מהם ואין זה טענת שמא כמו התם דאומר בשעת פרעון איני זוכר כמה היה הפרעון וזהו גם כן כוונת הסמ"ע דס"ד בהך דהכא בצירוף ע"א חשיב כברי ממש קמש"ל דמ"מ כמו התם נשבע הלוה נגד העד ה"ה הכא והש"ך ס"ק קי"ב השיג עליו ולפי הנ"ל ניחא:

סג דדחויי קא מדחי' ליה. עש"ך ס"ק קי"ד דהקשה דהנ"י למד דין זה מהך דפועל שאמר לו טול מה שעשית בשכרך ולדעת הרשב"א שם ליתא לדין זה ואם כן הטור ומחבר דפסקו כהרשב"א ליתא לדין זה אבל המעיין היטב בנ"י שם יראה דלפי מסקנת הנ"י שם לא תליא הך דינא במחלוקת הרשב"א והרמב"ן כלל כמו שאבאר והנה ז"ל הנ"י שם ומיהו כיון שהרשב"א ז"ל אמר גם כן שאפשר כדעת הרנב"ר ז"ל דשוי דיני וכן אותם שלמדו דין משכון מהכא הך סברא נמי אית להו דלפי דעת הרשב"א שנראה לו עיקר [פי' שכתב לעיל שדעת זו נראה לו לרשב"א עיקר וזהו כוונתו לפי דעת הרשב"א שנראה לו עיקר ואינו מוסב למטה] אם חזר בעל המשכון אחרי כן על משכונו אין שומעין לו לפסוק הדין כך ונוכל לומר טעם בדבר עוד שאין לנו להוציא זכות שיש לו לבעל המשכון על משכונו מספק ועוד שסברא הוא שלא יהיה קנוי לזה מה שהוא של חבירו עד שיודע הדבר שגמר בלבו להקנותו ולפיכך נאמר הכא דלא דמי להא דר"י בר חנינא עכ"ל הנ"י שם. והנה דבריו מגומגמין מאוד וכמעט אין הבנ' לדבריו וברור דכוונת הנ"י כך דוודאי אי אפשר לדמות הך דפועל להך דמשכון דהתם שאני דוודאי לאו לדחויי' אמר שהרי מיד יקח התבן והקש משא"כ במשכון תדע דמשכון דמי לפועל שכבר פינה דאפי' להר"ן שם אין שומעין לו וע"כ דשאני משכון כנ"ל רק דכוונת הנ"י דעכ"פ כיון דלהרשב"א גבי פועל אמרינן דוודאי לאו לדחו' קא מכוון אם כן גבי משכון ספק הוא עכ"פ אם נתכוון לדחוי' או לא והיאך נוציא המשכון מספק משא"כ להר"ן כיון דחזינן גבי פועל דסובר דאמרינן לדחוי' קא מכוון ולא משגחינן במה שלא מיחה ש"מ דאין זה ספק רק בוודאי דרך דחיי' אמר ולכך לא חשש למחות מיד והיינו משו' דמסתמא לא החליט ביותר מדמי שכירהו א"כ גבי משכון נמי אמרינן דמשום דחקו בוודאי דרך דחי' אמר לכך מוציאין ממנו וזהו כוונת הנ"י דמהך שלמדו גבי משכון מוכח כהר"ן ועל זה כתב דיש לומר טעם אחר במשכון דאין אנו חושבין המלוה למוחזק כמו שכתב הרב לעיל סי"ד דאין עליו רק שיעבוד רק הלוה חשיב מוחזק לכך מספק אין מפקיעין זכותו ואף דבפועל הוי וודאי להרשב"א הכא וודאי אינו רק ספק ועל זה כתב עוד דדוקא היכי דנתן משלו לחבירו אז יש לומר דוודאי להחליט נתכוון כגון בפועל שהתבן והקש ברשותו והוא אומר לו לזה שיטלנו לרשותו משא"כ הכא במשכון וכותל דבלא"ה הדבר מונח ברשות חבירו ולא נשתנה הדבר מ שהיה רק בדבור בלבד אז אינו בדין שיקנה רק אם יהא הדבר ברור שהקנהו לו באמת לא דרך דחי' ועכ"פ לפי מסקנת הנ"י לא תליא הך בדינו של הרשב"א וכן מוכח מדברי המחבר גופא לקמן סימן של"ו שהרי כל חילי' דהנ"י לפסוק כהר"ן משום דהך יש שלמדו סבירי להו כן ש"מ דהמחבר דפסק כהרשב"א סובר דהך

יש שלמדו לא תליא בהא וכמסקנת הנ"י ואף שיש לדחוק ולפרש דכוונת הנ"י בע"א מ"מ הנ"ל נראה עיקר ולק"מ:

סד ונשבע היסת עש"ך ס"ק קט"ו שהאריך והעלה דין מחודש דשבועת שומרין אפי' טענה דשייכא בשומרין אינה רק בטוען המפקיד שמא ולא בברי ולזה פי' דברי המחבר שטוען ברי שנאבד בפשיעה לכך ליכא שבועה אלו דבריו בזה והביא ראיות ע"ש ואין דבריו נכונים כלל לפע"ד וכל ראיותיו אינם כלום כמו שאבאר והוא דעיקר טעמו של הש"ך דדוקא בשמא הטילה התורה שבועה כדי שלא ילך ויאמר תמיד נאנסו אבל אם מכחישו בברי לא חששה התורה משום דאין אדם מעיז ועל זה סובבים כל ראיותיו ובאמת הא ליתא דמה בכך דזה טוען ברי שפשע מ"מ מה אתה יכול להוכיח מכח חזקה דאין אדם מעיז שזה אומר אמת וזה שקר אם כן לא ראה כלל שפשע אם כן עדיין מנין אתה יודע שנאנס כך היה באמת שלא ראה שפשע לכך יכול להעיז נגדו לומר שנאנס אבל מ"מ באמת לא נאנס דכי בשביל שזה לא ראה מוכרח שנאנס ומעתה בטלו ראיותיו של הש"ך דיפה כתבו הר"ן וסייעתו דשומרין שאני דהוי מיגו דהעזה דאפי' טוען ברי מ"מ עכשיו אינו מעיז דשמא באמת לא ראה שהרי בהכרח אם אתה רוצה להאמינו מוכרח לומר שלא ראה ומ"מ באמת לא נאנס משא"כ אם יאמר להד"ם שזה באמת שקר וכמו כן הראיה מדברי התוספות אינה ראיה כלל וזה שדקדקו התוספות טענה דשייכא בפקדון היינו טענת נאנסו בזה לעולם איכא שבועה כיון שאין חבירו מכיר בשקרו בעצם הפטור פי' בעיקר האונס ואף שמכיר שאומר שראה שפשע מ"מ באמת מכח חזק' אין אדם מעיז נאמ' שלא רא' מאחר שמכחישו אבל מ"מ לא נאנס משא"כ בלהד"ם כן הראי' מדברי ה"ה אדרבא מדכת' ה"ה דעל טענת נאנסו משביעין ולא חילק כלל רק כ' דבלהד"ם והחזרתיו ולא נעשיתי שומר אין משביעין ש"מ דבנאנסו לעולם משביעין והיינו כיון שאין אנו יודעין אם חבירו מכיר בשקרו בעצם הפטור דאפי' אינו יודע מחוייב הוא לישבע ובשביל שטען ברי לא הפסיד משא"כ בלהד"ם והחזרתי ולא נעשיתי שומר דחבירו מכיר בוודאי בשקרו דאי אינו מכיר שאינו יודע זכה מן הדין ופטור משבועה ודו"ק כי זה ברור:

אמנם כל זה בטוען ברי שפשע וזה אומר נאנס אבל אם זה טוען שמא פשע וזה אומר נאנסו לפניך בזה יש לדון דלא שייך סברא הנ"ל דשפיר יש להוכיח מכח חזקה אין אדם מעיז דהאמת אתו דנאנס לפניו דאם נאמר שלא נאנס הרי זה מעיז גמור ודוקא בהנ"ל שייך לומר דבאמת לא ראה שפשע לכך יכול להעיז לומר שנאנס בפני עצמו ובאמת לא נאנס משא"כ באומר נאנס לפניך וחבירו אומר לא ראיתי ובזה שפיר הראיה

מהר"ן דאכתי תקשי באומר נאנס לפניך נהימני' במיגו דהא השתא נמי מעיז וע"כ דליכא שבועה וכן יש להוכיח מדברי התוספות פרק כל הנשבעין בד"ה בשטר צריך להחזיר לו בעדים דהקשו דבפרק המוכר את הבית מבואר דאפי' בשטר נאמן במיגו דנאנסו ותירצו חדא בשם ר"ת דהכא הפי' כדי ליפטר משבועה עוד תרצו בשם ריב"א דהכא הפי' לממון משום דאלים חזק' דשטרך ביד מ"ב אבל שם דפלגא מלו' יש לומר אפשיטי דספרי זייר לי' לכך מהני מיגו וכבר נתקשו רבים בהבנת דברי התוספות דהא קאמר שמכלל דתרווייהו סבירי להו והיאך אפשר לפרש לממון דהא זה לא שמענו מדבריהם כלל דאפי' לשבועה שוב ליכא מיגו דהחזרתי והיאך קאמר מכלל דאינו נאמן אפי' בשבועה ודו"ק ולפי הנ"ל ניחא דוודאי התם לא אמרינן מיגו דנאנסו לפניך כמו שכתב בתומים דכיון דלדידן באמת לא אמרינן מיגו דהעזה אם כן אף דמיגו דנאנסו לבד דלא שכיח אמרינן משום דעכשיו מעיז ובנאנסו אינו מעיז והוי הך דלא שכיח כהעזה אבל בנאנסו לפניך הוי תרתי העזה ולא שכיח משא"כ לרמב"ח לפום מה דס"ד דאמרינן מיגו דהעזה גמור ליפטר משבועה אם כן פשיטא דנאמן במיגו דנאנסו לפניך ושפיר דייק מכלל דסבירי להו דאינו נאמן לומר פרעתי כלל דלא אמרינן מיגו בזה מחמת החזקה דאל"כ אלא דאמרינן מיגו ממילא לרמב"ח אפי' שבועה, לא בעי, דיש לו מיגו דנאנסו לפניך אם כן הדר קשיא להימני נאנסו במיגו דהחזרתי ובהחזרתי ליכא שבועה במיגו דנאנסו לפניך לרמב"ח [והא דלא מהימן לרמב"ח נאנסו סתם במיגו דנאנסו לפניך משום דהוי תרתי לגריעותא חדא דזה לא שכיח יותר שזה יראה האונס וגם מעיז מודה דלא אמרינן כמו שכתב בתומים וע"כ דתרווייהו סבירי להו דאלים חזקה דשטר כיון דליכא פשיטי דספרי דלא מהני מיגו כלל ודברי התוספות נכונים:

אבל מ"מ נראה ברור דאפי' בנאנסו לפניך איכא שבועה שהרי בש"ס כדפריך שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה ע"כ דהוי סבירי לי' דלעולם איכא שבועה בנאנסו אפי' בברי דאל"כ רק בשמא מחשש שלא יכפור ויאמר נאנסו משא"כ בברי דלא יוכל להעיז אם כן מאי מקום קושיא יש כאן במיגו דלהד"ם שהרי כך היה החייוב בנאנסו דבשמא יכול לטעון ולא בברי דלא יכול להעיז אם כן מאי קושיא וע"כ דהוי סבירא ליה דלעולם איכא שבועה וקושיא זו קשה על הש"ך גם כן ובאמת צריך לומר דסובר הש"ך דוודאי בש"ס צריך לומר דלעולם איכא שבועה לפי מה דס"ד דיכול להעיז אבל לדידן דשבועת שומרין בלי שטר ועדים משום דאינו יכול להעיז שפיר יש לומר דנאנסו בברי ליכא שבועה דאינו יכול להעיז ולפי זה ליתא לראיה הנ"ל מדברי התוספות דהא לרמב"ח וודאי אפי' בנאנסו לפניך איכא שבועה [ובזה בטלו גם כן דברי התומים בזה מה

שביקש לסייע להש"ך ודו"ק] וכמו כן הראיה מהר"ן וריב"א וה"ה גם כן אינה ראיה כלל והוא דכוונתם דוודאי כל טענה מה שחבירו מכיר בשקרו בעצם הפטור כי אם שיקר באמת חייב בוודאי בזה שייך אין אדם מעיז משא"כ בטענה אפי' אומר נאנסו לפניך מ"מ פשיטא דיכול לשקר ואינו מעיז שהרי אם משקר בוודאי התובע יאמר בהכרח דלכך אומר כן כדי להנצל משבועה כי מה צורך לו באמת לומר כן להכחיש אותו שהרי יכול לומר נאנסו בפני עצמה וע"כ דאומר כן כדי ליפטר משבועה באמת יכול להיות שנאנס משא"כ בטענת החזרתי ולהד"ם שאם אומר שקר הרי מעיז דבאמת חייב להחזיר לו ואינו עולה על דעתו לומר שנאנס דלא שכיח והוא עצמו מודה דלא נאנס מהיכי תיתי יחשוב במילתא דלא שכיח שנאנס משא"כ אם אומר שנאנס רק שמוסיף לומר לפניך בזה בוודאי אינו מעיז שהוא חושב דלכך הוסיף כן להנצל משבועה דאל"כ למה באמת אומר שהרי יכול להפטר בלי זה וע"כ דלהנצל משבועה אומר כן אם כן יכול להיות דבאמת נאנס ורוצה להנצל משבועה ואינו מעיז כלל לכן נראה לפע"ד ברור דבכל גוונא איכא שבועה וכן מורה להדיא לשון ה"ה כנ"ל והפי' בש"ע נראה לפע"ד ברור כמו שפי' הט"ז דהמלוה אינו יודע כלל אם נפחת וזה יודע בברי שלא פשע לכך ליכא שבועה דהוי ליה כאומר ידעתי בבירור שלא פשעתי מעולם רק איני יודע אם הפקדת אצלי כ"כ דוודאי ליכא שבועת התורה והוי איני יודע אם נתחייבתי ונשבע היסת ונראה דמהאי טעמא לא הזכיר המחבר שגובה חובו כיון שלפי טענת הלוה מחוייב לישבע שלא פשע רק אנו פוטרין אותו מחמת שאינו יודע אם נפחת ועכ"פ הלוה דטוען ברי אין לחייבו בתשלומין כיון דלפי דבריו אינו מחוייב רק בשבועה דאורייתא שלא פשע ודו"ק ונידון מה שכתב הסמ"ע ס"ק פ' כבר כתבתי מזה לעיל ס"ק ט"ו ובשאר מקומות בסי' זה ועיין בר"ן פרק הדייני' במחלקותו עם הרמב"ן שם ודו"ק:

סח ושואל ממנו חמשה עש"ך ס"ק קי"ז דאורחא דמילתא נקט ואה"נ אם אינו רוצה חייב הלוה ליתן לו מעות דלא גרע משואל ומזיק ע"כ ולפעד"נ דהא ליתא דלא דמי לשואל ומזיק דהכא שאני דמתחילה קבלו למשכון בעד החוב אם כן כל כמה דלא מהדר ליה משכונו אינו מחויב לו כלום אפי' אי ליתא לדשמואל כיון שאין לו היזק מזה רק שיצטרך לטפל בו וכיון שמתחילה קבלו למשכון על חובו דין הוא שאם פשע בו והפסידו יצא זה כנגד זה כיון ששוה כמו החוב וכן משמע בסמ"ע ס"ק פ"ד פ"ה ועיין בסמוך ודע דאפי' למאן דפוסק כשמואל דבנאבד המשכון באופן שהוא חייב שלא באונס הפסיד הכל אפי' שזה פחות מהחוב ואפי' תרתי קתא פסק הטור דהפסיד מצי אם אבד אחד מ"מ בנפחת המשכון אפי' בפשיעה מודים דלא הפסיד רק בדמי שווי' ולא אמרינן דנחשוב לפי ערך

כיון דכל המשכון קיבל נגד כל החוב א"כ גם הפחת מחשבין לפי ערך החוב דהא, ליתא רק במשכון אחד ונאבד הכל או בשנים לפי מה דקיימא לן כר"נ אפי' תרתי קתא אבל במשכון אחד ונפחת משמע בהדיא ברש"י פרק שבועת הדיינין דאינו משלם הפחת רק בדמי שיוי' וכן משמע מדברי הטור כאן ועיין בתוספות פרק שבועת הדיינים שם:

סו שהרי המשכון הילך הוא עש"ך ס"ק קי"ח והנה מה שכתב דהר"ן ונ"י לטעמייהו אזלי דבשעת הלואה ב"ח קונה משכון נראה לפע"ד דליתא רק טעמם כמו שכתב הריטב"א ריש בבא מציעא דדוקא שטר הוי הילך שיש בו מעלה שאינו יכול לכפור בו הילכך אף דאינו נותן לו עכשיו מעות הוי הילך אבל במשכון דבשעת תביעה היה יכול לכפור בו [כיון שהוא נותן המשכון עכשיו] וגם אינו נותן לו זוזי לכך לא הוי הילך אם כן במשכון בשעת הלואתו אינו יכול לכפור בו שכבר ישנו ביד המלוה לכך הוי הילך כמו שטר ועל דרך זה יש לומר בטעמו של המחבר אמנם הש"ך הקשה על זה מדברי הרמב"ם דמוכח בהדיא דלא הוי הילך לכן נראה דמזה ראיה למ"ש בס"ק לפני זה דכיון שפשע המשכון מוחלט לו בחובו ושוב אין שום חייוב על הלוה והתם לא קאמר דמשכון חשיב הילך רק בנותן לו משכון לא לפרעון רק לפדותו אח"כ וכמו כן במשכון מתחילה כל שאינו מקבלו עכשיו בפרעון גמור לא מקרי הילך אבל כאן שהמשכון נפחת ואין חיוב על הלוה לטפל בו והמשכון מוחלט לו אם כן מאי מ"מ יש כאן בזה וזה ברור בכוונת המחבר: (סז) ואם רצו להפך שבועתם. עסמ"ע וש"ך ובתומים הקשה לפי' הש"ך מהא דקאמר ואם לא נתרצו שניהם נשבעין ודבריו תמוהין ולא ידעתי היאך עלה על דעתו לפרש כן דברי הש"ך והא בהדיא כתב הש"ך ס"ק קכ"ג בשם הב"ח דזה נשבע סתם משכון בידו ואינו נשבע שהוא בסלע דהא לא יהיב לי' סלע וכתב כדלקמן סימן קל"ח והוא בשנים אוחזין בטלית דאינו נשבע שבועה שכולה שלי דלא יהבינן ליה כולה ועל זה פי' הש"ך כאן דרצו להפך הכוונה שזה שהמשכון בידו ישבע שממושכן הוא בסלע והשני ישבע שמכרה לו בג' ולא שילם לו וכל דברי התומים שם מבוארין בש"ך להדיא ומה תימה שנעלם ממנו כל דברי הש"ך ס"ק קכ"ג והש"ך ס"ק קכ"ד כתב דבריו בשם הב"ח ושם מבואר הדבר להדיא ויגיד עליו ריעו דגם כוונת הש"ך כן: (סח) ברי לי שאתה מכרתו וכו' נשבע הלוה היסת הטור ובעה"ח סיימו בזה במיגו דאין לך בידי כלום או פרעתיך ועסמ"ע וש"ך דנחלקו בזה ודעת הש"ך דבלי מיגו באמת לא מהימן ולפעד"נ עיקר כהסמ"ע דוודאי היכי דידוע ההלואה והמשכון על פי עדים אם כן פשיטא דנאמן לומר אתה מכרתו דמה צורך בזה למיגו דמאי עדיפותא יש בטענה זו מטענת החזרתי בלי שטר דהא לטענה זו אין סתירה מכח השטר ואף דבעלמא אינו נאמן בטענת יש לי בידך כנגדו או מחלת לי

רק במיגו דפרעתי התם הטענה גרועה מצד עצמה אבל הכא כיון שידוע שנתן לו משכון מהיכי תיתי לא יוכל לומר שמכרו וקיבל דמיו [ובאמת אם היה טוען שברשותו מכר היה החזקה מתנגדת לטענה זו כמו בטענת פרעתי אבל באומר שמכר בלי רשותו אין השטר סותר לטענה זו ולפי זה אפי' אומר ברשותו נאמן במיגו] והגע עצמך אם אומר שהמשכון בידו עדיין וראהו עכשיו והוא אומר נאנס היאך יעלה על הדעת שלא יהא נאמן כיון שידוע שנתן לו משכון ואומר שישנו בידו עדיין הרי להיפך המפקיד בשטר אף דאינו נאמן החזרתי מ"מ נאמן לומר נאנסו אף דלא שכיח כ"ש בזה שנאמן לומר שלא נאנס וישנו בידו אם כן ה"ה בטענת אתה מכרתו ומה שכתבו בעה"ת והטור במיגו היינו משום דאם לא נודע כלל שנתן לו משכון רק המלוה מודה שנתן לו משכון ונאנס אם כן בכהאי גוונא לולי דיש ללוה מיגו לא היה נאמן דהא המלוה נאמן במיגו דלא היה בידו משכון אז פשיטא דהיה הלוה מחויב לשלם כיון דלית ליה מיגו ובוודאי בשטר אינו נאמן לומר נתתי לך משכון וישנו בידך או מכרתו אם כן פשיטא דהמלוה נאמן ולא מבעי' בשטר דלא הוי מיגו להוציא אלא אפי' בלי שטר מלבד מה דהמיגו הוא להפטר מן המשכון וממילא הלוה חייב על פי עדים שאמר אל תפרעני אף גם כיון דיש למלוה מיגו עכ"פ גרוע טענת הלוה ואין ראוי להאמינו רק במיגו בזה וכיון דלית ליה מיגו אינו נאמן בזה ולזה כתבו הטור ובעה"ת מיגו דאז אפי' אינו ידוע כלל שנתן לו משכון נאמן הלוה משא"כ בלי מיגו אבל היכי דידוע שנתן לו משכון פשיטא דאפי' בלי מיגו מהימן ולכך לא חש המחבר להזכיר מיגו דבאמת עיקר הנאמנות בלי מיגו ולא בעינן מיגו רק לעומת מיגו דמלוה כנ"ל אמנם בלא"ה אני תמה בדברי בעה"ת גופא וכ"ש לפי' הש"ך דאי מיירי היכי דאית ללוה מיגו אם כן מאי ס"ד דמ"ד דמלוה נשבע וגובה חובו למה לא יאומן הלוה במיגו כמו כל טענת מחלת לי ויש לי בידך כנגדו דנאמן במיגו ובאמת יש לומר דסובר הך איכא מ"ד דכיון דהתורה האמינתו לזה בשבועת השומרין לא מהני מיגו של זה לחייבו אבל הש"ך גופא דעתו דבברי ליכא שבועת שומרין והוי ככל כופר הכל אם כן כל כופר הכל יאומן להוציא מחבירו וליכא למימר דסובר כל כי האי זה גובה וזה גובה כדלקמן סימן פ"ה דהא ליתא כמו שכתבתי לעיל ס"ק ט"ו ע"ש] הא וודאי ליתא ואמת דיש לומר דמיירי התם דמלוה טוען דהלוהו בעדים ואמר אל תפרעני ואין העדים כאן שהתנה עמו כך ולוה מודה לו בזה רק שאומר אתה מכרתו ולזה סובר הר"ר יהודא דלא אמרינן מיגו בזה דירא שמא יבואו העדים ויכחישוהו ואף דלא יפסיד כלם דהשתא נמי יתחייב מ"מ יפסיד שבועת המלוה [או שבועת שומרין או היסת לדעת הש"ך דבברי ליכא שבועת שומרין] ובעה"ת חולק דלא חיישינן שיבואו כמו פרוע במיגו

דמזוייף אבל מ"מ יותר נראה דאין כוונת בעה"ת למיגו רק שיעור דבריו כך דכמו שנאמן לומר פרעתי ולהד"ם במקום שיכול לטעון כמו כן נאמן כאן אתה מכרתו דהוי נמי כמו טענת פרעתי ובזה אין החזקה והעדים מתנגדים כנ"ל אבל ברור לדינא דהיכי דהמשכון לא נודע כלל על פי עדים ולית ליה ללוה מיגו בהא פשיטא דאינו נאמן אבל אם נודע המשכון אפי' לית ליה מיגו נאמן כמו שאר טענות כנ"ל ברור: (סט) ונאנס מיד לוי וכו' עד ואינו יכול לישבע ומשלם עסמ"ע ס"ק צ"א ודבריו תמוהין כפי' הש"ך דבאמת נשבע על דינר הד' רק על השלישי הוי משיל"מ ותמה עליו בתומים דהא המחבר כתב אח"כ דיחרים סתם ומה שייך חרם כיון שנשבע ואי דהחרם הוא אם מביאו באמת לשבועה זה אין ענין לכאן וכלל הוא בכל השבועות וכן ראיתי שהקשה הט"ז אבל באמת הש"ך גופא נזהר מזה סוף ס"ק קכ"ט וז"ל גם בכאן הדין כן אם טוען ברי כמה נפחת נשבע ואם אינו יודע הוי ליה גם בזה משיל"מ ומ"ש ואם רצה להחרים קאי אטוען איני יודע עכ"ל. הרי דמפרש דוודאי אם אינו יודע גם בשיווי המשכון הוי ליה על הכל משיל"מ ובאופן זה אם רצה להחרים מחרים ואדרבא אני תמה הא לפי פי' התומים דמחמת שבועה שאינה ברשותו הוי ליה משיל"מ מאי שייך חרם בזה במה נפשך אם נאמר דאם באמת אינו שוה רק ג' עליו חיוב ד' מחמת שאינו יכול לישבע שאינה ברשותו א"כ היאך הוא משיל"מ הא לפי דבריו אינו שוה רק ג' בברי וע"כ כמו שכתב בתומים דמ"מ הוי דררא דממונא וכל שאינו נשבע מחוייב ד' א"כ מאי חרם שייך ואי החרם אם משביעו באמת שאינה ברשותו היאך כתב המחבר להחרים שיודע שמשכונו אינו שוה כמו שטוען הא על שיווי המשכון לא קאי החרם כלל גם מה שהקשה הא דין זה דמשיל"מ אינו תלוי כלל בשיווי המשכון לק"מ דוודאי אם לא נחשבהו למשיל"מ לא הוי מודה כלל בשום דבר והוי כאומר מקצת לא ידענא ומקצת איני חייב רק מחמת דהוי משיל"מ הוי מודה במקצת והא קמש"ל דנתחייב מתוך טענתו כהאי גונא הוי מ"מ ולא דמי לדלקמן סימן ע"ה ס"ה בהגה' כמו שכתב הר"ן בשם הרמב"ן פרק שבועת הדיינין במשנה דמלוה על המשכון ע"כ דקמש"ל גם כן בכהאי גוונא שנתחייב על פי משיל"מ או על פי איני יודע אם פרעתיך הוי מ"מ וזהו קמש"ל המחבר כאן:

גם בגוף דברי התומים מה שביקש לפרש דהך משיל"מ הוא על הכל מחמת שבועה שאינה ברשותו וכל יסודו נבנה על דברי הגי"ת שכתב ליישב מחמת שבועה שאינה ברשותו ודחה דהוי שבועה ולא אמרינן בה משיל"ת ועל זה האריך הוא דהוי ש"ד ומלבד מה דבהדיא מבואר בטור ומחבר דהמשיל"מ הוא מחמת השבועה שלא פשע אבל בלא"ה עיקר דברי הגי"ת תמוהין מאוד דהיאך יעלה על הדעת לומר דהוי משיל"מ

למה אינו יכול לישבע הא השבועה הוא שמא עיניו נתן בה א"כ כל שהוא נשבע שהוא אינו יודע מן החפץ הזה ואין דעתו עליו כלל רק באמת מסרו לזה ונאבד א"כ מה בכך דיכול להיות דחבירו משקר מ"מ זה נפטר בשבועתו דעכ"פ הוא אינו חפץ בה ואין דעתו עליו ואי משום שפשע שמסרו לזה לא גרע פשיעה זו מאבדה ושרפה בידים דאינו חייב רק דמי שווי' א"כ הרי אמר שאינו שוה בברי רק ג' ורוצה לישבע על השאר א"כ מאיזה צד יהא משיל"מ ודברי הגי"ת תמוהין ואפשר דמחמת דפשיטא ליה לבעל גי"ת דהוי דרבנן דחה בזה בפשיטות אבל פשיטא דבלא"ה אין מקום לזה] ומה שהביא ראיה מהא דלא משני בש"ס שמסר המשכון לאחר הוא תמוה דמה נפשך אי דלא מסר בעדים א"כ הא גופא צריך לישבע שמסרו לאחר ואי דיש עדים א"כ היינו הך דמשני מעיקרא שיש עדים שנגנבה ש"מ דניחא ליה לרב אשי לאוקמא במאמינו מלאוקמא שיש עדים שאינה ברשותו ועוד דאם בזה ליכא באמת שבועה ונאמן בזה שאינו חפץ בה א"כ היאך יהא משיל"מ ואם עדיין אין אנו מאמינים אותו דשמא בכיון מסרה לאחר ואח"כ יטלנה ממנו וכדומה א"כ בהא גופא צריך לישבע ועדיין ישבע בגלגול כמה היה שוה גם בעיקר דבריו מה שכתב דדעת הרמב"ם דשבועה שאינה ברשותו דין שבועת התורה יש לה והביא ראיה ממה שכתב נשבע שבועת השומרין ובאמת הא ליתא דבא למעט דוקא מצד שבועת שומרין אבל מצד שמא ישבע זה ויוציא הלה הפקדון לא משבעינן ליה כמו שכתבתי לעיל ס"ק מ' גם בלא"ה פשיטא דשבועה דר"ה מקרי שבועת שומרין שהרי באה על טענת ספק ולא מצינו שבועה כזו רק בשומרין באופן שכל דבריו תמוהין בזה והעיקר כהש"ך כמו שבארנו:

ע נמצא שמעון מודה מקצת. עש"ך ס"ק קכ"ח בשם ב"ח דר"ל דנשבע שלא פשע דאי פשע חייב לשלם הדינר הד' כיון דלדידי' היה שוה וחביב בעיניו ד' דינרין והביא ראיה מסיום דברי הטור דאם פשע לוי נשבע שמעון ונשאר לו עוד חוב על לוי דינר הד' והש"ך השיגו דכוונת הטור דשמעון יש לו על לוי חוב מדינר הג'. ואני תמה בדברי הב"ח במה נפשך אם כוונתו דשמעון חייב בדינר הד' מכח שמא פשע לוי א"כ כ"ש אם באמת פשע ולמה כתב הטור לבסוף דנשאר לו על לוי הא יכול לתבעו משמעון גם למה ישבע שמעון הא מחוייב לשלם הכל ואמת דבזה יש לומר דדוקא הכא דמסר לו ללוי ולא היה רגיל להפקיד גבי' אז יכול לתובעו לשמעון הכל אפי' דינר הד' אבל כשהיה רגיל להפקיד גבי' אף דאם פשע חייב הוא כשאין לו ללוי מ"מ הדינר הד' אינו מחוייב וכן נראה באמת בב"מ שם אבל בלא"ה דברי הב"ח תמוהין דלפי דבריו כ"ש אם לא מסר שמעון ללוי כלל ופשע בעצמו דמחוייב לשלם ד' דינרין לדעת הב"ח ומשנה שלמה שנינו

המלוה על המשכון לוה אומר סלע הלויתני ושתים היה שוה ומלוה מכחישו דהיה שוה פחות בכופר הכל פטור ובמ"מ נשבע והא למ"ד ש"ח התם מיירי בפשיעה כמו שכתבו התוספות וכל הפוסקים מבואר דאפי' פשע אינו מחוייב רק כמו שהיה שוה לכל העולם וכ"ש הכא שלא פשע הוא רק לוי ואם נפשך לומר דכוונת הב"ח דהכא שאני מכח שבועה שאינו ברשותו א"כ היאך מביא ראיה מסיום דברי הטור דהא התם החיוב על לוי ולוי יכול לישבע שאינו ברשותו וע"כ דסובר הב"ח דבלא"ה חייב ד' דינרין א"כ תקשי ליה ממשנה הנ"ל באופן שכל דברי הב"ח תמוהין בזה (עא) ואם יש עדים וכו' [בסמ"ע ס"ק צ"ג ובש"ך ס"ק ק"ל יש ט"ס וצריך להיות וה"ב אם שמעון יודע שנאנס וכן הוא להדיא בפרישה ע"ש] עסמ"ע ס"ק צ"ד והש"ך ס"ק קל"א השיגו ובאמת המעיין בפרישה יראה דעיקר כוונתו לחלק בין הך דהכא להך דצרופי דאורבני דלקמן סי' רצ"א ס"ו והש"ך ס"ק י"ד שם כתב בשם מהר"ש כהן ס"ג ס"ס ק"י ודבריו הם ממש דברי הסמ"ע:

עב ונפטר שמעון עש"ך ס"ק קל"ג מה שהשיג על הב"ח והנה בעדים בוודאי דבריו נכונים אף שיש לי מקום ליישב קצת דבכהאי גוונא הוי ליה עדות שאי אתה יכול להזימ' שיאמרו לפוטרו לזה מדמי החפץ באנו שהרי הם אינן יודעין כלום משום הלואה וחיוב רק שהחפץ נאנס והחיוב מצד הודאתם בא אם כן אי אפשר להזים העדים בדמי הלואה שלא העידו מעולם לכך אין עדותם מועיל בזה אבל מ"מ אינו עולה על הדעת כלל שיהא ברי שלו עדיף מעדים אמנם בשבועת לוי נראה ברור דאין לחייבו בדמי הלואה כמו שאבאר והוא דלעיל סי"ד כתבו הטור ומחבר אם הלוה תובע היתרון מן המשכון ומלוה אומר נאנס נשבע שנאנס וגובה חובו דהוי ליה איני יודע אם פרעתיך מבואר דלולי שבועת המלוה אף שטוען ברי ולוה שמא בפרעון מ"מ לא מחייב הלוה דהא אפי' לפטור המלוה אינו פטור רק בשבועה כ"ש ליטול ולפי זה יש להבין למה יטול לשבוע' הא לא האמינה תורה בשבוע' רק לפטור ולא ליטול וצריך לומר דוודאי טענת הלוה לא מיחשב שמא כלל ואדרבא הוא טוען ברי שנתן לו משכון ומאיזה צד יש לו להסתפק מאחר שנשבע שנאנס שמא באמת נשבע אם כן אז מיחשב טענת הלוה שמא ומלוה ברי והוי ליה איני יודע אם פרעתיך [ומזה מבואר דאינו יודע אם פרעתיך אפי' לא הוי לי' למידע חייב] ולפי זה ה"מ אם הוא נשבע וטוען ברי אבל בשבועת לוי נהי דהוא מאמינו כמו לשמעון מ"מ בשמעון עצמו אינו נאמן רק לפטור ולא ליטול רק מחמת דחזר טענת הלוה לשמא מתחייב אם כן הכא נהי דמחמת שבועת לוי הוי טענת לוה שמא אבל טענת מלוה לא הוי ברי ומאיזה צד אנו מחייבין אותו ואף דעל פי עד כהאי גוונא הוי מחוייב דהוי לוה משיל"מ למ"ד אפי' לא הוי ליה למידע אבל הכא עד הצריך שבועה

אינו עד ולא הועילה השבועה יותר משבועת שמעון דאינו מועיל רק להחשיב טענת הלוה לשמא אבל כיון דגם המלוה טוען שמא הוי כטענו שניהם ספק בפרעון דפטור וזה ברור אין בזה ספק לפע"ד ודו"ק:

עג ואם פשע לוי עסמ"ע וש"ך ולפעד"נ פשוט מטעם אחר דהכא לכ"ע חייב לשלם דדוקא התם הטעם דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד והוא יודע דאשתו אין לה לשלם אם כן המפקיד אצלה פטור הוא אמנם הכא כיון דעיקר הטעם דכיון דרגיל להפקיד גבי' א"כ לא שייך את מהימנת לי' היאך לא מהימן לי' בשבועה אבל מ"מ פשיטא דיכול לומר הוא בוודאי היה מהימן לי' ג"כ אבל לא היה בטוח אצלו בתשלומין ועתה הייתי בטוח אצלי בתשלומי נזקי לכך הפקדתי אצלך ולמה מסרת לאיש אשר אין לו לשלם ומה בכך דמהימן לי משא"כ התם דעל דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ודו"ק:

(עד) שהמשכון או משאיל חפץ לחבירו עסמ"ע והש"ך ס"ק קל"ו כתב דלא ידע למה לא משמע כן מדברי המחבר ובאמת כוונת הסמ"ע מדכתב המחבר שהממשכן או משאיל חפץ ש"מ דמחלק בין פקדון לשואל ומשכון וכן מבואר בסוף דברי הסמ"ע שכתב וז"ל ולא הזכיר בדבריו שואל וממשכן כלל בלשון הרא"ש הנ"ל והמחבר עכ"ל הרי דעיקר כוונתו ממה שכתב המחבר שהממשכן או משאיל אמנם דברי הרא"ש ברורים דכיון לחלק בין נתן לשמור לחזרה דוודאי יש להבין מה זה שכתב הרא"ש הך דאם פשעו חייבין דזה אינו ענין כלל להך דהכא וברור דכוונתו לפי שהוא סובר המלוה על המשכון ש"ח וקשיא ליה נהי דלא מיחשב חזרה מ"מ שומר שמסר לשומר הוי ואינו יכול לומר את מהימנת לי' דהא הוא עצמו מוסר כל חפציו לאשתו ועל זה כתב הרא"ש דגם במפקיד ומסר לאשתו ופשעה חייבת א"כ כ"ש בחזרה כיון שהבן פשע ולא החזיר חייב הוא לשלם כיון דלא מיקרי חזרה רק פקדון מיקרי כמו במפקיד על דעת אשתו ובניו דחשבינן כאילו הפקיד לאחר דמהימן לי' ופשע דחייב הוא ומזה מבואר דלא כמהרש"ל שהביא הש"ך ס"ק קל"ד] וה"ה בזה כיון דמיקרי פקדון ולא חזרה ולפי זה המחבר דפסק המלוה על המשכון ש"ש מ"מ פסק כהרא"ש אף דסובר במפקיד על דעת אשתו ובניו ופשעו דפטור להרמב"ם מ"מ הכא שאני כיון דעכ"פ לא מיחשב חזרה רק פקדון א"כ גריעי גרעי לשמירתו וחייב אפי' להרמב"ם והרא"ש דסובר דהוי ש"ח הולך לשיטתו דאם פשעו חייב ולכך הזכיר הרא"ש הך דחייב בפשיעה וזה ברור ולפי זה ליתא לדברי התומים שביקש ליישב דברי הרב דהכא בחזרה לכ"ע פטור במפקיד דעלמא והחזיר כיון דאינו רק ש"ח ובחזרה לא שייך טעם שלא ילך וימסור פקדון והיינו כדברי מהרש"ל שהביא הש"ך ס"ק ל"ד ולפי הנ"ל הא ליתא דא"כ תקשי הא להרא"ש מלוה על משכון ש"ח

ולמה חייבי בחזרה לא יהא רק שומר שמסר לשומר מ"מ פטור דלא גרע לשמירתו ולא שייך ג"כ את מהימנת לו וע"כ דהא ליתא וטפי מחייב הרא"ש באחר מבמפקיד על דעת אשתו ולכך כתב כיון דמפקיד על דעת אשתו ופשעה חייב ה"ה בזה וזה ברור:

עה יחזיר לו לוי מעותיו וכו' אין מוציאין מכאן מוכח דספק פרעון קודם הלואה הוי איני יודע אם פרעתיך דהא לעיל סי"ד כתב המחבר דאם נשבע שנאנס גובה דהוי א"י אם פרעתיך מבואר לאחר שבועה מ"מ אינו בדין להתחייב לשלם מכח השבועה רק מחמת השבועה חזר טענתו לשמא והוי א"י אם פרעתיך ולפי זה למה יתחייב הא הספק הוא אם היה בידו המשכון ברגע בעת הלואה או קודם ממילא הוי פרעון או שנאבד קודם הלואה א"כ ספק הפרעון הוא קודם הלואה ומה יתחייב וע"כ דכהאי גוונא הוי א"י אם פרעתיך [ומ"מ צ"ע לדעת הרמב"ן שהביא הר"ן פרק ש"ה ודו"ק] ומה שכתב המחבר אין מוציאין משמע דה"ה דאין מוציאין מזה היתר על החוב אם המשכון היה שוה יותר ונראה דדמי להך דפרק השואל כדלקמן סי' שמ"ד ושמ"ה בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום וע"ש בתוספות במשנה בד"ה והלה אומר ולפי תירוץ הנ"י שם דקושיות הש"ס הוא על הך בבא שאל אחת ושכר אחת א"כ הכא נמי הוי איני יודע אם החזרתי וחייב בדמים היתרים על החוב ג"כ אך מסקנת הנ"י אינו כן וכמו כן לתירוץ הנ"י שם דמיירי שיש עדים דאל"כ צריך לישבע בגלגול ומשיל"מ א"כ הכא הוי משיל"מ שהרי צריך לישבע שנגנבה ובגלגול שנגנבה קודם בשעה שהי' ש"ח ומשיל"מ אלא דלא קיימא לן כדברי הנ"י כדלקמן סימן שמ"ד ושמ"ה ע"ש הכלל דהך דינא ממש דמי להתם בכל אופן ומ"מ יש לדקדק אם אינו מסופק וטוען ברי למה ישבע שנגנבה קודם הא כל שנשבע שנגנבה הוי לי' זה איני יודע אם החזרתי ונוטל בלא שבועה כלל כיון שטוען ברי כדלקמן סימן ע"ה ואי נימא דשאני הכא דספק פרעון הוא קודם אם כן אף בשבועה לא יטול דבאינו יודע אם נתחייבתי לא מהני שבועת התובע ליטול ואפשר דעל ידי גילגול קאמר וסובר דמגלגלין בשמא וצ"ע בזה:

עו הוא הרשנו ללמוד וכו' חייב לשלם כל מה שנפחתי הספרים בתשמיש שלהם. צ"ע למה סתם המחבר והרב לא הגיה' כלום דהא לעיל ס"א כתב הרב שני דיעות בהלוה על ספרים ולמד בהם שלא ברשות דיש אומרים דהוי שולח יד בפקדון ויש אומרים דקא סביר מצוה קא עביד א"כ הכא נמי למה יתחייב הא קא סביר מצוה קא עביד ועוד קשה במה שסיים המחבר שישלם מה שנפחת בתשמיש שלהם משמע דמה שנפחת באונס בלא"ה פטור וקשה כיון דהוי שולח יד הרי חייב בכל אונסין אפי' שלא מחמת התשמיש לכן נראה דבאמת אזיל המחבר להך דעה דלא מיקרי שולח יד דקא סביר מצוה קא עביד

רק מ"מ פשיטא דמה שהפסיד חייב לשלם דמה בכך שעשה בטעות וכי בשביל זה לא ישלם מה שהזיק אבל להחשיבו שולח יד לחייבו באונס שלא מחמת התשמיש בזה שפיר שייך שטעה ולא הוי שולח יד ולפי זה למ"ד דהוי שולח יד גמור באמת חייב בכל פחת אפילו שלא מחמת התשמיש אך עדיין צ"ע קצת לפי מה שכתבתי שם ס"א דאפי' מ"ד מצוה קא עביד מ"מ חייב באונסין דהא כל המצוה הוא דכותב ספרים ומשאילן לאחרים א"כ עכ"פ שואל הוי דכך היא המצוה להשאיל וחייב באונסין א"כ אפי' לפי דבריו דטעה חייב באונסין ואדרבא במה שנפחת מחמת תשמיש לפי טעותו פטור דהוי מחמת מלאכה משא"כ באונס אחר חייב וצריך לומר דסובר כמו שכתב הסמ"ע לעיל ס"ק כ"א בשם הר"ן בתשובה סימן י"ט דמשאיל ספר אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו דגם הוא עושה מצוה ומשתכר פרוטה דר"י ולכך לפי טעותו אינו חייב באונסין לכך אין לחייבו רק מה שהזיק ממש בתשמישו אך זהו למ"ד מלוה על המשכון ש"ש אבל למ"ד ש"ח לא שייך דינו של הר"ן וקשה דדין זה הוא מהרא"ש והרא"ש סובר ש"ח כדעת התוספות אם כן למה לא יתחייב הכל אפילו שלא מחמת תשמיש (עז) ושיש לאותו פלוני עש"ך דליכא מיגו כיון שטוען שמא ובתומים הקשה הא בשניהם טוענין שמא השטר בחזקתו א"כ הכא מה בכך דטוען שמא יתחייב מחמת השטר ובאמת לק"מ דהא כבר כתבתי לעיל בכמה מקומות דטענת הלוה לא חשיב שמא כלל כל שלא נשבע זה שנאנס תדע דאפי' באיני יודע אם פרעתיך לא מחייב רק אחר שבועה כמבואר לעיל סי"ד והיינו דמאיזה צד נאמר שנאנס הרי דאפי' בא לפטור עצמו בטענת נאנסו צריך שבועה כ"ש ליטול דכל שאינו נשבע אינו נוטל ולא מיחשב שמא כלל וזה ברור:

עח וטוען היורש שהמשכון נאנס וכו' שלא החזיר לו המשכון עסמ"ע וש"ך דטוענין שמא דאי ברי מאי שבועה שהחזיר יש ועוד דבברי דין הוא דיורש נשבע ונוטל והשיגו על מהרשד"ם דפוסק בברי ג"כ נשבע לוה ונפטר ולפע"ד נראה עיקר כמהרשד"ם לא מבעי' ביורש דעלמא שאינו בגדר כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד א"כ פשיטא דאינו נוטל בשבועה דהא כל כמה דלא נשבע שנאנס לא מיקרי טענת הלוה שמא כלל ואדרבא אף אנו רואין שפרע שהרי המשכון בוודאי היה בידו רק בשבועה שנאנס מחשב טענת הלוה שמא א"כ הכא פשיטא דיכול לומר את מהימנת לי האיך מהימן לי' בשבועה והיאך ישבע הוא שנאנס כיון דאביו מת והוא אינו נאמן לו כלל אלא אפי' אם הוא בגדר כל המפקיד וכו' שהוא בנו ובביתו של המוריש מ"מ נראה דדוקא באביו שהשבועה מגיע לו כדין שומרין בכל מקום לפטור נפשו מן המשכון והפקדון הילכך נשבע וממילא הוי לי' זה ספק בפרעון דשמא כך הי' אף דלא מהני שבועה ליטול

מ"מ מצד הספק נוטל כמו שכתבתי לעיל ס"ק ע"ב אבל זה המורישׁ אינו בעל דבר שלו במשכון כלל ואינו שייך בדין השומרין שהרי אם היה תובע ליורש המשכון של אביו לא היה על היורש שום שבועה כלל א"כ עכשיו היאך ישבע בעצמו שבועה שנאנס אצל אביו להוציא ממון מיד זה הוא יכול לומר מה לך ולשבועתך אין לי עליך שבועה כלל רק לאביך הייתי חייב ולו נתתי משכון וכל שאינו מכחיש בברי שנאנס ונשבע אין אני חייב לו כלום. ובתומים הקשה על הש"ך דתירץ לצדדין קתני דא"כ כשטוען ברי שהחזיר יאומן במיגו דהיה טוען ברי שנאנס להחולקים על מהרשד"ם הנ"ל ומיגו להוציא לא הוי דיש בידו שטר ולפעד"נ דוודאי בעלמא מהימן החזרתי במיגו דנאנסו אף דלא שכיח דהחזרתי עכשיו לא שכיח טפי מחמת השטר וחזקה דלא החזיר הרי דמחמת חזקה זו לא מהימן ובנאנסו נאמן ש"מ דזה לא שכיח יותר דיפרע בלי השטר משא"כ הכא דהחזיר המשכון אותה חזרה אינה מילתא דלא שכיח כלל דכמה פעמים מחזיר לו המשכון לפי שעה להשתמש בו או לצורכו ואח"כ מחזירו לו אבל נאנסו הוא מילתא דלא שכיח באמת ולפי זה אין צורך לומר דטוען ברי ממש שהחזיר לו וישנו בידו רק שיודע שהחזיר ועכשיו איננו בביתו א"כ מסתמא לא החזירו ובהא פשיטא דיכול להשביע דרגלים לדבר ולפי זה פשיטא דליכא מיגו. אמנם בעיקר קושית הש"ך נראה דעיקר השבועה הוא לפי שבא להוציא השטר מיד היורש כדין מלוה שטוען שמא דמחוייב להחזיר השטר ובהא פשיטא דטענינן ליורש שלא להוציא וצריך לישבע גם נראה דבלא"ה כיון שצריך לישבע עכ"פ שהיה שוה כדמי חובו ממילא נשבע בגילגול שלא החזיר:

עט וטוענין היתומים שאביהן צוה. עש"ך ס"ק קמ"ו וסוף ס"ק קמ"ח דדוקא שטוענין ברי אבל בשמא אין אנו טוענין להם עד כדי דמיו הוא ממושכן ודוקא לקוח והחזרתי טענינן ולא ממושכן ובתומים הקשה עליו ועמ"ש לעיל ס"ק מ"ו ושם העליתי בוודאי דבכהאי גוונא אינן נוטלין כלום דמאיזה צד נאמר שהיה ממושכן עד כדי דמיו ומה סברא יש שהיה ממושכן בכך או בפחות ודוקא לקוח אנו טוענין כיון שהחפץ בידים ממילא יש לומר דלקחו והיאך נוציא החפץ מהם משא"כ במקום שהחפץ אינו שלהם בוודאי היאך נאמר דנטעון דהיה ממושכן עד כדי דמיו ואדרבא כל מלוה על המשכון מלוה בפחות משווי' הילכך נראה ברור דלכל הפחות שיש לומר שלוה נאמן הלוה אם לא שטוען שלוה כ"כ פחות עד שאין ראוי ליתן משכון כזה על סך מועט כזה והכל לפי ראות עיני הדיין אבל פשיטא דאין אנו טוענין להם שהלוהו ככל דמי שווי' אמנם על הש"ך יש לתמוה דלפי הנראה מדבריו לעיל סי"ז ס"ק ע"ב מוכח להיפך ממה שכתב כאן דלפי

דבריו משמע שם שמפרש דברי הרמב"ם ומחבר שם בטוענין שמא והתם נמי פשיטא שמודים דבמשכון בא לידו ולמה נשבעין להם עד כדי דמיו אבל באמת כבר כתבתי שם ס"ק מ"ו ובארתי דברי הרמב"ם על נכון:

פ אבל אם הוא מדברים העשויין להשאיל דעת הסמ"ע ס"ק ק"ו דאפילו ליכא עדי ראה אין טוענין ליורשין לקוח אף דאביהן היה נאמן במיגו דהחזרתי ומהרש"ל פסק להיפך והש"ך הסכים למהרש"ל והביא ראיה מדברי הסמ"ע גופא לקמן סימן קל"ד ס"ק י"ב ובאמת מהתם אין ראיה דוודאי יש לטעון מה שהמוכר היה טוען דוודאי המוכר היה טוען כך כיון שמכרו לו אבל היורש מנין שהאב היה טוען לקוח כיון דהוא באמת דברים העשויין להשאילן. אך על כולם אני תמה שנעלם מהם תשובת מיימוני לספר משפטים סימן ל"ב והבאתיו לעיל ס"ק מ"ו שמבואר להדיא דלא להסמ"ע שכתב שם וז"ל כל זכות שהיה לו ליהודה בספר אם היה קיים והיה טוען לקוח הוא בידו והיה נאמן כל זמן שלא שווי' ראה מיגו דאי בעי אמר להד"ם והחזרתיו כל אותו זכות יש ליורשין וללוקח מהם הספר וכגון זה טוענין ליורש וטוענין ללוקח כי אם היה יהודה קיים היה טוען לקוח הוא בידי והיה נאמן בשעה שהיה הספר בידו ולא שווי' ראה ואותו הזכות הוריש להם ע"ש עוד שהאריך בזה הרי להדי' דלא כהסמ"ע ומה תימה שנעלם מעיני הש"ך והב"ח תשובה זו אבל לטעון להם ממושכן כשמודים שבא לידו במשכון כבר העליתי דהעיקר דאין טוענין] ומדברי מהר"ם הנ"ל אין ראיה כמו שכתבתי בס"ק לפני זה ולעיל ס"ק מ"ו באריכות ע"ש:

פו נאמן המלוה בשבועת היסת. עסמ"ע וש"ך מה שהקשו למה לא ישבע כתקנת הגאונים בנק"ח גם למה סתם המחבר כיון דהרבה פוסקים סוברים דגם בקרקע שייך שבועת הגאונים גם הקשו מה שכתב המחבר מפירי דארעא ועש"ך שתירץ בדוחק וכבר השיגו בתומים ולפעד"נ דכוונת המחבר לפי מה שכתב הסמ"ע לעיל ס"ק מ"ט בשם הר"ן דדוקא אם הוא בא להוציא אבל אם שתק וחבירו תובע המשכון ליכא שבועת הגאונים והש"ך האריך שם וכבר העליתי דבזה וודאי העיקר כהר"ן אם רוצה לעמוד בדבר כמו שהיה בידו עד עכשיו בלי שום תוספת בזה בוודאי ליכא שבועה בנק"ח דלא מיקרי נוטל כלל דשיעבוד שלו היה עליו קודם והוא רוצה שאותו השיעבוד ישאר עליו קיים ונאמן על זה במיגו לכך אין כאן שבועה א"כ הכא נמי כך הדין דוודאי אם רוצה עכשיו להפרע חובו מן הקרקע בעצמה למכרה וכדומה לא היה נאמן בלתי שבועה בנק"ח אבל עכשיו דרוצה לעמוד בדבר כמו שהיה קודם לאכול הפירות בזה אין דינו לישבע בנק"ח שהרי כמות שהיתה בידו הוא רוצה בה עכשיו וחבירו שבא להוציאו נשבע לו היסת

כשאר תובעים אבל כשרוצה להפרע חובו מן הקרקע למכרה וכדומה אז צריך לישבע בנק"ח ואתי שפיר הכל וכבר העליתי לעיל ס"ק מ"ה דהעיקר בזה כדעת הר"ן שכן דעת הרשב"א והרמב"ן א"כ הכא נמי דינו לישבע היסת:

פז לפיכך אם יש עדים וכו' ישבע המלוה וכו' לא מחייב אלא בפשיעה. שבועה זו של מלוה לא נתבררה מהו ולכאורה נראה שהוא שבועת היסת אבל באמת אם אינו ידוע שנגנב ושלא פשע הוי שבועת התורה ודמי ממש להך דלעיל סל"ב ועמ"ש שם ותלמד לכאן ודו"ק] עש"ך מה שהקשה על הב"י דמנין לו זה דבאמת לכ"ע צריך להחזיר לו דהוי כאילו פי'. ואני תמה הא הסכים לעיל לדעת הרב דמספיקא לא מפקינן וכתב הש"ך שם ס"ק כ"ג דאם תפס אפילו כנגד מעותיו אינו חייב להחזיר דיכול לומר קים לי בהא דהוי ש"ח וכנגד המשכון לא חשיב כמפורש ע"ש א"כ איך החליט כאן דחייב להחזיר לכ"ע וצ"ע אך אין דברי הש"ך נכונים שם וכבר השיגו בתומים שם ע"ש ולפי זה יש מקום לכאורה לדברי הש"ך כאן דלכ"ע מחוייב להחזיר אמנם על הב"י לק"מ דהוא כתב כן על הטור ושם מיירי להדיא שנלקח המשכון מתחילה על חביות שהשכירו אם כן בכהאי גוונא פשיטא דמעיקרא לא אמרינן דהוי כאילו פי' דאפילו ש"ש גמור פטור דהוי בבעלים ממש א"כ לא אמרינן פי' דיגרע משומר שכר ועוד דע"כ לא אמרינן דהוי כפי' אלא במשכון על הלואה דלעומת שחבירו מקבל עליו להחזיר דמי הלואה מקבל הוא עליו להתחייב בגניבה ואבידה עכ"פ אבל הכא כיון דהוא מחשב שומר חבירו ששכר החביות פטור מכל וכל דהוי שמירה בבעלים א"כ היאך מקבל הוא עליו על המשכון טפי מחבירו ששכר חביות שלו א"כ פשיטא דמהך שמירה דמעיקרא פטור רק אח"כ כשהחזיר אז תליא אם שטוח וניעור שכר הוי שומר שכר כיון דמחוייב לשטחו ולנערו ולמ"ד ש"ח זה לא מיחשב הנאה ובשביל פי' דמעיקרא אין כאן חייוב כנ"ל אמנם על הרב שהגיה בלשון המחבר שכתב המלוה על המשכון בזה צדקו לכאורה דברי הש"ך ועל דרך הנ"ל יש ליישב ג"כ מה שהקשה הש"ך ס"ק קס"ט על מהראנ"ח ודו"ק:

על חו"מ סימן עג

א שאינו יכול לתובעו עש"ך ס"ק ב' דר"ל דדוקא לענין זה אמרינן סתם הלואה ל' יום אבל מ"מ לא אמרינן בי' אין אדם פורע ת"ז כדלקמן סוף סימן ע"ח ע"כ נראה לכאורה מדבריו דלא בא המחבר לאפוקי רק אם מחולקין בפרעון אבל בעצם חייוב הפריעה דמי ממש לת"ז דאפי' תפס מפקינן מיני' דאל"כ הוי לי' למימר דקמ"ל דתפס מהני רק אינו יכול לתובעו וזהו דלא כנראה מדברי הב"מ לעיל סימן ס"ז דבהא מהני תפיסה וכבר

השגתי עליו שם וכן מוכח לכאורה בש"ס דקאמר מנא הא מילתא דאמרי רבנן סתם הלואה ל' יום דכתיב קרבה שנת השבע שנת השמיטה יש לך שמיטה אחרת שהיא כזו ואיזו זה המלוה לחבירו סתם אינו רשאי לתובעו פחות מל' יום אלמא דמדמה לה ממש לשמיטה א"כ כמו דבשמיטה בוודאי לא מהני תפיסה ה"ה בזה וכן נראה מסתימת כל הפוסקים ועיין לעיל ריש סימן ס"ה במה שכתבתי שם בדברי הרמ"ה שהביא הטור שם:

ב בין במלוה בשטר עסמ"ע ס"ק נ' דקמש"ל דלא נימא כיון דטרח לכתוב שטר דעתו יותר מל' יום גם הב"ח טרח ליתן רבותא בזה. ודבריהם תמוהין לכאורה דהא בש"ס מבואר להדיא דרבותא הוא בעל פה אף דלא טרח מ"מ הוי ל' יום ובאמת יש ליישב דבריו חדא דאזיל לשיטתו לעיל סימן ע"ב ס"ק ח' דבכל מקום שזכר המחבר בין בין על הרוב בין האחרון פשוט יותר מן הראשון ואהא קשיא לי' דכאן הוא להיפך דבין הראשון פשוט יותר ועל זה תירץ דלהיפך שלא להרבות בזמן בין האחרון פשוט יותר דבשטר ס"ד שיהיה זמן יותר מל' ועוד דוודאי מעיקרא בש"ס הוי ס"ד דבעל פה אפי' ל' אין כאן ובשטר מחמת טרחא הוי ל' יום ועל זה מביא ראיה מהברייתא דקתני אחד מלוה בשטר ואחד בעל פה ויש להבין למה לן האריכות זה הוי לי' למימר בפשיטות אפילו בעל פה וכמו כן קשה על הטור והמחבר מה צורך להם להזכיר שטר הוי להו למימר בפשיטות אפילו על פה ומזה דייק הסמ"ע דכוונת הש"ס והפוסקים דבכל א' יש רבותא בשטר דאפ"ה סגי בל' יום ובעל פה דמ"מ בעינן ל' ולכך זכרו בין בשטר בין בעל פה אבל ח"ו לומר שנעלם מהסמ"ע והב"ח גמרא ערוכה בעידנא דעסיקי בה:(ג) אבל שאלה סתם. בזה נחלק ר"ת והביא ראיה מהא דפרק התכלת טלית שאולה כל ל' יום פטירה מן הציצית ע"ש והרא"ש ותוספות דחו ראייתו דוודאי יכול לתובעו בתוך שלשים ומ"מ בסתם פטור דאינו נראה כשלו עדיין רק לאחר ל' דאז בוודאי נראה כשלו דאין רגילות להשאיל יותר מל' ובאמת נראה דראיית ר"ת כך דוודאי יש להבין בש"ס דקאמר לי' שמואל לר' מתנא לא תיתוב אכרעך עד דמפרשית ליה להא מילתא מנא להו הא מילתא דאמרי רבנן דהמלוה את חבירו אינו יכול לתבעו קודם שלשים אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ ויש להבין אם היה כוונתו לשאול בגוף הדבר למה לא יוכל לתבעו קודם א"כ מה זה שסיים וקאמר אחד מלוה בשטר וכו' גם מה זו שאלה וכי הדבר מוכרח שיהא בזה למוד מקרא וכמה וכמה דינים בדיני ממונות המוזכרין בש"ס שהוציאו מסברותיהם כגון חזקה דת"ז וכדומה ולא מצינו לימוד מקרא בזה. אמנם הדבר ברור לפי דמעיקרא סביר, רבב"ח למימר דוקא בשטר משום דחזינן דטרח ועל זה מביא לו הברייתא דמבואר להדיא דאין חילוק כלל ואהא קשיא לי' לשמואל דהא חזינן דמצד הסברא אין לומר כן

רק בשטר ומנין להם זה דאפי' בעל פה כך הדין דמצד הסברא אינו בדין רק בשטר כמו שחשב רבב"ח מצד הסברא ועל זה השיג לו דכתיב קרבה שנת השבע שנת השמיטה יש לך שמיטה אחרת כזו וא"כ כמו דבשמיטה אין חילוק בשטר לעל פה ואדרבא בשטר יש מחלוקת ועיקר השמיטה בעל פה והכתוב אומר יש לך אחרת כזו המלוה לחבירו סתם מבואר דאפי' בעל פה אינו יכול לתובעו ולפי זה ראיית ר"ת כך דוודאי ליכא למימר דההפרש בין שאלה להלואה הוא דבהלואה מסתמא הוא לל' יום דאין דרך להלוות בפחו' משא"כ בשאל' דרך להשאיל בפחות ג"כ וביותר מל' אין דרך להשאיל כלל א"כ תקשי מה צורך לקרא שנת השמיטה כיון דכך הסברא דאין דרך להלוות בפחות וכי שייך לומר דילפינן מקרא דאין דרך להלוות בפחות וע"כ דמצד הסברא כך ראוי להלות בפחות כמו עד ל' רק גזירת הכתוב הוא דבסתמא עד ל' כמו שמיטה ולפי זה אם באנו לחלק דבשאלה לא ע"כ משום דבשאלה אין דרך להלוות כלל אפי' עד ל' א"כ תקשי למה טלית שאולה כל ל' יום פטורה הא בוודאי יחשבו שהוא שלו דאין דרך להשאיל וע"כ צריך לומר דעד ל' ג"כ דרך להשאיל א"כ ממילא בסתם הוי עד ל' כמו הלואה דג"כ דרך להלוות כך וכך ובסתם הוי עד ל' וה"ה בשאלה אך אמנם בזה יש לדחות דעת ר"ת בפשיטות דהא עיקר הלימוד הוא מקרא ולא מסברא א"כ בהלואה דשייך שמיטה עלה קאי יש לך שמיטה אחרת שהיא כזו אבל בשאלה דליכא שמיטה כלל לא שמענו דיהא סתם עד ל' דקרא בהלואה דוקא מיירי כשמיטה אך עדיין צ"ע כיון שהחליטו דמלוה על המשכון ג"כ הוי עד ל' יום והתם מלוה על המשכון ג"כ אינו משמט אם כן ה"ה שאלה ומ"מ לדינא בוודאי עיקר כהמחבר כי רבו הפוסקי' בראיותיהם בפרט מהך דריש פרק השואל דשבת דמשמע להדיא דיש חילוק בזה בין הלואה לשאלה. אך מה שאני חוכך הוא בשאלה בשטר אי נימא דע"כ לא נחלקו רק בעל פה דאז יש חילוק אי משום דליכא שמיטה בשאלה או כמו שכתבו הסמ"ע והש"ך דאיתא בעיני' אכל בשאלה בשטר דבזה בלא"ה סברת רבב"ח קודם משום דטרח למיכתב שטר א"כ נהי דלא קם סברתו רק בעל פה ג"כ אבל מ"מ גוף הסברא אמת ובשטר אפילו בשאלה כך הדין דבזה אין צריך ללמוד שמיטה כנ"ל וצ"ע: (ד) אם הלוה מוחה וכו'. עסמ"ע וש"ך דנחלקו בזה דעת הסמ"ע דוקא בקנין כשאלת הרא"ש ודעת הש"ך וע"ש דמעשה שהי' כך הי' ומסקנת הרא"ש מורה אפילו בלי קנין וכ"כ הט"ז ולפעד"נ עיקר כהסמ"ע ויש חילוק בדברי הרב בין אם תבעו מעותיו מיד או אחר יום או יומים כי מיד שייך לומר דלא נתן זמן רק ליתן שטר דשמא ימכור נכסיו ויפסיד א"כ לאחר יום ויומים דמה יעשה בשטר פשיטא דבלי קנין אינן יכולין לכתוב שטר מזמן הקודם דהוי מוקדם גמור א"כ מה היה עושה אם היה

מוכר הנכסים בינתיים והי' מפסיד אף שיתן לו שטר ובאמת לשון הרא"ש מורה דיכול לתובעו כל שלשים או שיחזיר מעותיו או שיכתוב וזהו פשיטא דאינו רק בקנין דאז יכולין לכתוב הזמן דלמפרע ושפיר שייך סברת הרא"ש וכן נראה באמת עיקר לדינא ולפי זה יש לומר באמת דהרב מיירי בלי קנין ולכך כתב צריך להחזיר לו מעותיו מיד דכיון דתובע אותם מיד חזינן דבאמת על דעת כן הלוה משא"כ כל שלא תבעו מיד אינו יכול לתבעו אח"כ רק כשהיה קנין מטעמא דאמרין והח"ץ בהגה' נראה דדעתו להסכים להסמ"ע דאפי' מיד אינו יכול לתבעו רק בקנין ולפעד"נ כמו שכתבתי:

ה טען המלוה ואמר היום סוף הזמן וכו'. יש להסתפק אם טענו ק' לשלם לו מיד או לזמן פלוני והוא מודה לו בנ' ונ' לשלם לזמן אחר כי לכאורה כיון דכופר הכל נשבע היסת ובע"א ש"ד בהכחשת זמן כמו הכחשת מעות עצמן אם כן ה"ה מודה במקצת בזמן בלבד חייב שבועה דאורייתא וראיתי בתומים שהקשה אפי' כופר בכל הזמן יחשב מודה במקצת כיון שמודה במעות עצמן והביא תירוץ בשם מהרי"ט דלא הוי מין טענה והיינו דהודאה במעות וכפירה בזמן אבל לפי הנ"ל דמ"מ בזמן בלבד וכופר מקצת נראה לחייבו שבועה דאורייתא. אך יש לתמוה על הרמב"ם ומחבר שלא הזכירו דין ח"מ בזמן כמו שהזכירו היסת ושבועת ע"א אך לפי מה שתירץ בתומים בסופו דלא הוי דבר שבמידה ומשקל א"כ גם בזה לא הוי מ"מ מהאי טעמא וכן נראה לכאורה דהא גם בעדים זוממין אמרינן שמין כמה אדם רוצה ליתן ש"מ דאין השומא ידוע מיד א"כ פשיטא דלא הוי דבר שבמידה. אך קשה לפי זה במה שכתב הש"ך ס"ק ז' והט"ז באם טענו ק' ומודה בנ' לשלם לאחר זמן ונ' כופר לגמרי חשוב מ"מ וקשה הא מ"מ לא הודה בדבר שבמידה שהנ' שהודה לא הודה אותם בשלימות כי נחסר מהם הרחבת הזמן לפי השומא ודמי ממש לבית מלא והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל אף שאח"כ נודע כמה הוא מ"מ כיון דבשעה שיצאת הודאה מפיו ליכא שבועה שוב לא מחייב שבועה לעולם כמו שכתב הר"ן. לכן נראה עיקר ביישוב כל הנ"ל דוודאי כל מודה במקצת אינו חייב רק כשתבעו מאה יש לי בידך ממון שלי והוא מודה במקצת וכופר במקצת ומה שכופר לפי טענת התובע הם בידו והוא כופר אבל הכא לא שייך לומר דכופר ממון חבירו ומעכבו בידו שהרי אינו מחוייב להחזיר לו ממון זה לעולם כמו שכתב הב"ח להדיא בסימן ל"ח ע"ש רק הוא תובע אותו שרוצה לגרום לו היזק אף אחר שיגרום ההיזק ויודה בזה יפטר מלשלם מ"מ אינו רוצה שיזיק לו לכתחילה הילכך היסת ושבועת ע"א מחייבינן שלא יזיק לו לכתחילה אף שיפטר אח"כ כנ"ל אבל שבועת מ"מ לא שייך לחייבו דמה שכופר אינו כופר בממון חבירו שבידו רק הוא יזיק לו ויפטר מלשלם ואף שהוא ירוויח אין זה

ממון חבירו רק מעצמו ירוויח שהרי אינו מחוייב להחזיר אפילו נודע בעדים שהאמת עם התובע כמו שכתבתי בשם הב"ח סימן ל"ח רק העיקר הכפירה שהוא יגרום לו היזק לכתחילה וזה לא מיחשב כפירה לענין מ"מ כיון שאינו כופר בממון חבירו ומחזיקו בידו דכל אימת שהי' מודה היה מחוייב להחזירו או על פי עדים משא"כ הכא ודו"ק ולפי זה אפי' מודה במקצת וכופר במקצת בזמן בלבד לא חשיב הודאה:

אך מ"מ קשה לי לכאורה כיון דזה מיחשב ממון גמור ועדים זוממין משלמין ממון זה אם כן תקשי כל מודה במקצת דרך משל דתבעו מנה וכופר שתי כסף נהימני' במיגו דהיה מודה לו הכל רק היה מרחיב הזמן באופן דשוה בשופי דינר הד' ולא שייך בזה אין אדם מעיז שהרי מודה לו עכשיו גם כן בממון הרבה ואדרבא מודה לו טפי ומ"מ שבועה ליכא וליכא למימר דכל שאין מודה לו עכשיו כלום לא חשיב הודאה כלל והוי שפיר העזה אם כן תקשי על הש"ך ס"ק ז' למה בתבעו ק' ומודה לו בנ' לשלם לאחר זמן חשיב הודאה דהא לא הודה לו עכשיו כלום ואף אח"כ פטור דבשעה שיצאת הודאה מפיו לא הוי הודאה להתחייב כמו שכתבתי מקודם בשם הר"ן ועוד כהימני' עכשיו במיגו דהיה כופר הכל דהא גם עכשיו מעיז דהא מהאי טעמא אין אנו מאמינים אותו במיגו דהודה ומרחיב הזמן דהוי מעיז כמו כופר הכל לפי שלא הודה עכשיו לו כלום וע"כ דזה מיחשב הודאה דהא יש בהודאתו שיווי ממון אם כן תקשי כנ"ל דנהימני' מודה במקצת במיגו דהיה מודה הכל והיה מרוויח מה שכפר בהרחבת הזמן דלא היה מחוייב שבועה דאורייתא וצריך לומר דוודאי אף דבעדים זוממין מיחשב זה לממון מ"מ כשאנו דנין לגבי לוה אמרינן דשמא ניחא ליה טפי לשלם עכשיו פחות משישלם לאחר זמן הכל ולדידי' אינו שוה הרחבת הזמן ולפי זה יש ליישב ג"כ הנ"ל דוודאי לענין היסת וע"א דשבועה אינה מכחו של לוה רק ממלוה וע"א שפיר מיחשב זה לכפיר' גמורה וצריך לישבע אבל אם באנו לחייבו מכח עצמו של לוה מכח הודאתו וכפירתו בזה יכול לומר וודאי עכשיו איני רוצ' להחזירו מיד כי באמת קבע לי זמן אחר אבל אצלי אין זה חשיב כפירת שתי כסף כי אם הייתי צריך ליתן בעבור זה מעות לא הייתי נותן ואין אני כופר כלל בשתי כסף לכך אין לחייבו שבועת מ"מ בהרחבת הזמן והראשון נראה עיקר:

ובגוף דברי הש"ך ס"ק ז' שפסק דישבע היסת מיד ושבועה דאורייתא אח"כ יש להבין אם כוונתו דלא מחייב שבועה דאורייתא מיד דעכשיו אינו מודה כלום אם כן אף אח"כ אין מהראוי לחייבו כמו שכתבתי מקודם וע"כ דכוונת הש"ך כמו בס"ג דאין משביעין מיד רק כשתבעו מיד אבל עכשיו דאפי' לא ישבע לא ישלם מיד למה נשביענו עכשיו שמא בינתיים יודה אך קשה לפי זה למה לא יגלגל עליו התובע שבועה דאורייתא גם

בהרחבת הזמן וישבע על שניהם ש"ד כיון דבאמת הוי הודאה עכשיו דהא פשיטא דשוה הודאתו ממון ואי דלא הוי הודאה או דאינו דבר שבמידה אף אח"כ לא יתחייב לכן דברי הש"ך צ"ע. ומדברי הט"ז נראה לכאורה דבאמת נשבע עכשיו שבועה דאורייתא על הכל והיינו כמו שכתבתי אבל דבריו מגומגמין ולא הזכיר גלגול כלל והעיקר הוא על ידי גלגול כמו שכתבתי:

ו ישבע המלוה היסת. עש"ך ס"ק י' מה שהשיג על הכ"מ ופי' בדעת הטור והרמב"ם ואין דבריו נכונים כלל ותמהני שלא דקדק בכ"מ ובב"ה דעיקר קושיתו ממה שכתב הרמב"ם דישבע היסת קודם ואח"כ יטול וקשה אפי' אי נימא דדמי לטוען פרעתי הא כל כמה דלא טען אישתבע לי נוטל בלי שבועה כלל ואם כן מאי הועיל הרב הש"ך במה שכתב דדמי לאמנה דלקמן סימן פ"ב אם כן פשיטא דקשה קושית הכ"מ וב"ה דבהא פשיטא דנוטל בלי שבועה כלל רק אח"כ יכול להשביעו היסת כדלקמן סימן פ"ב ע"ש גם מה שכתב בכוונת הטור מלבד מה דדעת הטור לקמן סימן פ"ב כדעת הרמב"ן דיכול לטעון מחלת לי אם כן פשיטא די"ל גם כן הרחבת לי הזמן אלא אפי' לאינך דאינו יכול לומר מחלת לי מ"מ קשה למה ישבע היסת קודם וברור דוודאי העיקר כפי' הכ"מ ברמב"ם אמנם הא וודאי אם טוען הרחבת לי הזמן יותר מזמן הכתוב בשטר בוודאי דמי ממש למחלת לי דלקמן ולדעת הרמב"ם שם נוטל בלי שבועה ה"ה הכא אמנם הרמב"ם לא מיירי הכא כלל בשטר שכתוב בו זמן קבוע רק בסתם הלואה וזה אומר קבעת לי זמן בעל פה והמלו' אומר לא קבעתי לך רק כסתם הלואה הכתוב בשטר והוא ל' יום והשתא לא דמי לאמנה ורבית ומחילה שהרי אינו עוקר השטר כלל רק בשטר כתוב סתם והוא אומר שקבע על פה זמן ולא נזכר בשטר ומ"מ אינו יכול להשביעו שבועה חמורה כיון דהשטר בעצם לא הורע כלום אף לפי דבריו ודוקא אם טען טענה שהשטר עומד לכך ומגרע עצם השטר אז יכול להשביעו כיון שאומר שאיתרע השטר אבל כאן לא איתרע השטר כלל רק הוא תובע אותו שהתחייב עצמו לו על פה להחזיק אצלו המעות לאיזה זמן והוי הוא תובע ונשבע על זה היסת וכמו כן במשכון הדין הוא לישבע היסת דכיון ששניהם מודים בסך חשיב זה מוחזק ממש בגוף המשכון ולא אמרו הגאונים רק משום דלא מוחזק כ"כ רק נוטל כיון שמחולקים בסך הלואה משא"כ אם מודים בסך חשיב מוחזק גמור וגדולה מזו דעת הש"ך לעיל סימן ע"ב דאם יש עדים שנמסר בידו למשכון נאמן עליו עד כדי דמיו בלי מיגו כלל והיינו משום דחשיב מוחזק ואף שהשגתי עליו שם היינו בשביל שהם מחולקים בסך אם כן לפי טענת הלוה לא חשיב מוחזק כלל אבל הכא לפי דברי שניהם חשיב מוחזק ופשיטא דאפי' לית ליה מיגו כלל היה בדין לישבע

וליטול אם כן במיגו וודאי דין הוא שיטול בהיסת וכמו כן להרמב"ם דהטעם הוא דמיגו לפטור משבועה לא אמרינן מ"מ כבר ביאר שם הטעם משום דאהני מיגו ליטול המעות דבלי מיגו לא היה נוטל כלום לכך אינו בדין לפטרו משבועה וליטול ממון מחמת המיגו משא"כ הכא דלולי מיגו היה בדין שיטול בשבועה ואולי אפי' בהיסת] כיון דלפי דברי שניהם חשיב מוחזק גמור אם כן במיגו נוטל בהיסת:

ז ראובן נשבע וכו' עש"ך ס"ק י"א דהקשה אפי' קדם חוב שמעון למה יחול השבועה בכולל כמו שבועה שלא אוכל מצה או שלא אשב בצל דכיון דכולל מצה של רשות וצל של רשות חל אף על מצוה וה"ה כאן והגאון בעל חכם צבי בהגהת הט"ז הקשה עליו וז"ל והוא תמוה מאוד דאף כשנשבע סתם שלא לפרוע שום חוב וודאי דלא חל השבועה שהרי אין כאן כולל דברים המותרין אלא דברים האסורין בלבד איתניהו דמה לי חוב שמעון או חובות שחייב לשלם לאחרים לכולם חייב לשלם עכ"ל הרב הנ"ל ואני תמה דפשיטא דלק"מ על הרב הש"ך דכוונתו כך דהא כשקדם השבועה לחוב חל השבועה על החובות שיהיה אח"כ אם כן החובות שאח"כ הוי דברים המותרין שעל זה חל השבועה וכיון דחל על זה חל בכולל גם על החובות הקודמים כמו שלא אשב בצל ושלא אוכל מצה גם מה שהרבה להשיב אפו על תירוץ הש"ך לחלק דשאני היכי דהאיסו' הוא מיד בשעת שבועה והתם גבי סוכה ומצה מירי באמצע שנה דלא חל החיוב עדיין ועל זה תמה הרב הנ"ל ע"ש ובאמת אם לא היה כוונת הרב הש"ך רק כמו שהבין הרב הנ"ל צדקו דבריו אבל באמת הוא לפי הבנתו מקודם דהרב הש"ך קרא דברים המותרין שאר חובות של עכשיו וא"כ ע"כ דחילוק הש"ך הוא דלא מהני כולל רק דוקא אם אינו חל החיוב אבל אם חל החיוב אף שבשעה שחל המצוה יש ג"כ דברים המותרין מ"מ לא מהני כולל אם כן יפה הקשה הרב הנ"ל מה שהקשה אבל לפי מה שכתבתי דלא היה זאת כוונת הרב הש"ך רק דברים המותרין הוי החובות שיהיו לאחר מכן והאיסורים החובות של עכשיו א"כ יש לחלק בפשיטות דע"כ לא מהני כולל רק או דשניהם עתידין לבא א"כ כיון דמהני להיתר העתיד לבא ה"ה לאיסור העתיד לבא וכמו כן אם שניהם שייכין עכשיו האיסור וההיתר כגון שבועה שלא אוכל נבילות ושחוטות דבאותה שעה שהוא אסור לאכול נבלות מ"מ חל השבועה אם היה רוצה לאכול שחוטות בזו השעה ממש אם כן כמו דחל לזה כמו כן חל אנבילות וכמו כן במצה דשניהם עתידין לבא ההיתר ואיסור א"כ כמו דחל לזה כן לזה משא"כ הכא דעל חובות שהוא חייב עכשיו הוי עכשיו נשבע לבטל מצוה ועל היתר ליכא עכשיו דיחול רק לאחר זמן כשילוה ולא יהא לו לשלם א"כ לא שייך לומר כולל שהרי עכשיו נשבע לבטל מצוה מה שהוא חייב והיתר ליתא

דיחול ע"י ההיתר על האיסור בכולל ולפי זה לק"מ מה שהקשה הרב הנ"ל דמאי קשיא להו לתוס' מירושלמי שבועה שלא אוכל נבילות ושחוטות התם החיוב עדיין אינו חל משא"כ בנבילות דעכשיו מוזהר עליהם ולפי הנ"ל לק"מ דמה בכך דעכשיו מוזהר מ"מ ההיתר ג"כ ישנו עכשיו וחל עליו השבועה על היתר עכשיו א"כ חל בכולל על האיסור משא"כ כשהאיסור הוא מיד והיתר ליתא עכשיו כלל רק לאחר זמן יכול להיות שיחול על היתר אינו בדין שבשביל זה יחול עכשיו על האיסור דליתא היתר שיחול עליו בכולל וכמו כן מה שהקשה ממי שנשבע שלא לישא אשה על אשתו זקנה דחל השבועה הואיל וחל על עקרה זקנה ואיילנית וקשה הא עכשיו יש האיסור ולפי הנ"ל לק"מ דמה בכך מ"מ עכשיו חל השבועה על היתר דהיינו על עקרה דאותה אסור לישא עכשיו מחמת השבועה א"כ חל כמו כן בכולל עכשיו על ילדה שיכולה לילד אך לפי זה יש לדון למה לו להרב הש"ך לפרש הך דסוכה ומצה שאמר באמצע שנה אפי' אם אמר בפסח וסוכות ג"כ כיון דיש היתר ואיסור ביחד מיגו דחל על היתר חל על איסור בכולל וצריך לומר דסובר הש"ך דבפסח וסוכות לא שייך היתר כי בסוכות ליכא צל רשות כלל דהא מחוייב ליישב בסוכה ולא שייך לומר דחל בסוכות על צל רשות רק לאחר סוכות ודמי ממש להך דהכא וכן בליל ראשון של פסח לא שייך מצה של רשות קודם מצת מצוה רק אח"כ אם כן האיסור הוא מיד והיתר לאחר זמן ולא חל בכולל כהך דהכא אמנם אפי' אי נימא דבמצה וסוכה האיסור והיתר הם בזמן אחד ולא כיון הרב הש"ך להנ"ל רק כל שנשבע לבטל מצוה עכשיו לא חל בכולל לעולם ולפי זה קשה קושית הח"ץ הנ"ל אבל מ"מ הדברים הנ"ל בעצמותן נכונים הם דוודאי כל שהאיסור והיתר הם בזמן אחד או שניהם מיד או שניהם לאחר זמן אז חל בכולל אבל כשהאיסור הוא עכשיו והיתר עתיד לבא פשיטא דאינו חל בכולל עכשיו כיון דעדיין ליתא היתר ולפי זה לק"מ קושית הש"ך וגם קושית הרב הנ"ל לק"מ ומה שפי' הח"ץ בכוונת הרא"ש דלא כש"ך ס"ק י"ג יתבאר בסמוך בס"ד] אמנם בלא"ה נראה לפע"ד ליישב קושית הש"ך בפשיטות והוא דמה שהחליט הש"ך דזה מקרי דברים המותרין מה שחל על החובות אח"כ ומדמה לה לצל ומצה ולפעד"נ ברור דליתא ופשיטא דזהו בעצמו גם כן דבר האסור שאח"כ כשהיה לו חובות ולא מכר לפרוע מחמת השבועה פשיטא דביטל מצוה בשבועתו והוי דברים האסורין רק הואיל דבשעת שבועה לא ביטל מצוה גם לא נתברר בשעת שבועה אם יבטל מצוה דשמא לא יתחייב לכך אף אח"כ חל על דבר מצוה אם כן ה"מ אם עכשיו לא ביטל מצוה כלל אבל אם גם עכשיו ביטל מצוה אם כן מה שאח"כ יחול הוי ג"כ ביטול מצוה א"כ מלבד מה דיש מקום גדול לומר דבכהאי גוונא לא חל באמת אפי' על החובות שאח"כ ודוקא אם

בשעת שבועה שביטל שום מצוה מועיל על חובות שאח"כ ולא כשביטל מצוה בשעת שבועה כשיש חובות גם עכשיו לא חל כלל אלא אפי' אי נימא דחל מ"מ פשיטא דהיינו משום שלא נתברר ביטול מצוה זו בשעת שבועה דשמא לא יתחייב כלל אבל איך אתה יכול לצרף זה שיהא חל עכשיו בכולל גם על עכשיו מחמת דחל על החובות שיבאו הלא מה שחל על החובו' שיבאו הוא מחמת שאנו תופסין בשעת שבועה שלא יגיע ביטול מצוה זו דאל"כ הוי זה ג"כ דברים האסורין ונשבע לבטל מצוה א"כ היאך יכול להרכיב אתרי ריכשא שיהא חל עכשיו הואיל דחל על החובות שיבאו ומה דחל על חובו שיבאו הוא בשביל שאנו תופסין שלא יבאו א"כ מן הטעם הזה דחל אין כאן כולל כלל עכשיו דעכשיו בוודאי מבטל והיתר לא יגיע כלל ולח יבעל לעולם ואם אתה תופס שיבטל גם על זה חשיב נשבע לבטל ואין כאן דברים המותרין כלל הכלל דלא מקרי דברים המותרין רק כשהוא מותר באמת אף אם היה עכשיו היה מותר ולא כאן דהוא דבר אסו' באמת רק על כך חל משום דבשעת שבוע' אנו אומרי' שלא יגיע לביטול מצוה זו כלל א"כ היאך חשיב כולל [שוב ראיתי בתומים שכתב מקצת מדברי הנ"ל בישוב קושית הח"ץ אך לא הרגיש במה שתירץ הש"ך בסוכה באמצע שנה כי בסוכה קשה לומר דליכא צל רשות כלל רק בסוף לילה ראשונה כשעדיין לא היה בסוכה] ודו"ק כי זה ברור לפע"ד ולק"מ:

ח ואם השבועה קדמה. עש"ך ס"ק י"ג מה שהגיה בתשובת הרא"ש וגירסתו מוכרח דבאמת תקשי למה לו להרא"ש לומר דמוטב שיעבור בשב ואל תעשה מקום ועשה הא בלא"ה הוי לי' שני שבועות וחד שבועה וראיתי בתומים שביקש לומר דסובר הרא"ש דבשעת שבועה לא יצאת מפיו לשוא שהיה חושב שיש לו מעות שיוכל לפרוע בזמן ההוא ע"ש שהאריך בזה והוא תמוה דא"כ אף אח"כ כשאין לו לפרוע רק למכור לא הוי שבועה מכח נשבע לבטל מצוה כיון דבשעת שבועה לא היה לבטל מצוה דוקא כמו בשבועה שאוכל סתם ואכל נבילות א"כ תקשי היאך כתב הרא"ש דנמצאת השני' שבועת שוא הא אין זה שבועת שוא רק של ביטוי שנשבע למכור ולא מכר וזו היתה קושית הב"ח שהביא הש"ך ס"ק י"ד שהיה חושב ג"כ כדברי התומים ולכך הקשה על הרא"ש א"כ לפי פירושו בהרא"ש כהב"מ תקשי קושית הב"ח ואם כוונתו דאח"כ דאין לו רק למכור הוי למפרע נשבע לבטל מצוה א"כ הדר הוי ליה שני שבועות שוא וביטוי גם דברי הח"ץ בזה בכוונת הרא"ש אינו נכון כלל מטעם הנ"ל ודו"ק והעיקר כמו שכתב הש"ך בזה:

ט אימת המלקות. עיין תומים שהקשה לשיטת מהרש"א בנזיר דאין מתירין כשיודעין מחיוב מלקות ומ"ש כאן דלא ולפעד"נ פשוט לחלק דשאני התם דהיה המלקות בהתראה

וקיבל עליו חיוב המלקות בעדי' א"כ לא שייך להתיר לו מחמת חרטה דמלקות ואדרבא אין מתירין לו כדי שילקה הואיל וקיבל על עצמו משא"כ הכא דמיירי בלא התראה כמו שכתב הסמ"ע ס"ק י"ז רק מדרבנן מלקין אותו ובזה שפיר מתירין לו מחמת חרטה דמכת מרדות ועוד נראה דדוקא התם בעבירה דנזיר אין מתירין לו שינצל הוא מן המלקות משא"כ בשבועת שוא דנפרעין ממנו ומכל העולם בזה שפיר מתירין לו להציל כל העולם מעונש שבועת שוא ומ"מ בעלמא לא קשיא קושית מהרש"א דהיאך משכחת מלקות בשבועה הא בוודאי יתירו לו נדרו וגם הוי התראת ספק דהיכי דב"ד עושין לו דין הקצוב עליו ומלקין אותו בדין מלקות של תורה שוב ליכא עונש מן השמים דכיון שנקנה הרי הוא כאחיך ולא שייך דחל על כל העולם רק בנשבע לשקר בלי ידיעה כשבועת מ"מ וע"א דמיירי התם דנשבע לשקר בלבו אז מאיימין אותו דנפרעין מכל עולם ולא בנשבע לשקר שנודע ונענש בב"ד של מטה כדין הראוי לו ועיין בסמוך:

י וישומו אותו עסמ"ע דאפי' אחרים יכולין לעשות כן והש"ך השיג דאין אומרין לאדם חטוא בשביל שיזכה חבירו ע"ש וכן הקשה הט"ז. ושמעתי מי שכתב לתרץ דשאני שבועה דלא הוי שיזכה חבירו דחל על כל עולם והוי שיזכה הוא עצמו והוא תמוה חדא דכבר כתבתי דהיכי דנשבע בידיעה ונעשה בו עונש של ב"ד למטה שוב לא חל עונש של מעלה כלל והתם בנשבע מעצמו לשוא מיירי ואפי' אי נימא דמ"מ בזמן הזה דליכא מלקות א"כ חל שבועת שוא על הכל והוי שיזכה עצמו מ"מ דברים הנ"ל תמוהין דכי אנו אומרין כשנשבע זה לשקר דמה שנענשים העולם הוא בשביל דאף הם חטאו בשבועה זו ונשבעו לשקר והגע עצמך זה דר כאן וזה דר במדינת הים יאמר שבשביל שבועתו של לוה אף אותו במדינת הים נשבע לשקר וברור דהפי' בשביל ש"ש קצף גדול בא לעולם ואז נענש כל העולם אבל לא שהעולם עברו על איסור זה ג"כ כיון דאפי' אי לא היה סיפוק בידם למחות נענשו כמבואר בש"ס שם וע"כ או דהפי' דבשביל זה מדקדקין עם כ"א על חטאיו מחמת קצף שבא לעולם או דאינו מבחין בין טוב לרע ועכ"פ פשיטא דלא נדון את העולם שהם עברו על שבועת שוא ולפי זה ממילא אפי' אם העונש חל על הכל מ"מ לא שייך לומר מטיא דדוקא כדי להנצל מחטא והוי שפיר כדי שיזכה חבירו וזה ברור:

יט והגיע שמיטה עסמ"ע ס"ק כ"ב מה שמחלק בין הכא להך דלקמן ס"ח בהגה דהתם היה פטור בשעת שבועה וידעו מזה ואינו נאמן לומר לא ידעתי משא"כ הכא דנולד אח"כ פטור ויש להבין תינח במחל לו המלוה אבל הגיע שמיטה וכי לא ידע שיגיע שמיטה וכיון שנשבע למה יאומן לומר שלא ידע כמו בס"ח אבל באמת לק"מ דכי שמיטה וודאי

משמט הלא אם המלוה כותב פרוזבול וכדומה כמבואר לעיל סימן ס"ז אינו משמט והוא היה חושב דיעשה באופן שלא ישמט ועכשיו דלא עשה ויש בו דין שמיטה מצד עצמו שפיר לא חל השבועה והט"ז הקשה מהך דלעיל סימן מ' ודבריו תמוהין ודו"ק: (יב) צריך להוליכו אחריו. עש"ך ס"ק כ"ו דהיינו כשתבעו וכו' וברור דאין הכוונ' שצריך שיתבענו דוקא באותו יום דאל"כ אם הדרך רחוק שאינו יכול לילך לשם באותו יום לא משכחת שיצטרך לילך לשם וע"כ דכל שתבעו בינתיים חייב לפרוע באותו יום בלי תביעה כלל ותמהני על הט"ז שהקשה על הסמ"ע לעיל ס"ק י"ט דהא בנשבע והגיע זמן בשבת אינו יכול לתבעו בשבת והוא תמוה דהא מ"מ יכול לתבעו בערב מבלי השבעה וכל שתבעו חייב לקיים השבועה ביום שחל השבועה וכן מה שהקשה עוד מתשובת הרשב"א יש ליישב גם כן כהנ"ל ובגוף דינו של הש"ך צ"ע דיש לומר דהכא שאני דלא בעינן תבעו כיון שבשעת שבועה ידע שהוא שם בעיר א"כ היה דעתו שלא יצטרך לתבעו:

יג וי"א דאפי' אם עקר דירתו עש"ך שהשיג על מהרי"ק ודחה ראיית מהרי"ק מתשובת הרא"ש ובתומים תמה בזה כי ראיית מהרי"ק מן תשובת הרא"ש כראי מוצק ובאמת לא ירד לסוף דעת הש"ך כי הדבר פשוט דלא דמי כלל דהתם לולי השבועה חל עליו חיוב לפרוע בכל זמן שיתבענו א"כ שפיר אמרינן דהזמן הוא זירוז אבל הכא לולי השבועה אין עליו חיוב לפרוע רק בעירו ולא להוליך המעות למקום המלוה כמו שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ד בשם הרשב"א רק הוא עכשיו בשבועה זו התחייב עצמו מחדש להוליך המעות למקום המלוה א"כ אין לנו רק מקום שהיה שם בשעת שבועה [ובלא"ה לא ידעתי כי נראה מדברי התומים שהבין דמיירי שפי' המקום ולא כן הוא רק בנשבע סתם מיירי ואפי' לפי דבריו מ"מ לא דמי לתשובת הרא"ש מטעם הנ"ל) אך מ"מ על המהרי"ק לא קשיא דאזיל לשיטתו שכתב בשורש י"ז להדיא דאפי' בלא שבועה כלל מחוייב להוליך המעות למקום שהמלוה שם אם כן לפי שיטתו יפה דימה זה להך דהרא"ש אבל לשיטת הרשב"א הנ"ל דברי הש"ך נכונים וזה ברור:

יד חייב לשלם מכח שבועתו. עסמ"ע ס"ק כ"ח והש"ך ס"ק ל' השיג עליו ובאמת כוונת הסמ"ע לחלק בפשיטות דדוקא אם נתחייב מעיקרא במה שאינו חייב לולי השבופה רק הוסיף בלשון החייוב שבועה אז מחמת השבועה באמת מחוייב משא"כ אם מעיקרא חייב עצמו בפשיטות ואחר זמן נשבע לשלם אם כן בוודאי יש לנו לומר דמעיקרא באמת היה דעתו שהוא מחוייב בלשון זה שהתחייב שהרי חייב עצמו בלי שבועה כלל והיה חושב שהוא מחוייב ועל זה נשבע שישלם אותו החיוב משא"כ כשנשבע בשעת החיוב א"כ באמת ידע דלשון זה לא מהני לכך התחייב בשבועה ולשון הרב מורה שאף אחר

החיוב כשנשבע לשלם מהני אף שנודע שאינו חייב בלשון זה וזה לא נשמע מהרא"ש כלל: (טו) בראש חודש אדר וכו' קשה לי על דין זה מהא דנדרים דף ס"א דנחלקו ר"מ ור"י באומר קונם עד פני הפסח ר"מ אומר עד שיגיע ור"י אומר עד שיצא וקאמר בש"ס דנחלקו דר"מ סבר לא מעייל אינש נפשיה לספיקא ור"י סביר מעייל אינש נפשי' וכו' ופריך עלה מהא דקידושין דף ס"ד כולן מותרות חוץ מגדולה שבגדולו' ומשני איפוך דר"מ לר"י ומעתה לא מבעי לדעת הרמב"ם ז"ל פ"י מהלכות נדרים דפסק כהך סוגי' דנדרים דמפיך דר"ח לר"י והיינו משום דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא אלא אפילו לדעת החולקים היינו דסברי כמסקנא דקידושין דהך פלוגת' לא תליא בהך כלל אבל בהא כ"ע מודים דהלכתא כר"י וכולן מותרו' חוץ מגדול שבגדולות כמבוא' בטור ומחבר בא"ה סימן ל"ז ע"ש והשתא תקשי הכא כיון דביום שני של ר"ח בוודאי חל השבועה שהרי אפילו היה דעתו על ר"ח הראשון מ"מ חל ביום שני ג"כ וביום הראשון מספיקא אנו רוצין להחמיר ולמה לא נימא דלא מעייל אינש נפשיה לספיקא ובוודאי ביום שני היתה כוונתו ועדיף טפי מהך דקידושין גם בלא"ה לא עמדתי על סוף דעת הרשב"א דמה נפקא מינה בין הך בין היכי דנשבע על ר"ח יום. אחד דאינו מחוייב לשלם בתחילת היום והיינו משום דכל אימת ששם ר"ח יש אכתי יש לו שהות לפרוע א"כ הכא מ"מ גם יום השני מיקרי ר"ח וכל הטעם שיש להסתפק על חודש הראשון הוא משום דאינשי קרי לי' ר"ח א"כ לאינשי הוי כיומא אריכתא והיה כוונתו כל זמן שיהא ר"ח יוכל לפרוע רק כשיסתלק שם ר"ח דהיינו אחר יום שני ואין לומר דכוונת הרשב"א דיש לחוש שמא אי אפשר להעמיד בלשון באופן אמר רק יום הראשון מלבד מה דדבר זה זר מאוד ואדרבא עיקר ר"ח הוא השני רק משום דאינשי קרי לי' ג"כ ר"ח אבל בשני פשיטא דמיקרי ר"מ אבל בלא"ה הרי הרשב"א כתב בהדיא דספיקא דאורייתא הוא ולחומרא ולפי הנ"ל אין זה ספק כלל ואפילו בדרבנן לכן דין זה צ"ע ועכ"פ ברור דאפילו להרשב"א אם אירע יום ראשון בשבת פשיטא דלא שמין ולא מודדין כנ"ל ברור ואם אירע יום שני בשבת פשיטא דיש לומר דכיוון ליום ראשון אפילו לפי מה שכתבתי דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא מ"מ בזה שאני ודו"ק:

טז יכולין התובעים לכופו. עיין תומים מה שפיקפק בזה כי מדברי הרשב"א שם לא נשמע רק כשהניחו נכסים בעיר ע"ש ולא ידענא מאי קאמר דבהדיא כתב הרב והניח ממונו בעיר שיצא משם הרי דהניח נכסיו בתוך העיר וכמדומה לי שהבין כוונת הרב אגב שיטפא דהניח הממון בעיר שיצא לשם לכך הקשה מה שהקשה וליתא והא וודאי דאין לחלק בין קרקע למטלטלין גם הרב כתב סתמא והניח ממונו והיינו כל רכושו.

ועיין ש"ך ס"ק ל"ד מה שהשיג על ראיית מהרש"ל ובלא"ה אינה ראיה כלל דשאני התם דיכול להנצל משמיטה ע"י פרוזבול וכדומה גם התם אין זה מכח הלוה ורחמנא פטרי' משא"כ אם ההיזק יבא מכח הלוה בעצמו (יז) יכול למוכרה. כל הפוסקים הסכימו דה"ה בקרקע יכול למוכרה אחר ל' יום והוא מדברי בעה"ת בשם הרמב"ן והש"ך ס"ק ל"ו תמה עליהם דשם לא נזכר רק שיכול לכופו לפדותה אבל הזמן לא נזכר שם רק מטלטלין ל' יום וקרקע זמנה שתא ע"ש שהאריך. ולפעד"נ דדברי הפוסקים נכונים דוודאי יש לתמוה מה שאמרו פרק איזהו נשך ואמרי לה סבי סתם משכנתא שתא למאי נפקא מינ' דאי בעו מסלקי לי' לא מצי ליסלוקי עד שתא ויש להבין מה זו שאלה למה נפקא מינ' דהאותו הנפקותא שיש בקובע זמן יש ג"כ בסתם עד שתא וכשאמרו סתם הלואה ל' יום הכי שאלו מה נפקא מינה אי ל' או יותר או פחות וברור דלא ימלט אחד משני פנים או דבא למעט דדוקא מצד הלוה יש נ"מ דלא מצי לסלוקי אבל מצד המלוה שיכריחנו לפדותו אין נ"מ כדעת הפוסקים דבקרקע אינו יכול לכופו לפדותה כלל ולכך קאמר דהנפקותא רק מצד הלוה לענין סילוק או להיפך כיון דבעלמא סתם הלואה ל' יום א"כ הכא נמי כיון דהלוהו סתם בוודאי לא הלוה רק לל' יום א"כ מה בכך דקיבל משכון מ"מ יכול לכופו לפדות' או למוכרה לאחר ל' ועל זה בא למעט דוקא מצד הלוה הוי שתא לענין סילוק אבל מצד המלוה אפי' פחות משתא יכול לכופו לפדותה או למוכרה א"כ שפיר כתבו הפוסקים כיון דדעת רמב"ן דיכול לכופו לפדותה א"כ ליכא למימר כתירוץ ראשון הנ"ל א"כ מוכרח כתירוץ ב' דאפילו פחות משתא יכול לכופו למוכרה או לפדותה והא בהא תליא איברא בגוף לשון הב"י והסמ"ע נראה שלא כתבו כן רק בקובע זמן ל' יום אם יכול למוכרה ולא בסתם ולפי זה פשיטא דלק"מ מהנ"ל ואף דהרמב"ן כפי הנראה מיירי בסתם מ"מ הם דנו דכמו כן בקובע יכול למוכרה אחר זמן הקבוע ואפילו אחר ל' ומ"מ הראשון נראה עיקר:

יט רוצה לומר ב"ד וכו' וישומו:

עש"ך ס"ק מ' מה שהשיג על הכ"מ בזה גם השיג על המחבר דבעינן מומחין דוקא ולפעד"נ פשוט ליישב ויתבארו ג"כ דברי המחבר לקמן סט"ז ולא תקשי מה שהקשה עליו הש"ך שם ס"ק מ"ו כמו שאבאר והא דהא וודאי דמודה המחבר דבעינן ב"ד הדיוטות ככל ב"ד כמבואר לעיל סימן ג' דהיינו שיש ביניהם חד דגמיר והם כשרין לכל דין ואפי' לכוף [והוי להו כמו מומחין כמו שפירש"י ריש סנהדרין] וה"ה כאן ליתן רשות למכור כמבואר להדיא בכ"מ שכאשר רצה להשיג על הריב"ש כתב דפשטא דמילתא דהרמב"ם שצריך כ"ד לענין רשות ולא שומת ב"ד, מבואר דבהא מודה דצריך ב"ד לענין

רשות ופשיטא דהכוונה ב"ד כמו ב"ד דעלמא רק דהכ"מ רצה לחלוק שם על הריב"ש דלענין שומא לא בעינן שלשה כלל ועל זה שאל דמה טיבו של שומא זו אם תהי' על שלשה או לא ומה שאמרו פרק אלמנה דבעינן גבי אלמנה ב"ד דהיינו ג' שמאין הוא משום דשם לא נטלה רשות ב"ד כלל דהקילו בה משום חינא הילכך הוצרכו עכ"פ שלשה שמאים אבל בעלמא דבעינן רשות מב"ד דהיינו ג' וחד בינייהו גמיר שוב לא בעינן ג' שמאים וכאן חזר בו באמת דמלבד רשות ב"ד צריך ג' שמאים ואותן הג' שמאים אינם ב"ד כלל רק הדיוטות דלית בהו חד דגמיר ומ"מ כשרין לשומא אבל לרשות בעינן ב"ד כמו כל ב"ד של הדיוטות המוזכר לעיל סימן ג' והשתא לא קשיא מה שהקשה הש"ך דהא דוקא באלמנה אמרו דסגי בהדיוטות משום חינא ולא בשאר שומא לק"מ דהקולא באלמנה אינה רק שאין צריך רשות ב"ד משא"כ בעלמא צריך רשות ב"ד דהיינו כהנ"ל ג' וחד בינייהו גמיר אבל לענין השומא לא מצאנו להחמיר בעלמא מבאלמנה ומה שאמרו גבי פקדון מוכרם בב"ד היינו רשות ב"ד ולא השומא ואמת שהתוס' פרק אלו מציאות הביאו ראיה מירושלמי דגם השומא צריך להיות ע"פ ב"ד גמיר מ"מ אינה ראיה כלל דהתם הכוונה ב"ד ג' שמאים וכן פירשו התוספות גופא פרק אלמנה במסקנא שם ע"ש [ואפשר דמחמת הירושלמי הזה חזר בו המחבר ומצריך עכ"פ ג' שמאים] א"כ מאיזה צד נאמר דבעינן ג' לענין שומא ג' שמאים והם ב"ד גמור אבל לענין רשות פשיטא דבעינן בכל מקום ב"ד חוץ מאלמנה משום חינא אם כן לק"מ קושית הש"ך וזה שבסעיף ט"ז לא הזכיר המחבר ב"ד של שלשה הדיוטות דבקיאי בשומא דשם מיירי בשומא בלבד לא ברשות למכור ובזה חילק דאם הם הדיוטות איכא חשדא ואם הם מומחין ליכא חשדא והיינו השמאים ולק"מ מה שהקשה הש"ך שם כמו שאבאר בסמוך אבל הכא התחיל וכתב ב"ד של שלשה ופשיטא דכוונתו ב"ד גמור כמו כל ב"ד ואח"כ כתב דבעינן שומא ג"כ ובזה לא בעינן רק ג' שמאים לא ב"ד והשתא לק"מ מה שהקשה הש"ך מדברי הר"ן וה"ה והנ"י דכתבו גבי אלמנה אפי' ליכא חד דגמיר מיירי דאל"כ לא עדיף מב"ד דעלמא ולפי הנ"ל ניחא דגם המחבר מודה לזה דכיון דאלמנה מוכרת שלא ברשות ב"ד אם כן אפי' חד דגמיר לא בעינן דאי איכא חד דגמיר אפי' בעלמא מהני ואדרבא מוכח דבעלמא בחר דגמיר סגי והכא נמי ב"ד של שלשה הכוונה חד דגמיר ומה שהביא מדברי הרשב"א סי' אלף י' אמת שגם הד"מ הביא דברי הרשב"א הללו וכתב דהרא"ש ורשב"ם חולקין אבל בלא"ה יש לתמוה על הרשב"א דכתב חד דגמיר וסביר וזהו לא בעינן לכ"ע דמומחה לב"ד הוא והוי ב"ד אפי' ביחידי ואפי' אם קמ"ל דלענין זה לא מ"מ פשיטא דבגמיר בלבד סגי דבזה הוי להו כמומחין כמבואר להדי' מדברי הר"ן וה"ה ונ"י הנ"ל וברור דכוונתו

או כמו שכתב הטור סימן ג' דגמיר בלבד הוא דגמיר ויודע סברות בדינים וכתב הסמ"ע לעיל סי' ג' דאין זה גמיר וסביר המוזכר בש"ס רק פי' דגמיר בלבד הוא כך ע"ש ולזו נתכוון הרשב"א או דסובר כשיטת הרמ"ה שם דבעינן ג' גמירי אם כן הכא דתרי לא גמירי בעינן חד דגמיר וסביר אבל עכ"פ פשיטא דלא קשיא על המחבר שהרי העדיף הך דהכא מאלמנה דהתם לא בעינן רשות ב"ד כלל רק ג' שמאים הדיוטות דלית בהו חד דגמיר והכא בעינן רשות ב"ד והיינו חד דגמיר. וראיתי בתומים שביקש לומר דהכא דמי ממש לאלמנה הואיל והוא מוחזק בוז במשכון וקונה אותו והוי כמו שותף דכתבו התוספ' דדמי לאלמנה ואמת שכן כתב הריב"ש בהדיא הביאו הב"י רק דכתב דטעמא באלמנה משום שהיא מוחזקת והכא נמי מוחזק במשכון אבל המחבר פשיטא דלא סבירא ליה כך דא"כ היאך כתב דבדיעבד אינה מכירה שלא בפני ג' ובאלמנה הביא המחבר בא"ה סימן צ"ג וק"ג דעת הרמב"ם וסייעתו דבדיעבד הוי מכירה וע"כ דלא דמי לאלמנה משום חינא גם תמוה על הריב"ש דכתב באלמנה טעם מלבו מה דבש"ס מבואר הטעם משום חינא ע"ש עכ"פ ברור דהמחבר לא סבירא ליה כהריב"ש בהא דדמי לאלמנה רק שם לא בעינן רשות ב"ד והכא בעינן רק לענין השומא השוה המחבר כל מילי לאלמנה דבשומא סגי בג' שמאים אפי' לית בהו חד דגמיר ולק"מ ודו"ק:

כ ואם אינו יודע עש"ך ס"ק מ"ג מה שהקשה על תירוץ הב"ח ובאמת יש לדחות כמו שכתב הט"ז דבשמא הוי ליה גזלן בוודאי דמכר דבר של חבירו במה שידע שאפשר ששוה יותר אבל גוף הדין דעשו תקנת נגזל נראה דלא שייך כאן כלל דדוקא אם פשע בחפץ חבירו ממש שייך תקנת נגזל משא"כ הכא החפץ עומד לימכר רק שאפשר שהיה נמכר ביותר והזיקו ממון ואם היה ידוע שלא היה שוה יותר לא היה כאן שום גזל כלל שהחפץ בין כך ובין כך עומד לימכר אם כן עכשיו הוי ליה איני יודע אם גזלתיך כלל ובזה ליכא תקנת נגזל ואפי' איני יודע אם גזלתיך לא הוי שהרי לא גזלו כלום שהחפץ עומד לימכר רק ממון שלקח פחות משווי' הוא חייב להשלים לו והוי איני יודע אם נתחייבתי ואפי' אם תמצי לומר דכיון שלא היה רשאי למכור הוי גזלן מ"מ היינו דוקא אם באמת היה שוה יותר אבל אם לא היה שוה יותר לא עשה לו כלום ומאי תקנת נגזל שייך בזה ודוקא התם שפשע בחפצו של פלוני שייך תקנת נגזל דמה היה לו ליפשע בחפץ חבירו דאפי' לא היה שוה רק כדבריו לא היה לו לעשות כך משא"כ הכא דהחפץ גם לפי דברי הלוה עומד לימכר רק ממונא הוא דחסרי' שהיה יכול ליקח יותר ודו"ק אבל לפעד"נ לפרש דברי המחבר בפשיטות דבלא"ה דעת ר"י הלוי כפי מה שכתב הר"ן בשמו פרק הדיינין דהא דנחלקו ר"נ ור"י באיני יודע אם נתחייבתי היינו היכי דליכא דררא

דממון אבל היכי דאיכא דררא דממון תובע נשבע ונוטל והרמב"ן תמה עליו מההוא דשאלה שכורה והרשב"א ביקש ליישב שם והוא תמוה דהתם ליכא חיוב כלל דכל דבר חוץ מטכסין פטור מטעם טענו חיטין כמו שכתב ר"י הלוי קודם. ולפעד"נ דכוונת ר"י הלוי כך דוודאי יש להבין בלא"ה לפי דבריו בהך דסוף המניח באחד גדול ואחד קטן נשבע ניזק ונוטל דדמי ממש להך דשק צרור לפי פירושו של ר"י הלוי לכן נראה דכוונתו כך דע"כ לא נחלקו בברי ושמא רק אם השמא בא פתאום עכשיו לאחר תביעתו של זה או קודם נפל בלבו פתאום שמא ולא היה מקודם מקום הראוי להסתפק בעת שהיה בידו לידע בברי אז פליגי ר"נ ור"י אבל היכי דאיכא דררא דממון דמתחלה מיד בשעת שנתחייב לו היה מקום להסתפק היאך נתחייב ואז היה בידו לידע על בורי' החיוב מה הוא רק שלא רצה לידע והיה מסתפק מתחילתו ועד עכשיו שאינו יכול לידע בזה לכ"ע ברי עדיף ואף דאפי' הוי ליה למידע לא אמרינן ברי עדיף היינו שאין מהראוי לשכוח דבר זה אבל מ"מ הוא שכחו ונשבע היסת ששכח נאמן דמ"מ אם באמת שכח פטור אבל היכי דאין הענין מצד שכחה שלו רק מצד עצם הענין ראוי להסתפק ומיד מתחלה היה מסופק כשהיה לו מקום לידע בהא לכ"ע ברי עדיף שהרי הוא בכיוון הכניס עצמו בתגר הזה להיות מסופק במה שהיה יכול לידע בברי וזהו שם בשק צרור דמיד בשעת פקדון היה מקום להסתפק מצד עצמו מה היה בשק הזה והיה בידו לראות מה יש בו ולא היה מסופק רק שלא רצה לראות ובזה לכ"ע ברי עדיף וזה שכתב דוקא היכי דליכא דררא דממונא פי' שאין מקום להסתפק מצד עצמו רק מצד שכחה שלו אבל הכא דאיכא דררא דממונא שראוי להסתפק מצד עצמות הענין מתחיל' והיה בידו לסלק הספק ולא רצה לכך ברי עדיף ופי' דררא דממונא כתבו התוס' בכמה מקומות שהוא ראוי להסתפק מצד עצמו לא מחמת טענתו וזהו הפי' כאן ולפי זה אף דלא קיימא לן כר"י הלוי בזה היינו שם בשק דמתחילה בשעת הספק שהיה יכול לברר לא חשב שיגיע ספק זה לכלל ספק חיוב כי לא ידע שיאבד ומהאי טעמ' במלו' על המשכון ואיני יודע כמה הוי ונאבד בפשיעה פטור דאף דמעיקרא היה לו מקום להסתפק ולהתברר מ"מ קודם שנאבד לא ידע שיגיע לכלל ספק חיוב משא"כ הכא שאינו יודע כמה שוה ומכרו שלא ברשות בפחות משווי' אם כן הוא בכוונה הכניס עצמו לכלל ספק חיוב שמיד בשעת מכירה היה יכול לברר הספק לידע כמה הוא שוה והוא לא רצה רק מכרו בלי בירור והכניס עצמו במכירה זו בכוונה במזיד לכלל ספק חיוב אז לכ"ע ברי עדיף כדעת ר"י הלוי הנ"ל ולכך נשבע ונוטל כמו שם לדעת ר"י הלוי וזה ברור לפע"ד (כא) יש מי שאומר עש"ך דהשיג על זה ובאמת כוונת המחבר פשוט דע"כ לא שייך חשדא אפי' במוכרן בב"ד היינו ברשות

ב"ד אבל השמאים היו הדיוטות דלית בהו חד דגמיר כלל ואין עליהם שם ב"ד כלל אז שייך חשדא וכן כתבו התוספות פרק אלמנה במסקנא בפי' הירושלמי אבל ברשות ב"ד ושמאים הדיוטות לא מהני גם יש מקום לומר דלענין חשדא לא מהני רק מומחין גמורין דהיינו גמירי וסבירי ובזה פשיטא דלק"מ אבל העיקר נראה דכוונת המחבר מומחין היינו ג' הדיוטות דאית בהו חד דגמיר דאינהו אקרי מומחין כמבואר בפוסקים ודו"ק והש"ך ס"ק מ"ה כתב בפי' דברי המחבר דמומחין היינו דאית בהו דגמיר והדיוטות היינו דלית בהו אפי' חד דגמיר וזה אמת אבל זהו כאן דלא הזכיר המחבר ב"ד רק ג' הדיוטות דמיירי בשמאים לא באותן שנתנו רשות למכור אבל לענין רשות למכור כתב לעיל על פי ב"ד של שלשה והיינו ב"ד המוזכר לעיל סימן ג' ואם הן בעצמן שמוהו ג"כ אז ליכא חשד והש"ך הבין לעיל ג"כ דברי המחבר כך לכך הקשה שם מה שהקשה וליתא כמו שבארנו לעיל:

כב והמותר יהיה מתנה מעכשיו עסמ"ע ס"ק מ"ד וש"ך הס"ק מ"ז ודבריהם דחוקין ולכאורה היה נראה לומר דכוונת המחבר לחלק בין היכי דאמר קני מעכשיו או שאמר סתם מעכשיו וכן בש"ס ורמב"ם פי"א מהלכות מכירה מבואר להדיא דצריך לומר קני מעכשיו ועוד היה מקום לחלק בין קדם המכר לתנאי דאז מיחזי העיקר לזביני רק על תנאי מכר שלא יפדנו שאם יפדנו אין זו מכירה משא"כ בהיפוך כשהזכיר קודם בתורת משכון רק שאם לא יפדנו הוי מכירה מעכשיו זה לא מהני דלא מיחזי כזביני והוי אסמכתא. אך בדברי המחבר סי' כ"ז גבי הלוהו על שדהו שם מבואר דאפי' במעכשיו בלבד ולא הקדים המכירה קודם לא הוי אסמכתא ובאמת לא ידעתי מנא ליה להמחבר הא דבש"ס ורמב"ם מבואר להדיא שיאמר קני מעכשיו לכן נראה לפע"ד ליישב דוודאי העיקר מה שחילקו בין הך דהכא לאסמכתא דעלמא דלא מהני להרא"ש רק בקנין בב"ד חשוב [ולשאר פוסקים בעינן קנין עכ"פ כמו שאבאר בסמוך] היינו משום דהכא מתחילה הוי ג"כ מכר קצת לכך מועיל להיותו אח"כ מעכשיו מכר גמור וזהו אם התנאי הוא להיות המשכון מוחלט לו הכל במכירה בעד המעות לכך כיון דגם עכשיו הוי מכר קצת מועיל להיות מעכשיו אח"כ מכר גמור כשלא יפדנו אבל כשאמר שיהא השאר מתנה זה לא היה כלל מתחילה שנאמר דיהא אח"כ מתנה גמורה הילכך להרא"ש לא מהני רק בקנין בב"ד חשוב ולהרמב"ם וסייעתו בקנין עכ"פ כמו שאבא' בסמוך וזה ברור לפע"ד:

כג יש מי שאומר וכו' עש"ך שתמה על המחבר שכתב זה בשם יש מי שאומר ובאמת נראה לפע"ד פשוט דכוונת המחבר כך דוודאי הפוסקים דסבירי להו דבעלמא לא מהני מעכשיו רק קנין בב"ד חשוב צריכין לומר חילוק בין משכון לשאר אסמכתא אבל

להרמב"ם ומחבר דסבירי להו דמעכשיו מועיל בכל מקום א"כ יש לומר כי היכי דבכל מקום בעינן עכ"פ קנין כמבואר בדברי רמב"ם פי"א מהלכות מכירה להדיא וע"ש בכ"מ שהאריך ליישב למה לא סגי בקנין בלבד א"כ יש לומר דה"ה במשכון נהי דמעכשיו מהני אבל קנין עכ"פ בעינן לזה כתב דיש מי שאומר דמשכון שאני דלא בעינן קנין רק במעכשיו בלבד סגי ונראה דמהאי טעמא לא הזכיר המחבר דעת רש"י דחולק בזה דיש לומר דרש"י מיירי בלי מעכשיו ואי קשיא הא סובר דבעינן ב"ד חשוב דוקא וקנין הוי כמעכשיו הא ליתא דסבירא לי' כמו שכתב הכ"מ פי"א מהלכות מכירה כמה תירוצים בדברי הרמב"ם שם דקנין לא מהני ומעכשיו מהני ורש"י ג"כ סובר כן אבל מה דקשיא לי, הוא מה שכתב המחבר דאם המלוה מכחיש הלוה ואומר שאמר לו מעכשיו ולוה אומר לא נאמן בשבועה וכן היא האמת דעיקר תשובה לר"מ שהביא המרדכי והגהות מיימוני הוא על זה שנאמן בשבועה ולא ידעתי היאך יצוייר זה אי בגוונא דיש למלוה מיגו דלקוח והחזרתי א"כ פשיטא דמ"ש מכחיש גוף הלואה דנאמן או בזה ואי דבא להשמיענו אפילו היכי דלית ליה מיגו קשה באמת למה יאומן המלוה בלי מיגו הא לא חשיב מוחזק במשכון כלל ואפילו יש עדים דבא לידו במשכון אינו נאמן לטעון עליו עד כדי דמיו להמחבר דלעיל סימן ע"ב וכ"ש הכא דנראה דמיירי בלי עדים דאל"כ ניחזי מאי קאמרי א"כ למה יאומן בלי מיגו ואולי מפני שהרבה פוסקים סוברים בלא"ה דבמשכון לא הוי אסמכתא כלל לכך עכ"פ נאמן המלוה לומר דאמר מעכשיו ולכך דקדקו הר"מ והמחבר דמכחיש במעכשיו לא דמכחיש בגוף התנאי לגמרי דאז לא היה נאמן בלי מיגו ולפי זה יש מקום לומר בפשיטות דעיקר כוונת המחבר להשמיענו זה דנאמן בלי מיגו וזהו עיקר החידוש בדבריו שם ודו"ק:

על חו"מ סימן עד

א לתבוע בכל מקום עש"ך בשם הש"ג דנסתפק אם מחוייב להוליך המעות למקום שתבעו אם אינו מקום הלואה. ולפע"ד נראה להוכיח מדברי הרא"ש ב"ק דקי"ח כהש"ג כמו שאבאר. והנה הרא"ש במסקנתו כתב דאבידה ופקדון לא ניתן לתבוע ולא לשלם אלא במקומם ויש לתמוה אם הפי' ברא"ש הוא כפי הנראה בפשיטות דמעיקרא בהלואה חולק דניתן ליתבע בכל מקום אבל אינו יכול להכריחו לקבל ממנו בכל מקום ועל זה כתב דאבידה ופקדון אין חילוק ולא ניתן לתבוע ולא לשלם רק במקומם אבל באמת הוא תמוה דהא כבר הסכימו כל הפוסקים דבכולם יכול לכופו לקבל ממנו בכל מקום יישוב רק לא במדבר ואפילו צריך לילך דרך מדבריו' לביתו וכן מוכח במשנה דקתני לא יחזיר

לו במדבר ופירש"י דאינו מקום שימור מבואר דביישוב יכול להחזיר והיאך כתב הרא"ש דלא ניתן לשלם רק במקומן הא במשנה השוו בזה דין מלוה לאבידה ופקדון דיכול להחזיר בכל מקום חוץ מבמדבר ואמת דמתחילה עלה בדעתו לומר דסובר הרא"ש ז"ל לחלק דדוקא אם מחזיר לו גוף החפץ שהפקיד אצלו וכן בהלואה כל מעות הוי המעות שהלוהו אז יכול לכופו לקבל ממנו בכל מקום חוץ מבמדבר אבל אם נאבד הפקדון ממנו באופן שמחוייב לשלם כיון שעיקר החיוב של זה מכח חפץ הוא מהחפץ אינו מחזיר לו אינו יכול לכופו לקבל דמיו כיון שהוא לא הפקיד אצלו דמים כלל וכל אימת שרוצה תובע ממנו וזה שכתב הרא"ש או לשלם דלהחזיר גוף החפץ לא מיקרי תשלומין כלל והי' לו לומר להחזיר [וקושיא זו קשה ג"כ לפי' התומים שפי' לענין גוף החפץ לסייעו לדינו של הש"ג הנ"ל וקשה תשלומין מאי עבידתי' וכי המחזיר פקדון נקרא משלם ולא שייך תשלומין רק בהלואה ובדמי פקדון] ומדכתב לשלם מבואר דכוונתו תשלומי הפקדון וסובר דבזה אינו יכול לכופו להחזיר לו רק במקומו איברא דמלבד מה דקשה דלא נמצא בשום פוסק חידוש דין זה לחלק בחזרה ביישוב לענין פקדון או דמי הפקדון ויהא דמי פקדון עדיף מהלואה לפי סברא זו שיוכל לכופו מה דהלואה עדיפא מפקדון לענין דינים אלו ועכ"פ היה לו להטור להזכיר דין זה וכן ברמזים לא הזכיר הטור כלל מדין זה ועוד קשה לי לפי סברא זו הא דפריך בש"ס מברייתא דמלוה משתלמת בכל מקום אבידה ופקדון אינם משתלמין רק במקומם והוצרך אביי לישנויי דה"ק מלוה ניתנה לתבוע ובפשיטות הוי לי' לישנוי דברייתא לא מיירי כלל הכא מדין תשלומין במדבר אפילו בהלואת מדבר מיירי הכא רק דבא לחלק בין תשלומי הלואה לתשלומי פקדון [דהא בתשלומין מיירי דבחפץ בעין לא שייך תשלומין כנ"ל] ובהלואה יכול לכופו לשלם לו במקום אחר חוץ מקום שהלוה ג"כ שאם הלוהו ביישוב כל היישוב ובמדבר בכל העולם משא"כ בתשלומי פקדון כיון שאינו מחזיר לו גוף החפץ והוא דמים לא הפקיד אינו יכול לכופו לקבל תשלומי חפצו רק במקומו ואתיא ברייתא כפשטא ומתניתין מיירי בפקדון עצמו אז אין חילוק לענין חזרה במדבר וברור דאפי' דמי פקדון יכול לכופו לקבל ממנו בכל מקום ודלא כהנ"ל וברור דאין כוונת הרא"ש לתבוע ולשלם הוא על שני בני אדם נפקד ומפקיד אלא על המפקיד בעצמו קאי דאינו יכול לתבוע לא גוף החפץ ולא תשלומין רק במקומו והשתא תשלומי החפץ היינו כשרוצה להשתלם ממנו כשאין החפץ כאן וגוף החפץ ע"כ דהפי' שתובעו שיוליכנו מביתו לכאן דליכא למימר דישנו כאן דהא פשיטא שיכול לתבעו כיון שישנו בידו והשתא כיון דמחלק הרא"ש בין אבידה לפקדון מבואר דעתו דבהלואה יכול לתובעו שיוליכנו למקום שתבעו אפילו אינו מקום

הלואה ומה שהוסיף הרא"ש או לשלם הוא מחמת תשלומין המוזכרין בברייתא דזה לא שייך רק בדמי פקדון אבל הרא"ש מסברתו קאמר דה"ה להוליכו לשם ועכ"מ מוכח דבהלואה יכול לכופו ומ"מ אינו מוכח רק כשיש לו דרך לשם כמו שכתב בתומים והוא רוצה להוכיח זה מברייתא גופא דאל"כ מה הפרש יש בין אבידה לפקדון והשיג על תירוץ הש"ך סימן רצ"ג באמת דברי הש"ך מבוארין ג"כ ברא"ש הנ"ל וזהו עיקר הפי' בברייתא דקתני משתלמין ולשיטת התומים תקשי היאך שייך משתלמין רק הרא"ש כתב זה מסברא דנפשי' ונלמד מתשלומין וכן הש"ך גופא פי' לקמן סימן רצ"ג בפקדון דאינו יכול לתובעו היינו לא שיוליכנו ולא תשלומין רק דסובר דאין כוונת הברייתא דבזה יש חילוק דבמלוה נמי הכי דינא אבל עכ"פ דבריו הם ממש דברי הרא"ש הנ"ל וברא"ש מבואר דמחלק בזה בין הלואה לפקדון לכן דברי הש"ך צ"ע ואולי ביש לו לשם מודה ועיין בס"ק שאחר זה:

ב ואפילו הלוהו ביישוב עש"ך ס"ק ג' דמעות שנתחייב בשביל שכירות או בעד חפץ שקנה הוי כמו הלואה דמידי הוא טעמא דמחלקינן בין הלואה לפקדון הוא משום דהלואה ניתנה להוצאה ופקדון אינו יכול להשתמש בו א"כ פשוט הוא דשכירות ומכר דמי להלואה ולפעד"נ להיפך דדמי לפקדון והכי מוכח מגופא דברייתא דקתני אבידה ופקדון אינה משתלמת אלא במקומם וקשה אי הפי' שהוא תובע ממנו גוף החפץ להוליכו אל מקום שתבעו כמו שפי' באמת בתומים ס"ק א' קשה תשלומין הללו מאי עבידתי' וכי שייך לומר על חזרת הפקדון ואבידה תשלומין כמו שכתבתי בס"ק הנ"ל ואי דהפי' דהפקדון ישנו בביתו והוא תובע ממנו תשלומין כמו שפי' הש"ך סימן רצ"ג הוא תמוה גם כן כמו שהקשה בתומים דהא פשיטא והיאך יתבענו לשלם שיקח ממנו פקדונו במחיר כסף בע"כ וברור דהכוונה דהפקדון נאבד ואיננו באופן שחייבו לשלם וקמ"ל דאף דחייב מעות ממש הואיל והם מעות פקדון שעיקרו פקדון אינו יכול לתבעו רק במקומו וכן צריך לפרש דברי הרא"ש שהבאתי בס"ק לפני זה ולפי. זה ע"כ צריך לומר דלא מן השם הזה שכתב הש"ך מחלקינן בין הלואה לפקדון דהא הכא נמי מעות חייב ויכול להשתמש בכל מעותיו רק דעיקר הטעם הוא משום דבהלואה עשה לו טובה ועבד לוה לאיש מלוה לכך יכול לתובעו משא"כ בשאר חייבים א"כ ה"ה דמי שכירות ומכר ולפי זה יש לדון ג"כ במה שכתב הש"ך ס"ק כ' בשם מהרש"ל דה"ה גזילה ופי' הש"ך דהיינו דמי גזילה ולא גזילה עצמה דדינה כפקדון ולפי זה כיון דבפקדון אפילו דמי פקדון אינו יכול לתובעו ה"ה בגזילה כמו דאינו יכול לתובעו גזילה עצמה ה"ה דמיה והש"ך אזיל לשיטתו כאן אבל מ"מ יש לחלק בין דמי פקדון לדמי גזילה אבל בדמי

פקדון ומכר ושכירות נראה לכאורה כמו שכתבתי ועכ"פ הוי ספיקא דדינא כמו דבש"ג מספקי לי ג"כ בהא:

ג ואמר לי' הלוה וכו'. בתומים ס"ק ב' הכריע כדברי מהרש"ל דצריך לומר ג"כ אי בעית וע"ש שכתב ליישב בזה דברי הרי"ף ורמב"ם שהשמיטו הכל. ודבריו תמוהין דכל ענינו נבנה על הלואה דמלוה יכול לכופו ובש"ס מבואר להדיא כל הסוגיא בפקדון דבזה קמש"ל באומר אי בעית ע"ש ובאמת שלא יהיו דבריו תמוהין כ"כ חשבתי ליישב דבש"ס מיירי בפקדון שישנו בידו שם וכן מיירי התם באמת ע"ש ובזה פשיטא דאפי' פקדון יכול לכופו אך סוף סוף בטלו דבריו בזה דלענין זה אין חילוק בין מתניתין לברייתא דבהא לא נזכר בברייתא ג"כ שיכול לתבעו רק מסברא ידעינן לה א"כ אין חילוק בין משנה לברייתא ובטלו כל דבריו ודו"ק היטב ולפי זה לא ימלט שלא היה להם גירסא זו כלל א"כ לשיטתם לא צריך אי בעית כלל ואדרבא אפי' לפי גירסתנו לפי גירסת רש"י דגורס אי בעית ולא אי בעינא א"כ יש לומר דמקשה פשיטא דלא ס"ד מאי בעית כלל ובהא פשיטא כיון שהודיעו שיוליך עמו למדבר דיכול להחזיר במדבר רק דס"ד דכיון דאמר אי בעית גרע טפי, שהרי נראה דגילה דעתו דברצון המלוה הדבר תלוי קמש"ל דמ"מ יכול להחזיר לו במדבר וכן היה מקום לפרש פירש"י רק דקשה במה שפירש במשנה דס"ד דהתנה בהדיא לפרוע במדבר ולפי הנ"ל לא היה צריך לזה ולפי זה באמת מיושב מה דקשה מאי מקשה פשיטא דפירש"י דחוק מאוד והכין נזכר במשנה דהתנה בפי' לפרוע במדבר דהא לא נאמר רק לצאת למדבר והיינו שיוליך הפקדון עמו למדבר דבזה בוודאי נתכוון שיוכל להחזיר לו שם כיון דבלא"ה הוא במקום שאינו משתמר ביד חבירו ולפי הנ"ל ניחא דעל זה גופא מקשה פשיטא דלא ס"ד מאי בעית ועל זה משני דקאמר אי בעית וס"ד דתלה ברצון המלוה קמש"ל דלא ועכ"פ לפי הנ"ל לא בעינן אי בעית כלל והנה הטור והרב כתבו מתחלה דין דהלוהו במדבר אח"כ כתבו דין זה וכתבו הטעם דהוי כהלוהו במדבר ולא ידעתי מאי ענין זה לזה ופשיטא אף אם הדין דהלוהו במדבר צריך להחזיר לו ביישוב מ"מ כאן דמתורת תנאי אתינן עלה פשיטא דיכול להחזיר במדבר וכ"ש אי גרסינן אי בעית לפי פי' התומים הנ"ל או אי בעינא כפי גירסתנו בש"ס ודו"ק.

(ד) הדין עמו עיין ש"ך דאם אין המלוה בכאן אינו יכול לזכות ע"י אחר דלא כמהרש"ך והנה מכך דלעיל סימן ס"ז משמע כמהרש"ך דשם אמרינן דאם אין לו קרקע מזכה לו ע"י אחר קרקע וכותב עלי' פרוזבול וקשה הא חוב הוא לו דמחמת זה אין החוב נשמט וצריך לומר כיון דעיקר הזיכוי זכות הוא לו אף שמגיע חוב אח"כ בתר העיקר הזיכוי אזלינן כמו שכתב הסמ"ע שם א"כ ה"ה הכא ואמת דהסמ"ע כתב שם הטעם דשמיטת כספים

דרבנן אבל קשה לשיטת הרמב"ן דסובר דאפילו בזה"ז דאורייתא כמו שכתב בעה"ת שער מ"ה בשמו וע"כ דמ"מ מהני זיכוי ומיקרי זכות א"כ ה"ה הכא והנה בעיקר הדין דיכול לפרוע שלא בפניו הביא בכנה"ג דיש חולקין לזה והנה מדברי התוספות פרק מי שאחזו דף ע"ה בד"ה מכלל משמע דמהני שלא בפניו דהקשו מקודם דאי אין נ"מ בפניו או לא לא הוי נתינה למה בראשונה היה נטמן ותירצו דלא יכול להעיז אח"כ הקשו הא בפרעון בוודאי הוי בע"כ דהא מחזיר לו ביישוב בכל מקום ויש להבין דהוי להו ליישב הני תרתי בחדא דבאמת פרעון לא מהני רק בפניו לכך נטמן דאילו היה בפניו הוי מהני מתורת פרעון ואדרבא כיון דס"ד דנתינה לא מהני כלל א"כ נהי דפרעון עדיף אבל מ"מ עכ"פ בעינן בפניו דוקא ומזה מבואר דלענין פרעון הוי סבירי להו דאין לחלק כלל בין בפניו או לא ודו"ק:

ה אבל אם אין שם וכו'. עש"ך בשם הב"ח דהביא ראיה מדברי התוספות הנ"ל והש"ך דחה ראייתו ובאמת בלא"ה עיקר קושית התוספות לא הבנתי כלל דמה ענין זה לפרעון שם הטעם כיון דהוא יש לו חיוב ושיעבוד על זה יכול לומר לו או תמחול לי שיעבודך או קבל המעות ולמה אהיה עבד לוה בחנם משא"כ שם דאין להם זה על זה כלום רק הוא רוצה לגאול השדה ומקודם השדה של זה ואין לו על זה שום חיוב א"כ בע"כ לא הוי נתינה. ובתומים ביקש לדחות דינו של הש"ג מהך דמשכנתא באתרא דמסלקי בסמוך ודבריו תמוהין דהתם כיון שיכול לסלקו מן הפירות אפילו בתוך הזמן מ"כ מבואר בהכרח דמעיקרא לא לטובת המלוה הוקבע שהרי הוא אינו יכול לתבעו ת"ז המעות והלוה יכול לסלקו שלא יאכל הפירות בנכייתא אפי' בתוך הזמן לכך יכול לפרעו בע"כ ג"כ וכן מבואר להדיא בש"ך ס"ק י"ג בשם בעה"ת: (ו) אבל בפקדון. עש"ך ס"ק ט"ו מה שכתב ליישב קושית הסמ"ע ובתומים תמה עליו ולא הבין תירוץ הש"ך כי חשב דכוונת הש"ך לחלק דכאן אמר לו והראה שהם צרורין ולא כן הוא רק דכוונתו דאפילו במקום שיכול להשתמש היינו בסתמא או שאינו כאן אבל באומר למפקיד בפי' שאינו רוצה והוא מניחו אצלו בע"כ פשיטא דלא מיחשב שומר בע"כ:

ז יש אומרים שאין המלוה יכול לעכב עש"ך דהרי"ף ורמב"ם חולקין על זה והביא ראיה מדברי הרמב"ם ספ"ג מהלכות מלוה ופי' הוא דבריו דאפילו בת"ז אינו צריך לקבל פרעון בפרוטרוט. ופירושו תמוה דהיאך כתב הרמב"ם שלא יכוף] אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל הא בתוך זמנו אינו יכול לכופו כלל והוי לי' למימר כדי שיוכל הוא לפרוע החצי ומה זה שכתב דהמלוה יכפהו אי משום דכשיגיע הזמן יכפהו על הכל הא גם בשני שטרות יכול לכופו אז על הכל וכן הלשון בש"ס דלא ליכוף לפרעו אי אפשר לפרש כך

דהא אינו יכול לכופו על הכל לכן נראה דוודאי בתוך זמן מודה הרמב"ם דיכול לכופו לקבל ממנו זוזי זוזי רק כשיגיע הזמן אז אינו יכול לשלם לו פחות מדמי הלואה אף שאין לו יותר ורוצה על הנשאר זמן ב"ד מ"מ כיון שהחיוב חל על הכל אין צריך לקבל ממנו פחות רק לאחר זמן ב"ד ישלם לו הכל וזהו כוונת הרמב"ם דאם יהא שני שטרות ויש לו חמשים ישלם לו כשיגיע הזמן ועל החמשים הנותרים יקח זמן ב"ד משא"כ אם יעשה שטר של מאה יכוף אותו לשלם הכל בבת אחת אבל בתוך הזמן מודה. הרמב"ם דיכול לשלם לו מעט מעט בע"כ אמנם בעיקר דין זה דלאחר זמן אף שהרב בהגה' כתב כן בשם המרדכי לפע"ד צ"ע דהא בש"ס במימרא דרבא לא נזכר כלל ת"ז וכן הרא"ש לא הזכיר ת"ז בדבריו משמע דסובר דאין חילוק כלל דה"ה לאחר זמן כיון שאין לו עכשיו מזומנים יותר ורוצה זמן ב"ד יכול לשלם לו מה שיש לו בע"כ וצ"ע:

ח נותן לו מטבע עש"ך ס"ק כ"ז בשם מהרש"ל דאם הגיע הזמן ודחהו בלך ושוב ואח"כ נפסל חייב ליתן לו מטבע היוצא.. ובתומים תמה עליו דמדברי התוס' שהקשו מ"ש מגזלן מבואר דלא כמהרש"ל דהא גזלן גרע מלך ושוב דהלואה ע"ש ולפעד"נ דלק"מ דהא התוספות באמת תירצו שם דיש חילוק בין הלואה לגזלן דכך הדין בהוזל בהלואה כזולא דהשתא ובגזלן כמעיקרא והיינו באמת מהאי טעמא דכיון שגזלו הפסידו דלולי הוא הי' מוציאו כמעיקרא דוקא אם הוא בעין לא הוי רק גרמא משא"כ כשהוציאו הוא משא"כ בהלואה דמרצונו נתן לו והוא ישלם לו בזמנו משא"כ כשדחהו בלך ושוב הוי כגזלן ממש כנ"ל וע"ש:

סליק הלכות הלוואה בעזה"י ונשלם חלק ראשון

בסי' ז' סוף ס"ק י' השגתי על התומים ממקושש וכוונתי ע"פ פירש"י פרשת אמור דהתם כתיב לפרוש להם ובמקושש כתיב כי לא פורש ומזה הוכיח דידעו דמקושש במיתה ודו"ק.

בסי' י"ב ס"ק ו' דוודאי לא משמע ליה בלית ליה נכסי מיירי דוקא כצ"ל וכוונתי דאי היה הכוונה דלית לי' נכסי כלל גם זה לא שכיח כמו מלוה ישנה אבל באמת אין הכוונה כך רק דלית ליה כדי התשלומין משא"כ מלוה ישינה לא שכיח.

בסי' י"ח ס"ק א' השגתי על הסמ"ע שכתב דדעת רש"י דאין איסור לענות על רב וכעת מצאתי להדיא ברש"י גיטין דף נ"א בד"ה דכלהו בהדיא דלא כהסמ"ע ע"ש שם ס"ק ב' בד"ה אך גוף דברי התוספות וס"ק ד' כתבתי דאחד מן התלמידים אינו נחשב בכלל המנויים ועכשיו מצאתי בר"ן בחידושיו שהביא דעות בזה ע"ש היטב:

בסי' כ"ב ס"ק ג' וראיתי להר"ן ז"ל וכו' דהכא לאו במחול לך בפי' עסקינן וכו' תדע וכו' עיין היטב בחידושי הר"ן ז"ל ובנ"י ובש"ס שם ותבין מה שכתבתי כי קצרתי בלשון הר"ן ז"ל:

שם ס"ק מ' בד"ה אך באמת וכו' כוונתי דחבירו יקבל עליו השבועה דיודע דהוא לא ישביענו כשיראה שרוצה לישבע כיון שהוא אינו רוצה לישבע באמת מחמת איום כ"ש שלא יניח לו לישבע בשקר ודו"ק:

בסי' כ"ד ס"ק ב' עיין היטב במרדכי פ"ק דמציעא ובהגהת מרדכי שם ותבין מה שכתבתי כי קצרתי:

בסי' ל' ס"ק ז' בד"ה ומה שנראה וכו' אין דנין על פי אחד בד"כ וכו' ע"ש ונראה שזהו שאמרו דילפינן לה מקרא לא יומת על פי עד אחד והיינו דעדות מיוחדת אין כאן רק אחד משא"כ כשמעידין אחד על חבירו יש כאן ב' עדים המעידין בוודאי אמת ודו"ק:

בסי' מ"ז ס"ק ב' כתבתי ליישב דברי ר"י וכוונתי לא מבעי לר"י דדבר תורה מעות קונות רק משום גזירה דנשרפו חטיך בעלי' אם כן הכא דע"כ דלא שייך זה דאל"כ תקשי ליה לר"י בפשיטות ניחוש שמא יאמר נשרפו וכו' וע"כ דלא חיישינן בהא כיון דלא שכיח א"כ ממילא כיון דקנינו מן התורה נקנה בכסף ואפי' לר"ל דאמר משיכה מן התורה מ"מ הכא גזירת הכתוב דנקנה בכסף כיון דמ"מ עיקרו לקרקע הוא הוי כקרקע ודו"ק: